

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عباس لغرور- خنشلة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية



نيابة العمادة للدراسات لما بعد التدرج
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

قسم الحقة _____ وق

حدود السلطة التقديرية للقاضي الإداري في دعوى تجاوز السلطة

أطروحة مكملة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في شعبة الحقوق
- تخصص: قانون إداري وإدارة عامة -

إشراف الدكتور:

- أ.د / العيد سعادنة

- د / الهاشمي تافرونت

إعداد الطالبة الباحثة:

حبيبة رحموني

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د / اسماعيل بوقرة	أستاذ التعليم العالي	خنشلة	رئيسا
أ.د / العيد سعادنة	أستاذ التعليم العالي	خنشلة	مشرفا
د / الهاشمي تافرونت	أستاذ محاضر (أ)	خنشلة	مشرفا ومقررا
أ.د / إنصاف بن عمران	أستاذ التعليم العالي	خنشلة	عضوا ممتحنا
أ.د / عبد المجيد بن يكن	أستاذ التعليم العالي	خنشلة	عضوا ممتحنا
د / محمد كنازة	أستاذ محاضر (أ)	تبسة	عضوا ممتحنا
د / عبد الحليم مرزوقي	أستاذ محاضر (أ)	بسكرة	عضوا ممتحنا

السنة الجامعية: 2020-2021

شكر وعرفان

الحمد لله والشكر لله أولاً وأخيراً

والصلاة والسلام على خير الأنام نبينا وشفيعنا محمد وعلى آله وصحبه
أجمعين

أتقدم بخالص الشكر والتقدير عرفانا لكل من ساهم في إنارة دربي بشموع
العلم المضيئة:

- إلى روح مشرفي الأستاذ الدكتور/ سعادنة العيد، الذي وافته المنية وشاء الله تعالى أن يختاره إلى جانبه بعد إيداع هذه الأطروحة وقبل المناقشة، رحمه الله تعالى برحمته الواسعة، وقد خلفه بعد ذلك الدكتور/ تافرونت الهاشمي الذي عينته اللجان العلمية، أشكره على المواصلة معي،
- إلى أساتذتي الأفاضل رئيس لجنة التكوين في الدكتوراه الأستاذ الدكتور/ زواقري الطاهر وأعضاء اللجنة عرفانا لوقوفهم الدائم إلى جانب الطلبة لإتمام بحوثهم في أحسن الظروف.
- إلى أساتذتي المحترمين رئيس وأعضاء لجنة المناقشة على قبولهم قراءة وتقييم هذا العمل.

إهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وآله ومن وفى.
الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع ثمرة الجهد والتفاني،
والذي كلل بالنجاح بفضلته تعالى

إلى روح أبي الطاهرة رحمه الله تعالى

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى أعز وأغلى إنسانة في حياتي، التي أنارت دربي
بدعائها، وكانت بحرا صافيا يجري بفيض الحب، ومنحتني القوة والعزيمة
لمواصلة دراستي، وعلمتني الصبر والاجتهاد.

إلى الغالية على قلبي أمي

إلى جميع أفراد عائلتي، إلى كل من ساعدني في إتمام هذا البحث، إلى
كل الأشخاص الذين أكن لهم المحبة والتقدير.

إلى وطني الغالي

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج:	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
ج.ر:	جريدة رسمية
د.د.ن:	دون دار نشر
د.ط:	دون طبعة
د.س.ط:	دون سنة طبع
ر.م.ش.ب:	رئيس المجلس الشعبي البلدي
ص.ص:	من صفحة رقم... إلى صفحة رقم...
ص:	صفحة رقم...
ط:	طبعة رقم...
ق.إ.م.إ:	قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ثانياً: باللغة الفرنسية

Art:	Article
Ass:	Assemblée
CE:	Conseil d'Etat français
CEDH:	Cour Européenne des Droits de l'Homme.
CJCE:	Cour de Justice de la Communauté Européenne
Ed:	Edition
Ibid:	Ibidem, même ouvrage ou même article à la même page.
LGDJ:	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
N°:	Numéro
Op. cit:	Ouvrage précédemment cité
p:	page numéro
pp:	de la page n° ... à la page n°...
PUF:	Presses Universitaires de France.
RDP:	Revue de Droit Public
Rec:	Recueil du conseil d'état français
S.dir:	Sous direction
Sect:	Section
Spéc:	spécialement
TA:	Tribunal des Conflits

مقدمة

مقدمة

يلعب القاضي الإداري دوراً مهماً في إرساء دولة القانون، فوظيفته تعتبر من أهم المواضيع التي شغلت المهتمين بالقضاء الإداري، وذلك بالنظر إلى دوره في الحكم على قرارات السلطات الإدارية، فهو الضامن للموازنة بين حقوق الأفراد من جهة وامتيازات السلطة العامة من جهة أخرى، كما أن في أيامنا الحالية نحن بعيدين عن المفهوم التقليدي لوظيفة القاضي حسب مونتسكيو، والذي مفاده أن القضاة ما هم سوى الفم الذي ينطق بالقانون، وهي الصورة الأكثر تقليدية لمبدأ الفصل بين السلطات والتي تجعل من القاضي مطبق للقاعدة القانونية أي عون تنفيذي للقانون.

فإذا كانت وظيفة القاضي تتمثل في قول القانون وحسم النزاعات، فإن هذا العمل يمكن أن يكون بعدة أوجه، فمن وجهة نظر النظام القانوني، فإن قول القانون لا يعني فقط تطبيق القاعدة القانونية أو إنزال حكم القانون على حالة معينة، فالقاضي الإداري يمارس مهمة ثنائية، الأولى تتمثل في إعطاء حل لمختلف المنازعات المطروحة أمامه، والمهمة الثانية وهي في بعض الأحيان المساهمة في خلق قواعد القانون الوضعي، وبالتالي إضافة وسائل الاجتهادات القضائية إلى الوسائل القانونية البحتة، أما من وجهة نظر المحاكمة، فوظيفة القاضي تتغير وبشكل كبير حسب السلطات التي يحوزها في تعريف وتحديد موضوع النزاع، وسير الخصومة ونوع الحل الذي يمكن تطبيقه بناء على طلب مؤسس.

وتعتبر دعوى تجاوز السلطة أو دعوى الإلغاء في القضاء الإداري من أهم الوسائل العملية للدفاع عن الحريات، والتي تهدف إلى إلغاء قرار إداري غير مشروع عن طريق القاضي الإداري، فهي وسيلة حماية فعالة للمواطن ضد الإدارة، للحريات ضد السلطة وللقانون ضد التحكم، الأمر الذي جعل الكثير من الباحثين يطلقون على القاضي الإداري مصطلح قاضي المشروعية نظراً للغاية الموضوعية التي يستهدفها.

وأهم ما تتميز به المنازعة الإدارية هو الطابع الاستقصائي التحقيقي، على خلاف غيرها من المنازعات المدنية والتي تصطبغ بالصبغة الإتهامية، ويعود ذلك بالأساس لطبيعة الأطراف المتنازعة، فمن جهة نجد الأفراد والذين يسعون عادة إلى تحصيل حقوقهم الشخصية، في حين تسعى الإدارة في الغالب إلى تحقيق مصلحة عامة، وبالتالي أدى عدم

التوازن بين الأطراف في الدعوى الإدارية بالقاضي الإداري للاضطلاع بدور إيجابي وفعال لإظهار الحقيقة.

كما أن حرية القاضي الإداري في إيجاد حل بالنظر إلى طبيعة المنازعات الإدارية والتي عادة ما تصطدم بقلّة وغموض النصوص التي تحكمها، فإنه وفي إطار إحدى المهمتين التي يؤديهما، يبقى لديه إمكانية الاختيار بين مختلف الوسائل والأدوات التي تساعده في إيجاد حل، للوصول إلى حكم يكون عنوانا للحقيقة، من بين هاته الأدوات السلطة التقديرية التي يحوزها القاضي إلى جانب سلطته القضائية.

وتلعب السلطة التقديرية للقاضي بصف دورا هاما في حل المنازعات، خاصة بالنسبة للقاضي الإداري، فهي ملازمة للعمل القضائي وإن لم يعترف بها المشرع صراحة، حيث أوضحت من المسلمات في التشريعات الحديثة الأمر الذي يظهر معه أهمية موضوع السلطة التقديرية للقاضي الإداري واستقلالها عن سلطات غيره من القضاة، فهو ينظر في منازعة أحد أطرافها الإدارة بكامل سلطاتها والتي تسعى لتحقيق المصلحة العامة، بينما لا يملك الطرف الآخر أدنى سلطة، ووظيفة القاضي تقتضي أن يحكم في الدعوى المعروضة أمامه وإلا كان ناكرا للعدالة.

وموضوع السلطة التقديرية قد حظي بالبحث المعمق في المجال الإداري أكثر منه في المجال القضائي، حيث تبرز تطبيقاتها أكثر في المجال الإداري دون القضائي ولاسيما القضاء الإداري، حيث تكتسي دراسة موضوع السلطة التقديرية للقاضي الإداري أهمية بالغة من الناحية القضائية والقانونية من جهة، والوقوف على الآراء المختلفة لفقهاء القانون العام ذات الصلة بالموضوع من جهة أخرى، فعمل القاضي الإداري يعد مجالا خصبا لممارسة السلطة التقديرية إجراء وموضوعا، حيث يقتضي الأمر تحديد مفهومها وضوابط ممارستها والبحث في مدى مشروعيتها ونطاق أعمالها في دعوى تجاوز السلطة أو دعوى الإلغاء، موضوع هذا البحث، ودراسة مجالات تطبيقها بنوع من التفصيل، وبيان الحدود التي تقف عندها وكذا الرقابة عليها.

ومن المؤكد أن للسلطة التقديرية أثر في أحكام القاضي الإداري، والتي تتطلب البحث في هذا الموضوع بحثا معمقا، فغالبا ما يرد في الأحكام القضائية عبارات كأن : للقاضي

سلطة تقديرية كاملة" أو أن "للمحكمة أن تبني عقيدتها على ما استخلصته بما لها من سلطة تقديرية كاملة" أو أن "لا رقابة لمجلس الدولة كقاضي نقض على أعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية".

وعليه فإن دراسة السلطة التقديرية للقاضي الإداري بالنسبة لموضوع دعوى تجاوز السلطة في الجزائر (مع العلم أن هذه الدراسة تتناولها من الناحية الموضوعية دون الإجرائية)، يستند بالدرجة الأولى إلى ما تتضمنه أحكام القضاء الإداري المقارن من مبادئ، خاصة أحكام مجلس الدولة الفرنسي باعتباره المرجع التاريخي للقضاء الإداري الجزائري ولمعظم الدول التي تأخذ بنظام الازدواجية القضائية، كما تخضع بالنسبة للإجراءات إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 الساري المفعول.

وتبرز أهمية البحث في موضوع السلطة التقديرية للقاضي الإداري في ما يلي:

- 1- ضرورة تزويد القاضي الإداري بأدوات تساعده في حل المنازعة الإدارية، نظرا للطبيعة الخاصة التي تتميز بها الدعوى من حيث أطرافها والغاية منها، ومن هذه الأدوات السلطة التقديرية، وإبراز مكانتها في الأحكام القضائية، باعتبارها التطبيق الأبرز لحقيقة الدور الإيجابي الذي يضطلع به القاضي الإداري دون غيره.
- 2- غياب قواعد خاصة تحكم الدعوى الإدارية بصفة مستقلة في التشريع الجزائري، وبالتالي فإن دور القاضي الإداري يبرز عند البحث عن حل المنازعة قد يصل إلى وضع مبادئ قانونية، الأمر الذي يقتضي البحث في أساس سلطته التقديرية وكذا نطاق أعمالها وتطبيقاتها والحدود التي تقف عندها في القضاء الإداري.
- 3- وجوب دراسة ضوابط ممارسة السلطة التقديرية من طرف القاضي الإداري، باعتبارها سلطة ضرورية لضمان التطبيق السليم للقوانين.
- 4- أهمية التمييز بين السلطة التقديرية للإدارة والسلطة التقديرية للقاضي الإداري، باعتباره يراقب النشاط العمومي.

5- تبرز أهمية هذه الدراسة أكثر خاصة بالنسبة للقضاء الإداري، في عدم وضوح نطاق العلاقة بين محكمة الموضوع ومجلس الدولة كقاضي نقض، خاصة بالنسبة للرقابة على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وحدودها.

ولدراسة موضوع هذا البحث تطرح الإشكالية كالتالي: ما مدى ممارسة القاضي الإداري لسلطته التقديرية ونطاق تطبيقاتها في دعوى تجاوز السلطة ؟

ومن أبرز الدوافع الشخصية التي دفعتني للبحث في هذا الموضوع، هو الرغبة في البحث أكثر في دراسة المنازعات الإدارية، أما الدوافع الموضوعية جاءت مرتبطة بضرورة البحث المعمق والإلمام بهذا الموضوع ومحاولة منا الإسهام ولو بقليل في إيراد توضيحات حول هذا الموضوع، حيث عرف موضوع السلطة التقديرية للقاضي الإداري هجرا من طرف فقهاء القانون العام، كما أن أغلب الدراسات التي تناولت موضوع السلطة التقديرية ارتبطت في القانون الإداري بالإدارة دون القضاء، رغم أن القضاء الإداري يعد المجال الأكثر ممارسة للسلطة التقديرية باعتباره قضاء إنشائي، فعادة ما يجد القاضي الإداري نفسه أمام قصور أو غموض القاعدة وفي الغالب غياب القاعدة القانونية التي تحكم المنازعة الإدارية، مع العلم أنني اعتمدت على المراجع الأجنبية أكثر للإلمام بهذا الموضوع والترجمة هي عملي الشخصي.

من الأهداف التي تم رسمها في هذا البحث الإجابة على العديد من التساؤلات التي تثار بخصوص موضوع السلطة التقديرية للقاضي الإداري، أهمها:

1- وجوب تحديد فكرة السلطة التقديرية -بصفة عامة- Le pouvoir discrétionnaire ومضمونها، ومختلف الضوابط التي تحكم نطاق تطبيقها عند مباشرتها من طرف القاضي وذلك في ضوء ما يراه الفقه والقضاء الوطنيين والمقارن.

2- بعد التعرف على مفهوم محدد للسلطة التقديرية للقاضي، فمن الضروري استخلاص أوجه التشابه والاختلاف بين السلطة التقديرية للقاضي الإداري وغيره من القضاة، والبحث في تعريف يكون الأقرب لطبيعة وظيفة القاضي الإداري.

3- بعد ذلك، تأتي دقة البحث في تطبيق المفاهيم التي تخص السلطة التقديرية عند دراسة أركان دعوى تجاوز السلطة وتحديد نطاق السلطة التقديرية في مجال نشاط القاضي الإداري بخصوص هذه الدعوى.

4- إبراز ارتباط السلطة التقديرية بالجانب الموضوعي لقواعد التكييف والإثبات، من حيث مدى سلطة القاضي الإداري في تكييف الدعوى والإثبات وتقدير أدلته وحجية كل دليل فيها، مع تدعيم البحث بتطبيقات السلطة التقديرية للقاضي الإداري من خلال تحليل الأحكام القضائية للقضاء المقارن والقضاء الجزائري.

5- دراسة مدى رقابة مجلس الدولة كقاضي نقض على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ونطاق تطبيقها في المادة الإدارية.

وللإجابة على هذه الإشكالية المطروحة، اعتمدت في دراستي كدراسة علمية أكاديمية، على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج الاستقرائي، وذلك بتحليل وقراءة أحكام واجتهادات القضاء الإداري الوطنية والمقارنة ذات الصلة بالموضوع، وكذا آراء الفقهاء وموقف المشرع الجزائري من السلطة التقديرية للقاضي.

الدراسات السابقة

من أهم الدراسات التي تناولت موضوع السلطة التقديرية للقاضي الإداري، على الرغم من قلتها نجد:

1- **السلطة التقديرية للقاضي الإداري** (دراسة تأصيلية تطبيقية)، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، قسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء، الرياض السعودية، 2015. للباحث وليد بن محمد بن صالح الصمعاني، وردت هذه الدراسة في جزئين، تناول فيها الباحث موضوع السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الدعوى الإدارية موضوعا وإجراء بجميع أنواعها: دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، دعوى التفسير ودعوى فحص المشروعية، وكذا العقود الإدارية، وذلك بتحليل أحكام القضاء الإداري المقارن وأحكام قضاء ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية من جهة، وبيان أساسها في الفقه الإسلامي من جهة أخرى. ومن بين أهم النتائج التي توصل إليها أن السلطة التقديرية

للقاضي الإداري هي الالتزام القانوني الذي يفرض الموازنة بين عدة خيارات ممكنة واقعا، وصالحة قانونا، لتطبيق أكثرها ملاءمة على الدعوى التي تكون الإدارة طرفا فيها وتستعمل فيها أساليب القانون العام.

بينما سيتم البحث في هذه الدراسة، في رأي الفقه الأجنبي خاصة الفقه الفرنسي في موضوع السلطة التقديرية للقاضي، وبيان رأي القضاء الإداري الفرنسي بالخصوص بتحليل واستقراء اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي، أما في الجزائر وكما تمت الإشارة إليه، فتخضع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية النافذ.

2- hab, Wojciech Jakimowicz: *Le pouvoir discrétionnaire des juges en droit administratif*, In « Le pouvoir discrétionnaire Regards croisés franco-polonais » (S. dir) W. Jakimowicz et P. Serrand, Editions mares & martin, 2013, pp 23-38.

هذه المقالة الموسومة بـ: **السلطة التقديرية للقضاة في القانون الإداري**، وردت في مؤتمر دولي لسنة 2013 موسوم بـ: **السلطة التقديرية، تقاطعات الرؤى بين فرنسا- بولندا**. تناول فيها الباحث بالدراسة أوجه التشابه والاختلاف بين السلطة التقديرية للإدارة والسلطة التقديرية للقاضي الإداري في القانونين الفرنسي والبولندي. وتوصل إلى أهم نتيجة هي أن السلطة التقديرية للقاضي الإداري لها نفس بناء السلطة التقديرية للإدارة إلا أنها أضيق نطاقا منها.

وقد حرصت في هذا البحث على اعتماد خطة تكون مترابطة ومتسلسلة، وردت في بابين تناولت فيهما ما يلي:

تم تخصيص **الباب الأول** لدراسة فكرة السلطة التقديرية للقاضي الإداري في دعوى تجاوز السلطة، حيث تم البحث في **الفصل الأول** في ماهية السلطة التقديرية للقاضي بصفة عامة، من خلال التمييز بينها وبين ما يشابهها من مصطلحات مع بيان أسسها وضوابط ممارستها (المبحث الأول)، ثم البحث في مشروعيتها بتناول مختلف آراء الفقهاء، مبررات كل اتجاه، والبحث في تعريف يكون الأقرب لطبيعة وظيفة القاضي الإداري باعتباره يمارس رقابة على النشاط العمومي، ثم المقارنة بين السلطة التقديرية للقاضي الإداري مع السلطة التقديرية للإدارة. (المبحث الثاني). بينما جاء **الفصل الثاني** متضمنا تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي الإداري في نطاق دعوى تجاوز السلطة والتي تنصب على الأركان الخارجية للقرار الإداري (المبحث الأول) والأركان الداخلية للقرار الإداري (المبحث الثاني).

بالنسبة للباب الثاني فقد جاء أكثر دقة، فانطلاقاً من مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الإداري، تم في الفصل الأول، إبراز دور القاضي الإداري التحقيقي الاستقصائي في البحث عن الحل للمنازعة، وذلك بإعمال سلطته التقديرية في مجالي التكيف والإثبات. حيث تم البحث في دور القاضي بين التكيف والتقدير (المبحث الأول)، بينما تم تخصيص (المبحث الثاني) للعناصر المفعلة للسلطة التقديرية للقاضي الإداري. أما في الفصل الثاني، فتم البحث في القواعد التي تحكم نظر القاضي الإداري في دعوى تجاوز السلطة ومدى تأثيرها على ممارسة سلطته التقديرية، وتحليل الأحكام القضائية الإدارية التي تصدر بشأنها (المبحث الأول)، ثم دراسة نطاق رقابة مجلس الدولة كقاضي نقض على أعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية (المبحث الثاني).

الباب الأول:

فكرة السلطة التقديرية للقاضي الإداري في دعوى تجاوز السلطة

يختص القاضي الإداري بالفصل في منازعات تكون الإدارة فيها طرفاً ثابتاً، حيث تتميز الدعوى الإدارية عن غيرها من الدعاوى من حيث طبيعتها واختلاف مراكز الخصوم فيها، وعليه يبرز دور القاضي الإداري أكثر إجراء وموضوعاً، الأمر الذي يظهر معه أهمية السلطة التقديرية كوسيلة في يد القاضي الإداري لحل المنازعة، باعتبار القضاء الإداري قضاء إنشائي في أصله ويختلف عن القضاء العادي من حيث أدواته وسلطاته، ومن هذه السلطات السلطة التقديرية، وعليه سيتم البحث في هذا الباب عن فكرة السلطة التقديرية للقاضي الإداري في دعوى تجاوز السلطة من خلال البحث في ماهيتها وضوابط ممارستها في الفصل الأول، ثم البحث في أهم تطبيقاتها على أركان القرار الإداري موضوع دعوى تجاوز السلطة وهذا في الفصل الثاني.

الفصل الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي وضوابط ممارستها

لا شك أن تناول فكرة السلطة التقديرية للقاضي يقتضي بيان ماهيتها وتطورها وتميزها كمصطلح قانوني، والبحث في آراء الفقهاء حول ما إذا كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية كأصل عام أم باختصاص قضائي مقيد، ودراستها بالنسبة للقاضي الإداري قد لاقت هجرا كبيرا من طرف فقهاء القانون العام، رغم أن القضاء الإداري يعد مجالا خصبا لممارستها، فأغلب الدراسات في القانون الإداري والتي تناولت موضوع السلطة التقديرية ارتبطت بالإدارة دون القضاء، لذلك كان من الضروري أن نتناول في هذا الفصل البحث في مفهومها بصفة عامة، وبيان ضوابط ممارستها من طرف القاضي الإداري (المبحث الأول)، ثم البحث في مدى مشروعيتها بالنسبة للقاضي بصفة عامة والقاضي الإداري بصفة خاصة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي ومبرراتها

بما أن تناول موضوع السلطة التقديرية للقاضي الإداري برمته قد لاقى هجراً من أغلب المؤلفين في القانون العام، فكان من الضروري أولاً إيجاد معيار لتعريف هذه السلطة من خلال التمييز بينها وبين ما يشابهها من مصطلحات (المطلب الأول)، ثم البحث في مدى مشروعيتها من خلال تناول مختلف آراء الفقهاء التي جاءت بصددتها وكذا المبررات التي اعتمدها كل اتجاه (المطلب الثاني)

المطلب الأول: إختيار معيار لتعريف السلطة التقديرية للقاضي

في الواقع فإن أول ما يعترض دراستنا لمدلول السلطة التقديرية للقاضي الإداري هو الجدل الفقهي الذي ثار حول طبيعة عمل القاضي وما إذا كان يتمتع - كمبدأ عام - بسلطة تقديرية عند ممارسته للعمل القضائي؛ أم أن القاضي يمارس ولاية القضاء⁽¹⁾ في إطار اختصاص مقيد.⁽²⁾ ولذلك يبدو من الضروري البحث عن تعريف لمفهوم السلطة التقديرية للقاضي من خلال إيجاد معيار للتعريف (الفرع الأول)، ثم البحث عن مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الإداري واستخلاص مميزات باعتبار تميز طبيعة المنازعة الإدارية عن غيرها من المنازعات (الفرع الثاني)

الفرع الأول: المعيار المعتمد في النظام الفرنسي (غياب تسبب الحكم القضائي - مقارنة إجرائية)

يعتبر موضوع السلطة التقديرية، أحد المواضيع التي لم يبحث فيها في القانون بصفة مستقلة ومجردة ولم تكن محل تعريف تشريعي،⁽³⁾ حيث ارتبط تناولها غالباً بموضوع معين

(1) "تعتبر ولاية القضاء الأساس في منشأ السلطة التي يتمتع بها القاضي في تطبيق القانون، فالقاضي في كل الحالات يقوم بإعطاء الفعالية للقاعدة القانونية التي اعترضها عارض" الغوثي بن ملحة: أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، عدد 01 سنة 2000، ص ص 43- 65. (ص 48)

(2) "يقصد بالاختصاص القضائي مجموعة الصلاحيات المنسوبة لمن له حق الولاية أو هي مجموع ما خولت صاحب الشأن القيام به من أعمال" محمد علي الكيك: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي (في تطبيق العقوبة وتشديدها وتحقيق ووقف تنفيذها)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2007، ص 14

(3) SIGNAT (Carine): Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat (étude de droit comparée Franco-allemande), Thèse de doctorat soutenue à L'université de Paris(II), Ecole Doctorale de droit international, le 14 novembre 2014/ Paris LGDJ, 2018, p.21.

من موضوعات القانون ومن ثم جاء استعمالها عند الفقهاء باعتبارها مصطلحا بديهيًا واضح الدلالة،⁽¹⁾ فأغلب الدراسات التي تناولت السلطة التقديرية ارتبطت بالقانون الإداري وأعتبرت أحد المفاهيم الأساسية لهذا الفرع من القانون، وفي نفس الوقت هي من الامتيازات الخاصة بالإدارة.⁽²⁾

ومن جهة أخرى، وعند استقراء أحكام القضاء، نجد أنها عادة ما تتضمن النص على أن القاضي يملك سلطة تقديرية إزاء موضوع معين، دون بيان لمفهوم هذه السلطة، أو تحديد لضوابط استعمالها إلى غير ذلك من العناصر اللازمة لبيان المصطلح، كما أن مسألة معرفة ما تعنيه السلطة التقديرية كمصطلح قانوني مجرد لا يزال يكتفه غموض ومثار جدل كبير اليوم، حيث يعتبر مفهوم السلطة التقديرية من بين أكثر الصعوبات في الدراسات القانونية التي تواجه الباحثين،⁽³⁾ وتختلف الأجوبة اختلافا كبيرا وفقا للأنظمة القانونية المعنية، وحتى في إطار نظام قانوني معين، تكون الآراء متعارضة تماما في بعض الأحيان.⁽⁴⁾ إلا أن الرأي الغالب هو أن السلطة التقديرية لا تتفك عن الحكم القضائي، ويستند هذا الرأي إلى تصور واسع لمفهوم السلطة التقديرية، كما أنه لم يشكك أحد في وجود السلطة التقديرية (وخاصة القاضي) في القانون الوضعي الفرنسي،⁽⁵⁾ لذلك ؛ وجب البحث أكثر في مصطلح السلطة التقديرية في القانون الفرنسي باعتباره المرجع التاريخي للقانون الجزائري.

يتميز مصطلح "السلطة"⁽⁶⁾ بأن له معنى أقوى ودلالة معينة، فأول ما يعني هو: وظيفة القاضي أو ما يسمى بـ: "دور القاضي" وهي التسمية المعتادة،⁽¹⁾ ووظيفة القاضي هو تعبير

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري (دراسة تأصيلية تطبيقية)، الرياض السعودية، دار الميمان للنشر والتوزيع، ط 01، 2015، الجزء 01، ص 6 / محمد محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، راجعه ونقحه الدكتور محمود عاطف البناء، الطبعة 7، مصر، دار الفكر العربي للنشر، سنة 2017، ص 26-27.

(2) EISENMANN (Charles): **Cours de droit administratif**, Paris, LGDJ, 1982-1983, Tome 2, Réédition, Paris, LGDJ-Lextenso Ed, Collection « Anthologie du droit », 2014, p.289

(3) DEFOORT (Benjamin): **La décision administrative**, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p.44

(4) SIGNAT (Carine): **op.cit**, p.22.

(5) Ibid, p. 21

(6) السلطة لغة: قدرة، استطاعة، طاقة، وسع، إمكان، أنظر في ذلك: سهيل إدريس: المنهل، قاموس فرنسي-عربي، الطبعة 42، دار الآداب للنشر والتوزيع، بيروت، 2011، ص 957

محاط "بالغموض الشديد" على الرغم من حضوره المتكرر وبشكل متزايد تحت قلم القاضي الإداري لتبرير الاجتهاد القضائي الجريء،⁽²⁾ في حين نجد أن العميد Chapus قد عرفها بأنها ممارسة القاضي للسلطات التي يحوزها بصفته قاضي والتي يجب أو يجوز له إعمالها - باستقلالية عن الاستنتاجات والوسائل التي توصل إليها الخصوم حسب الاقتضاء - بحيث يكون الحكم في القضايا حسب ما يقتضيه أو يسمح به وضعها القانوني، وفي نهاية المطاف، وفقا للتوصيات المتعلقة بـ "حسن سير العدالة".⁽³⁾ والواضح هنا أن سلطات القاضي هي الإشكالية في وظيفة القاضي وليست رقابته،⁽⁴⁾ وكما يقال أن: "وراء فكرة السلطة" تكمن... فكرة معينة عن الاستقلالية، أو على نحو أدق، التقديرية (الاستثنائية Discretionnaire)⁽⁵⁾، أو الحرية في العمل".⁽⁶⁾

والسلطة بوجه عام تعني مباشرة الاختصاصات، أي أنها عبارة عن ترجمة هذه الاختصاصات إلى واقع ملموس،⁽⁷⁾ في حين يعرف الاختصاص على أنه "القدرة على التصرف".⁽⁸⁾

أما بالنسبة لمصطلح التقدير، فلم يعرف تعريفا مجردا، بحيث تكون له دلالة قانونية خاصة تختلف عن معناه اللغوي العام⁽¹⁾، وهو إمكانية التقدير الحر بمعنى الكلمة⁽²⁾، أو

CORNU (Gérard): **vocabulaire juridique**, op.cit, p. 700. « Pouvoir du juge: mesure de sa juridiction: pouvoir de connaître de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit statuer au fond).

"سلطة القاضي: قياس لقضائه: سلطة معرفة النزاع برمته بجميع عناصره الواقعية والقانونية للبت في الموضوع"

CORNU (Gérard): **Vocabulaire juridique**, Association Henri Capitant, Paris, 8^{ème} Ed, Paris, Presses Universitaires de France, Grands dictionnaires(PUF), 2009, p.701.

⁽¹⁾ SINGAT (Carine): **op.cit**, p.12 / CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif** (Domat Droit Public), 5^{ème} Ed, Paris, Montchrestien édition, 1995, p.893.

⁽²⁾ VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **La qualification juridique en droit administratif**, thèse de doctorat en droit public, présentée et soutenue à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) le 31 octobre 2008/ Paris, LGDJ, Lextenso Ed, 2009. p. 467.

⁽³⁾ CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, **op.cit**, p.893.

⁽⁴⁾ VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op.cit**, p. 465

⁽⁵⁾ Discretionnaire: تقديري، استثنائي (حسب مقتضى الحال)، أنظر سهيل إدريس: المرجع السابق، ص 409.

⁽⁶⁾ CHATEAU-GRINE (Manon): **La motivation des décisions du juge administratif**, Thèse présentée et soutenue à l'Université de Nantes, Droit public, le 3 décembre 2018, p. 217. <https://bit.ly/3nVndDV>.

⁽⁷⁾ نبيل إسماعيل عمر: **سلطة القاضي التقديرية** (في المواد المدنية والتجارية -دراسة تحليلية وتطبيقية)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2002، ص 21.

⁽⁸⁾ MAUGER (Florian): **Les pouvoirs implicites en droit administratif français**, Thèse de Doctorat en droit public, soutenue le 25 avril 2013, Université Panthéon-Assas (Paris II), p. 146. <http://www.theses.fr/2013PA020002>, accédé le 21/10/2017 à 18H44.

التصرف طبقاً لإرادة صاحب التصرف وطبقاً لرغبته الذاتية⁽³⁾ فالاستعمال القانوني لمصطلح التقدير لم يخرج عن دائرة وضعه اللغوي والسبب في ذلك هو أن استعمال مصطلح (التقدير) دائماً ما يأتي مضافاً إلى مجال قانوني معين.⁽⁴⁾

ومما لا شك فيه أن وظيفة القاضي هي أن يحكم وفقاً للقانون، ولكن مهمته في تطبيق القانون ليست سهلة، إذ أنها لا تقتصر على استنباط حكم القانون من مجرد الاطلاع على نصوصه، ولا يصل إلى النتيجة التي يخلص إليها في حكمه بطريقة آلية وإنما يقوم بعمليات ذهنية،⁽⁵⁾ وإرادته ليست منعقدة تماماً عند مباشرته لوظيفته،⁽⁶⁾ ذلك لأن القاضي عندما يحكم إستناداً إلى القانون فإنه يحل النزاع، وهذا يتطلب المفاضلة بين خيارات مطروحة أمامه، وبالتالي فإن القضاء يتطلب قدراً من الحرية من السلطة التي تسمح للقاضي باتخاذ القرار وبيائها في نطاق معين، وهذا ما ذهب إليه الغالب الأعم من الفقه.⁽⁷⁾

ووفقاً لهذا التحليل الواقعي، هناك سلطة تقديرية منذ اللحظة التي لا يستطيع فيها القاضي مجرد إدراج واقعة في مفترض النص القانوني، وبعبارة أخرى أين أصبح عمل القضاء لا يأخذ شكل القياس، حيث يجب على القاضي القيام باختيار ووزن هذا الاختيار بالنسبة للاختيار المقابل،⁽⁸⁾ وفي الحالة التي لا يمكن فيها للقاعدة القانونية المجردة أن تشمل

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 32.

(2) التقدير لغة: مصدر للفعل قدر يقدر، أما الفعل قدر فمصدره (القدر)، ومعنى المصدرين واحد، والجمع: تقادير وتقديرات. تقدير عمل: وزنه حسب قيمته، أنظر معجم المعاني الجامع على الموقع الإلكتروني:

[/https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%AA%D9%82%D8%AF%D9%8A%D8%B1](https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%AA%D9%82%D8%AF%D9%8A%D8%B1)

(3) EISENMANN (Charles): **op.cit**, tome 2, p.290.

(4) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 01، ص 32

(5) إسماعيل هه ورامي: الحقيقة التقديرية (دراسة تحليلية في الإثبات المدني)، د.ط، مصر - الإمارات، دار الكتب القانونية، 2012، ص 83.

(6) لأن الإرادة لازمة للعمل القضائي، فكل حكم أو أمر يصدر بناء على إرادة من أصدره فالقاضي عندما يصدر الحكم فقد أعلن عن إرادته الآمرة، ولكن هذه الإدارة لا تكون مضمون الحكم ذاته، وإنما في الرأي الذي توصل إليه القاضي. إسماعيل هه ورامي: المرجع نفسه، ص 84.

(7) أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، القسم 01، ط 4، مصر، منشأة المعارف للنشر، د.س.ط، ص

(8) SIGNAT (Carine): **op.cit**, p. 41-42.

جميع خصوصيات الحالات الواقعية التي تطبق عليها، وبما للقاضي أن يقدر فيما إذا كانت وقائع القضية تقع ضمن نطاقها يمكن أن يوصف ذلك بأنه سلطة تقديرية.⁽¹⁾

وعليه ؛ وللبحث أكثر في السلطة التقديرية للقاضي، فمن الضروري التمييز بينها وبين ما يشابهها كسلطة التقدير السيادي لقضاة الموضوع (أولاً)، وبينها وبين السلطة التقديرية للإدارة (ثانياً)، للخروج بأبرز الخصائص الرئيسية لمدلول مصطلح السلطة التقديرية المرتبطة به (ثالثاً).

أولاً: التمييز بين سلطة التقدير السيادي والسلطة التقديرية لقاضي الموضوع

في القانون الفرنسي تعرف السلطة التقديرية للقاضي بأنها: " للقاضي سلطة تقدير في الحالات الاستثنائية التي تكون له القدرة على أن يتخذ حسب الظروف (التي يقدرها بحرية) قراراً لا يفلت فقط من رقابة محكمة النقض مثل أي تقدير سيادي للواقع، ولكن بشكل أكثر تحديداً، قد يرجع ولسبب كاف إلى إحساس القاضي بالملاءمة (مع التحفظ عند الاستئناف، تقدير مختلف للملاءمة).⁽²⁾

من خلال هذا التعريف، يبدو أنه من الضروري في القانون الفرنسي التعامل مع فكرة قريبة من السلطة التقديرية للقاضي، وان كانت متميزة عنها، وهي "سلطة التقدير السيادي لقضاة الموضوع « Le pouvoir souverain d'appréciation des juges »". والهدف من ذلك هو التمييز بين موضوع كل منهما.

في الواقع فإنه لم يتم تناول موضوع سلطة التقدير الممنوحة للقاضي في حد ذاتها، بل دائماً ما يتبع ذلك بصفة، فهي إما "سلطة سيادية" « Pouvoir souverain » أو "سلطة تقديرية" « Pouvoir discrétionnaire »⁽³⁾

أساساً، فإن سلطة التقدير السيادي (أو التقدير الحر) والسلطة التقديرية متقاربتان جداً، إلا أن هذه الأخيرة هي أكثر دقة من الأولى، حيث تعبر كلاهما عن قوة إرادة القاضي في

⁽¹⁾ SIGNAT (Carine): *op.cit*, p. 22

⁽²⁾ CORNU (Gérard): *Vocabulaire juridique*, *op.cit*, p. 314.

⁽³⁾ KEBIR (Mehdi): *Le libre arbitre du juge*, Thèse de doctorat en droit privé, Université François-Rabelais de Tours, soutenue samedi 18 mars 2017, p.48, <https://bit.ly/3k65U0r>, accédé le 24/01/2019 à 21H30.

تقدير الوقائع،⁽¹⁾ وممارسة سلطة التقدير السيادي والسلطة التقديرية هي من اختصاص قضاة الموضوع،⁽²⁾ ومع ذلك، فإنهما تختلفان حول المقتضيات المحيطة بممارستها، حيث تلزم سلطة التقدير السيادي القاضي بشرح الاستدلال الذي قام به، وبتسبيب تقديره، أما فيما يخص السلطة التقديرية فعلى العكس من ذلك تمارس دون تسبيب.⁽³⁾ ففي هذه النقطة الأساسية للتسبيب، التي تميز السلطة التقديرية عن السلطة التقدير السيادي لقاضي الموضوع.

ونظرية التقدير السيادي تبدو بديها كحد أو كقيد لتدخل القاضي الأعلى أو قاضي النقض في فحص الملفات المطروحة للنقض، حيث أن مجلس الدولة الفرنسي كقاضي نقض ومنذ زمن طويل يضع لنفسه حدا لتوسيع رقابته على القرارات المعروضة أمامه.⁽⁴⁾ في الأصل فقد رفض رقابة الخطأ في الوقائع، ورأى أن قاضي الموضوع يقدر سياديا الوقائع ذات الصلة، ثم مدد تدريجيا رقابته بعد ذلك، إلى أن أصبحت حاليا تخص صحة الوقائع، تكييفها القانوني، ولكن ليس تقديرها.⁽⁵⁾

وبالتالي فإن سلطة التقدير السيادي لقاضي الموضوع ليست مطلقة تماما، بل تخضع لرقابة المشروعية سواء من قاضي موضوع أعلى (هو تقدير مختلف للملاءمة من طرف قاضي الاستئناف)،⁽⁶⁾ أو عن طريق قاضي القانون (والذي يمكن أن يعمل رقابة على التسبيب، رقابة مشروعية، ولكن أيضا معاقبة تحريف أو تشويه الوقائع

(1) JURYNZCYK (Anita): **Le pouvoir discrétionnaire du juge dans la reconnaissance du droit d'auteur**, In « Le pouvoir discrétionnaire Regards croisés franco-polonais » s/d de W. Jakimowicz et P. Serrand, Edition mare & martin, Paris, pp. 419-442, spéc p. 421

(2) GOHIN (Olivier) et POULET (Florian): **Contentieux administratif**, 9^{ème} Ed, Paris, LexisNexis éditions, 2017, p.503.

يقصد بقضاة الموضوع قضاة الدرجة الأولى وقضاة الدرجة الثانية. حيث يعتبر قاضي الاستئناف قاضي موضوع ثاني، وله سلطة البت في النزاع وذلك بإعادة تقدير مجموع عناصر الواقع والقانون.

مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس 757، مؤرخ في 20/11/2000، قضية (ر.ع) ضد (ش.ط) بحضور د. ح لبلدية الكالتوس، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، 2004، الجزء 2، ص 281: " لقضاة الاستئناف سلطة التصدي للنزاع برمته".

(3) KEBIR (Mehdi): **op.cit**, p. 48

(4) DEBBASCH (Charles): **Contentieux administratif**, Paris, Dalloz, 1975, p.589 « CE, Sect, 2 février 1945, Moineau »

(5) Ibid, p.588.

(6) CORNU (Gérard): **Vocabulaire juridique: op.cit**, p.882.

(la dénaturation des faits)،⁽¹⁾ بينما السلطة التقديرية هي أكثر حيادية Neutre، بمعنى أنها تمارس بدون تسبب وبدون رقابة، وهي لا تخص توسيع سلطات القاضي حتى لا نقع في تناقضات.⁽²⁾

بالنسبة لتقدير الوقائع فلا يوجد تعريف جامع له، وحسب العميد شابي فإن فكرة تقدير الوقائع غير قابل للتعريف،⁽³⁾ بينما نجد الفقيه الفرنسي CORNU قد عرفه بأنه أسلوب لاتخاذ القرار على أساس الأخذ بعين الاعتبار لمعايير موضوعية ولكن مرنة (ملاءمة، مصالح، وما إلى ذلك) والتي يترك وزنها بالضرورة لمن يقوم بالتقدير مع نوع من الحرية (تزداد درجة الحرية نتيجة ذاتية الشخص الذي يقوم بالتقدير) وبالتالي تطلق عليها هذه التعبيرات: السلطة، والحرية، وهامش التقدير.⁽⁴⁾

غير أنه يمكن إحصاء العناصر التي تحتويها هذه العبارة (تقدير)،⁽⁵⁾ فمن خلال تفحص الاجتهادات القضائية يمكن اعتبار أن بعض الأفكار غير المحددة تخفي تقديرات سيادية، ولذلك يرى الفقهاء الذين يتبنون وجهة نظر ثابتة حول الاستدلال القضائي أن التقدير هو تكييف أولي⁽⁶⁾؛ أما بالنسبة لمؤيدي المقاربة الواقعية، فإن التقدير هو مصطلح عام يشمل كل ما لا يخضع للرقابة، والسبب في ذلك، أن القانون الفرنسي ينص على أن الافتراضات الأكثر تنوعا التي يكون فيها للقاضي هامش معين من الحرية مشمولة بالمصطلح العام "سلطة التقدير".⁽⁷⁾ إلا أنه في الفقه الإداري فإن وجهتي النظر هاتين حول التقدير متعايشتين في كثير من النواحي.⁽⁸⁾

⁽¹⁾ CORNU (Gérard): **Droit civil (Introduction au droit)**, 13^{ème} Edition, Paris, Montchrestien, 2009, p.251: « Dénaturation: altération, par le juge, du sens clair et précis d'acte qui, outrepassant les limites de l'interprétation, excède leur appréciation souveraine et donne ouverture à cassation »

⁽²⁾ JURYNZCYK Anita: **op cit**, pp. 419-442, spéc p.421

⁽³⁾ CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, **op.cit**, p.952.

⁽⁴⁾ CORNU (Gérard): **Vocabulaire juridique**, **op.cit**, p. 67.

⁽⁵⁾ MANDIN (Maël): **Le recours en Le recours en cassation devant le conseil d'état**, Thèse pour obtenir le grade de Docteur en DROIT Discipline: Droit Public, soutenue le 25 octobre 2004 à 14H30, université de Metz, faculté de Droit, Economie et Administration, p. 368. <http://www.theses.fr/2004METZ004D>, accédé le 11/06/2019 à 22H30.

⁽⁶⁾ MANDIN (Maël): **op.cit**, p. 368 / SCHWARZ-VAUTROT (Charles): **op.cit**, p.364.

⁽⁷⁾ SIGNAT (Carine): **op.cit**, p. 34.

⁽⁸⁾ MANDIN (Maël): **op.cit**, 369.

وبالتالي يأتي التقدير السيادي في بعض الأحيان في شكل تكليف أولي، وفي بعض الأحيان الأخرى على أنه تكليف لا يخضع للرقابة، وبالتالي يمكن القول أن في القانون الفرنسي فإن سلطة التقدير السيادي لقضاة الموضوع تقوم على التمييز بين الواقع والقانون.⁽¹⁾

وعليه ؛ فإذا كانت السلطة التقديرية للقاضي مرادفة عموماً للرقابة المحدودة، وهذا التعريف الضيق الذي تنادي به محكمة النقض يمكن وصفه بالخصوصية الفرنسية. بينما في القانون الألماني، لا يعفى القاضي الذي يمارس سلطته التقديرية من تسبب حكمه، فلا شيء يعفى القاضي عن الإعلان عن الأوجه التي دفعته إلى تقييمه الواقعي وإلى حكمه التقديرية.⁽²⁾

كما أن ما يعاب على التعريف الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية، على أنه قبل كل شيء هو تعريف إجرائي ولا يبين الأسباب التي لأجلها أبعثت رقابة محكمة النقض، وبالتالي يغطي مفهوم السلطة التقديرية في القانون الفرنسي معنى ضيقاً جداً، ويختلف عن سلطة التقدير السيادي.

وعليه، وخلافاً للقانون الفرنسي؛ أين يحتل مظهر الرقابة على حكم القاضي من قبل محكمة النقض، وبالتالي الجانب الإجرائي، مكانة مركزية في وجهات النظر الخاصة بالسلطة التقديرية، فبالنسبة لفقهاء القانون الألماني فإن المعيار المعتمد لتعريف السلطة التقديرية هو حرية الاختيار للأثر القانوني (وهي مقارنة مفاهيمية ومنهجية).⁽³⁾ ويميلون إلى تفضيل وجهة نظر أكثر منهجية وفصلها عن مسألة الرقابة القضائية، حيث يركزون على المنهج الفكري والاستدلال الذي اعتمده العون (هنا القاضي) الذي يمارس سلطة تقديرية، وبعبارة أخرى طريقة صنع القرار، بمعنى أن ما يميز السلطة التقديرية هو قدرة القاضي على البت بحرية في حل النزاع ؛ حرته في الاختيار وفقاً لاعتبارات الملاءمة بين العديد من الحلول القانونية المتاحة.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ SIGNAT (Carine): **op.cit**, p.94. « L'appréciation des juges du fond est souverainement là où elle échappe au contrôle du droit »

⁽²⁾ Ibid, p. 25

⁽³⁾ SIGNAT (Carine): **op.cit**, p. 85

⁽⁴⁾ Ibid, p. 98

وعليه ؛ فقد عرفت السلطة التقديرية في الفقه الألماني على أنها: "المكنة الممنوحة للقاضي من طرف القانون للاختيار الحر بين عدة آثار قانونية حسب اعتبارات الملاءمة"⁽¹⁾. وهو ما ذهب إليه غالبية الفقه، حيث يرى أن السلطة التقديرية تقتصر ممارستها على المرحلة الرابعة من تطبيق المحاكم للقانون أي في مرحلة استخلاص الآثار القانونية.⁽²⁾

ومن جهة فقد انتقد معيار الرقابة على أنه ليس دائما العلامة الجيدة على وجود سلطة تقديرية أو سلطة تقدير سيادي، في الواقع فإن توسيع الرقابة يمكن أن يتغير مع الوقت بدلالة الاعتبارات السياسية والقانونية، وغياب الرقابة لا يعني مطلقا أن الرقابة مستبعدة،⁽³⁾ فالمشرع حين يمنح القاضي سلطة تقديرية فإن الأحكام التي تصدر بناء على هذه السلطة يجب أن تسبب، حتى تتمكن محكمة النقض من رقابة القاضي في استعماله لمثل هذه السلطة.⁽⁴⁾ كما أن الرقابة القضائية ليست سببا لقيام السلطة التقديرية ولكن نتيجة للتسليم بها.⁽⁵⁾ والتسبب هو الشيء الوحيد الذي يحقق ذلك، لأنه يضمن التصدي لأي تحكم قد يحدث من القاضي، وهو الضمانة على أن القاضي قد باشر سلطته بشكل صحيح ولم يتنازل عنها أو أساء استخدامها، فربط عدم الحاجة للتسبب بتمتع القاضي بسلطة تقديرية مطلقة، هي حالات نادرة في الواقع، لأن القانون إذا منحها للقاضي فإن سلطته تصبح سلطة حكمية، ويبرر البعض وجود هذه الأعمال بأن مصلحة الدولة والمجتمع قد تقتضي عدم التحقق من النحو الذي باشر عليه القضاة سلطاتهم، ومن ثم فلا تسبب هذه الأعمال.⁽⁶⁾

⁽¹⁾SIGNAT (Carine): **op.cit**, p. 85.

⁽²⁾ VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op.cit**, p.574 / Dr hab, Wojciech Jakimowicz: **Le pouvoir discrétionnaire des juges en droit administratif**, In « Le pouvoir discrétionnaire Regards croisés franco-polonais », W. Jakimowicz et P. Serrand (s.dir), Paris, Editions mares & martin, 2013, pp 23-38

⁽³⁾ SIGNAT (Carine): **op.cit**, p. 47.

⁽⁴⁾ نبيل إسماعيل عمر: **تسبب الأحكام القضائية (في قانون المرافعات المدنية والتجارية)**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2016، ص 29.

⁽⁵⁾ نبيل إسماعيل عمر: **سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق**، ص 96. سامي جمال الدين: رقابة الملائمة،

⁽⁶⁾ تبرر هذه الأعمال أيضا بالاعتبارات التاريخية التي سادت فرنسا في نهاية العهد القديم، ومن أمثلة هذه الأحكام في فرنسا، الأحكام الصادرة من المحاكم العسكرية وبعض الأحكام الصادرة من قاضي التحقيق، والأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية في مسائل الاختصاص، ومحاكم أمن الدولة العليا قبل إلغائها أخيرا. عزمي عبد الفتاح: **تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية**، ط4، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008، ص 158

بالنسبة للمشرع الجزائري، ومن خلال تفحص أحكام القضاء نجد الاجتهاد القضائي الذي يخص السلطة التقديرية لقضاة الموضوع،⁽¹⁾ والذي بموجبه تمنح سلطة تقديرية لقضاة الموضوع مبينا شروطها، جاء فيه أنه: " من المستقر عليه قضاء أن السلطة التقديرية المقررة لقضاة الموضوع لا تخضع إلى رقابة المجلس الأعلى إلا بتوافر شرطين أساسيين، أولهما أن يبرزوا بما فيه الكفاية العناصر التي استمدوا منها تقديرهم واقتناعهم، والثاني، أن تكون تلك العناصر مستنبطة من وقائع الدعوى والوثائق والمستندات المقدمة".

والملاحظ هنا أن هذا الاجتهاد القضائي لم يبين إن كان يقصد به مصطلح السلطة التقديرية بمعناه الحقيقي، أو مصطلح التقدير السيادي بالمفهوم الفرنسي، فإذا ما قارناه بما يتم العمل به في القانون الفرنسي باعتباره المرجع التاريخي للقانون الإداري للجزائر، فهذا الاجتهاد يقصد به سلطة التقدير السيادي مادام القاضي ملزم بتسبب أحكامه المتخذة بناء على هذه السلطة، ولا تخضع إلى رقابة محكمة النقض، وعلى خلاف ذلك فإن السلطة التقديرية الحقيقية هي السلطة التي تمارس دون تسبب للأحكام ودون رقابة محكمة النقض.

من خلال هذا التحليل، يتبين أن إشكالات تحديد الحالات التي يمارس فيها القاضي سلطة تقدير سيادي من تلك التي يمارس فيها سلطة تقديرية "حقيقية"، والتي تتعلق منطقياً بالفقه الفرنسي، تبقى قائمة، حيث يرى الأستاذ Chapus أن التقدير السيادي للوقائع من طرف قضاة الموضوع يرتبط بشكل واسع باعتبارات الملاءمة،⁽²⁾ وهذا يفسر الصعوبة البالغة في التحديد الموضوعي لمفهوم السلطة التقديرية. ففي المقام الأول، من المؤكد أنه توجد أخطاء في التقدير، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يفلت حكم القاضي من الرقابة حتى وإن أخطأ في تقدير الوقائع؟ لذلك لا يمكن البحث عن معيار السلطة التقديرية على أساس شرط تسبب الحكم القضائي أو عدمه، والرقابة عليه، بل يجب البحث عن هذا المعيار.

(1) المجلس الأعلى، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 50.548، قرار بتاريخ 1989/06/26، قضية (ف.م) ضد (ك.ب)، المجلة القضائية، عدد 4، لسنة 1990، ص 154.

(2) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, op.cit, p.952

ثانياً: التمييز بين السلطة التقديرية للقاضي والسلطة التقديرية للإدارة

يمثل موضوع السلطة التقديرية أحد المواضيع التي ثار بشأنها جدلاً فقهيًا في العديد من المرات عند فقهاء القانون العام، لدرجة أنه شكل حالة فوضى فقهية حقيقية «une véritable anarchie doctrinale» كما قال العميد بونار،⁽¹⁾ حيث تعتبر موضوعات القانون الإداري من أكثر المجالات القانونية التي تم تناول مصطلح السلطة التقديرية في ثناياها، خاصة ما يتصل بمبدأ المشروعية كأساس تقوم عليه دولة القانون، حيث درج الفقهاء على اعتباره الأساس الذي يجب أن تقوم عليه تصرفات الإدارة، وأن هناك عدداً من النظريات الموازنة له، وتأتي نظرية السلطة التقديرية كأحدى هذه النظريات.⁽²⁾

وعليه فإن مفهوم السلطة التقديرية متجذر أساساً في القانون الإداري، ومن المنطقي التركيز على الدراسة التي تخضع لها في هذا الفرع من القانون. حيث يدرس تقليدياً في القانون الإداري بأن "السلطة التقديرية للسلطات الإدارية، ليست سوى سلطة الاختيار بين قرارين أو تصرفين (إثنان على الأقل) يتوافقان أيضاً مع المشروعية"⁽³⁾؛ حيث تستند فكرة السلطة التقديرية أساساً على درجة حرية كبيرة إلى حد ما، والمعترف بها للإدارة لتقدير مدى ملاءمة التدبير الذي سيتخذ.⁽⁴⁾

(1) BONNARD (Roger): **La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl**, RDP , 1928, p.668. Cité par DEFOORT (Benjamin): **op.cit**, p.43

(2) محمد سليمان الطماوي: **النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 25**

(3) CHAPUS (René): **Droit administratif général**, Tome 1, (Domat droit public), 15^{ème} Edition, Paris, Montchrestien, 2001, p. 1056.

(4) في الفقه العربي أعطيت العديد من التعريفات للسلطة التقديرية للإدارة، من بينها تعريف الدكتور محمد سليمان الطماوي: "تكون سلطة الإدارة تقديرية" حينما يترك لها القانون - الذي يمنحها هذه الاختصاصات بصدد علاقاتها مع الأفراد - الحرية في أن تتدخل، أو تمتنع، ووقت التدخل، وكيفية، وفحوى القرار الذي تتخذه" محمد سليمان الطماوي: **النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 27**؛ كما عرفها أيضاً بأنها: "نوع من الحرية تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث، ولاختيار وقت تدخلها، ولتقدير أصلح الوسائل لمواجهة هذه الحالة" محمد سليمان الطماوي: **نظرية التعسف في استعمال السلطة - الانحراف بالسلطة - (دراسة مقارنة راجعها ونقحها عبد الناصر عبد الله أبو سميحة وحسين إبراهيم خليل)**، الطبعة 03، مصر، دار الفكر العربي للنشر، 2014، ص 63 / ويطلق أيضاً على السلطة التقديرية مصطلح "السلطة الاستثنائية" فوزي حبیب: **القانون الإداري العام (الإبطال لتجاوز حد السلطة والأعمال الإدارية، ط 01، بيروت- لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2011، ص 252**، وعرفت أيضاً بأنها: "سلطة قانونية تخول الإدارة حق الاختيار بين قرارين أو مسلكين أو أكثر باعتباره الأكثر ملاءمة"؛ سامي جمال الدين: **أصول القانون الإداري، د. د. ن، 1993، ص 266 / أيضاً: "هي حق أعمال الإرادة وحرية الاختيار في ممارسة**

غير أنه من الملاحظ أن أول ما ظهر مصطلح "التقديرية" كان في نص تشريعي، فهو لا يشكل إبداعاً فقهياً، والشيء الغريب كما يقول الأستاذ أيزنمان أن هذا النص لا يخص السلطة الإدارية، بل يخص السلطة القضائية، رئيس محكمة الجنايات، ويتعلق الأمر بالمادة 268 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي (Code de Procédure Pénale CPP) والذي أسس لما يسمى بـ: "السلطة التقديرية لرئيس محكمة الجنايات" وتتص هذه المادة على أنه: " يتمتع الرئيس بسلطة تقديرية والتي بموجبها يستطيع اتخاذ كل ما يعتقد انه نافعا لإظهار الحقيقة، ويرشده القانون وضميره لبذل كل مجهوداته لإظهار الحقيقة"⁽¹⁾ وتقابلها المادة 286 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لسنة 1966.⁽²⁾ وهو المدونة الوحيدة التي تستخدم صراحة مصطلح السلطة التقديرية حيث تنص على أن: "ضبط الجلسة وإدارة المرافعات منوطان بالرئيس وله سلطة تقديرية تسمح باتخاذ أي إجراء يراه نافعا لإظهار الحقيقة....".

والملاحظ هنا أن فكرة الاختيار الحر لصاحب السلطة التقديرية متأصلة بالفعل في هذه الأخيرة كما استعمل هذا المصطلح أيضا في قرارات مجلس الدولة الفرنسي، ولكن بصفة نادرة حيث ورد أن هذا القرار هو تقديري أو اتخذته الإدارة بصفة تقديرية، ودائما يخص نفس المعطيات: حرية اتخاذ القرار، حرية اختيار قراراتها.

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، ماذا يمكن أن يفعل بالتحديد رئيس المحكمة؟ ماهو بالضبط الشيء المسموح به كي يصدر أمرا أو يتخذ قرارا في ظل سلطته التقديرية؟ والشيء المهم الذي يطرح هنا هو إشكالية حرية التقدير، سلطة اتخاذ قرار بكل حرية أو إعطاء هذا الأمر أو ذلك.

الاختصاص، ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، الإسكندرية منشأة المعارف للنشر، سنة 2000، ص 50/ وعرفت بأنها: " تمتع الإدارة بقسط من الحرية وهي تمارس مختلف اختصاصاتها القانونية"؛ حمد عمر حمد: السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة 01، الرياض، السعودية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 2003، ص 91 .

(1) EISENMANN (Charles): op.cit, Tome 2, p.291.

(2) المادة 286 من الأمر 66-155، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتعلق بالإجراءات الجزائية المعدل والمتمم (ج. ر. ج. ج عدد 48 صادر بتاريخ 10 يونيو سنة 1966)

وعليه؛ وللتعرف أكثر على مصطلح السلطة التقديرية، نجد أن الفقه قد اعتاد على مواجهتها بالسلطة المقيدة للتمييز بينهما، حيث تعني الأولى السلطة التي تحوزها الإدارة عندما تكون بصدد اختيار حر بين عدة قرارات، وعلى العكس من ذلك تكون في حالة الاختصاص المقيد إذا كانت الشروط القانونية مجتمعة تجبرها على اتخاذ قرار واحد فقط؛ وبالتالي ليس لها أي اختيار.

وقد أنتقد هذا التمييز على أن الأمور ليست دائما كذلك، حيث يرى العميد Hauriou أن للإدارة دائما هامش للمناورة في إطار الاختصاص المقيد، فلها على الأقل إختيار الوقت المناسب للتدخل، وما يسمى عادة بالاختصاص المقيد يخص في الواقع أصغر هامش للحرية التي تحوزها الإدارة، لذا فان حرية الاختيار موجودة حتى في هذه الحالة.⁽¹⁾ كما أن إمكانية التقدير لا تكون منعدمة في كل الأحوال في حالة السلطة المقيدة.⁽²⁾ فالاختصاص يكون تقديري (استثنائي) عندما يمارسه صاحبه مع إمكانية أن يؤسس تصرفه على أسباب تخضع لتقديره، مثل الاختصاص السيادي للمحكمة التي تحكم في قضية ما.⁽³⁾

من جهة أخرى فإن ارتباط السلطة التقديرية في القانون الإداري بـ "عدم التحديد Indétermination" لقاعدة قانونية، كان واسع الانتشار في القانون الإداري، ويمكن وصفها بأنها النظرية المهيمنة أو المعتمدة.⁽⁴⁾ وهي أطروحة تجد أصولها بشكل خاص في كتابات الفقيه شارل أيزنمان Charles Eisenmann، الذي كان قد أصر على أن "الطابع غير المحدد بدقة لأي فكرة تظهر في قاعدة قانونية (...) هو عامل للتقدير".⁽⁵⁾ فبالنسبة لأيزنمان، تكمن السلطة التقديرية في "عدم التحديد" للتنظيمات القانونية المعمول بها، بمعنى "غياب التحديد الصارم والإلزامي للنشاط الإداري"، والذي يعتبر مصدرا للتقدير.⁽⁶⁾

⁽¹⁾ VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op. cit**, p. 231.

⁽²⁾ محمد فؤاد عبد الباسط: **القضاء الإداري**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2005، ص 31

⁽³⁾ PICOTTE (Jacques): **Juridictionnaire** (Recueil des difficultés et des ressources du français juridique), réalisé pour le compte du Centre de Traduction et de Terminologie Juridiques, Jurilinguiste-conseil, Faculté de droit, Université de Moncton Canada, Actualisé au 15 oct 2018, p. 1068 ; <http://www.cttj.ca/Documents/Juridictionnaire.pdf>.

⁽⁴⁾ SIGNAT (Carine): **op.cit**, p.39.

⁽⁵⁾ EISENMANN (Charles): **op.cit**, Tome 2, p. 310 « le caractère imparfaitement déterminé de toute notion figurant dans une règle (...) est un facteur de discrétionnalité »

⁽⁶⁾ Ibid, p. 296 et 310.

وبالتالي فإن مدلول السلطة التقديرية أمر يتصل بتطبيق القواعد القانونية، ومن ثم فإنها ترجع بالدرجة الأولى إلى موقف المشرع عند سن القواعد القانونية، فقد يصيغها في صورة جامدة بحيث لا يملك أحد سلطة تقديرية في تطبيقها، وقد يصيغها في صورة مرنة بحيث تنطبق على الحالات الخاصة وفقا للسلطة التقديرية لمن يتولى هذا التطبيق سواء كان قاضيا، أو رجل إدارة.⁽¹⁾ وهذا يعني أن الشخص الذي يباشر هذه السلطة في تطبيق القانون لا يستمد هذه السلطة من ذاته، ولكنه يستمدّها من القاعدة القانونية التي يقوم بتطبيقها⁽²⁾

غير أن الفقيه ايزنمان طرح تساؤل حول المقصود بالتنظيم القانوني هل يقتصر على القواعد القانونية التي يضعها المشرع فقط؟ وفقا لنظريته هو كل القواعد القانونية التي تحكم نشاط السلطة الإدارية، وليس القواعد التشريعية فقط، حيث أن الإدارة لا يمكن أن تتمتع بسلطة تقديرية إلا إذا كانت القواعد التشريعية والقواعد القضائية مجتمعة لم تقيد من حريتها في التصرف، ذلك لأن القاضي الإداري قد يضيف من عناصره مكملة لهذه النصوص، أو يقيد من هذه الحرية بقواعد جديدة أو يتركها كما هي.⁽³⁾

فسلطة القاضي تتخلل بذلك بين المشرع والإدارة، وعليه، من الخطأ الاعتقاد بأن الإدارة تتمتع بكامل السلطة التقديرية التي يتركها التشريع، فبالنسبة للأستاذ ايزنمان وفي كلمة واحدة فإن مصدر السلطة التقديرية للإدارة إنما يكمن في تخلف التحديد في النظام القانوني المكون من القواعد التشريعية والقواعد القضائية.⁽⁴⁾

والملاحظ أن هذا التعريف (الموسع) للسلطة التقديرية (للإدارة) في القانون الإداري، لا يفتقر إلى المنتقدين، فقد حاول السيد ستيفان ريالS. Rials⁽⁵⁾ في سنة 1980، أن يبرهن على أن عدم تحديد القاعدة القانونية ليس هو الذي يولد السلطة التقديرية أكثر من أنها "غير قابلة للتحديد indéterminabilité": "طالما أن عدم التحديد لا يكون إلا سابق على القاعدة وأن

(1) سامي جمال الدين: قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2010، ص 25.

(2) سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، مصر - القاهرة -، منشأة المعارف، 1986، ص 57.

(3) EISENMANN (Charles): **op. cit.**, Tome 2, p 301.

(4) Ibid, p.303: « le pouvoir du juge s'intercale entre celui du législateur et l'administration ; il s'ajoute au premier, le complète et diminue d'autant, au-delà de la loi, le pouvoir libre de cette dernière. »

(5) RIALS (Stéphane): **Le juge administratif français et la technique du standard.** Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité », Paris, LGDJ, 1980, p. 3. **Cité par** MANDIN (Maël): **op. cit.**, p.372.

القاعدة تبقى " قابلة للتحديد " بواسطة عملية ذهنية مناسبة، فان إلزامية القاعدة تعني ضمنا أن القاضي (بعد الإدارة) يقوم بهذه العملية (التفسير)، أما إذا كانت القاعدة ليست فقط غير محددة مسبقا، بل " غير قابلة للتحديد"، وإذا كان تنفيذها يفترض اختيار شخصي بحت، هنا تتولد السلطة التقديرية. وبعبارة أخرى، فان عدم التحديد لا يؤدي إلا إلى تفسير القاعدة فقط بينما يفسح عدم القابلية للتحديد المجال للسلطة التقديرية.⁽¹⁾

أساسا فإن تكريس الأفكار القانونية غير المحددة هي مسألة بحتة تخص التفسير، ما يشرح الفرضية التي مفادها أن التكريس الفعلي لفكرة غير محددة لا يمكن أن يؤدي سوى إلى حل واحد صحيح قانونا،⁽²⁾ الشيء الذي يدل على الاستبعاد النظري لاختيار حقيقي من طرف القاضي، حيث يضيق نطاق تفسير القاضي شيئا فشيئا مع التطبيقات العملية، مما جعل الفقهاء يقولون إن هذا دليل على أن هذه ليست سلطة تقديرية.⁽³⁾

في نفس السياق يرى الفقيه Michoud، الذي كان قد كتب عن "المفاهيم القانونية ذات بعض الغموض" ودعما لحجته، يشير أنه من الناحية النظرية، هناك مفهوم واحد فقط دقيق؛ وأي شيء آخر فهو يستند على خطأ في التقدير، ويتعلق الأمر فقط باستخلاص القاعدة القانونية الحقيقية وتطبيقها على الواقع، والاختلاف المحتمل في الحلول يعود سببه الوحيد للنقص الذي يعترى الأحكام الإنسانية وعدم التيقن منها، وهذا يعني أن المفاهيم غير المحددة لن تفتح الطريق أمام السلطة التقديرية إلا في حالة عدم القابلية للتحديد.⁽⁴⁾

ولتوضيح فرضية "عدم قابلية القاعدة للتحديد"، يعطي السيد RIALS مثالا للحالة التي لا توجد فيها قاعدة من أي مصدر على الإطلاق لتطبيقها، وهي الحالة التي تخص المنازعة الإدارية، حيث عادة ما لا يجد القاضي الإداري قاعدة لتطبيقها على النزاع المعروض عليه، أو مثال القاعدة التي من شأنها أن تفتح بشكل فعال القدرة على الرغبة بحرية، وهي حقيقة حرية واسعة للإدارة، وتكون هذه الحالة عندما يكون هناك: " الإدارة تستطيع.. "، " ستقوم

(1) DEFOORT (Benjamin): *op. cit*, p. 46.

(2) SIGNAT (Carine): *op. cit*, p. 98

(3) *Ibid*, p. 94.

(4) MICHOUUD (Léon): *op. cit*, p. 436.

الإدارة بهذا أو بذلك"، الخ.⁽¹⁾ أي أن هناك سلطة تقديرية ابتداء من اللحظة التي يجبر فيه الشخص الذي ينفذ القاعدة على اتخاذ خيارات مستقلة تماما.

وحسب التعريف الممتاز للأستاذ ميشو Michoud⁽²⁾: " توجد سلطة تقديرية في كل مرة تتدخل سلطة بكل حرية دون أن تملي عليها قاعدة قانونية مسبقا التصرف على نحو معين".
وعليه يمكن نقل هذا التعريف الممنوح للسلطة التقديرية إلى النشاط القضائي، حيث تستجيب السلطة التقديرية لتعريف واحد سواء مارستها الإدارة أو القاضي. في حين تختلف السلطة التقديرية للإدارة عن السلطة التقديرية للقاضي من حيث نطاقها، ولكن ليس بأي حال من الأحوال من حيث طبيعتها. حيث يكون للقاضي أيضا سلطة تقديرية، فمن ناحية، يمارس السلطة التقديرية- وهذا بنفس المعنى الذي يتمتع به الرجل الإداري- عندما يقوم بالأعمال الإدارية للقضاء ؛ ومن ناحية أخرى، يتمتع القاضي أيضا، في بعض الحالات، بالسلطة التقديرية في إطار سلطته القضائية⁽³⁾ عند ممارسته لولايته القضائية بالمعنى الدقيق، توجد سلطة تقديرية (...). كلما تحقق القاضي من الواقع والقاعدة القانونية، تكون لديه بعض حرية اتخاذ القرار فيما يتعلق بالآثار التي يمكن استخلاصها منها.

وفي نفس السياق يشير الفقيه الفرنسي Gérard CORNU، الذي يستند إلى الفقه السويسري، بخصوص السلطة التقديرية للقاضي إلى أن: "(...)" الاختيار [بين الحلول المتكافئة قانونا، هي إذن غير مختلفة قانونا] الممنوح للقاضي يكون وفقا لسلطته التقديرية، (...).⁽⁴⁾ كما أن الفقيه الألماني Gabriel MARTY يكشف عن السلطة التقديرية في الحالات عندما تترك فيها قاعدة للقاضي الحكم بحرية مطلقة في استخدام المكنة الممنوحة له أو عدم استخدامها، والتقدير السيادي لملاءمة التدبير المنصوص عليه في القانون.⁽⁵⁾

(1) SIGNAT (Carine): **op.cit**, p.41

(2) MICHOUUD (Léon): **Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration**, Annales de l'université de Grenoble, Tome XXV – N°3, 1913, Editions Gauthier-Villars, Paris, pp. 429-500, spéc p. 434. <https://bit.ly/2GHWCte>, accédé le 23/11/2019 à 22H23.

(3) CHATEAU-GRINE (M): **op.cit**, p. 510.

(4) CORNU (Gérard): **Cours de droit civil approfondi**, L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil, Paris, Les cours de droit, 1970-1971, p. 230 cité par SIGNAT (Carine): **op.cit**, p. 27.

(5) MARTY (Gabriel): **La distinction du fait et du droit**, Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges du fait, Thèses Toulouse, Paris, Sirey, 1929 Cité par SIGNAT (Carine): **op.cit**, p. 27.

الفرع الثاني: الخصائص المميزة للسلطة التقديرية كمصطلح مجرد.

مما تقدم يتبين أن السلطة التقديرية كمصطلح مجرد تقبل خاصيتين أساسيتين:

أولاً: فمن ناحية، هي سلطة يمنحها القانون، بمعنى أنها لا تتعارض مع آليات دولة القانون كنوع من السلطة التعسفية، بل على العكس من ذلك، فهي سلطة محصورة ضمن الحدود التي يسطرها القانون، ومن ناحية أخرى، فإنه يسمح للحائز عليها تقدير مدى ملاءمة القرار الذي يتعين اتخاذه والذي يبدو أنه الأفضل بالنظر إلى الظروف المحيطة.⁽¹⁾ فهي ضرورة واقعية وعملية، لأنه ومن أجل التكيف بشكل أفضل مع المعطيات الواقعية، يجب منح السلطة المعنية صلاحية البت في نقاط معينة، وأن يترك لها حرية اختيار إلى حد ما لملاءمة التدبير، لكن هذا الخيار لا يكون ممكناً إلا من بين عدة خيارات مشروعة في ضوء القانون، وإن لم تكن هذه الخيارات متساوية في تحقيق المصلحة العامة أو درجة المناسبة لأن تميز أحدها لا يمكن التحقق منه إلا بعد إعمال السلطة التقديرية، وبالتالي فإن السلطة التقديرية ليست إنكاراً لمبدأ المشروعية،⁽²⁾ والمعيار التقديري للحكم عليها بالصلاحية هو إذن المصلحة العامة.⁽³⁾

وعليه ؛ لا يمكن تصور امتلاك السلطة التقديرية في بعض الوقائع يكون خارج حدود القانون، إذ هي أداة لإعماله والتزام بقواعد المشروعية ولا تعد خارجة عنها باعتبار أنها متكاملة مع القواعد وتحقق أهدافها.⁽⁴⁾ ولذا يتعين عدم ربط ممارستها إلا عند إغفال المشرع النص على حكم واقعة ما، بل الحقيقة أن المشرع - في غالب الأحوال - لا يترك الأمر مطلقاً دون إرادة وإنما يريد - بطريق المفهوم لا النص - اعتبار السلطة التقديرية هي الحكم

(1) FRIER (P-L) et PETIT (J): **Droit administratif**, 10^{ème} Ed, Paris, Défrénois-Lextenso Edition, 2015, p. 366

(2) Ibid, p. 366

(3) يرى الدكتور / محمد سليمان الطماوي أنه: "في هذا المجال الإدارة حرة، ولكنها محاطة دائماً بفكرة المصلحة العامة التي تشرف على جميع أعمالها، وتهيمن على كل تصرفاتها، وفي نطاق فكرة المصلحة العامة قد يلزمها المشرع بمراعاة هدف محدد ومعين من أهداف المصلحة العامة، فالحدود الخارجية للسلطة التقديرية هي فكرة المصلحة العامة، وعناصرها

الداخلية هي أهمية الوقائع": نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 62

(4) سامي جمال الدين: قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 25

القانوني الواجب التطبيق في تلك الحالة.⁽¹⁾ فالغاية الرئيسية للسلطة التقديرية هو تطبيق ما يبتغيه المشرع تحقيقاً للعدالة والمصلحة العامة، وهي تضيق وتتسع حسب الحالات.⁽²⁾ وبالتالي لا تعتبر السلطة التقديرية امتيازاً بقدر ماهية واجب يتحرى في مقاصده المصلحة العامة في منطوق القانون والواقع، بالبحث عن الحل الأكثر ملاءمة، وهو أمر يجعل المكلف بها في مواجهة إلتزام قانوني داخل إطار المشروعية.⁽³⁾

ثانياً: وهناك أيضاً أهم سمة تقليدية من سمات السلطة التقديرية، هي أنها تعفي صاحبها (هنا القاضي)، من تسبب قراراته وهي الخصوصية الفرنسية كما تمت الإشارة إليه أعلاه. فمن المؤكد أن القاضي يجب أن تكون لديه أسباب، أي أسباب التصرف، وإلا سيكون هناك تعسف، إلا أنه ليس مطلوباً منه أن يحددها. وبهذا المعنى، فإن السلطة التقديرية تستثنى من أي الإلتزام بالتسبب: فالمشرع هو الذي يفوض إلى القاضي سلطة تقدير مدى ملاءمة القرار الذي يتعين اتخاذه، ولن يكون القاضي مسؤولاً أمام محكمة الدرجة العليا، حارسة الشرعية، وبالتالي يعفى من الإلتزام بتسبب قراراته المتخذة في إطار ممارسته السلطة التقديرية. غير أن هذه السمة التقليدية المتعلقة بالتسبب بدأت بالزوال، حيث تشهد الاجتهادات القضائية الحديثة للقاضي الإداري الفرنسي ولاسيما قاضي الاستعجال على أن ممارسة السلطة التقديرية لا تستبعد التسبب القضائي، فالسلطة التقديرية والتسبب (الشرح) ليسا متناقضان بأية حال من الأحوال، فلا يوجد تعارض منطقي بين السلطة التقديرية للقاضي والتسبب.⁽⁴⁾ حيث يجوز للقاضي عند ممارسته للسلطة التقديرية، أن يختار تسبب أكثر لحكمه، والهدف الرئيسي للقاضي من اتخاذ هذا الاختيار ليس تبرير حكمه أمام قاضي النقض، لأن السلطة التقديرية تمارس بحرية في الحدود التي يرسمها القانون، وعلاوة على ذلك، فإن هذا التسبب لا يسلب القاضي حريته، لأنه لا يعني الاعتماد عليه للتشكيك في الحكم الصادر عنه.⁽⁵⁾

(1) في الواقع لا يمكن الأخذ بهذا الرأي على إطلاقه، فمن المؤكد أنه توجد العديد من الوقائع لم يوجد لها نص قانوني يحكمها بسبب غفلة المشرع عن النص على حكم لها، أو ظهورها بشكل متسارع مما لم يمكنه من إيجاد حكم لها وليس ذلك مقصوداً منه - بطبيعة الحال - بدليل تداركه لذلك، والمؤكد أنه لا يصح تصور وجود السلطة التقديرية دائماً بإرادة المشرع. أنظر: وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، هامش، ص 69

(2) EISENMANN (Charles): *op.cit*, Tome 2, p.660.

(3) سامي جمال الدين: قضاء الملازمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 32.

(4) CHATEAU-GRINE (M): *op.cit*, p. 515.

(5) *Ibid*, p. 515

المطلب الثاني: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي الإداري ومبرراتها

من خلال ما تقدم تبين أنه لم تعرف السلطة التقديرية للقاضي الإداري بصفة مستقلة، وإنما عرفت السلطة التقديرية للقاضي بصفة عامة، ولذلك فمن الضروري عرض بعض التعريفات التي أعطيت لكل قاضي على حدة، ومحاولة إيجاد تعريف للسلطة التقديرية للقاضي الإداري يكون متوافق مع طبيعة وظيفته باعتباره يمارس رقابة على النشاط العمومي، والتمييز بينها وبين السلطة التقديرية للإدارة (الفرع الأول)، ثم عرض مختلف الآراء التي وردت بشأن مشروعية السلطة التقديرية للقاضي بصفة عامة والقاضي الإداري بصفة خاصة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي الإداري

تعددت التعريفات التي أعطيت للسلطة التقديرية للقضاة، حيث يرى الأقلية من الفقه أن السلطة التقديرية للقاضي تخص جميع ميادين نشاطات القاضي أين يتمتع فيها بهامش من الحرية، بينما نجد أن المفهوم الضيق للسلطة التقديرية للقاضي يميز المسائل التي يمارس فيها القاضي السلطة التقديرية عن مسائل التفسير أو تقديرها وهو المفهوم السائد فقها.⁽¹⁾

وقبل تناول السلطة التقديرية للقاضي الإداري، يقتضي الأمر أولاً البحث في مختلف التعريفات التي أعطيت للسلطة التقديرية لغيره من القضاة.

في الفقه العربي، نجد أن أغلب الفقهاء قد ربطوها بالنشاط الذهني للقاضي، منها: "هي النشاط الذهني الحر الذي يتمتع به القاضي عند نظر الوقائع المطروحة للفصل فيها وتطبيق القواعد القانونية التي تحكمها لاختيار القرار الملائم للمصلحة والعدالة."⁽²⁾

⁽¹⁾ Dr Hab. Wojciech Jakimowicz: **Le pouvoir discrétionnaire des juges en droit administratif**, In « Le pouvoir discrétionnaire Regards croisés franco-polonais » S.dir de W. Jakimowicz et P. Serrand, Paris, Edition mare & martin, pp 23-39.

⁽²⁾ من بين العديد من التعريفات التي أعطيت للسلطة التقديرية للقاضي نجد أنها: " نشاط عقلي يرمي إلى الكشف عن مدى تطابق المقدمات الكامنة في عناصر النزاع مع المقدمات النموذجية المنصوص عليها في القانون " نبيل إسماعيل عمر: **سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق**، ص 77 / عبد الحميد الشواربي: **المسؤولية القضائية** (في ضوء الفقه والقضاء)، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، 1997. ص 213، وعرفت أيضا على أنها: "نشاط ذهني لقاضي الموضوع يتعلق بفهم أولي لواقع النزاع المطروح يؤدي من ثم إلى نشاط ذهني يتعلق بفهم الأثر الوارد في هذه القاعدة

ومن التعريفات أيضا التي أعطيت للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي نجد: "عبارة عن ما تخوله القواعد القانونية تشريعية كانت أم غير تشريعية من رخص تتيح [للقاضي] السبيل نحو اختيار ما يراه مناسب من بين خيارات مطروحة عليه مقيدا بذلك بالظروف والملابسات الواقعية ومقيدا بمشروعية العقوبة"⁽¹⁾

بينما عرفت السلطة التقديرية للقاضي المدني بأنها: "النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستتباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه"⁽²⁾، أو أنها: "عبارة عن عملية ذهنية تهدف لتحديد إمكانية توليد مسالة لأثر قانوني معين"

وتغلب على هذه التعريفات العديد من الملاحظات هي كالآتي:⁽³⁾

أولاً: نجد أغلب التعريفات التي أعطيت للسلطة التقديرية اعتبرتها مجرد نشاط ذهني قصد الوصول إلى إيجاد حدث معين، هذا الحدث هو تطبيق القانون⁽⁴⁾ وبهذا المعنى فهي مرادفة للعمل الذهني للقاضي والمرتبطة أساسا بالعمل القضائي ذاته.⁽⁵⁾ وإن كان العمل القضائي يتضمن نشاطا ذهنيا، فهذا لا يقصد به مطلقا مصطلح السلطة التقديرية لمجرد وجود النشاط الذهني، فهذا المصطلح له خصوصية معينة، وله مفهوم خاص حسب استعماله قانونا وقضاء.⁽⁶⁾

ثانياً: أن ما يميز السلطة التقديرية للإدارة هي إمكانية اختيار تصرف من عدة تصرفات متاحة لها قانونا، أو حرية التدخل وعدم التدخل لاتخاذ تصرف معين، غير أنه بالنسبة

القانونية فهما صحيحا، وإنزاله على واقع النزاع المطروح" أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، (ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها)، الطبعة 01، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1988. ص 528.

(1) محمد علي الكيك: المرجع السابق، ص 29؛ كما عرفت أيضا بأنها: "إمكانية التوصل إلى تكوين عقيدته من خلال ما يطرح عليه من وقائع وأدلة وما يقوم به من عملية تدليل، وفيما ينتهي إليه من أعمال النص القانوني الذي يراه صالحا

للإعمال على وقائع النزاع" نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 73

(2) نبيل عمر إسماعيل: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 89.

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 01، ص 88

(4) نبيل عمر إسماعيل: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 75.

(5) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 01، ص 88.

(6) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 528.

للقاضي لم يراع حالة عدم وجود اختيارات قانونية متعددة أمامه، فهل يرفض الحكم؟، وبخصوص التدخل من تلقاء نفسه أو رفض التدخل، فكان الطرح عاما لا يبين حقيقة السلطة التقديرية للقاضي.

ثالثا: رفض قبول فكرة إعمال رقابة قاضي النقض على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع هو معيار منتقد، فمن المؤكد أن رقابة القضاء تتطور بدلالة الاعتبارات السياسية والقانونية، فجوهر الرقابة على السلطة التقديرية هو في الواقع إيجاد تعاون بين المشرع والقاضي،⁽¹⁾ ونفي وجود رقابة فقط على مضمونها من حيث الأصل، حيث تقتصر الرقابة - كما هي الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة - على حدود هذه السلطة ومحلها وضوابطها والتحقق من عدم الانحراف بها⁽²⁾، فمثلا لا رقابة على اختيار القاضي الجنائي للعقوبة ما دامت بين الحدين الأعلى والأدنى وتقدير التعويض إذا لم يوجد نص يحدد مقداره، وتقدير حالة الاستعجال التي تبرر اختصاص قاضي الاستعجال.⁽³⁾ والأمر ذاته بالنسبة للقاضي الإداري في الدعوى التأديبية، فله اختيار أي من العقوبات المنصوص عليها قانونا وسلطته في ذلك تقديرية.⁽⁴⁾

رابعا: أعلن مجلس الدولة الفرنسي في قضية Gomei على أن السلطة التقديرية تشمل الحق في الخطأ ولكن ليس الحق في الخطأ الواضح، أي واضح وخطير في نفس الوقت.⁽⁵⁾ غير أن التعريفات المشار إليها لم تراخ هذا العنصر الأساسي للسلطة التقديرية، وهو عدم قبول وصفها بالخطأ، ويستند بعض الباحثين إلى المفهوم الموسع للسلطة التقديرية.⁽⁶⁾

(1) محمد علي الكيك: المرجع السابق، ص 29.

(2) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 43.

(3) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 424.

(4) المادة 161 من الأمر رقم 06-03، المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، (ج. ر. ج. ج. عدد 46 صادر في 16 جويلية 2006): "يتوقف تحديد العقوبة التأديبية المطبقة على الموظف على درجة جسامته الخطأ، والظروف التي ارتكب فيها، ومسؤولية الموظف المعني، والنتائج المترتبة على سير المصلحة وكذا الضرر الذي لحق بالمصلحة أو بالمستفيدين من المرفق العام".

(5) M. LONG et Autres: **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 21^{ème} Edition, Paris, Dalloz, 2017, p.168 « le pouvoir discrétionnaire comporte le droit de se tromper mais non celui de commettre une erreur manifeste, c'est à dire à la fois apparente et grave »

(6) نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 77

خامسا: عدم التمييز بين السلطة التقديرية كمصطلح قائم بذاته وبين سلطة التقدير السيادي أو الحر والخلط بينهما، فالمحكمة تتمتع بحرية التقدير في ممارسة سلطة التقدير التي تحوزها، والتي يعهد بها قانونا إليها بوصفها سلطه تقديرية، حيث تعني السلطة التقديرية سلطة اتخاذ القرار أو سلطة الحكم (pouvoir de décision)، وبالتالي فالسلطة ذاتها تقديرية بالنسبة للشخص الذي يختص بها، وله سلطة اتخاذ قرار باختيار حل ملائم وصالح من بين عدة حلول متاحة ومشروعة، أما سلطة التقدير Pouvoir d'appréciation فتعني سلطة الفحص، Pouvoir d'examen. (1) ففي العمليات الذهنية الموكلة إلى المحكمة فيما يتعلق بفحص الوقائع المتنازع فيها، يقال إن تقدير القاضي للواقع هو الذي يوصف بأنه سيادي أي حر وليس سلطته: سلطة التقدير السيادي وليس [السيادية]، وبالتالي، فإن ممارسة السلطة التقديرية تسمح للمحكمة بوزن الأدلة، حيث تستخلص استنتاجاتها بعد تقدير الأدلة بممارسة السلطة التقديرية، وعلى سبيل المثال، فإن قرارها باستبعاد دليل هو واجب ناشئ عن هذه السلطة التقديرية. (2) فيكون لقاضي الموضوع أن يقدر، في جملة من الأمور، صحة الطلب أو الطعن، وقابليته، وقيمة ونطاق حجج الأطراف، والشهادة المقدمة، (3) ومشروعية الإدعاءات المثارة، ومقدار التعويض المطالب به، وشرعية الحقوق المطالب بها، وطبيعة وخطورة الضرر الناجم. (4)

ويؤكد العديد من الفقهاء على اتساع مجال السلطة التقديرية لتمثيل جميع المنازعات أي كانت طبيعة النزاع، سواء كان إداريا أو مدنيا أو جنائيا، فجوهر السلطة التقديرية بالنسبة

(1) PICOTTE (Jacques): *op.cit*, p.287.

(2) *Ibid* p.288.

(3) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 103801، مؤرخ في 19/12/1993، قضية (ح.ع) ضد بلدية باتنة ووالي الولاية، المجلة القضائية، 1995، العدد 3، ص 212.

(4) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 77886، مؤرخ في 10/02/1991، قضية (و.س) ضد (ع.ب)، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 02، ص 135: "من المقرر قانونا أنه في حالة عدم موافقة صاحب الملكية بالتعويض المحدد عن طريق مصالح أملاك الدولة عند نزع ملكيته للمنفعة العمومية، يجوز له أن يرفع قضيته للمجلس القضائي، وللقاضي سلطة تقديرية لتقييم وتحديد ذلك التعويض بصفة عادلة ومن ثم النعي على القرار القاضي بتعويض المطعون ضدهم عن قطعة أرض نزعتم منهم من أجل المنفعة العامة بمخالفة القانون غير سديد"

للقاضي لا يختلف،⁽¹⁾ وكما يقول الأستاذ أيزنمان، في القانون الإداري، هناك مجموعتان منفصلتان من السلطات العامة تتاضلان من أجل ممارسة السلطة التقديرية، الإدارة العاملة والقضاء الإداري، وفي النهاية، فإن مجلس الدولة هو الذي يتحكم في هذا التقسيم للسلطة التقديرية بين المجموعتين.⁽²⁾

وعليه، يمكن التأكيد على أن أبرز الملامح التي تضمنتها أغلب تعريفات السلطة التقديرية هو ظهور السمات الإدارية الخاصة بالإدارة عند ممارسة السلطة التقديرية، وهو ما يلاحظ عند تعريف السلطة التقديرية في القضاء، كما ظهر على بعض التعريفات غلبة عنصر التقدير على عنصر السلطة وربطه برقابة محكمة النقض خاصة في القانون الفرنسي، فمقياس الرقابة ليس هو ما يميز السلطة التقديرية، فالسلطة التقديرية للإدارة تخضع للرقابة أكثر فأكثر، والرقابة تتغير مع مرور الوقت وفقا لاعتبارات سياسية واجتماعية.³

وبالتالي فإن معيار "حرية الاختيار" هو في قلب فكرة السلطة التقديرية للقاضي، وفي تدرج السلطة، وهي بدون شك أي السلطة التقديرية- الشكل الأكثر حرية، إذا استثنينا السلطة التحكيمية والتي تعتبر غير مشروعة، مادامت لا تقوم على أساس قانوني أو شرعي.⁽⁴⁾ ومن ناحية أخرى، فإن السلطة التقديرية ترسم وجودها وتجد حدودها في مصدر خارجي عنها - وهو القاعدة التأهيلية الذي يميزها كسلطة مشروعة.⁽⁵⁾

كذلك ؛ معيار الملاءمة، والذي يقتضي أن ممارسة السلطة التقديرية للمكلف بها، يفترض فيها تطبيق أكثر الخيارات ملاءمة للواقعة، فهي ليست خيارا مطلقا، بل لابد من مراعاة ملاءمة الحكم الذي تم اختياره للواقعة، سواء كانت الملاءمة واقعية أو قانونية أو

⁽¹⁾ محمد علي الكيك: المرجع السابق، ص 17 / اسماعيل نبيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 239.

⁽²⁾ EISENMANN (Charles): *op.cit*, Tome 2, p. 312

⁽³⁾ وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء الأول، ص 71.

⁽⁴⁾ CORNU (Gérard): *Vocabulaire juridique*, *op. cit*, p.69.

⁽⁵⁾ SIGNAT (Carine): *op. cit*, p.12.

سياسية ونحو ذلك، ونوع الملاءمة، سواء كانت المصلحة العامة أو العدالة وغيرها لأنها تعد غاية وهدفا للسلطة التقديرية.⁽¹⁾

وعليه، وكما هو الحال في القانون الإداري، تُفهم السلطة التقديرية (للقاضي) على أنها السلطة الممنوحة للقاضي للاختيار بين قراراتين أو أكثر متوافقين مع القانون.⁽²⁾

كما تعرف أيضا على أنها: "المكنة الممنوحة للمحكمة للتقدير، والتي تعهد لها كامل السلطة بتركها لاقتناعها واتخاذ الحكم دون إمكانية التدخل في ذلك".⁽³⁾ ويندرج هذا التقدير عموما في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الحكم.

من خلال التحليلات السابقة، يتبين أن السلطة التقديرية للقاضي لها بناء مماثل للسلطة التقديرية للإدارة، إلا أنه لا يمكن الخلط بين هاتين الفئتين، وتبرز الاختلافات الأساسية بينهما من أن المحكمة والإدارة لا تنتميان إلى نفس نوع السلطة وفقا للفروقات الآتية:

1- أن القاضي الإداري ملزم في تصرفاته بالامتثال الصارم للقانون، وأيضا وجوب احترام هامش الحرية الذي يتركه القانون للإدارة، وهو ملزم بتبرير أحكامه من وجهة نظر القانون.

2- أن الإدارة تتوافق في سياق إنجاز المهام الموكلة إليها مع أسباب الغاية النهائية المبتغاة، وكذلك الأسباب ذات الطابع السياسي، أما بالنسبة للقاضي فهو ملزم أثناء تسوية نزاع قانوني ألا يمتثل عموما لأسباب الغاية (السياسية في معظمها)، بل ينبغي أن يمتثل لمبادئ العدالة.

3- أن السلطة التقديرية للقاضي أضيق نطاقا من السلطة التقديرية للإدارة، نظرا لضرورة التزام القاضي بمراعاة المبادئ والتوجيهات المتضمنة في القانون النافذ، والتي تحد كثيرا من اختيار الحل الممكن، وينبغي على القاضي في عملية اتخاذ الحكم أن يميل إلى إيجاد الحل

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء الأول، ص 71.

(2) SIGNAT (Carine): **op.cit**, p. 14: « Tout comme en droit administratif, le pouvoir discrétionnaire (du juge) est entendu comme le pouvoir donné au juge de choisir entre deux ou plusieurs décisions également conforme à la légalité »

(3) PICOTTE (Jacques): **op.cit**, p.288-289 « Le pouvoir discrétionnaire est la faculté d'appréciation de la juridiction, soit celle qui lui confie l'entier pouvoir de se laisser convaincre et de décider sans qu'il y ait à son encontre possibilité d'intervention. « Cette appréciation relève généralement du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. »

الصحيح والوحيد، أي حل عقلائي وصحيح في نفس الوقت، وهو ليس بالضرورة هدف الإدارة.

4- تقتصر رقابة القاضي للقرارات الإدارية على مشروعيتها وليس "غايتها" من حيث المبدأ؛ أما بالنسبة لحكم القاضي فإنه يمكن الرقابة عليه من جميع جوانبه، وبعبارة أخرى فإن مراجعة الأحكام القضائية ليست محدودة بأي حال من الأحوال.

5- أن الفجوة بين حرية القضاة وحرية الإدارة تتبع أيضا من الاختلافات الإجرائية القضائية، والإجراءات الإدارية، والواقع أن القضاء والإدارة مكلفان بمهام ووظائف مختلفة؛ فهي متميزة وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات، وبالتالي فهي تقوم بمهامها بطريقة مختلفة، وما يفصل بين القضاء والإدارة، هو الالتزام بتطبيق القانون من جانب المحاكم، والجمع بين الهدف والسعي لتحقيق هذا الهدف من جانب الإدارة، وعلى خلاف السلطة التقديرية للإدارة، فإن إصدار أحكام القضاة والتحقق منها (مراجعتها) يتم في إطار سلطة (قضائية) وحيدة.

من حيث المبدأ، ينبغي قبول التمييز المذكور أعلاه بين السلطة التقديرية القضائية والسلطة التقديرية للإدارة، مع الإقرار بـ: " الارتباط احتياطيا بروح القانون" ويعود هذا التمييز إلى أن الحالة أو قائمة التحديدات القانونية للقرارات المتخذة من طرف الهيئات الإدارية أوسع من قائمة التحديدات للأحكام القضائية، وليس إلى الحالة التي تحدد فيها القواعد القانونية بصفة إلزامية، وفي بعض الأحيان الشكل والإجراءات التي يجب على الهيئات الإدارية احترامها عند اتخاذ قراراتها، وإلا فإن هذا التمييز يبقى متعارض مع المبدأ الدستوري للمشروعية، وغير مقبول على هذا النحو. وعليه من الصعب القبول بأن الالتزام بالقانون لا يشكل قيودا على السلطة التقديرية للإدارة، وفي دولة القانون، ينبغي على الإدارة أن تعلق قراراتها من وجهة نظر القانون عندما يفرض عليها القانون ذلك، وأن تتصرف على أساس القانون باعتباره "خط توجيهي".

كما أن ما يميز السلطة التقديرية للقاضي الإداري عن غيره من القضاة هي أنها لا تشكل الحالة الوحيدة لتحديد الآثار العامة والقواعد القانونية المجردة والملزمة في قضية أو حالة ملموسة، بل هو ممارسة العدالة بالرقابة على النشاط العمومي. وبالتالي فهو يستمد سلطته في الرقابة في حالة ملموسة من المشرع، لاتخاذ قرارات مختلفة، كما أن اختصاصاته

لا تنحصر عند نهاية عملية تطبيق القانون من قبل القاضي (من الصعب تصور صلاحيات القاضي إعمالا لسلطته التقديرية عندما يحكم بما هو متوافق مع القانون أم لا).

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول مشروعية السلطة التقديرية للقاضي الإداري

اختلف الفقه في مسألة تمتع القاضي بسلطة تقديرية -كمبدأ عام- عند مباشرته للعمل القضائي، رغم أنها أصبحت من المسلمات المفترضة في الوظيفة القضائية والمعترف بها من طرف التشريعات الحديثة، وجاءت آراؤهم حول مشروعيتها على ثلاثة اتجاهات كما يلي:

أولاً: الاتجاه الرافض لوجود سلطة تقديرية للقاضي ومبرراته.

يؤسس جانب من الفقه⁽¹⁾، ممارسة القاضي لعمله استنادا إلى ولايته التي يستمدّها من المشرع، الذي يحدد نطاق الولاية وفقا لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة في المعنى والمراد، فالقاضي لا يملك سلطة أن يريد أولا يريد، فهو مقيد بإرادة المشرع دائما، وحتى في الحالات التي تتسع فيها سلطة القاضي بناء على قواعد العدالة أو على أدلة إقناعية بحته فإنه يظل مقيد بغاية العمل القضائي⁽²⁾، وعليه يستبعد أن يكون للقاضي سلطة تقديرية، فهو لا يستمد الحكم من نفسه وإنما من قاعدة قانونية موضوعية غير مكتوبة في ضمير الجماعة⁽³⁾

وتجدر الإشارة إلى أن أصحاب هذا الطرح، ينكرون على القاضي تمتعه بالسلطة التقديرية وربطها بالإدارة حيث يعتقدون أن السلطة التقديرية سمة من سمات العمل الإداري، والذي يشمل دائما قدرا معيناً من الحرية للأعوان الإداريين، في حين أن القضاء هو نشاط آخر يخضع للقانون ولا ينطوي إلا على اختصاص مقيد بصفة مطلقة، ولا مكانة لأي هامش من الحرية، ومعنى ذلك، أن الإدارة تصطدم مع وقائع غير قابلة للنقاش، إلا أن هذا الطرح أنتقد باعتبار أنه توجد من جهة حالات تدخل أكثر فأكثر في الاختصاص المقيد للإدارة،

(1) عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص 158 / مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، القاهرة، دار الفكر العربي للنشر، 1975، ص 91 وما بعدها / نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها، ص 497 وما بعدها.

(2) عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص 202.

(3) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 23-25 / نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 103.

أين يحدد فيها القانون وبطريقة صارمة تماما الكيفية التي يجب أن تتصرف الإدارة على نحوها دون أن يترك لها اقل هامش من الحرية.⁽¹⁾

وانتقد هذا الطرح على أنه يصبو إلى تعريف ليس فقط مجرد نشاطين يخضعان لنظامين مختلفين، ولكن بشكل أعمق من ذلك وظيفتين مختلفتين، ولا يمكن القبول بهذا الادعاء والذي يبدو أنه غير مبني على أسس سليمة. فالقول أن سلطة القاضي هي بالأخص سلطة تنفيذ بحت، هو فرضية لا علاقة لها بالواقع، ففي كثير من الأحيان، فإن القواعد التشريعية المتعلقة بالنزاعات التي يتعين على القاضي النظر فيها، بدون شك تترك له حرية كبيرة إلى حد ما في اتخاذ القرار والاختيار بين عدة قرارات، إما إراديا (مثلا إمكانية الاختيار بين عدة عقوبات، أو بين درجات مختلفة من نفس العقوبة)، وإما لا إراديا (لأنها لا تحدد بالضبط فكرة ما والتي يمكن استخدامها، أو المعنى الدقيق للجمل الخاصة بها)⁽²⁾

والقانون ذاته يدعو القاضي إلى الحكم وفقا لقناعاته الشخصية والحرية، في حالة عدم وجود قاعدة وضعية بشأن الموضوع القانوني المختلف فيه، (مثال: المادة 1 من القانون المدني الجزائري)،⁽³⁾ ففي حالة سكوت القانون، وسكوت المشرع، تتمثل مهمة المحكمة في ملء الفراغ باستخدام سلطتها التقديرية لاستكمال القانون أو إصدار القانون.⁽⁴⁾ فالجميع يعلم أن هناك قانون قضائي، أي القواعد التي أنشأها القاضي الذي يحكم ويضمن بعد ذلك أنه سيتم الحكم على أساسها من قبل محاكم أخرى أدنى⁽⁵⁾؛ فحرية القضاء - القاضي المنشئ للقاعدة - تصل هنا أقصاها، وإلى الدرجة التي لا تبدو أنها ممنوحة على الإطلاق لأي عون إداري، ونحن نعرف مدى انتشار هذه الظاهرة في فرنسا بالنسبة لمجلس الدولة أو محكمة التنازع المبدعين للكثير من القواعد وأساسات القانون الإداري.⁽⁶⁾

⁽¹⁾ EISENMANN (Charles): **op.cit**, tome 2, p.314.

⁽²⁾ EISENMANN (Charles): **op.cit**, tome 1, pp.106-107.

⁽³⁾ الأمر رقم 75-78، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم (ج. ر. ج. ج عدد 78 صادر في سبتمبر سنة 1975).

⁽⁴⁾ PICOTTE (Jacques): **Juridictionnaire**,: **op.cit**, p. 2471.

⁽⁵⁾ Hab, Wojciech Jakimowicz: **Le pouvoir discrétionnaire des juges en droit administratif**, In W. Jakimowicz et P. Serrand (s.dir), **Le pouvoir discrétionnaire Regards croisés franco-polonais**, Editions mares & martin, 2013, pp 23-38.

⁽⁶⁾ EISENMANN (Charles): **op.cit**, tome 2, pp. 107-108.

وتجدر الإشارة إلى أن رجال القانون الفرنسيين يرون أنه لا توجد سلطة تقديرية إلا فيما يتعلق بالأعمال الإدارية ؛ فلا نجد إلا في القانون الإداري، ونتيجة لذلك، فهي فكرة خاصة بهذا الفرع من القانون. بالنسبة لـ: "الإداريين" أو رجال القانون العام فهي لا توجد سوى للإدارة وهي واضحة أو مؤكدة بشكل قاطع أو أنها تنشأ عن التفسيرات.⁽¹⁾

ويرى أصحاب هذا الطرح، أن هناك نقطة والتي على أساسها أوجدت للأعوان الإداريين في كثير من الأحيان سلطة تقديرية، في حين أنه في هذه النقطة نفسها لم يكن للهيئات القضائية ذلك (لا نحلل إلا بالنسبة لقضاء المنازعات). وتتمثل هذه النقطة في الاختيار بين التدخل والامتناع عن التدخل. ففي الواقع، فإن القضاء هو مجموعة من الأجهزة السلبية، ولا يتصرف القضاة إلا عندما "يلتمس منهم ذلك" من هيئات عامه أخرى أو أشخاص عاديون ؛ ويبدو أن هذا الاقتراح صحيح بالنسبة للقضاة بشرط بطبيعة الحال أن يقصد بذلك هيئات الحكم فقط، وليس جميع "القضاة" بما في ذلك النيابة العامة، ولكن بما أنه ألتمس منهم ذلك، فيجب عليهم أن يتصرفوا، وعليهم ان يتخذوا قرارا، وفيما يتعلق بالبديل "التدخل أو الامتناع" فان السلطة التقديرية لا نجد لها أبدا بالنسبة للهيئات القضائية المناسبة.

إلا، أنه من الخطأ الجسيم التركيز، كما هو الأمر في كثير من الأحيان، على اعتبار أن السلطة التقديرية تقوم فقط على حرية الاختيار بين التدخل والامتناع، و فقط على حرية اتخاذ قرار التصرف وعدم التصرف. وحتى إذا لم تكن هناك سلطة تقديرية في هذه المرحلة، فإنها لا تستبعد حقيقة انه في إطار التحليل الذي قدمناه توجد نقاط أخرى قد تكون السلطة التقديرية موجودة فيها وتوجد بالفعل بنسب كبيرة للمحاكم.

ويبدو أن نشأة هذا الاتجاه والتشدد فيه مرتبط بعامل تاريخي، يتمثل في خشية عودة ما يسمى ب(حكومة القضاة)،⁽²⁾ وأن يكون الاعتراف بالسلطة التقديرية مجالا لتحكم القضاة لدوافع نفسية محضة، والمغالاة في تطبيق المشروعية دون أعمال واقعي لمطالبات العمل

⁽¹⁾ EISENMANN (Charles): **op.cit**, tome 2, p. 314

⁽²⁾ وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص108: "هذا التعبير يستخدمه الفقهاء للدلالة على اتساع سلطات القضاة - وبخاصة الذي ينظر في منازعات الإدارة- اتساعا كبيرا، كما كان الوضع قبل الثورة الفرنسية، بحيث يقوم بعمل السلطتين التنفيذية والتشريعية، ورغم عدم واقعية هذا التخوف فان البعض بالغ فيه وطالب بالحد من سلطات القاضي والتقليل من دوره في تحقيق العدالة.

القضائي ودواعي العدالة، خاصة أن سلطات القضاة في فرنسا قبل الثورة الفرنسية كانت في الغالب سلطات تحكمية مطلقة، مما جعل الكثير من الفقهاء ينادي بالحد من المذهب المطلق لنشاط القاضي في الدعوى بشكل عام، وهو ما انعكس سلبا على نظرته للسلطة التقديرية، حتى اعتبروا الحالات التي نص فيها القانون على السلطة التقديرية للقاضي كاختيار أحد الحدين في العقوبة لا تمثل سلطة تقديرية.

وبالتالي، يمكن القول أن السلطة التقديرية توجد في جميع أنواع الأنشطة العمومية، وأنها توجد بالنسبة لممارسة جميع وظائف الدولة ؛ وهي لا تشكل على الإطلاق خاصية للقانون الإداري، وبالتالي لا يجب أن تفسر على أنها تفرد لهذا القانون.⁽¹⁾

ثانيا: الاتجاه الواسع للاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي

ناقش غالبية الفقهاء أصحاب الطرح السابق الذي ينكر على القاضي تمتعه بالسلطة التقديرية، فاعتبروها نظرة ضيقة لأصحاب الشرعية المشددة، والتي تعكس تصورهم الخاطئ للسلطة التقديرية، وخطأوا بينها وبين التحكم L'arbitraire الأمر الذي أدى بهم إلى استبعاد تمتع القاضي بسلطة تقديرية.⁽²⁾

ويؤسس أصحاب هذا الاتجاه موقفهم على أن القاضي هو الأكثر قدرة على تحقيق الملائمة والتوازن بين المصالح المتعارضة، ويجب ان تكون له سلطة تقديرية واسعة للوصول إلى التوفيق بين الواقع والقانون من أجل تحقيق العدالة في أجل صورها⁽³⁾

وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى عدد من الأدلة والمبررات، أهمها:

1- أن مبدأ الشرعية بصورته التقليدية لا يتماشى مع الفكر الحديث، وأصبح القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة للوصول إلى التوفيق بين القانون والواقع، وعليه أقرت التشريعات

⁽¹⁾ DUBOIS (Jean-Pierre): **Pouvoir discrétionnaire**, Professeur de droit public à l'Université de Paris Sud, juillet 2015, p.4, <https://bit.ly/3svPjHg>, accédé le 21/01/2019 à 22H48.

سامي جمال الدين: قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2010، ص 14.

⁽²⁾ محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 167: " السلطة التقديرية هي أبعد ما تكون عن السلطة المطلقة التي لا تعرف حدا ولا قيودا".

⁽³⁾ وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 106.

الحديث للقاضي بالسلطة التقديرية الواسعة لتأمين العدالة وعددت له الوسائل اللازمة لتحقيق الغاية المرجوة من القضاء.⁽¹⁾

2- أن القياس والتفسير الواسع لم يعد ممقوتا كما كان من قبل، فمبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته هو نتيجة منطقية للاعتراف له بالسلطة التقديرية الواسعة.⁽²⁾

الملاحظ أن أصحاب هذا الاتجاه قد بالغوا في نظرتهم للسلطة التقديرية وأخرجوها عن حقيقتها القانونية فاعتبروها مجرد نشاط ذهني لأي عمل قضائي ولذا كانت السلطة التقديرية - عند هذا الاتجاه - مجرد تطبيق للقاعدة القانونية في مضمونها وما ترمي إليه من أهداف بما في ذلك تفسير القاعدة القانونية والقياس عليها⁽³⁾ وبذلك فقد ساوى أصحاب هذا الاتجاه بين العملية الذهنية الملازمة للعمل القضائي وبين السلطة التقديرية التي تمثل وسيلة من وسائل العمل القضائي ولا تلازمه بالضرورة فضلا عن أن تكون مرادفة لإرادة القاضي⁽⁴⁾

ثالثا: اتجاه وسط يبيح للقاضي سلطة تقديرية في نطاق معين، وضمن ضوابط محددة.

يرى غالبية الفقه أن القاضي يباشر سلطة تقديرية يمنحها إياه القانون وبيأشرها في نطاق معين، فالعمل القضائي هو وليد النظام القانوني، وبالتالي فهو مقيد بأحكامه، مما ينبغي - كمبدأ عام - استبعاد مسألة تمتع القاضي بسلطة تقديرية كاملة أو مطلقة، فالقاضي يلتزم عند أعمال سلطته التقديرية باحترام المبادئ والأصول القضائية، كما لا يجوز له أن يباشر سلطته التقديرية في غير الحالات التي نص عليها القانون، وغاية القضاء هو القانون، ومن ثم فإن السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي هي استثناء، فهي سلطة تقوم على شرط احترام القاضي لقواعد الإثبات وطرق التحقيق المحددة قانونا⁽⁵⁾

ويستند هذا الاتجاه إلى العديد من المبررات من بينها:⁽⁶⁾

(1) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 44

(2) مأمون سلامة: المرجع السابق، ص 28 وما بعدها وص 86.

(3) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 36

(4) نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 509 / أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 36.

(5) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 28-29

(6) عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص 152-153، مأمون سلامة: المرجع السابق، ص 31

1- أن القاضي يسعى دائما نحو تحقيق العدالة، وسلطته ليست تقديرية بالمعنى الفني لأنه يطبق القانون، فهو مقيد بأحكامه ونصوصه، فالمشرع يصيغ القواعد القانونية بنوع من المرونة، يمنح بموجبها سلطة تقديرية للقاضي حتى لا يجعل من القاضي مجرد آلة وفي المقابل لا يكون له مطلق التصرف دون قيد.

2- أن المشرع عندما يعتد بإرادة القاضي عند اتخاذه لحكم قضائي، فإنه يترك له قدرا من الحرية، ليس في تحديد الأهداف التي تتجه إرادته نحو تحقيقها فهذه مسألة يحددها القانون حسب مقتضيات وظيفية القاضي، ولكنه يترك له حرية اختيار الوسائل التي تحقق هذه الأهداف والغايات.

وعليه؛ فإن هذا الاتجاه هو المعبر عن مشروعية السلطة التقديرية، فلا يمكن للقاضي ممارسة السلطة التقديرية دون أي قيد أو ضابط، سواء بالموازنة والترجيح بين عدة خيارات ممكنة ومشروعة لتطبيق أكثرها ملاءمة على الواقعة بنص القانون، أو باستلهاام القاعدة من روح القانون. ومما لا شك فيه أن القوانين كثيرا ما تترك للقاضي هامشا كبيرا من الحرية للتقدير، وبالتالي فهي نصوص مقررة لممارسة السلطة التقديرية للقاضي عموما، سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية.

في الواقع، توجد سلطة تقديرية للهيئة القضائية حتى في الحالات التي يسمح فيها القانون نفسه للقاضي عمدا بالاختيار بين عدة حلول، فالمشرع هنا هو الذي أعطى بصفة إرادية وإبدراك تام سلطة تقديرية للقاضي بما أنه هو من أعطاه الخيار بين هذا قرار وهذا أخرى قرار.⁽¹⁾ وحتى في الحالات التي يحكم فيها وفقا لمبادئ العدالة، فهو يستوحي القاعدة التي يبني على أساسها حكمه من روح القانون ومن ضمير الجماعة، وعليه يجب ألا تكون محل خلاف في أصل مشروعيتها للقاضي طالما كانت في إطارها القانوني وبضوابطها المحددة وإن وجد خلاف فينبغي أن يكون في نطاقها سعة وضيقا وفي ضوابطها.⁽²⁾

⁽¹⁾ EISENMANN (Charles): *op.cit*, p. 315

⁽²⁾ سامي جمال الدين: القضاء الإداري (الرقابة على أعمال الإدارة مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري) دراسة مقارنة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003، ص..

وعلى سبيل المثال عندما يسمح له القانون الجنائي بالاختيار بين حد أدنى وأقصى للعقوبة الملاءمة للجريمة فيما بين الحدين مع سلطته - أيضاً - في الجمع بين عقوبتين أو الاكتفاء بعقوبة واحدة. وكذا في القانون المدني، عندما تسند له مهمة تحديد مبلغ التعويض أو الأمر بالتدابير التي تخدم على نحو أفضل مصلحة: الطفل، المؤسسة، الشركة، إلى غير ذلك.⁽¹⁾

فعمل المحكمة الجنائية مثلاً، والتي تعتبر محكمة التطبيق الصارم للقانون، ففي جميع الحالات التي يكون فيها للقاضي خيار معين للعقوبة على سبيل المثال، فإن القضاء الجنائي ليس على الإطلاق التطبيق الصارم للقانون ؛ فهو يستند إلى القانون، بمعنى أنه أياً كان القرار الذي يتخذه القاضي فإن القانون يسمح له بأخذه، ولكنه كان يمكن أن يتخذ على الأقل واحداً آخر، فكيف يمكن القول أنه ينفذ القانون فقط ؟ وهو يستند إلى الصلاحيات المخولة له بموجب القانون ؛ ولكن هذه السلطات التقديرية، تسمح له أن يختار وفقاً للاعتبارات التي كان سيأخذ بها المشرع، أو بطريقة المشرع.⁽²⁾

وعليه ؛ ومن من خلال ما تقدم، تبين أن بعض الفقهاء وخاصة فقهاء القانون العام يميلون إلى عدم الاعتراف بسلطة القاضي التقديرية، ولكن في الواقع لا يعد ذلك إنكاراً لحقيقتها بدليل اعترافه بها في الواقع، وإذا كانت سميت بأسماء أخرى، ويعود ذلك بالأساس إلى الخلط بينها وبين استمرار توسيع نطاق السلطة القضائية بشكل عام، حيث ساد خلال فترة الثورة الفرنسية، التطبيق الصارم لمبدأ الفصل بين السلطات، ووصل إلى درجة أن العديد من الفقهاء أنكروا أن يكون القضاء مصدراً رسمياً للقانون، وقصروا على مهمة القاضي في تطبيق القانون فقط دون تجاوز ذلك إلى إيجاد قاعدة قانونية، والقول بغير ذلك يدفع مزاحمة المشرع في وظيفته.

أما بخصوص مشروعية السلطة التقديرية للقاضي والاعتراف بها في القضاء فإن مبادئ القضاء العادي والقضاء الإداري قد تضافرت على إقرار السلطة التقديرية للقاضي

⁽¹⁾ TROPER (Michel): **Le Pouvoir Judiciaire et la Démocratie**, Université de Paris X-Nanterre, Institut Universitaire de France., Vol.1 EJLS No. 2, p. 6, <https://bit.ly/3swcAIV>, accédé le 11/06/2018 à 01H55.

⁽²⁾ EISENMANN (Charles): **op.cit**, p. 315.

والاعتراف بها،⁽¹⁾ فهي ضرورية في القضاء الإداري لأداء وظيفته القضائية،⁽²⁾ فهو لا يتقيد بما يتقيد به القاضي المدني أو الجنائي، بل أن أحكام القضاء الإداري تعد مصدرا من مصادر القواعد القانونية بعكس القضاة الآخرين الذين يميلون بشكل أكبر نحو النظام الرسمي للقانون ويستندون دائما إلى النصوص.⁽³⁾ حيث يتسع نطاق تطبيق السلطة التقديرية أمام القاضي الإداري، ولا سيما عند عدم وجود نص قانوني لحل الواقعة (سكوت القانون) فيقوم بابتداع الحلول استنادا إلى المبادئ القانونية العامة ومقتضيات العدالة،⁽⁴⁾ ويطبق أكثرها ملاءمة للواقع، إذا كان إعماله لسلطته التقديرية مستندا على صلاحية أكثر من حل للواقعة، فلا يقال بأن القاضي الإداري يمارس سلطة تقديرية إلا عند وجود أكثر من حل صالح للواقعة، على أنه لا يصدر في هذا عن عوامل نفسية بحتة بل يستلهم تلك الحلول من ضروريات الحياة الإدارية ومقتضيات العدالة والمصلحة العامة.

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 109

(2) MEURANT (Cédric): **L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français**, sous la direction de Caroline Chamard-Heim. - Lyon: Université Jean Moulin (Lyon 3), 2017. p. 420. Disponible sur: <http://www.theses.fr/2017LYSE3026> accédé le 06/08/2018 à 22H12.

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء الأول، ص 109

(4) مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، قرار رقم 013167، مؤرخ في 2002/11/19، قضية (وزير السكن) ضد ورثة المرحوم (ش.أ)، مجلة مجلس الدولة الجزائري لسنة 2003، العدد 03، ص 173: "المبدأ اجتهاد قضائي: سكوت القانون يعتبر سهوا من المشرع وتسبب في عدم مساواة المتقاضين أمام الضمانات المقررة قانونا، وخلق وضع قانونية غير عادلة، يتعين بالتالي على القاضي الإداري تصحيحها من خلال السماح للطرف الطاعن بالمعارضة أمام الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي وبواسطة عريضة مستقلة مودعة لدى نفس هذه الغرفة بطلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه".

المبحث الثاني: ضوابط ممارسة القاضي الإداري لسلطته التقديرية

يمارس القاضي نشاطه التقديري بالاستعانة بأدوات ووسائل هي بمثابة ضوابط، تضمن له عدم الانحراف وتشويه الوقائع، هذه الضوابط استلهمت من المبادئ والأصول التي يقوم عليها القضاء، ولا تخرج هذه القيم والمبادئ في جوهرها عن مبادئ العدالة والإنصاف والمشروعية، حيث لا يمكن ممارسة السلطة التقديرية دون مراعاتها والخروج عن إطارها تحقيقاً للعدالة والمشروعية، هذه الضوابط منها ما هو قانوني (المطلب الأول)، ومنها ما هو منطقي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضوابط القانونية

لا يمكن الحكم على صحة السلطة التقديرية للقاضي الإداري إلا إذا توافر فيها عدد من الضوابط، والتي تعد بمثابة شروط لصحتها وحدود تضمن إعمالها في نطاقها المقرر قانوناً، كما تضمن المحافظة على الأهداف المتوخاة من إتاحة ممارستها للقاضي الإداري، وتنقسم هذه الضوابط إلى نوعين ضوابط قانونية إجرائية (الفرع الأول)، وضوابط قانونية موضوعية (المطلب الثاني).

الفرع الأول: الضوابط القانونية الإجرائية

إذا كانت مبادئ الحياد والاستقلالية (أولاً) ومبدأ الخضوع (ثانياً)، تعد بمثابة ضوابط إجرائية لصحة العمل القضائي برمته، فإنها تعد في ذات الوقت ضوابط لصحة ممارسة السلطة التقديرية، باعتبارها جزء من العمل القضائي، وهي من أهم المبادئ التي يمكن أن تمارس في ضوءها السلطة التقديرية للقاضي كضوابط وحدود خارجية لا يمكن تخطيها وإلا أصبحت سلطة تحكمية وتعسفية.

أولاً: مبدأ الحياد Le principe d'Impartialité

لا يمكن للقاضي أن يكسب ثقة المتقاضين الذين يلجئون إليه، إلا إذا اطمئنوا بأنه يحكم بشكل محايد ومستقل.⁽¹⁾ وفي حالة القاضي الإداري، فإن هذا الشرط قد عرف عدة تطورات، حيث انطلق مجلس الدولة الفرنسي من فلسفة معينة مفادها أنه لا يمكن للمحكمة

(1) MASSOT (Jean): *Les pouvoirs et les devoirs du juge administratif dans l'examen des requêtes*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 3/2010., str. 501.-512. <https://bit.ly/3249LEN>.

تحقيق عدالة جيدة إلا إذا مُنح للمتقاضين عدد معين من الضمانات ؛ ويجب أن يكون للقضاة القدرة التي لا جدال فيها على الحكم وأن يكونوا محايدين؛ ويجب أن يكون التحقيق قد سمح للقضاة بالنظر في جميع جوانب النزاع ومنح الأطراف حقوقهم بحرية وبشكل تام.⁽¹⁾ وبالتالي يقتضي أن تمارس السلطة القضائية التقديرية ممارسة عادلة وحكيمة وحيادية، وإلا فإن ذلك قد يؤدي إلى أن يطعن في حكم الدرجة الأولى لسبب إساءة استخدام السلطة القضائية التقديرية.⁽²⁾

وعليه فإن الضابط الأول الذي يحكم العمل القضائي⁽³⁾ هو حياد القاضي، حيث يعتبر من أهم المبادئ الأساسية التي تقوم عليها وظيفة القضاء في دولة القانون، وليس استقلال القاضي رغم ارتباط مبدأ الحياد بمبدأ الاستقلالية ارتباطاً وثيقاً، وتتعامل المحاكم مع كليهما بشكل مشترك في حالات كثيرة،⁽⁴⁾ كما يرتبطان بالمادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 والذي ينتج عنه أن مبدأي الاستقلالية والحياد لا ينفصلان عن ممارسة الوظائف القضائية،⁽⁵⁾ إلا أن "الاستقلال سابق على الحياد، ولا يمكن أن يكون هناك حياد إذا لم يكن هناك استقلال"⁽⁶⁾، وبمعنى آخر فإن الاستقلال هو شرط أو أداة للحياد، حيث يشكل الاستقلال والحياد الجداران الخارجي والداخلي على التوالي لأي دعوى قضائية: استقلال القضاء هو حرية القاضي خارج الدعوى ؛ أما حياد القضاء هو المساواة بين المتقاضين في الدعوى ذاتها، والنتيجة هي التأثير المتبادل بين الاستقلال والحياد فكلاهما يفرضان بموجب القانون الإجرائي، باعتبارهما يشكلان معا ميزة أساسية لأي قضاء.⁽⁷⁾

بالنسبة للقضاء الإداري فالاستقلال لا يقتصر على غياب أي خضوع للسلطتين التشريعية أو التنفيذية، بل إبعاد القضاء الإداري عن أطراف الخصومة وخاصة الإدارة.⁽⁸⁾

⁽¹⁾ AUBY (J – M) et DRAGO (R): **Traité de Contentieux Administratif**, 2^{ème} édition, Tome II, Paris, LGDJ, 1975, p.57.

⁽²⁾ PICOTTE (Jacques): **op.cit**, p. 46.

⁽³⁾ يعرف العمل القضائي بالعمل الذي يحسم مركزاً خلافاً ناتجاً عن تطبيق القانون في الحياة العملية، وتقوم به هيئة تعتبر من الغير في نطاق إجراءات خاصة تكفل للأفراد ضمانات معينة" الغوثي بن ملح: **المرجع السابق**، ص 47.

⁽⁴⁾ اللجنة الدولية للحقوقيين: **المرجع السابق**، ص 18.

⁽⁵⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 712

⁽⁶⁾ BOLARD (Georges): **L'office du juge en procédure civile**, *Revue de droit Assas*, Université Panthéon d'Assas, Paris II, N° 13-14février 2017, p. 78.

⁽⁷⁾ GOHIN (Olivier) et POULET (Florian): **op.cit**, p.100

⁽⁸⁾ Ibid, p. 99.

أما مبدأ حياد القاضي فينبثق من مبدأ الخضوع أو سلطان الإرادة، أي يقتضي أن يبقى القاضي حكماً بين المتخاصمين حياد يفرض على كل القضاء كقاعدة إجرائية عامة.⁽¹⁾

ويقصد بالحياد: "حياد المحكمة أنه لا يجوز للقضاة أن يحملوا تصورات مسبقة بشأن القضية المنظورة أمامهم، ويجب ألا يتصرفوا بطريقة تعزز مصالح أحد الأطراف على حساب مصالح الآخر.⁽²⁾ فحياد القاضي قد يبدو لأول وهلة بأنه عدم تحيز القاضي، ولكن في حقيقة الأمر هناك اختلاف واضح ما بين المفهومين، فالتحيز (La partialité) معناه أن يقف القاضي بجانب أحد الخصوم على حساب الآخر - وهذا بلا شك تعارض مع مبدأ الإنصاف والموضوعية في المساواة بين الخصوم، في حين أن الحياد يعني أن يقف القاضي موقف الحكم الذي يزن المصالح القانونية للخصوم بالعدل⁽³⁾. وفي نفس السياق، نص الميثاق الأوروبي المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة على "وجوب امتناعهم عن أي فعل، أو سلوك، أو تعبير من شأنه أن يؤثر على الثقة في حيادهم واستقلالهم".⁽⁴⁾

ولا يكفي توافر الاستقلال لقيام حياد القاضي، كضمان عدم قابليته للعزل ونحو ذلك، ما لم يتم إبعاد القاضي عن المواقف التي تعرضه لخطر الإخلال بالحياد، وذلك بان ينص القانون على ما يكفل تحقيق الحياد وتنظيم الشروط والأسباب اللازمة له،⁽⁵⁾ بل يقتضي الحياد من القاضي التجرد أي تحقق مبدأ التجرد (le principe d'abstraction)، الذي يمثل

(1) إلياس الشخاني: دور القاضي في إثارة الأسباب القانونية، دار المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 2008، ص 5

(2) اللجنة الدولية للحقوقيين: المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاة والمحامين وممثلي النيابة العامة (دليل الممارسين رقم 01)، الطبعة الأولى، جنيف، 2007، ص 18.

(3) فارس علي عمر الجرجري: مبدأ حياد القاضي المدني (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية لنشر والتوزيع، مصر 2012، ص 13.

(4) اللجنة الدولية للحقوقيين: المرجع السابق، ص 32.

(5) اللجنة الدولية للحقوقيين: المرجع السابق، ص 22: "من واجب كل دولة وضع الضمانات اللازمة كي يتمكن القضاة من البت في القضايا بطريقة مستقلة، ويجب أن يتحقق استقلال القضاء عن طريق الامتناع عن التدخل في عمله والامتناع لأحكامه".

- المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتضمن التعديل الدستوري الجزائري، (ج. ر. ج. ج، عدد 82، صادر في 30 ديسمبر سنة 2020).

عنصرا من عناصر الحياد،⁽¹⁾ حيث يحظر على القاضي الفصل في المنازعة طالما كانت له معرفة خاصة وسابقة بالدعوى، حتى يتجرد من كل هوى أو تأثير عند وزن حجج الخصوم والحكم في الدعوى،⁽²⁾ وبالتالي يجب عليه أن يكون خالي الذهن من أي علم خاص بها وسابق بوقائعها، حتى لا تكون لديه مفاضلة حل عن آخر.⁽³⁾

هذا ما أكدته ديباجة الدستور الجزائري على أن يكفل الدستور مبدأ الفصل بين السلطات والتوازن بينها واستقلال العدالة، وأن لا يخضع القاضي إلا للقانون. وقد جاء في نص المادة 172 الفقرة الأولى من التعديل الدستوري لسنة 2020 على أنه " يتمتع القاضي عن كل ما يخل بواجبات الاستقلالية والنزاهة، ويلتزم بواجب التحفظ"⁽⁴⁾ كما أورد أيضا المشرع الجزائري قبل ذلك بموجب نص المادة 7 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 2004⁽⁵⁾ على أن: " على القاضي أن يلتزم في كل الظروف بواجب التحفظ واتقاء الشبهات والسلوكات الماسة بحياده واستقلاله".

من خلال ما سبق يتبين أنه رغم الارتباط الوثيق بين المبدأين إلا أن انفكاك الحياد عن الاستقلال متصور، فليس كل استقلال يؤدي للحياد بالضرورة، وإن كان لا يمكن تصور حياد دون استقلال، فانتفاء الاستقلال انتفاء الحياد، وانتفاء الحياد ليس علامة على انتفاء الاستقلال.⁽⁶⁾ ومن المؤكد أن عدم تحقق حياد القاضي يمس بالضرورة بمشروعية ممارسته

(1) عبد الحميد الشورابي: المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 64.

(2) برهان زريق: نظرية الحكم في القانون الإداري، ط 1، د.د.ن، 2017، ص 31

(3) BOLARD (George): **op.cit**, p. 79 «L'impartialité du juge tient à l'absence de préjugé. Dans l'intimité de sa pensée, serait-elle inconsciente le juge ne doit pas avoir une préférence a priori pour une solution »

(4) المادة 2/178 من التعديل الدستوري لسنة 2020، مرجع مشار إليه أعلاه، " يعاقب القانون كل من يمس باستقلالية القاضي، أو يعرقل حسن سير العدالة وتنفيذ قراراتها".

(5) القانون العضوي رقم 04-11، مؤرخ في 06 سبتمبر 2004، **المتضمن القانون الأساسي للقضاء**، (ج. ر. ج. ج عدد 57 صادر في 08 سبتمبر 2004).

(6) يشير الاستقلال إلى الاستقلال الذاتي الممنوح للقاضي أو المحكمة للبت في الدعاوى عند تطبيق القانون على الوقائع، و"الاستقلال" يتطلب أن يكون كل من السلطة القضائية والقضاء بمنأى عن الخضوع لباقي السلطات العامة، بينما حياد القاضي يتصل بعلاقته بالمقاضين، وذلك بالألا يكون له مصلحة تؤثر في تقديره وحكمه" ينظر: اللجنة الدولية للحقوقيين:

لسلطته التقديرية، بل أن ممارسته تكون في هذه الحالة مشوبة بعيب الانحراف والتعسف بها الأمر الذي قد يقيم المسؤولية التأديبية في حقه.⁽¹⁾

بالنسبة للقاضي الإداري يتسم مفهوم مبدأ الحياد بطبيعة خاصة، وذلك لممارسة القضاة الإداريين وظائف متعددة، وهذه الازدواجية في الوظيفة تجعلنا نتساءل فيما إذا كانت هذه الوضعية من طبيعتها المساس بالحياد الهيكلي له. فقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي معياراً وضعته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان CEDH في قضية Procola⁽²⁾، يقوم على أن "مجرد الشك" يمكن أن يمس بحياد قضاة الحكم ويبرر إبعاد القاضي الإداري عن نظر المنازعة، فالقاضي يجب أن يكون كالغير بالنسبة للخصومة المطروحة أمامه وبالنسبة للخصوم ولموضوع النزاع. فما يؤثر في حياد القاضي الإداري أن يشترك في نظر الدعوى والحكم فيها رغم أنه والد لأحد مستشاري الإدارة (بلدية Sartrouville) المدعى عليها والذي صوت على قرار البلدية المطعون فيه أمام هذه المحكمة.⁽³⁾ وفي حالة ممارسة وظيفة مستشار ووظيفة قاضي في نفس القضية فإن ذلك من طبيعته أن يمس بحياد التشكيلة التي حكمت في القضية.⁽⁴⁾

عموماً يقوم حياد القاضي الإداري على معيارين وضعتهما المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بموجب قضية شركة بروكولا PROCOLA سنة 1995:⁽⁵⁾

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 169

(2) GOHIN (Olivier) et POULET (Florian): **op.cit**, p. 125 « CEDH, 28 sept, 1995, société Procola c/ Luxembourg ».

(3) C.E., 2 octobre 1996, Commune de Sartrouville, Rec., p. 1101 (annulation du jugement du tribunal administratif, la fille d'un conseiller municipal de la commune en cause ayant été partie à la formation de jugement).

(4) المرسوم التنفيذي رقم 03-165، مؤرخ في 09 أبريل 2003، المحدد لشروط وكيفيات تعيين مستشاري الدولة في

مهمة غير عادية لدى مجلس الدولة، (ج. ر. ج. ج عدد 26، صادر في 13 أبريل 2003)

" لا يتمتع مستشارو مجلس الدولة الذين يتم تعيينهم في مهمة غير عادية بصفة القاضي أما المستشارون الذين يتولون مهمة عادية لهم صفة القاضي ويتولى القيام بمهمة التقرير والاشتراك في التشكيلات القضائية والتشكيلات الاستشارية. كما يخولهم القانون ممارسة وظيفة ومهمة محافظ الدولة المساعد ولا يمكنهم بأي حال الجلوس في جلسة الحكم إعمالاً لمبدأ الحياد".

(5) GOHIN (Olivier) et POULET (Florian): **op.cit**, p. 100

في قضية شركة Procola: التي طعنت في قرار مجلس الدولة لدولة لوكسمبورغ أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والتي أعطت الحق لشركة بروكولا التي طعن في أن بعض أعضاء تشكيلة جمعية قسم المنازعات لمجلس الدولة في

1- معيار ذاتي: حيث أن انحياز (partialité) القاضي الذاتي باعتباره إنسان هو بسيط وسهل تصويره ويكون في حالة قاضي الحكم، مع العلم أنه نادرا ما يحدث ذلك، وقد غطت الدولة نقص الحياد الذاتي بإعطاء ضمانات للمتقاضين بوضع قواعد إجرائية تسمح للمتقاضين برد القاضي،⁽¹⁾ إذ يكفي الإبلاغ عنه بأي وسيلة من وسائل العلاقة الشخصية للقاضي مع أحد أطراف الدعوى والتي قد تكون علاقة عائلية أو صداقة أو عداوة أو حتى علاقة عمل، وقد أورد المشرع الجزائري على سبيل الحصر ثماني حالات لرد القاضي لا يجوز التوسع فيها، وذلك بموجب نص المادة 241 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.⁽²⁾

2- معيار موضوعي: فيما يخص الحياد الموضوعي فيتعلق الأمر بالقاضي نفسه باعتباره يمارس وظيفة القضاء، وبالتالي الاهتمام بمختلف الوظائف التي يمكن أن يمارسها بخصوص نفس القضية، وتوجد حالتين يمكن أن نميز فيهما الحياد الموضوعي، الحالة التي يمارس فيها نفس القاضي وظائف قضائية مختلفة في القضية ذاتها، والحالة الثانية أن يمارس نفس القاضي وظائف ذاتها في قضية واحدة وتفصيل ذلك كالآتي:

- **الحالة الأولى:** تخص القاضي الذي حكم في القضية ابتدائيا ويجلس أيضا في جلسة حكم الاستئناف، غير أن القضاء الإداري يمتاز بخصوصية تجعله لا يدرج ضمن حالات عدم حياد القاضي، عندما يحكم في دعوى تجاوز السلطة وفي دعوى تقدير المشروعية التي ترفع ضد نفس القرار الإداري، كذلك يكون قاضي ضمن تشكيلة حكم قضت برفض طلب وقف تنفيذ قرار إداري، وهذا بالنظر إلى طبيعة وظيفة قاضي الاستعجال⁽³⁾، وكذا وقف تنفيذ حكم أو قرار قضائي⁽⁴⁾، أو أن يكون أيضا مقررا عاما (مفوض الحكومة سابقا) في الدعوى الخاصة بالموضوع، مع التحفظ على الحالة التي يمكن أن يكون له حكم مسبق على النزاع بتجاوز حدود وظيفته، حيث يحظر مبدأ الحياد على القاضي الذي نظر في قضية ما

لوكسمبورغ جلسوا في جلسة الحكم في الدعوى بالإبطال التي رفعتها بعد أن أعطوا رأيهم حول مشروعية الأحكام المطعون فيها أمام محكمة الاستئناف ل: ستراسبورغ.

(1) المواد من 242 إلى 245 من القانون رقم 08-09، ق.إ.م.إ: مرجع مشار إليه سابقا.

(2) المادة 241 من القانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (ج.

ر. ج. ج عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008)

(3) M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 158 « CE sect, (avis) 12 mai 2004, commune de Roger ville)

(4) CE, sect, 26 nov2010, société Paris tenni

كمستشار أن يجلس في نفس القضية كقاضي حكم، لأن المتقاضي قد يخشى عندئذ وبصورة مشروعة من أنه قد يكون له حكم مسبق.⁽¹⁾ كما يخولهم القانون ممارسة وظيفة ومهمة محافظ الدولة المساعد ولا يمكنهم بأي حال الجلوس في جلسة الحكم إعمالاً لمبدأ الحياد.⁽²⁾

- **الحالة الثانية:** ونجد هذا النوع من الإشكالية، حين تحكم محكمة إدارية في ملف دعوى تجاوز السلطة ويصدر القاضي حكماً بالإلغاء سبب ضرر للغير الذي لا يكون طرفاً في الدعوى، وبالتالي يقوم هذا الأخير بالطعن في الحكم أمام نفس القاضي يطلب فيه إعادة فحص الملف وتعديل حكمه الأول أو إلغائه، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لا يجد إشكالا في هذا النوع ما دام قد دخلت عناصر جديدة في القضية.⁽³⁾

وبصفة عامة فإن دمج وظيفة التحقيق مع وظيفة الحكم ليس فقط للمقرر ولكن للهيئة في مجملها، يمكن أن يدخل الشك حول حياده عندما يظهر من التحقيق أنه يعطي حلاً مسبقاً يمكن أن يؤثر على الحكم، أما بالنسبة للإجراءات فإن مبدأ الحياد يتعارض مع الآليات التي تتضمن مبدئياً تقديراً يشكل حكم مسبق يؤثر على الحكم النهائي.

ثانياً: مبدأ الخضوع لسلطان الإرادة Le principe dispositif

مبدأ الخضوع هو المبدأ الذي بموجبه يكون للخصوم المبادرة بالدعوى وتحديد مضمونها، فهي حق للخصوم كبقية الحقوق المعترف بها للأفراد، وكذلك متابعتها والسير فيها أو التنازل عنها قبل صدور حكم في الموضوع أو حتى بعد صدور الحكم فيها،⁽⁴⁾ هذا المبدأ يؤدي إلى أن القاضي ملزم بالبت في النزاع المعروف أمامه ولا يمكن له البت إلا في النقاط التي عرضت أمامه، حيث تقوم الدعوى على عناصر واقعية وطلبات، وهي فئة تدخل ضمن مهمة الخصوم وحدهم وعناصر قانونية وهي تدخل ضمن مهمة القاضي.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p. 461.

⁽²⁾ المادة 29 فقرة 2 من القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 مايو 1998، المتضمن القانون الأساسي لمجلس الدولة وتنظيمه وعمله، (ج. ر. ج. ج. عدد 37 صادر بتاريخ 01 جوان 1998).

⁽³⁾ CE, Sect, Arrêt du 10/12/2004, Société RESOTIM

⁽⁴⁾ إلياس الشبخاني: المرجع السابق، ص 5.

⁽⁵⁾ المادة 25 من القانون رقم 08-09، مرجع مشار إليه أعلاه: " يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة الدعوى ومذكرات الرد".

ومبدأ الخضوع يقضي بعدم إمكانية القاضي تغيير موضوع الدعوى وسببها لأنها ملك للخصوم، فهو يخضع لطلبات الخصوم ويتقيد بها، كما يمنع عليه الاستناد إلى عناصر واقعية غير مدلى بها على وجه قانوني في المحاكمة.⁽¹⁾ غير أن القاضي يبقى سيد القاعدة القانونية، خاصة بعد أن تم فك الارتباط نهائياً بين سبب الدعوى من جهة والأسباب القانونية من جهة أخرى، مما يعني أن تطبيق القانون هو من صلب الوظيفة القضائية، وهذا يفرض على القاضي أن يفصل في النزاع على ضوء القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع حتى ولو لم يطلب الخصوم صراحة تطبيق هذه القواعد.

فإذا كان القاضي مقيداً بالعناصر الواقعية المدلى بها من الخصوم⁽²⁾، إلا أنه يبقى حراً في تطبيق القاعدة القانونية على هذه العناصر حتى ولو لم يدل بهذه القواعد الخصوم، بمعنى إذا كانت العناصر الواقعية تدخل ضمن سلطان الخصوم فإن تطبيق القانون يدخل ضمن سلطان القاضي⁽³⁾ وقد كرس المشرع الجزائري ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب نص صريح في المادة 29 منه فقرة الثانية⁽⁴⁾ على أن: " يفصل القاضي في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة عليه "

وهذه الطريقة هي تطبيق صارم لمبدأ الخضوع واحترام سيادة الأطراف بخصوص تعريف موضوع الخصومة. حيث يمنع هذا المبدأ على القاضي توسيع إطار المحاكمة خارج ما رسمه الخصوم سواء بأكثر ما طلبه الخصوم Ultra petita أو أقل infra petita⁽⁵⁾، إلا أنه عادة ما يجهل الأطراف بالأنظمة القانونية والقضائية، وبالتالي لا يمكن إلغاء أي

(1) DEBBASCH (Charles): **op.cit**, p.370

(2) المادة 26 من القانون رقم 08-09، مرجع مشار إليه أعلاه: " لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات "

(3) وقد لاقى التمييز بين الواقع والقانون انتقادات شديدة لصعوبة إجرائه بسبب التداخل المستمر بين هذين العنصرين، مما جعل الفقهاء يلجأون إلى التطبيقات القضائية واستخراج نماذج لمسائل القانون، وأخرى لمسائل الواقع، ووضعها في قوائم دون أن يقترحوا أي معيار للتمييز بينهما. للاطلاع أكثر ينظر: أمين مصطفى محمد: **التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2010، ص 6

(4) قانون رقم 08-09: مرجع مشار إليه أعلاه.

(5) أورد المشرع الجزائري في المادة 358 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، أوجه الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة عن المحاكم أو المجالس في 18 حالة من بينها حالة إذا تم الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب.

دور للقاضي فهو ملزم بالحكم في الدعوى المعروضة أمامه وإلا كان ناكرا للعدالة (déni de justice) فلا يتدرع بغموض النص القانوني أو غيابه.⁽¹⁾

فمن الطبيعي أن يطبق هذا المبدأ في الحالات التي لا يحدد فيها المدعي الأساس القانوني لدعواه، طالما انه غير ملزم بذلك، وفي مثل هذه الحالة يتوجب على قاضي الموضوع تفحص الوقائع تحت كل مظاهرها القانونية طبقا لقواعد القانون التي من المحتمل أن تطبق عليها، أي أن على هذا القاضي أن يوضح الأساس القانوني للنزاع المعروض عليه⁽²⁾. وبالتالي فإن هذا الواجب الملقى على عاتق القاضي من شأنه أن يؤثر تأثيرا مباشرا وأكيدا على النص القانوني الذي سيعتمد من أجل حل النزاع.

ويتوافق مبدأ الخضوع مع مبدأ ثبات عناصر النزاع Principe d'immutabilité الذي يعني مبدئيا عدم إمكانية تغيير عناصر الدعوى وإطارها، سواء لجهة الخصوم أو صفاتهم أو موضوع الدعوى أو سببها وذلك منذ تقديم عريضة الدعوى وحتى صدور الحكم النهائي فيها.⁽³⁾

والتساؤل الذي يثار هنا، هو مدى توافق مبدأ الخضوع مع الطبيعة الخاصة للمنازعة الإدارية؟ في الحقيقة فإن أغلب آراء فقهاء القانون العام يلجأون إليه دون استعمال مصطلح "مبدأ الخضوع"⁽⁴⁾، ووفقا لهذا المبدأ، فإنه يمنع على القاضي الإداري التدخل بطريقة ما في موضوع الخصومة ومادتها، فالقاضي مقيد بالإطار الذي أعطاه الأطراف لهذه المادة ووضع حدود لوظيفته، ويجب عليه أن يحكم بما ورد في الخصومة ولا يمكن أن يحل محلهم لتعريف مادة الخصومة، فهو لا يعرف مصالحهم، ونتيجة لذلك يجب على القاضي الإداري

(1) نصت المادة 136 من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006، المعدل والمتمم للأمر 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966 (ج. ر. ج. ج. عدد 49 الصادر في 11 جوان 1966) المتضمن قانون العقوبات الجزائري، (ج. ر. ج. ج. عدد 84 صادر في 24/12/2006)، على أن: "يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك وبصر على امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه ويعاقب بغرامة من 750 إلى 3000 دينار وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة"

(2) الياس الشبخاني: المرجع السابق، ص 13

(3) DEBBASCH (Charles) : op. cit, p.

(4) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **Traité de contentieux administratif**, Paris, T1, 3^{ème} édition, LGDJ, 1984, p.867

التقيد تماما بتفسيرات الأطراف.⁽¹⁾ وهذه الطريقة تسمح بالتطبيق الصارم لمبدأ الخضوع واحترام سيادة الخصوم بخصوص تعريف موضوع الخصومة ويمنع الحكم بأكثر أو أقل بما ورد في الطلبات.

ومبدأ الخضوع هو قاعدة قانونية ذات **بعدين**⁽²⁾:

- البعد الأول، والذي نادرا ما يشير إليه فقهاء القانون العام، يمنح الطرفين احتكارا حقيقيا فيما يتعلق برسم حدود الخصومة الإدارية، ففي إطار الخصومة الإدارية والتي تقوم تقليديا على الكتابة، يتم تعريفها من خلال صياغة الطلبات، وللأطراف الحرية في إعطاء هذه الخصومة الحدود التي يريدونها. وبالتالي، وفقا لهذا المبدأ فإنهم يملكون الحرية في صياغة طلباتهم، غير أن الالتزام بكتابة نصوص واضحة ودقيقة يمكن أن يحد من هذه الحرية، من ناحية تعريف موضوع الدعوى بصفة دقيقة. ومن ناحية أخرى، لكي يفهم القاضي طلبات الأطراف، يتعين عليهم إتقان القواعد القانونية والإجرائية. وبالتالي، فإن مبدأ الخضوع، في بعده الإيجابي، هو قاعدة عملية بالنسبة للأطراف. ولكن كما يلاحظ الفقيه شابي أن القاضي الإداري يتعاون بطريقة ما مع صاحب الطلب، وذلك ليس بالبت فقط وفقا لنوايا الحقيقية، ولكن أيضا لإنقاذه قدر الإمكان من قلة خبرته.⁽³⁾ ولا يعتبر القاضي متجاوزا لحدود سلطاته إذا ما استلهم إرادة الخصوم من عريضة الدعوى - إذا أساءوا التعبير عنها، أو أن يضعها في وضعها الصحيح، دون أن يضيف إليها جديدا.

- أما البعد الثاني فهو نتيجة منبثقة عن البعد الأول حيث يطلب من القاضي الإداري فرض تعريف لمادة الخصومة المحددة من طرف الخصوم، وبالتالي يجب عليه أن يقبل بالبت في النزاع كما حدده الخصوم مع التقيد بإرادة الأطراف ويحظر عليه التدخل في تحديد الخصومة، وعليه فإن مبدأ الخضوع في بعده السلبي هو الالتزام بالامتناع عن التدخل في تحديد الخصومة بأي شكل من الأشكال.

⁽¹⁾ MEURANT (Cédric). *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, thèse de Doctorat, Droit public, Soutenue publiquement le 19/10/2017: Université Jean Moulin (Lyon3), 2017. p.69 Disponible sur: <http://www.theses.fr/2017LYSE3026>, accédé le 06/08/2018 à 22H12.

⁽²⁾ Ibid, p. 71.

⁽³⁾ DEFOORT (Benjamin): op.cit, p. 604.

وعليه ؛ فإن مبدأ الخضوع ولا أدل على اتساع دور القاضي الإداري وسلطته التقديرية حيال الدعوى الإدارية من مبادرته - في بعض الحالات - إلى تطبيق المشروعية القانونية لصالح المدعي رغم عدم حضوره لمتابعة دعواه⁽¹⁾

وإذا كان مبدأ الخضوع يجعل من الأطراف يمتلكون الخصومة، فهو يتوافق مع مبدأ الوجاهية⁽²⁾ Principe contradictoire والذي يعتبر أيضا من المبادئ الأساسية المسيرة للخصومة ولمحاكمة عادلة، فهو يضمن اطلاع كل خصم على ما قدمه خصمه وإتاحة الفرصة له في الرد عليه،⁽³⁾، وكنتيجة لذلك فإن القاضي يمتلك هامش تقديري مهم بخصوص تطبيق مبدأ الوجاهية الخاص بتفسير استنتاجات الخصوم.⁽⁴⁾

وقد عرف مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الوجاهية على أنه: "حق كل خصم في أن يطلع على ما يقدمه الخصم الآخر من أوراق ومستندات ومذكرات مع حقه في الرد وأن يكون كل ذلك خلال مدة زمنية معقولة"،⁽⁵⁾ كما يجعل حق الدفاع متضمنا بالضرورة لمبدأ الوجاهية، وحق الدفاع هو مبدأ مستقل وقائم بذاته إلا انه يتأثر بمبدأ الوجاهية، والقاضي الإداري مقيد بهذين المبدأين وكل إخلال بهما يجعل الحكم الذي يصدره باطلا، فلا يملك القاضي الإداري الفصل في الدعوى على أساس مستند لم يتيسر لأحد طرفي الدعوى الاطلاع عليه ومناقشته. وهو المسؤول من الناحية الإجرائية عن ضمان تحقق علم كل طرف بكل المستندات التي تحت نظره وتمكين الخصوم من تقديم ما لديهم من ملحوظات وأوراق بشأن المستندات التي اطلعوا عليها.⁽⁶⁾

وقد أصبح تطبيق مبدأ الوجاهية ملاحظ بشكل متزايد، حيث صدر مؤخرا قراران عن الجمعية العامة لقسم المنازعات لمجلس الدولة الفرنسي يوضحان أنه أمام القاضي الإداري، حتى وإن لم يفرضه أي نص، وحتى لو لم يُحدد رسمياً، فإن مبدأ الوجاهية مرتبط بطابع

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 01، ص 218

(2) يستعمل المشرع الجزائري مصطلح الوجاهية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المادة 3 فقرة 3)

(3) M. LONG et Autres: **op.cit**, p.732 « CEDH, 7 juin 2001, Kress contre France.

(4) MEURANT (Cédric): **op.cit**, p.592.

(5) M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 155.

(6) أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري، (دراسة مقارنة)، مصر، دار الفكر العربي للنشر،

2012، ص 256-265.

"العينية" للمناقشات (على سبيل المثال، يحظر على المقرر العام تغيير معنى الاستنتاجات التي سبق وأن أبلغها للأطراف).⁽¹⁾

إلا أن مبدأ الخضوع يتعارض مع الطابع الاستقصائي⁽²⁾ الذي تمتاز به الخصومة الإدارية، بحيث يظهر دور القاضي الإيجابي في تسيير وتوجيه الدعوى، بداية بالمراقبة والدور التوجيهي خلال فترة سير الدعوى ومنذ بداية الخصومة،⁽³⁾ وبالتالي فدور القاضي الإداري تجاه الدعوى الإدارية أوسع بكثير من دور غيره من القضاة، بما في ذلك سلطته التقديرية التي لا تتوقف على طلب أحد الخصوم، وإنما يكون على القاضي الإداري دائما التدخل لصالح القانون من تلقاء نفسه بصرف النظر عن موقف الخصوم، مما جعل الدفع في الدعوى الإدارية متعلقة بالنظام العام.⁽⁴⁾

وعليه فإن قاضي دعوى تجاوز السلطة مقيد باستنتاجات ووسائل الخصوم، تحت تحفظ واحد هو وجود وسائل النظام العام، والتي عليه أن يثيرها من تلقاء نفسه (ونعني هنا أنه ليس فقط يمكن له بل يجب عليه القيام بذلك إذا كان ملف القضية يسمح بذلك)، وخارج هذه الفئة من الوسائل لا يمكن للقاضي الحكم بأكثر مما أدلى به الخصوم.⁽⁵⁾

كما تسمح وسائل النظام العام للقاضي والخصوم على حد سواء من التحرر من القيود الإجرائية التقليدية المتمثلة في عدم قابلية تحول الخصومة ومبدأ الخضوع، حيث تفرض

⁽¹⁾ PEISER (Gustave): **Contentieux administratif**, 16^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2014, p. 169 « CE, Sect, 9 avr 2013, CCI d'Angoulême ; 21 juin 2013, AJDA 2013, 1277 »

⁽²⁾ CORNU (Gérard): **Vocabulaire juridique: op.cit**, p. 495.

⁽³⁾ CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif, op.cit**, p. 817

⁽⁴⁾ قرار غير منشور، مؤرخ في 1999/07/26، قضية (رئيس بلدية بجاية) ضد (ع.ز) ومن معه، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء 3، ص 21: "الموضوع الطعن لصالح القانون: بموجب مقتضيات المادة 297 من ق.إ.م.إ القديم وتقابلها المادة 353 من ق.إ.م.إ النافذ، وهي واردة في قسم الأحكام المشتركة، فإنه لا يقبل الطعن بالنقض إلا إذا قدم من أحد الخصوم أو من ذوي الحقوق غير أنه إذا علم النائب العام لدى المحكمة العليا بصور حكم أو قرار في آخر درجة من محكمة أو مجلس قضائي وكان هذا الحكم أو القرار مخالفا للقانون ولم يطعن فيه أحد الخصوم بالنقض في الأجل فله أن يعرض الأمر بعريضة بسيطة على المحكمة العليا".

⁽⁵⁾ CHABANOL (Daniel): **La pratique du contentieux administratif**, 9^{ème} Edition, Paris, LexisNexis, 2011, p. 211.

عليهم بصفة صارمة، فوسائل النظام العام لا تكون في خدمة القاضي أو الخصوم، بل في خدمة مصلحة أعلى، هي المشروعية.⁽¹⁾

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل القاضي الإداري وفي ضوء سلطاته الواسعة في التحقيق في الدعوى الإدارية يستطيع أن يغير موضوع الدعوى كأن يحكم بالتعويض بدلا من إلغاء القرار الذي يطالب به المدعي؟ فالجواب أكيد انه لا يستطيع الخروج عن طلبات الخصوم فهو يتقيد بها وبالتالي يبقى مبدأ الخضوع هو الحد الخارجي لممارسة القاضي لسلطته التقديرية بمعنى أنه لا يمكن له تغيير موضوع المنازعة إعمالا لسلطته التقديرية.

الفرع الثاني: الضوابط القانونية الموضوعية

تتحصر وظيفة القضاء أساسا في مهمة الفصل في المنازعات بمقتضى أحكام تعبر عن الحقيقة القضائية،⁽²⁾ وذلك بإنزال حكم القاعدة القانونية على موضوع المنازعة لتأكيد الحق وحمايته، إلا أنه قد يحدث عمليا أن لا يجد القاضي القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ولا يقف مكتوف اليدين إزاء هذا القصور القانوني،⁽³⁾ وإنما يبحث ويجتهد في الكشف عنها سواء في قواعد العدالة المجردة أو القانون الطبيعي، ومن ثم فإن دور القاضي ليس تطبيقيا بحتا لأنه ليس بالآلة الصماء، وإنما يقضي بحسب ظروف كل منازعة، وقد أدرك مجلس الدولة الفرنسي بأن له دورا أكبر من ذلك وهو الوصول إلى نقطة التوازن بين المصلحة العامة من جهة ومصالح الأفراد من جهة أخرى، حيث يقوم بالكشف عن قواعد قانونية جديدة، لم يتناولها المشرع بالتنظيم، وحتى لا يقال عنه انه ناكرا للعدالة فإنه يحل محل المشرع ويضع نفسه موضعه مستلهما إرادته، وماذا كان سيفعل لو طرح عليه النزاع، وماهي القاعدة التي كان سيقررها، إلا أن هذه الحرية والسلطة الممنوحة للقاضي تقيدها ضوابط حتى لا يتعسف في استعمالها منها مبدأ العدالة (الضابط الأول) ومبدأ الأمن القانوني (الضابط الثاني)

⁽¹⁾ LELLIG (Wendy): *L'office du juge administratif de la légalité*, Thèse de Doctorat en droit public, soutenue le 14 décembre 2015, Université de Montpellier, p. 93

⁽²⁾ الحقيقة القضائية لا يمكن أن تكون سوى نسبية مادامت تتعلق بالدلائل والوسائل المقدمة من طرف الخصوم، والتي تترك لقناعة القاضي

⁽³⁾ PICOTTE (Jacques): *Juridictionnaire*, op.cit, p. 1420.

أولاً: مبدأ العدالة le principe de l'équité

إن تناول فكرة السلطة التقديرية للقاضي الإداري يقتضي مواجهتها بفكرة العدالة، فإذا كانت هناك فكرة نادرا ما تذكر في دراسة القانون الإداري، فهي فكرة العدالة أو الإنصاف أو باللغة الفرنسية L'équité، حيث نادرا ما تستلهمها الأحكام، فهي تطرح من نطاق الطعن لتجاوز السلطة باعتبارها وسيلة غير كافية⁽¹⁾ ومع ذلك، فهي تغطي كل هذا القانون الذي صاغه مجلس الدولة الفرنسي من حكم بلانكو إلى أحدث القضايا، غير معترف بها ولكنها منتشرة، فيمكن أن تساعد إلى حد ما على كشف الجدل الفقهي المفتوح إلى حد الآن.⁽²⁾

ومن هنا فإن مفهوم واستخدام العدالة من قبل القاضي الإداري يعرضان جوانب معينة تميزها عن تلك في القانون المدني أو القانون الدولي أو القانون الأنجلوسكسوني.

من المؤكد أنه لا يمكن حصر وظيفة القاضي في مجرد آلة صماء تقوم بتطبيق القانون، فالآلة الالكترونية العلمية يمكنها نظريا أن تضمن جيدا هذه الوظيفة التي تتكون في التحقق من مطابقة أو توافق قاعدة أدنى مع قاعدة أعلى، وهو في الواقع التحول من النوعية إلى الكمية، غير أن القانون الذي نعرفه يواجه بحاجة أخرى تستند أيضا إلى القيم الإنسانية والتي نحسها أنها غير قابلة لاختزالها بشكل فردي، وفي المقابل فإن هذه القيم تتجاوز التوحيد. فهي تأتي من "روح البراعة"، وليس "روح الهندسة". ولهذا السبب فإن العدالة هي بالضرورة خارج القانون: فهو يمثل هذا العامل المتبقي الثابت الذي لم يتمكن القانون من إدماجه أو تحقيق العدل فيها بصورة حقيقية.⁽³⁾

(1) GAUDEMMENT (Yves): **Les méthodes du juge administratif** (Anthologie du Droit), Paris, Editions LGDJ, 1972, Réédition 2014, LGDJ, Lextenso éditions ; p. 19.

(2) CINTURA (Paul): **L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif**. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 24 N°3, Juillet-septembre 1972. pp. 657-676; <https://bit.ly/2EbYIj8>

(3) الصياغة الجامدة للقواعد يمكن أن تحقق العدل justice إلا أنها لا يمكن أن تحقق الإنصاف أو العدالة équité، والإنصاف هو نوع من العدل وهو أفضل درجات العدل بالنسبة للحالات الخاصة التي قد لا يتلاءم معها حكم القواعد الجامدة. ومن ناحية أخرى قد يؤدي إرهاب القائمين بتطبيق القانون إلى عكس الغرض المقصود لأن العدل لا يمكن تحقيقه باستخدام أكثر الطرق صعوبة وأشدّها إرهابا، كما أن عدم استقرار المعاملات يتعارض مع الأفكار الأساسية التي يقوم عليها القانون، فعدم الاستقرار من شأنه أن يؤدي إلى كثير من الظلم وكثير من الفوضى وعدم النظام.

كما أن إعطاء سلطة تقديرية للأشخاص القائمين بتطبيق القانون بالنسبة لكل القواعد القانونية من شأنه أن يضعف من قيمة القانون ذاته ويبالغ في قيمة التطبيق بحيث يمكن أن يؤدي ذلك تحكم الأشخاص المنوط بهم تطبيق القانون وبذلك

وتتمثل جميع هذه الحالات في غياب أو قصور في القانون، وبالتالي تستخدم العدالة للاستعاضة عن القانون أو تعديله إلى أن يأخذ هذا الأخير أشكال العدالة، وإلى هذا الحد، يجب على المرء أن يعترف بأن الأولى هي مصدر الثاني. ومن الواضح أنه إذا كان التعارض موجود فإن التكامل أيضا موجود.

ومن المعروف أن تطبيق القانون على الواقع، مهما كانت حالته، لا يمكن اختزاله في مجرد عملية ميكانيكية بحتة، فبالنسبة للقاضي الإداري يفسر القانون وجميع القواعد النافذة؛ ويفسر أعمال الإدارة ليقرر فيما إذا سيخضعها لرقابته، وللبت في مشروعيتها يفسر استنتاجات ووسائل الأطراف، ولاسيما تلك التي أثارها الأفراد المدعون، وللقيام بذلك، لا يتجاهل القاضي السياسة أو الملاءمة أو الفعالية أو العدالة، وتشهد على ذلك الاستنتاجات التي خلص إليها المقررون العامون، وتكشف هذه الحرية عن مدى السلطة المتاحة للقاضي الإداري وتبرر استعماله لها حتى يتم قبول سلطته.⁽¹⁾

وفي هذا الإطار نص المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني⁽²⁾ على أن: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". كما نص أيضا على أنه: " يجب على القاضي أن يعطي العناية اللازمة لعمله، وأن يتحلى بالإخلاص والعدل وأن يكون سلوك القاضي النزيه الوفي لمبادئ العدالة".⁽³⁾

وعليه فإن القاضي يستوحي العدالة في كل قضية، ولا يعني ذلك أن العدالة تعد من وسائل أو طرق القاضي في البحث عن حل المنازعة وإنما تضي ضلالها على كل وسيلة

يتخلف الهدف الأساسي من العدول عن القواعد الجامدة وهو تفادي التحكم في هذه القواعد. للاطلاع أكثر ينظر سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، مصر - القاهرة -، منشأة المعارف، 1986، ص 43 وما بعدها

⁽¹⁾ DEFOORT (Benjamin): *op.cit*, 585.

⁽²⁾ أمر رقم 75-78، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم (ج. ر. ج. عدد 78 صادر في سبتمبر سنة 1975).

⁽³⁾ المادة رقم 9 من القانون العضوي رقم 04-11، مؤرخ في 6 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، (ج. ر. ج. عدد 57 صادر في 8 سبتمبر 2004).

من الوسائل التي يتبعها القاضي⁽¹⁾، بما في ذلك سلطته التقديرية، فهي ليست طريقة مستقلة وإنما يتعين على القاضي أن يأخذ في الاعتبار القواعد والمبادئ التي يجب على كل رجل وواع مفكر ومسؤول (حتى ولو منحت له حرية معينة)، وأن يحترمها أيضا في الحالة التي يتخذ فيها الحكم الذي يمليه عليه "رأيه"، كما عليه أن يرجح بين كل الميزات الفردية لكل قضية، ومن الضروري احترام مبدأ العدالة، وهو العامل الرئيسي للتقدير، الذي يفرض على القاضي الالتزام بموازنة جميع وجهات النظر التي تعكس تماما جميع ظروف القضية قيد النظر، كما ينبغي أن يميل الحكم التقديرى أيضا إلى فكرة "تصحيح" الاستدلالات المنطقية والحجج.⁽²⁾

ومفهوم العدالة هو في حد ذاته أحد المفاهيم المبهمة وذو طابع أخلاقي، والتي يصعب تعريفها، وتزداد صعوبة ضبطها لأنها عبارة عن كتلة من التراكمات التاريخية المختلفة، وكثيرا ما يستخدمها الحقوقيون بصورة عشوائية، في القرن الثامن عشر، تشير أحيانا إلى فكرة العدل (La justice) وأحيانا إلى القانون الطبيعي، وغالبا أيضا إلى فكرة التحكم.⁽³⁾ وعليه فهناك من ينكر على القاضي أن يستلهم في حله قواعد العدالة، حتى في حالة غياب النص القانوني، إذ كان يمكن سد الفراغ القانوني بالرجوع إلى قياس المسألة على ما يمثّلها وتعدية حكم هذه المسألة إليها هي، أو بالرجوع للقواعد العامة للقانون.⁽⁴⁾

وعلى الرغم من أنها كانت موضوع تعريفات عديدة، فإنها عادة ما تضيىء مدلولين متميزين. فمن الناحية الموضوعية، ينظر إلى العدالة على أنها منشئة لنظام قواعد قانونية مواز للقانون الوضعي السائد، ومن ثم تسميتها بالعدالة العامة أو المعيارية *équité normative* ومن الناحية الذاتية، يفترض أن تتدخل العدالة في حالة واحدة فقط، تبعا لمقتضيات هذه القضية، وبالتالي ما يسمى بالعدالة الفردية، الخاصة أو القضائية.⁽⁵⁾

(1) GAUDEMMENT (Yves): *Les méthodes du juge administratif*, op.cit, p. 21.

(2) Dr hab, Wojciech Jakimowicz: op.cit, p. 33.

(3) SIGNAT (Carine): op.cit, p. 53

(4) نبيل إسماعيل عمر : النظرية العامة للنقض في المواد المدنية والتجارية، طبعة 1980، منشأة المعارف، الإسكندرية،

(5) SIGNAT (Carine): op.cit, p. 53.

ويرى البعض أن العدالة هي تشكيك في سيادة القانون حيث ارتبطت فكرة العدالة بالتعسف الذي كانت تمارسه البرلمانات الفرنسية، حيث اعتبرت على أنها إحدى النتائج الناجمة عن فكرة السيادة المترسخة بعمق عند معظم القضاة العاديين، والتي يبدو أنها أدت دورا حاسما في ممارسة العدالة في فرنسا، من القرن السادس عشر إلى القرن الثامن عشر، كانت العلاقة الغامضة التي حافظوا عليها مع القاعدة. ومن هذا الغموض، لم يكن القضاة مسؤولين بالكامل، حتى وان لم يحرّموا أنفسهم من استغلالها: بل "ليجدوا أنفسهم في سيفساء من القواعد المتباينة، من أصول مختلفة ومن عهود مختلفة، متناقضة أحيانا وغير واضحة في كثير من الأحيان، وعلى الرغم من وفرتها، فهي ليست دائما كافية لتتوير رأيهم.⁽¹⁾

وفي مواجهه هذا الافتقار إلى التماسك وأوجه القصور هذه، أعطى قضاة المحاكم السيادية لأنفسهم سلطات واسعة فيما يتعلق بالقاعدة حتى وان كانوا يتنافسون مع المشرع الملكي نفسه، وهذه هي الطريقة التي لعبت بها البرلمانات دورا رائدا في إنشاء القانون.⁽²⁾

ويبدو أن عدالة البرلمانات كانت تُفهم على أنها طريقة لتفسير التشريعات الجامدة أو بها ثغرات، وتتكيف مع الظروف الملموسة، هذا بالمعنى الأرسطي للمصطلح، أي قوة تصحيح عناصر اللاعدالة للقانون الجامد أو الصارم، ولكن عند أرسطو يتم استخدام العدالة فقط في الحالات التي فشل فيها المشرع في التوقع بالقضية وأخطأ من فرط البساطة"، إلا أن القضاة قد استخدموها بالرغم من أن القانون (الملكي) كان واضحا ودقيقاً.

والقاضي الحسن هو الذي يعمد إلى احترام القانون الوضعي مستوحيا دائما العدالة وعاملا على تحقيقها في حوله وأحكامه⁽³⁾ ومعنى ذلك أن القاضي في اختياره للأثر القانوني في مثل هذه الحالة يختار وفقا لما تقتضيه حاجات العدل الأولية، فتقدير ملاءمة الأثر القانوني الذي سوف يحكم به القاضي يتم وفقا لنظرته التقليدية للشعور بالعدل في ضمير الجماعة، ومن اجل هذا يجب أن يكون لدى القاضي إحساس نقي بالصواب وينطلق في بحثه من اعتبارات موضوعية وليست ذاتية.⁽⁴⁾

(1) KEBIR (Mehdi): *op.cit*, p.51

(2) SIGNAT (Carine): *op.cit*, p. 53.

(3) GAUDEMENT (Yves): *Les méthodes du juge administratif*, *op.cit*, p.21

(4) KEBIR (Mehdi): *op.cit*, p.241.

ثانياً: الأمن القانوني

لقد أصبح من الضروري اليوم تزويد القاضي بأدوات ذهنية والتي لم يعد ممكناً تبريرها بمجرد إدراجها تحت دلالة الحقيقة أو المنطق الشكلي، فالقاضي أصبح يقوم بمهمته تحت دلالة قيم أخرى هي العقلانية، العدالة، الفعالية الاجتماعية والأمن القانوني الذي يكفله القضاء الشكلي، ولكن أيضاً القضاء الموضوعي أو العدالة إن صح التعبير.⁽¹⁾

وقد أصبح رفض تحكم القضاة، يعبر بصورة عامة عن الرفض الواضح وبشكل متزايد لعدم إمكانية التنبؤ أو التوقع بالأحكام القضائية، حيث إننا اليوم نعيش في مجتمعات أصبح فيها الأمن القانوني مطلباً أساسياً، مما يعكس الحاجة إلى الحماية من ثقة مهتزة ومتذبذبة في عصر يتسم بعدم اليقين.⁽²⁾ ومع مرور الوقت، وعلى الرغم من السلطة القوية المخولة لهم بموجب النص، اختار القضاة غرس أكبر قدر من الأمن القانوني في ممارستهم، من خلال وضع مبادئ راسخة الآن في ممارسة تقديرهم.⁽³⁾

وقد كرست محكمة العدل للمجموعة الأوروبية CJCE شرط الأمن القانوني كمبدأ عام للقانون في قضيتي ميروني Meroni⁽⁴⁾، وبوش Bosch⁽⁵⁾، بينما جعلته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان "مطلباً أساسياً"، وهو مبدأ متأصل بالضرورة في النظام القانوني للجماعة الأوروبية منذ قرار ماركس Marckx⁽⁶⁾، فالأمن مرتبط بالتوقع (توقع الخطر)، كما أن القوة الاجتماعية التي تعلق على الإلهام المنطقي للحكم هي إمكانية التنبؤ به، فإذا كان القانون عقلانياً، واتباع القاضي القانون، فإن الحكم سيكون متوقفاً.⁽⁷⁾

(1) MANAI-WEHRLI (Dominique): **Le juge entre la loi et l'équité** (essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse), Faculté de Droit de l'Université de Genève, 1985, p.258 ; <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:28668>.

(2) KEBIR (Mehdi): **op.cit**, p. 43

(3) GIRAUDEAU (Géraldine): **Le pouvoir discrétionnaire du juge au sein de la Cour internationale de justice**, in le pouvoir discrétionnaire regards croisés franco-polonais, sous la direction de W. Jakimowicz et P. Serrant, Editions mare & martin, 2013, pp 277-300, spéc. p. 287 In le pouvoir discrétionnaire regards croisés franco-polonais.

(4) CJCE 13 juill. 1961, aff. 14-60, Meroni et autres c/ Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Rec. CJCE I-321.

(5) CJCE 6 avr. 1962, aff. 13/61, De Geus en Uitdenbogerd c/ Bosch et autres, Rec. CJCE I-89.

(6) CEDH 13 juin 1979, n° 6833/74, Marckx c/ Belgique.

(7) KEBIR (Mehdi): **op.cit**, p. 43

ولأن المجتمع الحديث والعقلاني يضمن للمتقاضين إمكانية التنبؤ وتحسب نشاط القانون، يتم تقديم الأمن القانوني بشكل متزايد كملاذ آمن وقيمة عليا يفترض فيها الاستقرار، وبالتالي يكون توقع قرارات المحاكم مضمونا، والهدف من ذلك هو الحد من عدم اليقين في أعمال القانون عن طريق تقليص مكانة الإرادة الحرة للقاضي.⁽¹⁾

وقد مر وقت طويل منذ أن أدرك تماما القاضي الإداري أن "الأمن الضروري للعلاقات القانونية يفرض على المحاكم الالتزام الأخلاقي والملح بإعطاء النصوص نفس التفسير وتطبيق نفس المبادئ في الفرضيات المتطابقة أو المتماثلة."⁽²⁾ وبالتالي، نادراً ما يخرج مجلس الدولة الفرنسي نفسه عن اجتهاده القضائي. فتحولات اجتهاداته القضائية تبقى نادرة، ونفس الشيء تكشف الممارسة عن وجود انضباط قوي جدا في المنازعات داخل النظام القضائي الإداري، فقط الأسباب الخطيرة هي التي تقود القاضي الإداري إلى التحول عن اجتهاد قضائي راسخ.⁽³⁾

وعليه فإن الحرص على ضمان نسبة من الأمن القانوني للمتقاضين يؤدي إلى وحدة الاجتهاد القضائي واستمراريته⁽⁴⁾، ولا تفرض استمرارية الاجتهاد القضائي بسبب الحرص على المساواة في المعاملة بين المتقاضين فحسب، بل أيضا حتمية الأمن القانوني. ويفترض الأمن القانوني أن القاعدة القانونية تتمتع بدرجة من الاستقرار مع مرور الوقت، أي الحد الأدنى من الاستمرارية مع الماضي. وفيما يتعلق بالقاعدة القضائية، فإن هذه الاستمرارية مكفولة تقليديا بالطابع الاستثنائي لتحولات الاجتهاد القضائي.

إلا أنه لا يمكن للاجتهاد القضائي بأن يبقى ثابتا، فقد يطرأ عليه التطور والتغير ولو كان ثابتا وقديما خاصة إذا انتقد وتغلبت مساوؤه على محاسنه وأصبح التفسير القديم لا يتماشى مع التطور الاقتصادي والاجتماعي⁽⁵⁾، حيث يرى الفقهاء أن التطور يستوجب

(1) KEBIR (Mehdi): **op.cit**, p.366.

(2) ODENT (R) : **Contentieux administratif**. Les cours de droit, fascicule 1, 1970-1971, spéc. p. 23.

(3) CHATEAU-GRINE (M): **op.cit**, p. 391.

(4) Rapport d'avril 2012 du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, spéc. p. 30.

(5) صاري نوال: دور اعتبار الأمن القانوني في التفرقة بين الأثر الرجعي للقانون ورجعية الاجتهاد القضائي، مجلة

العلوم القانونية والإدارية، تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، العدد الحادي عشر، سنة 2015، ص ص 106-129.

المرونة، الإنصاف وتصحيح الخطأ، كما أن السلطة التقديرية للقاضي أو استقلاليته في إصدار الحكم تقتضي في بعض الأحيان عدم إتباع اجتهاد قضائي ثابت وبالتالي تغييره.⁽¹⁾ وكما هو معروف فالقانون الإداري ذو منشأ قضائي حيث يتمتع القاضي الإداري بسلطة إنشاء القواعد القانونية، مما قد يضيف عليه نسبيًا طابع غير توقعي والذي قد يمس بمبدأ الأمن القانوني.

كما أن من مميزات الاجتهاد القضائي أيضا أنه رجعي بطبيعته، فالاجتهاد الجديد يطبق على كل الخصومات دون مراعاة لتاريخ الوقائع وعما إذا كانت سابقة لتغير هذا الاجتهاد، فهو لا يعدل القانون، بل يعدل شرحه وتفسيره إذا ما ظهرت عدم صحة التفسير السابق.⁽²⁾ كما قال العميد Carbonnier⁽³⁾: " إن الاجتهاد القضائي رجعي بطبيعته مادام يطبق بقوة القانون على جميع ما كان بإمكان الأشخاص القيام به أو الامتناع عنه على ضوء الثقة في الاجتهاد القضائي القديم"، وبالتالي فهو يطبق حتى مع اعتبار أن الحكم القضائي موضوع الاجتهاد الجديد دعوى لا يهم سوى أطرافه وفقا لمبدأ الحجية النسبية للأحكام القضائية، إلا أن الاجتهاد القضائي رجعي بطبيعته ويشمل الجميع - أطراف الدعوى أو غيرهم - وليس لأحد التمسك بحق اكتسبه باجتهاد قضائي ثابت.⁽⁴⁾

وبالتالي فإن تحولات الاجتهاد القضائي بغض النظر عن أسبابها ومشروعيتها، من شأنها أن تخلق جوا من الاضطراب وعدم الاستقرار وعدم الشفافية في تطبيق القاعدة القانونية، كما يمكن أن تزعزع الثقة المشروعة للمواطن في نظريته للقضاء، والتي تولدت لديه في سياق استقرار الأوضاع القانونية التي أجرى تصرفاته في ظلها على أساس الاستقرار القانوني والأخطر من ذلك فقد تعدي في غفلة منه ودون توقع منه على حقوقه المكتسبة في ظل الاجتهادات السابقة القانوني.⁽⁵⁾ وقد أجمع أغلب الفقهاء على أن: "تحول الاجتهاد

⁽¹⁾ NADEAU (Martin): **Sur les traces d'un principe de sécurité juridique en droit canadien**, les pistes du droit européen, mémoire pour la maîtrise générale en droit, université de Sherbrooke - Canada-, soutenue en juillet 2009, p 78-79.

⁽²⁾ صاري نوال: المرجع السابق، ص ص 106-129.

⁽³⁾ PIAZZON (Thomas): **La sécurité juridique**, 2^{ème} Ed, Paris, Défrénois-Lextenso Edition, 2010. p. 335.

⁽⁴⁾ MOLFOSSIS (Nicolas): **Discontinuité du droit et sécurité juridique**, *Louisiana Law Review*, N°04 Vol 63, 2003, p1309-1326. « Nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée »

⁽⁵⁾ DEFOORT (Benjamin): **Op.cit**, p 595.

يترتب عنه عدم الأمن القانوني، فالحل الجديد الناتج عن التحول يطبق بقوة القانون على القضايا التي ارتبطت على ضوء الثقة في الحل القديم". فمثلا نجد المشرع الجزائري أشار إلى عدم رجعية القوانين ولم يشر إلى عدم رجعية الاجتهاد القضائي كما ورد في نص المادة الثانية من القانون المدني الجزائري على أنه⁽¹⁾: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي...".

إلا أنه وبعد أن أصبحت تغيرات تفسير قانون معين تمس باستقرار الحقوق أكثر من سحب أو إلغاء قرار إداري إنفرادي، فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية منذ سنة 2004 تعويض الحلول التقليدية بإقرار مبدأ الأمن القانوني، حيث أصبح مبدأ رجعية تحول الاجتهادات القضائية غير مطلق، كما ورد في تقرير مجموعة من الخبراء الذين توصلوا إلى أن الحل لهذه الإشكالية هو وضع قانون انتقالي لتحولات الاجتهادات القضائية.⁽²⁾

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بنفس توجه محكمة النقض الفرنسية في قضية جمعية محاربة البطالة «AC!»⁽³⁾ لتطرح إشكالية الحد من آثار الإلغاء القضائي في الزمان، والقضية تخص إلغاء قرارات وزير العمل والتضامن والشؤون الاجتماعية الفرنسي - وهي قرارات لها طابع تنظيمي-الذي أمضى عدة اتفاقات متعلقة بالمساعدة من أجل العودة إلى العمل والتعويض عن البطالة، هذه القرارات طعنت فيها جمعية «AC!» لعدم مشروعيتها الإجراءات المتبعة وليس في موضوعها، وإلغاؤها بأثر رجعي سيؤدي حتما إلى أضرار مالية وخيمة على مؤسسات الضمان الاجتماعي المكلفة بالتعويض عن البطالة. وعليه قرر القاضي الحد من الآثار الرجعية للإلغاء القضائي بعد أن قام باستدعاء الأطراف بالحضور إعمالا لمبدأ الوجاهية لمناقشة الإشكالية.⁽⁴⁾

(1) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، (ج. ر. ج. ج. عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975).

(2) Rapport sur « Les revirements de jurisprudences » remis au premier président de la Cour de Cassation M. Guy Canivet du 30 novembre 2004. Groupe de travail présidé par N. Molfessis. Paris, Litec LexisNexis, 2005.

(3) M. LONG et Autres: **op.cit**, p.794 ; CE, Ass, 11 mai 2004, Arrêt Association des Chômeurs « AC !et autres » (Recours pour excès de pouvoir, effets des annulations contentieuses, modulation dans le temps)

(4)M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 803: « il appartient au juge administratif de prendre en considération les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics et privés en présence ».

وقد اعتبر هذا التحول سابقة في تاريخ القضاء الإداري الفرنسي حيث تم من خلاله توسيع سلطات القاضي، فأشكالية التحول عن اجتهاد قضائي لا تحتاج إلى تصريح من المشرع بل تدخل في صلب السلطة التقديرية للقاضي لإعادة التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.⁽¹⁾

المطلب الثاني: الضوابط المنطقية

يتبع القاضي منهجية خاصة عند البحث عن حل للمنازعة، وذلك باللجوء إلى وسائل منطقية للفهم والإدراك للمنازعة، بالرجوع إلى أسس وبناءات قانونية ومنطقية وإلى الفن القانوني، فالحكم القضائي هو إعلان عن إرادة القانون وفكر القاضي بالشكل الذي يحدده القانون، وهذا الفكر لا بد أن يستند إلى المنطق، وبالتالي أسئلة كثيرة تطرح هنا حول جدوى الوسائل المنطقية (الاستدلالية) كضابط من ضوابط تقدير القاضي عند حل المنازعات بشكل عام وفي المنازعات الإدارية بشكل خاص. ويمكن تقسيم الضوابط المنطقية إلى ضوابط منطقية عامة (الفرع الأول) وضوابط منطقية خاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضوابط المنطقية العامة

مما لا شك فيه أن القاضي عندما يفصل في الدعوى يمارس نشاطا فكريا معيناً يحكمه المنطق يستدل به على حكم القانون، بحيث يجب أن تكون الأسباب التي ذكرها القاضي في حكمه قد أدت عقلاً إلى النتيجة التي انتهى إليها القاضي في منطوق حكمه.⁽²⁾ حيث يعتبر المنطق آلة قانونية تعصم مراعاتها الذهن عن الخطأ في الفكر⁽³⁾ وعليه فإن تطبيق القانون على الوقائع يحتاج إلى المنطق، إما لأن القانون المرجعي ناقص (عن قصد أو غير قصد)، أو لأن المعطيات الواقعية غير كافية، أو حتى بصفة أعم، لأن الانتقال من الواقع إلى القانون يتطلب عملية عقلية. إنه المنطق الذي يضمن جميع التقاطعات، أو ملء فراغات القانون أو الوقائع، أو ربط الوقائع بالقانون. وهذه المساهمة المنطقية هي حقيقة، في أعمال

⁽¹⁾ Rapport sur « Les revirements de jurisprudences » remis au premier président de la Cour de Cassation M. Guy Canivet du 30 novembre 2004. Groupe de travail présidé par N. Molfessis. Paris, Litec LexisNexis, 2005.

⁽²⁾ عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 201.

⁽³⁾ أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الثاني، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة العاشرة (مطورة)، 2016، ص 419.

القانون، شاملة وضرورية، لأنها تنطبق على البيانات الواقعية وعلى علاقات بعضها ببعض.⁽¹⁾ والمنطق قد يكون منطقاً قانونياً أو منطقاً قضائياً وعليه توجب الأمر التمييز بينهما.

أولاً: المنطق القانوني

إن استخدام المنطق في مجال القانون بشكل عام ضروري، لأن دراسة القانون ومعرفة هو علم من العلوم، وعلى القاضي أن يعتبر القانون بناءً فكرياً وليس مجرد قائمة بأفكار معينة.

وكلمة المنطق La logique هي كلمة يونانية مشتقة من الكلمة Logos، وتعني ما وراء الكلمة من عملية عقلية، تتمثل في ارتباط الكلمة بأخرى والاستدلال على الحكم، وتقديم البرهان على صحته، وهو عند الفلاسفة أداة تعصم العقل من الخطأ في الفكر والاستدلال، فيقال فلان منطقي، أي عالم بالمنطق، أي أنه يفكر تفكيراً سليماً.⁽²⁾ والمنطق الذي يعول عليه القاضي قد يكون هو المنطق الصوري أو الشكلي، وقد يكون المنطق الحديث غير الصوري، وقد يجمع القاضي بين النوعين.⁽³⁾

ويقصد بالمنطق القانوني La logique juridique، تطبيق مبادئ المنطق على المسائل القانونية، ويمكن القول أن المنطق القانوني هو الوسيلة التي يطبق بها المنهج القانوني على حالات محددة، أي هو الأسلوب الفكري الذي يمكن بمقتضاه معالجة مسألة ما للوصول إلى حلها القانوني.⁽⁴⁾

ويقصد بالمنهج القانوني الوسائل التي يتوصل بها رجل القانون إلى الإجابة الصحيحة للمشكلة المعروضة أمامه مستعيناً بذلك بمصادر القانون المعترف بها وفي إطار الأساليب

⁽¹⁾ CORNU (G): **Linguistique juridique** (Domat droit privé), 2^{ème} Ed, Paris, Montchrestien, 2000, p.243.

⁽²⁾ أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص 419.

⁽³⁾ نبيل إسماعيل عمر: الفساد في الاستدلال (أهم عيوب تسيب الأحكام القضائية)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،

2011، ص 9-10

⁽⁴⁾ عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 201-202.

الفنية المحددة.⁽¹⁾ ويوجد الكثير من الحالات التي لا يجد فيها القاضي نصا واضحا ويضطر للرجوع الى المبادئ العامة للقانون والعدالة، وقد يلجأ الى ما درج عليه القضاء دون أن يكون ملزما بذلك، ويستخدم في هذه الحالة القياس.⁽²⁾

وقد عرف المنطق تطورا من مجرد الاعتماد على الشكل، أي على شكل التفكير، دون التأكد من صدق المقدمات التي قام عليها، إلى استخدام منهج الاستقراء، ويرجع الفضل في إنشاء علم المنطق إلى أرسطو الذي أتى بالمنطق الصوري، وهو منطق شكلي، إذ اهتم أنصار المنطق التقليدي بصدق الاستدلال من حيث شكله لا موضوعه ولم ينطرق بحثهم إلى كيفية التأكد من صدق الحقائق التي بني عليها، فرأى أرسطو أنه إذا أمكن الوصول إلى المعنى الكلي الذي يتميز به نوع من الأنواع أمكن استنباط جميع المعاني الجزئية الأخرى منه بطرق "القياس المنطقي" الذي يعني "الاستدلال" في فكر أرسطو، وقد أوضح البعض⁽³⁾ فكرة القياس بما يلي: "كل إنسان فان (مقدمة كبرى)، وسقراط إنسان (مقدمة صغرى)، إذن لابد أن يكون فانيا"

أما المنطق الحديث فقد نادى به الفيلسوف الفرنسي "ديكارت"، ويعتمد المنهج الجديد على الاستقراء induction ويقصد به الوصول إلى الحكم الكلي من الجزئيات ومن الواقع إلى القوانين، ويتميز عليها ليصل إلى قانون عام.⁽⁴⁾ والاستقراء قد يكون تام أو ناقص، فالاستقراء التام وهو كما يصفه البعض بأنه يستخدم في التصنيفات، إذ أنه مبني على القسمة، وينحصر في مجال تطبيقه في الاستدلال أو البرهنة، ذلك أنه يخلص الأحكام ويخلص من ورائها إلى حكم كلي واحد. أما الاستقراء الناقص أو التعميم، وهو الذي يصل فيه الباحث إلى الحكم الكلي من خلال بعض الجزئيات التي توافرت له.⁽⁵⁾

(1) نبيل إسماعيل عمر: تسبيب الأحكام القضائية (في قانون المرافعات المدنية والتجارية)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2016، ص 38

(2) عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 202.

(3) MONY (Paul): *Logique philosophique de science*, Hachette, paris, 1996, p.205

(4) محمد ماجد ياقوت: تكييف الواقعة في المواد التأديبية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2014، ص 195

(5) المرجع نفسه، ص 195.

- وللاستقراء قواعد سواء أكان الاستقراء تاماً أم ناقصاً فإنه يخضع لقواعد معينة مفادها: (1)
- أ- **اليقين:** يقضي الاستقراء عدم التسليم بشيء إلا إذا كان يقيناً، على أنه يلاحظ أن الاستقراء الناقص لا يفيد يقيناً لجواز وجود جزء آخر لم يستقرأ أو يكون حكمه مخالفاً للجزئيات التي استقرت.
- ب- **التقسيم:** يقوم الاستقراء على القسمة، ويعني ذلك تقسيم المشكلة محل البحث إلى أكبر عدد ممكن من الأجزاء، وبالقدر الذي تدعو إليه الحاجة لحلها على الوجه الأكمل.
- ج- **الترتيب:** بأن توضع الأفكار الجزئية في عملية ترتيب وتنسيق، ابتداءً من أبسطها وأسهلها نحو أشدها تركيباً وتعقيداً.
- د - **الإحصاء:** ويأتي ذلك بجمع كافة التفاصيل، التي تؤكد للباحث أنه قد ألم بكافة جوانب المشكلة.

ثانياً: المنطق القضائي

يعتبر الحكم القضائي بناءً منطقياً، لأن المنطق يوجه العقل نحو البحث عن الحقيقة، والمنطق هو فن هدفه صياغة الأفكار بشكل منظم بناءً على المعرفة والخبرة. (2) أما المنطق القضائي *La logique judiciaire* فهو وسيلة إقناع أي شخص بأي شيء، وعلى القاضي عندما يتبع المنطق القضائي أن يراقب المقدمات الكبرى والصغرى في القياس القضائي، ويتأكد من ملاءمة الوقائع، وعليه أن يكون موضوعياً وأن يستبعد المسائل غير الضرورية من وقائع النزاع، وعليه أن يحترم مبدأ الوجاهية. (3)

ويختلف المنطق القانوني عن المنطق القضائي، فالأول يتعلق بنشأة القاعدة القانونية وتفسيرها بصورة نظرية، أما المنطق القضائي فيتعلق بتفسير القاعدة وتطبيقها بشكل عملي أي بمناسبة قضية مطروحة أمام القاضي (4)

(1) أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص 214

(2) الغوثي بن ملح: المرجع السابق، ص 43 - 65.

(3) نبيل إسماعيل عمر: تسبيب الأحكام القضائية، المرجع السابق، ص 38

(4) الغوثي بن ملح: المرجع السابق، ص 49.

وينصب المنطق القضائي على فحص الوقائع المختلفة واختيار ما يكون منها ضروريا ومنتجا لإصدار الحكم، بعد ذلك تكييف نفس الوقائع من أجل تطبيق القانون عليها. ولكي يقوم القاضي بذلك فلا بد أن ينظر إلى الوقائع في مجملها ولا بد من تحليلها في عناصرها الأولية، ثم ينتقل في تفكيره إلى جمع العناصر المشتركة وإعادة تركيبها وبعده يختار النص الذي يتعين تطبيقه.⁽¹⁾

هذا وإن كان المنطق القانوني يؤدي إلى الاستدلال القانوني، فإن المنطق القضائي هو العمل الذي يقوم به القاضي وذلك باستخلاص نتيجة معينة من الإطار العام الذي يشمل القاعدة القانونية ومن الإطار الخاص الذي يحتوي على مجموع الوقائع المطروحة على القاضي، بيد أن المنطق القانوني يعتمد على وسائل منطقية للوصول إلى الحكم.

وقد جرى الفقه على تبسيط نشاط القاضي في شكل عملية قياس منطقي يتكون الحكم بمقتضاه من ثلاثة أجزاء: مقدمة كبرى *La majeure* هي القاعدة الواجبة التطبيق ومقدمة صغرى *La mineure* هي الواقعة المحددة والثابتة، ثم النتيجة تتحصر فيما استخلصه القاضي منطقيا من تطبيقه لقاعدة القانون على وقائع الدعوى وهو استنباط للعلاقة بين المقدمة الكبرى والمقدمة الصغرى.⁽²⁾

والاستدلال بالقياس المستعمل في المجال القضائي ليس بالطريقة الرياضية السهلة المعروفة بدقتها، لأنه لا يمكن التغاضي عن أن القياس قبل أن يحل المشكلة يجب أن يبنى، والاستدلال بالقياس هو تقريب الصغرى بالكبرى للوصول إلى النتيجة التي تحويها، وهي عملية أتوماتيكية معروفة وليست بالحكر على القاضي أو حتى رجل القانون.⁽³⁾

لكن الصعوبة تكمن في بناء القياس، فلا نجد في نتائج القياس إلا ما تم وضعه في مقدماته، وبالتالي فإن بناء المقدمة الصغرى واكتشاف المقدمة الكبرى هي التي تشكل المرحلة الأصعب، ففي هذه المرحلة يخلق الاستدلال بالقياس، ويتمتع فيه القاضي بحرية الاختيار، فالقياس يشكل في أول الأمر تخصيص دائرة استقلالية متروكة للقاضي.

(1) الغوثي بن ملح: المرجع السابق ، ص 50

(2) محمد محمود ابراهيم: المرجع السابق ، ص 65.

(3) GAUDEMET (Yves): *Les méthodes du juge administratif*, op.cit, p.54-55

وفحص بناء القياس يجب أن يكتمل بإبراز بعض الدلائل على استعمال القياسات المعقدة: (1)

- **البحث عن المقدمة الكبرى:** إذا ارتأينا أولاً اكتشاف ووضع المقدمة الكبرى من طرف القاضي، فيمكن القول بأنها ليست بالعملية السهلة. في بادئ الأمر فإن إعطاء قاعدة صفة المقدمة الكبرى يفترض منطقياً "أوليتها" بمعنى أنها توجد قبل النزاع، والملاحظ أن هذا الشرط لا يكفي في القانون العام لكي يخلق القاضي القاعدة التي يطبقها. (2) إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فالقاعدة ومهما كان مصدرها فعندما تصل إلى مستوى قاعدة قضائية (الاجتهاد القضائي) تكتسب بذاتها سلطة خاصة وأسبقيتها للنزاع ما دام القاضي نفسه من وضعها ويعلم بها قبل هذا النزاع الذي يخضع لها (باعتبار أن قواعد القانون الإداري في غالبيتها قواعد قضائية من خلق القاضي). كما يمكن للقاضي في بعض الأحيان اللجوء إلى قاعدة قانونية لبناء المقدمة الكبرى للقياس، فأولية القاعدة هنا لا يمكن مناقشتها باعتبار أنها موجودة مسبقاً.

والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا ولا يمكن التغاضي عنه هو كيف يختار القاضي المقدمة الكبرى التي تملئ استدلاله؟ فبالضرورة انطلاقاً من واقع التصنيف الذي يدل على المجال الذي يتواجد فيه النزاع، ومن جهة موضوع وأدلة الإثبات التي تحتويها العريضة، ولا مرشد للقاضي للوصول إلى المقدمة الكبرى سوى حدسه ورجوعه إلى المفاهيم (قراءتها). فالنظام المفاهيمي يخدم القاضي الإداري كحارس ضد أي تعسف أو الهام شخصي، وفي الواقع فإنه يساهم في ظهور الترابط والحياد الذي يعطيه للحكم حتى يتم فهمه وبالتالي قبوله بشكل أفضل من قبل المتقاضيين. وهذا الفكرة الوهمية المنطقية لا تخفي تماماً حرية التفسير التي يتمتع بها القاضي الإداري في فحص القرارات الإدارية. (3)

وهامش الحرية التي يتمتع بها القاضي هنا معتبر، وبالتالي فنحن بعيدين عن العملية الآلية التي يربطها البعض بالاستدلال بالقياس. فحرية القاضي هنا لا تنقص عندما يقيد بمجال النزاع، وله حرية الاختيار بين عدة قواعد قانونية، وحتى تلك ذات القيمة القضائية

(1) GAUDEMET (Yves): **Les méthodes du juge administratif**, Paris, LGDJ, 1972, Réédition, Paris, LGDJ-Lextenso Ed, Collection « Anthologie du droit », 2014. p.55.

(2) GAUDEMET (Yves): **Les méthodes du juge administratif**, op.cit, p.55.

(3) DEFOORT (Benjamin): op.cit, p.596.

(قواعد قضائية) بالنسبة للقاضي الإداري، فهي أيضا صالحة للتطبيق على هذا النوع من النزاع. وبالتالي يجب عليه الاختيار بين هذين النصين لشرح أحدهما بالآخر أو التمسك بالمقدمة الكبرى كتوافق بين النصين، وهذا الاختيار يقوم به القاضي بكل حرية انطلاقا من الطريقة الاستدلالية.⁽¹⁾

- **البحث عن المقدمة الصغرى:** لا جدال في سلطة المحكمة المطلقة في تقدير الواقع، ولكن ممارسة هذه السلطة لا يمكن أن تخرج عن العقل والمنطق، وإلا أصبحت ضربا من ضروب التحكم الذي يتناقض مع وظيفة القضاء.⁽²⁾ وبالتالي فإن حرية العمل المتروكة للقاضي في تحديد المقدمة الصغرى للقياس هي حرية كبيرة، والحد الوحيد لهذه الحرية هو "المنطق" بالمعنى الصحيح.⁽³⁾

وعادة ما يقدم النزاع للقاضي في شكل معقد، بعيدا عن اليقين، مصاغ ببساطة في المقدمة الصغرى للقياس. فمن بين عناصر الواقع، والتي يمكن أن تأخذ شكلا بسيطا ليتم اقتراحها لتشكيل المقدمة الصغرى للقياس، يجب على القاضي أن ينظمها ؛ بمعنى أن يقوم أساسا بالاختيار وفرض تدرج⁽⁴⁾؛ فقد تبدو بعض معطيات الواقع لا صلة لها بالنزاع، وبعضها الآخر حاسم أو ببساطة منتج للنزاع. ويتحقق القاضي من ثبوت الواقعة محل الادعاء من خلال محوري الاستقرار والاستنباط، فعليه أن يستقرئ الأدلة التي تثبت لديه ثم يستنبط في ضوءها الواقعة التي ارتسمت في ذهنه⁽⁵⁾

وترد على الاستدلال بالقياس حدود لأنه في النظام المنطقي البحث حيث كل شيء يستنبط بسلاسة بطريقة القياس، لا يمكن أن يستجيب لحاجات الممارسة القضائية. وبالخصوص فإن خيال القياس يمكن أن يكون خطرا على شرعية القاضي. وإذا كان حكم القاضي مجرد نتيجة لتحليل منطقي محض، فانه يمكن، في حالة حدوث نزاع أو سوء فهم لحل معين، أن يتهم إما بالبطلان أو بالخطأ، وفي اي فرضية بعدم الاختصاص. والحكم

(1) TROPER (Michel): *Le pouvoir judiciaire et la democratie*, op.cit, p. 8

(2) أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص445

(3) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): *op.cit*, p.375

(4) GAUDEMMENT (Yves): *Les méthodes du juge administratif*: op.cit, p.56

(5) أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص446

الذي ينظر إليه على أنه جريء لن يكون كذلك لأن أهميته أو دقته أو فائدته ستطرح تساؤل، ولكن لأنها تبدو زائفة.⁽¹⁾

ومن جهة أخرى، فالقيد الذي يؤديه "حتمية الترابط المنطقي" قد يؤدي أيضا ولصالح القاضي، إلى إضفاء الشرعية على إنتاجه التشريعي. وبهذا المعنى، فإن النظام المفاهيمي يخدم القاضي الإداري كحارس ضد أي تعسف أو الهام شخصي.⁽²⁾

والسلاح الرئيسي الذي يحوزه لهذا الغرض هو تقديم تحليله وفقا لبناء قياسي. لذلك، فالبناء القياسي لحكم (القاضي) يمكن أن يبرر بذاته رغم أنه لا يعكس التحليل المتبع من طرف القاضي، وفي الواقع فإنه يسهم في ظهور الترابط والحياد الذي يعطيه للحكم حتى يتم فهمه وبالتالي قبوله أفضل من قبل المتقاضيين. وهذا الفكرة الوهمية المنطقية لا تخفي تماما حرية التفسير التي يتمتع بها القاضي الإداري في فحص القرارات الإدارية.

الفرع الثاني: الضوابط المنطقية الخاصة

من الضوابط المنطقية الخاصة التي يستعملها القاضي عند النظر في الدعوى المطروحة أمامه نجد:

أولاً: التحليل L'analyse

قد يستعمل القاضي أسلوب التحليل، باعتباره من الطرق الاستدلالية (المنطقية) التي يلجأ إليها في عمله اليومي حيث يقوم برد الشيء إلى عناصره الأولى، فيحلل المقدمات سواء من الوقائع أو من القانون ليتعرف على حكمها.⁽³⁾ وتعتبر هذه الطريقة ذات فائدة هامة، لأن القاضي يسعى في تحليله للوقائع إلى إظهار العناصر الإجمالية التي تفرضها القضية، ثم يميز ويفصل بين معطيات النزاع الخاصة فيحلل المقدمات الكبرى والصغرى سواء من الوقائع أو من القانون.⁽⁴⁾

(1) DEFOORT (Benjamin): *op.cit*, p. 596

(2) *Ibid*, p. 596.

(3) GAUDEMET (Yves): *Les méthodes du juge administratif*, *op.cit*, p. 65

(4) الغوثي بن ملحة: المرجع السابق، ص 63.

ويلاحظ أن القضية التحليلية هي التي يكون محمولها متضمنا في موضوعها أو هي التي يشرح محمولها مفهوم مضمونها دون أن يضيف إليه شيئا جديدا، والمحمول فيها لا يستفاد من التجربة، بل يستخلص من الموضوع بواسطة تحليل بسيط لتصوره للتصورات المتضمنة فيه. (1)

وتعتبر هذه الطريقة ذات فائدة هامة، كما يقول بذلك الأستاذ Latournerie ويهدف القاضي من تحليله للواقعة، إما إلى تقريب أو تجميع بعض عناصر المسألة الإجمالية التي تفرضها القضية، أو يميز ويفضل بين معطيات النزاع الخاصة التي يقدرها القاضي كل على حدى، لاسيما وأنها عادة ما تتضمن محمولها، وكمثال على ذلك في مجال الأعمال القابلة للانفصال، فالقاضي يحلل عمل الإدارة إلى عمل عقدي مبنى على العقد الإداري، وآخر قانوني صادر بالإرادة المنفردة للإدارة، أو يفرق بين العمل الدبلوماسي - بعد التحليل - وبين العمل الإداري القابل للطعن القضائي، أو بين ما يقوم به القاضي من أعمال قضائية وأخرى إدارية. (2)

ويعتمد هذا الأسلوب على حسن التدقيق القانوني للقاضي، كما تعتمد النتيجة في النهاية إلى حسن تحليل القاضي للوقائع وللقانون وحسن استدلاله لوسيلة أو أخرى من هذه الطرق. (3)

(1) GAUDEMET (Yves): *Les méthodes du juge administratif*, op.cit, p. 65

(2) Ibid, p. 56, p. 65.

(3) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 80 الصادر بتاريخ 1977/7/6، في القضية رقم 15306. " وقد أعمل القاضي الجزائري هذه الوسيلة في تحديد طبيعة عقد الإيجار الممنوح من جانب الإدارة نتيجة تدخل الدولة (الإدارة) في إدارة الأملاك الشاغرة، فانتهى إلى أن "عقد الإيجار يفترض وجود تبادل إيجاب وقبول واتفاق إرادة الطرفين، وحيث أن في الوضعية الراهنة يوجد تسلط إرادة جانب واحد وتمثل في سيادة الإدارة التي تملّي قانونها على المستأجرين دون أن يكون لهؤلاء مشاركة في تكوين أو تحرير العقد كما وأن موافقة الجمهور لا تدخل في تحرير العقد كعنصر أساسي فيه ويلزم الجمهور بتنفيذ العقد الذي يميله صاحبه - الإدارة - دون مشاركة الجمهور ومن تحليل عقد الإيجار يظهر طبيعته التنظيمية وبذلك تكون الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى المختصة بالنظر في النزاع ... واعتبرته بمثابة قرار إداري صادر بمقتضى إرادة الإدارة المنفردة وتصدت للفصل في الطعن فيه بالالغاء.

ثانياً: الاستدلال Le raisonnement

الاستدلال القضائي هو الاستدلال العملي الذي يقوم به القاضي وذلك باستخلاص نتيجة معينة من المقدمتين الصغرى والكبرى للقياس الذي يجريه. ويستهدف تبرير الحكم أو القرار الذي اتخذه القاضي بحيث يبدو أنه قرار غير تحكمي وأنه قرار عادل، ويختلف الاستدلال القانوني عن الاستدلال القضائي لأن الاستدلال القانوني موضوعه هو تطبيق القانون على الوقائع التي يتعين الفصل فيها ولو لم توجد منازعة بين الخصوم أمام القضاء، أما الاستدلال القضائي فهو المسعى الذي يباشره القاضي بمقتضاه وظيفته والنطق بالحكم في حالة خاصة. فالتسبيب يظهر القرار الذي اتخذه القاضي باعتباره القرار الوحيد الذي يجب اتخاذه وذلك ببيان الدعامات التي يستند إليها القرار، وهذا القرار هو الأصلح للقضية المطروحة أمامه.

خلاصة الفصل الأول

من خلال ما تقدم تبين أن السلطة التقديرية أصبحت من المسلمات في النظم القانونية الحديثة، باعتبارها ضرورة عملية وواقعية، وهي موجودة بكل تأكيد بالنسبة للسلطة القضائية وليست حكرا على الإدارة، فقد تكون في الحالات التي لا يوفر فيها القانون حل للقضية التي هو مدعو بالنطق بالحكم فيها، وإلا كان ناكرا للعدالة، وهي مطبقة بدرجة كبيرة في مجال الاجتهاد القضائي الإداري. والتي تدعو القاضي عندما لا يبت القانون في المسألة المطلوب منه اتخاذ قرار بشأنها إلى حلها بنفسه كما لو كان هو المشرع، أي بالاستلزام من نفس الانشغالات، نفس الاعتبارات التي كان سيستلهم منها المشرع لحل هذه المسألة. بمعنى أنه في حالة "سكوت القانون" يستلهم هو بنفسه القاعدة، المبادئ التي سيبنى عليها حكمه في القضية؛ من مقتضيات العدالة وضروريات الحياة الإدارية والمصلحة العامة، وبالتالي يتمتع القاضي الإداري بسلطة تقديرية تقريبا غير محدودة لتحديد مضمون القاعدة.

كما توجد أيضا سلطة تقديرية للهيئة القضائية في الحالات التي يسمح فيها القانون ذاته للقاضي عمدا بالاختيار بين عدة حلول، فالمشرع هنا هو الذي أعطى بصفة إرادية وبإدراك تام سلطة تقديرية للقاضي بما أنه هو من أعطاه الخيار بين هذا القرار والقرار الآخر. وهي لا تخص توسيع سلطاته.

أيضا فإن طابع السلطة التقديرية للقاضي الإداري، هي أنها عنصر يحدد الطريقة التي يتصرف بها القضاء الإداري في سياق السلطة التقديرية للإدارة، وأنه من المشروع ربطها بالتأثير الحاسم للاجتهادات القضائية للقضاء الإداري على تطبيق الإدارة للقانون، وينبغي النظر إلى طبيعة هذا الأثر على نتائج تطبيق السلطات الإدارية للقانون، بما في ذلك عملية التفسير، على أنها معيار تكميلي تحدد السلطة التقديرية للقاضي الإداري وعنصر يبرز خصوصية هذه السلطة التقديرية بالنظر إلى السلطة التقديرية القضائية بالمعنى الأوسع للمصطلح.

وعليه، وبعد التعرف على مفهوم السلطة التقديرية للقاضي بصفة عامة وللقاضي الإداري بصفة خاصة، سيتم البحث في مدى تطبيقها على أركان القرار الإداري في الفصل التالي.

الفصل الثاني: سلطة القاضي الإداري في تقدير وتغطية عيوب القرار الإداري

إن قبول دعوى تجاوز السلطة يقوم أساساً على قرار إداري تتخذه سلطة إدارية، حيث يعتمد الأفراد في تنظيم حياتهم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية على الكم الهائل من القرارات التي تصدرها السلطات الإدارية، والتي يجب أن تصدر مشروعة في إطار القواعد القانونية النافذة، غير أنه إذا صدرت مخالفة للقواعد القانونية يتدخل القاضي لحماية الأفراد ضد تعسف الإدارة، وكما هو معروف فإن الدعوى الإدارية تمتاز بعدم التوازن بين طرفيها، الأمر الذي جعل المشرع يترك هامشاً من الحرية للقاضي ليقوم بدوره الإيجابي في التحري عن الحقيقة، وهنا تبرز أهمية السلطة التقديرية لإعادة التوازن بين طرفي الدعوى، حيث سيتم البحث عن نطاق أعمالها من طرف القاضي الإداري لتقدير العيوب الخارجية للقرار الإداري (المبحث الأول)، وكذا تقدير العيوب الداخلية للقرار الإداري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: نطاق سلطة القاضي الإداري في تقدير وتغطية العيوب الخارجية للقرار الإداري.

إن أهم وسيلة قضائية في يد المتعامل مع الإدارة هي دعوى تجاوز السلطة، والتي توجه ضد قرار صادر عن الإدارة، وقبول هذه الدعوى ناتج من حيث المبدأ عن قرار السيدة Lamotte⁽¹⁾ الذي يكرس طابع النظام العام للطعن لتجاوز السلطة، ويكون مفتوحا ضد كل قرار إداري حتى بدون نص،⁽²⁾ وله الأثر المتمثل في ضمان احترام المشروعية وفقا للمبادئ العامة للقانون. وهذا المبدأ العام للقانون، الذي يبدو في صيغته الحرفية يتعلق بجميع الأعمال الإدارية، فسره مفوضو الحكومة والفقهاء الإداري بأنه يقصد به تحديدا "القرارات".⁽³⁾ وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي بخصوص ذلك أن⁽⁴⁾: "هناك مبدأ عام في القانون يقضي بأن أي قرار إداري يمكن أن يكون، حتى بدون نص، محلا لدعوى تجاوز السلطة"، ولكن "ليس من الممكن الطعن في مجرد الآراء أو المعلومات أو إعلانات النوايا".

وقد أعلن صراحة مفوض الحكومة J. Delvolvé في قرار السيدة لاموت على أن دعوى تجاوز السلطة تمثل فعلا "شرف القانون العام".⁽⁵⁾ وهذا الشرف نابع من الحفاظ على مبدأ المشروعية من خلال فرض احترامه على جميع السلطات الإدارية، وبالتحديد عندما تستخدم الإدارة امتيازات السلطة العامة، أي سلطة فرض التزامات من جانب واحد على الأفراد أو منحهم حقوقا، والتي تستوجب تدخل القاضي لحماية هذه الحقوق.⁽⁶⁾

وإذا كان مبدأ إمكانية الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية قد اكتسب منذ التخلي عن نظرية الوزير القاضي، فإن قرار السيدة لاموت يتجاوز ذلك لأن المبدأ العام للقانون الذي أقره يأخذ مظهر "الحق في التقاضي"، أو على الأقل "الحق في الطعن" ضد

⁽¹⁾ CE, ass, 17 Février 1950, Ministrede l'agriculture contre Dame Lamote, « le recours pour excès de pouvoir est un recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité »

⁽²⁾ المحكمة العليا: الغرفة الإدارية، قرار رقم 45707، مؤرخ في 17/01/1987، قضية (ش.م.ع.ش) ضد (ن.ر.م.ع) وزارة التكوين المهني)، نشرة القضاة لسنة 1988، العدد 44، ص 76: "إن الطعن من أجل تجاوز السلطة، طعن يطعن به حتى في حالة عدم وجود نص، في جميع القرارات الإدارية التي تتضمن ضررا بالغير".

⁽³⁾ DEFOORT (Benjamin): **op.cit**, p. 331.

⁽⁴⁾ Ibid, p. 332.

⁽⁵⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 362

⁽⁶⁾ DEFOORT (Benjamin): **op.cit**, p.333.

أعمال الإدارة.⁽¹⁾

وعلى الرغم من أهمية دعوى تجاوز السلطة، أو دعوى الإلغاء كما تسمى في التشريع الجزائري، إلا أن المشرع الجزائري لم يضع لها تعريفا لا في قانون الإجراءات المدنية الأول ولا الثاني لسنة 2008، وهذا الأمر معتاد، وطبيعي أن يعزف المشرع عن تقديم تعريفات لمصطلحات قانونية، تاركا الأمر للفقهاء والقضاة. أما فقهاء فقد عرفها الدكتور عمار بوضياف على أنها: "دعوى قضائية ترفع أمام الجهة القضائية المختصة بغرض إلغاء قرار إداري غير مشروع طبقا لإجراءات خاصة ومحددة قانونا"⁽²⁾

ومصطلح (Excès de pouvoir) باللغة الفرنسية والذي يقابله في اللغة العربية مصطلح "تجاوز السلطة"⁽³⁾، يشمل -بإجماع الفقه في فرنسا- أوجه الإبطال الأربعة المعروفة. وعليه

(1) المادة 143 من الدستور الجزائري لسنة 1996، تنص على أن: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية" دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الموافق عليه في استفتاء شعبي بتاريخ: 28 نوفمبر 1996، بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 438/96، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج ر عدد: 76، المؤرخة في: 08 ديسمبر 1996 معدل ب: القانون رقم 03/02، المؤرخ في: 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25، المؤرخة في: 14 أبريل 2002، القانون رقم: 19/08، المؤرخ في: 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد: 63، مؤرخة في: 16 نوفمبر 2008، القانون رقم: 01/16، مؤرخ في: 06 مارس 2016. ج ر عدد: 14، مؤرخة في: 07 مارس 2016. المادة 161 من القانون 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن تعديل الدستور الجزائري، (ج. ر. ج. ج عدد 14 صادر في 07 مارس 2016).

(2) عمار بوضياف: المرجع في المنازعات الإدارية (دراسة مدعمة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع)، ط1، القسم الثاني، المحمدية الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، 2013، ص 10.

(3) بالنسبة للمشرع الجزائري يستعمل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مصطلح دعوى الإلغاء عند الحديث عن دعوى تجاوز السلطة الموجهة ضد قرارات الإدارة التي تتجاوز القانون، وذلك في المادتين 801 و 901 من القانون رقم 08-09 المشار إليه سابقا، في حين يستعمل القانون القديم مصطلح الإبطال في المادتين 7 و 247 من الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 8 جويلية 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، والإلغاء يقابله في اللغة الفرنسية abrogation، مصطلح استعمل في أحكام المادة الثانية من القانون المدني الجزائري والتي كرست السريان الفوري للقوانين ومبدأ عدم رجوعيتها، لأن القانون الجديد لا يسري على المراكز القانونية والحقوق التي نشأت في ظل القانون القديم، بخلاف الإلغاء القضائي فهو يعدم القرار الإداري المتجاوز للسلطة فلا يعود له وجود في النظام القانوني كأنه لم يكن، ونفس الأمر بالنسبة لإلغاء الإدارة لقراراتها الإدارية والتي تسري بالنسبة للمستقبل فقط، على خلاف المشرع التونسي والمشرع المغربي اللذان يستعملان مصطلح تجاوز السلطة، لذلك يتعين الانتباه لهذه المسألة لعدم الانسجام بين المصطلح المستعمل والمفهوم الذي يؤديه أو الأثر الذي ينتج عنه. للاطلاع أكثر ينظر: عادل بن عبد الله: التكييف القانوني لدعوى تجاوز حد السلطة، مجلة المنتدى

فمن الواجب مراعاة الدقة في المصطلحات بتبيان مختلف المصطلحات القريبة منه، كعيب الانحراف بالسلطة (Détournement de pouvoir)، والذي ينصب على ركن الغاية أو الهدف، أما مصطلح "سوء استعمال الحق" أو "التعسف في استعمال الحق" فيقابله المصطلح الفرنسي (Abus des droits).⁽¹⁾

وفيما بعد، وفي إطار توسيع الرقابة القضائية ومع التحليل الدقيق للعناصر المشكلة للقرار الإداري، قدم الفقيه François.Gazier، على وجه الخصوص جدولا أكثر تعقيدا حيث يفصل فيه في إطار تصنيف الفقيه Laferrière، مختلف وسائل الإلغاء التي يمكن اعتمادها. فضمن المشروعية الخارجية، وإلى جانب عدم الاختصاص، أصبح عيب الشكل ومنذ الآن يخص فقط الشكل في معناه الدقيق، بينما عدم مشروعية الإجراءات تخص فقط عيب الإجراءات، وفيما يتعلق بالمشروعية الداخلية، وبالإضافة إلى الانحراف بالسلطة، تم التمييز بين عدم المشروعية التي تخص محل القرار ذاته وتلك الخاصة بالأسباب التي أدت إلى اتخاذه.⁽²⁾

ومن المعلوم أنه لا يوجد تعريف جامع للقرار الإداري، رغم أن القانون الإداري يقوم برمته على القرار الإداري كما يقول العميد Hauriou، حيث يقر بصعوبة تعريفه، ويعود للقاضي وحده الاختصاص بتحديد فيما إذا كان عمل انفرادي صادر عن السلطة الإدارية على أنه قرار إداري أم لا،⁽³⁾ وهو تعبير عن سلطة، تعترف لبعض السلطات بتوجيه سلوك

القانوني، العدد 06، مؤرخ في 06 مارس 2018، تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة محمد خيضر بسكرة - الجزائر - ص ص 147-1.

- في تونس يستعمل مصطلح دعوى تجاوز السلطة وتعرف على أنها: "الدعوى القضائية ضد السلطة الإدارية التي يقوم بها من له مصلحة لدى المحكمة الإدارية بغية إلغاء مقرر إداري لعدم شرعيته" عياض ابن عاشور: القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية، ط 3 مزيدة ومنقحة، تونس، مركز النشر الجامعي، سنة 2006، ص 160.

⁽¹⁾ محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 64 / محمد الصغير بعلي: شروط قبول دعوى تجاوز السلطة في التشريع الجزائري، الجزائر، منشورات جامعة باجي مختار عنابة، 2007-2008، ص 07.

⁽²⁾ GAZIER (François): Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950. Cité par: FRIER (P-L) et PETIT (J): op.cit, p.550.

⁽³⁾ عمار بوضياف: القرار الإداري (دراسة تشريعية قضائية فقهية)، ط 1، المحمدية الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، 2007، ص 13

المواطنين بإرادتها المنفردة، وعلى نطاق أوسع، سلوك المتعاملين مع الإدارة⁽¹⁾. ولكن إذا كان القرار الإداري ناتجاً عن إرادة منفردة، فلا بد من الإشارة إلى أن المعنى بالقرار ليست له مكانة أثناء عملية إنشائه إلا في حالات نادرة، وعليه منحت للمعنى بالقرار في مقابل ذلك حق اللجوء إلى القضاء إذا أضر بحقوقه. ويقوم القاضي في حالة التماسه بعريضة ما، بفحص أوجه عدم المشروعية المتفق عليها، مستعملاً في ذلك جميع الأدوات المتاحة له قانوناً لإصدار حكم يكون عنواناً للحقيقة، من أهم هذه الأدوات السلطة التقديرية.

ووفقاً لتصنيف العناصر المكونة للقرار الإداري، فإن فحص المشروعية الخارجية يتعلق بعيب عدم الاختصاص (المطلب الأول)، وعيب الإجراءات (المطلب الثاني)، وعيب الشكل بالمعنى الضيق (المطلب الثالث).

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الرقابة على ركن الاختصاص

في القرار الإداري

تعتبر فرضية الاختصاص أساس كل القانون العام، ولاسيما القانون الإداري، إذ تمثل فكرة تحديد اختصاصات معينة للقائمين بالعمل الإداري نتيجة من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁾، الذي لا يقتضي تحديد اختصاصات السلطات الثلاث فحسب، بل يستتبع ذلك أيضاً توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة بطريقة تسمح القيام بالمهام الموكلة إليها على أحسن وجه، ويكون ذلك باحترام الميادين الممنوعة عليها لفائدة حريات المواطنين⁽³⁾.

⁽¹⁾ عرف الأستاذ الفرنسي بنيامين ديفور القرار الإداري في أطروحته الموسومة بـ: "القرار الإداري" على أنه "تعبير إلزامي لعمل صادر بإرادة منفردة عن سلطة إدارية"

« la décision administrative est la signification impérative d'un acte de volonté unilatérale et arrêtée d'une autorité administrative » DEFOORT (Benjamin): **op.cit**, p.315.

أيضاً من بين التعريفات التي أعطيت للقرار الإداري نجد تعريف الأستاذ الدكتور محمد الصغير بعلي على أنه: "العمل القانوني الانفرادي الصادر عن مرفق عام والذي من شأنه إحداث أثر قانوني تحقيقاً للمصلحة العامة"، محمد الصغير بعلي: **القرارات والعقود الإدارية**، عناية الجزائر، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2017، ص 8. كما عرف أيضاً: "القرار الإداري تصرف إرادي، إنفرادي، يصدر عن الإدارة العامة، ويرتّب أثر قانوني" عمار عوابدي: **نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري**، دار هومة، الجزائر، 1999، ص 20.

⁽²⁾ محمد سليمان الطماوي: **النظرية العامة للقرارات الإدارية**، المرجع السابق، ص 312.

⁽³⁾ محمد سليمان الطماوي: **القضاء الإداري**، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، سنة 1986، ص 695.

ويعرف الاختصاص على أنه "سلطة وضع القواعد"⁽¹⁾، كقدرة السلطات الإدارية في هذه الحالة اتخاذ قرارات إدارية انفرادية، ويجب أن يفهم بالمعنى الضيق حيث لا يكون محل الاهتمام إلا واضع القرار وليس مضمونه باعتبار أن القرار الإداري في أغلب الأحوال يكون مشروعاً إذا صدر عن غيره،⁽²⁾ فتوزيع الاختصاصات في التنظيم الإداري بين مختلف السلطات يكون على النحو المنصوص عليه في النصوص المختلفة (الدستور، القوانين، التنظيمات أو حتى القواعد التي تضعها الاجتهادات القضائية). وهناك شبه اتفاق بأن ركن الاختصاص في مجال العمل الإداري هو الرخصة أو المكنة القانونية التي تحوزها السلطات الإدارية للتصرف بشكل سيادي وبات باسم ولحساب الدولة في نطاق الوظيفة التقليدية.⁽³⁾ وللسلطة القضائية أيضاً اختصاصها ومجال عملها بما تتضمن من هياكل قضائية كثيرة ومتنوعة.⁽⁴⁾

وتختلف قواعد الاختصاص في القانون العام عن قواعد الأهلية في القانون الخاص،⁽⁵⁾ فالأصل في المعاملات الخاصة أنه يجوز للشخص الراشد القيام بأي عمل ما لم يكن ممنوعاً بموجب قانون أو نظام، أما بالنسبة للأعمال الإدارية فلا يجوز للإدارة القيام بعمل إداري معين إلا إذا أجاز لها القانون ذلك صراحة أو ضمناً،⁽⁶⁾ فكما أن التصرف الفردي لا يكون صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية إلا يتمتع المتصرف بالأهلية القانونية لإبرامه، لا يكون

(1) FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p. 348-349

(2) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome II, p.246

(3) عمار عوابدي: مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، سنة 1984، ص 72.

(4) عمار بوضياف: القرار الإداري، المرجع السابق، ص 89.

في الجزائر عرف قضاء المنازعات الإدارية (le contentieux administratif)، ومنه قضاء الإلغاء أو تجاوز السلطة عدة تطورات منذ استقلال الجزائر سنة 1962 إلى حين صدور التعديل الدستوري (دستور 1996)، مرجع مشار إليه سابقاً، الذي أحدث نظاماً قضائياً مزدوجاً بموجب المادة 152 منه حيث نصت على أن: "... يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية". للإطلاع أكثر أنظر: محمد الصغير بعلي: شروط قبول دعوى تجاوز السلطة في التشريع الجزائري، الجزائر، منشورات جامعة باجي مختار عنابة، 2007-2008، ص 07.

(5) محمد سليمان الطماوي: التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 32

(6) محمود حلمي: القضاء الإداري، ط2، بيروت، دار الفكر العربي للنشر، سنة 1977، ص 133/ ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 367 / عمار بوضياف: أوجه إلغاء القرار الإداري في ضوء تطبيقات مجلس الدولة الجزائري، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 06، شهر ديسمبر سنة 2015، ص ص 9-71.

التصرف الإداري صحيحا إلا إذا صدر عن شخص أو هيئة لها القدرة القانونية على إصداره طبقا للقواعد المنظمة لاختصاص الهيئات العمومية وما يتفرع عنها من أجهزة مختلفة.⁽¹⁾

وقواعد الاختصاص هي ذات أهمية بالغة باعتبارها الوسيلة الأنجع لتحديد المسؤوليات وتحقيق السرعة لإنجاز الأعمال الإدارية، ومن ثم كان تحديد الاختصاص من عمل المشرع أساسا، وما على الموظف أو الجهة المنوط بها إصدار القرار الإداري إلا الالتزام بحدود الاختصاص كما رسمها المشرع صراحة وضمنا.⁽²⁾ وتحدد النصوص قواعد اختصاص صارمة على مستويين:⁽³⁾

✓ فمن ناحية، تقرر من هي الجماعة العمومية ومن هو الشخص المعنوي الذي يمكن أن يتدخل في قطاع معين. ومثال ذلك فإن الاختصاص في بناء وصيانة المباني المدرسية موزع بين الدولة والولاية والبلدية تبعا فيما إذا كان الأمر يتعلق بالجامعات أو الثانويات أو المدارس. ونفس الشيء فإن مجال عمل المؤسسات العمومية يحكمه بدقة التخصص المستمد من نظامها القانوني.

✓ ومن ناحية أخرى، عند تحديد اختصاصات كل من هذه الأشخاص المعنوية المختلفة، فمن الضروري أن نحدد في داخلها الجهة التي لها سلطة وضع هذه القاعدة أو تلك. وعليه فإن السلطة التنظيمية على المستوى الوطني، من حيث المبدأ، هي من اختصاص رئيس الجمهورية أو الوزير الأول فقط، أما الوزراء فلكل واحد منهم اختصاصات محددة تحظر تعدي وزير على اختصاص الوزير الآخر.

⁽¹⁾ الغاية من تحديد قواعد الاختصاص هي المصلحة العامة بينما يرتبط موضوع الأهلية بالمصلحة الخاصة وحدها وذلك بالالتزام حد أدنى من الإدراك حماية لمصلحة الفرد الخاصة. ينظر: محمد سليمان الطماوي: *النظرية العامة للقرارات الإدارية*، المرجع السابق، ص 313،

⁽²⁾ تتوافر قواعد الاختصاص الضمني إذا حدد المشرع اختصاصا بعينه ولم يعهد به إلى موظف أو إدارة معينة، وبالتالي يكون الموظف المختص هو ذلك الموظف الذي يتفق هذا الاختصاص وواجبات وظيفته. محمد سليمان الطماوي: *قضاء*

الإلغاء، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 695-696، ومحمد فؤاد عبد الباسط: *المرجع السابق*، ص 123
PICOTTE (Jacques): *Juridictionnaire* , *op.cit*, p. 1068 :« la compétence peut être implicite ou explicite (ou expresse) selon qu'elle est reconnue ou attribuée implicitement ou expressément par un texte de l'autorité compétente ».

⁽³⁾ FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p. 349.

الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في تقدير درجات عدم الاختصاص وصوره

وفقا لما سبق فإن صدور القرار ممن لا يختص به، يعيب القرار ويجعله عرضة للإبطال، مع اختلاف درجة عيب القرار بحسب درجة مخالفة قواعد الاختصاص، فقد يعد باطلا أو منعدما، وقد لا يكون كذلك إذا أمكن تغطية المخالفة وفقا للأحوال الاستثنائية التي قررها القضاء الإداري⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم فإن عيب عدم الاختصاص⁽²⁾ الذي يصيب القرار الإداري هو حسب تعريف العميد بونار⁽³⁾ " عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين، لأن المشرع جعله من سلطة هيئة أو فرد آخر"، وعدم الاختصاص هو أبسط شكل من أشكال تجاوز السلطة، حيث يفترض أن السلطة الإدارية اتخذت قرارا لا يدخل في نطاق اختصاصها. والمشرع يحدد لأعوان الإدارة صلاحيات في ممارسة السلطة المنوطة بهم، لكن امتداد تلك السلطة محدد من طرف القانون الساري المفعول وعليه كل قرار أتخذ خارج حدود ذلك الاختصاص يعتبر مشوبا بعيب عدم الاختصاص⁽⁴⁾. والقاعدة أن العون العمومي يتمتع بجميع اختصاصاته منذ تعيينه إلى غاية تحويله أو تجريده منها⁽⁵⁾ وإضافة إلى ذلك ولضمان

(1) ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 361، 367، ويعمل بعض الفقهاء قاعدة توازي أشكال الاختصاصات (من ملك إبرام عمل ملك نقضه)، فالاختصاص بمنح ترخيص يتضمن الاختصاص بسحب الترخيص، واعتبر البعض هذه القاعدة موجهة وليست ملزمة على إطلاقها للمشرع، لأنه كثيرا ما يجعل السلطة التي تملك إلغاء تصرف هي غير تلك التي تبرمه، فمن يملك التعيين لا يملك الفصل في جميع الحالات. أنظر في ذلك: محمد سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 697، و طعيمة الجرف: رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة "قضاء الإلغاء"، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1977، ص 242.

(2) عرف عيب عدم الاختصاص عدة أساتذة وفقهاء القانون من بينهم الأستاذ "Laferriere" الذي يرى أن عيب الاختصاص هو: "عدم الأهلية الشرعية لسلطة إدارية لاتخاذ قرار أو إبرام عقد لا يدخل ضمن صلاحياتها، في حين عرفه العميد (Chapus) تعريفا مطولا كما يلي: "تكون بصدد عدم اختصاص عندما تتخذ سلطة إدارية ما قرارا (أو تمضي عقدا) دون أن تكون لها الصفة لفعل ذلك، أي عندما لا تكون مؤهلة قانونا بالتصرف كما فعلت ويمكن أن يكون القرار المتخذ مشروعا حسب وجهات النظر المتعددة لكنه لم يتم اتخاذه من الذي كان يستطيع إصداره" أنظر بن شيخ آث ملويا لحسين: دروس في المنازعات الإدارية (وسائل المشروعية)، ط4، الجزائر، دار هومة للطبع والنشر، 2009. ص 68-69.

(3) محمد سليمان الطماوي: القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، مصر، دار الفكر العربي، 1986، ص 698.

(4) CHABANOL (Daniel): op.cit, p 309.

(5) هناك ثلاث فئات من الأعوان العموميين أو السلطات يخضعون لقاعدة مختلفة:

استقرار العلاقات القانونية، فإن العون العمومي حتى وإن تم تعيينه بصفة غير مشروعة يؤدي وبشكل صحيح الأعمال التي تدخل ضمن مهامه مادام تعيينه لم يلغ.⁽¹⁾

وتتميز الرقابة على الاختصاص في القرار الإداري بأهمية خاصة، لأن نظر القاضي الإداري لعيوب القرار مستمد في أصله من تصديه لعيب عدم الاختصاص، بوصفه أول عيب اعترف به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 1807/03/28 في قضية (Dupuy-Briace) وذلك بمقتضى قانون 7 ديسمبر 1709⁽²⁾، وهو أول حالة تفتح الباب إلى دعوى تجاوز السلطة⁽³⁾، ويعد من النظام العام ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق بين الهيئات العامة والأفراد على تعديل القواعد التي تحكمه، وأن كل اتفاق من هذا القبيل لا بد وأن يقع باطلا لا اثر له في القانون، وعليه فإن عيب عدم الاختصاص ليس من العيوب

- الوزراء أعضاء الحكومة المستقلة يحتفظون بصلاحياتهم إلى غاية ظهور التقسيم الجديد للحكومة في ج. ر. ج. ج. مما يسمح لهم باسم استمرارية الدولة في إطار اختصاصاتهم بضمان تسيير "القضايا الحالية".

- القضاة الذين يعملون في النظام القضائي لا يصبحون مختصين إلا بعد "تصويبهم" وهو إجراء يلي التعيين.

- إعمالا لمبدأ استمرارية المرافق العمومية يفرض على الأعوان العموميين الاحتفاظ باختصاصهم الذي فقدوه مبدئيا إلى غاية استخلافهم الفعلي، وهذا ثابت بالنسبة للولاة في حالة تحويلهم حيث يحتفظون باختصاصهم إلى تحويلهم الفعلي وإلى غاية تصويب الوالي الجديد.

⁽¹⁾ CHABANOL(Daniel): **op.cit.**, p. 309 « CE, 7 nov 1923, Assoc des fonctionnaires des PTT – CE, 20 Fev, 1957, zahoual – CE, 8 fev 1995, Robert – CE, sect, 16 mai 2001, Préfet de police c/ Ihnen Mtimet »

⁽²⁾ LAFFERIERE (Edouard): **Traité de juridiction administrative et des recours contentieux**, Berger-Levrault, 2^{ème} édition, 1896, TomeII, p.407. <https://bit.ly/2O8a1ec>. « CE, 28 mars 1807, Dupuy-briace »

⁽³⁾ تاريخيا يعتبر عيب عدم الاختصاص أول أسباب الإلغاء على الإطلاق في القانون الفرنسي، وقد اشتهر الطعن بالإلغاء في الفقه والقضاء بدعوى تجاوز السلطة، باعتبار أن تجاوز السلطة هو مرادف لعدم الاختصاص، ولم يمتد نطاق الإلغاء إلى غير عيب عدم الاختصاص إلا بعد أن بسطت إجراءاته اعتبارا من سنة 1864، وحتى في هذه المراحل استمر النظر إلى أسباب الإلغاء الأخرى مثل عيب الشكل والإجراءات والانحراف في استعمال السلطة باعتبارها من صور عدم الاختصاص، بل لا نزال نجد اتجاها في الفقه المعاصر يقرر أن تنظيم أركان التصرف القانوني، إنما يدخل في معنى ترتيب الاختصاص، لأن القانون عندما يحدد الهيئة التي تملك ممارسة التصرف يجري في تحديده لهذا الاختصاص عن طريق بيان سبب التصرف وشكله وغايته فضلا عن موضوعه وفحواه، بحيث يمكن القول بأن الهيئة لا تملك الاختصاص لممارسة التصرف المعين إلا إذا أخذت على نفسها عند إصداره بالتزام الشكل والسبب والغاية التي حددتها قاعدة الاختصاص. أما بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري وباستقراء أحكامه، نجد أنه لا يزال يعتبر أن تجاوز السلطة يندرج ضمن عدم الاختصاص أو عيب الشكل والإجراءات باعتباره صورة من صور عدم الاختصاص، وفي بعض الأحيان على أنه وجه من أوجه الإلغاء، الشيء الذي يجب إعادة النظر فيه. أنظر: EISENMANN (Charles): **op.cit.**, Tome 2, p. 244.

التي تملك السلطة الإدارية تصحيحها بإجراءات لاحقة كالإجازة والتصديق.⁽¹⁾ وبالتالي يجب على القاضي الإداري إثارته من تلقاء نفسه إذا كان إذا كان مستخلصا من أوراق الملف⁽²⁾، حتى ولو لم يشر إليه المدعي (CE, 16 juillet 1915, Couvenhes)، بأن أشار إلى عيب آخر من عيوب القرار الإداري، فهو يمثل الصورة العامة التي تندرج تحتها جميع الأوجه الأخرى للإلغاء وإن استقلت عنه لاحقا.⁽³⁾

كما أن عيب عدم الاختصاص يكون بصفة عامة على شكل عدم اختصاص إيجابي وعدم اختصاص سلبي، وعادة ما يكون عدم الاختصاص الإيجابي عندما يكون هناك تعدد على اختصاص السلطة المختصة⁽⁴⁾ ويقصد به أن تصدر الإدارة قرارا أو تأمر بتصرف ليس باستطاعتها أن تتخذه أو تأمر به من الناحية القانونية حسب الفقيه (LAFERRIERE)⁽⁵⁾، وقد عالج المشرع الفرنسي حالة عدم الاختصاص الإيجابي في المادة 20 من 12 أبريل سنة 2000⁽⁶⁾ والمتعلق بحقوق المواطن في علاقاته بالإدارات، وذلك بإلزام الإدارة العمومية المودع أمامها الطلب بتحويله إلى الإدارة المختصة مع الالتزام بإبلاغ المعني بذلك، أما إذا عالج الطلب في مضمونه ورفضته بحجة أنها غير مختصة، فإن قرار الرفض يلغى بسبب عدم الاختصاص.⁽⁷⁾ في المقابل نجد المشرع الجزائري قد أشار إلى ضرورة أن ترد الإدارة على كل الطلبات أو الرسائل أو التظلمات التي يوجهها المواطنون إليها⁽⁸⁾ دون تفصيل أكثر في حالة عدم اختصاصها بان تحول الطلب إلى الإدارة المعنية وتبليغ المعني حتى لا يضيع وقت أكثر برفض الطلب.

(1) محمد سليمان الطماوي: القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، مصر، دار الفكر العربي، 1986، ص700. (قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 13 مارس 1936، قضية chevreau).

(2) CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p.305

(3) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 98.

(4) CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p.313

(5) LAFFERRIERE (Edouard): **op.cit**, p.407.

(6) Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 **Relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations**, JORF n°0088 du 13 avril 2000 page 5646. <https://bit.ly/32bTfmi>: « Lorsqu'une demande est adressée à une autorité administrative incompétente, cette dernière la transmet à l'autorité administrative compétente et en avise l'intéressé »

(7) CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p.314

(8) المادة 34 من المرسوم 88-131، مؤرخ في 4 يوليو 1988، المتضمن تنظيم العلاقات بين الإدارة والمواطن، (ج. ر. ج. ج عدد 27، صادر في 6 يوليو 1988)

والسلبى هو أن تبرر الإدارة غلط موقفها بعدم اختصاصها لترفض اتخاذ قرار ما، أي أن الإدارة تتذرع وهي ليست محقة في ذلك بعدم اختصاصها قصد رفض اتخاذ القرار⁽¹⁾، كأن يرفض أحد رؤساء البلديات منح إعالة بطالة للمدعي ظنا منه أنه من اختصاص هيئة أخرى، لذا قضى المجلس بإلغاء قرار الامتناع دون أن يكون هذا الخطأ موجبا لمسؤولية الإدارة.⁽²⁾ غير أن فرضية عدم الاختصاص السلبى قد تعرضت إلى نقد شديد، وأصبحت تكيف على أنها خطأ في القانون.⁽³⁾

وبما أن عيب عدم الاختصاص من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على تعديل قواعده، ولا يجوز تصحيح الأخطاء المترتبة على مخالفة قواعده، فإنه يكون للقاضي أن يتصدى له من تلقاء نفسه وأن يحكم على القرار الإداري من خلال ما ينتهي إليه رأيه في شأن هذا العيب، ولا يشفع الاستعجال للإدارة في مخالفة قواعد الاختصاص إلا أن تكون ظروف استثنائية تبرر ذلك تحت رقابة القضاء.⁽⁴⁾

ويعاقب القاضي الإداري بصرامة على عدم الاختصاص، حيث يبحث في المقام الأول في هوية متخذ القرار فيما إذا كان مخلولا لاتخاذ (أو متخذي القرار في حالة القرار المشترك مثل قرار وزاري مشترك، أو رأي مصادقة...)، وفيما إذا كان عليه أن يتخذ هذا الإجراء أو ذلك، وهو سؤال يخص من جهة المواضيع والمواد التي تدخل في اختصاصه، ومن جهة أخرى الأقاليم أو الأماكن التي يمارس فيها اختصاصاته.⁽⁵⁾

أولاً: سلطة القاضي الإداري في تقدير درجات عدم الاختصاص

يكون عيب عدم الاختصاص على درجتين، عدم الاختصاص الجسيم ويتمثل في اغتصاب السلطة أو الوظائف «Usurpation des fonctions»، ويترتب عليه انعدام القرار الإداري، أما الدرجة الثانية وهي عدم الاختصاص البسيط ويأخذ ثلاث صور عدم

(1) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p.247

(2) CE, 01 septembre 1944, Bour

(3) FRIER (P-L) et PETIT (J): **op.cit**, p. 552« Quant à l'incompétence négative, il s'agit d'une erreur de droit. »

(4) طعيمة الجرف: المرجع السابق، ص 243.

(5) FRIER (P-L) et PETIT (J): **op.cit**, p.349.

الاختصاص المكاني، عدم الاختصاص الزمني وعدم الاختصاص الموضوعي ويترتب عليه بطلان القرار الإداري دون انعدامه.⁽¹⁾

ولعدم وجود معيار فاصل بين حالات اغتصاب السلطة وبين حالات عدم الاختصاص البسيط، لذلك تبرز السلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال لتصنيف القرارات الإدارية المخالفة لقواعد الاختصاص ومدى تمتعها بالآثار القانونية من عدمه.⁽²⁾

1- الدرجة الأولى: عدم الاختصاص الجسيم (اغتصاب الوظائف)

اختلف الرأي في الفقه والقضاء حول مفهوم اغتصاب السلطة، واهتموا بذكر الحالات التي تندرج ضمن اغتصاب السلطة، رغم عدم الاتفاق على بعض منها⁽³⁾، حيث ترتب على هذا الاختلاف أن ما يعتبره البعض اغتصاباً للسلطة قد يعتبره آخرون مجرد عدم اختصاص بسيط لا يرقى إلى مرتبة اغتصاب السلطة.⁽⁴⁾

وتحدث هذه الحالة حينما يلجأ شخص ليست له أي صفة قانونية ولا ينتمي إلى التسلسل الإداري إلى إصدار قرار إداري؛ أو من سلطة إدارية والتي تتخذ قرارها مخالفة بذلك المبادئ القانونية الأولية والتي تعدي على اختصاصات السلطة القضائية أو التشريعية، تحت تحفظ تطبيق نظريات المرونة كما هو عليه الحال بالنسبة للموظفين الفعليين أو نظرية الظروف الاستثنائية⁽⁵⁾، هذا الشكل من عدم الاختصاص هو الأكثر جساماً ويؤدي بالقاضي إلى التصريح ليس فقط بأن هذا القرار باطل، بل هو معدوم⁽⁶⁾، وينحدر بالقرار إلى مجرد فعل مادي معدوم الأثر قانوناً.⁽⁷⁾

(1) أحمد محيو: المنازعات الإدارية (ترجمة فائز أنجق) - الجزائر - ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 180.

(2) وليد بن محمد بن صالح الصمغاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 15

(3) محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 339،

(4) ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 361

(5) لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 95

(6) CE, 31 mai 1975, ROSAN Girard.

(7) أحمد محيو: المرجع السابق، ص 180.

- الحالة الأولى: صدور القرار من فرد عادي

قد يحدث أن يصدر القرار من فرد عادي ليست له أي صفة قانونية أو إدارية، أو في حالة الشخص الذي كان موظفا ثم انقطعت صلته بالوظيفة بإحالاته على التقاعد أو الفصل أو الاستقالة وتم إبلاغه بذلك،⁽¹⁾ غير أن الصورة الأكثر تطبيقا لهذه الحالة تتحقق إذا لم يكن تعيين الموظف صحيحا قانونا، إذ يكون القرار الصادر منه غصبا للسلطة الإدارية في الأصل، لأنه غير موظف من الناحية القانونية، ومن ثم لا يرتب أي أثر.⁽²⁾

ورغم خطورة الآثار المترتبة على هذه الحالة، إلا أن القضاء الإداري أبدى نوعا من المرونة التي يتطلبها النشاط الإداري، وحماية لجمهور المتعاملين مع الإدارة، وذلك بابتداع نظرية الموظف الفعلي (الواقعي) *La théorie des fonctionnaires de fait*، وهي نظرية تدخل في إطار الظروف الاستثنائية والتي تبرر لأشخاص أو هيئات غير مختصة إداريا بممارسة سلطات الإدارة تحقيقا للمصلحة العامة وحتى سلطات المشرع، وهؤلاء الأشخاص على نوعين⁽³⁾:

- قد يتعلق الأمر بأشخاص دون نيابة، أو بأشخاص من القانون الخاص لا يخطئ بشأنهم أحد، لكن يوجدون بفعل الظروف محمولين على تسيير الجهاز الإداري، إعمالا للمبدأ الدستوري المتمثل في استمرارية المرافق العمومية، ولكن بشروط معينة، حيث تخضع قراراتهم لرقابة القاضي الإداري عن طريق رفع دعوى تجاوز السلطة ولا تخصص صفة الموظفين الفعليين إلا لهؤلاء، حتى ولو كانت تلك الصفة تستعمل لتعيين المعتدين بفعل الظروف على اختصاصات أعوان آخرين، وبالرغم من ذلك تكون قراراتهم صحيحة.⁽⁴⁾

- وقد يصدر القرار من موظف يخرج عن إطار اختصاصه، أي ليست له أي سلطة بإصدار القرارات، وبالتالي كل شيء يدعو إلى التصديق بأنهم مؤهلين قانونا لإصدار

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 16.

(2) طعيمة الجرف: المرجع السابق، ص 245

(3) لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 94.

(4) DEBBACSH (Charles): *op.cit*, p.676 et suivantes

القرارات التي يوقعون عليها، وينجحون بذلك في خلق مظهر صحيح يجعل الآخرين لا يشكون في صحته.⁽¹⁾

ومعيار التفرقة بين اغتصاب السلطة وعيب الاختصاص البسيط إنما يتمثل في شبهة وجود الاختصاص السليم⁽²⁾، وللقاضي الإداري سلطة تقديرية في تحديد مدى وجود هذه الشبهة، فقد لا يكون الأمر واضحاً تماماً في جميع الحالات بالنسبة لبعض الوظائف، خاصة وأن اعتبار اغتصاب الموظف للسلطة له آثار خطيرة على النشاط الإداري، كما أنه ليس من المصلحة التوسع فيه، مما يجعل الأمر في النهاية رهيناً بوجود شبهة التي تنفي عن مصدر القرار صفة الغصب.⁽³⁾

فقد نجد موظفاً عين بطريقة غير صحيحة في وظيفة ما، ويتخذ عدة قرارات، وبعد ذلك يصدر قرار بإبطال تعيينه، وبالرغم أن هذا الأخير يسري بأثر رجعي، أي يعتبر الموظف كأنه لم يعين قط، إلا أن ذلك لن يجعل القرارات التي أصدرها هذا الموظف قبل إبطال تعيينه بأثر رجعي، على أنها صادرة عن سلطة غير مختصة، بل تعتبر قرارات صحيحة تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي، لأنه في نظر الغير هو موظف قانوني والقرارات التي أصدرها على أنها صادرة عن سلطة مختصة.⁽⁴⁾

- الحالة الثانية: صدور القرار في مسالة تختص بها السلطة التشريعية أو القضائية

تخص هذه الوضعية أساساً القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية، وعدم مشروعية هذه القرارات تكمن في أنها لا تدخل ضمن اختصاصات واضعيها، وخصوصية هذه الوضعية هي أن الاختصاص المغتصب لا يعود لأي سلطة إدارية على الإطلاق، فقد

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 96

(2) ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، مرجع السابق، ص 361.

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 01، ص 21

(4) لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية: المرجع السابق، ص 96.

- بالنسبة لموقف القضاء الجزائري، فإن أغلب الأحكام القضائية التي أبطلت قرارات الإدارة بسبب عيب عدم الاختصاص، هي قرارات تتعلق بعيب اغتصاب السلطة، حيث أن معظم الحالات إن لم نقل جميعها، تتعلق باعتداء الإدارة على اختصاصات السلطة القضائية، في حين القليل منها ما يتعلق بعدم الاختصاص المادي أو الموضوعي، مع الملاحظة أن القضاء الجزائري لا يذكر عيب عدم الاختصاص بدقة إلا نادراً بل يشير فقط إلى تجاوز السلطة.

يصدر قرار إداري يتناول تنظيم امر لا يمكن تنظيمه إلا بقانون وفقا لأحكام الدستور أي يدخل في اختصاص السلطة التشريعية، أو أن تحاول الإدارة حسم منازعات من اختصاص القضاء بقرارات إدارية.⁽¹⁾

وحتى لو كان الاعتداء على سلطات المشرع أو السلطة القضائية أو أحد الخواص يعتبر أحيانا اغتصابا للسلطة تجعل القرار معدوما، فان القاضي غالبا ما يبطل القرار غير المشروع لعدم الاختصاص "البسيط"، على سبيل المثال في حالة صدور مرسوم في مجال القانون..⁽²⁾

في الجزائر فان أغلب حالات عيب عدم الاختصاص الجسيم والمتمثلة في اغتصاب السلطة، تتعلق باعتداء السلطة الإدارية على اختصاصات السلطة القضائية، فغالبا ما تقوم الإدارة بعمل من صميم اختصاص القاضي العادي أو اختصاص القاضي الإداري.⁽³⁾ وينحدر هذا النوع من القرارات إلى مجرد فعل مادي لا أثر له مطلقا من الناحية القانونية.⁽⁴⁾

-الحالة الثالثة: صدور القرار من سلطة إدارية لا تمت بصلة إلى السلطة مصدرة القرار-

يعتبر الاختصاص شخصي، فعندما يصدر القرار الإداري من شخص أو هيئة تنتمي للإدارة ولكن ليست مؤهلة لاتخاذ الأعمال القانونية باسم الأشخاص العمومية، وبالتالي يقوم هذا العيب على عدم احترام قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية، ومع ذلك أعتبر هذا العيب من قبيل اغتصاب السلطة "وليس عدم الاختصاص البسيط".⁽⁵⁾ حيث يرى الفقيه

(1) مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، قرار غير منشور، فهرس رقم 1581، ملف رقم 049058، مؤرخ في 2009/12/31، قضية (ر.م.ش.ب لبلدية جبل امساعد) ضد السيد (ر.ع): " قام رئيس البلدية باستئناف القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء المسيلة بتاريخ 2007/12/11، تحت رقم 07/154 فهرس 07/415 والذي قضى بإلغاء القرار الصادر عن رئيس البلدية المعنية (تسخيرة) تقضي بفتح الطريق غير المعبد المغلق من طرف المدعي والذي يؤدي مباشرة إلى منزله، وقد أيد مجلس الدولة قرار قضاة الدرجة الأولى بإلغاء التسخيرة، جاء فيه أن القرار يمس ملكية المستأنف عليه، وأنه لا يجوز لرئيس البلدية التصرف في ملكية الغير إلا حسب الطريق القانونية، وأنه لا يمكن لرئيس البلدية حل محل القضاء وذلك بالفصل في نزاع قائم بين طرفين على حق الارتفاق، وبالتالي فإن القرار المتخذ من طرف رئيس البلدية كتسخيرة هو مشوب بتجاوز السلطة وانعدام الاختصاص مما يستوجب إلغاءه"

(2) FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p.552.

(3) لحسين بن شيخ آث ملويا: *دروس المنازعات الإدارية، المرجع السابق*، ص 98

(4) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p.259

(5) محمد سليمان الطماوي: *النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق*، ص 342

LAFERRIERE أن تكييف اغتصاب السلطة والمعاقبة بالانعدام ينبغي أن يطبق عندما يتخذ قرار من شخص دون سلطة... أو لأنه يؤدي وظائف لا تخوله أي حق في اتخاذ قرار.⁽¹⁾ وانتقد هذا الرأي على أنه ليس هناك أي سبب نظري أو عملي، في هذه الحالة، لاستخدام نظرية الانعدام⁽²⁾، ولهذا تخلت عنها الاجتهادات القضائية منذ ذلك الحين⁽³⁾ فحالات عدم الاختصاص هذه لا يمكن لها أن تنشأ بدقة نظرية الانعدام، فهي نظرية لها نتائجها القانونية الواضحة بدقة.⁽⁴⁾

– الحالة الرابعة: الاعتداء على اختصاص سلطة إدارية موازية لها L'empiétement latéral

بمعنى أن تعتدي سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية أخرى لا تربطها بها صلة تبعية أو إشراف، والغالب أن يكون المشرع قد جعل السلطتين (المعتدية والمعتدى عليها) على قدم المساواة فيما يتعلق بممارسة اختصاص كل منهما، كاعتداء أحد الوزراء على

(1) LAFERRIERE, Édouard: **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**. Tome 2, Paris, imprimerie Berger, Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France, 1896. p.497.

(2) أول من حاول صياغة فكرة واضحة عن انعدام Inexistence القرارات هو الفقيه الفرنسي Laferrière، حيث يرى أن هناك من أعمال الإدارة ما لا يمكن الاكتفاء بنعته بالبطلان، وقد كانت أفكاره أثرها الواضح على قضاء مجلس الدولة والمفوضين، والفهاء كذلك، وهي تختلف عن البطلان الذي يقوم على أحد العيوب الخمسة للقرار الإداري، والقرار المعدوم هو مجرد عمل مادي شبيه بالأعمال الصادرة عن الأفراد: للاطلاع أكثر ينظر، محمد سليمان الطماوي: **النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 378.**

بالنسبة للفقيه أيزنمان يرى بأن القرار الباطل هو قرار يجب أن يكون بطلانه رسمياً أو يعلن عنه، وبالتالي، وإلى حين أن يصبح كلك، يجب أن يعامل على أنه صحيح، وعلى العكس من ذلك، فإن القرار المعدوم هو قرار غير موجود وليست له أية قيمة، وهو عمل لا يحتاج إلى أن يعلن عنه بشكل رسمي، وبالتالي يمكن معاملته على أنه باطل فوراً ودون تأخير

أنظر في ذلك: EISENMANN (Charles): **op.cit**, tome 2, p. 76

• من تطبيقات مجلس الدولة الجزائري بخصوص انعدام القرارات نجد قرار مجلس الدولة: قرار غير منشور، فهرس 159، قضية والي ولاية عنابة ضد جمعية الأمل، قرار مؤرخ في 2000/03/27، المنتقى في قضاء مجلس الدولة لسنة 2004، الجزء 2، ص 203: "قيام والي ولاية عنابة بحل الجمعية هو اعتداء على اختصاص الجهة القضائية"

(3) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 270

(4) لحسين بن شيخ آث ملويا: **دروس في المنازعات الإدارية (وسائل المشروعية)**، المرجع السابق، ص 71. يشير الأستاذ آث ملويا إلى أن القضاء الجزائري لا يأخذ بنظرية الانعدام إلا نادراً ولا يصرح بها في منطوق القرار القضائي، بل يكتفي بعبارة الإبطال.

اختصاصات وزير آخر، ولا يكون ذلك إلا في حالة غموض الاختصاصات وتداخلها.⁽¹⁾ إلا أن الفقه قد اختلف حول هذه الحالة فيما إذا كانت من قبيل اغتصاب السلطة، حيث يرى البعض أنها لا تخرج عن كونها متضمنة لمخالفة شروط صحة القرار، وأساسها عدم مراعاة قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية،⁽²⁾ واستندوا في ذلك إلى ما أظهره واقع التطبيق من عدم اطراد أحكام القضاء الإداري على اعتبار اعتداء جهة إدارية على اختصاص جهة إدارية أخرى مستقلة عنها غصبا للسلطة.⁽³⁾

والبحت في واقع أحكام القضاء الإداري ينبئ عن استقراره على أن القرار الصادر في هذه الحالة يمثل اغتصابا للسلطة ؛ طالما ظهر الخطأ في الاختصاص ظهورا بينا، وهو ما يتحقق بتوافر شرطين، أولهما: كون الجهة الأخرى مستقلة عن الجهة مصدرة القرار، ولا تربطها بها صفة تبعية أو إشراف، والثاني: أن يكون اختصاص كل جهة واضحا لا لبس فيه ولا احتمال ؛ بحيث تنتفي شبهة الاختصاص للجهة مصدرة القرار، ويفقد هذين الشرطين أو احدهما لا يعد القرار من قبيل غصب السلطة مطلقا⁽⁴⁾

ويعد تحقيق هذين الشرطين محلا لإعمال القاضي الإداري لسلطته التقديرية، وهو ما أوجد نوعا من التباين في أحكام القضاء الإداري بالنسبة لتقدير مدى استقلالية الجهة المصدرة للقرار عن الجهة المختصة أصلا بإصداره، وكذا الأمر في وضوح الاختصاص وظهوره، ففي حين قضي بان تجاوز صلاحيات مجلس الإدارة داخل الجهة نفسها - أحيانا-

(1) محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 344

(2) مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، قضاء الإلغاء، الإسكندرية، دار المطبوعات

الجامعية، 1999، ص 660-663 / ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، ص 365

(3) مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس: 511، مؤرخ في 19/07/1999، قضية (رئيس مندوبية بلدية قستطينة) ضد (ك.س.)، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، 2003، الجزء 01، ص 153: "اعتداء رئيس البلدية على اختصاص الوالي، الوالي هو المختص بمنح رخصة الطريق، أي الترخيص بشغل قطعة من الأملاك العامة المخصصة لاستعمال الجميع شغلا خاصا، مع إقامة مشتملاتها في أرضيتها وتسلم لفائدة مستعمل معين، وعليه يتعين القول بأن البلدية عندما هدمت الكشك محل النزاع تكون قد تجاوزت سلطتها"

(4) محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 344-345.

يندرج ضمن عيب عدم الاختصاص الجسيم، اتجهت بعض الأحكام في حالات مقارنة إلى إدراجه ضمن عيب عدم الاختصاص العادي.⁽¹⁾

ولعل السبب في ذلك يرجع بالدرجة الأولى إلى توسع القضاء الإداري في حالات اغتصاب السلطة دون مراعاة الأساس الذي بني عليه، وهو ارتباطه بأصل الولاية من جهة، ومدى وجود شبهة الاختصاص من جهة أخرى؛ بحيث يمكن حمل القرار عليها ومن ثم يكون محل أعمال السلطة التقديرية للقاضي الإداري هو في مدى وضوح الاختصاص من عدمه؛ فإذا لم يكن لمصدر القرار ولاية إصدار القرار بالكلية، فالعيب مرتبط بغصب السلطة ولا شك، أما إن كان يملك الولاية في الأصل لكنه غير مختص، فهنا يتحقق مجال سلطة القاضي التقديرية من حيث النظر في مدى وضوح الاختصاص من عدمه، وهو الأمر الذي لا يمكن المصير فيه إلى اعتبار إصدار رئيس مجلس الإدارة قراراً يدخل في اختصاص مجلس الإدارة من غصب السلطة؛ لوضوح علاقة الارتباط، بخلاف ما لو كان لكل جهة استقلال؛ إذ ينظر القاضي في مدى وجود ارتباط يمكن تصور الخطأ بالنسبة لقواعد الاختصاص

2- الدرجة الثانية: المساس بتوزيع الاختصاصات داخل الإدارة (عيب عدم الاختصاص العادي أو البسيط)

وهو أكثر حدوثاً وأقل خطورة من الصورة الأولى، فهو يقوم على أساس مخالفة قاعدة توزيع الاختصاصات بين الهيئات الإدارية المكونة للسلطة التنفيذية أو العاملين في هذه الهيئات، ولذلك لا تكون مخالفة قواعد الاختصاص جسيمة لأنه متوقع حدوثها أثناء العمل بفعل عوامل عديدة منها تداخل الأعمال الإدارية بين مختلف الهيئات وكثرة عدد الموظفين الذين يمارسون سلطة القرارات الإدارية. ويشمل الصور التالية⁽²⁾ المادي -المكاني - الزماني.

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 22

(2) حمدي القبيلات: الوجيز في القضاء الإداري، ط1، عمان (الأردن)، دار وائل للنشر، 2011، ص345.

ثانيا: سلطة القاضي الإداري في تقدير صور عيب عدم الاختصاص

يجري الطعن تقليديا في ثلاثة صور من عدم الاختصاص البسيط: الاختصاص المادي والاختصاص المكاني التي تتطابق فعلا مع البعد الشخصي للاختصاص، والصورة الثالثة هو الاختصاص الزمني:

1- الصورة الأولى: سلطة القاضي الإداري في تقدير عيب عدم الاختصاص الموضوعي (المادي)

في هذه المرحلة تخول الإدارة سلطة البت في مجال معين، أو الترخيص بإتباع سلوك معين أو النص عليه، ولا يمكنها التصرف خارج نطاق المواد التي حددتها النصوص. وتستبعد المسائل التي هي من مسؤولية السلطات العامة أو الخاصة الأخرى، فلا يمكن للإدارة أن تتعدى على السلطات التي تقع على عاتق المشرع أو السلطة القضائية أو الخواص⁽¹⁾. وهذا النوع من عيوب الاختصاص أقل خطورة من اغتصاب السلطة، وهي الحالة الأكثر شيوعا لعدم الاختصاص⁽²⁾، حيث تتخذ سلطة إدارية تصرفات في مجالات وميادين لم تتلق بشأنها أي اختصاص، وعادة ما يكون هذا النوع من عدم الاختصاص في شكل سلبي.

ويميز بين حالات اعتداء سلطة دنيا على اختصاصات سلطة عليا سلميا، وحالات تتعدى فيها السلطة العليا على اختصاصات السلطة الدنيا⁽³⁾

- اعتداء سلطة أدنى على اختصاصات سلطة أعلى سلميا

قد يصدر أحد المرؤوسين في السلم الإداري قرار يدخل في اختصاص الجهة الرئاسية له دون تفويض منها، فهذا القرار يكون معيبا بعيب عدم الاختصاص المادي⁽⁴⁾. وتكثر تطبيقات هذه الحالة في الواقع العملي، ولا يتم تغطية عدم مشروعية هذا القرار باعتبار أنه قد أتخذ بناء على تعليمات السلطة المختصة أو بترخيص منها⁽⁵⁾ وتقدير القاضي لهذا القرار

⁽¹⁾ FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p. 349

⁽²⁾ لحسين بن شيخ بث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 81.

⁽³⁾ المرجع نفسه، ص 81.

⁽⁴⁾ محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 354.

⁽⁵⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p.271

المعيب والمتخذ في هذه الحالة ليست بالصعوبة في جميع الأحوال، فاختصاصات مختلف السلطات الإدارية محددة قانوناً.

- عدم احترام الرئيس لاستقلالية المرؤوس

هذه الفرضية أقل وجوداً في الواقع من الأولى، فاستناداً إلى قاعدة التسلسل الإداري، فإن الرئيس هو الرئيس السلمي للمرؤوس، وبالتالي له سلطة تصحيح أو تعديل أو إنجاز تصرفات هذا الأخير دون ارتكابه لعدم الاختصاص⁽¹⁾. غير أنه لا يمكن أن يحل محل المرؤوس لممارسة الاختصاصات المعهود بها لهذا الأخير، فالقرارات المتخذة في هذه الظروف تكون منعدمة وهذا الحل معمول به حتى في حالة التفويض إذا اعتدت السلطة المفوضة على اختصاصات المفوض إليه.⁽²⁾ إلا أنه ترد على هذه المبادئ بعض القيود، ففي الحالة الأولى يمكن للرئيس السلمي التدخل من تلقاء نفسه أو بناء على تظلم رئاسي لتصحيح أو تعديل أو إنجاز تصرفات المرؤوس يكون قبل إصدار القرار، أما إذا صدر القرار وأنشأ حقوقاً لا يمكن الطعن فيه إلا في حالات عدم المشروعية المعروفة ولا يكون إلا برفع دعوى أمام القاضي الإداري وفي الآجال المحددة قانوناً، حيث يقوم القاضي بالتحقق فيما إذا كانت ممارسة هذه السلطات وفق الشروط المنصوص عليها قانوناً.⁽³⁾

- اعتداء سلطة مركزية على اختصاصات سلطة لامركزية

من المعلوم أن نظام اللامركزية الإدارية يقوم على أساس وجود مصالح إقليمية أو مرفقية متميزة، يعهد بالإشراف عليها إلى هيئات لامركزية إقليمية أو مصلحة (مؤسسات أو هيئات عامة) تحت وصاية السلطات المركزية في الدولة.

والأصل في هذا النظام هو استقلال الهيئات اللامركزية، وإن الإدارة المركزية ليس لها أن تمارس في رقابتها على الهيئات اللامركزية. وأن الإدارة المركزية ليس لها أن تمارس في رقابتها على الهيئات اللامركزية إلا ما نص عليه صراحة في القانون. وبالتالي ليس لها أن تحل نفسها محل الهيئات اللامركزية في اتخاذ القرار. وليس لها -بالنسبة للقرارات التي

(1) عبد الله طلبة: القانون الإداري (الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري)، ط2، سوريا، مديرية الكتب والمطبوعات، منشورات جامعة حلب، 1980، ص 269.

(2) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p.280

(3) *Ibid*, p.281

تخضع لوصايتها- أن تعدل في تلك القرارات أو تستبدل بها غيرها، وكل ما لها هو أن توافق عليها بحالتها أو ترفضها في خلال المدة التي يحددها القانون. فإذا خرجت على ذلك كان خروجها اعتداء على سلطات الهيئات اللامركزية الإقليمية أو مصلحة، وهذا هو المسلم به في فرنسا.

وتبدو السلطة التقديرية للقاضي الإداري في هذه الحالة في مدى مراعاة السلطة الوصية للنصوص القانونية، باعتبارها السند في تخويل اختصاصات كل جهة، والتي لا يمكن أن تعطى الحق في أن تحل محل الهيئة اللامركزية وتمارس اختصاصاتها الأصلية.

2- الصورة الثانية: سلطة القاضي الإداري في تقدير عيب عدم الاختصاص المكاني

إن مخالفة السلطة الإدارية لحدود اختصاصاتها الإقليمية أو عدم الاختصاص المكاني، هو أمر استثنائي للغاية.⁽¹⁾ فقد تقرر أحيانا سلطة ما، عادة عن طريق الخطأ، في الأشخاص أو الأشياء التي لا تقع ضمن اختصاصها الإقليمي، مما يعرض قرارها للإبطال.⁽²⁾ ويكون وفق نوعين متميزين، فالنوع الأول وهو أن تمارس السلطة الإدارية وظائفها وهي متواجدة في مكان غير الذي كان يجب أن تتواجد فيه، وهذا النوع نادر الحدوث، إضافة إلى عدم وجود تنظيم إجباري في هذا المجال⁽³⁾. أما النوع الثاني هو أن تتخذ السلطة الإدارية قرارا بشأن موضوع يتعلق بقضايا خارجة عن إقليمها، إلا فيما يسمح به القانون كإصدار قرارات مشتركة بين سلطات إدارية في إقليمين مختلفين.⁽⁴⁾

وبحث مدى اختصاص مصدر القرار مكانيا يفترض اختصاصه موضوعا، فلا وجود لعيب عدم الاختصاص المكاني إلا بتوافر الاختصاص الموضوعي لمصدر القرار ؛ بعكس ثبوت اختصاصه الموضوعي فلا دلالة فيه على اختصاصه المكاني

⁽¹⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p.284

⁽²⁾ المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار 64520، مؤرخ في 14/01/1989، قضية (ع.ع) ضد (رئيس ب.س.ن)، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 01، ص 123: " من المقرر قانونا أنه تطبيقا لمبدأ استمرارية المرفق العام ينقل

التقسيم الإداري الجديد التزامات البلدية القديمة إلى البلدية الجديدة ومن ثم فإن قضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون"

⁽³⁾ محفوظ لعشب: *المسئولية في القانون الإداري*، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1994، ص 80.

⁽⁴⁾ لحسين بن شيخ آث ملويا: *دروس في المنازعات الإدارية*، المرجع السابق، ص 80.

3- الصورة الثالثة: سلطة القاضي الإداري في تقدير عيب عدم الاختصاص الزمني

يعرف عيب عدم الاختصاص الزمني بأنه مزاولة عضو السلطة الإدارية اختصاصه دون مراعاة القيود الزمنية الموضوعية لذلك.⁽¹⁾ وتحت إسم عدم الاختصاص الزمني، هناك فرضيات متنوعة جدا يخالف فيها واضع القرار الإداري القواعد المسندة إليه فيما يتعلق بممارسة اختصاصه في الزمن. وهذا العيب لا يخص واضع القرار بل موضوعه وأسبابه، وبالتالي لا يرتبط بفكرة عدم الاختصاص إلا إذا أخذ بالمعنى الأوسع لعدم الاختصاص،⁽²⁾ وهناك عدة حالات مدرجة ضمن عيب عدم الاختصاص الزمني وهي⁽³⁾:

- **الحالة الأولى:** تحت هذا التحفظ، هناك أولاً عدم اختصاص زمني عندما يمارس اختصاص مخالف لقاعدة تحدد الفترة الزمنية التي يمكن أن يمارس ضمنها هذا الاختصاص. وتخص هذه الحالة على سبيل المثال، الجمعيات الإدارية التي لا يمكن أن تتداول إلا خلال الدورات القانونية، لأن المداولات التي تُخرج عن هذه الدورات تعتبر لاغية وباطلة. وعندما ينص القانون على آجال والتي يمكن اتخاذ قرارات إدارية ضمنها، فإن الاجتهادات القضائية تعتبر في معظم الأحيان أنها مجرد آجال تنظيمية حثية بهدف الإسراع في التنفيذ، وأن عدم الامتثال لها لا يلغي القرار.

- **الحالة الثانية:** فرضية أخرى تتعلق بانتقال السلطات في الفترة الزمنية الفاصلة بين فقدان عون لصلاحياته ودخول من يخلفه إلى منصبه. في هذه الحالة، والتي تثير مشكلة الإنابة، فإن الاجتهادات القضائية المتعلقة باستمرارية المرافق العمومية، تعترف مبدئياً باختصاص العون الأول.

- **الحالة الثالثة:** حالة الممارسة المسبقة لاختصاص، أي عندما تتخذ السلطة الإدارية قرارات سابقة لتعيينها، وهي الحالة التي يدعي فيها صاحب القرار بتأخير تاريخ آثار قراره فيما يتعلق بدخوله حيز النفاذ، فقد تندرج ضمن هذه الفئة. عندما يكون التأخير مبالغاً فيه (قد يكون من الضروري اتخاذ قرار في بعض الحالات قبل أن يمكن أن يكون له أثر؛ على

(1) محمد سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 631

(2) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p.284-285

(3) عبد الله طلبة: المرجع السابق، ص 270-271.

سبيل المثال، يمكن أن يتم التعيين قبل شغور الوظيفة، وينبغي اعتبار هذه الممارسة غير قانونية. بل إنه يشكل، كما لوحظ في بعض الأحيان⁽¹⁾، تعدياً على صلاحيات العون المستخلف المحتمل لصاحب القرار، ويتجاهل، علاوة على ذلك، مبدأ أن أي قرار إداري لا يمكن أن يستند إلا إلى الأسباب المعاصرة للتاريخ الذي يبدأ فيه سريانه. ولذلك، فإن الاجتهادات القضائية تعلن بطلان التعيين أو الإحالة على التقاعد بصفة مسبقة.

- **الحالة الرابعة:** تلك التي تتخذها بعد انتهاء وظائفها، باستثناء فرضية الحكومة التي قدمت استقالته، والتي يجب عليها معالجة القضايا الجارية، أو عندما لا تتخذ أي إجراء للحلول أو للإجابة.

- **الحالة الخامسة:** في بعض الحالات يمكن الدخول في عدم الاختصاص الزمني في الحالة التي تمارس فيها السلطة الإدارية اختصاصها بصفة رجعية، مخالفة بذلك مبدأ عام للقانون وهو عدم رجعية القرارات الإدارية.

من الملاحظ أن عيب الاختصاص الزمني ليس له وجود خاص به، بل هو مرتبط إما بالقواعد الإجرائية أو بالقواعد المتصلة ببدء نفاذ القرار المتعلقة بالمشروعية الداخلية. فالعنصر الزمني مرتبط منطقياً بأي عمل، ولا يمكن الاستناد إليه في تحديد العيوب، فالعبرة دائماً بوقت إصدار القرار، وبالتالي فإن محاولة ربط أنواع مخالفة قواعد الاختصاص بالعنصر الزمني تبدو غير منضبطة، وتتشابه هذه المحاولة بحالة ربط الاختصاص بالعنصر المكاني عند وجود العنصر الموضوعي الأبرز في مسألة الاختصاص، وبالتالي فالضابط المتمثل في عدم اللجوء إلى أي من الاختصاصين المكاني أو الزمني إلا إذا ثبت توافر الاختصاص الموضوعي لمصدر القرار.⁽²⁾

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تغطية عيب عدم الاختصاص

العنصر الأساسي لصحة القرار الإداري هو أن يصدر عن العون الإداري الذي عينه المشرع، لذلك فإن صدوره عن من سواه يعيب القرار ويجعله عرضة للإبطال أحياناً، ومنعدماً في حالات أخرى. فالأصل هو عدم جواز ممارسة الاختصاص من غير العون

⁽¹⁾ CE, 17 mai 1907, Tessier

⁽²⁾ وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 02، ص 38.

الإداري المخول له قانونا بممارسته، إلا أنه في بعض الفرضيات لا تعد القرارات الصادرة عن غير ذي مختص مشوبة بعيب عدم الاختصاص؛ بل تظل صحيحة ومعترف بها قانونا، وهو ما يتم من خلال تصحيح عيب عدم الاختصاص وتغطيته.

وتبرز السلطة التقديرية للقاضي الإداري في هذا المجال، في التمييز بين حالتين، الأولى هي أن يجد مصدر القرار عند إصداره سندا لاختصاصه رغم أنه لم يعهد إليه أصلا بإصدار القرار، والثانية هي أن يولد القرار معيبا بعدم الاختصاص، ثم يتوافر بعد ذلك سند يمكن حمل القرار عليه. فوسائل الحالة الأولى هي طرق لتغطية عيب عدم الاختصاص، فالتغطية - بالمعنى الضيق - تعني ظهور سند للاختصاص عند إصدار القرار، بينما تخص وسائل الحالة الثانية، وسائل لتصحيح عيب عدم الاختصاص الذي يعني ظهور سند الاختصاص بعد الإصدار، حيث يعني التصحيح ظهور سند الاختصاص بعد الإصدار.⁽¹⁾

أولاً: سلطة القاضي الإداري في تقدير وسائل تغطية عيب عدم الاختصاص

العمل في حدود اختصاصها هو الالتزام الأول للسلطة الإدارية، حيث يضمن احترام مبادئ التسلسل الهرمي كدليل على استقلالها.⁽²⁾ إلا أنه ولأسباب عملية، ولضمان حسن سير الإدارة، يعرف القانون عمليات إحلال الاختصاصات.

وتبرز السلطة التقديرية للقاضي الإداري في مسألة الاختصاص إذا لم يعهد القانون بمباشرة اختصاص إداري معين لموظف أو جهة إدارية محددة، حيث استقر القضاء الإداري المقارن على أن الاختصاص ينعقد للجهة أو الموظف الذي يباشر عملاً يكون متفقاً هذا الاختصاص مع طبيعة وواجبات وظيفته، وبالتالي يخضع لتقدير القاضي الإداري عند الطعن في القرار في هذا الخصوص.⁽³⁾

وتقدير القاضي لعيب عدم الاختصاص يمكن أن يتطلب عدة عمليات، فأولاً يجب تحديد قاعدة الاختصاص التي تنطبق على القرار المتنازع فيه، أو تفسير قاعدة الاختصاص، ثم بعد ذلك تحديد واضع القرار في حالة الشك، سواء من وجهة نظر مادية

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمغاني: المرجع السابق، الجزء 02، ص 39.

(2) FRIER (P-L) et PETIT (J): op.cit, p. 551-552.

(3) محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 313.

(في حالة التوقيع غير الواضح)، أو من وجهة نظر قانونية حيث أقرت الاجتهادات القضائية مبدأ مفاده أن موقع القرار هو نفسه من اتخذه.⁽¹⁾ أما في حالة ما إذا احتوى القرار عدة إمضاءات، يكفي أن تكون السلطة المختصة من بين الموقعين. بالنسبة للقرارات الضمنية فيفترض فيها أنها صادرة عن السلطة المختصة التي وجه إليها المعني بالقرار الطلب.⁽²⁾

ومن المعلوم انه إذا كان اتخاذ القرارات الإدارية لا يكون إلا من طرف السلطات المؤهلة بنصوص قانونية، فإن ذلك حتما سيعطل ماكينة الإدارة، فلا وزير ولا والي لديهم الوقت الكافي للتوقيع على جميع الأعمال التي تدخل في اختصاصهم.

ورغم أن الاختصاص يعتبر شخصي في الأساس، حيث من واجب الموظف المعني أن يقوم بنفسه بالاختصاص الذي عهد إليه، إلا أن المشرع لم يجعل الأمر بهذا الجمود وأوجد استثناءات على عدم الاختصاص وهي: التفويض، الحلول والإنابة، وتكون جميع هذه الحالات وفق ضوابط وقواعد معينة كوسائل لتغطية عيوب عدم الاختصاص وكلها ضرورية لضمان استمرارية المرافق العمومية. وهو ما يسمى بالتغيير في قواعد الاختصاص داخل مجموعة عمومية، حيث تبقى بعض هذه التعديلات محدودة لأن السلطة التي تتصرف نيابة عن شخص معنوي يتم استبدالها بأخرى في نفس الهيئة وفق الآليات الآتية:

1- الوسيلة الأولى: التفويض La délégation

يعتبر التفويض أهم إجراء ويكون على نوعين متعارضين تقليديا وإن كانا من طبيعة تنظيمية- تفويض التوقيع - تفويض السلطات - ؛ فتفويض السلطات له نتائج أكثر أهمية من تلك الناتجة عن تفويض التوقيع:⁽³⁾

- **تفويض التوقيع déléation de signature**: يسمح لسلطة بالقيام بتأهيل (تحويل) شخص بالتوقيع بدلا عنها على قرارات تدخل ضمن صلاحياتها، ويقوم على الثقة القائمة بين المفوض (الأصيل) والمفوض إليه، لذلك جعله المشرع ذو طبيعة تنظيمية، حيث يزول هذا

(1) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 250

(2) CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p. 306

(3) CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p. 319.

- عرف التفويض بأنه: الأمر يقدم عليه صاحب الاختصاص من تلقاء نفسه فيعهد ببعض اختصاصاته إلى موظف آخر يزاولها بصفة مؤقتة

التفويض بمجرد تغيير سواء للمفوض أو المفوض إليه. ولا يسمح التفويض بممارسة جميع الأعمال عن المفوض، وفي جميع الأحوال يمكن للمفوض وفي أي وقت القيام بنفسه بمعالجة قضية والتوقيع عليها تدخل ضمن الأعمال المفوضة، بحكم أن المفوض إليه لا يتصرف إلا باسم المفوض. ولا يمكن من حيث المبدأ اعتماداً على الثقة التي يبديها المفوض في المفوض إليه بأن يقوم هذا الأخير بتفويض التوقيع بدوره، ما لم ينص على خلاف ذلك. فلا تفويض على تفويض الخاص بالتوقيع.⁽¹⁾

- **تفويض السلطات** *délégation des pouvoirs*: ويسمى أيضاً بتفويض الاختصاص، وهو ليس بشخصي لأنه ينظم توزيع جديد للاختصاصات بين السلطات العمومية، ويتميز بأن هذه السلطات تسند إلى شخص معنوي وليس طبيعي⁽²⁾، وبالتالي فهو مستمر حتى وان طرأت تغييرات تمس سواء بالمفوض أو المفوض إليه. وتفويض الاختصاص لا يسمح للمفوض أن يقرر في المواد التي تم تفويضها، قرار مجلس الدولة سنة 1966 في قضية المركز الوطني للتجارة الخارجية⁽³⁾، ويمكن أن يقوم المفوض إليه في حالة تفويض الاختصاص بتفويض بعض من صلاحياته (تفويض على تفويض *Subdélégation*) إلا أنها تخضع لنظام دقيق؛ حيث يمكن للمفوض إليه أن يقوم بتفويض فرعي يخص التوقيع لممارسة بعض الاختصاصات المفوضة إليه إذا توافرت الشروط لذلك.

والتفويض الفرعي للسلطات محظور عادة، وغالبا ما نصادفه في حالة الوزير المعين بمرسوم للقيام باختصاص ما، يقوم بالإحالة لسلطة غير مركزية للقيام بذلك، أو في حالة الحكومة المكلفة بالتصرف على أساس مرسوم، حيث تقوم بإحالة ذلك على أساس قرارات وزارية لاتخاذ الإجراءات اللازمة. وهذا النوع من التفويضات الفرعية تقترب كثيرا من عدم الاختصاص السلبي. والقاضي الإداري عادة ما يكون حريصا للتنبه لانحرافات خاصة عندما تستمد الحكومة اختصاصها من القانون،⁽⁴⁾ ويعتبر ذلك تدعيما للضمانات الممنوحة للأفراد، بينما يكون أقل حرصا في حالة تفويض التوقيع.

(1) CHABANOL (Daniel): *op.cit*, p.320.

(2) CHRETIEN (Patrice) et Autres: **Droit administratif**, Tome I, édition Dalloz, Paris, 15ème édition, 2016, p. 547.

(3) CE, 20 mai 1966, centre national du commerce extérieur.

(4) CHABANOL (Daniel): *op.cit*, p.325

وأيا كان نوع التفويض فإنها جميعا تخضع لقواعد مشتركة تجنباً لخلط في نظام الاختصاص ويجب أن يستوفي أربعة شروط وهي: (1)

- يجب أن لا يكون إلا بنص قانوني، سواء كان تشريعياً أو تنظيمياً: فلا يكون التفويض مشروعاً إلا بوجود نص يأذن به ويكون من نفس مرتبة النص الذي يقرر الاختصاص الأصلي، فالأصل هو صدور القرار ممن أسند إليه القانون الصلاحية مباشرة،

- أن يكون قرار التفويض منشوراً: ويكون بصفة منتظمة في الجريدة الرسمية أو أية وسيلة أخرى، مما يعني أنه قرار مكتوب، وهذا شيء بديهي، باعتبار أن قرارات التفويض ذات طابع تنظيمي، ونتيجة لذلك لا تكون سارية المفعول إلا بعد نشرها. (2)

- يجب أن يكون صريحاً ودقيقاً: فالتفويض لا يفترض ولا يستنتج لأنه استثناء من الأصل الذي يوجب ممارسة المختص لاختصاصاته بنفسه، لذلك لا يجب أن يشوب قرار التفويض أي غموض أو شك حول هوية المفوض إليه ولا على امتداد سلطات المفوض. (3) كما لا يجب الاعتداد بالتفويض الشفوي رغم أنه لا يشترط شكل معين في القرار الإداري ما لم ينص القانون على غير ذلك، إلا أن هناك اتجاه اشترط أن يكون التفويض مكتوباً، وأنه لا عبرة بالتفويض الشفوي، لما يترتب عليه من إشكاليات مع صعوبة إثباته. حيث اشترط أن يكون قرار التفويض منشوراً بصفة منتظمة في الجريدة الرسمية أو أية وسيلة أخرى، مما يعني أنه قرار مكتوب، ويكون توزيع الاختصاصات صريح وعلى أعين الجميع خاصة المتعاملين مع المرافق العمومية.

(1) عبد الله طلبية: المرجع السابق، ص 266-267.

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية "وسائل المشروعية"، المرجع السابق، ص 84

(3) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 24402، مؤرخ في 1982/11/27، قضية (ق.ع) ضد (رئيس دائرة...)، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1، ص 238: "إن الرخصة الممنوحة من طرف الوالي لبيع المشروبات الكحولية أثناء تناول الوجبات الغذائية لغير المسلمين توجب على المستفيد منها الالتزام بالإطار النشاطي المحدد لها ومن ثمة الامتناع عن تقديم تلك المشروبات للمسلمين باعتبار أن ذلك محظوراً وممنوعاً باتاً من طرف الإدارة التي منحت الرخصة...، حيث صدر أمر من رئيس الدائرة يقضي بغلق المحل التجاري المتنازع عليه وهذا التدبير الإداري يدخل ضمن صحة اختصاصات السلطة المخولة إليه تفويضاً من سلطة الوصاية المتمثلة في الوالي..."

ونتيجة لذلك منح القضاء الإداري المقارن سلطة تقديرية للقاضي في قبول التفويض الشفوي أو عدم قبوله بحسب ظروف كل دعوى، وما يظهر له من دواعي عدم اتخاذ الشكليات المعتادة في التفويض، لأن التفويض - غالبا - ما يصدر لممارسة اختصاصات مستقبلية غير محصورة، مما يفرض كتابته وبالتالي فإن الخروج عن هذا العرف الإداري المستقر يجب أن يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.⁽¹⁾

- يجب أن لا يكون إلا جزئيا: فالمفوض يجب أن لا ينقل إلى الآخرين إلا جزء فقط من اختصاصاته حتى لا يجرّد من جميع اختصاصاته.
- أن يقتصر التفويض على الاختصاصات الأصلية للمفوض: فلا تفويض على تفويض، حيث لا يجوز تفويض الاختصاصات المفوضة إلا بنص صريح يجيز ذلك.

إن عدم احترام هذه الالتزامات يجعل من التفويض غير مشروع، والقرارات الفردية المتخذة على أساسه تكون من سلطة غير مختصة. ويتعين على القاضي الإداري ملاحظة صفة مصدر القرار، فإن كان هو الأصيل عمد إلى تطبيق القواعد الأساسية في صور الاختصاص السابقة، أما إذا كان مصدره غيره يقوم بالتحقق من وجود وسيلة من وسائل التغطية صحيحة.

2- الوسيلة الثانية: الحلول La suppléance

تسمح آلية الحلول عندما تكون السلطة صاحبة الاختصاص الأصيل في حالة عائق يمنعها عن ممارسة اختصاصها لأسباب عدة (في حالة الغياب، عطله مرضية، نقل، ترقية أو الاستقالة، أو حصل لها أي مانع يحول دون ممارستها لاختصاصاتها)، باستبدالها تلقائيا (بقوة القانون) بأخرى تحل محلها وبطريقة آلية من عينها المشرع لذلك وفقا للشروط التي تحددها النصوص القانونية، وتكون سلطاتها هي سلطات صاحبة الاختصاص الأصيل نفسها.⁽²⁾ وبالتالي يعتبر القرار الإداري مشوبا بعيب عدم الاختصاص إذا صدر بناء على حلول مخالف للقانون.

⁽¹⁾ وليد بن محمد بن صالح الصمغاني: المرجع السابق، الجزء 02، ص 41

⁽²⁾ عبد الله طلبة: المرجع السابق، ص 268

ويختلف الحلول عن التفويض من عدة جوانب وهي كالآتي: (1)

- أن الحلول يتم بقوة القانون، دون حاجة لصدور قرار به من الأصل أو من أي جهة أخرى، خلافاً للتفويض الذي يشترط فيه وجود قرار صريح بالتفويض.
- أن الحلول لا يتم إلا إذا وجد ظرف طارئ نتج عنه شغور وظيفة الأصل فجأة، فيحل الحال محله في كل اختصاصاته، أما التفويض فيتحقق دون اشتراط وجود ظرف طارئ كما لا يكون التفويض إلا في جزء من الاختصاصات.
- أن الحلول لا خيار فيه للأصيل، لا في مبدأ الحلول، ولا في تحديد صفة أو شخص الحال Suppléant، بعكس التفويض الذي يكون للأصيل فيه حرية التفويض أو عدم التفويض، وكذلك الأمر بالنسبة لاختيار المفوض إليه عادة.
- أن الحلول يتحدد فيه الحال بصفته دائماً ولا يتحدد باسمه الذي لا يعرف إلا عند تحقق سبب الحلول بخلاف المفوض إليه؛ فقد يتحدد بصفته واسمه معاً.
- أن الأصل لا يعد سلطة رئاسية بالنسبة للحال، فلا يملك التعقيب على قراراته إلا في الحدود التي يملكها بالنسبة للقرارات الصادرة منه شخصياً، بخلاف سلطته بالنسبة للمفوض إليه؛ إذ يعد سلطة رئاسية له، وبالتالي يملك سلطة التعقيب. (2)

فإذا كان غالبية الفقهاء يشترطون أن ينص القانون على صفة البديل أو الحال، إلا أن القضاء الإداري مارس إزاء ذلك سلطة تقديرية مرنة إلى حد بعيد. (3) وبشكل عام، وإعمالاً

(1) محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 336/ محمد ماهر أبو العينين: ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي (دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوى مجلس الدولة)، الكتاب الثاني: القاضي الإداري ومحاور ضبط مشروعية القرارات الإدارية، ط1، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، سنة 2013، ص 52

(2) كرس المشرع الجزائري آلية الحلول في قانون البلدية، حيث يكون للوالي سلطة الحلول الإداري محل رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يتمتع عن القيام بمهامه أو حصل له ظرف يمنعه من أداء واجبه وهو إجراء يكون موافقاً للقانون والتنظيم (يكون ذلك بعد انقضاء المدة المحددة بموجب إعدار)، والوالي ليس بالرئيس السلمي لرئيس المجلس الشعبي البلدي. أنظر المواد 100-101، من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتضمن قانون البلدية، (ج. ر. ج. عدد 37 صادر بتاريخ 03 جويلية 2011).

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمغاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 47.

لمبدأ استمرارية المرافق العمومية⁽¹⁾، أقر مجلس الدولة الفرنسي أن آلية الحل قد تتم حتى بدون نص شريطة أن يشير موقع القرار إلى أنه يعمل كبديل أو حال، وأنه وبالنظر إلى مكانته في التسلسل الهرمي ودوره، فإنه يمكن له أن يحل بشكل صحيح عن السلطة المختصة الغائبة.⁽²⁾

3- الوسيلة الثالثة: الإنابة L'intérim

الإنابة هي من حيث المبدأ استجابة مؤقتة على شغور وظيفة بسبب عدم تعيين بديل له فوراً بعد انتهاء مهام العون المعين. وهي مشابهة للحلول لكن يتم التمييز بينهما في نقطتين:⁽³⁾

- الأولى أن الحل حالة نص عليها التشريع أو التنظيم ونظم قواعدها، والذي يحدد السلطة التي تباشر الحل عند الاقتضاء لضمان استمرارية المرفق العام. على خلاف ذلك لم ينص القانون أو التنظيم على الإنابة، فهي تتخذ بناء على مبادرة من السلطة العليا للتعويض المؤقت لسلطة ما، وهذا بتعيين من ينوب عن السلطة التي حصل لها مانع.
- أما النقطة الثانية، هي أنه يمكن للسلطة العليا أن تضطلع بنفسها بممارسة الإنابة بالنسبة للسلطات التي تملكها السلطة التي تم تعويضها مؤقتاً ويمكن لرئيس المصلحة - وليس السلطة التي لها صلاحية التعيين - ان يقوم بتعيين من يتولى الإنابة، مع العلم أن آلية الإنابة ليست طريق استثنائي للتعيين بل هو علاج لحالة عطلة مؤقتة.⁽⁴⁾

وعليه فإن آليتي الحل والإنابة تشكلان خروجاً استثنائياً عن قواعد الاختصاص وتبعاً لذلك فإن الإدارة ملزمة بإثبات أنها اضطرت إلى اللجوء إلى هذه الإجراءات ؛ وهذه القاعدة هي عكس قاعدة التفويض، التي لا تشكل استثناء عن قواعد الاختصاص، بل ترتيباً لها،

(1) أورد المؤسس الدستوري الجزائري مبدأ استمرارية المرافق العمومية في نص المادة الجديدة 27، الفقرة الثانية، من المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتضمن تعديل الدستور الجزائري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، (ج. ر. ج. عدد 82 صادر في 30 ديسمبر 2020):

(2) CE, 4 Déc. 1987, Croq. Voir CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p.310.

(3) CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p.311

(4) لحسين بن الشيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 81 - 85.

فالتفويضات عبارة عن قرارات تنظيمية يمكن الطعن في عدم مشروعيتها المحتملة في أي وقت، وذلك بطريقة استثنائية تدعيها للطعون المقدمة ضد الأعمال التي يقوم بها المفوض.⁽¹⁾

ثانياً: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تصحيح عيب عدم الاختصاص

الأصل أن القرار الصادر عن غير مختص بإصداره قانوناً، ولم تتوفر وسيلة لتغطيته، يعتبر معيباً من الناحية القانونية، إلا أن القضاء الإداري أبدى مرونة إزاء ذلك تتلاءم وطبيعة النشاط الإداري، وأعمل سلطته في إضفاء الاعتبار على بعض القرارات المشوبة بعيب عدم الاختصاص، وذلك في حالتين وهي:

1- حالة الظروف الاستثنائية

يمكن التخلي عن قواعد الاختصاص إذا كانت الظروف "استثنائية"، أو بعبارة أخرى، إذا كانت الضرورة الملحة والمستعجلة غير المتوقعة لا تسمح للإدارة بالتصرف بشكل قانوني، وفيما إذا كان الأمر يتعلق بسلطات "ضرورات اللحظة". وصمام الأمان هذا لا يجد مكانه للتطبيق إلا في أوقات الحرب أو المشابهة لها⁽²⁾، مع العلم أنه لا يوجد معيار يحدد الظرف الاستثنائي، بل ترك الأمر للقاضي الإداري لإعمال سلطته التقديرية ليقرر فيما إذا كانت الواقعة أو تلك تدخل في نطاق الظروف الاستثنائية من عدمه⁽³⁾، حيث يقع على القاضي الذي يمارس تحت رقابته هذه السلطات الضبطية، الأخذ بعين الاعتبار، حسب تقديره، الضرورات الناتجة عن حالة الحرب، حسب ظروف الزمان والمكان، وفئة الأفراد، وطبيعة الفترات التي يجب منعها.⁽⁴⁾

ونظرية الظروف الاستثنائية هي نظرية قضائية لا تقتصر على أحداث الحرب⁽⁵⁾ بل تتجاوز هذا الإطار الخاص جداً، ولمجلس الدولة أيضاً أن يجعلها تنطبق في حالة وجود

(1) CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p. 327.

(2) Ibid, p.305: « CE, 28 juin, 1918, Hyerès »

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 48-49

(4) CE, 28 février 1919, Dame Dol et Laurent.

(5) M. LONG et Autres: **op.cit**, p.954.: CE, ass, (avis), 6 juillet 2016, Napol et autres, Thomas et autres

أخطار جسيمة، كالأخذ بعين الاعتبار عواقب كارثة طبيعية.⁽¹⁾ ومع ذلك، فإن هذه الظروف، وإن كانت مقيدة أكثر زمنياً وجغرافياً، تسمح للسلطة الإدارية بحظر حركة المرور وإخلاء منطقة الخطر⁽²⁾. كما أن الاضطرابات الخطيرة التي تمس بالنظام العام، نتيجة أعمال الشغب، قد تبرر تدخل الحكومة خارج الإطار القانوني التقليدي. وقد تقرر ذلك في عام 1989 في قضية غاليت من طرف مجلس الدولة، في أعقاب أعمال الشغب التي وقعت في كاليدونيا الجديدة.⁽³⁾

ووفقاً لهذه النظرية، فقد يحدث حتى أن التدابير التي يتخذها الأفراد تعتبر قانونية، على الرغم من عدم وجود اختصاص إداري لهم وفقاً لنظرية الموظف الفعلي⁽⁴⁾. إلا أنه نادراً ما تحدث مثل هذه الافتراضات.⁽⁵⁾

وتصحيح عيب عدم الاختصاص يتم من خلال التحقق من الظرف الاستثنائي، حيث يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي الإداري حسب ما أعلن عنها مفوض الحكومة السيد / Letourneur في استنتاجاته حول قضية Laugier، حيث كتب أن مجلس الدولة يدرك تماماً خطورة تعميم الظروف الاستثنائية "الباب المفتوح أمام إلغاء كل مشروعية"، مما يتطلب استيفاء عدد معين من الشروط "حسب تقدير القاضي الإداري وهي أربعة:⁽⁶⁾

تعتبر حالة الطوارئ وحالة الحصار أحد الأنظمة القانونية لأوقات الأزمات وتضاف إلى الظروف الاستثنائية، ويمكن إعلان حالة الطوارئ إما في حالة وجود خطر وشيك ناجم عن إخلال خطير بالنظام العام، أو في حالة وقوع حدث يكون بحكم طبيعته وخطورته، ذا طابع الكارثة العامة "

في الجزائر تم الإعلان عن حالة الطوارئ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-44، المؤرخ في 9 فبراير 1992، المتضمن الإعلان عن حالة الطوارئ المتمم، (ج.ر.ج. عدد 10 صادر في 9 فبراير 1992)

(1) CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p.305

(2) SANCHEZ (Yoan): **Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité Administrative** (Étude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la judicial review), Thèse de doctorat, Université d'Orléans, Droit Public, soutenue le: 05/12/2017. p.814. <http://www.theses.fr/2017ORLE0001>, accédé le 24/04/2019 à 17H11.

(3) CE, 3 novembre 1989, Galliot.

(4) CE, 5 mars 1948, Marion

(5) M. LONG et Autres: **op.cit**, p.187 ; « en cas des circonstances exceptionnelles, des personnes ou des organismes sans compétences administratives peuvent exercer, dans l'intérêt général, les pouvoirs de l'administration, et même du législateur »

(6) Ibid, p.188 « Le conseil d'état est conscient du danger de généraliser les circonstances exceptionnelles « porte ouverte à la suppression de toute légalité », exigent que soient réunies un certain nombre de conditions »

- وقوع مفاجئ للأحداث الخطيرة وغير المألوفة، الذي يميز الظروف الاستثنائية عن مجرد الاستعجال البسيط.
 - استحالة تصرف السلطة الإدارية بشكل قانوني. أي استحالة استعمال الطرق القانونية المعمول بها في الظروف العادية
 - استمرار الظروف الاستثنائية عند تاريخ القرار المتنازع عليه.
 - طبيعة المصلحة العامة للتدبير المتخذ، الذي لا يجوز إلا "لتوفير ضرورات اللحظة"⁽¹⁾
- وعليه، فإن أعمال القاضي الإداري لسلطته التقديرية في تصحيح عيب عدم الاختصاص حفاظا على استمرارية المرافق العامة وتحقيقا للمصلحة العامة، لا يقف عند حد العيوب التي تشوب قرارات المختص الأصيل فحسب، فما يسري على هذه الأخيرة يسري أيضا على قرارات المفوض باعتبار أن لها نفس قوة الأصيل، رغم عدم وجود نص يجيز ذلك في حالة الضرورة، وكذا إجازة التفويض رغم عدم صدور قرار صريح بخصوصه، وإدراجه في إطار التفويض الضمني الذي يصحح في حالة الضرورة فقط وفقا لتقدير القاضي الإداري.⁽²⁾

2- حالة تصحيح القرار المعيب بعيب عدم الاختصاص بإجراء لاحق

من أهم النتائج التي تترتب على ارتباط عيب عدم الاختصاص بالنظام العام، هي عدم قابليته للتصحيح بإجراء لاحق من الجهة الإدارية المختصة أصلا بإصداره، كالتصديق عليه أو إقراره أو رفض التظلم منه ونحو ذلك من الإجراءات التي تلي نفاذه، إلا أنه توجد بعض الحلول التي لا تخالف هذه القاعدة،⁽³⁾ ويظهر ذلك من خلال استقراء أحكام القضاء الإداري

⁽¹⁾ مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، قرار رقم 050582، مؤرخ في 2010/05/27، قضية (...). ضد والي ولاية برج بوعرييج، مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 10، لسنة 2012، ص 107: متى كان من صلاحيات الوالي اتخاذ قرارات بالتسخير عندما تقتضي الظروف الاستثنائية ذلك، فإن القرار الولائي بتسخير أطباء من القطاع الخاص مختصين في طب النساء والتوليد لتدعيم مصلحة استشفائية مختصة في علاج أمراض الأمومة والطفولة متواجدة في وضع خطير ضمنا لاستمرارية المرفق العام وحماية المرضى يعد مشروع والطعن بإلغائه خالي من الأساس".

⁽²⁾ مصطفى أبو زيد فهمي: قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 681.

⁽³⁾ لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 90

فقد منحت للقاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة في أعمال أثر التصحيح اللاحق، وله أن يعتبر القرار المعيب بعيب عدم الاختصاص صحيحا في تلك الحالة.⁽¹⁾

والمنطق هو أن ارتباط الاختصاص بالنظام العام، يجعل أمر تصحيحه لاحقا غير مقبول باعتبار أن القانون هو من يحكم على صحة التصرف وقت اتخاذه، فغاية المشرع هو الالتزام بالقانون وقت التصرف، ومنح الإدارة حق تصحيح عيب عدم الاختصاص بإجراء لاحق، يتضمن خروجاً عن المبادئ العامة التي تقر أنه متى ولد القرار معيباً بعدم الاختصاص فلا يمكن تصحيحه بإجراء لاحق، لأن ذلك يمنح الإدارة الحق في الخروج عن قواعد القانون وتصحيح الأوضاع فيما بعد، وهو ما يتنافى مع الحكمة التي تقوم عليها قواعد الاختصاص.⁽²⁾

ورغم الفرق الجوهرى بين الاتجاهين، وانتقاد الاتجاه القائل بتصحيح عيب الاختصاص، إلا أن القضاء الإداري المقارن أثر - في بعض أحكامه - الرجوع للاعتبارات العملية البحتة، والنظر إلى الاختصاص كعنصر شكلي بحت في القرار الإداري، وطالما لم ينطوي القرار على عيب آخر، فليس هناك ما يمنع من إجازة تصحيحه بضوابط معينة؛ لأن المنع لا يترتب عليه أثر في الواقع، سوى إعادة إصداره بالمضمون نفسه مرة أخرى.

غير أن القضاء الإداري المقارن لم يعتد بقبول تصحيح القرار المعيب بعدم الاختصاص في كل الحالات والظروف، بل وضع عدداً من الضوابط التي تشكل نطاقاً للإطار الذي يتم من خلاله قبول تصحيح القرار المعيب، تمثلت في الآتي:⁽³⁾

- أن يتم التصحيح من الجهة أو العون المختص أصلاً بإصدار القرار. ويدخل في ذلك: أن يصير غير المختص مختصاً بإصدار القرار بتعديل قانوني، ومن ثم ينسب القرار إلى المختص وحده دون من أصدر القرار المعيب سابقاً.
- أن يتم تصحيح عيب عدم الاختصاص قبل الفصل في دعوى إلغاء القرار المعيب.
- أن يحتفظ القرار بمضمونه، فلا يمس التصحيح مضمون القرار بأي تعديل.

(1) ماجد راغب الطلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 358

(2) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 02، ص 52

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 02، ص 53

- أن يضمن التعديل ممارسة المختص لسلطته بالفعل.

وللقاضي الإداري أعمال سلطته التقديرية في الأخذ بعين الاعتبار لهذه الضوابط، خاصة عند التأكد من التصحيح الذي تم على القرار، ومدى تضمنه لممارسة الأصل لاختصاصاته بالفعل أو كونه مجرد تصحيح شكلي.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الرقابة على عيب الشكل

والإجراءات

الأصل أن قواعد الشكل والإجراءات في إصدار القرارات الإدارية، تحددها القوانين والتنظيمات، ويقصد بها حماية المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي -ورغبة منه في حماية الأفراد- قد توسع في تفسير النصوص المقررة للشكل والإجراءات، حيث فرض على الإدارة في كثير من الحالات التزام شكليات لم ترد في حرفية النصوص، استنادا إلى التوسع في التفسير أو القياس أو في بعض الأحيان إلى روح القانون.⁽¹⁾

ولا توازي قواعد الشكل في إصدار القرارات الإدارية من الناحية الموضوعية قواعد الاختصاص؛ ذلك أن هذه القواعد لا تهدف إلى تعقيد الأعمال الإدارية وصبغها بالشكليات الرسمية عديمة الجدوى، بل المقصود منها حماية المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء، وذلك عن طريق منح الإدارة الوقت اللازم للتروي، ودراسة وجهات النظر المختلفة، فنقل بالتالي القرارات الخاطئة أو المتعسفة.⁽²⁾

غير أن المشرع وحرصا منه على توفير الحماية الواجبة للمصالح العامة والخاصة المرتبطة بشرط الشكل والإجراءات، ولم يصل بتساهله إلى الحد الذي يرخص للإدارة إمكانية تجاهل هذه الشروط بصورة كاملة ووقف موقفا وسطا وانتهى إلى التمييز بين نوعين من

(1) محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 252.

(2) عبد الله طلبة: المرجع السابق، ص 273.

شروط الشكل والإجراءات هما: - الأشكال والإجراءات الأساسية والجوهرية والأشكال والإجراءات الثانوية.⁽¹⁾

ويقصد بالإجراءات مجموعة القواعد المتعلقة بتحضير القرار الانفرادي والانتهاه بإصداره، بينما يخص شكل القرار الإداري والذي عادة ما يتم الخلط بينه وبين الإجراءات، قرينة القرار كأداة لترجمة نتيجة العملية المعيارية.⁽²⁾ وفي إطار تحسين العلاقات بين الإدارات والمواطنين، صدرت العديد من القوانين والنصوص التي تشكل تطورات متقدمة في مادة الإجراءات (الفرع الأول) أو الأشكال (الفرع الثاني)، والتي تدعم الشفافية في العمل الإداري.

الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في تقدير صور عيب الإجراءات وأثرها على

القرار الإداري

تسمح الإجراءات بإعطاء كفاءة للعملية الإدارية، من خلال إعطاء فرصة لكثير من المواطنين بالمشاركة في صياغة القرار (الإجراء الاستشاري 2) أو يؤدي إلى إعطاء المخاطبين به وسائل مختلفة للاستماع إليهم (الإجراء الوجيه 3)، والالتزام بالحياد (4) الذي يحكم العمل الإداري بصورة أكثر صرامة، كما تطرح أيضا إشكالية الآجال (1) التي تتخذ الإدارة قراراتها ضمنها حين يحددها المشرع، أو تلك التي يضعها القاضي حماية لحقوق الأفراد.

أولا: الآجال

غالبا ما يترك المشرع الإدارة حرة في التصرف عندما يرى ذلك مستحبا، وأحيانا على العكس من ذلك، تكون الآجال إلزامية، ويجب احترامها. فالإدارة التي تتصرف بعد فوات الأوان، فإنها تتجاهل قواعد الإجراءات وقرارها يعتبر معيبا في هذه الحالة، من جهة أخرى عندما يقتضي الأمر اتخاذ القرار الإداري في آجال معينة، فإن انقضاء هذه الآجال يشكل

⁽¹⁾ مجلس الدولة، قرار رقم 014841، مؤرخ في 2005/01/11، قضية (ولاية الجزائر) ضد (م.ف)، نشرة القضاة لسنة 2010، العدد 65، ص 394: "من المقرر قانونا أن القرار الإداري الذي لم يحترم الإجراءات القانونية المسبقة الواجب إتباعها قبل إصداره يعد خرقا لقواعد جوهرية في الإجراءات".

⁽²⁾ FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p. 348

من حيث المبدأ عيب عدم اختصاص،⁽¹⁾ مثال حالة الحكومة عندما تشرع بأوامر في العطل البرلمانية، عند انتهاء هذه العطل لا يمكن لها أن تشرع⁽²⁾

وفي ظروف أخرى يجب على الإدارة منح الأفراد آجالاً معينة حتى يتمكنوا مثلاً من تقديم دفاعهم بشكل مفيد. ويتعلق الأمر تحديداً بالآجال التي يجب اتخاذ القرار الإداري ضمنها لأن هذه الآجال تشكل ضماناً للأفراد، والقرار المتخذ خارج هذه الآجال يكون غير مشروع⁽³⁾، والحقيقة أنه لا يمكن معرفة بصفة مطلقة فيما إذا كانت الآجال تشكل ضماناً للأفراد، وإزاء ذلك يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة⁽⁴⁾.

أحياناً يحدد القانون أو الاجتهادات القضائية فترة زمنية أدنى (آجال مفيدة *Délais utiles*) حتى لا تتصرف السلطة الإدارية بسرعة كبيرة، وتتاح لها إمكانية الوصول إلى الملاحظات المفيدة التي يتم تقديمها. وهكذا فإن العديد من النصوص المتعلقة بتدخلات السلطات العامة في مجال العقارات تحدد الحد الأدنى لمدة التحقيقات العامة بحيث يكون لدى المعنيين الوقت الكافي لإبداء آرائهم.⁽⁵⁾ فالتحقيق الأقصر مما كان متوقفاً، من شأنه أن يؤدي إلى عدم مشروعية الإجراءات. ويفرض القاضي - بدون نص - مثل هذه القاعدة ليضمن أن الاستشارات التي أبديت أو الملاحظات المقدمة قد أجريت فعلاً.

وعلى العكس من ذلك، قد يتعلق الأمر بالحد الأقصى للآجال الذي لا يجوز تجاوزه. وبالتالي، لا يمكن للحكومة أن تقرر بأمر إلا في غضون الآجال التي حددها التشريع. وفي حالات نادرة جداً، وبعد تاريخ معين، تجرد السلطة، وتتدخل أخرى بدلاً منها، في إطار استبدال العمل، مما يضمن اتخاذ القرار في جميع الأحوال والتغلب على الجمود.

وفي بعض الأحيان تظل الآجال غير دقيقة، إلا أنه لا يجب على السلطة رفض القيام باختصاصاتها وترك الوقت يمر دون القيام بأدنى إجراء في آجال معقولة *Délais raisonnables*.

(1) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p.320

(2) CHRETIEN (Patrice) et Autres : **op.cit.**, p. 548.

(3) CE, 6 mars 1964, Benoît

(4) CE, 10 juillet 1963, Hôpital-hospice

(5) المادة 06 من القانون 91-11، مؤرخ في 27 أبريل سنة 1991، **المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل**

المنفعة العمومية (ج.ر.ج. عدد 21، صادر في 8 ماي 1991): "... ويجب أن يبين القرار تحت طائلة البطلان إضافة إلى إجراءات عمل اللجنة تاريخ فتح التحقيق وتاريخ إنهائه".

وفي الواقع لا يتعلق الأمر حقيقة بآجال الإجراء، بل بمبدأ ذلك الإجراء ذاته. فإذا ظلت الحكومة أو الوزير أحرارا لاعتماد المراسيم أو القرارات التطبيقية للقوانين، لتحديد تاريخ دخولها حيز التنفيذ، فإن "هذا الامتناع لا يجب أن يمتد خارج الآجال المعقولة وتعادل "رفض التصرف" لأن ممارسة السلطة التنظيمية تشمل "الالتزام باتخاذ التدابير التي ينطوي عليها بالضرورة تطبيق القوانين في "آجال معقولة".⁽¹⁾ وهذا الامتناع يتعارض مع مبدأ الأمن القانوني. أما فيما يخص حساب الآجال في حالة القرارات الضمنية، فالتحليل يكون كما في حالة قبول الدعوى⁽²⁾

ثانيا: الإجراءات الاستشارية

تعرف الإدارة العمومية آليات تشاور لا تعد ولا تحصى، مما يسمح بقبول أفضل للقرار المتخذ من جانب واحد. حيث تجعل استشارة مختلف الفاعلين الخارجيين ومشاركة العديد من الإدارات المحلية وحتى إدارات خارجية في إطار التعاون بين الدول، الأفراد يتقبلون القرارات التي تتخذها الإدارة بصفة انفرادية. وهو ما يصطلح عليه ب: "الديمقراطية التشاركية"⁽³⁾.

ومع ذلك، فإن لهذه الآراء وضع مختلف. فمنها ما هو ثانوي (اختياري، حر)، ومنها ما هو جوهري (وجوبي).

1- الاستشارة الاختيارية: بالنسبة للآراء هي آراء مستتيرة - أو يفترض على أنها كذلك - وهي تخص مسائل الواقع و(أو) القانون التي يتم مناقشتها أو دراستها. وطبيعة الشخص الذي يعطي رأيه هي أنه ليس هو من يقرر ولا هو الشخص الذي تخصصه المسألة ؛ بمعنى لا خصم ولا قاضي فالذين يلجؤون إليه يتوقعون منه التوضيحات

⁽¹⁾ 187: المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 68240، مؤرخ في 1990/07/27، قضية (ت.ع) ضد (ل.م)، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 01، ص 153: "من المقرر قانونا أن دراسة الملف الكامل لطلب رخصة البناء تتم في 04 أشهر على الأكثر ابتداء من التاريخ الذي تتسلم فيه الإدارة المعنية الملف المذكور، وتعطي هذه الإدارة لصاحب الطلب وصلا بذلك وتمنح رخصة البناء أو ترفض صراحة خلال المهلة المحددة أعلاه. ومن ثم فإن رسالة الوالي المتضمنة الرفض لأسباب غير ثابتة بعد مضي الفترة المحددة قانونا يعد تجاوزا للسلطة ومتى كان كذلك استوجب إبطال مقرر الرفض".

⁽²⁾ CE, 19 mars 1965, Jean-Louis, Sévère et Caraman. « A propos de l'approbation des délibérations d'un conseil général »

⁽³⁾ CHABANOL (Daniel): *op.cit.*, p.369.

التي من المفترض أن تكون بخصوص النقطة التي سيتم معالجتها.⁽¹⁾ ويهدف الرأي الذي هو نتاج نشاط دراسة وبحث واستشارة، إلى إثراء النقاش من خلال نقل المعرفة.⁽²⁾

2- الاستشارة الإلزامية: تقتضي العديد من النصوص من السلطات الإدارية التماس استشارة بعض الهيئات بشأن مشاريع قراراتها. ونظام هذه الاستشارات منظم تنظيمياً صارماً، حيث تسمح الآليات الاستشارية العديدة بقبول أحسن للقرار المتخذ من طرف واحد لدى المخاطبين به، ومن ثم فإن المشاركة في عملية سن هذا القرار تضمن تحسين التنسيق الإداري وعصرنة الإدارة⁽³⁾، فضلاً عن مراعاة مختلف المصالح التي يقوم عليها المجتمع المدني الحالي المتزايد التعقيد. والرأي ليس قراراً وبالتالي فإن مشروعيتها لا يتم الطعن فيه عن طريق دعوى تجاوز السلطة.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ CORNU (G): *Linguistique juridique, op.cit*, p.246.

⁽²⁾ نصت الفقرة 01 من المادة 131 من القانون الفرنسي الخاص بالعلاقات بين المواطنين والإدارة على أن الإجراء الاستشاري يسمح للإدارة عندما تقرر، خارج الحالات التي تحكمها النصوص التشريعية أو التنظيمية، بإشراك الجمهور في تصور إصلاح أو وضع مشروع أو قرار، فإنها تضع أنماط أو طرق هذا الإجراء للعلن، وأن يتيح للأشخاص المعنيين الاطلاع على المعلومات المفيدة، وتضمن لهم آجالاً معقولة للمشاركة، وأن يكفل الإعلان عن النتائج أو النتائج المتوخاة، في الوقت المناسب.

في نفس السياق ورد في المادة 5 الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 12-415 المؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2012، **المتضمن التصديق على الميثاق الأفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة**، المعتمد بأديس أبابا بتاريخ 31 يناير سنة 2011، (ج. ر. ج. عدد 68 صادر في 16 ديسمبر سنة 2012)، على أن: "يتعين على الإدارة العامة الانسجام بالتشاركية وضمن التشريك الفعلي لكافة المتدخلين المعنيين بما في ذلك المجتمع المدني في تخطيط الخدمات العامة وتقديمها"

⁽³⁾ FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p.357.

⁽⁴⁾ المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 87137، مؤرخ في 03/01/1993، قضية (ق.أ) ضد (الم. ع.ج)، المجلة القضائية، 1993، العدد 03، ص 222: "متى كان من المستقر عليه قضاء أنه تعتبر اللجان التأديبية مجرد هيئة استشارية فإن الآراء الصادرة عنها لا تدخل ضمن تعريف القرار الإداري وأن المقرر الذي يتخذ لاحقاً بناء لهذا الرأي هو وحده الذي يكون محلاً للطعن بالبطلان، ومن ثم فإن الطعن الذي تقدم به الطاعن والذي يرمي إلى إبطال رأي اللجنة التأديبية جاء مخالفاً للقانون. ومتى كان الأمر كذلك استوجب عدم قبول الطعن شكلاً"

ثالثا: الإجراء الوجيه La contradiction

يمكن إضافة إجراء مهم، يعتبر من الإجراءات الجوهرية التي تبطل القرار وهو مبدأ الوجيهة، والذي يسمح للمخاطبين بالقرارات الإدارية بالاستماع لهم بمناسبة إجراء يخصهم، ولهذا الإجراء بعدا تشاركيا⁽¹⁾ حيث يمكن للمخاطبين بالقرار الإداري الاطلاع على وضعياتهم⁽²⁾، وبالتالي محاولة التأثير على فحوى القرار.

ويتميز هذا النوع من الإجراءات عن الإجراء الاستشاري أحيانا بصعوبة كبيرة عندما يخص عددا كبيرا من الأشخاص، كالتحقيق الإداري العام الذي يسبق نزع الملكية، حيث يهدف في البداية إلى جمع ملاحظات المالكين في إطار إجراء وجاهي أساسي، رغبة في التشاور مع المواطنين المعنيين وحتى أولئك الذين سيخصهم إجراء نزع الملكية مستقبلا.⁽³⁾

وهذا المبدأ الأساسي في الإجراءات القضائية، بدأ يخص تدريجيا الإجراءات الإدارية منذ صدور القانون الفرنسي المؤرخ في 22 أبريل 1905 بموجب نص المادة 65 منه⁽⁴⁾. ويتوافق مع مبدأ احترام حقوق الدفاع وهو مبدأ عام للقانون⁽⁵⁾ بحيث أن كل شخص له أن يدافع عن نفسه في مواجهة الاتهامات الموجهة له ؛ ويقوم على الاطلاع المسبق على

⁽¹⁾ CHRETIEN (Patrice) et Autres : op.cit, p. 552.

⁽²⁾ المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 42898، مؤرخ في 1986/02/01، قضية (ب.م) ضد وزير الصحة العمومية ومن معه)، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 3، ص 172: " من المقرر قانونا أن القرار الإداري المتضمن عزل موظف دون الحصول على الرأي الموافق للجنة المتساوية الأعضاء ودون أن يتسلم المعني بالأمر إخطار قانوني للمثل أمامها يعتبر مشوبا بعيب خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات ويستوجب البطلان"

⁽³⁾ المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 80812 مؤرخ في 1991/02/18، قضية (ع.و) ضد (والي ولاية تيزي وزو)، تطبيقات قضائية في المادة العقارية 1995، ص 196: " نزع الملكية من أجل المنفعة العامة يستدعي إجراء تحقيق مسبق وفقا لمقتضيات المادة 03 من الأمر 76-48 الصادر في 76/05/25 فان هذا الشرط تقرر من أجل إحاطة المشروع بكل الضمانات القانونية والواقعية للحد من الإضرار بمصالح الجماعة ومصالح المواطن".

⁽⁴⁾ لحسين بن الشيخ آث ملويا: دروس في المشروعية، المرجع السابق، ص 151: "أنشأت المادة 65 من هذا القانون لفائدة أعضاء الوظيفة العامة قاعدة وضع الملف التأديبي تحت تصرف المعني قبل العقوبة التأديبية"

⁽⁵⁾ مارسو لون وآخرون: المرجع السابق، ص 454-459. (قرار مجلس الدولة الفرنسي مؤرخ في 05 ماي 1944 قضية السيدة Veuve Trompier-Gravier تقرير CHENOT: بموجب هذا القرار أقر مجلس الدولة صراحة مبدأ حق الدفاع).

الأفعال المسببة للجزاء، وقد تمت دسترة هذا المبدأ بموجب نص المادة 169 من الدستور الجزائري⁽¹⁾ على أن: "الحق في الدفاع مضمون".

ومجال التطبيق التقليدي لهذا المبدأ هو الوظيفة العامة حيث أن كل موظف مهدد بعقوبة تأديبية من حقه الاطلاع على ملفه لمناقشة الأسباب المعتمدة وأن يقدم دفاعه بشكل ملائم⁽²⁾. هذا ما نصت عليه المادة 167 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية الجزائري الساري⁽³⁾ على أن: "يحق للموظف الذي تعرض لإجراء تأديبي أن يبلغ بالأخطاء المنسوبة إليه وأن يطلع على كامل ملفه التأديبي في أجل خمسة عشر يوما ابتداء من تحريك الدعوى التأديبية". وبالنسبة لبعض الجزاءات الإدارية، فإن شروط "المحاكمة العادلة" هي مصدر قواعد أكثر تقييدا.

رابعا: الحياد: le principe d'impartialité

يقصد به حياد الإدارة⁽⁴⁾، وهو مبدأ عام من مبادئ القانون وتمت دسترته⁽⁵⁾ الذي يضمن للمواطنين أن أي سلطة إدارية، فردية أو جماعية، ملزمة بمعالجة شؤونهم دون حكم

(1) قانون رقم 16-01: مرجع مشار إليه سابقا.

(2) أحمد محيو: المرجع السابق، ص 185.

(3) الأمر رقم 06-03، مرجع مشار إليه أعلاه.

(4) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 41705، مؤرخ في 17/01/1987، قضية (ب.أ) ضد (رئيس دائرة برج منايل ومن معه)، المجلة القضائية، لسنة 1990، العدد 03، ص 169: "من المقرر قانونا ومستقر عليه قضاء أنه لا يمكن للإدارة أن تكون خصما وحكما في نفس الوقت".

(5) المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتضمن تعديل الدستور الجزائري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، (ج. ر. ج. ج. عدد 82 صادر في 30 ديسمبر 2020): "يضمن القانون

عدم تحيز الإدارة... تتعامل الإدارة بكل حياد مع الجمهور في إطار احترام الشرعية، وأداء الخدمة بدون تماطل" أيضا ورد في المادة 3 الفقرة 3، من المرسوم الرئاسي رقم 12-415: مرجع مشار إليه سابقا: "الحياد والإنصاف، واحترام الشرعية في تقديم الخدمات العامة"

مسبق أو تحيز.⁽¹⁾ وبالتالي، يحظر هذا المبدأ على أي هيئة إدارية اتخاذ قرار أو المشاركة في صنعه، ما دام المواطنون قد يشكون بصورة مشروعة في حيادها.²

فعلى سبيل المثال، أي عضو في هيئة تأسيسية تهمه شخصيا المسألة التي تخضع لهذه الهيئة لا يمكن له الجلوس فيها، والاجتهادات القضائية تؤكد ذلك وفي بعض الأحيان تستكمل بنصوص مختلفة، وتخص فقط بعض القرارات أو الإجراءات.⁽³⁾

وفي مقابل النصوص العديدة وضع المشرع الفرنسي قانون خاص بشفافية الحياة العمومية بتاريخ 11 أكتوبر 2013،⁽⁴⁾ حيث يحدد قواعد ذات نطاق عام. وهي تنظر في الحالة التي يوجد فيها تضارب في المصالح وتعرفها بأنها: "أي حالة تداخل بين مصلحة عامة ومصالح عامة أخرى أو خاصة يحتمل أن تؤثر أو يبدو أنها تؤثر على الممارسة المستقلة والنزيهة والموضوعية للوظيفة". وقد نص المشرع الجزائري في قانون البلدية⁽⁵⁾ على بطلان المداولة بمقرر من الوالي في حالة وجود رئيس المجلس الشعبي البلدي أو أي عضو من المجلس في حالة وضعية تعارض مصالحه مع مصالح البلدية، بأسمائهم الشخصية أو أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم إلى الدرجة الرابعة أو كوكلاء، والحضور في هذه المداولة، وقد أبطل مجلس الدولة الجزائري العديد من القرارات من هذا النوع.⁽⁶⁾

(1) FRIER (P-L) et PETIT (J): **op.cit.**, p. 359: CE, 22 Février 2008, Association air pur environnement d'Hermeville et ses environs.

(2) جعله المؤسس الدستوري كمبدأ دستوري لأول مرة في المادة 24 الفقرة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المتعلق بالتعديل الدستوري الجديد، مرجع مشار إليه أعلاه: "... يجب على كل عون عمومي، في إطار ممارسة مهامه، تقادي أي حالة من حالات تعارض المصالح".

(3) ورد في المادة 11 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي رقم 12-415 المشار إليه أعلاه، والتي تخص حالات التنافي وتضارب المصالح على أن: "لا يجوز لأعوان الخدمة العامة المشاركة في اتخاذ قرارات أو التدخل في حالات يمكن أن تكون لهم فيها مصلحة شخصية قصد عدم الإخلال بنزاهتهم أو المساس بمصداقية الإدارة العامة".

(4) Article n° 02 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 **Relative à la transparence de la vie publique**: www.legifrance.gouv.fr: «Au nom cette loi constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction. »

(5) المادة 60 من القانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011، **المتعلق بالبلدية**، (ج. ر. ج. ج عدد 37 صادر في 03 يوليو سنة 2011).

(6) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 89903، مؤرخ في 24/10/1993، قضية (بلدية عين كرشة ولاية أم البواقي)، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 02، ص 201: "من المستقر عليه قانونا أن تصبح محل بطلان المداولات

ويتوافق مبدأ الحياد مع مبدأ المساواة والذي يفرض على الإدارة سواء مباشرة كمبدأ دستوري أو كمبدأ عام للقانون، حيث كرسه مجلس الدولة الفرنسي بجميع أشكاله: مساواة أمام القانون⁽¹⁾، مساواة أمام خدمات المرفق العام،⁽²⁾ المساواة أمام الضرائب، المساواة في التوظيف العمومي والذي يمنع أي تحيز على أساس الجنس أو العرق أو الدين أو الآراء السياسية ويفرض على الإدارة التزامات عديدة خاصة تنظيم المسابقات.⁽³⁾ وتطبيقاً لهذا المبدأ فقد ضيق مجلس الدولة الفرنسي من السلطة التقديرية للإدارة في قرار حديث في سنة 2010، خاص بوزارة السكن، عندما ألزم الإدارة بعدم تغيير المعايير التي وضعتها (والتي أثرت على المتعامل الجديد حيث لم يعامل كسابقه)، والمبررة بالمصلحة العامة التي لها علاقة بأهداف التشريع المطبق.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: شروط الشكل بمفهومه الضيق التي تؤثر على صحة القرار

بعد استكمال الإجراءات التي تسبق اتخاذ القرار تقوم الإدارة بإصداره في شكل معين، حيث يحيل الشكل المتعلق بالمظهر الخارجي للقرار إلى الشروط الأخرى الخاصة بمشروعية هذا القرار، ومن الواضح أن الفهم الجيد لمضمون القرارات لا يمكن أن يكون ممكناً إلا إذا كان العرض واضحاً ودقيقاً وصارماً. حالياً تميل بعض الشكليات أكثر فأكثر إلى فرضها من قبل المشرع، من أجل حماية حقوق المواطنين، فقد يكون في شكل كتابي (أولاً) وقد يكون مسبباً حيث يشير التسبب إلى أسباب القرار (ثانياً) كما أن التوقيع يبين ممارسة الاختصاص (ثالثاً).

التي قد يشارك في اتخاذها أعضاء من المجلس الشعبي البلدي ممن لهم مصلحة شخصية في القضية المطروحة أو كانوا وكلاء عنها".

(1) المادة 32 من القانون رقم 01-16، المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، المتضمن تعديل الدستور الجزائري، (ج. ر. ج. عدد 14 صادر في 07 مارس 2016): " كل المواطنين سواسية أمام القانون " / المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 442-20، مرجع مشار إليه سابقاً.

(2) لأول مرة يدرج المؤسس الدستوري الجزائري المساواة أمام خدمات المرفق العمومي كمبدأ دستوري بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442-20، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري الجزائري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، (ج. ر. ج. عدد 82 صادر في 30 ديسمبر 2020)، في المادة رقم 27 على أن: تضمن المرافق العمومية لكل مرتفق التساوي في الحصول على الخدمات، وبدون تمييز "

(3) CE, 28 mai 1954 Barel et autres.

(4) CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p.225 « CE, sect, 30 déc. 2010, Ministre du logement ».

أولاً: الطابع الكتابي

يعتبر القرار الإداري ككل عمل قانوني، إفصاح وتعبير عن الإرادة بهدف تحديد أثر قانوني، وبالتالي يجب أن يتخذ هذا الإفصاح شكلاً خارجياً حتى يترتب أثره القانوني في النظام القانوني، وطالما أنه لم يتجسد في هذا الشكل الخارجي فلا أثر له⁽¹⁾. والقاعدة أن التعبير عن هذه الإرادة لا يخضع لأي قيد شكلي، غير أنه إذا أصدرت الإدارة قرارها عليها أن تتبع شكليات معينة فيمكن أن تصدره مكتوباً أو شفاهة أو في شكل معين يحدده القانون.⁽²⁾ كما أنه ولأسباب عملية وحماية للمتعاملين مع الإدارة يحدث أحياناً أن يفترض المشرع أن الإدارة قد عبرت عن إرادتها وإن التزمت بالصمت.⁽³⁾

والمعروف على القانون الإداري أنه غير شكلي حتى لا يضاعف أسباب الإلغاء على الخصوص، فالعديد من القواعد الشكلية المستعملة في شكل القرار، لا تشكل أي التزام قانوني ولا يعاقب عليها القانون إذا تم انتهاكها أو إغفالها، إلا أنه قد يشترط القانون بطريقة مباشرة أو غير مباشرة نشر القرار أو إعلانه وبالتالي بالطابع الكتابي كشرط للمشروعية⁽⁴⁾

وعليه عند قياس مكانة الكتابة في شكل القرار الإداري، يجب أن يؤخذ في الاعتبار أن القرار الإداري يتجلى بطريقتين رئيسيتين، فقد يكون صريحاً أو ضمناً:

1- **القرارات الصريحة:** القرار الصريح هو القرار الذي يعبر عنه واضعه بطريقة أو بأخرى. والتعبير الكتابي هو الأكثر شيوعاً في الأعمال الإدارية "الأوراق الإدارية" غير أنه - في معظم الأحيان - ليس إلزامياً. ولا يشترط سوى عدد قليل من النصوص كتابة قرارات معينة، حيث يمكن للإدارة أيضاً أن تتنازل عن هذا الشرط في حالة الاستعجال.

وبالتالي فإن أساليب التعبير الأخرى تبقى قابلة للاستخدام من الناحية القانونية؛ قرار شفوي، فقد أقرت الاجتهادات القضائية بوجود القرارات الشفوية حيث لا تجعل من الشكل الكتابي شرطاً للمشروعية (أو لوجود القرار)، بشرط أن يكون القرار قد اتخذ فعلاً،⁽⁵⁾ أو حتى

(1) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة "الانحراف بالسلطة، المرجع السابق، ص 32.

(2) محفوظ لعشب: المرجع السابق، ص 82.

(3) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 32

(4) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p.291.

(5) *Ibid*, p. 291

اللون البسيط لإشارة المرور (الأحمر، فإنه يعكس النظام المعطى للمركبات للتوقف!) مثل هذا الشكل يمكن أن تشكل مشاكل حقيقية من الأدلة ولكن لا يحظر الاعتراف به ولا يؤثر على مشروعيتها.

2-القرارات الضمنية: لا يمكن للإدارة أن لا تتصرف بخصوص الطلبات التي تتلقاها وتدع المتعاملين معها في الانتظار إلى ما لا نهاية، ولذلك أوجد القانون أحكاما تجعل من غياب قرار الإدارة على انه وضعية قانونية تعادل قرار. (1) وعليه يوجد قرار ضمني في حالة ما إذا نصت قاعدة قانونية على أن السكوت الذي تحتفظ به الإدارة بشأن الطلب هو، في نهاية أجل معين، إما قرار برفض ذلك الطلب أو قبوله. (2) والقرار الإداري هنا، الذي جاء كنتيجة قانونية بسيطة، ليس له أي أساس مادي (إلا أن وجوده يؤدي أحيانا إلى إصدار الإدارة لشهادة)، ويشترط القرار الضمني وجود طلب فلا يمكن أن يتولد قرار ضمني إلا إذا تلقت الإدارة هذا الطلب، كما أن القرار الضمني بالرفض يشترط وجوده ونطاقه بهذا الطلب. (3)

والمبدأ أن سكوت الإدارة عن الرد يعتبر بمثابة قرار ضمني بالرفض (4) ماعدا في حالة طلب رخصة البناء. بالنسبة للمشرع الجزائري لم يجب على هذا الإشكال القانوني حيث نص في المادة 51 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المتعلق بعقود التعمير وتسليمها (5)، على وجوب تبليغ صاحب الطلب بصفة إلزامية خلال عشرين يوما الموالية لتاريخ إيداع الطلب، ولم يشر إلى حالة عدم رد الإدارة بعد فوات الآجال القانونية هل يفسر ذلك على أنه قبولا ضمنيا أو رفضا ضمنيا، إلا أنه وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية نجد أن الاجتهاد القضائي الجزائري قد اعتبر أن السكوت وعدم البت في طلب رخصة البناء يعتبر قبولا ضمنيا بمنح

(1) المادة 830 من القانون رقم 08-09: مرجع مشار إليه سابقا.

(2) يتم التمييز بين القرار الضمني والقرار السلبي، حيث يتحقق وجود القرار السلبي برفض الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ إجراء كان من المتعين عليها اتخاذه قانونا، حيث ورد في حكم المحكمة الإدارية المصرية على أن: "القرار السلبي هو تعبير عن موقف سلبي للإدارة ترفض أو تمتنع به عن اتخاذ موقف معين في موضوع يلزمها القانون باتخاذ موقف بشأنه" حازم بيومي المصري: المرجع السابق، ص 18

(3) CHABANOL (Daniel): *op.cit*, p 393

(4) المادة 833 من القانون رقم 08-09: مرجع مشار إليه أعلاه.

(5) المرسوم التنفيذي رقم 15-19، المؤرخ في 25 يناير سنة 2005، المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، (ج. ر. ج. ج عدد 07 مؤرخ في 12 فبراير سنة 2015)،

الرخصة⁽¹⁾ وهوما ذهب إليه المشرع الفرنسي، غير أنه وفي ظل الاجتهاد القضائي الجديد فإن القضاء الجزائري كرس أن عدم رد وسكوت الإدارة على طالب الرخصة يعتبر قرار رفض ضمني.⁽²⁾

وعلى خلاف المشرع الجزائري، فقد تحول المشرع الفرنسي عن هذا المبدأ حيث أصبح سكوت الإدارة يعد بمثابة قبول ضمني « silence vaut accord » كمبدأ عام إلا ما استثني بنص، وجاء ذلك بموجب نص المادة 21 من القانون الخاص بعلاقات المواطنين بالإدارات العمومية الصادر سنة 2000،⁽³⁾ غير أنه لم يتم العمل به مادام لم يتم تحديد الأجل، إلى غاية سنة 2015 أين تم إضافة المادة 1/231 بموجب الأمر 1341-2015،⁽⁴⁾ والتي تنص على أن "السكوت المحتفظ به لمدة شهرين من الإدارة على طلب هو بمثابة قرار موافقة".

ثانيا: التسبيب

إذا كان لكل قرار أسباب ودوافع فإن التعبير الكتابي عنها ليس إجباري قانونا⁽⁵⁾، إلا أنه قد يشترط المشرع في بعض الأحيان أن تسبب الإدارة قراراتها، ويعتبر التسبيب هنا إجراء شكليا جوهريا إذا تطلبت ذلك طبيعة التصرف الصادر عن الإدارة⁽⁶⁾. أما في حالة ما إذا لم يشترط المشرع تسبيب الإدارة لقراراتها، فيمكن معرفة تلك الأسباب لاحقا بناء على طلب

(1) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 73532، المؤرخ في 08/01/1983، قضية (فريق م) ضد (رئيس بلدية بسكرة ووالي بسكرة): جاء فيه أن السكوت الذي تلتزم به السلطات البلدية تجاه البت في تسليم رخص البناء يعد قرارا ضمنيا بالقبول، وأن الرخصة الضمنية المستخلصة من سكوت الإدارة تنتج نفس الآثار التي تنتجها الرخصة الصريحة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذه المقتضيات يعد خطأ في تطبيق القانون.

(2) وهذا إعمالا للقاعدة العامة الواردة في نص المادة 830 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (مرجع مشار إليه اعلاه)، على أنه: "يعد سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد، خلال شهرين (02)، بمثابة قرار بالرفض ويبدأ هذا الاجل من تاريخ التبليغ"

(3) L'article 21 de la Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, **Relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations**.<https://www.Legifrance.gouv.fr>

(4) Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015: **Relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration**. <https://bit.ly/2DP69wu>

(5) CE, 7 juillet 1916, Lévi.

(6) لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، لمرجع نفسه، ص 167.

المعني، أو بمناسبة دعوى يجبر القاضي من خلالها الإدارة تزويده بذلك في إطار سلطة الأمر التي يمتلكها بالحصول على الوثائق وتوضيح أسباب القانون والواقع⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى أنه يعتبر "عنصر" في القرار، فإنه يعد جزءاً أساسياً من مضمون مبدأ الشفافية لذا فإنه يعد "أساساً" للرقابة على القرارات الإدارية من قبل السلطة الإدارية الأعلى وكذا المعنيين والمواطنين والقضاء على حد سواء،⁽²⁾ فبواسطة التسبب يمكن الرقابة على أسباب القرار والانحراف بالإجراءات. أما دور السبب فهو غير ذلك، حيث يعتبر أساس القرار الإداري الذي يستند إليه وأحد عناصر محل الرقابة على القرار وليس أساساً للرقابة.

وكما قال مفوض الحكومة السيد Letourneur بخصوص قضية (Barel et autre) بتاريخ 28 ماي 1954، على أن القاعدة التي تقضي بأن القرارات الإدارية لا ينبغي أن تكون مسببة، تؤدي إلى إبعاد عيب الشكل المستمد من عيب السبب، ليس لها غرض ولا أثر لإعفاء الإدارة من الالتزام باطلاع قاضي تجاوز السلطة على أسباب القرارات المتنازع فيها أمامه".⁽³⁾

والتزام الإدارة بتسبب قراراتها يؤدي بها إلى تفسيرات كتابية للأسباب "القانونية والواقعية" التي أدت إلى اتخاذ قرارها،⁽⁴⁾ ويعتبر التسبب وسيلة للوقاية من الاستعمال التعسفي للسلطة التقديرية للإدارة، فمن الضروري ولتحسين الشفافية والديمقراطية الإدارية على الأقل بالنسبة للقرارات التي هي في غير صالح الأفراد، أن يطلع المعنيون بها على الأسباب فهذا يسهل فهم العمل الإداري وتجنب بعض النزاعات.⁽⁵⁾

ورغم ذلك ولمدة طويلة لم يكن هناك التزام في هذا الشأن سواء في فرنسا أو الجزائر، فالإدارة وعلى عكس القاضي لا تسبب قراراتها إلا في بعض الحالات التي تنص عليها نصوص قانونية خاصة، فمن المبادئ المقررة أن القرار الإداري إذا لم يشتمل على ذكر الأسباب التي استند إليها يفترض فيه أنه صدر وفقاً للقانون وأنه يهدف لتحقيق المصلحة

(1) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome II, p 545

(2) FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p 362.

(3) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p. 294.

(4) FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p 362.

(5) *Ibid*, p 363.

العامّة (قرينة المشروعية)⁽¹⁾، وهذه القرينة التي تصحب كل قرار إداري لم تذكر أسبابه تبقى قائمة إلى أن يثبت المدعي أن الأسباب التي بني عليها القرار المطعون فيه هي أسباب غير مشروعة ولا تمت بصلة إلى المصلحة العامة وللمحكمة كامل السلطة في تقدير الدليل الذي يقدمه المدعي في هذا الصدد.⁽²⁾

ويرى البعض من الفقهاء أن إلزام الإدارة بتسبب قراراتها يقيد نشاطها ويضعف البطء في تسيير شؤونها، بينما يراه البعض الآخر سببا لنجاعة العمل الإداري فيرى الأستاذ ريفيرو Rivero أن تنفيذ القرار يغدو أكثر سهولة كلما كان مفهوماً، ويسهل قبوله من طرف الأفراد فيقل احتمال مخاصمته.⁽³⁾

ولم يكن بالشيء السهل معرفة الأسباب الحقيقية للقرارات الإدارية، فمجلس الدولة الفرنسي كان يتخوف من الآثار الثقيلة الناتجة عن هذا الالتزام والأضرار الناجمة عن الإلغاء لعيب الشكل، إلى أن جاء قانون 11 جويلية 1979⁽⁴⁾، الذي فرض التسبب في بعض الحالات التي حصرها المشرع الفرنسي، ويخص فقط تسبب القرارات الفردية وأخرج منها القرارات التنظيمية وغير التنظيمية، وذلك للإبقاء على اعتبار السر الإداري. ويبقى نطاق تطبيق هذا القانون على القرارات الفردية التي تصدر في غير صالح الأفراد، أما تلك التي تصدر في صالحهم فليس بالضرورة تسببها لأن صاحبها يكون راضي على ذلك ومعرفة الأسباب بالنسبة له غير مهم جداً.⁽⁵⁾

بالنسبة للجزائر لم يتقرر مبدأ التسبب الوجوبي للقرارات الإدارية إلا بموجب المادة 11 من القانون 06-01 لسنة 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽⁶⁾، التي فرضت

(1) محمد الصغير بعلي: *القرارات والعقود الإدارية*، الجزائر، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2017، ص 97.

(2) DEFOORT (Benjamin): *op.cit*, p. 598

(3) وافية داهل: *تسبب القرارات الإدارية* (دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، تصدر

عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة 1 الجزائر، العدد 11، جوان 2017، (ص ص 428-443)، ص 430.

(4) Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979: **Relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.** <https://bit.ly/34YOc8z> accédé le 14/10/2020 à 12H00.

(5) FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p 362-363.

(6) القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20/فبراير/2006، *المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته*، (ج. ر. ج. عدد 14 صادر في 08 مارس سنة 2006).

تسبب القرارات الصادرة في غير صالح المواطن، وفي مقابل الثراء التشريعي في موضوع وجوب التسبب في فرنسا فلا نجد في الجزائر نصا عاما يجبر الإدارة على تسبب قراراتها، رغم أن المشرع بادر إلى وضع ضوابط تحكم العلاقة بين الإدارة والمواطن بموجب المرسوم 88-131⁽¹⁾، لكنه لم يعترف فيه بمبدأ وجوبية التسبب، ما عدا نص المادة 11 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المشار إليه أعلاه. إلا أنه ويصدر التعديل الدستوري الجديد لسنة 2020، وبموجب المادة 26 الفقرة 03، أقر المؤسس الدستوري الجزائري بمبدأ وجوبية تعليل وتسبب القرارات الإدارية حيث ورد فيها: "... تلزم الإدارة برد معلل بشأن الطلبات التي تستوجب اصدار قرار إداري...".

وفي سنة 2012 صادقت الجزائر على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة، ونصت المادة 06/01 منه على أن: "...تقوم الإدارة العامة بإبلاغ المستخدمين بكل القرارات المتخذة بخصوصهم وبيان أسبابها وكذلك آليات الطعن المتاحة لهم." وكمثال على ذلك، فإن جميع القرارات المتضمنة عقوبات تأديبية، يجب أن تكون مبررة ومسببة ومعللة، كما هو واضح من أحكام القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.⁽²⁾ حيث تكون باطلة وغير مشروعة إذا لم تتضمن صراحة الإشارة في حيثيات القرار وصلبه إلى الخطأ المنسوب إلى الموظف.⁽³⁾

ثالثا: التوقيع

الأصل أن واضع القرار هو نفسه الذي أمضاه، فالتوقيع هو العنصر الوحيد الذي يسمح بالتحقق من أن واضع القرار هو مختص باتخاذها، فهي إذن شكلية جوهرية.⁽⁴⁾ في

(1) مرسوم رقم 88-131، مؤرخ في 04 يوليو 1988، المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن، (ج. ر. ج. عدد 27 مؤرخ في 06 يوليو 1988).

(2) المادة 165 من الأمر رقم 06-03، مرجع مشار إليه أعلاه.

(3) محمد الصغير بعلي: القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 97.

مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس 90، تاريخ القرار: 2000/01/31، قضية والي مستغانم ضد (الجمعية المسماة منتجي الحليب)، المنتقى في قضاء مجلس الدولة لسنة 2004، الجزء 2، ص 193. "بالرجوع إلى المقرر موضوع الاستئناف لم يذكر ضمن طياته سبب اتخاذ قرار إلغاء مقرره حتى يتسنى للمستأنف عليه من الاطلاع عليه وإبداء ملاحظاته بشأنه، وهو الحق المكرس دستوريا وقانونيا باعتباره حقا من حقوق الدفاع"

(4) CHABANOL (Daniel): *op.cit.*, p.305 « CE, 19 mars 2008, Minstre de l'education c / Chiaverini »

حالة ما إذا كان القرار مكتوبا يتعين أن يصدر مذيلا بإمضاء من أصدره حاملا تاريخ إصداره وبالتالي فتوقيعه يكون إجباري، وهو شرط لصحته ودخوله النظام القانوني Un acte n'existe qu'après avoir été signé⁽¹⁾، والتوقيع هو عبارة عن ممارسة الاختصاص وهذه القاعدة مطلقة حيث أن غياب توقيع القرار يجعله مشوبا بعدم الاختصاص⁽²⁾، والمبدأ أن القرار المنشور الذي لا يحمل خاتم الإدارة التي أصدرته ولا الإمضاء هو قرار مبتور ومعرض لعدم القبول⁽³⁾. والطبيعي أن الإمضاء يواجه بالقراءة الواضحة لاسم ولقب واضع القرار والتحقق منه إن استدعى الأمر ذلك، وفي هذه الحالة تؤخذ بعين الاعتبار النسخة الأصلية للقرار فقط، والتي نادرا ما تمنح للمعني وبالتالي على الإدارة إثبات صحة التوقيع أمام القاضي الإداري.⁽⁴⁾

كما أن تاريخ القرار الإداري له عدد من النتائج العملية، وهي أن مشروعية القرار تقيّم عند التاريخ الذي أتخذ فيه⁽⁵⁾؛ فالقرار يجب أن يتخذ في آجال معينة، إلا أن غياب التاريخ لا يشكل في حد ذاته عيبا جوهريا في الشكل،⁽⁶⁾ فمثلا عندما يكون للقرار تاريخ لاحق على تاريخ التوقيع عليه، لا تتأثر صحته بهذا الظرف ما دام مقدم الطلب لا يستفيد من حدوث ظرف قانوني أو واقعة بين التاريخين، من شأنه أن يؤدي بطبيعته لتغيير القرار أو لعرقلة تدخله،⁽⁷⁾ وعلى خلاف ذلك يتعين على القاضي البحث فيما إذا كان القرار حقيقة قد تم إعطاؤه تاريخ لاحق على تاريخ إمضائه.⁽⁸⁾

(1) CHRETIEN (Patrice) et Autres: **op.cit**, p. 556.

(2) FRIER (P-L) et PETIT (J): **op.cit**, p. 365

(3) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 64687، مؤرخ في 14/07/1990، قضية: (ش. م) ضد: (والي ولاية وهران ومن معه)، نشرة القضاة، العدد 45، 1191، ص 79.

(4) CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p.305

(5) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, **op.cit**, p.165: « c'est en fonction de la situation de fait existant et des règles juridiques applicables à la date de son édicition (c'est-à-dire, de sa signature) que sa légalité doit être appréciée »

(6) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p.295

(7) Ibid, p. 295

(8) CE, 10 mai 1950, Association des fonctionnaires du ministère de l'intérieur

الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تغطية أوضاع عيب الشكل

والإجراءات

الأصل أن مخالفة الشكل تعتبر تجاوزا للسلطة مهما كانت القاعدة القانونية التي تفرض الشكل، سواء كان قانونا أو تنظيميا إداريا، أو مبادئ عامة.⁽¹⁾ والتميز بين عيب الشكل بمفهومه الضيق وعيب الإجراءات يتقاطع في بعض الجوانب مع التمييز المعمول به بين الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية، وعيب الإجراءات عموما يخص الشكليات الجوهرية، فقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن لا يجعل عيب الشكل سببا للبطلان إلا إذا كان الشكل جوهريا، أما إذا كان ثانويا فيمكن للإدارة أن تعيد تصحيح القرار وفقا للشكالية المطلوبة⁽²⁾. وعلى العموم فإن القضاء يميل أكثر إلى المعاقبة على مخالفة الإجراءات أكثر منه على الشكليات.⁽³⁾

ميز العميد LAFERRIERE في القرارات القديمة لمجلس الدولة الفرنسي بين نوعين من الشكليات والإجراءات، منها ما هو مقرر لصالح الأفراد لتوفير أكبر قدر من الضمانات لهم، والأخرى مقررة لصالح الإدارة، فأغفال هذه الأخيرة لا يمكن إثارتها من الأفراد،⁽⁴⁾ وهذا التمييز قد استلهم من القانون الخاص إلا أنه لم يقرر لصالح طرف معين، ومخالفتها لا يمكن إثارتها من طرف المدعي.⁽⁵⁾ غير أن هذا التمييز لم يكن في جميع الحالات قاطعا مانعا، ورغم ذلك فإن وجود عدم مشروعية في الإجراءات المتبعة لا يؤدي دائما إلى إلغاء القرار.

وقد منحت للقاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة عند نظر عيب الشكل في القرار بملاحظة الظروف الخارجية التي أحاطت بالشكليات والإجراءات،⁽⁶⁾ وتحري الأسباب

(1) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 288

(2) محمد سليمان الطماوي: **القضاء الإداري**، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 160.

(3) لحسين بن الشيخ آث ملويا: **دروس في المنازعات الإدارية (وسائل المشروعية)**، المرجع السابق، ص 129

(4) CE, 21 février 1919, Faure

(5) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome II, p. 296

(6) *Ibid*, p.288.

الحقيقية التي حالت دون إتمامها على النحو الذي رسمه القانون⁽¹⁾ وله سلطة تقديرية في إبطال القرار لمخالفته الإجراءات والشكل التي لم ينص عليها القانون صراحة حتى لا تغرق الإدارة⁽²⁾ حيث يمكن تداركها من خلال إمكانية تصحيح العيب الواقع خاصة العيوب المادية. ولا يزال هذا التمييز معمولاً به اليوم، وللقاضي سلطة تقديرية في البحث فيما إذا كانت الشكليات لازمة لسلامة القرار، وما إذا كانت المخالفة التي وقعت يمكن أن تعتبر ذات اثر على هذه السلامة.⁽³⁾ وعليه يمكن انتقاد سلطات القاضي الموسعة عند النظر في عيب الشكل، باسم عدم اليقين الذي قد يسود في ذهن المتقاضي. غير أنه يجب الإشارة إلى أن القاضي، من خلال استخدام المبادئ العامة للقانون، يتمكن، على العكس من ذلك، من وضع ضمانات إضافية بالنسبة للضمانات القانونية، ولاسيما فيما يتعلق بالإجراءات الوجيهة أو الإجراء الاستشاري.

وعليه يستعمل القاضي معايير أكثر موضوعية ولها صلة بالشكليات الجوهرية وغير الجوهرية (الثانوية):

أولاً: عيب الشكل والإجراءات الجوهرية

نظراً لتعدد القواعد الخاصة بالإجراءات بما في ذلك أيضا الوجيهة أو الاستشارة، فإن عيب الإجراءات الناشئ عن انتهاكها كثيراً ما يكون عيباً لا يمكن التصدي له بنجاح، فهذا العيب يشكل سلاحاً خطيراً. وعدم مشروعية استشارة (وهو عمل تحضيرية غير قابل للطعن فيه مباشرة) يمكن التصدي له عند الطعن في القرار النهائي، ويؤدي إلى إلغائه حتى وإن كان سليماً في جميع النقاط الأخرى.⁽⁴⁾ والإبطال الذي غالباً ما يصدره القاضي لهذا السبب،

(1) يذكر الفقهاء ضرورة منح القاضي الإداري هذه السلطة لإن الإجراءات الإدارية ومهما روعي التبصر في وضعها وتنفيذها فإنها لا ترقى إلى مستوى الإجراءات القضائية فيما يتعلق بحماية الأفراد. انظر: محمد سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 756، 757.

(2) ورغم ذلك في القضاء الإداري الجزائري نادراً ما تم إبطال قرار إداري من طرف الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى أو المحكمة العليا سابقاً، أو عن طريق مجلس الدولة حالياً بسبب عيب الشكل كعيب من عيوب القرار الإداري، واعتبرت ذلك العيب جوهرياً، علماً أن مخالفة الشكليات يبطل القرار الإداري حتماً، غير أنه لا تشير صراحة إلى مفهوم عيب الشكل بل تركز إلى ذكر "عيب مخالفة القانون"، وهي عبارة أوسع وتشمل جميع عيوب القرار الإداري. ينظر: لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 170

(3) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p. 296-297

(4) FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p. 552-553.

والذي قد يمنعه من أن يبحث في مضمون القرار نفسه، ليس بأي حال من الأحوال مثالياً. وعلى الرغم من أنه لا يوجد في بعض الأحيان ما يمنع الإدارة من استئناف نفس الإجراء، فإن القواعد القانونية ربما تكون قد تغيرت فضلاً عن الظروف الاجتماعية - السياسية.

والقاضي الإداري لا يتدخل لتغطية عيب الشكل والإجراءات إلا إذا أغفلت الإدارة إتباع الشكليات والإجراءات الجوهرية، ويتعلق الأمر بتجنب أدنى خطأ يتعلق بهذا السبب إلى إلغاء القرار ويكون في المجال الذي تحكمه تنظيمات غزيرة ومعقدة. ولذلك، فإن الإشكال كله هو معرفة ما يقصد به عيب إجرائي جوهري. والذي عادة ما يكون له تأثير على مضمون القرار (ويخص بشكل عام المشاورات الإلزامية)، أو يشكل ضماناً للمعنيين بالقرار (الإجراء الجاهي)، وقد منحت للقاضي الإداري سلطة تقديرية في ذلك بحيث له أن ينظر فيما إذا كان إغفال قاعدة إجرائية، وفي ظل ظروف القضية أثر على القرار الصادر أو قد حرم المعني به من ضمانته.⁽¹⁾

وعليه فإن الحالات التطبيقية لعيب الشكل والإجراءات تتمثل في عدم استشارة أو عدم قانونية تشكيلة لجنة إدارية ؛ وكذا عدم احترام الشكليات المتعلقة بالتبليغ والإشهار:

1- عدم استشارة أو عدم قانونية تشكيلة هيئة إدارية: يفرض القانون على الإدارة في بعض الأحيان استشارة هيئة جماعية قبل اتخاذها لقرارها، غير أن عدم التزام الإدارة بذلك يجعل قرارها مشوباً بعيب الإجراءات أما إذا احترمت الإدارة ذلك واتخذت قرارها بعد استشارة تلك الهيئة لكن بدون أن تكون تشكيلتها صحيحة أو ناقصة، فهنا لا يكون العيب عيب الإجراءات بل هو عيب الشكل، فاللجنة موجودة لكن الأعضاء المشكلين بها ناقصين أو ليسوا بالأعضاء القانونيين.⁽²⁾

2- عدم احترام الشكليات المتعلقة بالتبليغ والإشهار: إن بعض القرارات التي تصدرها الإدارة لها علاقة مباشرة بالأفراد وقد يترتب حرمان البعض من حقوقهم إذا لم يعلموا بها،

⁽¹⁾ FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit.*, p.553-554 « CE, Ass, 23 déc. 2011, M. Danthony »

⁽²⁾ لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص166.

لذلك أوجب القانون على الإدارة تبليغ قراراتها للغير تحت طائلة إبطال هذا القرار على أساس عيب الشكل، فالتبليغ يعتبر شكلية جوهرية في بعض الأحيان⁽¹⁾.

ثانياً: عيب الشكل والإجراءات الثانوية

إن إغفال الشكليات الثانوية عادة ما يمكن تداركها ولا يترتب عليه بطلان القرار الإداري، ومن ثم فلا جدوى من تغطيتها أو تصحيحها.⁽²⁾ وجرى القضاء الإداري في هذا الصدد على أن ثمة ظروف تدعو إلى ألا ينتج إهمال مراعاة الشكليات الضرورية نتائجه، وأن في الإمكان تغطية عيب الشكل بتوافر شروط معينة، منها استحالة استيفاء الشكل بسبب قوة قاهرة، ومنها قبول المخالفة أو العيب، وتنازل من شرع الشكل لمصلحته عن البطلان إذا لم يكن هذا الشكل من النظام العام، وبالتالي استيفاء الشكل بإجراء لاحق.⁽³⁾

1- قبول صاحب المصلحة: يحدث أن يقبل المعني بالقرار في حالة إغفال الإدارة إجراء أو شكلاً لازماً لإصدار القرار، مع علمه بإهدار الإجراء أو الشكل اللازم قانوناً، وهو ما اعتبرته بعض أحكام القضاء الإداري سبباً كافياً في تغطية العيب، بما يحول دون إلغاء القرار⁽⁴⁾. بينما ذهب اتجاه آخر من الأحكام أن الأشكال والإجراءات الجوهرية مقررة للمصلحة العامة ولا أثر لقبول صاحب المصلحة في تغطيتها؛ إذ يظل القرار معيباً ويتعين

(1) المادة 35 من المرسوم رقم 88-131، مؤرخ في 4 يوليو 1988، المتضمن تنظيم العلاقات بين الإدارة والمواطن، (ج.ر.ج. عدد 27، صادر في 6 يوليو 1988): "لا يحتج بأي قرار ذي طابع فردي على المواطن المعني بهذا القرار إلا إذا سبق تبليغه إليه قانوناً".

مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، قرار رقم 035298، مؤرخ في 2007/07/25، قضية والي ولاية الجزائر) ضد (أعضاء المستثمرة الفلاحية)، مجلة مجلس الدولة، 2009، العدد 09، ص 111: "المبدأ: أن ميعاد الطعن بالبطلان في القرارات الفردية تحتسب من تاريخ تبليغها شخصياً وعدم احترام السلطة المصدرة هذا الإجراء الجوهرية يترتب عليه إبقاء الآجال مفتوحة وفقاً للمادة 35 من المرسوم 88-131، المؤرخ في 1988/07/04".

(2) ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 381-382.

(3) تنص المادة 322 من ق.إ.م.إ. النافذ على أن: "كل الآجال المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق، أو من أجل حق الطعن، يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق، أو سقوط حق ممارسة حق الطعن، باستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة".

(4) ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 385.

الغاؤه.⁽¹⁾ وهذا الاتجاه هو الأقرب لطبيعة دعوى تجاوز السلطة، فالقاضي الإداري معني بالمحافظة على المشروعية التي تستلزم عند إهدار الإجراءات والشكليات الجوهرية بحسب تقديره.⁽²⁾

2- **فعل صاحب المصلحة:** قد يقوم المعني بالقرار بأفعال تترتب عليها عدم استيفاء الإجراءات والأشكال الجوهرية، سواء كان ذلك عمداً أو بسبب تراخ وإهمال، والتي تؤدي إلى عدم إصدار القرار بسبب ذلك، كما لو امتنع الموظف عن حضور تحقيق إداري، وبالتالي لا يقبل منه - بعد ذلك - الدفع بأن القرار الصادر بحقه قد أغفل التحقيق معه بوصفه إجراء جوهرياً.⁽³⁾

3- **الاستيفاء اللاحق للشكل** *La couverture a posteriori du vice de forme*: أما بخصوص التغطية لاحقاً من طرف الإدارة، فهي غير مسموح بها بسبب طبيعتها الرجعية (الأثر الرجعي).⁽⁴⁾ غير أن القاضي يلجأ إلى التمييز، فيما إذا لم يكن للتصحيح اللاحق أي أثر على مضمون القرار، فإن الدفع الذي يُرفع يعتبر بلا جدوى، ويُسمح بتصحيحه؛ ومثال على ذلك تصحيح الأخطاء المادية البحتة، كإغفال التوقيع على المحضر من أحد الأعضاء رغم ثبوت حضوره ومناقشته، فتوقيعه على المحضر فيما بعد لا يؤثر على صحة القرار الصادر بناء عليه.⁽⁵⁾ والشيء نفسه في حالة ما إذا كان القرار الذي سيصحح قد اعتبره القاضي الإداري مشروعاً أصلاً. وعلى العكس من ذلك، فإذا كان للتصحيح أثر على مضمون القرار، فإن الدفع يعتبر غير مجدي⁽⁶⁾، ونفس الشيء يمكن أن يكون صحيحاً في حالة السحب الذي يكون متبوعاً بقرار جديد صحيح من الناحية الشكلية.

وعليه فإن قبول القاضي الإداري أو عدم قبوله الاستيفاء اللاحق، مبني على أثر الاستيفاء على مضمون القرار، فإذا كان الإجراء المهمل حسب تقدير القاضي الإداري لا

(1) محمد سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 814/ ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 385، عبد الحكم فودة: الخصومة الإدارية، ص 230.
(2) وليد بن صالح الصمغاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 83.
(3) محمود حلمي: المرجع السابق، ص 152.

(4) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p.296.

(5) CE, 13 février 1903, Baudard et CE, 25 mars 1949, Bignier

(6) CE, 13 février 1948, Didier jean

يتوقع أن يغير من مضمون القرار أو يعدل فيه، أقر الاستيفاء اللاحق وقبل به، أما إذا كان الإجراء المهمل يحتمل أن يكون له أثر موضوعي، وانه لو تم الأخذ به قبل صدور القرار لكان على غير الوجه الذي صدر عليه، فلا يقبل القاضي بالاستيفاء اللاحق.

ويبدو أن القاضي يقوم بترجيح بين الغاية التي يستهدفها وهي المشروعية وبين عدم عرقلة الإدارة في أداء مهامها، بإجراءات وأشكال تبين له عدم تأثيرها على محتوى القرار وعدم المساس بالمصلحة العامة أو المراكز المكتسبة للأفراد، مع مراعاة أن التوسع في منح الإدارة إمكانية التغطية اللاحقة للعيوب الجوهرية الماسة بالإجراءات والأشكال يتنافى مع اعتبارها جوهرية من جهة، كما أنه يتضمن إذنا ضمنيا لها بالخروج عن قواعد المشروعية الموضوعية ؛ لأن استيفائها لاحقا لا يتم إلا إذا التجأت إلى ذلك قضاء، مع في ذلك من وضع الأفراد أمام الأمر الواقع، وهو ما لا يتفق مع الحكمة التي تقوم عليها الإجراءات والشكل في القرار الإداري، ولا سيما أن جل ما عد استيفاؤه وتصحيحه لاحقا لا يصدق عليه وصف الإجراء أو الشكل الجوهرية.⁽¹⁾

وقد نهج القضاء الإداري في الجزائر على هذا المنهج عندما قرر انه يجوز تصحيح القرار المطعون فيه بالبطلان بإجراء لاحق يزيل عيب القرار.⁽²⁾

4- **تعذر إتمام الإجراء أو الشكل:** قد تحول بعض الظروف والتي ليس للإدارة يد فيها، دون استيفاء الإجراء أو الشكل الذي أوجبه القانون، مع بذل الإدارة ما يمكنها فعله من الناحية الواقعية، عندئذ يكون للقاضي الإداري سلطة تقدير مدى كون المانع من استيفاء الإجراء أو الشكل حقيقيا لم تتذرع به الإدارة لتتصل من القيام بواجبها، وبالتالي تكون الاستحالة أو المانع سببا من أسباب تغطية تخلف الإجراء أو الشكل الجوهرية، واعتبار القرار صحيحا رغم ذلك.

ومن المؤكد أنه في معظم الحالات، تكون القوانين (أو المراسيم) هي التي أعفت الإدارة من استيفاء الشكل، على سبيل المثال في حالة الحرب. وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 85.

(2) خير مثال على ذلك زوال سبب البطلان بعد قيام الإدارة بتصحيح إجراء نزع الملكية. المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 25536، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1989، ص 184.

هذه النصوص لا تنشئ إعفاءً عاماً، ولكنها تنص على ألا تجرى الاستشارات في حالة حدوث طارئٍ بدافع مصلحة المرفق أو الدفاع الوطني.⁽¹⁾ وخارج هذه الحالة، فإن الأسباب الخطيرة التي لا تعزى إلى الإدارة، والتي تؤدي إلى الاستحالة المادية لتشكيل اللجنة أو انعقادها، أو الحصول على رأيها، هي وحدها التي يمكن أن تؤسس مشروعية الإجراء المتخذ دون التشاور المسبق مع هيئة استشارية أو دون الحصول على المشورة المطلوبة.⁽²⁾

وعليه يمكن القول أن القضاء الإداري يميز بين الاستحالة المادية المؤقتة، والاستحالة المادية التي يطول أمدها، فيعتبر الاستحالة المؤقتة أو العابرة غير كافية لتجاوز عن إغفال الإجراء أو الشكل الجوهرية، بخلاف الاستحالة المادية التي تستمر مدة طويلة، فيعدها من أسباب تغطية تخلف الإجراء أو الشكل، مع استقراره بأن الضرورة تقدر بقدرها حسبما يراه القاضي الإداري، وهو ما يدخل فيه من باب أولى حالات القوة القاهرة والظروف الاستثنائية.⁽³⁾ التي تعد من أسباب تغطية تخلف الإجراء أو الشكل الجوهرية - كما سبق في الاختصاص - فإذا كانت ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد تستلزم - ضرورة- التحلل من بعض الإجراءات أو الأشكال المقررة للقرار الإداري ؛ فان القضاء الإداري يمنح الإدارة هذا الحق تحت رقابته ؛ بحيث يكون له تقدير حالات القوة القاهرة والظروف الاستثنائية، كما هو الشأن في حال الحروب ونحوها. وعلى العموم فإن هذه الاستحالة "القانونية" يتم تقديرها بشكل ضيق من قبل القاضي الذي يقرر أن الأمر متروك للإدارة لاتخاذ التدابير اللازمة التي يمكن إنشاء هيئة استشارية من أجلها.⁽⁴⁾

(1) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p.306-307 (CE, 11 mai 1956, Lhéritier)

(2) Ibid, p.307.

(3) فؤاد العطار: القضاء الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1963، ص 550

(4) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, p.307

المبحث الثاني: نطاق سلطة القاضي الإداري في تقدير وتغطية العيوب الداخلية**للقرار الإداري**

إن مهمة قاضي تجاوز السلطة وفي إطار عدم المشروعية الداخلية للقرار الإداري، لا تقتصر على الكشف عن مخالفات المشروعية والاستنتاج التلقائي بضرورة إعدام القرار المعيب، بل وفي إطار سلطته التقديرية يلجأ إلى مجموعة من الحلول أو الآليات التي يمكن أن تدفعه إلى تأكيد القرار ورفض الطعن بالإلغاء، وحالات عدم المشروعية الداخلية التي تمس القرار الإداري تعود إما إلى عيب السبب (المطلب الأول) أو عيب مخالفة القانون (المطلب الثاني) أو إلى عيب الانحراف بالسلطة (المطلب الثالث)

المطلب الأول: تطور مفهوم سبب القرار الإداري والسلطة التقديرية للقاضي الإداري**في الرقابة عليه**

القرار الإداري هو عمل قانوني لا يقوم إلا على أساس سبب يبرر إصداره، وتتشكل أسباب القرار من عناصر القانون والواقع التي تدفع بالإدارة إلى التصرف، حيث يعتمد رجل الإدارة في اتخاذ القرار سواء على قاعدة قانونية مكتوبة أو مبدأ عام للقانون، وعلى وضعية واقعية، حيث يكون قراره نتيجة لهاتين الفئتين من الأسباب. وقد عرف ركن السبب تطوراً هاماً ابتداءً من إدراجه ضمن عيوب أخرى إلى غاية استقلاله كركن بذاته (الفرع الأول)، ويحوز القاضي الإداري إزاء أسباب القرار سلطة تقديرية واسعة تصل إلى حد إصلاح القرار تجنباً لإلغائه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطور مفهوم ركن السبب

يقوم "السبب" على فكرة معينة وهي فكرة لا تولد من تلقاء نفسها في ذهن رجل الإدارة، بل لابد أن تكون نتيجة لأمر خارجي، فهو مجرد إشارة تبدو لرجل الإدارة فتبين له أنه لا مانع لديه من مباشرة سلطاته، إذا ما تحققت لديه الشروط الأخرى.⁽¹⁾ ويعرف غالبية الفقه

(1) عرف الأستاذ محمد سليمان الطماوي السبب على أنه: "حالة واقعية أو قانونية بعيدة عن رجل الإدارة ومستقلة عن إرادته، تتم، فتوحي إليه بأنه يستطيع أن يتدخل، وإن يتخذ قراراً ما" أنظر: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص29

وأحكام القضاء الإداري السبب بأنه "الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع رجل الإدارة إلى التدخل واتخاذ القرار". ويقصد به أيضا "الحالة الواقعية أو القانونية التي تبرر إصدار القرار".⁽¹⁾

والأسباب القانونية هي الأسس القانونية التي يقوم عليها القرار، لأن كل عمل إداري مستمد من قاعدة أعلى؛ مرسوم وضع تطبيقا لقانون، قرار وزاري ناشئ عن مرسوم، والقرارات الفردية المتخذة على أساس التنظيمات التي تحكم إصدارها، وما إلى ذلك، وهذا الأساس القانوني، إذا كان موجودا، يجب أن يفسر نفسه بشكل صحيح، والسلطة الإدارية وبمجرد إثبات هذه النقطة، فإنها تعتمد أيضا على وقائع معينة لاتخاذ القرار. غير أن النصوص أو الاجتهادات القضائية لا تفرض دائما سببا لقرارها فيما يتعلق بالوقائع التي تواجهها. وبالتالي فإن سلطتها قد تكون تقديرية أو مقيدة.⁽²⁾

بينما تظهر الوقائع في شكل سلوكيات أو تصرفات أو ظروف أو وضعيات، منها الظواهر الطبيعية، العوامل البشرية، فيمكن أن تكون الوقائع في شكل "اضطرابات جوية استثنائية"، وتوصف حالة الحرب أو سوء الأحوال الجوية على أنها "قوة قاهرة"، كل هذه الوقائع تدفع رجل الإدارة إلى التدخل باتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على الأمن وسلامة الأفراد.⁽³⁾

ولم يكن قاضي تجاوز السلطة في فحصه لأوجه الطعن يتعرض لفحص الوقائع المتنازع عليها، ولم يبسط مجلس الدولة الفرنسي رقابته على الوقائع إلا في تاريخ حديث نسبيا يرجع إلى أوائل القرن العشرين، حيث كان يتدخل كقاضي نقض ويقصر رقابته على الجانب القانوني للنزاع فقط⁽⁴⁾. وقد كان محل نقد من الفقه الإداري لسببين⁽⁵⁾:

(1) محمود حلمي: المرجع السابق، ص 171 "وعرف السبب بأنه: "الحالة الواقعية أو القانونية السابقة على القرار والتي

دفعت الإدارة إلى التدخل" أنور رسلان: وسيط القضاء الإداري، مصر، دار النهضة العربية، سنة 2003، ص 486

(2) FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit.*, p.366

(3) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): *op.cit.*, p. 93

(4) AUBY (J – M) et DRAGO (R): *op.cit.*, Tome 2, p. 385

(5) ميسون جريس عيسى الأعرج: عيب السبب في القرار الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة 01، دار وائل للنشر، عمان،

الأردن، 2015، ص43

3- أنه إذا كان القانون يحظر على محكمة النقض التصدي لبحث الوقائع، فإن مجلس الدولة لا تقيده أية نصوص تشريعية في هذا الخصوص.

4- أن محكمة النقض إذا كانت تقتصر في بحثها للنزاع على التكييف القانوني فقط، فإن ذلك مرده أنها تستطيع أن تعتمد على سبق دراسة محكمة الموضوع للوقائع وفحصها فحصا كافيا، على خلاف الحال بالنسبة لمجلس الدولة إذ أن الطعن أمامه يتجاوز السلطة، يستهدف إلغاء قرار صادر من السلطة الإدارية الملزمة لا من محكمة قضائية.⁽¹⁾

إلا أن الأمور قد تطورت بعد ذلك، ففي سنة 1905 أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرارا يخص قضية Crosal، حيث أعلن فيه صراحة عن أن عيب السبب مستقل عن عيب الانحراف بالسلطة رغم أنه جعل أسباب القرار تخرج من نطاق الرقابة القضائية وتركها لتقدير الإدارة.⁽²⁾

وتدرجيا بدأ القاضي الإداري يطور من طرق الرقابة على القرارات الإدارية ابتداء من قرار مونو Monod المؤرخ في 18 جوان 1906، حيث يفترض القاضي وجود سبب للقرار رغم عدم إفصاح الإدارة عنه، فقد راقب الخطأ في القانون بموجب قرار Boisselet المؤرخ في 26 جوان 1912 (إلغاء مقرر ولائي القاضي بعزل رئيس بلدية دخل إلى قاعة تدريس في حين فإن القانون يسمح له بذلك)، كذلك راقب الوجود المادي للوقائع بموجب قرار Dessay المؤرخ في 13 ماي 1910 وأخيرا التكييف القانوني للوقائع بموجب قرار Gomei المؤرخ في 4 أبريل 1914 وقرار Camino في 14 أبريل 1916 كما سيتم شرح ذلك لاحقا.⁽³⁾

وقد سار في نفس الاتجاه في قرارات أخرى لاحقة وبذات الصيغة "إن تأسيس القرار على واقعة غير صحيحة يجعله قائما على سبب قانوني غير موجود مما يستوجب إلغاء

⁽¹⁾ مصطفى أبو زيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 109.

⁽²⁾ BONNARD (Roger): *Précis de droit administratif*, 4^{ème} Edition, Paris, LGDJ, 1943, p.359: CE, 2 juin 1905, <https://bit.ly/3jmTxMs>; accédé le 23/09/2018 à 20H04: « L'appréciation des motifs invoqués par le préfet à l'appui de sa décision, dit le conseil d'état, alors qu'ils ne constituent pas un détournement de pouvoir, n'est pas susceptible d'être soumise au conseil d'état statuant au contentieux »

⁽³⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p.359

القرار لتجاوز السلطة.⁽¹⁾ وهكذا استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذه القرارات على تبني فكرة (السبب القانوني) بعد أن عجزت فكرة الاختصاص المقيد (حين يحدد القانون سببا معيناً لاتخاذ القرار) عن تفسير قراراته في الحالات التي لا تلتزم فيها الإدارة بان تستند في قرارها إلى وقائع معينة، أو أن تقوم بتسبيب قرارها، إذ أن ما قرره المجلس سابقاً من أن "عدم وجود الوقائع باعتبارها شرطاً فرضه القانون لممارسة الإدارة لاختصاصها، يؤدي إلى أن يصبح القرار معيباً بعبء مخالفة القانون، لا يجدي نفعا في هذه الظروف. إلا أن مجلس الدولة قد امتنع بعد ذلك عن استخدام السبب القانوني نتيجة الهجوم العنيف الذي شنه جانب كبير من رجال الفقه الفرنسي خشية منهم أن يؤدي ذلك إلى الوقوع في الجدل الذي تثيره نظرية السبب في القانون المدني.⁽²⁾

وبالتالي فإن ظهور رقابة الوقائع وتطورها أوجد مساحة أوسع لرقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية، وما يميز الرقابة على الوقائع، هي أنها كانت وراء إحداث تصنيف ثلاثي للرقابة القضائية في مادة تجاوز السلطة:⁽³⁾

- رقابة دنيا تشمل الوجود المادي للوقائع والخطأ الظاهر في التقدير

- رقابة عادية تخص التكيف القانوني للوقائع

- رقابة قصوى تتعلق بتقدير أهمية الوقائع وتناسبها مع الإجراء المتخذ.

وترتبط درجات الرقابة أساساً بمدى تحديد القاعدة القانونية للوقائع، إذ يمكن أن تحدد هذه القاعدة بدقة الأسباب الواقعية المؤدية لاتخاذ القرار، في المقابل يحدث أن يترك القانون حرية كبيرة للإدارة في اتخاذ القرار دون بيان مسبق للوقائع المبررة لإصداره، بين هاتين الوضعتين توجد حالة متداولة كثيراً متمثلة في اقتصار القانون على تحديد عام وواسع لأسباب القرار الواقعية⁽⁴⁾ وللقاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة إزاء ذلك.

(1) CE, arrêt du 23 mars 1953, Blanchard et CE, arrêt du 17 nov 1926 Alibert

(2) ميسون جريس عيسى الأعرج: المرجع السابق، ص 47.

(3) بنحسن عصام: سلطة قاضي تجاوز السلطة (أعمال ملتقى: التطور المتباين لدعوى تجاوز السلطة)، دار المنظومة، 2010، ص ص 35-73، ص 43.

(4) بنحسن عصام: المرجع السابق، ص 43-44

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الرقابة على ركن السبب في

القرار الإداري

يحوز القاضي الإداري حيال أسباب القرار سلطات أوسع بكثير من أوجه الإلغاء الأخرى،⁽¹⁾ فالتخوف من تحول السلطة التقديرية للإدارة إلى سلطة تحكيمية جعل القاضي يطور من أساليب رقابته على القرار الإداري متجاوزا الأساليب التقليدية،⁽²⁾ من خلال رقابة تقدير الإدارة للوقائع (أولا). وبناء على ما تقدم يظهر عيب السبب في جانبي القانون والوقائع والتكييف القانوني لها (ثانيا) ؛ كما تمتد أحيانا إلى فحص أهمية الوقائع وتناسبها مع الإجراء المتخذ وهي مسألة تقديرية يقوم بها القاضي الإداري (ثالثا).

أولا: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في التحقق من الصحة المادية لسبب القرار

يبدأ القاضي الإداري عند رقابته على عيب سبب القرار، من التحقق من الوجود المادي للوقائع، وذلك بالتثبت من وجود الحالة الواقعية أو القانونية التي بني عليها القرار وصحتها. وقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى فرض رقابته على الوجود المادي للوقائع التي بنت عليها الإدارة قرارها، فقط في الحالات التي تكون فيها هذه الوقائع شرطا فرضه القانون لتدخل الإدارة، ونجد هذا النوع من الرقابة عندما تؤسس السلطة الإدارية قرارها على وقائع غير منتجة⁽³⁾، حيث يراقب القاضي الإداري جميع القرارات الإدارية بخصوص الصحة المادية للوقائع التي بنيت عليها. ويعتمد القاضي على تقنية التسبيب⁽⁴⁾ التي يعول على دوره الاستقرائي للتأكد من صحة الوقائع المدعى بها من قبل الإدارة.⁽⁵⁾

(1) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p. 369

(2) محفوظ لعشب: المرجع السابق، ص 78.

(3) GILLES (Lebreton): *Droit administratif général*, Tome 3, Paris, Dalloz, 2015, p.510.

(4) مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس 90، مؤرخ في 2000/01/31، قضية (والي مستغانم) ضد (الجمعية المسماة "منتجي الحليب")، المنقوى في قضاء مجلس الدولة، 2004، الجزء 2، ص 193. هو من بين أحكام القضاء الإداري الجزائري التي قضى فيها ببطان القرار الإداري استنادا إلى عيب السبب مستعملا في ذلك تقنية التسبيب، حيث جاء فيه: "حيث لما كان قرار توقيف نشاط الجمعية لمدة ستة أشهر بمثابة جزاء صريح وقعه العارض في مواجهة الجمعية، كان عليه أن يسبب قراره حتى يتمكن المعنيون من الاطلاع المسبق على الأسباب المؤدية لتوقيع هذا الجزاء، وهذا مبدأ عام للقانون لا يمكن تجاهله".

(5) بنحسن عصام: المرجع السابق، ص 46

والمتمفحص لأحكام القضاء الإداري يلاحظ أن المنازعات التأديبية هو المجال الخصب للرقابة على الوقائع⁽¹⁾. وأول رقابة لمجلس الدولة على الصحة المادية للوقائع جاءت في سنة 1916 حيث ألغى قرار كامينو (Camino)⁽²⁾ ويخص الإجراء التأديبي القاضي بفصل رئيس بلدية إحدى القرى السيد كامينو، بحجة أنه لم يسهر على توفير الاحترام اللازم لجنائز تمت في قريته، بعد أن تبين للمجلس عدم صحة هذه الواقعة، وقد جاء في حيثيات القرار: " حيث أن مجلس الدولة لا يستطيع أن يبحث في تقدير ملاءمة الإجراءات المطعون فيها أمامه عن طريق دعوى تجاوز السلطة، إلا أنه يملك البحث في ماديات الوقائع التي سببت هذا الإجراء من ناحية، كما أنه يملك - من ناحية أخرى - في حالة ثبوت الوقائع - المذكورة - أن يبحث فيما إذا كانت هذه الوقائع تبرر قانونا الجزاءات المتخذة"

وفي قرار Trépont المؤرخ في 20 جانفي 1922، حيث قام وزير الداخلية بإحالة المحافظ السيد Trepont على العطلة بناء على طلبه، إلا أنه تبين في الحقيقة أنه لم يودع أي طلب بخصوص ذلك⁽³⁾، وقد استخدم مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة مصطلح (سببا قانونيا) وذلك في صدد بحثه عن سند قانوني لتبرير رقابته على الوقائع في الحالات التي لا تكون فيها سلطة الإدارة مقيدة بمراعاة قيام حالة واقعية معينة، وفي ذات الوقت عدم التزام الإدارة بتسبيب قرارها.⁽⁴⁾

ثانيا: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في التكيف القانوني للوقائع

من الطبيعي أن يراقب القاضي الإداري باعتباره قاضي مشروعية، التكيف القانوني الذي يعطى للوقائع المعتمدة من طرف الإدارة لاتخاذ قرارها، كان ذلك بموجب قرار

⁽¹⁾ المحكمة العليا، الغرفة الادارية، قرار رقم 80781، مؤرخ في 10/02/1991، قضية (ع.أ) ضد (و.و.ب)، المجلة القضائية، 1993، العدد 2، ص 142: تسريح الطاعنة من عملها بسبب عجز مهني قرره لجنة بداعوجية مؤهلة لا يعد تسريحا تأديبيا"

⁽²⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **Op.cit**, TOME II, p. 386. «si le conseil d'état ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déferées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient, d'une part, de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures ... »
قرار مجلس الدولة الفرنسي، CAMINO، 1916/1/14، مجموعة 15، تقرير Cornu، مشار إليه في كتاب أحمد يسري، المرجع السابق، ص 229.

⁽³⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 386.

⁽⁴⁾ ميسون جريس عيسى الأعرج: المرجع السابق، ص 46.

جوجل Gomel سنة 1914 وتتعلق رقابة التكييف القانوني للوقائع بالبحث فيما إذا كانت الوقائع، كما هي موجودة، تتسم بخصائص اتخاذ القرار، وفيما إذا كانت "من طبيعتها" تبريره. وهي لا تخص فحص الوقائع المعتمدة من الإدارة، فهي مسألة تخص الصحة المادية للوقائع⁽¹⁾. فالنزاع في هذه القضية لم يكن يدور حول وجود واقعة معينة، وإنما كان يدور حول صحة تكييف الإدارة للوقائع، وبعد هذا القرار اتجه قضاء مجلس الدولة إلى تقرير رقابته على الوقائع حتى في الحالات التي لا تلتزم فيها الإدارة بأن تستند في قرارها إلى وقائع معينة.⁽²⁾

ويقصد بصحة التكييف القانوني التحقق من صحة إنزال حكم القانون على الواقعة، حيث تتطلب التشريعات بكافة أنواعها توافر شرط معين في الواقعة لإنزال حكم القانون عليها⁽³⁾، ويكون ذلك من خلال توصيفها « La labellisation » لمعرفة مدى تطابقها مع النص القانوني، أو من خلال تفسير النص القانوني نفسه ومعرفة نطاقه ومدى شموله للواقعة، فإذا انتهى القاضي إلى عدم صلاحية تطبيق النص القانوني على الواقعة أصلاً، أو عدم شموله لها، أضحى القرار المطعون فيه معيباً في سببه⁽⁴⁾

⁽¹⁾ GILLES (Lebreton): **op.cit**, p. 510.

• تتلخص وقائع القرار الشهير في قضية Gomel في أن المادة 118 من القانون الصادر في 13 يوليو سنة 1911 خولت المحافظ أن يرفض منح الترخيص بالبناء إذا كان مشروع البناء المقترح سيترتب عليه تشويه جمال أحد المناظر أو المواقع الأثرية، وعلى هذا الأساس تم رفض منح أحد الأفراد (السيد Gomel) ترخيصاً بالبناء الذي طلبه، لأن المشروع المقدم يمس بالميدان الأثري (Beauvau)، ووجد مجلس الدولة الفرنسي أن قرار الإدارة مشوباً بعيب السبب وبالتالي قضى في حكمه الصادر بتاريخ 04 أبريل 1914 "أن يتحقق مما إذا كان موقع المبنى المزمع يدخل في أحد المعالم التذكارية القائمة، وفي حالة الإيجاب ما إذا كان هذا المبنى على الوجه المقترح سيكون من شأنه المساس به". وهكذا فقد أقر لنفسه نوعين من سلطة الرقابة، الأولى وهي البحث في إقرار صفة المعلم التذكاري، والثاني المساس الذي يلحقه مشروع البناء بهذا المعلم. وفي الأخير توصل إلى أن ليس كل الموقع معلم تذكاري كما أن مشروع البناء لا يمس به، وبالتالي قضى بإلغاء القرار باعتبار ألا سند قانوني له.

⁽²⁾ مارسو لون وآخرون: المرجع السابق، ص 218.

⁽³⁾ حازم بيومي المصري: مدى مشروعية تصرفات الإدارة في ظل نظرية الغلط البين في تكييف الوقائع (في ضوء الفقه وقضاء مجلس الدولة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 2012، ص 33.

⁽⁴⁾ ماهر أبو العينين: المرجع السابق، الكتاب 1، ص 881.

وفرض المجلس رقابته على تكييف الإدارة للوقائع في الحالات التي يكون فيها وجود هذه الوقائع شرطا ألزم المشرع الإدارة بمراعاته عند إصدارها للقرار، وفي بعض الحالات الشروط التي يضعها القاضي الإداري بنفسه، فإذا خالفت ذلك الشرط أصبح قرارها غير مشروع لانعدام التكييف القانوني الصحيح، وبالتالي عند ممارسة هذا النوع من الرقابة يضع القاضي الإدارة في موضع الاختصاص المقيد، فالمسألة هنا لا تخص الواقعة بل القانون.⁽¹⁾

الواقع أن رقابة القاضي الإداري على التكييف القانوني للوقائع لا تثير صعوبة في الحالات التي يحدد فيها القانون شرطا أو طرفا معيناً يستلزم وصفا معيناً للوقائع، ويتيح للإدارة إصدار قرارها على أساسه⁽²⁾، فعندما يخضع نص ممارسة الإدارة إحدى سلطاتها لوجود عناصر واقع ذات تكييف محدد، فإن قاضي تجاوز السلطة يتحقق من توافر هذه الشروط فعلا، خاصة فيما إذا كانت الوقائع ذات طبيعة من شأنها أن تبرر القرار المتخذ. غير أن النصوص القانونية عادة ما تكون شديدة العموم أو شديدة الغموض حول الخصائص التي يجب أن تستوفيها بعض الظروف لتبرر القرار، ومجلس الدولة هو من يحددها بنفسه، وبذلك يستطيع بحث توافر الشروط الموضوعية على هذا النحو ويندرج ذلك ضمن سلطته التقديرية.⁽³⁾

ثالثا: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الرقابة على مدى ملاءمة سبب القرار

(تناسب محل القرار الإداري مع الوقائع)

القاعدة أن قاضي تجاوز السلطة يمتنع عن رقابة مدى ملاءمة تصرفات الإدارة، حيث تقف رقابته عند حد مشروعية أعمال الإدارة، دون البحث في أهمية وخطورة الأسباب، وفيما إذا كانت هذه الأسباب على درجة من الخطورة تكفي لتبرير الإجراء المتخذ لمواجهتها، فمتى وجدت الواقعة التي قام عليها القرار، وثبتت صحتها من حيث التكييف، فإن القرار يصبح مشروعاً من الناحية القانونية، ولا أثر لتقدير مدى تناسب الأثر الذي رتبته القرار على الواقعة

⁽¹⁾ M. LONG et Autres: **op.cit** , p. 161

⁽²⁾ ماهر ابو العينين: المرجع السابق، الكتاب 1، ص 882

⁽³⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 163: « Les textes sont parfois très généraux ou très vagues sur les caractères que doivent présenter certaines circonstances pour justifier une décision. le conseil d'état les précises lui-même et, ce faisant, peut examiner si les conditions ainsi posées sont satisfaites »

في مشروعيتها.⁽¹⁾ وعنصر الملاءمة يدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، فهي تدرك حاجاتها وما تتطلبه من تصرفات تتخذ في الوقت المناسب وبالكمية والأهمية المناسبة.⁽²⁾

هذا المبدأ وضعه القاضي الإداري تكريسا لمهمته الأساسية ؛ بوصفه قاضي مشروعية، واقتحام مجال الملاءمة في القرارات الإدارية يعطل النشاط الإداري المنوط بالإدارة، إلا أنه لم يتقيد بهذا المبدأ على إطلاقه، بل أظهر نوعا من المرونة بحسب طبيعة القرارات المطعون فيها أمامه ؛ استجابة لدواعي المشروعية،⁽³⁾ حيث أن المبادئ التي تقوم عليها دولة القانون اليوم تجعل من السلطة التقديرية تختلف بصورة واضحة عن السلطة التي تكون تحكمية بحتة، فإذا كان هامش التقدير يمكن أن يمنع القاضي من ممارسة رقابة معمقة أكثر على أسباب القرار، فكل قرار يجب أن يكون أساسا خاضع للرقابة.⁽⁴⁾

كما أن الدور الإيجابي للقاضي الإداري وحرصه على إعادة التوازن بين المصالح المتعارضة، جعله يتخلى عن هذا المبدأ منذ قرار بنيامين Benjamin عام 1933⁽⁵⁾، وبدأ بممارسة رقابة التناسب بين محل القرار والوقائع التي بررت إصداره، والتي تعتبر عنصر رقابة معمقة على السلطة التقديرية للإدارة، ويمكن تعريفها على أنها "ما يسمح للإجراء بأن يكون مناسباً وضرورياً وأن يظل في تناسب مضبوط بالنسبة للهدف المرجو منه"⁽⁶⁾. كما يعرفه الفقيه Braibant على أنه اشتراط علاقة تطابق بين الوسائل التي تستخدمها الإدارة

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 103

(2) الملائمة في جوهرها هي علاقة بين أمرين، وحيث تتصل هذه العلاقة بالعناصر القانونية للقرار الإداري، فإنها تندرج بالتالي ضمن ضوابط مشروعية هذه العناصر". سامي جمال الدين: قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 127.

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 103

(4) DEFOORT (Benjamin): op.cit, p.50

(5) قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 19 ماي 1933، قضية بنيامين: بموجب هذا القرار أرسى مجلس الدولة الفرنسي رقابته على ملائمة القرارات الإدارية المتعلقة بالضبط الإداري وتخص حرية الاجتماع، حيث ألغى قرار رئيس بلدية Naud القاضي بمنع الاجتماع الذي برمجه السيد بنيامين، وهذا لطابعه غير الملائم، رغم أنه تأكد فعلا أن هذا الاجتماع كان ذو طبيعة تهدد النظام العام"، إلا أنه لرئيس البلدية حل آخر أكثر احتراماً لحرية الاجتماع، تقادياً لأي اضطراب في الاجتماع بأن يقوم بحراسة الاجتماع بواسطة قوات الأمن المتوافرة. مارسو لون وآخرين: المرجع السابق، ص 365.

(6) SANCHEZ (Yoann): **Le contrôle de proportionnalité comme élément du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration**, In « Le pouvoir discrétionnaire Regards croisés franco-polonais » S.dir de W. Jakimowicz et P. Serrand, Edition mare & martin, Paris, pp 129-145. Spec p. 131

والهدف الذي تقصده⁽¹⁾ وبالتالي يفرض رقابته على صلب سلطتها التقديرية في الاختيار بين عدة حلول ممكنة.⁽²⁾ وهي أقدم شكل لرقابة التناسب، حيث تهدف إلى التحقق فيما إذا كانت خطورة الإجراء المتخذ تتناسب مع خطورة التهديد باسم مبدأ التناسب.

وبالتالي فهي رقابة صارمة تعاقب أي إجراء غير متناسب وتلغي القرار حيث أدخلت عنصر التناسب ضمن مبدأ المشروعية، فالقرارات لا تكون مشروعة إلا إذا كانت متناسبة مع الوقائع، وبالتالي تعني الملاءمة التناسب بين الوقائع والقرار المتخذ، فمن خلال إجراء فحص التناسب، فإن القاضي الإداري يقوم بإدماج الملاءمة في المشروعية.⁽³⁾

وتتصب هذه الرقابة على القرارات الماسة بالحريات العامة، حيث يراقب القاضي الإداري فيما إذا كان للإدارة اتخاذ إجراء أو تدبير أقل قسوة، وأي قيود على الحريات العامة هي مشروعة فقط إذا كان ذلك ضروريا في مواجهة الوضعية الواقعية. وافتتح هذا النوع من الرقابة بموجب قرار بنيامين لسنة 1933، وهي أقدم شكل لرقابة التناسب، حيث تهدف إلى التحقق فيما إذا كانت خطورة الإجراء المتخذ تتناسب مع خطورة التهديد باسم مبدأ التناسب.

إن رقابة الملاءمة، تبين أن القاضي الإداري لا يتردد في الرقابة بصفة معمقة على اختيارات الإدارة ولكن أيضا الإمكانيات الأخرى المتاحة لها. وهذه الرقابة يتم إعمالها أكثر في المجالات الحساسة (الضبط الإداري، التأديب) أو التقنية (العمران)، وبالتالي يعتبر هذا النوع من الرقابة علامة على الحرية الكبيرة التي يحوزها القاضي الإداري والتي تنقص من الحرية التي تحوزها الإدارة.⁽⁴⁾

بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري، ومن خلال استقراء أحكامه يتبين أنه اكتفى في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة بإعمال الأساليب التقليدية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث يقتصر عمله على رقابة الصحة المادية وصحة تكييفها القانوني⁽⁵⁾ ويرى أحد

(1) ربيعة يوسف بوقرط: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (دراسة مقارنة)، عمان الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2017، ص 124.

(2) GILLES (Lebreton) : *op.cit*, p. 400.

(3) DUPUIS (Georges) et Autres: **Droit administratif**, 10e édition, Paris, Dalloz, 2007, p.639: « en effectuant un **contrôle de proportionnalité**, le juge intègre l'opportunité dans la légalité »

(4) SANCHEZ (Yoann): **Le contrôle de proportionnalité comme élément du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration**, *op.cit*, p. 135

(5) العربي زروق: المرجع السابق، ص 125.

الأساتذة أن القاضي الإداري الجزائري لم يتأثر بالتطور الذي عرفه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ويبقى معادي لرقابة الملاءمة والتناسب نظرا للفواصل البعيدة بينه وبين الإدارة.⁽¹⁾

رابعاً: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في عبء إثبات سبب القرار

بالرجوع إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي نجده قد جعل استناد الإدارة في قراراتها إلى سبب صحيح قاعدة عامة تطبق في جميع الحالات،⁽²⁾ حيث يفترض في القرارات الإدارية قرينة المشروعية، والتي بموجبها تكون الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. وعليه تعترض عملية إثبات الصحة المادية للوقائع إشكالات تتقارب مع تلك التي تخص إثبات الانحراف بالسلطة.⁽³⁾

الأصل أن صحة الوقائع تستخلص من ملف الدعوى كما اقر ذلك مجلس الدولة في قرار Trépont المشار إليه سابقاً، والرقابة على الصحة المادية للوقائع عادة ما تؤدي بالقاضي إلى تجاوز إطار الصحة المادية الدقيقة للوقائع، لأن هناك مسائل لا تثبت فيها الواقعة إلا إذا كانت مستتيرة بمجموعة من الظروف الخارجية، كان ذلك بموجب قضية Lefranc، (تعيين موظف آخر في المنصب المزمع حذفه). وهنا تبرز السلطة التقديرية القاضي الإداري في الإثبات.⁽⁴⁾

وقد تستخلص من الظروف التي تلي اتخاذ القرار والتي تثبت شكلياً أن السبب الذي استندت إليه الإدارة غير صحيح،⁽⁵⁾ وفي هذا الصدد، يطبق المجلس المبادئ العامة للإثبات بعدم فرض الاحترام المطلق لقاعدة عبء الإثبات التي تقع على عاتق المدعي، ولكن على أساس العناصر المقدمة له أثناء التحقيق، دون مزيد من التوضيح في صياغة القرارات⁽⁶⁾ أو

(1) صدراتي صدراتي: القاضي الجزائري غريب عن الإدارة التي يراقبها، المجلة القضائية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، السنة 1993، ص 580.

(2) محمد ماهر أبو العينين: المرجع السابق، الكتاب 1، ص 715.

(3) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **Op.cit**, Tome 2 , p.388

(4) ماهر أبو العينين: المرجع السابق، الكتاب 1، ص 856.

(5) CE, 22 janvier 1926, Lefranc

(6) CE, 22 janvier 1948, Masson,

على قرائن لم تدحضها الإدارة.⁽¹⁾ وبالتالي فإن تطويع مبدأ البيئة على من أدعى من شأنه أن يحقق نوع من التوازن بين السلطة التقديرية للإدارة وحماية حقوق المتقاضى.

ومن ناحية أخرى، تتمسك المحكمة بالوقائع المثارة من طرف المدعي إذا رفضت الإدارة الاستجابة لطلب القاضي للحصول على معلومات (بشأن هذه المسألة الهامة التي تدخل في نطاق السلطات العامة للمحكمة الإدارية). وأخيراً، يأخذ القاضي الإداري في الاعتبار، كدليل على الوقائع، القرارات التي تتخذها محاكم القضاء العادي⁽²⁾ وأيضاً على أثر حجية الشيء المقضي فيه من طرف المحاكم الجنائية.

وينعكس تحرر القاضي الإداري في تنظيم الإثبات في أنه قد يكتفي بعناصر لا تحمل اليقين المطلق⁽³⁾ "في ظل هذه الظروف، على الرغم من أن الوثائق المودعة من طرف السيد / Delaporte لا يمكن اعتبارها مؤسسة على وجه اليقين كسبب لترحيله وأنه، في حالة التحقيق، لا يزال هناك شك في هذه القضية، فإن السيد Delaporte يحق له لقب المبعدين السياسيين ... »

الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تغطية عيب سبب القرار

الإداري

المعروف أن من الوسائل التي تؤدي معابنتها إلى الإلغاء التلقائي للقرار، هي عدم الاختصاص، مخالفة الشكليات الجوهرية، مخالفة القانون، والانحراف بالسلطة. وبالتالي فأهميتها لا تعطي للقاضي الحق في القيام بإصلاح القرار. وعلى خلاف ذلك، يجوز للقاضي، عندما يتعلق الأمر بالأسباب، أن يقوم بإحلال الأسباب، أي قيام القاضي باستبدال الأسباب غير القانونية أو غير الموجودة بأسباب أخرى تعطي القرار أساسه القانوني. ويكون ذلك حتى في حالة السلطة التقديرية للإدارة، ويستند هذا التوجه إلى تجنب القاضي الإداري إصدار إلغاءات كثيرة غير مجدية. فالقاضي الإداري يحوز سلطة تقديرية واسعة إزاء ذلك،

⁽¹⁾ CE, 22 décembre 1966, Jannès.

⁽²⁾ CE, 10 mai 1933, Raoux « chemin ne pouvant être déclaré chemin rural puisqu'il résulte d'une décision d'un tribunal civil qu'il n'est pas affecté au public »

⁽³⁾ CE, 4 décembre 1959, ministre des anciens combattants c/ Mer Delaporte: « dans ces conditions, bien que les pièces produites par le sieur Delaporte ne puissent être regardées comme établissement avec certitude la cause de sa déportation et qu'en l'état de l'instruction un doute subsiste en ce qui concerne cette cause, ledit sieur Delaporte a droit à l'attribution du titre de déporté politique... »

(1) وبناء على طلب المدعي أو من تلقاء نفسه يقوم القاضي في بعض الحالات بتصحيح القرار المطعون فيه، فإذا كان أحد الأسباب غير مشروع، فلا يأخذه بعين الاعتبار وهو ما يسمى بتحديد الأسباب (أولاً)، أو يقوم بإحلاله بسبب آخر (ثانياً)

أولاً: السلطة التقديرية للقاضي الإداري عند تعدد الأسباب (La neutralisation des motifs)

تبرز السلطة التقديرية للقاضي الإداري في البحث عن الصحة المادية للوقائع عند تعدد الأسباب، حيث يفترض في القرار الإداري قيامه على سبب مشروع، وليكون صحيحاً يكفي توافر سبب واحد يبرر صدوره، إلا أنه يثار تساؤل حول مدى صحة القرار في حالة ما إذا قام على عدة أسباب، ومدى وجود سلطة تقديرية للقاضي إزاء ذلك.(2)

الأصل أن جميع الأسباب التي استندت إليها الإدارة في تصرفها تعتبر حاسمة، حيث أن عدم مشروعية واحد منها يؤدي إلى إلغاء القرار المطعون فيه(3). إلا أن الأمر يكون مختلفاً إذا لم يمنع سبب واحد الإدارة من التصرف. وبما أنه كان لا بد من اتخاذ القرار والسبب في ذلك قانوني، فلا يهم أن تكون الأسباب الأخرى غير قانونية ما دامت ذات طبيعة زائدة.(4)

والطبيعة الحاسمة أو الزائدة للسبب تدفع القاضي إلى إجراء تقديرات دقيقة للغاية. وفي هذا الصدد فإن المبدأ هو أن الطابع الزائد للسبب يجب أن يستخلص إما من مصطلحات القرار المطعون فيه أو من المعلومات التي جُمعت أثناء التحقيق(5) والتي كان مجلس الدولة الفرنسي سابقاً يشترط أن تكون ناتجة عن المستندات في الملف(6) فإذا ما تحقق القاضي من تعدد الأسباب، يجوز للقاضي (بمبادرة منه أو بناء على طلب الإدارة يوجه إلى قاضي تجاوز السلطة في الدرجة الأولى أو عند الاستئناف) أن يتخذ قراراً باستبعاد السبب أو

(1) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, op.cit, p.740.

(2) وليد بن محمد بن صالح الصمغاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 107

(3) لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 45.

(4) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p.369-370

(5) CE, 23 novembre 1960, Bonneau.

(6) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p.370

الأسباب التي لا تصلح أو غير المشروعة (قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 13 جانفي 1968، قضية السيدة Perrot).⁽¹⁾

وعلى ذلك لم يضع القضاء الإداري معيارا محددًا في ذلك، حيث لا تؤثر عدم صحة بعض الأسباب على صحة القرار في كل الحالات، وترك المجال للسلطة التقديرية للقاضي الإداري بحسب كل واقعة، ولينظر في مدى كفاية الأسباب الصحيحة لاتخاذ القرار⁽²⁾

وفي المقابل، يلغي القاضي الإداري القرار إذا تبين له عدم ثبوت بعض الوقائع التي بني عليها، إذا لم تكف الوقائع غير الثابتة. وتقدير أهمية الوقائع غير الثابتة ومدى تأثيرها على النتيجة التي انتهى إليها القرار أو تأثيرها في إرادة مصدره تتدرج في نطاق سلطة القاضي التقديرية وفقا لظروف كل واقعة. والعبرة في إمكانية ممارسة القاضي الإداري لسلطته التقديرية حال تعدد الأسباب إنما تكون عند قيام الأسباب في الوقت نفسه وإمكانية تأسيس القرار عليها أو على أحدها، وإن لم تستند الإدارة ابتداءً إلا لأحدها، فالعبرة دائما هي بوجود السبب حقيقة.⁽³⁾

وقد استقر القضاء الإداري المقارن على أن السلطة التقديرية الثابتة للقاضي عند تعدد الأسباب لا تقتصر على مجال دون آخر، وتجد أساسها في رقابته على ملاءمة الأسباب، فهو ينظر في مدى إمكانية إصرار الإدارة على النتيجة ذاتها بعد استبعاد وإلغاء بعض الأسباب التي صدر القرار بناء عليها، فإذا اقتنع أن الإدارة لن تعدل عن النتيجة، فلا يتجه إلى إلغاء القرار، والعكس إذا اقتنع أن الإدارة ما كانت لتصر على النتيجة ذاتها لو لم توجد تلك الأسباب غير المعتمدة.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ PUJALTE (Christian) et DELAMAZE (Edouard): *L'avocat et les juridictions administratives* ; (Collection: Questions judiciaires), Presses Universitaires de France, 2014, p. 142, Voir: <https://www-cairn-info>

⁽²⁾ محمد سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 942 / طعيمة الجرف: المرجع السابق، ص 255، وماجد الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 415، محمد ماهر أبو العينين: المرجع السابق، الكتاب 01، ص 861.

⁽³⁾ وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 108.

⁽⁴⁾ المرجع نفسه، ص 109

ولا ينبغي أن يُخفى أن منذ الاجتهاد القضائي الخاص بالسيدة Perrot أصبح للقاضي سلطة تقديرية هامة وبنطوي على تقييد جديد للسلطة التقديرية للإدارة، يماثل ذلك الذي ينتج عن قبول الخطأ الواضح.⁽¹⁾

ثانياً: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في إحلال السبب المعيب

La Substitution de motifs

عندما تتخذ الإدارة قراراً، فإنها تختار الأساس الذي ستستند إليه، فإذا تبين أن هناك خطأ في هذا الأساس، فهل القاضي ملزم بإتباعه أم يمكنه أن يحل محل الأساس القانوني الذي اختارته الإدارة أساساً آخر يدعم القرار قانوناً؟

يوصف إحلال الأساس القانوني بأنه "تحييد" خطأ في القانون يمس أسس القرار المطعون فيه. وبالتالي فإن تخلف الأساس القانوني ليس وسيلة للإبطال التلقائي، فالقاضي الذي يمنح نفسه سلطة الحلول مكان الإدارة ليقوم بـ "اكتشاف" الأساس القانوني والحقيقي للقرار، له سلطة تقديرية كاملة في هذه المسألة (قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 25 أكتوبر 1957، قضية غرفة نقابة تجارة السيارات).⁽²⁾ وعليه وتخفيفاً لآثار أحكامه ؛ يمكن للقاضي الإداري أن "ينقذ" بعض القرارات الإدارية من الإبطال، حيث يمكن لصورة القاضي-المدير Le juge-administrateur الذي يقوم أثناء سير الخصومة بإحلال تقديره محل تقدير الإدارة أن يشكل منقذاً مفيداً لبعض القرارات الإدارية.⁽³⁾

وعليه ؛ فإذا كانت للقاضي سلطة ترتيب الأسباب حسب قوتها الحاسمة في حالة تعدد الأسباب، فإن له سلطة إحلال سبب مشروع محل سبب غير مشروع وضعته الإدارة والذي اكتشفه هو بنفسه، وفي حالة السبب الحاسم، فلا يزال للقاضي دور سلبي نسبياً، حيث يقوم باختيار بين أسباب مختلفة تذرعت بها الإدارة. بينما في حالة إحلال الأسباب، فإن القاضي يذهب أبعد من ذلك بكثير، وفي الواقع يلجأ إلى إصلاح أو تعديل القرار لتجنب إلغائه.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p.370

⁽²⁾ Ibid, p.380: « le juge s'accordant le pouvoir de se substituer à l'administration pour « découvrir » la base légale réelle de l'acte. Le juge dispose en cette matière d'un pouvoir entièrement discrétionnaire »

⁽³⁾ DEFOORT (Benjamin): **op.cit**, p.611

⁽⁴⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, tome 2, p.371

وقد سمحت الاجتهادات القضائية أولاً للإدارة بأن تطلب من القاضي أثناء سير الخصومة إجراء إحلال الأساس القانوني من خلال إسناد القرار إلى قاعدة من طبيعتها أن تبرره قانوناً، خلافاً لتلك التي اعتمدها الإدارة صراحة عند إصداره. مع العلم أن تقنية الإحلال تظل مكنة بالنسبة للقاضي وليس حقا للإدارة؛ والحالات "تظل استثنائية نسبياً"⁽¹⁾ وتبدو سلطة القاضي الإداري في الإحلال ظاهرة المعالم بالنسبة للقرارات التي تصدر عن سلطة مقيدة، سواء تعلق الأمر بإحلال سبب قانوني محل سبب قانوني آخر. أو سبب واقعي محل سبب واقعي آخر. إلا أنه قد تحول عن هذه الاجتهادات القضائية، وتم توسيع هذه المكنة بشكل كبير في إطار السلطة التقديرية، وجاء ذلك بموجب قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 6 فيفري 2004، قضية السيدة هلال.⁽²⁾

⁽¹⁾ DUPUIS (Georges) et Autres: **op. cit.**, p.634 « La substitution demeure une faculté pour le juge, non un droit pour l'Administration ; et les cas « demeurent relativement exceptionnels »

⁽²⁾ CE, 6 Février 2004, Mme Hallal, <https://bit.ly/34NYare>

تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيدة هلال، مواطنة جزائرية، عاشت في فرنسا من عام 1964 إلى عام 1981 وهي أم لـ 7 أطفال ولدوا على الأراضي الفرنسية وبجنسية فرنسية. وفي أوت 2000، وبعد أن فقدت وظيفتها ووجدت نفسها بدون موارد، تقدمت بطلب إلى القنصل العام لفرنسا بعناية للحصول على تأشيرة إقامة طويلة، بصفتها من الأصول في رعاية رعية فرنسية لتتمكن من العيش في فرنسا مع أبنائها. وفي 28 جوان 2001، رفض القنصل العام طلبها على أساس أنها تتلقى مرتباً شهرياً لا يسمح لها بأن تعتبر في رعاية أبنائها المقيمين في فرنسا، مما أعاق حصولها على التأشيرة بصفتها من المعالين. ولكن في حين أن هذه الموارد كانت مهمة للغاية بالنسبة لها، إلا أنها لم تكن كافية، وفقاً للقنصل، تؤهلها للحصول على تأشيرة إقامة طويلة كزائرة. وقدمت السيدة هلال طعناً مسبقاً ملزماً في هذا القرار أمام لجنة الاستئناف. وقد رفضت اللجنة هذا الطعن، ولكن لسبب مختلف عن الأسباب التي يقوم عليها قرار القنصل العام. ووجدت اللجنة - وهذا هو السبب الوحيد - أنه لا يمكن اعتبارها معزولة في بلدها الأصلي، ما دامت تعيش في الجزائر مع اثنتين من بناتها. غير أنه يُستمد من اجتهاد مجلس الدولة أنه إذا كان هذا العنصر "يمكن استخدامه للتحقيق فيما إذا كان الشخص المعني في رعاية فعلية لأبنائها الفرنسيين، فإنه لا يمكن أن يبرر قانوناً عدم الاعتراف لها بصفة الأصول" وقد تم اعتماد هذا الحل هنا، مما دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار أن القرار المطعون فيه مشوب بخطأ في القانون. ففي إطار المفهوم التقليدي لدعوى تجاوز السلطة، كان القاضي سيقصر على هذا الإلغاء. إلا أن الأمر ليس ذاته هنا، حيث أخذ مجلس الدولة في الاعتبار أن وزير الخارجية، لكي يثبت أن القرار المطعون فيه كان قانونياً، يتدرج في مذكرة الدفاع التي قدمها، بالاستناد إلى سبب آخر وهو أن المدعية لم تبرر، في تاريخ صدور قرار الرفض، تتلقى موارد منتظمة من أبنائها الفرنسيين المقيمين في فرنسا. في حين أنه إذا كان هذا السبب الجديد من المرجح أن يؤسس فعلياً للقرار المطعون فيه، ولم يدرج في القرار الأصلي، فيمكن اللجوء إلى إحلال السبب الجديد. وقد أقر مجلس الدولة إمكانية أن يقوم قاضي تجاوز السلطة باللجوء إلى إحلال الأسباب ويحدد الشروط التي يخضع لها هذا الاحتمال.

فإذا كانت هذه المكنة قديمة، إلا أنه تم إسنادها مؤخرا صراحة إلى "سلطة القاضي، وهي مرهونة بشروط: - أن يكون الأساس القانوني الجديد له نطاق مماثل، وأن يكون للإدارة نفس السلطة التقديرية - وألا يحرم المتقاضي من ضمان إجرائي وأن يتمكن من تقديم ملاحظاته - وأن يستند إحلال الأساس القانوني إلى "مفهوم أكثر واقعية للقانون، قائم على اعتبارات حسن سير العدالة التي تتجنب الإلغاء المسبق الذي يُعاد إصلاحه لاحقا باسم مشروعية أخرى مستمدة من نفس النص.⁽¹⁾

ولا يكون ذلك إلا بموجب طلب صريح من الإدارة، حيث تمنح للإدارة فرصة إنقاذ القرار من الإلغاء. وللقاضي سلطة تقدير سيادي للطلب⁽²⁾، كما صرح ذلك مجلس الدولة الفرنسي في قضية السيدة هلال على أنه: "حيث أنه يجوز للإدارة، في الدعوى الابتدائية كما في الاستئناف، أن تدفع أمام قاضي تجاوز السلطة أن القرار الذي طلب إبطاله هو مبرر بسبب قانوني أو واقعي غير ذلك المبين أصلا، ولكن القائم أيضا على أساس الوضعية الموجودة عند تاريخ اتخاذ هذا القرار؛ وأن الأمر يعود بعد ذلك إلى القاضي، بعد أن يدعو الطاعن للإدلاء بملاحظاته حول الإحلال المطلوب على هذا النحو، والبحث عما إذا كان من المرجح أن يكون هذا السبب سندا قانونيا للقرار، ومن ثم تقدير ما إذا كان نتيجة التحقيق أن الإدارة كانت ستصدر القرار نفسه لو كانت قد اعتمدت في البداية على هذا الأساس؛ وفي حالة ما إذا كان الأمر كذلك فإنه يمكن إجراء الإحلال المطلوب، شريطة أن لا يحرم مقدم الطلب من ضمان إجرائي يتعلق بالسبب البديل"⁽³⁾

(1) DEFOORT (Benjamin): **op.cit**, p.611

(2) PUJALTE (Christian) et De LAMAZE(Edouard): **L'avocat et les juridictions administratives** ; (Collection: Questions judiciaires), Presses Universitaires de France, 2014, p. 140, <https://bit.ly/2B8srID>

(3) CE, 6 Février 2004, Mme Hallal, <https://bit.ly/34NYare> : « considérant que l'administration peut, en première instance comme en appel, faire valoir devant le juge de l'excès de pouvoir que la décision dont l'annulation est demandée est légalement justifiée par un motif de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de cette décision ; qu'il appartient alors au juge, après avoir mis à même l'auteur du recours de présenter ses observations sur la substitution ainsi sollicitée, de rechercher si un tel motif est de nature à fonder légalement la décision, puis d'apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif ; que dans l'affirmative il peut procéder à la substitution

وبمثل قرار السيدة هلال تطورا هاما في سلطات القاضي الإداري، وقد استقر الأمر على أن للقاضي الإداري التدخل في هذه الحالة، استجابة لدوره الإيجابي ومراعاة للاعتبارات العملية، نظرا لأن إلغاء القرار عند وجود سبب مشروع له لم تستند إليه الإدارة، يجعل حكم الإلغاء عديم الجدوى متى كان إصدار القرار نفسه مجددا وفقا للسبب الصحيح أمرا ممكنا.

المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري في تقدير عيب مخالفة القانون (عيب المحل)

من مقتضيات مبدأ المشروعية أن يكون القرار الإداري موافقا من حيث الموضوع لمضمون القواعد القانونية ؛ وبالتالي فإن العيب الذي ينشأ عن مخالفة القواعد القانونية يطلق عليه بمعناه الضيق عيب المحل وهو في الواقع أن يكون محتوى القرار غير متطابق مع مبدأ المشروعية (الفرع الأول)، وللقاضي سلطة تقديرية عند الرقابة عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم عيب مخالفة القانون (عيب المحل)

ركن المحل هو الأثر الذي يتولد عن القرار الإداري مباشرة وحالا وهذا الأثر قد يكون إنشاء أو تعديل أو إلغاء حالة قانونية معينة متى كان ذلك ممكنا وجائزا، وهذا ما يميز القرار الإداري -كعمل قانوني - عن العمل المادي الذي يصدر عن الإدارة، فهذا الأخير يكون محله دائما نتيجة واقعية « un résultat de fait »، أما الآثار القانونية غير المباشرة التي تترتب عليه فمرجعها إلى المشرع. (1) وعليه إذا كان محل القرار الإداري مخالفا للقانون بمعناه الواسع كان معيبا ومكونا لوجه من أوجه عدم المشروعية الموجب لإبطال القرار الإداري. (2)

والقضاء الإداري الفرنسي هو من أوجد عيب مخالفة القانون والحقوق المكتسبة وذلك في قضية (BIZET)، أين عبر مجلس الدولة عن هذا العيب بتاريخ 13 مارس 1867 بعبارة "المخالفة المباشرة للقانون"، ويسميه البعض بعيب المحل. (3) وهذا العيب لم تعط له تسمية صحيحة، كون القانون المقصود يجب أن يفهم بشكل واسع والمتمثل في الدستور، المبادئ

demandée, sous réserve toutefois qu'elle ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué »

(1) ينظر في ذلك محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 358.

(2) عمار عوابدي: نظرية المسؤولية الإدارية (دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية OPU، 1998، ص 159.

(3) لحسين بن الشيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 212.

العامّة للقانون، المعاهدات الدولية، العرف، القوانين والنصوص التنظيمية، القرارات الفردية والأحكام القضائية، لاسيما القضاء الإداري الذي يعتبر المصدر الأول لقواعد القانون الإداري، والقرارات السابقة وأخيرا العقود.⁽¹⁾

وبالتالي تعتبر حالة مخالفة القانون، الضمانة الأكثر نجاعة لمبدأ المشروعية أو مبدأ سيادة القانون، وهي تسمح بمعاقبة كل المخالفات لمبدأ المشروعية، ويعتبر عيب مخالفة القانون من أكثر أوجه الإلغاء وقوعا من الناحية العملية، ورقابة القضاء الإداري على محل القرار ليست رقابة خارجية كما هو الشأن في رقابة الاختصاص والشكل، وإنما هي رقابة على جوهر القرار وموضوعه للكشف عن مطابقته أو مخالفته للقانون.⁽²⁾

ويتضح دور القاضي الإداري في هذه الحالة، في تفسير القاعدة القانونية غير الواضحة والترجيح بين القواعد الواجبة التطبيق، ويخضع الإدارة للالتزامات ليست ناتجة عن النصوص الصريحة للقانون.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الرقابة على عيب مخالفة

القانون وصوره

إن اتساع نطاق عيب المحل يفرض على القاضي الإداري أعمال سلطته التقديرية لإيجاد التوازن بين تلك القواعد، ومراعاة التدرج القانوني فيما بينها،⁽³⁾ ومحل القرار لا يكون في جميع الأحوال غير مشروع لمخالفته القوانين والتنظيمات. وحتى يكون كذلك، يجب أن يكون هناك محلا محددًا تفرضه القوانين والتنظيمات على الإدارة التي تلتزم بإعطاء هذا المحل للقرار⁽⁴⁾، وبمعنى آخر يجب أن يكون للإدارة اختصاص مقيد، أما في حالة السلطة التقديرية لا توجد عدم مشروعية تخص المحل، مادامت السلطة التقديرية تمنح للإدارة حرية التقدير المتروكة لها بالقوانين.

(1) محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 361.

(2) ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 417.

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 122

(4) BONNARD (Roger): op.cit, p. 107

ففي هذه الحالة، يتبين أن مضمون القرار ذاته، وبمجرد قراءته، أنه يتعارض مع النظام القانوني العام.⁽¹⁾ وبالتالي فإن عدم احترام التسلسل الهرمي للقواعد le non-respect de la hiérarchie des normes الذي يعاقب عليه القاضي الإداري، سواء تعلق الأمر بقواعد خارجة عن الإدارة - الدستور، المعاهدات، القوانين، وما إلى ذلك - القرارات التنظيمية الإدارية ذاتها، أو مبدأ عام من مبادئ القانون مثل عدم رجعية القرارات الإدارية.

كما لا تقتصر سلطة القاضي الإداري على التحقق من التدرج بين الدستور والقوانين والتنظيمات، بل يتعدى ذلك إلى وجوب مراعاتها لهذا التدرج فيما بين مختلف التنظيمات والقرارات، فالتنظيم أو القرار الصادر من سلطة ما لا يجوز أن يخالف ما صدر من سلطة أعلى.⁽²⁾

وإلى جانب هذه المصادر المكتوبة التي تلتزم الإدارة بموافقتها، فإن القاضي الإداري - وفي إطار الدور الإنشائي الذي يتميز به - يراقب أيضا مدى التزام الإدارة بالمبادئ العامة التي تتضمنها الدساتير وقواعد العدالة، وإن لم ينص المشرع على الالتزام بها صراحة، فهي قواعد قانونية غير مكتوبة لها قيمة تشريعية تفرض على السلطات التنظيمية والإدارية ما دامت لا تتعارض مع حكم من أحكام القانون الوضعي.⁽³⁾

ومن بين العديد من المبادئ التي قررها القضاء الإداري والتي أضحت قواعد أساسية يجب على الإدارة الالتزام بها، نجد مبدأ عدم المساس بالحريات الأساسية والفردية وتقييدها إلا بضوابط وفي الحدود التي قررها القانون، ومبدأ المساواة بين المواطنين⁽⁴⁾، وهذا المبدأ هو مبدأ دستوري عام⁽⁵⁾ وكذلك الأمر بالنسبة للمبادئ المتعلقة بحقوق الدفاع، وعدم جواز

(1) FRIER (P-L) et PETIT (J): **op.cit**, p556

(2) محمد سليمان الطماوي: **قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، المرجع السابق**، ص 824،

(3) M. LONG et Autres: **op.cit**, p.384 « Les principes généraux du droit sont des règles de droit non écrites, ayant valeur législative, et qui, par suite, s'imposent au pouvoir réglementaire et à l'autorité administrative, tant qu'elles n'ont pas été contredites par une disposition de loi positive »

(4) CE Sect, 9 mars 1951, Arrêt Société des concerts du Conservatoire) « Le principe d'égalité implique que toutes les personnes se trouvant placées dans une situation identique à l'égard du service public doivent régies par les mêmes règles »

(5) الحريات الأساسية هي حريات مكفولة دستوريا وقد أوردها المؤسس الدستوري الجزائري في المادة 34 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، **المتضمن تعديل الدستور الجزائري**، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، (ج. ر. ج. ج عدد 82 صادر في 30 ديسمبر 2020) على أنه: "لا يمكن تقييدها إلا بموجب قانون،

المعاقبة على الفعل الواحد أكثر من مرة أو الجمع بين عقوبتين من نوع واحد interdiction du cumul des peines حتى وإن لم يتم تضمين القوانين تلك المبادئ على نحو صريح.⁽¹⁾ وبموجب ذلك فإن انعدام النص القانوني المقرر لهذه المبادئ لا يترتب عليه إطلاق سلطة الإدارة في اختيار محل قراراتها، فعدم وجود قواعد تنظيمية تقرر إجراءات التحقيق وإيقاع الجزاء التأديبي، لا يعفي الإدارة من توفير الضمانات الجوهرية، مثل التحقيق مع الموظف وتمكينه من الدفاع عن نفسه، وتسبب القرار الصادر بالجزاء، ونحو ذلك من الضمانات التي أرسى قواعدها القضاء الإداري.⁽²⁾

ومن أهم المبادئ التي اعتبرها القضاء الإداري قاعدة مسلما بها مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية⁽³⁾، وهو مبدأ من المبادئ العامة للقانون، حيث يقصد بعدم رجعية القرار الإداري أن لا ينتج آثاره قبل تاريخ نفاذه⁽⁴⁾ وقد فرض هذا المبدأ على الإدارة حماية للحقوق المكتسبة، فليس من العدل إهدارها⁽⁵⁾ ويرد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات، منها إصدار قرارات إدارية ذات أثر رجعي تطبق على مراكز قانونية لم تكتسب الطابع النهائي، أو تكون تنفيذًا لحكم قضائي بإلغاء قرار غير مشروع وما يترتب عليه من آثار فيوجب على الإدارة

ولأسباب مرتبطة بحفظ النظام العام والأمن، وحماية الثوابت الوطنية وكذا تلك الضرورية لحماية حقوق وحرية أخرى يكرسها الدستور، في كل الأحوال، لا يمكن أن تمس هذه القيود بجوهر الحقوق والحرية"⁽¹⁾ محمد سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 833-834.
⁽²⁾ المرجع نفسه، ص 834: حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 14 يونيو سنة 1954 (سنة 8 ص 1536): "... إن من أولويات المبادئ القانونية المسلمة عدم جواز العقاب عن الواقعة الواحدة إلا مرة واحدة. والإنذار هو من العقوبات التأديبية التي تدخل في اختصاص رئيس المصلحة سواء بالنسبة للعمال أو غيرهم، وقد أوقعه رئيس المصلحة على المدعي طبقاً للفقرة الثانية من المادة 85 من قانون الموظفين المضافة بالقانون رقم 287 لسنة 1952، فما كان يجوز معاقبته مرة ثانية عن ذات التهمة بالفصل"

⁽³⁾ تم الاعتراف بمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية بموجب قرار شركة جريدة l'aurore سنة 1948

CE Ass, 25 juin 1948, Société du journal « L'aurore »

⁽⁴⁾ CE, Ass, 25 juin 1948, Arrêt Société du journal l'Aurore (actes administratifs – rétroactivité),

⁽⁵⁾ المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 54717 مؤرخ في 1987/11/21، قضية (و.م) ضد (ش.ت.ت.ص)، المجلة القضائية، لسنة 1990، العدد 04، ص 182: "من المبادئ القانونية المستقرة والمعمول بها أن تحصيل الضرائب بجميع أنواعها عن سنة معينة تتم طبقاً للقوانين والأوامر والنصوص التطبيقية الجاري بها العمل عند تاريخ نشر قانون المالية في الجريدة الرسمية ومن ثم فإن إدارة الضرائب التي طبقت مقتضيات المادة 49 من قانون المالية لسنة 1983 على نشاط تجاري تمت ممارسته في سنة 1982 يعد خرقاً للقانون"

إصدار قرار رجعي لمعالجة أو لإعادة الحال إلى ما كان عليه احتراماً لحجية الأحكام القضائية، أو تكون تلك القرارات رجعية بطبيعتها كالقرارات المفسرة والمصححة للقرارات الإدارية.⁽¹⁾

ويأتي بعد هذه المصادر لمحل القرار، العرف الإداري وهو من المصادر غير المدونة للقانون، ويراد به بصفة عامة مجموعة القواعد القانونية الناشئة عن سلوك الأفراد أو السلطات العمومية، التي درجت على إتباعها-باطراد- في مزاوله نشاط معين، وسلوكاً محدداً، تلتزمه لاختيارها، وبصفة منتظمة، بحيث يصبح هذا السلوك بمثابة قاعدة قانونية غير مكتوبة واجبة الإتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة.⁽²⁾

وعليه؛ فإن أول ما يتحقق منه القاضي الإداري وهو بصدد أعمال سلطته في إلزام الإدارة بمقتضى ذلك العرف، هو مدى ثبات واستقرار ذلك العرف، وأنه لا يخالف قاعدة قانونية مكتوبة.

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي الإداري واضحة في مدى إلزام الإدارة بالعرف الإداري في كل الأحوال أو التسامح في عدم التقيد به في حالات معينة، فالتزامها بإتباع العرف الإداري لا يؤخذ على التأييد فلها تعديلها أو العدول عنه نهائياً إذا اقتضى ذلك التطور وصالح العمل الإداري، فإذا خالفت عرفاً سائداً ولجأت إلى إنشاء قاعدة أفضل من السابقة فلا مواخذة عليها، متى كان ذلك العدول نهائياً، أما إن خالفت العرف السائد في حالة معينة، ثم عاودت تطبيقه مرة أخرى في الحالات الأخرى، فإن تصرفها يعد معيباً ومخالفاً لمبدأ الالتزام بالعرف الإداري.⁽³⁾

ويتوجب أيضاً على القاضي الإداري مراعاة التمييز بين القانون والتنظيم من حيث النفاذ، فالقانون لا يكون نافذاً إلا بعد نشره، بينما ينفذ التنظيم بمجرد صدوره في الأصل لأنه لا يخرج من دائرة القرارات الإدارية التي تصدرها السلطة التنفيذية، وإن كانت من حيث تضمنها للأحكام العامة المجردة داخلة في إطار القوانين بالمعنى الواسع، ومن ثم يكفي

⁽¹⁾ RICCI (Jean-Claude): **Droit administratif**, 4^{ème} Ed, Paris, Hachette supérieur (les Fondamentaux), p.65-66

⁽²⁾ ماجد راغب الحلو: **القانون الإداري**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2006، ص 49.

⁽³⁾ وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: **المرجع السابق**، الجزء 2، ص 128

للاحتجاج بها إبلاغ المخاطبين بها فحسب، ولا يشترط فيها النشر لوجوب الالتزام بها من قبل جهات الإدارة ما لم يوجب ذلك القانون.⁽¹⁾

وجرى القضاء الإداري المقارن على أنه يتعين الالتزام بالتنظيمات حتى من السلطة الإدارية التي أصدرتها وتملك حق تعديلها وإلغائها، باعتبارها تمثل قاعدة عامة ولا يمكن خرق قواعد تنظيمية عن طريق قرارات فردية، ولا يجوز مخالفتها، ما لم يصدر قرارا بتعديل التنظيم مسبقا.⁽²⁾

بخصوص التعليمات والمنشورات والتي عادة ما تعتبر على أنها إجراءات تخص التنظيم الداخلي للإدارات⁽³⁾، فقد اختلف الفقهاء حول مدى وجوب مراعاتها عند إصدار القرارات، إلا أن القاضي الإداري لا يعتد بذلك على إطلاقه، فمهمته تقوم بالدرجة الأولى على تكييف تلك التعليمات والمنشورات، والنظر في مدى استنادها إلى نص قانوني أو اندراجها في عداد القرارات الإدارية (لها طابع القرار الإداري) تقبل الطعن عن طريق دعوى تجاوز السلطة⁽⁴⁾، مما يترتب عليه أثر مهم في مدى اعتبار القرار معيبا في محله، خاصة إذا تعارضت التعليمات أو المنشورات مع قواعد قانونية أخرى.⁽⁵⁾

فمن الصعب التمييز بين التعليمات المخصصة لتنظيم السير الداخلي للمرفق العام والتعليمات التي تترد آثارها على الغير (أي المواطنين)، بالنسبة للأولى نجد تلك التي لها قيمة تنظيمية وقابلة للطعن بواسطة دعوى تجاوز السلطة الموجهة ضد القرارات الفردية إذا ما صدرت مخالفة لها، بينما لا تكون للمنشورات المخصصة لتنظيم شروط سير المرفق

(1) نصت المادة 08 من المرسوم رقم 88-131، مرجع مشار إليه سابقا، بأنه: يتعين على الإدارة أن تطلع المواطنين على التنظيمات والتدابير التي تسطرها، وينبغي، في هذا الإطار، أن تستعمل وتطور أي سند مناسب للنشر والإعلام.

(2) DEFOORT (Benjamin): *op.cit*, p 434.

(3) CHAPUS (René): *Droit du contentieux administratif, op.cit*, p.417.

(4) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 135946، مؤرخ في 14/05/1995، قضية (الجمعية ومسيري قاعات السينما) ضد (المنشور الوزاري)، المجلة القضائية، لسنة 1995، العدد 02، ص 153: "اجتهاد المحكمة العليا: من المقرر فقها وقضاء أن المنشور الوزاري الذي يرمي إلى نقل حقوق والتزامات الأشخاص ويضر بهم، له طابع القرار الذي يمكن أن يكون محل طعن بالبطلان، وأن الامتياز بالتنفيذ المباشر له، لا يعترف للإدارة إلا عندما يرخصه القانون صراحة، وتتوافر حالة الاستعجال، مع انعدام أي طريقة أخرى للتنفيذ المباشر كالدعوى القضائية مثلا"

(5) ماجد راغب الحلو: *القضاء الإداري، المرجع السابق*، ص 387

العام في اغلب الأحيان إلا طبيعة التدابير الداخلية، ولا تعد مخالفتها بمثابة مخالفة للقانون بمفهوم دعوى تجاوز السلطة.⁽¹⁾

في الواقع فإن التكييف القانوني لها يقوم على فرضيتين هما: ⁽²⁾

- إذا كان المنشور يحتوي على قرارات تنظيمية تترتب عليها آثار قانونية بالنسبة للأفراد أو على الوضعية المهنية للموظفين العموميين.
- في حالات نادرة جدا تحتوي المنشورات على قرارات غير تنظيمية ولكنها جماعية وفي بعض الأحيان فردية، ففي هذه الحالة يقبل الطعن فيها على أساس تجاوز السلطة. كالغاء وظيفة مرشد في بعض المؤسسات التعليمية ⁽³⁾ أيضا إحالة بعض الموظفين على الاستيداع، ⁽⁴⁾ أو دعوة موظف إلى عدم اتخاذ أي إجراء ضد الأشخاص الذين ينتهكون تنظيم مهني. ⁽⁵⁾

كما يتوجب على الإدارة الالتزام بمراعاة القرارات الإدارية السابقة التي أصدرتها، وترتب عليها مراكز قانونية ذاتية أو حقوق مكتسبة، فلا تملك في هذه الحالة المساس بتلك المراكز بقرارات لاحقة وإلا اعتبرت قراراتها الأخيرة مخالفة للقانون. ⁽⁶⁾

الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تغطية صور عيب المحل

مما تقدم لا نكون أمام عيب المحل أو مخالفة القانون إلا في حالة وجود مخالفة مباشرة له، وللقاضي سلطة في تقدير صور مخالفة القانون (أولا)، وترد على هذه السلطة حدود تتمثل في نظرية الظروف الاستثنائية (ثانيا).

⁽¹⁾ لحسين بن الشيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 244

⁽²⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): Op.cit, Tome 2, p.191.

⁽³⁾ CE, 1 avril 1949, Chavenau

⁽⁴⁾ CE, 18 juin 1952 Jeannin

⁽⁵⁾ CE, 30 septembre 1955, Union nationale des syndicats d'opticiens de France

⁽⁶⁾ على خلاف القرارات التنظيمية، والتي تملك الإدارة مخالفتها بإصدار تنظيمات جديدة لأن التنظيمات لا تنشئ مراكز قانونية فردية، بل مراكز قانونية عامة يمكن تعديلها في أي وقت. DEFOORT (Benjamin): Op.cit, p. 433.

أولاً: سلطة القاضي الإداري في تقدير صور مخالفة القانون

للقاضي الإداري سلطة في تقدير صور مخالفة القانون، ومن صور مخالفة القانون التي اعتمدها القضاء الإداري الفرنسي نجد: المخالفة المباشرة لقاعدة قانونية (1)، الخطأ في تفسير القاعدة القانونية (2)، أو الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع (3)

1- المخالفة المباشرة لقاعدة قانونية:

هي الحالة الأكثر تمييزاً لعدم المشروعية الداخلية للقرار الإداري وهي تغطي في الواقع الحالات الأكثر تنوعاً، وقد تكون هذه المخالفة إما إيجابية وتتمثل في قيام الإدارة بتصرف معين مخالف للقانون كلياً أو جزئياً، كما قد تكون المخالفة سلبية كأن تمتنع الإدارة عن القيام بعمل يوجبه القانون.⁽¹⁾ وهذه الصورة أسهل إثباتاً، وتسمى (المخالفة العمدية الصريحة للقانون)، فالمدعي لا يطالب سوى بإثبات القاعدة القانونية التي خالفها القرار في محله. وتتمثل في ثلاث حالات وهي:

أ- تطبيق نص قانوني غير الذي يقبل التطبيق عادة: كأن تلجأ الإدارة إلى إصدار تسخيرة للحصول على ملكية مال معين، في حين لا يمكن أن تحصل بموجبه إلا على الحق في الاستعمال (حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Durant في 14/12/1988)⁽²⁾. أو عندما يضع مخطط التهيئة العمرانية 10 أمتار كحد أعلى لارتفاع المباني، فإن رخصة البناء التي ترخص بارتفاع 12 متراً تتناقض تناقضاً فورياً وصارخاً مع المخطط. غير أنه في حالة التقاضي الموضوعي، لا يمكن النظر في مشروعية القرار في ضوء عقد لا يحتمل التدرع بانتهاكه، ولا سيما في سياق الاستئناف المتعلق بتجاوز السلطة.

ب- الاستناد إلى نص قانوني ملغى: يتمثل الخطأ في هذه الحالة إلى أن التصرف الإداري الذي قامت به الإدارة اعتمد على نص ملغى، فقد يعنقد مصدر القرار بأنه استند إلى تنظيم أو لائحة معينة، لكن هذا التنظيم أو اللائحة سبق إلغاؤه.

(1) عبد الله طلبية: المرجع السابق، ص 285.

(2) CE, 14 décembre 1988, arrêt Durant

ج- التأخر في تطبيق القاعدة القانونية: قد تتمثل المخالفة في تأخر الإدارة في تطبيق القاعدة القانونية، أو إضافة شروط قانونية، متى كانت سلطتها مقيدة.

د- مخالفة الإدارة للقانون في صورة الاعتداء على الحريات العامة: كالقبض التعسفي على أحد الأفراد أو تقييد ممارسة حق منحه القانون.⁽¹⁾

2- الخطأ في تفسير القاعدة القانونية:

تتحقق هذه المخالفة عندما تخطئ الإدارة في تفسير القاعدة القانونية فتعطيها معنى غير الذي قصده المشرع. والخطأ في تفسير القاعدة القانونية قد يكون غير متعمد من جانب الإدارة فيقع بسبب غموض القاعدة القانونية وعدم وضوحها، وقد يكون متعمدا حين تكون القاعدة المدعى بمخالفتها التفسير الخاطئ فيختلط عيب المحل في هذه الحالة بعيب الانحراف بالسلطة⁽²⁾.

وتعتبر هذه الصورة أدق من الصورة الأولى، لأن الإدارة لا تخالف القاعدة القانونية صراحة أو تتجاهلها، وإنما تحاول إعطاء القاعدة القانونية معنى لا يتفق مع المعنى المقصود بها قانونا، لذا يطلق على هذه المخالفة الخطأ القانوني *erreur de droit*، إذ تظهر فيه سلطة القاضي الإداري، بوصفه المعنى بمراقبة مشروعية القرارات الإدارية ومدى انطباقها مع أحكام القانون، وهو ما يجعل الإدارة ملزمة بالتفسير القضائي للنص القانوني، حتى وإن كان ذلك التفسير لا يتفق مع حرفية النص.⁽³⁾

وخطأ الإدارة في التفسير قد لا تظهر فيه شبهة التعمد كونه بسيطا، ما دامت القاعدة القانونية غير واضحة وتحتل التأويل، وهو الغالب، أما إذا كانت القاعدة واضحة لا غموض فيها، فإن خطئها يكون بينا تظهر فيه إرادة الخروج عن حكم القاعدة القانونية، بل قد يصل الأمر إلى حد التعمد كما لو حاولت الإدارة التحايل على قاعدة عدم رجعية القرارات

(1) عمار عوابدي: نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 160.

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 212 - 213.

(3) محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 362 / ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 388.

الإدارية، فأصدرت قرارا بتاريخ سابق على تاريخ صدوره الفعلي، بحجة انه قرار تفسيري لقرار سبق صدوره في التاريخ الأول.

3- الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع:

يكون الخطأ في تطبيق القاعدة في حالة مباشرة الإدارة للسلطة التي منحها القانون إياها بالنسبة لغير الحالات التي نص عليها القانون أو دون أن تتوافر الشروط التي حددها القانون لمباشرتها.⁽¹⁾

ويتداخل في هذه الصورة عيب المحل مع عيب السبب، فمتى كان تطبيق القاعدة القانونية رهينا بتحقق واقعة ما، فإن تخلف تلك الواقعة التي يقوم عليها القرار، أو عدم استيفائها للشروط التي قررها القانون يؤدي إلى تطبيق خاطئ للقاعدة القانونية، ذلك أن للقاضي الإداري مراقبة الوقائع والتحقق من صحتها، حتى يتوصل إلى الحكم بمشروعية القرار أو عدم مشروعيتها، مما لا وجه معه لحرمانه من حق تقدير الوقائع بحجة أنه قاضي قانون، فلا مناص من منحه سلطة فحص الوقائع بالقدر الذي يمكنه من الحكم على مدى سلامة تطبيق القانون عليها.⁽²⁾

فمن المؤكد أنه في هذه الحالة توجد علاقات كثيرة بين مخالفة القاعدة القانونية والخطأ في القانون، إلا أن الاختلاف بينهما أن الأمر يتعلق بحالتين من أوجه الطعن، مخالفة القاعدة القانونية تبقى موضوعية، بمعنى أنها تشكل مخالفة للتدرج الهرمي للقواعد القانونية، بينما يخص الخطأ في القانون عيب في استدلال رجل الإدارة في الوقت الذي اتخذ فيه القرار.

ورغم أن ارتباط مخالفة تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع بعيب السبب يبدو أكثر ظهورا، لتعلق عيب السبب بالواقعة نفسها التي تستدعي أثرا قانونيا، إلا أن واقع العمل يظهر أن القاضي الإداري يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذه الصورة، بحيث يمكن أن يحمل

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 212، 213.

(2) محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 362/ طعيمة الجرف: المرجع السابق، ص 254.

المخالفة على أنها داخلية في إطار عيب السبب، كما أن يجعلها داخلية ضمن صور عيب المحل⁽¹⁾

ومن الواضح أن الاعتراف بالخطأ في القانون كوسيلة للطعن لتجاوز السلطة، يعني حتماً توسيعاً لصلاحيات القاضي. فإذا كان هناك خلاف بين الإدارة والقاضي على معنى الأحكام القانونية أو التنظيمية، فإن القاضي هو الذي يقرر.⁽²⁾ فهو ملزم بالحكم حتى في حالة صمت أو غموض النص القانوني وفقاً للمادة 1 من القانون المدني.

4- مخالفة الإدارة للأحكام القضائية والقرارات الإدارية الفردية:

استقرت الاجتهادات القضائية على أن عدم المشروعية لا تخص فقط مخالفة القانون، بل تمتد أيضاً إلى مخالفة الأحكام القضائية والقرارات الإدارية الفردية، ويكون ذلك حين ترفض الإدارة صراحة أو ضمناً اتخاذ القرار الواجب عليها اتخاذه تنفيذاً للحكم القضائي، أو أن تتخذ قراراً غير الذي يجب عليها اتخاذه⁽³⁾، أو أن تعدل أو تسحب قراراً سابقاً. والحقيقة أن عدم المشروعية في هذه الحالات إنما مصدرها مخالفة المبادئ العامة للقانون⁽⁴⁾، ويقصد هنا مخالفة قاعدة "حجية الشيء المقضي به"، والتي تنطوي على قرينة قضائية كونها من النظام العام، لأن الأحكام القضائية هي عنوان للحقيقة ولها قوة القانون في مواجهة أطراف الدعوى.⁽⁵⁾ وتخص الأحكام القضائية التي استوفت جميع درجات التقاضي فالنزاع الذي تم البت فيه لا يمكن أن يكون موضوع عملية قضائية جديدة⁽⁶⁾، وكذلك النشاطات التي تمارس لاحقاً لا يجب أن تخالف مضمون هذه الأحكام القضائية سواء بالامتناع أو بعمل ايجابي، حيث يجب على الإدارة التصرف حسب مضمونها.

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 131.

(2) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p. 381.

(3) CE, 28 mai 1924, Conseil municipal de Brustico

(4) BONNARD (Roger): *op.cit*, p. 108-109.

(5) عمار عوابدي: نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 160.

(6) مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس 147، بتاريخ 2004/02/18، قضية (ع.أ) ضد ولاية الجزائر ومن معها، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، سنة 2009، الجزء 03، ص 221: "شروط حجية الشيء المقضي فيه: وجود نفس الأطراف، نفس النزاع ونفس الموضوع (اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي والجزائري)".

ونفس الشيء بالنسبة للقرارات الإدارية الفردية فإن أهم مبدأ يحكمها هو مبدأ عدم المساس بالحقوق المكتسبة، وهو واحد من المبادئ الأساسية للحقوق الحديثة والضرورية لضمان الأمن القانوني للأفراد، الذي نال دراسات مستفيضة من رجال القانون في فرنسا والعديد من الدول، ومفاده أنه في حالة ما إذا أنتجت القرارات الإدارية حقوقا فيجب أن تحترم هذه الحقوق ولا تعدل أو تلغى إلا في الأشكال والشروط المقررة لذلك.⁽¹⁾

ثانيا: الحدود الواردة على مخالفة القاعدة القانونية - نظرية الظروف الاستثنائية

ظهرت نظرية الظروف الاستثنائية في أوائل القرن العشرين وارتبطت أكثر بالقانون الإداري العام، وهي نظرية قضائية في الأصل، لها تأثير مباشر على مشروعية الأعمال الإدارية وعلى نظرية الاعتداء المادي.⁽²⁾ فاعتبرت الاجتهادات القضائية أن قواعد القانون المنطبقة على الإدارة لا تكون صالحة إلا لفترات عادية. وتطبيقها في أوقات استثنائية من شأنه أن يؤدي إلى شلل السلطات الإدارية أو إلى أن تعمل ضد أهداف المصلحة العامة التي تشكل الجزء الأكبر من النشاط الإداري.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم ينكر في الظروف الاستثنائية قواعد المشروعية المقررة للحكم على أعمال الإدارة في الظروف العادية، وفي نفس الوقت لم يغفل ما توجبه الظروف الطارئة من سلطات أكثر اتساعا، فقد وازن بين الأمرين مقدرا أن واجبات الإدارة في تطبيق القانون وصيانة النظام العام والإشراف على حسن سير المرافق العامة، وإن كانت تقتضي التسليم للإدارة بقدر من سلطة التقدير وحرية التصرف في الظروف العادية، فإن ذلك لا بد وأن يكون بالرعاية حين تتعرض الدولة لظرف قهري طارئ.

ففي الظروف القهرية الطارئة التي لم يسبق للمشرع توقعها أو التي يتضح فيها قصور توقعات النصوص، يجب تفسير قواعد المشروعية المقررة للظروف العادية تفسيرا واسعا

⁽¹⁾M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 743. « CE, Ass, 26 octobre 2001, Arrêt **TERNON** (Actes administratifs retrait – abrogation) ».

⁽²⁾الاعتداء المادي هو نظرية قضائية، أوجدها مجلس الدولة الفرنسي كعقوبة للإدارة عند خروجها الصارخ عن مبدأ المشروعية، وتعتمد على الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، كحق الملكية، وترتبط بالقرار الإداري غير المشروع، أو حتى القرار المشروع ولكن ظروف تنفيذه تكون غير مشروعة، وهنا تبرز السلطة التقديرية للقاضي الإداري في وقف تنفيذ القرار.

يسمح للإدارة بسلطات العمل السريع والحاسم الذي تقتضيه مهمتها في صيانة أمن الدولة وحسن سير مرافقها العامة بأكثر مما يوافقها به القانون في الظروف العادية. (1)

ونظرية الظروف الاستثنائية في ذهن القاضي تأسست - حسب عبارة الفقيه هوريو - على فكرة "الدفاع الشرعي للدولة"، فهي ظروف استثنائية تعهد للسلطة الإدارية باختصاص جديد. فكما تتطلبه دولة القانون فإن للإدارة دائما طريق مشروع لتحقيق النتيجة التي تقتضيها المصلحة العامة. وقد عرف القاضي عند إعماله لهذه النظرية، كيف يضع لها حدودا لأنه يعرف جيدا مخاطر ذلك. ويمكن تلخيص هذه الحدود في الاقتراحات التالية مع العلم أن للقاضي سلطات كبيرة في تقدير عناصر الواقع: (2)

✓ يجب أن تكون الظروف ذات خطورة خاصة، والتي يجب أن تتميز عن مجرد استعجال بسيط، فهذا الأخير يسمح فقط بالتنفيذ الجبري للإجراءات الإدارية أو يتطلب رقابة محدودة على إجراءات الضبط.

✓ يجب أن تكون الإدارة في وضعية استحالة مطلقة للتصرف في الشروط العادية، للوصول إلى الهدف المبتغى.

✓ التدابير الاستثنائية هي قانونية فقط طالما أن الظروف التي تسببت بإثارها مازالت قائمة؛ ولا يمكن تطبيقها عند انتهاء هذه الظروف.

✓ ضرورة أن تكون لهذه الإجراءات علاقة مباشرة مع الهدف المبتغى، ويجب اعتبارها على أنها غير مشروعة طالما ليس لها محل للوصول لهذا الهدف.

وكما تمت الإشارة إليه، فإن أثر نظرية الظروف الاستثنائية تهدف إلى جعل القرارات غير المشروعة في الظروف العادية قرارات مشروعة في الظروف الاستثنائية. والعيوب التي يمكن أن تمسها في هذه الحالة مع تغطيتها هي عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل وعيب الإجراءات. إلا أن هذه النظرية تشكل منفعة خاصة عندما يخص العيب محل القرار ويخص مخالفة القواعد القانونية.

(1) لحسين بن شيخ اث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 251.

(2) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p. 329

المطلب الثالث: سلطة القاضي الإداري في تقدير عيب الانحراف بالسلطة

إن الهدف من اتخاذ الإدارة لقراراتها هو دائما تحقيق غاية المصلحة العامة، وبالتالي فالمشرع هو من يتولى تحديد هذه الغاية التي يجب على الإدارة أن تراعيها في تصرفاتها، فعندما يزود القانون الإدارة اختصاصات معينة فإنه يحدد صراحة أو ضمنا الغرض الذي من أجله وضع هذا الاختصاص⁽¹⁾، والذي قد ينجم عنه اقترافها لعيب الانحراف بالسلطة عندما تخرج عن هذا الهدف، حيث يعد مبدأ المشروعية قيودا على سلطة الإدارة التقديرية بما يحققه من إرساء لقواعد هذا المبدأ، وتكون رقابة القضاء عليه بمثابة رقابة على الغاية من إصدار القرار الإداري لكون الغاية حدا فاصلا بين المشروعية وعدم المشروعية.⁽²⁾

الفرع الأول: مفهوم عيب الانحراف بالسلطة وخصائصه

أول ما ظهر عيب الانحراف بالسلطة كحالة جديدة لحالات الطعن لتجاوز السلطة يعود ابتداءه إلى حكم أصدره الإمبراطور نابليون في مجلسه بتاريخ 1864/02/25⁽³⁾ ومنها اعتبرت نقطة بدء قضاء يقر الانحراف بالسلطة في عدد معين من الحالات، حيث لا يلجأ إليه القاضي إلا في الحالة التي تكون فيها الأوجه الأخرى غير فعالة. ولعل أهم تعريف أعطاه الفقه الفرنسي لعيب الانحراف بالسلطة هو: ⁽⁴⁾ "يقوم عيب الانحراف عند استخدام الإدارة لاختصاصها لأجل غرض غير المصلحة العامة، أو يتعلق بالمصلحة العامة ولكنه أجنبي عن الهدف الذي حدده المشرع لإصدار هذا القرار".

ويعتبر ركن الغاية أو الهدف (Le But) آخر ركن من أركان القرار الإداري وأدقها وأصعبها تحديدا لما يحدث من خلط بينه وبين ركن السبب لقوة الارتباط بينهما، مما دعا بعض الفقهاء إلى إدراج حالات إلغاء القرار لعيب السبب إما في عيب الانحراف أو في عيب المحل⁽⁵⁾، حيث أنه في القرار ننطلق من السبب، مروراً بالمحل للوصول إلى الغاية. إذ

(1) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 72.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الانحراف بالسلطة لإلغاء القرار الإداري، الإسكندرية، منشأة المعارف للطباعة، 2008، ص 5.

(3) M. LONG et Autres: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21^{ème} Edition, Paris, Dalloz, 2017, p. 28 ; (CE, 25 février 1864 « Lesbasts »).

(4) لحسين بن الشيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 296.

(5) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 107-108.

استقر القضاء الإداري على أن المصلحة العامة لا تصلح سببا للقرار، وأن ذلك بمثابة قيام القرار على غير سبب في الحقيقة، لأن المصلحة العامة هي غاية القرار لا سببه، فالسبب حالة واقعية أو قانونية تدفع الإدارة لإصدار قرارها، الذي تتوخى من خلاله تحقيق غرض معين هو الغاية من القرار.⁽¹⁾

وبالتالي تظهر العلاقة القوية لركن الغاية مع السبب حيث يشترك الهدف مع السبب في أنه يساهم معه في تحديد الإرادة في الرغبة في اتخاذ القرار، والإرادة تأخذ بعين الاعتبار على حد سواء السبب والهدف، إلا أن ذلك لا يعني أنه يجب الخلط بينهما⁽²⁾، كما أن رجل الإدارة ليس حرا في أن يطلق العنان لتصوراته وخيالاته حين يتخذ قرارا معيناً، بل يجب أن تدور هذه التصورات والخيالات حول الهدف الرئيسي المعين لسلطاته، وهو محدد بنص القانون في حالات كثيرة، ويمكن استنتاجه في الحالات الأخرى.⁽³⁾ والقاضي الإداري لا يبحث عن إرادة الإدارة إلا في حالات استثنائية،⁽⁴⁾ إلا أن ذلك لا يعني تقييد القاضي بما ورد حرفياً في القرار فمن الواجب عليه فهمه فهما قانونياً صحيحاً.⁽⁵⁾

وقد عرفه العميد Bonnard بأنه⁽⁶⁾: "النتيجة النهائية" التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها من الأثر المباشر المتولد عن محل القرار "فالعقوبة الجزائية مثلاً، يكون الغرض منها الحفاظ على النظام العام وحماية الأشخاص وممتلكاتهم" والمعروف عن الفقيه بونار أنه مولع بتبسيط الأمور وبالتالي فإن التعريف الذي أعطاه لعيب الانحراف بالسلطة هو الأكثر توافقاً.⁽⁷⁾

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 141

(2) BONNARD (Roger): *op.cit*, p.29

(3) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 35-36.

(4) كما في حالة الانحراف بالسلطة حيث يقوم القاضي بإثبات الغاية الحقيقية من القرار وإن كانت الإرادة الظاهرة للإدارة تذكر غاية أخرى، ونفس الشيء بالنسبة لعيوب الرضا كالغش والغلط وغيرها. ينظر في ذلك: محمد سليمان الطماوي:

النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 246-247.

(5) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 64

(6) BONNARD (Roger): *op.cit*, p. 29: « Le but réside dans le résultat final que doit atteindre l'objet de l'acte, c'est-à-dire dans ce résultat que détermine l'effet juridique produit par l'acte »

(7) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 35.

والعيب الذي يلحق غاية القرار هو عيب الانحراف بالسلطة⁽¹⁾، حيث تعتبر "نظرية الانحراف" من أهم نظريات القانون الإداري الحديثة، فهي لا تتيح للقاضي أن يخضع الأغراض التي تتوخاها الإدارة إلى رقابته فحسب، بل أنها تتيح له أن يمد هذه الرقابة إلى ما يدور في نفس رجل الإدارة من بواعث، وما يجيش في صدره من دوافع وهو يتخذ قراره، ويعتبر تقدم هام في عالم القانون يوضح إلى أي مدى تدخل "مبدأ المشروعية" في الرقابة على أعمال الدولة في الأنظمة الحديثة.⁽²⁾

أولاً: عناصر عيب الانحراف بالسلطة

يقوم عيب الانحراف بالسلطة على عنصرين هامين:

1- **العنصر السلبي:** ومقتضاه أن القرار الإداري المشوب بعيب الانحراف هو قرار سليم في عناصره الأخرى التي لا تتعلق بالهدف، فهو صدر من شخص مختص واستوفى الإجراءات الشكلية ومطابق للقانون من حيث محله. ومن هنا كانت خطورة عيب الانحراف لأن رجل الإدارة (في حماية من مظهر المشروعية)، يحاول أن يحقق جميع الأغراض غير المشروعة ولهذا يعتبر عيب الانحراف من أدق العيوب، ومهمة القاضي فيه شاقة وحساسة،

⁽¹⁾ يعتبر مصطلح الانحراف بالسلطة هو الترجمة الصحيحة للعبارة الفرنسية *Détournement de pouvoir*، فكلمة « *Détournement* » وحدها تعني تغيير الاتجاه والمصطلح كله « *Détournement de pouvoir* »، يفيد أن نشاطاً معيناً كان من الواجب أن يصل إلى هدف معين، ووجهة معينة فحاد عنها لسبب أو آخر، وهذا هو التعريف الإجمالي لعيب الانحراف في لغة القانون. وتعبير الانحراف لا يدل على سوء نية رجل الإدارة في جميع الأحوال (بخلاف مصطلح إساءة استعمال السلطة) فقد يعد القرار معيباً رغم حسن نية رجل الإدارة وذلك لمخالفته مبدأ تخصيص الأهداف مثلاً. ومصطلح إساءة استعمال السلطة هو غير معروف في القانون الفرنسي، فالمعروف أن القانون الفرنسي يستعمل عبارة "سوء استعمال الحق" *L'abus des droit* أما حين يتحدث عن السلطة فهو يستعمل أحد التعبيرين: « *le détournement de pouvoir* » أو « *L'excès de pouvoir* »، بينما تجمع بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا بمصر، بين التعبيرين، مثل حكم (2007/1/28)، مجموعة المكتب الفني، لسنة (52)، ص 235. أنظر في ذلك، محمد سليمان الطماوي: **نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 63.**

بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري فهو يستعمل مصطلح الانحراف بالسلطة: مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس: 274، مؤرخ في 19/04/1999، قضية (ط. م) ضد بلدية أولاد فايت، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، لسنة 2003، الجزء 1، ص 109.

⁽²⁾ محمد سليمان الطماوي: **نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 14**

لأنه لا يقتصر على الرقابة الشكلية بل يمتد إلى البواعث الخفية والمستورة التي حملت رجل الإدارة على التصرف،

ويجد عيب الانحراف أساسه في القيد السلبي العام الذي يهيمن على جميع تصرفات الإدارة إذ يجب أن تقتصر مهمة رجل الإدارة على تحقيق المصلحة العامة، غير أنه لو ترك الغرض إلى سواه من كيد أو انتقام أو المصلحة الشخصية... إلخ، لأصبح مجرد اعتداء مادي في نظر كثير من الفقهاء.⁽¹⁾ ومع ذلك، فإن المشرع لا يدع الأمر للإدارة على هذا النحو دائماً، لأن قيد استهداف المصلحة العامة هو قيد واسع جداً، ولذا فهو يرسم للإدارة حدوداً معينة لا تملك تخطيها بحجة تحقيق المصلحة، ومن ثم يتعين على القاضي الإداري التعرف على الهدف الخاص الذي ألزم المشرع الإدارة بالسعي لتحقيقه.⁽²⁾

2-العنصر الإيجابي: مفاده أن عيب الانحراف هو عيب متعلق بأهداف الإدارة إذا ما كانت سلطاتها تقديرية، فإذا ما كان الاختصاص مقيداً، فالعيوب التي تلازم القرار الإداري هي عيوب الشكل والاختصاص ومخالفة القانون، ولا يثار عيب الانحراف في هذه الحالة لأنه يفترض أن الأهداف الإدارية تتحقق باستمرار إذا اقتصر رجل الإدارة على تنفيذ الواجبات القانونية تنفيذاً دقيقاً⁽³⁾. بينما نكون أمام عيب الانحراف في حالة الاختصاص التقديرية، حيث ترى غالبية الفقه أن للإدارة حرية كاملة في التدخل أو الامتناع، وفي اختيار وقت التدخل، وتقدير خطورة وأهمية بعض الوقائع وما يناسبها من الوسائل المشروعة، إلا أن المنطق أن تصرف الإدارة يجب أن يتم في وقت تتحدد في الفائدة منه، فإذا حدث ذلك تكون قد أوفت بالتزامها بمراعاة مصالح الأفراد⁽⁴⁾، غير أنه لا يمكن محاسبة رجل الإدارة على كيفية استعمال حقه في التقدير إلا في نطاق الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها غير أن الصعوبة تنحصر في معرفة الأهداف التي يجب أن رجل الإدارة إلى تحقيقها.

(1) محمد سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، المرجع السابق، 864.

(2) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 140

(3) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 71-72.

(4) سامي جمال الدين: قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 65-66

ثانيا: الطبيعة القانونية لعيب الانحراف بالسلطة

يتعين التنبيه إلى أن عيب الانحراف ورغم اتصاله بالبواعث النفسية التي يتم إصدار القرار من وحيها، فإنه لا تلازم بينه وبين سوء النية في جميع الأحوال، ولا يعتبر مرادفا لفكرة إساءة استعمال الحق في القانون المدني «L'abus de droit»⁽¹⁾، فقد لا يتبين مصدر القرار الهدف الخاص للمشرع، ويتجه بحسن نية إلى هدف آخر يرى أنه يحقق المصلحة العامة.

وبالتالي كان هذا العيب يصيب قصد من أصدر القرار، وإن لم يرتبط بسوء النية دائما، فقد يكون الانحراف بالسلطة مصحوبا بسوء القصد، كما لو أراد من القرار الانتقام من شخص أو محاباته وهو الأصل في هذا العيب، كما يمكن أن يستهدف به غاية لم يردها المشرع أصلا، وإن كان غرضه من القرار تحقيق المصلحة العامة، مما يجعل عيب الغاية متحققا ما دام القصد مخالفا للغاية التي حددها المشرع أو قصدها، بصرف النظر عن غاية مصدره.⁽²⁾

وبسبب الطبيعة الخاصة لعيب الانحراف وارتباطه بنية مصدر القرار، فقد انحصر نطاقه في القرارات الصادرة عن سلطة تقديرية وذلك بدرجات متفاوتة في كل قرار إداري تقريبا.⁽³⁾ لأن منح الإدارة قدرا من المرونة يجب ألا يكون مطلقا، بل يتعين أن يقف عند حد الانحراف بها إلى غايات أخرى لم يقصدها المشرع فلا يحد سلطتها الواسعة -إذا توافرت العناصر الأخرى - سوى الانحراف بسلطتها التقديرية عن المصلحة العامة.⁽⁴⁾

ولا يتصور وجود عيب الانحراف في مجال السلطة المقيدة، ولا يجد له تطبيقا عندما يكون اختصاص الإدارة مقيدا (حكمه الصادر في 1959/11/25 قضية Dame Vve Frères). فالقرار الصادر بناء عليها، والمستكمل لعناصره من حيث الاختصاص والشكل والمحل والسبب، لا يكون غير مشروع، مادامت الإدارة ملزمة بإصداره على نحو معين، حيث توجد

⁽¹⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p.28

⁽²⁾ محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 79-80

⁽³⁾ محمد سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 845.

⁽⁴⁾ محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 72.

في هذه الحالة قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس، تقضي بأن الغاية من القرار صحيحة.⁽¹⁾

بينما يرى بعض الفقهاء أن عيب الانحراف يتصور في حالة السلطة المقيدة، كما لو أخرجت الإدارة اتخاذ القرار من أجل الإضرار بمصلحة شخص معين، والتحقيق يظهر أنه إن كان الميعاد محددًا، فإن التأخير مخالف للقانون أصلاً، أما إن كان غير محدد، فإن سلطة الإدارة تكون تقديرية.⁽²⁾ وتغطية الانحراف بالسلطة في حالة الاختصاص المقيد تكشف عن تحليل منطقي صادر عن القاضي، ولهذا أضفى القضاء الإداري على عيب الانحراف بالسلطة صفة الاحتياطية، التي تقتضي أنه عند الطعن في قرار إداري بأي عيب آخر مع عيب الانحراف، فإن القاضي يبدأ بفحص العيب الآخر، وإذا توصل إلى توافر هذا العيب، حكم بإلغاء القرار دون التعرض لعيب الانحراف⁽³⁾ فالنظر في وجود هذا العيب يفترض سلامة القرار في عناصره الأخرى التي لا تتعلق بالغاية، فمن خلال صحة تلك العناصر يحاول مصدر القرار - تحت ستار المشروعية الظاهرة - أن يحقق أغراضاً خفية غير مشروعة⁽⁴⁾

كما ينتج من الطبيعة الاحتياطية للانحراف بالسلطة، أنه في حالة تعدد الأسباب المؤسسة للقرار الإداري، فلا محل أبداً للإبطال للانحراف بالسلطة، إذا كان أحد الأسباب محدد بكفاية، أو أن السبب المشوب بالانحراف بالسلطة ليس هو السبب القاطع.⁽⁵⁾

بالنسبة لموقف القضاء الجزائري من الانحراف بالسلطة، فنادرًا ما نجد قرارات قضائية والمنشورة بالمجلة القضائية للمحكمة العليا وكذا نشرة القضاة، والمجسدة لعيب الانحراف بالسلطة، كما أن قرارات مجلس الدولة غير معروفة لعدم نشرها إلا القليل منها. ولعل ذلك يعود إلى صعوبة إثباته، فقد يلجأ القاضي الإداري إلى وسيلة إبطال أخرى بدلا من

(1) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 79-80

(2) ماجد راغب الحلو: الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص 180-181.

(3) محمد سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 729.

(4) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 56.

(5) حسين بن شيخ آث ملويا: دروس المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 297.

الانحراف بالسلطة، خاصة إذا كانت من النظام العام كما هو الحال بالنسبة لعيب عدم الاختصاص، وأحيانا أخرى قد يلجأ إلى أسهل الطرق وهي عيب مخالفة القانون.⁽¹⁾

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في تقدير حالات عيب الانحراف بالسلطة

يقصد بها الحالات التي يتقمصها عيب الانحراف عمليا وتتمثل فيما يلي:⁽²⁾

أولاً: مجانية المصلحة العامة L'acte administratif est étrange à tout intérêt public

هذه الحالة الأكثر خطورة للانحراف بالسلطة ناتجة أكثر عن الإجراءات التي تخص الموظفين العموميين، الحفاظ على النظام العام، نزع الملكية للمنفعة العامة وكذا العمران،⁽³⁾ لأن الانحراف هنا مقصود، ورجل الإدارة يستغل سلطاته التقديرية لتحقيق أغراض لا تتعلق بالمصلحة العامة. للقاضي الإداري في هذه الحالة الدور الأكبر في الكشف عن الغرض الذي أدى بمصدر القرار إلى الجنوح عن استهداف المصلحة العامة، لأن القرار يبدو مشروعاً من حيث الشكل، وقد يقوم على سبب صحيح في الظاهر، حيث يستلزم التحليل الذي يقوم به القاضي الإداري في هذه الحالة دقة قصوى في تقنيات التحري، وأن يحوز على سلطة لا نقاش فيها، كما يرى العميد هوريو على أنها ليست رقابة مشروعية بل رقابة لأخلاق الإدارة⁽⁴⁾، وإعمالاً لسلطاته التقديرية يقوم القاضي الإداري بالتحقق من القصد الحقيقي لمصدر القرار، هو ما يكشف عن مدى وجود هذا العيب من عدمه، وبالتالي كانت الأغراض الخاصة التي يمكن وجودها في القرار هي وسيلة للكشف عن عيب الانحراف، وهذه الأغراض متعددة إلا أنها لا تخرج -عادة- عن أحد الأغراض الآتية:

1- استعمال السلطة بقصد الانتقام الشخصي

قد يستعمل رجل الإدارة سلطته لإصدار قرار كوسيلة للانتقام من شخص معين قد يكون موظفاً أو فرداً عادياً، وهي أسوأ صور الإساءة على الإطلاق، لأن سلطات القانون

(1) حسين بن شيخ آث ملويا: دروس المنازعات الإدارية"، المرجع السابق، ص 335.

مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس: 274، مؤرخ في 19/04/1999، قضية (ط. م) ضد بلدية أولاد فايت، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، لسنة 2003، الجزء 1، ص 109.

(2) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, p. 415.

(3) M. LONG et Autres: *op.cit*, p. 28

(4) لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية "وسائل المشروعية"، المرجع السابق، ص 296.

العام خطيرة وقد منحت للإدارة لتحقيق الخير المشترك على أتم وجه، إلا أنها قد تستعمل في جلب الأذى، إما بدافع شخصي كأن يصدر الموظف قرارا إداريا لتحقيق أهداف وغايات شخصية تتمثل في الانتقام وعليه يجب أن لا يفلت الرئيس الإداري من العقاب.⁽¹⁾ ومن أمثلة ذلك عزل موظف بحجة نقص في الخبرة المهنية إلا أنه في الواقع كان لأسباب سياسية⁽²⁾ أو إصدار مدير إحدى الجهات فور استلام منصبه- قرار بفصل أحد زملائه السابقين لوجود خلافات سابقة بينهما، دون أن يكون لقرار الفصل وقائع موجبة لذلك، مما لا وجه معه لحمل القرار على استهداف المصلحة العامة.⁽³⁾

وأكثر ما تخص هذه الحالة مجال الوظيفة العامة، عند استعمال السلطات الرئاسية لسلطاتها التأديبية، خاصة النقل المكاني للموظف وإنهاء خدمته⁽⁴⁾، الحفاظ على النظام العام وكذا نزع الملكية للمنفعة العامة والعمران.⁽⁵⁾ ويستعين القاضي الإداري بالقرائن لاكتشاف الانحراف، وتتمثل هنا في خصوصية الإجراء أو القرار الصادر، متى كان الأمر يستدعي إجراء موحدًا أو قرارا عاما، وبغير وجود هذه القرينة يكاد يكون وصم القرار بعيب الانحراف استنادا إلى الانتقام والتشفي صعبا.⁽⁶⁾

2- استعمال السلطة بقصد تحقيق منفعة شخصية لمصدر القرار أو لغيره

هذه الصورة أكثر انتشارا من الصورة السابقة ولكن أقل خطورة مادام الهدف المبتغى هو المصلحة العامة،⁽⁷⁾ إلا أن السلطات الممنوحة للإدارة لا تسمح لها استهداف أي هدف، كأن يقصد به في الواقع جلب منفعة شخصية لمصدر القرار سواء كانت المنفعة تعود له

(1) أحمد محيو: المرجع السابق، ص 193.

(2) M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 28 « CE, 26 oct 1960, Charedeau »

(3) قرار مجلس الدولة الفرنسي مؤرخ في 1920/12/13، حيث ألغى قرارا لأحد المحافظين صدر بفصل موظف ونفذ قراره في اليوم التالي لإصداره، وذلك قبل استلام منصبه فعليا. نقلا عن محمد سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 738.

(4) مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس 860، مؤرخ في 2003/10/21، قضية (ت.ع) ضد وزير التجارة، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، لسنة 2009، الجزء 03، ص 341: "النقل الإجباري لموظف دون استشارة رأي لجنة الموظفين"

(5) M. LONG et Autres: **op.cit**, p28

(6) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 143

(7) M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 28

مباشرة أو إلى قريب⁽¹⁾، كما يمكن استعمال السلطة لمحاباة الغير على حساب المصلحة العامة خاصة في مجال الانتخابات⁽²⁾ حيث يستعمل رجل الإدارة ما خول له من سلطة مدفوعا باعتبارات سياسية، وإذا كان المفروض أن الإدارة يجب أن تبتعد عن السياسة، فإن الميولات الشخصية كثيرا ما تجعل الشخص يحدد عن جادة الصواب، ولذلك إن لهذه الاعتبارات أثرا كبيرا في فساد الإدارة في كثير من الدول التي لم تتضح سياسيا.

كما يمكن لرجل الإدارة تبني إجراء بهدف منع تنفيذ حكم قضائي أو تعطيله بأي وسيلة⁽³⁾، دون أن يشمل ذلك مخالفة حجية الأمر المقضي به مخالفة صريحة، لأن في ذلك مخالفة للنظام الأساسي والقوانين التي تلزم كافة الجهات الإدارية بتنفيذ الأحكام القضائية، مما يجعل القرار الصادر عنها في هذا الشأن غير مشروع⁽⁴⁾، لعيب في سببه ومحلّه، فالمقصود - هنا - الحالات التي لا يمكن وصف القرار الصادر بخصوصها بمخالفة القانون، بحسبان أن مصدره لم يخالف الحكم القضائي صراحة، ولكنه حاول إسباغ وصف المشروعية الظاهرة على القرار، وسلك مسلك التحايل على حجية الأمر المقضي به بطريقة غير مباشرة، كما لو صدر حكم قضائي يلزم الإدارة بإخلاء مبنى تستأجره، فعمدت بدلا من إخلائه إلى إصدار قرار بوضع يدها بصفة مؤقتة عليه، بغية التحايل على حجية الحكم القضائي، مما يجعل قرارها مشويا بعيب الانحراف بالسلطة، لتهربها من تنفيذ الحكم. البحث عن قرار .

(1) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 57809، مؤرخ في 14/01/1989، قضية (فريق م) ضد (و.و.ت ومن معه)، المجلة القضائية، لسنة 1990، العدد 04، ص 185: الانحراف بالسلطة: من المقرر قانونا أن الأراضي المخصصة لتأسيس الاحتياطات العقارية البلدية ... مساحة 6000 متر مربع أخذها واستخدامها في بناء 06 مساكن، مساحة مبالغ فيها، ومن جهة أخرى فإن هناك أراض واقعة بمحاذاة المدرسة وصالحة لإنجاز المشروع لم تمس لكونها ملك لأحد المنتخبين البلديين ولأصدقاء رئيس المجلس الشعبي البلدي".

(2) M. LONG et Autres: **op.cit**, p.28

(3) Ibid, p. 30

(4) قرار رقم 53098، مؤرخ في 27/06/1989، قضية (ي.أ) ضد (و.د.ج.م) ومن معه، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 04، ص 175: "من المقرر قانونا أن القرارات التي تستهدف الوقوف ضد حكم قضائي نهائي، تمس بمبدأ قوة الشيء المحكوم فيه وتعتبر مشوبة بعيب تجاوز السلطة تستوجب البطلان)

كأن تلجا الإدارة إلى تعديل مساحة تقسيم قطعة أرضية غايتها الوحيدة وأثره الوحيد أن يستبعد من هذه المساحة القطعة المقام عليها أبنية حكمت محكمة الاستئناف بهدمها لمجاورة الارتفاع المصرح به في هذا التقسيم⁽¹⁾

ثنيا: الانحراف بالإجراءات Détournement de procédures

لا يقتصر عيب الانحراف بالسلطة على الناحية الموضوعية، بل يمكن أن يقع في الإجراءات- أيضا -، والانحراف بالإجراءات ليس سوى مظهر للانحراف بالسلطة⁽²⁾، حيث تستخدم الإدارة إجراء إداريا لتحقيق غرض غير ذلك الذي وضع من أجله هذا الإجراء.⁽³⁾ وهو العيب الذي بموجبه: " تخفي الإدارة المضمون الحقيقي لقرار ما تحت مظهر مزيف، باتخاذ إجراء يتحفظ عليه القانون لأغراض غير تلك التي تستهدفها، من أجل التهرب من بعض الإجراءات الشكلية أو حذف بعض الضمانات".⁽⁴⁾

وقد يبدو عيب الانحراف بالإجراءات انه ينتمي إلى حالات تجاوز السلطة القائمة على المشروعية الخارجية للتصرفات الإدارية، إلا أن ارتباطه بركن الغاية جعله ينتمي إلى المشروعية الداخلية، حيث يرى الفقيهان Ricci و Debbasch أن الانحراف بالإجراءات المكرس بعد الحرب العالمية الثانية: "يشكل بحق حالة من حالات تجاوز السلطة القائمة على المشروعية الداخلية، لأن ما يعاقب عليه باستعمال هذه الطريقة ليس عدم المشروعية الجوهرية لإجراء ما، لكن عدم الملاءمة الإدارية ما بين الإجراء المتخذ والهدف المراد

⁽¹⁾ قرار مجلس الدولة الفرنسي مؤرخ في 27 يناير 1987، قضية وزير التعمير ضد الزوجين Fourcad، نقلا عن مارسو لون وآخرون: أحكام المبادئ الكبرى في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة أحمد يسري، ط 10، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1995، ص 57

⁽²⁾ GILLES (Lebreton): **Droit administratif général**, Tome 3, Paris, Dalloz, 2015, p.507.

⁽³⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 415

⁽⁴⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 30 (CE, 26 novembre 1875, Pariset): « L'administration dissimulant le contenu réel d'un acte sous une fausse apparence, recourt à une procédure réservée par la loi à des fins autres que celle qu'elle poursuit, afin d'éluder certaines formalités ou de supprimer certaines garanties »

المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 57808، مؤرخ في 14/01/1989، قضية فريق (م) ضد (والي ولاية تيزي وزو ومن معه)، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 04، ص 183: "من المستقر عليه قانونا أن الإدارة التي تستغل الأملاك المقرر نزعها من أجل المنفعة العامة لغير ما نزعت من أجلها هذه الأملاك يعد انحرافا في الإجراءات القانونية"

تحقيقه⁽¹⁾ كما لا يجب الخلط بين الانحراف بالإجراءات والغلط في التأشيرة Visa، الذي يعتبر غلطا غير إرادي ودون وزن، وكذا انعدام الأساس القانوني، والمتمثل في الأساس القانوني المعطى لقرار إداري⁽²⁾

ويمكن إثبات عيب الانحراف بالإجراءات بكل سهولة دون الحاجة إلى البحث عن نية مصدر القرار وغاياته، حيث إن هذا الانحراف يشكل الدليل الموضوعي على الانحراف بالسلطة.⁽³⁾ وتم تمييزه بكل وضوح عن عيب الانحراف بالسلطة منذ عام 1947، وذلك بموجب قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 29 يناير 1947، في قضية Rosen-Vallon⁽⁴⁾؛ لاستخدام الإدارة للإجراءات المبسطة المنصوص عليها في الأمر المؤرخ 7 يناير 1944، الذي يسمح بتقاعد الموظفين العموميين الذين لا تقل مدة خدمتهم عن 15 سنة بدلاً من استخدام الإجراءات والضمانات المتضمنة في الأمر الصادر في 27 جوان 1944، الخاص بالتطهير الإداري.⁽⁵⁾

والأصل أن يترك المشرع للإدارة حرية اختيار الوسيلة التي تراها مناسبة لمواجهة الحالة الواقعية، غير أنه قد يفرض وسيلة معينة لمواجهة بعض الحالات، مما يجعل الإدارة تلجأ - لأسباب مختلفة أهمها الرغبة في الاستعجال وتقادي بعض الإجراءات المعقدة- إلى استعمال وسيلة أخرى تحقق السرعة والبعد عن التعقيد،⁽⁶⁾ كما تلجأ - أحيانا - إلى محاولة تحقيق أغراض مالية بغير الوسائل القانونية المقررة⁽⁷⁾، كالرغبة في جلب موارد إضافية عن طريق رفع مبالغ الرسوم المقررة فعلا، أو فرض رسوم جديدة، رغم أن هدفها من ذلك هو

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 314-315

(2) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 415 « CE, 9 juillet 1948, Latour »

(3) محسن خليل: القضاء الإداري اللبناني (دراسة مقارنة)، بيروت، دار النهضة العربية، 1989. ص 375.

(4) CE, 29 janvier 1947, Rosen-vallon

(5) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 415

(6) مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 010834، مؤرخ في 06/17/2003، قضية (ك.م) ضد والي ولاية قسنطينة ومن معه، مجلة مجلس الدولة الجزائري، سنة 2003، عدد 04، ص 84: "قرار السحب يعد انحرافا بالإجراءات وهو عيب من عيوب من العيوب المستوجبة لإلغائه، ذلك أن المستأنف عليهم عطلوا الإجراءات وحقوق من النظام منصوص عليها في المادتين 173 و176 من ق.ت.ت باستعمال إجراءات أخرى بديلة وهي إجراءات القرار الإداري بحرمان المستأنف من حقوقه الجوهرية في التعويض وفي التنبيه بالاخلاء"

(7) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 411.

مواجهة النفقات ورفع مستوى الخدمة، إلا أنها لا تلجأ إلى الوسائل القانونية المعتادة، بل تلجأ في بعض الحالات إلى استعمال القوة الجبرية المخولة لها لتحقيق هذا الغرض.⁽¹⁾

ومن بين الحالات التي تخص الانحراف بالإجراءات ما يتعلق بلجوء الوالي إلى الاستيلاء المؤقت (وضع اليد) على عقار قبل انتهاء إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة لطول ودقة هذه الإجراءات⁽²⁾، وهي الوسيلة المقررة بجانب سلطة نزع ملكية العقارات وهو إجراء أسهل وأيسر من نزع الملكية، وقد اعتبر القاضي الإداري ذلك على أنه انحراف بالإجراء متى تبين أن الاستيلاء المؤقت استعمل كحل بدل الحل الحقيقي وهو نزع الملكية.⁽³⁾

ونجد العديد من تطبيقات عيب الانحراف بالإجراءات، كأن يرتكب الوالي انحرافاً بالإجراءات باللجوء بدلاً من استعمال سلطاته الضبطية إلى إجراءات المادة 80 من قانون الإجراءات الجزائية ليأمر بالاستيلاء على أعداد الجريدة⁽⁴⁾. أو إصدار إعلان للمنفعة العمومية لغرض وحيد هو تعديل الوثائق التي تحكم تخصيص الأراضي، دون أي مبرر لانتزاع ملكيتها.⁽⁵⁾ وكذلك أن يقوم مدير مدرسة بتخفيض درجات تلميذ ليتوصل إلى فصله، بدلاً من اتخاذ إجراء تأديبي ضده.⁽⁶⁾ أو الحد من العدد القانوني لسيارات النقل (طاكسي) "ليس بغرض التنظيم الجيد لحركة المرور ولكن تلبية لمتطلبات نقابة سائقي السيارات"⁽⁷⁾، أو تحويل مكان السوق الأسبوعي لحماية لمصالح التجار المقيمين في المنطقة وليس لصعوبة حركة المرور أمام مقر البلدية المعنية.⁽⁸⁾

(1) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 131.

(2) CHABANOL (Daniel): op.cit, p. 252. (CE, 27 janv 1971, préfet du val-de-Marine)

(3) مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 006460، مؤرخ في 2002/09/23، قضية (ع.س) ضد (والي ولاية الجزائر)،

مجلة مجلس لدولة لسنة 2003، العدد 03، ص 89: "استيلاء الوالي على محل ذي استعمال سكني مشغول بصفة قانونية

يعد تجاوزاً للسلطة، السلطة القضائية هي الوحيدة المختصة بالإخراج من السكن"

(4) M. LONG et Autres: op.cit, p. 485 « CE, 24 juin 1960, Société Frampar et société France éditions et publications »

(5) Ibid, p. 31: « CE, 16 janv, 1998, Syndicat intercommunal à vocation multiple de canton d'Accous »

(6) ماسو لون وآخرون: المرجع السابق، ص 58.

(7) CE, 20 octobre 1948, Trapy

(8) CHABONOL (Daniel): op.cit, p.31 « CE, 23 avr 1997, Commune des Gets »

ومن الحالات أيضا التي يجد عيب الانحراف بالإجراءات فيها مجالا له، منازعات الوظيفة العمومية في نطاق التأديب، حيث تنهرب الإدارة أحيانا من شروط التأديب وإجراءاته التي تفرضها عليها القوانين، فتتخذ بعض الوسائل التي تعد في حقيقتها عقوبات مقنعة، مثل النقل المكاني أو النوعي أو التكاليف.

وقد أوضح مجلس الدولة الفرنسي في قضية Barel في 28 ماي 1954، عن الاقتناع الذي أعرب عنه مفوض حكومته بأنه يجب أن تميل جهود القضاء الإداري إلى جعل الواقع يعلو على المظاهر، وأن تعيد إلى الأعمال طبيعتها الحقيقية، كما أضاف بان: الرقابة على الانحراف بالإجراءات هو عنصر أساسي من عناصر أخلاقيات الإدارة والحقيقة القانونية.⁽¹⁾

الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في إثبات عيب الانحراف بالسلطة

لا شك أن مسألة إثبات عيب الانحراف بالسلطة هي مسألة ذات أهمية قصوى، فالقاضي الإداري لا يلغي إطلاقا قرارا إداريا لعيب الانحراف إذا كان هذا الأخير محتملا وليس مؤكدا (حكمه الصادر في 17/02/1967 في قضية « Société Mecadec »)⁽²⁾. حيث يترك للقضاة تقديرا غير يقيني لكون الأمر يتعلق بإثبات شيء مجرد (هدف، باعث)، والذي لا يعبر عنه مصدر القرار إلا بعديا في التحقيق الفعلي للربغبات المفترضة لهذا الأخير.⁽³⁾

وبالرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي جرى على اعتباره أحد أوجه الإلغاء الأربعة الرئيسية، إلا أنه قد قلص كثيرا من محتواه، عن طريق ضم بعض حالاته إلى الأوجه الأخرى ولاسيما ما تعلق منها بالأسباب القانونية أو المادية للقرار الإداري، لأن رقابة قاضي الإلغاء في مثل هذه الحالات يمكن أن تمارس بسهولة وتقديراته تكون موضوعية (حكمه الصادر في 03/02/1956 في قضية Keddar).⁽⁴⁾ كما لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم فإنه لا يتعرض له القاضي من تلقاء نفسه إذا لم يثره الخصوم في الدعوى⁽⁵⁾، إلا أن هذه القاعدة

⁽¹⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 490-491. « L'effort de la juridiction administrative doit tendre à faire prévaloir la réalité sur les apparences, à restituer aux actes leur nature véritable » ; « la censure du détournement de procédure est un élément indispensable de la moralité administrative et la vérité juridique »

⁽²⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, P. 413

⁽³⁾ لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 318.

⁽⁴⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, p. 415.

⁽⁵⁾ لحسين بن الشيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 317-318

ليست على إطلاقها لأن القضاء الإداري لا يعتبر التعرض لسائر عيوب القرار وإن لم يثرها المدعي، مخالفاً لمبدأ التقيد بطلبات الخصوم، إذ يقتصر تطبيق هذا المبدأ - في الأصل - على الطلب ذاته لا على أساسه، فيتعرض القاضي في حالات عديدة وبمبادرة منه إلى بحث عيب الانحراف وإن لم تتم إثارته من قبل المدعي⁽¹⁾

وقد أجمع القضاء الإداري من خلال هذا الاتجاه تحقيق غاية الأفراد بالطعن في القرار، مادام بإمكانهم التوصل إلى إلغائه دون التعرض لهذا العيب، مع ما فيه من توفير الجهد على القاضي الإداري ببحث دوافع مصدر القرار ومقاصده الحقيقية، إضافة إلى الرغبة في عدم إظهار الإدارة بمظهر التعنت.⁽²⁾

غير أن القضاء الإداري لم يسلك هذا الاتجاه باطراد، وأرجع الأمر في النهاية إلى السلطة التقديرية للقاضي الإداري بحسب ظروف الدعوى ووقائعها، وهو عيب لا يفترض وقوعه، بل يجب التحري عنه أساساً في وثائق ملف الدعوى، أو عن طريق إثباته من قبل أحد أطراف الدعوى (طلبات الأطراف، تعليمات الرئيس الأعلى في السلم الإداري، مداورات الجمعيات... الخ)، فقد يلجأ لبحث عيب الانحراف بالسلطة في بادئ الأمر، متى رأى أنه العيب الأكثر وضوحاً، أو أن الدليل عليه أقوى من غيره، وقد يثبت أن القرار شابه عيب آخر، ومع ذلك يتعرض لبحث عيب الانحراف ويثبته⁽³⁾

وارتباط عيب الانحراف بالعنصر النفسي جعل مهمة القاضي الإداري في التصدي له مهمة شاقة وحساسة، فهو لا يقف عند حد الرقابة الظاهرية للقرار، وإنما يتحرى البواعث⁽⁴⁾ النفسية والدوافع الخفية التي دفعت مصدر القرار لإصداره، فالقاضي هنا يتدخل - بموجب

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 138.

(2) محمد سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 729.

(3) ماهر أبو العينين: المرجع السابق، الكتاب 1، ص 762

(4) يرى الأستاذ محبو أن البواعث تتميز عن الأسباب بأن:

- الأسباب هي معطيات واقعية أو قانونية، وهي عناصر لها وجود موضوعي والتي من شأنها تبرير القرار. بينما البواعث فهي ذات طابع شخصي، وناتجة عن النية أو ميول مصدر القرار وتكشف عن الهدف المتبع.

MAHIOU (Ahmed): Cours de contentieux administratif, 2^{ème} Edition, Alger, Office des Publications Universitaires, 1981. p.219

سلطته التقديرية - للبحث في نية مصدر القرار وتقديرها، وهو الأمر الذي لا يمارسه في رقابته على عيوب القرار الأخرى.⁽¹⁾

وقد استقر الفقه والقضاء الإداريين على أن الدليل على وجود عيب الانحراف يكمن في ملف الدعوى؛ وذلك لأنه من العيوب القصدية، فإذا لم يقدّم الدليل من الأوراق الإدارية على وجود هذا القصد لدى الإدارة، فلا قيام لعيب الانحراف⁽²⁾. وبالتالي يعتمد القاضي في إثبات الانحراف على استنباطه من أوراق الدعوى وقرائن الأحوال وذلك باستعمال سلطته التقديرية لإثبات قيام هذا العيب باعتباره عيباً دقيقاً وخفياً، وتعود صعوبة إثباته إلى الاعتبارات الآتية⁽³⁾:

- أن القرار المشوب بعيب الانحراف يظهر في صورة قرار مشروع، فهو صادر من مختص، ووفقاً للشكل الذي يستلزمه القانون، وأثره صحيح قانوناً - من حيث الظاهر -، في مقابل أن المدعي يتهم الإدارة بأنها تعمدت الميل عن المشروعية واستهدفت غاية مخالفة للمصلحة العامة، وهو ما ينال من هيبة الإدارة، ويؤدي إلى التقليل من روح الابتكار والتجديد المصاحب لسلطتها التقديرية .

- إن عيب الانحراف بالسلطة عيب خفي مستتر، ومن ثم يحتاج لوقت طويل وجهد شاق لاكتشافه، والقاضي الإداري لا يقبل كل ادعاء من هذا القبيل إلا إذا قامت لديه قرائن قوية على جدية الاتهام.

- لا يملك القاضي الإداري -وهو بصدد أعمال سلطته التقديرية- لتحري الباعث على إصدار القرار، الأمر بإحضار مصدره لاستجوابه.⁽⁴⁾

- إن من يطعن في القرار استناداً إلى اتصافه بعيب الانحراف لا يملك عادة الوثائق والمستندات التي تثبت ادعاءه، ومن ثم فهو مضطر - في غالب الأحوال - إلى الاعتماد

(1) محمد سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص 908 / طعيمة الجرف: المرجع السابق، ص 259.

(2) حابس ركاد خليف الشبيب: المرجع السابق، ص 26.

(3) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 143

(4) هذا الأمر أقره مجلس الدولة الفرنسي إعمالاً لمبدأ الفصل بين الإدارة القضائية والإدارة العاملة

على محض استنتاجات شخصية، أو وقائع لا تمت بصلة مباشرة للواقعة ونحو ذلك، مما لا يمكن التعويل عليه في مجال الإثبات أمام القضاء، بخلاف الإدارة التي تملك المستندات والوثائق التي تنفي عنها تهمة الانحراف، كما أن بإمكانها إخفاء المستندات التي تثبت العكس.⁽¹⁾

وهكذا يمكن أن يبدو الانحراف بالسلطة من الناحية النظرية مستتباً من النظام العام للإثبات في المنازعات الإدارية، وهو أمر في غاية الصعوبة،⁽²⁾ حيث يتطلب الأمر أن يبادر المدعي بالإثبات، فالأصل أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي انحراف الإدارة، استناداً إلى القرينة القضائية المستقرة وهي صحة الغايات التي تسعى الإدارة لتحقيقها.

وعادة ما يلجأ القاضي الإداري إلى البحث في دوافع القرار وبواعثه، وكذا ظروف إصداره وأوراق الدعوى، الأمر الذي يستلزم أعمال سلطته التقديرية في أوسع نطاقها ومن خلال وسائل متعددة للوصول إلى الدوافع الشخصية لمصدر القرار، فالقضاء الإداري يهتم بالرقابة على السلطة التقديرية للإدارة بما في ذلك استقراء المقاصد الحقيقية التي دفعها لإصدار القرار، فلا يتوقف القاضي عند نص القرار، بل يستعمل كافة الوسائل التي تدل على النية الحقيقية لإصداره من خلال ملف الدعوى، أو القرائن المحيطة بظروف النزاع، أو حتى الظروف الخارجية عن النزاع تماماً.³

وقد عرف نظام الإثبات على الانحراف بالسلطة تطوراً باتجاه متحرر، ومع أن كل وسيلة إثبات من الوسائل المبينة أدناه قد لا تزال مطلوبة، إلا أن للقاضي الحرية الكاملة في تقدير ذلك:⁽⁴⁾

1- نص القرار الإداري: من الممكن أن يتوصل القاضي الإداري إلى الكشف عن

الانحراف بالسلطة من خلال تفحص القرار المطعون فيه، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 150.

(2) قرار جمعية مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 28 ماي 1954، قضية Barel et Autres، حيث تم استبعادهم من قائمة المترشحين CE, Assemblée, 28 mai 1954, Barel

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 151.

(4) AUBY (J-M) et DRAGO (R): op.cit, Tome 2,

بأن الانحراف يجب أن يكمن في العبارات نفسها للقرار محل النزاع، وهذا ما كان يجعل الإثبات شبه مستحيل، باستثناء حالة الغلط الظاهر للإدارة. وعمليا أدت هذه الصعوبة بالقاضي إلى الاعتراف بوجود الانحراف بالسلطة من خلال المصلحة المالية فقط باعتبار أن إثبات ذلك يكون سهلا وواضحا.

2- أوراق الدعوى ومستنداتها: في الكثير من الحالات يستخلص الانحراف بالسلطة من أوراق الملف، وتم إدراج هذه الوسيلة للإثبات بموجب قضية موقراس « Maugras » بتاريخ 16 نوفمبر 1900، والتي سمحت بتوسيع هام للانحراف بالسلطة، حيث تعتبر المجال الواسع لممارسة القاضي سلطته التقديرية من خلال تفحص الملف وما يتضمنه من مراسلات الأطراف، كما قد ينتج الانحراف بالسلطة حتى من تعليمات الرؤساء في الهرم الإداري⁽¹⁾ مداولات المجالس... إلخ، وهي وسيلة للإثبات المعروفة أكثر، ففي العديد من الأحكام القضائية لا يتم الاعتراف بغيب الانحراف بالسلطة إذا لم يستخلص من أوراق الملف⁽²⁾. وللقاضي حق طلب الاستفسارات والإيضاحات من الإدارة وهي وإن لم تكن ملزمة بالرد، إلا أن عدم الرد من جانبها قد يكون قرينة لدى القاضي على الانحراف.

ورغم ذلك فإن حدود هذه الوسيلة أثقلت من فعالية البحث عن الإثبات والمقتصر على الوثائق المكتوبة، فالقاضي لا يلجا إلى التحقيق إلا نادرا لتحري الباعث على إصدار القرار، وبالرغم من الطابع الشخصي للانحراف بالسلطة كونه يرتبط بالعامل النفسي لمصدر القرار، إلا أنه لا يملك الأمر بإحضار مصدره للاستجواب⁽³⁾.

3- الاستدلال بالقرائن المتعلقة بالنزاع: عرف نظام إثبات الانحراف بالسلطة تطورا ملحوظا بعد البدء بقبول مختلف القرائن ذات الجدية الكافية، والتي تسمح باستخلاص وجود الانحراف بواسطة الاستدلال والتحليل⁽⁴⁾، وأول من استعمل هذه الوسيلة العميد Laferrière في

⁽¹⁾CE, 11 juillet 1952, Société industrielle et commerciale de l'Armor

⁽²⁾CE, 28 janvier, 1955, Fédération de Normandie des syndicats du commerce en détail des boissons

⁽³⁾ لحسين بن شيخ آث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 319.

الأمر ذاته بالنسبة للجزائر، حيث جعل المشرع إجراءات التحقيق ذات طابع جوازي بما في ذلك الانتقال للمعاينة وسماع الشهود (الفصل الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09)، وهذا الأمر قرره مجلس الدولة الفرنسي عملا لمبدأ الفصل بين الإدارة القضائية والإدارة العاملة.

⁽⁴⁾ لحسين بن شيخ بث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 322

عدة قرارات⁽¹⁾، وهي وسيلة أعم من الوسيلة السابقة، ومجال السلطة التقديرية للقاضي الإداري فيها أوسع⁽²⁾، من خلال استنتاج القرائن من جميع الوقائع المتعلقة بالقرار المطعون فيه، سواء كانت سابقة على صدوره أو معاصرة أو لاحقة عليه⁽³⁾

وعليه قد يتخذ القاضي من طريقة وظروف إصدار القرار وتنفيذه كقرينة على الانحراف، وبالأخص الوقائع اللاحقة للقرار، فالقاضي الإداري لا يأخذ بعين الاعتبار الوقائع اللاحقة للقرار فقط، ولكن الوقائع اللاحقة للدعوى، وهذا النوع من القرائن أعتد لبطء إجراءات القضاء الإداري للبت في النزاعات وبالتالي قد تظهر قرائن وأحوال حتى بعد رفع الدعوى، حيث يتم قبولها مادامت تقوم على نفس السبب القانوني للطلب الأصلي، وهذا القرار يجبر الإدارة في جميع الأحوال برصد سلوكها على الرغم من أن القرار المطعون فيه قد دخل حيز النفاذ منذ وقت طويل⁽⁴⁾.

وتعتبر هذه القرائن التي يستخلصها القاضي الإداري من ظروف النزاع لإثبات قيام عيب الانحراف بالسلطة، قرائن قضائية تنقل عبء الإثبات إلى الإدارة، إذ يكون عليها إقامة الدليل على خلاف ما تدل عليه تلك القرائن، بوصفها قرائن بسيطة قابلة لإثبات العكس.

وعلى العموم ليس هناك تحديد للقرائن التي يتوصل بها إلى قيام عيب الانحراف بالسلطة، وإن استقر القضاء الإداري على بعضها وأعمل أثرها في هذا المجال، ومنها:

أ- قرينة الإخلال بمبدأ المساواة: قد تقوم الإدارة بالتمييز بين طائفتين من الأفراد بخصوص مسألة معينة دون مبرر معقول، وعليه إذا ثبت للقاضي الإداري قيام هذا التمييز على أساس المحاباة⁽⁵⁾، وفي هذه القرينة لا يعتمد القاضي الإداري على المساواة المطلقة، وإنما المساواة

⁽¹⁾AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 412

⁽²⁾ وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 152

⁽³⁾ محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 143

⁽⁴⁾AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p 412: « cette décision oblige en tout cas l'administration à surveiller son comportement alors même que la décision attaquée est entrée en vigueur depuis longtemps »

⁽⁵⁾ مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس 274، قضية (ط.م) ضد بلدية أولاد فايت، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، 2003، الجزء 01، ص 109: " لا يمكن للبلدية المستأنف عليها أن تحرم المستأنف وحده، لأن مواطنين آخرين استفادوا من حصص أرض في نفس المكان، لكن لم تنتزع منهم رغم أنهم لم يباشروا في بناء مساكنهم، فلهذا فإن القرار الذي اتخذته

النسبية التي تمثل جوهر العدالة، بالمساواة بين الأفراد الذين تتماثل ظروفهم ومراكزهم القانونية.⁽¹⁾ أساسا فان تقدير مدى ملاءمة الاختلاف في الظروف والاختلاف في المعالجة قد لا يكون بديهيا، بغض النظر عن مجال تدخل التنظيم.⁽²⁾

ب - قرينة انعدام الدافع المعقول *présomption du mobile plausible*: قد يستدل على الانحراف من انعدام الدافع المعقول للقرار الإداري، لأنه حتى وإن كانت القرارات الإدارية تتمتع بقرينة المشروعية باعتبار أن الأصل فيها أنها صدرت مشروعاً وللصالح العام، إلا أن انعدام باعث ظاهر معقول، قد يكون قرينة في يد الطاعن تسهل عليه عبء الإثبات، وتيسر على القاضي الإداري مهمة إلغاء القرار لعيب الانحراف، وله سلطة تقدير مدى معقولية الدافع.

ج - قرينة عدم الملاءمة الظاهرة *L'inopportunité flagrante*: قد يستدل على الانحراف من عدم الملاءمة الصارخ في القرار الإداري، ورغم أن تقدير الملاءمة بين الواقع والقرار يدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، إلا أن جنوح القرار إلى عدم التلازم الظاهر مع سببه الذي بني عليه، يعد قرينة يستتبط منها القاضي الإداري قيام عيب الانحراف بالسلطة، مما يوجب عليه أعمال سلطته التقديرية في فحص الواقعة فحصاً دقيقاً، ومراعاة ما يذكره المدعي من أسباب لما يعتقد أنه انحراف بالسلطة بشأنه، وصورته ما قضى به مجلس الدولة المصري في أن التدرج في الجزاءات التأديبية يدل على أن المشرع قد قصد أن يقاس الجزاء

رئيس بلدية أولاد فايت غير قانوني ويستلزم البطلان، ولما قضوا بغير ذلك فإن قضاة الدرجة الأولى أساءوا في تطبيق القانون ويجب إبطال قرارهم".

⁽¹⁾M. LONG et Autres: **op.cit**, p.385: « Le principe d'égalité n'interdit cependant pas à l'administration de traiter différemment des personnes à la condition que la différence de traitement soit en rapport avec la différence de situation ou qu'elle tienne à des considérations d'intérêt général liées au fonctionnement même du service public »

⁽²⁾ محمد سليمان الطماوي: **نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق**، ص 522-523: في قرار للمحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 564 لسنة 53، مؤرخ في 1998/10/21، أكدت فيه أنه: "ولئن كان الأصل أن الترقية بالاختيار من الملاءمات التي تترخص فيها جهة الإدارة إلا أن مناه ذلك أن يكون هذا الاختيار قد استمد من عناصر صحيحة مؤدية إلى صحة النتيجة التي انتهت إليها وأن تجري مفاضلة حقيقية وجادة بين العاملين على أساس مرتبة الكفاية بحيث لا يتخطى الأحدث الأقدم إلا إذا كان الأحدث أكثر كفاية وهذا أمر تمليه دواعي المشروعية فإذا لم يقع الأمر على هذا الوجه فسد الاختبار وفسد القرار الذي أتخذ على أساسه".

بما يثبت من خطأ ولا يمكن أن يقصد المشرع إلى إعطاء هيئة التأديب سلطة الفصل مهما تكن التهمة الموجهة إلى الموظف أو الخطأ المنسوب إليه.¹

خلاصة الفصل الثاني

يتبين من خلال دراسة نطاق تطبيقات السلطة التقديرية في دعوى تجاوز السلطة، أن السلطة التقديرية للقاضي الإداري عند الرقابة على أركان القرار الإداري، تتمثل أولاً في بحث مسألة الاختصاص في القرار الإداري، قبل البت في مدى وجود عيب الاختصاص وذلك بالنظر أولاً إذا كان القرار المطعون فيه هو من فئة القرارات الإدارية، ثم بعد ذلك يبحث في مخالفة قواعد الاختصاص، والتي تكون على درجتين، فقد تكون مخالفة جسيمة (اغتصاب السلطة)، ويترتب عليها انعدام القرار، وقد تكون مخالفة بسيطة (عيب عدم الاختصاص البسيط أو العادي)، ما يستوجب البحث فيه والنطق ببطلانه إذا كان مخالفاً لمبدأ المشروعية بصفة عامة.

بالنسبة للشكل والإجراءات، فالأصل أن القرار الإداري لا يخضع لشكل معين، فقد يكون مكتوباً أو شفويًا، مسبباً أو غير مسبب، صريحاً أو ضمناً، وللقاضي سلطة تقديرية للبحث في مدى جوهرية الشكل والإجراء الذي تم إغفاله. وكذا فيما إذا كان من المحتمل أن يؤثر على مضمون القرار حيث يستوجب إبطاله، أو يمكن استيفاءه لاحقاً.

أيضاً للقاضي الإداري أن يتحقق من قيام سبب القرار، بالثبوت من مدى وجود الحالة الواقعية أو القانونية التي قام عليها وصحتها، كما له أن يلزم الإدارة بتسبيب قرارها وطلب المبررات التي بني عليها القرار إذا رأى ذلك ضرورياً بناءً على ما قدمه المدعي من دلائل وقرائن تكفي لزحزحة قرينة صحة وسلامة القرار التي يتمتع بها. وتظهر السلطة التقديرية للقاضي أكثر عند تعدد الأسباب، والتي تسمح حمل القرار على أحدها وإن لم تستند إليه الإدارة ابتداءً، وذلك تفادياً للإلغاءات التي لا فائدة منها وريحا للوقت.

(1) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 702

أما عيب الانحراف وهو أصعب العيوب من حيث الاثبات لارتباطه بالدوافع النفسية لمتخذ القرار فيبحث القاضي الإداري في هذا العيب سواء من أوراق الملف أو باستعمال القرائن بالاستدلال والتحليل وهو أحدث ما توصل إليه القضاء الإداري.

الباب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في مجالي التكيف والإثبات

إن طبيعة الدعوى الإدارية المتميزة بعدم توازن الأطراف، بالإضافة إلى غياب قواعد خاصة بالإثبات أمام القضاء الإداري، فإن الأمر يقتضي تدخل القاضي الإداري إعمالاً لسلطته التقديرية لتقييم مختلف وسائل الإثبات المطبقة على الخصومة العادية، والبحث في مدى ملاءمة تطبيقها على الدعوى الإدارية، وعليه فمن الضروري البحث في مدى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الإداري، وبيان حدودها في مجالي التكيف والإثبات، خاصة وأنه عادة ما يتم الخلط بين السلطة التقديرية والتكيف من جهة (الفصل الأول)، وكذا البحث في القواعد التي تحكم نظر القاضي الإداري في دعوى تجاوز السلطة، وأثرها على سلطته التقديرية في مجال الإثبات (الفصل الثاني).

الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في التكييف

عندما يطلق المشرع وصفا لحالة معينة أو وقائع مادية محددة، فإن تطبيق هذا الوصف على الوقائع التي تصادف الإدارة وتستلزم تدخلها بقراراتها الإدارية يطلق عليه اصطلاح "التكييف القانوني" للوقائع. وعادة ما يثير تقريب العبارتين "التكييف القانوني" و"القانون الإداري" بالنسبة للملاحظ عملية الرقابة التي يقوم بها القاضي الإداري على التكييف القانوني الذي تقوم به الإدارة، سواء بالنسبة لقاضي تجاوز السلطة أو قاضي النقض (على مستوى مجلس الدولة)، رغم أن التكييف القانوني في حقيقته ليس هو الرقابة على التكييف القانوني. كما أنه عادة ما يتم الخلط بين التكييف والسلطة التقديرية للقاضي الأمر الذي يقتضي التمييز بينهما، وإبراز ذلك في تكييف القاضي الإداري لدعوى تجاوز السلطة (المبحث الأول)، ثم البحث في العناصر المفعلة للسلطة التقديرية للقاضي الإداري في دعوى تجاوز السلطة (المبحث الثاني)

المبحث الأول: القاضي الإداري بين التكيف والتقدير.

يلجأ القاضي إلى التكيف القانوني للوصول إلى الحقيقة، إلا أنه عادة ما يقع الخلط بين التكيف القانوني والسلطة التقديرية للقاضي، وعليه وللتمييز بينهما، يقتضي الحال البحث في العلاقة بين السلطة التقديرية للقاضي والتكيف القانوني (المطلب الأول)، باعتباره يلعب أدواراً متعددة في قانون الإجراءات، وفي جميع مراحل الدعوى ابتداءً من تحديد الاختصاص القضائي وانعقاد الخصومة والدفع إلى غاية صدور الحكم القضائي.

المطلب الأول: العلاقة القاعدية بين التكيف والتقدير

إن البحث في العلاقة بين التكيف والتقدير يستلزم أولاً في البحث في العلاقة القاعدية المفاهيمية بينهما (الفرع الأول)، ثم التعمق أكثر في العلاقة القاعدية العملية بينهما (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العلاقة القاعدية المفاهيمية

إن أول نشاط يقوم به القاضي عندما يطرح عليه النزاع هو الدمج الترتيبي للمعطيات الواقعية للقضايا في نظام قانوني موجود مسبقاً، وهو نظام يخضع لسلطة القاضي، حيث تتسم هذه المرحلة من النشاط القضائي بالتعقيد وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً التكيف القانوني، فهي عبارة عن وصف المعطيات الواقعية للقضية وصفاً قانونياً دقيقاً.⁽¹⁾

الأصل أن الخصوم عندما يطرحون النزاع أول مرة على القاضي، يطرحونه بأوصاف قانونية معينة،⁽²⁾ أي إعطاء تكيف قانوني لوقائع النزاع لا يلزم القاضي في شيء.⁽³⁾ وعليه يتوجب على القاضي القيام بنشاطه القضائي لإنزال تكييفات قانونية مختلفة، فهذا النشاط يعد من صميم عمل القاضي، سواء طرحت الوقائع عليه بوصف قانوني إرتآه الخصوم أو طرحت مجردة من أي وصف، فوظيفة القاضي هي التطبيق الصحيح للقانون، وذلك بتكليف

⁽¹⁾ GAUDEMET (Yves): *Les méthodes du juge administratif*, op.cit, p. 25

⁽²⁾ عادة ما يستعمل المشرع والفقهاء والقضاء في مصر كلمة الوصف كمرادف للتكيف، أنظر في ذلك، محمد ماجد ياقوت: المرجع السابق، ص 9.

⁽³⁾ القانون رقم 08-09، مرجع مشار إليه سابقاً، المادة 1/29: "يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكيف القانوني الصحيح دون التقييد بتكليف الخصوم".

الوقائع وإعطائها وصفا قانونيا يسمح بتطبيق قاعدة قانونية عليها ؛ من خلال إعمال مقارنة بين مجموع هذه الوقائع ومجموع القواعد النموذجية التي يحتوي عليها هذا النص والتأكد من المطابقة التامة بين مجموع الوقائع المطروحة والمفترض الذي يحتوي عليها هذا النص.

ولكي يتوصل القاضي إلى الحل، لا يكفي أن يحدد بشكل منفصل الواقع (في فرديته) والقانون (في عموميته)، بل يحتاج الأمر إلى الربط بينهما أكثر أثناء تطبيق القاعدة، والنتيجة التي يصل إليها القاضي بشأن التطابق بين الواقع والقانون، هي عملية اصطلاح على تسميتها "التكييف"⁽¹⁾ حيث يؤدي التكيف دورا حاسما في عملية إعمال القانون.⁽²⁾

ومختلف التعريفات الفقهية التي أعطيت للتكيف تدور حول معنى واحد وهي كونها علاقة بين الوقائع والنصوص القانونية؛ ومن الخطأ الاعتقاد بأن الأمر يتعلق بالانتقال من الملموس إلى المجرد فلو كان الأمر كذلك فإن العملية منطقيا ستكون مستحيلة.⁽³⁾

فقد عرف التكيف على أنه:⁽⁴⁾ "تكييف تصرف، واقع، أو ظاهرة قانونية، كعملية تهدف إلى إعادة ربطه بفئة موجودة مسبقا لأنه من نفس الطبيعة يستمد منها نفس النظام". كما عرفه الفقيه الفرنسي كورني CORNU على أنه: "العملية التي تدخل الواقع الموصوف في الفئة القانونية حيث يعترف في الواقع البحث بالعناصر المميزة للفكرة القانونية."⁽⁵⁾

كما عرفه الدكتور/ محمد ماهر أبو العينين كما يلي: "إن عملية التكيف القانوني الصحيحة تتم بتخصيص قاعدة القانون التي تحكم الحالة الواقعية الفردية، وفي ذات الوقت

(1) التكيف لغة هو مصدر مشتق من فعل كيف ومعناه القطع، وهو أيضا جعل للشيء كيفية معلومة، وكيفية الشيء حالته وصفته، أنظر معجم الوسيط ص 807، ونقول كيف الشيء أي أحدث تغييرا فيه يؤدي إلى انسجامه مع شيء آخر ثابت لا يتبدل، على نحو يؤدي إلى الانسجام والتوافق بينهما، أو بحيث يؤلفان كلا منسجما ومترابطا، أنظر المنجد في اللغة والأعلام ص 957.

(2) RIGAUX (François): **La loi des juges**, Paris, Editions Odile Jacob, 1997, p.51.

(3) Ibid, p.51

(4) BERGEL (J-L): **Théorie générale du droit**, Dalloz, « méthodes du droit », 1985, p.219 ; rapporté par DEFOORT (Benjamin): **op.cit**, p.246.

(5) CORNU (Gérard): **Linguistique juridique: op.cit**, p.350: « La qualification c'est l'opération qui fait entrer le fait qualifié dans la catégorie juridique, en reconnaissant dans le fait brut les éléments caractéristiques de la notion de droit »;

بتجريد هذه الواقعة من فريديتها والوصول بها إلى مستوى عمومية القاعدة القانونية، أي تتم بإبرار الفردية أو التخصيص إلى العمومية، وذلك بما يحقق التطابق أو التوافق بينهما⁽¹⁾.

وأهم تعريف أعطي للتكييف القانوني في القانون الإداري يعود لـ: Charles VAUTROT-SCHAWRZ، حيث يرى أن⁽²⁾: " التكييف القانوني، هو عملية استدلال قانوني والمتمثل في إدراج موضوع ما في فئة قانونية موجودة أو غير موجودة مسبقاً، والتي ترتبط بنظام قانوني أو أثر قانوني، بهدف فتح باب تطبيق هذا النظام القانوني أو هذا الأثر القانوني على الموضوع الذي سيتم تكييفه"

والملاحظ أن جل هذه التعريفات التي تم عرضها تدور حول ربط علاقة بين وقائع، ظواهر قانونية، بفئات قانونية موجودة مسبقاً، فالتكييف ليس مجرد قياس الواقع مع القانون أو عملية آلية حسب النظرة التقليدية والتي ترى أن عملية إدراج الواقع في فئة قانونية هي عملية "وصفية بحتة"؛ بل هو عمل تقييمي يتطلب جهداً قانونياً ومنطقياً في ذات الوقت، وذلك بفهم القانون والشروط اللازمة لإعمال نصوصه المختلفة، كما يتطلب البحث في وقائع الدعوى الثابتة والتي تكون منتجة للقضية.⁽³⁾

ونجد أن تعريف الأستاذ SCHAWRZ هو الأكثر توافقاً مع القانون الإداري، بناء على الجديد الذي يتضمنه هذا التعريف، وهو أن الفئة القانونية قد لا تكون موجودة مسبقاً، ففي حالة ما إذا لم يجد القاضي نظاماً قانونياً مسبقاً لا يمكن له الامتناع عن الحكم وإلا كان ناكراً للعدالة، خاصة بالنسبة للقاضي الإداري فعادة ما تكون القواعد التشريعية ناقصة أو غير مؤكدة ومصدر غموض، أو حتى عدم وجود القاعدة القانونية التي تحكم النزاع، وبالتالي فهو يقوم باستحداث الفئة القانونية التي على أساسها يصدر حكمه.

(1) محمد ماهر أبو العينين: المرجع السابق، الكتاب 1، ص 885.

(2) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op.cit.**, 23. « La qualification juridique est l'opération du raisonnement juridique qui consiste à faire entrer un objet dans une catégorie juridique, préétablie ou non, à laquelle est attaché un régime juridique ou un effet de droit, dans le but d'ouvrir l'application de ce régime juridique ou de cet effet de droit à l'objet ainsi qualifié »

(3) أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، القسم 01، ص ص 264-265.

أولاً: التكييف القانوني والعمل على القانون

يتضمن العمل على القانون عملية واحدة وهي تفسير النص القانوني الذي سيتم تطبيقه، وعليه وجب البحث عن مفهوم التفسير (1)، ليتم التمييز بين التكييف القانوني والتفسير (2)

1- مفهوم التفسير

يعرف التفسير على أنه: "البحث عن المعنى الحقيقي لقاعدة قانونية أو عمل قانوني (قانون، عقد، وصية، ...)، وبأكثر دقة تحديد المعنى الذي يجب أن يسود عندما يكون هناك شك في النص بسبب غموضه أو ثغراته أو لبسه". (1)

والتفسير (2) في القوانين الوضعية لا يعتبر علماً من العلوم، بل هو عملية فكرية ذهنية يراد بها استنباط المفاهيم من النصوص، سواء كانت هذه النصوص تشريعية أو أعمال قانونية، ويدخل في باب فلسفة القانون ويعنى بمنهج الاستنباط القانوني، وقد انقسم فقهاء القانون بخصوص هذا المنهج إلى قسمين الأول اعتمدها المدرسة الشكلية، والثانية المدرسة الواقعية: (3)

- المدرسة الشكلية: وهي المدرسة الكلاسيكية، والتي تنظر إلى التفسير على أساس أنها وظيفة معرفية لا غير، وليس هناك تفرقة بين التفسير في المجالات الأدبية والفنية، ويرتكز هذا المفهوم على أساس فكرة أنه ينصب على النص الذي يتكون من كلمات وجمل لها معنى واحد وبذلك فالتفسير يكون تفسير واحد بحكم العلاقة بين

(1) CORNU (Gérard): **Droit civil (introduction au droit)**, Op.cit, p.253: « Interpréter: recherche du sens véritable d'une règle de droit ou d'un acte juridique (loi, contrat, testament, etc) ; plus précisément, établissement du sens qui doit prévaloir quand il y a dans un texte un doute à ce sujet du fait de son obscurité, de ses lacunes, de son ambiguïté »

(2) مصطلح "التفسير" هو مصطلح لغوي فقهي قبل أن يكون مصطلحاً قانونياً، ويقابله باللغة الفرنسية مصطلح (interprétation)

(3) فاتح خلوفي: **سلطات القاضي الإداري في التفسير**، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 20.

النصوص ومعانيها، كما أنه لا يمكن اللجوء إلى التفسير إلا في حالة غموض العبارات.⁽¹⁾

- المدرسة الواقعية: أو المدرسة الموضوعية، حيث أثبت غالبية المؤلفين أن التفسير ليس عملاً معرفياً، بل عمل إرادي، يقوم على مبدأ عدم تحديد النص، أي أن كل نص يمكن أن يحتمل عدة معاني وأن على الجهة المفسرة أن تختار بين أحد المعاني⁽²⁾، وأن اختيارها لا يعكس الحقيقة الموضوعية للنص بل يعكس الأفضلية الذاتية لمن يقوم بالتفسير (المفسر).⁽³⁾ وبناء على ذلك، فإن تحديد المعيار الذي يطبقه القاضي ناتج عن إرادة القاضي نفسه.⁽⁴⁾

وعلى هذا الأساس فإن التفسير باعتباره عملية عقلية إرادية ينقسم إلى قسمين: ⁽⁵⁾

- القسم الأول يعرف بالتفسير الأصيل *L'interprétation authentique* وهو التفسير الذي يقوم به أو يعطيه مصدر النص سواء كان المشرع للنصوص التشريعية أو القاضي بالنسبة للأحكام القضائية أو الإدارة العمومية أو أية سلطة أخرى بالنسبة للنصوص والأعمال الصادرة عنها.

- القسم الثاني هو التفسير الفقهي أو ما يعرف بالتفسير العلمي وهو التفسير الذي تقوم به أية جهة أخرى عدا الجهة المصدرة للتصرف مثل التفسير الفقهي والتفسير القضائي. بالنسبة للمدرسة الواقعية ترى بأن القاضي حر في تفسيره السيادي بين التفسيرات المحتملة،⁽⁶⁾ بحيث له سلطة تفسير جميع النصوص القانونية باختلاف مستوياتها وجميع أعمال الإدارة العمومية قانونية كانت أم مادية⁽⁷⁾ وأيضا جميع الأحكام والقرارات القضائية

(1) ميشال تروبير: *فلسفة القانون*، ترجمة جورج سعد، لبنان، دار الأنوار للطباعة والنشر بيروت، الطبعة الأصلية 2003 والطبعة المترجمة 2004، ص 100.

(2) SIGNAT (Carine): *op.cit*, p. 127.

(3) ميشال تروبير: *المرجع السابق*، ص 101

(4) TROPER (Michel): *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire*, Revue française d'études constitutionnelles et politiques, pouvoirs n° 16, janvier 1981, pp. 5-15, Spéc p.9, <https://revue-pouvoirs.fr/Fonction-juridictionnelle-ou.html>, accédé le 18/04/202 à 23H06.

(5) SIGNAT (Carine): *op.cit*, p. 127

(6) *Ibid*, p. 127

(7) ميشال تروبير: *المرجع السابق*، ص 99.

الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية والتي تتناسب مع عمل القاضي الإداري وتمنح له حرية وصلاحيات أكثر لحل المنازعات المطروحة أمامه.

وقبل إصدار الحكم، يعود للمحكمة تفسير النص، أي تحديد معناه. وبما أن أي نص من المرجح أن يكون له عدة معاني، فإن الأمر متروك للقاضي للاختيار بينها. ولهذا، فإن هذا الاختيار، الذي يشار إليه عادة باسم "التفسير"، يتمثل في تحديد معنى النص، أي المعيار المنطبق.⁽¹⁾

وعليه فإن القاضي الإداري، ولحل المنازعات المطروحة أمامه فإنه يتعامل مع النصوص القانونية المكتوبة على اختلاف مستوياتها والأعمال القانونية للإدارة العمومية باختلاف أنواعها، وعلى هذا الأساس فإنه ملزم بتفسيرها، وتكييفها تكييفاً صحيحاً يضمن إيجاد حلول تتناسب مع ما يحقق الموازنة ما بين ما ارتجته الجهة مصدرة النصوص سواء كان مشروع أو إدارة عمومية أو أية جهة أخرى وبين جهة تحقيق العدالة التي هي غايته الأولى.

وبناء على ما سبق، فإن التكييف القانوني يجد أساسه حتماً في قاعدة قانونية، وبالتالي فهو محدد بهذه القاعدة إلى حد كبير، فتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق لا تتبع من مجرد عمل إدراكي بل هو عمل إرادي، فقد أثبت العديد من المؤلفين أن التفسير ليس عملاً معرفياً، بل هو فعل إرادي، ولذلك فإن تحديد المعيار الذي يطبقه القاضي ناجم عن إرادة القاضي نفسه.⁽²⁾ لأنه ولإدخال موضوع معين في فئة قانونية معينة، فإنه من الضروري تحديد معنى المصطلحات المستخدمة في المنطوق المعبر عن هذه القاعدة، بمعنى إما تفسير ما يسمى بالمنطوق أو وجود تعريفات قانونية تكون في حد ذاتها قابلة للتفسير.⁽³⁾

فالتكييف القانوني إذن يرتبط بالتفسير، أي تفسير القاعدة القانونية، فدائماً ينطلق التكييف من التفسير، وبالتالي من الإرادة. وإذا كانت التركيبة المفتوحة للقانون والتي لا تخص القانون الإداري تحديداً حتى وإن كان ذلك واضحاً بصورة خاصة، فإنها تعزز حرية

(1) TROPER (Michel): *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire*, op.cit, p.9,

(2) Ibid, p. 9.

(3) DEFOORT (Benjamin): *op.cit*, p. 245

المكيف في إدراكه للقاعدة الواجبة التطبيق، وعليه فإن هامشا معينا من التفسير يبقى موجودا بكل تأكيد، حتى وإن كانت هناك تعريفات محددة.⁽¹⁾

فالقاضي يحتاج للتفسير عند استعمال المشرع مصطلحات وألفاظ مرنة تحتل معاني متعددة، أو لصياغة المشرع للنصوص بطريقة تبين الاتجاه العام للقاعدة بمعنى جعلها مجملة وترك التفصيل للقاضي.

وذهب اتجاه إلى أن التفسير لا يقتصر على النص الغامض بل يشمل جميع النصوص بما فيها الواضحة لأن التفسير مقدمة ضرورية للتطبيق لذا يتم فهم مدلول النص أولا ومن ثم يجري أعمال حكمه، خصوصا وأن مسألة وضوح النص وغموضه مسألة نسبية تختلف من قاض إلى آخر وباختلاف النظرة إليه.

ولما كان التفسير يتعرض لغموض النص بغرض إزالته، فإن الغموض قد ينتج عن خلل في الصياغة أو رغبة المشرع في الابتعاد عن بيان تفاصيل المواضيع التي تنظمها تلك النصوص أو يكون لأسباب سياسية أو اجتماعية واكبت وضع النص فيلجا المشرع إلى ذلك منعا من أن يثير تعريف بعض المصطلحات إشكالا عند وضع النصوص. وقد يكون الغموض بسبب رغبة المشرع في مراعاة التغير والتجدد في الواقع وملاءمة القانون له.

ومن المؤكد أن عمليتي التكييف والتفسير تختلفان من حيث النتائج التي تسمح بالوصول إليها: فالتفسير يبقى عام " من رتبة الفئة القانونية" بينما التكييف "يغادر بالضرورة" الفئة القانونية من أجل " ترتيب القضية الفردية".⁽²⁾

2- التمييز بين سلطة التفسير والسلطة التقديرية

يظهر التذبذب في تحديد مفهوم السلطة التقديرية عند بعض الفقهاء في اعتبار التكييف القانوني والتفسير مرادفين للسلطة التقديرية وجزء منها،⁽³⁾ رغم الاختلاف الشاسع،

(1) DEFOORT (Benjamin): *op.cit*, p. 247: « Si la « texture ouverte » du droit, qui n'est pas propre au droit administratif même si elle s'y trouve particulièrement illustrée, renforce la liberté du qualificateur dans son appréhension de la règle applicable, une certaine marge d'interprétation s'avère toujours présente, quand bien même l'on disposait de définitions précises »

(2) VAUTROT-SCHWARZ(Charles): *op.cit*, p.150, « L'interprétation reste générale, de l'ordre de la catégorie juridique, alors que la qualification quitte nécessairement la catégorie juridique pour constituer une situation individuelle »

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمغاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 95

وخاصة أن السلطة التقديرية وسيلة والتزام قانوني قد يوجد في عملية التكييف وقد لا يوجد، كما أن تفسير القانون ليس فيه سلطة تقديرية.⁽¹⁾

بناء على ما تقدم يتبين أن التفسير هو عملية معقدة "أولا على مستوى الجملة البسيطة، فتعدد معاني الكلمات يفسح المجال لتفسيرات متعددة حيث لا تكفي القضية لاختصارها، يمكننا بعد ذلك التحدث عن الغموض " لأن للفئات القانونية "تركيبية مفتوحة" على تفسيرات بناءة- وبالتالي لا يتوقعها بالضرورة واضع الفئة القانونية.

غير أنه وللقيام بعملية التكييف، فمن الضروري، التوصل أكثر إلى هذه التعددية في التفسيرات الممكنة للفئات القانونية. حيث يتطلب التكييف القانوني اختزالا شديدا في نطاق المعاني. ولا يمكن تحقيق هذا الاختزال إلا بالنسبة للموضوع الذي يتعين تكييفه لأنه "من المفترض أن المعنى المجرد لا يحتمل المناقشة، واختزاله عندما يكون مرتبطا بالحالات الخاصة التي يحكمها، هو عموما مصدر للمناورة على الأقل للخيارات الملموسة".

في الحقيقة فإن كل واقع أو ظاهرة مادية يعود بشكل نهائي إلى النص، الشيء الذي يؤدي إلى إعادة الواقع،

وبالتالي ليس النص القانوني الذي سيفسر بل النص الواقعي *énoncé factuel* تفسير سلوك إرادي أو غير إرادي، تفسير واقع، غياب واقع،⁽²⁾ بمعنى النص الذي يصف الواقع، الشيء الذي يؤدي إلى تفسيرات عدة.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو مدى تمتع القاضي بالسلطة التقديرية في مجال التفسير؟ الواقع أن اختيار القاضي في كلتا الحالتين لن يكون حراً بل يتطلب تبريراً، فمن جانبه، فإن البحث عن التفسير الصحيح غالباً ما يؤدي إلى "حرية القرار" ولا يمكن أن يستند تفضيل حل معين إلى معايير متوافق عليها، فالاختيار لا يمكن أن يكون نهائياً إلا وفقاً للمفهوم المثالي والشخصي للقاضي للملاءمة، أما فيما يخص الحكم التقديري الحقيقي، فإنه يسترشد أيضاً بالاهتمام باتخاذ الخيار الصحيح (بين عدة احتمالات).⁽³⁾ وعليه فإنه يمكن

⁽¹⁾ يتم التمييز بين السلطة التقديرية والتفسير إذا نص القانون على ترقية الموظف الأكثر كفاءة دون وضع معيار محدد

للكفاءة، فإن تحديد الكفاءة سلطة تقديرية لا تفسير، أما عند تحديد العناصر المحددة لحكم القاعدة القانونية، فإن المطلوب

⁽²⁾ TERRE (François): **Introduction générale au droit**, 3^{ème} Edition, Paris, Dalloz, 1996 ; p.415.

⁽³⁾ SIGNAT (Carine): **op.cit**, p. 129.

القول إن معيار التمييز بين سلطة التفسير والسلطة التقديرية، إنما يكمن في تحديد الغاية من أعمال السلطة. فإن كانت غاية القاضي من نشاطه هي فهم النص وإزالة ما يعتريه من غموض تمهيدا لترتيب حكمه على الواقع، فإنه يكون هناك تفسير، بينما تكون هناك سلطة تقديرية إذا كانت غاية القاضي إيجاد الحل العادل والملائم للوقائع المطروحة، في ظل عدم وجود حل محدد أو عدم وجود حل لها في النصوص.⁽¹⁾

ثانيا: التكييف القانوني وعلاقته بالواقع

يرى بعض الفقهاء أن الاستدلال القضائي ينطوي على ثلاث خطوات متتالية أو متسلسلة، وهي: معاينة الصحة المادية للوقائع، وتقدير الوقائع، واختيار التكييف القانوني ذي الصلة.⁽²⁾ وعليه فإن العمل على المحل المراد تكييفه يغطي عمليتين لا يجب الخلط بينهما: المعاينة المادية للموضوع المراد تكييفه (1) وتقدير هذا الموضوع (2) والبحث في مظاهر التمييز بينهما (3)

1- العلاقة القاعدية بين التكييف والمعاينة المادية للوقائع

ماذا يقصد بالمعاينة المادية للموضوع المراد تكييفه؟ هذه الفكرة موجودة في فكرة الخطأ المادي، وعادة ما يستعملها مجلس الدولة الفرنسي في قراراته كقاضي تجاوز السلطة.⁽³⁾ وهي تتوافق مع أبسط فكرة؛ والتي تخص الموضوع الذي تمت معاينته خارج أية اعتبارات قانونية.

والمعاينة المادية هي عملية تمهيدية بهدف إصدار حكم تقريري، بمعنى الحكم على وجود العناصر المشكلة للموضوع،⁽⁴⁾ ويعود الحق بإصدار هذا الحكم لكل فاعل قانوني

(1) عبد الله خليل حسين الفرا: سلطة القاضي التقديرية (في ظل قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني)، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، إشراف أحمد السيد صاوي، سنة 2008، ص 74-75.

(2) MANDIN (Maël): *op.cit*, p. 312.

(3) ويقصد هنا مجلس الدولة عندما يحكم كأول وآخر درجة أو عند الاستئناف بمعنى قاضي الموضوع، وليس كقاضي نقض.

(4) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): *op.cit*, p. 165: « La constatation matérielle des faits est une opération consistant à effectuer un jugement de réalité, c'est-à-dire un jugement sur l'existence des éléments constitutifs de l'objet de tout acteur du droit qui se livre au raisonnement juridique (...) est en mesure d'émettre »

والذي يلجأ إلى الاستدلال القانوني، سواء كان قاضي أو محامي طرف في الخصومة أو مقرر عمومي أو خاص، فلكي يقوم بإعماله يكفي أن يكون على علم بالسياق الواقعي الذي تطرح في إطاره مسألة التكييف، وليس البحث عن سياقها القانوني. بمعنى أنه لا يؤخذ أي اعتبار قانوني بالمعنى الدقيق ولا دخل للقانون في تحصيل الواقع بحد ذاته. (1) وباختصار، يمكن أن يقوم به أي شخص ليست له أي فكرة أو علم بالقاعدة القانونية.

وجميع هذه العبارات "تحديد الوقائع" ؛ "صحة الوقائع" ؛ "معاينة الوقائع" على اختلافها تشير إلى نفس العملية الذهنية للمعاينة المادية للموضوع الذي يتعين تكييفه، فهي تخص وجود الواقع بكل بساطة. والمبدأ أن المدعي ومحاميه فقط من يقومون بتحديد الوقائع، وعلاوة على ذلك فإن الوضعية الخاصة للقاضي الإداري تقوده إلى تحديدها في إطار عملية التحقيق، ومن ناحية أخرى، فان قاضي الموضوع هو الذي يتحقق فيما إذا كان قرار الإدارة لا يستند إلى عناصر غير صحيحة مادياً.

أما بالنسبة لقاضي النقض، يقوم بالتحقق فيما إذا كان قضاة الموضوع وبناء على الأوراق المشكلة لملف القضية، لم يقوموا بالتكييف القانوني للموضوع في ضوء اعتبارات غير صحيحة من الناحية المادية، وبالتالي يقوم هو بالتحقق ليس من الصحة المادية للوقائع ولكن الصحة المادية للموضوع المراد تكييفه (قرار مجلس الدولة الفرنسي في قرار Moineau في سنة 1945). (2)

وبناء على ذلك ؛ فان فكرة الصحة المادية تقوم على فكرة الرقابة، فالقاضي أو أية هيئة رقابة أخرى ممن يتحققون فيما إذا كان الموضوع المراد تكييفه كما حددته الضحية أو رجل الإدارة الذي اتخذ القرار هو الصحيح. فعلى سبيل المثال، يجب على السلطة الإدارية التي تبت في طلب المتعامل معها أن تتحقق على الأقل في بعض الحالات، من أن هذا الشخص الذي يطلب بطاقة الهوية ويدعي انه يحمل الجنسية الجزائرية مثلاً أن يثبت بالوثائق الصحيحة أنه يملكها.

(1) أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، القسم 01، ط 4، مصر، منشأة المعارف للنشر، دون سنة طبع، ص 291.

(2) M. LONG et Autres: **op.cit**, p328: (CE, 2 février 1945, Moineau) ; « l'erreur matérielle doit exclusivement ressortir des pièces du dossier ; elle ne peut être décelée par de nouvelles investigations du juge de cassation »

وعلى العكس من ذلك، وفي حالات أخرى ليس مطلوباً التحقق من صحة الوقائع التي يدعيها مقدم الطلب، ولكن فقط العلم بوجود نتائج لبلاغ غير صحيح. بعد ذلك فقط وإذا لم تكن هناك صحة مادية، فإن الموضوع الذي يتعين تكييفه يتم اعتباره ثابتاً أي أنه موجود، حتى لو كانت هذه المعايير تحتوي على عناصر لا تسمح بإجراء تكييف قانوني. وبالتالي فإن فكرتي "الوجود المادي للوقائع" أو "عدم الصحة المادية للوقائع" هما تعبيران عن الرقابة على عملية المعاينة المادية للموضوع المراد تكييفه، هذا ما أعلنه مجلس الدولة الفرنسي عند توسيع رقابته كقاضي نقض على "الوقائع".⁽¹⁾

إلا أن هذه التوضيحات المقدمة وتتنوع المصطلحات المستخدمة، لا يجب أن تحجب حقيقة أن نفس العملية الذهنية تمارس فعلاً، والتي تهدف في نهاية الأمر إلى المعاينة المادية للموضوع الذي يتعين تكييفه. فهي عملية لها نتيجة ثابتة يحتفظ بها ككتاب. وبالتالي، من الممكن تعريف المعاينة المادية للوقائع على أنها: "عملية إجراء حكم تقريبي والذي عاين الوجود المادي للموضوع المراد تكييفه، وتم الاحتفاظ به ككتاب".⁽²⁾

ويظهر التمييز بين التكييف القانوني والمعاينة المادية للموضوع المراد تكييفه في أغلبية قرارات مجلس الدولة الفرنسي كقاضي نقض، الشيء الذي سمح للأستاذ شابي بالاعتراف بأن: "تقدير الوقائع يقع في الوسط بين عملية المعاينة المادية للوقائع وتكييفها القانوني"⁽³⁾

والتمييز بين تقدير الموضوع الذي يتعين تكييفه وبين التكييف القانوني بالمعنى الدقيق، ظهر سنة 1956 في قرار Thibault⁽⁴⁾، ويخص جريدة "المستقبل" حيث استخلص مفوض الحكومة بخصوص التكييف القانوني مخاطباً قضاة مجلس الدولة الفرنسي بأنه: "إذا كان مطلوب منكم اعتبار وصف الموضوع ومحتوى جريدة "المستقبل" المعطى لكم من قبل

⁽¹⁾ CE, 22 Février 1889, Commune de Mont-Dore: « en ce qui touche la matérialité des faits, leur exactitude, les constatations faites par la Cour (des comptes) ne peuvent être discutées devant vous ». il tient pour acquis que les questions d'exactitude des faits tiennent à une opération effectuée par un contrôleur (en l'occurrence le Conseil d'état) et que les constatations peuvent être le résultat de l'examen de l'exactitude des faits (en l'occurrence par la Cour des comptes)

⁽²⁾ VAUTROT-SCHWARZ(Charles): **op.cit**, p. 165.

⁽³⁾ CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, **op.cit**, p. 952: « L'appréciation des faits est à mi-chemin entre l'opération de constatation des faits et celle de leur qualification juridique »

⁽⁴⁾ CE, 5 décembre 1956, Thibault

المدعي على أنه وصفا صحيحا، فإننا لا نعتقد الشيء نفسه بالنسبة للأثر الذي يستمد منه، عندما يقول انه لا يمكن اعتبار الجريدة على أنها "إباحية" أو "فاضحة" وبالتالي "خطيرة على الشباب"، فالأمر هنا لا يتعلق بمعاينة واقع بحت، إنه تقدير، هو تكييف قانوني لواقع فيما إذا كان يندرج ضمن نطاق قانون 1949".

فهذا المثال يبين التمييز بين المعاينة المادية للموضوع الذي يتعين تكييفه والتكييف القانوني هو موجود حقيقة. بينما التمييز بين التقدير والتكييف هو الأكثر صعوبة، وعليه يتعين البحث في عملية التقدير والتي تعتبر أساس عمل القاضي عند أعمال سلطته التقديرية.

2- التكييف القانوني وعلاقته بالتقدير

يرى الفقيه CHAPUS أن تقدير الوقائع غير قابل للتعريف،⁽¹⁾ فعملية تقدير الموضوع الذي يتعين تكييفه هي بدون شك عملية إصدار حكم تقييمي،⁽²⁾ ورغم ذلك فهي تتميز عن التكييف القانوني، فالقاضي بعد تفسير الكتابات الواردة في عريضة الدعوى وقبل عملية التكييف يتوجب عليه تقديرها أي "إصدار حكم تقييمي" عليها واختيار العناصر ذات الصلة بموضوع النزاع أي العناصر المنتجة للقضية، فالتقدير يترك سلطة تقديرية كبيرة للقاضي.⁽³⁾

بينما عرف VAUTROT-SCHWARZ تقدير الوقائع على أنه: "عملية تهدف إلى إصدار حكم تقييمي على جميع الوقائع التي تعتبر ثابتة وتسمح باختيار عناصر الوقائع التي تعتبر أساسية لتحضير الوقائع حتى تتلقى التكييف الذي يتوافق معها وليس الذي يناسبها".⁽⁴⁾

وعليه فإن التقدير يقود إلى التكييف القانوني، ولكنه يختلف عنه لأنه يثير اعتبارات ذات طبيعة مختلفة، فمثلا من أجل تحديد فيما إذا كانت الساحة التي تشكل "معلم أثري"

(1) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, op.cit, p 952

(2) DEFOORT (Benjamin): op.cit, p.247 / VAUTROT-SCHWARZ (Charles): op.cit, p.163

(3) MEURANT (Cédric): **L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français**, Thèse de Doctorat en Droit public, Université Jean Moulin (Lyon 3), soutenue le 19/10/2017, 2017. p. 401. Disponible sur: <http://www.theses.fr/2017LYSE3026> . « L'appréciation laisse une marge discrétionnaire non négligeable au juge-interprète »

(4) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): op.cit, p.169. « L'opération d'appréciation consistant à émettre un jugement de valeur sur l'ensemble des éléments de fait tenus pour constants et permettant de sélectionner les éléments de faits tenus pour pertinents qui vient préparer le fait constaté pour qu'il puisse recevoir la qualification qui lui convient, non qui lui va »

بالمعنى المقصود في المادة 118 من القانون المؤرخ 31 جويلية 1911، فإن التكييف القانوني الذي يسمح للإدارة برفض إصدار رخصة بناء، تقوم السلطة الإدارية المختصة أولاً بتقدير هذا المكان على أنه مثلاً "خارق" أو "جميل" أو "تاريخي" أو غير ذلك.⁽¹⁾

ويظهر التمييز بين تقدير الموضوع الذي يتعين تكييفه وبين التكييف القانوني بالمعنى الدقيق في قرار Thibault والذي سبقت الإشارة إليه، فالقول بأن محتوى الجريدة "الإباحية" و"الخليعة" هو تقدير؛ والقول أن الجريدة "خطيرة على الشباب" هو تكييف قانوني يسمح بحظرها. وبالتالي، فإن تقدير الموضوع الذي يتعين تكييفه يندرج بين التكييف القانوني والمعينة المادية للموضوع المراد تكييفه.⁽²⁾

3- مساهمة الخبير في تقدير الوقائع

للقيام بعملية التقدير يتقاسم الخبير مع القاضي الإداري هذا الدور، فالخبرة هي إجراء تحقيقي يقرره القاضي، وتعرف الخبرة على أنها⁽³⁾: "إجراء تحقيقي يسمح بتكليف فرد أو أكثر، يتم اختيارهم بسبب مهاراتهم، باللجوء إلى معاینات وفحوصات على الوقائع في إطار مهمة يحددها القاضي نفسه"، فالخبير هو المستشار التقني للقاضي، حيث يتيح هذا الإجراء للقاضي الحصول على معرفة علمية، وبمعنى آخر فإن الخبير يشير على القاضي، وهذا الأخير يحكم على ضوء هذه الاستشارة.

وحسب الأستاذين AUBY و DRAGO فإن التمييز بين تقدير الواقع وتكييفه القانوني يعتبر مفتاح لترتيبهما حيث يتضح من طبيعة الخبرة الفنية ذاتها أنها لا يمكن أن تخص إلا المسائل الواقعية، مع استبعاد أي تكييف قانوني لهذه الوقائع والآثار القانونية التي يجب أن تستخلص منها.⁽⁴⁾

وعليه استقر القضاء على أن الخبرة هي عمل على الواقع وليست تكييف قانوني للواقع، فمثلاً ليس للخبير القول فيما إذا كان السكن "مشغول أم لا" بمعنى قانون التسخيرات

(1) DEFOORT (Benjamin): *op.cit*, p.247.

(2) CHAPUS (René): *Droit du contentieux administratif*, *op.cit*, p.952 / VAUTROT-SCHWARZ (Charles): *op.cit*, p.169

(3) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, tome 2 ; p.20

(4) *Ibid*, p.23 « il ressort de la nature même de l'expertise qu'elle ne peut porter que sur des questions de fait à l'exclusion de toute qualification juridique de ces faits et des conséquences juridiques qu'on doit tirer »

(تكييف قانوني)، لأن الخبير لا يمكن له إلا وصف الظروف المادية التي في ضوءها تم استعمال هذا السكن (معاينة وتقدير المحل الذي سيتم تكيفه).

والخبير مسؤول في نهاية الأمر عن تزويد القاضي بالعناصر التي ستمكنه من تحديد التكييف القانوني المناسب للموضوع المعني، عن طريق فحص وتوير الموضوع بمعرفته من خلال التقديرات التي يستطيع القيام بها. وفي جميع هذه الحالات، لا يبت الخبير في التكييفات القانونية؛ وأكثر من ذلك، فإنه يضع القاضي في وضع يسمح له بالقيام بذلك عن طريق تقدير الشيء الذي يتعين تكيفه، وذلك باللجوء إلى تقدير الخبير، وللقاضي كل الحرية باستبعاد تقدير معين والتمسك بآخر.

وقد يحصل خطأ أن يدمج الخبير عملية التقدير بالتكييف، إلا أن القاضي لن يكون ملزماً بذلك؛ والخبير ليس هو القاضي؛ بل هو خبير للقاضي. ورغم أن الفارق هو بالتأكيد ضيق، إلا أنه موجود، والصعوبة لا تكمن في معرفة ما إذا كان الخبير يستطيع التكييف أم لا، ولكن فيما إذا كان التقدير الذي يقوم به هو من يحدد التكييف الذي سيعطى للموضوع.

وبالتالي يتم الانتقال إلى التمييز بين العمليات التي يجريها الخبير وتحليل تقاريرها، وقبل كل شيء، قدرة القاضي على الحكم على نوعية التقديرات التي يجريها الخبير، وبالتالي فإن التكييف القانوني والتقدير عمليتان مكملتان لبعضهما البعض، فالقاضي بحق لا يستطيع أن يباشر التكييف القانوني قبل أن يتم عملية التقدير لعناصر النزاع المطروح عليه.⁽¹⁾

وعليه فإن خاصيتي: الحرية المتروكة للقاضي من طرف المشرع، والمتمثلة في السلطة التقديرية (عملية التقدير) حيث لم يخضع النشاط الإداري إلا لشروط الواقع غير المحددة، فالقاضي يقدر إذن فيما إذا كان يستطيع أن يحل تقديره محل تقدير الإدارة، وكذا سلطة التفسير (تفسير الأفكار القانونية غير المحددة المتضمنة في الفئات القانونية)،⁽²⁾ هي عمليتين قانونيتين متميزتين، ففي الحالة الأولى فإن القاعدة ترخص للقاضي القيام باختيار بين اثنين (أو أكثر) من التقديرات، تعتبر كلها (الاثنتين) صحيحة ومتكافئة قانونياً، بينما في الحالة الثانية، وعلى العكس من ذلك، فإن العديد من الحلول ممكنة نظرياً، ولكن حل واحد

(1) أحمد محمود سعيد: المرجع السابق، ص 351.

(2) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit.*, Tome 2, p.402.

فقط ممكن من الناحية القانونية، وبالتالي فإن المشرع، ورغم أنه لم يعرف الفكرة، إلا أن لها تمثيل واحد قانوناً.⁽¹⁾

من خلال ما تقدم يتبين أنه من الصعوبة تبني مفهوم خاص بالتقدير على أنه سلطة، وفهم وتقدير وقائع النزاع يجد امتداده في عملية التكييف، وهذه العملية تعتبر في قلب وظيفة القاضي، فهي تسمح بإدراج واقعة في فكرة قانونية حتى يتم تطبيق النظام القانوني عليها، فهي مرحلة أساسية في أعمال القانون.

وبقدر ما يكون التفسير أو التقدير، فإن استخلاص الآثار المترتبة على التكييف القانوني ليس هو التكييف كما سنتناول ذلك في النقطة الموالية.

الفرع الثاني: العلاقة القاعدية العملية

للتوضيح أكثر يتعين التعرض بالتفصيل لكيفية تطبيق التكييف القانوني، وإبراز السلطة التقديرية للقاضي في هذه المرحلة، فالقاضي لا ينزل حكم القانون على الواقع بصفة فجائية بل يتعين عليه إجراء العملية على مرحلتين: مرحلة أولى وتسمى بمرحلة التكييف الأولي، وفيها يتمتع القاضي بحرية كبيرة في تقدير الوقائع واختيار القاعدة القانونية التي تنطبق على وقائع القضية (أولاً) ثم بعد ذلك ينتقل إلى المرحلة النهائية وهي استخلاص الآثار القانونية للنص الواجب التطبيق (ثانياً).

أولاً: فكرة التكييف الأولي

يرى الفقهاء الذين يتبنون وجهة نظر ثابتة حول الاستدلال القضائي أن التقدير هو تكييف أولي.⁽²⁾ في الواقع، فإنه لا يمكن إعمال التكييف القانوني دون تكييف أولي، أي بدون تفسير للفئات القانونية وتقدير الموضوع الذي يتعين تكييفه⁽³⁾ حيث يقصد بـ: "التكييف الأولي" عزل، - الفئات القانونية التي يرجح أن تتلقى المعطيات في ضوء المعرفة الموجزة والجزئية لهذه المعطيات.⁽⁴⁾

(1) SIGNAT (Carine): **op.cit**, p.80

(2) MANDIN (Maël): **op.cit**, p. 368.

(3) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op.cit**, p. 364

(4) Ibid, p. 364 « préqualifier, c'est, au vue d'une connaissance forcément sommaire et partielle de la donnée, les catégories juridiques susceptibles de recevoir celle-ci »

وعليه فإن أول مرحلة للتكييف هي: "مرحلة تتعلق بفهم القاعدة القانونية، سواء ما يخص مجموع العناصر التي تخيلها المشرع وصاغها في مفترض تلك القاعدة، أو الأثر الوارد بها".⁽¹⁾ فإذا ما طرح النزاع على القاضي، وبناء على فحص تمهيدي لوقائع النزاع المطروح، فإنه يتساءل، -بصفة ابتدائية- عن القاعدة الواجبة الأعمال في هذا المجال، فإذا اهتدى إلى القاعدة التي يرى أنها محتملة التطبيق أي أنه يجري مقارنة بين الواقع ومفترض القاعدة القانونية⁽²⁾، أي أننا مازلنا في دائرة الواقعة البحثية، غير الموصوفة بأي وصف قانوني ففي هذه المرحلة يقوم القاضي بنشاط ذهني هدفه التقريب بين الواقع المطروح وقاعدة قانونية يرى إمكانية احتوائها على هذا الواقع المطروح عن طريق مطابقة هذا الواقع والمفترض الوارد بها. أي أن عمل القاضي في هذه المرحلة أقرب بالعودة بالقاعدة القانونية إلى أصلها الطبيعي كواقع.⁽³⁾

وفي ضوء هذا الفهم نستطيع القول أن القاضي قد انتهى في المرحلة الأولى من نشاطه الذهني بتكييف أولي، أو بالأحرى عدة تكييفات أولية لتصفية القواعد القانونية التي تتسابق في أولويتها للمطابقة بين إحداها والواقع المطروح. ويمكن القول بصدد مرحلة التكييف الأولي، أن تطبيق القاعدة القانونية يكون في النهاية، مرتبط بعاملين أولهما يتمثل في فهم الواقع المطروح، والثاني يتمثل في فهم القاعدة القانونية.⁽⁴⁾

وفي هذا الفرض لازلنا في دائرة الواقعة البحثية، تلك الواقعة التي لم يتوصل القاضي بعد لمطابقتها مع مفترض القاعدة القانونية - في ذاتها- وذلك بتصنيفها حتى يتضح الموضوع الذي تتناوله، فالقاعدة القانونية لها مفترض لا ينفك عنها، ولها حكم قانوني مترتب على هذا المفترض لا ينخلع عنه، وعلى ذلك ففي داخل هيكل القاعدة القانونية تم تصوير المفترض على قدر الأثر أو الحكم القانوني والعكس بالعكس.

(1) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 353.

(2) نبيل عمر إسماعيل: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 100.

(3) نبيل عمر إسماعيل: النظرية العامة للنقض في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 144/ أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 353.

(4) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 354.

فالقاعدة القانونية: حسب ما يراه بعض الفقه الفرنسي هي مجموعة عناصر واقعية منظمة بواسطة المشرع وتستعمل كغطاء للوقائع التي تثيرها الحياة القانونية ويسمى هذا الجانب من الفقه⁽¹⁾ وبالتالي فهذا الشمول للقاعدة القانونية التي سنها المشرع على اعتبار أنها تهيمن على الواقع وتحكمه حيث صاغ المشرع مجموعة من الوقائع ورتب عليها اثرا قانونيا. (أي أنها تغطي على مجموعة من الوقائع). إلا أن القاعدة القانونية وبمجرد صدورها من المشرع تتخلع عن الواقع الذي تم تشييدها منه وتسمو إلى ارتفاع خاص بها، فهي بمجرد صدورها تكتسب صفات خاصة وهي العموم والتجريد والإلزام يجعلها فوق الواقع رغم أنها منه وتظل صالحة نظرا لتجربتها لحكم أي واقع يتطابق مع مفترضها.⁽²⁾

ومهمة القاضي - في هذه المرحلة- تتحصر في إجراء نشاط ذهني مضمونه فهم الواقع المجرد في القاعدة القانونية والأثر المترتب عليه، وذلك من خلال تقديره المبدئي لمعطيات النزاع المطروح عليه والذي يقود من أول وهلة إلى هذه القاعدة القانونية دون سواها من القواعد.

والتكييف الأولي، المعرف على هذا النحو يعتبر شرطا ضروريا لإجراء التكييف القانوني؛ وإسقاط معنى الفئات القانونية والموضوع المراد تكييفه، وهو أيضا يشكل عنصرا أساسيا لأي تكييف بمعنى الكلمة.⁽³⁾ ومنطقيا لا يمكن أن يكون هناك تكييف قانوني دون تكييف أولي. وبالتالي فإن رجل القانون، لكي يقوم بعملية التكييف يجد نفسه في حاجة لأن يعزل الفئات القانونية المشكلة للنظام القانوني، هذه الفئات القانونية التي يعتقد أنه يستطيع أن يدخل ضمنها الموضوع المراد تكييفه.

ونادرا ما يعزل بالتكييف الأولي فئة قانونية واحدة عندما يتعلق الأمر بالقضايا الصعبة. والمعطيات التي يتعين تكييفها معروفة بشكل موجز، حيث يتم مواجهتها تقريبا بالنظام القانوني برمته، الذي تدرج فيه هذه المعطيات. والتكييف الأولي في الحقيقة يؤدي إلى عزل العديد من الفئات يحتمل أن تكون كمستقبلات. ويتعلق الأمر باختيار الفئات

(1) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 355.

(2) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): *op.cit*, p. 364

(3) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 356

القانونية التي تتوافق مع المعطيات المراد تكييفها ؛ وليس الفئة القانونية المقابلة ؛ بل الفئات القانونية التي تبدو أنها قادرة على التطابق، الفئات القانونية المحتملة.⁽¹⁾

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو كم عدد التكييفات الذي يمكن عزلها؟ في الحقيقة فإن ذلك يعتمد على درجة تعقيد المعطيات المراد تكييفها. بشكل عام، وبسبب الطبيعة الثنائية للفئات القانونية في القانون الإداري، فإن المكيف سيقوم بعزل فئتين على الأقل؛ فمثلا يمكن أن يكون نشاط "الضبط" أو "المرفق العمومي" ؛ وهنا أيضا قد يكون المرفق العمومي ذو طابع "إداري" أو "صناعي وتجاري" ؛ بينما قد يكون هيئة "مؤسسة عمومية" أو "مؤسسة ذات منفعة عمومية"⁽²⁾

في بعض الأحيان يختار المكيف فئتين محتملتين، لكن ليس هناك أي علاقة ارتباط مسبق بينهما. وعليه، وبناء على ما سبق فإن التكييف هو عملية مركبة معرفية إرادية: معرفية من خلال تحديد التكييفات القانونية الممكنة فهو عمل معرفي، وعملية إرادية من خلال اختيار تكييف قانوني بين عدة تكييفات ممكنة فهو عمل إرادي⁽³⁾ رغم أن جانب المعرفة هو أقل من الجانب الإرادي.⁽⁴⁾

ونفس الشيء بالنسبة للموضوع المراد تكييفه حيث يتعين تقديره بعد التأكد من وجوده المادي، وبالتالي فإن التكييف القانوني يتدخل فقط لفتح إمكانية استخلاص الآثار القانونية للتكييف القانوني، بمعنى تطبيق النظام القانوني أو أثر القانون المرتبط بالفئة،⁽⁵⁾ وهو ما سيتم تناوله في النقطة الموالية.

ثانيا: التكييف النهائي

إن مسألة السلطة التقديرية ليست مسألة حرية التكييف، حيث يجد التمييز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد مكان تدخله في عملية استخلاص آثار التكييف القانوني،

(1) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op.cit**, p, 364

(2) Ibid, p. 365

(3) DEFOORT (Benjamin): **op.cit**, p.247 « la qualification juridique résulte d'une « combinaison entre acte de connaissance et acte de volonté ».

(4) Ibid, p. 247.

(5) أمين مصطفى محمد: المرجع السابق، ص 36.

وليس في التكييف القانوني.⁽¹⁾ فالسلطة التقديرية ليست مفهوما شاملا ينطبق على أي سلطة اتخاذ القرار، دون الحاجة إلى التمييز عند أي نقطة من الاستدلال القانوني تحدث، ولا تتدخل حقيقة إلا في مرحلة التكييف النهائي وهي مرحلة استخلاص الآثار القانونية لأنه إذا كان المكيف مقيدا بالفئة القانونية، فإنه حر في إدراج أو عدم إدراج الموضوع الذي ينبغي أن يكون مكيفا فيها.⁽²⁾

والتمييز بين التكييف القانوني واستخلاص الآثار القانونية الناجمة عنه، هو أكثر وضوحا من حيث المبدأ من الحالتين السابقتين (التفسير والتقدير)، على الرغم من إخفاء ذلك إلى حد كبير من طرف الفقه⁽³⁾. وقد كتب الفقيه مارسيل فالين عن هذه المرحلة: "بعد التكييف القانوني للوقائع يأتي تقدير آثار هذه الوقائع"⁽⁴⁾. فمن الضروري حقا التمييز بين عملية التكييف القانوني واستخلاص آثار التكييفات القانونية. فإذا كان أحدهما يعتمد على الآخر إلا أن لا تطابق بينهما.

إن القاعدة القانونية الأكثر دقة لا يمكن أن تنتج أثارها بذاتها فهي تحتاج إلى دعم من القاضي والذي يضمن تكريسها الفعلي، واستخلاص آثار التكييف القانوني هو عملية تستند إلى نتيجة عملية التكييف القانوني، أي قرار التكييف. وبالتالي فهو يليه ولا يخص نفس المحل؛ بينما التكييف القانوني هو إدخال موضوع في فئة قانونية من أجل تحديد النظام القانوني أو الأثر القانوني المنطبق عليه، وعليه فإن استخلاص الآثار القانونية هو "العملية التي يقصد بها تطبيق نفس النظام القانوني أو الأثر القانوني المرتبط بالفئة القانونية التي يحددها التكييف القانوني". وخلافا للعمليات الأخرى المتعلقة بالاستدلال القانوني، فإنها غالبا ما تكون آلية من حيث أن الفاعل القانوني ملزم بتطبيق حكم القانون على النحو الذي يحدده التكييف القانوني الذي تم اختياره.

⁽¹⁾ VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op.cit**, p.231: « La question du pouvoir discrétionnaire n'est pas celle de la liberté de qualification. La distinction entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée trouve son lieu d'intervention dans l'opération de déduction des conséquences de la qualification juridique, et non dans la qualification juridique ».

⁽²⁾ Ibid, p.345 « Le pouvoir discrétionnaire n'est pas un concept global qui viserait tout pouvoir de décision, sans qu'il soit nécessaire de distinguer à quel moment du raisonnement juridique il intervient. Il n'intervient au vrai que dans la déduction des conséquences légales car, si le qualificateur est liée par la catégorie juridique, il est libre de faire entrer ou non l'objet à qualifier dans celle-ci »

⁽³⁾ Ibid, pp. 218 et s.

⁽⁴⁾ WALINE (Marcel): **Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel**, RDP 1930, p. 216-217

وعليه، وفي إطار التراخيص العمرانية، تنص المادة 421-3 من قانون العمران الفرنسي على أنه "لا يمكن منح رخصة البناء إلا إذا كانت المباني المقترحة تمثل للأحكام التشريعية والتنظيمية" ؛ إذا كان البناء المقترح "غير متوافق" مع التنظيمات، فإن قرار الرفض يتبع تلقائياً، ولا يمكن اتخاذ أي قرار آخر، وبالتالي لا يوجد مجال للمناورة.

ولكن في بعض الأحيان، يتم التحكم في الحل "من حيث المبدأ ولكن ليس في طرائقه"⁽¹⁾. وفي هذه الحالة: "ينطوي استخلاص الآثار القانونية، الذي يأتي بعد عملية تكييف الوقائع، على تقديرات عديدة للوقائع، مثل مقدار العقوبة، أو مقدار الأضرار - الفوائد التي ستمنح لإصلاح الضرر". وبالتالي، وبالعودة إلى مثال إصدار رخصة البناء، في حالة "تطابق" البناء المقترح مع الشروط التشريعية والتنظيمية، فإن السلطة الإدارية لديها خيار فيما يخص مضمون القرار ؛ واستخلاص الآثار القانونية ليس عملية آلية.

من خلال هذا التحليل تبين وجود تقدير في استخلاص آثار التكييف القانوني، والتقدير يمكن أن يكون "بعد التكييف القانوني للوقائع"⁽²⁾ وفحص الخطأ الظاهر في التقدير كما ينعكس في الاجتهادات القضائية هو عامل مساعد كبير هنا. حيث يمكن القول في تحليله أن رقابة الخطأ الظاهر تتعلق إما بالتكليفات القانونية أو بمدى ملاءمة الإجراء الذي يتعين اتخاذه نتيجة لهذا التكييف القانوني. وفي الواقع، فإن قاضي تجاوز السلطة يستخدم أداة الخطأ الظاهر للمعاقبة على خطأ فادح يخص التكييف القانوني للموضوع المراد تكيفه الذي قامت به الإدارة بدلا من معاقبة الخطأ الفادح في استخلاص آثار التكييف المعطى لهذا المحل الذي يتعين تكيفه.⁽³⁾

وكمثال التكييف القانوني لسلوك الموظف بأنه "خطأ" في القضاء التأديبي. فإن إهانة عون عمومي لمسؤوله الأعلى في التسلسل الهرمي: تعتبر واقعة. ثم بعد ذلك يطرح هذا التساؤل هل تشكل إهانة الرئيس الأعلى "خطأ تأديبيا"؟ ففي هذا المستوى الذي تتم فيه عملية التكييف القانوني. ومن ناحية أخرى، فإن تحديد العقوبة المناسبة للخطأ الذي ارتكب على هذا النحو من بين العقوبات المحتملة هو جزء من استخلاص الآثار المترتبة على التكييف

(1) BORE (Jacques).: *La cassation en matière civile*, Paris, Editions Dalloz, 2004, p. 339

(2) CHAPUS (René): *Droit du contentieux administratif, op.cit*, p.948

(3) *Ibid*, p.630.

القانوني. وهو يتطلب تقديرا لمدى كفاية العقوبة التي تم اختيارها لسلوك العون، وليس تكييفا قانونيا لذلك السلوك. وهناك بالتأكيد علاقة بين العقوبة والخطأ، ولكنها ليست العلاقة القائمة بين الفئة القانونية والمحل: فلا توجد أي فئة قانونية تخص التقدير الذي يقع بعد التكييف القانوني.

وبالتالي هناك تقدير قبل، ولكن أيضا بعد التكييف القانوني،⁽¹⁾ غير أنه في كلتا الحالتين فإن الأمر يتعلق بنفس عملية الاستدلال القانوني، أحدها تقدير الموضوع المراد تكييفه، والآخر هو استخلاص الآثار المترتبة على التكييف القانوني المستمد من تقدير المحل الذي يتعين تكييفه.⁽²⁾

وهناك أمثلة أخرى، خارج المنازعات القائمة على الخطأ الظاهر: فالقول بان القرار الإداري هو تدبير "الضبط الإداري" هو عملية تكييف قانوني. والقول بعد ذلك أن هذا التكييف مسبب بالتعدي على "النظام العام" هو أيضا عملية تكييف قانوني تفتح لسلطة الضبط إمكانية اتخاذ إجراء ضبط إداري. وفي الأخير فإن القول بأنه يتعين اتخاذ مثل هذا التدبير لأنه يتكيف مع الظروف لا يقوم على التكييف القانوني وإنما على استخلاص الآثار القانونية ويتطلب تقديرا للواقع من حيث التناسب مع التدبير المتخذ. ومن المؤكد أن هذه العملية الأخيرة تستدعي وضع التدابير الممكنة في مواجهة خطورة المساس بالنظام العام، ولكنها مسألة تقدير بحت وليست تكييف قانوني.

فالتكييف إذن يقوم على عملية الاختيار بين عدة فئات قانونية، موجودة مسبقا أو غير موجودة، لإدراج الواقعة التي يتعين تكييفها ضمن الفئة القانونية المرجح قابليتها لاستقبالها ولتحديد النظام القانوني المطبق عليها. وبالتالي خلال عملية الاستدلال القانوني، يتم أعمال التكييف القانوني انطلاقا من نص قانوني ومحل يراد تكييفه لإثارة الالتقاء بينهما، ومع ذلك فإن المواجهة بين المحل الذي يتعين تكييفه ونظام الفئات القانونية التي يشمل التكييف القانوني، هو نظام أوسع منه، حيث يكون النص القانوني في حالة خمول يتعين إدخال الحياة إليه بمعنى تفسيره ليكون له معنى.

(1) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, op.cit, p.948

(2) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op.cit**, p, 175.

وخلاصة ما تقدم يتبين أن التكييف القانوني هو حقا ثمرة إرادة الفاعل في القانون للقيام بإدخال موضوع ما في فئة قانونية فهو يفتح للذي يلجأ إليه هامش من حرية تقدير كبيرة.⁽¹⁾ فالقاضي له سلطة "اتخاذ القرار" بخصوص التفسير الذي يعطيه لنص قانوني، والتكييف القانوني الذي يعطيه للموضوع الذي يتعين تكييفه، وللحل الذي يعطيه للنزاع، ومصدر هذه الحرية هو الإرادة، عكس التوجه التقليدي الذي يعتبر التكييف القانوني عملية فكرية لا تفتح هامش من الحرية للمكيف.⁽²⁾

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تكييف دعوى تجاوز السلطة

عادة ما يذهب التصور التقليدي للعلاقات بين التكييف القانوني والقانون الإداري، إلى دراسة رقابة القاضي الإداري على التكييف القانوني للإدارة، ويعود الفضل في ذلك إلى قراري (Gomel) و (Moineau) كما تمت الإشارة إليه مسبقا. فتقريب العبارتين "التكييف القانوني" و"القانون الإداري" يثير بالنسبة للملاحظ عملية الرقابة التي يقوم بها القاضي الإداري على التكييف القانوني الذي تقوم به الإدارة، سواء بالنسبة لقاضي تجاوز السلطة أو قاضي النقص (على مستوى مجلس الدولة)، رغم أن التكييف القانوني في حقيقته ليس هو الرقابة على التكييف القانوني، بل هو عملية الاستدلال القانوني التي تمارسها جميع الجهات الفاعلة في القانون بما في ذلك القاضي الإداري.

وعليه وللتعمق أكثر في دراسة عملية التكييف سيتم البحث في تكييف القاضي الإداري لدعوى تجاوز السلطة وإبراز مجال السلطة التقديرية فيها (الفرع الأول)، وكذا دراسة الضوابط التي يخضع لها القاضي الإداري عند تكييف هذه الدعوى (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مجال السلطة التقديرية للقاضي الإداري عند تكييف دعوى تجاوز

السلطة

يلجأ القاضي الإداري بصورة منتظمة إلى عملية التكييف القانوني عند النظر في قابلية الطعن المعروف عليه في إطار سلطته القضائية، وباعتبار أن قبول دعوى تجاوز السلطة مرتبط بالقرار الإداري، فإنه يطرح تساؤل فيما إذا كان عمل معين وضعته سلطة إدارية

(1) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): *op.cit*, p, 197

(2) TERRE (François): *Introduction générale au droit* ; 3^{ème} Edition, Paris, Dalloz ; 1996, p. 318.

ينتمي إلى مجموعة "القرارات الإدارية".⁽¹⁾ وبالتالي تبرز أهمية تكييف الدعوى في كونه أول عمل يمارسه القاضي للوصول إلى الحكم، فهو يسبق النظر في الاختصاص بأنواعه، كما يسبق النظر في شروط قبول الدعوى وشكلها وسائر الدفوع، وبالطبع فإنه يسبق النظر في الموضوع.

والقاضي سواء الإداري أو العادي، لا يتقيد بالتكليفات التي يقدمها له الخصوم بل أن وظيفته هي: " ممارسة الصلاحيات التي يحوزها بصفته قاضي والتي يجب أو يجوز له إعمالها - باستقلالية عن الاستنتاجات والوسائل التي توصل إليها الخصوم حسب الاقتضاء - بحيث يكون الحكم في القضايا حسب ما يقتضيه أو يسمح به وضعها القانوني، وفي نهاية الأمر، وفقا للتوصيات المتعلقة ب "حسن سير العدالة".⁽²⁾ ولا يكون ذلك إلا بالقدر الذي تكون فيه هذه التكليفات صحيحة وفقا لتقديره.⁽³⁾

وعليه، ولكي يتحدد فيما إذا كان القاضي الإداري مختصا بنظر الدعوى المطروحة أمامه، فإنه يقوم بعملية بناء في بعض الأحيان، لأن الطابع الجبري أو الإلزامي والإرادة المنفردة هما المحددان لذلك، عندئذ، يتعين على القاضي تكييف الأعمال الإدارية الانفرادية في مختلف الفرضيات. فهو يحكم أولا على أساس اختصاصه حيث يتطلب تكييف العمل على أنه قرار إداري يخضع للقانون الإداري.⁽⁴⁾

وتكييف الدعوى يكتسب أهميته من كونه أساس العمل القضائي الذهني الذي يبني عليه صحة الحكم أو بطلانه، وتكييف الدعوى الإدارية يكتسب أهمية مضاعفة، لأنه يترتب عليه معرفة مدى اتساع سلطة القاضي الإداري من عدمها حسب تكييف الدعوى، أكانت

⁽¹⁾ DEFOORT (Benjamin): **op.cit**, p. 589

⁽²⁾ VAUTROT-SCHWARZ(Charles): **op.cit**, p. 467: « L'exercice par le juge de pouvoirs qu'il tient de sa qualité de juge et qu'il doit ou peut mettre en œuvre-indépendamment, le cas échéant, des conclusions et moyens des parties - de façon que le jugement des affaires soit aménagé comme l'impose ou le permet leur contexte juridique et, en fin de compte, conformément aux recommandations d'une "bonne administration de la justice" »

⁽³⁾ مهما تمسك الخصوم بالمسائل القانونية، فإن ذلك يظل مجرد اقتراح منهم للقاضي، غير ملزم له، وتظل مقترحاتهم في مسائل القانون محض آراء يأخذ بها القاضي إذا كانت سليمة، ويطرحها إذا كانت عكس ذلك. نبيل عمر إسماعيل: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، المرجع السابق، ص 101.

⁽⁴⁾ DEFOORT (Benjamin): **op.cit**, p. 58.

دعوى إلغاء أو كانت من دعاوى القضاء الكامل، وهو ما يترتب آثارا إجرائية وموضوعية شتى. (1)

ولذا، وكما تمت الإشارة إليه فإن التكييف يعد عصب العمل القضائي، فبدونه لن يتمكن القاضي من الحكم في الدعوى وفقا لما قرره القانون، وأهميته تتبع من كونه يجمع بين عنصري الواقع والقانون، ا
تن وقائع

، الدعوى

ومما تقدم، تبين أن لا يبدو صواباً ما ذهب إليه بعض الفقهاء حين اعتبروا السلطة التقديرية مماثلةاً للتقدير نفسه، وأنها هي العمل الذهني الذي يمارسه القاضي، مما يوجد ارتباطاً عضوياً بينها وبين التكييف، وأن القاضي يجمع بينهما، لأنهما ينصبان على وقائع الدعوى وأدلتها، وأنها مكملان لبعضهما، فلا يستطيع القاضي أن يباشر "التكييف" قبل إجراء "التقدير"، فالتقدير والتكييف يرتبطان ببعضهما ارتباط السبب بالنتيجة، فالأول يسبق الثاني، والثاني مترتب على الأول، فسلطة القاضي التقديرية حينما تمارس فإنها ترمي إلى التمهيد لإعمال التكييف القانوني، فلا يجوز للقاضي أن ينزل التكييف بطريقة فجائية، بل لابد من التحضير لها عن طريق نشاطه التقديري في مجال الواقع أولاً.⁽¹⁾

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تكييف الوقائع محل النزاع في بعض الحالات كالنظر في الوقائع المنسوبة إلى الموظف التي دعت الإدارة إلى إصدار قرار فصله تأديبياً فالقاضي يمارس السلطة التقديرية فعلاً ولاسيما إذا رأى أن القرار قد تضمن غلواً في العقوبة.⁽²⁾ وتكييف الدعوى ليس محلاً للسلطة التقديرية في ذاتها، إلا أن القاضي الإداري يملك سلطة تقديرية واسعة في سبيل الوصول إلى التكييف الصحيح للدعوى، فله ممارسة كافة الوسائل التي تعينه على استظهار حقيقة الدعوى وتكييفها وفق المقاصد الحقيقية للخصوم بما في ذلك إلزام المدعي بتحرير طلباته الختامية في الدعوى إذا قدر أن الطلبات لم تكن محررة على نحو كاف.⁽³⁾

وأساس السلطة التقديرية في ممارسة كافة الوسائل المؤدية إلى تكييف الدعوى تكييفاً صحيحاً ما تقرر من أن تكييف الدعوى ينبغي على فهم واقعها وأن القاضي يستنبط حقيقة ما

(1) نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 193-198، ص 93

(2) مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس: 371، مؤرخ في 1999/07/26، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، 2003، الجزء 01، ص 183: جاء في أحد الحثيات أنه من الثابت فقهيًا وقضاءً، أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط، إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبي الخطأ والعقوبة، وهو أمر غير متحقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف.

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 430

وقع بالقرائن والأمارات وتقرير وجود أو عدم وجود الظروف المتعلقة بالروابط القانونية ككون الرابطة عقدية أو وظيفية ونحو ذلك.⁽¹⁾

كما أن منح القاضي السلطة التقديرية الواسعة في اتخاذ الوسائل لاستظهار حقيقة الدعوى وتكييفها، يرجع إلى أن القاضي هو الفيصل في تكييف الدعوى وهو المسؤول عنه وحده وأنه رغم عدم امتلاكه سلطة تقديرية في التكييف ذاته إلا أن له الهيمنة على تكييف الخصوم وتحقيق وسائل التكييف ضروريا للوقوف على القصد الحقيقي وراء إبداء تلك الطلبات واستظهار واقع الحال وملابساته.

الفرع الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تكييف الدعوى

يتقيد القاضي الإداري عند أعمال سلطته التقديرية في الوصول إلى التكييف الصحيح للدعوى بعدد من الضوابط كما تم البحث فيها أعلاه، فهو ملزم بالإرادة الحقيقية للخصوم ومقصدهم الفعلي من إبداء رأيهم، عدم تعديل طلبات الخصوم أو تغييرها، وعدم الاستناد في التكييف على وقائع لم تتضمنها الدعوى المطروحة أمامه. وتلتزم محكمة القانون بالتحقق من مدى مراعاتها من طرف قاضي الموضوع.

ومن بين هذه الضوابط، ضرورة مراعاة القاعدة التي تحظر على القاضي تغيير سبب الدعوى، حيث يدور التكييف ويرتبط مع سبب الدعوى ومن ثم فإن كانت الدعوى مؤسسة على سبب معين انصب التكييف القانوني عليه²، والذي يتمثل في: "الواقعة التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب"⁽³⁾ وإذا كان التكييف الصحيح للدعوى يدور وجودا وعدما مع سببها فإن قيام القاضي بتغيير هذا السبب يعد تكييفا خاطئا لأنه لا يملك تغيير السبب إذ أن التغيير منوط بالخصم.⁴

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 431

(2) محمد محمود إبراهيم: المرجع السابق، ص 469.

(3) عبد الحكم فودة: الخصومة الإدارية (أحكام دعوى الإلغاء والصيغ النموذجية لهل)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996، ص 469.

(4) المرجع نفسه، ص 469.

ولا شك أن الاتجاه الذي أخذ به القضاء من عدم تضيق مفهوم سبب الدعوى، مع التفرقة بينه وبين الأدلة والحجج القانونية، هو ما يتعين الأخذ به من قبل القاضي الإداري من باب أولى، باعتبار أن الاتجاه الآخر يشل سلطته في الفصل في الدعوى وفقاً لصحيح أحكام القانون، ووفقاً لتكييفها السليم، وهو ما يتعارض مع مهمته الأساسية في تطبيق مبدأ المشروعية، طالما اتجهت إرادة الخصوم لطلب الفصل في المنازعة، ذلك أن تطبيق القانون تطبيقاً مثالياً على الواقعة المتنازع عليها من صميم ولايته، ولا يمكن أن يغض القاضي الإداري النظر عن الحكم لصالح المدعي -مثلاً-: لأنه لم يبين السبب الصحيح لطلبه رغم ظهور إرادته صراحة بابتغاء الحكم له، إذ يترتب على ذلك إخلال بمبادئ المشروعية والعدالة معاً من الأمين على حراستهما، ولا سيما في ظل القاعدة المفترضة في عمل القاضي: (أعطني الواقع أعطك القانون)⁽¹⁾، فالقاضي متى طرح عليه واقع متنازع فيه، وجب عليه - في جميع الأحوال - الفصل فيه وفقاً للقاعدة القانونية الصحيحة.

فالقاضي الإداري وهو بصدد تكييف الدعوى ملزم بتطبيق القواعد القانونية في الدعوى من تلقاء نفسه، دون حاجة للتمسك بها من جانب صاحب المصلحة، إذ العبرة هي بصدور الحكم مطابقاً للقانون ولو لم تذكر فيه القاعدة التي بني عليها.⁽²⁾

ولا يواجه القاضي الإداري في ذلك الصعوبات التي تعترض القاضي المدني، لأن المذهب السائد في القضاء الإداري هو سيادة القاضي على الخصومة، بعكس القضاء المدني الذي يقر بالسيادة للخصوم، ولذا استقر القضاء الإداري في فرنسا على الفصل في الدعوى على أساس نظرية المخاطر (بدون خطأ)، رغم أن المدعي لم يثر من ناحيته إلا المسؤولية على أساس الخطأ،

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل يجب تطبيق هذا التمييز على التكييفات القانونية- وليس على تكييف الإدارة فحسب- واعتبار أن المكيف مهما يكن، هو في بعض الحالات يكون في وضعية السلطة التقديرية بينما في حالات أخرى في وضعية الاختصاص المقيد؟ لا نعتقد ذلك. ومثال على ذلك الخطأ التأديبي وعقوبته تسمح له باتخاذ الإجراء المناسب.

(1) عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص 195

(2) أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، القسم 01، ص 293

هل هذا السلوك "خطأ" تاديبى؟ انها مساله تكييف. فالرئيس الإداري له الحرية بان يقرر ذلك. هذا التكييف وحده يعطيه امكانيه اتخاذ ضد العون عقوبة وماهي؟ والرئيس له السلطة التقديرية في ان يختار، من بين العقوبات المحتملة، تلك التي تعاقب على ذلك السلوك. وإذا أراد أن يحكم بإحداها فانه يكون مضطر على الأقل تكييف السلوك بأنه "خطأ"، وبالتالي المرور على الطوائف القانونية المنصوص عليها.

وبعبارة أخرى ؛ فإن مساله السلطة التقديرية لا تتعلق بحريه التكييف، والتميز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد يجد مكانته في عمليه استخلاص آثار التكييف القانوني.⁽¹⁾ وإذا ركزنا على عمليه التكييف القانوني، فان الجهة الفاعلة في القانون لها حرية كبيرة إلى حد ما لإدخال المحل المراد تكييفه في الفئة القانونية -وليس هذا هو السؤال. ولديه ثلاث حالات على الأقل: أولاً عندما يكون الاختيار بين عدة تكييفات مفتوحاً أمامه بموجب النص القانوني في حد ذاته ؛ ثم عندما تكون لديه الامكانية، في فهم واستيعاب عناصر الواقع والقانون، لمعالجتها بها ببراعة لإدخال المعطيات المراد تكييفها في فئة معينة وليس أخرى؛ وأخيراً، عندما تتاح له امكانية إدخالها في هذه الفئة بالذات أو عدم إدخالها فيها.⁽²⁾

(1) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op.cit**, pp. 231-232.

(2) *Ibid*, p. 232.

المبحث الثاني: العوامل المفعلة للسلطة التقديرية للقاضي الإداري

من العناصر التي تدفع القاضي الإداري لإعمال سلطته التقديرية، وبحكم طبيعة وظيفته التي تقتضي الرقابة على نشاطات الإدارة العمومية، هي المصلحة العامة كفكرة عامة مجردة تستلزم تدخل القاضي الإداري للبحث فيما إذا حققتها أم انحرفت عنها (المطلب الأول)، وقواعد تخصيص الأهداف عندما يتدخل المشرع بتخصيص أهداف يتعين على الإدارة تحقيقها (المطلب الثاني)

المطلب الأول: المصلحة العامة

تعتبر المصلحة محرك النشاط الإنساني وأصبحت كذلك أيضا بالنسبة للدولة كغاية نهائية للنشاط العمومي، وهو ما يصطلح على تسميتها بالمصلحة العامة، فهي محرك للمجتمع، الدولة والقانون أيضا، وتحتل مكانة مركزية في بناء القانون العام وبالأخص القانون الإداري كمصدر لمشروعية النشاط الإداري (الفرع الأول)، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في الموازنة بين المصلحة العامة ومصالح الأفراد (الفرع الثاني)

الفرع الأول: المصلحة العامة الحجر الأساس للقانون الإداري

تعتبر المصلحة العامة الحجر الأساس للقانون الإداري حيث استلهمت العديد من مبادئ القانون العام من فكرة المصلحة العامة، فالقانون وهو تعبير عن الإرادة العامة، هو الذي يحدد المصلحة العامة، وعليه يتدخل القاضي الإداري لتقدير المشروعية في ضوء فكرة المصلحة العامة (أولا)، ثم البحث في كيفية إعمال القاضي الإداري لسلطته التقديرية لتأطير النشاط الإداري (ثانيا)

أولا: المصلحة العامة وتقدير المشروعية

ظهرت فكرة المصلحة العامة intérêt général في القرن الثامن عشر⁽¹⁾ وبدأت تتبلور كفكرة للصالح العام، ومنذ ذلك الحين يتصادم مفهومين بخصوص هذه الفكرة، أحدهما يرى

⁽¹⁾ ظهرت إلى جانب هذا المصطلح عدة مصطلحات أخرى هي: المصلحة العمومية Intérêt public، المصلحة المشتركة Intérêt commun، مصلحة الدولة Intérêt de l'Etat، مصلحة الأمة Intérêt de la Nation، أو الإرادة العامة volonté générale. أنظر Rapport sur la notion d'intérêt général fondant l'intervention des associations: Adopté en séance plénière le 25 MAI 2016, p.15, <https://bit.ly/34NYare>. Consulté le 20/10/2019 à 23H00.

أن المصلحة المشتركة ما هي سوى مجموع المصالح الخاصة، والتي تستخلص تلقائيا من البحث في فائدتها من خلال العوامل الاقتصادية، وهذا المفهوم لا يترك مجالا كبيرا لتحكم السلطة العامة فحسب، بل يعكس أيضا عدم الثقة المبدئية في الدولة، أما المفهوم الثاني فهو نابع من الإرادة، وهو غير راض عن الاقتران المؤقت والعشوائي للمصالح الاقتصادية، وغير قادر على أن يؤسس لمجتمع دائم.⁽¹⁾

تقليديا ينظر إلى المصلحة العامة على أنها أداة لإرساء المشروعية،⁽²⁾ وهي تعرض كأساس، غاية، وقيود لسلطات الدولة.⁽³⁾ وتتسم المصلحة العامة بطابع عدم قابليتها للتعريف، وكذا بطابع متطور وسياسي بالدرجة الأولى،⁽⁴⁾ ومع ذلك، سنحتفظ بالتعريف الذي حدده مجلس الدولة الفرنسي في تقريره لسنة 1999 حول المصلحة العامة، والذي أعلن فيه بأن:⁽⁵⁾ « تبدو المصلحة العامة كفكرة قانونية وسياسية أكثر بكثير من فكرة اقتصادية. [...] وهي تميل إلى أن تبين أن الاستقلال السياسي وحده فقط، هو الذي يضمن استمرار المصلحة العامة في إطار اقتصاد السوق الذي لا جدال في فعاليته. »

وقد استلهمت العديد من مبادئ القانون العام من فكرة المصلحة العامة (المرفق العمومي، الأملاك العمومية، الأشغال العمومية...)، وبموجب هذه المبادئ، فإن القانون وهو تعبير عن الإرادة العامة، هو الذي يحدد المصلحة العامة التي تقوم الدولة باسمها وتحت رقابة القاضي بسن القواعد التنظيمية واتخاذ القرارات الفردية وإدارة المرافق العمومية.⁽⁶⁾

والمصلحة العامة هي مفهوم ذو مضمون غير محدد،⁽⁷⁾ وهذا له آثار على وظيفة القاضي الذي يواجه مسألة التكييف. وفي الواقع عندما يواجه القاضي فكرة المصلحة العامة،

(1) Rapport public 1999 Conseil d'État novembre 1998. Réflexions sur l'intérêt général -

(2) Ibid, p.247

(3) MEKKI (Mustapha): **L'intérêt général et le contrat** (contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé), thèse de doctorat en droit privé présentée et soutenue à l'Université de Paris (I) en 2003/ Paris LGDJ-Montchrestien, 2004. p.9.

(4) GIACUZZU (Jean-François): **La gestion des propriétés publiques en droit français**, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p.307.

(5) Rapport public 1999 Conseil d'État novembre 1998. Réflexions sur l'intérêt général -

(6) SAUGEZ (Hélène): **op.cit**, p.46: « l'intérêt général s'entend comme l'expression de la volonté générale et confère à l'Etat toute la légitimité de son action publique ».

(7) COC (Véronique): **Nouvelles recherches sur les fonctions le l'intérêt général dans la jurisprudence administrative**, Paris, L'Harmattan, 2015, p.15.

فانه يتمتع دائما بهامش من الحرية، ويمكنه أيضا أن يطور اجتهاده القضائي في الاعتراف بالمصلحة العامة اللازمة لتكييف المرفق العمومي"، ومضمون المصلحة العامة غير محدد ويخضع جزئيا على الأقل لتقدير القاضي.⁽¹⁾

وعليه فإن أسباب المصلحة العامة التي يمكن التمسك بها، غالبا ما تكون مرتبطة بالحرص على الحفاظ على السلم الاجتماعي وتجنب الاضطرابات الكبيرة التي تمس بالنظام العام.⁽²⁾ وعليه فإن مفهوم المصلحة العامة ينطوي على سلطة التقدير، ويجب أن تمارس هذه السلطة التقديرية ضمن الحدود التي رسمها المشرع والأمر متروك لمجلس الدولة للتحقق فيما إذا لم يتم تجاوز هذه الحدود.⁽³⁾ وبالتالي تظل المصلحة العامة فكرة ينبغي تقديرها من طرف القاضي بالنسبة إلى كل حالة ملموسة وفي وقت محدد.⁽⁴⁾

واستطاعت فكرة المصلحة العامة أن تكون أولى اهتمامات الدولة من خلال تقييد الحريات العامة، وبالتالي قد تكون هذه الفكرة ذريعة لتعسف الحكام في ممارسة سلطاتهم وذلك بخطر إلحاق الضرر بالأفراد الذين يفترض حمايتهم.⁽⁵⁾ وبدل ذلك على تناقض حقيقي وظاهر، ولهذا السبب فإن الرقابة القضائية حريصة بشكل خاص على ضمان الموازنة الدقيقة بين حقوق الأفراد ومقتضيات المصلحة العامة، بحيث لا يمكن أن تظهر هذه الأخيرة كذريعة للدولة⁽⁶⁾، فبالنسبة للقاضي، فإن الأمر ليس مسألة القول من هو المدعي أو المدعى عليه، أو من هو صاحب الطلب ومن هو المدافع، الذي على خطأ أو على صواب

(1) SANCHEZ (Yoan): **Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative**, op.cit, p. 126

(2) M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 558.

(3) DUMONT(M): **Le conseil d'état, juge de l'intérêt général**, Dialectica, Vol. 15, No. 3/4, Discussion

sur l'idée d'une philosophie d'inspiration scientifique (1961), pp. 523-552, <https://www.jstor.org/stable/42964366>, Accessed: 01-12-2019 19: 24 UTC

(4) SAUGEZ (Hélène): **L'affectation des biens à l'utilité publique**. Contribution à la théorie générale du domaine public, Thèse de Doctorat en Droit public soutenue le 1 juin 2012, Université d'Orléans, p.42 « L'intérêt général reste une notion à apprécier par rapport à une situation concrète et à un temps précis ».

(5) Rapport sur la notion d'intérêt général fondant l'intervention des associations: Adopté en séance plénière le 25 MAI 2016, p.15

(6) Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999 Conseil d'État novembre 1998. « le contrôle juridictionnel est aussi particulièrement attentif à garantir une conciliation rigoureuse entre les droits des individus et les exigences de l'intérêt général, afin que celui-ci ne puisse jamais apparaître comme un alibi à la raison d'État ».

بخصوص النزاع، بل إن مهمته تسترشد بالحاجة إلى الحفاظ على توازن معين بين المصالح المعنية دون الحكم مسبقا على أي شيء في الأصل⁽¹⁾.

وعليه فإن للمصلحة العامة بعدا مزدوجا:⁽²⁾

- فمن ناحية تعتبر مبررا لنشاط الإدارة باللجوء إلى استخدام امتيازات استثنائية من أجل "كسر" المقاومة المحتملة للأفراد وتقييد حقوقهم وحررياتهم ؛
- ومن ناحية أخرى، تؤدي المصلحة العامة دورا أساسيا آخر، وهو وضع حدود للنشاط الإداري بفرض إجراءات خاصة، وبالتالي، إذا تمكنت الإدارة من الاعتداء على حقوق الأفراد وحررياتهم باسم المصلحة العامة، فإن ذلك لا يكون سوى بطريقة معينة، ويقاس هذا التدبير بأهمية المصلحة العامة في هذه الحالة.

وعليه فمن الطبيعي أن يطلب من القاضي الإداري القيام بدور حامي المصلحة العامة ومراقبة تطورات فكرة ذات مضمون متحول وبارز، ويرى أحد الأساتذة أن دعوى تجاوز السلطة، وعلى خلاف الخصومة التقليدية التي تثور بين المصالح الخاصة المتعارضة، ينظر إليها على أنها إجراء يمارس في سبيل المصلحة العامة وحدها والتي رهانها الأسمى هو جعل الخصومة القائمة غير شخصية ومجردة.⁽³⁾

تقليديا فإن القاضي الإداري يقتصر على معاينة عدم المشروعية، بمعنى مواجهة الوقائع مع القانون، فهذه المعادلة البسيطة نسبيا، قد أصبحت أكثر تعقيدا مع ظهور لعبة المصالح في مرحلة المحاكمة، والأخذ بعين الاعتبار بالمصالح من طرف القاضي يسمح له

⁽¹⁾ KEBIR (Mehdi): **op.cit**, p.78: « Pour le juge, il ne s'agit pas de dire qui, du demandeur ou du défendeur, a tort ou a raison sur le fond. Sa mission est guidée par la nécessité de préserver un certain équilibre entre les intérêts en présence sans rien préjuger au principal ».

⁽²⁾ SANCHEZ (Yoan): **Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité administrative**, op.cit, p. 218.

⁽³⁾ BAILLEUL (David): **L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français**, LGDJ, 2002, p. 87. « Situé à l'antipode du procès classique opposant des intérêts privés, le recours pour excès de pouvoir est ainsi perçu comme une action exercée dans le seul intérêt général dont l'enjeu supérieur rend impersonnel et abstrait le procès engagé »

بمعينة عدم المشروعية دون انتهاك أي قاعدة. وقد كرس هذا المفهوم لدور القاضي بالاجتهادات القضائية.⁽¹⁾

كما أن اكتشاف القاضي لغاية المصلحة العامة، قد يبرر أيضا وفي ظل ظروف معينة أن يحد عن بعض المبادئ الأساسية، وعليه فإن الموازنة بين احترام هذه المبادئ وغاية المصلحة العامة التي تستهدفها الإدارة هي التي يجب أن يباشرها القاضي، وتتمثل أحد أهم وظائف المصلحة العامة في الاجتهادات القضائية الإدارية في الحد من ممارسة بعض الحقوق والحريات باسم الغايات الأسمى التي تمثلها، بما في ذلك الحق في الملكية وحرية المقابلة، فضلا عن بعض المبادئ الأساسية مثل المساواة والأمن القانوني.⁽²⁾

وبناء على ما سبق ؛ فإن إعطاء لعبة المصالح مكانة في القانون له معنى ودلالة، فهو يعتبر شكل جديد لرؤية القانون والدولة في حد ذاتها، وبالتالي فإن السلطة السياسية أو الإدارية تأخذ في الاعتبار المصالح عند اتخاذ قرارها، فسابقا لم تكن تؤخذ بعين الاعتبار المصالح إلا في مرحلة صنع القرار سواء من قبل السلطة السياسية أو الإدارة أي في مرحلة إصدار القانون. وما دامت المصالح في عمل القاضي تساعد على تحقيق التوازن بين الوقائع والقانون، فلا يمكن القول بأن المصالح غير معروفة لدى القاضي والتي تؤدي به إلى الأخذ بها بشكل متزايد.

ثانيا: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في استخدام المصلحة العامة لتأطير النشاط

الإداري

إن تأثير القاضي الإداري في تعريف أو على الأقل تحديد المصلحة العامة يعتبر أمرا حاسما (1). وفي المقابل، فإن لعبة المصالح العامة والخاصة ومن خلال تقنية توازن المصالح، هي التي غيرت دور القاضي نفسه من خلال تقديرها (2).

⁽¹⁾ FRAYSSE (Élise): **Intérêts publics et intérêts privés en droit administratif français**, Mémoire de recherche, présenté en vue de l'obtention du Master 2 Droit public fondamental, Université Jean Moulin Lyon 3, 2012-2013, p. 15

⁽²⁾ Rapport public 1999 Conseil d'État novembre 1998. Réflexions sur l'intérêt général -

1- تأثير القاضي على فكرة المصلحة العامة.

للقاضي دور كبير في تطور مفهوم المصلحة العامة وتصورها. ومع ذلك، فمن الضروري تحديد من هو القاضي الذي له هذا الدور. مبدئياً يعتقد أن المصلحة العامة مفهوم يندرج ضمن نطاق القانون الإداري وبالتالي يتعلق الأمر بالقاضي الإداري. وهذا الطرح صحيح إلى حد كبير (رغم أن للقاضي العادي أيضاً دوراً في الاعتراف ببعض المصالح العامة لأنها ليست كلها تحت رعاية القانون الإداري).

والأصل أنه يعود للمشرع وحده كمثل للأمة ضبط مصطلح المصلحة العامة، وبالتالي يعود للقاضي التحقق من أن الإدارة تتصرف وفقاً للقانون الوضعي والذي يترجم المصلحة العامة⁽¹⁾ إلا أنه لا يمكن له ذلك باعتبار أن فكرة المصلحة العامة تتغير من حيث الزمان والمكان، فقد أصبحت مرتبطة أساساً بتحقيق الغايات الاجتماعية للنشاط الإداري والتي تتغير في الزمان والمكان، مما أدى ذلك إلى توازن في القانون الإداري والذي لم يعد قانون امتيازات الإدارة العامة.

وللمشرع هامش من التقدير اللازم عند صياغة القواعد باستخدام ما يسمى بـ: "المفاهيم الغامضة"، والتي تسمح بإجراء المزيد من التفسير الصحيح، حيث يحيط معناها الجوهري الغموض الذي يعزز نوع من "الحرية" في التفسير. إضافة إلى المفاهيم الغامضة، هناك أيضاً إشارات إلى "الشروط العامة Les clauses générales" مثل "المصلحة العامة" أو "النظام العام"⁽²⁾. وفي هذا الصدد يدعو المشرع نفسه القاضي إلى أعمال وزن للمصالح المتعارضة بهدف تكريس الفكرة غير المحددة⁽³⁾.

وعليه فإن للقاضي الإداري وبدون شك مكانة مميزة في تطور فكرة المصلحة العامة، مع العلم أنه ليس له أي دور سياسي، فدوره هو قول القانون، كما أن المصلحة العامة لا يمكن لها أن توجد خارج إطار القانون. والقاضي الإداري الفرنسي ومنذ زمن طويل لم يعد يعتبر القانون كغاية نهائية في حد ذاتها بل كوسيلة لخدمة المتقاضين والمصلحة العامة،

(1) CHRETIEN (Patrice) et Autres : *op.cit*, p. 248.

(2) SOBOL (Michal): **Le pouvoir discrétionnaire dans la planification et l'aménagement de l'espace et le droit de la construction**, In « le pouvoir discrétionnaire Regards croisés franco-polonais » S.dir de W. Jakimowicz et P. Serrand, p 231-233, spéc p.215

(3) SIGNAT (Carine): *op.cit*, p.105.

فالقاضي يعتمد على المصلحة العامة عندما يفتقر إلى العناصر القانونية التي يتعين اتخاذها، وبدون شك أكثر من ذلك لتسبب حكمه".⁽¹⁾

فإذا كانت صورة الميزان هي التي تمثل تقليديا العدالة، فإن القاضي الإداري يضع في الميزان المصالح المتعارضة ويقوم بتصحيح حركة الميزان سواء لجهة الإدارة أو لجهة الأفراد، حسب ما تقتضيه كل حالة. فبالنسبة للقاضي الإداري يوجد فقط التقدير الذي يبدو عقلانيا، والذي ليس له تفسير آخر غير تصويره للاحتياجات الاجتماعية.⁽²⁾

وبالتالي فإن المصلحة العامة التي تظهر كمعيار قانوني، تترك للقاضي الإداري هامش حرية فعال للغاية وسلطة تقديرية واسعة لإعطائها طابع أكثر واقعية، وبالتالي الرقابة بصورة صحيحة أكثر على نشاط الإدارة،⁽³⁾ فالمصلحة العامة عبارة عن نشاط ذهني والذي بموجبه يبرر لاحقا ترتيب معين للمصالح، فهي آخر حلقة في السلسلة، حيث تعتبر تبرير لاحق لتوازن معين بين المصالح.⁽⁴⁾

وكما تمت الإشارة إليه سابقا، تكمن صعوبة الموازنة بين المصالح في أن القاضي يلتزم بتكريس مفاهيم مجردة (مصلحة عامة، نظام عام، منفعة عمومية، استعجال، ظروف استثنائية،...)، وربما لخطر القياس الكمي للمفاهيم التي لا يمكن قياسها كما.

فبالإضافة إلى المنفعة العمومية والتي يتم تفكيكها بتقنية الموازنة بين المنافع والأضرار، فإن فكرة الاستعجال أيضا كانت موضوعا لنفس المعالجة، فتقديرها يجب أن يكون ملموسا،⁽⁵⁾ فالقاضي الإداري وهو يفحص شرط الاستعجال المتعلق بوقف تنفيذ قرار إداري، يبحث فيما إذا كان الشخص العام لم يؤثر تأثيرا كبيرا على المصالح الخاصة

⁽¹⁾ TRUCHET (Didier) : l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, 1999 : « le juge s'appuie sur (l'intérêt général) lorsqu'il manque d'éléments juridiques pour prendre et sans doute plus encore pour motiver sa décision».

⁽²⁾ Ibid, p. 370 « seulement une appréciation qui lui paraît raisonnable et qui n'a d'autre explication que sa perception des besoins sociaux »

⁽³⁾ MEKKI (Mustapha): **op.cit**, p. 21

⁽⁴⁾ Ibid, p. 20

⁽⁵⁾ CE sect. 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, Rec. p. 29: « il incombe au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de (la décision litigieuse) sur la situation de ce dernier ou, le cas échéant, des personnes concernées, sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue ».

للطاعين في القرار (قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية السيدة ديفو تتعلق بوقف تنفيذ قرار كان سيؤدي إلى ذبح قطيع كامل من الأغنام).⁽¹⁾

وقد أدى توسيع رقابة القاضي واللجوء المتزايد لاستخدام المصالح المعنية، إلى تراجع نطاق السلطة التقديرية للإدارة وذلك بتحريك الخط الفاصل بين الملاءمة والمشروعية دون أن تغطي الأولى على الثانية بإدراج عناصر في المشروعية كانت في السابق مندرجة ضمن الملاءمة⁽²⁾، وعليه فإن القاضي الإداري عندما يتدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، يتحكم في الاختيار بين قرارين كلاهما يتفق مع القانون، فكلما زادت السلطة المعترف بها للسلطة العامة، يجب أن يكون القاضي أكثر تشدداً في رقابته. فقد أبطل القاضي الإداري الجزائري قراراً إدارياً مراعاة للمصالح الخاصة للأفراد، وذلك لقيام الإدارة بضم قطع أرضية هي ملك للأشخاص إلى الاحتياطات العقارية قبل تحديد الاحتياجات العائلية في مجال البناء.⁽³⁾

فمن خلال فرض إجراء موازنة شاملة للمصالح، فإن القاضي يقوم بطريقة ما بتحويل السلطة التقديرية للإدارة إلى اختصاص مقيد، وهو "يكتشف شروطاً قانونية".⁽⁴⁾ وبالتالي فإن هناك "سلطة قضائية حقيقية بخلق أو الاعتراف بحالات جديدة من الاختصاص المقيد"، وقد زاد هذا التوجه، الذي لاحظته Duguit⁽⁵⁾ بالفعل مع تقنية الموازنة بين المصالح، والتي تسمح بتعميق حدود هذه السلطة، لعقلنة عملية صنع القرار، والبحث عن الفعالية وهي عنصر رئيسي في هذه الرقابة..⁽⁶⁾

(1) CE Sect., 16 mai 2001, M. et Mme Duffaut, Rec. p. 241, pour la suspension d'une décision menant à l'abattage d'un troupeau bovin.

(2) M. LONG et Autres: **op.cit.**, p. 174

(3) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 59994، مؤرخ في 15/07/1989، قضية فريق (ب) ضد (وزير د.ج.م ومن معه)، المجلة القضائية، 1991، العدد 02، ص 165.

(4) FRAYSSE (Élise): **Intérêts publics et intérêts privés en droit administratif français**, Mémoire de recherche présenté en vue de l'obtention du Master2 Droit public fondamental, Université Jean Moulin Lyon 3, 2012-2013, p. 93. <https://bit.ly/3m9Zf7d> accédé le 25/09/2019 à 23H35.

(5) DUGUIT(Léon): **Traité de droit constitutionnel**, Tome II, Editions De Boccard, 1921, p. 401: « Ce n'est pas seulement la loi qui a créé des cas de compétence liée ; mais sous l'action des besoins pratiques, suivant la tendance de plus en plus nette de donner à l'administré des garanties solides contre l'arbitraire administratif, notre jurisprudence du Conseil d'État accroit de plus en plus le nombre des cas où les administrateurs ne peuvent exercer qu'une compétence liée »

(6) FRAYSSE (Élise): **op.cit.**, p. 93.

بينما عرف الفقيه Braibant مبدأ التناسب على أنه اشتراط علاقة تطابق بين الوسائل التي تستخدمها الإدارة والهدف الذي تتبغيه⁽¹⁾ ويمكن تعريفه أيضا على انه "ما يسمح للإجراء بأن يكون مناسبا وضروريا وأن يظل في تناسب مضبوط بالنسبة للهدف المرجو منه".⁽²⁾

لهذا التحليل الأول والذي يخص الرقابة على التناسب، فإن الأستاذين AUBY

و DRAGO

ويجد أن الوقائع والأدلة المنتجة والقاعدة القانونية الواجبة التطبيق هي التي تبرر هذا الحل.)

الاستعاضة عن المبدأ بالقاعدة الشرطية، وبالتالي فإن الحاجة إلى موازنة المصالح هي بالفعل جزء من تفسير القانون، حيث يتم اللجوء إلى التفسير وفقا للقانون الأعلى، عندما ينطوي تنفيذ القانون على فرض قيود على الحريات، وفيما يتعلق بشروط تلك القيود، بما في ذلك احترام مبدأ التناسب.⁽¹⁾

وبالتالي تعتبر رقابة التناسب عنصر رقابة معمقة على السلطة التقديرية للإدارة، وتتلائم أكثر مع حالتين: حالة الحريات الأساسية وحالة الوقائع المعقدة، وتطبيقها يقوم على معيارين هما:

1- **الملاءمة والضرورة:** ويطلق عليها تقنية ضرورة الإجراء *la nécessité de la mesure*، وتنصب هذه الرقابة على القرارات الماسة بالحريات الأساسية. وفي الواقع فإن هذين المعيارين الملاءمة-الضرورة مستقلين، فالقاضي عندما يطبق معيار الضرورة، فإنه يتحقق فيما إذا كانت السلطة المعنية لا تحوز على وسائل تدخل أخرى أقل قسوة، ويعاقب على الحالات التي يكون فيها تدخل الإدارة مفرطاً مقارنة مع الذي كان ممكناً أن تقوم به. فأي قيود على الحريات العامة هي مشروعة فقط إذا كان ذلك ضرورياً في مواجهة الوضعية الواقعية⁽²⁾. وبالتالي لا يراقب فقط أثرها على الحقوق والحريات ولكن أيضاً فعاليتها، فهو يفرض رقابته على صلب سلطتها التقديرية في الاختيار بين عدة حلول ممكنة.

كما أنه إذا مست الإدارة بحق من الحقوق الأساسية أو حرية أساسية، فإن تصرفها هذا يعاقب عليه القاضي حتى وإن كان ذلك في حالة الظروف الاستثنائية، فهي رقابة صارمة تعاقب أي إجراء غير متناسب وتلغي القرار لذلك تسمى بالرقابة الشاملة حيث أدخلت عنصر التناسب ضمن مبدأ المشروعية، فالقرارات لا تكون مشروعة إلا إذا كانت متناسبة مع الوقائع، وبالتالي تعني الملاءمة التناسب بين الوقائع والقرار المتخذ.

والمثال الذي يعطي توضيحاً لذلك، ما يخص التنفيذ الجبري للقرار الإداري. فالأصل أنه لا يمكن للإدارة تنفيذ قراراتها بنفسها، بل هي مجبرة على اللجوء إلى القاضي الجزائي لتوقيع عقوبة في مواجهة الأفراد الذين يمتنعون عن تنفيذ القرار، إلا أنه توجد فرضيتين أين

⁽¹⁾TANQUEREL (Thierry): **op. cit**, p. 191.

⁽²⁾ « il doit y avoir adaptation aux circonstances et toute limitation des libertés publiques n'est régulière que si elle est nécessaire face à une situation de fait »,

يمكن للإدارة تنفيذ قراراتها دون اللجوء إلى القاضي الجزائي: الحالة التي يسمح بها القانون أو حالة الاستعجال. وفي هذه الحالة الأخيرة، عدة شروط يجب توافرها جميعا لجعل النشاط الإداري مشروعاً وإلا شكل اعتداء مادياً، كما يجب أن لا تكون هناك أية عقوبة شرعية. كما عبر عن ذلك محافظ الحكومة السيد / Blum، في استنتاجاته حول قضية Abbé Bouchon.⁽¹⁾

وبالتالي، إذا كان للإدارة طريقة أخرى للتصرف، وقبل كل شيء العقوبة الجزائية، فإنها لا تستطيع تنفيذ قرارها بنفسها، وعليه فإننا نكون هنا بصدد رقابة الضرورة، ولكن أكثر من ذلك، فإن اختيار الإدارة له هدف خاص جداً وهو ضمان الخضوع للقانون.⁽²⁾ وهذا يقود إلى شرط آخر للتنفيذ الجبري، ألا وهو أن لا تتعدى إجراءات التنفيذ الجبري انجاز العملية المحددة قانوناً، وهذا ما تتسم به الرقابة على الهدف أو الغاية. وكخلاصة، لكي يكون التنفيذ الجبري مشروعاً يجب ان لا يكون لدى الإدارة وسائل تدخل أخرى وأن تسمح هذه الوسيلة الوصول بفعالية إلى الهدف المبتغى.

2- **التناسب الدقيق:** إن رقابة التناسب بالمعنى الدقيق والمضبوط فقط والتي يستعملها القاضي، هي التي تسمح برقابة التناسب على السلطة التقديرية للإدارة. وتطبيق هذه التقنية عادة ما يقوم على مصطلح التباين «La disproportion»، وعن طريق فكرة الموازنة بين المصالح المعنية.

ففي قرار لمجلس الدولة الفرنسي بخصوص قضية La fleurette، يقر فيه أن قانون 29 جوان 1934، قد خلق نوع من عدم المساواة أمام الأعباء للشركة الطاعنة، حيث يرى أن العبء لا يقع عادة على عاتقها؛ وأن هذا العبء الذي تم خلقه في إطار المصلحة العامة، يجب أن تتحمله الجماعة.⁽³⁾ فحكم القاضي يقوم على فكرة أن القانون خلق عبء غير

⁽¹⁾ CE, 17 mars 1911, Abbé Bouchon: « l'exécution administrative n'est justifiée en principe que la nécessité d'assurer l'obéissance à la loi et l'impossibilité de l'assurer par tout autre procédé juridique »

⁽²⁾ SANCHEZ (Yoann): **Le contrôle de proportionnalité comme élément du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration**, op.cit, p. 134

⁽³⁾ M. LONG et Autres: **Op.cit**, p. 289 « CE, 14 janvier 1938, société des produits laitiers. « une charge qui ne lui incombe pas normalement ; que cette charge crée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité »

عادي بالنسبة للشركة الطاعنة، والوحيدة التي تمسها أحكام هذا القانون، وبالتالي فهي تفاجئت بعبء متباين لأنه مبالغ فيه بالمقارنة مع الشركات الأخرى.⁽¹⁾

وعليه فإن رقابة التناسب التي يقوم بها القاضي على السلطة التقديرية للإدارة لها عدة أوجه قد تكون كاملة كما قد تكون مجزئة، فالقاضي يتعامل مع هذه الرقابة بما يراه مناسباً، وهي علامة على السلطة التقديرية الواسعة أو الحرية الكبيرة التي يحوزها والتي تقلص كثيراً من تلك التي تحوزها الإدارة.

والمجالات التي تعرف تطبيق رقابة التناسب، مجال الضبط الإداري الذي عرف أكثر تطوراً لرقابة التناسب، فالقاضي يزن المصالح الفردية مع النظام العام. وأول اجتهاد قضائي لمجلس الدولة الفرنسي والذي يقر فيه أن الحفاظ على النظام العام يجب أن يحترم الحريات المكفولة بالقوانين، كان بموجب قراره في قضية Abbé Olivier في 19 فيفري 1909⁽²⁾، والذي يسبق قرار بنيامين المشار إليه سابقاً. ففي هذه القضية، أشار القاضي إلى نية المشرع، كما جاء في قانون 9 ديسمبر 1905، بأنه لا يمكن انتهاك التقاليد الدينية المحلية إلا بالطريقة الضرورية للغاية للحفاظ على النظام.

والمجال الآخر لتطبيق رقابة التناسب هو مجال العقوبات التأديبية، حيث يسهر القاضي على أن لا تكون العقوبة مبالغ فيها مقارنة بخطورة الوقائع، فيجب ربط علاقة بين جسامة الخطأ وجسامة العقوبة، وهو علامة على تطبيق التناسب الدقيق. كما أقر ذلك مجلس الدولة الفرنسي في قرار حديث سنة 2013⁽³⁾، على أنه يقتضي على قاضي تجاوز السلطة مستقبلاً أن لا يكتفي بالبحث فيما إذا كانت الوقائع المنسوبة لعون عمومي والتي تشكل محل عقوبة تأديبية هي ذات طبيعة تبرر العقوبة، بل أيضاً أن يبحث فيما إذا كانت هذه العقوبة تتناسب مع درجة خطورة هذه الأخطاء.⁽⁴⁾

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اكتفى بما استقر عليه الفقه والقضاء سابقاً على أن لا تمتد رقابة القاضي الإداري إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط، إلا إذا تبين له عدم

(1) SANCHEZ (Yoann): *Le contrôle de proportionnalité comme élément du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, op.cit, p. 134

(2) M. LONG et Autres: *op.cit*, p. 106, « CE, 19 février 1909, Abbé Olivier »

(3) Ibid, p.169 « CE, Ass, 13 nov 2013, Dahan ».

(4) CE, 1^{er} juin 2015, Boromé

التلازم الواضح بين نسبي الخطأ والعقوبة، بمعنى إذا كان تباين واضح بين الخطأ والعقوبة.⁽¹⁾

ثانيا: رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار في القرار الإداري-Contrôle du bilan coût-

:avantages »

في القانون الإداري فإن وزن المصالح كوسيلة للحكم بالنسبة للقاضي الإداري قد ظهر في إطار نزع الملكية لأسباب تتعلق بالمنفعة العمومية، كان ذلك بموجب الاجتهاد القضائي الشهير لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 28 ماي 1971 ويخص مدينة الشرق الجديدة⁽²⁾.

في الواقع فقد سعى القاضي الإداري إلى إعطاء لون معين للمصلحة العامة ؛ وهي المنفعة L'utilité، إلا أن رقابة المنفعة العمومية في مادة نزع الملكية دائما ما كانت تمارس بطريقة نظرية نوعا ما⁽³⁾، لأن القاضي كان يعتبر تقدير هذه المنفعة خاص بالملاءمة والتي تدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، أما العناصر الموضوعية التي تخص القانون والواقع لهذه المنفعة هي وحدها التي تدخل في نطاق الرقابة القضائية (كالبحت فيما إذا كانت حالة نزع الملكية تتدرج ضمن الحالات القانونية، وإتباع الإجراءات القانونية لنزع الملكية، وفيما إذا كان المشروع يحقق منفعة عامة وبالتالي تبقى هذه الرقابة مجردة ونظرية).

وبالنظر إلى الانتقادات التي تعرض لها⁽⁴⁾ فإن القاضي الإداري قد مهد لتطور كان ليجد نتيجته الأولى في قضية المدينة الشرقية الجديدة سنة 1971، حيث يمكن إدراك ذلك

⁽¹⁾ مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس 371، مؤرخ في 1999/07/26، قضية (ب.ي) ضد (مدير التربية والتعليم)، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، 2003، الجزء 01، ص 183.المبدأ: "من المستقر فقها وقضاء، أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط، إلا إذا تبين له عدم التناسب الواضح بين نسبي الخطأ والعقوبة.

⁽²⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p.543: CE, 28 mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement (contre) Fédération de la défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle-est » « Toute opération ayant un lien, même ténu, avec l'intérêt général étant désormais regardée comme d'utilité publique, et dans chaque cas, l'utilité publique serait appréciée compte tenu de la balance des avantages et des inconvénients de l'opération».

⁽³⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 403

⁽⁴⁾ AUBY (J - M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p.404

بشكل خاص مع تقنية الموازنة، والتي تشكل وفقا لمفوض الحكومة السيد / Braibant⁽¹⁾: "التوازن بين مساوئ [معاملة المنفعة العمومية] مع مزاياها، وتكلفتها مع مردوديتها، أو كما يقول الاقتصاديون، عدم فائدتها مع فائدتها". وهكذا فإن القاضي يجعل الفائدة الاجتماعية والاقتصادية لمشروع ذو منفعة عمومية شرطا لصحته، وبالتالي أصبحت المصلحة العامة كمرادف لكل ما هو ذو مردودية.

حيث تبرر المصلحة العامة تجريد الفرد من إحدى ممتلكاته أو كلها. وقد أسس هذا القرار لما يسمى بتقنية الموازنة بين المنافع والأضرار، ونشأت في مجال نزع الملكية وخاصة ما يتعلق بتقرير المنفعة العامة، إذ كان من ضمن سلطات الإدارة التقديرية ولا رقابة عليها، فلكي تكون عملية نزع الملكية مشروعة يجب أن تكون منافعها أكبر من أضرارها.

وتعتبر أحدث آلية توصل إليها مجلس الدولة الفرنسي، وتتمثل في رقابة الاختيار الحر أو التقديرى لرجل الإدارة لمضمون هذا القرار أو أنماطه، حيث يلغى القرار إذا كان يخل بالتوازن بين الأضرار والمزايا.⁽²⁾ وتعد هذه التقنية خطوة جريئة ومتقدمة في صراعه مع الإدارة، يلجأ إليها القاضي الإداري للرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، حيث لم يعد القضاء يكتفي بمطابقة قرار الإدارة مع نص القانون، بل أصبح يحاكم القرار إلى قواعد العقلانية والمنطق فضلا عن قواعد القانون.⁽³⁾

ويبدو أن تقنية الموازنة بين المنافع والأضرار، هي البحث عن توازن بين المصالح العامة والخاصة أو حتى العدالة، حيث يحدث نوع من المساواة بين أطراف النزاع أمام القاضي الإداري، وذلك بوضع المصالح المتعارضة في كفتي الميزان، وتتم المقارنة بين ثقل الآثار المتعارضة لنفس القرار الإداري لتحديد أيهما أكثر وزنا. وتختلف عن مبدأ التناسب، فإذا كانت تقنية الموازنة بين المنافع والأضرار تزن بين المصالح بالمقارنة بين قيمتين ثابتتين

⁽¹⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 543, G. BRAIBANT, Conclusions sur CE 28 mai 1971, « Ville Nouvelle Est »: « mettre en balance les inconvénients [de l'opération] avec ses avantages, son coût avec son rendement, ou, comme diraient les économistes, sa désutilité avec son utilité »

⁽²⁾ العربي زروق: التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثير القضاء الجزائري به، مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد رقم 08، السنة 2006، ص 123.

⁽³⁾ عدي شاهين: رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والأضرار والقرار الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2016، ص 7.

كما، فإن مبدأ التناسب لا يزن المصالح بل يقارن الغايات مع الوسائل. (comparer les fins et les moyens).

وبناء على ذلك يبرز الدور الايجابي للقاضي الإداري بصفة خاصة عند البحث على الموازنة بين المصالح المتعارضة، حيث يرى الأستاذ Rivero أن: "الميزة الرئيسية في القضاء الإداري والتي يتفق عليها الفقه كشبه إجماع هو الموازنة. وبين الحتميتين المتناقضتين على ما يبدو لمتطلبات النشاط الإداري من ناحية، وحماية احتياجات المواطنين من التعسف من جهة أخرى، تمكن مجلس الدولة من إيجاد حل وسط؛ "الموازنة" وهو العمل الذي يتكرر في الكثير من قراراته حيث يلخص ذلك الحكمة التي يتحلّى بها"⁽¹⁾

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الإدارة أرادت إقامة مدينة سكنية جديدة شرق مدينة ليل شمال فرنسا، للإسهام في حل أزمة السكن، وتوافق ذلك مع رغبة إدارة التعليم الجامعي في هذا الإقليم في إنشاء مجمع لعدة كليات خارج مدينة ليل، وعليه تقرر دمج المشروعين في مشروع واحد يقام على مساحة (500) هكتار بتكلفة (مليار فرنك) ويتحقق به اندماج الطلبة مع المواطنين كهدف أساسي للمشروع).

وما إن فتح التحقيق الابتدائي، حتى انهالت اعتراضات الجمعيات المشكلة للدفاع عن مصالح ذوي الشأن، حيث أن المشروع سيؤدي إلى هدم 250 منزلاً، وبناء على اقتراح المحقق في التحقيق الابتدائي، عدلت الإدارة مشروعها وصدر قرار تقرير المنفعة العامة شاملاً هدم 88 منزلاً فقط، وتقدمت إحدى الجمعيات المشار إليها باقتراح ثان يتضمن نقل محور الطريق 30 متراً فقط، بما يحقق تقادي هدم 80 منزلاً أخراً، ولكن الإدارة تمسكت برأيها حيث أن هذا الاقتراح سيؤدي إلى فصل الطلبة عن السكان، في حين كان اندماجهم أحد أهداف المشروع الرئيسية، وعليه طعنت الجمعية في قرار تقرير المنفعة العامة أمام المحكمة الإدارية في (ليل) إذ أصدرت حكمها بإلغاء قرار تقرير المنفعة العامة، ولكن لسبب

⁽¹⁾ RIVERO (Jean); **le conseil d'état, protecteur des prérogatives de l'administration**: « La vertu majeure qu'une doctrine à peu près unanime s'accorde à saluer dans la jurisprudence administrative, c'est l'équilibre. Entre les deux impératifs, apparemment contradictoires, des exigences de l'action administrative d'une part, de la protection des exigences de protection des citoyens contre l'arbitraire d'autre part, le Conseil d'état a su trouver une voie moyenne; "concilier": le verbe qui revient si souvent dans ses décisions résume sa sagesse »

آخر يتعلق بمشكلات ملف التحقيق الابتدائي، وعندما استأنف وزير الإسكان الحكم أمام مجلس الدولة لخص مفوض الحكومة إدعاءات الجمعية في وجهين:

- الوجه الأول: إدعاء الجمعية بأن قرار تقرير المنفعة العامة مشوب بعيب الانحراف بالسلطة، لأن المشروع -في رأي الجمعية- لم يفكر في إقامته إلا لتحقيق منفعة شركة عقارية خاصة، وقد رد مفوض الدولة على هذا الادعاء بأن ذلك لم يكن السبب الدافع للمشروع، فالنظام القانوني يسمح للإدارة بأن تعهد الإدارة بمشروعها إلى شركات خاصة لتنفيذها، ويمكن بالتالي أن تتحقق المنفعة الخاصة لها إلى جانب المنفعة العامة.

- الوجه الثاني: وهو الأهم وهو أن المشروع سيترتب عليه هدم 88 منزلاً بعضها حديث جداً، وهنا ينتقد مفوض الدولة ما درج عليه المجلس مطالباً إياه بضرورة وضع تعريف جديد للمنفعة العمومية في جانب والملكية الخاصة في جانب آخر، ولم يعد من الممكن الاكتفاء بكون المشروع يقدم -من ذاته- منفعة عامة، وإنما يجب -فوق ذلك- أن توضع في الميزان أعباء المشروع مع مزاياه، بكلفته مع عائداته.

وأخذ قسم المنازعات (section du contentieux) لمجلس الدولة بوجهة نظر مفوض الحكومة مقرراً بأنه (لا يحقق مشروع ما المنفعة العامة إلا إذا كانت الأضرار التي يبيها للملكية الفردية، وتكلفته المالية وأعبائه الاجتماعية ليست مفرطة بالنسبة للمنفعة العامة التي يحققها).

ووفقاً للاستنتاجات التي خلص إليها مفوض الحكومة السيد Braibant في هذه القضية، فإن مجلس الدولة بغرفه المجتمعة قد تجاوز إطار الفحص البسيط والمجرد إلى حد ما، لشروط نزع الملكية التي يتم التحقق منها بطريقة تقليدية على أساس المنفعة العامة، وذهب إلى حد تقدير ما إذا كان المساس بالامتلاكات الخاصة، والتكلفة المالية، وربما المساوئ الاجتماعية المعنية، ليست مفرطة بالنظر إلى المصلحة العامة التي تقدمها العملية.⁽¹⁾

في الحقيقة فإن جانب من الفقه الفرنسي يرى أن مجلس الدولة الفرنسي لم يصل مباشرة إلى هذه القناعة، وإنما كانت له مواقف سابقة مهدت لظهور هذا النوع من الرقابة

(1) SIBIRIL (Katy) : **La notion d'intérêt en droit administratif français**, Thèses de Doctorat en Droit public, soutenue le 7 décembre 2012, Université de Bretagne occidentale, Brest, p.191 <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01162440>, accédé le 12/09/2019 à 00H30.

تمثلت في قرارات عدة نذكر منها مثلا، قضية لم يكتف فيها مجلس الدولة بأن يقرر أن إعادة تعمير وسط المدينة يحقق المنفعة العامة، وإنما أخذ يعدد مزايا المشروع (كونه سيؤدي إلى إزالة المساكن غير الصحية ويحقق الاستخدام للمنفعة من قبل الجمهور، وأنه سيسمح بإقامة مكان لانتظار السيارات).⁽¹⁾

وفي قضية أخرى يفحص مجلس الدولة عيوب المشروع حيث يقرر (أن المشروع - وهو إقامة قناة لنقل مخلفات أحد المصانع إلى حفرة بحرية - وإن ترتبت عليها أضرار بالصحة العامة للنبات والحيوان أو التنمية السياحية والاقتصادية في المنطقة، فإنه ليس بالدرجة التي تجرد المشروع من صفة المنفعة العامة) CE, 15/03/1968

كما أن ضرورة ذكر نفقات المشروع في ملف التحقيق الابتدائي، قد أكد عليها مجلس الدولة باعتبارها أحد عناصر الموازنة التي يحكم منها على توافر المنفعة العامة، وقد رتب الحكم على عدم ذكرها إلغاء قرار المنفعة العامة CE, 23/01/1970

وقد عرف مجال العمران تطورا كبيرا من حيث تطبيق هذه التقنية، وفيها يسهر القاضي الإداري على أن لا تكون مساوي مشروع عمران أكثر من مزاياه، حيث أقر مجلس الدولة الفرنسي في هذا القرار أنه "لا يمكن لمعاملة الإعلان عن المنفعة العامة أن تكون مشروعة إلا إذا كان المساس بالممتلكات الخاصة، والتكلفة المالية، وعند الاقتضاء المساوي ذات الطابع الاجتماعي التي تترتب عليها، ليست مفرطة بالنظر إلى المنفعة التي تقدمها"⁽²⁾

وبهذا يكون هذا القرار قد اخرج رقابة القاضي الإداري من منطقه الثنائي (المصلحة العامة/الحرية) والدخول في المنطق المتعدد الأقطاب multipolaire والذي يلزمه بالأخذ بعين الاعتبار عدة عناصر مختلفة، حيث يرى أن هذه التقنية ليست بعيدة عن الرقابة الكلاسيكية التي تهدف إلى إعادة التوازن بين كفتي المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، فرقابة الموازنة بين المنافع والأضرار هي أيضا تضع في كفتي العدالة طائفتين من المصالح، إلا أن كل

(1) عدي شاهين: المرجع السابق، ص 16.

(2) SANCHEZ (Yoann): **Le contrôle de proportionnalité comme élément du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration**, op.cit .pp129-145: «Une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ».

كفة لا تتشكل من عنصر واحد بل من مجموعة من العناصر المختلفة ولكنها أكثر تجانسا. فالقاضي الإداري ملزم بمقارنة مساوئ التكاليف البيئية، الاجتماعية والمالية، مع المزايا بمصطلح المصلحة العامة بالمعنى الواسع (في مجال العمران قد تكون تجديد حي، فضاء أخضر،).⁽¹⁾

ومع ذلك، فإن الممارسة العملية لهذا الاجتهاد القضائي في فرنسا لا تؤدي إلا إلى عدد قليل جدا من الإلغاءات وتخص المشاريع ذات القيمة المنخفضة، ومثال ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية الزوجين Perez، حيث ألغى قرار ألحق مساسا خطيرا بملكية خاصة، بعدم الاعتراف بنزع ملكية الزوجين لحديقة من أجل إنشاء فضاء مزروع بالأشجار، في حين أن البلدية التي لا يتعدى تعداد سكانها 300 نسمة هي أصلا غنية بمساحات خضراء⁽²⁾

ولا يكون هناك إلغاء يخص المشاريع الكبرى ذات الأهمية الوطنية (الطرق السريعة، محطات الطاقة النووية) إلا في حالات نادرة جدا، كان ذلك في قضية جمعية ضد مشروع الطريق السيار A400 والذي يربط بين Annemasse و Thonon-les-Bains حيث يرى المقرر السيد / Denis-Linton أنه: « [...] دون الحاجة إلى التحقيق فيما إذا ستكون الأضرار البيئية مفرطة، [...] يجب اعتبار التكلفة المالية وحدها والمتعلقة بحركة المرور المتوقعة على أنها تتجاوز مصلحة العملية وبالتالي سحب طابع المنفعة العامة عنها"⁽³⁾، كما ألغى سنة 2006 معاملة للمنفعة العامة تخص مشروع خط كهربائي عالي التردد (400 كيلو فولط) في أعالي Verdon، بسبب مساس خطير بالبيئة تتجاوز المصلحة العامة للعملية⁽⁴⁾

⁽¹⁾ FROMONT (M): **Le principe de proportionnalité**, AJDA, 1995, pp 156-166, Cité par SANCHEZ (Yoann): **Le contrôle de proportionnalité comme élément du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration**, pp 129-145, spéc, p 138.

⁽²⁾ DUPUIS (Georges) et autres: **op.cit**, p. 395 « CE, 25 novembre 1988, Epoux Perez »

⁽³⁾ Ibid, p.395. (CE 28 mars 1997, Association contre le projet de l'autoroute Transchablaisienne): «[...] sans qu'il y ait lieu de rechercher si les atteintes à l'environnement seraient excessives, [...] le coût financier au regard du trafic attendu doit être regardé à lui seul comme excédant l'intérêt de l'opération et comme de nature à lui retirer son caractère d'utilité publique ».

⁽⁴⁾ DUPUIS (Georges) et Autres: **op.cit**, p.395. « CE 10 juill. 2006, Association interdépartementale et intercommunale pour la protection... du Verdon, AJDA 2006.1413 »

ولم تتوقف سلطات القاضي الإداري في فرنسا عند هذا الحد، بل عرفت أهم تطور للموازنة بين المصالح بمناسبة قضية جمعية محاربة البطالة « AC ! »⁽¹⁾ سنة 2004، وتخص إلغاء قرارات وزير العمل والتضامن والشؤون الاجتماعية الفرنسي - وهي قرارات ذات طابع تنظيمي - حيث أمضى عدة اتفاقيات متعلقة بالمساعدة من أجل العودة إلى العمل والتعويض عن البطالة، هذه القرارات طعنت فيها جمعية « AC ! » لعدم مشروعية الإجراءات المتبعة وليس موضوعها، إلا أن إلغاؤها بأثر رجعي سيؤدي حتما إلى أضرار مالية وخيمة على مؤسسات الضمان الاجتماعي المكلفة بالتعويض عن البطالة، وعليه قرر القاضي الحد من الآثار الرجعية للإلغاء القضائي، بعد أن قام باستدعاء الأطراف بالحضور إعمالاً لمبدأ المواجهة لمناقشة الإشكالية.⁽²⁾

وقد اعتبر هذا التحول سابقة في تاريخ القضاء الإداري الفرنسي حيث تم من خلاله توسيع سلطات القاضي، وأدى ذلك إلى التحول عن اجتهاد قضائي ثابت، بل هو أساس دعوى تجاوز السلطة والذي يلغي القرار الإداري بأثر رجعي وكأنه لم يكن، ورغم ذلك قام مجلس الدولة الفرنسي بالتحول عن هذا الاجتهاد، وهو تحول لا يحتاج إلى تصريح من المشرع، بل يدخل في صلب السلطة التقديرية للقاضي لإعادة التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.⁽³⁾ فالمطلوب من القاضي الموازنة بين آثار الإلغاء ومتطلبات المشروعية، وعليه أن "يزن" عدم المشروعية بالنظر إلى مختلف الوسائل المثارة ووسائل النظام العام.⁽⁴⁾

وعليه يمكن القول أن رقابة التناسب بجميع أنواعها، تبين أن القاضي الإداري لا يتردد في الرقابة بصفة معمقة على اختيارات الإدارة، ولكن أيضا الإمكانيات الأخرى المتاحة لها.

⁽¹⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p.794. « CE, Ass, 11 mai 2004, Arrêt Association « AC ! et autres » (Recours pour excès de pouvoir, effets des annulations contentieuses, modulation dans le temps)

⁽²⁾ Ibid, p.794. « CE, Ass, 11 mai 2004, Arrêt Association « AC ! et autres » (Recours pour excès de pouvoir, effets des annulations contentieuses, modulation dans le temps) ».

⁽³⁾ Rapport sur « **Les revirements de jurisprudences** » remis au premier président de la Cour de Cassation M. Guy Canivet du 30 novembre 2004. Groupe de travail présidé par N. Molfessis. Paris, Litec LexisNexis, 2005. « La question des effets dans le temps des annulations contentieuses n'excède pas le pré-carré juridictionnel et ne concerne que la maîtrise par le juge du dispositif de ces décisions, comme telle, elle ne paraît pas subordonnée à une intervention préalable du législateur ».

⁽⁴⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p.804: « il est demandé au juge de faire la balance entre les conséquences d'une annulation et les exigences de la légalité, il lui faudra faire la « pesée » de l'illégalité au regard des différents moyens invoqués ... et des moyens d'ordre publics »

وهذه الرقابة يتم إعمالها أكثر في المجالات الحساسة (الضبط الإداري، التأديب) أو التقنية (ال عمران)، وبالتالي يعتبر هذا النوع من الرقابة علامة على الحرية الكبيرة التي يحوزها القاضي الإداري والتي تنقص من الحرية التي تحوزها الإدارة.⁽¹⁾

من خلال ما سبق يتبين أن فكرة المصلحة العامة، هي بشكل ما متصلة بالقانون الإداري في مجمله. ويعبر القاضي الإداري فعلا عن ذلك في جميع أنواع المنازعات، على الرغم من أن ذلك لا يكون بشكل واضح إلا في حالات قليلة.

والمصلحة العامة هي قاعدة مكملة للقواعد الأخرى المطبقة، وكذا مبدأ التفسير الذي يسمح للقاضي بفحص القرارات الإدارية من حيث الغاية منها، وفكرة قياس المصلحة العامة هي دائما حاضرة في الاجتهاد القضائي؛ فمن الواضح في الرقابة على التناسب أو تقنية الموازنة بين المنافع والأضرار يتم وضع المصلحة العامة في إحدى كفتي الميزان، والمساوئ في الكفة الأخرى، إلا أنه لا يتم التعبير عن المصلحة العامة بوضوح.

ولهذه الفكرة ميزة مزدوجة للرقابة القضائية، فمن ناحية إعطاء القاضي الفرصة للحكم على النشاط الذي اتخذته الإدارة كمبدأ عام وشامل، ومن ناحية أخرى، السماح بمرونتها بتطوير القانون استنادا إلى توقعات المجتمع.

بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري، ومن خلال استقراء أحكامه يتبين أنه اكتفى في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة بإعمال الأساليب التقليدية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث يقتصر عمله على رقابة الصحة المادية وصحة تكييفها القانوني⁽²⁾ ويرى أحد الأساتذة أن القاضي الإداري الجزائري لم يتأثر بالتطور الذي عرفه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ويبقى معادي لرقابة الملاءمة والتناسب نظرا للفواصل البعيدة بينه وبين الإدارة.⁽³⁾

⁽¹⁾ SANCHEZ (Yoann): *Le contrôle de proportionnalité comme élément du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, op.cit, pp 129-145.p. 135

⁽²⁾ العربي زروق: المرجع السابق، ص 125.

⁽³⁾ صدراتي صدراتي: *القاضي الجزائري غريب عن الإدارة التي يراقبها*، *المجلة القضائية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية*، العدد 03، السنة 1993، ص 580.

المطلب الثاني: قواعد تخصيص الأهداف Les règles d'assignation des buts

إذا كانت المصلحة العامة هي الحد الخارجي للسلطة التقديرية للرجل الإداري، فإن قاعدة تخصيص الأهداف (الفرع الأول) هي الحد الداخلي أي النصوص القانونية التي تحدد الأهداف التي ينبغي على الإدارة استهدافها، وهي لا تخرج عن تحقيق هدف المصلحة العامة، الغرض الذي أوجدت من أجله الإدارة. وللقاضي سلطة تقديرية عند الرقابة عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم قاعدة تخصيص الأهداف

إن تحقيق المصلحة العامة من اتخاذ القرارات الإدارية، يقتضي الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية في كثير من الحالات، فالإدارة لا يمكن أن يقتصر دورها على أن تكون مجرد آلة صماء أو أداة لتنفيذ القانون تنفيذاً حرفياً، بل يتعين عليها القدرة على الاختيار، والاعتراف لها بقدر من حرية التصرف حتى لا توصف بالجمود، فالمشرع لا يستطيع مهما بلغت إمكاناته أن يتصور أو أن يتنبأ سلفاً بجميع ملاسبات وظروف مباشرة الاختصاصات الإدارية، بحيث يضع لكل حالة حكمها ويقدم لكل مشكلة حلها.⁽¹⁾

وعليه؛ ولما كانت حدود المصلحة العامة واسعة فضفاضة، وليس من صالح حسن سير الإدارة ترك رجل الإدارة مطلق الحرية في نطاق فكرة المصلحة العامة، فإن المشرع كثيراً ما يحدد له هدفاً مخصصاً لا يجوز له أن يسعى إلى تحقيق غيره باستعمال الوسائل التي بين يديه، حتى ولو كان الهدف الذي يسعى إليه متعلقاً بالمصلحة العامة (la spécificité du but).⁽²⁾

وبالتالي يجب على المشرع أن يحدد نطاق المصلحة العامة التي يهدف لتحقيقها من وراء تدخله وهو ما يعرف بقاعدة تخصيص الأهداف،⁽³⁾ فهي قواعد تحدد بطريقة ما المصلحة العامة، وتحدد هدفاً مخصصاً لسلطة إدارية معينة.⁽¹⁾

(1) سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 115.

(2) محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 365.

(3) عبد المجيد إبراهيم سليم: السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص

فعندما يتصدى المشرع لتحديد الهدف من تحويل الإدارة بعض السلطات بصدد قرارات إدارية معينة، فيتعين عليها- أي الإدارة- أن تستهدف من إصدار هذه القرارات الأهداف المحددة لها قانوناً، وليس لها أن تبتغي هدفاً آخر حتى ولو قدرت أنه يندرج في نطاق المصلحة العامة.⁽²⁾

ويجب التأكيد هنا على الصلة الوثيقة بين الهدف، لاسيما عندما يتعلق الأمر بهدف معين، ومضمون القرار، وبافتراض أن الغرض المقصود هو مشروع في حد ذاته، إلا أنه قد يكون الإجراء المتخذ غير سليم لأنه غير كاف للغرض المقصود أو لأنه ليس ضرورياً لتحقيق الغرض المقصود. وبالتالي يلجأ القاضي إلى تقدير مدى مشروعية القرار على أساس مبدأ التناسب.⁽³⁾

فإذا لم يحدد المشرع للإدارة هدفاً مخصصاً وجب عليها استهداف تحقيق المصلحة العامة، أما إذا نص القانون على هدف محدد، فإن الإدارة ملزمة بتحقيق هذا الهدف نزولاً عند قاعدة تخصيص الأهداف، وإلا كان تصرفها مشوباً بعيب الغاية أو الانحراف بالسلطة. فرجل الإدارة مقيد بأهداف معينة حددها المشرع سلفاً صراحة أو ضمناً، بحيث لا يمكنه أن يحدد عنها، فإذا فعل ذلك كان متجاوزاً لسلطاته واعتبر عمله غير مشروع.⁽⁴⁾

وتقترب هذه الصورة من عيب عدم الاختصاص، ويتمثل في صورتين:⁽⁵⁾

أولاً: غرض عام لم ينط به رجل الإدارة تحقيقه

حيث يستعمل رجل الإدارة في هذه الصورة، السلطات التقديرية الموكلة إليه، لتحقيق غرض يتعلق بالمصلحة العامة، إلا أنه لم يكلفه به المشرع بتحقيقه، ويتم ذلك في معظم الأحيان نتيجة خطأ فني، ذلك ان الإدارة تكون حسنة النية.

⁽¹⁾ DUPUIS (Georges) et Autres: **Droit administratif**, Paris, 10^{ème} Edition, Dalloz, 2007. P.479

⁽²⁾ سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 116.

⁽³⁾ DUPUIS (Georges) et Autres: **op.cit**, p.479

⁽⁴⁾ سليمان محمد الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 233.

⁽⁵⁾ المرجع نفسه، ص ص 128 - 139.

ونجد العديد من تطبيقات هذه الصور، كحالة إشراف الإدارة المركزية على الهيئات اللامركزية، فقد تعدي على الهيئات المحلية، أو على الهيئة القضائية،

ثانياً: غرض عام منوط بالإدارة تحقيقه، ولكن بوسائل معينة

في هذه الحالة، تخطئ الإدارة عمداً في معظم الأحيان، في كيفية استعمال الوسائل هـ ض حده لها المشرع ولكن بوسائل معينة. والأصل أن الإدارة حرة في اختيار

الأغراض أو الأهداف

استعمال سلطتها برفض منح رخصة بناء موضوعها وضع حد لآثار الأحكام القضائية والتي ألغت قبل ذلك قرارات سابقة برفض نفس الطلب⁽¹⁾،

وعليه يختلف إعمال القاضي الإداري لسلطته التقديرية في هذه الصورة سعة وضيقا تبعا لنطاق تطبيق قاعدة تخصيص الأهداف⁽²⁾، فلا يبدو مجال إعمالها واسعا إذا تعلق الأمر بالقرارات التي حدد لها المشرع هدفا خاصا على نحو صريح، وبالعكس ذلك إذا لم يصرح بالهدف الخاص، حيث يكون للقاضي الإداري - حينها - سلطة أوسع في سبيل الوصول للهدف الخاص للمشرع بطريق الاستتباب والتفسير، أو الاستعانة بأي وسيلة يرى مناسبتها، بما في ذلك الرجوع للأعمال التحضيرية للقانون أو المذكرات التفسيرية أو المناقشات التي دارت حول مشروع القانون أو غيرها.⁽³⁾

وعلى القاضي الإداري أن يتحرى عن الهدف الخاص الذي قصده المشرع دون التصريح به، على أساس أنه لا يتصور أن يكلف رجل السلطة الإدارية بممارسة اختصاصه مستهدفا تحقيق المصلحة العامة بمعناها الواسع، فذلك فوق طاقته ولذا كان من حسن سير النشاط الإداري تكليف كل عون بتحقيق بعض الأهداف حتى يستطيع القيام بما كلف به على أحسن وجه، ويكتمل تحقيق المصلحة العامة بتكامل الأهداف الخاصة من كل جهة أو عون إداري.⁽⁴⁾

وتكمن الصعوبة بالنسبة للقاضي الإداري في تحديد هدف المشرع عند عدم التصريح به، إذ يكون معنيا بتحديد الهدف الخاص لكل فئة من القرارات الإدارية، وهي مهمة بالغة الصعوبة يعمل فيها سلطته التقديرية باستعمال وسائل عدة للوصول إلى الهدف الخاص، فإلى جانب الأعمال المصاحبة لإقرار القانون الحاكم للموضوع محل القرار، تفرض طبيعة الاختصاص الممنوح للإدارة نوع الهدف الذي يجب أن تسعى لتحقيقه، كما هو الحال في

⁽¹⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 30 « CE, 7 novembre 2012, M et Mme Gaigne et commune de Grans »: « le refus d'un permis de construire ayant »

خلاصة الفصل الأول

من خلال البحث في علاقة السلطة التقديرية للقاضي الإداري بالتكييف، تبين أن هناك اتجاه يخلط بين السلطة التقديرية كمصطلح مستقل بذاته، وبين التقدير كعمل ذهني، فمسألة السلطة التقديرية لا تخص مسألة حرية التكييف، حيث يجد التمييز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد مكان تدخله في عملية استخلاص آثار التكييف القانوني، وليس في التكييف القانوني في حد ذاته. فالسلطة التقديرية ليست مفهوما شاملا ينطبق على أي سلطة اتخاذ القرار، دون الحاجة إلى التمييز عند أي نقطة من الاستدلال القانوني تحدث، ولا تتدخل حقيقة إلا في مرحلة التكييف النهائي وهي مرحلة استخلاص الآثار القانونية لأنه إذا كان المكيف مقيدا بالفئة القانونية، فإنه حر في إدراج أو عدم إدراج الموضوع الذي ينبغي أن يكون مكيفا فيها.

ولتفعيل ممارسة القاضي الإداري لسلطته التقديرية، توجد عدة عوامل أهمها المصلحة العامة، فيمكن القول أن الالتزام بتقديم المصلحة العامة كسبب لاتخاذ القرارات من قبل الإدارة هو ضمانتها ضد التعسف، إلا أنه ؛ وإذا كان بإمكان السلطات العامة أن تقرر من جانب واحد، فلا يمكنها التصرف لأي سبب ولا على أي أساس، لأن من واجبها الاحترام الدائم للغرض الذي أنشئت من أجله، أي المصلحة العامة.

وإعمالا لسلطته التقديرية، يتدخل القاضي الإداري بوزن المصلحة العامة الموضوعية في مواجهة المصالح الخاصة، حيث أن تخلي المشرع عن تحديد مضمون المصلحة العامة، وضع وزنا ثقيلًا على عاتق القاضي لحماية الحقوق والحريات، فقد توصل في بعض الأحكام إلى تغليب المصالح الخاصة على المصلحة العامة، فالقاضي الإداري اليوم أصبح حاميا للحقوق والحريات.

الفصل الثاني: القواعد التي تحكم نظر القاضي الإداري في دعوى تجاوز السلطة وأثرها على سلطته التقديرية

يقوم العمل القضائي على مبادئ وأصول راسخة، تتقيد بها جميع الجهات القضائية سواء العادية أو الإدارية، مراعاة لقواعد الولاية والاختصاص عند أعمال القاضي لسلطته التقديرية، من بين هذه القواعد قاعدة حظر تحريك القاضي الإداري لدعوى تجاوز السلطة من تلقاء نفسه ولو وصف بقاضي المشروعية (المبحث الأول)، أما القاعدة الثانية التي تحكم نظر القاضي الإداري هي قاعدة رقابة مجلس الدولة كقاضي نقض على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع (المبحث الثاني)

المبحث الأول: قاعدة حظر تحريك القاضي الإداري لدعوى تجاوز السلطة من تلقاء نفسه

من مقتضيات العمل القضائي الإداري هو عدم جواز نظر القاضي من تلقاء نفسه في مسائل تجاوز السلطة الإدارية، إذ لا يمكن للقاضي الإداري فحص مشروعية قرار أو تفسيره أو إلغائه إن لم تطرح أمامه دعوى بذلك ويسلم له الملف لدراسته والاطلاع عليه. فالقاضي الإداري حتى وإن علم بوجود القرار فلا يحق له التدخل إلا إذا طعن فيه من طرف ذوي المصلحة، وأساس ذلك حياد القاضي وامتياز قرينة المشروعية التي تتمتع بها القرارات الإدارية (المطلب الأول)، ولهذا الامتياز أثر واضح على عبء الإثبات، إذ من واجب القاضي الإداري إعمال سلطته التقديرية لإعادة التوازن بين طرفي الدعوى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسس قاعدة الحظر

يتقيد القاضي الإداري عند إعمال سلطته التقديرية بمراعاة قواعد الولاية والاختصاص، والتي تمثل حدا وضابطا لممارسة سلطته، بما يترتب عليها بطلانها عند تجاوز تلك القواعد باعتبار أن انتفاء أي منهما هو انتفاء للصلاحيات القانونية لأداء العمل القضائي، مما يؤدي إلى عدم الاعتراف بمشروعية الأثر المترتب على إعمال السلطة التقديرية طالما كانت ممارستها تتضمن خروجاً على قواعد الولاية والاختصاص. وأهم هذه القواعد قاعدة عدم جواز مبادرة القاضي الإداري بافتتاح الدعوى حتى وإن كانت مهمته موضوعية وهي الرقابة على أعمال الإدارة إعمالاً لمبدأ الحياد كأساس عام (الفرع الأول)، ولتتمتع القرارات الإدارية بامتياز قرينة المشروعية كأساس خاص (الفرع الثاني)،

الفرع الأول: الأساس العام لقاعدة الحظر

من مميزات الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة أنها رقابة غير تلقائية، وأساس ذلك مبدأ الحياد الذي يمنع على القضاة المبادرة بافتتاح الدعوى (أولاً)، حتى وإن كانت لهم وسائل يثيرونها من تلقاء أنفسهم (ثانياً).

أولاً: مبدأ الحياد

من أهم قواعد أصول القضاء، أنه يحظر على المحاكم عموماً مباشرة نشاطها القضائي إلا بناء على شكوى، أي دعوى مقدمة إليها من ذوي المصلحة، والرقابة القضائية على

الإدارة لا تخرج عن هذه القاعدة⁽¹⁾، ومفادها أن المبادرة بالدعوى القضائية لا تكون إلا خارجية، فالقضاء أساساً موقفه سلبي، بمعنى أن القضاة لا يتدخلون من تلقاء أنفسهم بل فقط بناء على طلب عندما يلتمس منهم ذلك، وهذا الطرح صحيح بطبيعة الحال بالنسبة لهيئات الحكم فقط ويستثنى قضاة النيابة العامة.⁽²⁾

ويجد هذا الحظر أساسه في المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان لسنة 1789،⁽³⁾ حيث ينتج عن ذلك أنه ليس للمحكمة سلطة افتتاح الخصومة بمبادرة منها، وبناء على ذلك فإن القاضي الإداري لا يعلم بوجود القرار إلا إذا طعن فيه من طرف ذوي المصلحة، فالخصوم فقط هم الذين يمتلكون حق افتتاح الخصومة. والحامي الوحيد للفرد والذي لم يشارك في القرار الذي يعنيه هو القاضي.

وعليه لا يمكن للقاضي ممارسة صلاحياته إلا في إطار خصومة قائمة خارج إرادته ومقدمة حسب الأصول،⁽⁴⁾ فالمبادرة بتحريك الدعوى من طرف هيئة قضائية، مستحيلة من حيث المبدأ، لأنه يتعارض مع منطق وظيفتها وهي التدخل لحل النزاع على أساس القانون وبناء على طلب أي من الطرفين.⁽⁵⁾ وأساس ذلك هو مبدأ الحياد وضمان حماية الحقوق،⁽⁶⁾ فليس للقضاء مكنة إدراج الخصومة تلقائياً، والواقع أن القاضي وهو طرف ثالث، يفترض أنه محايد وهو خارج عن الأطراف، المتعامل مع الإدارة أو الإدارة، ومهمته هي "فض النزاع من خلال إيجاد حل مقبول لدى الجميع."⁽⁷⁾

⁽¹⁾ محمد عبد الله الحراري: الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي (رقابة دوائر القضاء الإداري)، الطبعة السابعة (منقحة)، المكتبة الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، 2019، ص 24.

⁽²⁾ EISENMANN (Charles): **op.cit**, Tome 1, p. 107

⁽³⁾ Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789: <https://bit.ly/1VDd4tf>

⁽⁴⁾ LELLIG (Wendy): **op.cit**, p. 312.

⁽⁵⁾ ROUSSILLON (H.): **La saisine du Conseil constitutionnel**. Contribution à un débat, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54 n° 2, Avril-juin 2002, pp. 487-511, notamment p.494. <https://bit.ly/32VqR8t> «L'autosaisine d'un organe juridictionnel est, en principe, impossible car contraire à la logique de sa fonction qui est d'intervenir pour résoudre un litige sur la base du droit et à la demande de l'une ou l'autre des parties »

⁽⁶⁾ FRISON-ROCHE (Marie-Anne): **Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge**, *Recueil-Dalloz*, Revue Hebdomadaire, 10 janvier 2013, N°1, 189^{ème} année, pp 28-33, p. 29 <https://bit.ly/3k9tids> ; accédé le 21/06/2019 à 21H49.

⁽⁷⁾ DEFOORT (Benjamin): **op.cit**, p.602 « tiers supposé impartial, le juge est extérieur aux parties, administrés ou administration et sa mission est « d'apaiser le conflit en lui trouvant une solution » acceptable par tous »

وعليه فإن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لا تخرج عن هذا الأصل، حيث أن القاضي المدني أو القاضي الإداري حسب الأحوال لا يجوز له إعمال رقابته على الجهات الإدارية من تلقاء نفسه، حتى ولو وصل إلى علمه على وجه اليقين وجود أخطاء أو تجاوزات ارتكبتها جهة إدارية معينة، حيث يتوقف هذا النوع من الرقابة على وجود دعوى مقدمة من أحد الأفراد أو الهيئات يختصم فيها الإدارة ويطلب إنصافه من إجراء إداري أضر بمصلحته الشخصية المباشرة.⁽¹⁾

وتعتبر هذه الخاصية ميزة الرقابة القضائية عن غيرها من أوجه الرقابة الأخرى على الإدارة، إذ أن الرقابة الإدارية ورقابة أجهزة التفتيش ورقابة مجلس المحاسبة تمارس جميعها إما بناء على طلب أو تظلم مقدم من الغير وإما بشكل تلقائي بناء على مبادرة ذاتية من الجهاز الرقابي ودون حاجة إلى وجود تظلم أو طلب من الغير.⁽²⁾

وكما قال المقرر Gay Braibant، في قضية الأنسة أربوسي Melle Arbousset بتاريخ 02 مارس 1973⁽³⁾، أن مبدأ الحياد هو فقط تطبيق لمبدأ عام وقديم جدا، مفاده أنه لا يمكن لأحد أن يكون قاضيا وطرفا في نفس القضية، فالقاضي لا يجب أن تكون له معرفة مسبقة بالقضية وإلا أصبح متحيزا، وبصفة أعم، فإن أي اقتراح، أي مشورة من القاضي قد يجعله يخاطر بأن يتبادر إلى ذهن المتقاضى الشعور بأمان كاذب، لأنه إن لم يتحصل على الفائدة المرجوة من ذلك، أو إذا لم يتحصل على ما كان متوقعا، فإنه سوف يشعر بسهولة انه قد تم خداعه من قبل قاضيه.⁽⁴⁾

وبناء على ذلك فإن السلطات التي يحوزها القاضي الإداري لا تسمح له بأن يدخل كطرف في النزاع، باعتباره قاضي المشروعية، حيث "لا توجد سلطة لها وظيفة التماس

(1) محمد عبد الله الحراري: المرجع السابق، ص 24.

(2) محمد عبد الله الحراري: المرجع السابق، ص 25.

(3) CE, 2 mars 1973, Melle Arbousset, concl Gay Braibant: « le principe d'impartialité n'est que l'application d'un principe général et très ancien selon lequel nul ne peut être juge et partie dans la même cause »

(4) PERROT (R.): **Le rôle du juge dans la société moderne**, Gaz. Pal., 1977, Doctrine, p. 91, spéc. p.98. Cité par ; LELLIG (Wendy): **op.cit**, p. 330. « toute suggestion, tout conseil venant du juge risque d'entretenir dans l'esprit du plaideur le sentiment d'une fausse sécurité ; car s'il n'obtient pas gain de cause, ou s'il n'obtient pas ce qu'il attendait, il aura facilement l'impression d'avoir été trahi par son juge »

القاضي لفرض رقابة على الأعمال غير المشروعة التي ترتكبها الإدارة، فهذه وظيفة "النيابة العامة في دولة القانون" لا يمكن أن تؤول إلا إلى مقدم الطلب⁽¹⁾ وكما قال الفقيه Hauriou بأن المدعي هو من يلعب دور "النيابة العامة التي تتولى متابعة قمع الجريمة،⁽²⁾ أي أنه حتى وإن لم يكن مدركا لذلك (عادة ما يكون الأمر كذلك، لاسيما عندما ترفع الدعوى ضد قرار فردي أتخذ ضده) ويعتقد أنه يتصرف دفاعا عن مصلحته الشخصية التي يكون القرار قد أمس بها، فإنه يتصرف باسم المشروعية، كما يقوم به" مدعي القانون un procureur du droit، فيمكن القول أنها ليست دعوى خاصة بل يمارس دعوى عمومية.⁽³⁾

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد أعلن صراحة عن عدم السماح بأي شكل من الأشكال تحريك الدعوى من طرف المحاكم الإدارية، وكان ذلك بموجب قراره في سنة 1991 بتشكيلته الاستشارية.⁽⁴⁾ وعلى العكس من ذلك، فإنه لا توجد أي عبارة عامة وأساسية لحظر افتتاح الدعوى من طرف القاضي أمام المحاكم الإدارية في الجزائر، وذلك للاعتقاد بأن بديهية المبدأ لا يفرض النص على ذلك صراحة.

ومن جهة أخرى، وبدون شك، فإن المتعامل مع الإدارة لديه وظيفة اجتماعية أساسية، لا يمتلكها المتقاضي أمام المحاكم العادية والتي تتجاوز بكثير الغرض الذي يسعى إليه⁽⁵⁾ ورغم ذلك لا يمكن للقاضي أن يدفع المتقاضي للقيام بذلك. وبالتالي فبدون طلب التماس القاضي لا يكون هناك نشاط قضائي، والقاعدة معروفة جداً بأن القاضي لا يبادر بتحريك الدعوى من تلقاء نفسه، وجوهر ذلك أن الطلب هو الذي يحدد نطاق النزاع.

⁽¹⁾ LYON-CAEN (A.): «L'avocat devant le juge administratif et l'Etat de droit. Un mineur en voie d'émancipation », in Mélanges G. Braibant, Dalloz, 1996, p. 473, spéc. p. 481. Cité par: LELLIG (Wendy): Op.cit, p. 340 « Aucune autorité n'a pour fonction de saisir le juge afin qu'il censure les illégalités commises par l'administration. Cette fonction de "ministère public de l'Etat de droit" ne peut être dévolue qu'au requérant »

⁽²⁾ CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, op.cit, p.162 (CE, 8 décembre 1899, ville d'Avignon): « Le requérant joue le rôle d'un ministère public poursuivant la répression d'une infraction »

⁽³⁾ Ibid, p.162

⁽⁴⁾ C.E, Sect. de l'intérieur (formation consultative) à propos du Conseil Supérieur de la Magistrature (De la sécurité juridique, EDCE 1991, p. 63). Cité par MEURANT (Cédric): **L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français**, S.dir de Caroline Chamard-Heim.-Lyon: Université Jean Moulin (Lyon 3), 2017. p. 117, <http://www.theses.fr/2017LYSE3026>

⁽⁵⁾ LELLIG (Wendy): **Op.cit**, p. 341: « l'administré se trouve ainsi doté d'une fonction sociale essentielle, que ne possède pas le justiciable devant les tribunaux judiciaires et qui transcende très largement le but qu'il poursuit »

كما أن منح قاضي المشروعية سلطة إثارة من تلقاء نفسه وسائل واستنتاجات لضمان إلغاء قرارات علم بعدم مشروعيتها، يمكن أن تمس بالمبادئ النابعة من جوهر الوظيفة القضائية ذاتها، والتي لا يمكن بالتالي خرقها. ورغم التطورات التي عرفتتها سلطات القاضي الإداري، إلا أنه لا يفترض أبداً بأنه يبادر من تلقاء نفسه بافتتاح الخصومة، ولا يمارس سلطاته قبل افتتاح الخصومة من طرف ذوي المصلحة.

ومن خصائص دعوى تجاوز السلطة أن لها طابع يسمح للمدعي الذي رفع الدعوى، ثم تنازل عنها أن يعيد فتحها مرة أخرى حتى وإن قبلت الإدارة بهذا التنازل، ما دامت الهيئة القضائية المرفوعة أمامها الدعوى لم تصدر بشأنها حكم.⁽¹⁾

وبناء على ما تقدم يطرح تساؤل فيما إذا كان ذلك يلغي أي سلطة تقديرية للقاضي الإداري؟ للإجابة على ذلك يمكن القول بأن هذه الميزة التي تتعلق بشروط التدخل أو 'افتتاح الدعوى' لا تنفي وجود سلطة تقديرية للقاضي في المراحل اللاحقة لافتتاح الدعوى، وحتى إن كان القضاة لا يتصرفون إلا عندما 'يلتمس منهم ذلك' من هيئات عامة أخرى أو أشخاص عاديون؛ فإنه مادام قد التمس منهم ذلك فيجب عليهم أن يتصرفوا، وعليهم البت في طلبات ودفع الأطراف وأن يتخذوا قراراً، وإلا اعتبر ذلك إنكاراً للعدالة.⁽²⁾

وكما يرى الفقيه شارل أيزنمان أنه من الخطأ الجسيم التركيز، كما هو الأمر في كثير من الأحيان، على اعتبار أن السلطة التقديرية تقوم فقط على حرية الاختيار بين التدخل والامتناع عن التدخل، و فقط على حرية اتخاذ قرار التصرف وعدم التصرف. وحتى إذا لم تكن هناك سلطة تقديرية في هذه المرحلة، فإنها لا تستبعد حقيقة أنه توجد نقاط أخرى قد تكون السلطة التقديرية موجودة فيها وتوجد بالفعل بنسب كبيرة للمحاكم. كم أنه⁽³⁾

⁽¹⁾ BAILLEUL (David): **op.cit**, p.60 « CE, Ass 21 avril 1944, Dockès frères »

مجلس الدولة: قرار غير منشور، فهرس 650، مؤرخ في 2000/11/23، قضية المحامي (د) ضد منظمة المحامين لناحية عنابة، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، 2004، الجزء 2، ص 251. " تعبير المستأنف عن إرادته الصريحة والجازمة في ترك الخصومة على إثر حصول صلح بين الطرفين، ولم تعارض المستأنف عليها في التنازل الحاصل من جانب المستأنف بإرادته المنفردة ملتزمة منحها دينارا رمزيا من أجل الدعوى التعسفية".

⁽²⁾ EISENMANN (Charles) : **op.cit**, tome 2, pp. 316-317.

⁽³⁾ Ibid, p, 317.

ويمكن القول أن نشاط الرقابة القضائية هو رهن إرادة الأفراد وحدهم، فعندما يزداد وعي الأفراد بحماية حقوقهم وحيرياتهم وأقدموا على رفع دعاواهم أمام القضاء، يقوم القاضي بإعمال جميع سلطاته بما في ذلك سلطته التقديرية لإيجاد حل لقضاياهم يكون عنوانا للحقيقة القضائية.

ثانيا: وسائل النظام العام وأثرها على حياد القاضي الإداري

إن عدم إمكانية القاضي المبادرة بافتتاح الدعوى تشكل العلاقة الأولية بالخصومة، فهذه العلاقة الأولية يؤسسها المدعي بينه وبين خصمه،⁽¹⁾ فليس للقاضي "اختصاص بالاختصاص" أي ليست له سلطة تحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة باختصاصه،⁽²⁾ كما ليس له أيضا تحديد نطاق سلطته بالنسبة لموضوع النزاع، أي الحكم بأكثر أو أقل مما طلب منه المدعي.⁽³⁾

إلا أنه من الممكن التصدي للحدود الملموسة لافتتاح الدعوى، وذلك في التطورات المتمثلة في "قدرة جهاز ما على التصرف بمبادرته الخاصة"، أو على وجه التحديد قدرة قاضي المشروعية على التدخل من تلقاء نفسه بخصوص بعض المسائل، وبقدر ما ينبغي طرح مسألة الحياد التي تقوم عليها - وإلى حلها - سواء فيما يتعلق بالاستنتاجات أو الوسائل التي تثار تلقائياً.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif, op.cit, p.587.**

⁽²⁾ حدد المشرع الجزائري نوع المنازعات التي يختص بها القاضي الإداري في المادتين 800 و 801 من القانون رقم 08-09، مرجع مشار إليه سابقا.

⁽³⁾ المادة 25 من نفس القانون: "يحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد...."

مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس: 416، مؤرخ في 1999/07/26، قضية (م.د) ضد: والي ولاية قلمة ومن معه، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، 2004، الجزء 2، ص 125: "ورد في إحدى الحثيات أنه لا يجوز للقاضي أن يفصل فيما لم يطلب منه، حيث أن قضاة الدرجة الأولى وبعدم حلولوا وضعية غير مطروحة عليهم، استعملوا هذه الوضعية لكي يقرروا بأن دعوى المستأنف عليه غير مؤسسة فقد أخطأوا في تقدير الوقائع وفي تطبيق القانون"

⁽⁴⁾ LELLIG (Wendy): **op.cit, p.327**

والأصل أن قاضي تجاوز السلطة وعند فحص مشروعية قرار مطعون فيه يقتصر على الوسائل⁽¹⁾ المثارة من قبل الخصوم، وحتى وإن رخص له بأن يثير من تلقاء نفسه وسائل، فهي لا تخرج عن موضوع الطلب كما طرح أمامه أول مرة إعمالاً لمبدأ سلطان الخصوم، حيث يبقى الأطراف هم مالكي النزاع ولهم وحدهم فقط فتح الخصومة أو توقيفها.

وبسبب هذا الحظر فإن القاضي يطرح الطلبات والاستنتاجات التي ترمي إلى الإلغاء الجزئي للقرار الإداري والذي يشكل الكل غير القابل للتجزئة،⁽²⁾ فالمنطق يتطلب إلغاء القرار في مجمله، والاحترام المطلق للطلبات يمنع على القاضي التلاعب بها. حيث يرفض القضاء التصدي أثناء نظره لدعوى مرفوعة أمامه لأي طلب لم يرد في عريضة الدعوى، حتى وإن كان من شأن هذا التصدي تصويب انحراف أو خطأ وقعت فيه الإدارة.⁽³⁾

وكمثال على ذلك؛ عندما يطلب أحد الأفراد في عريضة دعواه من القاضي الإداري تعويضه عن قرار إداري غير مشروع، يقوم القاضي من التحقق أثناء نظره للدعوى من عدم مشروعية القرار (أي عنصر الخطأ) وكذلك من عنصري الضرر والعلاقة السببية، فإنه، أي القاضي، سيحكم للمدعي بالتعويض الذي يقدره، ولكنه لا يستطيع إطلاقاً وقف تنفيذ القرار الإداري مصدر الضرر ولا إلغاءه رغم عدم مشروعيته، لسبب بسيط وهو أن الطاعن لم يطلب ذلك في عريضة دعواه، وبهذا فإن القاضي وإن كان قد لبي طلبات صاحب الشأن بتعويضه عن القرار الإداري مصدر الضرر إلا أنه، أي القاضي لم يساهم في إصلاح الخطأ وتصويب الانحراف الذي وقعت فيه الإدارة بإصدارها قراراً إدارياً مخالفاً للقانون والذي بقي نافذاً رغم إقرار القاضي بعدم مشروعيته.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ تعرف الوسيلة على أنها: "الحجة القانونية التي يقدمها الخصوم دعماً لإدعاءاتهم (...). وهذه الوسائل نفسها تتكون من

حجج مختلفة يدعم بها الخصوم استدلالهم"

« L'argumentation juridique présentée par les parties au soutien de leurs prétentions (...). Ces moyens sont eux-mêmes constitués de divers arguments par lequel les parties étayent leur raisonnement "STAHL (J.H): Moyens et conclusions

⁽²⁾ CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p.211 « CE, 27 avril, 2011 Rouzet »

⁽³⁾ LELLIG (Wendy): **op.cit**, p. 81

⁽⁴⁾ محمد عبد الله الحراري: الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي (رقابة دوائر القضاء الإداري)، الطبعة السابعة (منقحة)، المكتبة الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، 2019، ص24.

ورغم الطابع التحقيقي أو الاستقصائي لإجراءات المنازعات الإدارية، إلا أن دور القاضي يتمثل في المحافظة على النظام العام، لذلك يعترف له بسلطة إثارة وسائل لم يثرها الأطراف إذا كانت من النظام العام،⁽¹⁾ حيث يثيرها القاضي تلقائياً دون أن يطلب منه ذلك الأطراف، كما لا يمكن للقاضي إثارة وسيلة من تلقاء نفسه دون أن يطلع الأطراف عليها مسبقاً، وإعطائهم آجالاً (عموماً لا تتعدى 8 أيام بالنسبة للقضاء الإداري الفرنسي) لعرض ملاحظاتهم حول هذه الوسيلة⁽²⁾

كما أن وسائل النظام العام تخضع لتقدير قاضي المشروعية فيما يخص تحديدها،⁽³⁾ ومع ذلك، فإن السؤال الذي يطرح نفسه: هل يجوز التأكيد على الطبيعة التقديرية لجميع وسائل النظام العام؟ أين يبدو غياب تعريف وسيلة النظام العام على أنه ضمان لحرية القاضي الإداري، إلا أنه لا يحوز على هذه السلطة الاستثنائية بشكل مطلق، بل على العكس من ذلك لا يزال متحفظاً بخصوص استعمالها دون إمكانية إدراك أسباب هذا الوضعية.⁽⁴⁾ فدعوى تجاوز السلطة التي تقوم على حماية المشروعية هي في حد ذاتها من النظام العام⁽⁵⁾

وبناء على ما سبق فإن وسائل النظام العام تحددتها الاجتهادات القضائية، وتخص الأهمية المرتبطة بالرقابة على بعض السلوكيات كما صرح ذلك مجلس الدولة الفرنسي في

⁽¹⁾ DEBBASCH (Charles): **op.cit**, p.526.

⁽²⁾ بالنسبة للمشرع الجزائري جعلها لا تتعدى آجال اختتام التحقيق حسب نص المادة 843 من القانون 08-09، على أن: "عندما يتبين لرئيس تشكيلة الحكم، أن الحكم يمكن أن يكون مؤسسا على وجه مثار تلقائيا يعلم الخصوم قبل جلسة الحكم بهذا الوجه ويحدد الأجل الذي يمكن فيه تقديم ملاحظاتهم على الوجه المثار دون خرق آجال اختتام التحقيق". أما في نص المادة 932: " خلافا لأحكام المادة 843 أعلاه، يجوز إخبار الخصوم بالأوجه المثارة الخاصة بالنظام العام خلال الجلسة".

⁽³⁾ LELLIG (Wendy): **op.cit**, p.94 « les moyens d'ordre public apparaissent également à la discrétion du juge de la légalité lorsqu'il s'agit de leur identification »

⁽⁴⁾ Ibid, p. 403: «la discrétionnalité des moyens d'ordre public» dont l'absence de définition apparaît comme un «gage de liberté du juge administratif», qui en retient, paradoxalement, « une conception très restrictive ». Il ne s'empare donc pas pleinement de cette prérogative mais reste au contraire réservé quant à son emploi, sans que l'on n'arrive à percevoir les raisons d'un tel positionnement ».

⁽⁵⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, tome 2, p.239 « Le recours pour excès de pouvoir étant fondé sur la défense de la légalité est lui-même un « recours d'ordre public » et on conçoit que les éléments d'ordre public y soient nombreux »

قضية دالتال بتاريخ 21 مارس 1958⁽¹⁾، وبالتالي فإن تحويل الوسائل العادية إلى وسائل للنظام العام يدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي ومجلس الدولة بصفة خاصة، والأمر متروك له وحده لتحديد فيما إذا كان إغفال قاعدة معينة من طبيعته أن يتصف بوجود وسيلة للنظام العام.⁽²⁾ مع العلم أن مجلس الدولة يمارس هذا الامتياز بصورة مؤكدة، باعتبار أنه يقر بذلك فقط وليس عن طريق خلقها". فالمحاكم تعلن عن وسيلة أنها من النظام العام أم لا دون أن تقدم أي أسباب لقرارها.⁽³⁾

ويتم اكتشاف وسائل النظام العام من خلال الأحكام القضائية لأنه يتم الطعن فيها بالاستئناف أو بالنقض أو حتى أمام المحاكم الابتدائية بعد انقضاء الآجال.⁽⁴⁾ وهناك ثلاثة أسباب أوجدها مجلس الدولة الفرنسي، تفسر إلى حد كبير الاعتراف بطابع النظام العام: هي "أولا وقبل كل شيء الحفاظ على الأموال العامة (قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 14 ديسمبر 1998، قضية شركة لوفو⁽⁵⁾؛ حسن سير العدالة؛ وفي الأخير أسباب ما يسمى في منازعات تجاوز السلطة، نطاق تطبيق القانون".⁽⁶⁾

وعليه فإن الاجتهادات القضائية وحدها التي تجعل من الممكن تحديد وسائل النظام العام على نحو غير شامل، حيث تعرف فكرة النظام العام بنتائجها أكثر من مضمونها،⁽⁷⁾ وبالتالي فهي فكرة واسعة ومرنة ونسبية، تضيق وتتسع بحسب كل دولة، باعتبار أن المصلحة العامة هي أساس فكرة النظام العام، وبالتالي هذا الأساس متغير بحسب مفهوم كل

⁽¹⁾ CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, op.cit, p. 626. (CE, 21 mars 1958, Deltel): « Les moyens d'ordre public sont déterminés jurisprudentiellement en fonction de l'importance attachée à la censure de certains comportements » .

⁽²⁾ LELLIG (Wendy): op.cit, p. 96

⁽³⁾ Ibid, p. 97: « Les juridictions déclarent ou non un moyen d'ordre public, sans jamais donner les raisons qui fondent leur décision »

⁽⁴⁾ DEBBASCH (Charles): op.cit, p.527.

⁽⁵⁾ CE, 14 Déc 1998, SARL Levaux

⁽⁶⁾ JACQUE (J.P): « les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in Mélanges M. Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p.229. Cité par LELLIG (Wendy): OP.CIT, p. 97

⁽⁷⁾ AUBY (J-M.) et DRAGO (R.) : op.cit, Tome 2, p. 239

دولة لفكرة المصلحة العامة، وعليه يتعين على الأفراد احترام هذه المصلحة وعدم مخالفتها حتى ولو كان بمقتضى اتفاق بينهم.⁽¹⁾

والأثر الأساسي لوجود وسائل النظام العام، هو إمكانية القاضي إثارته من تلقاء نفسه، فالقاضي المقرر عندما يبدأ بفحص ملف القضية، يبحث عن الوسائل التي يثيرها من تلقاء نفسه وهي وسائل يجب أن تنتج من الملف ولا يمكن الأمر بالبحث عنها بإجراء تحقيق إضافي.⁽²⁾ حيث تسمح وسائل النظام العام للقاضي بالخروج الاستثنائي عن نطاق النزاع الذي يعتبر ملك للخصوم، إلا أن استعماله لهذه الوسائل يكون محاطا بعدة احترازا⁽³⁾:

- في المقام الأول ومبدئيا يمنع على القاضي اللجوء لوسيلة تحقيق إذا كان ليس له الحق إثارته من تلقاء نفسه، وبالتالي إذا لم يثر الخصوم مسألة معينة فالقاضي ملزم بالتمسك بما ورد في الملف⁽⁴⁾، كأن يقوم مثلا بالتحقق من أن الشخص الذي أمضى القرار الإداري يحوز فعلا على قرار التفويض أو أن الطاعن قد رفع طعنه في الآجال⁽⁵⁾، وقد قضى في ذلك مجلس الدولة الفرنسي سنة 1959 في قضية كورساك⁽⁶⁾ على أن وسيلة النظام العام يجب أن تبرز بصفة واضحة في أوراق الملف، وبالتالي في غياب هذه الوثائق لا يمكن إثارته.⁽⁷⁾
- من جهة ثانية يعترف للقاضي بالتعمق في التحقيق للتأكد من صحة المؤشرات الواردة في الملف فيما إذا كانت تسمح بإثارة وسيلة من وسائل النظام العام، والقاضي يجد نفسه في هذه الفرضية في وجود قرينة حيث يمكن له - بل يجب عليه - ودون مخالفة القانون التأكد من أنها موافقة للواقع.⁽⁸⁾

⁽¹⁾ عبد القادر الدينس: فكرة النظام العام في الإجراءات القضائية والإدارية، المجلة للقانون والعدالة، تصدر عن مركز البحوث القانونية والقضائية، الجزائر، العدد التجريبي، 2015، ص ص 39-56 (ص 41).

⁽²⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome II, p.240

⁽³⁾ CHABANOL (Daniel): **Op.cit**, p. 212

⁽⁴⁾ Ibid, p.212

⁽⁵⁾ مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس 92، قضية مدير الصحة والحماية الاجتماعية ضد (ب.ب) تاريخ القرار 2000/01/31، المنتقى في قضاء مجلس الدولة لسنة 2003، الجزء 01، ص 305: "المبدأ: يرفض الاستئناف إذا كان

خارج الميعاد القانوني حتى ولو كان الطلب القضائي قائما على أساس قانوني صحيح (المواعيد من النظام العام)"

⁽⁶⁾ CE, 21 oct, 1959, Korsec

⁽⁷⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, p.240.

⁽⁸⁾ CE, 13 Février, 1987, Morel

ولفكرة النظام العام أهمية بالغة لدى القاضي الإداري بالدرجة الأولى كونه قاضي مشروعية ولدوره الايجابي (الطابع التحقيقي) في المنازعة القضائية، فالقاضي له سلطة المبادرة، وإثارة المسائل غرضه في ذلك تكريس مبدأ المشروعية.⁽¹⁾ حيث نكون بصدد عدم مشروعية خطيرة بصفة خاصة لا تستند إلى أي معايير محددة، والتي يعتبر القاضي أن فحصها يجب أن يكون خارج الإجراءات العادية لأن الإبقاء عليها من شأنها أن تخل بالنظام العام.⁽²⁾ وعليه فإن الطابع العام مرتبط ببعض شروط قبول الدعوى وبالأخص مسألة الأجال. ومن بعض وسائل النظام العام الهامة التي كرستها اجتهادات القضاء الإداري كل ما يخص:⁽³⁾

- الدفع بعدم قبول الدعوى وبالخصوص تلك التي تمس باختصاص المحكمة التي رفع أمامها الطلب.⁽⁴⁾
- أيضا تلك التي تخص عدم اختصاص واضع القرار المطعون فيه، ويكون بناء على طلب أحد الخصوم.⁽⁵⁾
- تلك التي تكون سواء بالدفع أو بناء على طلب أحد الخصوم، والمستخلصة عند الاستئناف أو النقض، وتخص عدم مشروعية التشكيلة القضائية التي حكمت على القرار المطعون فيه.⁽⁶⁾
- الوسائل المستخلصة من الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه (وليس الحجية النسبية)، وتخص هذه الحالة الأحكام القضائية التي قضت بإلغاء القرارات الإدارية.
- الوسائل المستخلصة من الانعدام المادي للقرارات الإدارية بسبب خطورتها.⁽¹⁾

⁽¹⁾ عبد القادر الدينس: المرجع السابق، ص 41

⁽²⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p.239.

⁽³⁾ CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p. 214.

⁽⁴⁾ المادة 36 من القانون رقم 09-08: مرجع مشار إليه سابقا.

⁽⁵⁾ CE, 17 avril 1989, Boyer

⁽⁶⁾ CE, 7 janvier 1998, Association. Aux amis des vieilles pierres d'Aiglement – CE, 7 janvier 2000, Société Lady Jane.

مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، قرار رقم 2770، مؤرخ في 2001/07/30، قضية محافظة الجزائر الكبرى ضد (ح.م.ع)، مجلة مجلس الدولة الجزائري، سنة 2003، العدد 03، ص 167. " خرق قواعد جوهرية في الإجراءات، حيث صدر القرار المطعون فيه من قبل 04 قضاة بدلا من 03 كما هو مشار في المادة 144 من ق إ م "

- أيضا الوسائل التي تخص عدم رجعية القرار التنظيمي⁽²⁾، ولكن ليس تلك التي تخص عدم رجعية القرار الفردي⁽³⁾
- الوسائل المستخلصة من عدم قابلية تطبيق ملفات تنظيمية غير منشورة.⁽⁴⁾
- تلك المستخلصة من قانون العفو (La loi d'amnistie)، أيضا (CE, 24 février 2006 ; Caisse primaire d'assurance maladie de la Gironde).
- الوسائل المستخلصة مما يسمى بـ: "نطاق تطبيق القانون"، عبارة تغطي جميع الفرضيات التي بموجبها لا يستطيع القاضي الحكم على نزاع دون أن يكون ذلك على أساس نص غير قابل للتطبيق (وليس فقط غير مشروع)، ففي هذه الحالة يثير القاضي تلقائيا عدم قابلية النص للتطبيق⁽⁵⁾؛
- أيضا فرض القاضي غرامة مالية بسبب الطعون التعسفية، فهي من النظام العام، لأنها سلطة خاصة بالقاضي، ففي هذه النقطة بالذات لا تقبل الاستنتاجات التي تخص هذا الرفض⁽⁶⁾؛ كما أن قرار الرفض لا يكون محل إنذار مسبق للأطراف.⁽⁷⁾
- مسؤولية الإدارة على أساس الخطر (القضاء الكامل).
- حظر إدانة شخص معنوي عام دفع مبلغ أكثر مما هو مدين به.⁽⁸⁾
- وتجدر الإشارة إلى أن وسائل النظام العام في القضاء الإداري إذا كانت مؤسسة فيجب إثارتها تلقائيا، بينما لا يأخذ القضاء العادي بهذا الالتزام.⁽⁹⁾

⁽¹⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p.70 ; « CE, 5 mai 1971, préfet de Paris et Ministre de l'intérieur » ; « CE, sect 18 janv 2013, syndicat de la magistrature »: « le juge de l'excès de pouvoir, saisi d'un recours dirigé contre un acte nul et non avenu, est tenu d'en constater la nullité à toute époque »
مجلس الدولة، قرار رقم 11803، مؤرخ في 2002/12/03، قضية (الشركة ذات الاسم الجماعي) ضد (والي ولاية تيزي وزو)، مجلة مجلس الدولة الجزائري لسنة 2003، العدد 3، ص 171: المبدأ أن كل قرار تتخذه سلطة غير مختصة باتخاذها يحلل على أساس أنه قرار منعدم وبطلانه من النظام العام".

⁽²⁾ CE, 5 février 1971, Megard

⁽³⁾ CE, 9 février 1973, Chaput

⁽⁴⁾ CE, 21 mai 1985, Sté de tourisme corse

⁽⁵⁾ CE, 23 Fev 1990, Melle Doyen

⁽⁶⁾ CE, 11 mai 1987, Bertin

⁽⁷⁾ CE, 11 mai 1994, Bertin

⁽⁸⁾ CE, 25 janvier 1995, Ministre de l'équipement

⁽⁹⁾ CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p. 215.

إلا أنه توجد بعض الوسائل ليست من النظام العام وتوصف على أنها وسائل "عادية" أو "تقليدية"⁽¹⁾، ولتجنب الوقوع في الخطأ من الضروري التمييز بين وسائل النظام العام وتلك الوسائل العادية.

فعادة ما يعتقد أن الوسيلة التي تثار تلقائيا هي من النظام العام، ورغم اختلاف الفقه الكبير حول هذه النقطة، حيث لا يوجد نص يعرف هذه الفئة من الوسائل،⁽²⁾ إلا أن العديد من الاجتهادات القضائية سمحت برسم خط يفرق بين هاتين الفئتين، حيث أن الفئة الأولى يثيرها القاضي الإداري إجباريا من تلقاء نفسه (قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 6 جانفي 1928، قضية Grainetier)، أما الفئة الثانية فهي عبارة عن مجرد مكنة أي اختيارية، والتي لا يمكن للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه، وتثار من طرف الخصوم أمام المحكمة الابتدائية ولا يكون ذلك بعد غلق التحقيق.⁽³⁾ ويلتزم القاضي بالإعلام المسبق للأطراف لهذا النوع من الوسائل (قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 2 أكتوبر 1996، قضية Département Yvelines)

كما أنه: "خارج الحالات التي تشكل طابع النظام العام، يرفض القاضي رفضا قاطعا إثارة وسيلة لم تكن قد أثرت في آجال الطعن، حتى وإن قدر أن هذه الوسيلة مؤسسة"⁽⁴⁾، كما قد تكون الوسائل التي يقدمها الأطراف غير صحيحة من الناحية القانونية أو غير كافية أو لا يمكن الوصول إليها (...). وللقاضي الحق في تصحيحها"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: قرينة المشروعية كأساس خاص لقاعدة الحظر.

الأساس الثاني والخاص الذي يحظر تحريك الدعوى من طرف القاضي الإداري، هو قرينة المشروعية التي تمتاز بها القرارات الإدارية، مفادها أن القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة يفترض أنها مشروعة طالما أنها صدرت عن سلطة وضعها الدستور وتتمتع

⁽¹⁾ BAILLEUL (David): *op.cit*, p. 195.

⁽²⁾ PUJALTE (Christian) et DE LAMAZE (Edouard): *L'avocat et les juridictions administratives* ; (Collection: Questions judiciaires), Presses Universitaires de France, 2014, p. 137: <https://www-cairn-info>

⁽³⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p.17.

⁽⁴⁾ BAILLEUL (David): *op.cit*, p. 187. «En dehors des cas où il présenterait un caractère d'ordre public, le juge se refuse catégoriquement à relever d'office un moyen qui n'aurait pas été soulevé dans le délai de recours, et cela alors même qu'il estimerait ce moyen fondé »

⁽⁵⁾ « Les moyens présentés par les parties peuvent être juridiquement incorrects, insuffisants ou sans portée (...) le juge s'est arrogé de le droit de les rectifier »

بصلاحيات ينص عليها القانون، وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلك⁽¹⁾، وعليه فإن القرار الإداري يظل قائماً وناظداً من تاريخ سريانه حتى تاريخ انتهاء العمل به وذلك بإلغائه أو بتعديله أو بسحبه. ويعود ذلك إلى أن العمل الإداري محاط بضمانات خاصة، كحسن اختيار الموظفين الذين يساهمون في إعداده وإصداره، ورقابتهم من رؤسائهم باستمرار، وإلزامهم بإتباع أشكال وإجراءات معينة عند إصدار قراراتهم، واحترام قواعد الاختصاص.⁽²⁾

وقرينة سلامة ومشروعية القرارات الإدارية تسري بالنسبة لكافة طوائف تلك القرارات سواء كانت مسببة أو غير مسببة، صريحة أو ضمنية، إيجابية أو سلبية، ولا يستثنى من هذه القرينة إلا القرارات الإدارية المعدومة.⁽³⁾

ولهذا الامتياز أثرين هامين هما:

أولاً: وقوف الإدارة في مركز المدعى عليها

يعني امتياز قرينة المشروعية الإدارية من اللجوء إلى السلطة القضائية لطلب ترخيص بتنفيذه، فالقول بأن القرار تنفيذي يعني أنه ليس ضرورياً الطلب من القاضي الاعتراف له بهذا الطابع،⁽⁴⁾ وأهم أثر لقرينة المشروعية هو أن الإدارة عادة ما تقف في مركز المدعى عليه، باعتبارها مصدرة القرار، وعليه فإن الطاعن في القرارات الإدارية من حيث المبدأ هو الذي يبادر بافتتاح الخصومة وليس القاضي، استناداً إلى حق التقاضي الذي يعتبر مبدأ

(1) محمد ماهر أبو العينين: المرجع السابق، الكتاب 1، ص 856

(2) ورد في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 14 ديسمبر سنة 1959 (السنة الثالثة، ص 360): "إن القرار الإداري يفترض أن يكون محمولاً على الصحة ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك، بفضل ما يحاط به من ضمانات تعين على ذلك، كحسن اختيار الموظفين الذين يساهمون في إعداده وفي إصداره، وتسليط الرقابة الرئاسية عليهم في ذلك، لأن القرار الإداري قد يجتاز مراحل تمهيدية قبل أن يصبح نهائياً" نقلاً عن: محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 629.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الإثبات في الدعاوى الإدارية، عمان (الأردن)، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2010، ص 165.

(4) CHABANOL (Daniel): **op.cit**, p.421. «Dire qu'un acte est exécutoire signifie seulement qu'il n'est pas nécessaire de demander à un juge de lui reconnaître ce caractère».

مكفولا دستوريا،⁽¹⁾ حيث تشكل الدعوى الوسيلة القانونية لممارسة حق التقاضي،⁽²⁾ وهو ضمانة لممارسة النشاط القضائي، وبالتالي لكل مهتم إمكانية الطعن في مشروعية القرارات الإدارية بواسطة رفع دعوى سواء لتجاوز السلطة أو للتعويض.

ثانيا: عدم وقف تنفيذ القرار الإداري L'effet non suspensif

الأثر الثاني لقرينة المشروعية هو أنه لا يمكن للقاضي الإداري التدخل من تلقاء نفسه لوقف تنفيذ القرارات الإدارية، إلا بناء على طلب المعني به،⁽³⁾ وحتى بعد رفع دعوى تجاوز السلطة لإبطال القرار أمام القاضي، لا يمكن وقف التنفيذ، فالثابت فقها وقضاء أن رفع دعوى تجاوز السلطة أمام القضاء لا يترتب عليه وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، حيث تستمر الإدارة في تنفيذه متى استوفى شروط صحته ونفاذه.⁽⁴⁾

وتعتبر القرارات الإدارية أداة لحرية نشاط الإدارة، والذي يرتبط بتنفيذ القرار الإداري في الواقع، فالطابع التنفيذي للقرار الإداري هو "القاعدة الأساسية للقانون العام"، حسب الفقيه

Hauriou

ويقصد بتنفيذ القرار الإداري الانتقال من القانون إلى الواقع، وكما هو معروف أن الإدارة والأفراد لا يقفون على نفس قدم المساواة، فهي تمتلك في الواقع كما في القانون وسائل ذات وزن تمكنها من تجسيد قراراتها في الواقع. إلا أن هذه الحرية التي تتمتع بها الإدارة في تنفيذ قراراتها دون اللجوء إلى القضاء، تبقى نسبية، فهي ملزمة باحترام المبادئ العامة للقانون⁽¹⁾

القانوني في حد ذاته، أي أن يكون وقف التنفيذ أثرا تلقائيا بمجرد رفع دعوى تجاوز السلطة، ولا يلجأ المشرع إلى هذه الصورة كثيرا، وإنما يخصها في بعض القرارات التي لا يترتب على عدم تنفيذها أثر سلبي بالغ على النشاط الإداري، مع كون تنفيذها في المقابل يترتب ضررا بالغا على الأفراد.⁽¹⁾

وتشمل سلطة تقدير القاضي الإداري لوقف التنفيذ جميع القرارات،⁽²⁾ رغم أن النص القانوني المقر لهذه السلطة قد ربطها بذكر القاعدة العامة في عدم وقف تنفيذ القرارات عند الطعن فيها عن طريق القضاء أي أن العلاقة بينهما هي علاقة الأصل بالاستثناء،⁽³⁾ وهو ما لحظه القضاء الإداري وأعمل أثره بعد إصلاح القضاء الإداري في فرنسا سنة 1953⁽⁴⁾ فاستقر على أن سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية هي سلطة استثنائية⁽⁵⁾، مما يفرض التشدد في الاستجابة لطلبات وقف التنفيذ، ولذا كان رفضها هو الأكثر،⁽⁶⁾ كما أن مبدأ الفصل بين السلطات يمنع تدخل القاضي في أعمال السلطة التنفيذية.

ص131: "من المستقر عليه قضاء أن القاضي الإداري لا يمنح وقف تنفيذ قرار إداري ما لم يكن مسبقا بدعوى مرفوعة ضده في الموضوع، ومن ثم فإن القرار المسنأف ضده القاضي بوقف الأشغال الجارية على قطعتي الأرض المتنازع عليها بناء على مقرر إدراجها دون وجود دعوى بطلان يستوجب الإلغاء".

(1) من بين الحالات التي توقف تنفيذ القرار الإداري بمجرد رفع دعوى الإلغاء:

- حالة نزع الملكية للمنفعة العمومية حيث نصت المادة 13 من القانون رقم 91-11، المؤرخ في 27 أبريل 1991، المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، (ج. ر. ج. ج. عدد 21 صادر في 08 ماي 1991): " يحق لكل ذي مصلحة أن يطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية لدى المحكمة المختصة ... وفي هذه الحالة يوقف تنفيذ القرار المصرح بالمنفعة العمومية"

(2) هذا ما أقرته المادة 833 من القانون 08-09، مرجع مشار إليه سابقا: " لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك غير أنه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر بناء على طلب الطرف المعني بوقف تنفيذ القرار الإداري"

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 02 ص 161

(4) مارسو لون وآخرون: المرجع السابق، ص 424.

(5) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 29170، مؤرخ في 10/07/1982، قضية (ف.ش) ضد (وزير الداخلية-والي ولاية- رئيس مجلس شعبي بلدي)، نشرة القضاة لسنة 1983، العدد 01، ص 71: "من المستقر عليه فقها وقضاء أن الأمر بتأجيل تنفيذ قرار يعد إجراء استثنائيا، ومن ثم كان معلقا على نشوء ضرر يصعب إصلاحه من جراء تنفيذ القرار الإداري موضوع طلب التأجيل المتعين رفضه عند عدم تأسيسه على هذا الاعتبار"

(6) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, op.cit, p.1082

وأهم قيد يرد على نظام وقف التنفيذ هو أن القاضي الإداري لا يمكن أن يصدر حكماً بوقف تنفيذ القرارات الإدارية تتعلق بحفظ النظام العام.⁽¹⁾

وتخضع إمكانية وقف تنفيذ القرار لشرطين يجب تحققهما معا ليكون طلب وقف التنفيذ مؤسسا، وهذان الشرطان أوجدتهما الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي: (2) أولا الطابع الاستعجالي، أي صعوبة (أو على الأقل) تغيير الوضعية التي ستتبع عن استمرار القرار وتنفيذه، وثانيا الطابع "الجدي" لوسيلة واحدة على الأقل من الوسائل القانونية والتي من شأنها أن تؤدي إلى عدم مشروعية هذا القرار.⁽³⁾

وحتى بعد توافر هذين الشرطين، فالقاضي ليس ملزما بأن يأمر بوقف التنفيذ، بل تبقى مكنة ممنوحة للقاضي حيث له سلطة تقديرية إزاء ذلك حسب وقائع وظروف كل دعوى⁽⁴⁾، وفقا للعوامل الآتية⁽⁵⁾:

(1) DEBBASCH (Charles): **op.cit**, p.452: « Les tribunaux administratifs ne peuvent accorder le sursis pour les décisions intéressant le maintien de l'ordre public »

المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 88053 مؤرخ في 1991/12/29، قضية (م.ش.ب) ضد (ت.ع)، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 02، ص 127: " من المقرر قانونا أنه يجوز لقاضي الاستعجال الإداري الأمر بوقف تنفيذ قرار إداري شرط ألا يكون هذا القرار يمس حفظ النظام والهدوء العام".

كما أورد المشرع الجزائري في المادة 80 الفقرة 4، من القانون الملغى، رقم 90-08، المؤرخ في 07 أبريل 1990 **المتضمن قانون البلدية** (ج. ر. ج. ج. عدد 15 صادر في 11 أبريل 1990) على أن: إذا تعلق تنفيذ القرار بالنظام العام يطلب الوالي من المجلس الشعبي البلدي تعليق تنفيذه مؤقتا" بينما في القانون الحالي الساري المفعول رقم 11-10، مرجع مشار إليه سابقا، أسقطت هذه الفقرة، وعليه يتم اللجوء مباشرة إلى قاضي الاستعجال.

(2) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, **op.cit**, p. 1081. (CE, 12 nov 1938, chambre synd, des constructeurs de moteurs d'avions)

(3) مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، قرار رقم 009451، مؤرخ في 2002/04/30، قضية (م. ض لولاية عنابة) ضد (ت.خ)، مجلة مجلس الدولة الجزائري، 2002، العدد 02، ص 224: "وقف التنفيذ يؤسس وجوبا على أوجه جدية من شأنها أن تحدث (شكوكا) فيما يخص الفصل النهائي في النزاع وكذا فيما يخص جسامته واستحالة إصلاح الأضرار التي يمكن أن تنجر عن تنفيذ القرار".

(4) CHATEAU-GRINE (Maël): **op.cit**, p.513

(5) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, **op.cit**, p.1082.

1- ضرورة وجود خطر آثار غير قابلة للإصلاح:

هذا الشرط خاص تماما بالنظام العام لوقف التنفيذ، وبالتالي فإن الحكم المتعلق بالطعن بالبطلان، وما قد يكون أو ماهي عواقب تنفيذ القرار المطعون فيه، فإن الأمر لا يختلف ؛ حيث سيعلن إلغاءه بمجرد ثبوت صحة عدم مشروعيته.

فالقاضي عند فحصه لطلب وقف تنفيذ القرار الإداري يوازن بين احتمالات كسب دعوى الإلغاء واحتمالات رفضها، فإذا رجحت كفته الأولى على الثانية قضى برفض طلب وقف التنفيذ لعدم الجدية، حيث لن تقوى أسباب الطعن بالإلغاء على النيل من مشروعيته، الأمر الذي يجعل احتمال كسب الدعوى هو الأرجح والعكس صحيح.⁽¹⁾

ومن الضروري أن يفهم بـ: "الآثار التي يصعب إصلاحها" الآثار التي يصعب عكسها في الواقع، كما أن بعض الأحكام والقرارات وكما تمت الإشارة إليه تنص على ذلك صراحة، تأسيسا لمنح وقف التنفيذ أنه سيكون من الصعب جدا زوال آثار تنفيذ القرار "واقعيًا" أو "عمليًا". ومع ذلك، فمن المهم التذكير أن حكم المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف الإدارية (عندما تكون مختصة) بشأن هذا الشرط الذي يدخل في نطاق "التقدير السيادي لظروف القضية"، لا يمكن مناقشته أمام قاضي النقض.⁽²⁾

- سلطة القاضي الإداري في تقدير آثار التنفيذ بالنسبة لوضعية الطاعن:

أولاً، لكي يعتبر طلب وقف التنفيذ مبررا من وجهة نظر عواقب تنفيذ القرار، لا يكفي أن تكون هذه النتائج غير قابلة لإصلاحها أو يصعب إصلاحها ؛ بل يجب أن تكون مصدر ضرر بالنسبة لمقدم وقف التنفيذ⁽³⁾ وهذا الشرط، الذي لا توضحه الأحكام يكون مستوفى عموما.

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: وقف تنفيذ القرار الإداري، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008، ص 112.

(2) PICOTTE (Jacques): **op.cit**, p.290: « il appartient au juge administratif d'apprécier souverainement et discrétionnairement dans chaque cas qui lui est soumis s'il y a lieu d'ordonner le sursis à exécution ».

(3) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, **op.cit**, p.1084.

وقد لفت الانتباه إليه في قرار مجلس الدولة سنة 1968 في قضية كورار⁽¹⁾ بشأن طلب وقف تنفيذ رخصة بناء وفسر على أنه يعني أن "في حالة إلغاء رخصة البناء، فإن مجرد الظروف التي لا يمكن فيها أن تعاد الأمور إلى حالتها، لا تعتبر مبررة في حد ذاتها لوقف التنفيذ" وقد أتاحت الفرصة لمجلس الدولة ليضيف إلى هذا الشرط أن الضرر ليس من طبيعته أن يبرر وقف التنفيذ الذي يستفيد منه المدعي ليضع نفسه في وضعية محمية قانونا.⁽²⁾

- تأثير المصالح المعنية على سلطة تقدير القاضي لآثار التنفيذ:

في المقام الثاني، يتأثر تقدير الآثار المترتبة على تنفيذ القرار باعتبارات المصالح المعنية، حيث يوازن القاضي بين الآثار التي سيتركها قراره برفض القبول أو قبوله بالنسبة للمصلحتين العامة والخاصة.⁽³⁾ وعلى نحو أكثر تحديدا، النظر فيما إذا كان منح وقف التنفيذ من طبيعته أن يخدم المصلحة العامة أم لا⁽⁴⁾، وهذا إلى الدرجة التي يعتقد فيها القضاة المقررين أن منح وقف التنفيذ كان يخضع لشرط ثالث وهو أن تبرره متطلبات المصلحة العامة، وفي هذا الصدد، هناك تباين كبير بين الردود المقدمة على طلبات وقف التنفيذ تبعا لما إذا كانت هذه الطلبات تتعلق برخص البناء أو إعلانات المنفعة العمومية وأوامر الحجز.⁽⁵⁾

وبافتراض أن القرارات المتعلقة بنزع الملكية قد اتخذت لخدمة المصلحة العامة، فإن وقف تنفيذها سيوقف إتمام معاملة المنفعة العمومية. وعلى العكس من ذلك، فإن رخصة البناء تصدر عادة في إطار المصلحة الخاصة على الأقل، للملاك أو البنائين أو المقاولين.

⁽¹⁾ CE 19 juin 1968, Corrad: « la simple circonstance que l'on ne pourra pas, en cas d'annulation du permis de construire, remettre les lieux en l'état, ne crée pas, à elle seule, un préjudice justifiant le sursis »

⁽²⁾ CE, 23 nov 1977, Jan.

⁽³⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: وقف تنفيذ القرار الإداري، المرجع السابق، ص 126.

⁽⁴⁾ CHATEAU-GRINE (M): **Op.cit**, p.513, Tribunal Administratif de Strasbourg, 8 septembre 1986, Association de sauvegarde de la vallée de la Moselle, rec. p. 318.« dans les circonstances de l'affaire et compte tenu des intérêts en présence, il n'y pas lieu d'ordonner le sursis à l'exécution »

⁽⁵⁾ CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, **op.cit**, p. 1084.

وهذا يفسر السبب في أن الضرر المحتمل أن ينتج عن تنفيذ رخص البناء، يعتبر عموماً صعب الإصلاح، بالنظر إلى صعوبة الحصول على رخصة هدم مبنى وأنه على خلاف ذلك في حالة نزع الملكية.

وفي هذه الحالة، فإن الضرر الذي يرجح أن ينجم عن تنفيذ إعلان المنفعة أو أمر بالحجز يعتبر عموماً أمراً لا مبرر له إلا إذا كان التنفيذ في حد ذاته من المرجح أن يضر بمصلحة عامة، على سبيل المثال: عن طريق الضرر الذي سيتم إلحاقه بموقع تاريخي أو خلاب أو، بشكل عام، يستحق المحافظة عليه⁽¹⁾، أو لأن الأشغال من طبيعتها أن تضر بشكل خطير بالصحة العامة.⁽²⁾

وبطبيعة الحال فإن فرص الحصول على وقف تنفيذ رخصة البناء هي أكبر بكثير من التنفيذ الذي سيضر بالمصلحة العامة، وبصفة عامة؛ تزداد فرص تقدير القاضي الإداري في اتجاه طابع صعوبة إصلاح نتائج القرار في جميع الحالات التي يكون فيها للتنفيذ اثر سلبي على المصلحة العامة⁽³⁾، وهذا لا يعني أن أي فرصة للحصول على وقف التنفيذ يتم استبعادها عندما يكون القرار لا يشكل إلا مجرد ضرر لمصلحة خاصة أو فردية أو جماعية.⁽⁴⁾

(1) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 101267، مؤرخ في 1992/12/20، قضية (و.و.ع.أ.ج.م.م.ت. بالجزائر) ضد (و.و. الجزائر ومن معه)، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 03، ص 191: "حيث أن قاضي الدرجة الأولى لم يقدر خطورة الضرر الناتج عن هذه الأشغال التي تمس في حالة استمرارها بالقيمة التاريخية لهذه المواقع الأثرية، وأن هذه المسألة تدخل طبيعتها ضمن صلاحيات القاضي الاستعجالي، فإنه يتعين إلغاء الأمر المستأنف، الذي قضى بعدم الاختصاص، وبعد التصدي، الأمر بوقف الأشغال".

(2) قرار رقم 73644، مؤرخ في 1989/10/21، قضية (ف) ضد (والي ولاية جيجل ومن معه)، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 2، ص 177: "لما كان من الثابت في قضية الحال - بأن قضاة الدرجة الأولى قد أخطأوا في الفصل بالحكم بعدم الاختصاص إذا كان عليهم الأمر بوقف الأشغال لتجنب مواقف يصعب علاجها فيما بعد"

(3) CHAPUS (René): *Droit du contentieux administratif*, op.cit, p. 1085.

(4) مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، قرار رقم 43277، مؤرخ في 2007/12/12، قضية (بلدية شلالة) ضد المستأنف عليهم، مجلة مجلس الدولة لسنة 2009، العدد 9، ص 125: "إن تدرع البلدية بالمنفعة العامة لتبرير الأشغال التي تريد إنجازها عبر ملكية خاصة دون اتخاذ الإجراءات الملائمة، لا يكون عذراً للاعتداء على حقوق المالكين وبالتالي فإن القضاء الاستعجالي غير مختص في أمر أصحاب الحق بعدم التعرض لها في إتمام الأشغال".

والأمر ذاته، فإن كون القرار الذي يضر بمصلحة خاصة فقط والذي أتخذ على أساس المصلحة العامة أو النظام العام لا يحرم بالضرورة إمكانية الحصول على وقف التنفيذ. وقد لوحظ، أنه حتى في حالة نزع الملكية، أن عواقب تنفيذ إعلانات المنفعة العامة والقرارات المتعلقة بالحجز يمكن اعتبارها مناسبة لتبرير وقف التنفيذ. ويبيد القاضي حساسية خاصة تجاه قرارات الخدمة الوطنية التي من المرجح أن توقف المسار الطبيعي لدراسات المعني أو تعكر صفو الظروف المعيشية لأسرته.⁽¹⁾

ومن ناحية أخرى، فإن المساس بحرية عامة أساسية تخص تكوين جمعية خاصة، بسبب القرار من المرجح جداً أن عواقب حل هذه الجمعية أن يشل إدارة أعمالها الاجتماعية. وبطبيعة الحال، يمكن أن يتعلق الأمر أيضاً بحرية فردية، والتي لا يمكن المساس بها بصفة خطيرة،⁽²⁾ بما في ذلك القرارات التي تجبر الأجانب على مغادرة الأراضي الوطنية.⁽³⁾

والملاحظ أن صياغة الأحكام والقرارات القضائية لا تعطي تفسيراً (مع بعض الاستثناءات النادرة) للحلول التي تكرسها⁽⁴⁾. والصيغة التي بموجبها تعتبر أن الضرر الناجم عن تنفيذ القرار "ذات طبيعة" أو "ليست ذات طبيعة" لتبرير الطلب هو أمر مألوف.

(1) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 54007، مؤرخ في 18/06/1988، قضية (ع.س) ضد: وزارة الدفاع الوطني (مديرية المستخدمين)، المجلة القضائية، عدد 4، 1993، ص 177: "حيث ورد في إحدى الحثيات أن المعني قد تم إعفاؤه من التجنيد مراعاة لوضعيته الشخصية بسبب دراسته الثانوية والعليا، ومراعاة لوضعية أبيه وأمه وإخوته" مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، قرار رقم 052342، مؤرخ في 21/10/2009، قضية (ح.ط) ضد (وزير الداخلية)، مجلة مجلس الدولة الجزائري لسنة 2012، العدد 10، ص ص 162-165. "حرمان مواطن جزائري ويتمتع بكافة حقوقه من دخول إلى الإقليم الوطني بمجرد أدائه الخدمة العسكرية الإجبارية في الجيش الفرنسي".

(2) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 97512، مؤرخ في 16/01/1994، قضية (وزارة الشؤون الدينية) ضد (فريق م) المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 02، ص 207: "من المستقر عليه شرعا أنه إذا ثبت بشهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة المسلمين لتقام فيه الصلوات، فهو لهم. ومن استولى عليه يعد مغتصبا معتديا على أحباس المسلمين، ويعامل معاملة المعتدي على ملك الغير ويستوجب طرده من المحل وإرجاعه إلى مهمته الأصلية"

(3) مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، قرار رقم 013772، مؤرخ في 14/08/2002، قضية (أ.ن) رعية أجنبية ضد وزارة الداخلية ومن معها، مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 02، ص 221: "حيث أنه ثابت مما سبق أن القرار الإداري محل طلب وقف التنفيذ لم يصدر عن الجهة الإدارية المختصة وهي وزارة الداخلية، كما أنه لم يبلغ للمدعي ومن ثم يحتمل إبطاله ويجعل دفع المدعي جدياً مما يتعين قبولها والطلب معاً، علماً أن تنفيذ هذا القرار قد يسبب للمدعي أضراراً لا يمكن تصليحها في حالة إبطال القرار"

(4) مارسو لون وآخرون: المرجع السابق، ص 426.

2- ضرورة وجود وسائل ذات طابع جدي تبرر الإلغاء:

في دولة القانون، لا يوجد أي حد أو قيد يرد على الوسائل التي يمكن التذرع بها على نحو مفيد لدعم طلب وقف التنفيذ.⁽¹⁾ وقد يشمل ذلك وسائل المشروعية الخارجية، فضلا عن المشروعية الداخلية؛ وهي وسائل استثنائية حيث لا يتعدى فحص القرار ظاهر الأوراق، أكثر منها الوسائل المستمدة من العيوب الموضوعية للقرار المعني.⁽²⁾

ولكن، مهما كانت الوسيلة التي يُحتج بها، لا يمكن أن يقبل طلب وقف التنفيذ إلا إذا كان أحدها على الأقل "وسيلة خطيرة".⁽³⁾ وقد بين المرسوم الفرنسي الصادر في 30 جويلية 1963 الطريقة التي قصد بها مجلس الدولة الفرنسي هذا المفهوم، حيث نص على أن الوسائل المقدمة يجب أن تكون على نحو يبرر إبطال القرار الذي يُلتمس بموجبه وقف التنفيذ، ويجب أن ينطبق الشيء نفسه على الوسائل التي يثيرها القاضي تلقائياً.⁽⁴⁾

وبعبارة أخرى، يجب أن تكون الوسائل التي تثار تلقائياً موضوع فحص معمق، وأن ينظر فيها، على أنها وإن لم تكن مؤسسة فعلا على أسس جدية، فعلى الأقل من المحتمل جدا أن تكون كذلك. وفي الوقت نفسه، لا يمكن إجراء دراسة سريعة للوسائل. فالعودة إلى استنتاجات مفوضي الحكومة مهم، وملاحظاتهم على طبيعة الضرر الذي قد ينجم عن ذلك مختصرة (في كثير من الأحيان بضعة أسطر كافية)، حيث أن الكثير من التطورات التي يكرسونها لدراسة الوسائل وفيرة.

وينتج عن ذلك ثلاث نتائج هي:⁽⁵⁾

- كما هو طبيعي، يفضل القاضي، عندما يكون ذلك ممكنا، الاعتماد على الرفض على أسس موضوعية لطلب الوقف، على أن الضرر الذي يحتمل أن يكون هو سبب الطلب ليس من شأنه تبرير الادعاء. وعلى أية حال - مع التحفظ الناشئ من الفرضيات مثل التسليم والترحيل، حيث لا يمكن أن يستند الرفض إلى صعوبة إصلاح الضرر - فإن الأحكام التي

⁽¹⁾ CHAPUS (René): *Droit du contentieux administratif*, op.cit, p. 1088-1089.

⁽²⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: *وقف تنفيذ القرار الإداري*، المرجع السابق، ص 24.

⁽³⁾ CHAPUS (René): *Droit du contentieux administratif*, op. cit, p. 1089,

⁽⁴⁾ CE, 21 nov 1990, Société. Sopod audic

⁽⁵⁾ CHAPUS (René): *Droit du contentieux administratif*, op.cit, p. 1091.

ترفض الطلب على أساس الطابع غير الخطير للأسباب المتذرع بها، هو أمر يبدو جليا في القليل من الأحكام. وعندما يرفض الطلب، قد يُعتقد أن الضرر الذي يحتمل أن يكون سببه، هو على العكس من ذلك، ذو طبيعة تبرر طلب الوقف.

- من ناحية أخرى، فإن تصور وسيلة جادة من الوسائل، يؤدي إلى حكم مسبق على طلب الإلغاء، على الرغم من أن التأكيد أو إنكار وجود مثل هذه الوسائل لا يرتبط بنوع من التسبيب. وكما نعلم لا شك، أن التقدير يتم "في حالة التحقيق" أو "حالة الملف"، وهي صيغ تشير إلى أنه ليس نهائياً.

ومما لا شك فيه، أنه كثيرا ما يعلن القاضي بتحفظ على أن إحدى الوسائل على الأقل "هي" ذات طابع خطير، بدلا من التأكيد أو الإقرار بأن إحدى الوسائل على الأقل "تشكل" خطرا جديا من شأنه أن يبطل الإلغاء، وفي الوقت نفسه، غالبا ما يهتم بتقديم الوسائل على أنها "لا تبدو ذات طبيعة" تبرر الإلغاء. ولكن عمليا مادامت الرهانات قد تمت، فمن النادر أيضا أن يقدر القاضي الذي يحكم في طلب الإلغاء، الوسيلة أو الوسائل الأخرى غير التي أخذ بها عند البت في طلب الوقف.

وكون أن مصير طلب الإبطال، كقاعدة عامة، حكم مسبق، قد يبدو من غير الطبيعي عندما يتم الفصل بين طلب وقف التنفيذ والحكم الصادر في الدعوى، أن يعرض الطلب على محكمة الاستئناف، بينما تظل الدعوى مطروحة أمام قضاة الدرجة الأولى، وبالتالي سيفقدون قدرا كبيرا من حريتهم في تقدير الوسائل التي يستند إليها هذه الدعوى.⁽¹⁾

ويبقى أن الحكم المسبق على طلب الإبطال أمام قضاة المحكمة الابتدائية، من شأنه أن يسهل أداء مهامهم، وقبل كل شيء، يشجع الأطراف على عدم الطعن في حكمهم (والذي يفترض أنه موافق لحكم المحكمة المعروض عليها). ومن المرجح أن تتحقق أكثر هذه النتيجة المؤيدة للحكم المسبق، بسبب التزام القاضي مستقبلا بتحديد الوسائل التي تعتبر جادة.

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: وقف تنفيذ القرار الإداري، المرجع السابق، ص 21-22: "وقف التنفيذ ليس غاية في حد ذاته بل وسيلة لتوقي مضار القرار الإداري مطعون بإلغائه لحين الفصل في دعوى الإلغاء، الأمر الذي يجعله متوقفا عن تلك الدعوى، مما يسند إليها الاختصاص بنظره إعمالا لمبدأ أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، حيث يكون هو الأقدر على تقدير العواقب المستقبلية لتنفيذ القرار الإداري محل الطعن"

- الأثر النهائي للفحص المعمق للوسائل هو أن الحكم على طلب وقف التنفيذ قد لا يتم بالسرعة التي ينبغي أن يصدر بها. ولكن لأسباب تتعلق بالسرعة، لا يمكن قطع الارتباط بين منح وقف التنفيذ بشرط جدية وسيلة واحدة على الأقل. ومن غير المقبول أن يتم تعليق الطابع التنفيذي للقرارات الإدارية دون إعادة النظر في مشروعيتها، ودون أن يبين الفحص أنه من المرجح أن تكون محكوماً عليها ببطلانها.

المطلب الثاني: أثر قرينة مشروعية القرارات الإدارية على السلطة التقديرية للقاضي

الإداري في الإثبات

إن قرينة المشروعية، هي ذات طابع عملي وتستند إلى الثقة المفترضة فيمن يصدرون القرار، من حيث التأهيل ورقابة الإدارة عليهم التي تلزمهم باحترام قواعد الاختصاص والشكل وتوخيهم غاية المصلحة العامة عند إصدارهم للقرار، غير أن ذلك لا يجعل منها قرينة قاطعة في الإثبات⁽¹⁾، فادعاء الطاعن في القرار الإداري بعدم صحته، لا يؤدي إلى نقض قرينة سلامة وصحة هذا القرار بصفة نهائية، وإنما يؤدي ذلك إلى قلب عبء الإثبات مؤقتاً، من عاتق المدعي إلى عاتق المدعى عليها وهي الإدارة والتي يقع عليها إثبات مشروعية القرار، فإن تقاعست عن ذلك أو تعذر عليها تقديم الإثبات الكافي تحملت مخاطر عدم كفاية الإثبات في الدعوى.⁽²⁾

كما يجب أن لا ينظر إلى حياد القاضي بالسلبية المطلقة إزاء عناصر النزاع وإزاء إدارة الخصومة، بل أصبح نوعاً من الحياد الذي يسمح بدور إيجابي للقاضي في حدود معينة.⁽³⁾ فالدور المتحرر للقاضي الإداري في الإثبات، ضروري لإعادة التوازن بين أطراف الدعوى، تحقيقاً للعدالة، فهو ملزم بتكليف الإدارة باعتبارها الطرف الأقوى بتقديم جميع المستندات اللازمة، ويتحقق من جدية من يمثل الإدارة وقدرته على الدفاع عن حقوقها، وهو من جهة أخرى يستنبط من المستندات المقدمة دليل الإثبات لكلا الطرفين وإن لم يتمسك به

(1) عبد العزيز خليفة: الإثبات في الدعوى الإدارية، المرجع السابق، ص 165.

(2) أحمد يوسف بعلوشة: إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة 01، مصر، مركز الدراسات العربية، 2016، ص 503.

(3) نبيل إسماعيل عمر: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، المرجع السابق، ص 14.

أحدهما، ويتصدى من تلقاء نفسه للأمر بأي إجراء أو وسيلة من وسائل الإثبات لبيان وجه الحق في الدعوى.⁽¹⁾

وأغلب الامتيازات والعوامل المؤثرة تتحقق في دعوى تجاوز السلطة، فعادة لا يكون الفرد على علاقة مع الإدارة سابقة على اتخاذ القرار، حيث يعتبر كالغير بالنسبة للإثبات⁽²⁾، وبالتالي فإن لهذه الامتيازات أثر واضح في السلطة التقديرية للقاضي الإداري في مجال الإثبات، باعتبارها تتضمن تغييرا حقيقيا في مراكز القوى في الدعوى الإدارية⁽³⁾، سواء من حيث احتمال عدم تحقق الدفاع الجاد من الإدارة، أو فقد الفرد لكثير من وسائل الإثبات، مع ضعف موقفه خلال العلاقة القانونية السابقة على رفع الدعوى، حيث يمارس القاضي الإداري سلطته التقديرية أكثر في نطاق دعوى تجاوز السلطة، بخلاف دعوى القضاء الكامل (دعوى التعويض)، حيث يجب أن يبقى تدخله استثنائيا أكثر.⁽⁴⁾

وبناء على ما سبق، فإن القاضي الإداري يتمتع بسلطات واسعة من أجل الوصول إلى اقتناعه، فهو غير مرتبط بالإثبات القانوني الذي يفرض عليه أنماطا مسبقة، ولا تدرجا بينها، تفرض على القاضي، ذلك أن الإجراءات في الخصومة الإدارية مرتبطة بنظام الاقتناع الشخصي ومن أجل ذلك فهو يتمتع بسلطات تحقيقية واسعة.⁽⁵⁾

ويفترض في القرارات الإدارية قرينة السلامة والمشروعية حتى وإن لم تسبب، والقاعدة أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها ما لم ينص القانون على تسبيبها. وتظل هذه القرينة قائمة إلى أن يثبت المدعي عدم مشروعية القرار المطعون فيه، وفي مواجهة الادعاءات المقدمة إليه من طرف المدعي، فإن للقاضي الإداري سلطة تقدير هذه الادعاءات، ومطالبة

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 02 ص 449

(2) DEBBASCH (Charles): **op.cit**, p.472: « dans le contentieux de l'excès de pouvoir, la personne privée n'a pas en général, de relations avec l'administration antérieurement à l'acte. Sur le plan de la preuve elle est un tiers à l'acte »

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 449

(4) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 449

(5) GABOLDE (Christian): **Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratifs d'appel**, 6^{ème} Ed, Paris, Dalloz, 1997, p 243./ Charles DEBBASCH: **Op.cit**, p.483: « la procédure administrative contentieuse se rattache au système de l'intime conviction. Elle laisse au juge des pouvoirs larges ».

الإدارة المختصة بتقديم أية وثائق تبين الأسباب التي بني عليها القرار، حتى يكون قناعته وتمكنه من التحقق من مزاعم المدعي لزرحة قرينة الصحة التي يتمتع بها القرار الإداري.

إلا أن تطور القضاء الإداري باتجاه حماية حقوق المتعاملين مع الإدارة، وضع حدا لنطاق التطبيق الواسع لقرينة المشروعية في القرار الإداري، بل ذهب إلى أبعد من ذلك من خلال منح القاضي سلطة تقديرية فعلية، ترسيخا لاعتباره قاضي المشروعية، وذلك بفحص أوراق الدعوى والنظر في ظروفها والقوانين والتنظيمات التي تحكم موضوع الدعوى، فإن تبين له صحة القرار - في الظاهر - ركن إلى تلك القرينة، وإن اتضح له خلاف ذلك، مارس رقابة حقيقية ومعقدة على مضمون القرار، فقد تصل سلطاته إلى حد تصحيح القرار المطعون فيه بإحلال السبب المشروع محل السبب غير المشروع نقاديا للإلغاءات غير المجدية.⁽¹⁾

ولا شك في أن للقاضي الإداري سلطة معالجة عدم إنصاف قاعدة عبء الإثبات التي تفرض على المدعي، قاعدة سارع إلى إدخالها في إجراءات التقاضي الإدارية،⁽²⁾ إلا أنه استدرك ذلك من خلال ممارسة سلطته التقديرية في إيجاد توازن بين مبادئ العدالة التي تستلزم إعادة التوازن بين الطرفين من جهة، ومن جهة أخرى احترام قواعد النشاط الإداري التي تتطلب عدم عرقلة تصرفات الإدارة وقراراتها.

فإذا كان عبء إقامة الدليل يقع على المدعي، إلا أن العدالة تقتضي عدم حرمانه من إثبات العكس بالتصرف السلبي للإدارة أو تقصيرها، إذا كان الدليل لديها وحدها وامتنعت دون مبرر مشروع عن تقديمه أو عجزت عن ذلك لفقده، خاصة إذا كان أساس الدفاع والكشف عن عيوب القرار متضمنا في تلك الأوراق، فلا يسوغ ان يكون وضع المدعي في حالة عدم تقديم الإدارة للأوراق والمستندات المشتملة على أسباب القرار أسوأ من حاله عند تقديمها، فيتعذر عليه في الحالة الأولى إقامة الدليل على العيب الذي يوجهه إلى القرار،

(1) محمد ماهر أبو العينين: المرجع السابق، الكتاب 1، ص 856

(2) DEBBASCH (Charles): **op.cit**, p.473-474. « il ne fait cependant nul doute que le juge administratif ait le pouvoir de porter remède à l'inéquité de la règle qui impose la charge de la preuve au requérant. règle qu'il s'est empressé d'introduire dans la procédure administrative contentieuse »

وبذلك يسلم القرار من الإلغاء ويفلت من رقابة القضاء، وتكسب الإدارة بامتناعها عن تقديم الأوراق أو بإضاعتها لها ميزة غير عادية، نتيجة لموقفها السلبي أو تقصيرها.⁽¹⁾

وتبعاً لذلك، بدت السلطة التقديرية للقاضي الإداري واضحة في مجال عبء إثبات عدم مشروعية القرار، بما في ذلك اعتباره لبعض تصرفات الإدارة قرائن عكسية تكفي لرحضة قرينة السلامة والمشروعية، ومرتببة في الوقت ذاته لالتزام الإدارة بإظهار سبب قرارها والتدليل على صحته قانوناً، كما لو أصدرت قراراً عدلت عنه بلا سبب معقول، وكذا الأمر بالنسبة للقرائن الواقعية الأخرى التي تنتج عن طبيعة النزاع المعروض على القاضي، مثل قرينة عدم إسناد أي عمل للموظف خلال الفترة السابقة لقرار فصله، لأن السبب أياً كان لا يتعلق بالوظيفة، وبالتالي يكون قائماً على أساس غير صحيح.

وتبقى القرائن التي يستنتج منها التشكيك في قرينة الصحة الملازمة للقرارات الإدارية، مندرجة في نطاق السلطة التقديرية للقاضي الإداري، دون وجود معيار قاطع في هذا الصدد، فمتى ظهر للقاضي ما يدعو إلى التشكيك في صحة القرار، بادر من تلقاء نفسه إلى تقديم الأسباب التي دعت الإدارة إلى إصدار القرار المطعون فيه، وهو الأمر الذي يجعل التحقق من وجود الواقعة التي قام عليها القرار وصحتها من قبيل المهام المنوطة بالقاضي نفسه، ويعد ذلك - من الناحية العملية - من قبيل النظام العام، وذلك عند وجود شك لدى القاضي في مشروعية القرار.⁽²⁾

بناء على ما سبق سيتم البحث في القواعد التي تحكم القاضي الإداري عند أعمال سلطته التقديرية في الإثبات (الفرع الأول)، بينما سيخصص الفرع الثاني لسلطة القاضي الإداري في تقدير وسائل الإثبات.

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 98.

(2) ماهر أبو العينين: المرجع السابق، الكتاب 1، ص 856-859، في حكم هام جداً للمحكمة الإدارية العليا المصرية ذهبت إلى أن: "القرار الصادر بمنع زيارة المسجون - الرقابة على السبب متى أبدته الجهة الإدارية للقضاء الإداري أن يكلف الإدارة بالإفصاح عن سبب قرارها فإذا امتنعت عن ذلك قامت قرينة مفادها عدم قيام القرار على سببه الصحيح - عدم إفصاح مصدر القرار عن ماهية الأسباب الأمنية التي دعت لإصدار قرارها بمنع الزيارة عن المساجين يجعل قرارها مخالفاً للقانون - سلطة النيابة العامة في الإشراف على المسجون لا تتعارض مع حق الزيارة في الفصل الثامن من القانون رقم 396 لسنة 1956 في شأن تنظيم السجون حيث نص القانون على تخويل النيابة العامة منح الإذن بالزيارة فقط" (الطعن رقم 1174 لسنة 40 ق - جلسة 1995/11/12).

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تحكيم القواعد في الإثبات

يقوم القاضي الإداري الذي يتولى النظر في الدعوى بالبحث عن حكم يكون عنوانا للحقيقة، فعلى من يقع عبء الإثبات في الدعاوى الإدارية، وفيما تتمثل الوسائل المتاحة لذلك؟ هذا ما سنبحث فيه من حيث خصوصية عبء الإثبات (أولا)، وسلطة القاضي الإداري في تقدير وسائل الإثبات المستعملة (ثانيا).

أولاً: تقاسم قاعدة عبء الإثبات

يكاد يجمع الفقهاء - ومع اختلاف عباراتهم - على أن الإثبات هو: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون - على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها".⁽¹⁾ فالإثبات ينصب على الواقعة، لأن الحق ليس إلا نتيجة لمقدمتين، أولهما: وجود واقعة، وثانيهما: كون القانون يرتب على هذه الواقعة أثراً، فمن يدعي حقا ينطوي ادعاؤه على عنصرين: الواقعة من ناحية، وأثرها القانوني من ناحية أخرى، ومعالجة إقناع القاضي بوجود الواقعة أمر بديهي، لأن الادعاء بوجودها يحتمل الصدق أو الكذب، بخلاف أثرها القانوني فلا محل لمحاولة إقناع القاضي به، لأن علمه به مفترض، فواجبه هو الفصل في المنازعة طبقاً لأحكام القانون⁽²⁾

والإثبات - وفقاً للقواعد العامة في القضاء المدني - رهين بالطرق المحددة قانوناً، فالأصل ألا يعترف بالواقعة كحقيقة قضائية إلا إذا ثبتت بالطرق القانونية⁽³⁾. وهذه القاعدة غير مطردة في الإثبات أمام القضاء الإداري، لأن القاعدة المطبقة أمامه هي أن الإثبات يعني: "إقناع المحكمة بادعاء أو بآخر من جانب هذا الخصم أو ذلك، فبأي وسيلة حصل هذا الإقناع تم الإثبات وكمل، ذلك أن نظرية الإثبات تصاغ في كل فرع من فروع القانون بما يتفق وظروفه وطبيعة الدعوى القضائية التي يحكمها، فتختلف النظرية في القانون الخاص عنها في القانون العام، مما جعل صياغة نظرية الإثبات في القانون المدني تختلف

(1) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الإثبات - آثار الالتزام)، الجزء الثاني، ص 13-14

(2) عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 43-45.

(3) مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس: 125، مؤرخ في 1999/05/03، قضية (بلدية البويرة) ضد مؤسسة استصلاح الثروة الغابية) المنتقى في قضاء مجلس الدولة، 2004، الجزء 2، ص 49.

إجراء وموضوعيا عن صياغتها في القانون التجاري إلى حد ما، ويزداد الاختلاف في القانون الجنائي والقانون الإداري.⁽¹⁾

بخصوص عبء الإثبات، فالقاعدة الأساسية التي مفادها بأن هذا العبء يقع على عاتق المدعي، هي قاعدة تنطبق على المنازعات الإدارية وكذلك المدنية، قد تم تصحيحها لصالح المدعي المتعامل مع الإدارة (الذي لا يملك حق الوصول إلى الملف الإداري) من خلال الطبيعة التحقيقية للإجراءات الإدارية، والفرد يعتبر كالغير بالنسبة للقرار فهو لم يشارك في إنشائه حتى وإن أخذ على أساس طلبه⁽²⁾. وإزاء ذلك يحوز القاضي سلطات واسعة لإلزام الإدارة بتقديم الوثائق والمستندات والكشف عن أسباب قرارها، حتى عندما لا يجب أن يكون مبرراً رسمياً تذهب سلطته عند الاقتضاء إلى حد "قلب عبء الإثبات"⁽³⁾

وفيما يتعلق بالسلطة المرتبطة بطرق الإثبات، فإن القواعد التقليدية للإجراءات المدنية تطبق على منازعات تجاوز السلطة، ومنازعات القضاء الكامل، غير أنه في منازعات تجاوز السلطة، فإن فكرة الاقتناع الشخصي للقاضي مسلم بها على نطاق أوسع.⁽⁴⁾ وفي هذا المجال الأخير، فإن الاجتهاد القضائي الهام جداً الذي وضعه بخصوص قضية Barel، ضد الإدارة، قد وضع دور الإثبات بالقرائن الناتج عن رفض الإدارة تقديم التفسيرات المطلوبة، وبصفة عامة، يستخدم مجلس الدولة صيغة "القرائن الجادة والدقيقة والثابتة" على نطاق واسع.⁽⁵⁾

أما فيما يتعلق بطرق الإثبات، فهي منظمة بموجب القانون. ويستخدم القضاء الإداري تقليدياً بحرية وعلى نطاق واسع جميع التدابير التحقيقية ولكن بشكل رئيسي الطرق المكتوبة. وإذا كان الأصل هو عدم الحرية في الإثبات أمام القضاء المدني، الذي يتقيد بقيود إجرائية وموضوعية وفقاً لنصوص القانون، فإن ذلك يعود أساساً إلى أن نظرية الإثبات في القانون المدني قامت على أساس من التحفظ والتقيد بالقانون والتنظيم الكامل لها في ضوء الحياد التقليدي للقاضي المدني الذي يقتصر - في الأصل - على تقدير ما يقدم له من أدلة.

(1) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 3 / محمود حلمي: المرجع السابق، ص 446

(2) DEBBASCH (Charles): **op. cit**, p.450.

(3) GAUDEMET (Yves): **Traité de droit administratif, op.cit**, p.462.

(4) Ibid, p. 462

(5) M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 425 « CE, 28 mai, Arrêt Barel »

ويعكس ذلك جاءت صياغة نظرية الإثبات أمام القضاء الإداري، التي قامت على أساس طبيعة القانون الإداري وخصوصية الدعوى الإدارية، من حيث تعلقها بروابط إدارية تنشأ بين الإدارة كسلطة عامة تستهدف المصلحة العامة بتصرفاتها، دون أن يعفيها ذلك من وجوب مراعاة سيادة مبدأ المشروعية وخضوعها في سائر تصرفاتها لحكم القانون، وهو ما أنتج عدة عوامل تدور حول امتيازات الإدارة كطرف ثابت في الدعوى الإدارية، وأسهم في تشكيل نظرية الإثبات أمام القضاء الإداري على نحو مختلف، لانعدام التوازن بين طرفي الدعوى في الإثبات.

ويعني عبء الإثبات المسؤولية عن إقامة الدليل على صدق الادعاء أمام القضاء وهو يقع كقاعدة عامة على عاتق المدعي في الدعوى الإدارية في ذلك كشأن المدعي في الدعويين المدنية والجنائية⁽¹⁾. وعرف لالاند الإثبات بأنه: " عملية تقود: على نحو محكم ومقنع إقناعا كلياً «على الأقل قانونياً» إلى الاعتراف بحقيقة قضية تعتبر مشبوهة بادئ الأمر"⁽²⁾. ويعرف أيضاً: " الإثبات قانوناً هو إقامة الدليل على الحق وإظهار حقيقة واقعة مادية معينة"⁽³⁾. كما يعرف بأنه: "إخضاع لعناصر الاقتناع المتعلقة بتسبب حقيقة واقعة ادعائها المدعي ونفاها المدعى عليه للقاضي الذي ينعقد له الاختصاص بالفصل في المنازعة"⁽⁴⁾.

ويعد عبء الإثبات مهمة صعبة بالنسبة لمن يتحمله؛ إذ يناط به إثبات أمر تتوقف عليه النتيجة النهائية للدعوى، بينما يقف خصمه موقف المتفرج لما يجري؛ ويزيد الأمر صعوبة أن عناصر الإثبات تكون في غالب الأحيان نادرة ومشكوك فيها، وهذا ما يفسر الاسم الذي يطلق عليه وهو (عبء الإثبات)، أي مركز يفرض فيه القانون على المدعي

(1) عبد العزيز خليفة: الإثبات في دعاوى الإدارة، المرجع السابق، ص 19.

(2) اندريه لالاند: موسوعة لالاند الفلسفية، تعريب خليل أحمد خليل، ج2، (H-Q)، ط2، بيروت، منشورات عويدات، 2001، مادة (preuve)، ص 1037.

(3) GLASSON (E.), TESSIER (A.): **op.cit.** p53.

(4) AUBRY et RAU: **Droit Civil Français**, T.12, 6ème Ed., Paris, Librairie technique, 1958, p.51.

القيام به لمصلحته، ومخالفة هذا العبء القانوني يؤدي إلى فوات المصلحة التي يستهدفها العمل⁽¹⁾.

والإثبات أمام القضاء الإداري لا يختلف في قواعده العامة عن الإثبات أمام القضاء العادي، سوى أن هذه القواعد تتأثر في التطبيق العملي بطبيعة الدعوى الإدارية، كون أحد أطرافها سلطة عامة تتمتع بامتيازات تجعلها في مركز أقوى من مركز خصمها وهو الفرد، ولكون الهدف من الدعوى هو بسط الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لمراقبة صحة تطبيقها للقانون، فقد انعكس ذلك على تنظيم قواعد الإثبات عن طريق وسائل تعيد التوازن العادل بين أطراف الدعوى وتمكن القاضي الإداري من الحصول على الأدلة اللازمة لحسم الدعوى بما يحقق هدف الرقابة القضائية على مشروعية عمل الإدارة⁽²⁾.

والحماية اللازمة للمدعي في الدعوى الإدارية من صعوبة الإثبات في ظل عدم التوازن بين ما يملكه من أدوات وبين ما تملكه الإدارة منها، يبرز الدور الإيجابي للقاضي الإداري لإعادة ذلك التوازن إلى وضعه الطبيعي دون حاجة لفرض أسلوب لذلك⁽³⁾. وفي إطار هذا الدور، فهو يهدف إلى تخفيف ثقل عبء الإثبات عن عاتق المدعي، فيمكنه إلزام الإدارة بتقديم ما تحوزه من مستندات أو أوراق يرى أنها منتجة للفصل في النزاع، فإذا هي رفضت ذلك لسبب غير فقدان تلك المستندات قامت قرينة على صدق الادعاء ينقل بموجبها عبء نفيه إلى جانب الإدارة⁽⁴⁾.

وفي ضوء العلاقة غير المتساوية بين أطراف الدعوى الإدارية يبرز دور القاضي الإداري، بمعنى هل يتحمل القاضي الإداري بعبء معين في الإثبات، أم أنه يحل محلها بالكامل في هذا العبء؟ أم أن العبء يقع على عاتق الطرفين حيث يقتصر دور القاضي

(1) عابدة الشامي: خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2008، ص 111-112.

(2) حابس ركاد خليف الشيبب: البيانات الخطية لإثبات عدم مشروعية القرار الإداري (دراسة مقارنة)، ط 1، دار جامد للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2011، ص 17.

(3) عبد العزيز خليفة: الإثبات في الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص 20.

(4) المرجع نفسه، ص 21.

على تطبيق القانون على ما يثبت أمامه من وقائع طبقاً للأوراق التي قدمها الطرفان بمعاونته وتوجيهه دون أن يحل محلها في عبء الإثبات؟⁽¹⁾.

ولإعادة التوازن بين طرفي الدعوى الإدارية، يتمتع القاضي الإداري بسلطات مستقلة واستثنائية كبيرة في التحري عن الحقيقة، فالمشرع قد حرره من قيود الإثبات التي يتقيد بها القاضي المدني، ويعود ذلك بالأساس إلى علاقة الدعوى الإدارية بالمصلحة العامة والسلطات الاستثنائية التي تحوزها الإدارة مما يجعلها في مركز أقوى من الأفراد، وبناء على ذلك يمكن تفسير الدور الإيجابي للقاضي الإداري من حيث متابعته لإجراءات الإثبات، فعندما تخطر الإدارة بالدعوى يمكنها أن تقدم من تلقاء نفسها جميع الإيضاحات والمستندات التي تؤيد موقفها، وهذا هو الوضع الطبيعي، أما إذا سكتت الإدارة وتعنتت ورفضت تقديم المستندات، فإن القاضي لا يضع الإثبات على عاتق المدعي⁽²⁾، بل يطلب منه فقط أن يكون دقيقاً ويجمع كل ما لديه من وسائل الإثبات كأساس لادعاءاته، أما إذا كانت الدعوى واسعة أو غير دقيقة ترفض دعواه لأن المدعي لا يثبت صحة ادعاءاته⁽³⁾، وعلى العكس من ذلك فإذا احتوت العريضة مجموعة من القرائن الجادة فإن القاضي يتدخل بموجب دوره الإيجابي، ويكلف الإدارة بتقديم المستندات والإيضاحات التي يرى لزومها، فإذا امتنعت أو تراخت يمكن أن يعتبر هذا الموقف من جانبها قرينة تنقل عبء الإثبات إليها، بمعنى أن هذا الموقف السلبي يعتبر قرينة تفسر ضدها.⁽⁴⁾

وتعتبر القرائن أهم وسيلة في يد القاضي والتي يستعملها في إطار سلطته التقديرية من أجل الوصول إلى الحقيقة، فالقرينة هي مجموع النتائج المستخلصة من طرف القانون أو القاضي من خلال واقعة معلومة من أجل معرفة واقعة مجهولة، وهي تعتبر من الأدلة غير المباشرة لأن الإثبات لا يقع على الواقعة الأصلية بل يقع على واقعة أخرى⁽⁵⁾ واستنباط

(1) عابدة الشامي: المرجع السابق، ص 126.

(2) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 549.

(3) M. LONG et Autres: **op. cit**, p. 426, « CE, 9 juillet 1954, Cordelet »

(4) Ibid, p. 426 « CE, Sect, 23 décembre, 1955, Lévy »: « le juge administratif dirige l'instruction: il ne met pas la preuve à la charge du demandeur, il lui demande seulement de se montrer précis et de réunir, à l'appui de ses allégations, tous les moyens de preuve dont il peut disposer »

(5) عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 329.

بالعمليات الاستقرائية التي طالما كان دورها جوهرية في العمل الإثباتي⁽¹⁾، ويلجا إليها القاضي في حالة عدم وجود كالبينة والشهادة وغيرها⁽²⁾.

والقارئ من أهم أدلة الإثبات التي يلجأ إليها القاضي الإداري، خاصة منها تلك التي يستنبطها من الواقع وتسمى قرائن قضائية أو إنسانية، فكثيرا ما يصعب إثبات واقعة ما، حتى ولو أردنا القول بوجودها، بينما يكون باستطاعتنا إثبات حالة ما نستطيع أن نستنتج منها وجود الواقعة الواجب إثباتها: فوجود واقعة معروفة يسمح لنا بالوصول إلى واقعة مجهولة والتي نريد إثبات واقعيتها، وعلى ذلك فإن الإثبات ينتقل، حسب الفقيه (Bratin)⁽³⁾.

وتقوم القرائن على عنصرين، عنصر مادي يتكون من وقائع ثابتة في الدعوى تسمى بالدلائل أو الأمارات فهي بمثابة البساط الذي تبنى عليه الواقعة المستخرجة، وعنصر معنوي وهو الدليل المستخرج من شواهد الحال، وهو معنوي لأنه عقلي أو خفي في ذاته، وهو بمثابة الحكم أو القرار المبني على أسبابه، فيجب أن تبنى على الوقائع المعلومة الثابتة بناء سليما، بحيث تكون الصلة الضرورية أو النتيجة الحتمية بين البساط والدليل المستخرج قائمة على أسباب تبررها⁽⁴⁾.

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة بشأن العنصرين المادي والمعنوي للقرائن، فله الحرية في تكوين عقيدته، فقد يقتنع بقرينة قوية ولا يقتنع بعدة قرائن، والفقه يجمع على أن القاضي لا يتقيد بعدد القرائن ولا بتطابقها، وفي وسعه أن يستمد القرينة ليس فقط من وقائع وظروف الدعوى بل من خارجها، ما دامت الأوراق المتعلقة بها قد ضمت إلى ملف الدعوى المعروضة. كما لا يتقيد بقيود الإثبات العادية في تقريره إذا كانت الوقائع المشار إليها ثابتة في الدعوى، وهذا ما استقر عليه القضاء⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ CORNU (G.): **Droit Civil-Introduction au Droit**, op.cit, p.243 / Glasson (E.), Tessier (A.): **Traité théorique des pratiques d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile**, Tome 2, 3^{ème} Ed.; Paris, Sireg, p.668.

⁽²⁾ PLANIOL (M), RIPPET (G): **Traité de Droit Civil français**, L.G.D.J, Tome 07: Obligations, 2^{ème} partie, Paris, 1954, p.1009.

⁽³⁾ لحسين بن الشيخ آث ملويا: **الإثبات في المنازعات الإدارية**، المرجع السابق، ص 275.

⁽⁴⁾ لحسين بن الشيخ آث ملويا: **مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية**، المرجع السابق، ص 275-276.

⁽⁵⁾ أحمد كمال الدين موسى: **المرجع السابق**، ص 411.

والقرينة القانونية ليست شكلا من أشكال الإثبات، بل هي قلب قانوني لعبء الإثبات.⁽¹⁾ كما أن الفنية القانونية للقرينة، تعود أساسا للعناصر الداخلية لكل قضية، ويستخدم المشرع القرينة في مجال الإجراءات الإدارية، فيعتبر سكوت الإدارة مدة معينة بمثابة قرار ضمني بالرفض من الإدارة⁽²⁾، كما أن يعتبر ترك المدعي لدعواه ودون اتخاذ أي إجراء بشأنها لفترة معينة بمثابة ترك منه للخصومة، وأن المدعي غير جدي في دعواه.⁽³⁾

والاستنتاج الذي يستتبع عن طريق القرائن إذا نظمه المشرع فتكون القرينة قانونية، بينما إذا قام به القاضي فتكون القرينة قضائية. فالقرائن بصفة عامة والقرائن القضائية بصفة خاصة تلعب دورا إيجابيا في إثبات الدعوى الإدارية، فمن خلالها يستطيع القاضي استخدام دوره الإيجابي، غير أن هذا الدور قد يزيد أو يوسع لدى القاضي الإداري عن القاضي العادي، بسبب عدم وجود نصوص واضحة للإثبات في المسائل الإدارية تقيده، وبموجب هذه السلطة يستطيع تخفيف عبء الإثبات الذي يقع على المدعي وهو الفرد الضعيف في الدعوى الإدارية، وبالتالي ينقل عبء الإثبات إلى المدعي عليه وهي الإدارة، أي أن للقاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بالقرائن.⁽⁴⁾

وجميع القرائن في الدعوى الإدارية تستند إلى الأوراق الإدارية، ذلك أن الإجراءات الإدارية تتم بالطرق الرسمية التي تعتمد أصلا على الكتابة، فالكتابة لا تمثل في حقيقتها وسيلة مستقلة من وسائل الإثبات، بل هي وعاء لتلك الوسائل، فقد تتضمن إقرارا أو شهادة أو إثباتا لحالة واقعية أو لتصرف قانوني، ومن ثم أمكن إدخالها ضمن القرائن، مع كون الأوراق الإدارية هي أبرز القرائن الكتابية.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ PICOTTE (Jacques): **op.cit**, p. 912: « La présomption légale n'est pas un mode de preuve, c'est un renversement légal de la charge de la preuve ».

⁽²⁾ وفي بعض الأحيان يثير انقضاء الآجال كقرينة قانونية من خلق المشرع - على موافقة الإدارة الضمنية، كما هو الحال في نظام الإدارة المحلية الجزائرية، فإن المجالس الشعبية البلدية تلتزم بإيداع قراراتها ومداوماتها إلى الولاية قصد المصادقة عليها من طرف الوالي، فإذا انقضت مدة 30 يوما على تاريخ إيداعها، تصبح نافذة بالموافقة الضمنية عليها. المادة 58 من قانون البلدية رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011، ج. ر. ج. ج. عدد 37 مؤرخ في 3 يوليو سنة 2011 .

⁽³⁾ المادة 222 من ق.إ.م.إ: "تسقط الخصومة نتيجة نخلف الخصوم عن القيام بالمساعي اللازمة"

⁽⁴⁾ عايدة الشامي: المرجع السابق، ص 42.

⁽⁵⁾ وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 469

وتخضع القرائن لسلطة التقدير الحر للقاضي.⁽¹⁾ وبالتالي يساهم القاضي في خلق واستخدام القرائن القضائية،⁽²⁾ حيث يثير عادة القرينة كي تؤدي به إلى حل المنازعة، فعندما تكون معطيات الوقائع مبهمة أو غامضة يلجأ القاضي إلى القرائن حيث يستتبط وقائع مجهولة.⁽³⁾ فالقاضي الإداري غير ملزم بطرق معينة للإثبات، وله أن يختار ويحدد بكل حرية طرق الإثبات التي يراها مقبولة أمامه، والتي تلائم طبيعة وظروف الدعوى المنظورة أمامه، كما له سلطة تقدير قيمة كل منها في الإثبات وتقدير مدى اقتناعه بها دون مراعاة لأي ترتيب بين مختلف الطرق التي يعتمد عليها من حيث القوة⁽⁴⁾. وبالتالي فقد يستعين بطرق الإثبات الواردة في القانون الخاص بما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الإدارية وإجراءات القضاء الإداري والنصوص الخاصة التي تطبق أمامه، وبالتالي هو الذي يقدر في ذات الوقت مدى حجية هذه الطرق التي يستعين بها.⁽⁵⁾

ثانياً: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الموازنة بين امتيازات الإدارة وحقوق

الأفراد

تحوز السلطات الإدارية إزاء تنفيذ قراراتها، امتيازاً يُطلق عليهما امتياز المبادرة المسبقة وامتياز التنفيذ المباشر:⁽⁶⁾

⁽¹⁾ PICOTTE (Jacques): **op.cit**, p.1759

⁽²⁾ تختلف القرينة القضائية عن القرينة القانونية من عدة أوجه:

- فالقرينة القانونية من صنع المشرع بينما القرينة القضائية هي من خلق القاضي.
- كذلك القرينة القانونية غير محددة النطاق عكس الحال في القرينة القضائية فتتسم بالتحديد حيث يتحدد مجالها كدليل في الإثبات بالحالات التي يجوز الإثبات فيها بالبينة.

- أن القرينة القانونية تقيد من سلطة القاضي التقديرية في استنباطها، فهي تعفي من تقرررت لمصلحته عن أي طريقة أخرى للإثبات. أنظر أحمد نشأت: **الإثبات**، الجزء الثاني، الطبعة السابعة منقحة ومزودة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1972، ص 191

⁽³⁾ قرار غير منشور، فهرس 336، مؤرخ في 2001/04/23، قضية (ج.م) ومن معه ضد (الوزير المحافظ ج. ك)، المنتقى في قضاء مجلس الدولة لسنة 2003، الجزء 01، ص 403: "في هذا القرار يثير القاضي الإداري قرينة قضائية وهي التظلم على أساس العلم اليقيني بالقرار فمن يطعن في قرار لم يبلغ له، يعتبر قد علم به من يوم رفع الدعوى للقضاء"
⁽⁴⁾ لا يصح مطالبة قاضي الموضوع بالأخذ بعمل معين حيث جعل القانون من سلطته أن يزن قوة الإثبات وأن يأخذ من أي بينة أو قرينة ما يرتاح إليها دليلاً لحكمه" محمد علي الكيك: **المرجع السابق**، ص 28-29.

⁽⁵⁾ أحمد كمال الدين موسى: **المرجع السابق**، ص 52 وما بعدها

⁽⁶⁾ GAUDEMET (Yves): **Traité de droit administratif**, Tome 1, 16^{ème} Edition, LGDJ, Paris, 2001, p.649.

- امتياز المبادرة المسبقة Le privilège du préalable

ينشأ امتياز المبادرة المسبقة عن إمكانية أن تتخذ الإدارة قرارات تنفيذية ؛ دون موافقة مسبقة من الأفراد الذين تعنيهم هذه القرارات، ويعني ذلك إعفاء الإدارة، من أجل تحصيل حقوقها، من اللجوء مسبقاً إلى القاضي (ومن هنا جاء التعبير: امتياز المبادرة المسبقة) ؛ واستناداً إلى مفهوم "القرار التنفيذي" عند هوريو، فإن امتياز المبادرة المسبقة هو الميزة الخاصة بالقرارات الإدارية، والشاهد الرئيسي على استثنائية القانون الإداري. غير أنه يمكن وضع هذه الفكرة في منظورها الصحيح بالإشارة إلى أن الإعفاء من واجب اللجوء إلى قاضي من أجل الحصول على تنفيذ قرار ما ينبع من طبيعته الإلزامية والانفرادية، في القانون العام والقانون الخاص على السواء.⁽¹⁾

والطاعن في ادعاءات الإدارة، هو الشخص الذي يتعين عليه إحالة المسألة إلى القاضي؛ وبعبارة أخرى، من خلال امتياز المبادرة المسبقة، فإن الإدارة تجبر المتعامل معها اتخاذ الوضعية السلبية للمدعي في الخصومة. وأكثر من ذلك، يفترض مجلس الدولة أن السلطات الإدارية غير مؤهلة عموماً لمطالبة القاضي بالنطق بالتدابير التي يمكن أن تتخذها بنفسها.

ونتيجة لذلك يقف الفرد في مركز المدعي بينما تقف الإدارة موقف المدعى عليه، وبدون شك فإن موقف الفرد - هنا - أصعب من حيث مخاطر الإثبات وصعوباته، في الوقت الذي تتمتع فيه الإدارة بالمركز الأيسر بالنسبة لعبء الإثبات مما يتطلب من القاضي الإداري اتخاذ موقف إيجابي إزاء هذا الامتياز، وعدم جعله حائلاً دون مطالبة الإدارة ببيان أسباب تصرفها أو حتى نقل عبء الإثبات عليها في بعض الحالات.

- امتياز التنفيذ المباشر Le privilège d'exécution d'office

يتمثل امتياز التنفيذ الإداري المباشر (أو "العمل المباشر") في قدرة الإدارة، عندما تتخذ قراراً قابلاً للتنفيذ، أن تنفذه مباشرة بالإكراه، عن طريق تحريك القوة العمومية ضد الفرد المتعنت، وهذا الامتياز هو من سمات المفهوم الفرنسي للقانون الإداري ؛ وهو يتناقض مع

⁽¹⁾ DEFOORT (Benjamin): **op.cit**, p.513

المفهوم الأنجلوسكسوني والذي يخضع الدولة إلى القاضي تحت نفس الشروط كالأفراد، والمبدأ هو الحق في تحصيل حقوقها باللجوء إلى المحاكم.⁽¹⁾

والغالب أن يخضع الأفراد للقرارات الإدارية التي تعنيهم، أي التنفيذ الاختياري عن طريق الأفراد، وامتياز التنفيذ المباشر، يشكل النتيجة الاستثنائية في القانون الإداري،⁽²⁾ وهو أخطر امتياز، حيث أن استخدام هذا الامتياز وارد ضمن حدود معينة بين الإدارة والأفراد، فهو وسيلة مبررة قانوناً، ما لم يوجد إجراء آخر، مع ضرورة ضمان الخضوع للقانون.⁽³⁾ ولا يكون إلا بعد اللجوء إلى القضاء للحصول على ترخيص للقيام بذلك حسب ما أقره ROMIEU في تقريره بخصوص الشركة العقارية سنة 1902⁽⁴⁾، فالسلطة القضائية هي التي تعين عدم خضوع الأفراد للقرارات والتنظيمات وتعاقب على الجريمة وتسمح باستعمال وسائل الإكراه.⁽⁵⁾

رابعاً: أثر امتيازات الإدارة على السلطة التقديرية للقاضي الإداري في مجال الإثبات

لامتيازات الإدارة أثر واضح على السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الإثبات، حيث، ولإعادة التوازن بين أطراف الدعوى الإدارية يضطلع القاضي الإداري بدور إيجابي إلى حد بعيد في التحقيق للوصول إلى حل للمنازعة، فطابع التحري الذي تمتاز به المنازعة الإدارية يمنح القاضي حرية كبيرة،⁽⁶⁾ وممارسة الرقابة التي تخصه تتغير بالضرورة... فقط وفقاً

⁽¹⁾ GAUDEMET (Yves): **Traité de droit administratif, op.cit**, Tome 1, p.650.

⁽²⁾ ورد في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 24 نوفمبر سنة 1962 (السنة الثامنة، ص 95)، على أن: "التنفيذ المباشر ليس الأصل في معاملة الإدارة للأفراد وإنما الأصل أن تلجأ الإدارة - شأنها في ذلك شأن الأفراد - إلى القضاء لاستيفاء حقوقها" نقلاً عن محمد سليمان الطماوي: **النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق**، ص 632.

⁽³⁾ GAUDEMET (Yves): **Traité de droit administratif, op.cit**, Tome 1, p.650.

⁽⁴⁾ T.C, 02 décembre 1902, Société immobilière de Saint-juste.

⁽⁵⁾ FRIER (P-L) et PETIT (J): **op.cit**, p. 38. « Un principe fondamental de droit public est que l'administration ne doit pas mettre d'elle-même la force publique en mouvement pour assurer l'exécution des actes de puissance publique, et qu'elle doit d'abord s'adresser à l'autorité judiciaire qui constate la désobéissance, punit l'infraction, et permet l'emploi des moyen matériels de coercion ».

⁽⁶⁾ المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 57024، مؤرخ في 14/01/1989، قضية (ح. م) ضد (رئيس دائرة جبجل ووالي ولاية جبجل)، المجلة القضائية، 1990، العدد 04، ص 189. المبدأ: "من المستقر عليه قضاء أن المادة 220 من ق.إ. م لا تجد عملياً ما يبرر تطبيقها في المجال الإداري ما دامت الإجراءات تكتسي أساساً طابع التحري والتحقق ويتولى الإشراف عليها قاض يتمتع بحرية التصرف تجاه هذه الإجراءات، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون".

لإرادة القاضي، مسير الخصومة، الذي ستتحدّد في وجدانه، على ضوء العناصر المختلفة لكل قضية.⁽¹⁾

وتخضع إجراءات التحقيق الإدارية المعروفة لنظام عام ناتج عن أربعة مبادئ أساسية، يتعين مراعاتها من طرف القاضي الإداري عند إعمال سلطته التقديرية، وتعود في مجملها إلى كون الإدارة طرفاً دائماً في جميع المنازعات الإدارية مع الامتيازات التي تحوزها، وتتمثل هذه المبادئ فيما يلي⁽²⁾:

أ- آثار الطابع الحقيقي للإجراءات يعطي القاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة؛

ب- إجراءات التحقيق لا تخص إلا مسائل الواقع، فالقاضي يعلم بمسائل القانون؛

ج- حرية القاضي ليست تحكما وتخضع لثلاثة التزامات:

○ غير مقيد بنتائج العمليات الحقيقية.

○ يجب عليه الأمر بالتدابير الضرورية التي تضمن التحقيق الكامل في القضية؛

○ رفض أو الامتناع عن الأمر بإجراءات، وبالخصوص إجراءات الخبرة، والتي تكون

غير مجدية، وللأفراد أيضاً الحق في أن لا يؤمر بإجراء غير مجدي، ويتم الطعن فيه عند الاستئناف.

د- مقتضيات مبدأ الوجاهية يجب أن تحترم.

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في تقدير وسائل الإثبات

تكمن صعوبة الإثبات الإداري في طبيعته التي تتسم بالحدائثة، حيث نشأ القانون الإداري في فترة متأخرة بالمقارنة مع نشأة القانون الخاص، هذا ما جعل الخصومة الإدارية تفنقر إلى قانون متكامل للإجراءات الإدارية، كما أنه وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة للدعوى الإدارية التي تنشأ بين الإدارة باعتبارها سلطة عامة تسعى لتحقيق المصلحة العامة، وبين الأفراد الذين يسعون لتحقيق مصلحة شخصية من جهة أخرى في إطار ما يقتضيه مبدأ

⁽¹⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 546.

⁽²⁾ CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif, op.cit**, p.672-673-674

المشروعية⁽¹⁾ منحت للقاضي الإداري سلطة تقديرية للاستعانة بكافة طرق الإثبات سواء كانت وسائل عامة أو تحقيقية.⁽²⁾

ففي إطار اعتناق القضاء الإداري للمذهب الحر في الإثبات،⁽³⁾ فإن للقاضي الاستعانة بأي وسيلة من وسائل الإثبات⁽⁴⁾. وعلى عكس نظام الإثبات القانوني، فإن تكريس نظام الإثبات الحر يفسر الجزء التقديري للعنصر الحاسم، حيث يميل إلى الخضوع لتقدير القاضي الذي يتعين عليه أن يقرر على أساس قناعته الوجدانية.⁽⁵⁾

ولا يتقيد القاضي الإداري عند ممارسة سلطته التقديرية في تحديد أو اختيار وسيلة الإثبات المناسبة، بطلبات طرفي الدعوى، وإنما تعتبر رغبتهما مجرد استئناس له، دون أي التزام يقع عليه بالاستجابة إليهما، فهو يمارس سلطته دون أن يطلب منه أي طرف في تحديد أي وسيلة للإثبات.⁽⁶⁾

ويمكن تقسيم وسائل الإثبات في الدعوى الإدارية إلى ثلاث فئات: الأمر بإيداع مستندات أو توضيحات (أولا)؛ التدابير التي يجريها القاضي بنفسه (ثانيا) التدابير التي يعهد بها القاضي إلى تقني متخصص (ثالثا).

أولا: الأمر بإيداع مستندات وتوضيحات

إن الطابع الاستقصائي للدعوى الإدارية يفترض أن أطراف الدعوى لا يمكن أن يكونوا على علاقة مباشرة بينهم، لأن التحقيق يسير بوساطة القضاء وبصفة أدق القاضي المقرر

(1) مسعود شيهوب: المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (الهيئات والإجراءات أمامها)، ط 2، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009، ص 59.

(2) TEITGEN-COLLY (Catherine): **Propos introductifs**: In « pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif », sous la direction de Catherine TEITGEN-COLLY, pp- 19-29 « il appartient au juge administratif, dans l'exercice de ses pouvoirs généraux de direction de la procédure, d'ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il estime nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis »

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الإثبات في الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص 25

(4) المادة 863 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، المرجع المشار إليه أعلاه: "يجوز لرئيس تشكيلة الحكم تعيين أحد أعضائها للقيام بكل تدابير التحقيق غير تلك الواردة في المواد من 858 إلى 861، أعلاه"

(5) GIRAUDEAU (Géraldine): **op.cit**, p.291. « La consécration d'un régime de la preuve libre explique la part discrétionnaire de l'appréciation de l'élément probatoire, contrairement au régime de la preuve légale tend à s'en remettre à la discrétion du juge qui devra décider sur la base de son intime conviction ».

(6) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 257، 258

المكلف بالقضية. والذي يمتلك حرية كبيرة في توجيهه وتسيير التحقيق،⁽¹⁾ كما أن قرار غلق التحقيق يتعلق بالسلطة التقديرية للقاضي عندما يرى أن القضية جاهزة للحكم فيها.⁽²⁾

وعليه يتدخل القاضي الإداري بموجب سلطاته الواسعة في التحقيق، حيث يعتبر تكليف الطرفين بإيداع بعض المستندات التي يقدر لزومها لتكوين عقيدته واقتناعه⁽³⁾، في مقدمة وسائل الإثبات العامة، ويباشر القاضي هذه الوسيلة بناء على طلب من أحد الطرفين أو من تلقاء نفسه، ويوجه التكليف إلى المدعي أو المدعى عليه على حد سواء وفقا لظروف الحال، وقد يكون أيهما شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا. وتتوقف فعالية هذه الوسيلة على مدى الاستجابة إلى التكليف، الأمر الذي يتطلب التعاون الصادق من جانب الطرفين مع القاضي خصوصا الإدارة التي عادة ما يوجه إليها هذا التكليف.⁽⁴⁾

وتعتبر هذه الوسيلة المخولة للقاضي وما له من سلطة تقديرية في شأنها من العلامات الرئيسية المميزة للدور الإيجابي للقاضي الإداري، وهي بحق الظاهرة المميزة لإجراءات التقاضي الإدارية تحقيقا لفعالية الرقابة القضائية للمشروعية.⁽⁵⁾

وتعتبر المستندات والأوراق المكتوبة من أهم وسائل الإثبات وأكثرها شيوعا في المنازعات الإدارية، ويرجع السبب في ذلك كون إجراءات التقاضي تتسم بسمة الكتابة، ولأن نظام الدولة الإداري يفرض على موظفي الدولة كل في مجال عمله وتخصصه إثبات ما يتعلق بأعمال الإدارة في أوراق ومستندات وملفات خاصة يتم الرجوع إليها إذا ما لزم الأمر، ولزوم إعداد ملف خاص بكل موظف من موظفي الدولة يحتوي على كافة الأوراق والمستندات الخاصة به من لحظة التحاقه بالوظيفة حتى انتهاء العمل الوظيفي.

⁽¹⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 546.

⁽²⁾ المادة 852 من ق.إ.م.إ: "عندما تكون القضية مهية للفصل، يحدد رئيس تشكيلة الحكم تاريخ اختتام التحقيق بموجب أمر غير قابل لأي طعن"

⁽³⁾ مجلس الدولة، قرار رقم 117973، مؤرخ في 1994/07/24، قضية (ح.ب) ومن معه ضد والي ولاية باتنة، مجلة مجلس الدولة الجزائري، 2002، العدد 01، ص 73: "حيث أن قضاة الدرجة الأولى المقتنعين باستحالة تقديم المقرر المطعون فيه من طرف الطاعن لعدم تبليغه له، هم المخولون بإجبار الإدارة مصدرة القرار على تقديم نسخة منه، وكذا باستخلاص النتائج الواجب استخلاصها عند الاقتضاء"

⁽⁴⁾ أحمد كمال الدين موسى: **المرجع السابق**، ص 302.

⁽⁵⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op. cit**, tome 2, p. 547.

وقد أوجب المشرع الجزائري على المدعي إرفاق البيانات والمستندات التي يستند إليها في طلبه، وكذلك أوجب على المدعى عليه عند تقديم المذكرة الجوابية إرفاق المستندات والأوراق التي تؤيد ما جاء في مذكرته الجوابية، ومنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في ذلك⁽¹⁾، حيث نص صراحة على صلاحية وسلطة القاضي المقرر المكلف بالتحقيق في الدعوى، بتكليف الخصوم بتقديم المذكرات والبيانات والمستندات أو أية وثيقة يرى لزومها لاستيفاء ملف الدعوى وفض النزاع.⁽²⁾

وتتمثل تلك المستندات والبيانات في كل ورقة تخص الدعوى، كالقرار الإداري وبصفة متصلة الأسباب الواقعية والقانونية التي أدت إلى اتخاذ هذا القرار. وقد تطور اتجاه القضاء الإداري تدريجيا في فرنسا نحو توسيع سلطة التكليف الإجباري بإيداع الإدارة كل المستندات والبيانات وتأكدت هذه السلطة بقوة منذ حكم (Barel) المشهور في 28 ماي سنة 1954 حيث أفصح صراحة عن سلطة القاضي في تكليف الإدارة بإيداع المستندات اللازمة لتكوين عقيدته على النحو الذي أشار إليه المفوض (Latournerie) في تقريره في القضية طالما أن المدعي تقدم بادعاءات محددة مدعمة بعناصر وقرائن قوية⁽³⁾.

ولقد تطورت الرقابة القضائية نحو تيسير وتخفيف العبء الواقع على المدعي في ظل الظروف الصعبة التي يقف فيها، وذلك بخصوص اشتراط تقديم المدعي لقرائن قوية تقنع القاضي بصحة الادعاء، مما يبرر ممارسة وسيلة التكليف، حيث اتجه المجلس إلى الاكتفاء من المدعي بتقديم الادعاء المحدد ولو تجرد من مثل هذه القرائن القوية التي تدعمه طالما

(1) المجلس الأعلى، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 53882، قرار بتاريخ 1989/03/05، قضية (ش.ه: ش.ق) ضد (المكتب الجزائري المهني للحبوب ومن معه)، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 06: " من المقرر قانونا، أنه يجوز للقاضي، وفي إطار سلطته التقديرية، طلب تقديم أي وثيقة من أي طرف ما دامت هذه الوثيقة ذات صلة بنزاع ومادام الطلب قبل إقفال المرافعة، ومن ثم فإن النص على القرار المطعون فيه، بعدم احترام مبدأ حياد القاضي، في غير محله يتعين رفضه. ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع، طالبوا المطعون ضدها، بتقديم وثائق ذات أهمية قانونية، في إثبات الالتزامات احتراموا الإجراءات ولم يخرجوا عن إطار سلطتهم التقديرية المخولة لهم".

(2) المادة 2/844 من القانون رقم 08-09، مرجع مشار إليه أعلاه.

(3) GOHIN (Olivier) et POULET (Florian): **op. cit.**, p348. « il appartenait au Conseil d'Etat de rechercher parmi les pièces versées aux dossiers celles qui lui permettraient de dégager les motifs de ses décisions ; qu'en cet état de la procédure la section du contentieux, chargée de l'instruction des requêtes, usant du pouvoir qui appartient au Conseil d'état d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir la conviction du juge... »

يتعذر على المدعي في مثل ظروفه تقديمها ففي هذه الحالة يمكن للقاضي الإداري مباشرة وسيلة التكييف بتقديم المستندات والملفات⁽¹⁾.

وعلاوة على ذلك، فقد أقر القضاء الإداري إمكانية تكليف الإدارة بتقديم الأسباب الواقعية والقانونية، التي استند إليها القرار الإداري المطعون فيه وكانت سبباً له. رغم أن الإدارة لم ترفض الكشف عن أسبابها، لكنها صاغتها "بعبارة عامة جداً"، ويتضح هذا التطور في حكم لمجلس الدولة الفرنسي يتعلق بالرقابة القضائية للقرارات الاقتصادية وذلك في 26 جانفي 1968 قضية (Société Maison Génestal) تقرير المفوض (Bertrand)⁽²⁾.

غير أن سلطة القاضي في التحقيق قد تصطدم مع الأسرار المحمية قانوناً، والتي يمكن أن تتعارض في الوقت نفسه مع الالتزام بالطابع الوجيه للإجراءات القضائية. والأخذ بهذه الالتزامات يؤدي إلى حلول غير دقيقة.⁽³⁾

إذا كان الطابع الوجيه للإجراء يتطلب من حيث المبدأ الكشف عن جميع الوثائق المقدمة أثناء الإجراءات إلى كل طرف، فإن هذا الشرط مستبعد بالضرورة فيما يتعلق بتلك الوثائق التي يرفض الكشف عنها، وتشكل محل النزاع. ففي مثل هذه الحالات، يجوز للقاضي، ودون إجراء وجاهي، الاطلاع على الوثيقة المتنازع عليها.⁽⁴⁾

ويتعلق الأمر بثلاث حالات: حالة سرية الدفاع الوطني، السر المهني والسر الطبي وكذا حالة السر السياسي، ومع ذلك، سعى القاضي إلى الحد قدر الإمكان من نطاق هذه القاعدة، حتى يمكن من أن تكون الإجراءات وجاهية.⁽⁵⁾ وقد دفع احترام مبدأ الوجيهية بالقاضي إلى استبعاد الوثائق التي أودعتها الإدارة من المناقشة، مع الإشارة إلى أنها سرية ولا يمكن إحالتها إلى الطرف الآخر.⁽⁶⁾ وقد شكلت هذه الوسيلة محل نقد كبير لأنها تنتقص

(1) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 305.

(2) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 548: «il ne s'agit pas seulement de produire des documents, mais de faire connaître ses motifs de fait et de droit »

(3) M. LONG et Autres: **op.cit**, p.427

(4) « CE, Sect, 23 déc 1988 et 11 juill 2016, Ministère de l'intérieur et de la défense c. Cagnolari »

(5) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 550

(6) CE, ord, 23 déc 2016, section française de l'observatoire international des prisons

من الضمانات الأساسية للمتقاضين وتخالف مبدأ الوجاهية في إجراءات التقاضي، وتتعارض مع حسن سير العدالة.⁽¹⁾

وأهم تطور عرفه النظام القضائي الفرنسي بشأن تسيير التحقيق، تم منذ سنة 2004 إدخال خدمة جديدة ومفيدة لصالح أطراف الدعوى الإدارية، تتمثل في استعمال وسيلة الانترنت لمتابعة مجريات التحقيق التي تسمح لهم بالاطلاع على المعلومات الخاصة بالقضية، ومثال ذلك معرفة فيما إذا أسندت القضية إلى القاضي المقرر أو إذا كانت المحكمة تنتظر الرد الكتابي للخصم أو إذا تم تحديد تاريخ الاستقبال... والاطلاع على هذه المعلومات يكون بواسطة حساب برقم سري تبلغه كتابة الضبط للخصوم أو لمحاميهم، وهو إجراء متطور يساعد في تحسين خدمات مرفق القضاء الإداري.⁽²⁾

ثانيا: إجراءات التحقيق التي يجريها القاضي بنفسه

بصورة استثنائية جدا، يمكن للقاضي أن يقوم بإجراءات التحقيق بنفسه⁽³⁾، مع تحديد أن إجراء التحقيق يمكن بالتأكيد أن يعهد به إلى عضو أو أكثر من أعضاء المحكمة الإدارية الذين يثق بهم، يعينهم لهذا الغرض رئيس تلك المحكمة. ويتعلق الأمر أساسا، بزيارة للمواقع، ولكن هناك أيضا التحقيق أو الاستجواب والتحقق من الوثائق الإدارية.

1- الانتقال للمعاينة

تعتبر المعاينة طريقة من طرق الإثبات أو وسيلة من وسائل التحقيق التي تعتمد على الواقع الموجود فعلا، فهي وسيلة موضوعية للتحقيق لا تعتمد على عناصر شخصية، وتستهدف حصول القاضي بنفسه على معلومات تتعلق بوقائع متنازع عليها في مكانها.⁽⁴⁾ والمعاينة هي: "انتقال المحكمة لمشاهدة محل النزاع، أيا كانت طبيعته. وبصفة عامة كل ما

(1) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 332.

(2) GOHIN (Olivier) et POULET (Florian): *op.cit*, p343.

(3) المادة 90 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: مرجع مشار إليه سابقا، "يجوز للقاضي أن يقوم شخصا بتنفيذ إجراء

من إجراءات التحقيق أو يشرف على تنفيذه ويتم بحضور أمين الضبط الذي يحضر محضرا بذلك، يودع بأمانة الضبط"

(4) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 367.

يقع عليه النزاع مما يظن أن تكون معايته مجدية وتعتبر المعاينة من طرق الإثبات المباشرة لاتصالها اتصالاً مادياً بالواقعة المراد إثباتها، وهي من الأمور الاختيارية⁽¹⁾.

وتخضع المعاينة، كما هو الشأن بالنسبة لسائر وسائل التحقيق للأحكام العامة لوسائل الإثبات، ومن ثم فإنها اختيارية تقديرية للقاضي ولو طلبها الخصوم صراحة، كما يلزم عند القيام بها مراعاة حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، ويجوز طلبها من الأطراف أو يأمر بها القاضي من تلقاء نفسه إذا قدر مدى فائدتها للفصل في الدعوى، كما يتعين أن تكون المعاينة مجدية، بحيث يكون من مباشرتها تقديم عناصر للإثبات بخصوص المسألة المتنازع عليها، فإذا لم تكن هناك مسألة معينة محل نزاع أو كان قد حدث لمكان المعاينة تغيير أو تعديل أو كانت مستحيلة، كهلاك محلها فإنها تصبح غير مجدية ويكون الحكم الصادر بها في مثل هذه الحالات محلاً للبطلان⁽²⁾.

فالقاضي الإداري عندما يرى ضرورة للمعاينة، فإنه يقرر الانتقال بنفسه أو من يندبه لذلك، إلى مكان الوقائع أو الأشياء، لإثبات الملاحظات والبيانات وإجراء التحقيقات المناسبة أو الاطلاع على بعض المستندات والوثائق والملفات الإدارية التي يتعذر نقلها أو تحديدها سلفاً بمراعاة الأوضاع المقررة. وبذلك يستخلص القاضي بنفسه البيانات من الواقع الفعلي. والمعاينة كما هو الحال في الخبرة، تتضمن إجراءات قانونية عديدة لإتمامها، يترتب على مخالفة الكثير منها البطلان، وإن كانت هذه الإجراءات تتسم بالمرونة. ولا يوجد ما يمنع القاضي من الإلمام شخصياً بالوقائع في الموقع دون إتباع إجراءات المعاينة بشرط عدم الإشارة إلى ذلك في الحكم⁽³⁾.

ولا يمكن للمحكمة الإدارية القيام بزيارة غير رسمية للأمكنة، أو على الأقل إذا حصلت مثل تلك الزيارة، يجب عليها الامتناع عن ذكرها في حكمها. ولقد أوضحت محكمة النقض بأنه لا يمكن للمحكمة الاستناد في حكمها إلى مثل تلك الزيارة، كما تبني مجلس الدولة الفرنسي حلاً مماثلاً في قضية (Barbier) في 22 أبريل 1904. كما يمكن أن توكل مهمة

(1) توفيق فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ط، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 337.

(2) عايدة الشامي: المرجع السابق، ص 178.

(3) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 367.

المعاينة للأماكن إلى جميع أعضاء المحكمة الإدارية أو إلى بعض أعضائها، أو حتى على أحد أعضائها فقط، وباستطاعة المحكمة الإدارية أو احد أعضائها زيادة على ذلك، الاستماع على سبيل الاستدلال لكل شخص يتواجد في عين المكان، دون حاجة لمراعاة إجراءات أو شكليات معينة، مع القيام بكل عملية يرونها ضرورية⁽¹⁾.

ومن الأمثلة الحديثة للمعاينة التي أجريت بمعرفة مجلس الدولة، ما قرره بشأن قضية (Warembourg) وقضية (Dame Benoit) وقد صدر الحكم النهائي في القضية الأولى في 12 جويلية 1969، وفي الثانية في 22 جانفي 1971، ففي القضية الأولى وهي تتعلق بمسؤولية الإدارة أثار المدعي مسألة الأضرار التي تسببها له الضوضاء والهزات الناتجة عن ورشة فنية مجاورة لمنزله وطلب تعويضا عن ذلك، واختلف الطرفان حول مدى عنف أو شدة هذه الضوضاء والهزات ودرجتها، لذلك فوض مجلس الدولة المقرر للانتقال لإجراء المعاينة بشأن هذه المسألة. وفي القضية الثانية أثار المدعي مسألة مدى تأثر الموقع أو المنظر بإقامة ألواح أو قوائم للإشارات في الطرق، ولبيان ذلك تقرير انتقال رئيس القسم الفرعي ومساعديه ومفوض الحكومة والمقرر لإجراء المعاينة⁽²⁾.

وتختلف المعاينة عن الخبرة أساسا في أن الأولى تستهدف إثبات الوجود المادي لحالة الأشياء، في حين أن الثانية تعتبر استشارة فنية للقاضي لمساعدته في تكوين عقيدته وتتضمن رأيا فنيا علميا بناء على أبحاث خاصة فنية، فضلا عن أن المعاينة تتم بمعرفة القاضي نفسه في حين أن الخبرة تتم بمعرفة آخرين من أهل الفن والخبرة⁽³⁾.

تجيز المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري للقاضي القيام تلقائيا أو بطلب من الخصوم، بمعاينات أو تقييمات أو تقديرات مع الانتقال إلى عين المكان (مكان الأشغال الخطرة للإدارة التي كانت سببا في رفع دعوى التعويض)، ويجوز له أن من التقنيين من يختاره يساعده (المادة 147)، وله الانتقال إلى الأماكن يوقعه القاضي وأمين الضبط،

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا: مبادئ الإثبات في الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص 162.

(2) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 369.

(3) المرجع نفسه، ص 369.

ويودع ضمن الأصول بأمانة الضبط وللخصوم الحصول على نسخ من هذا المحضر
(المادة 149)

2- الاستجواب

يعتبر الاستجواب أو المواجهة الشخصية للأطراف إجراء من الإجراءات التحقيقية،
بواسطته يلجأ أحد الخصوم أو المحكمة إلى سؤال الخصم الآخر عن وقائع معينة ليصل من
وراء ذلك إلى الحصول على إقرار منه⁽¹⁾. ويمكن الاستجواب القاضي من مناقشة الخصوم
شخصياً، كما يمكنه من الاستتارة أو استخلاص قرائن للإثبات، وقد يؤدي إلى إقرار قضائي
من أحد الخصوم لصالح الخصم الآخر. وللقاضي أن يستجوب من يكون حاضراً من
الخصوم أو يستدعيهم للاستجواب سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم
الذي يخضع لتقديره المطلق⁽²⁾.

بالنسبة لفرنسا، نظم قانون 22 جويلية 1889 استجواب الأطراف أمام المحاكم الإدارية
الفرنسية في المادة 36 منه على غرار نص المادة 428 من قانون المرافعات المدنية. وإذا
كان النص المذكور قد ورد ضمن مواد القسم الخاص بالشهادة، فإن الاستجواب يتميز عنها
أساساً في أن الأطراف هم وحدهم الذين تسمع أقوالهم ويتم استجوابهم فضلاً عن أن مباشرة
الاستجواب لا يتولاها فرد واحد بل تتولاها المحكمة بكامل هيئتها سواء كان بناء على طلب
الأطراف أو قرره المحكمة من تلقاء نفسها⁽³⁾.

وإذا أدى الاستجواب إلى إقرار صريح ومحدد من أحد الأطراف اعتمد القاضي عليه،
أما إذا لم يؤدي إلى مثل هذا الإقرار، واقتصر الأمر على إجابات مبهمّة أو غير محددة فقد
يستخلص منها القاضي قرائن للإثبات أو يعتمد عليها كبدائية للإثبات. أما إذا لم يحضر
الخصم ولم يرد على الاستجواب فإن القاضي يقدر أثر ذلك وقيّمته في ضوء ظروف

(1) مجلس الدولة، قرار غير منشور، فهرس 43، قضية (ع.ع) ضد بلدية قجال، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، 2004،
الجزء 02، ص 315: ورد في إحدى الحيثيات أن التصريح في الحكم المستأنف بأن المستأنف الحالي كان قد حضر
الجلسة وصرح شفاهياً بأنه يقوم بأشغال البناء بدون رخصة، حيث يعتبر هذا التصريح إقراراً قضائياً واعترافاً بأن المستأنف
الحالي هو الذي قام بالبناء المتنازع عليه، حتى وإن كان صاحب المشروع هو ابنه"

(2) لحسين بن شيخ آث ملويا: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 171.

(3) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 376-377.

الدعوى، وقد ينتهي إلى اعتباره بمثابة إقرار ضمني من جانبه. وعلى أية حال فليس للاستجواب في مجال القضاء الإداري ذات الأهمية العملية التي يلقاها طبقاً للقواعد المدنية أمام القضاء العادي، إذ تستند الحقوق والالتزامات في القانون الإداري أساساً إلى قرارات ومستندات تتفق وقواعد القانون العام⁽¹⁾.

وإذا كانت القاعدة العامة التي تسود إجراءات القضاء الإداري هو أن الإجراءات كتابية، فإنها لا تعرف المرافعة وإن كان يمكن للأطراف تقديم مذكرات وملاحظات مكتوبة. وما يرد منهم شفاهة بالجلسة لا يتضمن سوى شرح أو إيضاح أو تفسير لما ورد في مذكراتهم ومستنداتهم المرفقة بالملف والتي يعتمد عليها القاضي في إصدار حكمه. يضاف إلى ذلك استقلال الإدارة عن القضاء الإداري الذي لا يمكنه استدعاء أحد رجالها لاستجوابه، وبالتالي تنظيم الاستجواب كوسيلة للتحقيق في المادة 36 من قانون 22 جويلية 1889 أمام المحاكم الإدارية يتعارض مع مبدأ الإجراءات الكتابية كما أنه يمس باستقلال الإدارة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يلجأ إطلاقاً إلى الاستجواب احتراماً لمبدأ الإجراءات الكتابية ومبدأ استقلال الإدارة⁽²⁾.

3- شهادة الشهود

الشهادة أو البينة تعتبر وسيلة من وسائل التحقيق في الدعوى الإدارية⁽³⁾ التي تعتمد على شخصية وأحاسيس ومعتقدات الشاهد. يدلي الشاهد بشهادته أمام المحكمة بعد حلف اليمين، والأصل أن تكون مباشرة يقول الشاهد من خلالها ما وقع تحت حواسه، كما تكون

(1) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص ص 395-396.

(2) المرجع نفسه، ص ص 396-397.

(3) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 103801، مؤرخ في 19/12/1993، قضية (ج.ع)، ضد (رئيس بلدية باتنة ووالي الولاية)، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 3، ص 212: " من المقرر قانوناً أنه يجوز الإثبات بالبينة، فيما يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأً ثبوت بالكتابة، ومن ثم كان على قضاة الدرجة الأولى -في قضية الحال- الاستجابة لطلب المدعية بسماع الشاهدين بعد أن قدمت لهم بينة على أنها تدفع ثمن الكهرباء ومبلغ الضريبة على المنزل، موضوع الدعوى، لاسيما أن النزاع يدور حول تعويض عقار بغيره بعد هدمه وليس على أساس بدل الإيجار وكان لزاماً عليهم تكوين قناعتهم من جميع جوانب الموضوع"

الشهادة في العادة شفافة يستمدها الشاهد من ذاكرته⁽¹⁾، ويمكن أن تكون الشهادة مكتوبة، وتدون في محضر حتى يمكن لمن غاب من الأطراف عن الجلسة التي أدليت بها من الاطلاع عليه وتقع الشهادة باطلّة في حالة مخالفتها لما تقدم⁽²⁾، كما تعتبر الشهادة دليلاً مباشراً⁽³⁾.

بالنسبة لفرنسا فقد تم تنظيم الشهادة كوسيلة إثبات أمام المحاكم الإدارية بموجب قانون 22 جويلية 1889 في المواد من 26 إلى 35 باعتبارها من وسائل التحقيق القضائية التي تؤدي إلى تقديم الدليل أمام القاضي الإداري. وهي تعتبر أمام المحاكم ومن قبلها مجالس الأقاليم من وسائل التحقيق المألوفة⁽⁴⁾.

والشهادة شأنها كشأن باقي وسائل تحقيق الدعوى الإدارية تنسم بالصفة الاختيارية، حيث أن للقاضي وحده تقدير مدى ملاءمة اللجوء إليها كما أن له رفض الاستعانة بالشهادة حتى ولو طلبها أحد أطراف النزاع دون معقب عليه في ذلك، وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري⁽⁵⁾، هذا إلى جانب أن للقاضي أن يأخذ في حكمه بما ورد بالشهادة أو يطرحه إذا لم يطمئن إلى صحته⁽⁶⁾.

كما أنها تتميز عن الخبرة والمعايينة في أنها تتعلق بسماع أقوال ورواية وقائع، في مواجهة أصحاب الشأن للوصول إلى الحقيقة والإيضاحات التي قصرت المستندات وأوراق الملف عن بيانها، كما هو الحال بالنسبة للوقائع التي تشير إلى الانحراف بالسلطة كما لو قصدت الإدارة تحقيق المصلحة العامة وإنما الإضرار بمن صدر بشأنه القرار حيث يثبت ذلك من شهادة شهود حضروا جلسة مداوات سابقة على صدور القرار أثير فيها رغبة

(1) أنظر قريبا من هذا التعريف: جلال العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، د.ط، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996، ص 357.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الإثبات في الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص 67.

(3) يحي بكوش: أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، ط2، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1988، ص 192.

(4) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 375.

(5) عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 329.

(6) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الإثبات في الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص 68.

مصدره الانتقام من شخص الصادر بشأنه، دون توافر وجه للمصلحة العامة يبتغي الوصول إليه بإصداره⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى فإن الخبير أو القاضي في حالة إجراء الخبرة أو المعاينة يمكنه الاستعانة في إتمام الإجراءات بسماع أقوال من يرى لزوم أخذ أقواله على سبيل الاستدلال ضمن الوسائل المختلفة التي يستطيع الالتجاء إليها.

وينصب سماع الأقوال في هذه الحالة على مسألة أو واقعة محددة في مهمة الخبير أو القاضي، فهي مسألة أو واقعة أكثر تحديدا من المسائل أو الوقائع التي تجري الخبرة أو المعاينة بشأنها، على أساس أن سماع الأقوال يعتبر أحد العناصر المختلفة للحصول على المعلومات التي يمكن للخبير أو القاضي الاعتماد عليها. في حين أن وسيلة الشهادة على العكس من ذلك لا تتضمن إلا شهادات، ويتم سماع الأقوال بشأن جميع المسائل والوقائع المتعلقة بها، والغالب أن كل شهادة تتعلق بالموضوع الكامل.⁽²⁾

وتقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها، هو مما يستقل به قاضي الموضوع ولا معقب عليه في تكوين عقيدته مما يدلي به شهود الطرفين، ما دام لا يخرج في ذلك عما تحتمله أقوالهم.⁽³⁾

4- الأمر بإجراء تحقيق إداري

باستطاعة القاضي ودون أن يطلب الأطراف ذلك، أن يأمر بتدابير تحقيقية، وهذه الصلاحية نابعة من الطابع التحقيقي لإجراءات المنازعة الإدارية، فالقاضي باستطاعته الأمر بإجراء تحقيق، ودون أن يخرج عن طلبات الطرفين، وترتبط هذه السلطة نفسها بصفة القاضي الإداري.⁽⁴⁾

ورغم قيام مبدأ الفصل بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية، ورغم أن الإدارة تقف دائما طرفا في الدعوى الإدارية، فإن ذلك لم يمنع القضاء الإداري الفرنسي من الاستعانة

(1) المرجع نفسه، ص 69.

(2) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 376-377.

(3) نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 518.

(4) لحسين بن الشيخ آث ملويا: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 38.

بوسيلة التحقيق الإداري والتي تحصل في تكليف الجهة الإدارية بإجراء تحقيق بمعرفتها يودع تقرير بنتيجته يمكن لذوي الشأن الاطلاع والتعقيب عليه.

وترتبط هذه الممارسة العملية لهذه الوسيلة بنشأة القضاء الإداري في أحضان الإدارة العامة واتصاله الوثيق بها، وإن كانت محل نقد شديد من جانب الفقه، خصوصا وأنها لا تتسم أصلا بالصفة الحضورية، ولهذا السبب فإن القضاء الإداري الفرنسي لم يلجأ لهذه الوسيلة إلا استثناء، مما أدى إلى تلاشيها تدريجيا في العمل. والتحقيقات الإدارية قد تكون بشأن دعاوى القضاء الكامل، كما قد تكون بشأن دعاوى الإلغاء، ولو تعلق بالانحراف في استعمال السلطة.⁽¹⁾

فقد يستحيل أو يتعذر في بعض الحالات إيداع المستندات أو أوراق معينة في ملف الدعوى، فينتقل القاضي الإداري بنفسه إلى المكان الموجودة به المستندات والأوراق للاطلاع عليها وعلى ما يهمله من بيانات بشأن الدعوى المعروضة أمامه⁽²⁾، وإثبات مضمونها وبياناتها وكل ما يجده مفيدا للفصل فيها وإعداد تقرير بذلك يرفق بملف الدعوى⁽³⁾.

ولا يتم اللجوء أو الاستعانة بهذه الوسيلة إلا في حالات نادرة، يتم فيها التحقيق أما من توقيع قرار أو مرسوم أو التحقق من صحة لفظ أو تعبير في القانون، أو بشأن تأكيد واقعة أو نفيها، أو لأن هذه الوسيلة قد تختلط مع وسائل أخرى كالمعاينة، ولأنها أيضا تشكل مخالفة بمبدأ الوجاهية في الإجراءات⁽⁴⁾.

ثانيا: الوسائل التحقيقية التي يعهد بها القاضي إلى تقني متخصص

ويتعلق الأمر أساسا، بالخبرة، إلا أنه يمكن أيضا إدراج وسيلة التحقق من الكتابات (مضاهاة الخطوط)، وكذا، التحقق الإداري.

(1) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 332.

(2) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 328 / عبد المنعم عيد العزيز خليفة: الإثبات في الدعاوى الإدارية، المرجع السابق ص 289-290

(3) المرجع نفسه، ص 293

(4) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 331

1- الخبرة

تعد الخبرة النموذج الأمثل لإجراءات التحقيق التي يأمر بها القاضي الإداري. وتتمثل المهمة التي يكلف بها خبير تنتدبه جهة قضائية ما، تتحصر في جمع المعلومات الفنية طبية كانت أو هندسية أو حسابية وهي تنصب على مسائل واقعية، التي تساعد القاضي على حسم النزاع وتصور له القضية بصفة أعم وأشمل. ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحول هذه المهمة إلى منح الخبير صلاحية القاضي لإبداء رأي قانوني ولا يجوز أن يتطرق إلى ذلك لما في ذلك من خلط بين الوقائع ومسائل القانون التي تدخل في اختصاص المحكمة وحدها.⁽¹⁾ كسماع الشهود وإجراء تحقيق، فبذلك يكون القاضي قد خرق القانون بتحويل سلطته التقديرية للخبير.

لهذا السبب تردد القضاء والفقهاء في قبول الخبرة في دعوى تجاوز السلطة، والتي تعد ميدانا للتكهن بالمشروعية، فدعوى تجاوز السلطة ذات طابع قانوني بحت، غير أن مجلس الدولة قبل أخيرا اللجوء إلى الخبرة في ذلك الميدان إذا ما كانت مشروعية القرار المطعون فيه تتوقف على عناصر واقعية. كما أن الخبرة تشكل حسب الفقهاء إجراء فرعيا، فهي بحق خصومة "ملحقة"، أي أنها تشكل هدفا في ذاتها لكنها وضعت لخدمة التحقيق في الخصومة الرئيسية، ويأمر بها بواسطة حكم قبل الفصل في الموضوع الحق المتعلق بهذه الخصومة الرئيسية، غير أنه يمكن طلبها خارج أية خصومة رئيسية كما هو الحال بالنسبة لمادة الاستعجال⁽²⁾.

تعتبر الخبرة إجراء من إجراءات الإثبات وأمر الاستعانة بها متروك تقديره لمحكمة الموضوع،⁽³⁾ فهي وسيلة اختيارية وللقاضي سلطة تقديرية في اللجوء إليها، الأمر الذي يعطيه الحق في رفض طلب أحد أطراف الدعوى بإحالتها على الخبير إذا رأى أن ذلك غير ضروري⁽⁴⁾، كما يمكن للقاضي الإداري أن يقبل أن يقدم أمامه تقرير خبرة أمر بها قاض

(1) عبد العزيز خليفة: الإثبات في الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص 59.

(2) لحسين بن الشيخ آث ملويا: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 217.

(3) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 478

(4) DEBBASCH (Charles): *op.cit*, p.486.

آخر ولو كان قاضيا عاديا⁽¹⁾. كما أن القاضي غير ملزم بإتباع الرأي الذي انتهى إليه الخبير، سواء برفضه كلية أو الأخذ بجزء منه⁽²⁾، أيضا يخضع تفضيل خبرة على أخرى للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع⁽³⁾. كما يمكن لقاضي الاستئناف أن يقرر اللجوء إلى الخبرة ولو كان قد سبق إجراؤها عند نظر ذات النزاع أمام المحكمة الإدارية باعتبارها قاضي أول درجة⁽⁴⁾.

وأهم ضابط يجب على الخبير مراعاته عند إجراء الخبرة احترام مبدأ الوجاهية، وذلك بإخطار الخصوم بالأيام والساعات التي يقوم فيها بإجراء أعمال الخبرة، فمن المستر عليه قضاء إذا تسبب عدم الإخطار المذكور، في منع الأطراف من تقديم ملاحظاتهم وطلباتهم، فإن ذلك يؤدي حتما إلى بطلان إجراءات الخبرة⁽⁵⁾.

ولا يمكن تعيين كخبير، الموظفين الذين أعطوا رأيهم في القضية المتنازع فيها أو الذين شاركوا في الأعمال محل النزاع⁽⁶⁾، ويكثر اللجوء إلى وسيلة الخبرة في دعاوى القضاء الكامل، لاسيما في المسائل الطبية والأشغال العمومية لاستجلاء حقيقة وطبيعة الوقائع، وفي منازعات الضرائب، والعقود الإدارية وكذا في المسائل التأديبية، وإن كان الالتجاء إلى الخبرة في دعاوى الإلغاء بدرجة أقل من دعاوى القضاء الكامل⁽⁷⁾.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نظم وسيلة الخبرة في المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 التي تنص على أن: "هدف الخبرة هو توضيح واقعة مادية

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 217.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الإثبات في الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص 61.

مجلس الدولة، قرار رقم 04551، مؤرخ في 2009/07/29، قضية أطراف القضية غير مذكورة، القضاء العقاري، ح.ب.ع، ص 447: "جاء في إحدى الحثيات أن اقتراح مبلغ التعويض من قبل الخبير مبالغ فيه"

(3) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 33801، مؤرخ في 1985/01/09، قضية (د.د) ضد (س.ه) المجلة القضائية، عدد 4، لسنة 1989، ص 22

(4) أحمد كمال الدين موسى: المرجع السابق، ص 342.

(5) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 92010 مؤرخ في 1993/01/03، قضية وزارة الدفاع الوطني ضد (أ.م)، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 3، ص 184.

(6) DEBBASCH(Charles): **op.cit**, p.486: « Ne peuvent être désignés comme expert, les fonctionnaires qui ont exprimé une opinion dans l'affaire litigieuse ou qui ont pris part aux travaux objet du litige »

(7) عابدة الشامي: المرجع السابق، ص 176.

تقنية أو علمية محضة للقاضي". ويتوافق هذا التعريف مع قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1985/11/20⁽¹⁾ والذي يعبر فيه على أنه: " من المقرر قانونا أن دور الخبير ينحصر في المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على الفهم الشامل لعناصر القضية فلا يجوز أن ينتدب للقيام بعمل من صميم مهام القاضي مثل إجراء تحقيق وسماع الشهود، فمهمة الخبير تقتصر على إبداء رأيه في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي استقصاؤها بنفسه دون المسائل القانونية"⁽²⁾.

ويعين القاضي الخبير تلقائيا أو بطلب من الخصوم من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة (المادة 126 من ق.إ.م.إ.)، والخبير غير المقيد في قائمة الخبراء يؤدي اليمين أمام القاضي (1/131)، يعدون تقريرا واحدا، وإذا اختلفت آراؤهم وجب على كل واحد تسبيب رأيه (المادة 127)، ولمراقبة جدية الأسباب المؤدية للجوء للخبرة اشترطت المادة 128 مجموعة من البيانات الواجب توافرها في حكم إجراء الخبرة، وأثناء الخبرة يمكن اللجوء إلى ترجمة مكتوبة أو شفوية (المادة 134)، مع أن الخبرة لا تقيد القاضي ولكن عليه تسبيب استبعاد نتائجها (المادة 144).

وعليه فإن للقاضي سلطة تقديرية في الأخذ بنتائج الخبرة أو طرحها، لأن الحكم ينسب إليه وليس للخبير، وبالتالي تقوم مسؤوليته في حالة تشويهه أو تحريف الحقائق، وقد نص على ذلك المشرع الجزائري في نص المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية، له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق أو بحضور الخبير أمامه، ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية". كما أن القضاء بتفضيل خبرة عن أخرى يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع التي حولها لهم القانون.⁽³⁾

(1) المحكمة العليا (الغرفة المدنية)، ملف رقم 34653، مؤرخ في 1985/11/20، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 04، ص 71.

(2) عبد الرحمان بريارة: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط02، الجزائر، منشورات بغدادي، 2009، ص 131.

(3) المحكمة العليا (الغرفة المدنية)، ملف رقم 33801، قرار بتاريخ 1985/01/09، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 04، ص 22.

1- التحقق من الكتابات (مضاهاة الخطوط)

بموجب " مبدأ الفصل بين السلطات " ووفقا للصيغة القضائية والتي لها علاقة بالقضاء المفوض justice-déléguée، فإن للقاضي الإداري الحق، من حيث المبدأ، أن يقوم بالتحقق من الكتابات،⁽¹⁾ فيما يتعلق بالقرار الإداري المطعون فيه،⁽²⁾ أو بالأوراق المودعة أثناء المناقشات،⁽³⁾ أو حكم قضائي أتخذ،⁽⁴⁾ أما عندما لا يعتبر القاضي نفسه في وضع يسمح له بتقدير صحة وثيقة أو توقيع، يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة، فيعهد إلى طرف ثالث بمهمة التحقق من صحة هذه الوثيقة، في إجراء قد يتسبب، علاوة على ذلك، في وقوع عارض في التحقيق بخصوص تسجيل التزوير.⁽⁵⁾

ووفقاً للاجتهادات القضائية المستقرة، لا يوجد أي إجراء لتسجيل التزوير أمام القاضي الإداري. ولذلك، فإن الأمر متروك للمحكمة العليا للبت في الأمر.⁽⁶⁾

وقد نظم المشرع الجزائري وسيلة التحقق من الكتابات والتوقيعات في المادة 164 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁷⁾ والتي تخص مضاهاة الخطوط، حيث تنص على أن: "تهدف دعوى مضاهاة الخطوط إلى إثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي..."

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يراعي خصوصية وطبيعة المنازعات الإدارية، باعتبار أن القرارات الادارية ليست عرفية بل تعتبر وثائق رسمية، وذلك بالإحالة المنصوص عليها في المادة 862، إلى تطبيق نص المادة 03/164، والتي تنص على إمكانية رفع دعوى مضاهاة الخطوط ضد المحرر العرفي، ونفس الأمر للمادة 858 والتي تخص بالتزوير العرفي.

(1) GOHIN (Olivier) et POULET (Florian): **Op.cit**, p.358

(2) CE, Sect, 5 mai 1950 Paloque

(3) CE, Ass, 4 mars 1955, athias.

(4) CE, 5 juin 1985, Gubry: Dr adm, 1985

(5) GOHIN (Olivier) et POULET (Florian): **op.cit**, p.354.

(6) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, **op.cit**, p.669

(7) المادة 164 من ق.إ.م.إ. مرجع مشار إليه سابقا.

المبحث الثاني: قاعدة الرقابة.

القاعدة الثانية التي تحكم أعمال القاضي الإداري لسلطته التقديرية عند نظره في مسائل تجاوز السلطة، هي أنها تخضع كمبدأ عام إلى رقابة مجلس الدولة، والمعني بالرقابة هنا هو مجلس الدولة كقاضي نقض وليس كقاضي استئناف (محكمة الموضوع)، وعليه يقتضي الأمر هنا البحث عن الأساس الذي يعتمده مجلس الدولة كقاضي نقض، في الرقابة على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع (المطلب الأول)، وكذا نطاقها وحدودها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أساس أعمال الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الإداري

تعتبر فكرة الرقابة⁽¹⁾ القضائية على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ذات أهمية خاصة كأداة لها فاعليتها في الرقابة على هذه السلطة، والتي قد تكون سلاحاً خطيراً يهدد الحريات الفردية، فضلاً عن كونها أداة تسمح للقاضي بالإفلات من مبدأ المشروعية الذي يعتبر سمة من سمات دولة القانون. فمهما اتصف القاضي بالأمانة والنزاهة فإنه لا يعدو أن يكون إنساناً له سمات البشر، فقد يقع في الخطأ سواء بحسن نية أو بسوء نية، وعليه فمن الضروري إيجاد ضمانات لمواجهة هذه الأخطاء ومعالجتها، وخير ضمان هو خضوع أعمال القضاة لنظام رقابي يكون ذا فعالية.

والمحكمة التي تمارس الرقابة هي محكمة النقض أو محكمة القانون، وليس محكمة الاستئناف حيث تعتبر هي أيضاً محكمة موضوع، فهي غير ملزمة بإتباع رأي المحكمة الابتدائية فيما خلصت إليه من أمور متعلقة بهذه السلطة، بل تملك أن تعدل عما فصلت فيه المحكمة الابتدائية وتفصل في الدعوى من جديد على نحو مخالف⁽²⁾، مما لا يثير معه أي نزاع في حقها بأن تحل محل القاضي في عمله، وأن تعمل سلطتها التقديرية دون أي قيد عليها في ذلك.⁽³⁾

(1) "يقصد بالرقابة متابعة أمر معين للوقوف على صحته من عدمه" محمد علي الكيك: المرجع السابق، ص 186.

(2) محمد علي الكيك: المرجع السابق، ص 189.

(3) وكما تمت الإشارة إليه أعلاه، يعتبر قاضي الاستئناف قاضي موضوع أعلى، وله أن يتصدى للنزاع واقعا وقانونا، وأن يتقيد بالقيود العامة من عدم تجاوزه لنطاق الاستئناف وصفة الخصم المستأنف ومصلحته.

وعليه ؛ فإذا كان من الثابت أن محكمة النقض تراقب في إطار وظيفتها الأساسية، مسألة صحة تطبيق القانون في الحكم القضائي، فمبدئياً لا يمكن لها إلا رقابة مخالفة الأشكال أو مخالفة القانون، إلا أن ذلك بدا وبسرعة أنه غير كافي وأصبحت تمارس رقابتها على الأساس القانوني للحكم بإدراج رقابة الأسباب التي بنى عليها القاضي حكمه، سواء الواقعية أو القانونية.⁽¹⁾

وقد سلك مجلس الدولة الفرنسي، الذي يحكم بصفته قاضي نقض، نفس الاستدلال الذي تقوم به محكمة النقض، فقد استأنس في قضائه -كمحكمة نقض إدارية- بالكثير من الأصول الفنية للنقض التي سبق أن قررتها محكمة النقض في رقابتها للمحاكم القضائية⁽²⁾ ولكن التطورات كانت بالضرورة أبطأ، حيث أنه ولكي تكون بنفس الشروط، كان من الضروري القبول أولاً بالوسائل المستمدة من مخالفة القانون.⁽³⁾

وإذا كان ذلك ثابتاً وصحيحاً بالنسبة لإعمال القاضي لسلطته القضائية، فهل يعتبر ذلك صحيحاً بالنسبة لإعمال القاضي لسلطته التقديرية؟ من المؤكد أن المحكمة التي تختص بنظر الطعن في الحكم يتعين عليها النظر في الحكم وفحصه للوقوف على صحته من عدمها، وهو ما يشمل جميع أجزاء الحكم وجوانبه، بما في ذلك الأدوات التي يعملها القاضي للوصول إلى النتيجة التي انتهى إليها في الحكم، ومن ذلك إعمال سلطته التقديرية.⁽⁴⁾

وكما خلصنا إليه سابقاً، فإن السلطة التقديرية ليست سلطة مطلقة، فالقاضي يتعين عليه تبرير تقديره، ومن المؤكد أن تكون لدى القاضي أسباب، أي أسباب التصرف واتخاذ الحكم على هذا النحو، وإلا سيكون هناك تعسف، وبالتالي يتضح أن السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي يتعين إخضاعها لرقابة محكمة القانون.

⁽¹⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2 ,p. 613

⁽²⁾ مصطفى أبو زيد فهمي: *طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة* (دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا)، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية- كلية الحقوق، مجلد سنة 6، العدد 3.4، دار المنظومة، <http://search.mandumah.com/Record/211420>، تاريخ الولوج إلى الموقع: 2020/11/17، على 20 سا40.

⁽³⁾ AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2 , p. 614.

⁽⁴⁾ وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: *المرجع السابق*، الجزء 1، ص548

في الواقع ؛ أن ما جرى عليه العرف القضائي في الأحكام من أن مسائل الواقع أو السلطة التقديرية لا رقابة عليها، فإنه لا يراد به نفي أي رقابة، وإنما المراد منه انتفاء رقابة المضمون أو الجوهر.⁽¹⁾ كما تتأسس الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي على كونها ممارسة تتيح للقاضي اختيار أحد الحلول الصحيحة قانوناً ؛ وبالتالي له حرية الاختيار، ولا يمكن وصف اختياره لأحدهما بأنه خطأ من الناحية القانونية.⁽²⁾

وقاضي الموضوع ليس له حرية تقدير الوقائع كما يشاء، فمهمة التقدير إنما تدخل في رقابة المشروعية التي يجب على قاضي النقض القيام بها، ونطاق "رقابة المشروعية" هي ليست سوى وزن كل الظروف والوقائع التي تثبت مادياً، ومعرفة ما إذا كانت تلك الظروف والوقائع التي انتهى إليها الحكم، أي أن تقدير الوقائع والظروف إنما يخص كل قضية على حدا.⁽³⁾ والقصد من ذلك، ألا تلج محكمة القانون في مضمون الواقع الذي أثبتته الحكم أو نفاه، لأن مشاركتها لقضاة الموضوع في تنفيذ الأدلة من بيانات وقرائن لمعرفة مدى صحة فهم الوقائع والأدلة، يؤدي بها إلى إمكانية تقديم أدلة جديدة لها لأول مرة أو إحالة الدعوى إلى التحقيق.⁽⁴⁾

والطعن بالنقض أمام مجلس الدولة الفرنسي، هو طعن مقبول ضد أي حكم نهائي تصدره محكمته إدارية، ويكون حتى بدون نص، غير أن نطاقه قد تطور إلى حد كبير نتيجة للدور الجديد الذي يقوم به مجلس الدولة حالياً،⁽⁵⁾ وأصبح الطعن بالنقض يكتسي أهمية بالغة منذ قرار Moineau سنة 1945 المشار إليه سابقاً، وخاصة بعد إدخال إصلاحات على القضاء الإداري الفرنسي بموجب مرسوم 30 سبتمبر 1953 ولاسيما بعد صدور قانون 31 ديسمبر 1987، حيث ومنذ ذلك الحين فإن مجلس الدولة الفرنسي أصبح يمارس وظيفته كقاضي نقض.⁽⁶⁾

(1) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 548.

(2) المرجع نفسه، ص 548.

(3) مصطفى أبو زيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 114.

(4) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 548.

(5) FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p.529

(6) M. LONG et Autres: *op.cit*, p. 325.

والتطورات التي عرفها مجلس الدولة الفرنسي كقاضي نقض، جعلته يتميز عن محكمة النقض، حيث اعتبر غير مشروعة الأحكام القضائية المؤسسة على وقائع غير صحيحة ماديا،⁽¹⁾ فالمهمة صعبة بشكل خاص بالنسبة للقاضي الإداري كقاضي نقض، والذي يعرف، من واقع التجربة، الأهمية التي ينبغي أن يوليها للوقائع، والذي لا يتعين عليه التعرض لها بصفة عامة، مثل محكمة النقض، حيث تكون القضايا بالنسبة لها قد تم فحص وقائعها وقياسها وتقديرها على النحو الواجب".⁽²⁾

فإذا كان القانون يحظر على محكمة النقض التصدي لبحث الوقائع، فمجلس الدولة لا تقيد به أية نصوص تشريعية في هذا الخصوص، والسبب في ذلك أن محكمة النقض تستطيع أن تعتمد على سبق دراسة محكمة الموضوع للوقائع وفحصها فحصا كافيا.⁽³⁾

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعترف لمجلس الدولة بممارسة وظيفته الأساسية كقاضي نقض، باعتباره محكمة الدرجة العليا في الهرم القضائي الإداري، جاء ذلك بموجب نص المادة 11 من القانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه، والتي تم تعديلها بموجب القانون العضوي 11-13⁽⁴⁾، حيث جعل مجلس الدولة يختص بالنظر في الطعون بالنقض في الأحكام الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية. ويختص أيضا بالنظر في الطعون المخولة له بموجب نصوص خاصة.

كما يعهد إلى مجلس الدولة الاختصاص بالاستئناف، لغياب محاكم الاستئناف في المادة الإدارية، وبالتالي تطرح إشكالية الطعن بالنقض في القرارات النهائية الصادرة عنه كهيئة استئناف، حيث أقر مبدأ عدم قابلية قراراته النهائية للطعن بالنقض⁽⁵⁾، وبهذا حرم المتقاضى من حقه في ممارسة الطعن بالنقض والمعترف له بموجب المادة 11 المشار إليها

(1) AUBY (J-M) et DRAGO (R): *op.cit*, Tome 2, p. 615

(2) GAUDEMMENT (Yves): *Les méthodes du juge administratif*, *op.cit*, p. 59.

(3) مصطفى أبو زيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 109.

(4) القانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 26 يوليو 2011، المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 مايو 1998، *المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه*، (ج. ر. ج. ج. عدد 43 صادر في 03 أوت 2011)

(5) مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 007304، مؤرخ في 2002/09/23، قضية (ش-م) ضد (مديرية التربية لولاية باتنة)، مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 2، 2002، ص 155: " لا يمكن لمجلس الدولة الفصل بطريق الطعن بالنقض في قرار صادر عنه عملا بأحكام القانون العضوي 01/98 وكذا انطلاقا من أحكام قانون الإجراءات المدنية "

أعلاه، ويؤسس ذلك مجلس الدولة في القرار المذكور، أنه سبق له النظر في القضية والقرار صدر عنه.

وعليه؛ فإن مجلس الدولة الجزائري قد أجهض طريقا من طرق الطعن مكرس قانونا، ولم يهتم لاختلاف طرق الطعن وتقنياته، فالطعن بالاستئناف ليس كالطعن بالنقض⁽¹⁾، فهذا الأخير فرض القانون أن يثار بأحد أو أكثر من الأوجه التي حددها المشرع الجزائري على سبيل الحصر، بمقتضى نص المادة 358 من ق.إ.م.إ، خلافا للطعن بالاستئناف الذي يتم فيه التركيز على الوقائع وغير محدد بحالات. ومن جهة أخرى نجد المادة 360 من ذات القانون أجازت للمحكمة العليا أن تثير وجها للنقض من تلقاء نفسها أو عدة أوجه، ولم تشر إليها المادة 959 ل يتم تطبيقها على مستوى مجلس الدولة.⁽²⁾

وللبحث في مدى صحة الرقابة على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، فمن الضروري التعرض للخلاف الفقهي الذي ثار بشأنها (الفرع الأول)، وكذا أسس أعمال هذه الرقابة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول مدى وجود رقابة على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع

اختلفت آراء الفقهاء حول مدى وجود رقابة على السلطة التقديرية للقاضي، كما تمت الإشارة إليه سابقا، وقد جاءت هذه الآراء وفقا للآتي:⁽³⁾

أولا: عدم الاعتراف بوجود رقابة على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

الأصل أن محكمة النقض أو محكمة القانون، تختص برقابة مدى مطابقة الحكم المطعون فيه للقانون دون الولوج في مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع،⁽⁴⁾ أي

(1) عمار بوضياف: المعيار العضوي وإشكالاته القانونية، (في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 10، 2012، ص ص 31-51، ص 39.

(2) رشيد خلوفي: قانون المنازعات الإدارية، الدعاوى وطرق الطعن، الجزائر، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزء 01، ص 243. / عمار بوضياف: القضاء الإداري، الجزائر، المحمدية الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، 2008، ص 166.

(3) أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، 420-425/ نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي

التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ص 503-507/ حامد فهمي: النقض في المواد المدنية والتجارية، ص 241-244

(4) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 401.

دون الفصل في المنازعات التي صدرت بمناسبة هذه الأحكام، وبمعنى آخر تفصل محكمة النقض في الحكم وليس في الخصومة.

وتأخذ محكمة النقض موقفا وسطا بين المشرع والمحاكم الدنيا، فهي تقرر مبادئ قانونية مرنة وفقا لمتطلبات العمل، ولا تضع نصوصا تشريعية تطبقها المحاكم، أو تعيد فحص وقائع الدعوى مثلما تقوم به محكمة الاستئناف، فهذا يخالف الغرض الذي أنشئت من أجله، وهو ضمان وحدة القانون والقضاء في الدولة.⁽¹⁾

والشيء ذاته بالنسبة للقضاء الإداري، وحتى لا يكون الطعن بالنقض باعتباره طريق من طرق الطعن غير العادية مطابقاً لدعوى تجاوز السلطة⁽²⁾؛ ينبغي ألا يؤدي إلى النظر في النزاع للمرة الثالثة، فيكون بالتالي مجلس الدولة، وهو كقاضٍ نقض، درجة ثالثة من القضاء. ومجلس الدولة كقاضٍ نقض هو قاضي حكم وليس قاضي نزاع، له دور محدود، ولم يغير إصلاح القضاء الإداري الفرنسي عام 1987 ذلك⁽³⁾؛ ولهذا، ينبغي أن يكفل توافق أحكام قضاة الموضوع مع القاعدة القانونية من أجل ضمان توحيد تعريف الفئات القانونية، وبشكل أعم، تفسير وتطبيق النصوص القانونية من جانب جميع المحاكم الإدارية.⁽⁴⁾

وعليه؛ فبالنسبة لهذا الاتجاه، فإن الحكم الذي يتخذه القاضي بناء على الترجيح بين خيارين أو أكثر صالحين قانوناً، لا يتأتى معه الخطأ في تطبيق القانون، وهذه الحرية الممنوحة للقاضي بالأخذ بهذا الخيار أو عدمه أو اختيار خيار معين في حدود ما أجاز له التصرف به، كان عمله قانونياً صحيحاً لا وجه لأن يكون محلاً للرقابة، والقول بغير ذلك يعني إعطاء محكمة النقض حق التدخل في قناعات القاضي؛ بما يحولها من محكمة قانون إلى محكمة موضوع، وبما يجعل السلطة التقديرية عديمة الجدوى.⁽⁵⁾

(1) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 401.

(2) لأن قاضي تجاوز السلطة يراقب أعمال الإدارة العامة وبالتالي له سلطة التحقيق في الوقائع، على خلاف مجلس الدولة كقاضٍ نقض، ليس له اللجوء إلى إجراءات التحقيق، ولا حتى القبول بإدراج مستندات جديدة في الملف.

(3) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): *op.cit*, p. 532.

(4) *Ibid*, p. 532 .

(5) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 549.

ثانيا: الاعتراف بوجود رقابة على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع

يقوم هذا الاتجاه على أنه هناك قاعدة راسخة مفادها أنه لا رقابة لمحكمة النقض إذا عمل القاضي سلطته التقديرية المعترف بها قانونا في الحدود وبالشروط المقررة لذلك،⁽¹⁾ والخروج عن هذه المقضييات يعد مخالفة قانونية تستلزم تدخل محكمة النقض، لأنها المنوط بها التحقق من التزام القاضي بواجباته القانونية.² ولا سبيل لمعرفة الحالات التي يكون فيها لقاضي الموضوع الأخذ بأحد الخيارات المتاحة عند اتخاذ الحكم إلا باستخلاصها من القانون ذاته من خلال العبارات التي اعتاد المشرع استعمالها منه قوله: "يجوز" أو "للقاضي" أو "عند الاقتضاء" أو "حسب الظروف".⁽³⁾

وبالتالي ؛ يتبين من خلال هذا التحليل، أنه لا يوجد خلاف حقيقي بين ما ذهب إليه كلا الاتجاهين، حيث نلتمس اتفاقهما على أنه ليس لمحكمة النقض رقابة على مضمون السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، إذا تم إعمالها في نطاقها القانوني وبتوافر شروط التصرف بها. فالإتجاه الأول يرى أنه لا يمكن للقاضي ممارسة سلطته التقديرية في مجال لم يأذن به القانون، والأمر ذاته بالنسبة للإتجاه الثاني، فليس لمحكمة النقض التدخل في جوهر السلطة التقديرية، بحيث يكون لها ممارستها مرة أخرى، متى أعملها القاضي في محلها وبشروطها وضوابطها المقررة لها.⁽⁴⁾

إلا أنه لا يمكن التسليم بأن السلطة التقديرية تخص جميع مسائل الواقع، كما يرى بعض الفقهاء، وأن القاضي يملك سلطة تامة أو تقديرية في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وجودا وعدما، إثباتا ونفيا، وفي تقدير هذا الفهم في ذاته أو بالنسبة لظروف الدعوى وملاساتها أو بالنسبة لما انعقدت عليه نية طرفي الخصومة⁽⁵⁾ ؛ على اعتبار أن إثبات واقعة ما أو نفيها لا يعد مجالا لممارسة السلطة التقديرية، فليس أمام القاضي أكثر من حكم لاختيار أحدها، وإنما يتعين عليه استنباط ثبوت الواقعة أو نفيها من خلال ما طرح عليه من

(1) نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 503-504.

(2) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 549.

(3) نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 503-504.

(4) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 549.

(5) المرجع نفسه.

أدلة وما استظهره من دلائل وقرائن، فجوهر السلطة التقديرية الذي يعني عدم وصف اختيار أي من الخيارين المطروحين أمام القاضي بالخطأ، لأن كلا منهما يمثل حلا قانونيا، لا يتأتى في جميع مسائل الواقع.⁽¹⁾

وباستقراء أحكام القضاء نجدها قد استقرت على رقابة السلطة التقديرية للقاضي، وحتى وإن وجدت عبارات تنفي الرقابة الواردة في بعض الأحكام، إلا أنه لا يقصد بها نفي سلطة محكمة النقض في فحص مجال ممارسة السلطة التقديرية والنظر في مدى توافر ضوابطها؛ فجوهر السلطة التقديرية يقتضي نفي وجود رقابة على مضمونها، وتقتصر الرقابة على فحص الحدود الخارجية للسلطة التقديرية والتحقق من مشروعيتها في المجال الذي أعملت فيه وعدم الانحراف بها، ومدى توافر الضوابط الأزمة لممارستها.⁽²⁾

فكما يتأكد - أيضا - من خلال نفي أحكام القضاء الإداري لوجود رقابة على السلطة التقديرية للإدارة رغم وجود رقابة عليها في الحقيقة، فالأمر الثابت هو نفي الرقابة على مضمون السلطة التقديرية.

الفرع الثاني: أسس أعمال الرقابة على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع

مما تقدم يتبين أنه من الثابت وجود نوع من الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الإداري من قبل مجلس الدولة كقاضي نقض، حتى لا تتحول السلطة التقديرية إلى سلطة مطلقة، وبما يضمن عدم خروجها عن الغرض الذي وجدت من أجله؛ باعتبارها وسيلة من وسائل القاضي للوصول إلى تحقيق العدالة.⁽³⁾

وبالتالي يمكن استخلاص الأسس التي تقوم عليها هذه الرقابة على النحو الآتي:

(1) وكما تم بيان أنه لا يدخل في معنى السلطة التقديرية ما يقوم به القاضي من تقديرات عند تفسير القواعد والنصوص القانونية أو تكيفها؛ فالقاضي في هذه الحالات ليس حرا في أن يريد أو لا يريد وفقا لتقديراته هو، وإنما هو يقدر فعلا ما يريده المشرع، ويقوم من أجل هذا بعمليات منطقية أو تقديرات فنية. ينظر: حامد فهمي ومحمد فهمي: المرجع السابق، ص 244

(2) مثال على ذلك أقوال الشهود، حيث لا رقابة على أقوال الشهود بالذات لكن الرقابة على ضوابط سماع أقوالهم ومن ذلك عدم تأدية اليمين أو الحلف قبل أداء الشهادة، الأمر الذي يجعل التحقيق باطلا.

(3) نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 508.

أولاً: التلازم بين الولاية القضائية والسلطة التقديرية

تعتبر الولاية القضائية أساس وجود السلطة التقديرية ؛ فالعمل القضائي يتسم بتعدد وسائله، وبالتالي ترتبط السلطة التقديرية بالعمل القضائي، باعتبارها إحدى وسائل تطبيق القانون، ويقوم العمل القضائي على مبدأ المراجعة من قبل درجة قضائية أخرى.

وبالتالي تتم رقابة محكمة النقض على السلطة التقديرية من خلال الرقابة على السلطة القضائية للقاضي، لأن كل تقدير خاطئ يستتبع بالضرورة خطأ في أعمال السلطة القضائية، فالخطأ في تحديد الواقعة الأساسية المجردة أو في تكييف وقائع الدعوى يعد خطأ في تطبيق القانون أو تأويله، كما أن عدم وضوح وظهور فكرة الرقابة على السلطة التقديرية هو اندماجها في الرقابة على السلطة القضائية، وعدم إفصاح محكمة الطعن عن مضمون رقابتها في الغالب الأعم من الحالات، فلا يلتزم القاضي ببيان أسباب اقتناعه وإنما يكفي بيان مصادر تكوين هذا الاقتناع.⁽¹⁾

وبالإضافة إلى ذلك، فإن إفلات السلطة التقديرية من الرقابة يحولها إلى سلطة مطلقة، فرقابة السلطة التقديرية تستند إلى الوصف الملازم لها، وهو كونها تقديرية مما يوجب التحقق من بقائها ضمن النطاق التقديري، ومن ثم يتعين وقوف رقابة السلطة التقديرية عند حد التثبت من أن الخيار الذي انتهى إليه القاضي جائز قانوناً، وأن تقديره لم يتضمن تجاوزاً لأي ضابط من ضوابطها ؛ بحيث يتصور أنه لو نظرت الدعوى من قاض آخر لأمكن توافقه مع الخيار الذي انتهى إليه القاضي الأول، وهو ما يسري على ضابط الغلو بوجه خاص⁽²⁾، فلا يسوغ تخطئة تقدير القاضي للتعويض المستحق بسبب قيام الإدارة بسجن أحد الأفراد خطأ، ما لم يكن التقدير قد بلغ قدراً فاق المعقول مما لا يتصور معه إمكان تقديره من قبل قاض آخر.

(1) نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 516.

(2) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص مخالفة الحكم للقانون لأنه استند على تحقيق باطل، وذلك لعدم سماع أقوال الطاعن وتمكينه من الدفاع عن نفسه بما هو منسوب إليه:

ثانيا: التوزيع المتوازن والمنطقي للاختصاصات بين المشرع والقاضي

إن جوهر السلطة التقديرية هو إيجاد تعاون بين المشرع والقاضي، بحدود مختلفة في مدى الدور الذي يقوم به كل منهما، وهذا أمر ليس واحدا في كل النظم القانونية التي تأخذ بفكرة السلطة التقديرية للقاضي بل تختلف هذه النظم.⁽¹⁾ فإذا كانت السلطة التقديرية للقاضي تعني في أبسط صورها القدرة على التحرك بين الحلول المختلفة لتحديد الأنسب من بينها؛ فإن أساس هذه السلطة هو التوزيع المنطقي والمتوازن للاختصاص بين المشرع والقاضي؛ كما أن القاضي لا يستطيع ممارسة سلطته التقديرية لتحقيق هدف يخالف المشرع وخوله له والذي تسعى هذه السلطة التقديرية لتحقيقه،⁽²⁾ بحيث يكون للقاضي تقرير الحكم في الحالات التي يتعين فيها مراعاة الظروف والأحوال المختلفة التي لا تستطيع أن تحكمها النصوص، وهو محل ثقة المشرع في فرض الحكم لكل واقعة بما يلاءمها، الأمر الذي يفترض معه إيجاد رقابة على سلطته للتأكد من أعمالها وفقا للغاية منها، ولضمان عدم مخالفة النص الذي أنشأها.

ثالثا: حسن سير القضاء

يرى بعض الفقهاء أن الرقابة على السلطة التقديرية تقوم على اعتبارات حسن سير القضاء *La bonne administration de la justice*، فالقاضي وإن كان ملزما بتطبيق القانون إلا أنه ملزم في نفس الوقت بمراعاة المبادئ الأخلاقية التي يقوم عليها العمل القضائي، وهو ما يوجد مبررا للرقابة، وذلك للتحقق من تحقيق ما تقتضيه تلك المبادئ.⁽³⁾

وآلية حسن سير القضاء هي أداة في يد القاضي،⁽⁴⁾ فهو مبدأ ذو قيمة دستورية،⁽⁵⁾ وفكرة ذات طبيعة لا تختلف عن فكرة حسن سير الإدارة،⁽¹⁾ وقد أكد الفقهاء وخاصة منهم

(1) محمد علي الكيك: المرجع السابق، ص 29-30

(2) المرجع نفسه، ص 32-33.

(3) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 553.

(4) MEYNAUD (Ariane): *La bonne administration de la justice et le juge administratif*, Master de Droit public approfondi, Dirigé par Monsieur le Professeur Guillaume Drago, 2012, Sous la direction de Monsieur le Professeur Bertrand Seiller, Université Panthéon-Assas, p.11.

(5) المادة 166 من التعديل الدستوري لسنة 2016: " يحظر أي تدخل في سير العدالة"، والمادة 178 من التعديل الدستوري الجديد لسنة 2020.

العميد Vedel. G على أن "حسن سير القضاء" لا يعدو أن يكون سوى فكرة وظيفية⁽²⁾ دون أن يرقى إلى مستوى اللفظ المفاهيمي، ويكيف على أنه معيار (Standard)⁽³⁾، وكما يرى الفقيه CORNU أن حسن سير القضاء هو "المغذي" لتنظيم الخصومة الإدارية برمتها.⁽⁴⁾

وسواء كان النقص مدنياً أو إدارياً، فقد أوجد لضمان توحيد تطبيق القانون وتفسيره أكثر منه لمصلحة الأطراف، ولذلك فإن لرقابة النقص، وظيفة قانونية تتمثل في "الحفاظ على وحدة الاجتهاد القضائي"، أي وحدة قراءة النصوص القانونية وتطبيقها، ولكنها أيضاً هي وظيفة تأديبية لها ميزة عدم ترك المحكمة الأعلى أو محكمة القانون غير مسلحة في وجود خطأ، كي تقتصر آثاره فقط على الخصومة قيد النظر.⁽⁵⁾

وإن كان حسن سير القضاء يقتضي أن تبقى محكمة القانون ملتزمة بدورها الرئيسي المتمثل في النظر في الجانب القانوني للأحكام دون الجانب الواقعي، إلا أنه من الضروري الوقوف على ما يلحق المسائل المتصلة بالواقع من أخطاء، لعدم منطوقية التقديرات الواقعية

⁽¹⁾ يطرح مفهوم "حسن سير القضاء" إشكاليات في تحديده وتعريفه، باعتبار أن الفقه والقضاء وكذلك المشرع يستعملون عبارات مختلفة للإشارة إلى هذا المفهوم، فمثلاً "عبارة حسن إدارة القضاء" قد يدفع للخلط مع مفهوم "حسن الإدارة"، وكذلك مع مفهوم "حسن سير مرفق العدالة" المستعمل من قبل مجلس الدولة الفرنسي في بعض القضايا، إلا أن فقهاء القانون أجمعوا على استعمال عبارة "حسن سير القضاء"، كما درج القضاء أيضاً على استعمال هذا المفهوم بما فيه المجلس الدستوري الفرنسي ومحكمة العدل الأوروبية وكذلك الدولية. للاطلاع أكثر ينظر: فيصل بوقرة: **حسن سير العدالة بين القضاء والتشريع** (الجزء الأول)، مقال منشور على الموقع الإلكتروني، <https://bit.ly/2YoWFiQ> تاريخ وساعة الولوج إلى الموقع: 2020/02/23، على 18 سا19.

⁽²⁾ G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein », JCP 1948, I, 682. Cité par MEYNAUD (Ariane): **op.cit**, p. 31

⁽³⁾ Wendy LELLING: **op.cit**, p. 364/ Carine SIGNAT: **op.cit**, p. 34

تعتبر المعايير Les standards كمصطلحات صعبة التعريف بدقة، والتي تشكل المرجع الذي يشار إليه في بعض النصوص إلى السلوك الذي يعتبر صحيحاً من حيث ما هو مقبول عموماً في مجموعة اجتماعية معينة، وعليه يتضح أن غموضها يضيف مرونة على تطبيق هذه النصوص، تاركا للقضاة سلطة تقديرية واسعة إلى حد ما في القضايا المعروضة عليهم.

⁽⁴⁾ CORNU (Gérard): **Vocabulaire juridique**, **op.cit**, p. 119-120: « la bonne administration de la justice est celle qui doit présider à tous les actes d'administration judiciaire stricto sensu et au bon déroulement de l'instance ».

⁽⁵⁾ VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op.cit**, pp. 532-533.

للقاضي، وما إذا كانت الأدلة التي اعتمدها القاضي تؤدي إلى ما انتهى إليه من نتائج.⁽¹⁾

وعليه؛ فبالنسبة للقضاء الإداري فإن أساس الرقابة على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، هو مبدأ المشروعية الذي يقتضي أن تتوافق الأحكام القضائية مع النظام القانوني، ومجلس الدولة كقاضي نقض ملزم بالتحقق من توافر هذا التوافق، فكما هو الحال فيما يخص رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، فإن القاضي الإداري لا يتدخل في مضمون سلطتها تلك ولا يحل محلها في ممارستها⁽²⁾، والأمر ذاته بالنسبة لمجلس الدولة كقاضي نقض لا يتدخل في مضمون سلطته التقديرية ولا يحل محل قاضي الموضوع في ممارستها، وإنما يكتفي بضمان عدم مخالفته للقواعد القانونية.

غير أن اعتراف المشرع للقاضي بالتصرف في حدود السلطة التقديرية الممنوحة له، لا يجعلها بمنأى عن التحقق من عدم الانحراف بهذه السلطة وخروجها عن الحدود القانونية وتجاوز التقدير والملاءمة، وهذا لا يضمن إلا بوجود رقابة تسمح بممارسة تلك السلطة في نطاقها المحدد، وبما لا يخرج عن القواعد القانونية، وهو ما يتفق مع اعتبار أعمال القاضي لسلطته التقديرية واجبا في نهاية الأمر.

المطلب الثاني: نطاق وحدود الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الإداري

لكي يمارس مجلس الدولة كقاضي نقض رقابته على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فإنه على هذا الأخير الالتزام بشرح أسباب تقديره، وبيان تقديره للواقع والقانون على وجه دون آخر، حتى يساعد قاضي النقض على التأكد من سلامة تقديره، والقاضي حر في التقدير شرط إثبات سلامته بما يتيح لقاضي النقض رقابته (أولا)، إلا أنه ترد على هذه الرقابة حدود (ثانيا).

(1) أمين مصطفى محمد: المرجع السابق، ص 38.

(2) محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 552: "القضاء للإداري لا يراقب تقدير الإدارة، إلا أنها تلتزم وهي تقوم به بأن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال لصحة وسلامة هذا التقدير وأن تجريه بروح موضوعية بعيدا عن البواعث الشخصية، وأن تحصى جميع العناصر اللازمة لإجرائه، وللقضاء الإداري أن يراجع لا التقدير في حد ذاته ولكن كيفية إجرائه ومدى استخلاص هذا التقدير استخلاصا سائعا من أصول تنتجها ماديا وقانونيا".

الفرع الأول: نطاق الرقابة على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

يتحدد نطاق رقابة مجلس الدولة كقاضي نقض على السلطة التقديرية للقاضي الإداري عن طريق رقابته على أسباب الحكم، وذلك بالتحقق من مدى توافر الضوابط المقررة لهذه السلطة (أولاً)، وكذا التمييز بين الواقع والقانون (ثانياً)

أولاً: التحقق من مدى تقييد قاضي الموضوع بالضوابط المقررة لسلطته التقديرية.

إن تقدير قاضي الموضوع للوقائع هو عمل معقد، فلا يمكن للقاضي الاكتفاء بمعاينة الوقائع ببساطة، بل يذهب عمله أبعد من ذلك، وعليه يمكن القول أن هناك جزء كبير من عدم التيقن في معالجة الوقائع، ويرجع ذلك جزئياً إلى الحرية التي يتمتع بها قاضي الموضوع، إلا أن هذه الحرية تبقى مقيدة بضمانات وضوابط قانونية⁽¹⁾، حيث يرى أغلب الفقه أن القانون الوضعي يعترف للقاضي بحرية ضمن إطار معين⁽²⁾، وتتجلى الأهمية العملية للاعتراف بهذه الحرية في تحديد نطاق رقابة المحاكم العليا، فهي من حيث المبدأ محكمة قانون ولا يخضع لرقابتها النشاط التقديري للقاضي، إضافة إلى عدم التزام القاضي بتسبب الجانب التقديري من الحكم إلا إذا ألزمه المشرع ذلك.⁽³⁾

والنطاق الأساسي لرقابة مجلس الدولة كقاضي نقض، هو التحقق من مدى توافر هذه الضوابط التي يتعين على القاضي الإداري مراعاتها عند إعماله لسلطته التقديرية وحتى لا يطعن في حكمه وبالتالي إبطاله.⁽⁴⁾

فإذا كان لقاضي الموضوع الحرية في تقدير وقائع الدعوى وفقاً لقناعته، التي تتكون لديه من خلال اطمئنانه لأدلة معينة دون أخرى، من خلال دوره الإيجابي في التحري عن الحقيقة، فإن ذلك يرتبط بمدى التزام القاضي بالضوابط وبعض الحدود القانونية التي تضمن عدم استغلاله لهذه الحرية في الاقتناع وبالتالي يخضع حكمه لرقابة قاضي النقض.

⁽¹⁾ SIGNAT (Carine): **op.cit**, p.48: « la liberté du juge est entravée par des garanties légales »

⁽²⁾ حامد فهمي ومحمد حامد فهمي: المرجع السابق، ص 243

⁽³⁾ أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في المرافعات، 1977، ص 241.

⁽⁴⁾ سبق دراسة الضوابط التي تحكم ممارسة السلطة التقديرية للقاضي الإداري بالتفصيل في الفصل الثاني من الباب الأول.

فالسلطة التقديرية إذن ليست سلطة تحكمية أو تعسفية، بل تمارس في ظل ضوابط محددة لا تسمح بفروض التحكم المسموح به قانوناً.⁽¹⁾ وعليه ؛ فإذا ما تم مراعاة ضوابط ممارستها، فلا وجه لإعمال أي نوع من الرقابة على مضمونها والنتيجة التي انتهت إليها، وليس لمحكمة القانون أن تحل نفسها محل القاضي في ممارسة سلطته التقديرية، وإنما تقتصر رقابتها على التأكد من مدى مراعاته للضوابط ؛ بل لا يسوغ لمحكمة القانون في حالة اختلال ضابط أو أكثر أن تمارس بنفسها تلك السلطة، ما لم تنظر الطعن بصفتها محكمة موضوع وتتصدى له وفقاً للقانون.⁽²⁾

بالنسبة للقضاء الإداري، ومثل دعوى تجاوز السلطة، فإن الطعن بالنقض يمكن تحليله من خلال النظر في الجوانب الخارجية والداخلية للحكم المطعون فيه، وكما هو الحال أيضاً بالنسبة للطعن بالنقض فمن الضروري تحديد نطاقه:⁽³⁾

- أولاً فيما يتعلق بجوانبه الخارجية، فإن عيب عدم الاختصاص لا يمكن أن يثير صعوبات ما لم تتكون المحكمة من عدة أقسام متخصصة. وعلى العكس من ذلك، فإن عيوب الشكل تلعب دوراً هاماً في حالات فتح باب الطعن بالنقض، ولاسيما من حيث انتهاك حقوق الدفاع وعدم كفاية أسباب الحكم المطعون فيه. ويجب أن تكون الإجراءات القضائية وجاهية، وأن يكون أعضاء المحكمة محايدين⁽⁴⁾، وقد تم البحث في هذه المقترضات حيث تعتبر بمثابة ضوابط ممارسة قاضي الموضوع لسلطته التقديرية.

ويمارس مجلس الدولة كقاضي نقض، مثل محكمة النقض، رقابة صارمة على أسباب الأحكام المحالة إليه، وتتصب رقابته على ذات وجود التسبب (الالتزام بالتسبب مفروض على كل جهة قضاء)⁽⁵⁾ وترد الرقابة في المقام الثاني على مضمون الأسباب، وهنا كجانبان يمكن إثارتها في هذا الصدد: الأول هو التزام قاضي الموضوع بالبت في جميع الاستنتاجات وجميع الوسائل المثارة، باستثناء الوسائل غير المنتجة.⁽⁶⁾

(1) أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 37-38

(2) كما تم التوصل إليه أن البعض من الفقهاء يرى غياب رقابة محكمة النقض كلما كان لقاضي الموضوع سلطة تقديرية.

(3) M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 326 / AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 609.

(4) FRIER (P-L) et PETIT (J): **op.cit**, p. 530.

(5) CE, 23 nov. 1979 Landsmann.

(6) M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 326 « CE, Sect, 25 mars 1960, Boileau »

بينما يتعلق الجانب الآخر بنوعية السبب، فيجب أن يكون كافياً لتبرير أساس الحكم إذ يجب تحديد الوقائع التي تم اتخاذها كأساس لتقديره، ووضع قاضي النقض في وضعية تجعله يمارس الرقابة التي تخصه على المشروعية.⁽¹⁾ بمعنى أن قاضي الموضوع ليست له حرية تقدير الوقائع كما يشاء، ومهمة التقدير إنما تدخل في رقابة المشروعية التي يجب على المجلس القيام بها.

وهذا الالتزام - أي الالتزام بالتسبب - في حد ذاته مضاعف، حيث يقتضي ذلك إثبات أن الظروف والوقائع المتمسك بها هي تلك التي تسمح بتطبيق القواعد القانونية المعنية أو رفضها، وهذا هو الحال بصفة خاصة فيما يتعلق بمسألة الجزاءات حينما يكون لقاضي الموضوع الخيار بين عدة حلول (وخاصة عدة جزاءات) حيث يجب أن يبين التسبب العلاقة بين الظروف التي اعتد بها وبين مضمون الحكم، فعلى هذا الوجه يستطيع قاضي النقض أن يراقب على أساس التسبب (عيب الشكل) مالا يستطيع رقابته على أساس مخالفة القانون.⁽²⁾

كما أن وفي إطار نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية⁽³⁾، يجب على قاضي وقف تنفيذ القرار، أن يشير، من ناحية، في حالة التحقيق، إلى الوسائل الخاصة، والتي تخلق شك جدي بالنسبة لمشروعية القرار⁽⁴⁾، ومن ناحية أخرى، فإن "أسباب القانون والواقع، والتي بموجبها أعتبر أن الاستعجال مبرر لوقف تنفيذ القرار المطعون فيه، أو أنه يقدر أنه لا يبرر ذلك"⁽⁵⁾ والالتزام بالتسبب هو قاعدة إجرائية عامة ملزمة لجميع الجهات القضائية، حتى وإن لم يوجد دون نص.

- أما بخصوص رقابة المشروعية الداخلية للقرار المطعون فيه تعتبر أكثر دقة، لأن قاضي النقض يجب ألا يصبح محكمة درجة ثالثة، فهو قاضي الحكم وليس قاضي النزاع، ويميل

⁽¹⁾ CE Ass, 20 févr. 1948, Dubois.

⁽²⁾ M. LONG et Autres: **op.cit.**, p. 331 « si le choix de la sanction relève de l'appréciation des juges du fond au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, il appartient au juge de cassation de vérifier que la sanction retenue n'est pas hors de proportion avec la faute commise et qu'elle a pu dès lors être légalement prise »

⁽³⁾ CE 18 Jan, 2001, Commune de Venelles, and 5 March 2001, Saez

⁽⁴⁾ CE, 14 mars 2001, Ministre de l'intérieur contre Massmba,

⁽⁵⁾ CE Sect. 25 avr. 2001, Association des habitants du littoral du Morbihan,

موقف مجلس الدولة الفرنسي منذ عام 1989 إلى منح محاكم الاستئناف الإدارية حرية التقدير وفقاً لمركزها ودورها، مع ضمان الحفاظ على وحدة القانون.⁽¹⁾

ثانياً: صعوبة التمييز بين الواقع والقانون عند الرقابة على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

إن السؤال الأساسي المطروح لقاضي النقض هو: ما هي نقطة التوازن التي ينبغي تحديدها حتى تؤدي وظيفة النقض على أكمل وجه والمتمثلة في توحيد القانون، وإعطاء قضاة الدرجة الأولى كتلة واضحة من القواعد القابلة للتطبيق؟

لتحقيق ذلك يتعين على مجلس الدولة كقاضي نقض أن يرسم الخط الفاصل بين الرقابة على الوقائع والقانون، فإذا كان الطعن بالنقض في المواد المدنية يميز بين الواقع والقانون، إلا أن ذلك لا يخلو من وجود صعوبات بالغة الأهمية في إطار منازعات تجاوز السلط، فهامش الحرية المتروك لقاضي الموضوع يتوقف على التمييز بين التقدير - التكييف، غير أنه من الصعب جدا تحقيق ذلك في إطار دعوى تجاوز السلطة، وأكثر من ذلك عند النقض.⁽²⁾

فإذا كان الأصل أن قاضي النقض لا يختص إلا بالرقابة على ما يكون قد أخطأ فيه قاضي الموضوع في حكم القانون، فهو مضطر إلى تحديد ما ينبغي اعتباره من المسائل القانونية الخاضعة لرقابته، وما ينبغي اعتباره من المسائل الواقعية الخارجة عن هذه الرقابة، ثم إلى معرفة نوع ما وقع الخطأ في القانون، وفي أي جزء من الحكم قد وقع هذا الخطأ.⁽³⁾ وكما تم شرح ذلك أعلاه، فإن قاضي الموضوع يبدأ بتقدير وقائع الدعوى والتحقق من وجودها، فإذا قدر أنها منتجة للقضية، فإنه ينتقل إلى التكييف القانوني لهذه الوقائع، بمعنى إخضاعها لقاعدة قانونية معينة، ثم ينتهي أخيراً بتطبيق النتائج القانونية المستخلصة من هذه القاعدة على وقائع الدعوى.

(1) M. LONG et Autres: *op.cit*, p. 326.

(2) FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p. 530

(3) عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 239.

فالتكييف القانوني للوقائع هو مرحلة خصبة تباشر فيها محكمة النقض صميم اختصاصها بالرقابة عليه، فالخطأ في تطبيق القانون أو تأويله هما الوجهان اللذان يمثلان اختصاص محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون وليست محكمة وقائع⁽¹⁾، وعدم امتداد رقابة قاضي النقض للمسائل الواقعية في الدعوى، وافترض صحتها واقتصر رقابتها على المسائل القانونية، يستتبع عدم ممارسة أي رقابة على السلطة التقديرية في المسائل الواقعية، لا لكونها سلطة تقديرية، بل لتعلقها بالوقائع الذي لا سبيل لمحكمة القانون عليه.⁽²⁾

وإذا كان من الصعب التمييز بين تقدير الوقائع وتكييفها القانوني،⁽³⁾ كما أقر ذلك مفوض الحكومة Odent الذي اعتبر أن "الحدود بين تقدير الوقائع وتكييفها غير مؤكدة من الناحية النظرية كما هو الحال في الممارسة العملية".⁽⁴⁾ وعليه يسعى الفقه إلى مراعاة التمييز بين عمليات التقدير والتكييف القانوني من خلال الدخول في الفئات القانونية التي تحكم توزيع الاختصاصات بين قاضي النقض وقاضي الموضوع.⁽⁵⁾

ففي الحالات التي يقدر فيها المفوضون الحكوميون بأن الأمر يتعلق بمسألة التكييف القانوني، فإن مجلس الدولة ولكي يتجنب "إعادة رفع" الدعوى أمامه فهو غالبا ما ينظر في التقدير البسيط. ولذلك، فإن مفهومي التقدير والتكييف اللذين يقوم بهما رجل الإدارة أو القاضي يختلفان في مجال دعوى تجاوز السلطة أو محكمة النقض، وفقا للهامش التقديري الذي يبدو أنه من الأفضل أن يترك للإدارة أو لقاضي الموضوع،

وفي جميع الأحوال، وخلافا لمحكمة النقض، يجوز لمجلس الدولة، إذا نقض الحكم، أن يحيل المسألة إلى محكمته استئناف إدارية أخرى، أو أن يبت مباشرة في الموضوع مراعاة للسير الحسن للقضاء، الشيء الذي يقوم به عادة لإنهاء الدعوى نهائيا، وذلك باستخدام خبرته الماضية الطويلة كقاضي استئناف.⁽⁶⁾

(1) أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، المرجع السابق، ص 409-410.

(2) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 2، ص 556-557.

(3) GOHIN (Olivier) et POULET (Florian): **op.cit**, p. 517.

(4) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op.cit**, p. 545: « les limites qui séparent l'appréciation des faits et leur qualification sont aussi incertaines en théorie qu'en pratique avouait ainsi ne pas saisir la distinction, sans pourtant la remettre en cause »

(5) Ibid, p. 546.

(6) FRIER (P-L) et PETIT (J): **op.cit**, pp. 530-531

إلا أنه يثور تساؤل عن موقع تقدير الوقائع بالنسبة للتكييف القانوني لها، فمن الواضح أنه لا يمكن إهمال هذه النقطة مادام أحدها حر والآخر يخضع للرقابة، وللإجابة على هذا السؤال يجب البحث في الاجتهادات القضائية عن ما يمكن أن يكون تقديراً للوقائع: (1)

- أولاً وقبل كل شيء، قد يكون ذلك بعد التكييف القانوني للوقائع. وعلى سبيل المثال، فإن الوقائع المدعى بها ضد شخص متابع أمام محكمة أو لجنة تأديبية من المرجح أن تبرر فرض عقوبة عليه، أما فيما يتعلق بما ينبغي أن تكون عليه هذه العقوبة، يجب أن ننظر في خطورة الخطأ المرتكب وصرامة الجزاءات المحتملة، وهي قضية من اختصاص قضاة الموضوع. (2) ولا تراقب محكمة النقض كيفية تقدير قضاة الموضوع لخطورة الخطأ وكذا شدة العقوبة؛ فمعرفة مدى شدة العقوبة لها علاقة بدرجة خطورة الخطأ المرتكب وبالتالي لن تنتظر فيها محكمة النقض فهي مسألة سيادية تخص محاكم الموضوع.

- قد يكون تقدير الوقائع أيضاً سابقاً على تكييفها القانوني، فما ستكون عليه الوقائع كما تم تقديرها من طرف قضاة الموضوع، هو ما سيتوقف عليه تكييفها القانوني. ومثال على ذلك فيما يتعلق بطرق التشخيص أو العلاج، إذا تم تقديرها على أنها خطيرة على المرضى، أو إذا وجد قضاة الموضوع أن هناك استخداماً ممنهجاً ومتهوراً للعلاجات (3)؛ أو إذا تم تقدير الفحوصات المخبرية على أنها مسيئة (4)؛ ويمكن أيضاً لتقدير الوقائع أن يسمح بتحديد الشخص المسؤول عن الوقائع، فعلى سبيل المثال، ثبت أنه، أثناء الامتحان، تم استبدال أوراق الإجابة؛ ومن الواضح أنه من المرجح أن تبرر هذه الواقعة فرض عقوبة؛ وفيما يتعلق بمن هو الجاني، فإن قضاة الموضوع قد حددوا، للشخص الذي كان، في رأيهم، وحده قادراً على العمل أو السماح بهذا الاستبدال. (5)

(1) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif: op.cit**, p.948-949.

(2) مجلس الدولة، الغرفة الثانية، قرار رقم 068965، مؤرخ في 2011/11/1، قضية السيد (م.ج) ضد (المعهد الوطني للإرشاد الفلاحي)، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012، ص: 98: المبدأ متى كان من المقرر قانوناً أن اللجنة التأديبية ملزمة بمراعاة التناسب بين درجة الخطأ المرتكب ودرجة العقوبة المتخذة بشأنه، فإن قرار لجنة الطعن الوزارية بإلغاء قرار اللجنة التأديبية الذي سلط عقوبة التسريح المصنفة في الدرجة الرابعة على موظف ارتكب خطأ من الدرجة الثالثة يعد غير مطابق للتنظيم المعمول به".

(3) CE, 16 janvier 1957, Aveline ; 11 fev 1970, Maschi ; 6 juin 1986, Duplissy

(4) CE, 2 fev 1957, Jockel

(5) CE Sect, 13 juillet 1956, Manceau

والملاحظ أنه حتى وإن كان الخطأ في التقدير هو مسألة تخص الواقع، ولهذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض بشكل مباشر، إلا أنه لا يحظر رقابته بصورة غير مباشرة من خلال التحقق من مدى كونه معقولا ومنطقيا.⁽¹⁾ إلا أنه لا يمكن ربط السلطة التقديرية بالواقع على إطلاقه، بل أن تقدير الوقائع من جانب قضاة الموضوع يلتقي ويندمج مع الرقابة (كما هو معلوم) على خطأ في القانون، فرقابة التكييف القانوني تدرج رقابة تقدير الوقائع.⁽²⁾

الفرع الثاني: حدود الرقابة على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع

إن الحدود والفروق الدقيقة في الرقابة التي تمارسها محكمة النقض الإداري على حكم قاضي الموضوع، تقدم المبدأ القائل بأن تقدير قضاة الموضوع "غير قابل للمناقشة" أمام هذه المحكمة. وبالتالي فإن رقابتها تنصب فقط على الصحة المادية للوقائع وعلى تكييفها القانوني، ولا تمارسها على "تقدير الوقائع". ولذلك، في حالة اقتراح خطأ في التقدير، فلا يمكن أن يكون الاحتجاج به ذو فائدة، ما لم يفرض قاضي النقض رقابة عليه وما لم يحل على أنه خطأ في القانون أو يؤدي إلى تحريف الوقائع (أولا)، إلا أن الرقابة على تحريف الوقائع تبقى نسبية في إطار تطبيق قواعد الإثبات والتحقيق (ثانيا).

أولا: نظرية تحريف الوقائع كخصوصية الطعن بالنقض في المادة الإدارية

La théorie de la dénaturaion des faits

بناء على ما تقدم يتبين عدم الاعتراف بالرقابة على تقدير الوقائع، إلا أن سلطة تقدير قضاة الموضوع للوقائع لا يمكن أن تكون مطلقة، وبالتالي لها حد يتمثل في: حظر القاضي "تحريف الوقائع" الخاضعة لتقديره، بمعنى لا يمكن النقض - باستثناء التحريف - في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، لأنه من حيث المبدأ، يقدر الصحة المادية للوقائع والتكييف القانوني لها.⁽³⁾

وتعتبر الرقابة على تحريف أو تشويه الوقائع خصوصية الطعن بالنقض في المادة الإدارية⁽⁴⁾، حيث يتم التمييز بين التحريف في القضاء الإداري والتحريف في القضاء

(1) عبد الله الفراء: سلطة القاضي التقديرية، ص 62-63.

(2) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): *op.cit*, p.558.

(3) FRIER (P-L) et PETIT (J): *op.cit*, p. 530.

(4) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): *op.cit*, p.540-541.

المدني، فالأول يخص تقدير الوقائع، بينما الثاني لا يخص إلا تفسيرات العقد المكتوب، ولا يبحث حسب الفقه المدني إلا في الخطأ الظاهر لتفسير العقد.⁽¹⁾

غير أن نطاق الاجتهادات القضائية التي تستبعد رقابة محكمة النقض على تقدير قضاة الموضوع للوقائع يجب أن يقاس جيدا. وهناك ملاحظتان هامتان في هذا الصدد:⁽²⁾

- فكرة تقدير الوقائع غير قابل للتعريف: كما تمت الإشارة إليه مسبقا، فقد أجمع الفقهاء على أنه يصعب تعريف فكرة تقدير الوقائع بدقة،⁽³⁾ فإذا كان هذا التقدير يقع في المنتصف بين عملية معاينة الوقائع وعملية التكييف القانوني لها، فإنه يرتبط بالأولى كما يرتبط بالثانية.

في الواقع، فإن الأمر كما يريده مجلس الدولة أن يكون، اعتمادا على تقديره فيما إذا كان يجب أن يمارس رقابته أم لا،⁽⁴⁾ وهكذا يبدو أن ما يسميه العميد فيدل " فكرة وظيفية " - كما تمت الإشارة إليه سابقا-، والتي قد يغير مجلس الدولة دلالتها حسب تغير الأزمنة، تبعاً للطبيعة " الفنية " للقضايا التي يتعين فحصها⁽⁵⁾ (ولاسيما من قبل المحاكم المتخصصة) وكذلك وفقاً لخصوصيات المحاكم الخاضعة للرقابة.⁽⁶⁾ وبعبارة أخرى، فإن الإجابة على

- ظهرت فكرة الطعن بالنقض على أساس تحريف الوقائع في المادة الإدارية أول مرة في 4 جانفي 1952 بخصوص قضية Simon، حيث تلقى مجلس الدولة الفرنسي طعن ضد قرار عقوبة أصدره المجلس الوطني للأدب الطبية الفرنسي ضد الطبيب Simon الذي قام خلال ندوة عبر الأثير في نيويورك بإدانة استخدام بعض الطرق العلاجية في فرنسا "مستعملا عبارات يهاجم فيها الأطباء الفرنسيين الذين يستخدمونها يتهمهم بالتهور والجشع، وقد قدر مجلس الدولة الفرنسي بناء على استنتاجات مفوض الحكومة M. LETOURNEUR أن المجلس الوطني لأخلاقيات الطب قد قام بتحريف الوقائع والطبيب Simon يقصد من خلال عباراته نقد الطرق العلاجية، وليس الأطباء أنفسهم.

(1) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op.cit**, p.540

(2) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, **op.cit**, p. 952.

(3) DEBBASCH (Charles): **op.cit**, p.589 / CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, **op.cit**, p. 952

(4) AUBY (J-M) et DRAGO (R): **op.cit**, Tome 2, p. 616

(5) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, **op.cit**, p. 952.

(6) المحاكم المتخصصة هي جهات ذات اختصاص قضائي إما بنص القانون أو حسب طبيعة تشكيلتها، بالنسبة للجزائر، فقد استقر مجلس الدولة على اعتبار بعض الهيئات واللجان جهات قضائية إدارية متخصصة، وهذا على أساس تشكيلة الجهة مصدرة القرار كونها تشكل من قضاة وبالتالي الطعن في قراراتها يكون عن طريق النقض بدل الطعن بالإلغاء، تتمثل هاته الجهات القضائية في:

- **مجلس المحاسبة**: في تشكيلته القضائية (المادة 110 من الأمر 95-20 مؤرخ في 17 يوليو 1995، **يتعلق بمجلس المحاسبة** (ج.ر.ج عدد 39 صادر في 22 يوليو 1995) المعدلة بموجب الأمر 10-02 مؤرخ في 26 أوت

السؤال المتعلق فيما إذا كان هناك تقدير حر للوقائع من طرف قضاة الموضوع، تتوقف إلى حد كبير على اعتبارات الملاءمة ولذلك، ليس من الغرابة إذا حدث أن أعتبر تقديرا للوقائع ما يبدو بالأحرى أنه يخص تكييفها القانوني.⁽¹⁾

- **حظر تحريف الوقائع:** في المقام الثاني، إذا ما تم عدم الاعتراف بالرقابة على تقدير الوقائع، فإنه يحظر على القاضي من أن يحرف أو يشوه الوقائع قبل تقديرها، أي أنه إذا كانت الوسائل المستمدة من تقدير خاطئ للوقائع ليست وسيلة للنقض، فإنه يختلف عن الوسائل المستمدة من تحريفها، وعليه يتأسس النقض إذا كان تم تحريف الوقائع.⁽²⁾

2010، (ج.ر.ج. عدد 50 صادر في 1 سبتمبر 2010): " تكون قرارات مجلس المحاسبة الصادرة عن تشكيلة كل الغرف مجتمعة قابلة للطعن بالنقض طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية)

- **المجلس الأعلى للقضاء** (المادة 3 من القانون العضوي رقم 04-12، المؤرخ في 6 سبتمبر 2004، **يتعلق بتشكيلة المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته**، (ج.ر.ج. عدد 57 صادر في 8 سبتمبر 2004). كذلك نجد قرار لمجلس الدولة، رقم **016886** الصادر عن الغرف مجتمعة بتاريخ 07/06/2005، **مجلة مجلس الدولة الجزائري**، العدد 10، السنة 2012، ص 59-61. ويخص مجال رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء الذي بموجبه تحول عن اجتهاده الذي اعتمده سابقا، هذا التحول وضع حدا لقبول "الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة ضد قرارات المجلس الأعلى للقضاء المنعقد في تشكيلته التأديبية" واستبدله بـ: "الطعن بالنقض" كطريق وحيد للطعن ضد هذه القرارات التأديبية، فسبقا كان مجلس الدولة يعتبر هذه القرارات مجرد قرارات ذات طابع إداري قابلة للطعن فيها بالبطلان، ثم تراجع عن ذلك واعتبرها أحكاما نهائية تصدر عن المجلس الأعلى للقضاء، باعتبارها جهة قضائية إدارية متخصصة تصدر أحكاما نهائية تكتسي طابعا قضائيا لا يمكن الطعن فيها إلا عن طريق النقض.

- **اللجان الوطنية للطعن:** أيضا لم يكن مجلس الدولة الجزائري قبل نشر القرار رقم 047841، الغرفة الخامسة، مؤرخ في 21/10/2008، قضية (...). ضد قرار اللجنة الوطنية للطعن، **مجلة مجلس الدولة الجزائري** لسنة 2009، عدد 09، ص 140، يعتبر القرارات التأديبية الصادرة عن هذه الهيئة ذات طابع قضائي، حيث كان الطعن فيها بالإلغاء، ثم تحول عن ذلك وفقا للمبدأ الجديد: "إن اللجنة الوطنية للطعن ليست سلطة مركزية بل جهة قضائية إدارية تصدر قرارات ذات طابع قضائي قابلة للطعن فيها بالنقض وليس بالبطلان"

ونجد اللجان الوطنية الخاصة بـ:

- الموثقين المادة 67 من القانون 06-02، المؤرخ في 20/02/2006، **المتضمن تنظيم مهنة الموثق** (ج.ر.ج. عدد 14 صادر في 08/03/2006)
- المحضر القضائي المادة 23 من القانون 06-03، المؤرخ في 20/02/2006، **المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي** (ج.ر.ج. عدد 14 صادر في 08/03/2006)
- للمحاميين المادة 132 من القانون رقم 13-07، المؤرخ في 29/10/2013، **المتضمن تنظيم مهنة المحاماة** (ج.ر.ج. عدد 55 صادر في 30/10/2013)

(1) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif, op.cit, p. 952**

(2) Ibid, p. 953.

والطعن بالنقض يكون عملياً على هذا الأساس كما في قضية الطبيب Simon، حيث وجد قضاة الموضوع أن هذا الطبيب، قد استخدم، في تخصيص إذاعي تم بثه في الخارج، منتقداً الطرق العلاجية في فرنسا، عبارات مهينة لزملائه الفرنسيين بوصفهم على وجه الخصوص بالتهور والجشع، في حين، قدر مجلس الدولة الفرنسي أنه قد تم تحريف الوقائع المنسوبة إلى الطبيب Simon، وقال انه انتقد فقط بعض أساليب العلاج، وليس الأطباء أنفسهم.⁽¹⁾ وينطبق الشيء نفسه على الحالة التي اعتمد فيها القسم التأديبي للمجلس الوطني للأطباء، من أجل فرض عقوبة على طبيب، على وقائع تعود أساساً إلى زوجته الصيدلانية.⁽²⁾ وبوجه عام، يلعب الطعن على أساس التحريف دوراً هاماً في الاجتهادات القضائية. غير أنه ولكي يحترم قاضي النقض تقدير محاكم الموضوع للوقائع، فيجب على هذه الأخيرة احترام الشكليات القضائية. فيجب عليها تسبب أحكامها، وكذا تسبب تقديراتها السيادية أو الحرة⁽³⁾، وفي حالة ما لم تحترم هذا الالتزام فإن مجلس الدولة كقاضي نقض يتحقق فيما إذا كان هذا التقدير لا يتعارض مباشرة مع العناصر الواردة في الملف، إذا لم يؤسس على وقائع غير صحيحة مادياً... فهذه الثغرة هي التي سيكون على أساسها معاقبة الحكم.⁽⁴⁾

وينبغي عدم الخلط بين اجتهادات مجلس الدولة بشأن الرقابة كقاضي نقض، بالنسبة لتحريف الوقائع وتلك التي تخص محكمة النقض، ففي الواقع، لا يمكن الاحتجاج "بأي تحريف للوقائع" أمام محكمة النقض لأنها "لا تملك الرقابة عليها" والتحريف الوحيد الذي وافقت محكمة النقض الفرنسية منذ عام 1870 على ممارسة رقابتها عليه، هو التحريف الذي قد يؤثر على الأعمال المكتوبة (العقد، الوصايا والوثائق المتنوعة، مثل تقارير الخبراء أو الشهادات الطبية)، ما عاد ذلك لا يُعتبر محرفاً إلا إذا أساء قضاة الموضوع فهم الأحكام والقواعد الواضحة والدقيقة (فهي تبحث فيما إذا كان الواقع مطابق للشرط الوارد في النص،

(1) AUBY (J – M) et DRAGO (R): op.cit, Tome 2, p. 618.

(2) CE 25 nov 1987, Mme Frappier de Mont Benoit-Gervais

(3) المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، قرار رقم 32752، مؤرخ في 1984/10/23، قضية (أ.ج) ضد: (ع.ب)/ (ن.ع) المجلة القضائية، عدد 4، لسنة 1989، ص 320: "متى كان مقرراً أن كل قرار يجب أن يشتمل على أسباب مبررة لمنطوقه، ومطابقة للقانون، ومن المبادئ المستقرة عليها أن تكييف الوقائع يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، إلا أنه يشترط في ذلك أن يتجاوب هذا التكييف مع وقائع الدعوى وعناصرها".

(4) DEBBASCH (Charles): op.cit, p.590

أي أن ما دام هناك مادة قابلة للتفسير فإن ذلك يحول دون أي إمكانية للاستفادة من التحريف على نحو مفيد، باعتبار أن القضاء العادي تحكمه النصوص القانونية فانادرا ما يجد القاضي نفسه أمام نقص في القواعد القانونية⁽¹⁾.

وعليه؛ وعلى عكس محكمة النقض في المواد المدنية، فإن مجلس الدولة كقاضي نقض، يتحقق من الصحة المادية للوقائع المتمسك بها والواردة في الحكم المطعون فيه. وقد أقر مجلس الدولة إمكانية أعمال هذه الرقابة منذ قرار Farman في 05 أوت 1924، إلا أنه لا يلجأ إلى إجراء تحقيق جديد ولا ينظر في وقائع القضية سوى تلك الواردة أو الثابتة في أوراق الملف⁽²⁾. وهو ما يميز قاضي النقض عن قاضي تجاوز السلطة حيث يلجأ هذا الأخير إلى إجراء التحقيق عند الرقابة على الصحة المادية للوقائع التي بنت عليها الإدارة قرارها⁽³⁾.

وقد أعلن مجلس الدولة الفرنسي في قرار Moineau⁽⁴⁾ سنة 1945 كما تمت الإشارة إليه أعلاه، أنه يعود لقاضي النقض التحقق من "الصحة المادية" للوقائع وكذا "تكييفها القانوني"؛ بينما وعلى العكس من ذلك، وهذه هي الأصالة الأساسية للطعن بالنقض، فإن "تقدير" الوقائع يقع ضمن سلطة التقدير السيادي لقضاة الموضوع، وقد أضاف في عام 1952، في قرار Simon⁽⁵⁾ حجراً نهائياً إلى هذا البناء القضائي بقوله إن هذا التقدير يخضع مع ذلك إلى رقابة قاضي النقض إذا بدا أنه "تحريف" للوقائع⁽⁶⁾.

ويعتبر حكم Moineau حجر أساس الطعن بالنقض في المادة الإدارية، وهو طعن وجه ضد قرار رفض إدراج الطبيب Moineau في قائمة نقابة الأطباء الذي اتخذته الغرفة التأديبية النقابة الوطنية للأطباء. هذا الطبيب، وبموجب قانون 7 أكتوبر 1940، الذي جعل ممارسة مهنة الطب تقتصر على أعضاء النقابة، طلب تسجيله على قائمة هذا النقابة، ورفض طلبه على أساس أنه لا يستوفي شروط أخلاقيات المهنة، وأكدت الدائرة التأديبية هذا الرفض على نفس الأساس.

(1) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**: op.cit, p. 954-955.

(2) DEBBASCH (Charles): op.cit, p.588.

(3) Ibid, p.589.

(4) CE, Sect, 2 février 1945, Moineau.

(5) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): op.cit, p. 535 « CE, 4 janvier 1952, arrêt Simon »

(6) CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, op.cit, p. 953

ويُجري مجلس الدولة رقابته على الحكم وفقاً لطريقة نص عليها صراحة في ثلاث عبارات موجزة: " نظراً إلى أنه لا يتضح من الوثائق الواردة في الملف الذي قضت فيه الغرفة التأديبية للمنظمة الوطنية للأطباء بأن قرارها يستند إلى " وقائع غير صحيحة مادياً"، معتبراً، من ناحية أخرى، أن تقدير هذه الغرفة لقيمة بعض الأساليب التي يمارسها Moineau يخرج عن رقابة قاضي النقض، معتبراً أنه، في ضوء هذا " التقدير الحر"، من " طبيعتها" أن تبرز الأفعال المدعى بها ضد مقدم الطلب رفض إدراجه في قائمة منظمة الأطباء "

وعليه ؛ يمكن أن يؤدي فقه النقض في المسائل الإدارية إلى صيغ مختلفة، حيث وافق مجلس الدولة أولاً على التحقق من الصحة المادية للوقائع ضد الدكتور Moineau من وثائق الملف، ومن ناحية أخرى، لم يعترف بسلطة الرقابة على تقدير قضاة الموضوع لهذه الوقائع. غير أنه على أساس هذا التقدير الحر، رأى أنه من الضروري التأكد مما إذا كانت الوقائع التي يقدرها قاضي الموضوع من طبيعتها تبرير الحكم المطعون فيه. وبالتالي، يمارس مجلس الدولة رقابة مزدوجة على الوجود المادي للوقائع وعلى قدرتها القانونية على تبرير هذا الحكم، لكنه يرفض التحقق من التقدير الذي أجراه عليه قاضي الموضوع ".⁽¹⁾

والواقع أن هذه الرقابة التي يفرضها مجلس الدولة لا تشكل تعدياً على حرية قاضي الموضوع في تقديره وقائع النزاع، فهذه الرقابة تقتصر على وقائع غامضة أو غير محددة دون أن تتناول التقدير الشخصي للقاضي المعني، وهو كما تم تناوله تسمى سلطة التقدير السيادي أو التقدير الحر، كما أن قاضي النقض لا يقوم بتحقيق جديد لم يتناوله قاضي الموضوع.

ولا يقبل مجلس الدولة الفرنسي كقاضي نقض إثارة أسباب جديدة لم تكن قد طرحت على قاضي الموضوع إلا ما تعلق منها بالنظام العام الذي كان واجبا على قاضي الموضوع إثارتها من تلقاء نفسه⁽²⁾، ويتعلق هذا القيد بطبيعة الطعن بالنقض التي تقوم أساساً على حالة قانونية سبق إثارتها أمام قاضي الموضوع.

⁽¹⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p. 328

⁽²⁾ مصطفى أبو زيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، ص 85.

ثانياً: نسبية الرقابة على التحريف في إطار تطبيق قواعد الإثبات وقواعد التحقيق

من وجهة نظر الرقابة عند النقض، فإن تحليل فقه مجلس الدولة كقاضي نقض يشهد بأن عبارة "التقدير السيادي لقضاة الموضوع" لا تغطي نفس الواقع الذي يغطيه تعبير "تقدير الموضوع الذي يتعين تكييفه، ولهذا السبب فإن النطق بإجراءات التحقيق أو تدابير الخبرة التي يتعين تحديدها أو تقدير قيمة الأدلة موجود تحت عبارة "التقدير السيادي لقضاة الموضوع".⁽¹⁾

وبناء على ذلك، يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية كاملة فيما يتعلق بإجراءات التحقيق، ومجلس الدولة الفرنسي لا يفرض الرقابة عليها، حيث لا توجد قاعدة عامة تقضي بأن القاضي الإداري ملزم باتخاذ إجراءات معينة كندب خبير، أو إجراء تحقيق أو سماع الشهود، لأن القاضي الإداري يتمتع بالصلاحيات الكاملة لتقدير جدوى الإجراءات الذي يطلبه الخصوم في القضية، ما لم يكن هناك نص خاص يقيدده، لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا كان القاضي يمكن أن يتخذ جميع التدابير والإجراءات التي يراها ضرورية، فله الحرية الكاملة لتقدير مدى ملاءمة هذه الإجراءات فهو غير ملزم بالرد على طلب الخصم بنذب خبير.

وبالنسبة لوقف التنفيذ، يقدر قاضي الموضوع بصفة نهائية ومطلقة وصف آثار تنفيذ القرار بأنها لا يمكن تداركها إلا بصعوبة، وكذلك في الإجراءات الوقتية يدخل تقدير الوقائع مصدر الضرر في الاختصاص المطلق لقاضي الموضوع، ولكن معرفة ما إذا كانت هذه الوقائع تنشئ التزاماً لا يمكن النزاع فيه بصفة جدية فتدخل في التكييف القانوني الذي يراقبه النقض.

وعليه؛ وبما أن البحث في الأدلة والنطق بتدابير التحقيق قد ترك للتقدير الحر لقضاة الموضوع، يمكن منطقياً التوقع من أن قاضي النقض يراقبها باسم التحريف، واستقراء الأحكام في هذه المسألة تترك حالة من عدم التيقن حول الرقابة التي يقوم بها قاضي النقض، وفي الواقع فإنه يجوز لقاضي النقض أن يراقب مجموع الاستدلالات (العمليات

(1) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): *op.cit.*, p. 546-547

المنطقية) القانونية لتكريس قواعد الإثبات.⁽¹⁾ وهذا المنطق هو محور الرقابة التي تمارسها محكمة النقض على الحكم، وبالتالي، فإن أسباب الحكم هي التي تعكس هذا المنطق وتكشفه، فتكون هي المرآة لمنطق المحكمة.⁽²⁾

وعليه ؛ فإن الرقابة التي يتم إعمالها باسم التحريف، على أن الوقائع التي تدعيها النقابة الوطنية لمنظمة الأطباء، ضد الأطباء ليست ثابتة⁽³⁾، ومن ناحية أخرى، ترفض الرقابة على تكريس قاضي الموضوع للقواعد التي تحكم النطق بتدابير التحقيق. وكما سبق أن لاحظنا، فإن مجلس الدولة يعتبر أن شرط اتخاذ إجراء التحقيق يعود إلى حكم قضاة الموضوع، "الذي لا يقبل المناقشة أمام قاضي النقض".⁽⁴⁾

ثالثا: غياب الرقابة على التحريف المتعلق باستخلاص الآثار القانونية.

الأثر القانوني هو الحل القانوني الذي ينبغي تطبيقه على القضية، وتكون هناك سلطة تقديرية حين يخول المشرع للقاضي حرية الاختيار فيما يتعلق بالآثار القانوني، وبالتالي يقتصر موقع السلطة التقديرية على الآثار القانونية كما تم التوصل إليه في هذا البحث. غير أنه يثور هنا تساؤل حول إمكانية جعل التحريف وسيلة لمجلس الدولة كقاضي نقض للرقابة على استخلاص الآثار القانونية للتكييف القانوني؟

لقد لوحظ أنه غالبا ما يتم التخلي عنها للتقدير الحر لقضاة الموضوع، وهذا هو الحال في المسائل التأديبية.⁽⁵⁾ فهل الوقائع مشكلة لـ "خطأ"؟ هو رقابة على التكييف القانوني التي يوافق مجلس الدولة على إعمالها. هل تم اعتماد العقوبة الصحيحة؟ هو استخلاص لآثار

⁽¹⁾ VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op.cit**, p. 561

⁽²⁾ أحمد فتحي سرور: **الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية**، الكتاب الثاني، طرق الطعن في الأحكام الجنائية، ص 416/ قد يبدو جليا هنا مدى التناقض بين القول بأن مسألة ما من المسائل الواقعية تخضعها محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون، وليس من مهامها النظر في وقائع الدعوى، ومع ذلك لا يستطيع أحد أن ينكر تلك الرقابة التي تقوم بها محكمة النقض من حيث مدى منطقية تقديرات القاضي الواقعية، إذ لا يشترط لدى محكمة النقض أن يكون الدليل صريحا دالا بنفسه على الواقعة المراد إثباتها، بل يكفيها أن يكون ثبوت الواقعة عن طريق الاستنتاج من الظروف والقرائن وترتيب النتائج عن المقدمات. بطريق الاستنتاج والاستقراء لكافة المكنات العقلية مادام استخلاصها سليما لا يخرج عن الاقتضاء العقلي والمنطقي. للإطلاع أكثر أنظر أمين مصطفى محمد: **المرجع السابق**، ص 34.

⁽³⁾ CE, 25 nov 1987, Mme Mauclaire et Mme Frappier de Montbenoît Gervais

⁽⁴⁾ CE, Sect, 17 juin 1965, Guertin.

⁽⁵⁾ M. LONG et Autres: **op.cit**, p.330.

التكييف القانوني الذي يرفض مجلس الدولة رقابته والتي يتخلى عنها لصالح قضاة الموضوع دون أن يبدي تحفظاً على التحريف.⁽¹⁾

في أي من هذه الحالات، لم يذكر قاضي النقض بالتالي إمكانية الرقابة على التحريف، غير أن هذا لا يعني أن قاضي النقض يتخلى تماماً عن استخلاص الآثار القانونية للتقدير الحر لقضاة الموضوع: أولاً، لأن الوسيلة المستمدة من تحريف الوقائع ليست من النظام العام، فإن القاضي ملزم بالتقيد بما طلبه منه المدعي؛ بعد ذلك، فإن القاضي يمكن، إذا عن طريق الصدفة، وقال انه لا يعمل الرقابة المذكورة لتغيير رأيه في المستقبل؛ أخيراً لأن هناك آراء فقهية متعارضة.⁽²⁾

وإذا ما تم تحليل استخلاص الآثار القانونية على أنها لا تخضع لرقابة التحريف، يمكن على الأقل اعتبار أن هناك حالات استخلاص الآثار القانونية الخاضعة للرقابة، ويتم التخلي عن البعض الآخر لقضاة الموضوع ما لم تكن محرفة أو مشوهة، بينما يتم التخلي التام عن البعض الآخر لقضاة الموضوع.⁽³⁾

وأساس ذلك أن القانون الفرنسي يعرف عدداً من الحالات التي يحدد فيها الحل القانوني في مبدئه، وليس في وسائله، فعلي سبيل المثال، في قانون المسؤولية المدنية، يتمتع القاضي بسلطة تقديرية لتحديد أهمية الضرر وتحديد وسائل وطرق جبر هذه المسائل في إطار سلطته السيادية، والذي يمنح الأول للقاضي سلطة بسيطة للتقدير السيادي، وتلك التي يتم فيها التخلي عن الأثر القانوني بموجب القانون للسلطة التقديرية للقاضي.⁽⁴⁾

ويبدو من الصعب في الممارسة العملية التمييز بين الحالات التي تظل فيها شروط الحل القانوني (وحده) محددة والحالات التي يكون فيها الحل القانوني (كلياً) متروكاً لسلطة القاضي.

(1) CE, 24 janvier 1968, Persaire / CE, 9 février 2000, Comparois

(2) VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **op.cit**, p. 562

(3) Ibid, p. 562.

(4) SIGNAT (Carine): **op.cit**, p.30.

رابعاً: طابع "الجسامة" للخطأ المعاقب باسم التحريف

هل الرقابة على التكييف القانوني الذي يتم التخلي عنه لصالح قضاة الموضوع باسم التحريف، هي ذاتها عند النقض كتلك التي تخص الرقابة على الخطأ الجسيم في دعوى تجاوز السلطة؟ في الواقع فإن الكثير من المؤلفين يؤكدون ذلك من خلال اعتبار معاقبة قاضي الموضوع باسم التحريف بمثابة معاقبة "الخطأ الفادح" Erreur flagrante وهي رقابة تعتمد على معاقبة " الغلو"⁽¹⁾ وتعتبر الشكل القضائي للخطأ الظاهر في التقدير الذي تخلى عنه لقاضي الموضوع يرقى عند النقض إلى تكييفه على أنه "خطأ جسيم"⁽²⁾

ويمكن القول في دعوى تجاوز السلطة، أن التكييف للخطأ الجسيم، يسمح بالرقابة على أكثر الأخطاء جسامة التي ارتكبتها الإدارة عند تطبيق الفئات القانونية، والتحريف بهذا الشكل، يسمح بالتالي بمعاقبة الأخطاء الأكثر جسامة المرتكبة من قبل قضاة الموضوع عند التكييف في الحالة التي يتم التخلي عنه- أي التكييف-لقضاة الموضوع. ويلاحظ السيد لابيوتول Labetoule أن التحريف هو: "الأداة التي تحمل-مع تغير- نفس الدور الذي يقوم به الخطأ الظاهر في التقدير بالنسبة لقاضي تجاوز السلطة"⁽³⁾.

وعليه يمكن القول أن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع يجب ألا تتضمن غلوا، وهو الضابط المشترك مع السلطة التقديرية للإدارة - أيضا -، ففي هذه الحالة لا يمكن القول بأن محكمة القانون تتدخل لمجرد أن القاضي الإداري لم يقيم بالتقدير المناسب بحسب تقديرها ؛ إذ إن تدخلها متوقف على حالة تجاوز القاضي للحد المعقول في التقدير، والفرق بين الأمرين شاسع، مما يجعل الرقابة في هذه الحالة -أيضا- رقابة على الحد الخارجي للسلطة.⁽⁴⁾

(1) M. LONG et Autres: op.cit, p.330: « Le contrôle de la dénaturation en cassation s'apparente à celui de l'erreur manifeste d'appréciation en excès de pouvoir »

(2) CE, Sect, 17 mai 1988, Mugica Garmendia / CE, Sect, 26 juin 1992, Commune de Béthoncourt

(3) LABETOULLE (D): **La qualification et le juge administratif**: quelques remarques, Droits 1993, n° 18, note p. 43 Cité par VAUTROT-SCHWARZ (Charles): op.cit, p. 490: « La dénaturation est un outil tenant, mutatis, le même rôle que celui de l'erreur manifeste d'appréciation pour le juge de l'excès de pouvoir ».

(4) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المرجع السابق، الجزء 1، ص 555.

فقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر بخصوص سلطة المحاكم التأديبية في تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء عندما قضت بأن: " إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري، وبين نوع الجزاء التأديبي ومقداره، وهو ما لا يتحقق معه الهدف الذي ينشده القانون من التأديب، ومن ثم فإن الغلو وعدم الملاءمة الظاهرة بين خطورة الخطأ الإداري والجزاء التأديبي الذي أوقعته السلطة التأديبية يخرج هذا الجزاء من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية"⁽¹⁾

(1) محمد سليمان الطماوي: نظرية لتعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة، المرجع السابق، ص 280.

خلاصة الفصل الثاني

كخلاصة لهذا الفصل، يتبين أن القاعدة الأولى التي تحكم نظر القاضي الإداري في دعوى تجاوز السلطة، هي قاعدة الحظر، أي أنه يحظر عليه التدخل من تلقاء نفسه لافتتاح الدعوى، وهي العلاقة الأولية بالخصومة بينها الخصوم وليس القاضي، وهذا إعمالاً لمبدأ الحياد كأساس عام لتدخل المحاكم والقضاة لافتتاح الدعوى، وهو من المبادئ الهامة التي تحكم القضاء، ويتم العمل بهذه القاعدة أيضاً في القضاء الإداري حتى وإن كان القاضي الإداري قاضي مشروعية ومهمته تستهدف سيادة مبدأ المشروعية، فقد أقر ذلك صراحة مجلس الدولة الفرنسي بحظر تدخل المحاكم الإدارية لافتتاح الدعوى من تلقاء نفسها، في حين لا نجد ما يشير إلى ذلك بالنسبة للجزائر سواء تشريعاً أو قضاءً، وربما لبديهيّة الأمر، وحيث يتم ربط السلطة التقديرية بحرية التدخل وعدم التدخل، لا ينفي وجود سلطة تقديرية للقضاء في المراحل اللاحقة للدعوى.

والأساس الثاني، وهو أساس خاص لحظر التدخل هو قرينة مشروعية القرارات الإدارية التي تحظر تدخل القاضي الإداري وهذا حتى لا تتم عرقلة النشاط الإداري وإعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات. غير أنه منحت للقاضي الإداري سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية كسلطة استثنائية حماية لحقوق الأفراد خاصة في حالة الاعتداء المادي، في مواجهة الطابع العام لعدم وقف تنفيذ القرار الإداري باعتباره أهم أداة للنشاط الإداري، وربطها بالمشروع بتوافر شرطي الاستعجال والجدية معاً، وإن كان توافرها لا يلزمه بوقف التنفيذ، كما أن الضرر الذي يحتمل أن يكون سبباً لوقف التنفيذ ليس من شأنه تبرير الادعاء، وله سلطة تقديرية واسعة في قبول أو رفض طلب وقف التنفيذ حسب تقديره لكل حالة وظروفها، وتحد سلطته التقديرية في وقف التنفيذ النظام العام.

وتتسع السلطة التقديرية لقضاة الموضوع أكثر، في مجال الإثبات بالنسبة للقاضي الإداري، باعتبار أن حياد القاضي الإداري هو حياد إيجابي تتطلبه طبيعة المنازعة الإدارية، فله كامل السلطة في النطق بتدابير التحقيق، كما أن للقاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة في وقف تنفيذ القرارات الإدارية. فقد يجد القاضي الإداري نفسه ملزماً بالاستعانة بوسيلة من وسائل التحقيق كأن يلجأ مثلاً إلى تعيين خبير فيصبح هذا الأخير طرفاً مؤثراً في قرار

القاضي، فهو يساهم في تقدير الوقائع إلا أنه ليس له الحق في التكييف، وللقاضي سلطة تقديرية في الأخذ بتقدير الخبير أو طرحه ويقوم بتسبب قراره، وهذا مثال من بين الأمثلة التي تبرز حرية القاضي في تكوين قناعته الشخصية في إتباع نتائج التحقيق التي يطمئن إليها، بشرط أن يوضح الأسباب التي اهتدى إليها.

والقاعدة الثانية التي تحكم نظر القاضي عند أعمال سلطته التقديرية، هي عدم خضوعها للرقابة من طرف قاضي النقض كمبدأ عام، إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، فمن غير المنطقي ترك قاضي الموضوع حراً في أعمال سلطته التقديرية، إلا أن رقابة مجلس الدولة الفرنسي كقاضي نقض على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، تبقى متذبذبة بين بقاءه كمحكمة قانون أو الخوض في الوقائع الخاصة بالدعوى، حيث أن إعادة تقدير الوقائع هو إهدار للسلطة التقديرية الممنوحة لقاضي الموضوع، وتقييد القاضي الإداري من قبل محكمة القانون قد يقتل فيه روح الإبداع والقضاء على الدور الإيجابي له في حل المنازعة.

وحتى لا يسمح لقضاة الموضوع بالتعسف في استعمال سلطتهم التقديرية، صقل مجلس الدولة الفرنسي وطور نطاق رقابته بالنقض إلى أقصى درجة من الدقة، وحاول إيجاد نقطة توازن حتى تؤدي وظيفة النقض على أكمل وجه والمتمثلة في توحيد القانون، وإعطاء قضاة الدرجة الأولى كتلة واضحة من القواعد القابلة للتطبيق، ولتحقيق ذلك كان على مجلس الدولة أن يرسم الخط الفاصل بين الرقابة على الوقائع والقانون، غير أن ذلك لا يخلو من وجود صعوبات بالغه الأهمية في إطار منازعات تجاوز السلطة، كما تم توضيح ذلك.

فصعوبة التمييز بين ما يدخل في نطاق السلطة التقديرية الحقيقية وما يدخل في نطاق السلطة التقدير السيادي لقضاة الموضوع لتعلقها باعتبارات الملاءمة، جعلته يتميز عن محكمة النقض بابتداع نظرية تحريف الوقائع للطعن بالنقض في المادة الإدارية، ولا نجدها في المواد المدنية، فالأول يخص تقدير الوقائع، بينما الثاني لا يخص إلا تفسيرات العقد المكتوب، ولا يبحث حسب الفقه المدني إلا في الخطأ الظاهر لتفسير العقد.

فنظرية التحريف تنصب على الوقائع وتقترب من تلك التي تخص الرقابة على الصحة المادية للوقائع التي يقوم بها قاضي تجاوز السلطة، إلا أنها تتطلب تحليلاً أكثر من طرف

قاضي النقض، فهي تبدو كعملية تسبق عملية التكييف، وبالتالي لا يمكن استبعاد ممارسة السلطة التقديرية في المسائل القانونية، وعليه لا يبدو وجود تلازم بين السلطة التقديرية والمسائل الواقعية.

بالنسبة للمشرع الجزائري، وفي الإطار القانوني الذي يخص المواد الإدارية الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجده قد نص على العديد من الإحالات إلى الأحكام المشتركة، هاته الأخيرة تثير عمليا العديد من المشاكل في مرحلة تطبيقها، والتي لم يؤخذ فيها بعين الاعتبار خصوصية المنازعات الإدارية ولا طبيعة مواضيعها.

كما لم يورد نصوص واضحة تخص الطعن بالنقض في المادة الإدارية، تمييزا عن تلك التي تخص الطعن بالنقض في المواد المدنية، سواء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو في القانون المنظم لوظيفة مجلس الدولة، وإنما أحال ذلك إلى المادة 358 التي وردت في الأحكام المشتركة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أيضا صعوبة الحصول على قرارات مجلس الدولة الجزائري التي تخص النقض بسبب اضطراره بمهمة الاستئناف أكثر، جعلتنا لم نستطع معرفة مدى رقابته كقاضي نقض على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

خاتمة

من خلال البحث في موضوع السلطة التقديرية للقاضي الإداري في إطار دعوى تجاوز السلطة، يمكن استخلاص أهم النتائج والاقتراحات التي تم التوصل إليها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1- إن وجود فعل "يمكن" في قاعدة قانونية يفسره اليوم الأغلبية بمعنى أن القاضي ليس لديه السلطة فحسب، أي المكنة، بل واجب التدخل بمجرد استيفاء الشروط القانونية، إعمالاً لسلطته التقديرية. فوفقاً للعديد من النصوص فإن مصطلح "يمكن للقاضي"، أي يجوز للقاضي أن يأمر باتخاذ التدبير المحدد أو عدم الأخذ به، وظاهرياً يدل على المكنة القانونية الممنوحة للقاضي لاختيار الحل القانوني الذي ينبغي تطبيقه على القضية بحرية.

2- السلطة التقديرية كمصطلح قائم بذاته تتميز عن سلطة التقدير السيادي أو الحر، فالأولى تعني سلطة اتخاذ القرار (pouvoir de décision) وبالتالي تعتبر السلطة في حد ذاتها تقديرية بالنسبة للشخص الذي يختص بها، وله سلطة اتخاذ قرار باختيار حل ملائم وصالح من بين عدة حلول متاحة ومشروعة، بينما تعني الثانية سلطة الفحص (pouvoir d'examen) أي أن المكلف بها يملك إمكانية التقدير، ويجب عليه استخدام تلك المكنة القانونية، سواء وجد أكثر من خيار أمامه أو لم يوجد إلا خيار واحد. فالتقدير يعتبر كمارسة للسلطة، والسلطة التقديرية بحد ذاتها تترجم عدد من القيم والخصائص التي ترتبط بها صحة ممارستها، منها التزام القاضي الإداري بمبدأ الحياد الإيجابي لانعدام التوازن بين طرفي الدعوى الإدارية.

3- عدم تحديد القاعدة القانونية لا يفتح الطريق للسلطة التقديرية، فتطبيق القاعدة غير المحددة لا يمكن أن يؤدي أصلاً إلا لحل واحد صحيح قانوناً عن طريق عملية تفسير هذه القاعدة، فالقاضي هنا ليس حراً في اختياره، وكل حل آخر يقوم على خطأ في التقدير، بينما عدم قابلية القاعدة القانونية للتحديد هو الذي يفسح المجال للسلطة التقديرية، وعليه فإن تفسير الأفكار غير المحددة هي مسألة قانون وبهذا المعنى فهي تخضع للرقابة التامة من طرف القضاء سواء بالنسبة للإدارة، أو من طرف محكمة النقض بالنسبة لقضاة الموضوع.

5- ربط السلطة التقديرية بعدم التسبب في التشريع الفرنسي، وبالتالي غياب رقابة محكمة النقض أو محكمة القانون هو معيار منقاد، باعتبار أن الرقابة تتطور بدلالة الاعتبارات

السياسية والقانونية، وفكرة الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الإداري تنصب على الصحة المادية للوقائع المثبتة وليس على عملية التقدير في حد ذاته. وهو معيار بدأ بالتراجع، فتسبب الأحكام القضائية لا يتعارض مع السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فلا يوجد تعارض منطقي بين السلطة التقديرية للقاضي والتسبيب، حيث يجوز للقاضي عند ممارسته للسلطة التقديرية، أن يختار تسبيب أكثر لحكمه. والهدف الرئيسي للقاضي من اتخاذ هذا الاختيار ليس تبرير حكمه أمام قاضي النقض، لأن السلطة التقديرية تمارس بحرية في الحدود التي يرسمها القانون. وعلاوة على ذلك، فإن هذا التسبيب لا يسلب القاضي حريته، لأنه لا يعني الاعتماد عليه للتشكيك في الحكم الصادر عنه.

4- أن القاضي الإداري وإعمالا لسلطته التقديرية، أدرج الملاءمة كعنصر للمشروعية لصعوبة تحديد الخط الفاصل بين المشروعية والملاءمة. فقد أثبت أنه لا يعتبر القانون غاية في حد ذاته ولكن كوسيلة لصالح المتقاضين وللمصلحة العامة.

5- أن السلطة التقديرية للقاضي الإداري وإن كان لها نفس البناء كالسلطة التقديرية للإدارة إلا أنها أضيق نطاقا من السلطة التقديرية للإدارة، نظرا لوجوب التزام القاضي بمراعاة المبادئ والتوجيهات المتضمنة في القانون النافذ، والتي تحد كثيرا من اختيار الحل الممكن، وينبغي على القاضي في عملية اتخاذ الحكم أن يميل إلى إيجاد الحل الصحيح والوحيد، أي حل عقلاني وصحيح في نفس الوقت، وهو ليس بالضرورة هدف الإدارة.

6- إجابة على الإشكالية وبالمقارنة للحدود التي لا يجب على الرجل الإداري مراعاتها، فإن الحد الخارجي لإعمال سلطته التقديرية هو المصلحة العامة حيث لا ينبغي الخروج عنها، أما الحد الداخلي فيتمثل في قواعد تخصيص الاهداف، أما فيما يخص القاضي فإن الحد الخارجي لسلطته التقديرية فهي مبادئ العدالة والانصاف، بينما الحد الداخلي هو النصوص القانونية.

7- بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري، نجد أن مصطلح تجاوز السلطة هو مصطلح غير محدد، فعادة ما يشير إلى عيب عدم الاختصاص أو مخالفة الإجراءات الشكلية، وفي أغلب الحالات يشير إلى عيب خرق القانون.

8- إخلال المشرع الجزائري بمبدأ التقاضي على درجتين في المواد الإدارية، وذلك برفع الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة عوض محكمة استئناف تختص بهذه المهمة، وهذا الدور الازدواجي لمجلس الدولة كهيئة استئناف من جهة وهيئة نقض من جهة أخرى، تزيد من تراكم القضايا المطروحة أمامه، مما يرهق المستشارين والقضاة على مستوى مجلس الدولة والتأثير عليهم، الأمر الذي يعيقه عن أداء وظيفته الأساسية وهي نقض أحكام قضاة الموضوع وما قد يشوب الأحكام من عيوب متباينة، من بينها سوء استعمال السلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

ثانياً: الاقتراحات

في ضوء النتائج التي تم التوصل إليها من خلال هذا البحث، وبالنظر إلى النقائص التي تشوب نظام القضاء الإداري الجزائري، ارتأينا أن نورد جملة من الاقتراحات كالاتي:

1- دعوة المشرع الجزائري إلى سن قانون خاص بالإجراءات أمام القضاء الإداري، وفصله عن الإجراءات المدنية، يكون مفصلاً تفصيلاً دقيقاً لكي يسهل وظيفة القاضي الإداري من جهة ويحفظ حقوق المواطنين المتعاملين مع الإدارة من جهة أخرى.

2- دعوة المشرع الجزائري إلى الإسراع في استحداث محاكم الاستئناف في التنظيم القضائي الإداري، إعمالاً لمبدأ التقاضي على درجتين المكرس دستورياً، وهذا للحد من تراكم القضايا المطروحة أمام مجلس الدولة كقاضي استئناف، لكي يتفرغ للاضطلاع بمهمته الأساسية وهي النقض، والرقابة على الأخطاء التي تشوب أحكام قضاة الموضوع، وبالتالي الرقابة على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

3- دعوة المشرع الجزائري إلى إعادة النظر في مصطلح دعوى الإلغاء، لعدم الانسجام بين المصطلح المستعمل والمفهوم الذي يؤديه أو الأثر الذي ينتج عنه.

فهرس المصادر والمراجع

المصادر

أولاً: النصوص الأساسية:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الموافق عليه في إستفتاء شعبي بتاريخ 28 نوفمبر 1996، بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 96-438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 (ج ر عدد: 76، صادر في: 08 ديسمبر 1996 معدل ب: القانون رقم 03/02، المؤرخ في: 10 أبريل 2002 (ج ر عدد 25، صادر في 14 أبريل 2002)، القانون رقم: 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، القانون رقم: 01/16، مؤرخ في: 06 مارس 2016. ج ر عدد: 14، صادر في 07 مارس 2016.

2. المرسوم الرئاسي رقم 12-415 المؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2012، المتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة، المعتمد بأديس أبابا بتاريخ 31 يناير سنة 2011، (ج.ر.ج. عدد 68 صادر في 16 ديسمبر سنة 2012).

3. القانون رقم 16-01، مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستور الجزائري، (ج. ر. ج. ج عدد رقم 14 صادر في 07 مارس 2016)

4. المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار تعديل الدستور الجزائري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، (ج.ر.ج. عدد 82، صادر في 30 ديسمبر 2020).

5. ثانياً: القوانين العضوية

6. القانون العضوي رقم 98-01، مؤرخ في 30 مايو 1998، المتضمن القانون الأساسي لمجلس الدولة وتنظيمه وعمله، (ج.ر.ج. عدد 37 صادر بتاريخ 01 جوان 1998). المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26 يوليو 2011 (ج.ر.ج. عدد 43 صادر في 03 أوت 2011)، والمعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 04 مارس 2018 (ج.ر.ج. عدد 15 صادر في 07 مارس 2018).

7. القانون العضوي رقم 04-11، مؤرخ في 6 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، (ج.ر.ج.ج عدد 57 صادر في 8 سبتمبر 2004).
8. القانون العضوي رقم 04-12، مؤرخ في 6 سبتمبر 2004، يتعلق بتشكيلة المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته، (ج.ر.ج.ج عدد 57 صادر في 8 سبتمبر 2004).
9. القانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 26 يوليو 2011، المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 مايو 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه، (ج.ر.ج.ج، عدد 43 صادر في 03 أوت 2011)
- ثالثا: القوانين العادية والأوامر
10. الأمر 66-155، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتعلق بالإجراءات الجزائية، (ج.ر.ج.ج عدد 48، صادر بتاريخ 10 يونيو سنة 1966)
11. الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، (ج.ر.ج.ج عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975).
12. القانون رقم 90-08، المؤرخ في 07 أبريل 1990 المتضمن قانون البلدية الملغى (ج.ر.ج.ج عدد 15 صادر في 11 أبريل 1990)
13. القانون رقم 91-11، المؤرخ في 27 أبريل 1991، المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، (ج.ر.ج.ج عدد 21 صادر في 08 ماي 1991).
14. الأمر 95-20 مؤرخ في 17 يوليو 1995، يتعلق بمجلس المحاسبة (ج.ر.ج.ج عدد 39 صادر في 22 يوليو 1995) المعدلة بموجب الأمر 10-02 مؤرخ في 26 أوت 2010، (ج.ر.ج.ج عدد 50 صادر في 1 سبتمبر 2010)
15. القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، (ج.ر.ج.ج عدد 14 صادر في 08 مارس سنة 2006).
16. القانون رقم 06-02، المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق (ج.ر.ج.ج عدد 14 صادر في 08/03/2006)
17. القانون رقم 06-03، المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي (ج.ر.ج.ج عدد 14 صادر في 08/03/2006)

18. القانون رقم 07-13، المؤرخ في 29/10/2013، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة (ج.ر.ج.ج عدد 55 صادر في 30/10/2013)
19. الأمر رقم 06-03، المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، (ج.ر.ج.ج عدد 46 صادر في 06 يوليو 2006).
20. القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006، المعدل والمتمم للأمر 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966 (ج.ر.ج.ج عدد 49 الصادر في 11 جوان 1966) المتضمن قانون العقوبات الجزائري، (ج.ر.ج.ج عدد 84 صادر في 24/12/2006).
21. القانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، (ج.ر.ج.ج عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008)
22. القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتضمن قانون البلدية، (ج.ر.ج.ج عدد 37 صادر بتاريخ 03 جويلية 2011).
23. القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستور الجزائري (ج.ر.ج.ج عدد رقم 14 مؤرخ في 07 مارس 2016).
- رابعا: النصوص التنظيمية
24. المرسوم الرئاسي رقم 92-44، المؤرخ في 9 فبراير 1992، المتضمن إعلان حالة الطوارئ، المتمم، (ج.ر.ج.ج عدد 10 صادر في 9 فبراير 1992).
25. المرسوم رقم 88-131، مؤرخ في 4 يوليو 1988، المتضمن تنظيم العلاقات بين الإدارة والمواطن، (ج.ر.ج.ج عدد 27، صادر في 6 يوليو 1988).
26. المرسوم التنفيذي رقم 03-165، مؤرخ في 09 أبريل 2003، المحدد لشروط وكيفيات تعيين مستشاري الدولة في مهمة غير عادية لدى مجلس الدولة، (ج.ر.ج.ج عدد 26، صادر في 13 أبريل 2003).
27. المرسوم التنفيذي رقم 15-19، المؤرخ في 25 يناير سنة 2005، المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، (ج.ر.ج.ج عدد 07 صادر في 12 فبراير سنة 2015).

المراجع باللغة العربية:

أولاً: الكتب

1. ابن عاشور عياض: القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية، الطبعة الثالثة مزيدة ومنقحة، تونس مركز النشر الجامعي، سنة 2006.
2. أبو الوفا أحمد: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، القسم 01، ط 4، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، دون سنة طبع.
3. احمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الثاني، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة العاشرة (مطورة)، 2016.
4. أحمد كمال الدين موسى: نظرية الإثبات في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، مصر، دار الفكر العربي، 2012.
5. أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، (ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها)، الطبعة 01، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1988.
6. إسماعيل هه ورامي: الحقيقة التقديرية (دراسة تحليلية في الإثبات المدني)، د.ط، مصر - الإمارات، دار الكتب القانونية، 2012.
7. أمين مصطفى محمد: التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2010.
8. اندريه لالاند: موسوعة لالاند الفلسفية، تعريب خليل أحمد خليل، ج 2، (H-Q)، ط 2، بيروت، منشورات عويدات، 2001، مادة (preuve) .
9. بربارة عبد الرحمان: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 02، الجزائر، منشورات بغدادي، 2009.
10. برهان زريق: نظرية الحكم في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 2017.
11. بعلوشة أحمد يوسف: إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة 01، مصر، مركز الدراسات العربية، 2016.
12. بعلي محمد الصغير: القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، 2017.

13. بعلي محمد الصغير: شروط قبول دعوى تجاوز السلطة في التشريع الجزائري، الجزائر، منشورات جامعة باجي مختار عنابة، 2007-2008.
14. بكوش يحي: أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، ط2، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1988.
15. بن الشيخ آث ملويا لحسين: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، الجزائر، دار هومة للطبع والنشر، 2005.
16. بن الشيخ آث ملويا لحسين: دروس في المنازعات الإدارية (وسائل المشروعية)، ط4، الجزائر، دار هومة للطبع والنشر، 2009.
17. بوضياف عمار: القرار الإداري (دراسة تشريعية قضائية فقهية)، ط1، الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، سنة 2007.
18. بوضياف عمار: القضاء الإداري، الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، 2008.
19. بوضياف عمار: المرجع في المنازعات الإدارية (دراسة مدعمة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع)، ط1، القسم الثاني، المحمدية الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، 2013.
20. بيومي المصري: مدى مشروعية تصرفات الإدارة في ظل نظرية الغلط البين في تكييف الوقائع (في ضوء الفقه وقضاء مجلس الدولة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 2012.
21. تروبير مشيل: فلسفة القانون، ترجمة جورج سعد، دار الأنوار للطباعة والنشر بيروت، لبنان، الطبعة الأصلية 2003 والطبعة المترجمة 2004.
22. توفيق فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ط، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 337.
23. جلال العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، د.ط، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996.
24. حابس ركاد خليف الشبيب: البيانات الخطية لإثبات عدم مشروعية القرار الإداري (دراسة مقارنة)، ط 1، عمان (الأردن)، دار جامد للنشر والتوزيع، 2011، ص 17.

25. حامد فهمي ومحمد فهمي: **النقض في المواد المدنية والتجارية**، لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1937.
26. حبيش فوزي: **القانون الإداري العام (الإبطال لتجاوز حد السلطة والأعمال الإدارية)**، ط 01، بيروت- لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2011.
27. حمد عمر حمد: **السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها**، الطبعة 01، الرياض، السعودية، 2003.
28. خلوفي فاتح: **سلطات القاضي الإداري في التفسير**، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 20.
29. رسلان أنور: **وسيط القضاء الإداري**، مصر، دار النهضة العربية، سنة 2003.
30. سامي جمال الدين: **أصول القانون الإداري**، د. د. ن، 1993.
31. سامي جمال الدين: **القضاء الإداري (الرقابة على أعمال الإدارة مبدأ المشروعية - تنظيم سامي جمال الدين: القضاء الإداري) دراسة مقارنة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003.**
32. سامي جمال الدين: **قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2010.
33. سمير عبد السيد تناغو: **النظرية العامة للقانون**، مصر - القاهرة، منشأة المعارف، 1986.
34. السنهوري عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، (الإثبات - آثار الالتزام)، ط3، ج2، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.
35. الشامي عايدة: **خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية**، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2008.
36. شريف الطباخ: **الموسوعة النموذجية في الإثبات في ضوء القضاء والفقهاء**، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، ج2، 2004، ص 378.
37. الشواربي عبد الحميد: **المسؤولية القضائية (في ضوء الفقه والقضاء)**، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1997.

38. الشيخاني إلياس: دور القاضي في إثارة الأسباب القانونية، طرابلس لبنان، دار المؤسسة الحديثة للكتاب، 2008.
39. شيهوب مسعود: المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (الهيئات والإجراءات أمامها)، ط 2، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009.
40. طعيمة الجرف: رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة "قضاء الإلغاء"، القاهرة، دار النهضة العربية، 1977.
41. طلبة عبد الله: القانون الإداري (الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري)، ط 2، سوريا، مديرية الكتب والمطبوعات، منشورات جامعة حلب، 1980.
42. الطماوي محمد سليمان: القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، مصر، دار الفكر العربي، 1986.
43. الطماوي محمد سليمان: النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، راجعه ونقحه الدكتور/ محمود عاطف البناء، الطبعة 7، مصر، دار الفكر العربي، سنة 2017
44. الطماوي محمد سليمان: نظرية التعسف في استعمال السلطة - الانحراف بالسلطة - (دراسة مقارنة راجعها ونقحها عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة وحسين إبراهيم خليل)، الطبعة 03، مصر، دار الفكر العربي للنشر، 2014.
45. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الإثبات في الدعاوى الإدارية، عمان (الأردن)، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2010.
46. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الانحراف بالسلطة لإلغاء القرار الإداري، الإسكندرية، منشأة المعارف للطباعة، 2008.
47. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: وقف تنفيذ القرار الإداري، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008
48. عبد المجيد إبراهيم سليم: السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010.
49. عدي شاهين: رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والأضرار والقرار الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2016.

50. عزمي عبد الفتاح: **تسييب الأحكام وأعمال القضاة (في المواد المدنية والتجارية)**، ط4، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008.
51. العطار فؤاد: **القضاء الإداري**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1963،
52. عوابدي عمار: **مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية**، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، سنة 1984.
53. عوابدي عمار: **نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري**، الجزائر، دار هومة، 1999.
54. عوابدي عمار: **نظرية المسؤولية الإدارية (دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة)**، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، OPU، 1998.
55. فارس علي عمر الجرحري: **مبدأ حياد القاضي المدني (دراسة مقارنة)**، مصر، دار الكتب القانونية، 2012.
56. فودة عبد الحكم: **الخصومة الإدارية (أحكام دعوى الإلغاء والصيغ النموذجية لهل)**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1996، ص 469.
57. القبيلات حمدي: **الوجيز في القضاء الإداري**، ط1، عمان (الأردن)، دار وائل للنشر، 2011.
58. اللجنة الدولية للحقوقيين: **المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاة والمحامين وممثلي النيابة العامة (دليل الممارسين رقم 01)**، الطبعة الأولى، جنيف، 2007.
59. لعشب محفوظ: **المسؤولية في القانون الإداري**، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1994.
60. ماجد راغب الحلو: **القانون الإداري**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2006.
61. ماجد راغب الحلو: **القضاء الإداري**، الإسكندرية، منشأة المعارف، سنة 2000.
62. مارسو لون وآخرون: **أحكام المبادئ الكبرى في القضاء الإداري الفرنسي**، ترجمة أحمد يسري، الطبعة العاشرة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 1995.

63. مأمون محمد سلامة: **حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون**، القاهرة، دار الفكر العربي للنشر، 1975.
64. محسن خليل: **القضاء الإداري اللبناني (دراسة مقارنة)**، الطبعة 05، بيروت، دار النهضة العربية، 1989.
65. محمد حسن بسيوني: **القضاء ودوره في المنازعة الإدارية (دراسة تطبيقية مقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر)** القسم الثاني، عالم الكتب للنشر والتوزيع، 1981.
66. محمد عبد الله الحراري: **الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي (رقابة دوائر القضاء الإداري)**، الطبعة السابعة (منقحة)، المكتبة الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، 2019.
67. محمد علي الكيك: **السلطة التقديرية للقاضي الجنائي (في تطبيق العقوبة وتشيدها وتحقيق ووقف تنفيذها)**، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2007.
68. محمد فؤاد عبد الباسط: **القضاء الإداري**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
69. محمد ماجد ياقوت: **تكييف الواقعة في المواد التأديبية**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2014.
70. محمد ماهر أبو العينين: **ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقا للمنهج القضائي (دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوى مجلس الدولة)**، الكتاب الأول: القاضي الإداري ومحاور ضبط مشروعية القرارات الإدارية، الطبعة 01، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، سنة 2013.
71. محمد ماهر أبو العينين: **ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقا للمنهج القضائي (دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوى مجلس الدولة)**، الكتاب الثاني، ط 01، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2013.
72. محمد نزار أبودان مايا: **الرقابة على التناسب في القرار الإداري (دراسة مقارنة)**، الطبعة 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2011.
73. محمود حلمي: **القضاء الإداري**، ط2، بيروت، دار الفكر العربي للنشر، سنة 1977.

74. مصطفى أبو زيد فهمي: **القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، قضاء الالغاء، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1999.**
75. ميسون جريس عيسى الأعرج: **عيب السبب في القرار الإداري (دراسة مقارنة)، ط 01، عمان، الأردن، دار وائل للنشر، 2015.**
76. نبيل إسماعيل عمر: **الفساد في الاستدلال (أهم عيوب تسبب الأحكام القضائية)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011.**
77. نبيل إسماعيل عمر: **النظرية العامة للنقض في المواد المدنية والإدارية، الإسكندرية، منشأة المعارف، طبعة 1980.**
78. نبيل إسماعيل عمر: **سلطة القاضي التقديرية (في المواد المدنية والتجارية - دراسة تحليلية وتطبيقية)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2002.**
79. نبيل إسماعيل عمر: **امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011.**
80. نبيل إسماعيل عمر: **تسبب الأحكام القضائية (في قانون المرافعات المدنية والتجارية)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2016.**
81. نشأت أحمد: **الإثبات، الجزء الثاني، الطبعة السابعة منقحة ومزودة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1972.**
82. يوسف بوقرط ربيعة: **الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (دراسة مقارنة)، عمان الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2017، ص 124.**

ثانيا: الرسائل والأطروحات الجامعية

أطروحات الدكتوراه

1. عبد الله خليل حسين الفرا: **سلطة القاضي التقديرية (في ظل قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني)، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، إشراف أحمد السيد صاوي، سنة 2008.**
2. وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: **السلطة التقديرية للقاضي الإداري (دراسة تأصيلية تطبيقية)، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، قسم السياسة**

الشرعية بالمعهد العالي للقضاء، الرياض السعودية، دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة 01، 2015، الجزء 01.

3. وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري (دراسة تأصيلية تطبيقية)، الرياض السعودية، دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة 01، 2015، الجزء 02.

ثالثا: المقالات العلمية

1. بن عبد الله عادل: التكييف القانوني لدعوى تجاوز حد السلطة، مجلة المنتدى القانوني، العدد 06، مؤرخ في 06 مارس 2018، تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة محمد خيضر بسكرة - الجزائر - ص ص 147-150.

2. بنحسن عصام: سلطة قاضي تجاوز السلطة (أعمال ملتقى: التطور المتباين لدعوى تجاوز السلطة)، كلية الحقوق صفاقص تونس، دار المنظومة، 2010، ص ص 35-73. <http://search.mandumah.com/Record/668321>

3. بوضياف عمار: المعيار العضوي وإشكالاته القانونية (في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 10، 2012، ص ص 31-51.

4. بوضياف عمار: أوجه إلغاء القرار الإداري في ضوء تطبيقات مجلس الدولة الجزائري، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 06، شهر ديسمبر سنة 2015، ص ص 9-71.

5. داهل وافية: تسبيب القرارات الإدارية (دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة 1 الجزائر، العدد 11، جوان 2017، (ص ص 428-443).

6. الدينس عبد القادر: فكرة النظام العام في الإجراءات القضائية والإدارية، المجلة للقانون والعدالة، تصدر عن مركز البحوث القانونية والقضائية، الجزائر، العدد التجريبي، 2015، ص ص 39-56.

7. زروق العربي: التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثير القضاء الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد رقم 08، السنة 2006.

8. صاري نوال: دور اعتبار الأمن القانوني في التفرقة بين الأثر الرجعي للقانون ورجعية الاجتهاد القضائي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، العدد الحادي عشر، سنة 2015، ص ص 106-129.
9. صدراتي صدراتي: القاضي الجزائري غريب عن الإدارة التي يراقبها، المجلة القضائية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، السنة 1993.
10. عبان عبد الغني: النظام القانوني لرخصة البناء طبقا للمرسوم التنفيذي 15-19، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الثاني، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بي يحي - جيجل، ص ص 217-240.
11. غناي رمضان: تراجع اجتهاد مجلس الدولة في مجال رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، مجلة مجلس الدولة الجزائري، الجزائر، العدد 10، سنة 2012، ص ص 62-79.
12. الغوثي بن ملحة: أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2000، ص ص 43-65.
13. مصطفى أبو زيد فهمي: طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة (دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا)، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، مجلد سنة 6، العدد 3.4، دار المنظومة، <http://search.mandumah.com/Record/211420> تاريخ الولوج إلى الموقع: 2020/11/17، على 20 سا 40.

رابعا: المراجع باللغة الأجنبية

المعاهدات:

1. Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789: <https://bit.ly/1VDd4tf>

النصوص القانونية

1. Loi N° 2000-321 du 12 avril 2000, **Relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.** <https://www.Legifrance.gouv.fr>
2. Loi N° 2013-907 du 11 octobre 2013 **Relative à la transparence de la vie publique:** www.legifrance.gouv.fr.
3. Loi N° 79-587 du 11 juillet 1979: **Relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.** <https://bit.ly/34YOc8z> accédé le 14/10/2020 à 12H00.

4. Loi N° 2000-321 du 12 avril 2000 **Relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations**, JORF n°0088 du 13 avril 2000 page 5646.<https://bit.ly/32bTfmi>
5. Ordonnance N° 2015-1341 du 23 octobre 2015: **Relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration** .<https://bit.ly/2DP69wu>

الكتب

1. AUBRY et RAU: **Droit Civil Français**, T.12, 6ème Ed., Paris, Librairie technique, 1958.
2. AUBY (J – M) et DRAGO (R): **Traite de Contentieux Administratif**, 2^{ème} édition, Tome 2, Paris, LGDJ, 1975.
3. AUBY (J-M.) et DRAGO (R.), **Traité de contentieux administratif**, 3^{ème} Edition, tome.1, Paris, LGDJ, 1984,
4. BAILLEUL (David): **L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français**, Paris, LGDJ, 2002.
5. BONNARD (Roger): **Précis de droit administratif**, 4ème Edition, Paris, LGDJ, 1943.<https://bit.ly/3jmTxMs>; accédé le 23/09/2018 à 20H04
6. BORE (Jacques): **La cassation en matière civile**, Paris, Editions Dalloz, 2004.
7. CHABANOL (Daniel): **La pratique du contentieux administratif**, 9^{ème} Edition, Paris, Editions LexisNexis, 2011.
8. CHAPUS (René): **Droit du contentieux administratif**, (Domat droit public), 5^{ème} Ed, Paris, Montchrestien édition, 1995.
9. CHAPUS (René): **Droit administratif général**, Tome 1, (Domat droit public), 15^{ème} Edition, Paris, Montchrestien, 2001.
10. CHRETIEN (Patrice) et CHIFFLOT (Nicolas) et TOURBE (Maxime): **Droit administratif**, Tome I, 15ème édition, Paris Edition Dalloz, 2016.
11. COC (Véronique): **Nouvelles recherches sur les fonctions le l'intérêt général dans la jurisprudence administrative**, Paris, L'Harmattan, 2015.
12. CORNU (Gérard): **Linguistique juridique** (Domat droit privé), 2ème éd, Paris, Editions Montchrestien, 2000.
13. CORNU (Gérard): **Vocabulaire juridique**, Association Henri Capitant, Paris, 8^{ème} Ed, Paris, Presses Universitaires de France, Grands dictionnaires(PUF), 2009.
14. CORNU (Gérard): **Droit Civil-Introduction au Droit**, 13^{ème} Ed. ; Paris, Montchrestien, 2009.
15. DEBBASCH (Charles): **Contentieux administratif**, Paris, Dalloz, 1975.
16. DUGUIT (Léon): **Traité de droit constitutionnel**, Tome II, Editions De Bocard, 1921,
17. DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José) et CHRETIEN (Patrice): **Droit administratif**, 10^{ème} Edition, Paris, Dalloz, 2007.
18. DUSSAULT (R.) ET BORGEAT (L.): **Traité de Droit Administratif**, 2^{ème} Ed. ; Québec, les presses de l'université raval.
19. EISENMANN (Charles): **Cours de droit administratif**, Paris, LGDJ, 1982-1983, Tome 1, Réédition, Paris, LGDJ-Lextenso Ed, Collection « Anthologie du droit », 2014.
20. EISENMANN (Charles): **Cours de droit administratif**, Paris, LGDJ, 1982-1983, Tome 2, Réédition, Paris, LGDJ-Lextenso Ed, Collection « Anthologie du droit », 2014.
21. FRIER (Pierre-Laurent) et PETIT(Jacques): **Droit administratif**, 10^{ème} Edition, Paris, Défrénois-Lextenso édition, 2015.
22. GABOLDE (Christian): **Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratifs d'appel**, 6^{ème} Ed, Paris, Dalloz, 1997.
23. GAUDEMMENT (Yves): **Les méthodes du juge administratif** (Anthologie du Droit), Paris, Editions LGDJ, 1972, Réédition 2014. LGDJ, Lextenso éditions.
24. GAUDEMMENT (Yves): **Traité de droit administratif**, Tome 1, 16^{ème} Edition, LGDJ, Paris, 2001.

25. GIACUZZU (Jean-François): **La gestion des propriétés publiques en droit français**, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2014.
26. GILLES (Lebreton): **Droit administratif général**, Tome 3, Paris, Dalloz, 2015.
27. GILLES (Lebreton): **Droit administratif général**, Tome 2, Paris, Dalloz, 2015.
28. GLASSON (E.), TESSIER (A.): **Traité théorique des pratiques d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile**, Tome 2, 3^{ème} Ed.; Paris, Sireg.
29. GOHIN (Olivier) et FLORIAN (Poulet): **Contentieux administratif**, 9^{ème} Edition, Paris, LexisNexis, 2017.
30. HAURIOU (Maurice): **Les principes de droit public** ; Paris, 2^{ème} Edition, Recueil Sirey, 1916.
31. HUBREST (G.), AGOSPIMI (E.): **Droit civil**, 13^{ème} Ed., Paris, Sirey, 1983.
32. PICOTTE (Jacques): **Juridictionnaire** (Recueil des difficultés et des ressources du français juridique), réalisé pour le compte du Centre de Traduction et de Terminologie Juridiques Jurilinguiste-conseil, Faculté de droit, Université de Moncton Actualisé au 15 oct 2018. <http://www.cttj.ca/Documents/Juridictionnaire.pdf>
33. LAFFERIERE (Edouard): **Traité de juridiction administrative et des recours contentieux**, Tome 2, Berger-Levrault, 2^{ème} édition, 1896, <https://bit.ly/2O8a1ec>.
34. M. Long – P. Weil – G. Braibant – P. Delvolvé – B. Genevois: **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 21^{ème} Edition, Paris, Dalloz, 2017.
35. MAHIOU Ahmed: Cours de contentieux administratif, 2^{ème} Edition, Alger, Office des Publications Universitaires, 1981.
36. MALAURIE (Ph.), AGNES (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.): **Les obligations**, Defrénois, Paris, 2^{ème} Ed., 2005
37. MANAI-WEHRLI (Dominique): **Le juge entre la loi et l'équité** (essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse), Faculté de Droit de l'Université de Genève, 1985, Lausanne : Payote, 1985, <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:28668>.
38. MONY (Paul): **Logique philosophique de science**, Paris, Hachette, 1996.
39. NADEAU (Martin): **Sur les traces d'un principe de sécurité juridique en droit canadien, les pistes du droit européen**, mémoire pour la maîtrise générale en droit, université de Sherbrooke –Canada-, soutenue en juillet 2009.
40. ODENT (R) , Contentieux administratif. Les cours de droit, fascicule 1, 1970-1971.
41. PEISER (Gustave): **Contentieux administratif**, 16^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2014, p. 169
42. PIAZZON (Thomas): **La sécurité juridique**, 2^{ème} Ed, Paris, Défrénois-Lextenso Edition, 2010.
43. PLANIOL (M), RIPPET (G): **Traité de Droit Civil français**, L.G.D.J, Tome 07: Obligations, 2^{ème} partie, Paris, 1954.
44. POULET (M.) et LECLERC (G.): **Droit Administratif**, 3^{ème} Edition, Brial, 2007.
45. PUJALTE (Christian) et DELAMAZE (Edouard): **L'avocat et les juridictions administratives** ; (Collection: Questions judiciaires), Presses Universitaires de France, 2014, <https://www-cairn-info>
46. RICCI (Jean-Claude): **Droit administratif**, 4^{ème}Ed, Paris, Hachette supérieur (les Fondamentaux),
47. RIGAUX François: **La loi des juges**, Paris, Editions ODILE JACOB, 1997.
48. RIVERO Jean; **Le conseil d'état, protecteur des prérogatives de l'administration**,
49. TANQUEREL, Thierry. **La pesée des intérêts vue par le juge administratif**. In: Morand, Charles-Albert. La pesée globale des intérêts: droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire. Bâle ; Francfort-sur-le-Main: Helbing & Lichtenhahn, 1996. p.189-213 ; <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:16606> ; consulté le 04/12/2019 à 21H25.

50. TERRE (François): **L'influence de la volonté individuelle sur la qualification juridique**,
51. TERRE (François): **Introduction générale au droit**, 3^{ème} Edition, Paris, Dalloz, 1996.
52. TRUCHET (Didier): **l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat**, 1999

الرسائل الجامعية

الأطروحات

1. CHATEAU-GRINE (M): **La motivation des décisions du juge administratif**, Thèse de doctorat présentée et soutenue à l'Université de Nantes, le 3 décembre 2018, Droit public.
2. DEFOORT (Benjamin): **La décision administrative**, thèse de doctorat présentée et soutenue à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) le 2 novembre 2012 /Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2015,
3. KEBIR (Mehdi): **Le libre arbitre du juge**, thèse de doctorat en droit privé, Université François-Rabelais de Tours, soutenue samedi 18 mars 2017.
4. LELLIG (Wendy): **l'office du juge administratif de la légalité**, thèse de Doctorat en droit public, Université de Montpellier, soutenue le 15 décembre 2015.
5. MANDIN (Maël): **Le recours en cassation devant le conseil d'état**, Thèse de doctorat en DROIT Discipline: Droit Public, université de Metz, faculté de Droit, Economie et Administration, soutenue le 25 octobre 2004 à 14H30.
6. MAUGER (Florian): **Les pouvoirs implicites en droit administratif français**, Thèse de doctorat en droit public, soutenue le 25 avril 2013, Université Panthéon-Assas (Paris II), <http://www.theses.fr/2013PA020002> consultée le 21/10/2017 à 18H44.
7. MEKKI (Mustapha): **L'intérêt général et le contrat (contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé)**, thèse de doctorat en droit privé présentée et soutenue à Paris (I) en 2003/ Paris LGDJ-Montchrestien, 2004.
8. MEURANT (Cédric): **L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français**, Thèse de Doctorat en Droit public, sous la direction de Caroline Chamard-Heim Université Jean Moulin (Lyon 3), soutenue le 19/10/2017, Disponible sur: <http://www.theses.fr/2017LYSE3026> .
9. NIVERT (Nirmal): **Intérêt général et droits fondamentaux**, Thèse de Doctorat en droit public, soutenue le 01 décembre 2012, Université de La Réunion Faculté de Droit et d'Économie. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01279058>.
10. SANCHEZ (Yoann): **Le rôle des juges dans le contrôle de l'activité Administrative (Étude comparée du recours pour excès de pouvoir et de la judicial review)**, Thèse de doctorat, Droit public, Université d'Orléans, Droit Public, soutenue le: 05/12/2017. <http://www.theses.fr/fr/?q=yoan+sanchez> Accédé le 24/04/2019 à 17H11
11. SAUGEZ (Hélène): **L'affectation des biens à l'utilité publique (Contribution à la théorie générale du domaine public)**, Thèse de Doctorat en Droit public soutenue le 1 juin 2012, Université d'Orléans,
12. SIBIRIL (Katy): **La notion d'intérêt en droit administratif français**, Thèse de Doctorat en Droit public, soutenue le 7 décembre 2012, Université de Bretagne occidentale. Brest. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01162440>.
13. SIGNAT (Carine): **Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat (étude de droit comparée Franco-Allemande)**, Thèse de doctorat soutenue à L'université de Paris(II), Ecole Doctorale de droit international, le 14 novembre 2014/ Paris LGDJ, 2018.
14. VAUTROT-SCHWARZ (Charles): **La qualification juridique en droit administratif**, thèse de doctorat en droit public, présentée et soutenue à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) le 31 octobre 2008/ Paris, LGDJ, Lextenso Ed, 2009.

المذكرات

1. MEYNAUD (Ariane): **La bonne administration de la justice et le juge administratif**, Master de Droit public approfondi, Dirigé par Monsieur le Professeur Guillaume Drago, 2012, Sous la direction de Monsieur le Professeur Bertrand Seiller, Université Panthéon-Assas.
2. FRAYSSE (Élise): **Intérêts publics et intérêts privés en droit administratif français**, Mémoire de recherche présenté en vue de l'obtention du Master2 Droit public fondamental, Université Jean Moulin Lyon 3, 2012-2013, <https://bit.ly/3m9Zf7d> accédé le 25/09/2019 à 23H35.

المقالات العلمية

1. BOLARD (Georges): **L'office du juge en procédure civile**, Revue de droit Assas, Université Panthéon d'Assas Paris II, N° 13-14février 2017.
2. CINTURA (Paul): **L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif**. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 24 N°3, Juillet-septembre 1972. pp. 657-676; <https://bit.ly/2EbYIj8>
3. DUBOIS (Jean-Pierre): **Pouvoir discrétionnaire**, Professeur de droit public à l'Université de Paris Sud, juillet 2015, <https://bit.ly/3svPjHg>, accédé le 21/01/2019 à 22H48
4. FRISON-ROCHE Marie-Anne: **Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge**, Recueil-Dalloz, Revue Hebdomadaire, 10 janvier 2013, N° 1, 189è année, pp 28-33.
5. ROUSSILLON (H): **La saisine du Conseil constitutionnel**. Contribution à un débat, Revue internationale de droit comparé, vol. 54 n° 2, Avril-juin 2002, pp. 487-511, <https://bit.ly/32VqR8t>
6. WALINE (Marcel): **Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel**, Revue de Droit Public, 1930, p. 216-217
7. DUMONT (M.): **Le conseil d'état, juge de l'intérêt général**, Dialectica, Vol. 15, No. 3/4, Discussion sur l'idée d'une philosophie d'inspiration scientifique (1961), pp. 523-552, <https://www.jstor.org/stable/42964366>, Accessed: 01-12-2019 19: 24 UTC.
8. KALFLECHE (Grégory): **Le contrôle de proportionnalité devant le juge administratif**, Les Petites Affiches, n° 46 spécial, 5 mars 2009 pp. 46-53 <https://bit.ly/35Ynyfk> consulté le 25/12/2019 à 18H.40
9. MASSOT (Jean): **Les pouvoirs et les devoirs du juge administratif dans l'examen des requêtes**, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 3/2010., str. 501.-512. <https://bit.ly/3249LEN>.
10. MICHOU (Léon): **Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration**, Annales de l'université de Grenoble, Tome XXV – N°3, 1913, Editions Gauthier-Villars, Paris, pp. 429-500. <https://bit.ly/2GHWCte>, accéder le 23/11/2019 à 22H23.
11. MOLFESSIS (Nicolas): **Discontinuité du droit et sécurité juridique**, Louisiana Law Review, N°04 Vol 63, 2003, p1309-1326.
12. TROPER (Michel): **Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire**, Revue française d'études constitutionnelles et politiques, pouvoirs n° 16, janvier 1981, pp. 5-15, <https://revue-pouvoirs.fr/Fonction-juridictionnelle-ou.html>, accédé le 18/04/202 à 23H06.
13. TROPER (Michel): **Le Pouvoir Judiciaire et la Démocratie**, Université de Paris X-Nanterre, Institut Universitaire de France., Vol.1 EJLS No. 2, p. 6, <https://bit.ly/3swcAIV>, accédé le 11/06/2018 à 01H55.

الملتقيات والمؤتمرات العلمية

1. GIRAUDEAU (Géraldine): **Le pouvoir discrétionnaire du juge au sein de la Cour internationale de justice**, In «le pouvoir discrétionnaire regards croisés franco-polonais », S.dir de W. Jakimowicz et P. Serrant, Editions mare & martin, 2013, pp 277-300,
2. Dr hab, Wojciech Jakimowicz: **Le pouvoir discrétionnaire des juges en droit administratif**, In W. Jakimowicz et P. Serrand (S.dir), « Le pouvoir discrétionnaire Regards croisés franco-polonais », Editions mares & martin, 2013, pp 23-38.
3. JURYNZCYK (Anita): **Le pouvoir discrétionnaire du juge dans la reconnaissance du droit d'auteur**, In « Le pouvoir discrétionnaire Regards croisés franco-polonais » s/d de W. Jakimowicz et P. Serrand, Edition mare & martin, Paris, pp. 419-442
4. SANCHEZ (Yoann): **Le contrôle de proportionnalité comme élément du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration**, In« Le pouvoir discrétionnaire Regards croisés franco-polonais » s.dir de W. Jakimowicz et P. Serrand, Edition mare & martin, Paris, pp 129-145.
5. SOBOL (Michal): **Le pouvoir discrétionnaire dans la planification et l'aménagement de l'espace et le droit de la construction**, In « Le pouvoir discrétionnaire Regards croisés franco-polonais » s.dir de W. Jakimowicz et P. Serrand, Edition mare & martin, Paris, pp 231-233.
6. TEITGEN-COLLY (Catherine): **Propos introductifs: In « pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif »**, sous la direction de Catherine TEITGEN-COLLY, pp- 19-29, Paris, mare&martin édition,2017, Actes du colloque organisé par le Master

4-التقارير

1. LEGER (M. D): **La preuve devant le juge administratif français**, Rapport présenté par, Auditeur au Conseil d'Etat de France <http://www.aca-europe.eu/colloquia/1972/france-1.pdf>, consulté le 15/08/2018,
2. Rapport public Conseil d'État 1999: Réflexions sur l'intérêt général - novembre 1998.
3. Rapport sur « **Les revirements de jurisprudences** » remis au premier président de la Cour de Cassation M. Guy Canivet du 30 novembre 2004. Groupe de travail présidé par N. Molfessis. Paris, Litec LexisNexis, 2005.
4. Rapport sur la notion d'intérêt général fondant l'intervention des associations: Adopté en séance plénière le 25 MAI 2016, p.15, <https://bit.ly/34NYare>. Consulté le 20/10/2019 à 23H00.

5-المواقع الالكترونية:

- لتحميل أحكام وقرارات القضاء الجزائري

1. <http://www.coursupreme.dz/1>.

- لتحميل قرارات وأحكام القضاء الفرنسي، وكذا القوانين الفرنسية

2. <https://www.Legifrance.gouv.fr>

- موقع المكتبة الوطنية الفرنسية

3. <https://gallica.bnf.fr/accueil/fr/content/accueil-fr?mode=desktop>, (site de la bibliothèque nationale de france).

4. <http://www.theses.fr/>

- لتحميل الأطروحات الجامعية الفرنسية

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات:

شكر و عرفان

إهداء

قائمة المختصرات

5	مقدمة
13	الباب الأول: فكرة السلطة التقديرية للقاضي الإداري في دعوى تجاوز السلطة
14	الفصل الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي وضوابط ممارستها
15	المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي ومبرراتها
15	المطلب الأول: اختيار معيار لتعريف السلطة التقديرية للقاضي
	الفرع الأول: المعيار المعتمد في القانون الفرنسي (غياب تسبب الحكم القضائي - مقارنة إجرائية)
15	
31	الفرع الثاني: الخصائص المميزة للسلطة التقديرية كمصطلح مجرد
33	المطلب الثاني: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي الإداري ومبرراتها
33	الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي الإداري
40	الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول مشروعية السلطة التقديرية للقاضي الإداري
48	المبحث الثاني: ضوابط ممارسة القاضي الإداري لسلطته التقديرية
48	المطلب الأول: الضوابط القانونية
48	الفرع الأول: الضوابط القانونية الإجرائية
60	الفرع الثاني: الضوابط القانونية الموضوعية
69	المطلب الثاني: الضوابط المنطقية
69	الفرع الأول: الضوابط المنطقية العامة
76	الفرع الثاني: الضوابط المنطقية الخاصة
80	الفصل الثاني: سلطة القاضي الإداري في تقدير وتغطية عيوب القرار الإداري
81	المبحث الأول: نطاق سلطة القاضي الإداري في تقدير وتغطية العيوب الخارجية للقرار الإداري
	المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الرقابة على ركن الاختصاص في القرار الإداري
84	
87	الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في تقدير درجات عدم الاختصاص وصوره
102	الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تغطية عيب عدم الاختصاص
114	المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الرقابة على عيب الشكل والإجراءات

الفرع الأول: سلطة القاضي الإداري في تقدير صور عيب الإجراءات وأثرها على القرار الإداري	115.....
الفرع الثاني: شروط الشكل بمفهومه الضيق التي تؤثر على صحة القرار	122.....
الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تغطية أوضاع عيب الشكل والإجراءات	130.....
المطلب الأول: تطور مفهوم سبب القرار الإداري والسلطة التقديرية للقاضي الإداري في الرقابة عليه	137.....
الفرع الأول: تطور مفهوم ركن السبب	137.....
الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الرقابة على ركن السبب في القرار الإداري	141.....
الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تغطية عيب سبب القرار الإداري	148.....
المطلب الثاني: سلطة القاضي الإداري في تقدير عيب مخالفة القانون (عيب المحل)	154.....
الفرع الأول: مفهوم عيب مخالفة القانون (عيب المحل)	154.....
الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الرقابة على عيب مخالفة القانون	155.....
وصوره	155.....
الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تغطية صور عيب المحل	160.....
المطلب الثالث: سلطة القاضي الإداري في تقدير عيب الانحراف بالسلطة	167.....
الفرع الأول: مفهوم عيب الانحراف بالسلطة وخصائصه	167.....
الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في تقدير حالات عيب الانحراف بالسلطة	173.....
الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في إثبات عيب الانحراف بالسلطة	179.....
الباب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في مجالي التكيف والإثبات	188
الفصل الأول: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في التكيف	189
المبحث الأول: القاضي الإداري بين التكيف والتقدير	190.....
المطلب الأول: العلاقة القاعدية بين التكيف والتقدير	190.....
الفرع الأول: العلاقة القاعدية المفاهيمية	190.....
الفرع الثاني: العلاقة القاعدية العملية	204.....
المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تكيف دعوى تجاوز السلطة	211.....
الفرع الأول: مجال السلطة التقديرية للقاضي الإداري عند تكيف دعوى تجاوز السلطة	211.....
الفرع الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الإداري عند تكيف الدعوى	213.....

215.....	الفرع الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تكييف الدعوى
218.....	المبحث الثاني: العوامل المفعلة للسلطة التقديرية للقاضي الإداري
218.....	المطلب الأول: المصلحة العامة
218.....	الفرع الأول: المصلحة العامة الحجر الأساس للقانون الإداري
218.....	الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في وزن المصالح عند تنفيذ غايات المصلحة العامة
227.....	الفرع الثالث: القواعد التي تحكم نظر القاضي الإداري في دعوى تجاوز السلطة وأثرها على سلطته التقديرية
250.....	المبحث الأول: قاعدة حظر تحريك القاضي الإداري لدعوى تجاوز السلطة من تلقاء نفسه
251.....	المطلب الأول: أسس قاعدة الحظر
251.....	الفرع الأول: الأساس العام لقاعدة الحظر
263.....	الفرع الثاني: قرينة المشروعية كأساس خاص لقاعدة الحظر
263.....	المطلب الثاني: أثر قرينة مشروعية القرارات الإدارية على السلطة التقديرية للقاضي الإداري في الإثبات
275.....	الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تحكيم القواعد في الإثبات
279.....	الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في تقدير وسائل الإثبات
307.....	المبحث الثاني: قاعدة الرقابة
307.....	المطلب الأول: أساس أعمال الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الإداري
307.....	الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول مدى وجود رقابة على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع
311.....	الفرع الثاني: أسس أعمال الرقابة على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع
314.....	المطلب الثاني: نطاق وحدود الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الإداري
318.....	الفرع الأول: نطاق الرقابة على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع
319.....	الفرع الثاني: حدود الرقابة على السلطة التقديرية لقضاة الموضوع
325.....	خاتمة
339.....	فهرس المصادر والمراجع
343.....	فهرس الموضوعات
361.....	

حدود السلطة التقديرية للقاضي الإداري في دعوى تجاوز السلطة

ملخص

تكتسي وظيفة القاضي الإداري أهمية بالغة في إرساء دولة القانون، حيث تتمثل مهمته الأساسية في الفصل في المنازعات الإدارية، التي تنشأ بين الإدارة التي تسعى عادة لتحقيق المصلحة العامة بما لها من سلطات استثنائية، وبين الأفراد الذين يسعون لتحصيل حقوقهم الفردية بدون أدنى سلطة. وتعتبر دعوى تجاوز السلطة من أهم الدعاوى في يد المتعاملين مع الإدارة للطعن في القرارات الصادرة عن الإدارة والتي تمس بحقوقهم وحياتهم، الأمر الذي يستوجب تدخل القاضي الإداري لإعادة التوازن بين طرفي الدعوى، إعمالاً لدوره الإيجابي في حماية حقوق وحيات الأفراد ضد تعسف السلطات. للاضطلاع بهذا الدور الإيجابي، يقتضي الأمر تزويد القاضي بأدوات تساعد في إيجاد حل يكون عنواناً للحقيقة. من بين هذه الأدوات السلطة التقديرية، والتي تعتبر من أهم الأدوات القضائية المرنة، حيث أصبحت من المسلمات في التشريعات الحديثة، خاصة بالنسبة للقاضي الإداري، فهي أوسع من غيره من القضاة الأمر الذي يستوجب تحديد مفهومها وضوابطها وخصائصها، وإبراز تطبيقاتها في نطاق موضوع دعوى تجاوز السلطة من خلال تحليل واستقراء الأحكام والقرارات القضائية الوطنية والمقارنة.

الكلمات المفتاحية: سلطة تقديرية - قضاء إداري - تجاوز السلطة - ضوابط - إثبات - تكييف .

Limits of the administrative judge's discretion power in the recourse for excess of power

Abstract

The function of the administrative judge is of paramount importance in establishing the state of the law, as his primary task is to rule on administrative remedies that arise between an administration that usually seeks to achieve the public interest with its exceptional powers, and those who seek to perceive their individual rights without any authority. The use of excessive power is one of the most important instruments in the hands of the citizens to challenge decisions taken by the administration and to violate their rights and freedoms, which requires the intervention of the administrative judge to rebalance the parties to the case, in accordance with its positive role in protecting the rights and freedoms of individuals from the arbitrariness of the authorities . In order to play this positive role, it is necessary to provide the judge with tools to help him find a solution that is the title of truth. One of these tools is discretion, which is considered one of the most flexible judicial tools, where it has become recognized in modern legislation, especially for the administrative judge, as it is broader than other judges, which requires the identification of its concept, controls and characteristics, and highlighting its applications within the scope of the subject matter of the abuse of power by analysing and extrapolating national judicial rulings and decisions and comparison.

Keywords: Discretionary power - Administrative Judiciary – excess of Power - Controls - Proof - Conditioning – evidence