

نظرية التناسب وتطبيقاتها في القضاء الإداري المقارن دراسة تحليلية مقارنة

الباحثة بروين علي محمد أمين
جامعة البوليتكنيك في السلیمانية

أ.م.د.دانا عبدالكريم سعيد

قسم القانون - كلية القانون - جامعة السلیمانية
محاضر في كلية القانون والسياسة - جامعة التنمية البشرية

رقم وتاريخ الموافقة: ٨٢/٩/٢٧ له ٢٠١٩/٥/١٤

هذا البحث مستل من رسالة ماجستير، تمت مناقشتها بتاريخ ٢٠١٧/٦/٢٢ في كلية القانون بجامعة السلیمانية.

يوخته

"تيؤرى گونجاوى وجيبه جيكرده كاني له دادوه ريتى كارگيرى به راوردكار بييدا"

پرنسيپى جيگيرى پيشوو لاي فقه و دادگاي به راوردكار بريتى بوو له وهى چاوديرى دادگايى له سنوورى دهسه لآتى ته قديرى ئيداره ئه وهستا وتنهها چاوديرى مه شروعيه تى ئه كرد به لام دادوه ريتى كارگيرى به حوكمى گه شه سه ندوييه كهى و ليها توويه كهى و هه لهينجاني پره نسيپ به ئاراسته ي پاراستنى ماف و ئازاديه كان چاوديرى له سهر كاره كاني ته قدير ييه كاني ئيداره ش دانا به ئامانجى كه فاله تكردى هاوسه نكي و گونجاويى له نيوان پاراستنى ماف و ئازاديه كان له لايه ك و توانايى ئيداره له به ديهيناني ئامانجه كاني كه به هوى گه شه سه ندى له سهرجه م بواره كاني زيان ئالوز بووه، له لايه كى تر. ئه م تويزينه وهيه باس له ناوه روكى تيؤرى گونجاووى دهكات وهك يه كييك له تيؤره نوپيه كاني دادوه ريتى كارگيرى به راوردكارى، هه روهها جيبه جيكرده كاني ئه م تيؤره ده خاته روو به تاييه ت له هه ردوو بواره كاني زه بتى ئيدارى و سزا به رزه فه تكارييه كاني ئيداره.

الملخص

المبدأ السائد سابقاً في الفقه والقضاء المقارن هو أن الرقابة القضائية تقف عند حدود السلطة التقديرية للإدارة وأنه فقط يمارس رقابة المشروعية، إلا أن القضاء الإداري بحكم تطوره الدائم وخبرته واستنباطه للمبادئ باتجاه حماية الحقوق والحريات الفردية بسط رقابته على أعمال الإدارة الصادرة استناداً إلى سلطتها التقديرية وكان ذلك من أجل كفالة الموازنة والتناسب بين حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من ناحية، وتمكين الإدارة من تحقيق أغراضها التي تزداد تعقيداً نتيجة التطورات التي تحصل في مجالات الحياة كافة. هذا البحث يركز من ناحية على ماهية نظرية التناسب باعتبارها من أهم النظريات الحديثة التي ابتدعه القضاء الإداري المقارن، ومن الناحية الأخرى تطبيقاتها خاصة في مجال الضبط الإداري، في مجال العقوبات الانضباطية للموظفين.

Abstract

"The theory of proportionality and its applications in the comparative administrative judiciary"

The prevailing principle in jurisprudence and comparative judiciary is that judicial control stands within the limits of the discretionary authority of the administration and that it only exercises the monitoring of legitimacy. However, the administrative court, by virtue of its permanent growth and expertise, and its development of principles towards the protection of individual rights and freedoms extends its control over the work of the administration based on its discretion in order to ensure the balance and proportion between the protection of the rights and freedoms of individuals on the one hand, and to enable the administration to achieve its increasingly complex objectives as a result of developments in all areas of life.

This research focuses on the theory of proportionality as one of the most important modern theories created by the comparative administrative judiciary, and on the other hand its applications, especially in the field of administrative monitoring, in the field of disciplinary sanctions for government officials.

المقدمة

موضوع البحث: المبدأ السائد سابقاً في الفقه والقضاء المقارن هو أن الرقابة القضائية تقف عند حدود السلطة التقديرية للإدارة وأنه فقط يمارس رقابة المشروعية من دون الامتداد الى الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية التي لها اتخاذ القرارات الملائمة في الحالات التي ترك المشرع المجال للإدارة فيها ذلك.

الآن ما نعرفه عن القضاء الإداري أنه قضاء متطور وأنه بحكمته وخبرته قد خطى وبتدرج ذكي وعملي في زيادة رقابته القضائية على أعمال الإدارة، وكان كل ذلك من أجل كفالة الموازنة بين حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من ناحية، وتمكين الإدارة من تحقيق أغراضها التي تزداد تعقيداً نتيجة التطورات التي تحصل في مجالات الحياة كافة من جميع النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية، والتي تؤثر بصورة مباشرة على حياة الأفراد وعلاقاتهم مع بعضهم وعلاقاتهم مع الدولة.

لذلك لم يقف القضاء المقارن في حدود رقابته على مشروعية القرارات الإدارية بل امتد الى رقابة مدى ملائمة وخطورة الوقائع مع القرار المتخذ، لذلك ابتدع القضاء الإداري العديد من النظريات والمبادئ لمواجهة سلطة الإدارة التقديرية والحد من مجالها، ومن هذه النظريات، نظرية التناسب بين سبب القرار ومحلّه، ويعد مبدأ التناسب من أحد المبادئ القانونية التي ابتدعه القضاء الإداري وخاصة مجلس الدولة الفرنسي في القرن الماضي في مجال الضبط الإداري، يليه القضاء الإداري المصري في مجال العقوبات التأديبية وقد اسماه بنظرية الغلو، علماً أن المشرع العراقي قد سبق القضاء المصري في ذلك في تشريعاته في مجال العقوبات الانضباطية للموظفين.

اهمية البحث: تتجلى اهمية البحث في ضرورة ومتابعة مدى تطور وتطبيق هذا النوع من الرقابة على اعمال الادارة في المجال العملي لدى القضاء الاداري المقارن، والتي تهدف الى تحقيق التوازن بين مقتضيات المصلحة العامة وحماية حقوق وحرريات الافراد من تعسف الادارة، وان رقابته لا تقتصر فقط على الجانب القانوني، وانما تمتد الى الوقائع والملائمة بالقدر الذي يستلزمه القانون، والذي اصبح مطلباً ملحاً في الحكم الرشيد.

مشكلة البحث: تظهر مشكلة البحث في ضوء التطورات الحاصلة وازدياد سلطة الادارة وتشابك العلاقات ما بين الادارة والافراد وتوسع جوانبها، فهل استطاع القضاء الاداري مواكبة هذه التطورات وممارسة رقابة التناسب على السلطة التقديرية للادارة. وهل اعتبر هذا النوع من الرقابة رقابة مشروعية ام رقابة ملائمة. وما هو موقف القضاء



الإداري المقارن والعراقي والكوردستاني من تلك التطورات ، وهل مارسه ام مازال محتفظاً باتجاهه التقليدي من الرقابة.

فرضية الدراسة: تتمثل فرضية هذه الدراسة في إن القضاء الإداري المقارن حاول مدّ رقابته على السلطة التقديرية للإدارة في مجالات حديثة وعديدة، هادفاً في ذلك حماية الحقوق والحريات الفردية والعامّة، وأثبت جدارته في تحقيق ذلك الى حد كبير، بالمقابل لانجد مثل هذا الدافع والمحاولة لدى القضاء الإداري العراقي وإقليم كوردستان-العراق، غير ما هو مقرر بموجب النصوص التشريعية، وما دور القاضي إلا تطبيق هذه النصوص ليس إلا، وان ممارسته لرقابة التناسب رقابة رمزية خاصة في مجالات الضبط الإداري وهذا ما سنحاول أثباته من خلال هذه الدراسة.

منهج البحث: لقد أتبعنا في دراستنا المنهج التحليلي المقارن، وذلك عن طريق تحليل الاتجاهات المختلفة حول الرقابة التناسبية على السلطة التقديرية للإدارة، كذلك مقارنة ما هو السائد لدى الفقه والقضاء، والتشريع في بعض الأحيان، في كل من فرنسا ومصر والعراق وإقليم كوردستان-العراق.

خطة البحث: لبيان الطبيعة القانونية لرقابة التناسب لدى القضاء الإداري المقارن ومفهومها وتطبيقاتها سنقسم الدراسة الى مبحثين: في المبحث الأول سنبين ماهية رقابة التناسب وموقعها من أركان القرار الإداري، بينما نخصص المبحث الثاني لبيان التطبيقات القضائية لرقابة التناسب في القضاء الإداري المقارن، وسنختم الدراسة بالتوصل الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات.

المبحث الأول

ماهية رقابة التناسب وموقعها من أركان القرار الإداري

سنحاول التطرق الى توضيح مفهوم التناسب وموقعه من أركان القرار الإداري من خلال مطلبين، في المطلب الأول سنبين ماهية رقابة التناسب وفي المطلب الثاني الطبيعة القانونية لرقابة التناسب وموقعها من أركان القرار الإداري:

المطلب الأول

ماهية رقابة التناسب

أولاً: اختلاط في المفاهيم: بداية وقبل بيان تعريف رقابة التناسب نجد خلطاً كبيراً بين المفاهيم والمصطلحات التي استخدمت للدلالة على هذه الرقابة، منها مصطلحي الملائمة و التناسب، ولأجل إزالة هذا الخلط نؤيد ما اتفق عليه أغلبية الفقه بأن التناسب هو توافق المحل (اي اثر القرار) مع السبب في القرار الإداري، بالأحرى قدرة الإدارة على تغطية الفعل الصادر من المتعامل معها في قرارها وخاصة في المحل والسبب لكي يكون القرار متناسباً وبالتالي ملائماً. أما الملائمة فهي محتوى السلطة التقديرية للإدارة وهي تتضمن جملة عناصر منها أهمية التدخل من عدمه، أهمية السبب، أهمية القرار، وقت اتخاذ القرار وغيرها من العناصر وهي بمجموعها تعتبر ملائمة خاضعة أو داخلية في مجال السلطة التقديرية للإدارة ومن هذه الملائمات هو التناسب بين المحل والسبب^(١).

بمعنى آخر أن الملائمة في نطاق القرار الإداري هي توافق القرار مع الظروف الخاصة التي دعت الى اصداره والأوضاع السائدة وقت أخاذه والملازمات المصاحبة لذلك ، حتى يخرج القرار ملائماً لظروف الزمان والمكان والاعتبارات الأخرى المختلفة، كإصداره في وقت مناسب ، وبالكيفية المطلوبة، وأن يكون ملائماً لمواجهة الحالة التي

(١) نكتل ابراهيم الطائي، التناسب في القرار الإداري، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٥، ص ٢٥.

أخذ من أجلها^(١)، فالملائمة بهذه المثابة صفة للقرار الإداري، يكتسبها نتيجة أتخاذها بطريقة يراعي فيها جوانب اصداره المختلفة، وعدد من الامور والأوضاع تتعلق غالباً بعناصر ثلاث وهي: تقدير وجوب التدخل أو الامتناع واختيار وقت التدخل، واخيراً تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب^(٢).

لذلك فإن اصطلاح الملائمة يعني توافق القرار الإداري مع جميع العوامل والظروف المحيطة بإصدار من كافة جوانبه، واصطلاح التناسب لايعني سوى توافق الإجراء المتخذ، اي محل القرار مع السبب المصاحب له، وبالتالي فهو ينصب على أحد جوانب الملائمة في القرار وليس جميع جوانبها^(٣). بمعنى ان التناسب يقتصر على جانب معين من مجموع الجوانب العديدة التي تقوم عليها الملائمة والتي يشكل التناسب جزء منها، فمفهوم الملائمة أوسع اذن من مفهوم التناسب^(٤)، بل أنّ المفهوم الأول يستغرق الثاني ويستوعبه بأعتباره يندرج في أحد أجزائه أو مكوناته^(٥).

أما بصدد الأختلاط بين مصطلح التناسب ومبدأ ضرورة الإجراء ولزومه، فنرى أنّ القضاء الإداري باعتباره قضاءً انشائياً، انشئ مبدأ مفاده أنه يشترط لشرعية الإجراء الضبطي ان يكون ضرورياً ولازماً ومتناسباً مع أهمية الوقائع التي تدعو الإدارة لأتخاذها^(٦). بمعنى انه يشترط في إجراءات الضبط الإداري ثلاثة شروط وهي ان يكون الإجراء ضرورياً، وأن يكون فعالاً ومجدياً، واخيراً أن يكون هناك تناسب بين خطورة الإخلال ودرجة تقييد الحريات العامة^(٧)، ومبدأ التناسب يعني توافق الملائمة بصورة واضحة بين درجة خطورة المخالفة ونوع الجزاء المفروض ومقداره^(٨)، أو هو توافق عنصر السبب في القرار الإداري مع عنصر المحل في القرار أي مع أثر القرار الإداري.

إذن مبدأ خطورة الإجراء ولزومه هو اشمَل من مبدأ التناسب. اذن يختلف الرقابة في المجالين عن بعضهما بوجود شرط الضرورة واللزوم في الرقابة على مجالات الضبط الإداري. بينما في مجال العقوبات التأديبية يلزم فقط التناسب بين المخالفة والعقوبة فقط من دون شرط اللزوم. لذلك نرى ان استعمال مصطلح التناسب الذي يطلقه معظم الفقه على الرقابة في كلا المجالين قد يرد في غير محله اذن نستنتج من هذا ان التناسب بين الوقائع والإجراء يعتبر واحداً من

(١) د.خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (رقابة التناسب) بحث منشور على الموقع الالكتروني <https://kha;ifsaalem.wordpress.com>، تاريخ المشاهدة ٢٧/١٢/٢٠١٥، ص٥.

(٢) محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، من دون عدد طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٧٢.

(٣) ميزاب ريمة، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية، مذكرة مكملة من متطلبات شهادة الماجستير في الحقوق، مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي ٢٠١٤-٢٠١٥، ص٨٩.

(٤) وهناك رأي مخالف لهذا ويعتبر الملائمة أحد العناصر المكونة لمبدأ التناسب، ويعتبره الخطوة الأولى من خطوات تقييم أو تحليل التناسب، والذي يتطلب فيه ان يكون الإجراء المختار ملائماً لتحقيق الغاية المستهدفة من تبنيه، اي تتطلب الملائمة توافر علاقة سببية بين الغاية المستهدفة والإجراء المختار، ومن اليسير في هذه المرحلة الأولى من تحليل التناسب استبعاد الإجراءات التي تكون غير ملائمة على الاطلاق لتحقيق الغاية المستهدفة منها. للمزيد حول ذلك ينظر د. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري، دار الفكر والقانون، المنصورة، من دون ذكر طبعة، ٢٠١٧، ص٤٢.

(٥) فتيتي صفاء، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠١٤، ص٣٣.

(٦) رضا عبدالله حجازي، الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري، رسالة لنيل لدرجة الدكتوراه مقدمة الى قسم القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص٢٨٣.

(7) BRAUD, La notion de liberte publique en droit francais, 1968,p.431

عن د.سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، من دون ذكر عدد طبعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص٢٨٦.

(٨) سليم سلامة حتمله، رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب بين العقوبات التأديبية والمخالفة الإدارية، بحث منشور في مجلة جرش للبحوث والدراسات، الأردن، المجلد ١٠، العدد ٢، ٢٠٠٦، ص٢٣٤.

الشروط الواجبة لكي يكون الإجراء الضبطي سليماً، فإذا لم يكن الإجراء ضروري ولازم، فإن الإجراء الضبطي لا يكون مشروعاً للحد من الحريات العامة. بل ولتأكيد رأينا نرى حتى أنه قد تم تقسيم الرقابة التناسبية إلى درجات من جانب بعض الفقه إلى مستويين هما الرقابة الكاملة على التناسب والتي ظهرت لأول مرة في حكم بنجامين والتي كانت رقابة شديدة وصارمة إذ تعاقب كل عدم تناسب في القرار الضبطي بإلغائه مباشرة، وتجعل من اختصاص الإدارة اقرب إلى الأختصاص المقيد^(١)، والمثال الحي على ذلك موقف مجلس الدولة الفرنسي من قرار VILLE DE CLERMONT^(٢). وأما الرقابة الجزئية على التناسب، والتي هي أقل تدخلاً في مسألة التناسب التي تجريها الإدارة، وهي تهدف إلى الرقابة على الأخطاء الظاهرة في تقدير التناسب بين الوقائع والمحل أو كما يمكن تسميتها بعدم التناسب الجسيم، وتختلف عن الرقابة الكاملة التي تقيد إلى حد بعيد السلطة التقديرية للإدارة، والقاضي هنا لا يلغي تصرف الإدارة مالم يشوبه عدم تناسب جسيم، ومثال على ذلك ما ظهر في قضية ليون^(٣)، أي مجال العقوبات التأديبية.

أما بخصوص إطلاق مصطلح رقابة التناسب على قرارات الضبط الإداري، فإننا مع الرأي الذي يقوله الدكتور سامي جمال الدين حيث يقول "أنا نرى أنه في سبيل ضبط الاصطلاحات والتمييز بين المبادئ العامة، فإن المبدأ الذي تخضع له قرارات الضبط الإداري هو مبدأ ضرورة الإجراء أو لزومه، وهو مبدأ يتجاوز حدود التناسب وأكثر اتساعاً منه"^(٤)، وأن الذي يؤكد ذلك ما يقرره هذا الفقه من أن القضاء الإداري في فرنسا لم يستخدم اصطلاح التناسب عندما راقبت هذه القرارات ومدى ملائمتها، وإنما رجع فقط لمضمون هذه الفكرة.

ثانياً: تعريف رقابة التناسب: تم تعريف رقابة التناسب في الفقه الفرنسي، كما عرفه الفقيه هوريو بأنه التناسب هو "جوهر السلطة التقديرية وهو مكمنها ويتجسد التناسب في العلاقة بين الإجراء وسبب القرار الإداري وهو لا يساوي السلطة التقديرية"^(٥).

أما الفقيهان أوبي ودراكو (AUBY AND DRAGO) فيشيران إلى "أن التناسب يجد مجاله في حرية الإدارة في في ملائمة القرارات الإدارية وليس في السلطة التقديرية المعطاة لها وأن التناسب جزء من الملائمات في القرار الإداري"^(٦).

(١) علي يونس اسماعيل، القاضي الإداري بين رقابة المشروعية ورقابة الملائمة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك، ٢٠١٧، ص ١٥٤.

(٢) ففي هذه الدعوى المتعلقة بتحديد السن ب ٦٥ سنة الذي فرضه رئيس بلدية Ville de Clermont على سائقي التاكسي، اعتبر مجلس الدولة "أنه كان يعود لرئيس البلدية في ممارسة صلاحياته الخاصة بالضبط بأن يتخذ جميع التدابير الضرورية لصالح الراحة العامة ولأجل تأمين سلامة السير على الطرقات العامة، وإذا كان يمكنه أن ينظم في هذا المجال نشاط مستثمري التاكسي، فإن القرارات التي توقعهم عن الاستثمار، لا يجب أن تفرض موجبات أكثر شدة من تلك التي تقتضيها المحافظة على هذه المصالح" ويتبين لنا من هذا القرار أننا أمام قرار إداري مقيد لممارسة حرية، وهي ممارسة مهنة، وأن هذا التقييد يمكن أن يكون مشروعاً لأن الإدارة تقصد به حماية مصلحة عامة تتعارض مع ممارسة هذه الحرية، عن حنان حجال، رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري، رسالة أعدت لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، مقدمة إلى كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٠٥، ص ٧٥.

(٣) علي يونس إسماعيل، المصدر السابق، ص ١٥٥.

(٤) د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة، المصدر السابق، ص ٢٦٠ وما بعدها.

(٥) نكتل إبراهيم عبد الرحمن الطائي، المصدر السابق، ص ١٢ وما بعدها.

(٦) فتيتي صفاء، المصدر السابق، ص ٢٩.

اما الفقيه فيدل (FEDEL) فيرى ان التناسب هو " ذلك السلوك الذي تلتزم الإدارة بموجبه ألا تفرض على الأفراد أعباء أو أضرار أكثر مما تطلبه مهمة المحافظة على المصلحة العامة المنوط بها تحقيقها"^(١).

وفي الفقه المصري فقد عرف الدكتور رمضان محمد بطيخ التناسب في مجال الضبط الإداري بأنه مدى التناسب بين الإجراء الذي قيدت به الإدارة إحدى الحريات التي يتمتع بها المواطنين ، وبين الوقائع أو الاسباب التي دفعته لتأخذ مثل هذا الإجراء ، وهذا يتطلب في الواقع من السلطة الإدارية المختصة أن تقوم بعملية تقييم وتقدير جيد ودقيق لأهمية وخطورة هذه الوقائع أو الاسباب ، حتى يتسنى لها اختيار الإجراء الملائم أو المناسب لها^(٢). فالتناسب هو علاقة تطابق بين الوسائل المستخدمة من الإدارة والهدف الذي تقصده^(٣). أو في تعبير آخر للتناسب حيث يعتبر التناسب مبدأ من المبادئ الرئيسية في القانون والعلوم الإدارية ، ويعرف التناسب في مجال القرارات الإدارية بأنه تحقيق التوافق بين سبب القرار ومحلله أو اشتراط علاقة تطابق بين الوقائع الثابتة والإجراء المتخذ بشأنها^(٤).

كذلك يمكن تعريف مبدأ التناسب بأنه يعني تقدير الواقعة في أهميتها ومدى تبريرها القرار الذي أصدرته الإدارة، على أساس ان الإدارة هي التي تملك في الاصل ، وزن مناسبات العمل ، وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها^(٥).

وفي تعريف الفقه العراقي للرقابة على التناسب. فقد عرفه الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي بأنه (الملائمة هي اختيار الإجراء الذي يتفق ويتناسب مع أهمية الوقائع)^(٦).

أو رقابة التناسب هي " رقابة على السبب والمحل وهما أهم أركان القرار الإداري يكون حاصل هذه الرقابة ولادة قرار إداري ملائم وهي بمعنى آخر توافق بين أهمية الوقائع التي هي سبب القرار وبين الإجراء المتخذ وهو محل القرار"^(٧).

وفي تعريف آخر للتناسب " هو بشكل عام انه التوافق بين المحل والسبب، وفي مجال العقوبة التأديبية التوافق بين المخالفة والجزاء التأديبي ، أو انه التوافق بين الواقعة التي دفعت رجل الإدارة الى فرض الجزاء والأثر المترتب على هذا الجزاء"^(٨). وتعد التناسب تطبيقاً لقاعدة تتصل أصلاً بأخلاقيات الإدارة، وهي قاعدة حسن الإدارة، وقد ساعدت بمديات مختلفة في تكوين مبدأ قانوني يطبق بلا نص ويلجأ اليه القاضي في ممارسة الرقابة على التصرف الإداري من أجل تحقيق المصلحة العامة^(٩).

(١) المصدر نفسه، نفس الصفحة.

(٢) د. رمضان محمد بطيخ، المصدر السابق، ص ١٧٦.

(٣) عمراوي حياة، الضمانات المقررة للموظف العام خلال المساءلة التأديبية في ظل التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر- باتنة، ٢٠١٢، ص ٣٧.

(٤) د. يعقوب يوسف الحمادي، القضاء ومراقبة السلطة التقديرية للإدارة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص ١٨٧.

(٥) مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ١٢.

(٦) عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ٤١٨.

(٧) على حسين الفهداوي، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٠، ص ١٣٦.

(٨) نكتل إبراهيم الطائي، المصدر السابق، ص ١٦.

(٩) علي يونس إسماعيل، المصدر السابق، ص ١٣٦.

من هذا المنطلق فإن مبدأ التناسب هو مبدأ بمقتضاه يستقل القضاء بكامل الصلاحيات في إعادة التقدير الكامل الذي أجرته الإدارة لتنعقد بالتالي كل سلطة تقدير لها في اختيار محل التصرف ومضمونه ومدى تناسبه والاسباب الدافعة أو المبررة له، لأجل ذلك درج القضاء الإداري كقاعدة عامة على اجتناب أعمال هذه الآلية من الرقابة لما تمثل من تعدُّ واضح وتحد صارخ لسلطات الإدارة وخروجاً من القضاء الإداري على وظيفته التقليدية في حماية المشروعية إلى مراقبة الملائمة إذ في ظل غياب كل نص تشريعي يوضح أو يحدد للإدارة طبيعة أو مضمون المحل الذي ينبغي إتخاذه ، فإن الإدارة تتمتع بكل الصلاحيات في تقدير الملائمة بين أهمية الحالة الواقعية أو القانونية والتصرف الذي تتخذ حيالها ، ومن دون أن يوصم عملها بعدم المشروعية تستطيع الإدارة أن تختار ما تشاء من تدابير وإجراءات تراها ملائمة للوضع المطروح عليها^(١).

والقول بأن يترك للإدارة مطلق الحرية في تقدير خطورة الذنب الإداري، باعتبارها الاقدر على القيام بهذه المهمة، وأن القاضي الإداري قد جانبه التوفيق في بعض حالات التقدير، فهو قول غير سليم، إذ إن تقدير المخالفات التأديبية وخطورتها، ليست بالأمر المستعصي على القاضي الإداري المتمرس في رقابة تصرفات الإدارة، والمعاون لها في نفس الوقت. أضف الى ذلك ان تقدير تناسب المخالفة مع العقوبة لها أهميتها وخطورتها، وخاصة إذا تجاوزت الحد المعقول، وكان الخطأ فيها صارحاً، الأمر الذي يجعل من الصعوبة بمكان إقامة التناسب المطلق، على اعتبار أنه من العسير تحديد كافة المخالفات التأديبية كما هو الحال في القانون الجنائي^(٢).

والأصل أن تقف رقابة القضاء الإداري على قرارات السلطة الإدارية على وجود الوقائع وصحة تكييفها من الناحية القانونية. فليس له تقدير مدى أهمية الوقائع وتناسبها مع القرار الصادر بناءً عليها ، بل تتولى الإدارة وحدها بحث وتقدير ملائمة القرار للوقائع التي دفعت الى اصداره، لان القاضي الإداري بهذا التعدي يكو قد خرج على مقتضى وظيفته وتدخل في صميم العمل الإداري، ومن ثم يغدو الرئيس الاعلى لجهة الإدارة^(٣).

هذه هي القاعدة العامة، ويلتزم بها القضاء الإداري الفرنسي والعربي في أغلب الأحوال^(٤)، لكن هذه القاعدة قد طرأ عليها استثناء هام في مجال الرقابة القضائية على عيب السبب. فقد طرح مجلس الدولة الفرنسي امتناعه السابق عن مراجعة تقدير الإدارة لأهمية وخطورة السبب، ومدى تناسبه مع القرار الإداري المؤسس عليه، وأخذ يراقب الملائمة بين السبب والقرار المبني عليه، وخاصة إذا كانت الملائمة شرطاً من شروط المشروعية^(٥).

وليس المقصود هنا بالملائمة، مدى حرية الإدارة في إقدامها أو احجامها على التصرف أو الامتناع، عندما لا يكون هناك إلزام قانوني بالتصرف أو الامتناع، وإنما المقصود بها هو اختيار الإجراء الملائم والمناسب من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة . بمعنى معرفة ما إذا كانت الوقائع الموجودة مادياً والمطابقة للتشريع تكفي لتبرير الإجراء المتخذ ومتناسبة معه^(٦).

(١) د. يعقوب يوسف الحمادي، المصدر السابق، ص ١٨٩-١٩٠.

(٢) بوادي مصطفى، ضمانات الموظف العام في المجال التأديبي، أطروحة لنيل الدكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد- تلمسان، ٢٠١٤، ص ٢٧٩.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤١٧ كذلك ينظر د. سامي جمال الدين، دعوى إلغاء القرارات الإدارية، مؤسسة حورس الدولية، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص ٢٩٤.

(٤) د. عصام عبد الرهاب البرزنجي، المصدر السابق، ص ٤١٩.

(٥) د. عبد الغني بسيوني عبدالله، القضاء الاداري اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص ٦٢٥.

(٦) رضا حجازي ، المصدر السابق، ص ٢٧٣.

أي أنه لا يجب الخلط بين التقدير الموضوعي الذي يجريه الإدارة، والمتمثل في تقدير مشروعية وقائع القرارات الإدارية ومدى ملائمتها، وبين الظروف والملابسات التي يتم فيها التقدير. فالأمر الأول هو من اطلاقات الإدارة، والأمر الثاني فهو يعد شرطاً أساسياً بحيث لا يمكن ممارسته، إلا إذا توفرت الظروف والضوابط القانونية المعقولة التي تسمح بعملية إجرائه، وليس في ذلك أي مساس بسلطة التقدير ذاتها^(١). أي بمعنى آخر أن القاضي الإداري لم يعد يكتفي برقابة الوجود المادي للوقائع التي بنى عليها القرار المطعون فيه، أو رقابة صحة التكييف القانوني، وتقرير مدى خطورتها، بل أضحى يتطلب لمشروعية القرار، أن يضع مصدر القرار نفسه في أفضل الظروف، وأنقاها لممارسته سلطته التقديرية^(٢). ويمكن القول أن الحقوق الأساسية أو حقوق الإنسان والغرض من الإجراء المقيد لهذه الحقوق تشكل "مدخلات" IN PUTS لتحليل التناسب الذي يُستخدم لتقييم مدى مشروعية الإجراءات الإدارية، ويفترض مفهوم التناسب وجود عاملين أو أكثر من العوامل المتعارضة أو المتناقضة. ذلك، أنه لا معنى لوصف شيء ما بأنه متناسب بصورة مجردة، فهذا الشيء يجب أن يكون متناسباً بالنسبة لشيء آخر، وأن قياس التناسب هو في الحقيقة تقييم العلاقة بين عوامل متعاضة أو متناقضة^(٣). ويمكن تحليل هذه العوامل إلى ثلاثة عوامل وهي القرار الصادر والحالة الواقعية والغاية المستهدفة، فالتناسب يمكن أن ينشأ من علاقة تطابق بين وسيلة وهدف في نص معين، والتناسب بهذا المفهوم يمكن أن يتغير تبعاً للحالة الواقعية والمزايا المتوقعة والمضار المتحصلة وهذه المفاهيم عن التناسب يجمعها، أنها فكرة لا يمكن إرجاعها إلى صيغة ذات نمط ثابت^(٤). والقضاء الإداري وهو يمارس رقابته على السلطة التقديرية للإدارة كرس استثناءات أعمل من خلالها رقابة كاملة على حرية تقدير الإدارة للإجراء المتخذ ومدى تناسبه مع الوقائع والأسباب الدافعة إليها^(٥). بمعنى إذا أردنا أن نتعمق في التحليل فأن التناسب لا يقدر على أساس عنصري (الوسائل والهدف) فقط، وإنما يجب أن يضاف إلى ذلك وضع الواقعة التي يطبق عليها قرار الإدارة بحيث يتناسب ذلك وخطورة الأسباب والهدف من القرار^(٦). وأنه يمارس في نطاق ضيق حيث تقتصر الرقابة على مدى ملائمة القرار الإداري للوقائع التي استند إليها على فئة محددة من القرارات الإدارية، وهي تلك المتعلقة بالحريات العامة، أو تحمل جزاءً تأديبياً، ومرجع ذلك ما تتمتع به طبيعة هذه القرارات من خطورة وأهمية خاصة^(٧).

(١) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، طبعة منقحة ومزودة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٨٠-٨١. كذلك حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٣، ص ١٨٥.

(٢) مخاشف مصطفى، السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ١٢٠.

(٣) د. وليد محمد الشناوي، المصدر السابق، ص ٣٧.

(٤) ميزاب ريمة، المصدر السابق، ص ٨١-٨٢.

(٥) د. يعقوب يوسف الحمادي، المصدر السابق، ص ١٨٩.

(٦) علي حسين الفهداوي، المصدر السابق، ص ١٣٧.

(٧) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٦٣.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لرقابة التناسب و موقعها من أركان القرار الإداري

أولاً: الطبيعة القانونية لرقابة التناسب: اختلف الفقه المقارن حول طبيعة رقابة التناسب بين ما هو رقابة مشروعية أم هي رقابة ملائمة. فمن المعروف ان الفقه الفرنسي والعربي كمبدأ عام يعتبر القاضي الإداري قاضي مشروعية وليس قاضي ملائمة، بمعنى ان أختصاصه يقتصر على بحث مشروعية القرار الإداري فقط للتأكد من مطابقته أو مخالفته لمجموعة القواعد التشريعية والقانونية، من دون التعرض لبحث ملائمته الذي يدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة^(١).

وبناءً على ذلك، انطلق بعض الفقهاء في تفسيرهم رقابة التناسب في القرارات الإدارية بأنه رقابة على المشروعية في حقيقة الامر، فالرقابة القضائية عند الفقيه دوكي(DUGUIT)، لا تقوم الا إذا كانت هناك مسألة قانونية يحكم فيها القاضي وفقاً للقانون مع ملاحظة ان القانون لا يقتصر على ما يصدر عن السلطة التشريعية، وإنما يضم كذلك المبادئ القانونية العامة ، وبالتالي فإن القاضي عندما يطابق بين أعمال الإدارة والقانون بمعناه الواسع، فإنه لا يراقب ملائمة هذه الأعمال ، وإنما تبقى هذه الرقابة على الدوام رقابة للمشروعية^(٢).

وعليه فإن وظيفة القاضي تنحصر في تطبيق القانون بهذا المعنى الواسع على المنازعات المعروضة عليه. أما الفقيه فالين(WALINE)^(٣) فهو بدوره يؤيد أن رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية ما زالت في إطار الرقابة على المشروعية حيث إنه لا يرى اي تناقض بين المشروعية والملائمة، ولا يجوز المقابلة بينهما بما يوحي التناقض ، فالرقابة على المشروعية قد تستلزم أحيانا بسط الرقابة على الملائمة باعتبارها من شروط مشروعية القرار الإداري. فالقرارات الإدارية تخضع لما يقره القضاء من مبادئ قانونية عامة ، وما يستخلصه من نصوص القانون أو روحه، وعليه فإن الأمر، في كل الاحوال، يتصل برقابة المشروعية، حيث لا يتصل بالتقدير الشخصي للقاضي، وإنما بقصد المشرع بصدها.

ويرى الاستاذ دي لوبادير(DELBAUDERE)^(٤)، أن الرقابة القضائية على الملائمة تجد أساسها في القواعد القانونية التي يضعها القاضي الإداري باعتباره مصدراً من مصادر المشروعية، ويقيد بها بالتالي الأختصاص التقديري للإدارة بحيث يمكن القول انه بجوار السلطة المقيدة بواسطة المشرع توجد سلطة مقيدة بواسطة القضاء وهي التي تكمن فيها أساس رقابته لعناصر الملائمة .

وكذلك يؤيد هذا الموقف الفقيه ريفيرو(RIVERO) فيقول إن تدبير الشرطة لا يكون مشروعاً الا إذا كان ضرورياً بحفظ النظام. وفي هذه الحالات يراقب القاضي الملائمة ، ليس من أجل ممارسة العملية الإدارية ، إنما باعتبارها شرطاً للمشروعية ، أي أن البحث يجري في مسألة قانونية هي الشروط المشروعة لتقييد الحريات العامة التي كفلها القانون^(٥).

(١) رضا عبد الله حجازي، المصدر السابق، ص ٣٧٢.

(٢) مايا محمد نزار أبو دان، المصدر السابق، ص ٤٣.

(3) WALINE, Le pouvoir discretionnaire de l'administration par le controle juridictionnel, R.D.P, 1930, p223.

عن مايا نزار أبودان ، المصدر السابق، ص ٤٣.

(4) A. DE LAUBADERE, Traite elementaire de droit administrative, paris, L.G.D.J, 10e ed. 1988, p255 estss.

عن د. محمد ماهر أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي، الكتاب الاول، الطبعة الاولى، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣ ، ص ٩٧٣.

(٥) مايا ابو دان، المصدر السابق، ص ٤٥.

وفي الاتجاه نفسه، ذهب معظم الفقه المصري^(١) الى القول بأن القاضي الإداري يراقب مدى ملائمة الإجراء الذي اتخذته الإدارة في مجال الضبط الإداري مع أهمية وخطورة الوقائع التي استندت إليها، ولكن على الرغم من ذلك فإن هذه الرقابة لا تخرج عن كونها رقابة مشروعية، لأن الملائمة في قرارات الضبط الإداري تصبح عنصراً من عناصر الشرعية، حيث يضع القضاء الإداري بأبعثاره قضاءً انشائياً قاعدة قانونية مقتضاها أنه يشترط لشرعية الإجراء الضبطي أن يكون ضرورياً ولازماً ومتناسباً مع أهمية الوقائع التي تدعو الإداري لأتخاذها، كما أن استلزام ملائمة القرار كشرط لمشروعيته قد يأتي من جانب المشرع نفسه، مثل النصوص التي تستلزم لصحة تصرف الإدارة أن يكون لازماً وضرورياً، وحتى من دون نصوص قانونية فإن إجراء الضبط يجب أن يكون ضرورياً وملائماً، بحيث تختلط المشروعية والملائمة في مجال الضبط الإداري بوجه خاص.

كذلك الحال في الفقه العراقي يرى أن عنصر الملائمة عندما تتجاوز الإدارة في قرارها المتخذ حدود المعقول سواء كان ذلك عن طريق المغالاة أو التساهل يدخل عنصراً في مشروعية أركان القرار الإداري ومن ثم تجد هذه الرقابة أساسها القانوني في مبدأ المشروعية وبالتالي تعتبر رقابته رقابة مشروعية. ومن الناحية العملية يكاد يكون وضع الحدود الفاصلة بين ما يعتبر رقابة مشروعية وبين ما يعتبر رقابة ملائمة أمراً صعباً، وذلك لان الرقابة تتأثر بما يراه القضاء جديراً بالرعاية عند ممارسته لها، لذلك قد لاتنجم سلطة التقدير الممنوحة للإدارة اينما وجدت من رقابة القضاء^(٢).

وبالمقابل يرى اتجاه فقهي آخر بأن أساس رقابة التناسب هي رقابة ملائمة فيرى انصار هذا الاتجاه أنه لا يوجد تعارض بين ماتجريه الإدارة، وهي بصدد مباشرتها سلطتها التقديرية من ملائمة وبين ان تخضع هذه الملائمة للرقابة القضائية، فقاضي الإلغاء لم يعد كما كان في الماضي قاضي مشروعية، وإنما أصبح قاضي ملائمة^(٣).

وذهب البعض من أنصار هذا الاتجاه الى القول إن مسلك مجلس الدولة تجاه قرارات الضبط المحلى يفرضه الرقابة على الملائمة، لاتفسره اية اعتبارات قانونية، وإنما يجد ذلك القضاء تفسيره في اعتبارات عملية تتعلق بأن السلطات المحلية بوصفها سلطات منتخبة، كثيراً ما تدفعها الظروف المحلية الى إساءة استخدام سلطتها تماشياً مع رغبات الناخبين واتجاهات الرأي العام المحلي، حتى لو كان ذلك على حساب الحريات العامة أحياناً^(٤).

ويعزز هذا الاتجاه رأيه بأن المشروعية لا يمكن اعتمادها كأساس لرقابة التناسب وذلك لعدم قيام المشرع بتحديد إجراء لكل واقعة محددة، كما وأنه هناك صعوبة للتمييز بين الملائمة بأبعثارها شرطاً من شروط المشروعية، وعنصر الملائمة الذي يتمتع القاضي أعمال رقابته عليها. كما أن رقابة التناسب بما انها من صنع القضاء الإداري فإن هذا يعطي انطباعاً عاماً على أن القاعدة القضائية وقناعة القاضي الإداري هي التي تحدد اعتبار عنصر الملائمة شرطاً للمشروعية أم لا؟ كما أن القضاء الإداري للقول بمشروعية إجراء أو قرار معين من الإدارة وخاصة في مجالات الضبط الإداري يراقب مدى ملائمة الإجراء المتخذ من الإدارة للظروف التي صدر في ظلها، بمعنى قد يعتبر التناسب شرطاً من شروط المشروعية إذا تعلق الأمر بقرارات تمس الحريات العامة للأفراد وبالتالي يمكن القول هنا ان القاضي يقيد من سلطة

(١) رضا عبدالله حجازي، المصدر السابق، ص ٢٨٣ ومابعدها.

(٢) خضر عاكوبي يوسف، موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الإداري، الطبعة الاولى، طبعة جامعة بغداد، ١٩٧٦، ص ٢٦١.

(٣) د. محمد ماهر أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية، المصدر السابق، ص ٩٧٥.

(4) Auby et Drago ;Traite de contentirux administraif,op.cit.T.3.,p.81

عن رضا عبد الله حجازي، المصدر السابق، ص ٢٨٤.

الإدارة في هذا المجال، وأن اعتبار الملائمة في مجال الضبط الإداري شرطا من شروط المشروعية في مجال الحقوق والحريات من دون غيرها في مجال التناسب هو تقييد للمشروعية ذاتها والتي هي أساس عمل الإدارة وكافة السلطات الأخرى^(١).

بين هذين الاتجاهين، هناك من يرى بأنه لا يوجد تناقض بين رقابة الملائمة مع رقابة المشروعية، ونحن نؤيد هذا، وذلك استنادا الى تحليل دقيق للفقهاء دوبسون (DWBSON)، حيث ذهب الى ان تحليل كلمة الشرعية، انما تعني ان هذا التصرف التزم جانب القواعد التشريعية.

اما الملائمة في تصرف ما، فتعني ان هذا التصرف كان مناسبا أو موافقا أو صالحا من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة، وبعبارة أعم فأن هذا الاصطلاح يطلق على ما يوافق مركزا معيناً أو حالة معينة بالنظر لما يحيط هذه الحالة من اعتبارات الزمان والمكان والظروف المحيطة. أي أن فكرة الملائمة هي فكرة نسبية. ان يمكن القول بأن توصيف هذا الإجراء أو ذاك بصفة الشرعية فإنما نعطيه بهذا الوصف قيمة قانونية، أي أننا نقدر قيمته بالنسبة لتنظيم ملزم وسابق ومثبت بنصوص لا تختلف باختلاف الزمان والمكان. أما عندما نصف أحد الإجراءات بأنه ملائم، فإنما نقدر قيمته بالنسبة لقواعد تتحدد أو تتأثر مضامينها بتقديرات شخصية متغيرة تمتنع على التحديد، وقد تكون هذه القواعد جديرة بالاحترام ولكنها ليست على كل حال ملزمة به.

إن شرعية الإجراء هي قيمته القانونية بالنسبة لقواعد ملزمة، أما ملائمة هذا الإجراء فهي موافقته، وما يتمتع به من قيمة فنية بالنسبة لبعض القواعد التي تتصل مضامينها بتقديرات شخصية^(٢).

ثانيا: موقع الرقابة التناسبية من أركان القرار الإداري: لقد انقسم الفقهاء في آرائهم الى أربعة اتجاهات:

الاتجاه الأول: لقد ذهب جانب من الفقه الى أن عيب عدم التناسب، هو انحراف في استعمال السلطة، وحيث إن العيب الملازم لاستعمال السلطة التقديرية، هو إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، فلا رقابة على ممارسة الأختصاص التقديري إلا إذا ثبت هذا العيب، وعلى ذلك فأن الغلو^(٣) يندرج في معنى التعسف والانحراف ولا يدخل تحت مخالفة القانون^(٤)، و كما يقول الدكتور سليمان الطماوي "ان السبيل الوحيد للطعن في القرار المشوب بعدم تناسب ساطع هو عن طريق إثبات الإنحراف بأعتبره أن الإدارة قد خرجت عن الحدود الخارجية للسلطة التقديرية. ويفهم من ذلك أن خروج الإدارة عن الحدود الخارجية للسلطة التقديرية دليل على وقوعها في عيب الانحراف بالسلطة"^(٥).

وقد واجه هذا الاتجاه انتقادات عدة من أهمها الرأي القائل بأن العيب الملازم دائما للسلطة التقديرية هو عيب الانحراف بالسلطة. ذلك أنه ليس من المستحيل وجود نظرية الانحراف في نطاق السلطة المقيدة ايضاً^(٦).

(١) نكتل ابراهيم الطائي، المصدر السابق، ص ١٥٥.

(٢) د. محمد ماهر ابو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الإدارية، المصدر السابق، ص ٩٧٦ وما بعدها.

(٣) الغلو هو مصطلح استخدمه القضاء المصري للدلالة على عدم التناسب بين العقوبة المفروضة والمخالفة المرتكبة.

(٤) د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة)، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي

١٩٦٦، ص ٤٣٠ وما بعدها. كذلك ينظر د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة، المصدر السابق، ص ٢٦٤.

(٥) مايا نزار أبو دان، المصدر السابق، ص ١٤.

عن مايا نزار أبو دان، J.M.AUBY et R. DRAGO, Traite de contentieux administrative, Tome 2, Paris, L.G.D.J, 3 ed, 1984, p85.

دان، المصدر السابق، ص ١٦.

كذلك توجيه النقد من جهة اختلاف عيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة عن الغلو في الطبيعة والمضمون، فالغلو عيب ذو طابع موضوعي وليس شخصي كعيب الانحراف وهذا ما درج عليه القضاء، كذلك أن عيب الانحراف يتعلق بركن الغاية أو الهدف بمعنى أنه يستهدف غاية غير مشروعة تسعى الإدارة الى تحقيقها بالقرار الذي تتخذه، في حين ان الغلو يقوم على مدى التناسب بين سبب القرار ومحلله أي ينصرف الى ما يشوب القرار من عدم ملائمة ظاهرة بين خطورة الجريمة وجسامة العقوبة الموقعة عنها^(١).

الاتجاه الثاني: عدم التناسب هو رقابة على السبب في صورتها القصوى وتمتد هذه الرقابة الى التحقق من أهمية وخطورة الحالة الواقعية أي مدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ^(٢).

فقد ذهب جانب من الفقه الى أن الرقابة على التناسب بين السبب والقرار الذي بني عليه هو يعتبر صورة من صور الرقابة على عيب السبب، خاصة القرارات التي تمس الحريات العامة والقرارات الصادرة في مجال تأديب الموظفين^(٣) ويستند هذا الرأي الى أن القاضي الإداري في هذا القضاء قد أضاف الى عناصر المشروعية، بما له من دور إنشائي، قاعدة قانونية مقتضاها أنه يشترط لشرعية الجزاء التأديبي ألا يتسم بالشفقة المفرطة أو القسوة المجحفة^(٤)، أو يفسر على ان الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار الإداري تتضمن أولاً رقابة على صحة الوجود المادي للوقائع مادية كانت أم قانونية والثانية رقابة للتحقق من صحة التكييف القانوني للوقائع والثالثة هي رقابته على تقدير الوقائع والقاضي الإداري حيث يعمل رقابته على تقدير أهمية الوقائع فإنه في نفس الوقت ومن من دون أن يقصد يفعل ويعمل رقابة التناسب كون الرقابة الاخيرة هي أحد عناصر رقابة التناسب في ركن السبب^(٥).

وقد واجه هذا الاتجاه الانتقاد، بأنه لا يمكن الاعتماد عليه لأنه أولاً يستند الى جانب أو عنصر واحد من عناصر التناسب ويتجاهل العنصر الثاني، إذ يركز على عنصر السبب من دون المحل، وكذلك الحاق قضاء التناسب في التأديب بعيب السبب بصورته القصوى يتجاهل عنصر الغرض في القرار الإداري مما قد يؤثر على المصلحة العامة^(٦). وأن الرقابة القصوى لركن السبب لاتصلح ان تكون أساساً لرقابة التناسب من خلال الرأي القائل بأن الرقابة القصوى لركن السبب هي الأساس مردود، بسبب ان مدار بحث هذا الأساس يتركز عن نطاق السبب ولا يتعداه الى العلاقة مع ركن المحل، إذ إن الرأي القائل بهذا الأساس نراه لا يخرج عن حيز السبب وحده، أن الرقابة القصوى لركن السبب يتحدد في بيان أهمية الواقعة وخطورتها ومدى تناسبها مع الجزاء المتخذ، بمعنى انها تقتصر فقط على رقابة مدى انطباق الوصف القانوني على الواقعة وهل تمثل بالفعل خرقاً أو فعلاً يستوجب فرض عقوبة أم لا، ولا تنتقل الى حيز التنفيذ حتى تبدو آثار الإجراء ونتائجه.

(١) نكتل إبراهيم الطائي، المصدر السابق، ص ١١٠. كذلك ينظر ميزاب ريمة، المصدر السابق، ص ١٢١.

(٢) خليفة المسافري، ركن السبب في القرار الإداري وفقاً لأحكام المحكمة الاتحادية العليا، بحث منشور على الموقع الالكتروني، (Masmak.com) تأريخ المشاهدة ٢٠١٦/١/٣٠، ص ٤.

(٣) ينظر حول ذلك د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية ومراقبة القضاء، المصدر السابق، ص ٤١٨ وما بعدها. كذلك ينظر د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٤١٧. كذلك ينظر د. محمد حسنين عبد العال، المصدر السابق، ص ١٨٤.

(٤) د. أحمد أحمد المرافي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ١٥.

(٥) على حسين الفهداوي، المصدر السابق، ص ١٤٧.

(٦) د. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣٩٣.

فالمنطق يدعونا الى القول أن تناسب الجزاء من عدمه مع الفعل أو الإجراء لا يمكن تلمسه أو الاحساس به الا من خلال صدور القرار والبدأ بتنفيذ أو مجرد قراءة ما هي الاثار التي قد تنجم عنه، هذا من جانب، ومن جانب آخر أن رقابة التناسب تقوم على أساس مدى التوافق من عدمه بين سبب القرار ومحلّه وليس فقط السبب لوحده أي ليس فقط تقدير السبب من حيث الوجود المادي والتكييف القانوني لها أو مدى الملائمة والتي تتمثل بمدى انطباق الوصف القانوني من عدمه أي يتحدد مدار البحث في تقدير عناصر السبب ومدى أهميتها وخطورتها^(١).

الاتجاه الثالث: يتجه الى ان تحديد وجه الغاء قرار الجزاء في حالة عدم التناسب لا يخرج عن أحد الامرين فأما أن يبني على أساس مخالفة القانون أو على إساءة استعمال السلطة وحيث يتعذر إثبات عيب إساءة استعمال السلطة فإنه يرجح القول بأن الغاء القرار في هذه الحالة يكون على أساس مخالفة القانون في روحه ومعناه والجدل الفقهي السابق لم يعد له اي فائدة وذلك بعد ان أصبحت فكرة التناسب من المبادئ العامة للقانون، وبالتالي العيب الذي يشوب عدم التناسب هو عيب مخالفة القانون^(٢).

والالتجاء الى عيب مخالفة القانون بالاعتراف بمبدأ التناسب أيسر وأسهل في الاثبات مقارنة مع باقي العيوب السابقة، ومقتضى أعمال مبدأ التناسب أن يفحص القاضي الإداري محل القرار، أي الجزاء الموقع في القرارات التأديبية، ويبحث عن مدى تناسب هذا المحل، أو بالاحرى الجزاء مع سبب القرار المبرر له، فأن كان هناك قدراً من عدم التناسب، الغى القاضي هذا القرار لعدم مشروعيته لمخالفته القانون.

وبذلك يقضي القاضي في دائرة وحدود وظيفته كقاضي للمشروعية، تاركا للإدارة حرية تقدير مدى ملائمة الجزاء في اطار هذا التناسب، إذ لايفترض مبدأ التناسب أن هناك جزاء وأحد لايدل عنه، وهو الذي يتناسب مع المخالفة التأديبية، فالحقيقة غير ذلك، حيث ان المحتمل ان تتوافر صفة التناسب لجزائين أو اكثر، فإذا اختارت أحد الجزاءات الاكثر أو الاقل شدة كان الجزاء غير متناسب، نتيجة مغالاة الإدارة وتساهلها الكبير، وبذلك لا يكون من شأن حكم القاضي في هذه الاحوال المساس بسلطة الإدارة التقديرية أو حريتها في تقدير ملائمة قرارها التأديبي، حيث سقوط الامر في حالة الغاء هذا القرار لعدم التناسب، لتقييد الجزاء الاكثر ملائمة في اطار مبدأ التناسب^(٣).

ويستند هذا الرأي الى بعض الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا التي ورد في إحداها مثلاً بأن الحكم الذي أنزلته المحكمة التأديبية بالمتهم هو أقصى العقوبات. الامر الذي يجعل المفارقة ظاهرة بين الجريمة والجزاء وبالتالي مخالفة هذا الجزاء لروح القانون^(٤).

إن اضطرار القضاء الى اللجوء الى إقرار عدد من المبادئ القانونية في محاولة منه للدفاع عن الحريات الأفراد وحقوقهم في مواجهة تنامي السلطة التقديرية للإدارة ومن هذه المبادئ العامة للقانون مبدأ التناسبية والتي ينتمي اليها قضاء الغلو، دفع القاضي الإداري بالتدخل برقابة تقدير الإدارة في ملائمة تصرفاتها، عن طريق فحص مدى توافق محل القرار الإداري مع المبادئ العامة للقانون التي يستخلصها القضاء من الإرادة الضمنية للمشرع، وبذلك لم تعد السلطة التقديرية للإدارة تجد حدها الطبيعي في نصوص التشريعات القانونية الملزمة وإنما أضيف الى ذلك حداً

(١) نكتل ابراهيم الطائي، المصدر السابق، ص ١٦٣ وما بعدها. كذلك ينظر محمد فريد سليمان الزهيري، المصدر السابق، ص ٣٩٤.

(٢) د. خليفة المسافري، المصدر السابق، ص ٤.

(٣) يعقوب يوسف الحمادي، المصدر السابق، ص ٢٠٢. كذلك ينظر د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة، المصدر السابق، ص ٢٦٨ وما بعدها،

(٤) د. أحمد أحمد الموفى، المصدر السابق، ص ١٦.

داخليا تفرضه المبادئ العامة للقانون، وتوسعت حدود المشروعية – بمعرفة القاضي هذه المرة - بنفس القدر الذي ضاقت به السلطة التقديرية للإدارة.

لذلك ذهب هذا الاتجاه بأن قضاء الغلو من الإيسر ربطه بعيب مخالفة القانون، لكونه أسهل في الإثبات بدلا من اللجوء الى اعتباره مجرد قرينة على عدم الملائمة الظاهرة في مجال إثبات عيب الانحراف^(١).

ولم يسلم هذا الاتجاه أيضا من الانتقاد حيث يقال انه لانكون أمام مخالفة القانون الا إذا كانت هناك سلطة مقيدة، والمعروف ان المحاكم التأديبية والسلطة التأديبية الإدارية لها سلطة تقديرية، والعيب المقترن بالسلطة التقديرية هو عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بالسلطة فلا رقابة على ممارسة الأختصاص التقديري الا إذا ثبت هذا العيب، كما أن القانون لم يصنف الجرائم التأديبية ولم يفرد العقوبات التأديبية حتى يمكن القول بوقوع المخالفة^(٢).

الاتجاه الرابع: هناك من يجمع بين الآراء الثلاثة السابقة، ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي، حيث يبين اصحاب هذا الرأي أن رقابة القضاء على التناسب يرجع الى مدى التوافق الموجود بين المحل والسبب من دون اغفال لعنصر الغاية والذي يتحدد دائما برغبة الإدارة في ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، فإذا ما وجد إنحرافا في غاية مصدر القرار فإنه في هذه الحال يرجع الغلو الى عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف، أما إذا وجد عدم ملائمة ما بين السبب والمحل فمرده الى عيب مخالفة القانون بمعناه الدقيق، والسبب أن موضوع الغلو هو تناسب القرار الإداري وأن هذا التناسب لا يمكن ان يتحقق حسب اعتراف غالبية الفقهاء الا بالتوافق ما بين السبب والمحل أي سبب القرار وخطورة الإجراء والآثار المترتبة عليه^(٣). وهذا يعني أنها تطبق على مجموع عناصر القرار (المطعون فيه)، السبب والمحل والغاية، فالتناسب يفترض إذا ، علاقة متناسبة بين سبب القرار أو الحالة الواقعية التي استدعت أتخاذها ، وبين مضمون القرار وبين غاية القرار أي الهدف من أتخاذها^(٤).

المبحث الثاني

التطبيقات القضائية لرقابة التناسب

في هذا المبحث نتطرق الى التطبيقات القضائية لرقابة التناسب في مجال الضبط الإداري في القضاء المقارن في المطلب الأول والتطبيقات القضائية في المجال الانضباطي في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تطبيقات رقابة التناسب في مجال الضبط الإداري

إن القضاء الإداري الفرنسي رغم التزامه بالقاعدة العامة في عدم جواز فرض رقابة الملائمة أو على توافق محل القرار مع أهمية السبب فيه، إلا أنه لم يلتزم بهذه القاعدة على إطلاقه ، وأورد عليه استثناء بالنسبة لقرارات الضبط

(١) د.أحمد أحمد الموفى ، المصدر السابق ، ص ١٨.

(٢) د.سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثالث، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، ١٩٨٧، ص ٧٢٩ عن نكتل ابراهيم الطائي، مصدر سابق، ص ١١٢.

(٣) د.محمد فريد سليمان الزهيري، المصدر السابق، ص ٤٢٧، وقد ايد هذا الراي د.نكتل ابراهيم الطائي وكذلك د. هيثم حليم غازي ، ص ٥٣١، حيث ذكر ان الغلو يتعلق بعيب السبب في المقام الأول، من دون اغفال لركني المحل والهدف في ذات الوقت من خلال رقابة المحكمة الإدارية العليا على مشروعية العقوبة ومدى تناسبها مع المخالفة من اجل ضمان العمل بالمرفق العام على أفضل وجه ممكن. ينظر في ذلك نكتل ابراهيم الطائي، المصدر السابق، ص ١١٣.

(٤) حنان حجال ، المصدر السابق، ص ٤٧.

الإداري، حيث أخضع مجلس الدولة الفرنسي هذه القرارات لرقابة الملائمة. وذلك من منطلق احساسه بخطورة قرارات الضبط الإداري على حريات الأفراد والتي تمثل أهمية بالغة في نظر الراي العام الفرنسي، لما للحقوق والحريات من قدسية في المجتمع الفرنسي، فهي من الامور الجديرة بالاحترام في هذا المجتمع والتي يتعين عدم المساس بها الا إذا وجدت ضرورة من ضرورات المحافظة على النظام العام^(١)، لذلك بدأ رقابته على هذا النوع من القرارات في بداية القرن الماضي.

لقد طبق في حالات عديدة القضاء الإداري الفرنسي والمصري رقابة متقدمة على تصرف الإدارة، بأن فحص مدى تناسب محل القرار الإداري مع سببه أي مع الوقائع المبررة لأخذ هذا القرار.

وهذه الرقابة المتقدمة اعتبر استثناء على الاصل الذي يلتزم به القضاء الإداري بأعتبره قاضي مشروعية^(٢) وليس قاضي ملائمة. ولذلك استقر القضاء الإداري على الاعتراف للإدارة بسلطة تقدير الملائمة بين أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها والتصرف الذي تتخذه حيالها. ومع ذلك فإن هذا القضاء لم يلتزم هذه القاعدة في كثير من الحالات، رأى فيها ضرورة التزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لأخذ القرار الإداري، ومحل هذا القرار، تأسيساً على أن مبدأ التناسب في هذه الحالات من المبادئ القانونية العامة التي يتوجب على الإدارة الالتزام بها في تصرفاتها من دون حاجة الى وجود نصوص صريحة تتضمنها، وبذلك يمتد عمل القاضي الإداري الى الرقابة على مدى تحقيق هذا التناسب، من دون ان يتجاوز حدود وظيفته كقاض للمشروعية، حيث يقتصر عمله على المطابقة بين محل القرار الإداري وأحد المبادئ القانونية العامة وهو مبدأ التناسب، وبالتالي إلغاء القرار المخالف لهذا المبدأ لمخالفته القانون، اي لعدم المشروعية^(٣)، أخذ مجلس الدولة الفرنسي يراقب تقدير الإدارة لأهمية وخطورة السبب، ومدى تناسبه مع القرار الإداري المؤسس عليه، وأخذ يراقب الملائمة بين القرار المبني عليه، وخاصة إذا كانت الملائمة تكون شرطاً من شروط المشروعية^(٤).

ويعتبر قضية (بنجامين) أول قضية طعن تعرض لهما مجلس الدولة الفرنسي في عام ١٩٣٣ لهذا الموضوع^(٥) أو نقطة الانطلاق الحقيقية لتلك الرقابة^(٦). وبذلك يكون القضاء الإداري قد تكفل بصياغة نظرية عامة تحد من سلطات الضبط الإداري بحيث لا تطفئ على الحريات.

(١) د. عصام عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ٤٢٠. كذلك ينظر د. رمضان محمد بطيخ، المصدر السابق، ص ١٤٩.

(٢) د. أحمد أحمد الموافي، المصدر السابق، ص ٩.

(٣) د. سامي جمال الدين، دعوى إلغاء القرارات الإدارية، مؤسسة حورس الدولية، الاسكندرية، طبعة ٢٠١٥، ص ٢٩٤.

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبدالله، القضاء الإداري اللبناني، المصدر السابق، ص ٥٦٢.

(٥) وتدور أحداث هذه القضية حول توجيه الطعن ضد قرار العمدة (نيفير) بمنع القاء محاضرتين السيد رينيه بنجامين المدرجتين في برنامج الاحتفالات الادبية التي تنضمها رابطة مبادرة نيفير، بحجة انه من شأنه حصول اضطراب في النظام العام. إلا أنه رد مجلس الدولة الفرنسي بأنه احتمال الاضطرابات الذي يدعيه عمدة نيفيرا لم يكن يمثل درجة من الجسامه بحيث لم يكن يمكن من دون منع المحاضرة المحافظة على النظام يأخذ إجراءات الضبط التي يملك اتخاذها. للمزيد حول ذلك ينظر مارسلو لونغ، بروسبير فيل وآخرون، القرارات الكبرى في القضاء الإداري، الطبعة الأولى، مؤسسة مجد الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٣٠٥.

(٦) لعل بداية هذا القضاء كانت في عام ١٩٠٧ حينما أصدر المجلس حكمه في قضية شركة الفيهارموني الموسيقية بإلغاء قرار عمدة Fumay برفض الترخيص لهذا الشركة بممارسة مهنتها بحجة المحافظة على النظام العام، حيث وجد المجلس ان اسباب أو الوقائع التي استندت اليها القرار المذكور ليست من شأنها الإخلال بهذا النظام. وفي ١٩٠٩ أصدر المجلس حكماً مشابهاً للحكم السابق، بل وأشار فيه صراحة ان مهمة القاضي يجب ان تمتد في مجال نزاعات الضبط الإداري الى بحث ما إذا كانت الإدارة قد أخذت طبقاً لظروف الدعوى، قراراً لاتبرره ضرورات

وبعد ذلك أصبحت سلطة الإدارة في مجالات الضبط الإداري مقيدة الى حد كبير، اي انها تخضع لرقابة القضاء الإداري الذي يشترط في إجراء الضبط ان يكون ضروريا ولازما لإنقاذ الإخلال بالنظام العام. واشترط ان يكون التدبير الضبطي ضرورياً هو جماع لعدة شروط، هي ان يكون التدبير الضبطي ضرورياً وفعالاً ومناسباً، فالضرورة تقتضي أن يكون الإجراء كفيلاً بتوقي وقوع الاضطراب أو الإخلال بالنظام العام. وأن يكون هو الإجراء اللازم لتوقي الخطر، من دون أي تدبير آخر أقل منه إعاقة للحرية، والضرورة تقدر بقدرها، وعلة ذلك أن الحريات إذا قيدت بسبب ممارسة سلطة الضبط، وجب ان تكون التضحية بهذا القدر من الحرية متكافئة مع مقدار المصلحة المشروعة التي ينغيهاها البوليس الإداري، وبذلك يتحقق التوفيق بين الحرية وحماية النظام العام^(١).

ويعتبر الرقابة القضائية على هذا النوع من القرارات رقابة تناسبية شاملة، والتي تتمثل في التحقيق مما إذا كانت قرارات الضبط الإداري، والتي تنال من إحدى الحريات العامة، تناسب بدقة مع حدة الإخلال بالنظام العام الذي يسعى القائمون بهذه الأعمال الى الحول من دون وقوعه، فهي صارمة جدا لكونها تعاقب عدم التناسب مهما كان بسيطاً من خلال ابطال العمل المطعون فيه، وهي لهذا السبب يطلق عليها اسم الرقابة القسوى، والمقصود منها انها تضع سلطات الضبط الإداري في وضع الأختصاص المقيد^(٢).

وقد راقب المجلس التناسب بين قرارات الإدارة وبين الوقائع المستندة اليها بالنسبة لحرية عقد الاجتماعات، ومجال حرية العبادة، وبصد حرية التجارة والصناعة^(٣)، وكذلك مجال حرية النشر والصحافة.

اما موقف القضاء المصري فقد سارت محكمة القضاء الإداري المصري على هذا النهج الذي مارسته مجلس الدولة الفرنسي^(٤)، وقد اكد ذلك في أحكامها، وكذلك المحكمة الإدارية العليا التي تبنت هذا النهج ايضاً، ونذكر المثال في حكمها الصادر في ١٣ ابريل ١٩٥٧، حيث تقول " إنه ولئن كانت الإدارة في الاصل تملك حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها، اي إنه حيثما تختلط مناسبة العمل الإداري بمشروعيتها، ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الامور خصوصاً فيما يتعلق بالحريات العامة، وجب ان يكون تدخل الإدارة لاسباب جدية تبرره فالمناط والحالة هذه، في مشروعية القرار الذي تتخذه الإدارة، هو ان يكون التصرف لازماً لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الامن والنظام، بأعتبار هذا الإجراء الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الضرر، وللقضاء الإداري حق الرقابة على قيام هذا المسوغ أو عدم قيامه، فإذا ثبت جدية الأسباب التي تبرر هذا التدخل، كان الإدارة بمنجاة من اي طعن، اما إذا اتضح ان الاسباب لم تكن جدية، ولو يكن فيها الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل

المحافظة على النظام العام. ينظر في ذلك د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الادارة التقديرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٥٤٣.

(١) د. محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، سبتمبر-ديسمبر ١٩٧٨، العددان الثالث والرابع، السنة الثامنة والاربعون، ص ٦٥ وما بعدها، عن رضا عبدالله حجازي، المصدر السابق، ص ٢٧٧-٢٧٨.

(٢) د. فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الجزء الثاني، القسم الأول، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص ٦٩١.

(٣) د. عبدالغني بسيوني عبدالله، المصدر السابق، ص ٥٦٣-٥٦٤.

(٤) رغم انه في بادئ الأمر لم يطبقها في جميع الاحوال، فقد اقتصر ذلك على قرارات الضبط الإداري الصادر في الظروف الاستثنائية، حيث جاء في أحد احكامها التأصيلية والمبدئية في تعاملها مع الإدارة في ظل الاحكام العرفية: إذا كان القانون يخول الحاكم العسكري في ظل الاحكام العرفية سلطة تقديرية واسعة يواجه بها ما تقتضيه الحالات الاستثنائية التي تعرض لها، إلا أنه ينبغي ألا تتجاوز سلطته التقديرية الحدود الدستورية المرسومة، وإلا تخل بالتزاماته القانونية وألا تتفول بوجه خاص على الحريات العامة بمن دون مبرر قانوني وإلا شاب تصرفاته عدم المشروعية. الحكم الصادر بتاريخ ١٣-٤-١٩٥٧ س ٢ ق ٩٣ ص ٨٦٦، عن د. يعقوب يوسف الحمادي، المصدر السابق، ص ١٩٨.

لتقييد الحريات كان القرار باطلا^(١). وفي تطبيق اخر قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن: الحرية الدينية كفلها الدستور، الامر بتعطيل اجتماع ديني مخالفته للدستور بطلانه^(٢).

وفي تطبيق آخر لمجلس الدولة المصري في بسط رقابة الملائمة استثناء على القرارات الإدارية المتعلقة بالحريات العامة. إذ جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٦٩/٦/٣ (... فإنه يتعين على قاضي الموضوع أن يتحقق من وجود الخطر الذي يهدد النظام العام الضبطي في مدلوله العام ومن أن التدابير التي تتخذها جهة الإدارة لدرء هذا الخطر ضرورية ومجدية بالقدر الذي يتناسب معه...)^(٣).

في العراق رغم اختلاف الاراء حول مدى ممارسة القضاء العراقي حول تقدير الإدارة لخطورة الواقع واهميتها أو رقابة التناسب على مجالات الضبط الإداري في العراق فمنهم من يقول ان القضاء العراقي فقد اخذ برقابة التناسب ولكن في مجال العقوبات الانضباطية فقط^(٤). أو انه لم يمارس رقابة التناسب على إجراءات الضبط^(٥) التي تقوم بها الإدارة في حالات كثيرة عندما كان قضاءً موحداً وعندما أصبح قضاءً مزدوجاً، ومارس رقابة عادية في حالات منع السفر والوقوف على المبيرات الحقيقية واهميتها وخطورتها وفي مجالات الرقابة على النشر والمطبوعات وفي مجالات الآداب العامة وكذلك في مجال الضبط الذي تمارس على المواد المعدة للتهريب الى خارج القطر في الظروف العادية والاستثنائية^(٦)، لكن جانب آخر على خلاف هذا الرأي يذكر قرارا يتعلق بهذا المجال جاء فيه ((وحيث أن تقدير خطورة هذه الأعمال هي من السلطات التقديرية التي يقررها وزير الداخلية ولا معقب لتقديره مادام قد استند على وقائع صحيحة اقتنع بها فيكون تقديره سائغاً ومقبولاً فلا جناح عليه فيما ذهب اليه من سحب الجنسية العراقية عن المميز وابعاده خارج العراق حسب السلطات المخولة اليه وفق المادة ١٩ من قانون الجنسية...)) ومن هذا القرار يمكن أن نستخلص أن القضاء العراقي قد قرر بأن الاصل انه ليس للقضاء رقابة السلطات التقديرية الممنوحة للإدارة بتقدير أهمية الوقائع ومدى ملائمة الإجراء المتخذ مع تلك الأهمية طالما كانت موجودة وصحيحة في الواقع والقانون ،

(١) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المصدر السابق، ص ٩٢.

(٢) د. عبد الفتاح مراد، شرح الحريات العامة وتطبيقات المحاكم بشأنها، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، من دون ذكر طبعة وسنة الطبع، ص ٣٨٥.

(٣) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية، ص ٣٤٤، عن فارس عبد الرحيم حاتم، حدود رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بابل، ٢٠٠٣، ص ٦٢.

(٤) ماهر صالح علاوي، حول بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام ، بحث في مجلة العدالة، العدد الأول، السنة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٢١. كذلك ينظر زانا جلال سعيد، الموازنة بين الضبط الإداري والحريات العامة والرقابة القضائية عليها، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، ٢٠٠٨، ص ١٠٠.

(٥) إذ نجد ان منع التظاهر بكل اشكاله لا يعتبر عملاً مشروعاً، لان هذه الحرية تعد حقاً مصوناً دستورياً وفي حال إذا اجازت السلطات المحلية بهذه التظاهر ومنعها من قبل سلطات اعلى منها تعد انتهاكاً واضحاً لهذه الحرية، والمثال على ذلك منع وقمع المظاهرات في العراق ومنها ما حصل في مدينة الحويجة سنة ٢٠١٣ والذي جاء في محضر اللجنة الامنية العليا في محافظة كركوك في ٢٠١٣/٥/٧ والموجهة الى مكتب القائد العام للقوات المسلحة، العدد (٤٥٣) في ٢٠١٣/٥/١٣ وجاء فيها بأن المظاهرات في مدينة كركوك وقضاء الحويجة تمت بموافقات اصولية ، الا ان زج الجيش في حسم المشاكل السياسية ادت الى حصول مجزرة في ساحة الاعتصام في الحويجة وذلك بأستشهاد واصابة عدد كبير من المواطنين. ينظر في ذلك محمد خورشيد توفيق، ضمانات الحقوق والحريات العامة في مواجهة سلطات الضبط الإداري، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة ، جامعة صلاح الدين، ٢٠١٥، ص ١٤٨.

(٦) ومن الامثلة قرار محكمة تمييز العراق رقم الاضبارة ١٥٠-حقوقية ٩٦٧ في ١٩٦٨/٥/٣٠ حول إجراءات منع السفر، وقرار ١٠٤٨/ك/٢ في مجال نزع الجنسية ، للمزيد حول ذلك ينظر علي حسين الفهداوي، المصدر السابق، ص ١٥٥ وما بعدها.

وطالما كان تقدير الإدارة سائغا ومقبولا، وأن للقضاء العراقي الحق في رقابة تقدير الإدارة لأهمية الوقائع كلما وجد ان التقدير الذي قدرته الإدارة لم يكن سائغا ومقبولا بحيث كان عدم التناسب ظاهرا بين خطورة الوقائع والقرار المتخذ^(١). وفي مجال حرية التجارة فقد أصدر محكمة القضاء الإداري القرار حول ((...ترحيل اصحاب محلات بيع اليااسات) البقولييات) بالجملة من منطقة الميدان في الموصل بسبب الازدحام الذي تسببه هذه المحلات من زخم مروري في وسط المدينة ، كانت بتوجيه من مجلس الشعب المحلي في قضاء الموصل، الى المنطقة الصناعية القديمة بعد انشاء علاوي متخصصة لأصحاب هذه المحلات...وحيث ان استعمال الابنية يكون بموافقة البلدية استنادا لأحكام المادة (٣٢) من نظام الطرق والابنية رقم (٤٤) لسنة ١٩٤٥ لذا فلا يعتبر مدير بلدية الموصل متعسفا في منع المدعي من العمل في محله الواقع في منطقة الميدان وسط الموصل والمعد لبيع اليااسات بالجملة، ومن حقه تخصيص علاوي خاصة لهذا الغرض في منطقة لا تسبب ازدحاما أو زخماً مرورياً، وليس من حق المدعي عدم الاستجابة لأمر الترحيل خاصة وأن مجلس الشعب المحلي قد أوصى بذلك... عليه قرر الحكم برد دعوى المدعي^(٢) أما حول فرض الرقابة على حرية التظاهر فقد صدر في قرار لمجلس شوري الدولة رقم ١٧٨/انضباط/ تمييز/٢٠١٣ الصادر في ٢٤/٧/٢٠١٣ الذي ينص ((...ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون، ذلك ان عقوبة لفت النظر التي فرضتها الإدارة على المميز(المعترض) بموجب الامر الوزاري المرقم ب(٢٠٣٩) في ١٥/١١/٢٠١١ جاءت بناءً على توصية لجنة تحقيقية مشكلة تشكياً قانونياً صحيحاً تولت التحقيق تحريراً مع الموظف المخالف، وحررت محضراً تثبت فيه ما أتخذته من إجراءات وما سمعته من اقوال وثبت لديها مخالفة الموظف المعترض لقيامه مع موظفين اخرين بالتظاهر داخل دائرته(شركة نפט ميسان) يوم ١٧/٤/٢٠١١ من دون الحصول على اذن سابق من ادارة الشركة. ذلك ان حق التظاهر السلمي وأن كان من الحقوق التي كفلها الدستور، لكن لم يتركها مطلقة ، إنما قيد تنظيمها بقانون، حيث نص في الفقرة (ثالثاً) من المادة(٣٨) بعبارة(حرية الاجتماع والتظاهر السلمي، وتنظم بقانون) فإذا لم يصدر المشرع القانون الذي ينظم التظاهر ، فلا يعني عدم وجود قواعد قانونية تقف عند حدودها التظاهر وأن لم تكن موضوعة لهذا الغرض على وجه التخصيص، وأن اطلاق حق التظاهر يمس بقدر واخر المصالح التي تحميها هذه القواعد. كالمادة(٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم(١٤) لسنة ١٩٩١ التي تحظر على الموظف الانقطاع عن العمل وعدم الاستغلال الصحيح لساعاتها و التهاون فيه أو تعطيل عمل الآخرين أو الأضرار بالانتاج . كما تعاقب المادة (٣٦٤) من قانون العقوبات الموظف الذي يترك عمله أو يمتنع عن واجب من واجبات وظيفته إذا كان من شأن ذلك أن يحدث اضطراباً أو تعطيل المرفق العام. لذا يلزم استعمال حق الاضراب على نحو لا يتعارض مع أحكام القانون ومن مقتضى ذلك اخطار ادارة الشركة به، واستحصال الاذن منها بفترة مناسبة كي تتخذ مايلزم من احتياطات في العمل والمحافظة على الامن، وعدم الأضرار في سير المرفق العام، وحيث أن مجلس الانضباط قد راعى مما تقدم وقرر تصديق العقوبة التي فرضتها الإدارة بما ينسجم ودور المعترض في المخالفة، لذا يكون قراره متفقاً وحكم القانون...))^(٣).

أما عن موقف القضاء الإداري في اقليم كردستان العراق، فرغم حدائته إلا أنه نرى في بعض الحالات المحدودة قد فرض رقابته على مجالات الضبط الإداري ومثال ذلك القرار ١١٤ /الهيئة العامة/ إدارية/٢٠١٢ تأريخ القرار ٣١/١٢/٢٠١٢

(١) خضر عاكوبي، المصدر السابق، ص ٢٨٥.

(٢) القرار المرقم ٣٢/ قضاء اداري/٢٠٠٠ في ١٢/٨/٢٠٠٠، مجلة العدالة، العدد الأول، ص ١٧٢ عن عدنان محمد صالح، الرقابة القضائية على عنصر

السبب في القرار الإداري، رسالة ماجستير مقدمة الى قسم القانون العام في كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية، ٢٠١٥، ص ١٥٣.

(٣) القرار ١٧٨/ انضباط/ تمييز/٢٠١٣ م الصادر في ٢٤/٧/٢٠١٣، منشور في قرارات وفتاوي مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١٣.

حول المبدأ في: (أن الحق الدستوري في التنقل والسكنى مقيد بحفظ النظام العام ومن عناصره حماية الأمن وتوفير كل ما من شأنه اطمئنان الانسان على نفسه وماله من خطر الاعتداءات والانتهاكات وأتخاذ الإجراءات لمنع وقوعها))^(١)، وفي مجال منح التراخيص البناء قد جاء في قرار لمجلس شوري اقليم كردستان في قرار له العدد ٧٢/الهيئة العامة /إدارية/ ٢٠١٢/ بتاريخ ٢٢/٧/٢٠١٢ حول المبدأ ((إذا جاء قرار رفض منح الاجازة وفقا للضوابط المقررة والمعمول بها لمنع اجازة البناء للأغراض التجارية فأن الحكم القاضي برد الدعوى صحيح وموافق للقانون))^(٢).

اما فيما يخص القرار الصادر لمنع حرية النشاطات المنظمات والاحزاب والصحافة، فنرى ان محكمة القضاء الإداري قد اقام رقابته عليها والامثلة على ذلك قرارها الصادر العدد/٣/ك/٢٠١٥ بتاريخ ١٠/٥/٢٠١٥ حيث ينص القرار ((لدعوى المدعية أمام هذه المحكمة بأن المدعي عليه اضافة لوظيفته قام بغلق المكتب الرئيسي لمنظمة (ذياني نازادي طة نجانى كردستان) بواسطة عناصر جهاز أسايش بمن دون وجه حق ورغم... وحيث اقرت المدعية في جلسة.. بأن المنظمة لسان حال هذا الحزب وتؤيد توجيهات (حزب بارتي جارة سه ري الحزبية) وتقدم نشاطات مرادفة لتوجيهات الحزب المذكور والتي تمس أمن الاقليم وأن المدعي عليه الثاني مسؤول عن ظمان ذلك الأمن، حيث ثبت للمحكمة بأن قرار المدعي عليه الثاني مشروع وله سند قانوني عليه (...))^(٣) كذلك الحكم الصادر من نفس المحكمة بالعدد ٢/ك/٢٠١٥ الصادر بتاريخ ١٠/٥/٢٠١٥ حول منع نشاطات منظمة (ريكخرأوى ذيانة ودي طة نجان) لنفس الأسباب المذكورة في الحكم السابق، وكذلك قرار المحكمة الصادر بالعدد ٤/ك/٢٠١٥ بتاريخ ١٠/٥/٢٠١٥ حول غلق مكتب مجلة (رؤدى وولات) للحفاظ على أمن الإقليم^(٤). اما فيما يخص الرقابة على منح تراخيص العمل، وفي قرار صدر من مجلس شوري إقليم كردستان حول الغاء الاجازة الممنوحة لشركة المدعي بحجة انتهاء مدة العقد (...لذا كان على المحكمة...فأن عليها إجراء المزيد من التحقيقات للوقوف على مدى استناد القرار المطعون فيه الى اسباب معقولة، ومن ثم مدى ملائمة الجزاء المتمثل في الغاء الاجازة مع جسامة المخالفة (الانتهاك) الذي نسب الى المدعي...))^(٥).

المطلب الثاني

تطبيقات رقابة التناسب في المجال الانضباطي

في فرنسا في المرحلة الأولى فقد ذهب القضاء الإداري الفرنسي الى أنه غير مختص في بحث ملائمة الإجراءات التأديبية التي تتخذها الإدارة بحق موظفيها، في مجال القرارات التأديبية لذلك فهو يترك لها حرية اختيار العقوبة المناسبة لما تراه من خطورة الخطأ المرتكب، من دون ان يبحث في خطورة الوقائع ولا في تناسب العقوبة التأديبية معها^(٦). إلا أن الفقه الفرنسي لم يقتنع بان تصل حرية تقدير الإدارة الى حد التفاوت الواضح أو الصارخ في توقيع العقوبات التأديبية، مما يقلل الى حد كبير من قيمة الضمانات التأديبية وغايتها التي كفلها المشرع والقضاء في هذا الصدد.

(١) المبادئ القانونية في قرارات و فتاوي مجلس شوري إقليم كردستان - العراق لعام ٢٠١٢ ص ٢٥٦.

(٢) المبادئ القانونية في قرارات و فتاوي مجلس شوري إقليم كردستان - العراق، المصدر السابق ص ٢١٨

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري/أربيل العدد/٣/ك/٢٠١٥ بتاريخ ١٠/٥/٢٠١٥، غير منشور.

(٤) القرار رقم ٤/ك/٢٠١٥ بتاريخ ١٠/٥/٢٠١٥، غير منشور.

(٥) قرار مجلس شوري اقليم كردستان/العراق العدد ٤٦/الهيئة العامة/إدارية/٢٠١٥ بتاريخ ٢٩/٤/٢٠١٥. غير منشور

(٦) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية، المصدر السابق، ص ٤٧٣.

ولكن بعد ذلك وفي عام ١٩٧٨ خطا مجلس الدولة الفرنسي خطوة نحو التقدم في طريق تقييد السلطة التقديرية للإدارة في مجال التأديب ليبسط رقابته على مدى التناسب بين العقوبة التأديبية ودرجة جسامته أو خطورة الأخطاء التي يرتكبها الموظف العام، وذلك في حكمه الشهير في قضية ليون LEBON ولقد راقب المجلس الجزاءات التأديبية مع الوقائع المسببة لها من خلال الالتجاء الى الخطاء الظاهر. ولكن بعد هذا الحكم أكد مجلس الدولة الفرنسي تاييده بحكم لاحق أصدره المجلس في قضية فينو لاي (VINOLAY) في حكه الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٧٨ وهذا الحكم يعتبر أول تطبيق ايجابي لحكم "ليون" والغى به مجلس الدولة لأول مرة الجزاء التأديبي الموقع على مدير الخدمات بغرفة الزراعة وذلك لعدم تناسبه والمخالفة المرتكبة. وبعد ذلك تعددت تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال لتؤكد المبدأ الذي ارساه حكم ليون في حق المجلس في رقابة التناسب بين الخطاء والجزاء في المجال التأديبي، وقد علق المستشار BRAIBANT على هذا التطور الجديد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بقوله "إن هذه الرقابة القضائية التي بدا يمارسها مجلس الدولة على الإدارة العاملة، هدفها أن تفرض قدرا اقل من المنطق، وحسن التقدير، على رجل الإدارة، فإذا كان في وسعهم أن يختاروا، فليس معنى ذلك أن يفعلوا ما يشاءون"^(١).

في مصر لم يكتفي مجلس الدولة المصري برقابة الملائمة على قرارات الضبط الإداري المتعلقة بالحريات العامة وإنما توسع في هذه الرقابة لتشمل ميدان القرارات التأديبية وهو الامر الذي تميز به عن مجلس الدولة الفرنسي^(٢). فيرى الفقه المصري بأنه كان الاسبق في الأخذ بمبدأ التناسب في ميدان التأديب وذلك من خلال نظرية الغلو في استعمال السلطة، فقد اعلنت المحكمة الإدارية في ١١/١١/١٩٦١ حكمها الشهير الذي قررت فيه صراحة ولأول مرة أن المفارقة الصارخة أو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره وعدم تناسبهما يؤدي الى عدم مشروعية القرار التأديبي^(٣)، وأن القضاء الإداري يتولى في هذه الرقابة الحد من غلو العقوبات الانضباطية التي تصدرها ضد موظفيها لذلك سميت هذه الرقابة بقضاء الغلو، وتقوم المحكمة هنا بالموازنة بين العقوبة التي ينص عليها القرار الإداري وبين الفعل الخاطئ للموظف المعاقب في هذا القرار^(٤).

وبهذا استقر القضاء المصري على تطبيقه لهذه الرقابة على جميع القرارات التأديبية بعد ان كانت محصورة في طائفتين فقط هما قرارات المشايخ والعمد وبعض طوائف الطلبة^(٥).

أما في العراق رغم أنه كان العراق الى وقت قريب من بلدان القضاء الموحد الى أن عدم وجود قضاء إداري متخصص لم يمنع القضاء العراقي من بسط رقابته على القرارات الإدارية الخاضعة للرقابة القضائية، وذلك أن للقضاء ولاية عامة تسري على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة الا ما استثني منها بنص (المادة ٣ من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩) وتنص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ الذي جاء على النحو الأتي "تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة

(١) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المصدر السابق، ص ٨٢-٨٣ كذلك ينظر د. يعقوب يوسف الحمادي، المصدر السابق، ص ١٩١ وما بعدها.

(٢) فارس عبد الرحيم حاتم، حدود رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٣، ص ٦٣.

(٣) لمزيد من التفاصيل ينظر د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة، المصدر السابق، ص ٢٦٠ وما بعدها.

(٤) فارس عبد الرحيم حاتم، المصدر السابق، ص ٦٣.

(٥) عمراوي حياة، المصدر السابق، ص ٤٠.

وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص " وبعد ان صار العراق من بلدان القضاء المزدوج أصبح مجلس الانضباط العام هو الجهة التي يطعن امامها بالقرار الإداري وذلك على اعتبار ان مجلس الانضباط العام هو الجهة التي تنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام، ويجوز الطعن تميزاً بقرارات مجلس الانضباط العام لدى الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بها. ويكون قرار مجلس الانضباط العام الغير مطعون به وقرار الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة الصادر بنتيجة الطعن باتاً وملزماً^(١). هذا كان قبل التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣، اما بعد التعديل فقط اصبحت محاكم القضاء الاداري مختصة بالفصل في صحة الاوامر والقرارات الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات الغير مرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها. كذلك تختص محاكم قضاء الموظفين بالفصل في مسائل الدعاوي التي يقيمها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام في الحقوق الناشئة عن قانون الخدمة المدنية او القوانين او الانظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف وبين الجهة التي يعمل فيها، ويكون الطعن في قرارات محكمة القضاء الاداري وقرارات محكمة قضاء الموظفين أمام المحكمة الادارية العليا ويكون قرارها باتاً^(٢).

إن القضاء العراقي قبل أن يصبح قضاءً مزدوجاً وبعدها يرى ضرورة التزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لأخذ القرار ومحلّه ، ففي قرار لمجلس الانضباط العام^(٣) يعتبر من المبادئ التي استقر عليها طويلاً أكد على أن ((من شروط العقوبة المفروضة على الموظف ان تكون ملائمة مع الغايات المستهدفة منها))^(٤).

وقد منح القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٢٩ الحق في الطعن بعدم الملائمة لكل من الموظف المعاقب إذا ما شعر أن الإدارة فرضت عليه عقوبة شديدة لا تتناسب مع ما أتى به من مخالفات، ولالإدارة إذا تبادر الى وجدانها أن لا تناسب بين هذين الأمرين، أي أن المخالفة المرتكبة تستدعي عقوبة اشد مما فرض على الموظف المخالف^(٥)، ولقد بسط مجلس الانضباط العام رقابته على الملائمة بموجب المادة(٣١-٢) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦ الملغى التي تنص " ان للمجلس ان يتخذ القرارات الآتية عند النظر في القضية أعتراضاً ان :-

ا- يصادق على القرار، أو يخفف العقاب.

ب- يقرر براءة الموظف.

ج- ينقض قرار البراءة ويعاقب الموظف.

(١) حيدر حسن شطاوي، القرارات الإدارية من حيث الخضوع لرقابة القضاء الإداري ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السابع، ٢٠١٤/١/١٥، ص٢٦٠.

(٢) قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة لسنة ٢٠١٣

(٣) يعد مجلس الانضباط العام اقدم تشكيلات القضاء الإداري في العراق مارس رقابة الملائمة على القرارات الانضباطية منذ إنشائه عام ١٩٢٩ وحتى الان/ للمزيد ينظر فارس عبد الرحيم حاتم، المصدر السابق، ص٦٤.

(٤) قرار مجلس الانضباط رقم ١٢٢ في ١٩٧٩/٥/٩ منشور في مجلة العدالة العدد ٣ السنة الخامسة عدد(تموز واب وايلول) عام ١٩٧٩ عن علي حسين الفهداوي ، المصدر السابق، ص١٤٥.

(٥) المادة (٢٩) من القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٢٩. عن د. مازن ليلو راضي، موسوعة القضاء الإداري، المجلد الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، الطبعة الأولى، ٢٠١٦، ص٢٥٦

د- يتشدد العقاب إذا كان المعارض الوزير أو رئيس الدائرة " اذ يذهب مجلس الانضباط الى ان العقوبة يتعين أن تكون متناسبة مع المخالفة، حيث إن الغلو فيها يتعارض مع الهدف الذي يتغياه القانون من التأديب^(١)، وهذا يظهر لنا ان القانون العراقي قد أقر الرقابة على عدم التناسب بين المخالفة والعقوبة في مجال التأديب قبل القضاء الفرنسي والمصري أيضا.

وتمثل رقابة التناسب وعلى وجه الخصوص في القرارات التأديبية هي المجال الحقيقي لمجلس الانضباط في العراق فمع اعترافه بحرية الإدارة في توقيع الجزاء أو عدم توقيعه على الموظف، فإن مشروعية قرارها تبقى رهنا بما لا يشوبه غلو أو عدم الملائمة بين الذنب المقترف والعقوبة التأديبية. وفي ذلك قضى مجلس الانضباط العام في حكمه بعدد ١٢٢/١٩٧٩ في ١٩٧٩/٥/٩ (من شروط العقوبة المفروضة على الموظف ان تكون ملائمة مع الغايات المستهدفة منها)^(٢).

واستمر المجلس على نهجه هذا بعد صدور قانون تعديل قانون مجلس شوري الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ وأصدر قرارات عديدة تشير إشارة واضحة الى بسط المجلس رقابته على التناسب ومنها قرار لمجلس الانضباط العام والصادر برقم ٩٤/١١ في ١٩٩٤/٣/٢٤ الذي جاء فيه وحيث (إن العقوبة المفروضة على المدعي لا تتناسب مع الفعل وتعتبر شديدة بالنسبة الى الواقعة التي وجدها المجلس منطبقة على الفعل الموجب للمسؤولية... فقد قرر تخفيض عقوبته الى عقوبة التوبيخ بدلاً من إنقاص الراتب)^(٣).

ومن المبادئ التي قررتها الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة والمتعلقة بهذا الشأن قرارها بأنه لمجلس الانضباط العام مراقبة ملائمة العقوبة المفروضة للفعل المرتكب. حيث ورد (...وقد وجد مجلس الانضباط العام أن العقوبة المفروضة شديدة ولا تتناسب مع المخالفة المنسوبة الى المعارض وقرر تخفيضها الى عقوبة (لفت نظر) بما للمجلس من سلطة تقديرية مقررة بموجب البند (أولا) من المادة (١٥) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١، لذا قرر تصديق الحكم المميز...)^(٤). وفي قرار آخر صدر عن مجلس شوري الدولة والذي يقتضي أن تتناسب العقوبة المفروضة مع جسامه الفعل المرتكب (...وحيث تبين من خلال دراسة اضبارة الدعوى وتدقيق المخالفات المنسوبة الى المميز وجد ان العقوبة المفروضة شديدة ولا تتناسب مع الفعل المرتكب (...))^(٥).

وهناك ايضا تطبيقات اخرى حول تهاون مجلس الانضباط العام في فرض العقوبة حيث اقرت في قرارها الصادر رقم ٦٢٩/ أنضباط/ تمييز/ ٢٠١٢ الصادر في ٢٠١٢/١٢/٦ بأن ((تخفيض مجلس الانضباط العام للعقوبة وجعلها لا تتناسب مع جسامه الفعل المرتكب تجعل قراره غير صحيح)). من هذا نستنتج ان القضاء الاداري العراقي قد خص كلا الحالتين من الغلو (الشدة واللين) في فرض العقوبة لرقابته.

(١) على حسين الفهداوي، المصدر السابق، ص ٧٨.

(٢) قرار مجلس الانضباط العام برقم ١٢٢/١٩٧٩ في ١٩٧٩/٥/٩ منشور في مجلة العدالة، العدد ٣، السنة ٥، ١٩٧٩، ص ٣٣.

(٣) ماهر صالح علاوي، حول بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام، بحث في مجلة العدالة، العدد الأول، السنة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٢١.

(٤) قرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة رقم ٣٤/٣٥/ انضباط/ تمييز/ ٢٠١٢ الصادر في ٢٠١٢/٣/١٥ م، منشور في قرارات وفتاوي مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١٢.

(٥) قرار الهيئة العامة امجلس شوري الدولة رقم ٨٣/ انضباط/ تمييز/ ٢٠١٢ الصادر في ٢٠١٢/٤/٢٦، منشور في قرارات وفتاوي مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١٢.

بهذا نجد إن موقف المشرع العراقي قد اختلف عن ما أستقر عليه العمل في كل من فرنسا ومصر فيما يخص صلاحية القضاء الإداري في توجيه الإدارة وتعديل قراراتها والحلول محلها في قرارات فرض العقوبة تبعاً لما يقرره بنتيجة أحكامه، لذا إن مجلس الانضباط العام يتصدى بجراءة لقرارات الإدارة بفرض العقوبة التأديبية، بل وأصدر أوامر إلى الإدارة لحثها على انتهاج نهج معين، آخذاً بعين الاعتبار ما درج عليه أتباعه عند إصدار قراراته مستنداً بذلك لما ورثه من خلفية نظام القضاء الموحد^(١). وحتى في القرارات الحديثة نجد التأكيد من جانب المحكمة الإدارية العليا على المبدأ القانوني على أنه "إذا وجدت المحكمة أن العقوبة المفروضة على الموظف شديدة فلها أن تخفض العقوبة"^(٢).

أما الحديث عن موقف القضاء الإداري في إقليم كوردستان العراق فلا نجد في تطبيقاته موقفاً مختلفاً لمسلك المتبع من القضاء الإداري العراقي، فقد مارس رقابته على التناسب في القرارات التأديبية فقد قرر في حكم صادر له العدد ٢٠١٥/ك/٨٠ بتاريخ ٢٠١٥/١٢/١٦ ((...وأن عقوبة طرد المدعي من الخدمة غير متناسب مع فعل المدعي عليه ولكل ما تقدم وبالطلب قررت المحكمة إلغاء القرار الإداري المطعون...))^(٣).

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات نلخصها بالآتي:

أولاً: الاستنتاجات:

- ١- عدم التزام القاضي الإداري بالحدود التي كان يمارسها في الرقابة على الوقائع، وإنما مد رقابته إلى مدى التناسب بين أثر القرار الإداري مع الوقائع الدافعة إلى إصداره. وبذلك انشأ نظرية التناسب والتي يعتبر مبدأ من المبادئ الرئيسية في القانون الإداري، والتي تعني تقدير الواقعة في أهميتها ومدى تبريرها للقرار الذي اتخذته أي في محل القرار.
- ٢- اختلف الفقه حول طبيعة نظرية التناسب بين رقابة مشروعية، ورقابة ملائمة، وكذلك اختلفوا في موقع هذه الرقابة من بين أركان القرار الإداري، فمن اعتبره رقابة تنصب على عنصر الغرض، واعتباره انحرافاً في السلطة، وبين من اعتبره رقابة قصوى على عنصر السبب، والاتجاه الثالث الذي اعتبره مخالفة القانون بأعتبره ينصب على عنصر المحل في القرار الإداري، وبروز اتجاه رابع يجمع بينهم، على اعتبار أن رقابة التناسب هو مدى التوافق الموجود بين المحل والسبب، دون أغفال لعنصر الغاية.
- ٣- إن رقابة التناسب يكون على مستويين، الأول رقابة شاملة، بحيث يلغي قرار الإدارة ويقيّد سلطتها، وخاصة في مجال الضبط الإداري. والنوع الثاني هو رقابة تناسبية جزئية تطبق في بعض المجالات وخاصة مجال العقوبات الانضباطية.

(١) أحمد سرحان سعود الحمداني، الانحراف بالسلطة وجه لإلغاء القرار الإداري، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السابع ٢٠١٣/١/١٥، ص ٢٠٧-٢٠٨.

(٢) القرار الصادر في الدعوى التمييزية رقم ١٢٤٥/قضاء موظفين-تميز/٢٠١٤، في ٢٠١٥/١/١٥. منشور في قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١٥، ص ٣٤٣.

(٣) القرار الإداري الصادر من المحكمة الإدارية/ اربيل العدد ٨٠/ك/٢٠١٥ بتاريخ ٢٠١٥/١٢/٦، غير منشور.

٤- لقد طبق القضاء الاداري الفرنسي والمصري هذا النوع من الرقابة على مجالات الضبط الاداري، اما القضاء العراقي وان وجدنا بعض التطبيقات القليلة في هذا المجال ولم نجد مثالا واضحا في تطبيقاته حول الممارسات الحريات العامة كحق التظاهر وحرية المعتقدات من خلال بحثنا في القرارات التي اصدرتها المحاكم الادارية. اما في المجال الانضباطي فأنا وجدنا في كل من القضاء الاداري الفرنسي ومصري واعراقي العديد من هذه التطبيقات العملية.

ثانياً: التوصيات:

- ١- تفعيل دور القضاء الاداري في العراق واقليم كوردستان العراق للأداء دوره الرقابي عن طريق تعيين قضاة متخصصين وذات خبرة في القضاء والقانون الاداري، ويشترط فيهم الاستقلال والحياد. وان يمتلكو الجراءة في الخروج من حالة التقييد بالنصوص التشريعية الى استخدام خبرتهم وفطنتهم في انشاء قواعد قضائية جديدة حسب الحالات التي يستوجبها، من اجل الحفاظ على الحقوق والحريات الفردية.
- ٢- انشاء هيئات خاصة لتواصل بين الادارة والقضاء، والاستفادة من الاستشارات التي يقدمها القضاء للادارة، بمعنى انشاء خط وصل بين الادارة والقضاء الاداري لتعاون في تقديم المشورات والتوصيات في اتمام اعمالها التي تحتاج فيها الى المشورة، كذلك جعل من هذه الهيئات جسر بين الطرفين الهدف منها انجاح العملية الادارية وليس تقييد السلطة الادارية.
- ٣- القيام ببحوث ودراسات واسعة حول السلطات التي يتمتع بها الادارة بسلطة تقديرية ومدى الرقابات الحديثة عليها، وارسال القضاة والمتخصصين الاداريين الى البلدان ذات القضاء الاداري المتطور، لتعليمهم واعلامهم بالمستجدات الحديثة في اساليب الرقابة على الادارة، عن طريق اقامة الدورات لهم، والقيام بنشر الوعي الثقافي بين الافراد للجوء الى القضاء الاداري في حالة حدوث اي تجاوز من جهة الادارة لحقوق الافراد.
- ٤- تطوير القضاء الاداري العراقي والكوردستاني لوسائلها في الرقابة أسوة بباقي الدول مثل مجلس الدولة الفرنسي والمصري وانتهاج الرقابات الحديثة مثل رقابة التناسب.

المصادر

أولاً: الكتب:

- ١- د. احمد الموافي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، بدون عدد طبعة، ٢٠٠٨
- ٢- حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للادارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الاولى، اكااديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٣.
- ٣- د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الادارة التقديرية، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
- ٤- د. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
- ٥- خضر عكوبي يوسف، موقع القضاء العراقي من الرقابة على القرار الاداري، الطبعة الاولى، طبعة جامعة بغداد، ١٩٧٦.



- ٦- د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الادارة التقديرية، وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
- ٧- د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة)، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، ١٩٦٦.
- ٨- د. سليمان طماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، طبعة مزيدة ومنقحة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ٩- د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للادارة، بدون ذكر عدد الطبع، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٤.
- ١٠- د. سامي جمال الدين، دعوى الغاء القرارات الادارية، بدون طبعة، مؤسسة حورس الدولية، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- ١١- د. عبد الغني بسيوني عبدالله، القضاء الاداري اللبناني، مشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١.
- ١٢- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.
- ١٣- د. فوزت فرحات، القانون الاداري العام، الجزء الثاني، القسم الاول، الطبعة الثانية، ٢٠١٢.
- ١٤- د. محمد ماهر ابو العينين، ضوابط مشروعية القرارات الادارية وفقا للمنهج القضائي، الكتاب الاول، الطبعة الاولى، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣.
- ١٥- د. مازن ليلو راضي، موسوعة القضاء الاداري، المجلد الاول، الطبعة الاولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٦.
- ١٦- د. ماجد راغب حلو، القضاء الاداري، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ١٧- د. محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الاداري ودعوى الالغاء، بدون عدد طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.
- ١٨- مارسلو لونغ و بروسبير فيل و غي بريبان و بيار دلفولفيه و برنو جينفوا، القرارات الكبرى في القضاء الاداري، الطبعة الاولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩.
- ١٩- مايا محمد نزار ابو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري، الطبعة الاولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١.
- ٢٠- د. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الاداري، دار الفكر والقانون، المنصورة، بدون ذكر طبعة، ٢٠١٧.
- ٢١- د. يعقوب يوسف حمادي، القضاء ومراقبة السلطة التقديرية للادارة، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٢.

ثانياً: الرسائل والاطاريح:

- ١- بوادي مصطفى، ضمانات الموظف العام في المجال التأديبي، اطروحة لنيل الدكتوراه مقدمة الكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد- تلمسان، ٢٠١٤.
- ٢- حنان حجال، رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الاداري، رسالة اعدت لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، مقدمة الى كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية في لبنان، ٢٠٠٥.

- ٣- رضا عبدالله حجازي، الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه مقدمة الى قسم القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠١.
- ٤- زانا جلال سعيد، الموازنة بين الضبط الإداري والحريات العامة والرقابة القضائية عليها، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة جامعة السليمانية، ٢٠٠٨.
- ٥- عدنان محمد صالح عبدالله جاف، الرقابة القضائية على عنصر السبب في القرار الإداري، رسالة ماجستير مقدمة الى قسم القانون العام في كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية، ٢٠١٥.
- ٦- علي حسين احمد غيلان الفهداوي، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، رسالة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٠.
- ٧- عمراوي حياة، الضمانات المقررة للموظف العام خلال المساءلة التأديبية في ظل التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر- باتنة، ٢٠١٢.
- ٨- علي يونس اسماعيل، القاضي الإداري بين رقابة المشروعية ورقابة الملائمة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والعلوم السياسية-قسم القانون، جامعة دهوك، ٢٠١٧.
- ٩- فارس عبد الرحيم حاتم، حدود رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٣.
- ١٠- فتيتي صفاء، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، ٢٠١٤.
- ١١- مخاشف مصطفى، السلطة التقديرية في اصدار القرارات الادارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠٠٧-٢٠٠٨.
- ١٢- ميزاب ريمة، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية، مذكرة مكملة من متطلبات شهادة الماستر في الحقوق، مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، الموسم الجامعي ٢٠١٤-٢٠١٥.
- ١٣- نكتل ابراهيم عبد الرحمان الطائي، التناسب في القرار الإداري، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق بجامعة الموصل، ٢٠١٥.
- ١٤- محمد فريد سيد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، قسم القانون العام، جامعة منصور، ١٩٨٩.

ثالثاً: الدوريات:

- ١- ماهر صالح علاوي، حول بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام، بحث في مجلة العدالة، العدد الاول، السنة الثانية، ٢٠٠٠.
- ٢- حيدر حسن شطاوي، القرارات الادارية من حيث الخضوع لرقابة القضاء الإداري، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السابع، ٢٠١٤.
- ٣- احمد سرحان سعود الحمداني، الانحراف بالسلطة وجه لإلغاء القرار الإداري، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السابع، ٢٠١٣.

٤- سليم سلامة حتامله، رقابة القضاء الاداري على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الادارية، بحث منشور في مجلة جرش للبحوث والدراسات، الاردن، المجلد ١٠، العدد ٢، ٢٠٠٦.

رابعاً: القوانين والقرارات

- ١- قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ .
- ٢- قرارات وفتاوي مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١٢.
- ٣- المبادئ القانونية في قرارات و فتاوي مجلس شوري إقليم كردستان- العراق لعام ٢٠١٢.
- ٤- القرار الاداري الصادر من المحكمة الادارية/ اربيل العدد ٨٠/ك/٢٠١٥ بتأريخ ١٠/١٢/٢٠١٥، غير منشور.

خامساً: المواقع الكترونية:

- ١- د.خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة (رقابة التناسب) بحث منشور على الموقع الالكتروني <http://khasallemwordnrress.com> ، تأريخ المشاهدة ٢٧/١٢/٢٠١٥.
- ٢- خليفة المسافري، ركن السبب في القرار الاداري وفقا لاحكام المحكمة الاتحادية العليا، بحث منشور على الموقع الالكتروني، <http://masmak.com> ، تأريخ المشاهدة ٣٠/١/٢٠١٦.

