مجلة الحقوق

فصلية علمية محكمة - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

رقابة القضاء الإداري على توافر شرط المنفعة العمومية في نزع الملكية(الرقابة التقليدية ورقابة الموازنة) دراسة مقارنة.

الدكتورة/ براهيمي سهام - الأستاذة/ براهيمي فائزة

جامعة الكويت

مجلس النشر العلمي

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

العدد ٣ - السنة ٤٦

صفر ١٤٤٤هـ - سبتمبر ٢٠٢٢م

رقابة القضاء الإداري على توافر شرط المنفعة العمومية في نزع الملكية(الرقابة التقليدية ورقابة الموازنة) - دراسة مقارنة -

الدكتورة/ براهيمي سهام(*)

الأستاذة/ براهيمي فائزة(**)

ملخص:

إن القضاء الإداري يتكفل بمهام عديدة منها ما هي بسيطة وأخرى معقدة؛ حيث يشترط فيها مراعاة حقوق الأفراد، واحترام صلاحيات السلطات الإدارية، ولتجسيد احترام الأخيرة للرقابة القضائية منحها المشرع سلطة تقديرية تستغلها خاصة عند تحديد أساس ومبرر نزع الملكية، وهو شرط المنفعة العمومية، فتملك الإدارة سلطة تحديد مكان وزمان ومدى توافر المنفعة، غير أنه إذا كان جوهر السلطة التقديرية عدم خضوعها للرقابة القضائية ما لم تخرج عن مجال التقدير الممنوح لها، فإن القضاء قد خرج عن هذه القاعدة وأخضعها للرقابة، وإن كانت محدودة وضيقة، وهذا ما يطلق عليه بالرقابة التقليدية، فلا تقتصر على رقابة المشروعية، إلا أن هذه الأخيرة ونظراً لعجزها في الإبقاء على التوازن، سعى القضاء إلى توسيعها من رقابة تقليدية إلى رقابة الملاءمة التي جسدتها عملية نزع الملكية في رقابة الموازنة.

الكلمات المفتاحية: نزع الملكية، المنفعة العمومية، الرقابة القضائية، الرقابة التقليدية، رقابة الموازنة.

المقدمة

يشكل إجراء نزع الملكية درجة من الخطر على الحقوق الفردية بوجه عام وعلى حق الملكية بوجه خاص؛ لما يترتب عنه من نتائج الصلاحيات الواسعة المخولة للسلطة الإدارية في هذا الشأن، ونظراً لعدم تحديد مصطلح المنفعة العمومية مما يدع المجال واسعاً أمام الهيئات الإدارية لتجاوزات يصعب -في بعض الأحيان- الحد منها، وتصبح مهمة القاضي الإداري أكثر تعقيداً؛ حيث تتطلب منه مراعاة حقوق الأفراد واحترام صلاحيات السلطات الإدارية باعتباره جهازاً تنفيذياً منفصلاً عن السلطة القضائية(١)،

(*) الباحث الرئيس: أستاذة محاضرة قسم (أ) بمعهد الحقوق والعلوم السياسية - المركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة - الجمهورية الجزائرية.

(**) الباحث المشارك: أستاذة مساعدة قسم (أ) بكلية الحقوق - جامعة الجزائر - الجمهورية الجزائرية.

(١) حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٣، ص١١٢. =

وهذا ما يزيد من أهمية وفعالية الرقابة القضائية باعتبارها ضمانة جدية لاحترام الإدارة لحقوق الأفراد وحرياتهم[٢]، ولتجسيد احترام الإدارة لهذه الأخيرة منحها المشرع سلطة تقديرية تستغلها خاصة عند تحديـد أساس ومبـرر[٣] نزع الملكية، ألا وهو «شرط المنفعة العمومية»، فتملك الإدارة سلطة تحديد مكان وزمان ومدى توافر المنفعة، غير أنه إذا كان جوهر السلطة التقديرية يأبى التقيد وبالتالي عدم خضوعها للرقابة القضائية ما لم تخرج عن مجال التقدير الممنوح لها، فإن القضاء الفرنسي والقضاء المصري والقضاء الجزائري قد خرجوا عن هذه القاعدة وأخضوعها للرقابة، وإن كانت محدودة وضيقة، وهذا ما يطلق عليه بالرقابة التقليدية[٤]، فلا تقتصر على رقابة المشروعية بل تمتد إلى ممارسة رقابة الملاءمة، وهذا ما يعرف بالرقابة التقليدية، إلا أن هذه الأخيرة ونظراً لعجزها في الإبقاء على التوازن، سعى القضاء إلى توسيعها من رقابة تقليدية إلى رقابة الملاءمة التي جسدتها في نزع الملكية رقابة الموازنة[٥]، ومنه نطرح الإشكالية: كيف يجسد القاضي الإداري هذه الرقابة؟ وما هي حدودها والآثار المترتبة عنها؟

= وكذلك انظر: لعشاش محمد، إشكالات نزع الملكية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في تحولات الدولة، جامعة مولود معمري تيزي وزو، دون ذكر السنة، ص ١٩.
وكذلك انظر: أراثن عبد الله، دور القاضي الإداري في مجال نزع الملكية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، تيزي وزو، ٢٠٠٧، ص٣ و٤.
وكذلك انظر: أحمد رحماني، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد ٤ -العدد٠٢ - الجزائر١٩٩٤، ص٠٥.

(٢) أحمد أحمد الموافي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة، دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، دون ذكر التاريخ.، ص١٦٢.

(٣) سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار السلام، مصر، ١٩٩٣، ص٨٠ وما بعدها.
وكذلك انظر: ليلى زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة بالمنفعة العمومية، ، ص١٣ وما بعدها .

(٤) لباشيش سهيلة، رقابة القاضي الإداري على إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة -كلية الحقوق بن عكنون - ٢٠٠٨/٢٠٠٧ .، ص٤٣.

(٥) أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص٢١٠ وما بعدها .
وكذلك انظر: محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، مصر، دون ذكر السنة، ص١٥٥ وما بعدها.
وكذلك انظر: العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثر القضاء الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد ٠٨. ٢٠٠٦، ص ١٢٠ وما بعدها.
وكذلك انظر: العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد ٠٨. ٢٠٠٦، ص١٢٩ وما بعدها.
وكذلك انظر: محمد مصطفى حسن، الرقابة القضائية على حدود السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإدارية، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، يونيو ١٩٨٠، ص١١٢.

فللإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا اتباع الخطة المبينة أدناه، والتي اقتضت منا دراستها والبحث فيها المزج بين بعض المناهج العلمية في إطار ما يسمى بالتكامل المنهجي، حيث استخدمنا: المنهج الوصفي في توضيح الآراء الفقهية الفرنسية والجزائرية، والمنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية والتنظيمية، وكذا بعض الأحكام القضائية المتعلقة به. وكذا المنهج المقارن حيث استعنا في الوقت ذاته بهذا المنهج عند الدراسة في كل من فرنسا كونها هي أصل القانون الجزائري، والقانون المصري ..إلخ من الجانب القانوني والفقهي إضافة إلى بعض الاجتهادات القضائية، وبغرض الإلمام بمختلف جوانب الموضوع والإجابة عن مختلف التساؤلات اعتمدنا تقسيماً ثنائياً للخطة التي تتكون من مبحثين، نستعرض خطوطهما العريضة فيما يلي:

- **المبحث الأول: الرقابة التقليدية على توافر شرط المنفعة العمومية، وذلك من خلال مطلبين: حاولنا في المطلب الأول أن نتناول مفهوم الرقابة التقليدية على توافر شرط المنفعة العامة، والمطلب الثاني تعرضنا فيه لتقييم الرقابة التقليدية على توافر شرط المنفعة العامة وآثارها.**
- **وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى رقابة الموازنة على توافر شرط المنفعة العامة، مقسمين إياها إلى ثلاثة مطالب: المطلب الأول خصصناه للبحث عن مفهوم نظرية الموازنة وتقييمها، والمطلب الثاني تناولنا فيه موقف الإدارة والاجتهادات القضائية من نظرية الموازنة، أما المطلب الثالث فخصصناه: لأزمة نظرية الموازنة ومستقبل تطبيقها.**
- وتتويجاً لما تمت دراسته في المبحثين زودناها بخاتمة تضمنت أهم النتائج المتوصل إليها، ثم بعض التوصيات والاقتراحات.

المبحث الأول

الرقابة التقليدية على توافر شرط المنفعة العمومية

ترجع فكرة «الرقابة التقليدية» لمجلس الدولة الفرنسي، حيث قصر رقابته على الشرعية الداخلية لقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة -في الغالب- عند فحص عيب انحراف السلطة رغم ما يكتنف إثباته من صعوبة، ولذلك كانت رقابة المجلس توصف بأنها رقابة ضيقة وضعيفة، وأن سلطة القاضي الإداري بشأن القرارات تكون محدودة تتمثل في بحث ما إذا كانت الحالة محل نزع الملكية ترد ضمن الحالات التي حددها القانون، وما إذا كان من شأن العملية تحقيق المنفعة العامة أم لا[٦]، فلذلك فإن تقدير مجلس الدولة لتحقيق المشروع للمنفعة العامة كان يتم بصفة مجردة، بمعنى أنه ينظر إلى العملية في ذاتها بغض النظر عن الظروف المحيطة بها، والأضرار التي تلحقها بالملكية الخاصة أو بمصالح عامة أخرى أو بتكاليف المشروع وأعبائه المالية، وذلك لتعلق الأمور بالملاءمة التي لا يراقبها، ومعنى ذلك أن حدود الرقابة التقليدية لمجلس الدولة كانت ترجع في اعتماده على مفهوم مجرد وذاتي للمنفعة العامة، ورفضه أوصاف ونتائج نزع الملكية، فمجلس الدولة كان يرفض دراسة وفحص مضمون المشروع وبصفة خاصة اختيار القطع المنزوع ملكيتها، وعلى ذلك رفض مجلس الدولة بمناسبة نزع الملكية بحث ما إذا كان نزع ملكية بعض القطع لإنشائه طريقاً للسيارات ضرورياً أم أن قطعاً أخرى أكثر ملاءمة، وعلى ذلك يقضي مجلس الدولة بمناسبة نزع الملكية، حيث إن التخطيط الذي أخذت به الإدارة واكتفى بمراجعة ما إذا كان المشروع في حد ذاته وبصرف النظر عن مزاياه الخاصة محققاً للمنفعة العامة [٧].

وفي قضية أخرى بعد تحقق مجلس الدولة من أن مشروع إنشاء مطار بالقرية محقق للمنفعة العامة، رفض رقابة مدى تناسب المشروع مع إمكانيات القرية وحاجة السكان سواء بالنسبة للنقل الجوي أو لممارسة رياضة الطيران، باعتبار أن هذه الأمور تدخل في نطاق تقدير الملاءمة التي لا يمكن التمسك بها أمام قاضي تجاوز السلطة، كما أن توسيع مكتب بريد من شأنه أن يبرر قرار نزع الملكية، ولم يقم المجلس ببحث ما إذا كانت ظروف الحاجة إلى خدمة بريدية متزايدة تدعو إلى هذا الإجراء، وما إذا كانت

(٦) محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص١٥٥.
وكذلك انظر: أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص١٦٦ وما بعدها.
وكذلك انظر: لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٤٣.

(٧) محمود سلامة جبر، المرجع نفسه، ص١٥٥.

هنـاك أماكن أخرى يمكن أن تحقق الغرض المطلوب أم لا، فمجلس الدولة الفرنسي في ظل هذه الرقابة كان يكتفي بالبحث عن هدف المصلحة العامة بغض النظر عن الظروف المحيطة بالمشروع، وأياً كانت آثارها وما تحققه من مزايا وأضرار، وقد يقتضي بيان هذا الهدف بحثاً خاصاً من القاضي للوقوف على الدوافع التي أدت إلى إصدار القرار وتبرير شرعية أسبابه [٨]، هذا ما يتم التعرض له من خلال المطلبين التاليين .

المطلب الأول

مفهوم الرقابة التقليدية على توافر شرط المنفعة العامة

للرقابة التقليدية على شرط المنفعة العمومية أهمية بالغة باعتبارها ضمانة جدية لاحترام الإدارة لحقوق الأفراد وحرياتهم، إلا أن هذه الرقابة تختلف باختلاف ما إذا كان هناك نص قانوني تم بموجبه نزع الملكية من عدمه، لكن ما يميز هذه الرقابة أنها تتسم بفعالية محدودة [٩].

الفرع الأول: رقابة المنفعة العامة في حالة نزع الملكية بموجب نص قانوني[١٠]

تكون في هذه الحالة رقابة مجلس الدولة محدودة[١١]، على اعتبار أن القاضي يكتفي بمراقبة ما إذا كانت عملية نزع الملكية وفق الإطار التشريعي، فيطرح التساؤل التالي: هل هذه العملية تندرج ضمن الحالات المنصوص عليها قانوناً أم أنها مرخصة بموجب نص آخر -غير قانون نزع الملكية-؟ فبعد الإجابة عن هذا الإشكال يعيد القاضي النظر في المنفعة العمومية التي يحققها المشروع في ذاته دون الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة به أو الأضرار التي يلحقها بملكية الغير، ودون أن يراعي إن كان المشروع مكلفاً من الناحية المادية أم لا [١٢]؛ لذلك تطلق على هذه المنفعة «المنفعة العامة في ذاتها» والتي تعد نتيجة أو أثراً يترتب على بلوغ المدى في توسيع فكرة المنفعة العامة في العديد من الحالات، والتي اكتفى فيها القاضي بفحص ما إذا كان المشروع المزمع

(٨) محمود سلامة جبر، المرجع نفسه، ص١٥٥.

(٩) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص١٦٢.
وكذلك انظر: لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٤٣.
وكذلك انظر: محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص١٥٧.

(١٠) PHILIPPE.GODFRIN, op.cit .374.

(١١) نبيلة عبد الحليم كامل، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية، الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٣، ص١٠ وما بعدها.
ET VOIR: OLIDE D DAVIDE BEAURAGARD-BERTHIER.OP.CIT.132.

(١٢) لباشيش سهيلة، المرجع نفسه، ص٤٤. (L UTILITE PUBLIQUE EN SOI)

إقامته يحقق في ذاته -بصرف النظر عن أي ظروف محيطة بإقامته- المنفعة العامة المبررة لنزع الملكية[١٣] أم لا، ولقد اعتد بالمنفعة العامة في ذاتها، سواء بالنظر لنوع المشروع أو بالنظر إلى شخص منفذ المشروع .

أولاً: المنفعة العامة في ذاتها بالنظر لنوع المشروع: يعترف في هذه الحالة لنوع معين من المشروعات كإقامة المساكن أو المستشفيات أو الطرق لتحقيق المنفعة العامة، بصرف النظر عن نتائج المشروع والآثار التي تترتب عليه، فعندما نازع الأفراد في اعتبار مشروع إقامة مطار ما من أعمال المنفعة العامة، قرر مجلس الدولة أن إنشاء مطـــار -في ذاته- بصرف النظر عن أي ظروف محيطة كمكان إقامته يحقق المنفعة العامة [١٤].

ثانياً: المنفعة العامة في ذاتها بالنظر إلى شخص منفذ المشروع: فهنا يعتبر القضاء أن تحقيق صفة المنفعة العامة يتمثل في تنفيذ المشروع عن طريق جهة الإدارة باعتبارها الأقدر على تنفيذه، ولا يلقي بالاً لاتجاه المالك لتنفيذ نفس المشروع أو مشروع آخر مماثل، ويبدو في هذه الحالة - والتي يكثر تطبيقها في مجال تقسيم الأراضي والبناء- التعارض بين المبادرة الفردية ونشاط الإدارة[١٥] .

وقد ظهر هذا الاتجاه بعد تراجع مبدأ حرية التجارة والصناعة الذي ارتبط بالمذهب الحر، والذي لم يعد صالحاً إلا في زمن الفلسفة التدخلية[١٦]، حيث كان من مقتضاه ألا يصرح بإنشاء مرفق عام إلا عند غياب المبادرة أو عدم كفايتها[١٧]، أما في ظل الفلسفة التدخلية، فقد توسع نشاط الدولة وأصبح تنفيذها للمشروعات التي تتضمنها

---

(١٣) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٠٦. وكذلك انظر: عزت صديق طنيوس، نزع الملكية للمنفعة العامة -دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، ١٩٨٨، ص ٣٧٠ وما بعدها

(١٤) أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص٢٠٥.

(١٥) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٠٦.
ET VOIR :Philipe Chateaurenard ,le contentieux administratif de l expropriation, paris, 1977, p293.

(١٦) انظر: محمد بكر حسن، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٥١.
وكذلك انظر: وناس عقيلة، النظام القانوني لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري -كلية الحقوق باتنة -٢٠٠٥، ص١٢.
وكذلك انظر: بوذريعات محمد، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية في القانون الجزائري والمقارن- كلية الحقوق بن عكنون - ٢٠٠١/٢٠٠٢، ص١٢.

(١٧) JEAN MARIE AUBY et Robert DUCOS-ADER, op.cit.p125.

الخطة مما تحقق معه المنفعة العامة، ومن التطبيقات القضائية الفرنسية لفكرة «المنفعة العامة في ذاتها» حكم مجلس الدولة الفرنسي DAME VEUVE MUSY الذي يتعلق بدعوى إلغاء قرار المحافظ بتقرير المنفعة العامة للاستيلاء على قطعة أرض لإقامة مساكن بإيجار مخفض، والذي استندت فيه الطاعنة على سبق طلبها الترخيص بإقامة نفس المشروع، فرفض مجلس الدولة الحكم بالإلغاء اكتفاء «بأن المشروع المقترح إقامته من تلك التي يمكن إعلانها محققة للمنفعة العامة، وكذلك حكم محكمة باريس الإدارية والتي اكتفت فيه بالاعتراف بصفة المنفعة العامة، يكون للمشروع المقترح والذي يكون من بين تلك التي تبرر نزع الملكية»[١٨].

أما بالنسبة لتطبيقات القضائية الجزائرية لهذه الفكرة نذكر منها: القرار رقم ١٥٧٣٦٢ المؤرخ بتاريخ ١٩٩٨/٠٤/١٣[١٩] الفريق (ق) ضـد والي ولاية المسيلة والتي تتلخص وقائع القرار فيما يلي: يملك الفريق (ق) قطعة أرض صالحة للبناء تقع بمدينة حمام الضلعة بولاية المسيلة وهي تشكل المجموعة ٤٠، فاتخذ الوالي ثلاثة قرارات إدارية تتضمن التصريح بالمنفعة العامة ونزع الملكية لقطعة أرضية مملوكة للفريق (ق)، مع تحويلها على ذمة بلدية حمام الضلعة بقصد تجزئتها إلى ٥٢ حصة أو قطعة وتقسيمها على الخواص بيعاً لبناء مساكـن شخصية، وعلى أثر صدور قرار التصريح بالمنفعة العامة رقم ٨٩/١٤٢٤ المؤرخ في ١٩٩١/١٢/٢٥ وقرار التحويل رقم ٩٥/١١٨ المؤرخ في ١٩٩٥/٠٣/١٩ الصادرين عن والي ولاية المسيلة، طعن الفريق (ق) أمام الغرفة الإدارية الجهوية لمجلس قضاء قسنطينة في القرارين الأنفي الذكر، وقضت هذه الأخيرة برفض الطعن، وهذا في ١٩٩٥/١١/١٥، فاستأنف الفريق (ق) القرار الصادر عن الغرفة الإدارية الجهوية لمجلس قضاء قسنطينة أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، فقضت بقبول الاستئناف وإلغاء القرار المستأنف والتصدي والفصل من جديد بإبطال قرار التصريح بالمنفعة العامة الصادر في ١٩٨٩/١٠/٢٦ المقرر في ١٩٨٩/٠١/٢٦، وكذا قرار التصريح بالمنفعة العامة في ١٩٩١/١٢/٢٥، وكذا قرار نقل الملكية المؤرخ في ١٩٩٥/٠٣/١٩، واستندت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضائها إلى أحكام المادة ٠٢ الفقرة ٠٢ من قانون ١١/٩١ المؤرخ في ١٩٩١/٠٤/٢٧ التي نصت على أنه لا يكون نزع الملكية ممكناً إلا إذا جاء تنفيذ العمليات ناتجاً عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط تتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية أو أعمال كبرى ذات منفعة عمومية «ففي هذه

(١٨) أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص٢٠٦- ٢٠٧.

(١٩) قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، رقم ١٥٧٣٦٢ المؤرخ في ١٩٩٨/٠٤/١٣، المرجع السابق .

القضية القطعة محل نزع الملكية قد تجزئت للسماح للخواص ببناء مساكن شخصية، وهذا ما يخالف أحكام المادة السالفة الذكر[٢٠]، كذلك القرار رقم ٣٦٥٩٥ الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٠٥/٢٥ كرس فكرة المنفعة العامة في ذاتها بالنظر لشخص منفذ المشروع حيث جاء فيه «يستخلص في هذه الأثناء من الملف أن نزع الملكية من أجل المنفعة العامة المزمع القيام بها للحصول على المحلات الموجهة لإيواء مصالح بلدية سيدي محمد يكتسي طابع المصلحة العمومية المحققة، ذلك أن العملية المزمع القيام بها مقررة لصالح مجموعة محلية ولإشباع حاجيات مرفق عام، وعليه قد عبر المجلس الأعلى عن هذه الفكرة باستعمال -مقرر لصالح مجموعة محلية- وما يؤكده.

حيث يستخلص أن والي ولاية الجزائر لم يخرق القانون عندما صرح بالمنفعة العمومية للعملية المزمع القيام بها لصالح بلدية سيدي محمد[٢١]»، إلا أن هذه الفكرة انتقدت من أنصار المذهب الحر على اعتبار أنها[٢٢]:

- تؤدي إلى الإضرار بالنشاط الفردي ومزاحمته في الحالات التي يسمح له بارتيادها، كما أنها تؤدي إلى احتكار الدولة لتحقيق النفع العام، بما يخالف روح نصوص القوانين المتعلقة بتخطيط المدن في فرنسا، والتي لا تسمح بنزع الملكية إلا في حال رفض الأفراد الانضمام إلى المشروع .
- يؤدي تطبيق هذه الفكرة إلى إسباغ صفة المنفعة العامة على المشروعات المشكوك في تحقيقها هذا الهدف؛ ذلك لأنها لا تدخل في تقدير الاحتياجات الموضوعية لكل حالة أو مشروع، فالمفروض أن المنفعة العامة أمر نسبي وليس مطلقاً[٢٣].
- كما اعتبر أن نفي صفة المنفعة العامة عن المشروع لمجرد كونه أقيم بمعرفة أحد الأفراد يشكل انحرافاً حقيقياً بالسلطة [٢٤].
- تؤدي كذلك إلى المساس الصارخ بحرية التجارة والصناعة [٢٥].

---

(٢٠) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٤٥.

(٢١) القرار رقم ٣٦٥٩٥ المؤرخ في ١٩٨٤/٠٥/٢٥، المجلة القضائية، العدد الأول، ١٩٩٠، ص١٩٢. وكذلك انظر: لباشيش سهيلة، المرجع نفسه، ص٤٦.

(٢٢) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٠٧.

(٢٣) أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص٢٠٨.

(٢٤) VOIR:JEAN MARIE AUBY et Robert DUCOS-ADER, op.cit.p47.

(٢٥) PHILIPPE. GodFrin, OP.CIt, p375.

وكذلك انظر: لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٤٦.

ورغم صدور بعض الأحكام التي يستشف منها عدول مجلس الدولة الفرنسي عن الأخذ بـ «فكرة المنفعة العامة في ذاتها»، ومنها إلغاؤها لقرار تقرير المنفعة العامة بإقامتها عدداً من المساكن الاقتصادية لإعلان الشركة المالكة رغبتها في تنفيذ مشروع مماثل، إلا أن المتتبع لأحكام المجلس يجد أنه ظل على ولائه للفكرة وحتى مع بداية أخذه بنظرية الموازنة [٢٦].

الفرع الثاني: رقابة المنفعة العامة في حالة نزع الملكية في غياب نص قانوني

إذا لم يكن الهدف الذي استندت إليه نازعة الملكية منصوصاً عليه في النص التشريعي، فإنه لا يمنع من الطعن في إجراءات نزع الملكية، بل العكس ففي هذه الحالة يكون للقاضي سلطة تقديرية في تفحص الهدف المزمع من طرف الإدارة [٢٧]، وتقرير ما إذا كان يحقق منفعة عامة، وذلك بإعمال مفهومه الشخصي بها، وتختلف هذه الرقابة باختلاف الهدف الذي ترمي إليه الإدارة .

أولاً - العملية المتوخاة من طرف الإدارة تظهر أنها منفعة عامة: فمجلس الدولة مقيد بإجابة المدعي إن كانت العملية تشكل منفعة عامة دون تفحص الوضعية من الناحية المادية، إلا أنه هناك في بعض الحالات بعض العمليات في حد ذاتها منفعة عامة كبناء التجهيزات والتوسيع في مراكز البريد[٢٨]؛ لذلك نجد أن المشرع والقضاء الفرنسيين وسعا من حالات نزع الملكية، وذلك بالربط بين المنفعة العامة وفكرة المرافق العمومية[٢٩]، فبما أن الإدارة تهدف لتلبية حاجات المواطنين من خلال المرافق العمومية تحقيقاً للنفع العام، فإن نزع الملكية التي يكون محلها إقامة المرافق العمومية تكون مبررة [٣٠].

ثانياً - المنفعة العامة في عملية نزع الملكية غير حقيقية: فالقاضي الإداري في هذه المرحلة غير ملزم بتأييد الإدارة في توافر المنفعة العامة، ورقابته تكون رقابة واقعية[٣١]، فيفحص أولاً الظروف الملابسة، وبعدها يخلص إلى توافر المنفعة من عدمها،

---

(٢٦) أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص٢٠٨.

(٢٧) GUILLAUME BASILE.OP.CIT.P51 ET SU.

(٢٨) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٤٧.
Et Voir: PHILIPPE. Godfrin, Op.cit., p375

(٢٩) Et VOIR :GUILLAUME BASILE.OP.CIT.54.
وكذلك انظر: أراثن عبد الله، المرجع السابق، ص٤٤.

(٣٠) نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع السابق، ص١٢.١١.
وكذلك انظر: أراثن عبد الله، المرجع نفسه، ص٤٤.

(٣١) لباشيش سهيلة، المرجع نفسه، ص٤٧.
ET VOIR: JEAN REUX, l examen des fait par le juge administratif dent le contrôle de légalité interne de la procédure d expropriation ,A.J.D.A ,1967.p197.

ويكون ذلك بالنظر في صحة الوقائع وتكييفها القانوني؛ لذلك نجد نوعين من الرقابة في هذا المجال.

١ - رقابة الوجود المادي للوقائع[٣٢]: بعدما كان القاضي يمتنع عن رقابة السلطة التقديرية [٣٣] أصبح شيئاً فشيئاً يتحرر من هذا القيد، وأصبح يمارس رقابة على وقائع القرار الإداري كافة سواء تلك التي تكون لازمة لاتخاذ القرار، أو تلك الوقائع التي تتمسك بها الإدارة بناء على سلطتها التقديرية[٣٤]، فالرقابة على الوقائع تمثل جوهر الرقابة على القرار الإداري[٣٥]، فالرقابة تنصب على ركن السبب في قرار التصريح بالمنفعة العامة، فيسعى أن يكون للقرار سبب يحمله ويقوم عليه وينهض مبرراً لوجوده، وأن يكون للسبب قوام من الواقع، وأن يكون صحيحاً قانوناً، أي أن يكون له وجود صحيح من الواقع والقانون، لذلك كان طبيعياً أن تنصب الرقابة على الوجود الواقعي للسبب أي الواقعة العادية التي قام عليها القرار الإداري[٣٦].

وتعود أهمية هذه الرقابة إلى كون الوقائع هي جوهر المنازعة في كل قرار إداري، كما أن هذه الرقابة المنصبة على الوقائع تمثل آخر مرحلة تطور قضائي لأوجه الطعن بالإلغاء، فمثلاً نجد مجلس الدولة الفرنسي مارس هذه الرقابة في قضية DAME VEUVE BORDERIE، والتي لجأت إحدى البلديات إلى نزع الملكية من أجل إقامة مركب لسباق الخيول يسمح بتطور رياضة «ركوب الخيل»، وفتح المجال لكافة الشباب مهما كانت طبقاتهم الاجتماعية لممارسة هذه الرياضة، وإقامة تظاهرات فلكورية وكذا مسابقات محلية ودولية [٣٧] .

---

(٣٢) محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص٠٦.

(٣٣) نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع نفسه، ص ٠٧.
و كذلك انظر : لعشاش محمد، المرجع السابق، ص ٢٠.
وكذلك انظر: عزت صديق طنيوس، المرجع السابق، ص ٣٧٠ وما بعدها .
وكذلك انظر: أراثن عبد الله، المرجع نفسه، ص٦٢.
وكذلك انظر: العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثر القضاء الجزائري بها، المرجع السابق، ص ١١٩ .

(٣٤) ابركان فريدة، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، ٢٠٠٢، ص..٣٨.٣٧.
وكذلك انظر: العربي زروق، المرجع نفسه، ص ١١٩ .

(٣٥) محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص٠٦.

(٣٦) محمود سلامة جبر، المرجع، نفسه، ص٠٦.

(٣٧) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٤٨.

خلص مجلس الدولة الفرنسي من خلال دراسته لظروف وملابسات العملية إلى أن هذا المشروع يفوق إمكانات هذه البلدية الصغيرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى اكتشف أن هناك تجاوزاً للسلطة؛ بحيث أن سبب نزع الملكية الوحيد ليس ما زعمته الإدارة وإنما هو السماح لأحد الخواص بإقامة مضمار خاص على اعتبارات أن هذا الأخير قد أرغم على مغادرة الأماكن التي يستغلها خارج البلدية [٣٨].

٢ - التكييف القانوني للوقائع: إن مجلس الدولة الفرنسي لم يباشر رقابته على الوقائع في الطعن بتجاوز السلطة إلا في أوائل هذا القرن، حيث أخذ يبسط رقابته على الوقائع ويلغي القرارات كلما ثبت له عدم صحتها، ولم يقف مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على الوقائع عند حد مراقبة الوجود المادي لها والتأكد من صحتها، بل ذهب إلى ضرورة مراقبة تكييف الإدارة لهذه الوقائع ليتحقق، ما إذا كان ذلك التكييف متفقاً مع ما قصد إليه الشارع، أم أنه تكييف يجانب ذلك القصد، ومن تم لا يصلح سبباً لحمل القرار الإداري[٣٩]، وبمعنى آخر إذا ثبت للقاضي عدم تبرير الوقائع لذلك القرار قضى بعدم صحة الوصف القانوني المعطى لها مع إحلال تقديره في هذه الحالة محل تقدير رجل الإدارة، وبذلك يكون قد أضاف قيداً آخر يضاف إلى القيد السابق للحد من سلطة الإدارة التقديرية[٤٠].

ومن التطبيقات القضائية لرقابة القاضي الإداري على التكييف القانوني للوقائع نجد القرار رقم ٣٦٥٩٥ الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٠٥/٢٦، بحيث ادعى المدعون في دعواهم أن عملية نزع الملكية قد استهدفت استرجاع محلات المستأجرين، وأن الأمر ٤٨/٧٦ يحظر في مادته الأولى نزع الملكية في امتلاك عقارات أو حقوق عقارية، والحال أن التجار الذين يستفيدون منه حق شخصي غير منقول، وقدرت الغرفة الإدارية أنه إن كانت المادة الأولى من الأمر ٤٨/٧٦ تنص على ذلك، وكذا المادتان ٢٥ و٢٦ من الأمر نفسه تنصان على أن التعويض يغطي قيمة العقارات والقيمة الناتجة عن إخلاء التجار والصناعيين والحرفيين بقصد إعادة إيوائهم أو الحرمان من الانتفاع، وعليه فإن القاضي اعتبر أن الواقعة كانت وفق القانون، وعليه قرر شرعية قرار المنفعة العامة [٤١].

---

(٣٨) لباشيش سهيلة، المرجع نفسه، ص٤٨.
Et Voir: PHILIPPE. Godfrin, Op.cit., p376.

(٣٩) محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص٤٨.
وكذلك انظر: العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثر القضاء الجزائري بها، المرجع السابق، ص ١١٩
(LE CONTROLE DE LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES FAITS)

(٤٠) العربي زروق، المرجع نفسه، ص ١١٩ .

(٤١) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٤٩.

المطلب الثاني

تقييم الرقابة التقليدية على توافر شرط المنفعة العامة وآثارها

الفرع الأول: تقييم الرقابة التقليدية على توافر شرط المنفعة العامة

لقد أصبحت الرقابة التقليدية عاجزة وغير فعالة، ويرجع ذلك إلى مرونة وعدم ثبات فكرة المنفعة العامة، إضافة إلى أنه لا يوجد تعريف جامع مانع لها، وهذا يعني أنه لا يمكن حصر حالات المنفعة، وأنها في كل وقت تتسع أكثر وتضاف حالات جديدة بنصوص قانونية، مما يؤدي إلى إضعافها والتقليل من فعاليتها، وبالتالي تزايد حالات تعسف الإدارة عند استعمالها لسلطتها التقديرية، لكن بالرغم من هذا فإن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر أن المنفعة العامة محققة إذا كانت ضرورية، واعترف بنزع الملكية لفائدة الأشخاص الخواص إذا كانت نشاطاتهم تشكل منفعة عامة في ذاتها، ويرجع كذلك القصور إلى صعوبة تفعيل الطعن للانحراف في استعمال السلطة، حيث يعتبر هذا الأخير الحد الوحيد للمنفعة العامة، ويظهر ذلك عندما يمارس مجلس الدولة الفرنسي الرقابة الواقعية[٤٢] لمطابقة الهدف المصرح من طرف الإدارة والآثار المترتبة عنه، وهذه العملية كفيلة بأن تكشف عن الانحراف في استعمال السلطة[٤٣]، مثلاً في إحدى البلديات الفرنسية قامت بنزع الملكية لعقار من أجل إقامة حديقة عمومية، وقد خلص المجلس البلدي إلى أن البلدية لم تكن نيتها الحقيقية إقامة مساحة خضراء على الأرض منزوعة الملكية، وإنما كانت تهدف من خلال عملية النزع إلى الاستيلاء على جزء من العقار لإعادة بيعه، فكان هدفها تجارياً، ومن ثم ألغيت إجراءات نزع الملكية.

وفي قرار - محكمة القضاء المصرية - استخلص أنه ليست هناك حاجة لإقامة المشروع أصلاً ولا ضرورة من إقامته، حيث صدر قرار بنزع الملكية لأحد العقارات لفتح شارع يصل بين المدرسة الإعدادية ومزرعة المدرسة الثانوية، حيث تبين من دراسة الشكاوي المقدمة من المدعي بعد صدور حكم محكمة القضاء الإداري المصري برفض دعواه، بإلغاء القرار لأن وجود شارع قائم فعلاً بعرض عشرة أمتار ونصف يؤدي الغرض المطلوب نزع الملكية من أجله، وانتهت الجهات القائمة بفحص القرارات إلى رفع مذكرة للمحافظ للمطالبة بتصويب قرار تقرير المنفعة العامة، فلما طعن أمام محكمة

(٤٢) JEAN REUX, Op.cit., p197.

(٤٣) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٤٩.٥٠.

القضاء الإداري بالتماس إعادة النظر تبين أنه لا لزوم لنزع الملكية، وقضت بأن القرار المطعون فيه يكون قدر على سبب غير حقيقي - لعدم توافر المنفعة العامة - ويكون قد وقع مخالفاً للقانون [٤٤].

فرقابة القاضي الإداري للقرارات تتعلق بمراقبة مدى مشروعية الهدف المبتغى من طرف الإدارة نازعة الملكية، إلا أن هذا الأمر يؤدي لصعوبة تحديد القاضي نية الإدارة أو دافع الإدارة، لكن وكما قلنا سابقاً أنه قد يكون للإدارة دوافع متعددة[٤٥]، فيشترط القاضي أن يكون أحدها مشروعاً ويؤدي لتحقيق المشروعية على القرار برمته، فمثلاً في حالة ما إذا كانت عملية نزع الملكية تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، وفي الوقت نفسه تهدف إلى محاباة شخص ما، ففي هذه الحالة يتوفر دافع مشروع بغض النظر عن الدافع الآخر، وتعد العملية مشروعة، وهذا دليل على فشل الرقابة التقليدية، حيث يؤدي إلى الحد من فعاليتها؛ لأنها تؤدي إلى المساس الصارخ بحقوق وحريات الأفراد[٤٦].

إضافة إلى كل ما قلناه نجد أن هذه الرقابة لم تعد ملائمة للمجالات المتعلقة بنزع الملكية كالمجالات الاجتماعية والاقتصادية والبيئية والعمرانية، كون أن هذه المجالات تتسم بالتغير والمرونة وعدم الثبات، بالإضافة إلى أن مجال تدخل الإدارة فيها يتسع باستمرار، خاصة فيما يتعلق بسلطتها التقديرية، فكلما أحكم القاضي الرقابة على سلطة الإدارة وتوسعت سلطته في الرقابة كلما اتسعت مجالات السلطة التقديرية للإدارة، وبالتالي قصور الرقابة التقليدية، ولقد أدت التطورات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية إلى اتساع مجال تدخل الإدارة وبالتالي اتساع سلطتها التقديرية، وهذا على حساب حقوق وحريات الأفراد والنظم الاجتماعية والاقتصادية وللحد من السلطة التقديرية [٤٧]، لأنه بالرغم من ضرورة السلطة التقديرية للإدارة، ومهما قيل في تبريرها، إلا أن هذه السلطة لا يمكن أن تظهر في نظام لا يسوده مبدأ سيادة القانون، فهناك ارتباط بين فكرة السلطة التقديرية

(٤٤) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص١٨٦ .١٨٧.

(٤٥) محمد حسن بكر، المرجع السابق، ص٤٤٩.

وكذلك انظر: بوذريعات محمد، المرجع السابق، ص١١.

وكذلك انظر: وناس عقيلة، المرجع السابق، ص١١.

ET VOIR : ANDRE HOMONT, op.cit .p234.

(٤٦) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٥٠.

(٤٧) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٥١.

والدولة القانونية [٤٨]، فكيف تضمن خضوع الإدارة للقانون في ظل هذه الدولة، وكيف يتم قيام الإدارة من غير المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم ؟

الفرع الثاني: حدود الرقابة التقليدية

أولاً - القصور راجع لمفهوم المنفعة العامة

كما ذكرنا آنفاً إن فكرة المنفعة العامة فكرة غير ثابتة تتسم بالمرونة، بحيث لا يمكن تعريفها أو تحديدها تحديداً جامعاً مانعاً، وهذا يزيد الطين بلة، بحيث إنه لا يمكن حصر حالات المنفعة، فيتم إضافة بعض هذه الحالات بموجب نصوص قانونية، مما يؤدي إلى تضاعف هذه الخيرة، بالرغم من هذا فإن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر أن المنفعة العامة محققة إذا كانت ضرورية، وعلى هذا الأساس نجد أن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد اعترف بنزع الملكية لفائدة الأشخاص الخواص إذا كانت نشاطاتهم تشكل في حد ذاتها منفعة عامة.[٤٩]

ثانياً - القصور يرجع إلى صعوبة تفعيل الطعن للانحراف في استعمال السلطة

يعتبر الانحراف في استعمال السلطة الحد الوحيد للمنفعة العامة، ويظهر ذلك عندما يمارس مجلس الدولة الرقابة الواقعية (المادية) وهذا بمطابقة الهدف المصرح من طرف الإدارة والآثار المترتبة عنه، وهذه العملية كفيلة بأن تكشف عن الانحراف في استعمال السلطة.

إن إلغاء الإجراء لم يكن كجزاء عن تخلف المنفعة العامة، وإنما هو جزاء عن عدم مشروعية الدافع الذي استندت إليه الإدارة عند نزع الملكية[٥٠]، فعندما قامت إحدى البلديات الفرنسية بنزع ملكية عقار من أجل إقامة حديقة عمومية، في هذه القضية خلص المجلس البلدي Le Conseil Municipale» إلى أن البلدية لم تكن نيتها الحقيقية إقامة مساحة خضراء على الأرض متروكة الملكية، وإنما كانت كذلك تهدف من خلال عملية النزع الاستلاء على جزء من العقار لإعادة بيعه، فكان هدفها تجارياً؛ لذلك تم إلغاء إجراءات نزع الملكية[٥١].

---

(٤٨) انظر: العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثر القضاء الجزائري بها، المرجع السابق، ص ١١٨ .

(٤٩) لباشيش سهيلة، المرجع نفسه، ص٥١.

(٥٠) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٥١.
وكذلك انظر: وهبة الزنفلي - دراسة مقارنة في نزع الملكية للمنفعة العمومية - مجلة إدارة قضايا الحكومة - دار القاهرة - العدد٢ - السنة ٤ - القاهرة ١٩٦٠.ص ٦١ وما بعدها.

(٥١) العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثر القضاء الجزائري بها، المرجع نفسه، ص ١٢١ - ١٢٢.

فعيب الانحراف في استعمال السلطة من أصعب العيوب من حيث إثباته، وهذا راجع إلى أن رقابة القاضي الإداري لهذا العيب تتعلق بمراقبة مدى مشروعية الهدف المبتغى من طرف الإدارة نازعة الملكية، كما أن هذا الأمر شخصي، إذ يصعب على القاضي البحث في نية الإدارة، وإذا كانت للإدارة عدة دوافع (motif) فإنه يكفي أن يكون أحدها مشروعاً لإحقاق المشروعية على القرار برمته، وهذا ما يطلق عليه «نظرية الدافع المحدد» التي ذكرناها آنفاً.

وعليه إذا كانت الإدارة تهدف من خلال عملية نزع الملكية إلى تحقيق المنفعة العامة، وفي الوقت نفسه تهدف العملية إلى محاباة شخص ما، في هذه الحالة تعتبر العملية مشروعة، لهذا نلاحظ أن هذه النظرية تؤدي إلى المساس الصارخ بحقوق وحريات الأفراد، وهذا ما يحد من فعالية هذه الرقابة، وهذا ما ينطبق على اجتهادنا القضائي، إذ من خلال بحثنا لم نعثر على أي قرار قضائي استند فيه القاضي على عيب الانحراف في استعمال السلطة عدة أشكال منها:

١ - **هدف القرار تحقيق غرض أجنبي بدلاً من المصلحة العامة،** ويتجسد هذا من خلال استهداف تحقيق غرض شخصي، أو هدف سياسي أو محاباة للغير.

٢ - **مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف،** كأن يهدف قرار التصريح بالمنفعة العامة إلى تحقيق النفع العام، ولكنه خرج عن قاعدة تخصيص الأهداف[٥٢].

٣ - **الانحراف في استعمال الإجراءات:** بالإضافة إلى الأسباب السابقة هناك سبب آخر يتعلق:

- بعدم ملاءمة الرقابة للمجالات المتعلقة بنزع الملكية كالمجالات الاجتماعية والاقتصادية والبيئية والعمرانية، كنزع الملكية والبيئة، نزع الملكية وحقوق الإنسان وغيرها، وذلك كون أن هذه المجالات تتسم بالتغير والمرونة وعدم الثبات، بالإضافة إلى أن مجال تدخل الإدارة فيها يتسع باستمرار، خاصة فيما يتعلق بسلطتها التقديرية، فكلما أحكم القاضي الرقابة على السلطة الإدارية وتوسعت سلطته في الرقابة، كلما توسعت مجالات السلطة التقديرية للإدارة[٥٣]، وبالتالي تزداد فرص قصور ورقابة القاضي.

(٥٢) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٥٢.
(٥٣) لباشيش سهيلة، المرجع نفسه، ص٥١.

لقد أدت التطورات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية إلى اتساع تدخل الإدارة، وبالتالي اتساع سلطتها التقديرية، وهذا على حساب حقوق وحريات الأفراد، والنظم الاجتماعية والاقتصادية، للحد من هذا التوسع والتعسف في استعمال السلطة التقديرية كان لزاماً على القاضي إيجاد حل لإعادة التوازن إلى نصابه، ومن أجل هذا ابتكر مجلس الدولة الفرنسي نظرية الموازنة، واعتمد في رقابته على شرط المنفعة العامة في عملية نزع الملكية، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني، إضافة إلى هذا فقد دفع تطور القانون الإداري بصفة عامة، وتغير مفهوم المنفعة العامة بصفة خاصة بالقاضي الإداري إلى إعادة النظر في رقابته التقليدية لقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، وذلك بالعدول عن النظرة المحددة لتقدير المنفعة العامة، ويأخذ في الاعتبار الظروف المحيطة بها وما تحققه من فوائد وما تحدثه من أضرار وتستلزمه من تكاليف وأعباء مالية، لذلك سعى مجلس الدولة الفرنسي إلى الخروج من قضائه التقليدي واعتماده على إقامة توازن بين الأضرار والتكاليف(٥٤)، وهو ما يعرف بمبدأ التوازن أو «نظرية الموازنة»(٥٥)، والتي سأتناولها في المبحث التالي.

(٥٤) محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص١٥٧.١٥٨.١٥٩.

(٥٥) فكما قلنا سابقاً فالمفهوم التقليدي للمنفعة العامة يقوم على المقابلة بين المنفعة الخاصة والمنفعة العامة، غير أن تأثير التدخلات الاقتصادية والاجتماعية للدولة، وتغير فلسفة العلاقة بين الفرد والسلطة العامة أدى إلى ظهور مفهوم جديد للمنفعة العامة .
ET VOIR : ANDRE HOMONT, op.cit .p25 et su.

المبحث الثاني
رقابة الموازنة على توافر شرط المنفعة العامة

بدأ الأخذ بنظرية الموازنة في القضية الشهيرة nouvelle ville- est - السالف ذكرها - فهذه الرقابة تقوم على عدة مراحل، حيث يتأكد القاضي في البداية من أن المشروع يحقق منفعة عامة، ثم ينتقل ليتأكد من أن الأضرار أو الأعباء التي يفرضها ليست مفرطة بالنسبة لها(٥٦)، لكن مجلس الدولة الفرنسي لم يأخذ بها دفعة واحدة، وإنما سبق ذلك عدة أحكام أخذ فيها بجانب أو أكثر من جوانب النظرية، ومن هذه الأحكام قضية GROUPEMENT DE DEFENCE DE L'ILOT FIRMINY-CENTRE. فلم يكتف مجلس الدولة في هذه القضية بأن يقرر أن إعادة تعمير وسط المدينة يحقق المنفعة العامة، وإنما أخذ يعدد مزايا المشروع كونه سيؤدي إلى إزالة المساكن غير الصحية ويحقق الاستخدام الأمثل للمنطقة، وأنه سيسمح بإقامة مكان لانتظار السيارات، أما في قضية DES BOUES ROUGES فلم يتعرض مجلس الدولة لعيوب المشروع ليتولى الرد عليها، فيقرر أن المشروع - هو إقامة قناة لنقل فضلات أحد مصانع الألمنيوم إلى بركة بحرية - وإن ترتب عليه أضرار بالصحة العامة للنبات والحيوان أو بالتنمية السياحية والاقتصادية في المنطقة، فإنه ليس بالدرجة التي تجرد المشروع من صفته للمنفعة العامة، ونلاحظ أنه كان يمكن للمجلس الاستناد للمادة ٧٣ من قانون المناجم الفرنسي، ولكنه فضل المقابلة بين مزايا المشروع وعيوبه، أما في قضية EPOUX NEEL(٥٧) السالفة الذكر فقد أورد الحكم أهمية ذكر نفقات المشروع في ملف التحقيق المسبق باعتبار أنها أحد عناصر الموازنة التي تحكم منها على توافر المنفعة العامة، وترتب عليه إلغاء قرار التصريح بالمنفعة العمومية (٥٨).

فقد أصبحت نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا أسلوباً جديداً في الرقابة على القرارات الإدارية كثمرة مطالبة كل من الفقه والقضاء - وذلك بتبني مبادئ أخرى لمواجهة

---

(٥٦) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢١٨. ٢٢١.

ET VOIR: OLIDE D DAVIDE BEAURAGARD-BERTHIER.OP.CIT.132 ET SU. ANDRE HOMONT, op.cit .p25.

(٥٧) وكذلك انظر: محمد حسن بكر، المرجع السابق، ص٤٥٢.

وكذلك انظر: نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع السابق، ص٠٨ وما بعدها.

(٥٨) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٢٣.

وكذلك انظر: محمد صلاح عبد البديع، الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملاءمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، ص١٠٢ وما بعدها.

تزايد وتدخل الإدارة في المجالات الحديثة وخاصة المتصلة بالعقارات والأموال، على أساس أن هذه المجالات غالباً ما تحكمها نصوص قانونية ينقصها الوضوح والتدقيق، كما أنها وليدة الاجتهاد القضائي المتسم بالجرأة والاقتحام في مراقبة ملاءمة القرارات الإدارية [٥٩]، ونظراً لأهميتها ارتأينا التطرق لها بنوع من التفصيل في المطالب التالية:

المطلب الأول

مفهوم نظرية الموازنة وتقييمها

الفرع الأول: مفهوم نظرية الموازنة، تعني نظرية الموازنة أنه لتقدير شرعية مشروع أو عمليــة ما - واعتبارها من المنفعة العامة - يتعين معرفة ما تحققه من مزايا وفوائد، والوقوف على ما ترتبه من أضرار واعتداءات على الملكية الخاصة، وما تستلزمه من نفقات وتكاليف مالية، مع الأخذ في الاعتبار الأضرار الاقتصادية والاجتماعية للمشروع، وإقامة موازنة بين هذه العناصر، بحيث لا يمكن إقرار شرعية المشروع إذا جاءت الأضرار والأعباء المترتبة عليه مفرطة بالنسبة للمزايا والمصلحة التي يحققها[٦٠]، أو بمعنى آخر فينصب تطبيقها أساساً على محل القرار الإداري أي على الأثر الذي تتجه الإدارة إلى إحداثه من خلال إصدار هذا القرار، سواء عن طريق إنشاء مركز قانوني أو إلغائه، شريطة أن يتم تطبيق هذه النظرية إلا إذا كانت الإدارة تتمتع في هذا الشأن بسلطة تقديرية[٦١]، وذلك في حالة ما إذا منح لها المشرع قدراً من حرية الاختيار بين حلول في مسألة معينة، أو في حالة ما إذا تخلى المشرع عن وضع أية حلول في ذلك بتجديد الغاية أو الهدف من القرار، ومن هنا يتضح أنه في الحالة الثانية تكون للإدارة حرية مطلقة في اختيار ما تراه مناسباً وملائماً من حلول لتحقيق الهدف الذي يرمي إليه المشروع، وفي هذا الإطار تكمن خطورة السلطة التقديرية للإدارة؛ لأنها تؤدي إلى نتائج خطيرة ليس فقط بالنسبة للنشاط الإداري الذي قد يتأثر سلبياً عندما يكون هذا المضمون لا يتلاءم مع مقتضيات المصلحة العامة، وكذلك أيضاً في مواجهة الأفراد الموجه لهم هذا القرار إذا كان مضمونه يحتوي على أضرار، أو إذا بلغ درجة كبيرة وملحوظة من عدم التــوازن

(٥٩) انظر: العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ١٢٩.١٣٠.

(٦٠) محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص١٥٩ .

وكذلك انظر: لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٥٣.

(٦١) العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ١٣٢.

والتكافؤ، وأمام عجز وسائل الرقابة الأخرى التي يملكها القضاء الإداري لمواجـهة الحالات والتي توصل في نهاية المطاف إلى ابتكار - إنشاء - هذه النظرية [٦٢].

ويلجأ القاضي لتطبيق هذه الأخيرة عند تقديره للمنفعة العامة إلى جملة من المعايير التي تكشف عملية النزع وتظهر مساوئها، بالإضافة إلى تكاليفها، وعلى أساسها يتم تحديد أرجح الكفتين، ولقد عرف مجلس الدولة الفرنسي تطبيقات عديدة لهذه العناصر ولكن بشكل منفرد في قرار المدينة الجديدة الشرقية، ويمكن تقسيم هذه العناصر إلى طائفتين [٦٣].

أولاً - العناصر التي تشكل أضرار المشروع والمتمثلة في:

١ - **عنصر الملكية الخاصة**[٦٤] حيث إنه بالرغم من أن المساس بالملكية الخاصة غالبـاً ما تستغرقه المنفعة العامة، إلا أن القاضي الإداري يأخذ بعين الاعتبار عند إجراء ترجيح الأضرار التي تمس الملكية الخاصة مقابل الفوائد الناتجة عن العملية، وهذا ما جاء في قضية MME SZVELLI بتاريخ ٢٠٠٥/٠٩/٢٧ .

٢ - **عنصر التكاليف الماليـة** [٦٥]، فمثلاً في قضية GARSIN فقد رأى مجلس الدولة الفرنسي أن تكلفة المشروع والتي تقدر ب ٨٠٠.٠٠٠ فرنك فرنسي غير متناسبة مع المصادر المالية للبلدة التي يقدر عدد سكانها ب١٠٠٠ نسمة، حيث يستنتج أنه على القاضي أن يأخذ في الحسبان عند تقييم العملية التكاليف التي ستتحملها الجهة المنفـذة للمشروع، وما إذا كانت الجهة قائمة فعلاً على التنفيذ، فالقاضي لا يقف عند تقدير هذه التكاليف، وإنما يأخذ في الحسبان المقدرة المالية للجهة القائمة على التنفيذ [٦٦].

٣ - أما بالنسبة للعنصر المتعلق **بالتكاليف الاجتماعية للمشروع** والذي لا يقل أهمية عن العناصر السابقة، والمتمثل في الآثار الاجتماعية التي قد يتسبب هذا المشروع بإلحاقها:

---

(٦٢) العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ١٣٣-١٣٢.

(٦٣) ANDRE DE LAUBADERE,YVES GAUDENT, TRAIT DE DROIT ADMINITRATIF DES BIENS, 2 EME EDITION, delta, L.G.D.J.2002.P280 ET S.

وكذلك انظر: لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٥٣.

(٦٤) العربي زروق، المرجع نفسه، ص١٣٦.

(٦٥) لباشيش سهيلة، المرجع نفسه، ص٥٤.

(٦٦) العربي زروق، المرجع نفسه، ص١٣٦.

أ - **بالأفراد**[٦٧] ونذكر قرار مجلس الدولة الفرنسي الذي ألغى قرار نزع الملكية من أجل إنجاز سكنات اجتماعية كونه يضر بالملكية الخاصة الفندقية، وكذا المصلحة الاقتصادية والسياحية لبلدية LOZANNE [٦٨].

ب - **بالبيئة** ونذكر القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ١٠ /٠٧/ ٢٠٠٦ ASSOCIATION INTERDEPARTEMENT ET INTERCOMMUNALE، والذي ألغى قرار التصريح بالمنفعة العامة نتيجة الأضرار التي ستلحق بالبيئة.

ج - **بالصحة العمومية** حيث إن مجلس الدولة قد أبطل قرار التصريح بالمنفعة العمومية نتيجة الأضرار التي يلحقها بالصحة العمومية في قضية SOCIETE CIVILE SAINTE-MARIE [٦٩]، وبناء على تعدد عناصر أو معايير نظرية الموازنة يمكن القول إن مجلس الدولة يفحص كل حالة على حدة ليوازن بين منافع العملية والأضرار الناجمة عنها، وذلك على ضوء هذه المعايير.

وكما تجدر الإشارة إلى أن الإدارة غالباً ما تضع تدرجاً لهذه المعايير حتى يمكن تقديرها لمدى أهمية كل معيار منها[٧٠]، كما أن مسألة تدرج المنافع فوق أنها تمثل ظاهرة قانونية أوجدتها بعض التشريعات، فإن لها ضرورتها العملية في ممارسة معظم جوانب النشاط الإداري، وبديهي أنه لا يتصور الحديث عن تدرج أو بحث أولوية ما إلا في ظل التعدد، بيد أنه بالنسبة للمنافع العامة فإنه يلزم إلى جانب التعدد وجود التعارض بين هذه المنافع [٧١].

---

(٦٧) العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص١٣٧.

(٦٨) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٥٥.

(٦٩) محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص١٧٥ .
وكذلك انظر: أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٢٨.

(٧٠) العربي زروق، المرجع نفسه، ص١٣٧.
وكذلك انظر: أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص٢٢٨.

(٧١) لقد وجد تعارض بين منفعتين عامتين في قضية SOCIETE CIVILE SAINTE-MARIE المتعلقة بإقامة جزء من طريق سريع شمال مدينة نيس وإنشاء مفرق وتحويله، حيث إن المشروع سيربط فرنسا بإيطاليا خاصة في تلك المنطقة السياحية المطلة على البحر، وسيؤدي إلى نقل الطريق خارج نيس، لكن يشتمل على أضرار شديدة بمنفعة عامة قائمة تتعلق بالصحة العمومية، حيث سيمر الطريق بجوار مستشفى خاص، مما يترتب عليه هدم أحد مبانيه، فالأمر يتعلق بمنفعتين (الصحة العمومية) و (سيولة المرور).

فإذا كان هناك مشروع يحقق تنفيذه عدة منافع عادة تجسد كلها إقامته، فلا حاجة بنا حينئذ إلى مسألة التدرج، بينما على العكس إذا كان المشروع تتنازعه عدة منافع عامة يتطلب تحقيق بعضها إقامته، بينما يضر تنفيذه بالمنافع الأخرى، فهنا تعد لنا مسألة بحث أي المنافع هي الأولى بالاعتبار، مما يتطلب ترتيب هذه المنافع بحسب أهميتها، وهو ما يطلق عليه بتدرج المنافع العامة [٧٢].

ثانياً - العناصر التي تشكل مزايا المشروع:

١ - **عنصر المنفعة الاقتصادية** حيث يشكل أحد الأوجه الرئيسية للمنفعة العامة [٧٣]، وتكتسب أهمية كبيرة خاصة في تحقق التنمية الاقتصادية كإقامة المناطق الصناعية والطرق السريعة والموانئ والمطارات ومشاريع الطاقة وغيرها من المشاريع ذات البعد الاستراتيجي، كما أن مجلس الدولة الفرنسي في أغلب قراراته يذكر أثر المشروع على التنمية الاقتصادية، ومثال ذلك قرار époux Néel الذي ألغي بسبب عدم ذكر تقدير النفقات، إضافة إلى عنصر المنفعة الاقتصادية .

٢ - **عنصر المنفعة الاجتماعية**، حيث يأخذ القاضي بعين الاعتبار المنافع الاجتماعية التي ستتحقق من خلال إنجاز المشروع، وهي لا تقل أهمية عن المنفعة الاقتصادية، فمثلاً مجلس الدولة الفرنسي في قضية B أقر بمشروعية قرار نزع الملكية على اعتبار أن مشروع إنجاز مضمار لسباق الخيول يسهم بشكل كبير في تنمية السياحة [٧٤] .

وما تجدر الإشارة إليه أن رقابة القاضي الإداري لقرارات المنفعة العامة بناء على هذه النظرية أو هذا المبدأ القضائي تمر بثلاث مراحل وهي كالتالي:

المرحلة الأولى: فيها يتأكد القاضي الإداري من أن هناك منفعة عامة تبرر نزع الملكية، حيث يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي قد وسع من مفهوم ونطاق المنفعة العامة لدرجة أنه أصبح ينظر إلى كل عمل من شأنه أن يكون كافياً بذاته على تحقيق المنفعة العامة التي تبرر نزعه الملكية، ففي هذه المرحلة يتجسد دور القاضي الإداري في مجرد التأكد

(٧٢) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٢٦ - ٢٦٤.

(٧٣) العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص١٣٧.

(٧٤) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٥٥.
وكذلك انظر: محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص١٦٠ .

من أن عملية نزع الملكية التي تطالب بها الإدارة ليس لها من هدف سوى تحقيق المنفعة العامة، فإذا ثبت له ذلك انتقل إلى المرحلة التالية [٧٥].

المرحلة الثانية: فيها يتأكد القاضي من أن نزع الملكية للعقار الذي تطالب به الإدارة أمر ضروري ولازم لتحقيق المنفعة العامة، حيث يراقب في هذه الحالة ما إذا كان المشروع المراد إنجازه لم يحقق المنفعة العامة إلا إذا أقيم في ذات موقع العقار الذي ستنزع ملكيته، مثلاً الأرض المطلوبة لبناء مدرجات لطلاب الجامعة في إحدى الكليات يصبح نزع ملكيتها واجباً إذا كانت مجاورة لمبنى الكلية، إذ يترتب على ذلك حتماً تحقيق المنفعة العامة، في حين لا يصح نزع ملكيتها إذا كانت بعيدة عن هذا المبنى، حيث له أن يبحث عن طريقة أخرى تكون أكثر تحقيقاً للمنفعة العمومية، في هذه الحالة نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد توصل إلى قاعدة مؤداها: «العمل نفسه قد يعتبر من قبيل المنفعة العامة في حالة معينة، وقد لا يعتبر كذلك في حالة أخرى»، ومعنى ذلك أن القاضي الإداري لم يعد يراقب فكرة المنفعة العامة في ذاتها كفكرة عامة ومطلقة، وإنما أصبح يراقب هذه الفكرة على ضوء الظروف والاعتبارات التي دفعت بالإدارة إلى القول بوجود وتقرير المنفعة العامة [٧٦].

المرحلة الثالثة: حيث تمثل هذه الأخيرة قمة وحداثة الرقابة القضائية على قرارات الإدارة المتضمنة منفعة عامة، حيث لم يعد القاضي الإداري يكتفي برقابة ما إذا كان المشروع الذي تطالب به الإدارة يحقق في الواقع المنفعة العامة التي تدعيها الإدارة، وإنما أصبح يراقب إضافة إلى ذلك ما إذا كان المشروع الذي تطالب الإدارة نزع الملكية من أجل إنجازه يحقق مزايا وفوائد تفوق ما قد يترتب عليه من عيوب وأضرار[٧٧]، وأمام هذا التطور القضائي لم تصبح رقابته تقتصر على أن العملية التي تدعيها الإدارة تجسد في حد ذاتها منفعة عامة، وإنما أن تكون المزايا والفوائد المترتبة عليها تفوق العيوب والأضرار الناجمة عنها، أي رقابة الموازنة والتي تجسد رغبة القاضي الإداري وحرصه على الوصول إلى هدف أسمى يسعى دائماً إلى تحقيقه، والمتمثل في عقلنة الامتيازات التقديرية للإدارة [٧٨].

---

(٧٥) العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص١٣٧.

(٧٦) العربي زروق، المرجع نفسه، ص١٣٧.

(٧٧) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٥٦.

(٧٨) العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ١٣٥- ١٣٦.
وكذلك انظر: لباشيش سهيلة، المرجع نفسه، ص٥٦.

الفرع الثاني: تقييم نظرية الموازنة

إن الرقابة التقليدية لقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة اعتمدت على مفهوم مجرد للمنفعة العامة، وأن القضاء الحديث الذي أدخله قرار NOUVELLE VILLE EST قد استحدث مفهوماً جديداً للمنفعة العمومية يقوم على دراسة الظروف المحيطة بالعملية والجوانب المختلفة لها عند تقدير شرعية القرار، وأن الفقه قد ذهب إلى أن القضاء الحديث أدى بمجلس الدولة إلى رقابة الملاءمة، لكن هذا التبرير من جانب الفقه لأساس الرقابة على قرارات المنفعة العامة في ضوء المبدأ الذي أرساه قرار NOUVELLE VILLE- EST نظرية الموازنة لا يمكن التسليم به على إطلاقه(٧٩)، بل هناك من ينتقدها أي أن هناك من يدعو إلى ضرورة تطبيق الموازنة، ويعتد بإيجابياتها، وهناك جانب آخر ينتقدها من أساسها استناداً لسلبياتها وصعوبتها .

١ - **الاتجاه القائل بضرورة تطبيق الموازنة:** إن هذا الاتجاه يدعو إلى ضرورة تطبيق رقابة الموازنة استناداً إلى القرارات الإدارية غير المدروسة أو الصادرة بغير تعقل أو المتضمنة أخطاء فادحة، وعلى سبيل المثال فرنسا فإنه في حكم NOUVELLE VILLE- EST لو لم يكن المشروع قد تم تعديله وفقاً لاقتراح المحقق لكان سيهدم ٢٠٠ منزل، بدلاً من ٨٨ منزلاً ليتركه يمر دون إلغاء(٨٠)، وكذلك حكم SOCIETE CIVILE SAINTE-MARIE لم يتم عرض المشروع على وزارة الصحة، ولم يتم تدبير أماكن لعلاج المرضى الذين يعالجون بالمستشفى التي تقرر هدم أجزاء منها، وكذلك لم تحاول الإدارة حل المشكلة عن طريق رئيس الوزارة أو رئيس الدولة، كما أجبر القاضي على التدخل، كما أن المتأمل في بعض الأحكام التي قضى فيها بالإلغاء يجد معظمها بسبب رعونة قرارات الإدارة وعدم معقوليتها، فنجد مثلاً:

- مطار لا يحقق فوائد اقتصادية ولا تتناسب تكلفته مع المصادر المالية للبلدة .
- طريق محلي قصد بإقامته توصيل منزلين بالطريق العام مع أضراره الشديدة بالملكيات الخاصة .
- إقامة حديقة عامة على أرض تستخدم كل عام لقضاء العطلة الصيفية للأطفال.
- مشروع تقسيم أراض للبناء بسبب أضرار جمة لموقع أثري، رغم أن عدد السكان الموجودين في البلدة لا يتجاوز ٢٠٠٠ نسمة .

(٧٩) محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص١٧٠
ET VOIR :RENE CHAPUS.OP.CIT.P٧٣١ ET SU.

(٨٠) RENE CHAPUS.OP.CIT.P731 ET SU.

- إقامة وصل طريق تعارض التخطيط العام للمنطقة، فتحرم حديقة عامة من جزء من أرضها وتقطع من حديقة قصر يعد من الآثار التاريخية.

فعندما تكون المنفعة العامة غير مؤكدة، أو تكون الأضرار التي تلحق بالمنافع العامة أو الخاصة شديدة، فإن على الإدارة أن تتريث في نزع الملكية وتعيد النظر في مشروعيتها، وإلا تتعرض قراراتها للإلغاء؛ لذلك استحسن بعض الفقهاء النظرية، وطالبوا بتوسيع تطبيقها إلى مجالات الرقابة القضائية المختلفة على المنفعة العامة، بل انتقدوا تردد القضاء في إعطاء النظرية كل المكنات التي منحها إياه حكم المبدأ، كما انتقدوا عدم تطبيق مثل هذه الرقابة منذ زمن في مجال نزع الملكية [٨١].

وربما تردد القاضي إلى حيثيته خوفاً من الوقوع بحضور رقابة ملائمة، واتهامه بالقيام بعمل رجل الإدارة، ومما لاشك فيه أن معظم الانتقادات التي وجهت إلى قضاء الموازنة من حيث صعوبة تطبيقه، ترجع إلى تعقد إجراء نزع الملكية ذاته، والآثار المختلفة التي تترتب عليه سواء في مجال البيئة أو المنافع العامة الأخرى أو الملكية الفردية، وإذا كان تطبيق قضاء الموازنة يستوجب التقديرات الصعبة، فلا شك أن الجمعيات المشكلة للدفا ع عن مصالح الأفراد تذلل تلك الصعوبات بما لها من دراية وخبرة تامة في هذه المجالات، كما أن القضاة يتلقون دراسات خاصة تساعدهم على تلك التقديرات المتعمقة والتي تجعلهم محلاً للثقة، فلا يخشى سلطانهم، وحسب ما يراه البعض من أنه ينتظر إلغاءات كثيرة لأن الإدارة أصبحت تحتاط، كما أن القاضي سيتردد قبل أن ينجذب إلى رقابة تتصف بالشخصية، وإنما ستظل قيمة النظرية في أنها تسمح برقابة القرارات التعسفية أو غير المدروسة جيداً، أو غير الرشيدة، حيث ستلتزم الإدارة بتقديم مبررات قوية لمشروعاتها[٨٢].

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاتجاه يرتكز على إيجابيات النظرية المتمثلة فيما يلي:

- تسمح هذه النظرية بوضع ضوابط للسلطة التقديرية للإدارة في مجال نزع الملكية.[٨٣]

- تعطي هذه النظرية ضمانة أكثر للأفراد ضد تجاوزات الإدارة [٨٤].

(٨١) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٤٣.٢٤٤.

(٨٢) أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص٢٤٤.

(٨٣) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٥٦.

(٨٤) العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا(بين المنافع والأضرار)النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص١٣٥.
وكذلك انظر: محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص١٧٦ .

- تحد من السلطة التقديرية غير المشروعة للإدارة [٨٥].
- تسمح بالارتقاء برقابة القاضي من خلال رقابته العادية للأسباب الواقعية للقرار وآثاره[٨٦].
- تسمح بتوحيد الإدارة، وتسهل على الإدارة المركزية رقابة الإدارات الأدنى منها.
- كما تلعب هذه النظرية دوراً وقائياً بالنسبة للإدارة[٨٧].

٢ - **الاتجاه المعارض للنظرية**[٨٨]: تمثلت أهم الانتقادات للرأي المعارض في أن القاضي يدخل الملاءمة الواجب تركها للإدارة في رقابته، ويحل تقديره محل رجل الإدارة[٨٩]، رغم عدم قدرته على ذلك، وعدم توافر الوسائل الفنية لديه، مما يثار فيه الشك في التزامه بمبدأ الفصل بين السلطات بين الإدارة العاملة والقضاء، كما أن إعطاء سلطة واسعة للقاضي في الرقابة سيجعل الأفراد والإدارة في حالة عدم استقرار، وتضطر الإدارة إلى أن تشرع في تنفيذ مشروعاتها، فلا يكون لإلغاء القرار - إذا حدث - إلا قيمة أدبية[٩٠]، إضافة إلى هذا قلة الإلغاءات المترتبة على هذا القضاء، فبقدر أن الفقه أيد مجلس الدولة بهذا القضاء في البداية إلا أنه بدأ انتقاده له، وذلك لعدة سنوات لقلة الإلغاءات التي تبنى على أساسه رغم إثارته أمام القضاء كثيراً، من أجل رفض طلبات المنزوعة ملكيتهم [٩١]، ومن بين الأسباب المؤدية لذلك نجد أن القاضي أصبح لا يلقي بالاً للاعتراضات التقليدية التي تصاحب كل مشروع، كما أن خشية القاضي من أن يتجاوز الحدود الفاصلة بين عمله وعمل رجل الإدارة، فهو سبق أن وسع سلطاته في الرقابة في مجالات كثيرة كالبوليس الإداري، لكنه لم يكن على مثل هذا القدر من الاحتياط الذي وصل لدرجة الخوف [٩٢].

حيث أراد القضاء في البداية أن يعطي فرصة للإدارة في أن تكيف نفسها مع القضاء الجديد، إلا بعد فحص وتمحيص شديدين - الموازنة وضمانات الأفراد، فهذا

---

(٨٥) أمال يعيش تمام، عبد العالي حاجة، المرجع السابق، ص ١٨٥.
(٨٦) محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص١٧٨ .
(٨٧) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٥٦.
(٨٨) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٤٣.٢٤٤.
(٨٩) PHILIPPE. GodFrin, OP.CIt, p207.
(٩٠) أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص٢٤٣.٢٤٤.
(٩١) ANDRE HOMONT, op.cit .p83.
(٩٢) PHILIPPE. Godfrain, OP.CIT ., p205.

النقد الأكثر خطورة والذي يحرم النظرية من تحقيق هدفها الأسمى وهو كفالة ضمانات أكثر فعالية للأفراد المتعاملين مع الإدارة، ويرجعون الأسباب إلى:

- إن المتقاضين لا يعرفون وفقاً لهذا القضاء الحل الذي سيطبق، وذلك لاختلاف تقديرات المحكمة تبعاً لكل قضية وربما حسب تشكيلة المحكمة.
- إن قضاء الموازنة هو قضاء الإدارة، فالصياغة الجديدة لعلاقات الأفراد مع الإدارة إنما دفع إليها ضرورة إيجاد مبررات قانونية لذلك الاستعمال المتزايد لنزع الملكية، بل إن البيئة القضائية أصبحت أكثر صلاحية لنزع الملكية.
- أدى اقتراب قضاء الموازنة كثيراً من الواقع إلى البعد عن القانون، مما أعطى فرصة كبيرة للتقديرات الشخصية للقاضي(٩٣).
- صعوبة إجراء الموازنة، فالبعض انتقدوها اعتماداً على أنه من الصعب مقارنة الأشياء غير المماثلة، فكيف يقارن إنشاء جزء من طريق سريع مع هدم جزء من المستشفى كما حدث في قضية SOCIETE CIVILE SAINTE-MARIE .
- إن العلاقة بين المنفعة العامة والمنفعة الخاصة وكيفية التداخل بينهما يجعل الهدف الأساسي الذي دفع القضاء للقول بالنظرية لم يتحقق (٩٤).

المطلب الثاني

موقف الإدارة والاجتهادات القضائية من نظرية الموازنة

قبل التطرق لموقف الاجتهادات القضائية من هذه النظرية(٩٥) لابد من الإشارة إلى موقف الإدارة العاملة، وهذا ما سوف نتعرض إليه بالدراسة في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فسوف نتطرق فيه إلى موقف الاجتهادات القضائية من هذه النظرية مع الاعتماد على الدراسة المقارنـــة (الجزائر، فرنسا، مصر).

الفرع الأول: موقف الإدارة العاملة من نظرية الموازنة

بعد مرور أقل من عامين على صدور حكم المبدأ المذكور آنفاً، وعقب صدور أول

(٩٣) انظر: أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٤٠.

(٩٤) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص ٢٤٠ - ٢٤١.

(٩٥) العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ١٣٨ - ١٣٩.

حكم من الإلغاء تطبيقاً للنظرية في قضية SOCIETE CIVILE SAINTE-MARIE[٩٦] صدر منشور من وزير الأشغال الفرنسي ينبه فيه الإدارة المعنية إلى أن هناك تعريفاً جديداً أوجده القضاء الإداري، وحتى تتلاءم تصرفات الإدارة مع القضاء الجديد فقد نص المنشور على ضرورة الأخذ في الاعتبار - عند إقامة مشروع يستلزم نزع الملكية - بكل النتائج والآثار التي تلحق بالمنافع الفردية أضراراً كبيرة الأهمية، فتضعف بذلك المنفعة للمشروع، كما يطالب المنشور الإدارة المعنية بألا تسقط من حساباتها أية منافع يمس بها المشروع المنفعة العامة، فيجب على الجهة الإدارية المختصة إبداء ملاحظاتها وإخطار إدارتها المركزية إذا لزم الأمر، وفي تعليق لوزير الإسكان والتعمير والسياحة يوضح أن القاضي لم يعد يفحص فقط مشروعية الإجراءات في مجال نزع الملكية، ولكنه أصبح بموجب القضاء الجديد يفحص الفائدة التي تعود من المشروع، وطالب الوزير بالاحتياط الشديد عند إقامة أي مشروع تفادياً لخطر إلغاء القرارات الإدارية في هذا المجال [٩٧].

كما صدر كذلك منشور يبين أنه مما يحقق المنفعة العامة في اختيار مناطق الإعداد أن تكون قد تم توصيلها بالمرافق وشبكة الطرق العامة، كما نبه المنشور إلى عدم ملاءمة اللجوء كثيراً إلى وسيلة نزع الملكية بصدد إنشاء هذه المناطق، وتمثل هذه المنشورات أول ثمرة لقضاء الموازنة، حيث تلتزم الإدارة بدراسة مشروعاتها جيداً قبل تقرير المنفعة العامة، ولقد انتقد MAYET (أحد رجال الإدارة العامة) موقف القضاء في نظرية الموازنة بأنه يخشى منه أن يحل القاضي تقديره محل تقدير الإدارة[٩٨]، حتى تقدير المنتخبين، بما يؤدي إلى حكومة القضاة، ومع اعتراف السيد MAYET بوجود قصور في رقابة المنفعة العامة، وبما أنه لضرورة الحد من اللجوء إلى نزع الملكية، فهو يرى أن خير وسيلة لعلاج ذلك هي إعادة تنظيم التحقيق المسبق باعتباره وسيلة فعالة لرقابة المنفعة العامة عن طريق الجمهور، كما أنكر بعض رجال الإدارة العاملة على القاضي عدم التزامه بالدور المسند إليه، وذلك لأن الإدارة تمارس اختياراً مسؤولاً، فيجب أن يسمح لها أن تختار بحرية، كما أن القرارات الإدارية تتخذ بناء على اعتبارات غالباً ما تكون خافية وغير قابلة للقياس [٩٩].

---

(٩٦) ANDRE DELAUBADERE .GEAN-GLAUDE VENEZIA.YVES GAUDEMENT. OP.CIT.P382.

(٩٧) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص ٢٣٤- ٢٣٥.

(٩٨) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٣٥ .

Voir: PHILIPPE. Godfrain, Op.cit., p207.

وكذلك انظر: محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص١٧٧ .

وكذلك انظر: لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٥٧.

(٩٩) أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص ٢٣٥- ٢٣٦ .

وحسب ما جاء به بعض الفقهاء فإنه مما لا شك فيه أن فرض رقابة القضاء على بعض عناصر السلطة التقديرية للإدارة لا يخلو من فائدة، فالقاضي الإداري يقوم بدور الناصح للإدارة، ويقدم رجل الإدارة له شبه توجيهات عامة، كما أنه يناصرها في إصدار القرارات التي قد تكون غير مرغوبة من الأفراد - كإقامة المفاعلات النووية - إضافة إلى أن القضاء يسهل للإدارة المركزية تطبيق رقابتها الإدارية على الإدارة الأدنى منها درجة، وفي غالب الأحيان تقوم العلاقة بين الإدارة والقضاء الإداري على التعاون، والذي يبدو أحد مظاهره في مجال الموافقة على منح استثناء من قواعد التخطيط العمراني، حيث جاء موقف مجلس الدولة في قضية VILLE DE LINOGES بضرورة توخي الدقة في منح هذا الاستثناء، ثم صدر منشور ثالث عقب الحكم يشرح النتائج المترتبة عليه [١٠٠].

الفرع الثاني: موقف الاجتهاد القضائي من نظرية الموازنة

إن مجلس الدولة الجزائري ومن خلال استقراء أحكامه القضائية تبين أنه لم يتأثر بالتطور الحديث الناتج عن مبدأ الموازنة بين المزايا والتكاليف خاصة في مجال نزع الملكية، حيث تحتاج الإدارة إلى قسط من السلطة التقديرية في تقدير المنفعة العامة الذي يدخل تقليدياً في سلطتها، مع العلم أن القاضي يقتصر على مراقبة الشكلية ولا يمكن أن يمتد إلى مراقبة الملاءمة[١٠١]، وهذا ما يظهر من خلال الحيثية التالية: «حيث إنه فيما يخص اختيار قطع الأراضي محل نزع الملكية فإن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز المشروع للمنفعة العامة، وبهذا يتعين رفض طعن فريق (غ) لأنه غير مؤسس». وما يمكن استخلاصه هو أن القاضي الإداري ليس مؤهلاً لرقابة تقدير اختيار الإدارة للأماكن محل النزاع لإنجاز مشاريع المنفعة العامة، ويبدو أن القاضي الإداري الجزائري يؤكد أنه مازال متمسكاً بالرقابة التقليدية لتقديره للمنفعة العامة[١٠٢]، وغالباً ما أكدت المحكمة العليا في هذا الصدد على امتناعها عن التدخل في رقابة الملاءمة، خاصة فيما يتعلق بوجود أو انعدام المنفعة العامة [١٠٣]، إلا أن التجاوزات

---

(١٠٠) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٣٦ .

(١٠١) العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص١٣٨.١٣٩.
وكذلك انظر: قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، لرقم ٦٦٩٦٠، المؤرخ في ١٩٩٠/٠٤/٢١، المجلة القضائية، العدد ٠٢، ١٩٩٢. وكذلك انظر: لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٥٨.

(١٠٢) العربي زروق، المرجع نفسه، ص١٣٩.

(١٠٣) قرار مجلس الدولة، الغرفة الإدارية، رقم ٨٧٥١ المؤرخ في ٢٠٠٣/٠٤/١٥ في قضية (ق ع) ومن معه ضد والي ولاية المسيلة ومن معه، قرار غير منشور، انظر: الملحق رقم ٠١ والذي يتلخص فيما يلي: =

ملحوظة في طريقة تكييف الوقائع[١٠٤] حيث يظهر هذا جلياً في هذا القرار والذي تتلخص وقائعه فيما يلي:

* صدور قرار يتضمن فتح تحقيق مسبق لمشروع نزع الملكية الخاصة الكفيل بإيواء مصالح البلدية الداخل في إطار تحديث مستشفى مصطفى باشا، وبعدها صدور قرار التصريح بالمنفعة العامة من طرف والي ولاية الجزائر .

أما الإجراءات فقد طعن كل من (ك أ، ك أ) في قرار فتح التحقيق المسبق وقرار التصريح بالمنفعة العامة أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، أما الادعاءات فاستند كل من (ك أ، ك أ) على أن نزع الملكية يستهدف إرجاع المحلات التي هم مستأجروها في حين إن الأمر ٤٨/٧٦ المؤرخ في ١٩٧٦/٠٥/٢٣ يحصر في مادته الأولى نزع الملكية في امتلاك عقارات أو حقوق عينية عقارية، والمحل أن التجار الذين يستفيدون منه هو حق شخصي غير منقول .

إن العملية لا تستهدف تزويد مستشفى مصطفى باشا بالمحلات التي تكون هي في حاجة إليها بخصوص التوسيع والتحديث، وإنما الغاية منها السماح للمجلس الشعبي البلدي لسيدي أمحمد بإيواء المصالح البلدية في المحلات التي يستأجرونها، فمفهوم المنفعة العمومية لا ينطبق على المجلس الشعبي البلدي آنف الذكر الذي لا يستطيع إيواء مصالح البلدية التابعة له، إن حقوقهم التجارية محمية بموجب المادتين ١٨٥ و١٨٨ من القانون التجاري اللتين تنصان على أن الإيجار لا يفسخ إلا إذا دفع التعويض عن الإخلاء مسبقاً طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة ١٨٦ من القانون نفسه، حتى في حالة الرفض المبرر بسبب متعلق بالمنفعة العامة، أما الوالي فيدفع في الشكل بعدم قبول الطعن .

= «الوقائع والإجراءات : حيث استأنف (ق ع) ومن معه قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء مسيلة المؤرخ في ٢٠٠٢/٠٢/٠٥ القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس، وجاء في عريضة الاستئناف أن الطريق المصرح به للمنفعة العامة الذي يخترق أملاك المستأنفين، ومن الناحية الغربية المحاذية للطريق رقم ٦٠. لا يحقق المصلحة العامة، وإنما تحقق المصلحة الخاصة لرئيس البلدية، وبعض حاشيته من الذين يريدون الحصول على واجهة أخرى لأملاكهم. والتمسوا إلغاء القرار المؤرخ في ١٩٩٩/٠٦/٠٦ عن والي ولاية المسيلة المتضمن التصريح بالمنفعة العمومية لأن الطريق لا يحقق المنفعة العامة، وإنما يحقق منفعة خاصة لبعض الأشخاص ....في الشكل: الاستئناف جاء ضمن الشروط الجائزة شرعاً فهو مقبول .

في الموضوع : ....حيث إن السبب الذي أقاموا عليه دعواهم هو انعدام المصلحة العامة في شق الطريق ملتمسين خبيراً لتقدير مدى وجود المصلحة العامة في شقها من عدمه، .حيث إن الدعوى بهذا الشكل عديمة الأساس القانوني؛ لأن مسألة تقدير المنفعة العامة من صلاحية الإدارة وحدها، وللمالكين الحق في التعويض العادل فقط، ويترتب عن ذلك تأييد القرار المستأنف».

(١٠٤) قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، رقم ٣٦٥٩٥ الصادر في ١٩٨٩/٠٥/٢٦ في قضية ك .ا ضد والي ولاية الجزائر. السالف الذكر.

وكذلك انظر: لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص ٥٨.

أما من حيث الموضوع فهو يذكر أنه إذا كانت المادة الأولى من الأمر المؤرخ في ١٩٧٦/٠٥/٢٥ تنص على أن نزع الملكية يعد طريقة استثنائية لامتلاك العقارات والحقوق العينية العقارية، فإنه يمكن من باب أولى وضمنياً نزع ملكية الحقوق الشخصية المنقولة من أجل المنفعة العمومية، وأن المادة ١٦ من الأمر المذكور أعلاه تنص على أن تحدد التعويضات نقداً وبالعملة الوطنية، بيد أنه يمكن لنازع الملكية أن يتخلص من التعويض إذا قدم للتاجر أو الحرفي أو الصناعي الذي يخلي مكانه المكان المعادل لمكانه في المنطقة العمرانية نفسها.

في هذه القضية خلصت الغرفة الإدارية بعد إعمالها في رقابتها لقرار التصريح بالمنفعة العمومية من خلال رقابة وقائع القرار وتكييفها القانوني إلى أن نزع الملكية من أجل المنفعة العامة المزمع القيام بها للحصول على المحلات الموجهة لإيواء مصالح البلدية (سيدي أمحمد) يكتسب طابع المصلحة العامة المحققة، ذلك أن عملية نزع الملكية مقررة لصالح مجموعة محلية ولإشباع حاجيات مرفق عام، وأنه إذا كانت المادة ٠١ من الأمر المؤرخ في ١٩٧٦/٠٥/٢٥ تنص أن نزع الملكية تعد طريقة استثنائية، فإن المادة ٢٥ منه في فقرة ٠٣ والمادة ٢٦ تنصان على أن التعويض يغطي إخلاء الصناعيين والتجاريين والحرفيين بقصد إعادة إيوائهم أو الحرمان من الانتفاع، كما يستخلص أن والي ولاية الجزائر لم يخرق القانون عند تصريحه بالمنفعة العامة، والأمر نفسه يستنتج من خلال القرار رقم ١٥٧٣٦٢ السالف الذكر.

كما اضطر إليها مجلس الدولة الفرنسي عندما قارن بين مساوئ ومزايا المشاريع المعروضة من طرف الإدارة، وما زال القاضي الإداري معادياً لرقابة ملاءمة هذه السلطة في هذا المجال إلا في حالة تقييمه للمنفعة العامة الناتجة عن عملية نزع الملكية بمراقبة الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع إلى تدعيها وتستند إليها الإدارة[١٠٥]، وهذا ما أكده العديد من الفقهاء الجزائرين، فمثلاً ليلى زروقي في أحد مقالاتها ذكرت: «إن القاضي يملك الرقابة الكاملة للتحقق من وجود المنفعة العمومية بغض النظر عن ما توصلت إليه لجنة التحقيق من فعالية المنفعة العمومية، وإن كان ما يمنع القاضي الإداري الجزائري أن يذهب إلى الأخذ بالنظرية التقييمية (الموازنة بين المنافع والمساوئ) ما دام القاضي لا يتدخل ولا يراقب المسائل التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة، وكل ذلك يتم عن طريق عملية تكييف الوقائع ليس إلا [١٠٦].

(١٠٥) العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص١٣٩.

(١٠٦) ليلى زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، المرجع السابق، ص ١٠ وما بعدها.

أما فريدة أبركان فإنها تؤكد كذلك ما ذهبت إليه ليلى زروقي[١٠٧]، ولقد خرجت رقابة القاضي الإداري عن هذه الأساليب التقليدية ولم يلجأ إلى الأساليب الحديثة (رقابة الوقائع ورقابة الموازنة بين المزايا والأضرار) إلا في حالات ضيقة جداً بطريقة استثنائية ومحتشمة بما يتناسب والحقوق والحريات الأساسية للأفراد وبتوسيع مجال المشروعية إلى مجال الملاءمة.

إن رقابة القاضي الإداري هي رقابة مشروعية أصلاً وملاءمة استثناء دون المساس بمبدأ الفصل بين السلطات؛ لذا لا يمكن القول إن القاضي الجزائري لم يتدخل في مثل هذه الحالات (رقابة ملاءمة السلطة التقديرية للإدارة) بصفة مطلقة، وإنما كلما اقتضت ضرورة المصلحة العامة وحماية حقوق وحريات الأفراد ذلك [١٠٨].

إن الأسباب التي أدت بالقاضي الإداري إلى الامتناع عن تطبيق نظرية الموازنة يمكن أن نلخصها فيما يلي:

- تخوف القاضي الإداري الجزائري من جهة، وعدم تخصصه من جهة أخرى يمنعان من الخوض في غمار الموازنة واتخاذ القرار الحاسم.
- التسليم بأن السلطة التقديرية للإدارة لا تخضع لرقابة القاضي.
- صعوبة إجراء الموازنة مع نقص الآليات المتاحة للقاضي الإداري.
- العلاقة بين المنفعة العامة والخاصة تجعل فكرة المنفعة العامة متغيرة وغير واضحة، وعليه فإن الهدف من اعتماد النظرية غير محقق [١٠٩].
- طبيعة القضايا في حد ذاتها المعروضة على مجلس الدولة والقضاء الإداري عامة، وكذلك قلة القضايا، وهذا لتخوف الأشخاص من اللجوء إلى القضاء باعتبار أن الإدارة طرف وجهة إنصاف القضاء لها.
- دور القاضي الإداري الجزائري محدود فهو يكتفي بتطبيق القانون، عكس القاضي الإداري الفرنسي فهو في حركية واجتهاد دائمين[١١٠].

(١٠٧) فريدة أركان، المرجع السابق، ٤٠ - ٤١.

(١٠٨) العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص١٣٨.

(١٠٩) لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص ٦١.
وكذلك انظر: العربي زروق، المرجع نفسه، ص ١٣٩.

(١١٠) لباشيش سهيلة، المرجع نفسه، ص ٦١.

كل هذا وباختصار فيما يتعلق بموقف الاجتهاد القضائي الجزائري، أما بالنسبة لموقف الاجتهاد القضائي المصري فالوضع يقترب فيه من ذلك الذي دفع إلى إيجاد قضاء الموازنة في فرنسا للأسباب التالية:

- تعاظم المنفعة الاقتصادية حيث المشكلة في مصر أكثر إلحاحاً.
- اختلاط المنافع الخاصة بالمنافع العامة.
- اتجاه السياسة التي ينتهجها القضاء الإداري المصري إلى الحد من السلطة التقديرية للإدارة حرصاً منه على توفير قدر أكبر من الحماية للأفراد المتعاملين، ومن مظاهرها:
- الرقابة على تناسب الإجراء المقيد للحرية العامة مع خطورة الإضرار بالأمن.
- الرقابة على إصدار القرارات الإدارية في وقت غير ملائم.

وهكذا يمارس القضاء الإداري المصري رقابة متقدمة، يمكن أن ترد على السلطة التقديرية للإدارة عند المساس بحرية من حريات الأفراد، مما يؤكد إمكانية تطبيق نظرية الموازنة في مصر، ولقد اقتربت بالفعل أحكام كثيرة في مصر من رقابة الموازنة بل وطبقت عناصرها ومن ذلك :

١ - **حكم عزبة خير الله:** وقبل صدور هذا الحكم كان موقف القضاء الإداري المصري لا يختلف كثيراً عن موقف القضاء الجزائري على قرارات نزع الملكية، فلقد كان القاضي الإداري المصري يقف برقابته عند حد مراقبة (مدى صحة الوقائع المادية) دون الخوض في تقدير مدى ملاءمة القرار[١١١]، ولكن حكم عزبة خير الله يمس أيضاً حدود تقدير المنفعة العامة، فالقاضي الإداري المصري كانت سلطته في هذا المجال مقيدة إلى حد كبير [١١٢]، وعلى الرغم من أن الفقه في مصر لم يعالج هذه المسألة تفصيلاً، إلا أن البعض تعرضوا للموضوع وقرروا أن سبب قرار المنفعة العامة غالباً هو حالة واقعية تتمثل في حاجة الجمهور إلى إنشاء مرفق عام أو تحسينه أو إقامة مشروع عام كإنشاء مدرسة أو مستشفى أو توسيع شارع أو غير ذلك، وعليه فإنه لكي تقول الإدارة بتوافر المنفعة العامة التي تبيح نزع الملكية الفردية يتعين أن توجد هذه الحالة الواقعية فعلاً، وللقضاء كامل الحق في أن يراقب وجود هذه الحالة، بل يجب أن يتأكد فعلاً من وجودها، فإذا ثبت له عدم وجود مثل هذه

(١١١) عزت صديق طنيوس، المرجع السابق، ص ٣٦٠.

(١١٢) نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع السابق، ص٢٨.

وكذلك انظر: محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص٧٥ وما بعدها.

الحالة الواقعية فإن له أن يلغي قرار المنفعة العامة، ولا تتمتع الإدارة بأي سلطة تقديرية في خصوص القول بوجود الحالة الواقعية، فمتى ادعت وجودها فقد أصبح الأمر تحت بصر القضاء وسمعه ليتثبت من حقيقته [١١٣]، فهذه الرقابة لا تمضي إلى أبعد من ذلك، ولا يتعدى مجرد من هذا الوجود الفعلي للواقع المدعى به، وتجد عند قول الإدارة بأن هذه الحالة الواقعية تمثل منفعة عامة تبرر تدخلها باستخدام وسيلة نزع الملكية، فالقاضي الإداري يمتنع عليه أن يزن مدى المنفعة العامة التي يقتضيها سد هذه الحاجة الواقعية، فإذا رأت الإدارة تدخلها لسد هذه الحاجة بإقامة المشروع أو بتوسيع الشارع أو غير ذلك مما يمثل منفعة عامة، فإن القضاء يمتنع عليه مناقشتها في هذا الصدد، ولا يملك إلا التسليم بتوافر هذه المنفعة [١١٤] .

فأحكام القضاء الإداري في مصر تؤكد هذه الملاحظة، فقد رحبت أحكامه منذ وقت طويل بالتسليم بسلطة الإدارة التقديرية في تقرير توافر منفعة عامة لمشروع معين، وضرورة نزع ملكية عقار بعينه دون غيره لإقامة هذا المشروع، فمناط نزع الملكية هو أن تتوفر - في الواقع - المنفعة العمومية التي تدعيها الإدارة من وراء إقامة هذا المشروع، ورأي الإدارة في هذا المجال لا معقب عليه من القضاء، فلا يسمح لأحد ادعاؤه أن تراه الإدارة محققاً للنفع العام، لا يتحقق معه هذه المنفعة، وأن العقارات التي اختارت الإدارة نزع ملكيتها أو المسار الذي حددته لطريق، ليس الاختيار الأمثل، وإن عقاراً آخر أو مساراً آخر كان سيحقق على نحو أفضل المنفعة التي تدعيها الإدارة، فالإدارة حرة في اختيارها للمشروعات العامة التي تقوم بها، وفي كيفية توزيعها على المدن والمناطق المختلفة، ولها في سبيل ذلك.

وطالما كانت المنفعة العامة هي هدفها أن تنتزع ملكية العقار الذي تراه - وفقاً لسلطتها التقديرية - أكثر ملاءمة لتحقيق هذا الهدف [١١٥].

لذلك قررت محكمة القضاء الإداري أن المشرع لم يبين أركان المنفعة العامة التي تجيز نزع الملكية لأنها تختلف باختلاف الظروف والأحوال؛ لذلك فإن للجهات الحكومية الإشراف على المنافع العامة وتوجيهها للوجهة التي تراها أوفى لتحقيق الغرض منها - فلها أن تعدل فيها أو تستبدل غيرها بها حسبما تراه أنفع، مراعية في ذلك الصالح العام

(١١٣) عزت صديق طنيوس، المرجع نفسه، ص ٣٦٤.
وكذلك انظر: نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع نفسه، ص٢٨.
(١١٤) عزت صديق طنيوس، المرجع السابق، ص ٣٦٥.
وكذلك انظر: نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع السابق، ص٢٨.
(١١٥) نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع نفسه، ص٢٨. ٢٩.

الذي هي منصبة له وقوامة عليه، لذلك فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في نزع الملكية متى اقتضت ذلك ضرورة متعلقة بالمنفعة العامة بشأن من شؤون الصحة أو التحسين أو طرق المواصلات وغيرها من الأغراض والمرافق العامة (١١٦).

وما تجدر الإشارة إليه أنه من أهم المبادئ التي استخدمها حكم عزبة خير الله أن القضاء المصري اعتنق صراحة فكرة توازن المصالح في تقدير مدى صحة القرار الإداري وشرعيته، فإن الحكم استرسل في حيثياته مؤكداً على هذه الفكرة دون أدنى لبــس أو غموض، فجاءت عباراته صريحة واضحة (١١٧).

فالقرار الإداري لا يكون غير مشروع لأنه تنكب غايات الصالح العام التي حددها القانون وانحرف عنها، «وإنما أيضاً يكون القرار الإداري غير مشروع إذا استند إلى غاية من غايات الصالح العام يكون ظاهراً أو مؤكداً أنها أدنى في أولويات الرعاية من غايات ومصالح قومية أسمى وأجدر بالرعاية، وترتبط بالقيم والمبادئ الأساسية للمجتمع، وتكون أساساً لسلامة الكيان القومي، إذا تعارضت غاية القرار في الظرف والتوقيت الذي يراد تنفيذه فيه مع السلامة القومية العليا، أو مع الوحدة الوطنية، أو مع السلام الاجتماعي، أو الأمن العام، وكان القرار غير مشروع»(١١٨).

ويتعرض الحكم صراحة لنوعية الرقابة التي يباشرها القاضي الإداري على القرار الإداري في مثل هذه الحالات ليبين - حسب قول الحكم - إن القاضي يظل نطاقه رقابة المشروعية ولا ينتقل إلى ممارسة رقابة الملاءمة، والمحكمة العليا المصرية في هذا الصدد تأخذ بوجهة نظر رقابة الفقه الفرنسي الذي مازال يعتقد أن رقابة القضاء الإداري لم تنتقل بعد من مجال المشروعية إلى مجال الملاءمة، حقاً إن القاضي يقترب كثيراً من نطاق قضاء الملاءمة ويكاد يتخطى الحد الفاصل بين نوعي الرقابة، لكنه لا ينتقل إلى نطاق رقابة الملاءمة، وهذا هو المعنى الذي حرص حكم المحكمة العليا - الجزائر - على تأكيده، كما حرص كذلك على ذكر فكرة الموازنة بين المصالح(١١٩).

(١١٦) نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع السابق، ص٣٠.

(١١٧) أراثن عبد الله، المرجع السابق، ص٥٠ وما بعدها.

(١١٨) نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع نفسه، ص٥٩ وما بعدها .

(١١٩) «ذلك أن هذه الإدارة يتعين أن تصدر تصرفاتها بما يراعي الموازنة بين المصالح العامة المتفاوتة المدارج والوزن والأهمية على النحو الذي ألزمها الدستور والقانون، وإذا لم تلتزم بذلك كان للقضاء الإداري بحكم ولايته التي أناطها به الدستور والقانون أن يردها إلى مجال المشروعية وسيادة القانون بحسب صحيح التفسير السليم بنصوصها، وبما يدرأ ما يترتب على تنفيذ قراراتها غير المشروعة من قرارات اجتماعية سكانية وأخلاقية وصحية وأمنية على النحو الظاهر والثابت في موضوع الطعن الماثل».انظر: نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع السابق، ص٦٠.

لذلك انتهت المحكمة العليا إلى رفض الطعن المقدم إليها، لأن القرار المطعون فيه صدر مشوباً بعدم المشروعية لانحرافه عن الالتزام بغايات الصالح العام القومي، بما يرجح معه إلغاؤه عند الفحص في طلب الإلغاء .

٢ - **حكم سوق روض الفرج:** لقد صدر هذا الحكم في ١٩٩٣، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ قرار لمحافظ القاهرة في مجال التراخيص، ورغم ما يبدو لأول وهلة من تباعد بين مجالي الترخيص ونزع الملكية، فإن هذا الحكم يقترب من حكم قضية عزبة خير الله، حيث جاء هذا الحكم ليعزز الاتجاه نفسه الذي أكده من قبل كل من القضاء المصري والفرنسي ومؤداه بسط رقابة القاضي الإداري على توافر شرط المنفعة العامة، وتجاوز حدود هذه الرقابة من مجرد التأكد من توافر منفعة عامة من وراء القرار الإداري بنزع الملكية إلى حد الموازنة بين المصالح التي يحققها القرار، وتلك التي يمس بها، وترجيح بعضها على البعض الآخر للحكم على مشروعية القرار الإداري [١٢٠].

فأخذت المحكمة -كما قلنا- في هذه القضية بفكرة الموازنة بين المصالح بالرغم من أنها لم تتعلق بقرار نزع الملكية بل بإلغاء تراخيص مزاولة نشاط تجاري بالجملة في سوق روض الفرج، رغبة من الإدارة في أن تنقل نشاط الجملة إلى السوق الجديدة التي أقامتها هيئة المجمعات العمرانية الجديدة، وذلك بموجب قرار محافظ القاهرة رقم ١٦٤ لسنة ١٩٩٢ بتاريخ ١٩٩٢/٠١/٢٨، وقد طعن في القرار المذكور ٣٥ تاجراً ممن كان القرار يشملهم أمام محكمة القضاء الإداري، وطالبوا أولاً: بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ القرارات السلبية بالامتناع عن تحديد تراخيص الأشغال الممنوحة لهم، وما يترتب على ذلك من آثار، وثانياً: وبصفة مستعجلة أيضاً الحكم بوقف تنفيذ القرار ١٦٤ بما قرره من إنهاء نشاط تجار الجملة بسوق روض الفرج، وإلغاء كذلك كافة التراخيص المتعلقة بمزاولة النشاط اعتباراً من ١٩٩٢/٠٤/٠٥، وما يترتب على ذلك من آثار، وثالثاً: وفي الموضوع إلغاء القرارات الإدارية المطعون فيها جميعاً، وما يترتب على ذلك من آثار مع إلزام المدعي عليه بالمصروفات.

ويبدو -وكما قلنا- أنه لأول وهلة أن هذه القضية بعيدة عن موضوعها؛ نظراً لأننا نحاول بيان الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على قرارات نزع الملكية وخاصة شرط المنفعة العامة، بينما يتعلق الأمر في هذه القضية بسلطة الإدارة التقديرية في

(١٢٠) نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع نفسه، ص٥ وما بعدها.

إصدار تراخيص مزاولة تجارة الجملة، ولكن رغم اختلاف مجال كل من الموضوعين فإن الاستشهاد بهذه القضية لا يبدو غريباً، بل يصبح وسيلة لتأكيد الاتجاه الحديث للقضاء الإداري في مصر، إذا لاحظنا أن محكمة القضاء الإداري في انتهاجها لطلب الطاعنين استندت إلى «فكرة الموازنة بين المصالح» التي يمسها قرار محافظ القاهرة، وإن كانت تتعلق بوقف تراخيص تجار الجملة، فإن تنفيذ هذا القرار يترتب عليه حرمانهم من العمل في مكان ظلوا يعملون فيه طوال السنوات الماضية، وهو إن لم يكن نزع الملكية فهو يقترب منه إلى حد كبير، وتقترب آثاره من الآثار التي تترتب على نزع الملكية حيث سيضطر هؤلاء جميعاً إلى ترك أماكنهم والانتقال إلى مكان آخر وهو سوق العبور، وما قد يستتبعه ذلك من ضرورة ترك أماكن سكنهم والسكن بالمقر الجديد الذي سينتقلون إليه(١٢١).

وما لم يكن ليؤخذ في الاعتبار إذا كانت المصلحة العامة التي يحققها قرار محافظ القاهرة أولى بالرعاية وأجدر بالعناية، فقد صرحت المحكمة العليا بأن: «من المصالح التي يمسها القرار مصالح التجار والمستهلكين»، وهنا يقتضي استخدام فكرة الموازنة بين المصالح، كما أن المحكمة شرعت في البحث عن مشروعية القرار، واستندت في ذلك إلى الموازنة بين المصالح المختلفة التي يمسها، ومدى ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية، ومدى ما يكون للقاضي من حق الرقابة على مدى ملاءمة القرار، فالأمر فيما يتعلق بالموازنة ينصب على الموازنة بين مصالح التجار والمستهلك ومصالح الإدارة في شغل سوق العبور(١٢٢).

ونستطرد فيما يلي الحكم لنقارن المصالح العامة التي يمسها القرار، ونقدر أي هذه المصالح أولى بالرعاية والعناية مما يقتضي ترجيحها على المصالح الأخرى:

«كما هو الحال عندما يكون في زيادة الموارد المالية للدولة تحقيق للصالح العام نظراً لما يعود على المجتمع من خدمات إضافية نتيجة هذه الزيادة المالية.... يجب المفاضلة والموازنة بينهما لتحديد أيهما أكثر تحقيقاً للصالح العام، أو بالأحرى أيهما يحقق المصلحة العامة الحقيقية فعلاً، وأنه ولئن كانت المصلحة العامة تقتضي بحق جهة الإدارة

(١٢١) نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع السابق، ص ٦٢ - ٦٣.

(١٢٢) «في هذه الحالة يتعين أن يكون مناط الرقابة منصباً على حق الجهة الإدارية في استعمال سلطتها التقديرية، حيث تكون حرية الاختيار بين عدة أغراض وأهداف مما تندرج تحت مدلول المصلحة العامة، فإذا كانت هناك عدة أهداف من شأنها تحقيق مصلحة عامة فإن للإدارة أن تختار من بين هذه الأهداف ولكنها ليست مطلقة الحرية في هذا الاختيار، إذ يجب عليها أن تختار الهدف الأكثر تحقيقاً للمصلحة العامة» انظر: نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع السابق، ص٦٤.

بإنشاء أسواق جديدة للجملة خارج الكتلة السكنية، وتحديد التاريخ الذي تراه مناسباً لتشغيله، فإن من مقتضى تحقيق التوازن بين تلك المصلحة العامة، وما قد ينجم عن تلازم الانتهاء الفوري للنشاط بالأسواق القائمة بالفعل بمناسبة الافتتاح من أضرار بالغة قد تلحق بالعديد من المواطنين، مما يجعل القرار المطعون فيه بعدم الملاءمة التي تعد شرطاً من شروط المشروعية وعنصراً لازماً يكشف عن مدى مشروعية عمل الإدارة [١٢٣].

المطلب الثالث

أزمة نظرية الموازنة ومستقبل تطبيقها

الفرع الأول: أزمة نظرية الموازنة، بعد فترة من تطبيق مجلس الدولة الفرنسي لنظرية الموازنة في مجال الرقابة على المنفعة العامة في نزع الملكية تبين أن هناك مشروعات تستحق للوهلة الأولى وتبرر أحكام مجلس الدولة على الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة مهما كانت ادعاءات ذوي الشأن بتخففها للأضرار، ولقد جمع هذه المشروعات أنها على درجة كبيرة من الأهمية وكأن هناك ضرورة عامة قد دفعت إلى إقامتها .

ولقد ثار السؤال التالي: كيف يأتي ذلك والموازنة تفترض عدم الاعتراف بالمنفعة العامة لمشروع ما مسبقاً أياً كان نوعه ؟ وإنما توضع منفعة المشروع في موازنة مع الأضرار الناشئة عنه، ويحكم على تحقيقه للمنفعة العامة بحسب النتيجة النهائية، وللإجابة عن هذا التساؤل لابد من التطرق إلى نشأة هـذه الأزمة، وكذا إلى حقيقة الأزمة[١٢٤].

أولاً- نشأة الأزمة: إن الفقه الذي تحمس لإعلان الدولة الأخذ بتعريف جديد للمنفعة العامة يحمل في طياته ضمانات جديدة للأفراد في مواجهة الإدارة، قد بدأ يشكك بعضه في إمكان تطبيق ذلك التعريف الجديد، وما تستلزمه من رقابة متقدمة على القرارات المتعلقة بالمشروعات ذات الأهمية الكبرى، حيث لم يحدث بعد حكم SOCIETE CIVILE SAINTE-MARIE أن أنكر مجلس الدولة المنفعة العامة على أي من مشروعات إقامة الطرق السريعة أو التوسع في المعسكرات الحربية أو إقامة المفاعلات النووية، ولقد علق بعض الفقهاء على ذلك بأن قضاء الموازنة إنما يطبق بصدد المشروعات قليلة الأهمية أو تلك التي لها طابع محلي، بينما يخشى القضاء الإداري مواجهة الإدارة المركزية، فسلم

(١٢٣) نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع نفسه، ص٦٥.

(١٢٤) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٤٥.

وكذلك انظر: أسامة مصطفى عطعوط، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية، نظرية الوازنة، مصر، دون ذكر السنة، ص١٥٠ وما بعدها.

لها بمشروعية قرارات تقرير المنفعة العامة لمشروعاتها أياً كانت الأضرار المتعلقة بها، بحيث تقتصر الرقابة القضائية بشأنها على تأكيد التعهدات التي تقدمها الإدارة بتقليل الأضرار الناجمة عن تلك المشروعات.

وجميع هذه المشروعات التي أثيرت الأزمة بشأنها لها درجة معينة من الأهمية؛ وذلك لتعلقها بالاختيارات الكبرى لخطوط السياسة العامة في الدولة، ولذا اعتبرت منافع سامية بطبيعتها نظراً لضرورتها حيث تمس الأمن أو المرور أو الطاقة، فيشير مجلس الدولة ممثلاً بعد تقرير صيغة الموازنة إلى أن المشروع (إقامة وصلة شهرية) قد ورد بالخطة السابعة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية يمثل اختياراً ذا أولوية، وهكذا بدا وكأن اعتراف المشروع في الخطة لا يجزم له بصفة المنفعة العامة، حيث من المتصور أن تجسد ظروف اقتصادية أو فنية تقلل من منفعة المشروع أو تزيد الأضرار الناجمة عنه، كما أنه لا يعتبر شرطاً قانونياً كافياً للقول بمشروعية قرار تقرير المنفعة العامة[١٢٥] .

إذن فإن ما قيل بمناسبة هذه المنافع العامة يمكن أن يهدم النظرية من أساسها، ويبعث من جديد فكرة المنفعة العمومية في ذاتها -السالفة الذكر-، ويمكن أن نوضح ذلك من خلال مواقف القضاء من تلك المشروعات ذات الأهمية الكبرى :

١ - **موقف القضاء من المنفعة العامة المتعلقة بإنشاء الطرق:** كما قلنا آنفاً فبعد حكم SOCIETE CIVILE SAINTE-MARIE درج مجلس الدولة الفرنسي على الاعتراف بصفة المنفعة العمومية لمشروعات إقامة الطرق السريعة، ورفضت طلبات الإلغاء بصددها، مكتفياً بالصيغة التقليدية للموازنة، ولا شك أن نشاط الطرق السريعة كان ضمن خطة عمومية لإنشاء شبكة تغطي البلاد لتسهيل الانتقال وتوفير الوقت والجهد الذي يعود في النهاية بالنفع الاقتصادي، ولذا نجد أن المجلس في قضية ADAM يقر بأن تعديل الإدارة لخط السير يوفر النفقات، وأن الأضرار التي تترتب عليه ليست مفرطة بالنسبة للمنفعة العمومية التي يحققها، بينما على العكس سبق أن أفتى قسم الأشغال العامة بالمجلس بعدم مشروعية هذا التعديل لفداحة الأضرار الناجمة عنه، فبدا وكأن مجلس الدولة في معارضة قسمه القضائي لفتوى القسم الاستشاري - لا تدري يمينه ما تفعل شماله، ويمكن تفسير اختلاف وجهتي نظر القسم القضائي والقسم الاستشاري هنا بأن الأخير إنما يقدم فتوى لجهة الإدارة، ويقوم بدور الناصح لها، فهو يعطي رأيه حول أفضل تخطيط، أما القسم

(١٢٥) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق ص٢٤٧.

القضائي فيفصل في مدى مشروعية التخطيط الذي أخذت به الإدارة، ولا يختص بالبحث عن أفضل تخطيط ممكن [١٢٦] .

والذي دفع إلى مقارنة الرأيين أن القسم الاستشاري قد توصل لرأيه بناء على تطبيق قضاء الموازنة، فلماذا لم يؤد تطبيق القسم القضائي لها إلى النتيجة نفسها؟ فهل يرجع ذلك إلى اعتبار الطرق السريعة من المشروعات الهامة التي تحكم بمشروعية القرارات المتعلقة بها أياً كانت الأضرار المترتبة عليها؟ فلقد اعترف بصفة المنفعة العامة مثلاً لإنشاء خط القطارات ذات السرعة الكبيرة (باريس، ليون) رغم أضراره الشديدة بالبيئة والاستغلالات الزراعية والغابات واحتمالات الإضرار بالمياه، إضافة إلى الخطورة الناشئة عن السرعة الرهيبة لهذا النوع من القطارات، فمجلس الدولة رأى أن سرعة الانتقال وتوفير الوقت يحقق للمشروع صفة المنفعة العامة رغم الأضرار التي قدر أنها ليست مفرطة [١٢٧].

٢ - موقف القضاء من المنفعة العامة المتحققة من التوسع في المعسكرات الحربية: لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في حكميه في قضية معسكر LARZAC الحكم بالإلغاء لقرار تقرير المنفعة العامة بنزع ملكية مساحة شاسعة من الأراضي للتوسع في مدرسة عسكرية لمواجهة متطلبات التعليم الحديثة والمناورات الميكانيكية للوحدات الكبرى والرماية على الأسلحة، أخذاً في الاعتبار بالأهمية التي يقدمها المشروع للدفاع القومي وبوعود وزير الحربية بتحفيف الأضرار، وهذا المشروع يترتب عليه الإضرار الشديد بالاستغلالات الزراعية والبيئية، حيث يتم الاستلاء على ١٣٧٠٠٠هكتار، منها ٢٠٠٠ هكتار مزروعة، رأى مجلس الدولة أنها تؤثر في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للإقليم، ولكنه رجح عليها منفعة الدفاع القومي، ولقد أكد مجلس الدولة الفرنسي موقفه في قضية TARLIER مما جعل بعض الفقهاء ينتقد المجلس لاكتفائه بالصيغة الشهيرة لقضاء الموازنة دون أن يكلف نفسه عناء توضيح كيف أن المشروع يقدم منفعة عامة، والحقيقة أنه رغم وضوح المنفعة العامة العسكرية، ورغم أن المشرع تمليه اعتبارات الملاءمة السياسية التي لا يمكن إهمالها، فإن القاضي قد أجرى تقديراً مادياً للأضرار المترتبة على المشروع، ثم أقام موازنة حقيقية توصل منها في النهاية إلى تفوق العناصر الإيجابية للمشروع، وكذلك نجد أن مفوض الدولة يبين في تقريره أن قيام الجيش بمناورات يستلزم

(١٢٦) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٤٩.

(١٢٧) أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص٢٤٩.

تخصيص مناطق تتسع لمرمى النيران وتضمن الأمن، وعليه فإن وجود معسكرات متسعة للمناورات يعكس ضرورة كبيرة [١٢٨].

٣ - موقف القضاء من المنفعة العامة المتحققة من إنشاء المفاعلات النووية:

لقد مارس مجلس الدولة الفرنسي رقابة الحد الأدنى على قرار إنشاء المفاعل النووي مكتفياً بفحص مشروعيته بتطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، ورفض محاولة الطاعنين جره إلى مد رقابة الموازنة إلى هذا المجال، بينما طبق نظرية الموازنة بصدد قرار تقرير المنفعة العامة، وعندما طعن في قرار تقرير المنفعة العامة لإقامة المركز النووي GREYS-MALVILLE والمنشآت الملحقة به، وكان المفاعل النووي المقام به الأول من حيث نوعه وقوته في العالم، كما أنه يستخدم في تشغيله المواد المستعملة في إنتاج القنابل الذرية، إضافة إلى أنه سيؤدي إلى تلوث مياه نهر RHONE ويضر بالاستغلالات الزراعية، كما لا يوجد خط سكة حديدية لنقل المواد الذرية لمكان المفاعل، لكن مجلس الدولة رأى أن المنفعة العامة للمشروع تنبع من عدم التوازن بين احتياجات الطاقة والمصادر المتاحة لها على المستوى القومي، مما أدى إلى ضرورة التوسع في إنتاج الطاقة الكهربائية على هذا الطريق، وبالنسبة للأخطار المتوقعة فإن الإدارة سوف تتخذ الاحتياطات اللازمة، وأما الأضرار الناجمة عن المشروع سواء الاقتصادية أم المالية أم الأضرار البيئية فإنها لا تحرمه من صفة المنفعة العامة [١٢٩].

ثانياً- حقيقة الأزمة: لقد فسر بعض الفقهاء موقف مجلس الدولة الفرنسي من القطاعات الثلاثة السابقة من أعمال الإدارة على أنه تستوجبه ضرورة، وأن هذه الضرورة لا تدخل ضمن عناصر الموازنة، فهي تتفوق على كل الأضرار أياً كانت جسامتها، فالضرورة وحدها هنا هي التي تضع القانون، وربما دفع الربط بين إقامة هذه المشروعات وبين فكرة الضرورة العامة ما درج عليه مجلس الدولة في هذا الصدد من ذكر ألفاظ (الضرورة) (اللزوم) (الوجوب)، فمثلاً يقول بشأن إنشاء مفاعل نووي أن عدم التوازن بين احتياجات الطاقة وبين المصادر المتاحة منها على المستوى القومي جعل التوسع في إنتاج الكهرباء ضرورياً، ويقول بمناسبة التوسع في المعسكرات الحربية أن وجود معسكرات متسعة للمناورة يعكس ضرورة كبيرة، وعلى ذلك فالقول جرد فكرة المنفعة العامة التي تبرر نزع الملكية لإقامة المشروعات الكبرى إلى فكرة الضرورة العامة، قول غير سليم -في رأينا- للأسباب التالية :

(١٢٨) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص ٢٥٠ - ٢٥١.

(١٢٩) أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص ٢٥٢ - ٢٥٣.

١ - ما تواترت عليه نصوص قوانين نزع الملكية للمنفعة العامة المتعاقبة، وما درجت عليه أحكام القضاء الإداري من استخدام تعبير المنفعة العامة وعدم تمييزها لمشروعات معينة بتعبير الضرورة العامة .

٢ - إن إيجاد مسميات جديدة تسبب خطأ، حيث يستلزم التفرقة بين ما يعد ضرورة عامة وما يعد منفعة عامة، ولا يستقيم ذلك مع رغبة القضاء الإداري في وضع تعريف للمنفعة العامة أكثر تحديداً .

٣ - سيؤدي القول بهذا الرأي إلى العودة بنا إلى فكرة المنفعة العامة في ذاتها التي يكفي فيها نوع المشروع للاعتراف له بصفة المنفعة العامة [١٣٠].

وإنما القول الأدق أن مجلس الدولة الفرنسي قد طبق الموازنة وقارن بين المزايا والعيوب، وها هو ألغى قرار المنفعة العامة في قضية SOCIETE CIVILE SAINTE-MARIE[١٣١] السالفة الذكر، ولم يكن الإلغاء هنا فقط بسبب خطأ جهة الإدارة في عدم إخطار وزارة الصحة أو تدبير أماكن لعلاج المرضى، وألا يشمل الإلغاء المشروع بكامله، إنما جاء الإلغاء بالنسبة للجزء من المشروع الذي يسبب أضراراً مجحفة، أما بقية أجزاء المشروع فيمكن تقبل أضرارها لعدم جسامتها، ولا يمكن القول بأن تحديد الاختيارات السياسية من جانب الحكومة يجعل الطعن في تحقيق المشروع للمنفعة العامة غير ذي بال؛ وذلك لأن معظم تصرفات الإدارة وخاصة ما يتعلق منها بإقامة المشروعات الرئيسية يرد في الخطة العامة، ولو صح ذلك لكانت كل أعمال الإدارة الواردة في الخطة لا جدوى من الطعن في سلامتها قانوناً[١٣٢].

وحسب ما جاء به أحمد أحمد الموافي فيفسر الذي يمكن قبوله بأن المنفعة العامة في حالة المشروعات الكبرى تتغلب لأهميتها وثقلها على الأضرار والأعباء التي تفرضها هذه المشروعات، لكن ليس هناك ما يمنع من التغلب عليها إذا ما اصطدمت بمنفعة أو مجموعة منافع أكثر أهمية تتوقف عليها بثقلها.

(١٣٠) انظر: أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص٢٥٧.

(١٣١) انظر: لباشيش سهيلة، المرجع السابق، ص٦٢.
وكذلك انظر: نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع السابق، ص٢٥ ومابعدها.

(١٣٢) انظر: أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٢٥٨.

الفرع الثاني: مستقبل تطبيق نظرية الموازنة

أولاً- مدى ولاء مجلس الدولة الفرنسي لنظرية الموازنة في مجال نزع الملكية:
يبرز في البداية تساؤل عما إذا كانت قد تحققت السيادة الكاملة لقضاء الموازنة على مجالات الرقابة القضائية على المنفعة العامة في نزع الملكية ؟ والحقيقة أن ما يدفع إلى هذا التساؤل هو أن بعض الأحكام خاصة من جانب المحاكم الإدارية لم تطبق قضاء الموازنة، وإنما طبقت الرقابة التقليدية، وبعض الأحكام بدت وكأنها تطبق فكرة المنفعة العامة في ذاتها، كما اعتمد بعض الفقهاء على الاكتفاء برقابة الخطأ الظاهر في التقدير.

١ - **موقف المحاكم الإدارية:** لقد وجد عدد من أحكام المحاكم الإدارية في بداية الأخذ بنظرية الموازنة يطبق الرقابة التقليدية، ومن ذلك :

- بصدد التوسع في المدرسة القومية للطرق بباريس لجأت إلى نزع الملكية لفندق لتتهرب من التزاماتها بشرائه بالمبلغ الكبير المتفق عليه، ورفضت محكمة باريس الإدارية إلغاء القرار لعدم توفر الانحراف بالسلطة؛ حيث السبب المدعى به لم يكن السبب الدافع(١٣٣)، ولكن مجلس الدولة رفض إقامة قضائه على أساس الانحراف بالسلطة، حيث قدر أن تكاليف المشروع ستكون مفرطة بالنسبة للمنفعة المؤقتة التي ستتحقق من المشروع، وألغى بناء على ذلك حكم المحكمة الإداريـــة والقرار الإداري(١٣٤).
- طبقت محكمة RENNES الإدارية الرقابة التقليدية بمناسبة إقامة منطقة صناعية تشتمل على معمل لتكرير البترول، فقدرت أن ذلك من المشروعات التي تحقق منفعة عامة لا شك فيها، بينما اعترف مجلس الدولة للمشروع بصفة المنفعة العامة؛ لأن الأضرار المحتملة من إقامته - للبيئة أو الصيد أو الزراعة - لن تكون مفرطة بالنسبة للمنفعة المتحققة منه للتنمية الاقتصادية .

٢ - **تطبيق بعض أحكام مجلس الدولة لقضاء الانحراف بالسلطة بدلاً من رقابة الموازنة:** ومن تلك الأحكام حكم Duliege حيث ألغي قرار تقرير المنفعة العامة لمشروع إعداد طريق عام، تبين أنه يفيد مساكن عمال إحدى الشركات

(١٣٣) ANDRE HOMONT, op.cit .p20.
وكذلك انظر: محمد حسن بكر، المرجع السابق، ص٤٤٩.
وكذلك انظر: بوذريعات محمد، المرجع السابق، ص١١.
وكذلك انظر: وناس عقيلة، المرجع السابق، ص١١.
(١٣٤) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٣١٨.

الخاصة، وليس منفعة الأمن والمرور المدعى بهما، فهذا الحكم مثلاً يجد تبريره ليس في القول بأن هناك تقارباً بين الانحراف بالسلطة والموازنة، ولكن في طبيعة الرقابة في قضاء الموازنة، وكونه لا يجري فيه بحث وجود أعباء مفرطة إلا بعد التحقق من وجود المنفعة العامة، فإذا كان مشروع ما لا يحقق منفعة عامة أصلاً -لوجود انحراف واضح في السلطة- فلا يكون هناك داع للدخول في المرحلة الثانية [١٣٥] وهي مقارنة منفعة المشروع بالأعباء التي يفرضها [١٣٦].

٣ - **تطبيق بعض أحكام مجلس الدولة للرقابة التقليدية:** ومن ذلك حكم SIEUR BANQUELS DE MARQUE الخاص بنزع ملكية طريق خاص بتحويله لطريق عام، فإنه لم يطبق صيغة الموازنة؛ لأن الطاعن لم يتعرض لأضرار يسببها المشروع، وإنما طعن في توافر المواصلات الفنية فقط، فاقتصر الحكم على الرد على ما طعن به، وكذلك حكم GUILLET والخاص بالاستيلاء على جزء من فناء منزل الطاعن لإقامة مكان لانتظار السيارات، فقدر المجلس أن حاجة المرور في البلدة لا تبرر إنشاء هذا الموقف، فلم يتمتع المشروع في البداية بصفة المنفعة العامة، ففي كلتا الحالتين لم يجد القاضي مبرراً لتطبيق قضاء الموازنة [١٣٧].

٤ - **تطبيق بعض أحكام مجلس الدولة لقضاء المنفعة العامة في ذاتها:** ومثال عن ذلك حكم DALLE LALLEMAND حيث اعترف مجلس الدولة الفرنسي لمشروع تقسيم تقيمه البلدية بأنه يحقق المنفعة العامة دون أن يذكر الصيغة التقليدية لقضاء الموازنة، أو يتعرض للأضرار المترتبة على إقامة المشروع، والحقيقة أن مجلس الدولة في هذه القضية قد أوضح أن المشروع قصد به تدبير مساكن اقتصادية للأسر ذات الدخل المحدود، واكتفى بذكر حيثية عامة، مقتضاها أن مشروع التقسيم الذي تقيمه بلدية ما، يكون للمنفعة العامة طالما كانت الأضرار الناجمة عنه ليست مفرطة بالنسبة للمنافع التي يحققها، فلم يجد المجلس بعد ذلك داعياً لاستعراض هذه الأضرار بالنسبة للقضية [١٣٨].

٥ - **الموازنة والخطأ الظاهر في التقدير:** فلا شك أن هناك أكثر من مناسبة جمعت بين النظريتين، فقبل أن يطبق مجلس الدولة نظرية الموازنة في مجال نزع الملكية

(١٣٥) انظر: نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع السابق، ص٢٠.
(١٣٦) انظر: أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص٣٢١ .
(١٣٧) انظر: أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص٣٢٢.
(١٣٨) انظر: أحمد أحمد الموافي، المرجع نفسه، ص٣٢٣.

اقترح بعض الفقهاء أن يطبق بشأنه رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، كما أن مفوض الدولة BRAIBANT [١٣٩]، كان قد دعا المجلس بصدد قضية NOUVELLE VILLE- EST إلى تطبيقها، لكن المجلس لم يفصل في هذه القضية إلا بناء على تقرير آخر دعاه فيه BRAIBANT إلى تطبيق نظرية الموازنة [١٤٠].

وبصدد حكم VILLE DE LIMOGES اقترح مفوض الدولة على المجلس ثلاث صيغ هي: الخطأ الظاهر في التقدير[١٤١]، والموازنة، وقضاء التناسبية، فاختار المجلس تأسيس قضائه على فكرة الموازنة، وتشترك الموازنة والخطأ الظاهر في أن كلتيهما تقع على السلطة التقديرية للإدارة [١٤٢] محاسبة القرارات غير الرشيدة، كما أن كلتيهما لا تحاسب الإدارة إلا إذا كان خطؤها كبيراً جداً، وقد دفع بعض الفقهاء إلى القول بالاكتفاء بفكرة الخطأ الظاهر طالما أنها تؤدي لنفس الغرض حتى تتفادى الانتقادات التي وجهت للموازنة [١٤٣].

ويتضح مما سبق أن القضاء الإداري في فرنسا - فيما عدا الحالات النادرة التي اعترف فيها بفكرة المنفعة العامة في ذاتها - قد بسط رقابة الموازنة على كل منازعة في توافر صفة المنفعة العامة في مجال نزع الملكية، وظل ولاؤه منذ ١٩٧١ حتى الآن، بل صار يوسع باستمرار تطبيقها خارج نطاق نزع الملكية [١٤٤].

لهذا نأمل من قضائنا الفتي أن لا يتأخر عن مسايرة ركب هذا التطور الحديث الذي جاء به مجلس الدولة الفرنسي، شأنه في ذلك شأن القاضي المصري الذي خطا خطوات عملاقة في هذا الاتجاه أي في الرقابة في أبعد حدودها، حيث أصبح القاضي الإداري المعول عليه الأول في حماية وضمان حقوق وحريات الأفراد من جراء تعسف وتجاوزات الإدارة [١٤٥].

ثانياً - التوسع في مجالات تطبيق الموازنة (الموازنة مبدأ عام للقانون) لما كانت نظرية الموازنة تغييراً عاماً في التفكير في المجتمع، فإن مجلس الدولة الفرنسي لم

---

(١٣٩) محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص ١٩٢ - ١٩٣.

(١٤٠) PHILIPPE. GodFrin, OP.CIt, p308.

(١٤١) PHILIPPE. GodFrin, OP.CIt, p207ET SU

وكذلك انظر: محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص١٦٥.

(١٤٢) السلطة التقديرية للإدارة : أي أن للإدارة الحرية التامة في التصرف.

(١٤٣) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٣٢٤.

وكذلك انظر: بوشريط محمد، عمرون آكلي، إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مذكرة لنيل شهادة التخرج من المدرسة الوطنية للقضاء، الدفعة ١٥.

(١٤٤) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٣٢٨.

(١٤٥) العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص١٣٩.١٤٠.

يقف بها عند حد منازعات نزع الملكية وإنما أخذ يمد تطبيقها شيئاً فشيئاً إلى مجالات القانون الإداري الأخرى التي تمارس بصددها الإدارة سلطة تقديرية لعمل الإدارة على ترشيد قراراتها، ثم بدأ تطبيقها خارج نطاق القانون الإداري، ومن أمثلة ذلك ما يلي:

١ - **تطبيق قضاء الموازنة في مجال الاستثناء من قواعد التخطيط العمراني:** يحقق تطبيق القواعد التي يفرضها التخطيط العمراني منفعة عامة على درجة كبيرة من الأهمية، كترك مساحات فضاء في مشروعات تقسيم الأراضي أو اشتراطات معينة في البناء، وقد يوجد في الواقع العملي ما يستوجب الخروج على هذه القواعد تحقيقاً لمنفعة عامة أخرى، ونكون في هذه الحالة بصدد تعارض منفعتين عامتين يلزم التوفيق بينهما، ولقد مد مجلس الدولة تطبيق قضاء الموازنة لرقابة مشروعية الاستثناء من قواعد التخطيط، فاشترط حتى يكون الاستثناء مشروعاً ومحققاً للمنفعة العامة ألا تكون الأضرار الناجمة عنه لمنفعة التخطيط العمراني مفرطة بالنسبة للمنفعة العامة التي يحققها [١٤٦].

٢ - **تطبيق الموازنة في مجال الارتفاقات الإدارية:** وذلك بموجب حكم GORLIER ET BONIFAY حيث اختارت الإدارة تخطيطاً لمرور خطوط الكهرباء يتفادى بعض المنشآت التي تنتج المواد الهيدروكربونية، فطعن الأفراد بأنه تخطيط طويل ومكلف، وقصد به تحقيق منفعة شركة خاصة، ولقد رفضت المحكمة إلغاء قرار تقرير المنفعة العامة على اعتبار أن تخطيط المشروع أمر يتعلق بالملاءمة، وبمطلق اختيار الإدارة وفقاً لما درج عليه مجلس الدولة، وعند عرض القضية على مجلس الدولة طالب مفوض الدولة بتطبيق قضاء الموازنة على القضية، حيث رأى أن إقامة خطوط الكهرباء وما تستلزمه من أعمدة وتمديد الأسلاك الكهربائية تضر بمنافع الملاك المجاورين بما يصل بنتائج تقترب من نزع الملكية، ولقد تابع مجلس الدولة رأى المفوض مقرراً أن التخطيط لا يكون مشروعاً إلا إذا كانت الأعباء التي يسببها لمنافع الأفراد ليست مفرطة بالنسبة للمزايا التي يحققها المشروع، ولقد جاءت صيغة الحكم عامة بما يسمح بتطبيقها على ارتفاقات أخرى، وإن كانت لا تشير إلى العناصر المختلفة التي تدخل في الموازنة كالملكية الفردية والأعباء الاجتماعية، إلا أن المجلس أكد بها قضاءه الذي انتهى إليه في مجال نزع الملكية بإخضاع موقع إقامة المشروع لرقابته[١٤٧].

---

(١٤٦) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٣٢٩.

(١٤٧) ANDRE DE LAUBADARE .TRAITE ELEMENTAIRE DE DROIT ADMINISTRATIF .1990.P 254
ET VOIR :J.M.AUBY.OP.CIT .P304.
وكذلك انظر: أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٣٣١.

٣ - **مد تطبيق الموازنة في مجال تسريح العمال:** بحكم من الأحكام الشهيرة الصادرة عن القسم القضائي مجتمعاً مد مجلس الدولة الفرنسي تطبيق قضاء الموازنة إلى مجال المنازعات المتعلقة بمشروعية قرارات تسريح العاملين في وظائف خاصة، مقرراً أنه إذا كان طلب التسريح مبيناً على ارتكاب خطأ ما، فيجب بحث الأفعال المنسوبة طلب التصريح بإجراء التصريح تراعي الإدارة المختصة ألا يكون هناك أضرار مجحفة بالمنافع القائمة، ومجلس الدولة في رقابة هذه القرارات يوازن بين المنفعة العمومية المتحققة من رفض طلب التصريح بتسريح العمال مع المنافع محل الامتياز؛ بحيث لا يحكم بشرعية قرار الرفض إذا كانت الأضرار المترتبة عليه ليست مفرطة بالنسبة للمنفعة العامة التي يحققها.

لقد أثار انتشار تطبيق قضاء الموازنة على هذا النحو سؤالاً عن المدى الذي يمكن أن يصل إليه ذلك القضاء، يرى فالين أنه سوف يمتد إلى المجالات الأخرى لكن هل يصبح مبدأ عاماً للقانون؟

٤ - **الموازنة مبدأ عام للقانون:** الحقيقة أنه من المتوقع لهذا القضاء أن يمتد تطبيقه ليشمل تقدير وجود المنفعة العامة في كل الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية، وتسبب تصرفاتها أضراراً لمنافع أخرى محل اعتبار، وبالفعل وجدت تطبيقات عديدة لأراء تشريعية أو قضائية سواء في مجال القانون الإداري أم خارجه، فأصبح وكأنه اتجاه قانوني عام [١٤٨]، ومن أسباب ذلك:

* زيادة تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية .
* عدم كفاية الرقابة التي ابتدعها مجلس الدولة من أجل رقابة تعسفات الإدارة في المجالات العقارية.
* اتجاه السياسة القضائية عموماً نحو حسر السلطة التقديرية للإدارة وتضييقها [١٤٩].
* رغبة القضاء في دفع الإدارة إلى احترام حقوق الأفراد والمنافع محل الاعتبار .

الخاتمة:

وأهم ما يمكن استخلاصه بالنسبة للرقابة على شرط المنفعة العمومية والذي

(١٤٨) أحمد أحمد الموافي، المرجع السابق، ص٣٣٥.

(١٤٩) محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص١٧٤. وكذلك انظر: رابحي أحسن - مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري-كلية الحقوق بن عكنون -٢٠٠٥/٢٠٠٦.

تناولناه بالدراسة؛ كونها تشكل ضمانة للمنزوع ملكيتهم وحماية لحقوقهم، إضافة إلى أنها تنمح للقاضي الإداري دوراً هاماً في تحقيق نوع من التوازن بين سلطات الإدارة وبين حق الملكية المكفول دستورياً، حيث يحد من ممارسة هذه السلطات بشكل متعسف من خلال الرقابة التقليدية ورقابة الموازنة.

فالملاحظ أن الرقابة التقليدية أسهمت بدورها في التوسع الذي شهدته فكرة المنفعة العمومية، كتلك التي تتحقق كنتيجة غير مباشرة لتنفيذ المشروع، أو التي تتحقق من أعمال إضافية أو ملحقة بالمشروع الأصلي، كما طبق القضاء نظرية السبب الدافع، ووسع القضاء الإداري من مفهوم المنفعة العمومية، حيث اعترف بها لأنواع معينة من المشروعات أياً كانت الظروف المحيطة بإقامتها، أو اكتفى بكون الإدارة هي القائمة على تنفيذ المشروع فيما عرف بالمنفعة العمومية .

وأمام الاتساع وعدم التحديد - في النصوص التشريعية - التي اتسمت به فكرة المنفعة العمومية، وما يترتب عليه من إهدار لضمانات الأفراد وللمنافع العامة، استوجب الأمر تدخل القاضي الإداري ليضع تعريفاً للمنفعة العمومية، يحقق قدراً من الانضباط للحالات التي تنتزع فيها الملكية، ولا يهمل في الوقت ذاته اعتبارات كفاءة الإدارة ومتطلبات حاجات المجتمع .

أما بالنسبة لرقابة الموازنة والتي لجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى الأخذ بها، وهي تقوم على بحث جميع الجوانب الإيجابية والسلبية للمشروع المعلن للمنفعة العمومية، ووزن المزايا التي يحققها والأعباء التي يفرضها، وتقدير المنافع المترتبة عليه والأضرار الناجمة عليه سواء بالنسبة للأفراد أم للمنافع العامة الأخرى، بحيث لا يحكم بتحقيقه للمنفعة العمومية إلا إذا كانت الأضرار أو الأعباء التي يفرضها ليست مفرطة بالنسبة للمزايا التي يحققها.

فالمنفعة العمومية هي المحصلة النهائية لتلك الموازنة، وهي العائد الإجمالي للمشروع، أما المنفعة المباشرة المرجوة من المشروع فليست إلا أحد عناصر الموازنة التي لا تكفي وحدها للقول بتحقيقه للمنفعة العمومية.

بعدها استبدل مجلس الدولة الفرنسي الفكرة المجردة للمنفعة العمومية - التي كانت قائمة على تغليب النفع العام المتحصل من المشروع على المنفعة الخاصة للمالك - بفكرة اقتصادية أملتها عليها اعتبارات اقتصادية جديدة .

كما أنه قد تغيرت النظرة للمنفعة الخاصة وعلاقتها بالمنفعة العمومية، وفي كثير

من الأحيان تتوافق معها بل تمتزج معها، ونظراً لتعدد الاعتبارات للقول بوجود المنفعة العمومية وجب البحث عن صيغة جديدة للحكم عن المنفعة العمومية، وقد وجد مجلس الدولة الفرنسي ضالته المنشودة في فكرة الموازنة، والذي أمكنه بموجبها أن يدخل جميع المنافع العمومية والخاصة محل الاعتبار في تقدير المنفعة العمومية، وهذا ما نرجو أن يتأثر به القضاء الإداري الجزائري - مثلما تأثر به القضاء المصري -كونه لم يعط دوراً للقضاء، حيث قلص من دوره وقلل من فعالية تدخله.

وفي الأخير توصلنا إلى أن رقابة القاضي على شرط المنفعة العمومية تنصب على السلطة التقديرية للإدارة، وبالمقابل محدودية رقابة القاضي، أي اعتباره قاضي مشروعية - فيكتفي برقابة صحة الوقائع وتكييفها القانوني - ولا يمكن أن تتعدى رقابته إلى رقابة الملاءمة، عكس ما جرى عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي.

قائمة المراجع

أولاً: المؤلفات باللغة العربية

١ - الكتب:

- سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار السلام، مصر، ١٩٩٣.
- محمد صلاح عبد البديع، الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملاءمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨.
- نبيلة عبد الحليم كامل، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية، الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٣.
- محمد حسن بكر، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- أسامة مصطفى عطعوط، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية، نظرية الموازنة، مصر، دون ذكر السنة.

٢ - الرسائل والمذكرات:

أ - رسائل الدكتوراه:

- أحمد أحمد الموافي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة، دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، دون ذكر التاريخ.
- رابحي أحسن - مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري - كلية الحقوق بن عكنون - ٢٠٠٥/٢٠٠٦.
- عزت صديق طنيوس، نزع الملكية للمنفعة العامة - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، ١٩٨٨.
- محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، مصر، دون ذكر السنة.

ب - رسائل الماجستير والمذكرات :

- أراثن عبد الله، دور القاضي الاداري في مجال نزع الملكية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، تيزي وزو، ٢٠٠٧.
- بوذريعات محمد - نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية في القانون الجزائري والمقارن - كلية الحقوق بن عكنون -٢٠٠١/٢٠٠٢.
- بوشريط محمد، عمرون آكلي، إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مذكرة لنيل شهادة التخرج من المدرسة الوطنية للقضاء، الدفعة ١٥.
- عقيلة وناس -النظام القانوني لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري - كلية الحقوق باتنة -٢٠٠٥.
- لباشيش سهيلة - رقابة القاضي الإداري على إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة - كلية الحقوق بن عكنون - ٢٠٠٧/٢٠٠٨.
- لعشاش محمد، إشكالات نزع الملكية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في تحولات الدولة، جامعة مولود معمري تيزي وزو، دون ذكر السنة.

ج - البحوث والمقالات والدوريات:

- أبركان فريدة، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، ٢٠٠٢. ص٣٠ وما بعدها.
- أحمد رحماني، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد ٤ - العدد٠٢ - الجزائر١٩٩٤. ص٨٥ وما بعدها.
- بوذريعات محمد، الحق في استرجاع الأملاك المنزوعة وأولوية الشراء أو الإيجار، مجلة مجلس الدولة، العدد٠٣، الفقه القانوني، ٢٠٠٣ .
- وهبة الزنفلي - دراسة مقارنة في نزع الملكية للمنفعة العمومية - مجلة إدارة قضايا الحكومة - دار القاهرة - العدد٢ - السنة ٤ - القاهرة ١٩٦٠. ص ٦١ وما بعدها.
- العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقيمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد ٠٨ - ٢٠٠٦. ص ٣٩ وما بعدها.

- التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثر القضاء الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد ٠٨ - ٢٠٠٦- ص١٢١ وما بعدها.

ثانياً: المؤلفات باللغة الفرنســـية:

- JEAN MARIE AUBY. PIERRE BON,DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS (DOMAINE ,TRAVEAUX PUBLIC ,EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITE PUBLIQUE(, 3 EDITION,D-ALLEZ, Paris. 1995.
- JEAN MARIE AUBY ET ROLERT DUCOS ADER,droit administratif précis, Dalloz, Paris, 1980 .
- RENE CHAPUS,Le droit administratif général ,tome 2,8eme édition , paris, 1995.3.
- ANDRE DE LAUBADARE.TRAITE ELEMENTAIRE DE DROIT ADMINISTRATIF , librairie Générale de droit et de la jurisprudence, 3ème édition, Paris, 1967.
- ANDRE DE LAUBADERE,YVES GAUDENT,TRAIT DE DROIT ADMINITRATIF DES BIENS , 2 EME EDITION, delta, L.G.D.J., Paris. 2002.
- ANDRE HOMONT- EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITE PUBLIQUE- LIBRAIRES TECKNIQUES , Paris, 1975.
- GUILLAUME BASILE ,QUESTION DE DROIT PUBLIQ,CONCOURES ADMINISTRATIFS DE CATEGORIE A,ELLIPSES, Paris, 1996.
- JEAN MARIE AUBY. PIERRE BON,DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS (DOMAINE ,TRAVEAUX PUBLIC ,EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITE PUBLIQUE(, 3 EDITION,D-ALLEZ, Paris. 1995.
- JEAN MARIE AUBY ET ROBERT DUCOS ADER,droit administratif précis, Dalloz, Paris, 1980 .
- JEAN MARIE AUBY, R.DUGOS – ADER, J.-G.CONTHIER,

l expropriation pour cause d utilité publique , régime juridique méthode d évaluation formulaire, édition Sirey,paris,1968.

- Philipe Chateaurenard ,le contentieux administratif de l expropriation, paris, 1977 .
- PHILIPPE GODFRIN, droit administratif des biens, masson, paris, 1978.
- RENE CHAPUS,Le droit administratif général ,tome 2,8eme édition , paris, 1995.
- RENE CHAPUS,DROIT ADMINISTRATIF GENERAL,TOME 2,EDITION MONTECHETIEN, PARIS, 2000.
- JEAN REUX, l'examen des fait par le juge administratif dans le contrôle de légalité interne de la procédure d›expropriation, A.J.D.A, 1967.

ثالثاً: النصوص القانونية:

١ - الدساتير:

- الأمر رقم ٧٦/ ٩٧ الصادر في ١٩٧٦/١١/٢٢ المتضمن الدستور، ج ر، العدد ٩٤ .
- المرسوم الرئاسي رقم ١٨٩/٨٩المتعلق بتعديل الدستور ١٩٨٩، ج ر، العدد ٠٩، بتاريخ ٠١/٠٣/١٩٨٩.
- المرسوم الرئاسي رقم ٩٦ /٤٣٦ المؤرخ في ٠٧ ديسمبر ١٩٩٦ المتعلق بتعديل الدستور، ج ر، العدد ٧٦، لسنة ١٩٩٦.

٢ - النصوص التشريعية :

أ - الأوامر :

- الأمر رقم ١٥٤/٦٦المؤرخ في ٢٠٠٨/٠٢/٢٥ المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر، العدد٤٧ الملغي.
- الأمر رقم ٧٦-٤٨ المؤرخ في ٢٥ أبريل ١٩٧٦ المتضمن تحديد قواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر، العدد٤٤.

ج - القوانين:

- قانون رقم ٢٠/٩١ المؤرخ في ٠٢ ديسمبر١٩٩١، المتعلق بالنظام العام للغابات، ج ر، العدد ٦٢.
- قانون رقم ٢١/٠٤ المؤرخ في ٢٠٠٤/١٢/٢٩ المتضمن قانون المالية سنة ٢٠٠٥، ج ر، العدد ٨٥.
- قانون رقم ٠٩/٠٨ المؤرخ في ٢٠٠٨/٠٢/٢٥ يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ، العدد ٢١.

٣ - النصوص التنظيمية:

أ - المراسيم التنفيذية :

- المرسوم التنفيذي رقم ١٨٦/٩٣ المؤرخ في ٢٧ يوليو ١٩٩٣ يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم ١١/٩١ المؤرخ ١٩٩١/٠٤/٢٧ الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج ر، العدد ٥١.
- المرسوم التفيذي رقم ٢٤٨/٠٥ الصادر في ١٠ يوليو ٢٠٠٥ يتمم المرسوم التنفيذي رقم ١٨٦/٩٣ المؤرخ في ٢٧ يوليو ١٩٩٣ يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم ١١/٩١ المؤرخ ١٩٩١/٠٤/٢٧ الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية، ج ر، العدد ٤٨.
- المرسوم التنفيذي رقم ٢٠٢/٠٨ المؤرخ في ٢٠٠٨/٠٧/٠٧ يتمم المرسوم التفيذي رقم ٢٤٨/٠٥ الصادر في ١٠ يوليو ٢٠٠٥ يتمم المرسوم التنفيذي رقم ١٨٦/٩٣ المؤرخ في ٢٧ يوليو ١٩٩٣ يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم ١١/٩١ المؤرخ ١٩٩١/٠٤/٢٧ الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية، ج ر، العدد ٣٩.

ب -المنشورات والتعليمات:

- مرشد تطبيقي رقم ٠٠/٢٤ حول إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، وزارة الداخلية والجماعات المحلية .
- منشور وزاري مشترك رقم ٠٧/٤٣ المؤرخ في ٢٠٠٧/٠٤/٠٢ المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة في إطار البنى التحتية ذات البعد الوطني والاستراتيجي (وزارة الداخلية والجماعات المحلية، وزارة المالية، وزارة الأشغال العمومية، وزارة النقل، وزارة السكن والعمران).

ج - القرارات القضائية:

أ - القرارات القضائية المنشورة:

- القرار رقم ٣٦٥٩٥ المؤرخ في ١٩٨٤/٠٥/٢٥، المجلة القضائية، العدد الأول، ١٩٩٠.
- القرار رقم ٦٦٩٦٠ المؤرخ في ١٩٩٠/٠٤/٢١الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، المجلة القضائية، العدد ٠٢، ١٩٩٢ .
- قرار رقم ١٥٧٣٦٢ بتاريخ ١٩٩٨/٠٤/١٣ قضية فريق (ق ع ب) ضد والي المسيلة، المجلة القضائية العدد ٠١، ١٩٩٨.

أ/القرارات القضائية غير المنشورة:

١ - القرار رقم ٨٧٥١ المؤرخ في ٢٠٠٣/٠٤/١٥ مجلس الدولة، الغرفة الإدارية.انظر الملحق رقم ٠١.

الملحق رقم ١

ملحق رقم ٠١ مجلس الدولة رقم القرار: ٨٧٥١ تاريخ القرا ر: ٢٠٠٣/٠٤/١٥

أطراف القضية: (ق ع) ومن معه ضد والي ولاية المسيلة ومن معه

إن مجلس الدولة في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس عشر من شهر أفريل من سنة ألفين وثلاثة. وبعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه بمقتضى القانون العضوي رقم ٠١/٩٨ المؤرخ في ٠٤ صفر ١٤١٩ الموافق ل ٣٠ ماي ١٩٩٨ المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. بمقتضى الأمر رقم ٦٦/١٥٤ المؤرخ في ١٩٦٦/٠٦/٠٨ المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم. بمقتضى المواد ٠٧-٢٧٤ إلى ٢٨٩ من قانون الإجراءات المدنية. بعد الاستماع إلى السيد/ فضيل سعد مستشار الدولة المقرر بمجلس الدولة في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيد/ قجور عبد الحميد مساعد محافظ الدولة في تقديم طلباته المكتوبة.

الوقائع والإجراءات استأنف السادة (ق ع)، (ب ع)، (ب م)، (ب ل)، (ع ل)، (ف س)، (ب ح)، (ح ع)، (ص ع) (ن ع) قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء المسيلة المؤرخ في ٢٠٠٠/٠٢/٠٥ رقم ٩٩/٢٢١ القاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس. وجاء في عريضة الاستئناف أن الطريق المصرح به للمنفعة العامة الذي يخترق أملاك المستأنفين إلى الناحية الغربية المحاذي للطريق رقم ٦٠ لا يحقق المصلحة العامة، وإنما يحقق المصلحة الخاصة لرئيس البلدية وبعض حاشيته من الذين يريدون الحصول على واجهة أخرى لأملاكهم. والتمسوا إلغاء القرار المؤرخ في ١٩٩٩/٠٦/٠٦ الصادر عن والي ولاية المسيلة المتضمن التصريح بالمنفعة العامة؛ لأن الطريق لا يحقق المنفعة العامة وإنما يحقق منفعة خاصة لبعض الأشخاص.

واحتياطياً تعيين خبير، وإذا ظهر له أن النزاع للمنفعة العامة حساب المساحة وتقدير التعويض.

أجاب رئيس بلدية حمام الضلعة يلتمس إخراجه من الخصام لكونها لم تصدر القرار ولا علاقة لها بالنزاع.

والحكم على المستأنفين بمبلغ ٢٠٠.٠٠٠دج يدفعها كل واحد منهم للبلدية عن التعسف في التقاضي.

ودفعت بأنه لا تربطهم علاقة ببعضهم البعض؛ مما يترتب عنه انعدام صفتهم في التقاضي.

أجاب الوالي ملتمساً تأييد القرار المستأنف لكون إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة احترمت بكاملها وهي من المهام التي لا يمكن إسنادها للخبراء.

وعليه في الشكل: حيث إن الاستئناف جاء ضمن الشروط الجائزة شرعاً فهو مقبول. في الموضوع: حيث إن المستأنفين يستهدفون إلغاء القرار المستأنف الذي رفض دعواهم لعدم التأسيس، ويطلبون إلغاء قرار الوالي المؤرخ في ١٩٩٩/٠٦/٠٥. وحيث إنه بالرجوع إلى القرار المستأنف فإنه فصل في طلب إلغاء قرار الوالي المؤرخ في ١٩٩٩/٠٦/٠٥. وحيث إن المستأنفين قدموا لمجلس الدولة قراراً آخر مصحوباً بعريضة الاستئناف مؤرخاً في ٢٠٠٠/١٢/٢٠ رقم ١٦٠٣. وحيث إن السبب الذي أقاموا عليه دعواهم هو انعدام المصلحة العامة في شق الطريق ملتمسين خبيراً لتقدير مدى وجود المصلحة العامة في شقها من عدمه.

وحيث إن الدعوى بهذا الشكل عديمة الأساس القانوني؛ لأن مسألة تقدير المنفعة العامة من صلاحية الإدارة وحدها، وللملاكين الحق في التعويض العادل فقط، ويترتب على ذلك تأييد القرار المستأنف.

لهذه الأسباب يقضي مجلس الدولة: علنياً، حضورياً ونهائياً. في الشكل: قبول الاستئناف.في الموضوع: تأييد القرار المستأنف.

Judicial oversight rules on the availability of a public utility in foreclosur - traditional surveillance and control the balance - a comparative study-

Dr. Brahimi Siham
Brahimi Faiza

Abstract:

The administrative justice provides many functions what simple and complex where the requirement of individual rights and respect for the powers of the administrative authorities, and reflect respect for judicial oversight last awarded legislator exploited discretion especially when determining the basis of WMP PL expropriation and is provided Public benefit, the Department has the authority to determine where and when the availability of the benefit, but if the essence of discretion not to subject to judicial oversight unless outside the area of its rating, the judiciary has come out about this rule and exposing them to limited control and tight, and it's called BA Traditional control, not limited to the control of legality, the latter because of their inability to maintain balance sought to expand from traditional control to appropriate control embodied by the expropriation process in budget control.

Keywords: public utility expropriation, judicial oversight, the traditional oversight, budge.

JOURNAL OF LAW

A Refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

Judicial oversight rules on the availability of a public utility in foreclosur - traditional surveillance and control the balance - a comparative study-.

Dr. Brahimi Siham - Brahimi Faiza

University of Kuwait

Academic Publication Council

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

No. 3, Vol. 46

Safar 1443 - September 2022