

<https://www.doi.org/10.31918/twejer.2141.17>

e-ISSN (2617-0752)

p-ISSN (2617-0744)



التناسب كوسيلة قضائية في تحقيق التوازن بين السلطة التقديرية للإدارة وحقوق المواطنين

(دراسة مقارنة)

ابراهيم محمد حاجي

د. محمد شهاب محمد أمين

معهد التقني جومان/جامعة بوليتكنيك/اربيل

جامعة سوران/كلية القانون والسياسة

ibrahimhaji892@gmail.com

Mohammed.amen@law.soran.edu.iq

المخلص

تتناول هذه الدراسة إلى توضيح موضوع (التناسب أو الملائمة) القرارات الإدارية وإمكانية رقابة القضاء الإداري عليها، من خلال دراسة تحليلية مقارنة بين كل من قانون الفرنسي والمصري والعراقي وعلى مستوى الفقه والقضاء. وتكمن الأهمية العملية لهذا الموضوع في معرفة الدور الحديث الذي يقوم به القاضي الإداري، في مجال رقابته على القرارات الإدارية التي تجاوزت الرقابة المجردة للمشروعية الداخلية، التي كانت تتوقف عند حدّ رقابة التكييف القانوني للوقائع تجاه عنصر السبب - حيث تعدت هذه الرقابة إلى رقابة تقدير الإدارة لأهمية الأسباب الواقعية وتقدير مدى التناسب بين أهميتها وخطورتها وبين الإجراء المتخذ بشأنها.

والغرض من هذه الدراسة هو بيان مفهوم رقابة التناسب في القضاء الإداري، وتوضيح مسألة التناقض بين السلطة التقديرية والتناسب، وبين فصل بين السلطات والتناسب، وبيان موقف القضاء والفقه الإداريين من الرقابة على التناسب في القضاء الإداري، توضيح الاتجاهات الفقهية المقارنة من الرقابة على التناسب في القضاء الإداري، وتوضيح حدود الرقابة على سبب القرار الإداري وسلطة القاضي بين المشروعية والملائمة، وبيان الوسائل الحديثة والتي يعتمد عليها القاضي الإداري عند فحص القرار. ومشكلة الدراسة هي: أن القاضي الإداري وفي إطار رقابته على التناسب يفحص ويبحث عن هذا الأخير ضمن عناصر المشروعية الداخلية للقرار؛ فعلى ماذا تنصب هذه الرقابة؟ أي ما هو العنصر الذي يقوم القاضي الإداري بفحصه؟، وهل أن القاضي الإداري باستعماله لوسائل الرقابة على التناسب، يبقى قاضيًا للمشروعية أم أن هذه الرقابة تدخله في نطاق الملائمة باعتبارها من المسائل التي تستقل بها الإدارة عند إصدارها لقراراتها؟ ماهي حدود الرقابة القضائية على سلطة التناسب؟ إلى أي مدى تتعارض وتتوافق رقابة التناسب مع السلطة التقديرية ومبدأ فصل بين السلطات؟ ما هو الأساس القانوني لرقابة التناسب حسب الجدل الفقهي والقضائي المقارن؟ هل تختلف رقابة التناسب مع رقابة التكييف القانوني؟ ماهي التقنيات أو الوسائل الحديثة التي يلجأ إليها القاضي الإداري عند فحص القرار الإداري لكشف التناسب.

كلمات مفتاحية: رقابة التناسب، الملائمة، المشروعية، السلطة التقديرية للإدارة، النظرية الخطأ الساطع، القاضي الإداري.

التناسب كوسيلة قضائية في تحقيق التوازن بين السلطة التقديرية للإدارة وحقوق المواطنين (دراسة مقارنة)

المقدمة

إن رقابة القضاء الإداري تعتبر أهم وسيلة لتحقيق ضمانات حقوق وحرريات المواطنين من خلال حكم ببطلان جميع تصرفات الإدارة غير المشروعة لمخالفتها القانون بمفهومه الواسع.

ونتيجة للتطور الذي تعرفه شتى المجالات وتوغل الإدارة فيها، أدى هذا إلى توسع هذه السلطة التقديرية الشيء الذي قد يؤدي إلى المساس بحقوق وحرريات الأفراد. من هنا بدأ القضاء الإداري ومن باب القيام بمهامه أن يطور هو الآخر في رقابته، للحد من تزايد هذه السلطة التقديرية بغية تحقيق التوازن بين مقتضيات تحقيق المصلحة العامة وحماية حقوق الأفراد من تعسف الإدارة في استعمالها لهذه السلطة. وتمثل هذا التطور في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، في ابتكار القضاء الإداري لمبدأ قانوني جديد هو مبدأ التناسب.

إن فكرة التناسب في كثير من العلوم الاجتماعية موجودة، مثل علم الفلسفة الإدارية والاقتصاد والسياسة وفي العلوم الاجتماعية الأخرى، كما أنها تحتل مكانة رفيعة ومهمة في مجال القانون بصفة عامة. (خليفة سالم الجهمي، ٢٠٠٩، ص ٩). فالتناسب يعتبر الفكرة الرئيسية أو الأساسية التي تنبع من افكار القانون الإداري.

أن التناسب كعنصر من عناصر الملاءمة في القرارات الإدارية يعني أن رجل الإدارة له أن يصدر القرار الإداري من حيث ملائمته ومناسبته وتقدير وزن و أهمية وخطورة سبب القرار وترتيب أثر معقول له منفردا كقاعدة عامة، فالتناسب ليس له عنصر واحد أو ليس توافق بين ركن أو عنصر واحد فقط بل يمتد من عنصر أو ركن إلى عنصر أو ركن آخر ففي بعض الأحيان يشمل أكثر من ركنين أو عنصرين، لذلك ليس له نمط ثابت بل يتحرك دائما بين عنصرين، وهذا أدى إلى الصعوبة في تحديد العيب الذي يشوبه وحصره تحت مسمى واحد وتحديد نوع الرقابة التي تقع عليها، لأن رقابة القاضي تقف عند حد تحقق الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني الصحيح لهذه الوقائع وعدم مخالفة الأثر القانوني المباشر أي (محل) القرار للقواعد القانونية دون فحص أهمية وخطورة السبب وتقدير مناسبته مع الإجراء المتخذ من قبل الإدارة كالقاعدة العامة، لأنه ذلك يعني تدخل القاضي في عمل الإدارة ويخرج بذلك عن نطاق وظيفته الرئيسية ويغدو السلطة الأعلى للإدارة، على الرغم من ذلك فإن القضاء الإداري لم يلتزم بهذا الأصل(القاعدة العامة) في جميع الحالات، بل سمح لنفسه بمراقبة تقدير خطورة وأهمية السبب ومناسبته مع الإجراء الذي يجب أن يتخذ حيالها من قبل الإدارة دون وجود نصوص صريحة.

أهمية البحث: تكمن الأهمية العملية لهذا الموضوع في معرفة الدور الحديث الذي يقوم به القاضي الإداري، في مجال رقابته على قرارات الإدارية التي تجاوزت الرقابة المجردة للمشروعية الداخلية، التي كانت تتوقف عند حد رقابة التكييف القانوني للوقائع تجاه عنصر السبب -حيث تعدت هذه الرقابة إلى رقابة تقدير الإدارة لأهمية الأسباب الواقعية وتقدير مدى التناسب بين أهميتها وخطورتها وبين الإجراء المتخذ بشأنها، ومعرفة الآليات والوسائل التي من خلالها يقوم القاضي الإداري بتفعيل رقابته على تناسب القرار الإداري لهذا النوع من الرقابة.

مشكلة البحث : سنتناول الدراسة جملة من الإشكاليات التي نتساءل فيها:

*أن القاضي الإداري وفي إطار رقابته على التناسب يفحص ويبحث عن هذا الأخير ضمن عناصر المشروعية الداخلية للقرار؛ فعلى ماذا تنصب هذه الرقابة؟

أي ما هو العنصر الذي يقوم القاضي الإداري بفحصه؟، وهل أن القاضي الإداري باستعماله لوسائل الرقابة على التناسب، يبقى قاضيًا للمشروعية أم أن هذه الرقابة تدخله في نطاق التناسب باعتبارها من المسائل التي تستقل بها الإدارة عند إصدارها لقراراتها؟

* ماهي حدود سلطة الرقابة القضائية على تناسب القرارات الإدارية؟

* إلى أي مدى تتعارض و تتوافق رقابة التناسب مع السلطة التقديرية ومبدأ فصل بين السلطات؟

* ما هو الأساس القانوني لرقابة التناسب حسب الجدل الفقهي والقضائي المقارن؟

* تختلف رقابة التناسب مع رقابة التكييف القانوني، ما هي نقاط التداخل وماهي الإشكاليات التي تواجه القاضي للتمييز بينها؟

* ماهي التقنيات أو الوسائل الحديثة التي يلجأ إليها القاضي الإداري عند فحص القرار الإداري لكشف التناسب.

هدف البحث:

الأهداف التي يسعى إليها الباحث هو الوصول إلى معرفة:

* بيان مفهوم رقابة التناسب في القضاء الإداري.

* العلاقة بين التناسب والملاءمة من جهة، والسلطة التقديرية من جهة ثانية محاولة للتمييز بينها. وتوضيح مسألة التناقض أو بين السلطة التقديرية والتناسب، وبين فصل السلطات والتناسب.

* توضيح نطاق رقابة التناسب في القضاء الإداري.

*بيان موقف القضاء والفقهاء الإداريين من الرقابة على التناسب في القضاء الإداري.

*توضيح الاتجاهات الفقهية المقارنة من الرقابة على التناسب في القضاء الإداري.

*توضيح حدود الرقابة على سبب القرار الإداري وسلطة القاضي بين المشروعية والملائمة.

*بيان الوسائل الحديثة والتي يعتمد عليها القاضي الإداري عند فحص القرار.

نطاق البحث: النطاق المكاني هو (مصر وفرنسا والعراق). أما نطاق الموضوعي هو (سلطة القضاء الإداري في الرقابة التناسب في القرار الإداري).

منهجية البحث:

إن المنهج المتبع في إعداد هذه الرسالة هو منهج التحليلي المقارنة، ونسعى من خلاله تحليل الأحكام والآراء الفقهية المقارنة في كل من فرنسا ومصر العراق، وبالتالي ستكون دراستنا القانونية دراسة تحليلية مقارنة.

خطة البحث: سنقسم دراستنا الى أربعة مباحث على نحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية التناسب في القرار الإداري

المبحث الثاني: الاعتراف وأساس رقابة التناسب

المبحث الثالث: حدود رقابة القاضي الإداري على سبب القرار الإداري

المبحث الرابع: الوسائل الحديثة للرقابة على التناسب

المبحث الأول

ماهية التناسب في القرار الإداري

نظراً لحدائثة موضوع مبدأ التناسب في القرار الإداري وحيويته وخصوبته، لم يجمع فقهاء القانون الإداري على حسم موضوع التناسب بشكل نهائي بل هناك اختلاف بينهم حول هذا المبدأ بخصوص تعريف دقيق أو حتى تحديد مفهوم دقيق، حتى القضاء الإداري والمشرع لم يصل إلى مفهوم دقيق وتعريف شامل لهذا الموضوع الجدلي، وهذا ما دفع الفقه ببذل محاولات وجهود حثيثة لحسم هذا الموضوع وهو تعريف شامل ودقيق وعلاقته بالمصطلحات الأخرى و نقاط التمايز بينه وبين بعض مواضع الأخرى الشبيهة وتحديد طبيعة التناسب ومدى علاقته وصلته بالأركان الأخرى باعتبار هذا المبدأ هو من المبادئ العامة للقانون، ويعتبر ضمانته من ضمانات حقوق وحرريات الأفراد في المجتمع، لذلك فإن بيان مفهوم التناسب بشكل دقيق أمر في غاية الأهمية ونحاول أن نتطرق إليه من خلال مطلبين، نخصص الأول إلى ماهية التناسب والثاني إلى طبيعة التناسب في القرار الإداري.

المطلب الأول

مفهوم التناسب

نحاول في هذا المطلب أن نلقي الضوء على مفهوم التناسب من حيث التعريف والعلاقة بين التناسب والمصطلحات الشبيهة به، فنقسمه إلى فرعين رئيسيين وهما:

الفرع الأول

التعريف بالتناسب

أولاً: التناسب لغة: التناسب مشتق من كلمة (نسب)، والنسب يعني القرابة، وانتسب استنسب، أي ذكر نسبه، وناسبه شاركه في نسبه. (قاموس لسان العرب، دون سنة نشر، ص ٤٤٠٥)

ثانياً: التناسب اصطلاحاً:

ليس هناك تعريف محدد للتناسب من قبل المشرع في الدول الحديثة، حيث غالباً ما يترك المشرع مهمة تحديد تعريف التناسب إلى القضاء أو الفقه، ولم يورد القضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق تعريفاً محدداً للتناسب بل اكتفى القضاء في أحكامه بالتأكيد على وجوب تناسب القرار مع العقوبات المفروضة خاصة في مجال العقوبات التأديبية (نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦، ص٢٣). لذلك سنتطرق إلى التعريفات الفقهية فقط على نحو الآتي:

حيث يعرفه الفقيه الفرنسي (هوريو) هو (عبارة عن جوهر السلطة التقديرية التي يكمن في سلطتها في تقدير ملائمة الإجراءات، فالتناسب بين الإجراء وسبب القرار الإداري هو مكمل السلطة التقديرية، والتناسب موضوع حيوي وله أهميه كبرى في القضاء الإداري). (، علي حسين احمد غيلا الفهداوي، ٢٠٠٠، ص١٣٧ وما بعدها).

ويعرفه جانب من الفقه المصري بأنه (التوافق بين سبب القرار ومحلّه). (محمد فريد سيد سليمان الزهيري، ١٩٨٩، ص٨). ويعرفه جانب آخر بأنه (الصلة بين سبب القرار ومحلّه أو موضوعه). (جورجي شفيق ساري، ٢٠٠٠، ص١٦). يرى آخرون أيضاً هو (تقدير أهمية السبب ومدى توافق هذا السبب مع محل القرار باعتباره أحد ملائمتات القرار الإداري). (محمد سيد احمد محمد، ٢٠٠٨، ص٣٦٤).

أما بالنسبة للفقه العراقي: فلم يتناول الفقه بشكل واضح ومميز موضوع التناسب. كما يرى الدكتور عصام البرزنجي أن (الملائمة هي اختيار الإجراء الملائم الذي يتفق ويتناسب مع أهمية الوقائع). (عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، ص٤١٨).

نحن نرى بأن تعريف الفقه المصري له أكثر دقة من بين الآخرين وهو (تقدير أهمية السبب ومدى توافق هذا السبب مع محل القرار باعتباره أحد ملائمتات القرار الإداري). لأنه ميز بين التناسب والملائمة بشكل صريح، ولم يقم بخلط هذين المصطلحين.

الفرع الثاني

التناسب والمصطلحات الشبيهة به

لوجود بعض الغموض في مدلول التناسب وخلطه مع المصطلحات الأخرى الشبيهة بها سنحاول أن نسلط الضوء على هذا الخلط وطرق تمييزه عن أخرى وتحديد نقاط الالتقاء والتباعد كما يلي:

أولاً: التناسب و الملائمة

لبيان التمييز بين التناسب والملائمة في القرار الإداري لا بد أن نوضح معنى ومفهوم الملائمة بشكل دقيق كي يتبين لنا بوضوح الفرق بينهما.

١ - معنى الملائمة في اللغة:

أصل كلمة الملائمة في اللغة العربية يرجع إلى لائم، ولأئمه الشيء، وبمعنى أصلحه وجمعه، ولأئم الشيء، أي وافقه، ولأعم بين الخصوم، أصلح بينهم.(قاموس المنجد في اللغة والاعلام, دون سنة،ص٧٠٩)

٢ - معنى الملائمة اصطلاحاً:

لبيان مفهوم الملائمة سنحاول أن نورد بعض الآراء الفقهية في هذا الصدد، وهي كالآتي:

كما يقول الدكتور سامي جمال الدين أن الملائمة(تصرف ما يعني أن هذا التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان والمكان الظروف والاعتبارات المحيطة).(سامي جمال الدين،سنة١٩٧١ص٢١٩).

ويعرفه الدكتور محمد الزهيري التناسب بالنسبة إلى القرارات المتعلقة بالضبط الإداري بأنه" (يعني بوضوح توافق الإجراء المتخذ مع سبب القرار، فهو توافق أحد الجوانب فقط، وليس لكل جوانب القرار الإداري). (محمد فريد سيد سليمان، ١٩٨٩،ص٨).

كما يرى بعض من الفقه المصري بأن التناسب هو) تقدير أهمية السبب ومدى توافق هذا السبب مع محل القرار باعتباره أحد ملائمتين القرار الإداري). (محمد فريد سيد سليمان الزهيري، ١٩٨٩، ص ٨).

٣- التمييز بين الملاءمة والتناسب:

هناك توجه لا يقر بتفرقة بين التناسب والملائمة، كما تقول الدكتورة سعاد الشرفاوي: أن مستويات الرقابة القضائية على ركن السبب هو تحقق من صحة الوقائع مادياً، والتكليف القانوني الصحيح، وأخيراً ملاءمة القرار، أي تناسبه مع الوقائع، هذا يعني إنها لم تفرق بين التناسب والملاءمة بل خلطتها. (سعاد الشرفاوي، ١٩٩٦، ص ١٥٠).

جدير بالذكر، القضاء الإداري المصري يستعمل كلمتي التناسب والملاءمة كمرادفين ولا يفرق بينهما في كثير من أحكامه، كما تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية (حيث أنه عن تقدير الجزاء فإن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه ولئن كان للسلطة التأديبية، ومن بينها المحاكم التأديبية ومجالس التأديب، سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة أن لا يشوب استعمالها غلو وإن من صورة عدم الملاءمة الظاهرة بين خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره). (سعاد الشرفاوي، ١٩٦٩، ص ١٥٠).

وهناك توجه آخر يقر بتفرقة بين (التناسب والملائمة) كونه القرار الإداري يوصف بأنه ملائم إذا ما صدر في توقيت ملائم وظروف ملاءمة وبكيفية مناسبة، ويوصف كذلك إذا تناسب الإجراءات المتخذ مع سبب القرار، من هذا يتبين أن التناسب هو أحد الأمور العديدة إذا ما روعي وصف القرار بأنه ملائم، فيتضح هنا أن التناسب يعتبر جانب من جوانب ملائمتين القرار الإداري خصوصاً في مجال السلطة التقديرية للإدارة. د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، ص ١٥. حيث أن للملائمة العناصر الثلاثة وهي:

أ. تقدير وجوب التدخل أو الامتناع عن التدخل.

ب. اختيار وقت التدخل.

ج. تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب. (محمد فريد سليمان الزهيري، ١٩٨، ص٣٨٦).

يتضح لنا أن التناسب طبقاً لهذا التوجه يشمل فقط استعمال الإدارة سلطتها التقديرية في تقدير أهمية وخطورة السبب مع الإجراء المتخذ (محل) ويندرج تحت أحد عناصر الثلاثة للملائمة. مفهوم الملائمة أوسع من التناسب ومفهوم الملائمة يستغرق ويستوعب التناسب.

على الرغم من أننا نؤيد أن (التناسب والملائمة) ليسا مرادفان للآخر، إلا أن هذا لا ينفي أي تأثير متبادل بينهما، فقد يكون هناك قرار إداري ملائم وغير ملائم في آن واحد، فقد يحدث أن يصدر القرار في الوقت الملائم وبالكيفية المطلوبة ووفقاً للظروف والملابسات المحيطة، فمن هذه النواحي يعتبر القرار ملائماً لكن بالنظر إلى أن مصدر القرار لم يراع تحقيق التناسب بين أهمية الوقائع- السبب- والإجراء المتخذ -المحل-، بهذا يكون القرار غير ملائم لعدم التناسب.

ثانياً: التناسب والسلطة التقديرية

أولاً: ماهي السلطة التقديرية

فقد عرفها الفقيه (بونار) السلطة التقديرية بأن: سلطة الإدارة تكون تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها اختصاصات معينة بصدد علاقاتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو الامتناع عن التدخل، ووقت هذا التدخل وطريقته، ومضمون القرار الذي تصدره في هذا الشأن (سعادة الشرقاوي، ١٩٦٩، ص١٥٠).

و يعرفها الدكتور سليمان الطماوي بأنها (تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل من الأفراد و القضاء لتختار في حدود الصالح العام- وقت تدخلها - وسيلة التدخل- وتقدير الخطورة بعض الحالات - تقدير أصلح الوسائل لمواجهة الحالة). (سعادة الشرقاوي، ١٩٦٩، ص١٥٠).

كما يعرفها بعض الفقه العراقي بأنها " تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف وهي تمارس مختلف اختصاصاتها القانونية، يعرفها جانب آخر من الفقه العراقي ب) حرية الإدارة في التصرف وهي تمارس اختصاصاتها القانونية، إذ تستطع اتخاذ القرار أو عدم اتخاذه أو اتخاذه على نحو معين أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً أو السبب الملائم له والأثار القانونية المترتبة عليه) (علي يونس اسماعيل، ٢٠١٧، ص ١١٧).

ب- العلاقة بين التناسب والسلطة التقديرية

حيث اعتبر البعض أن التناسب هو نفس السلطة التقديرية فلم يفرقوا بينهما، ويقول الدكتور عصام البرزنجي (أن السلطة التقديرية في القرار الإداري هي تمتع الإدارة بحرية إجراء التناسب بين سبب القرار المعتمد وأثره القانون المتمثل في محله). (عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، ص ٢٣٩).

كما يرى الفقيه (هوريو) في تعليقه على حكم (greziette) أن جوهر السلطة التقديرية يكمن في سلطتها في تقدير ملائمة الإجراءات. (مايا محمد نزار ابو دان، ٢٠١٦، ص ٦٢). ويقول الفقيه الفرنسي (فينزاي) أن السلطة التقديرية هي الحرية التي تترك عادة للإدارة لتقدير مناسبة الإجراء المتخذ. (نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦، ص ٣٤).

وجدير بالذكر، هناك فرق كبير بين السلطة التقديرية والتناسب ولكل منهما معنى ومدلول الخاص بها، فالسلطة التقديرية هي المجال التي تتصرف فيه الهيئات الإدارية بحرية، المجال الذي يتضمن جملة عناصر أو ملائمة تستطيع الإدارة عبرها التصرف بحرية في حدود ونطاق اختصاصاتها القانونية، وهذه التصرفات تتمثل في اختيار سبب القرار من قبل الإدارة أو تتمثل في اختيارها للتدخل أو الامتناع عنه أو الوقت المناسب للتدخل، وكيفية التدخل، أو الاختيار بين عدة قرارات جميعها مشروعة، واختيار الإجراء المناسب الذي هو (المحل) لأهمية الواقعة أو خطورة الواقعة الذي هو (السبب). (مايا محمد نزار، ٢٠١٦، ص ٦٢).

هذا يعني أن علاقة التناسب بالسلطة التقديرية تنشأ في كون أن السلطة التقديرية تشتمل التناسب، أي أن التناسب هو أحد عناصر أو مجالات السلطة التقديرية للإدارة، بعبارة أكثر وضوحا التناسب فقط ينشأ بين السبب والمحل في جميع المجالات (القرارات التأديبية والضبطية والموازنة بين المنافع والأضرار) (نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦، ص ٣٥)، أي التناسب ينصب أساسا على بعض أركان القرار الإداري، أي في العلاقة بين ركني السبب والمحل فقط. (حاج غوثي أحمد قوسم، ٢٠١٢، ص ١٢٧).

ثالثاً: العلاقة بين الملاءمة والسلطة التقديرية

هناك توجه القائل بأن الملاءمة والسلطة التقديرية تتطويان على معنى واحد، استنادا إلى أن مجلس الدولة لا يعرض بصفة مباشرة لموضوع السلطة التقديرية، وإنما يتطرق إليها من ناحية ملاءمة إصدار القرار وصولاً إلى أن المحكمة الإدارية تراقب تقدير الوقائع وتقف عند الحد الذي توجد فيه السلطة التقديرية للإدارة، وكل من السلطة التقديرية والملاءمة تعنيان حرية الإدارة ولا تشملهما الرقابة القضائية عليها.

وقد ذكر الدكتور محمد أنس أنه " إذا كانت الإدارة تمارس أو تباشر اختصاصا تقديريا فإن المشرع يكون قد أعطاها الحرية في اتخاذ القرار دون وضع شروط تحول دون حركته بحرية، مما جعل للإدارة حرية ملاءمة تصرفاتها، لذلك أن الارتباط بين السلطة التقديرية والملاءمة كارتباط السلطة المقيدة بمبدأ الشرعية). محمد انس قاسم جعفر، ١٩٨٧، ص ١٢٠).

و لكن هناك جانب آخر من الفقه ويقول " أن السلطة التقديرية تختلف عن الملاءمة في الحقيقة، لأن السلطة التقديرية تقابلها السلطة المقيدة، أما الملاءمة فتعني أن يكون التصرف مناسبا أو موافقا أو صالحا من حيث الظروف والملابسات والاعتبارات التي تحيط بالقرار من حيث المكان والزمان، ويطلق الاصطلاح على ما يوافق مركزا معيناً وحالة معينة بالنظر لما يحيط هذه الحالة من اعتبارات الزمان والمكان والملابسات المحيطة. (عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، ص ١٦٤).

خلاصة القول، رغم وجود علاقة وثيقة و وطيدة بينهما، إلا أن هذه العلاقة لا تنفي وجود التمايز والاختلاف بينهما، والسلطة التقديرية هي المجال الذي يتركه المشرع للإدارة لأعمال حريتها حسب مسوغات عديدة بهدف الوصول إلى أحسن وجه للإدارة، أما الملاءمة فتعنى الصفة التي تلحق بالقرار الإداري الذي يتخذ بناء على السلطة التقديرية، وهذا يتطلب إلى جهداً وسعيّاً كبيراً من قبل الإدارة لتمحيص الظروف والملابسات الاقتصادية و الاجتماعية... إلخ التي تصاحب القرار المتخذ.(على يونس اسماعيل، ٢٠١٧، ص ١٢٤).

المطلب الثاني

أطراف العلاقة في التناسب

رغم أن الفقهاء الإداريين اتفقوا على أن التناسب ينتج عن العلاقة بين أمرين أو أكثر إلا أنهم قد عبروا في تحديد هذه العلاقة عن اختلافهم بخصوص أطراف هذه العلاقة، حيث بعض من الفقهاء يقولون أن التناسب هو علاقة بين السبب والمحل، والبعض الآخر يقول أن التناسب هو علاقة بين السبب والغاية وسنحاول أن نوضح موضوع أطراف العلاقة في التناسب في فرعين الآتين:

الفرع الأول

التناسب هو علاقة بين السبب والمحل:

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن التناسب ينشأ من علاقة بين السبب والمحل في القرار الإداري. وتبريرهم لذلك هو أن رقابة التناسب هي رقابة على السبب في صورتها القصوى، التي تحتوي على تحقق من خطورة الحالة الواقعية وأهميتها ومدى التناسب بين السبب والمحل في القرار الإداري.(محمد حسنين عدلعال، ١٩٧١، ص ١٧٤).

التناسب في القرارات الإدارية عموماً يعني توافق السبب مع المحل و التناسب، ويتغير تبعاً للحالة المتوقعة و الأضرار المترتبة عنها، وكما يمكن أن يتحقق حسب تقدير الإدارة لدرجة الخطورة و لأهمية الخطورة و توقع المنافع و الأضرار التي تترتب عنها وأهمية الهدف. أما في مجال القرارات التأديبية فإن

التناسب يعني ملاءمة الظاهرة بين الخطأ أي السبب والعقوبة أي المحل. (عادل الطببائي، ١٩٨٨، ص ٨). والتناسب يتحقق في حالة التوافق بين العقوبة مع الخطأ الذي قام به الموظف و التناسب يعني معقولة الأثر القانوني المباشر مع الحالة الواقعية التي تتمثل في السبب. (محمد فريد سليمان الزهيري، ١٩٧١، ص ٨).

الفرع الثاني

التناسب هو العلاقة بين السبب والغاية

أنصار هذا الرأي يرى أن التناسب يتكون من علاقة منطقية بين السبب والغاية حيث أن الحكم بعدم التناسب بين العقوبة والخطأ يرتبط بعيب الهدف أو الغاية، وبالتالي فهو عيب إساءة استعمال السلطة، ولا يمكن اعتباره عيب مخالفة القانون، وحجة أصحاب هذا القرار هي أن القرار صادر في حدود أو نطاق السلطة التقديرية للإدارة وليس في إطار ونطاق السلطة المقيدة. (محمد السيد إبراهيم، ٢٠٠٨، ص ٢).

إن مبدأ التناسب في القرار الإداري يعني التوافق والتناسب بين السبب الذي دفع رجل الإدارة إلى اتخاذه والغاية المشروعة التي يسعى إليها، والقاضي الإداري يبحث عن تحقق أو وجود العلاقة بين سبب القرار وغايته فعند وجود التناسب بينهما يعتبر مشروعاً وإلا يكون القرار غير مشروع ويستوجب إلغاءه من قبل القاضي الإداري. (حنان حجال، ٢٠٠٥، ص ٤٤).

إن القول بأن عدم التناسب في القرار يتحقق إذا كانت غاية القرار ليست المصلحة العامة أو مصدره خرج عن حدود قاعدة تخصيص الأهداف لا يشمل كل القرارات وإنما يشمل فقط القرارات الضبطية وينطبق في نطاق ضيق هو نطاق قرارات الضبط بعناصرها الثلاث. (عبد الغني بسيوني عبد الله، ١٩٧٧، ص ٦). أما في المجالات الأخرى إذا كان القرار لم يرم إلى تحقيق المصلحة العامة وإنما أدى إلى تحقيق غاية أخرى بعيدة عن المصلحة العامة أو غاية التي يريدها المشرع أو هدف مخصص له فإنه يعد غير مشروع على أساس عيب الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمال السلطة ليس على أساس التناسب بين السبب والغاية. (رفيق بومدين، ٢٠١٦، ص ٢٢).

ومن خلال تحليلنا لتحديد أطراف العلاقة في التناسب، يتبين لنا أن كلاهما على الصواب، بحيث الرأي الأول الذي يقر بأن التناسب هو علاقة بين (السبب والمحل) يطبق على كل من (قرارات التأديبية والضبطية)، أما الرأي الثاني القائل بأن التناسب هو العلاقة بين (السبب والغاية) يطبق فقط في مجال الضبط الإداري المقرر لحماية النظام العام وبالأخص في مجال نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، حيث يتوجب على الإدارة عندما تقرر نزع ملكية خاصة أن تستهدف تحقيق مصلحة عامة، وهنا تتجلى صحة هذا التعريف، إذ أن المصلحة العامة هنا هي الغاية أو الهدف من القرار الصادر، وما يعزز صحة هذا التعريف هو ظهور نظرية الموازنة بين المنافع والتكاليف التي لا تشترط فقط التناسب بين سبب نزع الملكية وغايتها التي تمثل المصلحة العامة، وإنما تفرض وجوب وجود توازن بين المنافع المتوقعة من المشروع، والمضار التي قد يسببها لمن نزعت منه الملكية والتكاليف التي يتطلبها.

المبحث الثاني

الاعتراف بالتناسب وأساسه

سنتطرق في هذا المبحث إلى الخلافات التي تخص موضوع الاعتراف بوجود التناسب على المستوى الفقهي والقضائي في المطلب الأول وكذلك أساس التناسب في المطلب الثاني:

المطلب الأول

الاعتراف بالتناسب

لاشك أن هناك آراء فقهية عديدة بخصوص الاعتراف بوجود مبدأ التناسب وسنحاول أن نوضح تلك الآراء بالتفصيل.

الفرع الأول

الرأي المعارض لرقابة التناسب

يرى هذا الاتجاه أن رقابة التناسب يجب أن لا تعترف به لوجود تعارضه مع السلطة التقديرية والفصل بين السلطات كما يلي:

أ- أنصار هذا الرأي يستند على أن رقابة التناسب تتعارض مع السلطة التقديرية للإدارة تأييدا للأحكام التقليدية لمجلس الدولة الفرنسي وشبه أنصار هذا الاتجاه الرقابة التي يباشرها القضاء الإداري في هذا المجال بالرقابة التي تباشرها محكمة النقض في رقابتها على الأحكام الجنائية، حيث تفرض رقابتها القانونية على الأحكام الجنائية ولم تخول لنفسها حق التعقيب في تقدير العقوبات، لكونها محكمة قانون لا محكمة وقائع(سلمان محمد الطماوي، ١٩٩١، ص١٥١).

كما يستند هذا الرأي على أن رقابة التناسب هي من ملائمت الإدارة حيث يقول الفقيه الفرنسي فالين(waline): لا رقابة على التصرفات التي تجريها السلطات الإدارية في المجال التقديري لها، وأن كل ما على الإدارة من واجبات وهي تمارس اختصاصاتها التقديرية هو أن تضع نفسها في أفضل الظروف و الأحوال و أن تجريه بروح موضوعية وعملية، والإدارة حسب رأيه هو اختيار ضمن مجموعة من القرارات التي يمكن اتخاذها قانونا، ذلك القرار الذي يتفق أكثر من غيره مع احتياجات الصالح العام، ولا يمكن للقاضي أن يسمح لنفسه بمراجعة تقدير الإدارة للقرار المناسب، فإنه يصبح بذلك رئيسا أعلى للإدارة وليس قاضيا.(محمد فريد سليمان الزهيري، ١٩٧١، ص٢٥٣).

دليل آخر هو أن الفقه المصري يقوم بتقسيم السلطة التقديرية إلى قسمين :

أولاً: الظروف التي يتم التقدير من خلالها حيث تسمح لهذه الظروف بأن تكون موضوع الرقابة القضائية عليها للتأكد من أن الإدارة وضعت نفسها في أفضل حالة أو ظروف وقامت بموضوعية تقدير أمورها أم لا، ويشمل ذلك العناصر الخارجية للقرار الإداري.

وثانياً: العناصر الداخلية وهو التناسب(عنصر السبب وأهميته ومطابقته مع المحل أو الإجراء) حيث لا رقابة القضاء الإداري عليه ويضيق منها إلى حد كثير ويجب أن يكون بمنأى عن الرقابة.(محمد سليمان الزهيري، ١٩٧١، ص٢٥٣).

ب- وأنصار هذا الرأي يستندون أيضاً على أن التناسب يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات.

وقد ذكر الفقيه الفرنسي (هوريو) أنه: إذا كان مجلس الدولة الفرنسي يرى أن الرقابة على صحة الوقائع تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات فمن باب أولى أن تتعارض الرقابة على أهمية الوقائع مع المبدأ الفصل بين السلطات (حسان عبدالله بونس الطائي، ٢٠١٣، ص ٤٥٢). أما الفقيه (فالين) فيقول: ما دام ملاءمة القرار الإداري تخضع للسلطة التقديرية فليس للقاضي الإداري مباشرة رقابته على أهمية الوقائع، ولا يجوز للقاضي أن يحل محل الإدارة في تقدير ما هو ملائم ، طالما تقدير الإدارة يقوم على أساس الوقائع الصحيحة المبررة، لأن ذلك يخرج القاضي عن نطاق القاضي الإداري ويجعل منه رئيساً أعلى للإدارة (سليمان محمد الطماوي، ١٩٩١، ص ١٥١).

ويقول (بورناد) أن تقدير جسامه الجرم بواسطة القاضي يؤدي إلى أن يحل القاضي الإداري محل السلطة التأديبية ويحرمه الإدارة من تقدير ملاءمة استعمال العقوبة ويعتدى القاضي بذلك على اختصاصات الإدارة ويخل بمبدأ الفصل بين السلطات.

وناصر بعض الفقهاء المصريين هذا الرأي بأن رقابة التناسب هي اعتداء من قبل السلطة القضائية على السلطة التنفيذية ويقول الدكتور محمد حسنين بأن: دور القاضي يقف عند حد مراقبة صحة وتكييف الوقائع ولا يمتد إلى فحص أهمية وخطورة السبب ومدى تناسبه مع الإجراء المتخذ، ولو فعل ذلك فإنه يعد خروجاً عن مهمته كقاضي ويخل بمبدأ الفصل بين السلطات. (محمد حسنين عبدالعال، ١٩٧١، ص ٧١).

الفرع الثاني

الرأي المؤيد لرقابة التناسب

يذهب هذا الاتجاه إلى القول إن هذه الرقابة لا تتعارض مع السلطة التقديرية للإدارة:

إن أنصار هذا الرأي يرى أن الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب مثلاً ليس من شأنها أن تحجب السلطة التقديرية للإدارة أو أن تنال منها، بقدر ما تؤدي إلى كبح جماحها وعقلنتها كلما حادت عن الطريق السوي بشكل واضح، وذلك بإقامة توازن معقول بين حرية الإدارة في اختيار نوع ومقدار العقوبة، وبين توفير الضمانة في نفس الوقت للموظف المعاقب، بحيث لا يكون عرضة لعقوبة غير متناسبة مع ما ارتكبه من خطأ، لأن هذا الشيء يناقض المصلحة العامة ويمس العدالة. (خليفة سالم الجهمي، ص ٢٨٧). (خليفة سالم الجهمي، خليفة سالم الجهمي، ص ٢٨٧).

وأنصار هذا الرأي أيضاً يرون أن الرقابة القضائية التي يطابق القاضي فيها المحل القرار مع المبادئ العامة في القانون هي رقابة يجريها القاضي كقاضي المشروعية هذا هو الاعتبار الأول، والاعتبار الثاني هو أن رقابة الملاءمة في القرار التأديبي هو من خلق القضاء الإداري التي هي تناسب الفعل مع الخطأ وعييه هو عيب السبب وليس الانحراف بالسلطة و لقاضي الإداري مضطر إلى إقرار عدد من المبادئ العامة بغرض حماية حقوق وحريات الأفراد التي ترد العديد من مظاهر السلطة التقديرية إلى حظيرة المشروعية.

ويقر بعض من الفقه بأن رقابة التناسب لا تتعارض مع المشروعية الداخلية للقرار التأديبي، فرقابة ملاءمة القرار الإداري تدخل أساساً في نطاق عيب السبب، وهذه الرقابة هي أقصى صور رقابة المشروعية، حيث أن المحكمة حين أعمالها لهذه الرقابة لا زالت في إطار الرقابة المشروعية ولم تتعد على السلطة التقديرية للإدارة، فالملاءمة هنا تصبح عنصراً من عناصر المشروعية. (محمد مصطفى حسن، ١٩٩٥، ص ١١٥).

كما يقول الدكتور مازن ليلو راضي في هذا المجال "إن سلطة الإدارة التقديرية لا تمنع إعمال رقابة القضاء عليها وإنما هي التي تمنح الإدارة مجالاً واسعاً لتقدير الظروف الملائمة لاتخاذ قراراتها وهذه الحرية مقيدة بأن لا تتضمن هذه القرارات غلطاً بيناً أو انحراف بالسلطة، وهي بذلك لا تتعارض مع مبدأ المشروعية بقدر ما تحقق من اختصاصات الإدارة المقيدة.(مازن راضي ليلو، ٢٠١٦، ص٢٤٦).

٢- وأصحاب هذا الرأي يؤدون أيضاً رأيهم في أن رقابة التناسب لا تتعارض مع مبدأ فصل السلطات:

كما قال الفقيه فيدل أنه (لا التأريخ ولا القانون المعاصر يؤكد أن مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية كان مرتبطاً بمبدأ الفصل بين السلطات). (سيد محمد ابراهيم، ١٩٧٠، ص٣).

ويرى الدكتور محمد فريد: أن الرقابة القضائية لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات لأنه يرى أن مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات ليس مفهوماً مطلقاً جامداً، بل هذا المبدأ حالياً قائم على أساس الفصل المرن والتعاون والتنسيق بين السلطات شيء حتمي.

ويعلل البعض أن رقابة التناسب لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات لأن القاضي يراقب المحل والسبب التي هي رقابة المشروعة وليست رقابة الملاءمة طالما أن المشرع غايته هو تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة في المجتمع وهذه السلطة هي سلطة منشئة للقاضي الإداري ولا تتعارض مع هذا المبدأ.(نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦، ص٢٨٠).

المطلب الثاني

الأساس القانوني لمبدأ التناسب

سنحاول في هذا المطلب أن نوضح الأساس القانوني الذي يبنى عليه مبدأ التناسب، وذلك على نحو الآتي:

أولاً: التدرج في ذكر الجزاءات كأساس تشريعي

هناك اتجاهان في هذا الشأن: **الاتجاه الأول:** يرى أن أساس رقابة القضاء الإداري للتناسب مثلاً في المجال التأديبي يتمثل في قصد المشرع من التدرج في ذكر العقوبات الذي يقصد بهذا التدرج التشريعي اختيار عقوبة أكثر مناسبة من بين هذه العقوبات عند وجود الخطأ التأديبي، ولو أن للإدارة سلطة تقديرية واسعة في اختيار العقوبات التأديبية إلا أنها ملزمة بمراعاة أو احترام مبدأ التناسب في توقيع العقوبات التي تقوم باختيارها من بين الجزاءات (نوعاً ومقداراً) التي وردت على سبيل الحصر في القانون وجاءت متدرجة.. وقد عزز هذا الاتجاه وجهة نظره إسناداً إلى حكم صادر من قبل محكمة القضاء الإداري المصري وهو(.....إن القانون رقم ١٤١ لعام ١٩٤٧ الخاص بالعمد والمشايخ قد نص على ان للمدير ان يجازي العمدة أو الشيخ بالإنذار أو الغرامة التي لا تتجاوز مائتي قرش، كما نص على الجزاءات التي يجوز للجنة الشياخات اصدارها عن العمدة أو الشيخ، وهي الانذار أو الغرامة التي لا تتجاوز ٤٠ جنيهاً أو الفصل من الوظيفة التدرج من الجزاء الاداري يجوز توقيعه بمعرفة المدير أو لجنة الشياخات، يدل على أن المشرع قصد ان يقاس الجزاء بما يثبت من خطأ). (عبدالفتاح حسن، ١٩٨٢ ص ٢٨٢).

أما **الاتجاه الثاني:** فينكر اعتبار التدرج في ذكر الجزاءات هو الأساس القانوني لرقابة التناسب لقيام هذا الأساس على عدم فهم سليم وصحيح لطبيعة الخطأ التأديبي والعقوبة التأديبية التي لا يمكن حصرها، وذكر هذه العقوبات متدرجة في القانون يأتي وفقاً لقواعد المنطق فقط ، إذ ليس من المنطقي ورود الجزاءات دون الترتيب من قبل المشرع.

ثانياً: مخالفة القانون في روحه ومعناه:

يرى جانب من الفقه أن مخالفة القانون في روحه ومعناه هي الأساس لرقابة التناسب في المجال التأديبي.

كما يرى الدكتور عبدالفتاح حسن أن عيب عدم التناسب هو إما عيب مخالفة القانون أو عيب إساءة في استعمال الحق، ولكنه يرجح بأن عيب التناسب هو عيب مخالفة القانون في روحه ومعناه مستندا على أن المحكمة الإدارية العليا المصرية عرفت الغلو في تقدير العقوبة بأن مخالفة الجزاء لروح القانون في حالة إذا كانت درجة خطورة الخطأ غير متناسبة مع نوع ومقدار الجزاء ويلغى القرار لعدم مطابقته مع روح القانون أو لمخالفته للقانون. (عبدالفتاح حسن، ١٩٨٢ ص ٢٨٣).

هناك اتجاه معارض آخر للرأي اعلاه حيث لا يعترفون بأن المخالفة القانون في روحه ومعناه هو أساس لرقابة التناسب، ومنهم الدكتور سليمان الذي ينتقد رأي الدكتور عبدالفتاح، حيث قال: أن عيب مخالفة القانون ليس إلا إحدى تسميات عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، ويؤكد أن محكمة النقض المصرية كانت لا تستعمله إلا للدلالة على عيب إساءة استعمال السلطة قبل تشكيل مجلس الدولة. (سليمان محمد الطماوي، ٩٧١١، ص ٦٩٧).

كما ينفي الدكتور مرعي مخالفة القانون في روحه ومعناه الأساس لرقابة التناسب لأنه يرى أن مخالفة القانون في روحه ومعناه هي إحدى التعبيرات الشائعة في قضاء المحاكم المصرية عند تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق. (محمد مرعي خيرى ادريس، ١٩٧١، ص ٦٢٦). حيث يقول أن ما قصده د. عبد الفتاح حسن هو عيب التعسف الذي هو يختلف عن الانحراف بالسلطة من البعد عن الغاية المشروعة.

و يقول الدكتور محمد فريد: إن الاتجاه الذي يقر بأن أساس رقابة التناسب هو مخالفة القانون وهم ذهبوا إلى ذلك لأنه لم يكن باستطاعتهم أن ترجع هذه الرقابة إلى نصوص القانون مباشرة، في حين يعتبرها ضرورية، وعند المفارقة الصارخة بين الخطأ والذنب، فلا غضاضة من اللجوء إلى فكرة أوسع وأرحب وهي فكرة روح القانون لتفسير رقابة القضاء الإداري للتناسب. (محمد فريد سليمان الزهيري، ١٩٧١، ص ٣٥٢).

نحن نرى أن مخالفة روح القانون كأساس لرقابة التناسب ليس في مكانه لأن مخالفة القانون فكرة مطاطية وفضفاضة ولا يمكن تحديده بالسهولة فيتغير من

شخص إلى آخر حسب قناعاته والملكات الذهنية. ولا نكون بصدد مخالفة القانون إلا إذا كانت هناك سلطات مقيدة.

ثالثاً: الاعتبارات العملية والعدالة:

اتجهت طائفة من الفقهاء في تفسيرهم للأساس القانوني لرقابة التناسب، من قبل القاضي الإداري، انه جاء وفقاً لاعتبارات العدالة ولا اعتبارات عملية، ومن أنصار هذا الاتجاه الأستاذان (DRAGO و AUBYE) حيث ذهبوا إلى أن مسلك مجلس الدولة، حيال فرض الرقابة القضائية على التناسب في قرارات الضبط المحلي، لا تفسره أي اعتبارات قانونية، وإنما يجد القضاء تفسيره في عدة اعتبارات عملية تتعلق في مجموعها بالسلطات المحلية، بوصفها سلطات منتخبة، كثيراً ما تدفعها الظروف المحلية إلى إساءة استخدام سلطاتها تماشياً مع رغبات الناخبين واتجاهات الرأي العام المحلي، حتى ولو كان ذلك على حساب الحريات العامة أحياناً. (مايا محمد نزار، ٢٠١٦، ص ٣٦).

كما يؤيد البعض بأن رقابة القاضي الإداري للتناسب في (قرارات البوليس) تركز على اعتبارات الواقعية أكثر من الاعتبارات القانونية، وتحقيق مبادئ العدالة القضائية يتوقف على تحقيق اعتبارات الملاءمة إلى جانب اعتبارات المشروعية. (محمود سلامة جبر، ١٩٦٩، ص ١٣٨).

ويتفق الدكتور عصام البرزنجي مع كل من (DRAGO و AUBYE) على أن الاعتبارات العملية والعدالة تشمل فقط مجال الضبط الإداري كأساس لرقابة التناسب، وأضاف (المشروعية) أيضاً كأساس آخر لرقابة التناسب. (عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، ص ١٧٢).

ويرى البعض من الفقهاء على رأسهم الدكتور محمد ابراهيم سليمان عدم الأخذ باعتبارات العدالة كأساس لرقابة التناسب للأسباب التالية. (مايا نزار ابو دان، ٢٠٢٦، ص ٣٧٤):

- مرونة وعدم تحديد اعتبارات العدالة

- اعتبارات العدالة قد لا توجب إلغاء القرار عند عدم التناسب بل يجب الإبقاء عليه، لأنه ليس من العدالة أن يتحمل الفرد آثار قرار بنى على وقائع خاطئة، وليس من المصلحة العامة إلغاء قرار خطأت الإدارة في تقدير وقائعه التي استند إليها، لهذا مد رقابتها على وقائع أخرى تبرر القرار.

- واعتبارات العدالة كل لا يتجزأ، كان يجب إخضاع كل القرارات إلى نطاق رقابة التناسب دون قصرها على القرارات التأديبية.

نحن نرى إن عبارة العدالة عبارة واسعة وفضفاضة ومطاطة لذلك نعتقد بأن الأساس القانوني لرقابة التناسب ليس هو اعتبارات العدالة فقط.

رابعاً: دور المنشئ للقاضي الإداري

ويرى هذا الاتجاه إن القاعدة التي ينشئها القاضي الإداري هو أساس لرقابة التناسب هذه القاعدة القضائية كما يرى الدكتور عصام البرزنجي: إن رقابة التناسب في مجال الضبط تجد أساسها في القاعدة التي يخلقها القضاء نفسه في هذا الشأن، ويضيف إلى ذلك أن القضاء الإداري ليس قضاء تطبيقياً فحسب بل هو قضاء إنشائي حيث ينشئ قاعدة قانونية ويضيفها إلى قواعد القانون الإداري مقتضاها أن يكون الإجراء الضبطي لازماً وضرورياً ومتناسباً مع أهمية الواقع. (عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، ص ٤٣٩).

ويرى (فيدل) أن القاضي الإداري لا يزال قاضي المشروعية، وهي تشمل القواعد التي يخلقها القاضي مستقلاً، ويستطع القاضي أن يضع الحدود بين السلطة المقيدة والتقديرية، ويستطع أن يدخل الملاءمة إلى المشروعية إعمالاً لسلطته الإنشائية. ويقول محمد الزهيري بأن رقابة التناسب من قبل القاضي الإداري سواء في مجال قرارات الضبط الإداري والتأديبية وأي مجال آخر هي القاعدة القضائية التي وضعها القضاء الإداري وسار عليها والتي يجب أن يكون فيها تناسب بين السبب والمحل كي نقول بأنه قرار ملائم من حيث التناسب بين أهمية الواقعة والأثر القانوني المباشر. (مايا نزار ابودان، ٢٠١٧، ص ٤٢٩).

خلاصة القول إن القواعد القضائية التي يضعها القاضي الإداري هي الأساس لرقابة التناسب لوجود التبريرات الآتية. (نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦، ص ٢٥٦):

١- تحقيق العدالة بمفهومها الشامل حيث لا يوجد مانع أمامه في ابتداع حل قانوني للمسألة عن طريق نص محدد أو تفسير نص قانوني معين، لأن القانون هو ليس غاية بل هو وسيلة والغاية هي تحقيق العدالة حسب ما يرى القاضي مناسباً.

٢- المبرر الآخر هو أن التناسب ينبع من الدستور الذي يؤكد أن هدف كل قانون هو تحقيق المصلحة العامة.

٣- ومن مبررات هذه الرقابة هو الحيلولة دون تحول واستخدام السلطة التقديرية بشكل غير مشروع من قبل الإدارة.

٤- المبرر الأخير هو متطلبات تحقيق التوازن بين مبدئي الفاعلية والضمنان، فحتماً يصب هذا التوازن في المصلحة العامة.

خامساً: المشروعية

يرى جانب من الفقه بأن المشروعية هي أساس لرقابة التناسب في مجال قرارات الضبط باعتبار أن التناسب في هذا المجال شرط من شروط مشروعية القرار أو عنصر من عناصر مشروعية القرار الإداري الضبطي، فالقاضي الإداري يباشر دوره الطبيعي كقاضي المشروعية عند إجراء التناسب بين سبب القرار الضبطي والإجراء المتخذ حياله.

كما يرى الفقيه (ديجي) عندما يطابق القاضي بين أعمال الإدارة والقانون بمفهومه الواسع، فإن رقابته على هذه الأعمال تبقى في نطاق المشروعية وليست في نطاق الملاءمة. (مايا نزار ابودان، ٢٠١٧، ص ٤٣).

ويرى الفقيه (فالين) أنه كلما مست حرية عامة بواسطة إجراء من إجراءات الضبطية فإن الإجراء لا يكون قانونياً ما لم يكن ضرورياً ولازماً وبعبارة أخرى ملائماً، ويجب على القاضي أن يفحص هذه الضرورة أو تلك الملائمة عندما يطرح النزاع عليه، أي أن الملائمة هي عنصر من عناصر المشروعية. (د نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٧، ص ٢٢٨).

ويقول الدكتور عبدالغني بسيوني إنه على الرغم من أن عنصر الملائمة في قرارات الضبط الإداري يراقب من قبل مجلس الدولة الفرنسي فإن هذا لا يعني انتقال القاضي من نطاق المشروعية إلى الملائمة بل عنصر الملائمة في هذا القرار يعتبر عنصر من عناصر المشروعية. كما يقول الطماوي أن القاضي الإداري لا يزال قاضي المشروعية وليس الملائمة، فالتناسب أو الملائمة عنصر من عناصر المشروعية في القرار الإداري. (عبد الغني بسيوني عبد الله، ١٩٩١، ص ٨٦، وبعدها).

ويقول د. عصام البرزنجي أن المشرع لم يحدد الإجراء المناسب في كل حالة ولم يضع معياراً توجيهياً معيناً كي يمكن الركون إليه لتحديد الإجراء الذي يجب اتخاذه، والمشرع لم يفعل أيّاً منهما، ويضيف الدكتور ماجد راغب: إن الخط الفاصل بين الملائمة التي هي عنصر من عناصر المشروعية والملائمة المحضة ليس تماماً لذلك يترك لتقدير القاضي الإداري. (عبد الغني بسيوني عبد الله، ١٩٩٧، ص ٤٢).

ويضيف الدكتور ماجد راغب: إن الخط الفاصل بين الملائمة التي هي عنصر من عناصر المشروعية والملائمة المحضة ليس تماماً لذلك يترك لتقدير القاضي الإداري.

كل ذلك دليل على أن هذه الآراء تقر بأن أساس التناسب هو مبدأ المشروعية.

وهناك من يرى أن أساس التناسب ليس مبدأ المشروعية، حيث يقرون بأن أساس الرقابة على الملائمة في القرارات الضبطية لا تجده في مبدأ المشروعية

وإنما تجده في القاعدة القضائية التي تضع من قبل القاضي الإداري، لعدم تحديد الإجراء المناسب في كل حالة على حدة من قبل التشريع، وعدم وضع معيار توجيهي معين يمكن الركون إليه لتحديد الإجراء الذي ينبغي اتخاذه، أو التمييز بين الملائمة كعنصر من عناصر المشروعية والملائمة المحضة.

نحن نرى لا يمكن أن تكون المشروعية أساس للملائمة لأن المشرع لم يقدّم بتحديد إجراء لكل واقعة محددة، وهناك صعوبة للتمييز بين الملائمة باعتبارها شرطاً من شروط المشروعية و الملائمة المحضة لأن هذا يتوقف على قناعة الشخصية للقاضي حسب هذا الرأي.

سادساً: إساءة استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة)

هناك اتجاه يقر بأن أساس رقابة التناسب في المجال التأديبي هو كونه قرينة على الانحراف بالسلطة، ويؤيد الطماوي هذا الرأي: إن السبيل الوحيد للطعن في القرار المشوب بعدم تناسب ساطع هو عن طريق اثبات الانحراف باعتباره أن الإدارة قد خرجت عند الحدود الخارجية للسلطة التقديرية. (سليمان محمد الطماوي، ١٩٨٧، ص ٨٣). ويعزز رأيه بحكم من المحكمة الإدارية العليا المصرية وهو: تقدير العقوبة للذنب الإداري الذي يثبت في حق الموظف هو من سلطة الإدارة لا رقابة للقضاء فيه عليها، إلا إذا اتسم بعدم الملاءمة الظاهرة أي بسوء النية. (مايا محمد نزار ابودان، ٢٠١٧، ص ١٥).

ويرى الدكتور محمود عاطف: إن عدم التناسب (الغلو) بين درجة ومقدار العقوبة وخطورة الخطأ هو قرينة على الانحراف بالسلطة، ومن وسائل اثباته (محمود عاطف البناء، ١٩٨٠، ص ٧٠).

ويعتبر الدكتور محمود حلمي: أن عدم التناسب في القرارات التأديبية بين درجة ونوع ومقدار العقوبة ودرجة الخطأ دليل على الانحراف بالسلطة ويجوز للقاضي إلغاء القرار غير الملائم لعدم مشروعيته لعيب الانحراف. (محمود عاطف البناء، ١٩٠، ص ١٠٩).

وجدير بالذكر أن هناك رأياً آخر ينتقد هذا الاتجاه ولا يقر بإساءة استعمال السلطة كأساس لرقابة التناسب لأن القول بأن العيب الملازم دائماً للسلطة التقديرية هو عيب الانحراف بالسلطة ليس تماماً في كل الاحوال، فليس من المستحيل أن توجد نظرية الانحراف في نطاق اختصاص المقيد. (مايا نزار ابودان ٢٠١٧، ص ١٦). ومن جانب آخر ينتقد هذا الاتجاه لأنه لا يقر باختلاف (الانحراف بالسلطة) مع (الغلو) في الطبيعة والمحتوى بحيث أن عيب الغلو هو عيب موضوعي وعيب إساءة في استعمال السلطة عيب ذاتي، ويقول عبدالفتاح عبد البر: أن عيب الإساءة في استعمال السلطة هو عيب يستقر في بواعث الإدارة الخفية ودوافعها الباطنة، ويعتبر من العيوب القصدية في السلوك الإداري، أما الغلو الذي يعني خطورة الذنب التي لا تتناسب مع نوع العقوبة ومقداره، ويمكن أن يتم بمعزل عن نيات الإدارة ودوافعها الكامنة، لأن الإدارة في هذه الحالة لا تستهدف تحقيق غرض آخر غير الغرض الواجب عليها استهدافه. (عبدالفتاح عبد الحليم عبد البر، ١٩٩٨، ص ٣٨)

وكذلك من حيث التنظيم التشريعي فإن عيب إساءة استعمال السلطة مقيد تشريعياً، حيث تقيد قواعد المشروعية، في حين أن عدم التناسب أو (الغلو) ليس مقيداً وغير منظم في التشريع، فالمشرع لم يتطرق إلى التناسب صراحة (حسان عبدالله يونس الطائي، ١٩٩٢، ص ٥٥٨).

ونقد آخر يؤخذ على هذا الاتجاه أن الغلو يركز على قاعدة موضوعية متميزة عن عيب إساءة استعمال السلطة ولا يصح أن تتحول هذه القاعدة إلى مجرد قاعدة من قواعد الإثبات لعيب الانحراف ولا يمكن أن يكون الشيء دليلاً على نفسه، وأخيراً عيب إساءة استعمال السلطة يتعلق فقط بعنصر الغرض الذي هو يتجسد في استهداف المصلحة العامة، ويبقى عنصر الغرض خارج دائرة رقابة التناسب في المجال التأديبي. (خليفة سالم الجهني، ٢٠٠٩، ص ٣٣٨).

سابعاً: أساس رقابة التناسب هو السبب.

جانب من الفقه يرى أن أساس التناسب هو الرقابة القصوى على ركن السبب، كما يقول الدكتور محمد حسنين، إن رقابة التناسب أو الغلو تمثل الرقابة

على السبب في صورتها القسوى التحقق من أهمية وخطورة الحالة الواقعية ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ في المجال التأديبي الذي هو عيب السبب^١ (حسان عبدالله يوسن الطائي، ١٩٩٢، ص ٥٣٨)، وسنده في ذلك هو رأي (فيدل) الذي يقول أن القاضي الإداري يستطيع أن ينقل الحدود الفاصلة بين كل من المشروعية والملاءمة بواسطة السلطة الإنشائية التي تمكنه من تقرير قواعد قانونية جديدة، ويجعل من بعض عناصر ملاءمة القرار أو (التناسب) شرطاً لمشروعية الجزاء التأديبي. (محمد حسنين عبدالعال، ١٩٧١، ص ١٨٥).

ويقول أيضاً أن مجلس الدولة لا يكتفي بالتحقق من وجود الوقائع وصحة تكييفها القانوني في القرارات التي تمس حريات وحقوق الأفراد أي (قرارات الضبط)، بل يقوم إلى جانب ذلك بمراجعة الإدارة في تقديرها للحالة الواقعية التي أصبحت مبررة للتدخل وتقدير خطورتها ومدى تناسبها بينها وبين الإجراء المتخذ بشأنها. (محمد حسنين عبدالعال، ١٩٧١، ص ٣٤٥).

وكما يؤيد عصام البرزنجي هذا الرأي ويقول إن عيب (الغلو) ذو طبيعة موضوعية وهو تقدير أهمية الوقائع المكونة للعقوبة، لذلك الرقابة التي تقع عليه هي رقابة الحد القسوى على السبب في القرار الإداري. (عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، ص ٥٦٣).

هناك رأي آخر يقول إن الرقابة القسوى لركن السبب لا يمكن أن يكون أساساً لرقابة التناسب مستندا على أن مدار بحث هذا الأساس يتركز فقط في نطاق السبب، ولا يمتد إلى علاقته مع المحل. أي أن الرقابة على السبب في صورتها القسوى هي نصف الرقابة والنصف الآخر هو الرقابة على المحل. (نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٧، ص ٢٤٤). ويقول البعض لعدم وجود أي نص في القانون الإداري على أن السبب يؤدي إلى إلغاء القرار صراحة، بل يرجعون عيب السبب إلى حالة إساءة استعمال السلطة لذلك ليس من الطبيعي إرجاع الشيء إلى أمر غير معترف صراحة بالنص. (خليفة سالم الجمهي، ٢٠٠٠، ص ٣٩٣)

أما نحن فنرى أن عيب التناسب هو عيب السبب بالدرجة الأولى، لأن الإدارة عندما تقوم بإصدار القرار يجري التناسب بين السبب والمحل كي يكون

قرارها ملائماً، وقبل أي شيء تحاول أن تقوم بإجراء تقديره الصحيح والدقيق في بواعث القرار الذي يسمى السبب ويتحقق من كل الملابسات والظروف التي ترافق السبب، وبعد ذلك يقوم رجل الإدارة بترتيب أثر قانوني مناسب له، لذلك لا يستطع أن يحسم قراره ما لم يقدر درجة خطورة وأهمية السبب، فالمحل هو النتيجة لهذا التقدير سواء كان صحيحاً أم غير صحيح، وكل من القاضي والإدارة لا يستطيعان أن يدعيا بصحة القرار وعدم صحته ما لم يقوموا بإجراء الفحص والبحث الجدي والدقيق في سبب القرار وملابساته وبعد ذلك يعثر له محل المناسب أو أثر مناسب له، وبعبارة أكثر دقة، حتى لو اعترفنا بالمحل غير مناسب فإن القاضي لا يستطع أن يلغي القرار تلقائياً ما لم يحكم بعدم صحة تقدير الإدارة للسبب وملابساته وظروف المحيطة به، أي الأثر هو نتيجة التقدير في السبب الدافع للقرار.

المبحث الثالث

حدود رقابة القاضي الإداري على السبب

سنحاول أن نتطرق في هذا المبحث إلى حدود رقابة القاضي الإداري على السبب في القرارات الإدارية، حيث أن هناك نوعين من الرقابة على سبب القرار الإداري، النوع الأول هو الرقابة التقليدية للقاضي الإداري على السبب، ويدور غالباً في نطاق المشروعية التي هي الرقابة على الوجود المادي للوقائع والتكليف القانوني السليم للوقائع، والنوع الثاني هو الرقابة الحديثة للقاضي الإداري على السبب، وهو تقدير أهمية وخطورة السبب ومناسبته مع المحل التي غالباً ما تسمى برقابة الملاءمة، لذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول للرقابة التقليدية، والمطلب الثاني للرقابة الحديثة، وذلك على نحو الآتي:

المطلب الأول

الرقابة التقليدية

إن الرقابة التقليدية للقاضي الإداري على سبب القرار تتمثل في فحص الوجود المادي للوقائع والتكليف القانوني السليم للوقائع حيث تسمى هذه الرقابة

بالرقابة المشروعية عند غالبية الفقهاء الإداريين، وستنطرق إلى حدود هذه الرقابة في الفروع الآتية:

الفرع الأول

الرقابة على الوجود المادي للوقائع

وتسمى هذه الرقابة بالرقابة الدنيا على صحة السبب القرار الإداري، ويعد هذا النوع من أدنى درجات رقابة القاضي الإداري على السبب، حيث يبحث القاضي عن وجود الحالة الواقعية أو الوجود المادي للوقائع^(١). (احمد كلك صالح الباجلان، ٢٠١٤، ص ١٠١).

والرقابة المادية للوقائع المكونة لسبب القرار تمثل الحد الأدنى للرقابة القضائية في هذا المجال ويخضع لها كل قرار إداري، سواء كانت سلطة الإدارة مقيدة بأسباب محددة للقرار أم كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار أسباب قراراتها وهو الأصل، ففي كل الحالات تخضع تلك الأسباب لرقابة قاضي الإلغاء من حيث توافرها في عالم الواقع المادي أم لا، فإذا أسست الإدارة قرارها على سبب معين ثبت للقاضي عدم وجوده كان قرارها غير مشروع نتيجة انتفاء أو عدم صحة السبب (محمد رفعت عبدالوهاب، ١٥، ٢٠٠٠).

بالنسبة إلى القضاء الفرنسي: يعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي (الأشهر والأقدم) حيث يسمى بحكم (كامينو) في عام ١٩١٦ حيث صدر قرار بفصل رئيس بلدية (هين دأي) تطبيقاً لقانون ١٩٠٨ في ٨ يوليو، وتتلخص وقائعه في صدور قرار بعزل الدكتور كامينو من وظيفته كعمدة، لما نسب إليه أنه لم يراع الوفاق اللازم لموكب جنائزي كان يشارك فيه، حيث أخذ عليه أنه أدخل التابوت من ثغرة في حائط المقبرة، ثم أمر بحفر حفرة غير كافية للقبر برغم احتقاره للمتوفى، وقد ألغى المجلس قرار العزل لبنائه على سبب غير صحيح من الناحية المادية (خليفة سالم الجمهي، ٢٠٠٩، ص ٣٢٦).

أما في القضاء المصري: فقد سار القضاء الإداري المصري على نفس منهج مجلس الدولة الفرنسي حيث فرض رقابته منذ إنشائه على صحة وسلامة الوجود المادي للوقائع المبررة للقرار الإداري.

كان لمحكمة القضاء الإداري في مصر دور طليعي في إلغاء القرارات التي كانت تستند إلى وقائع غير موجودة أو غير صحيحة فقد شملت سائر مجالات النشاط الإداري بدون أي استثناء حتى في الحالات التي تمتعت الإدارة بسلطة تقديرية واسعة تأثرا بالقضاء الفرنسي. (محمد حسنين عبدالعال، ١٩٧١، ص ١٣٥) ولم يختلف موقف قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر عن النهج السابق حيث قضت بأن: رقابة القضاء الإداري لصحة الحالة الواقعية أو القانونية التي تكون ركن السبب في القرار الإداري تجد حدها الطبيعي في التحقق ما إذا كانت هذه النتيجة التي انتهى إليها القرار مستمدة من أصول موجودة أو غير موجودة، وما إذا كانت هذه النتيجة مستخلصة استخلاصا سائغا من أصول تنتجها ماديا أو قانونية أم لا. (حكم المحكمة في القضية رقم ١٣٥١ سنة ١٠، ص ٣٤٩). وقد سار القضاء الإداري العراقي على ذات النهج المتبع في كل من مصر وفرنسا، حتى كانت هذه الرقابة موجودة قبل صدور قانون مجلس الشورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة. (حسن عبدالله الزهرة الدلفي، ١٩٨٩، ص ٣٢١).

كما جاء في حكم الهيئة العامة لمجلس الشورى الدولة بصفتها التمييزية حيث كان قد قرر وزير الدفاع بإحالة أحد منتسبي وزارته إلى التقاعد، وحكمت الهيئة بأنه لا يجوز للإدارة من تلقاء نفسها إحالة الموظف الذي لم يكمل ٦٣ من عمره إلى التقاعد ما لم يتقدم بطلب، ويكون مستوفيا شروط الإحالة إلى التقاعد، حيث أن مجلس الانضباط العام قد التزم بوجهة النظر القانونية المتقدمة وقضى بإلغاء الأمر المطعون فيه. (قرارات هيئة العامة لمجلس الشورى الدولة العراقية، ٢٠١١، ص ٢٨٠).

كما قضت محكمة القضاء الإداري في دعوى مطالبة أحد المواطنين بتسجيل قطعة أرض التي خصصت له من قبل بلدية كربلاء، كونه قدم كافة المستمسكات لكن الظروف القاهرة حالت دون التسجيل، وقد تبين للمحكمة ان المدعى لم يقدم أسباب عدم اكمال التسجيل، كما أنه لم يبين ما الظروف القاهرة، فالدعوى فقدت

سندها القانوني وهو عدم ثبوت الوجود المادي للواقعة التي كان يدعيها المدعي. (حكم محكمة القضاء الإداري، ٢٠١٢، ص ٣١٩).

الفرع الثاني

الرقابة على التكيف القانوني للوقائع

لا تقف رقابة القضاء الإداري لسبب القرار عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع المكونة للسبب في القضاء الإداري، بل تمتد إلى رقابة التكيف القانوني لهذه الوقائع.

والتكيف القانوني كما يقول الفقيه (فينزاي) هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية، بحيث يمكن أن يحمل القرار المتخذ عليها باعتبارها دافعاً مشروعاً لاتخاذها. (عصام عبدالوهاب البرزنجي ١٩٧١ ص ٣٥٦)، أو هو) إعطاء الواقعة الثابتة لدى رجل الإدارة، اسماً وعنواناً يحدد موضوعها داخل نطاق قاعدة القانون التي يراد تطبيقها، أو يدخلها ضمن الطائفة القانونية من المراكز أو الحالات المشار إليها في قاعدة القانون). (محمد عبيد الحساوي القحطاني ، ٢٠٠٣، ص ٥١٩). فعلى القائم بالتكيف إجراء التطابق بين الوقائع المادية المتحققة وبين النصوص القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع، ويستخلص قاعدة تطبيقية من النص العام وذلك من خلال تخصيص النص القانوني بإعطائه معنى أكثر تحديداً أو أقل عمومية مما هو عليه، أما بالنسبة للواقعة المادية فلا بد من رفعها إلى مستوى عمومية النص القانوني، وذلك من خلال إغفال العناصر المحيطة بها التي تكون عديمة الجدوى بالنسبة لها، والعمل على إبراز الصفات الجوهرية فيها، والمميزة لها من الناحية القانونية بحيث يمكن رفعها من حالتها الفردية إلى عمومية النص، وعلى هذا الأساس يمكن إجراء التطابق عن طريق تخصيص القاعدة القانونية وتجريد الواقعة المادية. (محمد حسنين عبد العال ، ١٩٧١، ص ٤٩). فقد يتبع القاضي أحد طريقتين أو كلاهما: فإما أن يتناول الواقعة بالتكيف لمعرفة مدى تطابقها مع القانون، أو أن يعالج القانون بالتفسير، لمعرفة مدى انطباقه على الواقعة. (محمد إبراهيم، ١٩٦٣، ص ٢٩).

فعملية التكييف القانوني لا تثير إشكالية كثيرة في حالة تحديد المشرع الحالات التي يجب ان تستند إليها الإدارة في قراراتها، فعملية التكييف تكون سهلة وبسيطة في هذه الحالة، وفي هذه الحالة نحتاج كقائم بها سوى التحقق من قيام الواقعة المادية، للتوصل إلى مدى انطباق قاعدة القانون عليها. أما في حالة عدم تحديد هذه الحالات التي تستند إليها في التكييف القانوني للوقائع أو تحديدها بشكل جزئي أو غامض فإن العملية تكون أصعب مما سبق. (حسن عبدالزهره الدلفي، ٢٠٠٣، ص ٦٦).

وقد يعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأول من مارس هذه الرقابة حيث أول حكم له باسم (كوميل) الشهير في (١٩١٤/٤/٤) حينما قدم (كوميل) طلباً إلى محافظ مدينة (السين) لإنشاء بناء في ميدان (بيوفيو)، ورفض المحافظ طلب الترخيص ل (كوميل) باعتبار أن البناء يشوه جمال أحد المواقع أو المناظر الأثرية مستندا على القانون (١٩١١/٧/١٣) المادة (١١٨)، بعد ذلك طعن كوميل في القرار أمام مجلس الدولة، فالمجلس قرر أن الميدان المذكور لا يمكن اعتباره أحد المعالم الأثرية لذلك فإن رفض المحافظ للترخيص يعتبر تطبيقاً خاطئاً للمادة (١١٨) من القانون. (رمضان محمد بطيخ، ٢٠٠١، ص ١١٣).

و بالنسبة إلى القضاء المصري، وقد استقر قضاء مجلس الدولة منذ إنشائه عام ١٩٤٧ على ممارسة الرقابة على التكييف القانوني للوقائع في جميع القرارات الإدارية. ولكن أخرج مجلس الدولة المصري بعد ذلك بعض من القرارات وامتنعت عن الرقابة عليها وهي قرارات الضبط الإداري مثل (إبعاد الأجانب والتصريح بالإقامة) و(قرارات ذات طبيعة فنية وعلمية بحتة) و(القرارات الضبط الخاصة بحمل الأسلحة أو الإتجار بها) (ثروت عبدالعال احمد، ٢٠٠٣، ص ١٠٧).

أما المحكمة الإدارية العليا في مصر بسطت رقابتها على التكييف القانوني منذ إنشائها بقانون ١٩٥٥، وأخرج الاستثناء الأول ولكن أبقى الاستثناء الثاني والثالث إلى يومنا هذا كما كان.

وفي العراق قرر مجلس الانضباط إلغاء عقوبة التوبيخ وفقاً لقانون انضباط موظفي الدولة لسنة ١٩٩١، باعتبار أن المعارض (المعاقب بعقوبة التوبيخ) الذي ساعد صديقه في تنفيذ عمل لمرة واحدة بدون ثمن وخارج أوقات الدوام الرسمي أي في الجمعة لا سيما أنه تبين للجنة التحقيق أن المعارض لم يتقاض أجرأ عن هذا الفعل أو أخذ مقاولاً لتنفيذ العمل لم يخالف الواجبات الوظيفية وفقاً للقانون المشار إليه سابقاً). (قرار مجلس الانضباط العام، ٢٠٢٠، ص ٢٨٩).

جدير بالذكر، إن أحكام القضاء الإداري العراقي مغايرة لما استقر عليه القضاء الإداري في مصر وفرنسا، حيث تخضع جميع القرارات الإدارية لرقابة التكييف القانوني للوقائع دون أي استثناء.

المطلب الثاني

الرقابة الحديثة (التناسب)

إن الرقابة الحديثة أو الرقابة التناسب تشمل توازن بين السبب والمحل في القرار الإداري، حيث هذه الرقابة تخرج عن نطاق المشروعية وتنزلق إلى نطاق الملاءمة، ولتوضيح هذه الرقابة ومدى تطبيقاتها، سنحاول أن نتطرق إلى هذا الموضوع والتمييز بينها وبين الرقابات الأخرى على نحو الآتي:

الفرع الأول

تقدير أهمية السبب وخطورة المحل (التناسب)

إن القاعدة العامة في الرقابة على السبب في القرار الإداري هي أن هذه الرقابة تقع على المستويين السابقين أي عند تحقق الوقائع المادية والتكييف السليم للوقائع وتسمى هذه الرقابة بالرقابة العادية على سبب القرار لدى البعض، ولا تمتد إلى تقدير أهمية الوقائع (السبب) وتقدير خطورة الإجراء المتخذ (المحل) من قبل الإدارة. (محمد فريد سليمان الزهيري ، ١٩٧١، ص ٣١). حيث تسمى هذه الرقابة برقابة الملاءمة التي تعتبر الدرجة القصوى من الرقابة التي يباشرها القضاء الإداري في شأن أسباب القرار الإداري. (شليفي طالب محمد العجيمي ، ٢٠٠٧، ص ٢٩). فالقاضي الإداري في نطاق فحص الوجود المادي والتكييف

الصحيح هو قاضي المشروعية، وليس له مراقبة تقدير أهمية وخطورة السبب لتبرير الإجراء المتخذ لأنه يجعل القاضي يخرج عن نطاق وحدود مهمته الأصلية كقاضي ويجعل السلطة الأعلى للإدارة، هذه كقاعدة عامة، إلا أن القضاء لم يلتزم بهذه القاعدة في كثير من الحالات أو بعض الفئة من القرارات التي يرى فيها حتمية إلزام الإدارة باتباع التناسب بين الوقائع التي تيرر القرار وبين الإجراء التي تتخذ من قبل الإدارة. (بوقريط عمر ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٧). هذه الفئة من القرارات هي التي تمس حقوق وحريات الأفراد خاصة في المجالين (التأديب والضبط).

الفرع الثاني

تميز رقابة التناسب عن رقابة المشروعية

هناك رأي بخصوص التمييز بين رقابة الملاءمة والمشروعية حيث يقول البعض أن الرقابتين (المشروعية والملاءمة) على طرفي نقيض مستندا إلى فكرة (هوريو) الذي نادى بالرقابة الخلقية، ومستندا إلى أصحاب المذهب التشريعي.

فكرة الرقابة الخلقية تعني أن مجلس الدولة الفرنسي حينما ينظر لعيب الانحراف ينبغي استلهم روح القانون لمواجهة روح العمل الإداري، فهو لا يبحث المشروعية بل يبحث عن القيمة الأدبية والأخلاقية في السلوك الذي اتبعته الإدارة. (محمد فريد الزهيري، ١٩٧١، ص ١١١). يرجع بعض الفقهاء ومنه د. محمد مصطفى أساس هذه الفكرة (هوريو) إلى قبل قيام مجلس الدولة الفرنسي، فكانت الرقابة رئاسيا تماما والقضاء كان متروكا لرئيس الدولة، و وجود العنصر الشخصي في عيب الانحراف إلى وصفه بالعيب ذي الطبيعة الادبية. (محمد مصطفى حسن، ١٩٩٩، ص ١١٨).

أما أصحاب المذهب التشريعي يقول: إن السلطة التقديرية تجد تفسيرها لديهم في المقابلة بين المشروعية والملاءمة، فرقابة القضاء الإداري طبقا لرأيهم ليست إلا رقابة مشروعية، وحتى إذا راقب القاضي الإداري الملاءمة فإن الملاءمة في هذه الحالة تشكل عنصراً من عناصر المشروعية، فالمشروعية لا يمكن تحديدها

بما يراقبه القاضي ماعدا ذلك فهو من قبيل الملاءمة التي تترخص فيها الإدارة.(عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، ص ١٠٣).

ويقول الدكتور عصام البرزنجي، إن الملاءمة فكرة عملية مادية تقوم على التوافق بين السبب والمحل أو الغرض، أما المشروعية فكرة مستمدة من النظام القانوني أي تخضع لتنظيم قانوني، حسب قوله لا تعارض بينهما بل ما يفرق بينهما هي أن الملاءمة عملية مادية والمشروعية عملية قانونية.(عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، ص ١٠٤)

كما ذهب جانب آخر من الفقه الحديث إلى تفسير رقابة القضاء على جوانب الملاءمة، على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق أو السلطة، وبمقتضاها فإن السلطة التقديرية إن كانت حقا للإدارة، فإنها تخضع لمبدأ عام وهو عدم التعسف في استعمال السلطة، فلا يمكن للقضاء التدخل إلا إذا تعسفت الإدارة بصدد موضوع ما في استعمال سلطتها التقديرية أو غالت فيها. (لنّدة يشوي، ٢٠١٠، ص ٣١٤)

ومن المسلم به أن المشروعية والملاءمة ليستا على خط واحد فالمشروعية تصرف معين يقاس بمدى الإلزام بقواعد القانون، ولذلك فهي مستمدة من النظام القانوني، أما الملاءمة فهي عملية تنظر إلى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين. فالمشروعية نقيضها عدم المشروعية والملاءمة نقيضا عدم الملاءمة، كما أن هناك قرارات مشروعة بينما هي غير ملاءمة وهناك قرارات غير مشروعة ولكنها قد تكون ملاءمة.(لنّدة يشوي، ٢٠١٠، ص ١١٣).

وعليه نخلص إلى أن رغم تناقض الفكرتين إلا أن رقابة الملاءمة هي جزء من رقابة المشروعية في القرارات الإدارية، فالقاضي الإداري يراقب الملاءمة من خلال رقابته المشروعية بعبارة أوضح، فإنه حتى يكون القرار الإداري مشروعاً يجب أن يكون ملائماً، وتلك هي الحقيقة التي أقرها القضاء الإداري لمجلس الدولة في فرنسا من خلال العديد من أحكامه، والقضاء العراقي والمصري يسيران بهذا الاتجاه الذي اشترط لمشروعية القرار التأديبي أن يكون خالياً من عيب عدم تناسب أو الغلو واستقر القضاء على أن العيب في تقدير

خطورة الخطأ ومناسبتها مع الجزاء التأديبي يعتبر خروجاً من نطاق المشروعية ويدخل إلى نطاق غير المشروعية.

ونحن نؤيد هذا الرأي تماماً. إسناداً إلى حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر عندما ذكرت (...وإنه حيثما تختلط مناسبة العمل بمشروعيته ...يلزم دائماً ليكون العمل مشروعاً أن يكون ملائماً ومناسباً وهو ما تنبسط عليه رقابة المشروعية من القضاء الإداري... وذلك دون أن يكون في ذلك إقحام للقضاء في نطاق السلطة التقديرية للإدارة. ذلك أن الإدارة يتعين أن تصدر في تصرفاتها ما يراعي الموازنة بين المصالح العامة المتفاوتة المدارج والوزن الأهمية ... وإذا لم تلتزم بذلك كان للقضاء الإداري بحكم ولايته التي أناطها به الدستور أن يردها إلى مجال المشروعية وسيادة القانون). (حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، ١٤٩، ١٩٩٣).

الفرع الثالث

تميز رقابة التكيف القانوني عن رقابة الملائمة

جدير بالذكر إن هناك رأيين مختلفين حول ما إذا كانت رقابة التكيف القانوني هي رقابة مشروعية أم (الملائمة).

١- جانب من الفقه يعتبر رقابة التكيف القانوني برقابة الملائمة، حيث يقول الفقيه (هوريو) بمناسبة تعليقه على حكم (كوميل) أن القاضي الإداري في هذا الحكم قد خرج عن مهمته الأصلية (التقليدية) في الرقابة على المشروعية وأصبح يباشر بجوارها رقابة الملائمة، وبصدور هذا الحكم لم يعد من اعتبار قضاء تجاوز السلطة مجرد قضاء المشروعية فقط، حيث يقول: إن إعطاء الإدارة سلطة التكيف القانوني في حالة النصوص التشريعية الغامضة والعامّة يعني إعطاء مجالاً لتقدير الملائمة التي يستطع أن يتدخل فيها القاضي بالتنظيم والضبط بقواعد قانونية جديدة حسب ما لديه من اعتبارات شخصية له. (محمد فريد سليمان الزهيري، ١٩٧١، ص ٤٨).

ويقول الفقيه (جيز): أن رقابة مجلس الدولة للموقع الأثري في حكم (كوميل) تعرض لتقدير الملاءمة ما دام القاضي الإداري قد أحل تقديره الشخصي محل تقدير الإدارة فهو بهذا يجاوز إطار المشروعية. (محمود سلامة جبر، ١٩٩٩، ص ٣١٦).

ويقول الدكتور سيد محمد إبراهيم، أن رقابة مجلس الدولة المصري التكييف القانوني في هكذا حالات تقع على السلطة التقديرية للإدارة لا على حدودها، كون التكييف القانوني يعتبر مجالاً للملاءمة التي تترك للإدارة كي تقوم بها، وتكون حرة في التصرف فيه دون الزام، القاضي يعمل في هذا المجال تقديره الشخصي ويخرجه عن نطاقه الطبيعي في الرقابة على القرارات الإدارية ويدخله إلى مجال الملاءمة. (د سيد محمد إبراهيم سليمان، ١٩٦٣، ص ١٧٠).

وكما أيد جانب من الفقه، إن هذه الرقابة تكون رقابة ملاءمة إذا كان المشرع لم يحدد صحة تكييف الوقائع أما إذا حدد المشرع صحة هذا التكييف فإنها تعتبر رقابة المشروعية. (رمضان محمد بطيخ، ٢٠٠١، ص ٦٧).

٢- أما جانب آخر من الفقه فيعتبر هذه الرقابة برقابة المشروعية في حالة السلطة التقديرية للإدارة، كما يقول (فالين)، ويأخذ بفكرة الطوائف القانونية، حيث يرى في التكييف القانوني للوقائع أن القاضي يقوم بتفسير إرادة المشرع، لأن المشرع لا يحدد على نحو دقيق كافة شروط الوقائع التي تحمل القرار بل يدرج كافة الحالات الواقعية الواقعية التي تجمع بينها سمات المشتركة في إطار طائفة واحدة، فالقانون أوجد طائفة ... بنصه على ترتيب إجراءات معينة. (محمد فريد الزهيري، ١٩٧١، ص ٥٥).

مثال ذلك فكرة الأخطاء التأديبية في مجال الوظيفة العامة، حيث أن طائفة المخالفات التأديبية قد أوجدها المشرع بالنصوص التي تبيح للإدارة توقيع جزاءات معينة عند حدوث هذه الأخطاء وعلى القاضي حتى يتوصل إلى تطبيق هذه النصوص أن يقوم بتحديد معالم هذه الطائفة (حسان عبدالله يونس الطائي، ٢٠٠١، ص ٣٥١).

ويقول (auby et drago): إن في رقابة التكييف القانوني رغم أن القاضي قد يستبدل فيها تقديره محل تقدير الإدارة، إلا أن هذا لا يعني أنه يقوم بملاءمة القرار، بل نتيجة عدم قيام المشرع بتحديد الشروط الخاصة بالوقائع بشكل واضح أحياناً، فإن القاضي هنا يقوم بدوره العادي في تفسير وإزالة الغموض التشريعي للوصول إلى القصد الحقيقي ونية المشرع وحيث يستخدم القاضي عادة هذه العبارات التي تبرر الوقائع. (حسان عبدالله يونس الطائي، ٢٠٠٣، ص ٣٥٣).

ويرى الدكتور سليمان محمد الطماوي أن رقابة التكييف القانوني للوقائع في حد ذاتها تعتبر رقابة عادية على مشروعية سبب القرار الإداري بجوار رقابة الصحة المادية للوقائع. (سليمان محمد الطماوي، ١٩٧١، ص ٥٥). ويقول الدكتور عبدالفتاح حسن: إن سبب القرار يجب أن يكون موجوداً فعلاً من الناحية المادية ويجب توافر الوصف القانوني المطلوب فيها، ويجب أن يتناسب السبب مع محله. (عبدالفتاح حسن، ١٩٨٢، ص ٢٨٠).

المبحث الرابع

الوسائل الحديثة للرقابة على التناسب

مع تزايد مظاهر السلطة التقديرية للإدارة الناجمة عن تخلي المشرع أو عجزه عن تقييد هذه السلطة، لجأ القضاء الإداري إلى قلعة الدفاع عن الحقوق والحريات ضد تعسف واستبداد الإدارة في استخدامها لحريتها في التقدير حتى لا تقلت سلطة الإدارة من أي قيد. حيث ابتدع القاضي الإداري بعض التقنيات للحد من هذه السلطة وإعادتها إلى نطاقها المعقول، والذي في إطاره تحفظ حقوق الأفراد وحرياتهم وتحقق بهذا العدالة. منها النظرية الخطأ الظاهر و الغلو.

المطلب الأول

مفهوم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

هناك عدة تسميات لهذه النظرية وهي: الخطأ الظاهر في التقدير، الخطأ السطحي في التقدير، الخطأ البارز في التقدير الخطأ الواضح في التقدير، الغلط البين في التقدير.

نظرية الخطأ الظاهر في التقدير هي من صنع مجلس الدولة الفرنسي واستنتجت عن أحكامها، حيث تعد من أحدث النظريات القضائية في قضاء الفرنسي، حيث نشأة من خلال (الستينات) القرن الماضي، وبرزت هذه النظرية نتيجة جهود طويلة ودائمة لمجلس الدولة لمواجهة خطر توسع نطاق السلطة التقديرية للإدارة. إلا أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي لم تورد تعريفاً للخطأ الظاهر بل اكتفت بالإشارة إلى الفكرة التي يقوم عليها الخطأ الظاهر، بتريديد بعض عبارات أصبحت شبه مستقرة. (بلعيد دليمة، ٢٠١٦، ص ١٦)

الفرع الأول

تعريف الخطأ الظاهر

يعرفه الفقه (فيدل) بأنه: الخطأ الذي يكون واضحاً وجلياً للشخص العادي، أو هو الذي لا يوجد أدنى شك في وجوده لمن له عقل مستنير، أو هو الذي يكون جلياً و واضحاً و بيناً يعني جسيماً، فاحشاً، و ساطحاً لدرجة أنه ظاهر حتى لغير قانوني. (مايا نزار ابودان، ٢٠١٧، ص ٧١).

كما يعرفه الدكتور محمود سلامة جبر بأنه: عيب يشوب تكييف الإدارة في تقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري و يبدو بيناً وجسيماً على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة، وتتجاوز الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع ويكون سبباً لإلغاء القرار عند شوبه بهذا العيب. (مايا نزار ابودان، ٢٠١٧، ص ٧٩).

والفقه العراقي ليس بعيداً عن الفقه المصري حيث يقول إن الغلط البين هو " الخطأ الجسيم الذي يرتكبه مصدر القرار الإداري في تقدير الوقائع التي تبرر القرار الصادر. (ماهر صالح العلاوي، ٢٠٠٩، ص ١٨٩).

نحن نعرف الخطأ الظاهر بأن: الخطأ الصارخ والواضح الذي وقعت فيه الإدارة عند تقديرها للخطورة وأهمية السبب القرار المتخذ وتناسبها مع المحل، يستعمله القاضي الإداري كتقنية أو وسيلة للكشف عن تجاوز الإدارة عن حدود المعقول لسلطتها التقديرية بعد كشف كل الملابسات والظروف التي أحاطت به من

قبل القاضي الإداري من صلب الدعوى وأوراقها، تبعا لذلك يكون القرار عرضة للإلغاء.

الفرع الثاني

مضمون النظرية

لكي أن نوضح مضمون نظرية الخطأ الظاهر لا بد أن نقوم بتوضيح أساس وأسباب النظرية وحالات تحقق هذه النظرية وقوام هذه النظرية، والمعايير التي تبني عليها النظرية وإثباتها كما يلي:

أولاً: معيار الغلط البين: من الواضح هناك معيارين، (اللغوي والموضوعي) للغلط البين لدى الفقه الإداري وهما:

المعيار اللغوي: مؤيدو هذا المعيار يقرون بأن كلمة ساطح أو (البين) التي يوصف بها الغلط يعني أن هذا الخطأ قد بلغ إلى حد الجسامة والوضوح حيث يكفي ذلك الوضوح لخلق القناعة لدى القاضي بوجود هذا الغلط وهذا الوضوح يكفي لتبديد أي شك لديه إزاءه (مايا نزار ابودان، ٢٠١٧، ص ٧٩). وتتجسد درجة الوضوح لدى (aubet) و (drago) في كون الخطأ بديهياً، أو صارخاً أو خطيراً أو جلياً أو فاحشاً أو جسيماً، فإذا تحقق في الخطأ أحد من هذه الأوصاف أصبح ساطعاً وتقاس درجة الوضوح بمعيار الرجل العادي، هو من أوسط الرجال ليس ذكاه فائقاً ولا بالغ الغباء، ويستطع أن يراه متى ما وقع تحت بصره (ابويي دراكوا، ١٩٥٦، ص ٣٠٤)، ربما يكون الغلط مرئياً حتى بالنسبة لغير المتخصصين من رجال القانون، هذا من ناحية الوضوح، أما من ناحية الجسامة يعني أن يبلغ الخطأ إلى درجة الجسامة تفوق درجة البساطة. كما يرى الفقه (Costa) الخطأ يجب أن يكون ساطعاً أي أن يكون واضحاً جسيماً يقفز أمام العين. (رفيق بومدين، ٢٠١٥، ص ٣٤).

نحن نرى أن هذا المعيار لا يصلح لوحدة لكشف الغلط البين (الخطأ الظاهر)، لأن هذا المعيار يركز على أن الشخص العادي يستطيع أن يحس به وهذا ليس منطقياً لأن في معظم الأحيان يحتاج الكشف الخطأ إلى خبرات ومؤهلات العملية

والفنية فضلا عن القانونية، فلا يمكن لشخص عادي إدراك به، ثانياً يركز على أن القاضي بمجرد النظر إلى الدعوى يلمس بالخطأ وهذا ليس منطقياً أيضاً لأن كل الدعاوى تحتاج إلى فحص وتقصي العميق من قبل القاضي.

٢- المعيار الموضوعي: يكاد يجمع الفقه على أن (الخطأ الظاهر) معياراً موضوعياً حيث يعتمد القاضي على ملف الدعوى وأوراقها بعيداً عن الرأي الشخصي له بغية الوصول إلى الخلل في هذا التقدير، إن هذا المعيار لا يعني ثمة معيار محدد وثابت، فالموضوعية هناك تقتصر على التقدير والطريقة التي يراد بها الاستدلال على قيام الخطأ البين حيث يبين هذا الاستدلال والبحث لا يخضع التقدير الشخصي للقاضي وإنما يستخلص من ملف الدعوى وأوراقها (رمضان محمد بطيخ، ٢٠٠٣، ص ٤٤٤).

نحن نرى لوجود الانتقادات الموجهة إلى المعيار اللغوي فإن المعيار الموضوعي أكثر منطقياً وعدلاً، لكن هذا المعيار لا يكفي لوحده أيضاً، حيث أن معيار اللغوي أي الوضوح وتجاوز المعقولة يساعد القاضي على كشف كل الظروف والملابسات التي أحاطت بتقدير الإدارة للوقائع التي تسمى بمعيار موضوعي ويلعب دور في سرعة وصول القاضي الإداري إلى الخطأ الذي وقعت فيها، أما معيار الموضوعي هو أهم والرئيسي لأن الدعوى تتوقف على الموضوعية في إطار قناعة الشخصية للقاضي.

ثانياً: أسباب النظرية: من أهم أسباب ظهور نظرية (الخطأ الظاهر) هو تفعيل دور وسلطة القاضي في تحقيق العدالة والدفاع عن حقوق الأفراد وحريات في مواجهة الإدارة التي تتمتع بامتيازات السلطة العامة، نتيجة لعدم وجود نص يقيد اختصاص السلطة الإدارية .

وسبب آخر هو أن رقابة القاضي الإداري على الوقائع التي تستند إليها القرارات الإدارية كانت رقابة محدودة، إذ كانت تقتصر على التثبت من صحة هذه الوقائع، من الناحية المادية دون التصدي إلى تقديرها عن طريق رقابة تكيفها القانوني من جانب الإدارة.

سبب آخر هو أن هذه النظرية وسيلة تساعد القاضي الإداري في الرقابة على ممارسة السلطة التقديرية إما في مسألة فنية التي تتضمن خطأً ساطعاً وإما في مسألة التي تكون للإدارة سلطة تقديرية واسعة وتقوم بإغفال جسيم للمنطق والحس السليم.

ثانياً: حالات تحقق النظرية: هناك حالتين لتحقيق النظرية وهما:

أ- عندما يكون هناك إفراط في الشدة، إذ إن قسوة الإدارة قد تقود إلى تعطيل المرافق العامة عبر خوف الموظفين وعدم اقدمهم عن تحمل المسؤولية فلا يجوز مثلاً في القرارات التأديبية أن يعاقب الموظف الذي غاب عن دوامه يومين فقط في سنة بالفصل من الوظيفة ففي ذلك قسوة واضحة.

ب- إذا كان هناك إفراط في الشفقة، إذ إن شفقة الإدارة، واستهانتها بالخطأ قد تؤديان إلى استخفاف الموظفين بقيام بواجبه شخصي، وإلى استخفاف برؤساءهم وجميع واجباتهم الوظيفية، فيصبح المرفق العام مكاناً لأهوائهم، ومصالحهم الشخصية فلا يجوز مثلاً في القرارات التأديبية عقوبة موظف الذي قام بتلاعب بدرجات الطلاب عقوبة قطع راتب يوم، لأن هذه العقوبة فيها إفراط في الرحمة والشفقة.

الفرع الثالث

تقدير فكرة الخطأ الظاهر

لتقدير الفكرة الخطأ الظاهر هناك رأيان مختلفان وهو (المناهض والمؤيد) على نحو الآتي:

أولاً: الرأي المعارض: يستند انصار هذا الاتجاه على:

أ- فكرة الخطأ الظاهر تؤدي إلى التوسع في بعض الأعمال التي هي غير خاضعة لرقابة التكييف القانوني. (مايا نزار ابودان، ١٣٠، ٢٠١٧).

ب- ان تقدير أهمية الوقائع يتعين على القاضي أن يأخذ كل الملابسات و الظروف و الاعتبارات الأخرى بنظر الاعتبار، حتى كل هذه الظروف و الاعتبارات التي لا يمكن لغير الإدارة العلم بها حيث تمكنها من تقدير أهمية هذه الوقائع.

ج- رقابة الخطأ البين تتعارض مع جوهر السلطة التقديرية فمثلا في مجال العقوبات التأديبية باعتبار تقدير ملائمة العقوبات من اختصاص الإدارة وحدها وليس القضاء الإداري، الرقابة تكون فقط على الحدود الخارجية للتقدير دون امتدادها إلى التقدير ذاته الذي أجرته الإدارة، وليس للمحكمة التدخل في هذا التقدير الاعتبارات بالقدر المسوح وهو في الظروف التي تجري الإدارة فيها هذا التقدير. (محمد فريد الزهيري، ١٩٧١، ص٢٤٩).

ثانياً: الرأي المؤيد: أنصار هذا الرأي يقر بأن القلق والاضطراب الذي واجهه عدد من الفقهاء عند نشأة الفكرة كان مبالغاً فيه، والتطورات السريعة التي طرأت على الفكرة أدت إلى تبديد الشكوك والمخاوف حول الفكرة.

إن القول الذي تمسك به بعض من الفقهاء أن رقابة الخطأ الظاهر تؤدي تراجع في رقابة التكيف القانوني لبعض اعمال الإدارة خصوصا في مجال (التأديبي والبوليسي) غير منطقي لأن التطبيقات المتعددة والكثيرة للخطأ الظاهر في التكيف القانوني كانت خير دليل على عدم صحة هذا الخوف، وأثبتت بما لا يدع مجالا للشك أن هذه الرقابة أصبحت بناء جديدا في صرح الرقابة القضائية.(محمود سلامة جبر، ١٩٩، ص٢٥٧).

المطلب الثاني

نظرية الغلو

لقد ابتكر القضاء الإداري في مصر وسيلة قضائية لرقابة تقديرات الإدارة المبالغ فيها في المجال التأديبي، على غرار ما فعل القضاء الإداري الفرنسي في تكريس الرقابة الخطأ الظاهر في التقدير كوجه من أوجه الإلغاء إلى جانب الأوجه

التقليدية. وإن كان هذا إعمالاً لمبدأ التناسب الذي فتح المجال لمراقبة في هذا الميدان وتطور لفكرة الغلو.

القضاء المصري أسبق في رقابته على التناسب بين العقوبة والخطأ التأديبي من القضاء الإداري الفرنسي، وهذا منذ عام 1961، في حين طبقه القضاء الفرنسي في المجال التأديبي في قضية Lebon عام 1978.

الفرع الأول

تعريف الغلو

أولاً: لغة: أتت من أصل (غلو و غلا) بمعنى زاد وارتفع، و غلا النبات بمعنى التف و عظم، والمغالات في الأمر هي: المبالغة فيه، والمغالات في الشيء هي رفع ثمنه، وجمع الغلو (غلوات و غلاء). (ابن منظور، دون سنة، ص ٢٤٩). والاسم هو الغلاء. (قاموس اللغة، دون سنة، ص ٦١٩).

ثانياً: قضائياً: وقد استخدمت القضاء المصري الفاظ متعددة لتعبير عن كلمة الغلو التي ابتكره بنفسه، لكن جميع هذه العبارات تدل على نتيجة واحدة. وليس هناك تعريفاً محدداً بل تشير إليها ضمن أحكامها.

حيث استخدمت المحكمة الإدارية العليا عبارة (عدم الملاءمة) بين خطورة الذنب الإداري وبين نوع العقوبة ومقدارها. كما استعملت كلمة (عدم التناسب الظاهر) بين الجزاء والأخطاء في بعض أحكامها، وكما استعملت كلمة (عدم التناسب البين) واستخدم أيضاً عبارة (المفارقة الظاهرة) أو (التفاوت الصارخ) بين حق المدعي والجزاء المفروض عليه. (توانا جمال عبدالواحد، ٢٠١٤، ص ٥٤٢).

ثالثاً: اصطلاحاً: إن الغلو لم يعرف لا في التشريع المصري ولا في قضائه وهذا فتح المجال أمام الفقهاء أن يجتهد ويساعد القضاء في تحديد إطار قانوني لتعريفه كما يلي:

كما يعرفه الدكتور رمضان بطيخ بأنه "صورة صارخة من صور عدم التناسب بين سبب القرار ومحلّه، تمارس المحكمة رقابتها الصريحة عن طريقه على مدى ملاءمة القرار التأديبي". (رمضان محمد بطيخ، ١٩٨، ص ٢٩١).

ويعرفه عبدالفتاح عبد البر بأنه "رقابة الغلو تتحقق حينما يكون الجزاء غير ملائم للخطأ سواء في الإسراف في الشدة أو الإفراط في اللين" (د. عبد الفتاح عبدالحليم عبدالبر، ١٩٩٦، ص ٣٤).

نستطع القول بأن: الغلو هو أداة قضائية يستعمله القضاء الإداري لمواجهة عدم التناسب القرار الذي يحدث نتيجة عدم دقة السلطة الإدارية التأديبية لتقدير السبب وإيجاد اثر قانوني مباشر المناسب له، سواء أكان ذلك افراطا في العقوبة والتقريط فيها، بحيث يشكل اخلافاً بالصالح العام ويهدر الغرض المراد تحقيقه جراء العملية التأديبية عند عدم مراعاتها وفقاً للمعيار الموضوعي. وذلك حتى في الحالات التي لم يضعها المشرع ضمن اختصاص القاضي الإداري لتحقيق ضمانته أوفر للمواطنين وزيادة الفاعلية لرقابة القاضي الإداري.

الفرع الثاني

مضمون النظرية

أولاً: أسباب وضع النظرية: من الأسباب التي دفعت النظرية هو امتناع المشرع عن تحديد العقوبات التأديبية مع الخطأ الذي يطابقه حيث يقول بعض إن السلطة التأديبية عندما تقوم باختصاصاتها التقديرية في تقدير الخطأ واختيار العقوبة تكون شريكة مع المشرع في تحديد الأوصاف الخطأ وربطها بالجزاء، وهذا يؤدي إلى أن تحديد الخطأ متروك للسلطة التنفيذية وتحديد العقوبة للسلطة التشريعية ربما يؤدي إلى الانحراف فيها من قبل السلطة التأديبية أحياناً، وهذا أدى إلى افراط أو إسراف بعض الجهات الإدارة في سلطتها التقديرية بخصوص العقوبات التأديبية حيث كانت فيها التنافر والتفاوت الصارخ بينه وبين السبب القرار أي الخطأ الذي بنى عليه القرار. وسبب آخر وفقاً لقيمة القانونية للغو هو أنه ليس هناك تناقض بين سلطة التقديرية للإدارة والعقوبات المتعددة الإدارية لسلطة التقديرية في اختيار الجزاء غير مطلقة وغير تحكيمية بل القضاء قد أخذ

على عاتقه وضع القواعد التي من شأنها أن تحكم مسار الإدارة و توجهاتها في عمها، والسلطة التقديرية التي ممنوحة قانونا للإدارة لا تعني لا تخضع لرقابة القضاء الإداري بل كيفية ممارسة هذه السلطة التقديرية والخلل في ممارسة هذه الكيفية تخلق عدم التناسب بالتالي يتسم القرار بالغلو سواء كان تفريطا أم افراطا. (نكتل إبراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٧، ص ٢٧).

ثانياً: حالات تحقق النظرية: لا يقتصر قضاء المحكمة الإدارية العليا في الغلو على حالات الإسراف في الشدة عند العقوبة التي تختارها، بل يمتد إلى حالات الإفراط في الشفقة أو اللين.

أولاً: الغلو في الشدة: حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بعقوبة الخصم من المرتب لمدة شهرين بدلاً من عقوبة العزل مع الحرمان من المعاش أو المكافأة التي قضت بها المحكمة التأديبية. (حكم المحكمة الإدارية العليا ، ١٩٦٢ ، ص ٢٧). الغلو متمثل باللين: حيث قضت المحكمة بتشديد هذا اللين وهو "..خفض الراتب بمقدار عشرة جنيهاً شهرياً إلى عقوبة الفصل.

ثالثاً: معيار وخصائص نظرية الغلو:

بالرجوع إلى أحكاماً المحكمة الإدارية العليا نصل إلى أن خصائص الغلو لا تختلف عن خصائص الغلط البين كما تطرقنا من قبل، حيث تقول في حكم لها بأن: العيب الغلو هو التفاوت الظاهر أو عدم التناسب البين بين درجة خطورة الذنب المرتكب ولجزاء الموقع عنه. (حكم المحكمة الإدارية العليا، ١٩٦٣، ص ٣٩٨). وهذه الخاصية تدل على الظهور والوضوح.

هناك خاصية أخرى وهي (التفاوت الصارخ أو الجسيم) بين العقوبة والخطأ، أي يجب أن تبلغ درجة الخطأ إلى درجة الجسامة والصارخ تقوف درجة الخطأ البسيط الذي يكمن للقاضي التعاضي عنها، إن هاتين الخاصيتين يكاد أن يجمع الفقه الاتفاق عليها على رغم ذلك نستطع القول بأن هناك اختلافاً جدياً بخصوصها.

أما فيما يتعلق بمعيار النظرية، فإن معيار الغلو هو معيار موضوعي وليس معياراً شخصياً في حالة الحكم بمشروعية القرار وعدم مشروعيته، قوامه عدم تناسب درجة خطورة الخطأ الإداري مع نوع ومقدار الجزاء الموقع عنه، وإن تعين الحد الفاصل بين نطاق المشروعية- في الصورة المذكورة- هو ما يخضع لرقابة هذه المحكمة، وهو تقدير بمعزل عن نيات الإدارة ودوافعها الكامنة، طبقاً لحكم الصادر في ١١/١١/١٩٦١ من المحكمة الإدارية العليا. (مايا نزار ابودان، ٢٠١٧، ص ٩٧).

إن التقدير السليم للعقوبة المناسبة مع الذنب الإداري يضع السلطة التأديبية في أفضل الأحوال والظروف وينبغي عليها أن تجري هذا التقدير بروح موضوعية وبعيدا عن نزوات الشخصية والبواعث الذاتية، بشروط أن يكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه وهذا الالتزام قانوني ولا مجرد ضابط من ضوابط البدهاء. (محمود سلامة جبر، ١٩٩١، ص ٥٣٨).

الفرع الثالث

مقارنة بين النظريتين

لمقارنة بين النظريتين نحاول أن نبرز النقاط المشتركة والخلاف بينهما على نحو الآتي:

أولاً: نقاط المشتركة

١- كلاهما من خلق القضاء الإداري، كي يمارس القضاء الإداري فحص ورقابة التناسب بين السبب ومحل القرار الإداري وتحدي إسراف الإدارة في مباشرة سلطتها التقديرية، أي بخلاف التناسب فإن القرار يفقد مشروعيته ويؤدي إلى بطلانه.

٢- كلاهما تتحقق في التفريط في اللين والإفراط في الشدة، والمعيار الموضوعي يرجح في كلا منهما على الشخصي. (مايا نزار ابودان، ٢٠١٧، ص ١٢٩).

ثانيا: نقاط الخلاف

- ١- الفقه المصري لم يعطي تعريفاً محدداً في البداية للغو بينما اتفق غالبية الفقه الفرنسي على إعطاء تعريفاً محدداً للخطأ البين أي ربط الكلمة بوضوح وجسيم مسبقاً. (مايا نزار ابودان، ٢٠١٧، ص ١٢٧).
- ٢- مجال الأساسي لتطبيق النظرية الغلو في مصر هو مجال التأديب منذ حكم في ١٩٦١، أما في مجال التأديب لم يمارس القضاء الفرنسي إلا بعد عام ١٩٧٨ في حكم ليبون، حيث وسع مجلس الدولة الفرنسي نطاق عمله بهذه النظرية إلى نطاق الضبط الإداري والاقتصادي والبيئي. (نكتل إبراهيم عبدالرحمن، ١٩٣، ٢٠١٧).
- ٣- أما جانب من الكتاب عند التفرقة بينهما يقررون بأن القاضي الإداري في مصر يستطع تطبيق الجانب السلبي والإيجابي في حكمه حيث يحل محل الإدارة عندما يرى أن القرار التأديبي مشوب بعدم التناسب، في حين القاضي الفرنسي يكتفي فقط بجانب السلبي وهو إلغاء العقوبة التأديبية غير المتناسبة دون إحلال محل الإدارة في توقيع عقوبة أخرى التي يراه مناسبة بل تترك لسلطة الإدارة مرة أخرى لمراجعتها ومناسبتها. (محمد سيد احمد، ١٩٩١، ص ٥١٢).

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والمقترحات منها:

أولاً/ الاستنتاجات

- ١- التناسب هو مبدأ من المبادئ العامة للقانون يعبر عن علاقة منطقية، أو متوافقة بين أهمية وقائع السبب والإجراء المتخذ أي المحل.
- ٢- لم يورد القضاء الإداري في كل من (فرنسا ومصر والعراق) تعريفاً محدداً للتناسب بل اكتفى القضاء في أحكامه بالتأكيد على وجوب تناسب القرار.

٣- نطاق الرقابة على التناسب في القضاء الإداري يقسم على قسمين، القسم الأول في (مجال العقوبات الانضباطية) والثاني في (مجال الضبط الإداري).

٤- ابتدع القاضي الإداري بعض من التقنيات أو الوسائل الحديثة للحد من السلطة التقديرية للإدارة وإعادتها إلى نطاقها المعقول، (نظرية الخطأ الظاهر) في فرنسا و(نظرية الغلو) في مصر تعتبران من بين هذه الوسائل التي يستعملها القاضي الإداري في رقابة التناسب.

٥- إن العلاقة بين التناسب والسلطة التقديرية هي أن التناسب يدخل ضمن مجالات السلطة التقديرية للإدارة إلا أنه لا يستغرقها، فهو أحد تصرفات الإدارة تقوم بجوارحه تصرفات أخرى كثيرة، أما عن علاقة التناسب بالملاءمة فهي أن مفهوم الملاءمة يستغرق ويستوعب مفهوم التناسب لأنه أوسع منه ويدخل ضمن أحد جوانبه، ومن ثمة فهما لا يتطابقان، ولا يمكن أن يكونا مرادفان للآخر.

٦- لم يحدد لا الفقه والقضاء أساساً قانونياً محدداً لمبدأ التناسب بل هناك جدل فقهي عميق، وعليه نحن نميل إلى أن يكون رقابة على السبب كأساس قانوني للتناسب.

٧- على الرغم من أن النظرية (الغلو والخطأ الظاهر) تهتمان بكلا المعيارين (اللغوي والموضوعي) لأنهما يكملان بعضهما البعض، إلا أن معيار الموضوعي يرجح في كلا منهما على اللغوي.

٨- رقابة التناسب لا تتنافى مع السلطة التقديرية للإدارة، لأنها لا تنتقص من حرية الإدارة في اختياراتها، والقاضي لا يتدخل إلا إذا خرج تقدير الإدارة عن كل معقول، كما أنها لا تتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات لأن مبدأ الفصل بين السلطات ليس مفهوماً مطلقاً جامداً، بل هناك التوازن والتعاون بين السلطات الثلاثة.

٩- إن مجلس الدولة يقوم برقابة التناسب في الإفراط والتفريط أي(الجانب الإيجابي والسلبى) ويتفق مع القضاء المصري في حين لا يتفق مع القضاء العراقي(مجلس الانضباط العام) وهو يراقب (الإفراط) فقط وليس التفريط.

١٠- يكتفي القضاء الفرنسي بإلغاء العقوبة في رقابة التناسب في مجال التأديب، تاركا لجهة الإدارة توقيع عقوبة أخرى متناسبة مع الفعل شريطة أن لا تكون نفس العقوبة السابقة التي تم إلغائها. أما في مصر إلى جانب الإلغاء تتعدى سلطة القاضي إلى تعديل العقوبة والتوقيع بنفسه. أما في العراق، أن سلطة محكمة قضاء الموظفين تقف في الجانب الإيجابي فقط (الإفراط في الشدة) وذلك بتخفيف العقوبة أي للقاضي إلغاء العقوبة والقيام بعقوبة مناسبة شريطة أن تكون العقوبة الجديدة أخف من السابق.

ثانيا/ المقترحات

توصلنا إلى جملة من المقترحات على نحو الآتي:

- ١- ضرورة إسراع القضاء الإداري المصري والعراقي إلى تعميم تطبيق نظرية الغلو على كافة أنواع القرارات الإدارية، دون حصرها في مجال القرارات التأديبية فقط أسوة بنظيره الفرنسي الذي هيئ له الطريق لذلك.
- ٢- نطالب المشرع العراقي بتقنين هذا التطور بالنص على الغلو كعيب من العيوب التي يراقبها قاضي الإلغاء، وذلك لتلافي أي خلاف بشأن هذا المبدأ وذلك لزيادة ضمانات حقوق الأفراد وحررياتهم، وخلق التوازن بينها وبين حقوق الإدارة.
- ٣- نوصي بعدم خلط بين التناسب والملائمة من قبل بعض الفقه والقضاء، لكي يستعمل كل منهما في مكانه فقط.
- ٤- ضرورة التزام القاضي الإداري بمبدأ التناسب كمبدأ من المبادئ العامة للقانون، حيث ينبغي عليه القيام برقابة التناسب إلى جانب رقابته المشروعية.

- ٥- نوصي للفقهاء والقضاء حسم موضوع أساس قانوني محدد للتناسب، بحيث يجب أن لا يترك هذا الموضوع محلاً للجدل أكثر من ذلك.
- ٦- ضرورة قيام القاضي الإداري العراقي برقابة التناسب في كلا الجانبين (الإفراط والتفريط) أي (الجانب الإيجابي والسلبي) وليس (الإفراط) فقط.
- ٧- نقترح للقضاء المصري بعدم قيام بتعديل العقوبة والتوقيع بنفسه بل يترك لسلطة الإدارة لمراجعتها مرة أخرى و توقيع عقوبة أخرى، ونقترح أيضاً للمشرع العراقي القيام بـ (الإفراط بالخفة) إلى جانب الإفراط بالشدّة.

المصادر والمراجع

- د. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب, دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009
- د. محمد سيد احمد محمد، التناسب بين الجريمة التأديبية و العقوبة التأديبية, كلية الحقوق جامعة اسيوط, المكتب الجامعي الحديث, ٢٠٠٨
- عصام عبدالوهاب البرزنجي, السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية, رسالة دكتورا, جامعة عين الشمس, دار النهضة العربية ١٩٧١
- د. محمد سيد احمد محمد، التناسب بين الجريمة التأديبية و العقوبة التأديبية, كلية الحقوق جامعة اسيوط, المكتب الجامعي الحديث, ٢٠٠٨
- د. مازن ليلو راضي، موسوعة القضاء الإداري، مبدأ المشروعية قضاء التعويض مع احدث القرارات والفتاوى، المجلد الثاني، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2016
- د. محمد حسنين عبدالعال، فكرة السبب في قرار الاداري و دعوى الالغاء, دار النهضة العربية، ١٩٧١
- د. محمد حسنين عبد العال: الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١
- د. محمد انس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، القضاء الإداري , دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧
- د- سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية , دراسة المقارنة, مطبعة جامعة عين الشمس، الطبعة السادسة، ١٩٩١
- د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، دراسة المقارنة، القاهرة، مطبعة جامعة عين شمس، ط٣، ١٩٨٧

- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري قضاء الإلغاء، منشأة المعارف الاسكندرية، سنة ١٩٩٧
- د. محمد رفعت عبد الوهاب وحسين عثمان محمد ، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية، 2000

القوامس

- قاموس لسان العرب لابن منظور، دار المعارف بمصر، ص ٤٤٠٥
- قاموس المنجد في اللغة و الاعلام، دار الفكر العربي، ص ٧٠٩

الرسائل والأطاريح

- د. نكتل ابراهيم عبدالرحمن، التناسب في القرار الاداري، دار الكتب القانونية+ دار الشتان للنشر و البرمجيات، بدون طبعة، قاهرة، سنة ٢٠١٦
- علي حسين احمد غيلان الفهداوي، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، سنة 2000
- د محمد فريد سيد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة
- د. حسن عبدالله يوسن الطائي، التطورات القضائية في الرقابة على التناسب في القرارات التأديبية، رسالة دكتورا، المكتب الجامعي الحديث، بدون الطبعة، ٢٠١٥
- استاذة. مايا محمد نزار ابو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري (دراسة المقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب)، ط١، لبنان، سنة

- د. حاج غوثي أحمد قوسم، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، د راسة مقارنة رسالة دكتورا، كلية الحقوق جامعة تلمسان سنة, ٢٠١٢ ص
- د. أحمد كلك صالح الباجلان, نظرية الظروف الاستثنائية ومشروعية القرار الإداري, رسالة ماجستير, كلية الحقوق, جامعة الاسكندرية' ٢٠١٤
- د. محمد عبيد الحساوي القحطاني: الضبط الإداري، سلطاته وحدوده، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣،
- رفيق بومدين, الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري , رسالة ماجستير, كلية الحقوق, جامعة محمد بو ضياف, سنة ٢٠١٥, ص ٨٤
- هيثم حليم غازي, مجالس التأديب و رقابة المحكمة الإدارية العليا المصرية, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, سنة ٢٠١٠

أحكام المحاكم

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٥٣٢٥ لسنة ٤٣ ق.ع, جلسة ٢٠٠٣/١١/٣٠ مجموعة القوانين والمبادئ القانونية التي قررها المحكمة, (الاحكام الخاصة بالتأديب) سنة ٢٠٠٤/٢٠٠, ج ٣, ص ٢٣٣
- حكم المحكمة السابقة في التاريخ ١٩٧٣/١١/١٠ قضية ٤١١ لسنة ١٤ ق, المجموعة السنة
- حكم المحكمة في القضية رقم ١٣٥١ السنة ٨ قضائية بجلسة ٢٢ من يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة مبادئ المقررة من المحكمة, السنة العاشرة, رقم ٤٨ , ص ٣٤٩
- قرارات هيئة العامة لمجلس الشورى الدولة العراقية, القرار رقم ٣٧٩, انضباط/تميز / ٢٠١١ / بتاريخ ١٠/٣١ / ٢٠١١, قرارات و فتاوى مجلس الشوري الدولة لعام ٢٠١١

- حكم محكمة القضاء الإداري , رقم الدعوى ٤٨/ق/٢٠١٢ , رقم القرار ٢٠١٢/٣٢٢ في ٢٨/١١/٢٠١٢ غير منشور
- قرار مجلس الانضباط العام, رقم دعوى ١٨٠/ج/٢٠١٢ / رقم القرار ٢٠١٢/٨/٣٠ بتاريخ ٣٠/١٢/٢٠١٢ غير منشور
- قرار محكمة القضاء الإداري ,رقم ٤٣ /قضاء الإداري ٢٠٠٦ , ١٠/٥/٢٠٠٦ غير منشور
- قرار رقم ١٨ /اتحادية/ تميز ٢٠٠٦ في ١٩/٧/٢٠٠٦ قرار غير منشور مأخوذ في موقع الرسمي للمحكمة الاتحادية, <http://www.iraq.ja.iq>

المجلات

- " الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية", مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السادسة، 1988 ، ص8 .
- " الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات التأديبية"، مجلة العلوم الإدارية . السنة الخامسة . العدد الثاني (1963 .ص2
- د .مازن ليلو راضي، موسوعة القضاء الإداري، مبدأ المشروعية قضاء التعويض مع احدث القرارات والفتاوى، المجلد الثاني، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2016
- د سيد محمد ابراهيم، مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية و القضائية، مجلة الحقوق و البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ١٩٧٠، ص١٥، ع٢، ص٣
- استاذ. محمود سلامة جبر، رقابة القضائية على تكيف الوقائع في قضاء الإلغاء، مجلة ادارة قضايا الحكومة، ص٢٨، عدد ع، ص ١٣٨

- د. عبدالفتاح عبد الحليم عبد البر, بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة, مجلة العلوم الإدارية, إصدار الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية, ١٩٩٦, السنة ٣٨, العدد ١, ص ٥٣ص ١٧
- د . ماهر صالح العلاوي الجبوري, غلط البين في تقدير الوقائع, مجلة العلوم القانونية, كلية القانون, جامعة بغداد, مجلد ٩, العدد ١١ و ٢, ص ١٨٨
- د. عبد الفتاح عبدالحليم عبد البر, بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة, مجلة العلوم الإدارية, سنة ٣٩, ع ١, عم ١٩٩٦

پوختەى توڭزىنەو

ئەم توڭزىنەو دەدوڭت دەربارەى بابەتى (گونجاندىن) ى برىارە كارگىزىپەكان، ھەرۈھە ئىمكانىيەتى چاۋدىرى دادگاي كارگىزى لەسەر برىارە كارگىزىپەكان لەرووي گونجاندىنەو روون دەكاتەو لەمىانى لىكولىنەو ھەكى شىكارى وبەرأوردكارى ياسا و فېقىھى وبرىارى دادگاكانى (فەرەنسى ومىصرى وعىراقى). گرنگى زانستى ئەم لىكولىنەو ھەكى برىتتە لە زانىنى ئەورۇلە نوڭىيەى كە دادوهرى كارگىزى دەگىزىت لەچاۋدىرىكردىن لەسەر برىارە كارگىزىپەكان كە سنورى ئەو چاۋدىرىپە تىدەپەرنىت كە پىپى دەگوتىت رەوايەتى ناۋەخۇبى، كەوا پىشوتردەو ھەستا لە سنورى چاۋدىرىكردىنى گونجاندىنى ياساىي واقعەكان لەھەمبەر سەبەب (ھۆكارى) برىار، بەجۆرىك ئەم چاۋدىرىپە سنورى خۇى بەزاند لەم دووايانە بۇ خەملاندنى دەستەلاتى ئىدارە بۇ گرنگى و ترسناكى ھۆكارى واقعەكان گەيشتە خەملاندنى مەوداى گونجاندىن لەنيوان سەبەب لەگەل ئەو رىكارانەى گىرأونەتە بەر واتە مەھەلى برىارەكە. ۋە گرنگى كى تى برىتتە لەزانىنى ئەم مىكانزىمانەى كە دادوهرى كارگىزى لەرىگەى ھەلەدەستىت بە چالاكردىنى چاۋدىرىپەكەى بۇ ئەنجامدانى ئەم جۆرە چاۋدىرىپە (چاۋدىرىگونجاندىن). ۋە ئامانجى ئەم لىكولىنەو برىتتە لە رونكردەنەو ھى چەمكى گونجاندىن و پەيوەندىنى نيوانى لەگەل دەستەلاتى خەملاندنى كارگىزى و دژواري لەنيوانياناندا ولەگەل پەرنسىپى جىاكردەنەو ھى دەستەلاتەكان، ۋە ھەرۈھە رونكردەنەو ھى كە مەربەندى چاۋدىرى گونجاندى دادوهر لەسەر برىارى گارگىزى، ۋە ئاشكراكردى ھەلوڭىستى فېقىھى و دادوهرى لەبارەى ئەم چاۋدىرىپە ۋە رونكردەنەو ھى سنورى چاۋدىرى دادگاي لەسەر سەبەبى برىارى كارگىزى ۋە دەستەلاتى دادوهر لەنيوان رەوايەتى و گونجاندىن، ۋە ئاشكرا كردىنى ئەم تەكنىكانەى كە دادوهرى گارگىزى بۇ پىشكىنى برىارەكە بەركارى دىننىت.

وه كيشه‌ی ئه‌و تووژنه‌وه‌یه ئه‌وه‌یه كه كه قازی كارگیری فه‌حسی بریاره‌كه ده‌كات له‌رووی گونجاندن له‌زمنی ره‌گه‌زه‌کانی ره‌وایه‌تی نا‌وه‌خویی ، ئایا ئه‌م چا‌ودیریه له‌سه‌ر چي بنیات ده‌نریت؟ ئایا دادوهر له چوارچیوه‌ی ره‌وایه‌تی ده‌مینیت‌ه‌وه یاخود گونجاندن به‌ئیع‌تباری ئه‌وه‌ی كه پرسى گونجاندن له‌ده‌سته‌لاتی خه‌ملاندنی ئیداریه وه‌ك بنه‌ما و قاعیده؟ وه ئه‌و سنوری چا‌ودیریه چیه و له‌كۆی كۆتای دیت و له‌كۆیش هه‌یه؟ وه تاچه‌ند له‌گه‌ل ده‌سته‌لاتی خه‌ملاندن و جیا‌کردنه‌وه‌ی ده‌سته‌لاته‌كان دژواری هه‌یه؟ وه بنچینه‌ی چا‌ودیریه‌كه چیه له‌به‌ر رۆشنای‌ی مشتومری فقهي و دادوهری. وه ئایا ئه‌م چا‌ودیریه تیکه‌ل به‌ چا‌ودیری ره‌وایه‌تی گونجاندنی یاسایی ده‌بیت یان نا و له‌كۆیش؟ وه ئه‌و وه‌سیله‌یه چیه بۆ ئاشکرا‌کرنی گونجاوی و نه‌گونجاوی بریار له‌لایه‌ن دادوهر. له‌كۆتایدا گه‌شتینه ئه‌نجام كه‌وا چا‌ودیری گونجاندن بۆته‌ شتیکی بلا‌و و حه‌متی به‌تایبه‌ت له‌هه‌ردوو بریاری ته‌مبێ کردنی فه‌رمانبه‌ران و بریاری كۆنترول (تأدیب-ضبط)، وه هه‌یچ دژواریه‌ك نیه له‌نیوان ده‌سته‌لاتی خه‌ملاندن و جیا‌کردنه‌وه‌ی ده‌سته‌لاته‌كان، وه بێردو‌زی غلو و هه‌له‌ی ئاشکرا له‌میسری و فه‌رنسی به‌کاردیت له‌لایه‌ن قازی کارگیری بۆ ئاشکرا کردنی گونجان و نه‌گونجان، وه پيشنارمان کرد بۆ یاسادانه‌ری به‌رادروکاری كه ده‌قیکی راشکاو بینن بۆ گونجاندن، وه پيشنارده‌كه‌ین بۆ قه‌زای ئیراقي هه‌ردوو بېردو‌زی غلو و هه‌له‌ی دیار فرنسی و میسری به‌کابینیت وه‌كخوي. وه چا‌ودیری گونجاندن له‌ بریاره‌کانیدا ئه‌رینی و نه‌رینی به‌کاربنیت نه‌ك ته‌نیا ئه‌رینی به‌لكو وه‌ك فرنسی و میسری بیت.

Abstract

This study deals with clarifying the issue of (proportionality or suitability) administrative decisions and the possibility of supervising the administrative judiciary on administrative decisions in terms of proportionality, through an analytical comparative study between the French, the Egyptian and the Iraqi at the jurisprudential and judicial level. The practical importance of this topic lies in knowing the modern role that the administrative judge plays in the area of his control over administrative decisions that went beyond the abstract control of the internal project, which was stopped at the limit of the control of the legal adaptation of facts towards the element of cause - as this control went beyond the control of the administration's assessment of the importance of Realistic reasons and an assessment of the proportionality between their importance and seriousness and the action taken in their regard. The purpose of this study is to clarify the concept of proportionality control in the administrative judiciary, to clarify the issue of the contradiction between discretionary authority and proportionality, between separation of powers and proportionality, and to clarify the position of the judiciary and administrative jurisprudence on the control of proportionality in the administrative judiciary, to clarify the comparative jurisprudential trends from monitoring proportionality in the administrative judiciary And to clarify the limits of control over the cause of the administrative decision and the authority of the judge between legality and suitability, and to indicate the modern means upon which the administrative judge relies upon examining the decision. The problem of the study is: that the administrative judge, within the framework of his control over proportionality, examines and searches for the latter within the elements of the internal legality of the decision; For what is this censorship focused? That is, what is

the element that the administrative judge examines? And does the administrative judge, by using the means of controlling proportionality, remain a judge of legality, or does this control include it within the scope of convenience, as it is one of the issues that the administration is independent of when issuing its decisions? What are the limits of judicial oversight on The authority of proportionality? To what extent is the proportionality audit inconsistent with the discretionary authority and the principle of separation of powers? What is the legal basis for the proportionality audit according to the comparative jurisprudential and judicial debate? Does oversight differ in proportion to oversight, legal conditioning? What are the modern techniques or methods that an administrative judge uses when examining an administrative decision to discover proportionality?