



جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصص: إدارة ومالية

إشراف الأستاذة

* فاطمة الزهراء فيرم

إعداد الطالبة :

* بدرة مصيطفى

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا/د

مشرفا و مقرارا/د

عضوا مناقشا/د

السنة الجامعية : 2015 / 2016



جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر
تخصص: إدارة ومالية

إشراف الأستاذة
* فاطمة الزهراء فيرم

إعداد الطالبة:
* بدرة مصيطفى

السنة الجامعية : 2015 / 2016

الإهداء

أهدي ثمار جهدي وعمل المتواضع إلى من ضحت بالكثير من أجلي

ووقفت إلى جانبي أمي الغالية وإلى روح والدي الكريم طيب الله ثراه

و إلى من كان سندي زوجي الفاضل ، و أخي نور السادات

و إلى إخوتي و إلى كل زميلاتي و زملائي في العلم والعمل و إلى كل

من ساعدني من قريب أو بعيد .

كلمة شكر

الحمد لله والشكر لله سبحانه وتعالى قبل كل شيء...

ثم أخص بالشكر الجزيل الأستاذة المشرفة فاطمة الزهراء فيرم

التي لم تبخل عليّ بنصائحها وارشاداتها القيمة، جازها الله كلّ خير.

مقدمة

إن وظائف الإدارة تطورت مع تطور وظيفة الدولة ، فلم تعد مقتصرة على مجالات معينة بل اتسعت حتى أصبحت تتدخل في كل المجالات ، وهذا التدخل الواسع والمتشعب يقتضي تمتع الإدارة بامتيازات تمكنها من تحقيق وظائفها بفاعلية وبنجاعة .

والامتيازات تبقى عبارة عن وسائل أقرها القانون لتحقيق أهداف معينة ، ذلك ان حماية حقوق وحرريات الأفراد وضمن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد هي أساس منح هذه الامتيازات للإدارة .

وأعمال الإدارة تصدر بناء على سلطتها المقيدة أو بناء على سلطتها التقديرية ، فتباشر أعمالها وفق السلطة المقيدة إذا قام المشرع بتقييدها بشروط قانونية محددة إلزامية وحدد لها الوسيلة التي تسلكها عند ممارستها دون ان يترك لها أي تقدير أو اختيار في ذلك ، وتمارس أعمالها طبق للسلطة التقديرية إذا ترك لها المشرع قدرا من الحرية في تقدير الأسباب التي على أساسها تمارس اختصاصها ، كما يترك لها الحرية في اختيار الوسيلة والاجراءات المناسبة لممارستها دون أن يفرض عليها القانون ذلك بصفة آمرة .

وعندما يمنح المشرع للإدارة اختصاصا معيناً فإنه يختار إحدى الطريقتين ، كما قد يجمع بينهما ، ومن هنا يظهر التلازم الارتباط بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة باعتبار الأولى الأصل العام وباعتبارها المسيطرة على أعمال وتصرفات الإدارة التي وجدت من أجلها ، بينما تظهر الثانية كاستثناء لها مقارنة بالسلطات الواسعة التي تتمتع بها في إطار اختصاصها التقديري .

ولكي تحقق الإدارة الأهداف المنوطة بها بفاعلية يجب أن ينصب اهتمامها على حماية وضمن حقوق الأفراد ، وهنا تظهر الرقابة القضائية كأحد أهم الوسائل التي يمكنها الحد من تجاوزات الإدارة تجاه حقوق الأفراد وحررياتهم ، وذلك لما تتضمنه من ضمانات فعالة .

وفي ظل هذه الرقابة يتحقق خضوع الإدارة للقانون في صورة كاملة ، فالقاضي الإداري في هذه الحالة يراقب نشاطات الإدارة ليعين مدى مشروعيتها وتطابقها مع القانون عندما يراقب حسن ممارستها للوسائل المختلفة التي منحها لها القانون والتي من أهمها القرار الإداري هذا الأخير الذي يعتبر من أهم مرتكزات تصرفات الإدارة . ورقابة القاضي على القرار الإداري تنصب على أركانه لاسيما ركني السبب والمحل ،

وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتقييم شامل ودقيق للواقعة، وسبب القرار للوقوف على مدى أهميتها كما يقوم بفحص وتقييم الإجراء في حد ذاته والذي اتخذته الإدارة تجاه هذه الواقعة .

ومن خلال هذا التقييم الذي يقوم به القاضي الإداري يستطيع أن يقرر بعد ذلك ما إذا كان حجم الإجراء ومبلغه يتفق مع أهمية الوقائع وخطورتها ، وهذا ما يظهر في الرقابة على التناسب في القرار الإداري .

وهذا الموضوع على الرغم من أن القاضي الإداري الفرنسي أضفى عليه نوعا من الوضوح والاستقرار بالنسبة للرقابة على صحة الوقائع وسلامة تكييفه القانوني للوقائع وكذلك الأمر بالنسبة لرقابة شرعية الاجراء من حيث كونه ممكنا وجائزا قانونا ، لكن بالنسبة لرقابة الإجراء المتخذ فإن الأمر على العكس من ذلك،

ومن هنا فإن أهمية دراسة هذا الموضوع في أنه من أهم المواضيع التي تجمع بين ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية وسلطتها المقيدة والذي صاحبه تطورا ملحوظا في نطاق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وبالتالي فإننا من خلال هذه الدراسة سنحاول تسليط الضوء على مختلف الاشكالات التي يثيرها هذا الموضوع ومن ثم إعطاء صورة واضحة حول هذه الرقابة وتحديد الإطار القانوني لها وذلك من خلال الوقوف عند أهم المجالات التي تطبق فيها هذه الرقابة وهدفنا من هذه الدراسة هو محاولة الوقوف عند الجوانب المختلفة لهذا الموضوع والبحث في موقف القاضي الجزائري منه وذلك على غرار نظيره الفرنسي الذي ساهم وبشكل واضح ومهم في إرساء أسس هذا الموضوع .

وبالنظر إلى ذلك فإن أسباب اختيارنا للموضوع بالإضافة إلى الرغبة الذاتية ،هي معاينة ومتابعة الرقابة القضائية لمجال تقدير الملائمة في القرار الإداري وذلك من خلال قضاء التناسب. والوقوف عند بعض القرارات المهمة في هذا المجال. ومن ثم رسم ملامح نظرية متكاملة حول قضاء الملائمة.

ومن هنا نطرح الاشكالية التالية : ما هي حدود الرقابة التي يقوم بها القاضي الإداري على ملائمة القرار الإداري في ظل التحولات التي يعرفها القضاء ؟ وهل وسائل هذه الرقابة كافية لتحقيق التوازن بين مصالح الإدارة من جهة وحقوق وحرقات الأفراد من جهة أخرى ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه باتباع منهج وصفي تحليلي وذلك بوصف مختلف الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري و الوقوف عند مجالات تطبيق الرقابة القضائية على التناسب .

حيث قسمنا دراسة هذا الموضوع إلى فصلين

الفصل الأول تناولنا فيه الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري

وذلك من خلال تحديد مفهوم التناسب في القرار الإداري وبيان مضمونه بتمييزه عن بعض المصطلحات

المشابهة له، وصور الرقابة الأخرى .

أما الفصل الثاني : تناولنا فيه والوقوف عند مجالات تطبيق الرقابة القضائية على التناسب وذلك من خلال

البحث في المجالات التي طبق فيها القاضي الإداري الفرنسي رقابته بصدد هذا الموضوع ترتبط بعدد

المجالات التي تم بها إعمال هذه الرقابة .

الفصل الأول

الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري

إن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة هدفها التوسع من نطاق المشروعية والتضييق من ناحية أخرى من نطاق السلطة التقديرية للإدارة، بقصد ضمان الموازنة بين حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من ناحية وتمكين الإدارة من تحقيق أغراضها التي تزداد تعقداً في الحياة الحديثة من ناحية أخرى وتمثل نقطة التوازن هذه المشكلة الأساسية في القانون الإداري فهذه النقطة ليست ثابتة ولا جامدة بل متحركة دائماً يحركها القاضي متأثراً بكل العوامل القانونية والعملية والسياسية المحيطة به، وأيضاً بحياة الأفراد في الدولة الحديثة. وبناء على ذلك اتسعت رقابة القاضي تدريجياً لتشمل الرقابة على أهمية وخطورة الوقائع، وما يعرف بالرقابة على الملائمة التي كانت محضرة على القاضي الإداري سابقاً فبدأت على قرارات الضبط الإداري والقرارات التأديبية لتتوسع بعد ذلك لتشمل كل القرارات الإدارية، حيث ابتدع القاضي الإداري العديد من النظريات والمبادئ لمواجهة السلطة التقديرية والحد من مجالها ومن أهمها نظرية التناسب وهذا ما يجعلنا نبحث في ماهية التناسب والأسس القانونية لمبدأ التناسب والطبيعة القانونية لهذه الرقابة، هل هي حقيقة مصورة من صور الرقابة على الملائمة أم أنها لا تعدو أن تكون مظهراً من مظاهر تطور الرقابة على المشروعية ؟ وهذا ما سندرسه في مبحثين مبدأ التناسب في القرار الإداري والمبحث الثاني الأساس القانوني لفكرة التناسب في القرار الإداري.

المبحث الأول : مبدأ التناسب في القرار الإداري

يعتبر التناسب فكرة أساسية في القانون الإداري ويمكن تحليلها إلى ثلاثة عناصر وهي : القرار الصادر والحالة الواقعية والغاية المستهدفة ، والتناسب يمكن أن ينشا من علاقة تطابق بين وسيلة وهدف في نص معين و يمكن أن يتغير تبعا للحالة الواقعية والمزايا المتوقعة والمضار المحصلة ، وهذه المفاهيم عن التناسب يجمعها، أنها فكرة لا يمكن إرجاعها إلى صيغة ذات نمط ثابت فهي ليست أكثر من مجرد عنصر أو دليل قضائي وهي تختلط كثيرا مع فكرة الموازنة بين المنافع والأضرار، والأصل في رقابة القضاء الإداري على قرارات السلطة الإدارية التحقيق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها هذه السلطة أساسا لقرارها وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع وعدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونية دون أن يتعدى ذلك إلى البحث في أهمية وخطورة السبب، وتقدير مدى التناسب بينه وبين الإجراء المتخذ على أساسه أي محل هذا القرار الإداري ومضمونه¹.

لأن القضاء الإداري بهذا التصدي يكون قد خرج على مقتضى وظيفته وتدخل في صميم العمل الإداري ، ولذلك استقر القضاء الإداري على الاعتراف للإدارة سلطة تقدير الملائمة بين أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها والتصرف الذي يتخذه حيالها ومع ذلك فان القضاء الإداري لم يلتزم بهذه القاعدة في كثير من الحالات، لان مبدأ التناسب من المبادئ القانونية العامة التي يتوجب على الإدارة مراعاتها، دون وجود نصوص صريحة يتضمنها².

1- عبد العالي حاحة ، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، ص 136 و ما بعدها .

2 - فيتيتي صفاء ، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية ، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2014، ص 28 و ما بعدها .

والمجال الرئيسي لمبدأ التناسب في القضاء الإداري يتمثل في توقيع الجزاءات في القرارات التأديبية لمواجهة إسراف بعض الجهات الإدارية¹ وعليه سوف نتناول تمييز التناسب عن بعض المصطلحات المشابهة ندرسها في ثلاثة مطالب : الأول تمييزه عن بعض المصطلحات، والثاني علاقته بآركان القرار الإداري، والثالث سنحاول فيه تمييز بين مبدأ التناسب و بعض أنواع الرقابة .

المطلب الأول : تمييز التناسب عن بعض المصطلحات المشابهة

عرّف غالبية الفقه : مبدأ التناسب أنّه "عندما ييسط القضاء الإداري رقابته على السبب في القضاء الإداري فيما يتعلق بالمرحلة الثالثة منه، فهو يتحقق مما إذا كان هناك تناسب بين السبب والإجراء المتخذ أي ما إذا كانت هذه الوقائع كافية لتبرير القرار المتخذ . وعرّف الفقيه جورج فودال التناسب بأنّه " ذلك السلوك الذي تلزم الإدارة بموجبه ألا تفرض على الأفراد أعباء أو أضرارا أكثر مما تطلبه مهمة المصلحة العامة المنوط بها تحقيقها " .

ويرى الفقه "أنّه في المرحلة الثالثة من الرقابة على السبب يجب يوجد تناسب أو تلاؤم بين شدة القرار وبين الوقائع المادية التي حدثت ودفعت الإدارة لاتخاذها"²

كما يُعرّف بأنه تقرير لأهمية السبب ومدى ملائمة توافق هذا السبب مع محل القرار فالتناسب له عنصران السبب والمحل فهو إذا ملائمت القرار الإداري بل اعتبره البعض أهم العناصر الملائمة في القرار الإداري.

1 - ميزاب ريمة، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012 / 2013 ، ص 82 وما بعدها .

2 - مايا محمد نزار أبو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - المؤسسة الحديثة لكتاب لبنان، (د.ت)، ، 2011، ص 10 وما بعدها.

كما أن الراجح في تحديد الطبيعة القانونية للتناسب انه عنصر من عناصر الملائمة في القرار الإداري إن لم يكن أهمها على الإطلاق.

المشعر الجزائري طبقا لأحكام المادة (163) من القانون 03/06 المتعلق بالوظيفة العامة، نصّ على عدد من العقوبات التأديبية المصنفة حسب جسامة الأخطاء المرتكبة ، و التي يجب على السلطة التأديبية المختصة احترامها ولا يمكنها أن تطبق أي عقوبة خارج تلك المنصوص عليها قانونا وذلك استنادا إلى المبدأ العام المنصوص عليه في قانون العقوبات " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"¹.
ومن أهم المصطلحات التي تتداخل مع مبدأ التناسب . نجد السلطة التقديرية والتي سنحدد مضمونها في الفرع الأول ، أمّا الملائمة وتمييزها عن مبدأ التناسب سنقف عندها في الفرع الثاني .

الفرع الأول: التناسب والسلطة التقديرية

وقع الفقهاء في خلط بين السلطة التقديرية والتناسب، لأنهم اعتبروا السلطة التقديرية هي التناسب. تُعرّف السلطة التقديرية في القرار الإداري بأنها تمنع الإدارة بحرية إجراء التناسب بين سبب القرار المعتمد وأثره القانوني المتمثل في محله .

ويلاحظ من ذلك أن مجال السلطة التقديرية للإدارة عنده لا تشمل إلا على تصرف واحد تقوم به الهيئات الإدارية بحرية وهو إجراء التناسب بين سبب القرار وأثره القانوني المتمثل في محله و انتقد هذا التعريف على أنّ السلطة التقديرية تعني تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف وهي تمارس معظم اختصاصاتها القانونية. أي أنه لم يقصر السلطة التقديرية على تصرف واحد فقط هو إجراء التناسب بل هناك اختصاصات أخرى.²

1 - فتيتي صفاء، مرجع سابق، ص 30.

2 - نفس المرجع، ص 34.

ويمكن التمييز بين مصطلحي السلطة التقديرية والتناسب كما يرى Haurioo في حكم

greziette أن جوهر السلطة التقديرية يمكن في سلطتها في تقدير ملاءمة الإجراءات.

فالسلطة التقديرية مجال تتصرف فيه الهيئات الإدارية بحرية وقد تتمثل هذه التصرفات في اختيار الإدارة لسبب قرارها، أو بتدخلها أو بامتناعها عن التدخل أو اختيار وقت التدخل وكيفية تدخلها أو الاختيار بين عدة قرارات كلها مشروعة، وكذلك اختيار الإجراء المناسب لأهمية الواقعة وهذا ما اتفق عليه معظم الفقهاء في فرنسا ولبنان ومصر.¹

وعليه نصل إلى القول أن علاقة التناسب بالسلطة التقديرية تظهر في كون التناسب أحد مجالات السلطة التقديرية.

الفرع الثاني: التناسب والملاءمة

تُعرف رقابة الملائمة: بأنها تقدير القاضي الإداري للتناسب بين خطورة القرار الإداري تعمل في ما وصلت إليه الرقابة القضائية في هذا الشأن حيث أصبح بوسع القاضي بموجبها إتباع رقابته على مضمون القرار الإداري الذي اتخذته الإدارة دون أن يعد ذلك تدخلا منه في أعمال الإدارة. والرقابة على الملائمة إصدار القرارات الإدارية هي استثناء على الأصل العام حيث يعد قييدا على سلطة الإدارة التقديرية فإن رقابة القاضي لعنصر الملائمة يكون عندما يقدر القاضي أن الإدارة قد تجاوزت الحدود القصوى لسلطتها التقديرية ويظهر في مجال عدم تناسب الجزاء مع المخالفة، وكذلك القرارات المتصلة بالحريات العامة لما تتسم به تلك القرارات من طبيعة ذات خطورة خاصة.²

1 - مايا محمد نزار أبو دان ، مرجع سابق، ص 62 وما بعدها .

2 - ميزاب ريمة، مرجع سابق، ص 87 وما بعدها.

كما أن الفقه أخلط بين الملائمة والتناسب فذهب البعض إلى أن تناسب الجزاء مع الخطأ يعني الملائمة في حين ذهب البعض الآخر إلى تعريف الملائمة بأنها "التناسب بين الإجراء وأسبابه فإذا ما ارتكب موظف خطأ تأديبياً فإن مجلس الدولة لا يتدخل ليراقب مدى التناسب بين الخطأ مع العقاب الموقع" ويرى هذا الفقه أن الملائمة في القرارات الإدارية هي التناسب بين سبب القرار ومحلله فهي تقوم على عنصرين هما السبب والمحل نفس عنصر التناسب.

وهنا حدث الخلط بين الملائمة والتناسب فالقرار الإداري يوصف بأنه ملائم إذا تناسب الإجراء المتخذ مع سبب القرار، فالتناسب إذن هو أحد ملائمتين القرار الإداري فإذا كان مصطلح الملائمة يعني توافق القرار الإداري مع جميع العوامل والظروف المحيطة بإصداره من كافة جوانبه، ومصطلح التناسب يعني توافق الإجراء المتخذ أي محل القرار مع السبب وبالتالي فهو ينصب على أحد جوانب الملائمة في القرار الإداري وبالتالي فالتناسب هو أحد ملائمتين القرار الإداري في مجال السلطة التقديرية للإدارة.¹

إذن مفهوم الملائمة أوسع من مفهوم التناسب فالملائمة تحتوي التناسب باعتبارها يندرج في أحد أجزائها أو مكوناتها. وبالتالي فلا يتطابقا معا ولا يعد أحدهما مرادفا للآخر.

ونخلص أنه لا يوجد تطابق تام بين مصطلحي الملائمة والتناسب، فالتناسب هو أحد جوانب الملائمة في القرار الإداري ويظهر ذلك في التوافق بين سبب القرار ومحلله، بينما الملائمة هي النتيجة مراعاة الجوانب متعددة في القرار الإداري، يتعين على الإدارة أخذها في الاعتبار عند ممارسة سلطتها التقديرية وأن العلاقة بينهما هي علاقة الكل بالجزء.

المطلب الثاني: علاقة التناسب بأركان القرار الإداري

تعد أركان القرار الإداري أهم جوانب التقدير الإداري وتتمحور حولهما الرقابة القضائية بصفة عامة ورقابة التناسب على وجه الخصوص باعتبارهم يشكلون المعادلة في عملية التناسب و انباز طبيعة عناصر القرار الإداري والدور الذي يلعبونه في التقدير الإداري فإننا نتناول تناسب وركن الغاية في الفرع الأول التناسب و ركن المحل في الفرع الثاني والتناسب والسبب في الفرع الثالث .

الفرع الأول: التناسب وركن الغاية

ركن الغاية في القرار الإداري هي أن يسعى مصدر القرار إلى تحقيق الصالح العام الذي حدده له القانون. ويسميه الأستاذ (فالين) المصلحة العامة والغاية من هذا المعنى هي ليست النتيجة المباشرة للقرار أو الأثر القانوني المترتب عليه. وإنما المقصود هو الغرض أو الهدف الذي أراد مصدر القرار تحقيقه بإصداره.¹

مثلا ليست الغاية من قرار تعيين أحد الموظفين هي وضعه في مركز قانوني خاص بهذه الوظيفة وإنما القصد من وراء ذلك ضمان سير المرفق العام.²

ولذلك على السلطة الإدارية أن تبقى ضمن إطار ودائرة هدف الصالح العام، وإذا استهدفت غاية أخرى تبتعد فيها عن المصلحة العامة يكون قرارها معيبا وقابلا للإلغاء بسبب بعدها عن الصالح العام وبالتالي يكون القرار غير مشروع ومشوباً بعيب استعمال السلطة واستغلالها مما يتطلب إلغاء القرار وبطلانه.

ويجب أن يستهدف القرار الإداري هدفاً يحدده القانون عملاً بقاعدة تخصيص الأهداف التي تقيّد الإدارة بأن تصدر قرارها وفقاً للغاية المخصصة له.

1- محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري- طبعة 1973 - الإسكندرية ، دار وائل عمان ، ص 634.
2- أعاد علي حمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، سنة 1998، دار الثقافة ، عمان ، ص 291.

الفرع الثاني: التناسب وركن المحل

ركن المحل في القرار الإداري بصفة عامة هو الأثر القانوني الذي يحدثه القرار بمجرد صدوره، وذلك أن لكل قرار إداري حتما آثاره القانونية كونه في المقام الأول تصرف قانوني. فإن محل القرار الإداري هو جوهر ومضمون القرار ذاته، أو هو فحواه وموضوعه الذي اتجهت إرادة الإدارة لتحقيق أثره من وراء إصدارها له. والأثر الذي يرتبه عنصر المحل في القرار الإداري يكون إما بإنشاء مركز قانوني معين أو تعديله أو إلغائه، وهذا هو ما يميز عنصر المحل في القرار الإداري - باعتباره عملا قانونيا - عن المحل في العمل المادي الذي يكون دائما نتيجة مادة واقعية كما أن الأثر الذي يحدثه القرار الإداري فنجد في منطوقه خلافا لرقابة على عنصر السبب التي تسلط حثياته ومبرراته لا منطوقه.

مثال: قرار صادر بفصل موظف عنصر المحل فيه هو قطع أو إنهاء علاقة العمل التي تربط بين الإدارة والموظف وبالتالي فإن عنصر المحل في القرار الإداري العمل القانوني يمكن تمييزه لأنه يكون مادة القرار وموضوعه ويشترط في المحل شرطين هما.¹

أن يكون هذا المحل ممكنا : أي ألا يكون الأثر المطلوب ترتيبه على صدور القرار مستحيلا، سواء من الناحية القانونية أو الواقعية، وألا يصبح القرار قرارا منعدها، مثلا صدور قرار إداري بهدم منزل آيل للسقوط. ثم يتبين بعد ذلك أن هذا المنزل قد انهار فعلا. مما يستحيل تحقيق محل القرار والذي هو هدم المنزل فنكون أمام حالة مستحيلة من الناحية الواقعية.²

أن يكون المحل مشروعا : بمعنى أن يكون محل القرار جائزا قانونا أي مستندا إلى أحكام القانون وإذا خالف أحكام القانون يصبح القرار معيبا في محله ويتعين إلغائه مثلا القرار الصادر بترقية موظف من درجة إلى

¹ - خليفة سالم الجهمي ، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، ص 318 و 319.

² - إعاد علي حمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 288.

الدرجة الأعلى دون أن يكون قد استكمل المدة الزمنية في درجته والتي يجب على الموظف أن يقضيها كحد أدنى للترقية للدرجة الأعلى منها.¹

الفرع الثالث: التناسب وركن السبب

لكي يكون القرار الإداري صحيحا يجب أن يقوم على سبب صحيح يبرر صدوره فالسبب هو في الحقيقة الدافع لإصدار القرار ويعرف السبب أنه الحالة الواقعية أو القانونية التي توجد فعلا قبل صدور القرار ويحرك الإدارة على إصداره. فمثلا المخافة التأديبية التي تقع من الموظف العام هي سبب قرار الجزاء التأديبي الصادر بشأنه ووجود اضطرابات داخلية هي سبب قرار حظر التجول وإفصاح الموظف في رغبته في الاستقالة وتقديمه طلبا في ذلك إلى جهة الإدارة هي سبب القرار الصادر بقبول الاستقالة وحتى يكون القرار سليما يجب أن يكون للسبب وجود مادي أو فعلي أي قائما وقت إصداره القرار كما يجب أن يتحمل هذا السبب الوصف القانوني الذي قد يتطلبه المشرع...²

1- فيصل عبد الحافظ الشوايكة و محمد سعيد الشباب، رقابة المحكمة العليا الأردنية على سلطة الإدارة في التقدير، مجلة الدفاتر السياسية والقانون جامعة العلوم الإسلامية العالمية - العدد العاشر جانفي 2014، الأردن، ص 278.
2- طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية التنظيم الإداري - النشاط الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر - 2007، ص 110.

المطلب الثالث: تمييز رقابة التناسب عن بعض أنواع الرقابة الأخرى

التناسب والملائمة تعني رقابة الملائمة تقدير القاضي الإداري للتناسب بين خطورة القرار الإداري قمة ما وصلت إليه الرقابة القضائية في هذا الشأن حيث أصبح بوسع القاضي بموجبها إسباغ رقابته على مضمون القرار الإداري الذي اتخذته الإدارة دون أن يعد ذلك تدخل منه في أعمال الإدارة و لأن الرقابة على الملائمة إصدار القرارات الإدارية هي استثناء على الأصل العام حيث يعد قيدها على سلطة الإدارة التقديرية فإن رقابة القاضي لعنصر الملائمة يكون عندما يقدر القاضي أن الإدارة قد تجاوزت الحدود القصوى لسلطتها التقديرية ، ويظهر ذلك في مجال عدم تناسب الجزاء مع المخالفة ، وكذلك القرارات المتصلة بالحريات العامة لما تتسم به تلك القرارات من طبيعة ذات خطورة خاصة .

التناسب والسلطة التقديرية خلط بعض الفقهاء بين السلطة التقديرية ، والتناسب معتبرين أن السلطة التقديرية تعني التناسب. أن السلطة التقديرية في القرار الإداري هي تمتع الإدارة بحرية إجراء التناسب بين سبب القرار المعتمد، وأثره القانوني المتمثل في محله. «ويلاحظ من ذلك أن مجال السلطة التقديرية للإدارة عنده، لا تشمل إلا على تصرف واحد تجر به الهيئات الإدارية بحرية، وهو إجراء التناسب بين سبب القرار وأثره القانوني المتمثل في محله.

الفرع الأول: تمييز رقابة التناسب عن رقابة التكييف القانوني للوقائع

لم يقتصر دور مجلس الدولة في الرقابة على الوجود المادي للوقائع¹ ، بل تعدى إلى ذلك وفرض رقابته على التكييف القانوني لتلك الواقعة، وذلك بعد أن يتحقق القاضي من قيام الواقعة المادية التي على أساسها بني القرار فإنه ينتقل إلى مراجعة ما أتت به الإدارة من وصف قانوني. فعندما يصرح المشرع وصف لحالة معينة أو لواقعة مادية محددة فإن تطبيق هذا الوصف على الوقائع التي تصادف الإدارة وتستلزم تدخلها بقراراتها الإدارية

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية ، سنة 2007، ص131.

يطلق عليه مصطلح التكييف القانوني للوقائع. بمعنى إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية بحيث يمكن أن يعمل القرار المتخذ عليها باعتباره دافعا مشروعاً لاتخاذها.¹

عندما يقوم القاضي أو الإدارة بالتكييف فإنهما يسعيان لتواصل بتخصيص وإعطاء القاعدة القانونية التي تتسم بالعمومية والتجريد أكثر تحديدا وأقل عمومية ثم يحاول بعد ذلك أن يرفع الواقعة الفردية إلى مستوى نص القانون بتجريدها عن طريق إغفال كل الجوانب عديمة الجدوى القول على إبراز الصفات التي تميز الواقعة من الناحية القانونية، وبالتالي التوصل إلى قيام تطابق بين النص والواقع. و مثال ذلك القرار الصادر عن مجلس الدول الفرنسية في 14 يناير 1916 في قضية "كامينو" Kamino الذي اعترف بأنه قاضيا لمادية الوقائع بحيث تتم رقابته على مادية الوقائع كما أن صلاحيته في حالة ثبوت تلك الوقائع أن يبحث إن كان مضمونها سببا مشروعاً للقرار الإداري حيث أنه كثيرا ما تكييف الإدارة واقعة معينة، تصدر في طياتها أو على أساس قرار إداري² معين مما يؤدي إلى خطأ قانوني في التكييف الصحيح للوقائع أو خطأ السلطات الإدارية في إسناد الوقائع الثابتة إلى مجموعة القواعد القانونية والتنظيمية التي تحكمها، ونستنتج أن الخطأ في تكييف القانوني السليم للوقائع ينتج ويكون لارتكاب الإدارة خطأ قانونيا في عملية إسناد وتكييف وتفسير الوقائع بالطريقة الصحيحة وطبقا للأحكام والنصوص القانونية المقررة.

القاضي الجزائري بدوره اتبع الرقابة على التكييف القانوني للوقائع ولم تختلف أحكامه عما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي وإن كان لم يصرح بها في أحكامه حيث أن القاضي الإداري الجزائري اكتفى بإلغاء القرار المطعون فيه دون ذكر سبب الإلغاء أو العيب الذي يشوب هذا القرار من غير مخالفة القانون أو الانحراف بالسلطة ونأخذ مثال على التكييف القانوني للوقائع في النظام القضائي الجزائري قرار الغرفة الإدارية رقم 37404 الصادر بتاريخ 1984/12/29 الذي جاء فيه من المقرر قانونا أن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية يعود للأشخاص المعنوية ومختلف الهيئات في إطار إنجاز عمليات معينة طبقا لما هو محدد فيها الآجال

1- سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، الطبعة الأولى - منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 539.
2- لحسن بن شيخ أث ملوث، المنازعات الإدارية وسائل المشروعية، الطبعة الثالثة، دار هومة، للنشر والتوزيع، 2007، الجزائر، ص 38.

للمنفعة العامة ومن ثمة فإن الطريقة في اكتساب العقارات والحقوق العينية العقارية في فائدة القواعد القانونية، وليس لصالح الهيئات المداولة بها.¹

حيث أن في قضية القرار والي ولاية تيزي وزو نص على أن المستفيد من إجراء نزع الملكية هو المجلس الشعبي البلدي. فإنه بالنص على استفادة مقررة لصالح هيئة المداولة أشتمل على خطأ قانوني، وكان ذلك من الحق لهم استوجب إبطال القرار المطعون فيه بالإبطال.

كما ألقى المجلس الأعلى قراراً مماثلاً ، والذي أصدره وزير الفلاحة حيث أستند على المرسوم

1963/10/01 لاتخاذ عقوبات في مواجهة الصندوق المركزي لإعادة التأمين إلا أنه على الرغم من أنشطة الصندوق تتعلق بالقطاع الفلاحي إلا أنها لا تدخل في ضمن الاستغلالات الزراعية.² فمن الخطأ تطبيق المرسوم المشار إليه وبالتالي إلغاء المجلس الأعلى لهذا القرار أركان نتيجة عدم صحة التكييف القانوني للوقائع .

الفرع الثاني: تمييز رقابة التناسب عن رقابة الانحراف في استعمال السلطة

من المسلم به أن السلطة الإدارية تمارس اختصاصاً تقديرياً عند اختبار العقوبة المناسبة والعيب الملازم لسلطة التقديرية هو إساءة استعمال السلطة فلا رقابة على ممارسة الاختصاص التقديري إلا إذا ثبت هذا العيب. ويعترض أصحاب هذا الاتجاه على الاستناد إلى عيب مخالفة روح القانون في حالة عدم التناسب لأن عيب مخالفة روح القانون ليس إلا إحدى تسميات عيب إساءة استعمال السلطة ويعرض لأمرين هما: هل من المناسب أن يعقب القضاء على ملائمة عقوبة رأت الإدارة توقيعها على أحد الموظفين لخطأ ارتكبه؟ وإذا كان هذا متناسب فهل تسمح به النصوص؟

الرأي الأول: فيرى أن يترك تقدير العقوبة الإدارية للإدارة لاعتبارات تحس هي بوزنها.

أما الرأي الثاني : فإنه يشير إلى أن عدم التناسب يندرج في معنى التعسف والانحراف ومن ثم لا يدخل تحت مخالفة القانون.³

1-عثمان صورية، الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، جامعة بسكرة، 2012/2013 ص 120 وما بعدها .

2- فتيتي صفاء، مرجع سابق

3- عبد العزيز عبد المنعم، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 322.

وهناك من يذهب إلى أن عدم التناسب ليس غريبا على الأنظمة القانونية بصفة عامة فهو ما طبق في هولندا، حيث يجوز الطعن في قرار الجزاء إذا كانت العقوبة الموقعة لا تتناسب مع المخالفة التي ارتكبتها الموظف ولهذا يرى أنه لا يتصور أبدا أن يفلت اختيار الجزاء كلية من رقابة القضاء. وذلك أيا كانت صعوبة السند القانوني لهذه الرقابة ، وفي بيان أوجه إلغاء قرار الجزاء في حالة عدم التناسب يقرر أنه لا يخرج عن أحد أمرين . فإما أن يكون الإلغاء على أساس مخالفة القرار للقانون أو على أساس إساءة استعمال السلطة ويتعذر الأخذ بالأساس الثاني لصعوبة إثبات عيب إساءة استعمال السلطة، ولذلك يرجع القول بأن إلغاء القرار في هذه الحالة يكون على أساس مخالفة القانون وروحه ومعناه. باعتبار أن المشرع قد نصّ على عدد من الجزاءات وليس جزءاً واحداً إنما قصد أن تختار السلطة التأديبية من بينها ما يناسب صدقا المخالفة المرتكبة.¹

1- مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 779.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لفكرة التناسب في القرار الإداري

تعتبر نظرية الخطأ الواضح في التقدير نتاج عمل قضائي خالص لمجلس الدولة الفرنسي في رقابته للقرارات الادارية ، ولقد ظهرت هذه النظرية في قضاء المجلس ، على أن بعض الكتاب ساروا على خلاف هذا الراي انطلاقا من كون النظرية ظهرت بأشكال وصيغ اخرى في بعض الدول كسويسرا ، بلجيكا ، إنجلترا ، بل ظهرت بشكل أصيل في قضاء منظمة العمل الدولية ، ولكنه وعلى صحة هذا الراي فان ذلك لا ينال من فضل سبق مجلس الدولة الفرنسي في إبراز معالم هذه النظرية وحسن صياغتها وجعلها نظرية عامة في نطاق القانون الاداري . وبغض النظر عن هذا الخلاف فان مجلس الدولة الفرنسي استطاع بفضل هذه النظرية ان يحقق قدر التوازن بين حقوق الافراد وحررياتهم وبين ما ينبغي للإدارة ان تتمتع به من سلطة تقديرية في تقييم ملاءمة تصرفاتها .¹

وذهب الفقه لإبراز بعض صفات ومعالم الخطأ الواضح و معالم في التقدير، ولعل اول محاولة لتعريف هذه النظرية هي التي قال بها الفقيه Kronprobest والتي عرف فيها الخطأ الواضح بأنه اداة تحليل تسمح برقابة أكثر فعالية للتقديرات التي تقوم بها الادارة في المسائل الفنية والدقيقة ، وانه يقع على وصف الوقائع ، وقد ابتكره القاضي الاداري لزيادة رقابته ولمراجعة الادارة في تقديراتها التي كانت تهرب من الرقابة القضائية . في حين ذهب مفوض الحكومة Braibant أثناء عرضه لوجهة نظره بخصوص التقرير المقدم في قضية Sieur Lambert الى ان الرقابة على الخطأ الواضح تهدف الى ان تفرض على السلطات الادارية حدا ادنى من المنطق والعقل السليم ... ويظهر الخطأ الواضح عندما تسيء الادارة عن عمد او غير عمد استخدام الحرية التي تتمتع بها وتذهب ابعدها من الحدود المعقولة في الحكم الذي تحمله على عناصر الملائمة . اما العميد جورج فيدل فقد عرف الخطأ الواضح بأنه الخطأ الجسيم ذي الصفة الظاهرة وان التطبيقات الاولى له تعلقت بحالات كان الغلط فيها جسيما وواضحا وجليا .

لذلك فإن أي تعريف للخطأ الواضح ينبغي ان يعتمد على اليات ووسائل ذات قيمة عملية تستطيع ان تحدد معالم النظرية ومضمونها وتضع معيارا منضبطا يتيح للمتقاضين والقاضي على حد سواء سهولة التعرف عليها ومجابهة الادارة بما قد تقيمه من تقديرات تعسفية . لكن قبل استجلاننا لمعيار منضبط لهذه النظرية

1 - بنجلون عصام ،الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في مراقبة جوهر ملاءمة القرارات الإدارية دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - دار القلم ، الرباط ، 2011 ، ص 67 وما بعدها .

يستحسن بنا ان نطلع على نشأتها الاولى الى ان تبلورت كمنظية قضائية عامة في مجال القضاء الاداري ، وذلك للدراسة التاريخية من اهمية من حيث الامام بحاضر الظاهرة وكذا قدرة الباحث على استشراف امتدادها المستقبلي .وستتناول نظرية الخطأ الواضح في التقدير (المطلب الاول) وهناك من يرى انه يمارس هذه الرقابة انطلاقا من نظرية الغلو (المطلب الثاني) في حين هناك من يرى ان القاضي يمارس رقابته على التناسب من خلال الموازنة بين المنافع والاضرار (المطلب الثالث) .

المطلب الأول: نظرية الخطأ الواضح في التقدير

يعتمد مجلس الدولة الفرنسي معادلة جديدة للرقابة القضائية على العمل الإداري مفادها أنه عند تمارس الإدارة سلطتها التقديرية في الحالات التي تكون متمتعة فيها تمثل هذه السلطة، فإن القرار الذي تتخذه يجب ألا يرتكز إلى وقائع غير صحيحة ماديا ولا إلى أسباب قانونية خاطئة ولا إلى خطأ ساطع في التقدير و لا أن يكون مشوبا بعيب في استعمال السلطة ولقد تم التمهيد لهذا الاجتهاد الجديد بتساؤلات كانت تطرح علامة استفهام حول ما إذا كان يحق للسلطة الإدارية في معرض ممارستها سلطتها التقديرية أن ترتكب أخطاء في التقدير. ذلك أن مسألة السلطة التقديرية للإدارة هي من أهم المسائل التي تفرض نفسها القانون الإداري. ويرى Laubadere أن الدليل الأبرز على الاهتمام بهذه الناحية هو ما ورد على لسان أحد كبار الاختصاصيين في الفقه الإداري في إنجلترا البروفيسور wade الذي تطرق إلى هذا الموضوع، واعتبر من جهته ""إن من جوهر السلطة التقديرية أنها تورط(الإدارة) في ارتكاب الأخطاء مرددا ما أسماه بالإنجليزية Power to error أي القدرة على الخطأ وكذلك أيضا في فرنسا يمكن للسلطة الإدارية أن تخطئ التقدير ولكن لا يحق لها إطلاقا الوقوع في خطأ ساطع في هذا المجال .¹ ونظرا لأهمية هذه النظرية سنتناول تعريف نظرية الخطأ الواضح في التقدير للفرع الأول وستتناول مضمون النظرية في الفرع الثاني .

الفرع الأول: تعريف نظرية الخطأ الواضح في التقدير

يعرف الفقيه BRAIBANT الخطأ الساطع في التقدير أنه الخطأ الذي يتصف في الوقت ذاته بخطورته وحتميته مما يجعل الإبطال مصير عمل السلطة الإدارية المشوب بمثل هذا العيب.¹

إذا يحق للإدارة أن تمارس سلطتها ومهامها ولا يجوز لأحد منازعتها في ذلك. ولكنه غير مسموح لها أن ترتكب حماقات أو تجاوزات أدبية غير مقبولة علما بأنه ليس سهلا على القاضي معرفة ما يشكل خطأ ساطع في التقدير. مثال: إبطال تعيين قائد في البحرية التجارية في جهاز التفتيش العام المشرف على المكتبات الوطنية لأن هذا القائد الجديد لا يحمل المؤهلات المطلوبة للقيام.

الفرع الثاني: مضمون نظرية الخطأ الساطع في التقدير

إذا لكل مبدأ عام أو نظرية جديدة يوجدها القاضي الإداري، لا بد وأن يكون لها أسباب دفعته إلى وضعها. فما هي الأسباب الخاصة بنظرية الخطأ الساطع في التقدير، وما هي حالات تحقق هذه النظرية؟
أولا: أسباب وضع نظرية الخطأ الساطع في التقدير

من الأسباب التي دفعت القاضي الإداري إلى وضع نظرية الخطأ الساطع في التقدير هي تحققه من أن رقابته على الوقائع التي تستند إليها القرارات الإدارية هي رقابة محدودة وقليلة الفعالية إذ تقتصر على التثبت من صحة هذه الوقائع من الناحية المادية دون التصدي إلى تقديرها من طريق رقابة تكييفها القانوني من جانب الإدارة لذلك عمل على تصحيح ذلك في بعض الحالات الشاذة مبتدعا مفهوم الخطأ الساطع الذي ترتكبه الإدارة في تقديرها الوقائع، ومقررا أن مثل هذا الخطأ شأنه أن يعيب شرعية القرار الصادر نتيجته. فهو يجعل منطوق القرار المستند إليه خارجا عن حدود المنطق والتفكير السليم ورغبة منه أيضا في مقاومة النقص في الرقابة ومعالجته وخاصة غيابها في بعض مسائل التكييف.

1- مايا نزار أبو دان، مرجع سابق، ص 77.

إن القاضي يخرج من تحفظه في الحالات التي تكشف فيها جسامة الجزاء تجرماً مبالغاً فيه على ضوء ظروف الدعوى والقاضي لا يقرر أن الأفعال غير قابلة قانونياً للتجريم. ولكن الجسامة التي أعطيت لها تسمح له باستنتاج خطأ واضح في التقدير ومبالغة في التجريم تؤدي تبعاً لذلك إلى عيب في الجزاء الذي تم توقيعه. والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هي حالات تحقق الخطأ الساطع؟

ثانياً: حالات تحقق الخطأ الساطع في التقدير

يتحقق في حالتين:

أ) عندما يكون هناك إفراط في الشدة إذ أن قسوة الإدارة تؤدي إلى شل المرافق العامة من طريق خوف الموظفين و اجحامهم عن تحمل المسؤولية، فلا يجوز مثلاً في القرارات التأديبية أن يعاقب الموظف المنقطع عن عمله يوماً واحداً بالفصل من الخدمة ففي ذلك قسوة ظاهرة وغلو غير مقبول في التقدير يجعل التدبير الإداري غير مشروع.¹

ب) عندما يكون هناك إفراط في الشفقة إذا إن شفقة الإدارة واستهانتها بالخطأ قد تؤديان إلى استخفاف الموظفين بأداء الواجب وإلى الاستهتار برؤسائهم وبمحمل الوظيفة، فيصبح المرفق العام مسرحاً لأهوائهم، ومصالحهم الشخصية فلا يجوز مثلاً في القرارات التأديبية حسم أيام قليلة فقط من راتب الموظف ارتكب جرم الاختلاس أو الرشوة..... الخ.

ففي ذلك إفراط في الشفقة وزيادة غير مقبولة في الرقة تجعل التدبير الإداري عامل تشجيع على الجريمة، والمعصية وإهدار المال العام. إذن يجب إن يكون التناسب بين العقوبة المفروضة على الموظف مؤمناً في الحالتين فكما أن الغلو أو الإفراط في الشدة مدان قضائياً فالإفراط في الشفقة مدان قضائياً أيضاً بالقدر والقوة ذاتهما وبعبارة أخرى إذا فرض القرار التأديبي عقوبة خفيفة جداً لا تتناسب مع خطورة الذنب أو الخطأ المسلكي فإن هذا القرار يكون مستوجبا للإبطال.

1- مايا نزار أبو دان، مرجع سابق، ص 77.

المطلب الثاني : نظرية الغلو

سار القضاء المصري على مسار نظيره الفرنسي فيما يتعلق بضرورة التزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لاتخاذ القرار الإداري ومحل هذا القرار فيمتد عمل القاضي الإداري إلى الرقابة على مدى تحقق هذا التناسب من غير أن تتجاوز حدود وظيفته كقاضي للمشروعية. ويطبق القاضي المصري كما في القضاء الفرنسي مبدأ التناسب على العديد من القرارات الإدارية ومنها تلك المتعلقة بالضبط الإداري والتأديب وذلك إلى جانب بعض الموضوعات الأخرى وبالنسبة لقرارات الضبط الإداري سارت محكمة القضاء الإداري في مصر على نهج مجلس الدولة الفرنسي فأخضعت التناسب في هذا المجال لرقابتها، ففرض القاضي رقابته على تقدير الإدارة صحة الأسباب وخطورتها، وتناسبها مع الإجراء المتخذ بالإضافة إلى رقابته على صحة الوجود المادي للوقائع، وتكييفها القانوني وقد كان القضاء الإداري المصري الأسبق في الأخذ بمبدأ التناسب في التأديب وذلك من خلال نظرية الغلو.¹

الفرع الأول : تعريف نظرية الغلو

ابتكر القضاء الإداري المصري لفظ الغلو كاصطلاح قانوني في نطاق ممارسته للرقابة على التناسب في مجال التأديب، ويقصد به التعبير عن عدم الملائمة الظاهرة أو المفارقة الظاهرة أو عدم التناسب البين، أو التفاوت الصارخ بين درجة خطورة الجريمة التأديبية وجسامة العقوبة الموقعة عنها، لما تدل عليه تلك التعبيرات من تجاوز المدى في توقيع العقوبة التأديبية والتشدد بالمبالغ فيه قبل السلطة التأديبية في اختيار العقوبة المناسبة للجريمة التأديبية المرتكبة.

وامتنع أغلبية الفقهاء على وضع تعريف عام لاصطلاح الغلو. واكتفوا بالفكرة التي يصدر عنها، ما جاءت في حكام القضاء ومحاوله إلحاقها بأحد وجوه عدم المشروعية في القرارات الإدارية.²

كما حاول بعض الفقهاء تعريف الغلو، من ذلك ما ذكره "الدكتور محمود سلامة جبر في رسالته"

1-مايا نزار أبو دان، مرجع سابق
2- خليفة سالم الجهمي، مرجع سابق، ص 119 وبعدها.

بان الغلو في الاصطلاح الفقهي ليس إلا أداة قضائية. استهدف بها مجلس الدولة المصري تحقيق رقابة أكثر فعالية ومقاومة التقديرات السيئة والمشوبة بعدم التناسب الظاهر للسلطات التأديبية واستطرد قائلاً بأن رقابة الغلو تسمح للقاضي الإداري بفحص التكييف الإداري وممارسة رقابة أكثر عمقا من تلك التي تحققها وسائل الرقابة الأخرى ومن شأن ذلك أن يؤدي الوقوف إلى حالات التقدير السيئة والمجازة للحد في تحديد العلاقة بين الذنب الإداري والجزاء التأديبي.....

و الغلو بهذا المعنى لا ينطوي على عدم التناسب إلا إذا كان ظاهرا جسيما ووصف الجسامة في الغلو يظهر من اتساع الفارق بين الخطأ التأديبي والجزاء التأديبي ، ومن ثم فإن مدى الجزاء التأديبي وانعدام التناسب بينه وبين الخطأ التأديبي يؤثر في قيام الغلو، فرقابة الغلو إذ تستهدف وضع تقديرات السلطات التأديبية لخطورة الخطأ التأديبي والجزاء التأديبي في حدود معقولة إنما تفرض على تلك السلطات حد ادني من المنطق والعقل السليم عند إجراء تقديراتها.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول بان الغلو هو الأداة الفنية التي ابتكرها القضاء الإداري المصري وأخذها عنه القضاء الإداري العربي عموما يتوصل بها في ممارسة رقابته على التناسب في مجال التأديب من خلال تقييم جوانب التقدير في القرار التأديبي وهو بذلك يضع حد للسلطة التقديرية للهيئات التأديبية في حرية اختيار العقوبة التأديبية بان يكون تقديرها خاليا من الغلو أو عدم التناسب الظاهر.¹

ويتضح مما سبق أن وسيلة الرقابة على التناسب مجال التأديب هي نظرية الغلو بالنسبة للقضاء الإداري العربي بصفة عامة والتي تلعب دورا مزدوجا كأداة فنية وسيلة وقائية أخرى.

1 - مايا محمد نزار أبو دان ، مرجع سابق، ص 84 .

الفرع الثاني : مضمون نظرية الغلو

من أسباب وضع نظرية مضمون الغلو نجد :

أنّ امتناع المشرع في تحديد الجزاءات التأديبية المناسبة لكل نوع من المخالفات التأديبية المناسبة بدورها لكل نوع عن المخالفات التأديبية أدى إلى إسراف بعض الجهات الإدارية في ممارسة سلطتها التأديبية مع التفاوت الكبير في ما بينها بصدد تقدير الجزاءات المناسبة للأخطاء ذاتها أو الأخطاء المتماثلة عينها، فكان المحكمة الإدارية العليا في مصر أن الأخذ بمبدأ عدم التناسب بين المخالفة التأديبية والجزاء الموقع عليها هو مخالفة تشوب قرار التأديب، وتوجب إلغاءه باعتباره من مقتضيات العدالة وإقامة التوازن بين اعتبارات المصلحة العامة ومصصلحة الموظف إذ أن رعاية مصلحة الموظف، وأخذه بالجزاء المناسب من شأنه تحقيق المصلحة العامة في الوقت نفسه.

وعليه أعلنت المحكمة الإدارية العليا في 1961/11/11 حكمها الشهير الذي قررت فيه صراحة ولأول مرة أن المفارقة الصارخة أو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة الذنب الإداري ونوع الجزاء ومقداره وعدم تناسبهما يؤدي إلى عدم مشروعية القرار التأديبي.

وبالتالي إذا تبين للمحكمة الإدارية العليا ، بعد قيامها بتقدير أهمية المخالفة المرتكبة ومدى جسامته الإجراء المتخذ بشأنها، أن هناك عدم التناسب ظاهرة بين الجزاء و المخالفة فإنها تقوم بإلغاء الجزاء التأديبي المشوب بالغلو وتوقع الجزاء الذي تراه مناسبا ولكن ماهي هذه النظرية ؟.

و لا يقتصر قضاء المحكمة الإدارية العليا في الغلو على حالات الإسراف في الشدة وفي اختيار الجزاء إنما يمتد إلى حالات الإفراط اللين وقد كانت المحكمة واضحة بخصوص ذلك إذا جاء في عدة أحكام لها أن ركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى اجحام عمال المرافق العامة عن تحمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة الممعة في الشدة ، والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعا في هذه الشفقة المغرقة في اللين فكل من طرفي النقيض لا يؤمن بانتظام المرافق وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي رمي إليه القانون من التأديب...

مثال : قضت المحكمة الإدارية العليا بعقوبة الخصم من المرتب لمدة شهرين بدلا من عقوبة العزل مع

الحرمان من المعاش أو المكافأة التي قضت بها المحكمة التأديبية.¹

مثال : خفض الراتب بمقدار عشر جنيهات شهريا إلى عقوبة الفصل.

ومن هنا نرى أن المحكمة الإدارية العليا قد طبقت قضاء الغلو في هذه الأمثلة تطبيقا إيجابيا بسبب تحققه سواء

كان هناك تشدد في الجزاء أم كان هناك لين فيه ذلك أن هناك دائما حد أدنى واحد أقصى على الإدارة عدم

تجاوزهما كي لا يصدر قرارها مشوبا بعيب الغلو، أما في حال لم ترى المحكمة أن هناك غلوا في تقدير الإدارة

فتقرر صحة القرار الإداري وتكون هنا طبقت النظرية تطبيقا سلبيا.

المطلب الثالث : نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

لاحظ مجلس الدولة الفرنسي تمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في المجالات ذات الصلة بالأموال والعقارات

لاسيما في ما يتعلق بتقرير فكرة المنفعة العامة وتحديدتها كما أن فكرة المنفعة العامة ذاتها فكرة مرنة تتسم بعدم

التحديد أو بعدم الوضوح فقد أدى ذلك بالإدارة إلى استخدامها لمصلحة السلطات العامة فحسب بل لمصالح

خاصة متى كانت هذه الأخيرة تؤدي إلى تحقيق منفعة عامة وأمام سكوت المشرع عن وضع تعريف قضائي يزيل

به غموض المنفعة العامة ويساعد على تحديدها لتحقيق قدر من الحماية للأفراد في مواجهة سلطات الإدارة

المتزايدة وهو ما دفع مجلس الدولة الفرنسي وضع نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار فما هي هذه "النظرية" وما

هو مضمونها؟

ونناقشها في فرعين الأول تعريف نظرية الموازنة ، والفرع الثاني مضمون نظرية الموازنة...

1- مايا نزار أبو دان، مرجع سابق، ص 94 و ما بعدها

الفرع الأول : تعريف نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

لم يعر الفقه الإداري أهمية تذكر لتعريف نظرية الموازنة ، بل حتى الأحكام القضائية لم تسهب في التعريف بهذه النظرية ، ويمكن أن نعزو هذا القصور إلى الصيغة العملية التي تتصف بها هذه النظرية وكذا اختلاف المعايير التي يستند إليها القضاء لإعمالها باختلاف ظروف و ملابسات كل قضية .

فمثلا يثير مجلس الدولة الفرنسي في الحكم التأسيسي لنظرية الموازنة إلى أنه : >> لا يمكن تقرير المنفعة

العامة لمشروع ما ، إلا إذا كانت الأضرار مع الملكية الخاصة و التكاليف المالية و إذا اقتضى الحال الأضرار الاجتماعية التي تضمنتها لم تكن مفرطة مراعاة للأهمية تقدمها <<

ومن هنا يتضح لنا أن تحديد تعريف دقيق لهذه النظرية يبقى غير ذي جدوى نظرا لاختلاف معايير تطبيقها . يبدأ أن هذا لا يمنع من تحديد إطار عام تدور حوله هذه النظرية ، وذلك استنادا إلى أن تلك المعايير يتعمدها القاضي لإلغاء القرار أو الحكم بصحته إنما تدور في فلك المزايا أو الفوائد من جهة و كذا الأضرار و السلبيات من جهة أخرى .

ومع هذا فإن قليل من الفقهاء أشاروا إلى بعض التعاريف بخصوص هذه النظرية ، ويبدو أنهم تأثروا بشكل كبير بالمجال الذي ظهرت فيه وهو مجال نزع الملكية ، لذا جاءت هذه التعاريف مرتبطة بذلك المجال ، يقول الدكتور محمود سلامة جبر : تعني نظرية الموازنة أنه تقدير شرعية مشروع أو عملية 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 و الاجتماعية للمشروع وإقامة موازنة بين هذه العناصر ، بحيث لا يمكن إقرار المشروع إذا جاءت الأضرار والأعباء المترتبة عليه مفرطة بالنسبة للمزايا و المصلحة التي يحققها¹

1-- بنجلون عصام ،الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في مراقبة جوهر ملاءمة القرارات الإدارية دراسة مقارنة – مرجع سابق ، ص 135 وما بعدها .

الفرع الثاني: مضمون نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

يراقب مجلس الدولة الفرنسي في قضائه التقليدي بشأن قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، عند حدود ما إذا كان من شأن العملية تحقيق المنفعة العامة أم لا. ولهذا فإن تقدير المجلس 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 بتكاليف المشروع وأعبائه المالية وذلك تتعلق هذه الأمور بالملائمة المتروكة لمحضر تقدير الإدارة. وبذلك كانت رقابته على قرارات المنفعة العامة لا تتجاوز حدود الرقابة التقليدية حيث تقتصر على التحقق من الوجود المادي للوقائع التي يقوم عليها قرار المنفعة العامة والتكييف القانوني لهذه الوقائع.¹ تم رقابة الموازنة من خلال أسئلة يطرحها القاضي الإداري.

هل المشروع المقترح من قبل الإدارة يحقق المنفعة العامة؟

ويتجسد دور القاضي في هذا السؤال في مجرد التأكد من أن عملية نزع الملكية التي تطالب بها الإدارة ليس لها من هدف سوى تحقيق المنفعة العامة، فإذا كانت الإيجابية سلبية يتم رفض نزع الملكية وإلا كانت العملية غير مشروعة وإذا ثبتت المنفعة العامة ينتقل القاضي لطرح السؤال الثاني.

هل إن عملية نزع الملكية المرتقبة لازمة؟ بمعنى أن القاضي يراقب ما إذا كان المشروع المزمع إقامته لن يحقق منفعة عامة إلا إذا كان قد أقيم في ذات موقع العقار الذي ستنزع ملكيته، فالأرض المطلوبة مثلا لبناء مدرجات لطلاب الجامعة في إحدى الكليات، يصبح نزع ملكيتها واجبا إذا كانت ملاصقة أو مجاورة لمبنى الكلية واجبا إذا كانت بعيدة تماما عن هذا المبنى إذ لن يتحقق من وراء ذلك أية منفعة عامة.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد يرى أن العمل نفسه يعتبر من قبيل المنفعة العامة في حالة معينة وقد لا يعتبر كذلك في حالة أخرى.

ويرى الفقه في ذلك أن القاضي الإداري لم يعد يراقب فكرة المنفعة العامة في ذاتها. كفكرة مجردة أو مطلقة إنما أصبح يراقب هذه الفكرة في ضوء الظروف والمعطيات التي أدت بالإدارة إلى القول بوجود منفعة عامة.

¹ - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، مرجع سابق، ص 150 و ما بعدها.

وفي حال كانت الإجابة عن السؤال الثاني إيجابية يبقى أن نرى إذا لم يكن من شأن تنفيذ مشروع نزع الملكية الخاصة أن يرتب أضرار مفرطة من ناحية التعدي على الملكية الخاصة أو الكلفة الاقتصادية والاجتماعية للعمل بالنسبة إلى المنفعة التي تقدمها وهنا تتمثل قمة تطور الرقابة القضائية على قرارات الإدارة المتضمنة منفعة عامة حيث لم يعد القاضي الإداري معها يكتفي برقابة ما إذا كان المشروع الذي تطالب به الإدارة يحقق نفعا عاما أو يتدرج في إطار مفهوم المنفعة العامة كما لم يعد يكتفي برقابة ما إذا كان العقار اللازم لهذا المشروع هو الذي يحقق في الواقع المنفعة العامة التي تدعيها الإدارة.

وقد قال BRAIBANT¹⁰⁰ "إن رقابة التناسب قد امتدت خلال السنوات الأخيرة في بعض المسائل إلى مجال الاختصاص التقديري بواسطة قضاء يطلق عليه عادة اسم رقابة موازنة المنافع والأضرار. وبالنسبة للفقهاء العربى مجلس الدولة يقوم بتطبيق مبدأ التناسب بالموازنة بين ما يتضمنه نزع الملكية من تكاليف ومساوئ اجتماعية وما يحققه المشروع من مزايا فإن رجحت كفة المزايا فليس هناك محل للإلغاء وإذا رجحت كفة التكاليف والعيوب حتى المحتملة منها فإن مجلس الدولة يلغي القرار الصادر بنزع الملكية المنفعة العامة و يؤيده الفقه معتبرا أن مبدأ التناسب هو جوهر هذه النظرية الجديدة كما يلاحظ الفقه أن عملية الموازنة أو الترجيح التي أقامها حكم قد راعى فيها اعتبارين أساسيين هما: حماية حقوق الأفراد ومراعاة مقتضيات حسن سير الإدارة ومتطلباتها وإذا كانت إقامة التوازن بين الأمرين هي أهم واجبات القاضي الإداري فإن الحكم قد وضع هذا الواجب موضع التطبيق العلمى ببيان عناصر الموازنة وكيفية إجرائها.

ملخص :

الرقابة القضائية التي تعتبر ضمان من الضمانات الأساسية التي يلجأ إليها من صدر في حقه قرار وبالرغم من تبني بعض الفقهاء موقفا معارضا لقيام القضاء الإداري بالرقابة على تناسب الجريمة مع العقوبة أو الضرر مع المنافع إلا أننا نجد غالبية من الفقهاء يؤيدون هذه الرقابة التي مارسها القضاء الإداري بحيث نجده يستخدم أدوات فنية مبتكرة تمثلت في نظريتي الغلو والخطأ الظاهر، للتين يتوصل بهما في ممارسة رقابته على تقديرات السلطات التأديبية المتسمة بتفاوت صارخ وواضح في اختيار نوع ومقدار العقوبة الموقعة مقارنة بالجريمة القائمة وفي الأخير رأينا كيف اتسعت رقابة القاضي الإداري تدريجيا لتشمل الرقابة على أهمية وخطورة الوقائع او ما يعرف بالرقابة على الملائمة التناسب.

أصبحت رقابة الملائمة على أعمال الإدارة ضرورة حتمية وأضحى من الضروري تصدي القضاء الإداري لأعمال وسلطات الإدارة التقديرية.

و مما تقدم نجد أن التناسب قد ولد من رحم الملائمة باعتبار أن التناسب أحد جوانب الملائمة وتم إدخاله في نطاق المشروعية بفعل السلطة الخلاقة المعترف بها للقضاء الإداري في انشاء القواعد القانونية حتى أضحى من المستقر عليه في القضاء الإداري الفرنسي أن مشروعية القرار الإداري مرهونة بخلوه من تفاوت صارخ بين المصالح المتعارضة والحيلولة دون وقوعه في شائبة الخطأ الظاهر في التقدير وهي الأدوات الفنية التي يتوصل بها في ممارسة رقابتها على التناسب وبالتالي فإننا لا نتردد في التقرير بانتماء رقابة التناسب في القانون الإداري إلى رقابة المشروعية التي يباشرها القضاء الإداري على أعمال الإدارة ليضع بذلك حدا جديدا للسلطة التقديرية للإدارة في جانب من جوانب الملائمة متروكة لمحض تقديرها ويرسم لهذا التقدير دائرة داخل إطار القانون يحد بها التقديرات المفرطة أو المغال بها حتى لا تتحول تلك السلطة من سلطة تقديرية إلى سلطة مطلقة أو تحكيمية، القاضي الإداري بهذا إلى الحد الجديد لا يرفض التقدير الإداري ولكن يمنع اتسامه بالحكم والهوي إذ ان الديناميكية التي تتصف بها السلطة التقديرية للإدارة تتطلب رقابة ديناميكية أيضا لتكون حقيقية وفاعله وهذا ما تجسده الرقابة على التناسب.

الفصل الثاني

مجالات تطبيق الرقابة القضائية على التناسب
في القرار الإداري

تجدر الإشارة مجدداً إلى أن رقابة الخطأ الواضح في التقدير قد ظهرت في قضاء مجلس الدولة لملء الفراغ الموجود في الرقابة القضائية بخصوص الحالات التي كان يتمتع فيها المجلس عن رقابة التكييف القانوني ، بيد أننا أكدنا في نفس الوقت أن النقلة النوعية التي حققتها هذه النظرية في مجال السلطة التقديرية تكمن في مراقبة مسألة التناسب بين سبب القرار الإداري مضمون المحل المتخذ .

وعلى هذا الأساس فإن تطرقنا للتطبيقات القضائية لرقابة الخطأ الواضح سوف يقتصر على اختيار فحوى القرار ومدى تناسبه مع الأسباب .

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد جعل من نظرية الخطأ الواضح في التقدير نظرية عامة في مجال المنازعات الإدارية وأحد عناصر الرقابة الدنيا ، فإن نظريته المصري كان سابقاً لإعمالها تحت مسمى آخر لم يستطع بلورتها كمنظومة رقابية تطبق في جميع مجالات المنازعات الإدارية .¹

1- - بنجلون عصام، الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في مراقبة جوهر ملاءمة القرارات الإدارية دراسة مقارنة - مرجع سابق ، ص 85

المبحث الأول : رقابة التناسب في مجال الوظيفة العامة

إن رقابة التناسب في مجال الوظيفة العامة يقتضي التمهيد لموضوع البحث بيان ماهية كل من الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية وباعتبارهما يمثلان طرفي المعادلة اللتين تنصب عليهما رقابة التناسب، ومع إبراز دور السلطة التأديبية في التجريم والعقاب التأديبي، وذلك للوقوف على الحاجة التي دعت القضاء الإداري إلى أن يمد رقابته على التناسب في التأديب وذلك سيكون بتقسيم المبحث إلى مطلبين ماهية الجزاءات التأديبية (المطلب الأول) ، السلطة المختصة في توقيع الجزاءات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الجزاءات التأديبية

لمعرفة ماهية الجزاءات التأديبية يتطلب الأمر تحديد مفهوم العقوبة وتعيين طبيعتها وهو ما سنتطرق إليه في هذا المطلب وفقا لما جاء به من تعاريف في الفقه والقضاء من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم العقوبة التأديبية

إذا أخل الموظف بواجباته الوظيفية فإنه يتعرض لعقوبة تأديبية ضمن العقوبات المقررة في قانون الموظفين بصورة أساسية فالعقوبة التأديبية هي رد الفعل الاجتماعي الذي يوقعه المجتمع بواسطة سلطاته العامة على من اقترف الجريمة، فالجزاء التأديبي الموقع على الموظف هو المقصود برقابة القضاء الإداري عليه وذلك من أجل إحداث التناسب بين هذا الجزاء الموقع والجريمة المرتكبة فالجزاء يعتبر ضمانا تحمي بها الإدارة نفسها لكي لا يعاود الموظف المخالفة مرة أخرى كما يكون ذلك عبرة لغيره من الموظفين.¹

1- - فاروق خلف ،آلية تسوية منازعات التأديب في مجال الوظيفة العامة، رسالة من أجل الحصول على شهادة دكتوراه في القانون العام -جامعة الجزائر ، يوسف بن خدة ، ص 104

وقد ورد في كتاب الله العزيز قوله تعالى: " وَأَتَقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ " ¹

وقوله تعالى: " إِنَّ رَبَّكَ سَرِيعُ الْعِقَابِ وَإِنَّهُ لَغَفُورٌ رَحِيمٌ " ²

وقوله تعالى: " إِنَّ عَاقِبَتَكُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ " ³

والعقوبات في الاصطلاح الشرعي هي زواجر لمخظورات شرعية، أو هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع وتجد العقوبة التأديبية مكانها في الشريعة الإسلامية بين العقوبات التعزيرية غير المقدرة شرعا، والتي تحددها المصلحة العامة والمفوض تحديدها وتعيينها لولاة الأمور فالعقوبة هنا مقررة لردع الجاني وزجره وإصلاحه وتهدئته ومنعه من العودة للجريمة مرة أخرى.

وعلى الرغم من خضوع العقوبة التأديبية لمبدأ الشرعية فلا تملك جهة الإدارة أن توقع عقوبة تأديبية غير واردة بالقائمة التي حددها القانون إلا أن تحديد معنى العقوبة التأديبية ومعرفة حدودها يساعد الجهة المختصة بتوقيع العقوبة التأديبية الملائمة للجريمة المرتكبة وبذلك سنتناول بالدراسة تعريف العقوبة التأديبية في التشريع وفي الفقه في مصر وفرنسا والجزائر.

تعريف العقوبة التأديبية في التشريع المصري والفرنسي

نجد بأن المشرع لم يتعرض لتعريف العقوبة التأديبية تاركا هذه المهمة للفقه سواء في مصر أو في فرنسا.

1- سورة البقرة الآية 196.

2- سورة الأنعام الآية 165.

3- سورة النحل الآية 126.

حيث عرّفها بعض الفقهاء بأنها ¹¹¹ "جزاء أدبي ومادي في أن واحد ينطوي على عنصر الإيلام الذي يلحق بالموظف ليس في حياته أو شرفه أو ماله أو حرّيته شأن العقوبات الجنائية، وإنما في وضعه الوظيفي فقط فيؤدي إلى حرمانه من المزايا والحصانات الوظيفية التي يتمتع بها أو من الوظيفة التي يشغلها بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية"¹¹².

والتعريف الراجح للعقوبة التأديبية هي ¹¹³ "جزاء وظيفي يصيب الموظف الذي تثبت مسؤوليته عن ارتكاب خطأ تأديبي معين بحيث توقع باسم ومصصلحة الطائفة الوظيفية المنتمي إليها وتنفيذا لأهدافها المحددة سلفاً"¹¹⁴. ويرجع هذا التعريف لأنه شامل لجميع العناصر التي تجعل منه محيطاً وجامعاً لمعنى العقوبة فالعقوبة لها حدود وأركان لتعريفها، فطبيعتها أنها جزاء وتوقع على موظف تثبت مسؤوليته عن ارتكاب جريمة تأديبية معينة توقعها الهيئة أو الجهة التابع لها الموظف، تقيداً لأهداف هذه الجهة أو الهيئة. كما يتميز هذا التعريف بالبساطة التي تجعل من السهل على الباحث أو القارئ الإلمام به.

أمّا الفقهاء في فرنسا فقد انقسموا في أوائل القرن العشرين إلى قسمين فيما يتعلق بتعريف العقوبة التأديبية حيث ذهب البعض إلى عدم وضع تعريف عام للعقوبة التأديبية بل حاولوا تقسيمها مجموعة عقوبات: عقوبات بسيطة مثل التوبيخ والتأديب. عقوبات تمس المزايا المادية للموظف كالحصم من الراتب أو الحوافز. عقوبات تمس الوظيفة ذاتها وهذه لعقوبات إما تمتع الموظف من مزاولة الوظيفة مدة معينة أو كالوقوف أو تحرمه من مزاولتها كلياً كالفصل في حين ذهب البعض الآخر إلى محاولة وضع تعريف للعقوبة التأديبية. حيث عرفها البعض¹ بأنها جزء مما يمس الموظف في مركزه الوظيفي فهي تختلف عن العقوبة الجنائية في أنها لا تمس كأصل عام حياة الموظف أو حريته أو ماله ولكن تمس فقط وظيفته ومزايا الوظيفة.¹ وعرفت أيضاً بأنها² نتيجة محددة بنص القانون تترتب على الجرائم المرتكبة عن طريق العمد أو الإهمال. ونخلص من التعريفات السابقة أن العقوبة من وجهة نظر الفقه الفرنسي هي وسيلة من وسائل الإدارة تنطوي على عنصر الإيلام، تقوم باستخدامها بناء على نص القانون في مواجهة مرتكبي المخالفات التأديبية داخل الجماعة الوظيفية بهدف المحافظة على النظام العام.

أما بالنسبة لما أقره المشرع الجزائري من خلال نص المادة (160) من الأمر 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة التي نصت على³ "يشكل كل تخل عن الواجبات المهنية أو مساس بالانضباط وكل خطأ أو مخالفة طرفه أثناء أو بمناسبة تأدية مهامه خطأ مهنيا ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية دون المساس عند الضرورة بالمتابعات الجزائية.² وباستقراء هذه النصوص يتضح أن المشرع الجزائري قد حاول وضع تعريف محدد للخطأ التأديبي.

1 - محمد سيد محمد، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة مع التطبيق على ضباط الشرطة والموظف العام، دراسة مقارنة كلية الحقوق، جامعة أسيوط - القاهرة،

2008، ص 196.

2- الأمر، 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العامة. الجريدة الرسمية عدد 46 لسنة 2006

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقوبة التأديبية

تجسد العقوبة التأديبية في مضمونها جزءا إداريا مستقى من التنظيم الوظيفي باعتبارها لا تصيب الموظف إلا في مركزه الوظيفي فهي وسيلة الإدارة في تسيير موظفيها للمرافق العامة بانتظام واضطراد، وبهذا فهي تعتبر ذات طبيعة إدارية كما أنها تعتبر من الحوافز السلبية في الوظيفة العامة لتضمنها نوعا من الردع والزجر، فالعقاب يجعل الموظف يخشى تكرار الخطأ حتى يتجنب العقوبة فهذا حافزا لعدم الوقوع في الخطأ أو المخالفة وبذلك تقوم العقوبة التأديبية بوظيفة زجرية لقمع أي إخلال بنظام العمل.

وهكذا يمكن أن نخلص مما تقدم بأن العقوبة التأديبية لها ذاتيتها الخاصة التي تميزها عن العقوبة الجنائية في أنها لا تمس كأصل عام حياة الموظف أو ماله وإنما تمس فقط وظيفته ومزاياها، وبهذه المثابة فإنها ذات طبيعة وظيفية فضلا عن طابعها الإداري وهي فوق هذا وذاك عقوبة قانونية، لا تتقرر ولا تنشأ إلا بمقتضى أداة قانونية. قانون أو لائحة مما يجعلها والحالة هذه وسيلة الإدارة الفعالة أردع لموظفيها وزجرهم عن الإخلال بواجباتهم الوظيفية، أو خروجهم على مقتضيات الوظيفة كغالبية حسن سير المرافق العامة وذلك في الحدود المنصوص عليها قانونا.¹

إن شرعية العقوبة التأديبية يعني تحديد العقوبات التأديبية على سبيل الحصر بواسطة نصوص تشريعية أو تنظيمية، فلا يجوز للسلطة الرئاسية أن تسلط على الموظف العام عقوبات لم ينص عليها القانون.²

وانطلاقا من هذا المبدأ قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الملاحظات الشديدة اللهجة

Les Sévères observations لا يمكن اعتبارها عقوبات تأديبية لأن المشرع لم يدرجها ضمن سلم

العقوبات، فالإدارة ملزمة باحترامه وإن كان المشرع قد منح للسلطة الرئاسية إمكانية وضع عقوبات من الدرجة الأولى والثانية تتفق وطبيعة نشاط المؤسسة الإدارية المختلفة.

إن مبدأ المشروعية مستتب في حقيقة الأمر من قانون العقوبات ويهدف إلى تحقيق العدالة في مجتمع الوظيفة العامة إذ يمكن الموظف العام مسبقا من معرفة ما ينتظره من جزاء في حالة ما إذا قصر في أداء واجباته أو

1- خليفة سالم الجهمي، مرجع سابق، ص 47 وما بعدها.

2- كمال رحماوي، تأديب الموظف العام في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 95.

ارتكب فعلا لا يتناسب وسمعته في المجتمع الطائفي الذي ينتمي إليه ونحن نرى بأن هذا المبدأ أي "لا عقوبة تأديبية إلا بنص" يفقد قيمته إذا تركنا الإدارة حرة في اختيار العقوبة المناسبة للخطأ التأديبي ولم نمنعها من معاقبة الموظف العام عن ذات الفعل مرتين ولم تلزمها بتسبب قرارها التأديبي.

إن الأخذ بمبدأ التناسب في مجال القانون التأديبي يعني بأنه " يتعين على السلطة الرئاسية أن توقع الجزاء التي تقدر وملائمته مدى جسامة الذنب الإداري بغير مغالاة في الشدة ولا إسراف في الرأفة"

إن المعارضين لهذا المبدأ يرون بأنه من الناحية العلمية لا يمكن إقامة تناسب تام بين العقوبة والخطأ وذلك لصعوبة تحديد الأخطاء التأديبية وعدم إمكانية حصرها حصرا دقيقا على غرار ما هو معمول به في قانون العقوبات .

ومن ناحية أخرى يرى المعارضون لهذا المبدأ بأنه من شأنه أن يفقد الإدارة فاعليتها في المحافظة على حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد فالسلطة الرئاسية " أحسن من غيرها في إجراء الموازنة بين المخالفات والعقوبات بما يتفق ومصالح المرفق العام"¹

أما المؤيدون لمبدأ التناسب فإنهم يبنون حججهم على الأدلة التالية:

كثيرا ما تغلب على اختيار العقوبة التأديبية العوامل الذاتية والشخصية التي يذهب ضحيتها الموظف العام، ولذلك فإن تدخل المشرع لإجراء مناسبة بين الخطأ والجزاء أمر ضروري للمحافظة على حقوق الموظف.

إن القيام بعملية التناسب من الناحية العملية عملية سهلة الإنجاز شريط إتباع الشروط الآتي بيانها.

القيام بتصنيف الأخطاء التأديبية.

ضرورة الأخذ بفكرة الحدين الأقصى والأدنى في مجال الجزاء التأديبي كي نترك للإدارة فرصة.

اختيار العقوبة التأديبية الأكثر ملائمة للخطأ المقترف.

المشرع الجزائري وفي ظل قانون الوظيف العمومي لسنة 1966 لم تكن الأخطاء التأديبية مصنفة بالشكل الذي

نص عليه المرسوم رقم 302/82 ولذلك كان اختيار العقوبة التأديبية يخضع لأهواء أو ميول الإدارة، فكانت

1- كمال رحماوي، مرجع سابق، ص 95 وما بعدها.

حرة في اختيار العقوبة التي تريد تسليطها على الموظف العام دون شرط أو قيد بل كان القضاء يمتنع عن مراقبة ملائمة العقوبة للذنب الإداري، ويعترف بأن عملية تقدير الخطأ التأديبي مسألة من اختصاص السلطة التقديرية للإدارة، فإذا كان هذا الوضع السائد في ظل قانون سنة 1966 فهل تغير موقف المشرع الجزائري بعد صدور القانون الأساسي العام للعامل؟

تنص المادة (63) من المرسوم رقم 302/82 على ما يلي: "يخضع تحديد العقوبة التأديبية المطبقة لدرجة خطورة الخطأ وللظروف المخففة أو المغلظة التي ارتكب فيها ومدى مسؤولية العامل المدان، عواقب خطئه على الإنتاج، وللضرر الذي يلحق الهيئة المستخدمة أو عمالها"

إن هذا النص القانوني يقيد الإدارة عند اختيار العقوبة التأديبية فلا يجوز للسلطة الرئاسية أن تقدر العقوبة التأديبية دون الأخذ بعين الاعتبار العوامل التي حددها القانون والمتمثلة في :

درجة خطورة الخطأ - الظروف المخففة أو المغلظة التي ارتكب فيها - مسؤولية العامل المدان.

عواقب الخطأ على الإنتاج - الضرر الذي تسبب فيه الخطأ.

ثانيا: عدم جواز عقاب المخطئ عن ذات الفعل مرتين

إن أحسن تعبير عن مفهوم هذه القاعدة جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا لمصر العربية "لا يجوز معاقبة العامل عن الذنب الواحد مرتين بجزائين أصليين لم ينص القانون على جواز الجمع بينهما. أو بجزائين لم يقصد القانون إلى اعتبار احدهما تبعا للآخر. وإذا وقع جزاء تأديبي على عامل عن فعل ارتكبه فلا وجه بعد ذلك لتكرار الجزاء التأديبي ذلك الفعل مادام هو بعينه الذي جزى عنه من قبل" ولقد أصبحت هذه القاعدة من المبادئ العامة للقانون تلتزم بها السلطة التأديبية حتى ولو لم ينص عليها المشرع صراحة لكونها تتفق ومبادئ العدل.

وقد ترد بعض الاستثناءات على هذا المبدأ ضمنا لحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد فيجوز معاقبة الموظف العام مرتين عن ذات الفعل في حالة ما إذا كان الخطأ الذي جزى عليه من الجسامة، بحيث دفع

الصحافة إلى نشره فأثار فضيحة في أوساط المنتفعين بالمرفق العام فالهدف من العقوبة الثانية هو استرجاع ثقة المنتفعين بخدمات المرفق العام.¹

لقد أخذ المشرع الجزائري بقاعدة عدم تعدد الجزاء، وهذا يستشف من نص المادة 82 من المرسوم رقم 302/82 إذ نصت على ما يلي: "يترتب عليها الأخطاء المهنية المختلفة المنصوص عليها في المواد من 68 إلى 72 من هذا المرسوم تطبيق إحدى العقوبات التأديبية وضمن الحدود الآتية"² فعبارة إحدى العقوبات تفيد عدم جواز الجمع بين أكثر من عقوبة وقد ينص المشرع صراحة على الأخذ بهذه القاعدة كما هو الحال في القانون الأساسي للقضاء وفي حالة ما إذا أباح القانون الجمع بين العقوبات التأديبية جاز في هذه الحالة معاقبة الموظف العام عن ذات الفعل مرتين ولتطبيق قاعدة عدم توقيع جزائين عن ذنب واحد لا بد من توفر بعض الشروط نجملها فيما يلي:

وحدة الأفعال التي يعاقب عليها الموظف العام و وحدة السلطة الرئاسية.

هذا و يعد التسبب من العوامل الأساسية التي يعتمد عليها القضاء في عملية مراقبة العقوبات التأديبية لأنه بواسطته تفصح السلطة التأديبية عن الأسباب التي جعلتها تتخذ القرار التأديبي ولذلك يشترط أن يكون تسبب قرار العقوبة التأديبية واضحا، فإذا اشترطه المشرع ومن ثم أصبح واجبا على الإدارة، وفي الحالات التي لا يشترط فيها يقع على الإدارة عبء إثبات التهمة المنسوبة إلى الموظف العام. لقد اشترط المشرع الفرنسي ضرورة تسبب جميع القرارات التأديبية وإلى ذلك جنح المشرع الجزائري أيضا حيث اشترط تسبب جميع القرارات التأديبية أيضا مهما كانت درجة العقوبة المراد تسليطها على الموظف العام. وإلا تعرض القرار التأديبي إلى الإلغاء.

ويلاحظ أن الإدارة قد تلجأ إلى تسبب قرارها استنادا إلى عدة تهم توجه للموظف العام ففي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يبحث في صحة وجودها، وصحة وجود التهم المختلفة المنسوبة للموظف العام، وإذا عجزت السلطة التأديبية عن إثبات المخالفات التأديبية المنسوبة للموظف العام يصح للقضاء إلغاء قرارها

1- كمال رحماوي ، مرجع سابق، ص 102 وما بعدها .

التأديبي، وإذا اتضح للقاضي أن البعض فقط من الوقائع المنسوبة إلى الموظف العام صحيحة يدرس ما إذا كانت الوقائع التي عجزت الإدارة إثباتها قد أدت إلى تشديد العقوبة.¹

ونشير هنا إلى أن العقوبة التأديبية تخضع لمبدأ عدم رجعية العقوبة هذا الأخير الذي يعني أن النتائج التي ترتبها العقوبة التأديبية لا تكون لها أي أثر على وضعية الموظف العام الإداري إلا ابتداء من تاريخ إقرار الجزاء التأديبي

”بحيث لا تريد إلى تاريخ ارتكاب المخالفة التأديبية“

وقد ترد بعض الاستثناءات على هذا المبدأ منها:

أنه في حالة توقيف الموظف العام عن العمل بسبب اعترافه لذنب إداري جسيم فإن آثار الفصل

تمتد إلى تاريخ توقيفه بشرط أن توافق للجان التأديب فصل الموظف العام يسمح بالأثر الرجعي في جميع الحالات التي يكون فيها مصلحة للموظف العام.

مفاد هذا المبدأ أنه ليس كما تخضع العقوبة التأديبية إلى مبدأ المساواة والذي يقتضي أنه من الجائز أن تختلف العقوبة التأديبية المطبقة على الموظفين باختلاف وضعيتهم الاجتماعية والمسؤوليات التي يتمثل دورها مت كانت الأخطاء المرتكبة والظروف التي تمت فيها وآثارها موحدة ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ إذا نص صراحة على أن العامل ”يتعرض للعقوبات التأديبية وعند الاقتضاء للمتابعة الجزائية مهما كان المنصب الذي يشغله...“

1- كمال رحماوي ، مرجع سابق، ص 104 و ما بعدها .

المطلب الثاني: السلطة المختصة بتوقيع الجزاء التأديبي

للقوف على مدلول السلطة التأديبية لابد لنا من تحديد مفهوم هذه السلطة (الفرع الأول) ومن ثم نقوم بدراسة الأساس القانوني الذي تستند عليه هذه السلطة في توقيعها للجزاء التأديبي¹ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف السلطة التأديبية

السلطة التأديبية هي الجهة التي يعينها المشرع لتوقيع العقوبات التأديبية المقررة قانونا على الموظفين الذين تثبت مسؤوليتهم عن جرائم تأديبية ويحكم هذه السلطة مبدأ المشروعية فلا أحد يملك توقيع تلك العقوبات إلا الجهة التي عينها المشرع، ولا يجوز لهذه السلطة أن تفوض أيا من اختصاصاتها أو أن يحل محلها أي شخص آخر إلا في الحدود التي رسمها القانون والسلطة التأديبية أو الجهة التأديبية التي تملك حق التأديب لا تسير على نفس المنوال فهي تختلف باختلاف الأنظمة القانونية فبعض الأنظمة تعهد بهذه السلطة إلى جهة الإدارة كالرئيس الإداري ومنها ما تعهد بها إلى جهة القضاء ومنها ما تعهد بها إلى نظام مختلط بين النظامين السابقين وهو ما يعرف بالنظام الشبه القضائي.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بكل من النظامين النظام الرئاسي والنظام القضائي فالنظام الرئاسي يقصد به إنفراد الإدارة بحق تحريك الدعوى التأديبية والتحري عن الأدلة وكذلك توقيع الجزاء التأديبي على الموظف المذنب دون السماح لأي هيئة بتقديم استشارتها.

أما النظام القضائي فيقوم على أساس نزع السلطة التأديبية من الإدارة وجعل سلطتها تقتصر على توجيه الاتهام فقط، ويستهدف هذا النظام في تحقيق ضمانات أكثر فاعلية للموظف.²

فالمشرع الجزائري حاول المزج بين النظامين نظرا لأسس والمبررات المنطقية فنيا وقانونيا محدد لكل منها الاختصاص المخول له في مجال توقيع العقوبة التأديبية كما أن سلطة توقيع العقوبة التأديبية الأولى والثانية تختلف عن التي توقع العقوبة من الدرجة الثالثة والرابعة.

1- نوفان العقيل العجامة، سلطة تأديب الموظف العام دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2007، ص37.
2- سعيد بوشعير، النظام التأديبي للموظف العمومي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر - 1991، ص 110.

السلطة المختصة بالعقوبة التأديبية من الدرجة الأولى والثانية .

منح المشرع الجزائري للسلطة تسليط العقوبات التأديبية الأولى والثانية شريطة تسبب قرارها التأديبي فلم يلزمها باستشارة أي هيئة أو التقيد برأي جهة معينة ولقد حددها بسلطة التعيين في نص المادة 165 من الأمر 03/06¹ تتخذ السلطة التي لها صلاحيات التعيين بقرار مبرر العقوبات التأديبية من الدرجة الأولى والثانية بعد حصولها على توضيحات كتابية من المعنى²

ويرجع سبب تحويل سلطة التأديب لعدة دوافع منها¹.

- إن المسؤول المباشر يكون أكثر دراية من غيره لتقدير سلوك الموظف مرتكب الخطأ.
- هذه السلطة تحقق النظام باعتباره المسير نحو المصلحة.
- هذه السلطة أكثر تأهيلا لتقدير حالات التسامح أو التشدد وتوضيح أسباب ذلك وتفسيره ومتابعته للواقعة.

- تمكن السلطة من التحكم في مستخدميها وتسيير نظام الإدارة.²

كما منح المشرع سلطة التعيين والترقية للمسؤول المباشر دون جهة أخرى إلا إذا كان بنص صريح كإمكانية مشاركة اللجنة المتساوية الأعضاء في سلطة التعيين لضمان الموضوعية في قرارات الهيئة المختصة السلطة المختصة بالعقوبة التأديبية من الدرجة الثالثة والرابعة نظرا لخطورة هذا النوع من العقوبات جعل المشرع اختصاص التأديب للجنة المتساوية الأعضاء المنعقدة بالمجلس التأديبي دون امتلاك السلطة الرئاسية سوى حق اقتراح العقوبة واللجنة لها أن توافق على الاقتراح أو تقضي بتسليط العقوبة التي تراها مناسبة للذنب المقترف.³

ولقد جاء في نص المادة 162 من المرسوم رقم 03/06¹ تتخذ اللجنة التي لها صلاحيات تعيين العقوبات التأديبية المناسبة من الدرجة الثالثة والرابعة بقرار مبرر بعد أخذ الرأي الملزم من الإدارية المتساوية الأعضاء

1- ورقلي عفاف، التناسب بين العقوبة والخطأ التأديبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2012، ص26.

2- محمد فؤاد عبد الباسط، الجريمة التأديبية في نطاق الوظيفة العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، سنة 2005، ص99.

3- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، مرجع سابق، ص115.

المتخصصة المجتمعة كمجلس تأديبي والتي يجب أن تثبت في القضية المطروحة وعليها في أجل لا يتعدى 45 يوماً ابتداء من تاريخ إخطارها¹.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة التأديب

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول تحديد الأساس القانوني لسلطة التأديب تأسياً بنوع العلاقة التي تربط الموظف بالإدارة إذا أسفر هذا الاختلاف عن ظهور عدة نظريات كان أهمها النظريات التعاقدية والنظريات اللائحية التنظيمية وانقسمت هذه النظريات بدورها إلى نظريات فرعية.

أولاً: النظريات التعاقدية

تكيف هذه النظرية العلاقة بين الموظف والإدارة الدولة على أنها عقد بين الطرفين وعليه فأساس سلطة التأديب هو الالتزامات الناتجة عن هذا العقد بالتالي فأي إخلال أو تقصير من قبل الموظف بهذه الالتزامات يشكل خطأً أو مخالفة بذلك الالتزام التعاقدية ينتج بالضرورة حق الإدارة في توقيع الجزاء التأديبي بحق الموظف.¹ وقد اختلف الفقه في تكييف نوعية العقد الذي يربط الموظف بالإدارة على هذا النحو: نظرية العقد المدني:

اعتبر أنصار هذه النظرية أن العقد الذي يربط الموظف بالإدارة هو عقد من عقود القانون الخاص يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وما يترتب على هذه القاعدة نتائج تتمثل أساساً في أنه لا يجوز تعديل هذا العقد أو تبديله إلا برضاء الطرفين.

ومن الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية أن التكييف الذي أعطاه أنصار هذه النظرية لا يتلاءم مع العلاقة الوظيفية التي تربط الموظف بالإدارة.

إن فكرة الإيجاب والقبول التي تعتبر شرطاً جوهرياً للعقد المدني لا تتوفر في علاقة الموظف بالإدارة لأن هذه العلاقة تبدأ بقرار من جانب الإدارة وإيرادتها المنفردة دون اشتراط قبول الموظف.²

1- عبد العزيز خليفة ، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 115.

2- رمضان محمد بطيخ، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة - 1997، ص 411.

إن تكييف العلاقة بين الموظف والإدارة على أنها علاقة تعاقدية طبقاً لقواعد القانون الخاص يتنافى ومبدأ المساواة.

نظرية عقد القانون العام:

هناك من الفقهاء من اعتبر العقد الذي يربط بين الموظف والإدارة من عقود القانون العام يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة بما تحققه من سلطات وامتيازات تملكها الإدارة في مواجهة الموظف إذ بإمكانها أن تعدل العقد أو تفسخه بإرادتها المنفردة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، رغم مرونة هذه النظرية إلا أنها لم تسلم هي أيضاً من النقد ومن أهم الانتقادات التي وجهت إليها.

إن هذا التكييف لا يحقق العدالة بين مراكز الموظفين العموميين فيما بينهم نتيجة اختلاف نصوص العقود التي تبرم مع كل منهم.

العقد الإداري مثله مثل العقد المدني يتضمن مجموعة من الحقوق والالتزامات لا يحق للإدارة في ظل الظروف العادية إجراء أي تعديل عليها، وإذا ما حدث تعديل لها من قبل الإدارة، فهنا يحق للموظف المطالبة بالتعويض وهذا ما لا يتفق مع حقيقة علاقة الموظف بالإدارة.

نظرية عقد المرفق العام:

ذهب بعض الفقهاء إلى تكييف العقد الذي يربط بين الموظف والإدارة على أنه عقد من عقود المرفق العام إذ يكون للمرفق العام حق الرقابة والإشراف بينما يجب على الموظف الخضوع لسلطة هذا المرفق بما فيها سلطة التأديب في حال الإخلال بمصلحة هذا المرفق.

ومن الانتقادات التي وجهت لهذا الاتجاه أنّ التطبيق العملي لهذه النظرية أظهر عدم الجدوى الفعلية لهذه النظرية في مساندة متطلبات المرافق العامة وحسن سيرها بانتظام وإطراد. و العلاقة بين الموظف والإدارة ليست التزامات متبادلة فحسب بل هي علاقة تنظيمية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وبالتالي أي اختلال بهذا الهدف يعرض الموظف للمساءلة التأديبية.¹

1- السالكة بشرى أحمد، سلطة التأديب في مجال الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2012، ص 13.

ثانيا: النظريات التنظيمية اللائحية .

يعد فشل التكيف الذي أعطاه أنصار النظريات التعاقدية للعلاقة بين الموظف والإدارة ظهرت نظريات جديدة تكيف هذه العلاقة على أسس أخرى.

ومفاد هذه النظرية التنظيمية أن جميع الحقوق والالتزامات الوظيفية إنما هي مستمدة بصفة مباشرة من القوانين والأنظمة التي تحكم الوظيفة في حد ذاتها فالوظيفة وجدت قبل وجود الموظف الذي يشغلها، وبالتالي فإن قرار تعيين الموظف يعني قبوله بكافة الأنظمة التي تحكمها، وعليه يلتزم الموظف بتنفيذ جميع الالتزامات الناتجة عن الوظيفة وأي إخلال يعرضه لجزاء تأديبي توقعه عليه الجهة المعنية بذلك.

وقد اختلف أنصار النظرية التنظيمية في تكيف هذه العلاقة حول الأساس القانوني لسلطة التأديب وانقسمت آرائهم كالتالي:

نظرية المؤسسة: وتزعم هذا الاتجاه الفقيه "هوريو موريس" إذ بنى هذا الأخير نظريته على ثلاثية هي: السلطة التي تنظم الجماعة والمصلحة التي تهدف الجماعة إلى تحقيقها، إضافة إلى تمتع هذه السلطة بالشخصية الاعتبارية وما يترقب عنها من نتائج¹ وبالتالي ظهرت فكرة المؤسسة إلى جانب فكري العقد والقانون، فالعقد يعبر عن إرادة الأفراد والقانون يعبر عن سلطة الدولة، أما المؤسسة فهي فكرة وجدت لأجل تحقيق سلطة منظمة بين الأعضاء المكونين لها وعليه فسلطة التأديب لهذا الاتجاه تقوم بمجرد الإخلال بالأهداف.

نظرية السلطة الرئاسية: مفاد هذه النظرية أن العلاقة بين الرئيس الإداري والموظف لا تنشأ على أساس تعاقدية بل على أساس السلطة الرئاسية هذه الأخيرة هي التي تفرض عليه الالتزام بضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد ولا يتأتى له تحقيق هذا الهدف بدون إعلام سلطة التأديب على المرؤوسين الذين يخولون بهذه الأهداف، وقد تعرضت هذه النظرية لكثير من النقد من قبل الفقهاء الأمر الذي استدعى تعديلها جوهريا إذا فتحت مجالا واسعا لتعسف السلطة الرئاسية.

1- علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الأول، التنظيم الإداري، دار الهدى، الجزائر، سنة 2009، ص 38.

نظرية سلطة الدولة: يرى أنصار هذه النظرية لا بد من إضفاء صفة العقاب الجنائي على الجزاء التأديبي من حيث الأساس والدولة هي من لها الحق في توقيعه على الموظف إذ أن سيادة الدولة، وفقا لأنصار هذا الاتجاه تنبثق من سلطتها الآمرة في توقيع الجزاء التأديبي موظفيها إذا رأت ملائمة فيه للصالح العام.¹

كما يرى الفقه أن العقاب التأديبي هو نوع من العقاب الجنائي كونه لم يصبغ بالصفة القضائية بصورة تامة لأنه يمارس عن طريق قرارات إدارية لا عن طريق أحكام قضائية كما هو معمول به بالنسبة للتأديب الجنائي.²

1- مصطفى بكر، تأديب العاملين في الدولة، دار الفكر الحديث، القاهرة ، 1966، ص182.

2- حمد محمد الشلماني: ضمانات التأديب في الوظيفة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص70.

الفرع الثالث: دور السلطة التأديبية بتحديد الجريمة واختيار العقوبة التأديبية

إن الاتجاه الغالب في مجال التأديب هو عدم خضوع الجرائم التأديبية إلى تقنين محدد بل يترك الأمر إلى السلطة التقديرية للإدارة، ولا تخضع لقاعدة الشرعية المتعارف عليها في القانون الجنائي وهي "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص".

فالإدارة تقوم بالتحقيق في الأفعال أو التصرفات المقترفة من قبل الموظف للوقوف على ماهيتها، وبيان ما إذا كانت تنطوي على جرائم، خلافاً لأحكام الأنظمة والقوانين ومن ثم توقيع الجزاء التأديبي بحق مرتكبيها وهذا الأمر خاضع للسلطة التقديرية للإدارة، وتلك السلطة التقديرية خاضعة لرقابة القضاء وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا الأمر في الكثير من أحكامها ولا بد لنا من الوقوف على معنى الجريمة التأديبية. الجريمة التأديبية: تطلق على أسماء كثيرة على الخطأ الذي يرتكبه الموظف العام ويعرضه للمساءلة التأديبية وهي أسماء تجمع بينها أنها تربط بين الموظف العام وأدائه لعمله أو سلوكه أثناء العمل وأحياناً خارج نطاق العمل. ومن هذه الأسماء "المخالفة التأديبية" و "الذنب الإداري" ولكننا نجد أن الاصطلاح الأكثر شيوعاً واستخداماً فقهاء وقضاء هو اصطلاح الجريمة التأديبية وهو الاصطلاح الذي نعتمده في هذا البحث وهو ذات الاصطلاح الذي تستخدمه محكمة القضاء الإداري.

حيث تقول "لكني تكون ثمة جريمة تستوجب المؤاخذة وتستأهل العقاب، يجب أن يرتكب الموظف فعلاً أو إنشأ يعتبر إخلالاً بواجبات وظيفته أو مقتضياته....". كما تستخدم المحكمة الإدارية العليا الاصطلاح ذاته حيث يقول "لا تطابق بين نطاق الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية".¹

1-نوفان العقيل العجارمة، مرجع سابق، ص - ص 51 - 73.

المبحث الثاني: رقابة التناسب في مجال الحريات العامة

إن ممارسة الشخص لحرياته وحقوقه ينبغي أن تحدد من جهة باحترام حريات وحقوق الآخرين ومن جهة أخرى بالالتزام والخضوع لمقتضيات النظام العام، لذلك كانت ولا زالت لوظيفة الضبط الإداري أهمية تمارسها الإدارة وفقا للقانون، بالإضافة إلى مراعاة الحدود الفاصلة بين ما نص المشرع وما هو متروك لهيئات الضبط الإداري لأن الأصل أن حقوق وحريات الأفراد لا يختص تقيدها إلى التشريع وفقا للنصوص الدستورية ولكن نظرا لمهام الإدارة العامة في الحياة اليومية وللمجتمع وقربها واحتكاكها الشديد مع واقع هذه الحياة وظروفها المتطورة والمتقلبة هذا ما جعل من تمكينها حق التدخل في نطاق معين ضرورة لا مفر منها، وفي كل الأحوال تمارسه تحت رقابة سلطة القضاء التي تتسع في الظروف العادية وتطبق في الظروف الاستثنائية تبعا لظروف الزمان والمكان.

ولذلك سنتعرض بالدراسة والبحث لجوانب هذا المبحث في المطالب التالية :

مراعاة عامل الزمان والمكان (المطلب الأول).

اتساع الرقابة القضائية مع تقييد سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية (المطلب الثاني).

تخفيف الرقابة القضائية مع اتساع سلطات الضبط الإداري في الظروف غير العادية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مراعاة عامل الزمان والمكان

تطبيقا لقاعدة التناسب بتعيين أن تنصب رقابة القضاء الإداري في كل حالة مع الظروف التي تتدخل هيئات الضبط الإداري في ظلها، ومن ثم فلا يمكن اعتبار تدابير الضبط الإداري مشروعة، إلا إذا كانت موافقة مع الظروف المحيطة بها. بحيث ينبغي أن تتناسب الرقابة القضائية مع ظروف ممارسة الحرية، وأن تتغير بتغير الزمان والمكان وعليه سنتناول عامل المكان في الفرع الأول وعامل الزمان في الفرع الثاني .

الفرع الأول: عامل المكان

تفرض هيئات الضبط الإداري تبعا لوظيفتها المتمثلة في المحافظة على النظام العام قيودا على الحريات العامة يمارس عليها القضاء نوعا من الرقابة بحسب المكان الذي تمارس فيه تلك الحريات. لذلك فارتباط الرقابة القضائية المكاني الذي تمارس فيه الحريات يجعلها متفاوتة حسب الإقليم ووضعه الخاص، وما يتعرض له من اضطرابات تهدد النظام العام لهذا فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 1953/06/19 في قضية (Houphouët- Boigny) منع أحد المؤتمرات في الأراضي الإفريقية حيث قرر إن سلطة الضبط مع اتساع الإقليم الذي يجب فيه توفير الأمن لم يكن لديها قوات كافية لحفظ النظام، وأنه في تلك الأحوال ونظرا لأن الاجتماع المزمع عقده سيتم بالضرورة ولو جزئيا على الأقل على الطريق العمومي بسبب الأحوال التي تم فيها تنظيمه، لذلك يمكن لحاكم فولت العليا والمدير وعمدة البلدية في Bobo dioulasso أن يمنعوا قانونا اجتماع المؤتمر المذكور سواء على أرض البلدية أم على مجموع أراضي فولت.¹

كما تتسع سلطات الضبط الإداري في فرض القيود على الحرية إذا كانت تمارس في الطريق العام باعتباره الميدان العام الذي يحتاج أكثر من غيره للمحافظة على النظام العام وعلى الأموال العامة والخاصة بالإضافة إلى ما يترتب عن ذلك من أخطار عرقلة استخدام الجمهور للطريق للتنقل أو المرور لذلك يعتبر الطريق العام مجالا

1- CE,19 juin, 1953, Hophovet – Boigny

يصلح لتنظيمه بواسطة تدابير الضبط الإداري وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه حول تنظيم البيع على الطرق العمومية وتنظيم المرور ووقوف السيارات.¹

إلا أن هيئات الضبط الإداري يضيق اتساعها إذا كانت الحرية تمارس في مكان خاص، لأن ما يحدث فيه لا يؤثر في النظام العام، زيادة على تمكين الأشخاص فيه من ممارسة حقوقهم الشخصية التي يحميها القانون، لذلك يشترط لتدخل الإدارة في المكان الخاص أن يكون له اتصال بالخارج كإثارة الضجيج والصخب بواسطة مكبرات والأسواق ودوي المصانع وضوضاء الاحتفالات وأصوات الباعة والمتحولين.²

وعليه فرقابة القضاء على أعمال الضبط الإداري يجب أن يراعي فيها عامل المكان الذي تمارس فيه الحرية وخطرها على النظام العام حيث تنكمش سلطات الضبط الإداري إذا كان ممارسة الحرية في الأماكن الخاصة وتتسع إذا كان ممارستها في الأماكن العامة.

الفرع الثاني: عامل الزمان

يأخذ القاضي الإداري أثناء مراقبته لأعمال الضبط الإداري بعين الاعتبار عامل الزمان في تدخل هيئات الضبط الإداري لتقييد الحريات حيث يتفاوت تدخلها من ساعة إلى أخرى ومن يوم إلى آخر. كما يجب التفرقة بين ما إذا كان الإجراء الضبطي يطبق ليلا أو نهارا فبعض القرارات والتدابير تكون أشد في الليل أكثر منها في النهار، وقد تعتبر مشروعة طبقت في الليل وغير مشروعة إذا طبقت في النهار. وينبغي كذلك مراعاة المدى الزمني للتدبير الضبطي فهناك فرق بين قرارات الضبط الإداري التي تضع تنظيما مؤقتا، والتي تضع تنظيما دائما فالتنظيم الضبطي المؤقت ممكن أن يكون متشددا لأنه مفروض بواسطة ظروف خاصة قد تزول بعد فترة قصيرة، أما التنظيم الضبطي الدائم فينبغي أن يكون أقل شدة لأنه يهدد الحريات بصفة مستمرة.³

1- مشار إليه في مؤلف ، عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده ، الهيئة العامة المصرية للكتاب ، القاهرة ، 1995ص 497.

2- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2004، ص20.

3- محمد عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1992.ص

تجدر الإشارة إلى أن القضاء يراعي اعتبارات الزمان التي تؤثر على هيئة الضبط من ناحيتين الأول: تقدير مدى خطورة الظروف الزمنية وما يحدث بسببها من أخطار على الأمن والنظام.

والثانية: تقدير المدى الزمني المناسب لإجراء الضبط الإداري.¹

لذلك فسلطات الضبط الإداري تتسع وتشدد في الظروف الغير العادية لأن مطالب السلطة تكون أكثر من مطالب الحرية وتوصف بالشرعية في كثير من قرارات الضبط الإداري التي كانت غير شرعية في الظروف العادية. ومع اتساع سلطات هيئات الضبط الإداري في الظروف الغير العادية تخفف رقابة القضاء على أعمالها كما تقيد سلطات الضبط مع اتساع رقابة القضاء عليها في الظروف العادية.

1- محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري - النشاط الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص

المطلب الثاني: اتساع الرقابة القضائية مع تقييد سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية

إن الظروف العادية تفرض على هيئات الضبط الإداري العديد من القيود والضوابط القانونية أثناء ممارستها سلطاتها في المحافظة على النظام العام وذلك بشكل مستمر ودائم ومتجدد ومتطور وتستخدم في سبيل تحقيق ذلك مجموعة من التدابير تحد بها من ممارسة الأشخاص لحقوقهم وحررياتهم، وهي مقيدة بقواعد الشرعية. وتلتزم بنطاقها وحدودها فإذا خرجت عن تلك الحدود التي وضعها المشرع فإن أعمالها تعتبر غير شرعية وتخضع إلى رقابة قضائية واسعة وتنتهي بحكم إلغاء قرارات الضبط الإداري الغير الشرعية لتجاوزها للسلطة. لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى أثر الحالة العادية في تقييد سلطات الضبط الإداري (الفرع الأول) ومدى الرقابة الإدارية القضائية على سلطات الضبط في الظروف العادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر الحالة العادية في تقييد سلطات الضبط الإداري

تعود أهمية وضرورة أعمال الضبط الإداري في أنها أولى الأمور حيوية في الدولة، لأنها تهدف إلى حماية النظام العام وصيانة الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية فيها حيث تتولى هيئات الضبط مهمة حماية المجتمع ووقايتهم من الأخطار التي تهدده في أمنه وسكينته، وذلك عن طريق سلطتها في إصدار قرارات الضبط وتنفيذها. من أجل ذلك خضعت سلطات الضبط الإداري للتحديد والتقييد وذلك بوضع ضوابط التي يجب أن تلتزم بها على الأقل في الظروف العادية أن يكون تدخل الإدارة في تنظيم الحريات بالشكل الذي لا يؤدي إلى خنقها أو التضحية بها في سبيل الحفاظ على النظام العام.

ولضمان ذلك أكد القضاء الإداري على ضرورة وجود حدود وقيود وضوابط على ممارسة هيئات الضبط الإداري لسلطاتها كما استقر على إخضاعها لرقابة واسعة لأن الأصل هي الحرية وتدخل هيئات الضبط هو الاستثناء وذلك نظرا لخطورتها وانعكاسها المباشر على حقوق وحرريات الأشخاص.¹

1- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة، الجزائر، ص 208.

كما تضمن الرقابة القضائية التزام هيئات الضبط الإداري بالحدود والضوابط التي ينبغي عليها احترامها والتقييد بها. و تتمثل هذه القيود في مبدأ الشرعية والنظام العام والحقوق والحريات العامة.

الفرع الثاني: مدى الرقابة القضائية على سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية

تهدف هيئات الضبط الإداري في الظروف العادية إلى الحفاظ على النظام العام وتستعمل في سبيل تحقيق ذلك مجموعة من السلطات التي تقيّد بها ممارسة الأشخاص لحقوقهم وحرّياتهم ويشترط أن تمارس اختصاصاتها في الحدود التي وضعها المشرع، فإذا خرجت عن تلك الحدود فإن أعمالها تعتبر غير شرعية يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام الجهات القضائية المختصة. حيث يقوم القاضي الإداري بمراقبة التدبير الضبطي من حيث غايته التي يتعين تكون تفادي تهديد حقيقي للنظام العام.

كما ينبغي أن يكون الإجراء المتخذ موافق مع الظروف العادية المحيطة به كما يمارس القاضي رقابة موسعة على سلطات الإدارة، فلا يتحقق فقط عما إذا كان يوجد في ظروف الدعوى وتهديداً بالإخلال بالنظام يمكن أن يبرر التدخل بإجراء الضبط بل أيضاً يبحث إذا كان التدبير متناسباً في طبيعته وخطورته مع أهمية التهديد، فهو بذلك يراقب ملائمة الإجراء مع الوقائع التي كانت سبباً في اتخاذها.¹

وهكذا تكون للظروف العادية تأثير في اتساع الرقابة القضائية مع تقييد سلطات الضبط الإداري وهذا عكس الحالة الاستثنائية.

1- سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 1982 ، ص 121.

المطلب الثالث: تخفيف الرقابة القضائية مع اتساع سلطات الضبط الإداري

في الظروف غير العادية

إن هيئات الضبط الإداري مقيدة بتطبيق القانون، غير أن هذا النظام القانوني قد يعجز أو لا يكفي أحيانا لمواجهة الظروف الاستثنائية التي قد تتعرض لها الدولة كحالة الحرب أو الاضطرابات أو الكوارث، لذلك تظهر فكرة أساسها أن سلامة الشعب هي القانون الأعلى الذي يسمو حتى على الدستور وهذا معناه إجازة كافة الأعمال التي تقوم بها الإدارة حتى إذا استدعى الأمر الخروج عن القانون، وذلك من أجل الحفاظ على كيان الدولة وسلامتها لأن بقاء الدولة معناه بقاء القانون، وبالتالي لا يمكن التضحية بالكل من أجل الجزء.¹ إلا أن مبدأ الشرعية قد يكون مفهوما صالحا لكل الأوقات وفي شتى الظروف وذلك بتوسعه ليشمل هذا النطاق الاستثنائي حيث تمكن الإدارة بالحرية في بعض السلطات للتعامل مع هذه الظروف حتى ولو كان ذلك يتعارض مع قواعد الشرعية العادية غير أن تصرفها يبقى قانوني وشرعي لأنه يدخل في مجال الشرعية الاستثنائية التي تجد أساسها في نظرية الضرورة. والظروف الاستثنائية هي الأوضاع الفعلية التي تؤدي إلى نتيجتين: وقف العمل بالقواعد العادية اتجاه الإدارة وذلك لتطبيق اتجاه هذه القواعد مشروعية خاصة يقوم القاضي بتحديد مقتضيات هذه المشروعية الخاصة.

وعرفها الفقه أن هناك بعض القرارات الإدارية التي تعتبر في الظروف العادية قرارات غير مشروعية، قد تصبح قرارات مشروعية في بعض الظروف لأنها تصبح ضرورية لتأمين العمومي وسير المرافق العمومية فيحل محل المشروعية العادية La Légalité normal، مشروعية الحالة الاستثنائية La légalité déxception في هذه الظروف غير العادية، والتي تستفيد خلالها السلطة الإدارية اتساع في الصلاحيات لم ينص عليها القانون، كما لا يشترط أن يكون الاستثنائي شاملا لكل إقليم الدولة، وإنما يكفي أن يكون تطبيق قواعد المشروعية العادية من شأنه تهديد النظام العام بخطر جسيم في أحد أجزاء الإقليم أو إحدى الولايات. وهنا نتساءل عن أثر الحالة الاستثنائية على سلطات الضبط الإداري ومدى امكانية رقابة القاضي على تلك السلطات .

1- عبد الله طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة المطبوعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1975 و 1976، ص 35.

الفرع الأول: أثر الحالة الاستثنائية في توسيع سلطات الضبط الإداري

قد تطرأ على الدولة بعض الظروف الاستثنائية كالكوارث طبيعية أو قيام حالة الاستعجال أو الطوارئ أو قيام ثورة أو وجود وباء شديد وغيرها من الأحداث الغير المألوفة التي تهدد كيان المجتمع مما يستدعي من الإدارة اتخاذ إجراءات استثنائية تجاوز ما هو عادي في مجال سلطة الضبط مثل فرض حظر كامل على الاجتماعات والتحرك والممرور في الأماكن العامة. وفي أوقات معينة ومصادرة الصحف والمنشورات والمطبوعات والاستيلاء على المنقولات والعقارات ووضعها تحت الحراسة وتحديد مواعيد فتح المحلات العامة وإغلاقها. وسحب تراخيص الأسلحة وإخلاء بعض المناطق وتحديد التنقل من منطقة إلى أخرى. والامتناع عن تنفيذ الأحكام وإصدار قرارات تدخل في سلطة المشرع... فقيام الإدارة بمثل هذه التصرفات أو الإجراءات معناه قيام نظام استثنائي توقف في ظلله الحريات الفردية والجماعية وتعطل فيه الضمانات الدستورية حفاظا على استتباب الأمن والنظام العام، فبسبب الظروف الاستثنائية تتسع سلطات الضبط الإداري بفضل التشريع أو القضاء.

أولاً: دور التشريع في توسيع سلطات الضبط الإداري

إن الظروف الاستثنائية هي تلك الأوضاع المادية التي تؤدي إلى وقف العمل بالقواعد العادية التي تطبقها الإدارة لتطبيق قواعد الشرعية الخاصة بالآزمات والتي تتسع فيها سلطات الضبط الإداري استنادا إلى نص تشريعي وذلك لضمان الحماية للحقوق والحريات العامة ومن هذه الظروف نجد حالة الحصار وحالة الطوارئ بالنسبة لحالة الحصار هي تعبير واضح عن عجز القواعد القانونية العادية والنصوص الدستورية عن حماية كيان الدولة الذي تعرض للتهديد بسبب الخطر الجسيم الذي مس بالأمن والنظام العام. وتعرف حالة الحصار بأنها الحالة التي تمكن من مواجهة أشد الظروف التي تمر بها الدولة قساوة والتي تعجز فيها السلطات المدنية عن مباشرة مهامها، والتصدي لهذه الظروف ويكون ذلك في غالب الأحيان بسبب الحرب والاضطرابات الداخلية بحيث تحل السلطات العسكرية محل السلطات المدنية ويقوم القضاء العسكري محل القضاء العادي.

وحالة الحصار في الجزائر يعود إعلانها إلى رئيس الجمهورية الذي يتمتع بصلاحيات واسعة لمواجهة الحالات الغير العادية، وهي حالة الحصار والطوارئ والحالة الاستثنائية وحالة الحرب. وقد نصت مختلف الدساتير الجزائرية على هذه الحالات.

حيث يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو حالة الحصار لمدة معينة ويتخذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.¹

لقد أعلنت حالة الحصار في الجزائر أثناء زلزال (الأصنام) (ولاية الشلف) كما أعلنت في 04 جوان 1991 بموجب مرسوم رئاسي 196/91 الذي نظم حالة الحصار²

عرفته المادة(02) من المرسوم الرئاسي المشار إليه حالة الحصار بأنها لرئيس الجمهورية أن يتخذ كافة الإجراءات القانونية والتنظيمية بهدف الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة واستعادة النظام والسير العادي للمرافق العمومية.

و هناك إجراءات شكلية وموضوعية لإعلان حالة الحصار تتمثل في أنه لا يمكن لرئيس الجمهورية إعلان حالة الحصار إلا إذا كانت هناك ضرورة ملحة تستدعي ذلك، كما يجب أن تحدد مدة معينة بانتهائها ترفع حالة الحصار وذلك لتقييد سلطة رئيس الجمهورية وحماية الحقوق وحرية الأشخاص.

ودستور 1996 لم ينص على مدة محددة لحالة الحصار بينما حددها المرسوم الرئاسي 196/91

المتضمن حالة الحصار بـ 4 أشهر مع إمكانية رفعها قبل هذا التاريخ بمجرد استتباب الوضع وترجع السلطة التقديرية في ذلك لرئيس الجمهورية.

و نصت المادة 91 من دستور 1996 على الاجراءات الشكلية وهي : اجتماع المجلس الأعلى للأمن

واستشارة المجلس الشعبي الوطني رئيس مجلس الأمة رئيس الحكومة ورئيس المجلس الدستوري.

1 - المواد من 91 إلى 95 من دستور 1996، تقابلها المواد من 86 إلى 89 من دستور 1989 والمواد من 119 إلى 122 من دستور 1976 والمادة 59 من دستور 1963.

2- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 165.

والهيئة المكلفة بتسيير حالة الحصار هي السلطة العسكرية وهذا معناه سلطة الضبط تتحول من سلطة مدنية إلى سلطة عسكرية ولكي تبقى الهيئات الإدارية المدنية تمارس سلطاتها التي لم تنزع منها.¹ كما تنتقل المحاكمات من القضاء العادي إلى القضاء العسكري بشرط أن تكون الجرائم ماسة بأمن الدولة وأن تقرر السلطة بإحالتها على المحاكم العسكرية.²

أما عن اختصاصها حسب المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتعلق بالحالة الحصار يمكن للسلطات العسكرية أن تقوم بما يلي:³ أن تجري أو تكلف من يجري تفتيشات ليلية أو نهارية في المحلات العمومية أو الخاصة وكذلك داخل المساكن، وأن تمنع إصدار المنشورات والاجتماعات والنداءات العمومية التي يعتقد أنها كفيلة بإثارة الفوضى وانعدام الأمن أو استمرارها. وتطبيقا لهذه المادة المرسوم التنفيذي رقم 204/91⁴ التي يعطي الإمكانية للسلطات العسكرية بناء على اقتراح لجنة النظام العام أن تقوم بمنع أي نشر أو اجتماع أو نداءات عمومية يعتقد أنها كفيلة بإثارة الفوضى، وانعدام الأمن واستمرارها.

ورفع حالة الحصار بموجب المرسوم الرئاسي رقم 336/91 عوضت بحالة لجوء الإدارة إلى وحدات الجيش الوطني الشعبي لحماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية ذلك بموجب قانون رقم 23/91 وتطبيقا له صدر المرسوم الرئاسي رقم 488/91⁵.

إن حالة الحصار هي حالة تتسم بالشدة والصرامة ويظهر ذلك في السلطات الموسعة التي حولت للسلطة العسكرية وما يترتب عنها من تقييد للحقوق والحريات العامة.

1- المرسوم الرئاسي 91 - 196- المؤرخ في: 4 جوان 1991 المتضمن تقرير حالة الحصار، المادة 03 .
2- المادة (11) من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 التي تستعمل مصطلح "يمكن" للمحاكم العسكرية أن تخطر بوقوع جنائية أو جرائم ترتكب ضد أمن الدولة.
3- المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المتعلق بحالة الحصار، مرجع سابق.
4- المرسوم التنفيذي رقم 204/91 المؤرخ في 1991/06/04 ج.ز عدد 13 الصادرة في 02 جوان 1991.
5- المرسوم الرئاسي رقم 91-488 المؤرخ في 1991/12/21 المتضمن تطبيق القانون رقم 93/91 الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 66 الصادرة في: 1991/12/22 ص 48 و 25.

أما حالة الطوارئ أخف شدة وصرامة من حالة الحصار إلا أنّ المشرع الدستوري لم يرقم بالتمييز بينهما واكتفى بالنص على حالة الضرورة الملحة واستتباب الوضع كسبب لإعلانها وهذا ما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 44/92¹ المتضمن حالة الطوارئ والتي يمكن توضيحها في النقاط التالية :

إجراءات إعلان حالة الطوارئ : يتم إعلانها بموجب مرسوم رئاسي وبعد استشارة نفس الهيئات التي تستشار في إعلان الحصار²

أما مدة حالة الطوارئ فدستور 1996 لم ينص على أية مدة وإنما نص على (مدة معينة) أي غير محددة وهذا بالرغم من أن المرسوم الرئاسي رقم 44/92 حددها في المادة (01) بمدة 12 شهرا إلا أن المرسوم التشريعي رقم 02/93³ نص على تمديد حالة الطوارئ إلى اجل غير محدد..

أما الاختصاصات الموسعة للإدارة في حالة الطوارئ فحسب نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 44/92 تخول حالة الطوارئ لوزير الداخلية والوالي وفي إطار توجيهات الحكومة له صلاحية القيام بـ :

وضع مناطق من أجل الإقامة المنظمة لغير المقيمين.

و تنظيم ونقل المواد الغذائية والسلع ذات الضرورة الأولى وتوزيعها.

و تحديد ومنع مرور الأشخاص والسيارات في الأماكن وأوقات معينة.

و وضع تحت الإقامة الجبرية كل شخص راشد اتضح أن النشاط الذي يقوم به مضر بالنظام العام أو بسير مرافق ومصالح الدولة، كما يمكن لهما أيضا منع أي شخص راشد من الإقامة لنفس العلة المذكورة آنفا.

وفيه حالة الإضراب غير المرخص أو الغير الشرعي بإمكانهما تسخير العمال المضربين للقيام بنشاطهم المهني المعتاد خدمة للمنفعة العامة سواء كانت هذه المؤسسات عامة أو خاصة، وإمكانهما استثنائيا الأمر بالتفتيش ليلا ونهارا.

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 320/92 المؤرخ في 11/08/1992 والمتعم المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المتضمن إعلان حالة الطوارئ الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 61.

² - المادة 91 من دستور 1996.

³ - المرسوم التشريعي رقم 02/93 المؤرخ في 06/02/1993 المتضمن تمديد حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 08 السنة 1993.الصادرة بتاريخ 07/02/1993

كما تمتد سلطات هيئات الضبط الإداري إلى حد إعلان حظر التجول حيث تم تطبيقا للمرسوم الرئاسي 44/92 إصدار قرار مؤرخ في 1922/11/30 يتضمن إعلان حظر التجول في بعض الولايات من العاشرة والنصف ليلا إلى غاية الخامسة صباحا.¹

كذلك امتدت سلطات هيئات الضبط الإداري وتوسعت في حالة تعطل العمل الشرعي للسلطات العمومية أو معارضة تعلنها مجالس محلية إلى اتخاذ إجراءات بتعليق نشاطها أو حلها وتعيين مندوبين تقيدين إلى غاية تجديد هذه المجالس عن طريق الانتخاب.

كما صدر قرار وزاري مشترك مؤرخ في 1992/02/10 يتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ حيث نص على مادته (03) على إمكانية التفويض إلى قادة النواحي العسكرية في الحفاظ على النظام العام وذلك تطبيقا للمادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 44/92.

من خلال ما تقدم نصل إلى أن حالة الطوارئ لها أثرها في توسيع سلطات هيئات الضبط الإداري وذلك بتقييد حرية الأشخاص في الاجتماع والانتقال والمرور والتجول ووضع الحدود على نشاطات الأحزاب

والجمعيات... وكلها تدابير تسمح للإدارة بتسيير حالة الطوارئ إلى غاية استتباب الوضع الأمني. وبالإضافة

إلى هاتين الحاتين هناك، الحالة الاستثنائية وحالة الحرب: حيث يعلن رئيس الجمهورية عن الحالة الاستثنائية

عندما يكون خطر داهم يهدد المؤسسات الدستورية أو سلامة التراب، فحسب المادة 93 من دستور 1996

يستشير رئيس الجمهورية قبل إعلان الحالة الاستثنائية كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة

والمجلس الدستوري والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.

تخول الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال

الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية.

1- القرارات المؤرخة في 1992/11/30 المتضمن إعلان حظر التجول في تراب بعض الولايات الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 85 سنة 1992 الصادرة

بتاريخ 1992/12/02

تنتهي الحالة الاستثنائية حسب الأشكال والإجراءات التي أوجبت إعلانها، أما حالة الحرب فقد نصت عليها المادة 95 من دستور 1996 وتعلن عندما يكون هناك عدوان فعلي يوشك أن يقع وتعتبر حالة لحرب أشد الحالات باعتبار أن التهديد يمس سلامة الدولة وكيانها.

يعلن رئيس الجمهورية الحرب بعد توافر مجموعة الشروط نصت عليها المادة 95 من دستور 1996 وهي: وقوع عدوان أو كونه يوشك أن يقع.

يعلن رئيس الجمهورية الحرب بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة.

يجب أن يجتمع البرلمان وجوبا.

يوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك.

نتيجة للإعلان حالة الحرب يوقف العمل بالدستور وتعطى كل السلطات والصلاحيات للهيئات العسكرية مع تركيز السلطة في يد رئيس الجمهورية،¹ ويجمد العمل بمبدأ الشرعية ليحل محله التشريع أثناء الحرب إلى غاية انتهائها.

بناء على ما تقدم يمكن القول بأن تنظيم التشريع للحالة الاستثنائية كان له دور في توسيع هيئات الضبط الإداري.

دور القضاء في توسيع سلطات الضبط الإداري أثناء الظروف الاستثنائية

لقد حول القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر لهيئات الضبط الإداري سلطات واسعة تمكنها من مواجهة كافة الأخطار، وذلك بواسطة تفسيره الواسع للنصوص الدستورية والقانونية والترخيص لها بمخالفة القوانين وإنشاء اختصاص جديد لها.

لقد فسر القضاء في فرنسا ومصر نصوص الدساتير والقوانين السارية أثناء الظروف الاستثنائية تفسيرا موسعا، ولم يكتفي بالتفسير الحرفي لها وذلك من أجل ملائمة حالات الاستعجال ومتطلباتها.

1- المادة 96 من دستور 1996.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي أسلوب التفسير الموسع للنصوص في العديد من القضايا منها حكمه في قضية

Delmotte الصادر بتاريخ 1915/08/06 حيث ذهب فيه المفوض Comeille

إلى القول في مذكرته بأن قانون الأحكام العرفية هو قانون استثنائي يختلف عن القوانين العادية، ولذلك يجب ألا يتم تفسيره على النحو الذي تفسر به هذه القوانين ولكن يجب أن يفسر تفسيراً واسعاً يتلاءم مع ضرورات الظروف الشاذة...¹ كما سار مجلس الدولة الفرنسي في هذا المسار في قضايا أخرى منها قراره الصادر بتاريخ 07/07/1958 وقراره الصادر بتاريخ 22 أبريل 1966.²

أما القضاء المصري فذهب كذلك إلى التوسع في تفسير قانون الأحكام العرفية رقم 15 سنة 1923 حيث فسرت محكمة القضاء الإداري المادة 07 المتعلقة (بالاعتقال) تفسيراً واسعاً من أهم أحكامها، حكمها الصادر بتاريخ 18/03/1966 وأيضاً حكمها الصادر بتاريخ 09/07/1963. الترخيص لهيئات الضبط الإداري بالخروج عن النصوص:

رخص القضاء في كل من فرنسا ومصر لهيئات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية الخروج عن النصوص إذا كانت غير فعالة لمواجهة الأخطار، ومن ثم مباشرتها لصلاحيات أخرى غير منصوص عليها قانوناً وفي هذا الاتجاه صدرت العديد من الأحكام لمجلس الدولة الفرنسي منها.

الصادر في 07 أوت 2009 في قضية "Winkell" وحكمه الصادر بتاريخ 18 جويلية 1913 وأيضاً حكمه الصادر في 07/01/1944 في قضية lecoco الذي جاء فيه حيث اتضح من التحقيق أن العمليات الحربية فقد أوجدت في Fécamp في 03 يونيو 1940 حالة استثنائية فرضت على السلطات المحلية ضرورة الحصول على مواد محلية على وجه السرعة، وحيث أنه بسبب استحالة اجتماع المجلس المحلي والحصول على موافقة حاكم الإقليم على اتخاذ الإجراءات اللازمة في هذا الشأن فإنه يحق للعمدة أن يتخذ التدابير التي تتطلبها الحالة الاستثنائية القائمة وأنه في تلك الظروف التي لا تسمح فيها أية موارد محلية نص

1- مشار إليه في مؤلف ، عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده ، الهيئة العامة المصرية للكتاب ، القاهرة ، 1995 ، ص519 وما بعدها
2-CE 22 Avril 1966.Socété unioafricane de presse.RESSe, Rec 276 J.C.P.14/02/1966..P.80.

عليها التشريع القائم لمواجهة الاحتياجات غير العادية التي خلقتها الأحداث لذلك يكون مشروعاً ما لجأ إليه عمدة (Fécamp) في 13 يونيو 1940 بالتحصيل المؤقت للضريبة على الإيرادات التي حققتها المتاجر والمصانع بالمدينة.

أما في القضاء المصري في محكمة الصادر بتاريخ 1961/03/28 قررت بأن الحاكم العسكري يملك تعطيل إصدار مجلات إذا كان في إصدارها تهديد للنظام العام وذلك رغم أن المادة 45 من دستور عام 1956 تنص على أن الصحافة مكفولة في حدود القانون وكان قانون الأحكام العرفية خالي من نص يعطي للإدارة هذا الاختصاص.

بناء على تقدم يمكن القول بأنه يترتب على إعلان الحالة الاستثنائية آثار عديدة لعل أهمها هو الاعتراف بامتداد سلطات الضبط الإداري إلى الهيئات المختصة ويكون ذلك بتوسيع اختصاصات بعض الجهات الإدارية التي يتم إعفائها من إتباع بعض الإجراءات التي تتبعها في الظروف العادية وهذا نظراً لما تتطلبه الحالة الاستثنائية من سرعة وفعالية لمواجهة كافة الأخطار.

الفرع الثاني: مدى الرقابة القضائية على سلطات الضبط الإداري أثناء الظروف

الاستثنائية

تمتتع هيئات الضبط الإداري أثناء الظروف الاستثنائية بسلطات واسعة قد لا تجيزها القوانين العادية إلا أنها تظل في كل الحالات خاضعة لرقابة القضاء مثل كافة أعمال الإدارة الأخرى، فلا تحجب من رقابته بمجرد وجود عنصر الاستثنائية ولا تتحرر من القيود. وبالتالي فهي لا تتساوى مع أعمال السيادة التي لا تخضع للرقابة القضائية.

إلا أن القضاء الإداري اعتبر قرار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة التي تنأى عن رقابة القضاء وذلك لأنه من الأعمال التي تقوم بها الحكومة باعتبارها سلطة عامة تهدف إلى سلامة كيان الدولة غير أن الإجراءات والتدابير التي تصد تنفيذاً لإعلان حالة الطوارئ تعتبر قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء، وذلك لأنها مقيدة

بالدستور وإعلان حالة الطوارئ وفي هذا الإطار أقرت المحكمة الإدارية العليا في مصر خضوع نظرية الظروف الاستثنائية وبشكل خاص حالة الطوارئ لرقابة القضاء حيث جاء في أحد أحكامها: "إن قضاء هذا المجلس ثبت منذ إنشائه على أن نظام الأحكام العرفية في مصر أي نظام الطوارئ وإن كان نظاما استثنائيا إلا أنه ليس بالنظام المطلق بل هو نظام خاضع للقانون أرسى الدستور أساسه وأبان القانون وبين أصوله وأحكامه ورسم حدوده وضوابطه، فوجب أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الأصول والأحكام وفي نطاق تلك الحدود والضوابط وإلا كان ما يتخذ من التدابير والإجراءات مجاوزا هذه الحدود أو منحرفا عنها عملا مخالفًا للقانون تنبسط عليه الرقابة القضائية إلغاء أو تعويضا.¹

فكل نظام أرسى الدستور أساسه ووضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته مهما يكن نظاما استثنائيا لمبدأ سيادة القانون ومن ثم لرقابة القضاء.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا لم يوجد نظام معين للحالة الاستثنائية محددًا للإجراءات وتدابير معينة لمواجهتها أو وجد ولم توضع نصوصه جوانب معينة، الأمر الذي قد يؤدي إلى قيام الإدارة باتخاذ تدابير لمواجهة تلك الظروف لأنها هي المسؤولة على المحافظة على النظام العام، إلا أن ذلك لا يعني أن تصرفاتها تكون طليقة من كل قيد لأن معيار المشروعية لن يكون موضوعه هنا مدى مطابقة تصرفات الإدارة بنص القانون وذلك لعدم تنظيم الحالة الاستثنائية أو أن حالة الضرورة تجاوزت تلك القوانين، وإنما على ضوء ضوابط معينة تتماشى مع الحالة الاستثنائية وهو ما دعا القضاء في كل من فرنسا ومصر إلى التقرير في العديد من الأحكام بوجود قيود وضوابط على سلطات الضبط الإداري أثناء الظروف الاستثنائية حيث جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر بتاريخ 1962/04/14 قولها "غير أن سلطة الحكومة في هذا المجال ليست ولا شك طليقة من كل قيد بل تخضع لأصول وضوابط فيجب أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو إلى التدخل، وأن يكون تصرف

1- قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة باجي مختار. عنابة، 2006.

الحكومة لازما لمواجهة هذه الحالة بوصفها الوسيلة الوحيدة لمواجهة الموقف وأن يكون رائد الحكومة في هذا التصرف ابتغاء المصلحة العامة. وبذلك تخضع مثل هذه التصرفات لرقابة القضاء.

غير أن المناط في هذه الحالة لا تقوم على أساس التحقق من مدى مشروعية القرار من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقانون، وإنما على أساس توافر الضوابط التي سلف ذكرها أو عدم توافرها لذلك فهیئات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية تلتزم ببعض الضوابط أثناء اتخاذها لتدابير الضبط الإداري وتخضع هذه الإجراءات لرقابة القضاء فلا يجوز تحصيلها ويمكن حصر هذه الضوابط ؛ في أن يكون الإجراء الضابط قد اتخذ خلال الظروف الاستثنائية.

وضرورة الإجراء الاستثنائي ولزومه، وملائمة الإجراء الضابط للظروف الاستثنائية، وكذلك تحقيق المصلحة العامة.

أما في الجزائر فقد نصت المادة 162 من دستور 1996 على أن المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة مكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور وفي ظروف استخدام الوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها، إلا أن عبارة... "" في بطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور في ظروف الاستثنائية إلا أن فعالية الرقابة القضائية في الظروف الاستثنائية تقوم على استقلالية الجهاز القضائي وقوته المتمثلة في خبرة رجاله.¹

ترتیباً على كل ما تقدم يمكن القول بأنه رغم اتساع سلطات الضبط الإداري أثناء الظروف الاستثنائية إلا أنها ليست مطلقة، وإنما مقيدة بضوابط يفرض عليها قضاء الإلغاء رقابته إلا أن ميزات الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية لن يكون نفسه في الظروف العادية، فمفهوم الشرعية في منظور رقابتها يتسع في الظروف الاستثنائية بالقدر الذي يستقيم مع طبيعة وأهمية الظروف الغير العادية.

1- تقابلها المادة 152 من دستور 1989.

ملخص

اتسعت رقابة القاضي الإداري تدريجياً لتشمل الرقابة على أهمية وخطورة الوقائع أو ما يعرف على الملائمة والتي بدأت في مجال الرقابة على قرارات الضبط الإداري والقرارات التأديبية تتوسع بعد ذلك لتشمل معظم القرارات الإدارية وهكذا فرقابة المشروعية قد أفل نجمها بزوال صورة الدولة الحارسة وغدت رقابة الملاءمة على أعمال الإدارة ضرورة حتمية فقد أضحى من الضروري تصدي القضاء الإداري الأعمال وسلطات الإدارة التقديرية وذلك بتطبيق النظرية السابقة والمسلم به أن حماية حقوق الأفراد وحررياتهم لن يتأذى إلا من خلال اتساع نطاق الرقابة القضائية ويشمل فضلاً عن الرقابة التقليدية (رقابة المشروعية) رقابة الملاءمة (الرقابة الحديثة) وبهذا فإن تقدير تناسب العقوبة مع المخالفة الإدارية لم يعد حراً إلا بشرط ضمني وهو ألا يكون مشوياً بعدم تناسب ظاهر ولم يعد الأمر يقتصر على هذا فقط بل أصبحت مخالفة هذه النظرية تشكل وتعتبر مخالفة مباشرة للقواعد القانونية.

وبالتالي فإن الجدل الفقهي السابق حول طبيعة عيب التناسب لم يعد له أي فائدة وذلك بعد أن أصبحت فكرة التناسب من مبادئ العامة للقانون، وبالتالي فإن العيب الذي يشوب عدم التناسب هو عيب مخالفة القانون.

فالالتجاء إلى عيب مخالفة القانون بالاعتراف بمبدأ التناسب أيسر وأسهل في الإثبات مقارنة مع باقي العيوب السابقة، ومقتضى أعمال مبدأ التناسب أن يفحص القاضي الإداري، محل القرار أي الجزاء الموقع في القرارات التأديبية يبحث عن مدى تناسب هذا المحل أو بالأحرى الجزاء مع سبب القرار المبرر له، فإن كان هناك قدراً من عدم التناسب ألغى القاضي هذا القرار لعدم مشروعيته لمخالفته القانون.

وبذلك يقضي القاضي في دائرة حدود وظيفية كقاضي للمشروعية، تاركاً للإدارة حرية تقدير مدى ملاءمة الجزاء في إطار هذا التناسب إذا لا يقترض مبدأ التناسب إن هناك جزاء واحداً لا بديل عنه هو الذي يتناسب مع المخالفة التأديبية، فالحقيقة غير ذلك، حيث أن المحتمل أن تتوافر صفة التناسب لجزئين أو أكثر فإذا اختارت أحد الجزاءات الأكثر أو الأقل شدة كان الجزاء غير متناسب، نتيجة مغالاة الإدارة وتساؤلها

الكبير وبذلك لا يكون من شأن حكم القاضي في هذه الأحوال المساس بسلطة الإدارة التقديرية أو حرمتها في تقدير ملاءمة قرارها التأديبي حيث سقوط الامر في حالة الغاء هذا القرار لعدم التناسب لتقييد تقدير الجزاء الأكثر ملاءمة في إطار مبدأ التناسب.

الخاتمة

تعتبر الرقابة القضائية ضمان من الضمانات الأساسية التي يلجأ إليها الموظف وبالرغم من تبيين بعض الفقهاء موقفا معارضا لقيام الإداري بالرقابة على تناسب الجريمة مع العقوبة في مجال التأديب إلا أننا نجد أن غالبية من الفقهاء يؤيدون هذه الرقابة التي مارسها القضاء الإداري بحيث نجده يستخدم أدوات فنية مبتكرة في نظري لغلو والخطأ الساطع، اللتين يتوصل بهما في ممارسة رقابته على تقديرات السلطات التأديبية المتسمة بتفاوت صارخ وواضح في اختيار نوع ومقدار العقوبة مقارنة بالجريمة القائمة. كما اتسعت رقابة القاضي الإداري تدريجياً لتشمل الرقابة على أهمية وخطورة الوقائع أو ما يعرف بالرقابة على الملاءمة والتناسب.

وأصبحت رقابة الملاءمة على أعمال الإدارة ضرورة حتمية وأضحى من الضروري تصدي القضاء الإداري بين اعتبارات الفاعلية ومقتضيات الضمان ومما سبق يمكن ان نستخلص عدة نتائج على النحو التالي:

1/ تعتبر رقابة الملاءمة على اعمال الإدارة ضرورة حتمية داخل الدولة وأجهرتها الإدارية.

2/ ضرورة تبني والانضباط بتطبيق مبدأ التناسب في مجال التأديب

3/ لا يمكن للمشرع وحده أن يقدر التناسب في مجال التأديب لذلك وجب أن يترك للإدارة لفرصة على الابتكار والتقدير.

4/ اتخاذ المشرع إجراء عقابي يؤدي إلى حرمان الموظف من رتبته كلياً أو جزئياً يعد اجحاف في حقه وذلك من خلال امتداد أثره على عائلة الموظف لذلك على السلطة التأديبية والمشرع أن يضبط هذا الإجراء ويراعي الظروف الاجتماعية للموظف.

5/ إن الدساتير والقوانين حرصت على وضع ضمانات الحقوق والحريات وذلك بتزويد الأشخاص بالوسائل التي تضمن ردود فعل الاعتداء ومساءلة المعتدين وتبقى الرقابة القضائية أنجع وأقوى ضمانة نظراً لضرورتها في الظروف العادية وحميتها فيا لأوقات غير العادية

6/ أن توسيع مجال تطبيق مسؤولية هيئات الضبط الإداري بدون خطأ هو بدون شك صالح المضرور وخاصة إذا كانت الاعتبارات المالية هي التي جعلت المسؤولية الإدارية بدون خطأ في الاستثناء

7/ إن مشكلات الوقاية من النظام العام لا يمكن التنبؤ بها ولا التحكم فيها لارتباطها بظروف متغيرة لذلك

فقد لا ينص المشرع عليها ويترك تنظيمها لهيئات الضبط الإداري ويفرض القضاء الإداري رقابته عليها.

8/ إن العلاقة بين تنظيم المشرع للحريات واختصاصات هيئات الضبط الإداري ليست مضبوطة وذلك لأن

النظام العام فكرة مرنة وغير جامدة وكثيرا ما تصطدم الإدارة بإنجاز لم يتنبأ بها المشرع فتتدخل لقطع دابر الاضطرابات وإقامة الأمن.

9/ رغم الواجبات الملقة على هيئات الضبط الإداري في الالتزام بالقواعد القانونية المتعلقة بالحريات العامة

المحددة عن طريق التشريع إلا أنه يمنح لها جانب من الحرية تحت رقابة القضاء.

مما تقدم نرى بضرورة :

* الاعتناء أكثر بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة عموما وذلك بأعداد وتكوين قضاة متخصصين لا يجاد

الحلول الهادفة إلى تحقيق التوازن بين النظام العام وحقوق وحريات الأشخاص.

* يجب على القاضي الإداري أن يكون له دور في تغيير الحدود بين مجال الملاءمة والمشروعية بحيث يوسع نطاق

المشروعية على الملاءمة وذلك بإدخال عناصر الملاءمة في مجال المشروعية ليخضعها لرقابته وبالتالي فهو يخلق

حالات جديدة للاختصاص المقيد للإدارة.

* توعية المواطنين بانه في حالة امتناع الإدارة عن اصدار قرارات الضبط الإداري يجوز مقاضاتها وأن ذلك لا يعود

لسلطتها التقديرية لأنها هي المسؤولة على الحفظ على النظام العام.

* على الباحثين توجيه دراساتهم نحو مجال القاضي الإداري على ملاءمة قرارات الضبط الإداري.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

اولا: الكتب

1 / باللغة العربية

- * آث لحسن شيخ ملويا ، المنازعات الإدارية وسائل مشروعية، الطبعة الثالثة، 2007، الجزائر.
- * أعاد علي حمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر، الأردن ، 1998.
- * البناء محمد عاطف ، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1992
- * الشلماني حمد محمد: ضمانات التأديب في الوظيفة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007
- * بعلي محمد الصغير ، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2004.
- * بكر مصطفى ، تأديب العاملين في الدولة، دار الفكر الحديث ، مصر، 1966
- * بنجلون عصام ، الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في مراقبة جوهرة ملاءمة القرارات الإدارية ، الطبعة الأولى ، دار القلم ، الرباط ، 2011
- * بوشعير سعيد ، النظام التأديبي للموظف العمومي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1991
- * بوضياف عمار ، الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة ، الجزائر.
- * خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة التأديبية والجرمة في مجال التأديب. دار الجامعة الجديدة ، 2009
- * خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية، رقابة التناسب.
- * رحماوي كمال ، تأديب الموظف العام في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2004.
- * رمضان محمد بطيخ ، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، 1997
- * سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة. دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، القاهرة
- * سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، طبعة أولى ، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004.
- * طاهري حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، التنظيم الإداري، النشاط الإداري. الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر
- * عبد العزيز عبد المنعم ، الانحراف بالسلطة كسب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- * عبد الله طلبة ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة (القضاء الإداري)، المطبعة الجديدة دمشق، سوريا، 1975 و 1976
- * عشي علاء الدين ، مدخل القانون الإداري، الجزء الأول، التنظيم الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2009
- * فؤاد عبد الباسط محمد ، الجريمة التأديبية في نطاق الوظيفة العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة ، سنة 2005،
- * لباد ناصر ، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2004.
- * لباد ناصر ، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، ادار المجد للنشر والتوزيع. الجزائر ، 2012
- * مايا محمد نزار أبو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة لكتاب ، لبنان ، 2011.
- * محمد سيد محمد ، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة مع التطبيق على ضباط الشرطة والموظف العام، جامعة أسيوط، القاهرة ، 2008.
- * محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري، بدون دار النشر، الإسكندرية، 1973
- * محيو أحمد ، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر ، 2003
- * مصطفى أبوزيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، دار هومة للنشر والتوزيع. الجزائر
- * نوفان العقيل العجاردة، سلطة تأديب الموظف العام دراسة مقارنة ، دار الثقافة، عمان، 2007

A . D . E . Laubadere , Le droit administratif general Tome, 1 Montchrestien et delta , 9^{em} ed , 1996

ثانياً: الرسائل والبحوث والمذكرات

* **خلف فاروق** ، آليات تسوية منازعات التأديب في مجال الوظيفة العامة، رسالة من أجل الدكتوراه في القانون العام ، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة كلية الحقوق.

* **قروف جمال**، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة عنابة ، 2006 .

* **فيتيتي صفاء** ، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2014/2013.

* **ميزاب ريمة**، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2012.

* **حاحه عبد العالي** ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2005/2004.

* **ورقلي عفاف** ، التناسب بين العقوبة والخطأ التأديبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2012

* **السالكة بشرى أحمد**، سلطة التأديب في مجال الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2012

* **عثمان صورية** ، الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، جامعة بسكرة، 2013/2012

ثالثاً : مجلات ومقالات

* **فيصل عبد الحافظ الشوابكة و محمد سعيد الشباب** ، رقابة المحكمة العليا الأردنية على سلطة الإدارة في التقدير، مجلة الدفاتر السياسية والقانون جامعة العلوم الإسلامية العالمية - العدد العاشر جانفي 2014، الأردن

عبد العالي حاحه ، الرقابة على تناسبات القرار الإداري ومحله في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس ، جامعة بسكرة ، الجزائر

رابعاً : القوانين والمراسيم

1/ النصوص التشريعية:

* **الدستور الجزائري الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07-12-2002** الجريدة الرسمية عدد 76 و المتمم بالقانون رقم 02-

03 المؤرخ في 10-04-2002 الجريدة الرسمية عدد 25 المعدل بموجب القانون 08-19 الجريدة الرسمية عدد 63 الصادرة بتاريخ 16-11-2008

قانون رقم 16-01 الجريدة الرسمية عدد 14، المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري ،

* **القانون العضوي 98/01 المؤرخ في 30/05/1998** المتضمن اختصاصات مجلس الدولة تنظيمه وعمله.

* **الأمر رقم 66/133** المتضمن القانون الأساس للوظيفة العامة، المؤرخ في 08/06/1966.

* **الأمر 06/03** المتضمن القانون الأساس للوظيفة العامة المؤرخ في 16/07/2006، الجريدة الرسمية، عدد 46.

2) المراسيم التشريعية:

أ- **مرسوم تشريعي رقم 93/02 مؤرخ في 06/02/1993** متضمن تحديد حالة الطوارئ الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 8 سنة 1993.

ب- **مرسوم رئاسي رقم 92/320 المؤرخ في 11/08/1992** يتم المرسوم الرئاسي رقم 92/44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ. الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 61 سنة 92.

ج- **قرارات مؤرخة في 30/11/1992** تتضمن إعلان حضر التحول في تراب بعض الولايات الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 85 سنة 1992/12/02.

الفهرس

الصفحة	المحتوى
	الإهداء
	كلمة شكر
1	مقدمة
4	الفصل الأول: الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري
5	المبحث الأول: مبدأ التناسب في القرار الإداري
6	المطلب الأول: تميز التناسب في بعض المصلحات المشابهة
7	الفرع الأول: التناسب والسلطة التقديرية تعريف السلطة التقديرية للإدارة- أوجه التداخل بين التناسب والسلطة التقدير- تميز التناسب عن السلطة التقديرية
8	الفرع الثاني: التناسب والملائمة السلطة التقديرية والملائمة-التناسب والملائمة نتناول فيه الخلط بين التناسب والملائمة وتتميز التناسب عن الملائمة
10	المطلب الثاني : علاقة التناسب بركان القرار الإداري
10	الفرع الأول : التناسب وركن الغاية
11	الفرع الثاني : التناسب وركن المحل
12	الفرع الثالث : التناسب وركن السبب
13	المطلب الثالث : تمييز رقابة التناسب عن بعض أنواع الرقابة الأخرى
13	الفرع الأول : تمييز رقابة التناسب عن رقابة التكيف القانوني للواقع
15	الفرع الثاني: تمييز رقابة التناسب عن رقابة الانحراف في استعمال السلطة
17	المبحث الثاني : الأساس القانوني لفكرة التناسب في القرار الإداري
18	المطلب الأول :نظرية الخطأ الواضح في العقد
19	الفرع الأول : تعريف نظرية الخطأ الواضح في التقدير
19	الفرع الثاني : مضمون نظرية الخطأ الواضح في التقدير
21	المطلب الثاني : نظرية الغلو
21	الفرع الأول : تعريف نظرية الغلو
23	الفرع الثاني :مضمون نظرية الغلو
24	المطلب الثالث : نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار
25	الفرع الأول :تعريف نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار
26	الفرع الثاني : مضمون نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

29	الفصل الثاني : مجالات تطبيق الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري
30	المبحث الأول : رقابة التناسب في مجال الوظيفة العامة
30	المطلب الأول : ماهية الجزاءات التأديبية
30	الفرع الأول : مفهوم العقوبة التأديبية
34	الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للعقوبة التأديبية
39	المطلب الثاني : السلطة المختصة بتوقيع الجزاء التأديبي
39	الفرع الأول : تعريف السلطة التأديبية
41	الفرع الثاني : الأساس القانوني لسلطة التأديب
46	الفرع الثالث : دور السلطة التأديبية بتحديد الجريمة واختيار العقوبة التأديبية
46	المبحث الثاني : رقابة التناسب في مجال الحريات العامة
47	المطلب الأول : مراعاة عامل الزمان والمكان
47	الفرع الأول : عامل المكان
48	الفرع الثاني : عامل الزمان
50	المطلب الثاني : اتساع الرقابة القضائية مع تقييد سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية
50	الفرع الأول : أثر الحالة العادية في تقييد سلطات الضبط الإداري
51	الفرع الثاني : مدى الرقابة القضائية على سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية
52	المطلب الثالث : تخفيف الرقابة القضائية مع اتساع سلطات الضبط الإداري في الظروف غير عادية
53	الفرع الأول : أثر الحالة الاستثنائية في توسيع سلطات الضبط الإداري
60	الفرع الثاني : مدى الرقابة القضائية على سلطات الضبط الإداري أثناء الظروف الاستثنائية
65	خاتمة
68 - 67	قائمة المراجع
70 - 69	الفهرس