

جامعة سعد دحلب - البليدة-
كلية الحقوق

أطروحة دكتوراه

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة
(دراسة مقارنة)

من طرف
ربيعة بوقرط

أمام اللجنة المشكلة من :

أ.د. سعيد يوسف محمد يوسف	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعد دحلب البليدة	رئيسا
أ.د. أحمد بلقاسم	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعد دحلب البليدة	مشرفا ومقررا
أ.د. بن زين محمد الأمين	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجزائر	عضوا مناقشا
أ.د. بوحميذة عطاء الله	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجزائر	عضوا مناقشا

البليدة ، فيفري 2013

شكر

بعد حمد الله سبحانه و تعالى و شكره الذي وفقني في إتمام هذه الرسالة أتقدم
بجزيل الشكر والتقدير والعرفان لأستاذي الفاضل الدكتور أحمد بلقاسم المشرف على
الرسالة عرفانا بفضله وتقديرنا لعلمه واحتراماً لشخصه.
كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة
الكرام لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة لإثرائها بملاحظاتهم القيمة، وأرائهم
السديدة، إلى الأستاذ الدكتور علي خطار شطناوي الذي لم ييخل بمد يد المساعدة لي
في إنجاز هذا العمل، ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من
ساهم في إخراج هذه الرسالة إلى حيز الوجود.

الإهداء

إلى روح شقيقي فؤاد شهيد الواجب الوطني...رحمه الله و أسكنه فسيح جناته

ملخص

تمحورت هذه الأطروحة حول الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة للدول التالية: فرنسا ، مصر ، الجزائر ، هذه الرقابة التي تعد من أهم الضمانات التي تكفل عدم تعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية ، وذلك لضمان حقوق و حريات الأفراد ، دون إهدار أولوية تمتع الإدارة بهذه السلطة كآلية لضمان مرونة العمل الإداري و متطلبات هذا العمل .

ومن خلال بحثنا توصلنا إلى أن القرارات الإدارية يجب تكون كلها خاضعة لرقابة القضاء الإداري من حيث الوجود المادي لوقائعها ، كما يجب أن تكون خاضعة أيضا لرقابة التكييف القانوني لهذه الوقائع ما عدا تلك القرارات ذات الطابع العلمي و الفني ، و كذا قرارات الضبط الإداري ، وهذا كآليات تقليدي للقضاء الإداري في فرض رقابته على السلطة التقديرية للإدارة .

أما بالنسبة للآليات الحديثة في رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية فقد تبنى نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ، وهي رقابة جزئية لا يلغى فيها القرار إلا إذا كان الخطأ فادحا فقط ، ثم إبتدعى أيضا تقنية ضرورة الإجراء فيراقب القضاء الإداري إذا ما كان في يد الإدارة اتخاذ قرار آخر أقل شدة بالنسبة للقرارات الماسة بالحريات العامة ، كما تبنى نظرية الموازنة بين التكاليف و المزايا هذه النظرية ذات الأصول الاقتصادية ، و طبقها على القرارات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة ، ثم امتدت إلى مجالات أخرى خاصة بالمشاريع المحلية أو تلك الوطنية ، وتعتبر هذه الرقابة رقابة وسط ، فهي رقابة أكثر من رقابة الخطأ الظاهر و أقل من رقابة ضرورة الإجراء ، لأنه لا يلغى القرار لعدم التناسب الظاهر أو لأن الإدارة كان لها اختيار حل آخر بالنسبة لضرورة الإجراء ، و إنما يوازن بين إيجابيات القرار وسلبياته . كما يتمسك القضاء الإداري برقابة الانحراف بالسلطة كصمام أمان من عدم تعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية.

الفهرس

	الشكر
	الإهداء
	ملخص
10	مقدمة
13	الباب 1. السلطة التقديرية للإدارة والآليات التقليدية لرقابتها
13	1.1. مفهوم السلطة التقديرية للإدارة
14	1.1.1. مراحل ظهور السلطة التقديرية للإدارة وتعريفها و مبرراتها وأساسها القانوني.....
14	1.1.1.1. مراحل ظهور السلطة التقديرية للإدارة
14	1.1.1.1.1. مرحلة الاختصاص المقيد للإدارة
15	1.1.1.1.1. مرحلة سلطة الإدارة المطلقة على المنازعات الإدارية
15	1.1.1.1.1.3. مرحلة القرارات التقديرية
16	1.1.1.1.1.4. مرحلة السلطة التقديرية
16	1.1.1.1.2. تعريف السلطة التقديرية للإدارة و مبرراتها و أساسها القانوني
16	1.1.2.1.1.1. تعريف السلطة التقديرية للإدارة
18	1.1.2.1.1.2. مبررات السلطة التقديرية
19	1.1.2.1.1.3. الأساس القانوني للسلطة التقديرية
20	1.1.2.1.1.1.1. فكرة تدرج القواعد القانونية
21	1.1.2.1.1.1.2. نظرية الحقوق الشخصية
22	1.1.2.1.1.1.3. فكرة المشروع
23	1.1.2.1.1.2. مجال السلطة التقديرية للإدارة
24	1.1.2.1.1.1. السلطة التقديرية في الأركان الخارجية للقرار
24	1.1.2.1.1.1.1. ركن الاختصاص Compétence
24	1.1.2.1.1.2. ركن الشكل والإجراءات Forme et Procédures

25	 السلطة التقديرية في الأركان الداخلية للقرار 2.2.1.1
25	 ركن السبب (Cause) Motif 1.2.2.1.1
27	 ركن المحل L'objet 2.2.2.1.1
29	 ركن الغاية le But 3.2.2.1.1
31	 3.1.1.1 تمييز السلطة المقيدة عن السلطة التقديرية و معايير و نتائج
31	 1.3.1.1 تعريف السلطة المقيدة و مستوياتها (Compétence liée)
31	 1.1.3.1.1 تعريف السلطة المقيدة
32	 2.1.3.1.1 مستويات السلطة المقيدة
33	 2.3.1.1 معايير تمييز الاختصاص المقيد عن السلطة التقديرية
33	 1.2.3.1.1 معيار الخضوع لرقابة القضائية
34	 2.2.3.1.1 المعيار القانوني
36	 3.3.1.1 نتائج تمييز السلطة المقيدة عن السلطة التقديرية
36	 1.3.3.1.1 إمكانية سحب القرار غير المشروع خارج الآجال متى كان صادرا استنادا لسلطة مقيدة
37	 2.3.3.1.1 إمكانية الطعن في القرار غير المشروع خارج الآجال متى كان صادرا استنادا لسلطة مقيدة
38	 3.3.3.1.1 اختلاف مستويات الرقابة بالنسبة لسلطة المقيدة و السلطة التقديرية
39	 2.1 الآليات التقليدية لرقابة السلطة التقديرية
40	 1.2.1 التأصيل الفقهي لرقابة الوقائع ومستوياتها
40	 1.1.2.1 التأصيل الفقهي للرقابة على الوقائع
40	 1.1.1.2.1 رأي الفقيه هوريو Hauriou
42	 2.1.1.2.1 رأي الفقيه دوجي DUGUIT
42	 1.2.1.1.2.1 مرحلة التصور
42	 2.2.1.1.2.1 مرحلة التدبر
42	 3.2.1.1.2.1 مرحلة اتخاذ القرار وتنفيذه
44	 3.1.1.2.1 نظرية جيز GEZE
45	 4.1.1.2.1 رأي الفقيه بونارد BONNARD
47	 2.1.2.1 مستويات الرقابة على الوقائع
47	 1.2.1.2.1 رقابة الحد الأدنى

48	 رقابة الحد العادي 2.2.1.2.1
48	 رقابة المدى المتوسط 3.2.1.2.1
48	 رقابة الحد الأقصى 4.2.1.2.1
49	 وجوب بناء القرار على وقائع موجودة ماديا 2.2.1
49	 مضمون رقابة الوجود المادي للوقائع 1.2.2.1
50	 تعدد الأسباب 1.1.2.2.1
53	 substitution du motif إحلال الأسباب 2.1.2.2.1
55	 2.2.2.1 التطبيقات القضائية لرقابة الوجود المادي للوقائع
55	 1.2.2.2.1 الوجود المادي للوقائع في القضاء الإداري الفرنسي
57	 2.2.2.2.1 رقابة الوجود المادي للوقائع في القضاء الإداري المصري
60	 3.2.2.2.1 رقابة الوجود المادي للوقائع في القضاء الإداري الجزائري
62	 3.2.1 ضرورة التكيف القانوني الصحيح للوقائع
62	 1.3.2.1 مضمون رقابة التكيف القانوني للوقائع
63	 2.3.2.1 التطبيقات القضائية لرقابة التكيف القانوني للوقائع
64	 1.2.3.2.1 رقابة التكيف القانوني للوقائع في القضاء الإداري الفرنسي
65	 2.2.3.2.1 رقابة التكيف القانوني للوقائع في القضاء الإداري المصري
70	 3.2.3.2.1 رقابة التكيف القانوني في القضاء الإداري الجزائري
72	 الباب 2. الآليات الحديثة في رقابة السلطة التقديرية للإدارة
72	 1.2 رقابة التناسب
75	 1.1.2 نظرية الخطأ الظاهر في التقدير
76	 1.1.1.2 مفهوم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير
77	 2.1.1.2 التطبيقات القضائية لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير
77	 1.2.1.1.2 نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري الفرنسي
79	 2.2.1.1.2 نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري المصري
83	 3.2.1.1.2 نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري الجزائري
87	 2.1.2 نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا Bilan- coût – Advantage
87	 1.2.1.2 مفهوم نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا
89	 2.2.1.2 تطبيقات نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا
89	 1.2.2.1.2 نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا في القضاء الإداري الفرنسي

90	 نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا في القضاء الإداري المصري
92	 نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا في القضاء الإداري الجزائري
93	 رقابة ضرورة الإجراء
93	 مفهوم رقابة ضرورة الإجراء
96	 التطبيقات القضائية لرقابة ضرورة الإجراء
96	 رقابة ضرورة الإجراء في القضاء الإداري الفرنسي
96	 في مجال الضبط المحلي
97	 مجال قرارات الضبط المتعلقة بالأجانب
98	 رقابة ضرورة الإجراء في القضاء الإداري المصري
100	 رقابة ضرورة الإجراء في القضاء الإداري الجزائري
100	 رقابة الانحراف بالسلطة
101	 تعريف عيب الانحراف بالسلطة وحالاته
101	 تعريف عيب الانحراف بالسلطة
103	 حالات عيب الانحراف بالسلطة
104	 البعد عن المصلحة العامة
109	 مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف
110	 الانحراف بالإجراءات
112	 الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة
112	 علاقة السلطة التقديرية للإدارة بعيب الانحراف بالسلطة
115	 اعتماد المذهب الموضوعي في عيب الانحراف بالسلطة
116	 إثبات عيب الانحراف بالسلطة
116	 وسائل الإثبات المباشرة لعيب الانحراف بالسلطة
118	 الإثبات من نصوص القرار ذاته
118	 إثبات الانحراف بالسلطة من ملف الدعوى
119	 وسائل الإثبات غير المباشرة لعيب الانحراف بالسلطة
119	 انعدام الدافع المعقول
120	 ضرورة بحث الإدارة للظروف الخاصة بكل حالة
121	 اختيار وقت إصدار القرار
124	 عدم الملاءمة الظاهرة

125	 5.2.3.2.2. التمييز بين الأفراد في المعاملة
126	 الخاتمة
130	 قائمة المراجع

مقدمة

يعد خضوع الإدارة العامة لمبدأ المشروعية مسألة أساسية وجوهرية لقيام دولة القانون ، فيجب أن تكون أعمال الإدارة العامة متفقة مع القانون بمعناه العام و إلا طعن بها قضائيا، و جبرت بتعويض الأضرار الناجمة عنها وفق قواعد المسؤولية الإدارية .

ولا شك في أن هذا الخضوع الدائم و المستمر لمبدأ المشروعية و دونما أي اعتبار لمتطلبات العمل الإداري، قد يؤدي إلى تقييد حركة الإدارة العامة وصعوبة تحقيق ما أنيط بها من مهمات ومسؤوليات، إذ أنها تصبح مجرد آلة تنفيذية محضة تخلو من روح الإبداع و الابتكار عاجزة عن مواجهة الظروف الشخصية المتباينة و المختلفة التي يصعب بل يستحيل على المشرع توقعها و التنبؤ بها مسبقا، وعليه تظهر أهمية السلطة التقديرية باعتبارها أداة قانونية للتخفيف من حدة القيود و الضوابط المفروضة على الإدارة، و تسمح لها بحرية الحركة و التصرف الحسن، لرفع كفاءة الجهاز الإداري و زيادة لفاعليته .

تدخلت الإدارة العامة الحديثة في شتى المجالات و الميادين، فأصبحنا نجدها في الميادين الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و العمرانية و الصحية، و بهذا تقتضي مواجهة الإدارة لمهامها و مسؤولياتها في تلك المجالات المتعددة و المتنوعة ، منحها هامش من حرية التقدير، فقد يضع المشرع كافة الشروط التي يجب على الإدارة الالتزام بها عند ممارسة اختصاصاتها فيكون في هذه الحالة مقيدا لاختصاصها، وقد يضع أهم الشروط اللازمة لتصرف الإدارة، و يترك لها حرية التقدير في بعضها الآخر أو في تفاصيل هذه الشروط أو في اختيار الوقت المناسب للقيام بالتصرف.

وإزاء التوسع في الامتيازات و السلطات التي منحت للإدارة قد تعمد إلى المماثلة في اتخاذ القرارات أو اتخاذها لقرارات تمس حقوق و حريات الأفراد تعسفا منها، لذلك وفي إطار دولة القانون كان لابد من إخضاع أعمال الإدارة إلى الرقابة القضائية للتأكد من موافقتها لمبدأ المشروعية ، حيث يلعب القاضي الإداري دورا كبيرا في هذه الرقابة ، خصوصا و أن دوره يتعدى دور القاضي العادي حيث يكتفي القاضي العادي بإنزال حكم القاعدة القانونية على موضوع المنازعة ، بينما يقوم القاضي الإداري بابتداع القواعد القانونية في حله للمنازعات الإدارية ، و ذلك لتمييز القانون الإداري بأنه قانون غير مقنن و كذلك بسرعة تطوره ، لذلك يجد القاضي الإداري نفسه مجبرا لابتداع الحلول للمنازعات المعروضة عليه ، و قد اتبع القضاء الإداري في رقابته للسلطة التقديرية آليات تقليدية في بداية رقابته عليها ، لكن سرعان ما طور من رقابته على السلطة التقديرية مبتدعا نظريات جديدة في تقييده للإدارة، ليس بما يفرضه المشرع من قيود بنصوص قانونية بل بما ابتدعه القضاء الإداري من نظريات للحد من هذه السلطة التقديرية للإدارة ، ومن

ثم كان من الواجب البحث حول الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة لما توصل إليه الفقه والقضاء في الدول التالية: (فرنسا، مصر، الجزائر).

للإحاطة بهذه الدراسة نطرح الإشكالية التالية: ماهي حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة؟ وما مدى سلطة القاضي الإداري في رقابة اختصاص الإدارة التقديرية؟

يعتبر موضوع السلطة التقديرية للإدارة من أكثر موضوعات القانون الإداري إثارة للنقاش و الجدل بين الفقهاء، فهو موضوع شائك و دقيق ويصعب صياغة نظرية شاملة تحكمه و تضبطه بقواعد واضحة و محددة.

و قد لاحظنا أن هذا الموضوع على الرغم من غزارة البحوث العامة و الخاصة في مجال المنازعات الإدارية، إلا أنه لم ينل حظه من الدراسة المستفيضة من جانب الفقه سوى بعض الجهود المتفرقة مما شجعنا على بحثه، على الرغم من الصعوبات التي لقيناها، و المتمثلة بقلة المراجع المتخصصة حينا و قلة القرارات القضائية أحيانا أخرى. و نهدف من خلال دراستنا هذه تسليط الضوء على رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية التي ظلت وقتا طويلا خارجة عن رقابته، إلا أنه وسعيا وراء تحقيق التوازن بين الصالح العام و الخاص، و حفاظا على حقوق و حريات الأفراد، أصبح القاضي الإداري يبسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة بالقدر الكافي للحفاظ على حقوق و حريات الأفراد.

لدراسة هذا الموضوع كان لابد من إتباع المنهج الاستقرائي الذي يساعد على تحديد مميزات هذه الدراسة من خلال تجميع المعلومات من خصائص و جزئيات بخصوص خضوع قرارات الإدارة المبنية على السلطة التقديرية بهدف تحليل ما تم الوصول إليه من نتائج، و المنهج المقارن حيث يعد هذا المنهج أهم المناهج العلمية المستخدمة في الدراسات القانونية وذلك بمقارنة ما توصل إليه الفقه و القضاء في دول الدراسة المقارنة.

ارتأينا لإيضاح نطاق البحث و الإطار الذي يدور فيه تقسيمه إلى بابين الباب الأول تناولنا فيه السلطة التقديرية للإدارة و الآليات التقليدية لرقابتها، و محاولة لتأسيس موضوع البحث خصصنا فصل أول منه لمفهوم السلطة التقديرية و كذا تعريفها و مبرراتها و أساسها القانوني، كما بحثنا مجالها في القرار الإداري، و المعايير المستعملة لتمييزها عن السلطة المقيدة و كذا نتائج هذا التمييز.

و في الفصل الثاني تعرضنا إلى الآليات التقليدية في الرقابة على السلطة التقديرية تناولنا التأصيل الفقهي لرقابة الوقائع و مستوياتها، ثم بحثنا أوجه هذه الرقابة وهي وجوب بناء القرار على وقائع موجودة ماديا، ثم تعرضنا أيضا لضرورة التكيف القانوني الصحيح للوقائع، و ذلك في كل دول الدراسة المقارنة.

في الباب الثاني تناولنا الآليات الحديثة في رقابة السلطة التقديرية فخصصنا الفصل الأول منه لرقابة التناسب، فتعرضنا لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير و ذلك من حيث مفهومها و كذا تطبيقاتها في دول الدراسة المقارنة، و عرجنا بعد ذلك لبحث نظرية الموازنة بين التكاليف و المزايا فتحدثنا كذلك عن

مفهومها و تطبيقاتها القضائية كما تناولنا رقابة ضرورة الإجراء محللين مفهومها و كذا تطبيقاتها القضائية في كل من فرنسا، مصر، الجزائر.

في الفصل الثاني من هذا الباب تناولنا عيب الانحراف بالسلطة، فبحثنا بداية تعريف هذا العيب و كذا حالاته و صورته، كما تعرضنا للانحراف بالسلطة التقديرية و بحثنا العلاقة بين السلطة التقديرية و عيب الانحراف بالسلطة، كما حللنا اعتقاد الفقه الحديث للمذهب الموضوعي بشأن عيب الانحراف بالسلطة، ثم تناولنا إثبات هذا العيب فتحدثنا عن وسائل الإثبات المباشرة لهذا العيب و الوسائل غير المباشرة. وفي خاتمة الدراسة عرضنا أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها و الإقتراحات التي نرى الأخذ بها لضمان حماية حقوق و حريات الأفراد من أي تعسف من الإدارة من خلال رقابة قضائية محكمة.

الفصل 1

السلطة التقديرية للإدارة و آليات التقليدية لرقابتها

إذا ترك المشرع للإدارة قدرا معيناً من الحرية يعطيها الحق في اتخاذ إجراء معين أو عدم اتخاذه مع توافر شروط معينة أو عدمها نكون أمام سلطة تقديرية، وعندما يفرض المشرع على الإدارة اتخاذ قرار معين وفق شروط محددة تكون أمام سلطة مقيدة، وتخضع الإدارة أثناء ممارستها لسلطتها التقديرية وسلطتها المقيدة لرقابة القضاء الإداري [01] ص 89، والذي يعيننا في الأمر هو رقابة القضاء الإداري للسلطة التقديرية للإدارة وهو الموضوع الذي تنصب عليه أطروحتنا، غير أن القضاء الإداري في رقابته على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية قد مر بمراحل، فكان يكتفي بداية برقابة الوجود المادي للوقائع، والتكيف القانوني للوقائع دون التعرض لرقابة الملاءمة ثم سرعان ما تبنى النظريات الجديدة لرقابة عنصر الملاءمة في القرارات الإدارية، لذلك سنتناول الاتجاهات التقليدية في رقابة السلطة التقديرية، ولكن قبل التعرض لهذه الرقابة لابد من الإحاطة بهذه السلطة التقديرية أولاً حتى نسبر أغوارها بداية في فصل أول، وتأسيساً على ما تقدم نخصص الفصل الأول لبحث ماهية السلطة التقديرية، أما الفصل الثاني نبين فيه الاتجاهات التقليدية لرقابة السلطة التقديرية.

1.1. مفهوم السلطة التقديرية للإدارة

كانت فكرة السلطة التقديرية ولا تزال من أهم المواضيع التي تشغل الفقه الإداري، يعني مبدأ المشروعية خضوع الإدارة إلى حكم القانون الذي يقتدرن دوماً مع مقومات دولة القانون [02] ص ب، وهنا يتبادر إلى الأذهان سؤال هو: هل معنى تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية الإفلات من الرقابة القضائية؟ هذه الرقابة القضائية التي لا معنى لدولة القانون من دونها.

وقبل الوقوف على موضوع دراستنا المنصب على الرقابة القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، تجدر بنا الإحاطة أولاً بهذه السلطة، من حيث مفهومها في فصل أول، محاولين تسليط الضوء على مراحل ظهورها، مع إدراجنا لتعاريف حولها، ومبرراتها، والأساس القانوني الذي يرسبها، في مبحث أول، وسنتحدث عن مجال هذه السلطة في القرار الإداري في مبحث ثان،

سنناول المعايير المستعملة لتمييزها عن الاختصاص المقيد ونتائج هذا التمييز في البحث الثالث.

1.1.1.1. مراحل ظهور السلطة التقديرية للإدارة وتعريفها ومبرراتها وأساسها القانوني

قبل الخوض في الحديث عن السلطة التقديرية للإدارة التي هي محور دراستنا، لابد علينا أن نعرف مراحل ظهورها، عن طريق الإحاطة بالظروف التاريخية التي دعت إلى ظهورها مخصصين لها المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنهتم بتحليل تعريف السلطة التقديرية للإدارة ومبرراتها وأساسها القانوني .

1.1.1.1.1. مراحل ظهور السلطة التقديرية للإدارة

نشأ القانون الإداري قضائياً بالدرجة الأولى، حيث راح القاضي الإداري يبتدع النظريات حلاً للنزاعات التي تطرح عليه، وإذا كنا نسعى إلى بيان مراحل ظهور السلطة التقديرية، فلا بد أن يكون ذلك في ضوء تطور الرقابة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي الذي لا غنى لنا عنه [03] ص52، ولابد أن نتبعه تاريخياً، إذ ارتأينا بداية الإشارة إلى المرحلة التي اختفى كل تقدير للإدارة فيها، ثم نتعرض لمرحلة الإدارة البحتة، وبعدها نشير إلى مرحلة القرارات التقديرية، وأخيراً نصل إلى مرحلة السلطة التقديرية، وسوف نتناول كل مرحلة من هذه المراحل بشكل موجز دون الإخلال بالموضوع.

1.1.1.1.1.1. مرحلة الاختصاص المقيد للإدارة

في هذه المرحلة لم تكن الإدارة تتمتع بأي صلاحية في تقدير أعمالها وقراراتها، بل إن عملها كان مجرد عمل آلي يقتصر على تنفيذ القانون ليس إلا، وهي المرحلة التي تزامنت مع قيام الثورة الفرنسية، ومع صدور إعلان حقوق الإنسان عام 1789م، حيث يصدق على هذه المرحلة وصف الاختصاص المقيد للإدارة العامة، وتأكيداً على هذا النهج تم تفسير مبدأ الفصل بين السلطات بشكل يخدم هذه الفكرة ويسعى لتحقيقها، ألا وهي فكرة سيادة القانون وقيام دولة القانون، حيث أخذ تفسير مبدأ الفصل بين السلطات منحى استقلال السلطة الإدارية عن السلطة القضائية استقلالا يحول دون خضوع أي منها للآخرى، ولا خوف – وفقاً لوجهة نظر رجال الثورة الفرنسية – من هذه النتيجة، نظراً لكون كلا السلطتين خاضعتين تماماً لأحكام القانون، وهذا الأخير لم يترك لأي منها قدراً من حرية التقدير [04] ص48، حتى أن رجال الثورة الفرنسية حرصوا كل الحرص على التمسك بهذا الفصل، نظراً للسمعة السيئة التي كانت تحيط بالمحاكم القضائية آنذاك نتيجة سوء استعمال سلطاتها تجاه الإدارة، ووقوفها حجر عثرة أمام ما كانت تهدف إلى تحقيقه من إصلاحات وتطورات، ونتيجة لذلك كله أصبح محرماً على السلطة القضائية أن تبشر أية رقابة على أعمال الإدارة [05] ص40

2.1.1.1.1.1. مرحلة سلطة الإدارة المطلقة على المنازعات الإدارية

تميزت هذه المرحلة بتحول جذري وضع الإدارة الفرنسية رأسا على عقب فبعد أن كان اختصاصها في المرحلة السابقة مقيدا، غدا في ظل هذه المرحلة اختصاصا تقديريا، خاصة بعد إنشاء مجلس الدولة الفرنسي عام 1799 م من قبل الإمبراطور نابليون بونابرت Napoléon Bonaparte، والذي لم تجعله نزاعه الديكتاتورية يقدم على إنشاء محاكم مستقلة تحاسب رجاله وتتنظر في تصرفاتهم، ولم يكن من المتصور عنده أن يقبل بأن يترك الإدارة تحت رحمة قضاء مستقل يفصل في إشكالات الإدارة، إلا أن الإمبراطور نابليون أراد أن يضع حدا لشكوى المواطنين من عدم وجود قضاء يفصل في منازعاتهم مع الإدارة، فأنشأ مجلس الدولة وجعله خاضعا له [06]ص61

ولد مجلس الدولة الفرنسي من صلب الإدارة، حيث كان يحاول بسط رقابته على قرارات الإدارة تدريجيا، وخلال هذه المرحلة كان هذا المجلس يمنع القضاء من بسط رقابته على قرارات الإدارة باستثناء ما كان منها يمس حقا شخصيا أو حقا مكتسبا، ففي هذه الحالة فقط يجوز الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري، وحتى في مثل هذه الحالة كانت هناك إمكانية كبيرة لتجاوز هذا القيد إذا كان متعلقا بالمصلحة العامة التي تهدف الإدارة إلى تحقيقها أو حمايتها، وتدخل بالنهاية في صلب قرارات الإدارة البحتة، ومما لا يجوز الطعن فيها قضائيا بأي شكل من الأشكال حتى وإن كانت تمس حقوقا شخصية أو مكتسبة للأفراد [04]ص49

3.1.1.1.1.1. مرحلة القرارات التقديرية

بدأ مجلس الدولة الفرنسي في الفترة ما بين 1866-1868 في التنازل عن توافر شرط الحق المكتسب أو الحق الشخصي كشرط قبول فيما يتعلق بطعني عدم الاختصاص وعيب الشكل في كل القرارات دون استثناء، وبذلك اختفت قرارات الإدارة البحتة [02]ص35 ويشير الفقيه دي كال Dé kal إلى أن هذا التحول تم عندما أعلن مفوضو الدولة أنه في بعض الحالات يكفي تبريرا للطعن بالإلغاء قيام المصلحة البسيطة، وهذا يحدث عندما توجد مخالفة لشكل أوجب القانون حماية لمصالح يعينها، وينتهي الفقيه إلى تعريف القرار التقديري بأنه القرار الذي يتخذ بواسطة سلطة مختصة في الشكل المقرر بالقوانين واللوائح، وفي صدد ممارسة تقدير حر سواء فيما يختص بالسبب أو المحل أو الغرض [03]ص55 وتبع ذلك صدور قانون 23 ماي 1872 الذي اعترف في المادة التاسعة بحق القضاء في رقابة الشكل والاختصاص، ويرى بعض الفقه أنه فرضت رقابة في هذه المرحلة فيما يتعلق بعيب الانحراف، حيث كان هذا الأخير مختلطا بعيب عدم الاختصاص على اعتبار أنه صورة

من صور عدم الاختصاص تتضمن تجاوزا في التفويض الممنوح لرجل الإدارة، ومن الملاحظ - وإن كانت المصلحة البسيطة قد أصبحت كافية للطعن بعدم الاختصاص، أو لعيب الشكل -، فإن شرط المساس بالحقوق الشخصية ظل لازما لممارسة الطعن على أساس الانحراف حتى مرحلة متقدمة، وفي مستهل القرن العشرين غطت المصلحة البسيطة عيب الانحراف، ومر عيب مخالفة القانون بالتطور نفسه [03]ص56

4.1.1.1.1. مرحلة السلطة التقديرية

شهدت هذه المرحلة التحول الذي أبداه مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة في قبول دعوى الإلغاء إذا كان مبنى الطعن هو الانحراف بالسلطة لمجرد توافر المصلحة الشخصية لصاحب الدعوى، ولم يشترط لها أن يكون صاحب حق مكتسب أصابه القرار المطعون فيه بضرر، وقد أفصح مجلس الدولة عن تحوله هذا من خلال حكمه في قضية NOLLET [02]ص118 حيث يتعلق هذا الحكم بقبول مجلس الدولة الفرنسي الدعوى بمجرد وجود المصلحة البسيطة، وذلك لمالكي منازل على شط البحر منعوا من امتيازات ضرورية للحفاظ على منازلهم، بمناسبة صدور لائحة إدارية تمنعهم من تلك الإمتيازات، وبهذا التطور انتقلت الرقابة إلى الشرعية الداخلية في القرار، وبالتالي اختفى القرار التقديرى، وأصبح التساؤل موجهها عن عناصر القرار التي يكمن فيها التقدير [02]ص54

وفي عام 1906 باشر مجلس الدولة الفرنسي في بحث عيب مخالفة القانون استقلالا عن أي حق مكتسب [03]ص59، وبذلك أصبح من عيوب المشروعية وبالتالي فإن الانتقال من مرحلة قضائية إلى مرحلة قضائية أخرى جديدة، أبرز معالمها النظر إلى تقدير الإدارة على أنه ليس تقديرا مطلقا يتناول كافة العناصر الداخلية للقرار، وإنما فقط بعض تلك العناصر، الأمر الذي يقلل من خطر التحكم والاستبداد الإداري من ناحية، ويزيد من ضمانات حقوق الأفراد وحمايتهم من ناحية أخرى [04]ص50

2.1.1.1. تعريف السلطة التقديرية للإدارة و مبرراتها وأساسها القانوني

من خلال مطلبنا هذا سنتناول تعريف السلطة التقديرية للإدارة محاولين تحليل ما أتى به الفقه الإداري من تعاريف لها، وسنحاول أيضا بيان مبرراتها، والأساس القانوني الذي تبنى عليه هذه السلطة.

1.2.1.1.1. تعريف السلطة التقديرية للإدارة

تعني كلمة التقدير *discrétion* من الناحية اللغوية إمكانية التقرير الحر، أي التصرف طبقا لإرادة صاحب التصرف وطبقا لمحض رغبته الذاتية، إلا أن المعنى القانوني لهذه الكلمة يفترض تعدد القرارات المتاحة تحت تصرف صاحب التصرف، وإمكانية أن يختار بين هذه القرارات المتعددة [02] ص 61

وفي هذا عرف الفقيه الفرنسي الكبير بونار **BONNARD** السلطة التقديرية للإدارة فقال: « إن سلطة الإدارة تكون تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها اختصاصات معينة بصدد علاقاتها مع الأفراد الحرية في أن تتدخل أو أن تمتنع عن التدخل، ووقت هذا التدخل وطريقته، ومضمون القرار الذي تصدره في هذا الشأن»، أي أن السلطة التقديرية للإدارة تتمثل في حرية التقدير التي يعطيها المشرع للإدارة لكي تحدد ما الذي ترى أن تفعله، وما الذي ترى أن تتخلى عنه، دون أن يحدد لها المبررات التي تلتزم بممارسة اختصاصاتها على أساسها. [07] ص 46

وعلى هذا المنوال عرفها أيضا ديلوبادير **DE LAUBADERE** بأنها القدر من الحرية الذي يتركه المشرع للإدارة كي تبأشر وظيفتها الإدارية على أكمل وجه [08] ص 204 أما الفقيه فالين **VALINE** يقول: تكون الإدارة بصدد سلطة تقديرية حينما يترك لها القانون مجالا حرا للتقدير، مثل الترخيص في العمل أو الامتناع، أو أن يترك لها اختيار الإجراء الذي يتخذ بصدد موقف معين [03] ص 48 وعرفت كذلك على أنها تمتع السلطة الإدارية بهامش من الحرية في التدخل أو عدم التدخل، أو في اختيار أي حل من الحلول تراه مناسبا [09] ص 587

كما عرفها أيضا الفقيه ميشو **MICHOUD** بأنها ترك القانون الحرية لها في مباشرة نشاطها دون أن يفرض عليها المشرع ضرورة التصرف على نحو إلزامي معين، وعلى ذلك يترك القانون للإدارة حرية تقدير اختيار العمل والقيام به في الوقت المناسب الذي تراه ملائما للظروف والأحوال دون أن يملّي عليها مقدما مسلكا محددًا يتعين عليها اتخاذه في هذا الخصوص. ومن الأمثلة التي يسوقها الفقه الفرنسي للسلطة التقديرية حالة منح الأوسمة والنياشين، إذ تستقل السلطة وحدها هنا بحرية تقدير عما إذا كان يستحق أحد الأفراد تكريمه بمنحه أحد النياشين المقررة [10] ص 53

غير أن الدكتور الطماوي يرى أن جوهر السلطة التقديرية ينحصر في حق الإدارة في الاختيار بين عدة حلول كلها مشروعة [11] ص 48

وتصب جل التعريفات في مجرى واحد هو حرية التقدير أو حرية الاختيار، بينما يربط جانب آخر من الفقه بين السلطة التقديرية وعنصر ملائمة التصرف،

فعرفوا السلطة التقديرية على أنها حرية الإدارة في اختيار بين عدة قرارات تتوافق كلها ومبدأ المشروعية وحرية تقدير ملاءمة الظروف والحلول التي ترى أنها الأنسب لها [12] ص 64

ويقول الدكتور محمد فؤاد مهنا: "مادام أنه لا توجد قواعد قانونية تحدد مسلك الإدارة فمعنى هذا أننا بعيديون عن السلطة المقيدة، وعلى الإدارة وحدها أن تقرر أن هذا الإجراء ملائم أو غير ملائم و أن تزن وحدها ملاءمة قراراتها للظروف الواقعية [13] ص 1143 على أن عنصر ملاءمة التصرف من أهم عناصر السلطة التقديرية، ولكنه ليس العنصر الوحيد ضمنها، إذ للإدارة الحرية كذلك في تحديد مضمون القرار، وكذلك الحرية في اختيار وقت التدخل، وبالتالي يمكن لنا استنتاج عناصر السلطة التقديرية من خلال مجموع التعريفات السابقة لها وكما يلي:

- أولاً: عنصر ملاءمة التصرف: ويتمثل هذا العنصر بالحرية في القيام بالتصرف أو الامتناع عنه، وكذلك اختيار إصدار قرار من بين عدة قرارات متاحة.
- ثانياً: عنصر تحديد مضمون القرار: أي حرية الإدارة في تقدير الوسائل والأساليب التي يتعين استعمالها وإتباعها لتحقيق الأهداف التي تستهدفها [14] ص 567
- ثالثاً: عنصر اختيار الوقت: فللإدارة تتمتع بهذا العنصر المهم، كما أنها تتمتع به حتى في شأن القرارات المقيدة ولو بقدر ضئيل من الحرية، لأنها تختار الوقت حسب مقتضى ضرورات العمل الإداري، ولكن بحدود المعقول [15] ص 64، وسنفصل هذه النقطة في المبحث المتعلق بمجال السلطة التقديرية بشأن ركن المحل.

لذلك نرى أنه لا بد من تعريف يكون جامعاً لكل عناصر السلطة التقديرية دون إغفال أي عنصر منها، وبناء على ذلك فالسلطة التقديرية تعني: إعطاء المشرع الحرية لرجل الإدارة في القيام بعمل أو الامتناع عنه، أو في إصدار قرار من بين عدة قرارات متاحة، وفي الوقت الذي تراه مناسباً لذلك، وفي تحديد مضمون هذا القرار.

أما القضاء الإداري فيعترف للإدارة بالسلطة التقديرية ويجعل منها الأصل في ممارسة الإدارة لمهامها ما لم تقيد بها النصوص القانونية، إذ لا يجوز للسلطة الإدارية التخلي عن استعمال سلطاتها التقديرية، كما لا يجوز لها أيضاً تحويل سلطاتها التقديرية إلى اختصاص مقيد بالتطبيق الآلي المحدود، فالاجتهاد القضائي يسهر على إلزام الإدارة بفحص كل حالة على حدة، قبل أي تدخل تقوم به واستعمالها لسلطاتها التقديرية [15] ص 63

2.2.1.1.1. مبررات السلطة التقديرية

إذا كانت السلطة التقديرية تتضمن توسيعاً لدائرة مبدأ المشروعية ونطاقه دون تجاوز له أو خروج عن مقتضاه، فإنها تعد في الوقت ذاته سلطة خطيرة، إذ هي لا تخضع لرقابة الملاءمة، وهنا تبدو خطورة منح السلطة حين ممارستها الإدارة وتسيء استعمالها بشأن المراكز القانونية للأفراد فتؤثر على حقوقهم وحياتهم [16] ص 137

وعلى الرغم من خطورة هذه السلطة إذا ما أسيء استخدامها، فإن وجودها يبدو أمراً لا مناص منه، إذ لا يمكن بأي حال تقييد نشاط الإدارة بصفة مطلقة وفرض سلوك محدد يتعين عليها أن تتبعه في جميع أوجه نشاطها. لهذا أجمع الفقه على ضرورة تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية خاصة وأنها تخضع لرقابة القضاء إذا تجاوزت حدود هذه السلطة، ويمكن إجمال المبررات لذلك فيما يلي:

- أولاً: خبرة الإدارة بتسيير أعمالها: إن المشرع لا يتمتع عادة بالقدر الكافي من الخبرة الإدارية التي تمكنه من استنباط كافة الضوابط الإدارية التي تحكم سير العمل بالإدارة العامة بما يناسب ظروف تلك الإدارة وطبيعة مشاكلها المختلفة وأسلوب العمل بها، بينما يتمتع رجال الإدارة العامة بتلك الخبرة بحكم طبيعة عملهم، مما يجعلهم أكثر قدرة على حسن تقدير الأمور وعلى اتخاذ القرار المناسب فيما يتعلق بكل حالة على حدة [07] ص 48

- ثانياً: فكرة الاستحالة الفنية: من شبه المستحيل أن يضع المشرع قواعد عامة مجردة تعالج كافة تفاصيل الحياة الإدارية بما فيها تعقيدات المراكز الفردية، فهو لا يستطيع التنبؤ بكل ظروف وملابسات التصرف، لذلك كان من المحتم أن يقتصر التشريع على وضع القواعد والمبادئ العامة، وأن يترك للإدارة سلطة معالجة الحالات الفردية بما يتفق مع كل حالة على

حدة [17] ص 10

فالسطة التقديرية ينظر إليها كضرورة لازمة وليست وليدة الصدفة أو الفراغ القانوني،

وهي تلبى رغبة المشرع في ترك مجال من الحرية لتساير به تطورات مجالاتها [15] ص 59

- ثالثاً: ضرورة مراعات المصلحة العامة: إن الصالح العام يقتضي الاعتراف للإدارة بصلاحيته

تقديرية في بعض الحالات، حيث لا يمكن أن يقتصر دور الإدارة على مجرد التنفيذ الآلي

للقانون، أو أن يكون مجرد آلة صماء أو أداة لتنفيذه تنفيذاً حرفياً بدون تفكير، بل يتعين منحها

القدرة على الاختيار والاعتراف لها بقدر من حرية التصرف لتنمية ملكة الابتكار والتجديد لديها

مما يكفل في النهاية حسن سير المرافق العامة [04] ص 09

لهذا قيل وبحق - إن منح الإدارة مثل هذه الصلاحية يعد مسألة ضرورية لرفع كفاءة الجهاز

الإداري وزيادة فعاليته خاصة بعد تدخل الإدارة في شتى المجالات والميادين الاقتصادية واجتماعية

والثقافية، العمرانية، الصحة، الأمر الذي يقتضي منحها هامشاً من حرية التقدير، وإلا أصبحت عاجزة عن

تحقيق تلك المهام وأضحت الإدارة عبئا ثقيلا على الاقتصاد الوطني وعقبة أمام التقدم والتنمية

الاقتصادية [18] ص 57

-رابعا : تقادي عيوب السلطة المقيدة: إذا كانت السلطة المقيدة تبدو لأول وهلة ضمانا لحقوق الأفراد وحررياتهم ضد تعسف الإدارة، إلا أن السلطة المقيدة ليست دائما في صالح الأفراد، فهي في كثير من الحالات تنتهي إلى وضع عراقيل ذات طابع عملي بالنسبة للمواطنين وتؤدي إلى بطء وإرباك وتعقيد في العمل الإداري، ناهيك عن أن السلطة المقيدة كثيرا ما تهدد بفقدان الروح الإنسانية في العمل الإداري، لأن القاعدة القانونية بحكم أنها قاعدة عامة ومجردة، وأنها تعالج حالات مستقبلية يصعب التنبؤ سلفا بوقائعها وملابساتها مما يجعلها تقرر المبادئ نفسها والأحكام ذاتها لعدد لا نهائي من الحالات الفردية المستقبلية التي قد لا تتطابق حتما مطابقة تامة، بل هي بطبيعة الحال تختلف عن بعضها اختلافا يتباين مداه، ولا شك في أن هذا الاختلاف وذلك التباين في الوقائع والملابسات للحالات الفردية يفرزان أحيانا عدم ملائمة القاعدة القانونية للتطبيق في كثير من هذه الحالات، لذلك كان من البديهي أن تتمتع الإدارة بصلاحيات تقديرية تمكنها من أن تبعث في التطبيق الفردي للقاعدة القانونية تلك الروح الإنسانية والعدالة التي قد تفتقدها بسبب تجريدها وعموميتها [17] ص 11

أن السلطة التقديرية ضرورية فهي تضي على تطبيق القاعدة القانونية طابع العدالة، تلك

القاعدة التي يضحى بها المشرع، عند التقنين في سبيل النظام [19] ص 193

لذلك نرى أنه أصبح من الضروري أن تمنح الإدارة هامشا من حرية التصرف للتعامل ومتغيرات الحياة الإدارية، تحقيقا للموازنة بين القيود المفروضة على الإدارة حماية لمبدأ المشروعية لضمان حقوق الأفراد وحررياتهم وبين حتمية تخلص الإدارة من الجمود والروتين الإداري ضمانا للمصلحة العامة، خاصة وأن الإدارة في ممارستها للسلطة التقديرية تخضع لرقابة القضاء الإداري الذي خطا خطوات جبارة في رقابته لأعمال الإدارة العامة.

3.2.1.1.1. الأساس القانوني للسلطة التقديرية

إذا كانت السلطة التقديرية ضرورة لا غنى عنها ومن مسلمات الفقه الإداري، فالباحث بموضوعها ليس له أن يتخطى بحث تأصيل الأساس القانوني لفكرة السلطة التقديرية للإدارة، إذ يتبادر إلى الذهن سؤال هو: كيف وجدت فكرة السلطة التقديرية؟ وللإجابة عن هذا السؤال سوف نتحرى ما أتى به الفقه من أفكار في ما يلي:

1.3.2.1.1.1. فكرة تدرج القواعد القانونية

وهي فكرة ترجع في الأساس إلى نظرية الفقيه النمساوي **كلسن Kelsen** في تفسير خضوع الدولة للقانون، وبمقتضى هذه الفكرة تتدرج القواعد القانونية في الدولة في مراتب مختلفة، بحيث تكون كل قاعدة قانونية في هذا التدرج تنفيذا للقاعدة الأعلى منها مرتبة وذلك من ناحية، ومنشئة للقاعدة الأدنى منها مرتبة من ناحية أخرى [20] ص 34

ولن يكون اختصاص رجل الإدارة تقديريا إلا بقدر ما يضيفه في قراره من العناصر إلى القاعدة التي استمد منها اختصاصه، فيكون اختصاصه مقيدا إذا اقتصر قراره على التنفيذ الحرفي والآلي للقاعدة التي استمد منها اختصاصه، دون أن يضيف إليها عناصر جديدة، ويعد اختصاصه تقديريا إذا أضاف إلى هذه القاعدة عناصر جديدة [18] ص 80

لكن هذه النظرية لا تكفي كأساس للسلطة التقديرية، لأنها تضيق من نطاق السلطة التقديرية في إطار التخصيص ووضع العناصر الجديدة، في حين أنها قد تتحقق كذلك في حالة الاختيار بين قراراتين أو أكثر أو الامتناع عن اتخاذ القرار أو اتخاذه، أو اختيار الوقت المناسب لاتخاذ القرار، وفي هذه الحالات جميعها لا توجد أية إضافة لعناصر جديدة على القاعدة القانونية الأعلى [20] ص 35. لذلك لا يمكن التسليم بأن فكرة تدرج القواعد القانونية تكفي في أن تكون الأساس القانوني لسلطة التقديرية، فرجل الإدارة في الحالات السابقة لم يضيف في حقيقة الأمر أية عناصر جديدة للقاعدة القانونية، وعلى الرغم من ذلك لا أحد ينكر أنها تدخل ضمن السلطة التقديرية لرجل الإدارة.

ويؤخذ على هذه النظرية أيضا أن طبيعة السلطة التقديرية تختلف تماما عن طبيعة القاعدة القانونية، فكل من السلطة التقديرية و القاعدة القانونية طبيعتها الخاصة بها وبالتالي لا يصح استعارة فكرة تدرج القواعد القانونية لتطبيقها في إطار السلطة التقديرية ذات الطبيعة الخاصة، ولكنها بقدر ما تفيد في تبرير قيام هذه السلطة التقديرية للإدارة [03] ص 65 ذلك ما دفع الفقه عن البحث عن نظريات أخرى من شأنها أن تصلح في أن تكون الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة.

2.3.2.1.1.1. نظرية الحقوق الشخصية

تقوم هذه النظرية عند برتلمي وبونار BONNARD- BARTHELEMY على الربط بين الحقوق الشخصية والاختصاص المقيد، وبمفهوم المخالفة، فإن السلطة التقديرية تتحقق في حالة غياب هذه الحقوق، وأساس ذلك أن الحقوق الشخصية تتميز بأن لها وسيلة قانونية لحمايتها تتمثل في الدعوى القضائية، وعن طريقها يمكن للأفراد مطالبة الإدارة بعمل أو الامتناع عنه بوصفه التزاما يقع على عاتق الإدارة، ومن ثم فإنه في حالة الاختصاص التقديري لا يستطيع الأفراد المطالبة بشيء لانتهاء الالتزام أو الرابطة القانونية بين الإدارة وبينهم، وعلى العكس من ذلك فإنه في حالة الاختصاص المقيد يكون هناك

من الحقوق الشخصية ما يتولد مباشرة من المراكز المنصوص عليها بالقوانين، وبالتالي يمكن حمايتها بالدعوى القضائية المتصلة بهذه الحقوق اتصالاً وثيقاً، حيث تتوافر المصلحة الشخصية لدى صاحب الحق للحصول على ما يطالب به من حقوق [20] ص 35

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد من عدة جوانب تمثلت في ما يلي:

- أولاً: يؤخذ على هذه النظرية عدم تسلسلها المنطقي وتناقضها، فوفقاً لوجهة نظرهم يرجعون وجود الاختصاص المقيد إلى الحق الشخصي، كما أنهم من ناحية أخرى يجعلون الحق الشخصي نتيجة للاختصاص المقيد، أي أنه في الوقت ذاته يعتبر الحق الشخصي أساساً ونتيجة

للاختصاص المقيد [02] ص 193

- ثانياً: تعني هذه النظرية مجال السلطة التقديرية لا أساسها، فهي تحدد الحق الشخصي عن طريق علاقة الاختصاص الإداري، وقياساً بمفهوم المخالفة تقرر أن الاختصاص يكون مقيداً عند

تواجد الحق الشخصي [03] ص 67

- ثالثاً: لم تغلح هذه النظرية في إيجاد تفسير منطقي للفرض الذي مؤداه أنه حتى في إطار الحقوق الشخصية فإن هناك ثمة اعتراف للإدارة بحقوقها بوضع قيود على تمتع الأفراد بتلك الحقوق، ومثال ذلك وجود حق شخصي لصاحب الملك في البناء في ملكه الخاص، إلا أن صاحب الملك لا يحق له البناء قبل الحصول على رخصة من الجهة الإدارية المختصة، والملاحظ في هذا المثال بالذات اعتبار المصلحة العامة هي القيد الحقيقي وليس الحقوق الشخصية ذاتها، لأن سلطة الإدارة في هذا الشأن من حيث إعطاء الإجازة أو رفض إعطائها مرهون بتحقيق المصلحة العامة [04] ص 21

غير أن هناك أمثلة كثيرة من حالات الاختصاص المقيد لا تجد مصدرها في الحقوق الشخصية، كحالة اختصاص الإدارة المقيد بإدراج اسم كل مواطن تتوافر فيه شروط الناخب في

قوائم الناخبين [02] ص 195

ومن جهة أخرى فإن الاختصاص المقيد يكون مع قيام المصلحة دون الحق، وهذا ما

يفسر قبول الطعن بتجاوز السلطة اكتفاءً بقيام المصلحة [03] ص 67

وبالتالي نرى أن هذه النظرية لا تكفي كأساس لقيام السلطة التقديرية، الأمر الذي يدفعنا إلى الانتقال إلى فكرة المشروع عسى أن نجد فيها الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة.

3.3.2.1.1.1. فكرة المشروع

تقوم هذه الفكرة على النظر إلى النشاط الإداري على اعتبار أنه نوع من المشروعات الخاصة أو الفردية. وبما أن الأفراد يتمتعون عند إدارتهم لمشروعاتهم وأوجه نشاطهم بقدر كبير من حرية التقدير، فإن الإدارة كذلك تتمتع بقدر واسع من السلطة التقديرية عندما تتولى إدارة

مشروعاتها وتسييرها، أو بالأحرى عندما تباشر نشاطها الإداري، وهذا يعني أن سبب تمتع الإدارة بالاستقلال وحرية التقدير في ممارسة النشاط الإداري يكمن في صفة المشروع التي تصبغ هذا النشاط الإداري [20] ص 36

ويوضح العميد هوريو HAURIOU هذه الفكرة قائلا: إن الهيئات الإدارية كالأفراد الذين هم رؤساء مشروع لهم لهذا السبب أن يقيدوا أنفسهم تقيدا ذاتيا، كما أن لهم أن يقدروا ملاءمة أعمالهم، بل إن صفة رؤساء المشروع تظهر في الهيئات بشكل أكبر مما هي ظاهرة على الصعيد الفردي، ذلك لأن الهيئات الإدارية كمؤسسات تعمل لمصلحة الدولة والأفراد، إنما هي في حقيقتها مشروع كبير للنظام العام والمنفعة العامة [15] ص 59

وفي الحقيقة تم انتقاد التشبيه الكامل لهذه النظرية بالمشاريع الخاصة للإدارة العامة، وهذا مالا يمكن التسليم به، فالمشروع الفردي في مجال القانون الخاص لا يستهدف أساسا إشباع المصلحة العامة وإنما مصلحة خاصة [02] ص 203

ويضيف معارضو فكرة المشروع أن اعتبار السلطة التقديرية حقيقة موضوعية سيؤدي إلى التجهيل بدور القاضي في التدخل لتقييد سلطة الإدارة، كما يعجزه عن التدخل لتفسير إرادة المشرع فيما يتعلق بالنصوص الغامضة أو العامة، لكن يرد بعض الفقه على هذا الانتقاد بأن هذه المسألة التي يثيرونها تتعلق بمجال السلطة التقديرية وليس بأساس قيامها [03] ص 82

ونحن نؤيد فكرة المشروع كأساس للسلطة التقديرية على الرغم من أنها مقتبسة من القانون الخاص، فكثيرا ما أخذ القانون الإداري كثيرا من مبادئ القانون المدني وأسبغ عليها خصوصية القانون الإداري، ففكرة المشروع هي الأجدى في تفسير أساس السلطة التقديرية مع عدم إغفال ضرورة فرض الرقابة القضائية على أعمال الإدارة عند ممارستها لهذه السلطة.

بعد تحليلنا لمرحل ظهور السلطة التقديرية تاريخيا وفق تطور مجلس الدولة الفرنسي وإحاطتنا بتعريفها ومبرراتها وكذا أساسها القانوني ، نرى لزاما علينا أن نحيط أيضا بمجال هذه السلطة في القرار الإداري، فأين توجد هذه السلطة في أركان القرار الإداري؟ وهذا ما سيتم تحليله في المبحث الثاني.

2.1.1. مجال السلطة التقديرية للإدارة

تقترن السلطة التقديرية للإدارة دوما ب
القرار الإداري الذي هو أهم وسيلة قانونية حتى تباشر الإدارة نشاطها، فالسلطة التقديرية في مجال العقود الإدارية لا تظهر إلا في القرارات الإدارية المتصلة بهذه العقود، وبالتالي لابد من أجل دراسة مجال السلطة التقديرية من تسليط الضوء على القرار الإداري، وعلى أركانه

بالخصوص، حتى نتبين أين توجد السلطة التقديرية للإدارة في كل ركن من أركانه، والتي تتمحور حولها مشروعية هذا القرار، وسنسلط الضوء بداية على الأركان الخارجية للقرار، ونعني بذلك ركن الاختصاص و ركن الشكل والإجراءات في المطلب الأول، ثم سنبحث بعد ذلك الأركان الداخلية للقرار والمتعلقة بركن المحل، وركن السبب، وأخيرا ركن الغاية في المطلب الثاني.

1.2.1.1. السلطة التقديرية و الأركان الخارجية للقرار

نتيجة لاعتبار ركني الشكل والإجراءات والاختصاص يمثلان المشروعية الخارجية للقرار الإداري، وهما أول ما يبحث فيه القاضي الإداري في القرار الإداري، استقر الفقه والقضاء الإداري على أن هذين الركنين لا يمكن أن تتمتع بهما الإدارة بأي سلطة تقديرية، وهذا ما سنحاول توضيحه في هذا المطلب، لذلك ارتأينا الجمع بينهما في مطلب واحد، وتخصيص فرع لكل ركن منهما.

1.1.2.1.1. ركن الاختصاص Competence

يعرف ركن الاختصاص على أنه الأهلية القانونية لسلطة إدارية في اتخاذ قرار أو أي تصرف يدخل في اختصاصها [01] ص 306. حيث تكون الإدارة دوما مقيدة بركن الاختصاص، ذلك أن القانون يحدد بصفة دائمة الجهة المختصة بإصدار القرار، فلا تملك الإدارة بشأنه سلطة التقدير والخروج تبعا لذلك عن حدود الاختصاص الذي عينه القانون، وكان مشوبا بعيب عدم الاختصاص، ويكون قابلا للطعن فيه بالإلغاء، فإذا ما أضفنا إلى ذلك أن قواعد الاختصاص هي دائما قواعد أمرة، وأن عيب الاختصاص هو العيب الوحيد من عيوب القرار الإداري الذي يتعلق بالنظام العام [16] ص 148، مما يعطي الحق للقاضي الإداري في التصدي له والبحث فيه من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يطالب به الطاعن بالإلغاء في القرار الإداري، بالإضافة إلى أنه لا يجوز تصحيح القرار المعيب بعدم الاختصاص، ولا يجوز لصاحب الاختصاص أيضا التنازل عنه، كما يمكن إثارة هذا العيب في مختلف مراحل الدعوى القضائية [21] ص 204 لذلك فإن ركن الاختصاص لا تتمتع الإدارة فيه بأي سلطة تقديرية فليس لها الخروج عن مقتضا هذه القواعد الأمرة التي يتميز بها ركن الاختصاص.

2.1.2.1.1. ركن الشكل والإجراءات Forme et Procédures

نعني بركن الشكل والإجراءات القالب الذي يوضع فيه القرار الإداري للإفصاح عن

إرادة الإدارة والإجراءات التي تتبعها في إصداره، وعليه فإن صدور القرار الإداري دون التزام الإدارة بالشكليات التي ينص عليها القانون أو دون إتباع الإجراءات المقررة قانوناً، يصيب القرار بعيب الشكل ويجعله قابلاً للإلغاء لعدم المشروعية [22] ص 274 وعليها أن لا تخالف الإجراءات والشكليات الجوهرية، وهذا ما وصل إليه الفقه والقضاء الإداري، مفرقا بينها وبين الإجراءات والشكليات الثانوية التي لا ترتب بطلان القرار الإداري، فأورد القضاء الإداري حالات الشكليات والإجراءات الجوهرية كما يلي:

- إذا وصفه القانون صراحة بأنه جوهرياً أو ما يفيد ذلك.
- إذا رتب القانون البطلان كجزء على مخالفة الشكل والإجراء.
- إذا كان الإجراء أو الشكل جوهرياً في ذاته أو بطبيعته وهو يتحقق في حالة إذا ما كان من شأن الشكل أو الإجراء التأثير على مسلك الإدارة وهي تحدد مضمون القرار، أو إذا كان الشكل أو الإجراء مقراً لحماية مصالح المخاطبين بأحكام القرار. أو إذا كان من شأن الشكل أو الإجراء التأثير على ضمانات الأفراد تجاه الإدارة [20] ص 118
- فمن المتفق عليه أن الإدارة لا تتمتع بأي سلطة تقديرية كلما تعلق الأمر بالإجراءات والشكليات الجوهرية، وهي تلك التي ينص عليها القانون أو التي تكون مقررّة لمصلحة الأفراد، دون الإجراءات الثانوية التي تتمتع بها بقسط من حرية التقدير بشأنها بحيث لا يترتب البطلان على مخالفتها [23] ص 40.
- إنّ، الإدارة لا يمكنها بأي حال من الأحوال التمتع بالسلطة تقديرية بخصوص ركن الشكل والإجراءات (الجوهرية)، وكذلك ركن الاختصاص.

1.2.1.1. السلطة التقديرية و الأركان الداخلية للقرار

تعتبر الأركان الداخلية للقرار الإداري المجال الخصب للسلطة التقديرية للإدارة، وخصوصاً ركني السبب والمحل، فغالباً ما يعطي المشرع حرية الاختيار لرجل الإدارة في تحديد السبب أو حرية اتخاذ القرار المناسب، أو اختيار قرار من بين عدة حلول ممكنة، أما ركن الغاية فلا سلطة تقديرية لرجل الإدارة بخصوصها، وذلك ما سيتم تحليله في هذا المطلب، مخصصين فرعاً لكل ركن من الأركان الداخلية للقرار.

1.2.2.1.1. ركن السبب (Cause) Motif

نسلط الضوء في هذا المطلب على حدود السلطة التقديرية في ركن السبب للقرار الإداري بالقدر الكافي لبيان مجالها في هذا الركن، تاركين الحديث عن الرقابة القضائية على هذا

الركن بشكل مفصل ودقيق في الفصل الثاني من الباب الأول، وذلك منعا للتكرار.

ويقصد بركن السبب في القرار الإداري بأنه الحالة الواقعية أو القانونية التي تتم بعيدا

عن ركن الإدارة، فتوحي له باتخاذ قراره [01]ص363

كما عرف أيضا بأنه مجموعة من العناصر القانونية والواقعية الموضوعية التي تحدث

أولا ومسبقا، وتوحي لرجل الإدارة أن بإمكانه قانونا التدخل وإصدار قرار إداري معين [02]ص

229

على أن الأسباب القانونية هي الأسس القانونية التي يبنى عليها القرار، وتعد شرطا

ضروريا لمشروعية القرار الصادر بناء عليها، وتتمثل هذه الأسباب في قاعدة قانونية مكتوبة

واردة (إما في الدستور، أو القانون، أو النظام)، أو في قاعدة غير مكتوبة سواء كانت مبدأ من

المبادئ العامة للقانون أم قاعدة عرفية [24]ص306

و قد تكفي هذه الأسباب القانونية وحدها لإصدار بعض القرارات الإدارية خاصة الأنظمة

الإدارية، ولكن بالنسبة للقرارات الفردية، فلا بد أن تكون مقرونة بحالة من الواقع لإصدار

القرار، على أن هذه الأخيرة لا تغني عن وجود الحالة القانونية [24]ص306

ومن أمثلة الحالة القانونية التي تكون أساسا قانونيا للقرار الإداري، مدة الخدمة فيما

يتعلق بالترقية على أساس الأقدمية المطلقة، وكذلك الشروط المطلوبة للحصول على رخصة

معينة مثلا، فإذا ما حدد القانون هذه المدة أو تلك الشروط، كان على الإدارة أن تلتزم بترقية

الموظف عند استكمال المدة المحددة، أو منح الترخيص المطلوب إذا تحققت الشروط القانونية،

ومعنى ذلك أن سلطة الإدارة إزاء هذه الحالات سلطة مقيدة، ومن ثم لا تملك حيالها أي سلطة في

التقدير [25]ص26

أما الأسباب الواقعية فيقصد بها الحالات الواقعية أو المستقبلية التي يتوجب قيامها حتى

تملك الإدارة اتخاذ قرار بشأنها، ومن أمثلتها الطلب الذي يتقدم به الموظف لإحالاته على التقاعد،

والخطأ التأديبي، والتهديد بالفوضى الذي يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام [04]ص34

على أن القانون قد يتدخل ويحدد في حالات معينة وجوب إسناد القرار لأسباب محددة،

وفي مثل هذه الحالة لا يكون لجهة الإدارة سلطة تقدير، إذ لا بد أن يكون القرار مبنيا على سبب

من الأسباب التي يحددها القانون، أي أن سلطتها مقيدة [22]ص149

أما في حالة السلطة التقديرية، فإن المشرع قد لا يحدد الأسباب التي يجب أن يستند إليها

القرار الإداري، أو أن يقوم بتحديد مع ترك الحرية للإدارة في اختيار نوعية القرار الذي

يصدر بناء عليها، كما هو الشأن بالنسبة لواجب الإدارة في المحافظة على النظام العام عند

حدوث إخلال به [26]ص218. أي أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في تقدير مدى الخطورة

التي يمكن أن تترتب على الوقائع التي استلزمت إصدار القرار الإداري [07] ص 59 هذا وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة إذا كانت تملك سلطة تقديرية في اعتبار أو عدم اعتبار وقائع معينة سببا يبرر تدخلها واتخاذها قراراتها، إلا أن ما لا تملك الإدارة حياله أية سلطة تقديرية في هذا الخصوص هو وجود الوقائع ذاتها، وكذلك التكييف القانوني لهذه الوقائع، إذ يجب عليها أن تسحب القانون على الوقائع الثابتة لديها، وتطبقه تطبيقا صحيحا. وبالتالي لا يتبقى للإدارة بخصوص ركن السبب من سلطة تقديرية سوى ما تعلق بتقدير خطورة الوقائع الثابتة قانونا في ذاتها والنتائج التي قد تترتب على ذلك [25] ص 25 وسن فصل ذلك بشكل أكبر عند تعرضنا للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في الفصل الثاني من هذا الباب من الأطروحة.

2.2.2.1.1. Rكن المحل L'objet

يقصد بمحل القرار الإداري موضوع القرار المتمثل في الأثر القانوني المباشر المترتب عليه، سواء اتخذ هذا الأثر صيغة إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني فردي [21] ص 295 ويختلف الأثر القانوني بحسب نوع القرار، فإذا كان القرار تنظيميا، فإنه يولد مراكز قانونية عامة ومجردة، وإذا كان فرديا، فإنه ينشئ مركزا فرديا خاصا، فالجزاء التأديبي المفروض على الموظف الذي أخل بواجبه الوظيفي يفرض عليه وحده بالذات دون غيره. وحتى يكون القرار الإداري سليما في محله يجب أن يكون المحل جائزا قانونا أي مشروعا بموجب القواعد القانونية، وأن يكون ممكنا من الناحية العملية (أي أن لا يستحيل تنفيذ القرار)، فالقرار الصادر بهدم منزل قد انهار فعلا قرار إداري معدوم، لقيامه على محل غير ممكن التنفيذ من الناحية العملية [27] ص 20 وتتعدد صور المحل بالقرار الإداري بحسب موقف القانون وفقا لما يختاره المشرع من الأساليب التالية:

- أن يحرم المشرع ترتيب أثر قانوني معين تحريما مطلقا كمصادرة أموال شخص ما، أو كإبعاد المواطنين عن بلادهم أو منعهم من العودة إليها [08] ص 206، فسلطة الإدارة هنا هي مقيدة وعلى الإدارة التزام النص القانوني بالامتناع عن ترتيب مثل هذه الآثار القانونية، فإذا أصدرت مثل هذه القرارات اعتبرت مخالفة إيجابية للقاعدة القانونية [21] ص 300
- أن يفرض المشرع ترتيب أثر قانوني محدد بصدد قرار إداري معين، بحيث لا يترك للإدارة إمكانية الاختيار بين عدة حلول، فتلتزم السلطة الإدارية بمطابقة محل هذا القرار للقواعد القانونية المنظمة للاختصاص بإصداره، وبالتالي ترتيب الأثر القانوني المحدد في القانون، وإلا كان

قرارها مشوبا بعيب مخالفة القانون مخالفة سلبية [20]ص 212، ومثال ذلك إصدار قرار الإحالة على المعاش لبلوغ السن القانونية [03]ص 338

- كما أن للمشرع أن يترك للإدارة الحرية في الاختيار بين عدة حلول، فتستطيع بذلك أن تحدد بحرية محل القرار الذي منحه القانون حق إصداره [02]ص 364 مثال ذلك اختيار الجزاء التأديبي المناسب لخطأ الموظف من بين الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في القانون.
- وقد يتخلى المشرع تماما عن تقييد الإدارة، فيتجنب تحديد ما يمكن لها أن ترتبه من الآثار القانونية، مكتفيا بتحديد الغاية والهدف من القرار، إذ تستطيع الإدارة في مثل هذه الحالة أن تحدد بحرية محل القرار الذي خولها القانون حق إصداره على أساس أن كافة الآثار التي يمكن أن تختارها السلطة الإدارية تعد جائزة ومشروعة قانونا، فمثلا قد يقرر القانون أن للإدارة سلطة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الآداب العامة إذا ما تعرضت لأي تهديد

بالإخلال [28]ص 584

و في خضم بحث مجال السلطة التقديرية بركن المحل لابد من الإشارة إلى نقطة مهمة أثارها الفقه، وهي المتعلقة بوقت التدخل وما إذا كان يشكل عنصرا من عناصر التقدير أم لا ؟ فلمشرع أن يلزم الإدارة أحيانا باتخاذ تصرف معين في فترة محددة، إلا أنها تحتفظ بحريتها في اختيار وقت التدخل استنادا إلى تقديرها للظروف والأحوال، وحتى إذا تحدد وقت التدخل، فإن لحظة التدخل متروكة دائما لتقدير الإدارة [03]ص 232

غير أن الدكتور علي خطار شطناوي يرى أنه لا يمكن اعتبار عنصر اختيار وقت التدخل وإصدار القرار الإداري من عناصر التقدير، وعلة ذلك أن الإدارة تتمتع في حالتي السلطة التقديرية والاختصاص المقيد بنوع من التقدير، ولكن مدى هذه الصلاحية مختلف في الحالتين، إذ نجدها كاملة في حالة السلطة التقديرية، ومقيدة بفترة زمنية في حالة الاختصاص المقيد، وذلك بالنظر لا اعتبار المشرع مضي مدة معينة على تقديم الطلب إلى الإدارة قرارا ضمينا يمكن مخصصته [29]ص 474

وفي الواقع لا يمكننا إنكار ما للإدارة من سلطة تقديرية في اختيار وقت التدخل في إصدار قراراتها، وحتى إذا حدد القانون وقت التدخل بفترة زمنية محددة يبقى لها اختيار لحظة التدخل، وفي هذا الصدد درج مجلس الدولة الفرنسي على انعدام مناقشته للإدارة في أسباب اختيار وقت تدخلها، ولكن بالنسبة لقضاء التعويض فإن مجلس الدولة يميل إلى الرقابة في تأخر الإدارة تأخرا ملموسا وغير مبرر، ويحدث ضررا يصيب فردا أو أفرادا، أو أن تتدخل الإدارة بسرعة في وقت لا يستدعي تدخلها، مرتبة أضرار [30]ص 114. ومن هنا فعلى الإدارة تعويض المتضرر، وسنفصل في هذه المسألة لاحقا.

على أنه يبدو جليا ارتباط كل من السبب والمحل ببعضهما بعضا، إذ تتجلى بالنسبة

لهما سلطة الإدارة التقديرية الحقيقية وموقف القانون التي يمكن أن تأخذ أربع صور نوجزها بما يلي:

– إذا كان السبب والمحل محددين في القانون كان الاختصاص مقيدا، كحالة تحديد المشرع للشروط

التي يجب أن تجتمع لمنح رخصة معينة [02] ص 464

– قد لا يحدد القانون سبب القرار الإداري ومحلّه أو يحددهما بصورة عامة تاركا بذلك أمر تقديرهما للإدارة حسب ما تراه، ومثال هذه الحالة القرار التأديبي حين يترك للإدارة قدرا من الحرية في تقدير السبب، وكذلك اختيار العقوبة التأديبية المناسبة، وهنا تتمتع بسلطة تقديرية واسعة تفوق الصورتين التاليتين [31] ص 63

– قد يحدد المشرع محل القرار الإداري دون تحديد السبب، فإن الإدارة تترخص في تقدير السبب ولا يكون الاختصاص مقيدا على الرغم من تحديد المحل، مثل حالة حرية الإدارة في تقدير

خطورة الموقع عند الترخيص بالبناء [03] ص 238

– وقد يحدد القانون سبب القرار الإداري دون محلّه، كما هو الحال مثلا بالنسبة للمظاهرات التي من شأنها الإخلال بالنظام العام، فالقانون يعتبرها سببا يبرر تدخل الإدارة بصفتها سلطة الضبط الإداري، أما محل القرار فتختاره الإدارة عند تدخلها بتحديد نوع الإجراء أو الوسيلة المناسبة للمحافظة على النظام العام [31] ص 64

3.2.2.1.1. ركن الغاية le But

يعرف الفقيه الفرنسي **بونارد (BONNARD)** : ركن الغاية بأنه النتيجة النهائية التي

يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها بالأثر القانوني المتولد عن العمل، ويقول: الفقيه الفرنسي **دي لو**

بادير (DE LAUBADERE) أن الغرض هو تصور في ذهن رجل الإدارة لنتيجة يراد

تحقيقها [32] ص 235

أما الفقيه **سليمان الطماوي** فيعرفه بأنه الهدف أو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها من وراء اتخاذ القرار، وأن هذا الغرض يمثل الجانب الشخصي من القرار، أي يمثل الحالة النفسية لرجل الإدارة عندما يتخذ قرارا معيناً [11] ص 22

فالغاية من إصدار قرار إداري بتعيين بعض الموظفين الأكفاء في أحد المرافق العامة هو ضمان حسن سير ذلك المرفق العام واستمراره. والغاية من إصدار قرار بإغلاق أحد المحال المقلقة للراحة هو المحافظة على النظام العام، والغاية من إصدار قرار بإعفاء موظف منحرف هو حماية المرافق العامة من العناصر البشرية التي تعرضها للضرر، وهكذا لا بد أن تنتهي جميع غايات القرارات الإدارية في نهاية الأمر عند غاية عامة مشتركة لا تحيد عنها، ألا

وهي المصلحة العامة أيا كانت الغاية الفرعية المؤدية إليها [07] ص 65

ومن المسلم به أنه لا مجال للسلطة التقديرية في تحديد ركن الغاية، فعلى الإدارة أن تتوخى دائما المصلحة العامة في تصرفاتها أو الغرض المخصص الذي حدده القانون، وذلك سواء في مجال السلطة المقيدة أو التقديرية [26] ص 314

وفي هذا الخصوص تساءل بعض الفقه عن ما إذا كان ربط نشاط الإدارة بفكرة المصلحة العامة يمكن أن يجعل من سلطتها سلطة مقيدة [02] ص 492؟.

ويجب صاحب هذا الاتجاه بأن تقيد نشاط الإدارة بضرورة تحقيق المصلحة العامة لا يعني الخلط بين فكرة الاختصاص المقيد وكون الإدارة مقيدة باستهداف المصلحة العامة في جميع تصرفاتها، فالفرق بينهما أنه يوجد في حالة الاختصاص المقيد غرض معين ومحدد ضمن إطار المصلحة العامة بمعناه العام (قاعدة تخصيص الأهداف)، أما في ما عدا ذلك من الحالات فإن الإدارة لن تكون ملزمة بغرض معين من أغراض المصلحة العامة، بل لها السلطة التقديرية في اختيار أي غرض من عدة أغراض ضمن تلك المصلحة.

وهذا يعني أن اختصاص الإدارة مقيد في حالة تخصيص الأهداف من المشرع، على أن تكون متمتعة بالسلطة التقديرية في حالة استهداف المصلحة العامة بمفهومها الواسع. ويضيف صاحب هذا الاتجاه قيда عاما في عدم ممارسة اختصاصها لتحقيق أغراض شخصية أو سياسية أو عاطفية.

لكن هذا الرأي لا يمكن التسليم به على إطلاقه إذا كان تحقيق المصلحة العامة يعني وجود عدة أغراض يمكن استهدافها من هذا التصرف ومن شأنها تحقيق المصلحة العامة مثل انتظام المرافق العامة بالاطراد، والردع العام، وحماية الأمن القومي، وإزالة الاعتداء على المال العام، فالإدارة ليس لها مطلق الحرية في هذا الاختيار وإنما عليها اختيار الهدف الأكثر تحقيقا للمصلحة العامة تحت رقابة شديدة من القضاء الإداري [28] ص 747، وإلا شاب قراراتها عيب

الانحراف بالسلطة هذا العيب الذي يجد مجاله الخصب ضمن السلطة التقديرية للإدارة، ولا يتصور ضمن الاختصاص المقيد؛ لأنه إما أن تلتزم الإدارة بحدود وشروط القانون ويكون قرارها صحيحا، وإما أن تخرج عن حدود القانون ويعتبر قرارا مشوبا بعيب مخالفة القانون، أما بالنسبة للسلطة التقديرية فعلى الإدارة استعمالها دون الخروج عن الهدف المحدد أو عن إطار المصلحة العامة [26] ص 309 وسيتم التفصيل أكثر ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الأطروحة.

ومما سبق يتضح لنا أن المجال الحقيقي للسلطة التقديرية في القرار الإداري تكمن في ركني المحل والسبب، أما باقي الأركان (الاختصاص، والشكل والإجراءات، والغاية) فلا مجال

فيها للسلطة التقديرية للإدارة.

3.1.1.1. تمييز السلطة المقيدة عن السلطة التقديرية ومعايير ونتائج

تعتبر السلطة المقيدة الوسيلة القانونية الملائمة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، وذلك بتحديد اختصاصات الإدارة تحديدا دقيقا يجنبها التعسف في استخدام السلطة، ويتحقق ذلك عندما تكون سلطة الإدارة مقيدة، وهذا ما سنتناوله عند تعريف السلطة المقيدة في المطلب الأول، ومعايير تمييزها عن السلطة التقديرية التي أتى بها الفقه والقضاء الإداري في المطلب الثاني، مع ذكر نتائج التمييز بين هاتين السلطتين في المطلب الثالث.

1.3.1.1. تعريف السلطة المقيدة ومستوياتها

نتطرق في هذا المطلب لبحث السلطة المقيدة من حيث تعريفها وكذا بيان مستويات تقييدها في القرارات الإدارية، فخصصنا الفرع الأول من هذا المطلب لبيان تعريف هذه السلطة المقيدة، ثم نحلل في الفرع الثاني مستويات السلطة المقيدة.

1.1.3.1.1. تعريف السلطة المقيدة

يستعمل الفقه الفرنسي إلى السلطة المقيدة بمصطلح *Compétence liée* ، وهي تعني الاختصاص المقيد وليس *pouvoir lié* المرادف لمصطلح السلطة المقيدة، على أن مصطلح الاختصاص يعني المكنة التي تعطيها القواعد القانونية لرجل الإدارة لممارسة سلطته، فالسلطة هي إذن العمل المادي لممارسة الاختصاص بينما الاختصاص هو المجال الخارجي للسلطة [03] ص 47 ، وبالتالي نرى أن المصطلح الأنسب هو السلطة المقيدة ، لأنها التطبيق المادي لقواعد الاختصاص.

ويقصد بالسلطة المقيدة للإدارة ، أن الإدارة يتحتم عليها _ إذا ما توافرت شروط معينة أو عناصر واقعية محددة _ التصرف على نحو معين بمقتضى القانون دون أن يكون لديها خيار في ذلك [33] ص 129

كما يعرفها الفقيه ميشو MICHOU D أن اختصاص الإدارة يكون مقيدا كلما كان عليها أن تتخذ قرارات فرضها القانون مقدما، فمهمتها مقتصرة على تطبيق القانون على الحالات التي تصادفها بمجرد أن تتحقق أسبابها [32] ص 274

وهكذا يتضح أن القانون قد عمل على تقييد حرية الإدارة في التصرف بأن ألزمها بوجوب العمل إذا ما تحققت ظروف معينة، وذلك على نحو معين تكفل القانون ببيان أوضاعه مقدما دون أن يكون للإدارة أدنى حرية في هذا الخصوص. لذلك لا يجوز للإدارة والحالة هذه أن تمتنع عن العمل أو أن تعمل على

خلاف ما بينه القانون من أوضاع معينة لمباشرة هذا العمل، وإلا عد تصرف الإدارة باطلا لمخالفته
للقانون [10] ص 55

وتتجلى السلطة المقيدة إذا ما فرض القانون على الإدارة اتخاذ قرار معين وتحديد مسلكها
مسبقا، وإذا توافرت شروطه، مما يقيد سلطتها ويفرض عليها اتخاذ القرار بصورة

آلية [33] ص 63-64

إذ تكون هناك سلطة مقيدة حين تكون الإدارة مقيدة بالقوانين واللوائح، بتصرف على وجه
معين دون أن يكون لها حرية الاختيار [34] ص 27

وبالتالي يختلف الاختصاص المقيد عن السلطة التقديرية في أن الأول هو تنفيذ آلي
للقانون، بينما تعني الثانية منح الإدارة حرية في تصرفها بما يتلاءم وظروف القرار الإداري
وملابساته دون أن يلزمها القانون بالتصرف على نحو معين يكون محددا مسبقا. ومن أمثلة
الاختصاص المقيد اشتراط المشرع شروطا معينة لمنح تراخيص لممارسة نشاطات معينة،
وإلزام الإدارة بمنحها بعد توافر شروطها، فإذا امتنعت الإدارة عن منح الترخيص لصاحب الشأن
الذي استوفى الشروط القانونية، فإن قرارها بالامتناع يكون معيبا وقابلا للطعن فيه بالإلغاء...،
وكذلك اشتراط المشرع شروطا معينة لإصدار جواز السفر [21] ص 36 وكذلك تحديد القيمة

الضريبية وفق النصوص القانونية الخاصة بالمجال الضريبي [09] ص 423

كما يرتبط الاختصاص المقيد بالصياغة الجامة للقواعد القانونية القائمة على اصطلاحات محددة
ومنضبطة، ومثالها استخدام الأرقام والحساب في صياغتها كما يحدث مثلا في نطاق القانون الضريبي،
ومن الصياغة الجامة للقواعد القانونية في خصوص السلطة المقيدة أيضا استعمال أسلوب الحصر، وهو ما
يتحقق في معظم القواعد الإجرائية. وهذا ما يجعل القواعد المنظمة للاختصاص المقيد تتميز بسهولة
التطبيق بالنسبة للموظف المختص بذلك، وإن كانت هذه القواعد قد لا تحقق العدل في معظم
الأحوال [20] ص 14.

2.1.3.1.1. مستويات السلطة المقيدة

قد تكون سلطة الإدارة مقيدة بالكامل، عندما يحدد القانون الشروط التي تضبط تصرف
الإدارة، فإذا تحققت تكون الإدارة مجبرة على التدخل وإصدار القرار ، وعلى سبيل المثال، إذا
حدد القانون الشروط التي يجب توافرها لمنح ترخيص بالصيد لأحد الأفراد (أو منح ترخيص
بفتح صيدلية)، فإذا توافرت هذه الشروط في طلب الترخيص، فإن الإدارة تكون مقيدة بالاستجابة
إلى طلبه، وليس لها حرية التقدير بالنسبة للقرار الذي يتعين عليها اتخاذه [35] ص 37

وقد يكون التقيد جزئيا إذا نص القانون بعدم جواز الترخيص إلا لبعض الفئات من الأفراد، وترك لها منح هذا الترخيص لفئات أخرى، ويتحقق التقيد الجزئي أيضا حينما يترك المشرع للإدارة حرية اختيار وقت إصدار القرار الإداري فقط دون أن يخولها أي جانب تقديري آخر [24] ص 72

حسب رأينا لا وجود لسلطة مقيدة بالقرار الإداري بصفة مطلقة أو سلطة تقديرية كاملة وإنما لابد أن يحتوي أي قرار إداري على خليط بين السلطتين، ويوصف القرار بأنه صادر استنادا إلى سلطة مقيدة أو إلى سلطة تقديرية بناء، على الجانب الغالب من السلطتين بالقرار. ومن هنا تظهر ضرورة إيجاد معيار للتمييز بين هاتين السلطتين حتى نتبين متى نكون أمام سلطة مقيدة، ومتى نكون أمام سلطة تقديرية.

1.2.3.1.1. معايير تمييز الاختصاص المقيد عن السلطة التقديرية

ظهر اتجاهان لتمييز السلطة المقيدة عن السلطة التقديرية: الأول يعتمد على مدى الخضوع لرقابة القضائية لتمييز بينهما، والثاني يرى من إرادة المشرع معيارا لتمييز بينهما، فأى المعيارين أصح لتمييز؟ هذا ما سنحاول بيانه في هذا المطلب.

1.2.3.1.1. معيار الخضوع لرقابة القضائية

يذهب هذا الرأي في التمييز بين السلطتين التقديرية والمقيدة تأسيسا على إمكانية إخضاع الإدارة للرقابة القضائية، حيث تكون سلطة الإدارة مقيدة إذا أمكن إخضاعها للرقابة القضائية، بينما تكون سلطة الإدارة تقديرية إذا كان يستحيل إخضاعها للرقابة القضائية [36] ص 172 وقد تبني هذا الرأي الفقيه "دويز" Doyez، فالسلطة التقديرية عنده فكرة سلبية، توجد حيث لا تكون قيود من المشروعية وحيث تقف بالتالي الرقابة القضائية، وتبعه في ذلك الفقيه "لودوفيتشي" Le Dofitché حيث يقول: لكي نعرف الحدود الحقيقية لحرية النشاط الإداري، ينبغي معرفة حدود رقابة القاضي. إن السلطة التقديرية للإدارة لا تبدأ في الحقيقة إلا حيث تقف الرقابة القضائية، ومن وجهة النظر هذه، فإن أي اتساع في دور القاضي يقابله على الجانب الآخر نقص في السلطة التقديرية [02] ص 85

ونحن نؤيد النقد الموجه لهذا الرأي على أساس أنه مصادرة على المطلوب، لأن عدم خضوع الإدارة لرقابة القضاء بمناسبة ممارسة اختصاص ما، إنما هو نتيجة كون هذا الاختصاص تقديريا، ويجب أن نحدد مقدما نوع الاختصاص لمعرفة ما إذا كان مقيدا فيخضع للرقابة القضائية أو تقديريا ينأى عن هذه الرقابة [03] ص 127

كما أن هذا المعيار يتجاهل دور القاضي في إنشاء قواعد القانون الإداري، فالقاضي حيث يراقب الإدارة لا يراقبها بالنسبة لالتزامها بقواعد الشرعية فقط، بل يراقب نشاطها بالنسبة لقواعد قانونية يضعها هو ويضيفها إلى قواعد الشرعية [02] ص 90 وعلى كل فإن هذا المعيار يتوافق والحقبة أو المرحلة السابقة لقضاء مجلس الدولة، وهي مرحلة القرارات التقديرية، حيث كانت تنأى عن رقابة القاضي الإداري، ثم ما لبث هذا القاضي يمد رقابته على قرارات الإدارة كلها ولكن بدرجات متفاوتة.

2.2.3.1.1. المعيار القانوني

يرتكز هذا المعيار لتمييز الاختصاص المقيد عن السلطة التقديرية للإدارة على إرادة المشرع المنفردة في منح السلطة التقديرية لها، حيث يرى الفقيه " ليون " Léone أن القوانين والقرارات والأحكام تعبر عن مرادها غالبا بأسلوبين رئيسيين، فهي إما أن تتوجه بالخطاب بصيغة الوجوب (هذا الأمر يجب أن يعمل)، أو أن تتوجه في خطابها بصيغة الجواز (هذا الشيء يمكن أن يعمل)، ويقصد بالأولى القواعد الحاسمة تلك التي لا تترك لمن يخضع لحكمها أي حرية في تحديد المسلك الذي يتخذه، وبالتالي اختصاصه سيكون مقيدا، أما الثانية فهي القواعد الجوازية التي يترك للعضو الذي يخضع لحكمها حرية الاختيار بين أعمال متعددة، ويعتبر كل منها عملا من أعمال الدولة [02] ص 69

إلا أن أنصار هذا الاتجاه قد تناسوا دور القاضي في تفسير القواعد القانونية، فحتى القاعدة الوجوبية قد تأتي بصيغة عامة، فإما أن يفرض القاضي رقابته عليها فتبقى متمتعة بالسلطة المقيدة، وإما أن يرفض فرض هذه الرقابة فتصبح حينئذ سلطة تقديرية [02] ص 71 ومما لا شك فيه أن التفرقة السابقة بين القواعد الوجوبية والجوازية واسعة وفضفاضة يصعب تحديدها بصورة دقيقة، لهذا استعان أنصار هذا الرأي بركن الغاية في محاولة ضبط هذا المعيار، وبهذا نكون بصدد اختصاص مقيد إذا كان الغرض محدد في القاعدة بشكل صريح أو ضمني، بحيث لا يملك صاحب الاختصاص إلا تبني الحل الذي يحقق ذلك الهدف المحدد والمفروض قانونا، وتكون صلاحية صاحب الاختصاص تقديرية إذا لم يكن الغرض محدد في القاعدة، بحيث يكون صاحب الاختصاص حرا في اختيار غرض من الأغراض التي ينبغي الوصول إليها [24] ص 476. لكن يرد على ذلك أن ركن الغاية هو دائما اختصاص مقيد ولا مجال فيه للتقدير و حرية الاختيار.

أما الفقيه النمساوي **كلسن Kelsen** وهو راعي فكرة تدرج القواعد القانونية، فيرى فيها معيارا للسلطة التقديرية، فالسلطتان التقديرية والمقيدة موجودتان عنده في كل عمل إداري،

و كل القواعد القانونية إنما ترجع إلى أصل عام واحد، ويتم تطبيق هذا الأصل العام بإضافة عناصر جديدة تباعاً، لمواجهة الحالات الفردية وفقاً لفكرة التخصيص، لأن كل قاعدة دنيا إنما يتم تخصيصها في نطاق القاعدة العليا، بحيث تكون هذه القاعدة ملتزمة بالقاعدة الأعلى منها وملزمة للقاعدة الأدنى منها [36] ص 175

وحاول جانب آخر من الفقه الاعتماد على مدى الإعلان القانوني لأسباب القرار الإداري للتمييز بين السلطتين التقديرية والمقيدة، فإذا حدد القانون الأسباب التي يجب أن ينبني عليها القرار كان اختصاص الإدارة مقيداً، ولا يجوز للإدارة أن تصدر قراراً يستند إلى سبب يخرج عن تلك التي أوردها القانون، وإلا كان القرار باطلاً لانعدام السبب، أما إذا لم يبين القانون الأسباب التي تبرر إصدار القرار، يكون اختصاص الإدارة تقديرية [37] ص 598

غير أن القوانين واللوائح عندما تحدد أسباب القرار الإداري لا تسلك دائماً مسلك الوضوح أو التحديد، فقد يشوبها في كثير من الأحيان الغموض [02] ص 76

أما الفقيه الألماني أوتومير OTOMAYER فيربط بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة من جهة، وبين القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة من جهة أخرى، حيث يقرر أن الإدارة العامة لا تتمتع بالسلطة التقديرية إلا فيما يتعلق بالقرارات المنشئة فقط، أما فيما يتعلق بالقرارات الإدارية الكاشفة فإن اختصاص الإدارة العامة بشأنها اختصاص مقيد [07] ص 53

يؤخذ على هذا الرأي أنه استبدل مشكلة بمشكلة أخرى، حيث علينا أن نحدد متى يكون القرار منشأً ومتى يكون كاشفاً؟ لكي نحدد إذا كانت الإدارة تتمتع بشأنه بسلطة تقديرية أم اختصاص مقيد، كما أن هناك من القرارات المنشئة ما يصدر عن اختصاص مقيد مثل التزامها بمنح ترخيص لمن استوفى الشروط اللازمة لمنحه [11] ص 53

وهكذا، وإن كان المعيار التشريعي هو الأقرب لتمييز السلطة التقديرية عن المقيدة، ولكنه غير كاف، فليست إرادة المشرع واضحة دائماً بصيغة الإلزام بالنسبة للسلطة المقيدة، أو حرية التقدير بالنسبة للسلطة التقديرية، كذلك تجاهل هذا المعيار دور القاضي الإداري وصفته الإنشائية لقواعد القانون الإداري، فهو بالإضافة إلى الدور التقريري لقواعد القانون الإداري، فإن له دوراً إنشائياً لقواعد جديدة يدخلها في دائرة القانون الإداري، لذلك تجدنا نميل مع رأي الفقيه إزمان EISEMANN الذي يرجع معيار التمييز أساساً في تخلف تحديد التنظيم

القانوني [03] ص 142، والذي يشمل كلا من القواعد التشريعية والقواعد القضائية مادام أنهما مصدران يكمل كل منهما الآخر في القانون الإداري على اعتباره قانوناً قضائياً استمد معظم نظرياته من مصادر قضائية، وبهذا لا يجوز الاكتفاء بموقف القواعد التشريعية للحكم على سلطة الإدارة فيما إذا كانت تقديرية أو مقيدة، فقد يتدخل القضاء الإداري في كثير من الأحيان لإضافة

عناصر مكملة للنصوص التشريعية بغية تقييد صلاحية الإدارة، وباختصار يعتبر الاجتهاد القضائي مصدرا من مصادر تقييد صلاحية الإدارة، إذن المعيار الأنسب للتفرقة بين السلطة التقديرية والمقيدة يتمثل في عدم التحديد في النظام القانوني المكون من القواعد التشريعية والقواعد القضائية [09] ص 588

إن وضع معيار للتفرقة بين السلطتين التقديرية والمقيدة لا يعني أبدا انفصالهما، فجل الفقه يؤكد وجود قدر من السلطة التقديرية حتى في حالة الاختصاص المقيد، كما لا توجد سلطة تقديرية بشكل مطلق، ولا بد من تقييد الإدارة في بعض عناصر القرار الإداري، وعلى ذلك فإنه يجب القول بأن فكرة السلطة التقديرية وإن كانت قد تبدو متعارضة مع فكرة السلطة المقيدة، فإن هاتين الفكرتين لا تقف كل منهما مع الأخرى على طرفي النقيض من ناحية الواقع بحيث لا يمكن لهما أن يلتقيا، ذلك أن كل عمل إداري يحتوي على مزيج من هذين النوعين من السلطة، الأمر الذي يدعو إلى القول بوجودهما معا في كل عمل إداري، وكل ما هناك هو وجود اختلاف في القدر والكمية التي يحتوي عليها كل عمل إداري بكل من هاتين السلطتين، ويتميز العمل الإداري باختصاص مقيد أو بسلطة تقديرية على أساس القدر الغالب الأعم لكل منهما [10] ص 57. و نحن نؤيد هذا الرأي فعلى أساس القدر الغالب في العمل الإداري من سلطة تقديرية أو سلطة مقيدة ، يوصف القرار بأنه مبني على سلطة مقيدة أو سلطة تقديرية .

3.3.1.1. نتائج تمييز السلطة المقيدة عن السلطة التقديرية

يترتب عن تمييز السلطة المقيدة عن السلطة التقديرية نتائج مهمة، وهذا ما سنحاول توضيحه مخصصين فرعا لكل نتيجة من نتائج هذا التمييز.

1.3.3.1.1. إمكانية سحب القرار غير المشروع خارج الآجال متى كان صادرا استنادا لسلطة

مقيدة

تملك الإدارة العامة سحب قراراتها غير المشروعة في ميعاد الطعن القضائي، حتى ولو كانت منشئة لحقوق مكتسبة للغير.

وبهذا لا تملك التعرض لقراراتها غير المشروعة بعد فوات ميعاد الطعن، ويعامل القرار غير المشروع معاملة القرارات السليمة باستثناء القرارات المبنية على سلطة مقيدة [24] ص 80، وهي تعتبر من أهم المبادئ التي قررها القضاء الإداري، حيث يجوز للإدارة أن ترجع عنها دون تقييد بميعاد السحب، وقد طبق القضاء الإداري المصري ذلك حيث جاء في أحد أحكامه مايلي: " إذا كان القانون قد استلزم الحصول على مؤهلات معينة لمزاولة مهنة من المهن، فلا يتأتى مخالفة القانون في هذا الشأن والترخيص لشخص بمزاولة مهنة إذا ثبت عدم حصوله على هذا المؤهل، ويجوز العدول عن مثل هذا القرار في أي

وقت، ويمتنع التحدي بفوات ميعاد السحب وذلك بطبيعة الحال ما لم يكن لجهة الإدارة سلطة تقديرية في هذا الشأن[01]ص 533.

وفي قرار لمحكمة القضاء المصرية تقر فيه عدم جواز سحب القرار الإداري السليم المبني على سلطة تقديرية إذ جاء في حكم ما يلي: "إنه وإن كانت المادة 49 من لائحة البعثات تنص على عدم مجاوزة سن الطالب 28 سنة في أكتوبر التالي لاختياره إلا أن للجنة البعثات حق الاستثناء في ذلك وقد أعملت اللجنة فعلا حقها في الاستثناء باختيار المدعي بقرارها رغم كبر سنه ومن ثم لا يجوز لها أن تسحب القرار أو تعدل فيه أو تلغيه طالما أنه لم يجد من الأسباب الجوهرية ما يدعو إلى العدول عن هذا الاختيار [38]ص 957. هكذا فإن القضاء الإداري يقر بجواز سحب القرارات الإدارية غير المشروعة خارج الآجال القانونية متى كان القرار مبنيًا على السلطة مقيدة للإدارة، بينما لا يعطيها الحق في سحب قراراتها غير المشروعة خارج الآجال القانونية إذا كانت متمتعة بخصوصها بالسلطة التقديرية .

2.3.3.1.1. إمكانية الطعن في القرار غير المشروع خارج الآجال متى كان صادرا استنادا

سلطة مقيدة

يتعين على الطاعن أن يتقدم بدعوى تجاوز حدود السلطة بمصر في مدة ستين يوما من تاريخ نشر القرار، أو تبليغه إلى صاحب الشأن أو العلم اليقيني به، وعليه ترد الدعوى شكلا بفوات الميعاد إذا انقضت مدة الطعن القضائي، ما لم يكن القرار الإداري منعما، ويضيف القضاء المصري استثناء آخر يتعلق بالقرارات الصادرة بناء على سلطة مقيدة لا يتقيد الطعن بها بميعاد[24]ص 81

إذ يقضي القضاء المصري بعدم جواز تحصين القرار المبني على سلطة مقيدة بالنسبة لقرارات فرض الضريبة على العقارات المبنية حيث جاء في الحكم ما يلي: "إن سلطة الإدارة في فرض ضريبة المباني هي سلطة مقيدة طبقا لأحكام القانون رقم 56 لعام 1954 المشار إليه وحق صاحب الشأن في رفع الضريبة عن ملكه هو حق مستحق من أحكام هذا القانون مباشرة إذا توافرت شروطه، فإذا كان طلب المدعي برفع الضريبة عن ملكه قد استوفى شروطه القانونية، وتأكد لجهة الإدارة استمرار خلو العقار بعد تقديم الطلب فإنه كان يتعين عليها رفع هذه الضريبة، ومن ثم فإن قرارها المطعون، وقد صدر على خلاف أحكام القانون الذي يقيد سلطتها في هذا الخصوص ولم يدع لها مجالا لتتخصص في أي شأن من شؤونها - هذا القرار لا يتحصن بفوات المواعيد للطعن بالإلغاء [38]ص 892. وفي حكم آخر لمحكمة القضاء الإداري المصرية بخصوص طلب إلغاء قرار مصلحة التأمين برفض القيد بجدول الخبراء الأكتواريين، وفقا

لأحكام القانون رقم 156 لعام 1950 حيث أكدت على عدم خضوعه لميعاد الإلغاء أساس ذلك استناد هذا القرار إلى سلطة مقيدة، وجاء حكم بما يلي: " إن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد مردود بأن القرار الصادر من مصلحة التأمين برفض قيد المدعي بجدول الخبراء الأكتواريين إنما صدر منها استنادا إلى سلطة مقيدة تنفيذا لأحكام القانون رقم 156 لعام 1950، ومن ثم فلا يكتسب القرار الصادر في هذا الشأن حصانة مهما مضت عليه الأيام، وإنما يحق للمتضرر منه أن يطالب بإلغائه في أي وقت دون القول بمضي المدة المقررة للطعن فيه ومن ثم تكون الدعوى قد رفعت في الميعاد ويكون الدفع في غير محله، ولا سند له من القانون ويتعين لذلك رفضه والقضاء بقبول الدعوى شكلا [38] ص 892."

بحسب رأينا فإنه تبعا للنتيجة التي توصل إليها القضاء الإداري المصري من جواز السحب الإدارة لقراراتها غير المشروعة، متى كانت مبنية على سلطة مقيدة، كان لزاما أن يعطى الحق للمتضرر في الطعن بقرارات الإدارة المبنية على سلطة مقيدة متى كانت غير مشروعة ، حتى وإن كان ذلك خارج الآجال القانونية لمواعيد الطعون ، فإذا كان القانون يستوجب شروط معينة و صدر القرار الإداري دون الالتزام بها، كان من غير المنطقي تحصين هذا القرار بالنسبة للطعن فيه بالإلغاء ، في حين من الجائز سحبه من الإدارة خارج الآجال القانونية ، ذلك أن من حق المتضرر أيضا أن يطعن في هذا القرار خارج الآجال القانوني لمخالفته لشروط التي يتطلبها القانون.

3.3.3.1.1. اختلاف مستويات الرقابة بالنسبة لسلطة المقيدة و السلطة التقديرية

تكون رقابة القاضي الإداري بالنسبة للقرارات الصادرة استنادا لسلطة مقيدة رقابة صارمة أشد مما تكون عليه بالنسبة للسلطة التقديرية.

فالسلطة المقيدة التي يحيطها المشرع بكثير من الشروط والضوابط التي تلتزم الإدارة بالتقيد بها، تخضع لرقابة القاضي الإداري في كل ما يتعلق باحترام هذه الأعمال للقواعد والحدود القانونية التي تقيدها وغايتها، وكذا رقابة وقائعها والظروف المادية التي اتخذت سببا لتلك الأعمال وصحتها وانطباقها على القانون [10] ص 61. أي أنها تخضع لرقابة مشروعية. وأي مخالفة للقانون تعرض القرار للإلغاء.

أما بالنسبة لرقابة القضاء الإداري على قرارات الإدارة الصادرة استنادا إلى السلطة التقديرية، التي لا يملئ القانون عليها وجوب التقيد بقواعد أو شروط محددة في التصرف، فيحكمها مبدأ عام مفاده أن القاضي الإداري يكون قاضي مشروعية لا قاضي ملاءمة، بحيث تقتصر رقابته على بحث مشروعية القرارات، أي مدى مطابقتها لحكم القانون دون الملاءمة،

فهو لا يستطيع التعقيب على السلطة الإدارية التقديرية في وزن ملابسات العمل وظروفه، وتطبيقاً لاعتبار الملاءمة من الإطلاقات التي تترخص الجهة الإدارية في تقديرها، وتبقى تبعاً لذلك بمنأى عن الرقابة القضائية، إلا أن القضاء قد يخرج عن هذا المبدأ العام وذلك بصدد القرارات المقيدة للحرية العامة بمجال الضبط الإداري، وكذلك القرارات التأديبية فيراقب ملاءمتها [16] ص 153، ويدخل عنصر الملاءمة ضمن مبدأ المشروعية بخصوصها، وذلك حفاظاً على حقوق الأفراد وحياتهم من أي تعسف محتمل من الإدارة.

فالقاضي الإداري يراقب المشروعية الخارجية للقرار الإداري الصادر استناداً إلى السلطة التقديرية المتمثلة بركن الشكل والإجراءات وركن الاختصاص، كما يراقب المشروعية الداخلية للقرار، فيراقب صحة ركن الغاية، وكذلك ركن المحل، ومدى الالتزام بالتدرج في القواعد القانونية، وكذلك الأسباب القانونية للقرار، حيث ينصب الإشكال في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية فقط بخصوص الوقائع المادية وتقدير مدى خطورتها. على أننا سنتناول بدايات الرقابة على الوقائع التي كانت حكراً على الإدارة التي لا يجوز للقاضي فرض رقابته عليها، على أساس أنه قاضي مشروعية في الفصل القادم تحت عنوان الاتجاهات التقليدية لرقابة السلطة التقديرية، والتي كانت تتمركز حول رقابة الوجود المادي للوقائع وتكييفها القانوني.

2.1. الآليات التقليدية لرقابة السلطة التقديرية

لم يكن مجلس الدولة الفرنسي يحكم بالإلغاء في دعوى تجاوز السلطة إلا لعيب عدم الاختصاص وعيب مخالفة الشكل والإجراءات، وفي مرحلة لاحقة استغرقت وقتاً طويلاً، ظهر طعن الانحراف بالسلطة، و الطعن لمخالفة القانون، والحقوق المكتسبة، كأوجه طعن لتجاوز السلطة، وخلال هذه المراحل المتطورة لدعوى تجاوز السلطة، لم يفرض رقابته على أسباب القرار الإداري، ولم يتعرض لفحص الوقائع المتنازع عليها. إلا أنه وفي مرحلة لاحقة وبتطور ملحوظ أصبح مجلس الدولة الفرنسي يفرض رقابته على الأسباب الواقعية من حيث وجودها وتكييفها القانوني، سواء كان اختصاصها مقيداً أو تقديرية، على أن تظل رقابة أهمية الوقائع وتناسبها مع القرار المتخذ في منأى عن رقابة القاضي الإداري (كمبدأ عام)، لكن استثناء ابتدع القاضي الإداري نظريات حديثة ليحكم رقابته على الإدارة في صميم سلطتها التقديرية ولو جزئياً، وهذا ما سيتم تفصيله في الباب الثاني من الأطروحة.

لذلك سنتناول النهج التقليدي لمجلس الدولة في رقابة الوقائع والتأصيل الفقهي له مع بيان مستوياتها في المبحث الأول، دون أن يفوتنا تحليل موقف دول الدراسة المقارنة بشأن رقابة

الوجود المادي للوقائع وذلك في المبحث الثاني، ورقابة تكييفه القانوني في المبحث الثالث.

1.2.1. التأصيل الفقهي لرقابة الوقائع ومستوياتها

اعترافا لما للفقهاء من دور كبير في تحليل ما يأتي به القضاء الإداري من قواعد جديدة يدخلها ضمن قواعد القانون الإداري الذي هو قانون قضائي بالدرجة الأولى، ولضرورة الإلمام برقابة الوقائع، كان لزاما علينا محاولة التأصيل الفقهي لها في المطلب الأول، وكذا بيان مستويات هذه الرقابة في المطلب الثاني.

1.1.2.1. التأصيل الفقهي للرقابة على الوقائع

إن تفسير قضاء مجلس الدولة في رقابته على الوقائع لا يثير صعوبة كبيرة بالنسبة للحالات التي ينص فيها القانون على ضرورة توافر شروط معينة يحددها حصرا ويعتبرها كأساس لمباشرة الإدارة لسلطاتها في إصدار القرار، ومن ثم فإن عدم قيام هذه الشروط يصم القرار بعدم الشرعية، ومن هنا كانت رقابة القضاء في مثل هذه الأحوال إنما هي رقابة للشرعية [02] ص 238 غير أن المسألة تكون أكثر دقة عند البحث في أساس إخضاع وقائع القرار الإداري للرقابة القضائية، إذ أن القانون لا يحدد بشكل دقيق الوقائع المبررة لإصدار القرار. وكان طبيعيا أن يشارك مجلس الدولة الفرنسي وهو أول من أقر هذه الرقابة في أحكامه بشأن رقابة الوقائع عن فكرة بالغة الأهمية وهي فكرة السبب القانوني، وصار واضحا من هذه الأحكام، أن الواقعة التي يستند إليها القرار هي بمثابة سبب قانوني له، وأن عدم صحة هذه الواقعة يجعل القرار قائما على سبب غير صحيح وبالتالي باطلا، وهكذا برزت فكرة السبب كمبرر للحلول القضائية، ووسيلة لإبطال القرار المستند على واقعة غير صحيحة [39] ص 138 أما الفقه وإن أيد هذا الاتجاه القضائي في الرقابة على الوقائع، وفي إبطال القرار المستند إلى وقائع غير صحيحة، فإن سبله قد تنوعت في تفسير هذا الإبطال.

1.1.1.2.1. رأي الفقيه هوريو Hauriou

يرى العميد هوريو أن فكرة تجاوز السلطة لا تطابق فكرة عدم المشروعية، بل هي أوسع منها مدى، فمبدأ المشروعية عند الفقيه هو خضوع مصادر القانون للقانون، أما مبدأ مجاوزة السلطة فهو خضوع الإدارة لقواعد الآداب والسلوك الإداري التي هي أبعد مدى من القانون، ويرى الفقيه أن الخطأ في الوقائع والخطأ في القانون طائفتان تتميز كل منهما عن الأخرى، فنظام النقض المؤسس على فكرة المشروعية يسمح برقابة الأحكام المستندة إلى خطأ في القانون هو

وحده الذي يعيب النظام القانوني لأنه وحده الذي يحتمل أن يصبح قاعدة قانونية، ولذلك تمتد إليه رقابة قاضي المشروعية، أما الخطأ في الوقائع فلا يعيب النظام القانوني، لأنه لا يحتمل أن يكون قاعدة قانونية، وبالتالي لا تمتد إليه رقابة قاضي المشروعية، ومع ذلك فإذا كان عدم المشروعية لا يضم الخطأ في الوقائع، فإن مبدأ مجاوزة السلطة يتسع لهذا العيب، لأن استعمال السلطة يتطلب حداً أدنى من الحرص واليقظة التي تقتضيها الوظيفة، ولذلك فإن الإدارة تجاوز سلطتها إذا قدرت الوقائع نتيجة خطأ في فهمه [40]ص132

هذا وإن كان العميد هوريو، قد ذهب في تعليقه على حكم جومل Gomel إلى اعتبار الخطأ في الوقائع وجهاً مستقلاً للطعن بالإلغاء إلى جانب الأوجه الأربعة الأخرى المعروفة [39]ص251، فإنه قد عدل عن هذا الرأي بعد ظهور فكرة السبب القانوني *cause juridique* في بعض أحكام مجلس الدولة كوسيلة تبناها المجلس لتبرير فرض رقابته على الخطأ في الوقائع بصدد قضية TREPONT وتعلق هذه القضية بقرار صادر من وزير الداخلية يقضي بإحالة محافظ إلى التقاعد بناء على طلب منه، في حين تبين أنه لم يتقدم بهذا الطلب المزعوم، بالإضافة إلى قضية BLANCHARD التي تدور وقائعها حول قرار يقضي بحرمان أحد الموظفين من عمله كمساعد للمحافظ، و المؤسس على نقله إلى وظيفة أخرى بناء على طلبه، في حين لم يتقدم بأي طلب لذلك، و قضية LEFRANE التي قضى فيها مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار الإدارة، حيث فصلت موظف من وظيفته بحجة إلغائها للوظيفة، ثم تبين للمجلس أن الإدارة قد شغلت هذه الوظيفة بموظف آخر بعد أيام قليلة، وفي تعليقه على هذه الأخيرة يعرف هوريو السبب القانوني فيقول: "إن السبب القانوني في القرار الإداري هو الواقعة الدافعة التي تدرج هذا القرار في طائفة قانونية معينة، إن فكرة السبب القانوني مرتبطة بفكرة الطائفة القانونية [02]ص286".

فقرارات الإنهاء الوظيفي الصادرة بناء على طلب الموظف تكون طائفة من القرارات مغايرة لقرارات الإنهاء الوظيفي للمرض، وكذلك فإن قرارات الإنهاء الوظيفي لإلغاء الوظيفة تكون طائفة من القرارات لا تختلط بطائفة قرارات الفصل الإداري. فبالنسبة لقرار الإنهاء الوظيفي الصادر بناء على طلب الموظف، فإن الطلب هو الواقعة الدافعة للقرار، وهذه الواقعة تحدد طائفة القرار، إذ تلحقه بطائفة قرارات الإنهاء الوظيفي بناء على طلب، كما تحدد السبب القانوني للقرار، وعلى ذلك فإن السبب القانوني هو دائماً واحد، لا يختلف بالنسبة لكل القرارات التي تنتمي إلى طائفة واحدة [32]ص145. أي أن الفقيه هوريو يربط فكرة السبب القانوني بفكرة الطائفة القانونية للقرار التي ينتمي إليها.

ويضيف الفقيه هوريو أنه لما كانت القرارات الإدارية تنقسم إلى طوائف قانونية متميزة على النحو السابق، فإن هذا يبرر إلغاء القرار عند ثبوت عدم صحة الوقائع التي استند إليها، لأن الخطأ في الواقعة إذ يحرم القرار من سببه القانوني، فإنه يؤدي أيضاً إلى عدم انتماء القرار إلى طائفته القانونية، وهو ما يبرر

إلغاء القرار لعيب مخالفة القانون، ويحرص العميد هوريو على تأكيد الطابع الموضوعي للسبب في نظريته، فهو ليس باعثاً نفسياً، وإنما واقعة سابقة على القرار [39]ص252

إذن عند هوريو الخطأ في الوقائع يعني خروج القرار عن طائفته القانونية، مما يعرض القرار للإلغاء، ولكن ليس لعيب السبب، بل يذهب في تحليله على أساس أن إلغاء هذه الحالة سيكون لعيب مخالفة القانون، على أنه وحسب رأينا الخاص أن الخطأ في الوقائع لا بد أن يكون ضمن عيب خاص به لإلغاء القرار الإداري ألا وهو عيب انعدام السبب.

بالإضافة إلى ذلك ينتقد بعض الفقه نظرية هوريو التي تقتض أن كل سبب لا يحدد إلا طائفة واحدة من القرارات، في حين أن من الأسباب ما يصلح لطوائف متعددة من القرارات، فمثلاً خطورة الشخص على الأمن العام تثير طوائف عدة من القرارات، فهي تصلح سنداً لقرار اعتقاله، أو لقرار منعه من السفر إلى الخارج... الخ، وهذه القرارات تنتمي إلى طوائف متعددة، فكيف يمكن القول إن السبب يحدد نوع الطائفة التي ينتمي إليها القرار مع تعدد هذه الطوائف؟ [02]ص317

2.1.1.2.1. رأي الفقيه دوجي DUGUIT

يرى الفقيه الفرنسي DUGUIT أن العمل القانوني يمر بعدة مراحل تتمثل في: مرحلة التصور و مرحلة التدبير و مرحلة اتخاذ القرار و تنفيذه.

1.2.1.1.2.1. مرحلة التصور

إذ يتخيل رجل الإدارة ما يجب عليه القيام به من عمل تبعاً لدوافع معينة يطلق عليها الفقيه دوجي اسم "البواعث الملهمة" دون أن يكون لها أثر فعال في اتخاذ القرار ذاته، في مجرد أمر خارج عن القرار غريب عن مكونات الإدارة أو هي بالتالي لا تمثل أحد عناصر العمل الإداري، ولكنها تكون المناسبة التي دفعت إلى التفكير فيه [39]ص214

2.2.1.1.2.1. مرحلة التدبير

وهي المرحلة التي يبرز فيها عنصر المحل والغاية، وهما العنصران الأساسيان في تحليل الفقيه دوجي للعمل الإداري.

3.2.1.1.2.1. مرحلة اتخاذ القرار وتنفيذه

وبعد أن يحلل الفقيه دوجي العمل الإداري بصورة عامة، يعرف العمل القانوني بأنه: "عمل إداري يتدخل قصد إحداث تعديل في الأوضاع القانونية الموجودة في لحظة اتخاذه، أو

التي ستوجد في لحظة مستقبلية معينة [02] ص 288

ومادام الباعث الملهم لا تربطه أية علاقة قانونية بالقرار، وليس بذى أثر على صحته، فكيف نفسر إذن قضاء الخطأ في الوقائع.

إن الفقيه دوجي يفسر هذا القضاء بفكرتين [32] ص 159

- فكرة الاختصاص المقيد : في الحالات التي تكون فيها الوقائع شرطاً لإصدار القرار، إذ في هذه الحالات لا يرجع بطلان القرار إلى عدم صحة الوقائع أو البواعث الملهمة، وإنما لأنه لو لم تقم هذه الوقائع، فإن الإدارة تصبح غير مختصة قانوناً بإصدار القرار.

- فكرة الغرض: على أن التفسير السابق وإن كان يصلح أساساً لتبرير غالبية أحكام المجلس بخصوص الرقابة على الوقائع، إلا أنه لا يصلح لتبرير الحالات التي يبدو فيها واضحاً عدم تقييد اختصاص الإدارة بضرورة مراعاة وقائع معينة، وهذه هي حالة أحكام Trepont و Lefrane و Blanchard. ففي مثل هذه الحالات، هل نسلم بأن هذه الوقائع، التي تمثل البواعث الملهمة للقرار، يكون لها تأثير على مشروعية القرار؟

يرفض الفقيه دوجي ذلك ويقرر أنه و في مثل هذه الحالات فإن قضاء المجلس وإن كان يبدو ظاهره مستنداً إلى عدم صحة الباعث الملهم، إلا أن ما يعيب القرار في حقيقة الأمر هي الغاية الدافعة، والتي يقوم بينها وبين الباعث الملهم تطابق عرضي في بعض

الحالات [39] ص 221

وبيان ذلك أن الغرض هو التصور في ذهن الشخص، فلو شاء ونفذ شيئاً معيناً فإنه سوف يحقق رغبة أخرى لديه أو لدى الغير، فمثلاً في حالة قرار الفصل بناء على طلب الموظف، فإن الغرض من هذا القرار هو تصور الرئيس أنه لو اتخذ قرار الفصل فإنه سوف يحقق طلب الموظف. أي أن الغرض من القرار هو تحقيق الطلب. وهذا الطلب يعتبر من ناحية أخرى باعثاً ملهماً، لأنه أوحى بفكرة اتخاذ القرار، وعلى ذلك فإن الطلب يعتبر غرضاً وباعثاً ملهماً، وهما يتطابقان حيث يكون الباعث الملهم عملاً إرادياً من جانب الغير، ومتى اختلط الغرض بالباعث الملهم، فإن عدم قيام الأخير يترتب عليه عدم قيام الأول، وبالمثل إن كان الأخير مخالفاً للقانون كان الأول كذلك. وعلى هذا فإنه إذا كان مجلس الدولة يبطل القرار للباعث الملهم، فإنما يبطله حقيقة لأنه افتقد ركناً من أركان تكوينه وهو ركن الغرض أو على الأقل لوقوع

الخطأ في هذا الغرض [32] ص 209

غير أن نظرية دوجي تم انتقادها لتجاهلها للعلاقة بين القرار الإداري والوقائع الموضوعية السابقة عليها، ولخطأها بين هذه الوقائع ذات الطبيعة الموضوعية وبين الغاية ومآلها من طبيعة شخصية تتصل بقصد مصدر القرار.

كما أن هذه النظرية تخالف أحكام مجلس الدولة التي استندت في إلغاء القرار الإداري صراحة

3.1.1.2.1. نظرية جيز GEZE

بدأ اهتمام الفقيه جيز بدراسة مشكلة السبب، بمناسبة تعليقه على حكم Dessay ، الذي نازع فيه أحد الجنود في العمليات الحربية الإدارة ، في أن الإصابة التي لحقت به تتوافر فيها الشروط اللازمة لمنحه تعويض من الدرجة الأولى وليس الدرجة الثانية [39] ص 442 ، وهو أحد الأحكام الأولى التي قررت إلغاء القرار الإداري لعدم صحة الوقائع التي استند إليها. وعلى الرغم من أن هذا الحكم كان يتعلق بإحدى الحالات التي قيد فيها المشرع اختصاص الإدارة بضرورة مراعاة وقائع معينة، إلا أن جيز ذهب في تعليقه على هذا الحكم إلى ضرورة تعميم هذا الحل حتى في غير حالات الاختصاص المقيد، وأوضح أن تأسيس القرار على وقائع غير صحيحة يجب اعتباره وجها خامسا للطعن بالإلغاء (إلى جانب الأوجه الأربعة المعروفة)، ولبيان أساس ذلك صاغ الفقيه نظريته في البواعث الدافعة وأثرها على صحة القرار الإداري [39] ص 242

ويعرف الفقيه جيز الأسباب الدافعة في العمل القانوني بصورة عامة بأنها عبارة عن اعتبارات الواقع والقانون التي تدفع الفرد لاتخاذ عمل معين. فعندما يفترض الفرد مبلغا من المال لغرض استغلال مبلغ القرض في التجارة أو لاستخدامه في لعب القمار، فإن هذا التخصيص لمبلغ القرض هو السبب الدافع للقرض، فالدافع عند الفقيه جيز ذو طبيعة شخصية وذاتية يختلف من شخص إلى آخر، وهذا السبب الدافع ذو أثر فعال على سلامة القرار، فلا بد أن يكون موجودا ومشروعا وغير مخالف للأداب، وإلا كان افصاحا عن الإرادة من جانب واحد أو لتوافق الإرادتين غير سليم، ويبسط الفقيه جيز نظريته للأسباب الدافعة من القانون الخاص حتى القانون العام [02] ص 298

ويلاحظ الفقيه جيز اختلاف فكرة الباعث المتغير بحسب الأفراد والظروف في القانون الخاص عن فكرتها الموحدة غير المتغيرة في القانون العام، وهي حسن سير المرافق العامة. و يحلل الفقيه جيز المبادئ التي استخلصها من أحكام مجلس الدولة، ويهمنها منها المبدأ الخامس، حيث يؤكد فيه أن البواعث التي تعلن عنها الإدارة يجب أن تكون صحيحة ماديا، ويترتب على عدم صحتها بطلان القرار، ولو لم تكن الإدارة ملزمة بالتسبيب، وبغير حاجة إلى إثبات أنها استهدفت غرضا لا يمت للمصلحة العامة، على أن الفقيه يقر بأن البطلان ليس نتيجة حتمية وإنما يتوقف على ظروف السبب. أما المبدأ السادس الذي استخلصه، فهو أن الباعث يجب أن يكون صحيحا ماديا ومشروعا، فالإدارة ملزمة بتنفيذ القانون، وليس لها استهداف أغراض مخالفة للقانون [32] ص 217

ويتوصل الفقيه جيز في نظريته إلى أنها تكمل نظرية الاختصاص، وأنه من المستحيل الفصل بين هاتين النظريتين، ذلك أنه من أجل تحديد اختصاص الموظف بممارسة عمل معين، لابد من تحديد طبيعة هذا العمل، والباعث الدافع هو الذي يسمح لنا أيضا بأن نقرر في حالة عدم مشروعية الباعث الدافع بأنه على الرغم من كل الظواهر، فإن العمل الذي قام به الموظف يخرج عن نطاق اختصاصه، لأن هذا الاختصاص منح للموظف من أجل تحقيق غرض معين، على الرغم من أنه يحتوي في ظاهره على جميع إمارات الشرعية، وهو في حقيقته مشوب بعيب عدم الاختصاص [39] ص 246

يعاب على الفقيه جيز أنه يخلط بين أفكار عدة، أو بالأحرى أركان عدة، فركن الاختصاص غير ركن السبب الذي نود تحليل رقابة الوقائع فيه، والشئ نفسه بالنسبة لفكرة الباعث الدافع التي تختلط كثيرا بركن الغرض في القرار الإداري الذي يحمل كثيرا من الصبغة الشخصية لمصدر القرار، في حين أن الوقائع ذات طبيعة موضوعية حيث تحدث خارجا عن إرادة مصدر القرار نفسه، مما يجعل نظريته غير كافية في تفسير رقابة الوقائع للقرارات الإدارية.

4.1.1.2.1. رأي الفقيه بونارد BONNARD

يعتبر جانب كبير من الفقه عيب السبب وجها مستقلا للإلغاء قائما بذاته وذلك على أساس الربط بين أركان القرار الإداري وأوجه الإلغاء المختلفة، وإسناد كل وجه من هذه الأوجه إلى مشروعية كل ركن من أركان القرار الإداري، إذ إن السبب يعتبر ركنا فعلا من أركان القرار الإداري، حيث لا يمكن أن يقوم أي قرار دون سبب، أي دون حالة واقعية أو قانونية تكون علة وجوده وإصداره، وبالتالي فإن عيب السبب يعتبر وجها قائما بذاته ومستقلا عن باقي أوجه الإلغاء الأخرى [10] ص 435

وقد عمد الفقيه بونارد إلى تحليل القرار الإداري إلى عناصره التي يتكون منها، وبين الشروط الواجب توافرها لمشروعيته، ومن ثم جعل السبب عنصرا رئيسيا فيها، وبحث بعد ذلك سلطة الإدارة التقديرية إزاء سائر عناصر القرار، ومن ثم قام بتطبيق النتائج التي توصل إليها في تحليله على ضوء قضاء مجلس الدولة الفرنسي لبيان مدى فاعلية أو قصور هذا القضاء في رقابته على شرعية القرار الإداري [39] ص 283

ويعرف الفقيه بونارد التصرف القانوني بأنه: "كل عمل إداري يتم بقصد إحداث أثر قانوني، ويكون من شأنه إجراء تعديل في الأوضاع القانونية" [02] ص 304

ويمكن رده إلى أربعة عناصر هي: الباعث، والمحل، الغاية والإعلان عن الإرادة. ففي كل تصرف قانوني نجد حالة أو عملا قانونيا أو ماديا يؤثر القرار، فهو سبب وجوده، فمثلا في الجزاء التأديبي نجد الخطأ الوظيفي، وفي قرار الضبط نجد

الاضطرابات التي تهدد النظام العام وضرورة اتخاذ الإجراءات الكفيلة

بمنعها [39] ص 284

وهذه الوقائع السابقة على القرار هي ما أطلق عليها العميد بونارد اصطلاح البواعث، وهنا يقوم رجل الإدارة بتقديرها سواء من ناحية وجودها المادي أو وجودها القانوني، ثم قد يتبع ذلك التقدير تقدير قيمة هذا الباعث ومدى أهميته، وهذه البواعث هي المرحلة الأولى في العملية الذهنية للقرار الإداري، أما المرحلة التالية فتتصب على محل القرار، وفي هذه المرحلة يقدر رجل الإدارة إذا كان من الواجب اتخاذ القرار، كما يحدد مضمونه الذي يجب أن يتفق مع

البواعث [32] ص 151

وهكذا يرى بونارد أن الإدارة لا تملك سلطة تقديرية في تقدير القيام المادي والقانوني للبواعث، إذ تخضع في ذلك لرقابة مجلس الدولة، بحيث تتقيد دائما بأن تستند في قرارها إلى باعث موجود ماديا وصحيح قانونا.

أما بالنسبة لتقدير قيمة هذه البواعث وملاءمة القرار، فإن سلطة الإدارة تكون مقيدة عندما يحدد القانون هذه البواعث، وذلك بتحديد الحالات التي يمكن اتخاذ القرار فيها وبيان القرار الواجب اتخاذه، وعلى العكس تقوم السلطة التقديرية كلما اكتفى القانون بترتيب

الاختصاص دون تحديد لشروط ممارسته [02] ص 306

ويفسر الفقيه بونارد الرقابة على قيام البواعث في غير الحالات التي يحدد فيها القانون هذه البواعث من خلال الحكم الصادر في دعوى Trepont، إذ يصف هذا الحكم البواعث التي قامت كأساس للقرار بأنها سببه القانوني، فطلب الإحالة إلى التقاعد هو السبب القانوني لقرار الإحالة إلى التقاعد، إذ يوضح بأن القرار الذي يستند إلى باعث غير موجود يكون باطلا، وذلك طبقا للقاعدة المدنية التي تقرر أن الالتزام بدون سبب يكون باطلا، ولكن هذا لا يعني أن عدم مشروعية القرار في هذه الحالة تقوم على قانون وضعي، وإنما تطبيقا لقاعدة عرفية، والعميد بونارد يرفض هذا التفسير المستمد من فكرة السبب، ويرى أن القرار الذي لا تقوم بواعثه يكون غير مشروع، على أن تفهم عدم المشروعية بمعناها الواسع، أي كل مخالفة لقاعدة قانونية أو لقاعدة عرفية، وبالتالي وجود الباعث كأحد شروط مشروعية القرار

يفسر عدم وجود سلطة تقديرية للإدارة بالنسبة لوجود الباعث [32] ص 153

ويلتزم القاضي بالتحقق من وجوده سواء أعلنت عنه الإدارة أم لم تعلن، ولا يعد ذلك تعديا من مجلس الدولة على اختصاصات الإدارة، لأن مجلس الدولة إنما يختص بفحص شرعية القرار، ومن شروط هذه الشرعية أن يكون مستندا إلى باعث موجود ماديا وصحيح قانونا، ولذلك ينتقد الفقيه بونارد التحفظ الذي

يبيده المجلس أحيانا في هذا الصدد، ويعرب عن اعتقاده بأن هذا التحفظ مصيره الزوال [39] ص 291

والحقيقة أن الفقيه بونارد هو الأقرب في تأصيل رقابة الوقائع حسب رأينا ذلك أنه ابتداء

أولاً من القرار الإداري نفسه وبيان أركانه، أي الدعائم التي يرسى عليها، وبدونها يكون مآله الانهيار والزوال، ثم بعد ذلك راح يطبق ما توصل إليه من ضرورة أن يبنى أي قرار على أركانه كاملة غير منقوصة، ومنها ركن السبب على ما أصدره مجلس الدولة الفرنسي من قرارات في شأن رقابة الوقائع من حيث وجودها وتكييفها القانوني، حتى وإن كانت صادرة بناء على سلطتها التقديرية، مع تحفظنا بشأن مصطلح الباعث نرى استبداله بمصطلح السبب، وقد عكس باقي الفقهاء الذين ابتدأوا بتحليل ما أتى به القضاء دون التركيز على القرار ذاته محل التحليل، ذلك ما جعلهم مرات يغيرون في تحليلاتهم لأنهم كانوا يتتبعون مجرى القضاء الذي هو نفسه في تطور دائم، فيعيدون مرات عن المنهج المنطقي في القانون، لذلك كله نحن نؤيد الفقه الذي يجعل من الخطأ في الوقائع وجهاً مستقلاً لإلغاء القرار الإداري، ما دام هو ركن مستقل عن باقي الأركان كان لزاماً أن يلغى القرار عند الخطأ فيه لعيب انعدام السبب.

2.1.2.1. مستويات الرقابة على الوقائع

يمارس القضاء الإداري رقابته على الأسباب الواقعية بمستويات مختلفة، إذ يتفاوت مستوى الرقابة التي يمارسها القضاء على مشروعية الأسباب الواقعية بتفاوت مدى هذه الرقابة، لهذا توجد أربعة مستويات مختلفة، سنخصص لكل مستوى فرعاً تحليلياً له.

1.2.1.2.1. رقابة الحد الأدنى

تقتصر هذه الرقابة على الوقائع من حيث وجودها المادي، بالإضافة إلى باقي أوجه عدم المشروعية الخارجية والداخلية للقرار الإداري، وتتوقف هذه الرقابة على بحث الوجود المادي للوقائع التي يستند إليها القرار، دون أن يبحث في التكييف القانوني للوقائع، ولكن سرعان ما امتدت رقابة القضاء الإداري إلى السلطة التقديرية للإدارة عن طريق الخطأ الظاهر في التقدير، وذلك إذا تبين أن التكييف القانوني للوقائع هو تكييف خاطئ، بحيث يمكن لغير المتخصصين تبين ذلك، ويعمل بهذه النظرية خصوصاً في مجال سلطة التأديب الوظيفي في تقدير تناسب خطورة الفعل والعقوبة، ولكن في مجال قرارات الضبط العليا ما تزال هذه النظرية تطبق بحذر شديد [14] ص 253

وقد بنى القضاء الإداري هذا الاجتهاد على مبدأين: الأول ويتعلق بمبدأ استقلال السلطتين التنفيذية والقضائية، ومبدأ استقلال الإدارة العامة عن القضاء الإداري، لهذا يرفض القضاء الإداري مراقبة التكييف القانوني للقرارات الإدارية في المسائل الفنية وقرارات الضبط العليا، وقرارات منح جوازات السفر بالنسبة للأجانب ومؤسسات المنشأ من الأجانب

2.2.1.2.1. رقابة الحد العادي

يقصد برقابة الحد العادي التي تطبق على معظم القرارات الإدارية رقابة المشروعية الخارجية للقرارات، أي عيب عدم الاختصاص وعيب مخالفة الشكل والإجراءات وكذلك المشروعية الداخلية للقرار، أي عيب الانحراف بالسلطة وكذلك عيب مخالفة القانون بما في ذلك الوجود المادي للوقائع، وصحة التكييف القانوني للوقائع [14]ص253، بحيث تمتد رقابة القضاء الإداري إلى بحث مدى صحة التكييف القانوني للوقائع التي استند إليها القرار.

3.2.1.2.1. رقابة المدى المتوسط

يمارس القضاء الإداري رقابته القضائية على مشروعية إجراءات الضبط الإداري الصادر في ظل الظروف الاستثنائية لتحديد ما إذا كانت الوقائع تندرج ضمن دائرة القانون، لهذا يتصدى القضاء الإداري لرقابة الوقائع للتأكد من أنها تندرج ضمن دائرة القانون، فضلاً عن الوجود المادي للوقائع والخطأ الظاهر في التقدير، وتقتضي الرقابة الموضوعية السابقة إرادة وتصميماً قضائياً للانتقال من مجرد رقابة الوجود المادي للوقائع إلى رقابة قضائية أكثر عمقا واتساعاً، وهو ما يحمله على تجاوز حدود رقابة الحد الأدنى، وبهذا تعد رقابة المدى المتوسط مرحلة وسطاً تقع بين الحد الأدنى والرقابة العادية [18]ص900

4.2.1.2.1. رقابة الحد الأقصى

عندما تتمتع الإدارة بحرية الاختيار و ملائمة بين عدة حلول، فالقاضي كمبدأ عام لا يراقب ملائمة هذا التصرف، لأنه ليس قاضي ملائمة وإنما هو قاضي مشروعية، فهو لا يراقب هذا العمل إلا في حالة الخطأ الظاهر في التقدير، ولكن في حالات معينة يراقب مدى ملائمة هذه التصرفات، بحيث لا يصبح القرار مشروعاً إلا إذا كان ملائماً مع وقائع القرار. فرقابة الحد الأقصى تتمثل في إقامتها من حيث حالة الوقائع والوسائل المستعملة من

الإدارة، وهذه الرقابة تستعمل في مجالين [09]ص589

– مجال الضبط الإداري من أجل حماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

– مجال تطبيق نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا منذ قضية Ville nouvelle 1971

east [42]ص603. وسيتم التفصيل بهذه النظرية في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

2.2.1. وجوب بناء القرار على وقائع موجودة ماديا

يعترف القضاء الإداري في فرنسا ومصر والجزائر بحق الرقابة على الوجود المادي للوقائع، فهو يطبق هذا النوع من الرقابة للتأكد من صحة الوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قراراتها، فإن ثبت انعدام الوجود المادي للوقائع، كان مآل القرار هو الإلغاء حتى وإن كانت الإدارة حسنة النية في ذلك، ولمعرفة حقيقة الرقابة على الوجود المادي للوقائع، ارتأينا تخصيص هذا المبحث لتحليل مضمون رقابة الوجود المادي للوقائع في المطلب الأول ، والمطلب الثاني نتناول الحديث فيه عن التطبيقات القضائية لرقابة الوجود المادي للوقائع في دول الدراسة المقارنة.

1.2.2.1. مضمون رقابة الوجود المادي للوقائع

تعتبر رقابة القضاء الإداري على الوجود المادي للوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها أول درجات الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري ، والحد الأدنى لهذه الرقابة *Contrôle Minimum*، وتخضع جل القرارات الإدارية لرقابة القضاء الإداري بخصوص الوجود المادي لوقائعها [14]ص251

وقد استقرت رقابة القاضي الإداري الدائمة على الوجود المادي للوقائع، فإذا كانت الوقائع التي بني عليها القرار لم تتحقق، فالقرار بغياب السبب الحقيقي يفقد سبب تبريره، ومثال ذلك الموظف الذي تسلط عليه عقوبة تأديبية من أجل أخطاء تأديبية لم تقع منه، ففي هذه الحالة تستند العقوبة التأديبية إلى أفعال لم تقع وغير موجودة ماديا، وبالتالي يكون قرار تسليط العقوبة التأديبية قرارا غير مشروع لاستناده إلى وقائع غير موجودة ماديا [14]ص251 وهناك مثال آخر يتمثل بالقرار الصادر بقبول استقالة أحد الموظفين، و سببه هذا القبول طلب الموظف نفسه الاستقالة ، فإذا ثبت للقاضي الإداري أن الموظف لم يقدم أصلا طلبا بالاستقالة، أو أنه قدمه فعلا ، ولكن كانت إرادته معيبة في تقديمه نتيجة إكراه حقيقي، فإن القاضي يحكم ببطلان القرار لتخلف السبب [43]ص205

ويقضي الوجود المادي للوقائع التي يستند إليها القرار أن تكون هذه الوقائع محققة الوجود وقائمة لحين صدور القرار، لأن تاريخ صدور القرار هو الوقت الذي يعتد به بالنسبة لمشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري، فلا يكفي أن تقتصر جهة الإدارة على ذكر وقائع غامضة أو مبهمّة أو مرسلة دون تحديد، مثل قرارات الاعتقال ، وقرار تحديد إقامة المواطنين ، إذ يستلزم أن تحدد الإدارة في قرارها على نحو إيجابي ودقيق الوقائع التي استندت إليها، ويرفض أن تقتصر الإدارة على مجرد ذكر عبارات مرسلة تفيد خطورة الشخص على الأمن والنظام، بل يجب أن تحدد على نحو تفصيلي الوقائع

التي ارتكبتها الشخص والتي تفيد خطورته على الأمن والنظام [39] ص 50

أما الشرط الثاني فهو أن يكون السبب الذي ركنت إليه الإدارة في اتخاذ قرارها مشروعاً، فإذا استندت إلى أسباب غير التي حددها لها المشرع في حالة السلطة المقيدة ، فإن قرارها يكون غير مشروع، وحتى في مجال السلطة التقديرية ، فإنه لا يكفي أن يكون السبب الذي استندت إليه الإدارة موجوداً، بل يجب أن يكون صحيحاً من الناحية القانونية ، ومبرراً لإصدار القرار الإداري [22] ص 634

للتأكد من الوجود المادي للوقائع للقاضي الإداري استعمال كل وسائل الإثبات لتأسيس دعواه، وهو غير مقيد حين التحقق من الوقائع بما يدعي به أطراف الدعوى، ومستندات ملف الدعوى ولكن له تقصي حقيقة وجودها بكل الوسائل التي يراها ممكنة [41] ص 738

و في غمرة الحديث عن الرقابة على الوقائع المادية في عنصر السبب ، يثور تساؤل حول حكم القرار الذي تعييه بعض أسبابه وإن صحت الأسباب الأخرى ، وذلك في حالة تعدد الأسباب التي استند إليها ذلك القرار، وهو ما يتحقق غالباً في حالة السلطة التقديرية، وكذلك معرفة مدى ضرورة إفصاح الإدارة عن سبب القرار إذا لم يكن القانون يلزمها بتسبيب قرارها، و مدى إمكانية تصحيح السبب في القرار الإداري بإحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ الذي صدر القرار استناداً إليه.

1.1.2.2.1. تعدد الأسباب

فإذا كان القرار قائماً على عدة أسباب وثبت عدم صحة بعضها، فإن ذلك لا يستتبع بالضرورة بطلانه. وإنما يقوم القاضي بتقدير قيمة كل سبب من الأسباب الصحيحة التي استند إليها ، فإذا تأكد أن الأسباب الصحيحة كانت في ذاتها كافية بعد استبعاد الأسباب غير الصحيحة لتبرير اتخاذه ، فإنه لا يقضي بالبطلان، أما إذا لم تكن الأسباب الصحيحة كافية و اتضح عدم صحة أغلب الأسباب التي بني عليها ، كان باطلاً [14] ص 253-254، مع التمييز بين الأسباب الدافعة des motifs determinants والأسباب الثانوية des motifs accessoires ، وقد أعمل مجلس الدولة الفرنسي هذا التمييز بخصوص حكم dame Parrot عام 1968 [44] ص 583

و يكون السبب دافعاً لإصدار القرار وكافياً لإصداره إذا كان وحده وبغض النظر عن الأسباب التي ثبت عدم صحتها. بمعنى أن جهة الإدارة كانت ستصدره وبالمضمون نفسه حتى لو أنها استندت إلى هذا السبب وحده وأسقطت الأسباب غير الصحيحة [45] ص 296

كما يكون السبب ثانوياً أو زائداً إذا كان غيابه لا يمنع إصدار القرار، بمعنى أن القرار كان سيصدر بالمضمون نفسه ، سواء وجد هذا السبب أو غاب، وهذا المعيار يؤدي بالقضاء الإداري في كثير من الأحيان إلى القيام بأبحاث دقيقة لأنها تصل في النهاية إلى معرفة وتحليل

قصد مصدر القرار نفسه، وعلى أي حال يجب ألا نفترض أن سببا ما زائدا أو ثانويا إلا إذا ثبت ذلك بوضوح شديد من ملف الدعوى، أما إذا لم يثبت ذلك، وكانت بعض أسباب القرار صحيحة وبعضها الآخر غير صحيح، فإن كل هذه الأسباب تعد أسبابا دافعة، وفي هذه الحالة فإن مجلس الدولة يقضي ببطالان القرار على أساس أن الإدارة لو تبينت منذ البداية عدم صحة الأسباب المشوبة بالبطلان، فربما عدلت عن إصدار القرار أو تغيير مضمونه على الأقل [46] ص 270

ويندرج تحت هذه الحالة حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر جاء فيه ما يلي: "... ولئن كان للإدارة تقدير الجزاء التأديبي في حدود النصاب القانوني، إلا أن مناط ذلك التقدير يكون على أساس قيام سببه بجميع أخطاره، فإذا كان يبين ما تقدم أن عقوبة الفصل التي وقعت على المدعية، قدرت على أساس ثبوت جميع المخالفات المسندة إليها، وكان من الواضح مما سلف بيانه أنه لم يتم في حقها المخالفات جميعها، فإن الجزاء الموقع والحالة هذه لا يقوم على كامل سببه، كما أن الباقي من المخالفات والتي قامت في حق المدعية لا يكفي لحمل القرار، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه - فيما انتهى إليه من إلغاء للقرار المطعون فيه - قد أصاب وجه الحق [26] ص 228".

وقد اعتبر هذا الحكم أن أسباب القرار التي تخلف ثبوتها في حق المدعية، هي أسباب دافعة لإصدار القرار، أما وقد انعدمت الأسباب، فإن قرار الجزاء وقع باطلاً وشابه عيب انعدام الأسباب.

وبشأن تعدد الأسباب، فإننا نرى أن الإدارة في هذه الحالة قد بنت قرارها على الأسباب في مجموعها، فإذا تخلف أحد هذه الأسباب لم يكن تقديرها إذا صائبا، ووجب على القاضي إلغاء القرار وليس إعادة تقدير الأسباب الدافعة والزائدة منها، وبالتالي مدى تناسب القرار بدون الأسباب التي يرى هو أنها ثانوية وزائدة وكأنه يحل نفسه محل الإدارة في تقديرها، وهذا ما ليس له فيه من شأن، إذ ليس له تنصيب نفسه رئيسا عليها. ومن الأمور المقررة كأصل عام أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها إلا إذا نص القانون صراحة على وجوب هذا التسبيب، وعلى ذلك تكون الإدارة غير ملزمة بإبداء الأسباب التي تقوم عليها قراراتها إلا في حدود ما يلزمها القانون بذلك [10] ص 440

وفي كلتا الحالتين، أي عندما يكون التسبيب إلزاميا أو اختياريا، فإن القضاء الإداري ينهض بمهمة الرقابة على صحة الأسباب التي يستند إليها القرار الإداري. ولكن، ما الحكم إذا لم تفصح الإدارة عن أسباب إصدار قرارها ولم يكن القانون يلزم مصدر القرار بتسبيب؟

القاعدة العامة هي اعتبار أن القرار الصادر في هذه الحالة قد قام على سبب صحيح، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يقيم الدليل على ادعائه ، بمعنى أن عبء إثبات عدم صحة السبب يقع على عاتق الطاعن وهو عبء ثقيل وصعب على اعتبار أنه غريب عن الإدارة ، ولا يستطيع أن يقدم بشكل محدد أدلة غالبا ما تحتفظ الإدارة بها. ولذلك فإن القضاء يحاول أن يخفف هذا العبء عن الأفراد بعض الشيء [46]ص221. وذلك في صورتين [01]ص381:

الصورة الأولى: هي عدم اشتراط أن تكون البينة التي يقدمها الأفراد حاسمة في إثبات عيب السبب ولا قاطعة في إثبات فساد القرار الإداري، وإنما يكفي أن تزعم قرينة الثقة في سلامة هذا القرار، وتزرع الشك في سلامته.

الصورة الثانية: هي اعتبار أي دليل كافيا لزعة قرينة المشروعية التي يتمتع بها القرار الإداري مبررا لنقل عبء الإثبات من عاتق المدعي إلى عاتق الإدارة. وهكذا نجد أن الطاعن هو الذي يلتزم بإقامة الدليل على أن الوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها غير صحيحة أو أن تكييفها لهذه الوقائع خاطئ، ولكن عبء الإثبات قد ينتقل من الطاعن إلى الإدارة، ويحدث ذلك عندما ترفض الإدارة توضيح موقفها أمام المحكمة وتمتنع عن تقديم وبيان ما تطلبه المحكمة منها خلال النظر في الدعوى والتحقيق في ظروفها [47]ص1199

وقد قام مجلس الدولة الفرنسي بتخفيف عبء الإثبات ، وجعل امتناع الإدارة عن تقديم أسباب قرارها قرينة على صحة الأسباب التي قدمتها في قضية Barel بتاريخ 18 \ 05 \ 1954 ، وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن الإدارة في فرنسا تختص قبل إجراء امتحانات المسابقة لدخول المدرسة الوطنية للإدارة – بإعداد قائمة بأسماء المتسابقين الذين يحق لهم دخول الامتحانات، وهي في ذلك تتمتع بسلطة تقديرية مردها يعود إلى أهمية الوظائف التي يمكن أن يشغلها خريجو هذه المدرسة في الإدارة العامة الفرنسية، ولهذا فمن الضروري والسائع أن تستبعد منذ البداية كل شخص يكون في توليه هذه الوظائف العامة بعض الضرر، ولذلك فقد استبعد الوزير المختص تطبيقا لهذه القواعد خمسة من المتقدمين للمسابقة هم السيد Barel وأربعة من زملائه، وحرّمهم من دخول المسابقة، و بالتالي من تولي الوظائف المهمة التي يقتصر التعيين فيها على خريجي هذه المدرسة، وكان قرار الوزير غير مسبب، وفي هذه القضية قدم الطاعنون الخمسة الدليل على أن الإدارة استبعدتهم لأرائهم السياسية ، وهذا الأمر مخالف للدستور، وبالتالي كانت أدلتهم تكفي لزعم الشك بخصوص سلامتها ، وطلب من الوزير بيان الأسباب التي بنى عليها قراره ، فرفض تقديم السبب ، فقرر القاضي بناء على ذلك إلغاء القرار لخلوه من أي سبب [48]ص473-474

وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا متعلق بأحد كبار الأطباء بمصر كان قد علق على تصريح الرئيس جمال عبد الناصر الذي قال فيه إن مصر عرفت كيف تدير قناة السويس بكفاءة ولم تعرف أن إدارة مستشفى القصر العيني فكان رد هذا الطبيب أنه لو أعطي الإمكانيات نفسها المعطاة لقناة السويس لتمت إدارته بكفاءة، ولو أعطيت القناة إمكانيات القصر العيني لتوقفت الملاحة. ففرضت على هذا الطبيب الحراسة ، وفصل من الاتحاد الاشتراكي ومن عضوية نقابة الأطباء ومن منصب النقيب ، وفصل من وظيفته بموجب قرار جمهوري ، فرد القضاء المصري بما يلي : " عدم إلزام المحكمة بتسبيب قراراتها ليس مؤداه إعفاءها من أن تقيم قراراتها على وقائع صحيحة تبرر القرار وتجعله يحقق غرضه الموضوعي ، وليس مؤداه إعفاءها من بيان هذه الأسباب متى طلبتها المحكمة المختصة... أما التستر وراء قرينة الصحة التي تحمل عليها القرارات الإدارية، فالأصل أنه لا يغفل يد القضاء في ضوء ما يرد في أوراق الدعوى وما يصاحب الخصومة من ظروف وملابسات... بل إننا على فرض صحة الأسباب السياسية التي ساقها المدعي والتي أمسكت الإدارة عن التعليق عليها أو نفي صحتها، فإنها لا تصلح بذاتها لإنهاء خدمته بالطريق غير التأديبي... ثم يكون فاقدا ركن السبب ويتعين إلغائه[31]ص 421".

ويشاد للقضاء الإداري بشأن اكتفائه بزعة قرينة السلامة حتى ينتقل عبء الإثبات على الإدارة ، هذه الإدارة الخصم الأقوى لا محال من الطرف الآخر، وذلك حماية لحقوق الأفراد و حرياتهم من تعسف الإدارة من عدم تقديم وبيان أسباب إصدارها للقرار حين لا يلزمها القانون بتسبيب قراراتها.

2.1.2.2.1. إحلال الأسباب substitution du motif

قد يكشف القاضي عن الأسباب الصحيحة بدلا من الأسباب الخاطئة التي قد تبني عليها الإدارة قراراتها. ولكن ذلك لا يكون إلا نادرا ، فيقوم باستبدال الأسباب الخاطئة بالأسباب الصحيحة للقرار، حتى يتفادى إلغاء القرار متى كانت الإدارة تتمتع بسلطة مقيدة بخصوص ذلك القرار، فهي ملزمة قانونا باتخاذ ذلك القرار المحدد. و قد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذا الحل بخصوص قضية Augier عام 1934 بموجب القانون 26\ 12\ 1923 الذي يعطي حق الترقية إلى رتب عليا في القوات المسلحة لكل المحاربين الذين يتمتعون بوسام الشرف، و لكن تم رفض ترقية أحد أفراد القوات المسلحة ، و كان لا يتمتع بوسام الشرف ، في حين أن الإدارة بنت قرار رفضها منح الترقية له على سبب آخر تبين عدم وجوده ماديا، وعلى رغم من ذلك لم

يلغي القاضي ذلك القرار على أساس أن الإدارة كانت سوف تصدر القرار نفسه ، لأن القانون يلزمها بمنح الترقية للذين يتمتعون بوسام الشرف فقط[09]ص584

فإذا وجد القضاء أن الأسباب التي بني عليها القرار المطعون به هي أسباب غير صحيحة، فله أن يبحث عن سبب يصلح لتأسيس القرار عليه، فالسبب الذي يقدمه القاضي في هذه الحالة هو سبب لم تذكره الإدارة ولم تنتبه له ، وإنما قام القاضي باكتشافه.

ولا اعتبارات عملية تتعلق بالرغبة في تجنب إصدار أحكام بالإلغاء تكون عديمة الجدوى على الحالة التي تمارس فيها الإدارة اختصاصا مقيدا يجعلها ملزمة عند إلغاء القرار، بأن تعود إلى إصدار قرار جديد بمضمون القرار السابق نفسه مع تأسيسه هذه المرة على أسباب صحيحة، ولتفادي هذا يقوم القاضي بإحلال الأسباب الصحيحة محل الأسباب الخاطئة[39]ص192

أما إذا كانت للإدارة حرية تقدير مدى ملاءمة التدخل وإصدار القرار الإداري أو عدم التدخل بإصداره وفقا لما تقدره من أسباب، فليس من السائغ الاعتراف للقضاء بسلطة تصحيح أسباب القرار التي تدفع إلى إصداره وتبرره. ويأخذ القضاء المصري بهذا أيضا فقد قضت بما يلي: " لو صح أن المدعي كان مريضا بمرض نفسي عرضه للتحويل إلى مرض عقلي، وأنه كان يجوز للإدارة أن تستند إلى هذا السبب لإصدار القرار المطعون فيه بما لها من سلطة تقديرية....، فإن ذلك ما كان يسوغ على أية حال أن يقوم القضاء الإداري مقام الإدارة في إحلال سبب آخر محل السبب غير الصحيح الذي قام عليه القرار...بل تقتصر ولايته على رقابة صحة السبب المزعوم، فإذا تبين له عدم صحته وجب الحكم بإلغاء القرار الذي قام على هذا السبب[20]ص168"

لكن يتجه الرأي الغالب إلى أن هذا الاجتهاد منتقد ومعيب من عدة نواح [29]ص931

هي:

- أن هذا الاجتهاد القضائي يشكل مساسا بمبدأ الفصل بين القضاء الإداري والإدارة العامة، إذ لا يجوز للقضاء الإداري أن يحل محل الإدارة العامة ويباشر سلطاتها نيابة عنها ويصح قراراتها المعيبة، إذ إنه ليس رئيسا إداريا أعلى لها، وليست له سلطة رئاسية عليها.
- ويتعارض هذا الاجتهاد القضائي مع طبيعة مهمات القضاء الإداري ذاتها التي تتمثل في رقابة مشروعية القرارات الإدارية، وإلغاء القرارات غير المشروعة ، وبيان أسباب عدم مشروعيتها، لذا يصبح القضاء الإداري باجتهاده السابق جهة تتولى تصحيح القرارات غير المشروعة و تصويبها ، بدلا من كونه جهة رقابة محايدة لمشروعية أعمال الإدارة العامة تتسم بالحيادة والنزاهة والموضوعية والاستقلال عن أطراف الخصومة.
- ونحن نساند هذا الموقف من الفقه في رفضه لأن يقوم القاضي بإحلال الأسباب الصحيحة

محل الخاطئة ويقرر عدم الإلغاء، وهذا ما ليس من دور القاضي ، لأنه قاضي مشروعية عليه إذا ثبت له عدم صحة القرار إلغاءه، وليس تصحيحه احتراماً لمبدأ الفصل ما بين السلطات.

2.2.2.1 التطبيقات القضائية لرقابة الوجود المادي للوقائع

تعتبر رقابة الوجود المادي للوقائع من أهم أوجه الرقابة على أعمال الإدارة فلا بد أن تركز الإدارة في إصدار قراراتها على وقائع موجودة مادياً، وإلا كانت محلاً للإلغاء القضائي ، لذلك سنبحث في هذا المطلب إلى ما توصل إليه القضاء في دول الدراسة المقارنة في رقابته للوجود المادي للوقائع ، فنخصص الفرع الأول لرقابة الوجود المادي للوقائع في القضاء الإداري الفرنسي ، أما في الفرع الثاني فنبحث فيه رقابة الوجود المادي للوقائع في القضاء الإداري المصري ، أما الفرع الثالث فنتناول فيه رقابة الوجود المادي للوقائع في القضاء الإداري الجزائري.

1.2.2.2.1 الوجود المادي للوقائع في القضاء الإداري الفرنسي

ظل مجلس الدولة الفرنسي لزم من طویل يرفض رقابة الغلط (الخطأ) في الوقائع ، وذلك على اعتبار أن قاضي تجاوز السلطة هو قاضي قانون وليس قاضي وقائع، وهذا المبدأ جعل الكثير من القرارات الإدارية غير المشروعة تنأى عن رقابة القضاء الإداري، في حين أن الخطأ في الوقائع يؤدي في حقيقة الأمر إلى التطبيق الخطأ للقانون [29] ص 897 وتعود رقابة مجلس الدولة على الوجود المادي للوقائع إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1907 في قضية (Monod) التي تدور وقائعها في أن الإدارة أصدرت قراراً بإحالة أحد المحافظين إلى التقاعد بناءً على طلبه، وادعت أن المحافظ قدم طلب إحالته إلى التقاعد، إلا أن المحافظ المحال إلى التقاعد طعن في القرار مؤسسا دعواه على أنه لم يقدم أي طلب لإحالته إلى التقاعد، وتصدى مجلس الدولة لبحث الوجود المادي للوقائع (واقعة تقديم طلب الإحالة إلى التقاعد)، وتبين له صحة إدعاءات الطاعن، أي أنه لم يقدم طلباً للتقاعد، لكنه لم يقرر إلغاء قرار الإحالة إلى التقاعد لسبب آخر مختلف ، إذ تعمدت الإدارة إخفاء السبب الحقيقي رافة وشفقة عليه لذلك اختلقت واقعة تقديم طلب الإحالة إلى التقاعد على الرغم من علمها اليقيني بعدم وجودها مادياً [29] ص 897

على أنه من الخطأ الظن أن حكم MONOD سالف الذكر كان فيصلاً قاطعاً بين مذهب القضاء السالف والقضاء الجديد، إذ حتى بعد صدور الحكم كان مجلس الدولة يرفض أحياناً إجراء الرقابة على الوقائع، وهذا من طبيعة كل تحول قضائي يتم في حذر وتردد، ومع ذلك فقد أخذت أحكامه في الرقابة تتواتر وتترايد حتى صارت قضاءً مطرداً بلا

خلاف [32] ص 52

إذن مارس القضاء الإداري الفرنسي رقابة الوجود المادي حتى في الحالات التي تملك الإدارة فيها سلطة تقديرية، فمثلا تستطيع أن تعزل المحافظين أو جنيرالات الجيش عن غير الطريق التأديبي مثل قضية جنرال دونوي DE NOUE. وهذا الحال بالنسبة لجنيرالات الجيش فهي تستطيع أن تحيلهم إلى الاستيداع حتى لو لم يرتكبوا أخطاء معينة. وكان الذي حدث أن أحالت الإدارة جنرالا في الجيش إلى الاستيداع وبنت قرارها على أخطاء معينة ارتكبها هذا الضابط ، فما كان منه إلا أن طعن في هذا القرار بالإلغاء، فقرر المجلس إلغاء القرار على أساس أن هذا الضابط لم يرتكب هذه الأخطاء ، وبالتالي فإن قرار الإدانة قد بني على وقائع غير صحيحة ماديا [46]ص274

وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي لرقابة الوجود المادي من ذلك حكم Camino عام 1916 و هو حكم متعلق بفصل عمدة كعقوبة له لقيامه بأمر إدخال جثمان إلى مقبرة عبر فتحة في حائطها وهو ما اعتبر عدم احترام لموكب الجنازة، لكن بعد تحقق القاضي من الوقائع المادية، تأكد له أن العمدة قام بإدخالها من بوابة المقبرة ، وبالتالي تم إلغاء هذا القرار لأنه بني على وقائع غير موجودة [15]ص395

وكذلك في قضية Trepont المتعلقة بإحالة موظف إلى التقاعد بناءً على طلبه ، في حين تبين للقاضي أن هذا الموظف لم يقدم أي طلب للتقاعد ، وبالتالي فإن هذا القرار أسس على وقائع غير موجودة وبالتالي أعتبر قراراً باطلاً [14]ص251 وكان آخر حاجز أمام القاضي الإداري متعلق بقرارات الضبط العليا ، و قد اجتازه عام 1959 ، فراقب الوجود المادي للوقائع بخصوص قرارات الضبط المتخذة بموجب الأحكام العرفية ، أي قوانين لها صفة الاستثنائية لحالة الضرورة، بخصوص قضية Grange ، فقرر مجلس الدولة إلغاء إجراء ضبطي لفرض الإقامة الإلزامية بمقتضى الأحكام العرفية، إذ إنه يستند إلى وقائع غير موجودة ماديا [41]ص810

فقرارات الضبط العليا في فرنسا haute police التي تتخذ تطبيقاً لقوانين لها صفة استثنائية ، هذه القوانين الاستثنائية وضعت لظروف خاصة دقيقة تستوجب تشديد السلطة العادية لهيئات الضبط، وهي عموماً تخول سلطات الضبط سلطة اتخاذ تدابير صارمة تفيد الحرية الفردية (إبعاد الأجانب، و تحديد الإقامة) حيث تم الطعن في قضية Grange بقرار أصدرته السلطات الفرنسية في الجزائر بتحديد إقامة أحد المحامين بموجب المرسوم بقانون 1956\03\16، مدعية انتماءه إلى تنظيم سري للثوار في الجزائر ، وقد ثبت عدم صحة هذه الوقائع ، وبالتالي أعلن عدم مشروعية القرار [48]ص420

و يراقب مجلس الدولة أيضا الوجود المادي للوقائع بشأن قضية Konaté ، فقد تم طرد أجنبي بناءً على أعمال عنف قام بها ، ولم يكن ملفه يحتوي على أية أدلة تثبت قيامه بهذه

الأفعال التي تهدد النظام العام ، وبالتالي فإن القرار كان مؤسسا على وقائع غير موجودة وحق إلغاؤه [15] ص 395

و توالى أحكام مجلس الدولة الفرنسي لتؤكد أن القرار الإداري في كافة الأحوال والظروف، سواء كانت سلطة الإدارة بصده مقيدة أم تقديرية في الظروف العادية أم الاستثنائية، يكون مشوبا بعيب السبب وقابلا للإلغاء، إذا ثبت أن الإدارة قد استندت في تبريره إلى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية، وسواء كانت الإدارة حسنة النية أي اعتقدت بقيام الوقائع التي تدعيها، أم كانت تعلم بعدم توافرها [20] ص 518 وهكذا يعمل القضاء الإداري الفرنسي رقابته على كل القرارات الإدارية من حيث الوجود المادي للوقائع، إذ لا يتصور استناد قرار إداري على وقائع ثبت عدم وجودها ماديا فذلك يعرض القرار للإلغاء على أساس انعدام السبب.

2.2.2.2.1. رقابة الوجود المادي للوقائع في القضاء الإداري المصري

يرجع الفضل في إرساء رقابة الوجود المادي للوقائع في مصر إلى محكمة القضاء الإداري، التي قامت بدور طليعي في هذا الصدد، وتواترت أحكامها التي تقضي بإلغاء القرار كلما ثبت استناده إلى وقائع غير صحيحة، وقد عممت المحكمة نطاق تطبيق هذا القضاء ليشمل سائر مجالات النشاط الإداري [39] ص 135

ففي مجال القرارات التأديبية أقرت محكمة القضاء الإداري المصرية إلغاء القرارات التأديبية إذا كانت مستندة إلى وقائع غير موجودة ماديا، ففي إحدى قضاياها وقعت وزارة الدفاع الوطني عقوبة تأديبية على أحد الموظفين بناء على أنه تسبب بإهماله في ضياع كمية من الخشب كانت في عهده ، فنازع المتهم بصحة هذه الوقائع، معلنا أن هذا الفقد لم يحدث أصلا، ولكن الذي حدث هو أن الأخشاب المدعى ضياعها قد تهشمت بناء على سقوط الأسقف لقدمها وضعفها ، ولما تبينت محكمة القضاء الإداري صحة هذه الدعوى و أن الموظف محق في دعواه قالت: "من حيث أن المدعي يقيم دعواه على أن الضياع الذي جوزي من أجله لم يقع أصلا، والواقع أن الأخشاب تهشمت بسبب سقف المعسكر،...ومن حيث أنه متى تقرر ذلك، يكون ما نسب إلى المتهم وجوزي من أجله غير قائم على أساس الصحة، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه والحالة هذه قد جاء مخالفا للقانون لانعدام أساسه القانوني [30] ص 106 وكذلك فرض القضاء الإداري المصري رقابته على قرارات الفصل بغير الطريق التأديبي ، وهي قرارات الفصل التي من المفروض فيها ألا يشترط لصحة صدورها قيامها على واقعة معينة محددة تنسب إلى الموظف ، كما لا يشترط فيها تسبب هذه القرارات ، لأن الإدارة

تتمتع بخصوصها بسلطة تقديرية واسعة ، إلا أن محكمة القضاء الإداري قد فرضت رقابتها عليها بخصوص الوجود المادي للوقائع ، فجاء في أحد أحكامها: " ليس المقصود من تخويل الحكومة سلطة فصل كبار الموظفين المعيّنين بمرسوم، بدون توسط المحكمة التأديبية العليا، أن تستغل هذه الرخصة بدون قيد أو شرط فتفصل من تشاء وكيف تشاء حسبما تريد وتهوى، وأن تتحلل من الضمانات المقررة للموظفين.....بل إن استعمال هذه الرخصة منوط بأن يقوم الفصل على سبب صحيح يبرره، وإلا فقد أساسه القانوني وكان بالتالي مخالفا للقانون[27]ص83".

ورغم تحقيق القضاء الإداري المصري لسوابق قضائية تستحق الإشادة في إطار الوظيفة العامة ، إلا أن القضاء المصري في بعض الأحيان يرفض ممارسة أية رقابة على الوجود المادي للوقائع ، فيما يتعلق ببعض القرارات التي يعتبرها القضاء ذات طبيعة خاصة بالنظر إلى أهمية بعض الوظائف و حساسيتها ، فقد رفض القضاء الإداري المصري الرقابة على وجود الوقائع المادية بالنسبة للوظائف القضائية و بعض وظائف الشرطة[04]ص56

كما فرضت محكمة القضاء الإداري رقابتها للتحقق من قيام الحالة الواقعية التي تبرر قرارات الضبط الإداري ، وذلك حتى بالنسبة للإجراءات المتخذة في ظل إعلان الأحكام العرفية ، وقد تشددت المحكمة بهذا الخصوص ، حيث قضت في أحد أحكامها: " خطورة الشخص على الأمن والنظام كي تكون سببا جديا يبرر اتخاذ مثل هذا الإجراء المقيد للحرية (الاعتقال) يجب أن تستمد من وقائع حقيقية منتجة في الدلالة على هذا المعنى، وأن تكون هذه الوقائع أفعالا معينة يثبت ارتكاب الشخص لها، ومرتبطة ارتباطا مباشرا بما يراد الاستدلال عليه بها، وإن مجرد انتماء المدعي - لو صح - إلى جماعة ذات مبادئ متطرفة أو منحرفة على الدستور أو النظام الاجتماعي ، لا يعني حتما وبذاته اعتباره من الخطرين على الأمن بالمعنى المقصود من هذا اللفظ بمقتضى قانون الأحكام العرفية، مادام لم يرتكب فعلا وشخصيا أمورا من شأنها أن تصفه حقا بهذا الوصف[39]ص141

وقد أخذت المحكمة الإدارية العليا في مصر بعد إنشائها عام 1955 بمراقبة الوقائع المبررة لإصدار القرارات الإدارية للتحقق من صحة وجودها، حيث عبرت عن نهجها هذا بقولها: " إن رقابة القضاء الإداري تجد حدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار مستمدة من أصول تنتجها مادي أو قانونيا أم لا، إذ يتوقف على وجود هذه الأصول أو عدم وجودها وعلى سلامة استخلاص النتيجة التي انتهى إليها القرار في هذه الأصول أو فسادها، وعلى صحة التكييف القانوني للوقائع بفرض وجودها مادي أو عدم صحة هذا التكييف يتوقف على هذا كله قيام ركن السبب في القرار الإداري ومطابقته أو عدم مطابقته للقانون [22]ص265

تشددت المحكمة الإدارية العليا في البداية بخصوص قرارات الضبط الإداري المتعلقة بإقامة الأجانب وإبعادهم ، فقضت بقولها: " إن الترخيص أو عدم الترخيص للأجنبي بالإقامة،

أو مد أو عدم مد إقامته هي على مقتضى المادة... من المسائل التي تترخص للإدارة في تقديرها بسلطة مطلقة، في حدود ما تراه متفقاً مع الصالح العام، وليست سلطتها هذه مقيدة بقيود أو آثار قانونية معينة فرضها القانون مقدماً، ومرد ذلك أن الدولة بحكم مالها من سيادة إقليمية تتمتع بسلطة عامة وكاملة في تقدير مناسبات إقامة الأجنبي في أراضيها، ولا تلتزم قانوناً لا بالسماح له بالدخول فيها ولا بمد إقامته بها، إلا إذا كانت تشريعاتها ترتب له حقاً من هذا القبول بحسب الأوضاع والشروط التي تقررها، فإن لم يوجد وجب عليه مغادرة البلاد مهما تكن الأعذار أو الذرائع التي يتعلل فيها، حتى ولو لم يكن به سبب يدل على خطورته من الأمن

والآداب [20] ص 519

ثم عدلت المحكمة عن موقفها هذا بالنسبة لاستبعاد الأجنبي الذي تجعله من إطلاقات الإدارة، بحيث أصبح يستلزم لمشروعية قرار الإبعاد ضرورة توافر اعتبارات جدية تبرره، كما لو كان في إقامة الأجنبي إضرار باقتصاد الدولة أو بسلامة أراضيها [26] ص 252 كما جرت المحكمة الإدارية العليا في عدد من الأحكام على رفض التحقق من الوجود المادي للوقائع التي يقوم عليها قرار منع السفر بقولها: "إن القرار المطعون فيه قد قام على أمور معينة منسوبة إلى الطالب لو صحت لبررت النتيجة التي انتهى إليها القرار... فإنه لا تثريب على الحكومة إذا كانت قد اطمأنت إلى صدق تقارير موظفيها المسؤولين [48] ص 442".

أي أن المحكمة تراقب الوصف القانوني للوقائع التي تذرعت بها الإدارة لرفض الترخيص بالسفر لفرض صحة وجودها المادي، وبالتالي فإن المحكمة تسلم للإدارة بسلطة الحكم النهائي على مادية الأسباب.

على أنها عدلت عن موقفها السابق الذي كانت تمنح فيه للإدارة حق الترخيص للمواطن بالسفر للخارج أو رفضه في ضوء اعتبارات المصلحة العامة بلا تعقيب عليها في ذلك من القضاء، حيث اشترطت في قضائها اللاحق أن يكون رفض الترخيص مستنداً إلى أسباب صحيحة [26] ص 252

ويشاد بالقضاء الإداري المصري أنه يخضع كل القرارات الإدارية لرقابة الوجود المادي لوقائع حتى قرارات الضبط العليا الخاصة بالأجانب، لكن ما يأخذ عليه أنه يمتنع عن رقابة الوجود المادي للوقائع بخصوص القرارات المتعلقة بالوظائف القضائية ووظائف الشرطة، وحسب رأينا لا بد أن تكون كل قرارات الإدارة مبنية على وقائع موجودة مادياً مهما كانت الأجهزة والوظائف المتعلقة بها، وإلا تعرضت للإلغاء لغيب انعدام السبب.

3.2.2.2.1. رقابة الوجود المادي للوقائع في القضاء الإداري الجزائري

يقر القضاء الإداري الجزائري أحقيته بالرقابة على الوجود المادي للوقائع ، ومن ذلك ما قضت به الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ، يتعين على الإدارة معاينة وفحص ما إذا كان البناء من شأنه أن يلحق خطورة بالصحة العامة أو الأمن العام، أو يمس بالنظام العام، وذلك لرفض إعطاء رخصة البناء... [05] ص 352 "

وفي ذلك أيضا ما قضت به الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 20 أكتوبر 1984 (قضية أرملة ب، ق ضد والي ولاية معسكر) [49] ص 398، أمر الاستيلاء المؤرخ في 01 يونيو 1967 و قرار التخصيص الصادر عن الإدارة.

ف رئيس دائرة معسكر قرر في 01 يونيو 1967 الاستيلاء على المحل معتقدا غلطا بوجود حالة شغور، غير أن تلك الواقعة غير موجودة لكون المدعية هي الشاغلة قانونا للمحل المتنازع عليه .

حيث جاء في الحكم ما يلي:

" حيث أن الطاعنة تذكر بأن عقد التخصيص المؤرخ في 23 فبراير 1970 باطل ، لأن جميع العوامل المؤدية إلى صدوره مخالفة القانون ، و التي تتمثل في إخراج السيدة (ح) بدون حكم قضائي ، وحجز المحل وعدم التبليغ .

حيث أنه بموجب عقد رسمي، مبرم في 19 فبراير 1963 بمكتب التوثيق، باع الفريق (أ) للسيدة (خ، خ) صالون الحلاقة المتنازع عليه...

حيث أن العقد الأنف الذكر قد ولد حقوقا .

حيث أن الطاعنة (المدعية) استظهرت على ما سبق بسجل تجاري صادر بتاريخ 31 أكتوبر 1968 عن المصلحة المختصة لمحكمة معسكر.

حيث أنه لا يمكن الطعن في مثل هذه المستندات، إلا بالاعتماد على أسباب مستقاة من عدم المشروعية.

حيث أن الوالي قد اكتفى في رده بالتصريح بأن (ع،أ) قد اشترى بصفة قانونية و بعقد شرعي المحل المتنازع عليه المصرح بشغوره.

ولكن حيث أن نظرية الشغور، مبنية على أسس قانونية محددة قانونا ، كالمعاينة و التصريح بالشغور، وهي الأسس التي تجاهلها القرار المطعون فيه .

حيث أن رئيس دائرة معسكر ، قرر في جوان 1967 من جانب واحد ، الاستيلاء على المحل ، لصالح شخص طبيعي هو (ع،أ) ، معتقدا بأن مجرد الإشارة إلى التشريع الخاص بالأحكام الشاغرة ، ودون الإتيان بالدليل على الشغور كافيا لبناء قراره على أساس قانوني.

وأنه ليتعين بالتالي التصريح بتأسيس الوجه، و إبطال أمر الاستيلاء و القرار الصادر عن رئيس دائرة معسكر في 23 ديسمبر 1970. "

قضى مجلس الدولة الجزائري أيضا في أحد قراراته: " حيث إن المادة 71 \ 7 من المرسوم 302-82 تعتبر كل عمل يصدر من الموظف يهدف إلى استعمال مصالحه المستخدمة لأغراض شخصية أو غريبة عن العمل، خطأ جسيما يستوجب العقوبة من الدرجة الثالثة... يتعين رفض الدعوى لعدم التأسيس [05] ص 353. "

وفي قضية أخرى قضى المجلس بما يلي : "إن المستأنف استفاد من عطلة مرضية لمدة سبعة أيام ابتداء من هذا التاريخ ، وبيانا لما سبق ذكره فإن غيابه يوم مبررا ، ومن ثم فإن القرار المتخذ من طرف المستأنف عليه غير مؤسس، وأن السبب المستند إليه غير صحيح ، لذا ينبغي إلغاؤه ، والقول بأن قضاة الموضوع أخطأوا في تقدير الوقائع ، يتعين إلغاؤه والقضاء من جديد بإلغاء القرار المتضمن عزل المستأنف وإعادة إدماجه إلى منصب عمله أو منصب مماثل [05] ص 353. "

قضى أيضا مجلس الدولة الجزائري في أحد أحكامه بما يلي: " حيث أن المستأنفة وضحت للغرفة بأن السيد (ن.أ) استفاد من قطعة أرض بمنطقة " صوريكال " sorecal بالقبة لبناء كشك، وفقا للقرار الإداري رقم 114 \ أع \ 94 مقابل دفع كراء تحدده البلدية لاحقا، إلا أن المستأنف عليه قام ببيع هذه القطعة لشخص آخر، خرقا للإجراءات القانونية، ونتيجة لهذا التعامل، قامت البلدية بإلغاء القرار أعلاه والمؤرخ في 04 \ 08 \ 1994 والمتضمن منح السيد (ن.أ) قطعة أرض وهذا باستعمال حقها، وليس باستعمال التعسف في الحق، وعليه يتعين إلغاء القرار الصادر بتاريخ 25 \ 08 \ 1996 عن مجلس قضاء الجزائر.

حيث أنه يتجلى للغرفة بعد دراسة الملف، بأن البلدية لم تدعم قولها بأن المستأنف عليه باع فعلا القطعة الترابية، بل لا يظهر منه سوى أن القرار الإداري موضوع الطعن الذي ألغى قرار الاستفادة غير مؤرخ ، وغير مسبب ولم يعوض القطعة بأخرى ، وبالتالي فإنه خال من الشرعية، وهو وجه من أوجه التعسف بالسلطة وعليه يتعين على الغرفة تأييد القرار المعاد برمته [50] ص 52

وهكذا نجد القضاء الإداري الجزائري يقر بأحقيته في رقابة الوجود المادي للوقائع لقرارات الإدارة سواء كانت مبنية على سلطة مقيدة للإدارة أو سلطة تقديرية لها، فلا بد أن تكون قراراتها مؤسسة على أسباب موجودة ماديا.

3.2.1. ضرورة التكييف القانوني الصحيح للوقائع

تتصف قواعد القانون عامة بالعمومية والتجريد ، فمن النادر أن تكون قاعدة القانون قاعدة فردية ، إذ إنها تأتي بتعريف وتحديد جزئي للوقائع حتى تتناسب والمراكز العدة التي تحكمها، لذلك على رجل الإدارة عند أعمال هذه القواعد على الحالات التي تعترضه القيام بعملية ذهنية لتكييف القانوني للوقائع محل البحث، ولبيان فحوى هذه الرقابة سنتحدث في المطلب الأول عن مضمون رقابة التكييف القانوني للوقائع ، ونخصص المطلب الثاني للحديث فيه عن التطبيقات القضائية لرقابة التكييف القانوني للوقائع في دول الدراسة المقارنة.

1.3.2.1. مضمون رقابة التكييف القانوني للوقائع

إن رقابة القضاء الإداري لسبب القرار لا تقف عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع المكونة لسبب، بل تشمل أيضا رقابة الوصف القانوني لهذه الوقائع، بمعنى أنه لو ثبت للقاضي الإداري صحة الوقائع ماديا، ولكن اتضح أن الإدارة لم تعطي للوقائع الوصف أو التكييف القانوني الصحيح ، فإن القاضي يعتبر سبب القرار معيبا ويقوم بإلغاء قرار الإدارة. مثال ذلك: إصدار الإدارة قرارا بتوقيع جزاء على الموظف لارتكابه مخالفات إدارية أو مالية. في تلك الحالة لا يكفي أن يتحقق القاضي الإداري من صحة وجود الوقائع المنسوبة للموظف، بل يجب عليه أيضا أن يراقب الوصف القانوني الذي أعطته الإدارة لهذه الوقائع، وهذا يعني أن على القاضي أن يبحث عما إذا كانت تلك الوقائع تمثل جريمة تأديبية أم أن تلك الوقائع ليس لها هذا الوصف القانوني ، وبالتالي تكون أفعالا مشروعة، فإذا اتضح للقاضي أن الوقائع الثابتة لا تمثل جريمة تأديبية، يقوم بإلغاء القرار التأديبي لعب

السبب [43]ص208

و يحدث كثيرا في مجال القانون الإداري أن تخول النصوص التشريعية أو اللائحية للإدارة – عند توافر حالة واقعية معينة – مكنة القيام بعمل ما، أو تلزمها بهذا العمل، وذلك دون أن تتضمن هذه النصوص سوى إعطاء تحديد جزئي أو مبهم لهذه الوقائع التي في ضوئها تنقرر سلطة الإدارة، وفي هذه الحالات يكون على رجل الإدارة أن يقوم ببحث وتحديد الوقائع التي عرفتها النصوص، وبعبارة أخرى تكييف هذه الوقائع تكييفاً قانونياً، فالمقصود من عملية التكييف هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية [39]ص52.

وتقتضي عملية التكييف من القائم بها – الإدارة أو القاضي الإداري - عملا

مزدوجا حيث يسعى أولا للتوصل إلى تخصيص القاعدة القانونية التي تنسم بالعمومية والتجريد بإعطائها معنى أكثر تحديدا وأقل عمومية، ثم يحاول بعد ذلك أن يرفع الواقعة الفردية إلى مستوى عمومية نص القانون بتجريدها عن طريق إغفال كل الجوانب عديمة الجدوى، والعمل على إبراز الصفات التي تميز الواقعة فحسب من الناحية القانونية، وبذلك يمكن التوصل إلى قيام التطابق بين النص والوقائع [20] ص 172

وقد اعتبرت عملية التكييف للوقائع فقها وقضاءً ولفترة طويلة من الزمن، بأنها مسألة وقائع لا مسألة قانون، إذ إنها تعتبر مجرد تفسير للواقعة، وكانت تترك للسلطة التقديرية للإدارة العامة، وبالتالي لم يكن إخضاعها لرقابة قاض تجاوز السلطة مقبولا أو جائزا.

ففي فرنسا حين بدأ مجلس الدولة الفرنسي بفرض رقابته على التكييف القانوني للوقائع في قضية Gomet، ذهب العميد هوريو إلى أنه لم يعد من الممكن اعتبار قاضي تجاوز السلطة مجرد قاضي للشرعية [02] ص 357. ذلك أن الفقه في بداية رقابة مجلس الدولة الفرنسي على التكييف القانوني للوقائع صنفه على أنه رقابة ملائمة وليست فقط رقابة مشروعية، أي أن القاضي الإداري أصبح يراقب عمل الإدارة حين تمتعها بالسلطة التقديرية، غير أن الفقه سرعان ما تنبه إلى أن القاضي الإداري أدخل عنصر الملائمة ضمن دائرة المشروعية و لم يخرج عن دائرتها، وذلك ما سيتم التفصيل به في الباب الثاني من هذه الأطروحة .

ولكن في الوقت الحاضر أصبح مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر والجزائر قاضي قانون ووقائع في وقت واحد، وذلك في إطار رقابة المشروعية التي يحرص على تكريسها، فله الرقابة على الوجود المادي للوقائع بالإضافة إلى تكييفها القانوني، من حيث مدى توافق الوصف القانوني للوقائع من القواعد القانونية التي تركز عليها الإدارة في إصدار قراراتها.

2.3.2.1. التطبيقات القضائية لرقابة التكييف القانوني للوقائع

تعمل كل دول الدراسة المقارنة رقابة التكييف القانوني للوقائع ولكن بنسب متفاوتة ، وهذا ما سنبحثه في هذا المطلب حيث ندرس رقابة التكييف القانوني للوقائع في هذه الدول ، فنخصص الفرع الأول منه لرقابة التكييف القانوني للوقائع في القضاء الإداري الفرنسي، وفي الفرع الثاني نبحث فيه رقابة التكييف القانوني للوقائع في القضاء الإداري مصري ، أما الفرع الثالث فتحدث فيه عن رقابة التكييف القانوني للوقائع بالقضاء الإداري الجزائري.

1.2.3.2.1. رقابة التكييف القانوني للوقائع في القضاء الإداري الفرنسي

لقد كان حكم جومل أول حكم أرسى فيه مجلس الدولة الفرنسي الرقابة على التكييف القانوني للوقائع وتدور وقائع ، هذه القضية في أن القانون كان يعطي المحافظ الحق في رفض منح رخص البناء في الأماكن الأثرية، فأقر القضاء الإداري هنا حقه في بحث مدى تمتع ساحة Beauvau بصفة الأثرية. فقرر مجلس الدولة أن هذه الساحة لا تتمتع بالصفة الأثرية ، وبالتالي قرر إلغاء القرار الإداري برفض منح رخصة البناء بها [42]ص173. وقد فرض مجلس الدولة رقابته على التكييف القانوني للوقائع في مجالات متعددة منها:

بحث المجلس فيما إذا كان الفعل الصادر من موظف عام من الطبيعة التي تكون خطأ تأديبياً [15]ص396

وأيضاً إذا كانت مجلة تحتوي على الصفة الإباحية مما يجعلها خطراً أخلاقياً يهدد

الشباب [15]ص396

الرقابة على ما يعد من الأعمال الجارية Affaires Courantes التي يمكن للوزارة المستقبلة ممارستها إلى حين تولي الوزارة الجديدة عملها [41]ص811

وكذلك راقب المجلس مدى توافر صفة معيل العائلة من أجل الإعفاء من أداء الخدمة

العسكرية [41]ص811. ومدى توافر صفة الإباحية كذلك بصدد الأفلام السينمائية [41]ص811

وتوزيع التمثيل النقابي للعمال في منظمة مهنية [42]ص175. وراقب كذلك التكييف

القانوني لرخصة البث الإذاعي لإذاعة " منتي كارلو Monte Carlo" [42]ص176

وتقييم فيلم وإدخاله ضمن لائحة الأفلام المشجعة للعنف [34]ص108. كما راقب

مجلس الدولة الفرنسي التكييف القانوني بخصوص قرارات الضبط ومدى مساسها بالمصلحة

العامّة [42]ص176

يتمتع قضاء المجلس عن رقابة التكييف القانوني للوقائع في 3 مجالات:

- القرارات ذات الطابع الفني

منها رقابة جودة منتج معين وعدم الإضرار بالصحة العامة [42]ص178. وأيضاً

رقابة الضمانات المالية لشركة طيران في مواجهة السوق الوطنية والعالمية لخطوط

الطيران [42]ص178

- قرارات اللجان العلمية

قرارات لجان الامتحانات أو الاختبارات الوظيفية بشأن تقييم الممتحنين [09]ص589،

بإضافة إلى آراء لجان التحكيم الرياضية [42]ص178، وكذلك تقييم أداء

الموظفين [41]ص816

وفيما يتعلق بمجموعة من القرارات التي تتسم بطابع علمي وفني معقد، يجد المجلس نفسه إزاء طابعها العلمي البحث، عاجزا عن مباشرة الرقابة بنفسه دون الاستعانة برأي الخبراء من أهل العلم، ولذلك يفضل المجلس رفض القيام برقابة تكييف الإدارة للوقائع في خصوص هذا النوع من القرارات، بدلا من التظاهر بممارسة هذه الرقابة، مع أن دور المجلس من الناحية الفعلية، سيقصر على اعتماد رأي الخبير [39] ص 67

- قرارات الضبط العليا

قرارات الضبط العليا وخصوصا قرارات الضبط المتعلقة بالأجانب والمتعلقة بقرارات إبعادهم [41] ص 745، والجمعيات الأجنبية [41] ص 745، والمطبوعات الأجنبية [41] ص 745

ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي يحاول الحد و التضييق من هذا الاستثناء، حيث بسط رقابته على قرارات الإدارة برفض منح الرعايا الأجانب من دول المجموعة الأوروبية الإقامة في فرنسا لمدة 10 سنوات قابلة للتجديد وفقا للقانون، وذلك دون حاجة لإثبات أي خطأ ظاهر في هذا الشأن [20] ص 174

وهكذا يخضع مجلس الدولة الفرنسي كافة القرارات إلى رقابة التكييف القانوني للوقائع معدا القرارات ذات الطابع العلمي و الفني و قرارات الضبط العليا، وذلك بنظر لخصوصية هذا النوع من القرارات و التي تكون فيه الإدارة أكثر دراية و إلمام بها، حيث لديها من وسائل و تقنيات ما يساعدها على ذلك ، هذا ما يجعل مجلس الدولة الفرنسي يمتنع عن رقابة تكييفها لهذه الوقائع و يعترف للإدارة بسلطانها التقديرية واسعة بشأن هذين النوعين من القرارات ، لكن وفي إطار سياسته القضائية يبقي مجلس الدولة الفرنسي الإدارة تحت رقابته ، حتى لا ترتكب خطأ ظاهر في التقدير بخصوص هذين النوعين من القرارات التي امتنع عن رقابة تكييفها القانوني ، هذه النظرية التي ابتدعها للحد من سلطتها التقديرية ، و التي سوف نحللها بالكامل في الباب الثاني من هذه الأطروحة .

2.2.3.2.1. رقابة التكييف القانوني للوقائع في القضاء الإداري المصري

فرض مجلس الدولة المصري رقابته على التكييف القانوني للوقائع على الغالب الأعم من القرارات الإدارية ومنها القرارات التأديبية ، فقد قضت محكمة القضاء الإداري بإلغاء الجزاء التأديبي الذي أوقعته الإدارة على مأذون شرعي بسبب قيامه بالزواج بعقد عرفي حيث أوضحت أنه: " ليس فيما أقدم عليه المدعي من الزواج العرفي مخالفة للقوانين أو اللوائح ، وليس فيه مخالفة لأحكام الشرع أو النظام العام، كما لا يعد ذلك إخلالا من المدعي بواجبات وظيفته أو سلوكه الوظيفي حتى يصدق على

ورود بأسباب القرار التأديبي.... وذلك أن المدعي لم يكن يباشر عند زواجه عمله الرسمي كمأذون، وإنما كان مثله في ذلك كممثل أي فرد عادي، ولا حرج عليه أن يتزوج زواجا عرفيا دون أن يوثقه [22] ص 545".

وقضت في شرط حسن السمعة والسيرة لما يتطلبه القانون في حكم لها: "أنه ولئن كان الأصل أن تقدير توافر شرط حسن السيرة والسمعة أو عدم توافره فيمن يعهد إليهم بالقيام على شؤون التربية والتعليم من الأمور التي تترخص الإدارة فيها، إلا أنه يتعين أن تكون النتيجة التي تصل إليها مستخلصة استخلاصا سائغا من وقائع صحيحة منتجة في الدلالة على هذا المعنى، وإلا كان القرار فاقدا لركن من أركانه، وهو ركن السبب وقع مخالفا للقانون [35] ص 131".

وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأنه: "ما قد يوحى به تاريخ المدعي السياسي من كونه يقف موقف المعارضة السياسية لا يفيد في ذاته قيام حالة الاشتباه أو الخطر على الأمن والنظام المبرر للاعتقال بحسبان أن الاعتقال إجراء ماس بالحرية لا ينبغي اللجوء إليه إلا في حالة الطوارئ فقط، وأن تكون قامت حالة من حالات الضرورة المستندة إلى وقائع ثابتة تفيد يقينا خطورة الشخص على الأمن، وليس لموقف المعارضة السياسية أن تفيد في ذاته قيام تلك الحالة من حالات الخطر الوشيك على الأمن والنظام [31] ص 417".

وفي مجال حماية الآثار، يتزايد دور القاضي الإداري في مصر على رقابة التكيف القانوني للوقائع، ويقرر بطلان أي تصرف أو قرار يكون من شأنه المساس بالطبيعة الأثرية للمكان، فقد جاء في قرار للمحكمة الإدارية العليا ما يلي: "إن منطقة باب "العزب" تعتبر منطقة أثرية، وتشكل جزءا لا يتجزأ من قلعة صلاح الدين، وأنه لا يمكن فصل باب العزب عن القلعة، فكلاهما يجمعهما نسيج أثري واحد يعتبر من أهم مناطق الآثار الإسلامية، حيث كان مقرا لحكم مصر طوال العصر الأيوبي والمملوكي والعثماني وعصر محمد علي، وبالتالي فإن قرار وزير الثقافة بشأن إقامة مجمع فندقى يشكل تهديدا خطيرا لهذه المنطقة الأثرية، مما يشكل مخالفة لأحكام القانون رقم 117 لعام 1983 بشأن حماية الآثار، وبشكل خاص خروجاً صارخاً على أحكام المادة 20 التي حرمت البناء في المناطق الأثرية والتاريخية [51] ص 293".

أما بالنسبة لقرارات المسائل العلمية والفنية، فلم يستقر مجلس الدولة المصري على قاعدة عامة بشأنها، إذ نجده يمتنع عن الرقابة حيناً ويبسط رقابته على هذا التكيف حيناً آخر، ويورد القضاء الإداري المصري على ذلك أن أوراق إحالة الطالب وتقدير الدرجة التي يستحقها تعد من قبيل الأمور الفنية التي تستقل جهة الإدارة بأجهزتها المختصة، فلا معقب عليها إلا إذا شابها عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، أو إذا شاب عملية التصحيح الخطأ المادي، وفي غير ذلك لا يجوز للقضاء الإداري أن يحل نفسه محل الجهة الإدارية في

تقييمها إجابة الطالب وما يستحقه عنها من درجة ، حتى لا يؤدي ذلك إلى تدخل القضاء في أمور فنية تقديرية هي من اختصاص الجهة الإدارية المنوط بها أمر التصحيح[35]ص132
يبرز تردد القضاء الإداري في رقابته على المسائل العلمية والفنية في موضوع واحد هو منح درجة الدكتوراه ، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه ليس للقضاء الإداري أن يعقب على السلطة التقديرية لمجلس الجامعة إلا في إطار الرقابة على عيب إساءة استعمال السلطة، وذلك بقولها: "إنه من المسلم به أن المجلس حينما يمارس اختصاصه القانوني بهذا الشأن إنما يترخص بسلطة تقديرية في وزن ملاءمات القرار الذي يصدره بغير معقب عليه في ذلك إلا عند مخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة[20]ص195"

إلا أن هذه المحكمة عدلت عن موقفها السابق، وقامت بالتعقيب على قرار مجلس الجامعة في المسائل العلمية والفنية فقضت بأنه: "ومن حيث أن المحكمة قد طالعت نسخة الرسالة المقدمة إليها....فتبين لها أن كل ما نسب إلى صاحب الرسالة من نقل عن المراجع الأخرى إنما جرت الإشارة إليه في هوامش الرسالة، وإن كان النقل قد افتقد وضع الأقواس الدالة على بداية النقل ونهايته، والذي يفصل بين أقوال صاحب الرسالة والأقوال الواردة في المراجع، وإن هذا العيب العلمي لا يقوم دليل على انطوائه على سوء القصد ولا على نية الإيهام بنسبة الأقوال المنقولة إلى صاحب الرسالة، وذلك بمراعاة أن طالب الدكتوراه بالحقوق لا يمر بمرحلة إعداد رسالة الماجستير السابق على الدكتوراه....[20]ص209".

وعلى صعيد آخر، قام القضاء الإداري في مصر في بعض أحكامه بالفصل في أمور فنية وعلمية دقيقة بالاستعانة بأراء الخبراء من أهل العلم والفن ، مثل الرقابة على تكييف الإدارة للوقائع ومدى توافر شروط " الجدة " في الابتكار أو الاختراع الذي منحت عنه البراءة والمراد حمايتها[39]ص163
وفي تقدير قيام الحالة المرضية إذا تعلق القرار بالحرية الشخصية للمواطنين، على الرغم من تعلق المرض بنواح علمية وخاصة إذا كان من الأمراض العقلية[20]ص210
إلا أنه هناك من القرارات الإدارية ما لا يراقب مجلس الدولة المصري تكييفها القانوني منها ما يلي:

-قرارات الترخيص بحمل الأسلحة والاتجار بها

يسلم القضاء الإداري بما للإدارة من سلطة تقديرية واسعة خولها لها القانون بكل ما يتصل بتجارة الأسلحة والترخيص بحملها وحيازتها ، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بقولها: "إن المشرع قد خول جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال تقديرا منه لخطورة هذا النوع من التجارة، وذلك حماية للمجتمع ووقاية للأمن العام ودرءا للمخاطر قبل وقوعها، ومن ثم فإن هذه

السلطة التقديرية لا معقب عليها طالما خلت من إساءة استعمال السلطة واستهدفت الصالح

العام[27]110".

وبذلك فإن هذه المحكمة تكتفي برقابة الحد الأدنى على الأسباب، أي رقابة صحة الوجود المادي للأسباب التي تذكرها الإدارة في قراراتها دون التحقق من صحة التكييف القانوني.

-القرارات الخاصة بمنح جواز السفر

اعترف قضاء مجلس الدولة المصري بسلطة تقديرية واسعة للإدارة في تكييف الأسباب التي تدعوها لاتخاذ قراراتها في هذا الصدد، ولا يحد من سلطتها في ذلك سوى قيد عام هو إساءة استعمال السلطة.

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بقولها: "إن الترخيص في السفر إلى خارج البلاد هو من أولى الأمور المتروكة لتقدير جهات الإدارة حسبما تراه متفقاً مع الصالح العام. فلها أن ترفض طلب الترخيص ابتداءً ، أو طلب التجديد إن كانت قد رخصت به من قبل إذا قام لديها من الأسباب ما يبرر ذلك مادياً وقانونياً ، واستخلصت النتيجة التي انتهت إليها في هذا الشأن استخلاصاً سائغاً من أصول ثابتة تنتج هذه النتيجة، فإذا ثبت على النحو المتقدم أن سلوك طالب تجديد الجواز فيه ما يضر بمصلحة البلاد وسمعتها ويؤذي صحة أبنائها ويهدد سلامتهم ، فلا تثريب إذن على جهة الإدارة إن هي رفضت طلب الترخيص أو التجديد دون تعسف أو إساءة استعمال السلطة بل رعاية للمصلحة العامة...."

[27]ص111".

- قرارات الضبط الخاصة بإبعاد الأجانب

قد تصدر الإدارة قراراً بإبعاد أحد الأجانب عن البلاد لاعتبارات تتعلق بالمحافظة على الأمن العام، فإذا ما طعن في هذا القرار بالإلغاء، فإن نطاق رقابة القاضي على مشروعيته يقتصر على التأكد من أن الأجنبي ارتكب ما نسبته إليه الإدارة من عدمه، بمعنى أن تلك الرقابة لا تمتد لبحث ما إذا كان ما ارتكبه الأجنبي يمثل إخلالاً بالأمن العام أم لا، حيث يدخل هذا الوصف في سلطة الإدارة التقديرية، التي لا تخضع في ممارستها لها لرقابة القضاء. ويرجع إجماع مجلس الدولة عن رقابة الوصف القانوني لتلك القرارات إلى أن الرغبة في تحقيق المصلحة العامة للدولة، تقتضي أن يترك للإدارة سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن[26]ص261

- بعض القرارات الخاصة بالموظفين

بالنسبة للقرارات التي تصدرها الإدارة بنقل موظفيها، اعترف مجلس الدولة المصري باعتبارها

من قبيل القرارات التي تترخص فيها الإدارة بمحض تقديرها الحر بحسب حاجة العمل وبحسب متطلبات الصالح العام دون تعقيب من القضاء، مادام قرارها قد خلا من إساءة استعمال السلطة. ومن ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا: "قرارات نقل الموظفين والمستخدمين أو ندهم ليست من القرارات التي تدخل في اختصاص مجلس الدولة بهيئة القضاء الإداري، ما دامت لا تحمل في طياتها قرارات أخرى مقنعة يختص بها القضاء الإداري، كنقل إلى وظيفة تختلف عن الوظيفة الأولى في طبيعتها أو في شروط التعيين فيها، أو كجزاء تأديبي، إذ المعول عليه عندئذ هو القرار الحقيقي لا الظاهري [02] ص 407".

وكذا قرارات التعيين إذ الأصل في التعيين بالوظائف العامة أن تترخص الإدارة في تقدير حاجات العمل وفقا لمقتضياته بسلطانها التقديرية بلا معقب عليها إلا في أحوال إساءة استعمال السلطة، ما لم يقيد بها القانون بنص خاص أو ما لم تقيد نفسها بقواعد تنظيمية معينة، فالتعيين أمر متروك أصلا لتقدير الجهة الإدارية على اعتبار أنها القوامه على حسن سير المرافق العامة [27] ص 109

وبخصوص قرارات إنهاء خدمة العامل خلال فترة الاختبار، اعترف مجلس الدولة المصري بسلطة الإدارة التقديرية (بتقدير صلاحية الموظف المعين تحت الاختبار) دون تعقيب من القضاء طالما خلت من إساءة استعمال السلطة. حيث قضت المحكمة الإدارية العليا: "إن المرد في تقدير صلاحية الموظف المعين تحت الاختبار هو للسلطة التي تملك التعيين، فلها وحدها حق تقدير مدى صلاحيته للوظيفة العامة استنادا إلى أية عناصر تستمد منها قرارها، وهي تستقل بهذا التقدير بلا معقب عليها مادام قرارها يجيء خاليا من إساءة استعمال السلطة [38] ص 751"

ويرى الدكتور ماهر أبو العنين أن إجماع الرقابة القضائية على هذين النوعين من القرارات (أي قرارات الضبط العليا، و القرارات ذات الطابع العلمي والفني) في تقدير مجلس الدولة المصري يعود إلى أن المصلحة العليا للدولة تقتضي أن يترك للإدارة سلطة تقدير واسعة، ومن ناحية أخرى فإن الإدارة بما لديها من أجهزة فنية وعلمية أقدر منه على إجراء التكييف السليم للوقائع، ويمكن استخلاص نتيجة عامة من هذا الغرض هي: أنه في حالة تخلف رقابة القاضي على التكييف القانوني للوقائع فلا ريب أن ذلك يتيح للإدارة حجما أكبر من التقدير، ذلك أنه سيترك لها حرية اختيار السبب، بالإضافة إلى ما هي متمتعة به في الأصل من حرية اختيار الأثر الملائم للسبب، ويتضح من تراوح الرقابة بين الضيق والاتساع أن ما يسمح به القضاء للسلطة من تقدير في خصوص السبب أو تكييفه هو من نتاج التغير الذاتي في مسلك القضاء نفسه، فهو الذي يمتنع عن مباشرة رقابته في حالات معينة، ويتدخل برقابته في

حالات أخرى [52] ص 781

إلا أننا نرى أن على مجلس الدولة المصري أن يستقر على الامتناع عن رقابة التكييف القانوني للوقائع بالنسبة للقرارات ذات الطابع العلمي والفني، فليس له أن يجري التكييف لهذا النوع من القرارات خاصة وأن مسألة تكييفها مسألة معقدة تحتاج لدراية وإلمام بتلك المسائل العلمية والفنية، كما لا بد أن تكون هذه

اللجان العلمية و الفنية السيدة في اتخاذ قراراتها و أن تكون منزهة بحيث لا يمكن التدخل في عملها، ما لم ترتكب الإدارة خطأ ظاهرا في التقدير كما سيتم التفصيل بهذا لاحقا .

3.2.3.2.1. رقابة التكيف القانوني في القضاء الإداري الجزائري

يقر القضاء الإداري الجزائري بحقه في الرقابة على الوقائع سواء من حيث وجودها المادي أو تكيفها القانوني، ونذكر هنا الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قضية لأحد أعوان الأمن (ب، م، ش) ضد كل من وزير الداخلية والمدير العام للأمن الوطني، حيث قضت الغرفة الإدارية المذكورة بعدم الحكم بإلغاء قرار المدير العام للأمن الوطني الصادر بتاريخ 10 جويلية 1984 والمتضمن فصل السيد (ب، م، ش) بصفته عوناً عاماً للأمن الوطني لإخلاله الشديد والظاهر بواجب الطاعة الرئاسية بمناسبة القيام بمهام التزامات الوظيفية، وذلك أن طعن السيد المذكور في هذا القرار بموجب عريضة أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا " المجلس الأعلى سابقا " بتاريخ 15 نوفمبر 1984 ، حيث ثبت لقضاء الغرفة الإدارية المذكورة الوجود المادي للوقائع القانونية للقرار التأديبي الصادر من طرف المدير العام للأمن الوطني والمتضمن فصل السيد (ب، م، ش) من وظيفته باعتباره عوناً عاماً للأمن الوطني، وأن التكيف القانوني لهذه الوقائع صحيح ، لذلك رأى قضاء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا أن القرار الإداري المطعون فيه مشروع من كافة عيوب عدم شرعية القرارات الإدارية لاسيما عيب انعدام السبب في القرارات الإدارية كسبب من أسباب إلغاء في دعوى الإلغاء[53]ص560

وقضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى أيضا في قضية السيد تومارون THOMARON ، بإلغاء قرار والي ولاية الجزائر ، حيث كان الوالي قد أصدر قرارا يقضي بتأميم أملاك السيد تومارون طبق لأحكام المرسوم المؤرخ في 01 \ 10 \ 1963 المتعلق بتأميم الأملاك الزراعية التابعة للأجانب ، إلى أنه قد تبين بعد التحقيق أن ملكية المدعي ليست بملكية زراعية[54]ص110

وفي قضية أخرى للمجلس الأعلى بتاريخ 20 جانفي 1967 CCRMA قام وزير الفلاحة استنادا على مرسوم صادر في أول أكتوبر 1963 المتعلق بتأميم الاستغلاليات الفلاحية ، باتخاذ عقوبات في مواجهة الصندوق المركزي لإعادة التأمين والتعاضد الفلاحي CCRMA. إلا أنه على الرغم من أن أنشطة الصندوق تتعلق بالقطاع الفلاحي، فهي لا تشكل استغلاليه زراعية، وبالتالي فإن المرسوم المشار إليه لا يطبق[55]ص189

وهكذا يخضع القضاء الإداري الجزائري كافة القرارات الإدارية لرقابة التكيف القانوني، ما عدا القرارات ذات الطابع العلمي و الفني التي تنأى عن رقابته بخصوص تكيفها القانوني .

بعد بياننا لمفهوم السلطة التقديرية للإدارة و الآليات التقليدية في رقابتها المتمثلة في رقابة الوجود المادي للوقائع ، و رقابة التكييف القانوني للوقائع في الباب الأول من الأطروحة ، و ما وصل إليه الفقه و القضاء الإداري في دول الدراسة المقارنة في ذلك ، نبحت في الباب الثاني الآليات الحديثة في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة ، فنعرض ما جاء به الفقه و القضاء الإداري في دول الدراسة المقارنة من نظريات ابتدعها لفرض رقابته على هذه السلطة التقديرية للإدارة ، حماية لحقوق الأفراد و حرياتهم دون حرمان الإدارة من هذه السلطة التي لا غنى للعمل الإداري عنها.

الفصل 2

الآليات الحديثة في رقابة السلطة التقديرية للإدارة

ابتدع القضاء الإداري كثيراً من الحلول في محاولة إيجاد التوازن لصيانة تصرفات الإدارة التي تسعى فيها إلى تحقيق الصالح العام وعدم المساس بحقوق الأفراد وحياتهم، خصوصاً عندما تستعمل الإدارة سلطتها التقديرية، وسنسلط الضوء في هذا الباب على تلك الاتجاهات والحلول الحديثة التي أتى بها القضاء الإداري في رقابته على سلطة الإدارة التقديرية، وتبرز تلك الحلول أولاً في رقابة التناسب، وكذلك الانحراف بالسلطة التقديرية، وسنخصص الفصل الأول لبيان رقابة التناسب وسيتمحور الفصل الثاني حول عيب الانحراف بالسلطة.

1.2. رقابة التناسب

إذا كان القاضي الإداري يمارس الرقابة العادية كأصل عام، إلا أنه يلجأ أحياناً إلى استخدام أساليب خاصة لإجراء رقابة المشروعية بهدف الحد من السلطة التقديرية للإدارة، وذلك عن طريق رقابة التناسب التي أصبحت شرطاً لحكم بمشروعية بعض الأنواع من القرارات، لذلك نبحث في هذا الفصل من الأطروحة الأساليب التي جاء بها القضاء الإداري في ممارسة رقابة التناسب، حيث نخصص المبحث الأول لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير، والمبحث الثاني نبحث فيه رقابة ضرورة الإجراء، أما المبحث الثالث فنخصصه لنظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا.

وقبل أن نعرض إلى هذه الأساليب التي ابتدعها القضاء في رقابة التناسب، لابد من بيان

المقصود برقابة التناسب:

القاعدة العامة بالنسبة للرقابة القضائية على أعمال الإدارة بمناسبة دعوى الإلغاء هي أن تقف عند حد الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، وليس للقاضي أن يراقب تقدير الإدارة لخطورة وأهمية الأسباب، وفيما إذا كانت الوقائع على جانب من الخطورة تكفي لتبرير الإجراء المتخذ بحقها أو في مواجهتها، لأن هذه رقابته سوف تخرجه عن مهنته كقاضٍ إلى الموقف الذي يجعل منه سلطة إدارية عامة، أو حتى كرئيس على الإدارة، فيوجهها ويعطيها الأوامر، وهذا يتنافى بدوره القضائي، مما يمس بمبدأ الفصل بين

السلطات [02] ص 419

وعلى الرغم من ذلك فقد ظهرت عوامل أدت إلى اتساع نطاق الرقابة القضائية، مما أدى بمجلس الدولة الفرنسي، ومن ثم المصري والجزائري، إلى عدم حصر هذه الرقابة في بحث الأسباب من حيث الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني لها، وإنما أعطى لنفسه حق مراقبة ما إذا كانت هذه الأسباب كافية لتبرير القرار، وما إذا كانت خطورة القرار متناسبة مع أهمية الأسباب التي أدت إليه.

هذا النوع من الرقابة هو أقصى درجاتها على الإطلاق، ومعنى رقابة الملاءمة هو رقابة القاضي لأهمية الوقائع المكونة لركن السبب ومدى تناسبه مع مضمون القرار الصادر، أو بمعنى آخر يراقب القاضي الإداري درجة خطورة القرار، ولمعرفة ما إذا كانت الوقائع المكونة للسبب متناسبة في درجة أهميتها مع درجة خطورة القرار أم لا [43] ص 212

ويرد تقدير الوقائع في الأصل على الواقعة من ناحيتين:

- تقدير للواقعة في ذاتها.

- وتقدير لها في أهميتها.

أما بالنسبة لتقدير الواقعة في ذاتها، والحكم على ما إذا كانت تبرر القرار أو لا تبرره، فإذا كان القانون في أحوال السلطة المقيدة هو الذي يحدد الوقائع التي يتوقف على قيامها مشروعية القرار، فإنه يكون قد قدر في الوقت ذاته أن هذه الوقائع مبررة لإصدار القرار، الأمر الذي يمتنع معه على القاضي تقدير هذه الوقائع، أما في أحوال السلطة التقديرية، فإن القانون لا يحدد الأحوال التي تستخدم فيها الإدارة سلطتها، وإنما تخضع هذه الأحوال لاختيار الإدارة حيث يباشر مجلس الدولة الرقابة بإلغاء القرار على الرغم من أنه يستند إلى واقعة صحيحة مادامت هذه الواقعة لا تبرره [32] ص 115

أما فيما يتعلق بتقدير أهمية الواقعة، فبالنسبة لحالات السلطة المقيدة فإن هذا التقدير يدخل كعنصر في تقدير صحة الواقعة، فإذا كانت الإدارة لا تملك إلا اتخاذ إجراء وحيد يدخل كعنصر في تقدير ملاءمة القرار، إذا كان للإدارة اتخاذ عدة إجراءات متباينة، وأن هذا التقدير لا يخضع لرقابة القضاء، إلا إذا نص القانون على أن تكون الواقعة ذات درجة معينة من الأهمية في الحالة الأولى أو كانت ملاءمة القرار شرطاً لمشروعيته [32] ص 116

والتناسب فكرة يسهل فهمها، وإن صعب تعريفها، وهو تعبير عن علاقة تربط بين أمرين أو أكثر، وتتسم هذه العلاقة بالمنطقية أو التوافق أو المعقولية، وغير ذلك من الصفات التي تطلق على العلاقات المعتادة أو التي يفترض أن تكون عليها.

والتناسب في القانون الإداري صفة لعلاقة منطقية متسقة تربط بين عنصرين أو أكثر من عناصر القرار الإداري أو العمل القانوني العام، بحيث يتعين على مصدر القرار الإداري عدم إغفاله أو الخروج عليه نزولاً على دواعي المشروعية [20] ص 629

يعرف الفقيه **برييون Braibant** مبدأ التناسب على أنه اشتراط علاقة تطابق بين

الوسائل المستخدمة من الإدارة والهدف الذي يقصده، ويضرب الفقيه **والتر جيلنك Walter**

Jelinek مثلاً بقوله: إننا لا يجب أن نطلق النار على عصفور بمدفع، مما يتساوى مع

الاصطلاح الفرنسي الذي مقتضاه أننا لا يجب أن نقتل ذبابة بمطرقة، إن التحليل القوي يؤدي في

الحقيقة إلى اعتبار أن التناسب لا يقدر فقط وفقاً لعنصرين هما الوسيلة والهدف، بل يجب أن

نضيف إليهما الحالة الواقعية التي يطبق عليها القرار الإداري، فمثلاً الجزاء يجب أن يقترب في

الوقت نفسه من الخطأ الذي يبرره وأهداف الردع التأديبي، وكذلك خطورة إجراءات البوليس

تمثل اعتداء على الحريات أساسية تقدر بالنسبة للوضع الذي يجب مواجهته والأهمية النسبية

المعترف بها لضروريات صيانة النظام العام، وعلى مجموع الحالة والقرار والغاية يطبق مبدأ

التناسب [56]ص 73

ويمارس القاضي الإداري رقابة التناسب منذ قرار بنجمان عام 1933، وتعرف رقابة

التناسب على أنها مدى تناسب مضمون القرار والأسباب الواقعية التي دفعت الإدارة إلى

اتخاذها [15]ص 399 وعلى ذلك يجب أن يتناسب مضمون القرار والأسباب الواقعية، فإذا لم يكن

هناك تناسب بين هذه الوقائع ومضمون القرار، كان القرار غير متناسب وبالتالي يؤدي إلى

إلغائه.

إن الحالات التي أصبح فيها القضاء مستقراً على اشتراط التناسب بين الأسباب

والإجراء المتخذ، كشرط لشرعية القرار وإلغاء القرار عند عدم التناسب الظاهر

(كقرارات الضبط والقرارات التأديبية)، فإن هذه الرقابة تدرج في رقابة السبب في

حدها الأقصى وليست رقابة انحراف بالسلطة، فالانحراف بالسلطة هو عيب يستقر في

بواعث الإدارة الخفية ودوافعها الباطنية، في حين أن عدم التناسب في تقدير التدبير

الضبطي أو القرار التأديبي قد لا يكون قائماً على أساس من نية الانحراف بالسلطة

عن الغرض المحدد لها، بل قد يكون قائماً على العكس من ذلك على أساس من

الحرص على مقتضيات النظام العام أو صالح المرفق [57]ص 284

ويتضح من أحكام القضاء أن معيار عدم المشروعية في رقابة الملاءمة في

هذه الأحوال هو معيار موضوعي قوامه أن درجة التهديد للنظام العام أو مدى

المخالفة التأديبية لا يتناسب مع نوع الجزاء المتخذ ومقداره، والأساس الذي تستند إليه

رقابة الملاءمة في هذه الأحوال هو أن هذه الرقابة تصبح عنصراً من عناصر

المشروعية، حيث يضع القضاء الإداري باعتباره قضاءً إنشائياً – قاعدة قانونية

مقتضاها أنه يشترط لشرعية الإجراء أن يكون متناسباً مع أهمية الوقائع التي تدعو

الإدارة لاتخاذ[57]ص 285

ويقسم بعض الفقه [15]ص 400 رقابة التناسب إلى:

– رقابة التناسب الشاملة: وتتعلق هذه الرقابة بالقرارات الماسة بالحريات العامة، ويطلق عليها تقنية ضرورة الإجراء، حيث يتولى المراقبة فيها القاضي الإداري إذا كان للإدارة اتخاذ لإجراء أو تدبير أقل قسوة.

– رقابة التناسب الجزئية: وهي رقابة تخص الخطأ الظاهر في التقدير.

- رقابة التناسب التي تقع وسطا بين الرقابتين السابقتين: وهي رقابة الموازنة بين التكاليف والمزايا.

ذلك أن رقابة الخطأ الظاهر هي رقابة جزئية لا يلغى فيها القرار إلا إذا كان

الخطأ ظاهرا وفادحا، أما رقابة ضرورة الإجراء فراقبتها أشمل، لأنه لا يراقب الخطأ

الجسيم فقط، وإنما إذا كان في يد الإدارة اتخاذ قرار آخر أقل شدة، بالتالي يفرض

رقابته على صلب سلطتها التقديرية في اختيار بين عدة حلول ممكنة.

أما رقابة الموازنة بين التكاليف والمزايا فتأتي في الرقابة الوسط بين رقابة الخطأ الظاهر

ورقابة ضرورة الإجراء، فرقابة الموازنة بين التكاليف و المزايا هي رقابة أكثر من رقابة

الخطأ الظاهر وأقل من رقابة ضرورة الإجراء، لأنه لا يلغى القرار لعدم التناسب الظاهر، أو

لأن الإدارة كان لها اختيار حل آخر بالنسبة لرقابة ضرورة الإجراء، وإنما يوازن بين إيجابيات

القرار وسلبياته، فإذا رجحت الإيجابيات لا يلغى القرار، أما إذا كان العكس فله إلغاء هذا القرار

لأن سلبياته أكثر من إيجابياته.

وهذا ما سيتم بيانه في المباحث التالية، حيث نتناول في المبحث الأول نظرية الخطأ الظاهر

في التقدير، أما في المبحث الثاني فنخصصه لنظرية الموازنة بين التكاليف و المزايا، وفي

المبحث الثالث فنعرض لرقابة ضرورة الإجراء.

1.1.2. نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

ابتدع القاضي الإداري نظرية الخطأ الظاهر في التقدير من أجل توسيع سلطات القاضي

الإداري وتضييق سلطة الإدارة التقديرية، وتدخل هذه النظرية في رقابة التناسب كتقنية لرقابة

التناسب الجزئية، وسنتحدث بالتفصيل في المطلب الأول من هذا المبحث عن مفهوم رقابة الخطأ

الظاهر، ونعرض تطبيقات هذه النظرية في القضاء الإداري لدول الدراسة المقارنة في المطلب

الثاني.

1.1.1.2. مفهوم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

بعد أن يتحقق القاضي الإداري من أن رقابته على الوقائع التي تستند إليها القرارات الإدارية هي رقابة محدودة قليلة الفاعلية، لأنها تقتصر على التثبت من صحة هذه الوقائع من الناحية المادية ولا تتصدى لتقديرها عن طريق رقابة تكييفها القانوني من جانب الإدارة. فقد يعمل على تصحيح ذلك في بعض الحالات الشاذة مبتدعا مفهوم الخطأ الظاهر الذي ترتكبه الإدارة في تقديرها للوقائع، ومقررا أن مثل هذا الخطأ من شأنه أن يعيب شرعية القرار الصادر بنتيجته، ذلك أن هذا الخطأ الشاذ يجعل منطوق القرار المستند إليه خارجا عن حدود المنطق والتفكير السليم [58] ص 334

وقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي فكرة الغلط البين في التقدير لمواجهة حالات امتناعه عن رقابة التكييف القانوني للوقائع، فهناك مجالات يتمتع فيها القاضي الإداري عن رقابة التكييف القانوني للوقائع، وذلك لأنها مجالات يصعب عليه أن يتدخل بفرض تكييفه فيها، مثل المسائل العلمية والفنية. وبهذه النظرية أصبح من الممكن التدخل في سائر المجالات التي كان يتمتع على القضاء التدخل فيها لفرض تكييفه على الوقائع، حيث يعرف الخطأ البين بأنه عيب يشوب تكييف الإدارة وتقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة، وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع، ويكون سببا لإلغاء قرارها [52] ص 482

والخطأ الظاهر هو ميكانيزم أو تقنية احتياطية في حالة عدم التناسب الظاهر. ويمكن تعريفه بأنه خطأ الواضح الذي يثيره الخصوم ويدركه القاضي، والذي لا يترك مجالا للشك لكل عقل نير وتفكير عقلاني سليم [15] ص 742

يقر القضاء الفرنسي أن الخطأ الظاهر أصبح أحد عناصر مشروعية القرار، والقاضي الإداري لا يمكنه أن يفرض رقابته على الملاءمة الممنوحة للسلطة الإدارية، إلا في حالة انعدام الوجود المادي للوقائع أو مخالفة القانون أو الخطأ الظاهر في التقدير أو الانحراف بالسلطة [41] ص 743

ومفاد هذه الصياغة أن الخطأ الظاهر في التقدير قد أصبح من عناصر عدم مشروعية القرار الإداري، إلى جانب الخطأ في الوقائع وفي القانون والانحراف بالسلطة، أي عيب الغاية، ومعنى استقلال هذا العيب الخطأ الظاهر في التقدير عن العيوب أو العناصر الأخرى المشار إليها، إذ من المعروف أن مجلس الدولة الفرنسي لا يستعمل تعبيرين مختلفين للدلالة على المعنى نفسه [20] ص 774

وقد أضاف مجلس الدولة الفرنسي رقابة الخطأ الظاهر في التقدير منذ بداية 1960، وحتى هذا التاريخ كانت لمجلس الدولة رقابة محصورة برقابة الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع، وبما أن المشرع لم يحدد شروطا قانونية معينة، فإن رقابته كانت ضعيفة أمام السلطة التقديرية للإدارة، وبقي الأمر

كذلك إلى أن ابتدعت نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ، وهو ذلك الخطأ الجسيم الواضح الذي يقفز إلى العيون حتى بالنسبة لغير الخبير [23]ص 250. وبالتالي أصبح القاضي يقدر توسيع ممارسة رقابته بالنسبة للقرارات الصادرة بناء على السلطة التقديرية.

إن قيمة الرقابة التي يحققها الخطأ الظاهر في التقدير ترد على استعمال الإدارة سلطتها التقديرية التي تقوم في جوهرها - تقليديا - على الإطلاق، وهذا هو الجديد الذي أضافته رقابة الخطأ الظاهر إلى المدلول التقليدي للرقابة، على اعتبار أن الخطأ الظاهر يعتبر حدا خارجيا تقف عنده السلطة التقديرية، فتكون الإدارة حرة في أن تقدر، ولكنها ليست حرة في أن تخطئ خطأ ظاهراً في هذا التقدير، حيث تنتهي السلطة التقديرية من حيث يبدأ الخطأ الظاهر في التقدير [48]ص 473

وإذا كانت عملية إثبات الخطأ الظاهر في التقدير تبدو للوهلة الأولى سهلة وميسرة، إلا أنها عملية في غاية الصعوبة والدقة، إذ تتطلب وتقتضي ثقافة عملية لتحديد فيما إذا كان التكييف القانوني للوقائع مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير أم لا. كما أن رقابة العقلانية أو المعقولة تنطوي على درجة عالية من الاعتبارات الشخصية والنسبية، وترتبط ارتباطاً وثيقاً بالشخص أو الجهة التي تقوم بها وتجريها، لهذا ما يعد خطأ ظاهراً في التقدير في نظر مفوض مجلس الدولة لا يعد كذلك في نظر مفوض آخر بمجلس الدولة، وما يعتبر خطأ ظاهراً في نظر شخص معين لا يعد كذلك بنسبة لشخص آخر [29]ص 69

لكننا نرى أن الخطأ الظاهر لا بد أن لا يختلف عليه اثنان بالتفكير المنطقي السليم حتى يتصف بصفة الخطأ الظاهر في التقدير، وهو من أهم الدعامات التي تسلح بها القضاء الإداري في رقابته للسلطة الإدارية التقديرية.

2.1.1.2. التطبيقات القضائية لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير

لا بد لنا من أجل أن نلم جيداً بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير الإحاطة بتطبيقات القضاء الإداري لهذه النظرية ضمن دول الدراسة المقارنة، ومن أجل ذلك خصصنا الفرع الأول للحديث عن هذه التطبيقات في القضاء الإداري الفرنسي، والفرع الثاني للقضاء الإداري بمصر، والفرع الثالث للقضاء الإداري بالجزائر.

1.2.1.1.2. نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري الفرنسي

استعمل القضاء الإداري الفرنسي رقابة الخطأ الظاهر بداية بخصوص قرار Lagrange عندما يتعلق الأمر بمنازعات الوظيفة العمومية المتعلقة بمعادلة الوظيفية [41]ص 814، وكذلك بخصوص قرارات التوزيع الزراعي [41]ص 517

إلا أن المجال الخصب لإعمال نظرية الخطأ الظاهر هو مجال القرارات التأديبية، و في الحقيقة فإن قرار ليبون [42]ص 178 Lebon قد وضع نهاية للحدود التقليدية على سلطات القاضي في مجال التأديب، وعلى الرغم من أن القاضي الإداري في هذا المجال قد عمد إلى توسيع رقابته على المشروعية الداخلية لقرار العقوبة، وقبل بأن يتحقق من ما إذا كانت الوقائع المثارة من جانب السلطة التأديبية تشكل خطأً وظيفياً من شأنه أن يبرر تطبيق العقوبة، غير أنه كان يرفض أن يقدر ما إذا كانت العقوبة المفروضة غير متناسبة مع جسامة الخطأ المرتكب، وكان يعتبر أنه في غياب وجود نص يحدد شكل العقوبة بالنسبة لفئة معينة من الأخطاء يجب أن تتوافر فيها بعض الشروط، فإن السلطة التأديبية لها حرية تقدير اختيار العقوبة التي تريد تطبيقها، وبالتالي اختيارها يعتبر من سلطاتها التقديرية، بحيث كان مجلس الدولة الفرنسي يعتبر ومنذ البدء: "أن تقدير العقوبات التأديبية ليس من شأنه أن يشكل موضوعاً للمناقشة أمام القضاء [59]ص. 227"

ويعتبر حكم ليبون Lebon الصادر من مجلس الدولة الفرنسي في 9 يونيو 1978 أول حكم أدخل رقابة الغلط البين في مجال تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع المسببة لها، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الطاعن رفع دعواه أمام محكمة تولوز الإدارية طالبا إلغاء القرار الصادر في 10 جويلية 1974 من رئيس أكاديمية تولوز بإحالة إلى المعاش بدون طلب، وإلغاء هذا القرار ومنازعا ليس في ماديات الوقائع وإنما في جسامة الجزاء، وقد استندت الأكاديمية في إصدار القرار المطعون فيه إلى ارتكاب المدعي - وهو المعلم - لأفعال مخلة بالحياة مع تلميذاته في الفصل والتي ثبتت من وقائع التحقيق معه، ورفضت المحكمة الإدارية طلب إلغاء القرار لكفاية السبب الذي قام عليه، وطعن في الحكم أمام مجلس الدولة، فأقر أن الوقائع التي ارتكبها المدعي وقام عليها قرار الفصل كافية لتبريره، وأن تقدير الإدارة بشأنها لم يكن مشوباً بغلط بين، وبالتالي أيد حكم محكمة الإدارية في رفض إلغاء القرار [15]ص 399 وطبق مجلس الدولة الفرنسي أيضاً نظرية الخطأ الظاهر في التقدير بخصوص قرار صادر عن وزير العدل يرفض فيه طلباً بتغيير الاسم على الرغم من الأسباب الشخصية المبينة من طرف المعني بالأمر [15]ص 397

وقد حققت رقابة الخطأ الظاهر في التقدير تطوراً ملحوظاً في إطار دولة القانون، لأنها تمنع تحول السلطة التقديرية للإدارة إلى سلطة تحكمية، ولكن في الوقت نفسه لا تجعل منها سلطة مقيدة [15]ص 397

كما طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الخطأ الظاهر، بخصوص قرارات الضبط العليا، حيث قضى بإلغاء قرار وزير الداخلية بمنع نشر المطبوعات الأجنبية على الأراضي الفرنسية [42]ص 178

وكذلك أقر بتطبيق نظرية الخطأ الظاهر، بخصوص قرار المحافظ بهدم بنايات

قديمة [42]ص 619

وراقب المجلس قرار منح رخصة بناء ملهى ليلي على شاطئ، يمس راحة السكان

المجاورين ولاحتوائه على خطأ فادح في التقدير [42]ص 619

كما طبقت نظرية الخطأ الظاهر بخصوص عقوبة سلطت على محافظ من قبل

الوزارة [42]ص 622

بالإضافة إلى قرارات الإبعاد بالنسبة للأجانب [42]ص 620، وذلك قبل أن يصبح

للأجنبي الحق في التمسك بأحكام المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بخصوص عدم

المساس بحق الحياة العائلية [42]ص 621، وكذلك بشأن استعمال الأجانب لوثائق

مزورة [42]ص 621

وقرارات الترقية بالنسبة للموظفين [42]ص 621، وتقارير

تقييمهم [42]ص 621 وكذلك إذا كان موظفاً مترتباً أهلاً لتولي الوظائف خلال الفترة

التجريبية [42]ص 621

إلى جانب بعض القرارات المتصلة بالمسائل العلمية والفنية، مثل مسألة تحديد الآثار

الجانبية لأحد المستحضرات الطبية [42]ص 622

وهكذا نلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي قد وسع من تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في جل

القرارات الإدارية التي كان يتمتع فيها عن رقابة التكييف القانوني للوقائع، بخصوص القرارات

ذات الطابع الفني وقرارات الضبط الإداري المتعلقة بالأجانب، وملاءمة قرارات التأديب

الوظيفي لدى ارتكاب الإدارة لخطأ ظاهر في التقدير، وهذه سياسة قضائية يشاد له بها .

2.2.1.1.2. نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري المصري

باشر مجلس الدولة المصري منذ نشأته الرقابة على الوجود المادي للوقائع المتخذة سببا

للقرار الإداري وذلك في جميع الحالات، كما أكد حقه في فرض رقابته في - الغالب من الحالات

- على التكييف القانوني للوقائع، وفي مجال التأديب يرى هذا المجلس أن رقابة القضاء الإداري

لصحة الجزاءات التأديبية تقف عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي نسبتها الإدارة

للموظف ومن صحة تكييفها القانوني بأن تتوافر لها فعلاً صفة الخطأ الوظيفي المبرر للجزاء

التأديبي المتخذ في حقه [56]ص 188

ويقع في هذا النطاق حكم المحكمة الإدارية العليا الذي جاء فيه ما يلي: "إنه وإن كان

القرار التأديبي يجب كأي قرار إداري آخر أن يقوم على سبب يبرره، فلا تتدخل الإدارة لتوقيع

الجزاء إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ تدخلها، وللقضاء الإداري أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع وصحة تكييفها القانوني، إلا أن للإدارة حرية تقدير أهمية هذه الحالة والخطورة الناجمة عنها، والجزاء الذي تراه مناسباً في حدود النصاب القانوني المقرر [39] ص 177

لكن سرعان ما تطور قضاء مجلس الدولة المصري واعترف لنفسه بحق رقابة ملائمة توقيع الجزاء ومقداره، وذلك في حالة وجود غلو شديد أو عدم ملائمة ظاهرة بين درجة خطورة الجريمة التأديبية وبين نوع الجزاء ومقداره، وكان أول الأحكام الذي أقر هذا المبدأ الجديد هو حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 11\11\1961 حيث قالت المحكمة: "لئن كان للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري، وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها كشأن أية سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي يسعى القانون إليه من التأديب، وهو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة، ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة الممعة في الشدة، والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم.... فيخرج التقدير من نطاق المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة، ومعيار عدم المشروعية في هذه الصورة ليس معياراً شخصياً وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره [43] ص 213."

واستقرت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها على ما يلي: "إن ما بدر من الطاعن (وهو الطبيب) من خروج على مقتضى واجبات وظيفته كان وليد عدم الروية والتبصر، ولم يصل فعله إلى حد العمد، ومن ثم فإن معاقبته بخفض درجته إلى الدرجة السادسة، وخفض مرتبه إلى أول مربوط هذه الدرجة يعتبر غلوا مبناه عدم الملاءمة الظاهرة بين خطورة الذنب وبين نوع الجزاء.... ولذلك يتعين إلغاء الحكم المطعون فيه والحكم بمجازاته بخضم شهرين من مرتبه....." [46] ص 295

من ذلك ما قضت به المحكمة القضاء الإداري المصرية بإلغاء قرار للجنة الشياخات عند تقرير عقوبة الفصل لعمدة من وظيفته [38] ص 538.

ونلاحظ أن القضاء المصري لا يلغي فقط القرار التأديبي في حالة الخطأ الظاهر، بل عمد إلى تقرير الجزاء المناسب غير الذي قرره الإدارة، أي أنه يحل تقديره بدل تقدير الإدارة، وكأنه يجعل من نفسه رئيساً أعلى للإدارة، وهذا لا يجوز لأن فيه مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات.

وقد اتجه قضاء المحكمة الإدارية العليا في رقابته على عدم التناسب الظاهر بين الجزاء والمخالفة إلى التشديد في العقوبة بعد ثبوت عدم التناسب بين الجزاء الهين والمخالفة الجسيمة، ومن أمثلة أحكامها بهذا الصدد ما قضت به في أحد أحكامها من عدم مشروعية مجازاة العامل المختلس بخصم شهر من مرتبه بقولها: ".... ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت ما هو منسوب إلى المذكور بقرار الاتهام، من أن نيته انصرفت إلى الاستيلاء على المبالغ موضوع الدعوى لنفسه وبسبب وظيفته دون وجه حق، وأنه بذلك قد خرج على مقتضى ما يجب أن يتحلى به العامل من أمانة وحسن سلوك، ولم يحافظ على أموال الشركة التي يعمل بها، واستولى دون وجه حق على أموالها، ولم يوردها إلى خزانة الشركة إلا بعد اكتشاف أمره، فما كان يجوز أن يقضي الحكم بعد بمجازاة المذكور سوى بخصم شهر من مرتبه، إذ ليس هناك تناسب بين الذنب الإداري الذي ثبت في حقه وبين الجزاء الذي وقع عليه، فلا جدال في أن جرائم الاختلاس من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، والتي تفقد العامل الذي يرتكبها سمعته والثقة فيه تؤدي عند الحكم فيها جنائيا إلى فصله بقوة القانون، ولا يمكن أن يؤدي قيام السيد (.....) برد المبالغ التي اختلسها، وبالتالي قيام النيابة العامة بإحالة الموضوع إلى الجهة الإدارية لمجازاته عما ثبت في حقه تأديبيا إلى تغيير طبيعة الذنب الذي ارتكبه، فإذا ما أضيف إلى ما تقدم أن للمذكور سجلا حافلا بالجزاءات على نحو ما هو ثابت بالأوراق، فإن الحق لمثله هو الفصل من الخدمة[38]ص779-783".

وفي حكم حديث للمحكمة الإدارية العليا، اعتبرت أن الغلو في تقدير الجزاء بمثابة إساءة لاستعمال الإدارة لسلطتها، مما يوصم قرارها التأديبي بعدم المشروعية ويجعله واجب الإلغاء[26]ص266

وإرساء من المحكمة الإدارية العليا لمبدئها في الرقابة على تناسب الجزاء مع المخالفة المرتكبة، ذهبت إلى إلغاء قرار مجلس تأديب أعضاء هيئة التدريس بجامعة الأزهر فيما تضمنه من توقيع عقوبة اللوم مع تأخير العلاوة لمدة عامين على أحد أعضاء هيئة التدريس، حيث استبدلت هذه العقوبة بعقوبة التنبيه بعدما استبان لها أن تلك العقوبة هي المناسبة لما ارتكبه المحال لمجلس التأديب من مخالفات[26]ص267

وطبق مجلس الدولة في مصر فكرة الخطأ البين في التقدير، فقد قضت محكمة القضاء الإداري بإلغاء قرار المجلس الأعلى للجامعات بعدم معادلة الدكتوراه التي حصل عليها المدعي من ألمانيا بالدكتوراه التي تمنحها الجامعات المصرية، وقد استندت إلى عدم المعقولية في هذا القرار، لأن المجلس الأعلى للجامعات سبق أن قام بمعادلة المؤهل الذي حصل عليه بدرجة البكالوريوس، ثم أعاد معادلته بدرجة ماجستير [51]ص336 ولا شك لدينا أن إشارة المحكمة

إلى اصطلاح عدم المعقولية هي ترجمة دقيقة لمضمون فكرة الخطأ البين في التقدير.

وفي حكم آخر قضت المحكمة الإدارية العليا بعدم مشروعية تقدير كفاية المطعون ضده،

لأنه إذا كان هذا التقدير يدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، إلا أن الموظف (المطعون

ضده) قد نال أكثر من مكافأة تشجيعية عن فترة الموضوع عنها التقرير المطعون فيه إلى جانب

إسناد وظائف وأعمال لها أهميتها الخاصة خلال فترة التقرير، مما يجعل تخفيض كفاية مرتبة

المدعي مشوبا بعيب مخالفة القانون وغير قائم على أسباب سائغة [51] ص 337

إن الرقابة على كفاءة الموظف في مثل هذه الحالة إنما يمثل تطبيقاً لفكرة الخطأ البين في

التقدير، وهي رقابة تلحق عيب السبب. إلا أن هذين الحكمين نادران، فالقضاء المصري يلجأ إلى

تطبيق نظرية الخطأ الظاهر خصوصاً في مجال التأديب الوظيفي بالدرجة الأولى، دون القرارات

ذات الطابع العلمي والفني.

ويلاحظ بخصوص الاتجاه الجديد لمجلس الدولة الفرنسي و نظيره المصري ما يأتي:

- إن حدود الرقابة الجديدة التي فرضها مجلس الدولة الفرنسي على السلطة التقديرية للإدارة والخاصة

بحرية اختيارها للعقوبات التأديبية، تقف عند حد إلغاء العقوبة إذا ما اقترنت بخطأ ظاهر في تقدير الأفعال

المنسوبة للموظف والتي تشكل خطأ تأديبياً، وبذلك يترك مجلس الدولة الفرنسي للسلطة التأديبية حرية

اختيار العقوبة التأديبية الجديدة متناسبة مع الخطأ المقترف، بشرط ألا تكون هذه العقوبة هي ذاتها التي

سبق له وأن ألغاهها، ولا شك أن مجلس الدولة في تحديده لدوره في الرقابة على ملائمة العقوبات التأديبية

يبدو أكثر صواباً ومنطقية من زميله في مجلس الدولة المصري الذي سبقه في تقرير حقه في الرقابة على

تناسب العقوبة التأديبية مع الخطأ المرتكب، إذ لم يكتف بإلغاء القرار التأديبي في تقرير العقوبة المناسبة بل

قد يشدد أو يخفف فيها، لذلك يحبذ اتجاه مجلس الدولة الفرنسي هذا، لأنه يحفظ للسلطة الإدارية سطوتها

على موظفيها من ناحية، كما يراعي حكم القانون بعدم تحويله إلى سلطة تأديبية بعد أن كان دوره هو

الرقابة القضائية [60] ص 95. ولا يجعل من نفسه رئيساً على الإدارة ويقرر بدلاً عنها العقوبة متناسبة،

فيخفف تارة من العقوبة ويشددها تارة أخرى.

ومن الواضح أن هناك فرقاً بين فكرة الغلط الواضح والغلو من ناحيتين:

— من حيث مجال كل منهما، فإن نطاق تطبيق فكرة الغلو قاصرة على مجال التأديب، ولكن على

عكس ذلك فإن فكرة الغلط الواضح أصبحت نظرية عامة وقيدة على كل سلطة تقديرية في كافة

المجالات.

— من حيث أساس كل منهما، فإن فكرة الغلو هي صورة من صور الانحراف أو سوء استعمال

السلطة حسب تعبير المحكمة الإدارية العليا أو مجرد قرينة على التعسف، وعلى المدعي أن

يكملها بقرائن إيجابية أخرى.

أما الغلط الواضح في التقدير، فإنه يقوم كعيب في القرار الإداري إلى جانب الانحراف بالسلطة، ويرى بعض الفقه أن الغلط الواضح في التقدير هو صورة من صور مخالفة القانون، ذلك أن هناك التزاماً قانونياً عاماً على كل سلطة تقديرية مضمونة أن تبذل الإدارة أقصى جهدها في سبيل الوصول إلى أفضل القرارات الإدارية ملائمة، وعلى هذا الأساس فإن الغلط الواضح في التقدير يعد إخلالاً من الإدارة بهذا الالتزام القانوني [17] ص 67

ويعتبر الأستاذ فؤاد العطار في هذا مخالفة القانون العيب المصاحب لفكرة الغلو وإلى الرأي ذاته ينتهي الأستاذ عبد الفتاح حسن، فالأمر عنده يتردد بين مخالفة القانون وإساءة استعمال السلطة ولكنه ينتهي إلى ترجيح القول بأن إلغاء القرار في هذه الحالة يكون على أساس مخالفة القانون في روحه ومعناه، على اعتبار أن المشرع قد نص على عدد من الجزاءات إنما قصد إلى أن تختار السلطة التأديبية من بينها ما يناسب المخالفة المرتكبة صدقاً وعدلاً [37] ص 845

فهناك دائماً حد أدنى وحد أقصى يستطيع الحكم أن يتحرك خلالهما في مأمّن، فإذا جاوز الحكم الحد الأقصى كان هناك غلو في التقدير، وإذا هبط إلى ما دون الحد الأدنى كان هناك غلو أيضاً [46] ص 297. فعلى الإدارة أن تلتزم باختيار العقوبة المناسبة للفعل المرتكب حتى لا تتعرض قراراتها للإلغاء من طرف القضاء الإداري. إلا أنه حسب رأينا فإن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير المطبقة في القضاء الإداري الفرنسي هي الأصح وأكثر منطقية، حيث لا يلعب فيها القاضي دور الرئيس على الإدارة فيغير في قراراتها بتشديد أو بتخفيف العقوبة في القرارات التأديبية، فذلك هو من اختصاص الإدارة فسلطته تنحصر في إلغاء القرارات متى كان فيها خطأ ظاهر في التقدير، بالإضافة إلى أن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير هي أكثر شمولاً بحيث تطبق على القرارات ذات الطابع العلمي والفني، وقرارات الضبط العليا بالإضافة إلى القرارات التأديبية، بينما لا تطبق نظرية الغلو في القضاء الإداري المصري إلا على القرارات التأديبية فقط.

3.2.1.1.2. نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري الجزائري

وسع القضاء الإداري الجزائري من رقابته على القرارات الإدارية ليصل إلى جوانب الملاءمة، وفي ذلك قضى مجلس الدولة الجزائري بما يلي: "حيث أن المستأنف يذكر بأن السيد (د.ع) قد نصب في وظيفته مديراً لمؤسسة بلدية بتاريخ 1987، وشغل هذه الوظيفة إلى غاية 04 \ 01 \ 1990، وتم تسريحه على إثر زيارة والي سكيكدة للورشة التي كانت تحت مسؤوليته وكان غائبا، ولهذا السبب اتخذ الوالي قرار تسريحه من المنصب.

وحيث إن المستأنف يتمسك بأن القرار المطعون فيه لم يحترم نص المادة 79 من القانون

6 \ 82 المؤرخ في 7 \ 04 \ 1982، وكذلك نص المادة 133 من القانون 12 \ 1978 المؤرخ في 5 \ 8 \ 1978.

وبما أن القضية تتعلق بمنصب نوعي، أي منصب مؤقت قابل للتراجع عنه، وأن الإدارة تقدر بكل سيادة مدى ملاءمة القرار الواجب اتخاذه، وبالتالي أخطأ قضاة الدرجة الأولى لما أبطلوا مقرر التسريح [05] ص 354

ويقر القضاء رقابته على المناصب الدائمة، بينما المناصب المؤقتة يترك للإدارة حرية اتخاذ القرارات بشأنها، أي بمفهوم المخالفة يطبق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير بالنسبة للعقوبات المتعلقة بالمناصب والوظائف الدائمة دون المؤقتة.

وفي حكم آخر لمجلس الدولة الجزائري يتبنى ويصرح فيه بأن القرارات التأديبية خاضعة لرقابته من حيث عدم ارتكاب الإدارة لخطأ ظاهر في التقدير بين الفعل المرتكب والجزاء المناسب له، إذ جاء في الحكم ما يلي:

" حيث يتبين من عناصر الملف أن المستأنف توبع بجريمة إنشاء محل للفسق وأدين بعقوبة سالية للحرية، تتمثل في تسليط عليه شهرين حبسا نافذا وغرامة قدرها 2000 دج.

وحيث إن المستأنف يعمل في حقل التربية والتعليم، وأنه كان يشغل منصب مقتصد، مما يفترض معه أن يكون هذا الفضاء سليما من السلوكيات الأخلاقية غير السوية التي تلوث عالم البراءة.

- وحيث إن العقوبة المسلطة على المستأنف تتنافى مع الواجبات المفروضة عليه بموجب المادة 22 المرسوم رقم 59 \ 85، ذلك أن الفعل الذي أدين به المستأنف جزائيا، وهو من الأفعال التي تمس بشرف الوظيفة قطاعا، فضلا على أنها تدل على إخلال بالسلوك القويم الواجب التحلي به من طرف الموظف العمومي.

- وحيث ترتيبا على ذلك، فإن المستأنف يكون قد ارتكب خطأ مهنيا ثابتا مما يبرر تسليط عليه عقوبة تأديبية خلافا لإدعاءاته.

- وحيث من جهة أخرى، فإن من الثابت فقها وقضاء أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط، إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبتي الخطأ والعقوبة، وهو أمر غير متحقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف.

- وحيث بات في ضوء ما تقدم أن العقوبة المسلطة على العارض قائمة على أساس سليم من الواقع

والقانون [05] ص 355

وهكذا يصرح القضاء الإداري الجزائري بأحقية في رقابة الخطأ الظاهر في التقدير بالنسبة للقرارات التأديبية.

وفي قضية أخرى لمجلس الدولة جاء فيها ما يلي: "... حيث إنه يستخلص من دراسة المستندات المودعة في الملف والنقاش بأن العارض أحيل عام 1996 أمام المجلس الأعلى للقضاء بسبب الأعمال التالية:

- ممارسة التجارة بإسم الغير.
- مخالفة واجب التحفظ.
- التقصير في أداء مهامه.
- التزوير عن طريق تقديمه لشهادات طبية على سبيل المجاملة.
- مغادرة التراب الوطني دون ترخيص مسبق.

حيث إنه بموجب قرار مؤرخ في 11\ 07\ 1996 تم عزل العارض. حيث إن العارض قدم طعنا في هذا القرار بسبب تجاوز السلطة.

حيث إنه بموجب قرار مؤرخ في 27\ 07\ 1998، قام مجلس الدولة، وبعد التصريح باختصاصه، باعتبار أن المجلس الأعلى للقضاء ارتكب خطأ صريحا في تقديره للوقائع المنسوبة إليه، وأن ثمة عدم توافق بين هذه الوقائع والعقوبة المسلطة. حيث إن مجلس الدولة أبطل قرار المجلس الأعلى للقضاء [05] ص 355

غير أن القضاء الإداري الجزائري يمتنع عن رقابة الخطأ الظاهر في بعض القرارات، وبالتالي إفساح المجال لحرية الإدارة باتخاذ قراراتها بخصوص العزل بالنسبة للمناصب النوعية وكذلك قرارات اللجان التقنية، وقد جاء في حكم للغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قضية (ي.ب) ضد (والي ولاية بشار) ما يلي: " متى كان من المقرر قانونا أن تعيين مدير مؤسسة ولائية يتم بموجب مقرر من الوالي، ويتم إيقافه عن مهامه بالطريقة نفسها.

ومن ثم فإن مقرر العزل لمدير عام مؤسسة عمومية محلية – في قضية الحال – يخضع للسلطة التقديرية للوالي باعتباره منصبا نوعيا، ومتى كان ذلك يستوجب رفض الطعن: حيث إن المرسوم 83\ 201\ المؤرخ في 19 ماي 1983 الذي يبين ظروف إنشاء الهيئات وسير المؤسسات العمومية المحلية ينص في مادته 18 على أن تعيين مدير مؤسسة ولائية يتم بموجب مقرر من الوالي، ويتم إيقافه عن مهامه بنفس الطريقة.

حيث إن التعيين والعزل فيما يخص هذا المنصب النوعي يخضع لسلطة الوالي التقديرية. وإن هذا الأخير يؤكد فعلا في طلباته أنه لم يتم إيقاف المدعي عن مهامه بصفته مهندسا معماريا، وإنما عزل عن منصب مدير عام لمؤسسة عمومية محلية [61] ص 149.

و في قضية لسيد (ب.م) ضد (وزير الصحة) التي حكمت بها الغرفة الإدارية للمحكمة العليا مقرر أن التكفل بمصاريف العلاج في الخارج هو إجراء استثنائي من اختصاص اللجنة الطبية الوطنية، وأن رأي

اللجنة ذو طابع تقني غير قابل للمنازعة، حيث جاء فيه ما يلي: "ومن المقرر قانونا أن اللجنة الطبية الوطنية هي وحدها المخولة بالفصل في طلبات النقل من أجل العلاج في الخارج ما عدا بعض الحالات الاستثنائية وفي حالة الاستعجال.

وأن إجراء العلاج في الخارج هو ذو طابع طبي، ويجب أن يكون استثنائيا من صلاحية الأخصائيين العاملين بالمستشفيات الجامعية وحدهم.

ومن ثم فإنه لا يمكن المنازعة في الرأي الذي تبديه هذه اللجنة نظرا لطبيعته التقنية، وأن اللجنة غير ملزمة بالاستماع إلى رأي المريض مادام رأيها مبنيا على معطيات طبية، مما يتعين رفض الطعن الحالي [62] ص 215.

كما يؤكد القضاء الإداري الجزائري عدم جواز الطعن بقرارات اللجنة الجامعية الوطنية وذلك بخصوص قضية: (م. م) ضد: (وزير التعليم العالي، وزير الصحة العمومية، المدير العام للتوظيف العمومي)، حيث جاء الحكم بما يلي: " من المقرر قانونا أن قرارات اللجنة الجامعية الوطنية غير قابلة للاستئناف، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

- ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعن لا يثبت وجود غلط مادي أو غلط في موضوع المسابقة أو انحراف بالسلطة بحيث يكون قد تضرر بفعل قرار اللجنة الجامعية الوطنية.

- ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن لعدم تأسيسه [63] ص 156.

إلا أنه حدث في القضاء الإداري الجزائري عدم التقيد برأي لجنة الإعفاء

commission de réforme المتعلقة بسبب عاهة تمنح الحق في ريع العجز الممكن جمعه مع المعاش pension، وبإمكانه بعد الأخذ بالحسبان ظروف السبب وتقدير الوقائع وتصحيح تقدير الإدارة [55] ص 190. إلا أن هذا الحكم نادر في مجال رقابة القضاء الإداري الجزائري على قرارات اللجان ذات الطابع العلمي و الفني.

نقول بهذا الشأن إن السلطة التقديرية لا تكون بتحديد من المشرع فقط، أي حينما يعمد المشرع إلى ترك مجال من الحرية في اتخاذ قراراتها بناء على ظروف الحال، وإنما تكون السلطة التقديرية أيضا عندما يتمتع القضاء عن رقابة بعض المجالات تاركا للإدارة حرية التصرف بملاءمة قراراتها، على أن رقابة الخطأ الظاهر هي القيد على السلطة التقديرية حين لا يمكن الرقابة على تكييف الإدارة للوقائع بالنسبة للقرارات ذات الطابع الفني، وقرارات إبعاد الأجانب، أو بالنسبة للقرارات التأديبية بالنسبة لملاءمة الجزاء مع الفعل المرتكب، لذلك نتمنى على القضاء الجزائري أن يجعل من رقابة الخطأ الظاهر صمام الأمان بالنسبة لكل القرارات

الإدارية المبنية على سلطة تقديرية للإدارة حتى القرارات ذات الطابع العلمي و الفني و القرارات الضبط العليا فلا بد أن تخضع كلها لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير .

2.1.2. نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا Bilan- coût – Avantage

في مواجهة التقدم العلمي المتزايد وتعدد المسائل العلمية والفنية خاصة في المجالات الاقتصادية، وما يترتب على ذلك من اتساع نطاق السلطة التقديرية في تلك المجالات، كان على القضاء الإداري أن يعمل للحد من احتمالات تعسف الإدارة في هذه المسائل خاصة عندما تتصل بالأموال والعقارات، وتبنى القضاء الإداري نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا التي هي في الأصل نظرية اقتصادية من مبادئ الاقتصاد الجديدة، وأعملها في مجال الرقابة على القرارات الإدارية عندما تكون الإدارة مستعملة لسلطتها التقديرية. لذلك سنحاول بيان مفهوم نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا في المطلب الأول من هذا المبحث، وفي المطلب الثاني سنتناول التطبيقات القضائية لهذه النظرية في دول الدراسة المقارنة.

1.2.1.2. مفهوم نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا

تتمحور هذه النظرية حول قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث كان القاضي الإداري في السابق يقدر شرعية القرارات الإدارية بصورة مجردة، أي دون أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة لكل حالة على حدة، وكان يكفي بالتالي بأن تكون الاستملاكات جارية في سبيل تنفيذ أعمال وأشغال تصب عادة في خانة المنفعة العامة، مثال ذلك تنفيذ الطرق العامة، وبناء المستشفيات والمدارس ومراكز البريد، وبصورة عامة كانت المنفعة تعتبر متحققة كلما كانت تهدف إلى حيازة عقارات وأبنية ضرورية لاحتياجات المرافق العامة، ولهذا فإن القاضي الإداري كان يتحقق فيما إذا كان المشروع يحقق بحد ذاته غاية المصلحة العامة، ولكنه كان يرفض أن يراقب المضمون الملموس للمشروع، وتحديدًا اختيار قطع الأراضي المستملكة [59] ص 90

وقد أقام مجلس الدولة الفرنسي نظريته الجديدة من خلال حكم أصدرته الجمعية العامة

للقسم القضائي فيه في قضية المدينة الجديدة الشرقية Nouvelle Ville Est في 28 \ 05 \ 1971، وتبدأ وقائع هذا الحكم عندما حاولت الحكومة في فرنسا عام 1966 في جامعة Lille " ليل " إخراج التعليم العالي من وسط المدينة، حيث أصبحت مكتظة بالسكان، فتصورت أن يكون هناك مجمع عمراني جامعي جديد، أي مدينة جامعية تستطيع أن تستقبل أكثر من 30 ألف طالب، ومعها مدينة أخرى تستطيع أن تستوعب من 20 إلى 25 ألف مواطن ومثل هذا

المشروع قدر له في البداية أنه يحتاج إلى مساحة كبيرة من الأرض تبلغ 500 هكتار، ونفقات تقدر بمليار فرنك فرنسي، ونزع ملكية 250 منزلاً، منها ما تم إنشاؤه حديثاً طبقاً لتراخيص بناء في السنة السابقة، وشكلت جمعية للدفاع عن أصحاب هذه المنازل لإنقاذها من الهدم، وبذلت الجمعية الضغوط مما جعل الإدارة تعدل عن مشروعها وتقتصر الهدم على 88 منزلاً، وأصرت جمعية الدفاع على الطعن بالإلغاء في القرار الصادر بنزع ملكية هذه العقارات للمنفعة العامة [42]ص 603

وفي تقرير يقول **جي بريبان GE BRAIBANT**: " لم يعد يوجد فقط السلطة العامة والصالح العام في ناحية وفي الناحية الأخرى الملكية الخاصة ذلك لأنه توجد في حالات عدة وبصورة متزايدة خلف نازعي الملكية والمنزوعة ملكياتهم مصالح عامة مختلفة، فتتصور الإدارة بقرارها أنها تخدم المنفعة العامة، ويكون الأفراد أكثر خدمة للمصلحة العامة منها، بل وقد يحدث أن يكون وزن المصالح الخاصة المستفيدة من العملية أكثر ثقلاً في إجراءات القرار وتكوينه من المصالح العامة التي قد تضار من أجل ذلك، إذن يجب عدم الاكتفاء بمعرفة ما إذا كانت العملية تمثل بنفسها منفعة عامة، بل يجب أن يوضع في ميزان مضارها مع مزاياها وتكاليفها مع عائدها، وكما يقول الاقتصاديون عدم نفعها مع نفعها [42]ص 605".

ووفقاً لهذا المبدأ، يجب أن تجري مقارنة بين المزايا التي يحققها القرار والعيوب التي يمكن أن تنشأ عنه، ولا يكون القرار مشروعاً إلا إذا رجحت كفة المزايا على كفة العيوب، ومن هذا التعريف يتضح لنا أن مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا يتعلق بالآثار الناجمة عن القرار، أو بمعنى أدق فإن القضاء يأخذ في الاعتبار آثار القرار لتحديد ما إذا كان يحقق المصلحة العامة أم لا [51]ص 328

وهكذا أصبح مجلس الدولة الفرنسي يراقب منذ عام 1971 قرارات المنفعة العامة، وما يلزمها من المس المفرط بالمسائل التالية [41]ص 812:

- الملكية الفردية
- الأعباء المالية
- الأعباء الاجتماعية: ويقصد بها المساس بالمحيط البيئي بما فيه التلوث البيئي أو تخريب جزء من الأماكن الطبيعية أو الآثار التاريخية، أو المساس براحة الساكنين في المنطقة بالضجيج مثلاً من أجل إقامة سكة الحديد [42]ص 607

على أن لا يكون المساس مفرطاً مقارنة بالمنفعة التي سيحققها المشروع ذاته. وبالتالي لا يجوز تقرير المنفعة العامة على عملية إلا إذا كان الاعتداء على الملكية الخاصة والتكاليف المالية وبصفة احتمالية، وأيضاً المضار الاجتماعية غير مبالغ فيها بالمقارنة بالمزايا التي تحققها هذه

2.2.1.2. تطبيقات نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا

نحاول في هذا المطلب بيان التطبيقات القضائية لهذه النظرية من خلال دول الدراسة المقارنة (فرنسا، ومصر، والجزائر) مخصصين فرعاً لكل منها.

1.2.2.1.2. نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا في القضاء الإداري الفرنسي

أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكماً بتاريخ 20 أكتوبر 1972 في قضية شركة المدينة سانت ماري Sainte Marie، حيث أصدرت الإدارة قراراً يقضي بنزع ملكية حديقة لمستشفى للأمراض العقلية بمدينة نيس NISSE، وذلك من أجل وضع ممر يربط الطريق السريع، فتقرر رفض هذا القرار، لأن فيه مساس مفرط بالجانب الاجتماعي، وذلك بحرمان نزلاء هذا المستشفى النفسي من جانب الطبيعة التي تساعد على شفائهم، ناهيك عن الضوضاء التي ستسببها الطريق السريع، كما أنها تمس بمصالح عامة أخرى منها الصحة العامة لأنها ستحرم سكان تلك المنطقة من المستشفى الوحيد المتخصص بالأمراض النفسية والعقلية [12] ص 434

كما يشدد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة التخفيف من مخاطر الأضرار اللاحقة في المواقع الأثرية، وذلك في قرار commune de saint-Germain الذي يتعلق بإنشاء طريق سريع من شأنه أن يلحق أذى بمنطقة أثرية [42] ص 612 ومن الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقصر مجال تطبيق مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا على قرارات نزع الملكية وإعلان المنفعة العامة فحسب، بل مد نطاق تطبيقه ليشمل مسائل أخرى مثل القرارات المتصلة بمخالفة التنظيم العمراني [42] ص 613، وقرارات إقامة أبراج خطوط الكهرباء [42] ص 613 والقرارات تحديد مناطق الحماية حول المواقع المراد حمايتها [42] ص 613

وقرارات السماح بفصل العمال الذين يحميهم قانون النقابات [42] ص 625. والتصديق على مخططات الارتفاق المخصصة للملاحة الجوية [42] ص 613 والقرارات المتعلقة بمشاريع للمصلحة العامة في مجال مخطط إشغال الأراضي الزراعية [42] ص 613

وإذا كان القاضي الإداري بصفة عامة يعمل نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا بالنسبة للمشاريع المحلية، فإنه أصبح يباشر أيضاً هذه الرقابة بالنسبة للمشاريع الوطنية التي تحمل طابعاً سياسياً، وكان القاضي بداية يتفادى الرقابة عليها ودائماً يرجح كفة فوائدها عن

مضارها، وفي سنة 1997 غير نهجه بشأن مشروع وطني لإنجاز الطريق السريع أ 400، حيث أعمل القاضي الإداري رقابته على رجحان كفة سلبيات المشروع على كفة إيجابياته، فقرر بموجب هذا القرار أن تنفيذ طريق سريع طوله 35 كلم يجمع بين Thonon les bains , Ville daunemasse يحقق مصلحة محدودة، آخذا بعين الاعتبار أن هذه المدن كانت من قبل موصولة بطريق يتضمن عدة قطع أكبر بمرتبتين، وأن وصلة الطريق لها حظ أقل بأن تصل أبعد من هذه الحدود، وأن حركة المرور الملحوظة بعشرة آلاف سيارة في النهار من أجل تكلفة إجمالية بقيمة 6,2 مليار فرنك غير مبررة، وعليه استخلص المجلس أن التكلفة المالية لهذا المشروع بالنسبة لحركة السير المنتظرة، يجب النظر إليها على أنها تتجاوز المصلحة من المشروع، وأن الموازنة السلبية من شأنها أن تخلع عن المشروع صفة المنفعة العامة [12]ص435

2.2.2.1.2. نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا في القضاء الإداري المصري

لم يطبق القضاء الإداري المصري مبدأ الموازنة بين المنافع والإضرار في مجال نزع الملكية، ولكنه طبقها في مجال آخر هو إزالة التعديات على أملاك الدولة بالطريق الإداري [51]ص330

إن مبدأ الموازنة ليس غريباً عن القضاء الإداري في مصر، وعلى سبيل المثال فإنه في مجال إلغاء التراخيص، قامت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بإجراء هذه الموازنة، حيث قضت بأنه: " متى استبان للمحكمة أن المدعي شيد مصنعا للطوب وعول في استغلاله على الأتربة التي رخص له فيها، وبالتكاليف المعتدلة التي يحققها له قرب المصنع المرخص له في أخذ الأتربة منه، وأن هذا المصنع يعمل في إنتاج الطوب بالفعل، فإن إلغاء تفتيش الري للترخيص الذي منحه للمدعي استنادا إلى أن المناطق الأخرى المعول بأن المدعي يمكن الترخيص له في أخذ الأتربة منها غير جائز لأنها أبعد من المنطقة التي ألغي ترخيصه فيها بالقرار المطعون فيه، ولأن هذا يكابده نفقات أكبر في النقل، وبذله الوقت والجهد، فضلا عن اضطراب العمل، مما يخرج عما قدره في حسابه وقت حصوله على الترخيص وإقامته المصنع، ويلحق به أضرارا لا تبررها علة تستند إلى الصالح العام. وأما كونه لم يحصل بعد على ترخيص في إدارة المصنع، فهذا أمر لا يتعلق بتفتيش الري، ولا تأثير له في الرابطة القانونية القائمة بينه وبين هذا التفتيش، وهي التي تحكمها شروط الترخيص الذي لم يثبت أن المدعي جاوز حدوده أو خالف أحكامه مخالفة تجيز سحبه أو إلغاه [20]ص674

وفي قضية عزبة خير الله التي تتلخص وقائعها في أن محافظ القاهرة كان قد أصدر

قرار الصالح شركة المعادي للتنمية والتعمير ، يأمر فيه بأن تسلم لها الأرض المملوكة للدولة بتلك العزبة و هدم ما عليها من منشآت ومبان، مما يعني تشريد عدد بالغ في الكبر من المواطنين، لأنه يتناول إزالة 150 منزلا تقيم به 250 أسرة عدد أفرادها 2000 نسمة، ولما طعن في هذا القرار لدى مجلس الدولة، أصدرت محكمة القضاء الإداري حكما بإلغائه وقالت في ذلك: "إنه وإن كان من المسلم به قانونا..... أن للجهة الإدارية حق إزالة ما يقع من التعديلات على أملاك الدولة بالطريق الإداري..... وأما الأصل في نشاط الإدارة أن يستهدف الصالح العام، ويكون جوهر وظيفة الإدارة هو إشباع الحاجة العامة تحقيقا لهذا الهدف وبالتالي فإن على الجهة الإدارية أن تصدر تصرفاتها بما يراعي الصالح العام ويناسبه، وإن استهدف القرار المطعون فيه مصلحة عامة لا ريب فيها، قوامها الحفاظ على ملك الدولة، إلا أنه في الجانب الآخر فإن القرار المطعون فيه في استهدافه تحقيق ذلك الوجه للمصلحة العامة، فإنه قد تضحي بوجه مصلحة عامة أخرى يتمثل في وجوب عدم تشريد عدد كبير من المواطنين بأسرهم، ومنقولاتهم، إذ يجد ذلك العدد الضخم من المواطنين نفسه من جراء تنفيذ القرار وقد فقد مأواه وحمل متاعه وساق أسرته إلى غير مقر [52]ص412

واستمرت محكمة القضاء الإداري في إعمال مبادئ هذه النظرية، وكان ذلك في قضيتين شهيرتين هما: قضية نقل سوق روض الفرج، حيث كانت تدور القضية حول إلغاء تراخيص التجار في هذا السوق، ليعملوا في السوق الجديد سوق العبور، ورفض التجار الانتقال لأسباب قدروها ورفضتها الإدارة بعد ذلك، وأسسوا دعواهم أولا لوقف تنفيذ القرار ثم إلغائه، وانتهت المحكمة إلى القضاء بما يلي: " من حيث أنه بخصوص هذه الدعاوى حسبما يبين من ظاهر هذه الأوراق، فإن المدعين كانوا يزاولون نشاطهم طبقا للقانون والقرارات الوزارية المنفذة له، واكتسبوا مراكز قانونية تعطيهم الحق في مزاولة نشاطهم باعتبارهم تجاراً مرخصاً لهم بشغل سوق روض الفرج واستعماله واستغلاله بما يحقق مصالحهم والمصلحة العامة، وإذ صدر القرار المطعون فيه بإلغاء تراخيص مزاولتهم النشاط لا لسبب يتعلق بمخالفتهم للقانون أو القرارات المرتبطة به، وإنما بسبب افتتاح سوق جديد، هو سوق العبور، فإنه في هذه الحالة يتعين أن يكون منط الرقابة متعينا على حق الجهة الإدارية في استعمال سلطتها، حيث تكون حرية الاختيار بين عدة أغراض أو أهداف مما تندرج تحت مدلول المصلحة العامة[46]ص305"

أما رد المحكمة الإدارية العليا على طعن سوق روض الفرج وسوق السمك فكان كما يلي: "وقد ذهب الحكماء المطعون فيهما إلى القضاء بإبقاء السواقين اللذين تقرر بقاءهما على اعتبار أن ذلك أفضل الحلول التي رأتها المحكمة بشأن موضوع النزاع ، مع تسليم الحكمين في الوقت ذاته بسلامة الأسباب التي استندت إليها الإدارة في إصدار القرار الطعين بإلغاء السواقين ، وهي هدم صلاحيتها صحيا وأمنيا

ومروريا وتسببها بحالتها في فاقد وضائع في السلطة التي يتم التعامل عليها، وأنه قد تم إنشاء سوق العبور بديلا لها على نحو يمثل تقدما ونقله حضارية كبيرة، ودون أن يرتب الحكمان على هذه المقدمات النتيجة المنطقية والقانونية الحتمية لها، وهي قيام القرار الطعين على صحيح سببه على النحو السالف بيانه، ولما كان ما ذهب إليه الحكمان المطعون فيهما في هذا الشأن يدخل في صحيح السلطة التقديرية للجهة الإدارية التنفيذية العاملة، تباشرها على مسؤوليتها السياسية والجناية والمدنية والتأديبية دون ما رقابة من محاكمة مجلس الدولة مادامت تصرفاتها تخلو من إساءة استخدام السلطة [52] ص 441

وقد رفضت المحكمة الإدارية العليا الطعن في حكم محكمة القضاء الإداري، وقررت بوضوح أنه يتعين على الإدارة أن تراعي "الموازنة بين المصالح العامة المتفاوتة المدارج والوزن والأهمية على النحو الذي ألزمها به الدستور والقانون [51] ص 330"

و هكذا نلاحظ أن موقف القضاء الإداري المصري يتميز بعدم الوضوح فتارة يطبق نظرية الموازنة بين التكاليف و المزايا بخصوص قرارات إزالة التعديات على أملاك الدولة ، و كذا إلغاء التراخيص ، و تارة أخرى يرفض تطبيقها ، و كنا نتمنى عليه توسيع تطبيق هذه النظرية على كافة القرارات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة سواء للمشاريع المحلية منها أو الوطنية، مسaire لما وصل إليه مجلس الدولة الفرنسي .

3.2.2.1.2. نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا في القضاء الإداري الجزائري

بعد استطلاعنا لما أتى به القضاء الإداري الجزائري، لم نجد أثراً لتطبيق هذه النظرية، بل يقر القضاء الجزائري إنه ليس للقاضي الإداري مراقبة ملائمة القرارات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة ، وذلك في حكم له في طعن من الفريق (غ) ضد والي ولاية البويرة، وجاء فيه ما يلي: "حيث إنه بموجب عريضة مودعة لدى كتابة الضبط للمحكمة العليا بتاريخ 01 \ 06 \ 1988، طعن الفريق (غ) بالبطان في المقرر الصادر من والي البويرة بتاريخ 12\ 01 \ 1988، الذي أمر بنزع ملكية قطعة أرض منهم لصالح بلدية حيزر لبناء 500 مسكن، مساحة هذه الأرض تقدر ب 7 هكتارات.

حيث إن الطاعنين أثاروا ضد المقرر وجهين يوضحان من جهة أن صفة المنفعة العامة غير محددة، وكان بإمكان تشييد 500 مسكن فوق قطعة أرض مجاورة لأرض الطاعنين دون المساس بملكيتهم، ومن جهة أخرى لم يتم تبليغ الطاعنين لا من طرف الولاية ولا من طرف

المجلس الشعبي البلدي قبل اتخاذ القرار.

حيث إن الأمر يتعلق بعائلة كبيرة ليست بحاجة للتعويض بل بحاجة للمسكن، وإن قطعة الأرض المعنية غير مهجورة بل تعتبر أرضا خصبة مغروسة بأشجار الزيتون، وبما أنه لم يؤخذ هذا بعين الاعتبار، فإن المقرر لم يحترم قواعد الإجراءات.

إن مبدأ الاحتجاج العائلي يعني إعادة الشخص الذي نزع منه أرضه، وبالتالي رفض الطعن لأنه غير مؤسس.

إن المستقر عليه قضاء أن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مسح ملائمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز المشروع ذي المنفعة العامة. ومن ثم فإن النعي على القرار الإداري المطعون فيه بأن صفة المنفعة العامة غير مقدرة في غير محله. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن [64] ص 183.

وهكذا يعتبر القضاء الإداري الجزائري القرارات النازعة للملكية للمنفعة العامة من الملاءمة التي تستقل بها الإدارة العامة دون رقابة عليها من القضاء الإداري، وهذا ما يجعل القضاء عندنا لا يستعمل نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا، مع أننا نتمنى من قضائنا مساهمة القضاء الإداري الفرنسي بفرض الرقابة القضائية على المشاريع الاقتصادية التي تقوم بها الدولة المحلية والوطنية، وذلك بالموازنة بين إيجابيات هذه المشاريع وسلباتها، فلا تكون ملائمة ومتناسبة إلا إذا كانت الإيجابيات أكبر من السلبات، وهذا توسيعا لدائرة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة.

3.1.2. رقابة ضرورة الإجراءات

يُخضع القضاء الإداري القرارات المتعلقة بالحريات العامة إلى رقابة صارمة، وذلك على اعتبار أن القاضي الإداري حامي الحريات العامة، ويعطي نفسه حق بحث الظروف والملابسات التي أحاطت باستخدام الإدارة لسلطتها التقديرية على أنها استخدمت في موضعها الصحيح، كما أن على القاضي الإداري أن يوازن بين الحريات العامة للأفراد وبين مقتضيات حسن الإدارة العامة. وذلك عن طريق تقنية ضرورة الإجراءات، وهذا ما سنحاول بيانه في هذا المبحث وسنخصص المطلب الأول للحديث عن مفهوم رقابة ضرورة الإجراءات، والمطلب الثاني سنتحدث فيه عن تطبيقات رقابة ضرورة الإجراءات.

1.3.1.2. مفهوم رقابة ضرورة الإجراءات

تعتبر هذه الرقابة هي الشكل الأقدم لرقابة التناسب، إذ تتناول الرقابة على إجراءات

الضبطية المقيدة للحريات العامة لتحقيق التوازن بين ضرورة ممارسة الإدارة لسلطتها من أجل الحفاظ على النظام العام.

فالحرية هي الأصل، والضبط هو الاستثناء، فإجراء الضبط لن يكون شرعياً إلا متى كان ضرورياً للحفاظ على النظام العام، وليس في يد سلطة الضبط إجراء آخر أقل ضرراً للحفاظ على النظام العام [12] ص 305

فالمشرع وإن أجاز للإدارة التعرض للحريات العامة، لم يجز ذلك بصورة مطلقة وشاملة، بل حصرها في حالات معينة متى كان اتخاذ هذا التدبير ضرورياً للحفاظ على النظام العام [59] ص 73

ونلاحظ أن القضاء الإداري يفرض رقابة مشددة على الإدارة إذا ما أصدرت قرارات إدارية تتضمن قيوداً على الحريات الفردية، بحيث لا يكفي بالتحقق من مدى مشروعية تلك القرارات، بل تمتد رقابته لتشمل أيضاً التحقق من مدى ملاءمة هذه القرارات بالنسبة للظروف التي صدرت فيها، وهي الملاءمة التي يعتبرها العديد من الفقهاء داخلة في نطاق المشروعية، وذلك لإسراف الإدارة في استخدام سلطتها التقديرية بشكل تعسفي [65] ص 153

وفي مجال الحريات العامة، فالقاعدة هي أن سلطة الإدارة تعتبر سلطة مقيدة، ويبحث القاضي بالتالي مدى تناسب السبب مع محل القرار، وذلك استثناء من الأصل الذي بمقتضاه يكون لجهة الإدارة حرية تقدير أهمية الحالة، والخطورة عنها والتصرف الذي تتخذه حيالها، ويسوغ القضاء رقابة الملاءمة في مجال الحريات العامة، بأن الملاءمة عنصر من عناصر المشروعية في القرار، بمعنى أن المشروعية تتوقف على حسن تقدير الوقائع، فيجب بالتالي أن يكون تدخل الإدارة مسوغاً بأسباب جدية، أي أن يكون التصرف لازماً لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام على اعتبار هذا الإجراء هو الوسيلة الوحيدة لمنع الضرر [51] ص 332

لكن قد يحدث أن تكون ملاءمة الإجراء شرطاً لمشروعيته، فلا يسمح القانون باتخاذها إلا إذا كان ضرورياً وبما يتناسب مع ظروف الحالة، وعندئذ تنتقل هذه الملاءمة من نطاق السلطة التقديرية المتروكة للإدارة، إلى نطاق السلطة المقيدة الخاضعة لرقابة القاضي، وذلك عادة في كل الحالات المتعلقة بالحريات العامة، ولذلك فإنه يتحقق من قيام التناسب بين أهمية الحالة المعروضة وجسامة الإجراء المتخذ [32] ص 108

وهكذا أدخل القاضي الإداري عنصر الملاءمة ضمن مبدأ المشروعية، فالقرارات لا تكون مشروعة إلا إذا كانت متناسبة مع الوقائع، وبالتالي تعني الملاءمة التناسب بين الوقائع والقرار المتخذ [09] ص 589

وقد كان حكم Benjamin من أوائل الأحكام التي أرسى فيها مجلس الدولة رقابته على ملاءمة القرارات الإدارية المتعلقة بالضبط المحلي وكان بخصوص حرية المواطنين في عقد الاجتماعات Libertè de Réunion، وقد ألغى المجلس في هذا الحكم القرار الصادر من عمدة مدينة Naud بمنع عقد أحد الاجتماعات بسبب تخوفه من وقوع اضطرابات تخل بالنظام، وقام مجلس الدولة بفحص الظروف المحلية التي أحاطت بالدعوة إلى عقد الاجتماع، وتبين له أن السلطات المحلية كانت تستطيع باستخدام قوات البوليس المتوافرة لديها للمحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع، ولذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار العمدة، وأقر ما يلي: "اتضح من التحقيق أن الاضطرابات المحتملة التي تذرع بها العمدة لا تبلغ في خطورتها الدرجة التي يعجز معها بما لديه من سلطات البوليس عن المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع [42]ص294

واستمر مجلس الدولة باجتهاده القضائي السابق في رقابة خطورة الأسباب الواقعية التي يقوم عليها القرار الإداري ومدى ضرورة الإجراء. حيث رفض في حكم آخر تقدير الإدارة لخطورة الاضطرابات التي استندت إليها لمنع عقد اجتماع عام. إذ تبين له من التحقيقات التي أجراها أن الاجتماع العام المزمع عقده ليس من طبيعته تهديد النظام العام، وذلك في خضم منع عقد اجتماع للحزب الشيوعي الذي كان ضد حرب الهند الصينية في نهاية عام 1946 وبداية عام 1947 [42]ص297

كثيراً ما تصطدم الإدارة عند ممارستها لسلطات الضبط بحقوق الأفراد وحياتهم، تلك الحريات والحقوق التي تعد في خضم المناخ الديمقراطي للدولة ولدولة القانون هي الأصل، وأما الاستثناء فيتمثل بإجراءات الضبط، وعلى القاضي ضمان التوازن بين احترام حقوق الأفراد وحياتهم، وضرورة حفظ النظام العام للدولة. ولممارسة هذا النوع من الرقابة أي رقابة ضرورة الإجراء لابد من توافر مجموعة من الشروط [23]ص157-159

- خطورة الاضطرابات الماسة بالنظام العام.
- ضرورة الإجراء: أي ليس للإدارة أي إجراء آخر أخف لحفظ النظام العام.
- القيمة القانونية للحرية التي يمسه الإجراء المتخذ، فيتشدد القاضي الإداري كلما تعلق الأمر بالحريات العامة الأساسية مثل: حرية الاجتماع، وحرية التعبير، والحرية الدينية، ويكون متساهلاً في ما عداها من حقوق مثل حرية التظاهر في الطرقات، وحق إقامة الحفلات، من ذلك إقرار مجلس الدولة شرعية قرار منع محافظ لتظاهرة في الطريق العام، وذلك حتى لا تسبب ازدحاماً في الطريق العام [23]ص159 كما يأخذ القاضي الإداري في الحسبان الوقت والمكان

الذي تمارس فيه هذه الحقوق.

2.3.1.2. التطبيقات القضائية لرقابة ضرورة الإجراء

إن رقابة القاضي الإداري على تناسب تدابير الضبط مع الظروف الدافعة للإدارة يعملها القاضي الإداري سواء في الظروف العادية أو الظروف الاستثنائية، ويهمن أن نبين هنا هذه التقنية في مجال الضبط المحلي في الظروف العادية، وكذلك مجال قرارات الضبط المتعلقة بالأجانب.

1.2.3.1.2. رقابة ضرورة الإجراء في القضاء الإداري الفرنسي

نتناول رقابة ضرورة الإجراء في القضاء الإداري الفرنسي وذلك بالنسبة لقرارات الضبط المحلي أولاً، وثانياً قرارات الضبط المتعلقة بالأجانب.

1.1.2.3.1.2. في مجال الضبط المحلي

في قرار لمجلس الدولة أيد فيه حكم إلغاء المحكمة الإدارية، Rennes لقرار المحافظ الذي ألغى قراراً سابقاً يسمح باستعمال قاعة لعقد اجتماع عام بمناسبة حضور الأمين العام للجهة الوطنية، فأقر مجلس الدولة من خلال ملف الدعوى أن هذا الاجتماع لم يكن ليهدد النظام العام لو اتخذت الإجراءات الضبطية المناسبة [42] ص 297 وقد أيد مجلس الدولة قراراً بمنع التجار المتجولين من الاتجار في مناطق معينة [12] ص 306، وكما منعهم من المتاجرة في الليل بخصوص المواد الغذائية [12] ص 306، لأنه حسب مجلس الدولة الفرنسي ليس للإجراءات الضبطية الأقل شدة أن تحقق النظام العام وتحفظه.

وسيكون قرار الضبط غير مشروع، ولو كان في الإمكان حفظ النظام العام بقرار أقل قسوة مثل عدم شرعية قرار منع تربية النحل في منطقة ما في حين كان بالإمكان تجنب الأضرار التي قد يسببها النحل بإجراءات أقل قسوة [23] ص 160

ويكون الإجراء الضبطي غير مشروع إذا أمكن حفظ النظام العام بقرار أقل شدة مثال ذلك صدور قرار بمنع توزيع الملصقات والإعلانات على سائقي السيارات في الطرقات العامة [23] ص 160

وعلى الإدارة عند ممارسة سلطة الضبط أن تأخذ بعين الاعتبار عدم المساس بالحرية في الاتجار والصناعة بالإضافة إلى حماية مبدأ المنافسة [12] ص 312 وهناك قرار آخر من محافظ يتعلق بالحصول على إذن لممارسة رياضة

الترحلق على المياه العذبة لمدة طويلة، فتقرر إلغاء هذا القرار من قبل مجلس الدولة الفرنسي، لما في ذلك من إعاقة لحركة الملاحة في النهر [23] ص 160

2.1.2.3.1.2. مجال قرارات الضبط المتعلقة بالأجانب

وفي مجال قرارات إبعاد الأجانب تخلى مجلس الدولة الفرنسي عن بحث الخطأ الظاهر في التقدير للقيام برقابة حقيقية شاملة للتناسب في إطار إجراءات أو قرارات الإبعاد والطرء، وذلك بضمان عدم المساس بالحقوق في الحياة العائلية بخصوص قرار بجاوي [23] ص 161

ولم يعد يرفض تمسك المدعي بنص المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد قضى مجلس الدولة: " أن السبب المستند إلى المادة 8 من الاتفاقية يجب أن يستبعد فقط لأن التدبير المطعون فيه كان بالنظر لسلوك المدعي، ولجسامة الأعمال التي ارتكبها والتي حكم لأجلها بالسجن 8 سنوات من أجل جرم السرقة مع استعمال العنف، وكان تدبيراً ضرورياً من أجل حماية النظام العام [59] ص 82 وقد نصت المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في فقرتها 2 على ما يلي: يسمح للسلطات العامة بالتعرض لممارسة الحق بحياة خاصة وعائلية بتوافر شرطين هما: — أن يكون التعرض ملحوظاً في القانون.

— أن يشكل تدبيراً ضرورياً في مجتمع ديمقراطي وضروري للمحافظة على الأمن الوطني والسلامة العامة وللدفاع عن النظام [59] ص 83 وقد تم تطبيق اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على اعتبار أن قرار الترحيل يعتبر مساساً للحقوق في الحياة العائلية الذي تضمنته المادة 8 من اتفاقية حقوق الإنسان الأوروبية التي طبقت رقابة التناسب الشاملة إن كان الإجراء المتخذ ضرورياً لحفظ النظام العام [42] ص 444-445.

وقد انتهج مجلس الدولة الفرنسي ما درجت عليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان Strasbourg في تطبيق رقابة التناسب الشاملة بخصوص القرارات و Belgacem [23] ص 160 ، حيث تم إصدار قرار بترحيل بلقاسم لارتكابه جرائم السرقة مع استعمال العنف، وصدر بخصوص السيدة بابا قرار بالطرء خارج الحدود لكونها مكثت في فرنسا مدة إضافية تفوق المدة المجازة لها في تأشيرة الدخول [59] ص 82 فألغى المجلس القرارين لمسأتهما بالحقوق في الحياة العائلية العادية، هذا المبدأ الذي تبناه مجلس الدولة من الاتفاقية لحقوق الإنسان الأوروبية، بعد أن كانت القرارات المتعلقة بالأجانب

تطبق بشأنها تقنية ضرورة الإجراء، وهذا ما يجعلنا نقف وقفة إعجاب من قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي ما فتئ يبهنا باجتهاداته في الرقابة على أعمال الإدارة.

2.2.3.1.2. رقابة ضرورة الإجراء في القضاء الإداري المصري

جرى قضاء مجلس الدولة المصري على غرار مجلس الدولة الفرنسي بفرض رقابة مشددة على القرارات الإدارية وثيقة الصلة بالحريات العامة، نظرا لما تمثله تلك القرارات من قيود على تلك الحريات التي تكفلها المبادئ الدستورية، فالقضاء الإداري في رقابته لركن السبب في القرار لا يكتفي بالرقابة المادية على صحة وجود الوقائع، وبالرقابة على الوصف القانوني لهذه الوقائع، بل يراقب أيضا ملاءمة إصدار القرار، فيشترط أن تكون الوقائع متناسبة في أهميتها وخطورتها مع خطورة القرار الصادر لمواجهتها، وبعبارة أخرى حتى يكون السبب صحيحا في هذا المجال يجب أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة لازما وضروريا لمواجهة الوقائع التي حدثت، وبناءً على ذلك، إذا تبين للقاضي الإداري أن الإجراء أو القرار المتخذ أكثر شدة مما ينبغي فيجب أن يُلغى لعيب السبب [43] ص 215

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا القضاء عند تعرضها لقرارات الاعتقال الصادرة من الحاكم العسكري العام في ظل الأحكام العرفية، فقالت المحكمة: "إن قرار الحاكم العسكري العام ينبغي أن يكون له سبب، بأن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو إلى التدخل، وإلا فقد القرار وجوده ومبرر إصداره، وفقد بالتالي أساسه القانوني، كما يجب أن يكون هذا القرار حقيقيا لا وهميا أو سوريا، صحيحا مستخلصا استخلاصا سائغا من أصول تنتجه، وإنه ولئن كانت الإدارة في الأصل تملك حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها، إلا أنه حيث تختلط مناسبة العمل بمشروعيته، ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الأمور، خصوصا فيما يتعلق بالحريات العامة، فيجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره، فالمناط والحالة هذه في مشروعية القرار الذي تتخذه الإدارة هو أن يكون التصرف لازما لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام باعتبار هذا الإجراء هو الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الضرر، وللقضاء الإداري حق الرقابة على قيام هذا المسوغ أو عدم قيامه، فإذا ثبتت جدية الأسباب التي تبرر هذا التدخل كان القرار بمنجاة عن أي طعن، أما إذا اتضح أن الأسباب لم تكن جدية ولم يكن فيها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات كان القرار باطلا [43] ص 215".

وبشأن حرية العبادة، ألغت المحكمة الإدارية العليا قرارا صادرا عن وزارة الداخلية يتعلق بفرض الوزارة الترخيص لبناء كنيسة، متذرة أن من شأن ذلك أن يؤدي إلى حدوث احتكاك بين المسلمين والأقباط، إلا أن المحكمة اعتبرت أن هذا التبرير قول غير سديد على اعتبار أن ليس هناك أحياء خاصة بالأقباط وأخرى بالمسلمين، كما أن هذه الكنائس مقامة وسط

أمكنة أهلة بالسكان، وبالقرب من المدارس والمؤسسات العامة والمنشآت الخاصة، بل وبعضها مقام بجوار الجوامع، ومع ذلك فلم تقع الفتنة أو لم يحصل من جراء ذلك أي إخلال بالنظام والأمن [27] ص 140

ومن الأحكام الحديثة للمحكمة العليا ما قضت به من أنه: "إذا كانت المشروعية تتعلق بأحد صور الحرية أو المساس بالملكية، فإنه ينبغي أن يكون تدخلها لأسباب جدية تراها لازمة وضرورية لتبرير هذا التدخل....، ومؤدى ذلك أن أجهزة الأمن وإن كانت تترخص في تقدير الخطورة الناشئة عن الحالة الواقعية التي يصح أن تتدخل لمواجهتها بالإجراء الضبطي المناسب، فإنه يشترط أن يكون من شأنها أن تنبئ في التقدير السليم للأمر أن ثمة خطر يقتضي التدخل من جانب هذه الأجهزة [20] ص 684."

وفيما يتعلق بحرية النشر والصحافة، ألغت المحكمة القرار القاضي بمصادرة إحدى الصحف: "لأنه لم يكن هناك خطر مفاجئ يقتضي إلغاء الجريدة فوراً، بل إن الحكومة أفسحت من صدور الجريدة، ثم أبلغت عنها النيابة العامة، ثم لجأت النيابة العامة إلى المحكمة فاستصدرت قراراً بتعطيلها، ولم تتجاوز مدة التعطيل أسبوعاً واحداً، ثم قدمت النيابة رئيس التحرير إلى محكمة الجنايات، ولا شيء من هذه التصرفات ينم عن الخطر الداهم الذي لا سبيل إلى دفعه إلا بالإلغاء الفوري، وبخاصة بعد أن التجأت الحكومة إلى القضاء، وأصبح واجباً عليها أن تتريث حتى يقول القضاء كلمته [22] ص 274."

وفي حكم لمحكمة القضاء الإداري بخصوص حرية التجارة تقول: "إن المحكمة ترى، وقد مضى على الحادث الجنائي مدة طويلة دون أن يقع ما يخل بالأمن، فإن تعطيل الإدارة للسوق بعد ذلك بدعوى المحافظة على الأمن ليس هو الوسيلة الوحيدة لبلوغ هدفها، وليس من الضروري والحالة هذه تعطيل السوق الذي لا يدار إلا يوماً واحداً في الأسبوع، ولا يترتب على قيام حادث بين قبيلتين إغلاق السوق لاسيما بعد أن انقضت أكثر من سنة ونصف على وقوع الحادث دون أن يتم الصلح بين القبيلتين. وقد كان في مقدور الإدارة اتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع الحوادث دون الالتجاء إلى إغلاق السوق، حتى إذا ما اضطرتها الظروف إلى اتخاذ هذا الإجراء الشديد كان بالقدر المناسب ولمدة قصيرة من الزمن، أما استمرار تعطيل السوق حتى يتم الصلح، فهذا ما لا يصلح التسليم به، ويكون القرار الصادر بتعطيل السوق قد جانب القانون، ويتعين لذلك إلغاءه [43] ص 217

أما في إطار قرارات الضبط الإداري المتعلقة بالأجانب، فإنه وإن كانت المحكمة الإدارية العليا قد استثنت في بعض قراراتها تلك الرقابة، إلا أن هناك توجه لدى المحكمة أو على الأقل بداية لذلك التوجه بفرض رقابتها على ملائمة قرارات الضبط المتعلقة بالأجانب، فقد اعتبرت المحكمة أن تراخي الأجنبي في سداد الدين لا يمثل أضراراً جسيمة في اقتصاديات الدولة يخولها منع المدعي من ممارسة حقه في

التنقل لعدم وجود تناسب بين الإجراء المتخذ والحق الذي قصد حمايته بهذا

الإجراء [35]ص137

وفي إطار حرية الاجتماع قررت المحكمة أن سلطة الحكومة في هذا المنع هي قيد استثنائي وارد على حق هو أحد الحريات العامة، فيجب والحالة هذه أن يفهم القيد المذكور في أضيق حدوده، فلا تستعمله الحكومة إلا للضرورة القصوى، وذلك عندما تقوم لديها أسباب حقيقية لها سندها من الواقع تدل على أن هذا الاجتماع من شأنه حقا الإخلال بالأمن العام، لهذا أخضعها القضاء الإداري لرقابته في هذه النقطة حتى لا يبدد الحق ذاته تحت ستار الرخصة الاستثنائية [04]ص83

3.2.3.1.2. رقابة ضرورة الإجراء في القضاء الإداري الجزائري

في ظل دولة القانون كان لزاما أن تصان الحريات العامة، وهذا شيء لا جدال فيه، لكن وأثناء بحثنا عن القرارات القضائية المتعلقة بتطبيق رقابة ضرورة الإجراء في القضاء الإداري الجزائري، لم نجد ما يدل على استعماله لهذه التقنية في رقابة القرارات الماسة بحريات العامة، ونتمنى على قضائنا الإداري مجارة القضاء الإداري الفرنسي والمصري في تطبيق هذا النوع من الرقابة تكريسا لدولة القانون، فلا تقيد الحريات العامة بإجراء معين إذا كان بمقدور الإدارة الحفاظ على النظام العام بإجراءات أخف وطأة على حقوق وحريات المواطن .

2.2. رقابة الانحراف في استعمال السلطة

من الطبيعي ألا تُمنح السلطة التقديرية للإدارة لكي تستخدمها كما يحلو لها بلا قيد أو شرط، ولكن لكي تعينها على أداء وظيفتها الإدارية التي تستهدف في النهاية تحقيق المصلحة العامة، وحتى لا تحيد هذه الإدارة المتمتعة بالسلطة التقديرية لدى ممارستها مهامها، وأن تخضع للرقابة القضائية كضمان لعدم تجاوز حدود سلطتها التقديرية، وإلا تعرضت للإلغاء القضائي أو للتعويض إذا كان هناك وجها لذلك. ويغطي عيب الانحراف بالسلطة كثيرا من عيوب السلطة التقديرية، وتزداد أهميته بتطور عناصره، فقد اتضح الجانب الموضوعي في عيب الانحراف في استعمال السلطة، وكذا ارتباط هذا العيب مع تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية، وهذا ما سنحاول بيانه مخصصين المبحث الأول لتعريف عيب الانحراف في استعمال السلطة وحالاته بداية، ثم نعرض بعد ذلك لمبحث الانحراف بالسلطة التقديرية في المبحث الثاني، أما المبحث الثالث فسنتناول فيه وسائل إثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة.

1.2.2. تعريف عيب الانحراف بالسلطة وحالاته

يقوم القرار الإداري على عدة أركان هي ركن الاختصاص وركن الشكل والإجراءات وركن المحل وركن السبب وركن الغاية، وهذا الركن الأخير يعد ركنا جوهريا في القرار الإداري، وتخلفه يؤدي بالإلغاء لعيب الانحراف بالسلطة، وهذا ما سيتم التفصيل فيه، وسنتناول في المطلب الأول تعريف عيب الانحراف بالسلطة، وفي المطلب الثاني حالات عيب الانحراف بالسلطة.

1.1.2.2. تعريف عيب الانحراف بالسلطة

من المعروف في الفقه الفرنسي أن الفقيه أوكو AUCOC هو أول من تعرض لفكرة الانحراف بالسلطة عندما درس غايات النشاط الإداري ليبين فيما إذا كان للإدارة أن تخرج عن إطار هذه الغايات، وقد استخلص فكرة الانحراف بالسلطة حينما قال إن هناك انحرافا بسلطة الضبط الممنوحة للإدارة عندما يتخذ رجل الإدارة قرارا ضمن اختصاصاته تماما، كما ويسلك بشأنه الأشكال المنصوص عليها قانونا، ولكنه يستعمل سلطته التقديرية في حالات ولأسباب غير تلك التي من أجلها منح هذه السلطة [02]ص44

ويرتبط عيب انحراف السلطة بالغاية المراد تحقيقها من إصدار القرار الإداري، والغاية التي يتعين على رجل الإدارة تحقيقها هي تحقيق الصالح العام ومراعاة الهدف المحدد الذي أراد القانون تحقيقه، ذلك لأن لكل قانون غاية يسعى لتحقيقها، وهي دائما المصلحة العامة التي تعتبر أساس تبرير منح السلطة للهيئات العامة [10]ص586 المقصود بعيب إساءة استعمال السلطة:

يكون القرار الإداري معيبا بعيب إساءة استعمال السلطة إذا استهدفت الإدارة من إصدار قرارها غاية بعيدة عن تحقيق المصلحة العامة، أو إذا استهدفت غاية عامة أخرى تختلف عن الغاية التي حددها القانون لقرارها [43]ص221

عرف الفقيه الفرنسي الكبير جورج فدل Georges vedel الانحراف بالسلطة بأنه يتمثل في واقعة استخدام إحدى السلطات الإدارية لسلطاتها لتحقيق هدف آخر خلاف الهدف المعهود به إليها [07]ص602

أما الفقيه هوريو Hauriou فيعرف الانحراف بالسلطة بأنه واقعة أن تقوم السلطة الإدارية حين تصدر قرارا يدخل في اختصاصها وتراعي فيه كل الأشكال المقررة دون أن ترتكب أي اعتداء شكلي على القانون، باستخدام سلطاتها لتحقيق أهداف أخرى غير تلك التي عهد بها إليها [07]ص292

إلا أنه نظرا لسعة مفهوم " المصلحة العامة " واتساع حدودها وعمومية مدلولها، فإن المشرع قد يخصص لرجل الإدارة هدفا معينا لتحقيقه دون سواه، فإذا تجاهل تحقيق الصالح العام، أو إذا حقق هدفا غير الهدف المحدد قانونا، ولو روعي فيه الصالح العام، فإنه يكون قد انحرف في استعمال سلطته، وكان قرارا قابلا للإلغاء[01]ص383

هذا هو معنى الانحراف في استعمال السلطة، فالسلطة ليست غاية في ذاتها، ولكنها وسيلة لتحقيق الغايات والأهداف العامة والمصالح العامة في المجتمع. ومن ثم نكون أمام الانحراف في استعمالها إذا قام الموظفون الذين أعطاهم القانون السلطة بإصدار قرار لتحقيق غاية أو هدف يجانب ويتعارض مع الصالح العام كما لو استعمل الموظف السلطة لتحقيق كسب شخصي له مثلا أو للانتقام من غيره، وكذلك نكون أمام إساءة لاستعمال السلطة إذا قام الموظف بإصدار قرار يحقق مصلحة عامة، ولكن تلك المصلحة ليست هي المصلحة العامة ذاتها، أو الغاية العامة التي حددها القانون لهذا النوع من القرارات الإدارية، وفي أي من هاتين الحالتين يكون القرار معيبا بعيب الانحراف بالسلطة وجديرا بالإلغاء[43]ص221

كما يعرفها الأستاذ حافظ نجم تعريفا شاملا وموجزا للانحراف بالسلطة، فيقول إن الانحراف بالسلطة هو قيام رجل الإدارة باستخدام السلطات التي خولها له القانون لتحقيق أهداف مخالفة للأهداف التي حددها ذلك القانون، ولو كانت أهدافا مشروعة في حد ذاتها، وسواء أكان ذلك بحسن نية أو بسوء نية[07]ص73

ويرى الفقيه هوريو Hauriou أن الرقابة على هذا الوجه من أوجه الإلغاء ليست رقابة مشروعية، وإنما رقابة على أخلاقيات الإدارة، فالقاضي يجب أن يبحث دائما عن سوء نية أو نية الغش لدى مصدر القرار[41]ص727

وهذا الرأي ليس سديدا، فالغاية من القرار أصبحت عنصرا في رقابة المشروعية، لأن صحة تطبيق القاعدة القانونية يتوقف على الغاية من القرار، إذ يقوم القاضي بمطابقة هذه الغاية مع الغاية التي حددها المشرع، وبالإضافة إلى ذلك، لم تعد إساءة استعمال السلطة قاصرة على الحالة التي يتصرف فيها مصدر القرار بسوء نية أو بنية الغش، وإنما يمكن أن تتحقق في حالات أخرى، منها الانحراف بالإجراءات، أو تحقيق مصلحة عامة غير المصلحة التي يجب على مصدر القرار أن يستهدفها، بل وليس من المستبعد أن يكون عدم تحقيق مصلحة عامة غير مقترن بسوء النية أو بنية الغش، كأن يصدر قرارا بمنح مساعدة لبعض الأسر، وذلك للتخفيف من الزيادة في ضريبة السكن تخضع لها، فالمساعدات المالية تقرر بصورة عامة، ولم يتوافر لدى مصدر القرار قصد الغش، وعلى الرغم من ذلك فإن الغاية من القرار غير مشروعة[51]ص299

ونحن نؤي هذا الرأي فالانحراف بالسلطة لا يتحقق فقط في الحالات القصدية، بل قد يكون أيضا

عن طريق الخطأ وهذا هو الاتجاه الغالب في الوقت الحاضر خصوصا مع تبني الاتجاه الموضوعي لعيب الانحراف بالسلطة ، وسيتم التفصيل بهذا في المبحث الثاني من هذا الباب من الأطروحة .

وقد عرف القضاء الإداري المصري عيب الانحراف بالسلطة، فتقول المحكمة الإدارية العليا: "إن إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها هما من العيوب القصدية في السلوك الإداري قوامها أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة الذي يبرر إلغاء القرار الإداري ، أو التعويض عنه يجب أن يشوب الغاية منه ذاتها، بأن تكون جهة الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغياها القرار أو تكون قد أصدرت القرار بباعث لا يمت لتلك المصلحة، وعلى هذا الأساس فإن عيب إساءة استعمال السلطة يجب إقامة الدليل عليه لأنه لا يفترض ولم يقدّم هذا الدليل [38]ص 559".

ويقوم الدكتور الطماوي بتقسيم عيب الانحراف إلى عنصرين أساسيين ، الأول يتمثل في كون القرار الإداري المشوب بعيب الانحراف هو عمل إداري قد سلمت جميع أركانه الأخرى، وهو العنصر الذي جعل الانحراف في غاية الخطورة، نظرا لأنه يعطي للقرار الإداري مظهرا خارجيا سليما تماما من الوجهة الشرعية، ولكنه يخفي وراءه قصدا وسوء نية، أو على الأقل إهمالا وتقصيرا من جانب رجل الإدارة.

أما العنصر الثاني فيتمثل في كون القرار الإداري مشوبا بعيب في ركن واحد فقط من أركانه، وهو الغرض، وهو العنصر المهم، وينتهي الدكتور الطماوي من ذلك إلى أن عيب الانحراف هو عيب في الاختيار، فالإدارة بدلا من أن تختار الهدف المحدد لاختصاصاتها وسلطاتها، تسعى إلى تحقيق عرض آخر [11]ص 82

ونحن نؤيد تعريف الدكتور سليمان الطماوي أن القرار المعيب في ركن الغاية يعني أن الإدارة قد جانبت الصواب في الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه من وراء قرارها والذي يجب أن يكون دائما تحقيق الصالح العام، بالإضافة إلى قاعدة تخصيص الأهداف متى حدد المشرع للإدارة غاية معينة عليها تحقيقها، ويقترن في ذلك أن يكون رجل الإدارة سيء النية أو على الأقل أهمل وقصر في أداء واجبه.

2.1.2.2. حالات عيب الانحراف في استعمال السلطة

إن عيب الانحراف بالسلطة يصيب القرار الإداري إذا استخدمت الإدارة سلطاتها لتحقيق غاية غير مشروعة، ويحدث ذلك إذا كانت هذه الغاية بعيدة عن المصلحة العامة أو عندما تسعى الإدارة إلى هدف مغاير للأهداف المحددة لها قانونا، وكذلك إذا انحرفت عن الإجراءات التي أملاها القانون.

1.2.1.2.2. البعد عن المصلحة العامة

يجب أن تستهدف جميع القرارات الإدارية المصلحة العامة *L' intérêt Public* كغاية لها، هذه هي القاعدة العامة التي تحكم القانون الإداري، والتي تطبق بدون نص، وتلتزم بها الإدارة العامة في ممارستها لنشاطها الإداري [22] ص 288 وهناك صور متعددة عن المصلحة العامة:

- تحقيق مصلحة غير المصلحة العامة: أو تتمثل في اتخاذ القرار دون أن يكون هناك غرض يتفق مع المصلحة العامة، حتى ولو لم يكن لدى رجل الإدارة الذي أصدر القرار غرض شخصي أو قصد سيء، وإنما مجرد خطأ ناتج عن الجهل بمقتضيات الحقيقة للصالح العام [02] ص 512 ومن ذلك حكم للقضاء المصري صدر بشأن رفض الإدارة تجديد الإقامة المؤقتة لأجنبي دون قيام هذا القرار على مسوغ معقول، وأن المدعية لم تطلب سوى الإقامة مدة وجيزة حتى تستكمل علاجها، ولم تكن ثمة خطورة منها على الأمن أو الآداب، فيكون القرار الصادر بتكليفها بمغادرة البلاد بعيدا عن استهداف الصالح العام، منافيا لسياسة الحكومة في تشجيع السياحة، مما يجعله معيبا بإساءة استعمال السلطة [52] ص 97
- استهداف مصلحة شخصية أو محاباة الغير

وتتحقق هذه الصورة أولا إذا استغل رجل الإدارة سلطته لتحقيق نفع شخصي يعود

عليه [10] ص 453

فلمجلس الدولة الفرنسي حكم خاص بقرار إداري صدر من أحد العمد بتحديد الساعات والأيام التي يجوز لدور الرقص في البلدة أن تفتح فيها أبوابها، حيث اتضح أن العمد قد أصدر القرار بهدف تحقيق نفع شخصي له، ذلك أنه كان يملك أحد المقاهي التي انصرف عنها روادها إلى دور الرقص، وحكم مجلس الدولة بإلغاء القرار للانحراف بالسلطة [42] ص 29 ولقد عبر مجلس الدولة الجزائري عن عيب الانحراف بالسلطة بعبارة " تحويل السلطة لأغراض شخصية " في قرار له بتاريخ 03 مايو 1999 (قضية رئيس بلدية بركة ضد مكي مبروك) [49] ص 345، ذلك أن رئيس البلدية أعلاه قام بمنح قطعة أرض بموجب مداولة مؤرخة في 1984/11/04 لصالح أحد أبناءه، مرتكبا بذلك انحرافا بالسلطة في أن يستعمل سلطته ليس لتحقيق الصالح العام ، بل لفائده الشخصية المجسدة في منح قطعة الأرض لأحد أبنائه .

حيث قام مجلس قضاء باتنة بإبطال القرار الإداري الصادر في 22 مارس 1987 و محضر المداولة المؤرخ في 26 يوليو 1987 لوجود انحراف بالسلطة و هو القرار الذي أيده مجلس الدولة ، فجاء حكمه كما يلي: " حيث أن المستأنف يزعم بأن المستأنف عليه أي (مكي

مبروك) ليس طرفا في العقد ، و غير مخول قانونا من طرفي العقد ، مما ينفي عنه صفة و أهلية التقاضي.

حيث أن المستأنف عليه عكس ذلك، في نزاع قائم مع (ميلاس عبد القادر) حول حدود قطعة أرض منحت له بموجب عقد يطالب إلغائه حاليا في شأن الدفع الثاني المأخوذ من قصور و تناقض الأسباب:

حيث يستخلص من قراءة القرار المستأنف فيه، بأن قضاة المجلس سببوا قرارهم تسببيا كافيا، إذ قرروا بأنه لا يجوز استعمال السلطة لمنح أفضليات أو استفادات للأقارب، كما لاحظوا بأن ذلك التصرف يعتبر تحويلا للسلطة لأغراض شخصية ، مما يجعل هذا الدفع غير جدي، وينبغي أن لا يأخذ به.

في شأن الدفع الثالث المأخوذ من تجاوز السلطة :

حيث من الثابت أن رئيس بلدية بركة منح قطعة أرض مساحتها خمسمائة متر مربع للمسمى (ميلاس عبد الحق) بناءً على المداولة المؤرخة في 04 نوفمبر 1984 ، و التي صدرت تحت رئاسة (ميلاس موسى) أب المستفيد الذي كان رئيسا للبلدية في تلك الفترة. حيث يستخلص من القانون البلدي ، و كذا من الاجتهاد القضائي المستقر، بأنه لا يجوز استعمال السلطة لمنح أفضليات أو استفادات للأقارب، و أن ذلك يعد تحويلا للسلطة لأغراض شخصية، و هذا ما هو ثابت في هذه القضية بالنسبة للفترة التي كان فيها (ميلاس موسى)، أب (ميلاس عبد الحق) رئيسا لهذه البلدية.

حيث أن قضاة المجلس لما قرروا إلغاء القرار الإداري المؤرخ في 22 مارس 1987، و محضر المداولة المؤرخ في 26 يوليو 1985 لمخالفتها القانون، قد أصابوا في تقدير الوقائع وفي تطبيق القانون، ويتعين تأييد القرار المستأنف فيه".

هكذا فالقضاء الإداري الجزائري يقر إلغاء القرارات الإدارية لعييب الانحراف بالسلطة، حين تكون غاية مصدر القرار هي تحقيق منافع شخصية غير الغاية التي يجدر أن يصدر القرار الإداري دوما لاستهدافها وهي المصلحة العامة.

ومن أمثلة القرارات التي صدرت لتحقيق نفع شخصي لغير مصدر القرار ما قضت به

محكمة القضاء الإداري المصرية من أنه: "إذا كان من ظروف وملابسات صدور قرار نقل المدعي أنه لم يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، وإنما قصد به إفادة شخص معين بذاته هو الخصم الثالث الذي حل محل المدعي في وظيفته، وذلك بغية ترقية إلى الدرجة الأولى، فمن ثم يكون هذا القرار مشوبا بعييب إساءة استعمال السلطة وهو جدير بالإلغاء[31]ص1536".

و من القرارات التي ألغاهها مجلس الدولة الفرنسي قرار منع الباعة المتجولين من الاتجار

خلال أيام الأسبوع، والسماح لهم بالاتجار فقط في يوم السوق الأسبوعي، وذلك لحماية أصحاب المحلات التجارية في تلك المنطقة [42]ص29

من الأحكام كذلك المتعلقة بالانحراف بالسلطة لتحقيق مصلحة عدة أشخاص ، حكم لغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الجزائرية في بتاريخ 13 أفريل 1998 (قضية الفريق ق.ع.ب ضد والي ولاية المسيلة) [49]ص188، حيث قام الوالي بنزع ملكية قطعة أرض للمنفعة العامة من المدعي، ثم تبين أن الوالي بعد تحويل الأرض إلى الذمة المالية للبلدية ثم تجزئتها و بيعها للخواص ، قضت الغرفة الإدارية بإلغاء القرار لعيب مخالفة القانون، إذ تنص المادة الثانية في فقرتها الثانية من القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ينص في المادة الثانية الفقرة الثانية على أنه : " لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية، مثل التعمير و التهيئة العمرانية، و التخطيط المتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية أو أعمال كبرى ذات منفعة عمومية[66]".

إلا أننا نرى أنه بالإضافة إلى عيب مخالفة القانون الذي يشوب هذا القرار ، هناك وجه آخر لإلغاء القرار و هو الانحراف في استعمال السلطة باستهداف الإدارة تحقيق غاية أخرى غير المصلحة العامة، حيث هدفت إلى تحقيق مصلحة عدة أشخاص ووزعت عليهم الإدارة قطعة الأرض .

هكذا يعمل القضاء الإداري رقابته على أعمال الإدارة ويلغنها للانحراف بالسلطة حين تستعملها لأغراض شخصية بعيدة عن الصالح العام.
- استعمال السلطة بقصد الانتقام

ويقع ذلك عندما يعمد رجل الإدارة إلى استعمال سلطته الممنوحة له لخدمة المصلحة العامة، فيصدر قراره بهدف المضايقة والانتقام الذي يعتمل في نفسه، فيجد فرصته لإشباع شهوة شريرة يجنح بتأثيرها إلى دائرة الشر وإلحاق الأذى والضرر بالغير، وأكثر ما يكون تطبيق هذه الصورة في الوظيفة العامة[01]ص388

وتعتبر هذه الصورة من أخطر صور الانحراف، حيث إن الموظف لم يعط هذه السلطات والاختصاصات لتصفية حساباته الشخصية، وإنما لأجل تحقيق النفع العام.
وقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرارا أصدره عمدة إحدى البلديات، والمتضمن تعديل ساعات العمل في مقر البلدية، لأنه لا يهدف إلى تنظيم العمل وتقديم خدمة أفضل للجمهور، بل قصد به عدم تمكين سكرتير البلدية الذي يعمل مدرسا، من مباشرة عمله نظرا لارتباطه بالتدريس

خلال الساعات المحددة بالقرار، وقد انتهى المجلس إلى أن قرار فصل سكرتير البلدية بهذا الأسلوب صدر لأسباب شخصية لا علاقة لها بالمصلحة العامة، مما يجعله مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة [07] ص 289.

ومن ذلك أيضاً إلغاء مجلس الدولة الفرنسي قرار رئيس البلدية بعزل حارس البلدية لأجل غرض الانتقام [42] ص 28

وقد سلك مجلس الدولة المصري نهج مجلس الدولة الفرنسي ذاته، حيث يقوم بإلغاء قرارات الإدارة التي يثبت لديه أن دافعها الأصيل كان الانتقام والتكيل بخصوم رجل الإدارة، وفي ذلك حكم لمحكمة القضاء الإداري قضت فيه بإلغاء قرار نقل أصدرته إدارة النقل العام بالإسكندرية لأحد موظفيها، حيث ثبت للمحكمة أن دافع النقل هو الانتقام من الموظف لنشاطه النقابي المناوئ للإدارة، وقررت في هذا الحكم " أن النقل لم يشرع ليستخدم في الانتقام من العاملين أو توقيع عقوبة تأديبية عليهم ولو ثبت ارتكابهم ذنباً إدارياً، فإذا ما سخر النقل لأغراض كهذه، كان مشوباً بإساءة استعمال السلطة [26] ص 253".

وفي ذلك قضت المحكمة العليا الجزائرية (الغرفة الإدارية) بتاريخ 15/ ديسمبر 1991 (قضية ب، ع ، وزير التعليم العالي و البحث العلمي) [49*] ص 138 بإبطال قرار رفض إعادة إدماج المدعي في منصب عمله على أساس وجود انحراف بالسلطة و تتمثل وقائع القضية فيما يلي :

- بتاريخ 29 نوفمبر 1984 ، تم تنصيب المدعي في منصب عمله كأستاذ بالمعهد الوطني للفلاحة .

- بتاريخ 15 يناير 1985 تم تجنيده لأداء الخدمة الوطنية ، ثم شطب بتاريخ 15 يناير 1987 من صفوف الجيش الوطني الشعبي بعد تأديته لواجب الخدمة الوطنية .

- و بتاريخ 15 سبتمبر 1987، التمس إعادة إدماجه في منصب عمله السابق، و اتصل بمدير المعهد الوطني للفلاحة، و بعد أن استمر لعدة أشهر في ممارسة مهامه البيداغوجية كأستاذ بعد استئنائه لعمله، جاء رد المدير سلبياً على طلبه .

رفع المدعي دعوى الإبطال أمام المحكمة العليا طالبا إبطال القرار المتعلق برفض الإدماج و استند إلى وجهين:

الوجه الأول: يتمثل في مخالفة المدير للمادة 116 من المرسوم المؤرخ في 23 مارس 1985، و التي تنص على أن الموظفين المستدعين لتأدية واجب الخدمة الوطنية يوضعون في حالة انتداب، ثم يعاد إدماجهم بمجرد إثباتهم أداءهم للخدمة.

الوجه الثاني: و يتمثل في تجاوز السلطة من كون المدير اتخذ القرار محل الدعوى من

أجل معاقبته على أخطاء يكون قد اقترفها أثناء تأديته للخدمة الوطنية، و أن ذلك لا يكون إلا من اختصاص السلطات العسكرية وحدها.

ولقد أقرت المحكمة العليا إبطال قرار رفض الإدماج على أساس عيب مخالفة القانون و عيب الانحراف بالسلطة إذ استتبعت العيب الأخير من خلال سكوت الإدارة عن الرد على المدعي ، و بتالي استنتاج المحكمة أن القرار قد هدف إلى تحقيق أغراض شخصية كالرغبة في الانتقام أو الكره و ليس من أجل تحقيق الصالح العام.

وجاء حكم المحكمة العليا كما يلي : " حيث أن الإدارة برفضها لإعادة إدماج المدعي في منصب عمله تكون قد خرقت القانون .

حيث أنه من جهة أخرى، فإن الأسباب المثارة تدعيما لرفضها تعد بمثابة انحراف بالسلطة.

حيث أن وزير التعليم العالي غير مؤهل لفرض عقوبة على أخطاء، خاصة و أنها غير ثابتة، يكون المدعي قد اقترفها أثناء تأديته للخدمة الوطنية، حتى وإن تمت تلك الخدمة في شكل مدني بالمعهد الوطني للفلاحة.

حيث أن المدعي آنذاك، كان تابعا للسلطات العسكرية التي لها الحق وحدها في فرض عقوبة عليه."

-استخدام السلطة لمنع تنفيذ الأحكام القضائية

على الإدارة عدم استعمال سلطتها من أجل منع تنفيذ الأحكام القضائية، وإلا اعتبرت منحرفة باستعمال سلطتها، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي عدم جواز نزع ملكية عقار بهدف منع تنفيذ قضائي، وذلك بخصوص قضية Saint – marc- jamegarde، وكان مجلس تلك البلدية قد أقر إجراء نزع ملكية استشف مجلس الدولة أنه يستهدف في الواقع وبصفة أساسية إجراء عمليات تؤدي إلى فشل تنفيذ أحد الأحكام الصادرة من محكمة استئناف باريس في مارس 1944، وهو هدف بعيد تماما عن اعتبارات تحقيق المصلحة العامة، مما يجعل قرار نزع الملكية مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة، الأمر الذي استوجب بالتالي إلغاء ذلك القرار [07] ص 59

ومن ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية من أن صدور قرار من وزير التموين بالاستيلاء على محل بعد صدور قرار المحافظ بسحب تراخيص المحل وغلقه إداريا بعد أن أقام المدعي الدعوى ضد المحافظ ووزير التموين معا، وأثناء نظر الدعوى، قبل أن يقول القضاء كلمته بشأنها، تنفي تماما عن الاستيلاء أنه كان لضمان تموين البلاد أو لتحقيق العدالة في التوزيع، وإنما كان يهدف إلى وضع العراقيل أمام تنفيذ حكم القضاء إذا ما صدر بإلغاء قرار المحافظ بسحب ترخيص المحل وغلقه إداريا، وقرار وزير التموين بهذا الشأن مشوب بالانحراف عن الغاية التي خصصها القانون للقرارات التي تصدر

استنادا له وهو جدير بالإلغاء [51]ص304

- الانحراف بالسلطة لتحقيق أهداف سياسية

يجب أن تهدف قرارات الإدارة إلى تحقيق الصالح العام المجرد دون تلون بأي اتجاه سياسي أو عقائدي، فإذا حاد رجل الإدارة عن تلك القاعدة، وابتغى بقراره التعبير عن وجهته السياسية، أو التنكيل بخصومه السياسيين، خرج قراره عن إطار المشروعية، وصار موصوما بالانحراف بالسلطة مستوجبا للإلغاء، حيث إن ما قام به رجل الإدارة يعد خروجاً على مقتضيات الواجب الوظيفي التي توجب على الإدارة أن تقف على الحياد من التيارات الحزبية السائدة في المجتمع، وألا يسعى رجالها بقراراتهم إلى محاباة حزب على آخر، ولو كانوا ميالين له أو معتنقين لأفكاره، والهدف من ذلك هو المحافظة على استمرارية معدل أداء العمل الإداري، دون تأثر بتغير الحزب القائم بإدارة الشؤون السياسية للبلاد، فالأحزاب تتغير وفقاً لإرادة المجتمع، أما العمل الإداري فيجب أن يتسم بالثبات، لتحقيق الصالح العام لجميع الأفراد، بغض النظر عن ميولهم السياسية [26]ص354

وقد ساعد على انتشار هذا النوع من الانحراف السماح لعمال الإدارة بالانضمام إلى الأحزاب السياسية، فمن المتصور أن يصدر عضو السلطة الإدارية قراره، ليس تحقيقاً للمصلحة العامة، وإنما لإدراك هدف سياسي أو حزبي، كما لو أصدر المختص قراراً بمنح إعانة لجهة ما أو إيقاف المساعدة المادية التي تمنح لها بقصد تحقيق أغراض سياسية معينة لصالح أحد الأحزاب الذي يرتبط بتلك الجهة [20]ص733

وقضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار عزل موظف بالبلدية لتوجهاته السياسية [15]ص389

ومن ذلك ما قرره المحكمة الإدارية العليا المصرية بإلغاء قرار فصل موظف لا لشيء

إلا لأنه له ميولات حزبية تختلف عن مشارب مصدر القرار [03]ص295

وقد أخذ المجلس الأعلى الجزائري بالحل نفسه ولكن على وجه المخالفة، وفي حكم صادر في 30 أكتوبر 1970، أتى فيه ما يلي: "إن الطاعن يدعي بأن تسريحه يستند على دافع سياسي وليس بسبب مهني حسب الإدارة، وبعد دراسة الملف، يرى القاضي بأنه لا وجود للانحراف بالسلطة ويرفض الإدعاء [55]ص192". وبالتالي وبمفهوم المخالفة لو أن الموظف كان قد سرح بدافع سياسي كان القاضي ألغى قرار التسريح.

2.2.1.2.2. مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

إذا كان الأصل أن كل قرار إداري يجب أن يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فإن من المتعين أيضاً أن يحقق الهدف الذي أراده المشرع، وألا يخرج عن مقتضاه، وإلا كان مشوباً

بعبعب إساءة استعمال السلطة، بمعنى أن رجل الإدارة إذا ما حقق هدفا غير الذي حدده القانون، كان ذلك انحرافا في السلطة، فإذا حدد القانون مثلا سلطات الشرطة بأنها المحافظة على الأمن والسكينة والصحة العامة، واستعملت هذه السلطات لتأمين دخل للخزينة مثلا: كان قرارها في ذلك مشوبا بعبعب انحراف السلطة، على أن هذه الصورة هي أقل خطورة من الحالة السابقة المتمثلة في مجانية المصلحة العامة، ذلك أن رجل الإدارة هنا ما يزال يتصرف في حدود الصالح العام[01]ص392

كذلك قرار وقف العامل احتياطيا عن العمل بسبب التحقيق التأديبي معه، فقد حدد له قانون العاملين بالدولة في مصر هدفا محددا واحد، هو أن يكون الوقف لمصلحة التحقيق، وبالتالي إن أوقفت الإدارة العامل لهدف آخر ولو تعلق بمصلحة عامة أخرى، كان قرارها معيبا بالانحراف[43]ص226

وذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي، فقرر أن القرار الصادر من المحافظ بالسماح لطبيب بمزاولة بعض أعمال الصيدلة يعتبر معيبا بعبعب الانحراف بالسلطة، حتى ولو كان الهدف منه إغراء هذا الطبيب للعمل في منطقة معينة على الرغم من أنه استهدف تحقيق الصالح العام. بل منح هذه السلطة في منح التراخيص بمزاولة صيدلة في المناطق التي لا توجد بها صيدليات[41]ص803

وفي هذا الصدد تقول محكمة القضاء الإداري المصرية: " إن الانحراف في استعمال السلطة – كعبعب يلحق القرار الإداري ويتميز بطبيعته عن غيره من العيوب التي تلحق القرارات الإدارية – لا يكون فقط حيث يصدر القرار لغايات شخصية ترمي إلى الانتقام أو إلى تحقيق نفع شخصي أو أغراض سياسية أو حزبية أو نحو ذلك، بل يتحقق هذا العيب أيضا إذا صدر القرار مخالفا لروح القانون، فالقانون في كثير من أعمال الإدارة لا يكتفي بتحقيق المصلحة العامة في نطاقها الواسع، بل يخصص هدفا معينا يجعله نطاقا لعمل إداري معين.

وفي هذه الحالة يجب ألا يستهدف القرار الإداري المصلحة العامة فحسب، بل يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الهدف الخاص الذي عينه القانون لهذا القرار عملا بقاعدة تخصيص الأهداف التي تقيد القرار الإداري بالغاية المخصصة التي رسمت له، فإذا خرج القرار على هذه الغاية، ولو كان هدفه هو تحقيق المصلحة العامة ذاتها، كان القرار مشوبا بعبعب الانحراف[22]ص293

3.2.1.2.2. الانحراف بالإجراءات

يقصد بالانحراف بالإجراءات أن تلجأ الإدارة إلى استعمال بعض الإجراءات مكان إجراءات أخرى كان يتعين عليها سلوكها، وذلك للوصول إلى الغرض الذي تريد تحقيقه. ومثال

ذلك أن تلجأ الإدارة إلى إجراءات الاستيلاء المؤقت بدلا من إجراءات نزع الملكية الواجب

اتباعها، وذلك كي تستولي نهائيا على العقار للمنفعة العامة [10] ص 472

ومن الأمثلة على الانحراف بالإجراءات الإدارية ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي عندما قام

بالغاء قرار للإدارة بعزل موظف، حيث تبين أن الإدارة قد اتخذت إجراء العزل لعدم الكفاءة المهنية

لموظف مريض عوضا عن استعمال إجراء منحه عطلة طويلة المدة [15] ص 392

وفي ذلك قضت محكمة القضاء: " بأن المشرع قد حرص على وصف الاستيلاء بأنه

مؤقت تميزا له عن الاستيلاء الدائم نتيجة نزع الملكية الذي قرر له المشرع إجراءات خاصة

تختلف عن إجراءات الاستيلاء المؤقت، فإذا أصدرت الحكومة القرار المطعون فيه بالاستيلاء

مؤقتا على أرض المدعيات...، تمهيدا لنزع الملكية...، فاتجاهها واضح من أن وضع يدها منذ

البداية بصفة دائمة، وسبيل ذلك إنما يكون باستصدار مرسوم خاص بنزع الملكية، أما الالتجاء

إلى نظام الاستيلاء المؤقت فهو أمر غير سليم ويجافي ما استهدفه الشارع من هذا النظام على ما

سبق إيضاحه [02*] ص 532

وفي قضية للمحكمة العليا الجزائرية في غرقتها الإدارية، أقرت عدم إمكانية انحراف

الإدارة بالإجراءات، وتتعلق بقرار لنزع الملكية للمنفعة العامة صادر من والي ولاية تيزي وزو

لنزع ملكية أرض ملك (الفريق م) حيث جاء في الحكم: " من المستقر عليه قانونا أن الإدارة

التي تستغل الأملاك المقرر نزعها من أجل المنفعة العامة لغير ما نزع من أجلها هذه الأملاك

يعد انحرافا في الإجراءات القانونية.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن القطعة الأرضية التي تم الاستيلاء عليها

مخصصة حسب مقتضيات المقرر المطعون فيه لشق الطريق، ومن ثم فإن استغلال هذه القطعة

لاستقبال بناءات ومشاريع عمومية يعد تحريفا لهدفه الأصلي.

ومتى كان كذلك استوجب إبطال المقرر المطعون فيه [67] ص 183.

وقضى المجلس الأعلى الجزائري بالانحراف بالإجراءات بالنسبة لقرارين اتخذهما

المحافظ للاستيلاء على ملكيتين لبناء مركز هاتفي، مستندا في ذلك على قانون 11 جويلية

1938 حول تنظيم الأمة وقت الحرب، إلا أن أحكام هذا القانون تنص على الاستيلاء من أجل

الاستعمال المؤقت فقط وليس بقصد التملك النهائي، ومن أجل بناء المركز الهاتفي يجب تملك تلك

الملكيات باستعمال إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وبعد لجوئه إلى ذلك الإجراء،

فإنه ينحرف عن إجراء الاستيلاء لهدف آخر، ويتعدى على حقوق المدعين، ومنه عدم مشروعية

التدابير المتخذة [55] ص 29

وقد يتبادر إلى الذهن أن إساءة استعمال الإجراءات تنتمي إلى المشروعية الخارجية

لاتصالها بالإجراءات الواجب اتباعها، ولكن الأمر في الحقيقة على خلاف ذلك، لأن البحث لا يدور حول صحة الإجراء من عدمه، وإنما يتعلق بمدى تناسب الإجراء بالنسبة للغاية التي تريدها الإدارة [41] ص 731

على أن القضاء الإداري الجزائري قلما يلجأ لهذا العيب كسبب لإلغاء القرارات الإدارية، ونتمنى على قضائنا الجزائري الاعتماد على هذا العيب في دعوى الإلغاء، خصوصا أن الفقه قد أصبح يتجه نحو موضوعية هذا العيب، وهذا ما سنتناوله في المبحث التالي.

2.2.2. الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة

عيب الانحراف بالسلطة لصيق بفكرة السلطة التقديرية للإدارة عند جل الفقه، لذلك ارتأينا بيان مدى هذه العلاقة والارتباط الكائن بين عيب الانحراف بالسلطة والسلطة التقديرية للإدارة في هذا المبحث، فخصصنا المطلب الأول منه لتوضيح علاقة عيب الانحراف بالسلطة والسلطة التقديرية، وتمحور المطلب الثاني حول اعتناق المذهب الموضوعي في عيب الانحراف بالسلطة.

1.2.2.2. علاقة السلطة التقديرية للإدارة بعيب الانحراف بالسلطة

لم تمنح السلطة التقديرية للإدارة لكي تستخدمها كما يحلو لها، بلا قيد أو شرط، ولكنها منحت لها لكي تعينها على أداء وظائفها الخطيرة التي تستهدف في النهاية تحقيق المصلحة العامة، ولا بد أن تخضع الإدارة للرقابة القضائية كضمان لعدم تجاوزها حدود سلطتها التقديرية ولكي لا تحيد عن الهدف الذي رسم لها، وإلا تعرضت للإلغاء القضائي أو للتعويض إذا كان وجهها لذلك.

وارتباط السلطة التقديرية بالانحراف جعل بعض الفقهاء يدخلون فكرة السلطة التقديرية في تعريفهم للانحراف بالسلطة، حيث يعرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه استعمال رجل الإدارة لسلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به [11] ص 81

ويقول الدكتور الطماوي كذلك: إن عيب الانحراف لا يمكن التحدث عنه إلا حين تتمتع الإدارة بقسط من الحرية في تقدير أعمالها، وبمعنى آخر إن عيب الانحراف هو عيب ملازم لفكرة السلطة التقديرية، أما حيث تكون الإدارة محددة واختصاصها مقيدا، فإن عيب الانحراف لا يمكن أن يثور، بل لا يمكن تصويره [11] ص 95

والإدارة في مجال السلطة التقديرية ليست مطلقة الحرية في تحديد الغاية أو الهدف من إصدار قراراتها الإدارية، فهي ملزمة بتحقيق الهدف العام والرئيسي من جميع أعمالها الإدارية

وأنشطتها المختلفة، على اعتبار أنه القيد العام المفروض على كافة القرارات الإدارية وأنشطتها المختلفة دون حاجة لنص، وإذا ما خرجت الإدارة على القيد العام إلى تحقيق مصلحة شخصية أو سياسية أو عاطفية خاصة، تكون قد خالفت القانون، واستوجب قرارها الإلغاء لإساءة استعمال السلطة لمجانبتها تحقيق المصلحة العامة. كما أن الإدارة ملزمة بتحقيق الأهداف الخاصة أو الفرعية من إصدار قرارات إدارية معينة، تبناها المشرع بنص صريح، وإلا كان قرارها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة لمخالفتها قاعدة تخصيص الأهداف [65] ص 146

وعيب الانحراف بالسلطة لا يظهر أثره ولا يؤدي إلى عدم مشروعية القرار إلا في حالة السلطة التقديرية وحدها، فالعمل الذي تتمتع الإدارة بالسلطة التقديرية في ممارسته، هو الذي يمكن أن يظهر فيه أثر عيب الانحراف بالسلطة، نتيجة قيام رجل الإدارة بالانحراف بالسلطة التقديرية التي منحها له المشرع لكي يحقق بها هدفاً معيناً [22] ص 286

أما في حالة الاختصاص المقيد، فإن المشرع يلزم الإدارة القيام بالعمل على نحو معين بالذات، وفي الوقت وبالشكل والأسلوب الذي يحدده لها، وفي هذه الحالة لا يمكن أن يظهر أي أثر للانحراف بالسلطة، ذلك أن العمل في هذه الحالة يمكن أن يتم بإحدى طريقتين: فإما أن يتم بالطريقة التي حددها المشرع تماماً، وهنا يتسم العمل بالمشروعية الكاملة. وإما ألا يتم بالطريقة التي حددها المشرع، وهنا يتسم العمل بعيوب أخرى لا بعيب الانحراف، إذ سيعثر القاضي على أسباب أخرى لبطلان العمل الإداري تتعلق بمخالفة القانون قبل أن يصل إلى عنصر الغاية من العمل ويرهق نفسه في البحث عن النوايا الداخلية لمصدر القرار [07] ص 108

ويرى فقه آخر أنه تزداد فرصة انحراف السلطة أمام مصدر القرار في مجال السلطة التقديرية، حيث يكون لرجل الإدارة أن يتدخل أو يمتنع وأن يحدد نوع تدخله إذا هو قدر التدخل، غير أن ذلك لا يمنع من إمكان وجود هذا العيب حتى في مجال الاختصاص المقيد، فإذا كان القانون في هذا المجال يحدد شروطاً معينة، ويوجب على رجل الإدارة إصدار القرار عند توافرها، فإن هذا الأخير يستطيع مع ذلك أن يؤول عمداً نص القانون فيصرفه عن المعنى الذي قصده المشرع، كما يستطيع أن يدعي عدم توافر الشروط التي حددها القانون أو يسيء تكييفها [31] ص 391

إلا أن عيب انحراف السلطة في حالة الاختصاص المقيد عادة ما يكون مقترناً إما بعيب المحل أو عيب السبب. ففي حالة تعدد التفسير غير الصحيح للقانون، يتوافر بالإضافة إلى انحراف السلطة عيب مخالفة القانون بالمعنى الضيق، وفي حالة إنكار الشروط المستلزمة لإصدار القرار الإداري أو سوء تكييفها، يصاحب عيب الغاية عيب السبب. غير أنه يمكن تصور وجود عيب انحراف السلطة منفرداً في مجال الاختصاص المقيد، فيستطيع رجل الإدارة أن

يؤخر إصدار القرار ليضر بمن تعلقت مصلحته بالقرار، أو ليفوت عليه مراده [31]ص 391

ومن جهة أخرى، فإن القرار الإداري الذي يصدر مطابقاً للقانون في ظل نظام

الاختصاص المقيّد يظل مشروعاً، حتى ولو تضمن نوعاً من الانحراف بالسلطة، فمثلاً: إذا

افتراضنا أن هناك نص قانوني صريح يلزم الإدارة بفصل الموظف العام الذي تثبت عليه جريمة

الاختلاس مثلاً، فهذا نوع من الاختصاص المقيّد، حيث لا تملك الإدارة إزاء ثبوت جريمة

الاختلاس على موظف ما سوى أن تفصله من عمله تطبيقاً للقانون، وفي هذه الحالة، فإن قرار

فصل ذلك الموظف يعتبر قراراً مشروعاً، حتى ولو ثبت أن هناك خلافاً شخصياً بين ذلك

الموظف وبين مصدر القرار [07]ص 109

ويذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه في حالة السلطة المقيّدة لا ضرورة للطعن بالانحراف

بالسلطة، إذ إن الطعن بمخالفة القانون سوف يكفي للوفاء بهذا الغرض، حتى ولو كان رجل

الإدارة قد استهدف من وراء قراره غرضاً شخصياً لا يمت للمصلحة العامة بصلة، فالمهم هنا

وما يؤخذ بالاعتبار النتيجة الموضوعية للنشاط الذي صدر عن رجل الإدارة، هل طبق القانون

كما ينبغي أم لا [02]ص 499؟

وعلى الرغم من عدم نفي هذا الرأي الأخير لملازمة عيب الانحراف بالسلطة لسلطة

الإدارة التقديرية، حيث يؤكد إمكانية وجود الانحراف بالسلطة سواء كانت السلطة التقديرية أو

مقيّدة، فهذا يعني أن السلطة التقديرية للإدارة ليست هي المجال الوحيد الذي يظهر فيه الانحراف،

وعلى الرغم من ذلك فإن هذا الرأي لا يمكن التسليم به، حيث إن العيوب التي تثار في حالة

إصدار الإدارة لقرار حال كونها متمتعة بسلطة مقيّدة هي عيوب مخالفة الشكل وعدم الاختصاص

ومخالفة القانون، ولا مجال لبحث عيب الانحراف بالسلطة في هذا النطاق، حيث يفترض

افتراضاً غير قابل لإثبات العكس، أن ركن الهدف في القرار سليم مادام قد صدر منفذاً للقانون

تنفيذاً سليماً، هذا بالإضافة إلى أنه في مجال السلطة المقيّدة لا أهمية للبائع الذي حدا برجل

الإدارة إلى إصدار القرار، فالقرار يكون مشروعاً طالما احترم حدود السلطة المقيّدة، أي كان

دافع إصداره [26]ص 313

ويتلزم عيب الانحراف بالسلطة مع السلطة التقديرية للإدارة، فهذه السلطة ليست مطلقة

أو تحكمية، وقد منحت لها لتحقيق الصالح العام أو الهدف المخصص، فإن هي انحرفت عن

تحقيق أي منها كان قرارها مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة، واستناداً إلى ذلك قضت

المحكمة الإدارية العليا بأنه: "ومن حيث أن عيب الانحراف بالسلطة يعتبر ملازماً للسلطة

التقديرية الممنوحة لجهة الإدارة، وفي حدود ما تملّيه مقتضيات الصالح العام تحقيقاً لحسن سير

المرافق العامة على سند من توخي العدالة الإدارية بالنسبة لعمالها والقائمين عليها، وبهذه المثابة،

فإنه يتعين أن تمارسها بمعيار موضوعي يتفق وروح القانون، الأمر الذي يطوع للقضاء الإداري تحري ملابسات العمل وأسبابه، وفرض رقابته على كل ذلك، للوقوف على الهدف الحقيقي الذي تنشده الجهة الإدارية من قرارها، وما إذا كان حقا قد قصدت به وجه المصلحة العامة، أم تنكبت السبيل وانحرفت عن الغاية[26]ص308

ونحن نؤيد الرأي القائل بتلازم السلطة التقديرية وعيب الانحراف بالسلطة، إذا كانت الإدارة مقيدة بنصوص قانونية، فإما أن تطبقها بحذافيرها، وعندها لا يتصور الانحراف بالسلطة عدا الحالة التي يتراخى أو يستعجل فيها مصدر القرار، وذلك للإضرار بالمتعامل مع الإدارة.

2.2.2.2. اعتماد المذهب الموضوعي في عيب الانحراف بالسلطة

إن رقابة الانحراف تمثل صمام أمان من أن يكون قرار الإدارة و قد تمتعت بشأنه بجانب كبير في حرية التقدير، منحرفا عن استهداف غرض المصلحة العامة، ذلك الغرض الذي ينبغي أن يستهدفه كل قرار إداري على الإطلاق[02]ص511

ولما كان عيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها هو عيب خفي مستتر لا يحول دون ظهور القرار بمظهر الأعمال الإدارية الصحيحة، وإزاء ما تستلزمه الرقابة على هذا العيب من بذل أقصى درجات العناية والحرص من قبل القاضي الإداري في فرنسا ومصر إلى جعل عيب الانحراف عيبا احتياطيا، يمكن الالتجاء إليه فحسب إذا لم يوجد عيب آخر يشوب القرار الإداري ويصلح أساسا لإلغائه، مما تقلل كثيرا من مجال تأثيره[46]ص347

فالانحراف بالسلطة ليس مسألة ذاتية ونفسية فقط، بل هو فكرة موضوعية بالدرجة الأولى، فالمصلحة العامة تشتمل على عنصرين، أحدهما ذاتي يخص بواعث رجل الإدارة، والآخر موضوعي يتصل بالغاية الحقيقية التي استهدفها القانون من مزاولة النشاط[03]ص157 إن الربط بين الانحراف وحالات السلطة التقديرية يقتضي ألا يشترط لصحة قيام الانحراف أن يصدر عن قصد سيء، فقد لا يتبين رجل الإدارة الهدف الخاص الذي يتفق مع ما يتمتع به من سلطة، ومن ثم يتجه بحسن نية إلى تحقيق غرض آخر من أغراض المصلحة العامة، وهو في الحالتين يرتكب انحرافا بالسلطة يقتضي الحكم بإلغاء ما اتخذ من قرار [02]ص514. إذ كلما ربطنا عيب الانحراف بالسلطة بسوء النية كلما جعلناه عيبا نفسيا ذاتيا يصعب مهمة إثباته والخوض في نوايا مصدر القرار، مما يجعل منه عيبا احتياطيا عند القاضي الإداري لا يلجأ إليه إلا كحل أخير.

كما أن عنصر المصلحة العامة مسألة موضوعية تماما، ويجب أن تتحقق فعلا في كل نشاط إداري، استقلالا عن حسن نية رجل الإدارة، وأنه إذا كانت الغاية تبدأ بقصد نفسيا، فإنها

تنتهي إلى تحقيق موضوعي لفكرة المصلحة العامة... فالانحراف هو الحد الخارجي لنشاط الإدارة، وكلما كان القرار لا يؤدي إلى خدمة الصالح العام، كان هذا القرار مشوباً بالانحراف، دون حاجة إلى التعمق في بحث نوايا الإدارة ومقاصدها [03] ص 296

فالإجراء الضبطي يكون من أجل غاية حفظ النظام العام ، ولا يكون بمجرد قيام مثل هذه الفكرة عند رجل الإدارة ، ووجه المصلحة العامة يترجم موضوعياً بأعمال واقعية [03] ص 115.

و القضاء الإداري مستلهما نص القانون و روحه يضع من القرائن ما يراقب به التطابق الموضوعي بين القرار أو العمل و بين الغاية المحددة بالقانون ، وهذا التطابق هو واجب الإدارة و القاضي ولا يخرج من ثم عن دائرة المشروعية وليس في ذلك أي انتهاك لمادة السلطة التقديرية [03] ص 115

يعد اعتماد المذهب الموضوعي في عيب الانحراف بالسلطة طفرة في بسط الرقابة على أعمال الإدارة ، ذلك أنه لم يعد ذلك العيب الاحتياطي والذي يصعب إثباته ، للإستبague بطابع النفسي بل أصبح يتمتع بطابع موضوعي بدرجة الأولى ، مما أعطى أهمية كبرى لهذا العيب في فرض الرقابة على أعمال الإدارة لدى استعمالها لسلطتها التقديرية .

3.2.2. إثبات عيب الانحراف بالسلطة

يتقصى القاضي الإداري عند بحثه في مدى مشروعية ركن الغاية أية قرائن تشير إلى انحراف هذه الإدارة بسلطتها عن المصلحة العامة، أو الغرض المخصص في قراراتها، ويتميز هذا العيب بصعوبة في الإثبات لخصوصيته، حيث يتصف بجانب شخصي كامن في نفسية مصدر القرار يصعب تحريها، لذلك دأب القاضي الإداري على توسيع وسائل إثبات هذا العيب، فلم يكتف بفحص القرار نفسه أو ملف الدعوى، وإنما دأب على البحث وتحري الانحراف بالسلطة من الظروف الخارجية للنزاع المطروح أمامه. لذلك ارتأينا التعرض في المطلب الأول إلى وسائل الإثبات المباشرة لعيب الانحراف بالسلطة ، وسنبين في المطلب ثاني وسائل الإثبات غير المباشرة لعيب الانحراف بالسلطة.

1.3.2.2. وسائل الإثبات المباشرة لعيب الانحراف بالسلطة

اعتبر عيب إساءة استعمال السلطة في البداية من العيوب القصدية، وقوامه أن يكون لدى الإدارة عند إصدارها قرارها قصد إساءة استعمال السلطة والانحراف بها، ولما كان القصد لا يعد من الأمور الموضوعية الخارجية وإنما من الأمور الشخصية الداخلية التي تتصل بنفسية

مصدر القرار، فإن إثباته ليس من الأمور السهلة، لذلك اعتبر مجلس الدولة الفرنسي عيب انحراف السلطة عيبا احتياطيا لا يلجأ إليه إلا إذا لم ينطو القرار على وجه آخر من وجوه الإلغاء[31]ص401

وحتى نهاية القرن التاسع عشر كان مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر لا يخرج في مجال إثبات وجود الانحراف عن صلب القرار المطعون فيه، بحيث تظهر دلائل الانحراف من نصوص ذلك القرار، إلا أنه - وللأسباب التي سبق ذكرها - كان يصطدم غالبا بصعوبة استخلاص الانحراف من خلال نصوص القرار المطعون فيه والذي يتخذ عادة الشكل الخارجي للقرار المشروع، ومع حرص المجلس على ضرورة فرض رقابة جدية على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية، وضرورة استقراء النوايا الحقيقية لرجل الإدارة بحثا عن دلائل الانحراف، وإلغاء القرارات الإدارية التي قد يشوبها ذلك العيب الخطير، اضطر المجلس إلى الخروج عن حدود النصوص الضيقة للقرار الإداري، والبحث عن النوايا الخفية للإدارة من كافة المصادر الممكنة، سواء في تلك الأوراق المودعة بملف الدعوى أو مجموعة القرائن المحيطة بظروف النزاع، أو حتى الظروف الخارجية للنزاع[07]ص82

على أن عبء إثبات عيب الانحراف بالسلطة يقع على المدعي، وذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية: "ما دام أن المدعي لم يقدم دليلا على أن الجهة الإدارية عند إصدارها قرارها في حدود سلطتها التقديرية باختيار المطعون في ترقيته دونه قد انحرفت بسلطتها عن مراميها وأهدافها، فالقرار المطعون فيه لا شائبة فيه، ولا يغني المدعي التحدي بالأقدمية وكبر سنه واجتهاده في عمله، لأن هذه الأمور لا تدل على إساءة لاستعمال السلطة ما دامت الوزارة راعت الصالح العام في اختيار من يصلح للقيام بأعباء الوظيفة، كما لا يجدي الحجاج بكثرة ندب الموظف المرقى لجهات غير مصلحته التي يعمل بها، إذا هذا الندب أن دل على شيء فإنما يدل على كفاية تبرر هذا الندب[38]ص699".

إلا أنه نظرا للطبيعة الخاصة لعيب الانحراف بالسلطة التي رتبت صعوبة إثباته، وتيسيرا على المدعي في دعوى الانحراف بالسلطة، فقد لطف مجلس الدولة المصري من حدة مبدأ إلقاء عبء الإثبات إلى جانب الإدارة إذا ما قدم المدعي ما يزعم به قرينة الصحة المفترض توافرها في القرار الإداري، فيكون على الإدارة في هذه الحالة إثبات عكس ما يدعيه المدعي، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بما يلي: "أن عبء الإثبات يقع أصلا على عاتق المدعي، إلا أن هذا الأصل العام لا يؤخذ به إذا نكلت جهة الإدارة عن تقديم ما تحت يدها من أوراق رغم طلب المحكمة، حيث يترتب على ذلك قيام قرينة لصالح المدعي تلقي عبء الإثبات على عاتق الإدارة"[26]ص449

1.1.3.2.2. الإثبات من نصوص القرار ذاته

مازال مجلس الدولة الفرنسي حتى اليوم يحاول أن يستخلص وجود الانحراف بالسلطة من عدمه من صلب القرار المطعون فيه ذاته كلما أمكن ذلك، وعلى الرغم من حرص الإدارة على أن يكون النص الظاهر للقرار مطابقاً للقانون، وهو أمر طبيعي، إذ من المفروض أن تكون أولى الخطوات هي فحص نصوص القرار للتحقق من مدى مشروعيته قبل الخوض في سائر الأوراق والأدلة. إلا أن المجلس كان في البداية حريصاً على أن يكون الانحراف بالسلطة واضحاً وصريحاً في نصوص القرار ذاته، وإلا لرفض دعوى الانحراف دون أن يحاول البحث عنه في أماكن أخرى، وهي بلا شك نظرة قاصرة كانت تؤدي إلى رفض العديد من دعاوى الانحراف [07] ص 83

كما أن اعتماد هذه الوسيلة لإثبات الانحراف يؤدي قطعاً إلى شلل هذا العيب كلياً، إذ ينذر أن تتضمن التعبيرات الواردة في القرار إشارة مباشرة وصريحة للغاية التي يستهدف تحقيقها، فالوضع الغالب أن تخفي الإدارة هدف القرار وغايته، خصوصاً إذا كانت تريد الانحراف. لكن قد يتحقق الاعتراف في بعض الأحيان عندما تتصور الإدارة أنها لم تخطئ، فتكشف عن هدفها، فإذا به غير الهدف الذي أراده القانون، كما أن الاعتراف قد يكون مرده إلى سذاجة، أو غلط في القانون، وقد يكون مرده إلى استهتار [46] ص 568

2.1.3.2.2. إثبات الانحراف بالسلطة من ملف الدعوى

قد يكون انحراف الإدارة بسلطتها متقناً، فلا يستطيع القاضي التوصل إليه من مجرد الاطلاع على عبارات القرار المطعون فيه، وحينئذ لا يجد القاضي وهو بصدد الكشف عن الانحراف من سبيل سوى اللجوء لملف الدعوى، وهو بما يشتمل عليه من أوراق ومستندات قد يكون الوعاء الحقيقي الذي يكمن فيه الانحراف بالسلطة، فهو بذلك قد يحوي دليلاً دامغاً يؤكد وجوده في القرار المطعون فيه [26] ص 459

ويحرص مجلس الدولة الفرنسي على أن يؤكد في حيثياته أن الحكم بُني على وقائع تنتجها أوراق القضية مستخدماً عبارات تقليدية " وحيث يدخل في نطاق فحص الأوراق الواردة في الملف [48] ص 334"، أو "يخلص من أوراق الملف [48] ص 334".

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار المجلس البلدي بمنح مساعدات مالية للأسر التي خضعت للزيادة في ضريبة السكن، لأن أوراق الدعوى تكشف عن أن تقرير هذه المساعدات لم يتم على أساس أنها مساعدات فردية، وإنما لإفادة طائفة بكاملها من الممولين الخاضعين لضريبة السكن من مبلغ إجمالي بمناسبة تعديل سعر الضريبة من جانب السلطة

التشريعية [51]ص312

ويقبل القضاء الإداري إثبات إساءة استعمال السلطة من واقع الأوراق التي يتضمنها ملف الدعوى، سواء كانت هذه الأوراق مراسلات أو قرارات أو تعليمات الرئيس الإداري، ومن ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري بإلغاء قرار فصل المدعي من المشيخة نظرا لأن فصله تم تحت تأثير تدخل نائب في البرلمان، وهو أمر قام الدليل عليه من واقع الخطاب الموجه من النائب إلى المدير بهذا الشأن [51]ص312

وجاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية ما يلي: "لم تتبين المحكمة من الأوراق ما يمس المدعي أو يشينه، والواقع أن ظروف الحال وملابساته تدل على أن إحالة المدعي إلى المعاش ولید الانتقام وليست بباعث من الصالح العام [38]ص578".

2.3.2.2. وسائل الإثبات غير المباشرة لعيب الانحراف بالسلطة

نتناول في هذا المطلب وسائل الإثبات غير المباشرة لعيب الانحراف بالسلطة، فنخصص الفرع الأول لانعدام الدافع المعقول، والفرع الثاني نبحت فيه ضرورة بحث الإدارة للظروف الخاصة بكل حالة، وكما نتناول اختيار وقت إصدار القرار في الفرع الثالث، والفرع الرابع نبحت فيه عدم الملائمة الظاهرة، وأخيرا التميز بين الأفراد في المعاملة في الفرع الخامس .

1.2.3.2.2. انعدام الدافع المعقول

تصدر الإدارة قراراتها تحت تأثير دوافع معينة، وللحكم على مشروعية هذه القرارات يتعين أن يكون دافعها يتعلق بتحقيق المصلحة العامة، وأن يكون مبررا لإصدار القرار، أي أن يكون ذلك القرار ذا دافع معقول لإصداره، فإذا انعدم ذلك الباعث تولدت قرينة على انحراف الإدارة بسلطتها، وتسهل مهمة المدعي في إثبات هذا العيب، حيث تلقي على الإدارة عبء إثبات توافر الدافع المعقول لإصدار القرار [03]ص478

ومع مراعاة عدم الخلط بين عيب السبب وعيب الغاية، فإن القضاء الإداري في حالة عدم إمكان إلغاء القرار الإداري لعيب السبب ورأى في الوقت نفسه عدم وجود أي مبرر معقول يستند عليه القرار المطعون فيه، فإنه يقضي بإلغائه لانعدام الدافع المعقول، مما يجعل القرار مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة، ومثال ذلك تخطي موظف في الترقية أكثر من مرة دون أسباب واضحة أو معقولة أو بسبب جزاء قديم [20]ص258

ومن ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصري بخصوص قرار بالفصل بعد بضعة أشهر من تجديد تطوع المدعي، إذ جاء في الحكم ما يلي: "لم يثبت من الأوراق أنه

وجد في خلالها أمر نسب إلى المدعي يمكن التذرع به لتبرير تقدير هذا السبب بميزان مختلف وترتيب نتيجة عكسية عليه.... ولم تسق الإدارة أي وجه جديد يدحض ما سبق أن نعت به المدعي من حسن السير والسلوك، بل أن ظروف الحال وملابساته تترشح للاعتقاد بأن الإدارة إذ فصلت المدعي إنما انسأقت إلى ذلك بسبب ضغائن شخصية لا تمت للصالح العام[20]ص285

2.2.3.2.2. ضرورة بحث الإدارة للظروف الخاصة بكل حالة

يتبين من استقراء الأحكام الحديثة التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي أنه يفرض على الإدارة في الحالات التي تملك فيها سلطة تقديرية - أن تعمد - قبل أن تقرر - إلى بحث الظروف الخاصة بكل حالة على حدة، فإذا هي وضعت معيارا عاما تطبقه في جميع الأحوال فتقيد به سلطتها التقديرية، فإنها بذلك تخالف القانون وتجعل قراراتها الصادرة - تطبيقا لهذا المعيار العام - عرضة للإلغاء لدى مجلس الدولة، وأبرز مثال على هذا القضاء صدور قانون في فرنسا سنة 1941 يعطي للمحافظين الحق في منح رخصة للأطباء بمزاولة الصيدلة وتحضير الدواء في الجهات التي لا توجد فيها صيدلية لها معمل مفتوح للجمهور، ولم يزد القانون على ذلك، فلم يضع شروطا تقيد من سلطة المحافظين التقديرية في منح هذه التراخيص، وحدث أن صدر قرار وزاري يتضمن معيارا عاما يحل محل سلطة الإدارة التقديرية في هذا المجال، فنص على أن الترخيص سالف الذكر لا يمكن أن يمنح للأطباء الذين يوجدون على بعد خمسة كيلومترات من أي صيدلية.

فلما طلب أحد هؤلاء الأطباء الترخيص السابق، رفض المحافظ طلبه تطبيقا للمعيار السابق، فلما وصل الأمر إلى مجلس الدولة الفرنسي، قضى بإلغاء القرار الصادر من المحافظ برفض الترخيص، وبين في حكمه أن الإدارة يجب أن تعمد إلى بحث الظروف الخاصة بكل حالة على حدة، فتراعي المسافة الموجودة بين الطبيب وأقرب صيدلية، كما تراعي حالة المواصلات وسائر الظروف الأخرى التي تعترض سبيل المرضى، فإذا جاءت الإدارة واحتمت خلف معيار عام صادرت به سلطتها التقديرية، فإن قراراتها التي تصدرها تطبيقا لهذا المعيار تعتبر مخالفة للقانون[46]ص314

يمثل إثبات الانحراف من الظروف الخارجية للنزاع آخر تطور لاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في إقرار إمكانية إثبات الانحراف من خلال وسائل منبئة الصلة بالملف، وتحديدًا من الظروف الخارجية للنزاع، وعليه يملك المستدعي إثبات الانحراف من الظروف الخارجية للنزاع، أو من الظروف التي سبقت أو صاحبت أو تلت إصدار القرار، وهي ظروف خارجية عن الملف كليا، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 02\02\1957 أن قرار وزير الصحة برفض ترخيص فتح صيدلية مشوبا بعيب الانحراف لترخيصه بفتحها لاحقا في المنطقة نفسها دون أن تتغير الظروف المحيطة، هكذا سمح المجلس بإثبات الانحراف من أفعال حدثت بعد خمس سنوات من إصدار القرار الطعين[18]ص854

وفي هذا أقر القضاء الإداري المصري ضرورة بحث القاضي الإداري في الظروف الخارجية للقرار قبل إصداره بشأن إثبات عيب الانحراف بالقرارات الإدارية، حيث جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ما يلي: "ومن حيث أنه إذا كانت الإدارة - انطلاقاً من مبدأ المشروعية - تلتزم عند إصدارها للقرار الإداري بقواعد قانونية لا مناص من احترامها ومراعاتها، إلا أن ذلك لا ينفي أن القانون قد يفسح للجهة الإدارية أيضاً قدراً من الحرية تستقل من خلاله بوزن مناسبات إصدار القرار وتقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة إصداره، وإنه ولئن كان قضاء هذه المحكمة جرى على أنه إذا كان صحيحاً أن الإدارة حرة في تقدير مناسبة القرار الإداري وملاءمته، إلا أن ثمة التزامات عليها أن تضع نفسها في أفضل الظروف وأنسب الحلول للقيام بهذا التقدير، وأن تجريه بروح موضوعية وبعيدا عن البواعث الشخصية، وبشرط أن تكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه، ومقتضى ذلك ولازمه أن القاضي الإداري لا يتعرض لتقدير الجهة الإدارية في ذاته، ولكن للظروف التي أحاطت به، وحينئذ يحق له أن يتحرى بواعث القرار وملاساته كي يفرض رقابته بقصد الوقوف على الهدف الحقيقي الذي تنشده الإدارة من إجراء إصدار

قرارها [52] ص 447

من ذلك أيضاً صدور قرار رفض طلب الترخيص بتسيير سيارة دون بحثه ينطوي على عيب الانحراف، فطريقة إصدار القرار قرينة على ذلك، وجاء في حكم محكمة القضاء الإداري ما يلي: "إن القرار الذي تتخذه مصلحة النقل برفض طلب الترخيص في تسيير سيارة مبدئياً وقبل أن تجري في شأنه أي بحث، إنما هو قرار صوري لا ينتج أثراً، إذ العبرة هي بالرفض الموضوعي الذي ينبني على الدرس والتمحيص [38] ص 579".

3.2.3.2.2. اختيار وقت إصدار القرار

إذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل بقرار خلال فترة معينة، فإنها تكون حرة في اختيار وقت تدخلها حتى لو كانت ملزمة أصلاً بإصدار قرار على الوجه المعين، أساس ذلك أن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده سلفاً في معظم الحالات. ومن القيود التي تحد حرية الإدارة في اختيار وقت تدخلها:

- ألا تكون الإدارة مدفوعة في هذا الاختيار بعوامل لا تمت إلى المصلحة العامة.

- ألا تسبب اختيار وقت تدخلها فتتعجل إصدار قرارها أو تتراخى في إصداره مما يؤدي إلى

الإضرار بالأفراد نتيجة صدور القرار في وقت غير ملائم [52] ص 445

أن الإلغاء في مجال التعجل أو التراخي في إصدار القرار الإداري لا يكون إلا بسبب

الانحراف بالسلطة استناداً إلى أن الإدارة قد اختارت وقتاً لا تتحقق فيه أهداف المصلحة العامة.

فاختيار الوقت الملائم من صميم عمل الإدارة حتى يقوم دليل الانحراف عن الغايات العامة،

فالتعجل أو التراخي هي قرائن على الانحراف وليست سببا للإلغاء. وعن أحكام التعويض، فأساسها نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية التي شادها بعض الفقهاء وعلى رأسهم " بونار " لتقف بجوار نظرية الانحراف بالسلطة، فنظرية الانحراف مجالها الإلغاء، ويقتصر دور القضاء فيها على رقابة الحدود الخارجية للسلطة التقديرية وهي الأغراض والأهداف. أما نظرية التعسف في استعمال الحقوق فمجالها قضاء التعويض، وتتعدى فيها رقابة القضاء إلى العناصر الداخلية للسلطة التقديرية، لأن القضاء يحاسب الإدارة على التأخير في إصدار قراراتها، أو إصدارها فجأة، أو على إصدار قرارات غير ذات فائدة، أو شديدة القسوة [11] ص 135 ومن ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري، في أن الإدارة وإن كانت حرة في اختيار الوقت الملائم لإصدار قرارها بالترخيص بصفة مطلقة، إلا أن إطلاقها لا يعني الإسراع ولا التراخي في استعمالها، ذلك أنها تجد حدها الطبيعي في الوقت المعقول لكي تبت الإدارة خلالها في طلب الترخيص [38] ص 677

وفي ذلك أيضا قضت المحكمة الإدارية العليا بما يلي: " ومن حيث أن مفاد ما تقدم أن ظروف وملابسات التحقيق الذي أجرته جهة الإدارة، تبرر تأخير التصرف فيه منذ بدء التحقيق في 21 مارس 1982، إلى أن صدر قرار شيخ الأزهر المطعون فيه بتاريخ 11 \ 05 \ 1983 بفصل المطعون ضده وزملائه، وذلك بالنظر إلى اتساع التحقيق وشموله عددا كبيرا من العاملين والطلاب، وما يتطلبه ذلك من سماع شهود وإطلاع على الأوراق بكل معهدي القلب بالقلوبية، ومصر الجديدة الأزهرية بالقاهرة.

فضلا عن أن التحقيق كان قد انتهى فعلا في 02 \ 08 \ 1982 وعرضت نتيجته على رئيس المعاهد الأزهرية – إلا أن شيخ الأزهر وهو الجهة المختصة قانونا رأى عدم استيفائه الأمر الذي دعا إلى استئناف التحقيق واتساع مداه، وكل ذلك لا يستقيم معه القول – حسبما زعم المطعون ضده في دعواه، وسأيره فيه الحكم المطعون فيه أن التحقيق قد استغرق مدة طويلة في أمر كان يقتضي سرعة الحسم، وأن جهة الإدارة تراخت في اتخاذ قرارها بفصل المطعون ضده، واختارت لذلك وقتا غير ملائم يكشف عن تعسفها في استعمال هذا الحق [52] ص 446

ويمكن القول أن هذا الحكم يشير صراحة إلى نظرية التعسف في استعمال الحق وليس الانحراف بالسلطة، وحتى عند مجلس الدولة الفرنسي القرارات التي تصدرها الإدارة بناء على ملاءمتها في اختيار الوقت إما بتعجل أو بتراخ، والذي يوجب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي التعويض وليس إلغاء القرار الإداري، إذ

هناك اختلافاً بين الانحراف بالسلطة الإدارية الذي هو عيب في القرار الإداري، بينما نظرية التعسف في استعمال الحق مجالها هو قضاء التعويض وليس الإلغاء، إذ لا ترقى إلى أن تكون عيباً في القرار الإداري، فغالبا ما يحدد المشرع للإدارة مدة معينة لإصدار قراراتها، تتصرف بحريتها خلال تلك المدة، ولكن على الإدارة الالتزام بأن لا تتعسف في استعمالها لهذا الحق في اختيار الوقت الملائم، وإلا تعرض القرار إلى طعن فيه بدعوى التعويض.

وإذا كان عنصر الزمن هو من أهم مظاهر السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، فإن مناط ذلك ألا يكون الباعث على التراخي عوامل لا تمت للمصلحة العامة بصلة، فحد ذلك هو عيب الانحراف بالسلطة [03] ص 233

وقد استخلصت محكمة القضاء الإداري تعسف الإدارة من اختيارها وقتاً غير ملائم لطلب إزالة سقف أقيم بالمخالفة لترخيص الأشغال وقضت بإلغاء قرار الإزالة [03] ص 234

ومن المؤكد أنه لا يوجد قرار مقيد بصفة كاملة، فلا بد من وجود ولو جانب ضئيل من حرية الاختيار ولو بالنسبة لوقت إصدار القرار.

على أن مجلس الدولة الفرنسي قد استقر على " فكرة المدد المعقولة "، فعلى الإدارة أن تصدر قراراتها في مدة معقولة دون تعجل أو تراخ يضر بالأفراد، وذلك بخصوص حكم تعلق بضرورة إصدار ما يلزم من لوائح إدارية لتنفيذ قانون معين [15] ص 64

ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي قد قرر مسؤولية الإدارة عن التعويض عن

الأضرار الناجمة عن تأخرها وتراخيها غير المبرر في اتخاذ قرار إداري [18] ص 19

فبمناسبة الاحتفال بأحد الأعياد المحلية التي نظمها الأفراد في الطرقات والميادين وبعض الملاهي، وكان من بينها مكان للتمرين على إصابة الهدف بالأسلحة النارية، وكان هذا المكان قريبا من الطريق العام، وكان الواجب يحتم على العمدة في هذه الحالة أن يتدخل فوراً بإحدى طريقتين، إما إيقاف التمرين في هذا المكان ونقله إلى مكان آخر أكثر أمنا وسلامة، وإما بمنع السير في هذا الجانب من الطريق حتى يأمن المارة ما يحتمل من أخطار، ولكن العمدة لم يفعل، وحدث أن أصيبت إحدى المارات برصاصة طائشة جرحتها جرحا بالغا، ولما لجأت إلى مجلس الدولة قرر مسؤولية الإدارة والعمدة معا [11] ص 115

وقضى المجلس في حالات أخرى بمسؤولية الإدارة لتراخيها في إصدار قرار

بإعفاء شاب من تطوعه في الفرقة الأجنبية، مما أدى إلى وفاته في إحدى

المعارك [03] ص 338

كما أقر مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية الإدارة عن تعويض الأضرار الناجمة

عن تعجلها في إصدار القرار، فقد جاء في أحد أحكامه التي تدور وقائعه حول أن المشرع الفرنسي نظم طريقة استغلال مناجم الذهب في المستعمرات، وقضى بأن يحتفظ باستغلال الطبقات العليا لأهالي هذه المستعمرات، على أن يكون للشركات حق استغلال الطبقات السفلى التي لا يصل إليها الأهالي بوسائلهم البدائية، على أن يكون للحاكم حق منح رخص الاستغلال وسحبها، وحدث أن اعتدت شركة على استغلال الطبقات المخصصة للأهالي، وتم ذلك بعلم الإدارة ولكنها تركتها تستغل المنجم، ثم فاجأتها بدون سابق إنذار بأمر يتضمن وقف هذا الاستغلال غير المشروع، فطعنت الشركة بهذا القرار أمام مجلس الدولة الفرنسي الذي لم يلغه بل قرر لها التعويض، لأن الإدارة أساءت اختيار وقت تدخلها، فتعجلت في اتخاذ القرار لعدم اعتراض أي من السكان على هذا الاستغلال، ولم يطالب أي واحد منهم بوقفه [11] ص 116

4.2.3.2.2. عدم الملاءمة الظاهرة

إن عدم الملاءمة الظاهرة تعتبر قرينة على التعسف في استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية، وخاصة في المجال التأديبي، إذ يجب أن تكون العقوبة ملائمة للذنب الإداري، فإذا كان هناك عدم ملاءمة ظاهرة بينهما يكون القرار مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة [22] ص 303 فالقضاء الإداري الفرنسي يلغي القرارات في حالة عدم التناسب بين العقوبة والجزاء على أساس فكرة الخطأ الظاهر، أما القضاء المصري فيلغيها على أساس الغلو في استعمال السلطة، وتعتبر حينها فكرة عدم الملاءمة الظاهرة قرينة لإثبات عدم المشروعية لإلغاء القرار الإداري لعيب الانحراف في غير الحالات التي يمكن إلغاء القرار لعيب بالسبب، ومثال ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري من إلغاء قرار الفصل استناداً إلى اتهام المدعي في قضيتين، لأن في ذلك عدم ملاءمة ظاهرة في القرار، مما يجعله مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة [20] ص 286

وتأكيداً لمسلك المحكمة الإدارية العليا لاعتبار عيب الانحراف بالسلطة مرادفاً "لـلغلو"، ذهبت إلى أن سلطة الإدارة التقديرية في تقدير الجزاء تجد حدها عند قيد عدم جواز إساءة استعمال السلطة، وتلك العبارة التي تبدو عند ظهور عدم تناسب بين المخالفة التأديبية وبين الجزاء الموقع عنها، وهو ما يعبر عنه بالغلو في تقدير الجزاء الذي يصم الإجراء التأديبي بعدم المشروعية، ويجعله واجب الإلغاء [03] ص 486 وهكذا يمكن القول إن عدم الملاءمة الظاهرة هي قرينة على عيب الانحراف بالسلطة عند القضاء الإداري المصري، أما في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإنه كما سبق بيانه، فعدم الملاءمة الظاهرة هي وجه مستقل لإلغاء القرارات الإدارية، ولا يتبعها بعيب الانحراف بالسلطة مثل القضاء المصري.

5.2.3.2.2. التمييز بين الأفراد في المعاملة

يجب على الإدارة المساواة بين الناس في المعاملة متى اتحدت ظروفهم، فإغفال ذلك يعد انحرافاً بالسلطة [01]ص 399، حيث إنه قد يصعب أحياناً إثبات عدم المساواة كعيب يلحق محل القرار الإداري لعدم توافر شروط هذه المخالفة، لذلك يرى القاضي الإداري إلغاء القرار لعيب الانحراف بالسلطة إذا كان من شأنه التمييز في المعاملة بين الأفراد دون أن يكون لهذا التمييز أساس أو مبرر مشروع [20]ص 286

وفي قضية الملعب الأولمبي لمدينة CHAbonais، قام مجلس الدولة بإلغاء لانحراف بالسلطة قراراً من قرارات الضبط أمر مصدره بمنع إصدار جميع البيانات، مع استثناء بيان أصدرته إحدى الجمعيات تعلن فيه تأييد منع إصدار البيانات، حيث اعتبر مجلس الدولة أن هذا الاستثناء ينم عن انحراف في استعمال السلطة لتفرقة بين طوائف وانتماءات [07]ص 87

كما تقول محكمة القضاء الإداري المصري بشأن ذلك: "متى كانت الإدارة في قرارها المطعون فيه القاضي بتعيين بعض زملاء المدعي، قد قامت بتعيين من عينتهم متخفية المدعي، مع أنه وأقرانه كانوا في ظروف متماثلة وتجمعهم طبيعة واحدة ومستوى واحد، فما كانت للإدارة أن تخلف المدعي عن ركبهم طالما بان تقانيه وظهرت مقدرته، ومن ثم فإن إغفاله في التعيين وعدم وزنه بالميزان العادل مقارنةً بزملائه يكون قد أدى إلى الانحراف في استعمال سلطتها [01]ص 400

الخاتمة

تمحورت هذه الأطروحة حول الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، هذه الرقابة التي تعد من أهم الضمانات التي تكفل عدم تعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية، وذلك لضمان حقوق و حريات الأفراد، دون إهدار أولوية تمتع الإدارة بهذه السلطة كآلية لضمان مرونة العمل الإداري و متطلبات هذا العمل، و قد تعرضنا بداية للاتجاهات التقليدية لرقابة السلطة التقديرية للإدارة في الباب الأول، وحللنا في الفصل الأول ماهية السلطة التقديرية فبيننا مراحل ظهورها و كذا مفهومها و مجالها في القرار الإداري، وكذا معايير تمييزها عن السلطة المقيدة و نتائج هذا التمييز.

فتوصلنا إلى الاستنتاجات التالية وذلك حسب موقف القضاء الإداري في كل دولة من دول الدراسة

المقارنة:

- بالنسبة للقضاء الإداري الفرنسي:

- يُخضع مجلس الدولة الفرنسي كافة القرارات الإدارية لرقابة الوجود المادي للوقائع .

- يُخضع كافة القرارات الإدارية لرقابة التكييف القانوني للوقائع، ماعدا القرارات ذات الطابع العلمي و الفني، و كذا قرارات لجان الامتحان و لجان التحكيم الرياضية، و كذا تقارير أداء الموظفين و قرارات الضبط العليا الخاصة بإبعاد الأجانب.

- يطبق مجلس الدولة نظرية الخطأ الظاهر في التقدير على كل القرارات التي يمتنع عن رقابة التكييف القانوني لوقائعها، كحد و قيد على الإدارة لدى استعمال سلطتها التقديرية.

- يخضع مجلس الدولة الفرنسي أيضا قرارات الإدارة المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة لرقابته، وذلك بتطبيق نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا، والتي طبقها سواء بالنسبة للقرارات المتعلقة بالمشاريع المحلية، و حتى المشاريع الوطنية ذات الطابع السياسي.

- و ابتدع القضاء الإداري الفرنسي تقنية ضرورة الإجراء لفرض رقابته بالنسبة للقرارات الماسة بالحريات العامة، حيث يكون للإدارة سلطة تقديرية في اتخاذ إجراء معين لضمان حماية النظام العام، وذلك بخصوص قرارات الضبط الإداري المحلي، و كذا قرارات الضبط العليا، بعد استناد مجلس الدولة الفرنسي مؤخرا على نص المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلقة بعدم المساس بحق الحياة العائلية للأجانب.

__ استعمال أيضا مجلس الدولة الفرنسي عيب الانحراف بالسلطة كصمام أمان، وذلك لضمان عدم تعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية.

لا يسعنا إلا أن نقدر ما أتى به مجلس الدولة الفرنسي من نظريات كفيد على استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية ، دون حرمان الإدارة من هذه السلطة التي لا غنى للعمل الإداري عنها، والقاضي الإداري يلعب دورا كبيرا في الرقابة على أعمال الإدارة كلما استعملت سلطتها التقديرية، فهو حامي الحريات وهو الذي يضع السياج حول هذه السلطة التقديرية ويوما عن يوم يضيق من هذه السلطة التقديرية، وبالتالي يوسع في مجال السلطة المقيدة بتقيد الإدارة ليس بما يفرضه المشرع من قيود بنصوص القانونية فقط، بل كذلك بنظريات التي يبتدعها القضاء الإداري والتي يلزم على الإدارة مراعاتها أثناء استعمال سلطتها التقديرية، مدخلا عنصر الملاءمة ضمن دائرة المشروعية ، التي يجب على الإدارة الالتزام بها فتصدر القرارات الأكثر ملاءمة دون حرمانها من سلطتها التقديرية، وذلك كله لضمان حقوق وحريات الأفراد .

بالنسبة للقضاء الإداري المصري:

- يخضع القضاء الإداري المصري كل القرارات الإدارية لرقابة الوجود المادي للوقائع، معدا قرارات الوظائف القضائية و قرارات وظائف الشرطة، ونرى أنه لا بد ألا تستثنى أي قرارات من هذه الرقابة، حيث يجب أن تكون كل القرارات مبنية على وقائع موجودة ماديا.

- يرفض مجلس الدولة المصري فرض رقابته على التكييف القانوني للوقائع بالنسبة للقرارات المتعلقة بالضبط الإداري العليا و قرارات الترخيص بحمل السلاح و الاتجار بها وبعض قرارات الخاصة بالموظفين ، في حين يفرض رقابته على التكييف القانوني على قرارات ذات الطابع العلمي والفني و التي تستلزم خبراء بشأن هذه المسائل الفنية و العلمية، خلافا لنظيره الفرنسي الذي يمتنع عن الرقابة في مثل هذا النوع من القرارات .

__ أتى القضاء الإداري المصري بما يسمى بنظرية الغلو في التقدير و أعملها في مجال التأديب الوظيفي ، لكن يؤخذ على هذه النظرية التي لم نجد لها مثيل في القضاء الإداري الفرنسي أو الجزائري ، أن القاضي الإداري يجعل من نفسه رئيس على الإدارة فيقر بدل الإدارة العقوبة الأنسب فيشدد بها أو يخفف و هذا ما ليس من سلطته .

- طبق القضاء الإداري المصري نظرية الموازنة بين التكاليف و المزايا و ذلك بخصوص قرارات إزالة التعديلات على أملاك الدولة، و كذا إلغاء التراخيص و ليس بمجال قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة. لكن يلاحظ على موقف القضاء المصري عدم الوضوح، فتارة تلقى هذه النظرية التأييد بالنسبة لمحكمة القضاء الإداري، ثم ترجع المحكمة العليا الإدارية المصرية للرفض مرة و التأييد تارة أخرى، وكنا نتمنى عليه تعميم تطبيق هذه النظرية على كافة القرارات الإدارية المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة، و كذا المشاريع المحلية و الوطنية كما وصل إليه القضاء الفرنسي .

- يخضع القضاء الإداري المصري قرارات الضبط الإداري لتتقيد بضرورة الإجراء ، كما أن هناك بداية

- توجه في رقابة ضرورة الإجراء بالنسبة لقرارات الضبط العليا .
- يطبق القضاء المصري رقابة الانحراف بالسلطة على الإدارة لدى استعمالها لسلطتها التقديرية.
 - بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري:
 - يراقب القضاء الإداري الجزائري كافة القرارات الإدارية من حيث الوجود المادي لوقائعها.
 - تخضع كافة القرارات الإدارية إلى رقابة التكييف القانوني للوقائع ، ماعدا القرارات ذات الطابع الفني .
 - يطبق القضاء الإداري الجزائري نظرية الخطأ الظاهر في التقدير بخصوص القرارات التأديبية دون قرارات الضبط الإداري و القرارات ذات الطابع الفني، وكنا نتمنى على قضائنا توسيع نطاق هذه النظرية ليشمل كافة القرارات الإدارية التي يمتنع عن رقابة تكييفها القانوني .
 - لم نجد في القضاء الإداري الجزائري إلى ما يشير إلى تطبيق نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا، وكنا نتمنى على قضائنا تبني هذه النظرية وذلك كدعامة لرقابة القضاء على أعمال الإدارة.
 - لم نجد ما يشير في قرارات القضاء الإداري الجزائري على تطبيق تقنية ضرورة الإجراء بخصوص قرارات الضبط الإداري، فنتمنى على قضائنا نشر القرارات القضائية المتعلقة بالضبط الإداري سواء المحلي أو قرارات الضبط الإداري العليا .
 - يطبق القضاء الإداري الجزائري رقابة الانحراف بالسلطة ، ولكن لاحظنا على قضائنا عدم التوسع في تطبيق هذه الرقابة إلا ما يتعلق بالانحراف بالإجراءات الإدارية في أكثر الأحيان، لذلك نتمنى عليه التوسع من هذه الرقابة كقيد على ضمان عدم تعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية .
 - من خلال أطروحتنا توصلنا إلى الاقتراحات التالية :
 - إن القرارات الإدارية يجب أن تكون كلها خاضعة لرقابة القضاء الإداري من حيث وجودها المادي فمن غير المعقول بناء قرارات على وقائع غير موجودة ماديا.
 - ضرورة عدم تدخل القاضي الإداري في حالة تعدد الأسباب بإعادة تقدير الأسباب الدافعة و الثانوية منها لإصدار القرار ، فيحل تقديره للوقائع بدلا من تقدير الإدارة ، فالإدارة في هذه الحالة قد بنت قرارها على الأسباب في مجموعها ، فإذا تخلف أحد هذه الأسباب لم يكن تقديرها إذا صائبا ووجب على القاضي الإداري إلغاء القرار و ليس إعادة تقدير الأسباب .
 - ضرورة عدم إحلال القاضي لأسباب الصحيحة محل الخاطئ التي بنت الإدارة قرارها عليها، فدوره يقتصر على إلغاء القرارات غير المشروعة فقط ليس تصحيحها .
 - يجب أن تكون كل القرارات خاضعة لرقابة التكييف القانوني للوقائع، ماعدا القرارات ذات الطابع العلمي و الفني، و قرارات الضبط الإداري وذلك لخصوصية هذا النوع من القرارات حيث تكون

الإدارة أكثر دراية و إلماما بها.

- يجب تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير وذلك بالنسبة للقرارات التي يتمتع القضاء الإداري عن رقابة تكييفها القانوني.
- ضرورة تطبيق تقنية ضرورة الإجراء بالنسبة للقرارات الماسة بالحريات العامة.
- ضرورة تطبيق نظرية الموازنة بين التكاليف و المزايا بالنسبة للقرارات المتعلقة بالمشاريع الاقتصادية سواء كانت محلية أو وطنية.
- ضرورة التمسك برقابة الانحراف بالسلطة كصمام أمان من عدم تعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية.

قائمة المراجع

- 1- د فهد عبد الكريم أبو العثم ،القضاء الإداري ،طبعة 1 ، دار الثقافة ، عمان ،2005 .
- 2- د عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة ، رسالة دكتوراه ،جامعة عين شمس ، منشورة ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،1971 .
- 3 - د محمد مصطفى حسن ، السلطة التقديرية ،رسالة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ،منشورة ،مطبعة عاطف ، القاهرة، 1974.
- 4 - أحمد عليان، مظاهر الرقابة القضائية على الصلاحية التقديرية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية ، عمان، غير منشورة ،2004.
- 5 - د محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، الجزائر، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة، 2002، ص40.
- 6 - د بدوي ثروت، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1966 .
- 7- د أحمد عطية نجم، السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى الانحراف بالسلطة، مجلة العلوم الإدارية، السنة 24، عدد 2، 1982.
- 8- د محمد عبد الجواد حسن، سلطة الإدارة التقديرية و اختصاصها المقيد، مجلة مجلس الدولة، السنة 4، يناير1953.
- 9- Georges Dupuis. Marie-Jose Guedon. Patrice Chretien, Droit Administratif, Edition 7, Armand Colin, 2000.
- 10- د محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، الجزء الأول، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 1962.
- 11 - د سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، رسالة دكتوراه ،جامعة عين شمس ، منشورة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة ، 1978.
- 12- Martine Lombard, Droit Administratif, Edition 4, Dalloz,PARIS , 2001,.
- 13 - د محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، الجزء 2، منشأة المعارف، طبعة 2، الإسكندرية، 1965.
- 14- Jean Rivero – Jean Waline, Droit Administratif, Edition 18, Dalloz, PARIS , 2000, p 567.

- 15- Gilles Lebreton , Droit Administratif général, Edition 2, Armand colin , 2000.
- 16 - د إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- 17 - د محمد إسماعيل علم الدين، التزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقه والقضاء الفرنسي، مجلة العلوم الإدارية، القاهرة ، السنة 3 ، العدد الثالث، ديسمبر 1971.
- 18- أ د علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، جزء الأول، دار الثقافة، طبعة 1، عمان، 2004.
- 19- علي سمير صفوت، بحث، مجلس الدولة قاضي الوقائع دراسة مقارنة (مصر، فرنسا)، مجلة مجلس الدولة، سنة 5، يناير 1954.
- 20 - د سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، منشورة، مطبعة الأطلس، القاهرة، 1992.
- 21 - د نواف كنعان، القضاء الإداري ، دار الثقافة و الدار العلمية الدولية، عمان ، 2002.
- 22 - د عبد الغني بسيوني، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1983.
- 23 - Nadine Poulet , gibot Leclerc , Droit Administratif , édition 2 ,Breal ,2001.
- 24- د علي خطار شطناوي، الرقابة القضائية على الظروف الخارجية لإصدار القرار الإداري، مجلة الحقوق، جامعة الكويت ، العدد الثالث ، سنة 25 ، سبتمبر 2001.
- 25- د رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية و عناصر موازنته، ندوة القضاء الإداري، المملكة المغربية ، الرباط ، جويلية 2005.
- 26 - د عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، دار منشأة المعارف ، طبعة الأولى، الإسكندرية ، 2004.
- 27- ميسون جريس عيسى الأعرج، عيب السبب في القرار الإداري (دراسة مقارنة و تطبيقية في الأردن) ، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية ، عمان، غير منشورة ، 1999 .
- 28- د سامي جمال الدين، الوسيط في إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الطبعة 1 ، الإسكندرية، 2004، ص 584.
- 29- أ د علي خطار شطناوي، الصلاحية التقديرية والضوابط القضائية، بحث منشور بمجلة القانون و الاقتصاد، العدد 68، 1998.

- 30- د سليمان الطماوي، السلطة التقديرية و السلطة المقيدة، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، السنة الرابعة، العدد 1-2، سنة 1950.
- 31 -د ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993.
- 32- د السيد محمد إبراهيم سليمان، الرقابة على الوقائع في قضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 1963.
- 33- Martine Lombard, Droit Administratif, Edition 4, Dalloz, PARIS, 2001.
- 34 - Marie – Christine Rouault, L'essentiel du Droit Administratif général, Gualino éditeur, 3edition, 2003 .
- 35 - د ميرثا الياس عيسى، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، رسالة دكتوراه، غير منشورة ، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2007 .
- 36- د أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية ، الإسكندرية ، 1999 .
- 37 -د فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- 38 - حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987.
- 39 - د محمد حسنين عبد العال ، فكرة السبب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1971.
- 40 - د السيد محمد إبراهيم، بحث رقابة القاضي الإداري على الوقائع في دعوى الإلغاء، مجلة العلوم الإدارية، السنة 5، العدد الأول، القاهرة، سنة 1963.
- 41- Charles Debbash , Jean – Claude Ricci , Contentieux Administratif, 8 édition ,Dalloz ,Novembre ,2001 .
- 42- concl .Braibant, les Grands arrêts de la Jurisprudence Administrative.
- 43- د محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2003.
- 44- Georges Dupius , Marie- José Guédon , Patrice Chrétien, Droit Administratif .
- 45 - د عبد الفتاح حسن، القضاء الإداري، الجزء 1، مطبعة الجلاء الحديثة، المنصورة، 1978.
- 46- د مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 47- د محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الجزء 2، دار النهضة العربية، طبعة الثانية، القاهرة، 1969.

- 48 - د حلمي الدقوقي، رقابة القضاء على مشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1989.
- 49 - لحسين بن شيخ أث ملويا ، دروس في المنازعات الإدارية ، دار هومة ، الطبعة 4، الجزائر 2009،
- 50- لحسين بن شيخ أث ملويا، المنتقي في قضاء مجلس الدولة جزائري، الجزء الثالث، دار هومة، جزائر ، 2007.
- 51- محمد محمد عبد اللطيف، قضاء الإداري، جزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 52 - د محمد ماهر أبو العنين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، جزء 2، دار الكتب القانونية شتات، مصر، 1998.
- 53- عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثالثة، 2004.
- 54- لعشب محفوظ، المسؤولية في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1994.
- 55- محيو أحمد، المنازعات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 6 ، الجزائر ، 2003 .
- 56- د محمود سلامة جبر، بحث التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء دراسة مقارنة(فرنسا مصر)، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد 3، السنة 35، يوليو 1991.
- 57- د محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1990.
- 58- د إدوارد عيد، القضاء الإداري، جزء الثاني، مطبعة البيان، بيروت، 1975.
- 59- حنان حجال ، رقابة التناسب في الاجتهاد القضائي دراسة مقارنة (لبنان ، فرنسا)، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، بيروت ، لبنان، 2005 .
- 60- د عادل الطبطبائي، بحث الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية و المخالفة الوظيفية، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد 3 ، السنة 6 ، سبتمبر 1982.
- 61- حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا: بتاريخ 24 \ 03 \ 1991، القضية رقم 76732، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1993.
- 62- حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا: بتاريخ 09 \ 10 \ 1994، القضية رقم 95003، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1995.
- 63- حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا: بتاريخ 25 \ 03 \ 1989، القضية رقم 55125، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1991.

- 64- حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 21 \ 04 \ 1990، رقم القضية 66960، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992.
- 65- إبراهيم سالم العقيلي ، عيب إساءة استعمال السلطة في قضاء الإلغاء دراسة مقارنة (الأردن ، لبنان) ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن ، 1990 .
- 66- الجريد الرسمية رقم 21 ، لسنة 1991 .
- 67- حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 14\01\1989، رقم 57808، المجلة القضائية، العدد 4، 1993.