جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

التطبيقات الحديثة لمبدأ التناسب في القضاء الإداري الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون إداري.

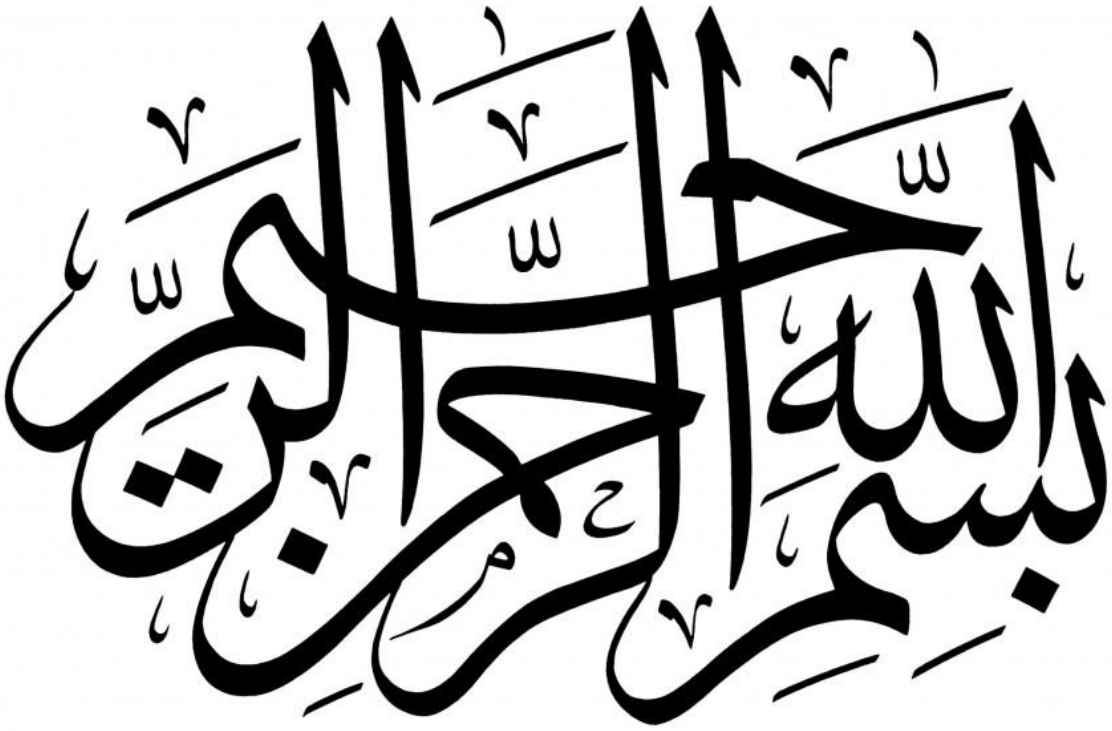
إعداد الطالب:

يوسف طراد

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د.بوبكر خلف	جامعة الشهيد حمه لخضر –الوادي	رئيسا
د.آمنة سلطاني	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
د.جابر صالح	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى من علمني النجاح والصبر... إلى من علمني العطاء بدون انتظار... أبي.

إلى من علمتني وعانت الصعاب لأصل إلىما أنا فيه... إلى من كان دعاؤها سرنجاحي وحنانها... أمي.

إلى جميع أفراد أسرتي العزيزة والكبيرة كل بإسمه أينما وجدوا.

إلى أصدقائي رفقاء دربي من داخل الكلية وخارجها.

إلى كل من يقتنع بفكرة فيدعو إليها ويعمل على تحقيقها،لايبغيبها إلاوجه الله ومنفعة الناس.

إليكم أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع

شكر وتقديــر

فلله الحمد والشكر من قبل ومن بعد، والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعد:

بأخلص عبارات الشكر والعرفان والامتنان والاعتراف بالجميل إلى كل الأشخاص الذين ساعدونا في تخطي الصعوبات في إنجاز هذه المذكرة وعلى الجهود المبذولة والتوجيهات البناءة .

ونخص بالذكر المؤطر المشرف " آمنة سلطاني " الذي لم تبخل علي بنصائحها وتوجيهاتها..

إلى كل أساتذة كلية الحقوق والطاقم الإداري والعاملين بها.

وإلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد ولو بكلمة طيبة .

إلى كل هؤلاء نتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير وجزاهم الله خير الجزاء والثواب

قائمة المختصرات

د.ط : دون طبعة

ص : صفحة

د. ب. ن: دون بلد نشر

ص ص: صفحة صفحة

ط : طبعة

مقدمـة

مقدمــة

يعتبر مبدأ المشروعية أحد الركائز الأساسية لقيام دولة القانون، و يتمثل مبدأ المشروعية في خضوع الحكام والمحكومين لسلطان القانون وعدم الخروج عليه ويقتضى تطبيق هذا المبدأ سمو القانون الذي يعتبر تعبيرا عن الإرادة العامة ؛ حيث تستمد الإدارة العامة إختصاصاتها و صلاحيها الإدارية من هذه الإرادة العامة (القانون) بغرض تحقيق هدفين : المحافظة على المصلحة العامة بمفهومها الفني والتقني الإداري والمحافظة على النظام العام، وذلك تكريسا لدولة القانون ، و تفعيلا لمبدأ المشروعية . وعليه فقد استقر فقه القانون العام على أن مبدأ المشروعية يظل عديم القيمة القانونية من الناحية العملية ما لم يقترن بجزاء فعال يكفل امتثال السلطات العامة لمضمونه و تقيدها بحدوده ، وأن الرقابة القضائية هي الوسيلة الفعالة لحماية مبدأ المشروعية.

إن القاضي الإداري هو حامي الحقوق و الحريات ، فهو الجهة القانونية التي يمكنها بسط رقابتها على أعمال السلطة الإدارية ، فالقاضي الإداري ومنذ نشأة القضاء الإداري ما فتئ يراقب أعمال الإدارة ، وخاصة تلك التي تكون بصدد تقييد الحريات الأساسية أو تلك التي تمس بالمراكز القانونية للأفراد ، فمهما يكن مركز الإدارة العامة و مهما تكن الامتيازات التي منحت لها فيجب أن لا تغالي في استعمالها تجاه الأفراد ، فيجب أن تكون أعمالها وتصرفاتها مقيدة و متوافقة مع القوانين والتنظيمات المعمول بها في الدولة .

غير أن زيادة تدخل الإدارة في الحياة اليومية فرض على المشرع منح هذه الأخيرة سلطة تقديرية واسعة وهامش كبير من الحرية في اتخاذها لقراراتها الإدارية، خاصة في مجال الضبط الإداري ومجال نزع الملكية للمنفعة العامة و كذا مجال تأديب الموظفين بحيث تعتبر هذه المجالات أرضية خصبة تمارس فيها جهة الإدارة سلطتها التقديرية، ومعقلا رئيسا لها .

وتعرف السلطة التقديرية على أنها "**الحرية التي تتمتع بها الإدارة العامة حينما تمارس الاختصاصات والصلاحيات المخولة لها قانونا**" ، إلا أن معناها القانوني يفترض تعدد القرارات المتاحة تحت تصرف صاحب التصرف و إمكانية أن يختار بين هذه القرارات المتعدد.

فتكون هناك سلطة تقديرية في جميع الحالات التي تتصرف الإدارة فيها بحرية دون أن تحدد لها القاعدة القانونية المسلك الواجب إتباعه مسبقا ، وتعرف السلطة التقديرية أيضا: "**تمتع الإدارة بسلطة تقديرية إذا كان لها حرية اتخاذ هذا القرار أو ذاك حينما تكون بمواجهة ظروف واقعية معينة و اختيار القرار المناسب من بين عدة قرارات**".

لقد تدرجت رقابة القاضي الإداري على أعمال السلطة الإدارية و خاصة القرارات الإدارية ، بحيث تدرجت هذه الرقابة من رقابة الأركان الخارجية للقرار الإداري إلى غاية أن استطاع فرض رقابته على كامل أركان القرار الإداري ، فتخطت رقابة القاضي الإداري رقابة المشروعية إلى رقابة الملاءمة، ومن ثم إلى رقابة التناسب، التي تعتبر حديثة مقارنة مع صور الرقابة القضائية الأخرى .

ويعرف فقه القانون الإداري رقابة التناسب بأنها تقدير الواقعة في أهميتها و مدى تبريرها القرار الذي أصدرته الإدارة ، فرقابة التناسب تفترض توافق سبب ومحل القرار مع الهدف و الغاية التي تهدف إليها جهة الإدارة ، حيث أن رقابة التناسب لا تهدف إلى الحد من السلطة التقديرية للإدارة بقدر ما تهدف إلى إيجاد تناسب و توازن بين مصلحة الفرد وحريته من جهة والمصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من جهة أخرى ، ففي مجال الضبط الإداري يجب أن يكون هناك تناسب بين تدابير الضبط الإداري و الخطر الذي يهدد النظام العام ، كذلك في مجال تأديب الموظفين يجب أن يكون هناك تناسب بين العقوبة التأديبية و الخطأ الذي ارتكبه الموظف .

وعليه فإن رقابة التناسب تمثل توجها حديثا للقضاء الإداري بعد أن كانت رقابته لا تتعدى الأركان الخارجية للقرار الإداري، خاصة القضاء الإداري الجزائري الذي يعتبر فتيا مقارنة مع نظيره الفرنسي أو المصري، والذي لا يزال متأخرا في بسط رقابته على الأركان الداخلية للقرار الإداري ، وخاصة القرارات التي تصدرها الإدارة بما لها من سلطة تقديرية في مجال الضبط الإداري ، نظرا لحساسية تلك القرارات، غير أن ذلك لا يعد مبررا كافيا لكي لا يبسط القاضي الإداري رقابته على قرارات السلطة الإدارية الضابطة .

ويعتبر القضاء الإداري الفرنسي أول من جاء بتسمية رقابة التناسب، فهو الذي ابتكر مبدأ قانوني جديد و هو " مبدأ التناسب " الذي يراقب من خلاله أهمية وخطورة الوقائع التي استند إليها القرار الصادر وما مدى تناسبها مع الإجراء المتخذ من قبل جهة الإدارة .

وقد طور القضاء الإداري المقارن رقابة التناسب، فقد ابتكر القضاء الإداري المصري نظرية الغلو، التي راقب من خلالها مدى تناسب الخطأ الوظيفي مع العقوبة التأديبية ، كما أن مجلس الدولة الفرنسي طور هذه الرقابة بابتكاره لوسائل فعالة تمثلت في نظرية الخطأ الظاهر في التقدير التي تشبه إلى حد كبير نظرية الغلو، ونظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار التي يستعملها في رقابته على القرارات الإدارية في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة .

أهمية موضوع الدراسة:

يكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة في مجال الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ، وتبرز أهميته في معرفة التوجه الحديث للقضاء الإداري ،عن طريق تطبيقه لمبدأ التناسب الذي يعتبر مبدأ أساسيا لا يقل أهمية عن المبادئ القانونية الأخرى، وإن لم يحظى بالتدوين والتنصيص فهو مبدأ حديث ، أيضا معرفة مفهوم رقابة التناسب وأساسها القانوني، وعلاقتها بأركان القرار الإداري الداخلية، وكذا معرفة الوسائل التي يتبعها القاضي الإداري

في الرقابة على التناسب ،ومعرفة إلى أي مدى طبق القاضي الإداري الجزائري مبدأ التناسب في رقابته على القرارات الإدارية .

أهداف موضوع الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى تقييم رقابة التناسب بناء على ما حققته من نتائج ، ومعرفة آثار هذه الرقابة على دولة القانون ، أيضا معرفة دور رقابة التناسب في حماية حقوق و حريات الأفراد من تعسف الإدارة والحد من السلطة التقديرية للإدارة ، كما تهدف إلى معرفة دور رقابة التناسب في مجالات البيئة والعمران بحيث أن الإدارة هي من تمنح رخص البناء بما لها من سلطة تقديرية وهي المسؤولة عن الحفاظ عن النظام العام العمراني و الطابع الجمالي للمدن وهل أن رقابة التناسب ساهمت في التخفيف والحد من تعسف الإدارة تجاه الأفراد ؟، كما أن هذه الدراسة تهدف إلى معرفة أبعاد رقابة التناسب على التنمية المستدامة بناء على زيادة حجم تدخل الدولة في كل الميادين.

أسباب اختيار موضوع الدراسة :

ويمكن تقسيمها إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية

الأسباب الذاتية :

من ضمن الأسباب والدوافع الذاتية التي دفعتنا للبحث في هذا الموضوع الرغبة الذاتية و حبنا لموضوعات القضاء الإداري و الرغبة في معرفة دور القضاء الإداري في حماية المراكز القانونية و الحريات العامة ، أيضا معرفة ما توصل إليه القضاء الإداري الجزائري في نضاله من أجل إرساء مبادئ دولة القانون .

الأسباب الموضوعية :

من بين الأسباب الموضوعية التي دفعتنا إلي اختيار هذا الموضوع أن الموضوع حديث وغير متناول بصورة واسعة ، أيضا كون هذا الموضوع ذو أهمية بالغة وله أبعاد علمية وعملية في مجال الرقابة القضائية كونه توجها حديثا مسايرا لتطور وزيادة حجم تدخل الدولة.

إشكالية الدراسة :

وبناء على ما تم ذكره والتطرق إليه توصلنا إلى الإشكالية التالية : **إلى أي مدى طبق القضاء الإداري الجزائري مبدأ التناسب في رقابته على القرارات الإدارية ؟ وهل هذه الرقابة تتسع و تضيق ؟ وإلى أي مدى إتبع نظيره الفرنسي؟**

و تتفرع على هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات :

- ما هو مفهوم الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرارات الإدارية ؟ .
- ما هو الأساس القانوني لرقابة التناسب ؟ .
- ما هي الوسائل القضائية للرقابة على التناسب ؟ .
- ما هي مجالات تطبيق مبدأ التناسب في القضاء الإداري الجزائري ؟ .

منهج الدراسة

ولدراسة هذا الموضوع اتبعنا في هذا البحث المنهج الوصفي، والذي يظهر من خلال عرضنا لمجموعة من التعاريف انطلاقا من تعريف التناسب لغة وفقها و كذا جملة من المفاهيم الأخربوالنظريات،والمنهج التحليلي الذي يظهر من خلال عرضنا لاجتهادات القضاء الإداريوالمتمثلة في قرارات مجلس الدولة والتي تناولنها بالتحليل والنقد كما يظهر أيضا في تحليل عناصر النظام العام .

الدراسات السابقة :

لقد سبق لبعض الدراسات تناول هذا الموضوع ومنها مذكرة ماستر بعنوان التطورات الحديثة لرقابة القاضي الإداري على التناسب للطالبتين بوسطة خيرة وجيلالي بلوفة لمياء المركز الجامعي بلحاج بوشعيب –عين تموشنت– دراسة مقارنة ، كذلك أطروحة دكتوراه بعنوان الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة (دراسة مقارنة) للطالب خليفي محمد جامعة أبي بكر بلقايد–تلمسان–دراسة مقارنة، أيضا رسالة دكتوراه بعنوان سلطة قاضي الإلغاء في الرقابة على المشروعية الداخلية للقرار الإداري للطالبة داهل وافية جامعة الحاج لخضر–باتنة 01–، غير أن كل هذه الدراسات تناولت الموضوع بشكل مختلف وغير متخصص ولم تبرز اجتهاد القضاء الإداري الجزائري بصورة واضحة ونحن سنحاول في هذه الدراسة تناول رقابة التناسب بشكل متخصص وسنبرز إجتهاد القضاء الإداري الجزائري .

خطة الدراسة :

بناء على ما سبق ذكره والتطرق إليه ونظرا لطبيعة الموضوع و متطلبات البحث وللإجابة على الإشكالية المطروحة والتساؤلات المتفرعة عليها ، فقد اعتمدنا في تقسيم البحث على خطة من فصلين ، بحيث تناولنا في الفصل الأول: النظرية العامة لمبدأ التناسب وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول : مفهوم الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرارات الإدارية والمبحث الثاني: الأساس القانوني لرقابة التناسب ووسائل الرقابة القضائية عليها ، أما الفصل الثاني فكان بعنوان مجالات تطبيق رقابة التناسب في القضاء الإداري الجزائري ، وتم تقسيمه إلى مبحثين ، المبحث الأول : مجال تأديب الموظفين و نزع الملكية للمنفعة العامة ، المبحث الثاني : مجال الضبط الإداري واختتمنا البحث بخاتمة تحتوي على مجموعة من النتائج .

الفصل الأول

النظرية العامة لمبدأ التناسب في القرارات الإدارية

إن رقابة القضاء الإداري لإعمال و تصرفات الإدارة العامة ما لبثت تتطور و تتغير من صورة إلى صورة أخرى ، فمنذ نشأة مجلس الدولة الفرنسي فرض رقابة على أعمال الإدارة العامة حتى وان كانت تلك الرقابة محدود جدا في بادئ الأمر إلا أن تلكم الرقابة شهدت تطور كبير بعد أن أصبح مجلس الدولة الفرنسي جهة قضائية لها كامل الصلاحية في رقابة أعمال الإدارة العامة بعدما كانت الإدارة محصنة من رقابته.

فبعد أن استطاع مجلس الدولة من إرساء جملة من المبادئ القانونية و القضائية أصبح القاضي الإداري يملك من الصلاحيات ما يؤهله لرقابة أعمال الإدارة القانونية سواء كانت تلكم الأعمال ثنائية الجانب أو أحادية الجانب حيث تتمثل هذه الأخيرة في القرارات الإدارية ، فبعد أن كان القاضي الإداري لا يستطيع بسط رقابته على كل عناصر القرار الإداري بحيث كانت رقابته محدودة ومقيدة تنتهي عند ركني الاختصاص و الشكل والإجراءات دون أن تخرج عن ذلك ، حيث استطاع القضاء الإداري تدريجيا من بسط و فرض رقابته ركن المحل و السبب و الغاية .

فيلغي القرارات الصادرة عن جهة الإدارة متى وجد أنها محالفة للقانون أو لمبدأ المشروعية أو جاءت مخالفة لأحد المبادئ القانونية العامة حتى و لم تكن تلك المبادئ مدونة .

ومن ضمن المبادئ القانونية التي تعتبر حديثة مقارنة مع بعض المبادئ الأخرى مبدأ التناسب أو ما يعرف برقابة التناسب في القرارات الإدارية،حيث أن هذا المبدأ وإن كان يرى بعض من الفقه أن له جذور تاريخية، إلا أن الأغلبية الأخرى من الفقه ترى غيرهبأن المبدأ حديث ويرجع في أساسه إلىالقانون الدستوري .

ويعد التناسب فكرة أساسية من أفكار القانون الإداري يمكن تحليلها إلى عناصر ثلاثة وهي القرار الصادر والحالة الواقعية والغاية المستهدفة، فالتناسب يمكن أن ينشأ عن علاقة تطابق بين الوسيلة والهدف في نص معين.[1] ؛وبهذا المفهوم يمكن أن يتغير التناسب تبعا للحالة الواقعية والمزايا المتوقعة و المضار المحصلة.[2]

فالأصل أن رقابة القضاء الإداري تقف على قرارات السلطة الإدارية و حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها هذه السلطة أساسا لقرارها وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع ، وعدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونيةدونأن تتعدى ذلك إلى البحث في أهمية و خطورة السبب .[3]

فمن بين الوسائل الحديثة التي يستخدمها القاضي الإداري الفرنسي في رقابته على قرارات الإدارة التقديرية ، رقابة التناسب في القرار الإداري .[4]

حيث أن الفقهاء تناولوا في مؤلفاتهم فكرة التناسب في القرار الإداري مجتمعين على أمور معينة و مختلفين على أخرى .[5]

---

[1] مايا محمد نزار أبو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى 2011 المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2011 ، ص9.

[2] بوسطة خيرة و جيلالي بلوفة لمياء ، المرجع السابق ، ص4.

[3] نفس المرجع ، ص 4.

[4] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 9.

[5] نفس المرجع ، ص9 .

حيث نجد أن غالبية الفقهاء يتفقون على تعريف فكرة التناسب – مبدأ التناسب– في القرارات الإدارية ، إلا أن الاختلاف كان حول علاقة هذه الفكرة بأركان القرار الإداري الداخلية و أساسها القانوني.

وعليه وحسب ما تم ذكره و التطرق إليه سنقوم بتقسيم هذا الفصل من الدراسة إلى مبحثين بحيث نتناول في المبحث الأول مفهوم رقابة التناسب في القرار الإداري –مبدأ التناسب – لغة و فقها وسنحاول تمييز عما يشابه .

المبحث الثاني تناول فيه الأساس القانوني لرقابة التناسب – مبدأ التناسب – و الوسائل القضائية لرقابة التناسب .

المبحث الأول

مفهوم رقابة التناسب

الأصل أن تقف رقابة القاضي الإداري على قرارات السلطة الإدارية عند التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها هذه السلطة أساسا لقراراتها ،.....لأن القاضي الإداري بهذا التصدي يكون قد حرج على مقتضى وظيفته و تدخل في صميم العمل الإداري ومن ثم يعد الرئيس الأعلى لجهة الإدارة .[1]

غير أن القضاء الإداري لم يلتزم في رقابته لقرارات الإدارة ولم يتوقف عند حد الرقابة على الوجود المادي للوقائع وصحة التكييف القانوني فقط، فقد تدخل في عديد الحالات رأى فيها ضرورة التزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لاتخاذ القرار الإداري و محل هذا القرار تأسيسا على أن مبدأ التناسب في هذه الحالات من المبادئ القانونية العامة التي يتوجب على الإدارة الالتزام بها.[2]

فرقابة القاضي الإداري لأعمال الإدارة العامة هي الأداة التي يمكن من خلالها الحد من تعسف الإدارة في العديد من الحالات ، خاصة وأن الإدارة العامة في مركز قانوني أعلى من الأفراد ، لذلك سعى القضاء الإداري منذ زمن إلى الحد من تعسف السلطة الإدارية تجاه الأفراد خاصة إذا تعلق الأمر بالقرارات التقديرية التي تمتلك الإدارة كامل الصلاحيات باعتبار أن المشرع ترك لها هامش كبير من الحرية لتمارس أعمالها دون تقييد.

إن التطور الذي شهدته نظريات حقوق الإنسان دفع بالقضاء الإداري باعتباره الحامي لحقوق الإنسان بتوسيع نطاق رقابته على أعمال الإدارة خاصة أعمالها الضبطية التي تتعلق بالحقوق و الحريات العامة بحيث أصبح يتدخل في رقابة الأركان الداخلية للقرارات

[1] بوسطة خيرة و جيلالي بلوفة لمياء ، المرجع السابق ، ص 4.

[2] نفس المرجع ، ص 4.

الإدارية فأصبح يبسط رقابته على التسبيب و التكييف القانوني للوقائع ومامدى توافق ذلك مع محل القرار و هل أن ذلك يهدف إلى تحقيق الصالح العام أو يخرج عنه عن طريق ما يعرف حديثا برقابة التناسب في القرارات الإدارية ،فمتى وجد القاضي الإداري أن القرار لا يتناسب مع الوقائع و الأسباب التي استند عليها قام بإلغائه .

وعليه ومما سبق ذكره سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين بحيث نتناول في المطلب الأول تعريف رقابة التناسب وتمييزها عما يشابهها من أنواع الرقابة الأخرى و في المطلب الثاني نتناول علاقة فكرة التناسب بأركان القرار الداخلية باعتبار أنها مناطالسلطة التقديرية وهامش التقدير الذي يتمتع به رجل الإدارة فيمايتعلق بأركانالقرار الإداري .

المطلب الأول :تعريف رقابة التناسب

إن تعريف فكرة التناسب – مبدأ التناسب – كان محل خلاف بين الفقهاء فكل فقيه يعرفها حسب وجهة نظره و حسب الحالة التي يعالجها ، وعليه فإن التعريفات تعددت إلا أنها و بالرغم من اختلافها تصب في معنى و مجرى واحد و من هنا سنقوم بتعريف مبدأ التناسب في الفرع الأول لغة و فقها .

الفرع الأول : تعريف مبدأ التناسب

أولا : التعريف اللغوي

التناسب في اللغة العربية مشتق من كلمة نسب ،و النسب يعني القرابة ، و انتسب و استنسب ، أي ذكر نسبه ، وناسبه شاركه في نسبه ، وناسبه مناسبة أي ماثله و لاءمه وتناسبا أي تماثلا و تشاكلا ، واستنسب الشيء ، أي وجده مناسبا و ملائما والنسبة تعني القرابة وإيقاع التعلق والارتباط بين شيئين ، والتماثل بين علاقات الأشياء و الكميات.[1]

ثانيا : إصطلاحا :ويعني التناسب في المفهوم الاصطلاحي في معناه العام ، العلاقة بين شيئين معبر عنهما بصورة رمزية ، أو هو تعبير عن رابطة تتسم بالتوافق أو التوازن بين شيء وآخر في إطار العلاقات المعتادة التي يفترض أن تكون عليها تلك الرابطة أو الصلة.[2]

فالمفهوم الاصطلاحي للتناسب بوجه عام هوتعبير عن الرابطة أو الصلة التي تتسم بالتوافق أوالتوازن بين حالة معينة وأخرى مناظرة لها نتيجتها توازن مقبول أو معقول بينهما.[3]

---

[1]وليد محمد الشناوي ، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري ،(دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة) ، ط 2017 ، دار الفكر و القانون ،المنصورة ، د. ب . ن ، 2017 ، ص13 .

[2]نفس المرجع، ص 14 .

[3]نفس المرجع ، ص 15 .

ثالثا :التعريف الفقهي

لقد تنوعت تعريفات التناسب في الفقه القانوني الإداري فكل فقيهيعرفهحسب وجهة نظره و حسب الحالة التي هو بصدد دراستها .

عرفه "فيدال" "**VEDEL**" على أنه " **ذلك السلوك الذي تلتزم الإدارة بموجبه ألا تفرض على الأفراد أعباء أو أضرار أكثر مما تطلبه المصلحة العامة المنوط بها تحقيقها**".[1]

وعرفه الدكتور "**مصطفى أبو زيد فهمي**": بدوره أنه " **بسط القضاء الإداري رقابته على السبب في القرار الإداري في ما يتعلق بالمرحلة الثالثة منه ، فهو يتحقق مما إذا كان هناك تناسب بين السبب و الإجراء المتخذ أيما إذا كانت هذه الوقائع كافية لتبرير القرار المتخذ**".[2]

أما الدكتور "**عبد الغني عبد الله**" فقد عرفه بأنه:" **في المرحلة الثالثة من الرقابة على التناسب يجب أن يوجد تناسب أو تلاؤم بين شدة القرار وبين الوقائع المادية التي حدثت و دفعت الإدارة إلى اتخاذه**".[3]

يلاحظ في هذا التعريف أن الدكتور عبد الغني عبد الله ، قد استخدم كلمة التناسب كمرادف لكلمة الملاءمة ، في حين أن الكلمتين لا تدلان على معنى واحد.[4]

---

[1]عطار نسيمة ،(مبدأ التناسب في القرارات الإدارية) ،مجلة التراث، جامعة زيان عاشور الجلفة ، العدد 16 ديسمبر 2014.

[2]مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 10 .

[3]نفس المرجع ، ص 11 .

[4]نفس المرجع ، ص 11.

أما الدكتور "**محمد فريد سليمان الزهيري**" ، فقد عرف التناسب بالنسبة إلى القرارات المتعلقة بالضبط الإداري بأنه" **هو يعني بوضوح توافق الإجراء المتخذ مع سبب القرار ، فهو توافق في أحد الجوانب فقط و ليس لكل جوانب القرار الإداري**".[1]

و يضيف كل منالأستاذان"**فيدال**""**VEDEL**"و"**لوفلوف**" "**P LELVOLVE**" "**بأن التناسب فتح له أهمية قصوى في دولة القانون ، إذ مجلس الدولة يلقي على الإدارة واجب عدم إلغاء حرية بذريعة تنظيمها ،وواجب التوفيق بين حاجات المصلحة العامة و الحريات الدستورية المضمونة بالتالي واجب تكييف هذه الحاجات مع التعقيدات و جعلها متناسبة معها** ".[2]

وهكذا نرى أن الفقهاء في تعريفهم مبدأ التناسب يربطون بين محل القرار و الوقائع و الجزاء و المخالفة ، و يبدو أنهم متفقون أن ما يقصد بالتناسب هو إيجاد توازن بين عنصر السبب (الواقعة) وعنصر المحل (النتيجة أو الجزاء) في القرار الإداري.[3]

وعليه يمكن القول إن مبدأ التناسب يعني تقدير الواقعة في أهميتها و مدى تبريرها للقرار الذي أصدرته الإدارة ، على أساس أن الإدارة هي التي تملك في الأصل وزن مناسبات العمل ،وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها.[4]

والملاحظ أن كثير من الفقه لما يتعرض لرقابة الملاءمة يعطيها نفس مفهوم التناسب وإن كان لهذا التوجه ما يبرره إلا أنه يجب الحذر منه لأنه ليس للمفهومين مدلول واحد ومن أمثلة ذلك ما أخذ به **الدكتور المستشار** "**السيد محمدإبراهيم**" حيث يقول " **إن الملاءمة في**

---

[1] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 11.

[2] فارة سماح ، (التوجه الحديث لقضاء الإلغاء ، رقابة التناسب)، مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون ،عدد 42-جوان 2015، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة باجي مختار عنابة ، ص 88.

[3] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 12 .

[4] نفس المرجع ، ص12.

القرارات الإدارية هي التناسب بين سبب القرار و محله فهي تقوم على عنصر السبب و المحل ... ، فهي أقرب إلى عملية حسابية " .[1]

إن هذا التعريف يجعل من التناسب عملية حسابية و هو تعريف يعاب عليه أنه جعل من عنصري التناسب والملائمة عنصرين ثابتين يمكن حسابهما في حين أن هذا مستحيل و إن كان هذا التعريف صحيحا إلى حد ما ، إلا أن ظاهره يوحي بأن الملاءمة تعني التناسب إطلاقا مما جعله يخلط بين مفهومي الملاءمة و التناسب .[2]

الفرع الثاني : تمييز رقابة التناسب عما يشابهها

أولا :تمييز رقابة التناسب عن السلطة التقديرية

السلطة التقديرية كما يعرفها الفقيه "**بونارد**""**BONNARD**"**هي ما يصح للإدارة فعله أو تركه ويجمع الفقه على أنها تعني حرية التصرف للإدارة عند ممارستها لوظائفها ، فهي لا تخضع في ذلك لأي قيد قانوني**"؛

وتتمثل مواطن السلطة التقديرية في القرار الإداري في اختيار التدخل أو الامتناع ، واحتيار وقت التدخل ، واختيار الإجراء المتناسب مع الوقائع .[3]

ويرى الدكتور "**سمير مجمد هندي**" " **أنه إذا كانت حالات السلطة المقيدة تتحدد بطرق إيجابية، وتقوم كلما فرض القانون شروطا تتقيد بها الإدارة و إجراءات تتبعها ، دون أن يترك لها أية حرية في اختيار طريق التدخل أو كيفيته ، و يلزمها متى توافرت**

[1] فارة سماح ،المرجع السابق ، ص 88 .

[2] نفس المرجع، ص 88 .

[3] نفس المرجع، ص 89 .

شروط معينة باتخاذ القرار اللازم وإتباع الإجراءات الواجبة ، فإن حالات السلطة التقديرية تتحدد بطريقة سلبية ... الحرية في اتخاذ القرار الذي تراه ".[1]

وعلى ذلك يربط بعض الفقه بين السلطة التقديرية والتناسب كالدكتور "**محمدمصطفى حسن**" فيحين أن أغلب الفقه لا يتفق مع هذا الرأي فالدكتور "**عصام عبدالوهاب البرزنجي**"يرى أن التناسب هو تمتع الإدارة بحرية إجراء التناسب بين سبب القرار الإداري المعتمد و أثره القانوني المتمثل في محله .[2]

كما يرى الدكتور "**محمد سيد أحمد محمد**" في رسالته " **أن التناسب يعني تقدير أهمية السبب و مدى توافقه مع محل القرار الإداري أي الإجراء المتخذ ، فهو جزء من كل و يمثل أحد أهم تصرفات الإدارة في مجالها التقديري و ليس هو التصرف الوحيد الذي تعمل فيه الإدارة حريتها".**[3]

و تتفق الأساتذة "**فارة سماح**" مع هذا الرأي حيث تقول " **أن المجال التقديري للإدارة يتوزع على ... ذلك أن العلاقة بين المفهومين السلطة التقديرية و التناسب هي علاقة مجال تقديري للإدارة بمبدأ قضائي يحكم جزء منه يتمثل في تقدير أهمية الوقائع و مدى توافقها مع الأثر الذي اختارته الإدارة لتضمن قرارها ، مما يجعل العلاقة بينهما وطيدة".**[4]

---

[1] فارة سماح ،المرجع السابق، ص 89 .

[2] نفس المرجع ، ص 89.

[3] نفس المرجع، ص89 .

[4] نفس المرجع، ص 89.

ثانيا : التناسب و مبدأ الملاءمة

يعتبرالفقيه "**ديبسون**""**DUBISSON**" **أن الملاءمة تصرف معين هي فكرة مادية أو عملية ينظر فيها إلى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة ، بالنظر إلى ما يحيط بهذا المركز أو هذه الحالة من اعتبارات الزمان والمكان و الظروف المحيطة**".[1]

ويرى للدكتور"**محمد الزهيري**"" **أن الملاءمة صفة للقرار الإداري بتوافرضوابط وشروط معينة تراعيها الإدارة في القرار الإداري** ".

ويضيف الدكتور "**سامي جمال الدين**""**إن ملاءمة تصرف ما يعني أن هذا التصرف كان مناسبا أو موافق أو صالحا ، من حيث الزمان و المكان و الظروف و الاعتبارات المحيطة**".[2]

ومما يسبق فإن التناسب هو توافق الإجراء المتخذ مع سبب القرار ، و الملاءمة كما سبق تعريفها هي تصرف يكون مناسبا من حيث الزمان والمكان و الظروف المحيطة باتخاذ القرار الإداري في أشمل و أوسع من التناسب حسب تعريف الفقه الإداري للملاءمة ومع ذلك فإنه لا يزال هناك خلط بين المفهومين .

خلط بعض الفقه بين الملاءمة و التناسب ،كالدكتور "**محمد زكي النجار**"و الدكتورة"**سعاد الشرقاوي**"فقد رأت هذه الأخيرة أن تناسب الجزاء (الأثر) مع الخطأ يعني الملاءمة .[3]

وقد ذهب الدكتور "**السيد محمد إبراهيم**"في تعريفه للملاءمة " **بأنها التناسب بين سبب القرار و محله ،إذ تقوم على عنصري السبب و المحل ، فهي أقرب إلى عملية حسابية بسطتها الواقعة المؤدية إلى اتخاذ القرار و مقامها الإجراء المتخذ و حاصلها**

[1]مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 64.

[2]نفس المرجع ، ص 65.

[3]فارة سماح ، المرجع السابق ، ص 90.

ملاءمة القرار أو عدم ملاءمته "، وإلى ذلك ذهب الدكتور "**عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر**""**حيث لا يميز بين التناسب و الملاءمة ويستعملهما كمترادفين**".[1]

وقد وقع في نفس المنزلق الأستاذين"**آمال يعيش تمام**"و "**عبد العاليحاحة**" في تعريفها للرقابة على الملاءمة في القرار الإداري بأنها "**بحث في مدى تناسب الوقائع المكونة للسب مع أهمية درجة خطورة موضوع القرار و تعقيداته أي محله**".

على أن الأمر غير صحيح ذلك أن الملاءمة تتعلق بمدى انسجام القرار كله ، بكل أركانه مع الظروف والاعتبارات المحيطة به ، فالملاءمة وصف يتصف بهالقرار الإداري

وكما يعرفها الدكتور "**محمد عبد العال السناري**" " **أنها مدى تناسب العمل الإداري مع الظروف والاعتبارات الواقعية المحيطة بكل من الإدارة والمتعاملين معها**".[2]

وقد يكون مرجع هذا الخلط التقارب في المعنى العام لكلا الاصطلاحين:

إلا أن مفوض الحكومة "**بريبانت**" "**BRAIBANT**" قد أكد في مطالعته حول قضية **VILLE NOUVELLE EST** أن رقابة التناسب لا تعني رقابة الملاءمة حيث ذكر: " **أنتم مدعوون اليوم و بشكل واسع لتتناولوا مسائل تدخل في مجال التقدير الذي يلامس الملاءمة ولكنكم لن تدخلوه** " .[3]

ومن هنا يمكن القول أن التناسب جزء من كلهو الملاءمة فالتناسب مستغرق في الملاءمة... ولكن أن يقال أن الملاءمة هي تناسب القرار الإداري بين سببه ومحله فهذا غير صحيح ، لأنه يعطي الملاءمة وجها واحد ويحصرها فيه .[4]

---

[1] فارة سماح ، المرجع السابق، ص 90.

[2] نفس المرجع ، ص90.

[3] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص66 .

[4] فارة سماح ، المرجع السابق ، ص90.

وعليه نخلص : أن أغلبية الفقهاء اتفقوا على تعريف التناسب ، وقمنا بتمييز رقابة التناسب عن غيرها من الاصطلاحات المشابه لها حيث أن هناك الكثير ممن يخلطون بين رقابة التناسب و السلطة التقديرية وكذا رقابة الملاءمة ، إلا أن الفقه اختلف حول علاقة فكرة التناسب –أومبدأ التناسب – بأركان القرار الإداري الداخلية ، لأن أركان القرار الإداري الخارجية ليست محلا للخلاف لأن جهة الإدارة مقيدة بتطبيق القانون ، وليس لها أي مجال للتقدير، إنما ترك لها المشرع هامش من التقدير بالنسبة لأركان القرار الإداري الداخلية باعتبار أن الإدارة هي من تشرف على الحياة الإدارية و هي من تسير المرفق العام ، فهي أعلم بخباياه .

وعليه سنقوم بتناول علاقة التناسب بأركان القرار الداخلية المتمثلة في السبب والمحل والغاية.

المطلب الثاني : علاقة رقابة التناسب بأركان القرار الإداري الداخلية

يعرف القرار الإداري بأنه تصرف قانوني يصدر عن سلطة إدارية مختصة من أجل إحداث أثر قانوني يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، بحيث أن المشرع قيد جهة الإدارة بإتباع شكليات و إجراءات معينة أثناء قيامها بإصدار قراراتها الإدارية ، وقام بتوزيع الصلاحيات وفق القانون و التنظيم المعمول بهما ، غير أنه منح جهة الإدارة قدر أو هامش من التقدير فيما يخص أركان القرار الإداري الداخلية ، حيث ترك للإدارة حرية التدخل وحرية اختيار ما تراه مناسب ،و أن تتدخل متى شاءت ومتى قام سبب يدفع إلى تدخلها، بكون الإدارة هي التي تشرف على النشاط الإداري وخاصة الجانب السلبي منه المتمثل في الضبط الإداري .

ولاشك أن القضاء الإداري يمارس رقابته على القرارات الإدارية متى قام سبب لذلك فالقضاء الإداري يراقب القرارات الإدارية و يقوم بفحص مشروعيتها في حالة تجاوز الإدارة لمبدأ المشروعية أو تعسفت في قراراتها الإدارية .

ومن ضمن المبادئ الحديثة التي يطبقها القضاء الإداري مبدأ التناسب ، بحيث أصبحت رقابة التناسب في القرارات الإدارية حتمية على القضاء الإداري ، خاصة في مجال تأديب الموظفين ومجال الضبط الإداري ، كون هذا الأخير يتعلق بالحقوق و الحريات الأساسية .

ومنه فإن غالبية الفقه الإداري بعد أن اتفقوا حول تعريف رقابة التناسب ، فإنهم اختلفوا على علاقة التناسب بأركان القرار الإداري الداخلية ، وعليه فإنه يمكن إثارة فكرة عيب عدم التناسب وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب ، **الفرع الأول: علاقة التناسب بركن السبب ، الفرع الثاني: علاقة التناسب بركن المحل، الفرع الثالث: علاقة التناسب بركن الغاية (الهدف).**

الفرع الأول : علاقة التناسب بركن السبب

يعرف الدكتور "**علي خاطر شطناوي**"سبب القرار الإداري بقوله " **نرى أن أسباب القرار تتمثل في مجموعة من العناصر القانونية والواقعية التي تحدث أولا ومسبقا و توحي لرجل الإدارة أنه بإمكانه قانونا التدخل و إصدار قرار إداري ... و تعتبر أسباب القرار ركنا لازما من أركانه** ." .[1]

[1] علي خاطر شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، (الجزء الأول) ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، الإصدار الثاني 2008، عمان ، الأردن ، 2008 ، ص 866 .

أما الدكتور "**حسين عثمان**" يقول إن عيب السبب هو :" **عدم المشروعية الذي يشوب القرار الإداري في سببه، بأن يكون غير موجود ماديا أو قانونيا ، أو غير متناسب مع القرار الذي استند إليه** " .[1]

وعليه يراقب القاضي الإداري وجود الوقائع وتكييفها من الناحية القانونية ، كما ذهب إلى حد بسط رقابته على مدى التناسب بين السبب والقرار الذي بني عليه .[2]

ويأخذ عيب السبب أحد الصور الثلاثة وسنتناول ذلك فيما يلي :

أولا : الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع

يعتبر هذا النوع من الرقابة تداخلا في السلطة المقيدة للإدارة دائما بموجب قاعدة قضائية توجب أن يقوم كل قرار على سبب يبرره ، و السبب هنا واقعة مادية أو قانونية و إلا اعتبر القرار معيبا بعيب انعدام الأسباب ... كما أن الوقائع التي تصلح أن تكون أسبابا في أي قرار إداري يجب أن تكون ثابتة و قائمة ومحددة و غير مبهمة ولا غامضة وجدية غير مختلطة ولا صورية ... حتى وإن كان يتعلق بالقرارات المتخذة في إطار السلطة التقديرية.[3]

ثانيا : الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

تعد عملية التكييف القانونية عملية مزدوجة و مختلطة تتمثل في تقدير الواقعة أو الوقائع وتقدير القانون .فالمقصود بالتكييف القانوني إدراج حالة واقعية ضمن دائرة فكرة قانونية.[4]؛ فالأصل العام أن يكون هناك نص قانوني معين يجب على جهة الإدارة أن تلتزم به ، و إلا أصبحت مخالفة للقانون ، أي مبدأ المشروعية .

---

[1] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 22.

[2] نفس المرجع، ص22.

[3] فارة سماح ، المرجع السابق ، ص 92.

[4] علي خاطر شطناوي ، المرجع السابق ، ص911.

إلا أن التطور الذي يشده الاستثناء وهو حالة عدم وجود نص قانوني تستند إليه الإدارة ففي هذه الحالة تتدخل جهة الإدارة بما لها من سلطة تقديرية من أجل تكييف الواقعة و إعطائها وصف قانوني ، لأن طبيعة النشاط الإداري تفرض ذلك خاصة في مجال الضبط الإداري من أجل الحفاظ على النظام العام الذي هو بدوره متغير و نسبي و غير ثابت .

ثالثا : الرقابة على تقدير أهمية الوقائع

يقتصر دور القضاء الإداري في رقابةالإلغاء من حيث الظاهر على رقابةالوجود المادي للوقائع ، وصحة تكييفها القانوني فقط ، دون أن يتعداها إلى تقدير أهمية الأسباب الواقعية ، وتقدير مدى التناسب بين أهميتها وخطورتها ، وبين الإجراء الإداري الصادر استنادا إليها ...فيتصرف القضاء في هذه الحالة ، و كأنه إدارة و يصبح رئيسا إداريا أعلى لمصدر القرار.[1]

و يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن رقابة عدم التناسب في القرار الإداري هي رقابة على السبب في صورتها القصوى التي تتضمن التحقق من أهمية الحالة الواقعية وخطورتها و مدى التناسب بينها و بين النتيجة .[2]

الفرع الثاني : علاقة التناسب بركن المحل

يرى هذا الاتجاه من الفقه أن فكرة التناسب في القرارات الإدارية أو عيب عدم التناسب يرتبط بركن المحل ، ومحل القرار الإداري هو الأثر القانوني الذي يترتب على القرار و يكون حالا و مباشرا .

والحالات التي يكون فيها القرار معيبا بعيب المحل تتمثل في الآتي:

[1] علي خاطر شطناوي ، المرجع السابق ، ص 918.

[2] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 23.

- الامتناع العمدي عن تنفيذ القانون .
- الامتناع عن تنفيذ القانون نتيجة الجهل بصدوره أو بأحكامه .
- الخطأ في تفسير القانون ويكون بإعطائه معنى غير الذي قصده المشرع .

ويتزعم الدكتور "**عبد الفتاح حسن**"الاتجاه القائل بارتباط التناسب بركن المحل ، وأن عيب عدم التناسب هو من عيوب مخالفة القانون في روحه ومعناه ، معتبرا أن المشرع وقد نص على عدد من الجزاءات لا على جزاء واحد، إنما قصد أن تختار السلطة التأديبية من بين الجزاءات ما يناسب صدقا المخالفة المرتكبة.[1]

وقد نقد الدكتور "**سليمان محمدالطماوي**" هذا الاتجاه معتبرا أن عيب مخالفة روح القانون ليس إلا إحدى تسميات عيب إساءة استعمال السلطة و الانحراف بها ، ويرجع الدكتور "**مرغني إدريس**"أن الدكتور "**عبد الفتاح حسن**"يعني بمخالفة روح القانون شيئا آخر غير عيب الانحراف الذي لا يصلح ، من وجهة نظره ارتباط عدم التناسب به ، وأن الشيء الآخر الذي عناه هوعيب التعسف في استعمال السلطة.[2]

الفرع الثالث : علاقة التناسب بركن الغاية

يرى هذا الاتجاه أن عيب عدم التناسب يرتبط بركن الغاية في القرار الإداري ، و يعرف ركن الغاية بأنه النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها .

وعيب الغاية يعرف بأنه :" **أن يمارس مصدر القرار السلطة التي خولها له القانون لتحقيق أهداف غير تلك التي حددها له** " ؛ فعلى رجل الإدارة أن يسعى بما يصدر من قرارات إلى تحقيق الهدف الذي قصد المشرع تحقيقه بهذه القرارات ، فإذا لم يحدد القانون هدفا معينا للقرار الإداري وجب على رجل الإدارة أن يهدف بإصداره إلى تحقيق الصالح

[1] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق، ص 20.

[2] نفس المرجع ، ص 20.

العام بصفة عامة، فإذا حاد عن ذلك وقصد بتصرفه تحقيق هدف .... أو إحدى صورها التي بينها القانون على وجه التحديد.[1]

و يكون القرار الإداري معيبا بغيب استعمال السلطة (عيب الغاية) إذا استعمل رجل الإدارة صلاحياته لتحقيق غاية غير تلك التي حددها القانون؛ويتصل هذا العيب بنية مصدر القرار و بواعثه ، لذلك يقترن هذا العيب بالسلطة التقديرية للإدارة ولا يثار إلا إذا كانت سلطة الإدارة بحدود معينة .[2]

و يتخذ عيب الانحراف في السلطة صورا عدة نتناولها في ما يلي:

أولا: البعد عن المصلحة العامة

وفي هذه الحالة تطرح الإدارة المصلحة العامة التي يجب أن يستهدفها القرار الإداري جانبا لتعمل على تحقيق هدف لا يمت لتلك المصلحة بصلة ، فيقوم رجل الإدارة باستعمال سلطته لإدراك أغراض لا تتعلق بالمصلحة العامة ؛ونتحدث فيما يلي عن :

- استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي.
- مباشرة السلطة بقصد الانتقام.
- استخدام السلطة لغرض سياسي .[3]

ثانيا : مخالفة تخصيص الأهداف :

قد يحدد القانون لرجل الإدارة هدفا معينا يسعى إلى تحقيقه بما يصدر من قرارات فإذا استهدف القرار هدفا غيره وقع القرار باطلا لانحراف السلطة حتى إذا كان القصد منه هو تحقيق المصلحة العامة .[4]

---

[1] ماجد راغب الحلو ،القضاء الإداري ، د. ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2000 ، ص 391.

[2] مازن ليلو راضي ، أصول القضاء الإداري ، د. ط ، دار المطبوعات الجامعية ، د.ب.ن ، 2016، ص 381.

[3] ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق ، ص 392.

[4] نفس المرجع ، ص 394.

و الأمثلة على حالة مخالفة تخصيص الأهداف كثيرة ونذكر منها :

- استخدام وسائل الضبط الإداري لتحقيق مصالح مالية .
- استخدام إجراءات الضبط القضائي لتحقيق أهداف الضبط الإداري .
- مباشرة إجراءات الاستيلاء المؤقت بقصد نزع الملكية .
- مباشرة نقل الموظفين كجزاء تأديبي .[1]

وعلى رأس أصحاب هذا الاتجاه القائل بارتباط التناسب بركن الغاية و أن عيب عدم التناسب هو عيب من عيوبه ، الدكتور"**سليمان محمد الطماوي**" معتبرا أن"**السبيل الوحيد للطعن في القرار المشوب بعدم تناسب ساطع هو عن طريق إثبات الانحراف باعتباره أن الإدارة قد خرجت عن الحدود الخارجية للسلطة التقديرية ... في عيب الانحراف بالسلطة**".[2]

إلا أن هذا الاتجاه وجه إليه انتقادات ، لا يستقيم معها على ما يبدو التسليم بصحته .

لعل أول هذه الانتقادات يتعلق بالرأي القائل أن العيب الملازم دائما للسلطة التقديرية هو عيب الانحراف بالسلطة ذلك أنه ليس من المستحيل وجود نظرية الانحراف في نطاق السلطة المقيدة .[3]

وقد تم نقده أيضا من جهة اختلاف عيب الانحراف ... و تفريقه عن الغلو في الطبيعة و المضمون ... كما يقول الدكتور "**عبد الفتاح عبد البر**""**هو عيب يستقر في بواعث الإدارة الخفية و دوافعها الباطنة يعرفه بأنه من العيوب القصدية في السلوك الإداري قوامه ... وهو تقدير يتم بمعزل عن نيات الإدارة و دوافعها الكامنة** ".[4]

---

[1] ماجد راغب الحلو ، المرجع السابق، ص 396 .

[2] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 14 .

[3] نفس المرجع، ص 16.

[4] نفس المرجع ، ص ص 16-17 .

المبحث الثاني

الأساس القانوني لرقابة التناسب وسائلها القضائية

إن اختلاف الفقهاءحول الأساس القانوني لرقابة التناسبيمكن رده إلى طبيعة القانون الإداري غير الثابت والمتطور ، كما يمكن رد ذلك إلى طبعة الأخطاء التي تقع فيها الإدارة أثناء ممارستها لصلاحياتها الإدارية، فلا يمكن حصر تلك الأخطاء ، وبالتالي فإن القاضي الإداري هو الذي يحدد ويكشف عن تلك الأخطاء وعليه فإن العلاقة تختلف حسب طبيعة كل خطأ و حسب درجة خطورته .

وعليه سنقوم في هذا المبحث بالبحث في الأساس القانوني لرقابة التناسب **في المطلب الأول ونتناول في المطلب الثاني: الوسائل القضائية لرقابة التناسب .**

المطلب الأول : الأساس القانوني لرقابة التناسب في القرارات الإدارية

إن المنطق القانوني يفرض أن يكون لكل فكرة أساس قانوني تستند إليه فلا يمكن لأي فكرة أن تتطور من دون أساس قانوني لها ، ونقصد بالأساس القانوني أن تكون الفكرة ذات منشأ فقهي أو قضائي أو أن المشرع قام بتدوين تلك الفكرة أو أنها وجدت عن طريق العرف أو الاعتبارات العملية للنشاط الإداري .

ومنه سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين **الفرع الأول نتناول فيه الاعتبارات القانونية والعملية ، والفرع الثاني الدور المنشئ للقاضي الإداري والمشروعية** حيث أن هذا التقسيم يرجع إلى الاختلاف الفقهي حول الأساس القانوني لرقابة التناسب فكل اتجاه فقهي يرجعهاإلى سند معين .

الفرع الأول : الاعتبارات القانونية والعملية

يرى جانب من الفقه أن الأساس القانوني لرقابة التناسب يتمثل في الإعتبارات القانونية التي وضعها المشرع، في حين أن جانب آخر من الفقه يرى أن أساس رقابة التناسب يتمثل في الإعتبارات العملية .

أولا : الاعتبارات القانونية :تتمثل الاعتبارات القانونية في مايلي :

1.التدرج في ذكر الجزاءات

أيد بعض الفقه منهم الدكتور"**فؤاد العطار**" مسألة التدرج في ذكر الجزاءات لتفسير رقابة القضاء الإداري على التناسب، باعتبارها أساسا قانونيا لها ، حيث كانت حججهم في ذلك أن المشرع عند ذكره للجزاءات متدرجة في الشدة ،إنما قصد أن يقاس الجزاء بمقدار ما تبين من قبل الموظف من خطأ ، و لذلك يفسرون أحكام القضاء في رقابته على التناسب في القرار التأديبي ، بأنها وردت اتفاقا مع قصد المشرع من التدرج في العقوبات .[1]

غير أن هذا الأساس قد تم نقده من قبل العديد من الفقهاء و على رأس هذا الاتجاه الدكتور "**محمد سليمان الطماوي**" ، مبينا عدم صحته ، لقيامه على عدم فهم الجريمة التأديبية ...، إذ أنها لا تخضع لقاعدة لا جريمة إلا بناء على نص ، فيجوز للسلطات التأديبية ،تحت رقابة مجلس الدولة ، أن ترى في أي عمل يرتكبه الموظف جريمة تأديبية إذا كان لا يتفق مع واجبات الوظيفة.[2]

[1]عطار نسيمة ، المرجع السابق ، ص ص 168-169.

[2]مايا محمد نزار أبو دان ،المرجع السابق ، ص 29.

وعلى هذا يرى الدكتور "**سليمان محمدالطماوي**" ، إن طبيعة النظام التأديبي ترفض فكرة التدرج والتناسب في الأفعال و الجزاءات ، إذ من خصائص الجزاءات التأديبية ومشروعيتها عدم قيام علاقة بين كل جريمة و ما يناسبها من جزاء.[1]

2. محالفة القانون في روحه و معناه :

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن رقابة القضاء الإداري للتناسب ، في المجال التأديبي ،تجد أساسها القانوني في مخالفة القانون في روحه ومعناه .[2]

ومن أصحاب هذا الرأي الدكتور عبد الفتاح حسن ، و الدكتور جودت الملط ، إذ ذكرا أن المبدأ الذي أرسته المحكمة الإدارية العليا برقابتها على التناسب في الجزاءاتالتأديبية لا يتعارض مع حرية السلطة التأديبية في تقدير خطورة الجريمة التأديبية و ما يناسبها ،إلا أن العقوبة تكون غير مشروعة ، إذا جاوزت الحد المعقول ، وكان عدم التناسب بين الجريمة ...و العقوبة صارخا ، تأباه روح القانون .[3]

ومن ناقدي هذا الاتجاه الدكتور "**محمد سليمانالطماوي**"، فهو يوضح أن عيب مخالفة روح القانون ليس إلا إحدى تسميات عيب إساءة استعمال السلطة و الانحراف بها ؛ مؤكدا وجهة نظره هذه بأن محكمة النقض المصرية كانت تستعمل هذا الاصطلاح للدلالة على عيب إساءة استعمال السلطة ، قبل إنشاء مجلس الدولة . و يعتبر أن الدكتور عبد الفتاح حسن قصد بمخالفة روح القانون عيب إساءة استعمال السلطة و الانحراف بها .[4]

---

[1] مايا محمد نزار أبو دان ،المرجع السابق، ص 29.

[2] عطار نسيمة ، المرجع السابق ، ص 169.

[3] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 32.

[4] نفس المرجع ، ص 33.

ثانيا :اعتبارات العدالة و الاعتبارات العملية :

من أنصار هذا الاتجاهكل من الفقيهان "**دراجون**" و "**أوبي**" "**AUBY**"**et**"**DRAGO**" وكانت حججهم في ذلك ، أن الرقابة القضائية على التناسب في قرارات الضبط المحلي ، لا تفسره اعتبارات قانونية بل عملية ذلك باعتبار أن السلطات المحلية ، سلطات منتخبة ، كثيرا ما تدفعها الظروف المحلية إلى إساءة استخدام سلطتها .

إلا أنها وجهة عدة انتقادات لهذا الاتجاه أهمها رأي الدكتور "**السيد سليمان**" ، فهو يرى أن اعتبارات العدالة هي اعتبارات مرنة ...فلا تستطيع أن تحدد له المسلك .[1]

الفرع الثاني :الدور المنشئ للقاضي الإداري و مبدأ المشروعية

أولا : الدور المنشئ للقاضي الإداري :

إذا كانت الوظيفة الأساسية للقاضي الإداري ... تتمثل في الفصل في المنازعات المعروضة عليه بمقتضى النصوص القانونية القائمة ، وهو ما يمكن تسميته بالوظيفة القضائية ، فإن القاضي الإداري يمارس مهنة أخرى ، يمكن تسميتها بوظيفة الاجتهاد ذلك أن القاضي الإداري قد يجد نفسه أمام منازعة بدون نص قانوني يحكمها ، وفي هذه الحالة سوف يجد نفسه مضطرا إلى ابتكار القواعد التي تمكنه من الفصل في المنازعة المعروضة عليه .[2]

و يرى "**فيدال**""**VEDEL**" أن القاضي الإداري لا يزال قاضي المشروعية ، وهي تشتمل القواعد التي يخلقها القاضي ، وأن الحدود بين السلطة المقيدة والتقديرية يضعها القاضي بنفسه .[3] أما "**ديلوبادر**""**DELAUBADERE**"فيعتبر أنه، إلى جانب السلطة

[1]عطار نسيمة ، المرجع السابق ، ص 169.

[2]نفس المرجع ، ص 170.

[3]مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 39 .

المقيدة بواسطة القانون ، توجد سلطة مقيدة بالقاضي نفسه ،فالقاضي ينشئ قواعد جديدة ...،فيصبح اختصاص الإدارة ، طبقا لهذه القواعد ، اختصاص مقيد بعد ما كانت تتمتع بسلطة تقديرية .[1]

و عليه فقد ذهب بعض الفقهاء إلى الأخذ بسلطة القاضي في إنشاء القواعدالقضائية كأساس لرقابة التناسب ، ومن هؤلاء الفقهاء الدكتور "**عصام البرزنجي**" ، وكانت حجته في ذلك ، أن رقابة التناسب ، في مجال الضبط ، لا تجد أساسها في المشروعية ، و لكن في القاعدة القضائية التي وضعها القضاء نفسه في هذا الشأن ،موضحا أن القضاء الإداري بكونه قضاء إنشائي لا مجرد قضاء تطبيقي ، وفي رقابة التناسب ، ينشئ قاعدة مقتضاها أنه يشترط في القرار الضبطي أن يكون ضروريا ، لازما و متناسب مع أهمية الوقائع التي تدعو الإدارة إلى اتخاذه .[2]

ثانيا : مبدأ المشروعية :

من الأصولالتيتقررها المبادئ الإدارية العامة أن سلطة الإدارة التقديرية لا تخضع لرقابة القضاء ويعبر الفقهاء عن هذا المبدأ العام بقولهم إن سلطة القضاء تقتصر على رقابة المشروعية ، ولا يجوز أن تمتد إلى رقابة الملاءمة فالقاضي هو قاضي مشروعية وليس قاضي ملاءمة .[3]

و بناء على ذلك ، انطلق بعض الفقهاء في تفسيرهم لرقابة التناسب في القرارات الإدارية بأنها رقابة على المشروعية في حقيقة الأمر،فالرقابة القضائية، عند الفقيه

[1] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق، ص 39.

[2] عطار نسيمة ، المرجع السابق ، ص 170.

[3] مايا محمد نزار أبو دان ،المرجع السابق ، ص 43.

"**ديجي**" "**DUGUIT**"، لا تقوم إلا إذا كانت هناك مسألة قانونية يحكم فيها القاضي وفقا للقانون مع ملاحظة ... وإنما تبقى هذه الرقابة على الدوام رقابة مشروعية .[1]

المطلب الثاني : الوسائل القضائية للرقابة على التناسب

تحت ضغط العوامل الاقتصادية و الاجتماعية ، وظهور مجالات حياتية حديثة أدت إلى تزايد الحاجيات اليومية للأفراد ، وبالتالي زيادة تدخل الإدارة وما تتطلبه من سلطة تقديرية أكبر لمواكبة هذه التحولات ، لم تعد وسائل الرقابة التقليدية على قرارات الإدارة كافية لضمان مشروعيتها ...و لهذا كان لزاما على القاضي الإداري ...أن يبتكر تقنيات جديدة للرقابة على قرارات إدارية لها سمات جديدة أهمها أن تصدر في ظل سلطة تقديرية واسعة للإدارة .[2]

وبالفعل فإن القاضي الإداري أخذ يوسع سلطته طردا مع اتساع سلطات الإدارة التقديرية وظهرت تقنيات رقابة جديدة على قرارات الإدارة ، تقوم أساسا على رقابة مدى التناسب بين عناصر المشروعية الداخلية للقرار .[3]

يمارس القاضي الإداري رقابته على التناسب في القرار الإداري من خلال ثلاثة وسائل ، وسنتناول كل منها في فرع مستقل ، **الفرع الأول** نتناول فيه **نظرية الخطأ الساطع في التقدير** ، و**الفرع الثاني** نتناول فيه **نظرية الغلو** ، و**الفرع الثالث** نتناول **فيه نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار** .

[1] مايا محمد نزار أبو دان ،المرجع السابق، ص 43.

[2] داهل وافية ، (سلطة قاضي الإلغاء في الرقابة على المشروعية الداخلية للقرار الإداري) ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم التخصص: القانون العام ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر ،باتنة 1- 2017 -2018، ص 140.

[3] نفس المرجع ، ص 140.

الفرع الأول : نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

لقد ابتكر مجلس الدولة الفرنسي طريقة جديدة للرقابة القضائية على قرارات الإدارة التقديرية بحيث يجب على الإدارة عندما تصدر قراراتها التي استند فيها على سلطتها التقديرية ، يجب أن لا يكون القرار المتخذ مستندا إلى وقائع غير صحيحة ماديا ، ولا إلى أسباب قانونية خاطئة ، ولا إلى خطأ ظاهرا في التقدير ، ولا أن يكون مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

أولا :تعريف نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

إن اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي لم تعطي تعريفا لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير ،لأنه دائما كان يحاول عدم التدخل في التقديرات التي تجريها الإدارة...لهذا تقدم الفقه لإعطاء محاولات من خلالها ويعرف ويبين الخطأ الظاهر في التقدير ،فقد عرفه الفقيه "**كرنبوست**" بأنه أداة تحليل تسمح برقابة أكثر فعالية للتقديرات التي تقوم بها الإدارة في المسائل الفنية الدقيقة ، وأنه يقععلى وصف الوقائع وقد ابتكره القاضي الإداري لزيادة رقابته و لمراجعة الإدارة في تقديراتها التي كانت تتهرب بها من الرقابة .[1]

ويعرف الفقيه "**بروبانت**""**BRAIBANT**"الخطأ الساطع في التقدير أنه"**الخطأ الذي يتصف ،في الوقت ذاته بخطوته وحتميته ،مما يجعل الإبطال مصير عمل السلطة الإدارية المشوب بمثل هذا العيب**" .[2]

[1] بن شهرة العربي، (الصور الحديثة للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة) ،المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية ، العدد الأول يونيو 2016، معهد العلوم القانونية والإدارية ، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي تسمسيلت ، الجزائر، ص 69.

[2] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 70.

وكذلك عرفه "**فيدال**" و "**ديلفوف**""**DELVOVE**" **ET** "**VEDEL**" بأنه "**الخطأ الذي يكون واضحا وجليا للشخص العادي ، أو هو الذي لا يوجد أدنى شك في وجوده لمن له عقل مستنير، أو هو الذي يكون جليا ، واضحا وبينا يعني جسيما ، فاحشا ،و ساطعا لدرجة أنه ظاهر حتى لغير القانوني**" .[1]

ويقول الدكتور "**فوزت فرحات**"،"**إنه الخطأ الذي يؤدي فقط إلى إبطال الأعمال التي يشوبها خطأ بارز ، في مجال منطق الأشياء ، بحيث تندفع الإدارة إلى ارتكاب حماقات وتجاوزات غير مقبولة**".[2]

ثانيا : أسباب وضع نظرية الخطأ الظاهر في التقدير وحالات تحققها

يرجع فقهاء القانون الإداري نظرية الخطأ الظاهر في التقدير إلى عدة أسباب دفعت بالقاضي الإداري إلى وضع هذه النظرية ، في حين أن لهذه النظرية حالات معينة متى وجدت تحققت هذه النظرية .

أ : أسباب وضع نظرية الخطأ الظاهر في التقدير :

من الأسباب التي دفعت القاضي الإداري إلى وضع نظرية الخطأ الساطع (الظاهر) 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 الوقائع ...مبتدعا مفهوم الخطأ الظاهر الذي ترتكبه الإدارة في تقديرها الوقائع ، ومقررا أن مثل هذا الخطأ شأنه أن يعيب شرعية القرار الصادر بنتيجته ...ولكي يبرهن أن الاعتبارات الفنية لم تكن ، بالنسبة للإدارة وسيلة للهروب من القاعدة القانونية .[3]

---

[1] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 71.

[2] نفس المرجع ، ص 73.

[3] نفس المرجع ، ص ص 73- 74.

ب: حالات تحقق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

ومن بين هذه الحالات ما يلي :

1- عندما يكون هناك إفراط في الشدة ؛ إذ إن قسوة الإدارة قد تؤدي إلى شل المرافق العامة من طريق الموظفين و إحجامهم عن تحمل المسؤولية .

2- عندما يكون هناك إفراط في الشفقة ؛ إذ إن شفقة الإدارة و استهانتها بالخطأ قد تؤديان إلى استخفاف الموظفين بأداء الواجب ،وإلى الاستهتار برؤسائهم و بمجمل واجباتهم الوظيفية فيصبح المرفق العام مسرحا لأهوائهم و مصالحهم الشخصية .[1]

الفرع الثاني : نظرية الغلو

تعتبر نظرية الغلو من إبتكار القضاء الإداري المصري الذي قام بوضع هذه النظرية و أرسى أسسها وعليه سنقوم بتعريف نظرية الغلو أولا ، ثم نقوم بتناول أسباب نظرية الغلو وحالات تحققها ثانيا .

أولا : تعريف نظرية الغلو

يرى الدكتور "**عبد الفتاح عبد البر**" أن رقابة الغلو "**هي الرقابة التي تفترض أن ثمة جزاء ، وأن يكون هذا الجزاء غير ملائم للذنب ، سواء في الإسراف في الشدة أو الإفراط في اللين** " أما الدكتور "**محمد عبد العال**" فيقول : "**إن عيب الغلو هو العيب الذي يكون فيه الجزاء غير متناسب ، بشكل ظاهر ، مع الذنب المرتكب ، دون أن يوصم القرار بالانحراف ، لأن الإدارة لم تستهدف تحقيق غرض آخر غير الواجب عليها استهدافه**".[2]

[1] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص77.

[2] نفس المرجع ، ص ص 91- 92.

ثانيا : أسباب وضع نظرية الغلو وحالات تحققها

لنظرية الغلو،كغيرها من النظريات ، أسباب دفعت القاضي الإداري إلى وضعها فما هي هذه الأسباب ؟، وما هي حالات تحقق هذه النظرية ؟.

أ :أسباب وضع نظرية الغلو

من الأسباب التي دفعت القاضي الإداري إلى ابتكار و وضع نظرية الغلو ، امتناع المشرع في تحديد الجزاءات التأديبية ، المناسبة لكل نوع من المخالفات التأديبية ، أدي إلى إسراف بعض الجهات الإدارية في ممارسة سلطتها التأديبية مع التفاوت الكبير في ما بينها بصدد تقدير الجزاءاتالمناسبة للأخطاء ذاتها أو الأخطاء المتماثلة عينها ، فكان أن رأت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن الأخذ بمبدأ عدم التناسب ، بين المخالفة التأديبية و الجزاء الموقع عليها ، هو مخالفة تشوب قرار التأديب و توجب إلغاءه .[1]

و قد حاول بعض الفقهاء توضيح قيد الغلو ، معتبرين أنه لا يوجد تعارض بين حرية تقدير الجزاء المناسب و رقابة المحكمة لهذا التناسب ، فرقابة الغلو لا تلغي حرية التقدير و إنما تمنع الشطط ... وعليه ،إن معنى القيد الذي صاغته المحكمة الإدارية العليا في عبارة محكمة ، هو أنه يشترط لمشروعية الجزاء التأديبي ألا يشوب تقديره غلو.[2]

ب : حالات تحقق نظرية الغلو

لا يقتصر قضاء المحكمة الإدارية العليا في الغلو على حالات الإسراف في الشدة في اختيار الجزاء ،وإنما يمتد إلى حالات الإفراط في اللين ، ...إذ جاء في عدة أحكام لها

[1] مايا محمد نزار أبو دان، المرجع السابق ، ص 93.

[2] نفس المرجع ، ص ص 93- 94.

أن " ...ركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية ... والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم ...".[1]

الفرع الثالث : نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار

تعتبر نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار انتصارا للقاضي الإداري و تتويجا ثانيا له في محاصرته للسلطة التقديرية للإدارة ،فبعد إرساء نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ابتكر نظرية جديدة لمواجهة سلطات الإدارة التقديرية المتزايدة و المتشعبة بسبب زيادة تدخل الدولة في الميادين الاقتصادية ،وهذا سعيا منه للحد من قرارات الإدارة التعسفية تجاه الأفراد.

سنتناول في هذا الفرع من الدراسة تعريف نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار أولا ثم نتناول أسباب وضع النظرية وحالات تحققها ثانيا ، ونتناول ثالثا معايير النظرية .

أولا : تعريف نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار (التكاليف)

... إن الفقه الإداري لم يعر أهمية تذكر لتعريف النظرية ،كما أن الأحكام القضائية لم تسهب في ذلك ،ويمكن رد ذلك إلى الصيغة العلمية التي تتصف بها النظرية ،واختلاف المعايير التي يستند إليها القضاء لإعمالها باختلاف ظروف ملابسات كل قضية .

يشير الحكم التأسيسي للنظرية إلى أنه " **لا يمكن تقرير المنفعة العامة لمشروع ما إلا إذا كانت الأضرار على الملكية الخاصة والتكاليف المالية ، و إذا اقتضى الحال الأضرار الاجتماعية التي تضمنتها غير مفرطة مراعاة للأهمية التي تقدمها** ".[2]

مع هذا فإن بعض الفقه أشار إلى عدد من التعريفات التي بدت متأثرة بالمجال الذي ظهرت فيه النظرية ...، فقد عرفها "**محمود سلامة جبر**"بقوله " **تعني نظرية الموازنة أنه**

[1] مايا محمد نزار أبو دان، المرجع السابق، ص ص 94- 95.

[2] داهل وافية ، المرجع السابق ، 193.

لتقدير شرعية مشروع أو عملية ما واعتبارها من المنفعة العامة ، يتعين معرفة ما تحققه من مزايا وفوائد والوقوف على ما ترتبه من أضرار ز اعتداءات على الملكية الخاصة ، و ما تستلزمه من نفقات وتكاليف مالية ...المصلحة التي تحققها ".[1]

أما الدكتور "**فوزت فرحات**" فيقول أنها :"**مقارنة أو موازنة النتائج الإيجابية لتدبير إداري معين مع السلبيات التي يخلفها و بالتالي لا يكون هذا التدبير شرعيا إلا إذا رجحت إيجابيته على سلبياته ، أي إذا كان رصيده إيجابيا** " .[2]

ثانيا : معايير نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار :

تتم الموازنة بناء على معايير الأعباء من جهة و معايير المنافع من جهة أخرى.

أ:معايير الأعباء : وتمثل الكفة السلبية لنظرية الموازنة وتتمثل في:

1 معيار المساس بالملكية الخاصة .

2 معيار التكاليف المالية .

3 معيار التكاليف الاجتماعية .

ب : معايير المنافع :وهي تمثل الكفة الايجابية لميزان النظرية ومن بينها :

1 معيار المنفعة الاقتصادية للمشروع .

2 معيار المنفعة المالية للمشروع .

3 معيار المنفعة الاجتماعية .[3]

---

[1] داهل وافية ، المرجع السابق، ص 194.

[2] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 100.

[3] داهل وافية ، المرجع السابق ، ص ص 195- 197.

ثالثا : تقنيات نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار .

حتى يكون بسط قاضي الإلغاء لرقابته على تقدير الإدارة للتناسب بين محل القرار الإداري وغايته مبررا ، يجب أن يكون ذو طابع موضوعي ، و إلا لا يكون هناك حاجة لاستبدال تقدير شخصي لرجل الإدارة المتخصص بتقدير شخصي لرجل القضاء غير المتخصص وحتى تكون هذه الرقابة موضوعية يجب أن تمر بمراحل :[1]

1 مرحلة التأكد من وجود المنفعة العمومية : وتبدأبسؤال يطرحه القاضي على نفسه هل المشروع يحقق منفعة عمومية أم لا.[2]،ويتجسد دور القاضي ... في مجرد التأكد من أن عملية نزع الملكية، التي تطالب بها الإدارة ، ليس لها من سوى تحقيق المنفعة العامة .[3]

2 مرحلة التأكد من ضرورة و لزوم نزع الملكية و لزوم العقار : في هده الحالة ينتقل القاضي ليتأكد من أن نزع ملكية العقار الذي تطالب به الإدارة ضروري ولازم لتحقيق المنفعة العامة المرجوة ، فيراقب ما إذا كان المشروع المراد إنجازه لن يحقق المنفعة العامة إلا إذا أقيم على ذلك العقار بعينه .[4]

3 مرحلة التقييم (مدى تحقيق المشروع لمزايا تفوق الأضرار) : يتساءل القاضي في هذه المرحلة عما يحققه المشروع من مزايا و منافع ، وما يترتب عنه من أعباء و تكاليف ، من حيث التعدي على الملكية الخاصة ، ومن حيث تكلفته الاقتصادية و الاجتماعية و البيئية والمصالح العامة الأخرى ، ولا يقر للقرار بالشرعية إلا إذا رجحت كفة المنافع المتوخاة على الأعباء و التكاليف التي يرتبها على هذه المصالح .[5]

---

[1] داهل وافية ، المرجع السابق، ص ص 197- 198.

[2] نفس المرجع ، ص 198.

[3] مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق ، ص 101.

[4] داهل وافية ، المرجع السابق ، ص 198.

[5] نفس المرجع، ص199.

وهكذا يكون القاضي قد وقف في وجه الإدارة وتحكمها الإداري الذي يجد معقله الخصب والأقوى في ممارسة الإدارة لسلطاتها التقديرية ، في تقدير التناسب بين محل القرار وغايته فضلا عن التناسب بين المحل و الأسباب المبررة له.[1]

[1] داهل وافية ، المرجع السابق، ص 199.

خلاصة الفصل الأول:

لقد خلصنا في نهاية هذا الفصل من الدراسة إلى أن رقابة التناسب تعتبر نوع حديث من أنواع الرقابة القضائية على القرارات الإدارية ، بحيث أن هذه الرقابة تنصب على الأركان الداخلية للقرار الإداري ، و أن الفقه و إن اختلف في علاقة رقابة التناسب باركان القرار الإداري ، إلا أن هذا الاختلاف له ما يبرره ، كما أن الخلاف لم يتوقف عند هذا الحد فقد اختلف فقه القانون الإداري حول أساس رقابة التناسب ، بحيث أن كل جانب من الفقه يرى أن لها أساس معين .

كما قمنا بتمييز رقابة التناسب عن المفاهيم المشابه لها ، فميزنا رقابة التناسب عن السلطة التقديرية ، كما قمنا بتمييز رقابة التناسب عن رقابة الملاءمة التي تشبه رقابة التناسب إلى حد كبير ، بحيث أن جانب من الفقه يرى أن رقابة الملاءمة هي نفسها رقابة التناسب ، و هذا يعتبر خلط واضح و صريح بين مفهومين مختلفين .

كما قمنا بتحديد الوسائل القضائية للرقابة على التناسب ، بحيث أن هذه الوسائل تنحصر في نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ، و نظرية الغلو التي هي من ابتكار القضاء الإداري المصري ، أيضا نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار التي هي من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي ، فهده النظريات الثلاثة هي ما يتبعه القاضي في رقابته على التناسب في القرارات الإدارية .

الفصل الثاني

مجالات تطبيق رقابة التناسب في القضاء الإداري الجزائري

يعتبر القاضي الإداري الحامي الطبيعي لحقوق الأفراد ومراكزهم القانونية من تغول وتعسف جهة الإدارة ،حيث أن هذه الأخيرة و سعيا منها لتحقيق الصالح العام قد تصدر قرارات تمس بحقوق الأفراد و تنتقص من حرياتهم أو تلغيها وكل هذا تحت مبرر ألا وهو الحفاظ على النظام العام ، وبما أن هذا الأخير مفهوم فضفاض و نسبي متطور وغير ثابت فهو يمتاز بالمرونة و التطور حسب الظروف و التطورات السياسية والاقتصادية في الدولة ومن أجل وضع حد لتغول الإدارة تجاه الأفراد ، و في ظل تنامي وتطور نظريات حقوق الإنسان ، فقد بات من الواجب التصدي لتلك القرارات التي قد تخرج عن مبدأ المشروعية الذي هو أحد أسس ومرتكزات دولة القانون ، وعليه فإن القاضي الإداري أصبح مسؤول عن حماية الأفراد ومراكزهم القانونية ، وذلك عن طريق تطوير رقابته على قرارات الإدارة و خاصة قراراتها ذات الطابع التقديري ، بمعنى قراراتها التي استندت فيها لسلطتها التقديرية .

ومن بين التوجهات الحديثة للقضاء الإداري ، بسط رقابته على أركان القرار الإداري الداخلية، التي كانت و لمدة طويلة من الزمن في مناءعن رقابة القاضي الإداري ، حيث أصبح القاضي الإداري يفحص مشروعية أركان القرار الإداري الداخلية ، و يقدر مدى تناسب القرار مع الوقائع والتي دفعت الإدارة إلى اتخاذه ،كذلك أصبح القاضي الإداري يراقب مدى ملاءمة القرار الإداري ، وبهذا التصدي فإن القاضي الإداري أصبح و كأنه الرئيس الأعلى لجهة الإدارة ، وهذا يفرضه ازدياد تدخل الدولة (الإدارة) في الميادين الاقتصادية و الاجتماعية ، فأصبحت تقيد الحريات العامة في العديد من الحالات من أجل الحفاظ على النظام العامة بعناصره التقليدية و الحديثة ، ولعل ما يشهده العالم والجزائر خاصة ، من تقييد للحريات الأساسيةفي ظل جائحة كورونا –كوفيد19–كأحد مظاهر تدخل جهة الإدارة للحفاظ على الصحة العامة ، فقد قامت الإدارة بتقييد وتجميد جملة من الحريات الأساسية منها حرية التنقل وحرية آداء الصلاة في المساجد ؛ الذي يعتبر تقييد واضح و صريح لحرية المعتقد ، من أجل الحفاظ على الصحة والسلامة العامة للأفراد .

ومن بين الوسائل القضائية الحديثة التي ابتكرها القضاء الإداري ، خاصة مجلس الدولة الفرنسي ، والمحكمة الإدارية العليا بجمهورية مصر ، حيثنجد نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ونظرية الغلو ، و نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار ،من بين هذه الوسائل أو التقنيات كما يسميها فقه القانون الإداري، هي ما يعتمده القاضي الإداري في رقابته على التناسب في القرارات الإدارية .

إن التطور السريع في المجالات الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية ...، دفع بالدولة إلى زيادة تدخلها في تلك المجالات ، من أجل تنظيمها و سعيا منها إلى تلبية الحاجات العامة وتحسين جودة الخدمة ، وهذا ما نتج عنه منح الإدارة سلطات واسعة من دون تقييد بمعنى زيادة في السلطة التقديرية للإدارة ، وهذه الأخيرة يفرضها الواقع العملي و مقتضيات الإدارة ، فكلما زادت سلطة الإدارة التقديرية زادت معها نسبة و احتمال تعسفها في استعمالها تجاه الأفراد ، وليس هناك ملجئ للأفراد من أجل الحد من تعسف جهة الإدارة سوى القضاء الإداري ،فهو حامي الحقوق و الحريات ، وهو الوحيد الذي يمكنه مواجهة الإدارة و الحد من تغولها .

ومنه سنقوم في هذا الفصل من الدراسة بالبحث في مجالات تطبيق القاضي الإداري لمبدأ التناسب ، بالاعتماد على النظريات التي تم تناولها في المبحث الثاني من الفصل الأول ،وسنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، **المبحث الأول** بعنوان **تطبيق رقابة التناسب في مجال تأديب الموظفين ونزع الملكية** ، باعتبار أنهما الأسبق في تطبيق القاضي الإداري لرقابة التناسب ،**والمبحث الثاني** بعنوان **تطبيق رقابة التناسب في مجال الحريات العامة.**

المبحث الأول

تطبيق رقابة التناسب في مجال تأديب الموظفين و نزع الملكية

يطبق القاضي الإداري رقابته على قرارات الإدارة التقديرية في العديد من المجالات ومن أهم هذه المجالات مجال تأديب الإدارة لموظفيها ، فيعتبر مجالا خصبا ليمارس القاضي الإداري رقابته على القرارات التأديبية التي يشوبها عدم مشروعية ، و خاصة إذا كانت عدم المشروعية واضحة و جسيمة قد تؤدي إلى انعدام القرار التأديبي، فيمارس القاضي الإداري رقابته على الأركان الخارجية للقرار التأديبي باعتبار أن هذه الأخيرة يحكمها القانون ،وليس للإدارة حرية التقدير فيها ، فرقابة القاضي لها مصدرها القانون ،أما أركان القرار الإداري الداخلية فهي معقل السلطة التقديرية للإدارة ، بحيث تكون لهذه الأخير حرية شبه مطلقة في تكييفها للوقائع و اختيارها للجزاء الذي تراه مناسب لها ، فتكون رقابة القاضي الإداري للأركان الداخلية مشددة نوعا ما ، بحيث يراقب تناسب محل القرار مع سببه و أيضا مدى تلاءم القرار المتخذ مع الوقائع التي استند عليها .

كما أن مجال نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة ، يعتبر مجال خصبا و معقلا رئيسيا من معاقل السلطة التقديرية للإدارة ، بحيث أن المشرع ترك المجال مفتوح للإدارة في تحديد العقار المناسب ، الذي ترى أنه يلبي احتياجاتها ، وهي التي تقرر المنفعة العامة فالإدارة بما لها من سلطة و امتيازات قد تتعسف في كثير من الحالات في استعمال سلطتها في مواجهة الأفراد .ومن أجل حماية حق الملكية يمارس القاضي رقابته على قرارات الإدارة عن طريق نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار ، أو عن طريق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ...، فإذا تأكد من أن الإدارة تعسفت في استعمالها لسلطتها التقديرية ، أو ارتكبت خطأ واضح في تقديرها للمنفعة العامة ، أو أن المضار الناتجة عن قرارها أكثر من المنافع

المتوخاة منه ، فإن القاضي الإداري يقوم بإلغاء قرار الإدارة لعدم التناسب بين القرار ومحله أو لعدم التناسب بين القرار وسببه ، أو لعدم التناسب بين القرار و الغاية المرجوة منه .

وعليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، بحيث نتناول تطبيق رقابة التناسب في مجال تأديب الموظفين في المطلب الأول ، و نتناول تطبيق رقابة التناسب في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة في المطلب الثاني .

المطلب الأول : تطبيق رقابة التناسب في مجال تأديب الموظفين

كما سبق ذكره ،فإن مجال تأديب الموظفين يعتبر معقلا من معاقل السلطة التقديرية للإدارة ، فهذه الأخيرة تستعمل سلطتها التقديرية في تحديد نوع الخطأ و درجته ، و ما هي العقوبة التي تسلط على الموظف الذي ارتكب الخطأ .

وقد درج المشرع الجزائري على وضع هرم تدريجي للعقوبات التأديبية ، بحيث رتبها من العقوبة الأخف إلى الأشد ... وهي نفسها الواردة في الأمررقم06-03 مع إعادة تصنيفها إلى أربع درجات ... وتقدير العقوبة التأديبية ينبغي أن يتم بناءه على مجموعة من الاعتبارات التي حددها المشرع من خلال نص (المادة 161) من الأمر 06-03، وهي : درجة وجسامة الخطأ ، الظروف و الملابسات التي أرتكب فيها ... النتائج المترتبة على سير المصلحة ....[1]

[1]قوسم حاج غوثي ، (مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية و الرقابة القضائية عليه – دراسة مقارنة –) ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام ، قسم الحقوق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2012/2011 ، ص 67.

على أن يجب الأخذ في عين الاعتبار درجة الخطأ الذي ارتكبه الموظف العام ، وهذا يستلزم أساسا إقامة تناسب بين الذنب الإداري المرتكب والعقوبة المقررة من طرف السلطة التأديبية .[1]

بعدما امتنع القاضي عن فرض رقابته على السلطة التقديرية للإدارة فيما يتعلق بالأمور الفنية و التقنية باعتباره غير مختص في هذه المجالات ، إلا أنه سرعان ما تراجع عن موقفه ووسع من حجم رقابته .[2]؛ بحيث أصبح يراقب القرارات الإدارية الفنية عن طريق استعمال الخبرة في كل مجال،لتشمل كل القرارات الإدارية التي كان مصدرها السلطة التقديرية للإدارة ، ومن بينها كما سلف ذكره القرارات التأديبية فقد اتبع القاضي الإداري الجزائري نظيره الفرنسي في رقابته على التناسب في القرارات التأديبية ، فرقابة التناسب وكما أسلفنا الذكر في الفصل الأول لها وسائل يطبقها القاضي أثناء رقابته لقرارات الإدارة وعليه سنقوم في هذا المطلب بالوقوف على مجموعة من اجتهادات القضاء الإداري في مجال تأديب الموظفين ، وكيف طبق القضاء الإداري الجزائري مبدأ التناسب في قراراته .

لقد تأثر القاضي الإداري الوطني بنظيره الفرنسي ، ومارس رقابة الغلط الواضح في التقدير في مجال التأديب بصريح العبارة في قرار مجلس الدولة المؤرخ في 02/27/ 1998 رقم 172994.[3]، وتتلخص وقائع القضية فيما يلي : "**أصدر المجلس الأعلى للقضاء قرار تأديبي مؤرخ في 11/ 07/ 1989 ، قضى بعزل قاض من مهامه على اعتبار أنه خالف الواجبات المنصوص عليها في المادة 13 فقرة 1 من القانون الأساسي للقضاء المؤرخ في 12/ 12/ 1989، حيث أن هذه المادة تمنع على القضاة أن يمتلكوا في مؤسسة**

[1] قوسم حاج غوثي ، المرجع السابق ، ص 67.

[2] لباشيش سهيلة ،(السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام فرع الدولة و المؤسسات العمومية ، قسم الحقوق ،كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، الجزائر ، 2015– 2016، ص 201.

[3] قرار مجلس الدولة رقم 172994 المؤرخ في 27/ 07/ 1998، منشور في مجلة مجلس الدولة ، منشورات الساحل الجزائري ، عدد 1، 2002، ص83، نقلا عن لباشيش سهيلة ، المرجع السابق ، 205.

بأنفسهم أو بواسطة الغير مصالح لها أن تأثر على ممارستهم لمهامهم أو أن تمس باستقلال القضاء".[1]

وتتمثل الأفعال المنسوبة للقاضي أنه يمتلك على الشيوع عدة عقارات منها مخبر للصور مسير من طرف أخيه ، ضف إلى ذلك أنه تدخل لصالح أحد أفراد عائلته أمام إحدى الجهات القضائية الجزائية ، وفي الأخير أنه تغيب بدون مبرر عن منصب عمله بالذهاب إلى خارج الوطن .

وقد خلص مجلس الدولة في الحيثية الأخيرة من القرار إلى أنه " **حيث أنه وحتى ولو كانت الأعمال ذات طابع يبرر العقوبة التأديبية فإن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب بالرغم من هذا خطأ صارخا في التقدير بتسليط عقوبة أشد** ".[2]

وعليه رأى مجلس الدولة أن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب خطأ فادح في تقديره للعقوبة بتسليط العقوبة الأشد ، مما ينجر عن ذلك أن العقوبة التي فرضها المجلس الأعلى للقضاء لا تتناسب و الأفعال المنسوبة للقاضي .[3]

ولقد أبدى الأستاذ "**غناي رمضان** " [4] من خلال تعليقه على هذا القرار، جملة من الملاحظات و الأبعاد المترتبة عن الأخذ بوجه الغلط الصارخ في التقدير نجملها فيما يأتي :

- إن اجتهاد مجلس الدولة في غاية الأهمية ، لأن من شأنه توسيع دائرة المشروعية و تقليص السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في إصدار قراراتها .

---

[1] لباشيش سهيلة ، المرجع السابق ، ص 206.

[2] نفس المرجع ، ص 207.

[3] لباشيش سهيلة ، المرجع السابق ، ص 207.

[4] غناي رمضان ، تعليق على قرار " عن موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء (حالة الغلط الصارخ في التقدير) " ، مجلة مجلس الدولة ،العدد السادس ، 2005، ص 52-53،نقلا عن لباشيش سهيلة ، المرجع نفسه ، ص 208.

- أن هذا الاجتهاد القضائي جعل قاضي الإلغاء يتعدى عقبة طالما منعته من ممارسة رقابة كاملة على القرارات الصادرة بمحض سلطة الإدارة التقديرية مما كان يجعل الرقابة القضائية على هذه القرارات رقابة ضيقة لا تشمل جميع نواحيها ...
- أن استعمال هذا الاجتهاد في منازعات الوظيف العمومي ، من شأنه توسيع رقابة القاضي الإداري على قرارات المهمة بالنسبة لمسار الموظفين .

وفي قرار صادر عن مجلس الدولةفي 07/26/ 1999 ،حيث طبق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير صراحة في قضية تشبه كثيرا قضية LEBON، وجاء حكمه فيها مطابقا لحكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية LEBON ، إذ جاء فيه :" **وحيث من جهة أخرى ،فإنه من الثابت فقها و قضاء ، أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى تقدير نسبة العقاب المسلط إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبتي الخطأ و العقوبة ، وهو أمر غير متحقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف** ".[1]

كما صدر عن مجلس الدولة الجزائري قراربتاريخ 16/ 12/ 2003 يتضمن عدم تناسب إجراء التوقيف والمدة الزمنية ، بالإضافة إلى عدم اتخاذ الإجراءات التأديبية اللازمة بعد التوقيف لأن هذا الأخير يعد إجراء تحفظيا و لا يتناسب مع الوضعية الإدارية والمالية للموظف .[2]

وترى المستشارة "**فريدة أبركان**" أن الغلط الصارخ الذي قضى به مجلس الدولة يعد بمثابة صمام أمان بالنسبة للحالات التي تتعسف فيها الإدارة صراحة باستعمال سلطتها التقديرية إذ أن الإدارة ملزمة بانتهاج طريق السلوك المعقول ، بحيث أنه إذا ما ارتكب غلطا يتجاوز

[1] داهل وافية ، المرجع السابق ، ص ص 186 – 187.

[2] خليفي محمد ، (الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة – دراسة مقارنة –) ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ،2015– 2016 ص 207.

حدود المعقول في حكمها المنصب على عناصر الملاءمة فإن القاضي يقوم برقابة هذا التقدير .[1]

كما أن مجلس الدولة طبق مبدأ التناسب في مجال التأديب رقم 880183 الصادر بتاريخ 1999/07/26 في قضية (ب س) ضد مدير التربية لولاية سيدي بلعباس [2]، وجاء في حيثياته مايلي " **حيث ثبت من عناصر الملف أن المستأنف توبع بجريمة إنشاء محل الفسق ، و أدين بعقوبة سالبة للحرية تتمثل في تسليط عقوبة شهرين حبسا نافذة و غرامة قدرها 2000دج ؛ حيث أن المستأنف يعمل في حفل التربية والتعليم ،و إن كان يشغل منصب مقتصد ...حيث ترتيبا على ذلك، فإن المستأنف يكون قد ارتكب خطأ مهنيا ثابتا مما يبرر العقوبة التأديبية المسلطة عليه خلافا لإدعاءاته**".

وحيث من جهة أخرى "فإنه من الثابت فقها وقضاءا أن رقابة القاضي لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط عليه إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبتي الخطأ والعقوبة ، وهو أمر غير متحقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف ؛ وقد تصدى مجلس الدولة للنظر في قضية أخرى بين (م .ع) ومدير القطاع الصحي لتقزيرت ولاية تيزي وزو، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن : (م.ع) استفاد من سكن وظيفي ،ثم بعد مدة طلب منه تسليم مفاتيح الشقة ، غير أنه رفض تسليمها .

وتبعا لذلك قامت السلطة الإدارية بتسليط عقوبة التوبيخ على الموظف ، معتبرة أن رفض التسليم يعد خطأ مهنيا ".[3]

---

[1] خليفي محمد، المرجع السابق ، ص 266.

[2] قرار مجلس الدولة رقم 880183 مؤرخ في 26/ 1999/07 في قضية (ب س) ضد مدير التربية لولاية سيدي بلعباس قرار أشارت إليه لباشيش سهيلة ، المرجع السابق ، ص ص191-192.

[3] قوسم حاج غوثي ، المرجع السابق ، ص 268 .

"حيث جاء في قرارهبمناسبة الاستئناف الذي تقدمة به السلطة الإدارية ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو، والذي قضى بإلغاء المقرر الصادر عنه في 1999/07/10 والمتضمن تسليط عقوبة التوبيخ على المستأنف عليها ، على أنه ...حيث أن المستأنف يدفع بأن النزاع يكتسي طابع اجتماعي وبالتالي فإنه من اختصاص المحكمة الاجتماعية .

... حيث أن القطاع الصحي هو مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية ، وهو طرف في النزاع ومن ثم فإن الغرفة الإدارية لما تمسكت باختصاصها فقد أصابت .

... حيث أن العقوبة المسلطة على المستأنف عليها نتيجة لرفضها تسليم مفاتيح الشقة التي تشغلها في إطار وظيفتها وبصفة قانونية هي عقوبة مسلطة على المستأنف عليها بصفة تعسفية وغير شرعية.

حيث أن رفض المستأنف عليها لتسليم مفاتيح الشقة لا يعد خطأ مهنيا يتوجب عقوبة يتوجب عقوبة العامل الرافض الامتثال له.

حيث أن قضاة الموضوع قدروا الوقائع تقديرا سليما لذا يتعين تأييد القرار المستأنف ورفض الاستئناف لعدم تأسيسه" .[1]

نستنتج من هذا القرار أن القاضي الإداري قد قام بالتحقق من صحة الوصف المعطى للخطأ التأديبي وكذلك الدرجة التي يدخل فيها، وكذا من حيث تناسب درجة العقوبة مع درجة الخطأ المرتكب . كما يملك القاضي الإداري سلطة واسعة في إعادة الموظف

[1] قرار مجلس الدولة ، الغرفة الثانية ، في 20/ 01/ 2004، قضية (م.ع) ضد مدير القطاع الصحي لتيقزيرت ولاية تيزي وزو، مجلة مجلس الدولة ، العدد الخامس ، 2004، ص175-176، نقلا عن ، قوسم حاج غوثي ، المرجع السابق ص ص269-270 .

المعزول إلى منصبه إذا ما ثبت عدم شرعية قرار الفصل وانجر عن هذا القرار عواقب وخيمة خلال فترة العزل كإيقاف المرتب ، عدم الترقية ...[1]

يستفاد من قرارات مجلس الدولة أن القضاء الإداري لا ينكر تدخل القاضي الإداري ببسط رقابته على تقدير الإدارة للعقوبة مقارنة بالخطأ المقترف من طرف الموظف العمومي و يلاحظ أن القاضي في كثير من الحالات استعمل عبارة التلازم بدلا من التناسب ، كما أنه في ممارسة القاضي لهذا النوع من الرقابة يستلزم أن يكون عدم التناسب جليا وواضحا أي عدم التناسب الجسيم و الكبير.[2]

من خلال قرارات مجلس الدولة الجزائري في مجال تأديب الموظفين ، نرى أن مجلس الدولة الجزائري طبق مبدأ التناسب عن طريق رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، بحيث أنه لم يستعمل مفردة التناسب في قراراته ولكنه استعمل مفردة التلازم، والتي تعنى التناسب وأنه بسط رقابته على قرارات السلطة التأديبية ولم ينكر ذلك، وأنه استطاع في بعض الحالات إلغاء قرارات تأديبية وفي حالات أخرى رأى أن العقوبة غير متناسبة مع الخطأ ولم يلغي القرار ولكن خفف من درجةالعقوبة لكي تتناسب مع الخطأ ، وفي حالات أخرى أيد قرارات السلطة التأديبية، بحيث رأى أن درجة العقوبة تتناسب مع جسامة الخطأ التأديبي فالقاضي الإداري لا يسعى إلى الحد من السلطة التقديرية للإدارة بقدر ما يسعى إلى تحقيق التناسب في القرارات التأديبية مما يكفل و يضمن للموظفين حقوقهم .

فعندما يبسط القاضي الإداري رقابته على السلطة التقديرية، فإن القاضي الإداري يسعى إلى إيجاد توازن بين مصلحة الإدارة و مصلحة الموظف، لأنه بفضل هذا التوازن أو التناسب يضمن مبدأ سير المرفق العام بانتظام ،وفي نفس الوقت يضمن للموظف العام

[1] نويري سامية ، (الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة) ، مذكرة ماجستير ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، 2012- 2013.

[2] لباشيش سهيلة ، المرجع السابق ، ص 192.

حقوقه ويحميها من تسلط وتعسف الإدارة ،وهذا هو الهدف الذي يسعى القاضي الإداري إلى تحقيقه، وليس ما ذهب إليه جانب من الفقه حيث قالوا بأن القاضي الإداري بتصديه إلى قرارات السلطة التأديبية يحد من تلك السلطة ، وأنه نصب نفسه كرئيس أعلى لجهة الإدارة .

المطلب الثاني : تطبيق رقابة التناسب في مجال نزع الملكية

لم يكن أمام قاضي الإلغاء من بد أمام التطور العلمي المتسارع ، وتعقد المسائل العلمية والفنية ، خاصمة في المجالات الاقتصادية ، وما صاحبها من تزايد تدخلات الدولة ،لم يكن أمامه من بد في تطوير سلطاته ، خاصة تلك المرتبطة بإلغاء القرارات الإدارية للوقوف حاجزا أمام اتساع نطاق السلطة التقديرية للإدارة ، و المؤطرة بنصوص قانونية مرنة ومطاطة يستعصى معها رقابتها بالوسائل التقليدية للحد من تعسف الإدارة بسلطاتها ، حيث يصبح القاضي في مواجهة هذه النصوص مجردا من كل سلاح فعال .[1]

هكذا توج انتصاره الأول بإرساء نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ، بإنجاز آخر لا يقل عنه أهمية وجرأة وفعالية في محاصرة السلطة التقديرية للإدارة ، ويتعلق الأمر بنظرية الموازنة بين المنافع و التكاليف، والتي كانت نتيجة للمطالبات الحديثة ، و النداءات المتكررة من طرف الفقه بتبني مبادئ لمواجهة تزايد وتوسع تدخل الإدارة في المجالات الحديثة – وخاصة المتصلة بالعقارات والأموال – والتي تزايدت خاصة لما تميزت به فكرة المنفعة العامة من مرونة وعدم تحديد ، جعل الإدارة تستخدمها لتحقيق المصالح الشخصية.[2]

إن القضاء الإداري الجزائري لم يساير التطور الراهن فيما يخص الأساليب الحديثة في الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة ، لأنه لازال يتجنب رقابتها أو بالأحرى لا يتدخل في الجوانب المتعلقة بالاختصاص التقديري وفقا للأساليب التقليدية في

[1] داهل وافية ، المرجع السابق ، ص 189.

[2] نفس المرجع ، ص 189.

الرقابة ، إلا أنه لا يمكن القول أو الجزم بأن استعمال هذه الوسائل والنظريات الحديثة منعدمة في جميع القرارات القضائية ...مكتفيا برقابة الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع.[1]

وعليه سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الفرع الأول بعنوان تطبيقات القاضي الإداري الجزائري لنظرية الموازنة، على الرغم من ضآلة القرارات الصادر عنه في هذا المجال، والفرع الثاني بعنوان أسباب امتناع القضاء عن تطبيق نظرية الموازنة .

الفرع الأول :تطبيقات القاضي الإداري الجزائري لنظرية الموازنة

على الرغم من تأثر القضاء الإداري الجزائري بنظيره الفرنسي في الكثير من الأحكام وتطبيقه للكثير من النظريات و المبادئ التي أرساها وابتكرها مجلس الدولة الفرنسي ، إلا أن القضاء الإداري الجزائري لم يتأثر ولم يطبق نظرية الموازنة بيم المنافع و الأضرار في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ، بحيث أنه اكتفى برقابة الوجود المادي للوقائع ، كما أن الباحث عن تطبيق هذه النظرية في الاجتهاد القضائي الجزائري لا يكاد يجد ضالته ،وذلك راجع لشبه انعدام القرارات القضائية في هذا المجال ،حتى وإن كانت هناك قرارات قضائية إلا أن تصريح القاضي الإداري بتطبيق نظرية الموازنة يكاد يكون منعدم .

ويرجع بعض الفقه قلة القرارات القضائية المتعلقة بتطبيق نظرية الموازنة ، لطبيعة السلطة التي يتمتع بها القاضي الإداري الجزائري من جهة ، ومن جهة أخرى لقلة الدعاوى القضائية الناشئة عن الطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية .[2]

[1] خليفي محمد ، المرجع السابق ، ص 322.

[2] نفس المرجع، ص 322.

حيث أن القرارات الصادرة عن مجلس الدولة ، في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة كانت أغلبها تتعلق بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بصاحب العقار الذي تضرر من قرار نزع الملكية ، دون الطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية .

ورغم ذلك أصدرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قرار يتضمن في حيثياته مراعاة الموازنة بين المنافع والأضرار، "**حيث تتلخص وقائع القضية في رفع المدعون طعنا ببطلان مقرر التصريح بالمنفعة العمومية الصادر عن والي ولاية تيزي وزو بتاريخ 1989/11/08 تحت رقم 152. حيث أنهم يعرضون بأنهم يملكون عدة قطع أرضية بنيت عليها مساكنهم والكائنة في قرية آيت علي أو محند بلدية أيلولة . وأن البلدية المعنية قد شرعت في أشغال طريق على ملكيتهم وفي وسط مساكنهم مسببة لهم انزلاق التربة الذي يهدد مساكنهم بالانهيار . وأن الغاية من هذا الطريق مرتبطة بصهر رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي له مسكن بجانب هذا المشروع .**

ولقد تم وقف تنفيذ الأشغال من طرف القاضي الإستعجالي بموجب أمر بتاريخ 1987/12/26 وتم تأييده من طرف المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/30.

ومن جهة أخرى أصدر والي ولاية تيزي وزو مقرر مماثلا للتصريح بالمنفعة العمومية رقم 988 بتاريخ 1897/10/18 طعن فيه المدعون بالبطلان .

وأن المقرر المطعون فيه الصادر عن الوالي جاء لتسوية التعدي الذي يخالف أحكام المادة 4 من الأمر 76-48 المؤرخ في 05/25/ 1976 الذي ينص على أنه قبل أي تصريح بالمنفعة العامة لابد من أخذ رأي المجلس الشعبي الولائي .

حيث أن نزع الملكية المقرر ليس له طابع المصلحة العامة ،من جهة ؛ ومن شأنه أن يسبب خسائر جسيمة لمساكن المدعين من جهة أحرى .

أنه يتعين إبطال هذا المقرر واحتياطيا يتم تعيين خبير ليتحقق ما إذا كان فتح الطريق يستجيب لإشباع حاجة عامة مما كانت الخسائر التي يمكن تسببها أكبر من نفعها .

وقرر بعدها قاضي الموضوع التحقيق بشأن وجود المنفعة العامة بتعيين خبير للتأكد من أن إنجاز هذا الطريق يستجيب لإشباع الحاجات العامة أو الخسائر التي يسببها اكبر من منافعه .

حيث أنه وإذا كان إنجاز المشروع يسبب أضرار لبنايات المدعين فإن هذا لا يعد سببا من أسباب عدم القانونية ، لأن المدعيين يتوفرون على أمكنة تجعل الإدارة تتحمل ما يلحق من بناياتهم من أخطار ، وعليه تم رفض الطعن باعتباره غير مؤسس" .[1]

من خلال هذا القرار يتبين لنا أن القاضي الإداري قد أخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار من خلال حيثيات القرار الأولى عند تعيينه للخبير ،من أجل التحقق من مدى صحة هذه المنفعة العمومية والنتائج المترتبة عنها ، ولكن يستوجب على القاضي أن يبني قراراه على أساس تقرير الخبير لتوضيح و تأكيد وصحة المنفعة العمومية وليست هناك مصلحة شخصية ، كما أنه يجب على القاضي أن يبين النتائج المترتبة على الموازنة أي يوازن بين منفعة الطريق وضرورته من جهة ، وحماية المتضررين من جهة أخرى .[2]

...بالإضافة إلى ذلك أنه لم يطبق معايير نظرية الموازنة المتعلقة بتقدير الضرر الاجتماعي والتكلفة المالية للمشروع كما هو الشأن في القضاء الفرنسي . إلا أنه في حقيقة الأمر فالقاضي يتمتع بسلطة مستقلة من حيث الرقابة الكاملة في التحقق من وجود المنفعة العمومية ، بغض النظر عن ما توصلت إليه لجنة التحقيق من مدى فعالية المنفعة العمومية

[1] خليفي محمد ، المرجع السابق ، ص 324.

[2] نفس المرجع، ص 324.

وليس هناك ما يمنع القاضي الإداري الجزائري للأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار كغيره من الأنظمة القضائية .[1]

في الواقع إن موقف القضاء الإداري السلبي اتجاه هذه النظرية غير مبرر خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار المنظومة القانونية التي تحكم نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية فالقانون 91-11 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية من جانبه يأخذ في الاعتبارات الجانب الاقتصادي في عملية نزع الملكية ، حيث أنه يشترط في (المادة 10) منه أن يبين القرار المتضمن التصريح بالمنفعة العمومية تحت طائلة البطلان تقدير النفقات التي تغطي عمليات نزع الملكية وكذا أهداف نزع الملكية .[2]

إذا كان الإطار القانوني العام لعملية نزع الملكية لا ينص صراحة على إعمال نظرية الموازنة ، فإن التعليمة الوزارية المشتركة رقم 0007 المؤرخة في 11 ماي 1994 اعتمدت على نظرية الموازنة في تعريفها للمنفعة العمومية ، حيث جاء فيها أنه لا يمكن اعتبار عملية نزع الملكية تحقق منفعة عامة إلا إذا كان المساس بالملكية الخاصة ، و التكاليف المالية للمشروع ، وكذا تأثيره على النظام الاجتماعي وباقي المصالح العمومية لا يتجاوز بأي حال من الأحوال المنافع التي يحققها هذا المشروع .[3]

وفي قرار آخر طبق القاضي الإداري الجزائري نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، و إن لم يشر صراحة إلى ذلك .

ونجد قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 71373 الصادر في : 1991/01/13 في قضية بن جيلالي ومن معه ضد والي ولاية تيزي وزو ومن معه . حيث وازن القاضي بين المنفعة العامة المتوخاة من مشروع إنجاز جزء من الطريق و بين

[1] خليفي محمد ، المرجع السابق، ص ص 324-325.

[2] لباشيش سهيلة ، المرجع السابق ، ص 223.

[3] نفس المرجع، ص ص223-224.

الملكية الخاصة للمدعين عندما أشار إلى أن : "**الجزء المسخر من الطريق بطول 800م لا مثل أي منفعة عامة و يؤدي إلى تخريب الملكية الزراعية للمدعين**".

فقد غلب القاضي كفة الملكية الزراعية المقرر للمدعين على المنفعة التي ستجنيها الولاية من جراء عملية نزع الملكية .[1]

وفي قضية أخرى ، أخذ القاضي الإداري الجزائري بمعيار المنفعة الاجتماعية للمشروع ، في قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في : 1990/03/10 في قضية بوثلجة لخضر ضد والي ولاية المدية .

ومما جاء في القرار :" **إن قطعة الأرض المتنازع عليها مخصصة كموقع لإنجاز مجمع دراسي ، الشيء الذي يكتسي طابعا اجتماعيا ذا أولوية ...**"

نلاحظ أن القاضي أعطى أهمية كبيرة للمعيار الاجتماعي ومنحه الأولوية مقارنة بالملكية الخاصة مستها عملية نزع الملكية وبذلك رفض الطعن ضد مقرر الوالي.[2]

نخلص في الأخير ، بأنه من خلال النصوص القانونية المنظمة لعملية نزع الملكية خاصة المنشور سالف ذكره لا يوجد ما يمنع القاضي للجوء إلى الاجتهاد القضائي الحديث عند رقابته للسلطة التقديرية للإدارة المتعلقة بتجسيد مدى توافر المنفعة العامة في المشروع المراد نزع الملكية من أجل انجازه ، وهذا ما تراه القاضية ليلى زروقي فليس هناك مبدئيا ما يمنع القاضي الإداري الوطني من الأخذ بنظرية الموازنة للتأكد من توافر المنفعة العمومية وهذا بإبراز مزايا المشروع ومقارنته مع مساوئه .[3]

---

[1] نويري سامية ، المرجع السابق ، ص211.

[2] نفس المرجع، ص 212.

[3] لباشيش سهيلة ، المرجع السابق، ص 224.

بعد أن تعرضنا إلى تطبق القاضي الإداري الجزائري لنظرية الموازنة بين المنافع و الأضراروكان ذلك في قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، وأن القوانين و القرارات المنظمة لعملية نزع الملكية قد أقرت صراحة نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار ، ننتقل إلى الفرع الثاني والذي سنتناول فيه أسباب امتناع القاضي الإداري على تطبيق نظرية الموازنة .

الفرع الثاني : أسباب امتناع القاضي الإداري الجزائري عن تطبيق نظرية الموازنة

إن الحديث عن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية في الجزائر مرتبط بدور القاضي فإن كان اختصاصه يتمثل في إصدار الأحكام في المنازعات المعروضة عليه فإنه يجب عليه أن يؤسس هذه الأحكام على النصوص القائمة التي وضعتها السلطات المختصة بذلك أو على أساس القواعد التي ينشؤها هو من أجل سد الفراغ الموجود في القواعد القانونية القائمة .[1]

ومن بين أهم الأسباب التي أدت إلى امتناع القاضي الإداري عن الخوض في رقابة الموازنة هي :

- تخوف القاضي الإداري من تجاوز الدور المناط به باعتباره قاضي مشروعية .

- نقص تكوين القاضي الإداري الجزائري من جهة ، وعدم تخصصه من جهة أخرى يمنعانه من خوض غمار الموازنة و اتخاذ القرار الحاسم .[2]

- التسليم بأن السلطة التقديرية للإدارة لا تخضع للرقابة القضائية .

- صعوبة إجراء الموازنة مع نقص الآليات المتاحة للقاضي الجزائري .

[1] خليفي محمد ، المرجع السابق ، ص 325.

[2] لباشيش سهيلة ، المرجع السابق ، ص ص224-225.

– دور القاضي الإداري محدود فهو يكتفي بتطبيق القانون عكس القاضي الفرنسي فهو في حركية و اجتهاد دائمين .

كما أن عدم استقلالية القاضي عن السلطة الإدارية باعتباره موظفا وذلك من حيث التعيين و الترقية والتأديب . وعدم استقلاله عن السلطة التشريعية ... فهو لا يؤمن بأن دوره هو الاجتهاد وصناعة القاعدة القانونية وابتكار القواعد و النظريات من أجل سد الفراغ التشريعي فهو حامي الحقوق والحريات ، وهو مساهم في إرساء مبدأ الأمن القانوني .[1]

ومن الأسباب التي ساهمت في امتناع القاضي الإداري الجزائري عن تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار أثناء رقابته على قرارات نزع الملكية ، هو عدم طعن الأفراد في مقررات التصريح بالمنفعة العمومية ، وذلك راجع لعدم ثقة الأفراد في القضاء ، وفي حالة ما توجه الشخص الذي انتزعت ملكيته للقضاء فإنه يطعن في قرار نزع الملكية إما من أجل إلغاء القرار أو من أجل التعويض عن الضرر الذي لحقه ، وهذا راجع إلى الثقافة القانونية للفرد .

[1] خليفي محمد ، المرجع السابق ، 326.

المبحث الثاني

تطبيق رقابة التناسب في مجال الضبط الإداري

تتسع سلطة الإدارة بشكل كبير في مجال الضبط الإداري ،من خلال تقدير عنصر السبب والمحل عند اتخاذ القرار، فلها حرية الاختيار بين عدة خيارات للمحافظة على النظام العام؛ فلا يكفي أن يكون لتدخل الإدارة سبب مشروع ، بل يجب أيضا أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة متناسبة مع الأسباب التي من أجلها تدخلت ، فإذا لم يمن الإجراء المتخذ ضروريا لحماية النظام العام بمدلولاته الثلاث الصحة ، السكينة ، الأمن ، يتعرض للإلغاء.[1]

حيث يقول الأستاذ "**فالين** "**VALIN**" "**كلما حد إجراء من إجراءات ضبط حرية عامة، فهو لا يكون قانونيا ، إلا إذا كان لازما وبمعنى آخر ملائما ، والقضاء هو حامي الحريات العامة وفقا لمبدأ مشروعية العمل الإداري ، يجب عليه إذا ما طرح عليه النزاع أن يبحث عن هذه الضرورة وتلك الملاءمة، وهذا بدوره سيؤدي إلى إلغاء سلطة الإدارة التقديرية في هذا الصدد**".[2]

وبما أن المشرع منح الإدارة هامش كبير من الحرية ،في مجال الضبط الإداري ومن المسلم به في فقه القانون الإداري، أن هامش التقدير الذي منحه المشرع للإدارة في مجال الضبط الإداري ، له ما يبرره فالهدف من منح الإدارة هامش من التقدير، هو الحفاظ على النظام العام بجميع عناصره، سواء العناصر التقليدية والتي هي الصحة، والسكينة والأمن ، والعناصر الحديثة المتمثلة في الحفاظ على الآداب والأخلاق العامة، والحفاظ على الطابع

[1] رفيق بومدين ،(الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري) ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص : قانون عام ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف –المسيلة – 2014 /2015 ، ص 100.

[2] نفس المرجع ، ص 101.

العمراني والجمالي للمدن، وكذا النظام العام البيئي ، فكل هذه العناصر تدخل تحت مسمى واحد هو النظام العام .

تنوعت التعاريف الفقهية للنظام العام تنوعا كثرا ، وهذا راجع إلى اتساع مضمون النظام العام وشمول نطاقه من جهة و إلى اختلاف النظام العام من حيث الزمان و المكان من جهة أخرى .

فقد عرفه "**جودوليوريلامرداندير**" بأنه " **مجموعة الشروط اللازمة للأمن و الآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سلمية بين المواطنين، بما يناسب علاقاتهم الاقتصادية** " ؛ ما يلاحظ على هذا التعريف بأنه يوسع كثيرا من مفهوم النظام العام .فهو مفهوم متغير يلخص روح الحضارة و حقبة من الزمن ، وينطوي على مجموع المتطلبات التي تعتبر أساسية لحماية الحياة الاجتماعية.[1]

هذا وعرفه الفقيه "**هوريو**""**بأنه حالة واقعية تعارض حالة واقعية أخرى من الفوضى**"؛ بمعنى أن غرض الضبط سلبي تماما و شعاره لا اضطرابات ، وما يلاحظ على هذا المفهوم السلبي للنظام العام أنها كانت تتوافق مع الفكرة السلبية للوظيفة الإدارية.

فضلا على أن هذا الضبط الإداري كان محليا بصفة أساسية و كانت غايته الوحيدة الإبقاء على الوضع القائم.

إلا أن هذه الفكرة اختفت وحل محلها الاتجاه الايجابي في تحديد واجبات الدولة لتحقيق خير الجماعة نتيجة لتوسع دور الدولة ... واكتسبت طابعا ايجابيا ...[2]

[1]فيصل نسيمة و رياض دنش ، (النظام العام)، مجلة المنتدى القانوني ، العدد الخامس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة ، ص 166.

[2]نفس المرجع ، ص 166.

وبعد تعريف فكرة النظام العام ، نستنتج أن النظام العام مدلول متطور و غير ثابت و نسبي وهو فكرة غير قانونية ، بحيث تتدخل في تحديد مفهومها العديد من العوامل ليس فقط المشرع وإنما هناك القاضي الإداري الذي هو بدوره أحيانا من يحدد مفهوم النظام العام حسب طبيعة النزاع وحسب الظروف التي أحاطت به ، فما كان بالأمس من النظام العام قد يصبح غدا خارج فكرة النظام العام ، فالنظام العام مفهوم مرتبط بالتطورات السياسية و الاقتصادية والاجتماعية ، وزيادة حجم تدخل الدولة .

وعليه فإن القاضي الإداري يراقب قرارات الضبط الإداري ، و يبحث في مدى توافقها مع النظام العام التي ترمي إلى المحافظة عليه ، و يراقب الظروف المكانية و الزمانية التي أحاطت بقرار الضبط ، وهل أن الإدارة وفقت في ذلك أم لا ، وهل أن القرار متناسب مع الخطر الذي يهدد النظام العام .

وعليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث من الدراسة إلى مطلبين ، بحيث نتناول تطبيق رقابة التناسب في مجال رخص البناء والتعمير في المطلب الأول، ونتناول تطبيق رقابة التناسب في مجال الحريات العامة .

المطلب الأول : تطبيق رقابة التناسب في مجال رخص البناء والتعمير

تتعدد المسائل المتعلقة بالضبط الإداري لكونها مرتبط بالنظام العام فنجد أن المشرع قد منح الإدارة سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال ومن بين هذه المسائل سلطة الإدارة في منح التراخيص ومنها رخصة البناء .[1]، وذلك من أجل الحفاظ على النظام العام العمراني و الطابع الجمالي للمدن ، فالإدارة بما لها من سلطة تقديرية هي من تحدد الخطر الذي يهدد النظام العام ، وما هو الإجراء اللازم على الإدارة القيام به ، كما أن الإدارة بما لها من

[1] خليفي محمد ، المرجع السابق ، ص 289.

سلطة تقديرية هي من تحدد الناظم العام البيئي و المجال العمراني الذي يتماشى معه و لا يمكن أن يخل به .

غير أن الإدارة قد تتعسف في استعمال سلطتها التقديرية في مجال منح رخص البناء فيمكن أن تسكت ولا تصدر قرار منح الرخصة أو قرار الرفض ، في الآجال القانونية التي حددها المشرع ، أو أنها تمنح للفرد رخصة بناءتقوم بسحبها بعد فوات الآجال القانونية للسحب ، فتكون في هذه الحالات قد تعدت وتعسفت في استعمال سلطتها التقديرية .

وللحد من تعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية ، فإن القاضي الإداري يراقب مدى تناسب وتوافق قرارات الإدارة في مجال الضبط الإداري مع الخطر الذي يهدد النظام العام العمراني، فيجب أن يكون السبب مشروعا، و يجب أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة متناسبة مع الأسباب التي دعتها للتدخل ،وإلا تعرض القرار المتخذ إلى الإلغاء .

وقد قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بقرار صادر بتاريخ 11 جويلية 1981 بإلغاء قرار دائرة بئر مراد رايس لأنه مشوب بخطأ واضح.[1]

وتتلخص وقائع القضية في أن المدعي تحصل على رخصة مسبقة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي بتاريخ 28 أكتوبر 1978 ثم تحصل على قرار صادر من نفس السلطة الإدارية يتضمن رخصة البناء في 16 يناير 1979. و بعدها قام رئيس الدائرة بإصدار قرار بتاريخ 29 ماي 1979 يتضمن إرجاء تنفيذ الأشغال والتي من شأنها المساس بالنظام العام .

[1] خليفي محمد ، المرجع السابق ، ص 289.

وبعدها قام المدعي برفع طعن أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى يطلب فيه إلغاء قرار رئيس الدائرة بسبب تجاوز السلطة بموجب عريضة مؤرخة في 29 نوفمبر 1979. وقضى المجلس الأعلى:

"**بناء على حيثيات القرار فإن منح رخصة البناء كان يستوجب التحفظ بشأنها وكان يتعين على الإدارة أن تقوم بتحقيق مسبق قبل تسليم الرخصة . كما أنه يجب تحديد الأبعاد الخاصة المتعلقة بالصحة العامة و الأمن العام و التي يشكلها إنجاز هذه الأشغال . فكان من الملائم رفض تسليم الرخصة أو تسليمها مع وجوب احترام الشروط التي تحددها الإدارة وعليه فأن قرار رئيس دائرة بئر مراد رايس مشوب بخطأ واضح وهو ما يستوجب الإبطال**" .

يتبين لنا من خلال هذا القرار أن القاضي قد استعمل مصطلح "الواضح" باعتباره سببا من أسباب دعوى تجاوز السلطة لإلغاء قرار رئيس الدائرة ، ويتبين ذلك من خلال عدم صحة الوقائع المادية مع تكييفها القانوني حيث أن القرار لم يحدد كيفية المساس بالنظام العام من خلال إنجاز الأشغال المتعلقة بمسكن المدعي .[1]

... ويبدو لنا من خلال حيثيات قرار القاضي أن تسليم رخصة البناء كان من طرف السلطة المختصة والمتمثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي فهو يمارس سلطة الضبط داخل البلدية وقام بتسليم الرخصة للمدعي دون فرض أي شروط متعلقة بمراعاة النظام العام ، أو أن هذه الأشغال تشكل تهديد أو مساس بالنظام العام .[2]

كما أن القاضي في قراره يبين عدم ملاءمة (تناسب) فكرة النظام العام التي استند إليها رئيس الدائرة مع طبيعة الأشغال المراد إنجازها من طرف المدعي ، بالإضافة إلى ذلك

[1] خليفي محمد ، المرجع السابق ، ص 290.

[2] نفس المرجع، ص 290.

لم يحدد أبعاد النظام العام المتعلقة بموضوع الرخصة ، مثلا أن هذه الأشغال تؤدي إلى نزاع أو أن هذه الأشغال تشكل تهديدا بسلامة الأشخاص المارين ولكن كل هذه الاحتمالات يكون إجراءها أثناء التحقيق أي قبل تسليم الرخصة لأنه لا يحق للإدارة إعادة النظر في الرخصة الممنوحة ولو كانت ضمنية.[1]

وفي قرار صادر عن مجلس الدولة رقم 078902 مؤرخ في 31/ 2013/01 في قضية بلدية برج البحري ضد (س .ح) ، قضي مجلس الدولة بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن المحكمة الإدارية ببومرداس بتاريخ 2011/12/12 و الذي قضي بإلغاء القرار المتضمن وقف تنفيذ الأشغال الصادر عن بلدية برج البحري بتاريخ 2010/11/18 الحامل لرقم 94-10 لعدم مشروعيته .[2]

وتتلخص وقائع القضية أن بلدية برج البحري طعنت في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية ببومرداس بتاريخ 2011/12/12 بالإلغاء والذي قضى بإلغاء القرار المتضمن وقف تنفيذ الأشغال الصادر عن بلدية برج البحري الحامل لرقم 94-10 لعدم مشروعيته مدعية بأن الحكم المستأنف ارتكز على أحكام المرسوم التنفيذي 176-91 المحدد لكيفية تحضير شهادة رخصة البناء وهو الذي ... في ضمن صيرورة الإجراءات الجديدة للتطبيق .وجاء في حيثياته :

"حيث أنه بالرجوع إلى المقرر المتضمن وقف الأشغال محل الطعن بالإلغاء رقم 194-10 الصادر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية برج البحري بتاريخ 2007/11/18.

[1] خليفي محمد ، المرجع السابق، ص ص 290-291.

[2] قرار رقم 078902 ، المؤرخ في 2013/01/31 ، مجلس الدولة ، قضية بلدية برج البحري ضد (س.ح) ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 11 ، 2103 ، ص ص 174- 175.

حيث أن هذا القرار مشوب بعيب مخالفة القانون وعيب السبب بحيث أنه ذكر بأن المستأنف عليها نقوم بأشغال الحفر دون تحصلها على رخصة البناء في حين أن المستأنف عليها من استفادت من رخصة البناء من مصالح البلدية نفسها رقم 447-2007.

حيث أنه بالإضافة إلى ذلك فإن قرار توقيف الأشغال المطعون فيه ذكر بأنه يتعين توقيف الأشغال إلى غاية صدور قرار التسوية في حين أن المستأنف عليها متحصلة على قرار التسوية محرر في 2007/10/24.

حيث أن القرار المطعون فيه بالإلغاء هو مشوب بانحراف السلطة ما دام و أن الأسباب المذكورة غير صحيحة فهو أيضا مخالف للقانون بحيث أنه لا يجوز للإدارة إصدار قرار بتوقيف الأشغال إلا بعد معاينتها لمخالفة قواعد العمران ورخصة البناء و تحضير محضر من طرف السلطات المختصة وعرضها على العدالة".

ويتضح من هذا القرار أن الإدارة عندما أصدرت قرار توقيف الأشغال ، قد خالفت القانون بحيث أنه لا يوجد ما يبرره ، بحيث أن أسباب القرار منعدمة و لا أساس لها من الصحة ، وبالتالي فقد تعسفت في استعمال سلطتها التقديرية ، لأن المستأنف عليها كانت قد تحصلت على رخصة البناء من نفس الجهة الإدارية و تحصلت على قرار التسوية كذلك ، فالإدارة عندما أصدرت قرار توقف الأشغال دون معاينتها لمكان الأشغال ، و احتجت في ذلك على أن الأشغال انطلقت في ظل القانون الجديد لم يكن مبرر ، بحيث أن ذلك لا يعد تهديدا للنظام العام ،ولأن رخصة البناء رتبت حقوق للمستأنف عليها .

ويستفاد أيضا من هذا القرار أن القاضي الإداري أيد القرار المطعون فيه بالإلغاء دون أن يبين طبيعة الرقابة التي مارسها ، بحيث أنه اكتفى بعبارة مخالفة القانون و عيب السبب دون أن يبين هل هذه الرقابة رقابة تناسب أو رقابة ملاءمة ، ومن حيث المعمول به

في مجال الرقابة على رخص البناء فإن في رأينا أن طبيعة الرقابة التي مارسها مجلس الدولة هي رقابة تناسب وإن لم يصرح بذلك ، فعبارة "مشوب بانحراف السلطة " تدل على رقابة التناسب في مفهومها الواسع .

قد تمنح السلطة المختصة رخصة بناء مسكن خطير يلحق ضرر بالبيئة والسكان لذلك ألزم المشرع الجزائري الإدارة أن تحدد بالتفصيل حقوق استخدام الأراضي واستعمالها وهذا ما نصت عليه المادة 31 من قانون 90-29 ، كما منعت المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 91-175 الإدارة المختصة بالترخيص القيام ببناء لا يوافق أحكام مخطط شغل الأراضي ، أو إذا كان مشروع البناء غير مطابق لتوجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.[1]

وتطبقا لذلك قضى مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 2001/01/08 بما يلي: " ....**بلدية الرويبة قد سلمت رخصة بناء إلى المدعى المستأنف عليه لإنجاز فيلا من طابقين ، ثم بموجب قرار آخر تراجعت البلدية عن مضمون الرخصة ، بحيث يجعل رخصة البناء تنحصر في إنجاز أشغال بناء الطابق السفلي.**

حيث بين تراجع البلدية عن مقررها الأول تبين على أن العلو في البناء سيؤدي إلى غلق نافذتي الحائط لجار المدعى المخصص لمقهى .

حيث أن تصرف البلدية جاء لرفع الأضرار مستقبلا من جراء بناء طابقين عن جار المستأنف، وعليه فإن قرار البلدية جاء سليما و متماشيا مع القواعد العمرانية و التقنية للبناء وعليه فإن القرار المطعون فيه أصاب فيما قضى به و يتعين تأييده" .[2]

[1] بن عبد الوهاب نورة ،(الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة في مجال رخص البناء) ، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية المجلد 05، العدد 02، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة امحمد بوقرة ؛ بومرداس ، ص 120.

[2] نفس المرجع ، ص ص 120-121.

يستفاد من هذا القرار أن مجلس الدولة طبق رقابة التناسب في هذا القرار وإن لم يكن قد صرح بذلك حرفيا إلا انه استعمل عبارة " سليما و متماشيا مع القواعد العمرانية و التقنية للبناء " ، بحيث يفهم منها أن كلمة متماشيا تعنى متناسبا ، حيث أنه وجد أن مقرر البلدية الذي تراجع عن مضمون الرخصة ، بحيث جعل مضمون الرخصة ينحصر في إنجاز أشغال بناء الطابق السفلي ، قد طبق القانون و حافظ على الطابع العمراني ، وبالتالي حافظ على النظام العام العمراني والطابع الجمالي.

ومنه نخلص إلى أن القضاء الإداري قد طبق رقابة التناسب في مجال منح رخص البناء،وإن كان فيذلك محتشما مقارنة مع نظيره الفرنسي، وإن كان القضاء الإداري الجزائري لم يورد عبارة التناسب في أحكامه إلا أنه يمكن استخلاص ذلك من قراراته فالعبارات التي استعملها في أحكامه تعتبر من مرادفات عبارة التناسب بالمفهوم العام ،حيث أنه أبطل بعض القرارات التي لم تبرز فيها الإدارة الخطر الذي يهدد النظام العام ، ورأى أن الإدارة قد وقعت في عيب الانحراف بالسلطة ، كما أنه أيد في بعض الحالات قرارات الإدارة التي بينت فيها الأسباب التي من شأنها أن تمس و تهدد النظام العام ، فمتى وجد القاضي الإداري أن الإدارة استندت في منح رخص البناء أو عدم منحها أو التراجع فيها إلى أسباب و أخطار تهدد النظام العام بعد التحقق من تلك الأسباب، وكان القرار المتخذ متناسب مع تلك الأسباب أيد قرار الإدارة ، وإن كان العكس فإنه يلغي تلك القرارات .

المطلب الثاني : تطبيقات رقابة التناسب في مجال الحريات العامة

انطلاقا من المبدأ القائل أن الحرية هي الأصل و القيود الواردة عليها من سلطات الضبط الإداري هي الاستثناء .[1]وبناء على هذا المبدأ يجب أن تكون إجراءات الضبط

[1]هروبني بوعمامة و الطيبي عبد الكريم ، (الضمانات الدستورية للحقوق والحريات اتجاه سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية) ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر ، تخصص : حقوق و حريات ، قسم الحقوق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أحمد دراية أدرار ، 2017/2016. ص 30.

الإداري متناسبة مع الممارسة العادية للحرية دونأن تنتقص منها ، ويكون ذلك عن طريق شروط يجب توافرها أثناء تدخل سلطات الضبط الإداري لتنظيم ممارسة الحريات العامة وفي حالة عدم احترام سلطات الضبط الإداري لتلك الشروط فإن أعمالها تكون عرضة للإلغاء ، فالقاضي الإداري يراقب مدى شرعية و تناسب إجراءات الضبط الإداري مع حق الفرد في ممارسته لحرياته المكفولة في نص الدستور .

وعليه سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، بحيث نتناول الشروط اللازم توافرها في إجراءات الضبط الإداري في الفرع الأول ، ونتناول تطبيقات القاضي الإداري الجزائري لتلك الشروط في الفرع الثاني .

الفرع الأول : شروط مشروعية إجراءات الضبط الإداري

تستهدف سلطة الضبط الإداري المحافظة على النظام العام بمفهومه الواسع في الظروف العادية بصورة مستمرة الوجود ودائمة التجدد، وتستخدم مجموعة من الأساليب التي تحد بها من ممارسة حريات الأفراد ، بحيث يتناول القاضي الإداري بحث موضوع الإجراء أي وسيلة الضبط المستخدمة ، وهو في تلك الحالة يقصد الوسيلة في ذاتها أي في شرعيتها الذاتية و بمدى توافقها – تناسبها – مع الأسباب الواقعية .[1]

وعليه يجب أن تتوفر في إجراءات و وسائل الضبط الإداري لتكون في إطار المشروعية و لا تخرج عليه ، في مواجهتها للأفراد أثناء ممارستهم لحرياتهم ، أن تقوم على عدة شروط وركائز يكمل بعضها البعض ، ويجب أن تكون كما يلي :

[1] هروبني بوعمامة و الطيبي عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 42.

أولا : أن يكون التدبير الضابط ضروريا ولازما و فعالا

يشترط في التدبير أن يكون ضروريا و لازما بمعنى أن تكون غايته تفادي خطر حقيقي يهدد النظام العام ، فالخطر البسيط الذي قد يلحق النظام العام لا يرخص للإدارة مشروعية اتخاذ التدبير الضابط .

وتقدر الضرورة بقدر جسامة التهديد الذي يخشى منه أن يخل بالنظام العام ، وهو ما يستوجب أن يكون التدبير الذي تتخذه الإدارة لازما لتوقي و دفع الخطر دون أي آخر أقل منه إعاقة للحرية ، وبالتالي فليس من المعقول أن تكون شدة التدبير الضابط أكثر شدة من الخطر المراد اتقاءه .

ويشترط في التدبير أن يكون فعالا ، بمعنى أن يكون منتجا و حاسما في توقي الخطر الذي يهدد النظام العام ، فإذا لم يكن من شأنه تحقيق الهدف المتمثل في إبعاد الخطر أو الاضطراب فإنه يكون إجراء غير لازم و بالتالي غير مشروع .[1]

ثانيا :أن يكون التدبير متناسبا مع طبيعة و جسامة الخطر الذي يهدد النظام العام

يشترط في التدبير الضابط أن يكون متناسب مع مدى جسامة الاضطراب الذي تهدف الإدارة إلى تفاديه ، فإذا كان الاضطراب قليل الأهمية بسيطا فلا يجب أن تكون التضحية بكامل الحرية أو تقييدها في المجال الأكبر لها ، ويستلزم ذلك ضرورة النظر إلى منزلة الحرية التي يراد تقييدها أو المساس بها لاتقاء الخطر وبناء على ذلك فلا يجوز التضحية بحرية عليا من أجل الخشية من الإخلال بمظهر بسيط من مظاهر ممارسة حرية أدنى .[2]

[1] هروبني بوعمامة و الطيبي عبد الكريم، المرجع السابق ، ص 42.

[2] نفس المرجع ، ص ص 42-43.

هذا وتعد فكرة التناسب أمرا ضروريا بوصف كونها تحقق نوعا من التوازن و المصالحة بين متطلبات الحفاظ على النظام العام و فكرة الحريات ، وهو ما أكده مجلس الدولة في العديد من أحكامه ، فهو دائما يقوم بتقدير الظروف التي تعد سببا للالتجاء لاستخدام إجراءات الضبط ، ومن خلال رقابته على تلك الإجراءات يقوم ببحث ما إذا كانت تلك الإجراءات ملائمة لتلك الظروف من عدمه ، وبصفة خاصة عندما تمثل تلك الإجراءات انتهاك شديدا للحريات .[1]

ثالثا :أن يكون التدبير الضابط متصفا بالعمومية محققا للمساواة

تخضع الحريات العامة إلى مبد أساسي وجوهري هو مبدأ المساواة ، ومفاده أن الأفراد متساوون في الحريات و الحقوق لا تفرقة بينهم في ذلك لأي سبب من الأسباب ومن نقطة الارتكاز هذه يعتبر مبدأ المساواة حجر الزاوية في كل تنظيم قانوني للحريات العامة و الحقوق ، فبغيره ينتفي معنى الديمقراطية ، وينهار كل مدلول للحرية ، لذا فقد قيل إذا كانت الديمقراطية لا تقوم بدون حرية فهي لا تقوم بدون مساواة بين الأفراد و عليه تقرر الأنظمة في جملتها تنظيم الحريات العامة .[2]

بناء على ما تقدم ، يجب أن يكون التدبير الضابط متصفا بالعمومية في مواجهة الأفراد فهذه الصفة تستهدف تحقيق المساواة بين الأفراد المتصلين بهذا التدبير و المستهدفين منه ،ومن ثم تعتبر ضمانة من بين ضمانات الحرية بوصفها تمثل وتشكل قيدا على سلطة الضبط عند ممارسة نشاطها .

[1] هروبني بوعمامة و الطيبي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 43.

[2] نفس المرجع ، ص 43.

الفرع الثاني : رقابة القضاء الإداري الجزائري للتناسب في الضبط الإداري المقيدة للحريات العامة

بهدف الحفاظ على النظام العام قد تتخذ سلطة الضبط الإداري تدابير تقيد من خلالها حرية الفرد ، وليس للفرد من سبيل سواء الطعن في تدابير وقرارات سلطة الضبط من أجل رفع التقييد عن حريته .

إن القاضي الإداري هو حامي الحقوق والحريات وهو من يضمن للفرد حريته كاملة دون انتقاص منها ،وذلك عن طريق رقابته لأعمال الضبط الإداري و التدابير الضابطة التي تتبعها سلطات الضبط الإداري أثناء قيامها بنشاطها السلبي تجاه الأفراد، فالقاضي الإداري يراقب مدى شرعية أعمال وتدابير وإجراءات الضبط الإداري، ويقدر مدى تناسب تلك التدابير مع الخطر الذي يهدد النظام العام ،ومدى فعالية التدبير وحسمه، وعليه فإن القاضي الإداري يلغي قرارات سلطات الضبط الإداري متى وجد أنها غير مشروعة .

ولقد مارس القضاء الإداري الجزائري رقابته على قرارات وتدابير وإجراءات سلطات الضبط الإداري في العديد من الحالات، ومن بين قرارات منع التنقل عبر التراب الوطني وهذا تقييد لحرية التنقل .

وفي هذا الموضوع نجد القرار رقم 052342 المؤرخ في 2009/10/21 عن مجلس الدولة في قضية (ح.ا) ضد وزير الدولة ، ووزير الداخلية والجماعات المحلية .[1]"**حيث تتلخص وقائع القضية في أن المدعى (ح.ا) مواطن جزائري مقيم بفرنسا ، منع من الدخول إلى الإقليم الوطني من طرف السلطات المختصة ، بناء على قرار صدر سنة 1980 ، وأن هذا القرار لم يبلغ للمدعى .**

[1]قرار رقم052342 ، المؤرخ في 2009/10/21، مجلس الدولة ، قضية (ح.ا) ضد وزير الدولة ،وزير الداخلية و الجماعات المحلية ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 11، 2013، ص 235.

حيث أنه تم تبليغ وزير الداخلية بضرورة تقديم القرار المتنازع عليه الذي يعترف باتخاذه والمتضمن منع (ح.ا) من الدخول إلى الإقليم الوطني ، حيث منح أجل شهر ومع ذلك لم يقدم القرار حيث أن المدعى عليه لم يدرج القرار المتنازع عليه في الملف ،وكان القرار قد بلغ للمدعى عن طريق تبليغ صحيح .

وجاء في حيثيات القرار من الموضوع ما يلي:

حيث إن (ح.ا) ، المقيم بفرنسا ، والذي يثبت أنه جزائري الجنسية ،يعيب على وزير الداخلية والجماعات المحلية رفض دخوله إلى الإقليم الوطني ... دون إدراج القرار المذكور في الملف .

حيث إن وزير الداخلية دعما لقراره يستند إلى مقتضيات المادة 68 من القانون 99- 07 المؤرخ في 1999/04/05 المتعلق بالمجاهد والشهيد التي تنص على الآتي " يفقد الأشخاص الذين كانت ...حقوقهم المدنية و السياسية طبقا للتشريع المعمول به".

وإنه يصرح أيضا بأن (ح.ا) كان حركي وكان عضو في الجيش الفرنسي أثناء حرب التحرير الوطني .

لكن حيث إنه عن هذه النقطة ،يتمسك وزير الداخلية عن خطأ بأن (ح.ا) كان عسكري في الجيش الفرنسي ...في الفترة مابين 1958/05/28 و 1960/09/24.

حيث إنه يجب القول بخصوص مقتضيات المادة 68 من القانون 99- 07 المذكور سابقا بأن فقدان الحقوق المدنية والسياسية لا يمكن أن يكون فعليا إلا بموجب مرسوم كما هو الحال أيضا بالنسبة للتجريد من الجنسية الجزائرية .

لكن حيث إن (ح.ا) يثبت بأنه جزائري الجنسية بتقديم شهادة جنسية مؤرخة في 2007/06/02.

وإنه بالنتيجة وطبقا للمادة 44 من الدستور التي تنص أنه " يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية و السياسية ،أن يختار بحرية موطن إقامته ،وأن يتنقل عبر التراب الوطني . حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له ".

يتعين القول أنه يحق للمدعي التمتع بهذه الحرية الأساسية التي تستند إلى أساس دستوري والتي تكون السلطات التنفيذية مكلفة بوضعها قيد التطبيق .

حيث إن القرار الضار بالمدعي والمتخذ من طرف المدعى عليه على أساس متطلبات النظام العام لا سيما تهديد هذا النظام بسبب اعتبار المدعي حركي دون إثبات ذلك بما أن المدعي لم يكن محل مرسوم يجرده من حقوقه المدنية والسياسية ، يجب اعتباره قرار خطرا مشوبا بعدم القانونية .

... حيث أنه يتعين القول على ضوء كل ما سبق أن القرار المتنازع عليه مشوب بعدم القانونية و يستوجب الإبطال ".

يتضح من هذا القرار أن مجلس الدولة الجزائري مارس رقابته على قرار الضبط الإداري ، المتمثل في قرار وزير الداخلية بمنع (ح.ا) من دخول الإقليم الوطني بحجة أنه حركي وكان جندي من في صفوف الجيش الفرنسي ، فالقاضي الإداري وجد أن الإجراء الذي اتخذه وزير الداخلية قرار غير مشروع لأن (ح.ا) لا يشكل تهديدا على النظام العام إذا تواجد داخل الإقليم الوطني، لأنه مواطن جزائري والدستور كفل له حرية التنقل داخل التراب الوطني وخارجه .

وعليه فإن قرار وزير الداخلية غير متناسب مع الخطر الذي يهدد النظام ، حيث أن (ح.ا) لا يشكل تهديدا للنظام العام ، وعليه فإن قرار وزير الداخلية جاء مشوب بعدم القانونية الواضحة ، بحيث أن النظام العام مفهوم متغير و متطور ة غير ثابت ولا يمكن تحديده بالقوانين فقط .

وفي قرار آخر ألغى مجلس الدولة قرار ضبط إداري لمخالفته للقانون وتتمثل هذه القضية فيما يلي :

- رقم القضية : 6195.
- تاريخ الجلسة :23سبتمبر 2002.
- أطراف القضية :والي ولاية الجزائر العاصمة ضد بن فضة مصطفى .
- موضوع قرار الضبط الإداري : قرار ولائي يغلق حانة لمدة غير محددة بغرض المحافظة على النظام العام و الآداب العامة .[1]

حيثيات القرار:

"أنه حسب نص المادة 10من الأمر رقم 41/75 يمكن للوالي بغلق إداري للمخمرة أو المطعم لمدة لا تتعدى 6 أشهر إما إثر مخالفة القوانين و القواعد المتعلقة بهذه المؤسسات بغرض الحفاظ على صحة السكان و حفاظا على الآداب العامة .

وأنه وحدها السلطة القضائية يمكنها الأمر بالغلق النهائي لهذه المؤسسات وذلك طبقا لأحكام المادة 7 من الأمر المذكور أعلاه و أن الوالي عندما أمر بغلق المحل الذي يسيره المستأنف عليه إلى إشعار آخر دون أن يتأكد بأن هذا الغلق لا يمكن أن يتجاوز 6 أشهر فإن والي ولاية الجزائر لم يحترم أحكام الأمر 41/75 المذكور أعلاه وبفصلهم على هذا النحو ، فإن قضاة الدرجة الأولى لم يقوموا سوى بتطبيق القانون ".[2]

يتضح من خلال هذا القرار أن رقابة مجلس الدولة كانت على محل القرار المتمثل في غلق الحانة لمدة غير محددة ،وبما أن محل القرار كان مخالف لأحكام القانون ،فإن

[1] بوقريط عمر ، (الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري) ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام تخصص: قانون إداري ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة منتوري بقسنطينة ، 2007/2006 ص 100.

[2] نفس المرجع ، ص 101.

القرار غير شرعي ،فقضى مجلس الدولة بإلغائه .[1] فقرار الغلق النهائي للحانة لم يكن متناسب مع السبب الذي بني عليه لأن محل القرار مخالف للقانون حتى وإن كان الهدف منه الحفاظ على النظام العام ، فالخطر الذي بني عليه القرار متناسب مع الإجراء الضابط .

[1]بوقريط عمر ، المرجع السابق، ص 101.

خلاصة الفصل الثاني :

من خلال ما تم التطرق إليه في هذا الفصل من الدارسة فقد خلصنا إلى أن القضاء الإداري الجزائري و إن كان قد طبق رقابة التناسب على القرارات الإدارية التي استندت فيها جهة الإدارة إلى سلطتها التقديرية ، إلا أن هذا التطبيق كان محدود و نسبي ، بحيث أن شمل مجالات معينة دون أن يشمل باقي المجالات ، و خاصة المجالات التي تقيد و تحد الإدارة فيها حرية المواطن بحيث أن حساسية هذا النوع من القرارات كانت سبب حال دون تطبيق القاضي الإداري الجزائري رقابة التناسب عليها . كما أن عدم استقلالية الفضاء الإداري و ارتباطه بالسلطة التنفيذية كان سبب من الأسباب التي حالت دون اجتهاد القاضي الإداري و اكتفاءه بتطبيق النصوص الموجود لديه و إن كانت تلك النصوص من دون مبرر شرعي ، كالقانون المتعلق بحالة الطوارئ الذي امتد لعدة سنوات دون مبرر شرعي .

كما أن عدم تخصص القاضي الإداري الجزائري كان سبب من الأسباب التي أدت إلى امتناع القاضي الإداري عن تطبيق رقابة التناسب على العديد من القرارات خاصة القراراتذات الطابع الفني والتقني.

الخاتمـة

الخاتمة :

من خلال ما تم التطرق إليه في موضوع بحثنا هذا المتمثل في التطبيقات الحديثة لمبدأ التناسب في القضاء الإداري الجزائري ، فقد قمنا بتعريف التناسب لغة وفقها ، و تعريف رقابة التناسب و تبيان علاقة التناسب بأركان القرار الإداري الداخلية بحيث أن عيب عدم التناسب لا يصيب الأركان الخارجية للقرار الإداري ، و إنما يصيب الأركان الداخلية باعتبار أنها مكمن التقدير، و أن جهة الإدارة تمارس سلطتها التقديرية في حدود الأركان الداخلية للقرار الإداري ،و التي كانت محل جدل بين الفقهاء ، أيضا بينا الأساس القانوني لرقابة التناسب و كيف أن فقهاء القانون الإداري لم يتفقوا على أساس قانوني معين بحيث أن كل جانب من الفقه ينسبها إلى أساس معين ، كما قمنا أيضا بعرض الوسائل القضائية التي يتبعها القضاء الإداري في رقابته على عيب عدم التناسب ، و التي هي من ابتكار و صنع القضاء الإداري ، و خاصة القضاء الإداري الفرنسي الذي ابتكر نظرية الخطأ الظاهر في التقدير التي يتبعها في رقابته على القرارات التأديبية ، وكذا نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار ، فهي نظرية ذات بعد اقتصادي و اجتماعي ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي ، ومن خلالها يراقب قرارات نزع الملكية من اجل المنفعة العامة .

وقد قمنا في هذا البحث بتمييز رقابة التناسب عن السلطة التقديرية ، فالسلطة التقديرية تتمثل في هامش الحرية الذي منحه المشرع لجهة الإدارة ، في المفاضلة بين مجموعة من القرارات و أن تختار ما تراه مناسب ، أما التناسب فيتمثل في تناسب القرار مع الواقعة التي استند إليها فمتى وجد أن هناك تباين واضح بين القرار و الواقعة التي استند إليها فعندها يمكن القول أن هناك عدم تناسب واضح .

كما قمنا بتمييز رقابة التناسب عن الملاءمة ، بحيث وجدنا أن هناك العديد من الفقهاء يعتبرون أن رقابة الملاءمة هي نفسها رقابة التناسب ، وهذا يعتبر خلط بين مفهومين

مختلفين ، فيمكن أن نعتبر رقابة التناسب أحد صور الملاءمة في حين أنه لا يمكن أن نعتبر الملاءمة أحد صور رقابة التناسب، بحيث أن دائرة الملاءمة أوسع من دائرة التناسب وأن رقابة التناسب محتواة في رقابة الملاءمة ، فرقابة الملاءمة تشتمل الظروف المكانية والزمانية التي أحاطت بإصدار القرار و كذا وقت تدخل الإدارة ، وهل الإدارة وفقت أثناء تدخلها أم لا ؟ .

ومن ضمن النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة ما يلي :

- أن القضاء الإداري الجزائري ، سواء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا أو مجلس الدولة حاليا ، لم ينكر رقابة التناسب ، فقد أخذ بما أخذ به نظيره الفرنسي ، بحيث تصدى لقرارات الإدارة التي و جد أنها مشوبة بعيب عدم التناسب .
- أن القضاء الإداري الجزائري ، كرس رقابة التناسب في مجال تأديب الموظفين ، فقد ألغى العديد من القرارات التأديبية التي و جد أنها مشوبة بعيب عدم التناسب أو أن جهة الإدارة قد خالفت القانون أثناء توقيعها للعقوبة التأديبية على الموظف ، ففي بعض الحالات ألغى القرار و في حالات أخرى لم يلغي القرار و إنما طلب من جهة الإدارة تخفيف العقوبة و استبدالها بعقوبة أقل شدة .
- أن القضاء الإداري الجزائري ، بسط رقابته على التناسب في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ، إلا أن القرارات الصادر في هذا المجال قليلة وذلك سببه عدم طعن صاحب الملكية المنزوعة في قرار التصريح بالمنفعة العامة .
- أن القضاء الإداري الجزائري ، طبق رقابة التناسب في مجال الضبط الإداري ، فنجد أنه راقب قرارات الإدارة المتعلقة بمنح الرخص في مجال البناء و التعمير و وقف الأشغال ، بحيث أنه قام بإلغاء قرارات الإدارة المتعلقة بوقف الأشغال التي و جد أن ما الوقائع التي استندت عليها الإدارة لا تشكل خطر على النظام العام و أن

الإجراءات التي قامت بها الإدارة غير متناسبة مع التهديد الذي يوشك أن يمس بالنظام العام بمفهومه الواسع .

- أن القضاء الإداري الجزائري ، كان موقفه سلبيا تجاه قرارات الضبط الإداري التي تمس بالحريات العامة ، حيث أنه لم يبسط رقابة كافية على قرارات و إجراءات و تدابير الضبط الإداري التي تحد من حرية المواطن ، خاصة ما تعلق بحالة الطوارئ التي امتدت إلى فترة طويلة دون مبرر شرعي .
- أن حداثة مجلس الدولة الجزائري ، و الظرف الأمني الذي مرت به البلاد ، لا تعد مبررا كافيا ليمتنع عن رقابة قرارات الإدارة التي تحد من حرية المواطن التي نجد أساسها في الدستور و القوانين العضوية .

يستخلص من هذه الدراسة أيضا ، أن القضاء الإداري الجزائري لم تكن لديه الجرأة الكافية ليبسط رقابته على كل القرارات الصادرة عن جهة الإدارة و خاصة القرارات التي تحد من حرية المواطن ، إضافة إلى ذلك أن عدم تخصص القاضي الإداري الجزائري و عدم استقلالية القضاء أدت إلى امتناع القاضي الإداري الجزائري عن تطبيق مبدأ التناسب .

وأخيرا وليس آخر فإن رقابة القضاء الإداري الجزائري للقرارات الصادرة عن السلطة الإدارية بما لها من سلطة تقديرية ، تبقى مرهونة بمدى استقلالية القضاء ومدى تخصص القاضي الإداري ومدى تطوره ومسايرته للقضاء الإداري المقارن و خاصة نظيره الفرنسي ، و عدم اعتماده على النصوص و إنما بات من الواجب عليه أن يجتهد و يطور من أساليبه في رقابته على أعمال السلطة الإدارية ، وخاصة تفعيل رقابة التناسب التي تعد ضمان للفرد تجاه تغول و تعسف جهة الإدارة .

قائمة المصادر والمراجع

أولا : المصادر

- **القرارات القضائية:**

1. قرار مجلس الدولة رقم 172994 المؤرخ في 27/ 07/ 1998، منشور في مجلة مجلس الدولة ، منشورات الساحل الجزائري ، عدد 1، 2002.

2. قرار مجلس الدولة ، الغرفة الثانية ، المؤرخ في 20/ 01/ 2004، قضية (م.ع) ضد مدير القطاع الصحي لتيقزيرت ولاية تيزي وزو ، مجلة مجلس الدولة ، العدد الخامس 2004.

3. قرار رقم 078902 ، المؤرخ في 2013/01/31 ، مجلس الدولة ، قضية بلدية برج البحري ضد (س.ح) ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 11 ، 2013.

4. قرار رقم052342 ، المؤرخ في 2009/10/21، مجلس الدولة ، قضية (ح.ا) ضد وزير الدولة ،وزير الداخلية و الجماعات المحلية ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 11 2013.

- **الموسوعات :**

5. علي خاطر شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، (الجزء الأول) ، الطبعة الأولى دار الثقافة ، الإصدار الثاني 2008، عمان ، الأردن ، 2008.

ثانيا : المراجع

- **الأطروحات والمذكرات :**

- **الأطروحات والرسائل :**

6.بوقريط عمر، (الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة منتوري بقسنطينة ، 2007/2006 .

7.خليفي محمد ، (الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة – دراسة مقارنة –) رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ،2015 /2016 .

8.داهل وافية ،(سلطة قاضي الإلغاء في الرقابة على المشروعية الداخلية للقرار الإداري) رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم ، التخصص: القانون العام ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر ،باتنة –1 ،2017 –2018.

9.رفيق بومدين ،(الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري)، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في :الحقوق ، تخصص : قانون عام ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف –المسيلة – ،2014 /2015 .

10.قوسم حاج غوثي ،(مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية و الرقابة القضائية عليه – دراسة مقارنة –) ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام ، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2012/2011.

11.لباشيش سهيلة ،(السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام ، فرع الدولة و المؤسسات العمومية ، قسم الحقوقكلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2016/2015.

12.نويري سامية ،(الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة)، مذكرة ماجستير ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي 2013/2012.

- **المذكرات :**

13.بوسطة خيرة وجيلالي بلوفة لمياء ،(التطورات الحديثة لرقابة القاضي الإداري على التناسب)، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص: قانون عام معمق

قسم الحقوق، معهد العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير ،المركز الجامعي بلحاج بوشعيب –عين تموشنت– ، 2019/2018.

14. هروِيني بوعمامة و الطيبي عبد الكريم ، (الضمانات الدستورية للحقوق والحريات اتجاه سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية) ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص : حقوق و حريات ، قسم الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أحمد دراية أدرار ، 2017/2016.

المقالات :

15. عطار نسيمة ، (مبدأ التناسب في القرارات الإدارية)،مجلة التراث ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، العدد 16 ديسمبر 2016.

16. فارة سماح ،(التوجه الحديث لقضاء الإلغاء – رقابة التناسب –) ، مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون ،عدد 42–2015، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باجي مختار عنابة ، 2015.

17. بن شهرة العربي ،(الصور الحديثة للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة) المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية ، العدد الأول يونيو 2016 ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، المركز الجامعي بن يحي الونشريسي تسمسيلت ، 2016.

18. فيصل نسيمة و رياض دنش ، (النظام العام)، مجلة المنتدى القانوني ، العدد الخامس كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2008.

19. بن عبد الوهاب نورة ، (الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة في مجال رخص البناء) مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية المجلد 05، العدد 02، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بن خلدون ؛ تيارت .

- **الكتب والمؤلفات:**

20.مازن ليلو راضي ، أصول القضاء الإداري ، د. ط ، دار المطبوعات الجامعية ، د. ب ن ، 2016.

21.ماجد راغب الحلو ،القضاء الإداري ، د. ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر 2000.

22.مايا محمد نزار أبو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى 2011 ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2011.

23.وليد محمد الشناوي ، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري ،(دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة) ، ط 2017 ، دار الفكر و القانون ،المنصورة د. ب . ن ، 2017.

الفهـــرس

مقدمـة .....أ

الفصل الأول

النظرية العامة لمبدأ التناسب في القرارات الإدارية

المبحث الأول: مفهوم رقابة التناسب 11
المطلب الأول :تعريف رقابة التناسب 13
الفرع الأول : تعريف مبدأ التناسب 13
الفرع الثاني : تمييز رقابة التناسب عما يشابهها 16
المطلب الثاني : علاقة رقابة التناسب بأركان القرار الإداري الداخلية 20
الفرع الأول : علاقة التناسب بركن السبب 21
الفرع الثاني : علاقة التناسب بركن المحل 23
الفرع الثالث : علاقة التناسب بركن الغاية 24
المبحث الثاني: الأساس القانوني لرقابة التناسب وسائلها القضائية 27
المطلب الأول : الأساس القانوني لرقابة التناسب في القرارات الإدارية 27
الفرع الأول : الاعتبارات القانونية والعملية 28
الفرع الثاني :الدور المنشئ للقاضي الإداري و مبدأ المشروعية.....30
المطلب الثاني : الوسائل القضائية للرقابة على التناسب 32
الفرع الأول : نظرية الخطأ الظاهر في التقدير 33
الفرع الثاني : نظرية الغلو 35
الفرع الثالث : نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار 37
خلاصة الفصل الأول: 41

الفصل الثاني

مجالات تطبيق رقابة التناسب في القضاء الإداري الجزائري

المبحث الأول: تطبيق رقابة التناسب في مجال تأديب الموظفين و نزع الملكية.....45

المطلب الأول : تطبيق رقابة التناسب في مجال تأديب الموظفين 46

المطلب الثاني : تطبيق رقابة التناسب في مجال نزع الملكية 53

الفرع الأول :تطبيقات القاضي الإداري الجزائري لنظرية الموازنة.....54

الفرع الثاني : أسباب امتناع القاضي الإداري الجزائري عن تطبيق نظرية الموازنة.....59

المبحث الثاني: تطبيق رقابة التناسب في مجال الضبط الإداري 61

المطلب الأول : تطبيق رقابة التناسب في مجال رخص البناء والتعمير 63

المطلب الثاني :تطبيقات رقابة التناسب في مجال الحريات العامة.....69

الفرع الأول : شروط مشروعية إجراءات الضبط الإداري 70

الفرع الثاني : رقابة القضاء الإداري الجزائري للتناسب في الضبط الإداري المقيدة للحريات العامة.....73

خلاصة الفصل الثاني 78

الخاتمة 80

ملخص

لقد حاولنا في هذه الدراسة الإجابة على جميع الأسئلة التي قد تثار بشكل علمي وموضوعي في التطبيقات الحديثة لمبدأ التناسب في القضاء الإداري الجزائري بحيث تناولنا في الفصل الأول النظرية العامة لمبدأ التناسب، فقمنا بتعريف مبدأ التناسب وبينا علاقة رقابة التناسب بالأركان الداخلية للقرار الإداري أيضا قمنا بتمييز رقابة التناسب عما يشابهها من المفاهيم القانونية الأخرى، ثم بينا الأساس القانوني لرقابة التناسب ووسائلها القضائية التي يستعملها القاضي الإداري في رقابته على مبدأ التناسب .

أما في الفصل الثاني فقمنا بدراسة مجالات تطبيق رقابة التناسب في القضاء الإداري الجزائري بحيث تناولنا تطبيقها في مجال تأديب الموظفين ونزع الملكية وفي مجال الضبط الإداري، بحيث وجدنا أن القضاء الإداري الجزائري وإن كان لم ينكر رقابة التناسب إلا أنه لم تكن له الجرأة الكافية لتطبيق مبدأ التناسب على كل القرارات التي تصدرها جهة الإدارة وخاصة القرارات التي تتعلق بالضبط الإداري التي تحد من حرية الأفراد .

Summary

In this study we tried to answer all the questions that may be raised scientifically and objectively in modern applications of the principle of proportionality in the Algerian administrative judiciary, so that in the first chapter we dealt with the general theory of the principle of proportionality, so we defined the principle of proportionality and showed the relationship of proportionality control to the internal pillars of the administrative decision as well. Proportionality is similar to other legal concepts, then we showed the legal basis for proportionality oversight and its judicial means that the administrative judge uses in his control of the principle of proportionality.

As for the second chapter, we studied the fields of application of proportionality control in the Algerian administrative judiciary, so that we dealt with its application in the field of employee discipline, expropriation and in the field of administrative control, so that we found that the Algerian administrative judiciary, although it did not deny the control of proportionality, was not bold enough to apply the principle of proportionality On all decisions issued by the administration, especially decisions related to administrative control that limit the freedom of individuals.