الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة وهران

كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير ؛ موسومة بـ:

السلطة التقديرية

بين الفقه الإسلامي والقانون الإداري الجزائري

من إعداد الطالبة :

شيخي نبية

تحت إشراف:

أ. د/ أبو بكر أشهب

أ/ ليلى جمعي

السنة الجامعية 1425- 1426هـ الموافق لـ 2004-2005م

الإهـــداء:

إلى اللذان غمراني حبا و كانت دعواتهم لي نورا أضاء حياتي، إلى أعز ما لدي في الوجود بعد الله تعالى، إلى الوالدين العزيزين أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع و أدعو الله تعالى أن يجازيهما على صبرهما خير الجزاء في الدنيا و الآخرة.

كما أهدي هذا العمل إلى قدوتي في العلم و العمل، إلى أخي الدكتور محمد و أشكره جزيل الشكر على النصائح التي قدمها لي في سبيل إتمام هذا العمل.
كما أهديها إلى جميع أفراد أسرتي بدون استثناء.

و إهداء خاص جدا إلى النور الذي أضاء بيتنا مؤخرا ، ابنة الأخت نور الهدى راجية أن تنعم بالنشأة الصالحة و النجاح في الدنيا و الآخرة.

مقـــدمـــة:

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعلمين و على آله و صحبه و سلم أما بعد:

يمثل مبدأ المشروعية أحد المبادئ الرئيسية اللازمة لقيام الدولة القانونية. و لا ريب أن خضوع السلطة الإدارية – على وجه الخصوص – للقانون ، يمثل أهم نتائج و مقتضيات هذا المبدأ ، إذ أن احتمالات خروج الإدارة على هذا المبدأ قائمة بصورة كبيرة ، بسبب تعدد نشاطاتها و احتكاكها المستمر بالأفراد أثناء أداء وظيفتها مستعينة في ذلك بما قرره لها القانون من امتيازات لتمكينها من تحقيق الصالح العام ، و من أهم هذه الإمتيازات السلطة التقديرية للإدارة.

و السلطة التقديرية بمعناها الواسع ، هي ما تتمتع به الإدارة من حرية التصرف و التقدير أثناء ممارسة مختلف نشاطاتها. و إن كان ذلك يبدو متعارضا مع مبدأ المشروعية، غير أن تمتع الإدارة بحرية تقدير ملاءمة بعض جوانب هذه النشاطات أو عدم ملاءمتها ، لا يعني امتلاكها لسلطة مطلقة ، بل إن ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية إنما يتم في إطار القانون و في حدوده ، و أن أي سلطة مخولة للإدارة سواء كانت مقيدة أو تقديرية ليست إلا وسيلة لوضع القانون موضع التنفيذ في مواجهة الإحتياجات العامة للأفراد ، و مسايرة الواقع المتغير و المتجدد. كما أنها لا تشمل كل جوانب النشاط الإداري و إنما بعضه فقط ، بمعنى أنها مصاحبة باستمرار للسلطة المقيدة في تصرف الإدارة.

و حتى إذا تبين أن القانون بمعناه الواسع لم يأت على ذكر أي قيد على سلطة الإدارة التقديرية بشأن مسألة من المسائل ، فهنا أيضا لا يمكن التسليم بأن حرية الإدارة في التقدير هي حرية مطلقة ، لأن في هذه الحالة سيكون الصالح العام هو القيد و الضابط. كما أن تخلي قواعد القانون عن تقييد الإدارة في مسألة ما لا يستتبع تخلي القضاء عن رقابته على السلطة التقديرية لهذه الإدارة. فالقيمة الحقيقية لخضوع الإدارة لمبدأ المشروعية و سيادة القانون لا تظهر إلا بوجود رقابة فعالة ، يتمثل فيها الضمان الحقيقي لخضوع الإدارة للقانون و حماية الأفراد من تعسفها.

و قد ثبت أن السلطة التقديرية – التي يراها فقهاء القانون الإداري اليوم من أهم الإمتيازات التي يستلزمها الواقع المعاصر– و ثمرة جهود و تطورات عبر مراحل متعاقبة من الزمن– كانت من أهم الأساليب التي مارستها الإدارة في النظام الإسلامي ، لإيجاد الحلول الملائمة لمختلف المتغيرات، و هذا بفضل المرونة التي تمتاز بها الشريعة الإسلامية، و التي وسعتها منطقة العفو المتروكة قصدا للإدارة لتقدر على أساسها ما يلائم ظروف الحال. و تعتبر منطقة العفو هذه الدائرة الواسعة التي تجلت فيها تطبيقات السلطة التقديرية و إن لم تعرف تسميتها و لم تشيد لها نظرية.

فالحقيقة التي لا مجال للشك فيها هي أن السلطة التقديرية وجدت في الفقه الإسلامي بحقيقتها و معناها ، و قد ثبت لها أسس تبنى عليها كما ثبت لها ذلك في القانون الإداري. و حتى التقنيات التي ابتكرها القضاء الإداري لكشف مناورة الإدارة و تعسفها، وجدت في الفقه الإسلامي مبادئ تحتويها.

و مع ذلك فإن الدراسات في الفقه الإسلامي عن السلطة التقديرية تكاد تكون منعدمة برغم توافر تطبيقات لا حصر لها في واقع الإدارة في الإسلام تصلح لكتابة مجلدات في السلطة التقديرية ، و ليس السلطة التقديرية فقط بل في القانون الإداري ككل.

طـــرح الإشكـــال:

إذا كانت السلطة التقديرية تعني ذلك الجانب من الحرية الذي تمارسه الإدارة في مختلف أوجه نشاطاتها، فيلزم بعد ذلك معرفة لماذا تثبت هذه السلطة للإدارة ؟ و بعبارة أدق ما هو أساس وجودها ؟

فإذا تبين أن السلطة التقديرية هي سلطة قانونية قائمة على أساس المصلحة و الملاءمة، فهل عرف الفقه الإسلامي هذه السلطة بنفس الأسس التي ثبتت بالإستناد إليها في القانون الإداري ؟

و إذا كانت سلطة التقدير المعترف بها للإدارة ، لا تثبت للإدارة إلا في بعض جوانب التصرف الإداري و ليس كله ، فكيف يعرف هذا الجانب من حرية التصرف في نشاط الإدارة ؟ و بوجه أدق ما هو مجال تواجدها في القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي؟

و الإجابة على هذا الإشكال تستلزم إشكال آخر هو إذا كان تمتع الإدارة بحرية التقدير في بعض جوانب نشاطاتها هو مظنة تعسفها بسلطتها و انتهاكها لحقوق الأفراد ، فما هي آخر التقنيات التي توصل إليها القضاء الإداري في رقابته على أعمال الإدارة ، لرد هذه الأخيرة إلى حدودها المشروعة و حماية حقوق الأفراد و حرياتهم في مواجهتها؟

و إذا تبين أن القضاء الإداري قد توصل – بالفعل- إلى تقنيات هامة في مجال رقابته لسلطة الإدارة التقديرية ، فما موقف القانون الإداري الجزائري منها و الفقه الإسلامي منها؟

أهميـــــة البحـــث و أهدافـــــه:

موضوع البحث هو السلطة التقديرية كوسيلة فعالة في يد الإدارة تتيح لها مواجـــهة الإحتياجات العامة للأفراد ، و اختيار ما يلائم الصالـــح العام مع تبيين

الأساس القانوني لهذه السلطة و مجال تواجدها، ثم تقنيات الرقابة القضائية عليها. و هو دراسة مقارنة بين القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي ، هدفها الخاص هو تأصيل نظرية السلطة التقديرية.

أما خصوصية هذا الهدف فترجع إلى محاولة الرد على منكرين السلطة التقديرية في القانون الإداري و الفقه الإسلامي ، و هذا بتبيين أن لها أساس قانوني و شرعي تستند إليه ، و أنها ليست - كما يظنها بعض فقهاء القانون- إستثناء وارد على مبدأ المشروعية.

و لا كما تتهمها بعض الآراء في الفقه الإسلامي- القائمة على التقيد بظواهر النصوص ، و الغفلة عن مقاصد الشريعة و أسرارها، و التجاهل لتغير الواقع ، و هو أحوج ما يكون إلى مرونة الشريعة و ميزانها العادل الخالد - من أنها تحريف لنصوص الشريعة و تعطيل لها.

و تحقيق الهدف الخاص من هذا البحث و هو تأصيل السلطة التقديرية للإدارة في القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي يستتبعه تحقيق أهداف أخرى لها أهميتها في هذا الموضوع و هي:

- التعريف بالسلطة التقديرية في الفقه القانوني و القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي.
- التعرف على مبررات وجودها.
- بيان علاقتها باختصاصي الإدارة التقديري و المقيد.
- تحديد المجالات التي تكون ميدانا للسلطة التقديرية.
- التعرف على آخر ما توصل إليه القضاء الإداري في رقابته عليها وما يقابل ذلك من ضوابط في الفقه الإسلامي.

منهـــج البـــحـــث:

لقد تناولت دراسة موضوع السلطة التقديرية من جانبين بالإعتماد على المنهج الإستقرائي:

الجانب الأول: الجانب النظري ، و يشمل التعريف بها في الفقه القانوني و الإسلامي ، و مبرراتها ، و علاقتها بالإختصاص التقديري و المقيد.

الجانب الثاني: الجانب التطبيقي ، و يشمل التعريف بها في القانون الإداري الجزائري، و أساس وجوها ، و مجال تطبيقها ، و الرقابة القضائية عليها.

أهـم صعـوبـــاته:

إذا كان من اليسير بحث موضوع السلطة التقديرية في القانون الإداري عموما ، فالأمر ليس كذلك في القانون الإداري الجزائري على وجه الخصوص. فالمعلوم أن القانون الإداري الجزائري قد تبنى نظرية السلطة التقديرية من خلال تأثره بالنظام القانوني الفرنسي ، و قد اكتفى فقهاؤه بما تبنوه من حقائق حولها. أما العدد القليل منهم و الذين كتبوا في موضوعها، كانت كتاباتهم حولها عبارة عن نقط جزئية متناثرة في هذا الموضوع أو ذاك. لذلك تطلبت دراسة هذا الموضوع ، الإعتماد على قرارات الإدارة و القضاء في النظام الجزائري لاستخلاص مختلف الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع.

و هناك صعوبة أخرى لا تقل عن الأولى، و هي أن الفقه الإسلامي لم يعرف السلطة التقديرية بهذا المصطلح، و إن كانت موجودة فعلا بالشواهد النظرية و العملية. فالشواهد النظرية تتمثل في المبادئ و القواعد العامة للشريعة. و أما العملية فتتمثل في ممارسة الإدارة – في النظام الإسلامي– لهذه السلطة في مختلف نشاطاتها لمواجهة ما استجد من جزئيات الوقائع.

و عليه فإن استخلاص حقيقة هذه السلطة في الفقه الإسلامي و ما يتعلق بها من أحكام، تم من خلال استقراء لمجموعة من قرارات الإدارة في النظام الإسلامي، و الإعتماد على المبادئ العامة التي قررتها الشريعة لاستخلاص أحكاما يمكن مقابلتها بالأحكام المتعلقة بالسلطة التقديرية في القانون الإداري الجزائري ، و من هنا برزت صعوبة بناء خطة محكمة للبحث بحيث تكون الدراسة فيها مقارنة بين القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي. و يمكن تحديد معالم خطة البحث كالآتي:

يقسم البحث إلى فصلين:

الفصل الأول يتم فيه تحديد الأساس القانوني للسلطة التقديرية في القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي مقارنة و ترجيحا. مع تحديد ما تستلزمه هذه الدراسة من جزئيات – بالمقارنة أيضا- و تشمل التعريف بالسلطة التقديرية، مبررات وجودها، و علاقتها بالإختصاص التقديري و المقيد للإدارة.

الفصل الثاني و يتم من خلاله تحديد مجال هذه السلطة في القانون الإداري الجزائري بالمقارنة مع الفقه الإسلامي ، ثم بيان آخر ما توصل إليه القاضي الإداري الجزائري في رقابته عليها ، و المبادئ التي تقابلها في الفقه الإسلامي.

أما الخاتمة فتمثل خلاصة البحث و تشمل أهم نتائجه.

الفصـــل الأول

الأســـــــاس القـــانـــونـــي
للسلطـــة التقديريـــة

الفصل الأول: الأساس القانوني للسلطة التقديرية.

إن مبدأ المشروعية و سيادة القانون هو المبدأ الذي يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون و الإلتزام به في كافة أعمالها ، غير أن هذا المبدأ لن ينتج أثره إلا بقيام مبدأ آخر يكمله و يعتبر ضروريا مثله و هو مبدأ الملاءمة.

ذلك أنه لا يمكن للقوانين ومختلف القواعد العامة أن تتوقع كل الأمور مسبقا لأن الحقيقة متعددة الأشكال و متغيرة لا يمكن حصرها في مجال واحد بواسطة نص. لهذا السبب بالتحديد وجب أن تتمتع الإدارة بنوع من حرية التقدير أثناء تطبيقها هذه النصوص العامة[1].

هذه الملاءمة لا تمارسها الإدارة إلا من خلال إمتياز السلطة التقديرية التي يرى جانب كبير من الفقه القانوني أنها استثناء وارد على مبدأ المشروعية. فما مدى صحة هذا الرأي ؟

هذا ما سيتم الإجابة عنه في المبحثين المواليين: حيث سيتناول في: المبحث الأول : مفهوم السلطة التقديرية في القانون الإداري و الفقه الإسلامي . و في المبحث الثاني : الأساس القانوني لها في القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي.

---

[1] G. Vlacho: principes généraux du droit administratif , Ellipses Paris P 88.

المبحث الأول : مفهوم السلطة التقديرية.

من الأهمية أن تحترم الإدارة مبدأ المشروعية لغاية تحقيق الصالح العام [1] . غير أن المشروعية وحدها لا تكفي لهذه الغاية دون توافر عنصر الملاءمة في تصرف السلطة الإدارية [2]، لتمكين هذه الأخيرة من اتخاذ القرارات المناسبة لمختلف الحالات الواقعية.

هذا الجانب من الملاءمة الذي تمارسه الإدارة في إطار المشروعية الإدارية، هو ما يصطلح عليه بالسلطة التقديرية. فماذا نعني بالسلطة التقديرية للإدارة؟

لا يكفي الإجابة عن هذا التساؤل إجابة وافية، إلا بإبراز النقط الآتية : مفهوم السلطة التقديرية، مبرراتها، والمصطلحات المرتبطة بوجودها.

و هذا ما سيتم التطرق إليه خلال هذا المبحث، حيث سيتم تقسيمه إلى مطلبين، يخصص المطلب الأول منه لـــ: تعريف السلطة التقديرية و مبرراتها. و المطلب الثاني لـــ: إختصاصي الإدارة التقديري و المقيد.

---

(1) A.DeLaubadère et Y.Gaudemet: Traité de droit administratif, 16ème éd 2002 L.G.D.J, Delta, Tome(1) (Droit administratif général) p578.

(2) R.Chapus: Droit administratif général, 9ème éd 1995,delta,montchrestien, Tome (1), p930, et voir : G.Vedel: Droit administratif, 14ème éd 1968, Augmenté presses Universitaires de France, Paris, p278.

المطلب الأول: تعريفها و مبرراتها.

إن اختلاف المصالح التي يحميها كل من القانون العام و القانون الخاص، و تغليب الأول للمصلحة العامة التي تمثلها الإدارة على المصالح الخاصة التي تكرس أحكام القانون الخاص لحمايتهما، يستلزم بالضرورة أن تمنح للإدارة مجموعة من الإمتيازات، تحتكر مباشرتها، و لا يتصور منح أشخاص القانون الخاص مثلها، من ذلك السلطة التقديرية التي كانت و لا زالت تعتبر عند معظم فقهاء القانون الإداري، جوهر الإدارة و امتيازا رئيسيا من امتيازاتها.[1]

فماذا نعني بالسلطة التقديرية للإدارة ؟ و ما هي مبررات وجودها ؟

هذا ما سيتم الإجابة عنه في الفرعين المواليين حيث سيتم في الفرع الأول عرض : مفهوم السلطة التقديرية. و في الفرع الثاني : مبررات وجودها.

الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية.

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

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

---

[1] ينظر: د/ عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية ط سنة 1971، دار النهضة العربية ص63.

أولا: تعـــريفـــها لغـــــة:

السلطـــة[1]: لغة: بمعنى القوة و القهر، ولذلك يسمى السلطان سلطانا من التسلط و القهر[2].

و **التقديريـــة**: من التقدير، قال صاحب تاج العروس نقلا عن التهذيب: "و التقدير على وجوه من المعاني، أحدها: التروية والتفكير في تسوية أمر و تهيئته، زاد في البصائر: بحسب نظر العقل و بناء الأمر عليه و ذلك محمود. و الثاني: بعلامات يقطعه عليها[3]. والثالث: أن تنوي أمرا بعقدك، تقول : قدرت أمر كذا أي نويته و عقدت عليه".[4]

يقول د/ عصام البرزنجي: " إن المعنى اللغوي لمصطلح السلطة التقديرية يعني إمكانية التقرير الحر، أي التصرف طبقا لإرادة صاحب التصرف و طبقا لمحض رغبته الذاتية".[5] و لعله المعنى الجامع لمفهوم السلطة التقديرية في اللغة.

فإذا كان المعنى اللغوي للسلطة التقديرية يتلخص في الحرية الذاتية في التصرف. فهل يضم المعنى الإصطلاحي لها ذات الميزة؟

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

---

(1) من تعريفات السلطة أنها :" الحق في إصدار الأوامر و القدرة على الحصول على الطاعة و أنها : "درجة النفوذ في اتخاذ القرارات التي توجه أعمال الآخرين"، أما المفهوم السائد فهو المفهوم الشرعي الذي يرى:"أنها مجموعة من الحقوق التي يخولها المنصب أو الوظيفة لشاغلها و التي تعطى له الحق بإصدار الأوامر أو التعليمات إلى آخرين. د/أحمد عبد العظيم محمد: أصول الفكر الإداري في الإسلام ط1 1414هـ/1994م، مكتبة وهبة، القاهرة ص145، و ينظر: جريفث: نظرية الإدارة، ترجمة د/محمد منير مرسي و د/عزت عبد الموجود و د/سعد حماد، عالم الكتب، القاهرة ص108.

(2) محمد أبو بكر الرازي: مختار الصحاح، تحقيق مصطفى البغا، ط4 1990، دار الهدى، عين مليلة ص 203، و ينظر: أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور: لسان العرب، ط1 1412هـ/1992م، دار صادر بيروت ج7 ص320. و محمد مرتضى الحسيني الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، دار مكتبة الحياة ، بيروت ج5 ص 160.

(3) أي تسوية أمر بناء على أدلة يغلب على الظن صدقها.

(4) الزبيدي: المرجع نفسه، ج3، ص483. و ينظر: ابن منظور: المرجع نفسه، ج5 ص 75.

(5) د/ عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية ص61.

ثانيا: تعريفها في الفقه القانوني و القانون الإداري الجزائري:

لقد تعددت تعاريف فقهاء القانون الإداري للسلطة التقديرية للإدارة و اختلفت باختلاف الظروف و التطورات التي شهدتها هذه الأخيرة . فما هي أهم الآراء التي قيلت في حقها؟ و ما موقف القانون الإداري الجزائري منها ؟

1- تعريفها في الفقه القانوني:

مرت السلطة التقديرية بمراحل مختلفة وقد تعددت و تفاوتت مفاهيمها تبعا لذلك، و يعتبر النظام القانوني الفرنسي ، النظام الذي ظهرت فيه هذه السلطة بأجلى مظاهرها، إذ يشكل بالفعل الأساس الذي ظهرت من خلاله فكرة الدولة القانونية في كثير من الدول التي تأثرت بالنظام الفرنسي[1]، كالنظام القانوني المصري و الجزائري.

و على هذا يتعين أولا تتبع مسلك الفقه الفرنسي في تعريفها، قبل إبراز مفهومها في الفقه المصري و القانون الإداري الجزائري .

أ- السلطة التقديرية في الفقه الفرنسي:

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

أن السلطة التقديرية تعني حرية الإدارة في اختيار تصرفها[2]. و قريب منه تعريف " ديلوبادير DeLaubadère " و الذي جاء فيه أن السلطة التقديرية : هي حرية الإدارة في اختيار هذا أو ذاك القرار من بين قراراتها، بحيث لا يكون تصرفها منصوص عليه مقدما من طرف القانون[3].

---

[1] ينظرد/ البرزنجي: المرجع السابق ص01.

[2] G.Peiser: Droit administratif (Contentieux administratif) 14ème édition 1989, Mémentos, Dalloz, paris, p27.

[3] A.DeLaubadère: Traité de droit administratif, 16ème édition, L.G.D.J Delta 2002, Diffusion Librairie le point Jdeidet Elmetn, Beyrouth, Tome1(Droit administratif Général) p 579

كما عرفها بأنها ذلك الجانب من الحرية الذي تتركه المشروعية للإدارة لممارسة نشاطها.[1]

و حدد العميد " بونارBonnard " هذا النوع من السلطة قائلا:" تكون سلطة الإدارة تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الإختصاصات بصدد علاقاتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو تمتنع –عن التدخل– و وقت هذا التدخل، و كيفية و فحوى القرار الذي تتخذه. فالسلطة التقديرية تنحصر إذن في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمل هو ما يصح تركه"[2].

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

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

و الفقه الفرنسي الغالب يؤيد ما ذهب إليه الفقيه " موريس هوريو" منذ 1903، من أن السلطة التقديرية هي سلطة تقدير الملاءمة.[4]

فيراها الفقيه الفرنسي " شابي chapus " دعوة للإدارة لممارسة حرية

---

(1) A.DeLaubadère , OP.Cit. p578.

(2) د/ سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ط6 سنة 1991، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص31–32. و ينظر: مؤلفه: نظرية التعسف في استعمال السلطة ط2 ،1966 دار الفكر العربي ص50، و حمدي ياسين عكاشة: القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ط سنة 1987 ، منشأة المعارف، الإسكندرية ص660.

(3) Rivéro:Droit administratif, 7ème édition, 1975, Dalloz Paris p84 , et voir : R.Chapus: Droit administratif général , 9ème éd Delta Montchrestien, Tome (1) p 932.

(4) د/ سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة، ط سنة 1992، دار النهضة العربية، القاهرة ص19 نقلا عن :

Hauriou note sous - Ce.31.1.1902.Grazzietti,S,1903, 3, p113.

تقدير الملاءمة.[1] بمعنى أن سلطة التقدير تكمن أساسا في الملاءمة التي يترك القانون للإدارة أمر تقديرها في ضوء الصالح العام[2] . أي أنها حق الإدارة في تقدير ملاءمة أعمالها و ذلك في حدود معينة.[3]

و يؤكد هذا المفهوم " ديلوبادير DeLaubadère "عندما ذهب إلى أن فكرتي السلطة التقديرية و السلطة المقيدة تتعلقان بتقدير الملاءمة[4].

و يلاحظ أن المشرع يكتفي بوضع القاعدة القانونية التي تتصف بالمرونة تاركا للإدارة تقدير ملاءمة التصرف، شريطة أن تتوخى في كل عمل تأتيه الصالح العام، و أن لا تنحرف عن هذه الغاية مطلقا[5].

ب – السلطـــة التقديـــرية في الفقـــه المصـــري:

إن تبني النظام القانوني المصري لنظرية السلطة التقديرية- من خلال تأثره بالنظام الفرنسي- ساهم إلى حد كبير في إبرازها كضرورة قانونية، و كان لفقهه بالغ الأثر في التعريف بها. و لاستخلاص مفهوم هذه السلطة في الفقه القانوني المصري، ينبغي تتبع مسلك الفقهاء المصريين في تعريفها.

فمن أهم تعريفاتها: أن السلطة التقديرية هي كون الإدارة حرة إزاء وقائع معينة في التصرف، أي حرة في اتخاذ القرار أو الإمتناع عنه، و معنى ذلك أن القانون لا يفرض على الإدارة مقدما سلوكا معينا تنتهجه.[6]

غير أن أهم ما يؤخذ على هذا التعريف هو أن السلطة التقديرية لا تتمحور حول حرية الإدارة في اتخاذ القرار أو الإمتناع عنه فقط، بل تتعدى

---

(1) R.Chapus: Droit administratif général, OP.Cit, p930.

(2) د/ محمود عاطف البنا: الرقابة القضائية لأعمال الإدارة ط1 1970 ص58.

(3) E.S Laso: Traité de droit administratif, traduit par Simone Aicardi 1964, p 411

(4) عاطف البنا: الرقابة القضائية لأعمال الإدارة ص 58، و ينظر:
A.Delaubadère:Traité de droit administratif, p 579.

(5) سعيد عبد المنعم الحكيم: الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية و النظم المعاصرة ط2 1987، دار الفكر العربي القاهرة ص41، و ينظر:
G.Peiser: Droit administratif, p02

(6) د/ إبراهيم عبد العزيز شيحا: الوسيط في مبادئ و أحكام القانون الإداري ط سنة 1999، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ص411، و ينظر: ماجد راغب الحلو: القانون الإداري ط سنة 1996م، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ص 610.

هذا المجال إلى أوسع من ذلك، كما أن في هذا التعريف ملامح التأثر بتعريف A.De Laubader للسلطة التقديرية للإدارة.

و لعل أبرز التعاريف التي عبرت بصدق عن حقيقة هذه السلطة تعريف د.الطماوي لها إذ قال: " هي تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل من الأفراد و القضاء، لتختار في حدود الصالح العام وقت تدخلها، و وسيلة التدخل، و تقدير بعض الحالات الواقعية التي تحدث و لتقدير أصلح الوسائل للمواجهة".[1] ومعنى ذلك أن للإدارة وحدها أن تقرر أن هذا الإجراء ملائم أو غير ملائم، أي لها أن تزن وحدها ملاءمة قراراتها للظروف الواقعية.[2]

و عليه يتبين أن الفقه الحديث في مصر و فرنسا يتفقان على أن السلطة التقديرية للإدارة تتحقق كلما تخلى القانون (الذي يشمل كل القواعد التي تحكم نشاط الإدارة) عن تحديد و تنظيم جانب أو عنصر من عناصر قرار الإدارة أو نشاطها.[3]

فإذا تمتعت الإدارة بسلطة تقديرية، فإن معنى ذلك أن القانون قد منحها الحرية في مباشرة نشاطها، الذي يعطي للإدارة حرية تقدير ملاءمة أعمالها، و يؤدي إلى الإرتباط بين فكرة الملاءمة[4] و السلطة التقديريـــة و اتصالهما

---

(1) د/ سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري (دعوى الإلغاء) ط7 1996، دار الفكر العربي، مدينة نصر ج 1 ص37، و ينظر: مؤلفه: نظرية التعسف في استعمال السلطة ص 48 و حسين مصطفى حسين: القضاء الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية.الجزائر ص08.

و قريب من هذا التعريف ينظر: د/ محمود حلمي: القضاء الإداري، ط 3 1984، دار الثقافة، القاهرة ص 13.

- لقد اتبع د/الطماوي في تعريفه للسلطة التقديرية مسلك الفقيه Bonnard بحيث عمد إلى الدقة و التفصيل، فكان تعريفه بهذا المعنى من أهم التعاريف التي قيلت في شأنها.

(2) د/ سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة ص 19 نقلا عن : د/مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري و رقابته لأعمال الإدارة ط5 ص378.

(3) ينظر: د/ سامي جمال الدين : المرجع نفسه ص 21.

(4) "ملاءمة" تصرف ما تعني أن هذا التصرف كان مناسبا أو موافقا أو صالحا من حيث الزمان و المكان و الإعتبارات المحيطة و بعبارة أعم فإن هذا الإصطلاح يطلق على ما يوافق مركزا معينا أو حالة معينة ، بالنظر لما يحيط بهذه الحالة من اعتبارات الزمان و المكان و الظروف المحيطة. د/البرزنجي: السلطة التقديرية ص164.

الوثيق معا.[1]

أما تجنب بعض الفقه إصطلاح " الملاءمة" في تعريف السلطة التقديرية و استبداله باصطلاحات أخرى مثل " حرية الإختيار"[2] أو " حرية التقدير"[3] لا ينفي أن المسألة في النهاية مردها إلى تحديد الملاءمة.

و لعل تجنب هذا الإصطلاح يعود إلى التخوف من قاعدة أن القاضي الإداري هو قاضي المشروعية و ليس الملاءمة.[4]

و هو تخوف لم يعد له أي محل، إذ ليس معنى أن للإدارة سلطة تقديرية أن تفلت مباشرة هذه السلطة من رقابة القضاء[5]. كما أنه ليس ثمة ما يمنع من الرقابة القضائية على ملاءمة القرار توصلا إلى إثبات أحد عيوب مشروعيته مثل عيب الغاية أو إساءة استعمال السلطة و الإنحراف بها.[6]

---

(1) د/ محسن خليل: القضاء الإداري و رقابته لأعمال الإدارة ط سنة 1990. الإسكندرية ص 94.

(2) G.Peiser:Droit administratif, OP.Cit p27, et voir : A.DeLaubadère: OP.Cit, p579.

(3) Bonnard: le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir. R.D.P.1923, p 363.

(4) Bonnard : OP.Cit p 361.

و ينظر: سامي جمال الدين : المرجع السابق ص20.

- شرعية إجراء و ملاءمته لا تتعلقان بفكرتين متناقضتين ، " فشرعية" إجراء هي قيمته القانونية بالنسبة لقواعد ملزمة ، أما " ملاءمة" هذا الإجراء فهي موافقته ، وما يتمتع به من قيمة فنية بالنسبة لبعض القواعد التي تتصل مضامينها بتقديرات شخصية. البرزنجي، المرجع السابق ص165 نقلا عن: Dubisson: la distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie de recours pour excès de pouvoir, thèse.L.G.D.J.Paris 1958.

- أما سبب التخوف من قاعدة أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية دون الملاءمة ، هو أن مجلس الدولة الفرنسي ظل لمدة طويلة يرفض رقابته على الوقائع تخوفا منه للخوض في المسائل التقديرية (الملاءمات)، فاقتصرت رقابته على الجانب القانوني للنزاع بوصفه قاضيا للقانون أو المشروعية دون الوقائع ، لذلك ذهب أكثر الفقهاء إلى عدم توقيع الرقابة على الملاءمة ، غير أنهم فسروا بعض الحالات من الرقابة القضائية على الملاءمة ، بأن الملاءمة فيها إنما تكون عنصرا من عناصر الشرعية في التصرف. د/البرزنجي:المرجع نفسه ص163 و ينظر: د/ سامي جمال الدين: المرجع نفسه ص 142، نقلا عن : D.Rousseau: Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative, th, poitiers, 1979, p383.

(5) Voir : Jean Kahn: Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, thèse , colloque du 5 mars 1977, édition, Cujas, Paris.

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

(6) د/ سامي جمال الدين: المرجع نفسه ص20 و ينظر: د/محمد فؤاد عبد الباسط: أعمال السلطة الإدارية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ص 111-112 و Waline: le pouvoir discrétionnaire de l'administration et Sa limitation par le contrôle juridictionnel, R.D.P. 1930, p223.

إذ أن الرقابة على الملاءمة في هذا المجال ليست سوى توسيع لمجال المشروعية.[1]

و من ناحية أخرى، فإن اصطلاح " حرية التقدير " لابد و أن يرتبط بما يتم تقديره و هو ملاءمة القرار للصالح العام، كما أن" حق الإختيار" بين القرارات التي يجوز اتخاذها، لا يمكن أن يعني الإختيار العشوائي، و إنما يتحتم أن يكون للقرار الأكثر ملاءمة للصالح العام.[2]

من خلال ما تقدم يتبين أن "السلطة التقديرية ليست سوى حرية تقدير ملاءمة القرار الإداري في عناصره غير المقيدة قانونا"[3] ولعله التعريف الجامع و الراجح لحقيقة السلطة التقديرية في الفقهين الفرنسي و المصري، و يكون بذلك التعريف المختار لها.

2- تعريفها في القانون الإداري الجزائري:

لقد تبنى القانون الإداري الجزائري نظرية السلطة التقديرية، من خلال تأثره بالنظام القانوني الفرنسي (أي نظام الدولة التي أوجدتها)، غير أن مفهوم هذه الأخيرة كنظرية مستقلة بذاتها، لم يلق البحث الكافي من قبل الفقهاء الجزائريين.

و العدد القليل من التعاريف التي قيلت في حقها يلتمس فيها بعض التأثر بتعريفاتها في الفقهين الفرنسي و المصري.[4]

فأي المفاهيم اعتمد القانون الإداري الجزائري في تطبيقه لنظرية السلطة التقديرية؟

---

(1) Jean Kahn: OP.Cit p11.

(2) Waline: OP.Cit p216.

و ينظر: د/سامي جمال الدين : المرجع السابق ص21

(3) د/سامي جمال الدين : المرجع نفسه ص 21.

(4) من هذه التعاريف أن السلطة التقديرية هي : " قدر من الحرية و المرونة، يمنح للإدارة في تنفيذ القانون، بحيث لا تكون النصوص قيدا دائما عليها في كل عمل أو تصرف تقوم به ". عبد العزيز الجوهري: القضاء الإداري ط2 سنة 1987، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص 18.

و"أنها قدر معين من الحرية ، يترك للإدارة في الإختيار بين اتخاذ القرار من عدمه، رغم توافر شروطه ، مراعاة للظروف و المعطيات السائدة بالإدارة " (القضاء الإداري) ط سنة 1999، دار العلوم عنابة ص16.

من تطبيقات السلطة التقديرية – في القانون الإداري الجزائري- يظهر أن هذه الأخيرة لا يختلف مفهومها عما ذكره "بونار Bonnard" أو د/ الطماوي. أي أنها الحرية التي تتمتع بها الإدارة في حدود الصالح العام لتختار وقت تدخلها ، و وسيلة التدخل و تقدير الحالات الواقعية التي تحدث، و أصلح الوسائل للمواجهة.

و يؤيد هذا المفهوم قرارات قضائية عدة :

يذكر منها : قرار قاضي الغرفة الإدارية المؤرخ في 90/02/10 و الذي جاء فيه أن " للإدارة الحق في تأجيل البث في طلب رخصة البناء لمدة سنة طبقا للمادة 22 من القانون 82-02 المتعلق برخصة البناء.[1]

مما يعني أن القضاء الإداري لا يعارض تقدير الإدارة للوقت المناسب للتدخل، ما لم تخرج عن حدود القانون المراعى تطبيقه.

ومن ذلك أيضا. قرار قاضي الغرفة الإدارية المؤرخ في 1981/07/11 و الذي جاء فيه أنه " للإدارة فحص و معاينة مدى المساس الذي يلحقه البناء بالصحة و الأمن العامين ... ما قد تتوصل إليه المعاينة من نتائج، تقدر الإدارة الإجراء الذي يتناسب مع هذه النتائج" [2].

و هذا يؤيد حرية الإدارة في تقدير الوقائع و وسائل مواجهتها.

---

[1] م ع، غ إ، قضية رقم 62040 ، ب ح/ضد/م ش ب س. المجلة القضائية العدد 1991/03 ، ص 181 و ما بعدها.

[2] م ع.غ إ، قضية رقم22236، أ ر/ضد/ و د، سلسلة الإجتهاد القضائي الصادرة عن وزارة العدل، ديوان المطبوعات الجامعية 1986 ص196 وما بعدها. و في تأييد معنى السلطة التقديرية يرجع إلى : القرار المؤرخ في 2002/06/10، قضية رقم 002982، التي أقر فيها القاضي الإداري حرية الإدارة في تقدير الوقائع. مجلة مجلس الدولة العدد2002/02، دار هومة للطبع ص187، و من قرارات الإدارة ينظر: المرسوم رقم 63-388، المتعلق بإعلان المستثمرات الفلاحية المملوكة للأجانب أملاكا للدولة ج.ر، رقم 1963/73 ص1015. و ينظر مثلا : المرسوم المتعلق بوضع تحت حماية الدولة الأملاك التي تشكل طريقة إمتلاكها و تسييرها واستغلالها إخلالا بالنظام العام و السلم الإجتماعي.ج.ر، رقم 1963/30 ص450.

أما ارتباط السلطة التقديرية بفكرة الملاءمة في القانون الإداري الجزائري، فيؤكدها القضاء الإداري الجزائري، من خلال تبنيه لرقابة الملاءمة في الحالات التي يعاين فيها غلطا فادحا في تقدير السلطة الإدارية [1].

إذ لو لم تكن السلطة التقديرية في القانون الإداري الجزائري قائمة على فكرة الملاءمة لما لجأ القاضي الإداري لمراقبتها بهدف كشف مناورات الإدارة و تعسفها.

فإذا تبين توافق حقيقة السلطة التقديرية في القانون الإداري الجزائري مع حقيقتها في الفقه القانوني، فما موقف الفقه الإسلامي من ذلك ؟

هذا ما سيتم الإجابة عنه خلال النقطة الموالية:

ثالثا: مفهوم السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي:

السلطة التقديرية، ما هي إلا تسمية حديثة شملت منطقة "العفو" و بعض المساحات الأخرى التي اتسمت ببعض مواصفات تلك المنطقة.[2] و لاستخلاص مفهومها في الفقه الإسلامي، يتعين أولا تعريفها في الفقه الحديث، ثم تعريف المصطلح الذي انطوت تحته في الفقه الإسلامي.

1- المفهوم الحديث للسلطة التقديرية للإدارة:

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

---

[1] ينظر: وزارة العدل ملتقى قضاة الغرف الإدارية . الديوان الوطني للأشغال التربوية 1992، ص 118.

[2] د/ نذير محمد أوهاب: السلطة التقديرية مفهومها و تأصيلها ، دراسة مقارنة ، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب، السنة 13 العدد 25 محرم 1419هـ دار أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية و التدريب، الرياض المملكة العربية السعودية ص 07.

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

و يظهر أن في هذا التعريف ملامح التأثر بتعريف السلطة التقديرية في القانون الإداري.

و قريب منه أنها: "حيز لم يرد بشأنه دليل شرعي يحكمه، متروك لصاحب الشأن، مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة، و تدبير شؤونها ، ورعاية الصالح العام على مقتضى من روح الشريعة و مقاصدها".[2]

غير أن أهم ما يؤخذ على هذين التعريفين، أنهما يشيران إلى مجال السلطة التقديرية لا إلى حقيقتها. أي أنهما لا يفرقان بين حقيقتها و مجال تواجدها.

و لعل أدق تعريف للسلطة التقديرية في الفقه الإسلامي هو أنها "تلك السلطة التي لم يرد بشأنها نص من كتاب أو سنة يحددها مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة و تدبير شؤونها و رعاية الصالح العام، و بالجملة من كل ما يجلب مصلحة أو يدرأ مفسدة على مقتضى من روح الشريعة و مقاصدها العامة و لو لم يرد بشأنها أحكام تفصيلية " [3]

فمن خلال هذا التعريف يتبين أن الإدارة في النظام الإسلامي ملزمة بما جاءت به الشريعة، فتعمل به كما نصت عليه، مع مراعاتها للواقع الذي يعيشه الناس، فإذا هي حكمت بما يتلاءم مع الواقع فيما لم يأت فيه نص خاص، كانت بذلك موافقة، لما جاءت به الشريعة و نصت عليه، لا معارضة لها.[4]

---

(1) مصطفى كمال وصفي: مصنفة النظم الإسلامية ، مكتبة وهبة القاهرة ص250.

(2) د/ نذير أوهاب: المرجع السابق ص09

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

(4) د/ السيد أحمد فرج: السلطة الإدارية و السياسة الشرعية في الدولة الإسلامية، ط1 1414هـ/1993 م دار الوفاء المنصورة ص 38.

و في ذلك يقول ابن خلدون :" إن سلطان الدولة يجب أن يستند إلى شرع منزل من عند الله أو إلى سياسة عقلية تدار بها المصالح العامة ".[1]

و على هذا الأساس منحت الشريعة للإدارة سلطات تقديرية واسعة للنظر في المصلحة العامة و تقدير الإجراءات الكفيلة بذلك" [2] ، و بات من المقررات الشرعية أن " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" [3] أي أن التصرف الإداري المعتبر هو ما كان موافقا للمصلحة.[4]

و المصلحة المقصودة هنا ليست تلك المبنية على التشهي و الهوى، بل هي المصلحة الملائمة لمقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلا من أصوله و لا دليلا من أدلته[5].

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

و بناءا عليه فإن الفقه الإسلامي قد عرف فكرة السلطة التقديرية للإدارة في إطار دائرة "العفو"، وهي الدائرة الواسعة التي تجلت فيها تطبيقات السلطة التقديرية و إن لم تعرف تسميتها و لم تشيد لها نظرية.[6]

---

(1) ابن خلدون : المقدمة، ط 7 ، 1989، دار القلم ، بيروت، ص 303.

(2) الدريني: المرجع السابق ص241. و ينظر: د/ محمد سلام مذكور : المدخل للفقه الإسلامي، ط2، 1996، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، ص 281.

(3) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية بيروت، مادة 58 ج1 ص51. و ينظر: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم: الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ط1 1417هـ/ 1996م، الناشر مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة الرياض ج1 ص124.

(4) ينظر: جلال الدين السيوطي: الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية، تحقيق حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط1 1419هـ/ 1998م دار الكتب العلمية بيروت ج1 هامش ص269.

(5) ينظر: عبد الملك بن عبد الله الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق د. عبد العظيم الديب ، ط2 1401هـ مكتبة إمام الحرمين ص270 و ينظر: د/ الدريني: المرجع نفسه ص106، و د/ نعمان جغيم: طرق الكشف عن مقاصد الشارع ، ط1 1422هـ/ 2002م ، دار النفائس للنشر و التوزيع الأردن ص185.

(6) ينظر : د/ نذير أوهاب: المرجع السابق ص 46.

وتشمل منطقة العفو هذه مجالات كثيرة تدخل في تنظيم المباح و العمل بالمصالح المرسلة و أبوابا واسعة من السياسة الشرعية. و أغلب تسمية انطوت تحتها سلطة الإدارة التقديرية، مصطلح "السياسة الشرعية"، التي يكمن فيها أصدق تعبير لنظرية السلطة التقديرية في القانون الإداري.

2- مفهوم السلطة التقديرية على ضوء مصطلح السياسة الشرعية:

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

السياسة[1] الشرعية عند ابن نجيم هي " فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها و إن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي"[2].

و قريب من هذا التعريف أنها " فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها فيما لم يرد فيه نص خاص، و في الأمور التي من شأنها ألا تبقى على وجه واحد، بل تتغير و تتبدل تبعا لتغير الظروف و الأحوال." [3]

و عرفها ابن عقيل بقوله [4] : " ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول و لا نزل به الوحي" ثم قال : فإن أردت بقولك " إلا ما وافق الشرع " أي لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح، وإن أردت " لا سياسة إلا ما نطق به الشرع " فغلط و تغليط للصحابة [5].

---

[1] السياسة لغة: هي القيام على الشيء بما يصلحه. د/ صلاح الدين بسيوني رسلان: الفكر السياسي عند الماوردي ط سنة 1985، مكتبة نهضة الشرق. القاهرة ص 49.

[2] إبراهيم بن يحيى خليفة: السياسة الشرعية ، تحقيق د/ فؤاد عبد المنعم، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ص48 .

[3] إبراهيم بن يحيى خليفة: السياسة الشرعية ، تحقيق د/ فؤاد عبد المنعم، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ص 68 نقلا عن : د. عبد العال عطوة: مذكرة نظام الحكم لطلبة المعهد العالي للقضاء ، الرياض ص 14-15.

[4] جرى هذا الكلام في مناظرة بين أبي الوفاء بن عقيل و بين بعض الفقهاء.

[5] ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، تحقيق أيمن عرفة ، المكتبة التوفيقية ص 24. وينظر كتابه : إعلام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق محي الدين عبد الحميد ط سنة 1407هـ/1987م، المكتبة العصرية بيروت ج4 ص 372.

و احتج ابن عقيل في قوله هذا بألوان السياسة التي استعملها الخلفاء الراشدون و لم يعارض فيها أحد فقال : و لو لم يكن إلا تحريق عثمان المصاحف فإنه كان رأيا يعتمد فيه على مصلحة الأمة، و تحريق علي الزنادقة في الأخاديد و نفي عمر لنصر ابن حجاج" [1]

يلاحظ في معنى السياسة الشرعية عند ابن عقيل أن فيه ملامح من مفهوم السلطة التقديرية في القانون الإداري.

و قريب منه عرفها أ. عبد الوهاب خلاف بقوله" تدبير الشؤون العامة للدولة ، بما يكفل تحقيق المصالح و دفع المضار مما لا يتعدى حدود الشريعة و أصولها الكلية." [2]

و الحقيقة التي أجمع عليها الفقهاء المتقدمون منهم و المتأخرون هي أن السياسة إسم للأحكام التي تدار بها شؤون الأمة في حكومتها و تشريعها و قضائها، و في جميع سلطاتها التنفيذية و الإدارية و في علاقاتها التي تربطها بغيرها من الأمم [3].

فالسياسة الشرعية و إن لم تظهر كدليل شرعي أصيل ، إلا أنه لا يمكن استبعادها أو استثناؤها على أنها جزء من أجزاء الشريعة أو باب من أبوابها، و إلا لأدت إلى كثير من ضياع حقوق و تعطيل حدود و عدم القيام بمصالح العباد ، و إغلاق طريق الحق و أوجدت تقصيرا في تطبيق الحكم على الواقع[4].

و هذا ما أكده ابن قيم بقوله: " و من له ذوق في الشريعة و اطلاع على كمالاتها و تضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش و المعاد ، و مجيئها بغاية العدل الذي يفصل بين الخلائق ، و أنه لا عدل فوق عدلها و لا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح ، و عرف أن السياسة العادلة جزء من أجزائها

---

(1) ابن قيم : الطرق الحكمية ، ص 24- 25.

(2) عبد الوهاب خلاف: السياسة الشرعية ط 1397هـ/1977م دار الأنصار القاهرة ص 20.

(3) عبد الله محمد القاضي: السياسة الشرعية مصدر للتقنين بين النظرية و التطبيق، ط 1 1410هـ/ 1989م، ص 13.

(4) ناجي إبراهيم السويد: فقه الموازنات بين النظرية و التطبيق ، ط1 1423هـ/ 2002م ، دار الكتب العلمية بيروت ص195.

و فرع من فروعها ، و أن من أحاط علما بمقاصدها و وضعها موضعها[1]، و حسن فهمه فيها لم يحتج إلى سياسة غيرها البتة.[2]

فإذا كانت السياسة الشرعية بهذا المعنى فإنها تكون أقرب إلى مفهوم السلطة التقديرية في القانون الإداري ، بيد أن ذلك لا يعني تمام التطابق بين الحقيقتين ، ذلك أن أحكام السياسة الشرعية تدور في إطار تنطوي تحته عدة سلطات [3] بما فيها السلطة الإدارية، مما يعني أنها أوسع من مفهوم السلطة التقديرية للإدارة، و عليه تكون السلطة التقديرية جزء من أجزائها يمكن تسميتها بمنطقة "العفو التشريعي"[4] و محلها – في الفقه الإسلامي– هو منطقة الظنيات من الأحكام و ما لا نص فيه، و هي منطقة متروكة قصدا من الشارع الحكيم عفوا و توسعة على عباده ورحمة بهم من غير نسيان منه.[5]

مما يعني أن الشارع الحكيم لم ينص على كل شيء ، بل هناك أشياء ترك النص عليها مطلقا ، و أشياء نص عليها إجمالا ، و أشياء نص عليها بالتفصيل المناسب لها.

و قد علم بالإستقراء أن ما يتغير بتغير الزمان و المكان و الإنسان تغيرا كليا ، ترك الشارع النص عليه، و هو منطقة العفو المتروكة للإدارة لتقدر على أساسها ما يناسب ظروف الزمان و المكان في ضوء النصوص و المقاصد العامة، و ما يتغير بعض التغير نص عليه إجمالا و ترك للإدارة تفصيلاته ، و ما لا يتغير كثيرا بتغير الزمان و المكان و أحوال الإنسان فصل فيه الأحكام[6].

من خلال ما تقدم يستنتج أن السلطة التقديرية تقوم على أساس الملاءمة التي تستقل الإدارة بأمر تقديرها و أنها ليست سلطة تحكمية بل هي سلطة

---

(1) أي طبقها و حققها في خصوصيات الوقائع. د/ يوسف أحمد البدوي: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ، ط1 1421هـ/ 2000 م ، دار النفائس للنشر و التوزيع الأردن ص118.

(2) ابن قيم: المرجع السابق ص14– 15.

(3) ينظر : د/سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة و في الفكر السياسي الإسلامي ط6 1416هـ/1996م، دار الفكر العربي. مدينة نصر ص 589 وما بعدها.

(4) لقيامها على أساسها.

(5) د/ يوسف القرضاوي: السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة و مقاصدها، ط1 1419هـ/ 1998م، مكتبة وهبة القاهرة ص70– 71.

(6) د/ يوسف القرضاوي: المرجع نفسه ص 71– 72.

قانونية منظمة غايتها تحقيق الصالح العام الذي يمثل عنصر المشروعية فيها.[1]

مما يعني أنها لا تتعارض بأي حال من الأحوال مع مبدأ المشروعية ، و إنما تتضمن فقط توسيع لنطاق هذا المبدأ دون تجاوز لحدود هذا النطاق.[2]

فإذا كانت السلطة التقديرية على هذا القدر من الشرعية، فهذا يعني أن ثمة دواع و مبررات لوجودها. و هذا ما سيتم تبيينه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: مبررات السلطة التقديرية.

لا ريب أن اتصاف القاعدة القانونية بالمرونة و من ثم توافر السلطة التقديرية للإدارة في تطبيقها يحقق أكبر درجات الملاءمة للحالات الواقعية.[3] فإذا تبين أن السلطة التقديرية هي سلطة قانونية لا يتناقض وجودها مع مبدأ المشروعية فما هي مبررات وجودها في الفقهين القانوني و الإسلامي؟

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

أولا: مقتضيات النشاط الإداري: (الإعتبارات الفنية)

تستقي الإدارة اعتباراتها الفنية من الخبرة و التجارب التي تكتسبها، و من الروح العملية التي تستمدها من إشرافها المستمر على المرافق العامة

---

(1) G.Vedel: Droit administratif, p279.

(2) سعيد عبد المنعم الحكيم: الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية و النظم المعاصرة ص45، و ينظر: وزارة العدل: ملتقى قضاة الغرف الإدارية ص140، و د/ عمر محمد الشوبكي: القضاء الإداري ، ط1 1996 مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع عمان ص74.

(3) د/ سامي جمال الدين : قضاء الملاءمة ص 26.

في الدولة.[1]

حيث لا يمكن اعتبار الإدارة مجرد آلة صماء أو أداة لتنفيذ القانون تنفيذا حرفيا، دون مراعاة الظروف المحيطة بهذا التنفيذ، بل يتعين منحها القدرة على الإختيار، و الإعتراف لها بقدر من حرية التصرف.[2]

لأنه إذا كان من شأن السلطة المقيدة تحقيق أكبر ضمان لحريات الأفراد و حمايتهم من تعسف الإدارة و سوء استعمالها لسلطتها، إلا أن التنظيم الإداري السليم ومقتضيات المصلحة العامة تستدعي في بعض المجالات عدم تكبيل الإدارة بالقيود التي تشل حركتها وتفقدها مرونة التصرف، على النحو الذي يؤثر على ملاءمة مواجهتها لظروف الحياة المتغيرة و المختلفة، و يضر في النهاية بالصالح العام، بما يشمل حقوق الأفراد أنفسهم.[3] فإن المصلحة العامة لن تتوافق مع إدارة مبرمجة السلوك مثل الإنسان الآلي، و إنما يستلزم لتحقيق هذه المصلحة العامة أن تكون للإدارة سلطتها التقديرية بالقدر الكافي لمواجهة التحولات التي يشهدها عالم الإدارة العامة اليوم في أهدافها و وسائلها و دورها و نشاطها.[4]

من هنا تبدو السلطة التقديرية كضرورة لا غنى عنها، و كوسيلة مثلى لتحقيق المصلحة العامة و لضمان المشروعية في المجتمع.[5]

و بناءا عليه فإن السلطة التقديرية هي الوسيلة الناجحة و الفعالة ، التي تتيح للإدارة القيام بالتزاماتها و مواجهة الإحتياجات العامة للأفراد، و التي

---

[1] ينظر: الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية ص 34، و مؤلفه: نظرية التعسف في استعمال السلطة ص 52.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ط سنة 2001 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ص 15، د/ محسن خليل: القضاء الإداري و رقابته لأعمال الإدارة ص97.

[3] د/ محمد فؤاد عبد الباسط: أعمال السلطة الإدارية ص110 ، و ينظر: د/سامي جمال الدين: المرجع السابق ص 26 و د/ سليمان محمد الطماوي : نظرية التعسف في استعمال السلطة (مرجع سابق) ص 50-51، وينظر:

G.Peiser Droit administratif, p27, et R.Chapus: Droit administratif général , p 930.

[4] د/سامي جمال الدين : المرجع نفسه ص 27 و ينظر : عمر محمد الشوبكي: القضاء الإداري ص70، و عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة ص 03، و محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري) ، دار النهضة العربية القاهرة ص114-115.

[5] د/ سامي جمال الدين: المرجع نفسه ص 27.

تستطيع بمقتضاها اختيار أنسب الوسائل و أفضل الأوقات لكي تقوم بالعمل أو تمتنع عنه، و اتخاذ القرارات اللازمة و الملائمة.[1]

مـــوقـــف الفقـــه الإسلامـــي:

لم تعالج الشريعة -أيضا- بالتفصيل كل ضرورات الحياة و مشاكلها، و لكنها أرادت أن تحدد بأحكامها المنصوصة المجال الإجتماعي الذي يجب على الأمة أن تتطور في حدوده، وتركت هذا العدد الهائل من المسائل القانونية المحتملة الوقوع لتعالجها الإدارة على ضوء مقتضيات العصر و تبعا لتغير الظروف السائدة [2]. استنادا إلى القاعدة الفقهية " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان" [3] .

فالأحكام المقصودة من هذه القاعدة هي التي قررها الإجتهاد بناءا على القياس أو على دواعي العرف و المصلحة ، أما الأحكام الشرعية الثابتة التي جاءت الشريعة لتأسيسها، فهذه لا تتبدل إنما وسائل تحقيقها و أساليب تطبيقها قد تتبدل باختلاف الأزمنة المحدثة، فإن تلك الأساليب والوسائل في الغالب لم تحددها الشريعة، بل تركتها مطلقة لكي تختار منها الإدارة وفق تقديرها ما هو أصلح في التنظيم نتاجا و أنجح في التقويم علاجا.[4]

و استجابة الإدارة لمقتضيات مبدأ المشروعية و دواعي الصالح العام، إنما جاءت من الأدلة الشرعية التي تستمد منها الأحكام، فإن هذه المصادر فيها من المرونة و الإتساع ما يجعل الفقه المأخوذ منها، فقها مرنا صالحا

---

(1) سعيد عبد المنعم الحكيم: المرجع السابق ص 46.

(2) د/سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية و مبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف الإسكندرية ص 131.

(3) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، مادة 39 ج1 ص43.

(4) مصطفى محمد الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ط10 1387هـ/ 1968م ، مطبعة طربين دمشق ج2 ص924-925. و ينظر: د/ حازم عبد المتعال الصعيدي: النظرية الإسلامية في الدولة مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث ط سنة 1406هـ/ 1986م دار النهضة العربية القاهرة ص 436 و محمد أسد: منهاج الإسلام في الحكم ، ترجمة منصور محمد ماضي ، دار العلم للملايين بيروت ط3 1967 ص 34-35.

للتطبيق حسب حاجات الناس ومطالب الحياة المتجددة في مختلف البيئات و الأزمنة [1].

وبناء عليه يتبين أن استناد أعمال الإدارة في الإسلام أساسا على قانون الشرع، لا ينفي تطويرها للأحكام المؤسسة عليه، مادامت تتطور على الشكل الذي يتناسب مع روحه العامة و تقتضيه الأوضاع القائمة.[2]

و تجدر الإشارة إلى أن مقتضيات النشاط الإداري ليس المبرر الوحيد لوجود السلطة التقديرية بل ثمة مبرر آخر لا يقل أهمية عن هذا الأول.

ثانيا: قصـــور النصوص عن الإستيعاب الحرفي للوقائع (الإعتبارات العملية):

بالرغم من أنه ليس ثمة ما يمنع المشرع من تقييد النشاط الإداري بالكامل ، و من ثم مصادرة كل سلطة تقديرية ، فقد ثبت استحالة ذلك باستثناء مسائل محدودة من النشاط الإداري [3].

إذ أن المشرع مهما بلغت دقته في وضع النصوص لا يمكنه الإحاطة بكل شيء مهما دنى ، والإلمام بجزئيات لا حصر لها ، بحيث يضع لكل مشكلة حلها و يعد لكل احتمال الموقف المناسب لمواجهته ، لذلك كان من اللازم أن يترك للإدارة وهي تمارس وظيفتها حرية تقدير ملاءمة أعمالها[4].

فمن الناحية النظرية ومع إمكانية أن يعالج أحد القوانين المسائل التفصيلية لموضوعه فيحددها بالدقة اللازمة ، إلا أنه عملا ليس من السائغ أن يتخبط المشرع في الجزئيات الدقيقة التي تتسم بالتطور المستمر. و لا ريب

---

[1] د/زكي الدين شعبان: مرونة الفقه الإسلامي وإبطال دعوى جموده. مجلة الحقوق ، السنة 6، العدد 2 /1982، ط2 1994، ص221 و ينظر : محمد أسد: المرجع السابق ص40. وناجي إبراهيم السويد: فقه الموازنات ص181.

[2] د/جمال الدين عطية : نحو تفعيل مقاصد الشريعة ط 2001 دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، دمشق ص201، و ينظر د/سامي جمال الدين: المرجع السابق ص126 وما بعدها.

[3] د/ سامي جمال الدين : قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، ص27

[4] د/ محمود حافظ: القضاء الإداري ط1 1987، مطبعة الجامعة الأردنية عمان، ص 150، و ينظر: د/ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، ص 611، ود/ سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية ص33.

أن الإدارة بما لديها من أجهزة فنية متخصصة هي الأقدر على تحديد هذه التفصيلات [1].

و من ناحية أخرى فإنه يلزم لسلامة التنظيم القانوني أن يتحقق للقوانين القدر الكافي من الثبات و الإستقرار ، و بما أن الظروف قد تتغير من وقت لآخر مما يستوجب إعادة النظر في شروط و أوضاع تطبيقها، كان من الأفضل أن تحدد هذه الشروط بواسطة السلطة التنفيذية ، حتى يمكن تغييرها بسهولة دون حاجة إلى تغيير القوانين ذاتها أو تعديلها [2] ، خاصة و أن العمل التشريعي يتطلب وقتا كبيرا من أجل إعداد المشاريع و التصويت عليها و إصدارها مما يؤدي إلى تفويت فرصة معالجة المشاكل في وقتها .

من هنا كان المشرع في كثير من الأحيان يقنع بتحديد الضوابط و الموجهات العامة في هذا الأمر أو ذاك ، ويترك بعد ذلك للإدارة حرية تقدير التصرف المناسب بحكم احتكاكها المستمر بالأفراد و بمشاكلهم [3] . أي أن توكل مواجهة الظروف و التطورات إلى السلطة اللائحية نظرا لما تتميز به اللوائح من مرونة وبساطة في إجراءات وضعها وتعديلها وسرية اتخاذها [4].

موقف الفقه الإسلامي:

عبر فقهاء الشريعة عن هذا المبرر بمنطق لا يختلف عن منطق فقهاء القانون. فمن الواضح أن الشريعة الإسلامية لم تتناول بأحكامها إلا المبادئ العامة للمسائل التي تتأثر بطبيعتها بالتطور الإجتماعي للإنسان ، تاركة بذلك المجال للتغيير الذي يقتضيه الزمن في الجوانب الفرعية لهذه المسائل [5].

يقرر أحد الفقهاء [6] – في هذا المعنى – أنه إذا فهمنا عدم قصور الكتاب و السنة كمصدرين أساسيين في الإستنباط على أساس وجود نصوص جاهزة لدينا لكل الوقائع ، فإن هذا الإعتقاد غير صحيح ، إذ النصوص

---

(1) د/ البرزنجي : السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية ، ص "ج" من مقدمة الكتاب .
(2) د/ سامي جمال الدين : المرجع السابق ، ص 27-28
(3) د/ محمد فؤاد عبد الباسط : أعمال السلطة الإدارية ، ص110.
(4) د/ سامي جمال الدين : المرجع نفسه ، ص 28.
(5) د/ سامي جمال الدين : تدرج القواعد القانونية و مبادئ الشريعة الإسلامية ، ص127 .
(6) و هو الشيخ محمد مهدي شمس الدين .

قاصرة بهذا المعنى بكل تأكيد ، بينما يمكن فهم كفاية النصوص في ضوء إعادة كل الوقائع إلى المبادئ الكلية و لن نجد حينئذ قصورا في مصادره [1].

و عليه فإن حل إشكالية قصور النص التشريعي عن استيعاب الوقائع الحياتية استيعابا حرفيا عبر منح دور أكبر للإجتهاد المقاصدي ينعكس مباشرة و منطقيا على آلية الإستنباط في دائرة العفو التشريعي [2].

فالإجتهاد المقاصدي يوسع دائرة النص الشرعي و يحرره من الجمود حتى يتسع صدر الشريعة لكل ما يستجد من الوقائع ، و هذا ما يعطي الشريعة الخلود و الشمول، و هذه النظرة للشريعة لا تتأتى إلا بإدراك و فهم الأحكام على ضوء المقاصد و المصالح.[3] ثم إن إطلاق الحكم في المسائل الإستنباطية ينطلق بناءا عن تعليل مرتبط بالتقدير للمصالح و المفاسد ، و من المسالك المهمة في التعليل مسلك المناسبة أو الملاءمة [4]، ومن هنا يأتي دور السلطة التقديرية للإدارة كوسيلة فعالة لضمان المشروعية و ما تهدف إليه من تحقيق للصالح العام .

خلاصة القول أن السلطة التقديرية هي تنفيذ و توسيع لنطاق حكم مبدأ المشروعية و ما يقتضيه من صالح عام و ليست – أبدا– استثناء وارد عليه ، وقد ثبتت في الفقه الإسلامي في دائرة العفو التشريعي التي تركتها الشريعة – قصدا و عمدا– في يد السلطة الإدارية لتعالج من خلالها المستجدات، تبعا لما تراه من ظروف الحال و تقديرها للملاءمات[5].

---

[1] د/ جمال الدين عطية : نحو تفعيل مقاصد الشريعة ص190. و ينظر: د/ أحمد الحصري : الدولة وسياسة الحكم في الفقه الإسلامي ، ط سنة 1408هـ/ 1988م ، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ج2 ص33 و ما بعدها. و محمد أسد : منهاج الإسلام في الحكم، ص174 إلى 189 ، و الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم ص432.

[2] د/ جمال الدين عطية : المرجع نفسه ص 191.

[3] د/ يوسف أحمد البدوي: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ص115– 118 نقلا عن: سالم يفوت: حفريات المعرفة ص47، و ينظر: إسماعيل الحسيني: نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، ط1 1416هـ/ 1995م المعهد العالمي للفكر الإسلامي ص299.

[4] ناجي إبراهيم السويد: فقه الموازنات ص78. و ينظر: د/ نعمان جغيم: طرق الكشف عن مقاصد الشارع ص176.

[5] ينظر محمد سعيد العشماوي: الإسلام السياسي ، ط سنة 1990، ص 236 ، و محمد مهنا العلي : الإدارة في الإسلام ، ط سنة 1991 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص 97.

و وجدت هذه السلطة لاعتبارين ، إعتبار فني و يتمثل في مقتضيات النشاط الإداري و دواعي المصلحة العامة، و اعتبار عملي و يتجلى في قصور النصوص عن استيعاب الوقائع و المستجدات إستيعابا حرفيا، على أن لا تتعارض هذه الإعتبارات مع روح القانون ومقاصده و أن تتناسب مع روح الشريعة و مبادئها العامة. أي أن تمارس في حدود الإطار المسموح لها .

المطلب الثاني : إختصاصي الإدارة التقديري و المقيد.

ذهب جانب كبير من الفقه القانوني إلى اعتماد مصطلحي الإختصاص التقديري و السلطة التقديرية كمترادفين لهما مدلول واحد ، مع أن الإختصاص خلاف السلطة.

و انصرف رأي آخر من الفقه القانوني و الإسلامي إلى اعتبار السلطة التقديرية و المقيدة مصطلحان متناقضان لا يمكن لهما أن يجتمعان .

فما مدلول الإختصاص التقديري للإدارة ؟ و لماذا يعتبره جانب كبير من الفقه القانوني مرادفا لمصطلح السلطة التقديرية ؟

و هل يعتبر الإختصاص المقيد جانب منفصل عن السلطة التقديرية أم ثمة مجال لتواجدهما معا في النشاط الإداري ؟

للإجابة عن هذه التساؤلات سيتم تخصيص فرعين، حيث يتم في الفرع الأول عرض : مدلول الإختصاص التقديري و علاقته بالسلطة التقديرية. و في الفرع الثاني: مدلول الإختصاص المقيد و علاقته بالسلطة التقديرية.

الفرع الأول : مدلول الإختصاص التقديري و علاقته بالسلطة التقديرية.

يرى جانب كبير من الفقه إعتبار الإختصاص التقديري و السلطة التقديرية مصطلحان يعبران عن نفس المدلول، في حين ذهب البعض الآخر إلى إعطاء الإختصاص معنى آخر يختلف عن معنى السلطة التقديرية، لكن دون أن ينفصل عنها.

فما نعني بالإختصاص التقديري ؟ و لماذا يرى غالبية الفقه القانوني أنه مصطلح يعبر عن نفس مدلول السلطة التقديرية للإدارة؟ و ما موقف الفقه الإسلامي من ذلك ؟

أولا: مفهوم الإختصاص التقديري و علاقته بالسلطة التقديرية في القانون الإداري :

قبل إبراز علاقة الإختصاص التقديري بالسلطة التقديرية ، ينبغي الوقوف عند مفهومه .

1- مفهومه:

قبل تبين المعنى القانوني لهذا المصطلح يتعين – أولا – إبراز معناه اللغوي .

أ – تعريفه لغة :

الإختصاص في معناه اللغوي مصدر للفعل إختص ، يقال : فلان إختص بالأمر، و تخصص له، إذا انفرد به، و اختصه، أفرده به دون غيره [1].

قال صاحب " تاج العروس" : نقله الصاغاني (واختصه بالشيء) اختصاصا (خصه به فاختص و تخصص لازم متعد) [2] أي انفرد بالأمر . وعليه يكون معنى الإختصاص التقديري [3] في اللغة " انفراد صاحب الشأن بالتصرف لتسوية أمر من الأمور بتروية و تفكير ".

ب- تعريفه في الإصطلاح القانوني :

قبل تعريف **الإختصاص التقديري** بهذا التركيب ، يتعين أولا تعريف الإختصاص كمصطلح منفرد .

الإختصاص الإداري :

يعني " مجموعة الصلاحيات المخولة لجهة الإدارة ، أو مجموع ما خولت الإدارة القيام به من الأعمال" [4].

---

(1) ابن منظور : لسان العرب ج 7 ، ص24

(2) الزبيدي : تاج العروس ج4 ، ص388

(3) يرجع في تعريف التقدير إلى الفرع الأول من هذا المطلب

(4) د / سامي جمال الدين : قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، ص 18

أو هو " الصفة القانونية لرجل الإدارة أو الهيئة الإدارية في اتخاذ قرار ما على نحو يعتد به قانونا" .[1]

و عليه فإن **الإختصـــاص التقديـــري** ، هو الصلاحيات التقديرية المقررة قانونا في حق الإدارة .

فإذا كان الإختصاص التقديري للإدارة بهذا المعنى فما العلاقة بينه و بين مصطلح السلطة التقديرية ؟ وما سبب اعتبار هذين المصطلحين كمترادفين يعبران عن مدلول واحد ؟

2- علاقته بالسلطة التقديرية:

يرى جانب كبير من الفقه القانوني و الفقه الفرنسي على وجه الخصوص إستخدام اصطلاحي " السلطة التقديرية " و "الإختصاص التقديري" كمترادفين لهما معنى واحد [2] ، مع أن الإختصاص يختلف عن السلطة .

في تحديد ماهية السلطة التقديرية ، يذكر أحد الفقهاء أنه " تكون للإدارة سلطة تقديرية عندما يحدد لها القانون ممارسة إختصاص معين و يترك لها سلطة التقدير الحر لملاءمة إقدامها على التصرف من عدمه."[3] .

من سياق هذه العبارة يفهم أن الإختصاص يحدده القانون مسبقا ، في حين تأتي السلطة التقديرية لمباشرة الإختصاص و تنفيذه .

وهذا ما يلتمس – أيضا – من خلال العبارة الآتية : " لمس القضاء أهمية منح الإدارة سلطة تقديرية و هي بصدد ممارسة إختصاصاتها " [4].

مما يعني أن السلطة تأتي بصدد ممارسة الإختصاص أي أنها تابعة له. "فالإختصاص التقديري" ينصرف إلى دور المشرع بصدد تحديد

---

(1) عوابدي عمار: دروس في القانون الإداري ط 3 1990، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ص 220.

(2) Voir :G.Peiser : Droit administratif 18ème éd 1996, Dalloz Paris , P 32, et A. Delaubadère : Traité de droit administratif, p 579 .
« La notion de pouvoir discrétionnaire ou compétence discrétionnaire s'oppose à la notion de pouvoir lié ou compétence liée. »

(3) د/ عبد الجليل محمد علي : مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي و الأنظمة القانونية المعاصرة ، ط1 1984، عالم الكتب القاهرة ، ص 107

(4) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، ص 16-17.

الإختصاصات لجهة الإدارة ، فهي إما أن تكون مقيد أو تقديرية بحسب موقف المشرع منها ، في حين أن اصطلاح "السلطة التقديرية " يشير أساسا إلى دور جهة الإدارة في مباشرة إختصاصاتها ، إذ قد تتمتع في ذلك بسلطة تقديرية ، أو أن تكون في شأنها ذات سلطة مقيدة [1].

أما سبب استخدام هذا الجانب من الفقه القانوني لمصطلحي السلطة التقديرية و الإختصاص التقديري كمترادفين ، فمرده إلى ارتباطهما الوثيق . إذ لن يكون للإدارة سلطة تقديرية ما لم يخولها المشرع إختصاصا تقديريا ، أما إذا كان إختصاص الإدارة مقيدا فإن سلطة الإدارة تكون مقيدة بدورها [2].

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي:

إن تحديد مفهوم الإختصاص التقديري و العلاقة بينه و بين السلطة التقديرية – في الفقه الإسلامي– تعتريه بعض الصعوبة ، فمن المعلوم أن السلطة التقديرية لم تعرف في الفقه الإسلامي بهذا المصطلح ، بل انطوت تحت مصطلحات أخرى أهمها مصطلح " السياسة الشرعية "، غير أن ذلك لا يمنع من استخدام مصطلحي الإختصاص التقديري و السلطة التقديرية كمترادفين لارتباطهما الوثيق.

فالإختصاص التقديري للإدارة في الفقه الإسلامي يتجلى في منطقة الظنيات من الأحكام وما لا نص فيه أصلا ، و هي مجال واسع يشمل كل ما من شأنه التغير و التبدل من أجل رفع الحرج و رعاية الصالح العام، و كل ما تحتاج إليه الأمة من تشريعات تنفيذية أو تنظيمية تستكمل بها الهيكل التشريعي الذي ينظم شؤون حياتها ، و يضع لها الدقائق و التفاصيل

---

[1] د/ سامي جمال الدين:المرجع السابق ، ص 18 . يرى د. محمد مصطفى حسن أنه ليس صحيح التحدث عن الإختصاص التقديري و ذلك لأن الإختصاص هو الحد الخارجي للسلطة ، بينما تشير السلطة إلى مادة العمل الإداري . د/ سامي جمال الدين : المرجع نفسه نقلا عن : د. محمد مصطفى حسن : السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، ص 46.

[2] د/ سامي جمال الدين : المرجع نفسه، ص 18 –19

على أساس قواعد الشريعة و مبادئها العامة[1]. و هذا النوع من الإختصاص جعلته الشريعة الإسلامية موضع اجتهاد السلطة الإدارية ومجال النظر و الموازنة و الترجيح [2].

و تنفيذا لهذا الإختصاص للإدارة أن تتخذ ما تراه ملائما [3] ، و هنا تتجلى **سلطتها التقديرية** .

مما يعني أن الفقه الإسلامي يتوافق مع الفقه القانوني في أن السلطة التقديرية هي تنفيذ للإختصاص و مباشرته بما يلائم الصالح العام ، أي ترجمته إلى عمل محدد [4] .

الفرع الثاني: مدلول الإختصاص المقيد و علاقته بالسلطة التقديرية للإدارة.

إذا كانت السلطة التقديرية لا تمارس إلا من خلال الإختصاص التقديري المخول – سلفا– لجهة الإدارة ، فهل يصدق هذا الأمر في جميع الأحوال ؟ و ما موقف الفقه الإسلامي من ذلك ؟

أولا: مفهوم الإختصاص المقيد وعلاقته بالسلطة التقديرية في القانون الإداري :

إن تطبيق السلطة الإدارية للقواعد القانونية المصاغة صياغة جامدة يعني أن اختصاصها الوارد في هذه القواعد إختصاص مقيد ، أما تطبيقها للقواعد القانونية المصاغة صياغة مرنة فيعني أن الإدارة تباشر في ذلك

---

(1) د/ يوسف القرضاوي: شريعة الإسلام خلودها و صلاحيتها، ط3 1403هـ/ 1983م ، المكتب الإسلامي بيروت ص41. و ينظر: ناجي إبراهيم السويد: فقه الموازنات ص244، و د/ أحمد الحصري: الدولة و سياسة الحكم في الفقه الإسلامي ص43 و ما بعدها.

(2) د/ علي علي منصور: نظم الحكم و الإدارة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، ط2 1391 هـ/ 1971م دار الفتح بيروت ص 30

(3) د/ سليمان الطماوي : السلطات الثلاث ، ص 400

(4) ينظر : د/ سامي جمال الدين : المرجع السابق ،ص 18

إختصاصا تقديريا [1].

وعليه يلزم فهم معنى الإختصاص المقيد كي يتسنى إبراز العلاقة بينه و بين السلطة التقديرية للإدارة.

1- مفـــهـــومـــه:

يكون إختصاص الإدارة مقيدا إذا فرض المشرع على الإدارة بطريقة آمرة و على سبيل الإلزام الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه ، مع وجوب العمل على نحو معين تكفل ببيان أوضاعه من أجل الوصول إلى هذا الهدف ، و بناءا عليه لا يجوز للإدارة العمل على خلاف ما بينه القانون من أوضاع معينة لمباشرة هذا العمل ، وإلا عد تصرفها باطلا لمخالفته القانون[2]. وبمعنى آخر تقييد القانون مسبقا لمسلك الإدارة بظروف ووقائع معينة، يتعين مواجهتها بإجراء معين بالذات أو هدف معين بالذات[3].

ويقابل "الإختصاص المقيد" في القانون الإداري" الإختصاص التقديري" [4] و هو الذي يترك فيه المشرع للإدارة حرية تقدير الظروف الواقعية التي تواجهها و حرية إختيار مسلكها و نوعية قراراتها و توقيتها [5]. و تنفيذا لهذا الإختصاص و مباشرته تتجلى " سلطة الإدارة التقديرية " .

فهل تتبع السلطة التقديرية – دائما – وجود الإختصاص التقديري ؟ أم ثمة مجال لتواجدها في إطار إختصاص الإدارة المقيد ؟

---

(1) د/ سامي جمال الدين : المرجع السابق ، ص 13

(2) د/ عمر محمد الشوبكي: القضاء الإداري ص 68 ، نقلا عن محسن خليل: القضاء الإداري اللبناني ص 137.

(3) د/ محمد فؤاد عبد الباسط: أعمال السلطة الإدارية، ص 109، و ينظر: محمد الصغير بعلي: الوجيز في المنازعات الإدارية ص19، و عبد العزيز الجوهري: القضاء الإداري ، ص18 ، و حمدي ياسين عكاشة: القرار الإداري ص660 ، و الطماوي : نظرية التعسف في استعمال السلطة ص 48-49،

G. Peiser : droit administratif, 14ème éd , p 27.

(4) A. Delaubadère : Traité de droit administratif, p 579 .

(5) محمد فؤاد عبد الباسط : المرجع نفسه ، ص109 ، و ينظر: د/ محمود حافظ : القضاء الإداري ، ص47.

2- علاقتـــه بالسلطـــة التقديـــريـــة :

إن فكرة السلطة التقديرية و إن كانت تبدو متعارضة مع فكرة الإختصاص المقيد إلا أن هاتين الفكرتين لا تقف كل منهما مع الأخرى على طرفي نقيض من ناحية الواقع، بحيث لا يمكن لهما أن تلتقيان.[1] فالإختصاص المقيد و إن كان اختصاصا تحكميا بعيدا عن اعتبارات الملاءمة نتيجة الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية التي تنظم هذا الإختصاص ، إلا أن هذا التحكم لا يجافي الواقع ، لأنه قائم على استقراء الواقع و الأخذ بالأمر الغالب.

فالإختصاص المقيد ، لا يقوم على أساس التحكم المطلق و إنما هو ينطوي على بعض التحكم الذي قد يخرج عن الواقع في بعض الحالات ، لكنه يستجيب إلى المألوف في معظم الحالات[2] .

كما أن مصدر التقدير الذي تتمتع به الإدارة بالنسبة لهذا العنصر أو ذاك من قرارها الإداري ، هو دون أدنى شك مصدر قانوني ، ذلك أن صفة التقديرية ، إنما تتأتى من حالة قانونية معينة أو وضع قانوني معين للقاعدة القانونية التي تحكم نشاط الإدارة في هذا المجال أو ذاك ، أي أنه ينبغي دائما تصور السلطة التقديرية بالمقارنة مع واقع التنظيم القانوني[3] ، دون تمييز أو فصل بينهما و من باب أولى يجب ألا نقابل بينهما بل على العكس من ذلك ، إذ يجب- دائما- مقارنة ظاهرة السلطة التقديرية بواقع التنظيم القانوني، و اعتبارها كنتيجة مستخلصة من واقع الحالة التي يكون عليها هذا التنظيم [4].

فكل عمل إداري يحتوي على مزيج من هذين النوعين (إختصاص مقيد وسلطة تقديرية) ، الأمر الذي يدعو إلى القول بوجودهما معا في كل

---

(1) د/ محسن خليل : القضاء الإداري ، ص 49 . ود/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ، ص 23 .

(2) د/ سامي جمال الدين : المرجع السابق ، ص 14

(3) التنظيم القانوني بمعنى الإختصاص المقيد للإدارة .

(4) د/ البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية ص 66 ، و د/ محسن خليل: المرجع نفسه ص98.

قرار إداري [1]، حتى و لو تدخل القانون لتحديد إختصاص الإدارة أو نشاطها و ذلك إذا استخدم المشرع عبارات عامة غير محددة تحديدا دقيقا ، بحيث تتسع هذه العبارات فتشمل وقائع معينة .

مثلا : إذا ارتكب موظف عام خطأ معين ، فإن رئيسه يستطيع أن يوقع عليه أحد الجزاءات التأديبية ، فالرئيس هنا مقيد من ناحية حيث أنه لا يستطيع أن يختار إلا جزاءا من الجزاءات المذكورة في النص القانوني ، إلا أنه من ناحية أخرى له الحرية في اختيار الجزاء الذي يراه ملائما للخطأ الذي ارتكبه الموظف [2].

غير أن الاختلاط هنا بين العناصر المقيدة و العناصر التقديرية ، لا ينبغي أن يفهم منه ضرورة التعادل و التوازن بين هذه العناصر في التصرف ، إذ لا تعني صفة الإختلاط هنا سوى المصاحبة [3] التي تستلزمها الإدارة لحسن سير نشاطاتها ، و لكي تفي بضرورات المجتمع المتجددة و المتغيرة [4] .

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي:

للإدارة في النظام الإسلامي – كما هو الحال في القانون الإداري– إختصاصان، إختصاص مقيد و إختصاص تقديري .

و قبل إبرار العلاقة بين الإختصاصين يتعين– أولا– فهم معنى الإختصاص المقيد.

---

(1) G. pieser : Op. Cit, p 27, et voir : Jean Kahn : le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif P10.

و ينظر محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام ، ص 116–117

(2) د/ البرزنجي : المرجع السابق ، ص 62 ، نقلا عن Eisenmann : Cours de droit administrative .D.E.S, de droit publique, 1949, P 420 etc

و ينظر: عبد العزيز السيد الجوهري : الوظيفة العامة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص 173 .

(3) د/ البرزنجي : المرجع نفسه ص 62 ، نقلا عن : Eisenmann :Op .Cit p 420.

(4) د/ الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ص33.

1- مفهـــوم الإختصـــاص المقيـــد للإدارة في الفقه الإسلامـــي :

هو الإختصاص المحدد أو (المقيد) بالنصوص الشرعية المحكمة ، وهي التي تقرر حكما ثابتا لا يتغير بتغير الظروف و الأحوال[1] و يسمى هذا الإختصاص "بمنطقة القطعيات " [2]

ويقابل هذه المنطقة في الفقه الإسلامي الإختصاص التقديري و هو مجال متروك قصدا و عمدا للإدارة للملاءمة بين قواعد الشريعة الكلية و روحها العامة و بين الواقع، رعاية للصالح العام و وفاءا بمطالب الناس و ضروراتهم المتغيرة و المتجددة .

فهل يصدق على الفقه الإسلامي ما يصدق على القانون الإداري ، من إمكانية الجمع بين الإختصاص المقيد و السلطة التقديرية في تصرف أو قرار إداري واحد ؟

2- علاقتـــــه بالسلـــطة التقديـــرية:

إن الإختصاص المقيد و إن كان يحتوي على التقييد و التحكم إلا أن هذا التحكم لا يتناقض مع الواقع و مشاكله .

فممارسة الإدارة في النظام الإسلامي لاختصاصها المقيد و خضوعها لأحكام القانون الإسلامي لا يعني أنها لا تبتكر حلولا و إجراءات لما استجد من الأمور ، تنفيذا لاختصاصاتها. فعلى العكس من ذلك إذ يتعين على الإدارة دائما مراعاة عنصر الملاءمة في تصرفاتها حتى ولو كانت تنفيذا لنصوص قطعية ، بناءا على قاعدة أن "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ".

إذ ليست السياسة الشرعية التي تعد السلطة التقديرية جزء من أجزائها جمودا أو انغلاقا أو عملا بظواهر النصوص ، دون بذل الجهد في معرفة مقاصدها و أسرارها ، و الربط بين جزئياتها و كلياتها ، بل هي متحركة بحركة الحياة متجددة بتجدد الفكر، فهي تتسع للإجتهاد و التجديد في الفروع

---

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

(2) عبد الله محمد القاضي : السياسة الشرعية ، ص 59 ، و ينظر: مناع خليل القطان: تاريخ التشريع الإسلامي، ط4 1409هـ/ 1989م مكتبة وهبة القاهرة ص134، ود/ علي علي منصور: نظم الحكم و الإدارة في الشريعة الإسلامية و القوانين المعاصرة، ص29-30

و الجزئيات و الظنيات ، على ضوء الأصول و الكليات و القطعيات ، فهي تفهم المتغيرات في إطار الثوابت و الظنيات في دائرة القطعيات.[1]

و لعل أفضل مثال على ذلك ، القرار الإداري الذي اتخذه الخليفة عمر رضي الله عنه ، و القاضي بإسقاط حد السرقة عام المجاعة محافظة على الأنفس[2] ، مع أن حد السرقة ثابت بنص قطعي[3] .

فعمر رضي الله عنه ، لم يعلق هنا نصا و لم يعدله و لم ينسخه – و حاشاه أن يفعل ذلك – و إنما اجتهد في تطبيق شرائط هذه العقوبة ، لأن من شرائطها أن لا يكون السارق مضطرا.

فقد رأى رضي الله عنه وفقا لتقديره أن آخذ المال في عام المجاعة لا يوصف بأنه سارق لوجود شبهة ، فعام المجاعة هو – بلا شك – ظرف زماني يغلب فيه وجود أفراد مضطرين ، بحيث لا يتميز المستغني منهم أو السارق لغير حاجة من غيره. فاشتبه من يجب عليه الحد بمن لا يجب عليه فكان ذلك سببا قويا في إصدار الخليفة قراره بإسقاط الحد عن الجميع.

مما يعني أن الأمر في نظره رضي الله عنه لم يخرج عن النص و ليس فيه إبطال له ، و إنما هو تطبيق دقيق للنص الشرعي مع مراعاة رغبة الشارع الصريحة في درء الحدود بالشبهات.[4]

فاسترشاد عمر بالمصلحة التي بني عليها الحكم لتوصله إلى أن وقف تنفيذ الحكم أولى من إعماله ، هو أقرب شيء إلى ما يعبر عنه الآن

---

[1] د/ يوسف القرضاوي: السياسة الشرعية ص10– 30، و ينظر: ناجي إبراهيم السويد: فقه الموازنات ص178– 179.

[2] د/ سعيد رمضان البوطي : ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ط 2 1393 هـ/ 1973 م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ص 131 –132 ، وينظر : مصطفى الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام) ، ط1 1418هـ/ 1998م دار القلم دمشق ج1 ص177– 219 ، و ابن قيم : إعلام الموقعين ، ج 3 ص 7–8 ، و د/ وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، ط1 1986 دار الفكر المعاصر بيروت ج2 ص761.

[3] لقوله تعالى: "والسارق و السارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله و الله عزيز حكيم" المائدة 38.

[4] د/ يوسف القرضاوي: المرجع نفسه ص203– 207، و مصطفى الزرقاء: المرجع نفسه ص 177 – 218– 219.

بالإسترشاد بروح القانون لا بحرفيته [1]. و عليه يمكن للإدارة بناءا على سلطتها التقديرية أن تحد من شمول بعض الأحكام وتطبيقها إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك [2]. وهو ما يؤكد إمكانية المصاحبة و الجمع بين الإختصاص المقيد و السلطة التقديرية في تصرفات أو قرارات الإدارة في النظام الإسلامي .

و من القرارات الإدارية – أيضا– للخليفة عمر رضي الله عنه ، و التي يمتزج فيها التقييد بالتقدير ، منعه عن الأشخاص المؤلفة قلوبهم من الموجودين في عهده ما كانوا يتناولونه من بيت المال من عطاء ، مع أن سهم المؤلفة قلوبهم في العطاء مقرر بنص القرآن [3].

فهذا التصرف لا يعني أن النص قد عطل أو انتهى أمده ، و إنما المحل هو الذي انعدم ، فعمر رضي الله عنه لم يمنع الإعطاء –هنا– لعدم وجود الصنف و إنما هو لمعنى مصلحي قدره[4]. و هو النظر إلى المقصد من النص لا إلى ظاهره ، فقد كان المقصد من إعطائهم ، تأليفهم لاتقاء شرهم ، فلما قويت شوكة الإسلام زال الداعي إلى إعطائهم و لم يعد هنالك سبب للتأليف[5].

و قد توصل عمر إلى هذا القرار نتيجة تقديره لملاءمة حكم النص مع الواقع و الظروف المحيطة به آنذاك ، فإذا تجددت للأمة حاجة في زمان أو مكان آخر إلى تأليف القلوب أو تأليف القوى لدفع عدو، فإنه يعطى لهم من هذا السهم ، لأن حكمه باق [6]، و التي تتغير هي مصلحته الزمنية .

---

(1) أحمد أمين : فجر الإسلام ، تقديم عبد المجيد البصير، ط سنة 1989 ص 385.

(2) مصطفي الزرقاء : المرجع السابق ج1 ص 215 ، وينظر : سعيد العشماوي : الإسلام السياسي ص 236 و ابن قيم : المرجع السابق ج3 ص 3 وما بعدها .

(3) " إنما الصداقات للفقراء و المساكين و العاملين عليها و المؤلفة قلوبهم و في الرقاب و الغارمين و في سبيل الله و ابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم " التوبة الآية 60 .

(4) د/ القرضاوي : المرجع السابق ص176.

(5) الزرقاء: المرجع نفسه ص175– 176.

(6) الزرقاء: المرجع نفسه هامش ص176، و ينظر: د/ سعيد رمضان البوطي : ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص 159 وهامشها، و الشيخ نعماني المكي: الخلافة بين الأصالة و الحداثة ط سنة 1997، مطبعة دحلب الجزائر، ص 255 259–260، و د/ مصطفى أبو زيد فهمي : فن الحكم في الإسلام ، ط 2003 دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، ص427، و محمد حسين هيكل: الفاروق عمر ، ط 8 دار المعارف القاهرة ج1، ص 255–256.

فقد جمع عمر في قراره بين الإختصاص المقيد و السلطة التقديرية، و هو ما يدل على أن عنصر الملاءمة لا يراعى فقط في مباشرة الإختصاص التقديري، بل يراعى أيضا في تنفيذ الإختصاص المقيد للإدارة (النصوص القطعية) .

فمن تأمل النصوص جيدا ، و ضم بعضها إلى بعض و نظر في أغوارها ، و لم يقف عند ظواهرها و حرفيتها ، و أحسن فهمها هدي إلى ما وراءها من أسرار و مقاصد ناطها الشرع بها [1]، و أمكن له أن يبني عليها ما استجد من جزئيات الوقائع.

و هذا ما أدركه الخليفة عمر ، حيث أنه لم يعطل النصوص أو يجمد حرفيتها بل حاول أن يغوص في أعماقها و يتعرف على المقصد منها و يحققه.

و من ناحية أخرى ، فإن مصدر السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة – هو بلا أدنى شك – مصدر قانوني مبني على أساس من قواعد الشريعة و مبادئها العامة، مما يعني أنها ليست سلطة مطلقة بل هي مقيدة نسبيا بالمصدر الذي قامت على أساسه في هذا الموضوع أو ذاك ، ومن ناحية ثانية مقيدة بالمقصد العام الذي قامت عليه الشريعة، وهو وجوب تحقيق الصالح العام. مثاله اجتهادات عمر في تدوين الدواوين و اتخاذ السجون و محاسبة الولاة ... [2]، فهي و إن كانت مبنية في الأصل على اختصاص تقديري لرئيس السلطة الإدارية – عمر بن الخطاب رضي الله عنه – إلا أن هذا لم يمنع من وجود عناصر مقيدة في هذه القرارات مثل توخي المصلحة العامة للمسلمين .

---

(1) د/ يوسف القرضاوي: المرجع السابق ص124.

(2) ابن سعد: الطبقات الكبر ى، ط 1 سنة 1414 هـ/1994 م دار الفكر للطباعة و النشر، ج3 ص 212-216، و د/ فاطمة قدورة الشامي: تطور تاريخ العرب السياسي و الحضاري من العصر الجاهلي إلى العصر الأموي ، ط1 1997 دار النهضة بيروت ص172، و ينظر: علاء الدين الطرابلسي: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ط 2 1393 هـ/1973م ، مطبعة الحلبي ص 177، و ابن الأثير الجوزي: الكامل في التاريخ ، ط1 سنة 1407 هـ/ 1987 م ، ج2 ص350، و الطبري : تاريخ الأمم و الملوك، ط3 ، 1413 هـ/ 1992 م ، بيروت، المجلد 2 ، ص 415، و د/ محمد جلال أبو الفتوح و د/عبد المعطي محمد: الفكر السياسي في الإسلام شخصيات و مذاهب، ط سنة 1996، دار المعرفة الجامعية ، ص140-141، و د/ أكرم ضياء العمري: عصر الخلافة الراشدة ط2 1419هـ/1998م، مكتبة العبيكان ، الرياض ص78.

وعليه لا يجوز الفصل بين الإختصاص المقيد و السلطة التقديرية ، بل على العكس ، إذ يتعين دائما تصور المصاحبة بينهما في تصرفات الإدارة في النظام الإسلامي ، لأن مصالح الناس التي قصد قانون الشرع إلى تحصيلها ، لا يمكن لها أن تتحقق إلا باجتماعهما معا .

و خلاصة القول أن الفقه الإسلامي يتوافق مع القانون الإداري في أن الإختصاص التقديري هو الدائرة التي رسمها القانون للإدارة ، لتمارس من خلالها سلطتها التقديرية [1]. كما يتوافق معه في إمكانية المصاحبة و الجمع بين الإختصاص المقيد و السلطة التقديرية في تصرفات الإدارة ، و بعبارة أخرى عرف فكرة الملاءمة بين العناصر المقيدة و العناصر التقديرية ، أي بين الثابت و المتغير .

[1] أي في تنفيذها لهذا الإختصاص و مباشرته.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة.

لقد تبين من خلال المبحث السابق . أن خضوع الإدارة للقانون، لا يحجب ما تتمتع به الإدارة من سلطة التقدير الحر لكثير من تصرفاتها حتى تتمكن من حسن أداء وظائفها و حتى لا ينقلب نشاطها آليا يعطل سير المرافق العامة و يصم القانون بالجمود و التخلف".[1]

بمعنى أن الإعتراف للإدارة بهذه السلطة يؤكد أن الدولة المعترفة بها هي دولة قانونية، و يثبت اعتناقها لمبدأ المشروعية.[2]

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

في سبيل البحث عن أساس هذه السلطة، ظهرت عدة نظريات، وأهمها على الإطلاق : نظرية التدرج، نظرية الحقوق الشخصية، ونظرية المشروع .

فما مدى صحة كل نظرية من هذه النظريات كأساس للسلطة التقديرية في القانون الإداري الجزائري؟ وما موقف الفقه الإسلامي؟

هذا ما سيتم الإجابة عنه خلال هذا المبحث، حيث سيتم تقسيمه إلى مطلبين، يخصص المطلب الأول منه لعرض نظرية تدرج القواعد القانونية، و المطلب الثاني: لنظرية الحقوق الشخصية، و المطلب الثالث: لنظرية المشروع.

---

[1] د/ طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الدولة للقانون ، ط3 1976م ص16.

[2] د/ سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ص32.

المطلب الأول: نظرية تدرج القواعد القانونية [1].

بصدد بحث فقهاء القانون عن أساس لنظرية السلطة التقديرية، ذهب بعضهم إلى تفسير أساسها من خلال نظرية فقهية هي نظرية تدرج القواعد القانونية، باعتبار أن السلطة التقديرية تثبت للإدارة إذا أضافت في قرارها بعض العناصر غير الموجودة في القاعدة القانونية التي استمدت منها اختصاصها.

فما هو فحوى هذه النظرية ؟ و ما موقف كل من القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي منها كأساس للسلطة التقديرية للإدارة ؟

للإجابة على هذه التساؤلات سيتم تخصيص فرعين حيث يتناول في الفرع الأول: فحوى نظرية تدرج القواعد القانونية ، و في الفرع الثاني: موقف القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي منها.

الفرع الأول: فحوى نظرية تدرج القواعد القانونية.

حظيت نظرية تدرج القواعد القانونية باهتمام جانب من الفقه القانوني، حيث اعتبرت لدى مناصريها الأساس الذي تقوم عليه كل سلطة تقديرية تتمتع بها الإدارة في مباشرة نشاطها. فما هو المفهوم الفقهي لهذه النظرية ؟

ترجع هذه الفكرة في الأساس إلى الفقيه النمساوي "كلسن Kelsen" في تفسير خضوع الدولة للقانون.

و بمقتضى هذه الفكرة تتدرج القواعد القانونية التي تكون عناصر المشروعية في مراتب متعددة بحيث تكون كل قاعدة قانونية في هذا التدرج تنفيذا للقاعدة الأعلى منها مرتبة من ناحية، و منشئة للقاعدة الأدنى منها مرتبة

---

[1] في تفصيل هذه النظرية ينظر: د/ سامي جمال الدين : مؤلفه تدرج القواعد القانونية و مبادئ الشريعة الإسلامية.

و ذلك من ناحية أخرى.[1] و هو ما يستلزم خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأسمى شكلا و موضوعا.[2]

و عليه فحينما يتولى رجل الإدارة تنفيذ القاعدة القانونية فإن اختصاصه يكون مقيدا إذا وقف بقراره عند حدود التنفيذ الحرفي للقاعدة القانونية، في حين يكون اختصاصه تقديريا إذا أضاف في قراره بعض العناصر غير الموجودة في القاعدة القانونية التي استمد منها هذا الإختصاص، وهو ما يمكن اعتباره بمثابة التخصيص لعمومية القاعدة القانونية.[3]

غير أن أهم ما يؤخذ على هذه النظرية، أنها تضيق من نطاق السلطة التقديرية في إطار التخصيص، و وضع العناصر الجديدة، في حين أنها قد تتحقق كذلك في حالة الإختيار بين قرارين أو أكثر أو الإمتناع عن اتخاذ القرار، و في هذه الحالات جميعها لا توجد أية إضافات لعناصر جديدة على القاعدة القانونية الأعلى[4] .

و من ناحية أخرى فإن نظرية التدرج تشير إلى وجود السلطة التقديرية و تؤكدها ، لكن دون أن تبين أساس منحها أو تقريرها. [5]

الفـــرع الثاني: موقف القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي من هذه النظرية:

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

---

(1) سامي جمال الدين: المرجع السابق ص16-17، و ينظر مؤلفه: قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ص34 ، و أبو راس الشافعي: القضاء الإداري ،عالم الكتب ، القاهرة ص68.

(2) فأما خضوعها شكلا فبصدورها من السلطة التي حددتها القاعدة الأسمى و باتباع الإجراءات التي بينتها ، و أما خضوعها موضوعا فذلك بأن يتفق مضمونها مع مضمون القاعدة الأعلى. د/ طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الدولة للقانون ، ص62-63.

(3) د/ سامي جمال الدين : قضاء الملاءمة ص34، وأبو راس الشافعي : المرجع نفسه ص68.

(4) A.Hauriou: Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, Mélange Carrée de Malberg, 1933 Paris, p233.

(5) د/سامي جمال الدين : المرجع نفسه ص35.

أولا: موقف القانون الإداري الجزائري:

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

المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 1996/09/18 المتعلق بمنح إمتيازات الطرق السريعة الذي جاء تنفيذا للقانون رقم 90-30 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن الأملاك الوطنية[1]، وتنفيذا للقانون رقم 91-11 المؤرخ في 1991/04/27، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية [2]، و تنفيذا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-302 المؤرخ في 92/07/07، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للطرق السريعة.

حيث تنص مادته الأولى على:"... يخضع إنجاز الطرق السريعة و ملحقاتها و تسييرها و صيانتها و أشغال تهيئتها أو توسيعها إلى منح الإمتياز كما ينص عليه هذا المرسوم" [3].

إن الصفة التنفيذية لهذا المرسوم، لا تنفي أن منح الإمتياز هو مسألة تقديرية للإدارة[4]، حيث لها أن تمنحه للشخص[5] الذي تقدر ملاءمته لهذه المهمة، في حدود القانون طور التنفيذ و في حدود الصالح العام.

و عليه يمكن اعتبار هذا المرسوم بمثابة التخصيص لعموم القاعدة القانونية [6] و هو ما يبرر نظرية التدرج كأساس لسلطة الإدارة التقديرية.

و من ذلك أيضا :

المرسوم التنفيذي رقم 212/97 المؤرخ في 1997/06/09، المتضمن إنشاء ديوان وطني لمكافحة المخدرات و إدمانها، الذي جاء تنفيذا للقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم، و بناء

---

[1] ج ر، رقم1990/52، ص 1416.
[2] ج ر، رقم 1991/21 ، ص 577.
[3] ج ر، رقم1996/55، ص08- 09.
[4] المجسدة في شخص رئيس الحكومة.
[5] ينظر مادة (2) من نفس المرسوم.
[6] الخاصة بالقوانين السابق ذكرها.

على الدستور لاسيما المادتان 4/85، و 2/125 منه[1].حيث تنص مادته الأولى على: "ينشأ لدى رئيس الحكومة ديوان وطني لمكافحة المخدرات و إدمانها يدعى في طلب النص" الديوان" [2].

لقد كان قرار الإدارة – ممثلة في شخص رئيس الحكومة- من خلال هذا المرسوم مبنيا على سلطتها التقديرية، القائمة على أساس من نظرية التدرج.

إذ الطبيعة التنفيذية لهذا المرسوم، هي التي منحتها هذه الحرية في التصرف بما يتلاءم مع الصالح العام، و في حدود أحكام القانون الذي صدر المرسوم تنفيذا له، و يدل على ذلك أنه ورد في حكم المخصص لعموم نفس القانون.

و بناء عليه يستنتج أن القانون الإداري الجزائري قد اعتمد على نظرية التدرج كأساس للسلطة التقديرية المعترف بها للإدارة[3].

غير أن تبنيه لها لم يكتف فيه، بالمعنى الذي استقر عليه الفقه (أي بمعنى التخصيص لعموم القاعدة القانونية و إضافة عناصر جديدة عليها)، بل تعدى هذا المعنى إلى أوسع من ذلك أي إلى المعنى الذي يعبر عن فكرة الملاءمة بكافة صورها.

و يوضح ذلك المرسوم التنفيذي 97-212 المتعلق بإنشاء ديوان وطني لمكافحة المخدرات ، فرغم استناده على نظرية التدرج، إلا أن الإدارة تتمتع إزاءه -أيضا- بحرية اتخاذ القرار أو الإمتناع عن اتخاذه لدواعي الملاءمة والصالح العام. و هو ما يجعل فكرة التدرج- في هذا المرسوم- بمعنى أوسع من الذي استقر عليه أصحاب النظرية.

---

(1) المجلس الدستوري ، الدستور المعدل المصادق عليه في استفتاء28 فبراير 1996 الجزائر، مادة 4/85 و 2/125 منه.

(2) ج ر، العدد 1997/41، ص05.

(3) يتعلق عدم احترام الإدارة في النظام الجزائري لفكرة التدرج، بعيب انعدام الأساس القانوني الذي يعد عيبا من عيوب عدم المشروعية، و هو يعني أنه إذا صدر قرار إداري ، فيجب أن يستند هذا القرار في صدوره كقاعدة عامة إلى أساس قانوني، و تنحصر فكرة هذا العيب في حالة عدم نشر القانون الذي صدرت القرارات الإدارية تنفيذا له و في حالة عدم نشر القرار الأصلي الذي صدرت القرارات الإدارية الفرعية تنفيذا له. وزارة العدل : ملتقى قضاة الغرف الإدارية ص154.

و مثله المرسوم رقم96-308 المتعلق بمنح امتياز الطريق السريع، فزيادة على كونه مستندا في الأصل على نظرية التدرج، فإن الإدارة تتمتع من خلاله- كذلك- بحرية إختيار القرار الملائم[1] من بين عدة قرارات متاحة، فهذا الجانب من الملاءمة برغم وجوده من خلال تطبيق لفكرة التدرج ، إلا أنه لم يكن مقصودا في معناها الفقهي. (أي فحوى النظرية) مما يعني أن اعتماد القانون الإداري الجزائري على هذه النظرية بتوسيع مجال تطبيقها، يثبت أنه أعطى لها أهمية و قدرا أكبر مما أولاه لها أصحابها.

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي:

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

إن عدالة الشرع ، تقتضي أن يكون قانون الشرع عاما عمومية مطلقة بالنسبة لجميع الحالات، بينها العدالة الفعلية تأخذ بعين الإعتبار ظروف كل حالة واقعية على حدة، و ذلك ما يسمح بالخروج على حرفية النص في أحيان كثيرة لمصلحة أولى بالرعاية من التقيد الجامد بما ورد في النص[2].

فقد يحتاج تنفيذ النصوص الشرعية إلى إجراء تشريعي بلغة العصر ، أي إلى إصدار قرارات إدارية ملزمة . و في هذه الحالة يكون إلتزام الإدارة كاملا بالنصوص و بالمقاصد العامة ، و إطلاق لفظ التشريع هنا إنما يكون تجوزا فهو في الواقع تنفيذ أكثر منه تشريع.[3]

و ليس يراد هنا أن يحرف الإسلام ليتفق مع الواقع المعاصر ، إنما يراد أن تفهم النصوص الجزئية في إطار المقاصد الكلية و أن يفرق بين الأحكام الدائمة و الأحكام الوقتية ، و بين ما قاله الرسول صلى الله عليه

---

[1] إذ لها أن تختار الشخص المعنوي ، الذي تراه ملائما لمنح الإمتياز من بين عدة أشخاص مرشحين لذلك. ينظر: المادة (2) من نفس المرسوم. ج.ر العدد 1996/55 ص09.

[2] ينظر: د/ عمر محمد الشوبكي: القضاء الإداري ص19.

[3] علي جريشة: المشروعية الإسلامية العليا ، ط سنة 1986 المنصورة ص 38.

و سلم أو فعله بوصفه من باب السياسة الشرعية الملائمة لزمنه و بيئته و ظروف قومه ، و ما قاله أو فعله ليكون شرعا عاما دائما للأمة.[1]

فإذا فقهت الإدارة هذه الأمور أمكنها تحقيق التوازن بين الأحكام الثابتة و السياسات المتغيرة ، فلا تعطل النصوص لأجل المصالح المتغيرة و لا المصالح المتغيرة لأجل التقيد الجامد بالنصوص، بل تربط و تضم بعضها إلى بعض.

و بغية تحويل أوامر الشريعة و توجيهاتها إلى واقع ملموس في حياة الناس، أناط الشارع بالإدارة سلطات تقديرية لتحقيق الصالح العام و مقتضياته، و ذلك بملاءمتها بين الواقع و الواجب [2]، أي إعطائها الواقع حكمه من الواجب و جعل الواجب موافقا للواقع [3]. و بعبارة أدق معالجتها للمتغيرات في إطار الثوابت ، و هذا هو معنى فكرة تدرج القواعد القانونية [4].

و لعل من أظهر الأدلة التي تجسد إستناد سلطة الإدارة التقديرية – في الفقه الإسلامي– على فحوى فكرة التدرج ، قرار الخليفة أبي بكر بحرب مانعي الزكاة [5] ، مستمدا تقديره – هذا – من حديث رسول الله صلى

---

(1) د/ يوسف القرضاوي : السياسة الشرعية ص26. و في هذا المعنى يقول العلامة ابن تيمية: " فإن لم يعرف الواقع في الخلق و الواجب في الدين لم يعرف أحكام الله في عباده و إن لم يعرف ذلك كان قوله و عمله بجهل." تقي الدين أحمد ابن تيمية : مجموع الفتاوى ، جمع و ترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصي النجدي الحنبلي ، ط سنة 1412هـ / 1991م عالم الكتب الرياض المملكة العربية السعودية ج20 ص305.

(2) ينظر د/السيد أحمد فرج: السلطة الإدارية و السياسة الشرعية ص38.

(3) ابن قيم : الطرق الحكمية ص14.

(4) يقابل هذا المصطلح في الفقه الإسلامي " تدرج مبادئ الشريعة الإسلامية" . د/سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية و مبادئ الشريعة الإسلامية ص126.

(5) و هم أشخاص منعوا الزكاة مع تمسكهم بالإسلام ، و كان رأي الصحابة أنه لا يجوز قتالهم على ذلك، فدافعوا عنهم عند أبي بكر، و كان عمر أشدهم دفاعا عنهم ، ولكن أبا بكر رأى أنه يجب قتالهم، و قد دافع عن رأيه أقوى دفاع حتى أقنع به جمهور الصحابة ، فعرفوا أنه الحق. أبو الفداء الحافظ ابن كثير: البداية و النهاية، ط1 1421هـ/2001 م ، دار الكتب العلمية ، الجزء 6 ص 308، و ينظر: الحافظ جلال الدين السيوطي : تاريخ الخلفاء ، ط سنة 1411 هـ/ 19914 م، دار القلم العربي، حلب، ص 88 و ما بعدها، و محمد حميد الله: مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي و الخلافة الراشدة ، ط5 1405 هـ/ 1985م دار النفائس بيروت، ص 344 و ما بعدها. و البلاذري : فتوح البلدان ، تحقيق عبد الله أنيس الطباع و عمر أنيس الطباع ط سنة 1407 هـ/1987م، مؤسسة المعارف بيروت، ص 131 و ما بعدها، و ابن الأثير الجوزي: الكامل في التاريخ ص 226 و ما بعدها، و محمد الخضري بك: إتمام الوفاء في سيرة الخلفاء ، تحقيق عبد المنعم العاني ط1 1403هـ/ 1983م دار الكتب العلمية بيروت ص21، و أبو محمد عصام بن مرعي:الصحيح المنتقى من فضل الصحابة و الخلفاء الراشدين الأربعة، ط1 1417هـ/1996م الناشر دار أهل السنة ص51.

الله عليه وسلم: " أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماء هم و أموالهم إلا بحقها و حسابهم على الله"[1].

فلما ناقش عمر و الصحابة الخليفة في ظاهر نص هذا الحديث، أجاب بما معناه أن حديث الرسول صلى الله عليه و سلم لا يجعل العصمة لدم المسلم و ماله إلا بعد أداء حقها، و الزكاة حق المال الذي فرضه الله، فمن لم يؤدها حلت محاربته رغم نطقه بالشهادتين.[2]

و كان تقدير الخليفة مصيبا في تنفيذه لحكم النص[3]، حيث عمد إلى الإسترشاد بروح النص لا بحرفيته[4] ، فاعتبر قراره بهذا – المعنى– بمثابة المخصص لعموم نفس النص ، وهو ما يفسر فكرة التدرج كأساس لسلطته التقديرية.

---

(1) حديث صحيح، رواه البخاري في الصحيح (باب الزكاة) حديث رقم 1399. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري ، ط سنة 1992 دار الهدى عين مليلة ج2 ص507، و ينظر: بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني: عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، إشراف و مراجعة صدقي جميل العطار ، ط1 1418هـ/ 1998م دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع بيروت ج6 ص334– 335. و رواه مسلم في الصحيح (باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله) حديث رقم 21 ، و خبر الردة في الحديث رقم 20. أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم ، ط1 1419هـ/ 1998م ، دار المغني المملكة العربية السعودية، دار ابن حزم بيروت ص 31– 32. و رواه الترمذي في الجامع الصحيح (أبواب الإيمان) حديث رقم 2733. المبار كفوري: تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية بيروت ج7 ص280– 281.

(2) عبد المتعال الصعيدي : القضايا الكبرى في الإسلام، دار شريفة للنشر و التوزيع، الجزائر ص 92 وما بعدها. و ينظر : الماوردي: الأحكام السلطانية ط3 1393هـ/1973م، مكتبة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، ص57–58 ، و علي علي منصور: نظم الحكم و الإدارة في الشريعة الإسلامية و القوانين المعاصرة ص 281. و د/السيد أحمد فرج: المرجع السابق ص 60 وما بعدها، و أ.د/ عشيراتي سليمان: السياسة و إشكال الشرعية في الإسلام، ديوان المطبوعات الجامعية وهران ص105 وما بعدها، و صبحي محمصاني: تراث الخلفاء الراشدين في الفقه و القضاء ط سنة 1984، دار العلم للملايين لبنان ص28–29، و د/ صبحي الصالح : النظم الإسلامية نشأتها و تطورها ط8 1990، دار العلم للملايين ص260، و د/محمد جلال أبو الفتوح، و د/ علي عبد المعطى محمد: الفكر السياسي في الإسلام ص 110 وما بعدها، و د/حسن صبحي أحمد: السلطة التشريعية في الإسلام، مجلة الحقوق، السنة 1 العدد1977 ص120.

(3) ينظر : أ.د/عشيراتي سليمان : المرجع نفسه ص108.

(4) ينظر: د/عمر الشوبكي: القضاء الإداري ص19.

– و تجدر الإشارة إلى أنها قد وردت أحاديث صحيحة قاضية بأن مانع الزكاة يقاتل حتى يعطيها ولعلها لم تبلغ الصديق أبو بكر و لا الفاروق ، و لو بلغتهما لكانت هي الحجة على حرب مانعي الزكاة فمنها ما أخرجه البخاري و مسلم من حديث ابن عمر رضي الله عنه. محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، دار الجيل بيروت ج3 ص121. ونصها كالآتي قال الرسول صلى الله عليه و سلم: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله و أن محمدا رسول الله و يقيموا الصلاة و يؤتوا الزكاة ، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام و أجرهم على الله." صحيح البخاري (باب الإيمان) حديث رقم 25 ج1 ص 17. و ينظر : صحيح مسلم (باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله) حديث رقم 21 ج1 ص

و مثاله – أيضا– إجتهاد الخليفة عمر رضي الله عنه ، القاضي بمنع تقسيم أراضي سواد[1] مصر و العراق على المجاهدين الفاتحين لها الذين طالبوا بتقسيمها بينهم كما تقسم الغنائم الحربية، محتجين بظاهر نص آية الغنيمة[2] و بما صح من السنة النبوية [3].

و قد ذهب عمر إلى خلاف رأيهم ، فأبقى هذه الأراضي لأهلها يعملون فيها و يعمرونها مع فرض ضريبة الخراج[4] ، لأن ذلك أصلح لكل أجيالها و أعم و أدوم لنفعها.[5]

و قد استمد رضي الله عنه تقديره هذا من آية الفيء ، من قوله تعالى: "لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَ أَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلاً مِنَ اللهِ وَ رِضْوَانًا وَ يَنْصُرُونَ اللهَ وَ رَسُولَهُ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ. و الَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ و الإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَ لا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَ يُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَ لَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ ، وَ مَنْ يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ. و الَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا و لإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالإِيمَانِ.."[6]

---

(1) سميت هذه الأرض بالسواد من كثافتها و خضرتها بحيث يراها الرائي من بعيد كأنها كتلة سوداء.

(2) قال تعالى: "و اعلموا أن ما غنمتم من شيء فإن لله خمسه و للرسول و لذي القربى و اليتامى و المساكين و ابن السبيل ..." الأنفال آية 41. فهذه الآية لا شك أنها قطعية الثبوت ، لكن لا يمكن الجزم على قطعية دلالتها على ما يدعون أنها تشمل كل ما غنم من منقول و عقار حتى تشمل الأرضين بجبالها و أنهارها. ينظر: د/ يوسف القرضاوي : السياسة الشرعية ص192.

(3) فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه و سلم عندما فتح خيبر و قد كانت قد فتحت عنوة لا صلحا ، قسمها بين المسلمين الذين شاركوا معه في فتحها. و لا يخفى أن هذا النوع من السنة يعد– بحسب قواعد الشريعة– من السياسة الشرعية و التدابير المصلحية التي يفعلها النبي صلى الله عليه و سلم بوصف ولايته العامة في الحكم و الإدارة لا بصفة النبوة و التشريع، بل إن لكل من يتولى الإدارة العامة أن يلجأ إلى تدبير آخر عند الحاجة كما كان ذلك ممكنا للنبي صلى الله عليه و سلم. د/ يوسف القرضاوي: المرجع نفسه ص192– 194، و ينظر: الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ج1 ص180– 182

(4) ينظر: محمد حميد الله: مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي و الخلافة الراشدة ص422–467– 483 و ما بعدها و ص504. و البلاذري: فتوح البلدان ص627. و أبو عبيد: كتاب الأموال، تحقيق محمد خليل هراس، ط1 1406هـ/1986م دار الكتب العلمية بيروت ص66–235، و ابن قدامة: المغني، دار الكتاب العربي بيروت ج2 ص586 و ما بعدها، و ابن سعد: الطبقات الكبرى ، تقديم د. إحسان عباس ، ط1 1418هـ/ 1998م دار صادر للطباعة و النشر بيروت ج3 ص282.

(5) الزرقاء: المرجع نفسه ص178. و نص الرسالة التي بعثها عمر إلى سعد حين افتتح العراق كالآتي:"... فانظر إلى ما أجلب الناس عليك به إلى العسكر من كراع و مال، فاقسمه بين من حضر من المسلمين ، و اترك الأرضين و الأنهار لعمالها ليكون ذلك في أعطيات المسلمين، فإنك إن قسمتها بين من حضر لم يكن لمن بعدهم شيء". محمد حميد الله: مجموعة الوثائق السياسية ص422.

(6) سورة الحشر آية 8- 9- 10.

فمن خلال هذه الآية استدل الخليفة عمر على أن الفيء يستفيد منه جميع المسلمين حاضرهم و آتيهم و لا يختص بالمجاهدين الفاتحين فقط (و على ذلك اعتبر أراضي مصر و العراق)[1]. فكان الحكم فيها بمثابة قاعدة عامة أتاحت له وضعها موضع التنفيذ، و هو ما يفسر استناد سلطته التقديرية على فحوى فكرة التدرج.

و عليه فإن الفقه الإسلامي قد عرف فحوى نظرية تدرج القواعد القانونية كأساس لسلطة التقدير المعترف بها للإدارة في النظام الإسلامي و تبرز في إطار تنفيذ أحكام الواجب، الذي يعد أحد المجالات غير الرئيسية لسلطة الإدارة التقديرية [2]، مما يعني أن نظرية التدرج لا تشكل الأساس الوحيد و الجامع لها.

كما أن السلطة التقديرية لا تتحقق – فقط– في حالة التخصيص لعموم الأحكام – و هو الوجه الذي قصده أنصار فكرة التدرج في الفقه القانوني– بل تتحقق بوجه أوسع من ذلك بكثير، و ذلك بالكشف عن عناصر مقصودة من أحكام الواجب، ومن شأنها إضفاء مرونة أكثر في التنفيذ. و ذلك كحالة الاختيار بين حلين أو أكثر من الحلول المتاحة شرعا[3] و حكمها أن الإدارة حرة في أن تختار الإجراء الذي يتناسب و يتلاءم مع المصلحة العامة للمسلمين، من ضمن التصرفات التي حددها الشرع.[4] أو حالة الإمتناع عن تنفيذ الواجب نزولا عند مقتضيات الصالح العام.[5]

---

(1) الزرقاء: المرجع السابق ص179.

(2) ينظر: سعيد عبد المنعم الحكيم: الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية و النظم المعاصرة ص104.

(3) و هو ما اصطلح عليه "بالواجب المخير"، و مثاله في الفقه الإسلامي، إختيار الأمر الأصلح في أمور الأسرى ، فللإدارة أن تختار بين القتل و الإسترقاق و الفداء و المن . الماوردي: الأحكام السلطانية ص50، و ينظر: أبو العباس بن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي و الرعية، تقديم عبد السميع حباري ط سنة 1990 ص152، أبو عبيد: المرجع السابق ص148.

(4) د/ سعيد الحكيم: المرجع نفسه ص101 و إبراهيم بن يحيى خليفة: السياسة الشرعية ص66.

(5) و تأتي هذه الحالة في إطار تنفيذ الواجب الكفائي: و فيه تملك الإدارة أن تمتنع عن الفعل إذا قام به آخرون، كبناء المستشفيات و تعلم القضاء و مختلف الصناعات...د/نذير أوهاب: السلطة التقديرية، مفهومها وتأصيلها ص23–24 و د/سعيد عبد المنعم الحكيم: المرجع نفسه ص100.
كما تتعلق بوقت تنفيذ الواجب، و هو ما يسمى " بالواجب الموسع": و هو أحد أقسام الواجب باعتبار الوقت إذ يقسم إلى واجب مؤقت و واجب موسع، و في القسم الأخير يكون للإدارة سلطة تقديرية من حيث تحديد وقت الفعل، وبناء عليه تستطيع الإدارة وقف تنفيذ بعض الأحكام إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك ، على أن الإدارة في هذا القسم من أقسام الواجب تبقى مقيدة بالآتي: – لا يمكن لها –

و بناء عليه يستنتج أن الفقه الإسلامي عرف إلى جانب القانون الإداري الجزائري فكرة التدرج، كأساس للسلطة التقديرية للإدارة، غير أنه وسع مجال تطبيقها، ولعله المجال الذي يعبر بحق عن ماهيتها. و الذي ينبغي أن يناط بها بوصفها أساس لسلطة التقدير المعترف بها للإدارة.

الإمتناع عن الفعل، بل التنفيذ واجب في حقها مع حرية إختيار وقت التنفيذ. - لا يجوز تأخيره عن وقت يظن فوات مصلحته، كالمبادرة إلى إصلاح المباني الآيلة للسقوط قبل أن تتسبب في خسائر مادية و بشرية. د/ سعيد عبد المنعم الحكيم: المرجع السابق ص104، و ينظر: د/نذير أوهاب: المرجع السابق ص21-22 ، و محمد سعيد العشماوي: الإسلام السياسي ص236.

المطلب الثاني: نظرية الحقوق الشخصية.

إزاء عجز نظرية تدرج القواعد القانونية عن تفسير أساس السلطة التقديرية بشكل كامل ، وجد رأي فقهي يبرهن على وجود هذه الأخيرة من خلال نظرية أخرى هي نظرية الحقوق الشخصية باعتبار أن السلطة التقديرية تثبت للإدارة في نطاق نشاطها الذي يتناول المصالح العامة للأفراد لا حقوقهم الشخصية.

فما هو فحوى هذه النظرية ؟ و ما موقف القانون الإداري الجزائري والفقه الإسلامي منها كأساس لسلطة الإدارة التقديرية ؟

للإجابة على هذه التساؤلات سيتم تخصيص فرعين حيث يعرض في الفرع الأول: فحوى نظرية الحقوق الشخصية ، و في الفرع الثاني: موقف القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي منها كأساس للسلطة التقديرية للإدارة.

الفرع الأول: فحوى نظرية الحقوق الشخصية.

لقد أولى جانب من الفقه القانوني لنظرية الحقوق الشخصية اهتماما بالغا، حيث اعتبرها الأساس الذي تقوم عليه كل سلطة تقديرية تتمتع بها الإدارة في ممارسة نشاطها. فما فحوى هذه النظرية ؟

من رواد هذه النظرية الفقيهان "بارثلمي Barthélemy " و"بونار Bonnard"، و تقوم على الربط بين الحقوق الشخصية[1] و الإختصاص المقيد و بمفهوم المخالفة، فإن السلطة التقديرية تتحقق في حالة غياب هذه الحقوق [2]، و أساس ذلك أن الحقوق الشخصية تتميز بأن لها وسيلة قانونية لحمايتها، تتمثل في الدعوى القضائية L'action en justice[3]، و عن طريقها يمكن للأفراد مطالبة الإدارة بعمل أو الامتناع عنه، بوصفه التزاما قانونيا

---

(1) عرف "بونار" الحق الشخصي بأنه: قدرة الشخص على المطالبة بشيء له فيه مصلحة على أساس من قاعدة قانونية موضوعية، عن طريق الدعوى القضائية، أما مضمون هذا الحق المطالب به فينبغي أن يكون محددا مباشرة ،إما بالقانون الموضوعي أو بعمل قانوني فردي. د/البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة ص 189 نقلا عن : Bonnard: Les droits publics subjectifs des administrés, R.B.P, 932. p 707.

(2) Bonnard: Précis de droit administratif, 4ème éd, 1943 Paris, p 75-76.

(3) د/البرزنجي: المرجع نفسه ص187، و ينظر: د/سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة ص 35.

Obligation juridique مفروضا على عاتق الإدارة ، و من ثم فإنه في حالة الاختصاص التقديري لا يستطيع الأفراد المطالبة بشيء لانتفاء الالتزام أو الرابطة القانونية بين الإدارة و بينهم. [1]

و على العكس من ذلك فإنه في حالة الاختصاص المقيد تكون هنالك من الحقوق الشخصية ما يتولد مباشرة من المراكز المنصوص عليها بالقوانين، و بالتالي يمكن حمايتها بالدعوى القضائية المتصلة اتصالا وثيقا بهذه الحقوق ، حيث تتوافر المصلحة الشخصية لدى صاحب الحق للحصول على ما يطالب به من حقوق.[2] حيث أنه إذا مس قرار إداري مركزا قانونيا لأحد الأفراد، كان له أن يلجأ إلى القضاء طالبا إلغاء هذا القرار أو التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة إصداره.[3]

و قد تعرضت هذه النظرية للنقد في معظم جوانبها، من ذلك أن الربط بين الحقوق الشخصية و الاختصاص المقيد ومن تم توافر السلطة التقديرية عند غياب هذه الحقوق[4] هو ربط غير حتمي، بمعنى أن الفكرة القائلة بارتباط ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية بوجود أو عدم وجود ما يطالبها به الأفراد، ليست دائما صحيحة[5]. لأن أي عمل إداري مهما كانت طبيعته، يخضع في حقيقته لمبدأ المشروعية، بما يستلزمه من الدفاع عن المصلحة العامة من جهة ومن حماية لحقوق الأفراد و حرياتهم من جهة أخرى.

كما أن السلطة التقديرية قد تقوم في مواجهة الحقوق الشخصية نفسها و ذلك لاعتبارات الملاءمة و الصالح العام.[6]

---

[1] د/سامي جمال الدين: المرجع السابق ص 35، و ينظر: Bonnard: OP,Cit p74

[2] د/سامي جمال الدين: المرجع نفسه ص35 ، و ينظر : د/البرزنجي المرجع السابق ص187 .

[3] د/ عبد الله طلبة: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، ط سنة 1396هـ/1976م، المطبعة الجديدة دمشق ص 234.

[4] و هو المعيار الذي يشكل أساس السلطة التقديرية عند أنصار نظرية الحقوق الشخصية.

[5] Waline: Le pouvoir discrétionnaire de l'administration , p 197.
و ينظر: د/سامي جمال الدين: المرجع نفسه ص36.

[6] د/البرزنجي: المرجع نفسه ص195.

الفـرع الثـانـي: موقـف القانـون الإداري الجـزائـري و الفقـه الإسلامـي من هـذه النـظريـة:

إذا كان التقدير الفقهي لهذه النظرية يتجه إلى عدم حتمية الربط بين السلطة التقديرية و حالة غياب الحقوق الشخصية. فما موقف القانون الإداري الجزائري؟ و هل حظيت منه بموقف المؤيدين أو بموقف النقاد؟ وما موقف الفقه الإسلامي؟

أولا: موقـف القانـون الإداري الجزائـري:

إن موقف القانون الإداري الجزائري من نظرية الحقوق الشخصية يتجلى بوضوح من خلال تتبع مسلك القضاء في هذا الشأن .

من مجموع قرارات القاضي الإداري في القضايا التي بنيت مواضيعها على أساس حق شخصي، يتبين أن القضاء الإداري كان له من هذه النظرية وجهتين: الوجهة الأولى و تتمثل في تقييد السلطة التقديرية في مجال الحقوق الشخصية. و الوجهة الثانية : مواجهة السلطة التقديرية للحقوق الشخصية لاعتبارات الملاءمة و الصالح العام.

من أمثلة الوجهة الأولى يذكر:

قضية (ب ع و ر) ضد(ر م ش ب ب)، المتعلقة بالطعن لتجاوز السلطة ضد قرار هذا الأخير المتضمن اقتطاع جزء من أرض الطاعن بحجة إدراجها في الملكيات المخصصة للمنفعة العمومية.[1]

و قد توصل القاضي الإداري في هذه القضية إلى أن الإدارة لا تستطيع الإحتجاج بغلطها لإعادة النظر في وضعية مكتسبة لصالح العارض، وبالتالي فإن المقررات المطعون فيها مشوبة بعيب تجاوز السلطة، و يستوجب

[1] م ع. غ إ، (ب ع و ر) ضد(ر م ش ب ب) تحت ملف رقم53922، و القرار المؤرخ في 1987/06/06، المجلة القضائية العدد 1990/4، ص171 وما بعدها.

الفرع الثاني: موقف القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي من هذه النظرية:

إذا كان التقدير الفقهي لهذه النظرية يتجه إلى عدم حتمية الربط بين السلطة التقديرية و حالة غياب الحقوق الشخصية. فما موقف القانون الإداري الجزائري؟ و هل حظيت منه بموقف المؤيدين أو بموقف النقاد؟ وما موقف الفقه الإسلامي؟

أولا: موقف القانون الإداري الجزائري:

إن موقف القانون الإداري الجزائري من نظرية الحقوق الشخصية يتجلى بوضوح من خلال تتبع مسلك القضاء في هذا الشأن .

من مجموع قرارات القاضي الإداري في القضايا التي بنيت مواضيعها على أساس حق شخصي، يتبين أن القضاء الإداري كان له من هذه النظرية وجهتين: الوجهة الأولى و تتمثل في تقييد السلطة التقديرية في مجال الحقوق الشخصية. و الوجهة الثانية : مواجهة السلطة التقديرية للحقوق الشخصية لاعتبارات الملاءمة و الصالح العام.

من أمثلة الوجهة الأولى يذكر:

قضية (ب ع و ر) ضد(ر م ش ب ب)، المتعلقة بالطعن لتجاوز السلطة ضد قرار هذا الأخير المتضمن اقتطاع جزء من أرض الطاعن بحجة إدراجها في الملكيات المخصصة للمنفعة العمومية.[1]

و قد توصل القاضي الإداري في هذه القضية إلى أن الإدارة لا تستطيع الإحتجاج بغلطها لإعادة النظر في وضعية مكتسبة لصالح العارض، وبالتالي فإن المقررات المطعون فيها مشوبة بعيب تجاوز السلطة، و يستوجب

---

[1] م ع. غ إ، (ب ع و ر) ضد(ر م ش ب ب) تحت ملف رقم53922، و القرار المؤرخ في 1987/06/06، المجلة القضائية العدد 1990/4، ص171 وما بعدها.

إبطالها.[1]

من خلال هذا القرار يلاحظ أن قاضي الغرفة الإدارية قيد سلطة الإدارة التقديرية في مجال الحقوق الشخصية.[2] مما يعني أنها تتحقق بصفة أوسع في حال غياب هذه الحقوق.

و قريب من هذا المثال : قضية (ب ل) ضد (والي "ج" و "ر م ش ب ق") التي قضى فيها قاضي الغرفة الإدارية بإلغاء القرار الصادر من الإدارة لمخالفته المباشرة لفكرة الحقوق الشخصية، كصورة من صور و حالات عيب مخالفة القانون.[3]

و من أمثلة الوجهة الثانية يذكر: القضية الموضوعة تحت ملف رقم 66960، المؤرخ في 21 أفريل 1990، و المتعلقة بالطعن ضد قرار والي ولاية (ب) المتضمن نزع ملكية مكتسبة للطاعن من أجل المنفعة العمومية[4].

وقد توصل قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في الحكم فيها إلى أنه فيما يخص اختيار قطعة محل نزع الملكية، فإن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مدى ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز مشروع....

وأن مبدأ الإحتياج العائلي لا يعني إشباعه بالضرورة بالأرض المتنازع عليها، و إنما يعني إعادة إسكان الشخص الذي انتزعت منه أرضه.[5]

---

[1] حيث أن الطاعن اشترى بصورة قانونية القطعة المتنازع عليها و حازها و استلم العقد الناقل للملكية لا يمكن المساس بملكيته بحجة المنفعة العمومية. المجلة القضائية : العدد السابق ص 171.

[2] التي يعد حق الملكية واحدا منها.

[3] ينظر في تفصيل وقائع هذه القضية : م ع .غ إ، (ب ل) ضد (والي "ج" و "ر م ش ب ق") ملف رقم29432 و القرار المؤرخ في 1982/02/26، المجلة القضائية ، العدد 1990/1، ص 188 وما بعدها.

- و ينظر في هذا الموضوع : قضية (ك.ف) ضد (الدولة) التي قضت فيها الغرفة الإدارية بإلغاء قرار والي ولاية "ع" على أساس أنه خالف فكرة الحقوق الشخصية المكتسبة. م ع.غ إ، ملف قضية رقم 51535 و قرار مؤرخ في 1987/05/16، المجلة القضائية العدد 1990/03، ص191 وما بعدها.

[4] و قد جاء فيها أن الطاعنين وضحوا بأن صفة المنفعة العامة لا تنطبق على ملكيتهم، لأنه يوجد إلى جانبها قطعة أرض أخرى، كان بالإمكان تشييد 500 مسكن عليها في حين أن ملكيتهم أرض مزروعة بالأشجار المثمرة و مستغلة فلاحيا، كما أن الطاعنين أوضحوا أنهم عائلة كبيرة تقطن هذه الأرض و أنها لا تحتاج إلى تعويض بل إلى مسكن يؤويها.

[5] م ع.غ إ، 21 أبريل 1990، (الفريق ع) ضد(والي ب) ، المجلة القضائية العدد 1990/2، ص158 وما بعدها.

فقد أقر القاضي الإداري سلطة الإدارة التقديرية رغم قيامها في مواجهة حق شخصي، و هذا لامتيازات الملاءمة و الصالح العام.

وأكثر مجال تتواجه فيه السلطة التقديرية مع حقوق الأفراد و حرياتهم مجال الضبط الإداري، إذ تتميز الإدارة إزاءه بسلطة تقديرية واسعة لاعتبارات المصلحة العامة. و في حال النزاع، فإن القاضي هو الآخر قد يرخص بالإجراء الذي اتخذته الإدارة، و قد يضيف قيودا على نشاط الإدارة في هذا المجال لمصلحة الحقوق و الحريات.[1]

من أمثلة ذلك القضية المتعلقة بالطعن لتجاوز السلطة ضد قرار والي ولاية "س"، المتضمن غلق محل الطاعن لدواعي الأمن والنظافة تنفيذا لأحكام المرسوم رقم 34-76 المؤرخ في 1976/02/20 المتعلق بالعمارات المخطرة و غير الصحية و المزعجة ولا سيما المادة 35 منه[2]. حيث أقر قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، سلطة الإدارة في تقدير الإجراءات المعدة ضرورية للأمن و الصحة العمومية، مع مراعاة الشرط المنصوص عليه في مادة المرسوم، و المتعلق بالمدة الممنوحة لمسير المحل للإستجابة للإنذار المسبق، و المحددة بـــ "ثلاثة أشهر".[3]

بناء على ما تقدم يستنتج أن القانون الإداري الجزائري كان له مسلك المؤيدين لنظرية الحقوق الشخصية و مسلك النقاد لها. مما يعني أنها لا تشكل الأساس الكامل للسلطة التقديرية للإدارة.

ثانيـــا: موقـــف الفقـــه الإســـلامـــي:

إذا ثبت أن نظرية الحقوق الشخصية لا تشكل أساسا جامعا لنظرية السلطة التقديرية في القانون الإداري الجزائري، فما موقف الفقه الإسلامي؟

---

[1] د/ البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية ص 195، وينظر: د/محمد الصغير بعلي: الوجيز في المنازعات الإدارية ص16 و ما بعدها.

[2] و تنص هذه المادة على ما يلي:" يجب على الوالي قبل القيام بأي متابعة أمام الجهات القضائية أن يبعث بإنذار إلى مالك أو مدير أو مسير المؤسسة المصنفة الذي لم يراع قوانين الوقاية و الحماية التي تخضع لها مؤسسته، يدعوه فيه إلى أن يستجيب لأجل لا يتعدى الثلاثة أشهر لجميع الإجراءات المعدة ضرورية للأمن و النظافة و الصحة العمومية".

[3] م ع.غ إ. قضية (ش ع) ضد(والي "س" و وزير "د")، الموضوعة تحت ملف رقم 46723 المؤرخ في21 أبريل 1990المجلة القضائية العدد 1990/4، ص 162 وما بعدها.

لقد كفلت الشريعة الإسلامية للإنسان في المجتمع مجموعة من الحقوق الشخصية، و كفلت أيضا رعايتها بتحريم الإعتداء عليها[1] و هو ما يؤدي إلى تقييد تصرفات الإدارة اتجاهها.

فقد عرف الإسلام فكرة الحقوق الشخصية عشرة قرون قبل أن تتردد على ألسنة فلاسفة القرن السادس عشر ، و لم يكتف بتقريرها فحسب ، بل جعلها حاجزا منيعا أمام سلطان الإدارة و تعسفها[2] و هو ما يفسر فكرة الحقوق الشخصية كأساس لسلطة الإدارة التقديرية.

ولعل أشهر مثال في هذا الصدد ما ثبت عن الخليفة عمر بن الخطاب، أنه لما أراد توسيع المسجد النبوي اعترضته دار العباس بن عبد المطلب عم الرسول صلى الله عليه وسلم، فطلب منه بيعها و لكنه رفض ، و لما أراد أن ينزع ملكية الدار للمنفعة العمومية إحتج الناس بأن هذا ليس مما يملكه الخليفة، فاحتكما إلى حذيفة بن اليمان ، الذي قضى بعدم جواز نزع ملكية الدار غصبا ، بوصف أن حق الملكية من الحقوق الشخصية التي يحرم على الإدارة المساس بها و لو كان هدف ذلك الصالح العام للمسلمين. و ما كان – في الأخير– من العباس إلا أن قدم داره راضيا، و عوضه عمر عنها بدار أوسع منها في مكان آخر.[3] و لم يكن هذا التعويض العادل من الخليفة عمر إلا اعترافا منه و إقرارا بحق الملكية الفردية التي لا يجوز مصادرتها حتى في حالة الضرورة إلا بعد مشورة أصحابها و إنصافهم[4].

فهذه صورة واقعية تبرهن على تقييد السلطة التقديرية للإدارة – في النظام الإسلامي– في مجال الحقوق الشخصية. مما يعني أن هذه السلطة تتحقق بصفة أوسع في حال غياب هذه الحقوق، و هو ما يفسر إعتماد

---

(1) د/ إسماعيل إبراهيم البدوي: دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية و النظم الدستورية المعاصرة (الحقوق و الحريات العامة) ط1 1414هـ/1994م. دار النهضة العربية القاهرة ص 60-61.

(2) د/ حازم عبد المتعال الصعيدي: النظرية الإسلامية في الدولة ص384.

(3) د/ حازم عبد المتعال الصعيدي: المرجع نفسه ص 456 نقلا عن د. الطماوي : عمر بن الخطاب و أصول السياسة و الإدارة الحديثة ص 111. و ينظر: ابن سعد: الطبقات الكبرى ج3 ص283.

(4) حمد محمد الصمد: نظام الحكم في عهد الخلفاء الراشدين ، ط1 141هـ/ 1994م المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع بيروت ص190.

الإدارة في الإسلام على فحوى نظرية الحقوق الشخصية كأساس لسلطتها التقديرية.

لكن إذا ثبت اعتماد الإدارة في الإسلام على فكرة الحقوق الشخصية في نشاطاتها، فهل ثبت في الفقه الإسلامي مواجهة للإدارة مع هذه الحقوق برغم تبني الشريعة حمايتها؟

الأصل أن الحقوق الشخصية في الشريعة الإسلامية مرعية بقواعد ملزمة، لا مجال للشك في قطعيتها.[1]

غير أنه في سبيل تقصي المصلحة العامة و رعايتها – وهو مقصد الشرع من منح الإدارة سلطة التصرف على الرعية – رخص للإدارة في الإسلام التدخل في الحريات و الحقوق الشخصية، في أحيان كثيرة، و ذلك بمنعها بالنظر إلى ما يؤول إليه ذلك الإستعمال من مفسدة عامة راجعة.[2] للقاعدة الفقهية " يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام" [3]، و " الضرر الأشد يزال بالأخف."[4]

و لأن في درء المفسدة عن الجماعة و جلب المصلحة لها الأصل الذي قامت عليه الشريعة بل هو المبرر الأكبر لإلقاء مقاليد السلطة العامة بيد الإدارة.[5] تستطيع هذه الأخيرة بما لها من سلطة تقديرية أن تمنع من بعض الحقوق الخاصة إذا كانت تؤدي إلى الإضرار بالمجتمع.[6] و تسد بابها عليهم على وفق قاعدة سد الذرائع.[7]

---

[1] ينظر د/ إسماعيل إبراهيم البدوي: المرجع السابق (مشروع الدستور الإسلامي) ص 544 و ما بعدها.

[2] د/ فتحي الدريني: الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ص 21–113، و ينظر: د/ نعمان جغيم: طرق الكشف عن مقاصد الشارع ص179.

[3] علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام م 26 ج1 36. و ينظر: ابن نجيم: الأشباه و النظائر ج1 ص88.

[4] علي حيدر: المرجع نفسه م 27 ج1 ص36، و ينظر: ابن نجيم: المرجع نفسه ج1 ص89.

[5] د/ الدريني: المرجع نفسه ص 159، وينظر : الشاطبي: الموافقات ج2 ص 396.

[6] د/ زكي الدين شعبان: مرونة الفقه الإسلامي و إبطال دعوى جموده ، ص229.

[7] سد الذرائع تمثل الدور الدفاعي و الوقائي بالنسبة لمقاصد الشريعة. د/ يوسف أحمد البدوي: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ص373. و معناها حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها ، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة لها منع من ذلك الفعل. شهاب الدين القرافي: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول ، ط1 1418هـ/ 1997م دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع بيروت ص352– 353، و ينظر: مؤلفه: الفروق ط1 1418هـ/ 1998م دار الكتب العلمية بيروت ج2 ص59، و برهان الدين ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام، ط1=

من أمثلة ذلك في الفقه الإسلامي:

قرار الخليفة عمر بن الخطاب القاضي بالحجر على أعلام المهاجرين أن يخرجوا من المدينة إلا بإذن وإلى أجل حرصا منه على أن يظلوا على أوضاع الإسلام، فلا يفتنوا في دينهم إذا نظروا إلى زخرف الدنيا خارج المدينة.

فهذا تقييد للحرية الخاصة في التنقل اقتضته مصلحة المجموع، و هذا كله نظر إلى مآل التصرفات.[1] و لو كانت في ذاتها مباحة، على أساس السلطة التقديرية للإدارة.

و كذا للإدارة في النظام الإسلامي منع الاحتكار إذا استعمل على وجه يضر بالعامة[2]. فالفعل و هو التصرف في حق الملكية مأذون فيه في الأصل، غير أنه إذا لزم عنه مفسدة راجحة أهدر بالقدر الذي يدفع الضرر عن الناس، و يجبر المحتكر على البيع بثمن المثل، حتى إذا تغيرت الظروف و زال ما كان بالناس من حاجة إلى السلعة المحتكرة، زال تدخل الإدارة في ملكيته.[3]

ومن ذلك- أيضا- التسعير الجبري، إذ بناءا على السلطة التقديرية تملك الإدارة التدخل في حق الملكية و حرية الإتجار بفرض التسعير، دفعا لتحكم التجار و رعاية للمصلحة العامة.[4] فالإدارة - في النظام الإسلامي- في مراعاتها للحقوق و المصالح الخاصة إنما تهدف إلى تحقيق مصلحة المجموع ، فإذا تعارضت المصلحتان ، فإنه لا يتوانى في ترجيح المصلحة

1416هـ/ 1995م بيروت ص269. أي منع كل ما يفضي إلى المفسدة و لو كان في الأصل مباحا . الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، ص 116، و أحمد الريسوني: مدخل إلى مقاصد الشريعة ، ط1 1996، المكتبة السلفية ، ص 56.

(1) د/ سلام مذكور: الإباحة عند الأصوليين و الفقهاء ط سنة 1996 دار النهضة ص315 ، و ينظر: حمد محمد الصمد: نظام الحكم في عهد الخلفاء الراشدين ص160 ، و د/ الدريني : المرجع السابق ص 112.

(2) ابن قيم : الطرق الحكمية ص268.

(3) د/ مصطفى أبو زيد فهمي: فن الحكم في الإسلام ص 499 ، و ينظر: د/ الدريني: المرجع نفسه ص 129-113.

(4) ينظر: ابن قيم : المرجع نفسه ص 268 و ما بعدها، و ينظر: د/ الدريني: المرجع نفسه ص 114، و د/ يوسف القرضاوي: السياسة الشرعية ص217.

العامة على مصلحة الفرد[1]، و هذا ما حداها لتقييد بعض الحقوق في تطبيق لسلطتها التقديرية و هذا لاعتبارات الصالح العام.

بناءا على ما تقدم يستنتج أن الفقه الإسلامي إلى جانب القانون الإداري الجزائري اتبعا مسلك المؤيدين لفحوى نظرية الحقوق الشخصية و مسلك النقاد لها، مما يعني أنها – كما هو حال نظرية التدرج – لا تشكل أساسا جامعا و كاملا للسلطة التقديرية للإدارة.

[1] حمد محمد الصمد: المرجع السابق ص191، و ينظر: ابن نجيم: الأشباه و النظائر ج1 ص89.

المطلب الثالث: نظرية المشروع.

إذا كانت نظرية الحقوق الشخصية لا تستطيع أن تفسر بشكل كامل أساس السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة ، فإن هناك نظرية أخرى في هذا المجال نالت الكثير من الإهتمام، وهي تدور أساسا حول فكرة معينة ، هي تشبيه النشاط الإداري بالنشاط الفردي، من حيث أن الإدارة بمختلف هيئاتها عبارة عن مشروع، و أن طبيعة المشروع هذه هي التي تفسر ما تتمتع به الإدارة من سلطة في التقدير الحرّ، تماما كما يتمتع بهذا القسط من الحرية رئيس المشروع الفردي.[1]

فما هو فحوى نظرية المشروع ؟ و ما موقف القانون الإداري و الفقه الإسلامي منها؟

الفرع الأول : فحوى نظرية المشروع

ذهب أغلب الفقه القانوني إلى أنّ نظرية المشروع هي النظرية التي بإمكانها أن تفسر بشكل كامل أساس السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة في ممارسة مختلف أوجه نشاطها. فما هو فحوى هذه النظرية ؟

من رواد هذه النظرية "موريس هوريو M. Hauriou" و "أندريه هوريو A.Hauriou " و "فينيزيا Venezia".

و تقوم هذه النظرية على النظر إلى النشاط الإداري باعتباره نوع من المشروعات التي تشبه إلى حدّ كبير المشروعات الخاصة أو الفردية. و إذ يتمتع الأفراد عند إدارتهم لمشروعاتهم و أوجه نشاطهم بقدر كبير من حرية التقدير فإن الإدارة كذلك تتمتع بقدر واسع من السلطة التقديرية و هي تسير مشروعاتها، أي عندما تباشر نشاطها الإداري[2]

يقول الفقيه "موريس هوريو": أنه إذا عرفنا أن السلطة التقديرية هي نتيجة لتخلف القواعد التشريعية عن التحديد، أو بصورة أعم نتيجة لتخلف قواعد القانون عن التحديد، فإنه لا يزال أمامنا أن نعرف لماذا لا تتناول

---

(1) د/ البرزنجي : السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية ص 196.
(2) د/ سامي جمال الدين : قضاء الملاءمة ص 36

قواعد القانون بالتحديد لهذا الجانب الذي نراه متروكا للإدارة و هو جانب تقدير الملاءمة في نشاطها" ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن تستمد من حقيقة أن الهيئات الإدارية العامة تشبه الأفراد في إدارة مشروعاتهم إذ تملك تقييد نشاطها ذاتيا، و تملك كذلك تقدير ملاءمة نشاطها[1]

إذ الإدارة و هي تباشر واجباتها، و تدير مرافقها، لا تخضع فقط للتشريع و قواعد القانون الخارجية، و إنما تخضع كذلك لتوجيهات داخلية Directives interne مستمدة من فكرة المشروع.

فبينما أن كل فرد في ظل القانون الخاص يملك تحديد صفة مشروعه الذي يصل به إلى غايته الخاصة. فإن الهيئات الإدارية في القانون الإداري على العكس من ذلك، إنما تخضع لفكرة واحدة و لغاية محددة و هي المصلحة العامة،[2] وهذه الفكرة تؤدي بالهيئات الإدارية إلى العمل على تحقيق المصلحة العامة في مظاهرها المختلفة ، وتؤدي إلى تقييد سلطة الإدارة التقديرية، إما بالتشريع مباشرة أو بالتقييد الذاتي لنشاطها.[3]

في تقدير هذه النظرية وجه لها الدكتور البرزنجي نقدا في الصميم بقوله : "إن أول ما يستدعي الإنتباه في مجال تقدير هذه النظرية ، هو تشبيهها الكامل للمشاريع الخاصة بالإدارة العامة ، وهذا ما لا يمكن التسليم به، فالمشروع الفردي في مجال القانون الخاص لا يستهدف أساسا إشباع المصلحة العامة و إنما يستهدف بالدرجة الأولى إشباع مصلحة مدير المشروع الخاصة، في حين أن الإدارة أو المشروع الإداري ليس له من هدف إلا إشباع المصلحة العـــامة، و هذا الوضـــع له أكبر الأثـــر على مدى سلـــطة الإدارة

---

(1) د/ البرزنجي: المرجع السابق ص 196 نقلا عن: M. Hauriou: Précis de droit administratif, 12ème éd 1933, p 351.

(2) G.Peiser: Droit administratif, 14ème éd p27.
و ينظر: د/سامي جمال الدين: الدعاوى الإدارية و الإجراءات أمام القضاء الإداري.دعاوى الإلغاء، ط سنة 1991، منشأة المعارف الإسكندرية ص365.

(3) د/ البرزنجي: المرجع نفسه ص197-198 و ينظر: د/سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة ص36 ، A.Hauriou : Le pouvoir discrétionnaire , et sa justification , p233.

التقديرية في إدارة مشروعها.[1]

وعلى خلاف ذلك يرى د/ سامي جمال الدين ، في تقديره لنظرية المشروع، أن هذا الإتجاه هو الأقرب إلى الصحة ، و ذلك بالنظر إلى السلطة الإدارية و خاصة من الناحية الموضوعية ، حيث يمكن تحليل موضوعات النشاط الإداري باعتبارها من قبيل المشروعات ، وهو أمر من السهل التسليم به بصدد المرافق العامة، كما أنه ليس من العسير النظر إلى الضبط الإداري ، وتنفيذ القوانين باعتبارها كذلك من المشروعات التي تبتغي تحقيق أهداف تندرج في إطار المصلحة العامة ، مثلها مثل سائر أوجه النشاط الفردي مع اختلاف الغايات و المقاصد.[2]

و النتيجة التي يمكن الخروج بها من عرض فحوى نظرية المشروع، أن هذه الأخيرة تعبر بشكل منطقي و أدق عن أساس السلطة التقديرية للإدارة. كما أنها تجمع في مضمونها فحوى النظريات – سابقة الذكر– (نظرية التدرج و الحقوق الشخصية) مادامت لا تقوم إلا على أساس تخلف قواعد القانون عن التحديد أو التقييد. و عليه تعتبر نظرية المشروع مصدر السلطة التقديرية و أساسها الجامع.

الفرع الثاني: موقف القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي من هذه النظرية:

إذا كانت نظرية المشروع قد حظيت باهتمام فقهي بالغ، فهل نالت ذات الإهتمام من القانون الإداري الجزائري و كذا الفقه الإسلامي؟

---

[1] د/ البرزنجي : المرجع السابق ص 203.

[2] د/ سامي جمال الدين : المرجع السابق ص37 ، و ينظر: المادة 14 من دستور الجزائر لسنة 1996.

أولا: موقـــف القانـــون الإداري الجزائـــري:

إن أغلب القرارات الإدارية المبنية على سلطة تقديرية ، تشير إلى اعتماد الإدارة فيها على نظرية المشروع. و هي كثيرة بحيث يصعب الإلمام بجميعها، فمن بينها يذكر:

المرسوم التنفيذي رقم 97-217 المؤرخ في 1997/06/09، الذي يتضمن حل مركز البحث لإعطاء المحروقات و مشتقاتها قيمتها اللائقة بها، و تحويل أملاكه و حقوقه والتزاماته و مستخدميه إلى المعهد الجزائري للبترول و الكيمياء و الغاز و البتروكيمياء و المواد البلاستيكية و المحركات.[1]

فعلى أساس إعتبار موضوعات النشاط الإداري من قبيل المشروعات التي تهدف إلى تحقيق الصالح العام، تمتعت الإدارة [2] - من خلال هذا المرسوم[3]- بحرية تقدير ملاءمة أحد نشاطاتها، حيث رأت أن حل مركز البحث لإعطاء المحروقات، وتحويل التزاماته إلى المعهد الجزائري للبترول ، يعتبر الإجراء الأكثر ملاءمة لتحقيق الصالح العام للوطن و مصدر سلطة التقدير هذه-هو بلا شك- نظرية المشروع التي بنت عليها الإدارة الجزائرية حرية إدارة نشاطاتها أو مشروعاتها.

و منها -أيضا- المرسوم التنفيذي رقم 212/97 المؤرخ في 06/09/ 1997، المتضمن إنشاء ديوان وطني لمكافحة المخدرات و إدمانها[4]. فعلى أساس نظرية المشروع قدرت الإدارة الحاجة إلى هذا المرفق أو المشروع ثم ملاءمة إنشائه للصالح العام و لغاية ترقية الصحة و حمايتها[5] ، باعتبار أن أنشطة الإدارة تعد من قبيل المشروعات التي تهدف إلى صالح الوطن.

---

(1) ج ر، العدد 1991/41 ص15.

(2) المجسد في شخص رئيس الحكومة.

(3) ليس من العسير إعتبار المراسيم التنفيذية من قبيل المشروعات مادامت تتغيا تحقيق أهداف الصالح العام.

(4) ج ر، العدد 1997/41، ص05

(5) و هي الغاية المقصودة من القانون رقم 85- 05، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ، المؤرخ في 1985/02/16 المعدل و المتمم.

و من القرارات القضائية المؤيدة لفكرة المشروع ، القرار المؤرخ في 11 جويلية 1981 ، و قد توصل القاضي فيه إلى أنه يجب على الإدارة فحص ومعاينة مدى المساس الذي يلحقه البناء بالصحة و الأمن العامين... و بناء على ما قد تتوصل إليه المعاينة من نتائج، تقدر الإدارة الإجراء الذي يتناسب مع هذه النتائج، و الذي قد يقتصر على الإكتفاء بالنص على وجوب اتباع هذا أو ذاك الشرط الخاص، أو قد يبلغ حد رفض رخصة البناء.[1]

من خلال هذا القرار يتضح بأن القاضي الإداري الجزائري قد أقر للإدارة بحرية تقدير ملاءمة تصرفاتها بهدف تحقيق الصالح العام، أي رخص لها بقدر من السلطة التقديرية. هذه السلطة التي لا تمارس إلا في المجال الذي امتنع التشريع عن تحديده بنص خاص، مما يعني فسح المجال لنظرية المشروع لتكون أساسا تمارس الإدارة من خلاله تصرفاتها، وهذا باعتبار موضوعات النشاط الإداري [2] من قبيل المشروعات التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

بناء على ما تقدم يستنتج أن نظرية المشروع قد حظيت باهتمام و إقرار القانون الإداري الجزائري لها كأساس للسلطة التقديرية للإدارة ، باعتبار أن هذه النظرية تمثل الأساس الذي يخول للإدارة معالجة المسائل التي تخلف القانون عن تحديدها بنص خاص.

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي:

إذا ثبت أن نظرية المشروع قد حظيت بإقرار القانون الإداري الجزائري لها كأساس لسلطة التقدير المعترف بها للإدارة ، فما موقف الفقه الإسلامي؟

إن منح الشارع للإدارة – في النظام الإسلامي– سلطات تقديرية واسعة [3]، يعني الترخيص لها بالتصرف بحرية في إدارة نشاطاتها، باعتبار

---

(1) م ع، غ إ، (أ ر) ضد (و د)، قضية تحت ملف رقم 22236 و القرار مؤرخ في 11 جويلية 1981 سلسلة الإجتهاد القضائي ص 196 وما بعدها.

(2) حتى ولو كانت هذه الموضوعات تنفيذا للقانون ، وهذا على أساس فكرة المشروع.

(3) ينظر: د/ فتحي الدريني: الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ص 105.

هذه النشاطات ، عبارة عن مشروعات عامة ، تملك الإدارة تقدير ملاءمتها، كما تملك كذلك تقييدها ذاتيا، و كل هذا لاعتبارات الصالح العام للمسلمين، و على أساس نظرية المشروع التي عبر عنها الفقه الإسلامي بمنطقة " العفو التشريعي"[1] و التي يعتبر المباح[2] أهم دائرة تنطوي تحتها ، و المجال الرئيسي لسلطة الإدارة التقديرية.

فمن تطبيقات السلطة التقديرية -في الفقه الإسلامي- المبنية على أساس من فكرة المشروع، قرار الخليفة عمر بتأسيس الدواوين الإدارية لضبط الأعطيات، و هو عمل إجتماعي و إداري في نفس الوقت، تطلبته المصلحة العامة في ذلك العهد، و إنشاء بيوت المال في كل الولايات لتسيير الشؤون الإجتماعية و السياسية.[3]

و من ذلك قرار الخليفة عثمان بتوسعة مسجد النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة عند ضيقه، و قرار حفر نهر الإبلة و نهر الأساورة و كلاهما بالبصرة.[4] و لعل من أهم تطبيقات السلطة التقديرية المبنية على أساس فكرة المشروع. قرار الخليفة عمر بمنع تقسيم الأراضي المفتوحة على المجاهدين الفاتحين لها [5]، واعتباره لها من الفيء[6] الذي تتعلق به حقوق المسلمين

---

(1) و تقابل في القانون الإداري ، المجال الذي تخلف القانون عن تحديده بنص خاص.

(2) المباح: من حيث هو مباح، لا يكون مطلوب الفعل و لا مطلوب الإجتناب. الشاطبي: الموافقات، دار المعرفة بيروت، ج1 ص109. و هو نوعان: إباحة أصلية و هي خاصة بالأفعال التي لم يرد فيها حكم من الشارع لا فعلا و لا تركا و لا تخييرا و هي مرتبة " العفو" الخارجة عن أقسام الحكم التكليفي. وإباحة شرعية : و هي التي دل فيها الدليل على التخيير بين الفعل و الترك، بتصريح الشارع بنفي الحرج أو بنفي الجناح.
الشاطبي: المرجع نفسه ص161 و ينظر: د/ نذير أوهاب: السلطة التقديرية ، مفهومها و تأصيلها ص 17 ود/ أحمد الحصري: نظرية و مصادر التشريع في أصول الفقه الإسلامي ط1 1407هـ/ 1986م، دار الفكر العربي، بيروت ص 69.

(3) أبو عبيد: كتاب الأموال ص236، و ينظر: نعماني المكي: الخلافة بين الأصالة والحداثة ص 255، و الطرابلسي: معين الحكام ص177، و ابن سعد: الطيقات الكبرى ج3 ص212 و إبراهيم بن يحي خليفة: السياسة الشرعية ص 85، و الشريف حسن محمد القناوي : إدارة الفاروق عمر رضي الله عنه ، إشراف د/ بشير محمد عثمان ، ط1 1401هـ، إدارة مطبوعات مكة المكرمة ص 64، و محمد حسين هيكل: الفاروق عمر، ط8 دار المعارف القاهرة ص 207.

(4) أكرم ضياء العمري: عصر الخلافة الراشدة ص84، و ينظر: ابن الأثير: الكامل في التاريخ ص350، و إبراهيم بن يحيى خليفة : المرجع نفسه ص 84، و القرافي: شرح تنقيح الفصول ص351

(5) كانت غنائم الأراضي المفتوحة قبل عهد عمر رضي الله عنه تقسم أخماسا، فالخمس لولي الأمر يصرفه في الشؤون العامة ، و أربعة أخماس الباقية تقسم على المحاهدين. نعماني المكي: المرجع نفسه ص257.

(6) الفيء يستفيد منه جميع المسلمين حاضرهم و آتيهم و لا يختص بالمجاهدين الفاتحين ، والفرق بينه و بين الغنيمة أن الغنيمة ما استخلصت من العدو المحارب بقوة السلاح، و الفيء ما تركه الأعداء =

عامة حاضرهم و آتيهم و هذا رعاية لمصلحة الأجيال و حقوقها في بيت المال[1]

فقد رأى عمر أن الظرف قد تغير و أن الأساليب قد تطورت ، فهناك اتساع في الجغرافية ، وهناك ديمغرافية تتكاثر مع الزمن، و الضرورة تقتضي إيجاد تشريع يحل الإشكال[2] فكان قراره هذا بمثابة مشروع يهدف إلى صالح المسلمين و رخائهم.[3] و سنده في ذلك هو فحوى نظرية المشروع، و تعتبر منطقة العفو التشريعي التي تركها الشارع قصدا و عمدا لضرورة تغير الظروف و المصالح العامة أصدق تعبير لها.

فعن أبي الدرداء أن النبي صلى الله عليه و سلم قال:" ما أحل الله في كتابه فهو حلال و ما حرم فهو حرام ، و ما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته ، فإن الله لم يكن لينسى شيئا، ثم تلا (و ما كان ربك نسيا)[4] "[5].

و في حديث آخر قال:" إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، و حد حدودا فلا تعتدوها و حرم أشياء فلا تنتهكوها و سكت[6] عن أشياء رحمة بكم

من قهر و غلبة . مصطفى الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج1 ص 180، و ينظر: ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ط1 1418/ 1998م دار الكتب العلمية لبنان ج5 ص139.

[1] الزرقاء: المرجع نفسه ص182، و د/السيد أحمد فرج: السلطة الإدارية و السياسة الشرعية ص96 و ما بعدها. و مناع خليل القطان: تاريخ التشريع الإسلامي ص200

- لقد أراد المجاهدون إعتبار أراضي البلاد المفتوحة كالغنائم الحربية توزع على الجيش الفاتح، وقد ذهب عمر إلى خلاف رأيهم ، فاعتبر الأرضين- أرض سواد العراق و مصر- لأهلها و طرح عليها ضريبة الخراج، لأن ذلك أصلح لأجيالها. محمد حميد الله: مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي و الخلافة الراشدة ص422- 467-483 و ما بعدها و ص504، و ينظر: صبحي الصالح: النظم الإسلامية نشأتها و تطورها ص345، و د/ صبحي محمصاني: تراث الخلفاء الراشدين في الفقه و القضاء ص 577 و عباس محمود العقاد: عبقرية عمر: ط سنة 1410هـ/1989م مكتبة رحاب الجزائر ص 123.

[2] نعماني المكي : المرجع السابق ص 258.

[3] ينظر: د/السيد أحمد فرج: المرجع نفسه ص 96.

[4] سورة مريم الآية 64.

[5] أخرجه الحاكم في المستدرك و صحح إسناده، ج2 ص40، و البيهقي في السنن الكبرى ج10 ص21.

[6] و جدير بالذكر أن المسكوت عنه الذي يدخل ضمن دائرة العفو بعد استقرار الشريعة و تمامها ، ينحصر في ترك الإستفصال مع وجود مظنته - حتى و لو كان في إطار تنفيذ إختصاص مقيد- أي إصدار الشارع أحكاما أو مبادئ دون تفصيل جزئياتها مع علمه بها لتستنبط فيها الإدارة الأحكام التي تحقق الصالح العام و هو مقصود الشارع من تشريع الأحكام. د/ نعمان جغيم: طرق الكشف عن مقاصد الشارع ص207- 208. و عبد الوهاب خلاف: مصادر التشريع فيما لا نص فيه ط5 1402هـ/ 1982م دار القلم الكويت ص98.

من غير نسيان فلا تبحثوا عنها." [1]

و على أساس نظرية المشروع، تملك الإدارة تنظيم المباح[2]، من غير تعسف بسلطتها التقديرية . ويكون تنظيم المباح فيما لم يرد به نص إما بالمنع أو بالوجوب على حسب قاعدة المصالح المرسلة.[3] يقول أ. مصطفى الزرقاء: " الإجتهاد الإسلامي قد أقر لولي الأمر من خليفة أو سواه (الإدارة) أن يحد من شمول بعض الأحكام و تطبيقها ، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك ، فيصبح هو الراجح الذي يجب العمل به ، أو يمنع بعض العقود أو الأشياء المباحة أصلا ، و بذلك صرح فقهاؤنا وفقا لقاعدة المصالح المرسلة "[4].

و عليه يجوز للإدارة تشريع ما يقضي بمنع المباح بناءا على سلطتها التقديرية، إذا رأت أن في جوازه مفسدة عامة [5] للقاعدة الفقهية " درء المفاسد أولى من جلب المصالح".[6]

فمن أمثلة هذا التنظيم في الفقه الإسلامي، قرار الخليفة عمر رضي الله عنه، القاضي بمنع المسلمين من التزوج بالكتابيات رعاية للصالح العام ،

---

[1] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج10 ، كتاب الضحايا باب ما لم يذكر تحريمه ، و أبو داود في كتاب السنن ج3 ص354 باب ما لم يذكر تحريمه.

[2] و هذا التنظيم ليس طليقا من كل قيد، بل هو مقيد بالآتي : 1- بما قد يكون من نصوص يمكن أن تتعدى إلى هذه الحالة لتحقيق علة ما أو حكمتها أو المصلحة التي شرعت لأجلها. 2- بالمقاصد العامة للشريعة، و هي التي ترسم إطارا عاما يمكن أن يسمى بالنظام العام أو روح الشريعة الإسلامية. 3- إن التنظيم لا يصادر أصل الحق و إلا خرج عن وظيفته، إذ يجري التنظيم لتيسير استعمال الحق و لتجنب إساءة استعماله. علي جريشة: المشروعية الإسلامية العليا ص38- 39.

[3] المصلحة المرسلة : هي تلك المصلحة التي لم يشهد لها أصل شرعي من نص أو إجماع لا بالاعتبار و لا بالإلغاء ، ولكن شهد لها أصل كلي قطعي يلائم مقاصد الشرع وتصرفاته ، بحيث يؤخذ حكم الفرع منه. الشاطبي: الموافقات ط1 1417هـ/1997م، دار ابن عفان المملكة العربية السعودية ج5 ص 32-33، و ينظر: نجم الدين الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة ، تحقيق د/أحمد عبد الرحيم السايح ط1 1413هـ/ 1993 م الدار المصرية اللبنانية هامش ص 14، و د/ وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي ط1 1986م ، دار الفكر المعاصر بيروت ج2 ص 756، و د/ مصطفى ديب البغا: أصول التشريع الإسلامي ط2 1420هـ/1999م، دار العلوم الإنسانية ، دمشق ص 41.

[4] الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج1 ص215- 217.

- فالمصالح المرسلة هي أخصب الطرق فيما لا نص فيه و فيها المتسع لمسايرة التشريع و تطورات الناس و تحقيق مصالحهم و حاجاتهم. عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق ص91.

[5] د/ الدريني: الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ص111-112.

[6] علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام م 30 ج1 ص37 ، وينظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر ج1 ص 91، و الشيخ محمد بن صالح العثيمين: مختصر شرح منظومة ابن عثيمين في القواعد الفقهية و أصوله، إعداد بعض طلبة الشيخ القاعدة 3 ص7.

و هذا حينما بلغه أن حذيفة بن اليمان الذي كان واليا على المدائن في بلاد العجم قد تزوج من يهودية [1].

فموقف عمر هنا ، و هو التدخل لتقييد المباح كان تقييدا مؤقتا اقتضته المصلحة العامة آنذاك. فهنالك من يدعي أن عمر رضي الله عنه قد عطل نصوص الشريعة باسم المصالح ، و من ذلك إنكاره الزواج بالكتابيات. لكن الحقيقة أنه لم يغير حكما ثبت بنص قطعي الدلالة، فالنص قوله: "و الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ"[2] ، و عمر خشي أن يتهاونوا في شرط الإحصان المذكور في القرآن فيتزوجوا من غير المحصنات منهن، كما خشي أمرا آخر و هو أن يتمادى المسلمون في الزواج من الكتابيات و ينصرفوا عن المسلمات و في ذلك فتنة لهن[3].

و أيا كان السبب الذي دفع الخليفة عمر إلى اتخاذ قراره، فالذي يهم هنا هو أن هذا المباح قد منع بالنظر إلى مآله ، و هو – بلا شك – مفسدة عامة، و الإدارة ملزمة بحمل الناس على الصلاح و درء المفاسد عنهم ، باتخاذ كل وسيلة لا تصادم روح الشريعة و مقاصدها و لو بتحريم المباح[4].

كما يكون تنظيم المباح – أيضا– بالوجوب تحقيقا للصالح العام[5]. و يوضح الإمام القرافي ذلك بقوله: " إن للمكلف نفسه أن ينشئ الوجوب فيما ليس بواجب كما في المنذور... و إذا تقرر أن الله تعالى جعل لكل مكلف حق الإنشاء في الشريعة لغير ضرورة ، فأولى أن يجعل الإنشاء للحكام لضرورة درء العناد و دفع الفساد" [6].

من ذلك سلطة الإدارة في إجبار من يهمل أرضه على زراعتها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك . فتدخل الإدارة في هذا فلأجل مصلحة الفقير،

---

(1) و نص الرسالة التي بعثها الخليفة عمر إلى حذيفة كالآتي: " بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل الكتاب ، و ذلك ما لا أرضاه لك، فطلقها و لا تبقها في عصمتك " فكتب إليه حذيفة : " أحلال هذا الزواج أم حرام؟ فكتب إليه عمر: " هذا الزواج حلال ، و لكن في نساء الأعاجم خلابة و خداعا – و في رواية لا، و لكني أخاف أن تواقعوا المومسات منهم– و إني لأخشى عليكم منه." محمد بن جرير الطبري : تاريخ الرسل و الملوك ، ط2 1988 دار الكتب العلمية بيروت ج6 ص147.

(2) سورة المائدة آية 5.

(3) د/ يوسف القرضاوي : السياسة الشرعية ص209.

(4) د/ نذير أوهاب: السلطة التقديرية مفهومها و تأصيلها ص13– 14.

(5) د/ نذير أوهاب: المرجع نفسه ص 15.

(6) القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام ، ط سنة 1401هـ مطبعة الأنوار ص26– 27.

لأن له حق معلوم في الزرع فضلا عن المصلحة العامة للبلاد في تنمية الثروة الوطنية ، فإذا تقاعس صاحب الأرض يجوز للإدارة أن تؤجرها لغيره يعمل فيها بأجر المثل.[1]

و هذا على أساس فحوى نظرية المشروع التي تبني عليها الإدارة ملاءمة نشاطاتها أو دائرة العفو.

مثاله ما روي عن بلال بن الحارث المزني أنه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم يطلب منه أن يستقطعه أرضا، فأقطعه أرضا كبيرة. فلما آلت الخلافة إلى عمر رضي الله عنه، سأله أن يزرعها و هو لا يقوى عليها كلها، فقال عمر: "فانظر ما قويت عليه منها فأمسكه ، و ما لم تطق و ما لم تقو عليه فادفعه إلينا نقسمه بين المسلمين". فرفض، فقال عمر: "و الله لتفعلن ، فأخذ عمر ما عجز عن عمارته فقسمه بين المسلمين" [2].

و بناء عليه يستنتج أن الفقه الإسلامي قد عرف إلى جانب القانون الإداري الجزائري ، نظرية المشروع كأساس للسلطة التقديرية للإدارة ، و هذا من خلال دائرة العفو التشريعي التي تركتها الشريعة للإدارة لتقدر على أساسها ، ما يفي بالصالح العام و ضروراته. وعليه يعتبر كل تصرف تقديري[3] تقوم به الإدارة في النظام الجزائري و النظام الإسلامي، قائم في حقيقته على أساس مشروع، حتى ولو كان تنفيذا لنصوص مقيدة، مما يجعل نظرية المشروع تشكل الأساس الجامع لسلطة التقدير المعترف بها للإدارة.

---

[1] د/ الدريني : المرجع السابق ص113. يشبه هذا الأمر ما جاء في قانون الثورة الزراعية الصادر في 08 نوفمبر 1971 و الذي تنص مادته الأولى على ما يلي : " الأرض لمن يخدمها و يفلحها و يستثمرها و أن كل شخص قد أهمل أرضه تؤمم و بالتالي يسقط حقه في الإستغلال فيها". وزارة العدل: ملتقى قضاة الغرف الإدارية ص9.

[2] أبو عبيد: كتاب الأموال ص287، و حمد محمد الصمد: نظام الحكم في عهد الخلفاء الراشدين ص191

[3] مبني على تخلف قواعد التشريع عن تحديد جانب من النشاط الإداري.

خـــلاصـــــة الفـــصـــل الأول :

خلاصة القول أن السلطة التقديرية هي حرية تقدير ملاءمة القرار الإداري في العناصر التي لم يقيدها القانون، و قد ثبتت للإدارة في النظام الإسلامي في نطاق السياسة الشرعية .

أما أساس وجودها فقد تبين في القانون الإداري الجزائري من خلال ثلاث نظريات ، تشكل في تكاملها أساسا جامعا و هو نظرية المشروع القائمة على أساس تخلف قواعد التشريع عن تحديد تفصيلات النشاط الإداري، و يقابلها في الفقه الإسلامي منطقة العفو التشريعي المتروكة عمدا للإدارة لتراعي على أساسها الصالح العام، و تساير مختلف الحوادث و المستجدات.

و عليه لا يمكن بحال القول أن السلطة التقديرية هي استثناء وارد على مبدأ المشروعية، بل الحقيقة أن الدولة المتبنية لها هي دولة قانونية تعتنق مبدأ المشروعية و تطبقه لأوسع مدى ، أي أن السلطة التقديرية هي توسيع لمبدأ المشروعية و ليست – أبدا– استثناء أو تقييدا له.

الفصـــل الثـــــانـــي

مجـــال السلطـــة التقديـــريـــة
لـــلإدارة و تقنـــيـــــات
الرقـــابة القضـــائية
عليـــها

الفصل الثاني : مجال السلطة التقديرية للإدارة و تقنيات الرقابة القضائية عليها.

إن مجال السلطة التقديرية يعني الحالات التي يمكن أن تظهر فيها سلطة الإدارة التقديرية و بعبارة أخرى هو ذلك الجانب من النشاط الإداري الذي يكون ميدانا للسلطة التقديرية للإدارة .

فمن الناحية النظرية و مع إمكانية أن يقوم القانون عن طريق ما يضع من نصوص قانونية محددة بتحديد مجال الإختصاص المقيد للإدارة و المجال الذي يترك للإدارة لتمارس فيه جانب من حرية التصرف، غير أن القوانين الوضعية في مختلف الدول لا تقوم بهذه المهمة على هذا النحو من التمييز الصريح بين مختلف أوجه النشاط الإداري. لذلك ظهرت الحاجة لدى الفقه لحصر الحالات التي يمكن أن تكون ميدانا لممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية [1].

وقد اختلف فقهاء القانون الإداري[2] في تحديد مجال السلطة التقديرية تبعا لاختلافهم بالنسبة لأساسها القانوني .

فما هو مجال السلطة التقديرية للإدارة ، وبعبارة أدق ما هي الحالات التي يمكن أن تتمتع الإدارة فيها بسلطة تقديرية ؟

و إذا كانت السلطة التقديرية تمثل –بحق – المجال الخصب و الرئيسي لمناورة الإدارة و تعسفها بسلطتها ، فما هي تقنيات الرقابة التي اعتمدها القاضي الإداري الجزائري للحد أو التقليص من نطاق إنحراف الإدارة بسلطتها ؟ و ما موقف الفقه الإسلامي ؟

للإجابة على هذه التساؤلات ، سيتم تخصيص مبحثين حيث سيتم في المبحث الأول عرض : مجال السلطة التقديرية. وفي المبحث الثاني: تقنيات الرقابة القضائية عليها .

---

[1] د/ عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية ص 175 ، وينظر: د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ص 21 .

[2] إن الكثير من فقهاء القانون الذين تعرضوا للبحث في أساس السلطة التقديرية لم يميزوا بين هذا الموضوع و مجال السلطة التقديرية ، ففي الوقت الذي بحثوا فيه في أساسها ، تعرضوا للحالات التي تظهر فيها هذه السلطة، و قد تخيروا من الحالات ما يتفق مع أسسهم الفكرية التي وضعوها .

المبحث الأول: مجال السلطة التقديرية.

لقد حاول فقهاء القانون الإداري في مختلف دول العالم وضع معيار لتحديد مجال السلطة التقديرية للإدارة ، نظرا لخلو التشريع من وجود حصر لحالات هذه السلطة و لعدم تحديد القضاء لتلك الحالات بصورة حاسمة. فهل ثمة معيار قاطع في هذا الشأن ؟

إختلفت و تعددت مسالك الفقهاء في وضع معيار يمكن من خلاله معرفة مجال السلطة التقديرية للإدارة [1]:

---

[1] وأبرز الآراء التي قال بها فقهاء القانون في هذا الشأن تتلخص في:

الرأي الأول: أقدم الآراء التي قيل بها في هذا المجال أن الإدارة تتمتع باختصاص تقديري في الحالات التي لا تواجه فيها حقا شخصيا UN DROIT SUBJECTIF لأن منطق قيام الحقوق الشخصية يقتضي أن لا يسمح للإدارة بأن تمسها إلا في أضيق الحدود ، مما يستلزم أن تكون سلطات الإدارة مقيدة بالضرورة .

و يعيب هذا الرأي صعوبة تحديد الحقوق الشخصية العامة DROIT PUBLICS SUBJECTIF كما أن نشاط الإدارة لابد من أن يمس تلك الحقوق بطريق مباشر أو غير مباشر.

الرأي الثاني: يذهب الفقيه الألماني "أوتومايز" إلى الربط بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، و بين القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة ، على اعتبار أن القرارات الكاشفة تصدر عن اختصاص مقيد و أن القرارات الإدارية المنشئة تصدر عن اختصاص تقديري. ويعيب هذا الرأي عدم وجود معيار يحدد القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة كما أن من القرارات المنشئة ما ينشأ عن اختصاص مقيد مثل منح ترخيص لشخص استوفى الشروط.

الرأي الثالث: يرى بعض الفقهاء أن جوهر السلطة التقديرية ينحصر في حق الإدارة في الإختيار بين عدة حلول كلها مشروعة بينما يتعين على الإدارة في مجال الإختصاص المقيد أن تلتزم حلا بعينه. وهذا تعريف دقيق للسلطة التقديرية والسلطة المقيدة ولكنه لا يقدم كثيرا كمعيار ، إذ يتعين على القاضي في كل حالة على حده أن يبحث فيما إذا كانت الإدارة ملزمة بإتباع حل معين أو لها أن تختار بين عدة حلول كلها مشروعة.

الرأي الرابع: وتزعمته المدرسة النمساوية التي تنتسب إلى الفقيه KELESEN ، إذ أنه ليس ثمة مجال منفصل لكل من السلطتين التقديرية والمقيدة بل توجد السلطتان معا في كل عمل إداري وأن التمييز بين التقدير والتقييد في سلطات الإدارة هو مسألة نسبية بمعنى أن الفارق بينهما هو فارق في الكم لا في الكيف.

وهذا الرأي لا يمكن فهمه إلا على ضوء الأفكار التي تقوم عليها المدرسة النمساوية، فهذه المدرسة ترى أن كل عمل قانوني يتضمن تخصيصا لقاعدة أعلى وتقييدا لقاعدة أدنى وبمعنى آخر ترى هذه المدرسة أن كل القواعد القانونية ترجع إلى أصل واحد يطلق عليه NORME، هذا الأصل العام لا يمكن تطبيقه إلا بإضافة عناصر جديدة إليه لمواجهة الحالات الفردية، و هكذا يكون التقييد والتقدير متلازمين حيث لا يمكن الفصل بينهما. وما يؤخذ على هذه المدرسة أنها تجعل حرية السلطة التأسيسية وحرية المشرع في وضع القواعد القانونية من نوع سلطة الإدارة التقديرية في حين أن الفارق بينهما ليس في الكمية فحسب بل فارق في الطبيعة أيضا. و إذا كان التقييد والتقدير يوجدان معا في كل عمل إداري ، فإنه من اللازم معرفة الجوانب التقديرية و الجوانب المقيدة في القرارات الإدارية .

الرأي الخامس : ورفض فريق من الفقهاء كلية البحث في وضع معيار لتحديد مجال السلطة التقديرية لعدم جدوى ذلك، و اكتفوا باستعراض الأحكام القضائية ، لاستخلاص الحالات التي سلم فيها القضاء للإدارة بسلطات تقديرية. و واضح أن هذا الموقف ينطوي على هروب من مواجهة المشكلة .

د/ سليمان محمد الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ص 46 و ما بعدها، و ينظر: مؤلفه: نظرية التعسف في استعمال السلطة، ص 53 و ما بعدها، و عبد العزيز خليفة: الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ص 21 و ما بعدها، و عصام البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة ، ص 177 و ما بعدها، و د/ سامي جمال الدين : قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة، ص 177 و ما بعدها.

غير أن الرأي الراجح في تحديد مجالها هو المسلك الذي وضع أسسه الفقيه بونار "Bonnard" و الذي يتفق إلى حد كبير مع أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، ويقوم هذا الرأي على أساسين :

الأول : أنه ليس ثمة قرار تقديري كلية ، وأن ما كان يسمى بطائفة الأعمال التقديرية Les actes discrétionnaires قد اختفى .

و الثاني : أن التقدير و التقييد في القرارات الإدارية إنما يرد على عنصر بعينه من العناصر التي يتكون منها القرار الإداري [1].

و إذا كان ظاهر هذا المسلك يضيق لأول وهلة من نطاق السلطة التقديرية فيقصرها على القرارات الإدارية ، مع أن نشاط الإدارة لا يقتصر على القرارات الإدارية ، بل تصدر منها أعمال مادية ، وعقود إدارية ، فإن هذه النظرة السطحية بعيدة عن الحقيقة ، لأن القرار الإداري وراء نشاطات و تصرفات الإدارة بإستمرار . فالسلطة التقديرية في مجال العقود الإدارية لا تتبدى إلا في القرارات الإدارية المتصلة بهذه العقود ، مثل: قرارات إبرامها و قرارات إرساء المناقصات أو المزايدات و قرارات الحرمان من ودخولها ...إلخ كما أن الأعمال المادية للإدارة تدور معظمها حول تنفيذ القرارات الإدارية ، مما يعني بجلاء أن القرارات الإدارية وراء كل تصرف من تصرفات الإدارة أو أعمالها .[2]

و على هذا الأساس فإن دراسة مدى حرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة بصدد القرارات الإدارية، هي دراسة للسلطة التقديرية للإدارة في كافة أعمالها في واقع الأمر [3] ، وتبعا لذلك فإن تحديد مجال هذه السلطة يتحقق من خلال بيان جوانب التقييد و التقدير في القرار الإداري [4] .

---

[1] د / الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ص 52.

E. S Laso: Traité de droit administratif P 406- 407. Et voir: A. Delaubadère et Y. Gaudemet : Traité de droit administratif , p 581 et G. Peiser: Droit administratif, 14ème édition , P 27 .

[2] د/ سامي جمال الدين: المرجع السابق ، ص43، و ينظر: د/ سليمان الطماوي: المرجع نفسه، ص 53 ، و د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة: المرجع السابق ، ص 23-24.

[3] د/ سامي جمال الدين : المرجع نفسه، ص 43.

[4] القرار الإداري: "هو كل عمل قانوني إنفرادي، يصدر بإرادة إحدى الجهات الإدارية المختصة، و يحدث آثارا قانونية بإنشاء مركز قانوني قائم" عوابدي عمار: دروس في القانون الإداري ص215 ، و قريب منه أنه: " إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة ، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين و اللوائح و ذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين، متى كان ذلك ممكنا و جائزا قانونا و كان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة. د/ سامي جمال الدين: الدعاوى الإدارية و الإجراءات أمام القضاء الإداري، ص 44 و ينظر: د/ فؤاد عبد المنعم أحمد : مبادئ الإدارة العامة و النظام الإداري في الإسلام، ط سنة-

من المقرر أن القرار الإداري يقوم على خمسة أركان – وفقا لغالبية إتجاه الفقه – و هي ركن الشكل ، الإختصاص ، والسبب ، و المحل ، و الغاية. و السلطة التقديرية لا تتجسد إلا في ركن السبب و المحل [1] ، بينما لا حرية للإدارة في إطار بقية العناصر [2].

وعليه فإن تحديد مجال السلطة التقديرية للإدارة لا ينبغي أن يتم خارج إطار هذين العنصرين.

فما مدى السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة بين ركني السبب و المحل ؟

للإجابة على هذا السؤال ينبغي الإنطلاق من فكرة أن الملاءمة هي أساس و تركيب كل عمل إداري تتمتع الإدارة من خلاله بحرية التقدير [3] .

1411هـ/1991 م ، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ، ص 33، و عرفة د/ الطماوي : بأنه " إفصاح عن إرادة ملزمة بقصد إحداث أثر قانوني، و ذلك إما بإصدار قاعدة تنشئ أو تعدل أو تلغي حالة قانونية عامة أو موضوعية حين يكون العمل لائحة ، و إما إنشاء حالة فردية أو تعديلها أو إلغائها لمصلحة فرد أو أفراد معينين أو ضدهم في حالة القرار الإداري الفردي" د/ سليمان الطماوي : نظرية التعسف في استعمال السلطة ، ص 31، و من تعريفاته أنه " نتيجة منطقية لعدد من البدائل المتوفرة من أجل اختيار أفضل الإجراءات الموضوعة و من ثم تطبيقها للوصول إلى هدف محدد في وقت محدد"، د/ محسن العبودي: الإدارة العامة ، ط سنة 1998، دار النهضة العربية ص491، أو هو " الإختيار الواعي بين البدائل المتاحة في موقف معين " د/ أحمد عبد العظيم محمد: أصول الفكر الإداري في الإسلام ، ص 176. و واضح من هذه التعاريف المختلفة أنها تتفق من حيث الجوهر على أن القرار الإداري في حقيقته ليس سوى عمل إرادي قانوني يصدر من جانب واحد لغرض إحداث أثر قانوني معين. د/ عصام البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية ص 212. و تعتبر الجهة الإدارية طرفا واحدا أو جانبا واحدا حتى و لو اشترك في إصدار القرار هيئة مكونة من عدة أفراد. د/ عمر محمد الشوبكي : القضاء الإداري ص 128.

[1] ينظر: د/ سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ص 53-54. و حمدي ياسين عكاشة : القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ص 661-662. و د/ماجد راغب الحلو: القانون الإداري ص613، و د/عصام البرزنجي : المرجع نفسه ، ص 226 –227،

E.S Laso : OP. Cit P 144

[2] فبالنسبة للإختصاص، لا توجد للإدارة في مجاله سلطة تقديرية، لأنه محدد بالقانون ، و الإدارة إما أن تكون مختصة فيحق لها إصدار القرار، و إما ألا تكون كذلك فتمتنع عنه، و ليس لها في ذلك حرية الإختيار. و بالنسبة للشكل ، يجب على الإدارة أن تلتزم بالشكل الذي حدده القانون و إلا وقع قرارها باطلا إذا تعلق الأمر بمخالفة شكل جوهري، فإذا لم يحدد شكلا معينا كان لها اختيار الشكل الذي ترى أن تصدر قرارها فيه . و بالنسبة للغاية ، و هي الهدف النهائي الذي يسعى القرار إلى تحقيقه ، فهي دائما تحقيق المصلحة العامة أو أحد جوانبها التي يحددها القانون على سبيل التخصيص ، و على الإدارة أن تلتزم في قراراتها بهذا الهدف ، فإن استهدفت تحقيق غاية أخرى وقع قرارها باطلا لعيب الإنحراف بالسلطة . د/ ماجد راغب الحلو: المرجع نفسه ، ص 612، و ينظر حمدي ياسين عكاشة : المرجع نفسه ص 660-661، و د/ البرزنجي: المرجع نفسه ص 224-225، و د/ إبراهيم عبد العزيز شيحا: الوسيط في مبادئ و أحكام القانون الإداري، ص 416-417،
. Peiser : OP.Cit , P 27 .

[3] E.S. Laso: Op.Cit , p 44.

و بناءا عليه فإن البحث عن السلطة التقديرية في هذين الركنين هو بيان لمواضع الملاءمة فيهما.

لهذا الغرض سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين. يتناول في المطلب الأول: مجالات الملاءمة في ركن السبب و في المطلب الثاني : مجالات الملاءمة في ركن المحل .

المطلب الأول : مجالات الملاءمة في ركن السبب

قد يتجه المشرع إلى إلزام الإدارة باتخاذ تصرف معين بالذات، بمجرد توافر شروط معينة يحددها، حيث لا يكون للمختص بذلك أية سلطة تقديرية في صدد تحديد مضمون القرار[1]. و الغالب أن لا يحدد القانون أسباب القرار و يترك أمر تقديرها للسلطة الإدارية ، و في هذه الحالة تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية أثناء اتخاذ قراراتها[2].

و يتمثل عنصر السبب في القرار الإداري في "مجموعة الوقائع التي تسبق القرار و تدفع إلى إصداره، فهو إذن المبرر والدافع إلى اتخاذ القرار الإداري. و يمكن تعريفه قانونا بأنه "مجموعة من العناصر الواقعية و القانونية التي تسمح للإدارة بالتصرف و اتخاذ القرار الإداري" [3]. و هو بهذا الإعتبار إنما يشكل في معنى من المعاني شرطا لإصدار القرار[4]. فما هي مجالات الملاءمة بالنسبة لركن السبب في القرار الإداري؟

من خلال دراسة القرارات الصادرة عن القضاء الإداري الجزائري[5] و القرارات الصادرة عن الإدارة في النظام الإسلامي ، يتبين أن مجالات السلطة التقديرية بخصوص هذا الركن لا تخرج عن الصور التالية [6].

---

(1) د/ سامي جمال الدين : قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، ص 139.

(2) voir : A. Delaubadère : Traité de droit administratif, Op.Cit , P 580.

(3) د/ سامي جمال الدين : المرجع نفسه ، ص 137.

(4) د/ البرزنجي: السلطة التقديرية و الرقابة القضائية، ص230، نقلا عن:

Lino Diqual : La compétence liée , L.G.D.J, 1964, paris , P62.

- يعرف د/ الطماوي السبب بأنه" حالة واقعية غالبا أو قانونية أحيانا تعرض للإدارة فتتدخل على أساسها و تصدر قرارها" د/ سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية ص 54، وينظر: مؤلفه: نظرية التعسف في استعمال السلطة ، ص 61. و قريب منه ينظر: د/ عوابدي عمار : النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ط سنة 1995 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ج2 ص 544.

و من تعريفاته أنه :" الحالة الواقعية أو النظامية التي تدعو الإدارة إلى اتخاذ القرارات ، و من أمثلة الحالة الواقعية أن تقع مظاهرة في مكان فتتخذ سلطات الضبط التدابير اللازمة لمواجهتها، و من أمثلة الحالة النظامية المخالفة التي تقع من الموظف، فهي سبب قرار الجزاء الذي يصدر ضده". د/ فؤاد عبد المنعم أحمد: مبادئ الإدارة العامة و النظام الإداري في الإسلام، ص 35

(5) ذلك أن القضاء الإداري الجزائري و القضاء الإداري ككل ، هو المرجعية الأولى التي تحدد المجالات التي تتمتع الإدارة فيها بسلطة تقديرية، و شرعية هذه المجالات.

(6) و هي المجالات التي أجمع عليها الفقه القانوني إزاء ركن السبب في القرار الإداري. ينظر: عوابدي عمار: المرجع نفسه ، ص 545 و ما بعدها، و د/ البرزنجي : المرجع نفسه، ص 243.

1- قيام الحالة التي تستوجب تدخل الإدارة و التكييف القانوني لها .

2- تقدير الخطورة المحتمل تولدها من الوقائع الثابت حدوثها. و هي المجالات التي سيتم بحثها في إطار الفرعين المواليين.

الفرع الأول : تقدير الإدارة صحة الوجود المادي للوقائع و التكييف القانوني لها .

إن أي قرار إداري إنما يتصل بالضرورة بحالة مادية Situation matérielle في عالم الواقع، و عندما يصدر رجل الإدارة قرارا ما، فإنما أخذ في اعتباره حالة مادية معينة، والقانون بمجموع قواعده يشكل المصدر الأساسي بالنسبة للتصرف إزاء تلك الحالات المادية، وإذا كانت قاعدة القانون تتسم عادة بالعموم و التجرد فإن الحالة المادية الفردية تشكل تخصيصا يتيح وضع قاعدة القانون العامة و المجردة موضع التنفيذ في العالم الخارجي[1] ، وهو ما يسمح للإدارة باستخدام سلطتها التقديرية في التصرف ملاءمة منها بين نصوص القانون الثابتة و بين الواقع المتغير.

أولا: تقدير الإدارة ملاءمة الوقائع الثابت وجودها :

لا يمكن للتصرف الإداري أن ينشأ إلا بالإستناد إلى وقائع مادية ثابتة الوجود فإذا لم توجد هذه الوقائع فإن ذلك يعني أن التصرف الإداري في مواجهة حالة ليس لها قوام في الواقع، و هذا بالتالي يعرض القرار الإداري للطعن في مشروعيته على أساس انعدام السبب الذي بني عليه، و تشرع تدخل جهة الإدارة[2].

فما مدى حرية تقدير ملاءمة الوجود المادي للوقائع[3] في القانون الإداري الجزائري و في تصرفات الإدارة في النظام الإسلامي ؟

---

(1) د/ عصام البرزنجي : المرجع السابق ، ص 327.

(2) ينظر: لحسين بن شيخ أث ملويا: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ط سنة 2001 دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر ص100- 101.

(3) يرى الفقيه S . Laso أن الوجود المادي للوقائع على العموم ليس محلا للسلطة التقديرية، إذ الوقائع إما أن توجد أو لا توجد و على الإدارة أن تقرها و تظهرها فقط. و استثناء من موقفه هذا يقول: "مع ذلك لا يمكن إنكار بالكامل تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في مجال تقدير الوقائع" خاصة فيما يتعلق بالضبط الإداري.

E. S. Laso : Traité de droit administratif, P 409.

تبرز الإجابة على هذا السؤال من خلال استقراء مجموعة من القرارات التي أصدرها القاضي الإداري في إطار رقابته على أعمال الإدارة، و من خلال قرارات الإدارة – في النظام الإسلامي – المبنية على سلطتها التقديرية.

و عليه سيكون البحث عن هذا المجال أولا في القضاء الإداري الجزائري ثم التثبت من وجوده في النظام الإسلامي.

1- تقدير ملاءمة الوجود المادي للوقائع من خلال الرقابة القضائية في القانون الإداري الجزائري:

لقد ذهب القاضي الإداري الجزائري إلى أن تقدير الوجود المادي للوقائع هو أحد مجالات السلطة التقديرية في إطار ركن السبب في القرار الإداري.

و قد استنتج ذلك من قرارات عدة منها:

ما ورد في القضية المتعلقة بالطعن لتجاوز السلطة ضد قرار الطرد الذي أصدره والي ولاية "س" ضد السيد "إ.م" الموظف لدى وزارة العمل و الشؤون الإجتماعية [1].

و قد توصل قاضي الغرفة الإدارية من ملابسات و وقائع القضية إلى القرار التالي : حيث أنه يستخلص من التحقيق بأن السبب يجد تأكيدا له في تصرف المعني أمام لجنة التأديب، و بالتالي فقد تأكد وجوده ماديا، و يظهر من الملابسات بأن طبيعة هذا التصرف تكفي وحدها لتبرير العقوبة، و نتيجة لذلك و دون التعرض للوجود المادي لبقية التجاوزات ، لا يمكن للمعني الإدعاء بأن القرار محل الطعن معيب بتجاوز السلطة[2].

يستنتج من هذا القرار أن الأفعال المنسوبة إلى الطاعن و التي بررت قرار طرده من وظيفته ، صحيحة و ثابتة الوجود و أن الإدارة كانت مصيبة في تقديرها للوجود المادي للوقائع و في اختيار القرار الذي يلائمها [3].

---

[1] C.S.Ch.adm, 3 Décembre 1965, I. Contre / Etat , Recueils d'arrêts de la jurisprudence administratif , 1979, P10.

[2] C.S Ch . adm , OP.Cit , p10

[3] إن صحة القرار الإداري تتحدد بالأسباب التي قام عليها و مدى سلامتها على أساس الأصول الثابتة في الأوراق وقت صدور القرار و مدى مطابقتها للنتيجة التي انتهت إليها ، محمد فؤاد عبد الباسط: أعمال السلطة الإدارية ، هامش ص 79-77 نقلا: عن المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما-

و من ذلك قرار قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985/12/07 في قضية ب م ش / ضد / وزير "د" و "م أ و"، الذي تضمن إقرار بصحة تقدير الإدارة للوجود المادي للوقائع التي استندت إليها في إصدارها القرار التأديبي المطعون فيه، و بمشروعيته من كافة عيوب عدم المشروعية، و لا سيما عيب انعدام السبب[1].

و عليه يعتبر الوجود المادي للوقائع أحد المجالات التي تستقل الإدارة بتقديرها في إطار ركن السبب في القرار الإداري، و ضابط الإدارة في ذلك هو الملاءمة التي تتجلى أساسا من خلال إيجاد التناسب بين الوقائع و الإجراءات أو القرارات المتخذة [2]

و تجدر الإشارة إلى أن اعتبار الوجود المادي للوقائع هو أحد مجالات السلطة التقديرية، لا يعني حتمية تدخل الإدارة كلما توافرت لديها وقائع معينة، فقد توجد الوقائع و لا تتدخل الإدارة في شأنها ، مثاله أن الإدارة في ميدان الوظيف العمومي تتمتع بسلطة توقيع الجزاء التأديبي ما دام قام لديها السبب المادي المبرر لهذا الجزاء ، إلا أنها قد ترى من الملائم عدم توقيع العقوبة[3].

2- تقدير الوجود المادي للوقائع في النظام الإسلامي:

إن الإلمام بالواقع يمثل أمرا شديد الأهمية في فن الإدارة في الإسلام، فكل قرار إداري مهما بلغت كفاءة السلطة الإدارية التي أصدرته ، سوف يكون حتما قرارا خاطئا إن أخطأت الإدارة في معرفة و تقدير الواقع الذي تعالجه[4].

فدراسة الواقع و معالجته واجب لابد منه للإدارة و ألزم ما يكون في إطار السلطة التقديرية، لأن الواقع يتصل بعموم الناس و بقرارات و أنظمة و أوضاع

(1965- 1980)، ج3، الطعنان رقم 444 لسنة 7 ق و 730 لسنة 8 ق بتاريخ 1966/03/26، ص 2078. و ينظر: لحسين بن شيخ أث ملويا: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ص144 و ما بعدها.

(1) د/ عوابدي عمار: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، ج2، ص 560.

(2) ينظر: د/عصام البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة ص 163، و د/ عوابدي عمار: المرجع نفسه ص 555. و عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة ، ط سنة 2003، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،ص 74-321.

(3) عبد العزيز الجوهري : الوظيفة العامة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ص 173.

(4) د/ مصطفى أبو زيد فهمي: فن الحكم في الإسلام ص 258، و ينظر: د/عماد الدين خليل: حول القيادة و السلطة في التاريخ الإسلامي، ط 1405 هـ/ 1985 م ، مكتبة النور القاهرة ، ص 08.

مختلفة، و لأنه واقع دائم التجدد فلابد أن تكافئه قرارات متجددة يراعى فيها الزمان و المكان و أحوال الإنسان[1].

لذلك يعتبر تقدير الوجود المادي للوقائع أحد العناصر التي تتمتع الإدارة – في النظام الإسلامي– إزاءها بسلطة تقديرية في مجال ركن السبب في القرار الإداري. و يدل على ذلك أمثلة كثيرة من تاريخ الإدارة في الإسلام يذكر منها:

قرار الخليفة عمر بنفي نصر بن حجاج من المدينة إلى البصرة بعد الذي علمه عنه من حسن و صباحة وجه.

و مثل هذا التصرف له ما يبرره بلا شك ، فقد كانت مدينة الرسول في ذلك الحين تخرج منها الجيوش بعد الجيوش تقاتل في سبيل الله، و تترك خلفها العديد من النساء بغير أزواجهن، و قد آثر هذا الشاب ألا يتطوع للجهاد و أن يظل في المدينة. فرأى عمر أن في بقائه في المدينة ، في تلك الظروف ما قد يدعو إلى الفتنة، لذلك رأى المصلحة في نفيه منها و أمر في ذات الوقت بمضاعفة عطائه الذي يتقاضاه من بيت المال تعويضا له عن هذا الاغتراب[2].

من هذا القرار يتبين مدى حرص الإدارة في النظام الإسلامي على الإلمام بالواقع و تقدير ما يلائمه.

و من الوقائع أيضا التي قدر الخليفة عمر آنذاك ملاءمتها لتدخل الإدارة ، الحاجة إلى حفر خليج يربط بين النيل و بحر القلزم، لاتصال المرافق بين مصر و عاصمة الدولة. فأشار على والي مصر عمرو بن العاص بذلك و حدد له مدة سنة يفرغ فيها من حفره و إعداده لمسير السفن فيه. و لم يأت الحول حتى جرت فيه السفن و سمي خليج أمير المؤمنين، و بقي مفتوحا حتى ضيعه الولاة [3].

---

(1) د/ يوسف القرضاوي : السياسة الشرعية ص287، و ينظر: ناجي إبراهيم السويد: فقه الموازنات ص174.

(2) د/ مصطفى أبو زيد فهمي: المرجع السابق ص 266– 486 ، و ينظر: د/ صبحي صالح: النظم السياسية نشأتها و تطورها ص 254 ، و ابن قيم: الطرق الحكمية ص 30.

(3) عباس محمود العقاد: عبقرية عمر ص30.

و كان هذا المشروع من أهم المسائل التي أحسنت فيها الإدارة تقدير الواقع و مستلزماته و القرارات المناسبة له، و كل هذا في حدود الصالح العام للمسلمين.

مما تقدم يستنتج أن الوجود المادي للوقائع هو أحد المجالات التي تتمتع الإدارة في الإسلام بسلطة تقديرها ، و هذا في إطار ركن السبب في القرار الإداري.

كما يبرز توافق الجانب التطبيقي للسلطة التقديرية في النظام مع الجانب التطبيقي لها في القانون الإداري الجزائري ، في اعتبار الوجود المادي للوقائع أحد عناصر و مجالات السلطة التقديرية للإدارة.

هذا و تجدر الإشارة إلى أن سلطة الإدارة في تقدير الوقائع ليست مطلقة ، بل خاضعة على الدوام لرقابة القضاء الإداري على الوجود المادي لعنصر السبب، أي التثبت من استناد القرار الإداري إلى وقائع صحيحة قانونا[1] .

و يشترط لصحة الوقائع المادية التي تستند إليها الإدارة في إصدار قرارها أن تكون محققة الوجود بحيث تصدر تلك القرارات قائمة عليها باعتبارها صادقة و لها قوام في الواقع[2] .

و لا يكفي مجرد قيام الوقائع المادية في عنصر السبب لتبريره، و إنما يتعين أن يكون المدعي مسؤولا عنها، فإذا اتضح أن التهم التي قام عليها القرار المطعون فيه غير صحيحة إما لعدم صحة واقعتها أو لعدم

---

[1] د/ عوابدي عمار: النظرية العامة للمنازعات الإدارية ،ج 2 ص 547، و عبد العزيز الجوهري: القضاء الإداري ص 56، و ينظر: أحمد محيو: المنازعات الإدارية ، ترجمة فائز أنجق و بيوض خالد، ط سنة 1992، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص 188 و ما بعدها ، و لحسين بن شيخ أث ملويا: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ص36.

[2] ينظر: م ع ، غ إ، قضية (ب ع ر و)ضد (ر م ش ب س)، المجلة القضائية، العدد 90/4 ص 171 و ما بعدها، و مجلس الدولة الغرفة (2)، ملف قضية رقم 005240 بتاريخ 2002/01/28، المتعلقة بعزل قاض من طرف المجلس الأعلى للقضاء. مجلة مجلس الدولة، ص 165 و ما بعدها ، و مجلس الدولة، ملف قضية رقم 002982 بتاريخ 2002/06/10، مجلة مجلس الدولة ص 186 و ما بعدها.

مسؤولية المدعي شخصيا عنها فيكون القرار المذكور في الحالة هذه قد انعدم أساسه القانوني الذي يجب أن يقوم عليه[1] .

ثانيا: التكييف القانوني للوقائع:

سبقت الإشارة في مستهل هذا المطلب، أن السبب يعتبر في معنى من المعاني شرطا لإصدار القرار، و كقاعدة عامة فإن سلطات الإدارة إنما هي سلطات مشروطة pouvoir conditionnés، غير أن القوانين و هي تمنح الهيئات الإدارية سلطاتها بالتصرف، تعطي غالبا تحديدا غامضا أو عاما للوقائع التي تشترطها لكي تضع هذه الهيئات الإدارية سلطاتها القانونية موضع التنفيذ على أساس منها.

و عليه فحينما يعطي المشرع في القانون الإداري تعريفا أو تحديدا جزئيا للوقائع التي يعني وجودها أو احتمال وجودها بالنسبة لرجل الإدارة ، القدرة أو الإلتزام بالتصرف، فإنه يبقى على رجل الإدارة أن يأخذ على عاتقه معرفة معنى الوقائع موضع البحث، و بمعنى آخر تكييف هذه الوقائع تكييفا قانونيا[2].

و المقصود من عملية التكييف القانوني هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية [3].

فما مدى صحة عنصر التكييف القانوني لوقائع كمجال للسلطة التقديرية في القانون الإداري الجزائري و الفقه الإسلامي؟

---

[1] ينظر: م ع.غ .إ، (ش ع) ضد (والي ولاية "س" و وزير "د") ، المجلة القضائية العدد 1990/4، ص 162 و ما بعدها . و بخصوص هذه الشروط في الفقه الإسلامي يرجع إلى الأمثلة التي ساقها د/ مصطفى أبو زيد فهمي في كتابه " فن الحكم في الإسلام" ص 264 و ما بعدها.

[2] د/عصام البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية ص 354-355.

[3] د/ سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة ص 172 نقلا عن : أ. محمود سلامة جبر: الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة 28-1984 عدد 4 ص113.

1- التكييف القانوني للوقائع كمجال للملاءمة في القانون الإداري الجزائري:

من المسلم به أن الوقائع التي تبرر تدخل الإدارة يجب أن يتحقق فيها الصفات القانونية التي يستلزمها المشرع صراحة أو ضمنا، و من قرارات القضاء الإداري في هذا الشأن:

القرار المؤرخ في 2002/06/10، الصادر عن قاضي الغرفة الثانية بمجلس الدولة، وقد جاء فيه : ... حيث أنه بموجب المادة 31 من القانون 08/90[1] :" لا يمكن للوالي أن يقبل عضوا منتخبا في المجلس الشعبي البلدي، إلا في حالة ما إذا يتبين أنه غير قابل للإنتخاب أو أنه تعتريه حالة من حالات التنافي". و بما أن القرار المستأنف جاء سليما لتقدير الوقائع و لتطبيق دقيق لنص المادة 31 المذكورة أعلاه ، فإنه يتعين تأييده [2].

من خلال هذا القرار يستنتج أن تقدير الوجود المادي للوقائع ليس المجال الوحيد لسلطة الإدارة التقديرية ، بل يجب أن تضع الإدارة في اعتبارها أيضا، اختيار النص أو المبدأ القانوني الذي يتلاءم تطبيقه على هذه الوقائع.

و معناه أن تقوم بتكييف الحالات الواقعية مع القانون. و ينبغي التنبيه أن مجال التكييف القانوني للوقائع غير متروك لحرية الإدارة المطلقة، بل ثمة ضابط لسلطة الإدارة التقديرية في هذا المجال ، و يتمثل في ضمانة الرقابة القضائية.

و هذا ما يمكن استخلاصه من قرار "P.TH" المتعلق بتأميم الإستغلالات الزراعية العائدة للأجانب، تطبيقا للمرسوم الصادر في 1 أكتوبر 1963 [3] ، الذي ينص على إعلان ملكية الدولة كل مستثمرة يملكها أشخاص طبيعيون أو معنويون لا يتمتعون في تاريخ صدور المرسوم بالجنسية الجزائرية، أو لم

---

(1) المؤرخ في 07 أبريل 1990، و المتعلق بالبلدية. ج ر، رقم 15/ 1990 ص434 و ما بعدها.

(2) مجلة مجلس الدولة ، العدد 2002/02، ملف قضية رقم 002982، فهرس رقم 219 قرار مؤرخ في 2002/06/10، ص 186-187.

(3) ج، ر، رقم 73-1963 ، المرسوم رقم 63 -388 المؤرخ في 1963/10/01 الذي أعلن المستثمرات الفلاحية المملوكة للأجانب أملاكا للدولة، ص 1015.

يتخذوا الإجراءات القانونية اللازمة للحصول على الجنسية، و يحدد الوالي المستثمرات محل التأميم.

ففي هذه القضية طعن السيد "TH" ضد قرار والي ولاية "ج"، المتضمن إعلان ملكيته الواقعة في "ح" ملكا للدولة.

و بعد التحقيق تبين بأن الطاعن لا يملك صفة المستثمر الفلاحي، ذلك لأن الملكية التابعة له هي عبارة عن فيلا فخمة، يملكها صاحبها و يقطن فيها مع عائلته و ليست مستثمرة فلاحية كما ورد في تقدير الإدارة.

و بناءا عليه توصل القاضي الإداري إلى أن الإدارة قد أخطأت في تكييفها القانوني للوقائع ، و على هذا الأساس استوجب إلغاء القرار[1] .

يستخلص من هذا القرار أن التكييف القانوني للوقائع يعتبر أحد مجالات السلطة التقديرية للإدارة، و أن هذه السلطة تكون صائبة إذا كانت المرجعية القانونية التي تذرعت بها الإدارة تبرر و بشكل مشروع القرار المتخذ[2].

2- التكييف القانوني للوقائع كمجال للملاءمة في النظام الإسلامي:

يعتبر تكييف الوقائع تكييفا قانونيا ، أحد عناصر و مجالات السلطة التقديرية في إطار اختيار سبب القرار الإداري، هذا إلى جانب التقدير السليم للوقائع[3]. و قد أكد الفقه الإسلامي على أن كل تصرف تقديري تقوم به الإدارة في النظام الإسلامي ، يجب أن يكيف - أولا- مع الواقع ثم مع قانون الشرع[4].

---

(1) C.S.Ch. adm, 16 Juillet 1965, Th /Contre/ Etat, R.A.J.A , 1979, P09.

(2) ينظر : أحمد محيو: المنازعات الإدارية ص 189.

(3) ينظر: مصطفى أبو زيد فهمي: فن الحكم في الإسلام ص 318 ، و أحمد عبد العظيم محمد: أصول الفكر الإداري في الإسلام ص 183.

(4) ينظر: ناجي إبراهيم السويد: فقه الموازنات ص181. و في هذا المعنى يقول أحد الباحثين: " و هكذا، فعندما ننجح في جعل ضروريات عصرنا جزءا من شريعتنا ، فإننا سنكون قد عملنا ليس فقط على فتح باب الإجتهاد في وقائع عصرنا المتجددة المتطورة ، بل سنكون أيضا قد بدأنا في تأصيل أصول شريعتنا نفسها بصورة تضمن لها الإستجابة الحية لكل ما يحصل من تغيير أو يطرأ من جديد". إسماعيل الحسني: مقاصد الشريعة عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور ص299، نقلا عن: محمد عابد الجابري: وجهة نظر نحو إعادة بناء قضايا الفكر العربي المعاصر ص72.

يتخذوا الإجراءات القانونية اللازمة للحصول على الجنسية، و يحدد الوالي المستثمرات محل التأميم.

ففي هذه القضية طعن السيد "TH" ضد قرار والي ولاية "ج"، المتضمن إعلان ملكيته الواقعة في "ح" ملكا للدولة.

و بعد التحقيق تبين بأن الطاعن لا يملك صفة المستثمر الفلاحي، ذلك لأن الملكية التابعة له هي عبارة عن فيلا فخمة، يملكها صاحبها و يقطن فيها مع عائلته و ليست مستثمرة فلاحية كما ورد في تقدير الإدارة.

و بناءا عليه توصل القاضي الإداري إلى أن الإدارة قد أخطأت في تكييفها القانوني للوقائع ، و على هذا الأساس استوجب إلغاء القرار[1] .

يستخلص من هذا القرار أن التكييف القانوني للوقائع يعتبر أحد مجالات السلطة التقديرية للإدارة، و أن هذه السلطة تكون صائبة إذا كانت المرجعية القانونية التي تذرعت بها الإدارة تبرر و بشكل مشروع القرار المتخذ[2].

2- التكييف القانوني للوقائع كمجال للملاءمة في النظام الإسلامي:

يعتبر تكييف الوقائع تكييفا قانونيا ، أحد عناصر و مجالات السلطة التقديرية في إطار اختيار سبب القرار الإداري، هذا إلى جانب التقدير السليم للوقائع[3]. و قد أكد الفقه الإسلامي على أن كل تصرف تقديري تقوم به الإدارة في النظام الإسلامي ، يجب أن يكيف – أولا- مع الواقع ثم مع قانون الشرع[4].

---

(1) C.S.Ch. adm, 16 Juillet 1965, Th /Contre/ Etat, R.A.J.A , 1979, P09.

(2) ينظر : أحمد محيو: المنازعات الإدارية ص 189.

(3) ينظر: مصطفى أبو زيد فهمي: فن الحكم في الإسلام ص 318 ، و أحمد عبد العظيم محمد: أصول الفكر الإداري في الإسلام ص 183.

(4) ينظر: ناجي إبراهيم السويد: فقه الموازنات ص181. و في هذا المعنى يقول أحد الباحثين: " و هكذا، فعندما ننجح في جعل ضروريات عصرنا جزءا من شريعتنا ، فإننا سنكون قد عملنا ليس فقط على فتح باب الإجتهاد في وقائع عصرنا المتجددة المتطورة ، بل سنكون أيضا قد بدأنا في تأصيل أصول شريعتنا نفسها بصورة تضمن لها الإستجابة الحية لكل ما يحصل من تغيير أو يطرأ من جديد". إسماعيل الحسني: مقاصد الشريعة عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور ص299، نقلا عن: محمد عابد الجابري: وجهة نظر نحو إعادة بناء قضايا الفكر العربي المعاصر ص72.

من أمثلة ذلك ، قضية نصر بن حجاج – سابقة الذكر– إذ علاوة على حسن تقدير رئيس السلطة الإدارية – عمر بن الخطاب – للوقائع ، فقد كيفها التكييف القانوني المناسب ، و المتمثل في القاعدة القانونية العامة و إحدى المقررات الشرعية و هي "الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام" [1]. التي على أساس منها قيد حرية أحد الأفراد إزاء المصلحة العامة[2].

و منه يستنتج أن التكييف القانوني للوقائع هو أحد المجالات التي تقدر الإدارة – في النظام الإسلامي – ملاءمتها ، و هنا يبرز توافق القانون الإداري الجزائري و النظام الإسلامي في اعتبار هذا العنصر أحد مجالات سلطة الإدارة التقديرية في إطار اختيار سبب القرار الإداري.

و ينبغي التنبيه أن التكييف القانوني للوقائع لا يعني الإختيار العشوائي للنصوص، و إنما يتحتم على الإدارة أن تختار وفقا لتقديرها المرجعية أو النص القانوني الذي يتلاءم تطبيقه على هذه الوقائع ، مما يعني أنها تخضع في هذا المجال للتقييد أكثر من التقييد، و هو ما يفسر و يؤكد التكامل بين السلطة التقديرية و المقيدة.

الفرع الثـــانـــي: مجـــال تقـــديـــر الإدارة لأهميـــــة الوقـــائـــع.

عنصر تقدير مدى ملاءمة و أهمية أو خطورة الوقائع المادية أو القانونية Appréciation des faits ، هو ضرورة قيام السلطة الإدارية المختصة بتقدير مدى أهمية و خطورة أو ملاءمة الوقائع القائمة و الثابتة لاتخاذ قرار إداري ملائم و مناسب لمواجهة هذه الوقائع ، أي تحديد و تقدير قيم هذه الوقائع المسببة و الدافعة لاتخاذ قرار إداري معين دون غيره، و من أجل هذا العنصر تمنح للإدارة المختصة سلطة تقديرية و حرية للتصرف في مجال ركن السبب في القرارات الإدارية[3].

---

(1) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام مادة 26 ج1 ص36.

(2) ينظر : د/ فتحي الدريني : الحق مدى سلطان الدولة في تقيده ص 231

(3) د/ عوابدي عمار: النظرية العامة للمنازعات الإدارية ، ج 2 ص 546 ، و محمد حسنين عبد العال: فكرة السبب في القرار الإداري و دعوى الإلغاء ، ط سنة 1971 دار النهضة العربية القاهرة ص72 –73.

فما مدى الملاءمة التي تمارسها الإدارة في تقدير خطورة و أهمية الوقائع في القانون الإداري و النظام الإسلامي؟

أولا: تقدير الإدارة لخطورة الوقائع و ملاءمتها من خلال رقابة القاضي الإداري الجزائري:

يؤكد القضاء الإداري الجزائري، أن الإدارة مستقلة في هذا المجال بتقدير قيمة الوقائع و ملاءمتها للقرارات الصادرة لمواجهتها.

من أمثلة ذلك يذكر قضية "ح م" المتعلقة بالطعن ضد مستشفى "ع" ، و قد توصل القاضي الإداري فيها إلى: أنه زيادة على ذلك ، فإن تقدير خطورة الخطأ المرتكب من قبل الموظف يرجع إلى السلطة الرئاسية[1] (أي الإدارة التي يعمل تحت إشرافها) و أنه لا دور لرقابة القاضي في هذا المجال على العموم[2].

و من ذلك أيضا ، قضية "أر" ضد " "ود" ، التي توصل فيها قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا إلى ما يلي : "... و ذلك في صورة ما إذا كانت طبيعة البناءات من شأنها أن تمس من حيث موقعها و أبعادها بالصحة العامة و الأمن العام فإنه يتعين على الإدارة معاينة و فحص كل حالة على انفراد للتوصل و على ضوء خطورة المساس الذي يلحقه البناء بالصحة العامة و الأمن العام إذا كان من الملائم رفض إعطاء رخصة البناء...[3].

مما تقدم يستخلص أن تقدير أهمية السبب و خطورته من إطلاقات الإدارة المتروكة لمحض تقديرها ، في حدود النصاب القانوني المقرر[4] .

---

(1) C.S.Ch .adm.25.Novembre 1979, H/ Contre/ H E , R.A.J.A,1979, P188.

(2) عبد العزيز الجوهري: الوظيفة العامة ، ص 173.

(3) م.ع.غ.إ، " أر" ضد "و د" ملف رقم 22236 المؤرخ في 1981،/07/11 سلسلة الإجتهاد القضائي، ص 196 و ما بعدها.

(4) ينظر: سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية ص 61-62.

ولا تنصب رقابة القاضي على مدى أهمية الوقائع إلا إذا عاين غلطا فادحا في التقدير[1]. مما يعني أن السلطة التقديرية لازالت تفلت من رقابة القضاء الإداري الجزائري في هذا المجال بالخصوص. [2]

ثانيا: تقدير الإدارة لأهمية الوقائع و ملاءمتها في النظام الإسلامي :

أكدت تصرفات الإدارة في النظام الإسلامي في أكثر من موضع على أن خطورة الوقائع و أهميتها من أهم دوافع وأسباب اتخاذ القرارات، و من العناصر التي تترخص الإدارة في تقديرها و اختيار الحلول الملائمة لها.

من القرارات المعبرة عن هذا المجال، أي مجال تقدير خطورة الوقائع في النظام الإسلامي، حسن مواجهة الخليفة أبي بكر لأحداث الردة، بإصداره قرار قتالهم.[3]

ولعل هذه الحقيقة تعد أشهر مثال عن حرية الإدارة في تقدير خطورة و قيمة الوقائع ، و أهمية اتخاذ القرار الملائم لها.[4]

و في مجال تقدير أهمية الوقائع في عنصر السبب في القرار الإداري، ما يذكر عن الخليفة عمر، من تقييده لحرية التنقل و ممارسة الشعائر الدينية إزاء المصلحة العامة، حيث ثبت أنه رأى امرأة مسلمة مجذومة، تطوف بالكعبة، وخشي انتقال العدوى منها إلى غيرها من المسلمين، فأمرها بالتزام بيتها لهذا السبب. وما كان من المرأة هذه إلا أن اقتنعت بمبرر الخليفة في إصداره قراره، و جلست في بيتها حرصا على صحة المسلمين العامة.[5]

و من الآراء المهمة و الجريئة للفاروق عمر رضي الله عنه في تقدير أهمية الوقائع ، رأيه البصير و الشجاع الذي اتخذه مع نصارى بني ثغلب ، و القاضي بإسقاط إسم الجزية عنهم.

---

(1) وزارة العدل: ملتقى قضاة الغرف الإدارية ص 118 ود/عوابدي، عمار: المرجع السابق ص 558.

(2) وزارة العدل : المرجع نفسه ص119.

(3) الماوردي: الأحكام السلطانية ص 57-58 و ينظر: عبد المتعال الصعيدي: القضايا الكبرى في الإسلام ص92، و أبو محمد بن مرعي: الصحيح المنتقى من فضل الصحابة و الخلفاء الراشدين الأربعة ص51.

(4) ينظر: عشيراتي سليمان: السياسة وإشكال الشرعية في الإسلام ص 105 وما بعدها.

(5) د/ مصطفى أبو زيد فهمي : فن الحكم في الإسلام ص 478.

فبنوا ثغلب هؤلاء عرب ذووا عدد و شوكة، و مواقع قبيلتهم كانت بالقرب من حدود الروم ، و كانوا يأنفون من هذا العنوان "الجزية" ، أي يكرهون أن يقدموا الجزية بهذا المصطلح محتجين على ذلك بأنهم عرب و لا ينبغي أن يؤدوا ما يؤديه العجم ، و طلبوا أن يؤخذ ما يؤخذ منهم باسم الصدقة أي الزكاة و لو كانت مضاعفة. فاستجاب الخليفة لرغبتهم المتمثلة في إسقاط إسم الجزية عنهم و قبول ما يدفعونه إلى بيت مال المسلمين باسم الصدقة أو الزكاة ، لما التمسه – في ذلك – من مصلحة مرجوة للإسلام و المسلمين و دفع لمفسدة عامة متوقعة[1].

فأما المصلحة المرجوة، فتتمثل في خضوع و إذعان هؤلاء القوم لحكم المسلمين و هي المصلحة المقصودة في قوله تعالى:" قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ لَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَ لَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَ رَسُولُهُ وَ لَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَ هُمْ صَاغِرُونَ". [2]

و تتمثل المصلحة المرجوة – أيضا- في حقنه دماءهم لما يعطوه من أموالهم و هم عرب – إذ لا عبرة بالإسم متى وضح المسمى – و أما المفسدة المتوقعة ، فهي الخشية من التحاقهم بالروم و التحالف معهم ضد المسلمين ، خاصة و أنهم قد أظهروا نيتهم في ذلك[3].

من ذلك يتبين أن الإدارة في النظام الإسلامي- كما هو حال الإدارة في القانون الإداري الجزائري- لا تكتفي بتقدير الوقائع و تكييفها القانوني، بل لها أيضا سلطة واسعة في تقدير الخطورة المتولدة عن هذه الوقائع، وملاءمة التصرف الصادر لمواجهتها.

مما يعني أن مواضع الملاءمة في أسباب تصرف الإدارة في النظام الإسلامي هي نفسها في القانون الإداري الجزائري.

---

(1) أبو عبيد: كتاب الأموال، ص 33- 34، و ينظر: د/ يوسف القرضاوي: السياسة الشرعية ص146-216.

(2) سورة التوبة آية 29.

(3) أبو عبيد: المرجع نفسه ص 33، و ينظر: د/ يوسف القرضاوي : المرجع نفسه ص146 و ما بعدها.

الفرع الأول: حرية الإدارة في تقدير ملاءمة التدخل أو الإمتناع و اختيار زمن التدخل:

إذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل إذا تحققت أسباب معينة، و أن تقوم بتصرف معين، فإن مجرد تحقق أسباب تجيز تدخل الإدارة لا يلزمها بالتدخل.[1] و على هذا الأساس إذا قامت – مثلا – اضطرابات أو قلاقل، فذلك لا يحتم على الإدارة التدخل بواسطة سلطات البوليس ، فقد ترى الإدارة أن تدخلها قد يزيد الوضع تأزما، وأن تلك القلاقل ستنتهي من تلقاء نفسها[2] . و إذا عزمت على التدخل فلها وحدها تقرير الوقت الملائم لذلك.

فما مدى حرية الإدارة في التدخل أوالإمتناع و اختيار الزمن المناسب لذلك في القانون الإداري الجزائري و النظام الإسلامي ؟

أولا: حرية الإدارة في تقدير ملاءمة التدخل أو الإمتناع:

من المسلم به أن الإدارة في حالات معينة، تتمتع بسلطة تقديرية في اتخاذ قرار إداري ما أو الإمتناع عنه ابتداء، ملاءمة للصالح العام.

فما مدى هذه الحرية في القانون الإداري الجزائري و النظام الإسلامي ؟

1- حرية الإدارة في تقدير ملاءمة التدخل أو الإمتناع في القانون الإداري الجزائري :

يظهر هذا المجال كمحل لسلطة الإدارة التقديرية في قرارات عدة من إدارية و قضائية. يذكر منها: المرسوم التنفيذي رقم 213/97 الذي يتضمن تجديد رخصة البحث عن المحروقات الممنوحة للمؤسسة الوطنية سوناطراك، لمدة 5 سنوات في المساحة المسماة العوابد في تراب ولاية البيض[3] .

---

(1) د/ الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية ص62.

(2) د/ الطماوي :المرجع نفسه ص 63.

– وفي هذا المجال تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في اختيار ما يلائم الصالح العام في نطاق مبدأ المشروعية. ينظر: عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري ، دار ريحانة ، الجزائر ص 200 ، و عوابدي عمار: القانون الإداري، ط سنة 2002، ديوان المطبوعات الجامعية، ج2 (النشاط الإداري) ص41 وما بعدها.

(3) ج. ر ، مرسوم تنفيذي رقم 213/97 المؤرخ في 1997/06/09 ص08-09.

لقد كان في إمكان الإدارة الإمتناع عن تجديد رخصة البحث عن المحروقات غير أنها آثرت التدخل حسب ما جاء في المرسوم أعلاه ، بأن جددت الرخصة للمؤسسة سوناطراك لتقديرها ملاءمة هذا التصرف للصالح العام.

فالقانون الإداري الجزائري، يسمح للإدارة بسلطات واسعة في ميدان تسليم الرخص المتعلقة باستعمال المال العام، إذ لها أن تتدخل كما يمكنها الإمتناع [1].

و من قرارات القضاء الإداري في هذا المجال، القرار المؤرخ في 1965/12/3، الذي توصل فيه قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا إلى أن السبب يجد تأكيدا له في تصرف المعني أمام لجنة التأديب و يكفي لتبرير العقوبة الصادرة ضده.[2]

فقد أيد القاضي الإداري ملاءمة تدخل الإدارة بعرض المعني أمام لجنة التأديب، رغم إمكانية الإمتناع، إذ ذلك من الملاءمات التي تنفرد الإدارة بأمر تقديرها. فقد نص قانون الوظيف العمومي على عدم إمكانية معاقبة موظف إلا عند ارتكابه خطأ. و لكن عند ارتكابه له يجوز للسلطة الرئاسية ألا توقع عليه العقوبة.[3] و على هذا الأساس يمكن القول أن حرية التدخل أو الإمتناع من مجالات السلطة التقديرية في إطار اختيار محل القرار الإداري.

لكن رغم ذلك تبقى هنالك مسألة تثير التساؤل و هي هل يمكن لامتناع الإدارة أن يكون محل مطالبة قضائية؟

مع أن الإدارة تتمتع بسلطة واسعة في التدخل أو الإمتناع، غير أنه قد يحدث أن يلزم القاضي الإدارة بالتدخل في الحالات التي يتبين له فيها أن امتناعها يشكل إضرارا بمصالح الآخرين.

من ذلك ما جاء في قضية "ش ع" ضد والي "م"، التي حمل فيها الطاعن الإدارة مسؤولية حدوث فيضانات، بسبب عدم تدخلها و اتخاذها الإحتياطات اللازمة لتجنب ما أحدثه الفيضان من خسائر مادية.

---

[1] د/ رياض عيسى: دعوى الإلغاء في الجزائر(دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق السنة13 العدد 4/ 1989 ص86.

[2] C.S.ch admi. 3Déc1965. I /Contre /Etat , R.A.J.A.1979.p10

[3] د/ عبد العزيز الجوهري: الوظيفة العامة، ص 174.

و كان قرار قاضي الغرفة الإدارية كالآتي :"... من حيث أن فيضان وادي "م" يعد في نظرها قوة قاهرة، مادامت ملزمة إلا بمنعها أو على الأقل بتوقعها و بالعمل على تجنبها بجميع أشغال الصرف الضرورية".[1]

و لهذه الأسباب يحكم على ولاية "م" وعلى مديرية "م ق" و على وزارة " أع" بتعويض مقابل الخسائر اللاحقة به.

و من الحالات التي يلزم فيها القاضي الإدارة – أيضا- بالتدخل، حالة ما إذا قدمت وعودا لأشخاص معينين، و ألحقهم ضرر بسبب عدم الوفاء بها.

مثاله ما جاء في قضية " آح" ضد "رم ش ب د" ، التي طالب فيها الطاعن الإدارة بتسليمه قطعة الأرض التي رفضت منحها له بعد أن وافقت على بيعها، و استلمت منه ثمنها .

و قد توصل قاضي الغرفة الثانية بمجلس الدولة فيها إلى ما يلي: " حيث أن خيار بيع الأرض من عدمه يشكل إحدى صلاحيات الإدارة ، و أن هذه الصلاحية تدخل في الإختصاص التقديري ... لا يمكن للقاضي سوى التحقق من أن الإدارة لم ترتكب خطأ يتعلق بالواقع أو بالقانون ، كما أنها لم تنحرف بالسلطة...

حيث أنه و في قضية الحال، فإن البلدية و بعد أن وعدت ببيع الأرض، قررت عدم الوفاء بوعودها مثلما تخول لها صلاحياتها ذلك.

حيث أن أخذ الإدارة لتعهدات اختارت عدم الوفاء بها يقيم مسؤولية هذه الإدارة ، بحيث أن هذه التعهدات التي لم يتم الوفاء بها ألحقت ضررا بمواطن و الذي يجب إصلاحه."[2]

مما تقدم يستنتج أن تدخل الإدارة أو امتناعها في الحالات التي لم يلزمها فيها القانون صراحة بالتدخل ، وإن كان يرجع في الأصل إلى سلطتها التقديرية إلا أنه يحدها قيد المصلحة العامة وعدم الإضرار بالآخرين.

---

[1] م ع،غ إ، " ش ع " ضد والي "م" و من معه ، ملف رقم 56392 ، المؤرخ في 1989/02/25، المجلة القضائية ، العدد4/1990، ص 193 وما بعدها.

[2] قرار غير منشور (فهرس 519) صادر عن الغرفة الثانية لمجلس الدولة. لحسين بن شيخ أث ملويا: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ص116- 117.

و تبعا لذلك فقد أخذ القضاء الإداري الجزائري بمبدأ قبول التعويض عن الأضرار التي تنشأ عن تراخي الإدارة في اتخاذ قرار كان من الملائم اتخاذه بموجب ما تتمتع به من سلطة تقديرية.[1]

2- حريـــة الإدارة في تقديـــر ملاءمـــة التدخل أو الإمتناع في النظام الإسلامي:

كما هو شأن القانون الإداري الجزائري، فإن قيام أسباب معينة، لا يلزم الإدارة في النظام الإسلامي بالتدخل، ذلك أن تدخلها أو امتناعها مرهون بتحقيق الصالح العام.وعليه قد تمتنع مثلا الإدارة- في النظام الإسلامي- عن تأديب الموظفين أو العاملين العموميين بالدولة رغم توافر سبب العقوبة التأديبية، وذلك حرصا منها على الصالح العام.[2]

مثاله امتناع الخليفة عمر عن عزل معاوية بن أبي سفيان و عمرو بن العاص مع كل ما وصله عنهم من شكاوى، و ذلك حرصا منه على صالح المسلمين[3]، فقد رأى رضي الله عنه بحسه التقديري العالي أن كفاءتهم في القيادة و الإدارة تطغى و تترجح على أي تصرف خاطئ يقومون به حتى ولو كان مستوجبا العقوبة التأديبية كالعزل. وأن المصلحة العامة تستدعي امتناع الإدارة عن عزلهم.

و شبيه من هذا التصرف ما فعله الخليفة علي بن أبي طالب من غضه البصر عن أخطاء بعض رجاله و أعوانه حتى يفرغ من أعدائه في الخارج، وكان امتناعه في هذه الحال عن اتخاذ إجراء ما ضدهم هدفه تحقيق مصلحة الدولة العليا و سلامتها.[4]

---

[1] و هو المبدأ الذي أخذ به أولا مجلس الدولة الفرنسي . ينظر: د/ البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية ص 172.و د/محمد محمد بدران : رقابة القضاء على أعمال الإدارة ، ط سنة 1985، الناشر ، دار النهضة العربية ، القاهرة، الكتاب الأول، ص 98.

[2] و هو نفس المبدأ المعمول به في القانون الإداري الجزائري في مجال الوظيف العمومي .

[3] ينظر: د/ منير العجلاني: عبقرية الإسلام في أصول الحكم ، ط1 1405هـ/ 1985م دار النفائس بيروت ص 225.

[4] د/ عبد الجليل محمد علي : مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي و الأنظمة القانونية المعاصرة ص269.

و منه يستنتج مدى اعتبار الإدارة في الإسلام للصالح العام، و الذي على أساسه تتدخل أو تمتنع ، و هو نفس المعيار الذي تحدد الإدارة في القانون الإداري الجزائري من خلاله تصرفاتها.

و بعبارة أخرى يمكن القول أن حرية الإدارة في التدخل أو الإمتناع هو أحد مجالات السلطة التقديرية للإدارة في إطار اختيار محل قرارها و في حدود الصالح العام.

ثانيا: حرية الإدارة في اختيار زمن التدخل:

إذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل خلال فترة معينة، فإنها حرة في اختيار وقت تدخلها حتى و لو كانت ملزمة أصلا بإصدار القرار أو بإصداره على نحو معين، لأن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده مقدما في معظم الحالات، و عليه يترك تحديده للإدارة لتترخص في اختياره على ضوء خبرتها و تقديرها لما يلائم الصالح العام.[1]

فما هي حدود السلطة التقديرية في اختيار زمن التدخل في القانون الإداري الجزائري و النظام الإسلامي؟

1- حرية الإدارة في اختيار زمن التدخل في القانون الإداري الجزائري:

لقد تضمن القضاء الإداري قرارات عدة تبين تمتع الإدارة بسلطة اختيار الوقت المناسب لقراراتها.

يذكر منها ما جاء في قضية(ب ح) ضد(م ش ب س)، المتعلقة برفض الإدارة طلب رخصة بناء[2]، لعدم ملاءمة الوقت للإستجابة لطلب الطاعن، و كان قرار قاضي الغرفة الإدارية أن" فترة التأجيل للبث لا يمكن و في كل الأحوال أن تفوق سنة[3]

---

[1] د/الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية ص 64، و ينظر: حمدي ياسين عكاشة : القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ص 663،

A.Delaubadérie et Y. Gaudemet : Traité de Droit administratif, p581.

Et voir: E.S.Laso :Traité de droit administratif, p410.

[2] م ع. غ إ ،(ب ح) ضد (م ش ب س) المجلة القضائية ، العدد 1991/3 ص181 و ما بعدها.

[3] طبقا لأحكام القانون رقم 82-02 المتعلق برخصة البناء ، المادة 22 منه.

و معنى ذلك أن الإدارة حرة في اختيار الزمن المناسب للبث في طلب رخصة البناء، على أن تكون حريتها في حدود ما يسمح به القانون، و بشرط عدم التعدي.[1]

و هو ما يؤكد أن اختيار الزمن المناسب للتدخل هو أحد مجالات سلطة الإدارة التقديرية، وهذا طبعا مع مراعاة الحدود التي ذكرها القانون إن وجدت فإن تخلف القانون عن ذكرها فالصالح العام هو معيار تصرف الإدارة في هذا المجال، مما يعني أن فحوى القرار الإداري ليس وحده مجالا للسلطة التقديرية، بل زمن إنشاء هذا الفحوى أو المحل أيضا مجالا لها.

2- حريـــة الإدارة في اختيـــار زمن التدخـــل في النظـــام الإســـلامي:

إن اختيار اللحظة المناسبة التي يصدر فيها القرار الإداري، تعتبر عاملا هاما في نجاح القرار أو فشله، و من هنا ينبغي على الإدارة أن تحسن توقيت قرارها الذي تصدره[2]، وفقا لما تتمتع به من سلطة تقديرية في ذلك.

و يعتبر اختيار زمن القرار الإداري، كما هو الحال بالنسبة للقانون الإداري أحد المجالات التي تتمتع الإدارة فيها بسلطة تقديرية، إذ على أساس منه لها أن تتخذ القرار أو تمتنع عنه ابتداء تحقيقا للصالح العام.

من أمثلة ذلك في النظام الإسلامي ما ثبت عن الخليفة عمر رضي الله عنه من أنه أصدر قرارا يقضي بمنع قائده أبي عبيدة و جيشه من فتح الإمبراطورية الرومانية و تأجيل ذلك لمدة سنة، إلى حين تسمح ظروف المسلمين و يتوافر الوقت الملائم لذلك.[3]

---

(1) التعدي هو تنفيذ الإدارة لعمل غير مرتبط بتطبيق نص تشريعي أو تنظيمي و من شأنه أن يمس بحرية أساسية أو بعقد ملكية .

م ع. غ إ، 23 نوفمبر 1985(رئيس بلدية) ضد(د ب و ع ع)، المجلة القضائية العدد 1989/02 ص 202.
- والتعدي عموما هو التعسف و اللاشرعية في تصرف الإدارة. ينظر: وزارة العدل: ملتقى قضاة الغرف الإدارية ص 100 وما بعدها .

(2) مصطفى أبو زيد فهمي: فن الحكم في الإسلام ص 401.

(3) وكان نص الرسالة التي بعثها إلى أبي عبيدة كالآتي:"... و ذكرت أنك وجهت الخيول نحو البلاد التي فيها ملك الروم و جموعهم، فلا تفعل ، و ابعث إلى خيلك فاضممها إليك ، وأقم حتى يمضي هذا الحول، ونرى من رأينا ، ونستعين بالله ذي الجلال و الإكرام على جميع أمورنا والسلام." محمد حميد الله: مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي و الخلافة الراشدة ص469. و ينظر: الشريف محمد الحسيني القناوي: إدارة الفاروق عمر رضي الله عنه ، إشراف د/بشير محمد عثمان حاج ، إدارة الفاروق عمر رضي الله عنه، ط1 1401 هـ، إدارة مطبوعات مكة المكرمة . ص73-74.

من هذا المثال يتضح أن عامل الزمن يعد أحد العناصر أو المجالات المرتبطة بركن المحل في القرار الإداري. إذ أن محل القرار الإداري لا يمكنه أن ينتج آثاره ما لم يتلاءم مع زمن مناسب لإصدار القرار.

و بناءا على ما تقدم يبرز توافق القانون الإداري الجزائري و النظام الإسلامي في اعتبار تدخل الإدارة أو امتناعها و زمن التدخل من المجالات التي تمارس الإدارة من خلالها حرية تقدير الملاءمة في إطار محل القرار الإداري، و في حدود الصالح العام و ما يسمح به القانون.

الفرع الثاني: حرية الإدارة في اختيار فحوى القرار:

إذا لم ينص المشرع على نوع القرار الذي يجب اتخاذه و فحواه، فالإدارة حرة في أن تضمن قرارها الأثر أو الفحوى الذي تريده، شريطة أن يكون هذا الأثر ممكنا و جائزا قانونا.[1]

فما مدى حرية الإدارة في اختيار فحوى قرارها في القانون الإداري الجزائري و النظام الإسلامي؟

أولا: حرية الإدارة في اختيار فحوى القرار في القانون الإداري الجزائري:

إن تخلف القانون الإداري الجزائري عن تحديد فحوى القرار الإداري في مواضع كثيرة ، هو ترخيص منه للإدارة بممارسة حرية تقدير الملاءمة. أي إختيار المحل أو الأثر الذي يتناسب مع متطلبات الصالح العام.

من أمثلة ذلك يذكر: المرسوم رقم 90/ 230، المؤرخ في 25 جويلية 1990 الذي يحدد أحكام القانون الأساسي الخاص بالمناصب و الوظائف العليا في الإدارة المحلية ، و نص مادته 09 كالآتي: "يكون التعيين في الوظائف العليا التابعة للإدارة المحلية حسب تقدير السلطة التي لها صلاحية التعيين"[2].

---

[1] د/ الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية ص 66. و ينظر مؤلفه : نظرية التعسف في استعمال السلطة ص 68.

[2] ج ر ، العدد 31/ 1990 ص1033- 1034. وقريب منه ينظر: المرسوم رقم 83/ 200 الذي يحدد شروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية و تنظيمها و تسييرها، و الذي يخول للوالي صلاحية التقدير في تعيين مديرها. ج ر ، العدد 16/ 1983 ص801 و ما بعدها.

و معنى ذلك أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تعيين الموظفين التابعين للإدارة المحلية، من بين عدة أشخاص مؤهلين لذلك. أي لها حرية اتخاذ قرارها من بين عدة قرارات كلها مشروعة.

و مثاله- أيضا- تمتع الإدارة بقدر من الملاءمة في صدد الإلتجاء إلى وسيلة نزع الملكية للمنفعة العامة، من حيث وجه المصلحة العامة الذي تلجأ إلى نزع الملكية لتحقيقه، ومن حيث المساحة التي تحتاج إلى نزعها.[1]

مثاله ما جاء في قرار قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الذي جاء فيه، أن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مدى ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز مشروع.[2]

بمعنى أن الإدارة تستقل وحدها بمعرفة و اختيار الأراضي الملائمة للمصلحة العامة التي تبتغيها من هذا النزع. و بعبارة أخرى تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في اختيار فحوى قرارها، مما يعني أن هذا الأخير هو أحد مجالات سلطتها التقديرية في إطار ركن المحل في القرار الإداري.

غير أن حرية الإدارة في هذا المجال ليست مطلقة، وإنما تخضع على الدوام لرقابة القاضي على مدى صحة الفحوى الذي اختارته الإدارة و ملاءمته للصالح العام، و مقيدة من جانب آخر بالقانون بمعناه الواسع بما تضمنه من ضوابط و حدود.

ثانيا: حرية الإدارة في اختيار فحوى قرارها في النظام الإسلامي:

من مجالات الملاءمة في ركن المحل في القرار الإداري إختيار فحوى القرار، أي المحل الذي يتلاءم مع الصالح العام للمسلمين، و يصطلح عليه في الفقه الإسلامي " بما يحتمل وجوها عدة." [3]

من أمثلة حرية الإدارة في اختيار فحوى قرارها في النظام الإسلامي، ما جاء في التخيير بين الخصال الخمس في حق الأسرى، و هي القتل،

---

[1] ينظر: وزارة العدل : ملتقى قضاة الإدارية ص 118.

[2] م ع، غ إ، 1990/4/21 (الفريق ع) ضد (والي ب) ، المجلة القضائية .العدد 1992/2 ص158 و ما بعدها.

[3] د/ يوسف القرضاوي : السياسة الشرعية ص74.

و الإسترقاق، و المن، و الفداء ، و الجزية. إذ تختار الإدارة من بين هذه الأمور ما يتلاءم مع الصالح العام للمسلمين.[1] أي لها سلطة تقديرية في اختيار الفحوى أو الأثر المناسب الذي تبتغيه من قرارها.

من ذلك- أيضا- سلطة الإدارة في اختيار الولاة و القادة، كاختيار أبي بكر الصديق رضي الله عنه لخالد بن الوليد لقتال المرتدين و الروم بالشام و تأميره العراق[2]. و اختيار عمر بن الخطاب للنعمان بن مقرن لقيادة جيوش المسلمين في قتال الفرس، و اختياره لسعد بن أبي وقاص- بطل القادسية- و تأميره إياه للجيش المتجه لقتال الفرس.[3]

فاختيار الإدارة للقادة و الولاة في -النظام الإسلامي- من بين عدة أشخاص مرشحين لذلك[4]، يعني أن الإدارة تتمتع إزاء ذلك بسلطة تقديرية في اختيار فحوى قرارها من بين قرارات عدة كلها مشروعة، أي لها وحدها تقدير الشخص المناسب، و بمعنى آخر اختيار المحل الذي تقدر ملاءمته للصالح العام.

و من الأمور - أيضا - التي تحتمل وجوها عدة، ما ذكره الفقه من آراء فيما يتعلق بالأرض المفتوحة. فإما أن تختار الإدارة وقفها على المسلمين، أي إبقاء رقبتها في يد أهلها يزرعونها و يستغلونها و يدفعون عنها خراجا يكون موردا للنفقات على المصالح - كما فعل عمر رضي الله عنه - أو تختار قسمتها

---

(1) القرافي : الفروق ، دار المعرفة ، ج3 ص 16، و ينظر: ابن تيمية: السياسة الشرعية ص58، و ابن نجيم: البحر الرائق ج5 ص140 د/ نذير أوهاب : السلطة التقديرية مفهومها و تأصيلها ص 25.و د/ نادية محمود مصطفى : العلاقات الدولية في الإسلام وقت الحرب ، ط 1 ، 1996م ، المعهد العالمي للفكر القاهرة ، ص 108 و ما بعدها، و السيوطي: الأشباه و النظائر ج1 ص270.

(2) ابن الأثير: أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود دار الكتب العلمية بيروت ج2 ص142- 143، و محمد أبو صوفة: ومضات من حياة الصحابة، دار الشهاب باتنة الجزائر ص16-17، و ينظر: ابن حجر العسقلاني: الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق علي محمد البجاوي، ط1 1412هـ/ 1992م دار الجيل بيروت المجلد الثاني ص252، و محمد حميد الله : مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي و الخلافة الراشدة ، ص 392، و ابن كثير: البداية و النهاية ، ج 6 ص 338 ، و ج 7 ، ص 6.

(3) أبو عبيد: كتاب الأموال ص266، ابن الأثير: أسد الغابة ج5 ص323، محمد أبو صوفة: المرجع نفسه ص137، و ينظر: مصطفى أبو زيد فهمي: فن الحكم في الإسلام ص 234- 362 ، و محمد حميد الله : المرجع نفسه ص 411 و ما بعدها و د/ فاطمة قدورة الشامي: تطور تاريخ العرب السياسي و الحضاري ص 440، و ص129.

(4) ينظر : د/ منير العجلاني : عبقرية الإسلام في أصول الحكم ص 237

على الفاتحين إن رأت المصلحة في ذلك[1]. فالإدارة ملزمة بأن تختار وفق تقديرها من بين هذه الأمور ما تراه موافقا للمصلحة العامة، أي ينبغي لها اختيار المحل أو الأثر الأكثر ملاءمة.

من خلال هذه الأمثلة يتبين مدى توافق النظام الإسلامي و القانون الإداري الجزائري في اعتبار أن اختيار فحوى القرار هو أحد مجالات السلطة التقديرية في إطار ركن المحل.

و بناء على ما تقدم يستنتج أن النظام الإسلامي قد عرف ركن المحل في القرار الإداري كمجال للسلطة التقديرية، بالجزئيات- سابقة الذكر- التي تمثل كل واحدة منها مجالا تمارس الإدارة من خلاله حرية تقدير الملاءمة.

و خلاصة هذا المبحث أن مجال السلطة التقديرية يكمن في القرار الإداري باعتباره يمثل الترجمة الحقيقية لكل تصرفات الإدارة. و لا تتجلى هذه السلطة في جميع أركان القرار الإداري بل في بعضها و تحديدا في ركن السبب و المحل.

ففي ركن السبب تبرز من خلال تقدير الوجود المادي و القانوني للوقائع و مدى الخطورة المتولدة عنها.

و في ركن المحل في تقدير ملاءمة التدخل أو الإمتناع و زمن التدخل و في اختيار الفحوى الملائم للقرار الإداري.

و تجدر الإشارة إلى أن ممارسة الإدارة لحرية تقدير ملاءمة أعمالها في هذه المجالات، ليست على إطلاقها، أي على أساس الحرية الكاملة في التقدير، بل ثمة قيد و ضابط هام لهذه الحرية، يتمثل في ضمانة الرقابة القضائية، التي تكفل احترام الإدارة لمبدأ المشروعية و سيادة حكم القانون.

---

[1] ابن قدامة: المغني ج10 ص 611، و ينظر: د/ يوسف القرضاوي : السياسة الشرعية ص75- 198، و الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج1 ص182.

المبحث الثاني: تقنيات الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة .

سبقت الإشارة خلال المبحث السابق إلى أن السلطة التقديرية تعتبر سلطة قانونية يتوافق وجودها مع مبدأ المشروعية[1] من جهة، و تعد من جهة أخرى المجال الخصب و الرئيسي لتعسف الإدارة بسلطتها.

و لغرض تحقيق الصالح العام والتوفيق و لو بشكل نسبي بين ما تتمتع به الإدارة من حرية في التقدير ، وبين الحقوق و الحريات التي يتمتع بها الأفراد، طور القضاء الإداري أساليب رقابته على أعمال الإدارة، بلغت حد البحث في ملاءمة العمل الإداري للتأكد من مشروعيته. و يطلق بعض الفقه الفرنسي على مجمل هذه التقنيات تسمية مبدأ التناسب أو التكافؤ le principe de proportionnalité، و يعني بحث القاضي في مدى التناسب بين الغاية المتوخاة من القرار و الإجراءات المتخذة من قبل الإدارة لتحقيقها في مواجهة واقعة معينة [2] . و يحصر البعض الآخر من الفقه، هذا المبدأ في مسائل نزع الملكية و المشروعات العامة، و يطلق عليه "الموازنة بين المنافع و الأضرار" أو "النفقات و المزايا" [3]

و لمعرفة ما توصل إليه القاضي الإداري الجزائري في هذا الشأن ستتبع خطواته من خلال ما يلي:

1- إجراءات الضابطة و حماية الحريات العامة .

2- رقابة الخطأ الواضح في التقدير و نظرية الموازنة.

فهل اعتمد القاضي الإداري الجزائري، هذه التقنيات لكشف مناورة الإدارة و تعسفها بسلطتها ؟ [4] وما موقف الفقه الإسلامي منها؟

هذا ما سيتم الإجابة عنه من خلال المطلبين المواليين.

---

(1) Voir : Rivéro: Droit administratif, p 84

(2) A.Délaubadère et Y. Gaudemet: Traité de Droit administratif , p581.

(3) د/الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية ص 83 وما بعدها.

(4) من الحالات التي كشف فيها القاضي تعسف الإدارة ، ينظر:

م ع.غ إ ، "ب ع رو" ضد "رم ش ب" ، المجلة القضائية، العدد4 /1990 ص 171 وما بعدها.

م ع.غ إ ، "ي أ" ضد "و د" و "و ج" و من معه ، المجلة القضائية العدد 1990/4 ص175 وما بعدها.

م ع. غ إ ، "فريق م" ضد "و ت" ومن معه ، المجلة القضائية العدد نفسه ص 185 وما بعدها.

المطلب الأول: إجراءات الضابطة وحماية الحريات العامة.

القاعدة العامة أن الأفراد يتمتعون بالحريات العامة التي كفلها لهم الدستور، غير أنه في حالات معينة ترد على هذه الحريات قيود تفرضها مصلحة المجتمع، إذ للإدارة أن تتخذ في حالة تهديد الأمن و الإستقرار الوطني التدابير المناسبة و الإجراءات الكفيلة بدرء ذلك الخطر و بالتالي الحفاظ على النظام العام، و لو أدى ذلك إلى تقييد بعض الحريات العامة.[1] و لما كان الأصل هو التمتع بالحريات و الإستثناء هو القيد، وجب أن يخضع هذا القيد إلى ضوابط و حدود[2]، تحقق في مجموعها عملية التوازن و التكامل بين امتيازات و سلطات الضبط الإداري الهادفة إلى إقامة النظام العام و الحفاظ عليه، و بين مقتضيات حماية حقوق الأفراد و حرياتهم [3].

فما هي الحدود التي تضبط سلطات البوليس الإداري و تقيم عملية التوافق و التكامل بين النظام العام و الحقوق و الحريات العامة للمواطنين؟.

الفرع الأول: خضوع إجراءات الضبط لمبدأ المشروعية.

إن كل إجراء من إجراءات الضبط الإداري ينبغي أن يكون مشروعا، و حتى يكون كذلك وجب أن يتخذ من النظام العام بجميع عناصره و أبعاده مقصدا له.[4]

فإذا انحرفت الإدارة بسلطتها التقديرية في مجال الضبط الإداري عن هذا المقصد كان قرارها في هذه الحالة غير مشروع، و يستوجب -بالتالي- الإلغاء.[5]

---

(1) محمد الصغير بعلي: القانون الإداري (التنظيم الإداري) ،ص 78.

(2) عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري ص 208 ، و ينظر: خليل الظاهر: القانون الإداري ص87-88.

(3) د/ عوابدي عمار : القانون الإداري ، ج2 ص40.
و ينظر: A. Delaubadère:Traité de droit administratif, Op.Cit, p731.

(4) و المتمثلة في الأمن العام و الصحة العامة و السكينة العامة. ينظر: عمار بوضياف: المرجع نفسه ص 202 ، و حسن محمد عواضة : المبادئ الأساسية للقانون الإداري ط1 1417هـ/ 1997م المؤسسة الجامعية للدراسات ص 81، و د/عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الإداري ، ط سنة 1991، الناشر منشأة المعارف الإسكندرية ص 382-383.

(5) ينظر: م ع. غ إ، أ ر/ضد/ و د، سلسلة الإجتهاد القضائي ص191 وما بعدها.

و حتى تعتبر إجراءات الضابطة مشروعة، لابد أن تستند إلى أسباب حقيقية و جدية تهدد النظام العام، تبرر تدخل الإدارة و اتخاذ إجراء ضبطي.[1]

و أن تكون الوسيلة التي لجأت إليها هيئات الضبط الإداري مشروعة و ملائمة للواقعة التي تدخلت الإدارة لأجلها، وإلا كانت الإدارة في وضعية لتجاوز السلطة[2].

هذه هي حدود مبدأ المشروعية فيما يخص الضابطة الإدارية و كل خروج على هذا المبدأ، يعرض الإدارة للمساءلة القضائية.[3]

و كما هو حال القانون الإداري، تخضع سلطة الإدارة التقديرية في النظام الإسلامي، و خاصة المتعلقة منها بإجراءات الضابطة لمبدأ المشروعية، و مؤداه احترام الإدارة لمبادئ الشريعة الإسلامية و قواعدها العامة.[4] و للصالح العام بجميع مقتضياته.

و لموازنة الضابطة الإدارية في النظام الإسلامي بين ما يلحق صاحب الحق من تقييد في استعمال حقه، و ما يترتب على إطلاقه من تهديد للصالح العام، قيدت الشريعة الإسلامية الإدارة بقيود تمنع تجاوزها لسلطتها في هذا المجال.

ومن ذلك لا يجوز للإدارة التدخل في شؤون الأفراد بتقييد حرياتهم إلا بمقتضى الضرورة و كفالة الصالح العام.[5] حسب ما قررته الشريعة من أن "الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام"[6] و" الضرر الأشد يزال بالأخف".[7] كما يجب أن تكون الإجراءات التي لجأت إليها الإدارة لازمة

---

(1) ينظر: م ع.غ إ، ش ع/ضد/ والي "س" و وزير "د"، المجلة القضائية ، العدد 1990/4، ص162 و ما بعدها.

(2) ينظر: قرار القاضي الإداري في القضية نفسها ص 163.

(3) عن خضوع إجراءات الضابطة لمبدأ المشروعية ، ينظر: د/عوابدي عمار : المرجع السابق ص41-42 و د/الظاهر خليل : القانون الإداري ص90، وعمار بوضياف : المرجع السابق ص208.

(4) ينظر: د/عبد الجليل محمد: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي و الأنظمة القانونية المعاصرة ص224.

(5) د/ فتحي الدريني: الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ص115.

(6) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام مادة 26 ج1 ص36.

(7) علي حيدر: المرجع نفسه م27 ص36.

و ملائمة[1] ، أي يشترط أن يكون التدبير الضبطي الذي قامت به الإدارة ضروري لحفظ النظام العام و ملائم لظروف الواقعة التي استلزمت التدخل.[2]

الفرع الثاني: خضوع إجراءات الضبط للرقابة القضائية.

من منطلق إحساس القضاء الإداري بأن من شأن قرارات الضابطة المساس بحريات المواطنين و حقوقهم، فقد حرص على فرض رقابته الصارمة على هذه القرارات، ضمانا للحريات.[3] فما هي التقنيات التي ابتكرها القضاء الفرنسي في بسط رقابته على سلطة الإدارة التقديرية في هذا المجال ؟ و ما موقف القانون الإداري الجزائري منها ؟ و هل تتوافق هذه التقنيات مع المبادئ التي اعتمدتها الإدارة في النظام الإسلامي في المجال نفسه؟ .

أولا: إجراءات الضابطة و حماية الحريات في القضاء الإداري الفرنسي و الجزائري: ضرورة التكافؤ بين الإجراءات و الغايات.

المقصود من هذا التكافؤ هو مدى تناسب الإجراءات المتخذة من قبل الإدارة مع الغاية المتوخاة منها و المتمثلة في تحقيق النظام العام.[4] و بعبارة أخرى هو بحث ملاءمة قرار الضبط و مدى التناسب بينه و بين الأسباب التي استندت إليها الإدارة. [5] فإذا ثبت عدم التوازن بين ملاءمة القرار الإداري و الوقائع التي صدر لأجل مواجهتها، فقد استوجب الإلغاء.

---

(1) ينظر: الشاطبي: الموافقات ج2 ص348.

(2) ينظر: قرار الخليفة عمر بمنع أعلام المهاجرين من الخروج من المدينة، حرصا على صالح المسلمين. د/ الدريني: المرجع السابق ص112، و قراره بمنع امرأة مجذومة من الطواف بالكعبة ، حرصا على الصحة العامة المسلمين . ينظر: مصطفى أبو زيد فهمي: فن الحكم في الإسلام ص 478.

(3) د/سامي جمال الدين: الدعاوى الإدارية و الإجراءات أمام القضاء الإداري ص358-335، G.Peiser: Droit administratif, 14 ème éd , p 28-28.
و ينظر: وزارة العدل : ملتقى قضاة الغرف الإدارية، ص140.

(4) A. DeLaubadère: Traité de droit administratif, p732.
و ينظر: د/ طعيمة الجرف: القانون الإداري و المبادئ العامة في تنظيم و نشاط السلطات الإدارية، ط4 1978 دار النهضة العربية القاهرة ص504

(5) د/ سامي جمال الدين: المرجع نفسه، ص 339 . و ينظر: د/عبد الغني بسيوني عبد الله: القضاء الإداري، ط سنة 1996 منشاة المعارف، الإسكندرية: ص 647. و د/عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الإداري، ص391، و د/ محمود عاطف البنا : الوسيط في القانون الإداري ، ص 433.

و يعتبر قرار بن يمين Benjamin ، السابقة في هذا المجال، و قد ألغى مجلس الدولة بموجبه قرارا لرئيس بلدية Nevers ، الذي منع السيد Benjamin من إلقاء محاضرة عامة بحجة مساسها بالنظام العام.[1]

و تم الإلغاء على أساس أن إجراء المنع لا يتناسب مع قدر التهديد الذي قد تشكله هذه المحاضرة. فقد بسط القاضي الإداري رقابته على مسألة تقدير مدى خطورة هذه المحاضرة على النظام العام [2]، واكتشف أنها تستوجب إجراءات أقل حدة من إجراء المنع، حيث يمكنها أن تحفظ النظام العام، دون المساس بحرية المعني بالأمر.[3]

فمن خلال هذه الرقابة تتجسد عناصر ثلاثة تمثل مبدأ التكافؤ الذي اعتمد عليه القاضي الإداري الفرنسي و هي الحالة الواقعة، الغاية المقصودة، و الإجراءات أو الوسائل المسخرة [4] ، و على أساس رقابته لهذه العناصر تم الإلغاء.

فإذا حظي مبدأ التكافؤ أو التناسب بسبق القاضي الإداري الفرنسي، فما موقف القاضي الإداري الجزائري منه ؟

إعتمد القاضي الإداري الجزائري بدوره مبدأ الموازنة بين الإجراءات المتخذة أو الوسائل المسخرة من قبل الإدارة و بين الغاية المقصودة من هذه الإجراءات، و يتضح ذلك من خلال قرارات عدة، يذكر منها: القضية الموضوعة تحت ملف رقم 22236 و القرار المؤرخ في 11 جويلية 1981.[5]

و تتعلق هذه القضية بقرار رئيس دائرة "ب م ر" المؤرخ في 29 ماي 1979و الآمر " بإرجاء اتخاذ أي قرار بخصوص الأشغال التي من شأنها المساس

---

(1) د/ عوابدي عمار : النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ج2 ص 557
C.E 10 Mai 1933, Benjamin. R,P 541.

(2) ينظر في موضوع هذه الرقابة :

A.De Laubadère: OP.Cit, p 731 et S.

و عبد العزيزعبد المنعم خليفة: الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ص17، و د/ رياض عيسى: دعوى الإلغاء في الجزائر، مجلة الحقوق س 13/ ع 4/ ص86، و د/ الطماوي: القضاء الإداري ص 727 و د/ إبراهيم عبد العزيز شيحا: الوسيط في مبادئ و أحكام القانون الإداري ص 423، ود/خالد خليل الظاهر: القانون الإداري ص90-91 ، و عوابدي عمار : المرجع نفسه ص557.

(3) A. De Laubadère: OP. Cit, p731-732.

(4) د/ سامي جمال الدين : قضاء الملاءمة ص244.

(5) م ع. غ إ، " أ ر" ضد " السيد و د" ، سلسلة الإجتهاد القضائي ص196 وما بعدها.

بالنظام العام". مع العلم أن الطاعن قد سبق له أن تحصل على رخصة البناء من جهات مختصة قبل أن يشرع في الأشغال.

و بعد بسط القاضي الإداري الجزائري رقابته على مدى ضرورة الإجراء و تناسبه توصل إلى ما يلي: "... في صورة ما إذا كانت طبيعة البناءات من شأنها أن تمس من حيث موقعها وأبعادها بالصحة العامة و الأمن العام، فإنه يتعين على الإدارة معاينة و فحص كل حالة على انفراد للتوصل و على ضوء خطورة المساس الذي يلحقه البناء بالصحة العامة و الأمن العام إلى ما إذا كان من الملائم رفض إعطاء رخصة البناء أو الإكتفاء بالنص على وجوب اتباع هذا أو ذاك الشرط الخاص" وعلى أساس أن رئيس دائرة "ب م ر" لم يقم بأي معاينة قبل أن يصدر قراره، فإن هذا الأخير يستوجب بالتالي الإبطال[1].

و قريب منه القرار المؤرخ في 1986/07/12 في القضية المتعلقة بتجاوز السلطة ضد قرار والي ولاية "س" و وزير "د".

و قد جاء فيه "يجب على الوالي قبل القيام بأي متابعة أمام الجهة القضائية المختصة أن يبعث بإنذار إلى مالك أو مدير أو مسير المؤسسة المصنفة الذي لم يراع قوانين الوقاية و الحماية التي تخضع إليها مؤسسته، يدعوه فيه إلى أن يستجيب في أجل لا يتعدى الثلاثة أشهر لجميع الإجراءات المعدة ضرورية للأمن و النظافة و الصحة العمومية.

و حيث أنه و بتاريخ 1984/10/24 قامت الشرطة المحلية بدون إعذار مسبق بغلق المحل تنفيذا لمذكرة من والي "س"، فإن هذا الأخير تجاوز بالتالي سلطاته تجاوزا واضحا[2].

من خلال هذا القرار يدعو قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا إلى ضرورة التكافؤ بين الوسائل المسخرة و الغاية المقصودة منها.

و على أساس أن والي ولاية "س" لم يراع التدرج في الإجراءات، و اختار إجراءا غير ملائم للواقعة محل القضية، و الغاية المرجوة منه و هي الحفاظ على النظافة و الصحة العمومية، فإن قراره استوجب بالتالي الإبطال.

---

[1] م ع. غ إ . سلسلة الإجتهاد القضائي ص 198.

[2] م ع. غ إ، (ش ع) ضد (والي ولاية "س" و وزير "د")، ملف رقم 46723 بتاريخ 1986/07/12، المجلة القضائية، العدد 1990/4، ص 162-163.

من خلال هذا الموقف من القاضي الإداري، يتضح أن القضاء الإداري الجزائري، قد اعتمد على مبدأ التكافؤ أو التناسب بين الإجراءات المتخذة مع الغاية المتوخاة من ورائها، و يدل على ذلك قرار المحكمة العليا الذي تجلت فيه و بوضوح الثلاثية التي تشكل مبدأ التكافؤ، أي الواقعة و الغاية المرجوة و الوسيلة المسخرة.

فإذا ثبت اعتماد القضاء الإداري على مبدأ التكافؤ كضابط للسلطة التقديرية في مجال الضبط الإداري. فما موقف الفقه الإسلامي من ذلك؟

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من مبدأ التكافؤ:

لقد عرف النظام الإسلامي مبدأ التكافؤ بين الإجراءات التي تقدرها الإدارة مع الغاية المتوخاة من خلال مبدأ فقهي عام هو أن "كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل" [1] ، و قريب منه مبدأ فقهي آخر هو أن "الضرورة تقدر بمقدارها عند التصرف لرفعها" [2].

و يعني ذلك أن تصرفات الإدارة أو الإجراءات التي تتخذها لا تشرع إلا بمقدار ما يناسب طلب مقاصدها.[3] إذ ينبغي أن تكون تصرفاتها لازمة و ملائمة بحيث تفضي- فعلا- إلى الغاية المرجوة منها.[4]

من خلال هذين المبدأين تظهر الثلاثية القانونية و هي الواقعة (المعبر عنها بمصطلح الضرورة)، و الغاية (و معبر عنها في المبدأ الأول ب" مقصود" و في المبدأ الثاني بمصطلح "رفعها")، و الوسائل المسخرة (و المعبر عنها بمصطلح "تصرف") ، و هو ما يؤيد اعتماد الفقه الإسلامي على مبدأ التكافؤ كضابط للسلطة التقديرية للإدارة.

---

[1] جلال الدين السيوطي: الأشباه و النظائر في قواعد و فروع الشافعية ج2 ص 108.

[2] ابن نجيم : الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ج1 ص87 ، و ينظر: جلال الدين السيوطي: المرجع نفسه ج1 ص170، و علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج1 م22 ص34.

[3] د/ فتحي الدريني : الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ص 223. و في ذلك يقول الشاطبي:" كل من ابتغى من تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، و كل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى من التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل." الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة ، تحقيق عبد الله دراز دار الكتب العلمية بيروت ج2 ص292.

[4] الدريني: المرجع نفسه ص113.

و ما يدل على اعتماد الإدارة في النظام الإسلامي على هذا المبدأ، إجراء الضابطة الذي استخدمه الخليفة عمر بن الخطاب مع نصر بن حجاج و المتمثل في نفيه إلى بلد آخر حفاظا على النظام العام.[1]

فقد كان عمر أقوى الناس إدراكا لروح قانون الشرع وأحسنهم معرفة للوقائع و ما تستلزمه من اجراءات لمواجهتها.[2] و دليل ذلك إعتماده على واقعة تهدد النظام العام للمسلمين، ثم بحثه عن الوسيلة الملائمة لها، لتحقيق الغاية منها و هي تمثل في مجموعها مبدأ "الضرورة تقدر بمقدارها عند التصرف لرفعها" الذي يؤيد مبدأ التكافؤ في القانون الإداري الجزائري.

و قريب منه إجراء ضبطي آخر إستخدمه مع امرأة مجذومة، و المتمثل في منعها من الطواف بالكعبة حرصا منه على الصحة العامة للمسلمين.[3]

فقد أحسن عمر في تقدير هذه الواقعة و خطورتها، و على أساس منها إختار الإجراء الضبطي الذي يتلاءم مع غاية تحقيق الصحة العامة و الصالح العام. أي قدر الإجراء الأنسب لتحقيق مقصوده، معتمدا في ذلك على ثلاثية مبدأ التكافؤ المتجلية بوضوح في مبدأ " كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل " و مبدأ " الضرورة تقدر بمقدارها عند التصرف لرفعها."

---

(1) سبقت الإشارة إلى هذا المثال في المبحث الأول من هذا الفصل.

(2) ينظر : محمد حسين هيكل: الفاروق عمر ص270.

(3) مصطفى أبو زيد فهمي : فن الحكم في الإسلام ص 487.

المطلب الثاني: رقابة الخطأ الواضح و نظرية الموازنة :

من تقنيات الرقابة التي يستعملها القضاء الإداري الجزائري لرقابة السلطة التقديرية للإدارة، رقابة الخطأ الواضح في التقدير contrôle de l'erreur manifeste ، و رقابة الموازنة بين المنافع المتوخاة من إجراءات الإدارة و النقائص الناتجة عن تطبيقها، وفقا لنظرية التوازن la théorie de bilan .

فما مدى تطبيق القاضي الإداري الجزائري لكلتا الرقابتين؟ و ما هي المبادئ التي تقابلها في الفقه الإسلامي؟

هذا ما سيتم الإجابة عنه خلال الفرعين المواليين حيث يتم في الفرع الأول عرض: رقابة الخطأ الواضح في التقدير، و في الفرع الثاني: نظرية الموازنة.

الفرع الأول: رقابة الخطأ الواضح في التقدير

Contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.[1]

مرت هذه الرقابة بمراحل قبل أن تتطور إلى ما هي عليه اليوم. و فيما يلي سيتم عرض مميزات و تطورات هذه الرقابة في كل من القانون الفرنسي و الجزائري. ثم بيان موقف الفقه الإسلامي.

أولا: رقابة الخطأ الواضح في تقدير السلطة الإدارية في القانون الإداري الفرنسي و الجزائري: التطور من رقابة الأسباب إلى رقابة الملاءمة.

1- رقابة الأسباب :

و هي الرقابة المنصبة على تسبيب القرارات. تلك الإعتبارات المتعلقة بالواقع و بالقانون، و التي بمقتضاها جاز ولزم أخذ الإدارة القرار المناسب[2].

---

(1) Dans cet objet voir : J. Kahn : Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge administratif , p11et s, et R.Chapus : Droit administratif général, p 953 et s.

(2) وزارة العدل: ملتقى قضاة الغرف الإدارية ص 117، و ينظر: لحسين بن شيخ آث ملويا: مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ص100.

أ- الرقـــابـــة الدنيـــا: Le contrôle minimum

تعتبر رقابة القضاء الإداري على وجود الوقائع المادية أول درجات الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري، و الحد الأدنى لها (Contrôle minimum)[1] و على أساس هذه الرقابة يتأكد القاضي الإداري من الصحة المادية للوقائع التي استندت إليها الإدارة في تقديرها، دون أن يفحص التناسب بينها و بين الإجراءات المتخذة. و لا يعدو القاضي في هذه الحالة أن يكون أكثر من قاض للمشروعية.[2]

و قد استعمل القضاء الإداري الجزائري هذه الرقابة في قضايا منها قضية "إ م" [3]. و قرارها كالآتي: "... يستخلص من التحقيق بأن السبب يجد تأكيدا له في تصرف المعني أمام لجنة التأديب، فقد تأكد وجوده ماديا ... طبيعة هذا التصرف تكفي وحدها لتبرير العقوبة، ومن دون التعرض للوجود المادي لبقية التجاوزات، لا يمكن الإدعاء بأن القرار محل الطعن معيب بتجاوز السلطة.[4]

ومن ذلك أيضا قضية "ي أ" ضد "و د و ج م" التي حكم فيها قاضي الغرفة الإدارية لصالح المدعي، على أساس انعدام الأسباب[5]، المتمثلة في عدم صحة الوقائع التي استندت إليها الإدارة.

ب- الرقابة العادية Le contrôle normal

تعد الرقابة العادية ركيزة الرقابة القضائية للسلطة التقديرية[6]. إذ من خلال هذه الرقابة ينظر القاضي الإداري إلى ظروف الواقعة باعتبار تناسبها مع القرار الإداري المتخذ لمواجهتها. أي أنه يبحث مدى صحة التكييف الذي قامت به الإدارة للوقائع المطروحة أمامها.

و تتجلى هذه الرقابة في القضاء الإداري الجزائري من خلال قرارات قضائية منها قرار "Th" ، الذي سبقت الإشارة إليه و الذي أخطأت فيه الإدارة

---

(1) د/ عبد الغني بسيوني عبد الله : القضاء الإداري ص638.

(2) G. Peiser : Droit administratif, 14ème éd, p28.

(3) سبقت الإشارة إليها في سياق هذا الفصل.

(4) C.S Ch.adm. 3 Décembre 1965 (I) Contre (Etat) R.A.J.A, 1971, p10.

(5) م ع غ إ، ملف رقم 53098 و القرار المؤرخ في 1987/06/27، المجلة القضائية العدد 1990/4، ص 175 و ما بعدها.

(6) G. Peiser : Op. Cit, p 29, et voir : R. Chapus : Op.Cit, p 940 - 944.

في تكييف الوقائع تكييفا صحيحا.[1] و كذا قرار مجلس الدولة الذي أقر فيه القاضي الإداري سلامة و صحة تكييف الإدارة للوقائع.[2]

ج- رقابة الخطأ الواضح في التقدير : Contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (Contrôle maximum)

ابتداء من الستينات و تحديدا منذ 1960 انتقلت الرقابة القضائية من رقابة الأسباب إلى رقابة جانب من تقدير الإدارة، إذ أصبح القاضي الإداري يبحث عما إذا لم تخطيء الإدارة بشكل جسيم، و واضح عند تقديرها للوقائع. هذا إلى جانب الرقابة الدنيا (Contrôle minimum) و العادية (Contrôle normale) .[3]

و لازال مجلس الدولة الفرنسي يعتمد إلى الآن، الرقابة على السلطة التقديرية من خلال هذه التقنية، خاصة المتعلقة منها بمجال الوظيف العمومي، حيث يكشف عن سوء تقدير الإدارة على أساس التباين بين خطأ الموظف و العقوبة التي أوقعتها الإدارة عليه.[4]

أما فيما يخص القضاء الإداري الجزائري، فلم يعتمد هذه الرقابة، أي رقابة الخطأ الواضح و المصطلح عليها بالرقابة الضيقة Le contrôle restreint ، إلا منذ مدة قريبة، إلى جانب الرقابة العادية التي يمارسها القاضي دون حدود.[5]

فالموظف -مثلا- الذي يتعرض لعقوبة غير مناسبة لفعل قائم و مؤسس، تنصب رقابة القاضي على مدى ملاءمة أو تناسب العقوبة المقضي بها بإرجاعها إلى حدها المعقول. غير أنه في الحالة هذه لا يمارس القاضي رقابة ضيقة Contrôle restreint ، و لا يتدخل إلا إذا عاين غلطا فادحا في تقدير عقوبة ممارسة مع الخطأ.[6] أي عدم الملاءمة الظاهرة بين التهمة و العقاب.[7]

---

(1) Voir: C.S ch. Adm 16 juillet 1965, (Th) Contre (Etat), R.A.J.A 1979 p 9.

(2) مجلس الدولة، ملف قضية رقم 002982 فهرس 219، و القرار المؤرخ في 2002/06/10، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، ص 186-187.

(3) Chapus : Op. Cit, p 935, et voir: J. Kahn : Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge administratif, p 14-15, et A. Delaubadère : traité de droit administratif p 584.

(4) J. Kahn : Op. Cit, p 15.

(5) وزارة العدل : ملتقى قضاة الغرف الإدارية ص 118.

(6) وزارة العدل : المرجع نفسه ص118.

(7) د/ عبد العزيز الجوهري: الوظيفة العامة ص 175.

و قد طبق القاضي الإداري رقابة الخطأ الواضح (الرقابة الضيقة) في قضايا منها القضية المتعلقة بالطعن بسبب تجاوز السلطة ضد قرار المجلس الأعلى للقضاء الآمر بعزل المدعي من وظيفته كقاض.

و قد توصل قاضي الغرفة الثانية بمجلس الدولة في الحكم فيها إلى ما يلي: "إن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب خطئا صريحا في تقدير الوقائع المنسوبة إليه (أي إلى المدعي) و أن ثمة عدم توافق بين هذه الوقائع و العقوبة المسلطة (العزل من الوظيفة)" [1].

فمجلس الدولة لم يبسط رقابته على ملاءمة القرار للوقائع المستند إليها إلا بعد معاينته عدم تناسب ظاهر و صريح بين العقوبة و الأخطاء المرتكبة من قبل المدعي.

2- رقـــابة الملاءمـــة[2] Contrôle de l'opportunité

إذا كانت القاعدة الأساسية التي تحكم رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة ، تتمثل في أن هذه الرقابة تنصب على مشروعية القرارات الإدارية تاركة مجال الملاءمة لتقدير الإدارة، فإن هذه القاعدة قد طرأ عليها استثناء هام في مجال الرقابة القضائية. فقد طرح مجلس الدولة الفرنسي امتناعه عن مراجعة تقدير الإدارة لخطورة السبب و مدى تناسبه مع القرار الإداري المؤسس عليه، و أخذ يراقب الملاءمة بين السبب و القرار المبني عليه، خاصة إذا كانت الملاءمة تمثل شرطا من شروط المشروعية.[3]

و قد بدأ هذه الرقابة مع نهاية السبعينيات و تحديدا منذ 1978 في إطار إعمال وتطوير تقنية الخطأ الواضح.[4] إذ يرى جانب من الفقه " أن تقنية الخطأ

---

[1] مجلس الدولة، الغرفة الثانية، ملف رقم 005240 و القرار في 02/01/28، مجلة مجلس الدولة، العدد 2/ 2002، ص 166.

[2] Dans cet objet voir: A. Delaubadère: Op. Cit, p 584 et s.
و ينظر: د/ سامي جمال الدين : قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ص 142 و ما بعدها.

[3] عبد الغني بسيوني عبد الله : القضاء الإداري ص 646 ، و ينظر: J. Kahn, Op. Cit, p 935.

[4] من خلال قرار Lebon المؤرخ في 1978/06/09.
R. Chapus : Droit administratif général, p 935.

الواضح كانت تستعمل لتأمين و تثبيت الرقابة على مدى احترام مبدأ الملاءمة من طرف الإدارة.

و الملاءمة تعني استجابة القرار الإداري لحالة واقعة و لمحل معين و هي العناصر التي ينصب عليها التقدير.[1]

و فيما يخص القضاء الإداري الجزائري، فإنه اعتمد أيضا رقابة الملاءمة من خلال قراراته الحديثة نسبيا. و يعتبر أن الحدود ضيقة بين الملاءمة و المشروعية، حيث أن أنماط الرقابة المنصبة على السلطة التقديرية تتماثل و رقابة الملاءمة.[2] مما يعني أن القضاء الجزائري لا يفرق بين الرقابتين، و إن كان يركز على رقابة الملاءمة و يوليها أهمية في كثير من الأحيان.

من أمثلة ذلك: القرار المؤرخ في 1981/07/11، و الذي جاء فيه"... فإنه يتعين على الإدارة معاينة و فحص كل حالة على انفراد للتوصل و على ضوء خطورة المساس الذي يلحقه البناء بالصحة العامة أو بالأمن العام إلى ما إذا كان من الملائم رفض إعطاء رخصة البناء أو الاكتفاء بالنص على وجوب اتباع هذا أو ذاك الشرط الخاص".[3]

يستخلص من هذا القرار مطالبة القاضي الإداري الجزائري بضرورة التناسب و التكافؤ بين محتوى القرار و الأسباب التي دفعت إلى اتخاذه، و هو ما يؤكد ممارسته لرقابة الملاءمة.[4]

و عليه لا مجال للشك أن تقنية الخطأ الواضح قد توسعت من إطار رقابة الأسباب وحدها إلى رقابة الملاءمة، التي لا تشكل تقييدا لسلطة الإدارة التقديرية بقدر ما تمثل تكملة و توسعة لمبدأ المشروعية.[5]

و تجدر الإشارة إلى أن القاضي الإداري لا يتحول إلى قاضي الملاءمة، بل يظل قاض للمشروعية، لأن الملاءمة قد تكون في حالات كثيرة أحد شروط مشروعية التصرف، و عليه فالقاضي لا يفحص بصفة أساسية مدى ملاءمة

---

(1) A. Delaubadère : Op. Cit, p 584, et Vlacho: Principes généraux du droit administratif p93.

(2) وزارة العدل : ملتقى قضاة الغرف الإدارية ص 119.

(3) م ع. غ إ. (أ ر) ضد (و د) ملف رقم 22236 و القرار المؤرخ في 1981/07/11 سلسلة الإجتهاد القضائي ص 198.

(4) Voir :A. Delaubadère :Op. Cit, p 585.

(5) J. Kahn : Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge administratif , p 11.

التصرف، وإنما قد يضطر إليها لكي يتأكد من مشروعية الإجراء الصادر عن الإدارة.[1]

فإذا ثبت أن رقابة الملاءمة هي أحدث رقابة يمارسها القضاء الإداري الجزائري على السلطة التقديرية للإدارة ، فما موقف الفقه الإسلامي؟

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي:

رغم حداثة فكرة الملاءمة و الرقابة عليها في القانون الإداري الجزائري و القانون الإداري ككل، فقد ثبت مراعاة النظام الإسلامي لها و فرض رقابته عليها. يدل على ذلك ما جاء في قضية سمرقند.

فقد شكي أهل سمرقند لوالي عمر بن عبد العزيز عليها، أن قتيبة بن مسلم -القائد العسكري- قد ظلمهم و أخذ بلادهم، قبل انتهاء مدة الإنذار الممنوحة لهم، فكتب عمر إلى واليه يأمره أن يجلس لهم القاضي لينظر في أمرهم ، حيث قضى هذا الأخير بإلغاء قرار قائد الفتح - قتيبة بن مسلم - لعدم مراعاته لعنصر الملاءمة في التصرف، و يتمثل هذا الإلغاء في رجوع جيش المسلمين إلى مواقعه خارج المدينة ، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الفتح.[2] و هذا لا يعني سوى رقابة الملاءمة

و من ذلك - أيضا- ما جاء في قرار الخليفة عمر رضي الله عنه، القاضي بمنع قائده أبي عبيدة بن الجراح و جيشه من إتمام المسير إلى بلاد الروم لأجل فتحها، لعدم ملاءمة الظروف لذلك.[3]

فقد عاين عمر رضي الله عنه، عدم ملاءمة ظاهرة في التقدير، و على أساس منها حكم بإلغاء التصرف.

---

[1] محمد أنس قاسم : الوسط في القانون العام (القضاء الإداري) ص 127، و محمد فؤاد عبد الباسط: أعمال السلطة الإدارية ص 119-120.

[2] ينظر: ابن الأثير: الكامل في التاريخ، راجعه و صححه د.محمد يوسف الدقاق، ط3 1418هـ/ 1998م دار الكتب العلمية بيروت ج4 ص227-428، و الطبري: تاريخ الأمم و الملوك، ط1 1422هـ/2001م دار الكتب العلمية بيروت ج4 ص14.

[3] محمد حميد الله : مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي و الخلافة الراشدة ص 469.

مما يؤكد أن النظام الإسلامي قد أخذ بمبدأ مراعاة الملاءمة والرقابة عليها في تصرفات الإدارة لرد هذه الأخيرة إلى حدودها المشروعة. و يؤكد أيضا حداثة قانون الشرع ، و سمو مبادئه، برغم قدم نشأته.

الفـــرع الثانـــي : نظـــرية الموازنـــة بيـــن المنـــافع و الأضـــرار

Le principe Bilan- Coût – avantages

في مواجهة التقدم العلمي المتزايد و تعقد المسائل العلمية و الفنية و خاصة في المجال الاقتصادي ، وما ترتب على ذلك من اتساع نطاق السلطة التقديرية، كان على القاضي أن يعمل على الحد من تعسف الإدارة في هذه المسائل ، حيث تصاعدت مطالبة الفقه له بالأخذ بالمبادئ القانونية العامة ، وخاصة التي يمكن اعتبارها المبادئ الإقتصادية الجديدة ، وكان ثمرة إجتهاد الفقه و القضاء الإعلان عن مبدأ التوازن بين المزايا و الأضرار المترتبة على القرارات الإدارية [1]، بحيث إذا انتهت الموازنة إلى ترجيح المزايا أعلن القاضي مشروعية القرار، أما إذا كانت الأضرار هي الراجحة ، تعين عليه الحكم بإلغاء هذا القرار لعدم مشروعيته [2] .

فما موقف القانون الإداري الجزائري من هذه النظرية ؟ و ما موقف الفقه الإسلامي ؟

أولا: نظريـــة الموازنـــة كقيـــد على السلطـــة التقديريـــة في القانـــون الإداري الفرنســـي و الجزائـــري:

لقد دشن القضاء الإداري الفرنسي هذه الرقابة في حكم مجلس الدولة الصادر في 28 ماي 1971 في قضية Ville nouvelle est [3] ، و تتلخص وقائعها في أن مشروع عام يستهدف إعداد منطقة جامعية ، تطلب نزع ملكية عدد كبير من المنازل ، وكان الكثير منها قد شيد حديثا، و لمعرفة مدى شرعية القرار الصادر بنزع الملكية طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية جديدة تقوم على الموازنة بين النفقات و المزايا "Bilan Coûts – avantage" صاغها المجلس على النحو الآتي " إنه لا يمكن اعتبار عملية محققة للنفع العام المبرر لنزع الملكية، إلا إذا كانت الأضرار التي تلحق بالأملاك الخاصة من جرائها و تكلفتها

---

[1] د/ سامي جمال الدين : قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ص 233

[2] Daniel Labetouile: le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique , collègue du 5 mars 1977, p 31.
و ينظر: وزارة العدل: ملتقى قضاة الغرف الإدارية ، ص 118.

[3] Daniel Labetouile : OP . Cit. P 31.

و مضارها الاجتماعية المحتملة لا تفوق بشكل كبير المزايا التي يمكن أن تنجم عنها[1]، فلتطبيق هذه النظرية يعتمد القاضي عناصر هي " المضار الاجتماعية المحتملة "، " التكلفة " ، و" الأضرار التي تلحق الأملاك الخاصة " ، للتوصل إلى ما إذا كان تقدير الإدارة صائبا ، وقرارها المبني على ذلك مشروعا. و تشمل هذه الرقابة محتوى المشروع العام نفسه .

أما في القانون الإداري الجزائري و بالرجوع إلى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة [2] ، فإنه ينص على الإجراءات الواجب إتخاذها بعد توفر المنفعة العامة في المشروع و على طرق تعويض المعنيين الذين نزعت ملكيتهم [3]، لكن هذا القانون لم يشر إلى النقائص التي قد تنجر عن عملية النزع و وسائل معالجتها. فما موقف القضاء الإداري إذن من نظرية الموازنة بين المنافع و المضار ؟

تبنى القاضي الإداري الجزائري نظرية إجتهادية تعود لسنة 1971 اصطلح عليها بالنظرية التقييمية ، و تؤهل هذه النظرية القضاء لمراقبة النتائج المنجرة عن نزع الملكية و ما إذا كانت منافع العملية – بالفعل– أهم من مساوئها [4] .

مما يعني أن القاضي الإداري قد اعتمد نظرية الموازنة بين التكاليف و النتائج أو بين النفقات و المزايا .

غير أنه في مجال رقابته على سلطة الإدارة في نزع الملكية لا يعتمد إلا على نظرية الغلط الفادح في التقدير L' erreur manifeste d' appréciation ، دون أن يتعرض إلى مدى ملاءمة كل اختيار تقوم به الإدارة لأجل النزع [5] .

يدل على ذلك :

قرار قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 21 /4/ 1990 و الذي جاء فيه "إنه فيما يخص إختيار قطعة محل نزع الملكية فإن القاضي

---

(1) د / الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية ص84.

(2) القانون 91 –11 المؤرخ في 27 أبريل 1991 . ج.ر ، رقم 21 / 1991 ص577.

(3) ينظر في هذا الشأن: د/حماد محمود شطا: تطور وظيفة الدولة ج1 المرافق العامة ص 124 و ما بعدها.

(4) وزارة العدل : ملتقى قضاة الغرف الإدارية ص 118

(5) المرجع نفسه ص 118

الإداري غير مؤهل بمراقبة مدى ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز مشروع ...[1]

و منه يتبين أن القاضي الإداري لا يعتمد مراقبة محتوى المشروع العام ، أي مدى ملاءمته من عدمها ، مما يعني أنه قد تبنى الرقابة على السلطة التقديرية وفق مبدأ الموازنة لكن دون أن يوسع مداه ، أي اعتمد هذا المبدأ بطريقة نسبية.

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من نظرية الموازنة :

إن الثابت بالإستقراء في أحكام الشرع مراعاة مبدأ الأخذ بالمصالح، و بسبب قيام نظام العالم على تشابك المصالح بالمفاسد و اختلاطهما و تعارضهما، و الحاجة إلى معالجة العديد من المشكلات التي طرأت، و بيان حكمها بما يوافق مقاصد الشرع، لابد من إيجاد معيار مصلحي مضبوط، و لا يكون ذلك إلا من خلال مبدأ الموازنة.[2]

و يعني هذا المبدأ وجوب الموازنة بين المصلحة التي شرع التصرف لأجلها و بين ما يلزم عنها من مفسدة مساوية أو راجحة، فإذا لزم عنها ذلك، أصبح التصرف الإداري غير مشروع.[3] أي إذا اجتمعت في تصرف إداري مصالح و مفاسد، فإن أمكن جلب المصالح و دفع المفاسد تعين ذلك على أساس "تحصيل المصالح و درء المفاسد"[4]. فإن كانت المصلحة أعظم فالواجب "تحصيل المصالح أو تقريرها" [5] ، و " تقديم المصالح الراجحة على المفاسد

---

(1) م ع . غ إ ، "الفريق ع" ضد "والي ب " ملف رقم 66960 ، المجلة القضائية العدد 2 / 1992 ، ص 158 و ما بعدها.

(2) ناجي إبراهيم السويد: فقه الموازنات ص35، و ينظر: إسماعيل الحسني: نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور ص287.

(3) الدريني: الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ص425.

(4) عز الدين بن عبد السلام السلمي : قواعد الأحكام في مصالح الأنام، روجعت على نسخة العلامة اللغوي الشنقيطي دار المعرفة بيروت ج1 ص83.

(5) تقي الدين الحصني: كتاب القواعد ، تحقيق عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان ، ط1 1418هـ/ 1997م مكتبة ابن رشد شركة الرياض ج1 ص346.

المرجوحة"[1]. أما في حال ما إذا كانت المفسدة أعظم من المصلحة أو تساويها "فدرء المفاسد أولى من جلب المصالح."[2]

و يوضح هذا المعنى الشاطبي بقوله: " فالمصالح و المفاسد الراجعة إلى الدنيا إنما تفهم على مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب جهة المصلحة فهي المصلحة المفهومة عرفا، و إذا غلبت الجهة الأخرى فهي المفسدة المفهومة عرفا، و لذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوبا إلى الجهة الراجحة، فإن رجحت المصلحة فمطلوب و يقال إنه مصلحة، و إذا غلبت جهة المفسدة فمهروب عنه و يقال إنه مفسدة."[3] و يقول أيضا: " فالمصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة فهي في حكم الإعتياد فهي المقصودة شرعا، و كذلك المفسدة إذا كانت هي الغالبة بالنظر إلى المصلحة في حكم الإعتياد فرفعها هو المقصود شرعا."[4]

و عليه فإن تقدير الإدارة للوقائع و معالجتها، يجب أن يتم على أساس ما تسفر عنه الموازنة بين ما تشمل عليه من وجوه النفع و وجوه الضرر بعد البحث و التحليل و الإستقصاء و الإستعانة بالخبرة العلمية المتخصصة عند الإقتضاء ، كي لا يكون فيه شيء من الهوى، و على ضوء ذلك يبين الحكم في هذه المسائل إما طلبا أو منعا."[5]

من أمثلة مراعاة الإدارة لهذا المبدأ في الفقه الإسلامي ، قرار الخليفة عمر رضي الله عنه، القاضي بمنع تقسيم أرض السواد على الفاتحين المنتصرين، و تركها وقفا على أهلها يتوارثونه جيلا بعد جيل مع طرح ضريبة الخراج.[6]

فقد كانت الأرض التي رفض عمر قسمتها، عبارة عن أقطار كبيرة مثل مصر و الشام و العراق، و ملاكها ليسوا دخلاء عليها كاليهود على الجزيرة، و إجلاؤهم عنها غير ممكن، فكان الخير و المصلحة في إبقائها بيد أهلها

---

(1) عز الدين بن عبد السلام السلمي: المرجع نفسه ص4.

(2) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام م 30 ج1 ص37.

(3) الشاطبي : الموافقات ج2 ص20.

(4) الشاطبي : المرجع نفسه ص21.

(5) ناجي إبراهيم السويد: المرجع السابق ص36، و عبد الوهاب خلاف: مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص100.

(6) ينظر: محمد حميد الله: مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي و الخلافة الراشدة ص422-467- 483 وما بعدها و ص504، و ابن قدامة: المغني ج2 ص586. ، و أبو يوسف: الخراج دار المعرفة بيروت ص35، و ابن نجيم: البحر الرائق ج5 ص139.

يعمرونها و يعملون فيها، و يفرض عليها خراجا يكون رصيدا للإنفاق على مصالح الأمة.[1]

فقد رأى عمر بحسه التقديري العالي أن نقل ملكية هذه الأرض من الأفراد المالكين إلى مجموع الأمة الإسلامية في سائر الأجيال - أي وقفها على مصالح المسلمين - أولى و أصلح من قسمتها و تمليكها لمجموعة من المجاهدين. و لم يتخذ عمر هذا القرار إلا بعد قيامه بموازنة بين مصلحة عامة يقينية و هي ترك الأرض لمصلحة كل الأجيال ، و بين ما يلزم عنها من مفسدة خاصة متوقعة و هي خصومة و عداء عدد من المجاهدين الفاتحين له. و على أساس ما أسفرت عنه هذه الموازنة من تغليب و ترجيح للمزايا على المفاسد أو الأضرار أعلن عن قراره.

و بناء عليه يستنتج أن للإدارة - في النظام الإسلامي- الحق في تنفيذ الطريقة التي تتطلبها الأوضاع الإقتصادية في كل زمان و يتطلبها السلام الإجتماعي في كل مكان. و بالتالي يمكنها وفقا لتقديرها أن تخصص أحقية الملكية الفردية و تقيده و تجعله دائما خاضعا للدولة في إعادة توزيع الثروة العامة حسب المقتضيات و الأحوال[2]، و ضابطها في ذلك هو مبدأ الموازنة.

من خلال ما تقدم يتبين أن الفقه الإسلامي قد عرف مبدأ الموازنة كأساس و ضابط للسلطة التقديرية للإدارة في المجال الإقتصادي ، مما يبرز توافقه مع القانون الإداري الجزائري في ذلك.

بيد أن هذا المبدأ في الفقه الإسلامي لا يقتصر أو يختص بمجال دون الآخر، بل هو أوسع من ذلك، إذ هو في كل المجالات أو في كل الأمور التي يعتريها التبدل و التغير. كما أن هذا المبدأ لا يختص بالموازنة بين المصالح و المفاسد فقط ، بل يتعدى هذا المجال ليشمل الموازنة بين المصالح بعضها ببعض، و المفاسد بعضها ببعض.

فمن أمثلة الموازنة بين المصالح إمكانية الإدارة بما لها من سلطة تقديرية أن تجبر من يهمل أرضه على خدمتها ، فإذا تقاعس يجوز لها أن تنتزع منه

---

(1) د/ يوسف القرضاوي : السياسة الشرعية ص195، و ينظر: مناع خليل القطان: تاريخ التشريع الإسلامي ص200 و ما بعدها.

(2) ينظر: أبو يوسف: المرجع السابق ص35، و ناجي إبراهيم السويد: المرجع السابق ص199.

ملكيتها ، و تؤجرها لغيره من المسلمين ممن يقدرون على زراعتها و هذا لأجل الصالح العام[1].

فالمقرر أن الشريعة الإسلامية في مراعاتها للمصالح إنما تهدف أصلا إلى مصلحة المجموع، فإذا تعارضت المصلحتان – كما هو الحال في هذا المثال– فإن الواجب على الإدارة ترجيح المصلحة العامة على مصلحة الفرد[2]. لأنه " إذا تزاحمت المصالح يقدم الأعلى" [3].

أما من أمثلة الموازنة بين المفاسد ، جواز فرض الضرائب عند الحاجة إليها، إذ يمكن للإدارة بما لها من سلطة تقديرية أن تفرض على الأغنياء ما تراه كافيا لتكثير الجنود و سد الثغور، إذا خلا بيت المال من الأموال و خيف أن تصير بلاد المسلمين عرضة للإستيلاء عليها[4]. يقول الشاطبي:" فإذا عورض هذا الضرر العظيم بالضرر اللاحق لهم (و يقصد الأغنياء) بأخذ البعض من أموالهم، فلا يتمارى في ترجيح الثاني عن الأول ، و هو مما يعلم من مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد [5].

و من الشواهد أو القواعد الدالة على ذلك قاعدة "يختار أهون الشررين"[6]، و "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما" [7].

و بناء عليه فإن مبدأ الموازنة و إن لم يظهر بوضوح بهذا المصطلح في الفقه الإسلامي، إلا أنه موجود بالمعنى و التطبيق. دل على ذلك مراعاة الإدارة له و استنادها عليه في مختلف أوجه نشاطاتها، مما يعني أن هذا الأخير أوسع من أن يحصر في مجرد مبدأ أو نظرية ، إذ هو فقه واسع و على أساسه يقوم بنيان السلطة التقديرية ككل[8].

---

(1) د/ الدريني: الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ص113، و ينظر: حمد محمد الصمد: نظام الحكم في عهد الخلفاء الراشدين ص191.

(2) حمد محمد الصمد: المرجع نفسه ص191، و ينظر: ابن تيمية: مجموع الفتاوى ج20 ص48.

(3) محمد بن صالح العثيمين: مختصر منظومة ابن عثيمين ق19 ص16.

(4) د/ الدريني: المرجع نفسه ص114، و ينظر: الجويني: غياث الأمم ص261، و د/ زكي الدين شعبان: مرونة الفقه الإسلامي و إبطال دعوى جموده ص224.

(5) الشاطبي: الإعتصام، دار شريفة الجزائر ج2 ص122.

(6) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام م29 ج1 ص37.

(7) علي حيدر: المرجع نفسه م28 ج1 ص37، و ينظر: ابن نجيم: الأشباه و النظائر ج1 ص90، و تقي الدين الحصني : كتاب القواعد ج1 ص346.

(8) د/ يوسف القرضاوي : المرجع السابق ص300.

خلاصة هذا المبحث أن القضاء الإداري يعتبر الضمانة الفعالة للأفراد أمام تعسف الإدارة و انتهاكها لحرياتهم .

و في سبيل الموازنة بين ما تتمتع به الإدارة من حرية في التقدير و بين الحريات العامة للمواطنين ، اعتمد القاضي الإداري الجزائري في رقابته لأعمال الإدارة أنواع من التقنيات تبناها من القضاء الفرنسي و قد ثبت سبق النظام الإسلامي إليها .

أولا : مبدأ التكافؤ: و مؤداه بحث القاضي في مدى تناسب الإجراءات المتخذة من جهة الإدارة مع الغاية المتوخاة منها . و بعبارة أخرى بحث ملاءمة الأسباب للقرار الصادر لمواجهتها ، و تستخدم هذه التقنية في مجال الضبط الإداري الذي يعتبر أكثر المجالات ميدانا لسلطة التقدير المعترف بها للإدارة، و يقابل هذا المبدأ في الفقه الإسلامي ، مبدأ فقهي عام هو " الضرورة تقدر بمقدارها عند التصرف لرفعها " و مبدأ آخر هو " كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل".

ثانيـــا: رقابة الخطأ الواضح في التقدير : و أولى مراحل هذه الرقابة هي الرقابة الدنيا و العادية ، و آخرها الرقابة الضيقة التي أصبح القاضي الجزائري يمارسها دون حواجز و التي خولت له الخوض في المسائل التقديرية للإدارة ، و قد ثبت سبق النظام الإسلامي إليها.

ثالثـــا : نظرية الموازنة : و مؤداها بحث القاضي الإداري عما إذا كانت المنافع المتوخاة من القرار بالفعل أهم من أضراره ، و يظهر هذا المبدأ في الفقه الإسلامي في إطار فقه الموازنات.

خـــلاصـــــة الفصـــــل الثانـــي

خلاصة هذا الفصل أن الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية ضمن مجال قد يضيق أو يتسع تبعا لما يسمح به القانون و يقتضيه الصالح العام.

و أن الملاءمات التي تمارسها الإدارة ضمن هذا المجال ظلت و إلى وقت طويل تفلت من رقابة القاضي الإداري، بسبب عجز هذا الأخير في حالات عدة عن كشف سوء نية الإدارة و تعسفها ، غير أن حرص القضاء الإداري على التوفيق بين حرية التقدير المعترف بها للإدارة و الحريات التي يتمتع بها المواطنون جعله يبتكر أساليب أو تقنيات تحد و لو نسبيا من تعسف الإدارة و انتهاكها المستمر لحقوق المواطنين، و أحدث هذه التقنيات هي رقابة الملاءمة، التي توصل إليها القضاء من خلال تطوير و توسيع لتقنية الخطأ الواضح في التقدير ، و التي أصبح على أساسها يتدخل في ملاءمات الإدارة للكشف عن عدم مشروعية تصرفاتها، بعدما كانت تعتبر من الخصوصيات التي طالما انفردت الإدارة بأمر تقديرها دون معقب عليها من القضاء.

و قد ثبت أن هذا النوع من الرقابة الذي استنفذ القضاء الإداري في ابتكاره جهودا عظيمة و وقتا طويلا ، كان من الأساليب التي مارسها النظام القضائي الإسلامي في إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة.

خاتـــمة البحـــث

لقد اتضح من خلال دراسة السلطة التقديرية في القانون الإداري و الفقه الإسلامي، أن هذه الأخيرة ليست سوى حرية تقدير ملاءمة القرار الإداري في عناصره غير المقيدة قانونا. و قد ثبتت في الفقه الإسلامي، من خلال السياسة الشرعية التي يكمن فيها أصدق تعبير للسلطة التقديرية في القانون الإداري.

أما سبب تخلف قواعد القانون عن تحديد تفصيلات النشاط الإداري، لا يعني أن المشرع و القاضي امتنعا عن التدخل لتقييد نشاط الإدارة بالنسبة لموضوعات معينة ، باعتبارها موضوعات أو مجالات محجوزة لسلطة الإدارة التقديرية. و إنما يرجع السبب في عدم التدخل لاعتبارين متشابكين يربطهما مبدأ عام ألا و هو الملاءمة بمختلف عناصرها.

و هذين الإعتبارين يتمثلان في اعتبار فني ، و يتجلى في مقتضيات النشاط الإداري و دواعي الصالح العام. و اعتبار عملي ، و يتجلى في قصور النصوص عن استيعاب الوقائع و المستجدات إستيعابا حرفيا.

و استكمالا للبحث في تعريف السلطة التقديرية، ألحت ضرورة إبراز علاقة السلطة التقديرية بالإختصاص التقديري و كذا علاقتها بالإختصاص المقيد . و هذا لما لهذين المصطلحين من تأثير على السلطة التقديرية للإدارة.

فالإختصاص التقديري يرتبط إرتباطا وثيقا بالسلطة التقديرية، إذ يمثل الإطار الذي رسمه القانون لتمارس الإدارة من خلاله حرية تقدير الملاءمة. و هذا ما حدا أغلب الفقه القانوني لاعتبار السلطة التقديرية و الإختصاص التقديري كمترادفين لهما نفس المدلول.

أما الإختصاص المقيد ، و إن كان يبدو متعارضا مع مصطلح السلطة التقديرية، فالحقيقة أن كل عمل إداري إنما يحتوي على مزيج من هذين النوعين (سلطة تقديرية و اختصاص مقيد) ، فالسلطة التقديرية ليست سلطة مطلقة، و إنما هي مقيدة نسبيا بالمصدر أو الهدف الذي قامت على أساسه في هذا الموضوع أو ذاك ، و حتى لو تخلى التشريع عن تحديد أو ذكر أي قيد ، فالصالح العام في مثل هذه الحالة هو القيد و الضابط.

و كذلك الإختصاص المقيد لا يعني التحكم المطلق ، و إنما يعني بعض التحكم القائم على أساس استقراء الواقع و الأخذ بالأمر الغالب.

أما أساس وجود السلطة التقديرية فقد تبين في القانون الإداري الجزائري من خلال ثلاث نظريات ، تشكل في تكاملها أساسا جامعا و هو نظرية المشروع القائمة على تخلف قواعد التشريع عن تحديد جوانب من النشاط الإداري، و يقابلها في الفقه الإسلامي منطقة العفو التشريعي المتروكة عمدا للإدارة لتراعي على أساسها الصالح العام، و تساير مختلف الحوادث و المستجدات.

و قد تبين من خلال عرض نظرية المشروع ، أن كل تصرف تقديري تمارسه الإدارة في القانون الإداري الجزائري أو النظام الإسلامي في حقيقته قائم على أساس مشروع حتى و لو كان في إطار تنفيذ إختصاص مقيد.

و على أساس نظرية المشروع تملك الإدارة تقدير ملاءمة نشاطها ، كما تملك تقييده ذاتيا لاعتبارات الصالح العام. و يكون التقييد الذاتي لنشاط الإدارة – في النظام الإسلامي – إما بالمنع أو بالوجوب على حسب نظرية المصالح المرسلة.

و قد تبين من عرض أساس السلطة التقديرية ، أن هذه الأخيرة هي تطبيق و توسيع لنطاق مبدأ المشروعية و ليست – أبدا– استثناء أو تقييدا له.

أما دراسة مجال السلطة التقديرية و تقنيات الرقابة القضائية عليها، فقد تم – بالدرجة الأولى– بالاعتماد على قرارات الإدارة في القانون الإداري الجزائري و النظام الإسلامي، و تطبيقات القضاء الإداري ، هذا إلى جانب مجموعة من القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية.

فبالنسبة لمجال السلطة التقديرية ، فقد تبين أنه يكمن في عنصرين من عناصر القرار الإداري و هما عنصر السبب و المحل.

ففي عنصر السبب تبرز السلطة التقديرية من خلال تقدير الوجود المادي للوقائع و التكييف القانوني لها، و في مدى الخطورة المتولدة عن هذه الوقائع.

أما في عنصر المحل فتكمن في تقدير ملاءمة التدخل أو الامتناع و زمن التدخل، و في اختيار فحوى القرار الإداري.

و قد تمت الإشارة من خلال هذه الدراسة أن الملاءمات التي تمارسها الإدارة ضمن هذا المجال، ظلت و إلى وقت طويل تفلت من رقابة القضاء الإداري، بسبب عجز هذا الأخير في حالات عدة عن كشف سوء نية الإدارة و تعسفها بسلطتها. و في سبيل الموازنة بين ما تتمتع به الإدارة من حرية في التقدير و بين الحريات العامة للمواطنين ، اعتمد القاضي الإداري الجزائري أنواع من التقنيات في الرقابة تبناها من القضاء الفرنسي و ثبت سبق النظام الإسلامي إليها. و تتجلى هذه التقنيات في:

1- مبدأ التكافؤ، و مؤداه بحث القاضي في مدى تناسب الإجراءات المتخذة من جهة الإدارة مع الغاية المتوخاة منها . و بعبارة أخرى بحث ملاءمة الأسباب للقرار الصادر لمواجهتها ، و تستخدم هذه التقنية في مجال الضبط الإداري ، و يقابل هذا المبدأ في الفقه الإسلامي ، مبدأ فقهي عام هو "الضرورة تقدر بمقدارها عند التصرف لرفعها" و مبدأ آخر هو "كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل".

2- رقابة الخطأ الواضح في التقدير ، و قد تم ذكر مراحل هذه الرقابة في القضاء الفرنسي و الجزائري ، و كيف أنها انتقلت من رقابة الأسباب وحدها إلى رقابة الملاءمة .

أما رقابة الأسباب ، فأولى مراحل الرقابة فيها هي الرقابة الدنيا و العادية ، و آخرها الرقابة الضيقة التي أصبح القاضي الإداري الجزائري يمارسها بدون حدود .

أما رقابة الملاءمة و التي تخول للقاضي الخوض في المسائل التقديرية للإدارة ، فقد توصل إليها القضاء الإداري من خلال تطوير و توسيع لرقابة الخطأ الواضح في التقدير، و قد تبين أن رقابة الملاءمة ليست غاية في ذاتها، و إنما هي وسيلة من وسائل الرقابة على المشروعية ، بمعنى أن القاضي لا يفحص بصفة أساسية ملاءمة التصرف، و إنما قد يضطر إليها ليتأكد من مشروعية الإجراء الصادر من الإدارة. و قد ثبت أن هذا النوع من الرقابة الذي استنفذ القضاء الإداري في ابتكاره جهودا عظيمة و وقتا طويلا، كان من أهم الأساليب التي مارسها النظام القضائي الإسلامي لإلغاء القرارات الإدارية غير

المشروعة، و ما هذا إلا دليل على سمو مبادئ الشريعة و حداثة قانونها رغم قدم نشأتها.

3- نظرية الموازنة ، تطبق هذه النظرية في المجال الإقتصادي، و مؤداها بحث القاضي الإداري عما إذا كانت المنافع المتوخاة من القرار أهم من أضراره، فإذا ترجح جانب النفع أعلن القاضي مشروعية القرار الإداري، و رغم أن القاضي الجزائري قد تبنى الرقابة على السلطة التقديرية وفق هذه النظرية إلا أنه لازال يخشى من الخوض في ملاءمات الإدارة خاصة في مجال نزع الملكية، حيث أنه لا يعتمد في هذا المجال إلا على تقنية الخطأ الواضح، أي أنه اعتمد على مبدأ الموازنة بطريقة نسبية. مما يعني أن رقابته لا تزال ناقصة في هذا المجال – بالخصوص- و هو الأمر الذي يدعو الإدارة إلى مزيد من التعسف بحجة الصالح العام. و يدعو كذلك إلى ضرورة القيام ببحث واسع، حول هذه الرقابة بحيث تراعى فيه النظرية و التطبيق، بهدف الوصول إلى حلول من شأنها توفير أكبر ضمانة للأفراد و ممتلكاتهم من تعدي الإدارة.

و يقابل هذا المبدأ في الفقه الإسلامي ما يسمى بفقه الموازنات، و قد تبين من عرض هذه الدراسة أن فقه الموازنة لا يقتصر على مجال دون الآخر و ليس خاصا بتحقيق التوازن بين المصالح و المفاسد فقط، بل يتعدى ذلك ليشمل الموازنة بين المصالح بعضها ببعض ، و المفاسد بعضها ببعض، أي أنه فقه واسع و يقوم على أساسه بنيان السلطة التقديرية ككل.

من خلال عرض هذه الدراسة تبين أن القضاء الإداري – بفضل ما توصل إليه من تقنيات، و إن كان يعتمد بعضها نسبيا- يعتبر الضمانة الرئيسية و الفعالة أمام تعسف الإدارة بسلطتها، غير أنه يجدر التنبيه إلى أن فاعلية هذه الرقابة لا تتحقق إلا بالعمل على إزالة جدار الرهبة و الخوف من الإدارة ، و توافر وعي قضائي للمواطنين بأن لهم حقوقا و أنه يمكن للقضاء حمايتها، فإن لم يتواجد هذا الوعي لدى الأشخاص سيبقى جدار الرهبة قائما، و سيكون من الخطأ القول أن رقابة القضاء الإداري تعد مقياسا لخضوع الإدارة لمبدأ المشروعية و سيادة حكم القانون.

الفهارس العامة:

* فهرس الآيات.
* فهرس الأحاديث.
* فهرس الأعلام.
* فهرس المصادر و المراجع.
* فهرس الموضوعات.

فهـــرس الآيـــات:

سورة المائـــدة:

" و المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ..." ص 66.

سورة التـــوبة:

" قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله و لا باليوم الآخر ..." ص 86.

سورة الحشـــر:

" للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم ..." ص 46.

فهـــرس الأحـــاديث:

" أمرت أن أقاتل الناس ....." ص 54.

" ما أحل الله في كتابه فهو حلال ....." ص 64.

" إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها....." ص 64.

فـــهرس الأعـــلام:

- أ -

أبو بكر الصديق ..... ص 44، 85، 96.

أندريه هوريو A.Hauriou ..... ص 58.

ابن خلدون .....ص 14.

ابن عقيل ..... ص 15، 16.

ابن قيم ..... ص 16.

ابن نجيم ..... ص 15.

أبو عبيدة بن الجراح ..... ص 93، 111.

-ب-

بارثلمي Barthélmy..... ص 49.

البرزنجي ..... ص 4، 59.

بلال بن الحارث المزني ..... ص 67.

بونار Bonnard ..... ص 6، 11، 49، 71.

-ح-

حذيفة بن اليمان ..... ص 54، 66.

-خ-

خالد بن الوليد ..... ص 96.

-د-

ديلوبادير Delaubadère ..... ص 5، 7، 8.

-ر-

ريفارو Rivero .....ص 6.

-س-

سامي جمال الدين ..... ص 60.

سعد بن أبي وقاص ..... ص 96.

-ش-

شابي Chapus ..... ص 6.

الشاطبي ..... ص 116، 118.

-ط-

الطماوي ..... ص 8.

-ع-

العباس بن عبد المطلب ..... ص 54.

عبد الوهاب خلاف .....ص 16.

عثمان بن عفان ..... ص 16، 63.

عمر بن الخطاب ..... ص 16،34 ، 35 ،36 ،45 ، 46، 47، 54، 56، 63، 64، 65، 66، 67،78،82 ،85،91،93، 96،104 ، 111، 116،117.
عمرو بن العاص ..... ص 78، 91.
علي بن أبي طالب ..... ص 16، 91.
- ف-
فينيزيا Venezia ..... ص 58.
-ق-
قتيبة بن مسلم .....ص 111.
- ك-
كلسن Kelsen .....ص 39.
- م-
مصطفى الزرقاء ..... ص 65.
معاوية بن أبي سفيان ..... ص91.
موريس هوريو M.Hauriou ..... ص 6، 58.
- ن-
نصر بن حجاج .....16، 78، 82، 104،105
النعمان بن مقرن ..... ص 96.

فهـــرس المـــراجـــع:

المعـــاجم و كتـــب الحديـــث و التاريـــخ:

ابن الأثير، أبو الحسن علي بن أبي بكر:

1- أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، د ت ط ، دار الكتب العلمية بيروت الجزء الأول و الخامس.

2- الكامل في التاريخ ، ط1 1407هـ/1987م ، دار الكتب العلمية بيروت الجزء الثاني.

ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج:

3- تاريخ عمر بن الخطاب ، ط1 1990 مكتبة الزهراء الجزائر.

ابن خلدون، عبد الرحمان بن محمد بن خلدون الحضرمي:

4- المقدمة ، ط7 1988 دار القلم بيروت.

ابن سعد، محمد ابن سعد:

5- الطبقات الكبرى، تقديم د/ إحسان عباس ، ط1 1418هـ/1998م، دار صادر بيروت الجزء الثالث.

ابن كثير، أبو الفداء الحافظ بن كثير الدمشقي:

6- البداية و النهاية ، وثقه و قابل مخطوطاته الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، وضع حواشيه د.أحمد أبو ملحم و أ.فؤاد السيد و د.علي نجيب عطوي و أ.مهدي ناصر الدين و أ.علي السار، ط1 1421هـ/2001م، دار الكتب العلمية بيروت.

ابن مرعي، أبو محمد عصام:

7- الصحيح المنتقى من فضل الصحابة و الخلفاء الراشدين الأربعة، ط1 1417هـ/ 1996م ، الناشر دار السنة.

ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين بن مكرم:

8- لسان العرب، ط1 1412هـ/1992م ، دار صادر بيروت الجزء السابع.

أبو داود، سليمان بن أشعث السجستاني:

9 - السنن، ط1 1409هـ/1969م، دار الحديث حمص.

أبو صوفة، محمد:

10- ومضات من حياة الصحابة ، د ت ط ، دار الشهاب الجزائر.

أمين، أحمد:

11- فجر الإسلام ، تقديم عبد المجيد البصير ، د ر ط سنة 1989، د د ط.

البخاري، عبد الله محمد بن إسماعيل:

12- صحيح البخاري ، د ر ط سنة 1992، دار الهدى عين مليلة الجزء الأول و الثاني.

البلاذري، ابن عباس أحمد بن يحيى بن جابر:

13- فتوح البلدان ، تحقيق عبد الله أنيس الطباع و عمر أنيس الطباع ، د ر ط سنة 1407هـ/1987م ، مؤسسة المعارف بيروت.

البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين:

14- السنن الكبرى، تحقيق عبد القادر عطا ، ط1 1414هـ/1994م ، دار الكتب العلمية بيروت الجزء العاشر.

الحاكم، محمد بن عبد الله النيسابوري:

15- المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، د ت ط دار الكتب العلمية بيروت الجزء الثاني.

حميد الله، محمد:

16- مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، ط5 1405 هـ/1985م، دار النفائس بيروت.

الخضري بك، محمد:

17- إتمام الوفاء في سيرة الخلفاء ، تحقيق عبد المنعم العاني ، ط1 1403 هـ/ 1983م دار الكتب العلمية بيروت.

د/ خليل، عماد الدين:

18- حـول القيادة والسلطة في التاريخ الإسلامي، د.ر.ط سنة 1405هـ/ 1985م ، مكتبة النور القاهرة.

الرازي، محمد أبو بكر:

19- مختار الصحاح، تحقيق مصطفى البغا، ط4 1990 دار الهدى عين مليلة الجزائر.

الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني:

20- تاج العروس من جواهر القاموس ، د ت ط دار مكتبة الحياة بيروت الجزء الرابع و الخامس.

السيوطي، الحافظ جلال الدين:

21- تاريخ الخلفاء، تقديم أ. عبد الله مسعود ، د ر ط سنة 1411هـ/ 1991م ، دار القلم العربي حلب.

د/ الشامي، فاطمة قدورة:

22- تطور تاريخ العرب السياسي و الحضاري من العصر الجاهلي إلى العصر الأموي، ط1 1997 دار النهضة بيروت.

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد:

23- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، د ت ط دار الجيل بيروت الجزء الثالث.

الطبري، محمد بن جرير:

24- تاريخ الأمم و الملوك ،ط2 1988، دار الكتب العلمية بيروت الجزء السادس.

25- تاريخ الأمم و الملوك ، ط3 1413هـ/1992م ، مؤسسة عز الدين للطباعة و النشر بيروت الجزء الثاني.

العسقلاني، ابن حجر:

26- الإصابة في تمييز الصحابة ، تحقيق محمد البجاوي ، ط1 1412هـ/ 1992م دار الجيل بيروت.

العقاد، عباس محمود:

27- عبقرية عمر، د ر ط سنة 1410هـ/ 1989م ، مكتبة رحاب الجزائر.

د/ العمري، أكرم ضياء:

28- عصر الخلافة الراشدة، ط2 1419هـ/1998م، مكتبة العبيكان الرياض.

العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد:

29- عمدة القارئ شرح صحيح البخاري ، إشراف صدقي جميل العطار ، ط1 1418هـ/ 1998م دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع بيروت الجزء السادس.

المبار كفوري، أبو العلا محمد عبد الرحمان بن عبد الرحيم:

30- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ، د ت ط ، دار الكتب العلمية بيروت الجزء السابع.

مسلم بن الحجاج النيسابوري:

31- صحيح مسلم ، ط1 1419هـ/1998م ، دار المغني للنشر و التوزيع المملكة العربية السعودية، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع بيروت.

هيكل، محمد حسين:

32- الفاروق عمر، ط8، د ت ط، دار المعارف، القاهرة، الجزء الأول.

كـــــتب الفـــقـــه و الشـــريـــعة:

د/ أبو الفتوح، محمد جلال و د/محمد، علي عبد المعطي:

33- الفكر السياسي في الإسلام (شخصيات ومذاهب)، د ر ط سنة 1996، دار المعرفة الجامعية.

ابن تيمية، تقي الدين:

34- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي و الرعية، تقديم عبد السميع حباري ، د ر ط سنة 1990 ، د د ط

35- مجموع الفتاوى، جمع و ترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، د ر ط سنة 1412هـ/ 1991م عالم الكتب الرياض.

ابن عاشور، محمد الطاهر:

36- مقاصد الشريعة الإسلامية، د ت ط، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر.

ابن عبد السلام السلمي، عز الدين عبد العزيز:

37- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، روجعت على نسخة العلامة اللغوي الشنقيطي د ت ط، دار المعرفة بيروت لبنان، الجزء الأول.

ابن فرحون المالكي، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن شمس الدين عبد الله بن محمد:

38- تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام، ط1 1416هـ/ 1995م ، د د ط .

ابن قيم الجوزية:

39- إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محي الدين عبد الحميد، د ر ط 1407هـ/1987م، المكتبة العصرية بيروت، الجزء الرابع.

40- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق أيمن عرفة المكتبة التوفيقية.

ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم:

41- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، د ر ط سنة 1417هـ/1996م، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة الرياض الجزء الأول.

42- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط1 1418هـ/ 1998م ، دار الكتب العلمية لبنان الجزء الخامس.

أبو عبيد، الحافظ القاسم بن سلام:

43- كتاب الأموال، تحقيق محمد خليل هراس، ط1 1406هـ/1986م، دار الكتب العلمية بيروت.

أبو يوسف، القاضي يعقوب:

44- الخراج ، د ت ط ، دار المعرفة بيروت.

أسد، محمد:

45- منهاج الإسلام في الحكم، ترجمة منصور محمد ماضي، ط3 1967 م، دار العلم للملايين بيروت.

د/ البدوي، يوسف أحمد:

46- مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ، ط1 1421هـ/ 2000م دار النفائس الأردن.

د/ البغا، مصطفى ديب:

47- أصول التشريع الإسلامي، ط2 1420هـ/1999م، دار العلوم الإنسانية دمشق.

د/ البوطي، سعيد رمضان:

48- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2 1393هـ/1973م، مؤسسة الرسالة بيروت.

د/ جريشة، علي:

49- المشروعية الإسلامية العليا، د ر ط سنة 1986 المنصورة.

د/ جغيم، نعمان:

50- طرق الكشف عن مقاصد الشارع، ط1 1422هـ/ 2002م، دار النفائس الأردن.

الجويني، عبد الملك بن عبد الله:

51- غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق د. عبد العظيم الديب، ط2 1401هـ مكتبة إمام الحرمين.

الحسيني، إسماعيل:

52- نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، ط1 1416هـ/ 1995م المعهد العالمي للفكر الإسلامي.

د/ الحصري، أحمد:

53- الدولة وسياسة الحكم في الفقه الإسلامي، د ر ط سنة 1408هـ/ 1988م، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة.

54- نظرية ومصادر التشريع في أصول الفقه الإسلامي، ط1 1407هـ/ 1986م، دار الفكر العربي بيروت.

الحصني، تقي الدين:

55- كتاب القواعد ، تحقيق عبد الرحمان بن عبد الله الشعلان، ط1 1418هـ/1997م ، شركة الرياض للنشر و التوزيع الجزء الأول.

حيدر، علي:

56- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية الجزء الأول.

خلاف، عبد الوهاب:

57- السياسة الشرعية، د ر ط سنة 1397هـ/1977م، دار الأنصار القاهرة.

58- مصادر التشريع فيما لا نص فيه ، ط2 1402هـ/ 1982م، دار القلم الكويت.

خليفة، إبراهيم بن يحي (دده أفندي):

59- السياسة الشرعية، تحقيق د. فؤاد عبد المنعم، د ت ط، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية.

د/ الدريني، فتحي:

60- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، د ت ط ، دار الفكر العربي بيروت.

د/ رسلان، صلاح الدين بسيوني:

61- الفكر السياسي عند الماوردي، د ر ط سنة 1985، مكتبة نهضة الشرق القاهرة.

الريسوني، أحمد:

62- مدخل إلى مقاصد الشريعة، ط1 1996م، الناشر المكتبة السلفية.

د/ الزحيلي، وهبة:

63- أصول الفقه الإسلامي، ط1 1986، دار الفكر المعاصر بيروت، الجزء الثاني.

الزرقاء، مصطفى محمد:

64- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، ط1 1418هـ/1998م، دار القلم دمشق الجزء الأول.

65- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ط10 1387هـ/1968م، مطبعة طربين دمشق الجزء الثاني.

السويد، ناجي إبراهيم:

66- فقه الموازنات بين النظرية و التطبيق، ط1 1423هـ/2002م دار الكتب العلمية بيروت.

السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر:

67- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط1 1419هـ/1998م، دار الكتب العلمية بيروت الجزء الأول و الثاني.

الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي:

68- الإعتصام ، دار شريفة الجزائر الجزء الثاني.

69- الموافقات في أصول الشريعة، شرح الشيخ عبد الله دراز، د ت ط، دار المعرفة بيروت الجزء الأول والثاني.

70- الموافقات في أصول الشعرية، ط1 1417هـ/1997م، دار ابن عفان المملكة العربية السعودية، الجزء الخامس.

د/ الصالح، صبحي:

71- النظم السياسية نشأتها وتطورها، ط8 1990، دار العلم للملايين لبنان.

الصعيدي، عبد المتعال:

72- القضايا الكبرى في الإسلام، د ت ط ، دار شريفة للنشر و التوزيع الجزائر.

الصمد، حمد محمد:

73- نظام الحكم في عهد الخلفاء الراشدين ، ط1 1414هـ/ 1994م المؤسسة الجامعية للدراسات بيروت.

الطرابلسي، علاء الدين:

74- معين الحكام في ما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ط2 1393هـ/ 1973م، مطبعة الحلبي.

الطوفي، نجم الدين:

75- رسالة في رعاية المصلحة، تحقيق د/أحمد عبد الرحيم السايح، ط1 1413هـ/1993م الدار المصرية اللبنانية.

العثيمين، محمد بن صالح:

76- مختصر شرح منظومة ابن عثيمين في القواعد الفقهية و أصوله، إعداد بعض طلبة الشيخ، د ت ط.

د/ العجلاني، منير:

77- عبقرية الإسلام في أصول الحكم ، ط1 1405هـ/1985م، دار النفائس بيروت.

العشماوي، محمد سعيد:

78- الإسلام السياسي، د ر ط سنة 1990، د د ط.

د/ عشيراتي سليمان:

79- السياسة وإشكال الشرعية في الإسلام، د ت ط، ديوان المطبوعات الجامعية وهران.

د/ عطية، جمال الدين:

80- نحو تفعيل مقاصد الشريعة، د ر ط سنة 2001، دار الفكر للطباعة و النشر والتوزيع دمشق.

العلي، محمد مهنا:

81- الإدارة في الإسلام، د ر ط سنة1991 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

د/ فرج، السيد أحمد:

82- السلطة الإدارية والسياسة الشرعية في الدولة الإسلامية، ط1 1414هـ/ 1993م، دار الوفاء المنصورة.

د/ فهمي، مصطفى أبو زيد:

83- فن الحكم في الإسلام، د ر ط سنة 2003، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.

القاضي، عبد الله محمد:

84- السياسة الشرعية مصدر للتقنين، ط1 1410هـ/1989م، دار الكتب الجامعية.

القرافي، شهاب الدين:

85- الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام، تحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة، د ر ط سنة 1401هـ مطبعة الأنوار.

86- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، ط1 1418 هـ/ 1997م دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع بيروت.

87- الفروق ، ط1 1418هـ/ 1998م دار الكتب العلمية بيروت الجزء الثاني.

د/ القرضاوي، يوسف:

88- السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة و مقاصدها، ط1 1419هـ/ 1998م مكتبة وهبة القاهرة.

89- شريعة الإسلام خلودها وصلاحيتها، ط3 1403هـ/1983م، المكتب الإسلامي بيروت.

د/ القطان، مناع خليل:

90- تاريخ التشريع الإسلامي، ط4 1409هـ/1989م،مكتبة وهبة القاهرة.

القناوي، الشريف محمد الحسيني:

91- إدارة الفاروق عمر رضي الله عنه، إشراف د/ بشير محمد عثمان ، ط1 1401هـ ، إدارة مطبوعات مكة المكرمة.

الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي:

92- الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط3 1393هـ/1973م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر.

د/ محمد، أحمد عبد العظيم:

93- أصول الفكر الإداري في الإسلام، ط1 1414هـ/1994م، مكتبة وهبة القاهرة.

محمصاني، صبحي:

94- تراث الخلفاء الراشدين في الفقه والقضاء، ط1 1984، دار العلم للملايين لبنان.

د/ مذكور، محمد سلام:

95- المدخل للفقه الإسلامي، ط2 1996، دار الكتاب الحديث القاهرة.

96- الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، د ر ط سنة 1969، دار النهضة.

د/ مصطفى، نادية محمود:

97- العلاقات الدولية في الإسلام وقت الحرب، ط1 1996، المعهد العالمي للفكر القاهرة.

المقدسي، موفق الدين ابن قدامة و شمس الدين ابن قدامة:

98- المغني و يليه الشرح الكبير، د ت ط ، دار الكتاب العربي بيروت، الجزء الثاني و العاشر.

المكي، نعماني:

99- الخلافة بين الأصالة والحداثة، د ر ط سنة 1997، مطبعة دحلب الجزائر.

وصفي، مصطفى كمال:

100- مصنفة النظم الإسلامية، د ت ط، مكتبة وهبة، القاهرة.

كـــتب القـــانـــون:

د/ البرزنجي، عصام عبد الوهاب:

101- السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، د ر ط سنة 1971، دار النهضة العربية.

د/ بدران، محمد محمد:

102- رقابة القضاء على أعمال الإدارة، د ر ط سنة 1985، دار النهضة العربية القاهرة، الجزء الأول.

د/ بسيوني، حسن السيد:

103- دور القضاء في المنازعات الإدارية (دراسة تطبيقية مقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر) ، د ر ط سنة 1988، عالم الكتب القاهرة.

د/ بعلي، محمد الصغير:

104- الوجيز في المنازعات الإدارية (القضاء الإداري)، د ر ط سنة 1999، دار العلوم عنابة.

105- القانون الإداري (التنظيم الإداري) ، د ر ط سنة 1999، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة.

د/ البنا، محمود عاطف:

106- الرقابة القضائية لأعمال الإدارة، ط1 1970، د د ط.

107- الوسيط في القانون الإداري، ط2 1412هـ/1992م، دار الفكر العربي القاهرة.

بوضياف، عمار:

108- الوجيز في القانون الإداري، د ت ط، دار ريحانة الجزائر.

د/ الجرف، طعيمة:

109- القانون الإدارية والمبادئ العامة في تنظيم ونشاط السلطات الإدارية، ط4 1978، دار النهضة العربية القاهرة.

110- مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، ط3 1976، د.د.ط.

جريفث:

111- نظرية الإدارة، ترجمة د/محمد منير مرسي و د/عزت عبد الموجود و د/سعد حماد ، د ت ط، عالم الكتب القاهرة.

جعفر، محمد أنس قاسم:

112- الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، د ت ط، دار النهضة العربية القاهرة.

د/ جمال الدين، سامي:

113- قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، د ر ط سنة 1992، دار النهضة العربية القاهرة.

114- الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري (دعوى الإلغاء)، د ر ط سنة 1991، منشأة المعارف الإسكندرية.

د/ الجوهري،عبد العزيز:

115- القضاء الإداري، ط2 1987، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

116- الوظيفة العامة، د ت ط، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

د/ حافظ، محمود:

117- القضاء الإداري في الأردن، ط1 1987، مطبعة الجامعة الأردنية عمان.

د/حسين، مصطفى حسين:

118- القضاء الإداري، د ت ط. ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

د/ حلمي، محمود:

119- القضاء الإداري، ط3 1984، دار الثقافة القاهرة.

د/ الحلو، ماجد راغب:

120- القانون الإداري، د ر ط سنة 1996، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.

د/ خليفة،عبد العزيز عبد المنعم:

121- الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، د ر ط. سنة 2001، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.

122- الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، د ر ط سنة 2003، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.

د/ خليل، خالد الظاهر:

123- القانون الإداري (دراسة مقارنة)، ط1 1471هـ/1998م، دار المسيرة للطباعة والنشر والتوزيع عمان.

د/ خليل، محسن:

124- القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، د ر ط سنة 1990 الإسكندرية.

زغدود، علي:

125- الإدارة المركزية في الجمهورية الجزائرية، ط2 1984، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر.

الشافعي، أبو راس:

126- القضاء الإداري د ت ط، عالم الكتب القاهرة.

د/ شطا، حماد محمد:

127- تطور وظيفة الدولة، د ر ط سنة 1984، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الجزء الأول (نظرية المرافق العامة).

د/ الشويكي، عمر محمد:

128- القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، ط1 1996، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الجزء الأول.

د/ شيحا، إبراهيم عبد العزيز:

129- الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، د ر ط سنة 1999، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.

د/ طلبة، عبد الله:

130- الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، د ر ط سنة 1396 هـ/ 1976 م، المطبعة الجديدة دمشق.

د/ الطماوي، سليمان محمد:

131- القضاء الإداري (دعوى الإلغاء)، ط7 1996، دار الفكر العربي مدينة نصر.

132- النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط6 سنة 1991، دار الفكر العربي القاهرة.

133- نظرية التعسف في استعمال السلطة، ط2 1992، دار الفكر العربي القاهرة.

د/ عبد الباسط، محمد فؤاد:

134- أعمال السلطة الإدارية، د ت ط ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.

د/ عبد العال، محمد حسنين:

135- فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، د ر ط سنة 1971، دار النهضة العربية.

د/ عبد الله، عبد الغني بسيوني:

136- القانون الإداري، د ر ط سنة 1991، منشأة المعارف الإسكندرية.

137- القضاء الإداري د ر ط سنة 1996، منشأة المعارف الإسكندرية.

This file was edited using the trial version of Nitro
Buy now at www.nitropdf.com to remove this me

العبودي، محسن:

138- الإدارة العامة، د ر ط سنة 1998، الناشر دار النهضة العر

139- القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، د ر ط سنة 1987، منشأة المعارف الإسكندرية.

د/ عوابدي، عمار:

140- دروس في القانون الإداري، ط3 1990، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

141- القانون الإداري، د ر ط سنة 2002، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الجزء الثاني.

142- النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، د ر ط سنة 1995، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر الجزء الثاني.

د/ عواضة، حسن محمد:

143- المبادئ الأساسية للقانون الإداري، ط1 1417 هـ/1997م، المؤسسة الجامعية للدراسات.

لحسين بن شيخ أث ملويا:

144- مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، د ر ط سنة 2001 دار هومة الجزائر.

محيو، أحمد:

145- المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، د ر ط سنة 1992، ديوان المطبوعات الجامعية.

الكتب المقارنة بين الشريعة و القانون:

د/ أحمد، فؤاد عبد المنعم:

146- مبادئ الإدارة العامة والنظام الإداري في الإسلام، د ر ط سنة 1411هـ/1991م مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية.

This file was edited using the trial version of Nitro
Buy now at www.nitropdf.com to remove this me

د/ اليدوي، إسماعيل إبراهيم:

147- دعائم الحكم في الشرعية الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة (الحقوق والحريات العامة)، ط1 1414هـ/1994م.

د/ جمال الدين، سامي:

148- تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، د ت ط ، منشأة المعارف الإسكندرية.

د/ الحكيم، سعيد عبد المنعم:

149- الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة، ط2 1987 دار الفكر العربي القاهرة.

د/ الصعيدي، حازم عبد المتعال:

150- النظرية الإسلامية في الدولة مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث، د ر ط سنة 1406هـ/ 1986م، دار النهضة العربية القاهرة.

د/ الطماوي، سليمان محمد:

151- السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة والفكر السياسي الإسلامي، ط6 1416هـ/1996م، دار الفكر العربي مدينة نصر.

د/ علي، عبد الجليل محمد:

152- مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، ط1 1984، عالم الكتب القاهرة.

د/ منصور، علي علي:

153- نظم الحكم و الإدارة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، ط2 1391هـ/ 1971م، دار الفتح بيروت.

المـــراجـــع باللغـــة الفرنـــسيـــة:

Bonnar:

154- Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, R. D.P 1923.

155- Précis de droit administratif , 4ème édition 1943 Paris.

Chapus (R):

156- Droit administratif général , 9ème édition 1995, Delta

De Laubadère (A):

157- Traité de droit administratif, 16ème édition 2002, L.G.D.J Delta, tome 1(Droit administratif général).

Hauriou (A):

158- Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, mélange Carré de Malberg , 1933 Paris.

Laso (E.S):

159- Traité de droit administratif , traduit par Simone Aicardi , 1964 ouvrage publié sous les auspices du centre français de droit comparé.

Peiser(G) :

160-Droit administratif (Contentieux administratif) , 14ème édition 1989, Mémentos Dalloz Paris.

161- Droit administratif, 18ème édition 1996, Dalloz Paris.

162- Contentieux administratif , 10ème édition 1997, Dalloz Paris.

Rivéro(J) :

163- Droit administratif, 7ème édition 1975 , Dalloz Paris.

Vedel (G) :

164- Droit administratif , 14ème édition 1968 , augmentée presses universitaires de France , Paris.

Vlacho (G) :

165- Principes généraux du droit administratif , Ellipses Paris.

Waline (M) :

166- Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel , R.D.P , 1930.

This file was edited using the trial version of Nitro
Buy now at www.nitropdf.com to remove this me

المـــقـــــالات:

د/ أحمد، حسن صبحي:

167- السلطة التشريعية في الإسلام ، مجلة الحقوق ، السنة 1 عدد1977.

د/ أوهاب، نذير:

168- السلطة التقديرية مفهومها و تأصيلها- دراسة مقارنة- المجلة العربية للعلوم الأمنية و التدريب، السنة 1 عدد 25 محرم 1419هـ ، دار أكاديمية نايف للعلوم الأمنية الرياض.

This file was edited using the trial version of Nitro
Buy now at www.nitropdf.com to remove this me

د/ عيسى، رياض:

169- دعوى الإلغاء في الجزائر- دراسة مقارنة- مجلة الحقوق السنة 13 العدد 4/ 1989.

د/ شعبان، زكي الدين:

170- مرونة الفقه الإسلامي و إبطال دعوى جموده ، مجلة الحقوق السنة 6 العدد2/ 1982 ط 2 1994.

وزارة العدل:

171- ملتقى قضاة الغرف الإدارية ، د ر ط سنة1992 الديوان الوطني للأشغال التربوية.

Labetuile(D) :

172 -Le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique , colloque du 5 Mars 1977, édition Cujas Paris.

Kahn(J) :

173 - Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif , colloque du 5 Mars 1977, édition Cujas Paris.

المجـــلات القضـــائيـــة:

174 - Recueils d'arrêts de la jurisprudence administratif, 1979.

175- سلسلة قضائية ، الإجتهاد القضائي الصادرة عن وزارة العدل (قرارات المحكمة العليا أو المجلس الأعلى سابقا) . د.ر.ط سنة 1986 ديوان المطبوعات الجامعية.

176- المجلة القضائية . العدد 1989/02

177- المجلة القضائية . العدد 1990/01

178- المجلة القضائية . العدد 1990/02

179- المجلة القضائية . العدد 1990/03

180- المجلة القضائية . العدد 1990/04

This file was edited using the trial version of Nitr
Buy now at www.nitropdf.com to remove this me

الجرائـــد الرسميـــة

184- الجريدة الرسمية . رقم 1963/30
185- الجريدة الرسمية . رقم 1963/73
186- الجريدة الرسمية . رقم 1983/16
187- الجريدة الرسمية . رقم 1990/15
188- الجريدة الرسمية . رقم 1990/31
189- الجريدة الرسمية . رقم 1990/52
190- الجريدة الرسمية . رقم 1991/21
191- الجريدة الرسمية . رقم 1991/41
192- الجريدة الرسمية . رقم 1996/50
193- الجريدة الرسمية . رقم 1996/55
194- الجريدة الرسمية . رقم 1997/41

الدســـاتيـــر

دستور سنة 1976:

195- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية . الصادر بالأمر رقم 76-97 المؤرخ في 30 ذي القعدة 1396 الموافق لـــ 22 نوفمبر 1976.

دستور سنة 1996:

196- المجلس الدستوري: الدستور المعدل المصادق عليه في استفتاء 28 فبراير 1996 الجزائر.

القوانيـــن:

This file was edited using the trial version of Nitro
Buy now at www.nitropdf.com to remove this me

198- القانون رقم 90-30 . المؤرخ في 1990/12/11. المتضمن الملك الوطنية .

199- القانون رقم 91-11 المؤرخ في 1991/04/27. الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية .

ملحـــق القرارات الإداريـــة:

- المرسوم رقم 63-388، المؤرخ في 1963/10/01، المتعلق بإعلان المستثمرات الفلاحية المملوكة للأجانب أملاكا للدولة .
- المرسوم رقم 83-200، المؤرخ في 1983/03/19. الذي يحدد شروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية و تنظيمها و تسييرها.
- المرسوم التنفيذي رقم 90-230، المؤرخ في 1990/07/25. الذي يحدد أحكام القانون الأساسي الخاص بالمناصب و الوظائف العليا في الإدارة المحلية.
- المرسوم التنفيذي رقم 96-308. المؤرخ في 1996/09/18. المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة.
- المرسوم التنفيذي رقم 97-212. المؤرخ في 1997/06/09. المتضمن إنشاء ديوان وطني لمكافحة المخدرات و إدمانها.
- المرسوم التنفيذي رقم 213/97. المؤرخ في 1997/06/09. المتضمن تجديد رخصة البحث عن المحروقات الممنوحة للمؤسسة الوطنية سوناطراك.
- المرسوم التنفيذي 97-217. المؤرخ في 1997/06/09. المتضمن حل مركز البحث لإعطاء المحروقات و تحويل أملاكه و حقوقه و التزاماته و مستخدميه إلى المعهد الجزائري للبترول و الكيمياء و الغز و البتروكيمياء و المواد البلاستيكية و المحركات.

This file was edited using the trial version of Nitro
Buy now at www.nitropdf.com to remove this me

- C.S. Ch adm 03/12/1965
- C.S. Ch adm 16/07/1965
- C.S. Ch adm 25/11/1965

- م ع.غ إ القرار المؤرخ في 1981/07/11
- م ع.غ إ القرار المؤرخ في 1982/02/26
- م ع.غ إ القرار المؤرخ في 1885/11/23
- م ع.غ إ القرار المؤرخ في 1985/12/07
- م ع.غ إ القرار المؤرخ في 1986/07/12
- م ع.غ إ القرار المؤرخ في 1987/05/16
- م ع.غ إ القرار المؤرخ في 1987/06/06
- م ع.غ إ القرار المؤرخ في 1987/06/27
- م ع.غ إ القرار المؤرخ في 1989/01/14
- م ع.غ إ القرار المؤرخ في 1989/02/25
- م ع.غ إ القرار المؤرخ في 1990/02/10.
- م ع.غ إ القرار المؤرخ في 1990/04/21.
- م د.غ2 القرار المؤرخ في 2002/01/28.
- م د.غ2 القرار المؤرخ في 2002/06/10.

فهرس الموضوعات

الصفحة

This file was edited using the trial version of Nitro
Buy now at www.nitropdf.com to remove this me

مقدمة

الفصل الأول :

الأساس القانوني للسلطة التقديرية **01**

المبحث الأول : مفهوم السلطة التقديرية 02

المطلب الأول: تعريفها و مبرراتها 03

الفرع الأول : مفهوم السلطة التقديرية 03

أولا : تعريفها لغة 04

ثانيا : تعريفها في الفقه الإسلامي و القانون

الإداري الجزائري 05

1-تعريفها في الفقه القانوني 05

- السلطة التقديرية في الفقه الفرنسي 05

- السلطة التقديرية في الفقه المصري 07

2-تعريفها في القانون الإداري الجزائري 10

ثالثا : مفهوم السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي 12

1- المفهوم الحديث للسلطة التقديرية للإدارة 12

2- مفهوم السلطة التقديرية على ضوء مصطلح

السياسة الشرعية 15

الفرع الثاني : مبررات السلطة التقديرية 18

أولا : مقتضيات النشاط الإداري 18

- موقف الفقه الإسلامي 20

ثانيا : قصور النصوص عن الإستيعاب

الحرفي للوقائع 21

- موقف الفقه الإسلامي 22

المطلب الثاني : اختصاصي الإدارة التقديرية و المقيد 25

الفرع الأول: مدلول الإختصاص التقديري
و علاقته بالسلطة التقديرية 25
أولا : مفهوم الإختصاص التقديري
بالسلطة التقديرية في القانون الإداري 26
1- مفهومه 26
- تعريفه لغة 26
- تعريفه في الإصطلاح القانوني 26
2- علاقته بالسلطة التقديرية 27
ثانيا : موقف الفقه الإسلامي 28
الفرع الثاني :مدلول الإختصاص المقيد
و علاقته بالسلطة التقديرية للإدارة 29
أولا : مفهوم الإختصاص المقيد و علاقته بالسلطة
التقديرية في الفقه الإسلامي 29
1-مفهومه 30
2-علاقته بالسلطة التقديرية 30
ثانيا : موقف الفقه الإسلامي 31
1- مفهوم الإختصاص المقيد للإدارة
في الفقه الإسلامي 33
2- علاقته بالسلطة التقديرية 33
المبحث الثاني: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة 38
المطلب الأول : نظرية تدرج القواعد القانونية 39
الفرع الأول: فحوى نظرية تدرج القواعد القانونية 39
الفرع الثاني: موقف القانون الإداري الجزائري و الفقه 40
الإسلامي من هذه النظرية
أولا: موقف القانون الإداري الجزائري 40
ثانيا: موقف الفقه الإسلامي 43
المطلب الثاني: نظرية الحقوق الشخصية 49

This file was edited using the trial version of Nitro
Buy now at www.nitropdf.com to remove this me

الفرع الأول: فحوى نظرية الحقوق الشخصية 49
الفرع الثاني : موقف القانون الإداري الجزائري و الفقه
الإسلامي من هذه النظرية 51
أولا : موقف القانون الإداري الجزائري 51
ثانيا : موقف الفقه الإسلامي 53
المطلب الثالث: نظرية المشروع 58
الفرع الأول: فحوى نظرية المشروع 58
الفرع الثاني : موقف القانون الإداري الجزائري و الفقه
الإسلامي من هذه النظرية 60
أولا: موقف القانون الإداري الجزائري 61
ثانيا: موقف الفقه الإسلامي 62
خلاصة الفصل الأول 68
الفصل الثاني : مجال السلطة التقديرية للإدارة
و تقنيات الرقابة القضائية عليها 69
المبحث الأول: مجال السلطة التقديرية 70
المطلب الأول: مجالات الملاءمة في ركن السبب 74
الفرع الأول: تقدير الإدارة صحة الوجود المادي
للوقائع و التكييف القانوني لها 75
أولا : تقدير الإدارة ملاءمة الوقائع
الثابت وجودها 75
1-تقدير ملاءمة الوجود المادي
للوقائع من خلال الرقابة القضائية
في القانون الإداري الجزائري 76
2-تقدير الوجود المادي للوقائع
في النظام الإسلامي 77
ثانيا: التكييف القانوني للوقائع 80

This file was edited using the trial version of Nitro
Buy now at www.nitropdf.com to remove this me

nitro
This file was edited using the trial version of Nitr
Buy now at www.nitropdf.com to remove this me

1- التكييف القانوني كمجال للملاءمة في
القانون الإداري الجزائري 81
2- التكييف القانوني كمجال للملاءمة في
النظام الإسلامي 82
الفرع الثاني: مجال تقدير أهمية الوقائع 83
أولا: تقدير الإدارة لخطورة الوقائع
و ملاءمتها من خلال رقابة القاضي
الإداري الجزائري 83
ثانيا: تقدير الإدارة لأهمية الوقائع
و ملاءمتها في النظام الإسلامي 85
المطلب الثاني : مجالات الملاءمة في ركن المحل 87
الفرع الأول: حرية الإدارة في التدخل و الإمتناع
و اختيار زمن التدخل 88
أولا : حرية الإدارة في تقدير ملاءمة
التدخل أو الإمتناع 88
1- حرية الإدارة في تقدير ملاءمة
التدخل أو الإمتناع في القانون
الإداري الجزائري 88
2-حرية الإدارة في تقدير ملاءمة التدخل أو الامتناع
في النظام الإسلامي 91
ثانيا : حرية الإدارة في اختيار زمن
التدخل في القانون الإداري الجزائري 92
1-حرية الإدارة في اختيار زمن التدخل
في القانون الإداري الجزائري 92
2-حرية الإدارة في اختيار زمن التدخل
في النظام الإسلامي 93
الفرع الثاني : حرية الإدارة في اختيار فحوى القرار 94

أولا: حرية الإدارة في اختيار فحوى القرار
في القانون الإداري الجزائري 94
ثانيا: حرية الإدارة في اختيار فحوى القرار
في النظام الإسلامي 95
المبحث الثاني: تقنيات الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة 98
المطلب الأول: إجراءات الضابطة و حماية الحرية العامة 99
الفرع الأول: خضوع إجراءات الضبط لمبدأ المشروعية 99
الفرع الثاني: خضوع إجراءات الضبط للرقابة القضائية 101
أولا : إجراءات الضابطة و حماية الحريات
في القضاء الإداري الفرنسي و الجزائري 101
ثانيا: موقف الفقه الإسلامي 104
المطلب الثاني: رقابة الخطأ الواضح في التقدير و نظرية الموازنة 106
الفرع الأول: رقابة الخطأ الواضح في التقدير 106
أولا: رقابة الخطأ الواضح في تقدير السلطة الإدارية
في القانون الإداري الفرنسي و الجزائري 106
1-رقابة الأسباب 106
- الرقابة الدنيا 107
- الرقابة العادية 107
- رقابة الخطأ الواضح في التقدير 108
2- رقابة الملاءمة 109
ثانيا : موقف الفقه الإسلامي 111
الفرع الثاني: نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار 113
أولا: نظرية الموازنة كقيد على السلطة التقديرية
في القانون الإداري الفرنسي الجزائري 113
ثانيا : موقف الفقه الإسلامي من نظرية الموازنة 115
خلاصة الفصل الثاني 120
خاتمة البحث 121

This file was edited using the trial version of Nitro
Buy now at www.nitropdf.com to remove this me