

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي



جامعة جيلالي اليابس
كلية الحقوق و العلوم السياسية
سيدي بلعباس



قضاء الملاءمة كضمانة للحقوق والحريات العامة

- دراسة مقارنة -

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص علوم قانونية فرع قانون إداري

تحت إشراف الأستاذ الدكتور
أ/د . بودالي محمد

إعداد الطالبة
شيخي نيرة

أعضاء لجنة المناقشة

السيد: ميلوى زين	أستاذ محاضر - أ -	جامعة سيدي بلعباس رئيسا
السيد: بودالي محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس مشرفا ومقررا
السيد: بواب بن عامر	أستاذ محاضر - أ -	المركز الجامعي البيض عضوا
السيدة: هنان مليكة	أستاذة محاضرة - أ -	المركز الجامعي البيض عضوا

السنة الجامعية 2015/2016

شكر و تقدير

مصدقاً لقوله تعالى: " **وَإِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ** "، أسجد لله عز وجلّ حمداً له سبحانه
حمد الشاكرين المقرّين بنعمه وواسع مرحمته وكرمه الجزيل في إنجانر هذه الدراسة
العلمية؛ فله الشكر كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه.

وعملاً بقول المولى عز وجلّ: " **وَلَا تَسْأَلُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ** " أتقدم بخالص الشكر و فاتق
التقدي، وعظيم الإمتنان والعرفان بالجميل .

إلى الأستاذ الدكتور " **بودالي محمد** " أستاذ التعليم العالي والبحث العلمي بكلية الحقوق
والعلوم السياسية (جامعة سيدي بلعباس)، الذي منحني من وقته الثمين وتفصّل بالإشراف على
هذه الرسالة، وكان لتوجيهاته القيمة وآرائه السديدة الأثر العظيم في إنجانرها.

كما أتقدم بآيات الشكر والامتنان للدكتور **ميلوى نرين** الذي يشرفني بتروؤس لجنة
مناقشة هذه الرسالة.

كما أتقدم بالشكر العظيم إلى الدكتور **بواب بن عامر** لتفضّله بالمشاركة في
مناقشة هذه الرسالة وتحمله عناء قراءتها وتقييمها، فله منّي عظيم الشكر والعرفان.

كما أقدم بالشكر الجزيل إلى الدكتورة هنان مليكة التي شرقتني بالمشاركة في مناقشة هذه الرسالة وتحملت مشقة قراءتها، فلها مني عظيم الشكر والعرفان.

وعرفانا بالجميل لا يفوتني أن أتوجه بعظيم الشكر والإمتنان إلى كلّ المؤلفين القدامى منهم والمعاصرين الذين ساعدتني بحوثهم ومؤلفاتهم في إتمام موضوع هذه الرسالة، فلولا مؤلفاتهم هذه التي أفنوا فيها جهودهم والكثير من وقتهم لما استطعت أن أتوصل إلى إنجاز هذا البحث.

ويستمر شكري ليصل كلّ من شجعني وساعدني بنصائحه وكلمته الطيبة، وأخص بالذكر الأستاذة بن ديدة نجاة.

والشكر موصول إلى كلّ موظفي مكتبة كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية جامعة وهران، وموظفي مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سيدي بلعباس.

(الطابق) شخي نبيمة

أهم قائمة المختصرات

م.ع. غ.إ: المحكمة العليا. الغرفة الإدارية

ج.ر.: جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ط: الطبعة

ج: جزء

ص: صفحة

Des abréviations:

C.E : Conseil D'Etat français.

C.S. Ch. : adm cour suprême chambre administrative

Ibid.: adverbe du latin Ibidem au même endroit, référence précédente.

L. G. D. J : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

OP.CIT : Ouvrage précité.

O.P.U : Office des Publications Universitaire.

P.U.F : Presses Universitaires De France.

E.D.C.E : Études et documents du Conseil d'État.

R.A.J.A : Recueil d'arrêts de la jurisprudence administrative.

P : page

T : tome

مقدمة

إن الاعتراف بالكرامة المتأصلة لدى الأفراد وبحرياتهم وحقوقهم الثابتة وضمن حمايتها، يعدّ من أهم الركائز التي تقوم عليها الأنظمة الديمقراطية. وهو أساس السلام والاستقرار في العالم.¹ ولقد كان للنظام الإسلامي فضل السبق في إعلان الحقوق والحريات العامة، ووضع الضمانات الكفيلة بحمايتها منذ أكثر من أربعة عشر قرناً، أي قبل أن تنادي بها الأنظمة القانونية المعاصرة.

فمفهوم الحريات العامة، يعود إلى ما قرره الأحكام الشرعية في مختلف مصادر التأصيل الإسلامي. وفي هذا يقول العلامة عبد الحميد ابن باديس: "حق كل إنسان في الحرية كحقه في الحياة، ومقدار ما عنده من الحياة، هو مقدار ما عنده من حرية. والمعدّي عليه في شيء من حريته كالمعدّي عليه في شيء من حياته، وما أرسل الله من رسل وما شرع لهم الشرع، إلا ليحيوا أحراراً."² ويعرفها كذلك قائلاً: "هي التمتع بجميع الحقوق التي هي لك، في حدود من النظام لا تتعداها إلى حقوق غيرك." وهذا التعريف يقترب من التعريف القانوني للحرية الذي يرى أنّ "الحرية هي مجموعة من الحقوق التي تكفل للفرد القدرة على ممارسة شؤون حياته، التي لا يستغنى عنها. وهذه الحقوق ليست مطلقة، وإنما تقيدها حرية الآخريين، وعليه وجب إحاطة هذه الحقوق بسياج من التنظيم والحماية القانونية."³

¹ ينظر: راغب جبريل خميس راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، ط سنة 2009، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ص11.

² ينظر: عمار طالبي، ابن باديس حياته وآثاره، ط2 1983، دار المغرب الإسلامي، لبنان، ص77.

³ أفكار عبد الرزاق عبد السميع، حرية الاجتماع، دراسة مقارنة، ط سنة 2002، دار النهضة العربية، القاهرة، ص09. مأخوذ عن: حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضمائنها، رسالة دكتوراه في القانون العام، السنة الجامعية 2012-2013، جامعة تلمسان، ص11.

أما الحق فيعرفه الفقه الإسلامي بأنه "اختصاص يقرّ به الشرع لسلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة".¹ كما يتفق الفقه القانوني أيضاً على أن الحق هو "ميزة يمنحها القانون لشخص ما، ويحميها بطريقة قانونية، ويكون له بمقتضاها الحق في التصرف".² هذا، ولم يفرّق الدستور الجزائري الحالي بين الحقوق والحريات، من خلال النصّ عليها.³ كما أن أغلب الفقه يذهب إلى استخدام الحق والحرية كمرادفين.

فأول استعمال نجده لعبارة الحقوق الأساسية ورد في الدستور الألماني لسنة 1849، والذي يرجع بجذوره إلى نظرية الفقيه الألماني Jellinck حول الحقوق العامة الشخصية باعتبارها المضمونة بقيم القانون العام، ومحمية ضد السلطة العامة بمعناها العام. وتلقّف النظرية السابقة الفقه الألماني، وامتدت إلى النظام القانوني الألماني، ثم إلى الدول التي تدين بالشرعية الجرمانية، كالدستور الإسباني لسنة 1978، والدستور البرتغالي لسنة 1976. وكانت اللبنة الأولى لاستخدام هذا المصطلح في فرنسا، في مقال نشره الأستاذ Michel fomont بعنوان: «Les droit fondamentaux dans l'ordre juridique de la république fédérale allemande». المجلس الدستوري رقم 89 - DC.269 لسنة 1990 الذي استعمل لأول مرة مصطلح الحقوق العامة كصيغة مرادفة للحقوق والحريات المضمون دستوريا.⁴

¹ فتحي الدريبي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط3 سنة 1984، مؤسسة الرسالة، بيروت ص271.

² فريدة محمدي زاوي، المدخل للعلوم القانونية-نظرية الحق-، ط سنة 2000، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ص05.

³ ينظر: الدستور الجزائري الصادر في 28 نوفمبر 1996، المعدل والمتمم، المادة 122 - 139. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 76 المؤرخة في 1996/12/28.

⁴ بودالي محمد، "القضاء الإداري والحريات العامة"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، الجزائر، العدد 4 سنة 2008، ص11-12.

غير أن بعض الفقهاء لم يقتنع بفكرة استخدام الحق والحرية كمترادفين، وفي محاولة منه للتمييز بين الحريات العامة وحقوق الإنسان، ذهب إلى أن الأولى مصدرها وضعي، متمثلاً في الإرادة الشعبية التي قامت بوضع الدستور أو القانون؛ أما الثانية فنشأت من وجودها من مصادر فلسفية وتاريخية، ترجع إلى فكرة القانون الطبيعي. ووفقاً لهذا القانون، فإن الإنسان يملك بحكم إنسانيته مجموعة من الحقوق تكمن في طبيعة الإنسان ذاته، ولا يمكن إنكارها، ويلتزم القانون الوضعي بالاعتراف بها وكفالة حمايتها. فإذا تحقق هذا الاعتراف، اعتبرت حقوق الإنسان في نظر القانون حريات عامة، إذ يترتب على ذلك أن الحريات العامة، هي حقوق الفرد قبل الدولة التي كفلها الدستور والقانون.¹

وإذا كان الفرق بين الحق والحرية قد اتضح على المستوى الفقهي، فإن هناك نقطة أخرى يجدر الإشارة إليها، ويتعلق الأمر بالحريات العامة والأساسية.

فتعبر "الحريات الأساسية"، يطلق على الحريات المكفولة بالدستور. في حين يطلق اصطلاح "الحريات العامة" على تلك المكفولة بالقانون. وهذا معناه أن الأولى تكون محل حماية في مواجهة السلطات العامة، بما في ذلك سلطة التشريع. أما الثانية فتكون لها حماية في مواجهة السلطة التنفيذية، أي أنها تُضمن للأفراد في مواجهة امتيازات السلطة العامة.²

وقريب من هذا ذهب البعض إلى أنه ينبغي حال البحث عن مفهوم الحرية الأساسية، ألا نبتعد كثيراً عن الدستور أو الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على اعتبار أن الحرية الأساسية هي كل حرية نص عليها أيّ منهما. أما الرأي الراجح فيذهب إلى اعتبار حرية ما حرية أساسية بالنظر إلى ما تقوم به

¹ حسن محمد هند ونعيم عطية، الفلسفة الدستورية للحريات الفردية، دراسة مقارنة، مدعمة بأحكام المحكمة الدستورية العليا، ط 2006، دار الكتب، ص 445. مأخوذ عن: حبشي لوزق، المرجع السابق، ص 13.

² ينظر: عبد الحفيظ الشبمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، ط سنة 2001، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 161-162.

من إشباع لمصلحة أساسية أو معترف بها قانوناً؛ وأن الحرية الأساسية هي إحدى الضمانات الجوهرية لاحترام الحقوق والحريات الأخرى،¹ أما اتسّام الحريات بالعمومية، أيًا كان موضوعها، فلن تدخل السلطة في تلك الحريات، سواء تعلقت بالأفراد بعضهم ببعض، أو بعلاقة الأفراد بالسلطة. وتتدخل السلطة العامة لتهيئة الظروف المناسبة لممارستها، وتنظيمها، لكي لا تتحول إلى فوضى واعتداء على حقوق الآخرين.²

وعليه، فإن إقرار الحقوق والحريات وتمتعها بالحماية، لا يعني أنها مطلقة بلا قيد أو ضابط، بل هي نسبية تخضع في ممارستها للضوابط التي يقرّها القانون، كعدم التعسف في استعمال الحق والإضرار بحقوق الغير وحرياتهم، ومراعاة متطلبات النظام العام والمصلحة العامة. والسلطة حق تحديد مجال ممارسة الحرية مراعاة لحقوق الغير، أو لمقتضيات النظام العام.

وسلطة التشريع هي المختصة أصلاً في تحديد الإطار القانوني لممارسة الحقوق والحريات العامة المعترف بها والمكرسة في الدستور؛³ وهي لا تميل عادة إلى التضييق والتعدي على حقوق الأفراد وحرياتهم، لأنها هي المعبر عن إرادة الأفراد، وهي الحريصة على أن تضمن لها كل الحماية. إلا أن السلطة التشريعية ليست السلطة الوحيدة التي تملك صلاحية تنظيم الحقوق والحريات، بل للسلطة الإدارية دور لا يُستهان به في هذا المجال باعتبارها المسؤولة عن صيانة النظام العام وتحقيق

¹ بودالي محمد، المرجع السابق، ص 13.

² ينظر، محمد أحمد فتح الباب السيد، سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، سنة 1993، ص 107.

³ يتمتع المشرع بسلطة واسعة في تنظيم الإجراءات الكفيلة والميسرة، لممارسة الحقوق والحريات والتمتع بها، بالموازاة مع ذلك، وضع الإجراءات الحمائية التي تحول دون الفوضى والتغول على حريات الآخرين. هذا فضلاً على أن سلطته في هذا الشأن مقيدة بدورها بقيود تستفاد من طبيعة النظام السياسي، والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الديمقراطي، والتي مفادها أنه مادام الدستور قد أقر حرية من الحريات، فلا يستطيع المشرع أن يصادرهما، أو يهدرها. كما لا يجوز الاحتجاج بالتنظيم كسلطة مخولة للمشرع للتوصل بها إلى إهدار الحرية، لاسيما وأن المتمتع بالحرية يجب أن يكون مكفولاً للجميع. محمد عصفور، وقاية النظام الاجتماعي باعتبارها قيوداً على الحريات العامة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1961، ص 80.

الصالح العام وهذا من خلال ما تتمتع به من سلطة تقديرية أو سلطة تقدير الملاءمة. فمع الاعتراف بضرورة سلطة تقدير الملاءمة الإدارية لتحقيق الصالح العام، خاصة بعد تطوّر دور الإدارة نتيجة توسع وتداخل مجالات أنشطتها، إلا أنه لا يمكن إنكار أنها تعدّ - بحق - المجال الخصب والرئيسي لتعسف الإدارة، وانتهاكها لحقوق الأفراد وحرّياتهم.

إذ أنّ الإدارة وإن كانت هي التي تقدّر ملاءمة تصرفاتها، فإنّ تقديرها لا يعدو أن يكون تقديراً شخصياً قد يكون سليماً أو غير سليم من جهة، وقد ينأى عن تحقيق الصالح العام من جهة أخرى. فكان لا بد أن لا يتركّ القضاء الإدارة حرّة في تقدير ملاءمة تصرفاتها، دون مدّ رقابته إلى جوانب الملاءمة، التي كثيراً ما اتّكأت عليها السلطة الإدارية لتنجو من الرقابة القضائية، في تصرفات كثيراً ما تكون وليدة شهوة التسلّط وتحقيق منافع شخصية.¹ لذلك، فإنّ خضوع الإدارة لرقابة قضائية فعالة يعدّ الحلّ الأمثل لحماية وصيانة الحقوق والحرّيات العامة للأفراد. والرقابة القضائية لا يمكنها أن تأتي ثمارها في إقامة العدالة، إلا إذا كان القاضي يتمتع بصلاحيّة فحص الوقائع، ومدى تناسب مضمون القرار مع أسبابه، وذلك من خلال رقابة الملاءمة.

وعليه، فإنّ تقرير الحقوق والحرّيات العامة، لا يتوقف فقط على النصّ عليها في قوانين الدولة، بل ينبغي كذلك تقرير الضمانات التي تكفل حمايتها من كل اعتداء، لا سيما في مواجهة السلطة الإدارية، نظراً لطبيعة نشاطها وخطورة الإجراءات التي تتخذها بمناسبة أداء وظائفها. ولا يفهم من ذلك أنّ القاضي الإداري في رقابته على أعمال الإدارة لا ينظر إلا إلى حماية حقوق وحرّيات الأفراد، ويتجاهل ما يتطلبه النظام العام وسير واستمرار المرافق العامة، حتى لو فرضت هذه الإجراءات قيوداً

¹ ينظر: فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، ط 1 2011-2012، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ص103.

على الحقوق والحريات. فالإدارة يجب أن تتمتع بجانب مهم من الحرية في تقدير أعمالها حتى تستطيع القيام بواجبها في المحافظة على النظام العام، وضمان استمرار المرافق العامة.¹

فهمة القاضي الإداري أن يعمل على أن يوجه رقابته بأسلوب ينسجم مع طبيعة العمل الإداري، حيث يلمس من خلاله نقطة التوازن بين الحقوق والحريات المقررة للأفراد من جهة وبين مقتضيات الصالح العام واستمرار المرافق العامة من جهة أخرى. وهو ما يدفعه - بالضرورة - إلى أن يجلّ تقديره مكان تقدير الإدارة، للتحقق من مدى ملاءمة الإجراءات التي تتخذها.

والقاضي الإداري، لا يكفي في رقابته فقط بمستوى مضمون القانون، ومعنى ذلك أنه غير ملزم بتطبيق القواعد القانونية حتما وكما هي، وإنما تكون له حرته واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة، وبين الأفراد؛ فله أن يطبق القواعد القانونية ما يتلاءم معها، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم؛ كما يمارس القاضي الإداري دورا فعالا في إنشاء قواعد القانون الإداري، قد يفوق في ذلك دور المشرع؛ ومن نتائج ذلك أن القاضي عندما ينشئ القواعد القضائية التي تضبط حرية الملاءمة الممنوحة للإدارة، فإنه يباشر رقابته على هذه الحرية، كقاضٍ للملاءمة، دون أن يكون هناك تعارض بين هذه الحرية وبين خضوعها للرقابة القضائية.²

¹ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، ط1 سنة 2007 دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ص62.

² عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ط سنة 1971 دار النهضة العربية بيروت ص136.
Et Voir : G. Vedel et P. Delvolvé, droit administratif, presses universitaires de France, tome1, p 534- 536.

لكن رغم كون القضاء الإداري مصدرا رئيسيا من مصادر القانون الإداري، إلا أنه حين يتكلم بعض الفقهاء عن دوره، يهبطون به إلى الدرجة الدنيا من التواضع، حين يعتبرون دوره مجرد دور تفسيري وكاشف لنية المشرع، أي لا يخرج عن كونه قاضيا للمشروعية.

هذا الأمر كان سببا قويا في محاولة الوقوف على الدور الحقيقي الذي أصبح القاضي الإداري يمارسه في الوقت الراهن، في مجال الملاءمة. وإنطلاقا من ذلك، فإن الإشكال الأساسي يكمن، في معرفة مدى فاعلية قاضي ملاءمة الإجراءات الإدارية، في حماية الحقوق والحريات العامة في الظروف العادية. وتعبير أدق، ما هي الضمانات التي يمكن لقاضي الملاءمة أن يقدمها لحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد في الظروف العادية؟

إنّ هذا الإشكال يقودنا بالدرجة الأولى إلى إثبات طبيعة أو حقيقة القاضي الإداري، التي كانت ولا زالت محل جدل عند أغلب الفقه. وإثبات هذا الأمر، يقتضي التعرّض، بالتحليل والمناقشة للآراء الفقهية، التي قيلت في هذا الصدد، مع استخلاص طبيعة القاضي الإداري من خلال استقراء الواقع القضائي، وسياسته الرقابية في هذا الشأن. فإذا كان الواقع القضائي يُثبت ويؤكد أن القضاء الإداري يمارس اليوم دورا حقيقيا في الرقابة على تقدير ملاءمة الإجراءات الإدارية وتناسبها، وأنّ القواعد التي أصبح يُنشئها هي قواعد ملاءمة ، فلماذا يتردّد أغلب الفقه القانوني في الاعتراف بتحوّل القاضي الإداري إلى قاضي ملاءمة القرارات الإدارية إلى جانب مشروعيتها؟

وإذ كانت رقابة الملاءمة مرتبطة أساسا بوجود السلطة التقديرية للإدارة، فهل هناك تعارض بين هذه الأخيرة وبين خضوعها للرقابة القضائية؟ وبالتالي هل هناك تعارض بين المشروعية والملاءمة؟

لذلك ولمعرفة طبيعة الرقابة القضائية ومركز القاضي الإداري، وبالتالي تقدير التأثير الحقيقي الذي يمارسه على أعمال الإدارة لحماية الحقوق والحريات العامة، كان لزاما التطرّق أولا لوظيفة القاضي الإداري الأصلية في حماية المشروعية والحقوق والحريات العامة، ومدى فاعليته في ذلك. ثم

تحديد موقفه الحقيقي من الرقابة على سلطة تقدير الملاءمة الإدارية، من خلال التعرض لماهية السلطة التقديرية للإدارة، ومجالات ممارستها ورقابة القاضي الإداري عليها.

إنّ تدخل مجموع الإشكالات السابقة يُبرز أهمية موضوع "قاضي الملاءمة كضمانة للحقوق والحريات العامة". فلنتهاكات الإدارة المستمرة لحقوق الأفراد وحرياتهم العامة، بحجة السلطة التقديرية والصالح العام، وفقد الأفراد الثقة في سياسة الإدارة وأشخاصها، وكبر حاجز الرّهبة والخوف بين الأفراد وهذه الأخيرة، وعدم ثقتهم ووعيهم بأن لهم حقوقا في مواجهة سلطة الإدارة، وأنه بإمكان القضاء بما يتمتع به من سلطات حمايتها. كل هذه العوامل كانت سببا هاما في تفشي ظاهرة العنف والإرهاب بكافة صوره، والثورات غير المنظّمة في عدد من الدول العربية ضد السلطة والتي أثبت الواقع عدم نجاحها.

إنطلاقا من ذلك كان الدافع إلى اختيار هذا الموضوع، هو ضرورة الوقوف على الدور الهام، الذي أصبح القاضي الإداري يلعبه في حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد، وتنظيم السلطة التقديرية للإدارة وبالتالي الحدّ من تعسّفها. خاصة بعد ما اكتسبه من جرأة واقتحام في مراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، بسبب تزايد واتساع مجالات تدخل الإدارة في الأفراد نظرا لتطور نشاطاتها، والتي جعلت منه ليس قاضيا للمشروعية فقط بل قاضي - أيضا - للملاءمة.

لكن برغم أهمية هذا الموضوع إلى أنّنا لم نجد دراسة تطرّقت إليه بالبحث الكافي، بل إنّ أغلب الدراسات وخاصة الفرنسية، كان أصحابها يتردّدون بشكل أو بآخر في الاعتراف بوجود قضاء الملاءمة، ومنهم من يرفض مجرد الاعتراف بتوقيع الرقابة على الملاءمة، محتجّين في ذلك بالمساس بمبدأ الفصل بين السلطات، وبأنّ القاضي الإداري يجب أن يبقى في إطار وظيفته القضائية، فإذا قام بمراقبة ملاءمة التدابير التي تتخذها الإدارة، فهو بذلك يقيد السلطة التقديرية التي تركها القانون للإدارة، وبالتالي يخرج عن دوره القضائي، ويتصرف كرئيس إداري أعلى.

لذلك كان أمرا في غاية الصعوبة، إثبات طبيعة القاضي الإداري والاعتراف به كقاضٍ للملاءمة مع إنكار فقهي واسع، وكذا إثبات تمتعه بالاستقلالية، والفاعلية في مواجهة تعسف الإدارة وتجاوزاتها، لما يتمتع به من سلطات وأساليب لتحقيق ذلك. وما زاد في صعوبة البحث هو أن المقارنة تدور بين جديد وقديم، بين النظام الجزائري والفرنسي الذي يرى معظم الفقه القانوني، أن هذا الأخير هو أساس نشأة القانون الإداري الذي يتسم بحداثة نشأته، وارتبطه بتغيير النشاط الإداري ومتطلبات المصلحة العامة، وبين النظام الإسلامي الذي انتهى من وضع أصوله وقواعده وأحكامه العامة بأكثر من أربعة عشر قرنا.

إن محاولة الإجابة على الإشكالات المطروحة تطلبت تقسيم هذا الموضوع إلى باين. يتم التعرض في البداية إلى القاضي الإداري بين امتياز سلطة تقدير الملاءمة الإدارية وحماية الحقوق والحريات العامة (الباب الأول). وبعد ذلك يتم التطرق إلى قاضي الملاءمة حامى الحقوق والحريات العامة (الباب الثاني).

الباب الأول:

القاضي الإداري بين امتياز

سلطة تقدير الملاءمة الإداري والمحافظة على الحقوق والحريات العامة

الأصل أن الحقوق و الحريات العامة التي يتمتع بها الأفراد، بحاجة دائمة لمقتضيات التنظيم من قبل السلطة الإدارية. لكن قد تحيد سلطة التنظيم تلك، عن مقتضيات وموجبات ما اقتضته الممارسة العملية لحريات الفرد، بحيث تضمن هذه التنظيمات قرارات وإجراءات ، تعد بالقاسية عليها، فتتحول من التنظيم إلى التقييد، ومن الحماية لها إلى الانتهاك.

و رغم أن الرقابة الإدارية واجبة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، إلا أنها ليست كافية وحدها لضمان حماية حقيقية لهذه الحقوق، لأن هدف الرقابة الإدارية الأساسي هو العمل على أن ينشط الموظفون، ويسيروا وفقا للسياسة التي رسمتها الوزارة، والتي تسأل عنها أمام البرلمان، وليس غرضها الأصلي هو ضمان احترام الموظفين لحقوق الأفراد وحرياتهم.¹

لأجل ذلك، لا بد من وجود رقابة قضائية، يتمثل بها الضمان الحقيقي لخضوع الإدارة للقانون وحماية الأفراد وحرياتهم في مواجهتها ، والحقيقة أنه بدون هذه الرقابة يمكن للإدارة أن تخالف أحكام القانون كلما وجدت لها مصلحة في ذلك، وفي مثل هذه الحالة تهدر الحقوق وتداس الحريات بغير معقب أو حماية، وهذا أمر أصبح ضمير الإنسان لا يقبله . فالإنسانية تتطلب اليوم أن توجد رقابة قضائية على أعمال الإدارة ، تهدف إلى احترام القانون وحماية حقوق الأفراد؛ هذا

¹ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص58.

الاحترام وتلك الحماية واجبان ، مهما كان سلطان الإدارة ومهما كان الشكل السياسي للحكومة.¹

إن الرقابة القضائية هي بلا شك الضمان الفعال للأفراد إذ يلجؤون إلى القضاء عندما تتجاوز الإدارة حدود وظيفتها، أو تتعسف في استخدام سلطتها فتعتدي على حقوقهم وحررياتهم وتلحق بهم أضراراً مختلفة. غير أن تنظيم الرقابة القضائية قد لا يكون دقيقاً أو كاملاً، والنتيجة أن تفقد هذه الضمانة من أهميتها بقدر ما يتصف به تنظيمها من تخلف.²

فالقضاء يقوم بمهمة المدافع عن مبدأ المشروعية ، وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم . فهو يشكل وسيلة الإنتصاف القضائية، الميسرة للكافة، للجوء إليها طعناً على كل ما يصدر عن الإدارة من قرارات، سواء كانت صادرة بشكل إيجابي أو سلبي، أو بالامتناع عن القيام بالإجراء المطلوب اتخاذه. وهذا - طبعاً - إذا توافرت الضمانات التي تكفل له أداء وظيفته والقيام بالرقابة على أكمل وجه.³

غير أنه لا يُفهم من ذلك، أن القضاء الإداري في رقابته لأعمال الإدارة، لا ينظر إلا إلى حماية الأفراد ويتجاهل ما يتطلبه النظام العام وسير واستمرار المرافق العامة ، حتى لو فرضت هذه الإجراءات قيوداً على الحقوق والحرريات.⁴

¹ صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص 58. وفهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 145.

² عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص "ج" المقدمة.

³ عصمت عدلي، بهاء الدين ابراهيم، طارق إبراهيم الدسوقي ، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، ط سنة 2008، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، ص 473.

⁴ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، ط سنة 1992، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 29.

فالإدارة يجب أن تتمتع بجانب مهم من الحرية في تقدير ملاءمة أعمالها ، حتى تستطيع القيام بواجبها، وضمان استمرار المرافق العامة. حيث استقر الأمر على أن سلطة تقدير الملاءمة ليست امتيازاً للإدارة، بقدر ما هي واجب يتغيا في مقاصده الصالح العام ؛ ويجاول القضاء الإداري في توجيه رقابته أن يلمس نقطة التوازن بين الحرية من ناحية وبين مقتضيات النظام العام واستمرار المرافق العامة من ناحية أخرى.¹

وفي الواقع إن غالبية الفقهاء ، قد حدّدوا موقفهم من رقابة القاضي الإداري من منطلق تحديدهم لمفهوم السلطة التقديرية للإدارة، باعتبار أنها نوع من العلاقة بين الإدارة والتشريع أو الإدارة والمشرع،² وأنها السلطة التي تتيح للإدارة حرية تقدير ملاءمة نشاطها فيما تركه التشريع لها. وعلى أساس هذا التصور رتب هؤلاء الفقهاء نتائجهم للرقابة القضائية.

لمعرفة طبيعة الرقابة القضائية وبالتالي مركز القاضي الإداري، وتأثيره على عمل الإدارة لحماية الحقوق والحرريات العامة، سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: القاضي الإداري حامي الحقوق والحرريات العامة

والفصل الثاني: سلطة تقدير الملاءمة الإدارية والتدخل الامتيازي للقاضي الإداري لتنظيمها.

¹ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص29. وصلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص62.

² صلاح يوسف عبد العليم، المرجع نفسه، ص82.

الفصل الأول:

القاضي الإداري حامى الحقوق والحريات العامة

إن تدخل السلطات الإدارية في مجال تنظيم ، وتقييد ممارسة الحقوق والحريات العامة، المقررة والمضمونة للأفراد، بصدد ممارسة نشاطها، يشكّل خطراً كبيراً على تلك الحقوق والحريات، وذلك بسبب ما تملكه من سلطات وامتيازات في مواجهة الأفراد . كإصدار القرارات الإدارية الضبطية، وتنفيذها بصفة مباشرة، دون اللجوء للقضاء. فالسلطة تعدّ بمثابة عدوّ للحرية، حسب ما ذهب إليه الفقيه "مونتيسكيو" في كتابه "روح القوانين" حيث يقول: "إن كل فرد يملك السلطة يكون محمولاً على إساءة استعمالها".¹

ومن هنا تبرز أهمية فرض رقابة قضائية فعالة على امتيازات الإدارة، بهدف الحد من حرية الإدارة وتوغلها، بما يمنع استبدادها وتعسفها في استعمال سلطتها، ويدفع احتمال تحيّزها أو محاباتها لطرف على حساب طرف آخر.²

لأجل ذلك، فإن إخضاع أعمال الإدارة لرقابة القاضي الإداري، يعدّ من أهم الضمانات التي أقرها المشرع الجزائري، لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم، باعتبار أن القضاء الإداري هو حامى الحقوق والحريات العامة. وقد أكدّ دستور 1996 على هذا المبدأ في المادة 139 منه، بقولها صراحة "تحمي

¹ J. Rivero, les libertés publiques, tome1 (droits de l'homme), 1991, PUF, Paris, p161

² عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط سنة 2009، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، ص 647.

السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقه
الأساسية".¹ م

فالرقابة التي يمارسها القضاء الإداري ، باعتباره القاضي المختص بالوقابة على أعمال الإدارة،
تعد الضمانة الحقيقية، لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم. ذلك أن خضوع الإدارة للقانون، لن يكون
خضوعا حقيقيا ما لم يقترن بوجود رقابة قضائية، تتوفر للقائمين عليها كل ضمانات الإستقلالية
والموضوعية. إذ لا يمكن أن نتصور فاعلية لقانون، لا يسهر على حمايته قضاء محايد ومستقل.²

وعليه، فإن فعالية وظيفة القاضي الإداري في الرقابة على تصرفات السلطة الإدارية، ومن ثمة
حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، من تعسف هذه الأخيرة، مرهون أساسا باستقلال القاضي الإداري من
كل الضغوطات والتدخلات التي قد تمس بتراهته وحياده.

بناء عليه سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، **المبحث الأول:** القاضي الإداري هو القاضي
الطبيعي على أعمال الإدارة، **والمبحث الثاني:** إستقلالية القاضي الإداري شرط لفعالية دوره في حماية
الحقوق والحريات العامة.

¹ الدستور الجزائري الصادر في 28 نوفمبر 1996. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 76 المؤرخة في 1996/12/28.

² ينظر: عليان بوزيان، المرجع السابق، ص 647.

المبحث الأول:

القاضي الإداري هو القاضي الطبيعي

على أعمال الإدارة

لم تكن تصرفات السلطة الإدارية تخضع لرقابة القضاء في كل تصرفاتها، حتى لو كان فيها مساس بحقوق الأفراد وحررياتهم، وذلك بسبب التفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات ، الذي تبناه رجال الثورة الفرنسية . حيث كان الأفراد الذين انتهكت حقوقهم وحررياتهم ، مضطرين للجوء إلى الإدارة ذاتها؛ إذ كانت - هذه الأخيرة- تعتبر حكماً وقاضياً في نفس الوقت. ولكن هذه الأفكار زالت، حيث أصبحت الإدارة تخضع لرقابة القضاء الإداري في كل تصرفاتها.¹

إن رقابة القضاء على أعمال الإدارة بصفة عامة، جاءت كضرورة للحفاظ على مبدأ المشروعية وتأكيد، حتى تكون سيادة القانون فوق كل اعتبار، وحتى تصان حقوق الأفراد وحررياتهم العامة في مواجهة السلطة الإدارية.²

ذلك لأن القاضي الإداري باعتباره يفصل دائماً في منازعات تكون أطرافها غير متكافئة، فإنه يضع دائماً نصب عينيه أن الفرد يحتاج إلى حماية أكثر من الإدارة، لما تتمتع به هذه الأخيرة من امتيازات ووسائل الإكراه، من أجل تحقيق أهدافها. وبالتالي فإن تراخ القاضي الإداري، في بسط رقابته على عمل الإدارة، سيشجع هذه الأخيرة على عدم الإحتياط في تصرفاتها، أما إذا كان القاضي يمارس رقابة صارمة على هذه الأخيرة، فإنه يؤدي بالإدارة إلى التزام حدودها وتحرّي المصلحة العامة

¹ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط6 سنة 1991، مطبعة جامعة عين شمس، ص 05.

² سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، رسالة ماجستير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2003-2004، ص43.

دون سواها. وعليه فإنّ القاضي الإداري، هو المختص أساسا في تجسيد مبدأ المشروعية وسيادة القانون في علاقات الإدارة مع الأفراد، باعتباره حاميا للحقوق والحريات العامة.

المطلب الأول:

القاضي الإداري حاميا للمشروعية

إنّ تمتع الإدارة بسلطة مطلقة ينج عنه عادة مفسدة مطلقة، باعتبار أن أصحاب الكلمة في هذه الهيئات ما هم إلا أفراد مثلهم مثل غيرهم من الناس؛ غير معصومين من الخطأ أو الزلل. وقد يدفعهم ما يتمتعون به من سلطة أسندت إليهم، بهدف تحقيق النفع العام، إلى سلب حقوق وحريات الأفراد والإساءة إليهم.¹

ف الإدارة تتمتع أثناء ممارسة نشاطها بامتيازات السلطة العامة، وتملك من القوة ما يم كنها من تنفيذ قراراتها بالطرق المباشرة والجزئية، وبدون حاجة للجوء إلى القضاء، مما يفسح المجال أمامها لانتهاك حقوق الأفراد وحرياتهم.²

من أجل ذلك، فإنّ خضوع السلطة الإدارية للقانون بمفهومه العام، هو أفضل الحلول الممكنة للتوفيق بين ما تتمتع به الإدارة من امتيازات، لا غنى عنها لتنظيم حياة الأفراد في المجتمع وصيانة النظام العام، باعتباره التزاما قانونيا يقع على عاتقها، وبين ضرورة حماية وصيانة الحقوق والحريات العامة المقررة والمضمونة للأفراد في قوانين الدولة. فلا يكفي لحماية الحقوق والحريات، أن يسود مبدأ سيادة

¹ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ط سنة 2000، منشأة المعارف الإسكندرية، ص16.

² عوابدي عمار، "الجوانب القانونية لفكرة البوليس الإداري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد 1987/4 ص 1030.

القانون في شأن علاقات الأفراد بعضهم البعض، وإنما لا بد أن يسود القانون - أيضا - في علاقة الإدارة بالأفراد.¹

واحترام الإدارة لمبدأ المشروعية وتقيدها به، يكمن في وجوب احترام القانون بمفهومه الواسع من جهة، من طرف السلطة الإدارية الذي، يتكون من القواعد المكتوبة والمتمثلة أساسا في الدستور، والتشريع واللوائح، إضافة إلى مجموعة من القواعد غير المكتوبة كالمبادئ العامة للقانون وأحكام القضاء الحائزة لقوة الشيء المقضي به.²

إن تقيّد الإدارة بمبدأ المشروعية يهدف إلى حماية سمعة الإدارة من جهة، وذلك بحمل القائمين عليها على التبصّر في اتخاذ الإجراءات المناسبة، حتى لا تكون عرضة للإلغاء، وما يترتب عنها من فقد الثقة فيها، من قبل الأفراد.

كما يهدف إلى ضمان احترام حقوق وحرّيات، الأفراد المقررة في الدستور والقوانين وحمايتها من أي تعسف أو إساءة استخدام السلطة من جانب الإدارة.³

وعليه، فإن رقابة القاضي الإداري تعد أفضل أنواع الرقابة لتحقيق مبدأ المشروعية، وهي الرقابة المفضّلة لدى الأفراد؛ لأنها تضمن لهم حقوقهم وحرّياتهم، في مواجهة السلطة العامة، نظرا لما يتمتع به من حياد واستقلال عن أطراف النزاع.⁴

¹ سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحرّيات العامة، المرجع السابق ص44.

² مسعود شيهوب، "الحماية القضائية للحرّيات في الظروف الاستثنائية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية والسياسية، العدد 1/1998 ص24. مأخوذ عن: سليمان السعيد، المرجع نفسه، ص44.

³ عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، ط سق 1996، منشأة المعارف بالإسكندرية ص08.

⁴ ينظر: عصمت عدلي، بهاء الدين إبراهيم، طارق إبراهيم الدسوقي، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، المرجع السابق، ص398.

كما أن القاضي الإداري لا يتوقف عند حد التأكد من تطبيق القانون فقط، بل يملك - أيضا- سلطة الاجتهاد وابتداع الحلول المناسبة للتأكد من مدى ملاءمة الإجراءات المتخذة من قبل السلطة الإدارية، بهدف التوفيق بين مقتضيات النشاط الإداري وضرورة حماية حقوق الأفراد وحررياتهم في مواجهة تعسف السلطة الإدارية.

فما مدى حقيقة أن القاضي الإداري حامي المشروعية والحقوق والحريات العامة، في النظامين الفرنسي والجزائري؟

الفرع الأول:

القاضي الإداري حامي الحقوق والحريات العامة

في النظام الفرنسي

لقد أكد القاضي الإداري الفرنسي، سواء على مستوى المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة، أنه حقا حامي الحقوق والحريات العامة، وذلك من خلال موقفه في الرقابة على سلطات الإدارة، خاصة في مجال الضبط الإداري . فإذا كان رجل الإدارة يهتم أكثر بضمان حماية النظام العام وصيانته ، حتى ولو كان ذلك على حساب الحريات العامة المعترف بها للأفراد، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للقاضي الإداري، إذ يجر أن الحرية هي القاعدة والتقييد هو الإستثناء.¹

ولما كان الأصل هو التمتع بالحريات والإستثناء هو القيد، وجب أن يخضع هذا القيد إلى ضوابط وحدود، تحقق في مجموعها عملية التوازن والتكامل بين امتيازات وسلطات الإدارة، الهادفة إلى الحفاظ على النظام العام وتحقيق الصالح العام ككل، وبين مقتضيات حماية حقوق الأفراد وحررياتهم.²

¹ J. Morange, droit de l'homme et libertés publiques 2^{ème} édit 1995, P. U. F, Paris, p79.

² Voir: A. de Laubadère, Traité de droit administratif, 1992, L.G.D.J, tome1, p731.

ويترتب على ذلك، أن الإدارة لا تتمتع بسلطة مطلقة في اتخاذ ما تشاء من الإجراءات، بل هي ملزمة باحترام حدود القانون واتخاذ الإجراء اللازم والضروري لحماية النظام العام.¹

يلقاء نظرة على النظام الفرنسي، نجد أن ازدواجية الهيئات القضائية لم يترتب عنه فصل حاسم في أمر القضايا التي تدخل في اختصاص كل منهما، مما يثير إشكالات في الجهة المختصة. رغم كون الإختصاص في القضايا التي تكون الإدارة طرفاً فيها، يعود إلى المحاكم الإدارية كقاعدة عامة، إلا أن القاضي العادي يظل مختصاً بالنظر في المساس بالحقوق والحريات العامة بوجه عام؛ ليس من طرف الأفراد فقط، بل حتى من من جانب السلطات الإدارية. والإختصاص الإستثنائي للقاضي العادي في هذا المجال يستمد أساسه من المادة 66 من دستور 1958، التي نصت على أن السلطة القضائية حارسة الحريات الفردية.²

ففي حالة الإعتداء المادي، فإن القاضي العادي هو المختص في مساءلة السلطة الإدارية، لارتكابها تصرف فيه تعدي، بهدف رفع التعدي وإصلاح الضرر. ولقد عرّفت محكمة التنازع الفرنسية في قرارها المؤرخ في 04 يونيو 1940 في قضية "شneider" التعدي بأنه: "سلوك خطير صادر عن الإدارة، والذي تمس فيه هذه الأخيرة بحق أساسي أو بالملكية الخاصة".³

ويُعرّف التعدي أيضاً بأنه: "قيام الإدارة بعمل مادي تنفيذي، مشوب بعبء حسيماً أو يستند إلى قرار إداري عديم الوجود، يتضمن اعتداء على ملكية عقار أو مال منقول أو حرية عامة. ولا

Voir: Yves Gaudemet, Traité de droit administratif, tome 1 (droit administratif général), 16^{ème} 1 2^{éd}, 2011, L. G. D. J, Paris, p73

² Tsiklitis Stavros, la protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français, L. G. D. J, 1991, p01.

مأخوذ عن: سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، المرجع السابق، ص48.

³ Jean- Claude Ricci, Mémento de la jurisprudence administrative, p34.

مأخوذ عن: حسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، ط سنة 2013، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ص70.

تقتصر سلطة القاضي في هذه الحالة على الحكم بالتعويض، بل يستطيع استثناء من القواعد العامة، أن يحكم على الإدارة بالطرد والهدم والرد.¹

وحتى نكون أمام حالة التعدي ، والتالي يكون القاضي العادي هو المختص أصلا في رفعه وإصلاح الأضرار المترتبة عنه، لا بد من توافر شرطين أساسيين:²

1- يجب أن يكون التصرف الصادر عن الإدارة ذو طبيعة غير مشروعة متفاوتة الخطورة، كأن تتخذ الإدارة قرارا لم تكن لها سلطة اتخاذه، أو أن تقوم بالتنفيذ المباشر لقرار لا تملك سلطة القيام به.

2- يجب أن يكون مساس الإدارة بالملكية الخاصة، أو بحق أساسي خطيرا، بحيث يجد المعنيون أنفسهم في وضعية تجريدتهم من أملاكهم أو حقوقهم الأساسية.

وإلى جانب حالة التعدي التي يتدخل بموجبها القاضي المدني، فإن للقاضي الجنائي سلطة البث في مدى مشروعية القرار الإداري ، في حالة اعتماده كأساس لجزاء إداري معين. غير أن القاضي الجنائي لا يحكم بإلغاء القرار الإداري، بل يتوقف عند حد الحكم بعدم مشروعيته ومن ثمة عدم تطبيقه.³

ولقد أكد المشرع الفرنسي على ذلك صراحة بموجب القانون المؤرخ في 1992/07/22 المتضمن قانون العقوبات، حيث نصت المادة 05 على أن "القضاء الجنائي مختص لتفسير القرارات

¹ رامز محمد عمار، نعمت عبد الله مكي، حقوق الإنسان والحريات العامة، ط1 سنة 2010، دون ذكر دار نشر، ص190.

² J. Rivero, les libertés publiques. Tome1, les droits de l'homme, op. cit, p24.

³ سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، المرجع السابق ص49.

الإدارية التنظيمية أو الفردية، وكذا فحص مشروعيتها إذا كان هذا الفحص لازماً لحل النزاع المعروض أمامها".¹

إن السبب في جعل القاضي العادي حامياً للحقوق والحريات العامة، مرجعه إلى السلطان اللذان يتمتع بهما، وهما سلطة توجيه الأوامر للإدارة والحكم بالغرامة التهديدية، على عكس القاضي الإداري الذي كان يمنع عليه توجيه الأوامر للإدارة.

فالقاضي العادي ظلّ لمدة طويلة الضامن لحماية حقوق وحريات الأفراد، من جرّاء تصرفات الإدارة المكوّنة لحالة التعدي؛ غير أن هذه المبررات لم تعد مقنعة، بعد التعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي في القضاء الإداري، حيث أصبح لهذا الأخير سلطة توجيه الأوامر للإدارة، وكذا الحكم عليها بالغرامة التهديدية.²

كما أن المادة 521 الفقرة 02 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي، بموجب القانون رقم 597/2000 الصادر في 2000/6/30، المتعلق بالإستعجال أمام الجهات القضائية الإدارية، منحت للقاضي الإداري في حالة الإستعجال، سلطة اتخاذ كل الإجراءات الضرورية واللازمة، لحماية الأفراد في حالة المساس الخطير وغير المشروع بحقوقهم وحرياتهم، من طرف أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، المكلفين بتسيير مرفق عام، وذلك في مدة 24 ساعة.³

¹ **Claude Leclercq**, liberté publique, 2^{ème} édit 1994, édition Litec, Paris, p157.

مأخوذ عن: سليمان السعيد، المرجع نفسه، ص49.

² **Louis Favoreu**, "la notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés". Recueil Dalloz, n22/ 2001, p1739.

³ **Louis Favoreu**, op.cit, p1739. Et voir: **Marie- christine Rouault**, "la loi du 30 juin 2000, un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", recueil Dalloz, 2001, p398.

الفرع الثاني:

القاضي الإداري حامى الحقوق والحريات العامة في النظام الجزائري

تعدّ الحقوق والحريات العامة، من الأصول الثابتة للشعب الجزائري، التي يصعب المساس بها، وقد أكدّ دستور 1996، في ديباجته،¹ هذه الحقيقة حيث جاء فيها: "إن الشعب الجزائري ناضل ويناضل دوماً في سبيل الحرية والديمقراطية، ويعتزم أن يبني بهذا الدستور مؤسسات دستورية، أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية، والقدرة على تحقيق العدالة الاجتماعية، والمساواة، وضمان الحرية لكل فرد.

فالدستور يجسم عبقرية الشعب الخاصة، ومرآته الصافية التي تعكس تطلّعاته، وثمره إصراره، ونتاج التحوّلات الاجتماعية العميقة التي أحدثها، وبموافقته عليه يؤكّد بكلّ عزم وتقدير أكثر من أيّ وقت مضى سموّ القانون.

إنّ الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات، ويكفل الحماية القانونية، ورقابة عمل السّطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية، ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكلّ أبعاده."

وبما أنّ الدستور هو بطاقة هوية الدولة، والمرآة الصافية التي تعكس تطلّعات الشعب، فقد أكدّ دستور 96 على ذلك، مقررًا الحريات العامة، وتحديدًا في أحكام الفصل الرابع من الباب الأول، من المادة 29 إلى المادة 59 تحت عنوان "الحقوق والحريات". مستندا في ذلك على مبدأ المساواة كأساس لجميع الحريات، ومبدأ المشروعية، كأحد أهمّ حدود ممارسة السلطة وضمانة أساسية للحريات

¹الدستور الجزائري الصادر في 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 76 المؤرخة في 1996/12/28

الفردية والجماعية. وكل ذلك في إطار سمو الدستور باعتباره القانون الأساسي في الدولة، الذي يعلو على الجميع حكاما ومحكومين. وبهذا المعنى، فإن دستور 96 قد أسس فكريا لقيام دولة القانون، وبناء حكومة الحرية.¹

وعليه فإنّ الدستور الجزائري قد أسس لحماية المشروعية، بما تضمنته من حماية للحقوق والحريات، قبل أن يتبنى المشرع العادي هذه المهمة.

ولقد أكد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية² على اختصاص القضاء الإداري في الرقابة على مشروعية أعمال السلطة الإدارية، بهدف حماية الحقوق والحريات العامة، وببُتّي المعيار العضوي. حيث تنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها". وبالنسبة لاختصاص المحاكم الإدارية، فقد حددته المادة 801 من نفس القانون، حيث جاء فيها "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.

- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية.

¹ عليان بوزيان، أثر حفظ النظام العام على ممارسة الحريات العامة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006-2007، ص 146.

² قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008. الجريدة الرسمية العدد 21 سنة 2008.

– المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.

2- دعاوى القضاء الكامل..."

أما استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية، فيكون الفصل فيها من اختصاص مجلس الدولة، طبقا للمادة 902 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وقد حدد نفس القانون الاختصاصات الأساسية لمجلس الدولة بصفته حام للمشروعية، في المادة 901 منه، إذ تنص على ما يلي: "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية..."

إضافة إلى ذلك فإن القاضي الإداري الجزائري، هو المختص في حالات التعدي على الحقوق و الحريات العامة. ويمكن استخلاص ذلك من عدة قرارات منها، قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 1998/4/27 في قضية (ش. د. ب ضد بلدية بنورة)¹، وتتمثل وقائع القضية فيما يلي:

– يملك المدعي غابة نخيل بلدية بنورة بولاية غرداية، وفي عام 1985 طلب الحصول على رخصة بناء من أجل إنجاز حائط خارجي يحمي ملكيته من الرياح، فسلمت له الرخصة في 1985/06/16، حيث قام ببناء الحائط.

– بتاريخ 1993/01/04 رفعت البلدية دعوى ضده ملتزمة إلزامه بإزالة الحائط مع السماح لها بهدمه، مدعية أن الحائط يغلق مجرى الوادي، فرفضت المحكمة الدعوى، لكن رغم ذلك قامت البلدية بهدم الحائط.

¹ م ع، غ إ، قضية (ش. د. ب) ضد بلدية بنورة، قرار رقم 157362 بتاريخ 1998/4/27، المحلة القضائية العدد 1/1998 ص 198 وما بعدها.

- رفع المدعي دعوى أمام مجلس قضاء الأغواط، وبعد تعيين خبير ورجوع الدعوى بعد الخبرة، قضى برفض الدعوى.

- إستأنف المدعي هذا القرار أمام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، التي استجابت لطلبه مؤكدة وجود حالة تعدي سافر من بلدية بونورة، وقد جاء تسبيب القرار كما يلي:

"حيث أن البلدية المستأنف عليها قامت بالتعدي على الجدران دون الحصول على حكم يرخص لها بذلك، لأن المستأنف استظهر برخصة بناء وبمحضر إثبات حالة، على أنه لم يغلق مجرى مياه الوادي كما تدعي البلدية ... وعليه فإن البلدية تتحمل مسؤولية خطئها مما يتعين إلغاء القرار المستأنف...".

فقد اعتبرت المحكمة العليا في هذه القضية التعدي السافر الصادر من بلدية بونورة، خطأ جسيم، يتسوجب تصحيحه.

ومن أمثلة اختصاص الإدارة أيضا بحماية حقوق وحرية الأفراد في حالة التعدي عليها، قرار مجلس الدولة المؤرخ في 1999/02/01 في قضية (الشركة الجزائرية لتوزيع السيارات ضد بلدية وهران)¹، وتمثل وقائعها فيما يلي:

- تشغل الشركة الجزائرية لتوزيع السيارات المحلات التي تأوي وكالتها بوهران، وهي ملك للدولة.

¹ حسين بن شيخ آملويا ، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 73 وما بعدها، وينظر مؤلفه، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ط سنة 2004، دار هومه ، الجزائر، ج2، ص17 وما بعدها.

- بموجب رسالة مؤرخة في 1971/5/15 طالبت بلدية وهران من الشركة الجزائرية لتوزيع السيارات دفع قيمة 41 شهر من الإيجار.

- إغتنت بلدية وهران فرصة تعليق نشاط الشركة بوهران بسبب وفاة مسيرها، وقامت بشغل الأمكنة رغم أن عقد الإيجار لم يتنه بعد. وقام موظفي البلدية بطرد الحارس بعنف، وأفرغوا المحلات في غياب مسؤولي الشركة.

- رفعت الشركة دعوى استعجالية أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران، تطالب فيها بوضع حد للتعدي الصادر من البلدية، مع استرجاع المحلات ...

- بتاريخ 1996/12/14 أصدرت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران قرارا بعد الاختصاص.

- إستأنفت الشركة القرار أعلاه أمام مجلس الدولة بتاريخ 1997/10/14. وبعد التصدي والفصل في القضية من جديد، أمر البلدية بوضع حد لحالة التعدي مع إرجاع المحلات إلى حالتها الأولى ووضعه تحت تصرف الطاعنة. وقد جاء في حيثيات القرار ما يلي: "حيث أنه يستفاد من مستندات الملف، أنه وإن كانت بلدية وهران قد طلبت من الطاعنة، بموجب رسالة مؤرخة في 1971/5/15 بدفع تعويض عن الشغل، فإن رسالته المؤرخة في 1981/5/25 تثبت صفة الطاعنة كمستأجرة، إذ أن البلدية طالبت برفع قيمة الإيجار.

حيث أنه بالنتيجة، فالبلدية وبهذه الرسالة لم تعد تعتبر شغل الطاعنة للأمكنة المتنازع عليها كشغل مؤقت، مكرسة بالتالي لحقوقها كمستأجرة محل ذي استعمال تجاري ...

حيث أن شغل الأماكن من طرف البلدية لا يستند إلى نص قانوني ولا إلى نص تنظيمي، ولكنه يشكل تعدياً بما أن البلدية نفذت بنفسها قرارها دون اللجوء إلى المحاكم للقيام بذلك.

فقد أقام مجلس الدولة مسؤولية بلدية وهران على أساس وجود حالة من حالات التعدي من جهتين:¹

الجهة الأولى: تتمثل في وجود مساس خطير بحق شخصي للمدعية، والمتمثل في حقها كمستأجرة في استعمال واستغلال للعين المؤجرة، وأن الإدارة المتمثلة في بلدية وهران قامت بارتكاب خطأ مرفقي عندما اعتدت على ذلك الحق.

الجهة الثانية: تتمثل في عدم مشروعية تصرف الإدارة، وله صفة السلوك الخطير. فالإدارة اتخذت قرارها، ونفذته بالقوة دون حق. وعليه فإن القضاء الإداري يعاملها - في حالة التعدي هذه - معاملة الأفراد، وفي مقدوره إصدار أوامر ضدها، بأن يأمرها بوقف التعدي.

ومن القضايا الدالة - أيضاً - على اختصاص القاضي الإداري بحماية الحقوق قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا - سابقاً - المؤرخ في 1990/02/24، في قضية (ب ب ضد والي ولاية البليلة)². وقد ورد في حيثياته ما يلي:

"... حيث أنه يستنتج من الملف بأنه وإن كان والي ولاية البليلة يتمسك للمادة الأولى من المرسوم 62-03 المؤرخ في 1962/10/23 لأجل منازعة الطاعنة في حصولها على السكن المتنازع

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 75.

² غ. إ. م. ع، قرار رقم 62755، المؤرخ في 1990/02/24، قضية (ب ب ضد والي ولاية البليلة)، المحلة القضائية، العدد 1995/02، ص 146 وما بعدها.

عليه، فإن إدارتي أملاك الدولة والتسجيل والدمغة، وبعدها اعتبرت سند ملكية الطاعنة سندا قانونيا، أجبرت هذه الأخيرة على اكتتاب يتمثل في تكلفة القيمة الخاضعة للضريبة والتي قبلت الطاعنة به.

حيث أن هذا الاكتتاب الذي أمرت به الإدارة يعدّ اعترافا صريحا بصحة البيع.

حيث أنه يتعيّن على الإدارة وحتى تتمتع بالمصادقية، مراعاة الحد الأدنى في استمرار مرافقتها، والحرص على توفر الانسجام بين مختلف مصالحها بحيث لا تنازع إحدى هذه المصالح في الحقوق المعترف بها للمواطن من طرف مصلحة أو مصالح أخرى.

حيث أنه يستخلص من ذلك أن الشراء المنصب على المسكن المعترف بقانونيته من طرف إدارة أملاك الدولة، غير قابل للمنازعة فيه من طرف والي ولاية البليدة.

حيث أنّ والي البليدة قد تجاوز سلطته عندما منح مسكنا للغير كانت إدارة أخرى قد اعترفت للطاعنة بملكّيته."

ومنها أيضا قرار مجلس الدولة المؤرخ في 1999/3/08، في قضية الوزير فوق العادة المكلف بإدارة شؤون ولاية الجزائر ضد الشركة الوطنية مصر للطيران.¹

تتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة الوطنية مصر للطيران إستأجرت شقة بالجزائر العاصمة، من شركة "ساديا" بتاريخ 1970/10/12. وفي عام 1993 تركت الشركة مصر للطيران الشقة ونزعت أثاثها منها، مما دفع الوزير فوق العادة المكلف بإدارة شؤون العاصمة باتّخاذ

¹ قرار مجلس الدولة المؤرخ في 1999/03/08، قضية الوزير فوق العادة المكلف بإدارة شؤون ولاية الجزائر ضد الشركة الوطنية مصر للطيران. ينظر: حسين بن شيخ آث ملويا ، المهتمقي في قضاء مجلس الدولة، ط سنة 2002، دار هومة الجزائر، ج 1، ص53.

قرار تحفظي في 1995/07/03 بشأن تلك الشقة ، وقام بتغيير الأقفال حارما تلك الشركة من الإستفادة منها.

نتيجة لذلك رفعت هذه الأخيرة دعوى أمام القسم الإستعجالي للغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر طالب بإرجاع مفاتيح الشقة لها.

بتاريخ 1996/03/18، أصدر قاضي الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر أمرا إستعجاليا ، يتضمن إلزام الوزير فوق العادة بإرجاع مفاتيح الشقة المتنازع عليها إلى المدعية الشركة مصر للطيران. بتاريخ 1996/09/18 إستأنف الوزير فوق العادة الأمر الإستعجالي - المذكور أعلاه- مستندا في طلب الإستئناف إلى أن المستأنف عليها تركت السكن محل النزاع، ونزعت منه كل أمتعتها مع عدم تسديد اجر الكراء و لا فواتورات استهلاك الكهرباء والغاز. و أنه اتخذ قرارا تحفظيا لحفظ السكن المهمل. وبتاريخ 1999/03/08 فصل مجلس الدولة في هذا الإستئناف، وجاء في حيثيات قراره ما يلي:

"... حيث أن قيام المستأنف مباشرة ، باتخاذ القرار التحفظي المتعلق بالشقة التي كانت تشغلها المستأنف عليها ، وبتغيير الأقفال يشكل تعديا صارخا. حيث أنه ووفقا لنص المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية، فإن قاضي الإستعجال الإداري مختص للأمر بوقف التعدي، ونتيجة لذلك فإن قاضي الدرجة الأولى كان على الصواب عندما أمر بإرجاع المفاتيح إلى المستأنف عليها..."

ي ستفاد من خلال هذا القرار أن القاضي الإداري الجزائري يتمتع بصلاحيات اتخاذ كل الإجراءات اللازمة لرفع التعدي وإصلاح الأضرار المترتبة عنه؛ و هذا عكس ما كان عليه الحال في فرنسا قبل تعديل تقنين القضاء الإداري ، بموجب القانون رقم 597/2000 الصادر في

2000/6/30 المتعلق بالإستعجال أمام الجهات القضائية الإدارية . حيث أصبح للقاضي الإداري الفرنسي طبقاً لهذا القانون، في حالة الإستعجال سلطة اتخاذ الإجراءات اللازمة في حالة المساس بالحريات الأساسية.¹

ومن المجالات التي أصبح القاضي الإداري الجزائري يمارس دوراً جدياً في الرقابة عليها، مجال نزع الملكية للمنفعة العامة.

فلطالما اعتُبر هذا المجال من إطلاقات سلطة الإدارة، التي لا يجوز للقضاء التعقيب عليها، غير أنّ ضرورة الحفاظ على حقوق الأفراد، جعلته - مؤخرًا - يغيّر سياسته الرقابية في هذا الشأن. من أمثلة ذلك، قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2001/2/19، في قضية (ل.م ومن معه ضد بلدية جيجل).² وقد ورد في حيثياته ما يلي:

"حيث أنه يتبيّن من الوثائق المرفقة بالملف، وتصريحات طرفي النزاع، أنه ليس هناك أي تناقض في أقوال طرفي النزاع لكون المستأنف عليهم الممثلين للإدارة، يقرّون بأن المستأنفين قد نزعت ملكيتهما منهما لإقامة مركز للبريد.

وحيث أن إلغاء المداولة المتضمنة للمبادلة العقارية الصادرة عن البلدية، رقم 96/198 من طرف والي الولاية بمقرر صادر تحت رقم 97/722 لم يكن إلا لعدم اكتساب البلدية للقطعة الأرضية موضوع المبادلة، لا عن طريق الإدماج في الإحتياجات العقارية ولا عن طريق نزع الملكية للمنفعة العامة وخلافاً للقانون.

la loi du 30 juin 2000, un petit pas vers un traitement efficace de " Marie- christine Rouault, l'urgence par le juge administratif", op.cit, p398.

² قرار غير منشور، الغرفة الثالثة في مجلس الدولة، فهرس رقم 131. مأخوذ عن: لحسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص76.

وحيث أن تصرف البلدية يعد استيلاء على ملكية المستأنين، وأنها المسؤولة الوحيدة عن تصرفها الذي ألحق ضررا بالمستأنين، يستوجب إصلاحه طبقا للقانون ...

وحيث أنه يتعين الإشهاد والتصريح بمسؤولية البلدية المستأنف عليها في إلحاق الضرر بالمستأنين، والممثل في نزع ملكيتهما الثابتة بعقود الهبة الرسمية المرفقة بالملف دون أي إجراء قانوني، وكذلك الإشهاد والتصريح بحقهما عينا، وعند استحالة التعويض العيني حقا، يكون التعويض نقدا منصفًا وعادلا.

وحيث أنه كان على قضاة أول درجة أن ينصفوا المدعين بالإشهاد لهم في حقهم في تعويضهم عن نزع ملكيتهم، لعدم جواز إلزام الإدارة بفعل شيء ما، مما يستوجب إلغاء قرارهم المستأنف..."

وجدير بالذكر أنّ إشارة القرار أعلاه بعدم جواز إلزام الإدارة بفعل ما، مردّه إلى أن تاريخ القضية كان قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي أصبح بموجب القاضي يستطيع توجيه أوامر للإدارة، والحكم عليها أيضا بالغرامة التهديدية.

بناء على ما تقدم، فإن القاضي الإداري في الجزائر؛ هو القاضي الطبيعي لنشاط الإدارة، باعتباره القاضي المختص أصلا بفحص مشروعية الإجراءات التي تتخذها الإدارة، وإلغائها إذا تبين عدم مشروعيتها، سواء تعلق الأمر بقرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والمتمثلة في رئيس الجمهورية والوزراء، والتي تع د من اختصاصات مجلس الدولة، أو القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المحلية والمتمثلة في الوالي ورؤساء المجالس الشعبية البلدية، والتي تعد من اختصاصات المحاكم الإدارية. كما أنه المختص بتحريك مسؤولية الإدارة، وتحميلها مسؤولية التعويض عن الأضرار المترتبة من جراء تصرفاتها، بناء على دعوى القضاء الكامل.

فالقاضي الإداري يعتبر - فعلا- حامى المشروعية وحامى الحقوق والحريات العامة المقررة

للأفراد، الذين عادة ما يجدون أنفسهم في مركز ضعف في مواجهة الإدارة. ففي حالة قيام السلطة الإدارية باتخاذ إجراء إداري ، معين فإنه من حق الأفراد المعنيين بهذا الإجراء، الطعن فيه أمام القاضي الإداري، بناء على دعوى تجاوز السلطة، للمطالبة بإلغائه إذا شابه عيب من عيوب المشروعية. كما يحق للأفراد اللجوء إلى القاضي الإداري، للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم من جراء هذا الإجراء.

إضافة إلى ذلك فإن دور القاضي الإداري في حماية المشروعية وفي حماية الحقوق والحريات العامة، يمتد إلى ابتكار الحلول المناسبة في حالة غموض القانون أو قصوره، وخلق قواعد قانونية؛ حيث يمارس إلى جانب المشرع دورا فعالا في خلق قواعد القانون الإداري¹. فهو يقوم بإنشاء القاعدة القانونية في الوقت نفسه الذي يقوم فيه بتطبيقها². ونتيجة لذلك فإن القاضي الإداري حين ينشئ قواعد قانونية جديدة ، فإنه يضيف قيودا على سلطة الإدارة ، بحيث يوسع مجال المشروعية ، ويضيق بالتالي من حرية الإدارة في ممارسة حرية الملاءمة المتروكة لها³.

بيد أن رقابة القاضي الإداري على مدى احترام الإدارة للقانون، في علاقتها مع الأفراد، و كذا مساهمته في إنشاء قواعد القانون ، لا يشكل تعديا على مبدأ الفصل بين السلطات، بل الحقيقة أن القاضي الإداري في هذه الحالة لم يتجاوز اختصاصاته؛ بل إنه يحاول جاهدا تحقيق التوازن بين الصالح العام الذي تسهر السلطة الإدارية على تحقيقه، وبين ضرورة حماية الحقوق والحريات العامة

¹ Christophe guettier, droit administratif, 2^{ème} éd 2000, Montchrestien E.J.A, paris , p174.

² Yves Gaudemet, Traité de droit administratif, tome1, op.cit, p733.

³ G. Vedel et P. Delvolvé, droit administratif, tome1, op, cit, p534- 536. Et : Marie- Christine Rouault, droit administratif, 7^{ème} édition, Gualino Lextenso éditions, L. G. D. j - Montchrestien. Paris, p 146.

المضمونة للأفراد؛ وهو بهذا العمل يمارس صميم اختصاصه كحام للمشروعية وللحقوق والحريات العامة. ومن القواعد التي أقرها القاضي الإداري في مجال تنظيم ممارسة الحقوق والحريات العامة:

1- عدم مشروعية المنع الشامل والمطلق لممارسة الحقوق الحريات العامة، إذ كل إجراء إداري يتضمن تحريم أو إلغاء شامل أو مطلق لهذه الحريات والحقوق، يعتبر عملا غير مشروع. وتدخل السلطة الإدارية في مجال حقوق وحريات الأفراد، يكون بهدف تنظيمها، عن طريق تحقيق الملاءمة بين ممارسة هذه الأخيرة والمحافظة على النظام العام.¹

2- ضرورة احترام مبدأ التناسب بين الإجراءات الإدارية الهادفة إلى إقامة النظام العام، والحقوق والحريات العامة أفراد. إذ إن القيم الإنسانية والأخلاقية والفلسفية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية للحقوق والحريات العامة، ليست متساوية وفي درجة واحدة، فهناك حقوق وحريات لصيقة بالإنسان وأكثر وأقوى قيمة لوجوده وحياته.²

3- ضرورة احترام حق الدفاع وعدم مصادرة حق التقاضي. فإذا تضمن حق الدفاع في القضايا والعقوبات الجنائية ضد الشخص مبدأ عاما وأساسيا تقره أغلب الدساتير والقوانين لصالح المتهم ، على مستوى المحاكم القضائية و اللجان التأديبية، فإن القاضي الإداري يصر أيضا على تقرير و تأكيد هذا المبدأ.³

غير أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، رغم ما توفره من حماية لمبدأ المشروعية، حيث تكون سيادة القانون فوق كل اعتبار، ورغم ما تقدمه للأفراد من حماية لحقوقهم وحرياتهم العامة في

¹ J. Rivéro, les libertés publiques, tome1 (droits de l'homme), op.cit, p188.

² سعاد الشراقوي، نسبة الحريات وانعكاساتها على التنظيم القانوني، ط سنة 1979 دار النهضة العربية، القاهرة ص 147 وما بعدها.

³ عوابدي عمار، "الجوانب القانونية لفكرة البوليس الإداري"، المرجع السابق، ص992.

مواجهة امتيازات الإدارة، إلا أن هذه الرقابة لن تؤتي ثمارها ما لم تتوافر للقاضي ضمانات الحياد والتراثة والاستقلالية.

المطلب الثاني:

القاضي الإداري حامي المشروعية

في النظام الإسلامي

إذا كانت النظم القانونية الوضعية تولى أهمية بالغة للرقابة القضائية على أعمال الإدارة، باعتبارها أهم الضمانات لحماية مبدأ المشروعية وصيانة الحقوق والحريات العامة، فإن النظام الإسلامي لنفس الاعتبارات يجعل وظيفة القضاء من المناصب ذات الحساسية البالغة، نظراً للتأثير البالغ الذي يمارسه على نشاط السلطة العامة وعلى الحقوق والحريات العامة.

فإذا كان القضاء الإداري الحديث، يعدّ سمة من سمات الدولة المتطورة، فإن ذلك يخلق مناسبة لإثارة سؤال، عن مدى إمكانيات وجود قضاء إداري متطور في النظام الإسلامي، بنفس السمات والأهداف، التي يتمييز بها القضاء الإداري الحديث؟

الفرع الأول:

قاضي المظالم حامي الحقوق والحريات العامة

في النظام الإسلامي

مع خضوع الإدارة العامة في النظام الإسلامي لمبدأ المشروعية، إلا أنها تعرضت بعد عصر الخلفاء للون من الإستبداد، حيث أتاحت الفرصة العملية، لتفاجئ الدولة بتصرفات، من الصعب القول بموافقتها للقانون الذي تدين به الدولة؛ وهذا ما صعب الطريق أمام الأفراد للمطالبة بحقوقهم.

على أن الدولة الإسلامية في فترات متلاحقة ، خاصة بعد اتساع رقعة الدولة الإسلامية، صحت على هذه الحقيقة ، وقامت بإجراء محاولات لإخضاع الدولة الإسلامية لسيادة المشروعية الإسلامية، وتوفير الرقابة على هذا الخضوع . وتمّ ذلك - بالفعل - بإنشاء نظام قضائي مستقل عن القضاء العادي، وهذا إيماناً بضرورة، وجود قضاة متخصصين، متفهمين لأعمال الإدارة ومطالبها وأهدافها، التي يجب ألا تخرج عن تحقيق المصلحة العامة ، من جهة؛ وحريصين من جهة أخرى وفي نفس الوقت، على حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد،¹ في مواجهة امتيازات السلطة العامة، المثلة في الخليفة وولاته في مختلف أمصار الدولة.

في العصر الأول للدولة الإسلامية ، كما هو الحال بالنسبة للدول الحديثة، لم تدع الحاجة إلى وجود قضاء متميّز، يتولّى الفصل في المنازعات ذات الطابع الإداري، وكانت هذه المنازعات تعرض على القضاء العادي، الذي كان يتمتع بكثير من الضمانات، مثل اعتبار القاضي نائباً عن الأمة، كوليّ الأمر تماماً، إضافة إلى ما يتمتع به من استقلال واستقرار في عمله.²

ولكن نظراً لتعدد الجهاز الإداري، بسبب اتساع الدولة وكثرة الوقائع والمشاكل بين الإدارة والأفراد، بدأت تظهر الحاجة لهذا النوع من القضاء وهو القضاء الإداري. فكان الخلفاء أنفسهم يتولونه، إلى جانب أعمالهم الأخرى السياسية ، مستعينين في ذلك بالقضاة والفقهاء؛ ثم تطوّر الأمر حتى أسند هذا النوع من القضاء نظراً لضرورته البالغة، إلى أشخاص متخصصين به سُموا بقضاة المظالم، وأطلق على جهاز القضاء الخاص بالفصل في هذا النوع من المنازعات إسم "قضاء المظالم".

أولاً: التعريف بقضاء المظالم

¹ ينظر: إحسان عبد المنعم عبد المهادي سمارة، الإدارة والقضاء الإداري في الإسلام، ط1، 2000، دار يافا العلمية، عمان الأردن، ص235.

² ينظر: عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص662.

عرف العلامة ابن خلدون قضاء المظالم، بأنه: "وظيفة ممتزجة من سطوة السلطة ونصفه

القضاء، يحتاج فيها إلى علو يد وعظيم رهبة، تفتح الظالم من الخصمين وتزجر المعتدي."¹

وعليه فإنّ قضاء المظالم هو نوع خاص من القضاء، منفصل عن القضاء العادي، يقوم بللفصل في التظلمات والخصومات، التي يكون أحد طرفيها أو كلاهما من ذوي القوة والجاه والنفوذ، سواء استمد ذلك من عمله الوظيفي، الذي يقوم به أو بسببه أو بأي سبب آخر، في حين أنّ القضاء الإداري المعاصر اليوم، والذي هو من صنع قضاء المظالم بالأمس، يعرف بأنه نوع من القضاء مستقل عن القضاء العادي، ينظر بصورة عامة في الدعاوى والخصومات، ذات الصلة بالسلطة الإدارية وعلاقتها بالأفراد، عند قيامها بإصدار قراراتها الإدارية أو إدارة مرافقتها العامة.²

فالملاحظ أن هنالك تشابه كبير بين القضاء الإداري وقضاء المظالم. غير أن قضاء المظالم أكثر شمولاً وأوسع اختصاصاً، فهو يشمل الدعاوى والخصومات التي تقوم ما بين الأفراد وجهات الإدارة العامة، إلى جانب المنازعات التي يكون أحد طرفيها، جهة أو شخص ذا قوة ونفوذ وتسلط، بحيث أن القضاء العادي لا يستطيع أن يردعه عن ظلمه أو يوقفه عند حده.

فلقضاء الإداري اليوم هو في الحقيقة من صنع قضاء المظالم، تجسده هيئة يطلق عليها اسم مجلس الدولة، وهو ترجمة حرفية للإسم الفرنسي لهذه الهيئة (conseil d'état)، والدولة العثمانية سابقاً، كانت تطلق عليها اسم "شوراي الدولة" وعرف هذا المجلس في الدولة العربية باسم مجلس شورى الدولة. وعندما انفصلت سورية عن الدولة العثمانية، سمى هذا المجلس باسم "مجلس الشورى العربي"، وخلفه بعد الاحتلال الفرنسي "مجلس شورى الدولة"، ولا يزال حتى يومنا هذا في لبنان

¹ ابن خلدون، المقدمة، ط 7، 1989، دار القلم، بيروت، ص 222.

² ينظر: سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، الطبعة الخامسة، سنة 1985م، دار الفكر العربي، القاهرة ص 44 وما بعدها

يسمى بهذا المسمى ، وقد تم اختصاره بـ "مجلس الشورى" أما في مصر والجزائر، فيطلق عليه اسم "مجلس الدولة"، تقليدا للنظام الفرنسي.¹

ولقضاء المظالم اختصاصا زمنيا ومكانيا ، حيث أجاز الفقهاء أن يتضمن عهد التولية ، زمنا محددًا بذاته لنظر النزاع، كيوم بذاته أو يوم معين من أيام الأسبوع أو أكثر من ذلك ، فإذا كان التقليد ليوم واحد انتهت الولاية بانتهاء ذلك اليوم، أما إذا كان ليوم معين في الأسبوع أو لأيام فإن الولاية لا تنتهي بانتهاء ذلك اليوم المعين أو الأيام وإنما تبقى ليوم أو لأيام المماثلة في الأسبوع الثاني.²

ولقد بلغ التظلم القضائي ذروته في العصور العباسية المتلاحقة، فأصبحت ولاية القضاء العادي تخضع لإدارة قاضي القضاة وإشرافه ورقابته، وأصبح التخصيص الزمني محددًا. وقد أصبحت ولاية المظالم في هذه الفترة ، ولاية متميزة مستقلة ، وأصبح قاضي المظالم ، يباشر النظر في المظالم طيلة أيام الأسبوع. يمكن متميز وهو قبة المظالم ، أو دار المظالم ، أو دار العدل ، أو دار نيابة العدل وبحدود الإختصاص المكاني والنوعي لاختصاص، أما إذا كان منتدبا لذلك فإنه يحدد أياما معينة من الأسبوع يتفرغ للنظر بالمظالم.³

أما الاختصاص المكاني فيعني نظر قاضي المظالم في الخصومات أو المنازعات، التي تدور ضمن إقليم معين، أو مكان معين، فهو ينظر كافة المظالم ضمن هذا الإقليم وبحدود اختصاصه النوعي، سواء

¹ محمد وليد العبادي، قضاء المظالم وسيلة لقمع الظلم وإحقاق العدل.

, vue le : 21/08/2015 www.aliftaa.jo

² نَظَر: الماوردي، الأحكام السلطانية، ط3 سنة 1393هـ/1973م، مكتبة مصطفى الباوي الحلبي وأولاده، مصر ص100.

³ نَظَر: الماوردي، المرجع نفسه، ص100.

أكان ينظر بالمظالم بالاستناد إلى ولايته العامة أم بتقليد خاص، ولا يكون له أن يتجاوز ذلك، إلى نظر المظالم الواقعة في مكان آخر. أما المقر الرئيسي لديوان المظالم فهو عاصمة الخلافة.¹

ثانياً: اختصاصات قاضي المظالم المحصنة للحقوق والحريات العامة

يتمتع قضاة المظالم باختصاصات مميّزة، تمكّنهم من القيام بمهامهم القضائية على أكمل وجه. والتصرفات التي كان قاضي المظالم يملك صلاحية الرقابة عليها، هي التي تشكل خروجاً على مبدأ المشروعية، وتمس بحقوق وحريات الأفراد، مما يترتب على ذلك الحق في التظلم، بطرح النزاع أمام قاضي المظالم. والمظالم أو المنازعات التي يتمتع قاضي المظالم بصلاحيّة الفصل فيها. هي ثلاثة أنواع:²

منازعات لا يشترط فيها التقدم بشكوى. ومنازعات لا يباشر النظر فيها، إلا بناء على شكوى من صاحب المصلحة، وأخرى تدخل في إطار القضاء عموماً مثل تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة أو الأفراد.

- فما يخص قاضي المظالم بنظره دون شكوى ويقع في دائرته، هو كل المنازعات الإدارية، من تعديت الولاية على الناس بالعسف والقهر، الجور في الضرائب والجباية، تصرفات كتاب الدواوين، الإشراف على الوقوف العامة (الخيرية)، المنازعات الناشئة عن الغصب السلطانية واستغلال النفوذ.

¹ ينظر: الماوردي، المرجع نفسه، ص100.

² ينظر: الماوردي، المرجع السابق، ص101-104.

- أما ما يختص، بالفصل فيه بناء على شكوى ويقع في دائرته، تظلمات الموظفين والمستخدمين، غصب المنفذين للأموال الخاصة، تظلمات أصحاب الوقوف الخاصة بمواجهة المشرفين عليها.

- وإضافة إلى اختصاصه في الفصل في المنازعات الإدارية، يختص قاضي المظالم، بالفصل في بعض ما يدخل في اختصاص القضاء العام، ويقع في دائرته، وأهم هذه الاختصاصات تنفيذ الأحكام القضائية.

بناء على ما تقدم يتبين أن اختصاصات القاضي الإداري في النظام الإسلامي، رغم أوجه التشابه التي بينها، وبين اختصاصات القاضي الإداري في الأنظمة القانونية الحديثة، إلا أنها كانت أوسع، وأكثر فاعلية في حماية حقوق الأفراد وحررياتهم. فالقضاء الإداري في النظام الإسلامي، يملك صلاحية تحريك الدعوى من تلقاء نفسه، دون اشتراط رفعها من صاحب المصلحة. وهذا للأسف ما يفتقر إليه القضاء الإداري الحديث.

والأهم من ذلك أن القضاء الإداري الإسلامي، كان يملك من القوة ما يمكنه من تنفيذ

أحكامه على الإدارة بدون خوف أو مماطلة، وهذا ما لم يجسده القضاء الإداري في الأنظمة القانونية الحديثة، إلا منذ زمن قريب جدا، وبعد مطالبة مستمرة وانتهاكات لا حصر لها للحقوق والحريات. وهذا يعني أن القضاء الإسلامي أو قضاء المظالم، كان متفوقا على الأنظمة القضائية المعاصرة، وأكثر حرصا على حقوق الأفراد وحررياتهم، ومنذ عهد طويل.

والتاريخ الإسلامي يزخر بأمثلة كثيرة، تؤكد اختصاص القضاء الإداري الإسلامي ودوره الفعال، في رفع التعدي وحماية الحقوق والحريات العامة؛ حتى لو كان المتعدي هو الخليفة نفسه، الذي يعادل رئيس الدولة حاليا.

وهذه القضية تعتبر من أعظم المحاكمات التي دوّنها تاريخ القضاء الإداري في النظام الإسلامي؛ وتتلخص وقائعها، في أن رجلاً ظلمه وكيل الخليفة المهدي وغضب ضيعة له، فأتى سلاًماً صاحب المظالم، فتظلم منه وأعطاه رقعة مكتوبة، فأوصل الرقعة إلى الخليفة المهدي، وعنده عمه العباس بن محمد، وعافية القاضي، فقال له المهدي: "ما تقول؟ قال: ظلمتني. قال: فترضى بأحد هذين - يقصد القاضي عافية، أو عمه العلي - قال: نعم. قال: تكلم. قال الرجل: أصلح الله القاضي، إنه ظلمني في ضيعتي، هذا!. فقال القاضي: ما تقول يا أمير المؤمنين؟ قال: ضيعتي وفي يدي. قال: أصلح الله القاضي. سله: صارت الضيعة إليه قبل الخلافة أو بعدها؟ فسأله: ما تقول يا أمير المؤمنين؟ قال: صارت إليّ بعد الخلافة. قال: فأطلقها له. قال: قد فعلت. فقال العباس بن محمد عم الخليفة: والله يا أمير المؤمنين، لهذا المجلس أحب إليّ من عشرين ألف ألف درهم.¹

من خلال هذا الحكم، يتبين أن القضاء الإداري في النظام الإسلامي، كان يتمتع بفعالية بالغة، في حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد، وحتى رئيس الدولة أو الخليفة كان يخضع للقرار الذي يقره القضاء، ويُنفذه لصالح شخص من عامة المسلمين، لا منصب له ولا نفوذ. وهذا يؤكد على حقيقة اختصاص القاضي الإداري الإسلامي، كحامٍ للحقوق والحريات، في مواجهة الانتهاكات والتعدّيات عليها من أشخاص السلطة العامة.

وقريب من هذا المثال، يذكر قضية العباس بن الوليد التي حدثت وقائعها في خلافة عمر بن عبد العزيز؛ وقد دوّن العلامة الجوزي وقائعها، في كتابه سيرة ومناقب عمر بن العزيز، كما يلي:

قام رجل ذمي من أهل حمص فقال: يا أمير المؤمنين أسألك كتاب الله. قال: وما ذاك؟ قال:

العباس بن الوليد بن عبد الملك اغتصبني أرضي - والعباس جالس - فقال له يا عباس! ما تقول؟ قال

¹ الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ط3، 1413 هـ/ 1992 م، دون ذكر دار طبع، بيروت، المجلد 4، ص586.

أقطعنيها أمير المؤمنين الوليد بن عبد الملك، وكتب لي بها سجلا، فقال ما تقول يا ذمي؟ قال: يا أمير المؤمنين، أسألك كتاب الله عز وجل، فقال عمر: كتاب الله أحق أن يتبع من كتاب الوليد بن عبد الملك، أردد عليه يا عباس ضيعته. فردّ عليه. فجعل لا يدع شيئا مما كان في يده، وفي يد أهل بيته من المظالم إلاّ ردها، مظلمة مظلمة.¹

ولم يكن القاضي الإداري الإسلامي مختصا برفع التعدي فقط، بل كان يتمتع أيضا بصلاحيه اتخاذ كل الإجراءات الوقائية، الكفيلة بمنع التعدي ، ومن أمثلة ذلك، القضية التي تتلخص وقائعها فيما يلي:

أراد الناصر أن يبني قصرا، وكان بجوار المكان دار صغيرة وحمام لأيتام تحت ولاية القاضي، فطلب شراءه. فقالوا: إنه لا يباع إلا بإذن القاضي. فسأله بيعه. فقال القاضي: "لا، إلا بإحدى ثلاث: حاجة الأيتام، أو وهن البناء، أو غبطة الثمن". فأرسل الخليفة خبراء قدر وهما بثمان لم يعجب القاضي، فأباه، وأظهر الخليفة العدول عنهما والزهد فيهما. وخاف القاضي أن يأخذهما جبرا، فأمر بهدم الدار والحمام وبيع الأنقاض بأكثر مما قدرّ الخبراء. وعزّ ذلك على الخليفة فقلل له: ما دعاك إلى ذلك؟ قال أخذت بقول الله تعالى: "أمّا السّفينة فكانت لمساك ين يعملون في البحر فأردت أن أعييبها وكان وراءهم ملك يأخذ كلّ سفينة غصبا"، لقد بعث الأنقاض بأكثر مما قدرّت للدّار والحمام، وبقيت

¹ ينظر: الحافظ جمال الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن الجوزي، سيرة ومناقب عمر بن عبد العزيز الخليفة الزاهد، ضبطه، وشرحه وعلق عليه الأستاذ نعيم زرزور، ط1 سنة 1984 دار الكتب العلمية لبنان، ص125 وما بعدها.

للأيتام الأرض، فالآن اشتراها بما تراه لها من الثمن. قال الخليفة: "أنا أولى أن أنقاد إلى الحق، فجزاك الله عنا وعن أمتك خيراً".¹

يستفاد من هذه القضية أن قضاء المظالم، يتمتع بميزة اتخاذ كل الإجراءات الوقائية، لمنع التعدي لمجرد احتمال وقوعه. وهو بهذا يفترق عن القضاء الإداري الفرنسي والجزائري، إذ أن هذين الأخيرين يتمتعان بهذه الصلاحية، في حال وقوع أو بدأ التعدي بالفعل، عن طريق القضاء الاستعجالي وبناء على دعوى يرفعها صاحب المصلحة.

بناء عليه، يتبين أن القضاء الإداري في النظام الإسلامي أو ما يسمى بقضاء المظالم كان - بالفعل-، قضاءً جريئاً وفعالاً، ويعتبر بحق من أهم الضمانات على الإطلاق في حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد، في مواجهة تعسف والنزلاقات السلطة العامة، لما يتمتع به من استقلال وحياد تام، يجعله بعيداً عن تدخل الدولة في شؤونه، ومرتكزاً على مبدأ المشروعية الذي يلزم خضوع جميع سلطات الدولة العامة لقواعد المشروعية، مثلها مثل سائر الأفراد العاديين في الدولة.

كما أن هذا النوع من القضاء أتاح لقضاة المظالم، فرصة ابتداء الحلول المناسبة التي تتناسب وتتلاءم مع المنازعات التي تنشأ بين جهاز السلطة العامة والأفراد، كما ساعد الإدارة في النظام الإسلامي، على إرساء مبدأ المشروعية الإسلامية، الذي لا يقبل أي نوع من الانحراف، أو التجاوز في السلوك الإداري تجاه الأفراد، دون أن يهمل تحقيق المصلحة العامة التي هي غاية تصرفات الإدارة العامة.

¹ سيّد بن حسين العفاني، تطيب الأفواه بذكر من يُظلمهم الله، قدم له الشيخ أبو بكر جابر الجزائري والشيخ محمد صفوت نور الدين والشيخ أبو إسحاق الحويني والشيخ أحمد فريد والشيخ محمد حسان والشيخ محمد القاضي، دون ذكر سنة طبع، مكتبة معاذ بن جبل، ص 245.

الفرع الثاني:

التكييف القانوني لقضاء المظالم

في النظام الإسلامي

إن الحديث عن طبيعة القضاء الإداري في النظام الإسلامي، كحام للمشروعية وللحقوق والحريات العامة، يستلزم تحديد التكييف القانوني لقضاء المظالم، فهل هو قضاء إلغاء أم قضاء تعويض أم الاثنين معاً؟

قبل الإجابة على هذا الإشكال، ينبغي أولاً إلقاء الضوء على تحديد مدلول هذين الإصطلاحين قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، باعتبارهما اصطلاحين حديثين لم يئونا معروفين سابقاً تحت هذه المسميات، وهذا من أجل تسهيل عملية المقاربة بين هذين المصطلحين وطبيعة واقع القضاء الإداري في النظام الإسلامي.

أما قضاء الإلغاء فيقصد به إصدار قرار قضائي، بدعوى يرفعها صاحب المصلحة إلى محاكم القضاء الإداري، يطلب فيها إلغاء قرار إداري مخالف للقانون، فهذه الدعوى من هذا المنطلق هي مجرد أداة لتحقيق مبدأ المشروعية، وفقاً لأحكام القانون الإداري، فضلاً عن أنها أداة رقابية على مدى إلتزام الإدارة بتطبيق هذا المبدأ، وأغلب الفقهاء المعاصرين يرى أن هذا النوع من القضاء، هو من صنع مجلس الدولة الفرنسي.¹

ودعوى الإلغاء تتطلب بالضرورة توافر المصلحة الشخصية المباشرة لرافع الدعوى. ويتم إلغاء القرارات الإدارية، إذا شابها عيب في ركن أو أكثر من أركانها، وهي عيب الاختصاص، وعيب الشكل، وعيب مخالفة القانون، وعيب إساءة استعمال السلطة أو ما يسمى بعيب الانحراف وعيب

¹ ينظر: سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 259.

السبب، فإذا ما أصيب القرار الإداري بأحد أو أكثر من هذه العيوب ، فإنه يصبح غير مشروع ، وبالتالي يصبح عرضة لإلغائه فإذا صدر حكم أو قرار قضائي بإلغاء القرار الإداري، فإن جهة الإدارة ملزمة بأن تلغيه، وأن تعيد الوضع إلى ما كان عليه قبل إصدار القرار القرار.¹ وقد توسّع مجلس الدولة الفرنسي في الرقابة على ركن السبب بشكل كبير، حتى وصل ذروته وهي ممارسة الرقابة الصريحة على تقدير ملاءمة القرارات الإدارية.

أما قضاء التعويض ، فهو قضاء مكمل لقضاء الإلغاء، فإذا اتخذت الإدارة قرارا معيبا وقامت بتنفيذه، ثم صدر قرار قضائي بإلغائه، فإنه يتعين إلغاء جميع الآثار الضارة الناتجة عن هذا القرار ، وكذا التعويض للمتضرر من جراء صدوره. إذ المبدأ المقرر هو مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها . فالأساس القانوني للتعويض، هو الالتزام القانوني المنصب على عاتق السلطات العامة في احترام قواعد المشروعية، فإذا ما خالفتها وسببت أضرارا للأفراد فهي ملزمة بالتعويض. والقضاء الكامل هو الذي يجمع بين قضائي الإلغاء والتعويض.

إذن قضاء الإلغاء والتعويض والقضاء الكامل، هي أساليب القضاء الإداري المعاصر لإلزام جهة الإدارة بالسير في جادة المشروعية وعدم الحيطة عنها . والسؤال المطروح، هو عمّا إذا كان النظام الإسلامي قد عرف مبدأ المشروعية وطبّقه؟ وعمّا إذا كان قد عرف قضاءي الإلغاء والتعويض؟

لقد طبق النظام الإسلامي مبدأ المشروعية، منذ أوّل يوم تأسست فيه الدولة الإسلامية، لأن القرآن الكريم والسنة النبوية ، واكبا الدولة الإسلامية منذ لحظة توأجهما ، وكانا يرسمان القواعد

¹ ينظر: رامز محمد عمار، ونعمت عبد الله مكي ، حقوق الإنسان والحريات العامة، ط1 سنة 2010م، دون ذكر دار طبع ، ص188.

التشريعية والقانونية، حسب الحاجة إليها؛ وهي قواعد عامة ومجردة، تمتاز بمرونة كبيرة، تجعلها صالحة لاستخلاص ما لا حصر له من الحلول والأحكام التفصيلية، لمختلف الوقائع المتحددة والمتغيرة.

وقد اتجه قضاء المظالم في قضاء الإلغاء اتجاهين رئيسيين، يقعان تحت أصل كبير هـ و إلغاء للقواعد التشريعية الصادرة خلافاً للشريعة الإسلامية، وإلغاء آثارها، وكذا إلغاء تصرفات وقرارات أشخاص الإدارة، التي تقع خلافاً للشريعة ومقتضياتها. فعملية إلغاء القواعد التشريعية الصادرة خلافاً للشريعة تعتبر وجهاً من أوجه الرقابة الدستورية، فهي بمثابة قضاء دستوري، يمارسه قضاة المظالم ويدخل في اختصاصاته وفقاً للأصول العامة. ورقابة القضاء هنا ت نصب على الأحكام التي مصدرها الاجتهاد، وليس ما ثبت من المصادر الأصلية وهي الكتاب والسنة.¹

أما إلغاء تصرفات وقرارات الإدارة المخالفة لمبدأ المشروعية الإسلامية، فهو عملية يقوم بها قاضي المظالم، نتيجة لعدم صحة التصرفات الصادرة من الإدارة. أي التصرفات الإدارية التي لا تتفق مع الشريعة، وقواعدها الصادرة وفق أصولها الدستورية. ولكي يمكن اعتبار هذه الأعمال مشروعة، يجب ألا تخرج عن هذه الضوابط؛ وإلا تعرضت للإلغاء، إما بمبادرة من قاضي المظالم بنفسه، أو بناءً على شكوى من الشخص المتضرر. من أمثلة الأحكام القضائية التي دوّنها التاريخ الإسلامي عن قضاء الإلغاء، قرار القاضي جُمَيْع بن حاضر في قضية (أهل سمرقند² ضد القائد قتيبة).

وقد دوّن ابن الأثير في كتابه الكامل في التاريخ، وقائع هذه القضية كالاتي لما وصل خبر تولية عمر بن عبد العزيز الخلافة إلى سكان ما وراء النهر، اجتمع أهل سمرقند وقالوا لسليمان بن أبي السرّي: إن قتيبة غدر بنا، وظلمنا وأخذ بلادنا، وقد أظهر الله العدل والإنصاف، فأذن لنا فليفذ منا

¹ يظر: منير البياني، الدولة القانونية في النظام السياسي الإسلامي، ط1 سنة 1979م، الدار العربية للطباعة، بغداد، ص408.

² سمرقند، حالياً هي مدينة في أوزبكستان وهي ثاني أكبر مدن أوزبكستان.

وفد إلى أمير المؤمنين، يشكو ظلامتنا، فإن كان لنا حق أعطيناه، فإن بنا إلى ذلك حاجة. فأذن لهم سليمان، فوجهوا منهم قوما فقدموا على عمر، فكتب لهم عمر إلى سليمان بن السري: إن أهل سمرقند، قد شكوا إليّ ظلماً أصابهم، وتحاملاً من قتيبة عليهم، أخرجهم من أرضهم، فإذا أتاك كتابي فأجلس لهم القاضي فلينظر في أمرهم، فإن قضى لهم فأخرجهم إلى معسكرهم كما كانوا وكنتم قبل أن ظهر عليهم قتيبة.¹ فأجلس سليمان لهم القاضي جُمَيْعَ بن حاضر الباجي، لينظر في هذه المنازعة، فقضى بإلغاء قرار القائد - قتيبة بن مسلم - لعدم مشروعيته ولعدم مراعاته لعنصر الملاءمة في التصرف، وتمثل هذا الإلغاء في رجوع جيش المسلمين إلى مواقعه خارج المدينة، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الفتح.²

إضافة إلى قضاء الإلغاء الذي اختص به قاضي المظالم، فقد مارس هذا الأخير أيضاً قضاء التعويض؛ فديوان المظالم في النظام الإسلامي، قد طبق فكرة الخطأ الجسيم والخطأ الإداري بوجه عام ومبدأ التعويض عليه، قبل أن يُعرف مدلوله في القضاء الإداري المعاصر. ومن أمثلته تحميل الإدارة المسؤولية كاملة عن الخطأ الفادح أو الجسيم، في حادثة القائد خالد بن الوليد، عند أمره بقتل أفراد من بني جذيمة ظنا منه أنهم يخادعون؛ فقام الرسول صلى الله عليه وسلم بتعويضهم، عما لحقهم من ضرر مادي ومعنوي من بيت المال.³

ومن أمثلته أيضاً هذه القضية التي يرويها عبد الله ابن عبد الحكم عن سيرة ومناقب عمر بن عبد العزيز في الحكم والقضاء. وتتلخص وقائع هذه القضية فيما يلي:

¹ ابن الأثير، الكامل في التاريخ، راجعه و صححه د. محمد يوسف الدقاق، ط3 1418هـ/ 1998م، دار الكتب العلمية بيروت ج4 ص 227-428، و الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ط1 1422هـ/ 2001م دار الكتب العلمية بيروت ج4 ص 14.

² ينظر: ابن الأثير، المرجع نفسه، ج4 ص 227-428.

³ ينظر: محمد حسين هيكل، حياة محمد صلى الله عليه وسلم، دون ذكر سنة أو دار الطبع، ص 430-431.

"إغتصب عدي بن أرطاة والي البصرة، أرضا لرجل، فقرر الرجل أن يتّجه مباشرة إلى الخليفة في دمشق، وهو ما يرويه ابن عبد الحكم بقوله: "خرج الخليفة عمر، ذات يوم من منزله، إذ جاء رجل على راحلة له فأناخها، فسأل عن عمر، فقيل له: قد خرج علينا وهو راجع الآن، فأقبل عُمر، فقام إليه الرجل فشكا إليه عدي بن أرطاة، فقال عمر: أما والله ما غرّنا منه إلا بعمامته السوداء، أما إني قد كتبت إليه، فضلّ عن وصيّي: "إنه من أتاك بيّنة على حق هو له فسلمه إليه، ثم قد عنّاك إليّ - أي انتهك حقك وجعلك تتكلف عناء المجيئ إليّ - . فأمر عمر برد أرضه إليه، ثم قال له: كم أنفقت في مجيئك إليّ؟ فقال: يا أمير المؤمنين، تسألني عن نفقتي، وأنت قد رددت علي أرضي، وهي خير من مئة ألف؟ فقال عمر: إنما رددت عليك حقك، فأخبرني كم أنفقت؟ قال: ما أدري. قال: إحزره. قال: ستين درهما. فأمر له بها من بيت المال".¹

إن المتأمل في هذا القرار ليندهش من تصرف أمير المؤمنين، ومراعاته للوقائع مهما كان قدرها أو المتسبب فيها. إنه رئيس أكبر دولة لها كيانها الثقافي والعسكري والحضاري، ومع هذه العظمة، لا يتوانى في استرداد الحقوق لأصحابها أيا كان الشخص الذي انتهكها، بل أعظم من ذلك يحمّل بيت المال (خزينة الدولة) نفقات انتقال المدعي مهما كانت ضئيلة أو كبيرة. وهذا من أعظم مظاهر رقيّ النظام الإسلامي.

بناء عليه، فإن قضاء المظالم، هو أوّل من رسم الخطوط العريضة لقضائي الإلغاء والتعويض بشكل عملي، وكان ينسجم والأوضاع السائدة في تلك العصور. وعليه فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي، لم يأتِ بجديد في هذا الموضوع، بل لقد كان قضاء المظالم في النظام الإسلامي، السباق في

¹ عبد الله ابن عبد الحكم، رواية إبنه أبي عبد الله محمد، سيرة عمر بن عبد العزيز على ما رواه الإمام مالك بن أنس وأصحابه، نسخها وصحّحها وعلّق عليها أحمد عبّيد، ط2، 1954م، مكتبة وهبة دمشق، ص125.

إقرار هذا المبدأ وحمایته، خلافاً لما يدّعيه فقهاء القانون الإداري المعاصرون ، بأن القضاء الإداري هو فرنسي المصدر والنشأة.

فلنظام الإسلامي جسد مبدأ المشروعية بكامل أبعاده على جميع التصرفات التي تصدر عن الإدارة؛ بل كان أحرص من القضاء الإداري الحديث، على حماية هذا المبدأ، وبالتالي حماية حقوق الناس وحریاتهم من تجاوزات السلطة العامة، والدليل على ذلك، ما اختص به القضاء الإسلامي من ميزة تحريك الدعوى ضد السلطة، دون حاجة لتحريكها من صاحب المصلحة. مما يعني أن القضاء الإسلامي، كان أحرص على حقوق الأفراد وحریاتهم أكثر من الأفراد أنفسهم.

وكما هو حال القانون الإداري، هناك قواعد أقرها النظام الإسلامي في مجال تنظيم ممارسة الحقوق والحریات العامة وهي أن الحقوق ليست مطلقة من كل قيد، بل هي مقيدة بالآتي:¹

1- بما قد يكون من نصوص يمكن أن تتعدى إلى هذه الحالة لتنظيمها.

2- بالمقاصد العامة للشريعة، وهي التي ترسم إطاراً عاماً يمكن أن يسمى بالنظام العام أو روح الشريعة الإسلامية.

3- إن التنظيم لا يصادر أصل الحق وإلا خرج عن وظيفته، إذ يجري التنظيم لتيسير استعمال الحق ولتجنب إساءة استعماله.

¹ ينظر: علي جريشة، المشروعية الإسلامية العليا، ط سنة 1986 المنصورة، ص 38-39.

المبحث الثاني:

إستقلالية القاضي الإداري شرط لفعالية دوره

في حماية الحقوق والحريات العامة

إنّ تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، تعدّ من أهم الضمانات المعاصرة لإقرار مبدأ المشروعية، وقيام دولة القانون الحامية للحقوق والحريات، حيث يعتبر القاضي الإداري الحارس الطبيعي عليها، نظراً لما يقوم به من تحقيق التوازن بين امتيازات الإدارة، وبين حقوق الأفراد وحرياتهم العامة. بيد أن هذه الرقابة لا يمكن أن تكون فعالة وحقيقية، إلا بوجود قضاء مستقل في مواجهة السلطة الإدارية، باعتبارها أكثر السلطات مساساً بالحقوق والحريات العامة. فما مدى استقلالية القضاء الإداري عن باقي السلطات في النظامين الفرنسي والجزائري؟ وكذا في النظام الإسلامي؟

المطلب الأول:

أساس إخضاع نشاط الإدارة لرقابة القاضي الإداري

ومبدأ الفصل بين السلطات في النظامين الفرنسي والجزائري

لم تكن الإدارة فيما سبق تخضع لرقابة القضاء، ولو كان فيها مساس أو إهدار لحقوق الأفراد وحرياتهم، وذلك بسبب التفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات، حيث لم يكن أمام الأفراد الذين تضرروا من تصرفات الإدارة، إلا اللجوء إلى الإدارة نفسها. غير أن هذه الأفكار زالت حيث أصبحت الإدارة تخضع لرقابة القضاء في كل نشاطاتها، وكان ذلك على إثر سيادة مبدأ المشروعية باعتباره أهم الدعامات التي تقوم عليها دولة القانون.¹

¹ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص15.

إن اختصاص القاضي الإداري بالرقابة على أعمال الإدارة، كان مرتبطا بعدة ظروف، أبرزت ضرورة إنشاء قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي. فما هي أهم الظروف التي ساهمت في إخضاع نشاط الإدارة لرقابة القضاء الإداري المستقل، في النظامين الفرنسي والجزائري؟

الفرع الأول:

أساس إستقلالية القضاء الإداري الفرنسي

قبل الثورة الفرنسية ، كانت سلطات الحكم مركزة في يد الملك حيث ساد نظام الملكية المطلقة، ولم تكن الدولة تخضع للمساءلة أو الرقابة من القضاء بواسطة دعاوى الأفراد ، وهي إن تعاملت مع الأفراد خضعت معاملاتهما للقانون المدني.¹

وفي هذه الفترة كانت توجد محاكم قضائية تدعى البرلمانات Parlements، أنشئت لتكون ممثلة للملك في وظائفه القضائية ، وكانت الدعاوى تستأنف أمامها ، ما لم يهيند الملك ذلك الاختصاص إلى جهة أخرى، كما وجدت محاكم مختصة ببعض المنازعات الإدارية.²

وقد كانت البرلمانات القضائية في النظام الفرنسي ، تتدخل في نشاط الإدارة، بشكل يعرقل مهامها، ويقف حائلا دون تحقيق أهدافها. ولما قامت الثورة الفرنسية سنة 1789، وتم القضاء على الحكم الملكي، كان من الضروري وضع حد لتدخل هذه المحاكم القضائية في شؤون الإدارة. ولقد تأثر رجال الثورة الفرنسية بأفكار الفقيه "مونتيسكيو" ، الذي نادى بالفصل بين السلطات ، باعتبارها

¹ سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ط سنة 1979، دار الفكر العربي، ص 6.

² عبد الغني بسيوي، القانون الإداري، ط سنة 1991 منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 46.

ضمانة لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم، حيث تستقل كل سلطة من السلطات الثلاث في الدولة (التشريعية، التنفيذية، القضائية)، بأداء مهامها التي خوّلها لها الدستور.¹

وفي عام 1789 أقرّت السلطة التأسيسية هذا المبدأ ، وذلك في المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، المؤرخ في 1789/08/26، والذي جاء فيه: "إن الجماعة التي لا تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات ولا توفر الضمانات الأساسية للحقوق والحرّيات العامة هي جماعة بغير دستور".²

بيد أنّ تفسير هذا المبدأ من قبل رجال الثورة الفرنسية، كان تفسيراً خاطئاً، جعل الإدارة بعيدة عن مساءلة السلطة القضائية. وقد أكدّ هذا الإتجاه قانون 16-24 أوت 1790، الذي نص على إلغاء المحاكم القضائية (البرلمانات)، وإنشاء ما يسمى بالإدارة القضائية أو الوزير القاضي، كمرحلة أولى قبل إنشاء مجلس الدولة الفرنسي، ومنع القضاء العادي من النظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وأصبحت الهيئات الإدارية هي صاحبة الاختصاص في الفصل بهذه المنازعات . حيث تم الفصل بين وظيفة القضاء والوظيفة الإدارية، وذلك من خلال المادة 138 منه التي نصت على ما يلي:

"الوظائف القضائية مستقلة عن الوظائف الإدارية، وعلى القضاة، ألا يتعرضوا بأية وسيلة من الوسائل لأعمال الهيئات الإدارية، وإلا كانوا مرتكبين جريمة الخيانة العظمى".³

¹ Max Gounelle, introduction au droit public, 2^{ème} édition 1989, édition Montchrestien, Paris, p144.

² Pierre Pactet, institutions politiques et droit constitutionnel, 14^{ème} édition, édition Masson Armand Collin, Paris 1995, p174.

مأخوذ عن: سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحرّيات العامة، المرجع السابق، ص56.

³ Guy Braibant, le contrôle de l'administration et la protection des citoyens, édition 1973, CUJAS, Paris, p12.

هكذا اعتبر المدافعون عن قانون 1790، أن مقاضاة الإدارة أو مساءلة أعضائها ، يؤدي إلى عرقلة أعمالها، التي تهدف إلى تحقيق الصالح العام ؛ فعندما تنوي الإدارة مثلا نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وتقف أمام القضاء من أجل هذا العمل، فإنه يترتب على ذلك تعطيل المشاريع العامة. وقد سميت هذه المرحلة بمرحلة الإدارة القاضية.¹

لكن التفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات ، الذي تبناه رجال الثورة الفرنسية ، جعل الإدارة تتصرف بدون قيد ولا ضابط ، مما فتح المجال أمامها للتعسف بسلطتها وانتهاك حقوق الأفراد وحررياتهم، دون أن تكون لهم وسيلة لمجابهتها سوى التظلم إليها، مما جعلها تأخذ دور الخصم والحكم في نفس الوقت.

إنّ رقابة الإدارة نفسها بنفسها ، كانت نتائج ه وخيمة، فقد كان ضدّ مصلحة العدالة التي يقتضيها مبدأ المشروعية من جهة، وأدّى إلى إهدار حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة أخرى. فالإدارة قد ترفض الاعتراف بخطئها، وقد تكون لها رغبة في التحرر من قيود المشروعية. وعليه فإنّ التزاع بين الإدارة والأفراد لتفصل فيه الإدارة بنفسها، لا يمكن أن يزرع الثقة في نفوس الأفراد، كما أن ذلك يتنافى مع مقتضيات العدالة التي تأبي أن يكون الحاكم طرفا في التزاع.²

إذ ليس من العدل أن يحرم الأفراد من حقهم في اللجوء إلى القضاء، من أجل ضمان صيانة حقوقهم وحررياتهم، في مواجهة تعسف السلطة الإدارية، خاصة مع ما تتميز به هذه الأخيرة من امتيازات لا يستطيع الأفراد مجابهتها إلا باللجوء إلى القضاء.

¹ عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، بين نظام الوحدة والازدواجية 1962-2000، ط1، دون ذكر سنة الطبع، دار الريحانة، ص09.

² ينظر: سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص20.

إلا أن المشرع الفرنسي أدرك خطورة هذه الوضعية على حقوق الأفراد وحررياتهم، وأدرك معنى مبدأ الفصل بين السلطات، الذي لا يعني بأي حال من الأحوال، أن تعمل كل سلطة بمعزل تام عن السلطتين الأخرين، ولكن لكل سلطة الحق في مراقبة أداء باقي السلطات، في حدود ما يقرره القانون، أي أن هناك علاقة تكاملية بين السلطات . وكان من نتائج ذلك أن قام بإنشاء قضاء مستقل عن القضاء العادي، ويتمثل في إنشاء مجلس الدولة.

في 12 / 12 / 1799 وضعت الخطوة الأولى للقضاء الإداري الفرنسي، في محاولة لإصلاح الأوضاع السابقة، بإنشاء مجلس الدولة ، بعبثارة هيئة ذات وظيفة مزدوجة، فهو هيئة إستشارية للإدارة من جهة، ومن جهة أخرى فهو هيئة قضائية تفصل في الطعون التي ترفع إليه من طرف الأفراد ضد الإدارة.¹ كما تمّ إنشاء مجلس المحافظات، غير أن ولاية المجالس لم تكن كاملة، وأحكامه لم تكن نهائية، أما مجالس الأقاليم فقد كانت قراراتها قابلة للطعن أمام مجلس الدولة، الذي إن شاء أضفى الطابع التنفيذي على رأي المجلس وإن شاء رفضه.²

ففي البداية عهد إلى مجلس الدولة وظيفة القضاء المحجوز، بحيث كانت قراراته معلقة على موافقة رئيس الدولة، فكان دوره يقتصر على تقديم مشروعات أحكام، ولرئيس الدولة سلطة تقديرية مطلقة في أن يوافق عليها أو يرفضها.³

واستمر هذا الوضع إلى غاية سنة 1872، وذلك بصدور قانون 24/05/1872، الذي حدد اختصاصات مجلس الدولة، بصلاحيات الفصل في المنازعات الإدارية المرفوعة أمامه، دون الحاجة

¹ ماجد راغب الحلوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص111.

² عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص08.

³ جازية صاش، قواعد الاختصاص القضائي في الدعوى الإدارية في النظام القضائي الجزائري، رسالة ماجستير في الإدارة والمالية العامة، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1994، ص30.

إلى مصادقة السلطة الإدارية على قراراته، بحيث أصبح جهة قضائية مستقلة عن الإدارة العامة، ولم تعد الأحكام تصدر باسم رئيس الدولة، بل باسم الشعب الفرنسي ، على غرار أحكام القضاء العادي ، وبذلك تمّ القضاء على نظام الإدارة القضائية. ومنذ ذلك التاريخ أصبح مجلس الدولة جهة قضائية عليا، حيث تم الفصل بين القضاء الإداري والقضاء العادي.¹

لكن رغم تحويل هذا الإختصاص لمجلس الدولة، إلا أن الإدارة العاملة ظلت هي القاضي العام في المنازعات الإدارية، حيث كانت اختصاصات مجلس الدولة محصورة في حسم الدعاوى ، التي نص عليها القانون صراحة. غير أن مجلس الدولة لم يقنع بهذا الإطار المحدود لاختصاصاته، وسعى لتوسيعها، وقد حقق ذلك عندما أصدر حكمه الشهير في قضية cadot ، وذلك بتاريخ 1889/12/13، أين أكد مجلس الدولة الفرنسي ، ولأول مرة بلبّنه القاضي المختص بنظر كافة المنازعات الإدارية، إلا ما استثني منها بنص خاص.

وتتلخص وقائع القضية في أنّ السيّد "كادو"، كان مديرا للطرق والمياه بمدينة مرسيليا، عندما تقرر إنهاء هذه الوظيفة، ولما طالب البلدية بالتعويض رفضت له ذلك ، فطعن في قرار الرفض أمام مجلس الدولة، رغم عدم جود أي نصّ يسمح بهذا ، ومع ذلك صرّح المجلس باختصاصه بالفصل في الطعن، دون توضيح السند أو المبدأ الذي يعتمد عليه ؛ لكن يبدو أنه اعتمد على فكرة أن كل قرار إداري، يجب أن يكون قابلا للمنازعة أمام قاض مختص.²

لقد أحدث قرار كادو Cadot ، تغييرا في عقلية القاضي الإداري، لصالح الحقوق والحريات العامة للأفراد. وأصبح أساسا هاما من أسس القانون الإداري ومبدأ من مبادئه . ففند ذلك الوقت

¹ ينظر: حسين مصطفى حسين، القضاء الإداري، ط سنة 1993، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ص20.

² Voir: CE, arrêt CADOT, du 13/12/1889. M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13 éd 2001, Dalloz, Paris, p23.

أصبح القضاء الإداري يتمتع بالكثير من الاستقلال والخصوصية، تناسب وظيفته في الفصل المنازعات الإدارية، وإنشاء قواعد القانون الإداري، المتميزة أصلاً عن قواعد القانون الخاص.

لقد نجح مجلس الدولة أخيراً في تحقيق استقلالية القضاء، و تأسيس قواعد القانون الإداري، باعتباره القانون الذي يحكم المنازعات الإدارية، كما تم الاعتراف له بدوره الإبداعي في خلق قواعد القانون الإداري، وذلك بمناسبة فصله في القضايا الم عروضة عليه.¹ حيث أثبت من خلال المنازعات المعروضة عليه، أن في مقدوره أن يوازن بين مصلحة الإدارة وحقوق الأفراد وحريةهم، الأمر الذي منحه ثقة المتقاضين، دون أن يكون في ذلك عرقلة لنشاط الإدارة.

وتم تعزيز مجلس الدولة ب إنشاء المحاكم الإدارية سنة 1953، التي حلت محل مجلس المحافظات، وأسندت إليها إختصاصات، جعلت منها القاضي العام في حسم المنازعات الإدارية، ما عدا ما عهد به المشرع إلى مجلس الدولة. فأصبحت لهذه المحاكم سلطة إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، وتحميل الإدارة مسؤولية التعويض عن الأضرار الناتجة عنها.²

الفرع الثاني:

أساس إستقلالية القضاء الإداري الجزائري

إن استقلالية القاضي الإداري ومبدأ خضوع أعمال الإدارة لمبدأ المشروعية في النظام الجزائري، كان مستمداً قبل الإحتلال الفرنسي من النظام الإسلامي.

فمنذ فجر الإسلام، نشأ قضاء المظالم الذي كان يتولاه في البداية والي الأمر أو من يروبو عنه، ثم عهد به في عهد الخليفة عمر إلى قضاء إداري مستقل . ويختص قضاء المظالم برفع الظلم الواقع من رجال

¹ حسين مصطفى حسين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص20.

² سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، المرجع السابق، ص58.

السلطة العامة على الأفراد. وكان أساس قضاء المظالم هو مبدأ المشروعية الإسلامية ، الذي مفاده خضوع الحكام والمحكومين على حد سواء في الدولة الإسلامية لقواعد المشروعية، ومن يخرج عن هذه القواعد من رجال السلطة العامة، تلغى تصرفاته، ولتتزم بسفع الظلم الذي نتج عنها على الأفراد.¹

هذا النوع من القضاء هو الذي كان سائدا في الجزائر، قبل إلغاءه من قبل الاحتلال الفرنسي، الذي قام بإخضاع الجزائر بالتدرج للنظام القانوني الفرنسي. وعليه قبل الحديث عن استقلالية القاضي الإداري الجزائري، يتعين أولا الوقوف على أساس إحداث القضاء الإداري في الجزائر وتطوره من سنة 1834 إلى يومنا هذا.

أولا: إحداث القضاء الإداري في الجزائر

لقد كان للنظام الإسلامي فضل السبق في تقرير نظام القضاء المزدوج ، وفرض الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منذ عهد النبي صلى الله عليه و سلم ، وهذا النظام هو الذي كان معمولا به في الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي.

أما في مرحلة الاحتلال الفرنسي، فقد أخذ المستعمر الفرنسي يطبق نظامه القضائي تدريجيا ، وكان ذلك بدءا من سنة 1834. حيث قام بإنشاء مجلس الإدارة كجهة قضائية مختصة بالفصل في كل المواد، التي كانت مخولة للمجالس الولائية في فرنسا، وذلك طبقا للمادة 34 من الأمر المؤرخ في 1834/08/10.²

في عام 1845 قام باستبدال مجلس الإدارة بمجلس المنازعات ، ثم استبدل هذا الأخير بدوره بمجلس المديرية، وذلك طبقا للأمر المؤرخ في 1847/09/01. وفي سنة 1849 تم إنشاء نظام

¹ ماجد راغب الحلوي، القضاء الإداري، المرجع السابق ص74.

² رشيد خلوفي، "القضاء الإداري خلال الفترة الإستعمارية الفرنسية 1830-1962" مجلة الإدارة، العدد 1999/02، ص16.

قضائي مستقل عن الإدارة ، ويتمثل في إنشاء المجالس الولائية ، وذلك بموجب القرار المؤرخ في 1849/01/09، وقد كانت اختصاصاتها محدودة، وهي تقبل في منازعات الضرائب، الأشغال العمومية، مخالفات الطرق، المنازعات المتعلقة بالانتخابات المحلية.¹

و أخيرا تم إنشاء محاكم إدارية في كل من الجزائر، قسنطينة، وهران، وذلك بموجب المرسوم رقم 954/53 المؤرخ في 1953/09/30 واعتبارها هيئات قضائية ذات ولاية عامة، تختص في كل المنازعات الإدارية، ما عدا ما عهد به لمجلس الدولة؛ ويكون الإستئناف في أحكامها أمام مجلس الدولة في فرنسا.²

بعد الإستقلال، أخذ النظام القضائي الجزائري يتخذ إتجاها خاصا به ، في محاولة منه لمحو كل أثر للنظام الفرنسي في الجزائر، حيث قام بالقضاء عن نظام القضاء المزدوج، وتبني نظام القضاء الموحد. وكانت أول خطوة لتحقيق ذلك، هي إنشاء المجلس الأعلى طبقا للأمر رقم 218/63 المؤرخ في 1963/06/18 المتضمن إنشاء المجلس الأعلى للقضاء ،³ الذي كلف بممارسة الإختصاصات، التي كانت تابعة سابقا إلى الهيئات القضائية العليا الفرنسية ، المتمثلة في مجلس الدولة ومحكمة التنازع. غير

أنّ إنشاء المجلس الأعلى، لم يقض على المحاكم الإدارية المتمركزة في كل من الجزائر العاصمة، وهران، وقسنطينة، حيث ظلّت هي المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالتعويض، الضرائب المباشرة، الأشغال العامة، وكذا مخالفة الطرق.⁴

¹ رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص16.

² رشيد خلوفي، المرجع نفسه، ص17.

³ الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة بتاريخ 1963/06/28، ص662.

⁴ أحمد محيو، المنازعات الإدارية ط سنة 1992 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ص29.

في سنة 1965 جاءت مرحلة الإصلاح القضائي، وذلك بصدر الأمر المؤرخ في

1965/11/17 المتعلق بالتنظيم القضائي، الذي قام بصفة نهائية بالقضاء على نظام القضاء المزدوج الموروث عن الاستعمار الفرنسي، وذلك بإنشاء 15 مجلسا قضائيا، وتحويل اختصاصات المحاكم الإدارية إلى هذه المجالس. وكان المرسوم قد تضمن أن المجالس القضائية، تتفرع إلى عدة غرف، من بينها الغرفة الإدارية. كما نص أيضا على أن الهيئات القضائية الجديدة، يجب أن تطبق حين تفصل في القضايا الإدارية، القواعد النافذة أمام المحاكم الإدارية القديمة.¹

لقد أثار هذا الوضع التساؤل حول طبيعة النظام القضائي الجزائري، وذلك بسبب وجود غرفة إدارية على مستوى المجالس القضائية والمجلس الأعلى، تختص بالفصل في المنازعات، التي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها. وهذا ما دفع البعض إلى القول، أن طبيعة النظام القضائي الجزائري هي طبيعة خاصة. فهناك من وصفه بنظام وحدة القضاء المرن، ومنهم من وصفه بنظام وحدة القضاء والفضل في النزاعات، وهناك من وصفه بالنظام المختلط. ويعود هذا الاختلاف حول طبيعة النظام القضائي، إلى التصادم بين الإرادة السياسية القائمة آنذاك، وضرورة الاعتراف للإدارة بامتيازات طبعت على النظام القانوني قواعد جعلت النظام القضائي الجزائري يوصف بأنه نظام قضائي مختلط.²

استمر هذا الوضع على حاله إلى غاية تعديل دستور 1996/11/28، الذي قضى على النظام القضائي الموحد، وذلك بتكريسه صراحة نظام القضاء المزدوج، حيث نصت المادة 152 منه على ما يلي: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية. تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي

¹ أحمد محيو، المرجع نفسه، ص30.

² رشيد خلوفي، "القضاء بعد 1996، إصلاح قضائي أم مجرد تغيير هيكلية؟" مجلة الوثوق، العدد 2001/04 ص35. مأخوذ عن: سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، المرجع السابق، ص61.

في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون. تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة.¹

إن إنشاء مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ، يعد خطوة إيجابية في بناء القضاء الإداري الجزائري، وتعزيز مضمون دولة القانون وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم ؛ خاصة وأن القضاء يتمتع بمكانة سامية في نفوس الأفراد، لأنه يضمن دعم دولة القانون، ويشجع الإحساس بالعدل والإطمئنان، وهو الضمان الأكبر لسيادة القانون.²

فالقاضي الإداري الجزائري وفقا للدستور الجزائري لسنة 1996 يعتبر مجسد المشروعية، وحامي الحقوق والحريات العامة، وذلك من خلال ديباجته، التي نصت على ما يلي: "إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات، ويكفل الحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده المشروعية، ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده".

لكن رغم أن القاضي الإداري الجزائري، هو مجسد المشروعية وحامي الحقوق والحريات العامة، إلا أن هذه الحماية، مقترنة أساسا باستقلالية القاضي الإداري، من كل الضغوطات التي قد تمس بتزاهته.

ثانيا: الأساس القانوني لاستقلالية القضاء الإداري في الجزائر وحماية الحقوق والحريات العامة

لقد كانت العدالة في ظل دستور 1963، مجرد وظيفة تابعة للسلطة التنفيذية. وأن الجهاز القضائي يعمل من أجل ضمان تحقيق وحماية المصالح الإشتراكية. فالقاضي لا يبهر فقط على تطبيق

¹ دستور الجمهورية الجزائرية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996.

² سليمان السعيد، المرجع السابق، ص 62.

القانون، بل يسهر أيضا على تطبيق الإيديولوجية الاشتراكية ، فهو سياسي قبل كل شيء، عليه أن يوجّه عمله وفقا لم ترغّب فيه الحكومة.¹ حيث نصت المادة 62 من على أنه: "لا يخضع القضاء في أداء وظائفهم لغير القانون ومصالح الثورة الاشتراكية".²

وقد أكد دستور 22 نوفمبر 1976 نفس الإتجاه، إذ اعتبر أن القضاء هو مجرد وظيفة لخدمة وحماية السلطة الحاكمة، حيث نصت المادة 1/173 منه على ما يلي: "يساهم القاضي في الدفاع عن الثورة الاشتراكية وحمايتها".³

إن عدم إستقلالية القضاء في هذه المرحلة وتبعيته للسلطة السياسية الحاكمة، جعله قضاءا عجزا عن تجسيد المشروعية، وحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم في مواجهة تعسف السلطة الإدارية.

و نتيجة لأحداث أكتوبر 1988، جاء دستور 1989 بمثابة ثورة على النظام القائم، وذلك بوضع حد لمبدأ وحدوية السلطة، وذلك من خلال تكريس التعددية الحزبية، وتقرير حق المشاركة في السلطة. كما تضمن التخلي عن الإيديولوجية الاشتراكية، من خلال تبني نظام الإقتصاد الحر.⁴

كما أقرّ دستور 1989 مبدأ الفصل بين السلطة القضائية وباقي السلطات، حيث نصت المادة 129 منه على أن "السلطة القضائية مستقلة".⁵ وأنها حامية الحقوق والحرّيات العامة، وذلك في المادة

¹ محفوظ لعشب، التجربة الدستورية في الجزائر، ط سنة 2001، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، ص 105-108.

² المادة 62 من الدستور الجزائري المؤرخ في 10/09/1963.

³ الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية العدد 94 سنة 1976.

⁴ **Taleb Tahar**, "du monocephalisme de l'exécutif dans le régime politique algérien", 2^{ème} partie, In Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n 04, 1990, p705.

مأخوذ عن: سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحرّيات العامة، المرجع السابق ص 68.

⁵ دستور الجزائر، المؤرخ في 28/02/1989، الموافق عليه في استفتاء 23/2/1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 09/1989.

130 منه التي نصت على أن "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".¹

وعليه فإن دستور 1989 هو أول دستور في الجزائر بعد الإستقلال، جسّد مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يشكل أهم الضمانات المقررة لحقوق الأفراد وحررياتهم العامة.

جاء فيما بعد دستور 28 نوفمبر 1996²، ليؤكد أيضا على مبدأ إستقلالية السلطة القضائية، وذلك في المادة 138 من التي نصت على أن "السلطة القضائية مستقلة، وتتمارس في إطار القانون." كما نصت المادة 147 منه، على أن القاضي لا يخضع إلا للقانون.

لم يؤكد دستور 1996 مبدأ إستقلالية القاضي فقط، بل أقر له الحماية أيضا من كافة التدخلات التي قد تمس بتراهته وإستقلاله، فقد نصت المادة 148 منه على أن: "القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته، أو تمس نزاهة حكمه." إن وظيفة القاضي الإداري في حماية مبدأ المشروعية، وحماية الحقوق والحريات العامة، إن تتأتى إلا إذا كان القاضي مستقلا ومحميا، من كل الضغوطات التي قد تؤثر سلبا على نشاطه.

لكن رغم نص الدستور صراحة على إستقلالية القضاء، إلا أن القاضي الإداري لا يزال في الحقيقة خاضعا لهيمنة السلطة التنفيذية؛ وذلك ما يستفاد من المادة 154 منه، التي تنص على أن: يرأس رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للقضاء. كما وضّح في المادة 155 منه سلطات رئيس المجلس الأعلى للقضاء، حيث نصت على ما يلي: " يقرر المجلس الأعلى للقضاء، طبقا للشروط التي يحددها

¹ دستور الجزائر، 1989.

² دستور الجزائر، المؤرخ في 28/11/1996.

القانون، تعيين القضاة، ونقلهم، وسير سلمهم الوظيفي. ويسهر على احترام أحكام القانون الأساسي للقضاء، وعلى رقابة انضباط القضاة تحت رئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا."

فكيف يكون رئيس الجمهورية رئيسا للسلطة التنفيذية، ورئيسا للسلطة القضائية في نفس الوقت؟

إنّ المادة 155 من الدستور¹ تتناقض - في الواقع - مع مضمون المواد 138، 147، 148 منه. فمفاسة رئيس الجمهورية للمجلس الأعلى للقضاء، والسلطات التي يتمتع بها في إطار ذلك قد يث الشك، في حياده في اختيار القضاة. وفي فعالية دور القاضي في حماية الحقوق والحريات العامة. وعليه يجب إعادة النظر في المادة 155 أعلاه، والعمل على رد الإعتبار للمجلس الأعلى للقضاء، بإعتباره الجهة الوحيدة التي لها سلطة تعيين القضاة وفقا لأحكام الدستور ؛ والعمل على تجسيد حقيقي لمبدأ استقلالية السلطة القضائية، الذي لن يتحقق إلا إذا عيّن رئيس المجلس الأعلى للقضاء، من بين القضاة أنفسهم. حيث يؤخذ بعين الإعتبار عامل الأقدمية والخبرة والكفاءة.

المطلب الثاني:

أساس إخضاع نشاط الإدارة لرقابة القاضي الإداري

ومبدأ الفصل بين السلطات

في النظام الإسلامي

إن تأكيد سيادة المشروعية الإسلامية، استدعى قيام سلطة، لها صلاحية القيام بالدور الرقابي على تصرفات الإدارة، لإخضاعها لقواعد المشروعية، بحيث تتميز هذه السلطة، بالقدرة على ردع الإدارة وأشخاصها عن أي تجاوز لهذه القواعد؛ بإلغاء التصرف المخالف لها، والتعويض عن الضرر

¹ دستور الجزائر، المؤرخ في 1996/11/28.

الناشئ عن ذلك، ومساءلة من يقوم به . وقيام القضاء بهذه الوظيفة الرقابية، استلزم تمتعه بالإستقلال، وبمستوى عال من الحياد والتزاهة، لتأكيد قوته في حماية الحقوق والحريات العامة.

ويعد قضاء المظالم - بحق - مؤسسة قضائية ورقابية فعالة، دعت مقتضيات العدالة إلى إيجادها، لإنصاف من يتظلم من تصرفات ذوي النفوذ والسلطة من رجال الدولة، وأصحاب مراكز القوى ، ممن يستمدون قوتهم، من الاتصال بسلطة الحكم أو أشخاصها بصورة مباشرة أو غير مباشرة، فهو أداة لرفع الظلم وإحلال العدل ، وهذا يستهدف أن تكون السيادة لل مشروعية الإسلامية، على الجميع كافة، حكاما ومحكومين.

فما هو الأساس التشريعي والتاريخي لإحداث واستقلالية قضاء المظالم في النظام الإسلامي؟

الفرع الأول:

الأساس التاريخي لاستقلالية القضاء الإداري في النظام الإسلامي

إذا كانت فرنسا هي أول من ابتدعت فكرة النظام القضائي المزدوج في العصر الحديث ، وذلك عندما أنشأت مجلس الدولة الفرنسي ، في السنة الثامنة من عمر الجمهورية الفرنسية الأولى عام 1799م ، ثم سارت على نهجها الكثير من الدول الأخرى، منها الجزائر؛ إلا أن النظام الإسلامي كان الأسبق على الإطلاق في الأخذ بازدواجية القضاء.

حيث أنه بجوار القضاء العادي المختص بمنازعات الأفراد، كان يوجد قضاء المظالم، وهو قضاء مستقل يختص بنظر القضايا، التي يكون أطرافها من ذوي السلطة والنفوذ، أو ما يصطلح عليه بالمنازعات الإدارية بمفهوم العصر. وهو قضاء قوي ومتطور، محاط بمجموعة من الضمانات، التي

تكفل للقاضي القيام بواجبه على أكمل صورة،¹ وحماية حقوق المحكومين وحرياتهم في مواجهة السلطة العامة؛ ومن أهم هذه الضمانات على الإطلاق، مبدأ استقلالية القاضي الإداري.

والوقوف على حقيقة استقلالية القضاء الإداري في النظام الإسلامي، ملازم لأساس وجود هذا الأخير. فما هي أهم المراحل التي مر بها القضاء الإداري في النظام الإسلامي؟ وما هي أهم ضمانات استقلاله؟

أولاً: مراحل تطور واستقلالية القضاء الإداري في النظام الإسلامي

إنّ تبين حقيقة استقلالية القاضي الإداري الإسلامي، يستلزم الوقوف على الأساس التاريخي لوجود هذا الأخير.

1- القضاء الإداري في عهد النبي صلى الله عليه وسلم

قبل تشكيل أول نظام حكم إسلامي في عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم-، كان الناس يخلون خلافاتهم بطريقة التحكيم التي عرفوها في الجاهلية، وكان لهم الحق بقبول الحكم أو رفضه، فلم يكن الحكم ملزماً للخصوم، كما كان يشترط قبول المتخاصمين للمحكّم.²

في مرحلة الدعوة الإسلامية، تولّى الرسول - صلى الله عليه وسلم - سلطة القضاء بتكليف من الله - سبحانه وتعالى - في قوله تعالى: "فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عمّا جاءك من الحقّ.." ³.

¹ ينظر: عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص62.

² ينظر: منير العجلاني، عبقرية الإسلام في أصول الحكم، ط سنة 1985 دار النفائس، بيروت، ص337-339.

³ سورة المائدة، آية 48.

فالدولة في ذلك الوقت، كانت في حاجة إلى خلق وإنشاء القواعد والمبادئ القضائية العامة، لتكون أساساً صالحاً، لاستنباط ما لا حصر له من الحلول في مختلف المسائل لمن يأتي بعده، وقد قرّر الرسول - صلى الله عليه وسلم - بناء على ذلك لنفسه، ممارسة هذه السلطة في صحيفة المدينة، التي كانت دستور الدولة الإسلامية، في المادة 23 والمادة 42 منه.¹

ومع تولّي النبي - صلى الله عليه وسلم - سلطة القضاء، بصفته حاكم الأمة، الذي يجمع بيده كل السلطات، بما في ذلك التكليف المباشر له بذلك من الله تعالى، إلا أنه قام بتعيين بعض من الصحابة، ممن يصلحون لمهمة القضاء، في مناصب قضائية، فقد روى أحمد وأبو داود عن معاذ بن جبل أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بعثه إلى اليمن، وقال له: "كيف تقضي إذا عرض لك القضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله؟ قال: أجتهد الرأي ولا ألو، قال: فضرب رسول الله على صدره، وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله."²

2- السلطة القضائية في عهد الخلافة الإسلامية

¹ محمد حميد الله، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، ط 5 سنة 1985م، دار النفائس بيروت، ص 39. وينظر: محمد سليم العوا، النظام السياسي للدولة الإسلامية، ط سنة 1989، دار الشروق، القاهرة، ص 179، حيث وردت وثيقة المدينة أو دستور المدينة على شكل قواعد دستورية، وهي 47 مادة.

² باسم صبحي بشناق، "الفصل بين السلطات في النظام السياسي الإسلامي" - دراسة تحليلية في ضوء نظرية الفصل بين السلطات في القانون الوضعي - مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الحادي والعشرون، العدد 1 سنة 2013، ص 617.

في عهد الخلافة الراشدة، ظلّ رئيس الدولة (الخليفة) هو الذي يعيّن القضاة، ويتولى إدارة شؤون القضاء، ويحافظ على استقلالهم.¹

ففي عهد الخليفة الأول أبو بكر الصديق، تولّى الخليفة سلطة قضاء المظالم بنفسه، ولم يعهد بها لأحد من الصحابة؛ وعندما كانت تعرض عليه منازعة، كان يرجعها إلى كتاب الله وسنة الرسول - صلى الله عليه وسلم-، فإن لم يجد حكماً، قضى على أساس اجتهاده الخاص. واستمر هذا الوضع إلى أن انتهت خلافته.

وبدأ قضاء المظالم يأخذ في التدرج في عهد الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه. ففي بداية عهده رضي الله عنه، استمرّ حال القضاء على ما كان عليه في عهد أبي بكر، وكان عمر يقضي بنفسه بين الناس، مستندا في ذلك إلى أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية، فإن لم يجد يرجع إلى الأحكام التي قضى بها أبو بكر، عندما يعرض عليه ذات الخصومات التي عرضت على أبي بكر، فإن لم يجد اجتهده وقضى بنفسه.²

وفي منتصف فترة حكم الخليفة عمر، ونتيجة لتوسع رقعة الدولة الإسلامية وانشغال الخليفة بأمور الإدارة، قام بتعيين بعض القضاة في الولايات الإسلامية، وفوضهم القيام بأعمال القضاء بين الناس، إلا أن ذلك لم يمنع عمر، أن يقضي بين الناس متى رغب في ذلك؛ فالقاضي كان يعد عوناً للخليفة، أما حق القضاء فهو ثابت للخليفة. وكان عمر قد أقرّ مبدأً مهماً في محاسبة الولاة والعمال، وهذا المبدأ هو ما يسمى حالياً بـ "إساءة استعمال السلطة". وعلى نفس النهج سار الخلفاء عثمان

¹ محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام، ط4 سنة 1995، دار الفرقان للطباعة والنشر والتوزيع، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمّان الأردن، ص206.

² باسم صبحي بشناق، المرجع السابق، ص618.

وعلي - رضي الله عنهما - إذ كالا أيضا يقضيان بين الناس، وكذلك يعهدان إلى قضاة الولايات، للقضاء بين الناس.¹

والحقيقة أن الفصل بين السلطات في عهد الخلفاء، وعهد النبي عليه السلام، كان تام وحتمي، رغم عدم انفصال السلطات من حيث الظاهر. حيث كان العدل في هذه الحقبة أسمى غايات الدولة، وقد شهد التاريخ الإسلامي على ذلك، بأمثلة لا حصر لها.

أما توزيع السلطات بطريقة مستقلة من حيث الظاهر، فقد جرى تنظيمه تدريجيا - في فترات متلاحقة، على وجه يشبه التنظيم الحديث، فقد كان أمرا اجتهادي خاضع للملاءمات والظروف في كل مكان وزمان.²

في العهد الأموي تطور قضاء المظالم كثيرا؛ فصع بداية عهد الخلافة الأموية، كان الخليفة معاوية بن أبي سفيان مؤسس الدولة الأموية، أول خليفة انقطع عن مباشرة وظيفة القضاء بين المسلمين، وذلك نظرا لانشغاله في أمور إدارة الدولة، التي زادت اتساع شرقا وغربا، وترك أمر القضاء لقضاة متخصصين، قام بتعيينهم ومنع الولاية من التدخل في شؤونهم، وقد قام معاوية بتعيين قاض رئيس في كل ولاية ونواب له. وكان للخليفة الحق بعزل القضاة متى شاء، وقد تميز عهد معاوية ومن بعده من خلفاء الدولة الأموية، بتقديم فكرة الرأي، باعتباره مصدرا من مصادر التشريع، وهو القدرة على الاجتهاد مع النصوص؛ وهذا نتيجة ل تنوع الأفضية واستحداث قضايا جديدة لم تعرض على القضاء من قبل، ولم ترد بشأنها نصوص تفصيلية خاصة.³

¹ باسم صبحي بشناق، المرجع نفسه، ص 618.

² مصطفى كمال وصفي، مصنفة النظم الإسلامية، دون ذكر سنة الطبع، مكتبة وهبة القاهرة، ص 229.

³ إحسان عبد المنعم عبد الهادي سمارة، الإدارة والقضاء الإداري في الإسلام، المرجع السابق، ص 211، وصبحي عبده سعيد، شرعية السلطة والنظام في حكم الإسلام، دراسة مقارنة، ط سنة 1999، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 225.

ويذكر أن عبد الملك بن مروان، كان أشهر من جلس لقضاء المظالم في هذه الفترة، ولم يشهد القضاء الإداري أو قضاء المظالم في هذه الفترة، استقلالاً عن السلطات الأخرى فحسب، بل استقل أيضاً عن القضاء العادي، وصار له قاض مختص بنظره. ثم أصبح لها ديوان خاص، يعرف "بديوان المظالم" ويسمى رئيسها بـ "ناظر المظالم".

أما الخليفة الخامس عمر بن عبد العزيز، فقد أرسى قواعد هامة في قضاء المظالم، مفادها إلغاء كل الأعمال التي تخالف المشروعية، وفرض التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم مشروعية تصرفات السلطة الإدارية، وكذا التصدي لولاية الأقاليم وولاية الأمر، الذين تثبت تجاوزاتهم على حقوق الناس وحررياتهم. وقد كان هذا الخليفة العادل قدوة لمن بعده في العدل، حيث لم يتوارى عن مساءلة ومحاسبة كل من يتعدى أو يمس بحقوق وحرريات الرعية بغير حق، وقد بدأ تطبيق العدل حتى على نفسه، وأهل بيته وأبناء عمومته من الأمويين.¹

وعليه فإن النظام القضائي في حقبة الدولة أو الامبراطورية الأموية، كان أول نظام قضائي جسد مبدأ ازدواجية القضاء، وجسد صراحة مبدأ استقلالية القضاء الإداري، ما يعني أن هذه الأخيرة، ليست من استحداث النظام الفرنسي، كما يدّعي بعض الفقه القانوني، بل إن أصل مبدأ ازدواجية واستقلالية القضاء هو النظام الإسلامي.

في عهد العباسيين تطور قضاء المظالم بشكل كبير جداً، خاصة من الناحية التنظيمية، حيث امتنع خلفاء هذه الحقبة تماماً عن النظر في قضايا الناس، ما أضفى تأكيداً على استقلالية وحياد القضاء الإداري. حيث أصبح لقضاء المظالم ولاية أو ديوان مستقل ينظمه، وهو ما يعادل وزارة العدل حالياً.

¹ ينظر: الحافظ جمال الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن الجوزي، سيرة ومناقب عمر بن عبد العزيز الخليفة الزاهد، المرجع السابق، ص125 وما بعدها.

كما أصبحت المظالم تناط بقاضٍ خاص ، وتُعقد له جلسات خاصة منظمّة، منذ أيام الخليفة العباسي الثالث المهدي في القرن الخامس الهجري، كما بدأ تقديم المظالم بشكل مكتوب.¹

وكان ديوان المظالم يتشكّل من القضاة، والحكام العارفين بالقضاء وبالأصول القضائية ، ومن الحماية والأعوان، لجذب القوي، وتقويم الجريء؛ فالحماة هم كبار القادة، والأعوان هم بمثابة الشرطة القضائية حاليا. كما كان يتكون من الفقهاء ليرجع إليهم قضاة المظالم فيما أشكل عليهم، لإكمال النقص المحتمل لديهم في العلم، والكتّاب ليثبتوا ما جرى بين الخصوم، وما توجب لهم أو عليهم من حقوق، وهم بمثابة كتاب الضبط حاليا ؛ الشهود ليشهدهم على ما أوجبه قاضي المظالم من حق، وأمضاه من حكم، وهؤلاء يشبهون النيابة العامة حاليا.²

وكان من أهم اختصاصات قاضي المظالم في هذه الفترة، النظر في تعدي الولاة على الرعية، والأموال المغصوبة من قبل الولاة، ونقص مخصصات الموظفين وتأخرها. كما شهدت هذه الحقبة نشأة المذاهب الأربعة، التي أضافت مرونة أكبر على أحكام الشريعة الإسلامية، وكانت معينا للقضاة في أحكامهم.³

ثانيا: ضمانات استقلالية القضاء الإداري الإسلامي

لقد اهتم النظام الإسلامي اهتماما كبيرا بالقضاء، حيث كان حريصا على تحقيق حياد القاضي واستقلاله من كل أنواع الضغوط، التي قد تؤثر سلبا على تحقيق أهدافه، كما فرض الرقابة الصارمة عليه منعا للمحاباة وتلافيا للظلم.

¹ ينظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص136

² ينظر: الماوردي، المرجع السابق، ص136.

³ ينظر: صبحي عبده سعيد، المرجع السابق، ص226.

فالإسلام لا يسمح لأي شخص مهما علت مرتبته أو ارتفعت مكانته، أن يتدخل في حكم القاضي، وأن القاضي إذا أحسّ بأي نية في التدخل في شؤونه، رفض هذا التدخل وحكم بما يريد، ويكون حكمه هنا حائزا قوة الشيء المقضي به، وناظرا بالنسبة للأشخاص ولرئيس الدولة نفسه.¹

فاستقلالية القضاء لا تعني أن يكون مستقلا في إصدار حكمه فحسب، بل لا بدّ أن يملك سلطة تنفيذ هذا الحكم، أي كانت مكانة المحكوم عليهم.²

غير أن ذلك مشروط بعدالته فان كان حكمة جائرا و جب رده .

من الأمثلة الذي ذكرها التاريخ الإسلامي في هذا الشأن، أنّ يقيم ا كان في ولاية يحيى بن ميمون وهو على القضاء (عام 105هـ)، فردّ أمره إلى عريف قومه، فتظلم اليتيم بعد بلوغه من العريف إلى يحيى بن ميمون زمانا، فلم ينصفه منه، فكتب إليه اليتيم بأبيات يذكره فيها بوجوب التزام الحق وخوف الله.³ فبلغ يحيى ذلك فسجن اليتيم، فرفع أمره إلى هشام بن عبد الملك؛ فعظم ذلك عليه، وكتب بعزله، وكان في كتابه إلى الوليد بن رفاعة: "إصرف يحيى عمّا يتولاه من القضاء مذموما مدحورا."⁴

¹ ينظر: محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام، المرجع السابق، ص 197-198.

² ينظر: محمد عبد القادر أبو فارس، المرجع السابق، ص 220.

³ وهذه الأبيات هي:

ألا أبلغ أبا حسان عني بأن الحكم ليس على هواكا

ألم تعلم بأن الله حق وأنت حين تحكم قد يراكا

⁴ خالد خليف، القضاة والقضاء في الإسلام.

وتطوّر الأمر بعد ذلك، فأصبح قاضي القضاة ، الذي يعدّ بمثابة وزير العدل حالياً، مختصاً بالتحقيق مع قضاة الأقاليم، الذين كانت ترفع فيهم الشكاوى، فكان يعزل من استحق العزل، ويبقى من ثبت براءته.

جاء في أحكام "قضاء قرطبة" أنه في عهد الأمير الحكم، كان هناك قاض له على منطقة كورة جيان، فتظلم أهل الكورة منه، فعهد الأمير الحكم إلى سعيد بن محمد بن بشير -قاضي الجماعة في قرطبة- أن ينظر في هذه الدعوى، فإن ظهر بريئاً أقرّه على قضائه، وإن ظهر عليه ما رفع إلى الأمير فيه، عزله عن الكورة، فنظر قاضي الجماعة في هذه القضية ، فألفاه بريئاً، وقال له: "انصرف إلى قضائك."¹

يتبين من خلال هذه القضية، أنّ القضاء كان متطوراً في النظام الإسلامي، بل وسبق الأنظمة القانونية، حتى أصبح يعهد أمر تأديب القضاة وعزلهم، إلى قاض أعلى درجة منهم، عالم بوظيفة القضاء وأسرارها، ولم يبقَ هذا الأمر بيد السلطة التنفيذية التي يرأسها الخليفة. وهذا يمثل بحق قمة الاستقلالية في القضاء.

أما تعيين القضاة فكان يحصل بطريقتين:

1- طريقة الانتخاب:

كان يتمّ اختيار القضاة في كثير من الأحيان عن طريق الانتخاب، وكان هذا الأمر احتراماً للرعية، في اختيارها لمن تراه مناسباً لهذه الوظيفة المهمة.

¹ خالد خليف، القضاة والقضاء في الإسلام، الموقع السابق

ومن أمثلة هذه الطريقة في اختيار القضاة، ما ذكره الكندي رواية عن أحد رجال مصر ويدعى البويطي، أنه قال: "أمر ابن طاهر والي مصر بإحضار أهل مصر، فحضر الناس، وكنتُ فيمن حضر، فدخلنا على ابن طاهر، وعنده عبد الله بن عبد الحكم، فقال: إن جمعي لكم لترتادوا لأنفسكم قاضيا. فقال البويطي: كان أول من تكلم يحيى بن عبد الله بن بكير، فقال: أيها الأمير، ولّ قضاءنا من رأيت، وجنّبنا رجلين: لا تولّ قضاءنا غريبا ولا زراعا. فالغريب لا يعرف الواقع والزرايع سيهتم بماله، وربما يكون طرفا في خصومة مع غيره، بسبب ماله من إقطاعيات وأراضي ومخصصات. وما أكثر تزواج المال بالسلطة كانت أم قضائية، والذي قد يحصل بسببه الانحراف."¹

إن المتأمل في وقائع هذه الحادثة التي جرت عام (212هـ)، أي مرّ عليها أكثر من 12 قرن، سيتبيّن له كم كان النظام الإسلامي متطورا وراقيا في نظره إلى وظيفة القضاء، فقد كان أكثر اهتماما باستقلال هذه الوظيفة، بما يتلاءم وحماية حقوق وحرّيات الأفراد. في حين ما يزال المشرع الدستوري الجزائري، يخضع هذه الوظيفة بشكل غير مباشر لهيمنة السلطة التنفيذية.

2- طريقة التعيين

إضافة إلى طريقة الانتخاب، كان يتم اختيار القضاة عن طريق التعيين، تبعا لأهليتهم العلمية والدينية، أي بالنظر إلى الكفاءة والاستحقاق، دون النظر للوجاهة أو السن. وقد ذكر الماوردي شروط تعيين قاضي المظالم بوجه خاص، وهي أن يكون جليل القدر، نافذ الأمر، عظيم الهبة طاهر العفة، قليل الطمع، كثير الورع لأنه يحتاج في نظره إلى سطوة الحماية وتثبيت القضاة.² وأكد ابن

¹ خالد خليف، القضاة والقضاء في الإسلام، الموقع السابق.

² ينظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص 97.

خلدون نفس الشروط وهي المزج بين سطوة السلطة ونصفه القضاء ، والتميز بعلو اليد والوهبة العظيمة، التي تقمع الظالم وتزجر المعتدي.¹

وكان لا يُعَيَّن أحد في منصب القضاء، إلا بعد اختبارات عسيرة ، وبالأخص قاضي القضاة المعروف أيضا بقاضي الجماعة، وكذا قضاة المظالم، الذين كان اختيارهم يتم بعد اختبارات شاقة، يعرف من خلالها صلاحية القاضي لهذه المهمة.

ومن أمثلة طريقة التعيين، ما يبيِّن الخشني في "قضاة قرطبة" عن طريقة اختيار أحمد بن بقيّ قاضي الجماعة، فقال: "قلده أمير المؤمنين... ثم ولاه قضاء كورة جيان، وكورة إلبيرة، وكورة طليطلة، وامتحنه في كل وجه، وعجمه في كل معنى، وكفى بمحنة أمير المؤمنين واختباره! فألفاه خالصا، ووجده ناصحا، فلما شهدت له عنده التجربة، بدرجة الاستحقاق قلده قضاء الجماعة (أي قاضي القضاة)".²

وهذا السلطان حسين بن شاهي ملك السند ، إشتري أفراسا من تاجر وماطله في أداء ثمن الأفراس؛ فرفع التاجر القضية إلى القاضي، فأمر أن يحضر السلطان بين يديه، ويقوم حيث ما قام التاجر، ثم حكم لفائدة التاجر، فخرج السلطان مسرورا؛ فكان مطله في أداء الثمن من أجل الإمتحان.³

وفي قضية مشابهة يروي الآصفي أنه وصل إلى السلطان العادل مظفر حلیم الكجراتي، رسول الطلب من القاضي، وقد تظلم منه من يتجر بالخليل. فخرج السلطان ماشيا إلى القاضي وجلس مع

¹ ابن خلدون، المقدمة، المرجع السابق، ص222.

² راغب السرجاني، معايير وطرق اختيار القضاة في الإسلام.

islamstory.com. vue le 07/10/2015.

³ ينظر: سيّد بن حسين العفاني، ترطيب الأفواه بذكر من يظلم الله، المرجع السابق، ص252.

خصمه بين يديه. وأجاب التاجر عليه أنه لم يصله ثمن أفراسه وثبت ذلك، وأبى التاجر أن يقوم من مجلسه قبل أداء الثمن وحكم القاضي به. فمكث السلطان مع خصمه إلى أن قبض التاجر الثمن. وكان القاضي لما حضر السلطان المحكمة وسلّم عليه لم يتحرّك من مجلسه، وما كفاه ذلك حتى أنّه أمره أن لا يترفع على خصمه ويجلس معه. ولما قبض التاجر الثمن، وسأله القاضي: هل بقيت لك دعوى عليه؟ وقال: لا؛ عند ذلك قام القاضي من مجلسه، وسلّم على سلطانه على عادته فيه، ونكس رأسه فيما يعتذر به؛ فقام السلطان من مجلسه مع الخصم وأخذ بيد القاضي وأجلسه في مجلس حكمه كما كان وجلس إلى جنبه وشكره على عدم مدهنته في الحقّ، وقل له: لو عدلت عن سيرتك هذه رعاية لي لانتصفتُ للعدالة منك، وأنزلتك منزلة آحاد الناس لألا يتأسى بك بعدك غيرك، فجزاك الله عني خيرا بوقوفك مع الحقّ! فمثلك يكون قاضيا. فأثنى عليه القاضي وقال: ومثلك يكون سلطانا.¹

الفرع الثاني:

إسهامات القضاء الإداري الإسلامي المجسدة لمبدأ استقلالية

القاضي وحماية الحقوق والحريات العامة

في ظل الإتهامات الموجهة لمؤسسة القضاء في الإسلام، ومخولة التشكيك في استقلالية القاضي الإداري، أكد النظام الإسلامي بكل قوّته، أنه اعتمد فعلا مبدأ الفصل بين السلطات بما يحقق مبدأ التوازن، وكان أشد حرصا على استقلال القضاء ونزاهته. ولقد كان للنظام القضائي في النظام الإسلامي، إسهامات عظيمة وضعت الأسس الكفيلة باستقلالية القضاء الإداري، وحماية حقوق وحريات الأفراد من انتهاكات أشخاص السلطة العامة.

¹ ينظر: سيّد بن حسين العفاني، المرجع السابق، ص224-225.

ومن أهم القضايا المحسدة لاستقلال القضاء الإداري الإسلامي، بما يحقق حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد، قضية التعدي التي حدثت في خلافة أبي العباس¹؛ وتمت وقائع هذه القضية كالآتي:

دخل رجل على أبي جعفر المنصور، وكان قاضي المظالم على أرمينية في خلافة أخيه أبي العباس، فقال: "إن لي مظلمة، وإني أسألك أن تسمع مني مثلاً أضربه قبل أن أذكر مظمتي. قال: قل. قال: إني وجلت لله تبارك وتعالى - ويقصد أنه يخاف الله تعالى -، خلق الخلق على طبقات، فالصبي إذا خرج إلى الدنيا لا يعرف إلا أمه، ولا يطلب غيرها، فإذا فزع من شيء لجأ إليها، ثم يرتفع عن ذلك طبقة، فيعرف أن أباه أعز من أمه، فإن أفرعه شيء لجأ إلى أبيه، ثم يبلغ ويستحكم، فإن أفرعه شيء لجأ إلى سلطانها، فإن ظلمه ظالم انتصر به، فإذا ظلمه السلطان لجأ إلى ربه واستنصره، وقد كنت في هذه الطبقات. وقد ظلمني ابن هنيك² في ضيعة لي في ولايته، فإن نصرته علي، وأخذت بمظمتي وإلا استنصرتُ إلى الله ولجأت إليه، فانظر لنفسك أيها الأمير أو دع. فتضاءل أبو جعفر، وقال: أعد عليّ الكلام. فأعاده. فقال: أما أول شيء فقد عزلت ابن هنيك عن ناحيته. وأمر برد ضيعة³.

ومثاله أيضاً ما ثبت عن الخليفة العباسي المأمون، أنه كان يجلس كل أحد من كل أسبوع للنظر في المظالم؛ حتى جاءته يوماً امرأة، لتشكي مظلمتها، فقال لها المأمون: من خصمك؟ فقالت: القائم على رأسك العباس بن أمير المؤمنين (أي ابنه)، فقال المأمون لقاضيه يحيى بن أكثم: اجلسها معه

¹ أول خلفاء بني العباس، هو أبو العباس عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، ولقب بالسفاح لأنه كان سريعاً إلى سفك الدماء.

² ابن هنيك هو عثمان بن هنيك قائد حرس أبي جعفر المنصور.

³ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، تاريخ الخلفاء، ط 1 2003م، دار بن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ص 204-205.

وانظر بينهما. فأجلسها معه، ونظر بينهما بحضرة المأمون، وجعل كلامها يعلو، فزجرها بعض حجابيه، فقال له المأمون: دعها فإن الحق أنطقها والباطل أخرسه. وأمر برد ضياعها عليها.¹

في هذه القضية رفض رئيس السلطة الإدارية الخليفة المأمون، وهو رئيس أكبر دولة، التدخل في عمل القضاء، ولم يباشره بنفسه ابتغاء تحقيق العدل، ومخافة أن ينحاز إلى ابنه وهو ظالم؛ ليس هذا فحسب، بل قام بنفسه بتنفيذ حكم القضاء برفع الظلم عن المرأة، باسترداد أملاكها التي تم الإستيلاء عليها، وهذا يشكل بالفعل، تجسيد حقيقي وراقي لمبدأ الفصل بين السلطات.

ومن أروع المواقف المجسدة لمبدأ استقلالية القضاء في النظام الإسلامي، يذكر السيوطي في كتابه تاريخ الخلفاء، أن الخليفة أبو جعفر المنصور كتب إلى سوار بن عبد الله قاضي البصرة كتابا فيه: أنظر الأرض التي تخاصم فيها فلان القائد وفلان التاجر فادفعها إلى القائد. فكتب إليه سوار: إن البينة قد قامت عندي أنها للتاجر، فلست أخرجها من يده إلا ببينة. " فكتب إليه المنصور: والله الذي لا إله إلا هو لتدفعنها إلى القائد؛ فكتب إليه سوار: والله الذي لا إله إلا هو لا أخرجها من يد التاجر إلا بحق؛ فلما وصل كتابه إلى المنصور قال: مالأتما والله عدلا فصار قضاتي تردني إلى الحق.²

وقريب من هذا الموقف، ما فعله القاضي نصر بن ظريف اليحصبي، مع عبد الرحمن بن معاوية. فقد طلب هذا الأخير تأجيل قضية، كان أحد طرفيها قريبا للأمير فخرج القاضي ابن ظريف من يومه، وعمل بغير ما أراد الأمير، وحكم فيها حكما نافذا؛ فغضب الأمير واستحضر القاضي وقال له: "من أمرك أن تنفذ حكما وقد أمرتك بتأخيره؟ فقال: قدمني عليه رسول الله، الذي بعثه الله بالحق،

¹ الماوردي، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص146-147.

² جلال الدين السيوطي، المرجع السابق، ص211.

ليقضي به على القريب والبعيد، والشريف والدينء، أما أنت أيها الأمير: ما حملك على أن تتحمل لبعض رعينك على بعض؟ فقال الأمير جزاك الله ياظريف خيرا"¹.

وهذا - أيضا- العباس المرواني اغتصب رجلا من أهل جيان ضيعته، فبينما هو ينازعه فيها هلك الرجل، وترك أيتاما صغارا، فحكم قاضي قرطبة مصعب بن عمران بالأرض للأيتام، فاستنجد العباس بابن عمه الأمير الحكم، الذي أمر القاضي بالتنحي عن النظر في المسألة وحفظ القضية، حيث أراد تعليقها وعدم البتّ فيها، فأكد القاضي حكمه وأنفذه، ثم قال للأمير: هذا حكمي فانقضه إن استطعت. فالتزم الأمير بالأمر.²

هذه ليست المواقف الوحيدة، التي تبرهن على رقيّ القضاء الإداري في النظام الإسلامي، واستقلاله ونزاهته، بل إن التاريخ الإسلامي، يزرخ بقضايا لا حصر لها من هذا القبيل.

وعليه فإن القضاء الإداري الإسلامي، كان - بحق- قضاء مستقلا، مؤثرا، وفعالا في حماية الحقوق والحريات العامة. فقد تمّ بناؤه على أسس محكمة، وأخرج للناس قضاةً سلكوا إلى العدل في الحكم، والحزم في التنفيذ، مسلكا هو أرقى ما يجده الباحث في القديم والجديد.

مما سبق يخلص إلى أنه لا تعارض بين النظام الإسلامي و النظام الوضعي الفرنسي والجزائري، حول طبيعة القاضي الإداري، في حماية المشروعية والمحافظة على الحقوق والحريات العامة. غير أن النظام الإسلامي، كان الأسبق في الأخذ بمبدأ القضاء المزدوج ووتجسيد وتفعيل مبدأ استقلالية القضاء، الذي يعدّ من أهم الضمانات على الإطلاق، لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم العامة.

¹ سيّد بن حسين العفاني، تطيب الأفواه بذكر من يظلمهم الله، المرجع السابق، ص236. ومحمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام، المرجع السابق، ص198

² ينظر: محمد عبد القادر أبو فارس، المرجع السابق، ص199، وسيّد بن حسين العفاني، المرجع السابق، ص238.

الفصل الثاني

سلطة تقدير الملاءمة الإدارية والتدخل الامتيازي

للقاضي الإداري لتنظيمها

إن مبدأ المشروعية وسيادة القانون هو المبدأ الذي يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والإلتزام به في كافة أعمالها، غير أن هذا المبدأ لا يمكن أن ينتج أثره إلا بقيام مبدأ آخر يكمله ويعتبر ضروريا مثله وهو مبدأ الملاءمة. فالأحكام عندما تمنح الإدارة صلاحيات معينة فإنها تضع تحت تصرفها العديد من الوسائل والإجراءات، وتمنحها العديد من الخيارات التي تملك اختيار إحداها لمواجهة حالة واقعية معينة أو مجموعة من الوقائع، وذلك من خلال السلطة التقديرية للإدارة أو حرية تقدير الملاءمة، التي كانت ولا زالت تعتبر عند معظم الفقه، جوهر الإدارة و امتيازاً رئيسياً من امتيازاتها.

كما أن تمتع الإدارة بحرية تقدير ملاءمة أعمالها، لا يعني إفلاتها من الرقابة القضائية؛ إذ لا بد من وجود رقابة قضائية فعالة بهدف حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، إذا تجاوزت الإدارة حدود وظيفتها وتعسفت في استخدام سلطتها. ومن هنا نجد الأفراد إذا ما أصابهم ضرر أو لحقهم ظلم، يهرعون إلى القضاء ليجدوا في رحابه العدل والإنصاف. فالقضاء المستقل وحده المؤهل لتأمين الحماية المناسبة لحقوق الأفراد وحررياتهم. وهو وحده الذي يمثل الضمانة القوية لكفالة الحقوق والحرريات العامة.¹

وتأسيساً على ذلك، فإن غالبية الفقهاء قد حددوا موقفهم من رقابة القاضي الإداري، من منطلق تحديدهم لمفهوم السلطة التقديرية للإدارة.² ومن هنا يُثار تساؤل عن ماهية السلطة التقديرية، وفيما

¹ ينظر: فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص145.

² صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص82.

إذا كانت استثناء على مبدأ المشروعية كما يدعي بعض الفقه؟ ودور القاضي الإداري في الرقابة عليها؟

للإجابة على هذا الإشكال سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، يتم في **المبحث الأول** عرض: ماهية السلطة التقديرية للإدارية، وفي **المبحث الثاني** مجالات سلطة تقدير الملاءمة الإدارية والرقابة القضائية عليها.

المبحث الأول

ماهية السلطة التقديرية للإدارة

من الأهمية أن تحترم الإدارة مبدأ المشروعية لغاية تحقيق الصالح العام. غير أن المشروعية وحدها لا تكفي لهذه الغاية، دون توافر عنصر الملاءمة في تصرف السلطة الإدارية،¹ لتمكين هذه الأخيرة من اتخاذ القرارات المناسبة لمختلف الحالات الواقعية.

فالسلطة المقيدة وإن كانت تحقق أكبر ضمان لحريات الأفراد، وحمائتهم من تعسف الإدارة وسوء استعمالها لسلطتها، إلا أن التنظيم الإداري السليم ومقتضيات المصلحة العامة، تستدعي في كثير من الأحيان عدم شل حركة الإدارة بالقيود التي تفقدها مرونة التصرف، على النحو الذي يؤثر على ملاءمة مواجهتها لظروف الحياة المتغيرة ولم تجدد، ويضرّ في النهاية بالصالح العام، بما يشمل حقوق الأفراد أنفسهم.²

ذلك لأنه لا يمكن للقوانين ومختلف القواعد العامة أن تتوقع كل الأمور مسبقا، لأن الحقيقة متعددة الأشكال، ومتغيرة لا يمكن حصرها في مجال واحد بواسطة نص. لهذا السبب بالتحديد وجب أن تتمتع الإدارة بنوع من حرية تقدير الملاءمة أثناء تطبيقها هذه النصوص العامة.³ وهذا خلال امتياز السلطة التقديرية، التي يرى جانب من الفقه القانوني أنها استثناء وارد على مبدأ المشروعية.

¹ A. de Laubadère et Y.Gaudemet, Traité de droit administratif, 16^{ème} éd, 2002, L. G. D. J, Delta, Tome1, (Droit administratif général), p578.

Et voir: R.Chapus, Droit administratif général, 9^{ème} éd, 1995, delta Montchrestien, Tome 1, p930, et voir: G.Vedel, Droit administratif, 14^{ème} éd 1968, Augmenté presses Universitaires de France, Paris, p278.

² محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دون ذكر طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص110، سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، دون ذكر طبعة، مطبعة جامعة عين شمس، ص 50-51.

³ G. Vlachou, principes généraux du droit administratif, Ellipses Paris P 88.

فالسطة التقديرية تعد الوسيلة الناجحة والفعالة، التي تتيح للإدارة القيام بالتزاماتها ومواجهة الإحتياجات العامة للأفراد، خاصة بعد أن توضحت معالمها، و استبانة حدودها، وهذا بفضل أبحاث فقهاء القانون العام الفرنسي من جانب وقضاء مجلس الدولة الفرنسي من جانب آخر.¹ فما مفهوم السطة التقديرية للإدارة؟ أو حرية تقدير الملاءمة الإدارية؟

لا يكفي الإجابة عن هذا لإشكال إجابة وافية، إلا بالتطرق إلى النقط الآتية. أولاً: مفهوم السطة التقديرية، ويتم من خلاله التطرق إلى التعريف ب السطة التقديرية للإدارة، مبرراتها، وتمييز السطة التقديرية عن إحتصاص الإدارة المقيد. ثانياً: أساسها القانوني، ويتم من خلاله عرض مختلف النظريات حول أساس السطة التقديرية ومدى صحتها.

لهذا الغرض سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، يخصص **المطلب الأول** منه لمفهوم السطة التقديرية للإدارة، و**المطلب الثاني** للأساس القانوني للسطة التقديرية للإدارة.

المطلب الأول

مفهوم السطة التقديرية للإدارة

إن إختلاف المصالح التي يحميها كل من القانون العام والقانون الخاص، وتغليب الأول للمصلحة العامة التي تم لها الإدارة على المصالح الخاصة التي تكرس أحكام القانون الخاص لحمايتهما، يستلزم بالضرورة أن تمنح للإدارة مجموعة من الإمتيازات، تحتكر مباشرتها، ولا يتصور منح أشخاص

¹ ينظر: سعيد عبد المنعم الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة ط2 1987، دار الفكر العربي القاهرة ص 46. ومحمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص110.

القانون الخاص مثلها، من ذلك السلطة التقديرية التي تعتبر عند معظم فقهاء القانون الإداري، جوهر وأساس التصرف الإداري.¹ فماذا نعني بالسلطة التقديرية للإدارة؟

الإجابة على هذا الإشكال سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع حيث سيتم في الفرع الأول عرض: التعريف بسلطة التقديرية. وفي الفرع الثاني مبررات وجودها. وفي الفرع الثالث: تمييز السلطة التقديرية عن الاختصاص المقيد.

الفرع الأول

التعريف بسلطة التقديرية للإدارة

لقد حظي البحث عن مفهوم السلطة التقديرية باهتمام فقهي واسع، وقد اختلف فقهاء القانون الإداري في تعريفها تبعاً لاختلافهم في تحديد المجال الذي يترك فيه القانون للإدارة قسطاً من حرية التصرف. فما هي أهم تعاريفها؟ وما هو التعريف الجامع من بينها؟

قبل التطرق إلى الحقيقة الفقهية للسلطة التقديرية يتعين الوقوف عند معناها اللغوي.

³ **السلطة**² لغة: بمعنى القوة والقهر، ولذلك يسمى السلطان سلطاناً من التسلط والقهر.

¹ ينظر: عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 63.

² من تعريفات السلطة أنها: "الحق في إصدار الأوامر والقدرة على الحصول على الطاعة"، وأنها: "درجة النفوذ في اتخاذ القرارات التي توجه أعمال الآخرين"، أما المفهوم السائد فهو المفهوم الشرعي الذي يرى: "أنها مجموعة من الحقوق التي يخولها المنصب أو الوظيفة لشاغلها والتي تعطى له الحق بإصدار الأوامر أو التعليمات إلى آخرين". أحمد عبد العظيم محمد، أصول الفكر الإداري في الإسلام، ط 1 1414هـ/1994م، مكتبة وهبة، القاهرة ص 145، وينظر: جريفت، نظرية الإدارة، ترجمة محمد منير مرسي وعت عبد الموجود وسعد حماد، دون ذكر طبعة، عالم الكتب، القاهرة ص 108.

³ محمد أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق مصطفى البغا، ط 4 1990، دار الهدى، عين مليلة، ص 203، وينظر: أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط 1 1412هـ/1992م، دار صادر بيروت، ج 7 ص 320. ومحمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دون ذكر طبعة، دار مكتبة الحياة، بيروت ج 5، ص 160.

والتقديرية: من التقدير، يقول صاحب تاج العروس نقلا عن التهذيب: "والتقدير على وجوه من المعاني، أحدها: التروية والتفكير في تسوية أمر وهيئته؛ زاد في البصائر: بحسب نظر العقل و بناء الأمر عليه وذلك محمود. والثاني: بعلامات يقطعه عليها.¹ والثالث: أن تنوي أمرا بعقدك، تقول: قدرت أمر كذا أي نويته وعقدت عليه".²

يقول د. عصام البرزنجي: "إن المعنى اللغوي لمصطلح السلطة التقديرية ، يعني إمكانية التقرير الحر، أي التصرف طبقا لإرادة صاحب التصرف وطبقا لمحض رغبته الذاتية".³ ولعله المعنى الجامع لمفهوم السلطة التقديرية لغةً. فإذا كان المعنى اللغوي للسلطة التقديرية يتلخص في الحرية الذاتية في التصرف. فهل يضم المعنى الإصطلاحي لها ذات الميزة؟

هذا ما سيتم معرفته ، من خلال التطرق إلى مفهوم السلطة التقديرية في الفقهين القانوني والإسلامي.

أولاً: تعريف السلطة التقديرية في الفقه القانوني

لقد مرّت السلطة التقديرية بمراحل مختلفة، وقد تعددت وتفاوتت مفاهيمها تبعاً لذلك، ويعتبر النظام القانوني الفرنسي، النظام الذي ظهرت فيه هذه السلطة بأجلى مظاهرها، إذ يشكل بالفعل الأساس الذي ظهرت من خلاله فكرة الدولة القانونية في كثير من الدول التي تأثرت بالنظام

¹ أي تسوية أمر بناء على أدلة يغلب على الظن صدقها.

² الزبيدي، المرجع السابق، ج3، ص483. وينظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج5 ص75.

³ عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص61.

الفرنسي،¹ كالنظام المصري والنظام الجزائري. ولذا يتعين في البداية تتبّع مسلك الفقه الفرنسي في تعريفها، قبل تعريفها في الفقه القانوني العربي والجزائري؟

1- السلطة التقديرية في الفقه الفرنسي

إن المتتبع لفكرة السلطة التقديرية في الفقه القانوني من الوجهة التاريخية يدرك أن النظام القانوني الفرنسي كان السباق إليها، وكان لفقهه الدور العظيم في تحديد معالمها. وقد سلك الفقهاء الفرنسيون في تعريفها مسالك عدّة أهمها:

أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية إذا ترك لها القانون أو التنظيمات الحرية في التصرف في هذا الأمر أو ذلك.² وتعني السلطة التقديرية أيضا حرية الإدارة في اختيار تصرفها.³

وقريب منه أنها سلطة الإختيار من بين عدة قرارات كلها متاحة.⁴ أو كلها مشروعة.⁵

وعرفها الأستاذ "ديلوبادير DELAUBADERE" بأنها ذلك الجانب من الحرية الذي تتركه مصادر المشروعية للإدارة لممارسة نشاطها.⁶

¹ ينظر: عصام البرزنجي، المرجع السابق، ص01.

² G. Vedel et P. Delvolvé, droit administratif, tome1, op.cit, p 529.

³ G. Peiser, Droit administratif (Contentieux administratif), 14^{ème} édition, 1989, Mémentos, Dalloz, paris, p27.

⁴ G. Braibant, B. Stirn, le droit administratif français, 6^{ème} éd, 2002, presses de science po et Dalloz, p280.

⁵ Bertrand Seiller, droit administratif 2, l'action administrative 3éd, 2010, champs université Flammarion, p 242.

⁶ "C'est le pouvoir discrétionnaire, c'est à dire la marge de liberté que les sources de la légalité peuvent laisser à l'administrateur dans son activité." A. de Laubadère, Traité de droit administratif, 1992, L. G. D. J , tome1, p594.

كما عرفها بأنها حرية الإدارة في اختيار هذا أو ذاك القرار من بين قراراتها، بحيث لا يكون تصرفها منصوص عليه مسبقاً من طرف القانون.¹

وحدد العميد "بونار Bonnard" هذا النوع من السلطة قائلاً: "تكون سلطة الإدارة تقديرية عندما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الإختصاصات ، بصدد علاقاتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو تمتنع ووقت هذا التدخل، وكيفية وفحوى القرار الذي تتخذه. فالسلطة التقديرية تنحصر إذن في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمل هو ما يصح تركه".²

تتفق هذه التعاريف، على أن السلطة التقديرية هي قدر من الحرية ، يمنحه القانون للإدارة في ممارسة نشاطها، مما يعني أنها سلطة قانونية لا تتعارض مع مبدأ المشروعية.

يقول أ. ريفارو Rivero: "لا يتناقض وجود السلطة التقديرية مع مبدأ المشروعية... فعندما تتصرف الإدارة بتقديرها، فإنها لا تتصرف ضد المشروعية، لأن الحرية في التصرف هذه ناتجة عن عدم فرض المشروعية على الإدارة أي سلوك في هذا الموضوع...".³

والفقه الفرنسي الغالب يؤيد ما ذهب إليه الفقيه "موريس هوريو" منذ 1903، من أن السلطة التقديرية هي سلطة تقدير الملاءمة.⁴ أو هي حرية تقدير الملاءمة.⁵ أي أن الإدارة تملك حرية حرية تقدير مدى ملاءمة ما تتخذه من قرارات وما تأتيه من تصرفات.⁶

¹ A. de Laubadère, op.cit. p594. Et voir: A. de Laubadère, J. Venezia, Y. Gaudemet, traité de droit administratif général (organisation et action de l'administration, la juridiction administrative), 15^{ème} édition, 1999, L. G. D. J, Paris p691. Et voir : G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien, droit administratif, 12^{ème} éd, 2011, Dalloz, p 669.

² Bonnard, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, R. D. P, 1923, p363.

³ Rivéro, Droit administratif, 7^{ème} édition, 1975, Dalloz Paris, p84, et voir: R.Chapus, op.citp 932

⁴ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، ط سنة 1992، دار النهضة العربية، القاهرة، ص19.

⁵ A. de Laubadère, J. Venezia, Y. Gaudemet, op.cit, p691.

⁶ رمضان محمد بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، دون ذكر طبعة، دار

النهضة العربية القاهرة، ص110

والملاءمة تعني استجابة القرار الإداري لحالة واقعة ومحل معين وهي العناصر التي ينصب عليها التقدير.¹ وتعني كذلك أن هذا التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان والمكان والإعتبارات المحيطة، وبعبارة أعمّ فإنّ هذا الإصطلاح يطلق على ما يوافق مركزاً معيناً أو حالة معينة، بالنظر لما يحيط بهذه الحالة من الاعتبارات والظروف المحيطة.²

ويقصد بالملاءمة - أيضاً- تقدير الإدارة لمدى التدخل لإصدار قرار إداري ، إذا لم يوجد نص قانوني صريح يلزمها بالتصرف، أو الإمتناع أو اختيار وقت إصدار القرار. ويقصد بها أيضاً إختيار الإجراء المناسب الذي يتفق مع أهمية الوقائع المادية.³

يؤي الأستاذ "شابي chapus" أن السلطة التقديرية هي "دعوة للإدارة لممارسة حرية تقدير الملاءمة".⁴ ومعنى ذلك أن سلطة التقدير تكمن أساساً في الملاءمة التي يترك القانون للإدارة أمر تقديرها في ضوء الصالح العام.⁵ أي أنها حق الإدارة في تقدير ملاءمة أعمالها وذلك في حدود معينة.⁶ معينة.⁶

ويؤكد هذا المفهوم "ديلوبادير A. DELAUBADERE" عندما ذهب إلى أن "فكرتي السلطة التقديرية والسلطة المقيدة تتعلقان بتقدير الملاءمة". ففي الحالة الأولى رجل الإدارة له اختيار الحل الذي يبدو له أكثر ملاءمة، فهو قاضي هذه الملاءمة. وفي الحالة الثانية أياً كان التقدير الشخصي

¹ A. de Laubadère, traité de droit administratif, op.cit, p 584, et Vlach, Principes généraux du droit administratif, op.cit, p93.

² عصام البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص164.

³ علي خطار شطلوي، موسوعة القضاء الإداري، ط1 سنة 2008، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، ج2، ص917.

⁴ p930. R.Chapus, Droit administrative, op.cit,

⁵ محمود عاطف البناء، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة ط1 1970، دون ذكر دار نشر، ص58.

⁶ E.S Laso, Traité de droit administratif, traduit par Simone Aicardi 1964, p 411.

لرجل الإدارة أو رؤسائه لملاءمة اتخاذ القرار، يجب تحديده وفق الإطار الذي يمليه مسبقا عليه القانون.¹

ويلاحظ أن المشرع يكتفي بوضع القاعدة القانونية التي تتصف بالمرونة تاركا للإدارة تقدير ملاءمة التصرف، شريطة أن تتوخى في كل عمل تأتية الصالح العام، وأن لا تنحرف عن هذه الغاية مطلقا.² فلصالح العام هو الشرط الأساسي لمشروعية التصرف الإداري.³

2- السلطة التقديرية في الفقه القانوني العربي والقانون الإداري الجزائري

إن تبني الأنظمة القانونية العربية لنظرية السلطة التقديرية- من خلال تأثره ا بالنظام الفرنسي- ساهم إلى حد كبير في إبرازها كضرورة قانونية، وكان لفقهه ا بالغ الأثر في التعريف بها. و قبل استخلاص مفهوم السلطة التقديرية في القانون الإداري الجزائري ، ينبغي - أولا- تتبع مسلك الفقه العربي في تعريفها.

أ - تعريف السلطة التقديرية في الفقه العربي:

لقد تطرق جانب كبير من الفقه العربي لتعريف السلطة التقديرية للإدارة، حيث عرفها الأستاذان إبراهيم عبد العزيز شيحا وماجد راغب الحلو بلنها "كون الإدارة حرة إزاء وقائع معينة في التصرف، أي حرة في اتخاذ القرار أو الإمتناع عنه، ومعنى ذلك أن القانون لا يفرض على الإدارة مقدما سلوكا معيناً تنتهجه."⁴

¹ A. de Laubadère, J. Venezia, Y. Gaudemet, op.cit, p692.

² سعيد عبد المنعم الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص41.

³ G. Vedel et P. Delvolvé, droit administrative, op.cit, p 520.

⁴ إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري ، ط سنة 1999، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ص411، ويُنظر: ماجد راغب الحلو، القانون الإداري ط سنة 1996م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ص 610.

غير أن أهم ما يؤخذ على هذا التعريف هو أن السلطة التقديرية لا تتمحور فقط حول حرية الإدارة في اتخاذ القرار أو الإمتناع عنه، بل تتعدى هذا المجال إلى أوسع من ذلك، كما أن في هذا التعريف ملامح التأثير بتعريف الأستاذ "ديلوبادير A. DELAUBADERE" للسلطة التقديرية للإدارة.

ويرى الأستاذ محسن خليل، أن السلطة التقديرية تعني أن يترك القانون للإدارة الحرية في مباشرة نشاطها، دون أن يفرض عليها وجوب التصرف على نحو إلزامي معين، بمعنى أن يترك القانون للإدارة حرية تقدير اختيار العمل والقيام به، في الوقت المناسب الذي تراه ملائما للظروف والأحوال، دون أن يملي عليها مقدما مسلكا محددًا يتعين عليها اتخاذه في هذا الخصوص.¹

ولعل أبرز التعاريف التي عبرت بدقة عن حقيقة السلطة التقديرية، تعريف الأستاذ الطماوي، إذ عرفها أنها: "تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل من الأفراد والقضاء، لتختار في حدود الصالح العام وقت تدخلها، ووسيلة التدخل، وتقدير بعض الحالات الواقعية التي تحدث ولتقدير أصلح الوسائل للمواجهة".² ومعنى ذلك أن للإدارة وحدها أن تقرر أن هذا الإجراء ملائم أو غير ملائم، أي لها أن تزن وحدها ملائمة قراراتها للظروف الواقعية.³

وكذا تعريف الأستاذ سامي جمال الدين، حيث يقول: "إن السلطة التقديرية للإدارة تعني تمعها بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية، بحيث يكون للإدارة تقدير اتخاذ

¹ محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، ط سنة 1990، منشأة المعارف الإسكندرية ص88.

² سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (دعوى الإلغاء) ط 7 سنة 1996، دار الفكر العربي، مدينة نصر، ج 1 ص37، وينظر: مؤلفه، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص48.

³ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة ط5، دون ذكر سنة ودار الطبع، ص378. مأخوذ عن: سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص19.

التصرف أو الامتناع عن اتخاذه، أو اتخاذه على نحو معين، أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف، أو السبب الملائم له أو في تحديد محله.¹

وبناء عليه، يتبين أن الفقه العربي يتفق مع الفقه الفرنسي، في أن السلطة التقديرية للإدارة، تتحقق كلما تخلى القانون عن تحديد أو تنظيم جانب من جوانب قرار الإدارة أو نشاطها.

فإذا تمتعت الإدارة بسلطة تقديرية، فإن معنى ذلك أن القانون قد منحها الحرية في مباشرة نشاطها، الذي يعطي للإدارة حرية تقدير ملاءمة أعمالها، ويؤدي إلى الارتباط بين فكرة الملاءمة والسلطة التقديرية واتصالهما الوثيق معاً.²

أما تجنب بعض الفقه إصطلاح "الملاءمة" في تعريف السلطة التقديرية واستبداله باصطلاحات أخرى، مثل "حرية الإختيار"³ أو "حرية التقدير"⁴، لا ينفي أن المسألة في النهاية مردها إلى تحديد الملاءمة. ولعل تجنب هذا الإصطلاح، يعود إلى التخوف من قاعدة أن القاضي الإداري هو قاضي المشروعية وليس الملاءمة.⁵ وهو تخوف لم يعد له أي محل، إذ ليس معنى أن للإدارة سلطة تقديرية أن

¹ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 22.

² محسن خليل، المرجع السابق، ص 94.

³ G. Peiser, Droit administratif, op.cit, p27, et voir : A. de Laubadère, Traité de droit administratif, op.cit, p579.

⁴ Voir: Bonnard, Le pouvoir discrétionnaire, op.cit, p 363.

⁵ Bonnard, ibid, p 361.

ونظراً: سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 20.

- مشروعية إجراء وملاءمته لا تتعلقان بفكرتين متناقضتين، "فمشروعية" إجراء هي قيمته القانونية بالنسبة لقواعد ملزمة، أما "ملاءمة" هذا الإجراء فهي موافقته، وما يتمتع به من قيمة فنية بالنسبة لبعض القواعد التي تتصل مضامينها بتقديرات شخصية.

Dubisson, la distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie de recours pour excès de pouvoir, thèse. L. G. D. J. Paris, p1958.

مأخوذ عن: عصام البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 165.

تقلت مباشرة هذه السلطة من رقابة القضاء.¹ كما أنه ليس ثمة ما يمنع من الرقابة القضائية على ملاءمة القرار الإداري.²

ومن ناحية أخرى، فإن اصطلاح "حرية التقدير" لا بد وأن يرتبط بما يتم تقديره، وهو ملاءمة القرار للصالح العام، كما أن "حق الإختيار" بين القرارات التي يجوز اتخاذها، لا يمكن أن يعني الإختيار العشوائي، وإنما يتحتم أن يكون للقرار الأكثر ملاءمة للصالح العام.³

بناء عليه فإنه: "تكون للإدارة سلطة تقديرية، عندما يحدد لها القانون ممارسة إختصاص معين، ويترك لها سلطة التقدير الحرّ لملاءمة إقدامها على التصرف من عدمه." ⁴ أي أن "السلطة التقديرية ليست سوى حرية تقدير ملاءمة القرار الإداري في عناصره غير المقيدة قانوناً" ⁵. وهو التعريف الجامع والراجح لحقيقة السلطة التقديرية في الفقه العربي، ويكون بذلك التعريف المختار لها.

= أما سبب التخوف من قاعدة أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية دون الملاءمة، هو أن مجلس الدولة الفرنسي ظل لمدة طويلة يرفض رقابته على الوقائع تخوفاً منه للخوض في المسائل التقديرية (الملاءمات)، فاقترنت رقابته على الجانب القانوني للتزاع بوصفه قاضياً للقانون أو المشروعية دون الوقائع، لذلك ذهب أكثر الفقهاء إلى عدم توقيع الرقابة على الملاءمة، غير أنهم فسروا بعض الحالات من الرقابة القضائية على الملاءمة، بأن الملاءمة فيها إنما تكون عنصراً من عناصر المشروعية في التصرف.

D. Rousseau, Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative, th, Poitiers, 1979, p383.

مأخوذ عن: البرزنجي، المرجع السابق، ص 163.

¹ Voir : **Jean Kahn**, "Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif", colloque du 5 mars 1977, édition, Cujas, Paris.

وينظر: حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية، ط سنة 1988، عالم الكتب القاهرة، ص 463.

² سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 20.

Et voir: **Waline**, le pouvoir discrétionnaire de l'administration et Sa limitation par le contrôle juridictionnel, 1930, R. D. P, p223.

³ **Waline**, op.cit, p 216, et voir: **M. Christine Rouault**, droit administratif, op.cit, p 143.

⁴ عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، ط 1 1984، عالم الكتب القاهرة، ص 107.

⁵ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 21.

ب- تعريف السلطة التقديرية في القانون الإداري الجزائري

لقد تبني النظام القانوني الجزائري نظرية السلطة التقديرية ، من خلال تأثره بالنظام القانوني الفرنسي، غير أن مفهوم هذه الأخيرة كنظرية مستقلة بذاتها، لم يلق البحث الكافي من قبل الفقهاء الجزائريين.

والعدد القليل من التعاريف التي قيلت في حقها يلتمس فيها بعض التأثير بتعريفاتها في الفقهاء الفرنسي والعربي. من بين هذه التعاريف أنها: "قدر من الحرية والمرونة، يمنح للإدارة في تنفيذ القانون، بحيث لا تكون النصوص قيما دائما عليها في كل عمل أو تصرف تقوم به".¹

ومن أهمّ تعاريف السلطة التقديرية في القانون الإداري الجزائري، تعريف رئيسة مجلس الدولة الجزائري فريدة أبران، حيث تقول أن السلطة التقديرية هي: "أن تكون الإدارة حرة تماما في التصرف في هذا الاتجاه أو ذلك، وبدون أن تكون خاضعة لأي شرط، فهي قادرة على تقدير الشروط التي تتخذ في ضوءها قرارها، ومثال على ذلك، سلطة رئيس الجمهورية في منح العفو والأوسمة، إختيار طريقة تسيير المرافق العامة، إنشاء أو تعديل سلكا من أسلاك الموظفين".²

ومن خلال رقابة القضاء الإداري الجزائري ، على السلطة التقديرية للإدارة، يظهر أن هذه الأخيرة لا يختلف مفهومها عن التعريف المتفق عليه في الفقه القانوني؛ أي أنها حرية الإدارة - في حدود الصالح العام- في نقدي الحالات الواقعية التي تحدث، وأصلح الوسائل لمواجهةها .

¹ عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري ط2 سنة 1987، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 18.

² فريدة أبران، "رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة"، مجلة مجلس الدولة، العدد 01 سنة 2002، مطبعة الديوان، ص 37 .

يدلّ على ذلك قرارات قضائية عدة، سيتم الإشارة إليها - لاحقاً- في المبحث الثاني من هذا الفصل. من بينها على سبيل المثال، قرار قاضي الغرفة الإدارية المؤرخ في 11/07/1981، والذي جاء فيه يتعين على الإدارة معاينة وفحص كل حالة على انفراد، للتوصل وعلى ضوء خطورة المساس الذي يلحقه البناء بالصحة العامة والأمن العام إذا كان من الملائم رفض إعطاء رخصة البناء، أو الاكتفاء بالنص على وجوب إتباع هذا أو ذاك الشرط الخاص.¹

وهذا يعني تمتّع الإدارة بسلطة تقدير قيمة الوقائع، والإجراء الملائم لمواجهتها. فإذا تبين توافق حقيقة السلطة التقديرية في القانون الإداري الجزائري مع حقيقتها في الفقه القانوني، فما موقف الفقه الإسلامي من ذلك؟

ثانياً: تعريف السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي

السلطة التقديرية، ما هي إلا تسمية حديثة شملت منطقة "العفو" وبعض المساحات الأخرى ، التي اتسمت ببعض مواصفات تلك المنطقة.² ولاستخلاص مفهومها في الفقه الإسلامي، يتعين أولاً تعريفها في الفقه الحديث، ثم تعريف المصطلح الذي انطوت تحته في الفقه الإسلامي.

1- التعريف الحديث للسلطة التقديرية للإدارة

لقد تأثر الفقه الإسلامي الحديث - في مجال البحث عن مفهوم السلطة التقديرية بتعريفاتها في القانون الإداري، وذلك يتبين من خلال التعاريف الآتية:

¹ م.ع.غ.إ، "أر" ضد "و د" ملف رقم 22236 المؤرخ في 11/07/1981 سلسلة الإجتهااد القضائي، ص 196 وما بعدها.

² نذير محمد أوهاب، "السلطة التقديرية مفهومها وتأصيلها، دراسة مقارنة"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، السنة 13 العدد 25 محرم 1419هـ - دار أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية والتدريب، الرياض المملكة العربية السعودية ص 07.

السلطة التقديرية هي: "حيز يتركه النص (أو الدليل الشرعي) للملاءمة بين تطبيق النص (أو الدليل) وبين الواقع."¹

ويظهر أن في هذا التعريف ملامح التأثير بتعريف السلطة التقديرية في الفقه القانوني، وخاصة الفقه الفرنسي.

وقريب منه أنها: "حيز لم يرد بشأنه دليل شرعي يحكمه، متروك لصاحب الشأن، مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة، وتدبير شؤونها، ورعاية الصالح العام على مقتضى من روح الشريعة ومقاصدها."²

و لعل أدق تعريف للسلطة التقديرية في الفقه الإسلامي هو أنها : "تلك السلطة التي لم يرد بشأنها نص من كتاب أو سنة يحددها مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة، وتدبير شؤونها ورعاية الصالح العام، وبالجملة من كل ما يجلب مصلحة أو يدرأ مفسدة على مقتضى من روح الشريعة ومقاصدها العامة، ولو لم يرد بشأنها أحكام تفصيلية."³

فمن خلال هذا التعريف يتبين أن الإدارة في النظام الإسلامي ملزمة بما جاءت به الشريعة، فتعمل به كما نصت عليه، مع مراعاتها للواقع الذي يعيشه الناس، فإذا هي حكمت بما يتلاءم مع

¹ مصطفى كمال وصفي، مصنفة النظم الإسلامية، المرجع السابق، ص250.

² نذير أوهاب، المرجع السابق، ص09.

³ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دار الفكر العربي، بيروت ص105.

الواقع فيما لم يأت فيه نص خاص، كانت بذلك موافقة، لما جاءت به الشريعة ونصت عليه، لا معارضة لها.¹

وفي ذلك يقول ابن خلدون: "إن سلطان الدولة يجب أن يستند إلى شرع متزل من عند الله أو إلى سياسة عقلية تدار بها المصالح العامة".²

و على هذا الأساس منحت الشريعة للإدارة سلطات تقديرية واسعة للنظر في المصلحة العامة وتقدير الإجراءات الكفيلة بذلك،³ وبات من المقررات الشرعية أن "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"⁴، أي أن التصرف الإداري المعتبر هو ما كان موافقا للمصلحة.⁵ والمصلحة المقصودة هنا ليست تلك المبنية على التشهي والهوى، بل هي المصلحة الملائمة لمقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلا من أصوله ولا دليلا من أدلته.⁶

¹ السيد أحمد فرج، السلطة الإدارية والسياسة الشرعية في الدولة الإسلامية، ط 1 1414هـ/1993م دار الوفاء المنصورة، ص38.

² ابن خلدون، المقدمة، المرجع السابق، ص 303.

³ الدريني، المرجع السابق ص241. و يظن: محمد سلام مذكور، المدخل للفقہ الإسلامي، ط2، 1996، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ص 281.

⁴ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دون ذكر طبعة، دار الكتب العلمية بيروت، مادة 58 ج 1 ص 51. و يظن: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ط 1 1417هـ/1996م، الناشر مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة الرياض، ج 1 ص 124.

⁵ يظن: جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط 1 1419هـ/1998م دار الكتب العلمية بيروت، ج 1 هامش ص 269.

⁶ يظن: عبد الملك بن عبد الله الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق د. عبد العظيم الديب، ط 2 1401هـ مكتبة إمام الحرمين ص 270، وفتحي الدريني، المرجع السابق، ص 106، نعمان جغيم، طرق الكشف عن مقاصد الشارع، ط 1 1422هـ/2002م، دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن، ص 185.

مما سبق يخلص إلى أنه لا تعارض بين الفقه الإسلامي والقانوني ، حول مفهوم السلطة التقديرية، والجامع بينهما، أنها سلطة قانونية مشروعة، مخولة للإدارة للملاءمة بين تطبيق النص وبين ظروف الواقع المتجدد والمتغير. وتجتمع مع معناها اللغوي في مكنة التقدير الحر بحسب نظر العقل (أي فيما لا نص فيه).

وبناء عليه ، فإن النظام الإسلامي قد عرف فكرة السلطة التقديرية للإدارة في إطار دائرة "العفو"، وهي الدائرة الواسعة التي تجلّت فيها تطبيقات السلطة التقديرية ، وإن لم تعرف تسميتها ولم تشيد لها نظرية.¹ وتشمل منطقة العفو هذه ، مجالات كثيرة تدخل في تنظيم المباح والعمل بالمصالح المرسله، وأبوابا واسعة من السياسة الشرعية ؛ وأغلب تسمية انطوت تحتها سلطة الإدارة التقديرية، مصطلح "السياسة الشرعية"، التي يكمن فيها أصدق تعبير لنظرية السلطة التقديرية.

2- تعريف السلطة التقديرية على ضوء مصطلح السياسة الشرعية

تعتبر السياسة الشرعية الإطار الذي يتمثل فيه التطبيق الفعلي لنظرية السلطة التقديرية ، وعليه يتعين الوقوف على حقيقتها، لاستخلاص العلاقة بينها وبين سلطة التقدير المعترف بها للإدارة.

السياسة² الشرعية عند ابن نجيم هي : "فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي".³

¹ ينظر : نذير أوهاب، "السلطة التقديرية مفهومها وتأسيسه"، المرجع السابق ص 46.

² السياسة لغة: هي القيام على الشيء بما يصلحه. صلاح الدين بسويو رسلان، الفكر السياسي عند الماوردي ط سنة 1985، مكتبة نضرة الشرق، القاهرة، ص 49.

³ إبراهيم بن يحيى خليفة، السياسة الشرعية، تحقيق فؤاد عبد المنعم، دون ذكر طبعة، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، ص 48.

وقريب من هذا التعريف أنها : "فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها فيما لم يرد فيه نص خاص، وفي الأمور التي من شأنها ألا تبقى على وجه واحد، بل تتغير وتتبدل تبعاً لتغير الظروف والأحوال".¹

وعرفها أبو الوفاء ابن عقيل - وقد جرى هذا الكلام في مناظرة بين ه وبين بعض الفقهاء- بقوله: "السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به الوحي". ثم قال: فإن أردت بقولك "إلا ما وافق الشرع"، أي لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح، وإن أردت "لا سياسة إلا ما نطق به الشرع" فغلط وتغليط للصحابة.²

واحتج ابن عقيل في قوله هذا بألوان السياسة التي استعملها الخلفاء الراشدون، ولم يعارض فيها أحد فقال: "ولو لم يكن إلا تحريق عثمان المصاحف فإنه كان رأياً يعتمد فيه على مصلحة الأمة، وتحريق علي الزنادقة في الأحاديث، ونفي عمر لنصر ابن حجاج".³

وقريب منه عرفها أ. عبد الوهاب خلاف بقوله : "تدبير الشؤون العامة للدولة، بما يكفل تحقيق المصالح، ودفع المضار مما لا يتعدى حدود الشريعة وأصولها الكلية".⁴

¹ إبراهيم بن يحيى خليفة، المرجع نفسه، ص48.

² ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق أيمن عرفة، دون ذكر طبعة، المكتبة التوفيقية، ص 24. ويُنظر كتابه: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محي الدين عبد الحميد، ط سنة 1407هـ/1987م، المكتبة العصرية، بيروت ج4 ص372.

³ ابن قيم، الطرق الحكمية، المرجع نفسه، ص 24-25.

⁴ عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية، ط 1397هـ/1977م دار الأنصار القاهرة ص 20.

والحقيقة التي أجمع عليها الفقهاء المتقدمون منهم والمتأخرون هي أن السياسة : "إسم للأحكام التي تدار بها شؤون الأمة في حكومتها وتشريعها وقضائها، وفي جميع سلطاتها التنفيذية والإدارية ، وفي علاقاتها التي تربطها بغيرها من الأمم".¹

فالسياسة الشرعية وإن لم تظهر كدليل شرعي أصيل، إلا أنه لا يمكن استبعادها أو استثناءها على أيها جزء من أجزاء الشريعة أو باب من أبوابها، وإلا لأدت إلى كثير من ضياع حقوق ، وتعطيل حدود وعدم القيام بمصالح العباد، وإغلاق طريق الحق وأوجدت تقصيرا في تطبيق الحكم على الواقع.²

وهذا ما أكده ابن قيم بقوله: "ومن له ذوق في الشريعة واطلاع على كمالها، وتضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش والمعاد، ومجيئها بغاية العدل الذي يفصل بين الخلائق، وأنه لا عدل فوق عدلها ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح، وعرف أن السياسة العادلة جزء من أجزائها وفرع من فروعها، وأن من أحاط علما بمقاصدها ووضعها موضعها³ ، وحسن فهمه فيها لم يحتج إلى سياسة غيرها البتة".⁴

فإذا كانت السياسة الشرعية بهذا المعنى، فإنها تكون أقرب إلى مفهوم السلطة التقديرية؛ بيد أن ذلك لا يعني تمام التطابق بين الحقيقتين، ذلك أن أحكام السياسة الشرعية تدور في إطار تنطوي تحته

¹ عبد الله محمد القاضي، السياسة الشرعية مصدر للتقنين بين النظرية والتطبيق، ط 1 1410هـ/1989م، دون ذكر دار نشر، ص13.

² ناجي إبراهيم السويد، فقه الموازنات بين النظرية والتطبيق، ط 1 1423هـ/ 2002م، دار الكتب العلمية بيروت ص195.

³ أي طبقها وحققتها في خصوصيات الوقائع. يوسف أحمد البدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ، ط 1 1421هـ/ 2000 م، دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن، ص118.

⁴ ابن قيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص14- 15.

عدة سلطات¹ بما فيها السلطة الإدارية، مما يعني أنها أوسع من مفهوم السلطة التقديرية للإدارة، وعليه تكون السلطة التقديرية جزء من أجزائها، يمكن تسميتها بمنطقة "العفو التشريعي" ومحليها - في الفقه الإسلامي - هو منطقة الظنيات من الأحكام وما لا نص فيه، وهي منطقة متروكة قصدا من الشارع الحكيم عفوا وتوسعة على عباده ورحمة بهم من غير نسيان منه.²

مما يعني أن الشارع الحكيم لم ينصّ على كل شيء، بل هناك أشياء ترك النصّ عليها مطلقا، وأشياء نصّ عليها إجمالا، وأشياء نصّ عليها بالتفصيل المناسب لها.

وقد علم بالإستقراء أن ما يتغير بتغير الزمان والمكان والإنسان تغيرا كليا، ترك الشارع النصّ عليه، وهو منطقة العفو المتروكة للإدارة، لتقدر على أساسها ما يناسب ظروف الزمان والمكان في ضوء النصوص والمقاصد العامة، وما يتغير بعض التغير نصّ عليه إجمالا وترك للإدارة تفصيلاته، وما لا يتغير كثيرا بتغير الزمان والمكان وأحوال الإنسان فصلّ فيه الأحكام.³

من خلال ما تقدم يستنتج أن السلطة التقديرية تقوم على أساس الملاءمة التي تستقل الإدارة بأمر تقديرها وأنها ليست سلطة تحكيمية، بل هي سلطة قانونية منظمة غايتها تحقيق الصالح العام الذي يمثل عنصر المشروعية فيها. مما يعني أنها لا تتعارض بأي حال من الأحوال مع مبدأ المشروعية، وإنما

¹ ينظر: سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، ط 6، 1416هـ/1996م، دار الفكر العربي. مدينة نصر، ص 589 وما بعدها.

² ينظر: يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، ط 1، 1419هـ/1998م، مكتبة وهبة القاهرة ص 70-71.

³ يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 71-72.

تتضمّن فقط توسيع لنطاق هذا المبدأ دون تجاوز حدود هذا النطاق.¹ فهي خاضعة على الدوام لرقابة القضاء الإداري عليها.

فإذا كانت السلطة التقديرية ، امتياز قانوني ممنوح للإدارة لغاية تحقيق الصالح العام ، فهذا يعني أن تتمّ دواع أو مبررات لوجودها.

الفرع الثاني

مبررات السلطة التقديرية للإدارة

لا ريب أن اتصاف القاعدة القانونية بالمرونة ، ومن ثم توافر السلطة التقديرية للإدارة في تطبيقها يحقق أكبر درجات الملاءمة للحالات الواقعية.² فإذا تبين أن السلطة التقديرية هي سلطة قانونية لا يتناقض وجودها مع مبدأ المشروعية ، فما هي مبررات وجودها في القانون الإداري والنظام الإسلامي؟

لقد أجمع الفقهاء على أن السلطة التقديرية للإدارة ، لا غنى عنها لسببين هما: مقتضيات النشاط الإداري، وقصور النصوص عن الإستيعاب الحرفي للوقائع.

أولاً: مقتضيات النشاط الإداري: (الاعتبارات الفنية)

ما مدى تأثير الاعتبارات الفنية لنشاط الإدارة في وجود السلطة التقديرية للإدارة؟ وما موقف النظام الإسلامي من هذا المبرر؟

¹ سعيد عبد المنعم الحكيم ، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة ص 45، وعمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري ، ط1 1996 مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ص74.

² سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة، المرجع السابق، ص 26.

1- الاعتبارات الفنية في النظام القانوني

تستقي الإدارة اعتباراتها الفنية من الخبرة والتجارب التي تكتسبها، ومن الروح العملية التي تستمدتها من إشرافها المستمر على المرافق العامة في الدولة.¹ حيث لا يمكن اعتبار الإدارة مجرد آلة صماء أو أداة لتنفيذ القانون تنفيذا حرفيا، دون مراعاة الظروف المحيطة بهذا التنفيذ، بل يتعين منحها القدرة على الإختيار، والإعتراف لها بقدر من حرية التصرف.²

لأنه إذا كان من شأن السلطة المقيدة، تحقيق أكبر ضمان لحرية الأفراد وحمايتهم من تعسف الإدارة وسوء استعمالها لسلطتها، إلا أن التنظيم الإداري السليم ومقتضيات المصلحة العامة تستدعي في كثير من الأحيان، عدم تكبيل الإدارة بالقيود التي تشل حركتها وتفقد مرونة التصرف، على النحو الذي يؤثر على ملاءمة مواجهتها لظروف الحياة المتغيرة والمختلفة، ويضر في النهاية بالصالح العام، بما يشمل حقوق الأفراد أنفسهم.³

فإن المصلحة العامة لن تتوافق مع إدارة مبرمجة السلوك مثل الإنسان الآلي، وإنما يستلزم لتحقيق هذه المصلحة العامة، أن تكون للإدارة سلطتها التقديرية بالقدر الكافي لمواجهة التحولات التي يشهدها

¹ ينظر: سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 34، و كتابه: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 52.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ط سنة 2001، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ص 15، ومحسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 97.

³ محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، المرجع السابق، ص 110، وينظر: سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 26 وسليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 50-51.

عالم الإدارة العامة اليوم ، في أهدافها ووسائلها ودورها ونشاطها. ¹ ومن هنا تبدو السلطة التقديرية كضرورة لا غنى عنها، وكوسيلة مثلى لتحقيق المصلحة العامة.

وبناء عليه فإن السلطة التقديرية هي الوسيلة الناجحة والفعالة، التي تتيح للإدارة القيام بالتزاماتها ومواجهة الإحتياجات العامة للأفراد، والتي تستطيع بمقتضاها اختيار أنسب الوسائل وأفضل الأوقات، لكي تقوم بالعمل أو تمتنع عنه، واتخاذ القرارات اللازمة والملائمة.²

2- موقف النظام الإسلامي

لم تعالج الشريعة -أيضا- بالتفصيل كل ضرورات الحياة ومشاكلها، ولكنها أرادت أن تحدّد بأحكامها المنصوصة المجال الإجتماعي الذي يجب على الأمة أن تتطور في حدوده، وتركت هذا العدد الهائل من المسائل القانونية المحتملة الوقوع لتعالجها الإدارة على ضوء مقتضيات العصر وتبعاً لتغير الظروف السائدة.³ استناداً إلى القاعدة الفقهية "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان"⁴.

فالأحكام المقصودة من هذه القاعدة، هي التي قررها الإجتهد بناء على القياس أو على دواعي العرف والمصلحة، أما الأحكام الشرعية الثابتة التي جاءت الشريعة لتأسيسها، فهذه لا تتبدل ، إنما وسائل تحقيقها وأساليب تطبيقها قد تتبدل باختلاف الأزمنة المحدثه، فإن تلك الأساليب والوسائل في

¹ سامي جمال الدين، المرجع نفسه، ص 27، ونظر: عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 70، ومحمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دون ذكر طبعة، دار النهضة العربية القاهرة، ص 114-115.

² سعيد عبد المنعم الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة، المرجع السابق ص 46.

³ سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دون ذكر طبعة، منشأة المعارف الإسكندرية ص 131.

⁴ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، مادة 39 ج 1 ص 43.

الغالب لم تحددها الشريعة، بل تركتها مطلقة لكي تختار منها الإدارة وفق تقديرها ما هو أصلح في التنظيم نتاجا وأنجح في التقويم علاجاً.¹

واستجابة الإدارة لمقتضيات مبدأ المشروعية ودواعي الصالح العام، إنما جاءت من الأدلة الشرعية التي تستمد منها الأحكام، فإن هذه المصادر فيها من المرونة والالتساع ما يجعل الفقه المأخوذ منها، فقها مرنا صالحا للتطبيق حسب حاجات الناس ومطالب الحياة المتجددة ، في مختلف البيئات والأزمات.²

وبناء عليه يتبين أن استناد أعمال الإدارة في الإسلام أساسا على قانون الشرع، لا ينفي تطويرها للأحكام المؤسسة عليه، مادامت تتطور على الشكل الذي يتناسب مع روحه العامة وتقتضيه الأوضاع القائمة.³

ثانيا: قصور النصوص عن الإستيعاب الحرفي للوقائع (الاعتبارات العملية)

ما مدى تأثير الاعتبارات العملية للنشاط الإداري في وجود السلطة التقديرية للإدارة؟ وما موقف النظام الإسلامي من هذا المبرر؟

¹ مصطفى محمد الزرقاء ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ط 10 سنة 1387هـ / 1968م، مطبعة طربين دمشق ج 2 ص924-925. وينظر: حازم عبد المتعال الصعيدي، النظرية الإسلامية في الدولة مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث، ط سنة 1406هـ / 1986م دار النهضة العربية القاهرة ص 436، ومحمد أسد، منهاج الإسلام في الحكم، ترجمة منصور محمد ماضي، ط 3 1967 دار العلم للملايين بيروت، ص 34-35.

² ينظر: زكي الدين شعبان، " مرونة الفقه الإسلامي وإبطال دعوى جموده ". مجلة الحقوق، السنة 6، العدد 1982/2، ط 2 1994، ص221، ومحمد أسد، المرجع نفسه، ص40.

³ جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، ط 2001 دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق ص201.

1- الاعتبارات العملية في النظام القانوني

بالرغم من أنه ليس ثمة ما يمنع المشرع من تقييد النشاط الإداري بالكامل، ومن تم مصادرة كل سلطة تقديرية، فقد ثبت استحالة ذلك باستثناء مسائل محدودة من النشاط الإداري.¹ إذ أن المشرع مهما بلغت دقته في وضع النصوص، لا يمكنه الإحاطة بكل شيء مهما دنى، والإمام بجزئيات لا حصر لها، بحيث يضع لكل مشكلة حلها، ويعد لكل احتمال الموقف المناسب لمواجهة، لذلك كان من اللازم أن يترك للإدارة وهي تمارس وظيفتها حرية تقدير ملاءمة قراراتها.²

فمن الناحية النظرية، ومع إمكانية أن يعالج أحد القوانين المسائل التفصيلية لموضوعه فيحدها بالدقة اللازمة، إلا أنه عملاً ليس من السائع أن يتخبط المشرع في الجزئيات الدقيقة التي تتسم بالتطور المستمر. ولا ريب أن الإدارة بما لديها من أجهزة فنية متخصصة هي الأقدر على تحديد هذه التفصيلات.³

و من ناحية أخرى فإنه يلزم لسلامة التنظيم القانوني، أن يتحقق للقوانين القدر الكافي من الثبات والاستقرار، وبما أن الظروف قد تتغير من وقت لآخر مما يستوجب إعادة النظر في شروط وأوضاع تطبيقها، كان من الأفضل أن تحدد هذه الشروط بواسطة السلطة التنفيذية، حتى يمكن تغييرها بسهولة دون حاجة إلى تغيير القوانين ذاتها أو تعديلها؛⁴ خاصة وأن العمل التشريعي يتطلب وقتاً كبيراً من أجل إعداد المشاريع، والتصويت عليها وإصدارها، مما يؤدي إلى تفويت فرصة معالجة المشاكل في وقتها.

¹ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 27.

² محمود حافظ، القضاء الإداري ط 1، 1987، مطبعة الجامعة الأردنية عمان، ص 150.

³ عصام البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص "ج" من مقدمة الكتاب

⁴ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 27-28

من هنا كان المشرع في كثير من الأحيان يقنع بتحديد الضوابط ، والموجهات العامة في هذا الأمر أو ذلك، ويترك بعد ذلك للإدارة حرية تقدير التصرف المناسب ، بحكم احتكاكها المستمر بالأفراد وبمشاكلهم.¹ أي أن توكل مواجهة الظروف والتطورات إلى السلطة اللائحية ، نظرا لما تتميز به اللوائح من مرونة وبساطة في إجراءات وضعها وتعديلها وسرية اتخاذها.² فالسلطة التقديرية لم تنشأ من عدم التحديد، ولكن لغموض المعايير التي يفترض أن تحكم المشاكل المطروحة.³

2- موقف النظام الإسلامي:

عبر فقهاء الشريعة عن هذا المبرر بمنطق لا يختلف عن منطق فقهاء القانون. فمن الواضح أن الشريعة الإسلامية لم تتناول بأحكامها إلا المبادئ العامة للمسائل ، التي تتأثر بطبيعتها بالتطور الاجتماعي للإنسان، تاركة بذلك المجال للتغيير الذي يقتضيه الزمن في الجوانب الفرعية لهذه المسائل.⁴ يقرر أحد الفقهاء وهو الشيخ محمد مهدي شمس الدين - في هذا المعنى - أنه "إذا فهمنا عدم قصور الكتاب والسنة كمصدرين أساسيين في الاستنباط على أساس وجود نصوص جاهزة لدينا لكل الوقائع، فإنّ هذا الاعتقاد غير صحيح، إذ النصوص قاصرة بهذا المعنى بكل تأكيد، بينما يمكن فهم كفاية النصوص في ضوء إعادة كل الوقائع إلى المبادئ الكلية، ولن نجد حينئذ قصورا في مصادره."⁵

¹ محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، المرجع السابق، ص110.

² سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 28.

³ Bertrand Seiller, droit administratif2, op.cit, p 242.

⁴ سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص127.

⁵ جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، المرجع السابق، ص190. وينظر أحمد الحصري، الدولة وسياسة الحكم في الفقه الإسلامي، ط سنة 1408هـ / 1988م، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة، ج2 ص33 وما بعدها.

وعليه فإن حلّ إشكالية قصور النص التشريعي عن استيعاب الوقائع الحياتية استيعاباً حرفياً ،
عبر منح دور أكبر للإجتهد المقاصدي ، ينعكس مباشرة ومنطقياً على آلية الاستنباط في دائرة العفو
التشريعي.¹

فالإجتهد المقاصدي يوسع دائرة النص الشرعي ، ويحرره من الجمود حتى يتسع صدر الشريعة
لكل ما يستجد من الوقائع، وهذا ما يعطي الشريعة الخلود والشمول، وهذه النظرة للشريعة لا تتأتى
إلا بإدراك وفهم الأحكام على ضوء المقاصد والمصالح.² ثم إن إطلاق الحكم في المسائل الإستنباطية
ينطلق بناءً عن تعليل مرتبط بالتقدير للمصالح والمفاسد، ومن المسالك المهمة في التعليل مسلك
المناسبة³ أو الملاءمة، ومن هنا يأتي دور السلطة التقديرية للإدارة ، كوسيلة فعالة في نشاط الإدارة وما
يهدف إليه من تحقيق للمصالح العام.

خلاصة القول أن السلطة التقديرية هي تنفيذ وتوسيع لنطاق حكم مبدأ المشروعية ، وما
يقتضيه من صالح عام وليست - أبداً - استثناء اوارداً عليه؛ وقد ثبتت في الفقه الإسلامي في دائرة
العفو التشريعي التي تركتها الشريعة - قصداً وعمداً- في يد السلطة الإدارية لتعالج من خلالها
المستجدات، تبعاً لما تراه من ظروف الحال وتقديرها للملاءمات.⁴

¹ جمال الدين عطية، المرجع نفسه، ص 191.

² يوسف أحمد البدوي ، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ، المرجع السابق، ص 115- 118 و ينظر: إسماعيل الحسيني، نظرية
المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، ط 1416هـ / 1995م المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ص 299.

³ ناجي إبراهيم السويد، فقه الموازنات، المرجع السابق، ص 78. وينظر: نعمان جفيم، طرق الكشف عن مقاصد الشارع، المرجع
السابق، ص 176.

⁴ ينظر: محمد سعيد العشماوي، الإسلام السياسي، ط سنة 1990، دون ذكر دار نشر، ص 236، ومحمد مهنا العلي، الإدارة
في الإسلام، ط سنة 1991 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 97.

ووجدت هذه السلطة لاعتبارين، إعتبار فني ويتمثل في مقتضيات النشاط الإداري ودواعي المصلحة العامة، واعتبار عملي ويتجلى في قصور النصوص عن استيعاب الوقائع والمستجدات إستيعابا حرفيا، على أن لا تتعارض هذه الإعتبارات مع روح القانون ومقاصده و أن تتناسب مع روح الشريعة ومبادئها العامة. أي أن تمارس في حدود الإطار المسموح لها.

الفرع الثالث:

الإختصاص المقيّد والسلطة التقديرية

لم يتعرّض المشرع ولا القضاء إلى معيار محدد أو مبدأ عام يمكن من خلاله التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيّدة، غير أن الرأي الراجح في هذا الأمر، يكمن في تخلف التحديد القانوني عموما بمصدره التشريعي والقضائي معا.¹

أولا: إختصاص الإدارة المقيّد وعلاقته بالسلطة التقديرية في القانون الإداري

إن تطبيق السلطة الإدارية للقواعد القانونية المصاغة صياغة جامدة، يعني أن اختصاصها الوارد في هذه القواعد إختصاص² مقيّد، أما تطبيقها للقواعد القانونية المصاغة صياغة مرنة ، فيعني أن الإدارة تباشر في ذلك إختصاصا تقديريا. وعليه يلزم فهم معنى الإختصاص المقيّد ، كي يتسنى إبراز علاقته بالسلطة التقديرية للإدارة.

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق ص104.

² "الإختصاص" في معناه اللغوي مصدر للفعل إختص، يقال: فلان إختص بالأمر، وتخصص له، إذا انفرد به، واختصه، أفرد به دون غيره. ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج7، ص24. وعليه يكون معنى الإختصاص التقديري في اللغة "انفراد صاحب الشأن بالتصرف لتسوية أمر من الأمور بتروية و تفكير". و"الإختصاص الإداري" في الإصطلاح القانوني: يعني "مجموعة الصلاحيات المخولة لجهة الإدارة، أو مجموع ما حولت الإدارة القيام به من الأعمال". سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص18. أو هو: "الصفة القانونية لرجل الإدارة أو الهيئة الإدارية في اتخاذ قرار ما على نحو يعتد به قانونا". عوابدي عمار، دروس في القانون الإداري ط 3، 1990، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 220.

1- مدلول الإختصاص الإداري المقيد:

يكون إختصاص الإدارة مقيدا إذا فرض المشرع على الإدارة بطريقة أمرة وعلى سبيل الإلزام الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه، مع وجوب العمل على نحو معين، تكفل ببيان أوضاعه من أجل الوصول إلى هذا الهدف.¹ وبمعنى آخر فإن الإختصاص المقيد يعني تقييد القانون مسبقا لمسلك الإدارة بظروف ووقائع معينة، يتعين مواجهتها بإجراء معين بالذات أو هدف معين بالذات.²

وهذا يعني أنه يتحتم على السلطة الإدارية، إذا ما توافرت شروط معينة، أو عناصر واقعية محددة، أن تتصرف على نحو معين بمقتضى القانون، دون أن يكون لها الخيار في ذلك. ومن ثم فلا يكون للإدارة حرية الإمتناع عن إصدار القرار المتعين إصداره والذي توفرت أركانه، كما أنها لا تستطيع إصدار قرار آخر محل القرار المتعين إصداره. فالإدارة هنا مقيدة، ولا تستطيع أن تعمل خلافا لما حدده القانون، وإلا عدّ تصرفها باطلا لمخالفته القانون.³ وعليه فإن رجل الإدارة في إطار الإختصاص المقيد، وهو بصدد إنشاء عمل إداري يكتفي بمجرد تفسير النصوص، ولا يتمتع بحرية تقدير الملاءمة.⁴

ويقابل الإختصاص المقيد "الإختصاص التقديري"،⁵ وهو الذي يترك فيه المشرع للإدارة، حرية تقدير الظروف الواقعية التي تواجهها، وحرية إختيار مسلكها ونوعية قراراتها وتوقيتها.¹ ومن أشهر

¹ عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 68.

² محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، المرجع السابق، ص 109، وينظر: عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 18.

³ إبراهيم عبد العزيز شبحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 139.

⁴ Manuel Gros, droit administratif. L'angle jurisprudentiel, 3^{ème} édit 2011, L'Harmattan Paris, p136.

⁵ « La notion de pouvoir discrétionnaire ou compétence discrétionnaire s'oppose à la notion de pouvoir lié ou compétence liée. » A. de Laubadère, Traité de droit administratif, op.cit, p 579.

الأمثلة التي يسوقها الفقه الإداري الفرنسي على السلطة المقيدة، عملية إصدار التراخيص، إذ لا يكون من حق الإدارة أن تطلب لمن توافرت فيه الشروط القانونية شروطا جديدة.² ففي حال توافرت الشروط التي حددها القانون لمنح رخصة معينة، تكون الإدارة ملزمة بمنحها إذا توافرت الشروط المذكورة؛ وتكون سلطتها في هذه الحالة مقيدة، لأنها تلتزم الحدود التي رسمها القانون. أما إذا كان القانون قد أعطاه سلطة الاختيار بين منح الرخصة أو عدم منحها، فإنها تتمتع بسلطة تقديرية.

2- علاقة الإختصاص المقيد بالسلطة التقديرية

إن فكرة السلطة التقديرية وإن كانت تبدو متعارضة مع فكرة الإختصاص المقيد، إلا أن هاتين الفكرتين لا تقف كل منهما مع الأخرى على طرفي نقيض من ناحية الواقع، بحيث لا يمكن لهما أن يلتقيتا.³ فالحقيقة أنه لا يوجد أبدا إختصاص مقيد بالكامل؛ حتى عندما تكون الإدارة مجبورة على فعل تصرف معين، يكون لها على الأقل إختيار الوقت المناسب لتنفيذ هذا التصرف، وهذا ما أسماه "هوريو Hauriou" «choix du moment».⁴

¹ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص109، وينظر: محمود حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص47.

² G . Vlach, Principes généraux du droit administratif, op. cit, p88.

³ سعد عصفور ومحسن خليل، القضاء الإداري، دون ذكر طبعة، منشأة المعارف الإسكندرية، ص92. وينظر: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، المرجع السابق، ص 23 .

⁴ G. Vedel et P. Delvolvé, droit administratif, tome1, op.cit, p 530.

فالإختصاص المقيّد، وإن كان اختصاصاً تحكيمياً بعيداً - نوعاً ما - عن اعتبارات الملاءمة ،
نتيجة الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية التي تنظم هذا الإختصاص، إلا أن هذا التحكم لا يجافي
الواقع، لأنه قائم على استقراء الواقع والأخذ بالأمر الغالب. فالإختصاص المقيّد، لا يقوم على أساس
التحكم المطلق، وإنما هو ينطوي على بعض التحكم الذي قد يخرج عن الواقع في بعض الحالات، لكنه
يستجيب إلى المألوف في معظم الحالات.¹

فكما أنّ إطلاق حرية الإدارة إلى حدّ كبير يؤدي بالإدارة إلى تجاوز حدود سلطتها، الأمر
الذي يؤدي إلى انتهاك حقوق الأفراد وحرّياتهم. فإنّ الإسراف في تقييد الإدارة تقييداً كبيراً، من
شأنه أن يؤدي إلى أوجم العواقب، فهو يشل حركتها، ويكبت نشاطها، ويعدم روح الإبتكار فيها،
الأمر الذي يجعل من الإدارة في نهاية الأمر مجرد آلة صماء، لا روح فيها تقتصر مهمّتها على مجرد
تنفيذ وتطبيق ما أمرها به القانون.²

لذلك يلزم عدم تقرير حرية الإدارة بشكل مطلق، إذ قد يؤدي ذلك إلى تجاوز الإدارة حدود
سلطتها، والنيل من حقوق الأفراد وحرّياتهم، كما يلزم من ناحية أخرى عدم تقييد هذه الحرية على
نحو مطلق، لما يؤدي ذلك من مضار قد تنال من حسن مباشرة العمل الإداري، الأمر الذي يملّي
ضرورة تقرير قدر معيّن من لكل من إطلاق وتقييد الحرية، في كل عمل إداري؛ فالسلطة التقديرية
لازمة لحسن سير الإدارة لزم السلطة المقيدة لحماية حقوق وحرّيات الأفراد.³

¹ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 14

² ينظر: سعد عصفور ومحسن خليل، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 91-92.

³ سعد عصفور ومحسن خليل، المرجع السابق، ص 92.

وعليه لا توجد سلطة تقديرية خالصة،¹ ذلك أن مصدر التقدير الذي تتمتع به الإدارة بالنسبة لهذا العنصر أو ذلك من قرارها الإداري، هو دون أدنى شك مصدر قانوني، ذلك أن صفة التقديرية، إنما تتأتى من حالة قانونية معينة، أو وضع قانوني معين للقاعدة القانونية، التي تحكم نشاط الإدارة في هذا المجال أو ذلك، أي أنه ينبغي دائما تصور السلطة التقديرية بالمقارنة مع واقع التنظيم القانوني، دون تمييز أو فصل بينهما، ومن باب أولى يجب ألا نقابل بينهما بل على العكس من ذلك، إذ يجب - دائما- مقارنة ظاهرة السلطة التقديرية بواقع التنظيم القانوني، واعتبارها كنتيجة مستخلصة من واقع الحالة التي يكون عليها هذا التنظيم.²

فالتمييز بين الإختصاص المقيد والسلطة التقديرية حقيقي، ولكن من الناحية العملية، الإدارة لم توجد أبدا في حالة سلطة تقديرية خالصة أو إختصاص مقيد خالص. حتى في الحالات التي يفرض فيها القانون على الإدارة تصرف معين، فإنها تملك - على الأقل - إمكانية إختيار وقت اتخاذه. وأن الحرية المتاحة للإدارة لإختيار وقت اتخاذ القرار الإداري قد تضيق أو تتسع، فهي تختلف وفقا لطبيعة التصرف المطلوب اتخاذه.³

فبرغم أن فكرة السلطة التقديرية أو الإختصاص التقديري تقابل فكرة السلطة المقيدة أو الإختصاص المقيد، فهي في الوقت نفسه مكملتها لها.

¹ G. Vedel et P. Delvolvé, op.cit, tome1, p 530.

² عصام البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 66، ومحسن خلي، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، المرجع السابق، ص98.

³ Voir: G. Braibant, B. Stirn, le droit administratif français, op.cit, p277. Et M. Christine Rouault, droit administratif, op.cit, p 143.

فكل عمل إداري يحتوي على مزيج من هذين النوعين (إختصاص مقيد وسلطة تقديرية)، الأمر الذي يدعو إلى القول بوجودهما معا في كل قرار إداري¹. حتى ولو تدخل القانون لتحديد إختصاص الإدارة أو نشاطها، وذلك إذا استخدم المشرع عبارات عامة غير محددة تحديدا دقيقا، بحيث تتسع هذه العبارات فتشمل وقائع معينة. مثلا: إذا ارتكب موظف خطأ معين، فإن رئيسه يستطيع أن يوقع عليه أحد الجزاءات التأديبية؛ فالرئيس هنا مقيد من ناحية، حيث أنه لا يستطيع أن يختار إلا جزءا من الجزاءات المذكورة في النص القانوني، إلا أنه من ناحية أخرى، له الحرية في اختيار الجزاء الذي يراه ملائما، للخطأ الذي ارتكبه الموظف.²

بيد أن الاختلاط هنا بين العناصر المقيدة والعناصر التقديرية، لا ينبغي أن يفهم منه ضرورة التعادل والتوازن بين هذه العناصر في التصرف الإداري، إذ لا تعني صفة الإختلاط هنا سوى المصاحبة،³ التي تستلزمها الإدارة لحسن سير نشاطاتها.

وعليه فإن الإختلاف بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد، هو إختلاف في الدرجة، وليس إختلاف في الجوهر؛ وكما أنّ السلطة التقديرية الكاملة أو المطلقة مستحيلة، فإنّ الإختصاص المقيد بالكامل هو أيضا أمر مستحيل، وأنّ الأصل هو السماح للإدارة بقدر من حرية التقدير، التي تضيق أو تتسع بحسب ظروف كل حالة، أما الإختصاص المقيد فهو الاستثناء.⁴

¹ Voir : **G. Pieser**, droit administratif, op.cit, p 27, et : **Jean Kahn**, "le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif", op.cit, p10.

² **Eisenmann**, Cours de droit administrative .D.E.S, de droit publique, 1949, P 420 et suivantes.
مأخوذ عن: البرزنجي، المرجع السابق، ص 62.

³ **Eisenmann**, ibid, p 420.

مأخوذ عن: عصام البرزنجي، المرجع نفسه، ص 62.

⁴ سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، ط سنة 1996، دار الكتاب الحديث الإسكندرية، ص 146.

ثانيا: الاختصاص الإداري المقيد وعلاقته بالسلطة التقديرية في النظام الإسلامي

للإدارة في النظام الإسلامي - كما هو الحال في القانون الإداري- إختصاصان، إختصاص مقيد وإختصاص تقديري. وقبل إبرار العلاقة بين الإختصاصين يتعين- أولا- فهم معنى الإختصاص المقيد.

1- مدلول الإختصاص المقيد للإدارة في النظام الإسلامي

هو الإختصاص المحدد أو (المقيد) بالنصوص الشرعية المحكمة، وهي التي تقرر حكما ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والأحوال،¹ ويسمى هذا الإختصاص "بمنطقة القطعيات".²

ويقابل هذه المنطقة في النظام الإسلامي الإختصاص التقديري، وهو مجال متروك قصدا وعمدا للإدارة، للملاءمة بين قواعد الشريعة الكلية وروحها العامة ، وبين الواقع رعاية للصالح العام ، ووفاء بمطالب الناس وحاجاتهم المتغيرة والمتجددة.

ويتجلى الإختصاص التقديري للإدارة في النظام الإسلامي، في منطقة الظنيات من الأحكام وما لا نص فيه أصلا، وهي مجال واسع يشمل كل ما من شأنه التغير والتبدل من أجل رفع الحرج ورعاية الصالح العام، وكل ما تحتاج إليه الأمة من تشريعات تنفيذية أو تنظيمية تستكمل بها الهيكل التشريعي الذي ينظم شؤون حياتها، ويضع لها الدقائق والتفاصيل القانونية على أساس من قواعد

¹ استثناء من هذا الأصل يمكن للإدارة في النظام الإسلامي وقف تنفيذ بعض الأحكام مراعاة للمصلحة العامة.

² عبد الله محمد القاضي، السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 59.

الشرعية ومبادئها العامة وروحها العامة¹. وهذا النوع من الإختصاص جعلته الشريعة الإسلامية ، موضع اجتهاد السلطة العامة ومجال النظر والموازنة والترجيح.²

فهل يصدق على النظام الإسلامي ما يصدق على القانون الإداري، من إمكانية الجمع بين الإختصاص المقيّد والسلطة التقديرية في تصرف أو قرار إداري واحد؟

2- علاقة الإختصاص المقيّد بالسلطة التقديرية للإدارة

إن الإختصاص المقيّد، وإن كان يحتوي على التقييد والتحكم ، إلا أن هذا التحكم لا يتناقض مع الواقع ومشاكله . فممارسة الإدارة في النظام الإسلامي لإختصاصها المقيّد ، وخضوعها لأحكام القانون الإسلامي، لا يعني أنها لا تبتكر حلولاً وإجراءات لما استجد من الأمور، تنفيذاً لإختصاصاتها. فعلى العكس من ذلك، إذ يتعين على الإدارة دائماً مراعاة عنصر الملاءمة في تصرفاتها، حتى ولو كانت تنفيذاً لنصوص قطعية، بناءً على قاعدة أن "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة".

إذ ليست السياسة الشرعية التي تعدّ السلطة التقديرية جزءاً من أجزائها ، جهوداً أو انغلاقاً أو عملاً بظواهر النصوص، دون بذل الجهد في معرفة مقاصدها وأسرارها، والربط بين جزئياتها ووكلياتها، بل هي متحركة بحركة الحياة، متجددة بتجدد الفكر، فهي تتسع للإجتهد والتجديد في

¹ عبد القادر عودة، الإسلام وأوضاعنا السياسية، ط سنة 1981م، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت ص234.

² ينظر: علي علي منصور، نظم الحكم والإدارة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط 2 1391هـ / 1971م دار الفتح بيروت، ص 30.

الفروع والجزئيات والظنيات، على ضوء الأصول والكليات والقطعيات، فهي تفهم المتغيرات في إطار الثوابت و الظنيات في دائرة القطعيات.¹

و لعل أفضل مثال على ذلك، القرار الإداري الذي اتخذته الخليفة عمر رضي الله عنه، والقاضي بإسقاط حدّ السرقة عام المجاعة محافظة على الأنفس،² مع أن حدّ السرقة ثابت بنص قطعي. فعمر رضي الله عنه، لم يعلق هنا نصا، ولم يعدله ولم ينسخه -وحاشاه أن يفعل ذلك- وإنما اجتهد في تطبيق شرائط هذه العقوبة، لأن من شرائطها ألا يكون السارق مضطرا.

فقد رأى رضي الله عنه وفقا لتقديره أن آخذ المال في عام المجاعة ، لا يوصف بأنه سارق لوجود شبهة، فعام المجاعة هو - بلا شك - ظرف زمني ، يغلب فيه وجود أفراد مضطرين، بحيث لا يتميز المستغني منهم أو السارق لغير حاجة من غيره. فاشتبه من يجب عليه الحد بمن لا يجب عليه ، فكان ذلك سببا ، قويا في إصدار الخليفة قراره بإسقاط الحد عن الجميع ؛ مما يعني أن الأمر في نظره رضي الله عنه، لم يخرج عن النص وليس فيه إبطال له، وإنما هو تطبيق دقيق للنص الشرعي، مع مراعاة رغبة الشارع الصريحة في درء الحدود بالشبهات.³

¹ يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 10- 30، وينظر: ناجي إبراهيم السويد، فقه الموازنات، المرجع السابق، ص 178- 179.

² سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ط 2 1393 هـ / 1973 م، مؤسسة الرسالة، بيروت ص 131-132، وينظر: مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، ط 1 1418 هـ/1998م، دار القلم، دمشق، ج 1 ص 177- 219، وابن قيم، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج 3، ص 7-8، ووهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ط 1 1986 دار الفكر المعاصر بيروت، ج 2 ص 761.

³ يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 203- 207، ومصطفى الزرقاء، المرجع نفسه، ج 1، ص 177- 218- 219.

فاسترشاد عمر بالمصلحة التي بني عليها الحكم لتوصله إلى أن وقف تنفيذ الحكم أولى من إعماله، هو أقرب شيء إلى ما يعبر عنه الآن بالإسترشاد بروح القانون لا بحرفيته¹. وعليه يمكن للإدارة بناء على سلطتها التقديرية، أن تحدد من شمول بعض الأحكام وتطبيقها، إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك.² وهو ما يؤكد إمكانية المصاحبة والجمع بين الإختصاص المقيد والسلطة التقديرية في تصرفات أو قرارات الإدارة في النظام الإسلامي.

ومن القرارات الإدارية - كذلك - للخليفة عمر رضي الله عنه، والتي يمتزج فيها التقييد بالتقدير، منعه عن الأشخاص المؤلفة قلوبهم من الموجودين في عهده، ما كانوا يتناولونه من بيت المال من عطاء، مع أن سهم المؤلفة قلوبهم في العطاء مقرر بنص القرآن.³

فهذا التصرف لا يعني أن النص قد عطل أو انتهى أمده، وإنما المحل هو الذي انعدم، فعمر رضي الله عنه لم يمنع الإعطاء -هنا- لعدم وجود صنف المؤلفة قلوبهم، وإنما هو لمعنى مصلحي قدره.⁴ وهو النظر إلى المقصد من النص لا إلى ظاهره، فقد كان المقصد من إعطائهم، تأليفهم لائقاء شرهم، فلما قويت شوكة الإسلام زال الداعي إلى إعطائهم ولم يعد هنالك سبب للتأليف.⁵

¹ أحمد أمين، فجر الإسلام، تقديم عبد المجيد البصير، ط سنة، 1989، دون ذكر دار نشر، ص 385.

² ينظر: مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ج 1 ص 215، وسعيد العشماوي، الإسلام السياسي، المرجع السابق، ص 236، وابن قيم، المرجع السابق ج 3 ص 3 وما بعدها.

³ "إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم". التوبة الآية 60.

⁴ القرضاوي، السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 176.

⁵ الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ج 1، ص 175 - 176.

وقد توصل عمر إلى هذا القرار ، نتيجة تقديره لملاءمة حكم النص مع الواقع والظروف المحيطة به آنذاك، فإذا تجددت للأمة حاجة في زمان أو مكان آخر إلى تأليف القلوب أو تأليف القوى لدفع عدو، فإنه يعطى لهم من هذا السهم، لأن حكمه باق،¹ أما التي تتغير فهي مصلحته الزمنية.

لقد جمع عمر في قراره هذا بين الإختصاص المقيد والسلطة التقديرية، وهو ما يدل على أن عنصر الملاءمة لا يراعى فقط في مباشرة الإختصاص التقديري، بل يراعى أيضا في تنفيذ الإختصاص المقيد للإدارة (النصوص القطعية).

فمن تأمل النصوص جيدا، وضمَّ بعضها إلى بعض ونظر في أغوارها، ولم يقف عند ظواهرها وحرفيتها، وأحسن فهمها، هُدي إلى ما وراءها من أسرار ومقاصد ناطها الشرع بها،² وأمكن له أن يبني عليها ما استجد من جزئيات الوقائع. وهذا ما أدركه الخليفة عمر، حيث أنه لم يعطل النصوص أو يجمد حرفيتها، بل حاول أن يغوص في أعماقها و يتعرف على المقصد منها ويحققه.

و من ناحية أخرى، فإن مصدر السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة - هو بلا أدنى شك - مصدر قانوني مبني على أساس من قواعد الشريعة ومبادئها العامة، مما يعني أنها ليست سلطة مطلقة ، بل هي مقيدة نسبيا بالمصدر الذي قامت على أساسه في هذا الموضوع أو ذاك، ومن ناحية ثانية مقيدة بالمقصد العام الذي قامت عليه الشريعة، وهو وجوب تحقيق الصالح العام.

¹ ينظر: الزرقاء، المرجع السابق، هامش، ص176، وسعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق، ص159 وهامشها، ومحمد حسين هيكل، الفاروق عمر، ط 8، دون ذكر سنة الطبع، دار المعارف، القاهرة ج 1، ص 255-256.

² يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص124.

مثاله اجتهادات عمر في تدوين الدواوين واتخاذ السجون ومحاسبة الولاية...¹ فهي وإن كانت مبنية في الأصل على اختصاص تقديري لرئيس السلطة الإدارية - عمر بن الخطاب رضي الله عنه - إلا أن هذا لم يمنع من وجود عناصر مقيدة، في هذه القرارات كوجوب توشي الصالح العام. وعليه لا يجوز الفصل بين الإختصاص المقيد والسلطة التقديرية، بل على العكس، إذ يتعيّن دائماً تصوّر المصاحبة بينهما في تصرفات الإدارة في النظام الإسلامي، لأن مصالح الناس التي قصد قانون الشرع إلى تحصيلها، لا يمكن لها أن تتحقق إلا باجتماعهما معاً.

خلاصة القول أن النظام الإسلامي يتوافق مع النظام الوضعي في إمكانية المصاحبة والجمع بين الإختصاص المقيد والسلطة التقديرية في تصرفات الإدارة، وبعبارة أخرى فإن النظام الإسلامي عرف هو الآخر فكرة الملاءمة بين العناصر المقيدة والعناصر التقديرية، أي بين الثابت والمتغير.

المطلب الثاني:

الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة

لقد تبين من خلال ما سبق أنّ خضوع الإدارة للقانون، لا يحجب ما تتمتع به الإدارة من سلطة التقدير الحر لكثير من تصرفاتها حتى تتمكن من حسن أداء وظائفها وحتى لا ينقلب نشاطها آلياً

¹ ابن سعد، الطبقات الكبرى، ط 1 سنة 1414 هـ/1994 م، دار الفكر للطباعة والنشر، ج 3 ص 212-216، وينظر: محمد جلال أبو الفتوح وعبد المعطي محمد ، الفكر السياسي في الإسلام شخصيات ومذاهب، ط سنة 1996، دار المعرفة الجامعية، ص 140-141، وأكرم ضياء العمري ، عصر الخلافة الراشدة، ط 2/1419 هـ/1998 م، مكتبة العبيكان، الرياض ص78.

يعطل سير المرافق العامة ويصم القانون بالجمود والتخلف.¹ بمعنى أن الاعتراف للإدارة بهذه السلطة يؤكد أن الدولة المعترفة بها هي دولة قانونية، ويثبت اعتناقها لمبدأ المشروعية.²

بيد أن الاعتراف بالسلطة التقديرية كسلطة قانونية، يستلزم تحديد الأساس القانوني لها. فما هو أساس وجود سلطة التقدير المعترف بها للإدارة في القانون الإداري الجزائري والنظام الإسلامي.

في سبيل البحث عن أساس هذه السلطة، ظهرت عدة نظريات، وأهمها على الإطلاق: نظرية التدرج، نظرية الحقوق الشخصية، ونظرية المشروع. فما مدى صحة كل نظرية من هذه النظريات كأساس للسلطة التقديرية للإدارة؟

هذا ما سيتم الإجابة عنه خلال هذا المبحث، حيث سيتم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، حيث يتم في الفرع الأول عرض: نظرية تدرج القواعد القانونية، و في الفرع الثاني: نظرية الحقوق الشخصية، وفي الفرع الثالث: نظرية المشروع.

الفرع الأول: نظرية تدرج القواعد القانونية

بصدد بحث فقهاء القانون عن أساس لنظرية السلطة التقديرية، ذهب بعضهم إلى تفسير أساسها من خلال نظرية فقهية هي نظرية تدرج القواعد القانونية، باعتبار أن السلطة التقديرية تثبت للإدارة إذا أضافت في قرارها بعض العناصر غير الموجودة في القاعدة القانونية التي استمدت منها اختصاصها. فما هو فحوى هذه النظرية؟ وما موقف كل من القانون الإداري الجزائري والنظام الإسلامي منها كأساس للسلطة التقديرية للإدارة؟

¹ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الدولة للقانون، ط3 1976م، ص16.

² سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص32.

أولاً: فحوى نظرية تدرج القواعد القانونية

حظيت نظرية تدرج القواعد القانونية¹ باهتمام فقهي واسع، حيث اعتبرت لدى مناصريها الأساس الذي تقوم عليه كل سلطة تقديرية تتمتع بها الإدارة في مباشرة نشاطها. وترجع هذه الفكرة في الأساس إلى الفقيه النمساوي "كلسن Kelsen" في تفسير خضوع الدولة للقانون. وبمقتضى هذه الفكرة تتدرج القواعد القانونية، التي تكون عناصر المشروعية في مراتب متعددة، بحيث تكون كل قاعدة قانونية في هذا التدرج تنفيذا للقاعدة الأعلى منها مرتبة من ناحية، ومنشئة للقاعدة الأدنى منها مرتبة وذلك من ناحية أخرى.² وهو ما يستلزم خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى شكلاً وموضوعاً.³

وعليه فحينما يتولى رجل الإدارة تنفيذ القاعدة القانونية، فإن اختصاصه يكون مقيداً إذا وقف بقراره عند حدود التنفيذ الحرفي للقاعدة القانونية، في حين يكون اختصاصه تقديرياً إذا أضاف في قراره بعض العناصر غير الموجودة في القاعدة القانونية التي استمد منها هذا الإختصاص، وهو ما يمكن اعتباره بمثابة التخصيص لعمومية القاعدة القانونية.⁴

¹ في تفصيل هذه النظرية ينظر: سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية المرجع السابق.

² سامي جمال الدين، المرجع نفسه، ص 16-17، وينظر: أبو راس الشافعي، القضاء الإداري، دون ذكر طبعة، عالم الكتب، القاهرة ص 68.

³ فأما خضوعها شكلاً فبصدورها من السلطة التي حددها القاعدة الأسمى واتباع الإجراءات التي بينها، وأما خضوعها موضوعاً فذلك بأن يتفق مضمونها مع مضمون القاعدة الأعلى. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، المرجع السابق، ص 62-63.

⁴ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 34، وأبو راس الشافعي، المرجع السابق ص 68.

غير أن أهم ما يؤخذ على هذه النظرية، أنها تضيّق من نطاق السلطة التقديرية في إطار التخصيص، ووضع العناصر الجديدة، في حين أنها قد تتحقق كذلك في حالة الإختيار بين قرارين أو أكثر أو الإمتناع عن اتخاذ القرار، وفي هذه الحالات جميعها لا توجد أية إضافات لعناصر جديدة على القاعدة القانونية الأعلى.¹ ومن ناحية أخرى فإن نظرية التدرج تشير إلى وجود السلطة التقديرية وتؤكدها، لكن دون أن تبين أساس منحها أو تقريرها.²

ثانيا: موقف القانون الإداري الجزائري والنظام الإسلامي من نظرية تدرج القواعد القانونية

هل حظيت نظرية التدرج بإقرار القانون الإداري الجزائري لها كأساس للسلطة التقديرية للإدارة برغم الإنتقادات التي وجهت إليها؟ وما موقف النظام الإسلامي منها؟

1- موقف القانون الإداري الجزائري

من خلال تتبع مسلك الإدارة الجزائرية في ممارسة نشاطاتها، يلتمس اعتمادها على هذه النظرية كأساس للسلطة التقديرية المخولة لها. ومن قراراتها في هذا الشأن يذكر:

المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18/09/1996 المتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة الذي جاء تنفيذا للقانون رقم 90-30 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن الأملاك الوطنية،³ وتنفيذا للقانون رقم 91-11 المؤرخ في 27/04/1991، الذي يجدد القواعد المتعلقة

¹ A. Hauriou, Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, Mélanges Carrée de Malberg, 1933 Paris, p233.

² سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص35.

³ ج ر، العدد 52 سنة 1990، ص 1416.

بتزاع الملكية من أجل المنفعة العمومية،¹ و تنفيذاً لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-302 المؤرخ في 92/07/07، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للطرق السريعة.

حيث تنص مادته الأولى على: "... يخضع إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها أو توسيعها إلى منح الإمتياز كما ينص عليه هذا المرسوم".²

إن الصفة التنفيذية لهذا المرسوم، لا تنفي أن منح الإمتياز هو مسألة تقديرية للإدارة، حيث لها أن تمنحه للشخص الذي تقدر ملاءمته لهذه المهمة، في حدود القانون قيد التنفيذ وفي حدود الصالح العام. وعليه يمكن اعتبار هذا المرسوم بمثابة التخصيص لعموم القاعدة القانونية، وهو ما يبرر نظرية التدرج كأساس لسلطة الإدارة التقديرية.

ومن ذلك أيضاً، المرسوم التنفيذي رقم 212/97 المؤرخ في 1997/06/09، المتضمن إنشاء ديوان وطني لمكافحة المخدرات وإدماها، الذي جاء تنفيذاً للقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم، وبناء على الدستور لاسيما المادتين 4/85، و2/125 منه³، حيث تنص مادته الأولى على: "ينشأ لدى رئيس الحكومة ديوان وطني لمكافحة المخدرات وإدماها يدعى في طلب النص "الديوان".⁴

لقد كان قرار الإدارة - ممثلة في شخص رئيس الحكومة - من خلال هذا المرسوم مبنياً على سلطتها التقديرية، القائمة على أساس من نظرية التدرج. إذ الطبيعة التنفيذية لهذا المرسوم، هي التي

¹ ج ر، العدد 21 سنة 1991، ص 577.

² ج ر، العدد 55 سنة 1996، ص 08-09.

³ الدستور الجزائري المعدل المصادق عليه في استفتاء 28 فبراير 1996، المدة 4/85 و2/125 منه.

⁴ ج ر، العدد 41 سنة 1997، ص 05.

منحتها هذه الحرية في التصرف بما يتلاءم مع الصالح العام، وفي حدود أحكام القانون الذي صدر المرسوم تنفيذا له، ودليل ذلك أنه ورد في حكم المخصص لعموم نفس القانون.

ومن الأمثلة التي يسوقها القضاء الإداري الجزائري في هذا الشأن، القضية المتعلقة بالطعن لتجاوز السلطة ضد قرار والي ولاية "س طيف"¹، المتضمن غلق محل الطاعن لدواعي الأمن والنظافة تنفيذا لأحكام المادة 35 من المرسوم رقم 34-76 المؤرخ في 20/02/1976 المتعلق بالعمارات الخطيرة والمزعجة وغير الصحيّة، التي تنص على أنه: "يجب على الوالي قبل القيام بأي متابعة أمام الجهات القضائية أن يبعث بإنذار إلى مالك أو مدير أو مسير المؤسسة المصنفة الذي لم يراع قوانين الوقاية والحماية التي تخضع لها مؤسسته، يدعوه فيه إلى أن يستجيب لأجل لا يتعدى الثلاثة أشهر لجميع الإجراءات المعدة ضرورية للأمن والنظافة والصحة العمومية".

لقد أقر القاضي الإداري في هذه القضية، بتمتع الإدارة ب سلطة تقدير الإجراءات الملائمة للحفاظ على الأمن والصحة العمومية، لكن شريطة مراعاة التدرج في الإجراءات، المنصوص عليها في مادة المرسوم، حيث كان عليها أن تبعت إنذارا أولا إلى مالك المؤسسة، تأمره بالالتزام بالإجراءات التي تقدر ضرورتها لحماية النظام العام، قبل إصدارها قرار الغلق.

وبناء عليه يستنتج أن القانون الإداري الجزائري قد اعتمد على نظرية التدرج² كأساس للسلطة التقديرية المعترف بها للإدارة.

¹ م.ع.غ.إ. قضية (ش ع) ضد(والي "س" و وزير "د")، الموضوعة تحت ملف رقم 46723 المؤرخ في 21 أبريل 1990، المجلة القضائية العدد 1990/4، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 162 وما بعدها.

² يتعلق عدم احترام الإدارة في النظام الجزائري لفكرة التدرج، بعيب انعدام الأساس القانوني الذي يعد عيبا من عيوب عدم المشروعية، وهو يعني أنه إذا صدر قرار إداري، فيجب أن يستند هذا القرار في صدره كقاعدة عامة إلى أساس قانوني، وتنحصر فكرة هذا العيب في حالة عدم نشر القانون الذي صدرت القرارات الإدارية تنفيذا له، وفي حالة عدم نشر القرار الأصلي الذي

غير أن تبنيها لها لم يُكتف فيه، بالمعنى الذي استقر عليه الفقه (أي بمعنى التخصيص لعموم القاعدة القانونية وإضافة عناصر جديدة عليها)، بل تعدى هذا المعنى إلى أوسع من ذلك.

ملائمة المرسوم رقم 96-308 المتعلق بمنح امتياز الطريق السريع،¹ فزيادة على كونه مستندا في الأصل على نظرية التدرج، فإن الإدارة تتمتع من خلاله - كذلك - بجرية إختيار القرار الملائم من بين عدة قرارات متاحة،² إذ لها أن تختار الشخص المعنوي، الذي تراه ملائما لمنح الإمتياز من بين عدة أشخاص مرشحين لذلك. فهذا الجانب من الملاءمة برغم وجوده من خلال تطبيق لفكرة التدرج، إلا أنه لم يكن مقصودا في معناها الفقهي. (أي فحوى النظرية) مما يعني أن اعتماد القانون الإداري الجزائري على هذه النظرية بتوسيع مجال تطبيقها، يثبت أنها لا تشكل الأساس الوحيد للسلطة التقديرية للإدارة.

2- موقف النظام الإسلامي

إذا ثبت أن القانون الإداري الجزائري، قد عرف فكرة تدرج القواعد القانونية كأساس للسلطة التقديرية للإدارة، فما موقف النظام الإسلامي؟

صدرت القرارات الإدارية الفرعية تنفيذا له. تقيية محمد، "مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية"، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، عدد خاص، الصادر عن وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 1992، ص 154.

¹ ج.ر، العدد 1996/55 ص 09.

² ينظر: المادة (2) من نفس المرسوم. ج.ر العدد 1996/55 ص 09.

إن عدالة الشرع، تقتضي أن يكون قانون الشرع عاما عمومية مطلقة بالنسبة لجميع الحالات،
بينما العدالة الفعلية تأخذ بعين الاعتبار ظروف كل حالة واقعية على حدة، وذلك ما يسمح بالخروج
على حرفية النص في أحيان كثيرة، لمصلحة أولى بالرعاية من التقييد الجامد بما ورد في النص.¹

فقد يحتاج تنفيذ النصوص الشرعية إلى إجراء تشريعي بلغة العصر، أي إلى إصدار قرارات
إدارية ملزمة. وفي هذه الحالة يكون إلتزام الإدارة كاملا بالنصوص وبالمقاصد العامة، وإطلاق لفظ
التشريع هنا إنما يكون تجوّزا فهو في الواقع تنفيذ أكثر منه تشريع.²

وليس يراد هنا أن يُحرف الإسلام ليتفق مع الواقع المعاصر، إنما يُراد أن تُفهم النصوص الجزئية
في إطار المقاصد الكلية، وأن يُفرّق بين الأحكام الدائمة والأحكام الوقتية، وبين ما قاله الرسول صلى
الله عليه وسلم أو فعه بوصفه من باب السياسة الشرعية الملائمة لزمته وبيئته وظروف قومه، وما قاله
أو فعله ليكون شرعا عاما دائما للأمة.³

فإذا فقهت الإدارة هذه الأمور أمكنها تحقيق التوازن بين الأحكام الثابتة والسياسات المتغيرة،
فلا تعطلّ النصوص لأجل المصالح المتغيرة، ولا المصالح المتغيرة لأجل التقييد الجامد بالنصوص، بل تربط
وتضم بعضها إلى بعض.

¹ ينظر: عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص19.

² علي جريشة، المشروعية الإسلامية العليا، المرجع السابق، ص 38.

³ يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص26. وفي هذا المعنى يقول العلامة ابن تيمية: "إن لم يعرف الواقع في
الخلق والواجب في الدين، لم يعرف أحكام الله في عباده، وإن لم يعرف ذلك كان قوله وعمله بجهل". تقي الدين أحمد ابن تيمية،
مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصي النجدي الحنبلي، ط سنة 1412هـ / 1991م عالم الكتب
الرياض المملكة العربية السعودية ج20 ص305.

وبغية تحويل أوامر الشريعة وتوجيهاتها إلى واقع ملموس في حياة الناس، أناط الشارع بالإدارة سلطات تقديرية لتحقيق الصالح العام ومقتضياته، وذلك بملاءمتها بين الواقع والواجب،¹ أي إعطائها الواقع حكمه من الواجب وجعل الواجب موافقا للواقع.² وبعبارة أدق معالجتها للمتغيرات في إطار الثوابت، وهذا هو معنى فكرة تدرج القواعد القانونية.³

ولعل من أهم الأدلة التي تجسد استناد سلطة الإدارة التقديرية في النظام الإسلامي، على فحوى فكرة التدرج.

الإجتهد أو القرار التقديري الجريء التي اتخذها الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه؛ والقاضي بمنع تقسيم أراضي سواد مصر والعراق،⁴ على المسلمين الفاتحين لها، الذين طالبوا بتقسيمها بينهم كما تقسم الغنائم الحربية، محتجين بظاهر نص آية الغنيمة،⁵ وبما صحّ من السنة النبوية، المدرجة ضمن السياسة الشرعية والتدابير المصلحية التي فعلها النبي صلى الله عليه وسلم بحكم ولايته العامة في الحكم والإدارة لا بصفة النبوة والتشريع.⁶

¹ ينظر: السيد أحمد فرج، السلطة الإدارية والسياسة الشرعية، المرجع السابق، ص38.

² ابن قيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص14.

³ يقابل هذا المصطلح في الفقه الإسلامي "تدرج مبادئ الشريعة الإسلامية". سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص126.

⁴ سميت هذه الأرض بالسواد من كثافتها وخصرتها بحيث يراها الرائي من بعيد كأنها كتلة سوداء.

⁵ قال تعالى: "وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَأَنَّ السَّبِيلِ...". الأنفال آية 41. فهذه الآية لا شك أنها قطعية الثبوت، لكن لا يمكن الجزم على قطعية دلالتها على ما يدعون أنها تشمل كل ما غنم من منقول وعقار، حتى تشمل الأرضين بجبالها وأهوارها. ينظر: يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص192.

⁶ فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم عندما فتح خيبر كانت قد فتحت عنوة لا صلحا، قسمها بين المسلمين الذين شاركوا معه في فتحها. ولا يخفى أن هذا النوع من السنة يعد- بحسب قواعد الشريعة- من السياسة الشرعية والتدابير المصلحية التي يفعلها النبي صلى الله عليه وسلم بوصف ولايته العامة في الحكم والإدارة لا بصفة النبوة والتشريع، بل إن لكل من يتولى الإدارة العامة أن

وقد ذهب عمر في هذه الواقعة إلى خلاف رأي الفاتحين، فأبقى هذه الأراضي لأهلها يعملون فيها و يعمرونها مع فرض ضريبة الخراج¹، لأن ذلك أصلح لكل أجيالها وأعم وأدوم لنفعها.²

وقد استمد رضي الله عنه تقديره هذا من آية الفيء، من قوله تعالى: "للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلاً من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون. والذين تبوءوا الدار والإيمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة، ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون. والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان..."³

فمن خلال هذه الآية استدل الخليفة عمر على أن الفيء يستفيد منه جميع المسلمين حاضرهم وآتيهم ولا يختص بالمسلمين الفاتحين فقط، وبهذا اعتبر -أيضا- أراضي مصر والعراق⁴. فكان الحكم فيها بمثابة قاعدة عامة أتاحت له وضعها موضع التنفيذ في مواجهة واقعة التقسيم.

يلجأ إلى تدبير آخر عند الحاجة كما كان ذلك ممكنا للنبي صلى الله عليه وسلم. يوسف القرظاوي، المرجع نفسه، ص192-194، وينظر: مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ج1 ص180-182

¹ ينظر: محمد حميد الله، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، المرجع السابق، ص467-483 وما بعدها و ص504، والبلاذري، فتوح البلدان، تحقيق عبد الله أنيس الطباع وعمر أنيس الطباع ط سنة 1407 هـ/1987م، مؤسسة المعارف بيروت، ص627. وأبو عبيد، كتاب الأموال، تحقيق محمد خليل هراس، ط 1 1406 هـ/1986م دار الكتب العلمية بيروت، ص66-235، وابن قدامة، المغني، دون ذكر طبعة، دار الكتاب العربي بيروت ج 2 ص586 وما بعدها، وابن سعد، الطبقات الكبرى، تقديم د. إحسان عباس، ط 1 1418 هـ/1998م دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ج3، ص282.

² مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ج1، ص178. ونص الرسالة التي بعثها عمر إلى سعد حين افتتح العراق كالأتي: "... فانظر إلى ما أوجب الناس عليك به إلى العسكر من كراع ومال، فاقسمه بين من حضر من المسلمين، واترك الأرضين والأهبار لعمالها ليكون ذلك في أعطيات المسلمين، فإنك إن قسمتها بين من حضر لم يكن لمن بعدهم شيء". محمد حميد الله، المرجع السابق، ص422.

³ سورة الحشر آية 8-9-10.

⁴ مصطفى الزرقاء، المرجع نفسه، ج1، ص179.

ومثاله أيضا قرار الخليفة أبي بكر بحرب مانعي الزكاة؛ وهم أشخاص منعوا الزكاة مع تمسكهم بالإسلام، وكان رأي الصحابة أنه لا يجوز قتالهم على ذلك، فدافعوا عنهم عند أبي بكر، وكان عمر أشدهم دفاعا عنهم؛ ولكن أبا بكر تمسك برأيه، ودافع عن أقوى دفاع حتى أقنع به جمهور الصحابة، فعرفوا أنه الحق.¹ وكان أبو بكر قد استمد تقديره - هذا - من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم:

"أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله".²

فلما ناقش عمر والصحابة الخليفة في ظاهر نص هذا الحديث، أجاب بما معناه أن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم لا يجعل العصمة لدم المسلم وماله إلا بعد أداء حق لا إله إلا الله، والزكاة

¹ أبو الفداء الحافظ ابن كثير، البداية والنهاية، ط 1 1421هـ/2001م، دار الكتب العلمية، الجزء 6، ص 308، ويظهر في تفصيل ذلك: الحافظ جلال الدين السيوطي، تاريخ الخلفاء، ط سنة 1411 هـ/1991م، دار القلم العربي، حلب، ص 88 وما بعدها، وابن الأثير الجوزي، الكامل في التاريخ، ط 1 سنة 1407 هـ/1987م، ج 2، دون ذكر دار النشر، ص 226 وما بعدها، ومحمد الخضري بك، إتمام الوفاء في سيرة الخلفاء، تحقيق عبد المنعم العاني ط 1 1403هـ/1983م دار الكتب العلمية بيروت ص 21، وأبو محمد عصام بن مرعي، الصحيح المنتقى من فضل الصحابة والخلفاء الراشدين الأربعة، ط 1 1417هـ/1996م، دار أهل السنة، ص 51.

² حديث صحيح، رواه البخاري في الصحيح (باب الزكاة) حديث رقم 1399. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط سنة 1992 دار الهدى عين مليلة، ج 2 ص 507. وينظر: بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، إشراف ومراجعة صدقي جميل العطار، ط 1 1418هـ/1998م دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت ج 6 ص 334-335. ورواه مسلم في الصحيح (باب أمرت بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله) حديث رقم 21، وخبر الردة في الحديث رقم 20. أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ط 1 1419هـ/1998م، دار المغني المملكة العربية السعودية، دار ابن حزم بيروت ص 31-32. ورواه الترمذي في الجامع الصحيح (أبواب الإيمان) حديث رقم 2733. المبار كفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، دون ذكر طبعة، دار الكتب العلمية بيروت ج 7 ص 280-281.

حق المال الذي فرضه الله، فمن لم يؤدها حلت محاربتة رغم نطقه بالشهادتين.¹ وكان تقدير الخليفة مصيباً في تنفيذه لحكم النص،² حيث عمد إلى الإسترشاد بروح النص لا بحرفيته،³ فاعتبر قراره بهذا - المعنى - بمثابة المخصص لعموم النص، وهو ما يفسر فكرة التدرج كأساس لسلطته التقديرية.

وعليه فإن النظام الإسلامي قد عرف فحوى نظرية تدرج القواعد القانونية ، كأساس لسلطة التقدير المعترف بها للإدارة في النظام الإسلامي ، وتبرز في إطار تنفيذ أحكام الواجب، الذي يعد أحد المجالات غير الرئيسية لسلطة الإدارة التقديرية،⁴ مما يعني أن نظرية التدرج لا تشكل الأساس الوحيد والجامع لها. كما أن السلطة التقديرية لا تتحقق - فقط - في حالة التخصيص لعموم الأحكام - وهو الوجه الذي قصده أنصار فكرة التدرج في الفقه القانوني - بل تتحقق بوجه أوسع من ذلك بكثير، وذلك بالكشف عن عناصر مقصودة من أحكام الواجب، ومن شأنها إضفاء مرونة أكثر في التنفيذ.

¹ عبد المتعال الصعيدي، القضايا الكبرى في الإسلام، دون ذكر طبعة، دار شريفة للنشر والتوزيع، الجزائر ص 92 وما بعدها. وينظر: علي علي منصور، نظم الحكم والإدارة في الشريعة الإسلامية والقوانين المعاصرة، المرجع السابق، ص 281، وصبحي محمصاني، تراث الخلفاء الراشدين في الفقه والقضاء، ط سنة 1984، دار العلم للملايين لبنان ص 28-29، وصبحي الصالح، النظم الإسلامية نشأتها وتطورها ط 8 1990، دار العلم للملايين ص 260، ومحمد جلال أبو الفتوح، وعلي عبد المعطي محمد، الفكر السياسي في الإسلام، المرجع السابق، ص 110 وما بعدها.

² نيزر: عشيراتي سليمان، السياسة وإشكال الشرعية في الإسلام، دون ذكر طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية وهران ص 105 وما بعدها، ص 108.

³ نيزر: عمر الشوبكي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 19.

- و تجدر الإشارة إلى أنهما قد وردت أحاديث صحيحة تقضي بأن مانع الزكاة يقاتل حتى يعطيها ولعلها لم تبلغ الصديق أبو بكر ولا الفاروق، ولو بلغت لكانت هي الحجة على حرب مانعي الزكاة ؛ فمنها ما أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عمر =رضي الله عنه. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دون ذكر طبعة، دار الجيل بيروت ج 3 ص 121. ونصها كالاتي قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله وقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام وأجرهم على الله." صحيح البخاري (باب الإيمان)، حديث رقم 25 ج 1 ص 17. وينظر: صحيح مسلم (باب أمرت بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله)، حديث رقم 22 ص 33.

⁴ نيزر: سعيد عبد المنعم الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة، المرجع السابق، ص 104.

وذلك كحالة الاختيار بين حلين أو أكثر من الحلول المتاحة شرعا.¹ و حكمها أن الإدارة حرة في أن تختار الإجراء الذي يتناسب ويتلاءم مع المصلحة العامة للمسلمين، من ضمن التصرفات التي حددها الشرع.² أو حالة الإمتناع عن تنفيذ الواجب نزولا عند مقتضيات الصالح العام.

وبناء عليه يستنتج أن ال نظام الإسلامي قد عرف إلى جانب القانون الإداري الجزائري فكرة التدرج، كأساس للسلطة التقديرية للإدارة، غير أنه وسع مجال تطبيقها، ولعله المجال الذي يعبر بحق عن ماهيتها. والذي ينبغي أن يناط بها بوصفها أساسا لسلطة التقدير المعترف بها للإدارة.

الفرع الثاني:

نظرية الحقوق الشخصية

إزاء عجز نظرية تدرج القواعد القانونية عن تفسير أساس السلطة التقديرية بشكل كامل، وجد رأي فقهي يبرهن على وجود هذه الأخيرة من خلال نظرية أخرى هي نظرية الحقوق الشخصية، باعتبار أن السلطة التقديرية تثبت للإدارة في نطاق نشاطها الذي يتناول المصالح العامة للأفراد لا حقوقهم الشخصية. فما هو فحوى هذه النظرية؟ وما موقف القانون الإداري الجزائري والنظام الإسلامي منها كأساس لسلطة الإدارة التقديرية؟

أولا: فحوى نظرية الحقوق الشخصية

¹ وهو ما اصطلح عليه "بالواجب المخير"، ومثاله في الفقه الإسلامي، إختيار الأمر الأصح في أمور الأسرى، فللإدارة أن تختار بين القتل والإسترقاق والفداء والمن. **الماوردي**، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص50، وينظر: **أبو العباس بن تيمية**، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، تقديم عبد السميع حباري ط سنة 1990، دون ذكر دار نشر، ص152.

² ينظر: **سعيد عبد المنعم الحكيم**، المرجع السابق، ص101.

لقد أولى جانب من الفقه القانوني لنظرية الحقوق الشخصية اهتماما بالغا، حيث اعتبرها أنصارها الأساس الذي تقوم عليه كل سلطة تقديرية تتمتع بها الإدارة في ممارسة نشاطها.

من رواد هذه النظرية الفقيهان "بارثلمي Barthélemy" و"بونار Bonnard"، وتقوم على الربط بين الحقوق الشخصية¹ والإختصاص المقيد وبمفهوم المخالفة، فإن السلطة التقديرية تتحقق في حالة غياب هذه الحقوق،² وأساس ذلك أن الحقوق الشخصية تتميز، بأن لها وسيلة قانونية لحمايتها، تتمثل في الدعوى القضائية L'action en justice³، وعن طريقها يمكن للأفراد مطالبة الإدارة بعمل أو الامتناع عنه، بوصفه التزاما قانونيا Obligation juridique مفروضا على عاتق الإدارة، ومن ثم فإنه في حالة الاختصاص التقديري، لا يستطيع الأفراد المطالبة بشيء لانتهاء الالتزام أو الرابطة القانونية بين الإدارة و بينهم.⁴

وعلى العكس من ذلك فإنه في حالة الاختصاص المقيد، تكون هنالك من الحقوق الشخصية ما يتولد مباشرة من المراكز المنصوص عليها بالقوانين، وبالتالي يمكن حمايتها بالدعوى القضائية المتصلة اتصالا وثيقا بهذه الحقوق، حيث تتوفر المصلحة الشخصية لدى صاحب الحق للحصول على ما

¹ عرف "بونار" الحق الشخصي بأنه: قدرة الشخص على المطالبة بشيء له فيه مصلحة على أساس من قاعدة قانونية موضوعية، عن طريق الدعوى القضائية، أما مضمون هذا الحق المطالب به فينبغي أن يكون محمدا مباشرة، إما بالقانون الموضوعي أو بعمل قانوني فردي.

Bonnard, Les droits publics subjectifs des administrés, R.B.P, 1932. p 707.

مأخوذ عن: **عصام البرزنجي**، السلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص189.

² **Bonnard**, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd, 1943 Paris, p 75-76.

مأخوذ عن: **عصام البرزنجي**، المرجع نفسه، ص190.

³ **عصام البرزنجي**، المرجع نفسه، ص187، وينظر: **سامي جمال الدين**، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص35.

⁴ **سامي جمال الدين**، المرجع السابق، ص 35.

يطلب به من حقوق.¹ حيث أنه إذا مس قرار إداري مركزا قانونيا لأحد الأفراد، كان له أن يلجأ إلى القضاء طالبا إلغاء هذا القرار أو التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة إصداره.²

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد في معظم جوانبها، من ذلك أن الربط بين الحقوق الشخصية والاختصاص المقيد ومن تم توافر السلطة التقديرية عند غياب هذه الحقوق هو ربط غير حتمي، بمعنى أن الفكرة القائلة بارتباط ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية بوجود أو عدم وجود ما يطالبها به الأفراد، ليست دائما صحيحة.³ لأن أي عمل إداري مهما كانت طبيعته، يخضع في حقيقته لمبدأ المشروعية، مما يستلزمه من الدفاع عن المصلحة العامة من جهة ومن حماية لحقوق الأفراد و حرياتهم من جهة أخرى. كما أن السلطة التقديرية قد تقوم في مواجهة الحقوق الشخصية نفسها ، وذلك لاعتبارات الملاءمة والصالح العام.⁴

ثانيا: موقف القانون الإداري والنظام الإسلامي من نظرية الحقوق الشخصية

إذا كان التقدير الفقهي لهذه النظرية يتجه إلى عدم حتمية الربط بين السلطة التقديرية وحالة غياب الحقوق الشخصية. فما موقف القانون الإداري الجزائري؟ وهل حظيت منه بموقف التأييد أو المعارضة؟ وما موقف النظام الإسلامي

1- موقف القانون الإداري الجزائري

¹ سامي جمال الدين، المرجع نفسه ، ص35، ونظير: البرزنجي، المرجع السابق، ص187 .

² عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ط سنة 1396هـ/1976م، المطبعة الجديدة، دمشق، ص 234.

³ Waline, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, op.cit, p 197.

⁴ عصام البرزنجي، المرجع السابق، ص195.

إن موقف القانون الإداري الجزائري من نظرية الحقوق الشخصية يتجلى بوضوح من خلال تتبع مسلك القضاء في هذا الشأن. فمن مجموع قرارات القاضي الإداري في القضايا التي بنيت مواضيعها على أساس حق شخصي، يتبين أن القضاء الإداري كان له من هذه النظرية وجهتين: الوجهة الأولى وتتمثل في تقييد السلطة التقديرية في مجال الحقوق الشخصية. والوجهة الثانية: مواجهة السلطة التقديرية للحقوق الشخصية لاعتبارات الملاءمة والصالح العام.

أ- تقييد السلطة التقديرية في مجال الحقوق الشخصية

من أمثلة هذه الوجهة يُذكر قرار قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 1987/06/06، في قضية (ب ع ر و) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية سيدي بلعباس.¹ المتعلق بالطعن بسبب تجاوز السلطة ضد قرار إداري يتضمن اقتطاع جزء من أرض الطاعن بحجة إدراجها في الملكيات المخصصة للمنفعة العمومية. وقد توصل القاضي فيها إلى ما يلي:

حيث أن المعني يذكر بأنه وفي إطار بيع الأراضي التابعة للاحتياجات العقارية اشترى من المجلس الشعبي البلدي، بموجب عقد البيع المؤرخ في 1978/9/2 قطعة أرض للبناء مساحتها 750 متر مربع... وأنه تحصل على رخصة بناء بتاريخ 1978/12/16 وشرع في البناء الذي انتهى منه في 1981.

وأنه بعدما اصدم بصعوبات في بناء الجدار المحيط بالمسكن كتب إلى السلطات المختصة وبلغ بناء ذلك برسالة من الوالي تتضمن الرأي الموافق لمديرية التعمير والبناء والسكن.

¹ م.ع. غ. إ. ملف رقم 53922، والقرار المؤرخ في 1987/06/06، المجلة القضائية العدد 1990/4، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 171 وما بعدها.

وأنة انتفع بالأمكنة بصورة هادئة ومستمرة لغاية 1986/4/06 وهو التاريخ الذي صدر فيه بالمقرر رقم 07 المؤرخ في 1978/9/2، المتضمن العقد الناقل مؤقتا للملكية القطعة التي شيد عليها المسكن، ثم بمقرر ثان يحمل رقم 1352 يتضمن منحه نفس القطعة الأرضية لكن في حدود مساحة 586 متر مربع، وبمقرر ثالث مؤرخ في 1986/3/08، أمر بهدم الجدار المحيط بالمسكن لحساب المجلس الشعبي البلدي وبإعادة بنائه مع تحمله هو المصاريف.

حيث أن المدعي يثير وجهين في الموضوع:

الوجه الأول: مأخوذ من انعدام الأسباب من حيث أن المقرر المطعون فيه والمقرارات المكملة اكتفت بإبطال حق عيني اكتسبه بدون تقديم أي سبب قانوني لذلك.

الوجه الثاني: مأخوذ من خرق القانون ولاسيما المادة الأولى من الدستور والمادة 577 من ق.م من حيث أنه وبعدما اشترى بصورة قانونية القطعة المتنازع عليها، ودفع ثمنها وحازها واستلم العقد الناقل للملكية، وتحصل على رخصة بناء مسكن لا يمكن الإتيان بما يمس بملكيته الخاصة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن ر م ش البلدي تعدى على مسكنه باقتطاع جزء من القطعة المذكورة بواسطة إجراء نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.

... وأن الإدارة لا تستطيع الاحتجاج بغلطها لإعادة النظر في وضعية مكتسبة لصالح العارض، وبالتالي فإن الطاعن محق في تمسكه بكون المقررات المطعون فيها مشوبة بعيب تجاوز السلطة، وفي مطالبته بإبطاله

من خلال هذا القرار ي ستفاد أن ال قاضي قيد سلطة الإدارة التقديرية في مجال الحقوق الشخصية. مما يعني أنها تتحقق بصفة أوسع في حال غياب هذه الحقوق.

ب- مواجهة السلطة التقديرية للحقوق الشخصية لاعتبارات الملاءمة والصالح العام

من أمثلة هذه الوجهة، يذكر، القضية الموضوعة تحت ملف رقم 66960، المؤرخ في 21 أبريل 1990، والمتعلقة بالطعن ضد قرار والي ولاية (ب) المتضمن نزع ملكية مكتسبة للطاعن من أجل المنفعة العمومية.¹

وقد جاء فيها أن الطاعنين وضحوا بأن صفة المنفعة العامة لا تنطبق على ملكيتهم، لأنه يوجد إلى جانبها قطعة أرض أخرى، كان بالإمكان تشييد 500 مسكن عليها في حين أن ملكيتهم أرض مزروعة بالأشجار المثمرة ومستغلة فلاحيا، كما أن الطاعنين أوضحوا أنهم عائلة كبيرة تقطن هذه الأرض وأنها لا تحتاج إلى تعويض بل إلى مسكن يؤويها.

وقد توصل قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في الحكم فيها إلى أنه فيما يخص اختيار قطعة محل نزع الملكية، فإن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مدى ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز مشروع....

وأن مبدأ الإحتياج العائلي لا يعني إشباعه بالضرورة بالأرض المتنازع عليها، وإنما يعني إعادة إسكان الشخص الذي انتزعت منه أرضه، وإنما يعني إعادة إسكان الشخص الذي انتزعت منه أرضه.

فقد أقر القاضي الإداري سلطة الإدارة التقديرية ، رغم قيامها في مواجهة حق شخصي، وهذا لامتيازات الملاءمة والصالح العام.

¹ م.ع.غ.إ، 21 أبريل 1990، (الفريق ع) ضد (والي ب)، المجلة القضائية العدد 1990/2، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 158 وما بعدها.

وأكثر مجال تتواجه فيه السلطة التقديرية مع حقوق الأفراد ، وحريةهم مجال الضبط الإداري، إذ تتميز الإدارة إزاءه بسلطة تقديرية واسعة لاعتبارات المصلحة العامة. وفي حال النزاع، فإن القاضي هو الآخر قد يرحص بالإجراء الذي اتخذته الإدارة، وقد يضيف قيوداً على نشاط الإدارة في هذا المجال لمصلحة الحقوق والحريات. يوضح ذلك قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2003/7/22، في قضية (ب) ف ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية وهران)¹، وقد جاء في حيثيات القرار ما يلي:

"حيث أن القرار المستأنف رفض دعوى المستأنفة الرامية إلى تعيين خبير لتقويم الخسائر الملحقه بعقارها، من جراء بناء جدار من طرف البلدية وأيضاً لتزع الحائط لإمكانها من القيام بالأعمال على عقارها.

حيث يتضح من مستندات الملف أن بلدية وهران قامت ببناء الجدار فوق ملكية المستأنفة حفاظاً على أمن وسلامة المواطنين.

وأنه بما أن المستأنفة لم تمثل إلى المقرر رقم 2223 المؤرخ في 1978/07/25 المتضمن إعادة بناء الدرج وأرضية الطابق الثاني والثالث والرابع لعقارها المهدد بالانهيار، والذي صدر بشأنه من بعد مقرر يشعر بهدمه، فإن البلدية كانت محقة لاتخاذ كافة التدابير لحماية الأشخاص والأماكن. وأن بناء الجدار من طرف البلدية يعتبر تدبيراً مفيداً وضرورياً لإعفائها من مسؤولية وقوع ضرر محتمل، لكن متوقع نظراً لقدم البناية الخطيرة التابعة للمستأنفة، وأنه لا يمكن إقامة مسؤولية البلدية عندما تتصرف ضمناً للحماية من التعدي على الغير.

وأن بلدية وهران ببناء هذا الجدار المتنازع عليه لم ترتكب أي خطأ من شأنه إقامة مسؤوليتها..."

¹ قرار رقم 11086، مؤرخ في 2003/7/22، مجلة مجلس الدولة العدد 2004/5، ص 205 وما بعدها.

ففي هذا القرار أيد القضاء التدابير التي اتخذتها الإدارة في سبيل حماية الأشخاص والأموال مع ما فيها من تقييد لحق شخصي. وعليه يستنتج أن القانون الإداري الجزائري كان له مسلك المؤيدين لنظرية الحقوق الشخصية ومسلك النقاد لها. مما يعني أنها لا تشكل الأساس الكامل للسلطة التقديرية للإدارة.

2- موقف النظام الإسلامي

إذا ثبت أن نظرية الحقوق الشخصية لا تشكل أساسا جامعا لنظرية السلطة التقديرية في القانون الإداري الجزائري، فما موقف النظام الإسلامي؟

لقد كان للنظام الإسلامي - كما هو حال النظام الجزائري- موقفان من نظرية الحقوق الشخصية، تقييد السلطة التقديرية في مجال الحقوق الشخصية، والموقف الثاني تقييد الحقوق والحريات لاعتبارات الملاءمة والصالح العام.

أ- تقييد السلطة التقديرية في مجال الحقوق الشخصية

لقد كفلت الشريعة الإسلامية للإنسان في المجتمع مجموعة من الحقوق الشخصية، وكفلت أيضا رعايتها بتحريم الإعتداء عليها،¹ وهو ما يؤدي إلى تقييد تصرفات الإدارة اتجاهها.

فقد عرف الإسلام فكرة الحقوق الشخصية أكثر من 14 قرن قرون قبل أن تتردد على ألسنة فلاسفة القرن السادس عشر، ولم يكتف بتقريرها فحسب، بل جعلها حاجزا منيعا أمام سلطان الإدارة وتعسفها،¹ وهو ما يفسر فكرة الحقوق الشخصية كأساس لسلطة الإدارة التقديرية.

¹ إسماعيل إبراهيم البدوي ، دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة (الحقوق والحريات العامة) ط 1 1414هـ/1994م. دار النهضة العربية القاهرة، ص 60-61.

ولعل أشهر مثال في هذا الصدد ما ثبت عن الخليفة عمر بن الخطاب، أنه لما أراد توسيع المسجد النبوي إعترضته دار العباس بن عبد المطلب عم الرسول صلى الله عليه وسلم، فطلب منه بيعها ولكنه رفض، ولما أراد أن يتزع ملكية الدار للمنفعة العمومية ، إحتج الناس بأن هذا ليس مما يملكه الخليفة، فاحتكما إلى حذيفة بن اليمان، الذي قضى بعدم جواز نزع ملكية الدار غصبا، إلا بتعويض مناسب لصاحبها. وما كان - في الأخير- من العباس إلا أن قدم داره راضيا، وعوضه عمر عنها بدار أوسع منها في مكان آخر.² ولم يكن هذا التعويض العادل من الخليفة عمر إلا اعترافا منه، وإقرارا بحق الملكية الفردية التي لا يجوز مصادرتها حتى في حالة الضرورة إلا بعد إنصاف أصحابها.³

فهذه صورة واقعية تبرهن على تقييد السلطة التقديرية للإدارة - في النظام الإسلامي- في مجال الحقوق الشخصية. مما يعني أن هذه السلطة تتحقق بصفة أوسع في حال غياب هذه الحقوق، وهو ما يفسر اعتماد الإدارة في الإسلام على فحوى نظرية الحقوق الشخصية كأساس لسلطتها التقديرية. لكن إذا ثبت اعتماد الإدارة في الإسلام على فكرة الحقوق الشخصية في نشاطاتها، فهل ثبت في النظام الإسلامي مواجهة للإدارة مع هذه الحقوق برغم تبني الشريعة حمايتها؟

ب- مواجهة السلطة التقديرية للحقوق الشخصية لاعتبارات الملاءمة والصالح العام

¹ حازم عبد المتعال الصعيدي، النظرية الإسلامية في الدولة، المرجع السابق، ص384.

² نَظَر: سليمان الطماوي، عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة ، دراسة مقارنة، ط 1 سنة 1969، دار الفكر العربي، ص115. وابن سعد، الطبقات الكبرى، المرجع السابق، ج3، ص283.

³ حمد محمد الصمد، نظام الحكم في عهد الخلفاء الراشدين، ط1، 1994م المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ص190.

الأصل أن الحقوق الشخصية في الشريعة الإسلامية مرعية بقواعد ملزمة، لا مجال للشك في قطعيتها.¹ غير أنه في سبيل تقصي المصلحة العامة ورعايتها - وهو مقصد الشرع من منح الإدارة سلطة التصرف على الرعية -، رُحِّص للإدارة في الإسلام التدخل في الحريات والحقوق الشخصية، في أحيان كثيرة، وذلك بمنعها بالنظر إلى ما يؤول إليه ذلك الإستعمال من مفسدة عامة راجعة.² للقاعدة الفقهية "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"،³ و"الضرر الأشد يزال بالأخف".⁴

ولأن في درء المفسدة عن الجماعة وجلب المصلحة لها الأصل الذي قامت عليه الشريعة بل هو المبرر الأكبر لإلقاء مقاليد السلطة العامة بيد الإدارة.⁵ تستطيع هذه الأخيرة بما لها من سلطة تقديرية أن تمنع من بعض الحقوق الخاصة إذا كانت تؤدي إلى الإضرار بالمجتمع.⁶ وتسد بابها عليهم على وفق قاعدة سد الذرائع.

من أمثلة ذلك في النظام الإسلامي منع الاحتكار إذا استعمل على وجه يضر بالعامه.⁷ فالفعل وهو التصرف في حق الملكية مأذون فيه في الأصل، غير أنه إذا لزم عنه مفسدة راجحة أهدر بالقدر

¹ ينظر: إسماعيل إبراهيم البدوي، المرجع السابق، ص 544 وما بعدها.

² فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 21، وينظر: نعمان جفيم، طرق الكشف عن مقاصد الشارع، المرجع السابق، ص 179.

³ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، مادة 26 ج 1، ص 36. وينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ج 1 ص 88.

⁴ علي حيدر، المرجع نفسه، م 27 ج 1 ص 36، وينظر: ابن نجيم، المرجع نفسه، ج 1 ص 89.

⁵ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 159.

⁶ ينظر: زكي الدين شعبان، مرونة الفقه الإسلامي وإبطال دعوى جموده، المرجع السابق، ص 229.

⁷ ابن قيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص 268.

الذي يدفع الضرر عن الناس، ويُجبر المحتكر على البيع بثمن المثل، حتى إذا تغيرت الظروف وزال ما كان بالناس من حاجة إلى السلعة المحتكرة، زال تدخل الإدارة في ملكيته.¹

ومن ذلك- أيضا- التسعير الجبري؛ إذ بناء على السلطة التقديرية تملك الإدارة التدخل في حق الملكية وحرية الإتيان بفرض التسعير، دفعا لتحكم التجار ورعاية للمصلحة العامة.² فالإدارة - في النظام الإسلامي- في مراعاتها للحقوق والمصالح الخاصة إنما تهدف إلى تحقيق مصلحة المجموع، فإذا تعارضت المصلحتان، فإنه لا يتوانى في ترجيح المصلحة العامة على مصلحة الفرد³، وهذا ما حداها لتقييد بعض الحقوق في تطبيق لسلطتها التقديرية وهذا لاعتبارات الصالح العام.

ومن أمثله قرار الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، القاضي بالحجر على أعلام المهاجرين أن يخرجوا من المدينة إلّا بإذن، وإلى أجل حرصا منه على أن يظلوا على أوضاع الإسلام، فلا يفتنوا في دينهم إذا نظروا إلى زخرف الدنيا خارج المدينة. فهذا تقييد للحرية الخاصة في التنقل اقتضته مصلحة المجموع، وهذا كله نظر إلى مآل التصرفات.⁴ ولو كانت في ذاتها مباحة.

بناء على ما تقدم يستنتج أن ال نظام الإسلامي إلى جانب القانون الإداري الجزائري إتبع مسلك المؤيدين لفحوى نظرية الحقوق الشخصية ومسلك النقاد لها، مما يعني أنها - كما هو حال نظرية التدرج - لا تشكل أساسا جامعا وكاملا للسلطة التقديرية للإدارة.

¹ مصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، المرجع السابق، ص 499، وينظر: فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 129-113.

² ينظر: ابن قيم، المرجع السابق، ص 268 وما بعدها.

³ حمد محمد الصمد، نظام الحكم في عهد الخلفاء الراشدين، المرجع السابق، ص 191، و ينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ج 1 ص 89.

⁴ سلام مذكور، الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، ط سنة 1996، دار النهضة، ص 315، وينظر: فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 112.

الفرع الثالث: نظرية المشروع

إذا كانت نظرية الحقوق الشخصية لا تستطيع أن تفسر بشكل كامل أساس السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة، فإن هناك نظرية أخرى في هذا المجال نالت الكثير من الإهتمام، وهي تدور أساسا حول فكرة معينة، هي تشبيه النشاط الإداري بالنشاط الفردي، من حيث أن الإدارة بمختلف هيئاتها عبارة عن مشروع، وأن طبيعة المشروع هذه هي التي تفسر ما تتمتع به الإدارة من سلطة في التقدير الحرّ، تماما كما يتمتع بهذا القسط من الحرية رئيس المشروع الفردي.¹ فما هو فحوى نظرية المشروع؟ وما موقف القانون الإداري الجزائري والنظام الإسلامي منها؟

أولا: فحوى نظرية المشروع

ذهب أغلب الفقه القانوني إلى أنّ نظرية المشروع ، هي النظرية التي بإمكانها أن تفسر بشكل كامل أساس السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة في ممارسة مختلف أوجه نشاطها.

من رواد هذه النظرية "موريس هوريو" M. Hauriou و"أندريه هوريو" A.Hauriou " و"فينيزيا Venezia". وتقوم هذه النظرية على النظر إلى النشاط الإداري ، باعتباره نوع من المشروعات التي تشبه إلى حدّ كبير المشروعات الخاصة أو الفردية. وإذ يتمتع الأفراد عند إدارتهم لمشروعاتهم وأوجه نشاطهم بقدر كبير من حرية التقدير ، فإنّ الإدارة كذلك تتمتع بقدر واسع من السلطة التقديرية و هي تسيّر مشروعاتها، أي عندما تباشر نشاطها الإداري.²

¹ عصام البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 196.

² سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 36

يقول الفقيه "موريس هوريو": "إذا عرفنا أن السلطة التقديرية هي نتيجة لتخلف القواعد التشريعية عن التحديد، أو بصورة أعم نتيجة لتخلف قواعد القانون - عموما من تشريعية وقضائية- عن التحديد، فإنه لا يزال أمامنا أن نعرف لماذا لا تتناول قواعد القانون بالتحديد لهذا الجانب الذي نراه متروكا للإدارة وهو جانب تقدير الملازمة في نشاطها"؟ إن الإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن تستمد من حقيقة أن الهيئات الإدارية العامة تشبه الأفراد في إدارة مشروعاتهم إذ تملك تقييد نشاطها ذاتيا، وتملك كذلك تقدير ملازمة نشاطها.¹ إذ الإدارة وهي تباشر واجباتها، وتدير مرافقها، لا تخضع فقط للتشريع وقواعد القانون الخارجية، وإنما تخضع كذلك لتوجيهات داخلية **Directives interne** مستمدة من فكرة المشروع.

فبينما أن كل فرد في ظل القانون الخاص يملك تحديد صفة مشروعه الذي يصل به إلى غايته الخاصة. فإن الهيئات الإدارية في القانون الإداري على العكس من ذلك، إنما تخضع لفكرة واحدة ولغاية محددة وهي المصلحة العامة،² وهذه الفكرة تؤدي بالهيئات الإدارية إلى العمل على تحقيق المصلحة العامة في مظاهرها المختلفة، وتؤدي إلى تقييد سلطة الإدارة التقديرية، إما بالتشريع مباشرة أو بالتقييد الذاتي لنشاطها.³

في تقدير هذه النظرية وجه لها الدكتور البرزنجي نقدا في الصميم بقوله: "إن أول ما يستدعي الإنتباه في مجال تقدير هذه النظرية، هو تشبيهها الكامل للمشاريع الخاصة بالإدارة العامة، وهذا ما لا يمكن التسليم به، فالمشروع الفردي في مجال القانون الخاص لا يستهدف أساسا إشباع المصلحة العامة، وإنما يستهدف بالدرجة الأولى إشباع مصلحة مدير المشروع الخاصة، في حين أن الإدارة أو المشروع

¹ M. Hauriou, Précis de droit administratif, 12^{ème} éd 1933, p 351.

مأخوذ عن: عصام البرزنجي، المرجع السابق، ص 196.

² Peiser: Droit administratif, 14^{ème} éd, p27. Voir : G.

³ عصام البرزنجي، المرجع السابق، ص 197-198.

Et voir: A. Hauriou, Le pouvoir discrétionnaire, et sa justification, op.cit, p233

الإداري ليس له من هدف إلا إشباع المصلحة العامة، وهذا الوضع له أكبر الأثر على مدى سلطة الإدارة التقديرية في إدارة مشروعها.¹

في حين يرى الدكتور سامي جمال الدين، في تقديره لنظرية المشروع، أن هذا الاتجاه هو الأقرب إلى الصحة، وذلك بالنظر إلى السلطة الإدارية وخاصة من الناحية الموضوعية، حيث يمكن تحليل موضوعات النشاط الإداري باعتبارها من قبيل المشروعات، وهو أمر من السهل التسليم به بصدد المرافق العامة، كما أنه ليس من العسير النظر إلى الضبط الإداري، وتنفيذ القوانين باعتبارها كذلك من المشروعات، التي تبغى تحقيق أهداف تدرج في إطار المصلحة العامة، مثلها مثل سائر أوجه النشاط الفردي مع اختلاف الغايات و المقاصد.²

والنتيجة التي يمكن الخروج بها من عرض فحوى نظرية المشروع تتوافق مع رأي الدكتور سامي جمال الدين. فنظرية المشروع تعبّر بشكل أدق عن أساس السلطة التقديرية للإدارة. كما أنها تجمع في مضمونها فحوى النظريات -سابقة الذكر- (نظرية التدرج والحقوق الشخصية)، مادامت لا تقوم إلا على أساس تخلف قواعد القانون عموماً من تشريعية وقضائية، عن التحديد. وعليه تعتبر نظرية المشروع مصدر السلطة التقديرية وأساسها الجامع.

ثانياً: موقف القانون الإداري الجزائري والنظام الإسلامي من نظرية المشروع

إذا كانت نظرية المشروع قد حظيت باهتمام فقهي بالغ، فهل نالت ذات الإهتمام من القانون

الإداري الجزائري والنظام الإسلامي؟

¹ عصام البرزنجي، المرجع السابق، ص 203.

² سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 37.

1- موقف القانون الإداري الجزائري

إن أغلب القرارات الإدارية المبنية على سلطة تقديرية، تشير إلى اعتماد الإدارة فيها على نظرية المشروع. وهي كثيرة بحيث يصعب الإلمام بجميعها، فمن بينها يذكر ، المرسوم التنفيذي رقم 97-217 المؤرخ في 1997/06/09، الذي يتضمن حل مركز البحث لإعطاء المحروقات ومشتقاتها قيمتها اللائقة بها، وتحويل أملاكه وحقوقه والتزاماته ومستخدميه ، إلى المعهد الجزائري للبتروكيميا والكيميا والغاز والبتروكيميا و المواد البلاستيكية والمحركات.¹

فعلى أساس إعتبار موضوعات النشاط الإداري من قبيل المشروعات التي تهدف إلى تحقيق الصالح العام، تمتعت الإدارة - من خلال هذا المرسوم² - بجزية تقدير ملاءمة أحد نشاطاتها، حيث رأت أن حل مركز البحث لإعطاء المحروقات، وتحويل التزاماته إلى المعهد الجزائري للبتروكيميا، يعتبر الإجراء الأكثر ملاءمة لتحقيق الصالح العام للوطن، ومصدر سلطة التقدير هذه- هو بلا شك- نظرية المشروع التي بنت عليها الإدارة الجزائرية حرية إدارة نشاطاتها أو مشروعاتها.

ومنها - أيضا - المرسوم التنفيذي رقم 212/97 المؤرخ في 1997/06/09، المتضمن إنشاء ديوان وطني لمكافحة المخدرات وإدماجها.³ فعلى أساس نظرية المشروع قدرت الإدارة الحاجة إلى هذا المرفق أو المشروع ثم ملاءمة إنشائه ل غاية تحقيق الصالح العام ولغاية ترقية الصحة و حمايتها⁴ ، باعتبار أن أنشطة الإدارة تعد من قبيل المشروعات التي تهدف إلى صالح الوطن.

¹ ج ر، العدد 41 سنة 1997 ص15.

² ليس من العسير إعتبار المراسيم التنفيذية من قبيل المشروعات مادامت تنغيا تحقيق أهداف الصالح العام

³ ج ر، العدد 41 سنة 1997، ص05

⁴ وهي الغاية المقصودة من القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 1985/02/16 المعدل والمتمم.

الجريدة الرسمية العدد8/1985.

ومن القرارات القضائية المؤيدة لفكرة المشروع ؛ قرار قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 1990/4/21 والذي جاء فيه "إنه فيما يخص إختيار قطعة محل نزاع الملكية ، فإن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مدى ملاءمة إختيار الإدارة للأراضي محل نزاع الملكية قصد إنجاز مشروع ... وأن مبدأ الإحتياج العائلي ، لا يعني إشباعه بالضرورة بالأرض المتنازع عليها، وإنما يعني إعادة إسكان الشخص الذي انتزعت منه أرضه، وإنما يعني إعادة إسكان الشخص الذي انتزعت منه أرضه.¹

ومن أمثله أيضا؛ قرار مجلس الدولة رقم 8751، المؤرخ في 2003/4/15 في قضية (ق ع) و من معه ضد والي ولاية المسيلة،² والذي يتلخص فيما يلي:

إستأنف (ق ع) ومن معه قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء المسيلة المؤرخ في 2002/02/05، القاضي برفض دعواهم لعدم التأسيس، وجاء في عريضة الإستئناف أن الطريق المصرح به للمنفعة العامة، والذي يخترق أملاك المستأنفين، ومن الناحية الغربية المحاذية للطريق رقم 60، لا يحقق المصلحة العامة وإنما يحقق المصلحة الخاصة لرئيس البلدية و بعض حاشيته، من الذين يريدون الحصول على واجهة أخرى لأملاكهم، والتمسوا إلغاء القرار المؤرخ في 1999/06/06، الصادر عن والي ولاية المسيلة المتضمن التصريح بالمنفعة العامة لهذا السبب.

و قد جاء في حيثيات القرار ما يلي: "حيث أن السبب الذي أقاموا عليه دعواهم هو انعدام المصلحة العامة في شق الطريق، ملتجئين خبيرا لتقدير مدى وجود المصلحة العامة في شقها من

¹ م ع . غ إ ، "الفريق ع" ضد "والي ب" ملف رقم 66960 ، المجلة القضائية العدد 2 / 1992 ، ص158 وما بعدها.

² قرار غير منشور، الغرفة الإدارية بمجلس الدولة، رقم 8751 المؤرخ في 2003/4/15 في قضية (ق ع) ومن معه ضد والي المسيلة)، مأخوذ عن: **براهيمي سهام**، التصريح بالمنفعة العمومية في نزاع الملكية - دراسة مقارنة- ط سنة 2012، دار الهدى عين مليلة الجزائر هامش ص173.

عدمه. حيث أن الدعوى بهذا الشكل عديمة الأساس القانوني، لأن مسألة تقدير المنفعة العامة من صلاحية الإدارة وحدها وللمالكين الحق في التعويض العادل فقط ويترتب عن ذلك تأييد القرار المستأنف."

من خلال هذا القرار يتبين بأن القاضي الإداري الجزائري، قد أقر للإدارة بحرية تقدير ملاءمة تصرفاتها بهدف تحقيق الصالح العام، أي رخص لها بقدر من السلطة التقديرية. هذه السلطة التي لا تمارس إلا في المجال الذي امتنع التشريع عن تحديده بنص خاص، مما يعني فسح المجال لنظرية المشروع لتكون أساسا تمارس الإدارة من خلاله تصرفاتها، وهذا باعتبار موضوعات النشاط الإداري من قبيل المشروعات، التي تهدف إلى تحقيق الصالح العام، حتى ولو كانت هذه الموضوعات تنفيذا للقانون سواء بحرفيته أو بروحه، ففي كلتا الحالتين تتمتع الإدارة بقدر من الملاءمة تضيق وتتسع حسب مجال تنفيذها.

بناء على ما تقدم يستنتج أن نظرية المشروع تمثل الأساس الذي يخول للإدارة معالجة المسائل التي تخلف القانون عن تحديدها بنص خاص.

2- موقف النظام الإسلامي

إذا ثبت أن نظرية المشروع، قد حظيت بإقرار القانون الإداري الجزائري لها كأساس لسلطة التقدير المعترف بها للإدارة، فما موقف النظام الإسلامي؟

إن منح الشارع للإدارة -في النظام الإسلامي- سلطات تقديرية¹، يعني الترخيص لها بالتصرف بحرية في إدارة نشاطاتها، على اعتبار أن هذه النشاطات، عبارة عن مشروعات عامة، تملك الإدارة تقدير ملاءمتها، كما تملك كذلك تقييدها ذاتيا، وكل هذا لاعتبارات الصالح العام للمسلمين؛

¹ ينظر: فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 105.

وعلى أساس نظرية المشروع التي عبّر عنها الفقه الإسلامي بمنطقة "العفو التشريعي"¹، والتي يعتبر المباح² أهم دائرة تنطوي تحتها، والمجال الرئيسي لسلطة الإدارة التقديرية.

فمن تطبيقات السلطة التقديرية - في النظام الإسلامي - المبنية على أساس من فكرة المشروع، قرار الخليفة عمر بتأسيس الدواوين الإدارية لضبط الأعطيات، وهو عمل إجتماعي وإداري في نفس الوقت، تطلبته المصلحة العامة في ذلك العهد، وإنشاء بيوت المال في كل الولايات لتسيير الشؤون الإجتماعية والسياسية.³ ومن ذلك قرار الخليفة عثمان بتوسعة مسجد النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة عند ضيقه، وقرار حفر نهر الإبله ونهر الأساورة وكلاهما بالبصرة.⁴

ومررها قرار الخليفة عمر بفتح خليج يربط بين النيل وبحر القلزم، لاتصال المرافق بين مصر وعاصمة الدولة. حيث أشار على والي مصر عمرو بن العاص بذلك، وحدد له مدة سنة يفرغ فيها من حفره وإعداده لمسير السفن فيه. ولم يأت الحول حتى جرت فيه السفن وسمي خليج أمير المؤمنين،

¹ وتقابل في القانون الإداري، المجال الذي تخلف القانون عن تحديده بنص خاص.

² المباح: "من حيث هو مباح، لا يكون مطلوب الفعل ولا مطلوب الإجتنب". وهو نوعان: "إباحة أصلية وهي خاصة بالأفعال التي لم يرد فيها حكم من الشارع لا فعلا ولا تركا ولا تخييرا" وهي مرتبة "العفو" الخارجة عن أقسام الحكم التكليفي. وإباحة شرعية: وهي التي دل فيها الدليل على التخيير بين الفعل والترك، بتصريح الشارع بنفي الجناح أو بنفي الجناح، الشاطبي، الموافقات، دار المعرفة، بيروت، ج 1 ص 109-161، وينظر: نذير أوهاب، "السلطة التقديرية، مفهومها وتأصيلها"، المرجع السابق، ص 17، وأحمد الحصري، نظرية ومصادر التشريع في أصول الفقه الإسلامي، ط 1 سنة 1407هـ/ 1986م، دار الفكر العربي، بيروت، ص 69.

³ ينظر: نعماني المكي، الخلافة بين الأصالة والحداثة، ط سنة 1997، مطبعة دحلب الجزائر، ص 255، الشريف حسن محمد القناوي، إدارة الفاروق عمر رضي الله عنه، إشراف د. بشير محمد عثمان، ط 1 1401هـ، إدارة مطبوعات مكة المكرمة، ص 64، ومحمد حسين هيكل، الفاروق عمر، المرجع السابق، ص 207.

⁴ أكرم ضياء العمري، عصر الخلافة الراشدة، المرجع السابق، ص 84، وينظر: إبراهيم بن يحيى خليفة، المرجع السابق، ص 84.

وبقي مفتوحا حتى ضيعة الولاية.¹ وكان هذا المشروع من أهم المسائل التي أحسنت فيها الإدارة تقدير الواقع ومستلزماته والقرارات المناسبة له، وكل هذا في حدود الصالح العام للمسلمين. ولعل من أهم تطبيقات السلطة التقديرية المبنية على أساس فكرة المشروع. قرار الخليفة عمر بمنع تقسيم الأراضي المفتوحة على المجاهدين الفاتحين لها،² واعتباره لها من الفيء³ الذي تتعلق به حقوق المسلمين عامة حاضرهم وآتيهم ، وهذا رعاية لمصلحة الأجيال وحقوقها في بيت المال.⁴

فقد رأى عمر أن الظرف قد تغير وأن الأساليب قد تطورت ؛ فهناك اتساع في الجغرافية، وهناك ديمغرافية تتكاثر مع الزمن، والضرورة تقتضي إيجاد تشريع يحل الإشكال⁵، فكان قراره هذا بمثابة مشروع يهدف إلى صالح المسلمين ورخائهم.⁶ وسنده في ذلك هو فحوى نظرية المشروع، وتعتبر منطقة العفو التشريعي التي تركها الشارع قصدا وعمدا لضرورة تغير الظروف والمصالح العامة أصدق تعبير لها.

¹ عباس محمود العقاد، عبقرية عمر، ط سنة 1410هـ/1989م، مكتبة رحاب، الجزائر، ص30.

² كانت غنائم الأراضي المفتوحة قبل عهد عمر رضي الله عنه تقسم أخماسا، فالخمس لولي الأمر يصرفه في الشؤون العامة، وأربعة أخماس الباقية تقسم على المجاهدين. نعماني المكي، المرجع السابق، ص257

³ الفيء يستفيد منه جميع المسلمين حاضرهم وآتيهم ولا يختص بالمجاهدين الفاتحين، والفرق بينه وبين الغنيمة أن الغنيمة ما استخلصت من العدو المحارب بقوة السلاح، والفيء ما تركه الأعداء من قهر وغلبة. مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ج1 ص 180، ونظير: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ط 1/1418 /1998م دار الكتب العلمية لبنان ج5 ص139.

⁴ ينظر: مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص182.

⁵ نعماني المكي، المرجع السابق، ص258.

⁶ ينظر: السيد أحمد فرج، السلطة الإدارية والسياسة الشرعية، المرجع السابق، ص96.

فمن أبي الدرداء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما أحلَّ الله في كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته، فإنَّ الله لم يكن لينسى شيئاً، ثم تلا (وما كان ربك نسياً) 1". 2.

والمسكوت عنه الذي يدخل ضمن دائرة العفو ، يتمثل في عدم وجود أحكام تفصيلية مع وجود مظنته ١ - حتى ولو كانت في إطار تنفيذ إختصاص مقيد- ، أي إصدار الشارع أحكاماً أو مبادئ دون تفصيل جزئياتها، لتستنبط فيها الإدارة الأحكام أو الحلول الملائمة. 3 ويقول صلى الله عليه وسلم في حديث آخر: "إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحدَّ حدوداً فلا تعتدوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها وسكت عن أشياء رحمة بكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها". 4

وعلى أساس نظرية المشروع، تملك الإدارة تنظيم المباح، 5 من غير تعسف بسلطتها التقديرية. ويكون تنظيم المباح فيما لم يرد به نص، إما بالمنع أو بالوجوب على حسب قاعدة المصالح المرسلة. 6

1 سورة مريم الآية 64.

2 أخرجه الحاكم في المستدرک و صحح إسناده، ج 2 ص 40، والبيهقي في السنن الكبرى، ج 10 ص 21.

3 ينظر: نعمان جفيم، طرق الكشف عن مقاصد الشارع ، المرجع السابق، ص 207- 208. وعبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ط 5 سنة 1402هـ/ 1982م، دار القلم الكويت، ص 98.

4 أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج 10، (كتاب الضحايا باب ما لم يذكر تحريمه)، وأبو داود في كتاب السنن ج 3 ص 354 باب ما لم يذكر تحريمه.

5 وهذا التنظيم ليس طليقاً من كل قيد، بل هو مقيد بالآتي : 1- بما قد يكون من نصوص يمكن أن تتعدى إلى هذه الحالة لتحقيق علة ما أو حكمتها أو المصلحة التي شرعت لأجلها. 2- بالمقاصد العامة للشريعة، وهي التي ترسم إطاراً عاماً يمكن أن يسمى بالنظام العام أو روح الشريعة الإسلامية. 3- إن التنظيم لا يصادر أصل الحق وإلا خرج عن وظيفته، إذ يجري التنظيم لتيسير استعمال الحق ولتجنب إساءة استعماله. علي جريشة، المشروعية الإسلامية العليا، المرجع السابق، ص 38- 39.

6 المصلحة المرسلة، هي تلك المصلحة التي لم يشهد لها أصل شرعي من نص أو إجماع لا بالاعتبار ولا بالإلغاء، ولكن شهد لها أصل كلي قطعي يلائم مقاصد الشرع وتصرفاته، بحيث يؤخذ حكم الفرع منه. في تفصيل هذا الموضوع ينظر: الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج 5، ص 32-33، ويخظر في هذا الموضوع: نجم الدين الطوفي، رسالة في رعاية المصلحة، تحقيق أحمد

يقول أ. مصطفى الزرقاء: "الإجتهد الإسلامي قد أقر لولي الأمر من خليفة أو سواه (الإدارة) أن يحد من شمول بعض الأحكام وتطبيقها، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك، فيصبح هو الراجح الذي يجب العمل به، أو يمنع بعض العقود أو الأشياء المباحة أصلاً، وبذلك صرّح فقهاؤنا وفقاً لقاعدة المصالح المرسلة".¹

وعليه يجوز للإدارة تشريع ما يقضي بمنع المباح بناء على سلطتها التقديرية، إذا رأت أن في جوارحه مفسدة عامة،² للقاعدة الفقهية "درء المفسد أولى من جلب المصالح". فمن أمثلة هذا التنظيم في الفقه الإسلامي، قرار الخليفة عمر رضي الله عنه، القاضي بمنع المسلمين من التزوج بالكتبايات رعاية للمصالح العام، وهذا حينما بلغه أن حذيفة بن اليمان، الذي كان والياً على المدائن في بلاد العجم قد تزوج من يهودية.³

فموقف عمر هنا، وهو التدخل لتقييد المباح كان تقييداً مؤقتاً، اقتضته المصلحة العامة آنذاك. فهنالكَ من يدّعي أن عمر رضي الله عنه، قد عطّل نصوص الشريعة باسم المصالح، ومن ذلك إنكاره الزواج بالكتبايات. لكن الحقيقة أنه لم يغيّر حكماً ثبت بنص قطعي الدلالة، فالنص قوله: "والمحصنات

عبد الرحيم السايح، ط1 1413هـ/ 1993 م الدار المصرية اللبنانية، هامش ص 14، ووهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي ط1 1986م، دار الفكر المعاصر، بيروت، ج 2، ص 756، ومصطفى ديب البغا، أصول التشريع الإسلامي، ط2 1420هـ/ 1999م، دار العلوم الإنسانية، دمشق، ص 41.

¹ مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ج 1 ص 215-217.

- فالمصالح المرسلة هي أحصب الطرق فيما لا نص فيه وفيها المتسع لمسايرة التشريع وتطورات الناس وتحقيق مصالحهم وحاجاتهم. عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 91.

² فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 111-112.

³ ونص الرسالة التي بعثها الخليفة عمر إلى حذيفة كالاتي: "بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل الكتاب، وذلك ما لا أرضاه لك، فطلقها ولا تتبعها في عصمتك" فكتب إليه حذيفة: "أحلال هذا الزواج أم حرام؟ فكتب إليه عمر: "هذا الزواج حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلافة وخداعا - وفي رواية لا، ولكنني أخاف أن توافقوا الموسسات منهم - وإني لأخشى عليكم منه." محمد بن جرير الطبري، تاريخ الرسل والملوك، ط2 1988، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 6 ص 147.

من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم" ¹، وعمر خشى أن يتهاون المسلمون في شرط الإحصان المذكور في القرآن، فيتزوجوا من غير المحصنات منهن، كما خشى أمرا آخر وهو أن يتمادى المسلمون في الزواج من الكتابيات وينصرفوا عن المسلمات وفي ذلك فتنة لهن. ²

والسبب الأهم الذي دفع رئيس السلطة الإدارية عمر، إلى اتخاذ قراره، هو خوفه على أمن الدولة؛ حتى لا يكون زواج الموظفين العامين بالدولة بالأجنبيات، ذريعة لتسرّب أسرار الدولة إلى الخارج؛ فكان لرئيس السلطة الإدارية عمر رضي الله عنه، فضل السبق في إصدار قرار في هذا الشأن، قبل أن تتبناه الأنظمة القانونية المعاصرة في تشريعاتها.

وأيا كان السبب الذي دفع الخليفة عمر إلى اتخاذ قراره، فالذي يهم هنا هو أن هذا المباح قد منع بالنظر إلى مآله، وهو - بلا شك - مفسدة عامة، والإدارة ملزمة بحمل الناس على الصلاح ودرء المفاسد عنهم، باتخاذ كل وسيلة لا تصادم روح الشريعة ومقاصدها ولو بتحريم المباح. ³

كما يكون تنظيم المباح - أيضا - بالوجوب تحقيقا للصالح العام. ⁴ ويوضح الإمام القرافي ذلك بقوله: "إن للمكلف نفسه أن يُنشئ الوجوب، فيما ليس بواجب كما في المنذور... والمباح، وإذا تقرّر أن الله تعالى جعل لكل مكلف حق الإنشاء في الشريعة لغير ضرورة، فأولى أن يجعل الإنشاء للحكام لضرورة درء العناد و دفع الفساد." ⁵

¹ سورة المائدة آية 05.

² يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 209.

³ ينظر: نذير أوهاب، "السلطة التقديرية مفهومها وتأصيلها"، المرجع السابق، ص 13-14.

⁴ نذير أوهاب، المرجع نفسه، ص 15.

⁵ القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام، ط سنة 1401هـ، مطبعة الأنوار، ص 26-27.

من ذلك سلطة الإدارة في إجبار من يهمل أرضه على زراعتها ، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك. فتدخل الإدارة في هذا فلأجل مصلحة الفقير، لأن له حق معلوم في الزرع فضلا عن المصلحة العامة للبلاد في تنمية الثروة الوطنية، فإذا تقاعس صاحب الأرض يجوز للإدارة أن تؤجرها لغيره يعمل فيها بأجر المثل.¹ وهذا على أساس فحوى نظرية المشروع التي تبني عليها الإدارة ملاءمة نشاطاتها أو دائرة العفو.

مثاله ما روي عن بلال بن الحارث المزني أنه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يطلب منه أن يستقطعه أرضا، فأقطعه أرضا كبيرة. فلما آلت الخلافة إلى عمر رضي الله عنه، سأله أن يزرعها وهو لا يقوى عليها كلها، فقال عمر: "فانظر ما قويت عليه منها فأمسكه، وما لم تُطق وما لم تقو عليه فادفعه إلينا نُقسمه بين المسلمين". فرفض، فقال عمر: "والله لتفعلنّ، فأخذ عمر ما عجز عن عمارته فقسّمه بين المسلمين".²

وجدير بالذكر أنّ قرار رئيس السلطة الإدارية عُمر، يشبه ما جاء في قانون الثورة الزراعية الجزائري، الصادر في 08 نوفمبر سنة 1971، والذي تنص مادته الأولى على ما يلي: "الأرض لمن يخدمها ويفلحها ويستثمرها وأن كل شخص قد أهمل أرضه تؤمّم وبالتالي يسقط حقه في الإستغلال فيها"³، غير أنّ رئيس الدولة عُمر رضي الله عنه، كان له فضل السبق في ذلك.

بناء على ما تقدّم يستنتج أنّ النظام الإسلامي قد عرف إلى جانب القانون الإداري الجزائري، نظرية المشروع كأساس للسلطة التقديرية للإدارة، وهذا من خلال دائرة العفو التشريعي التي تركتها

¹ فتحي الدريبي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص113.

² أبو عبيد، كتاب الأموال، المرجع السابق، ص287، وينظر: حمد محمد الصمد، نظام الحكم في عهد الخلفاء الراشدين، المرجع السابق، ص191

³ وزارة العدل، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، المرجع السابق، ص09.

الشريعة للإدارة لتقدّر على أساسها، ما يفي بالصالح العام وضروراته. وعليه يعتبر كل تصرف تقديري، تقوم به الإدارة في النظام الجزائي والنظام الإسلامي، قائم في حقيقته على أساس مشروع، حتى ولو كان تنفيذاً لنصوص مقيدة، مما يجعل نظرية المشروع تشكّل الأساس الجامع لسلطة التقدير المعترف بها للإدارة.

المبحث الثاني:

مجالات سلطة تقدير الملاءمة الإدارية

والرقابة القضائية عليها

مع الإقرار بضرورة السلطة التقديرية لغاية تحقيق المصلحة العامة، خاصة بعد تطور الدور الذي أصبحت تلعبه في الوقت الراهن، نتيجة توسع وتداخل مجالات أنشطتها. ومع الإقرار كذلك بتوافق وجودها مع مبدأ المشروعية، إلا أنه لا يمكن إنكار أن السلطة التقديرية تعدّ - بحق - المجال الخصب والرئيسي لتعسف الإدارة، وانتهاكها لحقوق وحرّيات الأفراد.¹

لذلك ينبغي أن تتوافر للأفراد الضمانات الكافية، للحفاظ على حقوقهم وحرّياتهم في مواجهة سلطة الإدارة، وأهمها على الإطلاق ضمانات الرقابة القضائية. والرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على السلطة التقديرية، يختلف مداها بحسب المجالات التي تتمتع فيها الإدارة بحرية تقدير الملاءمة.

ولقد اختلف فقهاء القانون الإداري،² في تحديد مجال السلطة التقديرية، تبعاً لاختلافهم بالنسبة لأساسها القانوني. فمن الناحية النظرية ومع إمكانية أن يقوم القانون عن طريق ما يضع من نصوص قانونية بتحديد مجال الإختصاص المقيّد للإدارة والمجال الذي يترك للإدارة لتمارس فيه جانب من حرية تقدير الملاءمة، غير أن القوانين الوضعية في مختلف الدول لا تقوم بهذه المهمة على هذا النحو من

¹ يُنظر: العربي زروق، "التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة، ومدى تأثر القضاء الجزائري بها"، مجلة مجلس الدولة، منشورات الساحل، الجزائر، العدد 8 سنة 2006، ص 117.

Droit administratif, op.cit, p 84 Rivéro, Et voir:

² إن الكثير من فقهاء القانون الذين تعرضوا للبحث في أساس السلطة التقديرية، لم يميزوا بين هذا الموضوع ومجال السلطة التقديرية، ففي الوقت الذي بحثوا فيه في أساسها، تعرضوا للحالات التي تظهر فيها هذه السلطة، وقد تخيروا من الحالات ما يتفق مع أسسهم الفكرية التي وضعوها.

التمييز الصريح بين مختلف أوجه النشاط الإداري. لذلك ظهرت الحاجة لدى الفقه لحصر الحالات التي تكون ميدانا لممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية.¹

لأجل ذلك حاول فقهاء القانون الإداري ، في مختلف دول العالم وضع معيار لتحديد مجال السلطة التقديرية للإدارة، نظرا لخلو التشريع من وجود حصر لحالات هذه السلطة ، ولعدم تحديد القضاء لتلك الحالات بصورة حاسمة، غير أن الرأي الراجح² في تحديد مجال الملاءمة هو المسلك الذي وضع أسسه الفقيه "بونار Bonnard"، والذي يتفق إلى حد كبير مع أحكام مجلس الدولة الفرنسي، ويقوم هذا الرأي على أن التقدير والتقييد في القرارات الإدارية، إنما يرد على عنصر بعينه من العناصر التي يتكون منها القرار الإداري.

وإذا كان ظاهر هذا المسلك يضيّق لأول وهلة من نطاق السلطة التقديرية ، فيقصرها على القرارات الإدارية³، مع أن نشاط الإدارة لا يقتصر على القرارات الإدارية، بل تصدر منها أعمال

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 175، وينظر: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة كسب لإلغاء القرار الإداري، المرجع السابق، ص 21 .

² الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 52.

Et voir: **E. S Laso**, Traité de droit administratif, op.cit, p406- 407, et voir : **A. de Laubadère**, Traité de droit administratif, op.cit, p 581.

³ يعرف القرار الإداري هو "إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين، متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة". فؤاد

عبد المنعم أحمد ، مبادئ الإدارة العامة والنظام الإداري في الإسلام، ط سنة 1411هـ/1991م ، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ، ص 33. وعرف سليمان الطماوي بأنه: "إفصاح عن إرادة ملزمة بقصد إحداث أثر قانوني، وذلك إما بإصدار قاعدة

تنشئ أو تعدل أو تلغي حالة قانونية عامة أو موضوعية حين يكون العمل لائحة، وإما إنشاء حالة فردية أو تعديلها أو إلغائها لمصلحة فرد أو أفراد معينين أو ضدهم في حالة القرار الإداري الفردي". الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع

السابق، ص 31. وعليه فإن القرار الإداري هو في حقيقته عمل إرادي قانوني يصدر من جانب واحد لغرض إحداث أثر قانوني معين. عصام البرزنجي، المرجع السابق، ص 212. وتعتبر الجهة الإدارية طرفا واحدا أو جانبا واحدا ، حتى ولو اشترك في إصدار

القرار هيئة مكونة من عدة أفراد. عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 128.

مادية، وعقود إدارية، فإن هذه النظرة السطحية بعيدة عن الحقيقة، لأن القرار الإداري وراء نشاطات وتصرفات الإدارة باستمرار. فالسلطة التقديرية في مجال العقود الإدارية لا تبدى إلا في القرارات الإدارية المتصلة بهذه العقود، مثل قرارات إبرامها وقرارات إرساء المناقصات أو المزايدات وقرارات الحرمان من ودخولها... إلخ، كما أن الأعمال المادية للإدارة تدور معظمها حول تنفيذ القرارات الإدارية، مما يعني بجلاء أن القرارات الإدارية وراء كل تصرف من تصرفات الإدارة أو أعمالها.¹

وعلى هذا الأساس فإن دراسة مدى حرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة بصدد القرارات الإدارية، هي دراسة للسلطة التقديرية للإدارة في كافة أعمالها في واقع الأمر،² وتبعاً لذلك فإن تحديد مجال هذه السلطة يتحقق من خلال بيان جوانب التقييد والتقدير في القرار الإداري.

من المقرر أن القرار الإداري يقوم على خمسة أركان - وفقاً لغالبية إتجاه الفقه - وهي ركن الشكل، الإختصاص، والسبب، والمحل، والغاية. والسلطة التقديرية لا تتجسد في أي عنصر من عناصر القرار الإداري بل فقط في ركني السبب والمحل،³ فبالنسبة للإختصاص، لا توجد للإدارة في مجاله سلطة تقديرية، لأنه محدد بالقانون، والإدارة إما أن تكون مختصة فيحق لها إصدار القرار، وإما ألا تكون كذلك فتمتنع عنه، وليس لها في ذلك حرية الإختيار. وبالنسبة للشكل، يجب على الإدارة أن تلتزم بالشكل الذي حدده القانون، وإلا وقع قرارها باطلاً إذا تعلق الأمر بمخالفة شكل جوهري، فإذا لم يحدد شكلاً معيناً كان لها اختيار الشكل الذي ترى أن تصدر قرارها فيه. وبالنسبة للغاية، وهي الهدف النهائي الذي يسعى القرار إلى تحقيقه، فهي دائماً تحقيق المصلحة العامة أو أحد جوانبها التي يحددها القانون على سبيل التخصيص، وعلى الإدارة أن تلتزم في قراراتها بهذا الهدف، فإن استهدفت

¹ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية، المرجع السابق، ص 43، وينظر: سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 53، وعبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 23-24.

² سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 43.

³ A. de Laubadère, J. Venezia, Y. Gaudemet, traité de droit administratif general, op.cit, p692.

تحقيق غاية أخرى وقع قرارها باطلا لعب الانحراف في استعمال السلطة.¹ وعليه فإن تحديد مجال السلطة التقديرية للإدارة وبالتالي الرقابة القضائية عليها، لا ينبغي أن يتم خارج إطار هذين العنصرين.

فما مدى السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة بين ركني السبب والمحل وما مدى رقابة

القاضي الإداري عليها؟

للإجابة على هذا السؤال ينبغي الإنطلاق من فكرة أن الملاءمة هي أساس وتركيب كل عمل

إداري تتمتع الإدارة من خلاله بجزية التقدير.² وعليه فإن البحث عن السلطة التقديرية في هذين

الركنين هو بيان لمواضع الملاءمة فيهما. لهذا الغرض سيتم تقسيم هذا البحث إلى مطلبين. حيث سيتم

في المطلب الأول التطرق إلى: الرقابة القضائية على تقدير و ملاءمة سبب القرار الإداري و في المطلب

الثاني: الرقابة القضائية على تقدير و ملاءمة محل القرار الإداري.

المطلب الأول:

الرقابة القضائية على تقدير وملاءمة سبب القرار الإداري

لقد أثارت الرقابة القضائية على أسباب القرار الإداري ، جدلا فقهيًا تباينت وتعددت بشأنه ا

الآراء، بالنظر لما تنطوي عليه من تضييق لمدى الملاءمة التي تتمتع بها الإدارة ومجال ممارستها. كما

حاول الفقه تبرير هذه الرقابة ، وإيجاد أساس قانوني يسمح بفهم واستيعاب الحلول القضائية ومن تم

¹ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 612، وينظر: حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس

الدولة، ط سنة 1987، دار الفكر العربي، مصر، ص 660-661، وإبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام

القانون الإداري، المرجع السابق، ص 416-417.

² Voir: E.S. Laso, Traité de droit administratif, op.cit, p 44.

تأصيلها بصورة مبادئ وأحكام. فوجود السبب¹ في القرار الإداري أمر لازم لقيام هذا الأخير، إذ لا بد أن يقوم القرار على سبب يسوغه في الواقع والقانون.²

ويتمثل عنصر السبب في القرار الإداري في مجموعة الوقائع التي تسبق القرار الإداري وتدفع إلى إصداره، فهو إذن المبرر والدافع إلى اتخاذ القرار. وبذا يتوجب على مصدر القرار الاستناد إما لقاعدة قانونية مكتوبة، وإما لمبدأ من المبادئ العامة للقانون، وإما إلى حالة واقعية معينة.³ ويعرّف كذلك بأنه عبارة عن حالة معينة أو عمل قانوني أو مادي يدفع لإصدار القرار ويشكل سبب وجوده.⁴ وهو بهذا الاعتبار إنما يشكل في معنى من المعاني شرطاً لإصدار القرار.⁵

والمشرع قد يتّجه إلى إلزام الإدارة باتخاذ تصرف معين بالذات، بمجرد توافر شروط معينة يحددها، حيث لا يكون للمختص بذلك أية سلطة تقديرية بصدد تحديد مضمون القرار.⁶ والغالب أن لا يحدد القانون أسباب القرار،⁷ ويترك أمر تقديرها للسلطة الإدارية، وفي هذه الحالة تتمتع الإدارة

¹ يجب التفرقة بين وجوب تسبب القرار الإداري، كإجراء شكلي يتطلبه القانون أحياناً، وبين وجوب قيامه على سبب يبرره صدقاً وحقاً كركن من أركان انعقاده. فلئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها، إلا إذا أوجب عليها القانون ذلك، وعندها يتوجب عليها تسبب قراراتها وإلا كان معيباً بعبء الشكل؛ إلا أن القرار الإداري سواء لزم تسببه كإجراء شكلي أو لم يكن لازماً؛ فإنه يجب أن يقوم على سبب يبرره حقاً في الواقع وفي القانون. **عصام عبد الوهاب البرزنجي**، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص236.

² **علي خطار شطناوي**، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ج2، ص865.

³ **J. Auby et R. Drago**, traité de contentieux administratif.1984 paris, L.G.D.J, tome 2, p1254.

⁴ **Bonnard**, le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, op.cit, p363.

⁵ **Lino Diquel**, La compétence liée, L.G.D.J, 1964, paris, P62.

مأخوذ عن: البرزنجي، المرجع السابق، ص230.

⁶ **سامي جمال الدين**، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص139.

⁷ قد يكون سبب القرار واحداً وقد تتعدد الأسباب التي استند إليها القرار، إذا تبين للقاضي الإداري أثناء قيامه بفحص الوجود المادي وكذلك القانوني لعنصر السبب في القرار الإداري، عدم صحة بعض الأسباب التي استندت عليها الإدارة في إصدار قرارها، وصحة البعض الآخر. بما يكفي لتبرير إصدار القرار الإداري، فإن ذلك لا يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري لعيب السبب. وقد أكدت

بسلطة تقديرية أثناء اتخاذ قرارها.¹ فما هي مجالات حرية تقدير الملاءمة بالنسبة لعنصر السبب في القرار الإداري؟ وما مدى الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري عليها؟

يتمثل السبب في القرار الإداري في مجموعة العناصر القانونية والواقعية التي تحدث مسبقاً، فتوحي لرجل الإدارة بإمكانية التدخل قانونياً وإصدار قرار إداري.² وبمعنى آخر فإن أسباب القرار الإداري تتمثل في مجموعتين أسباب قانونية *motifs de droit* وأسباب واقعية *motifs de fait*.³

إن فكرة الأساس القانوني أو السبب القانوني تختلف في حقيقتها تماماً عن الأسباب الواقعية. كما أن هناك اختلاف في مدى الرقابة القضائية، بالنسبة لأسباب القرار القانونية عن مداها بالنسبة لأسباب القرار الواقعية. فالعيوب التي يمكن أن تصيب الأسباب القانونية هي أن يتخذ القرار الإداري خارج نطاق تطبيق القانون، أو أن يتخلف الأساس القانوني للقرار، أو أن يكون هناك خطأ في القانون، والرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري، لا تختلف أو تتفاوت بل تمارس من قبله في كل المناسبات وهي تدرج في حقيقتها ضمن الرقابة على المشروعية. في حين أن الرقابة على الأسباب الواقعية تتفاوت وتختلف من الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع وتكييفها القانوني إلى الرقابة

=محكمة القضاء الإداري المصري هذا المبدأ حينما قالت: "إذا قام القرار الإداري على عدة أسباب، فإن استبعاد أي سبب من هذه الأسباب لا يبطل القرار الإداري، طالما أن الأسباب الأخرى تؤدي إلى نفس النتيجة. ويتجه جانب من الفقه إلى التفرقة في هذا الصدد بين الأسباب الرئيسية أي الأسباب الدافعة، والأسباب الثانوية. وعليه يكون القرار مشوباً بعيب السبب قابلاً للإلغاء، إذا تبين أن الأسباب الغير صحيحة لعبت دوراً مهماً ورئيسياً في إصدار القرار، أما إذا اتضح أنها كانت ثانوية الأهمية بالنسبة لإصدار القرار، فإن القضاء يمتنع عن الحكم بالإلغاء لعيب السبب. ويشير جانب من الفقه بأنه لا يجب ألا نفترض أن سبباً ما زائداً أو ثانوياً، إلا إذا ثبت بوضوح شديد من ملف الدعوى، وهذا يتطلب من القاضي القيام بأبحاث دقيقة تصل في النهاية إلى معرفة وتحليل قصد مصدر القرار نفسه. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 161 وما بعدها.

¹ Voir: A. de Laubadère, Traité de droit administratif, op.cit, P 580.

² علي خطار شطلوي، المرجع السابق، ج 2، ص 866.

³ عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 236.

على أهمية الوقائع التي أصبح القاضي الإداري يمارس من خلالها رقابة الملاءمة.¹ وبذا يتعين التفرقة بين الأسباب القانونية والواقعية، وعليه سيتم بحث الرقابة القضائية لكل من الأسباب القانونية والأسباب الواقعية على نحو مستقل.

الفرع الأول:

الرقابة القضائية على الأسباب القانونية للقرار الإداري

الأسباب القانونية هي الأسس القانونية التي يقوم عليها القرار الإداري، وتعد الأسباب القانونية شرطاً أساسياً لممارسة السلطة الإدارية صلاحيتها؛ لهذا فإن صحة ومشروعية هذه الأسس القانونية تعتبر شرطاً لمشروعية القرار الإداري.

إن الرقابة القضائية على المشروعية الشكلية، لم تكن تحقق الغايات المرجوة من دعوى تجاوز السلطة، وخصوصاً ضمان احترام مبدأ المشروعية، باعتباره دعامة من دعائم دولة القانون وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، والحيلولة دون الإعتداء عليها. وسبب ذلك إفلات بعض الجوانب المهمة في القرار الإداري من الرقابة القضائية. لهذا بدأ مجلس الدولة الفرنسي يمد نطاق رقابته على الأسباب القانونية.²

و أول قرار قضائي قرر فيه مجلس الدولة الفرنسي رقابة الأسباب القانونية، هو قراره الصادر في 1902/1/21، الذي تتلخص وقائعه في أن رئيس الجمهورية قرر حل أحد المجالس البلدية بسبب عدم المشروعية التي شابته الإجراءات الانتخابية التي تكون المجلس بمقتضاها. لكن تبين لمجلس الدولة أن مرسوم حل المجلس البلدي غير مشروع، لانطوائه على خطأ في القانون فقرر إلغاءه. وقد جاء في

¹ ينظر: عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 242-243.

² علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ج 2، ص 872.

منطوق القرار القضائي ما يأتي: "إذا كان رئيس الجمهورية يملك بموجب القانون حل المجالس المحلية، وتقدير أسبابه التي لا تخضع للرقابة القضائية. فلا يجوز لرئيس الجمهورية ممارسة تلك الصلاحيات ، بغية تلافي وتدارك الأخطاء التي تحدث في أثناء العملية الانتخابية ، التي يختص مجلس الإقليم بموجب القانون بنظرها، وعليه يكون القرار المطعون فيه معيبا بتجاوز السلطة.¹

و أخذت الرقابة القضائية على الأسباب القانونية منذ عام 1912، وضعا مستقلا كأحد أوجه الإلغاء وظهر ذلك جليا في قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1912/6/26، والذي تدور وقائعه في أن الإدارة أصدرت قرارا بإيقاف أحد رؤساء البلديات، بسبب دخوله قاعة للدروس في أحد المدارس الإبتدائية في وقت إلقاء الدرس. وتبين لمجلس الدولة الفرنسي من خلال بحث مشروعية السبب الذي بني عليه قرار الوقف عن العمل، عدم صحة هذا الأخير لانطوائه على خطأ في تطبيق القانون. ذلك أن رئيس المجلس البلدي يملك من الناحية القانونية حق الرقابة على المدارس، وبالتالي يملك حق دخول الصفوف المدرسية لمزاولة هذه الصلاحية الإشرافية، التي منحها له القانون، وبناء عليه قضى مجلس الدولة بإلغاء القرار المطعون فيه لعدم مشروعيته.²

هذا؛ وتتجلى عدم المشروعية التي تشوب الأسباب القانونية بمظاهر مختلفة تتمثل فيما يلي:

أولاً: إصدار القرار الإداري خارج نطاق تطبيق القانون

تعتبر عدم المشروعية التي تشوب الأسباب القانونية في هذه الحالة قديمة نوعا ما، رغم أن استخدام مصطلح "إصدار القرار خارج نطاق تطبيق القانون" حديث نسبيا. فقد كانت هذه المخالفة

¹ C.E, 31/1/1902.

مأخوذ عن: علي خطار شطناوي ، المرجع السابق، ص872-873.

² C.E, 26/6/1912, p740.

مأخوذ عن: علي خطار شطناوي، المرجع نفسه، ص873.

تدرج في الماضي ضمن مدلول مخالفة القانون أو الخطأ في القانون.¹ كما يُعتبر هذا العيب متعلق بالنظام العام، بحيث يملك القاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يمكن إثارته أيضا في أي مرحلة تكون عليها الدعوى. أما اعتبار هذا العيب متعلق بالنظام العام، فمردده إلى الأهمية التي تنطوي عليها عدم المشروعية في هذه الحالة وجسامتها. إذ لا تملك الإدارة بأي حال من الأحوال تطبيق قانون غير قابل للتطبيق؛ وعدم إمام الأفراد بهذا العيب وعدم مقدرتهم على إثباته؛ هذه الاعتبارات هي التي حملت القضاء الإداري على اعتبار هذا العيب متعلق بالنظام العام.²

ومن تطبيقات عدم المشروعية المستمدة من إصدار القرار الإداري خارج نطاق تطبيق القانون في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إصدار قرارات إدارية بشأن موظفين خارج الفئات المنصوص عليها في قانون الموظفين، ولكنها تستند في إصدار قرارها على قانون الموظفين.³ أو إصدار قرارات إدارية في مواجهة موظفين انتهت علاقتهم الوظيفية مع الإدارة العامة.⁴ أو تطبيق أحكام تشريعية غير قابلة للتطبيق على موظفين عموميين.⁵ فمثل هذا القرار يكون قد اتخذ خارج مجال تطبيق القانون. وكذا الأمر فيما لو اتخذت الإدارة قرارا بفرض ضرائب أو رسوم لا تدخل في مجال تطبيق القوانين الضريبية أو المالية.⁶

¹ A. Auby et R. Drago, traité de contentieux administrative, op. cit, p1264 .

² Voir : A. Auby et R. Drago, ibid, p1264.

³ C.E, 23/5/1947.

مأخوذ عن: عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص257.

⁴ C. E, 20/4/1949.

مأخوذ عن: خطار شطناوي، المرجع السابق، ص875.

⁵ خطار شطناوي ، المرجع نفسه، ص875.

⁶ C. E, 27/11/1942 , société Bongrand et Dupin.

مأخوذ عن: عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص257.

ومن تطبيقات عدم المشروعية المستمدة من إصدار القرار الإداري خارج نطاق تطبيق القانون في قضاء مجلس الدولة الجزائري، القرار المؤرخ في 1998/7/27 في قضية (ديوان الترقية والتسيير العمراني ضد اللجنة ما بين البلديات)¹، وقد جاء في حيثيات القرار ما يلي:

"... حيث أنه يستفاد من النصوص القانونية التنظيمية بأن إجراءات البيع تخضع لقواعد أخرى مغايرة لتلك المنصوص عليها في القانون 81-01 والتي لم تعد تجد مجالاً للتطبيق في قضية الحال.

حيث أنه في الواقع إذا كان القانون 81-01 ينص على اللجوء إلى لجان ما بين البلديات فإن النصوص القانونية المنظمة لعملية بيع المساكن الجديدة، تنص على أن الطلب يجب أن يقدم من طرف المستأجر المترشح للشراء إلى الهيئة البائعة، وفي قضية الحال، إلى ديوان الترقية والتسيير العقاري.

حيث أنه يستخلص مما سبق بأن لجنة ما بين البلديات لم تكن مختصة في عملية بيع هذا المسكن ما دام الأمر يتعلق بمسكن جديد.

وبالنتيجة فإن القرار المتخذ من طرف جهة غير مختصة يشكل قراراً منعديماً.

... وفي الواقع، وباعتبار أن القانون رقم 81-01 غير قابل للتطبيق في قضية الحال، فإن ديوان الترقية والتسيير العقاري OPGI كانت له كامل المصلحة للمنازعة في بيع مسكن جديد..."

أما من تطبيقات عدم المشروعية المستمدة من إصدار القرار الإداري خارج نطاق تطبيق القانون في القضاء الإداري الإسلامي، إلغاء القاضي الإداري قرار الناصر، المتضمن نزع ملكية دار وحمام لأيتام عن طريق شرائها، الذي لم يكن في حقيقته في إطار نزع الملكية للمنفعة العامة، أو مبني

¹ قرار رقم 169417 مؤرخ في 1998/7/27. مجلة مجلس الدولة العدد 1/2002، ص 81.

على أساس قانون نزع الملكية، وإنما كان أساسه تحقيق منفعة شخصية، وهي بناء قصر لإحدى نساته.¹

ثانيا : تخلف الأساس القانوني للقرار

يتمثل الأساس القانوني ، في العمل القانوني الذي يجيز مباشرة صلاحية إصدار القرارات الإدارية، ويسمح بتطبيق القانون على حالة واقعية معينة. وتمثل الرقابة القضائية على الأساس القانوني للقرار في الإجابة على تساؤلين هما:

هل الأسباب القانونية التي يستند إليها القرار موجودة وقائمة أم لا؟ وهل هذه الأسباب على فرض وجودها وقيامها مشروع أم لا؟

ويتصدى القضاء في إجابته عن التساؤل الأول إلى مراعاة الظروف الواقعية، كما يقوم القاضي أحيانا بتعديل الأساس القانوني الذي اختارته الإدارة.²

¹ ينظر: سيّد بن حسين العفاني، ترطيب الأفواه بذكر من يُظلمهم الله، المرجع السابق، ص245.

² ففي نطاق الحديث عن عبء إثبات عيب السبب ودور القاضي الإداري في هذا المجال، يُثار تساؤل عن مدى سلطة القاضي الإداري في إحلال الأسباب الصحيحة محل الأسباب التي ذكرتها الإدارة، إذا ما وجد أن هذه الأسباب الأخيرة باطلة، فالقاعدة العامة في شأن إحلال الأسباب تقضي بأن القاضي الإداري لا يملك سلطة القلم بإحلال أسباب صحيحة للقرار الإداري محل الأسباب الباطلة التي ذكرتها الإدارة، لأن هذا يعني إحلال تقديده محل تقدي الإدارة ومن ثم يعني تدخل القضاء في صميم عمل الإدارة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد سلك مسلكاً مغايراً لهذه القاعدة وذلك في الحالات التي تكون الإدارة فيها ملزمة بإصدار القرار و تقوم بتأسيبه على أسباب غير صحيحة مستندا إلى تقديده، بأنه إذا ألغى القرار لعدم صحة أسبابه، فإن الإدارة ستقوم بإصدار قرار آخر جدي بنفس مضمون القرار السابق، ولكنها ستؤسسه على أسباب صحيحة، حيث أنها تمارس سلطة مقبولة تلزمها بإصدار القرار الإداري إذا توافرت شروطه القانونيّة. ولهذا السبب فإن مجلس الدولة يتّنع عن إصدار حكم بالإلغاء لا طائل منه في مثل هذه الحالة، وتقوم بإحلال الأسباب الصحيحة محل الأسباب الخاطئة التي ذكرتها الإدارة. ثم تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي بعد ذلك فلم يحدّد على إحلال الأسباب في نطاق السلطة المقيدة للإدارة، وإنما امتد إلى إحلال الأساس القانوني للقرار الإداري في مجال السلطة التقديتي، وذلك في الحالات التي تصدر فيها الإدارة قرارات إدارتي مختصة بإصدارها، وفي الشكل

ويتصدى في إجابته على التساؤل الثاني، إلى تحديد الأساس القانوني، وتقدير مشروعية القرار الإداري.¹

والسبب القانوني هو العمل القانوني الذي يقوم عليه القرار الإداري، وقد يكون هذا العمل القانوني نصوصاً تشريعية، أو مبدأ من المبادئ العامة للقانون، أو حكماً قضائياً. فإذا ما تخلف هذا الأساس، لعدم وجوده أو عدم صحته، أو عدم شرعيته، أدى ذلك إلى افتقار القرار الإداري المتخذ لقيمته القانونية لتخلف أساسه القانوني.² وأول ظهور لاصطلاح تخلف الأساس القانوني يرجع إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادر في 1921/1/21 في قضية "Joseph Sei"، وتمثل وقائعها في أن أحد المجالس البلدية أصدر قراراً بإعفاء سكرتير المجلس بحجة تقديمه لطلب استقالته؛ ولكن تبين لمجلس الدولة أن واقعة تقديم الطاعن طلب استقالة لم تحدث أصلاً. وبناءً عليه قضى المجلس بإلغاء قرار المجلس البلدي، وقد ورد في منطوق قرار مجلس الدولة "إن القرار بني على واقعة غير صحيحة مادياً، وفقد بالتالي أي أساس قانوني يقوم عليه."³

ومن تطبيقات قضاء مجلس الدولة الجزائري، للوقاية على تخلف الأساس القانوني للقرار الإداري، قراره في قضية والي ولاية تلمسان، ضد (أ.م).⁴

ومما ورد في حيثيات القرار أن والي ولاية تلمسان لم يقدم سواء على مستوى الدرجة الأولى، أو على مستوى درجة الاستئناف، ما يؤكد أن السيد (أ) كان له سلوكاً معادياً أثناء الحرب

المحدد قانوناً، ولكنها تخطئ في تحديده النص أو الأساس القانوني الذي تستند إليه في إصدار هذه القرارات. عبد الغني بسريبي عبد الله، ولائحة القضاء الإداري على أعمال الإدارة، طبعة سنة 1982، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 282-283.

¹ خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ج2، ص 876-877.

² عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 256.

³ خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 875-876.

⁴ حسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ج2، ص 59 وما بعدها.

التحريرية هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى ؛ فللوالى لم يقدم دليلا على ادعاءاته، ومجرد التصريحات لإثبات الواقعة لا يمكن الإعتماد عليها في إقامة الدليل.

أما من تطبيقات القضاء الإدارى الإسلامى للرقابة على تخلف الأساس القانونى للقرار ، ما جاء فى قضية بنى جذيمة ضد القائد خالد بن الوليد ، حيث أن قرار هذا الأخير، لم يكن يرتكز فى حقيقته على سبب موجود وصحيح، بل على مجرد ظن أن أفراد بنى جذيمة يخادعون.¹

ولتخلف الأساس القانونى حالات هي:

1- افتقار القرار الإدارى لأي أساس قانونى يصلح لتبريره:²

وهذا يعنى أن القرار لم يوفق فى أن يجد له أى أساس قانونى يقوم عليه. فإذا كانت القوانين واللوائح الخاصة بالموظفين مثلا، تقرر كقاعدة عامة انتهاء رابطة التوظيف كأثر ضمى، بصدور حكم على الموظف فى جنابة أو جريمة محلة بالشرف. فإنه ينبى على ذلك من جهة أخرى، إذا ما نقض الحكم الذى صدر قرار الفصل تنفيذاً لمقتضاه، وقضى ببراءة المتهم من الأفعال المنسوبة إليه، اعتبر قرار الفصل معدوما كأن لم يكن.

و كذا إذا ما تبين أن الوظيفة التى عين فيها الموظف، لا وجود لها فى الميزانية، ولا تملك الوزارة خلقها إلا بإذن البرلمان، فىكون تعيين الموظف فيها قد صدر باطلا فى أصله.

ففى مثل هذه الحالات تكون السلطة الإدارية أمام اختصاص مقيد سلبى، يلزمها بالإمتناع عن التصرف ، وإلا وقعت فى حالة اغتصاب للسلطة.

¹ ينظر: محمد حسين هيكى، حياة محمد صلى الله عليه وسلم، دون ذكر طبعة، ودون ذكر دار نشر، ص430-431.

² عصام عبد الوهاب البرزنجى، المرجع السابق، ص259-260.

2- عدم صحة الأساس القانوني الذي استند عليه القرار الإداري:

ويتحقق ذلك حينما يبنى القرار الإداري، على أساس قانوني آخر غير ذلك الأساس القانوني الذي كان يتعين على الإدارة مصدره القرار، اختياره أساساً قانونياً لقرارها.¹

وهذه الحالة تختلف تماماً عن حالة الخطأ في القانون، ذلك لأن في هذه الحالة الأخيرة يكون السبب القانوني صحيحاً من حيث وجوده واختياره، ولكن الإدارة أعطته معنى خاطئاً. أما بالنسبة لحالة الأساس غير الصحيح، فإن الإدارة تخطئ الإختيار ابتداءً للأساس القانوني الشرعي، الذي ينبغي أن تؤسس عليه قرارها الذي قامت باتخاذها.² وإن هذه الحالة تمثل الميدان الخصب لممارسة السلطة التي يتمتع بها القضاء الإداري والمسماة بسلطة إحلال الأساس القانوني السليم محل الأساس القانوني المعيب.³

3- الأساس القانوني لم يوجد بعد:

وتتحقق هذه الحالة نتيجة التطبيق المبكر للقانون، أي قبل إصدار النظام التنظيمي اللازم لتطبيق، ما لم ينص القانون صراحة على تطبيقه فوراً. مثاله أن تتخذ الإدارة قراراً تطبق به قانوناً من القوانين بصورة مباشرة، قبل أن تصدر المراسيم التطبيقية الخاصة به، في الوقت الذي يكون فيه القانون قد اشترط ضرورة صدور مرسوم لغرض تطبيقه.⁴

¹ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ج2، ص 878.

² عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق ص261.

³ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ج2، ص878.

⁴ عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق ص262. وينظر: علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ج2، ص879.

4- الأساس القانوني لم يعد موجودا:

مثال ذلك أن يكون النص القانوني الذي اعتمده الإدارة أساسا لقرارها ، محدد التطبيق بفترة زمنية معينة أو حالة معينة ينطبق عليها، ثم تكون هذه الفترة أو الحالة قد انقضت و لم تعد موجودة. مثلا: الموظف الذي فصله الإدارة عن الخدمة على أساس صدور حكم قضائي ضده، يجيز أو يوجب فصله من الوظيفة، ثم يتضح أن قرار الفصل اتخذته الإدارة بعد سنوات من تاريخ صدور الحكم، حيث سقط الحكم و أصبح كأن لم يكن، وعليه يكون القرار الإداري قد استند إلى أساس لم يعد موجودا.¹

5- عدم مشروعية الأساس القانوني:

تتحقق هذه الحالة إذا بني القرار الإداري على أساس لائحة حكم القضاء بإلغائها لعدم مشروعيتها. لكن إذا كان القانون الذي صدرت اللائحة التنفيذية غير المشروعة تنفيذا لأحكامه، يصلح أن يكون أساسا قانونيا سليما للقرار المطعون فيه، فيمكن للقضاء أن يقوم بإحلال الأساس القانوني الوارد في القانون بدلا من الأساس القانوني غير المشروع الذي اختارته الإدارة.²

ثالثا: الخطأ في القانون

تتمثل الرقابة القضائية في حالة الخطأ في القانون ، في التأكد فيما إذا كانت الأسباب القانونية التي ادعتها الإدارة متوافقة مع الأسباب الواقعية. إذ أن الرقابة القضائية في هذه الحالة تنصب على

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع نفسه، ص263.

² علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ج2، ص880.

رقابة مدى التطابق والتوافق بين القاعدة القانونية والحالة الواقعية.¹ ويقصد بالخطأ في القانون ، أن يكون السبب القانوني الذي اختارته الإدارة أساسا لقرارها صحيحا، ولكنها أعطته معنى خاطئا.²

ويستخدم القضاء الإداري الفرنسي للدلالة على الخطأ في القانون ثلاث مصطلحات "السبب مشوب بخطأ في القانون"، "غلط في القانون"، "القرار مبني على سبب أو باعث خاطئ قانونا".³ كل هذه المصطلحات تدل على أن الإدارة ارتكبت خطأ على صعيد القانون وليس على صعيد الوقائع.

وهنا ينبغي التفرقة بين عيب مخالفة القانون والخطأ في القانون، كوجهين من أوجه الطعن بالإلغاء؛ فعيب مخالفة القانون يمثل عدم مشروعية موضوعية لهرم تدرج القواعد القانونية في الدولة، أما عيب الخطأ في القانون فيمثل عيبا في استدلال واستنتاج رجل الإدارة عند اتخاذه القرار الإداري. وفي الحالة هذه تنصب الرقابة القضائية على الأسباب القانونية التي يقوم عليها القرار الإداري ، أو على تعليقه فقط دون أي بحث أو تقدير لمضمونه أو فحواه. من أمثلة حالة الخطأ في القانون في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، رفض تثبيت أحد العاملين في وظيفة معينة، بحجة أن التثبيت فيها يقتصر على الحاصلين على مؤهلات معينة، غير منصوص عليها في القانون.⁴

أو فصل موظف على أساس إلغاء الوظيفة التي يشغلها، ثم يظهر أن هذه الوظيفة لم تلغ قانونا. وكذا اتخاذ قرار إداري بعد تفسير خاطئ للوائح أو الأحكام الصادرة من القضاء الإداري. فالإدارة إذا

¹ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ج 2، ص 888

² عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 267.

³ حسين بن شيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الإدارية، ط 4 سنة 2009، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 385.

⁴ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ج 2، ص 890.

وقعت في مثل هذه الأخطاء في القانون، هذا يعني أنها قد وقعت في حالة من حالات تجاوز السلطة، وهنا أيضا تكون الإدارة في مواجهة اختصاص مقيد بعدم اتخاذ مثل هذه القرارات.¹

ومن تطبيقات مجلس الدولة الجزائري، قراره المؤرخ في 2003/2/25 في قضية (س ر ضد مديرية التربية لولاية سطيف).² المتضمنة عزل موظف أثناء عطلة المرضية. وقد جاء في حيثيات قرار مجلس الدولة ما يلي:

"... حيث أن المدعي طعن بالبطلان في القرار الصادر عن مديرية التربية لولاية سطيف بتاريخ 1999/11/09 المتضمن عزله عن منصب عمله، الطعن المرفوض من قبل قضاة الدرجة الأولى بموجب القرار المستأنف فيه.

حيث أن حالة التخلي عن المنصب المحتج بها من طرف المدعى عليها غير ثابتة، وبالتالي القرار المتضمن عزله على أساس التخلي عن المنصب مخالف للقانون نتيجة خطأ في تطبيق القانون.

... وحيث أنه يعتبر إذن قرار العزل المتخذ خلال عطلة مرضية شرعية قرار مخالف للقانون لعب في تطبيق المادة 136 من مرسوم 85-59 المؤرخ في 1985/03/23، المتضمن القانون النموذجي الخاص بالمؤسسات والإدارات العمومية، لذا يتعين إلغاء القرار المستأنف فيه الذي أساء في تقدير الوقائع وتطبيق القانون، وبعد التصدي بإبطال القرار المطعون فيه المتضمن عزل المستأنف من منصب عمله."

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 269.

² قرار رقم 7462 مؤرخ في 2003/02/25. مجلة مجلس الدولة العدد 2004/5، منشورات الساحل، ص 166 وما بعدها.

أما في القضاء الإداري الإسلامي، لم تكن المصطلحات دقيقة كما هو حال القانون الفرنسي. فالنظام الإسلامي لم يعرف تفريقاً بين مصطلح مخالفة القانون والخطأ في القانون، فكلاهما يعبران عن نفس المعنى.

من أمثلة الرقابة على عيب الخطأ في القانون، قرار القاضي جُمَيْع بن حاضر الباجي، في المنازعة التي دارت بين أهل سمرقند والقائد قتيبة بن مسلم، حيث قضى بإلغاء قرار هذا الأخير، بسبب خطئه في تطبيق القانون، المتمثل في عدم احترام القائد قتيبة مدة الإنذار الممنوحة لأهل سمرقند، وبسبب عدم صحة تقدير الوقائع.¹

الفرع الثاني:

الرقابة القضائية على تقدير وملاءمة الأسباب الواقعية للقرار الإداري

لقد حظي ركن السبب بأهمية كبيرة وفعالة، بحيث احتل نطاقاً واسعاً من حيث التطبيق، وهذا بفضل توسيع القضاء الإداري لرقابة الوقائع الإدارية، من حيث وجودها المادي وصحة تكييفها القانوني، والبحث في ملاءمتها.²

والواقع أنه في حالة السلطة التقديرية للإدارة، إذ يصدر القرار على مجموعة من الأسباب الواقعية التي دفعت الإدارة إلى اتخاذه، وهي الأسباب التي تبرر ملاءمة القرار الإداري، فإن بطلان أو عدم صحة أحد هذه الأسباب من شأنه أن يلقي ظللاً من الشك في صحة تقدير الإدارة.³

¹ ينظر: ابن الأثير الجوزي، الكامل في التاريخ، راجعه وصححه د. محمد يوسف الدقاق، ط3 1418هـ / 1998م، دار الكتب العلمية، بيروت ج4، ص 227-428.

² عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص662.

³ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص165-166.

ومن غير شك أن الرقابة القضائية على الوقائع في حالة السلطة التقديرية، كانت الخطوة الأولى في طريق الرقابة على الملاءمة، بالرغم من أن جانب لا بأس به من الفقه القانوني،¹ يتردد في الإقرار بذلك، خوفاً من تحوّل القاضي الإداري إلى قاضي ملاءمة القرارات الإدارية إلى جانب مشروعيتها. لكن الحق أن رقابة الأسباب تطورت حالياً ، وتجاوزت تحوّفات الفقه حتى تحولت تدريجياً من مجرد الرقابة على صحة الوقائع وتكييفها إلى الرقابة على الملاءمة.

ذلك أنه ظهرت عوامل وظروف أدت إلى اتساع نطاق الرقابة القضائية ، مما أدى بمجلس الدولة الفرنسي إلى عدم حصر هذه الرقابة في بحث الأسباب القانونية للقرار الإداري، وإنما أعطى نفسه حق مراقبة، ما إذا كانت الأسباب كافية وملائمة لتبرير القرار المتخذ، وما إذا كانت خطورة القرار متناسبة مع أهمية الأسباب التي دفعت إلى إتخاذها، وأكثر مجال تظهر فيه الرقابة على الملاءمة هو مجال الحريات العامة.²

¹ حيث ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى محاولة تبرير الرقابة على الأسباب بعيداً عن إطار الملاءمة؛ فقد ذهب العميد "هوريو Hauriou" إلى الربط بين هذه الرقابة وعنصر الغاية باعتبارها من حالات الإنحراف في استعمال السلطة، وعليه فإن الرقابة على الأسباب هي من قبيل الرقابة على الأخلاق الإدارية وحسن الإدارة والنظام الداخلي للمرفق. سامي جمال الدين، المرجع نفسه ص144. أما الفقيه "بونار Bonnard" فقد رأى إدراج الرقابة على الأسباب في إطار الرقابة على مخالفة القانون، باعتبار أن توافر أسباب صحيحة للقرار الإداري، يعد من شروط مشروعيته، فإذا انعدمت هذه الأسباب فقدّ القرار أحد شروط مشروعيته ووقع بالتالي مخالفاً للقانون.

Bonnard, le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, op.cit, p366.

وقد غدت رقابة القضاء الإداري في فرنسا على عنصر السبب في القرار الإداري تظهر بصورة واضحة، بعد تدخل المشرع الفرنسي بقانون 11 يوليو 1979 الذي ألزم الإدارة بتسبب قراراتها الإدارية الفردية التي من شأنها إلحاق الضرر بالأفراد، إذ أصبحت القاعدة العامة في إثبات هذه القرارات على عاتق الإدارة. وبالتالي إذا رفضت الإدارة الإفصاح عن سبب قرارها، ففي هذه الحالة لا يعجز المجلس عن بسط رقابته على مشروعية عنصر السبب، إذ أنه يعتبر مسلك الإدارة بمثابة دليل على صحة ادعاءات الطاعن. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص145.

² ينظر: فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص390.

ويمارس القضاء الإداري رقابته على الأسباب الواقعية، من عدة مستويات؛ يجب أولاً أن يراقب صحة وجودها المادي¹، أي يتأكد من أن يكون لها قوام في الواقع من الناحية المادية، ومن ناحية أخرى يتأكد من صحة وصفها القانوني، ويراقب أخيراً صحة تقدير أهمية الوقائع وخطورتها، وتناسبها مع الإجراء المتخذ على أساس منها التي اصطلاح عليها عند كثير من الفقه أيضاً برقابة الملاءمة.² فما مدى حرية الملاءمة بالنسبة لهذه الجوانب من القرار الإداري؟ وما مدى الرقابة القضائية عليها؟

أولاً: الرقابة القضائية على صحة قيام الحالة الواقعية التي تدخلت الإدارة على أساسها

إن أي قرار إداري إنما يتصل بالضرورة بحالة مادية *Situation matérielle* في عالم الواقع، وعندما يصدر رجل الإدارة قراراً ما، فإنما أخذ في اعتباره حالة مادية معينة، والقانون بمجموع قواعده يشكل المصدر الأساسي بالنسبة للتصرف إزاء تلك الحالات المادية، وإذا كانت قاعدة القانون تتسم عادة بالعموم والتجرد، فإن الحالة المادية أو الحالة الفردية تشكل تجسيدا أو تخصيصاً، يتيح وضع قاعدة القانون العامة والمجردة موضع التنفيذ في العالم الخارجي³، وهو ما يسمح للإدارة باستخدام سلطتها التقديرية في التصرف بملاءمةً منها بين القانون والواقع المتغير.

¹ يرى الفقيه **S. Laso** أن الوجود المادي للوقائع على العموم ليس محلاً للسلطة التقديرية، إذ الوقائع إما أن توجد أو لا توجد وعلى الإدارة أن تقرها وتظهرها فقط. واستثناءً من موقفه هذا يقول: "مع ذلك لا يمكن إنكار بالكامل تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في مجال تقدير الوقائع".

E. S. Laso, *Traité de droit administratif*, op.cit, p 409.

² ينظر: **هدى القبيلات**، الوجيز في القضاء الإداري، ط1 سنة 2011، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص427.

³ **عصام البرزنجي**، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص328.

وعليه لا يمكن للتصرف الإداري أن ينشأ إلا بالإستناد إلى وقائع مادية ثابتة الوجود¹، فإذا لم توجد هذه الوقائع، فإن ذلك يعني أن التصرف الإداري في مواجهة حالة ليس لها قوام في الواقع، وهذا بالتالي يعرض القرار الإداري للطعن في مشروعيته على أساس انعدام الأسباب المادية، التي تستلزم وتشرع تدخل جهة الإدارة.² وعليه يتعين على القاضي أن يبحث فيما إذا وجدت تلك الحالة فعلا في الواقع والتي صدر القرار من أجل مواجهتها.³

وقد بدأ مجلس الدولة الفرنسي رقابته علي وجود الوقائع مع بداية القرن العشرين، ومن أهم قراراته في هذا المجال، حكمه في قضية Trepont في 1922/1/20، حيث ألغى قرار وزير الداخلية الذي يقضي بإحالة الطاعن على التقاعد، لعدم ثبوت الواقعة التي اعتمدت عليها الإدارة في إصدار القرار وهي تقديم الطاعن طلبا بإحالته علي التقاعد.⁴

و تبرز أهمية هذا الحكم القضائي، في أن القضاء الإداري بدأ يراقب مشروعية الأسباب الواقعية حتى في حالات السلطة التقديرية، التي تحوّل الإدارة صلاحية إصدار القرارات، دون أن تكون ملزمة بمراعاة وقائع محددة. وقد استخدم مجلس الدولة لأول مرة في قضية Trepont، اصطلاح السبب القانوني للدلالة على الوقائع السابقة والخارجية على إصدار القرار الإداري، والذي تكرر استخدامه

¹ إن صحة القرار الإداري تتحدد بالأسباب التي قام عليها ومدى سلامتها على أساس الأصول الثابتة في الأوراق وقت صدور القرار ومدى مطابقتها للنتيجة التي انتهت إليها. المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما (1965-1980)، ج3، الطعن رقم 444 لسنة 7 ق و 730 لسنة 8 ق بتاريخ 1966/03/26، ص 2078. مأخوذ عن: محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، المرجع السابق، هامش ص79-77

² ينظر: حسين بن شيخ أث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ط سنة 2001، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ص100-101.

³ عصام البرزنجي، المرجع السابق، ص 328.

⁴ C. E, 20 janvier 1922 Trépont.

مأخوذ عن: علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ج2 ص898.

فيما بعد في الأحكام التي قضى فيها مجلس الدولة ، بإلغاء القرارات الإدارية لانعدام الوجود المادي للوقائع.

ومنذ ذلك التاريخ أخذ مجلس الدولة يوسع رقابته على أسباب القرار الإداري، حتى أصبحت الآن أهم أوجه الإلغاء في دعوى تجاوز حدود السلطة. حيث أضحت صحة الوجود المادي للوقائع شرطا رئيسيا لمشروعية القرار الإداري، حتى خارج حالات الإلتزام القانوني بتسبيب القرارات الصادرة.¹ فما مدى الرقابة القضائية على الوجود المادي للوقائع في القضاء الإداري الجزائري وفي النظام الإسلامي؟

1- الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع في القضاء الإداري الجزائري

يشترط لصحة الوقائع المادية التي تستند إليها الإدارة في إصدار قرارها، أن تكون محققة الوجود بحيث تصدر تلك القرارات قائمة عليها باعتبارها صادقة ولها قوام في الواقع.² والوجود المادي لعنصر السبب خاضع على الدوام لرقابة القضاء الإداري الجزائري، أي التثبت من استناد القرار الإداري إلى وقائع صحيحة قانونا.³

من أولى القضايا التي راقب فيها القاضي الإداري الجزائري صحة تقدير الوجود المادي للوقائع القضية المتعلقة بالطعن لتجاوز السلطة ضد قرار الطرد الذي أصدره والي ولاية "س" ضد السيد "إ.م"

¹ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ج2 ص899.

² ينظر: مجلس الدولة ، الغرفة (2)، ملف قضية رقم 005240 بتاريخ 2002/01/28، المتعلقة بعزل قاض من طرف المجلس الأعلى للقضاء. مجلة مجلس الدولة، ص 165 وما بعدها، ومجلس الدولة، ملف قضية رقم 002982 بتاريخ 2002/06/10، مجلة مجلس الدولة العدد2/2002، ص 186 وما بعدها.

³ عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ط سنة 1995، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج 2، ص547.

الموظف لدى وزارة العمل و الشؤون الإجتماعية.¹ وقد توصل قاضي الغرفة الإدارية من ملابسات ووقائع القضية إلى القرار التالي :

"حيث أنه يستخلص من التحقيق بأن السبب يجد تأكيدا له في تصرف المعني أمام لجنة التأديب، وبالتالي فقد تأكد وجوده ماديا ، ويظهر من الملابس بأن طبيعة هذا التصرف تكفي وحدها لتبرير العقوبة، ونتيجة لذلك ودون التعرض للوجود المادي لبقية التجاوزات، لا يمكن للمعني الإدعاء بأن القرار محل الطعن معيب بتجاوز السلطة."²

يستنتج من هذا القرار أن الأفعال المنسوبة إلى الطاعن والتي بررت قرار طرده من وظيفته، صحيحة و ثابتة الوجود وأن الإدارة كانت مصيبة في تقديرها للوجود المادي للوقائع وفي اختيار القرار الذي يلائمها.

ومن القضايا التي راقب فيها القاضي الإداري الجزائري صحة تقدير الوقائع، قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 200/3/27، في قضية (والي ولاية مستغانم، ضد الجمعية المسماة منتجي الحليب)³، وتتلخص وقائعها، في أن والي ولاية مستغانم أصدر بتاريخ 15-04-1996 موقرا يقضي في مادته الأولى ما يلي: "يتم توقيف نشاطات الجمعية المسماة منتجي الحليب الكائنة بالغرفة الفلاحية مستغانم لمدة (06) أشهر". وهذا المقرر الولائي أئخذ عل إثر الرأي غير الموافق الذي منحتة مصالح الأمن الولائية بعد التحقيق الإداري، بالتنسيق مع مصالح الولاية ، والمبني على أن سلوك بعض أعضاء الجمعية محل بالنظام العام، والآداب العامة.

¹ C.S.Ch. adm, 3 Décembre 1965, I. Contre / Etat, Recueil d'arrêts de la jurisprudence administrative, 1979, P10.

² C.S Ch. adm. Ibid, p10

³ لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ط سنة 2004 ج2 ، ص193 وما بعدها.

بتاريخ 1996/12/21 صدر قرار عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء مستغانم يقضي فيه بإلغاء المقرر الولائي . وفي 02/07/1997، قام والي ولاية مستغانم باستئناف هذا القرار أمام مجلس الدولة،. لكن مجلس الدولة أصدر قرارا بتأييد القرار المستأنف فيه. وقد ورد كآآتي: "... وحيث لما كان مقرر توقيف نشاط الجمعية لمدة ستة أشهر بمثابة جزاء صريح وقعه العارض في مواجهة الجمعية ، كان عليه أن يسبب قراره، حتى يتمكن المعنيون من الإطلاع المسبق على الأسباب المؤدية لتوقيع الجزاء، وهذا مبدأ عام للقانون لا يمكن تجاهله."

بناء على ما تقدّم فإنّ الوجود المادي للوقائع يعتبر أحد مجالات الرقابة القضائية على الأسباب الواقعية. وتجدر الإشارة إلى أن الوجود المادي لوقائع معينة لا يعني دائما حتمية تدخل الإدارة كلما توافرت لديها هذه الوقائع، فقد توجد الوقائع ولا تتدخل الإدارة في شأنها، فالإدارة - مثلا- في ميدان الوظيف العمومي تتمتع بسلطة توقيع الجزاء التأديبي ما دام قام لديها السبب المادي المبرر لهذا الجزاء، إلا أنّها قد ترى من الملائم عدم توقيع العقوبة.¹

2- الرقابة القضائية على تقدير الوجود المادي للوقائع في النظام الإسلامي

إنّ الإمام بالواقع يمثل أمرا شديدا الأهمية في فن الإدارة في الإسلام، فكل قرار إداري مهما بلغت كفاءة السلطة الإدارية التي أصدرته ، سوف يكون حتما قرارا خاطئا إن أخطأت الإدارة في معرفة و تقدير الواقع الذي تعالجه.²

¹ ينظر: عبد العزيز الجوهري، الوظيفة العامة، دون ذكر طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 173.

² مصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، المرجع السابق، ص 258، وينظر: عماد الدين خليل، حول القيادة والسلطة في التاريخ الإسلامي، ط 1405 هـ/ 1985 م، مكتبة النور القاهرة، ص 08.

فدراسة الواقع ومعالجته واجب لا بد منه للإدارة وألزم ما يكون في إطار السلطة التقديرية، لأن الواقع يتصل بعموم الناس وقرارات وأنظمة وأوضاع مختلفة، ولأنه واقع دائم التجدد فلا بد أن تكافئه قرارات متجددة يراعى فيها الزمان والمكان وأحوال الإنسان.

من أمثلة ذلك قرار الخليفة عمر الجريء، بنفي نصر بن حجاج من المدينة إلى البصرة ، بعد الذي علمه عنه من حسن وصباحة وجه حتى أنه سمع إحدى الناس تقول فيه شعرا.

ومثل هذا التصرف له ما يبرره بلا شك، فقد كانت مدينة الرسول في ذلك الحين تخرج منها الجيوش بعد الجيوش تقاتل في سبيل الله، وترتك خلفها العديد من النساء بغير أزواجهن، وقد آثر هذا الشاب ألا يتطوع للجهاد وأن يظل في المدينة. فرأى عمر أن في بقاءه في المدينة، في تلك الظروف ما قد يدعو إلى الفتنة، لذلك رأى المصلحة في نفيه منها وأمر في ذات الوقت بمضاعفة عطائه الذي يتقاضاه من بيت المال تعويضا له عن هذا الاغتراب.¹

فقد كان عمر أقوى الناس إدراكا لقانون الشرع وأحسنهم معرفة للوقائع وما تستلزمه من إجراءات لمواجهتها. ودليل ذلك اعتماده على واقعة تهدد النظام العام للمسلمين، ثم بحثه عن الوسيلة الملائمة لمعالجتها ولو كان فيها تقييد لبعض الحريات.

من أمثلة القضايا التي بسط فيها القضاء رقابته على الوجود المادي للوقائع في النظام الإسلامي، قضية أهل سمرقند ضد القائد قتيبة² - سابقة الذكر - حيث قضى القاضي "جُمَيْعَ بن حاضر الباجي"،

¹ مصطفى أبو زيد فهمي ، المرجع نفسه، ص 266-486، وينظر: صبحي صالح، النظم السياسية نشأتها وتطورها ، المرجع السابق، ص254.

² ابن الأثير ، الكامل في التاريخ ، المرجع السابق، ج 4 ص 227-428، و الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ط 1 1422هـ/2001م، دار الكتب العلمية بيروت، ج 4 ص14.

بالغاء قرار القائد - قتيبة بن مسلم - لعدم صحة تقدير الوقائع ولعدم مراعاته لعنصر الملاءمة في التصرف.

ومن تطبيقات القضاء الإداري الإسلامي - أيضا- للرقابة على وجود الوقائع، القضية التي حدثت في خلافة عمر بن عبد العزيز؛ والتي استولى فيها عدي بن أرطاة والي البصرة، على أرض رجل، فقرر هذا الأخير أن يرفع شكوى إلى الخليفة عمر في دمشق، الذي أمر برد أرضه إليه، وعوضه كذلك حتى عن نفقات التنقل إليه لتقديم الشكوى.¹

ففي هذا القرار أحسن الخليفة التصرف حيث قام بمراعاة الوقائع والإجراءات الملائمة لمعالجتها، مهما كانت طبيعتها أو المتسبب فيها؛ فهو رئيس الدولة، ومع هذا يشرف بنفسه على ردّ الحقوق لأصحابها، مهما كانت قيمة هذه الحقوق، وأيّا كان الشخص الذي انتهكها.

ثانيا: الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

لا يكفي أن تكون الوقائع التي استندت إليها الإدارة لإصدار القرار موجودة وسليمة في ذاتها، وإنما يجب أن تكون مستوفية للشروط القانونية التي تجعلها مبررة للقرار الإداري. ففي حال القرارات التأديبية مثلا لا يكفي أن يتحقق القاضي من الوجود المادي للوقائع المنسوبة للموظف المعاقب، وإنما يجب أن يتأكد من صحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وأنها ترقى لمستوى المخالفة التأديبية التي تستوجب التأديب.²

¹ عبد الله ابن عبد الحكم، رواية ابنه أبي عبد الله محمد، سيرة عمر بن عبد العزيز على ما رواه الإمام مالك بن أنس وأصحابه، نسخها وصحّحها وعلّق عليها أحمد عبيد، ط2، 1954م، مكتبة وهبة دمشق، ص125.

² هادي القبيلات، الوجيز في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص429.

فإن القوانين وهي تمنح الهيئات الإدارية سلطاتها بالتصرف، تعطي غالبا تحديدا غامضا أو عاما للوقائع التي تشترطها، لكي تضع هذه الهيئات الإدارية سلطاتها القانونية، موضع التنفيذ على أساس منها. وعليه فحينما يعطي المشرع في القانون الإداري تعريفا أو تحديدا جزئيا للوقائع التي يعني وجودها أو احتمال وجودها بالنسبة لرجل الإدارة، القدرة أو الإلتزام بالتصرف، فإنه يبقى على رجل الإدارة أن يأخذ على عاتقه، معرفة معنى الوقائع موضع البحث، وبمعنى آخر تكييف هذه الوقائع تكييفاً قانونياً.¹

والمقصود من التكييف هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية، وتقتضي عملية التكييف إجراء مقابلة بين الحالة الواقعية ونصوص القانون؛ إذ لا يكفي وجود الوقائع وصحتها كي يكون القرار الإداري مشروعاً، بل ينبغي أن تكون هذه الوقائع مبررة قانوناً لهذا القرار. وقد مورست الرقابة على تكييف الوقائع لأول مرة من قبل مجلس الدولة الفرنسي في قرار Gomel في 04 أبريل 1914 الذي رفضت الإدارة منحه رخصة بناء في منطقة Place Beauvau à Paris التي قدّرت أنها تضم أبعادا أثرية. استناداً إلى القانون الصادر في 13/7/1911، الذي يخول السلطة الإدارية صلاحية رفض رخصة بناء إذا كان هذا الأخير يتسبب في حجب أو انتهاك أحد المواقع الأثرية أو تشويه منظرها الجمالي.²

فالإدارة تتصرف غالبا بسلطة تقدير ملائمة للوقائع، فإذا كانت - هذه - الوقائع لا تملك ميزة أو دوافع اتخاذ القرار الإداري ولكن الإدارة قامت بإصداره، فإنها تكون هنا بصدد مخالفة للقانون.³

¹ عصام البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية المرجع السابق، ص 354-355.

Et voir: **Bertrand Seiller**, droit administratif², op.cit, p 245- 246.

² **Christophe Guettier**, droit administratif, 2^{ème} éd 2000, Montchrestien E. J. A, paris, p 244. Et : **G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien**, droit administratif, op.cit, p 663.

³ **G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien**, ibid, p 663- 664.

وفي هذه الحالة لا يمكن اعتبار **la Place Beauvau** موقعا أثريا، وبالتالي لا يمكنها الإحتجاج لرفض منح رخصة البناء بأن هذا الأخير يمكن أن يؤدي إلى الإضرار بموقع أثري.¹

وإذا انتقلنا إلى دور القاضي الإداري في مجال الرقابة على تكييف الوقائع، نجد أنه يلعب دورا على جانب كبير من الأهمية، فهذه العملية تتضمن جهد إنشائي وخلاق لا مجرد عمل آلي يتم بملاحظة مطابقة الوقائع للنصوص. وبيان ذلك أن عملية التكييف تفترض من القاضي جهدا مزدوجا في خصوص عنصرَي القانون والوقائع، فبالنسبة لعنصر القانون نلاحظ أنه مهما بلغت درجة تحديد النصوص التشريعية أو اللائحية في تعريفها للوقائع، فإن هذه النصوص تظل تتسم بالعمومية والتجريد، وعلى من يقوم بعملية التكييف أن يسعى للتوصل إلى ذلك عن طريق تخصيص أو تجسيد النص، أي إعطائه معنى أكثر تحديدا أو أقل عمومية، أما بالنسبة لعنصر الوقائع فإنه على العكس، إذ يجب العمل على تجريد الحالة الواقعية مع الحالة الفردية إلى مستوى عمومية نص القانون عن طريق إغفال كل العناصر عديمة الجدوى والعمل على إبراز الصفات التي تميز الواقع من وجهة النظر القانونية، وهكذا فإنه عن طريق تخصيص القاعدة القانونية وتجريد الواقعة المادية، يمكن التوصل إلى قيام التطابق بينهما². فتطور الرقابة على الأسباب الواقعية والقانونية، وسن النصوص المتعلقة بتعليل أعمال الإدارة، ونظرية المبادئ التوجيهية أسهمت في تأطير ممارسة السلطة التقديرية في حدود ضيقة على نحو متزايد³. ويرى القضاء الإداري أن المشروعية تمنح الإدارة سلطة تقديرية - بمناسبة أداء وظائفها - لكن بالمقابل

¹ Voir : **G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien**, ibid, la marge de la page 644.

² ينظر: **معد حسنين عبد العال**، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، ط سنة 1971، دار النهضة العربية، القاهرة، ص49، وينظر: **محمد ماهر أبو العينين**، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، ط سنة 1996، دار الطباعة الحديثة، ج2 ص475-479.

³ **M. Christine Rouault**, droit administratif, op.cit, p 147.

يمكنه بسط رقابته على كل خطأ في التكييف ولو كان طفيفا. فالوقائع المسببة للقرار محل النزاع، يجب أن تكون مبررة قانونا.¹

فما مدى صحة التكييف القانوني للوقائع الذي تقوم به الإدارة في ال نظام الجزائري ومدى الرقابة القضائية عليه؟ وما موقف النظام الإسلامي؟

1- رقابة القضاء الإداري الجزائري على التكييف القانوني للوقائع

من المسلم به أن الوقائع التي تبرر تدخل الإدارة ، يجب أن يتحقق فيها الصفات القانونية ، التي يستلزمها المشرع صراحة أو ضمنا. وعليه فإن تقدير الإدارة لن يكون صحيحا، إلا إذا كانت المرجعية القانونية التي تدرعت بها تبرر وبشكل مشروع القرار المتخذ.²

و من قرارات القضاء الإداري الجزائري في هذا الشأن ، القرار المؤرخ في 2002/06/10، الصادر عن قاضي الغرفة الثانية بمجلس الدولة، وقد جاء فيه: ... حيث أنه بموجب المادة 31 من القانون 08/90³: "لا يمكن للوالي أن يقبل عضوا منتخبا في المجلس الشعبي البلدي، إلا في حالة ما إذا يتبين أنه غير قابل للإنتخاب أو أنه تعثره حالة من حالات التناهي". وبما أن القرار المستأنف جاء سليما لتقدير الوقائع ولتطبيق دقيق لنص المادة 31 المذكورة أعلاه، فإنه يتعين تأييده.⁴

من خلال هذا القرار يستنتج أن تقدير الوجود المادي للوقائع ، لا يكفي لوحده، ما لم تضع الإدارة في اعتبارها أيضا، اختيار النص أو المبدأ القانوني الذي يتلاءم تطبيقه مع هذه الوقائع. ومعناه أن

¹ Bertrand Seiller, droit administratif2, op.cit, p 251

² ينظر: أحمد محيو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص189.

³ القانون المؤرخ في 07 أبريل 1990، والمتعلق بالبلدية. ج ر، العدد 15 سنة 1990 ص434 وما بعدها.

⁴ مجلة مجلس الدولة، العدد 2002/02، ملف قضية رقم 002982، فهرس رقم 219 قرار مؤرخ في 2002/06/10، ص186-187.

تقوم بتكييف الحالات الواقعية مع القانون. وينبغي التنبيه أن التكييف القانوني للوقائع غير متروك لحرية الإدارة المطلقة، بل ثمة ضابط لسلطة الإدارة التقديرية في هذا المجال، ويتمثل في ضمانات الرقابة القضائية.

وهذا ما يمكن استخلاصه من قرار "P.Thomaron" المتعلق بتأميم الإستغلالات الزراعية العائدة للأجانب، تطبيقا للمرسوم الصادر في 1 أكتوبر 1963¹، الذي ينص على إعلان ملكية الدولة، كل مستثمرة يملكها أشخاص طبيعيون أو معنويون لا يتمتعون في تاريخ صدور المرسوم بالجنسية الجزائرية، أو لم يتخذوا الإجراءات القانونية اللازمة للحصول على الجنسية، ويحدد الوالي المستثمرات محل التأميم.

ففي هذه القضية طعن السيد "Thomaron" ضد قرار والي ولاية الجزائر، المتضمن إعلان ملكيته الواقعة في "ح" ملكا للدولة. وبعد التحقيق تبين بأن الطاعن لا يملك صفة المستثمر الفلاحي، ذلك لأن الملكية التابعة له هي عبارة عن فيلا فخمة، يملكها صاحبها ويقطن فيها مع عائلته وليست مستثمرة فلاحية كما ورد في تقدير الإدارة. وبناء عليه توصل القاضي الإداري إلى أن الإدارة قد أخطأت في تكييفها القانوني للوقائع، وعلى هذا الأساس استوجب إلغاء القرار.²

ومن أمثلة القضايا، التي راقب فيها مجلس الدولة صحة التكييف القانوني للوقائع، قضية والي ولاية مستغانم - سابقة الذكر - ، ضد جمعية منتجي الحليب. فالوالي عندما أصدر قرار بمنع نشاط الجمعية لمدة 06 أشهر، مؤسسا قراره هذا على سلوك بعض أعضائها المخل بالنظام العام، فإنه بذلك

¹ ج، ر، العدد 73 سنة 1963 ، المرسوم رقم 63 - 388 المؤرخ في 1963/10/01 الذي أعلن المستثمرات الفلاحية المملوكة للأجانب أملاكاً للدولة، ص 1015.

² C.S.Ch. adm, 16 Juillet 1965, Th /Contre/ Etat, R.A.J.A , 1979, P09.

يكون قد استند على أساس قانوني غير صحيح. لأن قانون الجمعيات المؤرخ في 1990/12/04، لا يسمح للوالي بحل الجمعية، أو بتعليق نشاطها لمدة معينة، بل هذا من اختصاص القضاء، بناء على طلب تقدمه السلطة العمومية بما فيها والي الولاية إلى القاضي المختص ، وهذا ما نصت عليه المادة 32 من قانون الجمعيات: "يمكن للجهات القضائية المختصة أن تعلن تعليق نشاط الجمعية وجميع التدابير التحفظية بناء على عريضة تقدمها السلطة المختصة..."¹

لقد أسس الوالي قراره على أساس المواد 92-96-97 من قانون الولاية؛² وتناسى نص المادة 32 المذكورة أعلاه. وبالتالي لا يحق للوالي، أن يتخذ قرارا في مثل هذه الحالة، استنادا إلى قاعدة الخاص يقيد العام.³

2- التكيف القانوني للوقائع في النظام الإسلامي

يعتبر تكيف الوقائع تكييفاً قانونياً، شرط لصحة تقدير الإدارة؛ هذا إلى جانب التقدير السليم للوقائع.⁴ وقد أكد النظام الإسلامي على أن كل تصرف تقديري تقوم به الإدارة في النظام الإسلامي،

¹ القانون رقم 90-31، المتعلق بقانون الجمعيات، المؤرخ في 04-12-1990، الجريدة الرسمية العدد 53 سنة 1990.

² تنص المادة 92 أن "الوالي هو ممثل الدولة ومندوب الحكومة في مستوى الولاية و يتخذ قرارات الحكومة زيادة على التعليمات التي يتلقاها من كل وزير من الوزراء." وتنص المادة 96 أن "الوالي مسؤول عن المحافظة على النظام والأمن والسكينة العامة." ونص المادة 97 "توضع تحت تصرف الوالي مصالح الأمن لتطبيق القرارات المتخذة في إطار المهام المنصوص عليها في المادة 96 أعلاه." القانون رقم 09/90، المؤرخ في 07 أبريل 1990، المتعلق بالولاية، الجريد الرسمية العدد 15 سنة 1990.

³ حسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ج2، ص199.

⁴ ينظر: مصطفى أبو زيد فهمي ، فن الحكم في الإسلام ، المرجع السابق، ص 318، وأحمد عبد العظيم محمد ، أصول الفكر الإداري في الإسلام، المرجع السابق، ص 183.

يجب أن يكون صحيحا من حيث تكييفه مع الواقع - أولا- ثم مع قانون الشرع بما يتضمنه من مبادئ وأحكام.¹

وفي هذا المعنى يقول أحد الباحثين: "وهكذا، فعندما ننجح في جعل ضروريات عصرنا جزءا من شريعتنا، فإننا سنكون قد عملنا ليس فقط على فتح باب الاجتهاد في وقائع عصرنا المتجددة المتطورة، بل سنكون أيضا قد بدأنا في تأصيل أصول شريعتنا نفسها بصورة تضمن لها الإستجابة الحية لكل ما يحصل من تغيير أو يطرأ من جديد".²

من أمثلة ذلك في النظام الإسلامي، قرار رئيس السلطة الإدارية عمر رضي الله عنه - سابق الذكر-، الذي يقضي بمنع تقسيم أراضي سواد مصر والعراق على المسلمين الفاتحين. حيث أبقى هذه الأراضي لأهلها يعملون فيها ويعمرونها مع فرض ضريبة الخراج،³ لأن ذلك أصلح لكل أجيالها وأعم وأدوم لنفعها.⁴ وقد استمد رضي الله عنه تقديره هذا من آية الفياء،⁵ التي استدلل الخليفة عمر من خلالها على أن الفياء يستفيد منه جميع المسلمين حاضرهم وآتيهم ولا يختص فقط بالمسلمين الفاتحين،

¹ ينظر: ناجي إبراهيم السويد، فقه الموازنات، المرجع السابق، ص181.

² محمد عابد الجابري، وجهة نظر نحو إعادة بناء قضايا الفكر العربي المعاصر، ص72. مأخوذ عن: إسماعيل الحسني، نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص299.

³ ينظر: البلاذري، فتوح البلدان، المرجع السابق، ص627.

⁴ الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ج1، ص178. ونص الرسالة التي بعثها عمر إلى سعد حين افتتح العراق كالآتي: "... فانظر إلى ما أجلب الناس عليك به إلى العسكر من كراع و مال، فاقسمه بين من حضر من المسلمين، و اترك الأرضين و الأثمار لعمالها ليكون ذلك في أعطيات المسلمين، فإنك إن قسمتها بين من حضر لم يكن لمن بعدهم شيء". محمد حميد الله، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة المرجع السابق، ص422.

⁵ من قوله تعالى: "للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله و رضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون. والذين تبوءوا الدار والإيمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا و يؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة، ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون. والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان..." سورة الحشر آية 8-9-10.

وبهذا اعتبر -أيضا- أراضي مصر والعراق.¹ فكان الحكم فيها بمثابة قاعدة عامة أتاحت له وضعها موضع التنفيذ في مواجهة واقعة التقسيم.

ومثاله أيضا، قضية نصر بن حجاج - سابقة الذكر- إذ علاوة على حسن تقدير رئيس السلطة الإدارية - عمر بن الخطاب - للوقائع، فقد كيفها التكييف القانوني المناسب، والمتمثل في القاعدة القانونية العامة وإحدى المقررات الشرعية وهي "الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام".² التي على أساس منها قيد حرية أحد الأفراد إزاء المصلحة العامة.³

ومن القرارات القضائية في النظام الإسلامي في مجال الرقابة على تكييف الوقائع، القرار القضائي في قضية سمرقند - سابقة الذكر- الذي تضمن إلغاء قرار القائد قتيبة ، حيث أسس القضاء الإسلامي قراره على أن القائد قتيبة قام بخرق صريح للقانون، واتخذ قراره بالتدخل قبل انتهاء مدة الإنذار الممنوحة لأهل سمرقند.

وعليه يستنتج أن التكييف القانوني للوقائع هو شرط وضابط لسلطة تقدي الإدارة - في النظام الإسلامي. وهو لا يعني الإختيار العشوائي للنصوص، وإنما يتحتم على الإدارة أن تختار وفقا لتقديرها المرجعية أو النص القانوني الذي يتلاءم تطبيقه مع الوقائع، مما يعني أنها تخضع في هذا المجال للتقييد أكثر من التقييد، وهو ما يفسر ويؤكد التكامل بين السلطة التقديرية والمقيدة.

¹ مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ج1، ص179.

² علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، مادة 26 ج1 ص36.

³ ينظر: فتحي الدريني، الحق مدى سلطان الدولة في تقيده، المرجع السابق، ص 231

ثالثا: الرقابة القضائية على تقدير الإدارة لأهمية الوقائع وملاءمتها

إن الإدارة بحكم قربها من الأفراد، هي الأدرى بتقدير خطورة الوقائع والحلول الملائمة لمواجهتها. ولا يقصد بالملاءمة هنا تقدير الإدارة لملاءمة إقدامها على التصرف أو الإمتناع، عندما لا يلزمها القانون بذلك، وإنما نقصد بالملاءمة إختيار الإجراء الملائم الذي يتفق ويتناسب مع أهمية الوقائع.¹

ويعني ذلك، ضرورة قيام السلطة الإدارية المختصة بتقدير مدى أهمية وملاءمة الوقائع القائمة والثابتة، لاتخاذ قرار إداري ملائم ومناسب لمواجهة هذه الوقائع ؛ أي تحديد وتقدير ملاءمة قيم هذه الوقائع الدافعة لاتخاذ قرار إداري معين دون غيره.²

وفي سبيل حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد في مواجهة تعسف الإدارة، توسع القضاء في بسط رقابته علي العناصر الواقعية لركن السبب حتى بلغت أقصى درجاتها، لتشمل الرقابة على ملامة القرار الإداري للوقائع. حيث قام مجلس الدولة برقابة تقدير الإدارة لأهمية الوقائع، ومدى التناسب بينها وبين القرارات المتخذة ؛ وهو ما يعرف برقابة التناسب أو رقابة الملا ءمة.³ والملاءمة تعني استجابة القرار الإداري لحالة واقعة ولحل معين وهي العناصر التي ينصب عليها التقدير.⁴

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق ص418.

² عوايدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ج 2 ص 546، ومحمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص72-73.

³ Voir: A. de Laubadère, Traité de droit administratif op, cit. p581.

⁴ A. de Laubadère, ibid, p 584, et voir: Vlacho, Principes généraux du droit administratif, op.cit, p93.

و تعتبر قضية بن يمين Benjamin في 19 ماي 1933،¹ أوّل قضية تعرّض فيها مجلس الدولة الفرنسي إلى تقدير ملاءمة إجراء ضبطي أصدره رئيس بلدية يقضي بمنع اجتماع عام . حيث ألغى مجلس الدولة بموجبه قرارا لرئيس بلدية Nevers، الذي منع السيد Benjamin من إلقاء محاضرة عامة بحجة مساسها بالنظام العام. و تم إلغاء قرار الحظر، لأن إجراء المنع لم يكن متناسبا مع أهمية السبب الذي تدرع به رئيس البلدية في اتخاذ قراره وهو أن المحاضرة تشكل تهديد ا وخطرا على الأمن العام.²

فقد مارس القاضي الإداري في هذه القضية رقابة فعلية على مسألة تقدير مدى خطورة هذه المحاضرة على النظام العام، واكتشف أنها تستوجب إجراءات أقل حدة دون المساس بحرية المعني بالأمر.³ فالإدارة بالغت في تقدير جسامة الأخطار المحتملة، إذ كان بإمكانها تدارك نتائج تلك الأخطار وآثارها، بإجراءات الضبط العادية، التي تعتبر أخف وطأة على الحريات العامة. وقد جاء في قرار مجلس الدولة ما يلي:

"يتبين من التحقيق أن الإضطرابات المحتملة التي تدرع بها المجلس لحظر عقد الاجتماع العام، لم تكن تنطوي على درجة عالية من الجسامة، إذ كان بإمكانه دون حظر عقد ذلك الاجتماع، المحافظة على النظام العام وإصدار إجراءات ضبطية يمكن اتخاذها".⁴

واستمر مجلس الدولة الفرنسي بعدها برقابته على خطورة الوقائع وأهميتها، ومدى ملاءمتها مع الإجراءات الصادرة لمواجهةها، بالنسبة لقرارات الضبط الإداري وخاصة تلك التي تمس الحريات

¹ CE. 19 mai 1933, Benjamin. G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien, droit administratif, op.cit, la marge de la page 664.

² Yves Gaudemet, Traité de droit administratif, tome1, op.cit, p733.

³ A. de Laubadère, op.cit, p731-732.

⁴ CE. 19 mai 1933, Benjamin. G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien, op.cit, p664.

العامة. وكان في كل مرة يتمسك بحقه في الرقابة على ملاءمة الإجراءات المتخذة من طرف الإدارة والتي تمس أو تقيد الحريات العامة، إذ لم يسمح بذلك إلا في أضيق الحدود ولدواعي الصالح العام.

ففيما يتعلق بالإجراءات التي تتخذها الإدارة لحماية النظام العام ، فقد راقب القضاء الإداري الفرنسي والعربي على حدّ سواء، ملاءمتها من حيث ضرورتها لتحقيق هذا الغرض، وما إذا كان في الإمكان اللجوء إلى إجراءات أخف، بدل الإجراءات المتخذ من طرف الإدارة، ودون أن يؤدي الأمر إلى تعطيل أو المساس بحرية عامة جدية هي الأخرى بالحماية.¹

وإذا كان مجال الضبط الإداري ، يمثل الميدان الحقيقي لرقابة القضاء على عنصر الملاءمة، فإن القضاء الإداري الحديث، يشهد تطبيقاً واسعاً لهذه الرقابة في مجالات أخرى، أهمها مجال القرارات التأديبية. فإذا كان للإدارة سلطة تقديرية في توقيع الجزاء المناسب ، على مرتكب الخطأ الذي استوجب عقوبة تأديبية، إلا أن ذلك مشروط بعدم المغالاة في تقدير خطورة الذنب ومقدار العقوبة.

وإن كان الأصل في رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة، أن هذه الرقابة تنصب على مشروعية القرارات الإدارية تاركة مجال الملاءمة لتقدير الإدارة، فإن هذه القاعدة قد طرأ عليها استثناء هام في مجال الرقابة القضائية، ثم ما لبث هذا الاستثناء أن تحوّل إلى واقع قضائي وقاعدة أساسية في الرقابة القضائية، بهدف المحافظة على الحقوق والحريات العامة.²

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق ص421.

² ينظر: عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 646.

حيث طرح مجلس الدولة الفرنسي امتناعه عن مراجعة تقدير الإدارة لخطورة السبب ومدى تناسبه مع القرار الإداري المؤسس عليه، وأخذ يراقب الملاءمة بين السبب والقرار المبني عليه.¹

وقد بدأ هذه الرقابة بصفة صريحة مع نهاية السبعينيات، وتحديدًا منذ 9 جوان 1978 في قضية Lebon، في إطار أعمال وتطوير رقابة التناسب ورقابة الخطأ الظاهر في التقدير، لإيجاد علاقة التناسب والملاءمة بين الخطأ الذي ارتكبه موظف عام مع الجزاء التأديبي الصادر ضده.²

يرى جانب من الفقه أن رقابة الملاءمة ما هي إلا توسيع لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير، إذ أن هذه الأخيرة كانت تستعمل لتأمين الرقابة على احترام مبدأ التناسب أو الملاءمة من طرف الإدارة قبل أن يتحول القاضي الإداري لممارسة رقابته المباشرة على الملاءمة.³

فإذا كان القضاء الفرنسي قد خطا خطوته الجريئة في مجال الرقابة على الملاءمة التي تمارسها الإدارة في تقدير خطورة وأهمية الوقائع، فما موقف القضاء الإداري الجزائري والإسلامي؟

1- رقابة القاضي الإداري الجزائري على تقدير الإدارة لأهمية الوقائع وملاءمتها

لقد اعتمد القضاء الجزائري الرقابة على خطورة الوقائع وملاءمتها من خلال قراراته الحديثة نسبيًا. ويعتبر أن الحدود ضيقة بين الملاءمة والمشرعية، حيث أن أنماط الرقابة المنصبة على السلطة

¹ voir : J. Kahn, "Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif", op.cit, p 935.

² A. de Laubadère et J. Venezia et Y. Gaudemet, traité de droit administratif général, op.cit, p697. Et: voir Bertrand Seiller, droit administratif 2, op.cit, p 250.

³ A. de Laubadère et J. Venezia et Y. Gaudemet, op.cit, p 697.

التقديرية تتماثل ورقابة الملاءمة.¹ من القرارات القضائية في هذا الشأن، قرار "أر" ضد "وزير الداخلية" المؤرخ في 1981/07/11، و قد جاء فيه ما يلي:

"... وذلك في صورة ما إذا كانت طبيعة البناءات من شأنها أن تمس من حيث موقعها وأبعادها بالصحة العامة والأمن العام، فإنه يتعين على الإدارة معاينة وفحص كل حالة على انفراد للتوصل وعلى ضوء خطورة المساس الذي يلحقه البناء بالصحة العامة والأمن العام إذا كان من الملائم رفض إعطاء رخصة البناء، أو الاكتفاء بالنص على وجوب إتباع هذا أو ذاك الشرط الخاص."²

يستفاد من هذا القرار أن القاضي الإداري الجزائري يطالب الإدارة بضرورة التناسب والملاءمة بين محتوى القرار والأسباب التي دفعت إلى اتخاذه، وهو ما يؤكد ممارسته لرقابة الملاءمة.

ولعل من أهم القرارات القضائية التي تبين مدى اختصاص القاضي الإداري بالرقابة على خطورة الوقائع وأهميتها. قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 1992/12/20، في قضية الوكالة الوطنية لعلم الآثار وحماية المعالم والمواقع التاريخية بالجزائر ضد والي ولاية الجزائر ومن معه.³ وقد توصل فيها القاضي إلى ما يلي:

"حيث أن الأشغال التي شرع فيها من طرف المستأنف عليهم، تكون مساسا خطيرا على التراث الحضاري الوطني، وخرقا فادحا لمقتضيات الأمر رقم 67-281، ولأنها جارية في مكان يقع داخل المسافة المحددة بالمادتين 22 و41 من الأمر المذكور أعلاه وهي 500 متر.

¹ وزارة العدل، ملتنقى قضاة الغرف الإدارية، المرجع السابق، ص 119.

² م.ع.غ.إ، "أر" ضد "و د" ملف رقم 22236 المؤرخ في 1981/07/11 سلسلة الاجتهاد القضائي، ص 196 وما بعدها.

³ م.ع.غ.إ، قرار رقم 101267، المحلة القضائية العدد 3/1994 ص 191.

... حيث أن مجلس قضاء الجزائر أصدر أمرا بتاريخ 1990/6/25 بتعيين خبير وأن المستأنف عليهم ورغم تعيين الخبير المذكور واصلوا الأشغال...

... حيث أن قاضي الدرجة الأولى لم يقدر خطورة الضرر الناتج عن هذه الأشغال، والصفة الإستعجالية لوقف هذه الأشغال التي تمس في حالة استمرارها بالقيمة التاريخية لهذه المواقع والمعالم الأثرية.

حيث أن المستأنفة تثير من جهة أخرى، بأن هذا القرار غير مؤسس من حيث أن الطلب لم يكن يتعلق بصحة أو قانونية رخصة البناء، ولكن يتعلق باتخاذ إجراء تحفظي يتطلبه جسامة الضرر والصفة الاستعجالية التي يكتسبها.

... حيث أنه كان يتعين على الجهة القضائية التي أصدرت الأمر المستأنف استخلاص نتائج قرارها الأول، وليس تقدير مدى صحة الرخص الإدارية المسلمة لصاحب المشروع.

وأنه في انتظار نتائج الخبير هناك حالة استعجالية قصوى لحماية الآثار ذات القيمة التاريخية بوقف الأشغال. وأن هذا الإجراء التحفظي الضروري يدخل بطبيعته في صلاحيات القاضي الاستعجالي.

أنه من جهة أخرى فإن الرخص الإدارية ونظرا لجسامة الخطر لا تضمن أي تجاوز أو توسع غير مقرر. وأن تقرير هذا الخطر على ضوء وضعية ما وتقدير الإجراء الواجب الأمر به يدخل في اختصاص قاضي الاستعجال.¹

¹ م.ع. غ، قرار رقم 101267، المحلة القضائية العدد 3/1994 ص 191 وما بعدها.

يستفاد من هذا القرار أن القاضي يتمتع بصلاحيه رقابة تقدير خطورة الوقائع وتناسبها ما يعني ممارسته لرقابة الملاءمة.

2- الرقابة على تقدير الإدارة لأهمية الوقائع وملاءمتها في النظام الإسلامي

رغم حداثة فكرة الملاءمة في القانون الفرنسي ، فقد عرفها النظام الإسلامي بدوره، وفرض الرقابة عليها. حيث أكدت تصرفات الإدارة في النظام الإسلامي في أكثر من موضع، على أن خطورة الوقائع وأهميتها من أهم دوافع وأسباب اتخاذ القرارات الإدارية، ومن العناصر التي تترخص الإدارة في تقديرها واختيار الحلول الملائمة لها.

في مجال تقدير أهمية الوقائع في عنصر السبب في القرار الإداري، ما يذكر عن الخليفة عمر، من تقييده لحرية التنقل وممارسة الشعائر الدينية إزاء المصلحة العامة، حيث ثبت أنه رأى امرأة مسلمة مجذومة، تطوف بالكعبة، وخشي انتقال العدوى منها إلى غيرها من المسلمين، فأمرها بالتزام بيتها لهذا السبب. وما كان من المرأة هذه إلا أن اقتنعت بمبرر الخليفة في إصداره قراره، وجلست في بيتها حرصاً على صحة المسلمين العامة.¹

ومن الآراء المهمة والجريئة في النظام الإسلامي، في تقدير خطورة وأهمية الوقائع، الوأي البصير والشجاع لرئيس السلطة الإدارية عمر بن الخطاب، الذي اتخذ مع نصارى بني ثعلب، والقاضي بإسقاط إسم الجزية عنهم.

فبنوا ثعلب هؤلاء عرب ذووا عدد و شوكة، ومواقع قبيلتهم كانت بالقرب من حدود الروم، وكانوا يأنفون من هذا العنوان "الجزية"، أي يكرهون أن يقدموا الجزية بهذا المصطلح ، محتجين على

¹ مصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، المرجع السابق، ص 478.

ذلك بأنهم عرب ولا ينبغي أن يؤدوا ما يؤديه العجم، وطلبوا أن يؤخذ ما يؤخذ منهم باسم الصدقة أي الزكاة ولو كانت مضاعفة. فاستجاب الخليفة لرغبتهم المتمثلة في إسقاط إسم الجزية عنهم وقبول ما يدفعونه إلى بيت مال المسلمين باسم الصدقة أو الزكاة، لما التمسه - في ذلك - من مصلحة مرجوة للإسلام و المسلمين ودفع لمفسدة عامة متوقعة.¹

فأما المصلحة المرجوة، فتتمثل في خضوع وإذعان هؤلاء القوم لحكم المسلمين ، وهي المصلحة المقصودة في قوله تعالى: " قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ".²

وتتمثل المصلحة المرجوة - أيضا- في حقنه دماءهم لما يعطوه من أموالهم وهم عرب - إذ لا عبرة بالإسم متى وضح المسمى - وأما المفسدة المتوقعة، فهي الخشية من التحاقهم بالروم والتحالف معهم ضد المسلمين، خاصة وأنهم قد أظهروا نيتهم في ذلك.³

ومن ذلك - أيضا- ما جاء في قرار الخليفة عمر رضي الله عنه، القاضي بمنع قائده أبي عبيدة بن الجراح وجيشه من إتمام المسير إلى بلاد الروم لأجل فتحها، لعدم ملاءمة الظروف لذلك.⁴ فقد عاين عمر رضي الله عنه، عدم ملاءمة في التقدير، وعلى أساس منها حكم بإلغاء التصرف.

¹ أبو عبيد، كتاب الأموال، المرجع السابق، ص 33-34، و ينظر: يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص146-216.

² سورة التوبة آية 29.

³ أبو عبيد، المرجع السابق، ص 33، و ينظر: يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص146 وما بعدها.

⁴ ينظر: محمد حميد الله، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، المرجع السابق، ص 469.

من ذلك يتبين أن الإدارة في النظام الإسلامي - كما هو حال الإدارة في ال نظام الإداري الفرنسي والجزائري- لا تكتفي بتقدير صحة الوقائع وتكييفها القانوني، بل لها أيضا سلطة واسعة في تقدير الخطورة المتولدة عنها، وبالتالي تقدير الإجراء الملائم والكفيل بمواجهتها، على أن سلطة الإدارة في هذا المجال ليست خالية من كل قيد، بل هي مقيدة باحترام مبادئ قانون الشرع وبالرقابة القضائية. لرد الإدارة إلى جادة الصواب وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم من تعسفها.

المطلب الثاني:

مجالات الملاءمة في ركن المحل والرقابة القضائية عليها

بعد أن تتحقق الإدارة من قيام الحالة الواقعية التي تبرر تدخلها، وبعد أن تكييفها التكييف القانوني الصحيح وتقدر الأخطار التي تنجم عنها، تتخذ الإجراء الذي يتناسب مع هذه الوقائع، و هنا تكمن معظم السلطة التقديرية للإدارة.¹ فالسلطة التقديرية بالنسبة لمحل القرار الإداري تتمثل في حرية اختيار السبب الذي يتناسب مع محل القرار الإداري.²

و يعتبر محل القرار الإداري الأثر الذي ينتج عنه مباشرة وفي الحال. وهو يعدّ بذلك جوهر القرار ومادته.³ ويتمثل هذا الأثر في إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها.⁴ ولكي يكون القرار الإداري صحيحا في محله، يلزم أن يكون هذا المحل جائزا قانونا . فالإدارة عندما تريد أن ترتب

¹ الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 65- 66 ، و ينظر: مؤلفه النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 62. وحمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 662.
Et voir: G.Peiser, Droit administratif, 14^{ème} éd, op.cit, p28.

² ينظر: عصام البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 464.

³ Eisenmann, Cour de Droit administratif, 1949-1950, p355.

مأخوذ عن: عصام البرزنجي، المرجع السابق ، ص 459

⁴ عصام البرزنجي، المرجع نفسه، ص 460.

أثراً قانونياً معيناً من خلال ما تصدره من قرارات، عليها أن تلتزم بالقواعد القانونية التي تصدر قراراتها بالإستناد إليها، فلا تخالفها أو تخرج على مقتضاها.¹

والذي يهّم هنا هو دراسة محل القرار الإداري والرقابة عليه في حال السلطة التقديرية للإدارة، وهي الحالة التي لا يحدد فيها القانون مسبقاً وبصفة صريحة محل القرار الإداري. وعموماً، تتوقف السلطة التقديرية للإدارة في اختيار محل القرار الإداري على موقف المشرع، ومدى الحرية التي يمنحها لها في تحديد الأثر الذي يترتب على صدور القرار الإداري، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:²

الحالة الأولى: أن يحظر المشرع على الإدارة تماماً اتخاذ قرار إداري يؤدي إلى ترتيب أثر قانوني معين، مثل تسليم اللاجئين السياسيين.

الحالة الثانية: أن يحدد المشرع سلفاً الأثر القانوني الذي يترتب على القرار الإداري، بحيث لا يدع مجالاً للإدارة للاختيار بين عدة حلول، وفي حالة مخالفة ذلك يعد قرار الإدارة غير مشروع ومشوباً بعيب مخالفة القانون.

الحالة الثالثة: أن يترك المشرع للإدارة قدراً من حرية التقدير؛ أي يمنحها حرية الاختيار بين أكثر من أثر قانوني يمكن ترتيب أي منه بصدد قرار إداري، فيكون قرارها مشروعاً إذا كان يتفق مع القواعد القانونية، بأن كان الأثر القانوني المترتب على القرار، من ضمن الآثار أو الحلول التي أجاز القانون للإدارة الاختيار من بينها. ومن أبرز الأمثلة على ذلك، العقوبات التأديبية التي يمكن توقيعها على الموظف العام في حالة ارتكابه جريمة تأديبية؛ إذ تملك الإدارة في حال ارتكاب أحدهم جريمة

¹ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 211.

² سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 212 وما بعدها.

تأديبية حرية الاختيار من بين عدة عقوبات متدرجة حددها المشرع، مع مراعاة أن تكون هذه العقوبة متناسبة مع الجريمة المرتكبة.

الحالة الرابعة: قد يتخلى المشرع تماما عن تقييد السلطة الإدارية، فيتجنب أن يحدد ما يمكن للإدارة أن ترتبه من آثار قانونية؛ إذ تستطيع الإدارة في هذه الحالة أن تحدد بجرية محل القرار الإداري الذي خولها القانون سلطة إصداره، على أساس أن كافة الحلول التي يمكن أن تختارها الإدارة تكون مشروعة قانونا. مثال ذلك، سلطات الإدارة المتعلقة بالضبط الإداري، حيث تملك الإدارة حرية اتخاذ الإجراءات، التي تراها ضرورية لحماية النظام العام إذا تعرض لأي تهديد.

وأخيرا، فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في إحداث الآثار القانونية لقراراتها الإدارية، ما دام المشرع لم يلزمها بترتيب أثر قانوني محدد لقراراتها، بما في ذلك حرمتها في التدخل من عدمه، واختيار الوقت الملائم للتدخل، وحقها في اختيار فحوى القرار الإداري ما دام المشرع لم يحدد لها ذلك سلفا. وعليه فإن سلطة تقدير الملاءمة بالنسبة لركن المحل تتجلى فيما يلي:

- حرية الإدارة في أن تتدخل أو تمتنع واختيار زمن التدخل.

- حرية الإدارة في اختيار فحوى القرار.

فما مدى حرية الملاءمة بالنسبة لهذين العنصرين وما مدى الرقابة القضائية عليهما؟

الفرع الأول:

حرية الإدارة في تقدير ملاءمة التدخل أو الامتناع واختيار زمن التدخل والرقابة القضائية عليها

تبين مما سبق، أن لكل تصرف إداري سبب يقوم عليه ويكون أساسه. فوجود السبب بشكل

أو بآخر من الناحية المادية أو القانونية، يسمح للإدارة أن تتخذ إجراء معين بقصد إحداث أثر قانوني

معين، لغاية تحقيق المصلحة العامة. وهذا يعني أن الإدارة بتحقيق أسباب واقعية أو قانونية تكون في موقف يتيح لها التصرف على أساس منه.¹

إذ أن هنالك ارتباطا وثيقا بين عنصري السبب والمحل، فالقانون عندما يتجه إلى تقييد سلطة الإدارة، بالنسبة لعنصر المحل ، فإنه يلجأ أيضا إلى تقييد سلطة الإدارة بشأن عنصر السبب وعلى العكس من ذلك؛ فالسلطة التقديرية بالنسبة لمحل القرار الإداري ، تتبع حرية اختيار السبب الذي يتوافق معه محل القرار. حتى أن جانب من الفقه عرف السلطة التقديرية ، بأنها تمتع الإدارة بحرية إجراء التناسب بين سبب القرار وأثره القانوني المتمثل في محله؛ وعلى العكس من ذلك فإن إختصاص رجل الإدارة سيكون مقيدا، إذا لم يكن متمتعا بهذه الحرية في إجراء التناسب بين سبب القرار وأثره.²

ففي الحالة الأولى يكون القرار بمثابة عملية منطقية تؤدي فيها المقدمات إلى نتائج، أما في الحالة الثانية يستحيل معرفة القرار قبل تدخل المختص بتطبيق القاعدة.³

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص442.

² عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص139-140.

³ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص215.

فمثلا إذا قرر القانون أن للإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة لحماية النظام العام من تهديد ما، فإنه يكون بذلك قد ترك للإدارة سلطة تقديرية في تحديد محل القرار الإداري، وتقدير أهمية الوقائع أو أسباب القرار الإداري، وذلك نتيجة عدم وجود تحديد قانوني بالنسبة للسبب والمحل في آن واحد. وعليه فإن الرقابة القضائية في هذا المجال تنصب على مدى التناسب والملاءمة بين سبب القرار ومحلّه، حيث يعمل القاضي الإداري أيضا على التأكد من أن القرار الإداري المبني على سلطة تقديرية، قد صدر وفقا لموجبات المصلحة العامة.

ففي مجال العقوبات التأديبية- مثلا- طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه الرقابة، من خلال مبدأ التناسب بين العقوبة والمخالفة التأديبية، بعد أن كان يرفض فرض رقابته على القرارات التأديبية التي تصدر عن الإدارة؛ على اعتبار أن تحديد العقوبة التي يستحقها الموظف، يعود للسلطة التقديرية للإدارة بدون معقب عليها في ذلك، وليس للقاضي أن يقدر خطورة الجزاء المتخذ بالنسبة للمخالفة المرتكبة،¹ إلا أنه عدل عن هذا الوأي، و أخضع القرارات التأديبية لرقابته إذ وصل إلى حد الرقابة على الملاءمة، حيث رفض طلب إلغاء العقوبة التأديبية، لعدم ارتكاب الإدارة لخطأ ظاهر في التقدير.² فهل تستطيع الإدارة على أساس تقديرها أن تختار بين أن تتدخل أو تمتنع عن التصرف، حتى لو توفرت الأسباب المبررة لتصرفها؟ وهل لها تقدير الوقت الملائم للتدخل؟ وما مدى الرقابة القضائية عليها في هذا المجال؟

أولا: حرية الإدارة في تقدير ملاءمة التدخل أو الإمتناع ورقابة القاضي الإداري عليها

إذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل إذا تحققت أسباب معينة، وأن تقوم بتصرف معين، فإن مجرد تحقق أسباب تجيز تدخل الإدارة لا يلزمها بالتدخل. وعلى هذا الأساس إذا قامت -

¹ C.E. 22 novembre 1967, administration générale de L'Assistance publique.

مأخوذ عن: سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص215.

² Voir: C.E. 9 juin 1978, Lebon, A. de Laubadère et J. Venezia et Y. Gaudemet, traité de droit administratif général, op.cit, p 697.

مثلا - اضطرابات أو قلاقل، فذلك لا يحتم على الإدارة التدخل بواسطة سلطات البوليس ، فقد ترى الإدارة أن تدخلها قد يزيد الوضع تأزما، وأن تلك القلاقل ستنتهي من تلقاء نفسها.¹

غير أنه في حالات أخرى تجد الإدارة نفسها ملزمة على اختيار التدخل، رغم عدم وجود نص يأمرها في هذا الشأن، فبالنسبة لمجال الضبط الإداري - مثلا- يستلزم لتدخل الإدارة ، وجود إضطرابات من شأنها أن تتسبب في تهديد حقيقي للنظام العام. وطبعا مهمة مجلس الدولة، أن يقدر من خلال ملف القضية ، ما إذا كانت الوقائع التي استندت عليها الإدارة تشكل هذا التهديد ، وأن الإجراءات التي اعتمدها الإدارة ضرورية بالفعل لحفظ النظام العام .² وهذا من خلال بحث مدى ملاءمة الإجراء الذي قامت به الإدارة مع الأس لبب الواقعية. فما مدى حرية الإدارة في التدخل أو الإمتناع في النظام الإداري الجزائري والنظام الإسلامي؟ وما مدى الرقابة القضائية؟

1- حرية الإدارة في تقدير ملاءمة التدخل أو الإمتناع في القانون الإداري الجزائي والرقابة القضائية عليها

يظهر هذا المجال كمحل لسلطة الإدارة التقديرية في قرارات عدة من إدارية وقضائية. يذكر منها، المرسوم التنفيذي رقم 213/97، الذي يتضمن تحديد رخصة البحث عن المحروقات الممنوحة للمؤسسة الوطنية سوناطراك، لمدة 5 سنوات في المساحة المسماة العوابد في تراب ولاية البيض.³

¹ الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص62-63.

² Yves Gaudemet, Traité de droit administratif, tome1, op.cit, p732.

³ مرسوم تنفيذي رقم 213/97 المؤرخ في 1997/06/09 ، ج. ر، عدد 41 سنة1997. ص08-09.

لقد كان في إمكان الإدارة الإمتناع عن تجديد رخصة البحث عن المحروقات غير أنها آثرت التدخل حسب ما جاء في المرسوم أعلاه، بأن جددت الرخصة للمؤسسة سوناتراك لتقديرها ملاءمة هذا التصرف للصالح العام.

فالقانون الإداري الجزائري، يسمح للإدارة بسلطات واسعة في ميدان تسليم الرخص المتعلقة باستعمال المال العام، إذ لها أن تتدخل كما يمكنها الإمتناع.¹

ومن قرارات القضاء الإداري في هذا المجال، القرار المؤرخ في 1965/12/3، الذي توصل فيه قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، إلى أن "السبب يجد تأكيداً له في تصرف المعني أمام لجنة التأديب ويكفي لتبرير العقوبة الصادرة ضده".²

فقد أيد القاضي الإداري ملاءمة تدخل الإدارة بعرض المعني أمام لجنة التأديب، رغم إمكانية الإمتناع، إذ ذلك من الملاءمات التي تتمتع الإدارة بسلطة تقديرها. فقد نص قانون الوظيف العمومي على عدم إمكانية معاقبة موظف إلا عند ارتكابه خطأ. ولكن عند ارتكابه له يجوز للسلطة الرئاسية ألا توقع عليه العقوبة.³ وعلى هذا الأساس يمكن القول أن حرية التدخل أو الإمتناع من مجالات السلطة التقديرية في إطار اختيار محل القرار الإداري.

لكن رغم ذلك، يبقى هنالك إشكال مطروح، وهو هل يمكن لامتناع الإدارة، أن يكون محل مساءلة قضائية؟

¹ رياض عيسى، "دعوى الإلغاء في الجزائر (دراسة مقارنة)"، مجلة الحقوق السنة 13 العدد 4 / 1989، ص 86.

² C.S.ch admi. 3 Déc1965. I /Contre / Etat, R.A.J.A.1979.p10

³ عبد العزيز الجوهري، الوظيفة العامة، المرجع السابق، ص 174.

مع أن الإدارة تتمتع بسلطة واسعة في التدخل أو الإمتناع، غير أنه قد يحدث أن يكون عدم تدخلها محلاً لمساءلة قضائية، وهذا في الحالات التي يتسبب فيها امتناعها، في الإضرار بحقوق وحرريات الأفراد. من أمثلة ذلك حالة ما إذا قدمت وعوداً لأشخاص معينين، وألحقهم ضرر بسبب عدم الوفاء بها.

مثاله القرار القضائي المؤرخ في 1989/02/25، الذي توصل فيه قاضي الغرفة الثانية بمجلس الدولة إلى ما يلي:

"حيث أن خيار بيع الأرض من عدمه يشكل إحدى صلاحيات الإدارة، وأن هذه الصلاحية تدخل في الإختصاص التقديري ... لا يمكن للقاضي سوى التحقق من أن الإدارة لم ترتكب خطأ يتعلق بالواقع أو بالقانون ، كما أنها لم تنحرف بالسلطة...

حيث أنه، وفي قضية الحال، فإن البلدية وبعد أن وعدت ببيع الأرض، قررت عدم الوفاء بوعودها مثلما تخول لها صلاحياتها ذلك. "حيث أن أخذ الإدارة لتعهدات اختارت عدم الوفاء بها يقيم مسؤولية هذه الإدارة، بحيث أن هذه التعهدات التي لم يتم الوفاء بها ألحقت ضرراً بمواطن والذي يجب إصلاحه."¹

¹ قرار غير منشور (فهرس 519) صادر عن الغرفة الثانية لمجلس الدولة. لحسين بن شيخ أث ملوياً، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 116 - 117.

و تبعا لذلك فقد أخذ القضاء الإداري الجزائري بمبدأ قبول التعويض ، عن الأضرار التي تنشأ عن تراخي الإدارة في اتخاذ قرار كان من الملائم اتخاذه ، بموجب ما تتمتع به من سلطة تقديرية. وهو نفس المبدأ الذي أخذ به - أولا- مجلس الدولة الفرنسي.¹

من أمثلة ذلك، قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2003/3/11، في قضية (بلدية آرزيو) ضد (م.خ)²، وتتمثل الوقائع في حادث تكهرب طفل، كان يلعب بالقرب من عمود كهربائي، تركته البلدية بدون صيانة، ودون أخذ الإحتياطات اللازمة لتفادي مثل هذه الحوادث. وقد جاءت أسباب القرار كما يلي:

"حيث أن الإبن القاصر للمستأنف عليها تعرض لحادث التكهرب من عمود كهربائي متروك قرب المكان الذي يلعب فيه الأطفال...

حيث أن القرار المستأنف حَمَل البلدية مسؤولية الحادث، بحجة أنها تتكلف بالصيانة بكل الأجهزة المتواجدة في بلديتها طبقا لقانون البلدية.

حيث أن المستأنفة (البلدية) تنازع القرار المستأنف، في كونه لم يذكر أي نص قانوني اعتمد عليه ...

حيث أن المستأنفة تعترف ضمنيا بأن الكابل الكهربائي المعد للإنارة في شوارع المدينة تابع لها، ولم تنف تملكه.

¹ Voir: **Waline**, le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, op.cit, p221

² قرار غير منشور (فهرس 199) صادر عن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة. لحسين بن شيخ أث ملويا ، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص43-44.

حيث أن رئيس المجلس الشعبي البلدي ملزم بالسهر على سلامة الأملاك والأشخاص، وكان عليه اتخاذ الاحتياطات اللازمة من أجل إزالة مفعول العمود وعدم تعريض المواطنين للخطر.

وأنه لعدم تقديم عامل إعفاء أو تخفيف المسؤولية، فإن المسؤولية عن الضرر المتسبب فيه تقع بكاملها على عاتقه (أي المجلس الشعبي البلدي)، وبالتالي فإن القرار المستأنف حكم على المستأنفة عن صواب بتعويض الضرر اللاحق بالطفل بسبب إهمال المستأنفة..."

ومن أمثله - أيضا - قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2004/01/06 في قضية ورثة (م أ) ضد (بلدية بوهليات باتنة)¹، وتتمثل الوقائع في أنه من جراء تساقط الأمطار، تكونت بركة مياه بالمكان المسمى العذبة البيضاء، ببلدية بوهليات، حيث بلغ طول البركة حوالي مائة متر وعرضها ستون مترا، وعمقها متران ونصف وشكلها شبه دائري.

أراد الضحية السباحة داخلها فغرق، فرفع ذوي حقوق الضحية دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء باتنة، مطالبين بالتعويض، والتي قضت برفض الدعوى لعدم التأسيس.

رفع ذوي الحقوق إستئنافا ضد القرار أعلاه أمام مجلس الدولة، الذي قضى بإلغاء القرار المستأنف والتصريح من جديد بمسؤولية البلدية، وقد سبب قراره كما يلي:

"حيث أن هذه البركة كونها مملوءة بالمياه وتجلب الشباب لاسيما في وقت الحرارة، كان من الواجب أن تكون محل حراسة من طرف البلدية، أو على الأقل كان على هذه الأخيرة أخذ كل الإحتياطات من أجل تفادي هذه الحوادث، مع العلم بأنه حسب الصورة الفوتوغرافية، فهذه البركة تشبه بحيرة صغيرة، وكان عليها مثلا وضع سياج حول هذه البركة لمنع السباحة فيها.

¹ قرار غير منشور (فهرس 47) صادر عن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة. لحسين بن شيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 36-37.

حيث أن البلدية بعدم أخذها لكل التدابير الوقائية، جعلت مسؤوليتها قائمة، وبالتالي فقضاء مجلس قضاء باتنة لما قرروا بأنه لا توجد علاقة سببية بين الحادث ومسؤولية الإدارة، أخطئوا في تقدير الوقائع وفي تطبيق القانون، وبالتالي يتعين إلغاء القرار المستأنف، وفصلاً من جديد التصريح بقيام مسؤولية البلدية عن هذا الحادث.

من خلال ما تقدم يستنتج أنه رغم تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في التدخل أو الامتناع، غير أنه يمكن أن يكون عدم تدخلها في كثير من الأحيان محل مساءلة قضائية، إذا كان فيه مساس بالحقوق والحريات العامة للأفراد.

2- حرية الإدارة في تقدير ملاءمة التدخل أو الإمتناع في النظام الإسلامي

كما هو شأن القانون الإداري الجزائري، فإن قيام أسباب معينة، لا يلزم الإدارة في النظام الإسلامي بالتدخل، ذلك أن تدخلها أو امتناعها مرهون بتحقيق الصالح العام. وعليه قد تمتنع مثلاً الإدارة- في النظام الإسلامي- عن تأديب العاملين أو الموظفين العاملين بالدولة رغم توافر سبب العقوبة التأديبية، وذلك حرصاً منها على الصالح العام.

مثاله امتناع الخليفة عمر بن الخطاب عن عزل معاوية بن أبي سفيان وعمرو بن العاص مع كل ما وصله عنهم من شكاوى، وذلك حرصاً منه على صالح المسلمين.¹ فقد رأى رضي الله عنه بحسه التقديري العالي، أن كفاءتهم في القيادة والإدارة تطغى وترجح على أي خطأ قلموا به حتى ولو كان مستوجبا العقوبة التأديبية كالعزل.

¹ ينظر: منير العجلاني، عبقرية الإسلام في أصول الحكم، ط1 1405هـ/ 1985م دار النفائس بيروت ص 225.

وفي خلافة عمر بن عبد العزيز وغيره كثير من الخلفاء كان الأمر مختلفا، حيث دعت المصلحة العامة، إلى اتخاذ قرارات إدارية، تقضي بعزل بعض العمال عن مناصبهم تأديبا لهم، ثم ظهر جليا عدم ملاءمتهم وصلاحتهم للمناصب التي قلدوا فيها. وعليه فإن التقدير الإداري يختلف لاختلاف الظروف والمصالح، وهذا يفسر سبب اختلاف القرارات الإدارية في المسألة الواحدة من زمن لآخر.

وشبيه من هذا التصرف ما فعله الخليفة علي بن أبي طالب من غضه البصر عن أخطاء بعض رجاله وأعوانه حتى يفرغ من أعدائه في الخارج، وكان امتناعه في هذه الحال عن اتخاذ إجراء ما ضدهم هدفه تحقيق مصلحة الدولة العليا وسلامتها.¹

مما سبق، يتبين مدى مراعاة الإدارة في النظام الإسلامي للصالح العام، والذي على أساسه تقدر تدخلها أو امتناعها عن التدخل، وهو نفس المعيار الذي ت ضبط الإدارة في القانون الإداري الفرنسي والجزائري من خلاله تصرفاتها. وبعبارة أخرى يمكن القول أن حرية الإدارة في النظام الإسلامي في تقدير ملاءمة التدخل أو الإمتناع، هو أحد مجالات السلطة التقديرية للإدارة في إطار اختيار محل قرارها، غير أنه مشروط بقيد الصالح العام وعدم التعدي.

وعليه يمكن أن يتدخل القضاء، ويقوم بإلجبار الإدارة على التراجع عن قرار قامت باتخاذها إذا كان متعلقا بحقوق الأفراد. ومن أمثلته إلغاء القضاء لقرار رئيس السلطة الإدارية عمر بن الخطاب رضي الله عنه، القاضي بترع ملكية العباس بن عبد المطلب للمنفعة العامة، المتمثلة في توسيع مسجد النبي صلى الله عليه وسلم. وقد أكد القاضي في هذه القضية، أن إلغاء قرار نزع الملكية مؤقت، وأن تنفيذ عمر لقراره الإداري لا يجوز أن يكون غصبا، بل هو مشروط بتقديم عمر تعويض مناسب وعادلا

¹ عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة المرجع السابق، ص 269.

لصاحب الدار المتزوع ملكيتها . فها كان - في الأخير- من العباس بن عبد المطلب إلا أن قدم داره راضيا، بعد أن عوضه عمر عنها بدار أوسع منها في مكان آخر.¹

ثانيا: حرية الإدارة في اختيار زمن التدخل ورقابة القاضي الإداري عليها

الأصل هو تمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت إصدار قراراتها، لائحية كانت أو فردية. فإذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل خلال فترة معينة، فإنها حرة في اختيار وقت تدخلها ، حتى ولو كانت ملزمة أصلا بإصدار القرار أو بإصداره على نحو معين، لأن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده مقدما في معظم الحالات، وعليه يترك تحديده للإدارة لترخص في اختياره على ضوء خبرتها وتقديرها لما يلائم الصالح العام.² فهل تملك الإدارة الحرية الكاملة بالنسبة لاختيار وقت اتخاذ قراراتها؟

وضع الفقيه **Waline** قاعدة استخلصها من قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، تتمثل في أن حرية الإدارة في اختيار وقت إصدار قراراتها ، تختفي في حالة الضرورة **cas d'urgence**. وفي هذه الحالة يجب أن تتخذ السلطة الإدارية الإجراء الملائم في الحال، دون تماطل أو تراخٍ. كما تختفي أيضا في حالة ما إذا كان الإجراء منصوصا عليه في القانون.³

¹ **الطماوي**، عمر بن الخطاب و أصول السياسة والإدارة الحديثة، المرجع السابق، ص 115. وينظر: ابن سعد، الطبقات الكبرى، المرجع السابق، ج3 ص283.

² **الطماوي**، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 64، وينظر: **حمدي ياسين عكاشة**، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 663.

Et: **A. de Laubadère et Y. Gaudemet**, Traité de Droit administratif, op.cit, p581. Et voir: **E.S.Laso**, Traité de droit administratif, op.cit, p410.

³ **Waline**, le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, op.cit, p221

فقد أعلن القضاء الإداري الفرنسي مسؤولية الإدارة ، إذا تأخرت عن تنفيذ القانون، وترتب عن هذا التأخر ضرر. وبالتالي يستطيع القاضي أن يحكم بالتعويض على تأخر الإدارة المبالغ فيه في تنفيذ القانون، باعتبار أن ذلك يشكل خطأ مرفقيا تكون الإدارة مسؤولة على أساسه، إذا تسبب هذا التأخر في إلحاق ضرر.¹ فما هي حدود السلطة التقديرية في اختيار زمن التدخل في ال قانون الإداري الجزائري والنظام الإسلامي؟.

1- رقابة القضاء الإداري الجزائري على اختيار زمن التدخل

تتمتع الإدارة في النظام الجزائري بسلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت تدخلها، على أن تكون حريتها - كما هو حال القانون الفرنسي - مقيدة بالصالح العام من جهة، وبعدم الإضرار بحقوق الأفراد وحريةهم من جهة أخرى. ولقد تضمن القضاء الإداري الجزائري قرارات عدة، تبيّن الحدود التي وضعها القضاء على سلطة اختيار الوقت المناسب لقراراتها. من بينها القرار القضائي المؤرخ في 1979/01/20، في قضية (ب س) و (س م) ضد وزير العدل والداخلية ووالي ولاية الجزائر،² وقد جاء في حيثياته ما يلي:

"... وإن كان من حق السلطة الإدارية أن تقدر شروط ذلك التنفيذ، ولها الحق في التأجيل، ما دامت أنها ترى بأنه يوجد خطر على النظام والأمن، فإن الضرر الذي يمكن أن ينتج من هذا

¹ C. E, Syndicat general de defense des grands Vins de la Côte- d'Or, 1937.

و في هذه القضية أعلن القضاء أنه إذا كان للإدارة أن تؤجل تنفيذ القانون لمدة سنة كفترة انتقال ، إلا أن هذا الأجل يجب أن يكون معقولا، وإلا كانت الإدارة مسؤولة. مأخوذ عن: عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص450.

² H. Bouchahda et R. Khelloufi, Recueils d'arrêts de la jurisprudence administrative, p199-200.

الرفض، لا يمكن النظر إليه كعبء يفرض على المعني إذا امتدت تلك الوضعية لما يزيد عن الميعاد الذي يجب فيه على الإدارة عادة ممارسة نشاطها تبعاً للظروف.

يتضح من هذا القرار أن اختيار الزمن المناسب للتدخل ، يعد أحد مجالات سلطة الإدارة التقديرية، وهذا طبعاً مع مراعاة الحدود التي ذكرها القانون إن وجدت ، فإن تخلف القانون عن ذكرها فالصالح العام وعدم الإضرار بالغير هلم معياراً تصرف الإدارة في هذا المجال.

بيد أنه رغم تمتع الإدارة بسلطة اختيار زمن تدخلها، إلا أنه يمكن أن يكون تباطؤها في اتخاذ قرار كان من المناسب اتخاذه محل مساءلة قضائية، إذا كان يشكل إضراراً بالحقوق والحريات العامة للأفراد، أو حالة الضرورة.

من ذلك قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى المؤرخ في 1989/02/25، وقد جاء فيه ما يلي: "متى كان من المقرر قانوناً، أن الدولة تقوم على مستوى الشبكة الهيدروغرافية، بإنجاز منشأة التنظيم والتعديل والمعايرة والحجز، وتسوية المرتفعات الخاصة بالفيضان، قصد حماية الإقتصاد الوطني والأشخاص وممتلكاتهم، من مخاطر الأضرار التي تحدثها المياه، ومن ثم فإن حدوث فيضانات أدت إلى خسائر مادية، دون أن تقوم بمنعها أو على الأقل بتوقعها والعمل على تجنبها بجميع أشغال الصرف الضرورية، لا يعد قوة قاهرة ويجعل مسؤولية الإدارة قائمة"¹.

لقد حمّل الطاعن في هذه القضية الإدارة مسؤولية حدوث فيضانات، بسبب عدم تدخلها في الوقت الملائم، واتخاذها الإحتياطات اللازمة بأشغال صرف المياه، لتجنب ما أحدثه الفيضان من خسائر مادية.

¹ م ع، غ، إ، ملف رقم 56392، المؤرخ في 1989/02/25، المجلة القضائية، العدد 4/1990، ص 193 وما بعدها.

وبناء عليه، فإن حرية الإدارة في اختيار وقت إصدار قراراتها، تختفي في حالة الضرورة، وحالة المساس بحقوق وحرية الأشخاص، إذ تكون الإدارة في هذه الحالة ملزمة أن تتخذ الإجراءات الملائم في الحال ودون تماطل أو تراخ، وهذه نفس القاعدة التي استخلصها الفقيه *Waline* من قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

2- حرية الإدارة في اختيار زمن التدخل في النظام الإسلامي والرقابة عليها

إن اختيار اللحظة المناسبة التي يصدر فيها القرار الإداري، تعتبر عاملا هاما في نجاح القرار أو فشله، ومن هنا ينبغي على الإدارة أن تحسن توقيت قرارها الذي تصدره،¹ وفقا لما تتمتع به من سلطة تقديرية في ذلك. ويعتبر اختيار زمن القرار الإداري، كما هو الحال بالنسبة للقانون الإداري أحد المجالات التي تتمتع الإدارة فيها بسلطة تقديرية، إذ على أساس منه لها أن تتخذ القرار أو تمتنع عنه تحقيقا للصالح العام.

من أمثلة ذلك في النظام الإسلامي، ما ثبت عن الخليفة عمر رضي الله عنه، من أنه أصدر قرارا يقضي بمنع قائده أبي عبيدة وجيشه من فتح الإمبراطورية الرومانية، وتأجيل ذلك لمدة سنة، إلى حين تسمح ظروف المسلمين ويتوافر الوقت الملائم لذلك.

وكان نص الرسالة التي بعثها الخليفة عمر إلى أبي عبيدة كالاتي: "... وذكرت أنك وجهت الخيول نحو البلاد التي فيها ملك الروم وجموعهم، فلا تفعل، وابعث إلى خيلك فاضممها إليك، وأقم

¹ مصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، المرجع السابق، ص 401.

حتى يمضي هذا الحول، ونرى من رأينا (أي نقدر ما نفعل)، ونستعين بالله ذي الجلال والإكرام على جميع أمورنا والسلام.¹

من هذا المثال يتضح أن عامل الزمن يعد أحد العناصر أو المجالات المهمة في ركن المحل في القرار الإداري. إذ أن محل القرار الإداري لا يمكنه أن ينتج آثاره، إلا في الوقت المناسب لإصدار القرار.

ومن القضايا التي مارس فيها القضاء الإداري الإسلامي رقابته على زمن التدخل قضية سمرقند المشهورة - السابق ذكرها- حيث أن قرار التدخل جاء قبل انتهاء مدة الإنذار الممنوحة لأهل سمرقند، مما أعطى القضاء دافعا أقوى لإلغاء القرار.

بناء على ما تقدم، يبرز توافق القانون الإداري الجزائري والنظام الإسلامي مع القانون الفرنسي، في اعتبار تدخل الإدارة أو امتناعها وزمن التدخل من المجالات التي تمارس الإدارة من خلالها حرية تقدير الملاءمة في إطار محل القرار الإداري، وكل هذا في حدود الصالح العام وما يسمح به القانون بمعناه العام، إضافة إلى ضمانات الرقابة القضائية.

الفرع الثاني:

حرية الإدارة في اختيار فحوى قرارها والرقابة القضائية عليها

¹ محمد حميد الله، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، المرجع السابق، ص 469. وينظر: الشريف محمد الحسيني القناوي، إدارة الفاروق عمر رضي الله عنه، المرجع السابق، ص 73-74.

إذا لم ينص المشرع على نوع القرار الذي يجب اتخاذه وفحواه، فالإدارة حرة في أن تضمن قرارها الأثر أو الفحوى الذي تريده، شريطة أن يكون هذا الأثر ممكنا وجائزا قانونا.¹ فما مدى حرية الإدارة في اختيار فحوى قرارها في النظام الإداري الجزائري وفي النظام الإسلامي؟

أولا: حرية الإدارة في اختيار فحوى القرار في النظام الجزائري والرقابة القضائية عليها

إن تخلف القانون الإداري الجزائري عن تحديد فحوى القرار الإداري، هو ترخيص منه للإدارة بممارسة حرية تقدير الملاءمة. أي إختيار المحل أو الأثر الذي يتناسب مع متطلبات الصالح العام. من أمثلة ذلك يُذكر، المرسوم رقم 230 /90، المؤرخ في 25 جويلية 1990 الذي يحدد أحكام القانون الأساسي الخاص بالمناصب والوظائف العليا في الإدارة المحلية، ونص مادته 09 كالآتي: "يكون التعيين في الوظائف العليا التابعة للإدارة المحلية، حسب تقدير السلطة التي لها صلاحية التعيين".²

وهذا معناه تمتُّع سلطة التعيين بصلاحيات تقديرية واسعة، في تعيين الموظفين التابعين للإدارة المحلية، من بين عدة أشخاص مؤهلين لذلك؛ أي لها حرية اتخاذ قرارها من بين عدة قرارات كلها مشروعة، فالنص القانوني أعلاه قد احتفظ للإدارة بحرية أن تضمن قرار التعيين الأثر الذي تريده.

غير أن ذلك لا يعني أن تخلو السلطة التقديرية في هذا المجال من كل قيد، إذ لابد من مراعاة الجانب التكويني في اختيار هؤلاء الموظفين وتعيينهم؛ كالمهارات الفردية والإدارية والسياسية التي تلاؤم

¹ الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 66. وينظر مؤلفه: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع

السابق، ص 68.

² ج ر ، العدد 31 / 1990 ص 1033 - 1034.

هذه المناصب والمعرفة التامة بشؤون الإدارة المحلية، وكذا طبيعة النشاط الإداري الذي يقومون به، والإحاطة بكل السلطات والصلاحيات الممنوحة لهم في هذا الشأن.¹

فعلى سبيل المثال فإن السلطة المختصة بإجراء التعيين في منصب والي، -والمثلة في رئيس الجمهورية-، تملك السلطة التقديرية اللازمة لترجيح الشخص المناسب من بين المرشحين لهذا المنصب، من ضمن الفئات التي ينصّ عليها القانون، فهذه السلطة التي تتمتع بها أصيلة تقرّها التشريعات والأعراف، ولكن لا بد من مزاوتها وممارستها في حدود ما يسمح به القانون.²

والأمر نفسه يسري على عملية التعيين في الوظائف المدنية والعسكرية في الدولة، الذي يحدّد أحكامه المرسوم الرئاسي رقم 240 /99،³ حيث يتمتع رئيس الجمهورية بسلطة تقديرية في اختيار الشخص الملائم لهذا المنصب من ضمن الفئات المنصوص عليها من قبل القانون، ويتم ذلك باقتراح من رئيس الحكومة.

ومن أمثلة رقابة القضاء الإداري الجزائري لفحوى القرار الإداري، قرار قاضي الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى المؤرخ في 12/7/1986، في قضية (ش ع) ضد والي ولاية سطيف ووزير الداخلية، المتعلقة بالطعن لتجاوز السلطة ضد قرار والي ولاية سطيف، الذي يتضمن مصادرة حرية الصناعة، حيث قضى بغلاق محل الطاعن لدواعي الأمن والنظافة.

¹ ينظر: بلفتحى عبد الهادي، المركز القانوني للوالي في النظام الإداري الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع المؤسسات السياسية والإدارية، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، 2010-2011، ص15.

² بلفتحى عبد الهادي، المركز القانوني للوالي في النظام الإداري الجزائري، المرجع نفسه، ص17.

³ المرسوم الرئاسي رقم 99-240، المؤرخ في 27/10/1999، الذي يحدّد التعيين في الوظائف المدنية والعسكرية للدولة، الجريدة الرسمية العدد 76 المؤرخة في 31/10/1999.

وقد جاء في حيثيات القرار ما يلي: ... وبمقتضى المرسوم رقم 34-76 المؤرخ في 1976/02/20 المتعلق بالعمارات الخطيرة وغير الصحية والمزعجة، ولا سيما المادة 35 منه.¹

حيث أن هذه المادة تنص على: " يجب على الوالي قبل القيام بأي متابعة أمام الجهات القضائية أن يبعث بإنذار إلى مالك أو مدير أو مسير لمؤسسة المصنفة الذي لم يراع قوانين الوقاية والحماية التي تخضع إليها مؤسسته، يدعوه فيه إلى أن يستجيب لأجل لا يتعدى الثلاثة أشهر لجميع الإجراءات المعدة ضرورية للأمن والنظافة والصحة العمومية".²

وحيث أنه وبتاريخ 1984/2/24 قامت الشرطة المحلية وبدون إعدار مسبق بغلق المحل تنفيذاً لمذكرة من والي ولاية سطيف. وأن هذا الأخير تجاوز بالتالي سلطاته تجاوزاً واضحاً عندما خرق مقتضيات المرسوم آنف الذكر. وأنه ليتعين بالتالي إبطال القرار الضمني، المتضمن رفض الطعن الإداري المسبق المرفوع إلى وزير الداخلية.

يستفاد من هذا القرار أن ال قاضي الإداري، قد أقرّ تمتع الإدارة بسلطة تقدير واختيار الإجراءات الملائمة والضرورية، لحفظ الأمن والصحة العمومية، لكن ذلك مشروط باحترام تطبيق الشرط المنصوص عليه في مادة المرسوم، والمتعلق بالمدة الممنوحة لمسير المحل للاستجابة للإنذار المسبق، والمحددة بـ "ثلاثة أشهر"

¹ ج ر، العدد 1976/21 ص 287.

² م.ع.غ.إ. قضية (ش ع) ضد (والي "س" و وزير "د")، الموضوعة تحت ملف رقم 46723، المجلد القضائي العدد 1990/4، ص 162 وما بعدها.

بناءً عليه، فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار فحوى قراراتها، وأن هذه الحرية ليست مطلقة، بل هي خاضعة على الدوام لرقابة القاضي، على مدى صحة الفحوى الذي اختارته، ومدى ملاءمته للصالح العام.

ثانياً: حرية الإدارة في اختيار فحوى قراراتها في النظام الإسلامي

من مجالات الملاءمة في ركن المحل في القرار الإداري إختيار فحوى القرار، أي المحل الذي يتلاءم مع الصالح العام للمسلمين، ويصطلح عليه في الفقه الإسلامي "بما يحتمل وجوهاً عدة."¹

من أمثلة حرية الإدارة في اختيار فحوى قراراتها في النظام الإسلامي، ما جاء في التخيير بين الخصال الخمس في حق الأسرى، وهي القتل، والإسترقاق، والمن، والفداء، والجزية. إذ تختار الإدارة من بين هذه الأمور ما يتلاءم مع الصالح العام للمسلمين.² أي لها سلطة تقديرية في اختيار الفحوى أو الأثر المناسب الذي تبتغيه من قراراتها.

و من ذلك - أيضاً - سلطة الإدارة في اختيار الولاية والقادة، كاختيار أبي بكر الصديق رضي الله عنه لخالد بن الوليد لقتال المرتدين والروم بالشام وتأميره العراق.³ واختيار عمر بن الخطاب

¹ يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص74.

² القرافي، الفروق، دون ذكر طبعة، دار المعرفة، ج3 ص16، وفي هذا الموضوع ينظر: ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، تقديم عبد السميع حباري، ط سنة 1990، دون ذكر دار نشر، ص58، ونادية محمود مصطفى، العلاقات الدولية في الإسلام وقت الحرب، ط1 سنة 1996م، المعهد العالمي للفكر القاهرة، ص108 وما بعدها.

³ ابن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دون ذكر طبعة، دار الكتب العلمية بيروت ج2 ص142-143، ومحمد أبو صوفة، ومضات من حياة الصحابة، دون ذكر طبعة، دار الشهاب باتنة الجزائر ص16-17، وينظر: ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق علي محمد الجاوي، ط 1412هـ/1992م، دار الجيل بيروت المجلد الثاني ص252.

للنعمان بن مقرن لقيادة جيوش المسلمين في قتال الفرس، واختياره لسعد بن أبي وقاص - بطل القادسية - وتأميره إياه للجيش المتجه لقتال الفرس.¹

فاختيار الإدارة للقادة والولاة في -النظام الإسلامي- من بين عدة أشخاص مرشحين لذلك،² يعني أن الإدارة تتمتع إزاء ذلك بسلطة تقديرية، في اختيار فحوى قرارها من بين قرارات عدة كلها مشروعة، أي لها وحدها تقدير الشخص المناسب، وبمعنى آخر اختيار المحل الذي تقدر ملاءمته للصالح العام.

ومن الأمور التي تحدث وجوها عدة، ما ذكره الفقه فيما يتعلق بالأرض المفتوحة. فإما أن تختار الإدارة وقفها على المسلمين، أي إبقاء رقبتهما في يد أهلها يزرعوها ويستغلونها ويدفعون عنها خراجا، يكون موردا للنفقات على المصالح - كما فعل عمر رضي الله عنه - أو تختار قسمتها على الفاتحين إن رأيت المصلحة في ذلك.³ فالإدارة ملزمة بأن تختار وفق تقديرها من بين هذه الأمور ما تراه موافقا للمصلحة العامة، أي ينبغي لها اختيار المحل أو الأثر الأكثر ملاءمة.

ومن أمثله أيضا تمتع الإدارة في النظام الإسلامي، بسلطة تقديرية في اختيار وسيلة نزع الملكية قصد إنجاز مشروع، والمساحة التي تحتاج إلى نزعها. غير أن ذلك مشروط - كما تقدم في قضية نزع الخليفة عمر للملكية العباس بن عبد المطلب - بتقديم التعويض العادل للشخص الذي انتزعت ملكيته، وعدم التعدي.

من خلال هذه الأمثلة يتبين مدى توافق النظام الإسلامي والقانون الإداري الجزائري، في أن اختيار فحوى القرار يعدّ أحد مجالات السلطة التقديرية، وهو مضبوط بالصالح العام وضمانة الرقابة القضائية.

¹ ابن الأثير، المرجع السابق، ج 5 ص 323، وينظر: محمد أبو صوفة، المرجع السابق، ص 137.

² ينظر: منير العجلاني، عبقرية الإسلام في أصول الحكم، المرجع السابق، ص 237.

³ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 10 ص 611، وينظر: يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 75-198.

الباب الثاني:

قاضي الملاءمة حامي الحقوق والحريات العامة

إنّ السلطة التقديرية أشبه بالحرية التي قد تنقلب إلى هوى وتحكّم إذا لم ترسم لها حدود وتوضع عليها القيود، والهدف من الحدود والقيود ليس شل هذه السلطة أو تلاشيها وإنما هو تفادي التحكم الإداري الذي يشوب ممارستها.

و الرقابة القضائية هي بلا شك الضمانة العامة للأفراد في حال تجاوزت الإدارة حدود وظيفتها، أو تعسفت في استخدام سلطتها فاعتدت على حقوقهم وحرّياتهم. غير أن تنظيم الرقابة القضائية قد لا يكون دقيقاً أو كاملاً، والنتيجة أن تفقد هذه الضمانة من أهميتها بقدر ما يتصف به تنظيمها من تخلف.¹ وعليه، في سبيل تحقيق نقطة التوازن بين حرية تقدير الملاءمة الإدارية التي يتطلبها النشاط الإداري وبين الحفاظ على الحقوق والحريات العامة للأفراد، أخذ القاضي يوسّع نطاق رقابته تدريجياً لوصول إلى رقابة الملاءمة التي كانت محظورة على القاضي الإداري سابقاً، حيث بدأها بالرقابة على الضبط الإداري والقرارات التأديبية، لتتوسع بعد ذلك وتشمل كل القرارات الإدارية.

لكن هل تطور رقابة القاضي الإداري يعني أنه تحول من قاضي مشروعية إلى قاضي ملاءمة، أم أن الملاءمة لا تعدو أن تكون مجرد مجال من مجالات الرقابة على المشروعية؟

لمعرفة طبيعة القاضي الإداري و تقدير التأثير الحقيقي الذي يمارسه على عمل الإدارة، لحماية الحقوق والحريات العامة، سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين، حيث يتناول في الفصل الأول: القاضي

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص "ج" مقدمة الكتاب

الإداري هو قاضي ملاءمة الإجراءات الإدارية، وفي الفصل الثاني: آليات الرقابة القضائية الحديثة على ملاءمة القرارات الإدارية وحماية الحقوق والحريات العامة.

الفصل الأول:

القاضي الإداري هو قاضي ملاءمة الإجراءات الإدارية

إنّ تطوّر مجالات النشاط الإداري، واتساع السلطة التقديرية للإدارة تبعاً لذلك، وهذا على حساب حقوق الأفراد وحرياتهم في كثير من الأحيان، جعل القاضي الإداري يجتهد لتحقيق التوازن بين مقتضيات النشاط الإداري وحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد؛ والتدخل برقابة أكثر فاعلية،¹ بهدف الحدّ من حرية الإدارة وتوغلها، بما يمنع استبدادها وتعسفها في استعمال سلطتها، ويدفع احتمال تمييزها أو محاباتها لطرف على حساب طرف آخر.²

حيث ذهب إلى نطاق أبعد من مجرد الرقابة على الوجود المادي للوقائع و التكييف القانوني للوقائع، ليهتم بمحتوى القرار الإداري، ويتخذ خطواته الهامة والجرئية بخصوص الرقابة على الملاءمة. غير أنّ هذا التطوّر في رقابة القاضي الإداري دفع الفقه إلى التساؤل حول طبيعة القاضي الإداري، هل هو قاضي مشروعية، أو قاضي ملاءمة؟

للإجابة على هذا الإشكال سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث يتم في المبحث الأول مناقشة المحادلات الفقهية في هذا الشأن. وفي المبحث الثاني الواقع القضائي لقضاء الملاءمة

¹ يظن: براهيم سهايم، التصريح بالمنفعة العمومية في نزع الملكية، المرجع السابق، ص 156.

² ينظر: عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 647.

المبحث الأول:

المجادلات الفقهية

تعكس المجادلات الفقهية التنازع بين مبدئين ، أولهما مبدأ الفصل بين الإدارة العاملة والقضاء الإداري، وثانيهما المبدأ الذي بمقتضاه تتم محاكمة الإدارة ، ويقيم نظريته على أن القاضي الإداري هو الرئيس الأعلى للإدارة. وحسب ما يُسلط الضوء على أي من هذين المبدئين، تظهر رقابة القاضي الإداري، إما كرقابة قضائية بحتة، بمعنى أن القاضي الإداري يقف عند حد دراسة المسائل القانونية البحتة، أو تأخذ الرقابة طابع التدرج الرئاسي من خلال رقابة القاضي الإداري على أعمال الإدارة.¹ فما مدى صحة كل واحدة من هاتين ال نظريتين، وما موقف القضاء الإداري الجزائري وال نظام الإسلامي منها؟

للإجابة على هذا الإشكال، س يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث يتم في الأول التطرق إلى نظرية الرقابة القضائية البحتة، وفي الثاني: نظرية القاضي الإداري هو الرئيس الأعلى للإدارة.

المطلب الأول:

نظرية الرقابة القضائية البحتة

تقوم هذه النظرية على فكرة مؤداها ، أنه يتعين على القاضي الإداري أن يقول كلمته في مشروعية أعمال الإدارة دون التعرض لملاءمتها، لأنّ الملاءمة ينبغي أن تحجز للسلطة التقديرية للإدارة. ويجب على القاضي أن يحترم حرية الإختيار التي تتمتع بها الإدارة ، ولا يجوز له أن يعتدي على مجالها، فالهدف من عمل كل منهما يختلف عن الآخر؛ فالإدارة حينما تتصرف يكون هدفها المصلحة العامة،

¹ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص74.

أما القاضي حينما يحكم فيتعين عليه أن يضع نصب عينيه مصلحة العدالة وحدها، التي تتمثل في تطبيق القاعدة القانونية.¹ فما هي الاعتبارات التي استند عليها مؤيدو نظرية الرقابة القضائية البحتة؟

للإجابة على هذا الإشكال سيتم التطرق إلى مضمون نظرية الرقابة القضائية البحتة (الفرع الأول) ، وتقديرها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مضمون نظرية الرقابة القضائية البحتة

يؤسس مؤيدو الرقابة القضائية البحتة نظريتهم على اعتبارات نظرية وأخرى عملية.

أولاً: الإعتبارات النظرية

إن الإدارة - وهي تؤدي عملها - تتمتع بقدر من الحرية، وهذه الحرية ليست مطلقة ؛ فالقانون يضع لها حدوداً، ولكن في جميع الحالات التي لا يرسم فيها القانون خط سير الإدارة مسبقاً ، فإنها تحتفظ بقدر من حرية التقدير التي تتنوع مجالاتها، والتي يجب على القاضي الإداري احترامها ، ويتسم هذا القدر من حرية التقدير بالتغيير، فنجد القانون -أحياناً- يملئ على الإدارة القرارات الواجب إصدارها، حيث مهمتها تقتصر على تطبيق القانون على الحالة الخاصة التي تسبب قرارها، ولكن في غالب الأحيان يترك القانون للسلطة الإدارية حرية الاختيار من بين حلول متعددة،² بحيث

¹ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص75.

Et Voir : **R. Bonnard**, le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès des pouvoirs, op.cit, p 365

² **L. Michoud**, Etudes sur le pouvoir discrétionnaire de L'administration. Annales de L'université de Grenoble, 1913, p28. et **A. de Laubadère, J. Venezia, Y. Gaudemet**, traité de droit administratif général, op.cit, p691-692.

يبقى لها حرية تقدير الملاءمة¹. وهذا الخيار بالتحديد هو سلطتها التقديرية ويجب على القاضي أن يحترم السلطة التقديرية هذه ليس فقط لصالح العدالة، و لكن أيضا لصالح العمل الإداري.²

ففي مصلحة العدالة فإن الفصل بين سلطة القاضي وبين سلطة الإدارة قد نشأ لحماية حقوق الأفراد وحريةهم حتى لا تكون الإدارة حكما و طرفا في نفس الدعوى.³ فضلا عن أن ممارسة القاضي سلطات تقديرية واسعة - الأمر الذي تفرضه رقابة الملاءمة - سيفقد ه بللتدرج ملكة التجرد والصفاء في تطبيق القانون، وهما العاملان اللذان يميزان وجدان القاضي.⁴

هذا من ناحية العدالة. أما عن صالح العمل الإداري، فالقاضي لا ينبغي له أن يتدخل في مجالات الإدارة العاملة في تقديرها لملاءمة قراراتها، إذ أنها تخضع في ذلك لرقابة البرلمان الذي يحدد مسؤوليتها، أما إذا أخضع القاضي أعمال الإدارة في هذا المجال لرقابته وقام بإلغائها فإننا عندئذ سنكون بصدد سلطي إدارة إحداهما مسؤولة والأخرى غير مسؤولة.⁵

فالقاضي إذا قبل استبدال تقديره الخاص للملاءمة مكان تقدير الإدارة، فإنه سيحل في الحقيقة محل هذه الأخيرة، ويتعدى على اختصاصات الإدارة التي منحها لها القانون، ما سيؤدي إلى التعدي على مبدأ الفصل بين السلطات.⁶ فمبدأ الفصل بين السلطات، يعوق في الواقع اتخاذ القاضي الإداري مثل هذا النوع من القرارات،⁷ المتعلقة بتقدير الملاءمة.

¹ Martine lombard et gilles dumont, droit administratif, 8^{ème} éd, p75.

² L. Michoud, op. cit, p28.

³ R. Bonnard, le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès des pouvoirs, op.cit, p 366

⁴ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص76.

⁵ L. Michoud, op. cit .p.31.

⁶ Bertrand Seiller, droit administratif 2, op. cit, p 242- 243.

⁷ René Chapus, droit administratif général, 15^{ème} édition Montchrestien E. J. A, (tome1), p816.

كما أن ترتيب هامش من المرونة لصالح السلطة الإدارية، لا يمكن إنكاره. فمن ناحية فإن دور الإدارة ليس تطبيق قواعد محددة سلفا بطريقة ميكانيكية، بل هو ممارسة التقدير على ضوء الظروف الواقعية. ومن ناحية أخرى فإن وجود السلطة التقديرية أمر لا مفر منه، لأنه مرتبط باستحالة توقع التنظيم كل الأمور مسبقا.¹

فضلا عن ذلك، فإن القاضي الإداري لن يستطيع تقدير ملاءمة القرارات الإدارية، فهو لا يعلم كافة الظروف الفعلية وراء قرار الإدارة، إلا من خلال أوراق الدعوى المطروحة أمامه.²

ومن الاعتبارات النظرية أيضا، أن الرقابة القضائية لا تقوم، إلا إذا كانت هناك مسألة قانونية، وعليه فإن الحكم القضائي لا يخرج عن كونه حلا لمسألة من مسائل القانون، فالمرجع وقد حدد - على نحو دقيق - اختصاص رجل الإدارة، فإن هذا الأخير لا يجوز له أن يتصرف إلا إذا قامت وقائع معنية، فإذا تصرف دون قيام هذه الوقائع، فإنه بذلك يكون متجاوزا لحدود سلطاته، ولا يسلم كذلك من هذا التجاوز إذا قامت هذه الوقائع، ولكنه تصرف على نحو مخالف لما حدده القانون.³

فالقاضي إذن لا يفصل إلا في مسألة من مسائل القانون، لكنه لا يستطيع الفصل فيها إلا بعد بحثه لهذه الوقائع⁴

ثانيا: الإعتبارات العملية

¹ Bertrand Seiller, op. cit, p 243.

² R. Bonnard, op. cit, p 366.

³ صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص76.

⁴ L. Duguit, traité de droit constitutionnel, p316-317.

مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، المرجع نفسه، ص76.

من الناحية العملية، إن تقدير الملاءمة لا يدخل في المهمة العادية للقاضي، فهو غير مسؤول، كما أنه ليس رئيسا إداريا، ومهما وضع أمامه من أبحاث ومعلومات حول موضوع النزاع، فإنه لا يستطيع أن يقدر جميع أوجه ملاءمة القرار الإداري، أو أن يحيط بكافة الظروف التي صدر فيها القرار، لأنه عادة ما يكون بعيدا عن هذه الظروف، وتنحصر معلوماته في حدود ما ورد في ملف الدعوى التي ينظرها، كما أنه يصدر حكمه بعد مضي زمن طويل، لأنه ليس من عادته سرعة التصرف، التي يتطلبها سير المرفق العام سيرا حسنا. هذه الاعتبارات هي التي أدت إلى فصل الإدارة القضائية عن الإدارة العاملة، فالقاضي ليس إداريا "يقضي ولا يدير".¹

بموجب هذه النظرية يتعين على القاضي، ألا يقول كلمته إلا في مشروعية الأعمال الإدارية وليس ملاءمتها، فالحكم على الملاءمة يظل في مجال السلطة التقديرية وهو المجال المخصص للإدارة، التي تعد حريتها ضرورية؛ وعندما يراقب القاضي مشروعية التدابير الإدارية، فهو لا يقوم إلا بمراجعة مدى تطابقها مع القانون، وهكذا يبقى القاضي في إطار وظيفته القضائية، وبالعكس، إذا قام القاضي بمراقبة ملاءمة التدابير التي تتخذها الإدارة، فهو بذلك يقيد السلطة التقديرية التي تركها القانون للإدارة، وبالتالي يخرج عن دوره القضائي، ويتصرف كرئيس إداري للمصلحة.²

يرى الفقهاء الذين يساندون الرقابة القضائية البحتة، أن وقوف القاضي عند حدود دراسة مسألة المشروعية، ستكون له نتائج مفيدة للعدالة الإدارية، إذ أن مراعاة القاضي الإداري لحساسية السلطة التنفيذية، يستتبع توفير أمثل حماية لحقوق الأفراد في علاقتهم بالإدارة، لأن الحكام لن يقبلوا الرقابة على الأعمال الإدارية، إلا إذا كانوا على يقين بأن هذه الرقابة ستصب فقط على مشروعيتها،

¹ G. Jeze, contrôle de la légalité et contrôle de l'opportunité. R. D. P, 1944, p 63.

مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص77.

² صلاح يوسف عبد العليم، المرجع نفسه، ص77.

وأن القاضي الإداري لن يتعدى على مجال الإدارة النشطة¹. فالقاضي لا يجوز له فرض على الإدارة فعل أو عدم فعل تصرف ما.²

الفرع الثاني:

تقدير نظرية الرقابة القضائية البحتة

تأرجح التقدير الفقهي لنظرية الرقابة القضائية البحتة في الفقهين القانوني والإسلامي، بين مؤيد ومعارض.

أولاً: موقف الفقه القانوني

في تأييد نسبي لهذه النظرية، ذهب جانب من الفقه ال قانوني، إلى رفض التسليم المطلق بأن القاضي يراقب ملاءمة العمل الإداري.³ حيث ذهب الدكتور يحيى الجمل، إلى رفض فكرة أن القاضي الإداري يراقب ملاءمة العمل الإداري، وحثه في ذلك، أن القضاء إن فعل ذلك فهذا يعني زوال السلطة التقديرية للإدارة، ومن ناحية أخرى، فإن القاضي إذا أعطى نفسه حق مراقبة ملاءمة العمل الإداري، فإن هذا يعني أنه قد أحل نفسه محل الإدارة، أو جعل من نفسه سلطة إدارية عليا وهو ليس كذلك.⁴

وبالنسبة لاتجاه القضاء الإداري - في السنوات الأخيرة - ، إلى توسيع رقابته على كافة تصرفات الإدارة، دون أن يصرح أنه يراقب ملاءمة التصرف الإداري، فيعلق الفقيه على ذلك، بأن

¹ L. Michoud, Etudes sur le pouvoir discrétionnaire de L'administration, op.cit p31.

² René Chapus, droit administratif général, op.cit, p 815.

³ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري، ط 4 سنة 1979، دون ذكر دار نشر، ص 381.

⁴ لطفي علي لبيب، الدور السياسي للقاضي الإداري، دراسة تطبيقية في مصر، ط سنة 1973 القاهرة، هامش ص162. مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، هامش ص78.

ذلك يتم عن طريق توسيع دائرة المشروعية ، وعدم الوقوف عند الحد الأدنى للمشروعية ، الذي يحكم الإدارة في ممارستها للسلطة التقديرية ؛ ذلك أن الملاءمة ليست دائما داخلة في مجال السلطة التقديرية، فهناك حالات يصدق عليها وصف الملاءمة، ولكنها ليست متروكة تماما لتقدير الإدارة ؛ ففي حالات الملاءمة هذه يمكن للقاضي مراقبة عمل الإدارة، وعلى سبيل المثال إجراءات الضبط الإداري التي تمس الحريات العامة، هذه الإجراءات لا تكون مشروعة ، إلا إذا كانت ضرورية ومنتجة لأثرها وهو المحافظة على النظام العام.¹

ومعنى ذلك أنه يجب أن تكون ملاءمة هذه الحالات ، في ألا يكتفي القاضي بادعاء الإدارة أن هذا الإجراء كان ضروريا، وإنما يتحقق من الوجود المادي للوقائع وتكييفها ، وهو بذلك يمارس رقابة الملاءمة دون أن يخرج عن دوره كقاضٍ للمشروعية، لأن الملاءمة في هذه الحالة عنصر من عناصر المشروعية.²

مع الاحترام لرأي المدافعين عن نظرية الرقابة القضائية البحتة، إلا أن الحقيقة غير ما ذهبوا إليه. فبالنسبة للاعتبارات النظرية التي ارتكز عليها أنصار النظرية، والمتعلقة بمصلحة العدالة التي يرون تحقيقها من خلال الفصل بين سلطة القضاء والإدارة، والإكتفاء بـ الرقابة المحدودة للمشروعية، فإن الوقائع القضائية، قد أثبتت عدم صحة هذا الرأي. فالحقيقة أن تنصل القضاء الإداري من ممارسة الرقابة على ملاءمات العمل الإداري، هو الذي ينجر عنه عواقب وخيمة، وليس العكس؛ إذ علاوة على كونه يشل العدالة في مواجهة السلطة العامة، ويفقد القضاء قيمته وفاعليته، فإنه في نفس الوقت

¹ رسالة د لظفي لبيب ، المرجع السابق، هامش ص 162. مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم ، المرجع السابق، هامش ص78-79.

² **J. Waline**, droit administratif, 23 édition 2010, Dalloz, Paris. p632. Et : **G. Vedel et P. Delvolvé**, droit administratif, op.cit, tome1, p 533. **M. Christine Rouault**, droit administratif, op.cit, p 144. Et voir : **Y. Gaudemet**, Traité de droit administratif, tome1 (droit administratif général), op.cit, p733.

سيجرّد الأفراد تدريجياً من حقوقهم وحرّياتهم في مواجهة سلطة الإدارة، ما داموا لا يجدون الحماية الحقيقية لها.

إضافة إلى ذلك، فإنّ القاضي الإداري على عكس القاضي العادي، لا يجد في الغالب الأعم من الحالات التي تعرض عليه، سوى مجموعة من التشريعات المتعددة والمتشابكة، التي يعثرها في كثير من الأحيان النقص وعدم الوضوح. وأمام هذه الثغرات المتعددة الأشكال في الصياغة الفنيّة، والشمول القانوني، بالإضافة إلى عدم تحديد المبادئ العامة، التي يستطيع القاضي أن يسترشد بها في حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه على موضوع النزاع المعروض أمامه، كما تفعل المجموعات التشريعية الأخرى. لنا أن نتساءل، كيف يتصرف القاضي الإداري الذي لا يجوز له أن يمتنع عن العدالة، عندما لا يجد نصاً تشريعياً يخدم بحثه القضائي، ليتزل حكمه على موضوع النزاع الذي ينظر فيه؟¹

لقد حاول الفقيه لافريير Laferrière الإجابة عن هذا التساؤل، بقوله: "من المعروف أنّ مجلس الدولة ليس معتاداً أن يفصّل في أحكامه كل الحثيات القانونية التي يسبّب بها أحكامه، ولكن هذه الأحكام، بالرغم من عدم وجود نصوص تعتمدها أحياناً كأساس تقوم عليها، فإنها مع ذلك تجد أساسها في المبادئ العامة التقليدية المكتوبة، وغير المكتوبة المتلاحمة في مجال القانون العام والإداري."²

وإلى هذا المعنى، أشار الرئيس السابق لمجلس الدولة الفرنسي السيّد "بوفندو

Bouffandeau"، في كلمته في الاحتفال بمرور مائة وخمسون سنة على إنشاء مجلس الدولة الفرنسي: "يجب عليّ أن أشير كذلك إلى التطبيقات الحديثة لقضاء مجلس الدولة، لنظرية جريئة بالنسبة لنظام قانوني مكتوب كنظامنا؛ تلك هي نظرية المبادئ العامة للقانون la théorie des principes

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص131.

² عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع نفسه، ص131-132.

généraux. إننا نقدر أن هناك مجموعة من القواعد القانونية غير المكتوبة، ولكن لها قيمة تشريعية، وهي لذلك تفرض نفسها على السلطة اللائحية وعلى السلطة الإدارية، نظراً لأنها ليست متناقضة مع نصوص التشريع الوضعي... غير أننا لا نستطيع أن نعتبر هذه القواعد على أنها تمثل جزءاً من قواعد القانون العام العرفي، ذلك لأنها في غالبيتها، قد أمكن التحقق منها ومن وجودها بواسطة القضاء الإداري حديثاً نسبياً، وهكذا فقد تحقق بذلك منفذ إنشائي للقضاء على أساس من المقتضيات العليا للعدالة لضمان الحقوق الفردية للمواطنين.¹

وهكذا، فإنّ النصوص التشريعية التي يضعها المشرّع، لا يمكنها أن تتّسع لاستيعاب النشاط الإداري المتّسع والمتجدّد على الدوام. وعليه فمن الخطأ القول أنّ البحث القضائي لا بد أن يقف عند حدود المشروعية لا يتعداها.

غير أن أنصار الرقابة البحتة أو رقابة المشروعية، وجدوا بدورهم رداً على هذا القول، حيث ذهبوا إلى أن المبادئ القانونية التقليدية غير المكتوبة، إنما تكون جزءاً من المشروعية بحسب المفهوم الواسع الذي يعتمدونه لها. ذلك لأن مفهوم المشروعية عندهم يتّسع لكي يشمل مجموعة القواعد العامة للقانون السابقة على قرار القاضي؛ والبحث القضائي ليس سوى بحث في مدى التزام القرار الإداري لهذه القواعد القانونية السابقة، بالإضافة إلى القواعد التشريعية المقتنّة. وقد أقاموا حجتهم في أن المبادئ غير المكتوبة تتصف بأنها سابقة وقديمة أو أزلية، وهي تُستوحى من النصوص التشريعية بالمعنى الوضعي، وعلى ذلك فإنّ المبادئ غير المكتوبة ستكون على أساس من هذه الفكرة مجرد تفسير للتشريع.²

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص132.

² عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع نفسه، ص133.

ويقول الفقيه "ليتورنير Letourneur" في نفس السياق: "يجب قبل كل شيء أن نتذكر أن مجلس الدولة إنما هو قاض، وعندما يطبق المبادئ العامة ويمنحها بعمله هذا قيمة النصوص التشريعية في القانون الوضعي، فإنه لا يستطيع أن يفعل ذلك إلا بعد أن يفسر إرادة المشرع. وهو كذلك لا يستطيع أن يطبق هذه المبادئ ويمنحها قيمة النصوص التشريعية، إلا بعد أن يقدّر أن هذه المبادئ تتفق مع هذه الإرادة. إن هذه المبادئ وإن لم تكن مكتوبة، إلا أن وجودها وإقرار المشرع لها، من الوضوح بحيث لم تدع الحاجة إلى تضمينها النصوص التشريعية ماديا."¹

هذا الرأي بدوره يتضمن نوعا من الغلط، فكيف يكون القضاء الإداري مصدرا رئيسيا من مصادر القانون الإداري، وحين يتكلم بعض الفقهاء عن دوره، يهبطون به إلى الدرجة الدنيا من التواضع، حين يعتبرون دوره مجرد دور تفسيري وكاشف لنية المشرع، أي لا يخرج عن كونه قاض للمشروعية؟

كما يمكن أيضا مواجهة هذا القول من ناحيتين:²

الناحية الأولى : أن هذا القول يخرج بأنصار رقابة المشروعية، عن التأصيل النظري الذي يقوم عليه أساس تحليلهم في التمييز بين المشروعية والملاءمة، ذلك أن هذا المذهب في التفسير، يقوم على أساس استنتاج المشروعية للمبادئ غير المكتوبة من وضوحها، ومن ثم من ضرورة الاستناد إليها؛ إلا أن الضرورة كما هو معروف تشكل جزءا كبيرا من معنى الملاءمة. إذن فكيف يمكن أن يتوصلوا إلى مشروعية قاعدة عن طريق ملاءمتها؟ وهم كما سبق يناقضون من خلال نظريتهم بين المشروعية والملاءمة، ويقصرون رقابة القاضي على المشروعية فقط دون الملاءمة؟

¹ ينظر: عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 133.

² البرزنجي، المرجع نفسه، ص 135.

الناحية الثانية: إذا جارينا جدلاً منطقاً أن القاضي بتطبيقه للمبادئ العامة ، إنما يمنحها بذلك قيمة القواعد القانونية، فإن هذا القول ، يكفي لكي نقرر أن القاضي بمنحه القيمة القانونية لقاعدة كانت حتى إصدار الحكم خارج نطاق القانون الوضعي، فإنه بذلك إنما ينشئ بكل المعاني قاعدة قانونية جديدة تضاف إلى جملة القواعد القانونية القائمة.

مع التقدير لكافة الآراء التي طرحت ، والتي اتضح منها مدى الحرص على إعلاء قواعد المشروعية، والتخوف من تغلغل سلطة القاضي الإداري . فقد ظهر رأي مميّز للدكتور محمد فؤاد مهنا، حيث يقول: "إن المبادئ القانونية التي لا تستند إلى نص مكتوب صادر من سلطة عامة مختصة بإصداره، ينشئها القضاء الإداري بمقتضى ما يملكه من سلطة إنشاء مبادئ القانون الإداري، وهو ينشئ هذه المبادئ بوصفه قضاء إنشائياً وليس مجرد قضاء تطبيقي". ويضيف: "أنّ القضاء الإداري لا يبتدع فقط الحلول المناسبة للمنازعات التي تعرض عليه، ولكنه ينشئ المبادئ القانونية العامة التي تستنبط منها تلك الحلول".¹ وعليه فإن دوره ليس مجرد كاشف أو مفسّر لإرادة المشرع والمبادئ القانونية العامة، بل دوره منشئ وخلق.

وإلى نفس المعنى ذهب الأستاذ ريفيرو Rivéro حيث قال بأنّ مجرد القول باستخدام القضاء لهذه المبادئ، فإنما يعني ذلك في الواقع إنشاءه وخلقها؛ لأن عملية اختياره لمبدأ من مجموعة من المبادئ التي لا حصر لها، بعد أن يقدر اتفاقه مع قواعد القانون الوضعي ومن ثم تطبيقه، هو الذي يعطي هذا المبدأ قيمة قانونية، ويدخله ضمن قواعد القانون الوضعي.²

¹ محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، ط سنة 1967، ج1، ص82، مأخوذ عن: عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص133-134.

² Rivéro, le juge administratif français, un juge qui gouverne, D. 1951, doctrine, p21.

مأخوذ عن: عصام البرزنجي، المرجع السابق، ص134.

كما أنّ المحكمة الإدارية العليا في مصر، ذهبت في حكم لها إلى التأكيد على إبراز الدور الإنشائي الذي يضطلع به القضاء الإداري حيث قالت: "... فكان من أسباب وجود المحكمة الإدارية العليا أن تواجه مشكلة ضغط الكثرة الهائلة من القضايا على محكمة القضاء الإداري، مع مراعاة أن العدالة الإدارية، لن تتحقق على خير وجه إلا إذا سارت على نمط يجمع بين التبسيط والسرعة في الإجراءات. ولتأصيل أحكام القانون الإداري تأصيلاً يربط بين شتاتها ربطاً محكماً متكيفاً مع البيئة العربية، وخاصة وأن القانون الإداري يفترق عن القوانين الأخرى في أنه غير مقنن، وأنه ما زال في مستقبل نشأته، يكتنفه فراغ واسع من النصوص، وفيه أوضاع حائرة تبحث عن سند... فما تزال طرق هذا القانون وعرة عسيرة المسالك. ومن هنا صحّ القول بأن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي، وإنما هو في الأعم الأغلب قضاء تكويني إنشائي خلاق. يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين جهات الإدارة في تسييرها للمرافق العامة من جهة وبين الأفراد من جهة أخرى، ويبتكر المخارج لما يعترض سبيله من مآزق أو مزالق تحقيقاً لمهمة الموازنة بين الصالح العام والمصلحة الخاصة..."¹

وعليه، فإن مهمة القاضي المحرّج على تحقيق العدالة، تتمثل في ألا يكتفي في رقابته بمستوى مضمون القانون فقط أي رقابة المشروعية؛ ولكن عليه أيضاً أن يفض السماح للإدارة بالاختباء وراء سلطتها التقديرية،² للهروب من الرقابة القضائية، وبالتالي فتح المجال واسع أمامها لانتهاك الحقوق والحريات بدون معقّب عليها من القضاء. فرقابة القاضي لملاءمات الإدارة لا تعني زوال السلطة التقديرية - كما يرى أنصار الرقابة البحتة - بل هو تنظيم لها.

حكم في 1956/6/2، السنة الثانية القضائية، رقم 157، مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا، السنة الأولى، ص 807،¹ مأخوذ عن: عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق ص 137.

² Voir : M. Christine Rouault, droit administratif, op.cit, p 145.

ثانيا: موقف النظام الإسلامي

لقد سلك النظام الإسلامي، إتجاها مختلفا عن نظرية الرقابه القضائية البحتة. فالفقه القانوني المؤيد لها، يرى أن مصلحة العدالة تقتضي الفصل بين سلطة القاضي وبين سلطة الإدارة، ويؤسس هذا الفقه رأيه أن هذا الفصل يؤدي إلى حماية حقوق الأفراد وحررياتهم ، حتى لا تكون الإدارة حكما وطرفا في نفس الدعوى. وأن القاضي الإداري لا يستطيع أن يقدر جميع أوجه ملاءمة القرار الإداري، وأن يحيط بكافة الظروف التي صدر فيها القرار ، لأنه عادة يصدر قراره بعد مضي زمن طويل ، لأنه ليس من عادته سرعة التصرف.

غير أن القضاء الإداري الإسلامي كان مختلفا تماما. يذكر ابن خلدون أن قضاء المظالم هو "وظيفة ممتزجة من سطوة السلطة ونصفة القضاء ، يحتاج فيها إلى علو يد وعظيم رهبة ، تقمع الظالم من الخصمين وتزجر المعتدي."¹

فالميزة التي كان قاضي المظالم يتمتع بها، هي الإمام بأسرار القضاء ومتطلبات النشاط الإداري في وقت واحد. فطبيعة الرقابة التي مارسها قاضي المظالم، كانت تتلاءم جدا مع نوعية النشاط الإداري، المتسم بالتطور والتجدد؛ كما أن قاضي المظالم كان يتميز بسرعة التصرف وتنفيذ قراراته الصادرة ضد الإدارة بدون مماطلة، وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بالحقوق والحرريات العامة للأفراد، الذين لا قوة ولا سلطة لهم سوى سلطة القضاء؛ وهذا للأسف الأمر الذي يفتقر إليه القضاء الحديث.

¹ ابن خلدون، المقدمة، المرجع السابق، ص222.

إنّ القاضي الإداري الإسلامي لا يفرق بين رقابة المشروعية والملاءمة. لأنّه كان يمارس رقابة موسّعة على المشروعية، بما فيها الرقابة على ملاءمات النشاط الإداري. ما يعني أنّه كان قاضياً للملاءمة إلى جانب كونه قاضياً للمشروعية.

كما أنّ القضاء الإداري في النظام الإسلامي أو قضاء المظالم، في الوقت الذي كان يمارس فيه رقابته على عمل الإدارة، كان يمارس إلى جانب ذلك دوراً حقيقياً في تفسير وتفعيل نصوص الشريعة بما يتناسب مع تطورات العصر وحماية الحقوق والحريات العامة. وإسهامات القضاء الإداري الإسلامي في هذا الموضوع، مازالت شاهدة إلى الآن، على هذا الدور المبدع والفعال.

المطلب الثاني:

النظرية القائلة بأن القاضي الإداري هو الرئيس الأعلى للإدارة

لا ينكر أصحاب هذه النظرية أنّ مهمة القاضي هي مهمة قضائية قبل كل شيء ، إلّا أنّه من الناحية العملية يدفع القاضي أحياناً لأن يقوم بعمل الإدارة ، وأن يتصرف كرئيس للإدارة. ¹ فما مضمون هذه النظرية؟ وما تقدير الفقه القانوني والإسلامي لها؟

للإجابة على هذا الإشكال، سيتم التطرّق إلى مضمون النظرية في (الفرع الأول)، وتقديرها في (الفرع الثاني)

¹ Voir: A. de Laubadère et J. Venezia et Y. Gaudemet, droit administratif général, op.cit, p694.

الفرع الأول:

مضمون نظرية القاضي الإداري هو الرئيس الأعلى للإدارة

يرى أنصار هذه النظرية أنّ الأسباب التي دعت إلى الحديث عن الرقابة التسلسلية للقاضي الإداري، أي اعتباره كرئيس أعلى للإدارة، ترجع إلى ما يلي:

أولاً : أن القاضي الإداري، لا يقف دوره عند إنزال حكم القانون فقط ، في المسائل المعروضة عليه، أو عند حد الرقابة على المشروعية فحسب ، بل يتغلغل كرجل للإدارة في مجال الملاءمة.¹ وقد ظهر ذلك جلياً في دور مجلس الدولة الفرنسي ، الذي فسر وبوضوح، أنه تصرف في إطار رقابته على السلطة التقديرية ليس كقاض فقط بل كرئيس أعلى للإدارة.²

ثانياً: إن الطابع الرئيسي للرقابة القضائية ، التي يباشرها القاضي الإداري يجد أساسه في قانون السلطة العامة، الذي خلق القضاء الإداري ، فالقاضي الإداري عندما يحكم تحدوه في ذلك اعتبارات العدالة، ومقتضيات الصالح العام، فهو يتصرف في هذا المجال حسب وجدانه كما يفعل رئيس الإدارة وليس كقاض حسب القانون.³

¹ **R. Cadreit de la charrière**, le contrôle hiérarchique de l'administration en forme juridictionnel, éd 1957, Paris, p78.

مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص80.

Et voir: **A. de Laubadère et J. Venezia et Y. Gaudemet**, op. cit, p694.

² **A. de Laubadère et J. Venezia et Y. Gaudemet**, ibid, p694

³ **R. Cadreit de la charrière** , op. cit, p78- 91.

مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص81.

Et Voir : **J. Waline**, droit administratif, op.cit, 627.

ثالثا: هناك سبب آخر يشير إليه أنصار هذه النظرية، وهو أن قواعد حسن الإدارة أو السلوك الإداري، الذي يفرضه القاضي على الإدارة، ليست إلا تنظيما للسلطة التقديرية للإدارة، وهو نظام داخلي أوجده القاضي، كرئيس إداري داخل مجال الحرية التي يتركها القانون لرجل الإدارة.¹

رابعا: ويدلّ جانب آخر من الفقه على صحة النظرية أيضا ، موضّحا أن القاضي – في بعض الأحيان- يتّبع الإدارة في مخالفة مبدأ المشروعية ، بسبب خطر داخلي أو خارجي على الدولة، فهو يدافع عن الإدارة ويترك حينئذ دوره كقاض ، ويتصرف كرئيس إداري يضحى بالمشرعية أمام اعتبارات ملائمة طارئة، وأبرز مثال على هذا الموقف ما يلاحظ في نظرية الظروف الاستثنائية.²

خامسا: ويسنّته هؤلاء أيضا إلى الرقابة على تدابير الضبط الإداري، التي تفسر من وجهة نظرهم الطابع التسلسلي للرقابة التي يباشرها القاضي الإداري. فالقاضي من خلال رقابته على تلك التدابير يسن داخل القانون لائحة أكثر إعدادا، ويفرضها على الإدارة ، تماما كما تفعل أي سلطة رئاسية، عندما توجّه الإدارة في ممارسة سلطتها الإدارية. ويمكن القول أنه منذ اللحظة التي تكون فيها مهمة القاضي الإداري ، حماية التوازن بين حقوق الأفراد وامتيازات الإدارة التي تتطلبها المصلحة العامة، فهو مدفوع – بالضرورة – إلى تقدير المصلحة العامة ومداها، ومن هنا يصبح رجل إدارة.³

¹ R. Cadreit de la charrière , ibid, p107.

مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، المرجع نفسه، ص81.

² R. Cadreit de la charrière, ibid, p08- 258.

مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، المرجع نفسه ، ص81.

³ صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص82.

الفرع الثاني:

تقدير نظرية القاضي الإداري هو الرئيس الأعلى للإدارة

مع أنّ نظرية القاضي الإداري هو الرئيس الأعلى للإدارة، تعرّضت كسابقتها للنقض في بعض جوانبها، إلا أنّها تقترب في أغلب جوانبها من الواقع القضائي.

أولاً: موقف الفقه القانوني

كانت نظرية القاضي الإداري هو الرئيس الأعلى للإدارة محل انتقاد، تأسيساً على اعتبارين:¹

الإعتبار الأول: أن القاضي الإداري عندما يباشر رقابته على العمل الإداري ، فإن كل ما يقضي به - في مثل هذه الحالة - أن هذا العمل لا يحقق المصلحة العامة ، نتيجة عدم ملاءمة التقدير الذي قامت به الإدارة، ومن ثم عليها أن تعيد هذا التقدير مرة أخرى للتوصل إلى تحقيق هذا الهدف، وبذلك فانه لا يحل نفسه محل رجل الإدارة، فالتقدير قائم وموجود سلفاً، وقد قام به رجل الإدارة من قبل، ثم جاء القاضي كي يباشر رقابته على هذا التقدير ، الذي كان موجود أصلاً، وفي النطاق الذي جرى فيه من جانب رجل الإدارة.

الإعتبار الثاني: أن دور القاضي في فحص هذا التقدير، إنما يدخل ضمن حدود وظيفته

الأصلية في الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة، حيث تتحدّد سلطته إزاء القرارات الإدارية، ولا يغتصب سلطتها - في اتخاذ القرار، إنما يقف - في طريق انحرافها بالسلطة ، بهدف الحيلولة دون أن تكون السلطة التقديرية سلطة تحكّمية أو تعسفية أو مطلقة.

سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 313.¹

ولا يقتصر الانتقاد الموجه إلى النظرية على هذين الاعتراضين فقط، فقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن هذه النظرية يكمن وراءها خطر، يتمثل - في قيام حكومة القضاء ، مند اللحظة التي تؤدي فيها الرقابة القضائية على الإدارة إلى إلغاء سلطتها التقديرية.¹

إن غالبية الفقهاء قد حدّدوا موقفه من رقابة القاضي الإداري على الملاءمة ، من منطلق تحديدهم لمفهوم السلطة التقديرية للإدارة، بأنها نوع من العلاقة بين الإدارة والتشريع أو الإدارة والمشرع²، وأن السلطة التقديرية تتيح للإدارة حرية تقدير ملاءمة نشاطها ، فيما تركه التشريع لها. وبناء على هذا التصور رتب هؤلاء الفقهاء نتائجهم للرقابة القضائية، بحيث يجب أن تتناول هذه الأخيرة عناصر المشرع وعية، وعليها أن تقف عندها ولا تتجاوزها إلى الملاءمة ، لأنها من إطلاقات الإدارة دون معقب . وأن مهمّة الرقابة القضائية ، تكمن - فقط - في فحص ما إذا كانت الإدارة قد قامت باختيار القرار المبني على سلطتها التقديرية بصفة مشروعة.³

أما الفقه المؤيد لنظرية القاضي هو الرئيس الأعلى للإدارة، فيرى أن الحقيقة غير ذلك، فلقاضي الإداري في إطار تفسيره المبدع للنصوص، يمارس - إلى جانب المشرع - دورا على جانب كبير من الأهمية في خلق قواعد، من شأنها تقييد السلطة التقديرية للإدارة،⁴ فهو يقوم بإنشاء القاعدة القانونية في الوقت نفسه الذي يقوم فيه بتطبيقها⁵. بحيث قد يفوق القاضي - في ذلك - دور المشرع في وضع قواعد القانون الإداري.

¹ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص83.

² صلاح يوسف عبد العليم، المرجع نفسه، ص82.

³ Christophe guettier, droit administratif, op.cit, p174.

⁴ Voir: G. Vedel et P. Delvolvé, droit administratif op.cit, tome1, p 534-536. Et : M. Christine Rouault, droit administratif, op.cit, p 146.

⁵ Yves Gaudemet, droit administratif général, op.cit, tome1, p733.

على هذا الأساس ، فإن النظر إلى السلطة التقديرية على أنها مجرد نتيجة للعلاقة بين الإدارة والمشرع، يعد تصورا ناقصا للمشكلة ؛ ذلك لأنه كثيرا ما ذهب الفقهاء - مند فترة طويلة - إلى إعطاء كل من المصطلحين المشر وعية والملاءمة معنى مناقضا للمعنى الآخر. وأن السلطة التقديرية للإدارة، إنما هي تقدير ملاءمة تصرفاتها ، في كل ما يخرج عن نطاق المشر وعية، وكان عنوان هذا التناقص بين المشر وعية والملاءمة بالنسبة للرقابة القضائية ، هو وجوب أن تقف الرقابة القضائية عند جوانب المشر وعية في القرار الإداري، دون أن تتجاوزها إلى جانب الملاءمة¹.

غير أن ما عقد الأمر وأثار التساؤل والتناقص في الآراء ، هو أن تطور دور القاضي في المساهمة في وضع قواعد القانون، وتطور الرقابة القضائية وتقدمها إلى بسط سلطتها على العمل الإداري، بأكثر ما تستطيع من عناصره أظهر خطأ أو قصور معايير التمييز بين جوانب المشر وعية وجوانب الملاءمة في النشاط الإداري؛ كما أن الاستشهاد بالقضاء لتأييد هذا الرأي أو ذاك ، لم يزد الأمر إلا تعقيدا ، لأن تدخل القاضي وإعمال رقابته في هذه الحالة أو تلك ليس دليلا قاطعا على أن الجانب الذي يتناوله متعلق بالمشر وعية. كما أن الامتناع عن التدخل أو عدم إعمال رقابته في هذه الحالة أو تلك ليس دليلا على الملاءمة المتروكة.²

ويذهب آخرون إلى أن المشر وعية قد تتضمن جانبا من الملاءمة ، فتحدد غرض التصرف الإداري وشروطه - فيما يتعلق بإجراء الضبط الإداري مثلا - يفرض على الإدارة فحص وتقدير

¹ يُنظر: عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 160.

² صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 83.

للظروف، والوسائل التي رتب سلطة الضبط عليها قرارها¹، وهذا يعني تحديد ملاءمته²، ومن ثم تصبح الرقابة القضائية - في هذه الحالة رقابة للمشروعية وللملاءمة معا³.

ف المشروعية والملاءمة فكرتان غير متناقضتين، وأن تحليل كل منهما يفيد هذا التفسير، فمشروعية تصرف ما، إنما تعني أن هذا التصرف التزم جانب القواعد التشريعية، بينما تعني ملاءمته، أن هذا التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً، من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة. ولقد بين الأستاذ ديبسون Dubisson في تحليله لفكرتي المشروعية والملاءمة، بأن هاتين الفكرتين ليستا في مسار واحد، كما لا يمكن أن تكونا على طرفي نقيض. فمشروعية تصرف ما، تقاس بمدى التزامه بقواعد القانون، وعليه فإن فكرة المشروعية مستمدة من النظام القانوني، أما ملاءمة تصرف ما فهي فكرة عملية، ينظر فيها إلى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة، في ضوء ما يحيط بهذا المركز من اعتبارات الزمان والمكان والظروف المحيطة. فمشروعية إجراء ما تتحدد بقيمته القانونية إزاء قواعد ملزمة، أما ملاءمة هذا الإجراء فتتمثل في موافقته مع ما يتمتع به من قيمة فنية أو واقعية حيال بعض الأحكام غير الملزمة، والتي هي جديرة أيضاً بالاحترام⁴.

¹ J. Waline, droit administratif, op.cit, p632. Et voir: Yves Gaudemet, traité de droit administratif général, op.cit, tome1, p732.

² J. Waline, ibid, 632

³ عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 163 - 164.

⁴ Voir : M. Dubisson, la distinction entre légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir . L.G.D.J. 1957 p.37.

مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص84، وينظر: خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (رقابة التناسب).

وفي هذا الموضوع يدعو الأستاذ Waline إلى ضرورة التخلي عن القول بأن القاضي الإداري في دعوى الإلغاء يراقب المشروعية دون الملاءمة، مما قد يحيي بوجود تعارض بين هاتين الفكرتين.¹

فالملاءمة فكرة نسبية، والتوصل إلى تقدير ملاءمة قرار أو عمل إنما هو - في جانب منه - نتيجة تقدير شخص، كما يمكن أن يكون إجراء ما ملائما في وقت معين بينما يكون في وقت قريب من الوقت الأول أو بعيدا عنه - إجراء ضارا أو غير نافع.²

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي

أما القضاء الإداري الإسلامي، فلم يكن له موقف المعارض ولا المؤيد لهذه النظرية. ف القاضي المظالم كان يمارس الرقابة على الملاءمة، في نفس الوقت الذي كان يمارس فيه رقابته على المشروعية. ولم يكن يستند في هذا الإطار، على مجرد التحقق من مطابقة القرار الإداري لقانون الشرع، بل كانت رقابته في غالب الأحيان، مبنية على تقديراته الشخصية.

فالمعلوم أن أحكام الشريعة الإسلامية، لم تعالج بالتفصيل كل ضرورات الحياة ومشاكلها، بل أرادت أن تحدد بأحكامها المنصوصة، المجال الذي يجب على الأمة أن تتطور في حدوده، وتركت عددا هائلا من المسائل القانونية المحتملة الوقوع، لتعالجها الإدارة، بشكل يتلاءم مع المتغيرات التي تطرأ على المجتمع في كل عصر.³

¹ Marcel Waline, Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, 1956, E.D.C.E, P27.

² صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص84.

³ ينظر: جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، المرجع السابق، ص201، وسامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 131.

لذلك كان من صميم اختصاصات القاضي الإداري في النظام الإسلامي، أن ييسر رقابته على سلطة تقدير الملاءمة الإدارية، في نفس الوقت الذي يفحص فيه مشروعيتها، ما دامت هذه الأخيرة من أساسيات عمل الإدارة.

وفي ظل هذه الرقابة، كان يمارس القاضي دورا فعالا في تفسير نصوص الشريعة، وملاءمة منطقة العفو أو الفراغ التشريعي، بقواعد تتناسب مع التطورات في كل عصر، مُلزِمة للإدارة وللقاضى نفسه وللأفراد. ما يعني أنه كان يعمل بطريقة غير مباشرة على ضبط تصرفات الإدارة ووضع ضوابط لحرية تقديرها بما يتلاءم والصالح العام من جهة، وحماية الأفراد في مواجهة سلطتها من جهة أخرى.

غير أن الدور الذي كان قاضي المظالم يمارسه في رقابته على أعمال الإدارة، لم يجعله أبدا في موضع رئيس إداري أعلى. لأنه إذا سلّمنا بهذا الرأي، سيأخذنا الأمر كذلك إلى القول بأن مساهمة القاضي الإداري في وضع قواعد القانون، إلى حدّ قد يفوق فيه دور المشرع، يجعله بمثابة رئيس للسلطة التشريعية أو منافسا لها.

إن مساهمة قاضي المظالم في وضع قواعد القانون الإداري أو قواعد السلطة العامة، كان من منطلق تفسيره لنصوص الشريعة وأحكامها، ولم يكن دوره أبدا في هذا الصدد خلاقا أو منشئا. وهنا تكمن المفارقة بين القضاء الإداري الإسلامي والوضعي.

فقضاء المظالم رغم الصلاحيات التي تتمتع بها، إلا أن دوره كان في الواقع موازيا وتكميليا لباقي السلطات. أما إخضاعه تصرفات أشخاص السلطة العامة إلى رقابة الملاءمة إلى جانب المشروعية، فكان أمرا لازما، فرضته غاية تحقيق العدالة. دون أن يعتبر ذلك تعديا على مبدأ الفصل بين السلطات.

المبحث الثاني:

الواقع القضائي لقضاء الملاءمة

يفترض المفهوم الأوّل لدور القاضي الإداري ، أنه عليه أن يراقب المشروعية وحدها دون أن يخوض في مجال الملاءمة، وإن فعل ذلك، فإنه سيخرج عن وظيفته القضائية ويتصرف كرئيس إداري أعلى، بينما يذهب المفهوم الثاني إلى الإعراف للقاضي ، بإمكانية إحلال تقديره الخاص محل تقدير الإدارة، وتجاوز إعتبارات المشروعية.

وعليه، ولمعرفة حقيقة الرقابة القضائية وطبيعة القاضي الإداري، يتعيّن الوقوف على الواقع القضائي والسياسة القضائية في هذا الشأن. فما هي حقيقة واقع القاضي الإداري في هذا الشأن؟ هل هو قاضي مشروعية أو ملاءمة أو الإثنين معاً؟

للإجابة على هذا السؤال سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، حيث يتم في **المطلب الأول** التطرق إلى حرية اختيار القاضي الإداري للرقابة على الملاءمة . وفي **المطلب الثاني** تطوّر واقع القاضي الإداري من قاضي المشروعية إلى قاضي الملاءمة.

المطلب الأول:

إختيار الرقابة القضائية

يتمتع القاضي الإداري بحرية واسعة ، في تحديد الطريقة التي يمارس بها رقابته، فتتسع رقابته أو تتضاءل، حسب المجالات التي يتطرق إليها ، مما قد يترك مجالاً واسعاً إلى حد ما لسلطة الإدارة التقديرية.¹

فلأصل أنه عندما تكون للإدارة حرية الإختيار من بين حلول مختلفة، فإن القاضي الإداري لا يمكنه من حيث المبدأ مراقبة الإختيار الذي قامت به الإدارة. ومع ذلك يمكن أن يذهب إلى خلاف ذلك، حيث يمارس رقابة كاملة على التناسب أو الملاءمة.²

فما هي سياسة القاضي الإداري في رقابته على الملاءمة؟ وما مدى دوره في مجال تكييف

الوقائع؟

للإجابة على الإشكال سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث يتم في (الفرع الأول) التطرق إلى السياسة القضائية في الرقابة على الملاءمة، وفي (الفرع الثاني) دور القاضي الإداري في مجال تكييف الوقائع.

¹ Voir : **J. G. Venezia**, le pouvoir discrétionnaire, éd 1958, L. G. D. J, Paris, p102, et voir : **J. Auby et R. Drago**, traité de contentieux administratif, op.cit, p37 -52.

وينظر: **عصام عبد الوهاب البرزنجي**، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية المرجع السابق، ص 332 وما بعدها.

² **G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien**, droit administratif, op.cit, p 671.

الفرع الأول:

السياسة القضائية في الرقابة على الملاءمة

إن القرار الإداري لن يكون صحيحا ، إلا إذا كان الإجراء الذي اتخذته الإدارة متناسبا حقا ، مع القيمة الحقيقية للوقائع، ومعنى ذلك أن يكون ضروريا لتحقيق الغرض منه ؛ حيث تنطوي الرقابة القضائية، على فحص دقيق جدا للحالة الواقعية، والوسائل المستخدمة من قبل الإدارة.¹ فما هي السياسة العامة للرقابة على الملاءمة

أولا: الاتجاه العام للرقابة القضائية على الملاءمة

مهما كانت طبيعة القواعد - قانونية أو قضائية - ، التي تحدد الحرية الممنوحة للإدارة، فإن القاضي الإداري يباشر رقابته على هذه الحرية، وليس هناك تعارض بين هذه الحرية وبين خضوعها للرقابة القضائية، لأن القضاء يباشر هذه الرقابة على الأقل في حالات الرقابة الصريحة على الملاءمة ؛ وعليه فإن حرية الإدارة في التقدير تظل موجودة وقائمة ، ولكنها تخضع في ممارستها للرقابة القضائية ، بل إن خضوعها للرقابة القضائية هو الذي يميّزها عن السلطة التحكيمية أو السلطة المطلقة.²

وفي حالة رفض القاضي الإداري ممارسة هذه الرقابة، تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية والعكس ؛ فالسلطة التقديرية المتروكة للإدارة، تتوقف على درجة الرقابة التي يمارسها القاضي في نهاية الأمر.³ ولا تعني السلطة التقديرية، أنها تساوي السلطة التحكيمية ؛ فقد انتهى ذلك الزمن الذي كانت فيه الإدارة ،

¹ G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien, ibid, p 671.

² ثروت عبد العال، الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات الإدارية، رسالة أسبوط سنة 1992. ص 492. مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 91.

³ صلاح يوسف عبد العليم، المرجع نفسه، ص 91.

تملك سلطة التحكم؛¹ وفي كل الأحوال فإنّ السلطة التقديرية ليست مطلقة ، بل هي خاضعة دوما للرقابة.

إنّ حرية التصرف التي تتمتع بها الإدارة، ليست خاضعة فقط للشروط التي حددتها النصوص، ولكن تخضع كذلك للتقدير على نطاق واسع من جانب القاضي الإداري، وإلى تقنيات الرقابة التي ينفذها في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، لجعل حدود هذه الأخيرة ، ودرجاتها مرسومة من قبل قضاء عملي وتطوري.²

فقد أصبح القاضي الإداري اليوم، يوافق في كثير من الأحيان على فحص تقدير الوقائع التي اعتمدها الإدارة، وفي هذه الحالة الرقابة التي يقوم بها قد تضيق أو تتسع،³ وفي الحالة الأخيرة يمكن للقاضي أن يمارس فحصا دقيقا لهذه للوقائع وتناسبها، الأمر الذي يصل به إلى الخوض في مسألة الملاءمة، التي لطالما انفردت الإدارة وحدها بأمر تقديرها.

يرى بعض الفقه⁴ أنّ القاضي الإداري، وحرصا منه على الصالح العام، يجد نفسه مضطرا أن يعمل على أن يدقق في رقابته على المشروعية وأن يُعزّزها برقابة الملاءمة. والتقدم في رقابته هذه لا يقوم به فقط على مستوى مضمون القانون ، بتقييد نطاق السلطة التقديرية. ولكن أيضا على مستوى الإثبات، برفض القاضي السماح للإدارة بالإختباء وراء قوتها وسلطتها، للهروب من مناقشاته لها المثيرة للجدل.

¹ سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 683 وما بعدها.

² G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien, droit administratif, op.cit, p 669.

³ Bertrand Seiller, droit administratif 2, op.cit, p 245.

⁴ G. M. Christine Rouault, droit administratif, op.cit, p 145.

فللقاضي الإداري هنا يمارس دوره كقاض للوقائع ، وللعلاقة بين هذه الأخيرة والقرار الصادر لمواجهتها. فهو من وجهة نظر القانون ليس قاض للملاءمة، مع أنه من ناحية الواقع ليس بعيدا عن ذلك.¹

والواقع أنه ليس حق القاضي في التدخل برقابته هو الذي ي ضبط سلطة الإدارة، إنما القاعدة القانونية بوجه عام، هي التي تحمل القاضي عبء العمل على ضمان احترامها من قبل الإدارة. فالقضاء الإداري حين يمارس رقابته، لا يقارن بين القرار الإداري المتخذ والقواعد التشريعية فقط، بل يقارنه بقواعد التنظيم القانوني عموما، التي تشمل أيضا القواعد التي يضعها القضاء نفسه؛ ذلك لأن معيار السلطة التقديرية للإدارة، يكمن في تخلف التحديد القانوني بمصدره التشريعي والقضائي معا.² ويوضح هذا الموضوع الفقيهان "ديلوبادير" و"آيزنمان"، من خلال نظريتهما، بمناسبة الحديث عن معيار حرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة.

1- نظرية الفقيه "ديلوبادير" DE LAUBADERE

يرى الفقيه "ديلوبادير" أن تخلف التحديد التشريعي، ليس دليلا على وجود السلطة التقديرية للإدارة، بل إن القاضي أيضا يتدخل ليملاً الثغرات التشريعية، فينشئ اختصاصا مقيدا، إلى جانب الاختصاص المقيد التشريعي.³

أ- مضمون النظرية:⁴

¹ G. Vedel et P. Delvolvé, droit administratif, op. cit, tome1, p533. Et M. Christine Rouault, droit administratif, op. cit, p 144.

² عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق ص104.

³ عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص109.

⁴ A. de Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, 3^{ème} éd, tome 1, p 213.

يقول الفقيه "ديلوبادير" أن فكريتي السلطة التقديرية والسلطة المقيدة ، مرتبطتان بتقدير ملاءمة الإجراء المتخذ. وبعبارة أكثر تحديدا لا تتعلّقان، إلا بعنصر الموافقة بين موضوع القرار الإداري وأسبابه.

وحين يتعرض الفقيه إلى البحث في موضوع الرقابة على السلطة التقديرية ، والقيود التي يجب على الإدارة أن تمارس سلطتها ضمن حدودها، يقول أن القضاء الإداري أصبح في الوقت الراهن ، يمارس رقابة مباشرة على موضوع القرار وتبرير الموضوع بأسبابه، وذلك في مجالات، كانت تبدو وكأن التشريع تركها مطلق حرية الإدارة في التصرف ؛ ما يعني أن التشريع ليس المصدر الوحيد في تقييد اختصاص الإدارة، بل هناك اختصاص مقيد بواسطة القاضي نفسه.¹

غير أن اتساع الرقابة القضائية بهذا الشكل قد يبعث على التساؤل، إذا كانت ستبقى سلطة تقديرية بالفعل للإدارة؟

يجيب الأستاذ "ديلوبادير"، بأنه لا محل لهذا التساؤل، فعندما يراقب القضاء قيمة أسباب القرار الإداري دون أن توجد هناك قيود تشريعية، فإنه ينشئ بذلك حالة جديدة من حالات الاختصاص المقيد. وعلى ذلك فإن فكرة السلطة المقيدة قضائيا، لا تتضمن معنى تقييد سلطة تقديرية للإدارة، أو قيام رقابة على السلطة التقديرية من قبل القاضي، وإنما تعني فقط أن القاضي يساهم مع المشرع في تحديد الحالات التي تكون فيها السلطة تقديرية أو مقيدة.

ب- تقدير النظرية

مأخوذ عن: عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع نفسه ، ص 106-107

¹ « ... À côté de ce qu'on pourrait appeler le pouvoir lié par la loi, il existe un pouvoir lié par le juge lui- meme».A. de Laubadère, Ibid, p217.

مأخوذ عن: عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع نفسه ، ص 107.

يرى "ديلوبادير" أنه إذا مارس القضاء رقابته على العمل الإداري، كان اختصاص الإدارة مقيدا. أما إذا انتفت هذه الرقابة فهنا نكون بصدد السلطة التقديرية. إلا أن هذا المعيار والذي سمي بمعيار الرقابة القضائية، لم يسلم من النقد، ذلك أن هذا المعيار انسجم مع مرحلة قضائية مر بها مجلس الدولة الفرنسي، والمتمثل في استبعاد بعض أعمال الإدارة من ميدان الرقابة القضائية، في حين أن مجلس الدولة قد عدل عن هذا الإجتهد، وأصبح يخضع جميع أعمال الإدارة لرقابته القضائية وبدرجات متفاوتة.¹

كما أن هذا التصور للرقابة القضائية، لا يتفق مع طبيعة القانون الإداري، فكيف يساهم القاضي الإداري في إنشاء قواعد هذا الأخير، ولا يجوز له فرض رقابته على أعمال الإدارة، للتأكد من احترامها لقواعد القانون الذي عمل على إنشائه؟

برغم الانتقاد الموجه لهذه النظرية، فالأستاذ "ديلوبادير" اعترف بما لا يدع مجالا للشك، بدور القضاء الإداري في إنشاء قواعد القانون الإداري، كما أن رأيه يمتاز بدقة تحديد مجال الملاءمة في القرار الإداري، إذ جعلها في تقدير التناسب بين القرار المتخذ وأسبابه.²

¹ ينظر: علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ج1، ص 68-69.

² عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 109.

2- نظرية الفقيه آيزنمان EISENEMANN

يعول الفقيه "آيزنمان"¹ من خلال نظريته أن يبرز دور القواعد القضائية التي ينشئها القاضي، في تقييد حرية تقدير الملاءمة الإدارية.

أ - مضمون النظرية

يرى الفقيه "آيزنمان" أن صفة التقديرية في القرار الإداري ، تتأني من حالة قانونية معينة، أو بعبارة أخرى من حالة معينة للتنظيم القانوني ؛ أي أنه ينبغي دائما أن نتصور فكرة السلطة التقديرية، مرتبطة مع التنظيم القانوني دون أن نميز أو نفرص بينهما. فالفقيه "آيزنمان" ساوى في القيمة، وفي الأثر بالنسبة لتقييد النشاط الإداري، بين القواعد والتشريعية والقواعد القضائية.² باعتبارهما مصدران يكمل كل واحد منهما الآخر في القانون الإداري. حيث يتدخل القاضي الإداري في غالب الأحيان لإضافة عناصر مكملة للنصوص التشريعية، بهدف تقييد سلطة الإدارة التقديرية.³

ب- تقدير النظرية

إنّ الفقيه "آيزنمان"، وإن لم يأتِ بجديد، عندما ذهب إلى الاعتراف بالدور الإنشائي للقاضي الإداري، في المساهمة في إنشاء قواعد القانون الإداري، - إذ أنّ معظم فقهاء القانون الإداري، إعترفوا بشكل أو بآخر بهذا الدور الإنشائي للقضاء الإداري، وهذا نظرا للظروف التي أحاطت بنشأة القانون

¹ EISENEMANN, Cours de droit administratif, 1949-1950 paris, p419.

مأخوذ عن: عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص110، وعلي خطر شطناوي، المرجع السابق، ص70.

² EISENEMANN, Ibid, p432.

مأخوذ عن: عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع نفسه ، ص112-113.

³ ينظر: علي خطر شطناوي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص71.

الإداري وتطوّره -، إلا أنه أدرك أحسن إدراك ، هذا الارتباط الأكيد بين مفهوم السلطة التقديرية ، وهذا الوضع الخاص للقانون الإداري، الذي يتميز به عن سائر القوانين الأخرى.¹

فإذا كان معظم فقهاء القانون الإداري، قد اعترفوا بالدور الإنشائي للقضاء الإداري، إلا أن قلة منهم استطاعت أن تعمل هذا الدور الإنشائي للقاضي الإداري، في مفهوم السلطة التقديرية وتحديد معيارها. فمع إمكانية أن يمنح النص التشريعي بوضوح سلطة تقديرية للإدارة، بحيث لا يستطيع القضاء، أن يقلب ما منح المشرع من سلطة تقديرية لرجل الإدارة، إلى سلطة مقيدة تخالف النص التشريعي. إلا أن النصوص التشريعية، لا تجري دائما على هذا النحو بالنسبة لنشاط الإدارة، الذي يزداد تشعبا واتساعا يوما بعد يوم. فالقاضي في كثير من الأحيان، لا يجد في موضوع النزاع المعروض أمامه نصا تشريعيًا، وقد يجد نصا تشريعيًا بشكل من العموم والغموض مما يحتمل عدة تفسيرات، كما أنه قد يجد نصا تشريعيًا محددًا وصالحًا للتطبيق في الظروف الاعتيادية، ولكن القاضي يجده غير ملائم للتطبيق، بالنسبة للظروف التي أحاطت بالنزاع.² وعليه فإنّ التطور العام للأحكام القضائية، يتجه نحو تقليص السلطة التقديرية؛ فيحتفظ القاضي بإمكان تحريك حدود الرقابة، وبالتالي ضبط حدود السلطة التقديرية، حسب كل حالة على حدة.³

مع صحة الكلام السابق في أغلب جوانبه، بالنسبة لتأثير القواعد القضائية على حرية الملاءمة الإدارية؛ غير أن الحقيقة تكمن في أن ال قواعد التي يفرضها القاضي على الإدارة ، ليس الهدف منها تقييد السلطة التقديرية للإدارة، بالمعنى الدقيق لكلمة تقييد، أو العمل على زوالها؛ بل هي ليست سوى

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 119 - 120.

² ينظر: عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع نفسه، ص 122 - 123 وهامش ص 117.

³ لبيب علي لبيب، الدور السياسي للقاضي الإداري، ص 178. مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 92.

تنظيم للسلطة التقديرية للإدارة، وهو نظام أوجده القاضي، كي لا تتحوّل السلطة التقديرية إلى سلطة تعسّفية أو مطلقة.

ثانياً: موقف القضاء الإداري الإسلامي

أما القضاء الإداري الإسلامي فقد اتّجه - هو أيضا - في رقابته، إلى تنظيم حرية تقدير الملاءمة الإدارية لا إلى تقليصها أو زوالها، كي لا تنحرف عن أهدافها، ولا تكون وسيلة لانتهاك الحقوق وحرّيات الأفراد باسم الصالح العام.

فالحقيقة أنه لم يكن هناك تعارض بين سلطة التقدير التي منحها الشارع للسلطة العامة، وبين خضوعها لرقابة القضاء في النظام الإسلامي. فسلطة الإدارة التقديرية ظلت موجودة حتى مع خضوعها للرقابة القضائية، لأن واقع التشريع هو الذي فرض وجودها، كما فرض الرقابة القضائية عليها لضبطها.

فعدم استيعاب النصوص التشريعية، الوقائع الحياتية استيعاباً حرفياً، كان الهدف منه منح دور أكبر للإجتهد المقاصدي، أو الملاءمة في دائرة العفو التشريعي.¹ وإن تبيّن ذلك إلاّ انطلاقاً من تعليل مرتبط بالتقدير للمصالح.²

ولما كانت السلطة الإدارية تتمتع بسلطات تقديرية واسعة، كان لا بد من قيام سلطة القضاء بدور رقابي فعال على انضباط الإدارة وأشخاصها، ومن ثمّ عدم تعديها على حقوق الأفراد وحرّياتهم، وإهدارها وإلحاق الأضرار بهم. على أن تتركز في هذه السلطة، القدرة على ردع الإدارة وأشخاصها

¹ ينظر: جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، المرجع السابق، ص 191.

² ينظر: ناجي إبراهيم السويد، فقه الموازنات، المرجع السابق، ص 78. ونعمان جفيم، طرق الكشف عن مقاصد الشارع، المرجع السابق، ص 176.

عن تجاوز هذه الحدود، بإلغاء التصرف المتجاوز والتعويض عن الضرر الناشئ عن ذلك ومساءلة من يقوم به، وهذا الأمر ما كان له أن يتحقق إلا من خلال الصلاحية التي يتمتع بها القاضي والمتمثلة في الرقابة على سلطة الملاءمة.

ف سياسة القاضي الإداري الإسلامي، في شأن رقابته على سلطة الملاءمة الإدارية. كفلت للرقابة القضائية في النظام الإسلامي كثيرا من الفاعلية، سمحت للقاضي أن يمارس دوره في الرقابة على أعمال السلطة الإدارية، وحماية حقوق وحرريات الأفراد، ليس كقاص للمشروعية فقط بل كقاض للملاءمة أيضا.

الفرع الثاني:

دور القاضي الإداري في مجال تكييف الوقائع

إن دور القاضي الإداري في مجال الرقابة على تكييف الوقائع خلافاً بلا شك، وذلك لأن القاضي إذا كان يصل بالتكييف إلى تكوين رأي قانوني في إدعاءات الخصومة، وهذا هو الرأي القضائي، فإن هذا الرأي يقوم بمعرفة القاضي للقانون واقتناعه بالوقائع.¹

فالتكييف - كعمل قضائي - إعلان عن إرادة القاضي، وأن ما يفرضه القاضي على الخصوم ليس هو المركز الموضوعي، وإنما هو رأيه عن المركز الموضوعي، وإن القانون - نفسه - يخول للقاضي دائما قدرا معيناً من الحرية، أي سلطة تقديرية في تكوين هذا الرأي، وإذا كانت الدولة هي تشخيص

¹ محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري المرجع السابق، ص481.

للقانون، فإنها لا تتصرف أو تريد أو تأمر إلا عن طريق أعضائها والقاضي هو عضوها القضائي ، أي أداتها في الوظيفة القضائية، ولذا فإنه هو الذي يفرض لها -وباسمها- الرأي القضائي على الخصوم.¹

أولاً: طبيعة الرقابة القضائية على تكييف الوقائع

إن الرقابة القضائية على تكييف الإدارة للوقائع ، تنهت تساؤلاً حول طبيعة الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري في هذا المجال.

تعليقاً على حكم Gomel²، ذهب رأي فقهي إلى أنّ القاضي لا يحكم على مدى فاعلية إجراءات الإدارة لحماية المواقع الأثرية، وإذا ما كان من الملائم حمايتها، وإنما يقتصر بحثه على تحديد مدى توافر الطابع الأثري في ذلك الموقع، حتى يكون جديراً بالحماية، وإذا كان هذا البحث من جانب الإدارة يقتضي بالضرورة قدراً من الاجتهاد الشخصي، لتوضيح وتحديد معالم فكرة الموقع الأثري، إلا أن ذلك يدخل في إطار المهمة العادية للقاضي الإداري في تفسير القانون.³

ويرى الأستاذان أوبي ودراجو Auby et Drago ، أن القاضي في قيامه برقابة تكييف الإدارة للوقائع، يظل داخل إطار رقابة المشروعية، وأن هذا الرأي يتفق مع أحكام مجلس الدولة الفرنسي، عند رقابته لتكييف الوقائع. فالمشرع قد يقيّد نشاط الإدارة بضرورة مراعاة شروط واقعية معينة، دون أن يقوم بتحديد مضمون هذه الشروط، بحيث يجد القاضي نفسه مضطراً للقيام بتحديد مضمون هذه الشروط في ضوء تفسيره لمقصد المشرع.

¹ محمد محمود إبراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني في الدعوى في قانون المرافعات، رسالة جامعة عين شمس سنة 1982 ص352. مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص94

² Voir: **Christophe Guettier**, droit administratif, op.cit, p 244. Et : **G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien**, droit administratif, op.cit, p 663.

³ الإلغاء، المرجع السابق، ص55-56. ودعوى الإداري القرار في السبب محمد حسنين عبد العال، فكرة

ففي حالة حماية المواقع الأثرية، فإن المشرع لم يقدم معيارا معيناً يمكن من خلاله الحكم على طبيعة الموقع، ولذلك فإن القاضي في رقابته على صحة تكييف الإدارة للوقائع، قد يخالفها في الرأي حول مدى توافر الطابع الأثري في موقع معين، إلا أن ذلك لا يعني أنه يفرض رقابته للتحقق من ملاءمة قرار الإدارة، فالقاضي وإن كان يحل تقديره محل تقدير الإدارة، إلا أنه يفعل ذلك في ضوء تفسيره لمقصد المشرع. وبالتالي فعمل القاضي يندرج في إطار رقابة المشروعية وإن كان غموض أو عدم كفاية التحديد التشريعي يجعل عمله في بعض الحالات، لا يقتصر على مجرد التحقق من توافر الشروط التي حددها القانون، بل يتعداها إلى القيام بتفسير و تحديد مضمون هذه الشروط، وإلزام الإدارة بذلك التحديد الذي ارتآه.¹

أما الأستاذ هوريو Hauriou، فقد رأى في تعليقه على حكم Gomel، أن هذا الاتجاه لقضاء المجلس، يجعل دور القاضي في دعوى الإلغاء يتعدى فحص المشروعية، ليشمل إلى جانبها ممارسة نوع من الرقابة الخلقية على أعمال الإدارة، بحيث يصبح تجاوز السلطة نوعاً من الخطأ الوظيفي يتم بالمخالفة ليس فقط للقانون، وإنما أيضاً لآداب الوظيفة، التي يتسع نطاقها بكثير عن نطاق النصوص القانونية.²

وإذا كان رأي "هوريو" لم يجع تأييداً من غالبية الفقه الإداري، إلا أن طبيعة الدور الذي يقوم به القاضي عند ممارسته لرقابة التكييف، لازالت تثير جدلاً في الفقه الحديث، كما أن هناك جانباً من الفقه يرى أن هذه الرقابة تقتضي في كثير من الأحيان، أن يحل القاضي تقديره الشخصي للوقائع محل تقدير الإدارة، لدرجة يصعب معها القول، بأن القاضي عند قيامه بالتكييف يظل داخل إطار رقابة

¹ محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص 59.

بعدها. وما 104 المرجع السابق، ص السلطة، استعمال في التعسف نظرية الطماوي، محمد سليمان يظن:²

المشروعية. ذلك أن القاضي الإداري، عند قيامه بتحديد الطابع الأثري مثلا لموقع معين، إنما يصدر عن اعتبارات ذاتية بحتة، وإن القرار الذي يتخذه في هذا الصدد لا يسمح بتحديد مبدأ أو نموذج لفكرة الموقع الأثري تستطيع الإدارة اللجوء إليه في قراراتها التالية.¹

وقد ذهب الفقيه Dubisson إلى أن القاضي الإداري في رقابته على تكييف الوقائع، يقوم بإحلال تقديره الشخصي للوقائع محل تقدير الإدارة، وبهذا الوصف يتجاوز بعمله إطار فحص المشروعية ويندرج تحت رقابة الملاءمة. وبضيف، أن فكرة المشروعية مستمدة من النظام القانوني، أما الملاءمة فهي فكرة عملية، ينظر فيها إلى مدى موافقة التصرف الإداري لمركز معين أو حالة معينة، في ضوء ما يحيط بهذا المركز من اعتبارات الزمان والمكان والظروف المحيطة. فمشروعية إجراء ما تتحدد بقيمته القانونية إزاء قواعد ملزمة، أما ملاءمة هذا الإجراء فتتمثل في موافقته، مع ما يتمتع به من قيمة فنية أو واقعية حيال بعض الأحكام غير الملزمة، والتي هي جديرة أيضا بالاحترام.²

ف الإنزلاق من المشروعية إلى الملاءمة، أظهر في كل مرة أن تكييف القاضي للوقائع ينشأ ليس من مجرد معايير موضوعية، ولكن أيضا من تقدير شخصي للقاضي نفسه، ومن أجل هذا امتنع القاضي عن الرقابة على التكييف - زمنا طويلا - في المجالات التي كان يعتزم فيها الحفاظ للإدارة بسلطة وحرية واسعة في التقدير.³

¹ محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص 55.

² M. Dubisson, la distinction entre légalité et l'opportunité, op. cit, p.37.

مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص 84.

³ J. Waline, droit administratif, op.cit, p632.

وبناء عليه، فإنّ الرقابة القضائية اليوم قد تجاوزت الرقابة على المشروعية ومجرد التحليل النظري، لتدخل في واقع الرقابة على الملاءمة.¹ حيث أخذ القاضي يدخل في مجال الملاءمة ويحلّ تقديره محل تقدير الإدارة.²

ففي الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، يلاحظ أن تقدير مشروعية الإجراءات الضرورية للحفاظ على النظام العام، مشروطة بتوافر خصائص معينة في هذه الإجراءات، وأهمها فحص الظروف والوسائل، التي استندت إليها سلطات الضبط الإداري، وهذا الفحص يتصل في حقيقته برقابة الملاءمة، حيث يستطيع القاضي أن يرفض مسلك الإدارة في تحديدها مضمون الشروط الواقعية الملزمة قانونا مراعاتها، ولو كانت هذه الشروط غير محددة تشريعا كما في حالة السلطة التقديرية.³ وفي هذه الحالة تكون حرية تقدير الإدارة، محدّدة بواسطة القضاء.

يرى الأستاذ محمد حسنين عبد العال -في رأي مميّز له في هذا الموضوع-، أن سلطة القاضي في رقابة التكييف القانوني للوقائع ليست بذاتها سلطته في التفسير؛ وأنّه لا يخفى ما تنطوي عليه هذه الفكرة من خلط بين عمليتي التكييف والتفسير، فعملية التكييف أوسع بكثير من سلطة التفسير، إذ تستلزم حرية أوسع في تقدير الوقائع، حتى يمكن التوصل إلى تحديد القاعدة القانونية التي تحكمها؛ وعملية التكييف هذه سواء من قبل الإدارة أو من جانب القاضي الإداري، هي التي تفتح الباب لوقابة الملاءمة، حيث تقوم هذه الرقابة في كل مرة يكون فيها إحلال القاضي لتقديره الشخصي محل تقدير الإدارة.⁴

¹ Voir: G. Vedel et P. Delvolvé , droit administratif, op. cit, tome1, p 535.

² J. Morand-Deville, cours de droit administratif, 7 éd 2001, Montchrestien, E. J. A, p754.

³ محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 28 .

⁴ محمد حسنين عبد العال، المرجع نفسه، ص28.

من هنا فإنه يمكن القول أنّ طبيعة الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، هي رقابة ملائمة وليست رقابة مشروعية فقط، فسواء أعمل القاضي تقديره الشخصي في إطار تكييفه للوقائع أو تفسيره للنصوص، ففي كلتا الحالتين لا يمكن اعتبار القاضي الإداري مجرد قاضٍ للمشروعية.

أما في النظام الإسلامي، فقد كان القاضي الإداري أو قاضي المظالم، يقوم برقابة تكييف الوقائع، داخل إطار رقابة المشروعية، حتى في الحالات التي كان القاضي يجد فيها نفسه، يمارس سلطة تقدير الملاءمة، في إطار تفسيره للنصوص ولمقاصد الشارع.

لقد كانت عملية تكييف القاضي الإسلامي للوقائع، مبنية على حدّ كبير مع رأي الأستاذان Auby et Drago، فهذه العملية كانت في القضاء الإداري الإسلامي تدرج في إطار رقابة المشروعية، وإن كان القاضي يمارس من خلالها رقابة الملاءمة، التي كانت تمنحه سلطة وضع قواعد قانونية ملزمة، في ظل تفسيره لنصوص ومقاصد الشارع.

فدور قاضي المظالم في وضعه قواعد السلطة العامة، كان في إطاره تفسيره لنصوص الشريعة وأحكامها، ولم يكن دوره أبداً في هذا الصدد خلّاقاً أو منشئاً. وهنا يكمن الفرق بين قاضي المظالم والقاضي الإداري المعاصر.

ثانياً: الإستثناءات الواردة على رقابة التكييف القانوني للوقائع

إنّ الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة، ليست حقيقية على قدر واحد بالنسبة لجميع التصرفات الإدارية، إنما تحدّد حسب المجال الذي تتصرف فيه، ومدى ما تتمتع به من حرية في التصرف، وهي تضيق الرقابة حقيقة في مجال السلطة التقديرية، حيث لا يلزم القانون الإدارة بنصٍ يحدّ

من سلطتها أو يقيد من حريتها في وسيلة التصرف أو التقدير، إلا أن هذا لا يعني أبدا أنها سلطة مطلقة، بل إن الرقابة القضائية موجودة دائما على جميع التصرفات الإدارية¹.

فقد يقتصر القاضي الإداري- وهو يباشر رقابته - على دراسة صحة الوقائع المادية وحدها، وفي المقابل قد يذهب إلى رقابة تكييف وتقدير الوقائع، ويمارس الرقابة على الملاءمة. غير أن هنالك قرارات لا يتمتع مجلس الدولة الفرنسي برقابة تكييف وقائعها. ويتعلق الأمر بنوعين رئيسيين من القرارات هما، بعض قرارات الضبط الإداري والقرارات التي تحتاج إلى تقدير فني أو تكون وقائعها ذات طابع فني معقد. ومن أمثلة النوع الأول القرارات الخاصة بمنع الأجانب من دخول الأراضي الفرنسية أو طرد الأجانب من فرنسا، ومن أمثلة النوع الثاني من أحكام المجلس تكييف التدخل في تقدير مسرحية من الناحية الأدبية، ومن حيث صلاحيتها أو عدم صلاحيتها².

1- قرارات الضبط الخاصة بتنظيم نشاط وإقامة الأجانب

في موضوع الضبط الإداري، يصعب تمييز مسألة وجود الوقائع عمليا عن مسألة التكييف القانوني لها، وهذا يرجع بطبيعة الحال إلى الصفة التوجيهية للقوانين المتعلقة بالضبط، فكي يقرر

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 748 لسنة 16 ق جلسة 5-5-1974، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما، سنة 1965-1980 الجزء الثاني ص 1420. مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 97.

² إن امتناع مجلس الدولة الفرنسي عن رقابة تقدير المسائل الفنية، لا يعني أن الإدارة تتمتع- في هذا المجال بسلطة مطلقة، بل أن مجلس الدولة الفرنسي يراقب الانحراف بالسلطة. لمزيد من التفصيل يراجع: دكتور محمود سلامة جبر في رسالته رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها ص 80. مأخوذ عن: محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 481.

القاضي أن اضطرابا معينا يشكل خطرا على النظام العام، فإن عليه - في نفس الوقت الذي يبحث فيه قيام الوقائع من الناحية المادية - أن يقدر قيمتها وصفتها القانونية.¹

وقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على صحة تكييف الإدارة للوقائع ، في مجال الضبط الإداري إلى درجة ممارسة الرقابة على الملاءمة؛ إلا أنه قد يفضى الوقبة على تكييف الوقائع، في بعض الحالات بحيث يقتصر دور ه فيها على مجرد التحقيق من الوجود المادي للوقائع، دون أن يتطرق إلى بحث صحة التكييف القانوني لها.²

و موقف القضاء الإداري الفرنسي يتعلق هنا بمجموعة من قرارات الضبط الإداري ، الصادرة بصدد موضوعات ، يحرص مجلس الدولة على إعطاء الإدارة فيها قدرا واسعا من حرية التصرف ، وذلك لما تتضمنه من خطورة على أمن وسلامة الدولة، كتلك التي تتعلق بقرارات الضبط الصادرة لتنظيم نشاط وإقامة الأجانب في فرنسا.³

فبالنسبة لهذا المجال، يرى جانب من الفقه، أن مسلك مجلس الدولة الفرنسي، لا يجد تفسيره في أية اعتبارات قانونية، ذلك أنه بالنسبة لقرارات الضبط الصادرة لتنظيم إقامة ونشاط الأجانب في فرنسا، فإن امتناع القضاء الفرنسي عن إجراء رقابة التكييف في خصوصها، يرجع إلى الاعتبارات العملية التي تتمثل في رغبة القضاء الفرنسي في أن يترك للإدارة قدرا واسعا من حرية التصرف. في حين يقوم مجلس الدولة الفرنسي ، بمراقبة التكييف القانوني للوقائع في خصوص نفس القرارات محل البحث، إذا تعلقت بمواطنين فرنسيين بدلا من الأجانب.⁴

¹ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص96.

² Voir : J. Waline, droit administratif, op.cit, p632

³ Voir : J. Waline, ibid, p632

⁴ محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء المرجع السابق، ص56.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي غير موقفه، وبدأ تدريجياً يمد نطاق رقابته في هذا المجال عن طريق استخدام تقنية الخطأ الظاهر في التقدير، خصوصاً بعد صدور حكم مجلس الدولة في 1973/11/2 الذي تصدى القضاء الإداري فيه لتقدير مدى جسامته الأخطار التي تنطوي عليها إعلانات أجنبية في فرنسا على النظام العام.¹ واستخدم القضاء الإداري نفس التقنية، فيما يخص قرارات طرد الأجانب من الأراضي الفرنسية في قضية *Ministre de l'Interieur c/Pardov*، حيث قام بالتحقق فيما إذا كان قرار الوزير لا يخلو من خطأ جسيم في التقدير، وأن وجود الأجنبي - الذي مسّه قرار الطرد- في فرنسا، يتضمّن - بالفعل - تهديداً للنظام العام،² كما استخدمها بخصوص قرارات منح جوازات السفر³...

بناء عليه، فإن القاضي الإداري الفرنسي، قد يرى الامتناع عن رقابة قرارات الضبط الخاصة بتنظيم وإقامة الأجانب لضرورة المصلحة العليا للدولة، وقد يرى - بالفعل - أن الرقابة على تقدير الأسباب في هذا المجال، لا يمكن فصلها عند تكييفها، فباشراً - حينئذ - نفس التقدير الذي مارسه رجل الإدارة، ويحلّ في الواقع محله.⁴

أما بالنسبة لمجلس الدولة المصري، فقد سلك نفس مسلك مجلس الدولة الفرنسي، إذ استقر على التحقق من وجود وصحة الوقائع، التي استندت إليها سلطة الضبط الإداري في بناء قرارها، ثم القيام بفحص التكييف القانوني لهذه الوقائع للتحقق من أنها تصلح قانوناً لتبرير القرار، وذلك بأن

¹ C. E , 2/11/1973. Société anonyme Librairie F. Maspero. Voir : **Philippe Foillard**, droit administratif, édition 2012, Paradigme Orléans, p152.

² C. E 03/2/1975. voir : **Philippe Foillard**, ibid, p152.

³ C. E, 19 février 1975. **Philippe Foillard**, ibid, p 152.

⁴ **J. Morand- Deviller**, cours de droit administratif, op.cit, p752.

يكون من شأنها الإخلال بالنظام العام أو التهديد بالإخلال به. غير أنه استبعد قرارات الضبط الخاصة بتنظيم إقامة ونشاط الأجانب من رقابته، تاركا المجال واسعا لسلطة الإدارة التقديرية.¹

أما فيما يتعلق بنشاط وإقامة الأجانب في الجزائر ، فقد نظمته أحكام القانون رقم 11/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008، المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.² ف قد يقوم الأجنبي أثناء إقامته بالجزائر، بفعال منافية للآداب العامة، أو تمس السكينة العامة، أو كأن يأتي بتصرفات تدخل في خانة المؤامرات والدسائس ضد الدولة؛ أو ينخرط في أعمال فوضوية وتحريض على القيام بأعمال ضارة بالدولة كالتخابر أو التجسس لحساب جهات أجنبية، من شأنها أن تعرض النظام السياسي للخطر. فجميع هذه الأفعال تجعل من وجود الأجنبي على الإقليم الجزائري يشكل خطرا على أمن الدولة وسلامتها أو يهدد النظام العام فيها. وهي أسباب كافية تبرر قيام السلطات العامة في الجزائر، باتخاذ قرار بطرد الأجنبي. غير أنه حتى يتم طرد الأجنبي، ينبغي أن تكون هناك أدلة تثبت أنه مارس مثل هذه الأعمال غير المشروعة.³

و قرار الإبعاد إلى خارج الإقليم والطرد إلى الحدود، يعدّ من القرارات الحساسة والماسة بحقوق الأجانب المقيمين أو غير المقيمين على التراب الجزائري، وما قد ينجم عنه من أزمة دبلوماسية بين دولة الرعايا الأجانب والدولة التي صدر عنها تلك القرارات . لذلك ينبغي إحاطة عملية الإبعاد أو الطرد بجملة من الإجراءات القانونية، التي تكفل حق الدولة في ممارسة سيادتها على إقليمها، عن طريق تنظيم دخول وخروج الأجانب إليه ومنه وإقامته فيه، وإبعاد أي أجنبي على إقليمها ، إذا كان يشكل

¹ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص99.

² الجريدة الرسمية، المؤرخة في 2 يوليو 2008، العدد 36.

³ رضا هميسي، آليات مكافحة الهجرة غير الشرعية في التشريع الجزائري.

وجوده خطرا على الأمن والنظام العام، وحق الأجانب في اختيار الدولة التي يريدون الدخول إلى أراضيها والإقامة فيها، والذي يعد تعبيرا عن حرية الأفراد في التنقل.¹

و الأجنبي يُبعد خارج الإقليم الجزائري، بموجب قرار صادر عن وزير الداخلية،² أما الطرد إلى الحدود، فإنه يتم بقرار صادر عن الوالي المختص إقليميا.³ فالإبعاد والطردهما إجراءان تتخذهما الإدارة ضد أي شخص أجنبي يشكل وجوده خطرا على أمن الدولة وسلامتها ، أو يشكل ضررا بكيانها السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي. وهما في الصميم من اختصاص السلطة التقديرية للإدارة، ممثلة في شخص وزير الداخلية، ووالي الولاية التي يقيم فيها الأجنبي المعني بالإبعاد أو الترحيل.

ف إذا لم يرضَ الأجنبي بقرار إبعاده، فإنه يجوز له الطعن في قرار وزير الداخلية المتضمن الإبعاد خارج الإقليم الجزائري، وذلك عن طريق دعوى يرفعها أمام القضاء الاستعجالي الإداري ، في أجل أقصاه 5 أيام تسري من تاريخ تبليغه بهذا القرار؛ وفي هذه الحالة، ونظرا لحساسية الإجراء وخطورته، فإنه ينبغي على القاضي الاستعجالي، أن يفصل في الدعوى في أجل أقصاه 20 يوما ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى لدى كتابة ضبط المحكمة الإدارية.⁴ ويمكن أن يمدد أجل تقديم الطعن إلى ثلاثين يوما بالنسبة لبعض الأشخاص، وفقا للمادة 32 من نفس القانون.⁵

¹ رضا هميسي، الموقع نفسه.

² المادة 30 من القانون رقم 11/08. ص08.

³ المادة 36 من القانون رقم 11/08. ج ر، العدد السابق ص09.

⁴ ينظر: الفقرة الثالثة والرابعة المادة 31 من القانون رقم 11/08، ج ر، العدد السابق ص08.

⁵ وهم الأجنبي المتزوج أو الأجنبية المتزوجة منذ سنتين على الأقل مع جزائري أو جزائرية، بشرط أن يكون الزواج قد تم عقده بصورة قانونية، وأن يثبت بصفة فعلية أنهما يعيشان معا؛ والأجنبي الذي يثبت بالوسائل الشرعية إقامته المعتادة في الجزائر قبل سن 18، مع أبويه الذين لهم صفة مقيم؛ والأجنبي الحائز على بطاقة مقيم ذات صلاحية 10 سنوات.

ومن الضمانات التي يكفلها القانون الجزائري للأجنبي المعني بقرار الإبعاد، أن للطعن أثرا موقفا، سواء قدم الطعن في أجل 5 أيام أو في أجل 30 يوما،¹ ويعدّ هذا الوقف فرصة للأجنبي وفسحة زمنية. كذلك يمكن تحديد إقامة الأجنبي الذي قدم طعنا ضد قرار الإبعاد إذا رأت السلطات الإدارية المختصة ضرورة ذلك؛² أي أن الأمر يخضع للسلطة التقديرية للإدارة المختصة.

كما أعطى المشرع للقاضي الاستعجالي الحق، في أن يأمر مؤقتا بوقف تنفيذ قرار الإبعاد ، في حالة الضرورة القصوى أين تقتضي مصلحة الأجنبي المعني ذلك. وقد ذكرت الفقرة الثالثة المادة 32 من القانون رقم 11/08 بعض الحالات وهي أحد الوالدين (الأب الأجنبي أو الأم الأجنبية) الذي يساهم في رعاية وتربية طفل جزائري قاصر مقيم في الجزائر؛ الأجنبي القاصر عند اتخاذ قرار الإبعاد؛ الأجنبي اليتيم القاصر؛ المرأة الحامل عند صدور قرار الإبعاد. غير أنه لم تحدد النصوص مدة معينة لوقف تنفيذ قرار الإبعاد بصفة مؤقتة، إنما ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي الإداري الاستعجالي.

وفيما يخص الاستثناء الوارد على مبدأ إخضاع القرارات الصادرة ضد الأجانب للرقابة القضائية، فإن قرار الطرد غير قابل للطعن، في حالة سحب بطاقة المقيم من الأجنبي المقيم، الذي تتنافى نشاطاته مع الأخلاق والسكينة العامة، أو تمس بالمصالح الوطنية العليا، أو أدت إلى إدانته بهذه الأفعال. ففي هذه الحالة تطرد الرعية الأجنبية فورا ، بمجرد استكمال الإجراءات الإدارية أو القضائية، دون أن يكون له الحق في الطعن. وقد نصّت المادة 36 من نفس القانون، صراحة على طرد الأجنبي إلى الحدود بقرار صادر من الوالي المختص إقليميا، عندما يدخل إلى التراب الجزائري، بصفة غير شرعية أو يقيم فيه بصفة غير قانونية، دون أن يمحطى للأجنبي المطرود الحق في الطعن ضد القرار الولائي. غير أنه يمكن أن لا يتم ترحيله قسرا إلى الحدود في حالة تسوية وضعيته الإدارية.

¹ ينظر: الفقرة الخامسة المادة 31 والفقرة الثانية المادة 32 من القانون رقم 11/08.

² ينظر: الفقرة السادسة المادة 31 من نفس القانون.

أما في النظام الإسلامي ، فللقاعدة الأساسية في معاملة الأجانب، أن لهم من الحقوق مثل ما للمسلمين، إلا في أمور محددة مستثناة، وأن عليهم ما على المسلمين من الواجبات إلا ما استثني . وأهم هذه الحقوق هو حق تمتعهم بحماية الدولة الإسلامية والمجتمع الإسلامي. وهذه الحماية تشمل حمايتهم من كل عدوان خارجي، أو ظلم داخلي، حتى ينعموا بالأمان والاستقرار.

أما الحماية من الاعتداء الخارجي، فتعب لهم كما تعب للمسلمين، وعلى ولي الأمر (الإدارة)، بما لها من امتيازات، أن توفر لهم هذه الحماية، يقول القرافي المالكي في كتابه "الفروق" "إن من كان في الذمة، وجاء أهل الحرب إلى بلادنا يقصدونه، وجب علينا أن نخرج لقتالهم بالكرع والسلاح، ونموت دون ذلك، صونا لمن هو في ذمة الله تعالى وذمة رسوله - صلى الله عليه وسلم -، فإن تسليمه دون ذلك إهمال لعقد الذمة".¹

وأما الحماية من الظلم الداخلي، فهو أمر يشدد الإسلام في وجوبه، ويحذر المسلمين أن يمدوا أيديهم أو ألسنتهم إلى الأجانب من أهل الذمة أو المستأمنين، بأذى أو ضرر. يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "من ظلم معاهدا أو انتقصه حقا أو كلفه فوق طاقته أو أخذ منه شيئا بغير طيب نفس منه، فأنا حجيجه يوم القيامة".²

وقد اشتدت عناية المسلمين منذ عهد الخلفاء الراشدين، بدفع الظلم عن أهل الذمة، وكف الأذى عنهم، والتحقيق في كل شكوى تأتي من قبلهم. وكان عمر رضي الله عنه يسأل الوافدين عليه

¹ شهاب الدين القرافي، الفروق، المرجع السابق، ج3، ص14-15.

² رواه أبو داود والبيهقي في السنن الكبرى، ج5، ص205. ولفظ حجيجه أي خصيمه.

من الأقاليم عن حال أهل الذمة، خشية أن يكون أحد من المسلمين ، قد أفضى إليهم بأذى، فيقولون له: "ما نعلم إلا وفاء".¹

وقد كان الأجانب في الدولة الإسلامية، يجدون الضمان لحقوقهم وحررياتهم لدى القضاء المستقل العادل، الذي له حق محاكمة أي مُدعى عليه، ولو كان أكبر رأس في الدولة وهو الخليفة.

والتاريخ الإسلامي مليء بالوقائع التي تدل على التزام النظام الإسلامي بحماية الأجانب من أهل الذمة أو المستأمنين، من كل ظلم يمس حقوقهم المقررة، أو حررياتهم المكفولة. ومن أهم القضايا التي يمكن سياتقتها في هذا الصدد، قضية كنيسة يوحنا². وتتمثل وقائعها فيما يلي:

أخذ الوليد بن عبد الملك كنيسة "يوحنا" من النصارى، وأدخلها في المسجد ، في إطار نزاع الملكية للمنفعة العامة. فلما آلت الخلافة إلى عمر بن عبد العزيز، شكوا النصارى إليه ما فعل الوليد بهم في كنيستهم، وقصة هذه الكنيسة كما يحكيها البلاذري ، أن خلفاء بني أمية منذ عهد معاوية، ثم عبد الملك، حاولوا أن يسترضوا النصارى ليزيدوا مساحتها في المسجد الأموي، واسترضوهم عنها، فرفضوا، وفي أيام الوليد، جمعهم وبذل لهم مالا عظيما على أن يعطوه إياها فأبوا، فقال: لئن لم تفعلوا لأهدمها فقال بعضهم: يا أمير المؤمنين، إن من هدم كنيسة جُنَّ أصابته عاهة! فأغضبه قولهم، ودعا بمعول وجعل يهدم بعض حيطانها بيده، ثم جمع الفعلة والنقاضين، فهدموها. وأدخلها في المسجد.

فلما استُخْلِيفَ عمر بن عبد العزيز شكوا إليه النصارى ما فعل بهم الوليد في كنيستهم. فكتب إلى عامله يأمره برد ما زاده في المسجد عليهم! (أي بهدمه وإعادةه كنيسة) لولا أنهم تراضوا مع الوالي

¹ الطبري، تاريخ الأمم والملوك، المرجع السابق، ج 4 ص 218. أي بمقتضى العهد والعقد الذي بينهم وبين المسلمين، وهذا يقتضي أن كلا من الطرفين وفيّ بما عليه.

² البلاذري، فتوح البلدان، المرجع السابق، ص 171- 172 .

على أساس أن يعوّضوا بما يرضيهم ، فكره أهل دمشق ذلك وقالوا: نهدم مسجدنا بعد أن أدّينا فيه وصلينا دبر نبيه وفيهم يومئذ سليمان بن حبيب المحاربي وغيره من الفقهاء وأقبلوا على النصارى يسترضونهم. فسألوهم أن يعطوا جميع كنائس الغوطة التي أخذت عنوة (أي عند الفتح) وصارت في أيدي المسلمين، على أن يصفحوا عن كنيسة يوحنا، ويمسكوا عن المطالبة بها، فرضوا بذلك وأعجبهم. فكتب بذلك إلى عمر فسره وأمضاه.

وفي قضية أخرى، أجلى الوليد بن يزيد من كان بقبرص من الذميين، وأرسلهم إلى الشام مخافة حملة الروم، ورغم أنه لم يفعل ذلك إلا حماية للدولة، فقد غضب عليه الفقهاء وعامة المسلمين واستعظموا ذلك منه. فلما جاء يزيد بن الوليد وردّهم إلى قبرص، استحسنه المسلمون، وعدوه من العدل وذكروه في مناقبه م.¹

وعليه، فإن النظام الإسلامي، لم يعرف استثناءات على مبدأ إخضاع التصرفات الإدارية المتعلقة بالأجانب للرقابة عليها، إذ هي خاضعة مثلها مثل سائر أوجه العمل الإداري، لرقابة القضاء الإداري.

2- القرارات ذات الطابع الفني

إضافة إلى مجال تدابير الضبط الإداري الخاصة بالأجانب، هناك حالات يتجه فيها مجلس الدولة الفرنسي إلى عدم إقحام نفسه في رقابة صحة الوقائع المادية ، وتمثل هذه الحالات - بصفة أساسية - في صحة التدابير ذات الطابع الفني، عندما يرى القاضي أن تكييفه للوقائع سيقوده إلى

¹ البلاذري، المرجع السابق، 214.

تقدير لا اختصاص له بشأنها. مثال ذلك: ¹ تقدير الإدارة للمستوى الفني للخبير و المحاسب ، ² ورفض التصريح بتداول أحد المستحضرات الفنية أو الدعاية ³ ، وتقدير درجة سموم في سائل خاص. ⁴

وبالنسبة لمجلس الدولة المصري ، فإنه ينتهج نفس المنهج في استبعاد الرقابة على التكييف القانوني للوقائع في الحالات التي تتطلب خبرة فنية أو علمية ، كتحقيق البحوث المقدمة للجان فحص الإنتاج العلمي، و يُرَجَّح حجم الرقابة القضائية على هذا النوع من القرارات في نظره ، إلى تقدير مجلس الدولة بأن المصلحة العليا للدولة ، تقتضى أن يترك للإدارة سلطة تقدير واسعة . ومن ناحية أخرى فإن الإدارة بما لديها من أجهزة معنية وعلمية ، أقدر منه على إجراء التكييف السليم للوقائع، ويمكن استخلاص نتيجة عامة، وهي أنه في حالة تخلف رقابة القاضي على التكييف القانوني للوقائع ، فلا ريب أن ذلك يتيح للإدارة حجما أكبر في التقدير ، ذلك أنه سيترك لها حرية اختيار السبب ، إضافة إلى ما هي متمتعة به في الأصل من حرية اختبار الأثر الملائم للسبب ، ويتضح من تراوح الرقابة بين الضيق والاتساع أن ما يسمح به القضاء للسلطة الإدارية من تقدير في خصوص السبب أو تكييفه هو من نتائج التغيير الذاتي في مسلك القضاء نفسه، فهو يمتنع عن مباشرة رقابته في حالات معنية ويتدخل برقابته في حالات أخرى. ⁵

والحالات التي يخضعها مجلس الدولة المصري لرقابته، تلك المتعلقة بتقدير الأمور العملية أو الفنية، إذا تعلقت بالحريات الشخصية ، ومن هذا القبيل قرار حجز المصاب بمرض عقلي، وفي ذلك قررت المحكمة الإدارية العليا أنه "إذا كانت سلطة مراقبة الأمراض العقلية في تقدير ما إذا كان

¹ صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 99.

² C.E22 février 1952, Ste des laboratoires de canon. 1948 Ste des laboratoires du Buc (terre espèce).

³ C.E. Ass.27 avril 1951.

⁴ C.E. 6 nov, 1963.

⁵ محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 481.

الشخص مصابا بمرض عقلي أم لا، هي في الأصل سلطة تقديرية باعتبارها من الأمور الفنية ذات التقدير الموضوعي، بحيث ما كان يجوز التعقيب عليها إلا عند إساءة استعمال السلطة؛ إلا أنه لما كان الأمر يتعلق بالحرية الشخصية فإنه يجوز للقضاء الإداري اتخاذ ما يلزم للتحقق من قيام هذه الحالة المرضية أو عدم قيامها، وله في هذا الصدد أن يندب من يرى من أهل الخبرة إذا قام لديه من الشواهد ما يبرر ذلك.¹

أما في الجزائر فقد أكد القضاء الإداري، في بعض قراراته على امتناعه عن رقابة نشاط الإدارة، فيما يتعلق بلسائل الفنية والعلمية، وخاصة في مجال قرارات نزع الملكية لأجل المنفعة العمومية، حيث أكد امتناعه عن مباشرة الرقابة القضائية، فيما يخص مدى ملاءمة اختيار الأرض محل نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، دون الاستعانة بخبراء في هذا المجال.

وهذا ما أكدته قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 66960، المؤرخ في 21 أفريل 1990². وقد توصل قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في الحكم فيها إلى ما يلي:³

" فيما يخص اختيار قطعة محل نزع الملكية، فإن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مدى ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز مشروع....

¹ حكم المحكمة الإدارية في الطعن ، رقم 810 لسنة 13 جلسة 1973/12/9، والطعن رقم 266 لسنة 7 جلسة 1974/12/15م، مشار إليه بمؤلف، محمد ماهر أبو العينين، المرجع نفسه، ص 481.

² وقد جاء فيها أن الطاعنين وضحوا بأن صفة المنفعة العامة لا تنطبق على ملكيتهم، لأنه يوجد إلى جانبها قطعة أرض أخرى، كان بالإمكان تشييد 500 مسكن عليها في حين أن ملكيتهم أرض مزروعة بالأشجار المثمرة ومستغلة فلاحيا، كما أن الطاعنين أوضحوا أنهم عائلة كبيرة تقطن هذه الأرض و أنها لا تحتاج إلى تعويض بل إلى مسكن يؤويها.

³ م.ع.غ، 21 أبريل 1990، (الفريق ع) ضد (والي ب)، المجلة القضائية العدد 2/1990، ص 158 وما بعدها.

وأن مبدأ الإحتياج العائلي لا يعني إشباعه بالضرورة بالأرض المتنازع عليها، وإنما يعني إعادة إسكان الشخص الذي انتزعت منه أرضه."

غير أنه تراجع عن موقفه هذا - مؤخرا- فيما يخص تكييفه للوقائع في مجال نزع الملكية، لغرض حماية حقوق الأفراد. من أمثلة ذلك:

قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا - سابقا- المؤرخ في 13/4/1998، الصادر عن المحكمة العليا في قضية الفريق (ق) ضد والي ولاية المسيلة.¹ وتتلخص وقائع القضية في أنه يملك الفريق (ق) قطعة أرض صالحة للبناء بحمام الضلعة بولاية المسيلة، فاتخذ الوالي قرارات إدارية تتضمن التصريح بالمنفعة العامة، ونزع الملكية للقطعة الأرضية المملوكة للفريق (ق) وتحويلها على ذمة بلدية حمام الضلعة، من أجل تجزئتها إلى 52 قطعة لتقسيمها على الخواص بيعا من أجل بناء مساكن شخصية.

ب صدور قرار التصريح بالمنفعة العامة رقم 89/1424 المؤرخ في 25/12/1991 وقرار التحويل رقم 95/118 المؤرخ في 19/3/1995 الصادرين عن والي المسيلة، طعن الفريق (ق) أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة في القرارين السابقين، وقضت هذه الأخيرة برفض الطعن لعدم التأسيس وهذا في 15/11/1995، فاستأنف الفريق (ق) القرار الصادر عن الغرفة الإدارية الجهوية، لمجلس قضاء قسنطينة أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، التي قضت بقبول الاستئناف وإلغاء القرار المستأنف، وكذا قضت بإبطال قرار التصريح بالمنفعة العامة الصادر في 26/1/1989، وكذا قرار التصريح بالمنفعة العامة الصادر في 25/12/1991، وكذا قرار نقل الملكية المؤرخ في 19/3/1995؛ وقد جاء في حيثيات القرار أن القطعة محل نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية قد

¹ م ع، غ إ؛ قضية فريق (ق) ضد والي المسيلة، قرار رقم 157362 بتاريخ 13/4/1998، المحلة القضائية العدد 1/1998، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

جُزئت للسماح للخواص ببناء مساكن فردية، وهو مخالف لنص المادة 2 الفقرة 2 من القانون 11/91، إذ أن تجزئة قطعة أرض متزوع ملكيتها من طرف الدولة ، ومنحها للخواص لبناء مساكن فردية هو تصرف مخالف للقانون.

و لم يغيّر القاضي الإداري الجزائري موقفه في هذا المجال فقط، بل في قضايا أخرى، حيث رغم ضرورة تقرير الخبرة، إلا أن القاضي لم يتردد في التدخل من أجل حماية حقوق الأفراد ولو بطريقة مؤقتة، في حين انتظار قرار الخبرة. يدل على ذلك، قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 1992/12/20، في قضية الوكالة الوطنية لعلم الآثار وحماية المعالم والمواقع التاريخية بالجزائر ضد والي ولاية الجزائر ومن معه.¹ وقد جاء في حيثيات هذا القرار الآتي:

"حيث أن و و ع آ ح م م ت بالجزائر تثير ما يلي:

أن والي ولاية الجزائر و ر م ش لمدينة الجزائر نصب ورشة كبيرة لإنجاز موقف للسيارات ومعهد للموسيقى على موقع "ايكوسيوم" العتيقة القريب جدا من المسجد الكبير والزاوية المحصنة 23 الجاري ترميمهما.

حيث أن المسجد الكبير والزاوية المحصنة 23 يكونان على التوالي معلما وموقعا تاريخيا مصنّفين بهذه الصفة منذ 1887 و 1909 تصنيفا مؤكدا بالأمر رقم 67- 281 المؤرخ في 1967/12/20.

¹ م.ع. غ، قرار رقم 101267، المحلة القضائية العدد 3/1994 ص 191.

حيث أن الأشغال التي شرع فيها من طرف المستأنف عليهم، تكون مساسا خطيرا على التراث الحضاري الوطني وخرقا فادحا لمقتضيات الأمر رقم 67-281، ولأنها جارية في مكان يقع داخل المسافة المحددة بالمادتين 22 و41 من الأمر المذكور أعلاه وهي 500 متر.

حيث أن مجلس قضاء الجزائر أصدر أمرا بتاريخ 1990/6/25 بتعيين خبير وأن المستأنف عليهم ورغم تعيين الخبير المذكور واصلوا الأشغال...

وأن تقدم الأشغال أجبر المستأنفة على رفع الدعوى المستعجلة من أجل طلب إيقاف الأشغال في انتظار نتائج الخبير.

حيث أن قاضي الدرجة الأولى لم يقدر خطورة الضرر الناتج عن هذه الأشغال والصفة الإستعجالية لوقف هذه الأشغال التي تمس في حالة استمرارها بالقيمة التاريخية لهذه المواقع والمعالم الأثرية.

حيث أن المستأنفة تثير من جهة أخرى، بأن هذا القرار غير مؤسس من حيث أن الطلب لم يكن يتعلق بصحة أو قانونية رخصة البناء ولكن يتعلق باتخاذ إجراء تحفظي يتطلبه جسامه الضرر والصفة الاستعجالية التي يكتسبها.

... حيث أنه كان يتعين على الجهة القضائية التي أصدرت الأمر المستأنف استخلاص نتائج قرارها الأول وليس تقدير مدى صحة الرخص الإدارية المسلمة لصاحب المشروع. وأنه في انتظار نتائج الخبير هناك حالة استعجالية قصوى لحماية الآثار ذات القيمة التاريخية بوقف الأشغال. وأن هذا الإجراء التحفظي الضروري يدخل بطبيعته في صلاحيات القاضي الاستعجالي.

أنه من جهة أخرى فإن الرخص الإدارية ونظرا لجسامة الخطر لا تضمن أي تجاوز أو توسع غير مقررین. وأن تقرير هذا الخطر على ضوء وضعية ما وتقدير الإجراء الواجب الأمر به يدخل في اختصاص قاضي الاستعجال.¹

أما بالنسبة للنظام الإسلامي، فقد كان القاضي الإداري يمارس دورا فعالا في الرقابة على تكييف الوقائع وتناسبها؛ وحتى الحالات التي تتطلب خبرة فنية معينة، لم تسلم من رقابته، حيث كان القاضي يستعين هو الآخر بتقرير الخبراء، للتأكد من صحة التكييف الذي قامت به الإدارة. إلا أن ذلك كان مرهونا بقناعات القاضي الشخصية، خاصة في حالة المساس بالحقوق والحريات العامة للأفراد.

من الأمثلة التي دوّنها التاريخ الإسلامي في هذا الصدد، أن الناصر أراد أن ينشئ بناء، كان بجواره دار صغيرة وحمّام لأيتام تحت ولاية القاضي، فطلب شراءه. فقواله: إنه لا يباع إلا بإذن القاضي. فسأله بيعه. فقال القاضي: "لا، إلا بإحدى ثلاث: حاجة الأيتام، أو وهن البناء، أو غبطة الثمن". فأرسل الخليفة خبّراء قدّروهما بثمن لم يعجب القاضي، فأباه، وأظهر الخليفة العدول عنهما والزهد فيهما. وخاف القاضي أن يأخذهما جبرا، فأمر بهدم الدار والحمّام وبيع الأنقاض بأكثر مما قدر الخبراء. وعزّ ذلك على الخليفة فقال له: ما دعاك إلى ذلك؟ قال أخذت بقوله تعالى: "أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فأردت أن أعيبها وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا"، لقد بعْتُ الأنقاض بأكثر مما قدّرت للدّار والحمّام، وبقيتُ للأيتام الأرض، فالآن اشتراها بما تراه لها من الثمن. قال الخليفة: "أنا أولى أن أنقاد إلى الحق، فجزاك الله عنّا وعن أمّتك خيرا.²

¹ م.ع. غ.إ. قرار رقم 101267، المحلة القضائية العدد 3/1994 ص 191 وما بعدها.

² سيّد بن حسين العفاني، القضاء في الإسلام، المرجع السابق، ص 245.

يستفاد من هذه القضية، أنّ القضاء الإداري في النظام الإسلامي، كان قضاء جريئا، لم يعرف استثناءات في رقابة تكييف الوقائع في مجال الحقوق والحريات العامة للأفراد.

خلاصة ما تقدّم أنّ المرونة المتناهية والحرية الكبيرة التي يمارس بها القاضي رقابته كي يجد أو يسمح بالسلطة التقديرية للإدارة، وسياسته القضائية في شأن الرقابة على اعتبارات الملاءمة¹. تكفل للرقابة القضائية طابعا نشطا، يسمح للقاضي أن يمارس سيطرته على أفعال السلطة التنفيذية.

بذلك، يستطيع القاضي أن يمارس تأثيره على النشاط الإداري من خلال الحكم الذي يصدره، وهذا الحكم لا يقف غالبا عند المفهوم التقليدي للرقابة على المشروعية، وإنما يتسع ليشمل الرقابة على الملاءمة، كما أن القاضي قد يرى أحيانا، وهو يمارس رقابته على أعمال الإدارة حماية السلطة التقديرية للإدارة في خارج نطاق القواعد التي يتكون من مجموعها مبدأ المشروعية في الظروف العادية، وذلك حين يطبق نظرية الظروف الاستثنائية، وما تتيحه للسلطة التنفيذية من اتساع مجالات نشاطها عن الحدود، التي كان ينبغي عليها احترامها طبقا لمبدأ المشروعية في الظروف العادية².

وهذا التحديد الذاتي لرقابته، هو أحد مظاهر العلاقة الجدلية القائمة بين السلطة التنفيذية بقاضيتها، التي تقوم بإنشاء روابط وثيقة بين القاضي الإداري والإدارة؛ فالسلطة التنفيذية لا تقبل مبدأ الخضوع للرقابة القضائية إلا بشرط ألا يكون القاضي غريبا عنها تماما، والقاضي - من جانبه - كثيرا ما يقبل عدم الإمعان في رقابته، لأنه يعي المسائل التي يتعيّن على الإدارة أن تواجهها³.

¹ Voir: **J. Waline**, droit administratif, op.cit, p 632.

² صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 99-100.

³ **Loshak (D)**, Le rôle politique du juge administratif français, thèse, paris 1972, p54.

المطلب الثاني:

تطور واقع القاضي الإداري من قاضي المشروعية إلى قاضي الملاءمة

إن تعميق القاضي الإداري لرقابته ، وتطويرها بهدف حماية الحقوق والحريات العامة ، في مواجهة انزلاق الإدارة في استعمال حرية تقدير الملاءمة.¹ سمح له أن يذهب إلى نطاق أبعد من مجرد الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، ليهتم بمحتوى القرار وملاءمته.

فإذا كان القاضي قد اتخذ خطوات الجريئة بخصوص الملاءمة، فما هو أساس رقابة القاضي على الملاءمة؟ وهل تدخّل القاضي الإداري لبحث تقدير ملاءمة القرار الإداري، معناه أنه قد أصبح بذلك قاضي ملاءمة؟

للإجابة على هذه التساؤلات سيتمّ أولاً التطرّق إلى أساس الرقابة القضائية على الملاءمة (الفرع الأول)، ثمّ نسبة التفرقة بين المشروعية والملاءمة وطبيعة القاضي الإداري (الفرع الثاني)

الفرع الأول:

أساس الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات الإدارية

إن الإتجاه الذي بدأ يستقر عليه القضاء الإداري بوجه عام، في فرض رقابته على الملاءمة ، عندما يجد اختلالاً في التناسب أو التوافق بين أهمية الوقائع والإجراءات التي اتخذت بصددتها، يمثل خطوة جريئة وموفقة نحو تأكيد معنى العدالة بكل صورها، دون أن يتقيد بنظريات فقهية معينة أو يتقيد بادعاءات الإدارة، ومزاعمها بأن لها وحدها تقدير ملاءمة قراراتها الإدارية.

مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص100.

¹ Voir: M. Christine Rouault, droit administratif, op.cit, p 146.

أولاً: أساس رقابة القاضي الإداري على الملاءمة

إن القضاء الإداري وهو في سبيل فرض رقابته على الملاءمة، دائما ما كان يحاول أن يبرر هذه الرقابة ويضع لها أساسا قانونيا معيناً.

فمثلا فيما يتعلق بالرقابة على ملاءمة قرارات الضبط الإداري، ذهب جانب من الفقه القانوني إلى تبرير هذه الرقابة، بما يتوافق مع ما قالته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 1957/4/13 "لئن كانت الإدارة في الأصل تملك حرية وزن مناسبات العمل الإداري وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها، إلا أنه حينما تختلط مناسبة العمل الإداري بمشروعيته، ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن التقدير، خاصة فيما يتعلق بالحريات العامة، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره؛ فالمناط والحالة هذه في مشروعية القرار الذي تتخذه الإدارة، هو أن يكون التصرف لازما لمواجهة حالات معينة، من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام، باعتبار هذا الإجراء الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الضرر، وللقضاء الإداري حق الرقابة على قيام هذا المسوغ أو عدم قيامه."¹

ويلاحظ في هذا التأصيل للرقابة على الملاءمة، أنه يتوافق مع الرأي الذي ذهب إليه الفقيه Waline، الذي يقرّر أن رجل الإدارة، قد يجد نفسه أحيانا أمام حالة من تنازع القوانين المسؤول عن تطبيقها، فيكون عليه لزاما أن يضحّي ببعضها في سبيل تطبيق البعض الآخر. وفي هذا المجال، إذا قرّر رجل الإدارة أن يضحّي بالقوانين المتعلقة بالحريات العامة في سبيل تطبيق إجراء ضبطي للمحافظة على النظام العام، فإن هذا الإجراء لن يكون ملائما، إلا إذا كان ضروريا ومناسبا؛ وإذا كان القضاء

¹ محمد رمضان بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، المرجع السابق، ص 112.

الإداري يراقب المشروعية، فله أن يتحقق من توافر حالة الضرورة ، وتوافر عنصر الملاءمة في التصرف الإداري، وهنا فإن السلطة التقديرية للإدارة تُضبط في مواجهة رقابة قضائية كاملة.¹

إن الغالبية العظمى من الفقهاء يذهبون في مجال الإعراف بالرقابة على الملاءمة، إلى أنه إذا كان للقاضي الإداري أن يراقب المشروعية فليس له مراقبة الملاءمة ، إلا إذا كانت هذه الملاءمة عنصرا من عناصر مشروعية القرار. وهذا هو تفسيرهم للرقابة على الملاءمة. غير أن الحقيقة بالنسبة لتفسير أساس رقابة القضاء الإداري على الملاءمة، ليس في كون الملاءمة عنصرا من عناصر المشروعية، التي يزعمون أنها المجال الوحيد الذي يمكن للقاضي الإداري أن يخوض فيه. بل إن الرقابة القضائية على الملاءمة تجد أساسها في القاعدة القضائية التي وضعها القضاء نفسه. بوصفه قضاءً إنشائيا لا مجرد قضاء تطبيقي.²

ففي موضوع الضبط الإداري ، فإن التشريع لم يحدد الإجراءات المناسب في كل حالة على حدة من الحالات التي تعرض على الإدارة، كما أنه لم يضع معيارا توجيهيا يمكن الركون إليه ، لتحديد الإجراءات المناسب اتخاذه، وبالتالي فإن القضاء الإداري في رقابته على أعمال الإدارة في هذا الشأن، يكون قد ساهم في إنشاء قاعدة قانونية أضافها إلى قواعد القانون الإداري ومقتضاها أنه "يشترط أن يكون الإجراء الضبطي لازما وضروريا ومتناسبا مع أهمية الوقائع". وعلى أساس هذه القاعدة القانونية التي وضعها القضاء الإداري نفسه، مارس رقابته على ملاءمة إجراءات الضبط . فإن الملاءمة هنا هي موضوع تنظيم قانوني من خلال ما وضعه القضاء من قواعد في هذا الشأن.³

¹ Voir: **Waline**, le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, op.cit, p221

Et: **Yves Gaudemet**, droit administratif général, tome 1, op.cit, p733.

² **عصام عبد الوهاب البرزنجي**، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص436.

³ **عصام عبد الوهاب البرزنجي**، المرجع السابق، ص437.

أما فيما يتعلق بالرقابة على ملاءمة قرارات التأديب، فقد ذهب أغلب الفقه في تبرير هذه الرقابة، بما يتوافق مع قضاء المحكمة العليا المصرية، التي ذهبت إلى "أن عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري، وبين نوع الجزاء ومقداره، يؤدي إلى التعارض من حيث النتيجة مع الهدف الذي تبناه القانون من التأديب، والهدف الذي توخاه القانون هو بوجه عام انتظام سير المرافق العامة. ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة. وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوبا بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية."¹

فالقرار الإداري أعلاه يرجع رقابا للقاضي على الملاءمة، إلى حالة عدم المشروعية المتمثلة بالغلو في تقدير الجزاء؛ مع أن الحقيقة، هي أن التشريع لم يحدّد الجرائم التأديبية إلا بوجه عام ، يقوم على فكرة الإخلال بواجبات الوظيفة أو إتيان الموظف عملا مخالف للقوانين والأنظمة ، أو قيامه بأعمال تمس بكرامة الوظيفة التي يشغلها؛ أي أن التشريع في مسائل التأديب ، لم يسلك مسلك قانون العقوبات في تحديد كل فعل مجرم وما يناسبه من جزاء.²

وعليه فإنه من غير الدقة أن يوصف القرار الإداري الذي يتضمن عدم التناسب في تقدير الجزاء مع الذنب الذي يرتكبه الموظف، بأنه قرار غير مشروع - فقط - بالمعنى الدقيق لكلمة

¹ المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما (1965 - 1980)، ج3، الطعان رقم 444 لسنة 7 ق و 730 لسنة 8 ق تاريخ 1966/03/26، ص 2078. مأخوذ عن: محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، المرجع السابق، هامش ص 77-79.

² عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 437.

المشروعية. بل إن أساس رقابة القضاء على الملاءمة في مجال التأديب يتمثل في القاعدة التي وضعها القضاء الإداري، والتي اشترط من خلالها التناسب بين الجزاء والذنب المرتكب من قبل الموظف، بحيث لا يكون هنالك غلو في تقدير أهمية الوقائع وفي اختيار الجزاء.¹

ثانيا: أساس رقابة قاضي المظالم على الملاءمة

إن مبدأ المشروعية في الإسلام، الذي حدّدت الشريعة أطره بواسطة مقاصدها وأحكامها العامة، يقتضى أن تعمل السلطة الإدارية على تحقيق التّطور بشكل يتناسب ويتلاءم مع الظروف والأوضاع السائدة.² بناء على السلطة التقديرية الممنوحة لها.

فالوسائل والأساليب الإدارية ليست ثابتة، وإنّما هي متغيّرة، ومتطورة، حسب الحاجات والمصالح المتجدّدة.³ لذلك كان لا بدّ لقاضي المظالم من صلاحيات وأساليب مرنة، تتماشى وطبيعة النشاط الإداري، وتمكّنه من أداء واجبه بأكثر فاعلية، وهذه الصلاحية تتمثل في رقابة الملاءمة.

وعليه، فإن أساس فرض القاضي رقابته على الملاءمة، يكمن من جهة في غاية تحقيق العدالة وحماية الحقوق والحريات، بما يتناسب مع طبيعة النشاط الإداري. كما يكمن أساسها من جهة أخرى، في القاعدة القضائية التي يضعها القاضي في إطار تفسيره للنصوص والأحكام. حيث أنّ قاضي المظالم، في الوقت الذي كان يمارس فيه رقابته على عمل الإدارة، كان يمارس إلى جانب ذلك دورا حقيقيا في تفسير وتفعيل نصوص الشريعة ومقاصدها، بما يتلاءم مع تطورات المجتمع وحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد.

¹ عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص438.

² ينظر: جمال الدين عطية، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، المرجع السابق، ص201.

³ إحسان عبد المنعم عبد الهادي سمارة، الإدارة والقضاء الإداري في الإسلام، المرجع السابق، ص25.

الفرع الثاني:

نسبية التفرقة بين المشروعية والملاءمة وطبيعة القاضي الإداري

تقوم نظرية الرقابة القضائية المجردة على الفصل بين المشروعية والملاءمة ، التي جعلتها من المجالات المحجوزة لتقدير الإدارة. وحتى يمكن قبول هذه النظرية في مجموعها ، ينبغي أن تكون المشروعية فكرة مطلقة، والحقيقة أنها ليست كذلك في الواقع، فالقاضي ييسر رقابته على عناصر غير محددة قانونيا، وهو من ناحية أخرى يؤيد الإدارة في بعض الأحيان في مخالفتها للقانون، إذ يرفض إلغاء عمل مخالف للقانون لملاءمته، وهو ما يبرز نسبية فكرة المشروعية، كما يبرز أهمية الدور الذي يقوم به القاضي الإداري وخطورته في تعريفها على النحو التالي:

أ - في المقام الأول ، هناك حالات يضطر فيها القاضي ، وهو يراجع مشروعية القرار الإداري إلى تفسير القانون الذي يكتنفه الغموض أو عدم الدقة، فالقاضي هو الذي يعطيه مضمونا ملموسا ، والقاضي - وهو إذ يقوم بذلك - قد يختلف في تفسيره عن تفسير الإدارة وفي هذه الحالة ، يلغى القرار لمخالفته للمشروعية، وليس بالضرورة أن يكون تفسير القاضي مطابقا لنية المشرع، إلا أن حكم القاضي يحوز حجية الشيء المقضي به.¹

ب - في حالات أخرى ، لا نكون بصدد غموض في القانون ، ولكننا نواجه سكوت المشرع عن معالجة الموضوع، وهنا يكون للقاضي الخيار بين أمرين، إما أنه يرى أن الإدارة تستطيع أن تتخذ أي قرار تريده نظرا لأنها لا تخضع لأية قاعدة، وإما أن يخلق قاعدة قانونية لاستكمال نقص في القانون.

1

صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص 79.

وهذه القاعدة تُفرض على الإدارة ، برغم أنها ليست قاعدة تشريعية وإنما قاعدة قضائية أنشأها القاضي، سواء كان عمل القاضي في هذه الحالة خلقاً للقاعدة، أو استنباطاً لها من روح التشريع.¹

ج- وأخيراً قد يحدث مع وجود قاعدة قانونية واضحة محددة ، أن يستبعدا القاضي أو يكملها بنفسه لتحقيق الصالح العام ، فيتجاوز رقابة المشروعية ليفكر بعقلية الإدارة فيمارس رقابته على الملاءمة²، ويلجأ للظروف الاستثنائية لرفض إلغاء عمل غير مشروع ، وهنا تطبق قواعد غير قواعد المشروعية، وقد تصل إلى حد تعارضها مع القانون المكتوب ، وفي الحالة هذه تكون المشروعية التي تلتزم بها الإدارة مشروعية يحددها القاضي الإداري وليس القانون.³

إنَّ القاضي الإداري في كثير من الأحيان ، يفرض على الإدارة احترام قواعد قضائية إلى جانب القواعد القانونية؛ وبالتالي ليس صحيحاً أن القاضي الإداري ينحصر في رقابة مشروعية الأعمال الإدارية، بل كثيراً ما يمدد رقابته إلى سلطة الملاءمة الإدارية، وهذه السلطة التقديرية هي السلطة التي تشتمع بها، طالما لم تحدد القاعدة القانونية التصرف الواجب اتخاذه.⁴

لكن رغم اعتبار القضاء مصدراً رئيسياً من مصادر القانون الإداري، إلا أننا كثيراً ما نجد الفقهاء حين يتكلمون عن دور القاضي، يهبطون به إلى الدرجة الدنيا من التواضع، حين يعتبرون دوره مجرد دور تفسيري وكاشف لنية المشرع، لا يخرج عن كونه قاضٍ للمشروعية.⁵

¹ صلاح يوسف عبد العليم، المرجع نفسه، ص 79.

² J. Waline, droit administratif, op. cit, p 627.

³ صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص 79.

⁴ Voir : J. G. Venezia, le pouvoir discrétionnaire, op.cit, p55.

⁵ عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص 130.

فالحقيقة أن القضاء الإداري حتى حين يحوّل بعض عناصر الملاءمة في القرار إلى عناصر المشروعية الخاضعة لرقابته فهو في الحالتين يهدف إلى مدى معين في التفرقة الأساسية بين الملاءمة والمشروعية طالما أنه يملك تطبيق الحدود الفاصلة بين الحالتين زاعما - مع ذلك - أنه يتعد عن التعقيب على تصرفات الإدارة ما دامت تتصل بالملاءمة وحدها . فالقول أن الرقابة القضائية لا تنطرق إلى ملاءمة العمل الإداري يعتبر من أكثر الأوهام رواجاً في عالم القانون.¹ فالصحيح أن القضاء الإداري يمارس هذه الرقابة في مناسبات عديدة، حتى لو ادعى أنه لا يمارسها خوفاً من أن يتحول من قاض للمشروعية إلى قاض للملاءمة.

أما سبب التخوف من قاعدة أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية دون الملاءمة، هو أن مجلس الدولة الفرنسي ظل لمدة طويلة يرفض رقابته على الوقائع تخوفاً منه للخوض في المسائل التقديرية (الملاءمات)، فاقترنت رقابته على الجانب القانوني للتراع بوصفه قاضياً للقانون أو المشروعية دون الوقائع، لذلك ذهب أكثر الفقهاء إلى عدم توقيع الرقابة على الملاءمة، غير أنهم فسروا حالات الرقابة القضائية على الملاءمة، بأن الملاءمة فيها إنما تكون عنصراً من عناصر المشروعية في التصرف.²

¹ صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص 79.

² D. Rousseau, Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative, th, Poitiers, 1979, p383.

مأخوذ عن: البرزنجي، المرجع السابق، ص 163. وينظر: حسن السيد بسيوني ، دور القضاء في المنازعة الإدارية، ط سنة 1988، عالم الكتب القاهرة، ص 463.

فلحقيقة أنّ السلطات الواسعة التي يمتلكها القاضي الإداري في تكوين القانون، تسمح له بوضع قواعد قانونية جديدة لا تتجزأ أو تنفصل عن المشروعية، و في نفس الوقت تحمل عددا من العناصر المتعلقة بملاءمة التصرف.¹

والقاعدة القضائية التي ينشئها القاضي ، تفرض على الإدارة قيودا معينة تلتزم بها في ممارستها لسلطتها، التي كان القانون يتركها لكامل تقديرها دون أية قيود ، فالقاضي يقطع لنفسه - في حالات معينة - حرية الإدارة، ويختص لنفسه بجزء من السلطة التقديرية التي تركها للإدارة.²

وتظهر حقيقة هذه السلطة التي يقدمها القاضي للإدارة بصورة أوضح ، إذا أخذنا في الاعتبار أن إنشاء القاضي لقواعد قضائية، يستجيب دائما إلى اعتبارات الملاءمة ، فمهمة القاضي تنحصر أساسا في تطبيق القانون على حالات واقعية ، وليس وضع قواعد عامة. فوضع القواعد العامة ليس إلا وسيلة يستخدمها القاضي لتحقيق هدف معين ، وهو حل النزاع في قضية معينة ، وتنشأ القاعدة القضائية في أغلب الحالات من دراسة مدى ملاءمة قرار الإدارة . وإذا كانت القاعدة القضائية تقيد - إلى حد ما - حرية القاضي في المستقبل لأنه يلتزم بإتباع القاعدة التي أنشأها ، إلا أنّ الواقع يكشف عن أن القواعد القضائية تكون في الغالب على قدر كبير من المرونة ، الأمر الذي يسمح للقاضي بمجال لتطبيقات متغيرة ومتنوعة في المستقبل ، ومن هذه الزاوية يصل القاضي إلى رقابته على ملاءمة الإجراءات التي تتخذها الإدارة.³

¹ G. Vedel et P. Delvolvé, droit administratif, op.cit, tome1, p 535. Et voir: M. Christine Rouault, droit administratif, op. cit, p 65.

² صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص88.

³ صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص88.

فالإدارة وإن كانت هي التي تقدّر ملاءمة تصرفاتها، وما إذا كانت مناسبة وصالحة من حيث الزمان والمكان والظروف المحيطة، فإنّ تقديرها بالتالي لا يعدو أن يكون تقديرا شخصيا قد يكون سليما أو غير سليم من جهة، وقد ينأى عن تحقيق الصالح العام من جهة أخرى. فكان لا بد أن لا يترك القضاء الإدارة حرّة في تقدير ملاءمة تصرفاتها، دون مدّ رقابته إلى جوانب الملاءمة، التي كثيرا ما اتكأت عليها السلطة الإدارية لتنجو من الرقابة القضائية، في تصرفات كثيرا ما تكون وليدة شهوة التسلّط وتحقيق منافع شخصية. وموقف القضاء هذا أساسه اعتبارات العدالة؛ وخاصة عندما يتعلق الأمر بالمساس بالحقوق والحريات العامة التي كفلت جميع الدساتير صيانتها.¹

إن استبعاد أعمال الإدارة وخاصة المبنية منها على تقديرات شخصية أو حرية تقدير الملاءمة، يعني أن الإدارة فوق سلطة القضاء، ما يعني وجود خلل في مبدأ الفصل بين السلطات. وخضوعها لرقابة قضائية غير فعّالة وغير ملائمة يعني خلل في الرقابة، مما يؤدي إلى إهدار الحقوق والحريات. وبالتالي، فإن خضوع الإدارة لرقابة قضائية مناسبة يعدّ الحلّ الأمثل لحماية وصيانة الحقوق والحريات العامة للأفراد؛ حيث لا يمكن لهذه الرقابة أن تأتي ثمارها في إقامة العدالة، إلا إذا كان القاضي يتمتع بصلاحيّة فحص الوقائع ومدى تناسب مضمون القرار مع أسبابه، من خلال رقابة الملاءمة.

و القضاء الإداري ليس قضاء تطبيقي مهمته التحقق من مشروعية أعمال السلطة الإدارية، أي تطبيق النصوص القانونية فقط، بل هو بالدرجة الأولى قضاء إنشائي، يتميز بخلق الحلول المناسبة لمختلف الوقائع، وبهذا أرسى القواعد لنظام قانوني قائم بذاته، ينبثق من طبيعة روابط القانون

¹ ينظر: فهد أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص103.

الإداري واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات حسن سيرها ، وإيجاد مركز التوازن والملاءمة بين ذلك وبين الحقوق والحريات العامة. فابتدع نظرياته، التي تميّز واستقلّ بها عن القضاء العادي.¹

وعليه فإنّ القواعد التي أصبح القاضي الإداري ينشئها إذن هي قواعد ملاءمة ، رغم أنه يحاول أن يخوضها على الإدارة في إطار فكرة المشروعية . ورقابته على مطابقة أعمال الإدارة لهذه القواعد، تؤدي في الواقع إلى رقابة ملاءمة، ونظرية الظروف الاستثنائية من أكثر الأمثلة وضوحا في هذا الصدد، فالقاضي الإداري في ممارسته لسلطة العدول الإداري عن تطبيق القانون، إنما يستجيب لاعتبارات الملاءمة، وتتيح له المعايير القضائية مرونة في أن يراعي ظروف كل حالة على حدة، فالحل الذي يعطيه لكل حالة يكون أيضا نتيجة لتقديره ملاءمتها، فالقاضي إذ يعترف للإدارة بأن تتحرر من التقيد بمبدأ المشروعية، لا يترك لها حرية واسعة في التقدير إذ يخضع تقديرها في كل حالة لرقابته.²

ولا يختلف الأمر في الظروف العادية – وهي محل الدراسة – فالقانون قد ترك للإدارة مجالا تعمل فيه سلطتها التقديرية، ولكن القاضي قد يرى أن يحدد الهدف الذي يمكن للإدارة أن تتبعه قانونا، ويلغي الإجراء إذا اتخذته الإدارة من أجل تحقيق هدف آخر ، وأن يراجع تطابق الأسباب التي تستند إليها الإدارة مع الهدف الذي حدّده . ففي الرقابة القضائية على إجراءات التطهير الإداري التي اتخذت في فرنسا في ظل نظام فيشري، قدم القضاء الإداري الفرنسي مثلا لهذا الأسلوب الذي استندت إليه الإدارة في إصدار قرارها، فراقب ما إذا كانت هذه الأسباب تصلح أساسا للقرار ، مثلا سمح القانون الصادر في 17 يوليو سنة 1940م للإدارة بأن تعزل الموظفين، ولم يضع أي قيود على هذه

¹ ينظر: عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص136.

² صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق ص89.

السلطة، ولكن القضاء الإداري قضى بأن أسبابا بعينها - و على الأخص إحلال عناصر شابة محل قدامى الموظفين أو الجزاءات التأديبية - لا يصلح سببا للعزل¹ .

وعليه، فإنّ رقابة القاضي للسلطة التقديرية للإدارة - فيما يختص بالأسباب التي تستند إليها، إضافة إلى ذلك التقدير الذي يحل القاضي نفسه محل الإدارة في رقابته- يتبلور في اعتبارات ملاءمة إدارية للقاضي نفسه.²

تأسيسا على ما تقدّم، فإن القاضي الإداري ليس مجرد قاض للمشروعية، تقتصر مهمته على التأكد من مطابقة عمل الإدارة لمبدأ المشروعية فقط، بل هو في نفس الوقت قاض للملاءمة، يتمتع بصلاحيحة واسعة في خلق وابتكار الحلول التي تتناسب والملاءمة بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة للأفراد.

ويجب ملاحظة أن هذا الموقف من جانب القاضي ليس مقصورا على مجال الطعن بالإلغاء، ولكنه يظهر أيضا في مجال الطعن بالتعويض، فالقاضي و هو بصدد مسؤولية الإدارة يلجأ في أغلب الحالات إلى تقدير الملاءمة والحكم عليها، وهذا ما يفسر أنّ أيّ خطأ لا يستوجب أن يعقد مسؤولية الإدارة، وبالعكس يمكن أن تعقد هذه المسؤولية حتى في غيبة أي خطأ يمكن نسبته للإدارة.³

إن هذا التصرف من القاضي ، يعتبر مؤشرا على الطبيعة الرئاسية لرقابة القاضي الإداري، وما يمكن أن يلعبه بطريقة سلبية أو ايجابية في تحديد الغايات الموكلة للإدارة، والوسائل التي يمكن أن

¹ C. E. 24. juillet 1942. Piron.

مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص89.

² J. Waline, droit administratif, op.cit, p632

³ Cadreit De la charrière, le contrôle hiérarchique de l'administration en forme juridictionnel , op.cit, p77.

مأخوذ عن: صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص90.

تستخدمها بصورة مشروعة، غير أن هذه الظاهرة قد خفف من حدّتها كون أن القاضي الإداري لا يفرض رقابته بطريقة نمطية، بل يختار رقابته حسب الحالات التي تعرض عليه وظروف كل حالة.¹

¹ صلاح يوسف عبد العليم، المرجع نفسه، ص 90.

الفصل الثاني:

آليات الرقابة القضائية الحديثة على ملاءمة القرارات الإدارية

ودورها في حماية الحقوق والحريات العامة

إنَّ الرقابة التقليدية التي وضعها القضاء الإداري ، لتقليص مجال انتهاك الإدارة لحقوق الأفراد وحررياتهم، وإن كانت تتلاءم مع بعض أوجه النشاط الإداري ، كمجال المنازعات المتعلقة بالوظيفة العامة. إلا أنها لم تعد تتلاءم مع المنازعات التي تنور في المجالات الحديثة، كالمجالات الإقتصادية، والإجتماعية، والبيئية... الأمر الذي جعل القاضي الإداري يجتهد أكثر للحدّ من السلطة التقديرية في مجال مراقبة ملاءمتها. والسبب في ذلك أن التطورات في هذه المجالات ، أدى إلى اتساع تدخل الإدارة واتساع سلطتها التقديرية، وهذا على حساب حقوق الأفراد وحررياتهم. وللحد من هذا التوسع في استعمال السلطة التقديرية والتعسف في استعمالها، كان لزاما على القاضي ، إيجاد حل لإعادة التوازن إلى نصابه والتدخل برقابة أكثر فاعلية.¹

ذلك أن حماية الحقوق والحريات العامة لا يتوقف على تكريسها في قوانين الدولة، بل يجب تقرير الآليات، التي تضمن حمايتها وصيانتها من كل اعتداء، لاسيما في مواجهة السلطات الإدارية، نظرا لطبيعة نشاطها وخطورة التصرفات، التي تتخذها في سبيل حماية النظام العام.²

¹ ينظر: براهيم سهايم ، التصريح بالمنفعة العمومية في نزع الملكية، المرجع السابق، ص156.

² محمود سعد الدين الشريف ، "فلسفة العلاقة بين الضبط الإداري والحريات العامة "، مجلة مجلس الدولة، دا الكتاب، العربي للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة ص05.

ولغرض تحقيق الصالح العام والتوفيق ، ولو بشكل نسبي بين ما تتمتع به الإدارة من حرية في التقدير، وبين الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد، طوّر القضاء الإداري أساليب رقابته على أعمال الإدارة.

وقد أسفر هذا التطور إلى ابتكار مجلس الدولة الفرنسي تقنيات جديدة، تسمح له بفرض رقابة عميقة على تقديرات السلطات الإدارية ، في شتى مجالات نشاطها الإداري . وتمثل هذه التقنيات في ثلاث نظريات هامة هي نظرية التناسب أو ضرورة الإجراء، نظرية الخطأ ال ظاهر في التقدير ، ونظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا.

فما مضمون كل واحدة من هذه النظريات، وما مدى تطبيقها من قبل القضاء الإداري

الفرنسي والجزائري، لكشف مناورة الإدارة وتعسفها بسلطتها؟ وما موقف النظام الإسلامي منها؟

للإجابة على هذه التساؤلات سيتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، حيث يتم في المبحث

الأول عرض: مبدأ التناسب، وفي المبحث الثاني: رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، وفي المبحث الثالث:

نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

المبحث الأول:

مبدأ التناسب

كان دور القضاء الإداري الفرنسي في منازعات الإلغاء ، يقتصر على مراقبة صحة الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني لها، دون أن يتعداها إلى مراقبة تقدير الإدارة لأهمية الأسباب الواقعية، وتقدير مدى التناسب بين أهميتها وخطورتها وبين الإجراء الصادر استنادا إليها،¹ وعلة ذلك أن هذه الرقابة، تعتبر خروجاً عن دور القاضي الإداري ومهمته، ليقوم بمزاولة اختصاصات رجل الإدارة، فيتصرف القاضي في هذه الحالة، وكأنه رئيساً إدارياً أعلى لمصدر القرار.²

لكن التوسع في استعمال السلطة التقديرية ، بسبب تطور مجالات النشاط الإداري، دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى فرض رقابته على تقدير الإدارة لخطورة الوقائع وأهميتها عن طريق اعتماد مبدأ التناسب. وهذه الرقابة هي التي عرفت من خلالها رقابة الملاءمة *Contrôle de proportionnalité ou contrôle de l'opportunité*.

وقد سلك القضاء الإداري الجزائري نفس النهج، حيث وسّع من رقابته ليطل جوانب الملاءمة، من خلال رقابة التناسب، خاصة بالنسبة للقرارات الماسة بالحقوق والحريات والعامّة للأفراد، كما هو الشأن في مجال التأديب، أو القرارات الإدارية المتعلقة بالضبط الإداري.³ فما المقصود بمبدأ أو نظرية التناسب؟ وما مدى تطبيقها من القضاء الإداري الفرنسي والجزائري؟ وما موقف النظام الإسلامي؟

¹ محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري (دعوى الإلغاء)، ط سنة 2007، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، ص354.

² علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ج2 ص 917.

³ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص354.

المطلب الأول:

المقصود بمبدأ التناسب Le principe de proportionnalité

وتطبيقاته في القضاء الإداري الفرنسي

لا خلاف حول القدرة الخلاقة للقاضي الإداري ، في إنشاء القواعد القانونية ، من خلال ما يصدره من أحكام تتضمن قواعد أو مبادئ قانونية جديدة . ولا يقتصر دور القاضي الإداري في خلق وإنشاء قواعد القانون الإداري، على إثبات وجود تلك القواعد، أو الكشف عنها فقط، وإنما يحدد أهدافها ويعطيها مضمونا أكثر وضوحا ، بإدخاله إياها في مجموع النظام القانوني ، لتشكل مع غيرها من القواعد القانونية الإطار الذي يجب أن تمارس الإدارة من خلاله تصرفاتها. و من أهم المبادئ التي قررها القضاء الإداري الفرنسي لصالح العمل الإداري، والحقوق والحريات العامة مبدأ التناسب. فما المقصود بمبدأ التناسب؟ وما مدى تطبيقه من القضاء الإداري الفرنسي؟

الفرع الأول:

مضمون مبدأ التناسب

Le principe de proportionnalité

يعد مبدأ التناسب من المبادئ العامة للقانون، وقد عاد للقضاء الإداري الفضل عن طريق دوره الإنشائي الفعال، في إبراز أهميته وإلحاقه بقواعد القانون الإداري.

ي قصد بمبدأ التناسب مدى التكافؤ بين الإجراءات المتخذة من قبل الإدارة مع الغاية المتوخاة منها.¹ وبعبارة أخرى هو بحث ملاءمة القرار الإداري، ومدى التناسب بينه وبين الأسباب التي استندت إليها الإدارة.²

كما يعني التناسب إختيار الإجراء الذي يتوافق ويتكافأ مع أهمية الوقائع التي بعثت على اتخاذ القرار.³ فإذا ثبت عدم الملاءمة بين القرار الإداري والوقائع التي صدر لأجل مواجهتها، فقد استوجب القرار الإداري الإلغاء.

إن الأمر الذي كانت عليه الرقابة التقليدية، أنه يجب على القاضي الإداري الامتناع عن مراجعة الإدارة في تقديرها لأهمية وخطورة الوقائع المسبقة لقرارها، ومدى التناسب بين سبب القرار الإداري والإجراء المتخذ على أساسه، إذ أن القاضي الإداري إذا فعل ذلك، فإنه يكون قد مارس أحد اختصاصات الإدارة العاملة، ويصبح بهذه المثابة رئيساً أعلى للإدارة، على أساس أن الإدارة تستقل بتقدير ملاءمة قراراتها، دون معقب عليها من القضاء. ولم يخرج القضاء الإداري عن هذه القاعدة، إلا منذ وقت قريب نسبياً، وقد بدأ ذلك بخصوص قرارات الضبط الإداري، حيث قام بفحص ملاءمتها ومدى التناسب بين محلها وأسبابها، كاستثناء من القاعدة العامة في الرقابة التي يباشرها على أعمال الإدارة.⁴

وقد أجهد الفقه - آنذاك - نفسه في إيجاد تبرير لرقابة التناسب، انطلاقاً من الفهم الشائع الذي يرى أن فكرة المشروعية مناقضة لفكرة الملاءمة، وأن السلطة التقديرية للإدارة تعني حرية ملاءمة

¹ A. de Laubadère, Traité de droit administratif, op.cit, p732.

² عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 647. وينظر: كتابه: القانون الإداري، المرجع السابق، ص391.

³ عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية المرجع السابق، ص418.

⁴ محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء المرجع السابق، ص71.

قرارات الإدارة في كل ما يخرج عن نطاق المشروعية ؛ ولما كانت رقابة القضاء الإداري هي رقابة مشروعية، فإنه يتعين أن تقف عند حدود المشروعية، دون أن تتجاوز ذلك إلى إطار الملاءمة المتروكة لمحض تقدير الإدارة.¹

لكن سرعان ما غيرَ الفقه نظرتَه إلى طبيعة الرقابة القضائية، نظرا لاتساع مجالات تدخل الإدارة، الذي كان عاملا قويا في تطور رقابة القاضي الإداري، بما يتلاءم مع الصالح العام من جهة وحماية الحقوق والحريات من جهة أخرى، حيث وصل في ممارسة رقابته إلى قلب القرار الإداري ألا وهو التناسب أو الملاءمة.²

وعليه، فإن التناسب هو الجانب الأهم من جوانب الملاءمة في القرار الإداري، الذي يهدف إلى تحقيق نقطة التوازن بين فاعلية النشاط الإداري، وبين مقتضيات الحفاظ على حقوق الأفراد وحررياتهم، وقد أمكن إدراج رقابة القاضي الإداري على التناسب - التي كانت فيما سبق خارج حدود رقابة القضاء الإداري - ضمن أهم أساليب الرقابة القضائية على ملاءمة النشاط الإداري، حتى أن جانب كبير من الفقه جرى على استعمال رقابة التناسب ورقابة الملاءمة كمترادفين، رغم عدم وجود تطابق تام بين هذين المصطلحين.

ولا شك أن عملية التمييز بين رقابة التكييف القانوني للوقائع ، وتقدير ملاءمة الإجراءات الإدارية، هي عملية في غاية الدقة والصعوبة، خصوصا أن القضاء الإداري لا يقر بمشروعية الإجراءات والتدابير الضبطية، إلا إذا كانت ضرورية للحفاظ على النظام العام بجميع عناصره. لهذا يتعين تقدير

¹ ينظر، صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، المرجع السابق، ص82.

² Voir: **Philippe Foillard**, droit administratif, op.cit, p153.

مدى توافر طابع الضرورة ، الذي يقوده لا محالة إلى فحص جميع الظروف المحيطة بإصدار الإجراء الضبطي، والوسائل القانونية التي وضعت تحت تصرف مصدر الإجراء.¹ من خلال رقابة الملاءمة.

وتعني الملاءمة، توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والاعتبارات المحيطة بإصداره من كافة جوانبه.² فهي - إذن - صفة للقرار الإداري، يكتسبها هذا الأخير نتيجة إصداره بطريقة يراعى فيها جوانب إصداره المختلفة ، من تقدير وجوب التدخل أو الامتناع ، واختيار زمن هذا التدخل، وكذا تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة السبب وأهميته.³

وعليه إذا كان اصطلاح الملاءمة، يعني توافق القرار الإداري مع جميع العوامل والظروف المحيطة به من كافة جوانبه، فإن اصطلاح التناسب، يعني توافق الإجراء المتخذ وهو محل القرار الإداري مع السبب الذي دفع إلى اتخاذه، وبالتالي فإن عدم مراعاة مصدر القرار تحقيق التناسب بين أهمية الوقائع والإجراء المتخذ أو الغاية منه، يجعل القرار غير ملائم.

الفرع الثاني:

تطبيقات القضاء الإداري الفرنسي

لرقابة التناسب

وضع القضاء الفرنسي منذ عام 1933 أسس رقابته القضائية ، وقواعدها على ملاءمة القرارات الإدارية وتناسبها. وكانت أولى المجالات التي مارس فيها القضاء هذه الرقابة، هي القرارات

¹ Voir : **J. Rivero**, droit administratif, op.cit, p265.

² عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص164.

³ محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص72.

الضبطية، حيث مارس رقابة فعلية على تقدير الإدارة لجسامة الأخطار ، التي تهدد النظام العام والوسيلة التي يجب استخدامها للمحافظة عليه، ثم وسع رقابة التناسب على العقوبات التأديبية.

وعليه فإنّ الضبط الإداري والقرارات التأديبية هما المجالان اللذان ظهر من خلالهما بناء مبدأ التناسب، قبل أن يمتد إلى معظم النشاط الإداري. وهما أيضا من أهم مجالات استخدام الرقابة على التناسب.

أولا: رقابة التناسب في مجال الضبط الإداري

لقد فرض مجلس الدولة الفرنسي، رقابته على تناسب وملاءمة القرارات المتعلقة بالحريات العامة، وقد دشن هذه الرقابة في قضية بن يمين Benjamin في 19 ماي 1933،¹ إذ تعرض فيها إلى تقدير ملاءمة إجراء ضبطي، أصدره رئيس بلدية يقضي بمنع اجتماع لإلقاء محاضرة.

و يعتبر القرار الذي أصدره مجلس الدولة في حكمه في هذه القضية، السابقة في هذا المجال، حيث ألغى بموجبه قرارا لرئيس بلدية Nevers، الذي منع السيد Benjamin من عقد إجتماع بهدف إلقاء محاضرة عامة، بحجة احتمالية إخلال بالنظام العام.²

وقد قام القاضي الإداري بإلغاء قرار رئيس البلدية، لأن عقد الاجتماع لا يشكل درجة من الخطورة على النظام العام، وبالتالي فإن قرار منع المحاضرة لا يتناسب مع الغاية التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها، وهي حماية النظام العام، بل إن هناك إجراءات أخرى أقل شدة، كان بإمكان الإدارة اتخاذها للمحافظة على النظام العام، وفي الوقت نفسه تسمح للأفراد بممارسة حريتهم.³ وقد ورد في فحوى

¹ Yives Gaudemet, Traité de droit administratif, tome1 (droit administratif général), op.cit, p733.

² CE. 19 mai 1933, Benjamin. G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien, droit administratif, op.cit, p 664.

³ Voir: Yives Gaudemet, op. cit, p733.

قرار مجلس الدولة ما يلي: "يتبين من التحقيق أن الإضطرابات المحتملة التي تذرع بها المجلس لخطر عقد الإجتماع العام ، لم تكن تنطوي على درجة كبيرة من الجسامه ، إذ كان بإمكانه المحافظة على النظام العام و إصدار إجراءات ضبطية يمكن اتخاذها، دون حظر عقد ذلك الإجتماع".¹

من خلال هذه الرقابة تتجسد عناصر ثلاثة تشكل في مجموعها و ترابطها ما اصطلح عليه الفقه والقضاء بـ "مبدأ التلسب" الذي على أساسه ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرار الإدارة، وهذه العناصر هي الحالة الواقعة، الغاية المقصودة، و الإجراءات أو الوسائل المسخرة .² وقرار Benjamin تعرض للإلغاء، على أساس عدم التناسب، بين هذه العناصر الثلاثة، وهي الحالة الواقعية المتمثلة في إلقاء المحاضرة، و الغاية وهي المحافظة على النظام العام، والإجراء المتمثل في منع المحاضرة.

بالنسبة لطبيعة رقابة التناسب في مجال الضبط الإداري، فقد كانت محل اختلاف من الفقه. يقول الأستاذ Yives Gaudemet: "يقال أحياناً أن القاضي الإداري يراقب ضرورة إجراء الضبط الإداري وليس ملاءمته، لكن الفقهاء - من وجهة نظرهم - ، رأوا أن رقابة القاضي لضرورة الإجراء، تستلزم رقابة مدى ملاءمته وتناسبه مع خطورة الإضطراب الذي يهدد الصالح العام ؛ إذ حتى الفقهاء الذين يؤيدون أن الرقابة تنصب على ضرورة الإجراء، يوضحون أن إجراءات الضبط يجب أن تكون ضرورية، وهذا يعني أن تكون متناسبة وملائمة لخطر الإخلال بالنظام العام. وعليه فالقاضي لا يفحص - فقط - مشروعية أعمال الضبط، بل يقوم من جانب آخر بمراقبة ملاءمة الإجراء المتخذ من قبل الإدارة، مع الوقائع المسببة له."³ وهذا ما يجعله يتحوّل من قاض للمشروعية إلى قاض للملاءمة.

¹ C. E. 19 mai 1933, G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien, ibid, p 664.

² سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص244.

³ Yives Gaudemet, op.cit, p733.

واستمر مجلس الدولة في اجتهاده القضائي - هذا- في رقابة خطورة الأسباب الواقعية، التي استند عليها القرار الإداري، فقد أقر مجلس الدولة تقدير الإضطرابات المحتملة للإجراء الضبطي بحظر مظاهر دينية.¹ لكنه رفض في حكم آخر تقدير الإدارة لخطورة الإضطرابات التي استندت إليها الإدارة لمنع عقد إجتماع عام، إذ تبين له من التحقيقات التي أجراها أن الإجتماع المزمع عقده لا يهدد النظام العام.²

وتابع مجلس الدولة نفس المسلك بخصوص حرية التجارة و الصناعة، حيث قرر أن رئيس المجلس البلدي، لا يملك حظر نشاط المصورين المتجولين أو فرض قيود على هذا النشاط، إلا إذا كان ذلك ضروريا لمواجهة المخاطر التي تهدد النظام العام، في ضوء تقديره للظروف المحلية في كل بلدية، أو مقاطعة على حدى.³

لهذا قرر المجلس إلغاء قرار محافظ مدينة باريس القاضي ، بحظر نشاط المصورين المتجولين في شوارع وميادين مدينة باريس كلها. حيث جاء في قرار مجلس الدولة ما يلي: "إذا كان المحافظ يملك اتخاذ الإجراءات اللازمة لتجنب المخاطر التي يتعرض لها المرور و المشاة في الطرق العمومية من مزاوله هذا النشاط، وله في هذا الخصوص، إذا اقتضت الضرورة، حظر مزاوله هذه المهنة في شوارع معينة وفي ساعات محددة يزدحم فيها المرور، إلا أنه لا يملك تقرير هذا الحظر بصورة مطلقة، لما تنطوي عليه من مساس بحرية التجارة و الصناعة في مساحة واسعة في المدينة ، تتفاوت درجة إزدحام المرور فيها على نحو واضح."⁴

¹ C. E. 02/7/1953. **Yives Gaudemet**, ibid, p733.

² C. E. 23/1/1953. **Yives Gaudemet**, ibid, p733.

³ **Yives Gaudemet**, op.cit, p734.

⁴ C. E. 15/10/1965. **Yives Gaudemet**, ibid, p734.

ولكن مجلس الدولة أقر في ظروف أخرى مشروعية قرار المحافظ بحظر نشاط المصورين المتجولين في منطقة "جبل سان ميشيل" خلال الموسم السياحي، بعد أن استبان له من التحقيقات أن نشاط هذه الفئة من الأفراد في هذه المنطقة المزدهمة بالسياح يكثر فيها وقوف العربات والمركبات، مما قد يعرقل حركة مرورها والمرور ككل، وهذا يشكل خطورة كبيرة على حفظ الأمن والنظام، بحيث لا يمكن تلاميها بإجراءات ضبطية أقل شدة وأخف وطأة.¹

وأخيرا ، عمم مجلس الدولة الفرنسي إجتهاده على إجراءات الضبط الإداري جميعها الصادرة عن الهيئات الإدارية، فقد قرر إلغاء قرار أحد رؤساء المجالس البلدية، القاضي بحظر مرور المركبات بصورة كلية ومطلقة في جزء من شارع معين من الساعة الثامنة صباحا حتى الساعة الواحدة ظهرا، أيام الأحد والثلاثاء والجمعة وهي أيام إقامة السوق الشعبي في المنطقة، وعلت ذلك أن إقامة السوق الشعبي في هذه الأيام، لا ينطوي على درجة عالية من الأهمية أو الجسامه التي تبرر الحظر المطلق بمرور المركبات، ولو لساعات معينة محددة في هذا الجزء من الشارع، إذ بالإمكان اتخاذ إجراءات تنظيمية أخرى، لتنظيم المرور أخف وطأة وأقل قسوة على حرية الذهاب والإياب في الطرق العامة ، من الحظر الكلي والمطلق، بهدف تلافي الأخطار المحتملة وتجنبها، من الإزدحام الذي تسببه إقامة السوق الشعبي.² وقضى مجلس الدولة أيضا بعدم مشروعية إجراء الضبط الإداري، القاضي بحظر مرور عربات الإعلان في الطرق العمومية.³

وعلى أساس نفس الأسلوب من الرقابة ، قضى مجلس الدولة بعدم مشروعية إجراء ضبطي بتحديد عدد مرات عرض فيلم سينمائي في منطقة من المناطق، بحجة أن مشاهدته تمثل نوعا من أنواع الترويج لمفاهيم وقيم فاسدة ، تثير القلق على التعليم والإحتلاط المدرسي، بعد أن تبين للمجلس أن

¹ C. E. 13/3/1968. **Yves Gaudemet**, *ibid*, p734.

² C. E. 30/10/1963. **Yves Gaudemet**, *op.cit*, p734.

³ C. E. 02/4/1954. **Yves Gaudemet**, *ibid*, p734.

المخاطر الناجمة عن عرض الفيلم يمكن تداركها بحظر عرضه بصفة كلية ومطلقة؛ ويعد إجراء الحظر في هذه الحالة متناسبا مع الظروف الواقعية القائمة، أما تحديد عدد مرات عرضه على الشاشة إجراء جسيم يمس حرية التجارة و لا تبرره الأسباب السابقة.¹

كما قضى المجلس أيضا بعدم مشروعية الإجراء الضبطي، القاضي بحظر عرض إحدى الجرائد وتوزيعها في الطرق العمومية، وفي أماكن المنطقة ونواحيها كافة، بحجة أن المقالات والموضوعات التي تتضمنها هذه المجلة تشكل خطورة كبيرة على النظام العام، إذ تبين للمجلس من أوراق الملف وتقدير الظروف، أن الخطورة المدعى بها لا تبرر حظرا كلياً ومطلقاً، يتسم بطابع الشمول.²

ثانياً: رقابة التناسب في مجال العقوبات التأديبية

بالنسبة لمجلع العقوبات التأديبية في الوظيفة العامة، فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في رقبته التقليدية، رقابة التناسب بين خطورة الجزاء والعقوبة التأديبية. وظل القضاء وإلى مدة طويلة يرفض توسيع رقابته إلى بحث التناسب أو الملاءمة في هذه القرارات، على أساس أن تحديد العقوبة التي يستحقها الموظف المخالف يعود للسلطة التقديرية المطلقة للإدارة، وليس للقاضي الإداري صلاحية تقدير التناسب بين خطورة الجزاء المتخذ والمخالف.

¹ علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ج2، ص923.

² C. E. 23/11/1951.

مأخوذ عن: علي خطار شطناوي، المرجع نفسه، ج2، ص923.

إلا أن هذا الإجهاد كان محل نظر، لما يمثله من سلطة تقديرية واسعة للسلطة التأديبية، فلم يعني حرمان الموظف من الضمانات التأديبية، خاصة القضائية منها.¹

لهذا تراجع مجلس الدولة، في حكمه في 1978/6/09 في قضية LEBON عن اجتهاده السابق، واستلزم المجلس لأول مرة في ميدان التأديب الوظيفي، توافر حد أدنى من التناسب والتلاؤم، بين جسامة المخالفة وخطورتها، ونوع العقوبة المفروضة و مقدارها.²

لكن برغم ممارسة رقابة التناسب في القضاء الفرنسي، إلا أنه لا توجد نظرية متطورة لمبدأ التناسب في فرنسا، وأن دور هذا المبدأ مغطى بواسطة مفاهيم أخرى يطبقها القضاء الإداري الفرنسي مثل نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ومبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار، وتجاوز السلطة والرقابة على التكيف القانوني للوقائع. وأهم مصطلح جسد مصطلح التناسب هو الملاءمة، حيث يستعمل كلا المصطلحين للتعبير عن مفهوم واحد عند أغلب الفقه.³

المطلب الثاني:

تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الإداري الجزائري والنظام الإسلامي

إن مبدأ التناسب وإن كان لم يستقر بعد في القضاء الإداري الجزائري، إلا أن هذا الأخير أخذ بمبادئ وأحكام نظرية التناسب في رقابته أسوة بالقضاء الفرنسي، أما الفقه الإسلامي فقد عرف مبدأ

¹ محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 37 العدد 1 مارس 1993، ص70، مأخوذ عن: عبد العالي حاجه و أمال يعيش تمام، "الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلها في دعوى الإلغاء"، مجلة المنتدى القانوني، الصادرة عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، ع 5، ص138.

² C. E 09/6/1978, A. de Laubadère et J. Venezia et Y. Gaudemet, traité de droit administratif général, op.cit, p 697.

³ Voir: Philippe Foillard, droit administratif, op.cit, p153.

التناسب بكل تطوراته. فما مدى تطبيق القضاء الإداري الجزائري لرقابة التناسب؟ وما موقف النظام الإسلامي؟

الفرع الأول:

تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الإداري الجزائري

من منطلق إحساس القضاء الإداري ، بأن من شأن قرارات الإدارة المساس بحريات المواطنين وحقوقهم، خاصة مع تطور واتساع مجالات تدخلها، فقد حرص على فرض رقابة صارمة على هذه القرارات.¹ بالاعتماد على مجموعة من الأساليب أو التقنيات التي تبناها عن الفقه الفرنسي، عملا منه على تحقيق نوع من التناسب أو التوازن في العمل الإداري. بحيث يراعي الصالح العام من جهة والحقوق، والحريات العامة للأفراد من جهة أخرى. ومن أهم المبادئ أو النظريات التي اعتمدها القاضي الإداري الجزائري، لهذا الغرض "مبدأ التناسب". وأبرز المجالات التي مارس فيها القضاء الإداري الجزائري هذه الرقابة، مجال الضبط الإداري ومجال القرارات التأديبية.

أولا: رقابة القضاء الإداري الجزائري على تناسب قرارات الضبط الإداري

القاعدة العامة، أن الأفراد يتمتعون بالحريات العامة التي كفلها لهم الدستور، غير أنه في حالات معينة ترد على هذه الحريات قيود تفرضها مصلحة المجتمع ؛ إذ للإدارة أن تتخذ في حالة تهديد الأمن

¹ سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، المرجع السابق، ص358-335، وينظر: وزارة العدل، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، المرجع السابق، ص140.

Et voir: **G. Peiser**, Droit administratif, op.cit, p28.

والإستقرار الوطني، التدابير المناسبة والإجراءات الكفيلة بدرء ذلك الخطر وبالتالي الحفاظ على النظام العام، ولو أدى ذلك إلى تقييد بعض الحريات العامة المعترف بها للأفراد.¹

ولما كان الأصل هو التمتع بالحريات والإستثناء هو ال تقييدي، وجب أن يخضع هذا ال تقييدي إلى ضوابط وحدود، تحقق في مجموعها عملية التوازن والتكامل بين امتيازات وسلطات الضبط الإداري ، الهادفة إلى إقامة النظام العام والحفاظ عليه، وبين مقتضيات حماية حقوق الأفراد وحرياتهم.² وأهم هذه الضوابط على الإطلاق، وجوب قيام القضاء برقابة مدى ملاءمة الإجراء الضبطي وتناسبه من خلال مبدأ "التناسب".

غير أن القاضي الإداري الجزائري لم يعتمد بصفة صريحة على مبدأ التناسب بين الإجراءات المتخذة من قبل الإدارة ، وبين الغاية المقصودة من هذه الإجراءات ، إلا في قضايا قليلة جدا، ولعل السبب يرجع إلى حداثة إنشاء مجلس الدولة من جهة، وإلى إعلان حالة الطوارئ بمقتضى المرسوم

() بودالي محمد، "القضاء الإداري والحريات العامة"، المرجع السابق، ص24. وينظر: محمد الصغير بعلي، القانون الإداري¹ التنظيم الإداري)، ط سنة 1999، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ص 78.

بطبيعتها للتنفيذ قابلة حريات ثمة - وتجدد الإشارة إلى أن الاعتراف بالحريات العامة ، لا يستوجب دائما النص تشريعي عليها؛ إذ وحق العقيدة، كحرية الأساسية الحريات ومثالها مطلقة، طبيعة ذات لأنها ممارستها، كيفية ينظم تشريع صدور إلى دون حاجة دكتوراه، رسالة الإداري، الضبط سلطات مواجهة في الحرية ضمانات ربيع، محمد منيب. بلده إبعاده عن جواز عدم في المواطن . 234 ص ، 1981شمس، عين جامعة

² voir : A. de Laubadère, Traité de droit administratif, op.cit, p731.

الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ في 1992/2/09، من جهة أخرى الذي كان السبب في امتناع القضاء الإداري الجزائري عن مد رقابته في هذا المجال.¹

لكن رغم اتساع سلطات الضبط الإداري، إلا أن الفقه والقضاء، اتفقا على وجوب إخضاع قرارات الضبطية الإداري إلى رقابة القضاء الإداري، بسبب تقييدها للحريات العامة الذي وصل إلى درجة التعسف.

من أمثلة القضايا التي مارس القاضي الإداري الجزائري من خلالها رقابة التناسب، يذكر، القضية الموضوعية تحت ملف رقم 22236 و القرار المؤرخ في 11 جويلية 1981.²

وتتعلق هذه القضية بقرار رئيس دائرة "بئر مراد راييس" المؤرخ في 29 ماي 1979 والامر " بإرجاء اتخاذ أي قرار بخصوص الأشغال التي من شأنها المساس بالنظام العام". مع العلم أن الطاعن قد سبق له أن تحصل على رخصة البناء من جهات مختصة قبل أن يشرع في الأشغال.

وبعد بسط القاضي الإداري الجزائري رقابته على مدى ضرورة الإجراء و تناسبه توصل إلى ما يلي: "... في صورة ما إذا كانت طبيعة البناءات من شأنها أن تمس من حيث موقعها وأبعادها بالصحة العامة والأمن العام، فإنه يتعين على الإدارة معاينة وفحص كل حالة على انفراد ، للتوصل وعلى ضوء خطورة المساس الذي يلحقه البناء بالصحة العامة والأمن العام ، إلى ما إذا كان من الملائم رفض إعطاء رخصة البناء أو الإكتفاء بالنص على وجوب اتباع هذا أو ذاك الشرط

¹ المرسوم الرئاسي رقم 44/92، المؤرخ في 1992/02/09 المتضمن تقرير حالة الطوارئ. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 10 الصادرة في 09 فبراير 1992.

² م.ع. غ، "أر" ضد "وزير الداخلية"، سلسلة الاجتهاد القضائي، ص 196 وما بعدها.

الخاص" وعلى أساس أن رئيس دائرة "ببو مراد رايس" لم يقيم بأي معاينة قبل أن يصدر قراره، فإن هذا الأخير يستوجب بالتالي الإبطال.¹

وقريب منه قرار آخر متعلق بحرية الصناعة، المؤرخ في 1986/07/12 في القضية المتعلقة بتجاوز السلطة ضد قرار والي ولاية "س" و وزير "د".²

وقد جاء فيه "يجب على الوالي قبل القيام بأي متابعة أمام الجهة القضائية المختصة أن يبعث بإنذار إلى مالك أو مدير أو مسير المؤسسة المصنفة الذي لم يراع قوانين الوقاية والحماية التي تخضع إليها مؤسسته، يدعوه فيه إلى أن يستجيب في أجل لا يتعدى الثلاثة أشهر لجميع الإجراءات المعدة ضرورية للأمن والنظافة والصحة العمومية."

وحيث أنه و بتاريخ 1984/10/24 قامت الشرطة المحلية بدون إعدار مسبق بغلق المحل تنفيذاً لمذكرة من والي "س"، فإن هذا الأخير تجاوز بالتالي سلطاته تجاوزاً واضحاً.

يستفاد من هذا القرار أن قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، يدعو إلى ضرورة التكافؤ أو التناسب بين الوسائل المسخرة والغاية المقصودة منها. وعلى أساس أن والي ولاية "س" لم يراع التدرج في الإجراءات، واختار إجراء غير ملائم للواقعة محل القضية، و الغاية المرجوة منه، وهي الحفاظ على النظافة والصحة العمومية، فإن قراره استوجب بالتالي الإبطال.

ومن أمثله أيضاً، القرار القضائي المؤرخ في 1979/01/20، في قضية (ب س) و(س م) ضد وزير العدل والداخلية ووالي ولاية الجزائر، وقد جاء في حيثياته ما يلي:

¹ م.ع. غ.إ. سلسلة الاجتهاد القضائي، ص 198.

² م.ع. غ.إ. (ش ع) ضد (والي ولاية "س" و وزير "د")، ملف رقم 46723، بتاريخ 1986/07/12، المجلة القضائية، العدد 1990/4، ص 162-163.

"... وإن كان من حق السلطة الإدارية أن تقدر شروط ذلك التنفيذ، ولها الحق في التأجيل ما دامت أنها ترى بأنه يوجد خطر على النظام والأمن، فإن الضرر الذي يمكن أن ينتج من هذا الرفض لا يمكن النظر إليه كعبء يفرض على المعني إذا امتدت تلك الوضعية لما يزيد عن الميعاد الذي يجب فيه على الإدارة عادة ممارسة نشاطها تبعاً للظروف.

حيث أنه في هذه الحالة، ولتعلق الأمر بتحصيل دين مديني، فإنه بتدخلها كما فعلت في تنفيذ قرار قضائي والذي عدلت فحواه وآثاره، فإن السلطة الإدارية ارتكبت خطأ جسيماً يقيم مسؤولية الدولة...¹

حيث أنه، ما دامت ضروريات النظام العام لوقف التنفيذ غير موجودة، فإن الإمتناع عن ذلك يعتبر خطأ جسيماً لأنه لا يستند إلى أي سبب مشروع. وعليه إذا كان تدرع الإدارة بضروريات النظام العام ليس في محله، فإن مسؤولية الإدارة تقوم على أساس الخطأ الجسيم.²

فالقاضي الإداري هنا، لم يقتصر على التحقق من قيام التناسب والملاءمة بين محل القرار وسببه، وإنما امتدت رقابته بالدرجة الأولى، إلى التحقق من مشروعية غرض القرار الإداري والتناسب بينه وبين تصرف الإدارة.

ف من خلال هذا الموقف من القاضي الإداري الجزائري، يتضح أن القضاء الإداري الجزائري، قد اعتمد التناسب بين الإجراءات المتخذة مع الغاية المتوخاة من ورائها، ويدل على ذلك قرار المحكمة العليا الذي تجلت فيه و بوضوح الثلاثية التي تشكل مبدأ التناسب، وهي الواقعة والغاية المرجوة والوسيلة أو الإجراء المعتمد.

¹ H. Bouchahda et R. Khelloufi, Recueils d'arrêts de la jurisprudence administrative, op.cit, p199- 200.

² ينظر: حسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص312.

و من أمثلة القضايا، التي راقب فيها مجلس الدولة تناسب القرار الإداري ، قضية والي ولاية مستغانم، ضد جمعية منتجي الحليب، وتلخص وقائعها، في أن والي ولاية مستغانم أصدر بتاريخ 15-04-1996 قراراً يقضي بتوقيف نشاطات الجمعية لمدة 06 أشهر، مستندا في ذلك على الرأي الذي منحته مصالح الأمن الولائية، والمبني على أن سلوك بعض أعضاء الجمعية محل بالنظام العام، والآداب العامة.

طعنت الجمعية في هذا القرار بدعوى تجاوز السلطة أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء مستغانم. حيث قامت هذه الأخيرة في 21-12-1996 بإلغائه. وفي 02-07-1997، قام والي ولاية مستغانم باستئناف هذا القرار أمام مجلس الدولة، معتمدا على نفس الحجج، والأسس التي أدت به إلى إصدار القرار. لكن مجلس الدولة قام بتأييد القرار المستأنف فيه، وذلك على أساس عدم تناسب القرار الذي اتخذته الوالي، حيث أن هذا الأخير لم يسبب قراره بما يتناسب مع الإجراء المتخذ ، حتى يتمكن المعنيون من الإطلاع المسبق على الأسباب المؤدية لتوقيع الجزاء. وبذلك اعتبر أن قرار الوالي بني على وقائع غير صحيحة.¹

ثانيا: رقابة القضاء الإداري الجزائري على تناسب القرارات التأديبية

إن مبدأ التناسب وإن لم يستقر بعد - كما تبين سابقا- في القضاء الإداري الجزائري، إلا أن هذا الأخير تأثر بمجلس الدولة الفرنسي في تطبيق رقابة التناسب في القرارات التأديبية.

¹ ينظر: لحسين بن الشيخ أث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ط سنة 2004 ج2 ، ص193 وما بعدها.

من القضايا التي مارس فيها القاضي الإداري الجزائري الرقابة على التناسب، قضية (س) ضد المجلس الأعلى للقضاء ووزير العدل المؤرخة في 28/01/2002.¹

ملخص هذه القضية أن المجلس الأعلى للقضاء قام بإصدار قرار يقضي بعزل المدعي من وظيفته، بسبب ارتكابه أفعالا ماسة بمهنة القاضي. لكن قاضي الغرفة الثانية بمجلس الدولة بعد بسط رقابته على تناسب مقدار الجزاء مع الأخطاء المرتكبة، توصل في حكمه إلى ما يلي: "إن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب خطأ صريحا في تقدير الوقائع المنسوبة إليه (أي إلى المدعي) وأن ثمة عدم توافق بين هذه الوقائع والعقوبة المسلطة (العزل من الوظيفة)".

لقد راقب القاضي الإداري في القضية أعلاه مدى التوافق أو التناسب بين مضمون القرار وهو الجزاء المتمثل في العزل من الوظيفة والأسباب التي تذرعت بها الإدارة في اتخاذ القرار، وعلى أساس أن الإدارة لم تقدر الأفعال المنسوبة إلى المدعي تقديرا معقولا يبرر الجزاء الذي اختارته، فإن قرارها في هذه الحالة قد استوجب الإلغاء.

و مرها أيضا، قرار الغرفة الإداري بالمجلس الأعلى سابقا في قضية ب م ش / ضد/ وزير الداخلية ومدير الأمن الوطني، حيث راقب مدى ملاءمة الجزاء مع المخالفة المرتكبة من قبل الموظف. وتوصل إلى أن الإدارة كانت محقة في تقديرها مدى التناسب بين المخالفة والجزاء. ولقد جاء حيثيات قرار الغرفة الإدارية ما يلي: "... إن الإدارة العامة باتخاذها قرار بعزل الموظف الذي كان قد انتهج سلوكا لا يتماشى وصفته كعون من أعوان الشرطة، والذي كان في نفس الوقت قد خرق التزام الإحترام والطاعة للسلطة الرئاسية. إلتزمت - هذه الأخيرة - بتطبيق القانون وكان قرارها بذلك

¹ مجلس الدولة، الغرفة الثانية، ملف رقم 005240، مجلة مجلس الدولة، العدد" 2 / 2002، ص 166.

سليما. ولما كانت الأخطاء المهنية المرتكبة من الموظف كافية لتبرير عزله، فإن الإدارة كانت محقة في قرارها بتسليط هذا الجزاء.¹

كذلك يملك القاضي الإداري سلطة واسعة، في إعادة الموظف الم فصول إلى وظيفته، إذا ثبت عدم مشروعية قرار الفصل. وإذا أنتج قرار العزل آثاره كإيقاف الراتب، وعدم الترقية،... فإن حقوقه التي ضيعها قرار العزل تعاد إليه بأثر رجعي، إذ أن القاضي الإداري الجزائري يملك سلطة رقابية واسعة في هذا المجال، حيث يعترف له باختصاصه في تقدير الملاءمة، إلى جانب رقابة المشروعية.²

وكذلك، من تطبيقات القضاء الإداري لرقابة التناسب، قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2008/10/21، في قضية (محضرة قضائية ضد وزير العدل)³، وقد ورد في مضمون القرار مايلي:

"حيث أن المطعون ضده وزير العدل يدفع في مذكرته الجوابية بأن أحكام المرسوم التنفيذي 91- 185 الذي تستشهد به الطاعنة قد ألغي بموجب القانون 06- 03 المنظم لمهنة المحضر القضائي هذا من جهة ومن جهة أخرى يضيف بأن قرار العزل مبني على أحكام المادة 2/57 من قانون تنظيم مهنة المحضر القضائي.

لكن حيث أن أحكام المرسوم رقم 91- 185 لم تلغ بموجب القانون رقم 06- 03، إذ تنص المادة 66 منه على أنه تبقى النصوص التطبيقية للقانون رقم 91- 03 المؤرخ في 1991/1/08، والمتضمن تنظيم مهنة المحضر، سارية المفعول إلى حين نشر النصوص التطبيقية لهذا القانون، وبالتالي فإن هذا الدفع في غير محله.

¹ غ.إ. م.أ، قرار رقم 42568 المؤرخ في 1985/12/07، المجلة القضائية، العدد 1/1990 ص 215.

² Voir: arrêt de C.S. Ch. adm, le 24/6/1978. **H. Bouchahda et R. Khelloufi**, Recueils d'arrêts de la jurisprudence administrative, 1979, op.cit, p164- 165.

³ قرار رقم 044879، مجلة مجلس الدولة العدد 9/2009، ص 137 وما بعدها.

حيث أن المطعون ضده يدفع أيضا كون القرار المطعون فيه يتلاءم والجرم المرتكب من طرف المحضرة القضائية، حسب ما جاء به نص المادة 57 فقرة 2 من القانون رقم 06-03 الذي يستثني المتابعة الجزائية من إحالة المحضر أمام المجلس التأديبي في نصها (وفي غير حالات المتابعة الجزائية يتعين أن يحال المحضر القضائي أمام المجلس التأديبي المختص في أجل أقصاه 6 أشهر من تاريخ التوقيف).

لكن حيث أن مفهوم هذه المادة 57 من القانون 06-03 التي يستند إليها وزير العدل حافظ الأختام كأساس قانوني لتبرير قرار العزل، فهي تختص بتوقيف المحضر القضائي عن مزاولة مهنته في انتظار إحالته على المجلس التأديبي ولا تعني عزل المحضر القضائي.

حيث أخيرا فإن المادة 53 من نفس القانون الفقرة 2 نصت على أنه لا يتم إصدار عقوبة العزل، إلا بأغلبية ثلثي الأعضاء المكونين للمجلس التأديبي.

حيث أنه يتبين مما سبق أن قرار العزل الذي يستند على أحكام المادة 57 من القانون 06-03، قد جاء مخالفا للقانون مما يستوجب إذا إلغاءه.

الفرع الثاني:

تطبيقات مبدأ التناسب في النظام الإسلامي

إن إقامة العدل يعدّ قاعدة عامة من قواعد النظام الإسلامي، التي رسم الإسلام خطوطها، أما وسائل تحقيقها فلم ينصّ عليها بل تركها لأبناء كل جيل، يخترعون منها ما يحقق هذا الهدف.¹ ومن بين الوسائل أو الأساليب التي دعا التطور القضائي في الإسلام إلى اعتمادها "مبدأ التناسب".

¹ ينظر: محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام، المرجع السابق، ص 207.

ل قد عرف النظام الإسلامي مبدأ التناسب بين الإجراءات التي تقدّرها الإدارة مع الغاية المتوخاة، من خلال مبدأ فقهي عام هو أن "كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل"¹، و قريب منه مبدأ فقهي آخر هو أن "الضرورة تقدر بمقدارها عند التصرف لرفعها"².

ويعني ذلك أن تصرفات الإدارة أو الإجراءات التي تتخذها ، لا تشرع إلا بمقدار ما يناسب طلب مقاصدها.³ وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي رحمه الله: "كلّ من ابتغى من تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى من التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل"⁴. ومعنى ذلك، أنّه ينبغي أن تكون كل التصرفات، بما فيها تصرفات الإدارة مشروعة ومناسبة وملائمة، بحيث تفضي- فعلا- إلى الغاية المرجوة منها.

من خلال هذين المبدئين، تظهر الثلاثية القانونية وهي الواقعة (المعبر عنها بمصطلح الضرورة)، والغاية (ومعبر عنها في المبدأ الأول ب" مقصود" وفي المبدأ الثاني بمصطلح "رفعها")، والوسائل المسخرة (والمعبر عنها بمصطلح "تصرف")، وهو ما يؤيد اعتماد الفقه الإسلامي على مبدأ التناسب كضابط للسلطة التقديرية للإدارة.

¹ جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، المرجع السابق، ج2 ص 108.

² جلال الدين السيوطي، المرجع نفسه، ج 1 ص 170، وينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ج 1 ص 87، وعلي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ج 1 م 22 ص 34.

³ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص 223.

⁴ الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة ، تحقيق عبد الله دراز، دون ذكر طبعة، دار الكتب العلمية بيروت ج 2 ص 292.

و كما هو حال القانون الإداري الفرنسي والجزائري، تخضع سلطة الإدارة التقديرية في النظام الإسلامي، وخاصة المتعلقة منها بإجراءات الضابطة لمبدأ المشروعية، ومؤداه وجوب احترام الإدارة لمبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة.¹ وللصالح العام بجميع مقتضياته.

إنّ الدور الوقائي الذي تقوم به السلطة الإدارية من خلال الضبط الإداري، يقتضي كضرورة قانونية ومنطقية، أن تسهر على حماية النظام العام، بكل الوسائل المشروعة الكفيلة بتحقيق هذه الغاية، ولو كان فيها تقييد للحقوق والحريات العامة.²

وبناء عليه يمكن تقييد حريات لصيقة بالشخص إذا كان الهدف من ذلك حماية النظام العام ، وأوضح مثال على ذلك، ما فعله الرسول - صلى الله عليه وسلم - من تقييده لحرية التنقل حفاظا على النظام العام؛ حيث يروى عنه قوله "إذا كان الطاعون ببلد فلا تدخلوه، وإذا كنتم به فلا تخرجوا منه." فالدخول إلى بلد فيه الطاعون، إلقاء بالنفس إلى التهلكة، والخروج منه قد ينقل العدوى إلى خارجه، وانتشار اللوباء مما يؤدي إلى الإضرار بالصحة العامة للمسلمين.³

ولموازنة الضابطة الإدارية في النظام الإسلامي ، بين ما يلحق صاحب الحق من تقييد في استعمال حقه، وما يترتب على إطلاقه من تهديد للصالح العام، قيدت الشريعة الإسلامية الإدارة بقيود تمنع تجاوزها لسلطتها في هذا المجال.

¹ ينظر: عبد الجليل محمد، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة المرجع السابق، ص224.

² حلمي الدفدوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري - دراسة مقارنة، فرنسا ومصر ومبادئ الشريعة الإسلامية- ط سنة 1989، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص653.

³ مصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، المرجع السابق، ص 486.

ومن ذلك، لا يجوز للإدارة التدخل في شؤون الأفراد بتقييد حرياتهم ، إلا بمقتضى الضرورة وكفالة الصالح العام.¹ حسب ما قرره الشريعة من أن "الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام"،² و"الضرر الأشد يزال بالأخف".³ كما يجب أن تكون الإجراءات أو التدابير التي لجأت إليها الإدارة، متناسبة مع الواقعة التي استلزمت التدخل، ومع الغاية المقصودة منها. بناء على مبدأ التناسب الجسد في القاعدة الفقهية "كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل".⁴

وتشهد السوابق القضائية في القضاء الإداري الإسلامي تطبيقاً صريحاً لمبدأ التناسب، كأسلوب فعال لرقابة الملاءمة؛ يُذكر منها قضية الأمير "يوسف بن تاشفين" مع قاضي المرية بالأندلس "محمد بن يحيى بن البراء"، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنّ سلطان المرابطين "يوسف بن تاشفين"، كتب إلى القاضي محمد بن يحيى فيمن كتب إليهم، بأنّه اتخذ قراراً إدارياً يقضي بفرض معونة على الأهالي لأجل الجهاد، وكان الحافز لديه لاتخاذ قراره أنّ القضاة والفقهاء عنده أباحوا له فرضها، وأنّ عمر بن الخطاب فرضها في زمانه. لكن القاضي محمد بن يحيى امتنع عن فرضها، لعدم تناسب وملاءمة إجراء فرض المعونة على الناس مع سبب القرار الإداري الذي اتخذته بن تاشفين.

ذلك أنّ قرار بن تاشفين لو كان يتلاءم مع القدرة المالية للبعض، فهو قد يُشقق على البعض الآخر من الأهالي، حيث يكون عبئاً ثقيلاً يفوق إمكانياتهم المادية. كما أنّه لا مجال للمقارنة بين هذا القرار وقرار عمر بن الخطاب بسبب اختلاف المصالح لاختلاف الزمان والمكان والأشخاص. فقد كان مما جاء في جواب القاضي للسلطان يوسف بن تاشفين: "... وما اقتضاها عمر رضي الله عنه حتى

¹ فتحي الدريبي، المرجع السابق، ص115. وينظر: حلمي الدقوقي، المرجع السابق، ص653.

² علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، مادة 26 ج1 ص36.

³ علي حيدر، المرجع نفسه م27 ص36.

⁴ جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، المرجع السابق، ج2 ص108.

دخل مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وحضر من كان معه من الصحابة رضي الله عنهم، وحلف أن ليس عنده في بيت مال المسلمين درهم ينفقه عليهم، وحينئذ تجب معونته...¹

مبدأ التناسب لم يكن أسلوباً للرقابة القضائية فحسب، بل كان يمثل مبدأ قانوني هام، يُستخدم على نطاق واسع في إدارة الحكم في الإسلام، من أمثلة هذه التطبيقات في مجال الضابطة الإدارية، قرار الخليفة عُمر بن الخطاب بنفي نصر بن حجاج من المدينة إلى البصرة، بعد الذي علمه عنه من حسن وصباحة وجه حتى أنه سمع إحدى الناس تقول فيه شعراً.

ومثل هذا التصرف له ما يبرره بلا شك، فقد كانت مدينة الرسول في ذلك الحين تخرج منها الجيوش بعد الجيوش تقاتل في سبيل الله، وتترك خلفها العديد من النساء بغير أزواجهن، وقد أثر هذا الشاب ألا يتطوع للجهاد وأن يظل في المدينة. فرأى عُمر أن في بقائه في المدينة، في تلك الظروف ما قد يدعو إلى الفتنة، لذلك رأى المصلحة في نفيه منها وأمر في ذات الوقت بمضاعفة عطائه الذي يتقاضاه من بيت المال تعويضاً له عن هذا الاغتراب.²

فهذا تقييد للحرية الخاصة في التنقل اقتضته مصلحة المجموع، وهذا كله نظر إلى مآل التصرفات.³ ولو كانت في ذاتها مباحة، على أساس السلطة التقديرية للإدارة.

لقد كان عُمر أكثر الناس إدراكاً لروح قانون الشرع، وأحسبهم معرفة للوقائع وما تتطلبه من إجراءات لمواجهتها. ودليل ذلك اعتماده على واقعة تهدد النظام العام للمسلمين، ثم بحثه عن الوسيلة

¹ ينظر: سيّد بن حسين العفاني، ترطيب الأفواه بذكر من يُظلمهم الله، المرجع السابق، ص 239-240.

² مصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، المرجع السابق، ص 266-486، وينظر: صبحي صالح، النظم السياسية نشأتها وتطورها، المرجع السابق، ص 254.

³ سلام مذكور، الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، ط سنة 1996 دار النهضة ص 315، وينظر: فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 112.

الملائمة لها، لتحقيق الغاية منها ، وهي تمثل في مجموعها مبدأ "الضرورة تقدر بمقدارها عند التصرف لرفعها" الذي يمثل مبدأ التكافؤ أو التناسب.

وقريب منه إجراء ضبطي آخر إستخدمه مع امرأة مجذومة، والمتمثل في منعها من الطواف بالكعبة حرصاً منه على الصحة العامة للمسلمين.¹ فقد أحسن عمر في هذا القرار تقدير الوقائع وخطورتها، وعلى أساس منها إختار الإجراء الضبطي ، الذي يتلاءم مع غاية تحقيق الصحة العامة والصالح العام. أي قدر الإجراء الأنسب لتحقيق مقصوده، معتمداً في ذلك على مبدأ التناسب.

ومن الآراء المهمة التي بنيت على مبدأ "الضرورة تقدر بمقدارها عند التصرف لرفعها." الذي يمثل مبدأ التناسب في الفقه القانوني، القرار الجريء للخليفة عمر رضي الله الذي اتخذ مع نصارى بني ثعلب، والقاضي بإسقاط إسم الجزية عنهم.

وقد سبقت الإشارة أن بني ثعلب، هي قبيلة كانت مواقعها بالقرب من حدود الروم، وكانوا يأنفون عنوان "الجزية"، محتجين على ذلك بأنهم عرب ، ولا ينبغي أن يؤدوا ما يؤديه العجم، وقد استجاب الخليفة لرغبتهم المتمثلة في إسقاط إسم الجزية عنهم ، دفع لخطر عام متوقع منهم على الأمن العام للدولة. ويتمثل هذا الخطر في التحاقهم بالروم، والتحالف معهم ضد الدولة الإسلامية خاصة أنهم أظهروا نيتهم في ذلك.²

بناء على ما تقدّم، يتبيّن أنّ النظام الإسلامي، قد عرف إلى جانب النظام الفرنسي والجزائري تطبيقاً لأسلوب الرقابة على تناسب وملاءمة القرار الإداري.

¹ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص 487.

² أبو عبيد، كتاب الأموال، المرجع السابق، ص 33-34، وينظر: يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص 146-216.

المبحث الثاني:

رقابة الخطأ الظاهر في التقدير

Contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

إن عدم التناسب ليس السبب الوحيد الذي يفتح باب الرقابة القضائية، بل يلزم أن يكون هنالك تباين شديد بين سبب القرار الإداري ومحلّه؛ فرقابة الخطأ الظاهر في التقدير هي تعبير آخر عن رقابة التناسب. وعليه فإن رقابة القاضي الإداري لا تنصب فقط على التناسب، وإنما تنصب كذلك ، على مدى التحقق من معقولية تقدير الإدارة لأهمية الوقائع التي بنت عليه قرارها ، مقارنة بمحل القرار أو فحواه. فقد يخطئ مصدر القرار في تقدير أهمية الوقائع المسببة للقرار، كأن يعطيها قيمة أكثر من قيمتها الحقيقية، أو أن ينتقص كثيرا من قيمتها بالمقارنة مع مضمون القرار، ففي هذه الحالة يكون القرار مشوبا بعدم التناسب البين أو الخطأ الظاهر في التقدير . فما المقصود برقابة الخطأ الظاهر في التقدير؟ وما مدى تطبيقها في القضاء الإداري الفرنسي والجزائري؟ وما موقف النظام الإسلامي من هذه الرقابة؟

المطلب الأول:

مضمون نظرية الخطأ الواضح في التقدير

وتطبيقاتها في القضاء الإداري الفرنسي

رغم ضرورة السلطة التقديرية لنشاط الإدارة، إلا أنها قد تتحول إلى طريقة تعسفية واستبدادية في ممارسة السلطة إذا لم توضع لها قيود، وهذا الأمر دفع القاضي الإداري أن يطور أسلوب رقابته¹؛

¹ G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien, droit administratif, op.cit, p 664.

وذلك بالانتقال من رقابة الحد الأدنى إلى رقابة الملاءمة، ومن التقنيات التي جسّد من خلالها القاضي الإداري رقابة الملاءمة " رقابة الخطأ الظاهر" ¹؛ ومفادها البحث عما إذا لم تخطيء الإدارة بشكل جسيم، وواضح عند تقديرها للوقائع. ²

فما مضمون رقابة الخطأ الظاهر في التقدير؟ وكيف حقّق القاضي الإداري الفرنسي من خلالها الرقابة على الملاءمة؟

الفرع الأول:

مضمون نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

تعد رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، رقابة قضائية حديثة نسبيا في منازعات الإلغاء. ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي، ظل ولمدة طويلة من الزمن يرفض فكرة الرقابة على تقدير الإدارة لأهمية الوقائع المادية وخطورتها. ³ ولم يعترف برقابة الخطأ الواضح في التقدير، إلا في حالات الإختصاص المقيد، ثم أقر بها لاحقا في حالات الصلاحية التقديرية؛ لكن في الحالة الأخيرة، لم يصرح القاضي الإداري برقابة الخطأ الظاهر كأسلوب لرقابة الملاءمة، وإنما اعتبرها مجرد استثناء وارد على المبدأ العام القاضي، بأن تقدير قيمة الأسباب الواقعية متروك للإدارة بلا معقب عليها من القضاء. ⁴

فنظرية الخطأ الواضح في التقدير، لم تظهر فجأة ومرة واحدة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وإنما تمّ التمهيد لها، وتطبيقها تدريجيا حتى شملت مجالات عديدة من أوجه النشاط الإداري؛ فقد قرّر

¹ Dans cet objet voir: **J. Kahn**, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge administratif, op.cit, p11 et s, et **R.Chapus**, Droit administratif général, op.cit, p 953 et s

² Voir: **M. Christine Rouault**, droit administratif, op. cit, p144. **Chapus, op. cit**, p 935. Et **A. de Laubadère et J. Venezia et Y. Gaudemet**, traité de droit administratif general, op.cit, p 694.

³ Voir: **Philippe Foillard**, droit administratif, op.cit, p151.

⁴ ينظر: **علي خطار شطناوي**، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ج2، ص919.

مجلس الدولة التعويض عن اتخاذ الإدارة قرارات غير ملائمة، وقد طبق هذا الإجتهد القضائي في بداية الأمر على القرارات التأديبية المشوبة بخطأ ظاهر في التقدير، حيث رفض في حكمه الصادر في 20/ 6/ 1913، إلغاء قرار إداري لعدم ثبوت عيب الإنحراف في استخدام السلطة، لكنه حكم بالتعويض، لأن الأخطاء التي ارتكبتها الطاعن لا تبرر القرار الصادر بفصله. كما قرر المجلس أيضا في حكمه الصادر في 21/ 6/ 1935، التعويض عن إصدار قرارات إدارية لا تتناسب مع أسبابها، كاتخاذ إجراءات إدارية عنيفة في سبيل تحصيل بعض الضرائب من أحد الموظفين حسني النية مما أدى إلى إشهار إفلاسه.¹

لكن التطورات الحاصلة في مجالات النشاط الإداري الحديثة ، دفعت القضاء الإداري إلى الخروج عن هذه الرقابة التقليدية، واعتماد نظرية الخطأ الظاهر بصفة صريحة كتقنية هامة لرقابة ملاءمة القرارات الإدارية.

ويعتبر حكم Lagrange في 15/ 2/ 1961 أول حكم شيد فيه مجلس الدولة الفرنسي بناء نظرية الخطأ الظاهر، وهو يتعلق بمعادلة الوظائف، حيث وضع من خلاله حدا لسلطة الإدارة التقديرية، في إجراء التعادل بين الوظائف، بأن لا يكون تقديرها في هذا الشأن مشوبا بخطأ ظاهر.² والخطأ الظاهر أو الغلط البين في التقدير ، هو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه مصدر القرار الإداري في تقدير الوقائع التي تبرر القرار الصادر.³

¹ ينظر: علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص919.

² C. E. 15 février 1961. **M. Christine Rouault**, droit administratif, op. cit, p144. Et voir: **Philippe Foillard**, op. cit, p151.

G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien, droit administratif, op.cit, p 670.

³ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ج2، ص 918، وينظر: هادي القبيلات، الوجيز في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص431.

يرى الفقيهان **Auby et Drago** أن الخطأ الظاهر إجراء، يهدف إلى توسيع مجال رقابة الحد الأدنى، ويقع الخطأ الظاهر ضمن مجال مطور في الرقابة، يهدف إلى الحد من السلطة التقديرية للإدارة، ويشكل إجراءً مراً يسمح لرقابة الحد الأدنى، بأن تمتد لتشمل الرقابة على التكييف القانوني للوقائع في الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بالسلطة التقديرية. ويشترط الفقيهان بأنه حتى يكون الخطأ ظاهراً، يجب أن يكون جسيماً وفاحشاً ويُنَبِّأ في التقدير، يسمح للقاضي بالرقابة على التكييف القانوني للوقائع، حتى لا يوصم القضاء بإنكار العدالة في حالة اقتصره على رقابة الحد الأدنى.¹

وعليه فتقنية الخطأ الظاهر في التقدير تتميز بأنها وسيلة قضائية، تستهدف توسيع مدى رقابة الحد الأدنى ونطاقها. فهي إطار عام يتحرك القضاء ضمنه، لضبط الصلاحية التقديرية التي تتمتع بها الإدارة؛ فهذه التقنية تعدّ من أهم أشكال الرقابة، التي يمارسها القضاء الإداري الفرنسي لكشف مخالفة الإدارة للقانون.²

ولقد اصطلح اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي على تسمية هذا الأسلوب من الرقابة بـ "تقنية الخطأ الواضح في التقدير" أو "الرقابة الضيقة".

ومع أن مصطلح الخطأ الواضح في التقدير والرقابة الضيقة يستعملان عند أغلب الفقه القانوني بنفس المعنى، إلا أن هنالك حد دقيق جداً بينهما، فقد يمارس القاضي رقابة ضيقة على خطأ فادح في التقدير دون أن يكون هذا الأخير ظاهراً، وإظهار هذا الخطأ يعتمد على فطنة القاضي في ممارسة رقابته على عمل الإدارة. وبمعنى آخر العيوب المفرطة أو الجسيمة ليست دائماً عيوب ظاهرة.³

¹ **J. M. Auby, R. Drago**, traité de contentieux administratif, tome 1, op.cit, p394.

² Voir: **P. Gonod et F. Melleray et P. Yolka**, traité de droit administratif, éd 2011, Dalloz, paris, tome 1, p 756.

³ **J. Morand- Deviller**, cours de droit administratif, op. cit, p 759.

يقول الأستاذ J. Morand- Deviller في هذا الصدد: "إنه علينا إدراك الإنتماء الذي يبدو متبايناً في بعض الحالات ، بين الرقابة الضيقة *contrôle restreint* ، والرقابة القصوى المصطلح عليها بتقنية الخطأ الواضح في التقدير (*contrôle maximum*) ، ... وذلك من خلال رقابة الواقع أو مضمون القرار مع دوافعه، والتي تعبر عن رقابة التناسب".¹

ويقول الأستاذ "Bertrand Seiller" في هذا الصدد: "إن القاضي يقوم في الغالب بالتأكد من عدم ارتكاب الإدارة لخطأ جسيم، من خلال مقابلة هذه الوقائع مع القانون. وفي هذه الحالة لا تسأل الإدارة عن كل خطأ في تكييف الوقائع، وإنما فقط عن ذلك الذي يتجاوز الحد المعقول".²

غير أنه يرى خلاف الرأي القائل بأن رقابة الخطأ الواضح في التقدير ، هي أعلى درجات الرقابة، حيث يقول: "إن الرقابة العادية هي أعلى درجات الرقابة على المشروعية، وليست رقابة الخطأ الظاهر المعروفة بالرقابة الضيقة، على عكس ما أكده الفقه السائد. فالرقابة الضيقة كرقابة تقدير وقائع ليست أكثر عمقا من الرقابة العادية. ففي الواقع - بنفس الطريقة - من الصعوبة تصور (غسل غسيل أكثر بياضا من البياض)...، فالتقدير القانوني للوقائع في إطار الرقابة العادية، يفحص من قبل القاضي الإداري، بنفس الحذر أو الإهتمام، الذي يتناول به هذا الأخير فحص عيوب المشروعية الأخرى".³

¹ J. Morand- Deviller, OP.cit, p 759.

² Bertrand Seiller, droit administratif², op.cit, p 246.

³ «Le contrôle normal désigne le degré supérieur de contrôle de la légalité. Contrairement à ce qu'affirme la doctrine dominante, le contrôle maximum n'existe pas, du moins en tant que contrôle de l'appréciation juridique des faits, encore plus approfondis que le contrôle normale. En effet, de la même façon qu'il est difficile d'imaginer une lessive lavant (plus blanc que blanc)...dans le cadre de contrôle normal, l'appréciation juridique des faits est examinée par le juge avec la même attention que les autres vices de légalité.» Bertrand Seiller, ibid, p 250.

لكن الحقيقة، أن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، تعدّ تعبير آخر عن رقابة التناسب أو الملاءمة، إذ أن القاضي الإداري لا يراقب في الحقيقة التناسب فقط، وإنما التباين أو بالأحرى عدم التناسب الصارخ بين الوقائع المبررة للقرار الصادر والمحل.¹

إذ يجب التفريق بين رقابة الخطأ الظاهر في تكييف الوقائع ، التي مارسها أولاً مجلس الدولة الفرنسي سنة 1961 في حكم Lagrange ، والتطور الذي وصلت إليه، والذي مس مجالاً آخر كان محجوباً عن رقابة القاضي الإداري، وهو يتعلق بتقييم أهمية الوقائع وملاءمتها، ويمكن أن يطلق على هذه الحالة رقابة الخطأ الظاهر في التقييم أو التناسب، الذي أوجب على الإدارة أن تتحلى عند إجرائها لعملية تكييف الوقائع أو تقييمها بأكبر قدر من المعقولية.

وعليه، فإن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير تترجم رقابة الملاءمة على أرض الواقع، باعتبار أن الخطأ الظاهر هو الأداة التي يتوسل بها القضاء الإداري لفرض رقابته على الملاءمة في العمل الإداري، وتنصب رقابة الخطأ الظاهر التي يرسها القاضي الإداري، على التحقق من معقولية تقدير الإدارة . وهنا لا يقتصر القاضي على التحقق من قيام التناسب والملاءمة بين محل القرار وسببه فقط ، وإنما قد يمتد أيضاً إلى غرض القرار.

فعملية إثبات الخطأ الظاهر في التقدير وإن كانت تبدو سهلة للوهلة الأولى، إلا أنها عملية في غاية الصعوبة والدقة، إذ تتطلب ثقافة علمية عالية، لتحديد فيما إذا كان التكييف القانوني للوقائع مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير أم لا. وتزداد صعوبة الإثبات ، إذا كان يتعين على الإدارة تقدير مطابقة القرار الإداري للأسباب الواقعية التي يستند إليها القرار، لانطوائه على خطأ ظاهر في التقدير.²

¹ Voir: **Philippe Foillard**, droit administratif, op.cit, p153.

² يتقارب ويتشابه التقدير الذي يجريه القاضي الإداري، للتحقق و التثبت من الخطأ الظاهر في التقدير مع عملية إثبات الوجود المادي للوقائع. فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي إلغاء قرار إبعاد أحد الأجانب، لكونه مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير ، بع أن تبين له

وبناء عليه، فإن نظرية الخطأ الظاهر، تعد إحدى أهم الوسائل الفنية التي ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي، لمواجهة حالات الاختلال الواضح في التقدير، بحيث إذا جاء تقدير الإدارة متجاوزاً للحد المعقول، كان مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير. وعليه، فإن الخطأ الظاهر لا يثور إلا إذا كان تقدير الإدارة شديد التباين ويخرج عن حدود المعقول. وفي هذه الحالة يكون القاضي الإداري في موضع لممارسة الرقابة على الملاءمة.¹

الفرع الثاني:

تطبيقات القضاء الإداري الفرنسي لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير

لقد استقر مجلس الدولة على الأخذ بمبدأ الخطأ الظاهر في التقدير، وطبقه في عدة تقديرات جدا متخصصة، كتقدير الشهرة الطبية²، وفي مجال النظام الاقتصادي بخصوص تقدير المخاطر التي يمكن أن يتسبب فيها منتج صيدلاني بالنسبة للصحة العامة،³ والرقابة على إجراءات الضبط المتعلقة بمنع الإعلانات الصادرة عن الأجانب، حيث ألغي قرار حظر الإعلانات الخارجية بسبب الخطأ الظاهر في تقدير المخاطر التي يمكن أن تنتج عن نشرها على النظام العام،⁴ وقرار رفض منح جواز السفر،⁵ وعليه فإن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير قد حققت تطورا في أغلب مجالات العمل الإداري وأهم هذه المجالات.

C. أن الطاعن الذي قررت الإدارة إبعاده، لم يكن موجودا في مدينة باريس عند حدوث الوقائع التي نسبت إليه. E, 14/ 3/ 1970 مأخوذ عن: علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 918.

¹ Philippe Foillard, droit administratif, op.cit, p151.

² C. E, 24 avril 1964, villard. Voir: Philippe Foillard, ibid, p152.

³ C. E, 28 avril 1967, fédération des syndicats pharmaceutiques de france. Voir: Philippe Foillard, ibid, p152.

⁴ C.E, 17 avril 1985, Soc. Les éditions des Archers. Voir: Philippe Foillard, ibid, p152.

⁵ C. E, 19 février 1975. Voir: Philippe Foillard, Ibid, p152.

أولاً: في مجال الوظيفة العامة

تعتبر منازعات الوظيفة العامة ، أولى المجالات التي طبقت فيها تقنية الخطأ الظاهر في التقدير .
فحتى سنة 1978 كان مجلس الدولة يرفض مد نطاق رقابته على ملاءمة القرارات التأديبية، على أساس أن ذلك من إطلاقات السلطة التأديبية التي لا يجوز التعقيب عليها. إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقتنع بأن تصل حرية الإدارة في التقدير إلى حد التفاوت الصارخ في توقيع العقوبات التأديبية، مما يقلل إلى حد كبير من قيمة الضمانات التأديبية وغاياتها التي كفلها المشرع.¹

لهذا عدل مجلس الدولة في حكمه في 1978/6/09 في قضية Lebon، عن موقفه السابق، وضبط السلطة التقديرية في أهم مجالاتها، وهو مجال التأديب لبيسط رقابته على مدى التناسب بين العقوبة التأديبية والخطأ الذي ارتكبه الموظف من خلال استخدام فكرة الخطأ الواضح في التقدير.²
وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد ليون Lebon وهو معلّم رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية لـ "تولوز" يطلب فيها إلغاء القرار الإداري الصادر من رئيس أكاديمية تولوز بإحالته إلى التقاعد بدون طلب منه. حيث استندت الأكاديمية في إصدار قرارها، على ارتكاب المدعي لأفعال مخلة بالحياة مع تلميذاته. ورفضت المحكمة الإدارية طلب إلغاء القرار. فطعن المدعي في هذا الحكم أمام مجلس الدولة الفرنسي، الذي أيد حكم المحكمة الإدارية، حيث أكد بأن الإدارة لم ترتكب خطأ

¹ محمود سلامة جبر، "رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء"، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 37 العدد 1 مارس 1993، ص70 مأخوذ عن: الأستاذة عبد العالي حاجة والأستاذة أمال يعيش تمام ، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص138.

² C. E 09/6/1978 A. de Laubadère et Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, Tome1 (Droit administratif Général), op.cit, p 584

ظاهرا في التقدير في توقيع العقوبة التأديبية على المعلم نظرا لما نسب إليه من قيامه بتوجيه إشارات وحركات غير مؤدبة إلى طالبات صفه، حيث يشكل خطأ يبرر توقيع عقوبة العزل عليه.¹

وقد تعزز اجتهاد مجلس الدولة في قضية ليون بحكم لاحق، أصدره في 1978/7/26 في قضية فينولاوي Vinolay حيث ألغى الجزاء التأديبي الموقع على موظف بغرفة الزراعة، حيث جاء في حكمه: "إذا كانت مخالفة قواعد الإدارة الحسنة ذات طبيعة قانونية تبرر توقيع جزاء تأديبي، فلا يمكن أن تكون سندا مشروعاً بلا خطأ ظاهر في التقدير، لإجراء العزل والذي يشكل أقصى الجزاءات التي تتضمنها قائمة العقوبات."²

فقد كان مجلس الدولة جريئاً في حكمه في هذه القضية ، حيث لم يتردد في إلغاء العقوبة في حال وجود عدم تناسب ظاهر بينها ، وبين الخطأ المرتكب من قبل الموظف. إذ امتدت فكرة الخطأ الواضح إلى أوسع تقدير، إذ لم يقف دور القاضي الإداري عند التأكد من الوجود المادي للوقائع المسببة للقرار، بل أدخل عليها فكرة الخطأ الواضح في التقدير ، التي مارس من خلالها الرقابة على الملاءمة.³

واستمر الخطأ الظاهر في التقدير في التطبيق في مجالات أخرى في الوظيفة العامة، لقرارات منع بعض المتقدمين من الإشتراك في مسابقات الإلتحاق بالوظيفة العامة التي تتم على أساس الإختيار، عن

¹ A. de Laubadère et J. Venezia et Y. Gaudemet, traité de droit administratif general, op.cit, p697.

² C. E 26/7/1978, VINOLAY.

مأخوذ عن: مصلح الصرايرة، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، 178.

³ Voir: J. Waline, droit administratif, op.cit, p 633.

طريق المسابقات الوظيفية؛¹ وخصوصا في مجال معادلة الوظائف،² وكذا تقدير السلطة الإدارية المتعلق بالضمانات المقدمة من المرشحين لتولي المناصب العامة.³

ولازال القاضي الإداري يعتمد إلى الآن، الرقابة على السلطة التقديرية من خلال تقنية الخطأ الواضح، خاصة المتعلقة منها بمجال الوظيف العمومي، حيث يكشف عن سوء تقدير الإدارة، على أساس عدم التناسب الواضح ، بين خطأ الموظف والجزاء التأديبي الذي أوقعته الإدارة عليه.⁴

ثانيا: في مجال المنازعات الاقتصادية:⁵

تعتبر رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في المنازعات الإقتصادية، أداة مناسبة للرقابة القضائية على تقدير ملاءمة أعمال الإدارة المتداخلة في الحياة الإقتصادية. من أجل الحد من السلطة التقديرية الواسعة التي تتمتع بها الإدارة، بهدف المحافظة على التنظيم الإقتصادي والإجتماعي بثوبهما الجديد، باعتبار أن الدولة مسؤولة عن تحقيق التوازن الإقتصادي والإجتماعي.

حيث يعمل القضاء الإداري في هذا المجال ، على أن يتحقق فيما إذا كان النظام الإقتصادي غير مشوب بخطأ ظاهر في التقدير . كما هو الحال بخصوص تطبيق شرطة الأسعار لقرار وزاري صادر بالتطبيق للمرسوم المؤرخ في 1945/6/30⁶. وكذا الرسوم كافة⁷، أو رسوم الإشتراك في

¹ C. E, 18 mars 1983. voir : voir : **Philippe Foillard**, droit administratif, op.cit, p 153.

² C. E, 29 avril 1994. voir : voir : **Philippe Foillard**, ibid, p 153.

³ **Philippe Foillard**, ibid, p 153.

⁴ **J. Kahn**, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, op. cit, p 15. Et **G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien**, droit administratif, op. cit, p 670.

⁵ **علي خطار شطناوي**، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 923.

⁶ C. E 9/11/1997.

⁷ C. E 17/11/1978.

التنظيمات المهنية.¹ كما يعمل على التحقق، فيما إذا كان مقدار الإقتطاع المالي يتفق مع الغايات الاقتصادية والاجتماعية، التي حددتها الحكومة لصالح الجمعيات المستفيدة.² ...

ثالثا: في مجال تنظيم المدن

ويتعلق خاصة، بموضوع منح رخص البناء، من ذلك القرار القضائي الصادر في 1968/3/29 "Société du lotissement de la plage de Pampelonne"³، الذي أيد فيه القاضي الإداري قرار الإدارة من خلال تطبيقه لرقابة الخطأ الظاهر، وقد جاء فيه أن قرار الوالي الذي قدر فيه منح رخصة بناء مشروع، لا ينطوي على أخطار أو أضرار بالنسبة للصحة أو الأمن العام.⁴

رابعا: صلاحيات الضبط الإداري العليا

يعد الضبط الإداري من أهم مجالات رقابة الخطأ الفادح في التقدير، وتنطوي صلاحيات الضبط الإداري العليا على القرارات، والإجراءات الصادرة عن شرطة مراقبة الأجانب.⁵ فقد اعتبرت الإجراءات الضبطية في بادئ الأمر من أعمال السيادة، التي لا تخضع للرقابة القضائية. لكن القضاء الإداري، عدل عن تكييفها القانوني السابق، واعتبرها قرارات إدارية عادية، وبالتالي تخضع للرقابة العادية المحدودة، المتمثلة في رقابة الخطأ في تطبيق القانون والوجود المادي للوقائع، للتأكد من أن الأسباب التي ادعتها الإدارة، تبرر القرار الإداري الصادر بناء عليها.⁶

¹ C. E 22/7/1979.

² C. E 14/3/1975.

³ C. E 29/3/1968.

⁴ **Philippe Foillard**, droit administratif, op. cit, p 153.

⁵ Voir: **Philippe Foillard**, ibid, p 152.

⁶ ينظر: علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ج2، ص923.

ثم بدأ القاضي الإداري تدريجياً يمد نطاق رقابته في هذا المجال، عن طريق إستخدام تقنية الخطأ الظاهر في التقدير، خصوصاً بعد صدور حكم مجلس الدولة في 1973/11/2، الذي تصدى القضاء الإداري فيه لتقدير مدى جسامته الأخطار ، التي نتطوي عليها إعلانات أجنبية في فرنسا على النظام العام.¹ واستخدم القضاء الإداري نفس التقنية، فيما يخص قرارات طرد الأجانب من الأراضي الفرنسية في قضية *Ministre de l'Interieur c/Pardov*، حيث عمل على التحقق فيما إذا كان تقدير الوزير لا يخلو من خطأ جسيم، وأن وجود الأجنبي - الذي مسه قرار الطرد- في فرنسا، يتضمن - بالفعل- تمديدا للنظام العام،² كما استخدمها بخصوص قرارات منح جوازات السفر،³ ... وغيرها.⁴

فالمجالات المذكورة أعلاه ليست على سبيل الحصر، إذ أن رقابة الخطأ الواضح أصبحت تمس أغلب جوانب النشاط الإداري. وعليه لا مجال للشك أن تقنية الخطأ الواضح قد توسعت من إطار رقابة الأسباب وحدها إلى رقابة الملاءمة.

الفرع الثالث:

الخطأ البسيط كأساس لمسؤولية الإدارة

في قضاء مجلس الدولة الفرنسي

إلى غاية سنة 1960، كان القضاء الفرنسي يشترط في بعض الحالات "خطئاً فلاحاً". غير أنه أخذ يتراجع عن هذه الرقابة ليقوم بمسؤولية الإدارة على مجرد الخطأ في التقدير دون النظر إلى درجته.

¹ C. E, 2/11/1973. société anonyme Librairie F. Maspero. Voir: **Philippe Foillard**, op.cit, p 152.

² C. E 03/2/1975. voir : **Philippe Foillard**, op.cit, p 152.

³ C. E, 19 février 1975. voir: **Philippe Foillard**, ibid, p 152.

⁴ **Philippe Foillard**, ibid, p 152.

عندما عرف الأستاذ شابي Chapus الخطأ الجسيم، قال بأنه الخطأ الأكثر خطورة من الخطأ البسيط" غير أنه توجد ثمة أخطاء تكون خطورتها واضحة، و أخرى غير ذات خطورة، لكن ما بين هذه وتلك توجد كثير من الأخطاء، تكون درجتها قابلة للتقدير المتردد أو المختلف، ويرجع في الأخير مهمة تقدير مدى جسامة الخطأ إلى القاضي.¹

و في هذا الموضوع يقول الأستاذ أحمد محيو: "فالقضاء يميّز حسب درجة الجسامة ، لوضع نوع من التدرج بين الخطأ البسيط والخطأ الجسيم، وهذا التمييز يرتبط بطبيعة الأنشطة ، فتلك التي تقوم في عمل عادي سهل الأداء ترتب المسؤولية الإدارية على خطأ بسيط، بينما الأنشطة المعقدة والصعبة أو ذات الخطورة، لا ترتب المسؤولية إلا على أساس الخطأ الجسيم..."²

بوجه عام، يرتبط اشتراط خطأ جسيم لإقامة المسؤولية عن الفعل الصادر عن بعض النشاطات الإدارية بالصعوبات التي تعترض ممارسة تلك النشاطات . فمن جهة ، تعتبر الأخطاء البسيطة المرتكبة في ممارسة نشاطات صعبة أخطاء يمكن التسامح فيها. ومن جهة أخرى إذا تعلق الأمر بنشاطات صعبة، وقلنا بإقامة المسؤولية على مجرد خطأ بسيط، فإن تشخيص الخطأ يكون عادة محلا للتردد، إذ كيف نكون متيقنين بأن سلوكا ما لعون عمومي مخطئ ، إذا وضعنا في عين الاعتبار ، الصعوبات التي كان عرضة لها، والتمسك بالأخطاء الجسيمة فقط ، يعني التمسك بالأخطاء التي يمكن التعرف على وجودها بكل سهولة.³

وإذا كانت الأخطاء البسيطة كافية وحدها لإقامة مسؤولية الإدارة ، فإننا نكون بصدد عرقلة متعسفة لنشاط الإدارة، ويمكن منع الإدارة من التصرف بالسرعة التي تكون ضرورية أحيانا، خوفا من

¹ R. Chapus, Droit administratif général, Tome (1), op.cit, p1145.

² أحمد محيو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص216.

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص80.

ارتكابها خطأ، وأن يصبح مصدرا للحكم عليها بالتعويض، وبعبارة أخرى فإن مخاطر تحمّل المسؤولية تجعل الإدارة تحجم عن التصرف.¹

غير أن حقيقة الواقع القضائي غير ذلك، فبرغم أنه من الضروري أن يستفيد الأشخاص العموميون، من قدر معين من السلوك الحرّ المعفى من المسؤولية، غير أنه حالياً وبالرغم من ضرورة هذا الجانب من الملاءمة، تتمحي هذه الشروط في بعض الحالات أمام انشغال القاضي الإداري بحماية حقوق وحرّيات الأشخاص الخاضعين للإدارة قدر المستطاع.

وكما انتقلنا في سنة 1960 إلى الخطأ الجسيم فإننا ننتقل اليوم من الخطأ الجسيم إلى الخطأ البسيط، وبدون شك لم يقض نهائياً على اشتراط الخطأ الجسيم ، بل إنه في تفهقر ملحوظ فقط، فتاريخ الخطأ الجسيم هو تاريخ تراجعه. فلم يعد القضاء الإداري يشترط الخطأ الجسيم في بعض المجالات كالنشاط الطبي، كما لا تتوقف المسؤولية في بعض النشاطات نسبياً على خطأ جسيم إلا تبعاً للظروف، أي في الحالات فقط التي يتعرض فيها النشاط الضار فعلياً لصعوبات. بينما يشترط الخطأ الجسيم لإقامة المسؤولية في النشاطات المعتبرة صعبة بصفة متغيرة ، أي حسب الموضوع محل النزاع. وتوجد حالة خصوصية لا علاقة فيها لاشتراط خطأ جسيم مع فكرة الصعوبة، ويخضع تقدير الفرضيات التي يكون فيها الخطأ الجسيم ضرورياً للقضاء الإداري.²

أولاً: التخلّي عن الخطأ الجسيم في مادة النشاط الطبي

لقد كان قضاء مجلس الدولة ، يشترط في مادة النشاط الطبي ارتكاب الإدارة خطأ جسيماً لإقامة مسؤوليتها، مؤسساً ذلك على ثلاث تبريرات وهي:

¹ الحسين بن شيخ آث ملوياً، المرجع نفسه، ص 81.

² الحسين بن شيخ آث ملوياً، المرجع السابق، ص 81.

- كون الطب مهنة صعبة.

- أن العمل الطبي يدخل تحت فئة الالتزامات ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

- كون ظروف تدخل الطبيب حساسة في أغلب الأحيان.

غير أن مجلس الدولة بدأ يتخلى عن اشتراط الخطأ الجسيم في هذا المجال، وتحقق ذلك في سنة 1992، وكان محلاً لتحوّل قضائي من طبيعته لفت إنتباه الرأي العام؛ فالنشاط الطبي معروف بدقته، والأمر يتعلق بالنشاط الحاصل في المستشفيات العمومية، بواسطة إنجاز الأعمال الطبية **Actes médicaux**، والتي يحددها مجلس الدولة بالإحالة على جدول المصطلحات **Nomenclature** الرسمي المعد بموجب قرار صادر عن وزير الصحة العمومية بعد استطلاع رأي الأكاديمية الوطنية للطب في فرنسا.¹

بالنسبة لهذه الأعمال ونسبياً حلّ الإكتفاء بخطأ بسيط محل اشتراط خطأ جسيم، وعبر مجلس الدولة عن ذلك، بخصوص الغلطات الضارة المرتكبة أثناء ولادة بقاعدة أنها "تشكل خطأ طبيًا من طبيعته إقامة مسؤولية المستشفى". وهذا في قرار جمعية مجلس الدولة بتاريخ 1992/04/10 في قضية الزوجين ف V، أين أتبع مجلس الدولة اقتراحات محافظ الدولة الرامية إلى إحلال الخطأ الطبي محل الخطأ الجسيم.² ويُطبّق هذا الحل الجديد كذلك في مادة جراحة الأسنان، وكذا في الطب البيطري، أين كان يشترط خطأ جسيم.³

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص82.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص82.

³ قرار مجلس الدولة في 1987/10/16، قرار الأنسة ريشار، في 1987/12/18، قضية المدرسة الوطنية للبيطرة. مأخوذ عن:

لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص84

ف لا يجوز الإستهانة بالخطأ في المجال الطبي ، بسبب أن واقعة خطأ طبي لا يمكن الإعتراف بها نظرا لصعوبات الفن الطبي، إلا إذا كان الخطأ متميزا جدا، وبعبارة أخرى، يجب أن لا نصدق بأن تشخيص الخطأ الطبي، يكون كقاعدة عامة أكثر سهولة من تشخيص الخطأ في تنظيم وسير المرفق الإستشفائي. وحتى لا نعتبر هنا إلا المسؤولية القائمة على الخطأ، يجب إعطاء التوضيحات الثلاث التالية:¹

1- الإكتفاء بالخطأ البسيط

كان الخطأ البسيط يكفي في الفرضية العامة ، أين ينتج الضرر عن كل ما هو ليس "عملا طبيا"، والذي يكشف بعد ذلك عن شروط تنظيم ، وسير "المرفق العمومي الإستشفائي أو البيطري". فمن جهة، يتعلق الأمر بالأضرار الناتجة عن الأعمال المختلفة "غير الطبية" ، والتي تستفيد الضحية بشأنها من قرينة الخطأ ، والتي نعرفها في حالة النتائج غير المألوفة. ويتعلق الأمر من جهة أخرى بالأضرار الراجعة لسوء تنظيم المحلات Locaux، وكذا استعمال أدوات معيبة أو فاسدة، وعدم كفاية الحراسة، وإهمالات مثل علاج جريح حادث مرور في قاعة للمبوءين، وحرمان المريض من الضمانات التي "له الحق في أن ينتظرها من المرفق العمومي الإستشفائي".²

2- ممارسة أعمال طبية في ظروف غير نظامية

¹ حسين بن شيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص84 وما بعدها

² قرار مجلس الدولة في 1986/10/08، قضية لانغلي Langlet، كذا قراره في قضية 1991/1/11، قضية السيدة بيانكال Biancale المتعلق بنقل مريضة إلى وحدة للإقامة الطويلة دون إعلامها بالارتفاع الكبير في النفقات.

عندما تُمارَس أعمال طبية في ظروف غير نظامية **Irrégulière**، تعتبر الأضرار الناتجة عنها، راجعة لسوء تنظيم أو سوء سير المرفق¹. لقد كانت مسؤولية المستشفى تقوم على خطأ بسيط، وابتداءً من سنة 1961، لم تعد مسؤولية المرفق الاستشفائي بفعل شروط التنظيم أو سير المصالح المستقبلية للمصابين بأمراض عقلية، قائمة على أساس ارتكاب "خطأ فادح وذو خطورة خصوصية، وصار الخطأ الجسيم كاف"².

ثم كرس بعدها القضاء الإداري الإكتفاء بخطأ بسيط، دون تمييز ما بين المستشفيات، التي لا تتوفر على مصلحة مختصة في علاج المصابين بأمراض عقلية، ومستشفيات الأمراض العقلية. ويرى الأستاذ اليكس توبلان **Alix Toublanc** بأن اشتراط الخطأ الجسيم لم يختف في المسؤولية الطبية بعد قرار الزوجين V في سنة 1992، الذي أحلّ الخطأ البسيط محل الخطأ الجسيم، وأن معايير الخطأ لم تتغير منذ ذلك الوقت، بل تميل إلى الخطأ الجسيم³، خاصة بعد صدور قانون 40 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة، حيث جاء في مادته الأولى أنه: "عندما تنشأ مسؤولية محترف أو مؤسسة استشفائية في مواجهة أولياء طفل ازداد بإعاقة لم تكتشف أثناء الحمل تبعاً لخطأ متميز، فإنه بإستطاعة الأولياء طلب التعويض عن الضرر اللاحق بهما...". فاشتراط خطأ متميز في التشخيص يعتبر اقتراباً من فرضية الخطأ الجسيم⁴.

3- القطاع الخاص الإستشفائي

¹ قرار مجلس الدولة في 1959/11/09، قضية ساروت.

² قرار مجلس الدولة في 1961/11/10، قضية إيفيار **Eveillard**.

³ **Alix Toublanc**, de la prétendue disparition de la faute lourde en matière de responsabilité médicale, A J D A du 14 juin 2004, p1173 et suivantes

⁴ **Alain Guedj**, "responsabilité et procréation, le cas d'une erreur diagnostic", Revue française de droit administrative n°4, juillet- août 2004, p782 et s.

لا يمكن أن يُسأل مستشفى عمومي عن الأضرار ، التي تعرّض لها المرضى المقبولين في "قطاع" أو "مرفق خاص" ، إلا في الحالة التي " يثبت فيها بأن سبب تلك الأضرار سوء سير المرفق العام" ، كعيوب في المحلات أو الأدوات، أو خطأ أعوان المستشفى الموضوعين تحت تصرف الطبيب الممارس لحسابه الخاص¹ ، وإلا فإنّ المسؤولية تقع على الطبيب وحده ، وتخضع الدعوى المرفوعة ضده لإختصاص المحاكم العادية.

ثانيًا: الحالات التي لا يشترط فيها الخطأ الجسيم إلا نسبيًا:²

لا يشترط لإقامة مسؤولية الأشغال العامة ، بفعل الشرطة الإدارية ارتكاب خطأ جسيم ، وهذا منذ أمد بعيد. ومنذ تطوّر مؤخر للقضاء، أصبح الأمر معمول به بخصوص مسؤولية الدولة ، عن فعل تحديد وتحصيل الديون العامة وخاصة الديون الجبائية.

فبالنسبة لهذين النشاطين، من الأهمية التمعن كلما طرح السؤال، ما إذا لم تتعرض ممارستهما لصعوبات، تبرر عدم إمكانية المساءلة إلا على أساس الخطأ الجسيم. ويكون الأمر كذلك بخصوص نشاط الرقابة.

1- الشرطة الإدارية

يتوقف اشتراط خطأ جسيم فعلي في مادة الشرطة الإدارية، على ظروف كل نمط، غير أنه من الأهمية، الكشف في الواقع القانوني للقضاء عن اتجاهات تسمح بإعطاء حلول حول التمييز ما بين:

- ما هو نشاط قانوني يتعلق بتحديد القرارات واجبة الإلتخاذ .

¹ قرار مجلس الدولة في 10/10/1973، قضية Dlle de Saint- Louvent

² لحسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 88 وما بعدها

- وما هو "عملية تطبيقية" وتمثل في تطبيق التدابير المتخذة.

يمكن أن تقوم مسؤولية الجماعات المحلية، بفعل نشاطها القانوني البوليسي، على أنها غير متوقعة مبدئياً إلا على خطأ بسيط ، لأنه عادة لا تصطدم سلطة الضبط الإداري بصعوبات خصوصية ، عند تحديها لمهية التدابير الواجب اتخاذها، سواء كانت تنظيمية أم فردية بهدف الحفاظ على النظام العام. وعلى العكس من ذلك، بالإمكان أن لا تنتج العمليات التطبيقية في نشاط البوليس الإداري ، والتي يمكن اعتبارها صعبة، المسؤولية إلا في حالة الخطأ الجسيم.

وهذا التمييز هو الموصوف في تحرير بعض القرارات القضائية ، الرافضة لطلب التعويض، بالتصريح، بأنه لا يوجد خطأ في تحديد التدابير المتخذة للحفاظ على النظام العام، ولا خطأ جسيم في تنفيذ تلك التدابير.¹

ف بالنسبة لكفاية خطأ بسيط في الفرضية الأولى ، يعبر عنه قرار مجلس الدولة في 1973/01/26، بخصوص أمر صادر عن المحافظ لوضع حد لإستغلال آلات اللعب. وبخصوص اشتراط خطأ جسيم في الفرضية الثانية، نجد قرار مجلس الدولة في 1981/04/03 المتعلق بتنظيم أعوان الشرطة للسير في الطرق العمومية.²

في الواقع، إن القضايا التابعة للفرضية الأولى، متنوعة وكثيرة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي. غير أن هناك قضايا قد تكون مشابهة نوعاً ما، وُصف الخطأ فيها بلجسيم، منها:

¹ قرار مجلس الدولة في 1958/5/23، قضية فريق أمودروز Amoudruz

² قرار مدينة بايون، وكذا قرار مجلس الدولة في 26 يونيو 1985، قضية السيدة غرانبون Garagnon بخصوص نشاطات الرقابة لشرطة الحدود.

- سلوك أعوان شرطة الذين طردوا بعنف شاب من دار الشرطة اقتيد إلى هناك بسبب حالة سكره، في حين كانت حالته على خلاف ذلك تدعو إلى بعض الإحتياطات.¹

- إهمال سلطة الشرطة، اتخاذ تدابير بخصوص فيضان وشيك لنهر، من إعلان الإنذار وإعلام السكان المهتدين.²

وفي موضع آخر نفى مجلس الدولة تأسيس مسؤولية الإدارة على خطأ جسيم، إذ ذلك متعلق بالنظر إلى ظروف الحال بالنسبة لكل قضية على حدى. فلا وجود لخطأ جسيم في قضية ، أين بناء على طلب من سكان شارع مكتظ عادة في باريس، بسبب وجود دعارة مكثفة، لم تستطع الشرطة القضاء عليها بالرغم من التوقيفات العديدة والرقابة الممارسة.³ ولا في قضية أين كانت موضع انتقاد طريقة تقدير كيفية ضمان حماية دبلوماسي أجنبي، ذهب ضحية محاولة إعتداء.⁴

لكن قد توجد ثمة صعوبات في الفرضية الأولى، بسبب تعقيد الوضعية، أو السرعة التي يجب اتخاذ القرار تبعاً لها بسبب الإستعجال، وهكذا يبدو من الضروري وجود خطأ جسيم. وهذا ما نجد خصوصاً في حالة الفرضية المهمة والحساسة ، أين يطلب المستفيد من حكم من محافظ الشرطة (الذي يحيل الطلب إلى محافظ المقاطعة Préfet)، مساعدة القوة العمومية لإكراه المحكوم عليهم ، من طرف المحكمة (خاصة لإخلاء المحلات المحتلة دون سند) لتنفيذ الشيء المقضي فيه. فليس أمراً سهلاً تحديد القرار الواجب اتخاذه، فالمحتلين دون سند قد يكونوا أسرة كبيرة أو مضرّبون، فهل يستجيبون

¹ قرار مجلس الدولة في 1986/12/10، قضية روبرت Robert.

² قرار مجلس الدولة في 1987/6/22، قضية مدينة ران Rennes

³ قرار مجلس الدولة في 1987/4/08، قضية السيدة فيرمو Virmaux

⁴ قرار مجلس الدولة في 1987/4/29، قضية فريق ينر Yener

لاستعمال القوة، وهل استعمال القوة ضروري فعلاً؟ مما يجعلنا نتفهم بأن قرار المحافظ لا يمكن أن يكون مصدراً للمسؤولية إلا إذا كان مشكلاً لخطأ جسيم.

من جهة أخرى يكفي مجرد الخطأ البسيط لإقامة المسؤولية، وهذا عندما لا تصطدم العمليات في عين المكان بأية صعوبة تذكر، كما في حالة الاعتراف السابق لأوانه لحالة الثلج في أرضية للترحلق، لتقدير ما إذا كان من الممكن فتحها للجمهور.¹

2- تقدير وتحصيل الديون العامة

لغاية سنة 1990، كانت مسؤولية الدولة عن نشاطها الجبائي، من تحديد مقدار الضرائب وكذا ضمان تحصيلها، تتوقف على إثبات خطأ جسيم منسوب للمصالح الجبائية . وقد شكك البعض في تبرير هذا الشرط؛ فالنشاط الجبائي صادر عن فعل إدارة، التي نجد أعوانها ليسوا مجبورين على اتخاذ إجراءات ضرورية، ولهم تبعاً لذلك الوقت في التفكير قبل اتخاذ مثل تلك القرارات ؛ وإذا اعتضهم صعوبات، فهل تختلف تلك الصعوبات عن تلك التي يصادفها أعوان الإدارات الأخرى، والذين يكفي لارتكابهم خطأ بسيط لقيام مسؤوليتهم؟

كانت المسؤولية تقوم في المادة الجبائية في البداية على أساس "خطأ ذو خطورة استثنائية"، ثم بعد ذلك على أساس "الخطأ الفادح والخطورة المتميزة". وهذا قبل الوصول إلى إقامة المسؤولية على أساس "الخطأ الجسيم".

لكن منذ سنة 1962، لم يعترف مجلس الدولة بمثل ذلك الخطأ الجسيم إلا بصفة استثنائية . وفي هذا الإتجاه وطبقاً لمرافعة محافظ الحكومة "نويل شهيد نوراي" chahid- Nourai Noel، سار

¹ قرار مجلس الدولة في 18/4/1967، قضية لافون La font.

مجلس الدولة بواسطة قرار لا يحتوي على أي إقتراح مبدئي، لكنه حرّر بوضوح، وهذا في قضية بورجوا Bourgeois وتمثل وقائع القضية فيما يلي:

حوّلت غلطة في الكتابة بواسطة الإعلام الآلي ، مبلغ المدخولات القابلة لفرض الضريبة للسيد "بورجوا" من مبلغ 35.663 فرنكا إلى مبلغ 315.663 فرنكا، وبما أن هذا الأخير خاضع لنظام الإقتطاع الشهري، تفتن إلى هذا الغلط، فطلب تصحيح هذا الغلط واسترجاع ما حصل زيادة، كما طلب أيضا التعويض عن الضرر الحاصل.¹

و قد حكم مجلس الدولة بالتعويض على أساس الخطأ البسيط، متخليا بذلك على الخطأ الجسيم، مهما كان المرفق الجبائي المعني، وعاء أو تحصيلاً . فقد كان هذا القضاء أكثر فائدة للمكلف بالضريبة، حيث يكفي وجود غلط ضار لفتح الحق في التعويض، ولا يشترط مجلس الدولة بأن يكون الغلط الضار نفسه ناتجا عن خطأ، ويدمج هنا بين الغلط والخطأ، غير أن قبول الخطأ البسيط لم يعمم تماما، لأن قرار "بورجوا" يحتفظ بالحالة التي تشتمل فيها العمليات الجبائية على "صعوبات خصوصية راجعة لتقدير وضعية المكلفين بالضريبة"²، أين يطبق نظام الخطأ الجسيم.

مع ملاحظة أنه يكفي القضاء، ارتكاب الإدارة لخطأ بسيط عندما يكون السلوك الضار غير مرتبط بتطبيق إجراءات الوعاء والتحصيل، خاصة عندما ينتج الضرر المقحم عن معلومات غالطة³، وكذا بخصوص توزيع الضريبة بين بلديتين.⁴

3- نشاطات الرقابة

¹ Jean- Claude Ricci, Mémento de la jurisprudence administratif, p121.

² قرار مجلس الدولة في 1997/12/29، قضية أركاي Arcueil.

³ قرار مجلس الدولة في 1935/1/16، قضية جاك Jacques

⁴ قرار مجلس الدولة في 1986/02/07، قضية بلدية تالار Tallard.

نظراً لأنّ ممارسة نشاطات الرقابة حساسة، بالنظر لحرية التحرك التي يتمتع بها الأشخاص الموضوعين تحت الرقابة، فإن هذه النشاطات لا تقيم مسؤولية الدولة، إلا في حالة الخطأ الجسيم المنسوب إلى سلطة أو مرفق الرقابة.

في البدء حدد القضاء الوضعية القانونية، في اتجاه اشتراط خطأ جسيم بخصوص رقابة الوصاية على الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية، وكرست ضرورة مثل ذلك الخطأ الصادر عن سلطة الوصاية في الحالة التي يكون فيها سلوكها ضاراً للخاضعين للإدارة، وكذا بالمؤسسة اللامركزية نفسها.

ومدّد القضاء بعد ذلك اشتراط خطأ جسيم مبدئياً على مجالات أخرى، أين يمارس نشاط الرقابة، سواء تعلق الأمر بالرقابة على مؤسسات مختلفة للقانون الخاص،¹ أو برقابة الملاححة الجوية،² أو رقابة وحراسة استغلال المحاجر تحت أرضية أو استخراج مواد في سرير مجاري مائية عمومية،³ أو بالرقابة على الحدود.⁴

ولا يشترط الخطأ جسيم في مجالات أخرى، كالمجال المتعلّق برقابة تسريح الأجراء المحميّين، إذ كان خاضعاً لرخصة مفتش العمل، ويكفي الخطأ البسيط، لإقامة مسؤولية الدولة في مواجهة الأجير أو مسؤولية رب العمل.⁵

¹ قرار مجلس الدولة في 1957/7/10، قضية وزير العدل بخصوص صناديق الضمان الاجتماعي.

² قرار مجلس الدولة في 1982/7/26، قضية سبانتاكس Spantax.

³ قرار مجلس الدولة في 1986/3/24، قضية أرملة تييمار Thiémar.

⁴ قرار المجلس الإداري للإستئناف لباريس في 1991/10/17، قضية شركة الأسهم إيلو Hellot.

⁵ قرار مجلس الدولة في 1984/3/21، قضية شركة غاليس Gallice.

وعليه ، فإنه في مقدور خطأ بسيط أن يكفي في الحالات التي تكون فيها تحت يد السلطة الرقابة، سلطات ممددة خصوصا، بهدف حماية المصالح الرفيعة. من ذلك قرار جمعية مجلس الدولة في 1993/4/9، قضية د ج ب D G B، الفاصل في المسؤولية التي يمكن أن تتحملها الدولة، في مادة السيدا ما بعد نقل الدم، وقرار مجلس الدولة بشأنها، بأنها يمكن أن تنشأ عن "أي خطأ"، مرتكب من الإدارة في ممارسة صلاحياتها، بالنظر إلى نطاق سلطاتها، (فيما يخص التنظيم العام للمرفق العمومي لنقل الدم، رقابة مراكز نقل الدم والقواعد المخصصة لضمان نوعية الدم) وكذا للأهداف التي منحت من أجلها تلك السلطات.

المطلب الثاني:

تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري الجزائري والنظام الإسلامي

تعد رقابة الخطأ الواضح في التقدير *contrôle de l'erreur manifeste*، من أحدث أساليب الرقابة التي مارسها القضاء الإداري الجزائري، للحد من تعسف الإدارة وانتهاكها لحقوق الأفراد وحررياتهم. فما مدى تطبيق القضاء الإداري الجزائري لتقنية الخطأ الظاهر في التقدير؟ وما موقف النظام الإسلامي؟

الفرع الأول:

تقنية الخطأ الظاهر في التقدير كأسلوب حديث لرقابة الملاءمة الإدارية

في القضاء الإداري الجزائري

فيما يخص القضاء الإداري الجزائري، فإنه لم يعتمد هذه الرقابة، أي رقابة الخطأ الواضح والمصطلح عليها أيضا بالرقابة الضيقة *Le contrôle restreint*، إلا منذ مدة قريبة، إلى جانب الرقابة العادية التي يمارسها القاضي دون حدود. فالموظف - مثلا - الذي يتعرض لعقوبة غير مناسبة لفعل

قائم و مؤسس، تنصب رقابة القاضي على مدى ملاءمة أو تناسب العقوبة المقضي بها ، بإرجاعها إلى حدها المعقول.

غير أنه في الحالة هذه ، لا يمارس القاضي رقابة ضيقة *Contrôle restreint*، ولا يتدخل إلا إذا عاين غلطا فادحا في تقدير عقوبة ممارسة مع الخطأ.¹ أي عدم الملاءمة الظاهرة بين التهمة والعقاب.²

أولاً: تطبيقات رقابة الخطأ الظاهر في القضاء الإداري الجزائري

هي قليلة القرارات ، التي عبر فيها القضاء الجزائري عن اشتراط الخطأ الجسيم لإقامة مسؤولية الإدارة، إذ أنه في أغلب الأحيان يقيم مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، دون أن يبين طبيعته.

فمن تطبيقات القضاء لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير، قرار مجلس الدولة،³ الصادر في 1999/6/26، المتعلق **بمجال القرارات التأديبية** ، والذي ورد في حيثياته ما يلي: "حيث أن المستأنف توبع بجريمة إنشاء محل للفسق، وأدين بعقوبة سالبة للحرية تتمثل في تسليط عليه شهرين حبس نافذة وغرامة قدرها 2000 دج.

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

... ذلك أن الفعل الذي أدين به المستأنف جزائيا، هو من الأفعال التي تمس بشرف الوظيفة،

فضلا عن كونه يدل على الإخلال بالسلوك القويم الواجب التحلي.

¹ وزارة العدل، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، المرجع السابق، ص 118.

² عبد العزيز الجوهري، الوظيفة العامة، المرجع السابق، ص 175.

³ حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ط سنة 2002، دار هومة الجزائر، ج1، ص 183 وما بعدها.

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

وحيث بات في ضوء ما تقدم أن العقوبة المسلطة على المستأنف قائمة على أساس سليم من الواقع والقانون."

من خلال القرار المذكور أعلاه، يتبين أن الإدارة تتمتع بسلطة واسعة في اختيار العقوبة التأديبية، أما تدخل القاضي، فلا يكون إلا في حالة عدم التناسب أو التلائم الواضح بين الجزاء التأديبي والخطأ الذي ارتكبه الموظف، مما يعني أن القضاء الإداري الجزائي، قد عرف الرقابة على الملاءمة من خلال تقنية الخطأ الواضح في التقدير، أو بمعنى آخر عرف الرقابة على عدم التناسب البين بين سبب القرار ومحله.

ومن أمثلة تطبيقات رقابة الخطأ الواضح أيضا، القضية المتعلقة بالطعن بسبب تجاوز السلطة ضد قرار المجلس الأعلى للقضاء الأمر بعزل المدعي من وظيفته كقاض.

حيث توصل قاضي الغرفة الثانية بمجلس الدولة في الحكم فيها إلى ما يلي: "إن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب خطأ صريحا في تقدير الوقائع المنسوبة إليه (أي إلى المدعي)، وأن ثمة عدم توافق بين هذه الوقائع والعقوبة المسلطة عليه".¹

¹ مجلس الدولة، الغرفة الثانية، ملف رقم 005240، القرار المؤرخ في 2002/01/28، مجلة مجلس الدولة، العدد 2 / 2002، ص 166.

لقد بسط مجلس الدولة، في هذه القضية رقابته على ملاءمة القرار للوقائع المستند إليها ، بعد معاينته عدم تناسب ظاهر وصريح ، بين العقوبة والأخطاء المرتكبة من قبل المدعي . فالمجلس الأعلى للقضاء لم يقدر الأفعال المنسوبة إلى المدعي تقديرا معقولا يبرر الجزاء، مما دفع قضاء مجلس الدولة إلى إلغاء قراره.

وقريب منه قرار مجلس الدولة المؤرخ في 1998/07/27، في قضية (ك ز ضد المجلس الأعلى للقضاء)¹، المتعلقة - أيضا- بعزل قاضٍ من وظيفته، وقد ورد في حيثيات القرار ما يلي:

...حيث أن القاضي مثله مثل كل موظف للدولة يستفيد وجوبا بحقوق مضمونة دستوريا.

حيث أن المادة 13 من القانون الأساسي للقضاء تنص على أنه يمنع على كل قاض أن يملك في مؤسسة بنفسه أو بواسطة الغير تحت أية تسمية كانت مصالح يمكن أن تشكل عائقا للممارسة الطبيعية لمهامه وبصفة عامة تمس باستقلالية القضاء.

حيث أنه ثابت أن العارض يملك في الشيوخ عدة عقارات منها مخبر للصور مسير من طرف أخيه وابن أخيه، غير أنه وبالمقابل لم يثبت قيامه بأي أعمال تجارية أو أن ملكيته لهذا المحل التجاري يشكل عائق لممارسة مهامه وبصفة عامة أو مس باستقلالية القضاء.

حيث وبالتالي، إن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب خطأ في تكييف الأفعال باعتباره العارض وبفعل ملكية محل تجاري فقط، والذي لا يسيّره قد أحلّ بالتزامه بالتحفظ.

حيث وفيما يتعلق بالفعل الثاني المنسوب للعارض ممثل في تدخل لصالح أحد أفراد عائلته.

¹ مجلس الدولة، ملف رقم 172994، القرار المؤرخ في 1998/7/27، مجلة مجلس الدولة، العدد 1 / 2002، ص 83 وما بعدها.

حيث ومن جهة، أنه ثابت أن هذا الشخص قد أدين رغم ذلك، ومن جهة أخرى فلا يوجد أي تأكيد من طرف القاضي الذي تمّ التدخل أمامه.

حيث وأخيرا وفيما يتعلق بالفعل الثالث المنسوب للعارض والمتمثل بغياباته غير المبرّرة، فإن هذا الأخير قدم شهادات طبية...

حيث أنه حتى لو كانت هذه الأفعال التي لم ينازع في ماديتها ذات طابع يبرر عقوبة تأديبية، فإن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب بالرغم من هذا خطأ صريحا في التقدير بتسليط العقوبة الأشد المنصوص عليها في النصوص المطبقة على المعني.

أما من أمثلة رقابة الخطأ الظاهر خارج مجال القرارات التأديبية، قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 1992/12/20، في قضية الوكالة الوطنية لعلم الآثار وحماية المعالم والمواقع التاريخية بالجزائر ضد والي ولاية الجزائر ومن معه.¹ وقد جاء في حيثيات هذا القرار الآتي:

"حيث أن و و ع آ ح م م ت بالجزائر تثير ما يلي:

أن والي ولاية الجزائر و ر م ش لمدينة الجزائر نصب ورشة كبيرة لإنجاز موقف للسيارات ومعهد للموسيقى على موقع "ايكوسيوم" العتيقة القريب جدا من المسجد الكبير والزاوية المحصنة 23 الجاري ترميمهما.

حيث أن المسجد الكبير والزاوية المحصنة 23 يكونان على التوالي معلما وموقعا تاريخيا مصنّفين بهذه الصفة منذ 1887 و 1909 تصنيفا مؤكدا بالأمر رقم 67- 281 المؤرخ في 1967/12/20.

¹ م.ع. غ، قرار رقم 101267، المحلة القضائية العدد3/1994 ص191.

حيث أن الأشغال التي شرع فيها من طرف المستأنف عليهم، تكون مساسا خطيرا على التراث الحضاري الوطني وخرقا فادحا لمقتضيات الأمر رقم 67-281، ولأنها جارية في مكان يقع داخل المسافة المحددة بالمادتين 22 و41 من الأمر المذكور أعلاه وهي 500 متر.

... حيث أن مجلس قضاء الجزائر أصدر أمرا بتاريخ 1990/6/25 بتعيين خبير وأن المستأنف عليهم ورغم تعيين الخبير المذكور واصلوا الأشغال...

وأن تقدم الأشغال أجبر المستأنفة على رفع الدعوى المستعجلة من أجل طلب إيقاف الأشغال في انتظار نتائج الخبير.

ومن أمثلة تطبيقات الخطأ الظاهر أو الفادح - أيضا- خارج مجال القرارات التأديبية، القرار القضائي المؤرخ في 1979/01/20، في قضية (ب س) و (س م)¹، ضد وزير العدل والداخلية ووالي ولاية الجزائر، وقد جاء في حيثياته ما يلي:

"... وإن كان من حق السلطة الإدارية أن تقدر شروط ذلك التنفيذ، ولها الحق في التأجيل ما دامت أنها ترى بأنه يوجد خطر على النظام والأمن، فإن الضرر الذي يمكن أن ينتج من هذا الرفض لا يمكن النظر إليه كعبء يفرض على المعني إذا امتدت تلك الوضعية لما يزيد عن الميعاد الذي يجب فيه على الإدارة عادة ممارسة نشاطها تبعا للظروف.

حيث أنه في هذه الحالة، ولتعلق الأمر بتحصيل دين مدني، فإنه بتدخلها كما فعلت في تنفيذ قرار قضائي والذي عدلت فحواه وآثاره، فإن السلطة الإدارية ارتكبت خطأ جسيما يقيم مسؤولية الدولة ..."

¹ H. Bouchahda et R. Khelloufi, Recueils d'arrêts de la jurisprudence administrative, op.cit, p199- 200.

لقد وصف المجلس الأعلى سابقاً، في هذه القضية امتناع الإدارة عن تنفيذ القرارات القضائية بالموقف غير المشروع، وبالتالي، فإننا أمام خطأ جسيم في نظر القضاء؛ حيث أنه ما دامت ضروريات النظام العام لوقف التنفيذ غير موجودة، فإن الإمتناع عن ذلك يعتبر خطأً جسيماً لأنه لا يستند إلى أي سبب مشروع.¹

ففي هذه القضية عرفنا صورة أخرى عن الخطأ الجسيم، ومفادها أنه إذا كان تذرّع الإدارة بضروريات النظام العام ليس في محله، فإن مسؤولية الإدارة تقوم على أساس الخطأ الجسيم.² حيث أن القاضي الإداري هنا لم يقتصر على التحقق من قيام التناسب والملاءمة بين محل القرار وسببه، وإنما امتدت رقابته بالدرجة الأولى إلى التحقق من مشروعية غرض القرار الإداري ومعقولية التناسب بينه وبين تصرف الإدارة.

وفي قضايا أخرى، رغم إشارة القاضي إلى وجود تعدد سافر وخطير، إلا أنه لا يذكر صراحة إرتكاب الإدارة لخطأً فادح، مكتفياً بذكر مصطلح "خطأ" دون الإشارة إلى نوعه، من أمثلة ذلك، يُذكر قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، المؤرخ في 1998/4/27 في قضية (ش. د. ب ضد بلدية بنونورة)³، وتتمثل وقائع القضية فيما يلي:

- يملك المدعي غابة نخيل بلدية بنونورة بولاية غرداية، وفي عام 1985 طلب الحصول على رخصة بناء من أجل إنجاز حائط خارجي يحمي ملكيته من الرياح، فسلمت له الرخصة في 1985/06/16، حيث قام ببناء الحائط.

¹ الحسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص312.

² ينظر: الحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص312.

³ م ع ، غ إ ، قضية (ش. د. ب) ضد بلدية بنونورة، قرار رقم 157362 بتاريخ 1998/4/27، المحلة القضائية العدد 1/1998 ص198 وما بعدها.

- بتاريخ 1993/01/04 رفعت البلدية دعوى ضده ملتزمة، إلزامه بإزالة الحائط مع السماح لها بهدمه، مدعية أن الحائط يغلق مجرى الوادي، فرفضت المحكمة الدعوى، لكن رغم ذلك قامت البلدية بهدم الحائط.

- رفع المدعي دعوى أمام مجلس قضاء الأغواط، وبعد تعيين خبير ورجوع الدعوى بعد الخبرة، قضى برفض الدعوى.

- إستأنف المدعي هذا القرار أمام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، التي استجابت لطلبه مؤكداً وجود حالة تعدي سافر من بلدية بنورة، وقد جاء تسبب القرار كما يلي:

"حيث أن البلدية المستأنف عليها قامت بالتعدي على الجدران دون الحصول على حكم يرخص لها بذلك، لأن المستأنف استظهر برخصة بناء وبمحضر إثبات حالة، على أنه لم يغلق مجرى مياه الوادي كما تدعي البلدية ... وعليه فإن البلدية تتحمل مسؤولية خطئها مما يتعين إلغاء القرار المستأنف..."

ومن مجالات تطبيق نظرية الخطأ الفادح أو الجسيم، المجالات ذات طابع مرققي كتلك المتعلقة بتنظيم سير المستشفى. من أمثلة ذلك يذكر، قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/06/03 (في قضية مدير القطاع الصحي لبولوجين ضد ع.ل)،¹ الذي عبّر عن الخطأ الجسيم الناتج عن العمل الطبي بعبارة "الخطأ الطبي الخطير"، وعبارة "خطير" هي ترجمة خاطئة لعبارة "Grave" الفرنسية، لأن صياغة القرار كتبت باللغة الفرنسية ثم ترجم إلى العربية. وبالتالي فإن المقصود هو "الخطأ الجسيم". وقد جاء في قرار مجلس الدولة ما يلي:

¹ قرار غير منشور، الغرفة الثالثة، فهرس 348. مأخوذ عن: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 99 وما بعدها

" حيث من الثابت أنه بالنسبة للجراح المكلف بإجراء العملية للسيدة ع.ل على الدوالي ، لربط الشريان الفخذي الذي يصب في الطرف الأسفل بدل الشرايين ، يشكل خطأ طبيا خطيرا وواضحا من شأنه إقامة مسؤولية المستشفى..."

فهنا مجلس الدولة أقر اشتراط الخطأ الجسيم ، بخصوص المسؤولية الطبية للمستشفى الناتجة عن العمل الطبي، وهو عمل تقني يقوم به الطبيب، ونظرا لصعوبة هذا العمل، فإن المسؤولية تقوم في إطار خطأ جسيم؛ غير أنه في أغلب القرارات، نجد يقيم مسؤولية المستشفى دون الإشارة إلى نوع الخطأ بسيطا كان أم جسيما، فالمهم بالنسبة له هو وجود خطأ، ولا ينظر إليه بوصفه جسيما أو بسيطا حفاظا على حقوق المضرور، بغية تمكينه من الحصول على تعويض من الإدارة.

ثانيا: تراجع اشتراط الخطأ الجسيم أمام الخطأ البسيط

لم يعط القضاء الإداري الجزائري، في كثير من قراراته أهمية لوجود خطأ جسيم، من أجل إقامة مسؤولية السلطة الإدارية، في حين اكتفى بوجود ضرر ولو كان ناشئا عن خطأ بسيط.

1- الخطأ البسيط كأساس لمسؤولية المرفق الاستشفائي

لم يُشر القضاء الإداري في قضايا كثيرة، في مجال المرفق الاستشفائي، إلى درجة الخطأ الذي على أساسه أقام مسؤولية الإدارة، في حين أسس في أخرى مساءلة الإدارة بناء على خطأ بسيط. وهذا ما ذهبت إليه الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر في قرارها المؤرخ في 2005/03/02 في (قضية ر.أ ضد المستشفى الجامعي بارني)¹، والذي جاء فيه ما يلي:

¹ قرار غير منشور، صادر عن الغرفة الثالثة، ملف رقم 04/838. مأخوذ عن حسين بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق، ص103 وما بعدها

"حيث أنه بعد الإطلاع على الشهادات الطبية المرفقة بالملف والوثائق الأخرى، يتضح بأن البنت "ر.أ" ابنة المدعي أجريت لها عملية جراحية بتاريخ 1995/12/30 بمستشفى بارني بحسين داي على عيناها اليمنى، ومكثت بالمستشفى من 1997/01/30 إلى 1997/02/04 للملاحظة، وأن العملية الجراحية أدت إلى إصابتها بفقدان بصر العين اليمنى كلية، وهذا ما تؤكده الشهادات الطبية المرفقة بالملف، وعلى خصوص الشهادة المحررة من طرف الطبيب "م"، المختص في طب العيون بتاريخ 1996/11/14، الذي يؤكد فقدان بصر العين اليمنى للبنت "ر" على أثر الجرح الناتج عن العملية الجراحية، ومنح لها عجز يقدر بسبعين في المئة.

حيث أننا أمام مسؤولية المستشفى، وقائمة على أساس الخطأ الطبي والذي يعتبر خطأ بسيطاً.

حيث أن عناصر المسؤولية الطبية قائمة ومجموعة وهي الخطأ البسيط والضرر وعلاقة السببية المؤثرة بينهما.

حيث أنه بخصوص العنصر الأول المتمثل في الخطأ البسيط، فإنه متوفر، لكون الشهادات الطبية المرفقة بالملف، تؤكد بأن فقدان بصر العين اليمنى للبنت إنما راجع لعواقب الجرح الناتج عن العملية الجراحية، والمجراة لها بمستشفى بارني بحسين داي.

حيث أن الضرر موجود وثابت، ويتمثل في فقدان بصر العين اليمنى.

حيث أن علاقة السببية المؤثرة ما بين الخطأ والضرر موجودة ، لكون العملية الجراحية هي السبب المؤثر المؤدي إلى فقدان بصر العين اليمنى للبنت.

حيث أنه في حالة الخطأ الطبي فإن المستشفى تلج محل الطبيب في دفع التعويض للضحية، وله الرجوع على الطبيب عند الإقتضاء.

حيث أن طلب المدعي تبعا لذلك والرامي إلى تعيين خبير طبي لتقدير مختلف الأضرار مؤسس قانونا مما يتعين الإستجابة له بشأنه..."

وفي قضايا أخرى، أُقيمت مسؤولية المستشفى **دون الإشارة إلى نوع الخطأ** . من أمثلة ذلك قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 2003/06/03، في قضية (مدير القطاع الصحي لعين تموشنت ضد ورثة المرحوم م.م).¹

وقد جاء في حيثيات القرار ما يلي:

... "حيث يتبين من وثائق الملف أن المرحوم دخل مستشفى عين تموشنت من أجل إجراء عملية لاستئصال كيس مائي بالرئة وذلك في 1998/02/21، غير أنه وجد ميتا في الغد أي يوم 1998/02/22.

وحيث يدفع المستأنف أن سبب هذه الوفاة، كان انتحار المرحوم برمي نفسه من فوق الحائط على علو 25 متر، وبذلك فإن مسؤوليته منعدمة لعدم ارتكابه لأي خطأ مرفقي ...

وحيث أن الطبيب الشرعي الذي عاين الوفاة، أثبت أن الوفاة ليست بناء على انتحار الضحية، بل ناتجة عن ضربة أدت إلى انفجار الطحال والموت كان نتيجة نزيف داخلي.

وحيث أن الضحية كان تحت مسؤولية المستشفى وقت وفاته، ومن ذاك فإن المسؤولية التقصيرية ثابتة، وأن الخطأ المرتكب من طرف المستأنف يتمثل في إخلاله بواجب القيام بالتزام الرعاية والحماية وهذا ما يجعله يتحمل تعويض الضرر الناجم عن وفاة المرحوم (م.م)

¹ قرار رقم 06788، مؤرخ في 2003/06/03، نشرة القضاة العدد 2008/63، ط سنة 2008، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 387 وما بعدها.

2- مسؤولية المؤسسات العقابية على أساس الخطأ في الرقابة

خلافاً ل قضاء الفرنسي، الذي يشترط الخطأ الجسيم لإقامة مسؤولية إدارة السجون، عن الحوادث المرتكبة في السجن، والتي تصيب المحبوسين بأضرار، أو تصيب الغير بفعل المحبوسين، ونظراً لخطورة العمل الذي تقوم به إدارة السجن، فإن مسؤوليتها لا تقوم إلا على أساس الخطأ الجسيم؛ في حين أن القضاء الجزائري، وخصوصاً قضاء مجلس الدولة، جعل مسؤولية الإدارة تقوم على أساس خطأ في الرقابة، ولا يمكن وصفه بالخطأ الجسيم، بل تقوم المسؤولية ولو في وجود خطأ بسيط، إذ العبرة بجسامة الضرر. فللقاضي لا يبحث عن درجة الجسامة، بقدر ما يبحث عن وجود علاقة سببية بين التهاون والإهمال والضرر الحاصل، إلى جانب المسؤولية الإدارية لوزارة العدل التي توجد المؤسسات العقابية تحت وصايتها وإشرافها.¹

مثال ذلك، يُذكر قرار مجلس الدولة، المؤرخ في 2004/06/01 في (قضية ذوي الحقوق أ.ر. ضد وزارة العدل)،² وقد سبب مجلس الدولة قراره كما يلي:

"حيث يلتمس ذوي حقوق الضحية تعويضات عن إغتيالها، وهي رهن الحبس المؤقت في مؤسسة "سركاجي" التابعة لوزارة العدل.

حيث أن هذه الإدارة مسؤولة عن الأمن وسلامة كل المحبوسين، الذين هم تحت رقابتها وحراستها.

¹ الحسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص105 وما بعدها

² قرار غير منشور، صادر عن الغرفة الثالثة، ملف قضية رقم 013627.

حيث أن تهاون الإدارة في ممارسة هذا الواجب ، جعلها إذن مسؤولة عن الحادث الذي وقع.

حيث أن هذه المسؤولية تؤدي إلى دفع تعويضات لذوي حقوق الضحية، وبالتالي فقضاء مجلس قضاء الجزائر لما قرروا رفض دعواهم، قد أخطئوا في تقدير الوقائع وفي تطبيق القانون، وبالتالي يتعين إلغاء القرار، والفصل من جديد بثبوت مسؤولية المستأنف عليه..."

وعليه، إذا كان القضاء الإداري الفرنسي يعتبر الإهمال في حراسة المساجين ، وحمائهم من الإعتداءات الواقعة عليهم بمثابة خطأ جسيم، فإن قضاء مجلس الدولة في الجزائر لا يشير صراحة إلى ذلك، بل يشير فقط إلى الإهمال في ممارسة واجب الرقابة، دون أن يصف ذلك بالخطأ الجسيم، وحسنا فعل، فالعبرة بوجود خطأ مهما كانت درجة جسامته لإقامة مسؤولية إدارة السجون.¹

3- إقامة مسؤولية الإدارة عن الحرائق على أساس عدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة

لقد تطرق القضاء الإداري الجزائري، لمسألة مكافحة الحريق في قرارات عدة، منها، قرار المجلس الأعلى - سابقا -، في قضية "ب م" ضد بلدية الخروب ، المؤرخة في 06 أفريل 1973، والذي جاء في حيثياته ما يلي:

"حيث أنه نتج عن الخبرة المؤرخة في 10 نوفمبر 1969 ومن محضر الشرطة المنجز في 26 يونيو 1969، بأن السبب المنشئ للضرر يجد أساسه، في واقعة رمي الأطفال لمفرقات في مدخل التهوية للقاعة المهيأة كورشة للنجارة، وهكذا يجد الضرر المنصب على ملك المستأنف مصدره في

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص109.

خطأ رئيس المجلس الشعبي البلدي، والذي تجاهله القانون، لم يتخذ كل الإحتياطات الضرورية لضمان النظام العام على تراب البلدية...¹

فالم لاحظ أن المجلس الأعلى أسس هنا مسؤولية البلدية على أساس الخطأ، وهو انتفاء تدابير الضبط البلدي المتعلقة بالألعاب النارية طبقا لمرسوم 10 نوفمبر 1969 الذي يمنع انتاجها وبيعها واستعمالها.² في حين رفض إقامة مسؤولية البلدية على الخطأ في تنظيم وسير مرفق المكافحة ضد الحريق وهذا بقوله:

"حيث ينتج بالفعل من الملف بأن الشروط التي مورست فيها مكافحة الحريق ، تظهر عدم كفاية الوسائل الضرورية لتفادي الخسائر، وأن رئيس البلدية قام شخصيا بإدارة تلك العمليات، وكان يقود بنفسه إحدى الشاحنات المعبئة بالمياه، وعندئذ لا يمكن نسبة أي خطأ ضد البلدية ، في تنظيم وسير المرفق العام للمكافحة ضد الحريق ..."³

ويؤي الأستاذ "الحسين بن شيخ آث ملويا"⁴، أن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى سابقا، وإن أقامت مسؤولية البلدية، على أساس عدم إتخاذها التدابير والإحتياطات اللازمة لمنع الألعاب النارية ، وبالتالي ارتكابها لخطأ، فإنها لم تشر إلى طبيعة ذلك الخطأ، وحسنا فعلت لأن العبرة، بإقامة مسؤولية الإدارة ولو على أساس خطأ بسيط، فمجرد الإهمال من طرف الإدارة يعتبر خطأ.

فقد نصت، المادة 89 من القانون رقم 90-08، المتعلق بالبلدية، صراحة على وجوب اتخاذ البلدية، الإحتياطات المفروضة قانونا على عاتقها، بقولها:

¹ H. Bouchahda et R. Khelloufi, Recueils d'arrêts de la jurisprudence administrative, op.cit, p67 et suivantes.

² أحمد محيو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص218.

³ H. Bouchahda et R. Khelloufi, op.cit, p68.

⁴ الحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص112.

"يتخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها، كل الإحتياطات الضرورية، وكذا التدابير الوقائية لضمان سلامة وحماية الأشخاص والممتلكات في الأماكن العمومية التي يمكن أن تحدث فيها أية كارثة أو حادث. وفي حالة الخطر الجسيم والوشيك، يأمر رئيس المجلس الشعبي البلدي بتنفيذ تدابير الأمن التي تقتضيها الظروف ويعلم الوالي بها فوراً..."

الفرع الثاني:

تطبيقات رقابة الخطأ الظاهر في النظام الإسلامي

لقد طبق القضاء الإداري الإسلامي، فكرة الخطأ الجسيم، ورسم خطوط هذه الرقابة قبل أن يُعرف مدلوله في القضاء الإداري المعاصر.

ومن أشهر الأمثلة التي دوّنها التاريخ الإسلامي في هذا الشأن، تحميل الإدارة المسؤولية الكاملة عن الخطأ الجسيم، في حادثة القائد خالد بن الوليد عند أمره بقتل أفراد من بني جذيمة، ظناً منه أنهم يخادعون؛ حيث قام الرسول صلى الله عليه وسلم في هذه القضية، بتعويضهم عما لحقهم من ضرر مادي ومعنوي من بيت المال.¹

إضافة إلى اعتماد تقنية الخطأ الفادح أو الجسيم، كوسيلة للرقابة على عمل الإدارة، فإنّ القضاء الإداري الإسلامي، كان يكتفي باليسير من البينات، ويحكم بإلغاء القرار الإداري، بمجرد وجود خطأ واضح، سواء كان الخطأ بسيطاً أو فادحاً.

¹ ينظر: محمد حسين هيكل، حياة محمد صلى الله عليه وسلم، المرجع السابق، ص 430-431.

فالخليفة عمر بن عبد العزيز -رضي الله عنه-، نظرا لمعرفته بغشم الولاة قبله وظلمهم للناس حتى أصبحت المظالم كأنها شيء مألوف، فإنه لم يكلف المظلوم بتحقيق البيّنة القاطعة على مظلمته، وإنما يكتفي باليسير من البيّنة، فإذا عرف وجه مظلمة الرجل ردّها إليه دون أن يكلفه تحقيق البيّنة.¹

لقد أراد الخليفة عمر بن عبد العزيز التيسير على الناس قدر المستطاع، لأن في ذلك اختصارا للوقت وتوفيرا للجهود، كما أن هذا العمل نستنبط منه قاعدة هامة، في التفريق بين أصول التحقيق في القضاء العادي، وبين أصول التحقيق في القضاء الإداري، وضعها عمر بن عبد العزيز، فالبيّنة القاطعة قد تستحيل إقامتها، وجمع عناصرها، فإذا كان الخ طأ واضحا، اكتفى قاضي المظالم بالبيّنة اليسيرة.

أمثلة رقابة الخطأ الواضح سواء كان فادحا أو بسيطا، كثيرة في النظام الإسلامي، غير أنه ارتأينا اختيار هذين المثالين من سيرة ومناقب عمر بن عبد العزيز، الذي ينبئ عن رقيّ النظام الإسلامي في الحكم والقضاء.

يذكر الجوزي وقائع هذه القضية كما يلي: "كان وهب بن منبه على بيت مال اليمن. فكتب إلى عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: إني فقدت من بيت مال المسلمين دينارا. فكتب إليه: إني لا أتهم دينك ولا أمانتك، ولكن أتهم تضييعك وتفريطك. وإّما أنا حجيح المسلمين في أمواهم، ولأخسّهم (أدناهم) عليك أن تحلف. والسلام))."²

¹ عبد الله ابن عبد الحكم، سيرة عمر بن عبد العزيز على مارواه الإمام مالك بن أنس وأصحابه، المرجع السابق ص 106-107

² الجوزي، سيرة ومناقب عمر بن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 105. وفي رواية ابن الحكم: "فقدت من بيت مال اليمن دنائير". عبد الله ابن عبد الحكم، المرجع السابق، ص 58.

ففي هذا الموقف من الخليفة عمر بن عبد العزيز، كان خطي وهب بن منبه بسيطاً جداً في تقدير النفقات؛ ورغم ذلك ألزمه الخليفة تحمّل المسؤولية مع أداء الحلف، رغم ما يعرفه عنه من نزاهة. إنه فعلاً تصرف عظيم، يظهر جلياً مدى حرص النظام الإسلامي، على تحقيق العدل وحماية حقوق وحرّيات الأفراد، مهما كان مقدار الخطأ المرتكب من قبل أشخاص السلطة الإدارية، فسواء كان الخطأ بسيطاً أو فادحاً، فإن صاحبه يتحمل كل المسؤولية، ما دام هذا الخطأ موجوداً بالفعل.

أما القضية الثانية فيرويه ابن عبد الحكم كالتالي:

" اغتصب عدي بن أرطاة والي البصرة، أرضاً لرجل، فقرر الرجل أن يتّجه مباشرة إلى الخليفة في دمشق، وهو ما يرويه ابن عبد الحكم بقوله: "خرج الخليفة عمر، ذات يوم من منزله، إذ جاء رجل على راحلة له فأناخها، فسأل عن عمر، فقيل له: قد خرج علينا وهو راجع الآن، فأقبل عُمر، فقام إليه الرجل فشكا إليه عدي بن أرطاة، فقال عمر: أما والله ما غرّنا منه إلا بعمامته السوداء، أما إني قد كتبت إليه، فضلّ عن وصيّي: "إنه من أتاك بيّنة على حق هو له فسلمه إليه، ثم قد عنّاك إليّ - أي انتهك حقك وجعلك تتكلف عناء الجيئ إليّ - . فأمر عمر برد أرضه إليه، ثم قال له: كم أنفقت في جيئك إليّ؟ فقال: يا أمير المؤمنين، تسألني عن نفقتي، وأنت قد رددت عليّ أرضي، وهي خير من مئة ألف؟ فقال عمر: إنما رددت عليك حقك، فأخبرني كم أنفقت؟ قال: ما أدري. قال: إحزره. قال: ستين درهماً. فأمر له بها من بيت المال".¹

هذه تعدّ من الشواهد على رقي النظام الإسلامي في الحكم والقضاء، فلهذا المؤمنون هو رئيس أكبر دولة لها كيانها الثقافي والعسكري والحضاري، ومع هذه العظمة، لا يتوانى في استرداد الحقوق

عبد الله ابن عبد الحكم، المرجع السابق، ص125.¹

لأصح ابه أيا كان الشخص الذي انتهكها، بل والأعظم من ذلك أنه يحمّل الدولة، حتّى نفقات انتقال المدعي مهما كانت ضئيلة أو كبيرة.

المبحث الثالث:

نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار كضابط

لحرية تقدير الملاءمة الإدارية

Le principe Bilan- Coût- Avantages

في مواجهة التقدم العلمي المتزايد وتعقدّ المسائل العلمية والفنية، خاصة المجال الاقتصادي، وما ترتب على ذلك من اتّساع نطاق السلطة التقديرية،¹ ظهرت الضرورة الملحة لدى القاضي الإداري، أن يطور أسلوب رقابته، للتوصل إلى الحلول التي تمكّنه من مواكبة هذه التطورات، واضعا نصب عينيه تحقيق التوازن المحقول بين المصلحة العامة من جهة، وحقوق الأفراد وحرّياتهم من جهة أخرى.

وكان ثمرة إبداع القضاء، الإعلان عن مبدأ التوازن بين المزايا والأضرار المترتبة على القرارات الإدارية، بحيث إذا انتهت الموازنة إلى ترجيح المزايا أعلن القاضي مشروعية القرار، أما إذا كانت الأضرار هي الراجحة، تعين عليه الحكم بإلغاء هذا القرار.²

فما مضمون نظرية الموازنة، وما مدى تطبيقها من قبل القضاء الإداري الفرنسي والجزائري؟ وما موقف النظام الإسلامي؟

¹ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 233.

² Daniel Labetouille, le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique, colloque du 5 mars 1977, p 31.

المطلب الأول:

مضمون نظرية الموازنة وتطبيقاتها

في القضاء الإداري الفرنسي

تعد نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا ، أسلوب جديد في الرقابة على القرارات الإدارية، وكانت ثمرة مطالبة الفقه والقضاء، بتبني مبادئ أخرى لمواجهة تعسف الإدارة ، وانتهاكها لحقوق الأفراد وحريةهم، خاصة مع تزايد تدخلها في المجالات الحديثة ، كتلك المتصلة بالعقارات والأموال والاقتصاد، إلخ؛¹ على أساس أن هذه المجالات، تحكمها في الغالب نصوص قانونية ينقصها الدقة والوضوح؛ فظهرت نظرية الموازنة نتيجة الاجتهاد القضائي المتسم بالجرأة والافتحام في مراقبة ملاءمة القرارات الإدارية. وإذا يترتب على تطبيق هذه النظرية حصول نتائج تماثل ، بل تتداخل مع نتائج تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر، فضلا عن أنهما يعملان في ذات النطاق تقريبا، وهو مقاومة الاختلال الواضح والتفاوت الصارخ في تقديرات الإدارة. فما مضمون نظرية الموازنة؟ وما أهم تطبيقاتها في القضاء الإداري الفرنسي؟

الفرع الأول:

مضمون نظرية الموازنة

بصدد معرفة مدى ملاءمة قرار صادر بتزع الملكية، طَبَّقَ مجلس الدولة الفرنسي نظرية جديدة تقوم على الموازنة بين النفقات والمزايا "Bilan Coûts – avantage"؛ ولقد دشّن القضاء

¹ يُنظر: العربي زروق، "التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثير القضاء الجزائري بها"، المرجع السابق، ص117.

الإداري الفرنسي هذه الرقابة في قرار مجلس الدولة الصادر في 28 ماي 1971 في قضية Ville nouvelle est¹. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن:

الإدارة قررت في عام 1966 إنشاء مشروع عام يستهدف إعداد منطقة جامعية، تطلب نزع ملكية عدد كبير من المنازل، كان الكثير منها قد شُيّد حديثاً. ويتمثل هذا المشروع في إنشاء مدينة جديدة شرق مدينة ليل، في محاولة لإعادة تخطيط مدينة ليل وبهدف حل المشاكل العمرانية في المدينة، وإخراج هيئات التعليم العالي من وسط المدينة المكتظة، نظراً لما يسببه وجودها من مشكلات في المواصلات. وكذلك إنشاء مجمع سكني للطلبة.²

حيث تضمن المشروع نقل الجامعة بكافة كلياتها ومعاهدها وخدماتها إلى شرق المدينة، مع إقامة حي متكامل جديد يضم ما بين عشرين ألفاً وخمسة وعشرين ألف شخص، ومجمع سكني مخصص لاستقبال ثلاثين ألف طالب؛ ويحتاج هذا المشروع إلى نزع ملكية ما يقارب 500 هكتار من الأراضي، وتكلفة تبلغ مليار فرنك، وكذلك نزع ملكية 250 متراً وهدمها لهذا الغرض، بعضها تم إنشاؤه حديثاً بموجب رخص بناء لم يمض عليها أكثر من سنة. و إستجابة للمعارضة الشديدة من سكان الأبنية الحديثة، قامت الإدارة بإجراء تعديل في تخطيط المشروع و اقتصرت على إزالة ثمانية

¹ CE ass. 28 mai 1971, ministre de l'équipement et du logement, c/ fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommée " ville nouvelle est". **M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois**, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 14 éd 2003, Dalloz Paris, p 601. Et voir: **Daniel Labetouile**, op.cit, P 31. **Bertrand Seiller**, droit administratif², op.cit, p247.

² للإدارة"، التقديرية السلطة على رقابته في الإداري أقرها القضاء التي للمبادئ العليا العدل محكمة تطبيق الصرايرة، "مدى مصلح للإدارة"، ص182-183.2009.الأول العدد 25 المجلد والقانونية، الاقتصادية للعلوم دمشق جامعة مجلة

Et voir: **M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois**, op.cit, p 601.

وثمانين مترا فقط، ورفضت في نفس الوقت الاقتراح الذي تقدمت به جمعية الدفاع عن منازل السكان المراد نزع ملكيتها، ويتمثل هذا الاقتراح في استبعاد هدم 80 مترا آخر.¹

أُعلن المشروع للمنفعة العامة في 1968/4/13، وقد طعن أصحاب المساكن المتروحة ملكيتها بقرار إعلان المنفعة العامة أمام مجلس الدولة؛ وكان الدفع الرئيسي، بأن هدم ما يقارب من مئة مترل يمكن تفاديه بتغيير مسار الطريق، وأن هدمها يشكل ثمنا باهظا ومرتفعا جدا من أجل إنشاء المشروع المقترح، مما يجرده من صفة النفع العام، ومن ثم يجب إلغاء القرار المذكور.²

في مرافعة مفوض الحكومة السيد Braibant اقترح على مجلس الدولة بأن هدم قرابة مئة مسكن، متوازن مع إنشاء مدخل على الطريق الرئيسي، ومجمعا يضم مدينة جديدة تضم 25 ألف نسمة، ومجمعا جامعا يتسع لـ 30 ألف طالب. وأن أهمية هذا المشروع يجب أن توضع في الميزان مع عدد الأبنية التي ستهدم. وسيكون - بالتأكيد - غير معقول لو تعلق الأمر بتحويل مئة عائلة من أجل إسكان خمسمئة، لكن طبيعيا جدا أن يهدم مئة مترل في حالة مشروع يسمح ببناء عدة آلاف؛ فدون شك يمكن تغيير مدخل الطريق، كما تطلب الجمعية المدعية، ولكن سيتوجب هذا الإقتراح إلغاء الجمع الجامعي من مشروع المدينة، وأن هذا الأخير كان بالتحديد الهدف الرئيسي من أجل إنجاز المشروع. وبناء على ذلك، قرر مجلس الدولة مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار، مؤكدا بأنه يجب

¹ الصرايرة، المرجع السابق، ص 182-183. مصلح

Et voir: M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, op.cit, p 601.

² Voir: M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, op.cit, p 602.

الأخذ في الإعتبار أهمية كل المشروع، وأن حالة اختفاء ما يقارب من 100 منزل للسكن، ليس ذا طبيعة تترع عن المشروع صفة النفع العام.¹

إذن، لقد استوحى مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار من مرافعة واقتراح مفوض الحكومة السيد Braibant، الذي قرّر في حكمه المشهور -ville nouvelle- Est بأنه، يجب على القاضي من أجل تقدير المنفعة العامة أن يوازن ما بين الفوائد والأضرار التي تنتج عن الأعمال التي تتولى الإدارة إنجازها. ويعني ذلك بأن على القاضي الإداري حسب هذا المبدأ أن يضع موازنة ما بين فوائد المشروع وأضراره، فإذا كانت النتيجة إيجابية، بمعنى أن فوائده أكثر من أضراره، فإن قرار إعلان المنفعة العامة يكون مشروعاً، وإذا كانت النتيجة عكسية، بمعنى أن أضراره أكثر من فوائده كان قرار إعلان المنفعة غير مشروع. وفي هذا الحكم، أكد مجلس الدولة مشروعية، وملاءمة قرار إعلان المنفعة العامة لمشروع إنشاء مدينة جديدة في شرق مدينة ليل؛ لأن فوائد هذا المشروع كانت أكثر من أضراره.

في قرار Ville nouvelle est، طبّق مجلس الدولة الفرنسي ولأوّل مرّة، معيار يمكن للقاضي الإداري على أساسه تقدير ما إذا كان مشروع ما، تريد الإدارة نزع الملكية من أجله، له بالفعل - طابع المنفعة العامة، حيث أن تحقيق هذه الأخيرة يجب - بالتأكيد - أن يكون الهدف الأول والرئيسي من هذه العملية.²

ولقد صاغ مجلس الدولة هذا، مبدأ الموازنة "Bilan coûts – avantage" على النحو الآتي: "إنه لا يمكن اعتبار عملية محققة للنفع العام المبرر لنزع الملكية، إلا إذا كانت الأضرار التي

¹ Voir: M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, ibid. p 602.

² J. Morand- Deviller, cours de droit administratif, op.cit, p 752-753

تلحق بالأموال الخاصة من جرائها وتكلفتها و مضارها الاجتماعية المحتملة لا تفوق وبشكل كبير المزايا التي يمكن أن تنجم عنها".¹

وعليه، لا يمكن أن نقول أن عملية ما غير محققة للمنفعة العامة، إذا كانت الأضرار التي تلحق بالملكية الخاصة، التكلفة المالية، وربما المضار التي تلحق النظام الاجتماعي، أو المضار التي تلحق المصالح العامة الأخرى، غير مفرطة بالنظر إلى المنفعة العامة التي تقدمها.² فلقاضي في تطبيق هذه النظرية يعتمد على عناصر هي "المضار الاجتماعية المحتملة"، "التكلفة"، "الأضرار التي تلحق الأملاك الخاصة"، للتوصل إلى ما إذا كان تقدير الإدارة صائبا، وقرارها المبني على ذلك مشروعاً. و تشمل هذه الرقابة محتوى المشروع العام نفسه.

كما يمكن - أيضا - إثارة عيب المنفعة العامة على سبيل الإستثناء بمناسبة الطعن الموجه ضد بعض القرارات الإدارية.³ فمجلس الدولة بصفته قاضيا للنقض، يرى أنه يندرج ضمن رقابته أيضا على أساس الموازنة تكييف المنفعة العامة المعترف بها لمشروع، حيث ينحدر إلى التفاصيل للتحقق من وجود المنفعة العامة.⁴

الفرع الثاني:

تطبيقات نظرية الموازنة في القضاء الإداري الفرنسي

¹ M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, op.cit, p 602. Et voir : J. Morand - Deviller, op.cit, p752.

² Voir : G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien, droit administratif, op.cit, p 664.

³ Voir : CE, Sect. 9 février 2000. J. Morand- Deviller, cp.cit, p 759.

⁴ CE 3 juillet 1998. Arrêt intéressant car le conseil d'état descend dans les détails pour vérifier la présence de l'utilité publique. J. Morand- Deviller, ibid, p 760. Et voir : Bertrand Seiller, droit administratif, op. cit, p 247.

إلى جانب فكرة الخطأ الواضح في التقدير ، التي اعتمدها القاضي الإداري الفرنسي في بداية الستينات والمبادئ التوجيهية التي أقرها الفقه والقضاء والمعتمدة من بداية السبعينات، تعتبر نظرية الموازنة من أهم الأدوات -على الإطلاق- التي اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي في الفترة المعاصرة لتعزيز رقابته على السلطة التقديرية للإدارة¹، من أجل الحيلولة دون التعسف في استعمالها، والتي توصل من خلالها إلى ممارسة رقابة فعلية على الملاءمة².

إن أسلوب التعليل المستخدم في قرار Ville nouvelle est لرقابة الملاءمة، منح القاضي الإداري السلطات التالية:

أولاً: يعطي القاضي من خلال البحث عن بعض التناسب بين المنافع والمضار لعملية مؤدية إلى نزع ملكية، سلطة كبيرة في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع. ففي الواقع ، عندما يقدر القاضي أمور كالإضرار بالمتلكات الخاصة أو بالمصالح العامة، المساوىء الإجتماعية، التكلفة المالية، إلخ، ويتم بعد ذلك مقارنة المزايا والفوائد لبحث ما إذا كانت المضار كبيرة أو لا بالمقارنة مع مزايا

هذه العملية، ينتقل من إطار رقابته على المشروعية إلى مجال الملاءمة، فيراقب ملاءمة التصرف الإداري بإحلال تقديره مكان تقدير الإدارة³.

¹ Voir: M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, op.cit, p 613.

² Voir: G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien, op.cit, p 664.

³ J. Morand- Deviller, op.cit, p 754. Et : G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien, op.cit, p 664. Et voir, Bertrand Seiller, op.cit, p 248.

لقد دخل أسلوب الموازنة بين المنافع والأضرار ، في البحث في فاعلية الرقابة القضائية ، فيما يخص تقدير الظروف القانونية للعمل الإداري. و تطوير الرقابة القضائية من خلاله.¹ سمح للقاضي أن يذهب إلى نطاق أبعد من مجرد الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، ليهتم بمحتوى القرار وتأثيره.² فيتحول بعمله هذا من قاض للمشروعية إلى قاض للملاءمة أيضا.

وأول قضية ألغى فيها مجلس الدولة الفرنسي قرار التصريح بالمتفعة العامة، إستنادا للمبدأ المستخلص من قضية المدينة الشرقية الجديدة *Ville nouvelle est*، كانت قضية *société civil Sainte- Marie de l'Assomption*؛ وتتلخص وقائع القضية في إنجاز مشروع إقامة طريق

¹ **M. Christine Rouault**, droit administratif, op.cit, p 146.

² على أن بعض الفقه يذهب إلى أنه لتجنب الخلط بين المشروعية والملاءمة يبقى القاضي - مع ذلك- متميا إلى كونه القاضي الإداري الذي يظهر حذرا في استعمال التقنية المعتمدة في هذا الأسلوب من الرقابة، و يجب عليه بطريقة أو بأخرى كبح الفاعلية المحتملة لتقنية الموازنة. و قد تجلّى في قرارات مجلس الدولة الفرنسي المستندة على هذه التقنية هذا الحذر. حيث أن مجلس الدولة منذ 1971 إلى سنة 2001 بالكاد قد ألغى 10 بالمئة من القرارات الخاضعة لرقابته و المصروح بها للمنفعة العامة و قد كانت أغلب هذه المشروعات محلية.

J. Morand- Deviller, Op.cit, p 754. Et voir : **M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois**, op.cit, p 611.

ولعل مطالبة الفقه بأخذ القاضي الإداري الحذر من التمادي في مضمون هذه الرقابة، يعود إلى التخوف من تعدي القاضي على إختصاصات الإدارة التي منحها لها القانون والتي تتطلبها مصلحة العمل الإداري وحسن سير المرافق العامة. و هذا هو نفسه الرأي الذي نادى به مؤيدو نظرية الرقابة القضائية البحتة. أما نسبة 10 بالمائة، و هي نسبة قرارات المشاريع التي ألغاهها مجلس الدولة بصدد رقابته عليها فلا تعني بالضرورة أن القاضي كان متخوفا أو حذرا من التعمق في رقابة الموازنة بل يمكن أن يكون العكس، أي أن أعمال هذه الرقابة والتعمق فيها هو الذي أعطى - بالفعل- هذه النسبة القليلة من القرارات غير الملائمة - في هذا المجال- إذ لا ننسى أن الهدف الأول الذي تسعى الإدارة لتحقيقه من خلال سلطتها التقديرية ومن العمل الإداري ككل هو الصالح العام. وعليه فليس غريبا أن تكون القرارات الخاصة بالمشاريع غير الملائمة ضئيلة بالمقارنة مع القرارات الملائمة.

للسيارات يربط بين فرنسا وإيطاليا، بحيث يقتضي هدم جزء من مبنى مستشفى للأمراض العقلية، كما أن هذا المشروع، يؤدي إلى القضاء على العديد من المساحات الخضراء.¹

هذه القضية تختلف عن قضية المدينة الشرقية الجديدة، ففي هذه الأخيرة النزاع كان حول مصلحة عامة وأخرى خاصة، أما في قضية الحال فالأعمال المقترحة من المشروع لا تثير فقط التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، لكن هناك تعارض بين مصلحتين عامتين، حيث وجد مجلس الدولة نفسه يقوم بموازنة من نوع آخر، وهي موازنة دقيقة وأكثر عمق، بين مصلحتين عامتين الأولى سياحية اقتصادية، أما الثانية فمتعلقة بمصلحة المرور والصحة العامة والسكينة العامة.²

لقد اعتبر مجلس الدولة قرار إعلان المنفعة العامة في هذا المشروع لاغٍ برغم فائدة هذا الأخير؛ ذلك لأنه سينشئ حول المشفى منطقة شديدة الحركة، فضلا عن الضجيج، كما ستُحرم المشفى كذلك من المناطق الخضراء ومواقف للسيارات وكل احتمال للتوسّع. وبناء على القرار القضائي الذي توصل إليه مجلس الدولة في هذه القضية، أصبح المبدأ كالاتي: "إن أية أعمال لا يمكن أن يعلن عنها للمنفعة العامة بصورة مشروعة، إلا إذا كانت الأضرار على الملكية الفردية والتمن المالي والأضرار

¹ André Homont, expropriation pour cause d'utilité publique, libraires techniques, paris 1975, p25-26.

مأخوذ عن: براهيمى سهام، التصريح بالمنفعة العمومية في نزع الملكية، المرجع السابق، ص59.
² ينظر: براهيمى سهام، المرجع نفسه، ص59.

المختمة على النظام الاجتماعي، أو الأضرار بمنفعة عامة أخرى غير مفرطة مراعاة للمنفعة التي تحققها¹."

من أهم القرارات كذلك، التي ألغاهما مجلس الدولة الفرنسي أيضا على أساس نظرية الموازنة، قرار إداري لإنجاز مطار من الدرجة الرابعة على إقليم بلدة Poitiers، التي تضم حوالي ألف ساكن، على بعد 50 كيلومتر عن هذه الأخيرة. حيث رأى القاضي من خلال تقديره لملاءمة الوقائع، أن هذا المشروع لا يلبي الإحتياجات الحقيقية للمنطقة وتكلفته غير متناسبة مع الموارد المالية للبلدة ، التي عازمت الإدارة إنشاء المطار فيها، وبالتالي يستوجب إلغاءه.²

ومنها - كذلك - قضية Mme Beau de Loménie التي ألغى مجلس الدولة الفرنسي من خلالها قرار إداري، متضمن تنفيذ عملية سياحية ، تؤدي إلى نزع الملكية للمنفعة العامة. إذ أخذ القاضي بعين الإعتبار من خلال بسط رقابته على ملاءمة المشروع، الخطر البالغ الذي يحتمل أن تسببه عملية نزع الملكية والمشروع ككل على البيئة الطبيعية.³

وفي نفس السياق، من الأهمية الإشارة إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي، بإلغاء قرار إداري يهدف إلى تحقيق منفعة عامة مرتبطة بإنجاز مشروع سكنات إجتماعية في بلدية لوزان Lozanne، بحيث يتطلب المشروع استخدام إجراء نزع الملكية من جهة، ومن جهة أخرى يتسبب في منع امتداد

للإدارة، التقديرية السلطة على رقابته في الإداري أقرها القضاء التي للمبادئ العليا العدل محكمة تطبيق الصرايرة، مدى مصلح¹ المرجع السابق، 183.

² Sect. 26 oct 1973, Grassin. **J. Morand- Deviller**, cours de droit administratif , op.cit, p 754. Et voir : **M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois**, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op.cit, p 611.

³ CE 26 mai 1980, Premier ministre c / Mme Beau de Loménie. **M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois**, ibid, p 611.

فندق خاص يتيح خلق العديد من المناصب الجديدة للشغل، وبالتالي تقديم مصلحة إقتصادية و سياحية للبلدية.

حيث رأى مجلس الدولة الفرنسي من خلال تقديره ملاءمة قرار مشروع السكنات أن التعدي على الممتلكات الخاصة من جراء نزع الملكية، وعلى المصلحة العامة المتوقعة من امتداد الفندق، له أثر في إلغاء عملية المشروع المقترح، رغم المصلحة الإجتماعية التي يمكن لهذا الأخير أن يقدمها للصالح العام.¹

لقد وجد مجلس الدولة في هذه القضية نفسه يقوم بالموازنة بين مصلحتين عامتين، حيث لم يقدر القاضي الإداري ملاءمة مشروع واحد فقط، بل وجد نفسه ملزما على ترجيح أحد المشروعين، بموازنته بين المنافع والأضرار المحتملة لكل واحد منهما ، على الأفراد وعلى الصالح العام ككل، من أجل ذلك أحلّ تقديره مكان تقدير الإدارة، لاختيار ما يلائم الصالح العام ومستلزماته.

ومنها قرار المجلس في قضية ville de Courbevoie القاضي بإلغاء قرار الإدارة ، المتضمن تصحيح طفيف لمخطط حديقة عامة، يتسبب في هدم مبنى مخصص للإستخدام السكاني.²

ويذكر أيضا في هذا الصدد، قضية Commune de Sainte- Etienne، التي تتلخص وقائعها في أن إدارة البلدية اتخذت قرارا ، يتضمن توسيع شارع لتسهيل الوصول إلى طريق غير نافذ. حيث رأى مجلس الدولة من خلال تقديره للوقائع وملاءمتها، أنه لا توجد منفعة عامة كافية للتعويض

¹ CE 20 fév 1987, commune de Lozanne. **J. Morand- Deviller**, op.cit, p 756.

² CE 22 fév 1993, ville de Courbevoie c/ consorts Sanse . **Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois**, op.cit p 612.

عن الأضرار التي تلحق بالمتلكات الخاصة من جراء عملية التوسيع.¹ وعليه ارتأى إلغاء قرار الإدارة لعدم ملاءمته.

وكذلك إلغاء مجلس الدولة لقرار إداري ، يتضمن أضرار بالغة متعلقة بإنشاء طريق عمومي، حيث تبين للقاضي من خلال بسط رقابته على صحة تقدير الإدارة للوقائع، بأن تنفيذ هذا المشروع سيتسبب في وقوع أضرار على الملكية الخاصة ، إضافة إلى حديقة عامة، وحديقة قصر مدرج في قائمة الجرد التكميلي للمعالم التاريخية.²

ومن أهم القرارات ، التي استخدم فيها القاضي الإداري مبدأ الموازنة، قرار مجلس الدولة الفرنسي، القاضي بإلغاء إعلان المنفعة العامة لمشروع طريق سريع يربط بين Ville d'Annemasse et de Thonon- les- Bains، مع عدم وجود احتمال لتطوير أبعده. ذلك لأن المدينة تستفيد - بالفعل - من وصلات الطرق. كما أن تكلفة مشروع الطريق السريع ، كانت مرتفعة خاصة بالنظر إلى المحدودية المتوقعة للحركة المرورية.³ الأمر الذي حث القاضي بطريقة أو بأخرى، على كشف الطبيعة المفرطة للأضرار الناجمة عن مشروع نزع ملكية للمنفعة العامة في هذه الحالة.⁴

لقد فسر هذا القرار من قبل بعض الفقه على أنه يعبر عن إرادة القاضي الخاصة في جعل هذا النوع من القرارات المتعلقة بالمشاريع الوطنية، تحت رقابته بعنوان موازنة أكثر فاعلية (bilan)

¹ CE 7 oct 1994, Commune de Sainte- Étienne. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, ibid, p 612.

² CE 3 février 1982, ministre de l'environnement c/ de Bernis, R, 641. J. Morand- Deviller, op.cit, p 755.

³ CE Ass. 28 mars 1997 , association c/ le projet de l'autoroute transchablaisienne. M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, op.cit p 612. Et voir: J. Morand- Deviller, op.cit, p 755.

⁴ CE 21 juin 1999, Cne de la Courneuve. J. Morand- Deviller, ibid, p 755.

(plus efficace). والأحكام القضائية اللاحقة على هذا القرار حول موضوع مشاريع الطرق السريعة والمطارات الوطنية، تظهر تأكيدها لهذا الإتجاه.¹

ومن القضايا التي اعتمد فيها مجلس الدولة الفرنسي على مبدأ الموازنة، وأيد فيها قرار الإدارة قضية Larzac، ولقد جاء في قرار القاضي الإداري ما يلي:

إن تمديد معسكر Larzac في عدد معين من المزارع والمراعي المخصصة لإنتاج الجبن، مع احتمال تأثيره على حركة المرور. لا يبدو مفرطاً بالنظر إلى أهمية ما تقدمه هذه العملية للدفاع الوطني.²

ومن القرارات التي أيد فيها مجلس الدولة أيضاً تصرف الإدارة، قراره في قضية l'île de Ré والذي جاء فيه ما يلي: ليست مفرطة على البيئة وعلى خصوصية الجزيرة، المضار المتعلقة ببناء جسر في جزيرة Ré، بالنظر إلى المنافع التي يقدمها بناء الجسر للسكان.³

من خلال هذه القضايا يتبين حرص القاضي الإداري على إحكام رقابته على أعمال الإدارة، وبخاصة القرارات التي تؤدي إلى نزع الملكية على نطاق واسع. الأمر الذي يدعوه إلى استخدام براعته في الموازنة وتقدير الملاءمة ليس كقاض فقط بل كرجل إدارة أيضاً.

ثانياً: خارج نطاق رقابة نزع الملكية "للمنفعة العامة"، تقنية الموازنة بين المنافع والأضرار،

تسمح بما يلي:

¹ J. Morand- Deviller, ibid, p 755.

² CE, A, 5 mars 1976, Tarlier. J. Morand- Deviller, op.cit, p 756.

³ CE 23 juillet 1993, Comité de sauvegarde et de promotion du Bois - Plage – en –Ré. J. Morand- Deviller, ibid, p 756.

تقدير مشروعية الأسباب الواقعية لعمل إداري، قد استخدمت مثلا، للحصول على استثناءات لتواعد التخطيط.¹ وكذا حقوق الارتفاق لإنشاء مسار خط كهرباء... إلخ.² وقد استخدمت تقنية مماثلة منذ سنة 1976 من خلال قرار Bernette، من أجل السماح للقاضي برقابة مشروعية ترخيص إقالة ممثل موظفين.³

وكذا من أجل حظر الوصول إلى منافسة رياضية.⁴ وقرارا بتعليق لسنة واحدة تصنيع واستيراد وطرح في الأسواق، لمحاة التي لم تظهر غير متناسبة بالنظر إلى المخاطر التي تشكلها على صحة الأطفال الصغار.⁵ ونفس النهج اتبع لتقدير مشروعية تدابير الشرطة البلدية، المنظمة لحركة الشاحنات الثقيلة في بلدة.⁶ وتقدير مشروعية التدابير لإنشاء بلدة جديدة.⁷ إلخ

وفي الأخير، فإن نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، تستهدف تحقيق رقابة قضائية دقيقة وعميقة على تقديرات السلطة الإدارية، وتعد الحل الأمثل من الوقوع في الجدل. يقول الأستاذ
J. Morand- Deviller⁸

¹ CE, A, 5 Juillet 1973, Ville de Limoges, dans l'analyse de l'arrêt Pardov. **J. Morand- Deviller**, ibid, p 758.

² CE, A, 24 janvier 1975, Gorlier et Bonifay. **J. Morand- Deviller**, ibid, p 758.

³ CE 5 mai 1976, société d'aménagements foncier et d'établissement rural d'auvergne et ministre de l'agriculture c/ Bernette. **M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois**, op.cit, p 625.

⁴ CE 16 mars 1984, Broadie, sous l'arrêt caisse primaire "aide et protection" **J. Morand- Deviller**, op.cit, p758.

⁵ CE 27 avril 1988, Sté Bernard Carant. **J. Morand- Deviller**, ibid, p 759.

⁶ CE 18 octobre 1989, commune d'Aigueperse. **J. Morand- Deviller**, ibid, p 759.

⁷ CE 23 mars 1992, Martin. **J. Morand- Deviller**, ibid, p 759.

⁸ **J. Morand- Deviller**, ibid, p 759.

يجب أن يتم تأسيس الأحكام القضائية المتناقضة وفق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار لتفادي هذا التناقض، والوصول إلى أحكام صحيحة-؛ على أنه ينبغي الإشارة - مع ذلك - إلى الملاحظات التالية:

في المقام الأول: العيوب أو السليبات المفرطة هي الوحيدة أساس عدم المشروعية. وعلينا هنا إدراك الإنتماء الذي يبدو متباينا في بعض الحالات ، بين الرقابة الضيقة *contrôle restreint* والرقابة القصوى المصطلح عليها بتقنية الخطأ الواضح في التقدير (*contrôle maximum*)، على الأقل على مستوى هذه التقنية المستخدمة. (العيوب المفرطة في بعض الأحيان ليست عيوب واضحة *les inconvénients excessifs ne sont- ils pas quelquefois des inconvénients manifestes*).

في المقام الثاني: الموازنة بين المنافع والأضرار، تسمح للقاضي الإداري بإقرار مشاريع محدودة - غالبا محلية -، ونادرا جدا مشاريع ذات نطاق وطني. ربما ببساطة ، لأن الثانية أفضل إستعدادا وأفضل تبريرا، وغالبا أكثر تحقيقا للمنفعة العامة من الأولى.

في المقام الثالث: رقابة الموازنة تبدو في نتائجها - في كثير من الأحيان - مثل الرقابة الضيقة أو رقابة الخطأ الظاهر، وهذا في كفاءات تنفيذها التي تبدو قصوى *contrôle maximum*، وكذلك من خلال رقابة الواقع أو مضمون القرار مع دوافعه.

وبالمناسبة يجدر التنويه إلى ما يلي:

1. مفوض الحكومة في مسألة *Ville nouvelle est* أيد الحل النهائي المعتمد فيها، مشيرا أن الرقابة سمحت للقاضي ، باستعمال المبدأ المستخلص منها في قرارات أخرى، حيث منعت قرارات تعسفية، غير معقولة، وسيئة من حيث الدراسة. وأسلوب الموازنة المعتمد في هذه القضية تزامن تماما -

أيضا - مع استعمال رقابة الخطأ الظاهر في التقدير. ¹ ذلك لأن كليتي النظريتين تشتركان، في أن استعمالهما من قبل القاضي الإداري لا يكون، إلا إذا كان خطأ الإدارة كبيرا؛ حتى أن بعض الفقهاء دعوا إلى الاكتفاء برقابة الخطأ الظاهر في التقدير، ما دامت تؤدي إلى نفس الغرض.

2. برغم كل العناية المتخذة لفحص الوقائع في هذه القضية، فالقاضي لا يمكن أن يكون رأيه في

إطار رقابته أكثر من مجرد فكرة تقريبية بالنسبة لكل حالة. وفي الواقع المصالح - كلها - يجب أن توضع في الميزان (البيئة، التراث الثقافي، التطور الإقتصادي، الصحة العامة ..)، والقاضي لا يستطيع أن يردّ تقديرا ظاهريا فاحش وألا يلغيه لتوازن واضح.²

3. برغم التنفيذ المتكرر لرقابة الموازنة، إلا أن هذه الأخيرة لم تُفضِّ إلّا إلى عدد قليل نسبيا من الإلغاءات. ونادرا بالنسبة للمشاريع الكبرى³. لأنه من النادر أن أضرار هذه الأخيرة خطيرة بما يكفي لتفوق مصلحتها العامة القوية.

لكن برغم كل هذه الآراء، لا يمكن إنكار حكمة القاضي الإداري، في استعمال حل Ville

nouvelle Est، فإن هذا الحكم القضائي يشكل قيمة تربوية للإدارة أيضا، في توجيه تصرفاتها

حيث يحثها على التروي خاصة في المشاريع التي تستخدم في تنفيذها إجراء نزع الملكية للمنفعة عامة.⁴

عامة.⁴ ويكفي أن مجلس الدولة الفرنسي، كان جريئا في رقابته، لدرجة أنه استقطب إهتماما دوليا؛

فعلى هامش قرار ville nouvelle est ومشكل فاعلية تقنية الموازنة في مسألة إعلان المنفعة العامة،

ينبغي ذكر قرار Guillemin⁵، حيث قامت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من خلاله، بإدانة

فرنسا في اعتقاد منها بأن الخلل في النظام الفرنسي لترع الملكية ولاسيما المتصل بالإزدواجية القضائية،

¹ Bertrand Seiller, droit administratif², op.cit, p 248.

² Bertrand Seiller, ibid, p 248.

³ CE, 28 mars 1997, association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne.

⁴ J. Morand- Deviller, cours de droit administratif, op.cit, p 759.

⁵ CEDH, 21 février 1997, A J D A, 1997, note Hostiou. J. Morand- Deviller, ibid, p760.

ينتهك مقتضيات الإتفاقية الأوروبية لعام 1950 وبرتوكولها رقم 1، في المسائل المتعلقة بالمواعيد المعقولة للإجراء واحترام حقوق الملكية.

إن هذه النظرية أحدثت قفزة هامة للقاضي الإداري في إطار رقابته على ملاءمة القرارات الإدارية، وحققت - فعلا - تلك الموازنة بين حقوق الأفراد وحق الملكية بصفة خاصة من جهة، والسلطة التقديرية التي يتطلبها حسن سير المرافق العامة من جهة أخرى. فهي تسمح بوضع ضوابط للسلطة التقديرية للإدارة، وتعطي ضمانات أكثر لحقوق الأفراد وحرقاتهم ضد تجاوزات الإدارة. كما سمحت بالإرتقاء بطبيعة القاضي الإداري إلى قاضٍ للملاءمة.

وأخيرا، فإن هذه الرقابة الموسعة للقاضي الإداري، يمكن أن تتطور أكثر. إذ لا توجد صورة عامة تكون ثابتة مرة واحدة وإلى الأبد. فإذا كانت التطورات مختلفة جدا فإن الإتجاه العام كان دائما نحو تطوير الرقابة القضائية إلى حدها الأقصى.

المطلب الثاني:

مدى تطبيق القضاء الإداري الجزائري

والنظام الإسلامي لنظرية الموازنة

لم يتأثر القضاء الإداري الجزائري كثيرا بالقضاء الفرنسي في الأخذ بنظرية الموازنة، إلا في حالات المساس بالحقوق والحرريات العامة. أما النظام الإسلامي فقد عرف مبدأ الموازنة بكل تفاصيله وتطوراته أربعة قرنا قبل أن يعرفه الفقه والقضاء الفرنسيين.

الفرع الأول:

نظرية الموازنة كأسلوب حديث لرقابة ملاءمة القرارات الإدارية

في القضاء الإداري الجزائري

لم يلجأ القاضي الإداري الجزائري إلى رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار، إلا في حالات ضيقة جدا، وبما يتناسب مع حقوق الأفراد وحررياتهم العامة.

فمن خلال استقراء أحكام القضاء الإداري الجزائري يتبين أنه لم يتأثر بالتطور ات الحديث الناتج مبدأ الموازنة بين المزايا والتكاليف خاصة في مجال نزع الملكية. غير أنه تبني نظرية إجتهادية تعود لسنة 1971 اصطلح عليها بالنظرية التقييمية، وتؤهل هذه النظرية القضاء لمراقبة النتائج التي تنجر عن نزع الملكية وما إذا كانت منافع العملية - بالفعل - أهم من مساوئها.¹ مما يعني أن القاضي الإداري قد اعتمد نظرية الموازنة بين التكاليف والنتائج أو بين النفقات والمزايا، دون أن يُصرح بذلك.

أما بالنسبة لمجال نزع الملكية، فرغم تمتع الإدارة بقدر من حرية الملاءمة بصدد الإلتجاء إلى وسيلة نزع الملكية للمنفعة العامة، من حيث وجه المصلحة العامة الذي تلجأ إلى نزع الملكية لتحقيقه، ومن حيث المساحة التي تحتاج إلى نزعها،² إلا أنها غير معصومة تماما من الرقابة القضائية.

غير أن القاضي في مجال رقابته على سلطة الإدارة في نزع الملكية ، لا يعتمد إلا على نظرية الغلط الفادح في التقدير L'erreur manifeste d'appréciation، دون أن يتعرض إلى مدى ملاءمة كل اختيار تقوم به الإدارة لأجل الترع.¹

¹ وزارة العدل، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، المرجع السابق، ص 118.

² ينظر: المرجع نفسه، ص 118.

ففي القانون الإداري الجزائري ، وبالرجوع إلى قانون نزاع الملكية للمنفعة العامة،² فإنه ينص على الإجراءات الواجب إتخاذها بعد توفر المنفعة العامة في المشروع، وعلى طرق تعويض المعنّيين الذين نزع ملكيتهم، لكن هذا القانون لم يشر إلى النقائص التي قد تنجر عن عملية النزاع ووسائل معالجتها.

يدل على ذلك؛ قرار قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 1990/4/21 والذي جاء فيه "إنه فيما يخص اختيار قطعة محل نزاع الملكية فإن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مدى ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزاع الملكية قصد إنجاز مشروع ... وأن مبدأ الإحتياج العائلي لا يعني إشباعه بالضرورة بالأرض المتنازع عليها، وإنما يعني إعادة إسكان الشخص الذي انتزعت منه أرضه."³

ويُذكر أيضا؛ قرار مجلس الدولة رقم 8751، المؤرخ في 2003/4/15 في قضية (ق ع ومن معه) ضد والي ولاية المسيلة،⁴ والذي يتلخص فيما يلي:

إستأنف (ق ع) ومن معه قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء المسيلة المؤرخ في 2002/02/05 القاضي برفض دعواهم لعدم التأسيس، وجاء في عريضة الإستئناف أن الطريق المصرح به للمنفعة العامة، والذي يخترق أملاك المستأنفين، ومن الناحية الغربية المحاذية للطريق رقم 60، لا يحقق المصلحة العامة وإنما يحقق المصلحة الخاصة لرئيس البلدية وبعض حاشيته، من الذين يريدون الحصول على

¹ المرجع نفسه ص 118.

² القانون 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991. ج ر ، رقم 21 / 1991 ص 577.

³ م ع . غ إ ، "الفريق ع" ضد "والي ب" ملف رقم 66960 ، المجلة القضائية العدد 2 / 1992 ، ص 158 و ما بعدها.

⁴ قرار غير منشور، الغرفة الإدارية بمجلس الدولة، رقم 8751 المؤرخ في 2003/4/15 في قضية (ق ع ومن معه ضد والي

المسيلة)، مأخوذ عن: براهيم ساهام، التصريح بالمنفعة العمومية في نزاع الملكية، المرجع السابق، هامش ص 173.

واجهة أخرى لأملآكهم، و التمسوا إلغاء القرار المؤرخ في 1999/06/06 الصادر عن والي ولاية المسيلة المتضمن التصريح بالمنفعة العامة لهذا السبب.

وقد جاء في حيثيات القرار ما يلي: "حيث أن السبب الذي أقاموا عليه دعواهم هو انعدام المصلحة العامة في شق الطريق، ملتسبن خبيرا لتقدير مدى وجود المصلحة العامة في شقها من عدمه. حيث أن الدعوى بهذا الشكل عديمة الأساس القانوني، لأن مسألة تقدير المنفعة العامة ، من صلاحية الإدارة وحدها وللمالكين الحق في التعويض العادل فقط ويترتب عن ذلك تأييد القرار المستأنف."

مما تقدم يستنتج أن القاضي الإداري الجزائري ، كان يتهرب من مراقبة محتوى المشروع العام، أي مدى ملاءمته للصالح العام من عدمها، تاركا للإدارة كل الحرية في ذلك ، مكثفيا بالحكم بتعويض المتضررين من المشروع.

فالقضاء الإداري الجزائري كان ناقصا في رقابته على حرية الإدارة في هذا المجال بالخصوص؛ مما جعل السلطة الإدارية تفلت في أحيان كثيرة من المساءلة القضائية، وبالتالي فسح المجال واسعا أمامها للتمادي في أخطائها، وانتهاكاتها بحجة الصالح العام.

غير أنه تراجع عن هذا الاتجاه في السنوات الأخيرة، لضرورة حماية الحقوق، غير أن تدخله كان مترددا ومتحشما، وفي إطار فحص الوقائع وتكييفها القانوني، يدل على ذلك قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2001/2/19، في قضية (ل.م ومن معه ضد بلدية جيجل).¹ وقد ورد في حيثياته ما يلي:

¹ قرار غير منشور، الغرفة الثالثة في مجلس الدولة، فهرس رقم 131. مأخوذ عن: حسين بن شيخ آث ملويا ، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص76.

"... حيث أن إلغاء المداولة المتضمنة للمبادلة العقارية الصادرة عن البلدية، رقم 96/198 من طرف والي الولاية بمقرر صادر تحت رقم 97/722، لم يكن إلا لعدم اكتساب البلدية للقطعة الأرضية موضوع المبادلة، لا عن طريق الإدماج في الإحتياطات العقارية ولا عن طريق نزع الملكية للمنفعة العامة وخلافا للقانون.

وحيث أن تصرف البلدية يعد استيلاء على ملكية المستأنفين، وأنها المسؤولة الوحيدة عن تصرفها الذي ألحق ضررا بالمستأنفين، يستوجب إصلاحه طبقا للقانون ...

وحيث أنه يتعين الإشهاد والتصريح بمسؤولية البلدية المستأنف عليها في إلحاق الضرر بالمستأنفين، والممثل في نزع ملكيتهما الثابتة بعقود الهبة الرسمية المرفقة بالملف دون أي إجراء قانوني، وكذلك الإشهاد والتصريح بحقهما عينا، وعند استحالة التعويض العيني حقا، يكون التعويض نقدا منصفًا وعادلاً...."

ويدلّ على ذلك - أيضا- قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2007/4/11¹، وقد جاء في حيثياته ما يلي:

... "حيث بتاريخ 2004/02/14، قام المستأنف عليه برفع دعوى ضد والي ولاية الجزائر بحضور وزير تهيئة الإقليم والبيئة أمام الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء الجزائر، ملتمسا في الشكل النطق ببطان القرار رقم 1908 المؤرخ في 2003/12/29، والحكم على المدعى عليهما أم يدفع مبلغ 50000 دج كتعويض عن الإجراءات التعسفية، احتياطيا إلغاء القرار رقم 1908 لكون لم يتوفر على شروط المنفعة العامة، واحتياطيا جدا تعيين خبير ليتحقق إذا كان المشروع يحترم قواعد العمران، وذلك بحجة أن قرار التصريح بالمنفعة العامة لم يبلغ له، وأن مشروع حديقة منتزه "دنيا"

¹ قرار رقم 031027، المؤرخ في 2007/04/11، مجلة مجلس الدولة، العدد 2009/09.

غير ضروري وغير مبرر بدالي ابراهيم، إذ توجد بجوارها عدة حدائق ومن بينها حديقة التسلية بن
عكنون، غابة بوشاوي، غابة بينام، وحديقة تونس بدالي ابراهيم، وأن المشروع يتنافى وقواعد العمران
كون القانون لا يسمح بخلق حديقة تسلية يقسمها في الوسط الطريق السريع.

حيث بتاريخ 2005/04/04 أصدر مجلس قضاء الجزائر الغرفة الإدارية قرارا، قضى فيه
بالغاء القرار رقم 1908 الصادر عن والي ولاية الجزائر بتاريخ 2003/3/29 لمخالفته القانون.

... حيث يستخلص مما ذكر أعلاه، أن مشروع إنشاء حديقة كبيرة للتسلية مسماة منتزه

"دنيا" ببلدية دالي ابراهيم بالمكان المدعو دالي ابراهيم، تم بموجب القرار الصادر عن الوزير المحافظ
لمدينة الجزائر بتاريخ 1999/06/12 تحت رقم 765، الذي يمتد على مساحة حوالي 237
هكتار، على جهتي الطريق السريع الغربي الرابط بين الجزائر وتيبازة، وأن والي ولاية الجزائر قام
بتسوية إجراءات نزع الملكية بموجب القرار الصادر بتاريخ 2003/10/20 تحت رقم 1535
المتضمّن فتح تحقيق مسبق حول المنفعة العامة، والقرار الصادر في 2003/12/27 تحت رقم
1098 المتضمّن التصريح بالمنفعة العامة.

حيث أن والي ولاية الجزائر قام بنشر قرار التصريح بالمنفعة العامة مجريدة الشروط المؤرخة
في 2004/01/13، إلا أنه لم يتم إبلاغ المستأنف عليه بالقرار محل الطعن، كما تقتضيه المادة
11 من القانون رقم 91/11 المتضمّن قواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

... حيث أن قضاة الدرجة الأولى قدروا الوقائع أحسن تقدير.

لذلك يتعيّن تأييد القرار المستأنف الصادر بتاريخ 2005/04/04 عن الغرفة الإدارية لدى
مجلس قضاء الجزائر.

لقد راقب القاضي في هذه القضية مشروعية قرار الإدارة، كما قام بطريقة غير مباشرة بالخوض في مسألة ملاءمة قرار التصريح بالمنفعة العامة الذي أصدرته الإدارة، مما يعني أنه مارس رقابة الموازنة دون أن يصرّح بذلك.

لكن رغم ذلك، فإنّ القاضي الجزائري، يفضّل أن لا يقحم نفسه كثيرا في مسألة الموازنة، ويتهرّب في قراراته من التصريح برقابته للموازنة. ولعلّ أسلب امتناع القاضي الإداري الجزائري عن تطبيق نظرية الموازنة، تكمن في:

- صعوبة عملية الموازنة بين المنافع والمضار المنجرّة عن إنجاز مشروع.
- نقص الإمكانيات المتاحة للقاضي الإداري الجزائري.
- قلة القضايا المعروضة على القضاء الإداري الجزائري، بسبب تخوف الأفراد من اللجوء إلى القضاء، والدخول في مواجهة مع الإدارة، وهذا بسبب وجود جدار الرهبة من الإدارة، وقلة وعي الأفراد بأن لهم حقوقا وأن القضاء ملزم بحمايتهم.

الفرع الثاني:

موقف النظام الإسلامي من نظرية الموازنة

إنّ الثابت بالإستقراء في أحكام الشرع مراعاة مبدأ الأخذ بالمصالح، وبسبب قيام نظام العالم على تشابك المصالح بالمفاسد واختلاطهما وتعارضهما، والحاجة إلى معالجة العديد من المشكلات التي

طرات، وبيان حكمها بما يوافق مقاصد الشرع، لا بد من إيجاد معيار مصلحي مضبوط، ولا يكون ذلك إلا من خلال مبدأ الموازنة.¹

ويعني هذا المبدأ وجوب الموازنة بين المصلحة التي شرع التصرف لأجلها وبين ما يلزم عنها من مفسدة مساوية أو راجحة، فإذا لزم عنها ذلك، أصبح التصرف الإداري غير مشروع.² أي إذا اجتمعت في تصرف إداري مصالح ومفاسد، فإن أمكن جلب المصالح ودفع المفاسد تعيّن ذلك على أساس "تحصيل المصالح ودرء المفاسد".³ فإن كانت المصلحة أعظم فالواجب "تحصيل المصالح أو تقريرها"⁴، و"تقديم المصالح الراجحة على المفاسد المرجوحة".⁵ و"إذا تراحت المصالح يُقدّم الأعلى".⁶ أما في حال ما إذا كانت المفسدة أعظم من المصلحة أو تساويها "فدرء المفاسد أولى من جلب المصالح".⁷

ويوضح هذا المعنى الشاطبي بقوله: "فالمصالح والمفاسد الراجعة إلى الدنيا إنما تفهم على مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب جهة المصلحة فهي المصلحة المفهومة عرفاً، وإذا غلبت الجهة الأخرى فهي المفسدة المفهومة عرفاً، ولذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوباً إلى الجهة الراجحة، فإن رجحت

¹ ناجي إبراهيم السويد، فقه الموازنات، المرجع السابق، ص35، وينظر: إسماعيل الحسني، نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص287.

² فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص425.

³ عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، روجعت على نسخة العلامة اللغوي الشنقيطي، دون ذكر طبعة، دار المعرفة بيروت ج1 ص83.

⁴ تقي الدين الحصري، كتاب القواعد، تحقيق عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، ط1 1418هـ/ 1997م مكتبة ابن رشد شركة الرياض ج1 ص346.

⁵ عز الدين بن عبد السلام السلمي، المرجع السابق، ص4.

⁶ محمد بن صالح العثيمين، مختصر منظومة ابن عثيمين، المرجع السابق، ق19 ص16.

⁷ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، م30 ج1 ص37.

المصلحة فمطلوب ويقال إنه مصلحة، وإذا غلبت جهة المفسدة فهروب عنه ويقال إنه مفسدة.¹ ويقول أيضا: "فالمصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة فهي في حكم الإعتياد فهي المقصودة شرعا، وكذلك المفسدة إذا كانت هي الغالبة بالنظر إلى المصلحة في حكم الإعتياد فرفعها هو المقصود شرعا."²

وعليه، فإن تقدير الإدارة للوقائع ومعالجتها، يجب أن يتم على أساس ما تسفر عنه الموازنة بين ما تشمل عليه من وجوه النفع ووجوه الضرر، بعد البحث والتحليل والإستقصاء والإستعانة بالخبرة العلمية المتخصصة عند الإقتضاء، كي لا يكون فيه شيء من الهوى، وعلى ضوء ذلك يبيّن الحكم في هذه المسائل إما طلبا أو منعاً.³

من أمثلة مراعاة مبدأ الموازنة في النظام الإسلامي، قرار الخليفة عمر رضي الله بتزاع ملكية العباس بن عبد المطلب للمنفعة العامة، المتمثلة في توسيع مسجد النبي صلى الله عليه وسلم، وكان قرار القاضي حذيفة بن اليمان الذي احتكم إليه الخليفة عمر بعد رفض العباس بن عبد المطلب تنفيذ القرار الإداري، أنه لا يجوز نزع ملكية الدار غصبا، إلا بما يناسب صاحبها من تعويض عادل، وما كان - في الأخير - من العباس إلا أن قدم داره راضيا، وعوضه عمر عنها بدار أوسع منها في مكان آخر.⁴

¹ الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج 2 ص 20.

² الشاطبي، المرجع نفسه، ص 21.

³ ناجي إبراهيم السويد، المرجع السابق ص 36، وينظر: عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، المرجع السابق ص 100.

⁴ ينظر: الطماوي، عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، المرجع السابق، ص 115. وابن سعد، الطبقات الكبرى، المرجع السابق، ج 3 ص 283.

لقد استُخدم مبدأ الموازنة في هذه القضية كضابط لحرية تقدير الملاءمة الإدارية، حيث راعى جانبين، الحقوق الخاصة من جهة والمصلحة العامة من جهة أخرى. مما يعني أن النظام الإسلامي كان سابقاً في مراعاة حقوق الأفراد وموازنتها مع المنفعة العامة.

و من الأمثلة الهامة عن استخدام مبدأ الموازنة في النظام الإسلامي ، قرار الخليفة عمر رضي الله عنه، القاضي بمنع تقسيم أرض مصر والعراق على الفاتحين المنتصرين، وتركها وقفاً على أهلها يتوارثونه جيلاً بعد جيل مع طرح ضريبة الخراج.¹

الأرض التي رفض عمر قسمتها، كانت عبارة عن أقطار كبيرة مثل مصر والشام والعراق، وملّاكها ليسوا دخلاء عليها كاليهود على الجزيرة، وإجلاؤهم عنها غير ممكن ؛ فكان الخير والمصلحة في إبقائها بيد أهلها يعمرونها ويعملون فيها، ويفرض عليها خراجاً يكون رصيذاً للإتفاق على مصالح الدولة.²

فقد رأى عمر بحسه التقديري العالي ، أن نقل ملكية هذه الأرض من الأفراد المالكين إلى مجموع الأمة الإسلامية في سائر الأجيال ، - أي وقفها على مصالح المسلمين - أولى وأصلح ، من قسمتها وتمليكها لمجموعة من المجاهدين. ولم يتخذ عمر هذا القرار إلا بعد قيامه بموازنة بين مصلحة عامة يقينية، وهي ترك الأرض لمصلحة كل الأجيال، وبين مصلحة المجاهدين الفاتحين. وعلى أساس ما أسفرت عنه هذه الموازنة أعلن عن قراره.

¹ ينظر: محمد حميد الله، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، المرجع السابق، 483 وما بعدها، وأبو يوسف القاضي، الخراج، دار المعرفة بيروت، ص35، وابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج5 ص139.

² يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص195، و ينظر: مناع خليل القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص200 وما بعدها.

من خلال ما تقدم، يتبين أن النظام الإسلامي قد عرف مبدأ الموازنة كضابط للسلطة التقديرية للإدارة، خاصة في المجال الإقتصادي، مما يبرز توافقه مع القانون الإداري الفرنسي، بل لقد كان السباق إلى الأخذ بهذا المبدأ.

كما أن هذا المبدأ في النظام الإسلامي، - كما هو حال النظام الفرنسي - لا يختص بالموازنة بين المصالح والمفاسد فقط، بل يتعدى هذا المجال، ليشمل الموازنة بين المصالح بعضها ببعض، والمفاسد بعضها ببعض.

فمن أمثلة الموازنة بين المصالح إمكانية الإدارة بما لها من سلطة تقديرية، أن تجبر من يهمل أرضه على خدمتها، فإذا تقاعس يجوز لها أن تنتزع منه ملكيتها، وتؤجرها لغيره من المسلمين ممن يقدرون على زراعتها وهذا لأجل الصالح العام.¹

فالمقرر أن الشريعة الإسلامية في مراعاتها للمصالح، إنما تهدف أصلاً إلى مصلحة المجموع، فإذا تعارضت المصلحتان - كما هو الحال في هذا المثال - فإن الواجب على الإدارة ترجيح المصلحة العامة على مصلحة الفرد.² لأنه "إذا تراخمت المصالح يُقدّم الأعلى".³

وعليه، فإن للإدارة في النظام الإسلام ي، الحق في تنفيذ الطريقة التي تتطلبها الأوضاع الإقتصادية في كل زمان، ويتطلبها السلام الإجتماعي في كل مكان. وبالتالي يمكنها وفقاً لتقديرها، أن

¹ فتحي الدريبي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص113، وينظر: حمد محمد الصمد، نظام الحكم في عهد الخلفاء الراشدين، المرجع السابق، ص191.

² حمد محمد الصمد، المرجع السابق، ص191، وينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج20 ص48.

³ محمد بن صالح العثيمين، مختصر منظومة ابن عثيمين، المرجع السابق، ق19 ص16.

تخصّص حق الملكية الفردية وتقيده، وتجعله دائما خاضعا للدولة، في إعادة توزيع الثروة العامة حسب المقتضيات والأحوال،¹ وضابطها في ذلك هو مبدأ الموازنة.

أما من أمثلة الموازنة بين المفاسد، جواز فرض الضرائب عند الحاجة إليها، إذ يمكن للإدارة بما لها من سلطة تقديرية، أن تفرض على الأغنياء ما تراه كافيا لتكثير الجنود وسدّ الثغور، إذا خلا بيت المال من الأموال، وخيف أن تصير بلاد المسلمين عرضة للإستيلاء عليها.² يقول الشاطبي: "فإذا عورض هذا الضرر العظيم بالضرر اللاحق لهم (ويقصد الأغنياء) بأخذ البعض من أموالهم، فلا يُتِمَارَى في ترجيح الثاني عن الأول، وهو ممّا يُعلم من مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد."³

ومن الشواهد أو القواعد الدالة على ذلك قاعدة "يختار أهون الشررين"،⁴ و"إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما"⁵.

بناء عليه، فإن مبدأ الموازنة موجود بالمعنى والتطبيق في النظام الإسلامي. دلّ على ذلك مراعاة الإدارة له، واستنادها عليه في مختلف أوجه نشاطاتها؛ غير أن هذا الأخير في النظام الإسلامي أوسع من أن يحد في مجرد مبدأ أو نظرية، إذ هو فقه واسع والإدارة في النظام الإسلامي ملزمة أن تقيم عليه بنیان السلطة التقديرية ككل.

¹ ينظر: أبو يوسف القاضي، الخراج، المرجع السابق، ص35، وناجي إبراهيم السويد، فقه الموازنات، المرجع السابق، ص199.

² فتحي الدريني، المرجع السابق ص114، وينظر: الجويني، غياث الأمم، المرجع السابق، ص261.

³ الشاطبي، الإعتصام، دون ذكر طبعة، دار شريفة الجزائر، ج2 ص122.

⁴ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، م29 ج1 ص37.

⁵ علي حيدر، المرجع نفسه م28 ج1 ص37، وينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ج1 ص90، وتقي الدين

الحصني، كتاب القواعد، المرجع السابق، ج1 ص346.

خاتمة

مما سبق عرضه يمكننا القول بأن سلطة التشريع هي المختصة أصلاً بتنظيم الحقوق والحريات العامة، المكرسة للأفراد في الدستور؛ وهي لا تميل عادة إلى التضييق والتعدي على حقوق الأفراد وحررياتهم، لأنها هي المعبر عن إرادة الأفراد. إلا أن السلطة التشريعية ليست الوحيدة التي تملك صلاحية تنظيم ممارسة الحقوق والحريات، بل للسلطة الإدارية دور هام في هذا المجال باعتبارها المسؤولة عن صيانة النظام العام وتحقيق الصالح العام، من خلال ما تتمتع به من امتيازات. غير أنه قد تحيد الإدارة عن مقتضيات وموجبات هذا التنظيم، بحيث تُضمّن هذا الأخير قرارات وإجراءات، تقيز بالقسوة أو التضييق على الأفراد، فتتحول من تنظيم الحريات والحقوق إلى تقييدها، بدون ضابط ولا داعي، ومن حيلتها إلى انتهاكها بكل الوسائل والذرائع.

لأجل ذلك، فإن إخضاع أعمال الإدارة لرقابة القضاء الإداري، يهدف من أهم ضمانات خضوع الإدارة للقانون وحماية الأفراد وحررياتهم في مواجهتها، والحقيقة أنه بدون هذه الرقابة، يمكن للإدارة أن تخالف أحكام القانون، كلما وجدت لها مصلحة في ذلك، وفي مثل هذه الحالة تهدر الحقوق وتُداس الحريات بغير معقب أو حماية. فإذا كان رجل الإدارة يهتم أكثر بحماية النظام العام وصيانتها، حتى ولو كان ذلك على حساب الحريات العامة المعترف بها للأفراد، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للقاضي الإداري، الذي يجهل أن الحرية هي القاعدة والتقييد هو الاستثناء. ولما كان الأصل هو التمتع بالحريات والاستثناء هو التقييد، وجب أن يخضع هذا التقييد إلى ضوابط وحدود، تحقق في مجموعها عملية التوازن والتكامل بين امتيازات وسلطات الإدارة، الهادفة إلى الحفاظ على النظام العام، وبين مقتضيات حماية حقوق الأفراد وحررياتهم.

ولقد برهن القاضي الإداري الفرنسي، سواء على مستوى المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة، أنه المختص بحماية المشروعية وحماية الحقوق والحريات العامة. كما أنيط بالقاضي الإداري الجزائري ذات الاختصاص. حيث أكد دستور 1996 على ذلك في المادة 139 منه، بقولها صراحة "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقه الأساسية".

وقبل أن ينتصر القضاء الوضعي لحقوق الأفراد وحرياتهم، فإن القضاء الإداري الإسلامي أو قضاء المظالم، كان أول من رسم الخطوط العريضة لقضائي الإلغاء والتعويض بشكل عملي، وأول من اختص بحماية الحقوق والحريات، حيث جسّد النظام الإسلامي مبدأ المشروعية بكامل أبعاده، على جميع التصرفات التي تصدر عن الإدارة؛ بل كان أحرص من القضاء الإداري الحديث، على حماية هذا المبدأ، وبالتالي حماية حقوق الناس وحرياتهم من تجاوزات السلطة العامة، والدليل على ذلك، ما اختص به القضاء الإسلامي من ميزة تحريك الدعوى ضد السلطة، دون حاجة لتحريكها من صاحب المصلحة. كما أنّ القضاء الإداري الإسلامي، كان يملك من القوّة ما يمكنه من تنفيذ أحكامه على الإدارة بدون خوف أو مماطلة، وهذا ما لم يجسّده القضاء الإداري في الأنظمة القانونية الحديثة، إلا منذ زمن قريب. ما يعني أن القضاء الإداري الإسلامي، كان متفوقا على الأنظمة القضائية المعاصرة، وأكثر حرصا على حقوق الأفراد وحرياتهم، ومنذ عهد طويل.

ولقد انتهينا إلى أنّ فعالية القاضي الإداري في رقابته على عمل الإدارة مرهونة أساسا باستقلاله من كل الضغوطات والتدخلات التي قد تمس بتراهته وحياده. ذلك أن خضوع الإدارة للقانون، لن يكون خضوعا حقيقيا ما لم يقترن بوجود رقابة قضائية، تُوفّر للقائمين عليها كلّ ضمانات الاستقلالية والموضوعية. إذ لا يمكن أن نتصور فاعلية لقانون، لا يسهر على حمايته قضاء محايد ومستقل.

ومما خلصنا إليه أيضا أنّ مبدأ ازدواجية القضاء في النظام الفرنسي والجزائري ارتبط بعدة ظروف ومراحل، أبرزت ضرورة إنشاء قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي. غير أن الدستور الجزائري الحالي، ورغم تأكيده على مبدأ استقلالية القاضي، وإقرار الحماية له من كافة التدخلات التي قد تمس باستقلاله. إلا أنه لا يزال في الحقيقة تابعا للسلطة التنفيذية؛ وذلك من خلال رئاسة رئيس الجمهورية لمجلس الأعلى للقضاء حسب المادة 154-155 من الدستور. إن هذا الوضع، قد يثير الشك، في حياد وفعالية القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، مما يُحتم إعادة النظر في القواعد المنظمة للمجلس الأعلى للقضاء.

وفي مقابل ذلك رأينا أنّ النظام الإسلامي، كان أوّل نظام جسد مبدأ ازدواجية القضاء، وجسد صراحة مبدأ استقلالية القاضي الإداري، ما يعني أن ذلك ليس من استحداث النظام الفرنسي، كما يدّعي بعض الفقه القانوني، بل إن أصل مبدأ ازدواجية واستقلالية القضاء هو النظام الإسلامي، خاصة في عهد العباسيين، حيث تطوّر قضاء المظالم بشكل كبير جدا، خاصة من الناحية التنظيمية، حيث امتنع خلفاء هذه الحقبة تمام عن النظر في قضايا الناس، ما أضفى تأكيدا على استقلالية وحياد القضاء الإداري. حيث أصبح لقضاء المظالم ولاية أو ديوان مستقل ينظمه، وهو ما يعادل وزارة العدل حاليا.

ومع الاعتراف بضرورة ال رقابة القضائية على أعمال الإدارة، فإنّ ذلك لا يعني أن القاضي لا ينظر إلّا إلى حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، ويتجاهل ما يتطلبه الصالح العام؛ فالإدارة يجب أن تتمتع بجانب مهمّ من الحرية في تقدير ملاءمة أعمالها، حتى تستطيع القيام بواجبها. حيث استقر الأمر على أن حرية أو سلطة تقدير الملاءمة ليست امتيازًا للإدارة، بقدر ما هي واجب يتغيا في مقاصده الصالح العام؛ إذ لا يمكن إنكار الدور الذي تلعبه الإدارة، وخاصة في الوقت الراهن، نتيجة توسع وتداخل مجالات أنشطتها؛ غير أنه لا يمكن إنكار أيضا أن السلطة التقديرية تعدّ كذلك المجال الخصب

والرئيسي لتعسف الإدارة، وانتهاكها لحقوق وحرّيات الأفراد. مما يصعبّ على القاضي عملية حماية الحقوق والحرّيات العامة للأفراد.

من أجل ذلك، ومعرفة حقيقة الرقابة القضائية وطبيعة القاضي الإداري، وقفنا على حقيقة السلطة التقديرية للإدارة، التي حدّد غالبية الفقهاء من خلالها موقفهم من الرقابة القضائية على الملاءمة.

وخلصنا إلى أنّ السلطة التقديرية أو سلطة تقدير الملاءمة، هي حرية تقدير ملاءمة النشاط الإداري في عناصره غير المقيد قانوناً؛ وقد ثبتت في النظام الإسلامي في دائرة العفو التشريعي ، التي تركتها الشريعة في يد السلطة الإدارية ، لتعالج من خلالها المستجدات، تبعاً لما تراه من ظروف الحال وتقديرها للملاءمات. ووجدت هذه السلطة في النظامين القانوني والإسلامي لاعتبارين، إعتبار في ويمثل في مقتضيات النشاط الإداري ودواعي المصلحة العامة، واعتبار عملي ويتجلى في قصور النصوص عن استيعاب الوقائع والمستجدات إستيعاباً حرفياً.

كما يتوافق النظام الوضعي والنظام الإسلامي، في إمكانية المصاحبة و الملاءمة بين الإختصاص المقيد والسلطة التقديرية في تصرفات الإدارة، إذ كل عمل إداري يحتوي على مزيج من هذين النوعين (إختصاص مقيد وسلطة تقديرية)، أما الإختلاف بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد، هو إختلاف في الدرجة ، وليس إختلاف في الجوهر ؛ وكما أنّ السلطة التقديرية المطلقة مستحيلة، فإنّ الإختصاص المقيد بالكامل هو أيضاً أمر مستحيل، وأن الأصل هو السماح للإدارة بقدر من حرية التقدير، التي تضيق أو تتسع بحسب ظروف كل حالة.

وإذا كان هناك اتفاق حول ضرورة السلطة التقديرية للإدارة، إلا أن الفقه القانوني و الفقه الإسلامي - على حد سواء- اختلفا، فيما يتعلق بأساسها القانوني. والمعيار الراجح الذي يسمح

بتقرير الحالات التي تكون للإدارة بشأنها سلطة تقديرية أو مقيدة، هو التخلف في التنظيم القانوني عموما القواعد التشريعية والقضائية.

أما مواضع السلطة التقديرية في القرار الإداري فتتمثل في ركني السبب والمحل، والإدارة تتمتع بحرية التقدير في هذين العنصرين ضمن مجال قد يضيق أو يتسع ، تبعا لما يسمح به القانون ويقتضيه الصالح العام.

والملاءمات التي تمارسها الإدارة ضمن هذا المجال ، ظلت وإلى وقت طويل تفلت من رقابة القاضي الإداري، بسبب عجز هذا الأخير في حالات عدة ، عن كشف سوء نية الإدارة وتعسفها . غير أن حرص القضاء الإداري على التوفيق بين حرية التقدير المعترف بها للإدارة ، والحقوق والحريات التي يتمتع بها المواطنون ، جعله يبتكر أساليب أو تقنيات تحدّ من تعسف الإدارة وانتهاكها المستمر لحقوق المواطنين، وأحدث هذه التقنيات هي رقابة الملاءمة، التي أصبح على أساسها يتدخل في ملاءمات الإدارة بإحلال تقديره محل تقدير الإدارة. وقد ثبت أن هذا النوع من الرقابة الذي استفند القضاء الإداري في ابتكاره جهودا عظيمة ووقتا طويلا، كان من أهم أساليب القضاء الإداري الإسلامي في رقابته على تقدير ملاءمة العمل الإداري.

إنّ التطوّر في رقابة القاضي الإداري، واتّخذ هذه خطواته الهامة والحريّة بخصوص الرقابة على الملاءمة، دفع إلى التساؤل حول طبيعة القاضي الإداري. وخلاصة الجدل الفقهي في هذا الموضوع، وانطلاقا من استقراء واستنتاج للسياسة القضائية في هذا الشأن في النظامين الوضعي والإسلامي، فإنّ الحقيقة بالنسبة لتفسير أساس رقابة القضاء الإداري على الملاءمة، ليس في كون الملاءمة عنصرا من عناصر المشروعية، التي يزعم بعض الفقه أنّها المجال الوحيد الذي يمكن للقاضي الإداري أن يخوض فيه. بل إنّ الرقابة القضائية على الملاءمة تجد أساسها في القاعدة القضائية التي وضعها القضاء نفسه، بوصفه

قضاءً إنشائياً لا مجرد قضاء تطبيقي . أما مساهمة قاضي المظالم في وضع قواعد القانون الإداري أو قواعد السلطة العامة، فكان من منطلق تفسيره لنصوص الشريعة وأحكامها، ولم يكن دوره أبداً في هذا الصدد خلاقاً أو منشئاً. وهنا تكمن المفارقة بين القضاء الإداري الإسلامي والوضعي

فرقابة القاضي للسلطة التقديرية، إضافة إلى ذلك التقدير الذي يحل القاضي فيه نفسه محل الإدارة، يتبلور في اعتبارات ملاءمة إدارية للقاضي نفسه؛ والقواعد التي يقوم القاضي الإداري بإنشائها هي قواعد ملاءمة . وبالتالي فإنَّ القاضي الإداري ليس مجرد قاضٍ للمشروعية، تقتصر مهمته على التأكد من مطابقة عمل الإدارة لمبدأ المشروعية فقط، بل هو في نفس الوقت قاضٍ للملاءمة، يتمتع بصلاحيات واسعة، في خلق وابتكار الحلول التي تتناسب والملاءمة بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة للأفراد.

ولغرض توفيق قاضي الملاءمة في النظامين الوضعي والإسلامي بين ما تتمتع به الإدارة من حرية في التقدير، وبين الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد، طوّر أساليب رقابته على حرية تقدير الملاءمة الإدارية. وقد أسفر هذا التطور إلى ابتكار تقنيات وتقرير آليات جديدة، تسمح له بفرض رقابة، جريئة وعميقة على تقديرات السلطات الإدارية، في شتى مجالات نشاطها الإداري؛ ورأينا أنّ هذه التقنيات تتمثل في ثلاث أساليب هامة هي رقابة التناسب، تقنية الخطأ الظاهر في التقدير، ومبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار.

يمكن الخروج بالتوصيات التالية: فإنّ الاستنتاجات، لهذه ونتيجة إنه،

أولاً : إن فاعلية دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة، لن تتأتى إلا إذا كان القاضي مستقلاً ومحياً من كل الضغوطات، التي قد تؤثر سلباً على وظيفته. غير أن القاضي الإداري الجزائري لا يزال ناقصاً في هذا الخصوص، حيث أنه ما يزال خاضعاً للسلطة التنفيذية، وذلك من

خلال رئاسة رئيس الجمهورية للمجلس الأعلى للقضاء وفقا للمادتين 154-155 من الدستور الجزائري الحالي.

إنّ المادتين 154-155 من الدستور تتناقضان - في الواقع - مع مضمون المادة 148 من التي تنص على أنّ "القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته، أو تمس نزاهة حكمه."

فوقاسة رئيس الجمهورية للمجلس الأعلى للقضاء، والسلطات التي يتمتع بها في إطار ذلك قد ييث الشك، في حياد وفعالية دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة. وعليه يجب إعادة النظر في المواد 154-155 أعلاه. وردّ الإعتبار للمجلس الأعلى للقضاء، بعبارة الجهة الوحيدة التي لها سلطة تعيين القضاة وفقا لأحكام الدستور؛ والعمل على تجسيد حقيقي لمبدأ استقلالية السلطة القضائية، الذي لن يتحقق إلا إذا عيّن رئيس المجلس الأعلى للقضاء، من بين القضاة أنفسهم. حيث يؤخذ بعين الإعتبار عامل الأقدمية والخبرة والكفاءة.

ثانيا: إنّ السلطة التقديرية للإدارة أشبه بالحرية، التي قد تنقلب إلى هوى وتحكم، إذا لم ترسم لها حدود، والهدف من هذه الحدود ليس شل هذه السلطة أو تلاشيها كما يرى بعض الفقه القانوني، وإنما هو لتنظيمها وتفادي التحكم الإداري الذي يشوب ممارستها. لذلك، فإنه من الخطأ القول، بأنّ القاضي عندما يقوم بمراقبة ملاءمة الإجراءات التي تتخذها الإدارة، فهو بذلك يقيد السلطة التقديرية التي تركها القانون للإدارة، وهذا يجعله يخرج عن دوره القضائي، ويتعدى على اختصاصات الإدارة وعلى مبدأ الفصل بين السلطات. التي منحها لها القانون.

فهذا الرأي - للأسف - مردّه إلى التفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي يتناقض مع الواقع القضائي الحالي، والذي ينبغي فهمه من جديد على ضوء الواقع لا على ضوء آراء فقهية، مرت

عليها حقبة من الزمن. فالحقيقة أنّ استبعاد أعمال الإدارة، وخاصة المبنية منها على حرية التقدير من الرقابة القضائية، يعني أن الإدارة فوق سلطة القضاء، ما يعني وجود خلل في مبدأ الفصل بين السلطات. وخضوعها لرقابة قضائية غير فعّالة وغير ملائمة، يعني خلل في الرقابة، مما يؤدي إلى إهدار الحقوق والحريات. وبالتالي، فإنّ الحلّ الأمثل لحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد، هو خضوع أعمال الإدارة لرقابة قضائية مناسبة؛ حيث لا يمكن لهذه الرقابة أن تأتي ثمارها في إقامة العدالة، إلا إذا كان القاضي يتمتع بصلاحيّة فحص الوقائع ومدى تناسب مضمون القرار مع أسبابه، من خلال رقابة الملاءمة.

والصحيح أن القضاء الإداري يمارس الرقابة على الملاءمة باستمرار، حتى لو ادعى أنه لا يمارسها خوفا من أن يتحول من قاض للمشروعية إلى قاض للملاءمة.

ثالثا: يرى أكثر الفقه القانوني عدم توقيع الرقابة على الملاءمة، غير أنهم فسروا أساس الرقابة القضائية على الملاءمة، بأن الملاءمة فيها إنما تكون عنصرا من عناصر المشرعية في التصرف. فكيف يمكنهم أن يتوصلوا إلى مشروعية قاعدة عن طريق ملاءمتها، وهم يناقضون بين المشروعية والملاءمة، ويقصرون رقابة القاضي على المشروعية فقط دون الملاءمة؟

الحقيقة أنّ الرقابة القضائية على الملاءمة، تجد أساسها في القاعدة القضائية التي وضعها القضاء نفسه بوصفه قضاء إنشائي لا مجرد قضاء تطبيقي، والتي تقتجيب دائما إلى اعتبارات الملاءمة.

رابعا: إنّ التوافق القاضي الإداري من رقابة المشروعية وحدها إلى رقابة الملاءمة؛ وذلك التقدير الذي يمارسه في إطار ذلك يتبلور في اعتبارات ملاءمة إدارية للقاضي نفسه؛ والتواعد التي يقوم بإنشائها هي قواعد ملاءمة. لذلك ورغم إنكار كثير من الفقه القانوني فإنّه حان الوقت للاعتراف بأن القاضي الإداري ليس مجرد قاض للمشروعية، بل هو في نفس الوقت قاض للملاءمة.

خامسا: إن القاضي الإداري، يصدر قراره عادة بعد مضي زمن طويل، لأنه ليس من عادته سرعة التصرف، وه ذا من الأسباب الهامة، التي دفعت بعض الفقه لإنكار إمكانية القاضي تقدير أوجه ملاءمة القرار الإداري، لبعده عن الظروف المحيطة بإصداره، بخلاف قاضي المظالم الذي كان يتميز بسرعة التصرف، وكذا سرعة تنفيذ أحكامه الصادرة ضد الإدارة.

إن سبب تفوق القضاء الإسلامي، هو تفوق أصوله الثابتة، وهذا للأسف الأمر الذي يفتقر إليه القضاء الحديث. لذلك فمن الأهمية أن تُوجه دعوة للقضاء الجزائري خاصة، —بوصف الشريعة الإسلامية مصدرا هاما للقضاء—، للرجوع إلى أصول النظام الإسلامي في القضاء ومحاولة الاستفادة منها، بما يتلاءم والواقع المعاصر.

سادسا: إن رقابة الخطأ الظاهر التي يمارسها القاضي الإداري للتحقق من معقولية تقدير الإدارة؛ وإن كانت تبدو سهلة للوهلة الأولى، إلا أنها عملية في غاية الصعوبة والدقة، إذ تتطلب ثقافة علمية عالية، لتحديد فيما إذا كان تكييف الإدارة للوقائع مشوبا بخطأ ظاهر في التقدير أم لا. لذلك يتعين أن يكون القاضي يتمتع بالكفاءة والخبرة الكافية التي تؤهله لذلك.

سابع: لقد اصطلح اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، على تسمية "تقنية الخطأ الواضح في التقدير" أيضا بـ"الرقابة الضيقة"؛ ومع اتفاق أغلب الفقه القانوني على استعمالهما بنفس المعنى، إلا أن هنالك حد دقيق جدا بينهما. فالحقيقة أنه قد يمارس القاضي رقابة ضيقة على خطأ فادح في التقدير، دون أن يكون هذا الأخير ظاهرا، وإظهار هذا الخطأ يعتمد على فطنة القاضي، وبمعنى آخر العيوب الفادحة أو الجسيمة ليست دائما عيوب ظاهرة، لذلك من الأهمية أن يفرق الفقه والقضاء بين المصطلحين لتفادي الخلط بينهما.

ثامنا: رغم اعتبار نظرية الموازنة من أهم الأدوات التي اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي في الفترة المعاصرة، لتعزيز رقابته على الملاءمة خاصة في مجال نزع الملكية، إلا أن القاضي الإداري الجزائري لم يلجأ إليها، إلا في حالات ضيقة جدا، وبما يتناسب مع الحقوق والحريات العامة. فللقاضي الإداري الجزائري، يفضل القرب من مراقبة محتوى المشروع العام، أي مدى ملاءمته للصالح العام، تاركا للإدارة كل الحرية في ذلك، مكتفيا بالحكم بتعويض المتضررين من المشروع. ورغم أنه تراجع عن هذا الاتجاه في السنوات الأخيرة إلا أن تدخله ما يزال مترددا ومحتشما، وتحت إطار فحص صحة الوقائع، ومطابقة القرار الإداري مع القانون، دون أن يعترف بممارسة رقابته على محتوى المشروع أو ملاءمته. ولعل الأسباب التي أدت إلى امتناع القاضي الإداري الجزائري عن الخوض في غمار الموازنة هي:

- تخوف وعدم تخصصه.

- صعوبة إجراء الموازنة مع نقص الكفاءة والآليات المتاحة للقاضي.

- قلق القضايا المعروضة على القاضي في هذا المجال، لتخوف الأفراد من اللجوء إلى القضاء، والدخول في مواجهة مع الإدارة، وهذا بسبب وجود جدار الرهبة من الإدارة، وقلة وعي الأفراد بأن لهم حقوقا وأن القضاء ملزم بحمايتهم.

وعليه، فإن القاضي الجزائري، برغم التطورات التي شهدتها في توسيع عمله من قضاء المشروعية إلى قضاء الملاءمة، إلا أنه ما يزال يحتاج في الحقيقة إلى الجرأة والاقتحام في مجال رقابة الملاءمة. لذلك، من الضروري العمل على تفعيل آليات الرقابة المتاحة للقاضي الإداري الجزائري في هذا مجال، حمايةً للحقوق والحريات العامة.

تاسعا: إنّ النتيجة المتوصل إليها مما سبق، أنّه من الخطأ القول بأن قضاء الملاءمة يعد ضماناً للحقوق والحريات العامة، ما لم يزل جدار الرهبة القائم بين الأفراد وسلطة الإدارة، ويتوافر الوعي الكافي لدى الأفراد بأن لهم حقوقاً وأنه يمكن للقضاء حمايتها.

قائمة المصادر و المراجع

أولاً: الكتب باللغة العربية:

1- كتب الشريعة:

أ- المصادر:

1 القرآن الكريم

2 ابن الأثير الجوزي، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق الشيخ علي محمد معوض و الشيخ

عادل أحمد عبد الموجود، دون ذكر طبعة، دار الكتب العلمية بيروت ج2- ج5.

3 ابن الأثير الجوزي، الكامل في التاريخ، راجعه و صححه د. محمد يوسف الدقاق، ط 3

1418هـ / 1998م دار الكتب العلمية بيروت ج4.

4 ابن الأثير الجوزي، الكامل في التاريخ، ط 1 سنة 1407 هـ / 1987م ، دون ذكر دار

نشر، ج2.

5 ابن حجر العسقلاني ، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق علي محمد البجاوي، ط 1

1412هـ / 1992م دار الجيل بيروت المجلد الثاني.

6 ابن خلدون عبد الرحمن بن محمد ، المقدمة، ط 7، 1989، دار القلم ، بيروت.

7 ابن سعد محمد بن سعد بن منيع البصري الزهري ، الطبقات الكبرى ، ط 1 سنة

1414 هـ / 1994م، دار الفكر للطباعة والنشر، ج3.

8 ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني، دون ذكر طبعة، دار

الكتاب العربي بيروت ج2- ج10.

9 ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محي الدين عبد الحميد ، ط سنة

1407هـ / 1987م، المكتبة العصرية، بيروت ج4.

10) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق أيمن عرفة، دون ذكر طبعة، المكتبة التوفيقية.

11) أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم، ط 1، 419هـ /1998م ، دار المغني المملكة العربية السعودية، دار ابن حزم بيروت.

12) أبو الحسن الماوردي، الأحكام السلطانية، ط 3 سنة 1393هـ/1973م، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر.

13) أبو الفداء الحافظ ابن كثير ، البداية والنهاية، ط 1 1421هـ/2001م، دار الكتب العلمية، الجزء 6.

14) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، ط سنة 1992 دار الهدى عين مليلة ج2.

15) أبو عبيد القاسم بن سلام، كتاب الأموال، تحقيق محمد خليل هراس، ط 1 1406هـ/1986م دار الكتب العلمية بيروت.

16) أبو يوسف القاضي، الخراج، دون ذكر طبعة، دار المعرفة، بيروت.

17) بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، إشراف ومراجعة صدقي جميل العطار، ط 1 1418هـ / 1998م دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت ج6.

18) البلاذري أبو الحسن، وقيل أبو بكر، أحمد بن يحيى بن جابر بن داود ، فتوح البلدان، تحقيق عبد الله أنيس الطباع وعمر أنيس الطباع ط سنة 1407هـ/1987م، مؤسسة المعارف بيروت.

19) تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى ، جمع و ترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصي النجدي الحنبلي، ط سنة 1412هـ / 1991م عالم الكتب الرياض المملكة العربية السعودية ج20.

20) تقي الدين أحمد بن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، تقديم عبد السميع حباري ط سنة 1990، دون ذكر دار نشر.

21) تقي الدين الحصني ، كتاب القواعد، تحقيق عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، ط 1418هـ / 1997م مكتبة ابن رشد شركة الرياض ج1.

22) جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط1، 1419هـ / 1998م دار الكتب العلمية بيروت ج1.

23) جلال الدين عبد الرحمان السيوطي ، تاريخ الخلفاء، ط 1 2003م، دار بن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

24) جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، تاريخ الخلفاء، ط سنة 1411 هـ / 19914 م، دار القلم العربي، حلب.

25) الحافظ جمال الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن الجوزي، سيرة ومناقب عمر بن عبد العزيز الخليفة الزاهد، ضبطه وشرحه وعلق عليه الأستاذ نعيم زرزور، ط 1 سنة 1984 دار الكتب العلمية لبنان.

26) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم ، الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ط 1417هـ / 1996م، الناشر مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة الرياض ج1.

27) زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ط 1 1418 / 1998م دار الكتب العلمية لبنان ج5.

28) سيّد بن حسين العفاني، ترطيب الأفواه بذكر من يظلمهم الله، قدم له الشيخ أبو بكر جابر الجزائري والشيخ محمد صفوت نور الدين والشيخ أبو إسحاق الحويني والشيخ أحمد فريد والشيخ محمد حسان والشيخ محمد القاضي، دون ذكر دار نشر، مكتبة معاذ بن جبل.

29) الشاطبي، أبو اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد، الإعتصام، دون ذكر طبعة، دار شريفة الجزائر ج2.

30 الشاطبي، أبو اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد، الموافقات ط 1 1417هـ/1997م، دار ابن عفان المملكة العربية السعودية، ج 5.

31 الشاطبي، أبو اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد، الموافقات في أصول الشريعة ، تحقيق عبد الله دراز دار الكتب العلمية، دون ذكر طبعة، بيروت ج 2.

32 عبد الله بن عبد الحكم، رواية إبنه أبي عبد الله محمد، سيرة عمر بن عبد العزيز على ما رواه الإمام مالك بن أنس وأصحابه، نسخها وصححها وعلق عليها أحمد عبيد، ط 2، 1954م، مكتبة وهبة دمشق.

33 عبد الملك بن عبد الله الجويني ، غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق عبد العظيم الديب، ط 2 1401هـ، مكتبة إمام الحرمين.

34 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دون ذكر طبعة، دار الكتب العلمية بيروت، ج 1.

35 القرافي، شهاب الدين، الفروق ط 1 1418هـ/ 1998م دار الكتب العلمية بيروت ج 2- ج 3.

36 القرافي، شهاب الدين ، الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام ، ط سنة 1401هـ، مطبعة الأنوار.

37 المبار كفوري، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي، دون ذكر دار نشر، دار الكتب العلمية بيروت ج 7.

38 محمد أبو بكر الرازي ، مختار الصحاح، تحقيق مصطفى البغا، ط 4 1990، دار الهدى، عين مليلة.

39 محمد الخضري بك، إتمام الوفاء في سيرة الخلفاء، تحقيق عبد المنعم العاني ط 1 1403هـ/ 1983م دار الكتب العلمية بيروت.

40) محمد بن جرير الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ط 3 ، 1413 هـ / 1992 م، بيروت،
المجلد 4.

41) محمد بن جرير الطبري، تاريخ الأمم والملوك ، ط 1 1422هـ/2001م دار الكتب
العلمية بيروت ج4

42) محمد بن جرير الطبري، تاريخ الرسل والملوك، ط2 1988 دار الكتب العلمية بيروت ج6

43) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد
الأخبار، دون ذكر دار نشر، دار الجيل بيروت ج3.

44) معمد حميد الله ، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، ط 5 سنة
1405هـ- 1985م، دار النفائس بيروت.

45) نجم الدين الطوفي ، رسالة في رعاية المصلحة، تحقيق أحمد عبد الرحيم السايح ، ط 1
1413هـ/ 1993م الدار المصرية اللبنانية.

ب- المراجع:

1) إبراهيم بن يحيى خليفة ، السياسة الشرعية، تحقيق فؤاد عبد المنعم، دون ذكر طبعة،
مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية.

2) أبو محمد عصام بن مرعي، الصحيح المنتقى من فضل الصحابة والخلفاء الراشدين الأربعة،
ط 1 1417هـ/1996م، الناشر دار أهل السنة.

3) أحمد البدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، ط 1 1421هـ/ 2000 م، دار النفائس
للنشر والتوزيع الأردن.

4) أحمد الحصري، الدولة وسياسة الحكم في الفقه الإسلامي، ط سنة 1408هـ/ 1988م،
مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة، ج2.

- 5) أحمد الحصري، نظرية ومصادر التشريع في أصول الفقه الإسلامي ط 1 سنة 1407هـ / 1986م، دار الفكر العربي، بيروت
- 6) أحمد الريسوني، مدخل إلى مقاصد الشريعة، ط 1 1996، المكتبة السلفية.
- 7) أحمد أمين، فجر الإسلام، تقديم عبد المجيد البصير، ط سنة 1989، دون ذكر دار نشر.
- 8) أحمد عبد العظيم محمد ، أصول الفكر الإداري في الإسلام ، ط 1 1414هـ / 1994م، مكتبة وهبة، القاهرة.
- 9) إسماعيل الحسيني، نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، ط 1 1416هـ / 1995م المعهد العالمي للفكر الإسلامي.
- 10) أكرم ضياء العمري، عصر الخلافة الراشدة، ط 2، 1419هـ / 1998م، مكتبة العبيكان، الرياض.
- 11) برهان الدين ابن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط 1 سنة 1416هـ / 1995م بيروت.
- 12) جمال الدين عطية ، نحو تفعيل مقاصد الشريعة ، ط 2001 دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق.
- 13) حمد محمد الصمد ، نظام الحكم في عهد الخلفاء الراشدين، ط 1 1411هـ / 1994م المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت.
- 14) سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، ط 2 1393 هـ / 1973م، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- 15) سلام مذكور، الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ط سنة 1996 دار النهضة.
- 16) الشريف حسن محمد القناوي، إدارة الفاروق عمر رضي الله عنه، إشراف د . بشير محمد عثمان، ط 1 1401هـ، إدارة مطبوعات مكة المكرمة.
- 17) الشيخ محمد بن صالح العثيمين ، مختصر شرح منظومة ابن عثيمين في القواعد الفقهية وأصوله، إعداد بعض طلبة الشيخ، دون ذكر طبعة، دون ذكر دار نشر.

- 18) **صبحي صالح**، النظم الإسلامية نشأتها و تطورها ط8 1990، دار العلم للملايين.
- 19) **صبحي عبده سعيد**، شرعية السلطة والنظام في حكم الإسلام، دراسة مقارنة، ط سنة 1999، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 20) **صبحي محمصاني**، تراث الخلفاء الراشدين في الفقه والقضاء ط سنة 1984، دار العلم للملايين لبنان.
- 21) **صلاح الدين بسيوني رسلان**، الفكر السياسي عند الماوردي ط سنة 1985، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة.
- 22) **الطاهر بن عاشور**، مقاصد الشريعة الإسلامية، دون ذكر طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.
- 23) **عباس محمود العقاد**، عبقرية عمر، ط سنة 1410هـ/1989م مكتبة رحاب، الجزائر.
- 24) **عبد القادر عودة**، الإسلام وأوضاعنا السياسية، ط سنة 1981م، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت.
- 25) **عبد الله محمد القاضي** ، السياسة الشرعية مصدر للتقنين بين النظرية والتطبيق، ط 1 1410هـ/1989م.
- 26) **عبد المتعال الصعيدي**، القضايا الكبرى في الإسلام، دون ذكر طبعة، دار شريفة للنشر والتوزيع، الجزائر
- 27) **عبد الوهاب خلاف**، السياسة الشرعية ط 1397هـ/1977م ، دار الأنصار القاهرة.
- 28) **عبد الوهاب خلاف** ، مصادر التشريع فيما لا نص فيه ط 5 سنة 1402هـ/ 1982م دار القلم الكويت.
- 29) **عشيراتي سليمان** ، السياسة وإشكال الشرعية في الإسلام، دون ذكر طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية وهران.
- 30) **علي جريشة**، المشروعية الإسلامية العليا، ط سنة 1986 المنصورة.

31) عماد الدين خليل ، حول القيادة والسلطة في التاريخ الإسلامي، ط 1405 هـ / 1985م، مكتبة النور، القاهرة.

32) عمار طالبي، ابن باديس حياته وآثاره، ط2 1983، دار المغرب الإسلامي، لبنان.

33) محمد أبو صوفة، ومضات من حياة الصحابة، دون ذكر طبعة، دار الشهاب، باتنة الجزائر.

34) محمد أسد، منهاج الإسلام في الحكم، ترجمة منصور محمد ماضي ، ط 3 1967، دار العلم للملايين بيروت.

35) محمد جلال أبو الفتوح وعبد المعطي محمد ، الفكر السياسي في الإسلام شخصيات ومذاهب، ط سنة 1996، دار المعرفة الجامعية.

36) محمد حسين هيكل، الفاروق عمر، ط8، دون ذكر تاريخ طبع، دار المعارف القاهرة ج1.

37) محمد حسين هيكل، حياة محمد صلى الله عليه وسلم، دون ذكر طبعة، ودون ذكر دار نشر.

38) محمد سعيد العشماوي، الإسلام السياسي، ط سنة 1990، دون ذكر دار نشر.

39) محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلاميين، ط2، 1996، دار الكتاب الحديث، القاهرة.

40) محمد سليم العوا، النظام السياسي للدولة الإسلامية، ط سنة 1989، دار الشروق، القاهرة.

41) محمد عبد القادر أبو فارس ، القضاء في الإسلام، ط 4 سنة 1995، دار الفرقان للطباعة والنشر والتوزيع، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمّان الأردن.

42) محمد مهنا العلي، الإدارة في الإسلام، ط سنة 1991 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

43) مصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، ط سنة 1981، المكتب المصري الحديث.

44) مصطفى الزرقاء ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، ط 1 1418هـ / 1998م، دار القلم، دمشق، ج1.

45) مصطفى ديب البغا ، أصول التشريع الإسلامي ، ط 2 1420هـ / 1999م، دار العلوم الإنسانية، دمشق.

46) مصطفى كمال وصفي، مصنفه النظم الإسلامية، دون ذكر طبعة، مكتبة وهبة القاهرة.

- 47) مصطفى محمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ط 10 1387هـ / 1968م، مطبعة طرين دمشق ج2.
- 48) منير العجلاني، عبقرية الإسلام في أصول الحكم، ط سنة 1985 دار النفائس، بيروت.
- 49) ناجي إبراهيم السويد، فقه الموازنات بين النظرية والتطبيق، ط 1 1423هـ / 2002م، دار الكتب العلمية بيروت.
- 50) نادية محمود مصطفى، العلاقات الدولية في الإسلام وقت الحرب، ط 1 سنة 1996م، المعهد العالمي للفكر القاهرة.
- 51) نعمان جعيم، طرق الكشف عن مقاصد الشارع ، ط 1 1422هـ / 2002م، دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن.
- 52) نعماني المكي، الخلافة بين الأصالة والحداثة، ط سنة 1997، مطبعة دحلب الجزائر.
- 53) وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ط 1 1986 دار الفكر المعاصر بيروت ج2.
- 54) يوسف القرضاوي ، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، ط 1 1419هـ / 1998م، مكتبة وهبة القاهرة.

2- كتب القانون:

أ- المراجع العامة

- 1) إبراهيم عبد العزيز شيحا ، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري ط سنة 1999، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.
- 2) أبو راس الشافعي، القضاء الإداري، دون ذكر طبعة، عالم الكتب، القاهرة.
- 3) أحمد محيو، المنازعات الإدارية ط سنة 1992 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ترجمة فائز أنبق ويوض خالد.

4) إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط سنة 1992، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر.

5) براهيم سهايم، التصريح بالمنفعة العمومية في نزع الملكية - دراسة مقارنة- ط سنة 2012، دار الهدى عين مليلة الجزائر.

6) جريفت، نظرية الإدارة، ترجمة محمد منير مرسي و عرت عبد الموجود و سعد حماد، دون ذكر طبعة، عالم الكتب، القاهرة.

7) حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية، ط سنة 1988، عالم الكتب القاهرة.

8) حسين مصطفى حسين، القضاء الإداري، ط 1993، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

9) حمدي القبيلات، الوجيز في القضاء الإداري، ط 1 سنة 2011، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن.

10) حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، طبعة سنة 1987، دار الفكر العربي، مصر.

11) راغب جبريل خميس راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، ط سنة 2009، الناشر المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية.

12) رامز محمد عمار، نعمت عبد الله مكّي، حقوق الإنسان والحريات العامة، ط 1 سنة 2010، دون ذكر دار نشر.

13) سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، ط سنة 1996 دار الكتاب الحديث، الإسكندرية.

14) سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دون ذكر طبعة، منشأة المعارف الإسكندرية.

15) سعاد الشراوي، نسبية الحريات وانعكاساتها على التنظيم القانوني، ط سنة 1979 دار النهضة العربية، القاهرة.

- 16) سعد عصفور ومحسن خليل ، القضاء الإداري ، دون ذكر طبعة، منشأة المعارف الإسكندرية.
- 17) سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، دون ذكر طبعة، مطبعة جامعة عين شمس.
- 18) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (دعوى الإلغاء) ط7 1996، دار الفكر العربي، مدينة نصر ج 1.
- 19) سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط 6 سنة 1991، مطبعة جامعة عين شمس.
- 20) سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، ط سنة 1979، دار الفكر العربي.
- 21) سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، ، الطبعة الخامسة، سنة 1985م، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 22) طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، ط3 سنة 1976م، دون ذكر دار نشر.
- 23) عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري ط2 سنة 1987، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.
- 24) عبد العزيز الجوهري، الوظيفة العامة، دون ذكر طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 25) عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ، ط سنة 2001 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.
- 26) عبد الغني بسيوي عبد الله، القضاء الإداري، ط سنة 1996 منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 27) عبد الغني بسيوي، القانون الإداري، ط سنة 1991 منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 28) عبد الغني بسيوي عبد الله، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة ، طبعة سنة 1982، منشأة المعارف بالإسكندرية.

29) عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ط سنة 1396هـ/1976م، المطبعة الجديدة، دمشق.

30) عصمت عدلي، بهاء الدين ابراهيم، طارق إبراهيم الدسوقي، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، ط سنة 2008، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر.

31) عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، بين نظام الوحدة والازدواجية 1962-2000، ط1، دون تاريخ طبع، دار الريحانة.

32) عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، ط1 سنة 1996 مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

33) عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ط سنة 1995، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج 2

34) عوابدي عمار، دروس في القانون الإداري ط3 سنة 1990، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

35) فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق-، ط سنة 2000، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر.

36) فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، ط 1 2011-2012، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان.

37) حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ط سنة 2002، دار هومة الجزائر، ج1.

38) حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ط سنة 2004، دار هومة الجزائر، ج2.

39) حسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، ط 4 سنة 2009، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر.

40) حسين بن شيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ط سنة 2001 دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر.

- 41) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري ط سنة 1996م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- 42) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ط سنة 2000 ، منشأة المعارف الإسكندرية.
- 43) محسن العبودي، الإدارة العامة ، ط سنة 1998، دار النهضة العربية.
- 44) محسن خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، ط سنة 1990، منشأة المعارف الإسكندرية
- 45) محفوظ لعشب ، التجربة الدستورية في الجزائر، ط سنة 2001، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر.
- 46) محمد الصغير بعلي، القانون الإداري (التنظيم الإداري)، ط سنة 1999، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة.
- 47) محمد الصغير بعلي ، القضاء الإداري (دعوى الإلغاء)، ط سنة 2007 دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر.
- 48) محمد أنس قاسم جعفر ، الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دون ذكر طبعة، دار النهضة العربية القاهرة.
- 49) معبد حسنين عبد العال ، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، ط سنة 1971، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 50) محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دون ذكر طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية
- 51) محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، طبعة سنة 1996 دار الطباعة الحديثة، ج2.
- 52) محمود حافظ، القضاء الإداري ط1 سنة 1987، مطبعة الجامعة الأردنية عمان.
- 53) محمود عاطف البنا، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة ط1 1970، دون ذكر دار نشر.
- 54) مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري، ط 4 سنة 1979، دون ذكر دار نشر.

ب- المراجع المتخصصة:

- 55) سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، ط سنة 1992، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 56) صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، ط 1 سنة 2007 دار الفكر الجامعي الإسكندرية.
- 57) عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ط سنة 1971، الناشر دار النهضة العربية القاهرة.
- 58) علي خطار شطرنوي، موسوعة القضاء الإداري، ط 1 سنة 2008، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، ج2.
- 59) حسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، ط سنة 2013، دار الهدى عين مليلة، الجزائر.

3- الكتب المقارنة بين الشريعة والقانون:

- 1) إحسان عبد المنعم عبد الهادي سمارة، الإدارة والقضاء الإداري في الإسلام، ط 1 2000، دار يافا العلمية، عمان الأردن.
- 2) إسماعيل إبراهيم البدوي، دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة (الحقوق والحريات العامة) ط 1 1414هـ/1994م. دار النهضة العربية القاهرة.
- 3) حازم عبد المتعال الصعيدي، النظرية الإسلامية في الدولة مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث، ط سنة 1406هـ/1986م دار النهضة العربية القاهرة.
- 4) حلمي الدقوقي، رقابة القضاء على المشروعات الداخلية لأعمال الضبط الإداري-دراسة مقارنة، فرنسا ومصر ومبادئ الشريعة الإسلامية- ط سنة 1989، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

- 5) رمضان محمد بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، دون ذكر طبعة، دار النهضة العربية القاهرة.
- 6) سعيد عبد المنعم الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة ط2 1987، دار الفكر العربي القاهرة.
- 7) سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، ط6 1416هـ/1996م، دار الفكر العربي. مدينة نصر.
- 8) سليمان محمد الطماوي، عمر بن الخطاب و أصول السياسة و الإدارة الحديثة ، ط1 سنة 1969، دار الفكر العربي.
- 9) السيد أحمد فرج، السلطة الإدارية والسياسة الشرعية في الدولة الإسلامية، ط1 1414هـ/1993م دار الوفاء المنصورة.
- 10) عبد الجليل محمد علي ، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، ط1 1984، عالم الكتب القاهرة.
- 11) علي علي منصور ، نظم الحكم والإدارة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط2 1391هـ/1971م دار الفتح بيروت.
- 12) عليان بوزيان ، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، ط سنة 2009، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة.
- 13) فؤاد عبد المنعم أحمد ، مبادئ الإدارة العامة والنظام الإداري في الإسلام، ط سرق 1411هـ/1991م ، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية.
- 14) فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ط3 سنة 1984، مؤسسة الرسالة، بيروت
- 15) منير البياني، الدولة القانونية في النظام السياسي الإسلامي، ط1 سنة 1979م، الدار العربية للطباعة، بغداد.

4 - الرسائل الجامعية والأطروحات

- 1) بلفتحى عبد الهادي، المركز القانوني للوإلى فى النظام الإءارى الجزائرى، مذكرة ماجستير فى القانون العام، فرع المؤسسات السىاسىة والإءارىة، كلية الحقوق جامعة قسنطىنة، 2010-2011.
- 2) حبشى لزرقة، أءر سلطة التشرىع على الحرىات العامة وضمائناها، رسالة دكتوراه فى القانون العام، السنة الجامعىة 2012-2013، جامعة تلمسان.
- 3) جازىة صاش، قواعد الإءاصاص القضاىى فى الدعوى الإءارىة فى النظام القضاىى الجزائرى، رسالة ماجستير فى الإءارة والمالىة العامة، معهد العلوم القانونىة والإءارىة، جامعة الجزائر، 1994.
- 4) سلىمانى السعىد، دور القاضى الإءارى فى حمایة الحقوق والحرىات العامة، رسالة ماجستير فى القانون الدولى لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة مولود معمرى تىزى وزو، سنة 2003-2004.
- 5) علىان بوزىان، أءر حفظ النظام العام على ممارسة الحرىات العامة، دراسة مقارنة بىن الشرىعة الإسلامىة والقانون الجزائرى، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانىة و الحضارة الإسلامىة، جامعة وهران، 2006-2007.
- 6) محمد أحمد فءح الباب السىد، سلطات الضبط الإءارى فى مجال ممارسة حرىة الاجتماعات العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه فى الحقوق، جامعة عىن شمس، مصر، سنة 1993.
- 7) محمد عصفور، وقایة النظام الاجتماعى باعتبارها قىدا على الحرىات العامة، أطروحة دكتوراه فى الحقوق، جامعة القاهرة، 1961.
- 8) منىب محمد رىبع، ضمانات الحرىة فى مواجهاة سلطات الضبط الإءارى، رسالة دكتوراه، جامعة عىن شمس، 1981.

5- المقالات:

- 1) باسم صبحي بشناق، الفصل بين السلطات في النظام السياسي الإسلامي - دراسة تحليلية في ضوء نظرية الفصل بين السلطات في القانون الوضعي - مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الحادي والعشرون، العدد 1 سنة 2013.
- 2) بودالي محمد ، القضاء الإداري والحريات العامة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، الجزائر، العدد 4 سنة 2008
- 3) رشيد خلوفي، القضاء الإداري خلال الفترة الإستعمارية الفرنسية 1830-1962، مجلة الإدارة العدد 1999/02.
- 4) رياض عيسى، دعوى الإلغاء في الجزائر (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق السنة 13 العدد 4/1989
- 5) زكي الدين شعبان، مرونة الفقه الإسلامي وإبطال دعوى جموده. مجلة الحقوق، السنة 6، العدد 1982/2، ط 2 1994.
- 6) عبد العالي حاجة ، آمال يعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحله في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني ، الصادرة عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، ع5.
- 7) العربي زروق ، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة، ومدى تأثير القضاء الجزائري بها ، مجلة مجلس الدولة، منشورات الساحل، الجزائر، العدد 8 ، السنة 2006 .
- 8) عوابدي عمار، الجوانب القانونية لفكرة البوليس الإداري "المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية والسياسية" العدد 4/1987.
- 9) فريدة أبركان، (رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة)، مجلة مجلس الدولة، العدد 01 سنة 2002.

10) محمد تقيّة، "مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية" ملتقى قضاة الغرف الإدارية، عدد خاص، الصادر عن وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 1992.

11) محمود سعد الدين الشريف ، فلسفة العلاقة بين الضبط الإداري والحريات العامة، مجلة مجلس الدولة المصري، القاهرة 1969.

12) مصلح الصرايرة، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 العدد الأول 2009.

13) نذير محمد أوهاب ، السلطة التقديرية مفهومها وتأصيلها، دراسة مقارنة، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، السنة 13 العدد 25 محرم 1419هـ - دار أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية والتدريب، الرياض المملكة العربية السعودية.

6- النصوص الرسمية:

أ- القوانين:

- 1 - الدستور الجزائري المؤرخ في 10/09/1963. الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 1963/64
- 2 - دستور الجزائر، المؤرخ في 28/02/1989، الموافق عليه في استفتاء 23/2/1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 1989/09.
- 3 - الدستور الجزائري الصادر في 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 76 المؤرخة في 28/12/1996.
- 4 - قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رقم 08 - 09، المؤرخ في 25 فبراير 2008. الجريدة الرسمية رقم 21/2008.

- 5 - القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن الأملاك الوطنية .
الجريدة الرسمية، رقم 1990/52.
- 6 - القانون رقم 90-08 المؤرخ في 07 أبريل 1990 المتعلق بالبلدية. الجريدة
الوسمية، رقم 1990/15.
- 7 - القانون رقم 90-09، المؤرخ في 07 أبريل 1990، المتعلق بالولاية ،
الجريدة الرسمية رقم 1990/15.
- 8 - القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27/04/1991، الذي يحدد القواعد المتعلقة
بتزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية، رقم 1991/21.
- 9 - القانون رقم 85-05، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في
16/02/1985 المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية رقم 1985/8.
- 10 - القانون رقم 90-31 ، المتعلق بالجمعيات، المؤرخ في 04-12-1990، الجريدة
الرسمية رقم 1990/53.
- 11 - القانون رقم 08-11 ، المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم
فيها، المؤرخ في 25 يونيو 2008 الجريدة الرسمية رقم 2008/36.

ب- الأوامر:

- 1) الأمر رقم 63/218 المؤرخ في 18/06/1963 المتضمن إنشاء المجلس الأعلى للقضاء .
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة بتاريخ 1963/06/28.
- 2) الأمر رقم 76-97 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية
الجزائرية، الجريدة الرسمية رقم 1976/94.
- 3) المرسوم الرئاسي رقم 92/44، المؤرخ في 09/02/1992 المتضمن تقرير حالة
الطوارئ. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 10 الصادرة في 09 فبراير 1992.

4) المرسوم الرئاسي رقم 99-240، المؤرخ في 27/10/1999، الذي يحدّد التعيين في الوظائف المدنية والعسكرية، الجريدة الرسمية العدد 76 المؤرخة في 31/10/1999.

ج- النصوص التنظيمية:

1) المرسوم التنفيذي رقم 212/97 المؤرخ في 09/06/1997، المتضمن إنشاء ديوان وطني لمكافحة المخدرات وإدماها. ج ر، رقم 1997/41.

2) المرسوم التنفيذي رقم 97-217 المؤرخ في 09/06/1997، الذي يتضمن حلّ مركز البحث لإعطاء المحروقات ومشتقاتها قيمتها اللائقة بها، وتحويل أملاكه وحقوقه والتزاماته ومستخدميه، إلى المعهد الجزائري للبتروكيميا والغاز والبتروكيميا و المواد البلاستيكية والمحركات. الجريدة الرسمية، رقم 1997/41.

3) المرسوم التنفيذي رقم 213/97، المؤرخ في 09/06/1997 الذي المتضمن تجديد رخصة البحث عن المحروقات الممنوحة للمؤسسة الوطنية سوناطراك. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 1997/41.

4) المرسوم رقم 90 /230، المؤرخ في 25 جويلية 1990 الذي يحدد أحكام القانون الأساسي الخاص بالمناصب والوظائف العليا في الإدارة المحلية. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 31 /1990.

5) المرسوم رقم 63-388 المؤرخ في 01/10/1963 الذي أعلن المستثمرات الفلاحية المملوكة للأجانب أملاكاً للدولة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 73-1963.

6) المرسوم التنفيذي رقم 212/97 المؤرخ في 09/06/1997، المتضمن إنشاء ديوان وطني لمكافحة المخدرات وإدماها. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 1997/41.

7) المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18/09/1996 المتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة. ج ر، رقم 1996/55.

8) المرسوم التنفيذي رقم 76-34 المؤرخ في 20/02/1976 المتعلق بالعمارات الخطيرة وغير الصحية والمزرعة. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 1976/21.

7- المجلات القضائية:

1) المجلة القضائية، العدد 1990/1. قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

2) المجلة القضائية العدد 1990/2. قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

3) المجلة القضائية العدد 1990/4. قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

4) المجلة القضائية العدد 1992/ 2. قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

5) المجلة القضائية العدد 1994/3. قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

6) المجلة القضائية العدد 1998/1. قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

7) سلسلة الإجتهاد القضائي الصادرة عن وزارة العدل، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1986.

8) ملتقى قضاة الغرف الإدارية، عدد خاص، صادر عن وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 1992.

9) مجلة مجلس الدولة، العدد 01 / 2002، مطبعة الديوان

10) مجلة مجلس الدولة العدد 02/2002، دار هومة.

- 11) مجلة مجلس الدولة العدد 5/2004
- 12) مجلة مجلس الدولة العدد 9/2009،
- 13) مجلة مجلس الدولة، منشورات الساحل، الجزائر، العدد 8 سنة 2006.
- 14) نشرة القضاة العدد 63/2008، ط سنة 2008، الديوان الوطني للأشغال التربوية.
- 15) حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى فى قضاء مجلس الدولة، ط سنة 2002، دار هومة
الجزائر، الجزء الأول.
- 16) حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى فى قضاء مجلس الدولة، ط سنة 2004، دار هومة،
الجزائر، الجزء الثانى.

8- المعاجم

- 1- محمد مرتضى الحسينى الزبيدى، تاج العروس من جواهر القاموس، دون ذكر طبعة، دار
مكتبة الحياة، بيروت ج5.
- 2- أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط 1412هـ/1992م، دار
صادر بيروت، ج7.

ثانيا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية

I. Ouvrages

- 1) **A. de Laubadère et Y. Gaudemet**, Traité de droit administratif, 16^{ème} éd 2002, L. G. D. J, Delta, Tome (1) (Droit administratif général).
- 2) **A. de Laubadère, J. Venezia, Y. Gaudemet**, traité de droit administratif général (organisation et action de l'administration, la juridiction administrative), 15^{ème} édition, 1999, L. G. D. J Paris.
- 3) **A. de Laubadère**, Traité de droit administratif, L.G.D.J, 1992, tome 1.

- 2) **Hauriou**, Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, Mélange Carrée de Malberg, 1933 Paris
- 3) **Bertrand Seiller**, droit administratif 2, l'action administrative 3^{éd}, champs université Flammarion 2010, p 242.
- 4) **Christophe guettier**, droit administratif, 2^{ème} éd 2000, Montchrestien E. J. A, paris.
- 5) **E.S Laso**, Traité de droit administratif, traduit par Simone Aicardi 1964.
- 6) **G .Vedel**, Droit administratif, 14^{ème} éd 1968, Augmenté presses Universitaires de France, Paris.
- 7) **G. Vlach**, principes généraux du droit administratif, Ellipses Paris.
- 8) **G. Braibant, B. Stirn**, le droit administratif français, 6^{ème} éd, 2002, presses de science po et Dalloz, p280.
- 9) **G. Dupuis, M. José Guédon, P. Chrétien**, droit administratif, 12^{ème} éd, 2011, Dalloz, p 669.
- 10) **G. Peiser**, Droit administratif (Contentieux administratif), 14^{ème} édition, 1989, Mémentos, Dalloz, paris.
- 11) **G. Vedel et P. Delvolvé**, droit administratif, presses universitaires de France, tome1.
- 12) **Guy Braibant**, le contrôle de l'administration et la protection des citoyens, édition 1973, CUJAS, Paris.
- 13) **J. Auby et R. Drago**, traité de contentieux administratif, éd 1984, . L. G. D. J, paris.
- 14) **J. G. Venezia**, le pouvoir discrétionnaire, éd 1958, L. G. D. J. paris.
- 15) **J. Morand- Deviller**, cours de droit administratif, 7 éd 2001, Montchrestien, E. J. A.
- 16) **J. Rivero**, les libertés publiques, tome1 (droits de l'homme), 1991, P.U.F, Paris.
- 17) **J. Waline**, droit administratif 23 édition 2010, Dalloz. Paris.
- 18) **Jean Morange**, droit de l'homme et libertés publiques 2^{ème} édit 1995, P. U. F, Paris.
- 19) **L. Michoud**, Etudes sur le pouvoir discrétionnaire de L'administration. Annales de L'université de Grenoble, 1913.

- 20) **Louis Favoreu**, la notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés. Recueil Dalloz, n22/ 2001.
- 21) **M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois**, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13 éd 2001, Dalloz, Paris. Et 14 éd 2003, Dalloz Paris.
- 22) **Manuel Gros**, droit administratif. L'angle jurisprudentiel, 3^{ème} édit 2011, L'Harmattan Paris.
- 23) **Marcel Waline**, Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, E.D.C.E, 1956.
- 24) **Marcel Waline**, le pouvoir discrétionnaire de l'administration et Sa limitation par le contrôle juridictionnel, R. D. P. 1930.
- 25) **Marie- Christine Rouault**, droit administratif, 7^{ème} édition, Gualino Lextenso éditions, L. G. D. j – Montchrestien. Paris.
- 26) **Marie- christine Rouault**, la loi du 30 juin 2000: un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif", Dalloz, 2001.
- 27) **Martine lombard et Gilles Dumont**, droit administratif, 8^{ème} éd.
- 28) **Max Gounelle**, introduction au droit public, 2^{ème} édition 1989, édition Montchrestien, Paris.
- 29) **P. Gonod et F. Melleray et P. Yolka**, traité de droit administratif, éd 2011, Dalloz, paris, tome1.
- 30) **Philippe Foillard**, droit administratif, édition 2012, Paradigme Orléans.
- 31) **R. Bonnard**, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, R. D. P. 1923.
- 32) **R. Chapus**, droit administratif général, 15^{ème} édit édition Montchrestien E. J. A, (tome1).
- 33) **R. Chapus**, Droit administratif général, 9^{ème} éd 1995, delta Montchrestien, Tome (1).
- 34) **Rivéro**, Droit administratif, 7^{ème} édition, 1975, Dalloz Paris.
- 35) **Yves Gaudemet**, Traité de droit administratif, tome1 (droit administratif général), 16^{ème} éd, 2011, librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris.

II. Articles :

1) **Daniel Labetouile**, le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique, colloque du 5 mars 1977

2) **Jean Kahn**, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, colloque du 5 mars 1977, édition, Cujas, Paris.

3) **Louis Favoreu**, la notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés. Recueil Dalloz, n22/ 2001, p1739

III. Revus judiciaires

1-Recueils d'arrêts de la jurisprudence administrative, 1979, office publications universitaire, Alger.

IV. Sites d'internet :

1- khalifasalem.wordpress.com

2- islamstory.com

3- 4www.manaratweb.com

	الفهرس
	شكر وتقدير
	إهداء
	قائمة المختصرات
01	المقدمة
09	الباب الأول: القاضي الإداري بين امتياز سلطة تقدير الملاءمة الإدارية ومحافظة على الحقوق والحريات العامة
12	الفصل الأول: القاضي الإداري حامي الحقوق والحريات العامة
14	المبحث الأول: القاضي الإداري هو القاضي الطبيعي على أعمال الإدارة
15	المطلب الأول: القاضي الإداري حامي المشروعية
17	الفرع الأول: القاضي الإداري حامي الحقوق والحريات العامة في النظام الفرنسي
21	الفرع الثاني: القاضي الإداري حامي الحقوق والحريات العامة في النظام الجزائري
33	المطلب الثاني: القاضي الإداري حامي المشروعية في النظام الإسلامي
34	الفرع الأول: قاضي المظالم حامي الحقوق والحريات العامة في النظام الإسلامي
35	أولا: التعريف بقضاء المظالم
37	ثانيا: اختصاصات قاضي المظالم المحصنة للحقوق والحريات العامة
42	الفرع الثاني: التكيف القانوني لقضاء المظالم في النظام الإسلامي
49	المبحث الثاني: إستقلالية القاضي الإداري شرط لفعالية دوره في حماية الحقوق والحريات العامة

49	المطلب الأول: أساس إخضاع نشاط الإدارة لرقابة القاضي الإداري ومبدأ الفصل بين السلطات في النظامين الفرنسي والجزائري
50	الفرع الأول: أساس إستقلالية القضاء الإداري الفرنسي
55	الفرع الثاني: أساس إستقلالية القضاء الإداري الجزائري
56	أولا : إحداث القضاء الإداري في الجزائر
60	ثانيا :الأساس القانوني لاستقلالية القضاء الإداري في الجزائر وحماية الحقوق والحريات العامة
63	المطلب الثاني: أساس إخضاع نشاط الإدارة لرقابة القاضي الإداري ومبدأ الفصل بين السلطات في النظام الإسلامي
64	الفرع الأول: الأساس التاريخي لاستقلالية القضاء الإداري في النظام الإسلامي
65	أولا :مراحل تطور واستقلالية القضاء الإداري في النظام الإسلامي
70	ثانيا :ضمانات استقلالية القضاء الإداري الإسلامي
75	الفرع الثاني: إسهامات القضاء الإداري الإسلامي المجسدة لمبدأ استقلالية القاضي وحماية الحقوق والحريات العامة
79	الفصل الثاني: سلطة تقدير الملاءمة الإدارية والتدخل الامتيازي للقاضي الإداري لتنظيمها
81	المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة
82	المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة
83	الفرع الأول: التعريف بالسلطة التقديرية
84	أولا :تعريف السلطة التقديرية في الفقه القانوني
93	ثانيا :تعريف السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي
100	الفرع الثاني: مبررات السلطة التقديرية للإدارة

100	أولا :مقتضيات النشاط الإداري(الاعتبارات الفنية)
103	ثانيا :قصور النصوص عن الإستيعاب الحرفي للوقائع(الإعتبارات العملية)
107	الفرع الثالث :الاختصاص المقيّد والسلطة التقديرية للإدارة
107	أولا :اختصاص الإدارة المقيّد وعلاقته بالسلطة التقديرية في القانون الإداري
113	ثانيا :الاختصاص الإداري المقيّد وعلاقته بالسلطة التقديرية في النظام الإسلامي
118	المطلب الثاني :الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة
119	الفرع الأول :نظرية تدرج القواعد القانونية
120	أولا :فحوى نظرية تدرج القواعد القانونية
121	ثانيا: موقف القانون الإداري الجزائري والنظام الإسلامي من نظرية تدرج القواعد القانونية
131	الفرع الثاني :نظرية الحقوق الشخصية
131	أولا :فحوى نظرية الحقوق الشخصية
133	ثانيا :موقف القانون الإداري الجزائري والنظام الإسلامي من النظرية
141	الفرع الثالث :نظرية المشروع
141	أولا :فحوى نظرية المشروع
144	ثانيا :موقف القانون الإداري الجزائري والنظام الإسلامي من نظرية المشروع
154	المبحث الثاني :مجالات سلطة تقدير الملاءمة الإدارية والرقابة القضائية عليها
157	المطلب الأول :الرقابة القضائية على تقدير وملاءمة سبب القرار الإداري
160	الفرع الأول :الرقابة القضائية على الأسباب القانونية للقرار الإداري
161	أولا :إصدار القرار الإداري خارج نطاق تطبيق القانون
164	ثانيا : تخلف الأساس القانوني للقرار
169	ثالثا :الخطأ في القانون

171	الفرع الثاني: الرقابة القضائية على تقدير وملاءمة الأسباب الواقعية للقرار الإداري
173	أولا : الرقابة القضائية على صحة قيام الحالة الواقعية التي تدخلت الإدارة على أساسه
180	ثانيا : الرقابة على التكييف القانوني للوقائع
187	ثالثا : الرقابة القضائية على تقدير الإدارة لأهمية الوقائع وملاءمتها
196	المطلب الثاني :مجالات الملاءمة في ركن المحل والرقابة القضائية عليها
198	الفرع الأول : حرية الإدارة في تقدير ملاءمة التدخل أو الامتناع و اختيار زمن التدخل والرقابة القضائية عليها
200	أولا : حرية الإدارة في تقدير ملاءمة التدخل أو الإمتناع ورقابة القاضي الإداري عليها
207	ثانيا : حرية الإدارة في اختيار زمن التدخل ورقابة القاضي الإداري عليها
212	الفرع الثاني : حرية الإدارة في اختيار فحوى قرارها والرقابة القضائية عليها
212	أولا : حرية الإدارة في اختيار فحوى القرار في النظام الجزائي والرقابة القضائية عليها
214	ثانيا : حرية الإدارة في اختيار فحوى قرارها في النظام الإسلامي
216	الباب الثاني :قاضي الملاءمة حامي الحقوق والحريات العامة.
217	الفصل الأول :القاضي الإداري هو قاضي ملاءمة الإجراءات الإدارية
218	المبحث الأول :المجادلات الفقهية
218	المطلب الأول : نظرية الرقابة القضائية البحتة.
219	الفرع الأول :مضمون نظرية الرقابة القضائية البحتة
219	أولا :الإعتبرات النظرية
221	ثانيا :الإعتبرات العملية
223	الفرع الثاني :تقدير نظرية الرقابة القضائية البحتة.
223	أولا :موقف الفقه القانوني.

229	ثانيا :موقف النظام الإسلامي
231	المطلب الثاني :النظرية القائلة بأن القاضي الإداري هو الرئيس الأعلى للإدارة
231	الفرع الأول :مضمون نظرية القاضي الإداري هو الرئيس الأعلى للإدارة
233	الفرع الثاني :تقدير نظرية القاضي الإداري هو الرئيس الأعلى للإدارة
233	أولا :موقف الفقه القانوني
237	ثانيا :موقف النظام الإسلامي
239	المبحث الثاني :الواقع القضائي لقضاء الملاءمة
239	المطلب الأول :إختيار الرقابة القضائية
240	الفرع الأول :السياسة القضائية في الرقابة على الملاءمة
240	أولا :الإتجاه العام للرقابة القضائية على الملاءمة
247	ثانيا :موقف القضاء الإداري الإسلامي
248	الفرع الثاني :دور القاضي الإداري في مجال تكييف الوقائع
249	أولا :طبيعة الرقابة القضائية على تكييف الوقائع
253	ثانيا :الإستثناءات الواردة على رقابة التكييف القانوني للوقائع
269	المطلب الثاني :تطور واقع القاضي الإداري من قاضي المشروعية إلى قاضي الملاءمة
270	الفرع الأول :أساس الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات الإدارية
270	أولا :أساس رقابة القاضي الإداري على الملاءمة
273	ثانيا :أساس رقابة قاضي المظالم على الملاءمة
274	الفرع الثاني :نسبية التفرقة بين المشروعية والملاءمة وطبيعة القاضي الإداري
281	الفصل الثاني :آليات الرقابة القضائية الحديثة على ملاءمة القرارات الإدارية ودورها في حماية الحقوق والحريات العامة

283	المبحث الأول: مبدأ التناسب
284	المطلب الأول: المقصود بمبدأ التناسب وتطبيقاته في القضاء الإداري الفرنسي
284	الفرع الأول: مضمون مبدأ التناسب
287	الفرع الثاني: تطبيقات القضاء الإداري الفرنسي لرقابة التناسب
288	أولا: رقابة التناسب في مجال الضبط الإداري
292	ثانيا: رقابة التناسب في مجال العقوبات التأديبية
293	المطلب الثاني: تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الإداري الجزائري والنظام الإسلامي
293	الفرع الأول: تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الإداري الجزائري
294	أولا: رقابة القضاء الإداري الجزائري على تناسب قرارات الضبط الإداري
298	ثانيا: رقابة القضاء الإداري الجزائري على تناسب القرارات التأديبية
301	الفرع الثاني: تطبيقات رقابة التناسب في النظام الإسلامي
307	المبحث الثاني: رقابة الخطأ الظاهر في التقدير
307	المطلب الأول: مضمون نظرية الخطأ الواضح في التقدير وتطبيقاتها في القضاء الإداري الفرنسي
308	الفرع الأول: مضمون نظرية الخطأ الظاهر في التقدير
313	الفرع الثاني: تطبيقات القضاء الإداري الفرنسي لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير
313	أولا: في مجال الوظيفة العامة
316	ثانيا: في مجال المنازعات الإقتصادية
316	ثالثا: في مجال تنظيم المدن
317	رابعا: صلاحيات الضبط الإداري العليا
318	الفرع الثالث: الخطأ البسيط كأساس لمسؤولية الإدارة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي
320	أولا: التحلي عن الخطأ الجسيم في مادة النشاط الطبي

323	ثانيا: الحالات التي لا يشترط فيها الخطأ الجسيم إلا نسبياً
329	المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري الجزائري والنظام الإسلامي
330	الفرع الأول: تقنية الخطأ الظاهر في التقدير كأسلوب حديث لرقابة الملاءمة الإدارية في القضاء الإداري الجزائري
330	أولا: تطبيقات رقابة الخطأ الظاهر في القضاء الإداري الجزائري
337	ثانيا: تراجع اشتراط الخطأ الجسيم أمام الخطأ البسيط
343	الفرع الثاني: تطبيقات رقابة الخطأ الظاهر في النظام الإسلامي
346	المبحث الثالث: نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار كضابط لحرية تقدير الملاءمة الإدارية
347	المطلب الأول: مضمون نظرية الموازنة وتطبيقاتها في القضاء الإداري الفرنسي
347	الفرع الأول: مضمون نظرية الموازنة
351	الفرع الثاني: تطبيقات نظرية الموازنة في القضاء الإداري الفرنسي
361	المطلب الثاني: مدى تطبيق القضاء الإداري الجزائري والنظام الإسلامي لنظرية الموازنة
361	الفرع الأول: نظرية الموازنة كأسلوب حديث لرقابة ملاءمة القرارات الإدارية في القضاء الإداري الجزائري
367	الفرع الثاني: موقف النظام الإسلامي من نظرية الموازنة
372	الخاتمة
383	قائمة المراجع
408	الفهرس

