موقف الفقه المقارن من الرقابة على التناسب

The position of comparative jurisprudence on the control of proportionality

زياد طارق خضير

زياد طارق خضير العكيدي
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
الدائرة القانونية والادارية / قسم الشؤون القانونية
Ziyad Tariq Khadheir
Higher Education Ministry / and Scientific Research
Adminstrative and legal office / Legal affairs section
ziyad.alaukidy@gmail.com
ا.د. يس عمر يوسف الحاج
جامعة النيلين/كلية القانون
الخرطوم/ السودان
Prof. Dr.: Yaseen omar Youssuf
Al-Nileen university – collage of law / Al-Khartoum / Sudan

المستخلص:

تناولنا في هذه الورقة موضوع موقف الفقه المقارن من الرقابة على التناسب في كل من فرنسا ومصر والسودان والعراق في دراسة مقارنة من خلال أربعة محاور، وقد اتفقوا على وجود رقابة التناسب وأهميته وإن لم تذكر في السودان برقابة التناسب بصريح العبارة ولكن ذكر ملاءمة. وتوصيات أهمها نوصي القضاء في جمهورية السودان ان يأخذ بنظام القضاء المزدوج اسوةً بالقضاء الإداري الفرنسي والمصري والعراقي. كما نوصي أن يتم تقسيم القضاء في جمهورية السودان على ذات التقسيم المتبع في فرنسا ومصر والعراق.

ABSTRACT

In this paper we discussed the position of comparative jurisprudence on the control of proportionality in France, Egypt, Sudan and Iraq using comparative descriptive analytical method through four axes. In France, Egypt, Sudan and Iraq the control of proportionality and its importance is existed, although in Sudan the control of the proportionality is not mentioned but the statement of appropriate is expressed. The conclusion led us to recommend the judiciary in the Republic of Sudan to adopt the system of double justice in similar to the administrative judiciary of French, Egypt and Iraq. We also recommend that the judiciary in the Republic of Sudan be divided into the same division as in France, Egypt and Iraq.

مقدمة:

إن الهدف العام من تطور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة كان التوسع في نطاق المشروعية والتضيق من نطاق السلطة التقديرية للإدارة بقصد حماية حقوق الأفراد وحرياتهم مع ضمان تمكين الإدارة من تحقيق أغراضها التي تزداد تعقيداً مع التطور المتسارع.

أهمية الورقة:

تكتسب هذا الورقة أهميتها من أهمية دراسة موضوع التناسب في القضاء الإداري لحداثته ولعدم تطبيقه في كثير من البلدان، ومن عدم وجود دراسة قانونية مستقلة بحسب علمي، تناولت هذا الموضوع، ومن وجود محاولات لتطوير القضاء الإداري في العراق والسودان.

مشكلة البحث:

تمثلت مشكلة الدراسة في الإجابة على التساؤلات الآتية:

١. ما مدى تطبيق رقابة التناسب في كل من العراق والسودان ومصر وفرنسا؟
٢. ما هي القرارات الإدارية التي يراقب القضاء الإداري تناسبها عند ارتكاب الموظف مخالفة؟
٣. ما هي السلطات الممنوحة لهذا القضاء بالموازنة بين السلطات وامتيازات الإدارة وواجبات الموظف العام وحقوقه؟.

منهج البحث:

إن المنهج المتبع في إعداد هذه الرسالة هو منهج الدراسة التحليلية المقارنة، وتتحقق فيها تحليل قوانين فرنسا ومصر والسودان والمقارنة بينها وبين القانون العراقي.

أهداف البحث:

الأهداف التي يروم الباحث تحقيقها من خلال البحث نوجزها على النحو الآتي:

١. التطرق لمفهوم رقابة التناسب في القضاء الإداري.
٢. بيان موقف القضاء والفقه الإداريين من الرقابة على التناسب في القضاء الإداري وكذلك توضيح الاتجاهات الفقهية المقارنة من الرقابة على التناسب في القضاء الإداري.

تقسيم الدراسة:

سوف نتطرق إلى دراسة هذا الموضوع من خلال أربعة محاور كالتالي:

المحور الأول: اتجاه الفقه في فرنسا من الرقابة على التناسب

المحور الثاني: اتجاه الفقه في مصر من الرقابة على التناسب

المحور الثالث: اتجاه الفقه في السودان من الرقابة على التناسب

المحور الرابع: اتجاه الفقه في العراق من الرقابة على التناسب

تمهيد:

بينا فيما سبق الاساس القانوني للرقابة على التناسب في القرارات الضبطية والانضباطية ولابد لنا ان نعرض بشيء من الايجاز موقف الفقه المقارن من الرقابة على التناسب لما له من دور مهم واسهام كبير في ارساء المبادئ القضائية التي استند اليها القضاة الاداريون في مختلف دول العالم وهم بصدد اصدارهم للقرارات الادارية لا سيما القرارات التي تخص موضوع التناسب والملاءمة مدار بحثنا لما لها من اهمية وأثر كبيرين في مجال الوظيفة العامة كون ان هذه القرارات تمس الموظف العام مباشرةً وبحقوقه المادية والادبية، لذا فسأتناول تباعاً موقف الفقه المقارن من الرقابة على التناسب وذلك من خلال اربعة مطالب، المطلب الاول اتجاه الفقه في فرنسا من الرقابة على التناسب، والمطلب الثاني اتجاه الفقه في مصر من الرقابة على التناسب، والمطلب الثالث اتجاه الفقه في السودان من الرقابة على التناسب، المطلب الرابع اتجاه الفقه في العراق من الرقابة على التناسب.

المحور الأول: اتجاه الفقه في فرنسا من الرقابة على التناسب

انقسم الفقه الفرنسي على اتجاهين من الرقابة على التناسب، الاتجاه الاول هو رافض لرقابة التناسب وذلك لتعارضه مع مضمون السلطة التقديرية، واتجاه اخر مؤيد لرقابة التناسب في اطار مضمون السلطة التقديرية .

اما ما يتعلق بالاتجاه الاول وهو الرافض لرقابة التناسب فلتعارضه مع مضمون السلطة التقديرية للإدارة فيذهب انصار هذا الاتجاه الى وجود تناقض واضح بين مضمون فكرة السلطة التقديرية للإدارة وقيام القضاء برقابة التناسب، فعلى سبيل الذود عن السلطة التقديرية للإدارة والبعد بها عن رقابة القضاء نهض جانب من الفقه الفرنسي مبيناً مدى ضرورتها رافضاً السماح للقضاء بأن تمتد رقابته اليها، فيرى الفقيه (DiQayl) بأن الاختصاص المقيد قد يكون عقبة ضارة للإدارة او الفرد الامر الذي يظهر عند عجز الادارة في مواجهة مسؤولياتها الطارئة في حماية حقوق الافراد وحرياتهم، وهنا يكمن الحل في التجائها الى سلطتها التقديرية، بل وفي تجاهل اختصاصاتها المقيدة في بعض الاحيان، مضيفاً ان المبالغة في التقدير تجعل الادارة الة عمياء وبدون روح وبدون تعقل، والاداري الذي يحترم القانون يصبح رديئاً اذا نقصت قدرته على الابداع والتفهم الواقعي الى ان انتهى بأنه كلما كانت الادارة ايجابية كلما كان استبعاد التحكم اكثر تحفظاً[١].

ويرى الباحث ان الفقيه اعلاه قد بالغ بالاعتكاز على السلطة التقديرية للإدارة، إذ وصم الادارة بأنها الة عمياء فيما لو بالغت في التقدير وجعلها بدون روح وتعقل ناسياً ومتجاهلاً ان الادارة فيما لو اعطيت مجالاً واسعاً في سلطتها التقديرية فأن ذلك يمهد الى طريق مؤداه التعسف في استخدام السلطة ولاسيما ان الدول النامية دول العالم الثالث يؤشر على اغلب اداراتها بأنها تتعسف باستخدام سلطتها، هذا من جانب ومن جانب اخر ان الادارة اذا كانت تعدت الحدود التي رسمها لها القانون فأن ذلك يعد من وجهة نظرنا من مقومات بناء الدولة القانونية ومؤسساتها، وتطبيقاً واحتكاماً الى مبدأ المشروعية والذي يعني الاتفاق مع القواعد القانونية النافذة في الدولة أياً كان مصدرها، فعوداً على بدء نرى ان هذا الفقيه الفرنسي كان غير موفق باتجاهه الذي نادى به لما بيناه من اسباب.

ويقرر (Waline) انه لا رقابة على التصرفات التي تجريها السلطات الادارية في المجال التقديري لها، وان كل ما على الادارة من واجبات وهي تمارس اختصاصاتها التقديرية هو ان تضع نفسها في افضل الظروف والاحوال، وأن تجريه بروح موضوعية[٢].

والملاحظ على اتجاه الفقيه اعلاه بأنه فتح باب السلطة التقديرية للإدارة على مصراعيه من دون رقابة قضائية، وبالتالي نرى ان الادارة هنا ستكون خصماً وحكماً في ان واحد هذا من جانب، ومن جانب اخر نرى ان ترك قرارات الادارة من دون معقب عليها ومن دون خضوعها لرقابة القضاء تزعزع ثقة المواطن والموظف بالإدارة وهذا ما لم يلفت النظر اليه الفقيه عند انتهاجه للنهج المذكور اذ ان الرقابة القضائية على اعمال الادارة فيما لو مورست على السلطة التقديرية للإدارة فأنها لا تتعارض مع هذا المبدأ (السلطة التقديرية) بل على العكس من ذلك نرى ان الرقابة القضائية اذا ما تزامنت مع السلطة التقديرية للإدارة تؤدي الى نجاح الادارة وتوفيقها في اصدارها لقراراتها الادارية ولاسيما القرارات التأديبية التي يترك فيها حرية اختيار العقوبة الانضباطية للموظف المخالف تأديبياً للسلطة التقديرية للإدارة، تفرضه في ضوء جسامة وخطورة الذنب الذي ارتكبه الموظف المخالف لأحكام القانون وكذلك في مجال الحريات العامة فكذا الحال قياساً على الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات التأديبية .

اما الاتجاه الثاني فهو المؤيد لرقابة التناسب في اطار مضمون السلطة التقديرية، اذ يرى جانب من الفقه الفرنسي ان السلطة التقديرية يجب ان لا تؤخذ بمفهوم السلطة

المطلقة، وانما بما يعني في الواقع ترك قدر من الحرية للإدارة باعتبارها الاقرب الى الوقائع اليومية، واكثر قدرة على تقدير بعض الامور التفصيلية التي تختلف من مكان لمكان ومن زمان لزمان، اما وهذا هو المهم ــ اذا خرج تقدير الادارة عن كل حد معقول فلا بد من تدخل القضاء ليصحح هذا التقدير، فلا يكتفي القضاء برقابة خارجية للظروف التي تم فيها التقدير فقط كما هي الحال في الاتجاه السابق، وانما يمد رقابته الى مدى ابعد للتحقق من سلامة تقدير الادارة .

وقد عبر (Welter) عن ذلك بقوله ان هنالك حدوداً يصير بعدها سلوك الادارة أياً كانت الحرية التي تتمتع بها تعسفاً يجب منعه، لأنه يعبر عن ميل ارادي او غير ارادي من رجل الادارة للخرق عن الغاية الاجتماعية، وعند هذا الحد في استعمال السلطة التقديرية للإدارة يستطيع القاضي بل يجب عليه التدخل لكي يحل تقديراته الخاصة محل تلك التي اجراها رجل الادارة، ومنها النشاط الاداري بما يبقيه في الطريق المرسوم له، للوصول الى الغايات المحددة، ان السلطة التقديرية يجب ان تنحى هنا امام الضرورات العليا لحسن الادارة، ومعنى ذلك انه اذا كانت الملاءمة او التناسب من سلطة الادارة التقديرية فللقضاء التدخل اذا جاء تقديرها بعيداً كل حد معقول[٣].

ونحن نتفق مع الفقيه (Welter) على نهجه المذكور أنفاً إذ يعد ضمانة ناجعة للإدارة والموظف والافراد، وذلك عندما يبسط القضاء رقابته على اعمال الادارة وعلى سلطتها التقديرية في التناسب مثلاً فأن ذلك يقوم عمل الادارة فيما لو ركبت متن الشطط او تعسفت باستخدام سلطتها .

ويبدو ان مجلس الدولة الفرنسي قد ساير في بعض احكامه هذا الاتجاه وذلك بأعمال رقابته على الملاءمة وذلك دون ان يفصح عن اعماله لها وتتلخص هذه النتيجة مما قرره الفقيه (odent) من ان هنالك من الحيل والتكيفات التي يستخدمها مجلس الدولة الفرنسي من اخفاء حقيقة رقابته لجوانب الملاءمة، ومن ذلك يتضح ان رقابة مجلس الدولة الفرنسي تتجاوز رقابته المجال المقيد الى رقابة تصرفات الادارة الداخلة في مجال سلطتها التقديرية[٤].

الملاحظ على الاتجاه الفقهي اعلاه والذي نجد له صدى في قضاء مجلس الدولة الفرنسي انه لا مناص لديهم ولا اعتراض عندهم من خضوع الادارة لرقابة القضاء الاداري في مجال السلطة التقديرية للإدارة ونحن بدورنا نتفق معهم متبنين مبدأ

خضوع الادارة لرقابة القضاء في مجال السلطة التقديرية للإدارة تماشياً مع مبدأ المشروعية والرقابة على اعمال الادارة وبغية عدم وصم الادارة بأنها متعسفة في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) فيما لو تركت بدون رقابة وبمنأى ومعزل عن رقابة القضاء على قراراتها وكذلك تماشياً أيضاً مع مقومات بناء الدولة الحديثة التي يكون اساس بنائها هو عدم التعسف والانصياع لحكم القانون إذ ان هذا الامر برمته يعد ضمانة دستورية نصت عليها الدساتير والمواثيق الدولية والاعلانات العالمية لحقوق الانسان.

المحور الثاني: إتجاه الفقه في مصر من الرقابة على التناسب

الفقه المصري انقسم على اتجاهين، الاتجاه الاول المعارض لرقابة التناسب، والاتجاه الاخر المؤيد لرقابة التناسب، كما سار على ذلك نظيره الفرنسي وكما ذكرناه آنفاً في المطلب السابق .

اما الاتجاه الاول من الفقه المصري الرافض حقيقة لرقابة التناسب بحجة تعارضه مع مضمون السلطة التقديرية للإدارة، ويتزعم هذا الاتجاه من الفقهاء المصريين الدكتور المرحوم سليمان محمد الطماوي، اذ يصور الدكتور سليمان الطماوي ان هناك حدوداً خارجية واخرى داخلية للسلطة التقديرية، فالظروف التي يتم التقدير من خلالها هي الحدود الخارجية للسلطة التقديرية، ولا يحدها الا فكرة المصلحة العامة، ويجب ان تتم بموضوعية وبعيدة عن البواعث الشخصية، وان تضع الادارة نفسها في افضل الظروف عند أجرائه، اما التقدير في ذاته فهو يمثل الحدود الداخلية للسلطة التقديرية والتي يجب ان تكون بمنأى عن رقابة القضاء، والا كان هناك تعارض مع جوهر السلطة التقديرية[٥].

على ذات النهج المذكور آنفاً سار الدكتور محمد مصطفى حسن من الفقه المصري، مضيفاً ان خبرة الادارة وامكانياتها الفنية في خدمة النص دائماً حينما يقصر عن تحديد الجزيئيات الخاصة بالمسائل وفروعها موضحاً الدكتور محمد مصطفى حسن بأن ذلك هو مسلك الادارة في اعمال سلطتها نحو تقدير اهمية الوقائع وخطورتها، وان ذلك يستفاد منه من احكام المحكمة الادارية في مصر، إذ تقرر في العديد من احكامها .. ((... رقابة القضاء الاداري تقف عند التحقق من مدى مطابقة او عدم مطابقة السبب للقانون، ولا يعني ذلك ان يحل القضاء الاداري نفسه محل الادارة فيما هو متروك لتقديرها ووزنها فيستأنف النظر بالموازنة والترجيح فيما قام لدى الادارة من دلائل

وبيانات وقرائن احوال اثباتاً او نفياً، بل الادارة حرة في تقدير تلك الدلائل والبيانات والقرائن تأخذها دليلاً اذ اقتنعت بها وتطرحها اذا تطرق الشك الى وجدانها ...))[٦].

الملاحظ على الآراء الفقهية المصرية المذكورة آنفاً انها تدور وجوداً وعدماً حول شقين او قسمين، الشق الاول يتعلق بالعناصر الخارجية او الظروف الخارجية للقرار الاداري وهي المسموح بها للقضاء الاداري بفرض رقابته هنا، اما الشق الاخر فيتعلق بالعناصر الداخلية التي هي في وجودها ومضمونها عبارة عن تناسب والتي يجب على القضاء الاداري الا يراقبها وسند ذلك او سبب ذلك هو ان التناسب هنا للإدارة فيما لو بسط القضاء رقابته عليه لتعارض مع مضمون السلطة التقديرية للإدارة، وكذلك يمحو دور الادارة وتقديرها للظروف والملابسات التي تكون هي اجدر من القضاء الاداري في موضع فرضها، إذ ان القاضي الاداري قد لا يستطيع ان يحيط علماً بجميع المناسبات التي تكون فيها الادارة، كون القرار الاداري الذي يتخذ من قبل الادارة يمر بمراحل واجراءات وصولاً الى اعتماده واصداره ومن ثم نفاذه وتنفيذه، وهنا قد لا يعلم القضاء الاداري المناسبات والظروف التي دعت الادارة لإصدار قرارها بناءً على سلطتها التقديرية التي غالباً ما تبتغي من ورائها تحقيق المصلحة العامة .

اما الرأي المؤيد لرقابة التناسب فهذا الرأي يتفق وأطار مضمون السلطة التقديرية للإدارة ومنه الدكتور محمد فؤاد مهنا، اذ يرى ان حرية الادارة التقديرية لا تكون ابداً مطلقة، ففي وسع الصدر اطلاقاً لحرية الادارة في التقدير من الناحية التشريعية يملك القضاء الاداري ان يفرض على الادارة وهي تباشر اختصاصاتها قيوداً لم ترد في النصوص التشريعية[٧].

وعلى ذات الرأي اعلاه سار الدكتور السيد محمد ابراهيم سليمان من الفقهاء المصريين وشراح القانون من انه، ليس للإدارة سلطة تقديرية فيما يتعلق بصحة الوقائع والاسباب التي بنيت عليها قراراتها الادارية، إذ يتعين ان تكون هذه الاسباب صحيحة وحالة ومحققة وقت اصدار القرار، فالرقابة القضائية لا تقدم على التصرفات التي تتخذ من قبل الجهات الادارية وهي تمارس سلطاتها التقديرية متى وان تفاوتت في مداها[٨].

نحن نتفق مع الفقه المصري المؤيد لرقابة التناسب في القضاء الاداري لأن ذلك يعد من قبيل الضمانات المهمة والناجعة في مقومات بناء الدولة القانونية التي تستند على مبدأ الفصل بين السلطات والذي يعني باختصار وان كان هنالك عدم تدخل بين

سلطات الدولة الا ان ذلك لا يمنع من التعاون بينهم، وان تمارس كل سلطة اختصاصاتها على وفق ما حدده الدستور لها من اختصاصات فعلى سبيل المثال لو ان الادارة ركبت متن الشطط وتعسفت باستخدام سلطتها فأن الامر الذي يضمن للأفراد حقوقهم واسترجاعها هو القضاء الاداري بالنسبة لتصرفات الادارة غير الموفقة فضلاً عن ذلك ان الذي يمثل الاشخاص المعنوية العامة هم الافراد (الاشخاص الطبيعيين) كما هو معلوم ومن الممكن ان يقع الشخص الطبيعي بأخطاء غير مقصودة تضر بالموظف الاخر، الافراد ان مس مصلحتهم هذا القرار مثلاً وبالتالي ان رقابة القضاء تعد ضمانة مهمة ووسيلة التجاء تضمن الحقوق وتضمن ان تلتزم الادارة بمراجعة قراراتها قبل اتخاذها لأنها ستكون على علم بأن هذا الشخص المتضرر قد يلجأ الى القضاء اسوةً بأقرانه فيما لو سلب منه حقه عمداً او خطأ او ان تتراجع الادارة عن قراراتها عن طريق سحبها فيما لو تظلم هذا الشخص المتضرر مدة الطعن بالإلغاء المقررة قانوناً، نحن نتفق مع رقابة القضاء والاتجاهات المؤيدة لرقابة التناسب في القضاء الاداري لمطابقتها مع مضمون السلطة التقديرية للإدارة وعدم تعارضها مع هذا المبدأ الذي يعد من مقومات الدول الحديثة التي يكون قضاؤها مستقلاً ولا سلطان عليه سوى القانون في المادة (١٩) منه، وكذلك تجدر الاشارة هنا في معرض الحاجة الى البيان ان اقوى الاسس التي يبنى عليها إدارات الدول القوية هي سلامة اعمالها الادارية خوفاً من رقابة القضاء سواء الاداري ام العادي حسب نظام القضاء في الدولة سواء أكان نظاماً قضائياً موحداً او نظاماً قضائياً مزدوجاً كما هي حال النظام القضائي في العراق فهو نظام قضائي مزدوج.

المحور الثالث: إتجاه الفقه في السودان من الرقابة على التناسب

من خلال استقرائنا للكتاب في القطر السوداني الشقيق لم نجد تقسيماً مماثلاً لتقسيمات الفقه الفرنسي الذي انقسم الى اتجاهين من الرقابة على التناسب، الاتجاه الاول هو رافض لرقابة التناسب وذلك لتعارضه مع مضمون السلطة التقديرية، واتجاه اخر مؤيد لرقابة التناسب في اطار مضمون السلطة التقديرية، وكذلك لم نجد تقسيماً مماثلاً لتقسيمات الفقه المصري الذي انقسم ايضاً على اتجاهين، الاتجاه الاول المعارض لرقابة التناسب، والاتجاه الاخر المؤيد لرقابة التناسب، كما سار على ذلك نظيره الفرنسي وقد ذكرناه آنفاً في المطلبين السابقين.

إذ سار معظم الفقهاء في القطر السوداني الشقيق على اتفاقهم حول أهمية موضوع التناسب ومحاربة التعسف باستخدام السلطة، إذ يذهب اساتذتنا الدكتور البروفيسور

(يس عمر يوسف) ومولانا (محمد علي خليفة) انه يمكن ان يكون القرار الإداري مشروعاً وفي ذات الوقت غير ملائم وكذلك يمكن ان يكون غير مشروع وملائم او غير ملائم لأن منطقة المشروعية تقع على اركان القرار منفصلة عن بعضها اما الملاءمة فهي تقع على علاقة اركان القرار لبعضها البعض كعلاقة السبب بالمحل وفي هذه الحالة يدخل القاضي عنصراً خارجياً عن اركان القرار الإداري ليوازن بين عناصر القرار هو تقديره هو لمدى التناسب في العلاقة بين السبب والمحل او تقدير أهمية وخطورة السبب في ملاءمته بالمحل ويظهر من هذا العرض وجود نطاق المشروعية ونطاق اخر للملاءمة وعيب الانحراف هو عيب يدخل في نطاق المشروعية لا الملاءمة، إذ ان الاعتبارات التي تحيط بطبيعة عيب الانحراف أدت الى انه اصبح من اشد العيوب صعوبة في اثباته، ذلك ان العمل المشوب بالانحراف هو عمل سليم من جميع نواحيه الظاهرة وانه ملزم للسلطة التقديرية[٩].

أما بالنسبة للدكتور (خضر عبد المولى علي) فيذهب إلى ان سلطة الإدارة ليست مطلقة او تحكمية، إذ ان الهدف الأساسي من منح السلطة التقديرية للإدارة هو تحقيق الصالح العام فإن انحرفت كان قرارها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة والذي يستوجب بطلان القرار الإداري كونه غير متناسب أي ان إجراءات الإدارة يجب ان تكون مشروعة وسليمة وموافقة للقانون إذان القانون لا يحمي القرارات المعيبة، وفي حالة ان القانون ترك للإدارة حرية تقدير ملاءمة القرار ولم يقيدها بحدود معينة او شروط خاصة ففي هذه الحالة تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية مطلقة، ولكن يرد عليها قيد مشروعية القرار وتحقيق الصالح العام[١٠].

أما بالنسبة لمولانا (محمد محمود أبو قصيصة) فيذهب الى ان ما يندرج تحت التعسف في استعمال السلطة هو عدم التناسب بين القرار الإداري والظروف التي يصدر فيها القرار ويتعلق بها، وهي قاعدة سبق أن طبقها مجلس الدولة الفرنسي ويشير ايضاً بأن القانون الإنجليزي لا يذكر كلمة التناسب ولكن في سوابقه القضائية كلمات لا تخرج عن هذا المعنى منها قضية (ودنسبري) الرائدة التي ذكرت المحكمة فيها قاعدة المعقولية، إذ أعطيت هذه العبارة معنيين، احدهما يتعلق بالمشروعية عندما يعد القرار الإداري غير المعقول قراراً خارجاً عن الاختصاص والأخر يتعلق بإساءة استعمال السلطة عند التأثر بعوامل خارجية في استعمال السلطة او ممارستها بشكل يبعد عن التصور وهو التعسف في استعمال السلطة[١١].

نستخلص مما تقدم ذكره في أعلاه بأن الفقهاء في السودان أساتذة وشراح القانون يكاد يتفقون على مفهوم متقارب مفاده أن الإدارة يجب عليها ان تتقيد بتصرفاتها مع القانون كون القضاء يراقب التناسب بين تصرف الإدارة وتوافقه مع القانون من حيث الشخص الذي ينطبق عليه تصرف الإدارة حتى وإن لم ترد عبارة التناسب على وجه الخصوص، إذ قد يذكر التلاؤم أو التناسب أو الملاءمة أو كما رأينا آنفاً في قضية (ودنسبري) الرائدة التي ذكرت المحكمة فيها قاعدة المعقولية، إذ إن جميع العبارات مؤداها واحد ألا وهو التوافق والتناسب أو التلاؤم بين عمل الإدارة والقانون المطبق.

المحور الرابع: إتجاه الفقه في العراق من الرقابة على التناسب

بالنسبة لموقف الفقه في العراق من الرقابة على التناسب، فلم نجد في العراق تقسيماً للاتجاهات الفقهية على ذات النهج المتبع في الفقه الفرنسي والمصري بين مؤيد ومعارض لرقابة التناسب، وانما جاءت معظم اراء الفقهاء العراقيين بحسب علمي وما وجده الباحث في كتاباتهم انهم متفقون ورقابة التناسب .

فمثلاً يذهب الاستاذ الدكتور (عصام عبد الوهاب البرزنجي) بقوله ان القضاء الاداري وهو يفرض رقابته على الملاءمة في بعض القرارات الادارية يشمل اتجاهاً راسخاً واكيداً من هذا القضاء في التقدم خطوة جريئة وموفقة نحو تأكيد معنى العدالة بكل صورها دون ان يتقيد بنظريات فقهية مقيده ودون ان يتقيد او ينصت لادعاءات الادارة في ان لها وحدها تقدير ملاءمة ما تصدر من قرارات ادارية، ويا حبذا لو اتجه القضاء العربي الى فرض رقابته على الملاءمة في سائر القرارات الادارية المهمة عندما يجد اختلالاً في التناسب او التوافق بين اهمية الوقائع وما اتخذ بصددها من اجراء[١٢].

وكذلك الحال بالنسبة لرأي الاستاذ الدكتور (مازن ليلو راضي) في هذا المجال الى ان سلطة الادارة التقديرية لا تمنع من رقابة القضاء وإنما هي التي تمنح الادارة مجالاً واسعاً لتقدير الظروف الملائمة لاتخاذ قراراتها وهذه الحرية مقيدة بأن لا تتضمن هذه القرارات غلطاً بيناً او انحرافاً بالسلطة، وهي بذلك لا تتعارض مع مبدأ المشروعية بقدر ما تحقق من اختصاصات الادارة المقيدة[١٣].

وكذلك تذهب الاستاذة الدكتورة (حنان محمد مطلك القيسي) الى انه مهما يكن من أمر فأن دخول تقدير الجزاء الاداري في نطاق السلطة التقديرية للإدارة لا يعني بالضرورة ان لا تنصرف رقابة القضاء اليها، بل لا يعني من الواقع اكثر من ترك

قدر من حرية التصرف للإدارة بعدها الاقرب للوقائع اليومية، وبالتالي انها الاكفأ على تقدير بعض الامور التفصيلية التي تختلف من حالة الى اخرى، وبالتالي فإذا كان تقدير الجزاء من الملائمات المتروكة للإدارة، فأن للقضاء ان يتدخل ويفرض رقابته اذا جاء تقدير الادارة هذا مفرطاً وبعيداً عن كل ما هو معقول سواءً كان بالتشديد او بالتحقق على حد السواء[١٤].

ويذهب الدكتور (علي حسين احمد غيلان الفهداوي) في مجال الرقابة على التناسب بقوله انه يجب ان نقلل في المجالات المحصنة من رقابة القضاء لتوفر الضمانات اكثر من احتمالات إساءة استخدام الادارة للسلطة التقديرية الممنوحة لها، إذ كلما كانت هناك رقابة قضائية كانت هناك ضمانة للحقوق والحريات العامة[١٥].

والملاحظ كما تم ذكره آنفاً ان اراء الفقهاء العراقيين (اساتذة القانون الاداري) انهم انتهجوا مسلكاً واحداً وهو تأييدهم لرقابة التناسب وعدم وجود اتجاه معارض لرقابة التناسب، ونحن بدورنا نتفق والآراء السالفة الذكر إذ انها بنظرنا تعد متفقة على مبدأ المشروعية والرقابة على اعمال الادارة وكذلك متفقة مع مبدأ المشروعية وأثره في النظام التأديبي للوظيفة العامة وكذلك حماية حقيقية من التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة)، إذ ان مبدأ الاتفاق مع الرقابة على التناسب برأينا فيه مجالات نوجزها على النحو الآتي :

١ـ منها دعاوى الالغاء .

٢ـ دعاوى التأديب.

٣ـ دعاوى الملاءمة الامنية .

٤ـ دعاوى نقل الموظف من مكان الى اخر اذا كان المراد من النقل توجيه عقوبة مقنعة من قبل الادارة.

٥ـ دعاوى الضبط الاداري وحدودها في الظروف العادية والاستثنائية .

إذ ان في كل نوع من الانواع المذكورة آنفاً رقابة للقضاء الاداري على المشروعية فيها، اي على اعمال الادارة سواء في قرارات الضبط الاداري ام بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب ام في مجال الملاءمة الامنية ام في غيرها من المجالات الاخرى التي تكون فيها الادارة تحت ضوء رقابة القضاء .

الخاتمة:

الحمد لله اولاً وآخراً ولله الحمد والمنة وبعد ان انهينا بحثنا بفضل الله وتوفيق منه وسداد يتوصل الباحث الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات نعرضها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

١. اذا ما تعسفت الادارة باستخدام سلطتها فأن القضاء الإداري بإمكانه استنباط وضبط هذا العيب.
٢. ان القاضي الاداري وهو يمارس دوره تكون رقابته من حيث الاصل هي رقابة المشروعية والتي تعني ان يراقب القاضي العمل الصادر من الادارة.
٣. استثناءً من سلطة القاضي الاداري من رقابته على المشروعية الادارية تكون رقابته رقابة ملاءمة وذلك في ميدان التناسب وكذلك في ميدان الضبط الاداري.
٤. في كل من فرنسا مصر والسودان والعراق قد اتفقوا على وجود رقابة التناسب وأهميته وإن لم تذكر في السودان برقابة التناسب بصريح العبارة ولكن ذكر ملاءمة.

ثانياً: التوصيات:

نوجزها على النحو الاتي:

١. يوصي الباحث بأن تعدل الصلاحيات الممنوحة للمحكمة في العراق وذلك بمنحها صلاحية تشديد العقوبة اذا ما رأت ايضاً انها غير متناسبة مع الفعل المرتكب من قبل الموظف قياساً على صلاحية المحكمة في تخفيض العقوبة.
٢. نوصي المحكمة الادارية العليا في العراق ان تكون اكثر سرعة بحسم الدعاوى التمييزية المطعون بها امامها لأن البطء في العدالة من أشد أنواع الظلم.
٣. نوصي القضاء في جمهورية السودان ان يأخذ بنظام القضاء المزدوج اسوةً بالقضاء الإداري الفرنسي والمصري والعراقي.

٤. يوصي الباحث فيما لو تم تقسيم القضاء في جمهورية السودان على ذات التقسيم المتبع في فرنسا ومصر والعراق ان تكون محاكمهم الادارية على ذات التقسيم **(الهيكل التنظيمي)** في مصر والعراق.

الهوامش:

(1)Lion Di QauL : Le capoonoLiee .t 964.op.cit .p393.

(٢) محمد فريد سيد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري، سنة ١٩٨٩، ص٢٥٠.

(3) Welte: La controlejuridictiounel de La moraliteadministrative .tnese .nancy .1929 .p . 49.

(4)Odent(r): contentiousadministrative . 1961- 1462 .pelycop .p. 957.

(٥) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي القاهرة، ٢٠٠٦م، ص٢٥١.

(٦) حكم المحكمة الادارية العليا بجلسة ١٩٦٠/٩/٢١، قضية رقم ١٠، س٢، ص١٥٤، وكذلك ما يتعلق برأي الدكتور محمد مصطفى حسن، بكتابه السلطة التقديرية، فلقد اورده والحكم المذكور آنفاً، محمد فريد سيد سليمان الزهيري، مصدر سابق، ص٢٥٢.

(٧) د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الاداري في ضل الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارة، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٧٥٤-٧٥٥.

(٨) اورد الرأي اعلاه، محمد فريد سيد سليمان الزهيري، مصدر سابق، ص٢٥٧.

(٩) د. يس عمر يوسف والقاضي محمد علي خليفة، القضاء الاداري (قضاء الالغاء)، بدون ذكر دار نشر الطبعة الاولى، ٢٠٠٩م، ص٧٥٩

(١٠) د.خضر عبد المولى علي، القانون الإداري (السلطة التقديرية للإدارة العامة ومدى خضوعها للقانون، المكتبة الوطنية، السودان، ٢٠٠٩، ص١٤١.

(١١) تتلخص وقائع تلك القضية، بأن سمح مجلس محلي لإحدى دور السينما ان تعمل في أيام الاحد بشرط ان لا يرتادها الأطفال دون سن الخامسة عشر، وادعى أصحاب السينما ان المجلس تجاوز سلطاته بإصدار هذا الشرط وانه يبعد عن الشيء المعقول ولم تقبل المحكمة دعوى المدعي، ثم وضعت قاعدة اشير اليها بقاعدة المعقولية، وذكر القاضي ((قرين)) ان المحاكم لا تمس القرارات الإدارية التي تعطي سلطات واسعة ما لم تتجاوز القانون وهو يعني في هذه الحالة تجاوز الشيء المعقول، للمزيد ينظر محمد محمود أبو قصيصة، مبادئ القانون الإداري السوداني، مصدر سابق، ص ٢١٠ وما بعدها.

(١٢) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة،١٩٧١م، ص٤٣٦-٤٣٧.

(١٣) د. مازن ليلو راضي، موسوعة القضاء الاداري، مبدأ المشروعية - قضاء التعويض مع احدث القرارات والفتاوى، المجلد الثاني، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٦م، ص٢٤٦.

(١٤) حنان محمد مطلك القيسي، الرقابة القضائية على الملاءمة بين المخالفة والعقوبة في القرارات التأديبية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٤م، ص٨٨.

(١٥) 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 ٢٠٠٠م، ص١٨٦.

المصادر والمراجع:

١. حنان محمد مطلك القيسي، الرقابة القضائية على الملاءمة بين المخالفة والعقوبة في القرارات التأديبية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٤م.
٢. د.خضر عبد المولى علي، القانون الإداري (السلطة التقديرية للإدارة العامة ومدى خضوعها للقانون، المكتبة الوطنية، السودان، ٢٠٠٩م.
٣. د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي القاهرة، ٢٠٠٦
٤. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة،١٩٧١
٥. د. مازن ليلو راضي، موسوعة القضاء الاداري، مبدأ المشروعية ـ قضاء التعويض مع احدث القرارات والفتاوى، المجلد الثاني، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٦
٦. د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الاداري في ضل الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارة، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٨م.
٧. د. محمد فريد سيد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري، سنة ١٩٨٩،
٨. د. يس عمر يوسف والقاضي محمد علي خليفة، القضاء الاداري (قضاء الالغاء)، بدون ذكر دار نشر الطبعة الاولى، ٢٠٠٩م
٩. 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 ٢٠٠٠

المراجع الأجنبية:

1. Lion Di QauL : Le capoonoLiee .t 964.op.cit .p393.
2. Welte: La controlejuridictiounel de La moraliteadministrative .tnese .nancy .1929
3. Odent(r): contentious administrative . 1961- 1462 .pelycop