



جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون العام

امتيازات السلطة العامة بين السلطة التقديرية و التقييد

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام

تخصص: إدارة ومالية عامة

تحت إشراف:

أ. رحمانى حسيبة

إعداد الطالبتين:

- بن كيحول ريحة

- صواف سوسن

لجنة المناقشة

رئيسا

.....

أ. لعشاش محمد

مشرفا

.....

أ. رحمانى حسيبة

مناقشا

.....

أ. دريدر مالك

السنة الجامعية: 2017/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

أهدي هذا العمل إلى أغلى و أعز و أطهر إنسانة على قلبي و التي
هي أُمي الحبيبة.

إلى أختاي العزيزتان إيمان و لينة

إلى كل من وقف معي و ساندني في مشواري الدراسي و طيلة
حياتي سواءً قريباً كان أو صديق.

سوسن.



إهداء

أهدي هذا العمل إلى روح أمي الطاهرة، كما أهديه خاصة إلى أخي
العزيز سيد علي الذي أعانني في هذا العمل، وإلى جميع إخوتي
سعاد، نوال، هدى، أعمار، فطوم وإلى حبيبتي شيماء وإلى أولاد إخوتي
خاصة صورية.

وإلى كل من وقف بجانبني طيلة حياتي الدراسية، كما أهديه إلى
رفيقة العمر عائشة.

ربيحة.



شكر و عرفان

الحمد لله على نعمه و على توفيقه لنا لإنجاز هذا البحث.

نتقدم أولاً بجزيل الشكر إلى الأستاذة رحمانى حسيبة لقبولها الإشراف على هذه المذكرة

كما لا ننسى أعضاء اللجنة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة، كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدنا في مشوارنا الدراسي من أساتذة في مختلف مراحل التعليم التي مررنا بها و دون أن ننسى إيمان التي ساعدتنا على إنجاز هذه المذكرة.

ربيحة و سوسن

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

- م.ر: مرسوم رئاسي
- م.ت: مرسوم تنفيذي
- ق.إ.م: قانون الإجراءات المدنية
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
- د.س.ن: دون سنة نشر
- د.ط: دون طبعة
- د.ب.ن: دون بلد نشر
- ج.ر: الجريدة الرسمية
- ج: جزء
- ص.ص.: من الصفحة إلى الصفحة
- ص: صفحة
- ب.ص: بدون صفحة
- م.م.د: مجلة مجلس الدولة
- ر.م.ش.ب: رئيس المجلس الشعبي البلدي

ثانياً: باللغة الفرنسية:

- L.G.D.J : librairie générale de droit et de jurisprudence
- OP.CIT : Ouvrage cité
- R.D.P : Revue de droit public
- ED : Edition
- T : Tome
- P : Page

مقدمة

تعتبر المهمة الأساسية للدولة هي تحقيق المصلحة العامة، وهي وظيفة اجتماعية كبرى لا يتم بلوغها إلا في نطاق دولة الحق، والقانون والمؤسسات، فإذا كان دور الدولة قديما يتمثل في ضمان الاستقرار والأمن داخل المجتمع، فإنها اليوم وعلى عكس ذلك، وتقديرا لجسامة المهام الملقاة على عاتقها، تحتاج إلى مجموعة من الوسائل تستعين بها للقيام بهذه المسؤولية، على أحسن وجه، وهذه الوسائل قد تكون ذات طابع مؤسساتي، وقد تكون ذات طابع بشري، وقد تكون ذات طابع قانوني تمكنها من القيام ببعض التصرفات والأعمال تمثل في القرارات والعقود الإدارية، تتمثل في القرارات أو العقود الإدارية.

وبعبارة أخرى فالقانون عهد للسلطة العامة امتيازات هامة تتمثل أساسا في إصدار القرارات الإدارية تنظيمية كانت أم فردية ترمي إلى تحقيق أهداف القانون في المجتمع وهي العدالة والمصالح العامة للجماعة، وأيضا المصالح الخاصة للأفراد حسب الأحوال.

فهذه الامتيازات تخول للإدارة درجة أعلى من الفرد وغير مساوية له بحيث تنفذ قراراتها طوعا أو إكراها، كحقها في نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وتوقيع جزاءات إدارية عند مخالفة قراراتها، وحقها في الالتجاء القهري والجبري لتنفيذ قراراتها دون السعي إلى المحاكم وانتظار صدور حكم بالإضافة إلى توليها مهمة الحفاظ على النظام العام والسهر على تنفيذ القوانين.

والقرارات الإدارية هي الأعمال القانونية التي تتدخل الإدارة بواسطتها، وذلك بهدف تنظيم الحياة داخل المجتمع، تحدها في ذلك غاية أسمى تتمثل في المصلحة العامة، وتتميز هذه القرارات بكونها وسيلة تستعملها انطلاقا من إرادتها المنفردة، ولا يتطلب دخولها حيز التنفيذ توفر رضا الأفراد أو الجماعات المعنية بها، وذلك نظرا لكونها تقوم على أساس ما يخوله التشريع للإدارة من صلاحيات غير مألوفة في القانون العادي.

بيد أن أوجه تحقيق النشاط الإداري لا ينحصر فقط في تلك الامتيازات التي تعطي للإدارة الحرية في التقدير بمحض اختيارها فالمصلحة العامة قد تقتضي تدخلها من عدمه وفي حالة تدخلها وفق أي الوسائل تقوم بذلك وتمتد لتشمل ما يفرضه المشرع على الإدارة من قيود ترد على حريتها في تحديد أساليب ممارسة نشاطها فتحرم بعض الأساليب عليها ويشترط بصدد موضوع ما اتخاذ إجراءات معينة لا تستطيع أن تحيد عليها وهي قيود يقصد المشرع منها الحد من حرية الإدارة وسلطاتها وبين حقوق وحرريات الأفراد، علاوة على حماية الأفراد

من تحكم الإدارة واستبداها وتحيزها، وبالتالي فالقرارات الإدارية خاضعة للسلطة التقديرية والاختصاص المقيد للذان يجب التوفيق بينهما لتحقيق الصالح العام.

ويجمع الفقه الإداري في هذا الخصوص أنه لا يوجد قرار إداري تنفرد الإدارة بتحديد وتقدير مجمل عناصره، بل هناك بعض الجوانب التقديرية المختلفة باختلاف موضوع القرارات الإدارية الخاضعة لرقابة القضاء، لأنه يخشى أن تتجاوز الإدارة دائرة حدودها فتتجاوز في استخدام امتيازاتها لغير صالح الأفراد، ومن هنا بدت الضرورة على مراقبة نشاط الإدارة وذلك تأسيساً على مبدأ المشروعية الذي أصبح من المبادئ الأساسية لإقامة دولة الحق والقانون، ويعتبر هذا المبدأ ضرباً من ضروب التفكير النظري المجرد، ما لم تتوفر الضمانات الكفيلة لحمايته ومن أهمها رقابة القضاء على القرارات الصادرة عن الإدارة.

ولهذا فمن مصلحة الفرد المتضرر أن يكون واعياً بحقوقه وأن يرفع دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة عندما يصاب بضرر من شأنه إعدام القرار غير المشروع.

ومن واجب القاضي أيضاً أن يحرص كل الحرص أن تستهدف الإدارة من وراء القرار المتخذ تحقيق المصلحة العامة بل قد يتحمل مسؤولياته في إقامة عدالة موازية بين امتيازات الإدارة من جهة و حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة أخرى.

يجب التنبيه أن دراسة هذا الموضوع تكتسي أهمية كبيرة من ناحيتين:

1- من الناحية النظرية و العلمية:

حيث تظهر هنا أن أهمية التوفيق بين مبدأ المشروعية وهو أحد رموز دولة القانون، والذي يقتضي مطابقة جميع أعمال الإدارة للقانون، وفكرة الملائمة المرتبطة بالسلطة التقديرية، التي غالباً ولسبب أو لآخر يخرج عن رقابة القاضي، وتضييق مبدأ المشروعية إن لم نقل تعدمه بالكامل، فالمشكل هنا هو محاولة التوفيق بين التناقض الذي يظهر عند ممارسة الإدارة لامتيازاتها وفق سلطة تقديرية واختصاص مقيد، وممارسة الأفراد لحقوقهم وحررياتهم الدستورية.

2- من الناحية العملية:

تظهر أهمية الموضوع من هذه الناحية في عدد القضايا المرعب والذي لا يستهان به، المطروح أمام القضاء الإداري والذي يدور حول دعاوي تجاوز السلطة ودعاوي الإلغاء والتعويض وغير ذلك، والسبب راجع إلى تعسف الإدارة في استعمال امتيازاتها، حيث تتحكم في رقاب الناس وتهدر حقوقهم.

لقد اخترت هذا الموضوع للدراسة لأسباب موضوعية وأخرى ذاتية:

ومن الأسباب الموضوعية التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع الأهمية البالغة التي تكتسبها الإدارة في حياة الأفراد والمجتمع، إذ أنها المكلفة بتحقيق المصلحة العامة، وتحقيق الأمن والنظام العام في المجتمع، وترجع الأسباب الذاتية إلى الرغبة في دراسة موضوع لم يتم التطرق إليه سابقا ولم يكن محل اهتمام الكتاب الجزائريين، على خلاف الدول الأخرى التي أولته اهتماما كبيرا.

عندما وقفنا على أهمية الموضوع وعندما تطرقنا لدراسة هذا الأخير تعرضنا لعدة عقبات، أهمها قلة المراجع المتخصصة في هذا البحث نظرا لحدثته، إضافة إلى تشعب هذا الموضوع وندرة الدراسات السابقة وغموض النصوص القانونية وتناقضها وعدم انسجامها حيث قمنا بالبحث في عدة قوانين وتنظيمات واجتهادات قضائية.

تهدف هذه الدراسة إلى عرض موازنة بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد عند ممارسة الإدارة لأخطر امتيازاتها، التي تكمن في التنفيذ الجبري لقراراتها الإدارية امتياز نزع الملكية للمنفعة العامة إضافة إلى توقيعها عقوبات إدارية، خاصة وأن أهم المشاكل التي يعاني منها الأفراد اتجاه الإدارة لا تكمن في تمتعها بامتيازات منحها المشرع، وإنما في منحها سلطة تقديرية محضة لا يحدها أي قيد يضمن لهم حقوقهم وحررياتهم الدستورية، مع العلم أن الإسراف في تقييد الإدارة قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى عواقب وخيمة، وقد تم تناول موضوع الدراسة وفق الإشكالية التالية:

هل تقييد السلطة التقديرية للإدارة عند ممارستها لامتيازاتها يعني أن المشرع الجزائري وازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة؟

للإجابة عن هذه الإشكالية والتساؤلات الفرعية ارتأينا إتباع المنهج التحليلي الوصفي والذي يتلاءم مع هذا من النوع من الدراسة بالإضافة إلى المنهج المقارن وذلك عن طريق مقارنة التشريعات بعضها ببعض أو غيرها من التشريعات الأخرى وذلك وفق خطة جاءت إجمالاً مقسمة إلى فصلين اثنين، حيث اشتمل الفصل الأول على ماهية السلطة التقديرية والاختصاص المقيد، أما الفصل الثاني فإنه يتعلق بتطبيقات التقدير والتقييد في نطاق النشاط الإداري.

الفصل الأول:

ماهية السلطة التقديرية

والإختصاص المقيّد

اتبع المشرع في إطار تقرير اختصاصات الإدارة أحد السبيلين، فهو إما يمنحها إختصاص أو سلطة مقيدة و قد يمنحها إختصاص أو سلطة تقديرية، فإذا كان المشرع قد حدد للإدارة شروط ممارسة الإختصاص، ورسم لها حدوده وأجبرها على التدخل في حالة توافر هذه الشروط، كانت سلطة الإدارة في هذه الحالة سلطة مقيدة، أما إذا ترك المشرع للإدارة قدرا من حرية التقدير سواء بالنسبة لاتخاذ الإجراء أو عدم اتخاذه، أو بالنسبة لأسباب اتخاذه بحيث تملك تقدير ملاءمة التصرف، واختيار الوقت المناسب لاتخاذه كانت سلطة الإدارة التقديرية.

وبناءً على ما تقدم ذكره لا يجوز أن تمتنع أو أن تعمل على خلاف ما بينه القانون من أوضاع معينة لمباشرة عملها وإلا عد تصرف الإدارة باطلا لمخالفته القانون، أما إذا ترك لها المشرع قدرا من الحرية في التصرف تستعمله وفقا للظروف بحيث تستطيع أن تتدخل أو أن تمتنع عن التدخل مع تقدير كيفية التدخل بما يتناسب مع كل حالة على حدة، فإن سلطة الإدارة تكون في هذه الحالة سلطة تقديرية، ويلاحظ هنا أن المشرع يكتفي بوضع القاعدة العامة التي تتصف بالمرونة تاركا للإدارة تقدير ملاءمة التصرف، شريطة أن تتوخى الإدارة في كل عمل تقوم به المصلحة العامة، و أن لا تتحرف عن هذه الغاية مطلقا، و إلا كان عملها مشويا بعيب إساءة استعمال السلطة، فمثلا إذا كان المشرع يحدد شروطا معينة لمنح رخصة ويوجب على الإدارة منحها إذا توافرت الشروط المذكورة كانت سلطة الإدارة في هذه الحالة مقيدة.

أما إذا كان المشرع قد اعترف بسلطة الاختيار بين منح الرخصة وعدم منحها بصرف النظر عن توافر الشروط التي حددها، فإنها تتمتع في هذه الحالة بسلطة تقديرية، على أنها إذا اختارت منح الرخصة فإنه يتعين عليها مراعاة الشروط التي حددها القانون، وإتباع الإجراءات التي رسمها وإلا كان باطلا لمخالفته القانون.

ويمكن القول بصورة عامة أن السلطة المقيدة لا تخلو من عنصر التقدير، كما أن السلطة التقديرية ليست كذلك بصورة مطلقة بل هي مقيدة بالصالح العام، كما أن الإجراء الإداري الواحد يمكن أن يكون تقديريا في بعض مراحل ومقيدا في مراحل أخرى، والمسألة في نهاية المطاف عملية مشتركة تعود إلى إرادة المشرع، وإلى الممارسة العملية لسلطات الإدارة في ظل الرقابة القضائية وبناءً على ذلك فإن سلطة الإدارة التقديرية ليست خروجاً على مبدأ المشروعية، وإنما هي التزام بهذا المبدأ. غير أن هذا الالتزام يتصف بالمرونة طبقا لاحتياجات

العمل الإداري ومتطلباته وظروف الحال، وذلك كله في حدود القواعد القانونية العامة التي تسمح بهذه المرونة.⁽¹⁾

وبغرض الإلمام بهذين المفهومين سوف نحاول من خلال هذا الفصل توضيح بإسهاب كل العناصر المتعلقة بهما، حيث سنتناول في المبحث الأول مفهوم السلطة التقديرية كأهم امتياز تقوم عليه الإدارة العامة، أما المبحث الثاني فسنطرق فيه إلى تمييز السلطة التقديرية عن الإختصاص المقيد.

¹ - عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط1، د ب ن، 2007، ص 27.

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية كأهم امتياز تقوم عليه الإدارة العامة

إن مبدأ المشروعية، هو المبدأ الذي يجب أن تخضع له جميع السلطات العامة في الدولة، والالتزام به في كافة أعمالها، وهذا تحقيقاً للصالح العام⁽²⁾. غير أن المشروعية وحدها لا تكفي في هذه الغاية بل لابد من توافر عنصر الملاءمة في تصرفات السلطة الإدارية لتمكين هذه الأخيرة من اتخاذ القرارات المناسبة في مختلف الحالات الواقعية.

هذا الجانب من الملاءمة الذي تمارسه السلطة الإدارية في إطار المشروعية الإدارية، هو ما يصطلح عليه بالسلطة التقديرية والذي يعد من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الحديث، بعد أن توضحت معالمها، واستبان حدودها، حيث تبلورت بعد عدة مراحل متصلة فيما بينها بدءاً بمرحلة عدم ظهور سلطة تقدير الإدارة، ثم مرحلة اختفاء كل تقدير للإدارة مع ظهور القرارات الإدارية البحتة، وصولاً إلى مرحلة اختفاء القرارات التقديرية للإدارة وظهور السلطة التقديرية للإدارة وهذا بفضل أبحاث فقهاء القانون العام الفرنسي من جانب وقضاء مجلس الدولة من الجانب الآخر الذي رأى أنه لابد من إطلاق يد الإدارة لتحقيق الصالح العام، وكذا المحافظة على حقوق الأفراد وحياتهم⁽³⁾.

المطلب الأول: مضمون السلطة التقديرية للإدارة

إن المشرع في تنظيمه القانوني للنشاط الاجتماعي لا يمكنه في جميع الحالات أن يحيط بكل الأمور بجميع تفاصيلها، ولا أن يغطي بتنظيمه كل المسائل في عمومياتها وجزئياتها لهذه الأسباب فإن المشرع يحدد عادة بعض الضوابط، والمواجهات العامة في شأن هذا الأمر، أو ذلك، ويترك بعد ذلك للإدارة حرية تقدير التصرف، وهذا بحكم أنها الأكثر اتصالاً بالحياة اليومية الجارية للأفراد، والأكثر احتكاكاً بمشاكلهم المتعددة والمتجددة⁽⁴⁾.

² - ANDRE DE Laubader et YVES Gaudmet, traité de droit administratif, 16^{ème} éd, 2002, L.G.D.J., t.1, p.578.

³ - RENE Chapus, Droit administratif général, 9^{ème} éd, 1995, Delta, Montchrestien, t.1, p.930.

⁴ - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار النهضة العربية، مصر 1989، ص

الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للإدارة و شروط قيامها

لقد حظي البحث في موضوع تعريف السلطة التقديرية للإدارة باهتمام واسع، وقد اختلف فقهاء القانون الإداري في تعريفها تبعا لاختلافهم في تحديد المجال الذي يترك فيه القانون الإدارة قسطا من حرية التصرف، وذلك على الشكل التالي:

أولاً: التعريف اللغوي لكلمة تقدير (discrétion)

هو إمكانية التصرف الحر. أي التصرف طبقاً لإرادة صاحب التصرف، وطبقاً لمحض رغبته الذاتية⁽⁵⁾. غير أنه إذا كان المعنى اللغوي للسلطة التقديرية يتلخص في الحرية الذاتية في التصرف، فهل يضم المعنى القانوني ذات الميزة؟ هذا ما سيتم معرفته من خلال التطرق إلى تعريف السلطة التقديرية للإدارة في الفقه القانوني.

ثانياً: التعريف الفقهي للسلطة التقديرية

لقد تعددت تعاريف فقهاء القانون الإداري للسلطة التقديرية و اختلف باختلاف الظروف والتطورات التي شهدتها هذه الأخيرة وذلك على الشكل التالي:

أ- السلطة التقديرية في الفقه الفرنسي:

إن المتتبع لفكرة السلطة التقديرية للإدارة من الوجهة التاريخية، يدرك أن النظام القانوني الفرنسي كان السباق إليها، بحيث كان للفقه دوراً كبيراً في تحديد معالمها. وقد سلك الفقهاء الفرنسيين في تعريفها عدة مسالك أهمها:

إن السلطة التقديرية للإدارة، تعني حرية الإدارة في اختيار تصرفها. ويمكن هنا تشبيه قدرة الاختيار هذه بالرجل الذي يقف على مفترق الطرق، فتتاح له بذلك قدرة الاختيار بين هذه الطرق المتعددة التي يستطيع أن يتخذ أيها منها بمحض تقديره الذاتي⁽⁶⁾.

وقريب منه، يعرف الفقيه ديلوبادير السلطة التقديرية بأنها ذلك الجانب من الحرية التي تتركه القوانين للإدارة لممارسة سلطتها التقديرية⁽⁷⁾.

كما حدد بونار هذا النوع من السلطة قائلاً: "تكون سلطة الإدارة تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الاختصاصات بصدد علاقاتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو

⁵ - عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية، دار النهضة العربية، مصر 1971، ص 61.

⁶ - عمر الشويكي، المرجع السابق، ص 28.

⁷ - A.Delaubadère et Y. Gaudmet. Traité de droit administratif, op, cit, P 930.

تمتتع عن التدخل، 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⁽⁸⁾.

ويعرفها الفقيه الفرنسي شابي بأنها دعوة للإدارة لممارسة حرية تقدير الملاءمة. بمعنى أن سلطة التقدير تكمن أساسا في الملائمة التي يترك القانون للإدارة أمر تقديرها في ضوء الصالح العام. أي أنها حق الإدارة في تقدير ملاءمة أعمالها وذلك في حدود معينة.

ب- السلطة التقديرية في الفقه المصري:

تأثر النظام القانوني المصري تأثرا شديدا بنظيره الفرنسي من خلال إعطاء تعريف جامع لفكرة السلطة التقديرية للإدارة، وهذا لإبراز كضرورة قانونية.

ولعل أبرز التعاريف التي عبرت بصدق عن حقيقة هذه السلطة، بأنها: " تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل الأفراد والقضاء لتختار في حدود الصالح العام وقت تدخلها، ووسيلة التدخل وتقدير بعض الحالات الواقعة التي تحدث والتقدير أصلح الوسائل للمواجهة⁽⁹⁾.
بمعنى آخر أن للإدارة وحدها أن تقرر الإجراء الملائم أو غير الملائم أي لها حرية وزن وملاءمة قراراتها للظروف الواقعية⁽¹⁰⁾.

ج- السلطة التقديرية في القانون الجزائري:

لقد تبنى القانون الجزائري نظرية السلطة التقديرية من خلال تأثره بالنظام الفرنسي، غير أن مفهوم هذه الأخيرة كنظام مستقل بذاته لم يلق البحث الكافي من قبل الفقهاء الجزائريين. والعدد القليل من التعاريف التي قيلت في حقها من طرف بعض الفقهاء المصريين الذين تكلموا عن النظام الجزائري⁽¹¹⁾، يلتمس فيها بعض التأثير بتعريفات الفقه المصري، على أنها الحرية التي تتمتع بها الإدارة في حدود الصالح العام لتختار وقت تدخلها، ووسيلة التدخل، وتقدير الحالات الواقعية التي تحدث.

⁸ - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص 50

⁹ - لقد اتبع الدكتور الطماوي في تعريفه للسلطة التقديرية مسلك الفقيه بونار، بحيث عمد إلى الدقة و التفصيل

¹⁰ - سامي جمال الدين قضاء الملائمة و السلطة التقديرية للإدارة ، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص 19.

¹¹ - من بين هذه التعاريف، إن السلطة التقديرية هي: "قدر من الحرية و المرونة، تمنح للإدارة لتنفيذ القانون، بحيث لا تكون النصوص قيودا دائما عليها في كل عمل أو تصرف تقوم به".

ويؤكد هذا المفهوم قرارات قضائية عديدة، من بينها قرار الغرفة الإدارية المؤرخ في 10-02-1990 والذي جاء فيه أن "للإدارة الحق في أن تؤجل البت في طلب رخصة البناء لمدة سنة طبقا للمادة 22 من القانون رقم 82-02 المتعلق برخصة البناء المعدل والمتمم⁽¹²⁾. مما يعني أن القاضي الإداري الجزائري لا يعارض تقدير الإدارة للوقت المناسب للتدخل، ما لم تخرج عن حدود القانون.

ومن ذلك أيضا، ما جاء في قرار الغرفة الإدارية المؤرخ في 11-07-1981، والذي جاء فيه أن: " للإدارة فحص ومعاينة مدى المساس الذي يلحقه البناء بالصحة والأمن العموميين..."⁽¹³⁾، هذا يؤيد حرية الإدارة في تقدير الوقائع ووسائل مواجهتها⁽¹⁴⁾.

ويقابل السلطة التقديرية فكرة الاختصاص المقيد (compétence liée) ويقصد بالاختصاص المقيد للإدارة، أن الإدارة يتحتم عليها، إذا ما توافرت شروط معينة، أو عناصر واقعية محددة، أن تتصرف على نحو معين بمقتضى القانون، دون أن يكون لها الخيار في ذلك، ومن ثم فلا يكون للإدارة حرية الامتناع عن إصدار القرار المتعين إصداره والذي توفرت له أركانه، كما أنها لا تستطيع إصدار قرار آخر محل القرار المتعين إصداره، فالإدارة هنا مقيدة، ولا تستطيع أن تعمل خلافا لما حدده القانون، وإلا عد تصرفها مخالفا للقانون⁽¹⁵⁾.

¹² - المحكمة العليا الغرفة الإدارية، في 10-02-1990 قضية رقم 62040، (ب ج) ضد (م.ش.ب.س)، المجلة القضائية، العدد 1991/03، ص 181 و ما بعدها.

¹³ - المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية، في 11-07-1981، قضية رقم 22236، (أ، ر) ضد (و.د)، سلسلة الاجتهاد القضائي القادر عن وزارة العدل، ديوان المطبوعات الجامعية، 1986، ص 196، و ما بعدها.

¹⁴ - هناك بعض الفقهاء من أنكر تماما وجود سلطة تقديرية للإدارة من بينهم الفقيه الإنجليزي دايسي صاحب المذهب الليبرالي، و قد جسد أفكاره هذه في كتابه فلسفة الحرية الاقتصادية عام 1885، تلك الفلسفة التي تعني ترك الأفراد أحرار فيما يفعلون بشرط عدم التدخل في حريات الآخرين، على أن تقتصر وظائف الدولة على حفظ النظام العام والدفاع والعلاقات الخارجية، ولذلك كان طبيعيا أن يصرف تفكيره ويوجه اهتمامه على تأثير الدولة على الحريات الفردية وحماية الملكية الخاصة، ونتيجة لذلك فإنه لا محل في أي نظام سياسي عنده سلطة تقديرية تلك السلطة التي يرجح إساءة استخدامها، ومن ثم تكون وسيلة للتحكم والاستبداد والاعتداء على حريات الأفراد، والواقع أن إنكار دايسي للسلطة التقديرية هو أمر أثبت الواقع استحالتها، فمشروعات الخدمة الاجتماعية في إنجلترا التي تضطلع بها الدولة لا يمكنها أن تكون موضع التنفيذ بطريقة مرضية إذا لم تترك بعض تفصيلات تنفيذها لجهة الإدارة لما لها من سابق الخبرة في هذا المجال، ولا خشية على حريات الأفراد طالما أن هذه السلطة مقيدة بالمصلحة العامة.

¹⁵ - إبراهيم عبد العزيز شبحا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 196.

ومن أهم الأمثلة التي يسوقها الفقه الإداري على السلطة المقيدة، عملية إصدار التراخيص التي استوفت جميع الشروط لإصدارها، إذ لا يكون من حق الإدارة أن تطلب لمن توافرت فيه الشروط القانونية شروطاً جديدة. ومن هذا أيضاً ما نصت عليه المادة 64 من القانون رقم 90-30، المتضمن قانون الأملاك الوطنية⁽¹⁶⁾ المعدل و المتمم على أنه: "تتمثل الاستعلامات الخاصة جزء من الأملاك الوطنية العمومية المخصصة لاستعمال الجميع، والمرخص بها بعقد واحدٍ الطرف، في رخصة الطريق والوقوف، وتمثل هذه الاستعلامات شغلاً مؤقتاً، وتخضع للسلطة التقديرية للإدارة، وتكون قابلة للطعن في حالة الاستعمال التعسفي للسلطة..."

وعلى العموم يعد الاختصاص المقيد أكبر ضماناً لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم من تعسف الإدارة وانصرافها، وهذا مقارنة مع السلطة التقديرية. إذ يكفي الفرد هنا أن يثبت الشروط المادية التي يتطلبها القانون، حتى يمكن للإدارة أن تستجيب لطلباته، فإن هي انحرفت عن الطريق السوي لأمر من الأمور، فما أسهل أن يردها القضاء إلى جادة الصواب، وهذا دون أن يكون لها حجة تستر بها انحرافها وتعسفها⁽¹⁷⁾.

غير أن الإسراف في تقييد الإدارة تقييداً كبيراً، من شأنه أن يؤدي إلى أوخم العواقب⁽¹⁸⁾، فهو يشل حركتها، ويكبت نشاطها، ويعدم روح الابتكار فيها، ذلك لأن السلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة لزوم الاختصاص المقيد، لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم.

¹⁶ - القانون رقم 90-30، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، ج، ر، عدد 52، الصادرة في 02 ديسمبر 1990، معدل و متمم.

¹⁷ - إبراهيم عبد العزيز شيخة، المرجع السابق، ص 198.

¹⁸ - ينبغي الإشارة إلى أن مقتضيات المصلحة العامة تفرض اعتراف الإدارة بالسلطتين معاً، التقديرية والمقيدة على حد سواء، ذلك أنه لا يجوز بحال من الأحوال أن نعترف للإدارة بالسلطة المقيدة في جميع أعمالها و قراراتها لما في ذلك من أثر بالغ وخطر في تكبيل إرادتها و محاولة التقليل منها باعتبار أن السلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة، إذ أن المشروعية المرتبطة بفكرة التقييد تنقل كاهل الإدارة و لا يجب الإفراط فيها، و إن كان علينا أن نستبعد تحكم الإدارة و تسلطها، فإنه يجب أيضاً أن نتجنب الآلية الإدارية التي تتبع من إلزامية رجل الإدارة بتطبيق قواعد موضوعية دون أن نترك له الحرية في تصرفه في هذا السياق يقول غالين:

« Mais c'est dans cette mesure seulement que l'autorité administrative agit discrétionnairement la loi lui a laissé une certaine marge de pouvoir discrétionnaire, mais s'il dépasse cette marge il ne respecte pas la loi et son acte, dans cette mesure, est soumis au contrôle juridique. Voir André de Laubadère, Yves Gaudemet, O.P, cit, 1999, p 578.

ثالثاً: شروط ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية

إذا لم يتم تقييد سلطة الإدارة من قبل المشرع في حالات محددة بعينها ليس على سبيل أن تفعل ما يبدو لها دون قيد أو شرط، ولكن المشرع في رغبة منه أن يمكنها من تحقيق المصلحة العامة ترك لها قدراً من الحرية، وهذه الحرية في التصرف في ظاهرها نقطة سوداء في جبين المشروعية. كما أنها قد تكون مصدراً لعدم استقرار البناء القانوني وتهديد حقوق المواطن وحرياته الأساسية المعترف له بها بمقتضى القوانين الأساسية لاسيما الدستور والمواثيق والإعلانات الدولية.

إن السبب المباشر في منح الإدارة صلاحيات تقديرية هو الحرص على رفع قدرة التكيف مع متطلبات تحقيق المصلحة العامة بتوفير السلع والخدمات المطلوبة من طرف الأفراد ولا يعني أن هذه السلطة هي سلطة تقديرية مطلقة تخرج من نطاق مبدأ المشروعية بل هناك ضوابط وشروط ترد على ممارستها لسلطاتها التقديرية، ولنا أن نورد هذه الشروط فيما يلي:

أ- انتفاء النص المقيد:

في هذه الحالة يجب أن لا نجد أي نص قانوني بحكم تصرف الإدارة في مواجهة الموقف أو ظرف أو سبب اتخاذ القرار لأنه في حالة وجود نص قانوني يلزم الإدارة باتباع مسلك معين لا يمكن لها اللجوء إلى السلطة التقديرية وإنما تكون سلطتها مقيدة لأن القانون قد حدد ذلك سلفاً⁽¹⁹⁾.

¹⁹ - إن الاختصاص المقيد هو اختصاص تحمي بعيد عن اعتبارات الملائمة نتيجة الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية التي تنظم هذا الاختصاص، إلا أن هذا التحكم لا يجافي الواقع تماماً لأنه قائم على استقرار الواقع و الأخذ بالأمر الغالب فيه، فالاختصاص المقيد (أو القواعد الجامدة) لا يقوم على أساس التحكم المطلق وإنما هو ينطوي فقط على بعض التحكم الذي قد يخرج عن الواقع في بعض الحالات، ولكنه يستجيب إلى المؤلف في معظم الحالات، و من أمثلة الاختصاص المقيد الصياغة القانونية الجامدة، استخدام الأرقام و الحساب في صياغة القواعد القانونية المحددة لهذا الاختصاص، كما يحدث مثلاً في نطاق القانون الضريبي، فالقواعد تلزم الممولين بدفع ضريبة محددة بنسبة معينة من صافي الدخل أو الربح، تجعل سلطة الإدارة في تطبيق هذه القواعد سلطة مقيدة أو بالأحرى اختصاص مقيد لا تملك الإدارة حياله أدنى سلطة تقديرية إذ أن تحقيق الممول لربح أو دخل معين يحتم على الإدارة فرض ضريبة بنسبة محددة من هذا الدخل أو الربح. مأخوذ عن الدكتور محمود سامي جمال الدين، القرار الإداري و السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة بين دولة الإمارات و مصر و فرنسا، مجلة الشريعة و القانون، حولية محكمة - جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة و القانون، العدد الثالث، 1989، ص 326.

ب- التكيف القانوني الصحيح:

في هذه الحالة يستوجب أن تكون الوقائع التي تصرفت من خلالها الإدارة وبنّت عليها قراراتها قد خضعت إلى تكيف قانوني صحيح، وتعدّ عملية التكيف القانونية عملية مزدوجة ومختلفة تتمثل في تقدير الواقعة من جهة، وتقدير القانون من جهة ثانية، فالمقصود بالتكيف القانوني هو إدراج حالة واقعية ضمن إطار قانوني⁽²⁰⁾، وهذه العملية ذات أهمية كبيرة فهي تهدف إلى البحث أو إلى إيجاد قاعدة قانونية تتلاءم مع الوقائع المادية، ولقد استمرّ القضاء الإداري الفرنسي على اختصاصه في رقابة التكيف القانوني الذي تقوم به الإدارة على الوقائع، باللجوء إلى رقابة صحة التكيف للتأكد من وجود ما يبرر إصدار الإدارة لتلك القرارات من الناحية القانونية.

ج- التناسب في التصرف:

وفي هذه الحالة يتطلب من الإدارة عدم المغالاة في التقدير، ويقصد بعدم المغالاة في التقدير أن تقوم الإدارة باتخاذ ما يتناسب من قرارات مع الوقائع المادية ولا تقوم بتضخيم الوقائع للتدخل والقيام بأعمالها، ولا شك أن عملية التمييز بين رقابة التكيف القانوني للوقائع وتقدير ملاءمة الإجراءات المادية هي عملية غاية في الصعوبة، خصوصاً أن القضاء الإداري لا يقرّ بمشروعية الإجراءات والتدابير التي تتخذها الإدارة إلا إذا كانت ضرورية للمحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة أي أن الإدارة ملزمة بأن تكون قراراتها ملاءمة للوقائع المادية مع احترام مبدأ التناسب بين أهمية الإجراء وخطورة الوقائع⁽²¹⁾.

د- عدم الانحراف بالسلطة:

في هذه الحالة يطلب أيضاً من الإدارة ألا تنحرف في حالة استخدام سلطتها التقديرية أي أن الإدارة ملزمة عند ممارسة صلاحياتها التقديرية بالتقيد بضرورة عدم الانحراف في ممارسة هذه الصلاحية، حيث يكون ضماناً ألا تحيد الإدارة عن الأهداف التي من أجلها منحت لها هذه الصلاحية وألا يعتمد الشخص المؤهل قانوناً بإصدار القرار مخالفة القانون، ولذلك يجب أن تكون جميع قرارات الإدارة في تقدير واقعة غير مخالفة للنظام العام وخالية من أي تعسف. وتتجلى أهمية قيد عدم الانحراف في استخدام السلطة في حالة الانحراف في استخدام

²⁰ - لظاوي محمد عبد الباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة و مدى خضوعها للرقابة القضائية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 30.

²¹ - لظاوي محمد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 32.

الإجراءات الإدارية حيث يقوم القضاء الإداري بإلغاء أي قرار من شأنه أن يستهدف غاية غير مشروعة⁽²²⁾.

رابعاً: خضوع السلطة التقديرية لمبدأ المشروعية

تقوم الدولة القانونية الحديثة على مبدأ المشروعية الذي يعتبر الالتزام به أساساً لحماية حقوق وحريات الأفراد من تعسف السلطات الإدارية، وهو من أهم المبادئ على الإطلاق ويعني خضوع الحكام والمحكومين لسيادة القانون. ولا يمكن أن يتحقق هذا المبدأ في أرض الواقع إلا إذا كانت أعمال وصلاحيات السلطة الإدارية أو التنفيذية واضحة. ويعود سر تحديد صلاحيات السلطة التنفيذية دون سواها إلى أن صلاحيات السلطة التشريعية واضحة وعادة ما يتكفل دستور الدولة بتبيان القواعد العامة لممارسة العمل التشريعي. ويتولى القانون تفصيل هذه القواعد. كما أن صلاحيات ووظائف السلطة القضائية واضحة ومحددة فهي التي تتولى الفصل في المنازعات والخصومات بما يقره القانون وطبقاً للإجراءات المعمول بها.

ويبقى الإشكال بالنسبة للسلطة التنفيذية أو الإدارية باعتبارها السلطة الأكثر علاقة واحتكاكاً بالأفراد، من حيث الهياكل ومن هنا فإنه ينجم عن تحديد اختصاصات الجهات الإدارية توفير المناخ المناسب والأرضية الملائمة لإعمال وتجسيد مبدأ المشروعية، وهذا ما يدخل تحت عنوان التنظيم الإداري. فتسعى الدولة إلى ضبط اختصاصات الجهات الإدارية.

إن السلطة الإدارية في كل الدول تباشر نشاطات واسعة ومتنوعة قاصدة بذلك تحقيق المصلحة العامة، فهي من تتولى إنشاء المرافق العامة بقصد إشباع حاجات الأفراد المختلفة، وهي من تكفل لمحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاث، الأمن العام، الصحة العامة، السكنية العامة، فإذا قامت بإصدار قرارات خارج نطاق اختصاصها عد عملها هذا غير مشروع، وتتولى السلطة القضائية توقيع الجزاء على المخالف في حال ثبوت التجاوز أو الخرق للقانون.

وعليه حق لنا وصف القضاء بأنه الدرع الواقى لمبدأ المشروعية، وهو من يحفظ مكانته وهيئته و يفرض الخضوع له، وهذه كلها تمثل معالم و مظاهر دولة القانون⁽²³⁾، وبهدف تفعيل مبدأ المشروعية أقرت مختلف الأنظمة القانونية أطر رقابية معينة كالرقابة على دستورية

²² - أحمد حافظ نجم، السلطة التقديرية للإدارة و دعاوي الانحراف بالسلطة ، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثاني، بتاريخ 24

ديسمبر، مصر، 1982، ص 50.

²³ - لطفائي محمد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 36.

القوانين التي تمارسها المحاكم الدستورية أو المجالس الدستورية، والرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة من خلال آليات الأسئلة الشفوية والمكتوبة ومن خلال لجان التحقيق. والرقابة الإدارية التي تمارسها الوزارات المختلفة والهيئات واللجان الخاصة بالكيفية التي حددها القانون، والرقابة القضائية التي تمارسها المحاكم على اختلاف درجاتها، فرغم إقرار الفقه والقضاء، بل والمشرع للإدارة ببعض الامتيازات وذلك بمنحها قدرا من الحرية يتفاوت ضيقا واتساعا، إلا أن هذا لا يعني التقليل من شأن مبدأ المشروعية⁽²⁴⁾، فيبقى هو الأصل مع وجوب تطبيقه في كل الدول بغض النظر عن اتجاهاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

الفرع الثاني: مبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة

تعد السلطة التقديرية سلطة خطيرة إذا ما أساءت الإدارة استعمالها، إلا أنه وبالرغم من خطورتها، إلا أن أمر وجودها لا مناص منه، إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال تقييد نشاط الإدارة في جميع نشاطاتها.

لذلك يجمع الفقه الإداري⁽²⁵⁾ على أن السلطة التقديرية للإدارة لا غنى عنها لثلاثة أسباب هي: مقتضيات النشاط الإداري، قصور دور المشرع، ضمان الرقابة القضائية:

أولاً: مقتضيات النشاط الإداري (المبررات الفنية)

لا جدال في أن إعطاء الإدارة حرية، في ممارستها لنشاطها يؤدي إلى حسن أداء الوظيفة العامة، فهذه المسألة تعطي حرية التقدير ووزن الملابسات في العمل الإداري، كما تساعد على غرس روح الابتكار لهذا كان من واجب المشرع أن يفسح المجال للإدارة في بعض الحالات لاستخدام سلطتها التقديرية وهذا بفضل خبرتها، وتجاربها التي تكسبها من الروح العملية التي تستمدتها من إشرافها المستمر على المرافق العامة في الدولة هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن التنظيم الإداري السليم، ومقتضيات المصلحة العامة، يستدعي في بعض

²⁴ - يمثل مبدأ المشروعية صمام أمان بالنسبة لحقوق و حريات الفرد، و هو الحصن الذي يكفل صيانتها و حمايتها من كل اعتداء. فلو أخذنا على سبيل المثال حق الملكية و هو حق من حقوق الإنسان كفه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 17 منه، و ثبته العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية، و هو حق ثابت أيضا في دساتير الدول على اختلاف نظامها السياسي، و مكرس في القوانين المدنية، فإن الاعتداء على هذا الحق بمباشرة إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة من قبل أحد الجهات الإدارية المخولة و دون مراعاة الجوانب الإجرائية القانونية، فإن قرار النزع على هذا النحو صدر مخالفا لما قرره القانون، بما يصح معه نعتة بالقرار غير المشروع، و ما له و البطلان و الإلغاء إما من جانب سلطة إدارية أو سلطة قضائية.

²⁵ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ص 33 - 34.

المجالات عدم تكبيل الإدارة بالقيود التي تشل حركتها، وتفقدتها مرونة التصرف، على النحو الذي يؤثر على ملائمة مواجهاتها لظروف الحياة المتغيرة والمختلفة، مما يضر بشكل مباشر بالمصلحة العامة⁽²⁶⁾. بالإضافة إلى أن هذه الأخيرة لا يمكن أن تتوافق مع إدارة مبرمجة السلوك، مثل الإنسان الآلي، وإنما يستلزم لتحقيقها أن تمنح الإدارة سلطة تقديرية بالقدر الكافي واللازم، وهذا لمواجهة التحولات التي يشهدها عالم الإدارة العامة اليوم⁽²⁷⁾.

وبناءً عليه، فإن السلطة التقديرية للإدارة هي الوسيلة الناجحة والفعالة التي تتيح للإدارة القيام بالتزاماتها ومواجهة الاحتياجات العامة للأفراد، والتي تستطيع بمقتضاها اختيار أنسب الوسائل، وأفضل الأوقات لكي تقوم بالعمل أو تمتنع عنه ولكي أيضا تتخذ القرارات اللازمة والملائمة.

ثانياً: قصور دور المشرع (المبررات العملية)

بالرغم من أنه ليس ثمة ما يمنع المشرع من تقييد الإدارة بالكامل، ومن ثم مصادرة كل سلطة تقديرية، إلا أنه ثبت استحالة تحقيق ذلك، باستثناء مسائل محدودة من النشاط الإداري⁽²⁸⁾.

ومن ناحية أخرى، أن المشرع مهما بلغت دقته في وضع القوانين فإنه لا يستطيع أن يلم ويحيط بكل الجزئيات التي لا حصر لها، بحيث يضع لكل مشكلة حلها، لذلك كان من اللزوم أن يترك للإدارة وهي تمارس وظيفتها حرية تقدير ملاءمة أعمالها، وهذا لما لها من أجهزة فنية متخصصة، هي القادرة على تحديد هذه التفاصيل ذات الطابع الفني.

بالإضافة إلى ذلك، فإنه يلزم لسلامة التنظيم القانوني، أن يتحقق للقوانين القدر الكافي من الثبات والاستقرار. وبما أن الظروف قد تتغير من وقت لآخر، فإن ذلك يستوجب إعادة النظر في شروط وأوضاع تطبيقها، لذا كان من الأفضل أن تحدد هذه الشروط بواسطة السلطة التنفيذية، خاصة وأن العمل التشريعي يتطلب وقتاً كبيراً من أجل إعادة تغيير القوانين وتعديلها، مما يؤدي إلى تفويت فرص معالجة المشاكل في وقتها.

²⁶ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 110.

²⁷ - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 27.

²⁸ - حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة و مدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض،

2003، ص 132.

ثالثاً: ضمان الرقابة القضائية (المبررات القانونية)

حينما يخاطب المشرع الأفراد الخاضعين لقواعده العامة المجردة، فإنه يلجأ إلى وضع الإطار العام، أو النطاق الخارجي الذي تكون عليه أفعال الأفراد، شريطة أن يترك للأفراد حرية الاختيار داخل هذا الإطار العام، والإدارة بحكم كونها من الأشخاص المخاطبين بالقواعد القانونية، فإنها تتمتع بحرية تقدير ملاءمة أعمالها وقراراتها الإدارية.

بمعنى آخر أنه، لا خطر من تمتع الإدارة بهذه الحرية، ما دام أن هناك رقابة قضائية تضع حداً للإدارة، إذا ما خرجت عن سلطتها، ومن ثم فإن السلطة التقديرية ليست سلطة حكمية، وإنما هي سلطة قانونية يتوافق وجودها مع مبدأ المشروعية⁽²⁹⁾، بحيث لا تتحقق المشروعية إلا بالتأكد من أنها قد استهدفت المصلحة العامة، وهو الدور الذي يتولاه القاضي الإداري في حدود خبراته وقدراته، ومدى اتصاله بالإدارة العامة ونشاطها.

الفرع الثالث: تمييز السلطة التقديرية عن باقي السلطات العامة في الدولة

إذا كانت الإدارة تتمتع بقسط من الحرية في التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية، فإن هذه الحرية تختلف عن الحرية التي تتمتع بها السلطات العامة في الدولة وهي السلطة التأسيسية والسلطة التشريعية و السلطة القضائية.

أولاً: حرية السلطة التأسيسية وحرية الإدارة⁽³⁰⁾

تعد السلطة التأسيسية أعلى سلطة في الدولة، وهي تسمى كذلك لأنها تجد مصدرها في ذاتها، بحيث لا تجد سلطة أخرى تعلوها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهي التي تعمل على إنشاء وتأسيس السلطات الأخرى التنفيذية والتشريعية والقضائية، كما أنها هي التي تضع الدستور لأول مرة في الدولة، كما أنها تحدد بمطلق حريتها ودون قيد ما، شكل الدولة ونظام الحكم فيها.

من خلال ما سبق يتضح أن السلطة التأسيسية تتميز بخاصيتين هما:

²⁹ - بالمعنى العام، مبدأ المشروعية مستقل عن شكل الدولة، فهو يسري على الدولة الديمقراطية، كما يسري على الدولة التي تأخذ بالملكية المطلقة، أو بأي صورة أخرى من صور الحكم، أما إذا أهدر هذا المبدأ صارت الدولة (دولة بوليسية) و لكي يحقق هذا المبدأ جميع نتائجه يجب أن تقوم الدولة على الأسس التالية:

أ- مبدأ الفصل بين السلطات، ب- خضوع الإدارة للقانون، ج- تحديد الإختصاصات الإدارية بصورة واضحة، د- إخضاع الإدارة لرقابة القضاء، أي أن هذا المبدأ هو قيد عام يلزم السلطة التقديرية في جميع الظروف.

³⁰ - حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 149.

أ- أنها سلطة أصلية أو أولية: وهذا يعني أنها أسبق في الوجود من جميع السلطات الأخرى التي ينظمها الدستور، كما أنها لا تخضع إلى نصوص قانونية دستورية سابقة.

ب- أنها سلطة غير مقيدة أو غير مشروطة: وهذا يعني أن لها مطلق الحرية في وضع الدستور الذي تراه ملائماً للبلاد، كما أنها تختار النظام الدستوري، ونظام الحكم و شكله دون قيد أو شرط مسبق.

وغني عن البيان، أن هذه الحرية لا تعرف الحدود⁽³¹⁾ ولا تخضع للرقابة القضائية، وهذا مقارنة مع السلطة التقديرية للإدارة، التي هي فكرة قانونية محصورة في حدود مرسومة، وبالتالي لا يمكن الحديث عن السلطة التقديرية للهيئة التأسيسية⁽³²⁾.

ثانياً: حرية السلطة التشريعية وحرية الإدارة

تتمتع السلطة التشريعية في صدد ممارسة اختصاصها بحرية واسعة ولكنها ليست مطلقة كما هو الشأن بالنسبة للسلطة التأسيسية، فالمشرع يتقيد بما ورد في الدستور من قواعد بالإضافة إلى المبادئ الأساسية في الدولة، وتختلف السلطة التقديرية للإدارة عن السلطة التقديرية للهيئة التشريعية، في أن حرية السلطة التشريعية هي الأصل وأن الاستثناء هو ذلك القيد الذي يضعه الدستور، أما بالنسبة للإدارة فإن الأصل أن تقتصر وظيفتها على تنفيذ ما جاء به القانون، و في حدود قواعد الشكل والإختصاص. ومن ثم كان التقيد هو الأصل والحرية هي الاستثناء⁽³³⁾.

وإذا كان الدستور قد حدد مسبقاً قواعد الشكل (أي المراحل التي يمر بها التشريع) وحدد أيضاً قواعد الاختصاص (أي الهيئات التي تملك المساهمة في التشريع) وحدد أيضاً المحل (القيود الموضوعية التي لا يجوز للتشريع أن يتخطاها)، فإن السلطة التشريعية قد تستقل بتقدير أهداف التشريع لأن ذلك يتعلق بالسياسة أكثر منه بالقانون، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، أن الأغلبية في البرلمان تلعب دوراً مهماً في تقدير أهداف التشريع، وهذا ما هو معمول

³¹- إن هذه الحرية لا يحد منها إلا قيد واحد، و المتمثل في رد الفعل الذي قد يتولد في نفوس الأفراد، مما يؤدي إلى سقوط الدستور سواء بطريق سلمي أو ثوري و المتمثل في ضرورة مطابقة عمل السلطة التأسيسية لرغبات الشعب. هذا من الناحية الداخلية، و هو ما يهنا في هذا المقام، اما من الناحية الخارجية، فإنه توجد عوامل كثيرة و ظروف و اعتبارات تتحكم في السلطة التأسيسية، و بالتالي توجه نشاطها و عملها، و لا تجعلها مطلقة الحرية في وضع الدستور كما تشاء.

³²- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 35.

³³- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 36.

به في الجزائر. لأنها تأخذ بنظام تعدد الأحزاب طبقاً لدستور 1996، وعلى العكس من ذلك فإنه ليس للإدارة أي تقدير فيما يتعلق بالغاية من تصرفاتها، بل تخضع في ذلك لقيود تشريعية ورقابة قضائية.

إن حرية البرلمان في التشريع، أبعد من أن تقاس على حرية الإدارة في التنفيذ، ذلك أن أهداف الإدارة هي محدودة باستمرار، وأما أهداف التشريع فلا يمكن بل و ليس من المصلحة تحديدها بصورة معينة، وهذا بسبب تطور الظروف الاجتماعية، وكذا تداول الممثلين للبرلمان، إذ ليس للممثلين الذين انتهت عهدتهم أن يفرضوا إرادتهم باستمرار على ممثلين آخرين. إلا أن هذا المبدأ لا يمكن الأخذ به على الإطلاق، بل يجب أن تتفق هذه الأهداف، مع الحدود التي رسمها الدستور⁽³⁴⁾، إلا إذا أريد الخروج عن هذا النطاق، ومن ثم تكون النتيجة تعديل الدستور بالطريقة المنصوص عليها.

ثالثاً: حرية السلطة القضائية وحرية الإدارة

إن عمل السلطة القضائية يشبه بكثير عمل السلطة التنفيذية⁽³⁵⁾. ويضرب الفقه هنا مثلاً بالنسبة للإدارة التي تتمتع بحرية التقدير في اختيار العقوبة الملائمة للخطأ التأديبي الثابت حدوثه، وفي نفس الشيء بالنسبة لتوقيع العقوبة الجنائية، فإن القاضي له سلطة تقديرية في توقيع العقوبة في مختلف أنواعها كالحبس والغرامة أو بتطبيقها معاً.

وما يؤكد هذا التشابه هنا هو الرقابة القضائية على كل من الخطأ التأديبي، والخطأ الجزائي، فالقضاء الإداري لا يمكن أن يعقب على ملاءمة العقوبة التأديبية للخطأ التأديبي إلا استثناءً، ونفس الشيء بالنسبة لمحكمة النقض، إذ لا يمكنها أن تراقب قسوة، أو تفاهة العقوبة التي يوقعها قاضي الموضوع⁽³⁶⁾.

غير أنه قد تختلف حرية القاضي عن حرية الإدارة في مجال التفسير الذي يجيزه القاضي، فهذا الأخير يعبر عن إرادته الخاصة به هو، ويعبر الفقه عن هذه الحالة، أن القاضي في الحالة السابقة حين يقضي يقول: "وفقاً للتفسير الذي أخذ به، إنما يريد المشرع

³⁴ - إن الدستور فوق الجميع، و هو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية، و يحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، و يضيفي المشروعية على ممارسة السلطات.

³⁵ - حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 150.

³⁶ - لا يمكن و في اي حال من الأحوال أن تراقب المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون الوقائع الخاصة بالجريمة و من ثم الرقابة على مدى سلطة القاضي في مجال تقدير العقوبة (الحد الأدنى و الحد الأقصى).

كذا... "أما رجل الإدارة فإنه يقول: "باسم القانون، ووفقا للرخصة المخولة لي، أريد كذا...". كما أن حكم القاضي يحوز على حجة الأمر المقضي فيه، وهذا باعتباره عنوانا للحقيقة، في حين أن قرارات الإدارة لا تحوز على هذه الحجية، وإن كانت تتمتع بنوع من الاستقرار.

المطلب الثاني: تمييز السلطة التقديرية عن بعض الأعمال الأخرى

إن جميع السلطات العامة في الدولة تتمتع بقدر من حرية التقدير يختلف ضيقا واتساعا بحسب السلطة وطبيعة عملها، وبما أن السلطة الإدارية هي ضمن هذه السلطات، فإنها تتمتع بهذه الحرية في مباشرة أعمالها المتمثلة في العقود والقرارات الإدارية، وكذلك الأعمال المادية⁽³⁷⁾. غير أنه وبشيء من التعمق في تحليل أعمال السلطة الإدارية لتحديد مواطن السلطة التقديرية فيها، فإن ذلك قد يؤدي إلى القول بأن هذه السلطة ترتد دوما إلى القرارات الإدارية.

فالعقود الإدارية تتم على مراحل تمهيدية تتكون من قرارات إدارية، مثل قرارات إبرامها، وقرارات إرساء الطلبات والعروض، وقرارات الحرمان من دخولها، وكذلك قرارات توقيع الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة.

كما أن الأعمال المادية للإدارة، هي أيضا تدور معظمها حول تنفيذ القرارات الإدارية، مما يعني بوضوح أن القرار الإداري، هو أهم امتياز منح للإدارة وبما أن القرار الإداري يقوم بمجرد التعبير أو الإفصاح عن إرادة السلطة الإدارية المنفردة، ونيتها في إحداث أثر قانوني معين، فإن من شأن هذا التحديد أن ينفي الخلط بين القرارات الإدارية وسائر الأعمال الأخرى التي تتمتع الإدارة فيها بقدر واسع من التقدير.

³⁷ - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 43.

الفرع الأول: السلطة التقديرية و أعمال الحكومة (السيادة)⁽³⁸⁾

يشترط لصحة انعقاد القرار الإداري، وجوب صدوره عن سلطة إدارية وهذا لاستبعاد كافة التصرفات الصادرة عن غير السلطة الإدارية حتى ولو سميت باصطلاح "قرار" بل والأكثر من ذلك استبعاد كافة تصرفات السلطة التنفيذية "غير الإدارية".

تقوم السلطة التنفيذية بعدد من التصرفات المتعلقة بكيان الدولة الداخلي أو الخارجي ويطلق على هذه التصرفات المتعلقة بكيان الدولة تعبيراً "أعمال الحكومة" أو "أعمال السيادة"، وهذا النوع من الأعمال يشكل ثغرة خطيرة في مبدأ المشروعية لأنها لا تخضع لرقابة القضاء⁽³⁹⁾.

³⁸- تعتبر نظرية أعمال السيادة من إنشاء مجلس الدولة الفرنسي، هذا الأخير الذي أنشئ في أحضان الجمهورية الفرنسية الأولى، و عندما سقط نابليون بونابرت و عمت الملكية من جديد سنة 1814 خشي المجلس على نفسه من النظام الملكي، و من أجل تجنب الاصطدام بالنظام امتنع المجلس على رقابة الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية المتعلقة بنظام الحكم ليضمن بقاءه رقبيا على الأعمال الإدارية للسلطة التنفيذية، هكذا استخدم مجلس الدولة نظرية أعمال السيادة كدرع واق يمنع الحكومة من القيام بإلغائه أما الآن و بعدما رسخت أقدامه و أصبح قلعة قضائية، بدأ في تطبيق نظرية أعمال السيادة من أجل ضمان مبدأ المشروعية.

³⁹- قضية (ي ج ب) ضد: وزير المالية- ملف رقم 36473 بتاريخ 1984/01/07، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة فقط، قرار سحب عملة التداول. قرار سياسي من أعمال السيادة، اختصاص المجلس الأعلى حول مشروعية القرار - غير مختص- المادة 274 من ق إ م ، قضى المجلس الأعلى: "متى كان من المقرر قانوناً أن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى تختص ابتدائياً و نهائياً بالنظر في دعاوي الطعون بالبطلان في القرارات التنظيمية الصادرة عن السلطة الإدارية و من المقرر كذلك إصدار و تداول و سحب العملة من الصلاحيات المتعلقة بممارسة أعمال السيادة، فهو بهذه الطبيعة لا يكون قابلاً للطعن فيه بأية طريقة من طرق الطعن، و لا يكون اختصاص المجلس الأعلى فحص مدى المشروعية أو مباشرة رقابته على مدى تطبيقه و لما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار الحكومي المؤرخ في 1982/04/08، المتضمن سحب الأوراق المالية ذات فئة 500 دج من التداول يكتسي طابع عمل من أعمال السيادة، كما أن قرار وزير المالية المؤرخ في 1982/06/01 المتضمن تحديد قواعد الترخيص بالاستبدال خارج الأجل هو الآخر يكتسي نفس الطابع، و هما بهذه الصفة لا يقبلان الطعن ضدّهما، و متى كان الطاعن غير محق في مطالبة من المجلس الأعلى بإبطال القرار المتخذ في 1982/05/29 المتضمن رفض الطعن الإداري المسبق لوزير المالية، استوجب التصريح بعدم اختصاص الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى نوعياً للنظر في هذا النزاع، حيث أنه بموجب قرار سياسي مؤرخ في 1982/04/08، تم سحب أوراق 500 دج من التداول و أن هذا القرار قد اقتصر تطبيقه على فترة التبديل المحددة بأيام: السبت، الأحد، الإثنين، أي 10 و 11 و 12 أبريل 1982، و أن الطاعن قد تغيب بتاريخ 08 أفريل 1982 عن الجزائر لأسباب صحية، و أنه = بتاريخ 1982/04/13 و بعدما علم بالإجراءات الجديدة المتعلقة بالتبديل المذكور قرر العودة إلى الوطن، حيث قضى المجلس الأعلى في الشكل بالتصريح بعدم اختصاص الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى نوعياً لنظر النزاع، و برفض الطعن و بالحكم على المدعي بالمصاريف- المجلة القضائية- المحكمة العليا - تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية - العدد 4، ص 211 و ما يليها.

فلا تكون محلا لإلغاء أو تعويض أو وقف تنفيذ أو فحص مشروعية.

أعمال السيادة وأعمال الحكومة هي بعض الأعمال التي تقوم بها السلطات الإدارية المركزية (الحكومة) والتي تستند إلى باعث سياسي رغم ما يكتنف هذا المعيار من غموض، فإذا صدر التصرف عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم، ويكون ذلك حينما يصطبغ العمل بصفة سياسية، فإن هذا التصرف يدخل ضمن أعمال السيادة التي لا تقبل الطعن أمام القضاء بإلغائها⁽⁴⁰⁾ وعلى العكس من ذلك فإذا 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 إلغائه استنادا لاعتباره ضمن أعمال السيادة.

نستنتج أن أعمال السيادة هي أخطر امتياز على الإطلاق تملكه السلطة التنفيذية، لأنه يقضي على مبدأ المشروعية، ويحصر حقوق وحرية الأفراد في دائرة الخطر، وهذا ما أدى إلى تلاشي أهمية هذه النظرية، باعتبارها محل انتقادات فقهية واسعة، بحيث يدعو بعض الفقه إلى التقليل من نطاق تطبيقها، أو حتى إلغائها، فهي نظرية غير موجودة، لأنها من صنع القضاء لا المشرع⁽⁴¹⁾.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية

تتجسد وظيفة الإدارة الأساسية في ظل الظروف العادية على الحفاظ على النظام العام في الدولة إلى جانب تأمين سير المرافق العامة بما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة في حدود المبادئ والقواعد القانونية والضوابط التي تتضمنها التشريعات العادية التي تحكم نشاطها المتنوع في الظروف العادية والأوضاع المقررة سلفا وفي ظل احترام كامل لمبدأ المشروعية وخضوع أعمال الإدارة لرقابة القضاء الإداري.

إن فكرة نظرية الظروف الاستثنائية تمثل القيد الثاني الذي يرد على مبدأ المشروعية فإذا حدثت ظروف قهرية تهدد الدولة كلها أو جزء منها بالاضطراب وتعرض سلامتها للخطر، فمن

و هناك أيضا بعض الأعمال التي يعتبرها مجلس الدولة الفرنسي من قبيل أعمال السيادة، كاستدعاء أو نهاية الدورات التشريعية اقتراح القوانين و صدورهما، و استشارة الشعب في مشروع قانون و طلب من السلطة التشريعية لإجراء مداولة ثانية في قانون و تشكيل الحكومة، و التوجه إلى المجلس الدستوري.

⁴⁰ - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 43.

⁴¹ - محمد صغير بعلي، القضاء الإداري مجلس الدولة، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص 137.

المنطقي بل من الضروري أن تتسع سلطات الإدارة عن النطاق العادي حتى تستطيع مواجهة هذه الظروف القهرية بما يتناسب معها من الإجراءات غير العادية.

فنظرية الظروف الاستثنائية هي من حيث مصدرها الأصلي نظرية قضائية تجد أساسها في أحكام مجلس الدولة الفرنسي منذ الحرب العالمية الأولى⁽⁴²⁾، وقد اعتنقها مجلس شورى الدولة في لبنان وكذلك مجلس الدولة المصري في أحكامه بالذات بمناسبة تطبيق القوانين العرفية أو حالة الطوارئ⁽⁴³⁾، وبناءً على ما تقدم فإن الأصل في القوانين أنها توضع في الدولة لكي تطبق في الظروف العادية، وأنه يكون على السلطة الإدارية احترام مبدأ المشروعية والالتزام بمجموعة القواعد القانونية النافذة في الدولة، إلا أن الدولة قد تجابه بظروف استثنائية غير عادية كالحروب والأزمات، ويبدو عجز القواعد العادية على مواجهة هذه الظروف، الأمر الذي يملئ منطقاً اتساع سلطات الإدارة وتحريرها من الخضوع للقواعد العادية بالقدر اللازم لمواجهة هذه الظروف، بل إن ذلك لا يكون فقط من قبيل تقرير الحقوق لجهة الإدارة، وإنما من قبيل الواجب عليها في مثل هذه الظروف⁽⁴⁴⁾.

إذن في حالة تعرض البلاد للأخطار⁽⁴⁵⁾ (كحالة الحرب، الكوارث الطبيعية، عدم انتظام سير المرافق العامة، حالة الإخلال الخطير بالأمن) يجب السماح للإدارة أن تقوم بالإجراءات السريعة والحازمة كافة من أجل إعادة الأمور إلى نصابها وتأمين سلامة البلاد.

يتضح مما سبق أن نظرية السلطة التقديرية تتفق مع نظرية الظروف الاستثنائية من أن كل منهما يتضمن توسيعاً لدائرة الاختصاصات الممنوحة للإدارة، كما أن الإدارة تظل في الحالتين خاضعة لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً، ومقيدة بتحقيق المصلحة العامة، إذ لا يجوز للقاضي أن يمد رقابته حتى إلى الملائمة، ومع ذلك فإن هناك بعض الفروق الهامة تتمثل فيما يلي:

⁴² - لطفاوي محمد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 41.

⁴³ - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، طبيعة القانون الإداري، التنظيم الإداري الموظفون العموميون أموال الإدارة العامة، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 211.

⁴⁴ - إبراهيم عبد العزيز شبحا، المرجع السابق، ص 135.

⁴⁵ - من أهم صلاحيات رئيس الجمهورية الحفاظ على أمن الدولة بموجب سلطاته الدستورية في اتخاذ التدابير و الإجراءات في مجال ضبط الإداري الوطني (البوليس الإداري).

إن الاختصاصات الممنوحة للإدارة بمقتضى الظروف الاستثنائية تعد أوسع مدى من الاختصاصات التي تتمتع بها الإدارة بناء على نظرية السلطة التقديرية، فالإدارة في حالة الظروف الاستثنائية لها أن تخرج من القواعد القانونية العادية، وبالتالي اتخاذ الإجراءات الاستثنائية التي تتطلبها مواجهة الأزمة التي تتعرض لها أما في حالة السلطة التقديرية فإن الإدارة تبقى تتصرف في حدود الشرعية العادية، حتى ولو كان لها حرية التصرف في نطاق تلك الشرعية⁽⁴⁶⁾.

إن الاختصاصات التي تتمتع بها الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية مرهونة ببقاء استمرار هذه الظروف لذا فإن اختصاصات الإدارة هنا تكون مؤقتة، أما الاختصاصات التي تتمتع بها الإدارة في ظل نظرية السلطة التقديرية، فإنها لا تتوقف على فترة زمنية معينة، كما أنها لا ترتبط بظروف خاصة، فمن حق الإدارة ممارستها سواء في ظل الظروف العادية أو في ظل الظروف الاستثنائية⁽⁴⁷⁾.

إذا كان القضاء يسمح للإدارة بمخالفة القواعد القانونية العادية في ظل الظروف الاستثنائية، فإن ذلك مشروط بوجود أزمة تهدد الإدارة وتتعدى 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 ملاءمة التصرفات التي تقوم بها.

الفرع الثالث: الأعمال المادية والسلطة التقديرية

يشترط أيضا لصحة انعقاد القرار الإداري، أن يكون عملا إراديا منفردا، بحيث تتجه فيه الإدارة إلى إحداث أثر قانوني معين، وهذا الشرط بطبيعته، يضي على تصرف الإدارة صفة العمل القانوني وطبيعته.

ومن هذا المنطق فإن أساس التفرقة بين القرار الإداري والعمل المادي يكمن في إحداث القرار الإداري لأثر قانوني، وبما أن العمل المادي يكون مقصور الأثر على تنفيذ وضع نشأ من قاعدة قانونية مباشرة ولا ينشئها، لأنه لا يعتبر عملا قانونيا، بمعنى آخر أن العمل المادي لا تتجه فيه الإدارة بإرادتها الذاتية إلى إحداث آثار قانونية، ويطلق على هذه التسمية اسم

⁴⁶ - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، 2004، ص 45.

⁴⁷ - نقاش حمزة، الظروف الاستثنائية و الرقابة القضائية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010، ص 29.

الأعمال التنفيذية، وهي ليست قرارات إدارية، بل هي أعمال مادية. ومن أهم الأعمال التي قد تختلط بالقرارات الإدارية، في حين أنها من الأعمال المادية التي لا أثر قانوني لها بذاتها ما يلي:

أولاً: الإجراءات التنفيذية التي تتم تطبيقاً للقوانين والقرارات الإدارية

تعتبر الإجراءات التنفيذية التي تتم تطبيقاً للقوانين والقرارات الإدارية من قبيل الأعمال المادية، ذلك لأن هذه الأخيرة لا يترتب عليها أي آثار قانونية على نفاذها، وهذا على عكس القرارات الإدارية، التي يشترط لقيامها وجوب إحداثها لآثار قانونية معينة، سواء تمثلت هذه الآثار في إنشاء مراكز قانونية جديدة، أو تعديلها واستناداً على ذلك نقلت هذه الإجراءات من الرقابة القضائية بواسطة دعوى الإلغاء، على أساس أنها مجرد أعمال تنفيذية للقوانين واللوائح، أو أنها قرارات كاشفة وليست منشئة، بحيث لا يتولد عنها آثار قانونية بذاتها، ومن ثم تنتفي عنها صفة القرارات الإدارية وطبيعتها⁽⁴⁸⁾.

ويقصد بالقرار الكاشف ذلك القرار الذي لا يحدث جديداً في عالم القانون، بل يقتصر عمله على إثبات أو تقرير حالة موجودة من قبل، ومحققة بذاتها للآثار القانونية.

ثانياً: التدابير الداخلية والسلطة التقديرية للإدارة

تشمل التدابير الداخلية، طائفة غير متناسقة ومتجانسة من الإجراءات الإدارية التي لا يمكن الاستغناء عنها، فهي صمام الأمان، والمحرك الأساسي للعمل الإداري، ومن أهم أمثلة هذه التدابير، المنشورات، والتعليمات الداخلية التي يطلق عليها، "تعليمات المرفق"، كما يضم أيضاً موضوع التدابير، الأوامر الإدارية الداخلية، والبلاغات الرسمية، كما يندرج ضمن دائرة التدابير الداخلية، أيضاً تدابير تنظيم الامتحانات الجامعية، وجداول المراقبة.

ولتمييز الإجراءات الداخلية عن الأعمال القانونية للإدارة، فإنه يلزم الرجوع إلى محتوى ومضمون الإجراء أو العمل. فإذا كان من شأن هذا العمل إحداث أثر قانوني، فإنه يعد من قبيل الأعمال القانونية، أي القرارات الإدارية⁽⁴⁹⁾.

أما إذا كان العكس أي لم يحدث أثر قانوني، فإنه يعد ضمن التدابير أو الإجراءات الإدارية، والتي تعد من قبيل الأعمال المادية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن موضوع

⁴⁸ - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 75 - 76.

⁴⁹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 448.

التمييز بين الأعمال القانونية، والتدابير الداخلية ترتبط أيضا بمسألة قبول دعوى الإلغاء ضدها، وعليه فإن القاضي الإداري سيكون مضطرا للبحث عما إذا كان المنشور قد أثر في المركز القانوني أم لا؟ وبهذا يكون معيار التأثير في المركز القانوني للطاعن، هو الحد الفاصل بين التدابير الداخلية، والأعمال القانونية⁽⁵⁰⁾.

وعلى العموم تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة، بصدد تقرير هذه المنشورات والتوجيهات. لأن الإدارة في هذه الحالة لا تلتزم بشكل محدد. فقد تصدر هذه التدابير في صورة مواد مثل مواد القانون أو اللائحة.

كما قد تصدرها في شكل خطاب أو رسالة للعاملين بالإدارة، كما قد تصدرها في شكل أوامر، أو في شكل اقتراحات و آراء استشارية.

⁵⁰- علي خطر شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مكتبة دار الثقافة، ج1، الأردن، 2004، ص 408.

المبحث الثاني: تمييز السلطة التقديرية عن الإختصاص المقيد

سبق أن قلنا أن فكرة السلطة التقديرية تقوم على تمتع رجل الإدارة، بتقدير مناسبة إصدار القرار الإداري. أما في حالة الإختصاص المقيد⁽⁵¹⁾، فإن هذه الحرية تزول بحيث لا يكون أمام رجل الإدارة إلا إصدار القرار على النحو الذي سبق للقانون أن أملاه عليه. ولكن كيف يتسنى لرجل الإدارة، وللقاضى الإداري من بعده أن يعرف ما إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في مواجهة حالة بالذات، أم أن إختصاصها مقيد بقاعدة قانونية؟

إن هذه المسألة تحتاج إلى وضع معيار مميز يتخذه رجل الإدارة أساسا يهتدي به، لمعرفة ما إذا كانت سلطته في إصدار قرار ما مقيدة أو تقديرية، ومن هنا تظهر ضرورة التمييز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد.

غير أنه لا يمكن أن يفهم من هذا بأن هناك مجال منفصل بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد، بل أن التقدير والتقييد في القرارات الإدارية، إنما يوجدان معا في كل عمل إداري، بمعنى آخر أنه ليس ثمة قرار تقديري بحت، كما أنه ليس ثمة قرار مقيد بحت، بل أن هناك نوع من التداخل بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد.

وفي إطار هذا المبحث تطرقنا في المطلب الأول لمعايير التمييز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد، أما في المطلب الثاني فسندرس أهمية التمييز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد.

المطلب الأول: معايير التمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد

تعد مسألة وضع معيار للتمييز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد، من أهم وأدق المسائل التي شغلت أذهان الباحثين في فقه القانون الإداري، ففي الوقت الذي ذهب فيه البعض إلى معيار التفرقة يكمن في القواعد التشريعية، إلا أن الفريق الثاني ذهب إلى أن قواعد

⁵¹- يرى بعض الفقهاء أن الإختصاص هو مجموع ما خولت الإدارة القيام به من الأعمال، أما السلطة فتعني مباشرة هذه الإختصاصات، و من هنا يرون أنه ليس صحيحا التحدث عن الإختصاص التقديري، ذلك أن الإختصاص هو الحد الخارجي للسلطة، بينما تشير السلطة إلى مادة العمل الإداري، و بناءً على ذلك يتعين استعمال لفظ سلطة تقديرية و سلطة مقيدة و ليس التكلم عن إختصاص مقيد و إختصاص تقديري و هناك من يرى و هو الأصح أنه:

من الأفضل التعبير عن هذه الحالة بالإختصاص المقيد (compétence liée)، و لو أن هناك من نعتها أيضا بالسلطة المقيدة (pouvoir liée) ذلك أننا إزاء حالة اختفت فيها السلطة التقديرية تماما و لم يبق إلا الإختصاص المقيد بالقاعدة القانونية

التنظيم القانوني عموما هي التي تشكل المعيار الفاصل بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد.

ويقصد بقواعد التنظيم القانوني عموما، مجموع القواعد القانونية التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية أيا كان مصدرها، سواء كان هذا من الناحية التشريعية، أو من الناحية القضائية⁽⁵²⁾. وعلى هذا الأساس، فإن اختلاف النظرة بين القواعد التشريعية، وقواعد التنظيم القانوني عموما، كان له اثر كبير في إيجاد المعيار الفاصل بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد.

الفرع الأول: معيار علاقة الإدارة بالقواعد التشريعية

إن السلطة التقديرية هي أمر يتصل بتطبيق القواعد القانونية، ومن ثم فإنها ترجع بالدرجة الأولى إلى موقف المشرع عند سن القواعد القانونية، بمعنى آخر أن المشرع هو الذي يحدد من يتولى تطبيق أحكام هذه القواعد القانونية، وما إذا كان الإختصاص الذي يتمتع به رجل الإدارة تقديريا أو مقيدا. ومن أهم المعايير التي قيلت في هذا الصدد نذكر ما يلي:

أولا: معيار مدى إلزامية القواعد القانونية

في مجال البحث عن معيار للتمييز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد يقدم الفقيه لون نظريته، وهي عنده نظرية عامة يمكن تطبيقها بالنسبة لمختلف فروع القانون. أ- مضمون النظرية:

حاول الفقيه لون من خلال نظريته، التمييز بين الأحكام الحاسمة أو القاطعة والأحكام الجوازية كأساس للتمييز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد⁽⁵³⁾.

ويقصد بالأحكام الحاسمة تلك التي لا تترك لمن يخضع لحكمها أي حرية في تحديد المسلك الذي يتخذه. غير أن الجانب الذي لا ينظمه القانون لا يكون له أهمية وسوف يكون متروكا لمحض تقدير الشخص المخاطب. فإذا أوجبت قاعدة قانونية مثلا على سائق سيارة الأجرة أن ينقل الزبائن من مكان إلى مكان معين، دون أن توضح له المسلك الذي يجب أن يأخذه، فإن اختيار السائق لمسلك معين لن يكون له أهمية قانونية. أما القواعد الجوازية فيقصد

⁵² - عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 68.

⁵³ - LAUN, le pouvoir discrétionnaire, Rapport au congrès de l'institut international de droit public dans l'annuaire dudit institut, 1935, p 113

مأخوذ عن: عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 68.

بها تلك القواعد التي تترك لمن يخضع لأحكامها حرية الاختيار بين أعمال متعددة، يعتبر كل منها عملا من أعمال الدولة⁽⁵⁴⁾.

غير أن الواجب والقدرة كمصطلحين، لا يمكن فهمها عند الجميع على نحو واحد بالمعنى نفسه، لأنهما من المفاهيم النسبية التي تختلف باختلاف اللغات والأزمنة، لذلك كان هناك دائما مجالا لتفسير النصوص للتوصل إلى هذا المعنى أو ذاك، وهذا رغم ما تكتنف العملية ذاتها من صعوبات كثيرة.

وعلى هذا الأساس، أضاف الفقيه لون، فكرة الغرض لضبط معيار للتمييز بين القواعد الحاسمة مصدر الاختصاص المقيد، والقواعد الجوازية، مصدر السلطة التقديرية. فعملية التمييز بين القواعد الوجوبية والجوازية هي عملية واسعة وفضفاضة وجد صعوبة، فإذا كان من المتصور من حيث المبدأ أن صياغة القانون يمكن أن تكون دائما على نحو حاسم وقاطع إلا أن الواقع العملي غير ذلك تماما، لأن الصيغة الجوازية هي الأخرى ضرورية من جهة الفن التشريعي.

ومن هذا المنطلق، نكون بصدد اختصاص مقيد إذا كان الغرض محددًا في القاعدة بشكل صريح وضمني، وتكون سلطة صاحب الاختصاص تقديرية إذا لم يكن الغرض محددًا بحيث يكون صاحب الاختصاص حرا في اختيار غرض من الأغراض التي ينبغي الوصول إليها. ومما لا شك فيه أن ركن الغاية يعد ركنا ثابتا لا يتغير في جميع أعمال الإدارة والذي يتمثل في تحقيق المصلحة العامة سواء كانت صلاحية صاحب الاختصاص تقديرية أم مقيدة.

ب- تقدير النظرية

يرى الفقيه لودو فيتشي⁽⁵⁵⁾ أن ما يمكن أن يوجه من نقد إلى هذه النظرية، أنها جاءت عامة، وكأنها وضعت كما لو لم يكن هناك قضاة بالمرة. بالإضافة إلى ذلك، فإن هذا الرأي لا يتفق مع واقع الرقابة القضائية، ذلك لأنه إذا راقب القاضي التفسير الذي تجريه الإدارة، فلا شك أننا سنكون أمام اختصاص الإدارة المقيد كما قرر لون. ولكن إذا رفض القاضي إجراء هذه الرقابة، فإن السلطة تكون حينئذ سلطة تقديرية لا مقيدة، وهذا على عكس ما قرره لون.

⁵⁴ - علي خطار شطناوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 69.

⁵⁵ - LINODIQUAL- La compétence liée , LCDJ, paris, 1964, p107 ; LODOVICI, l'évolution de la nation de pouvoir discrétaire thèse Lille, 1937, p 126.

أما بالنسبة لعملية تحديد لأغراض، أو عدم تحديدها، فإن الأمر متروك لتقدير القاضي الإداري، فقد يحدث حقيقة أن يرفض القضاء ممارسة رقابته على القرار الإداري، ويعترف للإدارة بسلطة تقديرية في إصدار قرارها المطعون فيه، وهذا سواء حدد المشرع الغرض أم لم يحدده، كما قد يرى في بعض الحالات ضرورة تحديد غرض معين، مبررا موقفه أن كل سلطة تمنح ينبغي أن يكون لها غرضا محددًا. وهكذا تتقلب السلطة التي بدأت، وكأن المشرع أراد أن يحولها من سلطة تقديرية إلى سلطة مقيدة⁽⁵⁶⁾.

ثانياً: معيار مدى الإعلان القانوني لأسباب القرار

حاول الفقيه بونار⁽⁵⁷⁾ من خلال نظريته، الاعتماد على الاجتهاد القضائي لاستخلاص معيار يستطيع التمييز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد.

أ- مضمون النظرية:

يحدد الفقيه بونار فكرة السلطة التقديرية للإدارة بصورة عامة إذ يقول: "أن هناك سلطة تقديرية للإدارة في حالة ما إذا كانت القوانين واللوائح قد نصت على إختصاص الإدارة بمناسبة علاقة قانونية لها مع الأفراد. وتركت لها سلطة التقدير الحر لملاءمة إقدامها على التصرف أو عدم إقدامها عليه".

ويقابل فكرة السلطة التقديرية فكرة أخرى مناقضة لها، هي الإختصاص المقيد، بحيث يكون الإختصاص مقيدا في حالة إذا ما نصت القوانين واللوائح على إلزام الإدارة بالتصرف أو الامتناع عنه، إلا أن العميد بونار اعترف بعدم كفاية هذا التعريف لتمييز السلطة التقديرية عن الإختصاص المقيد بشكل قاطع ودقيق فمن النادر أن تحدد القوانين واللوائح الالتزامات القانونية للإدارة مسبقا، وبصفة صريحة إقدامها على التصرف أو عدم إقدامها، لهذا كان من الضروري التوصل إلى تعريف آخر يمكن الركون إليه للتمييز بينهما.

إن هذه المسألة في الحقيقة هي مسألة على جانب كبير من الصعوبة وإثارة للجدل، والاختلاف في القانون الإداري، وعلى هذا الأساس حاول الفقيه بونار الاعتماد على الاجتهاد

⁵⁶ - مصطفى مخاشف، السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 41.

⁵⁷ - BONNARD, le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir R.D .P, 1923, p 363.

مأخوذ عن: علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 71.

القضائي للتمييز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد، فتكون سلطة تقديرية إذا لم تعلن القوانين والأنظمة مسبقا الأسباب القانونية والواقعية بصفة كلية، أو إذا حددتها بصفة عامة.

إذ يلحق غياب الإعلان الكلي لأسباب القرار، وجود نوع من حرية التقدير في قيمة الأسباب، وملاءمة القرار، ويكون اختصاص الإدارة مقيدا إذا حدد القانون أسباب القرار الإداري، ولهذا تكون ملزمة بالتصرف أو الامتناع عنه، أو التصرف بشكل معين، أو اتخاذ قرار إداري على نحو معين وبمضمون محدد⁽⁵⁸⁾.

ب- تقدير النظرية:

لقد اتخذت نظرية بونار أهمية كبرى في الدراسات الفقهية، واعتمدت من قبل الكثيرين من الكتاب في جوانب كثيرة من دراساتهم إلا أنه بالرغم من المجهود الكبير الذي بذله العميد بونار في إخراج نظريته وصياغتها، والدفاع عنها، وعلى الرغم من التأييد الواسع الذي نالته، وخاصة في مجال الرقابة على الأسباب الواقعية للقرار الإداري، إلا أنها لم تلق ترحيبا واسعا على أساس أن هذه النظرية اتسمت بنوع من التعميم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنها أنكرت الدور الاستثنائي الذي يلعبه القاضي الإداري في هذا الصدد، وهذا من خلال تقييده لسلطة الإدارة التقديرية.

ثالثا: معيار مدى عمومية و تجريد القاعدة القانونية

حاول الأستاذ شاتيلان⁽⁵⁹⁾ من خلال نظريته، إيجاد معيار مناسب للتمييز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد، معتمدا في ذلك على تحليل المدرسة النمساوية لتدرج القواعد القانونية.

أ - مضمون النظرية:

وفي هذا الصدد تذهب المدرسة النمساوية للقول بأن القواعد في المجتمع تختلف من حيث قيمتها القانونية، فهي تتدرج في شكل هرمي وهذا بحسب قيمتها القانونية، بحيث تكون كل قاعدة قانونية في هذا التدرج، تنفيذا لقاعدة أخرى أعلى درجة، وفي نفس الوقت تكون منشئة لقاعدة تليها، وفي درجة أقل منها.

⁵⁸- مصطفى مخاشف، المرجع السابق، ص ص42- 43.

⁵⁹ - CHATELAIN, de la compétence discrétionnaire du gouvernement dans l'application des lois et jugements, thèse, paris, 1942. مأخوذ عن: علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 70.

وتأسيسا على ما سبق، فإن اختصاص رجل الإدارة لن يكون تقديريا إلا بقدر ما يضيفه في قراره من العناصر إلى القاعدة التي استمد منها اختصاصه، إذ يكون في هذه الحالة اختصاصه مقيدا إذا اقتصر على التنفيذ الحرفي للقاعدة، التي استمد منها اختصاصه، دون أن يضيف إليه عناصر جديدة، وعليه فكلما كانت القاعدة القانونية أكثر عمومية وتجريدا اتسع مدى سلطة رجل الإدارة التقديرية ونطاقه، وهذا نظرا لما يتطلب تطبيق القاعدة القانونية من تخصيص، فالسلطة التقديرية في هذه الحالة تتجلى أساسا في القدرة على تخصيص القاعدة القانونية، أما إذا كانت القاعدة القانونية أقل عمومية وتجريدا، فهنا نكون بصدد الإختصاص المقيد للإدارة، إذ أن القاعدة القانونية في هذه الحالة عند تطبيقها لا تستجيب لأي تخصيص، بل لا تحتل إلا التنفيذ المادي دون إدخال أي عنصر جديد لتخصيصها.

ب- تقدير النظرية:

لم تسلم نظرية المدرسة النمساوية هي الأخرى ورأي العميد شاتيلان من النقد هذا بسبب احتوائها على نوع من الغموض والإبهام، فلقد تمثل أهم نقد وجه لها، في أن السلطة التقديرية تتمثل دائما في وضع قواعد جديدة إلا أن الحقيقة خلاف ذلك، فالسلطة التقديرية يمكن أن تتمثل أيضا في حرية الاختيار بين قرارين أو عدة قرارات تحددت عناصرها مقدما بالقواعد الأعلى التي يعود إليها إنشاء سلطة الإدارة.

ففي هذه الحالة هناك سلطة تقديرية و لكن بالنسبة لاختيار هذا القرار والامتناع عن اتخاذ⁽⁶⁰⁾.

الفرع الثاني: معيار علاقة الإدارة و قواعد التنظيم القانوني عموما.

لقد حاول أيضا هذا المعيار تجنب كل العيوب المجتمعة في النظريات السابقة في تمييز السلطة التقديرية عن الإختصاص المقيد، فلقد حاولوا إلقاء الضوء على دور القضاء الإداري، باعتباره مصدرا من مصادر القانون الإداري، إلى جانب القواعد التشريعية، فالقضاء الإداري لا يقف أبدا عن التحقق من مطابقة قرارات الإدارة مع التنظيم التشريعي فقط، بل كذلك يتحقق من احترام الإدارة للقواعد التي يضعها بنفسه، فهو يضع دائما قواعد جديدة.

ومن هذا المنطلق، فإن تحديد معيار السلطة التقديرية للإدارة، يكمن في تخلف التحديد القانوني بمصدره التشريعي والقضائي، لا مجرد التحديد التشريعي فقط وفي سبيل البحث عن

⁶⁰ _ عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 109.

معيار آخر للتمييز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد، ظهرت عدة آراء، وأهمها على الإطلاق، رأي الفقيه أيزنمان، رأي الفقيه لودوفيتشي، رأي الفقيه ديبلو بادير.

أولاً: نظرية الفقيه أيزنمان:

حاول الفقيه أيزنمان⁽⁶¹⁾ من خلال نظريته أن يجد معياراً مناسباً للتمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد، معتمداً في ذلك على معيار هام، يتجلى في مدى كفاية تحديد التنظيم القانوني.

أ- مضمون النظرية

يحاول الفقيه أيزنمان إعطاء مفهوم عام تقريبي للسلطة التقديرية، فيقول أن السلطة التقديرية: "تعني قدرة الاختيار بين عدة قرارات، أي هناك مجموعة من القرارات المتاحة والممكنة فكلما كان المختص بإصدار القرارات الإدارية من رجال الإدارة يملك حق الاختيار بينهما، أمكن القول أن لديه سلطة تقديرية، لهذا فإن التقدير يعني التقيد الذاتي أو الاستقلال لمن يملك إصدار القرار، وهذا دون التقيد بإرادة أخرى.

ويقابل فكرة السلطة التقديرية، فكرة أخرى مناقضة هي بلا شك السلطة المقيدة، أي أن ما يقابل التقدير هو التقيد - أو الإلزام. ويقصد بالتقيد، التحديد المسبق، أو المنصوص عليه في قاعدة قانونية ملزمة، فالإختصاص المقيد هو الإلزام الذي لا يترك أي حرية أو مجال للإدارة الشخصية لإصدار القرار الإداري⁽⁶²⁾.

ويتساءل الفقيه فيما بعد عن مصدر السلطة التقديرية فيقول: "إن مصدر التقدير هنا، هو بلا شك مصدر قانوني، ذلك أن الصفة التقديرية في حد ذاتها تتأتى من حالة قانونية معينة، أو بعبارة أخرى من حالة معينة للتنظيم القانوني"⁽⁶³⁾.

⁶¹ - EISENEMANN. Cours de droit administratif de droit public, 1949, p 419.

مأخوذ عن خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 70.

⁶² - عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 110.

⁶³ - يقصد بالتنظيم القانوني، كل القواعد القانونية التي تحكم نشاط السلطة الإدارية، و ليس فقط القواعد التشريعية فالسلطة التقديرية لا يمكن تقييدها فقط بالتشريع، بل تنقيد بقواعد أخرى هي القواعد القضائية، و بالتالي فإن تقييد حرية الإدارة في اتخاذ القرار، إنما هو نتيجة القواعد التشريعية و القواعد القضائية على حد سواء.

ب- تقدير النظرية (64)

من خلال دراسة معيار أيزمان، لا يمكن الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة إلا في حالة تخلف التحديد القانوني الدقيق بمفهومه الذي اعتمد والمكون من القواعد التشريعية والقواعد القضائية، وهذا باعتبارهما مصدران يكمل كل واحد منها الآخر في القانون الإداري، بمعنى آخر أن السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة، لا تتطابق أبداً مع مدى الحرية التي تتركها النصوص التشريعية بل لا بد من أن يعتمد القاضي مسلك هذه النصوص وهذا بإضافة بعض العناصر الجديدة المكملة لهذه النصوص.

ثانياً: نظرية الفقيه ديلوبادير

حاول الفقيه "ديلوبادير"⁽⁶⁵⁾ من خلال نظريته، وكسائر الفقهاء أن يجد هو الآخر معيار يستطيع من خلاله أن يميز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد.

أ- مضمون النظرية

يميز الفقيه "ديلوبادير" السلطة التقديرية عن الإختصاص المقيد فيقول: "هناك سلطة تقديرية عندما يكون الإدارة حرة في أن تتخذ هذا القرار أو ذلك. بمعنى أن السلطة التقديرية تثبت للإدارة عندما لا يكون مسلكها محددًا بالقانون. وعلى العكس في ذلك، يكون إختصاص الإدارة مقيداً، عندما يكون مسلكها قد تحدد مقدماً بقواعد القانون".

ويضيف الفقيه "ديلوبادير" ملاحظة مهمة، بأن التشريع ليس بالمصدر الوحيد في تقييد إختصاص الإدارة. بل أن هناك إختصاص مقيد بواسطة القاضي نفسه، إلى درجة أن هذا الأخير يساهم مع المشرع في تحديد الحالات التي تكون فيها السلطة مقيدة أو تقديرية⁽⁶⁶⁾.

⁶⁴ - يبدو أن هذه النظرية لم تتعرض للنقد كما تعرضت إليها النظريات السابقة، لكن كل ما في الأمر هو أن هذه النظرية لم تبرز لنا ما هو الدور الحقيقي الذي يلعبه القاضي الإداري من خلال الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، انظر في هذا المعنى، سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 303 - 311.

⁶⁵ - A. delaubadere, traité élémentaire de droit administratif, 3^{ème} éd, t 1, p.123.

مأخوذ عن: عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 106.

⁶⁶ - لا يختلف هذا المعيار كثيراً عن ما جاء به الفقيه لوديفيتشي مؤكداً في ذلك دور القضاء في رقابة العمل الإداري و عليه فإذا مارس القضاء رقابته على العمل الإداري، كان إختصاص الإدارة مقيداً، أما إذا انتفتت ه الرقابة فهنا تكون بصدد السلطة التقديرية، إلا أن هذا المعيار و الذي سمي بمعيار الرقابة القضائية، لم يسلم هو الآخر من النقد ذلك أن هذا المعيار انسجم مع مرحلة قضائية مر بها مجلس الدولة الفرنسي، و المتمثل في ابتعاد بعض أعمال الإدارة عن ميدان الرقابة القضائية، في حين أن مجلس الدولة من عدل من هذا الاجتهاد، و أصبح يخضع جميع أعمال الإدارة لرقابته القضائية، و بدرجات متفاوتة أنظر في هذا المعنى على خطاوطناوي، المرجع السابق، ص 68 - 69.

ب- تقدير النظرية

بالرغم من الانتقادات الموجهة لهذا المعيار⁽⁶⁷⁾ إلا أن هذه النظرية قد اقتربت من الصواب. فلا يمكن اعتبار تخلف التحديد التشريعي، دليلاً على وجود السلطة التقديرية للإدارة فقط، بل أن القاضي الإداري كذلك يتدخل ويملاً الثغرة التشريعية، وينشئ بذلك اختصاصاً مقيداً إلى جانب الاختصاص التشريعي.

الفرع الثالث: المعيار الراجح

بعدما تم دراسة مختلف الآراء والنظريات التي قيلت في تعريف السلطة التقديرية، وتمييزها عن الاختصاص المقيد، كان لا بد من إيجاد معيار يمكن الركون إليه للتمييز بينهما. ولعل المعيار الراجح هنا، هو الجمع بين المعايير التي قيلت، وهي الاعتراف بالقضاء الإداري إلى جانب المشرع بالدور الذي يلعبانه في وضع قواعد القانون الإداري، ومن ثم التمييز بين السلطة التقديرية، والإختصاص المقيد، فالمشرع هنا، هو الذي يضع القواعد القانونية التي تمنح للإدارة سلطة تقديرية من أجل القيام بالأعمال الإدارية، كما أنه هو الذي يتولى صياغتها من الناحية القانونية. وهو الذي يحدد مدى عموميتها، وتجريدها وهو الذي يسمح لصاحبها بإضافة شيء جديد لها. كما أنه هو الذي يحدد في الكثير من الأحيان، الأسباب القانونية والواقعية التي يقوم عليها القرار الإداري.

غير أنه و مهما كانت الحرية التي تتركها النصوص التشريعية للإدارة، فإن ذلك لا يكفي لمنح الإدارة سلطة تقديرية بهذا المدى التي جاءت به، بل لا بد من أن يعتمد القاضي مسلك هذه النصوص، و هذا بإضافة بعض العناصر المكملة لها. كما له أيضاً أن يقيد من حرية الإدارة عن طريق وضع قواعد جديدة أو تركها كما هي، كما له أيضاً أن يراقب الملاءمة في بعض الحالات، وهذا دون أن يتجاوز اختصاصه الأصيل، المتمثل في رقابة المشروعية⁽⁶⁸⁾.

⁶⁷ - مما يعاب على هذا الرأي، انه ربط فيما بعد فكرة السلطة التقديرية، بفكرة تقدير ملاءمة القرار في حين أنه يمكن إلى جانب ذلك في التقدير للمشروعية نفسها: أنظر في هذا المعنى ، عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 109.

⁶⁸ - يقدر القاضي الإداري الملاءمة في حالتين : أما الحالة الأولى فعندما يتعرض إلى وضع قاعدة قانونية معينة بعد أن يرى من الملائم وضع تنظيم قانوني معين بالنسبة لمجال ترك من قبل المشرع دون تنظيم، أما الحالة الثانية، عندما يتعرض استثناء إلى تقدير الملاءمة في إجراء معين، أو عندما يبحث في التاسب بين خطورة و أهمية الوقائع الثابتة و الإجراء المتخذ على أساس منها.

إلا أن الاعتراف للمشرع والقاضي الإداري بتقييد، أو إطلاق حرية الإدارة غير كافي، بل لابد من الاعتماد إلى جانب هذه النتيجة المتوصل إليها، على كل القوانين، واللوائح والتعليمات التي يضعها الإدارة لتنظيم هذه النتيجة المتوصل إليها، على كل القوانين، واللوائح والتعليمات التي تضعها الإدارة لتنظيم مسلكها باعتبارها مصدرا من مصادر التقدير الإداري لأنه قد يحدث أن تقيّد الإدارة نفسها بوضع تعليمات تجعل أمر مخالفتها مطابق للقانون⁽⁶⁹⁾.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على التفرقة بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيّد

لقد أصبحت عملية التمييز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيّد، من أهم ما يميز القانون العام في الوقت الحاضر، ذلك أن فقهاء القانون العام الذين سبق ذكرهم، والقضاء الإداري العام في الوقت الحاضر عندما يفرقون بين السلطة التقديرية، والإختصاص المقيّد إنما يفعلون ذلك بقصد تحقيق هدف معين. يرتبون من خلاله العديد من النتائج القانونية الجد هامة، انطلاقا من هذا سنتناول في الفرع الأول أهمية التفرقة من ناحية حق الفرد إزاء المرافق العامة، ونتناول في الفرع الثاني أهمية التفرقة من ناحية سحب القرارات الإدارية.

للإجابة على هذا التساؤل سنتناول في الفرع الأول أهمية التفرقة من ناحية حق الفرد إزاء المرافق العامة، ونتناول في الفرع الثاني: أهمية التفرقة من ناحية سحب القرارات الإدارية.

الفرع الأول: أهمية التفرقة من ناحية حق الفرد إزاء المرافق العامة

للمرفق العام معنيان، أما المعنى العضوي، فيقصد به كل منظمة تنشئها الدولة وتخضع لإرادتها بقصد تحقيق حاجات الجمهور، أما المعنى الوظيفي أو الموضوعي، فيقصد به كل نشاط يبشره شخص عام بقصد إشباع حاجة عامة.

ونظرا لأهمية وجود المرافق العامة وضرورة إنشائها، فإن معرفة أمر إحداثها هو غاية في الأهمية، ولمعرفة ما إذا كانت سلطة الإدارة تقديرية، أم مقيدة في هذا الشأن فإنه يجب التمييز بين حالتين: قبل إنشاء المرافق العامة، وبعد إنشائها.

أولا: قبل إنشاء و تنظيم المرافق العامة

ليس للأفراد أن يطالبوا أمام القضاء بإجبار السلطة العامة بوضع اللوائح اللازمة لتنظيم مرفق تقرر إنشاؤه فعلا، أو بتخصيص الاعتماد اللازم لتقييده، فالحكومات تتمتع عادة بسلطة

⁶⁹ - مصطفى مخاشف، المرجع السابق، ص 50.

تقديرية واسعة في كل ما يتعلق بإنشاء، وتنظيم المرافق العامة. فسلطتها في هذا الشأن، لم تكن أبدا مقيدة على درجة تحرمها حرمانا مطلقا من سلطتها التقديرية⁽⁷⁰⁾.

من هنا تظهر أهمية التمييز بين الإختصاص المقيد والسلطة التقديرية، إذ أن الأفراد وطبقا لمقتضيات المنطق لا يجوز لهم أن يطالبوا الدولة بإنشاء أو تنظيم عام، مرافق عامة ذلك لأن الدولة عادة ما تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال. لكن ما هو الحل إذا كان إختصاصها مقيدا على وجه لا يترك لها فيه أي حرية للتقدير بإنشاء أو تنظيم مرافق عام، فهل يجوز للأفراد مطالبة الدولة للقيام بهذا الإجراء الذي أملاه عليها القانون؟

قد ينشأ التزام قانوني هنا على السلطة العامة، يقابله في ذلك حق شخصي للأفراد يخولهم حق المطالبة أمام القضاء بإجبار السلطة العامة على إنشاء المرافق العامة وتنظيمها. إلا أن هذا الحق، إذا أمكن تصوره من الناحية النظرية، فلن يترتب عليه أي أثر من الناحية العملية، بسبب عدم وجود المحكمة المختصة بهذا الطلب⁽⁷¹⁾. غير أن عدم وجود المحكمة المختصة للحكم على الإدارة، وإلزامها بالقيام بهذا العمل لا يفقد أهمية هذه التفرقة. فالتعرف على إختصاص الإدارة المقيد في حد ذاته يكشف في الواقع من مسؤوليتها الأدبية أمام هيئة الناخبين، وبالتالي عن مسؤوليتها السياسية أمام البرلمان⁽⁷²⁾.

ثانيا: بعد إنشاء و تنظيم المرافق العامة

تظهر أهمية التفرقة بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد في الأحوال التي يمكن للفرد من خلالها مطالبة الإدارة بتقديم الخدمة إليه شخصيا. غير أن القضاء الإداري، ومعظم الفقهاء يفرقون في هذه الحالة فيما إذا كان هذا الطلب موجها ضد المرافق العامة الإدارية البحتة، أو المرافق الصناعية التجارية.

أما المرافق الإدارية البحتة، فإنها لا تنشئ للفرد أي حق إزاءها، و بالتالي تكون الإدارة ملزمة شخصا قبل الأفراد بتنفيذ الالتزام و تقديم الخدمة. أما بالنسبة للمرافق الصناعية والتجارية، فإنها تشابه بذلك المشروعات الحرة التي تخضع في الكثير من النواحي لقواعد

⁷⁰ - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر، د. س. ن، ص ص 156 - 157.

⁷¹ - مصطفى مخاشف، المرجع السابق، ص 54.

⁷² - إن الشعب هو مصدر كل سلطة، و البرلمان يعد مسؤولا كل المسؤولية عن عمله في تشريع القوانين لإحداث المرافق العامة، و هذا من خلال البرامج التي يتم إعدادها و التي من خلالها صوت الشعب من أجلها و على أساسها. و في هذا الحالة تنقيد سلطة الإدارة في إنشاء ما تم الوعد به أمام الشعب.

القانون الخاص. وطبقا لهذا المبدأ يمكن أن يكون للفرد قبل هذه المرافق حق شخصي يخوله حق المطالبة به أمام القضاء، شريطة أن تكون مقيدة الإختصاص. أما إذا كانت سلطتها تقديرية، فلن يتوفر هذا الحق. وعليه فإن المشرع يقيد اختصاص الإدارة، ويلزمها بالتصرف على نحو معين فهي لا تعدو أن تكون إلا آلة في تنفيذ أو توريد المنفعة وتقييد إختصاص الإدارة هنا قد ينشأ في العقد، كما قد ينشأ عن القانون⁽⁷³⁾.

أ- بالنسبة للتعاقد

إذا تعاقد الفرد مع المرفق العام من أجل الحصول على خدمة ما، على أساس مثلا توقيع وثيقة اشتراك كهرباء، أو المياه أو الغاز سواءً كان ذلك عن طريق الإمتياز أو عن الطريق المباشر (أي مع السلطة الإدارية)، فإن العلاقة هنا هي علاقة تعاقدية يحميها القانون الخاص، وكذلك الحكم إذا لم يوقع المنتفع على وثيقة خاصة بالانتفاع إذ أن التعاقد هنا نشأ بإيجاب وقبول ثابتين، كتذكرة السفر بالسكك الحديدية، والذي يهمننا هنا هو إظهار أهمية التمييز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد. ففي حالة التعاقد السابقة، فلا مجال للسلطة التقديرية للإدارة، لأنه إذا كان المشرع قد ترك للإدارة حرية إبرام العقد، فإن هذه الأخيرة تختفي من وقت إبرامه، وبذلك يظهر أثر الإختصاص المقيد.

ب- بالنسبة للقوانين و اللوائح

طبقا للمبادئ العامة، يجوز للفرد أن يلزم الإدارة بتقديم الخدمات و الحاجات التي أنشئ المرفق العام من خلالها. وأساس ذلك هو إلزام القانون للجهة الإدارية بتقديم الخدمة لأن إختصاص الإدارة في هذه الحالة يكون مقيدا.

وعلى هذا الأساس، يكون للفرد إزاء المرافق العامة حق شخصي، يستمد إما من الرابطة التعاقدية، أو من القانون، و في كلتا الحالتين يجوز للفرد أن يحصل على حكم يلزم من خلاله المرفق الصناعي، أو التجاري بتقديم الخدمة، أو المنفعة المقررة له شخصيا بمقتضى العقد، أو الاتفاق أو حكم القانون، ومن هنا تظهر أهمية وأثر التفرقة بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد على النحو السابق بيانه⁽⁷⁴⁾.

⁷³- مصطفى مخاشف، المرجع، ص 55.

⁷⁴- مصطفى مخاشف، المرجع السابق، ص 57.

الفرع الثاني: أهمية التفرقة من ناحية سحب القرارات الإدارية

يترتب على عملية التمييز بين السلطة التقديرية، والإختصاص المقيد نتيجة بالغة الأهمية، تتصل بنظرية هامة، وهي نظرية سحب القرارات الإدارية غير المشروعة. ويقصد بالسحب الإداري إنهاء وإعدام الآثار القانونية للقرارات الإدارية غير المشروعة بأثر رجعي، شريطة أن يتم في خلال مدة زمنية مقررة لإجراء عملية السحب، ذلك أن دواعي الاستقرار تقضي بأنه إذا صدر قرار فردي معيب من شأنه أن يولد حقا مكتسبا، فإن هذا القرار يجب أن يستقر عقب فترة زمنية معينة يسري عليه ما يسري على القرار الصحيح الذي يصدر في ذات الموضوع إلى حين سحبه، وهذا تنفيذا لالتزامات الإدارة بالمحافظة على مبدأ المشروعية⁽⁷⁵⁾. لكن على أي أساس تقوم نظرية السحب الإداري؟

تقوم نظرية السحب الإداري على أساس محورين هامين، أما المحور الأول فيتعلق باحترام مبدأ المشروعية الذي يفرض على الإدارة أن تكون تصرفاتها في دائرة القانون، أما المحور الثاني فيتعلق بمبدأ استقرار الحقوق والمراكز القانونية المترتبة على القرار الإداري. ولغرض التوفيق بين هذين المبدأين المتعارضين، استقر القضاء الإداري على أن القرار الإداري المعيب متى كان من شأنه أن يولد حقا بالمعنى الواسع، فإن حق الإدارة في سحبه يقوم في الفترة التي يكون فيها القرار مهددا بالإلغاء القضائي. وهذه الفترة محددة تشريعا في القانون الفرنسي بشهرين، تسري من يوم نشره أو إعلانه⁽⁷⁶⁾. وفي الجزائر بشهرين، إذا كان القرار صادرا عن سلطة مركزية وبأربعة أشهر إذا كان القرار صادرا عن بلدية، أو ولاية، أو هيئة عامة إدارية.

غير أن القضاء الإداري المصري⁽⁷⁷⁾، فرق في حدود هذه القاعدة بين نوعين من القرارات الإدارية، القرارات المبنية على سلطة تقديرية، والقرارات المبنية على سلطة مقيدة، فقصر لحماية على النوع الأول دون الثاني، بمعنى أن قاعدة عدم جواز السحب، بعد فوات ميعة الطعن، إنما تنطبق على القرارات الصادرة على سلطة تقديرية أما القرارات الصادرة بناء على سلطة مقيدة فيجوز سحبهها في أي وقت. لكن ما هو تبريرهم في ذلك؟

⁷⁵ - مصطفى مخاشف، المرجع السابق، ص 57.

⁷⁶ - عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، ط3، الجزائر، 2005، ص 105.

⁷⁷ - حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر 1987، ص 995.

أنكر القضاء الإداري المصري⁽⁷⁸⁾ صفة القرار الإداري على القرار المبني على سلطة مقيدة بسبب أن هذا الأخير لا ينشئ بذاته مركزا قانونيا، ولا يعدل من مركز قانوني قائم بذاته، ذلك لأن المركز القانوني نشأ وتكامل وتحدد مداه بموجب قاعدة قانونية أعلى ولم تعد ثمة إرادة أعلى في هذا الشأن من شأنها إحداث هذا التعديل، أو التغيير في التنظيم القانوني، ومن ثم فإن القرار تنتفي عنه صفة القرار الإداري، ولهذا فلقد جرى القضاء على وصفه بأنه قرار كاشف أو مقرر، وعليه صفة العمل المادي أو العمل التنفيذي غير أن البعض الآخر ينفي صحة هذا القول، مؤكدا بأن القرارات وإن لم تنشئ مراكز قانونية، فهي تسند مركزا قانونيا عاما إلى فرد بذاته، ولا يسوغ القول بأي حال من الأحوال، بأن القرار الإداري المبني على سلطة مقيدة، هو عمل مادي أو عمل تنفيذي، فالعمل المادي أو التنفيذي ليس له دور في إنشاء المراكز، القانونية أو إسناده إلى فرد من الأفراد، بينما القرار الإداري ولو كان مبني على سلطة مقيدة فإن له دورا في إحداث المركز القانوني أو على الأقل على ما تقدم ذكره إسناد إلى فرد معين.

وقد أكد ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا⁽⁷⁹⁾ الصادر بتاريخ 29 فبراير 1964 بقوله: "لا يمكن القول بأن العمل الفردي الذي يكون تطبيقا لنص عام، لا ينشئ أو يعدل مركزا قانونيا لأن القرار الإداري المنشئ لمركز قانوني، هو في الوقت ذاته تطبيق تنفيذي لقاعدة قانونية أعلى".

وفي كل الأحوال، يجب أن تتسع نظرية القرارات الإدارية، لتشمل أيضا القرارات المبنية على سلطة تقديرية، إلى جانب القرارات المبنية على سلطة مقيدة، على أن تتحصن القرارات الإدارية بنوعيتها، بفوات ميعاد الطعن القضائي حفاظا على قاعدة استقرار الحقوق والمراكز⁽⁸⁰⁾.

⁷⁸ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 720.

⁷⁹ - حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ 1964/02/29، مأخوذ عن: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 1003.

⁸⁰ - مصطفى مخاشف، المرجع السابق، ص 59.

الفصل الثاني:

تطبيقات التقدير و التقويد

في مجال النشاط الإداري

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

ونقصد بامتيازات السلطة العامة أن الإدارة تستخدم أساليب مغايرة للأساليب المألوفة في علاقات القانون الخاص، يكون من شأنها وضع هذه الأخيرة في مركز متميز وأقوى بالنسبة للأفراد، والحكمة من هذا أن الإدارة عليها واجب تحقيق المصالح العامة للمجتمع وبالذات واجب حفظ النظام العام و الأمن العام، وأيضا واجب إدارة المرافق العامة الأساسية بانتظام واضطراد، وهذا الامتياز الممنوح للإدارة يجعلها في مركز أعلى من مراكز الأفراد والتي من شأنها منح الإدارة حرية أوسع من حريتهم في العمل⁽⁸¹⁾.

وقد سبق أن عالجتنا أهم امتياز تقوم عليه الإدارة في مباشرة إختصاصاتها وهو السلطة التقديرية، إذ أن كل عمل إداري يحتوي على قدر من هذا الامتياز، وقد تصل السلطة التقديرية أحيانا، في إطلاقها إلى حد بعيد وقد يتضاءل أحيانا، أخرى لحد شديد بحيث يطغي عليها فكرة الإختصاص المقيد. مما يعني أن الإدارة وفي إطار تمتعها بهذه الامتيازات تتأرجح بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد ذلك وفق ضوابط قانونية، فهي تتمتع بنظام خاص، يجعلها تخضع لبعض الضوابط التي يؤدي عدم احترامها إلى جعلها تفتقر للمشروعية كما يدخلها في حيز تجاوز السلطة.

وانطلاقا من هذا سنتناول في المبحث الأول مظاهر الامتياز في القرارات الإدارية عموما أما في المبحث الثاني فسنتناول مظاهر التقدير والتقييد في القرارات الإدارية المتعلقة بامتيازات السلطة العامة خصوصا.

⁸¹ - بوعكة شهيناز، السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص 10.

المبحث الأول: مظاهر الامتياز في القرارات الإدارية عموماً

يصدر القرار الإداري حكماً عن شخص ينتمي إلى السلطات الإدارية، التي وحدها تتخذ قرارات تكون بطبيعتها قرارات إدارية نافذة، فهو يحتل مكاناً بارزاً في المؤلفات العامة باعتباره أحد أهم موضوعات القانون العام. فإن كان من غير الممكن تعريف الإدارة العامة على أنها القرار الإداري، فمن الممكن جداً الحكم بأن غياب القرار الإداري يؤدي إلى جمود الإدارة وشللها، بل يؤدي إلى غيابها تماماً.

وهو أهم مظهر من مظاهر السلطة العامة التي لا يستطيع الأفراد التمتع بها أو استخدامها، كما أنه التعبير الأمثل عن ممارسة الإدارة لامتيازاتها⁽⁸²⁾.

ويتميز بكونه وسيلة تستعملها الإدارة انطلاقاً من إرادتها المنفردة، ولا يتطلب دخولها حيز التنفيذ توفر رضا الأفراد، والجماعات المعنية بها، لكونها تقوم على أساس ما يخوله المشرع للإدارة من امتيازات غير مألوفة في القانون العادي، ومن بينها قرينة السلامة والمشروعية وامتياز الأسبقية إضافة إلى المركز الممتاز الذي تكون عليه الإدارة في التقاضي، فالقرارات الإدارية تكون ملزمة للأفراد دون أن يتوقف ذلك على رضائهم ومن دون الحاجة لتدخل القضاء أو اللجوء إليه، بل و أبعد من ذلك فقد خول للإدارة امتياز أخطر بكثير وهو امتياز التنفيذ الجبري والذي يكون للإدارة بمقتضاه وفي الحالة التي يمتنع فيها الأفراد عن التنفيذ سلطة التدخل واستعمال القوة لتنفيذ قراراتها.

فإذا كان القرار الإداري المظهر العام والغالب للنشاط الإداري فإنه لا يخلو من مظاهر التقدير والتقييد، إذ لا يوجد قرار إداري تستقل الإدارة بتقدير جميع عناصره، كما لا يوجد قرار يستند على سلطة مقيدة بشكل مطلق، فالتقييد والتقدير يجد مجاله الخصب في عناصر القرار الإداري ومن هذا سنتطرق إلى امتياز التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية في المطلب الأول وإلى مجال التقييد والتقدير داخل أركان القرار في المطلب الثاني.

المطلب الأول: امتياز التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية

إن القرار الإداري يعتبر أهم وسيلة تستعملها الإدارة قصد القيام بأنشطتها المختلفة ولما كانت المصلحة العامة لا تقبل التعطيل والتماطل، منحت الإدارة امتياز التنفيذ المباشر⁽⁸³⁾

⁸² - مصطفى مخاشف، المرجع السابق، ص 60.

لقراراتها. وخاصية النفاذ المباشر تلازم القرار الإداري منذ ميلاده، أي من يوم صدوره، ومن هذا المنطلق، كفل القانون نوعا من الحماية لما تصدره الإدارة من قرارات في مواجهة الطعون القضائية التي تهدف إلى وقف تنفيذها، إن هذا الوضع كرس في أحكام القضاء معلنا عن بزوغ مبدأ في القضاء الإداري، عرف بالأثر غير الموقف للطعن بالإلغاء، وهذا المبدأ يعطي للإدارة ضمانات للمضي في إصدار ما تراه مناسبا من قرارات لتحقيق المصلحة العامة إلا أن المشرع وضع في الحسبان إمكانية تضرر الأفراد من هذه القرارات، فأجاز وقف تنفيذ القرار الإداري كاستثناء على المبدأ العام⁽⁸⁴⁾.

الفرع الأول: مبدأ الأثر غير الموقف للقرارات الإدارية

إن هذا المبدأ متأصل و له جذور في قانون مجلس الدولة الفرنسي، واعتماده كان وفقا لمبررات، ومعطيات مختلفة، فما هو مضمون هذا المبدأ؟ وما هي مبرراته؟ وما هي استثناءاته؟

أولاً: مضمون المبدأ

يعتبر القرار الإداري أسلوب الإدارة الأمثل للتعبير عن امتيازاتها، إذ تتمتع القرارات الإدارية بقرينة المشروعية وامتياز الأولوية اللذان يسمحان بالتنفيذ الفوري للقرار الإداري رغم أنه محل طعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري.

ويحدد الأستاذ أحمد محيو ضرورة قابلية القرار الإداري للتنفيذ كعنصر أساسي لتكامل صفة القرار الإداري بقوله: "يتمتع القرار الإداري قبل كل تحقيق من قبل القاضي، بقرينة ملاءمة مع القانون التي تؤدي إلى نتائج مهمة مرتبطة بامتياز الأولوية ومن أهمها امتياز التنفيذ الفوري للقرار الإداري"⁽⁸⁵⁾.

⁸³ - يجب التنبيه إلى أن هناك فرق شاسع بين اصطلاح التنفيذ المباشر للقرار الإداري و اصطلاح التنفيذ الجبري إذ لا يعتبران مصطلحان مترادفان كما يظن البعض بالتنفيذ المباشر امتياز تستطيع الإدارة بمقتضاه أن تصدر بإرادتها المنفردة قرارات تكون نافذة قبل الأفراد دون حاجة إلى التدخل القضاء، أما التنفيذ الجبري فهو خاص بالحالة التي يتمتع فيها الأفراد عن التنفيذ و يكون للإدارة وفقا للشروط المعنية و في أحوال محددة حق تنفيذ قراراتها على الأفراد مستخدمة القوة العمومية عند الاقتضاء.

⁸⁴ - إن هذا المنطق ليس مكرسا على إطلاقه، بحيث أن المشرع الجرماني - المادة 80 من قانون المحاكم الإدارية و إن كان يأخذ بمبدأ الأثر غير الموقف للطعن، و كذا نظام الوقف، جنبا إلى جنب، كما هو الحال في أغلب التشريعات، إلا أنه وعكس ما سبق بيانه يجعل من نظام الوقف هو الأصل و من مبدأ الأثر غير الموقف للطعن هو الاستثناء.

⁸⁵ - أحمد محيو المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ص 159.

إذا فالقرار الإداري يعتبر معبئاً بسلطة البت والتقدير التي تسمح للإدارة بضبط الموقف والفصل في المسألة ووضع الحل، ويعد القرار الإداري تنفيذياً لأنه ينفذ بصورة آلية ويبدأ في إنتاج آثاره بسرعة نظراً لتمتعه بامتياز الأولوية الذي يؤدي إلى وجوب احترامه من قبل الأشخاص الموجه إليهم⁽⁸⁶⁾.

وباعتبار القرار الإداري يتمتع بقرينة المشروعية امتياز الأولوية فذلك يسمح بتنفيذه الفوري، إذ حسب مجلس الدولة الجزائري في قراره رقم 19341 بتاريخ 15-11-2005 قضية أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية رقم 06 "مجد.و.ي" ضد "ق إ ومن معه" قد أقر أن القرارات الإدارية تعد نافذة بمجرد صدورها ما لم يضع القضاء حداً لنفاذها⁽⁸⁷⁾.

ويعني مبدأ الأثر غير الموقف للطعن ضد القرارات الإدارية أن رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية لا توقف تنفيذه الذي يجب أن يستمر إلى أن يُقضى بإلغاء القرار المطعون فيه ويكون للإدارة في هذه الحالة الخيار بين التمهّل حتى ينجلي الموقف أو التنفيذ على مسؤوليتها.

وتتمثل الحكمة من ذلك، في عدم السماح بشل حركة الإدارة ووقف نشاطها الهادف إلى تحقيق المصلحة العامة، نتيجة للطعون المقدمة ضد قراراتها الإدارية.

فالقاعدة العامة المستقرة والمكرسة قانوناً هي: "أن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية لا يوقف تنفيذها، ففي القانون الجزائري نجد المادة 1/833 من القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه: "لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"⁽⁸⁸⁾.

والمبدأ مكرس أمام مجلس الدولة بموجب نص المادة 910 ق إ م إ التي تحيل إلى نص المادة 1/833 من ق إ م إ المذكورة أعلاه⁽⁸⁹⁾.

⁸⁶ - عبد المجيد جبار، مفهوم القرار الإداري في القانون الجزائري، مجلة إدارة، العدد 1، 1995، ص 56.

⁸⁷ - مجلة مجلس الدولة، العدد 7، سنة 2005، ص 133-135.

⁸⁸ - الجريدة الرسمية، العدد 21، سنة 2008.

⁸⁹ - تنص المادة 910 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، على أنه: تطبق الأحكام المتعلقة بوقف التنفيذ المنصوص عليها في المواد من 837/833 أعلاه، أمام مجلس الدولة.

ويمكن استخلاص مبدأ الأثر غير الموقف للطعن ضد القرارات الإدارية من نص المادتين 919 و 921 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقين بالاستعجال.

إذ تنص المادة 1/919: "عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، يكون موضع طلب إلغاء كلي أو جزئي يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه..." و من نص هذه المادة يمكن أن نلاحظ أن وقف تنفيذ القرار الإداري ليس نتيجة حتمية للطعن بالإلغاء بل يأمر به قاضي الاستعجال في حالة توفر شروط ذلك.

كما أن المادة 921 من ق إ م إ المذكورة أعلاه، تضع ضابطاً على عاتق قاضي الاستعجال الإداري في حالة الاستعجال القصوى يتمثل في عدم عرقلة تنفيذ أي قرار إداري إلا إذا تعلق الأمر بحالة التعدي أو الاستيلاء أو الغلق الإداري.

وكان المبدأ مكرساً قبل ذلك بالأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى⁽⁹⁰⁾.

وذلك بموجب كل من نص المادة 170 / 11 من ق إ م الملغى بالنسبة لدعاوي الإلغاء المرفوعة أمام المحاكم الإدارية والمادة 283 من نفس القانون بالنسبة لدعاوي الإلغاء المرفوعة أمام مجلس الدولة.

أما في القانون الفرنسي، فيعرف هذا المبدأ بالطابع غير الموقف للطعن أمام القضاء الإداري، وقد كرس هذا المبدأ في نصوص مجلس الدولة منذ بداية تنظيمه بمرسوم 1806، ومكرر بعد ذلك في كافة القوانين التي تتابعت لتنظيمه، ثم لتنظيم المحاكم الإدارية من بداية الإصلاح القضائي الذي أتى به مرسوم 30 سبتمبر 1953 و الذي صارت به هذه المحاكم قاضي المنازعات العام في فرنسا، والذي بدأ سريانه من أول جانفي 1954.

ويعتبر الأثر غير الموقف للطعن في القرارات الإدارية من مبادئ القانون العام الأساسية في القانون الفرنسي ويمكن استخلاصه من القانون الاستعجالي الإداري ومن عدة قوانين أخرى التي كرس هذا المبدأ العام واعتبرت وقف تنفيذ القرار الإداري استثناءً على المبدأ العام. ومنها نستنتج أن وقف التنفيذ لا يترتب كأثر تلقائي للطعن ضد القرار بل يقرره القاضي إذا توفرت شروط ذلك.

⁹⁰ - الجريدة الرسمية، عدد 49، سنة 1966.

ثانيا: مبررات المبدأ

استند مبدأ الأثر الموقف للطعن في القرارات الإدارية على الأسانيد والمبررات المتمثلة في نظرية القرار التنفيذي ومبدأ الفصل بين السلطات من جهة والاعتبارات العملية من جهة أخرى⁽⁹¹⁾.

أ- المبرر المؤسس على فكرة القرار التنفيذي:

جاء بها العميد « Mourice Houriou » في نهاية القرن التاسع عشر وتورد هذه النظرية مبدأ الأثر غير الموقف للطعن إلى مبدأ أكثر عمومية من مبادئ القانون الإداري، وهو قابلية القرار الإداري للتنفيذ بذاته، دون الحاجة لموافقة القضاء وتحتل الفكرة وتتدرج عناصرها فيما يلي:

1- يصدر القرار الإداري متمتعا منذ لحظة صدوره بقرينة الصحة المفترضة « le privilège du préalable » وهو ما يعني مشروعية القرار قانونا بغير توقف على أي تدخل مسبق من قبل القضاء لتقرير ذلك، وقرينة الصحة المفترضة تجد أساسها في كون الإدارة هي القائمة على تحقيق الصالح العام، فلا نفترض بدءا مخالفة الإدارة للقانون في أعمالها وإنما الصحة والسلامة هما المفترضان إلى أن يثبت عكس ذلك ممن يدعيه، على أن تتحمل الإدارة مسؤولية التنفيذ فيما لو ظهرت عدم مشروعية القرار الذي تم تنفيذه، ومعنى ذلك في واقع الحال أن القرار الإداري يولد بقوة التنفيذ الذاتي لارتباط هذه القوة مع قرينة المشروعية وجودا وعدما، فبغير امتياز قرينة المشروعية سينتفي بطبيعة الحال سند قوته التنفيذية الذاتية وهاته الأخيرة تفقد بدورها سندها بغياب قرينة المشروعية⁽⁹²⁾.

2- لا تعني قرينة الصحة المفترضة أن القرار يصدر حصينا ضد أي رجوع فيه في أية مرحلة وإنما من الضروري أن يقابل امتياز الإدارة في إصدار قرارات قابلة للتنفيذ المباشر، بإمكانية تدخل القضاء لفحص مشروعيتها مراعاة لصالح المخاطبين بها، إلا أن هذا التدخل القضائي يكون دائما لاحقا، أي على المخاطبين بالقرار تنفيذه أولا، ثم مخصصته بعد ذلك أمام القضاء إذا ما قدروا مخالفته القانون.

⁹¹ - غيتاوي عبد القادر وقف تنفيذ القرار الإداري قضائيا ، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 14.

⁹² - محمد فؤاد عبد الباسط، وقف تنفيذ القرار الإداري، الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص ص 10-11.

وإذا كانت نظرية العميد « Houriou » قد حازت بالتدرج على قبول أكثر الفقه إلا أنها صادفت في البداية نقدا شديدا من بعض الفقهاء الذين أسسوا رفضهم لها على أن الإدارة لا تملك سلطة تنفيذ قراراتها مباشرة، بفهم متجه إلى مبدأ التنفيذ الجبري، إلا في الحالات التي يخول لها القانون صراحة ذلك، ولا يتعلق الأمر في هذا الخصوص، بمبدأ طبيعي تستمد منه الإدارة سلطة مطلقة في التنفيذ الجبري، و إنما باختصاص قانوني تنحصر في إطاره وحدوده وغاياته مثل هذه السلطة. وذلك انطلاقا من وجوب ضمان مصالح الأفراد وعدم تعرضهم لتعسف الإدارة و استعمال وسائل القهر المادي التي تحوزها⁽⁹³⁾.

ب- المبرر المؤسس على مبدأ الفصل بين السلطات

ويستند هذا التبرير إلى أن مبدأ الفصل بين السلطات، يقتضي أن لا تتدخل سلطة في أعمال سلطة أخرى، فالقرار الإداري الذي هو أحد الوسائل المهمة المتاحة للإدارة، من أجل القيام بالمهام المنوط بها، وحق المبادرة باتخاذها دون الرجوع إلى سلطة أخرى، وتنفيذه مباشرة دون حاجة لإذن سابق هي من صميم صلاحيات الإدارة العامة، لا يجوز المساس بها. كما أن وظيفة القضاء الإداري باعتباره قضاء مشروعية، يدخل في صميم اختصاصه مراقبة العمل الإداري رقابة لاحقة في إطار الدعوى القضائية⁽⁹⁴⁾.

وإذا ما أجزى للقاضي الإداري أن يأمر بوقف تنفيذ القرارات الإدارية قبل فحص مشروعيتها، لأصبح تنفيذها خاضعا للسلطة التقديرية للقضاء، وهذا يتنافى ومبدأ الفصل بين السلطات فتتداخل سلطة تنفيذ⁽⁹⁵⁾ القرار أو عدم تنفيذه بين الإدارة التي هو حق لها مقرر لها، وبين القضاء الإداري كما أن وظيفة القضاء الرقابية التي تتصف بأنها رقابة لاحقة تتحول إلى رقابة سابقة، وفي ذلك انتهاك للحدود الفاصلة بين السلطات العامة.

غير أن هذا السند لم يسلم بدوره من النقد على أساس أن مبدأ الفصل بين السلطات لم يعد من الناحية العملية بمثل إطلاقه السابق، ذلك أن أحكام القضاء وتطور اتجاهاته تشهد على تزايد مستمر لمساحة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة إلى إمامها بمسائل كانت

⁹³ - المرجع نفسه، ص ص 12-14.

⁹⁴ - غيتاوي عبد القادر، المرجع السابق، ص 20.

⁹⁵ - يختلف تنفيذ القرار الإداري عن نفاذه، فالنقاد هو عملية قانونية تتم بموجب الإصدار و الشهر (النشر و التبليغ)، أما التنفيذ فهو العملية التي تأتي بعد النفاذ، اي وضع القرار حيز التطبيق: نقلا عن محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم، غاية، 2005، ص 107.

بالأصل معتبرة من انطلاقات السلطة الإدارية، بالتدرج وبمعايير تجتهد في ستر هذه المحاولات دائماً برقابة المشروعية دفعا لشبهة رقابة الملاءمة والحفاظ بالتالي على مبدأ الفصل بين السلطات، كما أن مبدأ الفصل بين السلطات إذ نظر إليه بإطلاق، سيؤدي في النهاية إلى اعتبار نظام وقف التنفيذ ذاته خروجاً على هذا المبدأ باعتباره معطل لقرار صادر من الإدارة بتدخل من السلطة القضائية⁽⁹⁶⁾.

ج- المبرر المؤسس على الاعتبارات العملية:

ومؤدى هذا المبرر أن الهدف من القرار الإداري، هو تحقيق المصلحة العامة لجميع أفراد المجتمع، فالاعتبارات العملية تدور حول غاية العمل الإداري والمتمثلة في تحقيق الصالح العام وإشباع الحاجات الاجتماعية بما يقتضي سموها على الصالح الخاص فلا تهدر حسب الأصل مصلحة عامة لأجل مصلحة خاصة، فمن هذا المنطلق يفترض في أعمال الإدارة الضرورة والاستعجال، وحتى تبلغ أهدافها بدون عوائق أو تأخير يقتضي الأمر ألا يسمح لأي فرد آيا كان بأن يشل حركتها فور رفع دعوى أمام القضاء القول بغير ذلك معناه إتاحة الفرصة لأي شخص سيء النية سوى المماطلة والتسويق للطعن على أعمال الإدارة بحجة عدم مشروعيتها وإيقاف تنفيذها، ليتعطل نتيجة لذلك سير المرفق العام، ويغرق العمل الإداري في الفوضى، خاصة مع إجراءات التقاضي وطول زمن الفصل في دعاوي الإلغاء⁽⁹⁷⁾.

وبصفة عامة، يمكن القول أن مبدأ الأثر غير الموقوف للطعن بالإلغاء أنه من ضرورات عمل الإدارة، و كل الحجج التي قيلت في تبريره تتكامل في إسناده.

وبدأة فالحق نراه مع القائلين بأن الاعتبارات العملية هي الأكثر رجحانا وهي المسيطرة والموجهة للأسانيد الأخرى التي في إطارها تدور وإذا كان محور الاعتبارات العملية هو صيانة وحماية العمل الإداري من الشلل و التعطيل وعدم الإضرار بسير وانتظام المرافق العامة والحاجات الاجتماعية التي لأجلها قامت، وإعلاء الصالح العام على المصلحة الخاصة، فهذه الاعتبارات هي التي منعت في الواقع القاضي والفرد على حد سواء من التدخل في سير العمل الإداري وتعطيله وذلك عن طريق مبدأ الفصل بين السلطات من ناحية أخرى.

⁹⁶ - عبد الغني بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري الطابع الاستثنائي لنظام ال وقف و شروطه أحكام الوقف، دار

الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 12.

⁹⁷ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 17.

ومن خلال مبدأ الفصل بين السلطات على الإدارة أن تدير وللقاضي أن يقضي بغير إفتآت من أحدهم على عمل الآخر مباشرة أو غير مباشرة.

أما من ناحية قرينة الصحة المفترضة، فبها افترضت مشروعية القرارات الإدارية ومنها تفرعت فكرة قابلية القرار الإداري للتنفيذ المباشر بقوة إصداره وبغير حاجة إلى تدخل مسبق من القضاء للأمر بذلك، وترتيباً على ذلك فرضت قاعدة الأثر غير الموقف للطعن نفسها مانعا حائلا دون تدخل الفرد لاحقا في ترتيبه للإرادة المنفردة للإدارة ومتمتعا بامتياز الصحة المفترضة والقابلية للتنفيذ المباشر⁽⁹⁸⁾.

تبدو فكرة التنفيذ المباشر قد ظلمها سوء الفهم لأفكار العميد « Houriou » نتيجة خلط شاب الأذهان بين فكرة القوة الملزمة للقرار الإداري بالمعنى المتقدم وبين تنفيذ القرارات الإدارية جبرا في حالة عدم تنفيذها طواعية من قبل المخاطبين بها، لأن الفقهاء المعترضين على النظرية لم ينكروا على الإدارة إطلاقا سلطة إصدار قرارات ملزمة بدون توقف على تدخل مسبق من القضاء، ولكن اعتراضهم كان محوره بالتحديد وكما سبق أن رأينا فالإدارة لا تستطيع حسبما استقر عليه القضاء القيام بنفسها بتنفيذ قراراتها بوسيلة التنفيذ الجبري إلا في بعض الحالات الاستثنائية فقط، وكانت نظرية لعميد « Houriou » في نطاق فكرة القوة الملزمة الذاتية للقرار الإداري. ولم يقصد أن يجعل وسيلة التنفيذ الجبري قاعدة عامة لعمل الإدارة، وكما يقول Drago Auby في هذا الخصوص فالمعترضون على نظرية « Houriou » قد نسبوا إليه أكثر مما كان يفكر فيه فعلا⁽⁹⁹⁾.

لكن بالتدرج صارت الفوارق في أفكار « Houriou » أكثر وضوحا وباتت حقيقة ما قصده فزال الخلط بين امتياز القوة الملزمة الذاتية للقرار الإداري تستتبعه من قابلية التنفيذ المباشر، وبين امتياز التنفيذ الجبري المباشر كأحد وسائل التنفيذ في بعض الحالات⁽¹⁰⁰⁾.

⁹⁸ - أوقارت بوعلام، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 17.

⁹⁹ - فريحة حسين، التنفيذ الإداري المباشر في أحكام القضاء الإداري الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 1، 2002، ص ص 9-19.

¹⁰⁰ - للتمييز أكثر بين التنفيذ المباشر و التنفيذ الجبري راجع: الأستاذ الدكتور عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية قضائية فقهية)، جسر النشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص ص 202 إلى 208.

الفرع الثاني: الطابع الاستثنائي لنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية

إذا أصبح مبدأ الأثر غير الموقوف للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية مسلماً به يقتضيه علو الصالح العام على الصالح الخاص، على النحو الذي عرضنا سابقاً، فالصالح الخاص غير مضى به كلياً. وإنما التوازن في إطار العلو محفوظ في النهاية، عن طريق نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية، وهو استثناء في القاعدة العامة يخفف آثارها ويجنب قدر الإمكان مضارها عندما يقتضي الحال.

وكما سبق أن اشرنا فمبدأ الأثر غير الموقوف للطعن قد استقر كأصل عام لا يعمل بخلافه إلا بنص قانوني خاص. ولذا لم يكن لنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية أن يأخذ مكانه كاستثناء مهم على هذا الأصل إلا بنص قانوني صريح يستند إليه⁽¹⁰¹⁾.

أولاً: التكريس القانوني لنظام وقف التنفيذ

لقد تم النص على إجراء وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية، بشكل ملازم لمبدأ الأثر غير الموقوف للطعن بالإلغاء، بل عد دوماً إجراء استثنائياً (procédure à titre exceptionnel) يرد على هذا المبدأ الذي يعتبر هو الأصل، وهذا ما يظهر جلياً من خلال النصوص التشريعية المنظمة لنظام وقف التنفيذ.

لقد كرس هذا المبدأ في التشريع الجزائري في عدة قوانين من بينها القانون رقم 91-11 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العمومية بنص المادة 19 التي تنص على أنه: " يحق لكل ذي مصلحة أن يطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية لدى المحكمة المختصة حسب الأشكال المنصوص عليها في الإجراءات المدنية ولا يقبل الطعن إلا إذا قدم في أجل أقصاه شهر ابتداء من تاريخ تبليغ القرار المصريح بالمنفعة العامة"⁽¹⁰²⁾.

وتنص المادة 833 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية، تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

¹⁰¹ - أوقارب بوعلام، المرجع السابق، ص 18.

¹⁰² - القانون رقم 91-11، المتضمن نزع الملكية للمنفعة العمومية، ج، ر، عدد 21، 1991.

غير أنه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر بناءً على طلب الطرف المعني بوقف تنفيذ القرار الإداري⁽¹⁰³⁾.

ويطبق حكم المادة 833 ق إ م إ المذكور أعلاه على طلبات وقف التنفيذ المقدمة أمام مجلس الدولة، بالإحالة من نص المادة 910، ق إ م إ، و هذا الأمر يمكن استخلاصه من نص المادتين 11/170 و 28 من ق إ م الملغى⁽¹⁰⁴⁾.

كما تبنى المشرع الجزائري نظام الاستعجال الموقوف وذلك بنص المادة 919 من ق إ م إ، إلا أنه في الوقت نفسه قد احتفظ بنظام وقف التنفيذ التقليدي، « le sursis à l'exécution » الذي كان مكرسا بنص المادتين 170 و 283 من الأمر 66-154 الملغى المتضمن ق إ م و ذلك بموجب نص المادة 833 ق إ م إ.

كما أعطيت لقاضي الاستعجال الإداري صلاحية وقف تنفيذ القرارات الإدارية التي تشكل حالة تعد و استيلاء أو غلق إداري بموجب نص المادة 921 من ق إ م إ. وبذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري فيما يخص وقف تنفيذ القرارات الإدارية قد احتفظ بالحالات الموجودة سابقا و جاء بالتعديلات الجديدة التي جاء بها القانون رقم 597/2000 الفرنسي⁽¹⁰⁵⁾.

وإذا كان نظام وقف التنفيذ للقرارات الإدارية هو الأسلوب الأمثل قضائيا للوقوف في وجه الإدارة والحد من إطلاق تطبيق مبدأ الأثر غير الموقوف للطعن، إلا أنه يمكن للإدارة وقف تنفيذ قراراتها و ذلك لتجنب مسؤوليتها في حالة الحكم قضائيا بإلغاء القرار كعدم مشروعيته، وذلك إما بقيام الإدارة مصدرة القرار نفسها بما لها من سلطة تقديرية باختيار وقت تنفيذه مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة، ويكون ذلك إما صراحة بإصدار قرار بوقف سريان القرار الأول أو ضميا وذلك بالتمهل واختيار وقت تنفيذ القرار مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة، كما

¹⁰³ - القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر العدد 21، 2008.

¹⁰⁴ - الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن ق إ م، ج ر، عدد 47-1996.

¹⁰⁵ - لحسن بن شيخ آث ملويا، المتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دراسة فقهية و قضائية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 182.

يمكن للإدارة الوصية أن تطلب من الإدارة مصدرة القرار وقف تنفيذه في حالات معينة متعلقة خاصة بالضبط الإداري للمحافظة على النظام العام⁽¹⁰⁶⁾.

كما ذهبت إلى ذلك المادة 3/80 من القانون 90-08 المتضمن قانون البلدية، ونصت على أنه: " إذا تعلق تنفيذ القرار بالنظام العام يطلب الوالي من المجلس الشعبي البلدي تعليق تنفيذه مؤقتاً"⁽¹⁰⁷⁾.

ثانياً: أهمية المبدأ

يعد موضوع وقف تنفيذ القرار الإداري من المواضيع ذات الأهمية باعتباره يندرج تحت أكثر من إطار، فبداية ومن خلاله يمكن ممارسة الرقابة على الأعمال الإدارية في إطار احترام مبدأ المشروعية وذلك عن طريق القضاء ويأتي هذا بعدما كانت الإدارة لا تخضع لرقابة القضاء، ومما يزيد من أهمية وفعالية الرقابة في هذا المقام هو أنها رقابة سابقة على التنفيذ، وهذا على عكس الرقابة بالإلغاء التي قد لا تجدي نفعا في مواجهة القرارات الإدارية، فحتى التعويض الذي يحكم به على الإدارة مهما تكن قيمته لن يعيد الحال إلى ما كان عليه قبل صدور القرار و تنفيذه.

ومن جهة أخرى، فإن نظام الوقف يكفل حماية الحقوق الفردية من تعسف الإدارة في استعمال امتيازاتها، وبالمرة إقامة نوع من التوازن بين المصالح العامة التي تهدف إليها الإدارة، والمصالح الخاصة للأفراد، حيث أصبحت الإدارة والفرد على قدم المساواة أمام القضاء مما جعل الأفراد يحق لهم مقاضاة الإدارة أمام الهيئات الإدارية الوطنية، بل وإتباع إجراءات تتميز بالسرعة تحمي حقوقهم مؤقتاً⁽¹⁰⁸⁾.

إن طلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية، يندرج تحت مبدأ الحق في التقاضي المكرس بموجب الدساتير الوطنية، والمواثيق الدولية، والذي يعتبر من الضمانات الأساسية لحق الدفاع، ومن دعائم دولة القانون، كما أن وقف التنفيذ هو فرصة لمعرفة مدى كفاءة وجرأة القاضي الإداري في مواجهة سلطات الإدارة، ومناسبة للوقوف، ولتقييم مدى استقلال جهاز القضاء على أرض الواقع، وهذا في ظل التطور الذي طرأ على جهاز القضاء، من سلطة مستقلة بموجب دستور 1989 إلى اعتناق نظام الازدواج القضائي بموجب دستور

¹⁰⁶ - محمد صغير بعلي، المرجع السابق، ص 200.

¹⁰⁷ - القانون 90-08 المؤرخ في 07/04/1990، المتعلق بالبلدية، ج ر، عدد 15 سنة 1990 المعدل و المتمم.

¹⁰⁸ - غيتاوي عبد القادر، المرجع السابق، ص 29.

28 نوفمبر 1996 ويطرح التساؤل كيف لنظام يعتبر مجرد استثناء على مبدأ عام أن يحقق كل هاته الأهداف المرجوة؟

الفرع الثالث: القرارات الإدارية التي لا يجوز وقف تنفيذها

إن نظام وقف التنفيذ لا يجد محله إلا في القرارات التي يجوز إلغاؤها مباشرة، وبالتالي فهو لا يمس القرارات الخاضعة للتظلم الإداري المسبق، كما أن المشرع أخرج القرارات المتعلقة بالنظام العام من مجال الوقف.

أولاً: القرارات الإدارية الخاضعة للتظلم الإداري⁽¹⁰⁹⁾

يعتبر التظلم الإداري إجراء يوجه ضد القرارات الإدارية من أجل إعادة النظر فيها من طرف الإدارة سواء بالتصحيح أو الإلغاء أو السحب فالتظلم الإداري، هو منح الإدارة فرصة الرقابة الذاتية، وتقادي الدخول في منازعه قضائية يكون موضوعها إلغاء القرار الإداري الذي أصدرته.

إن تقرير المشرع لنظام التظلم الإداري نجد له مبررات عديدة في الواقع، فهو يعتبر فرصة تمنح لذوي الشأن من جهة بالتظلم أمام الإدارة المختصة قبل التوجه أمام القضاء، ومن جهة أخرى هو مجال للإدارة لإعادة النظر فيما أصدرته و بالتالي إعطائها فرصة السحب أو الإلغاء الإداريين، وبالنتيجة إنهاء النزاع في مهده الأول.

وفي ذلك كله تجسيد لمبدأ المشروعية، وكذا التخفيف من حجم المنازعات التي تتقل كاهل الجهات القضائية، و توفير بعض المصاريف القضائية للمتقاضين لذلك كان من المنطقي، أن المشرع يحظر طلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية التي يشترط قبل الطعن فيها بالإلغاء، التظلم منها إدارياً، حيث يفترض عدم وجود الاستعجال المبرر للوقف، وأن المشرع قدر أن التظلم الإجباري يغني عن طلب وقف التنفيذ⁽¹¹⁰⁾.

¹⁰⁹ - ويرجع استبعاد وقف تنفيذ هذه القرارات إلى أن المشرع افترض عدم قيام الاستعجال المبرر لوقف تنفيذها.

¹¹⁰ - فاطمة بن سنوسي، مبدأ التظلم الإداري في السابق كشرط من شروط دعوى قبول الإلغاء المجلد الجزائري للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، ج24، رقم 2، 1996، ص 327.

ومع ذلك، فإن هذا الطرح لم يكن سديدا إلى أبغ الحدود ويتحقق ذلك بالنسبة للتظلم الإداري غير المنتج⁽¹¹¹⁾ أو غير المجدي. بمعنى عدم إمكانية تحقيق الغاية والنتيجة المنشودة من وراء التظلم الإداري.

فبالنسبة للتشريع الجزائري، ومن خلال المواد المنظمة لوقف التنفيذ، فليس هناك ما يدل على عدم قبول طلب وقف التنفيذ بالنسبة للقرارات الإدارية التي تشترط فيها التظلم قبل الطعن فيها بالإلغاء، فموقف المشرع من المسألة كان سلبيا، وترك الأمر بيد القضاء والفقهاء.

أما في القضاء الجزائري، فنجد أن مجلس الدولة وفي قرار له أمر بوقف تنفيذ قرار إداري يقضي بطرد مواطن سوري، على الرغم من أن المواطن السوري قدم تظلما إداريا إلى وزير الداخلية، وقبل أن يرد الوزير المعني على التظلم ولقد برر المجلس قراره إلى حالة الاستعجال، وجدية الطلب إضافة أن قرار الطرد صدر من غير ذي اختصاص (مصالح الشرطة المحلية لولاية برج بوعريريج بدل وزارة الداخلية)⁽¹¹²⁾.

ثانيا: القرارات المتعلقة بالنظام العام

إن فكرة النظام العام⁽¹¹³⁾ (l'idée de l'ordre public) ليست فكرة ذات مفهوم قانوني موحد، لأن حين استعمالها من طرف المشرع، أو القاضي ليس للدلالة دائما على نفس المعنى.

وطبيعة فكرة النظام العام ليست قانونية بحتة، بل ذات مفهوم سياسي عام وغير دقيق، لاسيما في مجال القانون العام، والنشاط الإداري، مما يجعلها فكرة مرنة، متجددة ومتطورة موازاة مع مرونة تطور و تجدد القانون الإداري⁽¹¹⁴⁾.

¹¹¹ - "يكون التظلم الإداري غير منتج، إذا كان القرار الإداري غير قابل للسحب، وامتنع على الإدارة إعادة النظر في القرار لاستفادة ولايتها بإصداره، أو لعدم وجود سلطة رئاسية تملك التعقيب على الجهة الإدارية التي أصدرته"، نقلا عن: عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 104.

¹¹² - مجلس الدولة (الغرفة الخامسة)، قرار رقم 013772، بتاريخ 2002/08/14، م م د، العدد 2، ص 223.

¹¹³ - إن مصطلح النظام العام كثير التداول في النصوص القانونية، وبالرغم من ذلك فإن التشريعات لم تأت له بتعريف، وهذا هو الوضع في فرنسا، الجزائر، و مصر و الفقه نجد بعض المحاولات التعريف فكرة النظام العام، فالفقيه Geny يصف النظام العام بأنه عبارة عن غلاف فارغ « c'est une véritable enveloppe vide » وأن الحديث عن النظام العام هو مجرد كلام مطاط.

¹¹⁴ - غيتاوي عبد القادر، المرجع السابق، ص 32.

إن النظام العام، يعتبر أحد أوليات السلطة الحاكمة داخل الدولة، والتي تسعى دائما إلى الحفاظ عليه، وتكريسه ميدانيا، بل ويعتبر من الأهداف الأساسية، والطلائعية لنشاط البوليس الإداري (la police administrative) لذلك منع القاضي الإداري في اتخاذ أي إجراء يتعلق بالقرارات المتعلقة بالنظام العام أما في الجزائر فإن مسألة منع القاضي من وقف تنفيذ القرارات الإدارية، لم يطرأ عليها أي تغيير أو تطور من خلال النصوص، وهذا بالرغم من التحول الذي شهدته البلاد في مختلف الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية.. الخ، فالقاضي الجزائري مازال يمنع عليه وقف تنفيذ القرارات المتعلقة بالنظام العام، وما يزيد الأمور تعقيدا هو أن فكرة النظام العام، فكرة مرنة، ومطاطية يختلف مفهومها، والعناصر المكونة لها باختلاف الزمان والمكان.

والملاحظ أن أغلب الامتيازات الممنوحة للإدارة ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام فالقرارات الصادرة في هذا المجال لا يمكن وقف تنفيذها بأي شكل من الأشكال وهذا ما يبرر خطورة هذا الامتيازات على حقوق وحرية الأفراد.

المطلب الثاني: مجال التقيد والتقدير لعناصر القرار الإداري

إن محل امتياز التنفيذ المباشر وامتياز قرينة المشروعية هو القرار الإداري كامل الأركان، والذي يشترط فيه أن يكون نافذا إذا اكتملت جميع مقوماته، وبمفهوم آخر فالقرار الإداري المنتج لآثاره هو القرار الإداري سليم الأركان، حيث يكتمل تكوينه بتوافر كل أركانه المقررة قانونا.

وعندها فإن قوته التنفيذية تتلازم مع صدوره، وهذا تبعا لقرينة المشروعية ولا يخلو القرار الإداري في عناصره من جوانب التقيد والتقدير، وعليه إذا تدخل المشرع بشأن هذه العناصر نكون أمام سلطة مقيد أما إذا ترك لها حرية التقدير في أحد العناصر فنكون أمام سلطة تقديرية وهذا سنتناوله من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: ركن الاختصاص

يعرف ركن الاختصاص كركن من أركان القانون الإداري على أنه القدرة القانونية على مباشرة عمل إداري معين جعله المشرع من سلطة هيئة أو فرد آخر⁽¹¹⁵⁾، أو أنه التأهيل القانوني لمباشرة عمل معين و الجهة المختصة بإصدار القرار هي التي جعل لها المشرع

¹¹⁵ - بوعكة شهبناز، المرجع السابق، ص 11.

صلاحية إصداره فالمشرع يوزع الاختصاص في الأجهزة الإدارية مراعيًا في ذلك طبيعة اختصاص، وأهمية القرار الإداري وتستمد قواعد الإختصاص وجودها من النصوص الدستورية أو القانونية أو التنظيمية في الدولة إذا لركن الإختصاص عناصر تتمثل في العنصر الشخصي، الموضوعي، الزماني، المكاني⁽¹¹⁶⁾.

ويعد ركن الإختصاص من أهم أركان القرار الإداري وأقدمها ظهورًا من الناحية التاريخية، إضافة إلى ارتباطه بالنظام العام مع ما يترتب على ذلك من نتائج مثل أن على القاضي الإداري التصدي لعيب عدم الإختصاص في كل مرحلة من مراحل القضية ولو لم يثره المدعي كسبب من أسباب الإلغاء⁽¹¹⁷⁾.

إذ أن عيب عدم الإختصاص هو أول وأقدم سبب من أسباب الحكم بالإلغاء وهو العيب الذي يصيب القرار الإداري من حيث ركن الإختصاص فهذا الأخير هو انعدام القدرة والأهلية أو الصفة القانونية على اتخاذ قرار إداري معين لحساب الإدارة العامة بصفة مشروعة فإذا قام موظف بإصدار قرار وهو ليس من إختصاصه، يكون قراره باطلا لعيب الإختصاص ويتحقق إلغاء القرار الإداري⁽¹¹⁸⁾.

فالشخص الإداري إما أن يكون مختصًا بالقيام بعمل معين أولاً يكون مختصًا به، فإذا كان مختصًا بالقيام به، فالقانون قد يعطيه سلطة تقديرية في أدائه لهذا العمل وقد يقيد سلطته، وسواء تمتع بسلطة تقديرية في مجال أداء العمل أو لا، فإن هذا يكون لاحقًا على إختصاصه به، وحتى في الحالات التي يجوز للموظف فيها أن يفوض جزءًا من إختصاصه تخفيفًا لأعبائه من الناحية العملية، فإن ذلك لا يعتبر تطبيقًا للسلطة التقديرية في مجال الإختصاص.

صحيح أن للموظف المختص أن يباشر العمل بنفسه أو يفوض غيره في أدائه إلا أنه يشترط في هذا الخصوص أن يكون التفويض بناءً على نص قانوني و أن يكون محددًا سلفًا، وأن يكون النص المقرر له من نفس درجة النص المانح للإختصاص الأصلي أو أعلى منه، ولا يجوز التفويض إلا لمن حددهم النص القانوني وفي نطاق المسائل التي حددها النص،

¹¹⁶ - علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص 272.

¹¹⁷ - حمدي القبيلات، القانون الإداري، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، 2010، ص 36.

¹¹⁸ - حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 114.

وأخيرا لا يجوز أن يكون التفويض شاملا لكل اختصاصات الموظف، بل يجب أن يكون جزئيا فقط⁽¹¹⁹⁾.

كل هذه الشروط تجعل من تفويض الإختصاص سلطة مقيدة وليس تقديرية بحال من الأحوال، أما في حالة الحلول التي تتم لمواجهة خلو الوظيفة نتيجة لغياب الموظف المختص ضمنا لسير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فليس للموظف المختص أية سلطة تقديرية فيها، إذ أنه متى توافرت شروط الحلول فإنه يتم بقوة القانون، حيث يمارس الشخص الذي يحل محل غيره جميع إختصاصاته بصفة مؤقتة⁽¹²⁰⁾.

وعلى هذا يمكن القول أن عنصر الإختصاص في العمل الإداري هو من الإختصاصات المقيدة في كل الأحوال، أي حتى لو كان للإدارة إختصاص تقديري في باقي عناصر القرار الإداري، و لأنه من الإختصاصات المقيدة، فإن للقاضي فرض رقابته للتحقق من مشروعيته، وإن كانت الإدارة تعمل غالبا على توسيع إختصاصاتها عن طريق تفسير النصوص المحددة له تفسيراً واسعاً.

الفرع الثاني: ركن الشكل والإجراءات

يعتبر الشكل المظهر الخارجي أو الإجراءات التي تعبر بها الإدارة عن إرادتها المنفردة والملزمة للأفراد والأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تعبر عن إرادتها بشكل معين إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك⁽¹²¹⁾.

واستثناء على هذه القاعدة العامة، قد يطلب المشرع أو القضاء إتباع شكل معين كضرورة أن يصدر القرار كتابة، أو ضرورة أن يصدر القرار مسببا، أو إتباع إجراء معين، كضرورة إجراء تحقيق قبل صدور القرار أو ضرورة أخذ رأي جهة معينة وذلك بقصد تحقيق مصلحة الإدارة، مثل اشتراط توقيع الكشف الطبي أو اللياقة الطبية للمرشح للوظيفة، أو بقصد تحقيق مصلحة الأفراد، وذلك في حالة الإجراءات التي يشترط اتخاذها قبل توقيع الجزاء ووجوب أن يكون القرار مسببا ومكتوبا⁽¹²²⁾.

¹¹⁹ - بوعدة شهيناز، المرجع السابق، ص 12.

¹²⁰ - محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1998، ص 94.

¹²¹ - عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة، و القانون الإداري، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص 193.

¹²² - عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة للقرارات في القانون الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 238.

فإذا تجاهلت الإدارة الشكل والإجراء المقرر كان قرارها مشوباً بعيب الشكل والإجراءات وأمكن بالتالي الحكم بإلغائه.

ومتى تطلب القانون أو القضاء شكلاً أو إجراءً معيناً، فلا مجال لاستخدام الإدارة لسلطتها التقديرية، ويستوي في هذا أن يكون الشكل مقرراً لمصلحة الإدارة أو لمصلحة الأفراد، حيث أنه لن يكون للإدارة في هذه الحالة مجال للاختيار أو الترجيح بين بدائل معينة، ومن ثم فإنها تصبح ملتزمة بالشكل أو الإجراء المقرر وإلا كان قرارها معيباً.

أما ما يلاحظ من تسامح القضاء في بعض الأحيان عن طريق التفرة بين ما يعد شكلاً جوهرياً وما لا يعد ذلك، وبين الشكل أو الإجراء المقرر لصالح الأفراد وذلك المقرر لصالح الإدارة، فإنه لا يعني اعترافاً من القضاء للإدارة بسلطة تقديرية في هذا الصدد بل يقصد به حرص القضاء على عدم عرقلة أعمال الإدارة بإجراءات أو أشكال غير مطلوبة وغير ضرورية، فإذا لم يشترط القانون أو القضاء شكلاً أو إجراءً معيناً للقرار الإداري فإن للإدارة في هذه الحالة سلطة تقديرية في اختيار الشكل الملائم أو الإجراء المناسب وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة، وهي أن تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية طالما تخلفت قواعد النظام القانوني بالمعنى الواسع عن التحديد أو التقييد.

الفرع الثالث: ركن السبب

هو الباعث الذي يدفع الإدارة للتعبير عن إرادتها وإصدار القرار الإداري، أو تلك الحالة القانونية أو الواقعية المستقلة عن رجل الإدارة التي تسبق العمل، والتي تشكل مقدمة ضرورية لكل قرار تتخذه الإدارة، فمثلاً سبب القرار بتوقيع عقوبة تأديبية على الموظف هو إخلاله بواجباته المهنية أو المساس بالانضباط وكل خطأ أو مخالفة أثناء ممارسة مهامه يعتبر خطأ مهنياً⁽¹²³⁾. وهذا ما نصت عليه المادة 160 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁽¹²⁴⁾.

ويمكن ذكر أمثلة الحالة الواقعية والتي تتمثل في اضطرابات في مختلف أجزاء إقليم الدولة، وهو ما يدفع الإدارة المعنية بالتدخل للحفاظ على الأرواح والممتلكات وللتحكم في

¹²³ - محمد علي خلايلة، القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1998، ص 94.

¹²⁴ - تنص المادة 160 من الأمر 03-06 المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر عدد 46 على أنه: "يشكل كل تخل عن الواجبات المهنية أو مساس بالانضباط و كل خطأ أو مخالفة من طرف الموظف أثناء أو بمناسبة تأدية مهامه خطأ مهنياً ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية، دون المساس عند الاقتضاء بالمتابعات الجزائية".

الوضع الأمني فيصدر رئيس الجمهورية مثلا مرسوما رئاسيا يعلن فيه حالة الحصار أو الطوارئ، أو يقر الحالة الاستثنائية وفق ما جاء في المادتين 91 و 93 من دستور الجزائر لسنة 1996 المعدل والمتمم⁽¹²⁵⁾.

فهذه القرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية في شكل مراسيم رئاسية لا تصدر هكذا دون سبب و إنما لمواجهة حالة واقعية، أما عن أمثلة الحالة القانونية تقديم موظف طلب استقالة وإصدار قرار إداري بقبولها وفي هذه الحالة تصرفت الإدارة بناء على رغبة وإرادة الموظف ولولا رغبة صاحب الشأن لما تدخلت الإدارة وفصلت في طلب الاستقالة بما يقرره تشريع الوظيفة.

ويجب التفرقة بين سبب القرار وبين تسببيه، فتسبب القرار الإداري هو إجراء شكلي يتمثل في ذكر الأسباب التي يبني عليها القرار والأصل أن الإدارة ليست ملزمة بتسبب قراراتها إلا إذا تدخل المشرع وألزمها بذكر السبب الذي من أجله أصدرت قرارها، أما سبب القرار الإداري يتمثل في لزوم قيام هذا الأخير على أسباب حقيقية، كما أنه من أسباب إلغاء القرار ما يسمى بعيب السبب والذي نقصد به انعدام الواقعة المادية أو القانونية التي استندت عليها السلطة الإدارية المختصة في إصدار قرار إداري نهائي معين⁽¹²⁶⁾. ويشترط لصحة وسلامة سبب القرار الإداري شرطان أساسيان هما وجوب أي يكون السبب قائما موجودا، وأن يكون السبب الذي استندت إليه الإدارة في إصدار قرارها مشروعاً⁽¹²⁷⁾، فإذا حدد المشرع أسبابا معينة لإصدار القرار فإن الإدارة تكون مقيدة بضرورة مراعاة هذه الأسباب في اتخاذ قرارها، أما إذا لم يحدد القانون الأسباب التي بناءً عليها يصدر القرار، أو أن يحدد هذه الأسباب دون تعيين نوعية القرار الذي يصدر استنادا إليها، فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في هذه الحالة، كما هو

¹²⁵ - المادة 91 من دستور 1996 المؤرخ في 28 نوفمبر 1996 المعدل والمتمم تنص على أنه: يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو الحصار...". والمادة 93 تنص: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها".

وتجدر الإشارة أن التعديل الأخير للدستور بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14 تضمن تعديلا طفيفا للمادتين المذكورتين أعلاه وذلك في المادة 105 والمادة 107 حيث جاء في هذا التعديل أن هاته الحالات لا يتم الإعلان عنها إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة بعدما كانت الاستشارة محصورة على المجلس الدستوري والمجلس الأعلى للأمن والمجلس الوزاري وذلك لترسيخ معالم الديمقراطية وإرساء دولة القانون.

¹²⁶ - حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 121.

¹²⁷ - نواف كنعان، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 281.

الشأن فيما يتعلق بواجب الإدارة في المحافظة على النظام العام عند حدوث إخلال به، وعند استعمال الإدارة لسلطتها في التقدير، فإنه لا يكفي أن يكون السبب الذي استندت إليه لإصدار قرارها موجودا، بل أن يكون صحيحا من الناحية القانونية ومبررا لاتخاذ القرار الإداري⁽¹²⁸⁾.

الفرع الرابع: ركن المحل

تقصد بمحل القرار الإداري الأثر القانوني الحال والمباشر الذي يحدثه القرار مباشرة سواء بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إنهائه⁽¹²⁹⁾، ويشترط في محل القرار على غرار سببه أن يكون ممكنا ومشروعا فإذا كان القرار معيبا في فحواه، أو مضمونه بأن كان الأثر القانوني المترتب على القرار المخالف للقانون أيا كان مصدره دستوريا أو تشريعا ففي هذه الحالات يكون غير مشروع و معيبا بمخالفته للقانون⁽¹³⁰⁾.

فمثلا القرار بتعيين موظف في وظيفة ليست شاغرة هو قرار معيب في محله لعدم إمكانية تطبيقه من الناحية الواقعية بمعنى أنه لا يتعارض القرار الإداري مع قواعد القانون ومن هنا القرار بحرمان الموظف من إجازته السنوية على سبيل المثال هو قرار معيب في محله، ونقصد بعيب المحل هو خروج القرار الإداري عن أحكام و مبادئ قواعد القانون ومضمونه وموضوعه أو محله، إذ أن عيب مخالفة القانون هو مخالفة آثار القرار الصادر لأحكام ومبادئ وقواعد القانون، وقد تكون سلطة الإدارة بالنسبة لركن المحل مقيدة، أو تقديرية فإذا أوجب المشرع ترتيب أثر قانوني معين بصدد قرار إداري بعينه بحيث لا يكون للإدارة اختيار بديل من عدة بدائل أو حلول فلا يكون مجال للحديث عن سلطة تقديرية للإدارة بل يجب عليها ترتيب الأثر القانوني الذي حدده لها المشرع و بالتالي تكون سلطتها مقيدة⁽¹³¹⁾.

ومن أهم المجالات التي تظهر فيها السلطة التقديرية في هذا الركن إنشاء وتنظيم وإدارة المرافق العامة، وتكوين الوحدات الإدارية أو إنشائها، و كذلك التعيين في الوظائف العامة

¹²⁸ - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 598.

¹²⁹ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 80.

¹³⁰ - علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص 276.

¹³¹ - منصور إبراهيم التوم، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، 2013، ص 38.

والنقل والترقية إلى الشرائح العليا والتأديب، وهذه من أوسع المجالات التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية في هذا المجال⁽¹³²⁾.

الفرع الخامس: ركن الغاية

تعرف الغاية بأنها الهدف الذي يسعى رجل الإدارة تحقيقه من وراء إصدار القرار الإداري فالأصل أن الإدارة العامة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال قراراتها الإدارية، وإذا ما خرجت عن ذلك كان قرارها معيبا بعبء الانحراف باستعمال السلطة أو إساءة استعمالها⁽¹³³⁾، ومن هنا فالغاية ليست النتيجة المباشرة للقرار أو الأثر الآتي القانوني المترتب عليه، وإنما المقصود هو الغرض أو الهدف الذي أراد مصدر القرار تحقيقه بإصداره، فليست الغاية من القرار تعيين موظف هي وضعه في مركز قانوني خاص بهذه الوظيفة، وإنما القصد من وراء ذلك ضمان حسن سير المرفق العام⁽¹³⁴⁾.

وإذا كانت المصلحة العامة هي غاية كل قرار إداري، فإن المشرع قد يحدد للإدارة بعض الحالات أهدافا خاصة يجب أن تسعى لتحقيقها عند إصدار قراراتها الإدارية، وفي هذه الحالة يجب أن تلتزم الإدارة بالسعي لتحقيق هذه الأهداف حصرا ولا يجوز لها التذرع بالمصلحة العامة لإصدار هذا النوع من القرارات⁽¹³⁵⁾.

ونقصد بعبء الانحراف في استعمال السلطة إذا كانت السلطة الإدارية مصدرة القرار الإداري تستهدف غرضا غير الغرض الذي من أجله منحت لها سلطة إصدار هذا القرار، حيث أن لهذا العيب حالات متمثلة في حالة عامة وهي أن تستهدف السلطة الإدارية المختصة في استعمال سلطة اتخاذ قرار إداري لتحقيق أغراض مختلفة تماما عن غرض المصلحة العامة في مفهوم القانون الإداري، أما الحالة الثانية هي أن تستهدف السلطة الإدارية مصدرة القرار تحقيق هدف من أهداف المصلحة العامة ولكنه ليس هو الهدف الذي من أجله منحت سلطة اتخاذ القرارات الإدارية، أو ليس هو الهدف المحدد لها⁽¹³⁶⁾.

¹³² - ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، الدار الجامعية، الجديدة للنشر والإسكندرية، 2004، ص 447.

¹³³ - بوعكة شهبيناز، المرجع السابق، ص 14.

¹³⁴ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 165.

¹³⁵ - حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص 65-66.

¹³⁶ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 197.

فسلطة الإدارة بالنسبة لعنصر الغاية تكون مقيدة حين يلزمها القانون باستهداف غاية محددة في إطار الصالح العام على وجه التخصيص، فلا تتمتع حينها بأية سلطة تقديرية في اختيار غاية أخرى حتى ولو كانت تلك الغاية المتعلقة أيضا بالصالح العام⁽¹³⁷⁾. ومثال عنصر الغاية أن قرار فصل موظف عن وظيفته فالغاية منه هو الحرص على حسن سير المرافق العامة، وضبط سلوك الموظف والتحكم فيه، وسببه يتجلى في الوقائع والتصرفات المنسوبة للموظف المسؤول تأديبيا، أما محل القرار فهو إنهاء لعلاقة الوظيفة.

من خلال ما تم ذكره نستنتج أنه ليس هناك سلطة تقديرية مطلقة ولا سلطة مقيدة مطلقة، إذا نادرا أن يصدر القرار الإداري عن إختصاص مقيد بصفة مطلقة، فكل من السلطة المقيدة والسلطة التقديرية إنما ترد على بعض أركان القرار الإداري، فالأركان التي يغلب عليها طابع التقدير وهو ما يعرف السلطة التقديرية للإدارة بشكل واضح في ركن السبب والمحل إذ تتجسد أبرز معالم التقييد في ركن الإختصاص والشكل والغاية وهذا على ضوء ما تم ذكره سابقا.

¹³⁷ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 112-113.

المبحث الثاني: مظاهر التقدير والتقييد في القرارات الإدارية المتعلقة

بامتيازات السلطة العامة خصوصا

تستطيع الإدارة وهي تؤدي وظائفها أن تلجأ إلى ذات الوسائل التي وضعها القانون تحت تصرف الأفراد في معاملاتهم وهذا ما سارت عليه الدول قديما ولكن تعقد الحياة الإدارية الحديثة وازدياد مجال تدخل الدولة جعل المشرع في كثير من الدول يشعر بأن قواعد القانون الخاص إذا صلحت لتقييم العدالة بين أفراد متساوين فإنها لا تصلح في أحوال كثيرة لتنظيم العلاقات التي تكون الإدارة طرفا فيها نظرا لأن الإدارة لها إرادة ذاتية تسمو على إرادة الأفراد ويرى بعض الفقهاء أن امتيازات الإدارة هي حقوق شخصية تمارسها متى تريد، ولكن فريق آخر من الفقهاء يرى أن في اعتبار هذه الامتيازات خطرا كثيرا على الحريات العامة، ولهذا فهم يرفضون التسليم بأنها حقوق، وإنما يعتبرونها إختصاصات، وربما كان لهذا الخوف ما يبرره لو أخذنا بفكرة السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة عند إصدار قراراتها الإدارية، لكن سواء اعتبرنا هذه الامتيازات حقوقا للإدارة أو إختصاصات فإن ممارستها مقيدة بما رسمه المشرع لها، كما أن هذا الأخير لا يغفل عادة عن إقرار وسيلة الدفاع للأفراد بحيث يستطيع كل فرد مهما كان أن يدفع العدوان عن نفسه وهذه الامتيازات لا تشكل خطرا في ذاتها ولكن خطورتها ترجع إلى إساءة استعمالها⁽¹³⁸⁾.

المطلب الأول: أهم قرارات امتيازات السلطة العامة

بما أن القرارات الإدارية هي من تجسد هذه الامتيازات فإن القوة التنفيذية التي تتمتع بها لا تكفي بل يجب تطبيقها وتجسيدها على أرض الواقع عند ذلك تظهر جوانب التقدير وجوانب التقييد، وهذا ما سنراه في أهم القرارات التي تشكل خطورة على الحقوق والحريات الفردية من بينها قرارات التنفيذ الجبري والقرارات المتضمنة جزاءات إدارية إضافة إلى قرار نزع الملكية للمنفعة العامة وهذا ما سنتناوله في الفروع التالية:

الفرع الأول: امتياز التنفيذ الجبري

يعتبر التنفيذ الجبري أو التنفيذ عن طريق الإدارة من أشد الأساليب التي تلجأ إليها الإدارة لتنفيذ قراراتها جبرا على الأفراد، ودون حاجة إلى استصدار حكم قضائي فيما إذا لم ينفذها

¹³⁸ - بوعكة شهبناز، المرجع السابق، ص 2.

المخاطب بأحكامها بشكل اختياري، فهو أكثر الأساليب تهديدا لحرية الأفراد واعتداء على حقوقهم، وذلك بما تقتضيه من أساليب القهر والقوة، ففي هذه الوسيلة لا تقوم الإدارة بعمل قانوني، بل تقوم بعمل مادي يتمثل في استخدام القوة الجبرية من أجل إرغام الأفراد على الامتثال للوائح والقرارات التي تهدف إلى حماية النظام العام⁽¹³⁹⁾.

ويعتبر التنفيذ الجبري لقرارات الضبط الإداري تطبيقا خاصا للنظرية العامة لتنفيذ القرارات الإدارية، وهي تلك النظرية التي تعطي للإدارة الحق في تنفيذ قراراتها بالقوة الجبرية، دون حاجة للجوء إلى القضاء للحصول منه على إذن مسبق هذا لامتياز الأسبقية الذي تتمتع به وسموها عن الأفراد.

ونظرا لما في هذه الوسيلة من قهر للأفراد واعتداء على حرياتهم الشخصية، وخروج القاعدة التي تقضي بعدم اللجوء إلى القوة لاقتضاء الحقوق فإنه لا بد من انعدام مظاهر السلطة التقديرية في هذا الامتياز لأنه الأخطر على الإطلاق مع توفير أكبر قدر من الضمانات لحماية الحقوق والحريات ويكون ذلك بتوسيع مجال التقيد عند ممارسة هذا الامتياز⁽¹⁴⁰⁾.

أولاً: تعريف التنفيذ الجبري و حالاته

أ- تعريفه:

يعرف التنفيذ الجبري بأنه: " حق الإدارة أو سلطة الضبط الإداري في تنفيذ قراراتها جبرا على الأفراد، دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي فيما إذا لم ينفذها المخاطب بأحكامها بشكل اختياري"

كما يعرف أيضا أنه: " وسيلة لازمة تمارس لانعدام الوسائل القانونية الأخرى تجد تبريرها الشرعي في ضرورة طاعة الأفراد للقانون"، ويشكل التنفيذ الجبري امتيازاً للإدارة ولكن لا يكسبها حقاً بل يضعها في مركز ممتاز إزاء الأفراد، وبناءً على ذلك فإن الإدارة لا تملك السلطة التقديرية عند استخدام هذه الوسيلة، حتى لا تتعدى على حقوق الأفراد وحرياتهم التي يحميها القانون، ولا أن تكسب حقوقاً لها إزاء الآخرين بإرادتها المنفردة وبكل حرية بل هناك ضوابط وقيود يؤدي تجاوزها إلى عدم مشروعيتها قرارها فيصبح عرضة للإلغاء.

¹³⁹ - يوعكة شهيناز، المرجع السابق، ص 2.

¹⁴⁰ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 80

ووفقاً لهذه الوسيلة يكون لهيئة الضبط الإداري أن تلجأ إلى استخدام القوة المادية عند الاقتضاء لمنع الإخلال بالنظام العام بعناصره المعروفة أو لإعادة النظام إلى ما كان عليه وذلك دون أن تضطر إلى الحصول على إذن سابق من القضاء، واستعمال القوة المادية للتنفيذ الجبري لقرارات الإدارة مقتضاها الاستغناء عن التدخل السابق للقضاء.

والتنفيذ الجبري تبرره اعتبارات في مجالات التصرف الإداري بصفة عامة، إلا أنه يبدو أكثر ضرورة في مجال الضبط الإداري بصفة خاصة، لهذا ذهب البعض إلى أن: "تنفيذ قرارات الضبط سواء كانت تنظيمية أم فردية ليس سوى حالة خاصة للتنفيذ القهري للقرارات الإدارية غير أنه يجب ملاحظة أن مادة الضبط بطبيعتها يشكل مجالاً واسعاً لاستخدام التنفيذ القهري أكثر من غيرها⁽¹⁴¹⁾، نظراً لما تتطلبه من اتخاذ إجراءات سريعة لا تتطلب التأخير وبناءً على ما سبق، فإن التنفيذ الجبري يعتبر ضرورة اجتماعية باعتبارها تكملة طبيعية لسلطة الدولة في العمل على احترام أوامرها وإطاعة قوانينها.

ب- حالاته:

التنفيذ الجبري هو إجراء استثنائي لا يجوز أن تلجأ إليه أية هيئة إدارية إلا في حالات معينة، فهو استثناء من الأصل العام والذي يقتضي أن تلجأ الإدارة إلى القضاء لتحصيل حكم بحقوقها إذا ما رفض الأفراد الخضوع لقراراتها إجراء التنفيذ في حدود ما يحكم به القضاء⁽¹⁴²⁾. هذه هي القاعدة التي يعتنقها مجلس الدولة الفرنسي ويردها في أحكامه باستمرار.

ولقد استقر الفقه والقضاء على تحديد الحالات التي يجوز بموجبها للإدارة استخدام وسيلة التنفيذ الجبري، وذلك متى توافرت هاته الحالات وهي كالتالي:

1- وجود نص قانوني صريح للإدارة بالتنفيذ الجبري:

تتحقق هذه الحالة عندما ينص المشرع على حق الإدارة في تنفيذ قراراتها خاصة الضبطية منها جبراً، دون حاجة للجوء إلى القضاء نظراً للإبطاء في تنفيذ القرارات على النظام العام⁽¹⁴³⁾. وفي الجزائر فهي حالة غير واردة بناءً على نص عام في قانون العقوبات وهو نص

¹⁴¹ - كمال النيص، التنفيذ الجبري، دراسات وأبحاث قانوني، الموقع الرئيسي لمؤسسة الحوار المتمدن بتاريخ: 2017/03/16 على الساعة 10/00، العنوان التالي:

file:///users/MICRO64/Desktop/ كمال 20 % - 20 % التنفيذ 20 % الجبري .htm

¹⁴² - نواف كنعان، المرجع السابق، ص 292.

¹⁴³ - كمال النيص، المرجع السابق، ب ص.

المادة 459 التي تنص: " يعاقب بغرامة من 3.000 إلى 6.000 دج و يجوز أن يعاقب أيضا بالحبس لمدة ثلاثة أيام على الأكثر، كل من خالف المراسيم أو القرارات المتخذة قانونا من طرف السلطة الإدارية إذا لم تكن الجرائم و الواردة معاقبا عليها بنصوص خاصة".

أما فيما يخص القرارات الإدارية الفردية فعلى سبيل المثال تنص المادة 681 من القانون 05/07 المتضمن القانون المدني⁽¹⁴⁴⁾ فيما يخص الاستيلاء على أنه: "ينفذ الاستيلاء مباشرة أو من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي".

ويمكن في الحالات التي تقتضي ذلك، تنفيذه بالقوة بطريقة إدارية دون الإحلال بالعقوبات المدنية والجزائية التي أقرها التشريع المعمول به".

وأیضا ما نص عليه قانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتضمن قانون الولاية⁽¹⁴⁵⁾، في المادة 118 على أنه: "توضع تحت تصرف الوالي مصالح الأمن قصد تطبيق القرارات المتخذة في إطار المهام المنصوص عليها في المواد 112 إلى 117 أعلاه".

وبالتالي فإنه يمكن إجمال التطبيقات في التنفيذ الجبري على سبيل المثال لا الحصر فيما يلي:

- استعمال القوة العمومية لتنفيذ قرار الهدم الصادر عن ر.م.ش.ب.
- الاستيلاء على عقار يشغله صاحبه وذلك للمصلحة العامة.
- إخراج منتفع بالمال العام من مكانه وقاية للنظام العام.
- إتلاف لافتات ونشرات ملصقة على جدران المباني لأغراض ضبطية.
- استعمال القوة لمنع الإخلال بالأمن كتفريق المظاهرات بالقوة وفض الاجتماعات وفق ما نص عليه القانون.

رغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على التنفيذ الجبري عن طريق الإدارة كما فعل نظيره الفرنسي إلا أنه يمكن استنتاج هذه الحالة بالتمتع في النصوص القانونية فحسب مفهوم المادة 93 من قانون البلدية⁽¹⁴⁶⁾ أنه يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي الاعتماد على سلك

¹⁴⁴ _ قانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن آخر تعديل للقانون المدني، ج.ر. عدد 31 مؤرخة في 13 مايو 2007.

¹⁴⁵ - الجريدة الرسمية عدد 12 مؤرخة في 29/02/2012.

¹⁴⁶ - قانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر. عدد 37.

الشرطة البلدية قصد ممارسة صلاحياته كما يمكن له تسخير قوات الشرطة أو الدرك الوطني المختصة إقليمياً حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.

2- حالة الضرورة⁽¹⁴⁷⁾

وتعرف حالة الضرورة على أنها: "هي أن يكون هناك ظرف طارئ أو حالة مستعجلة وملحة تستدعي، بل توجب على الإدارة التدخل لوقاية الأفراد والمجتمع من الخطر الذي يهدد النظام العام وسير المرافق العامة، حتى وإن كان القانون لم ينص على ذلك صراحة، أو كان هناك جزاء قرره القانون على المخالفة المرتكبة، وكل ذلك تحت رقابة القاضي الذي يتأكد من توافر حالة الضرورة والإستعجال".

ومقتضى حالة الضرورة أن تجد الإدارة نفسها أمام خطر داهم يقتضي منها أن تتدخل فوراً للمحافظة على الأمن والسكينة، أو الصحة، أو الآداب العامة بحيث لو انتظرت حكم القضاء لترتب على ذلك أخطار جسيمة، ففي هذه الحالة يجوز للإدارة أن تلجأ إلى التنفيذ الجبري، حتى ولو كان المشرع يمنعها صراحة من الالتجاء إليه إذ القاعدة أن الضرورات تبيح المحظورات.

وتقوم نظرية الضرورة على الشروط التالية:

أ- وجود خطر جسيم - يهدد النظام العام:

ويقتضي هذا الشرط أن يكون خطر محقق بالنظام العام، يستدعي تدخل الإدارة بسرعة لدرئه عن طريق التنفيذ الجبري، ولا يشترط أن يكون ذلك ناتج عن ظرف غير عادي⁽¹⁴⁸⁾.

ب- أن يتعذر دفع هذا الخطر بالطرق العادية:

بحيث يكون العمل الصادر من جهة الإدارة هو الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر والأصل أن لا تستعمل الإدارة في أداء واجبها إلا الوسائل التي وضعها القانون بين يديها، وليس لها أن تستبدل بها غيرها، إلا إذا تأكدت أن الوسائل العادية غير مجدية في المحافظة على النظام العام، كما أن هذا يتطلب بالبداية أن يتمتع الأفراد على تنفيذ قرارات الإدارة.

¹⁴⁷ - تشير إلى أن نظرية الضرورة ليست مقصورة على القانون الإداري و لكنها نظرية عامة شاملة تمتد إلى جميع فروع القانون، فالقانون الدولي يبيح للدولة حالة الضرورة أن تقوم بأعمال يجرمها القانون في الأحوال العادية، والقانون الدستوري يسمح للسلطة التنفيذية في تلك الحالة أن تبرم تصرفات هي في طبيعتها غير دستورية وقانون العقوبات يعفي الأفراد من العقوبة في حالة الضرورة على أن يتوقع المشرع حالة الضرورة و بنص على حق الإدارة في التدخل عند تحققها.

¹⁴⁸ - كمال النيص، المرجع السابق، ب. ص.

ج- أن يكون هدف الإدارة من استعمال هذا الامتياز تحقيق المصلحة العامة:

فإذا ما اتخذت من التنفيذ الجبري وسيلة لتحقيق مآرب خاصة بها كان عملها مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة، والخروج على مبدأ المشروعية، وهذا شرط عام يهيمن على جميع تصرفات الإدارة حتى ولو لم ينص عليه المشرع صراحة (149).

د- عدم التضحية بمصلحة الأفراد في سبيل المصلحة العامة:

ومقتضى هذا الشرط أن لا تتعسف الإدارة في إجراءاتها إلا بقدر ما تقتضي به الضرورة وبناءً على ذلك إذا كان أمام الإدارة عدة وسائل لتحقيق الغاية، فعليها أن تختار أقلها ضرراً للأفراد استناداً للقاعدة العامة "الضرورة تقدر بقدرها" وأن تراعي التبصر والاحتباس، ولا شك أن هذا الشرط يقدره القاضي بحسب الأحوال.

ثانياً: مظاهر التقييد في امتياز التنفيذ الجبري (150)

نظراً لما في وسيلة التنفيذ الجبري لقرارات الإدارة من قهر الأفراد وخروج عن القاعدة العامة التي تقتضي بعدم اللجوء إلى القوة لاقتضاء الحقوق فإنه لا بد من تقييد استعمال هذا الامتياز.

أ- التنفيذ الجبري هو طريق استثنائي:

قد ينص المشرع صراحة أو ضمناً على استبعاد هذه الوسيلة، وذلك إذا ما رسم طريقاً معيناً على الإدارة أن تسلكه ففي هذه الحالة إذا لم تتوافر الضرورة بشروطها المعروفة يمتنع على الإدارة اللجوء إلى هذه الوسيلة، كما لا يجوز للإدارة أن تلجأ إلى التنفيذ الجبري للحصول على تعويض تدعيه لنفسها بناءً على خطأ أو تقصير وقع من الغير وألحق بها ضرراً، بل لا بد لها من الالتجاء إلى القضاء وشأنها في ذلك شأن الأفراد، فالأصل أن تنفذ الإدارة قراراتها بالطرق العادية ويبقى لتنفيذ الجبري طريقاً استثنائياً، حتى وإن كان شرط الضرورة من العسير تصوره.

ب- التنفيذ الجبري لا يكون إلا بقرار مشروع:

يقتضي هذا القيد أن يكون الإجراء المطلوب فيه استخدام القوة العمومية لتنفيذه مشروعاً فلا يجوز استخدام القوة المادية لتنفيذ إجراء غير مشروع.

149 - المرجع نفسه، ب ص.

150 - إن هذا الامتياز الممنوح للإدارة لا يمارس أبداً من دون قيود، بل منح القانون هذه الوسيلة للإدارة بصورة استثنائية، وأعدم مظاهر التقدير والملائمة كلياً في هذا الامتياز من أجل أن يجعل حقوق وحريات الأفراد في مأمن من الخطورة.

ج- أن يكون هناك مقاومة عند تنفيذ قرارات الإدارة:

فإذا كان القرار صادرا عن جهة الضبط فيقتضي أولا أن توجه إلى صاحب الشأن أمرا بالتنفيذ الاختياري، مع إعطائه فرصة معقولة للتنفيذ الاختياري قبل أن تنتقل لاستخدام القوة⁽¹⁵¹⁾.

د- يجب قيام حالة الضرورة بشروطها:

فالقاضي الإداري يراقب اكتمال شروط حالة الضرورة عند نظر الطعن بتجاوز السلطة، ذلك أن القاضي الإداري، يلغي العمل الذي نفذ بالقوة إذا ما تخلف أحد الشروط المذكورة سابقا⁽¹⁵²⁾.

الفرع الثاني: امتياز توقيع جزاءات إدارية عامة:

عندما تصدر الإدارة قرارات إدارية تهدف بواسطتها إلى تنظيم الحياة داخل المجتمع، وإذا ما تمت مخالفة قراراتها من المخاطبين بها، يمكن لها أن توقع عقوبات إدارية تتوخى من خلالها الدفاع عن المصلحة العامة، وتعتبر الجزاءات الإدارية من حيث طبيعتها قرارات إدارية وليس قرارات قضائية، وأنها تختلف عن بعض القرارات الإدارية والتي تنتج أثرا مشابها. وبفضل ما يتسم به الجزاء الإداري الحديث من مزايا تتمثل في سرعة توقيعه دون إتباع سبل إجراءات كما في العقوبات الجنائية، وما ينتج عن ذلك من فاعلية في مواجهة جرائم لا تشكل أهمية في نظر المجتمع، إضافة إلى تخفيف العبء عن المحاكم للتفرغ في القضايا الهامة، فقد انتهج المشرع الجزائري هذا النهج من خلال منح الإدارة حق توقيع الجزاءات الإدارية بما تملكه من امتيازات لسلطة العامة، سواء كانت هذه الجزاءات مالية أو مقيدة للنشاط، على كل من يخالف النصوص القانونية والتنظيمية المعمول بها في مجالات عدة من بينها البيئة، المرور والضرائب... إلخ.

وقبل التطرق لمظاهر التقييد والتقدير لهذا الامتياز يجب توضيح خصائصه وتمييزه عن غيره من الإجراءات نظرا للخصوصية التي يتمتع بها.

151- كمال النيص، المرجع السابق، ب. ص.

152- أنكر بعض الفقهاء على الإدارة التمتع بامتياز التنفيذ الجبري لقراراتها، لأن تدخل القضاء مسبقا هو أكبر ضمانة للأفراد، وهو طريق السلام، والأمن لأن الحصول على حق بالقوة والإكراه من طرف واحد قوي يجرح الشعور القانوني، والإدارة لا تتصرف إلا لتنفيذ القوانين فالسلطة الإدارية لا تستطيع الخروج عن القانون بأن تحمله غير معناه أو تقرر له جزءا لم ينص عليه القانون، ويوسع هذا الرأي الخوف من استبداد الإدارة إذا ما تركت لها سلطة تقديرية في هذا التصرف.

أولاً: مفهوم العقوبة الإدارية:

يعتبر القانون الألماني من أسبق القوانين التي استعانت بنظام الجزاءات الإدارية كبديل للجزاءات الجنائية التقليدية، وذلك بقانون يطلق عليه بالألمانية: « ordnungswidrigkeiten » ولقد صدر أول قانون لنظام الـ « OWIG » عام 1949م واقتصر تطبيقه فقط على انتهاك بعض القواعد المنظمة للحياة الاقتصادية في ألمانيا (153).

أ- تعريف العقوبة الإدارية العامة:

تعرف العقوبة الإدارية بأنها: "تلك الجزاءات ذات الخاصية العقابية التي توقعها سلطات إدارية مستقلة أو غير مستقلة، وهي بصددها ممارستها بشكل عام لسلطتها العامة اتجاه الأفراد، بغض النظر عن هويتهم الوظيفية، وذلك كطريق أصلي لردع خرق بعض القوانين واللوائح (154) وبناء على هذا التعريف فإنه يخرج من نطاق العقوبة الإدارية بعض العقوبات المشابهة لها وهذا ما سنوضحه لاحقاً.

ب- خصائص الجزاءات الإدارية العامة:

يمكننا استخلاص خصائص العقوبة الإدارية العامة من مفهومها العام والمتمثل في كونها جزءاً ينعقد الاختصاص للإدارة بتوقيعه مع اتصاف تطبيقه بالعمومية على النحو التالي:

1- جزاء توقعه السلطة الإدارية:

تختص بتوقيع العقوبات الإدارية العامة جهة الإدارة، وهذا فرق بينها وبين العقوبات الجنائية التي يملك القضاء وحده سلطة توقيعها.

ولا يمثل اضطلاع جهة الإدارة بتوقيع عقوبة إدارية عامة اعتداءً على اختصاص القضاء (155)، كما لا يتعارض ذلك مع مبدأ الفصل بين السلطات الذي كفله الدستور فالواقع العملي يؤكد أن الفصل نسبي مرن ولا يمكن أن يكون مطلقاً فالسلطة التنفيذية تمارس فيما تصدره من لوائح اختصاصاً تشريعياً كما أن السلطة القضائية تفصل في بعض المنازعات الخاصة بصحة العضوية وهي أمور تتعلق بالسلطة التشريعية ولصحة الاختصاص بتوقيع

153- أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، دار الجامعة الجديدة، 1996، ص 80.

154- أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 83.

155- لأن العقوبات الإدارية العامة توقع بقرار إداري فإنه يتعين لصحتها أن يستوفي هذا القرار مقومات القرارات الإدارية، وإلا عدت غير مشروعة الأمر الذي يعرضها للإلغاء من طرف القضاء الإداري.

العقوبة الإدارية العامة فإنه يتعين توقيعه من أحد⁽¹⁵⁶⁾ الأجهزة التابعة لها، كما أنه يتعين دخول توقيع الجزاء في نطاق ما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة.

2- عمومية العقوبة الإدارية العامة:

لا يرتبط توقيع العقوبة الإدارية العامة بانتماء المعاقب لفئة معينة كما هو الشأن بالنسبة للعقوبات التعاقدية، وبدخوله ضمن طائفة معينة، كما هو الحال بالنسبة للعقوبات التأديبية والتي ترتبط صحة توقيعها وجود علاقة وظيفية تربط بين المعاقب و الإدارة.

وإذا كانت العقوبة الإدارية العامة لا تشترط قيام رابطة خاصة بين المعاقب والإدارة، فإنها تكون بذلك أقرب إلى العقوبات الجنائية، فإذا كانت الأولى تطبق على كل من يخالف نص قانوني أو قرار إداري بالنسبة للمخاطبين بأيهما، فإن العقوبة الجنائية تسري في حق كل من خالف نص قانوني في قانون العقوبات أو غيره من النصوص الجزائية في القوانين الأخرى⁽¹⁵⁷⁾.

ج- تمييزها عما تشابهها.

للعقوبة الإدارية غاية محددة وهي تحقيق التوافق بين النشاط الفردي ومتطلبات المصلحة العامة، دون خرق لحقوق الأفراد، الأمر الذي يكسبها ذاتية مستقلة عما قد يختلط بها من نظم قانونية كتدابير الضبط الإداري، وعما قد يشاركها في الفلسفة العقابية من جزاءات تأديبية أو تعاقدية أو جنائية.

1- العقوبة الإدارية وتدابير الضبط الإداري:

للعقوبة لإدارية صفة ردعية تواجه بها الفعل المخالف بغرض زجر وردع مقترفها على أن يأتي بمثلها، بغية حماية النظام العام⁽¹⁵⁸⁾، في حين أن الضبط الإداري يتمثل في تقييد النشاط

¹⁵⁶ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضوابط العقوبة الإدارية العامة (تدرج العقوبة من الغرامة إلى الخلق الإداري)، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، 2008، ص 24.

¹⁵⁷ - تاسة الهاشمي، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بيسكرة، 2014، ص 10.

¹⁵⁸ - إن السياسة التشريعية الجنائية الحديثة التي يفترض اتباعها من قبل المشرع تتعلق بعدم جدوى تدخل قانون العقوبات وأساليبه العقابية والتجريبية لملاحقة بعض أنواع السلوك الاجتماعي غير السوي بدليل أن هذا الأخير كثيرا ما ينص على طرح عقوبة الغرامة المالية أو الغلق لها عقوبة تبعية أو بديلة يحكم بها القاضي الجزائري فلماذا لا يستند أمر الفصل بها كعقوبة أيضا إلى السلطة الإدارية بموجب عقوبة إدارية فهي تأتي بنفس النتيجة والأحسن عمليا مع تفادي سلبات الوصمة الاجتماعية للعقاب.

الخاص من خلال فرض القيود و الضوابط على ممارسة الأفراد لحياتهم ونشاطاتهم بهدف حماية النظام العام⁽¹⁵⁹⁾.

ومن ثم فإن فصل التفرقة بين العقوبة الإدارية وتدابير الضبط الإداري تكمن في الغاية المبتغاة من كل منهما فإذا كانت تلك الغاية ردع المخالف وزجر غيره كذا في إطار العقوبة الإدارية، في حين أنه إذا كان القصد من الإجراء توقي ارتكاب مخالفة على وشك الوقوع دخل هذا الإجراء في نطاق تدابير الضبط الإداري.

2- العقوبة الإدارية و العقوبة التأديبية والتعاقدية:

لا تطبق الجزاءات التأديبية إلا داخل مجموعة محددة كالنقابة مثلا، بهدف ضمان احترام القواعد المنظمة لتلك المجموعة، فلا تطبق تلك الجزاءات على جميع المواطنين بغض النظر عن هويتهم الوظيفية.

ومن هنا فإن توقيع العقوبة التأديبية يقتضي وجود رابطة وظيفية بين المخالف والدولة، تخول للإدارة الحق في توقيع العقاب عليه، متى تجاوز مقتضيات واجبه الوظيفي⁽¹⁶⁰⁾.

في حين أن الجزاءات التعاقدية لا يتسنى توقيعها إلا على من تربطه بالإدارة علاقة تعاقدية تكون لها بموجبها معاقبته من أجل بالتزاماته التعاقدية المنصوص عليها بالعقد الإداري، وعلى العكس من ذلك فإن توقيع العقوبة الإدارية حق تملك الإدارة استعماله حيال كل من يخالف نص قانوني أو قرار إداري من المخاطبين به ومن ثم يمكننا القول بأن العقوبة الإدارية تتسم بصفة العمومية حيث لا يقتصر توقيعها على فئة تربطها بالإدارة رابطة خاصة وظيفية كانت أو تعاقدية.

3- العقوبة الإدارية و الجنائية:

تتشترك العقوبة الإدارية والجنائية في صفة العمومية حيث توقع كل منهما على كل من يخالف القانون بوجه عام، واستنادا إلى هذا التشابه ما بين العقوبة الإدارية والجنائية فيما يتعلق باشتراكهما في صفة العمومية، فقد نادى بعض شراح القانون الإداري إلى استبدال العقوبة الجنائية بأخرى إدارية لاسيما المقررة منها لحماية مصالح اجتماعية لا تستدعي مواجهتها

¹⁵⁹ - عبد العزيز عبد المنعم، المرجع السابق، ص 17.

¹⁶⁰ - تاسة الهاشمي، المرجع السابق، ص 15.

بجزاء جنائي، حيث يكفي لحمايتها أن يقرر المشرع لذلك جزاء إداري⁽¹⁶¹⁾. لما ينتج عن هذا الجزاء الإداري من تقاد لسلبات الجزاء الجنائي من المساس بسمعة المعاقب وحتى عائلته بالسوء في جرائم لا تشكل نية إجرامية آثمة لدى مرتكبها.

ثانيا: مظاهر التقدير و التقييد في الجزاءات الإدارية العامة:

تعتبر الجزاءات الإدارية الميدان الرئيسي الذي تجتمع فيه مظاهر التقدير والتقييد، فلا يمكن منح الإدارة سلطة تقديرية مطلقة، كما لا يمكن تقييدها تقييدا مطلقا وذلك من أجل تكريس دولة القانون.

أ- مظاهر التقدير في الجزاءات الإدارية:

نظرا لعمومية الجزاءات الإدارية فقد امتنع المشرع الجزائري عن تحديد الجزاء المناسب لكل نوع من المخالفات⁽¹⁶²⁾، وهذا ما أدى بعض الجهات الإدارية إما الإسراف في شدة اختيار الجزاء أو الإفراط في اللين، مستعملة في ذلك أهم امتياز منح لها على الإطلاق وهو السلطة التقديرية بعناصرها الثلاث وهي:

- تقدير وجوب التدخل أو الامتناع.
- اختيار وقت التدخل.
- تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب.

وفي هذا المجال، تقوم السلطة الإدارية بتقدير ملاءمة الجزاء مع المخالفة لأنها المكلفة بإقامة التوازن بين اعتبارات المصلحة العامة ومصلحة الأفراد ويسمى هذا بمبدأ التناسب الذي هو أهم عنصر من عناصر الملاءمة.

وبما أن تقرير الجزاء المناسب يمر بعمليتين منفصلتين ومتابعتين، حيث عليها أولا أن تقوم بتشخيص المخالفة وكشفها، وعليها ثانيا أن تقوم باختيار الجزاء المناسب ومع ذلك يحصل أن لا يوجد مخالفات معروفة من قبل، عندئذ يكون التجريم ذاتيا وشخصيا، وفي هذه

¹⁶¹ - خاصة و أن المؤسس الدستوري الجزائري في الفقرة السابعة من المادة 122 من الدستور الجزائري المعدل سنة 1996 لم يدرج تنظيم المخالفات من بين الموضوعات المحجوزة للمشرع ولا التي يمارس فيها هذا الأخير انفرادا تشريعا مطلقا، بل يمكن تنظيمها بقانون أو لائحة مستقلة من قبل السلطة التنفيذية التنظيمية بمقتضى ما يحوزه رئيس الجمهورية دستوريا من إختصاص واسع و مرن في مجال عملية وضع القوانين بالمعنى العام، الأمر الذي يفتح مجالا واسعا للسلطة التنفيذية بتحديد المخالفات الإدارية و العقوبات المقابلة والمناسبة لها.

¹⁶² - تاسة الهاشمي، المرجع السابق، ص15.

الحالة فإن السلطة التقديرية تبدأ عند أول عملية وتنتهي باختيار الجزاء، وقد يحدث أن لا يكون هنالك تحديد للجزاءات عندئذ يقتضي منها الأمر استحداث جزاء جديد⁽¹⁶³⁾.

لكن الإشكال لا يظهر في كونها خصما وحكما في نفس الوقت، بل تعسفها في استعمال سلطتها، فتهدر حقوق الأفراد خصوصا في ظل غياب رقابة القضاء على مدى الملاءمة، ما أدى بالفقه إلى المطالبة برقابة حديثة والمتمثلة في رقابة مبدأ التناسب كما فعل المشرع الفرنسي والمصري، وذلك من أجل وضع حل لهذا الإشكال، لأن الرقابة على التناسب في الجزاءات الإدارية هو الوسيلة الفنية والناجعة لوضع حد للسلطة التقديرية للإدارة في حرية اختيار العقوبة الملائمة حتى يكون تقديرها خاليا من الغلو أو عدم التناسب، رغم أنه في إطار مبدأ التناسب ليس من سلطة القاضي الإداري أن يتصدى بتحديد الجزاء المناسب وكل ما يملكه هو إلغاء القرار وإعادة الأمر للسلطة الإدارية المختصة لإعادة التقدير واختيار الجزاء المناسب.

ب- مظاهر التقييد:

يجب إخضاع سلطة العقاب التي تتمتع بها الهيئات الإدارية إلى مجموعة من القواعد الدستورية التي تطبق على أي جزاء عقابي، فسلطة العقاب للهيئات الإدارية خاصة المستقلة منها تنشأ في ظل التناقض بين طبيعة القرار الإداري والطابع القضائي إذ أنها تمثل "هيئات شبه قضائية" أو تقاضيا بعيدا عن القضاء، لكن ما يبرر الطابع غير المألوف لسلطة العقاب هو خضوعها لقواعد حمائية و قيود مستمدة من قانون العقوبات.

1- القيود الموضوعية أو الشرعية لتوقيع العقوبات الإدارية:

في ظل غياب تقنين موحد يعرف النظام القانوني للعقوبات الإدارية، يجعل من الصعب البحث عن لضمانات الموضوعية التي تقيد الهيئات الإدارية أثناء ممارستها لسلطة العقاب، هذا ما يجعلنا نقارب بينها وبين القواعد المطبقة أمام القضاء الجزائي التي تفرض احترام مبدأ شرعية⁽¹⁶⁴⁾ الجرائم والعقوبات والذي يعني أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني يحدد تلك

¹⁶³- أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 93.

¹⁶⁴- نصت المادة الخامسة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات كما يلي: " لا يجوز منع ما لم يحضره القانون ولا يجوز الإكراه على إتيان عمل لم يأمر به القانون" كما أضافت المادة الثامنة من الإعلان المذكور أعلاه بأنه: " لا يعاقب أحد إلا بمقتضى قانون قائم و صادر قبل ارتكاب الجنبه ومطبق تطبيقا شرعيا".

الجريمة والجزاء المقرر لها بألفاظ محددة، وذلك لمنع تحكم القاضي، إذا ما ترك له حرية تقدير الأفعال المجرمة وجزاءاتها.

وتم تكريس هذا المبدأ في الدستور الجزائري المعدل سنة 1996، بمقتضى المادة 47 سنة والتي جاء نصها كما يلي: " لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقا للأشكال التي نص عليها". وذلك ما تم تكريسه بمقتضى المادة الأولى من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004⁽¹⁶⁵⁾. حيث جاء نص المادة كالتالي: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".

فالجزاء الإداري يستلزم لمشروعيته أن لا تقدم الإدارة على اتخاذه إلا بناءً على نص قانوني باعتباره إجراء مقيدا لحرية المواطنين⁽¹⁶⁶⁾، وأن المشرع وحده المنوط به الاختصاص بتحديد تلك الإجراءات، كما يتحدد مبدأ الشرعية باكتمال عنصرين، يتمثل الأول منها في المخالفة القانونية المقترفة وفقا للوصف الوارد في النص المجرم، وهو ما يمكن أن يطلق عليه مبدأ شرعية المخالفة الإدارية، أما ثانيهما فهو قاعدة ضابطة لمحلها فلا يمكن وفقا لمقتضاها أن ينقرر الجزاء إلا بناءً على نص وهو ما يمكن أن نطلق عليه مبدأ الجزاء الإداري.

2- القيود القانونية الإجرائية لتوقيع العقوبة الإدارية:

لا توجد في الحقيقة إجراءات موحدة في مادة القمع الإداري، لكن هناك مجموعة من القواعد التي تؤطر هذه المرحلة سواء القواعد التي وردت في النصوص التشريعية أو التنظيمية أو المستمدة من القضاء الدستوري أو الإداري أو بالمقارنة مع القيود الإجرائية المكرسة في المادة الجزائية، رغم أن العقوبات التي توقعها الإدارة العامة لا يمكن أن تكون سالبة للحرية، إلا أن الضمانات الإجرائية الجزائية يجب تطبيقها على القمع الإداري لقسوته⁽¹⁶⁷⁾ وهي كالتالي:

¹⁶⁵ - الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 71، سنة 2004.

¹⁶⁶ - محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2000، ص 30.

¹⁶⁷ - بل وأكثر خاصة لعدم وجود فصل بين جهتي الاتهام والعقاب كما هو مطبق في أصول المحاكمة في تقنين العقوبات والإجراءات الجزائية.

أ- الإخطار:

من الضروري إخطار المخالف بما تنوي الإدارة اتخاذه في حقه من إجراءات وتدابير إذا لم يتدارك الأمر وتصحيح وضعيته اتجاه القانون.

ب- وجوب أخذ رأي جهة معينة:

ويعد هذا إجراء شكليا قانونيا هاما ولو كان هذا الرأي استشاريا بالنسبة لمن ينعقد له الإختصاص قانونيا باتخاذ قرار العقوبة الإدارية لأن إغفاله يؤدي إلى هدر إحدى الضمانات القانونية التي قررها المشرع وكفلها القانون بأن تكون هذه اللجنة أو الجهة الإدارية بجانب الوزير أو أية سلطة إدارية أخرى ليستعان برأيها ومشورتها.

ج- كفالة حق الدفاع:

لا يحق أن تبنى العقوبة الإدارية على الشك أو الحدس بل يجب أن تبنى على اليقين، والسبيل إلى ذلك هو وجوب الموازنة بين حق الدولة في توقيع العقاب على المخالف للاقتصاص منه باسم المجتمع ولصالحه من جهة، وحق مرتكب لمخالفة أو الجريمة الإدارية في الدفاع عن نفسه، وأن لا يؤخذ فجأة، ولذلك يعتبر الدفاع أهم ضمانه قانونية قضائية ودستورية لعدالة العقوبة الإدارية.

د- تسبیب القرار المتضمن جزاءات إدارية:

يعني تسبیب الجزاء الإداري ذكر الإدارة في صلبه لمبررات إصداره ليحاط المخاطبين به بالدوافع التي لأجلها عوقبوا إداريا، ولا يؤثر تخلفه على صحة القرار خاصة وأن القاعدة العامة أن الإدارة لا تلتزم بتسبیب قراراتها وهذا راجع إلى قرينة السلامة والمشروعية المفترضة في القرارات الإدارية⁽¹⁶⁸⁾.

إلا أن المشرع الجزائري قد خرج عن هذه القاعدة في مجال الجزاءات الإدارية لما لها من مساس بحقوق وحریات الأفراد إذ حاول أن يقف موقفا وسطا بين تحقيق المصلحة العامة بالمقابل الحفاظ على مصالح الأفراد، لذلك منح الإدارة سلطة توقيع العقوبة الإدارية بمقابل إلزامها بتسبیب قراراتها خاصة قرارات الهدم أو رفض منح رخصة البناء وتسبیب قرارات المنافسة الصادرة في هذا المجال، وكذلك ضرورة تسبیب قرارات سحب رخصة القيادة في قانون المرور وغيرها من الأمثلة ... وتسبیب الجزاءات الإدارية أهمية بالغة في اطمئنان

¹⁶⁸ - عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 487.

الأفراد لها من خلال إحاطتهم بدوافع إصدار هذا القرار و التي من خلالها يعرف مركزه القانوني أو يحدد موقفه اتجاه القرار إما اقتناعا أو رفضا⁽¹⁶⁹⁾.

الفرع الثالث: امتياز نزع الملكية للمنفعة العامة

إن حق الملكية مقدس و مكرس قانونا، حيث تستند الحياة المدنية على القوانين المتعلقة بالثروة وتبادلها، وتحتل الملكية المرتبة الأولى في سلم اهتمام المجتمع لكن مع ظهور الفلسفة التدخلية للدولة التي سوغتها الرأسمالية ظهرت فكرة المصلحة العامة أو النفع العام، الذي منح للإدارة حق التملك، فأصبحت الملكية الخاصة تؤدي وظيفة اجتماعية وفرضت عليها قيود قانونية، ووصلت هذه القيود إلى الاستيلاء المؤقت على العقارات⁽¹⁷⁰⁾ ونزع ملكيتها، واستقر ذلك في الفقه والقضاء على أنه من امتيازات السلطة العامة، وأصبحت الدساتير تقر بحق الدولة في نزع الملكية للمنفعة العامة وتنظم نزعها عن طريق القوانين التي تصدرها⁽¹⁷¹⁾.

لكن نزع الملكية يصطدم بقاعدة مستقرة رددتها معظم الدساتير في الجزائر، الذي ينص ويؤكد أن الملكية الخاصة محمية قانونا، وعلى ذلك فإن المساس بها عن طريق نزعها يعد استثناءا تمارسه الإدارة وتتقيد في ممارسته له بما تتقيد به عند ممارسة امتيازاتها، بما في ذلك سلطتها التقديرية، وما قد ينشأ عنها من انحراف لهذه السلطة.

¹⁶⁹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 46.

¹⁷⁰ - يعتبر الاستيلاء المؤقت صورة من صور نزع الملكية، وهو أيضا أحد امتيازات السلطة العامة، ويعرف الاستيلاء بكونه: "ذلك الإجراء الذي تتخذه الهيئات الإدارية العمومية، فتضع بموجبه يدها على إحدى الأموال المملوكة للخواص عقارية كانت أو منقولة بقصد تحقيق أهداف النفع العام الاستثنائية والاستعجالية مقابل تعويض تدفعه لمالك الأموال المستولى عليها، على أن يسترجع هذا الأخير أملاكه متى انقضت الأسباب الشرعية المبررة لاتخاذ ذلك الإجراء، وقد نظم القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 المتضمن آخر تعديل للقانون المدني هذا الإجراء من المادة 679 إلى المادة 681 مكرر 3 ومن هنا يبرز لنا محل إجراء الاستيلاء إلى جانب طابعه المؤقت على خلاف إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث يكون قد وضع بصفة حصرية ونهائية على أموال عقارية معينة دون المنقولات.

¹⁷¹ - لقد حرص المشرع الجزائري على تنظيم كيفية ممارسة السلطة الإدارية لهذا الامتياز وضمانا لحماية الملكية الخاصة من خلال النصوص القانونية و التنظيمية التالية:

قرار رقم 96-736 المؤرخ في 07/12/1996 المتضمن تعديل الدستور، ج ر عدد 76 سنة 1996 معدل ومتمم.
قانون رقم 91-11 المؤرخ في 27/04/1991، حدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 21 معدل ومتمم بموجب قانون المالية لسنة 2005، ج ر عدد 85، الصادرة في 30 ديسمبر 2005.
م ت رقم 93-186 مؤرخ في 27/07/1993، يحدد تبيان تطبيق القانون رقم 91-11، ج ر عدد 61 سنة 1999، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-248 المؤرخ في 10/07/2005، ج ر عدد 48 لسنة 2005 و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08/202 المؤرخ في 07/07/2008، ج ر عدد 39 سنة 2008.

أولاً: مفهوم نزع الملكية للمنفعة العامة

تلجأ الإدارة من أجل تحقيق المنفعة العمومية إلى اقتناء أملاك الخواص إن لم يتحقق الاقتناء بالتراضي إلى إجراء نزع الملكية جبراً من أصحابها، أي قيام الإدارة باتخاذ إجراءات نقل الأموال المملوكة للأفراد جبراً⁽¹⁷²⁾ أو طوعية طبقاً للقانون أو بناءً على قانون إلى شخص عام⁽¹⁷³⁾، بقصد تحقيق المصلحة العامة، و نظير تعويض قبلي عادل ومنصف.

أ- تعريف نزع الملكة للمنفعة العامة:

نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة هو امتياز ممنوح للإدارة بحيث تستطيع بواسطته حرمان مالك العقار من ملكه حصراً من أجل المنفعة العامة مقابل تعويض عن ذلك⁽¹⁷⁴⁾. ويعرفها القانون رقم 91-11 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية في المادة الثانية الفقرة الأولى التي تنص على أنه: "يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم ذلك إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية".

ب- خصائص نزع الملكية للمنفعة العامة:

من خلال التعريفات السابقة نجدها تتفق على أن نزع الملكية العامة تتميز بالخصائص التالية:

1- طريقة جبرية:

سبق وأن ذكرنا أن السلطة العامة تتمتع بعدد من الامتيازات لتمكينها من تحقيق هدفها الذي تبتغيه وهو المصلحة العامة، كالتنفيذ الجبري، وامتياز الاستيلاء المؤقت، وامتياز نزع

¹⁷² - يجب على المنزوع ملكيته إخلاء الأماكن و إلا طبق ضده إجراء التنفيذ الجبري و ذلك طبقاً لنص المادة 43 من م ت رقم 93-186 المذكور سابقاً، والتي تنص على أنه: "يجبر الأشخاص المنزوعة ملكيتهم عقب تبليغهم بإخلاء الملكية تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

¹⁷³ - إن عدم تحديد القانون للمؤسسات والهيئات العمومية المستفيدة من نزع الملكية يكون قد زاد من مرونة فكرة المنفعة العامة و وسع اعتبارها، فلم يربطها بنمط اقتصادي أو سياسي معين، ففتح المجال أمام القضاء ليعترف للمؤسسات العامة والخاصة بحق استعمال امتيازات السلطة العامة عندما يتعلق الأمر بتحقيق مشروع ذو منفعة عمومية، وقد امتثلت فكرة إعطاء هذا الحق للخواص بعد أن عهد إليهم تسيير المرافق العامة عن طريق عقود الامتياز.

فما دام أن الجماعات المحلية والمؤسسات العامة والخواص يهدفون إلى تحقيق المنفعة العامة، فإنه يعترف لهم بممارسة امتيازات السلطة العامة المستمدة من سلطة الدولة، والتي تزودهم بوسائل استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، بما في ذلك امتياز نزع الملكية للمنفعة العامة.

¹⁷⁴ - عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، ب س ن، ص 658.

الملكية جبرا، وهذه الامتيازات يترتب عنها المساس بالملكية الخاصة لذلك تخضع إلى قواعد قانونية تهدف إلى فرص حماية للأفراد ضد تعسفات الإدارة وذلك بإقامة مسؤوليتها وإلغاء الإجراءات غير المشروعة إلا أن القاضي يبقى مقيدا بقواعد عدم جواز تهديم المباني العمومية التي تم إنجازها بصفة غير مشروعة⁽¹⁷⁵⁾.

2- أنه إجراء يقع على العقارات دون المنقولات:

لأن نزع الملكية يكون من أجل إنجاز مشاريع ذات منفعة عامة يقع على عقارات سواء كانت فلاحية أو عمرانية أو فضاء دون المنقولات التي لا يقع عليها هذا الإجراء بحكم طبيعتها، إلا أنه استثناء فإن إجراء نزع الملكية يطال العقارات بالتخصيص التابعة للعقار بالطبيعة، متى كان هذا الأخير تتوقف خدمته على هذه المنقولات دون ذلك.

3- أنه إجراء من أجل تحقيق المنفعة العامة:

يهدف إجراء نزع الملكية إلى تحقيق المنفعة العمومية هاته الأخيرة التي أثارت جدلا فقها كبيرا، فعدم تحديد مفهومها أعطاه صيغة المرنة و القابلية للتطور، وهذه المرونة قد غطته بضباب لم يعد له مفهوم محدد⁽¹⁷⁶⁾، ما أعطى للسلطة العامة فرصة تفسيره وتطبيقه وقد نص قانون 91-11 في المادة 2/2 على بعض العمليات ذات المنفعة العمومية على سبيل المثال لا الحصر.

ثانيا: مظاهر التقدير والتقييد في امتياز نزع الملكية للمنفعة العامة

كغيره من الامتيازات يعتبر امتياز نزع الملكية للمنفعة العامة دليلا قاطعا على أن السلطة التقديرية لا يمكنها أن تستقل عن السلطة المقيدة ولا يمكن لأي منها أن تقوم دون الأخرى.

أ- مظاهر التقدير:

إن نزع الملكية للمنفعة العامة يكون مبنيا على قرار إداري الذي يتوفر على العناصر اللازمة لمشروعيته ووفقا لما يقتضيه القانون، حيث أن قرار نزع الملكية يتضمن السلطة التقديرية في عنصر السبب⁽¹⁷⁷⁾، لأن الإدارة في حاجة إلى واقعة أدت بالإدارة إلى إصدار

¹⁷⁵ - أحمد رحمانى، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 4، العدد2، الجزائر 1994، ص 9.

¹⁷⁶ - عقيلة وناس، النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة، مذكرة ماجستير القانون الإداري، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2006، ص 25.

¹⁷⁷ - محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 175.

قرار تتمتع به في هذا الشأن بالسلطة التقديرية في تحديد العقارات والحقوق العقارية الواجب نزع ملكيتها، والذي يتوافق ويتلاءم مع تحقيق المصلحة العامة كما تملك الإدارة سلطة تقدير مبلغ التعويض العادل و المناسب لقيمة العقار والذي يكون مسبقا.

إذن تعتبر السلطة التقديرية الوسيلة المقررة قانونا لنزع الملكية للمنفعة العامة، لأن الإدارة تتمتع بحرية في اختيار العقار الذي تراه ملائما، كما لها حرية تقدير المساحة اللازمة لإقامة المشروع ذي النفع العام، حيث أن المشرع لم يقيد الإدارة في تحديد نوع أو صورة المنفعة التي تنزع الملكية من أجلها، ولا مدة إنجاز مشروعها، بل حدد مدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة لإقامة مشروعها وإلا يتم طلب استرجاع الملكية المنزوعة من طرف صاحبها، ومن ثم تأخذ المنفعة العامة مفهوما واسعا وتخضع لتقدير الإدارة⁽¹⁷⁸⁾، شرط أن لا تستعمل سلطتها لتحقيق أغراض أو مصالح أخرى.

ب- ضوابط تقييد سلطة الإدارة في اللجوء إلى إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة:

فرض المشرع عدة قيود على الإدارة في لجوئها إلى هذا الإجراء الخطير الذي يأتي على حق الملكية برمته ويعدمه، وحدد ضوابط اللجوء إليه استثناءً وأن يكون ذلك من أجل المنفعة العامة ومقابل تعويض قبلي عادل ومنصف لكن هذا لا يعني أنه حصن الملكية من النزع للمنفعة العامة.

1- أن يتم اللجوء إليه استثناءً:

تلجأ الإدارة دائما إلى الطرق الودية لاكتساب الأموال الضرورية لمباشرة نشاطاتها لكن إذا رفض المالك أو تمسك بطلبات مبالغ فيها فهنا تلجأ الإدارة إلى إجراءات نزع الملكية التي تسمح لها بتملك تلك الأموال، ولهذا يعتبر نزع الملكية اعتداءً خطيرا على الملكية الخاصة حيث يعتبر إحدى المظاهر النموذجية لعدم المساواة بين الإدارة حارسة المصلحة العامة والأفراد الذين لا يحمون إلا مصالحهم الخاصة⁽¹⁷⁹⁾.

¹⁷⁸ - يسبق قرار التصريح بالمنفعة العامة إجراء تحقيق إداري مسبق، الذي تهدف الإدارة من خلاله إلى إثبات مدى فاعلية المنفعة العامة، خاصة لأنها تتمتع بمكنة تقدير المنفعة العامة، لذا أوجب القانون أن يكون هذا التقدير بناء على تحقيق تقوم به لجنة مختصة يعينها الوالي قبل تقرير المنفعة العامة و هو لا يعدو أن يكون مجرد إجراء شكلي و صوري فقط، رغم أنها ملزمة في الأخير بالإفصاح عن رأيها بكل دقة ووضوح والدقة بما لا يدع مجالاً للشك في مدى فاعلية المنفعة العمومية، وهذا الرأي لا يلزم الإدارة في شيء بل يبقى مجرد رأي استشاري ولا يقيد سلطتها التقديرية، كما أن القضاء الجزائري حامى الحقوق قد سنقر سابقا على عدم تدخله في مراقبة تكييف فاعلية المنفعة العامة.

¹⁷⁹ - عقيلة وناس، المرجع السابق، ص 27.

ومن هذا المنطلق يستمد إجراء نزع الملكية طابعه الاستثنائي من كونه لا يتم إلا إذا أدى انتهاج الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية وقد نصت المادة 1/2 من قانون رقم 91-11 السالف ذكره على أنه: "يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية..."

وذلك قصد حماية الملكية الخاصة من التصرفات غير الشرعية⁽¹⁸⁰⁾، ولهذا يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً وفقاً للقواعد الأصولية "الاستثناء لا يجوز القياس عليه و لا التوسع في تفسيره"⁽¹⁸¹⁾، وهذا الشرط يعد قيدياً على السلطة التقديرية للإدارة، ويعتبر من النظام العام يثار تلقائياً من القاضي فالأصل الاقتناء بالتراضي وإذا باءت كل المحاولات بالفشل تلجأ الإدارة إلى نزع الملكية جبراً على أصحابها.

2- أن يتم الإجراء من أجل المنفعة العامة⁽¹⁸²⁾:

ذكرنا سابقاً أن المنفعة العمومية مفهوم مرن يصعب ضبطه بمعايير محددة وبمرونته تكون للإدارة سلطة تقديرية واسعة في تقدير قيامها، ما جعل المشرع يخضع هذه المنفعة العمومية إلى تحقيق إداري مسبق في مدى وجودها من عدم ذلك، ونظراً لشكلية هذا الإجراء ومرونة المنفعة العامة ظهر اتجاهين:

الاتجاه الأول:

ينادي بتقييد المشرع للإدارة في مجال نزع الملكية وذلك عن طريق تحديده للمشاريع ذات المنفعة العمومية والتي يجيز اللجوء إلى هذا الإجراء الخطير على سبيل الحصر، إلا أن هذا الاتجاه انتقد على أنه يكبح الإدارة و يضيق من مجال سلطتها التقديرية، و يشمل المشاريع التي تراها أنفع، كما يؤثر على التسيير الإداري وعلى سير المرافق العامة، علماً أن الإدارة هي الأكفأ والأقدر وليس المشرع فضلاً على أن الدولة الحديثة وتدخلها في المشاريع الاقتصادية وغيرها وبظهور منافع لم تظهر مع الدولة القديمة، أصبحت هناك مشاريع محسوبة على المنفعة العامة بحكم طبيعتها.

¹⁸⁰ - رفيق خالد، التعويض في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 15.

¹⁸¹ - سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها، الكتاب الثالث، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 271.

¹⁸² - ظل الفقه يؤسس شرعية نزع الملكية على المنفعة العامة عل أنها السبب الشرعي الوحيد لنزع ملكية الأفراد.

الاتجاه الثاني:

ينادي بعدم تقييد سلطة الإدارة من أجل اللجوء لهذا الإجراء بمعنى عدم تحديد مفهوم المنفعة العمومية، معناه عدم تقييد الإدارة في تسييرها بما يحقق النفع العام لكنه انتقد باعتبار أن عدم البحث في المنفعة العامة يبرر كل تدخلات الإدارة، و الذي يتنافى مع ما تحضى به الملكية الخاصة من حصانة بنصوص دستورية.

الحل الوسط:

يمكن في توسيع سلطات القاضي الإداري ليمتد اختصاصه ليس فقط مراقبة الإدارة، بل لمدى احترام الإدارة للإجراءات القانونية، ويجب أن يمتد اختصاصه إلى مدى توفر المنفعة العمومية خاصة في مجال نزاع الملكية للمنفعة العامة، حتى لا تكون ذريعة للإدارة تتستر وراءها، لتحقيق أغراض خاصة، فيراقب القاضي الإداري مدى ملائمة المشروع بالنظر إلى تكاليفه ومساوئه ومحاسنه، فيوازي بين هذه المحاسن والمساوئ ليرى الأرجح، فإذا رجحت كفة المساوئ يمكن إلغاء القرار لأن المساوئ أكثر من المزايا وهو ما يعرف بنظرية الموازنة التي كرسها القضاء الإداري الفرنسي⁽¹⁸³⁾. وتبعه القضاء الجزائري في عدة مناسبات حيث أصبح القاضي الجزائري بإمكانه أن يتحقق من وجود المنفعة العمومية في مدى فاعليتها.

5- أن يتم نزع الملكية مقابل تعويض قبلي عادل ومنصف:

يعتبر التعويض ضابطا أساسيا من ضوابط التقييد لذا أولت له كل التشريعات في العالم المواثيق الدولية والإقليمية والإعلانات العالمية لأهميته البالغة حرصا منها على حماية حق الملكية من كل التعدي، كما اعتبروا عدم تعويض الإدارة بمثابة تعدي على الأملاك⁽¹⁸⁴⁾، وعلى رأسها إعلان حقوق الإنسان و المواطن الصادر في 03 أوت 1789 في المادة 17 منه والتي نصت على أنه: "لما كانت الملكية حقا مقدسا ولا يمكن المساس به، فإن أحدا لا يمكن أن يحرم منه إلا إذا تطلبت الضرورة العامة التي تثبت بشكل قانوني وبشرط تعويض عادل يدفع مقدما".

إن جبرية تنازل المالك عن ملكيته في نزع الملكية للمنفعة العامة يجعلنا نقول أن التعويض ليس ثمنا و إنما هو إصلاح لضرر لحق المالك خاصة أن الواقع يبين أن نزع الملكية جبرا هو

¹⁸³ - عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 661.

¹⁸⁴ - لعشاش محمد، الحماية القانونية للملكية العقارية الخاصة في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص1.

الشائع بل الغالب نظرا لرفض المالكين التنازل عن أملاكهم بالتراضي، كما نصت المادة 21 من قانون نزع الملكية الجزائري على أنه يجب أن تعطي التعويضات كل ما لحقه من ضرر وما فاته من خسارة وكسب بسبب نزع الملكية، ويرجع الحق في التعويض إلى مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعيان العامة، ويعتبر هذا الحق أهم حقوق المنزوعة ملكيته على الإطلاق، لذا فقد نصت عليه نصوص دستورية تشريعية.

فالمادة 20 من دستور الجزائر لسنة 1996 المعدل والمتمم تنص على أنه: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون و يترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف" كما تنص المادة 1/677 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل".

تنص المادة 1/21 من القانون 11/91 المتضمن نزع الملكية من أجل المنفعة العامة على أنه: "يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر و ما فاته من كسب بسبب نزع الملكية..."

ومن هنا يتضح أن المشرع قد ضمن حقوق الأفراد بغرض قيد التعويض القبلي العادل والمنصف على الهيئات العمومية مقابل أملاكهم المنزوعة⁽¹⁸⁵⁾، ولا يمكن للإدارة أن تضع يدها على أملاكهم إلا بعد دفع التعويض، وجاء قانون نزع الملكية للمنفعة العامة ليكرس هذا المبدأ الدستوري "التعويض القبلي العادل والمنصف" في نص المادة الأولى منه والتي تنص على أن: "عملا بالمادة 20 من الدستور يحدد هذا القانون نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، وشروط تنفيذ والإجراءات المتعلقة به وكيفية التعويض القبلي العادل والمنصف".

¹⁸⁵ - لا يوجد ضمان أنجع لحقوق الأفراد المنزوعة ملكيتهم أكثر من النص عليها مباشرة في القانون الذي ينظم نزع الملكية لأنه في مثل هذه الحالة يكون للمنزوع ملكيته سندا قانونيا يعتمد عليه في طلب الحقوق التي سبق وأن أقرها القانون مباشرة، وقد نص قانون نزع الملكية على إجراءات طويلة ومعقدة يجب على الإدارة مراعاتها تحت طائلة البطلان، وذلك ضمانا لحقوق الأفراد فضلا عن الضمانات القضائية المتمثلة في وقف تنفيذ القرارات الصادرة في هذا المجال عند مهاجمتها بدعوة الإلغاء وقد نصت المادة 33 من قانون رقم 91-11 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة أنه: "كل نزع للملكية يتم خارج الحالات والشروط التي يحددها هذا القانون يكون باطلا وعديم الأثر ويعد تجاوزا يترتب عنه التعويض المحدد عن طريق القضاء فضلا عن العقوبات التي ينص عليها التشريع المعمول به". نظرا لخطورة هذا الامتياز على الحقوق الدستورية للأفراد أحاطها المشرع بكل هاته القيود والضمانات الموضوعية الإجرائية والقضائية.

إذن فالمشرع قد سهر على تحقيق مبدأ التعويض القبلي العادل والمنصف ولكي يكون متماشيا مع تحقيق هذا المبدأ يجب عليه إسناد مهمة تحديده إلى القضاء كونه جهة محايدة تتمتع بسلطة سيادة التقرير، للفصل في تقدير التعويض، تخفيضا لسلطة الإدارة التقديرية.

المطلب الثاني: التطبيقات الأخرى التي تبين مدى التداخل بين التقدير والتقييد

التحديد العام لمعنى كل من السلطة التقديرية والإختصاص المقيد لا يقتصر تطبيقها على الامتيازات الممنوحة للإدارة، رغم أنها الأهم على الإطلاق نظرا لما تشكله من خطورة على الحقوق و الحريات الفردية، و نظرا لكم الهائل لدعاوي تجاوز السلطة أمام القضاء الإداري⁽¹⁸⁶⁾.

غير أنه توجد طائفة أخرى وهي بقدر تلك الأهمية بحيث يكون جزء منها تقديري، والجزء الآخر مقيد، بمعنى أن حرية الإدارة بالنسبة للقرارات الإدارية، لا تتصرف جملة واحدة وإنما تختلف في نطاق القرار الإداري الواحد باختلاف العنصر الذي توجد فيه⁽¹⁸⁷⁾.

وبناءً على ذلك يمكن القول مبدئياً أن تعبير قرار صادر عن إختصاص مقيد وقرار صادر عن سلطة تقديرية هو تعبير غير موفق لتداخل التقييد والتقدير معا، لأنه حتى ولو وصلت حرية الإدارة إلى مدى بعيد بحيث يطغى عليها الطابع التقديري بصفة مطلقة، فإن عنصر التقييد يظل قائماً ولو بدرجة بسيطة، والعكس صحيح بالنسبة لتضائل حرية الإدارة، بحيث يطغى عليها طابع التقييد في تصرفاتها⁽¹⁸⁸⁾ بالإضافة إلى أن فقهاء القانون العام، عندما فرقوا بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد حاولوا أن يعرفوا بذلك مدى رقابة القضاء الإداري، تلك الرقابة التي تهيمن على تصرفات الإدارة المقدسة، و التي يجب أن تسير وتحى في النطاق الذي رسمه المشرع فهي رقابة مشروعية و ليست رقابة ملاءمة وبما أن فكرة الملاءمة مرتبطة بالسلطة التقديرية، نستنتج أنها حتما تشكل خطرا على مبدأ المشروعية خصوصا في ظل انعدام تنظيم قانوني لهذه السلطة⁽¹⁸⁹⁾. وعلى العموم لا يجوز القول أن فكرة السلطة التقديرية تتعارض مع فكرة الإختصاص المقيد، لأن كل عمل إداري، إنما يحتوي في

¹⁸⁶ - عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 110.

¹⁸⁷ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 239- 240 .

¹⁸⁸ - حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 1004.

¹⁸⁹ - طارق فتح الله خضر، القضاء الإداري (دعوى الإلغاء)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 19.

الواقع على مزيج هذين النوعين من السلطة وكل ما هناك هو مجرد اختلاف في القدر والكمية التي يحتويها كل عمل إداري⁽¹⁹⁰⁾.

وفي سبيل التوضيح أكثر ارتأينا إعطاء بعض الأمثلة لبعض القرارات التي يوجد فيها نوع من التداخل بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد خارج نطاق امتيازات السلطة العامة ونظرا لأهميتها بالنسبة للأفراد والإدارة معا، بحيث نتناول في الفرع الأول قرارات الإدارة في مجال التعيين في الوظائف العامة، ثم نتناول في الفرع الثاني قرارات الإدارة في المجال التأديبي وأخيرا في الفرع الثالث قرارات الإدارة في مجال الاعتقال الإداري.

الفرع الأول: في مجال التعيين في الوظائف العامة

تملك الإدارة كقاعدة عامة، سلطة تقديرية واسعة في مجال التعيين في الوظائف العامة، باعتبارها القائمة على حسن سير المرفق العام بلا تعقيب عليها، وعلى هذا الأساس وبموجب هذه السلطة الممنوحة لها، تملك الإدارة الحرية في قصر بعض الوظائف العامة على الرجال دون النساء وهذا طبقا لمقتضيات ملاءمة التعيين في الوظيفة وملاستها وظروف البيئة، وأوضاع العرف والتقاليد.

وليس في ذلك أي إخلال بمبدأ المساواة المكرس قانونا⁽¹⁹¹⁾. كما أنها تملك أيضا الحرية في اختيار شخص معين لشغل وظيفة معينة⁽¹⁹²⁾، إذا كانت هذه الوظيفة تحمل مقومات خاصة تصلح أن تكون محلا للتقدير الخاص للإدارة، ويحدث هذا الأمر كثيرا بالنسبة للترقيات الداخلية التي تقوم بها الإدارة بناءً على مؤهلات علمية وليس على أساس الأقدمية فالإدارة هي التي لها حق المفاضلة، باعتبارها قائمة على تسيير المرفق العام وانتظامه.

غير أنه إذا كان التعيين في الوظائف العامة، هو من الأمور المتروكة لسلطة الإدارة التقديرية في ما تراه متفقا مع الصالح العام، إلا أن ذلك مشروط بمراعاة ما نص عليه القانون، من ذلك ما حدده القانون مثلا من معايير انتقاء المترشحين للمسابقات، كتقدير الشهادة أو أقدمية الشهادة أو الخبرة المهنية وهذا للترجيح والمفاضلة فيما بينهم عند المزاومة هذا من

¹⁹⁰ - إبراهيم عبد العزيز شيخا، المرجع السابق، ص 147.

¹⁹¹ - المادة 51 من دستور 1996 المعدل و المتمم تنص على أنه: " يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام و الوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون"

¹⁹² - تنص المادة 16 من الأمر رقم 03-06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية على أنه: "تعود التعيين في الوظائف العليا للدولة إلى السلطة التقديرية للسلطة المؤهلة".

جهة ومن جهة أخرى فإن الرقابة القضائية أيضا تلعب دورا مهما في تقييد سلطة الإدارة في هذا المجال، وهذا من خلال التحقق من أن القرار محل الطعن يستند إلى سبب موجود ماديا، وصحيا من الناحية القانونية و أنه صدر مستهدفا الصالح العام⁽¹⁹³⁾.

من خلال ما تقدم فإنه تجدر الإشارة هنا بأنه يوجد نوع من التداخل بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد، ذلك أن الإدارة إذا كانت تملك الحرية في تقدير عنصر السبب، إلا أنها تكون عكس ذلك في تقدير عنصر الغاية في القرار الإداري، وهكذا يظل عنصر التقييد والتقدير قائما و لو بدرجة بسيطة بين هاتين الحالتين⁽¹⁹⁴⁾.

الفرع الثاني: في مجال القرارات التأديبية

يعرّف القرار التأديبي⁽¹⁹⁵⁾ بأنه ذلك القرار الصادر من الرئيس المختص، أو ممن يفوضه قانونا، لخطأ ارتكبه موظف أثناء تأدية وظيفته، أو لخطأ من شأنه أن ينعكس على أدائها، والإدارة هنا حرة في توقيع الجزاء أو عدم توقيعه، لأن هذه المسألة تعد من الأمور المتروكة لتقديرها وبلا معقب عليها⁽¹⁹⁶⁾.

غير أنه إذا ما اختارت الإدارة أن تعاقب الموظف على الخطأ المرتكب من جانب فيجب أن يتناسب هذا الأخير مع العقوبة التأديبية التي تقرها الإدارة، ذلك لأن المشرع لم ينظم الأخطاء التأديبية، وما يقابل كل منها من جزاء كما هو معروف في القانون الجنائي، بل اكتفى بوضع تعريف عام للخطأ التأديبي على أنه عادة هو الإخلال بمقتضى الواجب الوظيفي ثم وضع مجموعة من الجزاءات الجائز توقيعهما.

وترك للإدارة وغيرها من السلطات التأديبية سلطة تقديرية في اختيار الجزاء المناسب من بينها في كل حالة على حدى⁽¹⁹⁷⁾.

¹⁹³ - عاشور دمان ذبيح، شرح القانون الأساسي للوظيفة العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 85.

¹⁹⁴ - حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 764.

¹⁹⁵ - مغاوري محمد شاهين، القرار التأديبي و ضمانه، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ص 1986، ص 498.

¹⁹⁶ - نصت المادة 123 من المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 1985/03/23 ج ر عدد 13، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية المعدل والمتمم على أنه: "تختص السلطة التي لها صلاحية التعيين أو السلطة المخولة إن اقتضى الأمر بالسلطة التأديبية وتمارس هذه السلطة بعد استشارة لجنة الموظفين التي تجتمع في مجلس تأديبي مع مراعاة أحكام المادة 125 أدناه"

⁵ - حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 764.

وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم السلطة التقديرية في مجال مدى تناسب الخطأ مع العقوبة التأديبية إلى اتجاهين:

أولاً: استقلال جهة الإدارة في تقدير التناسب بين الجزاء و المخالفة

إذا انتهت الإدارة بحسب فهمها الصحيح للعناصر، التي استخلصت منها قيام الموظف بارتكاب خطأ تأديبي، فلا يبقى إلا أن تقدر الخطورة الناجمة عن ذلك، وتقدير كذلك ما يناسب الجزاء التأديبي في حدود القانون، وتعد حرية الإدارة هنا من الأمور المتروكة لتقديرها الشخصي بلا معقب عليها، ما دام أن قرارها قد خلا من مخالفة القانون وإساءة استعمال السلطة، وكذلك مراعاة التدرج، لإعمال التلاؤم بين الجزاء والمخالفة التي استوجبته، وإلا خرج الجزاء من نطاق المشروعية⁽¹⁹⁸⁾.

ثانياً: الغلو يحد سلطة الإدارة في تقدير التناسب بين الجزاء والمخالفة

إذا كان من حق السلطة التأديبية سلطة تقدير خطورة الخطأ الإداري، وما يناسبه من جزاء إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة هو أن لا يشوبها غلو ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة الخطأ الإداري، وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الصورة بالذات، تتعرض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي يبتغيه القانون من التأديب، والهدف الذي يتوخاه القانون من التأديب، هو بوجه عام تأمين سير المرفق العام بانتظام واضطراد ولا يتأتى التأمين، إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، و على هذا الأساس فإن المغالاة في استعمال السلطة التقديرية يعد خروجاً من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية.

وعلى العموم فإذا كانت تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في مجال إصدار القرارات التأديبية، فإن المشرع على الرغم من ذلك أحاط إختصاص الإدارة في هذا المجال بسياج واسع من القيود والرقابة، مستهدفاً في ذلك تحقيق نوع من التوازن بين الفاعلية والضمان، أي بين توفير ضمانات أكثر للموظف، وضمان فاعلية السلطة التأديبية، ومن هنا يظهر التدخل الموجود في القرار التأديبي الذي يضم نوعاً من الحرية في التقدير والتقييد في إصداره.

الفرع الثالث: سلطة الإدارة في إصدار قرارات الاعتقال الإداري

يعتبر الاعتقال الإداري من أهم التطبيقات الخاصة بالجزاءات الإدارية وهو يعتبر إجراءً وقائياً يصدر ضد شخص لم يرتكب جريمة محددة، بحيث تأمر به سلطة غير قضائية استناداً

¹⁹⁸ - مصطفى مخاشف، المرجع السابق، ص 62.

إلى نصوص قانونية خاصة. فالإعتقال في معناه القانوني سلب مؤقت للحرية تجريه السلطة الإدارية، ويتوجه إلى الحرية الشخصية للمواطن، فيسلبها مؤقتاً دون أمر قضائي صادر من سلطة قضائية مختصة، وتتمثل الفلسفة المبررة للاعتقال في اتخاذ ما يلزم من إجراءات لمواجهة حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية التي يتعذر تداركها بالوسائل القانونية العادية على نحو يجعل من المحتم اتخاذ الإجراء الاستثنائي لمواجهة تلك الحالة⁽¹⁹⁹⁾.

وتملك الإدارة في اعتقال الأشخاص إدارياً سلطة تقديرية لا يحد منها إلقاء واحد هو ألا يكون القرار مشوباً بعيب التعسف في استعمال السلطة والانحراف بها و بشرط أن تقوم أمام الإدارة اعتبارات جدية تجعل من هذا الشخص المراد اعتقاله يهدد الأمن العام في الدولة، أو سلامة اقتصادها، أو الإخلال بالنظام العام والآداب العامة والسكينة العامة.

من خلال ما تقدم، يتضح جلياً أنه حتى في الحالات التي تواجه فيها الدولة مشاكل صعبة في إصدار مثل هذه القرارات التي تتمتع فيها بصلاحيات واسعة، إلا أن التقييد يظل يلازمها في كل تصرفاتها⁽²⁰⁰⁾، وما أسهل أن يردّها القضاء إلى جادة الصواب، إذا ما انحرقت عن الطريق السوي، وهذا باعتباره كافل الحريات الفردية وحامي الحقوق العامة، ومن هنا يظهر مدى التداخل بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد في كل عمل إداري.

¹⁹⁹ - وجدي ثابت غبريال، التظلم الإداري في أوامر الانتقال أمام المحكمة أمن الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ب. س، ص 52.

²⁰⁰ - الاعتقال الإداري يعتبر الإجراء الأكثر خطورة يستعمل في الظروف الاستثنائية، فحسب أحمد محيو، ونظراً للأخطار التي تلحق بحقوق و حريات المواطنين من جراء تطبيق هذه العقوبات، فيجب أن تطبق هذه العقوبات بصفة محدودة دائماً، حسب نفس الفقيه، ثم أن القاضي الإداري يجهد للحد من تطبيقاتها، في حين أن الفقه انتقدها بشدة، وعليه فقد وضعت عدة قيود من أجل احتواء هذا الإجراء ضمن حدود معينة.

خاتمة

يعتبر موضوع امتيازات السلطة العامة من المواضيع المحورية التي ترسم معالم الدولة الحديثة، وهذا أمر فرضته اعتبارات عملية وعلمية تقتضيها السرعة والتنظيم والمصلحة العامة. وبما أن الغاية من النشاط الإداري تكمن في تحقيق مصلحة العامة، وهو ما يمثل عنصر المشروعية فيه، فإن هذه الامتيازات هي الوسائل المؤدية إلى تحقيقها، وهي امتيازات استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تجعل الإدارة في مركز متميز وأسمى من مركز الأفراد، وهو أمر لا غنى عنه، بسبب مستلزمات ومقتضيات النشاط الإداري خاصة وإن الإدارة تواجه اليوم حركة تحول أساسية، ومستمرة شمالا الجوانب الاقتصادية والسياسية والاجتماعية إضافة إلى الثورة التقنية والتكنولوجية الهائلة التي يشهدها العالم اليوم.

ولا ريب في أن هذه التحولات التي تستلزم التغيير والتطور الدائمين، تتطلب إدارة عامة على مستوى من الأداء والفعالية، ومن ثم فإن المصلحة العامة، لن تتوافق مع إدارة صماء مبرمجة لتطبيق القانون حرفيا، وإنما لا بد من أن تكون الإدارة حرة في تدبير شأنها ولو بقدر كاف لمواجهة تلك التطورات، وهذا بهدف ضمان حسن سير العمل الإداري مما ينعكس هذا بالإيجاب على حقوق وحرية الأفراد وكذا توفير الخدمات الضرورية لهم، وإذا كان من شأن السلطة المقيدة تحقيق أكبر ضمان لحقوقهم وحريةهم من تعسف الإدارة، إلا أن الإسراف في التقييد يؤدي إلى عواقب وخيمة، إذ يترتب عليه شل حركة الإدارة، والقضاء على روح الإبداع والابتكار فيها، لذا فإنه من اللازم تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف لمواجهة أعمالها، وهو ما يصطلح عليه بالسلطة التقديرية والتي تبدو كضرورة اجتماعية لا غنى عنها، وهذه السلطة لا تعد مجرد سلطة ثانوية يتوافق وجودها مع مبدأ المشروعية، وليس صحيحا النظر إليها أنها استثناء على مبدأ المشروعية، ففي أغلب الأحيان نجد أن القوانين التي تنظم المسائل الإدارية يعترها الكثير من الغموض والإبهام، كما أنها كثيرا تسكت عن المعالجة المطلوبة فتغيب النصوص الصريحة التي تعالج المسائل الإدارية المطروحة، لقصورها عن استيعاب الوقائع والمستجدات استيعابا حرفيا، ومن هنا تظهر أهمية السلطة التقديرية في سد الثغرات ومعالجة المسائل لما تتمتع به الإدارة في ظل هذه السلطة من مرونة وحرية تقدير، يجعلانها أكفاً وأقدر من الإدارة التي تمارس سلطة مقيدة في حسم. ولا نستنتج مما سبق أن جميع تصرفات الإدارة يمكن أن تصنف إلى مجرد طائفتين قرارات تقديرية، وأخرى مقيدة، بل يجب إلى جانب ذلك اعتماد طائفة أخرى، ولعلها أهمها وأكثر شيوعا وهي تلك القرارات التي يكون جانب منها

تقديري والآخر مقيد، أو بالأحرى ينصب التقدير على بعض العناصر أو أحدهما دون الآخر، دون أن يكون هناك تعارض أو تناقض في مثل هذه القرارات.

كما أنه لا يكفي أن تكون قرارات الإدارة ملائمة لتحقيق الفاعلية المطلوبة، بل يجب أن يرافقها امتياز آخر وهو امتياز التنفيذ المباشر لقراراتها نظرا لتمتعها بقرينة السلامة المشروعية، وهذا يعني أنه يستوجب على المخاطبين بها تنفيذها والامتثال إلى ما جاءت به، فإذا نفذوه نكون أمام تنفيذ اختياري، وهذا هو الأصل عندما يسود الوعي المدني في المجتمع، إلا أنه في الغالب، نجد أن القرارات الإدارية تلقي على عاتق المخاطبين به التزامات، مما يجعلهم يتهربون من واجب الطاعة، وأمام هذا الوضع منحها المشرع امتيازاً يعتبر الأخطر على الإطلاق، وهو تنفيذ قراراتها بنفسها وجبرا على الأفراد دون اللجوء إلى القضاء. ولها أيضا أن توقع عليهم عقوبات إدارية في حالة مخالفتهم لقراراتها وهي الوسيلة الأنجح من سابقتها والأقل خطرا على حقوق وحرية الأفراد.

ويتضح مما سبق أن الإدارة و في إطار تمتعها بهذه الامتيازات تتأرجح بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد، وذلك في إطار قانوني، لأن هذه الامتيازات ليست حقوقا شخصية تمارسها متى تريد، بل تمارسها في الحدود التي رسمها المشرع، كما أن هذا الأخير لا يغفل عادة عن إقرار وسيلة الدفاع للأفراد بحيث يستطيع كل فرد مهما كان أن يدافع العدوان عن نفسه، وهذه الامتيازات لا تشكل خطر بذاتها وإنما ترجع خطورتها إلى إساءة استعمالها خصوصا إذا كانت الإدارة تمارسها في ظل سلطة تقديرية مطلقة وبدون قيود وضوابط قانونية أو رقابة قضائية.

وعلى هذا الأساس فإن المشرع الجزائري وسعيا منه لتحقيق التوازن وجد نفسه أمام ضرورة التوفيق بين مبدئين يكاد يقوم التعارض بينهما، ففي المبدأ الأول تعلق المصلحة العامة على أية مصلحة أخرى وعند التعارض بينهما يتعين تغليب المصلحة العامة، أما في المبدأ الثاني فلا يجوز التضحية بالمصلحة الخاصة ولو في سبيل المصلحة العامة إلا في حدود ضيقة، ويتجلى هذا الأمر في امتياز نزع الملكية للمنفعة العامة الذي يعتبر الامتياز الوحيد الذي يهدد الملكية الخاصة للأفراد المضمونة دستوريا.

وعلى ضوء كل هذه الدراسة الخاصة ببحثنا هذا و بعد عملية البحث نقتراح مجموعة من التوصيات التي تساعد على تحقيق التوازن المطلوب منها:

- إن الإدارة وبصفتها الدعامة التي تركز عليها الدولة، يجب عليها احترام كل القيود المفروضة عليها، خاصة مبدأ المشروعية بمفهومه الواسع وذلك عند ممارستها لامتيازاتها، ويكون ذلك الاحترام نابعا من الإدارة ذاتها دون أن تنتظر أن يردها القضاء لجادة الصواب، ذلك ما يفرضه مبدأ التعامل بحسن نية مع الأفراد، الأمر الذي يعيد تشييد جسور ثقة الأفراد في الإدارة مما يدعوهم لمؤازرتها في تحقيق أهدافها، والذي لا يحقق فاعليته تعمدتها في إهدار حقوقهم وحررياتهم.
- تنظيم المشرع مجالات الإدارة التقديرية، واختصاصاتها المقيدة، إضافة إلى وجوب تحديده لمفهوم المنفعة العامة التي تبرر كل تدخلات الإدارة.
- تمكين القاضي الإداري من مراقبة مدى الملاءمة في حدود ما يسمح به القانون، دون التدخل بشكل مباشر في سلطة الإدارة والمساس بمبدأ الفصل بين السلطات.
- التخفيف من دور الإدارة عن طريق الحد من سلطتها التقديرية، خاصة في مجال تقدير المنفعة العمومية لنزع الملكية الخاصة وتقدير العقوبات الإدارية الذي يجعلها خصما وحكما في نفس الوقت وتحويل الأمر إلى جهة محايدة ومستقلة وهذا التحقيق كل القيم المثالية من عدالة ومساواة وديمقراطية وحرية.
- يتعين على المشرع الجزائري الاهتمام بتكوين قضاة متخصصين في الميدان الإداري، لأن تخصصهم بالمنازعة الإدارية تجعله أكثر قدرة و إدراكا لطبيعة المنازعة والتكيف مع التطورات التي يشهدها الميدان الإداري، تسمح له بأمر الإدارة و البحث عن الحلول التي تلازم هذه الطائفة من المنازعات، والتي تحقق في النهاية نوعا من الملاءمة بين كل من متطلبات الإدارة وما يقتضيه المصلحة العامة، وما يقتضيه حقوق الأفراد وحررياتهم.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

I- الكتب

- 1- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982.
- 2- إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- 3- حمدي القبيلات، القانون الإداري، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، 2010.
- 4- حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري، في قضاء مجلس الدولة، الإسكندرية، 1987.
- 5- حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة و مدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003.
- 6- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 7- سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، مصر، 1992.
- 8- ----، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، مصر، 2004.
- 9- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 1991.
- 10- طارق فتح الله لخضر، القضاء الإداري (دعوى الإلغاء)، دار النهضة العربية، القاهرة، 20074.
- 11- عمر الشوبكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007.
- 12- عصام عبد الوهاب البرنزجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، دار النهضة العربية، مصر، 1991.
- 13- علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 2004.
- 14- عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 15- ----، نظرية القرارات الإدارية بين عام الإدارة العامة و القانون الإداري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 16- عبد الغني بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري (الطابع الاستثنائي في النظام الوقف وشروطه، أحكام الوقف)، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1997.

- 17- -----، النظرية العامة للقرارات في القانون الإداري، منشأ المعارف، الإسكندرية.
- 18- علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 19- عاشور دمان ذبيح، شرح القانون الأساسي للوظيفة العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 20- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ريحانة، الجزائر.
- 21- ----، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية وفقهية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 22- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضوابط العقوبة الإدارية العامة (تدرج العقوبة من الغرامة إلى الخلق الإداري)، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، 2008.
- 23- لحسن بن شيخ آث ملويا، المتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 24- محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2009.
- 25- ---- القضاء الإداري - طبيعة القانون الإداري - التنظيم الإداري - الموظفون العموميون - اموال اقدارة العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- 26- محمد الصغير بلي، القضاء الإداري - مجلس الدولة، دار العلوم، الجزائر، 2004
- 27- -----، القرارات الإدارية، دار العلوم، عنابة ، 2005.
- محمد فؤاد عبد الباسط، وقف تنفيذ القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004
- 28- ----، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري - العقد الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1989.
- 29- محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري - دراسة مقارنة - دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- 30- محمد علي خلايلة، القانون الإداري - دراسة مقارنة - دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- 31- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 32- منصور إبراهيم العتوم، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان،

.2013

- 33- مصطفى أمين محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر 1996.
- 34- محمد أنس جعفر قاسم، الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دار النهضة العربية، مصر.
- 35- مغاوري محمد شاهين، القرار التأديبي و ضماناته، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1986.
- 36- محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
- 37- نواف كنعان، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 38- وجدي ثابت غبريال، التظلم الإداري في أوامر الاعتقال أمام محكمة أمن الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة.

II- الأطروحات و المذكرات:

أ- الأطروحات:

- 1- لعشاش محمد، الحماية القانونية للملكية العقارية الخاصة في الجزائر، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.
- 2- مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجيلاي اليباس، سيدي بلعباس، 2004

ب- مذكرات الماجستير:

- 3- أوقارت بوعلام، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في أحكام قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 4- عقيلة الوناس، النظام القانون لنزع الملكية للمنفعة العامة، مذكرة ماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، باتنة، 2006.
- 5- غيتاوي عبد القادر، وقف تنفيذ القرار الإداري قضائيا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق،

جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.

6- لطفاوي محمد عبد الباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

7- مصطفى مخاشن، السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.

8- نفاش حمزة، الظروف الاستثنائية و الرقابة القضائية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010.

ج- مذكرات الماستر:

9- بوعكة شهبناز، السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014

10- تاسة الهاشمي، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية في الجزائر، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.

11- رقيق خالد، التعويض في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.

III- المقالات:

1- أحمد حافظ نجم، السلطة التقديرية للإدارة و دعاوي الانحراف بالسلطة، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثاني، 1982.

2- أحمد رحماني، نزع الملكية للمنفعة العامة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد4، العدد2، الجزائر، 1994.

3- سامي جمال الدين، القرار الإداري و السلطة التقديرية لدارة، دراسة مقارنة بين دولة الإمارات ومصر وفرنسا، مجلة الشريعة والقانون، حولية محكمة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة و القانون، العدد الثالث، 1989.

4- عبد المجيد جبار، مفهوم القرار الإداري في القانون الجزائري، مجلة إدارة، العدد1، الجزائر، 1995.

5- فريحة حسين، التنفيذ الإداري المباشر في أحكام القضاء الإداري الجزائري، مجلة المدرسة

الوطنية للإدارة، العدد1، الجزائر، 2002.

6- فاطمة بن سنوسي، مبدأ التظلم الإداري السابق كشرط من شروط دعوى قبول الإلغاء،
المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، ج34، رقم 02، الجزائر، 1996.

IV- النصوص القانونية:

أ- الدستور:

1- المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، تعليق بإصدار نص
تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 بتاريخ 8
ديسمبر 1996، معدل بمقتضى قانون رقم 03/02 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد
25 بتاريخ 14 أبريل 2002 و بمقتضى قانون رقم 19/08 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر
عدد 63 بتاريخ 16 نوفمبر 2008 و بمقتضى قانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس
2016، ج ر عدد 14 بتاريخ 07 مارس 2016.

ب- الاتفاقات و الإعلانات الدولية:

1- إعلان حقوق الإنسان و المواطن الصادر في 16 أغسطس 1789، وثيقة حقوق من
وثائق الثورة الفرنسية.

ج- النصوص التشريعية:

1- أمر رقم 154/66 مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى،
ج ر عدد 47 بتاريخ 9 جوان 1966.

2- أمر رقم 156/66 مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49
معدل و متمم بالقانون 15/04 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، ج ر عدد 71 سنة 2004.

3- قانون رقم 30/90 مؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر
عدد 52 الصادرة في 2 ديسمبر 1990، معدل و متمم لموجب قانون رقم 14/08 مؤرخ في 20
جويلية 2008 يتضمن قانون الأملاك الوطنية ج ر عدد 44 بتاريخ 9 أوت 2008.

4- قانون رقم 08/90 مؤرخ في 07 أبريل 1990، المتعلق بالبلدية ج ر عدد 15 سنة
1990 / متمم بموجب الأمر رقم 03/05 مؤرخ في 18 يونيو 2005، ج ر عدد 50 سنة
2005، و بموجب قانون رقم 10/11 مؤرخ في 22 يوليو 2011، يتعلق بالبلدية ج ر عدد 37
بتاريخ 03/07/2011.

5- قانون رقم 11/91 مؤرخ في 27/04/1991، محدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية ليس من أجل المنفعة العمومية، متم بموجب القانون رقم 21/04 مؤرخ في 29/12/2004 يتضمن قانون المالية لسنة 2005، وبموجب القانون رقم 02/07 المؤرخ في 29/12/2007 يتضمن قانون المالية لسنة 2008، ج ر عدد 21 بتاريخ 08/03/1991

6- أمر 03/06 مؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج ر عدد 46 بتاريخ 16/07/2006.

7- قانون رقم 05/07 مؤرخ في 13 مايو 2007، يتضمن القانون المدني ج ر عدد 31 الصادرة في 13/05/2007

8- قانون رقم 09/08 مؤرخ في 20 جويلية 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 الصادرة في 23 أبريل 2008

9- قانون رقم 07/12 مؤرخ في 21/02/2012 يتعلق بالولاية ج ر عدد 12 الصادرة في 29/02/2012

د- النصوص التنظيمية:

1- مرسوم رقم 85-59 مؤرخ في 23/03/1985، يتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية، ج ر، عدد 13 الصادر في 24/03/1985 معدل و متمم

2- مرسوم رقم 93/186 مؤرخ في 27 يوليو 1993، يحدد كفاءات تطبيق القانون رقم 11/91 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العمومية، متم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05/0248 مؤرخ في 10 يوليو 2005، و بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08/202 مؤرخ في 07 جويلية 2008، ج ر عدد 51، الصادرة في 08/03/1993.

V- الاجتهاد القضائي:

1- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 22236، مؤرخ في 11/07/1981 سلسلة الاجتهاد القضائي الصادرة عن وزارة العدل، ديوان المطبوعات الجامعية، 1986.

2- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 36573، مؤرخ في 07/01/1984 المجلة القضائية، الصادرة عن المحكمة العليا، العدد 4، 1990.

3- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 62040، مؤرخ في 10/02/1990، المجلة القضائية، العدد 03، 1991

4- قرار مجلس الدولة (الغرفة الخامسة)، رقم 013772، مؤرخ في 14/08/2002، مجلة مجلس الدولة، العدد 02 سنة 2002

5- قرار مجلس الدولة رقم 19341، مؤرخ في 15/12/2005، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، سنة 2005

VI- المواقع الالكترونية:

1- كمال النيص، التنفيذ الجبري، دراسات و أبحاث قانونية، الموقع الرئيسي لمؤسسة الحوار المتمدن بتاريخ: 2017/03/16 الساعة 10:00، بالعنوان التالي:

File:///C:/Users/MICRO064/Desktop/20%التنفيذ%20الجبري/20%النيص%20-20%.Htm.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1- ANDRE De laubader et YVES Gaudmet, Traité de droit administratif, 16^{ème} éd, 2002, L.G.G.J.T.1

2- RENE Chapus, Droit administratif général , 9^{ème} éd, 1995, Delta, Montchretien, t.1.

الفهرس

2	مقدمة
6	الفصل الأول: ماهية السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد
8	المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية كأهم امتياز تقوم عليه الإدارة العامة
8	المطلب الأول: مضمون السلطة التقديرية للإدارة
8	الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للإدارة و شروط قيامها
9	أولاً: التعريف اللغوي للسلطة التقديرية
9	ثانياً: التعريف القانوني للسلطة التقديرية
12	ثالثاً: شروط ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية
15	رابعاً: خضوع السلطة لمبدأ المشروعية
16	الفرع الثاني: مبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة
16	أولاً: مقتضيات النشاط الإداري
17	ثانياً: قصور دور المشرع
17	ثالثاً: ضمان الرقابة القضائية
18	الفرع الثالث: تمييز السلطة التقديرية على باقي السلطات العامة في الدولة
18	أولاً: حرية السلطة التأسيسية و حرية الإدارة
19	ثانياً: حرية السلطة التشريعية و حرية الإدارة
20	ثالثاً: حرية السلطة القضائية و حرية الإدارة
21	المطلب الثاني: تمييز السلطة التقديرية عن بعض الأعمال الأخرى
21	الفرع الأول: السلطة التقديرية و أعمال الحكومة
23	الفرع الثاني: السلطة التقديرية و الظروف الاستثنائية
25	الفرع الثالث: الأعمال المادية و السلطة التقديرية
25	أولاً: الإجراءات التنفيذية التي تتم تطبيقاً للقوانين و القرارات الإدارية
26	ثانياً: التدابير الداخلية و السلطة التقديرية للإدارة
28	المبحث الثاني: تمييز السلطة التقديرية عن الاختصاص المقيد
28	المطلب الأول: معايير التمييز بين السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد
29	الفرع الأول: معيار علاقة الإدارة بالقواعد التشريعية
29	أولاً: معيار مدى إلزامية القواعد القانونية

31	ثانيا: معيار مدى الإعلان القانوني لأسباب القرار
32	ثالثا: معيار مدى مجموعة و تجريد القاعدة القانونية
33	الفرع الثاني: معيار علاقة الإدارة و قواعد التنظيم القانون عموما
34	أولا: نظرية الفقيه أيزمان
35	ثانيا: نظرية الفقيه ديلوبادير
36	الفرع الثالث: المعيار الراجح
37	المطلب الثاني: النتائج المترتبة على التفرقة بين السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد
37	الفرع الأول: أهمية التفرقة من ناحية حق الفرد إزاء المرافق العامة
37	أولا: قبل إنشاء و تنظيم المرافق العامة
38	ثانيا: بعد إنشاء و تنظيم المرافق العامة
39	الفرع الثاني: أهمية التفرقة من ناحية سحب القرارات الإدارية
43	الفصل الثاني: تطبيقات التقدير و التقيد في مجال النشاط الإداري
43	المبحث الأول: مظاهر الامتياز في القرارات الإدارية عموما
44	المطلب الأول: امتياز التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية
45	الفرع الأول: مبدأ الأثر غير الموقوف للقرارات الإدارية
45	أولا: مضمون المبدأ
47	ثانيا: مبررات المبدأ
51	الفرع الثاني: الطابع الاستثنائي لنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية
52	أولا: التكريس القانوني لنظام وقف التنفيذ
54	ثانيا: أهمية المبدأ
55	الفرع الثالث: القرارات الإدارية التي لا يجوز وقف تنفيذها
55	أولا: القرارات الإدارية الخاضعة للنظام الإداري
56	ثانيا: القرارات المتعلقة بالنظام العام
57	المطلب الثاني: مجال التقيد و التقدير لعناصر القرار الإداري
57	الفرع الأول: ركن الإختصاص
59	الفرع الثاني: ركن الشكل و الإجراءات
60	الفرع الثالث: ركن السبب

62 الفرع الرابع: ركن المحل
63 الفرع الخامس: ركن الغاية
	المبحث الثاني: مظاهر التقدير و التقيد في القرارات الإدارية المتعلقة بامتيازات السلطة
65 العامة خصوصا
65 المطلب الأول: أهم قرارات امتيازات السلطة العامة
65 الفرع الأول: امتياز التنفيذ الجبري و حالاته
66 أولاً: تعريف التنفيذ الجبري و حالاته
70 ثانياً: مظاهر التقيد في امتياز التنفيذ الجبري
71 الفرع الثاني: امتياز توقيع جزاءات إدارية عامة
71 أولاً: مفهوم العقوبة الإدارية
75 ثانياً: مظاهر التقدير و التقيد في الجزاءات الإدارية العامة
79 الفرع الثالث: امتياز نزع الملكية للمنفعة العامة
80 أولاً: مفهوم نزع الملكية للمنفعة العامة
81 ثانياً: مظاهر التقدير و التقيد في امتياز نزع الملكية للمنفعة العامة
86 المطلب الثاني: التطبيقات الأخرى التي تبين مدى التداخل بين التقدير و التقيد
87 الفرع الأول: في مجال التعيين في الوظائف العامة
88 الفرع الثاني: في مجال القرارات التأديبية
89 أولاً: استقلال جهة الإدارة في تقدير التناسب بين الجزاء و المخالفة
89 ثانياً: الغلو يحد سلطة الإدارة في تقدير التناسب بين الجزاء و المخالفة
89 الفرع الثالث: سلطة الإدارة في إصدار قرارات الاعتقال الإداري
92 الخاتمة
96 قائمة المراجع
104 الفهرس