وزارة التعليـــم العـــالي والبحث العلمي
جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة بعنوان:

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية في مجال الوظيفة العمومية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون عام

إعداد الطالبتين :
- بلحيمر سهيلة
- بلحيمر شهيناز

إشراف الأستاذ :
- سليماني السعيد

لجنة المناقشة

اللقب و الاسم	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
لرقم رشيد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة جيجل	رئيسا
سليماني السعيد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة جيجل	مشرفا ومقررا
بوشليف نور الدين	أستاذ محاضر (أ)	جامعة جيجل	ممتحنا

السنة الجامعية: 2023/2022


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير وعرفان

من دون شك نتقدم بالشكر الجزيل والاعتراف بالفصل والتقدير للدكتور الفاضل "سليماني السعيد" الذي تكرم بالإشراف على المذكرة فكان نعم المرشد ونعم المسند.

والشكر على كل الأساتذة الذين درسونا خلال فترة دراستنا بكلية الحقوق والعلوم السياسية جيجل وظلت ذكرياتنا تحتفظ لهم بطيب التذكار.

كما نتقدم بجميل الشكر والعرفان إلى عمال ومشرفي مكتبة الحقوق والعلوم السياسية بجيجل –قطب تاسوست–

كما نتقدم بالشكر الخاص والامتنان لأعضاء لجنة المنافسة كل باسمه على تفضلهم بقراءة بحثنا وتعبهم فيه لتصويبه من الخطأ واثراءهم على نهذه الدراسة بملاحظاتهم القيمة.

ونرجو من الله سبحانه وتعالى أن يجعلنا من صالح الأعمال المنتفع بها.

شهيناز وسهيلة

إهــداء

إلى من كبد الشدائد وكان عرق جبينه نور دربي

إلى من علمني التحدي وزرع في نفسي روح العزيمة والإصرار

إلي أبي الغالي رحمك الله وجعلك من أهل الجنة، إليك أبي الغالي أهديك ثمرة جهدي

إلى أمي الغالية رحمها الله وإليك أمي الثانية التي سهرت الليالي على تربيتي وعاملتني وكأنني ابنتها التي لم تنجبها

إلى إخوتي وأخواتي

إلى زملائي وزميلاتي بالعمل

إلى صديقاتي الغاليات

إلى مديري الذي كان سند لي بالمراجع والدعم ومساعدتي في اكمال مشواري الدراسي السيد لوط نجيب

إلى كل من يعرفني من قريب أو من بعيد أهديكم ثمرة جهدي

سهيـــلة

إهـــداء

إلى من كان سندي فالحياة إلى من دعمني وشجعني في مشواري الدراسي والمهني أبي الغالي رحمة الله عليه

إليك يا من رضاها من رضى الرب، أمي العزيزة والغالية حفظها الله وأطال بعمرها والتي لم تبخل على بكلمة طيبة وبنصائحها القيمة

إلى أخوتي وأخواتي

إلى أقاربي وصديقاتي

إلى كل زملائي بالدراسة

إلى كل من يعرفني من قريب أو من بعيد

أهديكم جميعا ثمرة جهدي.

شهيـــناز

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ص: صفحة

ص ص: من صفحة إلى صفحة

ج.ر: جريدة الرسمية

ع: العدد

ق.م: القانون المدني

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ط: طبعة

ج: الجزء

د س ن: دون سنة النشر

د ب ن: دون بلد النشر

د د ن: دون دار النشر

د ط: دون طبعة

ثانيا: باللغة الفرنسية

P :page

خطة الدراسة

خطة الدراسة:

مقدمة

الفصل الأول: مضمون السلطة التقديرية للإدارة.

المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة في اصدار القرارات الإدارية.

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة وتمييزها عن المصطلحات المتقاربة.

الفرع الأول: التعريف القضائي للسلطة التقديرية للإدارة.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للسلطة التقديرية للإدارة.

الفرع الثالث: معايير تمييز السلطة التقديرية للإدارة عما يشابهها..

المطلب الثاني: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة ومبرراتها.

الفرع الأول: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة.

الفرع الثاني: مبررات السلطة التقديرية.

المبحث الثاني: التوظيف والسلطة التقديرية للإدارة

المطلب الأول: الضوابط الخاصة باكتساب صفة الموظف العمومي.

الفرع الأول: ضابط التعيين.

الفرع الثاني: ضابط الترسيم.

المطلب الثاني: أساليب التوظيف والسلطة التقديرية للإدارة.

الفرع الأول: تنظيم التوظيف الخارجي في ظل الوظيفة العمومية.

الفرع الثاني: الأركان الداخلية للسلطة التقديرية للإدارة.

خلاصة الفصل الأول.

الفصل الثاني: نطاق رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة.

المبحث الأول: أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

المطلب الأول: الأساليب التقليدية للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

الفرع الأول: الوجود المادي للوقائع.

الفرع الثاني: رقابة التكييف القانوني للوقائع.

الفرع الثالث: مبدأ التناسب.

المطلب الثاني: الأساليب الحديثة للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

الفرع الأول: الخطأ البين.

الفرع الثاني: الموازنة بين الأضرار والمزايا.

المبحث الثاني: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

المطلب الأول: نظرية أعمال السيادة.

الفرع الأول: مفهوم نظرية أعمال السيادة.

الفرع الثاني: موقف المشرع والقضاء من نظرية أعمال السيادة

الفرع الثالث: تطور معايير تحديد أعمال السيادة.

المطلب الثاني: نظرية الظروف الاستثنائية.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية.

الفرع الثاني: تمييز نظرية الظروف الاستثنائية عن غيرها من الحالات المتشابهة.

الفرع الثالث: شروط وآثار تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية.

خلاصة الفصل الثاني.

الخاتمة.

مقدمة

يعتبر موضوع السلطة التقديرية للإدارة من أكثر المواضيع الهامة في نطاق القانون الإداري وعالم الإدارة الحديثة، وذلك بسبب ارتباطه بالعديد من المشاكل الهامة ولاسيما المرفق العام وما يتجلى فيه من ممارسات الإدارة العامة لصلاحيات واسعة ويتحقق ذلك بواسطة الموظف العام لأنه أداة الإدارة في تحقيق أهدافها والمتمثلة في إشباع الحاجان الهامة للمجتمع، كما أنه وعاء سلطتها في تنفيذ القوانين واللوائح في مواجهة الأفراد ومنها ولدت السلطة التقديرية للإدارة.

وتتمثل السلطة التقديرية أحد الامتيازات القانونية للإدارة، في بمثابة حق يمنحه القانون للإدارة لممارسة نشاطها العادي في الظروف الطبيعية واتخاذ القرارات الملائمة في حالة وجودها أمام ظروف معينة، ولم يلزمها القانون اتخاذ قرار معين بصدد هذه الحالات الخاصة الخارجة عن ظروف عملها الطبيعية.

ورغم الدور الذي تقوم به الإدارة في تجسيد سيادة الدولة إلا أنها تمارس السلطات التقديرية في العديد من المجالات خاصة في المجال الوظيفي الذي يشكل موضوعنا هذا.

ولا مجال لإنكار مدى أهمية ولزوم هذه السلطة التقديرية بالنسبة للإدارة في مجال عملها في مواجهة الصعوبات التي تعترضها من خلال تحديد حقوق وواجبات الموظف العام وتنظيم مساره المهني منذ التحاقه بالوظيفة إلى غاية انتهاء مهامه بأحد الأسباب، حيث تفرض عليه جملة من الواجبات التي تراها ضرورية لحسن سير المرفق العام واستمراريته من جهة وتنفيذ سياسة الدولة من جهة أخرى.

كما أن المرفق العام الذي يمارس فيه الموظف العام مهامه يخضع إلى نظام قانوني معين وبالتالي يكون للإدارة سلطات تقديرية واسعة وهذا ما دفعنا للبحث في هذا الموضوع كونه يعالج مختلف الصعوبات التي تعتري الموظف العمومي خلال علاقته الوظيفية، باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الوظيفية.

وتكمن أهمية تناول هذا الموضوع من الناحية العلمية في كونه من المواضيع غير المطروقة بالدراسة في مجال الوظيفة العامة، أما الجانب العلمي فتكمن في إبراز الصعوبات التي تعيق اتخاذ القرارات الإدارية في الوظيفة العمومية ومحاولة إيجاد الحلول المناسبة لتجاوزها.

ولفهم موضوع الرقابة القضائية للسلطة التقديرية للإدارة في مجال الوظيفة العمومية وإزالة الغموض من كل جوانبه والتمكن من بلوغ هذه الدراسة تطرح الإشكالية التالية:

فيما يتمثل جوهر السلطة التقديرية ونطاق رقابة القاضي الإداري عليها في مجال الوظيفة العمومية؟

لقد اخترنا هذا الموضوع لعدة أسباب منها:

- محاولة الإلمام بهذا الموضوع من جميع جوانبه ووضعه في المتناول للاستفادة منه في الجانبين العلمي والعملي.
- نقص الدراسات في هذا المجال، حيث أن معظم الدراسات الموجودة ترتكز على سلطة الإدارة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية.
- عدم وجود موقف صريح وحاسم في النصوص القانونية بشأن دور القاضي والوسائل والأليات التي تتمتع بها للتصدي لسلطات الإدارة الواسعة خلال اتخاذها للقرارات الوظيفية عامة.
- الرغبة في تزويد المكتبة الجزائرية بدراسة قانونية حول موضوع الرقابة القضائية للسلطة التقديرية في مجال الوظيفة العمومية.

وتهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الواقع العلمي على مجموع الأحكام القانونية بخصوص الضمانات المكفولة للموظف العمومي بالمقارنة مع السلطات التقديرية الممنوحة للإدارة.

لتسهيل الدراسة والبحث في هذا الموضوع ولغرض الوصول إلى الحلول المناسبة للإشكالية المطروحة اتبعنا المنهج الاستقرائي في استقراء النصوص القانونية عموما وقانون الوظيفة العامة خصوصا وإتباع المنهج التحليلي في تحليل مضمون المواد الأساسية في مضمون الدراسة.

ومن بين الصعوبات التي تمت مواجهتنا أثناء القيام بدراسة هذا الموضوع قلة المراجع.

نحاول من خلال هذه الدراسة أن نجيب عن الإشكالية المقترحة وفق خطة مبسطة ومقسمة إلى فصلين:

تناولنا في الفصل الأول توضيح مضمون السلطة التقديرية للإدارة في مجال الوظيفة العمومية أما الفصل الثاني فتطرقنا إلى نطاق رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة.

الفصل الأول

مضمون السلطة التقديرية للإدارة

الفصل الأول: مضمون السلطة التقديرية للإدارة

يعتبر مبدأ مشروعية أعمال السلطة الإدارية أحد ركائز الدولة القانونية وأحد ضمانات حريات الأفراد في مواجهة السلطة الإدارية المتزايدة والممتدة بسبب ازدياد وظائف الدولة واعتمادها على الإدارة في تنفيذها.

غير أن مبدأ مشروعية لا ينبغي أن يكون جامدا في مضمونه، فخضوع الإدارة للقانون باعتباره جوهر هذا المبدأ يجب أن يكون مرنا يراعي فيه أن الإدارة أصبحت تمارس وظائف كثيرة ومعقدة، وتواده تحديات تطرأ في الواقع ولا يمكن للقانون توقعها فتصبح الإدارة بذلك بحاجة إلى منحها نوعا من الحرية في التصرف لمواجهة هذه التحديات بالكفاءة والفعالية المطلوبة.

ولذلك فالمتفق عليه أن الإدارة تمتلك هذه الحرية في صورة السلطة التقديرية وتعتبر في الواقع إحدى موازنات مبدأ المشروعية لما يحمله من مجهودا ومبدأ مهم آخر وهو فعالية الجهاز الإداري.

والسلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة إذ أن المشروعية تثقل كاهل الإدارة ولا يجب الإفراط فيها، وإن كان يجب أن يستبعد تحكم الإدارة وتسلطها فإنه أيضا يجب تجنب الآلة الإدارية التي تتبع من تشدد رجل الإدارة بتطبيق قواعد موضوعية دون أن تترك له الحرية في تصرفه، وإذا لم يأخذ هذا الأصل محل اعتبار قتل روح الابتكار لدى الجهة الإدارية وانتهى بها شيئا فشيئا إلى الركود، غير أن المشرع قد يحدد الاعتبارات تتصف بحرية الأفراد وحمايتهم من تعسف الإدارة وأن يطيق على السلطة الإدارية التقديرية فيقيد اختصاصاتها.

ومن خلال هذا الفصل سنتناول فالمبحث الأول مضمون السلطة التقديرية للإدارة في مجال الوظيفة العمومية أما المبحث الثاني فنتناول نطاق السلطة التقديرية للإدارة.

المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية

من المسلم به أن المشرع حين يقوم بتحديد إحدى اختصاصات الإدارة العامة، وهنا يكون مخيرا بين طريقتين: فهو إما أن يقوم بفرض ذلك الاختصاص بصفة آمرة وبطريقة محددة وملزمة راسما للإدارة الطريق الذي تسلكه في ممارسته ومحدّدا لها الشروط التي تتقيّد بها والإجراءات التي تتبعها بشأن ذلك الاختصاص، دون أن يترك لها أية حرية في اختيار الطريق أو في تحديد الشروط، بحيث لا يكون على الإدارة أن تبادر بإصدار القرار اللازم، واتخاذ الإجراءات المقررة لتنفيذه دون أي خيار وهو ما يسمى بالاختصاص المقيد للإدارة.

وإما أن يقوم المشرع بتحديد ذلك الاختصاص بشكل تقديري بحث، بمعنى أن يترك للإدارة العامة سلطة تقدير وقت ممارسة ذلك الاختصاص والطريقة التي تمارسها به، والشروط والإجراءات التي تتبعها بشأنه، وذلك ما يسمى بالسلطة التقديرية للإدارة عموما والوظيفية خصوصا.

ارتأينا من خلال هذا المبحث أن نتطرق إلى ماهية السلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الوظيفية من كل جوانبها (المطلب الأول) إضافة إلى تبيان الأسس المبررة لممارسة الإدارة لسلطاتها التقديرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة وتمييزها عن المصطلحات المتقاربة

تمتلك الإدارة في تصرفها الإداري لسلطتين متواجهتين، السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، فالاختصاص المقيد الذي لا تكون فيه الإدارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عنه، وهو الاختصاص الذي يقابل صلاحياتها التقديرية وبهذا لا تمتلك الإدارة أي هامش من حرية التقدير وتصبح تصرفها المتخذ مجرد تطبيق آلي فقط، ولهذا منحها المشرع سلطة تقدير الظروف في الوقت الذي تراه ملائما لمواجهة الحالة المعروضة أمامها [1].

ومن هنا نتساءل حول معنى السلطة التقديرية، وهذا من خلال الوقوف على بعض التعريفات ثم نتطرق إلى تمييز السلطة التقديرية للإدارة مما يشابهها.

([1]) كشود حياة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة ماستر، تخصص دولة ومؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2019/2018، ص06.

الفرع الأول: التعريف القضائي للسلطة التقديرية للإدارة

نتناول من خلال هذا الفرع الاجتهادات القضائية للسلطة التقديرية للإدارة وذلك من خلال توضيح الاتجاه الذي سلكته هذه الاجتهادات، ولذلك وجب الرجوع إلى القرارات الصادرة عن القضاء الإداري، حيث نشير لموقف مجلس الدولة الفرنسي وكذلك القضاء الإداري لبعض الدول العربية ونوضح موقف القضاء الجزائري من السلطة التقديرية للإدارة.

أولا: القضاء الإداري الفرنسي والسلطة التقديرية للإدارة

بمراجعة بعض القرارات الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي يتضح لنا هذا الأخير لم يتطرق في قراراته إلى تعريف السلطة التقديرية للإدارة بشكل خاص، غير أنه رغم ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية للإدارة بشكل خاص، غير أنه دعم ممارسة الإدارة لسلطتها في العديد من المجالات، وهنا نشير إلى القرارين اللذين يوضحان موقف القاضي الفرنسي[1].

وجاء في فحوى القرار المتعلق بالنظام العام الصادر في 1995/10/17 بأنه:

طبقا للقانون المشترك وعلى وجه الخصوص الماجدة 131 ف2 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية فإنه باستطاعة شرطة البلدية اتخاذ أي إجراء تراه مناسبا لمنع الإخلال بالنظام العام.

باستقراء مضمون القرار يتبين أن القاضي الإداري الفرنسي اعترف للشرطة بصلاحيات في تقدير واختيار الإجراء الذي تراه مناسبا لقمع أعمال الشغب أو أي انتهاك لحقوق الإنسان والنظام العام، وباعتبار مفهوم هذا الأخير يختلف من مكان لآخر ومن وقت

([1]) فدسي حليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في مجال الوظيف العمومي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، قانون عام، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل،ى2021-2022،ى ص23..

لآخر، فقد تحاشى المشرع حصر كل الإجراءات الواجب اتخاذها للحفاظ على النظام العام، إذ ترك الحرية في تقدير ذلك الاختصاص لشرطة البلدية التي حدث فيها ذلك الاختراق.

ونفس الشيء بالنسبة للقرار الصادر في 05 مارس1999، والذي جسد فيه القاضي الإداري سلطته التقديرية، والتي تكمن في تقدير مدى قابلية الطعن في القرارات المتعلقة بالعقود التي تعقدها المجالس البرلمانية[1].

ثانيا: القضاء العربي والسلطة التقديرية للإدارة

بالنسبة للقضاء العربي فنجد اجتهادات القضاء الأردني استقرت على منح الحرية في التقدير واتخاذ الموقف الذي تراه مناسبا في حالة عدم تقييدها بنصوص قانونية، وهذا ما أقرته محكمة العدل الأردنية في العديد من قراراتها[2].

كما أقر مجلس الشورى اللبناني في قرار 1961/02/18 أن السلطة التقديرية "هي التي تنتج للإدارة اتخاذ التدابير بحرية مطلقة من كل قيد قانوني"، وتنشأ إما عن نص صريح في القوانين والأنظمة التي توليها هذه السلطة، وإما عن انتقاء القواعد والأحكام القانونية التي تحد من سلطتها الاستثنائية في ممارسة عملها الإداري[3].

كما أن مجلس الدولة المصري، انتهج نفس المنوال في العديد من قراراته، ومنها قراره الصادر بتاريخ 1950/01/17، الذي يجسد فيه رقابته على مدى ملاءمته القرارات الإدارية المطعون فيها أمامه، وبالنتيجة لذلك اعترافه بالسلطة التقديرية للإدارة[4].

([1]) فدسي حليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في مجال الوظيف العمومي، مرجع سابق، ص23.

([2]) نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص36.

([3]) فوزي فرحات، عصام إسماعيل، القانون الإداري العام، المعهد الوطني للإدارة، لبنان، 2017، ص11.

([4]) محسين أبري، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة بين التأصيل والتطبيق، شبكة ضياء للمؤتمرات والدراسات، 2016، ص08.

إضافة للحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1958/06/21، حيث يتبين فيه هذه الأخيرة مدى حرية الإدارة في تطبيق الشروط الخاصة بمجال الترقية، مادام القانون قد أتاح لها الاختيار، ولم يضبطه بقواعد معينة لتقدير درجة الكفاءة[1].

من خلال استقراء القرارات أعلاه يمكن القول بأن القضاء العربي توجه نحو ربط مفهوم السلطة التقديرية للإدارة بمدى وجود فراغ قانوني، أو وجود قاعدة قانونية صريحة تعطي حرية التقدير لهذه الأخيرة، حيث أنه عند وجود نص قانوني سواء كان صريحا أو ضمنيا تنظم مجالا معينا، فإن الإدارة تلتزم في هذه الحالة بما هو موجود في النصوص ولا تتعداها.

ثالثا: القضاء الجزائري والسلطة التقديرية للإدارة

اعترف القضاء الجزائري كغيره للإدارة بنسبة من الحرية خلال إصدارها للقرارات الإدارية، ولم يمانع من استعمالها لهده الحرية في العديد من المواضع، وذلك شريطة عدم التعسف في استعمال هذا الحق[2].

ومن الأمثلة والنماذج عنها قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم 76732 المؤرخ في 1991/03/24 في قضية والي بشار ضد (ي ب) [3].

يظهر ذلك في العديد من الأحكام والقرارات القضائية وعلى سبيل المثال: القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في 1990/02/10 والذي جاء في مضمونه بأن: "المادة 15 من المرسوم المشار إليه للإدارة أن تفرض رخصة البناء على أنها مطالبة بتبرير قرارها"[4].

([1]) المحكمة الإدارية العليا المصرية، حكم رقم 158، صادر قس 1985/06/21، أخذا عن عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، منشورات جامعة حلب، د.س، ص32.

([2]) فدسي حليمة، الرقابة القضائية للسلطة التقديرية للإدارة في مجال الوظيف العمومي، مرجع سابق، ص25.

([3]) المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، قسم المسندات، ع1، ص146.

([4]) المحكمة العليا: الغرفة الإدارية رقم 62040، الصادر بتاريخ 1990/02/10، قضية (ب/ح) ضد (المجلس الشعبي البلدي بسكيكدة)، أنظر المجلة القضائية، العدد03، 1991، ص ص 181-183.

إضافة إلى قرارها الصادر في 1994/10/09، حيث أيد القاضي الإداري قرار الإدارة المتضمن قطع علاقة الموظف معها، وذلك بسبب عدم استجابته للإنذارات الكتابية بالرجوع للعمل، وتمسكه بمنحه التربص في الخارج، وذلك على اعتبار أن هذه الأخيرة امتياز وليس حقا، وبإمكان الإدارة شطبه، وبالتالي رفض طعنه بأن القرار المتخذ تعسفي[1].

وبالتالي فالقاضي الإداري اعترف للإدارة باستعمال سلطتها التقديرية في منح الترخيص للموظف العمومي للتربص في الخارج أو عدمه في حين اكتفى المشرع الوظيفي بتصنيف هذا الأخير، التربص ضمن الحالات التي يمكن للموظف العمومي فيها طلب إحالته على الاستيداع، وهذا ما جاء في نص المادة 148 من الأمر 03/06[2].

بالإضافة إلى قرار مجلس الدولة الصادر في 1999/07/26، القاضي بقبول طعن الموظف حيث أن للإدارة السلطة في تقدير العقوبة المناسبة للخطأ المرتكب من طرف الموظف حسب ما يتناسب والسير الحسن للمؤسسة، ولكن نظرا للسيرة الحسنة للموظف ومثاليته فإنه اعتبر قرارها بالتسريح تعسفا[3].

وما يأخذ على هذه القرارات أن القاضي الإداري الجزائري لم يعط تعريفا مباشرا أو واضحا للسلطة التقديرية للإدارة، بل ركز على ربط المصطلح بمدى الحرية المسموح بها للإدارة في تقدير ما يتلاءم والسير الحسن للمهنة وما يحقق النظام العام.

([1]) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 90896، صادر بتاريخ 1081994/09، قضية: (ع/ح)، ضد (وزارة الصناعة، أنظر: المجلة القضائية، العدد01، 1995، ص205 وما يليها.

([2]) الأمر 03/06، المؤرخ في 15 يوليو2006، والمتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج ر عدد46، صادر في 16 يوليو2006.

([3]) فدسي حليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في مجال الوظيف العمومي، مرجع سابق، ص27.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للسلطة التقديرية

اختلف الفقه في تعريف السلطة التقديرية للإدارة، فقد سلك الفقهاء طرقا طويلة، وقام كل فقه باجتهاداته وأعطى تعريفا مغايرا ومختلفا لتعاريف غيره، وبالتالي سيتم تفصيل موقف كل من الفقه الغربي والعربي، بالإضافة لموقف الفقه الجزائري

أولا: تعريف السلطة التقديرية للإدارة في الفقه الغربي

عرف الفقهاء الغربيون السلطة التقديرية بعدّة تعريفات مختلفة ولكنها تحمل جوهرا واحدا ولا يوجد فرق كبير بينهما.

وقد عرفها الفقيه"JEAN RIVERO " أن السلطة التقديرية للإدارة ليست مناقضة لمبدأ الشرعية، فالإدارة عندما تتصرف بصفة تقديرية فهي لا تخرج عن الشرعية"[1].

أي أن السلطة التقديرية ليست خروجا عن مبدأ المشروعية، لكن إذا ما تصرفت الإدارة خارج الحدود القانونية المسموح لها التصرف في نطاقها، تعتبر في هذه الحالة قد خرجت من مبدأ المشروعية.

أما الفقيه "Michel WALINE " فيقول بأن السلطة التقديرية للإدارة تكون في حدود التي يوجد فيها فراغ تشريعي[2].

وما يلاحظ على هذه التعريفات أنها تتجه نحو تبرير شرعية استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في إصدار قراراتها، فهي لا تتناول التعريف بالسلطة التقديرية للإدارة بصفة دقيقة.

وعلى العكس فقد جاء تعريف الفقيه "L'aubadée" بأن السلطة التقديرية للإدارة هي: "ذلك الجانب من الحرية الذي تتركه القوانين للإدارة للممارسة سلطتها التقديرية"[3]، حيث أن

([1]) فدسي حليمة،المرجع نفسه، ص27.

([2]) فدسي حليمة، المرجع نفسه، ص28.

([3])André de l'aubadée et y ves Gaudemert, Traite droite administratif, libaraire général de droit de jurisprudence, 16 édition, paris, 1999, p579.

الفقيه ركز في تعريفه للسلطة التقديرية للإدارة على نطاق التطبيق أو ممارسة هذه السلطات أو الصلاحيات.

كما يرى الفقيه F. Bonnard بأنه: " تكون سلطة الإدارة تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الاختصاصات بصدد علاقتها مع الأفراد الحرية في التدخل من عدمه ووقت هذا التدخل وكيفية وفحوى القرار الذي تتخذه، فالسلطة التقديرية تنحصر إذن في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه"[1].

من خلال التعريفات يلاحظ أن هؤلاء الفقهاء الغربيين الثلاثة لم يربطوا تعريف السلطة التقديرية بالشرعية بل سلكوا مسلكا آخر، والذي هو تبيان النطاق الذي تمارس فيه الإدارة سلطتها التقديرية.

وعلى غرار هذه الآراء، فقد جاءت تعريفات أقرب لإزالة اللبس عن المصطلح المراد توضيح مفهومه حيث عرفت السلطة التقديرية بأنها: "نوع من القرارات الإدارية الفردية"[2].

كما عرفت أيضا بأنها "نوع من القرارات الإدارية التي تتمتع الإدارة خلال إصدارها بحرية التقدير، عندما يكون قرارها غير محدد مسبقا قانونا"[3].

ثانيا: تعريف السلطة التقديرية للإدارة في الفقه العربي

عرف الدكتور سليمان الطماوي السلطة التقديرية بأنها "نوع من الحرية تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث، واختيار وقت تدخلها، ولتقدير أفضل الوسائل لمواجهة هذه الحالة، وفي هذا المجال هي حرة، لكنها محاطة دائما بفكرة

([1]) مايا محمد نزار أبودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1، لبنان، 2011، ص55.

([2]) فدسي حليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في مجال الوظيف العمومي، مرجع سابق، ص29.

([3]) فدسي حليمة، المرجع نفسه، ص30.

المصلحة العامة التي تشرف على جميع أعمالها وتهيمن على كل تصرفاتها، وفي نطاق فكرة المصلحة العامة قد يلزمها بمراعاة هدف محدد ومعين من أهداف المصلحة العامة، فالحدود الخارجية للسلطة التقديرية هي فكرة المصلحة العامة، وعناصرها الداخلية هي أهمية الواقع ووقت التدخل ووسيلة مواجهة الحالة [1].

ويرى الدكتور محمود سامي أن السلطة التقديرية تعني "تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية، بحيث يكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذه، أو اتخاذه على نحو معين، أو اختيار الوقت الذي تراه مناسبا للتصرف، أو السبب الملائم له، أو في تحديد محله [2].

أما الدكتور محمد بعلي الصغير فيذهب إلى أنه السلطة التقديرية "يترك للإدارة قدر معين من الحرية من حيث الاختيار بيت اتخاذ القرار من عدمه رغم توافر شروطه، مراعاة للظروف والمعطيات والمقتضيات السائدة بالإدارة"، إذ تتمتع الإدارة المختصة بتقدير مدى استحقاق الشخص للتكريم، ويجعل من أبرز المجالات التي تظهر فيها السلطة التقديرية هي "الحفاظ على النظام العام، وما يخوله لهيئات الضبط الإداري الوطنية والمحلية من سلطات من حيث اختيار القرار الملائم والمناسب للظروف المحيطة به"، ويستنتج من هذا أنّ السلطة التقديرية "إنما تستند إلى اعتبارات عملية، تمنح الإدارة عدة اختيارات لمواجهة الواقع الذي لا يستطيع المشرع أن يتصوره مسبقا، ولا يمكن للقاضي معايشة ملابساته وتفاصيله [3].

([1]) محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة عين الشمس، مصر، ط6، ، ص56.

([2]) محمود سامي جمال الدين، القرارات الإدارية والسلطة التقديرية (دراسة مقارنة بين دولة الإمارات ومصر وفرنسا"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ع3، 1989، ص341.

([3]) المرجع نفسه، ص342.

فالسلطة التقديرية لا تعني بأي حال من الأحوال أن يعطي تخويل للإدارة تستطيع بمقتضاه أن تتصرف بحرية مطلقة في اتخاذ قراراتها، لأن الإدارة عند تمتعها بالسلطة التقديرية عليها أن تستمر في التزامها بإقامة قراراتها على أركان صحيحة.

نلاحظ مما تقدم من التعريفات للسلطة التقديرية للإدارة، أن هذه السلطة تتمحور حول حرية الإدارة في ثلاث جوانب، الأول هو حرية الإدارة في تدخلها أو عدم تدخلها، أي في أن تتخذ قرارا معينا أو تمتنع عن اتخاذ القرار، والثاني حرية الإدارة في تحديد وقت هذا التدخل، والثالث حرية الإدارة في اختيار تدخلها.

ثالثا: تعريف السلطة التقديرية للإدارة في الفقه الجزائري

عرفها الأستاذ عمار بوضياف على أنها " حرية تقدير الظروف وتكييف الوقائع المعروضة أمامها ولا يلزمها بإصدار قرار محدد بمضمون معين خلال مدة معينة، فهي في هذه الحالة تتمتع بسلطة تقديرية، وأبرز مثال على ذلك القرارات الضبطية، فالدستور وكذا القانون منح جهة الإدارة (رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو الوزير أو الوالي أو رئيس البلدية) كامل الحرية في إصدار القرار الضبطي حسب الظروف وما تقتضيه من إجراءات[1].

وعرفتها رئيسة مجلس الدولة الجزائري فريدة أبركان بأنها " 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 ضوء قرارها ومثال على ذلك سلطة رئيس الجمهورية في

(1) عمار بوضياف، المناوعات الإدارية، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2011، ص43.

منح العفو والأوسمة، اختيار طريقة تسيير المرافق العامة، إنشاء أو تعديل سلكا من اسلاك الموظفين[1].

كما عرفها الدكتور محمد الصغير بعلي " بأن تكون السلطة التقديرية عندما يترك للإدارة قدرا معين من الحرية من حيث الاختيار بين اتخاذ القرار من عدمه ورغم توفر شروطه مراعاة للظروف والمعطيات والمقتضيات السائدة بالإدارة[2].

الفرع الثالث: معايير تمييز السلطة التقديرية للإدارة عما يشابهها

بما أن السلطة التقديرية تعني تمتع الإدارة بقدر من حرية التصرف وهي تمارس معظم اختصاصاتها القانونية، لذلك يستوجب علينا تمييز بين السلطة التقديرية عن غيرها من الأفكار المشابهة لها، إذ سنتناول التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة (أولا) ثم التمييز بين السلطة التقديرية وأعمال السيادة (ثانيا) وكذلك التمييز بين السلطة التقديرية وامتيازات السلطة العامة للإدارة.

أولا: التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة

لمعرفة الفرق بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة لا بد لنا من تحديد المقصود بالسلطة المقيدة ثم نميز بين هاتين السلطتين.

أ- تعريف السلطة المقيدة:

تعددت وتنوعت التعريفات للسلطة المقيدة للإدارة، حيث عرفها الدكتور " سليمان محمد الطماوي" بأنها " عندما يفرض القانون على رجل الإدارة بطريقة آمرة وعلى سبيل الالتزام

([1]) فريدة أبركان، "رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، ع1، الجزائر، 2002، ص37.

([2]) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص17.

الهدف المعين الذي يجب عليه أن يسعى إلى تحقيقه ويحدد له الأوضاع التي يجب عليه أن يخضع لها للوصول إلى هذا الهدف فإن سلك المشرع هذا الطريق فإنه يجب عليه اتخاذه وتسمى سلطاته واختصاصاته محددة أو مقيدة[1].

وقد ذهب الفقيه الفرنسي "بونار" Bonnard" إلى القول بأن سلطات الإدارة أو اختصاصاتها تكون مقيدة عندما تلزمها القوانين بالتصرف أو الامتناع عن ذلك بشكل محدود في أي وقت محدود[2].

كما أن الأستاذ "ميشو" قد وصف هذا النوع من السلطة وإن كان قد أهمل اصطلاحا السلطة المقيدة فقال: " على الإدارة أن تتخذ قرارات فرضها القانون مقدما ومهمتها مقصورة على تطبيق القانون على الحالات التي تصادفها عندما تتحقق أسبابها"[3].

ومن أمثلة القرارات التي تتقيد فيها سلطة الإدارة تلك المتعلقة بالترقية بالأقدمية المطلقة، فالإدارة ملزمة هنا بترقية الموظف الذي تتوفر فيه شروط الأقدمية مع الصلاحية[4].

ب- **السلطة التقديرية والسلطة المقيدة:**

تختلف السلطة التقديرية عن السلطة المقيدة من عدة جوانب تحاول أن نذكر البعض منها في النقاط التالية:

([1]) سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص31.

([2]) بلجيلالي خالد، السلطة التقديرية للمشرع، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016.

([3]) سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص21.

([4]) محمد فؤاد عبد الباسط، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، تنظيم الاختصاصات، مجلس الدولة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص31.

إن حالات السلطة التقديرية هي تلك الحالات التي تمتلك فيها الإدارة الخيار بين القرارين الإداريين أو مسلكين على الأقل، وقد يكون إما التصرف على النحو المعين أو عدم التصرف على الطلاق، ومثال ذلك الترقية بالاختبار، أما عن حالات السلطة المقيدة فهي الحالات التي يفرضها القانون على الإدارة ضرورة التصرف بطريقة معينة إذ ما توافرت شروط معينة، ومثالا على ذلك الترقية بالأقدمية[1].

ويقصد بالسلطة التقديرية بالحق الممنوح للإدارة في ممارسة نشاطها في الظروف العادية، وذلك أنه كلما اختصت القوانين من إلزام الإدارة على اتخاذ قرار معين إزاء حالة معينة، وهذا ما يعني أن القوانين قد تركت للإدارة الحرية في أن تتخذ القرار الذي تراه مناسبا وملائما وفق تقديرها للظروف المحيطة[2].

ويقابلها السلطة المقيدة والتي تعني بها الوضعية التي تكون الإدارة فيها ملزمة بالتصرف أو برفضه، عندما تتوفر الشروط التي لها صلة بالواقع أو القانون حيث تتحلى إذا ما فرض القانون على الإدارة باتخاذ القرار المعين وتحديد مسلكها مسبقا، إذا توفرت شروطها يقيد سلطتها ويفرض عليها اتخاذ القرار بصورة آلية[3].

وعند النظر من جانب حقوق الأفراد وحرياتهم فإن السلطة المقيدة تعد أكبر ضمانا لحمايتها من التعسف مقارنة بالسلطة التقديرية، إذ يكفي الفرد في حالة السلطة المقيدة أن يثبت أن الشروط المادية أو القانونية التي يتطلبها القانون متوفرة حتى تلتزم الإدارة بأن

([1]) عبد القادر عدو، منازعات الإدارة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2013، ص14.

([2]) عبد الرحمان بن علي الريس، السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة العامة في إصدار القرار الإداري، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، المجلد30، العدد01، ص 9.

([3]) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص20.

تصدر القرار، فإن هي انحرفت عن الطريق الذي رسمه القانون فما يردها القضاء إلى الصواب وهذا دون أن يكون من حريتها حجة تستر انحرافها وتعسفها[1].

يرتبط الاختصاص المقيد للإدارة بفكرة المشروعية ارتباطا وثيقا ولذلك فإن الإدارة تخضع في ممارستها للرقابة القضائية حيث أن مضمون الرقابة على أعمال الإدارة هي تحقق من مدى مراعاة الشروط التي يتطلبها القانون، ويكون للقضاء بالتالي أن يعطل أعمال الإدارة الغير مشروعة، أي المخالفة لما نص عليه في القانون، أما السلطة التقديرية فإنها ترتبط بفكرة الملائمة إذ أن القانون عندما يمنح الإدارة سلطة تقديرية فإنها ترتبط بفكرة الملائمة، وبذلك يترك لها حرية ملائمة أعمالها وهي في هذه الحالة لا تخضع كقاعدة عامة لرقابة القضاء إلا في حدود ضيقة على أساس أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية وليس قاضي ملائمة[2].

فيما يتعلق بمدى كل من السلطة التقديرية والاختصاص المقيد فإن السلطة التقديرية هي أصل مزاولة الإدارة لنشاطها، والاختصاص المقيد هو استثناء بمعنى أنه لا يمكن تقييد اختصاص الإدارة إلا بناءا على نص قانوني وحرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة يختلف ضيقا واتساعا بحسب الظروف التي يبدو فيهات الاختصاص الإدارة مقيدا إلى حد بعيد، وتبدو فيهال سلطاتها التقديرية منعدمة فإنها مع دلك تتمتع بقدر ضئيل من السلطة[3].

من خلال ما سلف نستنتج أن التعارف والاختلاف بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة هو اختلاف في الدرجة وليس اختلاف في الجوهر، أي أن التعارف بينهما نسبي

([1]) سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، ط2، جامعة عين الشمس، القاهرة، ص50.

([2]) حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط1، 1423-2003، ص107..

([3]) أنابي عبد القادر، حدود التشابه والاختلاف السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة، مجلة دفاتر السياسية والقانون، العدد13، 2015، ص357.

فليس هناك في الواقع سلطة تقديرية مطلقة في أي مجال، كما لا يوجد اختصاص مقيد بصفة مطلقة في وجود الإدارة بسلطتها التقديرية لا يعني تحررها بشكل كامل من الخضوع للقانون أو تحررها تماما من رقابة مجلس الدولة كل ما هناك أن درجة الخضوع تقل عن حالة الاختصاص المقيد كما أن وجود الإدارة في مجال اختصاص المقيد لا يعني اختفاء أي قدر من حرية التقدير عللا وجه الإطلاق، فمن المستقر فقها وقضاءا أنه في هذا المجال وإن كانت حرية الإدارة تنحصر وتضعف على حد بعيد إلا أنه يبقى للإدارة كقاعدة عامة حرية الاختيار والتقدير الوقت الملائم لإصدار القرار الذي تلتزم إصداره[1].

ثانيا: التمييز بين السلطة التقديرية وأعمال السيادة

تقوم السلطة التنفيذية بعدد من التصرفات المتعلقة بكيان الدولة يعتبر "أعمال الحكومة" أو "أعمال السيادة"، وهذا النوع من الأعمال يشكل ثغرة خطيرة في مبدأ المشروعية لأنها لا تخضع لرقابة القضاء، فلا تكون محلا لإلغاء أو تعويض أو وقف تنفيذ أو فحص مشروعيته[2].

أعمال السيادة أو أعمال الحكومة هي بعض الأعمال التي تقوم السلطات الإدارية المركزية والتي تستند إلى باعث سامي رغم ما يكتنف هذا المعيار من غموض[3].

فإذا صدر التصرف عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم ويكون ذلك حينما يصطبغ العمل بصفة سياسية، فإن هذا التصرف يدخل ضمن أعمال السيادة التي تقبل الطعن أمام

([1]) محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، كلية الحقوق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر ،2009، ص627.

([2]) لطفاوي محمد عبد الباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص القانون الإداري المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص68.

([3]) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنتزعات الإدارية، مرجع سابق، ص21.

القضاء بإلغائها، وعلى العكس من ذلك فإن ما أصدرت الإدارة التصرف بوصفها سلطة إدارية كأن يدخل العمل في إطار تسيير النشاط الإداري بالدولة وتنظيم المرافق العامة، فإنه يعد قرارا إداريا يجوز الطعن فيه بالإلغاء، ولا يقبل الدفع بعدم قبول دعوى إلغاءه استنادا لاعتباره ضمن أعمال السيادة[1].

إن تقرير السلطة التقديرية يرجع إلى أسباب يمكن التأكد من وجودها أو عدم وجودها، وذلك بالرجوع إلى نص قانوني أو حكم قضائي الذي يحكم المسألة للتأكد فيما إدا كان الأمر داخلا في نطاق السلطة التقديرية، أما نظرية أعمال السيادة فإنها ترجع في الغالب إلى أسباب سياسية، لأن إعفاء مثل هده التصرفات من كل رقابة تبقى تبريراته سياسية أكثر منها قانونية.

نستنتج أن أعمال السيادة هي أخطر أو أصعب امتياز على الإطلاق تملكه السلطة التنفيذية، لأنه يقضي على مبدأ المشروعية، ويحصر الحقوق وحريات الأفراد في دائرة الخطر وهذا ما يؤدي إلى زوال أهمية هذه النظرية[2].

ثالثا: التميز بين السلطة التقديرية وامتيازات السلطة العامة

لقد خص القانون السلطة الإدارية بمجموعة من الامتيازات على عكس الأشخاص العاديين وذلك لعدة أسباب واعتبارات تقتضيها متطلبات المصلحة العامة، وضرورة التسيير الإداري داخل الدولة وتتمثل هذه الامتيازات في السلطة التقديرية.

([1]) لطفاوي محمد عبد الباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية، مرجع سابق، ص69.

([2]) بن كيحول ربيحة وصواف سوسن، امتيازات السلطات العامة بين السلطة التقديرية والتقيد، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أو الحاج، البويرة، 2017/2016، ص23.

ظهرت فكرة السلطة العامة كمعيار لتعريف القانون الإداري وتحديد نطاقه، وعرفها أنصارها على أنها مجموعة من الامتيازات والسلطات، ومجموعة الأساليب الفنية، مجموعة القيود التي تعمل في حدودها الإدارة العامة فهي تجعل الإدارة أسمى ولا تتساوى مع مراكز الأفراد وبالتالي يتحتم وجود قواعد القانون الإداري الاستثنائية وغير المألوفة في القواعد القانونية الأخرى، ففكرة السلطة العامة هي التي تحدد مجال التطبيق القانوني فكل تصرف يتضمن مظهر من مظاهر السلطة العامة يعد عملا في نطاق القانون الإداري، وفكرة السلطة العامة في مدلولها تتألف من عنصر إيجابي وآخر سلبي[1]. نشير إليهم كالتالي:

العنصر الإيجابي لفكرة السلطة العامة: وهي الفكرة التي تنطوي على وجود عدة سلطات وامتيازات تتمتع بها السلطة الإدارية والتي تتصرف بمقتضى مظاهر السلطة العامة قصد تحقيق الحماية والمصلحة العامة، لأن كلما وجدت امتيازات السلطة العامة إلا وكان ورائها حماية المصلحة العامة والامتياز في هذه الحالة هو تعبير عن قسط من سيادة الدولة، ويعرف الامتياز على أنه امتياز خاص يمنح لشخص واحد أو فئة معينة خارج إطار القانون العام[2].

العنصر السلبي لفكرة السلطة العامة: وهو يتضمن مجموعة القيود والالتزامات والحدود التي تقيد وتلزم السلطة الإدارية عند القيام بوظائفها وأعمالها التي لا مثيل لها في مجال القانون العادي ومن هذه الالتزامات والحدود التي تحدد وتقيد حرية الإدارة العامة بشكل أثقل والحكم ضرورة احترام هذه المصلحة العامة وأهمية الالتزام بقواعد حماية الأموال العامة[3].

إن أهم امتياز تقوم عليه الإدارة في مباشرة اختصاصاتها هي السلطة التقديرية إذ أن كل عمل إداري يحتوي على قدر من هذا الامتياز، ومن بين الامتيازات لممنوحة أيضا

([1]) عمار عوايدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص92.

([2]) عمار عوايدي، دروس في القانون الإداري، مرجع سابق، ص93.

([3]) المرجع نفسه، ص93.

للسلطة العامة هي امتياز التنفيذ الجبري ومعناه أن الإدارة لها بعض الحالات الحق في القيام بتنفيذ القرارات الإدارية التي تصدرها مباشرة وبالقوة الجبرية دون الحاجة إلى اللجوء مسبقا للقضاء للحصول على حكم يسمح لها بهذا التنفيذ كما أنها تستعمل القوة المادية إذا اقتضى الأمر [1].

([1]) المرجع نفسه، ص94.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة ومبرراتها

السلطة التقديرية تظهر بمناسبة تطبيق قاعدة قانونية وتباشر في حدود هذه القاعدة، وبالتالي فإن مباشرة هذه السلطة تخضع دائما لمبدأ المشروعية وسيادة القانون[1].

إن السلطة التقديرية أمر يتصل بتطبيق القانون، فترجع بالدرجة الأولى إلى موقف المشرع عند سن القواعد القانونية، فقد يتولى صياغتها في صورة جامدة بحيث لا يملك أحد سلطة تقديرية في تطبيقها وقد يضعها في صورة مرنة حيث ينطبق على الحالات الخاصة وفقا للسلطة التقديرية لمن يتولى هذا التطبيق سواءا كان قاضيا أم رجل إدارة أم أحد الأفراد العاديين المخاطبين بأحكام هذه القواعد القانونية[2].

حيث يقصد بأساس السلطة التقديرية للإدارة معرفة أصل قيامها أو تبريرها من هنا يطرح التساؤل حول أساس السلطة التقديرية ومبرراتها؟

الفرع الأول: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة

إن الاعتراف بالسلطة التقديرية كسلطة قانونية يستلزم تحديد الأساس القانوني لهذه السلطة وهذا ما سوف نتناوله من خلال هذا الفرع.

أولا: فكرة تدرج القواعد القانونية

هي فكرة ترجع في الأساس إلى نظرية الفقيه النمساوي "كيلسن" وتعني هذه الفكرة أن القواعد القانونية في المجتمع إنما تتدرج فيما بينها في مراتب مختلفة، حيث تفيد القواعد

([1]) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص80.

([2]) سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص212.

الأولى القاعدة الأدنى منها درجة، وهذه الأخيرة تتضمن تخصيصا للقاعدة الأولى وبمعنى آخر أن كل قاعدة قانونية في التدرج القانوني بالدولة، تتخذ لها صنفين:

فهي قاعدة منفذة ومخصصة للقاعدة الأعلى منها درجة من ناحية، ومنشئة في ذات الوقت للقاعدة الأدنى منها درجة من ناحية أخرى[1]، وهذا الإنشاء يبدو كضرورة فالقاعدة الأعلى وهي مجردة لا يمكن أن تحدد كل العناصر المادية التي تدخل في مجال تنفيذها تحديدا كاملا، ومن هنا يظهر دور السلطة التنفيذية في نمو القانون[2].

إن هذا الرأي لا يمكن فهمه إلا على ضوء الأفكار التي تقوم عليها المدرسة النمساوية، فهذه الأخيرة ترى أن كل عمل قانوني يتضمن تخصيصا لقاعدة أعلى وتقييدا لقاعدة أدنى، وبمعنى آخر ترى هذه المدرسة أن كل القواعد القانونية ترجع إلى أصل واحد يطلقون عليه (Novme) وهذا الأصل العام لا يمكن تطبيقه إلا بإضافة عناصر جديدة إليه لمواجهة الحالات الفردية. [3].

فالأصل العام في المساواة مثلا يخصص إلى حد ما بالقواعد الواردة في الدساتير كتلك التي تقرر مساواة المواطنين أمام الوظائف العامة، ثم يتدخل المشرع فيزيد من هذا التخصيص إلى درجة أكبر حيث تصدر السلطة التنفيذية لائحة تنفيذية تتضمن التفاصيل الجزئية، والشروط اللازمة لتنفيذ الأحكام التي يتضمنها كل من قانون التوظيف والدستور، وأخيرا يصل التخصيص إلى نهايته، بحيث تستفيد القاعدة القانونية أغراضها بصدور قرار إداري يتعين أحد المواطنين في وظيفته العامة، وقيامه بمهام منصبه[4].

([1]) سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإداري، مرجع سابق، ص50.

([2]) رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المنظورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقليدية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1996، ص46.

([3]) سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص51.

([4]) سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص52.

ومن الواضح من التدرج السابق أن القاعدة القانونية العليا تقيد الدنيا، ولكنها في نفس الوقت مقيد بالقاعدة التي تعلوها حتى نجد القمة الأصل العام، وفي نهاية السلم القرار التنفيذي[1].

تدخل السلطة التنفيذية لتخصيص القاعدة القانونية لا يكون إلا بإضافة قيود جديدة إلى القاعدة العليا وإلا كان التخصيص وهميا[2]، وهذه الحرية إلا السلطة التقديرية للإدارة، لكن هذا التخصيص لا يصدر عن حرية مطلقة بل عن حرية مقيدة، لأن كل قاعدة دنيا يجب أن تتم تخصيصها في نطاق القاعدة العليا حتى تصل إلى الأصل العام الذي يقيد جميع تصرفات السلطة العامة في الدولة، هنا يكون التقييد والتقدير متلازمين بحيث لا يمكن الفصل بينهما[3].

لاشك أن الأفكار التي جاءت بها هذه المدرسة تحتوي على جانب من الصحة، من حيث تدرج القواعد القانونية، غير أن ما يؤخذ على هذه النظرية أنها تضيق من نطاق السلطة التقديرية في إطار التخصيص ووضع العناصر الجديدة، في حين أنه تتحقق كذلك حالة الاختيار بين قرارين أو أكثر، أو الامتناع عن اتخاذ القرار أو اختيار الوقت المناسب للاتخاذ، وفي هذه الحالات جميعا لا توجد أية إضافة لعناصر جديدة مع القاعدة القانونية الأعلى[4].

([1]) نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة1412هـ، ص39.

([2]) سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص50.

([3]) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص86.

([4]) رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقليدية وموقف مجلس الدولة المصري منها، مرجع سابق ص ص 47-48..

ثانيا: ارتباط الحقوق الشخصية بالاختصاص المقيد

إن الحقوق الشخصية العامة ليست في حقيبتها سوى طائفة من الحقوق الشخصية، أما الطائفة الثانية فهي الحقوق الشخصية الخاصة، وهي تلك التي يواجهها الأفراد في علاقاتهم القانونية فيما بينهم كما يقول الفقيه "بونار".

والسلطة التقديرية للإدارة لا يمكن أن يعترف بها على أساس قاعدة مطلقة إلا إذا تخلفت قواعد التنظيم القانوني عن التحديد[1].

ثالثا: نظرية المشروع

تقوم هذه الفكرة على أساس أن الإدارة بما تباشره من أنشطة متعددة لا تختلف كثيرا عن مشروعات الأفراد الخاصة، بمعنى أن الإدارة العامة بهيئاتها المختلفة عبارة عن مشروع يشبه إلى حد كبير المشروعات الخاصة للأفراد وطالما أن هؤلاء الأفراد يتمتعون عند إرادتهم لتلك المشروعات بسلطة تقديرية، فإنه يجب الاعتراف للإدارة بمثل هذه السلطة[2].

هكذا تتبلور الإجابة على التساؤل المطروح عن سبب تخلي القواعد القانونية عن تحديد النشاط الإداري أحيانا، وبمعنى آخر سبب تمتع الإدارة بالاستقلال وحرية التقدير في ممارسة النشاط الإداري في صفة المشروع التي تصبغ هذا النشاط الإداري، ومن تم سلطات الإدارة بوصفها المدير المسؤول أو الرئيس لهذا المشروع، بمعنى أن السلطة التقديرية هي أمر يرتبط بطبيعة المشروع، بحيث يتعين النظر إلى النشاط الإداري باعتباره كذلك، أي بوصفه من المشروعات وعليه تقوم الإدارة بتسيير مشروع كبير يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال إقامة النظام العام وتوفير المنفعة العامة، وفي سبيل ذلك تملك الإدارة تقييد

([1]) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص30.

([2]) رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقليدية وموقف مجلس الدولة المصري منها، مرجع سابق ص 50.

نشاطها ذاتيا، كما تملك كذلك تقدير ملائمة نشاطها وأعمالها ومن ثم تمثل صفة المشروع للنشاط الإداري مصدر السلطة التقديرية وأساسها.

وفي رأي الفقهاء أن هذا الاتجاه هو الأقرب للصحة وذلك بالنظر إلى السلطة الإدارية وخاصة من الناحية الموضوعية، إذ يمكن تحليل موضوعات النشاط الإداري باعتبارها من قبيل المشروعات وهو أمر من السهل التسلي به بصدد المرافق العامة، كما أنه ليس من العسير النظر إلى الضبط الإداري وتنفيذ القوانين بغية تحقيق أهداف تندرج في إطار المصلحة العامة مثلها في ذلك مثل سائر أوجه النشاط الفردي على اختلاف الغاية والمقاصد [1].

رابعا: مبادئ المرفق العام

إن المرفق العالم يعتبر وسيلة سياسية وإدارية تهدف إلى تحقيق أهداف مجتمعة على عدة مستويات منها الاقتصادية والاجتماعي والسياسية. الخ، كما أن التسيير العمومي يعني في مجمله الحرية في التصرف والمغامرة زيادة على رصد الأهداف والسعي نحو الوصول إليها، ولا يعتبر أي اهتمام للمخاطر عكس الفعل الإداري الصادر للإدارة، بحيث يكون الرجوع إلى السلطة العليا في الهرم الإداري هي السمة الغالبة، مما يجعل قراراتها دائما مبنية على جهل ولا تتسم بالوضوح بشكل مختصر فالتسيير العمومي يقتضي عقلية مبادرة وجريئة، وليس فقط عقلية دفاعية[2].

إن أساس فكرة السلطة التقديرية للإدارة يقوم على أساس مبادئ المرفق العام نتيجة لتطور واتساع دور الإدارة لتحقيق المصلحة العامة إلا أن سير المرافق يتطلب توسيع

([1]) محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق ، ص36.

([2]) خالد العيش، المرفق العام في الجزائر والتحولات الجديدة في دور الدولة. د ط، د س، ص73.

سلطات وصلاحيات الإدارة وترك الحرية لها في تقدير المسائل المتعلقة بالتنظيم والتسيير من أجل الصالح العام.

من أهم المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام هو مبدأ سير المرفق العام ومبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير وهو ما يترتب عنه تحقيق الملائمة بين نشاط المرفق وقواعد إدارته مع الظروف المتطورة والمتغيرة حتى لا يمكن أن يواكب هذا المرفق الحاجات المستجدة لتحقيق المصلحة العامة

في رأينا نؤيد ما ذهب إليه الأستاذ سامي جمال الدين من ناحية اعتباره أن مبادئ المرفق العام هو أساس السلطة التقديرية للإدارة لأن هذه السلطة منحت للإدارة بغرض تنظيم وتسيير المرافق العامة لتحقيق المصلحة العامة من ناحية أخرى نرى أن مصدر فكرة السلطة التقديرية للإدارة مرتبطة بمراعاة الظروف والأوضاع التي تحيط بسير النشاط الإداري خصوصا الضبط الإداري لأنه لا يمكن تقييد سلطة الإدارة بشكل كلي في المسائل المتعلقة بحفظ النظام العام[1].

الفرع الثاني: مبررات السلطة التقديرية

تعطي السلطة التقديرية للإدارة حرية التصرف واتخاذ القرار كونها تتمتع بالخبرة، وهذا يمكنها من وضع ضوابط تحكم العمل الإداري، لذا فإن فكرة السلطة التقديرية مبررات تتمثل في أسانيد قانونية وفنية وعملية.

أولا: استحالة ضبط ظروف وملابسات النشاط الإداري

إن النشاط الإداري يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة بحيث يكون خاضع لنظام قانوني خاص، تتمثل أدوات النشاط الإداري، الأعمال الإدارية، ويعد المرفق العام والضبط الإداري

(1) سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص39.

من مظاهر النشاط الإداري، وعليه يستحيل على الإدارة ضبط ظروف وملابسات النشاط الإداري، ولهذا كان من واجب المشرع أن يفسح المجال للإدارة في بعض الحالات لاستخدام سلطتها التقديرية [1].

ثانيا: استحالة وضع قواعد لكافة نشاطات الإدارة

تتجلى هذه الحالة بأنه لا يتصور أن يحيط المشرع بكل الحالات التطبيقية المتعددة والمتشعبة، والتي تواجه الإدارة عند تنفيذها للتشريعات، فمن الناحية النظرية يمكن أن يعالج أحد القوانين المسائل التفصيلية لموضوع ما قد حددها بالدقة اللازمة، إلا أنه من الناحية العملية ليس من المقبول أن يتخبط المشرع في الجزئيات الدقيقة والافتراضات المتعددة، ومن هنا فإن السلطة التقديرية للإدارة تمثل ضرورة قصوى وحتمية لمواجهتها [2].

ثالثا: رقابة القاضي الإداري لضمان حقوق الأفراد وحرياتهم

بالنسبة لعلاقة السلطة التقديرية للإدارة بالقضاء فتكمن في عدم إمكانية القاضي الإداري مد رقابته إلى هذا الجانب التقديري للإدارة، فعادة ما يكون بعيد كل البعد عن الواقع الذي يستلزم تدخل الإدارة أو نقص عنصر الخبرة الكافية لمواجهة الحالات التي تعترض الإدارة [3].

([1]) حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، مرجع سابق، ص133.

([2]) الساري محمد، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، مطبعة الإسراء، القاهرة، د ط، ص539.

([3]) خليفي محمد، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2016/2015.

فالقاضي لا يستطيع أن يمد رقابته إلى الجانب التقدير من نشاط الإدارة لأنه مهما وضع أمامه من معلومات، ومهما قام بأبحاث وتحريات حول موضوع النزاع، لأنه يتحقق في واحد أو أكثر من الواقع [1].

([1]) حسام مرسي، سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص169.

المبحث الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة

يعد التوظيف في حد ذاته مجالا واسعا لتطبيق القاعدة القانونية، لذا وجب أن تتسم مختلف الإجراءات الواردة عليه بالموضوعية والعمومية والتجريد وغيرها من خصائص القاعدة القانونية التي تهدف إلى إقامة نظام اجتماعي عادل وفعال كما يجب أن تكون مختلف المعايير المتبعة في التوظيف تتسم بالموضوعية وتتلاءم مع شروط شغل الوظيفة العمومية والتي تجعل من الطرق والأساليب الفنية في التوظيف أهم التطلعات الحاصلة بشأنها لتحقيق مبدأ تكافأ الفرص في تولي الوظائف العمومية والتي وضعت التشريعات الوظيفية هذا المبدأ موضع التطبيق باتخاذ أساليب لتنظيم التوظيف.

المطلب الأول: الضوابط الخاصة باكتساب صفة الموظف العمومي

بعد استنفاذ كافة الطرق القانونية والتنظيمية في مجال انتقاء المترشحين لوظيفة عمومية والتحاقهم بمناصب عملهم في الوقت والمكان المحدد لهم يتم تعيين كل مترشح تم توظيفه إما بصفة متربص في رتبة للوظيفة العمومية ليتم ترسيمه فيما بعد أو دون الخضوع لفترة التربص.

الفرع الأول: ضابط التعيين

لا يكتسب صفة الموظف طبقا للمادة 04 من الأمر 04 من الأمر 03/06 سالف الذكر إلا بعد تعيينه في وظيفة عمومية دائمة، ويرسم في رتبته في السلم الإداري وفقا لأحكام المادة 83 من ذات القانون حيث تعرف المادة 04 المذكور أعلاه على أن الموظف هو كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري.

حيث يقوم التعيين على ضرورة صدور أداة قانونية تلحق المترشح بمنصبه الوظيفي ويتم التعيين بموجب قرار إداري مستوفي لكافة الشروط القانونية.

وطبقا للمادة 96 من الأمر 06-03 سالف الذكر ألزم المشرع الجزائري الإدارات والمؤسسات العمومية تبليغ الموظف بكافة القرارات المتعلقة بوضعيته الإدارية وبنشر كل القرارات المتعلقة بوضعيته الإدارية التي تتضمن تعيين الموظفين وتحدر الإشارة حسب المادة 83 من الأمر 03/06 أن كل تعيين في رتبة وظيفية يتم وجوبا في شكل تعيين بصفة متربص أي العون المعين حديثا يجب عليه قضاء فترة تربص اجبارية.

وللعلم فإن هذه الفترة تحسب في الأقدمية للترقية في الرتبة كذلك في سن التقاعد[1].

([1]) المواد 84 و91 من الأمر 03/06، مرجع سابق.

كذلك إعفاء الموظفين الذين تمت ترقيتهم من رتبة إلى الأعلى مباشرة في نفس السلك أو في السلك الأغلى مباشرة وفقا لأحكام المادة 108 من الأمر 03/06 السالف الذكر، كما يتم إعفاء الموظفين الذين تم تعيينهم في الوظائف العليا من فترة التربص[1].

الفرع الثاني: ضابط الترسيم

هو عملية قانونية تأتي بعد عملية التعيين والتي من خلالها يتأكد من ديمومة الوظيفة ونصت المادة 04 من الأمر 03/06 في الفقرة الثانية " الترسيم هو الإجراء الذي يتبع من خلاله تثبيت الموظف في رتبته"

حيث أنه خلال فترة التربص يقوم الرئيسي الإداري بإعداد تقرير خاص بالموظف تحت التربص يوضح من خلاله صلاحية الموظف للقيام بأعباء ومسؤوليات الوظيفة المعين بها، ليقوم بعرض هذا التقرير على اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المختصة وذلك بعد

انتهاء فترة التربص حيث ذهب المشرع في هذا الصدد من خلال المادة 86 من الأمر 03/06 بالنص على أنه يتم اقتراح ترسيم المتربص من قبل السلطة السلمية المؤهلة ويتوقف ذلك على التسجيل في قائمة تأهيل تقدم للجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المختصة وتشكل هذه الأخيرة من عدد متساوي من ممثلي الموظفين المستخدمين وممثلي الإدارة المستخدمة وتندرج في مهامها العديد من المهام من بينها البث في مسألة ترسيم الموظفين المتربصين.

ويقتضي التسجيل في قائمة التأهيل المذكور أعلاه إلى إعداد قائمة تضبط فيها أسماء وألقاب المؤهلين من الأعوان للترسيم تحال على اللجنة المتساوية الأعضاء بالخيار بين أمور ثلاث إما قبول ترسيم المتربصين دون اشعار مسبق أو تعويض[2].

([1]) المواد 10-18 من الأمر 03/06، مرجع سابق.

([2]) المادة 85 من الأمر 03/06.

المطلب الثاني: أساليب التوظيف والسلطة التقديرية للإدارة

أحاط المشرع الجزائري التوظيف في الوظيفة العمومية بمجموعة من القوانين والتنظيمات التي يجب على الإدارة العمومية احترامها عند قيامها بعمليات توظيف مواردها البشرية حيث تبني نظام التوظيف في الجزائر أسلوب المسابقات كأساس للتوظيف الخارجي كما تبنى أسلوب الترقية كأساس للتوظيف الداخلي وهذا ما سوف نوضحه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: تنظيم التوظيف الخارجي في ظل الوظيفة العمومية

يعتبر التوظيف الخارجي أحد أهم المصادر المعتمدة في توفير موظفين يمتلكون الكفاءات والمؤهلات الضرورية لشغل مناصب العمل الشاغرة، حيث نص المشرع في المادة 26 من الأمر رقم 66-133 والمادة 34 من المرسوم رقم 59/85 وكذا في المادة 80 من الأمر 03/06 على مختلف طرق وكيفيات الالتحاق بالوظائف العمومية باستعمال أسلوب المسابقات بالإضافة إلى الاعتماد على التوظيف المباشر كأسلوب للتوظيف الخارجي وهذا بالنسبة للمترشحين الذين تابعو تكوينا متخصصا منصوصا عليه في القوانين الأساسية.

نشير إلى أن المرجع الأساسي الذي يتم الاستعانة به على مستوى قطاع الوظيفة العمومية من أجل تنظيم مسابقات التوظيف هو تنظيم المرسوم التنفيذي رقم 293-95 المؤرخ في 30 سبتمبر 1995 المتعلق بكيفيات تنظيم المسابقات، الامتحانات والاختبارات المهنية لدى المؤسسات والإدارات العمومية المعدّل والمتمم بالمرسوم رقم 148/04 المؤرخ في 19 ماي 2004 وفيما يلي سنتطرق لكل نوع من هذه المسابقات:

أولا: التوظيف عن طريق المسابقات على أساس الاختبار

تتم المسابقة على أساس الاختبارات بإجراء امتحانات كتابية أو شخصية وتكون شفهية (المقابلات(وتعني الامتحانات الكتابية خضوع الراغب في التوظيف إلى امتحان يجيب فيه على أسئلة متعددة في موضوعات مختلفة أما الامتحانات الشخصية أو المقابلات فتفي مقابلة المتقدمين للامتحان بوظيفة معينة مع لجنة فنية، حيث تجري بينهم مناقشة موجهة لتحقيق الغرض المقصود عن طريق مقابلاتهم وجها لوجه في جو يسمح بظهور الكثير من خصائص هؤلاء الأفراد كالذكاء والقدرة على التفكير وطلاقة التعبير وغيرها من الأمور التي تكشف عن شخصية المتسابق من أجله[1].

وتجدر الإشارة إلى أنه يتم تحديد نوع الاختبارات ومعاملاتها ومدتها وكيفية اجرائها بموجب قرار إداري يحدد الإطار التنظيمي لهذا النوع من المسابقة[2].

ثانيا: التوظيف عن طريق المسابقة على أساس الشهادات

يكون في المسابقة على أساس الشهادة المنصب من حق صاحب أعلى درجة علمية المثبتة من خلال الشهادة المقدمة، وفي حال تساوي المترشحين، يتم الاعتماد على معايير ثانوية تتمثل في تقدير الشهادة، أقدمية الشهادة المترشح الأكبر سنا على الترتيب، أو الاختبارات المهنية، فيتم بتطبيق حسب درجة الأولية المقاييس التالية:

معدل الاختبارات الكتابية، معدل الاختبار الذي له أكبر معامل، وفي حالة إذا لم يتم الفصل بين المترشحين المتساوين رغم تطبيق هذه المقاييس يؤخذ حسب الأولوية بتقدير الشهادة أو المؤهل وأقدمية الشهادة، المترشح الأكبر سنا.

([1]) نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ، ص66.

([2]) مرسوم تنفيذي 12-194 المؤرخ في 2012/04/25، المحدد لكيفيات تنظيم المسابقات والامتحانات والفحوص المهنية في المؤسسات والإدارات العمومية واجرائها، ج ر، عت26 المؤرخة في 2012/05/03، ص26.

وبالنسبة للمسابقات على أساس الاختبارات والأقدمية في الرتبة والأقدمية العامة للمترشح الأكبر سنا بالنسبة للامتحان المهني[1].

لم يعرف المرسوم رقم 194/12 السابق الذكر المسابقة على أساس الشهادة، إلا أنه جعل من هذا الطريق للتوظيف طريقا أساسيا بل أوجب على المؤسسة أو الإدارة العمومية إذا كانت تشغل أعوانا متعاقدين أو أعوانا في إطار جهازي المساعدة على الإدماج المهني أو الادماج الاجتماعي للشباب حاملي الشهادات.

وأكد هذا الأمر التعليمة رقم 01 الصادرة عن المديرية العامة للوظيفة العمومية، بتاريخ 20 فيفري 2013 بشكل صريح (التعليمة رقم 01 المؤرخة في 2013/02/20.

ووضعت المادة 09 من المرسوم التنفيذي 194/12 جملة من المعايير للانتقاء على أساس الشهادة تتمثل فيما يلي:

- ملائمة مؤهلات تكوين المترشح مع متطلبات السلك أو الرتبة في المسابقة.
- تكوين مستوى أعلى من المؤهل أو الشهادة المطلوبة.
- الأعمال والدراسات المنجزة عند الاقتضاء.
- الخبرة المهنية المكتسبة من قبل المترشح في التخصص مهما كان قطاع النشاط.
- تاريخ الحصول عللا الشهادة.
- نتائج المقابلة مع لجنة الانتقاء.

(1) سميحة لعقابي، بشير الشريف، المساواة في تقلد الوظيفة العامة، المظاهر والضمانات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص67.

ثالثا: التوظيف على أساس الفحوصات المهنية

يمكن القول أن هذا النمط لا يختلف كثيرا عن نمط المسابقات على أساس الاختبارات، ما عدا كونه مخصص للالتحاق ببعض رتب الموظفين الدنيا التي تتطلب اجراء اختبارات كتابية وأخرى تطبيقية تبرر مدى مهنية المترشح، أو الرتب التي تتطلب معرفة أو تكوين مهنيا، مثال ذلك رتبة عون تقني للإدارة الإقليمية في التسيير التقني والحضري، الذي يتطلب الالتحاق بها من بين المترشحين الحائزين على شهادة الكفاءة المهنية في كهرباء السيارات، كهرباء البنايات، ميكانيك وتصليح عتاد الورشات والنقل والتفريغ وصيانة عتاد الورشات[1].

رابعا: التوظيف المباشر

يجد التوظيف المباشر أساسه القانوني من الأمر 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية وتحديدا في المادة 80 منه.

حيث يقصد به الانضمام إلى المنظمة أو الحصول على وظيفة دون الحاجة إلى إجراء مسابقة حيث تكون الشهادة على الأساس في هذا النوع من التوظيف وردت في المادة 80 من الأمر 03/06 على النحو التالي " التوظيف المباشر من بين المترشحين الذين تابعو تكوينا متخصصا منصوصا عليه في القوانين الأساسية لدى مؤسسات التكوين المؤهلة"[2].

تتمثل إجراءات التوظيف المباشر تعيين المترشحين الذين تابعو بنجاح تكوينا متخصصا لدى المؤسسات التكوين المؤهلة لذلك والمنصوص عليها صراحة في القوانين

([1]) المرسوم التنفيذي رقم 11-334 مؤرخ في 20 سبتمبر 2011، المتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي إدارة الجماعات المحلية، ج ر، ع53، الصادرة لي 28 سبتمبر 2011، ص15.

([2]) المادة 80 من الأمر 03/06، مرجع سابق.

الأساسية الخاصة بسلك الاستقبال، ويتمثل مجال تطبيق هذه الطريقة في الوظائف التي تتطلب إعدادا فنيا متخصصا من جهة، كما يجب أن تكون من جهة ثانية محددة تحديدا دقيقا حسب الاحتياجات الفعلية للإدارة المعنية بحيث يقوم هذا الأسلوب على ترتيب وإعداد المرشحين لشغل الوظيفة العامة إعدادا مسبقا لتعيينهم وذلك عن طريق تدريبهم على أعمال الوظيفة التي سيتولونها عمليا ونظريا خلال مدة معينة بحيث يكون للإدارة إصدار قرار تعيين المرشح في حالة اثبات صلاحياته واستبعاد الذي لم يثبت صلاحياته.

الفرع الثاني: تنظيم التوظيف الداخلي في ظل الوظيفة العمومية

يعتبر الموظفون الحاليون بالمنظمة من أهم المصادر التي تعتمد عليها المنظمة في شغل المناصب الشاغرة لديها، مما يعني أنه إذا خلت وظيفة معينة فإنه يجب الإعلان عنها داخل المنظمة عن طريق الترقية، حيث تشكل الترقية دعامة أساسية في مسار المهني للموظف وحدثا هاما في حياته المهنية، ويتجسد ذلك من خلال آلياتها التي تسمح بضمان تساوي حظوظ الموظفين في الصعود إلى إحدى درجات السلم الوظيفي.

أولا: الترقية في الرتبة

حاول المشرع الجزائري تنظيم وتأطير الترقية في الرتبة حيث تضمنتها جميع النصوص القانونية التي تنظم الوظيفة العمومية ومنها الأنمر 03/06 في مادته 107 التي تنص على " تتمثل الترقية في الرتب في قدم الموظف في مساره المهني، وذلك بالانتقال من رتبته إلى الرتبة الأعلى مباشرة في نفس السلك الأعلى مباشرة حسب الكيفيات....".

حيث نجد المشرع الجزائري حدد مجموعة الشروط التي يجب أن تتوفر في الموظف حتى يكون مؤهلا للاستفادة من الترقية في الرتبة ولهذا نجد أنواع عديدة من الترقية نذكر منها:

1-الترقية عن طريق الاختبار

لقد نص البند الرابع من المادة 107 من الأمر رقم 03/06 على هذا النوع من الترقية، حيث تخضع الترقية الاختيارية دائما لشرط الأقدمية في الرتبة وكذا التأهيل الوظيفي وأخيرا الكفاءة المهنية وتعد هذه الشروط شروطا عامة يتعين توافرها في كافة الموظفين سواء كانوا خاضعين للأسلاك المشتركة أو الأسلاك الخاصة حسب القطاعات التي ينتمون عليها.

أساس هذه الشروط شرط الأقدمية ويعني هذا الشرط أن الاستفادة من الترقية الاختيارية مشروطة باستيفاء عدد السنوات المطلوبة في الرتبة التي ينتمي إليها الموظف حتى يطمح للترقية الاختيارية إلى رتبة أعلى مباشرة وبما أن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية لم يفصل بشكل نهائي فيما يتعلق بشرط الأقدمية فقد ترك مهمته تحديد الأقدمية المطلوبة للقوانين الأساسية الخاصة، ومن بينها المرسوم التنفيذي رقم 224/89 المؤرخ في 05 ديسمبر المتضمن القانون الأساسي الخاص المطبق على الموظفين المنتمين للأسلاك المشتركة للمؤسسات والإدارات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 229/90 المؤرخ في 25 جويلية 1990والمرسوم التنفيذي رقم 79/91 المؤرخ في 23 مارس 1991 والمرسوم التنفيذي رقم 105/94 المؤرخ في 09 ماي 1994 والمرسوم التنفيذي رقم 04/08 المؤرخ في 19 جانفي 2008 والتي حددت الاقدمية الواجب توافرها قصد استفادة من الترقية الاختيارية حسب الرتبة وتقدر ب10 سنوات من الخدمة الفعلية.

أما العنصر الثاني الذي يكمل عنصر الأقدمية هو وجوب تسجيل الموظفين الذين يتوفر فيهم شرط الأقدمية في قوائم التأهيل في كل سنة حسب المناصب الشاغرة المخصصة للترقية في حدود 10% بعد استشارة اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء.

هذا وكما نصت التعليمة رقم 86 المؤرخة في 10 مارس 2021 المتعلقة بكيفية إعداد قوائم التأهيل للالتحاق برتبة أعلى كما يلي:

- الأقدمية المكتسبة.
- يمكن الأخذ بعين الاعتبار الأقدمية العامة.
- شغل منصب عالي والذي يشكل أيضا معيار امتياز.
- دورات التكوين وتحسين المستوى.
- دراسات أو أشغال بحث منجز من طرف المعني.
- المميزات والمؤهلات المهنية، روح المبادرة، الانضباط.

2/ الترقية على أساس الشهادات

تختص هذه الترقية الموظفين الذين أحرزوا المؤهلات والشهادات التي ستمنح لهم بالالتحاق مباشرة بسلك أعلى أو رتبة أعلى يطابق تأهيلهم الجديد في حدود المناصب الشاغرة المخصصة للتوظيف الخارجي في المخطط السنوي لتسيير الموارد البشرية.

حيث يعين الموظف الذي تحصل على شهادات أو مؤهلات مباشرة في رتبة أعلى بقرار فردي ابتداءا من تاريخ التوقيع عليه مع الاحتفاظ بنقاط تعويض الخبرة المحصل عليها في رتبته الأصلية.

3/ الترقية عن طريق التكوين المتخصص

لقد نصت القوانين الأساسية العامة للوظيفة العمومية على ترقية الموظفين الذين يخضعون لدورات تكوينية متخصصة ومنها المادة 701 من الأمر 03/06 التي نصت في بندها الثالث على الترقية بعد التكوين المتخصص، فهذا النوع من الترقية ينتج عن تحسن المعارف والكفاءات الأساسية للموظفين بعد خضوعهم لتكوين متخصص ومن أجل تجسيد هذا النوع

من الترقية تقوم المؤسسة أو الإدارة العمومية المعنية بإعداد مخطط قطاعي سنوي أو متعدد لسنوات في التكوين وتحسين المستوى وتحديد المعلومات وفق أهداف المؤسسة أو الإدارة العمومية المعنية والاحتياجات الأولوية بالنظر إلى التطور المتزايد بين المؤهلات الإدارية4/ والتقنية ومخصصات الميزانية لهذا الغرض وفي هذا الإطار تقوم المصالح الوظيفية العمومية بتخطيط وتسبيق هذه العمليات لتحديد المعاهد المتخصصة والمناصب الخاصة لاسيما التكوين المتخصص حسب المخطط السنوي[1].

4/ الترقية عن طريق الامتحان المهني

نظرا لأهمية هذا النوع من الترقية فقد اهتم المشرع الجزائري بتنظيمه وحسن سيره ولهذا الغرض صدر المرسوم رقم 293/95 المؤرخ في 30 ديسمبر 1995 المتعلق بكيفية تنظيم المسابقات والامتحانات المهنية في المؤسسات والإدارات العمومية، وفي هذا الإطار أصدرت المديرية العامة للوظيفية العمومية تعليمية وزارية مشتركة رقم 08 المؤرخة في 26 ماي 2008، تحدد كيفية تنظيم المسابقات الامتحانات والاختبارات المهنية، تهدف هذه التعليمية إلى توضيح كيفية تطبيق الإطار القانوني الساري المعمول به مع الاحترام الصارم للأحكام التنظيمية المنصوص عليها في هذا المجال وهذا قصد إعطاء امتيازات للموظفين الذين لهم الإمكانيات والمؤهلات التي تسمح لهم بالاستفادة من الترقية إلى رتبة أعلى.

أ- شروط الترقية عن طريق الامتحان المهني

يتعين على الموظفين الذين يخضعون للامتحان المهني أن تتوفر فيهم مجموعة من الشروط وعلى رأسها شرط الأقدمية في الرتبة والتي يجب أن تبلغ خمس سنوات 30% من الخدمة الفعلية وهذا حسب القوانين الأساسية المعمول بها في حدود المناصب الشاغرة في التوظيف الداخلي.

([1]) المادة 701 من الأمر 03/06، المرجع السابق.

ب- إجراءات الترقية عن طريق الامتحان المهني

تمر عملية الترقية عن طريق الامتحان المهني بعدة إجراءات نذكر منها:

بعد المصادقة على المخطط السنوي لتسيير البشرية وتحديد المناصب المالية الشاغرة حسب ما تنص عليه القوانين الأساسية الخاصة لمختلف طرق التوظيف تكون المناصب المالية المخصصة للمسابقات والاختبارات المهنية مدرجة ضمن الجدول رقم 04 من المخطط السنوي لتسيير الموارد البشرية للمؤسسة والإدارة العمومية المعنية استعملها اجباريا خلال السنة المالية الجارية، يجب أن تفتح المؤسسة أو الإدارة العمومية المعنية للامتحانات المهنية بقرار أو مقرر في أجل عشرة أيام ابتداءا من تاريخ التوقيع عليه حيث ترسل نسخة منه إلى مصالح المديرية العامة للوظيفة العمومية وهذا من أجل ضمان مراقبة مشروعية العملية ومدى مطابقتها لتنظيم المعمول به.

ينبغي أن يتم اشهار الامتحان المهني على شكل ملصقات بجدول النشر الموجود داخل الإدارة عن طريق مذكرة إعلامية مرفوقة بقرار أو مقرر فتح الامتحانات المهنية.

ثم تبدأ عملية إيداع ملف الترشح ابتداءا من صدور أول الصاق، هذه العملية يجب أن تختم في أجل خمسة وأربعين يوما أو ثلاثين يوما بمبادرة من مسؤول الإدارة المعنية وهذا طبقا لما نصت عليه الرسالة المنشورة رقم 11 المؤرخ في 29 أفريل 2006، يجب أن تسجل ملفات الترشح طبقا لأحكام المادة 07 من المرسوم رقم 293/95.

حسب تاريخ استلامها في دفاتر تفتح خصيصا لهذا الغرض لدى كل مؤسسة أو إدارة عمومية معينة أو لدى المصالح التابعة لها.

ترسل نسخة من محضر اللجنة التقنية لمصالح الوظيفة العمومية في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع عليه، من أجل تمكين مصالح الوظيفة العمومية من التأكد من مشروعية الإجراءات المتخذة من قبل المؤسسات والإدارات العمومية.

يجب أن يتضمن هذا المحضر الملفات المقبولة والملفات المرفوضة مع تبيان سبب الرفض، بعدها يتم تبليغ المترشحين المستوفين لشروط القانونية بموجب رسالة موصى عليها في ظرف خمسة عشرة (15) يوما على الأقل قبل تاريخ إجراء الامتحان المهني، أما فيما يتعلق بالمترشحين غير المقبولين فيجب تبليغهم بواسطة رسالة موصى عليها يذكر فيها سبب رفض ملفاتهم يمكن للمترشحين المرفوضة ملفاتهم تقديم طعن في أجل عشرة (10) أيام من قبل تاريخ إجراء الامتحان المهني أمام لجنة الطعن، تقوم هذه اللجنة بدراسة الطعون للبث في صحة الطعن من عدمه، وتتخذ الإجراءات اللازمة قبل حلول موعد إجراء الامتحان المهني.

بعد إتمام عملية دراسة ملفات الطعون تقوم المؤسسة أو الإدارة العمومية المعنية بالتنسيق مع المؤسسة المؤهلة لإجراء المسابقات والامتحانات بتحديد موعد الامتحانات المهنية، وبعد إجراء الامتحانات المهنية يتم اعلام المترشحين بالنتائج التي تحصلوا عليها ونشر هذه النتائج عن طريق الالصاق بمركز الامتحان وكذا المؤسسة أو الإدارة العمومية المعنية، ويتم استدعائهم لإجراء الاختبار الشفهي.

يرسل محضر الإعلان عن نتائج الاختبارات الكتابية وكذا كشف نقاط الاختبار الشفهي إلى المصالح المركزية أو المحلية للوظيفة العمومية حسب الحالة ليتم بعدها تحديد قائمة المترشحين الناجحين نهائيا في الامتحان المهني حسب درجة الاستحقاق طبقا للمناصب المالية المفتوحة لهذا الغرض، ويتم اعلامهم بواسطة برقية مباشرة بعد الإمضاء على محاضر الإعلان عن النتائج النهائية من قبل مصالح

الوظيفة العمومية والسلطة التي لها صلاحيات التعيين تنشر النتائج عن طريق الالصاق على مستوى مركز الامتحان[1].

ثانيا: الترقية في الدرجة

يقصد بالترقية في الدرجة انتقال الموظف من درجة إلى درجة أخرى تعلوها مباشرة في ذات الرتبة، وذلك بعد توفر شرط الأقدمية في السنة المعنية، وتبعا لتنقيط السلطة التي لها صلاحيات التعيين أو بعد إجراء دورة التكوين مما يعني أن الموظفين الذين لا يتوفر فيهم شرط الأقدمية وخضعوا لدورة تكوينية تؤهلهم مدتها للوصول إلى الأقدمية المطلوبة للانتقال إلى درجة أعلى فإنه يمكن ترقيتهم في الدرجة.

تجدر الإشارة إلى أن الترقية في الدرجة لا يترتب عنها تغيير في الوظيفة التي يمارسها الموظف بل يترتب عليها فقط زيادة في الراتب، فضلا عن كون أن الترقية حق من حقوق الموظف وهي تمنح بقوة القانون بعد توفر شرط الأقدمية مع الأخذ بعين الاعتبار تنقيط السلطة المعنية.

لقد نصت جميع النصوص القانونية المنظمة للوظيفة العمومية في الجزائر على الترقية في الدرجة ومنها الأمر 03/06 الذي نص في المادة 106 منه على هذا النوع من الترقية[2]، وإذا كانت الترقية في الدرجة تتمثل في الانتقال من درجة إلى درجة أعلى مباشرة فإنها تتم بصفة مستمرة حسب ثلاث وتائر وهي: المدة الدنيا، المدة المتوسطة، المدة القصوى هذه الوتائر تتوزع على اثني عشرة (12) درجة.

([1]) الأمر 03/06، مرجع سابق، ص11.

([2]) المرجع نفسه.

خلاصة الفصل الأول

من خلال ما سبق إن موضوع السلطة التقديرية من أهم المواضيع إثارة للجدل بين فقهاء القانون الإداري، حيث تتلخص السلطات الممنوحة للإدارة في سلطتين، سلطة مقيدة وهي عندما يفرض عليها القانون إتباع القواعد والشكليات المحددة قانونا دون أن يكون لها حرية تقدير التصرف والالتزام بالهدف الذي تسعى إلى تحقيقه، أما إذا لم ينص القانون على ذلك فنكون بصدد السلطة التقديرية.

فالسلطة التقديرية للإدارة تعني تمتع الإدارة بحرية تقدير الظروف التي تبرر تدخلها من عدمه أو لها حق اختيار التصرف الذي تراه مناسبا لمواجهة هذه الظروف.

كما تعتبر السلطة التقديرية هي ضرورة حتمية بالنسبة للسلطة الإدارية وذلك لأنها تسهل للإدارة صلاحياتها التقديرية.

كما أن للسلطة التقديرية مبررات تتلخص في أن الصالح العام يتطلب منح الإدارة قدرا من حرية التصرف أو عدم اتخاذه أو تحديد الوقت المناسب لاتخاذه وللسلطة التقديرية حدود هي نفسها أركان القرار الإداري وتتمثل في كل من الاختصاص، الشكل والإجراءات، الغاية السبب والمحل، فمن حيث الاختصاص والشكل والغاية فإن سلطة الإدارة مقيدة على غرار المحل والسبب، فلها سلطة واسعة في اختيار فحوى القرار ووقت التدخل وكذا اختيار وسيلة هذا التدخل.

الفصل الثاني

نطاق رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة

الفصـل الثاني: نطاق رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة

إن مشروعية أي عمل إداري تتحدد أساسا بوجود عناصر للمشروعية الداخلية والخارجية معا، والقاضي الإداري عندما يكون بصدد ممارسة رقابة المشروعية يفحص ويتأكد من الاختصاص والشكل والإجراءات باعتبارها عناصر خارجية، كما يفحص أيضا السبب والمحل والغاية من العمل الإداري وهي عناصر مشروعية داخلية.

المتفق عليه أن السلطة التقديرية تتعلق أساسا بعنصري السبب والمحل وأن الإخلال بهذين العنصرين يعني حرقا لعناصر المشروعية ولذلك فإن الرقابة التي تمارس هنا هي رقابة مشروعية في الأصل للسماح بالتأكد من وجود الوقائع القانونية والمادية التي يستند عليها التصرف، إضافة إلى التوصيف القانوني السليم للوقائع، في حين يظهر مجال السلطة التقديرية الحقيقي في مسألة تكييف الوقائع ومدى توافقها مع القرار، وفي هذه الحالة فإن رقابة القاضي تكون محدودة وتفعل في حالات وجود خطأ ظاهر في التقدير، أو من الإخلال بالتوازن بين منافع وأضرار التصرف.

المبحث الأول: أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

لا تعتبر السلطة التقديرية للإدارة امتياز تتمتع به هذه الأخيرة في اتخاذ القرار الذي تراه ملائم في ظل غياب رقابة تضمن عدم انحراف الإدارة في استعمال سلطاتها، بل هي صلاحية تتمتع بها الإدارة لتحقيق المصلحة العامة، فمثلا قد تستند الإدارة في إصدار قرارها على سبب واقعي يفرض حفظ النظام العام ولكن هذا لا يبعد رقابة القاضي الإداري من بسط رقابته على مدى توفر هذه الوقائع وكذا التأكد من التكييف القانوني لها ومدى تناسبها مع الإجراء المتخذ فقد تكون الإدارة مخطئة في تقديرها وتكييفها، وبالتالي القاضي هنا يكون قد تصدى لها حتى لا يكون هناك انتهاك لحقوق وحريات الأفراد، كما قد تستند الإدارة في إصدارها للقرار على هدف تحقيق المصلحة العامة، ولكن هذا لا يمنع أن يكون لرجل الإدارة نية سيئة يحكمها عامل الانتقام أو تحقيق أغراض شخصية فهنا القاضي يتحقق من هدف المصلحة العامة لأنه ركن من أركان صحة وقيام القرار الإداري، لذلك فالرقابة التي يبسطها القاضي الإداري في مجال السلطة التقديرية للإدارة لا تتعلق بالأركان الخارجية بقدر ما تخص الأركان الداخلية، وبالتحديد ركن السبب وركن الهدف أو الغاية.

وعليه سنتطرق إلى الأساليب التي اتبعها القضاء في إطار بسطه للرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، فكانت رقابته على ركن السبب خطوة تقليدية في هذا الصدد، حيث كانت البداية هي التثبت من حقيقة وجود الوقائع التي بنت عليها الإدارة قرارها، لينظر بعد ذلك في مدى انسجام تلك الوقائع والتزامات القانونية التي تحججت بها الإدارة، وأخيا يتأكد القاضي من مدى خطورة تلك الوقائع كسبب دافع بالإدارة لإصدار القرار الإداري.

لكن وأمام إحساس القضاء بعدم كفاية هذه الاتجاهات، أو عدم كفاية ما ينطوي عليه من أساليب رقابة، كما تشتمل عليه من نقاط ضعف من ثغرات تسمح

للإدارة في بعض الأحيان بأن تباشر سلطتها التقديرية بشكل تحكمي وتعسفي، خاصة في المجالات الحديثة للدولة المعاصرة، فقد خطا خطوات هامة في هذا المجال.

وتمثلت أولى الخطوات فيما يعرف برقابة الخطأ البين في التقدير، أما الخطوة الثانية فتمثلت في انتهاجه أسلوب الموازنة بين المنافع والأضرار في الرقابة.

وتبيانا لهذا الإجمال نتناول فيما يلي ذكره أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة التقليدية منها ثم الحديثة.

المطلب الأول: الأساليب التقليدية للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

تعتبر رقابة القضاء الإداري على سبب القرار الإداري من أهم الضمانات الأساسية لاحترام الإدارة لمبدأ المشروعية في قراراتها الإدارية، ذلك أن القرارات الصادرة عن الإدارة يجب أن تصدر على الهوى والتحكم، وإنما يجب أن تستند إلى أسباب صحيحة وواقعية تبرر اتخاذها.

إذا كان السبب ركن في كل قرار إداري، فإن دوره يختلف من قرار إلى آخر، ذلك أن المشرع قد فرض على الإدارة ألا تتصرف إلا إذا قام سبب بعينه، وحينئذ يعد اختصاص الإدارة مقيدا، ولابد أن يتحقق السبب بالشروط التي فرضها المشرع لكي يكون القرار مشروعا، أما إذا لم يفرض على الإدارة سببا بعينه للتدخل فإن لها أن تختار ما تشاء من الأسباب التي تبرر تدخلها.

لكن حرية الإدارة في اختيار سبب تدخلها، إذا لم يحدد المشرع سببا بعينه لا يعني حرية الإدارة المطلقة في هذا الصدد، بل يتعين عليها أن تختار السبب الذي من شأنه أن يبرر تدخلها، خاصة في مجال الإثبات، إلا أن القضاء الإداري قد ابتكر وتدرج في إعمال رقابته على ركن السبب في مجالات السلطة التقديرية فكانت البداية مراقبة الوجود المادي للوقائع التي تدعيها الإدارة، ثم رقابة تكييفها القانوني وأخيرا رقابة التناسب[1].

الفرع الأول: الوجود المادي للوقائع

(1) محمد مصطفى حسين، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1994،

يشتمل الوجود المادي للوقائع على مفهوم الرقابة على الوجود المادي للوقائع (أولا) وسلطات القاضي الإداري في التأكد من صحة الوقائع المادية (ثانيا)، وأخيرا سلطات القاضي الإداري في الرقابة على الوجود المادي للوقائع.

أولا: مفهوم الرقابة على الوجود المادي للوقائع

يعد الوجود المادي للوقائع من أولى خطوات عملية الرقابة على مشروعية القرار الإداري، حيث لا يجوز للقاضي القيام بعملية الرقابة على مشروعية هذه القرارات من دون اللجوء إلى البحث في وجودها المادي وذلك بسبب الأرضية التي تنطلق منها عملية الرقابة، والتي بدورها يمكن أن تغني القاضي عن عملية البحث في مدى شرعية القرارات الإدارية وذلك بمجرد إثبات عدم وجودها، مما دفع بالقضاء الإداري إلى ممارسة الرقابة[1].

كما أن للرقابة على الوجود المادي للوقائع أهمية كبيرة في عملية الحكم على مشروعية القرار، إذ تكون رقابة القاضي في هذه الحالة في مشتوى الحد الأدنى من الرقابة القضائية، حيث يمكن القاضي الإداري من إلغائه للقرار الإداري بسبب الخطأ في تحديد الوقائع المادية، أي أن تقدير هذه الأهمية يتأثر حسب طبيعة الظروف والملابسات المحيطة بالواقعة في حذ ذاتها، سواء أكان ذلك من حيث أهميتها أو من حيث خطورتها بسبب الواقعة الواحدة تحتمل تقديرات متفاوتة الدرجة من خلال تقديره[2].

الرقابة على الوجود المادي للوقائع تضم كل القرارات الصادرة عن السلطة التقديرية للإدارة بدون استثناء، إذ امتدت إلى التكييف القانوني للوقائع، هذا إن لم نقل

(1) خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري (ط، ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.

(2) السيد محمد إبراهيم، رقابة القاضي الإداري على الوقائع في دعوى الإلغاء، مجلة العلوم الإدارية، ع1، صادرة عن المعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة الخامسة، القاهرة، مصر، 1963، ص109.

أنها شملت كافة القرارات الإدارية كما عليه الحال في الرقابة على الوجود المادي للوقائع، حيث اعتبرت السلطة التقديرية للإدارة دائما مقيدة وليست تقديرية.

ثانيا: سلطات القاضي الإداري في التأكد من صحة الوجود المادي للوقائع

تقتضي الرقابة القضائية أن تأخذ الإدارة بعين الاعتبار كل عناصر المعاينة الموضوعية ولقد تم العمل بهذه الرقابة منذ بداية القرن العشرين، حيث كان القاضي الإداري يراقب الوقائع ليتأكد من صحتها ووجودها الفعلي والواقعي، لأن القرارات التي تستند إلى وقائع لا أساس لها في القانون تعتبر بمثابة وقائع مادية تدرعت بها الإدارة لإصدار قراراتها في إطار ما تتمتع به من سلطة تقديرية[1]، حيث تتلخص سلطة القاضي في التأكد من صحة الوقائع المادية، في كيفية التأكد من هذه الأخيرة وتطور رقابة القاضي الإداري على الوقائع المادية للقرار الإداري[2].

ثالثا: سلطات القاضي الإداري في الرقابة على الوجود المادي للوقائع

يمكن أن يثار في مجال الرقابة القضائية على الوجود المادي للوقائع في ظل السلطة التقديرية للإدارة مدى سلطة القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالإفصاح عن السبب[3]، فمن هنا سوف يتم دراسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في حالة تعدد الأسباب من جهة وسلطة القاضي الإداري في تصحيح الأسباب من جهة أخرى وصولا إلى سلطة القاضي في إلزام الإدارة بالإفصاح عن السبب.

(1) خليفة عبد العزيز عبد المنعم، مرجع سابق، ص133.

(2) خليفي محمد، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص158.

(3) لطفاوي محمد عبد الباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الإداري المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015،ص63.

1- الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في حالة تعدد الأسباب

يقوم هذا النوع من الرقابة في حالة ما إذا اتضح أن الأسباب المعيبة لم تلعب إلا دور ثانويا في إصدار القرار مما يقتضي من القاضي التفرقة بين الأسباب الرئيسية أو الدافعة والأسباب الثانوية أو الزائدة، فبالنسبة لعيب الشكل يأخذ القضاء بتفرقة مماثلة، إذ يميز بين الأشكال الجوهرية التي يترتب إغفالها إلغاء القرار بين الأشكال الثانوية التي يظل القرار في ظلها صحيحا رغم إغفالها[1].

يتطلب من القاضي القيام بعملية تقدير دقيقة، أي أنه ملزم في ممارسة هذا المجال بقدر من حرية التقدير والتصرف أوسع من القدر الذي يملكه عادة بالنسبة لأوجه من الطعن بالإلغاء الأخرى، والتي تؤدي بدورها إلى إلغاء القرار عند ثبوت عدم صحته أو قانونية العنصر المطعون فيه من القرار، مع الأخذ بعين الاعتبار أن جميع الأسباب التي تستند إليها الإدارة تعتبر أسباب رئيسية بحيث يكفي عدم صحة بعضها لإبطال القرار الصادر عن السلطة التقديرية للإدارة[2].

2-سلطة القاضي الإداري في تصحيح الأسباب

الأصل في سلطة القاضي في تصحيح الأسباب يكمن في أن هذه السلطة لا يملكها القاضي الإداري الذي تقتصر سلطته على فحص أسباب القرار والحكم بإلغائه عند ثبوت عدم مشروعيته في حالة تعدد الأسباب وذلك أن تخويل القاضي حق اكتشاف أسباب جديدة للقرار لم تذكرها الإدارة، وإخلال هذه الأسباب محل تلك التي تمسكت بها الإدارة يتنافى ومبدأ الفصل بين السلطات[3].

---

(1) السيد محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص122.

(2) خليفة عبد العزيز عبد المنعم، مرجع سابق، ص2011-212.

(3) محمد حسين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص71.

3- سلطة القاضي في إلزام الإدارة بالإفصاح

ليس لزاما على الإدارة الإفصاح عن أسباب تدخلها باستثناء ما يحتم عليها القانون، أي أن عدم التزام هذه الأخيرة بتسبيب قرارها ليس بدافع أن يقلل أو يضعف من إمكانيات الرقابة القضائية على هذا السبب، إذ أن التفسير السليم لقاعدة عدم التزام الإدارة بالسبب هو سلامة القرار في حذ ذاته من عيب الشكل الذي ينتج عن التسبيب[1].

فحرية الإدارة في هذا الشأن المتمثل في اختيارها ليس بسبب تدخلها يعني أنها ملزمة بأن تختار السبب الذي من شأنه أن يبرر تدخلها، ويعرض القضاء باستمرار على تحديد الشروط التي يجب توافرها في الأسباب التي تستند إليها الإدارة[2].

إذ أنه إذا أردنا إدراك سلطة القاضي الإداري في هذا المجال يجب علينا أولا أن نشير إلى أنه إذا كانت القواعد العامة في الإثبات تقتضي أن يقوم الطاعن بإثبات عدم مشروعية القرار، فهذه القاعدة يجب أن تعمل على إطلاقها في مجال دعوى الإلغاء لأن الإدارة في ظل سلطتها التقديرية إذ التزمت من جانب الصمت ولم تفصح عن سبب قرارها فإن المدعي قد يجد نفسه في كثير من الحالات عاجزا عن إثبات عدم مشروعية السبب الذي أسندت إليه الإدارة[3].

الفرع الثاني: رقابة التكييف القانوني للوقائع

يعد مراقبة القاضي الإداري للوجود المادي للوقائع والتأكد من صحتها، يقوم بمراقبة التكييف القانوني للوقائع، وهذا ما سوف يتم التطرق إليه من خلال هذا الفرع.

---

(1) المرجع نفسه، ص74.

(2) لطفاوي محمد عبد الباسط، مرجع سابق، ص109.

(3) محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص93.

أولا: مفهوم التكييف القانوني

عرفها الأستاذ سامي جمال الدين أنها «إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية».

كما عرفها الأستاذ علي خاطر نشطاوي بأنها « إدراج واقعة معينة داخل نص قانوني، بمعنى إصباغ الوصف القانوني على الوقائع المشكلة للسبب، فهو إجراء مقابلة بين الواقعة والنصوص القانونية للتأكد من مطابقتها لها»، والتكيف القانوني أيضا هو عملية إلحاق حالة واقعية بمبدأ قانوني عن طريق تصنيف هذه الواقعة وردها إلى الفئة القانونية التي تنطبق عليه[1]،بمعنى آخر أنه يجب ألا تغفل ما تتضمنه عملية التكييف القانوني للوقائع من جهد فكري يبنى بها على أن تكون مجرد عمل آلي يتم بملاحظة مطابقة الوقائع للنصوص وذلك في حالة ما إذا كانت عملية التكييف القانوني تقتضي إجراء مقابلة بين الحالة الواقعية ونصوص القانون[2].

ثانيا: سلطات القاضي الإداري في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

تعتبر الرقابة على التكييف القانوني للوقائع رقابة ملائمة وذلك بسبب أن يحل القاضي الإداري تقديره الشخصي محل تقدير الإدارة[3]، حيث تشير هنا إلى سلطة القاضي في رقابة ليست بذاتها سلطته في التفسير، فعملية التكييف تعتبر أوسع بكثير من سلطة التفسير، وذلك شريطة أن تستلزم حرية أوسع في تقدير الوقائع حتى يمكن التوصل إلى تحديد القاعدة القانونية التي تحكمها، فهذه التقديرات سواء من قبل الإدارة أو من جانب القاضي الإداري هي نفسها التي تفتح الباب أمام رقابة الملائمة، إذ تقوم هذه الرقابة في كل مرة تكون فيها إخلال من جانب القاضي لتقديره الشخصي

(1) لطفاوي محمد عبد الباسط، مرجع سابق، ص67.

(2) خليفة عبد العزيز عبد المنعم، مرجع سابق، ص233.

(3) محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص97.

محل جهة الإدارة، ويقر القضاء الإداري الجزائري بحقه في الرقابة على الوقائع سواء من حيث وجودها المادي أو تكييفها القانوني[1].

هذا فضلا على أن القضاء الإداري قد قام بإرساء أسس الرقابة على هذا المبدأ أو ذلك في كل حالة والمنصوص عليها قانونا، بحيث يحق للقاضي الإداري في هذه الحالة أن يراقب إلى جانب الوجود المادي لهذه الوقائع، التكييف القانوني الذي تضفيه الإدارة عليها ليتحقق من أنها تندرج فعلا داخل إطار الفكرة القانونية التي يتضمنها النص وهذا ما يعني الرقابة على تقدير الإدارة لمدى الوصف القانوني في الوقائع التي أسند إليها القرار[2].

ثالثا: استثناءات رقابة التكيف القانوني الصحيح للوقائع

إن القضاء يرفض مراقبة الإدارة للوقائع في بعض الحالات الاستثنائية، بحيث يقتصر في خصوص هذه الحالات على مجرد التحقق من الوجود المادي للوقائع دون أن يتطرق إلى بحث صحة التكيف الذي خلعته الإدارة عليها ولقد قسمه الفقه إلى حالتين[3]:

1-المسائل ذات الصيغة الفنية والعلمية

وتتضمن المنازعات المتعلقة بمسائل فنية أو علمية حيث صعب الأمر على القاضي الإداري الإلمام لها أو إبداء الرأي في خصوصها مثل تكييف الوقائع المتعلقة بالمواد السامة، أو المتعلقة بالقيمة العلاجية لدواء معين، أو بالقيمة العلمية لمصنف

(1) مهداوي عبد القادر، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوف، جامعة الدكتور طاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، 2020/2019،ص96.

(2) نوري سامية، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2013/2012، ص118.

(3) حاجة عبد العالي، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، جامعة بسكرة، 2018.

أدبي، ولذلك فضل ترك تقدير هذه القرارات الإدارية، وباعتبارها الأكثر بما تملكه من أجهزة علمية وفنية ورجال مختصين في مجالات العلوم المختلفة، وهذا ما يمكنها من إجراء التكييف الصحيح والسليم قانونا للوقائع التي يقوم عليها القرار الإداري، وعليه فإن القرار للإدارة ذو الطبيعة العلمية والفنية هو كل قرار إداري يحتاج التأكد من صحة تكييفه القانوني لبحث علمي وفني يخرج عن قدرة وإمكانيات ومعرفة القاضي الإداري، الأمر الذي أدى امتناعه عن تلك الرقابة، مكتفيا ببسط رقابته على الوجود المادي للوقائع[1]، ومن هنا فقد امتنع مجلس الدولة الفرنسي عن رقابة تكييف كثير من القرارات، ومن ذلك امتناعه عن رقابة التكييف القانوني لرفض لجنة القراء بالمسرح الكوميدي "فرانسيس "عرض مسرحية أدبية[2].

ففي الجزائر نجد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قد أكدت في بعض قراراتها على امتناعها على الرقابة الإدارية فيما يخص المسائل الفنية والعلمية وخاصة في مجال قرارات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، حيث نجد المحكمة العليا عاجزة عن مباشرة الرقابة بنفسها فيما يخص مدى ملائمة اختيار الأرض محل النزع التقديري الممنوح للإدارة وهذا ما يؤكد قرار المحكمة العليا للغرفة الإدارية رقم 66960 الصادر في 1990/04/21 الذي قضت فيه بقولها «من المستقر عليه قضاءا أن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مسح ملائمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز المشروع ذي منفعة العامة»[3].

(1) بوالنح عادل، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في التنظيم الإداري، جامعة تبسة، 2014، ص102.

(2) نوري سامية، مرجع سابق، 122.

(3) حاجة عبد العالي، مرجع سابق، ص149

2-قرارات الضبط الخاصة بنشاط وإقامة الأجانب

وهنا يحرص معظم الفقه والقضاء الإداري على ضرورة إعطاء الإدارة قدرا واسعا من حرية التصرف وإزاء هذا النوع من القرارات لما لها من خطورة على أمن وسلامة الدولة، وهنا تقتصر رقابة القضاء على التحقيق من صحة تكييف الإدارة لهذه الوقائع.

ومن التطبيقات التي توضح هذا القضاء مسلك مجلس الدولة الفرنسي في خصوص الجمعيات الأجنبية حيث يرفض المجلس مدى صحة وصف الإدارة النشاط هذه الجمعيات بأنه يهدد الأمن القومي مما يبرز سحب الترخيص الممنوح لها، كذلك سلك مجلس الدولة الفرنسية مسلكا مماثلا بالنسبة للمطبوعات بأنها تمثل خطورة على النظام العام تبرر خطر نشرها وتداولها في فرنسا[1].

الفرع الثالث: مبدأ التناسب

يعتبر مبدأ التناسب من المبادئ الرئيسية في القانون الإداري، لأن رقابة التناسب تشكل الرقابة القصوى من طرف القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة إذ بموجبها يضمحل كل مجتا أو هامش لحرية الإدارة في إبداء رؤيتها واتخاذها لإجراء معين[2].

أولا: مفهوم مبدأ التناسب

(1) حاجة عبد العالي، مرجع سابق،ص150.

(2) خليفي محمد، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة(دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016، ص203.

إن فكرة التناسب فكرة أساسية من أفكار القانون الإداري، ويمكن تحليلها إلى ثلاث عناصر وهي القرار الصادر والحالة الواقعية والغاية المستهدفة، والتناسب المفهوم يمكن أن يتغير تبعا للحالة الواقعية والمزايا المتوقعة والمصادر المتحصلة[1].

هذه المفاهيم عن التناسب يجمعها أنها فكرة لا يمكن إرجاعها إلى صيغة ذات نمط ثابت، فهي ليست أكثر من مجرد عنصر أو دليل قضاء، وهي تختلط كثيرا مع فكر ة الموازنة بين المنافع والأضرار.

الأصل أن تقف رقابة القضاء الإداري على القرارات السلطة الإدارية، عند حدّ التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها السلطة أساسا لقرارها وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وعدم مخالفة القرار للقواعد القانونية، دون أن يتعدى ذلك إلى البحث في أهمية وخطورة السبب وتقدير مدى التناسب بينه وبين الإجراء المتخذ على أساسه، أي محل هذا القرار الإداري ومضمونه، لتن القاضي الإداري بهذا التصدي يكون قد خرج على مقتضى وظيفته وتدخل في صميم العمل الإداري ومن تم يغدو الرئيس الأعلى لجهة الإدارة[2]، ولقد استقر القضاء الإداري على الاعتراف للإدارة بسلطة تقدير الملائمة بين أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها والتصرف الذي تتخذه حيالها.

ومع ذلك فإن القضاء الإداري لم يلتزم بهذه القاعدة في الكثير من الحالات رأى فيها ضرورة التزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لاتخاذ القرار الإداري ومحل هذا القرار، اسنادا إلى أن مبدأ التناسب في هذه الحالات من المبادئ القانونية العامة التي يتوجب على الإدارة العمل بها في تصرفاتها دون الحاجة إلى وجود نصوص صريحة تتضمنها وبذلك يمتد عمل القاضي الإداري إلى الرقابة على مدى

(1) حاجة عبد العالي، مرجع سابق، ص136.

(2) حاجة عبد العالي، أمال بعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحله في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني، العدد05، جامعة بسكرة، د.س، ص136.

تحقق هذا التناسب دون أن يتجاوز حدود وظيفته كقاضي مشروعية، حيث يقتصر عمله على المطابقة بين محل القرار الإداري وأحد المبادئ القانونية العامة وهو مبدأ التناسب[1].

ثانيا: توافق القرار مع مبدأ التناسب

في هذه الحالة لما يكون سبب القرار واقعي وليس قانوني فهنا القاضي أولا يتحقق من مدى توفر الواقعة ثم بعد ذلك مدى تناسب الواقعة مع مضمون القرار.

عندما يكشف للقاضي أن مضمون القرار لا يتناسب مع الوقائع له أن يحكم بإلغاء القرار[2]، ومع ذلك يجب الإشارة أن هناك مسائل لا يمكن للقاضي أن يمارس فيها رقابة التناسب مثل القرارات التي تبنى أو تسبب رأي فني متخصص[3].

إن القضاء الجزائري سار على نفس النحو ويظهر ذلك من خلال مجالين

1-في المجال التأديبي:

من المسلم به أن سلطة التأديب من حق الإدارة إذا ثبتت الجريمة التأديبية أي الخطأ المهني وذلك في حق الموظف ولها أن تختار العقوبة المناسبة من بين العقوبات التأديبية المقررة[4].

مع ذلك فإن للقاضي الإداري أن يتحقق من توفر الواقعة وصحة الوصف والتكييف القانوني للواقعة وكذا الدرجة التي يدخل ضمنها الخطأ المهني، ومن جهة

(1) سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، ط1، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية،2004، ص631.

(2) سهيلة لبا شيش، رقابة القاضي الإداري على إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008، ص ص 47-48.

(3) عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر،2012، ص ص 174-176.

(4) حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن،2014، ص177.

أخرى إلى مدى تناسب الخطأ المرتكب مع العقوبة المسلطة[1].

هذا شيء منطقي فإن حق الإدارة في تقدير توافق الخطأ المهني وإعطائه تكييف قانوني ليس بالضرورة تصرف سليم، فقد تقدر أن سلوك الموظف خطأ مهني وهو ليس بذلك، وقد تكيفه على أنه خطأ من درجة رابعة وهو في الحقيقة من الدرجة الثانية، وقد يكون الخطأ موجود والتكييف سليم ولكن العقوبة المسلطة ليس من العقوبة المقررة للتكييف الذي أعطته الإدارة للخطأ أي كيفت الخطأ على أنه من الدرجة الثانية وسلطت عليه عقوبة من الدرجة الرابعة.

وقد نظم المرع الجزائري النظام التأديبي للموظف في الباب السابع من الأمر 06/03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية والمعنون ب" النظام التأديبي" حيث ورد في الفصل الثاني من هذا الباب تقسيم العقوبات التأديبية حسب جسامة الخطأ إلى أربع درجات وكل درجة تتضمن مجموعة من العقوبات، وورد في الفصل الثالث الوقائع والسلوكات التي تعتبر على وجه الخصوص أخطاء مهنية، وعليه فالمشرع لم يترك مجال تأديب الموظف تحت رحمة السلطة التقديرية للإدارة، كما أنه في نفس الوقت لم يضيق على الإدارة وفسح المجال لها من خلال عدم حصر الأخطاء المهنية، فالنظام التأديبي للموظف لا يحكمه المبدأ المشهور في القانون الجنائي، "مبدأ شرعية التجريم والعقاب"، فقد نصت المادة 167 على « يتوقف تحديد العقوبة التأديبية المطبقة على الموظف على جسامة درجة الخطأ، والظروف التي ارتكبت فيها ومسؤولية الموظف المعني والنتائج المترتبة على سير المصلحة وكذا الضرر الذي لحق بالمصلحة أو بالمستفيدين من المرفق العام»[2].

(1) لطيفة بن هني، سلطات القاضي الإداري في ظل السلطة التقديرية للإدارة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012، ص21.

(2) انظر الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، المؤرخ في 2006/07/15، ج. ر، عدد 46، المؤرخة في 2006/07/16.

بالتالي فرقابة القاضي لمدى صحة تقدير الإدارة والحلول محلها في إعادة التقدير والتناسب الهدف منه أساسا اجتناب الانحراف بالسلطة وحماية الموظف من تعسف الإدارة.

2-في مجال الحريات

لقد صاغ الأستاذ "فالين" قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص بقوله « كلما حد إجراء من اجراءات البوليس حرية عامة، فهذا لا يكون قانونيا إلا إذا كان لازما، وبمعنى آخر ملائما والقاضي هو حامي الحريات العامة وفقا لمبدأ مشروعية التصرف الإداري يجب عليه إذا ما طرح عليه النزاع أن يبحث هذه الضرورة تلك الملائمة، وهذا بدوره سيؤدي إلى إلغاء سلطة الإدارة التقديرية في هذا الصدد»[1].

لذلك أن تكون إجراءات الضبط معللة بأسباب تتعلق بالنظام العام، لأن الحفاظ على النظام العمومي هو فقط الذي يبرر ممارسة سلطات الضبط الإداري وإلا كان هناك انحراف في استعمال السلطة أو خرقا للقانون[2]، ويجب أن تكون إجراءات الضبط ملائمة ومناسبة بما تتطلبه الظروف ولا تتجاوز ذلك، وعليه فالقاضي يتحقق من مدى توفر الواقعة أكانت تشكل مساس بالنظام العام أم لا و هل الإجراء أو القرار الصادر عن الإدارة يتناسب مضمونه مع الوقائع من عدمه وهل تكيف الوقائع هو تكيف سليم، فإذا لم يلمس القاضي أحد هده الشروط في قرار الإدارة كان له إبطاله، وبهذه الحالة يكون القاضي قد حل محل الإدارة في الملائمة لأن الأمر يتعلق بالحريات العامة التي يقع على عاتق القاضي التزام يضمان احترامها.

(1) حمد عمر حمد، مرجع سابق، ص185.

(2) ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجد للنشر والتوزيع، سطيف، 2010، ص176.

لا يعتبر ذلك بأي حال من الأحوال تدخل في صلاحيات الإدارة بقدر ما هو حفظ للمصلحة العامة وضمان لعدم الانحراف بالسلطة وبالتالي ضمان سيادة القانون بمفهومه العام[1].

3-في مجال الضبط الإداري

تتسع سلطة الإدارة بشكل كبير في مجال الضبط الإداري من خلال تقدير عنصر السبب والمحل عند اتحاذ القرار، فلها حرية الاختيار بين عدة خيارات للمحافظة على النظام العام فلا يكفي أن يكون لتدخل الإدارة سبب مشروع، بل يجب أيضا أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة متناسبة مع الأسباب التي من أجلها تدخلت فإذا لم يكن الإجراء المتخذ ضروريا لحماية النظام العام بمدلولاته الثلاث الصحة، السكينة، الأمن يتعرض للإلغاء[2].

حيث يقول الأستاذ فالين: «كلما حد إجراء من اجراءات ضبط حرية عامة، فهو لا يكون قانونيا إلا إذا كان لازما، وبمعنى آخر ملائما والقضاء هو حامي الحريات العامة وفقا لمبدأ مشروعية التصرف الإداري يجب عليه إذا ما طرح عليه النزاع أن يبحث هذه الضرورة تلك الملائمة، وهذا بدوره سيؤدي إلى إلغاء سلطة الإدارة التقديرية في هذا الصدد »[3].

إن الرقابة القضائية على ملائمة القرار الإداري للواقع فرضت لمعرفة مدى التناسب بين الوقائع والقرار الإداري الذي صدر بناءا عليه.

---

(1) ورد في المادة 157 من نص التعديل الدستوري لسنة 2016 " تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".

(2) حمد عمر حمد، مرجع سابق، ص164.

(3) حمد عمر حمد، مرجع سابق، ص165.

فالقضاء الإداري الجزائري قد امتنع عن هذه الرقابة في مجال الضبط الإداري، وذلك لطبيعة هذا النوع من القرارات وحداثة مجلس الدولة ونظام ازدواج القضاء، بالإضافة للاضطرابات الأمنية الخطيرة التي تعيشها البلاد مند إعلان حالة الطوارئ، بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 1992/02/09، كمت منح هذا المرسوم لهيئات الضبط الإداري سلطة تقديرية واسعة في مجال تقييد الحريات العامة، لكن في المقابل لم يؤمن حماية حقوق وحريات الأفراد من تعسف سلطات الضبط الإداري في استعمال سلطاتها[1].

فالقضاء الإداري الجزائري، رغم أخذه بالرقابة على الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع في العديد من أحكامه، إلا أنه لا يراقب مدى تناسب الإجراء الضبطي مع الظروف والملابسات الواقعية.

(1) أمام يعيش تمام، عبد العالي حاجة، مرجع سابق، ص145.

المطلب الثاني: الأساليب الحديثة للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

أمام اتساع السلطة التقديرية للإدارة، حاول القضاء الإداري أن يبتكر بعض التقنيات والنظريات للحدّ من هذه السلطة خاصة في ظل التدخلات التي تقوم بها الإدارة في هذه المجالات، تجد الإدارة حرية كبيرة في التحرك والقيام بتصرفاتها لأنها تكون أمام مجموعة من القوانين تتميز بالمرونة، مما أدى بالقاضي الإداري إلى التخلي عن تلك الرقابة التقليدية، والاتجاه نحو إقرار رقابة فعالة من خلال ابتداعه لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

الفرع الأول: الخطأ البين

من أجل دراسة الخطأ البين في التقدير وجب علينا تعريفه (أولا) وأبرز المعايير التي يقوم عليها (ثانيا) وأخيرا طبيعة ونطاق رقابة القضائية على الخطأ البين في التقدير (ثالثا).

أولا: تعريف الخطأ البين في التقدير

تم إنشاء هذه النظرية نتيجة اجتهاد القضاء الإداري من أجل زيادة رقابته من جهة ومراجعة الإدارة في تقديراتها التي كانت تتهرب بها من عملية الرقابة من جهة أخرى، إذ عرف جانب من الفقه الخطأ البين في التقدير على أنه أداة تحليل تسمح برقابة أكثر فعالية للتقديرات التي تقوم بها الإدارة والمسائل الفنية الدقيقة، كما أنه يقع على وصف الوقائع[1].

(1) بن شهرة العربي، (الصور الحديثة للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة)، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، ع1، رقم 2507-7635، المركز الجامعي، تسمسيلت، الجزائر، يوليو2016، ص69.

كما يرى جانب آخر أن الخطأ البين أو الظاهر يجب أن يكون فادحا وبديهيا وواضحا إذ يمكن معاينته حتى بالنسبة لمن هو غير مختص قانونيا، وبمعنى آخر هو الخطأ الجسيم ذي الصفة الظاهرة[1].

ثانيا: معيار الخطأ البين في التقدير

يقصد بمعيار الخطأ الظاهر ذلك الميزان أو الضابط الذي يستعين به القاضي الإداري حتى يتمكن من تقديم قيام الخطأ الظاهر في تصرف إداري ما والذي يخضع لرقابته لمنع كل تعسف[2]، لأنه عندما نقول أنه على الإدارة عند مباشرتها لأعمالها أن تقوم بتقدير الوقائع المادية تقديرا جيدا، أي أن يكون تقييمها للوقائع معقولا ومنطقيا، غير منافي للمنطق السليم وأن لا يكون مشوبا بخطأ واضح وفاضح وبين، غير أن هذا القول من الصعوبة بما كان أن يطبق على أرض الواقع، ذلك لعدم وجود معيار من خلاله يمكن التأكد على ذلك التصرف أو التقييم الذي تجربه الإدارة معقولا أم لا، بمعنى آخر متى يمكن القول بأن الخطأ خطأ ظاهر في التقدير؟

1-المعيار اللّغوي:

يقصد بهذا المعيار الإشارة إلى المعنى اللّغوي لصفة "البين" والتي يوصف بها الخطأ الذي ترتكبه الإدارة في تقدير الوقائع التي تستند إليها في قراراتها، إذ أن القاضي الإداري وبالاستناد إلى المقارنة بين الوقائع وتقدير الإدارة لها يستطيع هذا

(1) عبد الكريم حضيرة، (تطور الرقابة القضائية على الأسباب المادية للقرار الإداري)، مجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ع1، أفريل2014، ص109.

(2) خالد سير محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، دراسة مقارنة، ط2(دون ذكر دار وبلد النشر)، 2012، ص724.

الأخير أن يلاحظ ويتعرف على نطاق الخطأ جسيما وغير جسيم فهو غير ملزم بأن يقوم بتحليل متعمق لكي يتعرف عليه[1].

2-المعيار الموضوعي:

من خلال هذا المعيار يلجأ القاضي الإداري إلى إجراء دراسة وفحص لكافة عناصر الموضوع المطروح أمامه، بل قد يلجأ إلى إجراء تحقيق من خلال الأطراف الحاضرة أمامه، أو حتى زيارة المواقع محل النزاع إذا كان الموضوع متعلق بتراخيص البناء واختيار المواقع وحمايتها، فالقاضي الإداري من خلال هذا المعيار لا يقف عند حد عند مجرد المقارنة والملاحظة عن تعديل يمتد نطاق عمله وبحثه إلى التقرير من خلال الدراسة المتعمقة الموضوع المطروح أمامه، وقد أيد الدكتور يحي الجمل المعيار الموضوعي بعد اطلاعه على مجمل أحكام مجلس الدولة الفرنسي، حيث يرى ن الخطأ الظاهر يقوم على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير[2].

ثالثا: طبيعة الرقابة القضائية على الخطأ البين في التقدير

في حالة عندما يكون تقدير الإدارة مشوبا بخطأ بين، يقوم القاضي الإداري من خلاله بإحلال تقديره الشخصي محل تقدير رجل الإدارة، فمن المعروف أن هناك ثلاثة مستويات لرقابة الخطأ البين من مستويات الرقابة الأخرى إذ تتمثل في:

- الرقابة العادية حيث تحتوي على التكييف القانوني للوقائع التي تستند إليها الإدارة في إصدار قراراتها ومدى تناسبها مع الإجراء المتخذ على أساسها[3].

(1) جبر محمود سلامة، (رقابة مجلس الدولة على الغلط البين في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء)، مجلة هيئة قضايا الدولة، ع1، السنة2، القاهرة، مصر، مارس2003، ص212.

(2) يحي الجمل، رقابة مجلس الدولة في التكييف للوقائع، مجلة القانون والاقتصاد، الحقوق، القاهرة، مصر، ع3، السنة41، ص444.

(3) يحي الجمل، (رقابة مجلس الدولة على الغلط البين في تكييف الوقائع)، مجلس القانون والاقتصاد، ع34، السنة 41، حقوق القاهرة، مصر، 1972، ص235.

- الرقابة القصوى إذ تحمل أهمية وخطورة الواقع التي تستند إليها الإدارة في قراراتها ومدى تناسبها مع الإجراء المتخذ على أساسه[1].
- الرقابة الدنيا والتي تحتوي على الوقائع التي تدعيها الإدارة لقراراتها من جهة وجودها المادي أو عدم مخالفتها للقانون، ومن جهة عدم انطوائها على تعسف أو سوء استعمال من جانب الإدارة[2].

كما اتسع مجال الرقابة على الخطأ البين في التقدير لتشمل جوانب الملائمة أي أصبحت شاملة لكافة نزاعات العمل الإداري التي لم تكن مجالا لأية رقابة قضائية من قبل، سواء تلك التي تثور في المجالات التقليدية المتمثلة في (نزاعات الوظيفة العامة والضبط الإداري، ونزاعات تأديب الموظفين)[3]، والمجالات الحديثة (كمجال التخطيط أو تنظيم المدن وفي المجال الاقتصادي ومجال البيئة) [4].

الفرع الثاني: الموازنة بين الأضرار والمزايا

لدراسة الموازنة بين الأضرار والمزايا وجب علينا توضيح مفهومها (أولا) والمعايير التي تقوم عليه (ثانيا) وأخيرا الرقابة القضائية على مبدأ الموازنة بين الأضرار والمزايا (ثالثا).

أولا: مفهوم مبدأ الأضرار والمزايا

إن هذا النوع من الرقابة يتعلق بنتائج القرار أي الغاية المبتغاة منه أو بمعنى آخر مدى استهدافه للمصلحة العامة وليست بأسبابه، كما أنها لا تثار لما يكون الهدف من القرار محدد بنص قانوني وإنما تثار عندما تتخذ الإدارة قرارها استناد على سلطتها

(1) عمورة حكيمة ومقلاتي منى، (رقابة القاضي الإداري حول تحقق المنفعة العمومية ودورها في حماية حقوق الملاك)، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالمة، 2011.

(2) يحي الجمل، مرجع سابق، ص237.

(3) نوري سامية، مرجع سابق، ص ص191، 192.

(4) المرجع نفسه، ص ص 192-194.

التقديرية وأساس هذا النوع من الرقابة أن القرار الإداري لا يكون مشروعا إلا إذا كانت حسناته تفوق سيئاته والقاضي في هذه الفرضيات يجري موازنة بين إيجابيات القرار وبين سلبياته، فإذا كان الرصيد إيجابيا على العموم على حد تعبير "Vedel" يكون القرار مشروعا[1]، فكلما استهدف القرار المنفعة العامة كلما كان مشروعا والعكس.

عليه فرقابة الموازنة تتعدى رقابة المنفعة العامة المحددة بنص القانون إلى رقابة المنفعة العامة حسب وجهة نظر الإدارة، فهي من جهة تقييم لقرار الإدارة في مدى تحقيق النفع العام ومن جهة أخرى تتضمن عدم الانحراف بالسلطة والتعسف في استعمالها، فهي رقابة المشروعية بالمفهوم العام وتعمل على التحقيق من حدة السلطة التقديرية للإدارة[2].

ثانيا: معايير مبدأ الموازنة بين الأضرار والمزايا

يقوم القاضي الإداري بالترجيح بين المنافع والمضار المترتبة على التقدير الإداري في قرارات نزع الملكية على أساس وهذا أكثر من المعيار فهو يعتمد على مقدار المنفعة والمضرة، وعلى قيمة التكاليف المالية من عائدات وأعباء، كما يرى في ذلك ما يصيب الملكية الخاصة من أصرار و ما يقابل المنفعة العامة مكن فوائد، فضلا عما ينجم عن ذلك من آثار اجتماعية واقتصادية وبيئية وسياسية فيهما بأنه يأخذ بعين الاعتبار كافة العناصر الايجابية والسلبية للقرار من جميع النواحي والموازنة بينهما لترجيح كل منها بمقدار، والضابط في كل هذا هو عدم حدوث تناسب معقول بين ما

(1) عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص175.2

(2) مصطفى سدل، "الموازنة بين المنافع والمضار في القرار الإداري"، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014، ص202.

يحققه القرار من منافع وما يترتب عليه من مضار، وعليه فالمعايير التي يجب أن تأخذ بعين الاعتبار عند تقرير الموازنة للترجيح بإيجاز هي: [1].

1- معيار التكاليف المالية للعلمية:

يستوجب على القاضي وفقا لهذا المعيار أن يأخذ بعين الاعتبار أثناء قيامه بعملية الموازنة، التكاليف المالية التي تستعملها الجهة المنفذة للمشروع وما إذا كانت قادرة فعلا على التنفيذ.

فالقاضي لا يكتفي بتقدير هذه التكاليف، بل يرى في المقدرة المالية للجهة القائمة على التنفيذ.

إذ أن مشروعا معينا قد يكون صالحا على مستوى ؟إقليم أو مدينة كبرى، حيث تستطيع الجهة القائمة على التنفيذ أن تتحمل تكاليف إنشائه دون أن يصيبها إرهاق مالي، بينما قد لا يكون هذا المشروع صالحا للتنفيذ في قرية صغيرة ذات مواد محدودة، حيث سببت مثل هذا القرار التنفيذ أعباء مالية تفوق قدرتها[2].

2- معيار حق الملكية الخاصة:

وفقا لهذا المعيار يقارن القاضي بين الأضرار التي يمكن أن تصيب الملكية بنتيجة نزع الملكية الخاصة نتيجة نزع الملكية العامة، السلطة التقديرية التي تبين الفوائد التي قد تترتب عن نزعها لإنجاز المشروع[3].

يرى الدكتور أحمد الموفى أن المنفعة الخاصة مرتبطة بأحد أو بمجموعة من الأفراد في استغلال أو التصرف في ملكية معينة، إلا أننا نجد أحيانا التقارب بين المنفعة

(1) بوالنح عادل، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع تنظيم الإداري، ص181.

(2) نويري سامية، مرجع سابق، ص202.

(3) مخشاب مصطفى، السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2008، ص117.

الخاصة والمنفعة العامة حينما أن المنفعة العامة هي مجموع المنافع الخاصة ولهذا السبب تم اللجوء إلى نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار حيث تكون المنفعة العامة في الكفة الراجحة بغض النظر عن حجم وطبيعة المنافع الخاصة[1].

3-معيار التكاليف الاجتماعية للمشروع

هو معيار لا يقل أهمية عن المعايير الأخرى بحيث يتمثل في معرفة الآثار الاجتماعية التي قد يتسبب المشروع بإلحاقها سواء بالأفراد أو بالبيئة.

بالتأسيس على ما سبق يستطيع القاضي الإداري من خلال المعايير السابقة أن يوازن بين المنافع العملية والأضرار الناجمة عنها، لا عن المنفعة العمومية وهذا لما يراه مناسبا وملائما كحقيقة الواقع الاجتماعي.

على العموم عندما يراقب القاضي الإداري السلطة التقديرية عن طريق الموازنة بين التكاليف والمزايا، إنما يريد الوصول إلى إرساء توازنا جديدا لهذه السلطة ومن تم الحد من إساءة استخدامها[2].

ثالثا: طبيعة الرقابة القضائية على مبدأ الموازنة بين الأضرار والمزايا

القضاء الجزائري أخذ ببعض أحكام نظرته الموازنة وطبقها في مجال نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، إلا أن هذا التطبيق يختلف عن تطبيقات القضاء الإداري السابقة ذلك أنه أعمل في هذا المجال بعض أحكام نظرية الغلط في التقدير.

هذا ما تؤكده فريدة أبركان بقولها « يمكننا التفرقة بين الاجتهاد القضائي للغلط الواضح في التقدير وبين نظرية المصلحة أو نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار المطبقة في نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، فقاضي تجاوز السلطة تبين هنا من

(1) خليفي محمد، مرجع سابق، ص307.

(2) مصطفى مخاشف، مرجع سابق، ص117.

مدى تحقق الشرط المتعلق بالمنفعة العامة ومن جهة سيتخلص ويأخذ نتائج هذا القرار بعين الاعتبار، وفي الواقع العملي فإن المسمى الملموس للقاضي عندما يقرر هذا القرار قريب جدا من ذلك المسعى الذي تستعمله بخصوص نظرية الغلط الواضح في التقدير معنى العمليات غير المعقولة المبالغ فيها بصور كبيرة»[1].

تستند هذه النظرية على وجوب مراقبة مدى مشروعية إعلان المنفعة العمومية وضرورة خضوع ذلك لاعتبارات قانونية منها أن تكون منافع العملية أكثر من مساوئها.

إن مدى إعمال القاضي لهذه النظرية فيما يتعلق بنوع الملكية يتحقق إذا شاب القرار الإداري خطأ واضح في التقدير وبالتالي يربط القاضي الإداري الجزائري بين الغلط البين ونظرية الموازنة فلا يطبق نظرية الموازنة إذا شاب القرار الإداري خطأ بارز في التقدير[2].

ومن تطبيقات هذه النظرية في القضاء الإداري الجزائري ما قررته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر في 1991/01/13 حيث قضت بما يلي:

1-مبدأ ضرورة الإجراء:

يجوز للقاضي الإداري أن يمد رقابته لتشمل مدى ملائمة الإجراء الإداري مع الواقع المستند عليها بمعنى مدى رقابته ليحقق ما إذا كانت الوقائع تمثل خطرا كافيا يتيح للإدارة اتخاذ الجزاء الإداري باعتبار الحل الوحيد لمواجهة هذه الوحيدة المخاطر التي تهدد المصلحة العامة.

فبعد أن يتحقق القاضي من الإجراء محل النزاع الذي اتخذ بهدف تحقيق المصلحة العامة فإنه يتعين عليه البحث في كافة الظروف والملابسات المحيطة به ليتأكد من أن

(1) فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلس الدولة الجزائري، ع1، 2006، ص40.

(2) راجع العيد، السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة ماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ص ص 63-64.

هذا الإجراء كان ضروريا لتحقيق الهدف من وراءه فإذا تبين له أن درجة خطورة هذه الظروف لم تكن تستلزم هذا التدخل فإن الإجراء يكون غير مشروع والعكس[1].

2-مبدأ الحيطة:

وفقا لهذا المبدأ فإنه يجب على الإدارة اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للوقاية من المخاطر الجسيمة والتي يستحيل تداركها إذا لم تأخذ الإدارة كافة الاحتياطات، ولقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأنه عنصر من عناصر المشروعية للقرار الإداري، حيث قضى بوقف قرار وزير الزراعة الذي يتضمن الترخيص بالإنجاز لأن رأي اللجنة المختصة الذي استند عليه القرار قد صدر على الرغم ن اكتمال الملف.

هذا الأمر يسمح بتقويم أثر هذه المنتجات على الصحة العامة وقرار مجلس الدولة أن السبب جاء كسبب أوقف تنفيذ القرار المطعون فيه نظرا للنتائج التي يمكن أن يؤدي إليه.

ويفترض تطبيق هذا المبدأ أن يقوم القاضي بإجراء تقويم لمدى تناسب الإجراء مع خطورته الناشئة عن عدم اليقين[2].

3-مبدأ عدم تخطي الأقدم في الترقية بالاختبار

إن هذا المبدأ من خلق القضاء الإداري المصري ويتعلق بالترقية بالاختبار على أساس الكفاءة، فقد تصدى القضاء الإداري في مصر مند نشأته لحرية الإدارة في الترقية بالاختيار بهدف ضمان العدالة وتحقيق المصلحة العامة.

ومن هذا المنطق استقر القضاء الإداري على أنه ولئن كان الأصل أن الترقية بالاختبار إلى الوظائف الرئيسية من الدرجة الأعلى من الملائمة التي تترخص فيها

(1) حاجة عبد العالي، مرجع سابق، ص253.

(2) المرجع نفسه، ص254.

الإدارة إلا أن مناط ذلك أن يكون هذا الاختيار قد استمد من عناصر صحيحة مؤدية إلى صحة النتيجة التي وجدت وأن تجري مفاصلة حقيقة واحدة بين الموظفين على أساس ما تحتويه ملفات خدمتهم وما يبديه الرؤساء عنهم بحيث لا يتخطى الأقدم إلا إذا كان الأجداث أكثر كفاية وهو أمر تمليه دعاوي المشروعية، فإذا لم يفع الأمر على هذا الوجه فقد فسد الاختيار وفسد القرار الذي اتخذ أساسه[1].

(1) حاجة عبد العالي، مرجع سابق، ص256..

المبحث الثاني: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

يعد مبدأ المشروعية الركيزة الأساسية التي تقوم عليها نشاط سلطات الضبط الإداري وهو بمثابة الضمانة الأساسية الجدية والحاسمة لحقوق وحريات الأفراد، إذ يقتضي التزام الإدارة بالخضوع لحكم القانون في كل ما تقوم به من أعمال سواء كانت أعمال قانونية أم أعمال مادية، بمعنى ضرورة تطابق وموافقة كل إجراء إداري ضبطي للقواعد السارية المفعول في الدولة.

على هذا الأساس فإن قواعد المشروعية تعد بمثابة قيودا على الإدارة تقررت لحماية المصلحة العامة وبالخصوص صيانة حقوق وحريات الأفراد، بمعنى آخر فإن مبدأ المشروعية يعتبر المبدأ القانوني الواقي من أي تعسف أو استبداد في مواجهة الأفراد، فهو الضمان الحقيقي لحماية حقوق الأفراد، ويسهر القضاء الإداري على ضمان عدم المساس بهذه القاعدة وإلغاء –بناء على طلب المعنيين– كل الإجراءات والقرارات الإدارية الضبطية المخالفة لذلك.

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فتلك القيود يجب ألا تطبق بصورة آلية وإلا أدى ذلك إلى عرقلة النشاط الإداري للسلطة التنفيذية

كما أن حماية الحقوق والحريات يجب ألا تحجب حاجة الإدارة إلى قدر من الحرية تضمن بها حسن سير الإدارة، ومن تم يحتاج تطبيق مبدأ المشروعية قدرا من المرونة بالنسبة لبعض اختصاصات الإدارة لاسيما ما يتعلق بنشاط الضبط الإداري باعتباره الوسيلة التي تعتمد عليها الإدارة لحماية النظام العام بمختلف مكوناته.

بناءا على ما تقدم فإن مبدأ المشروعية ليست مطلقا، وإنما يخضع لقيود عديدة تجد من نطاق تطبيقه، وذلك ما يعرف بحدود مبدأ المشروعية أو النطاق الذي لا

يسود فيه أو ينقص أو يعدل بموازنات مبدأ المشروعية وبمعنى آخر فإن مبدأ الرقابة القضائية باعتباره المبدأ الأساسي لنظرية دولة القانون تحده من الناحية العملية عدة عقبات، بحيث نجد من جهة بعض التصرفات والأعمال الصادرة عن سلطات الضبط الإداري لا تخضع أصلا لرقابة القضاء وذلك باسم نظرية أعمال السيادة.

من جهة أخرى فإن القواعد المقررة لتنظيم وضبط تصرفات الإدارة العامة في الدولة في شتى المجالات بما فيها مجال (الضبط الإداري)، قد تعجز عن مواجهة بعض المخاطر التي قد تطرأ بالمجتمع مهما كان مصدرها – الإنسان أو الطبيعة– ومهما كان نطاقها – خارجية أو داخلية– والتي قد تهدد الدولة في كيانها ومقوماتها مما جعل كل من الفقه والقضاء يعترف للإدارة من بينها سلطات الضبط الإداري بإمكانية خرق بعض القواعد أو عدم مراعاتها إن اقتضت الظروف ذلك وبصفة مؤقتة إلى حين زوال الأسباب التي استدعت الخرود عن قواعد المشروعية العادية، وهذا يؤدي بطبيعة الحال إلى تضييق نطاق الرقابة القضائية على تلك التصرفات باسم نظرية الظروف الاستثنائية[1].

(1) سليملني السعيد، الرقابة القضائية على الضبط الإداري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص ص 369–370.

المطلب الأول: نظرية أعمال السيادة

من خلال هذا المطلب نتناول نظرية السيادة تعريفها ونشأة هذه النظرية (الفرع الأول) كما سنتعرف لموقف المشرع والقضاء الجزائري لهذه الأخيرة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم نظرية أعمال السيادة

إن ظهور نظرية أعمال السيادة على يد مجلس الدولة الفرنسي لم يكن عبثا، بل أملته جملة من الاعتبارات ارتبطت بشكل مباشر بعلاقة السلطة السياسية بالقضاء ومحاولة جعل القضاء مجرد أداة في يدها لفرض سلطان حكمها وتوسيع نفوذها، ورغم اعتماد القضاء المقارن والفقه نظرية أعمال السيادة إلا أنهم اختلفوا في تحديد تعريفها.

أولا: نشأة نظرية أعمال السيادة

تعود المبادرات الأولى لنشأة أعمال السيادة إلى القضاء الإداري الفرنسي، وبالأخص مجلس الدولة الفرنسي الذي أوجدها لغاية سياسية معينة قصد الإبقاء على وجوده، من خلال اعلان التنازل عن رقابته بخصوص الأعمال الصادرة عن السلطة الحاكمة لإرضائها، ، مما شكل ثمنا ومقابلا لاستمرار وجوده ومظهرا من مظاهر الحكمة السياسية من مجلس الدولة الفرنسي تجاه خصومة الدين يتربصون به وفق تعبير الطماوي[1].

إذ أنه وبعودة الملكية إلى فرنسا من جديد سنة 1814 فإن النظام الملكي الجديد ما كان لينظر بعين الرضا لمجلس الدولة، وكان يبحث عن إلغائه والتخلص منه ومن رقابته التي كان يمارسها في العهد القديم. وفي ظل هذه الظروف

(1) سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، تحقيق محمود عاطف البنا، ط1. دار الفكر العربي القاهرة، مصر ،2016، ص130.

الخطيرة التي تهدد اختيار المجلس التنازل عن بعض سلطاته ووظائفه لصالح الملكية تجنبا للتصادم معها.

واستمر مجلس الدولة الفرنسي في تحصين هذه الأعمال التي باتت تعرف بأعمال السيادة والمتلقة بأعمال وتصرفات السلطة التنفيذية التي تتصل بكيان الدولة الداخلي والخارجي، وتحصينها من كل طعن قضائي بتقرير صفة السيادة عليها، مما اترتب عنه فهم قضائي بوجود أعمال صادرة عن السلطة التنفيذية محصنة ضد الرقابة القضائية، ثم قام الفقه القانوني بعد ذلك بتمييز ورد أحكام القضاء إلى أصول يمكن بمقتضاها التفرقة بين القرارات التي تخضع لرقابة القضاء وتلك التي يخرجها من ولايته ويطلق عليها اصطلاحا أعمال السيادة أو أعمال الحكومة[1].

ثانيا: تعريف نظرية أعمال السيادة

يعد مصطلح أو مفهوم السيادة من المسائل المختلف فيها، حيث يضيق هذا المفهوم في الدول ذات الأنظمة العريقة في الديمقراطية والاي ترسخ فيها مبدأ سيادة القانون، ويتسع في الدول الأخرى حتى يكاد يشمل العديد من تصرفات الإدارة، فهذه المسألة تثير نزاعا بين أجهزة الدولة، ومن هنا نتعرض لتعريف نظرية أعمال السيادة قضائيا وفقهيا.

1-التعريف القضائي لنظرية أعمال السيادة:

إن ظهور نظرية أعمال السيادة على يد مجلس الدولة الفرنسي لم يكن عبثا، بل أملته جملة من الاعتبارات ارتبطت بشكل مباشر بعلاقة السلطة السياسية بالقضاء ومحاولة جعل القضاء مجرد أداة في يدها، لفرض سلطان حكمها وتوسيع نفوذها.

(1) سليمان الطماوي النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص130.

أ- التعريف القضائي لنظرية أعمال السيادة في فرنسا

إن أعمال السيادة هي من نظريات القضاء الإداري الفرنسي وهي من صنع مجلس الدولة الفرنسي وكانت وليدة الحاجة ومقتضيات العمل حيث يكون لبعض الأعمال التي تقوم بها الدولة أمسية خاصة فإنه من مصلحة الوطن أن لا تعرض مثل هذه القضايا على القضاة كما أنه قد لا تكون من مصلحة الحكومة عرضها على الجمهور[1].

القانون الفرنسي لم يعطي تعريفا واضحا وشاملا لنظرية أعمال السيادة فمنذ نهاية القرن 19 أخذ مجلس الدولة الفرنسي يتحاشى استعمال مصطلح أعمال السيادة وذلك لوجود علاقة بين الحكومة والبرلمان، فهي نظرية قضائية لجأ إليها مجلس الدولة ليحافظ على نفسه من بطش السلطة التنفيذية، على الرغم من أعمال السيادة أو أعمال الحكومة هي قرارات إدارية إلا أنها نقلت بهذه الصفة من أي رقابة لمعنى أنها تكتسب حصانة ضد رقابة القضاء العادي أو الإداري على حد سواء، ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يقبل دعاوى التعويض المتعلقة بهذه الأعمال وتعرف أنها تلك الأعمال والقرارات التي تصدر عن سلطة التنفيذية ولا تختلف في طبيعتها عن القرارات الأخرى، لكنها تتميز بصفات معينة جعلت القضاء الإداري الفرنسي سيستبعدها من رقابته وبناء على ذلك فهذه الأعمال التي تصدر من الحكومة تخرج الاعتبارات خاصة عن رقابة القضاء[2].

حاول البعض في فرنسا الاستعانة بالنصوص التشريعية لتبرير عدم خضوعها لرقابة القضاء ومن بينها المادة 47 من القانون الصادر في 1849/03/03م وكذلك المادة 26 من قانون 1872 الذي ينظم اختصاصات الدولة، وقد عرفها البعض بأنها تلك

(1) محمد فوزي، القضاء الإداري، دار الفكر ناشرون، بيروت، ط1، 2016، ص169.

(2) عبثاوي عبد القادر، وقف تنفيذ القرار الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العان، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008، ص53.

الأعمال والقرارات التي يصدر عن السلطة التنفيذية ولا تختلف في طبيعتها عن القرارات الأخرى، والهيئات والجمعيات أو المنظمات الدولية كانت أو إقليمية وما يماثلها من أعمال أو قرارات الهدف منها الحفاظ على العلم والأمن الاجتماعي والصحة العامة وهي فالحقيقة أكثر دلالة من هذا التعريف وأكثر شمولا[1].

2-التعريف القضائي لنظرية أعمال السيادة في الجزائر

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى أعمال السيادة وتحديدها في القانون كما جاءت به قوانين الدول العربية وإنما إلى تحديد مجال القانون الإداري في المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أن المحاكم الإدارية في جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

هذا يعني أن المشرع الجزائري اعتمد المعيار العضوي في المنازعات الإدارية باستثناء مخالفة الطرق والمنازعات المتعلقة بكل الدعاوى الخاصة بالمسؤولية الرامية على طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة[2].

ولقد حدد القانون اختصاص المحاكم الإدارية في المادة 801 من ق.إ.م.إ.

في نفس السياق حددت المادة 901 وما بعدها اختصاصات مجلس الدولة الذي يؤول إليه النظر في دعاوى الإلغاء والتقصير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة المركزية الإدارية كما يختص في الفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة وفي الطعون بالنقض الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية ومن ذلك نستخلص أن جميع القرارات الصادرة عن الإدارة تخضع في تقدير مشروعيتها القضاء الإداري سواء كانت محاكم إدارية تابعة للقرارات الصادرة عن الولاة

(1) محمد أنس قاسم الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، بيروت، ط1، 1987، ص89.

(2) عادل بن عبد الله، ميزة وطابع القضاء الإداري في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع30، 2013، ص236.

والبلديات والمصالح التابعة لها أو مجلس الدولة بالنسبة للقرارات الصادرة من السلطات الإدارية المركزية[1].

2- التعريف الفقهي لنظرية أعمال السيادة:

لقد تصدى الفقه لنظرية أعمال السيادة لحصرها في تعريف جامع مانع في فرنسا بلد منشأ النظرية ونحى نحوه الفقه في باقي الدول ومنها العربية

أ- التعريف الفقهي لنظرية أعمال السيادة في فرنسا

مازال جانب من الفقه مستمر بالتصدي لها ومهاجمتها هجوما عنيف والتنكر لها تماما والمطالبة بإبعادها من الاعلام القانوني وتقييد الأسباب والدواعي التي كانت وراء بدايتها الأولى واستمرار بقائها في التطبيق القضائي وتمعك التشريعات الدستورية الحديثة بها بصورة أو بأخرى حتى الوقت الحاضر ويعود التصدي لأعمال السيادة لدى هذا الجانب من الفقه في إبعاد قسم كبير من أعمال وقرارات السلطة التنفيذية عن رقابة القضاء ومنع التعرض لها ومخاصمتها قضائيا بالإلغاء أو التعويض من أي جهة كانت بدعوى أنها تتمتع لصفة السيادة التي تحصلها من الرقابة القضائية بشكل كامل وقد كان لمحاولات التصدي والحملة الشديدة أثر بالغ في السياسة القضائية والتشريعية لما تشكله أعمال السيادة من قيد على البناء القضائي السليم في الدولة القانونية الحديثة وكونها أثرا قيمة بالية وبعثا لنظرية الضرورة السياسية ونقطة سوداء في جبين القانون العام وامتهانا لمبدأ سيادة القانون وأخيرا سلاحا خطيرا بيد السلطة التنفيذية يمكن بواسطته أن تتخذ إزاء المواطنين سلوكا بالغ التحكم والتعسف دون خوف من أي رقابة قضائية وعدم الاعتداد بمبدأ المشروعية، إلا أنت الغالبية العظمى من الفقه لا يصل إلى الحد من الرفض الكامل لهذه الأعمال إلى جانب كون القضاء الإداري الفرنسي والمقارن بقي على تمسكه بتطبيق نظرية أعمال السيادة حتى اليوم.

(1) المرجع نفسه، ص237.

بدل الفقه محاولات كثيرة في محاربة هذه النظرية ومن أجل ذلك اتجه بعض الفقهاء الفرنسيين إلى محاولة الاستعاضة عن نظرية الأعمال الحكومية بنظريات أخرى لما كانت نظرية أعمال السيادة تمثل اعتداء على مبدأ المشروعية فقد حاول القضاء الإداري التضييق من نطاقها، فقد وجد جانب من الفقه تبرير قانوني للنظرية في المادة 06 من القانون الصادر في 1972/10/12 المتعلق بمجلس الدولة التي تعد ترديدا وتكرار لأحكام المادة 47 من القانون الصادر في 1849/03/30 التي تنص على حق الوزراء في إحالة الأمر إلى محكمة التنازع بشأن المنازعات المقدمة لدى الصم القضائي التي تخرج عن دائرة اختصاصه، فقد ذهب البعض إلى القول أن المقصود بالقضايا المذكورة في هذه المادة المنازعات المتعلقة بأعمال السيادة[1].

يعرف بعض فقهاء القانون الإداري أعمال السيادة بأنها عمل يصدر عن السلطة التنفيذية وتحيطه اعتبارات خاصة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي أو الخارجي ويخرج عن رقابة المحاكم من قرر القضاء له هذه الصفة.

ب- التعريف الفقهي لنظرية اعمال السيادة في بعض الدول العربية

هناك عدة تعريفات أعطيت لنظرية أعمال السيادة لا يمكن حصرها لاستحالة حصر اجتهادات الفقه

بقوله: بأنها النظر لغايتها على أنها العمل الذي تباشره الحكومة بمقتضى سلطتها العليا في سبيل تنظيم القضاء والإدارة والنظام السياسي والدفاع عن كيان الدول وسلامتها في الداخل والخارج.

(1) عبد الله رحمة البياتي، كفالة حق التقاضي –دراسة دستورية مقارنة– 2002، ص176.

أو هي " عمل يصدر عن السلطة التقنية وتحيط به اعتبارات خاصة كاملة الدولة في الخارج والداخل، ويخرج عن رقابة المحاكم متى قرر له القضاء هذه الصفة"[1].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظرية أعمال السيادة

أولا: موقف المشرع من نظرية أعمال السيادة:

لم يتناول القانون الجزائري موضوع أعمال السيادة بالنص عليها في تشريعاته، بل ترك المجال واسعا للقضاء في تحديدها ما إذا كان العمل سياديا أم لا، كما أنه وضع الإدارة قانونا يضبط تصرفاتها، حيث تنص المادة 600 من ق.إ.م.إ على " أن المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية"[2].

هذا لا يعني أن المشرع الجزائري اعتمد المعيار العضوي في المنازعات الإدارية باستثناء مخالفة الطرق والمنازعات المتعلقة بكل الدعاوى الخاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة[3].

أي أن حوادث المركبات التابعة للدولة تعالج على مستوى المحاكم العادية ولا تعالج على مستوى المحاكم الإدارية على الرغم من تبعيتها لطرف معنوي متمثل في الإدارة، ولقد حدد القانون اختصاص المحاكم الإدارية في المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[4].

---

(1) مايجي أحمد محمد، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص302.

(2) المادة 600 ق.إ.م.إ، الباب الرابع، أحكام عامة في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، الفصل الأول في السندات التنفيذية.

(3) مسعودي حسين، أعمال السيادة من الإطلاق والتحديد، ورقة عمل للمؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية، أبو ضبي بتاريخ 11 و2012/09/12، ص17.

(4) المادة 801 من ق.إ.م.إ :" تخصص المحاكم الإدارية بالفصل في : 2 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، المؤسسات العمومية المحلية ذات الصيغة الإدارية، 2- دعاوى القضاء الكامل، القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة"

وفي نفس السياق حددت المادة 901 وما بعدها[1]، اختصاصات مجلس الدولة الذي يؤول إليه النظر في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية كما يختص في الفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة وفي الطعون بالنقض الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية، ومن ذلك نستخلص أن جميع القرارات الصادرة عن الإدارة تخضع في تقدير مشروعيتها للقضاء الإداري سواء كانت محاكم إدارية بالنسبة للقرارات الصادرة عن الولاة والبلديات والمصالح التابعة لهما أو مجلس الدولة بالنسبة للقرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية[2].

أي أن المشرع الجزائري حدد اختصاصات المحاكم الإدارية ومجلس الدولة وذلك في المادتين 801 و901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وجعل بذلك لكل جهة صلاحيتها القانونية وترك مسألة أعمال السيادة وتوصيفها راجع للقضاء فهو من يقرر ما إذا كان العمل سياديا أم لا، وتبقى الأعمال الموصوفة بالسيادة أو السياسة غير واردة في أي قانون، ويعود للقضاء وحده في تقرير ما إذا كان العمل سياديا أم لا، وتطبق في هذا الإطار نظرية أعمال الإدارة التقليدية ونظرية السلطة التقديرية[3].

أما النصوص الخاصة التي تحيل المنازعات على القضاء الإداري نذكر بعضا منها المنازعات الخاصة بتنظيم مهنة المحاماة والموثق والمحضر القضائي، والأحزاب السياسية والجمعيات والانتخابات والصفقات العمومية.

---

(1) المادة 901 من ق.إ.م.إ: " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية، كما يختص بالفصل في القضايا المخولة بموجب نصوص خاصة".

المادة 902 " يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية، كما يختص أيضا كجهة استئناف، بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة"

المادة 903 "يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة عن آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية، يختص مجلس الدولة كذلك في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة"

(2) مسعودي حسين: أعمال السيادة بين الإطلاق والتحديد، المرجع السابق، ص18.

(3) مسعودي حسين، مرجع سابق، ص19.

نستخلص إلى أن جميع القرارات الصادرة عن الإدارة تخضع للقضاء في رقابة مدى مشروعيتها تطبيقا للمادة 13 من الدستور الجزائري[1]، وبالتالي فإن القضاء الإداري يمثل صمام الأمان للحقوق والحريات العامة وصيانتها وحمايتها لذلك ندعو إلى وجود قضاء إداري مستقل له اختصاص عام في نظر المنازعات الإدارية كافة ولا نؤيد تحجيم اختصاصات القضاء الإداري أو تقييدها أو حصرها في أضيق نطاق كما لا نؤيد الانتقاص من هذه الاختصاصات عن طريق إصدار قوانين تنص على اختصاص القضاء العادي أو القضاء الاستثنائي في بعض اختصاصات القضاء الإداري كما يقتضي الأمر النص في الدساتير على خطر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء الإداري وجعل الطعون بجميع قرارات اللجان مهما كانت من اختصاص القضاء الإداري وعدم التوسع في أعمال السيادة بهدف تقليص اختصاصات القضاء الإداري بل يجب فهم أعمال السيادة في أضيق النطاق[2].

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من نظرية أعمال السيادة

القاعدة العامة التي تحكم القضاء الجزائري بخصوص أن التصرفات الصادرة عن الإدارة أنها تخضع لرقابته باستثناء جملة من الأعمال أهمها أعمال السيادة[3].

إذا كان المشرع الجزائري لم يختص الأعمال الموصوفة بالسيادة بتشريع خاص إلا أن القضاء ومن خلال اجتهاداته قد درج على رفض رقابته عليها، متى ارتبطت هذه الأعمال بالآتي: [4]

---

(1) الدستور الجزائري لسنة 1996، الباب الثاني، تنظيم السلطات، الفصل الثالث، السلطة القضائية، المادة 143 "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية.

(2) مسعودي حسين، مرجع سابق، ص19.

(3) مسعود شيهوب، امتيازات الإدارة أمام القضاء، مجلة الفكر القانوني، ع4، 1987، ص35-36.

(4) المحكمة القضائية العليا(الغرفة الإدارية)، قرارا رقم 36473 بتاريخ: 1984/01/07، مجلة قضائية، ع4، 1993، ص211.

- الأعمال المتعلقة بالسلطة التنفيذية مع البرلمان.
- تصرفاتها في مجال العلاقات الدولية.
- الأعمال المرتبطة بسلامة الدولة داخليا وخارجيا.
- القرارات المتعلقة بكبار الموظفين والمسؤولين في الدولة.

أما ما عدا هذه الأعمال فلا يتمتع بحصانة أعمال السيادة، ومن ذلك الأعمال المتعلقة بالأمن الداخلي أو الضبط الإداري، وتفسير المعاهدات الدولية التي أصلحت في الوقت الحاضر تخضع لرقابة القضاء.

وتأسيسا لمجلس الدولة الفرنسي فقد اتجه أيضا القضاء الجزائري إلى إمكانية ممارسة الرقابة على أعمال السيادة بخصوص دعوى المسؤولية.

فقد اتجه القضاء الجزائري إلى صنفين لأعمال السلطة التنفيذية بخصوص أعمال السيادة وهما:

1-أعمال سيادية (عمل حكومي):

فهي جملة من الأعمال الاتي لا تخضع للرقابة القضائية بالنظر إلى أهميتها ....

2-أعمال غير سيادية (عمل إداري)

وهي جملة الأعمال الإدارية العادية التي يمكن رقابتها أمام القضاء بالنظر إلى بساطتها وعدم خطورتها على المجتمع، فهي مراسيم أو قرارات لا تعني المجتمع ككل، وإنما فردا معينا بذاته في الدولة ويحق لكل متضرر منها وتوفرت فيه المصلحة أن يطعن فيها أمام القضاء الإداري المختص[1].

(1) حسب المواد 74، 77، 78، 79 و164، 170، 171 من الدستور الجزائري 1996 " يستثنى من ذلك الأشخاص الذين يشترط الدستور والقانون تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي".

إذن القضاء الجزائري يضع أمر التعويض عن الضرر الناجم عن تطبيق هذه النظرية وذلك كوسيلة لتحقيق مبدأ العدل والمساواة ويجعل العمل بها محصورا في الأمور المتعلقة بسلامة الدولة في الداخل والخارج.

الفرع الثالث: تطور معايير تحديد أعمال السيادة

استنادا لمفهوم أعمال السيادة فإن السلطة التنفيذية تصدر قرارات يمكن التمييز بين طائفتين منها، الأعمال الحكومية التي لا تخضع لأي رقابة قضائية، وقرارات إدارية عادية تخضع للرقابة القضائية، فبإمكان القضاء الإداري أن يبسط رقابته على الطائفة الأولى دون الثانية، لذلك وجب التمييز بين الطائفتين نظرا لما يترتب عن كليهما من آثار قانونية استنادا إلى معايير محددة[1].

لقد كان للفقه والقضاء محاولات عدة في مجال تحديد وتمييز أعمال السيادة، فجاء بداية معيار الباعث السياسي، الذي كان يترجم بوضوح حماية الحكومة وبالفعل تعرضه لانتقادات كثيرة، استخلف بمعيار آخر هو معيار طبيعة العمل ذاته، والذي نالته هو الآخر الكثير من الانتقادات، وصولا إلى معيار القائمة القضائية وسنتعرض إلى كل هذه المعايير كما جاءت متسلسلة زمنيا.

أولا: معيار الباعث السياسي

1-محتوى معيار الباعث السياسي:

يعتمد هذا المعيار في تحديده لطبيعة العمل على النظر إلى باعث إصداره، فإذا كان هذا الباعث سياسيا بأن قصد على حماية الجماعة من أعدائها في الداخل

(1) سعاد الشرقاوي، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1984، ص110.

والخارج، عدّ العمل من أعمال السيادة. وما عدا ذلك يدخل في نطاق القرارات الإدارية العادية[1].

كما يندرج وفق هذا المعيار كل ما يصدر عن الحكومة بدافع سياسي والحكومة هي الاي تحدد بنفسها ما كان من أعمالها متصلا بالمصالح العليا، ويأخذ بهذه الصفة الطابع السياسي، أي أن هذا المعيار هو في النهاية معيار شخصي لا موضوعي[2].

2-النقد الموجه لمعيار الباعث السياسي:

لقد كان هذا المعيار أول ما وضع لتحديد طائفة أعمال السيادة ولم يكتب له الاستمرار طويلا نظرات لما شابه من عيوب وتعرضه للنقد وأبرز ما جاء في هذا النقد هو:

- وسع هذا المعيار من نطاق أعمال السيادة من خلال عدم التحديد الكافي والدقيق مما يصعب معه الرقابة على مختلف أعمال الحكومة أو السلطة التنفيذية ما دام هناك داع للتدرع بشأن عمل ما بأن له غرضا سياسيا[3].
- هذا المعيار جاء نتيجة ظروف أحاطت بمجلس الدولة الفرنسي في فترة محدودة وصفت بالضعف اتجاه الإدارة في غاية القوة، لذلك فقد كان مضطرا بفعل هذه الظروف إلى هذا الخيار أي اعتماد الباعث السياسي[4]، وأساس ذلك كله أن

(1) فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1968، ص583.

(2) محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 1978، ص644.

(3) طعيمة الجرف، قضاء الإلغاء رقابة القضاء الإداري لأعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص529.

(4) فؤاد العطار، مرجع سابق، ص529..

القرار الذي يكون باعثه سياسيا أولى بالخضوع لرقابة القضاء دون غيره حيث ينظر إليه بعين الشك والريبة[1].

خلاصة القول أن معيار الباعث السياسي وفي جميع الأحوال يضع حدوث بعينها لأعمال السيادة، فهو يعتمد إلى الحاق أمر تحديدها إلى السلطة التنفيذية والاتي يكون بإمكانها تحييده عن رقابة القضاء بحجة الغرض منه والذي يكون سياسيا، لكن هذا الوضع لم يكن ليدوم بعد استدراك مجلس الدولة الفرنسي الأمر وتعويضه بمعيار آخر.

ثانيا: معيار طبيعة العمل

دفع التوسع في دائرة أعمال السيادة بمقتضى نظرية الباعث السياسي وما ترتب عنه من تعسف واستبداد الإدارة في مواجهة الأفراد وتضييق نطاق الحقوق والحريات مجلس الدولة ومعه الفقه، لاسيما في فرنسا ابتداءا من سنة 1872 إلى محاولة التقليص من ذلك عن طريق البحث عن معيار بديل لتحديد بدقة ما يعد من أعمال السيادة وما يعد مجرد قرارات إدارية تظل خاضعة لرقابة القضاء[2].

فالعبرة في تحديد العمل تكون بالرجوع إلى طبيعة العمل ذاته أو موضوعه، بمعنى أن تكون الأعمال الاي تصدرها السلطة التنفيذية في ممارستها للوظيفة الحكومية بخلاف الأعمال الأخرى التاي تصدرها في تأديتها للوظيفة الإدارية، وهنا اختلف الفقهاء في تحديد هذه الاعمال وبهذا الصدد يظهر الغموض في إمكانية التفرقة بين طور ممارسة الوظيفة العمومية والطور الذي تأدي فيه الوظيفة الإدارية [3].

(1) سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص97.

(2) سليماني السعيد، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مرجع سابق، ص396.

(3) سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق ، ص98.

1-الرأي القائل بثنائية الوظيفة للسلطة التنفيذية

يرى بعض الفقهاء ومنهم (لافيربير) بأن " تنحصر وظيفة الإدارة في التطبيق اليومي للقوانين والاشراف على علاقات الأفراد بالإدارة المركزية أو المحلية وعلاقات الهيئات الإدارية أو بعضها الآخر.

أما الوظيفة الحكومية فيقصد بها تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها والسهر على احترام دستورها، وسير هيئاتها العامة والاشراف على علاقتها مع الدول الأجنبية وعلى أمنها الداخلي، من جانبه يرى " هوريو" ن " المهنة الحكومية الخاصة تنحصر في الحلول للأمور الاستثنائية والسهر على تحقيق مصالح الجارية للجمهور، على هذا النهج سار غيرهم من الفقهاء وبنفس الفكرة وبتسميات متشابهة ومنهم "تيسيه" و "رولان" ولكن هذه المعلومة كما هو واضح لم تنجح في وضع معيار بالمعنى الدقيق[1].

2-الرأي القائل بدرجة أهمية أعمال السلطة التنفيذية

ذهب في هذا الصدد بعض الفقهاء إلى أن " العمل يكون من أعمال السيادة إذا كان تنفيذ القوانين العادية واللوائح، وهو تقريبا ما جاء به "ديكروك" من أن أعمال السلطة التنفيذية أعمالا حكومية إذا ما كانت تنفيذ النص في الدستور وأعمالا إدارية إذا ما تعلقت بتنفيذ قانون عادي[2].

ثالثا: معيار القائمة القضائية

1-محتوى المعيار

تم اللجوء إلى هذا المعيار لتحديد مفهوم أعمال السيادة وفحواه أن القضاء وحده هو المنوط به تحديد ما يدخل في نطاق اعمال السيادة وأن الفضل ي ظهور نظرية

(1) المرجع نفسه، ص99.

(2) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص99.

أعمال السيادة يرجع إليه وما على الفقه إلى الرجوع إلى أحكام القضاء للوقوف على ذلك.

بالرجوع إلى اجتهادات الفقه والقضاء المقارن نجد بأن هذه القائمة تضم عدة فئات من الأعمال المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية من قبل اقتراح القوانين أو إصدارها أو سحب مشروع قانون أو استدعاء الهيئة الناخبة والبرلمان ومنها الأعمال المتعلقة بالعلاقات الخارجية للدولة كقطع العلاقات الدبلوماسية والتصديق على المعاهدات الدولية أو الانسحاب منها والاحتجاج الدبلوماسي كاستدعاء السفراء ومنها كذلك الأعمال المتعلقة بالحرب كإعلان الحرب وانهائها والإجراءات المتخذة ضد رعايا الدول العدوة علاوة على الأعمال والتدابير المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي كإعلان الأحكام العرفية أو الحالة الاستثنائية إضافة إل الاعمال المتعلقة بإبعاد الأجانب وترحيلهم[1].

2-نقد المعيار:

لقد واجه معيار القائمة القضائية هو الآخر بعض سهام النقد، حيث عيب عليه منحه القضاء سلطة التحكم في تخصين القرار الإداري تحت غطاء أعمال السيادة وعدم وضعه لتعريق واضح لأعمال السيادة، فضلا عن مرونة هذا العيار واختلاف نطاق القائمة القضائية لأعمال السيادة من دولة لأخرى[2].

لكن بالرغم من ذلك كله، يبقى هذا المعيار ينتظر الكثير من الفقه أحسن المعايير الاي يمكن الاستناد إليها لتمييز أعمال السيادة عن غيرها من أعمال السلطة

(1) بسيوني عبد الغني عبد الله، الدور التشريعي لرئيس في النظام المختلط: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص58-59.

(2) محمد مفرح حمود العبني، حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري، دراسة مقارنة تطبيقية، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1432هـ.

التنفيذية، لاسيما وأن القضاء المقارن ..... يميل إلى التضييق من نطاق القائمة القضائية المشار إليها اعلام.

المطلب الثاني: نظرية الظروف الاستثنائية

تعتبر الضرورة هي أساس نظرية الظروف الاستثنائية حيث يقصد بالضرورة تلك الحالة من الخطر الجسيم الحال التي يتعذر تداركها بالوسائل العادية مما يدفع السلطات القائمة على حالة الضرورة أن تلجأ إلى الوسائل القانونية الاستثنائية لدفع هذا الخطر ولمواجهة الأزمات، وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية

لو عدنا إلى ظهور نظرية الظروف الاستثنائية لوجدنا أنها نشأت أساسا في الشريعة الإسلامية في القاعدتان، الضرورة أن تبيح المحظورات وكذلك " الضرورة تقدر بقدرها" وهما من القواعد الأصولية كالشريعة الإسلامية غير أن بعض الفقهاء يرى أن هذه النظرية تأسست على يد مجلس الدولة الفرنسي لكن التشريع الإسلامي كان السباق في معرفة هذه النظرية التي تعود إلى ثلاثة عشر قرنا من شأنها[1].

إن تحديد مصدر ومتسع نظرية الظروف الاستثنائية يدفعنا بالضرورة إلى محاولة تحديد مدلولها الحقيقي نظرا لوجود حالات أخرى شبيهة قد تؤدي إلى خلق ليست من الناحية العملية.

أولا: نشأة نظرية الظروف الاستثنائية

إذا كان الأصل هو سيادة مبدأ المشروعية سواء في الظروف العادية أو الظروف الاستثنائية إلا أن الظروف العصيبة التي عاشتها الدولة الفرنسية خلال الحرب

(1) مسعود مقدود، التوازن بين سلطات الضبط الإداري والحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2017/2016.

العالمية الأولى والتي شكلت تهديدا حقيقيا لكيان الدولة كلها، دفع سلطات الضبط الإداري إلى الخروج عن الحدود القانونية[1].

وأدى الخروج عن قواعد المشروعية إلى المساس بحقوق وحريات الأفراد، مما دفع بهؤلاء اللجوء إلى القضاء المختص (القضاء الإداري) قصد المطالبة بإلغاء تلك التصرفات التي كانوا يعتبرونها غير مشروعة ومجحفة في حقهم.

يرجع غالبية الفقه نشأة نظرية الظروف الاستثنائية بمفهومها المعاصر إلى مجلس الدولة الفرنسي حيث قام بوضع الضوابط الخاصة بها وتحديد شروطها وإضفاء مشروعية من نوع خاص، المشروعية الاستثنائية على أعمال الإدارة الصادرة في ظلها.

لقد كانت هذه المحطة من تاريخ فرنسا وتاريخ القضاء الإداري بمثابة امتحان عسير لمجلس الدولة الفرنسي شبيه بذلك الذي دفعه إلى ابتكار نظرية أعمال السيادة، غير أن هذه المرة واجه حالة جديدة تتمثل في ظروف الحرب العالمية الأولى التي كانت بمثابة تهديد حقيقي لفرنسا فكان على مجلس الدولة أن يتخذ موقفا بهذا الشأن.

أكد مجلس الدولة الفرنسي على موقفه بشأن توسيع سلطات الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية في العديد من القرارات نذكر منها:

- قرار مجلس الدولة في قضية Delmotte بتاريخ 06 أوت 1915[2].
- قرار مجلس الدولة في قضية heyriés بتاريخ 28 جوان 1918[3].

(1) سليماني السعيد، مرجع سابق، ص423.

(2) السعيد سليماني، مرجع سابق، ص424.

(3) المرجع نفسه، ص424.

- قرار مجلس الدولة في قضية Damme dol et lourent بتاريخ 28 فيفري 1919[1].

ثانيا: تعريف نظرية الظروف الاستثنائية

قد تتعرض حياة الدولة للأخطار والأزمات التي تهدد وجودها وكيانها وأن السلطة التنفيذية في ضوء هذه الظروف بحاجة إلى صلاحيات جديدة للقيام بواجبها في الحفاظ على كيان الدولة ووجودها وأن تعرض هذه المصالح مصلحة احترام القانون ومصلحة الحفاظ على الحريات العامة ، وللموازنة بين هذه المصالح فقد أبدع الفكر القانوني نظرية الظروف الاستثنائية[2].

ومن خلال ذلك سنتطرق إلى تعريف نظرية الظروف الاستثنائية أولا تعريف قضائي وثانيا تعريف فقهي

1-التعريف القضائي

أمام غياب تعريف للظروف الاستثنائية، سواء على مستوى التشريع فقد حاول القضاء وضع تعريف لها إذ أن هذه النظرية نشأت في ظل اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي لمواجهة مختلف الظروف الطارئة والاتي تعطي للإدارة صلاحيات غير مشروعة في ظل الظروف العادية لتصبح مشروعة بحكم الظرف الاستثنائي والاي يطلق عليها " باللامشروعية المشروعة"[3].

ورغم ذلك فقد استعمل مجلس الدولة الفرنسي عبارة الظروف الاستثنائية غير أنه ميز بين الظروف الأخرى والتي أطلق تسمية الظروف الاستثنائية وتطبيقا لنظرية

(1) المرجع نفسه، ص424.

(2) شرفي صلاح الدين، حماية الحريات العامة للأفراد في ظل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 14، جانفي 2016، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، ص92.

(3) مسعود مقدود، مرجع سابق، ص77.

الظروف الاستثنائية قرر مجلس الدولة الفرنسي مشروعية بعض الأنظمة الإدارية المقيدة للحريات الفردية في ظل الظروف الاستثنائية على الرغم من عدم مشروعيتها في ظل الظروف العادية، كما قضى بمشروعيته في سن بعض الرسوم التي تفوق في مقدارها الحدود المقررة قانونا وذلك لمواجهة الاحتياجات المالية غير العادية الناتجة عن الغزو الألماني عام 1940.

كذلك في مشروعية القرارات الإدارية بإتقان العمل ببعض القوانين التي تنص على ضمانات خاصة بتأديب الموظفين وذلك طوال الحرب العالمية الأولى[1].

وإذا كان هذا موقف القضاء الفرنسي في نظرية الظروف الاستثنائية، فإن القضاء الجزائري لم يعرف هذه النظرية بل أشار إليها فقط إذا اعتبرها نظرية من صنع القضاء ولكن كان ذلك في القضية التي فصلت فيها الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا.

بين الصندوق المركزي لإعادة تأمين التعاضديات الفلاحية (CC.R.M.P) ووزارة الفلاحة والإصلاح الزراعي بإصدار قرار يقضي بحل مجلس إدارة الصندوق المركزي لإعادة تأمين التعاضديات الفلاحية ووضع صندوق تحت تصرف الدولة، وتبرير القرار أسند الوزير على:

- المادة 09 من مرسوم 1963/05/09 التي تنص على " الدولة الجزائرية بإمكانها أن تضع تحت حمايتها الأموال العقارية والاي تشكل طريقة تسييرها واستغلالها أو استعمالها، أو من شأنها المساس بالنظام العام والأمن الاجتماعي على أن هذا الإجراء لا يتخذه إلا الوالي بعد القيام بالتحقيق.

(1) فؤاد بوخميس، تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية على الأعمال القانونية للإدارة، مذكرة انيل شهادة ماستر في الحقوق، إدارة مالية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2 2017/016، ص14.

- مرسوم 1 أكتوبر 1963 الذي اعتبر أموالا للدولة المستثمرات الفلاحية المملوكة للأشخاص الطبيعة أو المعنوية ذات الجنسية الأجنبية وهذه يجب أن تؤمم.
- مرسوم 14 جانفي 1938 الذي أعيد تطبيقه في الجزائر بعد استقلالها وذلك بمقتضى قانون ديسمبر 1962، وجعل هذا المرسوم تعاضديات التأمين وإعادة التأمين تحت سلطة وزير العدل.

2-التعريف الفقهي

تعددت التعاريف الفقهية حول نظرية الظروف الاستثنائية حيث عرفها محمد كامل ليلة فهي تنشأ عن حالة طبيعية تخرج عن المألوف وتفترض تعيين السلطات النظامية أو استحالة قيامها بممارسة اختصاصاتها ونشوء حالة فجائية لم تكن متوقعة أو يترتب على وجود الظروف استحالة قيام الإدارة بتصرفات طبقا للقانون العادي وعرفها أيضا مصطفى أبو وزيد فهمي أوضح أن المر لا يتعلق بنظرية الضرورة ولا يقتصر على توسيع سلطات الضبط الإداري دون غيره من موضوعات القانون الإداري بل يتعلق الأمر بنظرية عامة للظروف الاستثنائية.

تطبق على موضوعات القانون الإداري دون استثناء وذلك لكي تتمكن الإدارة تمكينا مشروعا من القيام بأعبائها في ظروف قاسية على أن يتم ذلك كله تحت رقابة مجلس الدولة واشرافه[1].

الفرع الثاني: تمييز نظرية الظروف الاستثنائية عن غيرها من الحالات المشابهة

إذا كان مبدأ المشروعية بعد من المبادئ الأساسية في جميع الدول القانونية، بما يترتب على ذلك من ضرورة احترام الإدارة للقواعد القانونية القائمة في الدولة، فإن تطبيق هذا المبدأ بصورة مطلقة قد يترتب عليه في بعض الحالات تعرض أمن الدولة

(1) فؤاد بوخميس، مرجع سابق، ص15.

وسلامتها للخطر، لذلك فإن القضاء يسمح للإدارة بالخروج عن هذا المبدأ وذلك لمواجهة ما قد يعترضها في حالة الأزمة أو الظروف غير العادية، وهذا هو مضمون نظرية الظروف الاستثنائية، إلا أن الذي يجب التنبيه إليه إلى أن نظرية الظروف الاستثنائية لا تعد النظرية الوحيدة التي تسمح للإدارة بمخالفة بعض قواعد المشروعية، ذلك أن الإدارة قد تتمتع بسلطات واسعة في حالات أخرى بحيث لا يمكن وصفها بأنها تدخل في مجال نظرية الظروف الاستثنائية[1].

لذلك سيتم التمييز بين نظرية الظروف الاستثنائية وما يشابهها

أولا: تمييز الظروف الاستثنائية عن السلطة التقديرية للإدارة

نظرية السلطة التقديرية تتفق مع نظرية الظروف الاستثنائية في أن كلا منهما يتضمن توسيعا لدائرة الاختصاصات الممنوحة للإدارة، كما أن الإدارة تظل في الحالتين خاضعة لرقابة القضاء إلغاء وتعويضا، ومقيدة بتحقيق المصلحة العامة، إذ يجوز للقاضي أن يمد رقابته حتلا على الملائمة(2)، وبالرغم من ذلك هناك بعض الفروق الهامة بين النظريتين والمتمثلة :

إن الاختصاصات الممنوحة للإدارة بمقتضى نظرية الطروف الاستثنائية تعد أوسع مدى من الاختصاصات الاي تتمتع بها الإدارة بناء على نظرية السلطة التقديرية فإن الإدارة في حالة الظروف الاستثنائية لها أن تخرج عن القواعد القانونية العادية، وبالتالي اتخاذ الإجراءات الاستثنائية التي تتطلبها مواجهة الأزمة التي تتعرض لها،

(1) حمزة نقاش، الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011/2010، ص26.

(2) حمزة نقاش، المرجع السابق، ص26.

أما في حالة السلطة التقديرية فإن الإدارة تبقى تتصرف في حدود المشروعية العادية، حتى ولو كان لها حرية التصرف في نطاق تلك المشروعية[1].

إذ كان القضاء يسمح للإدارة بمخالفة القواعد القانونية العادية في ظل الظروف الاستثنائية، فإن ذلك مشروط بوجود أزمة تهدد الإدارة ويتعذر أو يصعب مواجهتها بواسطة القوانين العادية، أما الاختصاصات التقديرية التي تمارسها الإدارة فإن القضاء لا يشترط مثل تلك الشروط لأن الإدارة تكون فيها حرة في تقدير ملائمة التصرفات التاي تقوم بها[2].

ثانيا: تمييز الظروف الاستثنائية على أعمال السيادة

نظرية الظروف الاستثنائية وأعمال السيادة يتشابهان حيث يصدر كلاهما عن السلطة التنفيذية وأن كل نظرية منهما تعد نظرية قضائية وأن كلتا النظريتين تعملان في مجال واحد ألا وهو ميدان اختصاصات السلطة التنفيذية[3]، وبالرغم من ذلك هناك أوجه اختلاف بينهما والمتمثلة كالتالي:

- إذا توفرت الشروط الشكلية في الدعاوى التي يرفعها شخص على أساس نظرية الظروف الاستثنائية فإن القاضي يبحث في الموضوع ليقرر الإلغاء، أما بالنسبة للدعوى المرفوعة على أساس نظرية أعمال السيادة فإن القاضي لا يبحث موضوعها إذا ما اعتبر أن العمل المطعون فيه ينتمي لفئة اعمال السيادة، لأن العمل في مجال الدعاوى الإدارية شرط من شروط قبول الدعوى.

(1) المرجع نفسه، ص26

(2) مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية "دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص74.

(3) حمزة نقاش، مرجع سابق، ص33.

- إن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية مرهون باستمرار الحالة غير العادية الاتي تهدد سلامة وأمن الدولة، أما نظرية أعمال السيادة فإن تطبيقها جائز في أي وقت، إذ لا يتوقف إعمالها تعلى ظرف معين.

الفرع الثالث: شروط وآثار تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية

تشكل نظرية الظروف الاستثنائية خروجا استثنائيا عن قواعد المشروعية العادية حيث سمح القضاء للإدارة في ظل الأوقات غير العادية أن تخرق بعض القواعد لمواجهة المخاطر والتهديدات مهما كان شكلها ومصدرها، غير أن الإدارة ليست طليقة من كل قيد وضابط، بل لابد أن تتوفر جملة من الشروط حتى تتمكن الإدارة من تطبيقها (أولا) وتعد نظرية الظروف الاستثنائية أقل وطأة وخطورة على حقوق وحريات الأفراد وعلى مبدأ المشروعية مقارنة بنظرية أعمال السيادة التي تتحصن كلية من الرقابة القضائية إلا أن هذا لا يقلل من خطورتها نظرا للامتيازات الواسعة التي تمنح للإدارة تطبيقا لهذه النظرية وتقليص دور القاضي الإداري الذي عادة ما يكتفي برقابة الحد الأدنى (ثانيا)

أولا: شروط نظرية الظروف الاستثنائية

إذا كانت الظروف الاستثنائية تكمل على توسيع قواعد المشروعية العادية وتفعيلها بما يتلاءم مع ما تمليه هذه الظروف من أحكام، فإن ذلك لا يعني إطلاق سلطة الإدارة من دون قيود أو ضوابط بما تتضمنه نظرية الظروف الاستثنائية من مخاطر جسيمة بسبب ما تمنحه من سلطات خطيرة للإدارة تهدد حقوق وحريات الأفراد للخطر خاصة وأنه ليست ثم معيار قاطع لما يعتبر ظرف استثنائيا، لذلك وحتى تسرف الإدارة في استعمال سلطاتها الواسعة بحيث تتقلب إلى سلطة تحكيمية مطلقة لذلك وضع القضاء الإداري في فرنسا والجزائر وتبعهما الفقه شروط معينة ينبغي توافرها مجتمعه تلتزم بها الإدارة عند ممارستها لسلطاتها الاستثنائية وإلا عدت أعمالها مشوبة بالبطلان، ويمكن حصر هذه الشروط فيمايلي:

1-**قيام الظروف الاستثنائية:** يتمثل هذا الظرف بوجود تهديد بخطر موجب ضد الدولة وهو أهم الشروط اللازمة لقيام هذه النظرية وهذا الخطر تلذي قد يكون داخليا كالكوارث الطبيعية، الاقتصادية أو وجوب توافر وصفين في هذا الخطر وهو الجسامة والحلول وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الخطر يكون جسيما إذا كان من غير الممكن دفعه بالوسائل القانونية العادية، فإذا أمكن دفعه بهذه الوسائل لا يعد جسيما.

أما بالنسبة لصفة الحلول فإن الخطر الحال يعني أن تبلغ الأحداث أو الظروف حدا يؤدي معه حلا ومباشرة إلى المساس بالمصلحة موضوع الحماية، ما يعني وجود ته، بخطر جسيم حال موجه ضد الدولة[1].

2-صعوبة مواجهة الظرف الاستثنائي بقواعد المشروعية العادية :

بمعنى أن يتعذر عن الإدارة من خلال وسائلها العادية مواجهة الظروف غير العادية أو عدم كفايتها بحيث تضطر إلى اللجوء للوسائل الاستثنائية ،فإذا ما عجزت الوسائل القانونية الموجودة تحت تصرف الإدارة في الظروف العادية وأصبحت قاصرة عن مواجهة الخطر المحدق أمكن للإدارة أن تتخطى وسائل المشروعية العادية وتتخذ التصرف المناسب السريع الذي يمكنها من السيطرة عليه حتى لا يختل الأمن أو النظام العام ، فإذا ما كان بإمكان الإدارة مواجهة هذه الظروف الاستثنائية من خلال تدابير التي تكفلها قواعد المشروعية العادية فلا يكون هناك مبرر لتجاوزها إذا لجأت الإدارة إليها في هذه الحالة عدت تصرفاتها غير مشروعة [2].

(1) أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، ع8، جامعة تكريت، أيلول، 2007، ص244.

(2) محمد فوزي ، القضاء الإداري مبدأ المشروعية في تنظيم مجلس الدولة دعوى الإلغاء ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، مصر 2016، ص 116-117 .

وقد حرص القضاء الجزائري على مراقبة مدى مراعاة الإدارة للظرف الاستثنائي وللحلول التي يمكن أن يقدمها لها القوانين العادية ، فلا يسمح للإدارة بالتوسع في صلاحياتها إلا إذا ثبت عجز القوانين العادية ومراقبة مدى ملائمة الإجراء والظرف الاستثنائي ، وفي هذا الشأن أصدر مجلس الدولة الجزائري قراره رقم 6460 الصادر في 2002/09/23 والقاضي بإبطال قرار الوالي المنتدب الذي قام من خلاله بترخيص الاستيلاء على مسكن وإخراج المستأجر منه ، وذلك لمخالفة قرار الوالي المنتدب لأحكام المادتين 679 و681 مكرر 3 في القانون المدني ، وتجاوزه لصلاحيات السلطة القضائية التي تعتبر المختصة في إخراج المستأجر من العين ، وقد جاء في حيثيات القرار : " حيث أن الاستيلاء يعتبر إجراء استثنائي للإكتساب الجبري يسمح للإدارة بالتصرف في أملاك ماديته وحيث أن المادة 679 من القانون المدني نصت على أنه " يتم الحصول على الأموال والخدمات لضمان سير المرافق العمومية لإتقان رضائي وفق الحالات والشروط المنصوص عليهما في القانون، إلا أنته يمكن في الحالات الاستثنائية والاستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستلاء، ولا يجوز الاستلاء بأي حال على الحالات المخصصة فعلا للسكن، وأن المادة 681 مكرر3 من القانون المدني "يعتبر الاستلاء تعسفيا كل استلاء تم خارج الحالات والشروط التي نصت عليها المادة679 ق.م.

3- أن يكون الهدف من الإجراءات الاستثنائية هو حماية المصلحة العامة

يشترط للأخذ بالمشروعية الاستثنائية أن يكون رائد الإدارة وهدفها في اتخاذ التصرف الاستثنائي هو تحقيق المصلحة العامة وتأمين سير المرافق العامة بحيث إذا حادت الإدارة عن هذا الهدف وابتغت تحقيق أهداف أخرى مثل تحقيق مصالح شخصية أو رغبات خاصة دون اكتراث بالصالح العام فإن تصرفها عندئذ يكون مشوبا بعيب الانحراف ويكون من سلطة القضاء أن

يحكمه بإلغائه أو التعويض عنى الضرر الذي ترتب عليه لأن المناط في هذه الحالة لا يقوم على أساس التحقق من مشروعية القرار من حيث مطابقة أو عدم مطابقته للقانون وإنما على أساس توافر الضوابط الواجبة لقيام حالة الظروف الاستثنائية[1].

ثانيا: النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية

يتفق غالبية الفقهاء على أن نظرية الظروف الاستثنائية وجدت لكي تبرر خرق الإدارة بوجه عام وسلطات الضبط الإداري بوجه خاص للقواعد القانونية العادية ويتأكد هذا الأثر من اعتراف القاضي بوجود هذه الظروف ويترتب على تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية إضفاء المشروعية على التصرفات والأعمال التي تتخذها سلطات الضبط الإداري رغم كونها غير مشروعة لو اتخذت في ذل الظروف العادية ، كما أنها تؤدي إلى اتساع امتيازات سلطات الضبط الإداري وتقليص دور القاضي الإداري في الرقابة على الإجراءات الإدارية الضبطية الاستثنائية [2].

1-اتساع سلطات الإدارة:

من مظاهر السلطات الاستثنائية في الظروف الغير عادية ،اتساع الإدارة بصفة عامة وسلطات الضبط الإداري بصفة خاصة ، بحيث تتمتع سلطات الضبط الإداري بقدر من الممارسات التقديرية أوسع مما تسمح أو ترخص به القوانين واللوائح والظروف العادية المألوفة ، وقد يصل الأمر إلى حد إهدار الحريات العامة كلية أو منع ممارستها بصورة كاملة ، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على ذلك في قراره الصادر بتاريخ 28 فيفري 1919 في قضية Loueur Damne Dolet والذي

(1) محمد فوزي، مرجع سابق، ص ص117 -118.

(2) سليماني السعيد ، المرجع السابق ، ص431.

جاء فيه على وجه الخصوص "لا تسود القيود المفروضة على سلطات الضبط الإداري في وقت السلم أو وقت الحرب ، فمصالح إجراءات ضبط إداري أكثر شدة "[1].

2-اقتصار دور القاضي على رقابة الحد الأدنى:

يتضمن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية مخاطر جسيمة تهدد حرية الأفراد وما يزيد من تلك الخطورة أه لا يوجد معيار قاطع لما يعتبر ظرفا استثنائيا ولهذا عمل مجلس الدولة الفرنسي على أن يوازن هذه السلطات الخطيرة الممنوحة للإدارة في مثل هذه الظروف لحقوق الأفراد بشكل تأمنهم من إسراف الإدارة في استعمال تلك التطبيقات[2].

من أهم المبادئ التي يسهر القاضي الإداري على تطبيقها ومراعاتها من قبل سلطات الضبط الإداري في ظل الظروف الاستثنائية هو التأكد من توافر الخطأ الجسيم وكذا ملائمة الإجراء تطبيقا لقاعدتين أصليتين معروفتين في هذا المجال والقاعدة الأولى مفادها أن الضروريات تبيح المحظورات، والقاعدة الثانية مفادها أن الضرورة تقدر بقدرها.

(1) سليماني السعيد، المرجع السابق، ص432.

(2) المرجع نفسه، ص433.

خلاصة الفصل الثاني

تضمن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة أهمية كبيرة على اعتبار أنها تتعلق بحقوق وحريات الأفراد، فأصل رقبة القاضي على السلطة التقديرية هي رقابة ملائمة ولكن هذا لا يعني أنها رقابة مستقلة بل تندرج ضمن رقابة المشروعية لأن الأصل هو تطبيق القانون بمفهومه الواسع ومع تطور نشاط الدولة أظهر ضعف وقصور أنماط الرقابة القضائية التقليدية على العمل الإداري.

ولم يكن من الممكن أن يقف مجلس الدولة الفرنسي عند هذا الحد مع تزاد وظائف الدولة وأتسع نطاق السلطة التقديرية، فقد أستحدث نظريات حديثة عززت من دوره في الرقابة على هذه السلطة، وتمثلت هذه النظريات أو الأساليب فيما يعرف برقابة التناسب ونظرية الخطأ الظاهر في التقدير وأخيرا نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

فالقاضي عند ممارسة هذه الرقابة على الأعمال الإدارية سواء في الحالات العادية أو الاستثنائية لابد من احترام الضمانات التي وضعها المشرع لأن نظرية الظروف الاستثنائية هي وضع غير عادي وخطير يحتم التصرف على وجع السرعة من أجل الحفاظ على المصلحة العامة .

الخاتمة

إن الغاية من دراسة موضوع السلطة التقديرية للإدارة في مجال الوظيفة العمومية هو محاولة ضبط السلطة التقديرية في هذا المجال وحماية المصلحة الوظيفية في ظل المجال المفتوح للإدارة في اتخاذ القرارات والضمانات المكفولة للموظف العمومي استنتجنا مجموعة من النتائج نعرضها فيما يلي:

- السلطة التقديرية للإدارة تتميز بالشمولية.
- السلطة التقديرية تتميز عن بعض الأفكار المتشابهة لها أو المتصلة بها كالسلطة المقيدة والأعمال التقديرية بالإضافة إلى باقي الاستثناءات مثل نظرية أعمال السيادة ونظرية الظروف الاستثنائية فقد توصلنا إلى أنها شرك معها في صدورها عن السلطة التنفيذية وأنها جميعها نظريات قضائية، لكنها تختلف عنها في جوانب عدة ولعل أهمها أن الأعمال الإدارية يجوز إلغائها في إطار السلطة التقديرية.
- إن المهام المنوطة بالموظف العمومي تكتسي أهمية كبيرة باعتبارها تساهم في ضمان استقرار الدولة واستمرارها لذا وجب اعتماد إطار قانوني محكم لنظام الوظيفة العمومية.
- السلطة التقديرية أصبحت ضرورة حتمية لحياة وبقاء كل إدارة خاصة بعد تطور وازدهار الدور الذي أصبحت تلعبه في الوقت الراهن، وذلك لتنمية روح الابتكار ورفع كفاءة الجهاز الإداري والوصول إلى غايتها المنشودة ألا وهي تحقيق المصلحة العامة.
- الحدود الخارجية التي تظهر في أركان الاختصاص والشكل والغاية وجدنا بأن السلطة التقديرية لا تلعب دورا أساسيا أو هاما بل وتكاد تكون معدومة في إطارها على عكس الحدود الداخلية تتمثل فيها مظاهر السلطة التقديرية بشكل واضح مالم

يتدخل ويحدد كل منها على وجه الدقة أو تدخل القاضي وفرض رقابته على اختيار السبب أو المحل لاعتبارات معينة.

- وجود تباين جلي وكبير في اتساع مدى سلطات الإدارة وخصوصا السلطة التقديرية مقابل تضييق الضوابط القانونية الواردة عليها ومنها الرقابة القضائية وعدم كفايتها.
- وجود حالات واقعية تمارس فيها الإدارة سلطة تقديرية واسعة.
- ضعف هيئات الرقابة في مجال السلطة التقديرية للإدارة في مجال قطاع الوظيف العمومي.
- في الأمر 03/06 تخلى المشرع عن مصطلح الوظيف العمومي واستبداله بمصطلح الوظيفة العمومية.
- كل قرار إداري يحتوي على قدر من السلطة التقديرية والمقيدة ولا يمكن القول بوجود قرار إداري يحتوي على سلكة تقديرية مطلقة.
- اتساع رقابة القاضي الإداري تدريجيا لتشمل الرقابة على أهمية وخطورة الوقائع أو ما يعرف بالرقابة على الملائمة.

ولكن تبقى هناك بعض النقائص التي يجب أن تتدارك في مجال السلطة التقديرية للإدارة في مجال الوظيفة العمومية ونجمل بعضها في المقترحات التالية.

- إعادة النظر في مسألة إلغاء التصحيح الثاني للاختبارات الكتابية.

- إعادة النظر في مضمون مسابقات التوظيف وعصرنتها وجعلها تتماشى مع متطلبات وطموحات الإدارة العمومية.

- إعادة النظر في مسألة إلغاء الاختبارات الشفهية في مسابقات التوظيف لأنه يعتبر معيارا أساسيا في الكشف عن السمات الشخصية للمترشحين مع إحاطته بإجراءات رقابية صارمة للتقليل من الممارسات الفاسدة في التوظيف.

– ضرورة ضبط وتقليص حجم الجهاز الإداري فهذا يعد أحد نقاط البدء الاستراتيجية في إصلاح نظام التوظيف.

– خلق الوعي لدى أفراد المجتمع كمحاولة لمقاومة الفساد في التوظيف وذلك من خلال نشر ثقافة المال العام والوظيفة العمومية وهذا بالاعتماد على وسائل الإعلام.

– نوصي الباحثين بضرورة العمل على إيلاء هذا الموضوع أهمية كبرى في الدراسة والبحث نظرا لأهميته وأثره في جمع سلطات الدولة بشكل عام وأعمال الإدارة بشكل خاص.

– ليس هناك ما يمنع القاضي الإداري في الجزائر من أن يراقب السلطة التقديرية للإدارة وأن يطبق بشكل ظاهر النظريات الحديثة (سواءا نظرية الخطأ الواضح في التقدير أو نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار) وأن يواكب التطور بكل مرونة.

الفهرس

مقدمة .....(أ)

الفصل الأول: مضمون السلطة التقديرية للإدارة .....(05)

المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة في اصدار القرارات الإدارية .....(07)

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة وتمييزها عن المصطلحات المتقاربة .....(08)

الفرع الأول: التعريف القضائي للسلطة التقديرية للإدارة .....(09)

أولا: القضاء الإداري الفرنسي والسلطة التقديرية للإدارة .....(09)

ثانيا: القضاء الغربي والسلطة التقديرية للإدارة .....(10)

ثالثا: القضاء الجزائري والسلطة التقديرية للإدارة .....(11)

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للسلطة التقديرية للإدارة .....(13)

أولا: تعريف السلطة التقديرية للإدارة في الفقه الغربي .....(13)

ثانيا: تعريف السلطة التقديرية للإدارة في الفقه العربي .....(14)

ثالثا: تعريف السلطة التقديرية للإدارة في الفقه الجزائري .....(16)

الفرع الثالث: معايير تمييز السلطة التقديرية للإدارة عما يشابهها .....(17)

أولا: التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة .....(17)

1- تعريف السلطة المقيدة .....(17)

2- السلطة التقديرية والسلطة المقيدة .....(18)

ثانيا: التمييز بين السلطة التقديرية وأعمال السيادة .....(21)

ثالثا: التمييز بين السلطة التقديرية وامتيازات السلطة العامة .....(22)

المطلب الثاني: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة ومبرراتها .....(25)

الفرع الأول: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة .....(25)

أولا: فكرة تدرج القواعد القانونية .....(26)

ثانيا: ارتباط الحقوق الشخصية بالاختصاص المقيد .....(28)

ثالثا: نظرية المشروع .....(28)

رابعا: مبادئ المرفق العام .....(29)

الفرع الثاني: مبررات السلطة التقديرية .....(30)

أولا: استحالة ضبط ظروف وملابسات النشاط الإداري .....(30)

ثانيا: رقابة القضاء الإداري لضمان حقوق الأفراد وحرياتهم .....(31)

المبحث الثاني: التوظيف والسلطة التقديرية للإدارة .....(33)

المطلب الأول: الضوابط الخاصة باكتساب صفة الموظف العمومي .....(34)

الفرع الأول: ضابط التعيين .....(34)

الفرع الثاني: ضابط الترسيم .....(35)

المطلب الثاني: أساليب التوظيف والسلطة التقديرية للإدارة .....(36)

الفرع الأول: تنظيم التوظيف الخارجي في ظل الوظيفة العمومية. .....(37)

أولا: التوظيف عن طريق المسابقات على أساس الاختبار .....(37)

ثانيا: التوظيف عن طريق المسابقة على أساس الشهادات .....(39)

ثالثا: التوظيف على أساس الفحوصات المهنية.....(39)

رابعا: التوظيف

المباشر.....(39)

الفرع الثاني: تنظيم التوظيف الداخلي في ظل الوظيفة العمومية .....(40)

أولا: الترقية في الرتبة .....(41)

ثانيا: الترقية على أساس الشهادات .....(42)

ثالثا: الترقية عن طريق التكوين المتخصص .....(42)

رابعا: الترقية عن طريق الامتحان المهني.....(43)

خلاصة الفصل الأول .....(47)

الفصل الثاني: نطاق رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة.....(49)

المبحث الأول: أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة .....(50)

المطلب الأول: الأساليب التقليدية للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة .....(52)

الفرع الأول: الوجود المادي للوقائع .....(52)

أولا: مفهوم الرقابة على الوجود المادي للوقائع .....(53)

ثانيا: سلطات القاضي الإداري في التأكد من صحة الوجود المادي للوقائع.....(54)

ثالثا: سلطات القاضي الإداري في الرقابة على الوجود المادي للوقائع .....(54)

1-الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في حالة تعدد الأسباب.....(55)

2-سلطة القاضي في تصحيح الأسباب .....(55)

3-سلطة القاضي في الزام الإدارة بالإفصاح .....(56)

الفرع الثاني: رقابة التكييف القانوني للوقائع .....(56)

أولا: مفهوم التكييف القانوني للوقائع .....(57)

ثانيا: سلطات القاضي الإداري في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع .....(57)

ثالثا: اسنادات رقابة التكييف القانوني الصحيح للوقائع .....(58)

1-المسائل ذات الصيغة الفنية والعلمية.....(58)

2-قرارات الضبط الخاصة بنشاط وإقامة الأجانب .....(60)

الفرع الثالث: مبدأ التناسب .....(60)

أولا: مفهوم مبدأ التناسب.....(60)

ثانيا: توافق القرار مع مبدأ التناسب .....(62)

1-في المجال التأديبي .....(62)

2-في مجال الحريات .....(63)

3-في مجال الضبط الإداري .....(65)

المطلب الثاني: الأساليب الحديثة للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة .....(67)

الفرع الأول: الخطأ البين .....(67)

أولا: تعريف الخطأ البين .....(67)

ثانيا: معيار الخطأ البين في التقدير .....(68)

1-المعيار اللغوي .....(68)

2-المعيار الموضوعي .....(69)

ثالثا: طبيعة الرقابة القضائية على الخطأ البين في التقدير .....(69)

الفرع الثاني: الموازنة بين الأضرار والمزايا .....(70)

أولا: مفهوم مبدأ الموازنة بين الأضرار والمزايا .....(70)

ثانيا: معيار مبدأ الموازنة بين الأضرار والمزايا .....(71)

1-معيار التكاليف المالية للعلمية .....(72)

2-معيار حق الملكية الخاصة .....(72)

3-معيار التكاليف الاجتماعية للمشروع .....(73)

ثالثا: طبيعة الرقابة القضائية على مبدأ الموازنة بين الأضرار والمزايا .....(74)

1-مبدأ ضرورة الإجراء .....(74)

2-مبدأ الحيطة .....(75)

3-مبدأ عدم تخطي الأقدم في الترقية بالاختبار .....(75)

المبحث الثاني: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة .....(77)

المطلب الأول: نظرية أعمال السيادة .....(79)

الفرع الأول: مفهوم نظرية أعمال السيادة .....(79)

أولا: نشأة نظرية أعمال السيادة .....(79)

ثانيا: تعريف نظرية أعمال السيادة .....(80)

1-التعريف القضائي لنظرية أعمال السيادة .....(80)

2-التعريف الفقهي لنظرية أعمال السيادة .....(82)

الفرع الثاني: موقف المشرع والقضاء من نظرية أعمال السيادة .....(85)

أولا: موقف المشرع والقضاء كمن نظرية أعمال السيادة..... (85)

1-أعمال سيادية .....(86)

2-أعمال غير سيادية .....(87)

الفرع الثالث: تطور معايير تحديد أعمال السيادة .....(89)

أولا: معيار الباعث السياسي .....(89)

1-محتوى معيار الباعث السياسي .....(89)

2-النقد الموجه لمعيار الباعث السياسي .....(90)

ثانيا: معيار طبيعة العمل .....(90)

1-الرأي القائل بثنائية الوظيفة للسلطة التنفيذية .....(92)

2-الرأي القاتل بدرجة أهمية أعمال السلطة التنفيذية .....(92)

ثالثا: معيار القائمة القضائية .....(92)

1-محتوى المعيار .....(92)

2-نقد المعيار .....(93)

المطلب الثاني: نظرية الظروف الاستثنائية .....(94)

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية .....(94)

أولا: نشأة نظرية الظروف الاستثنائية .....(94)

ثانيا: تعريف نظرية الظروف الاستثنائية .....(96)

1-التعريف القضائي .....(96)

2-التعريف الفقهي .....(98)

الفرع الثاني: تمييز نظرية الظروف الاستثنائية عن غيرها من الحالات المتشابهة. (98)

أولا: تمييز الظروف الاستثنائية عن السلطة التقديرية للإدارة .....(99)

ثانيا: تمييز الظروف الاستثنائية على أعمال السيادة .....(100)

الفرع الثالث: شروط وآثار تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية .....(101)

أولا: شروط نظرية الظروف الاستثنائية .....(101)

1-قيام الظرف الاستثنائي .....(102)

2-صعوبة مواجهة الظرف الاستثنائي بقواعد المشروعية العادية .....(102)

3-أن يكون الهدف من الإجراءات الاستثنائية هو حماية المصلحة العامة.....(103)

ثانيا: النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الإنسانية.....(104)

1-اتساع سلطات الإدارة ..... (104)

2-اقتصار دور القاضي الإداري على رقابة الحد الأدنى ..... (105)

خلاصة الفصل الثاني ..... (106)

الخاتمة ..... (108)

قائمة المراجع ..... (108)

فهرس المحتوى ..... (112)