

**ضوابط الرقابة القضائية على
مبدأ التناسب في القرار الإداري
دراسة تحليلية مقارنة**

عنوان الكتاب: ضوابط الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرار
الإداري - دراسة تحليلية مقارنة-

تأليف: الدكتور نأسو حمه شين عبدالكريم

الترقيم الدولي: 978-977-841-989-9

رقم الإيداع: 2024 / 14427

سنة النشر: 2025

الطبعة الأولى

الناشر



جمهورية مصر العربية

القاهرة - شبرا - 3 شارع ترعة النصراني أمام مسجد التقوى - منطي - شبرا الخيمة

00(20)1282441890

00(20) 233518784

Yasser261098@gmail.com

WWW.ACBOOKZONE.COM

حقوق النشر:

جميع الحقوق محفوظة للمركز العربي
للدراستات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع،
ولا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب أو
اختزان مادته بطريقة الاسترجاع أو نقله على
أي نحو أو بأية طريقة سواء كانت
إلكترونية أو ميكانيكية أو خلاف ذلك إلا
بموافقة الناشر على هذا كتابة ومقدا.

تنويه هام:

إن مادة هذا الكتاب والأفكار المطروحة به
تعبّر فقط عن رأي المؤلف - ولا تعبّر بالضرورة
عن رأي الناشر الذي لا يتحمل أي مسؤولية
قانونية فيما يخص محتوى الكتاب أو عدم
وفائه باحتياجات القارئ أو أي نتائج مترتبة
على قراءة أو استخدام هذا الكتاب.

ضوابط الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرار الإداري

- دراسة تحليلية مقارنة -

الدكتور

ناسؤ حمه شين عبدالكريم

دكتوراه في القانون العام

تدريسي في جامعة جيهان - السلبيانية



الطبعة الأولى

1445هـ - 2025م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾

صدقة الله العظيم

(سورة الإسراء: 85)

قال عماد الدين الأصفهاني: إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده؛ لو غيّر هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يُستحسن، ولو قدم هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر.

هَدَاءٌ

أهدي هذا الجهد إلى:

- والديَّ اللذين هما قدوتاي في حياتي.. أطال الله عمرهما وحفظهما لي سنداً وذخراً.
- زوجتي وشريكة حياتي.. ولديَّ ثمرة فؤادي وبهجة روعي كل من "ثاكار" و "شكؤ".
- إخوتي وأخواتي الذين يشدون من عزيمتي دوماً.. رعاهم الله.
- جميع أساتذتي الذين تتلمذت على أيدهم خلال مسيرتي الدراسية، بدءاً وختاماً.
- زملائي وأصدقائي وأحبتني جميعاً ...
- كل مشغوف بالدراسة يهوى بقلبه أن يسلك طريق العلم والعرفان.

المؤلف

تقديم

بقلم

أ.د. زانا رؤوف حمه كريم

عندما يمنح المشرع للإدارة العامة هامشاً من الحرية في التصرف حتى تستطيع ممارسة اختصاصاتها دون تقييدها، نكون أمام سلطة تقديرية للإدارة العامة، والغرض من ذلك هو ضمان إستمرار النشاط الإداري على أكمل وجه و سير عمل المرافق العامة من جانب و ترك تقدير ملائمة اعمالها لها وحدها لكي تتناسب أعمالها مع ظروف الحال و الزمان من جانب آخر ، إذ أنه من الضروري ترك تقدير ملائمة بعض أوجه النشاط الإداري لرأي الإدارة العامة وحدها، لذلك نجد أن المشرع يرسم عادة الإطار العام للنشاط الإداري المسموح به تاركا للإدارة العامة حرية الحركة داخل هذا الإطار والاختيار بين أكثر من حل و اختيار وقت التدخل و كيفية التدخل من عدمه. لذا يمكن القول أن السلطة التقديرية للإدارة تعد الحيز أو المجال الذي تجد فيه الإدارة نفسها تمتلك حرية التقدير أو التصرف دون أن تكون محددة بشروط أو ضوابط معينة من قبل المشرع، ويتضح مدلول السلطة التقديرية باعتبارها إحدى الامتيازات للإدارة بشكل أوضح عندما يترك المشرع للإدارة حرية تقدير الظروف وتكييف الوقائع المعروضة أمامها غير مقيدة بالتصرف على نحو معين، و عدم فرض سلوك معين يلزم الإدارة في تصرفاتها، لذلك نرى أن المشرع يمنح قدرا من حرية التقدير لاتخاذ القرار أو عدم اتخاذه، وكذلك تقدير ملائمة التصرف واختيار الوقت المناسب لذلك، وتخويلها صلاحية الاختيار من بين بدائل متعددة وكل ذلك بغية تحقيق أسباب وبواعث تندرج جميعا ضمن إطار الصالح العام. ولكن تبقى هذه السلطة التقديرية أولاً و آخرأ مجرد وسيلة لتطبيق القانون والالتزام بمبدأ المشروعية، وحرية التصرف هذه ماهي إلا حرية لممارسة الادارة اختصاصاتها القانونية ، ولكن

عندما يتم تحديد نشاط الإدارة بتوقيت معين أو أسلوب معين، فإنَّ الإدارة في هذه الحالة تكون مقيدة بالالتزام بأحكام القانون دون حديث عن حرية التصرف. وفي هذه الحالة نكون أمام سلطة إدارية مقيدة . والتي هي المجال التي تجد فيه الإدارة نفسها خاضعة لشروط وضوابط معينة من المشرع. عليه إما أن يكون تصرفها موافقا لهذه الشروط ويغدو مشروعاً أو لا يكون كذلك فيكون غير مشروع. وهذا الأمر إن دل على شيء، فإنما يدل على أن السلطة التقديرية في حقيقة الأمر هي وسيلة لتطبيق القانون و الالتزام بمبدأ المشروعية مثلها مثل السلطة المقيدة، و غاية الأمر هي ان المشرع قدر ان منح قدر من حرية التصرف للإدارة في موضوع ما هو اجدى و انفع لتحقيق الهدف من هذا الموضوع مما لو قيدها بتوقيت او أسلوب معين للتصرف بشأنه ، ومن ثم فانه ينأى عن تحديد نشاط الإدارة بشأن هذا الموضوع كله أو في بعض جوانبه تاركاً للإدارة حرية التصرف و التقدير بموجب خبراتها الخاصة، سيما وان اعتبارات تغير الظروف وتطورها المستمر تجعل تحديد نشاط الإدارة بقواعد ثابتة سلفاً أمراً متعذراً

لذا فإن السلطة التقديرية للإدارة تظهر كلما ترك لها القانون الحرية في أن تتدخل او تمتنع و يترك لها ايضاً الحرية بالنسبة لزمن التدخل و كيفية التدخل لإصدار القرار، و بملخص المعنى تتكون السلطة التقديرية من حرية التقدير التي يمنحها القانون للإدارة لتقرير ما يعمل و ما يترك بالمقابل، تهدف الرقابة القضائية على أعمال الإدارة التوسع من نطاق المشروعية من ناحية والتضييق من نطاق السلطة التقديرية للإدارة من ناحية أخرى ، بقصد ضمان التوازن بين حقوق الأفراد وحررياتهم وتمكين الإدارة من تحقيق أغراضها التي تزداد تعقداً في الحياة الحديثة. وفي الحقيقية فإن ضمان التوازن بين هذين المجالين تمثل معضلة في نطاق القانون الإداري، لأنَّ التوازن هذا يمثل نقطة متحركة يحركها القاضي الإداري متأثراً بكل العوامل القانونية والعملية والسياسية المحيطة به، وأيضا بحياة الأفراد في الدولة الحديثة. إذ يقتضي مبدأ المشروعية أن تخضع جميع تصرفات الإدارة للرقابة القضائية، حيث لا معنى لوجود النصوص القانونية من خلال التشريعات المختلفة

إذا تُرك أمر تطبيقها للإدارة بمنأى عن رقابة القضاء. وبناء على ذلك اتسعت رقابة القاضي الإداري لتشمل الرقابة على أهمية وخطورة الوقائع، وهو ما يعرف برقابة الملائمة التي كانت محظورة على القاضي الإداري سابقاً.

وبذلك وبالرغم من أنه لم يعد هنالك جدل حول ضرورة تمتع الإدارة العامة بسلطة تقديرية، إذ يجمع كل من الفقه والقضاء على أن هذا القدر من حرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة يعد بمثابة الشرط الاساسي لحياة وبقاء الإدارة، إلا أنهم متفقون في الوقت نفسه على أن هذه السلطة يجب أن تباشر في حدود القانون. وإذا كان الاختصاص المقيد للإدارة يرتبط أساساً بفكرة المشروعية، وأن الإدارة تخضع في ممارستها له للرقابة القضائية، و أن مضمون الرقابة هذه تتمثل في التحقق من مدى مراعاة الشروط التي يتطلبها القانون و يكون للقضاء بالتالي ان يعطل اعمال الادارة غير المشروعة أي المخالفة لما نص عليه القانون، فإنَّ الاختصاص التقديري للإدارة يفترض أنها ترتبط بفكرة الملائمة أو التناسب، لأنَّ القانون عندما يمنح الإدارة سلطة تقديرية ، فإنه بذلك يترك لها حرية تقدير ملاءمة اعمالها ،وهي في هذه الحالة لا تخضع كقاعدة عامة لرقابة القضاء إلاَّ في حدود ضيقة ،على اساس ان القاضي الاداري هو قاضي المشروعية وليس قاضي الملاءمة ، لأنه ووفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات اذا تعرض لبحث ملائمة العمل الإداري يكون بهذا التصرف قد جعل من نفسه سلطة رئاسية على جهة الادارة و تدخل في صميم عملها و حل محلها في مباشرة وظيفتها مما يعد تعدياً واضحاً على مبدأ الفصل بين السلطات.

وقد إبتدع مجلس الدولة الفرنسي في هذا السياق العديد من النظريات والمبادئ لمواجهة السلطة التقديرية للإدارة والحد من مجالها، لم يقف المجلس في ممارسة رقابته على السلطة التقديرية للإدارة عند حدود رقابته التقليدية التي لم تعد تنسجم مع التطورات الحاصلة في مجالات النشاط الإداري الحديثة وحسب، وإنما مد هذه الرقابة إلى مشارف الملائمة في التقدير الإداري كي يتمكن من الإمساك بنقطة التوازن الدقيقة بين فاعلية العمل الإداري من ناحية ، وبين ضمان حقوق الأفراد وحياتهم

من ناحية أخرى دون أن يضحى بأحدهما في سبيل الآخر. فابتدع بذلك فكرة فرض رقابة التناسب على القرار الإداري، كي يتمكن القاضي الإداري من خلالها من حيث المبدأ فرض رقابته على مبدأ التناسب في القرارات الإدارية؛ وإن كانت هذه الرقابة تتمايز في صورها من خلال أوجه الطعن في القرار الإداري وبحسب سلطة الإدارة في شأن موضوع القرار بين الإطلاق والتقييد، لذا فإن فرض رقابة التناسب على السلطة التقديرية للإدارة يعد انتصاراً وإضافة حقيقية لضمانات حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية، إذ أنه من شأن فرض هذه الرقابة أن تمس جوهر العمل الإداري وهو السلطة التقديرية وتدخل في جزئيات التقدير بأن تفرض على رجل الإدارة التآني عند مباشرة العمل التقديري وذلك بالألّا يرتكب في ممارسته لإختصاصاته التقديرية خطأً جسيماً أو التعدي على الحقوق والحرّيات أكبر ما هو لازم.

ونتيجة لهذا كله فقد أدرك مجلس الدولة الفرنسي بفطنته المعهودة أن القيود التي وضعها للحد من السلطة التقديرية للإدارة، ولئن كانت تحقق قدراً من الحماية لحقوق الأفراد وحرّياتهم في مواجهة ما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة في مجالات النشاط الإداري التقليدية، إلّا أن هذه الحماية لم تعد كافية في ظل ارتياد الإدارة لمجالات النشاط الإداري الحديثة، لما تتصف به هذه المجالات من ديناميكية استتبعت بالضرورة اتساع سلطة التقدير الإداري، مما قد يهدد حقوق الأفراد وحرّياتهم، فالسلطة التقديرية أشبه بالحرية التي قد تنقلب إلى هوى وتحكم إذا لم ترسم لها الحدود وتوضع عليها القيود، إذ أنّ الهدف من الحدود والقيود ليس شل هذه السلطة أو تلاشيها، وإنما هو تلافي التحكم الإداري الذي يشوب ممارستها، ذلك أنه كلما كانت الإدارة ايجابية وموضوعية بعيدة عن الهوى والتحكم كان ذلك أكثر عدلاً وإنصافاً. إذ أن رقابة القاضي الإداري التقليدي كانت تقتصر على رقابة المشروعية و رقابة الوجود الوقائع وتكييفه، ولكنّ مع تطور دور مجلس الدولة و تفادياً لبعض حالات تعسف الإدارة، أفلح مجلس الدولة الفرنسي في إبتكار نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، الذي أسندت هي الأخرى إلى السلطة التقديرية للإدارة

ومنها إلى مبدأ التناسب، وتطبيق هذه النظرية يستطيع القاضي الإداري التدخل في كافة المجالات التي كان يصعب عليه التدخل فيها سابقاً، أي في مجال رقابته على السلطة التقديرية للإدارة العامة، وذلك لتحقيق أكبر قدر من الضمان والفاعلية لحقوق الأفراد وحررياتهم من جهة، ومن جهة أخرى ضمان حقوق الإدارة وحريتها في تقدير وتقييم ملاءمة أعمالها، لذلك فإنَّ الرقابة على التناسب يفترض وجود علاقة حتمية متعادلة بين الوسائل المتبعة والمستخدمة من قبل الإدارة والهدف الذي تسعى إليه، وهو بذلك يعد ذلك السلوك الذي تلتزم الإدارة بموجبه ألا تفرض على الأفراد أعباء أو أضرار أكثر مما تطلبه المحافظة على المصلحة العامة المنوط بها تحقيقها.

حول هذا الموضوع يقدم لنا، الزميل الدكتور ناسو حمه شين عبدالكريم تأليفاً أكثر من رائع في أطروحته للدكتوراه و الموسومة ب(ضوابط الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرار الإداري -دراسة تحليلية مقارنة)، وقد قدّم الباحث جهوداً جبارة لإتمام أطروحته هذه، وكان لي عظيم الشرف بالإشراف على هذه الأطروحة.

يستهل الزميل العزيز الدكتور ناسو دراسته بالحديث حول ماهية السلطة التقديرية للإدارة العامة و ضرورتها والرقابة القضائية عليها. و يؤكد على أنَّ سلطة الإدارة التقديرية لا تعد خروجاً على مبدأ المشروعية، وهي ليست كذلك، وإنما هي التزام بهذا المبدأ. غير انه التزام يتصف بالمرونة طبقاً لاحتياجات العمل ومتطلباته وظروف الحال. وذلك كله في حدود القواعد القانونية العامة التي تسمح بهذه المرونة. وعندما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية، فإنَّ معنى ذلك أن القانون قد منحها الحرية في مباشرة نشاطها دون أن يضع شروطاً وقيوداً تكبل من حريتها . الأمر الذي يعطي للإدارة حرية تقدير ملاءمة قراراتها . لذلك يصر الباحث على أن فكرة السلطة التقديرية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بفكرة الملاءمة التي يفترض نظرياً أنها لا تخضع بطبيعتها للرقابة القضائية طالما أنَّ القضاء لا يمكنه أن يتصدى لبحث ملاءمة أعمال الإدارة . غير أن السلطة التقديرية هذه يفترض في الوقت نفسه أنها تخضع لرقابة القضاء في نطاق رقابة مشروعية أعمال الإدارة حتى و إن كانت لا تمتد إلى مراقبة ملاءمة هذه

الأعمال. وعدم امتداد الرقابة القضائية إلى عنصر الملاءمة يبرره من الناحية العملية استحالة ممارسة هذه الرقابة نظراً لبعد القاضي الإداري من حيث المكان ومن حيث الزمان عن الظروف والملابسات التي أحاطت بالإدارة في ممارستها لسلمتها التقديرية. إلا أن استقلال السلطة الإدارية وحدها بتقدير الملاءمة لا يعني عدم خضوع قراراتها التي تصدرها بمقتضى ما لها من سلطة تقديرية للرقابة القضائية، ذلك أن الإدارة إذا مارست سلمتها التقديرية، فإنه يجب أن تمارسها داخل نطاق وحدود معينة لا تجاوزها وإلا عدت قراراتها غير مشروعة. وحدود تلك السلطة التقديرية إنما تتمثل في أوجه المشروعية التي يجب على الإدارة احترامها وعدم تجاوزها، كما أن القاضي الإداري عندما يراقب ملاءمة قرار معين، فإنه يراقب كيفية ممارسة الإدارة لسلمتها التقديرية دون التعرض لتقدير الإدارة ذاته، خاصة عندما تكون المراقبة هذه شرطاً من شروط المشروعية بالنسبة للقرار الإداري. على هذا الأساس فإن القضاء الإداري عندما يبسط رقابة الملائمة على السلطة التقديرية للإدارة، فإنه يمارسها على إعتبار أن الملائمة هذه تعد أحد عناصر المشروعية. وفي السياق ذاته تطرق المؤلف إلى أهم التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي، ومن ثم بيان موقف القضاء المصري والعراقي منه على حد سواء.

كما يحتوى أطروحة الزميل الدكتور ناسو على البحث عن إحدى النظريات المستحدثة على مبدأ التناسب، ألا وهي نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، التي يحدد المؤلف نطاق دراسته حولها بالحديث عن ماهية هذه النظرية و بروزها في بداية نشأتها، وقد إستطاع الباحث ببراءة في وصف دور مجلس الدولة الفرنسي على تشييد أركان و عناصر هذه النظرية، حيث أشار الى أنه ومنذ البداية لم يكن المجلس أسيراً للنصوص التشريعية، وإنما كان حراً طليقاً من القيود طالما أنه يستهدف تحقيق الصالح العام، كما أشار المؤلف الى أن الثقة التي حظي بها مجلس الدولة لدى الإدارة لم تأتي بها من الفراغ، والمكانة التي تبوأها بين أرجائها، كانت سببا في احترام الإدارة لمبادئه والعمل بأحكامه، حتى أن أوجه الطعن بالإلغاء المعروفة لم تنشأ في قضائه دفعة واحدة وإنما جاءت على مراحل بحسب الظروف التي مر بها لعدم تحديدها

تشريعياً في القانون الفرنسي. ومما ساهم في إنجاح مهمة المجلس أيضاً، أنه التزم جانب الحيطة والحذر، حتى لا يثير حفيظة الإدارة، فكان يضع قواعده بحكمة شديدة، في صيغ موجزة، على درجة من المرونة، تفسح المجال أمامه لتطويرها بما يتماشى مع ظروف الإدارة المتجددة وحاجاتها المستقبلية.

ولم يكتف زميلنا المؤلف بالتركيز فقط على نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، بل حاول و بجهد تناول جميع الأحداث والتطورات التي حصلت لمجلس الدولة الفرنسي حول اليات فرض رقابة التناسب على القرارات الإدارية، فأشار الى أنه لم يمضي عقد من الزمن على ظهور نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، حتى برزت في قضائه نظرية الموازنة بين المنافع والمضار التي طبقها لأول مرة في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة سنة 1971، حيث لم تعد رقابته تقتصر في هذا المجال على مجرد التحقق من وجود منفعة عامة يستهدفها القرار الإداري وبالتالي النظر إلى شرط المنفعة العامة نظرة مجردة، بل تجاوز ذلك وبات يباشر رقابة عميقة على شرط المنفعة العامة منظوراً إليه من كافة الجوانب الايجابية والسلبية، ومن ثم النظر إلى المنفعة العامة نظرة موضوعية، من خلال وضع المنافع المترتبة على القرار في كفة والمضار الناجمة عنه في كفة أخرى على ضوء كافة الظروف الملائمة له، وذلك للتوصل إلى تقييم حقيقي للمنفعة العامة بالترجيح بين المنافع والمضار، بحيث إذا رجحت كفة المزايا فليس هناك محل لإلغاء القرار، وإذا رجحت كفة المضار فإن القرار يكون غير مشروع، مما فرض على الإدارة ضرورة مراعاة الموازنة بين كافة الظروف والاعتبارات المحيطة بالقرارات المتعلقة بالمنفعة العامة وتحكيم قواعد المعقولية في هذا الشأن.

وقد تطرق الباحث بإسهاب الى مسألة رفض مجلس الدولة الفرنسي حتى عام 1978 مد نطاق رقابته على القرارات الإنضباطية الى بحث التناسب، على أساس أن إختيار العقوبة التأديبية هو من إطلاقات السلطات الإنضباطية التي لا يجوز التعقيب عليها، إنَّ الفقه الفرنسي لم يقتنع بأن تصل حرية تقدير الإدارة الى حد التفاوت الواضح في توقيع العقوبات الإنضباطية مما يقلل الى حد كبير من قيمة الضمانات التأديبية و غاياتها

التي كفلها المشرع والقضاء في هذا الصدد. لذا وفي العام نفسه، أقر مجلس الدولة بأنه قد أن الأوان التقدم في طريق تقييد السلطة التقديرية للإدارة في أهم معاقلها، وهو المجال الإنضباطي، ليدسط القضاء الإداري رقابته على مدى التناسب بين العقوبة التأديبية و درجة جسامة أو خطورة الأخطاء التي يرتكبها الموظف العام، وذلك في حكمه الشهير في قضية (Lebon) الذي راقب فيه المجلس التناسب بين الجزاءات الإنضباطية مع الوقائع المسببة لها من خلال الإلتجاء الى نظرية الخطا الظاهر في التقدير.

تستجيب هذه الدراسة لمتطلبات العمل الوظيفي و تسيير عمل المرفق العامة بانتظام وإطراد، لأن رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة سواء في مجال الضبط الإداري أو الوظيفة العامة أو في مجال نزع الملكية الخاصة لأغراض المنفعة العامة، تمثل ضماناً أساسية للموظف والمواطن العادي على حد سواء. وضمناً لحقوق كل هؤلاء وتحقيقاً للعدالة، ومنها لكل الإجراءات التعسفية التي قد تصدر من السلطة التقديرية للإدارة، لابد من فرض رقابة القضاء الإداري الذي يعمل على إرساء الرقابة القانونية وفق ضوابط محددة. يخلص المؤلف القول على أن مبدأ التناسب بات من المبادئ القانونية الشهيرة في القضاء الإداري، إذ استطاع أن يؤسس لرقابة موسعة في إطار مبدأ المشروعية. بإعتباره قيماً اجتهادياً على السلطة التقديرية للإدارة للحد تعسفها أو إساءة استخدام سلطتها التقديرية و ضبطها ضمن حدود المعقول.

نأمل أن يساهم هذا الكتاب في تنوير ذهن الباحثين في مجال القانون الإداري و إفساح المجال لتطوير فكرة رقابة التناسب على السلطة التقديرية للإدارة بما يتماشى مع ظروفها و حاجاتها المستقبلية كل العراق عموماً و إقليم كردستان خصوصاً.

أ.د. زانا رؤوف حمه كريم

أستاذ القانون العام

كلية القانون - جامعة التنمية البشرية

السليمانية / كردستان العراق

كانون الأول 2023

مُقَدِّمَةٌ

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع الدراسة:

لاشك أنّ موضوع التناسب في القرار الإداري، يصنف ضمن منظومة رقابية تخصصية من جانب، ويعدّ مبدئاً قانونياً من مبادئ القانون الإداري من جانب آخر. والذي يتحقق بتوافق سبب القرار الإداري مع محله، ويلج في جوهر وكيئونة السلطة التقديرية للإدارة العامة؛ وهذه السلطة بطبيعتها الحال ماهي إلاً وسيلة لتوسع مجال الإدارة وانفتاح آفاقها نحو تحقيق الصالح العام؛ وصولاً للمزيد من الإبداع وذلك بتكريس أفضل وسيلة ممكنة للوصول إلى أفضل غاية. وهي المتمثلة في تحقيق الصالح العام على أتم الأوجه، ولا يخفى أنّها تعد ذروة الغايات بالنسبة للإدارة في جميع الأحوال، إذ حري بالإشارة إلى أنّ حرمان الإدارة العامة من ممارسة السلطة التقديرية.

حيث أنّ تكبيل صلاحياتها بقيود صارمة تجعلها آلة صماء، لا يرجو منها بصيص أمل نحو الابتكار والإبداع الذي بسببه يميز بين الإدارة المتطورة والإدارة التقليدية، فالأخير هي التي تمارس نشاطها اليومي على نسق واحد، وفكرة واحدة، وعلى خطة يصيبها جمود وركود، دون أن تطرأ عليها التغيرات الجوهرية التي يقتضيها دوام المرفق وتطويره في كل وقت وحين، حينئذ تفتقر الإدارة العامة إلى عنصري الحداثة والعقلانية في كافة أنشطتها الخدمية والمرفقية.

علاوةً على ذلك، لا بدّ أن نضع نصب أعيننا على حقيقة ثابتة؛ وهي أنّنا لآنستطيع أن نجزم بأنّ الإدارة العامة جهة تدعي العصمة من الإنحراف والإنزلاق،

بل قد تحوم حول أعمالها ونشاطاتها وغاياتها السامية شكوك في تحقيق العدالة وكفالة المصلحة العامة، خشية الوقوع في منزلقات ومنعطفات لاتحمد عقباها، فلذلك من المحتوم عقلاً ومنطقاً، أن تربط هذه السلطة بسلسلة من الرقابة القضائية المحكمة لكي لا يسمح للإدارة في أبسط حالاتها أن تحيد عن تحقيق هذه الغاية.

ولكي نضمن للجميع تجنب الإدارة من الدخول في مسألة شخصية العمل والنشاط الإداري، والتي هي بدورها تعدّ آفة أخرى من الآفات التي تصيب الإدارة العامة وتؤدي من وقت لآخر إلى شل دورها المرفقي والخدمي، وتجردها من العدالة والمساواة اللتان تعدان عنواناً عريضاً للإدارة الرشيدة.

ومن هنا، يأتي الدور المحوري والأساسي لتلك الرقابة المتسلسلة على ممارسة السلطة التقديرية دون الإنحصار في الرقابة التقليدية؛ المتمثلة في الرقابة على المشروعية فحسب، بل يتوسع الأمر مداه نحو منظومة من الرقابة القضائية الحديثة؛ المتجسدة في كل من رقابة الملاءمة، ورقابة التناسب على القرارات الإدارية الصادرة بناءً على سلطتها التقديرية سواء كانت تلك القرارات في مجال الضبط الإداري أم في مجال العقوبات التأديبية، ذلك لأنّ محل تلك الرقابة ومناطق ممارسة كل منها هو السلطة التقديرية للإدارة وليس السلطة المقيدة. لأنّ الأرضية المناسبة والخصبة لتلك الرقابة هي السلطة التقديرية للإدارة.

ثانياً/ أهمية الدراسة وسبب اختيارها:

تكمن أهمية هذه الدراسة في ربط مبدأ التناسب كإحدى الخصوصيات التي أوجدها مبدأ المشروعية في صورتها الظاهرة والواضحة من حيث تحديد ملامح ومضمون هذا المبدأ بالسلطة التقديرية، بوصفه صورة متكاملة من رقابة الملاءمة والمشروعية، ومن الجانب نفسه، تجدر الإشارة إلى أن تطبيق مبدأ التناسب من

قبل القاضي الإداري بصفته قاضي التناسب خير دلالةً على عمق الفهم والدراية الكافية للقضاء من حيث بسطه لتلك الرقابة على القرارات الإدارية، وتحقيقاً لصالح المواطنين من صون حقوقهم والنأي عن إنحراف السلطة التقديرية نحو مغبة الوقوع في الخطأ الظاهر في تقدير الوقائع من قبل الإدارة، ومن جانب آخر، تبرز أهمية أخرى بجانب ذلك كله، وهي عبارة عن تركيز القضاء رقابته بجانب كل ما ذكر، تأكيد تطبيق مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار قبل إقرار المشاريع التنموية والإقتصادية أو الإدارية، أو حتى في نطاق القرارات الإدارية في مجال التأديب أو مجال الضبط الإداري، إذ إنَّ كفة المصالح والمنافع لا بدَّ أن ترجح على كفة المضار دوماً، وعلى النحو الخاص في كل القرارات ذات العلاقة بحياة المواطنين من الحفاظ على الحريات العامة والخاصة، والحقوق الإقتصادية التي تتمثل في نزع الملكية لأغراض المنفعة العامة، وفي سبيل الحفاظ على النظام العام بكافة عناصره ومنها ما يتعلق بتنظيم مسألة دخول الأجنبي وطرده من الدولة.

الأسباب التي دفعتنا إلى كتابة هذه الدراسة القانونية تتلخص في الآتي:

الدور الكبير الذي تلعبه السلطة التقديرية للإدارة العامة، في نطاق القيام بأعمالها اليومية الضرورية، خدمةً لإدامة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وبالتالي كشف هذه الحقيقة من قبل القضاء والفقهاء الإداري والسير على منوالها نحو تحقيق التناسب المطلوب بين السبب الدافع للقرار المتخذ، مع محل القرار الإداري؛ ناهيك عن التطورات الكبيرة التي يشهدها القضاء الإداري في استحداثه لتلك المبادئ القانونية التي لاقت اهتماماً كبيراً لذلك القضاء في تطبيقاته القضائية برمته، وكذلك انعكاس تلك المبادئ على تصرفات الإدارة نحو الأصوب والأنتفع للجميع على حد سواء، ومن ناحية أخرى فإنَّ كلاً من مبدأ الملاءمة والتناسب بدورهما يعدان من قبيل ضرورات البحث والدراسة بشأنهما بغية تحقيق أكبر قدر من التعرف بهما من قبل القاضي والدَّاني بالموضوع، ومن الأسباب

الأخرى أيضاً نلاحظ غياباً واضحاً في تطبيق النظريات الحديثة في مجال الرقابة القضائية في ساحة القضاء العراقي وإقليم كوردستان، أملاً في أن تجعل هذه الدراسة تعريفاً وتشجيعاً لتطبيق تلك النظريات من قبل القضاء الإداري في العراق والإقليم مستقبلاً، بما تشتمل عليه تلك النظريات من ضمانات فعلية وحقيقية لحماية العدالة الإجتماعية، وصيانة الحقوق والحريات العامة والخاصة، مع المحافظة على النظام العام والآداب العامة وعناصره من الاختلال والتصعد.

ثالثاً/ إشكالية الدراسة:

تكمن الإشكاليات الأساسية لهذه الدراسة، في كيفية استحصال الإجابة الوافية لجملة من التساؤلات القانونية والواقعية، وصولاً إلى النتائج المنطقية والفلسفية لها، وفي سبيل إستعراض تلك الإشكاليات، نعرض الأسئلة الآتية:

- 1- ما السلطة التقديرية للإدارة العامة؟ وما علاقتها برقابة التناسب من حيث التكوين والارتباط بينهما منطقاً وقانوناً؟
- 2- ما الرقابة القضائية لمبدأ التناسب وضوابطها، بعدّها محل الجدل والنقاش العلمي عليه من حيث اندماجه مع مبدأ الملاءمة أم لا؟
- 3- وما الطبيعة القانونية لمبدأ التناسب بعدّه موضوعاً يدخل حيز النقاش والجدليات الفقهية؟ أ يحتسب ضمن المبادئ القانونية البحتة؟ أم يصنف ضمن صنوف المبادئ الدستورية التي أولت الدساتير بالإشارة إليها؟
- 4- ما علاقة مبدأ التناسب بالرقابة القضائية؟ وما هي ضوابط مراعاة هذا المبدأ في ساحة القضاء؟
- 5- وما علاقة مبدأ التناسب برقابة الملاءمة؟ أهي رقابة مستقلة من جانبا أم هما وجهان لعملة واحدة كما يقال؟ وبالتالي هل هناك إختلاف بينهما؟
- 6- مدى وجود هذا الخلاف والنزاع بشأن مبدأ التناسب والملاءمة وهل امتد

الخلاف إلى ساحة القضاء الإداري وانعكس ذلك الخلاف على قراراته؟

7- النظريات الحديثة التي استقرت في بطن مبدأ الملاءمة، و ولدت في رحم مبدأ التناسب، أهي تحتسب كأداة فنية لرقابة التناسب أم تعدّ جزءاً من متممات رقابة الملاءمة والتناسب؟ وبالتالي ما موقعهما ضمن تصنيفات الرقابة القضائية؟

8- ما دور القضاء الإداري وموقفه بصورة عامة على صعيد التطورات الحاصلة على الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بخصوص رقابة الخطأ الظاهر أو الموازنة بين المنافع والمضار وتحديداً في القضاء العراقي وإقليم كردستان بشأن ذلك؟

رابعاً/ أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف الأساسية التي ترمي إليها في محتواها، ومنها:

1. الإحاطة الكافية والإلمام التام بالسلطة التقديرية للإدارة العامة في نطاق ممارسة أعمالها وتصرفاتها وتمييزها عن السلطة المقيدة لها، وبيان مواطن الإرتباط القانوني الناجم بين تلك السلطة ومبدأ التناسب.

2. التعريف بالنظريات الحديثة التي توجد بصدد الرقابة القضائية وإيصالها إلى المختصين في مجال الفقه والقضاء الإداري، أملاً في تطبيق تلك النظريات التي تحقق قدراً كبيراً من الحقوق والحريات، وصيانة النظام العام بكافة عناصره الحديثة والمتطورة.

3. تسليط الضوء على جوانب مهمة من مبدأ التناسب في القرارات الإدارية من خلال بيان دراسة مستفيضة ومتخصصة للتناسب ذاته، وإبراز مواطن الضعف في القرارات الإدارية التي لم تراعى في إصدارها مبدأ التناسب، مؤدياً في ذلك إلى

عدم تناسب تلك القرارات، مع تشخيص الحلول الفاعلة للحيلولة دون وقوع الإدارة العامة في إصدار مثل هذه القرارات.

4. تبصير الفقه والقضاء في العراق وإقليم كردستان بأهمية تطبيق الإدارة لمبدأ التناسب، والنظريات المستجدة الأخرى التي لها دور كبير في تحقيق حماية الصالح العام والنظام العام تارةً، وصيانة الحقوق والحريات العامة والخاصة تارةً أخرى، مع حماية حقوق المتعاملين مع الإدارة بشكل سواء، دون النظر في التمييز بأي سبب كان، ومن هذه النظريات نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار.

5. إثراء المكتبات القانونية والقضائية في العراق وإقليم كردستان بمثل هذه الدراسات والبحوث التي نأمل أن تكون إضافة علمية وعملية، لما هو موجود في تلك الأماكن خدمةً لمجال القانون الإداري وخصوصاً في مجال الرقابة القضائية على القرارات الإدارية.

خامساً/ فرضية الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة على فرضيتين، إحداهما تتمثل في فرضية وجود مبدأ التناسب والنظريات المستحدثة ومراعاتها في القرارات الإدارية خصوصاً في مجال القرارات التأديبية، ومجال الضبط الإداري تحديداً، بالإضافة إلى عدم افتراض تضمين القرارات الإدارية لمبدأ التناسب وما يترتب على ذلك من الآثار، وذلك من حيث بقاء القرار وتنفيذه من عدمه، أمّا الفرضية الثانية في سياق هذه الدراسة فتتمثل في أنه الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة لا تقتصر على رقابة المشروعية والملاءمة، وإنما يفترض أن تتجسد رقابة المشروعية في رقابة التناسب، بحيث لا يمكن في الوقت الحالي افتراض وجود رقابة قضائية فعّالة مستندة إلى رقابة المشروعية، دون افتراض تضمين رقابة المشروعية هذه؛ على مقومات رقابة التناسب.

سادسا/ الدراسات السابقة:

إيماناً مَنَّا، وإقراراً بأهمية الحفاظ على الأمانة العلمية، ورصانة المواضيع التي يتم التطرق إليها في نطاق البحث، وكذلك الإتيان بالترابط القانوني النابع من السلطة التقديرية للإدارة مع مبدأ التناسب والصور الأخرى للرقابة القضائية، واندماج الموضوع مع جملة من الرقابات المستحدثة في نطاق هذه الدراسة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنَّ اهتمامنا البالغ بأحكام وقرارات قضائية في الدول المقارنة مثل فرنسا ومصر والعراق، مع الإشارة إلى موقف القضاء الإداري في إقليم كوردستان، هي التي جعلت من أبرز ملامح التمييز مع تلك الدراسات التي سبقت، وذلك بخلاف ما تطرقت إليها تلك المصادر المعروضة أدناه، والتي تأخذ جانباً من جوانب مبدأ التناسب أو مقتصرين على مبدأ الملائمة فحسب دون غيره، علاوة على إختلاف الخطة وأسلوب العرض ودول محل المقارنة حتماً، مع ذكر أحدث القرارات والأحكام القضائية بشأنه، عليه سنشير إلى مجموعة من الكتب والدراسات القانونية التي كتبت في هذا الجانب، ومنها:

- 1- د. نكتل إبراهيم عبدالرحمن، التناسب في القرار الإداري، دار الكتب القانونية، 2016 (أطروحة دكتوراه وجه التمييز بينها وبين هذه الدراسة تكمن في إختلاف الخطة و الموضوع بحد كبير.
- 2- د. حسان عبدالله الطائي، التطورات القضائية في الرقابة على مبدأ التناسب، المكتب الجامعي الحديث، 2015.
- 3- حسام حميد داود الدليبي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرارات الإدارية التأديبية، دار الجامعة الجديدة، 2020.
- 4- علي موسى فقيهي، التناسب بين المخالفة التأديبية للموظف العام والعقوبة التأديبية، دراسة مقارنة بين النظام السعودي والفقہ الإسلامي، ط1، 2013.

5- د. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري-دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة- دار الفكر والقانون، المنصورة، ط1، 2017.

6- مايا نزار أبودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.

7- إبراهيم محمد حاجي، الرقابة القضائية على تناسب القرار الإداري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة سوران، 2019.

سابعاً/ منهج الدراسة:

نظراً للطبيعة التي يتسم بها موضوع البحث، وفي سبيل دراسته بصورة منتظمة ومعتمداً على منهج بحثي يوازي مكانة الدراسة القانونية، وصولاً إلى الحل القانوني السليم للإشكاليات القانونية المطروحة في ثناياها، اعتمدنا على المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال تحليل ماهية وعناصر البحث بصورة وافية، وبيان الرأي الشخصي والموضوعي في كل مسألة من المسائل التي تقتضي إبداء الرأي فيها، يتلاءم ومنهج التحليلي الذي ينبنى عليه تحليل النصوص القانونية وآراء الفقهاء بالصدد نفسه، وكذلك المنهج القانوني المقارن، وذلك باختيار تشريعات مجموعة من الدول الأكثر إرتباطاً مع مضمون وموضوع هذه الدراسة، وقد ركزنا في ذلك على القانون والقضاء الفرنسي؛ ثم المصري والعراقي، مع التركيز على موقف القانون والقضاء في إقليم كردستان في الجزئيات التي لها علاقة بموقف هذا القضاء من طرح الإشكاليات القانونية والقضائية بصدد الموضوع، كما لا ننكر أننا اعتمدنا المنهج الوصفي في بعض مباحث و مطالب هذه الدراسة بحسب الحاجة.

ثامنا/ نطاق الدراسة وحدودها:

يتمحور نطاق هذه الدراسة، في الإحاطة الكافية بمبدأ التناسب في النطاق النظري والتطبيقي معاً، سواء بالإشارة إلى هذا الموضوع من خلال بيان موقف الفقه الإداري من جهة، وموقف القضاء الإداري لمبدأ التناسب في القرار الإداري، والإشارة إلى جميع التطورات التي شهدتها هذا المبدأ، ويتجلى فيه أيضاً النطاق المكاني له، فهو الإشارة الواضحة والدقيقة لموقف مجلس الدولة الفرنسي بعدّه المبدع والمبتكر لتك المبادئ التي تدخل حيز مبدأ الملاءمة وتفصيلاته، فهو البادئ في كل ذلك خلال حقب زمنية محددة وإلى يومنا هذا، ثم نستدرج موقف القضاء المصري المتمثل بمجلس الدولة المصري ومكوناته القضائية، بعدّه في مرتبة متقدمة بعد القضاء الفرنسي، ومن ثم يحتل العراق وإقليم كوردستان النطاق المكاني لهذه الدراسة، واستجلاء موقفهما زمانياً وذلك من خلال بيان موقف هذين القضائين منذ تأسيسهما ولحد إتمام هذه الدراسة.

تاسعا/ خطة الدراسة:

في سبيل دراسة الموضوع، قسمنا هذه الدراسة على ثلاثة فصول، يتناول الفصل الأول الإطار العام النظري لمفهوم الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرار الإداري، وذلك يتكون من مبحثين، فلقد خصص المبحث الأول منه لمفهوم السلطة التقديرية للإدارة العامة كأساس لمبدأ التناسب، والمبحث الثاني يتطرق إلى الرقابة القضائية على مبدأ التناسب. وحيث يخصص الفصل الثاني لـ ماهية مبدأ التناسب في مجال السلطات التأديبية وسلطات الضبط الإداري وكذلك من خلال مبحثين، فالمبحث الأول يتناول مفهوم السلطة التقديرية للإدارة العامة كأساس للرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرار الإداري، وفي المبحث الثاني نتكلم عن ماهية مبدأ التناسب ومظاهر إرتباطه بالسلطة التقديرية للإدارة العامة والرقابة

القضائية عليها، وقد خصصنا الفصل الثالث لمستجدات الرقابة القضائية على مبدأ التناسب، وذلك في مبحثين، فالمبحث الأول مفهوم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، والمبحث الثاني يخصص لرقابة الموازنة بين المنافع والمضار. وأخيراً، تنتهي هذه الدراسة بعرض الخاتمة التي تتكون من الإستنتاجات والتوصيات بشأن مجمل ما ذكر في ثنايا هذه الدراسة

الفصل الأول

الإطار النظري العام
لمفهوم الرقابة القضائية على
مبدأ التناسب في القرار الإداري

ويشتمل هذا الفصل على المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة العامة
كأساس للرقابة القضائية على مبدأ التناسب في
القرار الإداري

المبحث الثاني: الإطار القانوني لمفهوم الرقابة القضائية
على السلطة التقديرية في القرار الإداري

الفصل الأول

الإطار النظري العام لمفهوم الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرار الإداري

نتطرق في هذا الفصل إلى دراسة تفصيلية لمفهوم الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرار الإداري، بدوره مبدأً أساسياً من مقتضيات الملائمة القانونية والضرورية.

عليه يتضمن هذا الفصل مبحثين، يخصص المبحث الأول لمفهوم السلطة التقديرية للإدارة العامة كأساس لمبدأ التناسب، والمبحث الثاني يتناول الرقابة القضائية على مبدأ التناسب، وسنتناول هذه المواضيع بالتفصيل المطلوب كما يأتي تباعاً:

المبحث الأول

مفهوم السلطة التقديرية للإدارة العامة كأساس للرقابة القضائية على

مبدأ التناسب في القرار الإداري

لأسبيل للحديث عن التناسب، بدون التطرق إلى موضوع السلطة التقديرية للإدارة العامة، بعدّها أساساً متيناً لوجود التناسب في القرار الإداري. عليه في هذا المبحث سنوضح موضوع هذه الدراسة من خلال ثلاثة مطالب، فالمطلب الأول منه يتناول السياقات القانونية للسلطة التقديرية للإدارة العامة، والمطلب الثاني يتناول تحديد الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة العامة ومبرراتها، والمطلب الثالث يكرس لمظاهر ارتباط السلطة التقديرية بأركان القرار الإداري وسنوضحها كالآتي:

المطلب الأول

السياقات القانونية للسلطة التقديرية للإدارة العامة

في مجال البحث حول موضوع التناسب والملاءمة في القرار الإداري، يتبادر إلى الذهن أولاً مسألة توضيح وتأصيل السلطة التقديرية للإدارة، وذلك لكون السلطة التقديرية تعد المجال الوحيد والخصب للبحث حول مفهوم التناسب والملاءمة، لأنه بدون وجود هذه السلطة لاسبيل ولا مجال للتفكير والبحث عن وجود هذين المبدأين أساساً،

وعليه فإنَّ المعادلة تكون على النحو الآتي:

بدون وجود سلطة تقديرية، لا مجال للبحث عن التناسب ولا الملاءمة في عمل الإدارة العامة، ويعزى ذلك لسبب واضح وبسيط، وهو أنَّه في حال وجود سلطة مقيدة للإدارة، لا يمكن تصور وجود المبدأين معاً، وبما أنَّ القانون هو الذي يعطى الإختصاص الذي من المفترض أن يراعي مبدأي التناسب والملاءمة ضمن مايسعى بالتناسب التشريعي، لذلك فإنَّنا نحاول في سياق هذا المطلب أن نتناول هذا الموضوع بشيء من التفصيل، وذلك من خلال توزيعه على فرعين، فالفرع الأول فيه يخص مفهوم السلطة التقديرية للإدارة العامة، وأما الفرع الثاني من المطلب، فإنَّه يخص لدراسة موقف القضاء من السلطة التقديرية للإدارة العامة.

الفرع الأول

مفهوم السلطة التقديرية للإدارة العامة

إنَّ مفهوم السلطة التقديرية للإدارة في أوضح معناه عبارة عن منحة أو مكنة قانونية وإدارية في الوقت نفسه، تعطى للإدارة بحكم القانون، وذلك لمنحها قسطاً أو هامشاً من حرية التصرف، والتي تمكنها من ممارسة مختلف إختصاصاتها

القانونية⁽¹⁾ أو هي فسح المجال للإدارة لكي تبدي رؤيتها وموقفها في صورة إتخاذ القرار، أو عدم اتخاذه، في غياب نص تشريعي خاص بالمجال المطلوب، أو في حالة نصّ القانون على ذلك الأمر صراحة، بغية الحفاظ على الإرادة الذاتية للإدارة العامة، وتجسيد دعائمها صوب الوصول إلى إدارة رشيدة ومبتكرة، ضامناً في ذلك حسن سير المرافق العامة واستمرارها بانتظام واطراد هذا من جانب، ولتتكيف الإدارة مع الواقع وتواكب مستجدات العصر من جانب آخر؛ فلولاً هذه الحرية في تقدير الوقائع والقرار، لكننا أمام جمود وركود واضحين وصرحين وبالتالي تكون وجود الإدارة مع عدمها سواء، وأما في حالة منح تلك السلطة للإدارة العامة تتحول بذاتها من الركود والجمود، ومن إدارة مطبقة للنصوص فقط إلى إدارة مُبدِعة وخلاقة للقواعد والمبادئ التي ترسم خارطة الإدارة نحو توفير أفضل الخدمات للمواطنين وتقديمها لهم، ومع ذلك فإنّ الإدارة العامة تستظل دوماً بمظلة القانون من حيث الوسيلة والوظيفة، لذا فإنّ السلطة التقديرية للإدارة العامة تعد حقاً نابعاً من القانون نفسه، لممارسة نشاطاتها في الظروف العادية (الطبيعية) واتخاذ ما يلزم من القرارات الصارمة والحاسمة إلى حد ما، وهذا يعني هنا أنّ هذه السلطة ليست مطلقة في حد ذاتها، بل مقرونة ومشروطة دوماً بأن تتماشى مع مبدأ مطابقة الفعل للقانون المسمّى بمبدأ المشروعية⁽²⁾ إذ لا سبيل للإدارة وتحت أي ظرف كان

(1) ينظر الدكتور عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، بدون مكان الطبع، 1971، ص3.

(2) وهذا المبدأ المعول عليه في مجال موازنة أعمال الإدارة يسى بمبدأ المشروعية، وهو تعنى به الدولة القانونية ويميّز الدول التي يسودها القانون من غيرها من الدول، في الحقيقة يطبق هذا المبدأ على تصرفات الإدارة في حالة السّراء والضّراء، أي في الحالة الإعتيادية والطبيعية وكذلك في الحالات الإستثنائية التي تمر بها الدولة، من هنا يتحول مبدأ المشروعية الإعتيادية إلى مشروعية الأزمات، أي أنّ نطاق هذا المبدأ قد يتوسع بالمقارنة مع الظروف الإعتيادية بكثير، فيفهم من ذلك، أنّه في كل الأحوال فإنّ الإدارة ومهما كانت الظروف والأحوال لا بد أن يكون جميع أعمالها وتصرفاتها في حدود

مخالفته، أو التجاوز عن الأطر والأسس الثابتة والنصوص القطعية للقانون. إذ أنه من المبادئ المسلم بها، أن الإدارة في قيامها لأعمالها يجب أن تكون خاضعةً لأحكام القانون دون تحييدٍ أو ترديدٍ حكماً ومحكومين، أو أن تصطبغ الإدارة أعمالها وتصرفاتها بصبغة القانون⁽¹⁾ لاشكَّ أنه من حيث كيفية قيام الإدارة العامة بتصرفاتها وتسيير أعمالها تتبع أحد هذين السبيلين، إمّا ممارسة أعمالها وفقاً لإرادة المشرع وتنفيذاً لما تمليه عليها السلطة التشريعية بحذافيرها، ومنطوق مانصَّ عليه القانون دون تحييد أو تردد وهذا ما يسمى بالإختصاص⁽²⁾ المقيد، أو أن تفتح مجالاً للإدارة لكي تختار الوسيلة المناسبة لأداء أعمالها في جزئيات أو مجالات لا يوجد نص أو نصوص ملزمة للإدارة بتطبيقها أي (حالة خلو النص التشريعي) أو وجود نص مخير للإدارة بما تفعله في جانب معين أو عدة جوانب وفي هذه الحالة نكون أمام سلطة تقديرية⁽³⁾ للإدارة العامة.

==

القانون بمعناه الواسع (الدستور، القانون، الأنظمة والتعليمات)، وهي التي تصنف من ضمن المصادر المكتوبة لها، أو لها مصادر غير مكتوبة وهي (العرف الإداري والمبادئ العامة للقانون)، ولا يحق للإدارة أن تتذرع تحت أية ذريعة للحيلولة دون تطبيق القانون أو التنصل منه، وفي هذا السياق نستدل بقول الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي القائل بأنَّ خضوع وانصياع الإدارة للقانون لا يعني مطلقاً سلبها حرية التصرف والإختيار ومن يظن ذلك فهو مخطئ، للمزيد يرجع الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي، مصدر سابق، ص 3 ومايلها.

- (1) ينظر د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مؤسسة المعارف بالإسكندرية، 2004، ص 15.
- (2) في الحقيقة نرى أنه في حالة تناول مسألة الإختصاص يأتي في بادئة الذهن هذا السؤال الذي مفاده ما الفرق بين الإختصاص والسلطة؟ وفي الوقت نفسه على الرغم من اندماج البعض لكلتا العبارتين في معنى واحد، إلا أننا نرى أنهما تختلفان عن بعضهما البعض من حيث الفحوى والمضمون، فالإختصاص كل ماخولت الإدارة القيام به بنص القانون بمعناه الواسع (الدستور، القانون، الأنظمة، التعليمات أو بناء على تفويض من الجهة الأصلية أو المناطة لها الإختصاص أصلاً، أما عبارة السلطة هي الترجمة الحقيقية والواقعية للإختصاص أي إنزال ما هو مسطور إلى الواقع المنظور أو بمعنى آخر هي عبارة عن ممارسة تلك الإختصاصات الممنوحة وتطبيقها في أرض الواقع.
- (3) تعريف السلطة التقديرية لغةً: مع كثرة ما قيل عن تعريف السلطة التقديرية من الناحية اللغوية،

==

حري بالإشارة إليه أنّ هناك تعريفات متعددة، لتحديد مفهوم وماهية السلطة التقديرية للإدارة العامة لدى أوساط الفقه الإداري الفقهية بصورة جلية، وسيكون بطبيعة الحال التركيز في هذا السياق على الفقه الفرنسي، بعدّه الفقه السبّاق في هذا الميدان، وبعده الفقهين العربي والعراقي وسنوضح ذلك تباعاً وكالاتي:

- **التعريف الفقهي للسلطة التقديرية:** سنوضح في هذا الجانب التعاريف الفقهية التي طرحت للسلطة التقديرية للإدارة العامة، ونختار الفقه الفرنسي بصورة عامة أولاً، ثمّ التعريف الفقهي لدى الفقه العربي وبالأخص العراقي، وسنتناول ذلك تباعاً وكالاتي:

- **في الفقه الفرنسي:** يعدّ الفقه الفرنسي الفقه الخلاق والسبّاق في إطار تحديد ماهية السلطة التقديرية للإدارة العامة، لذا من الضروري أن نلقي الضوء عليه لبيان ماهية هذه السلطة ومحدداتها، ومنها تعريف العميد "بونار" الذي يرى أنّهُ "تكون سلطة الإدارة تقديرية حين يترك القانون الذي تمنحه هذه الإختصاصات، بصدد علاقاتها مع الأفراد الحرة في أن تتدخل أو تمتنع وقت هذا التدخل وكيفية وفحوى القرار الذي تتخذه"⁽¹⁾ هذا يعني أنّ الإدارة تمتلك حرية الإرادة ومصدر هذه الحرية في التقدير وفقاً لما ذهب إليه العميد بونار هو القانون.

==

نقوم بتعريفها بصورة وافية وبعبارات وجيزة إلى حدما، فالسلطة لغة هي من مادة (س، ل، ط) سلت ويسلط سلاطة والسلطة هي القوة والحدة أي بمعنى القوة والقهر والتمكن أي السيطرة على الشيء وإطلاق القدرة عليه، والتقدير من قدر يقدر تقديراً وهو التخمين. للمزيد ينظر ابن منظور، قاموس لسان العرب، طبعة بيروت 1960، ص 60، والتقدير بيان مقدار الشيء ومن ذلك قوله تعالى (وقدّر في السرد)، وبمعنى التروي والتفكير في شيء وتهيئته. للمزيد يراجع المعجم الوسيط، ج 1، ص 379 وما بعدها.

(1) ينظر نويرة سامية، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة، رسالة الماجستير من جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق-الجزائر، ص 11.

وفي السياق ذاته، عرف موريس هوريو السلطة التقديرية على أنّها عبارة عن "سلطة التقدير مدى ملاءمة الإجراءات الإدارية"⁽¹⁾ والناظر في التعبير يرى أنّ نطاق السلطة التقديرية للإدارة لدى هذا الفقيه ينحصر في ملاءمة الإجراءات دون القرارات، وكذا الحال في مجال ملاءمة الإجراءات دون مشروعيتها أو تناسبها للسبب الدافع للقرار أو الإجراء؛ لذا نرى أنّ التعريف غير صائب في تحديده لحقيقة السلطة التقديرية.

ومن الفقهاء الآخرين، العلامة ديكي حيث عرفها على أنّها "حق بمقتضاه يملك رجل الإدارة سلطة إتخاذ القرار أو عدم إتخاذه للقرار، ويملك نوع القرار الذي يتخذه وفقاً لمقتضيات الملاءمة" وفقاً لرأيه فإنّ ممارسة هذه السلطة عبارة عن حق مارسه الإدارة أم لم تمارسه، وارتبطه بمنفعة أو ملاءمة لمقتضيات الصالح العام الذي يدفع الإدارة لقيام بما عليها، أن تقوم بها تلبية المصلحة العامة، أو الإمتناع عن القيام بعمل لا يجدي نفعاً، أو مُضِر بالمصلحة العامة على أقل التقدير.

و انسياقاً وراء الفكرة نفسها، فإنّ الفقيه دي لوبادير يعرف السلطة التقديرية بأنها (هي القدر من الحرية الذي يتركه المشرع للإدارة كي تباشر وظيفتها الإدارية على أكمل وجه)⁽²⁾.

وفيما يخص الأمثلة الشائعة في الفقه الإداري للسلطة التقديرية للإدارة في القانون الفرنسي استقلال السلطة التنفيذية بمنح الأوسمة والنياشين، فهي تتمتع في هذا الشأن بحرية التقدير ما إذا كان شخص ما يستحق أو لم يستحق التكريم

(1) ينظر أحمد حافظ عطية نجم، السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى الإنحراف بالسلطة في الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي، مجلة العلوم الإدارية، السنة 23، العدد 1، القاهرة، 1982، ص 46.

(2) ينظر نويري سامية، المصدر السابق، ص 14.

بمنحه أحد الأوسمة والنياشين⁽¹⁾.

وبالنظر لهذا الحديث، نرى أنه عدّ مناط المصلحة في إناطة السلطة التقديرية للإدارة لتحقيق هدف سام؛ وهو مباشرة الإدارة تحت هذه السلطة أعمالها وتصرفاتها على النحو الأكمل والأتم، حيث نرى من جانبنا أن هذا التفاؤل بالسلطة التقديرية وبهذه الكيفية ليس في محله، لأنّ السلطة التقديرية بحد ذاتها ودون النظر والتفكير في كون الإدارة في تصرفاتها وأعمالها سائرة على منوال مبدأ المشروعية أم تصرفاتها تكون ملائمة للظروف والملايسات والأحوال التي تعيشها الإدارة وحالة المواطن معاً؟ أو هل قامت بإجراء التناسب بين السبب الدافع وراء التصرف ومحله؟ وأخيراً هل هذه السلطة التقديرية تكون في إطار الرقابة القضائية السليمة؟

وفيما يخص الفقه العربي: حينما نأتي إلى التعاريف الموجودة لدى الفقهاء في الوقت نفسه، لم نجد شيئاً مغايراً تماماً عمّا نجده في الفقه الفرنسي من حيث الفحوى والمضمون؛ ولربما السبب الرئيس في ذلك يعود إلى أن التعاريف كلها تتمحور حول معطيات ومحددات معينة، لذلك لانجد داعياً لتطويل الكلام حول هذا الموضوع غير ما نبرزه من زوايا محددة كما هو مبين أدناه:

فقد عرف الدكتور سليمان الطماوي السلطة التقديرية بأنها "نوع من الحرية تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الوقائع التي تحدث واختيار وقت تدخلها ولتقدير أفضل الوسائل لمواجهتها وهي حرة في هذا الجانب، لكنّها محاطة دائماً بالمصلحة العامة التي تشرف على كل أعمالها، وتهيمن على كل تصرفاتها، في حين أنّ نطاق فكرة المصلحة العامة قد يلزمها المشرع بمراعاة هدف محدد ومعين من أهداف المصلحة العامة، فالحدود الخارجية للسلطة التقديرية هي فكرة المصلحة

(1) يراجع في ذلك

العامة، وعناصرها الداخلية هي أهمية الوقائع ووقت التدخل ووسيلة مواجهة الحالة"⁽¹⁾ مع تقديرنا عالياً لمقام أستاذنا القدير؛ إلا أننا نرى أنه أسهب في التعريف لدرجة أدت به إلى الخروج عن نطاق المؤلف لبيان ماهية السلطة التقديرية، وإنَّ معالم السلطة التقديرية واضحة إلى حد كبير، لذلك يستغنى عن التطويل في تعريفها، إذ من الممكن أن يعبر عنها بصورة موجزة مع مراعاة ضوابط السلطة التقديرية، وكيفية وآلية ممارستها من قبل الإدارة العامة.

وفي المجال نفسه؛ عرف الدكتور سامي جمال الدين السلطة التقديرية للإدارة بأنَّها "تلك السلطة المتعلقة بالصياغة المرنة للقواعد القانونية التي سَمَّها المشرع بحيث تسمح للإدارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية، ويكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الإمتناع عنه أو اتخاذه على نحو معين، أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف أو السبب الملائم له أو في تحديد محله"⁽²⁾.

وعلى غرار ذلك، قام الأستاذ محمد رفعت بتعريف السلطة التقديرية وسَمَّها بالسلطة الإستثنائية⁽³⁾،

(1) نقلاً عن مهند قاسم زغير، السلطة التقديرية في مجال الضبط الإداري في الظروف العادية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام والمقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2014، ص 11.

(2) نقلاً عن بيو خلاف، حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، أطروحة الدكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ص 20.

(3) السلطة التقديرية أو تسمى الإستثنائية لاتظهر إلا في مفهوم الدولة القانونية أو الدولة التي تحكمها سيادة القانون، لكون الدول التي تحكمها الديكتاتورية أو الأنظمة الشمولية فإنَّ السلطة تكون سلطة تحكمية دوماً لاغير، أما من الناحية العملية فإننا نرى أنَّ القضاء الإداري اللبناني على سبيل المثال يستعمل عبارة السلطة الإستثنائية بدلاً عن السلطة التقديرية، ينظر في ذلك نويري سامية، المصدر السابق، ص 7.

إذ عرفها بأنها تلك السلطة التي تتمتع بها الإدارة وفقاً لما يخوله القانون من حرية تقدير الظروف الواقعية واتخاذ القرار الذي تراه ملائماً لتلك الظروف"⁽¹⁾.

من اللافت للنظر؛ أنّ هذا التعريف يوازي إلى حد كبير ماهية السلطة التقديرية ومضمونها وجوهرها، حيث تكون السلطة التقديرية مبنية دائماً على ترك هامش أو فجوة للإدارة العامة، لكي تتصرف وفقاً لما يملكه الصالح العام، لكونها تتعايش في واقع الحال وهي الأقدر على الموازنة بين العمل الإداري الذي يتلاءم مع الصالح العام، أو لا يتلاءم معه، أو يتوقف على مدى تناسبه معه، وذلك على عكس القاضي الإداري الذي يعيش واقع النصوص والمسطور في غالب الأحوال أي يتمعن في ثنايا النصوص القانونية أكثر من تمعنه في الواقع والظروف، ولو أنّ ذلك لا يعني كلياً أن الأخير أيضاً لم يكن غائباً تماماً عن هذا الواقع.

وفي المسار نفسه، وبالعودة إلى التعاريف التي قيلت بصدد السلطة التقديرية للإدارة، يرى الدكتور عصام عبدالوهاب البرزنجي أن السلطة التقديرية للإدارة) تكون لها حرية الاختيار بين عدة حلول، كل منها جائز قانوناً)⁽²⁾.

على الرغم من دقة هذا التعريف إلى حد ما، إلا أنّنا نرى أنّ البدائل المتاحة أمام الإدارة ليست بالضرورة أن تكون جائزة قانوناً من الناحية العملية، لكون الإدارة إذا لم تغل يدها فمن الممكن الإستعانة بالبدائل غير القانونية للوصول إلى غايتها الخاصة، وخصوصاً في حالة ما إذا كانت الإدارة غير رشيدة أو لم ترضخ لسيادة القانون، لأنّ الإدارة قديماً كانت تسري عليها القاعدة المتبعة، وهي أن تحسن الظن بها وتبصرفاتها، إلا أنّها في الوقت الحاضر متهمّة بسوء الظن بها وبععض تصرفاتها، والأمر يعود إلى تزايد المخالفات القانونية بكثرة، مع تكرارها بين

(1) نقلاً عن بيو خلاف، المصدر السابق، ص20.

(2) ينظر د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، المصدر السابق، ص61.

فيئة وأخرى، وحيث إنَّ معالم سيادة القانون ورشاد السلوك الصادر من الإدارة جُعلًا أمرًا مفقوداً إلى حد كبير، لذا وبناء على ما تقدم؛ نرى أنَّه من المستحسن أن ينص التعريف على أنَّ للإدارة العامة حرية الإختيار من بين البدائل الجائزة قانوناً والمتاحة واقعياً، لأنَّ البدائل المتاحة أمام الإدارة العامة لابد أن تكون من الناحية العملية ليست بمستحيل أو شبه مستحيل للتطبيق، لأنَّه وفقاً للقاعدة المتبعة لاتكليف إلا بمقدور معلوم، ولاتكليف بمستحيل وبخلاف ذلك تكون الإدارة أمام السلطة المقيدة بحكم الواقع والظروف.

إستناداً إلى ماتقدم، بالنظر والتمعن في التعريفات السابقة، يمكن القول إنَّ السلطة التقديرية للإدارة تتمحور حول حرية الإدارة العامة في ثلاثة جوانب وهي كالاتي:

- 1- حرية التدخل من عدمه: أي في قيام الإدارة بإتخاذ قرار معين أو عدم اتخاذه وفقاً لمقتضيات الملاءمة.
- 2- تحديد وقت التدخل من حيث المناسبة الزمنية من عدمها.
- 3- الحرية الكافية في إختيار طريقة تدخلها او الوسيلة الملائمة لذلك التدخل دون الإنحراف أو الغلو⁽¹⁾، بالإستناد إلى ما تم بيانه، يمكننا أن نعرف من جانبنا السلطة التقديرية للإدارة بأنَّها (حرية الإدارة في القيام بتصرف مشروع أوعدم قيامها بذلك، وفقاً لما يقتضيه المصلحة العامة).

(1) ينظر لطفراوي محمد عباس، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية، رسالة ماجستير، 2016 الجزائر، ص18 ومايلها.

الفرع الثاني

موقف القضاء من السلطة التقديرية للإدارة العامة

نظراً لأهمية السلطة التقديرية للإدارة، فإنَّ للقضاء الإداري إسهامات جادة في مجال اعترافه بممارسة هذه السلطة من قبل لإدارة العامة، وبما أنَّ وظيفة القضاء ليس تعريف المصطلحات، بل تثبيت الحقوق وإقرارها بصورة واضحة بناء على الوقائع التي تتعلق بالسلطة التقديرية للإدارة العامة، لذلك نرى أنَّ القضاء لايقوم مقام الفقيه من حيث دورانه وراء تعريف المصطلحات وهذا ليس شأن القضاء بصورة حقيقية، وعليه نفضل عدم الخوض في تفاصيل أكثر حول هذا الأمر، بل نقوم بدورنا بالاستشهاد بموقف القضاء الإداري بخصوص هذا الموضوع في بعض الدول، وفقاً للآتي:

- في القضاء المصري: يعد القضاء الإداري المصري قضاءً مبدعاً وصانعاً للمبادئ القانونية في نطاق العمل القضائي والقانوني بخلاف القضاء المدني والجنائي⁽¹⁾

(1) في القضاء المدني والجنائي أو القضاء العادي بصورة عامة، يعدّ قضاءً تطبيقياً أي يطبق النص القانوني ولا يستطيع القيام بإبتكارات أو إبداعات تذكر، أو إنشاء قاعدة أو نص قانوني، ويعني ذلك أنَّ هذا القضاء لا يستطيع بحكم القانون أن يتجاوز الحدود المرسومة له بالنص، بل بخلاف ذلك تماماً فإنَّ القضاء الإداري واستجابة للتطور الحاصل في مجال الحياة الإدارية وتنظيم المرافق العامة نجده قضاءً إنشائياً يخلق القواعد القانونية بالذات في حالة ما تسمى بحالة خلو النص التشريعي لتطبيق الواقعة المعروضة عليه، الأمر الذي يؤكد يقيناً أن القضاء الإداري - وبحق - قضاء إنشائي يُصدر أحكامه بناء على المُوجّهات العامة في القانون الدستوري والدولي والاتفاقيات الدولية، والدستور والقوانين والسوابق القضائية والمبادئ فوق الدستورية، وأن القضاء الإداري مصدر أصلي للقانون الإداري، ونحن نرى أن ذلك لايعنى مطلقاً أن القاضي الإداري يحل محل المشرع، لأنه يوجد هناك فارق شاسع بين التشريع كمصدر رسمي للقانون بصورة عامة، وبين القضاء كمصدر أصلي للقانون الإداري، ويدرك فهم القضاة المهني لعمليهم وحكمتهم جيداً الحدود الدقيقة الفاصلة بين المصدرين، وانهم لايتجاوزون حتماً مبدأ الفصل بين السلطات بأي حال من الأحوال، بالنظر في الواقع المرير في العراق واقلیم كوردستان، نلاحظ أنَّ القضاء الإداري لم يصل إلى هذه القناعة بأنه

==

وذلك لأنَّ القاضي الإداري معروف بأنَّه القاضي المنشئ للقواعد والمبادئ القانونية في حالة خلو النص، لذا يهتم في هذا الجانب الإهتمام بتعريف القضاء للسلطة التقديرية للإدارة العامة إذا ما قام بتعريفها، ولو كان القضاء لم يلزم بإيراد التعريفات في الأساس، فإنَّ هذا القضاء أكد "أنَّ الجهة الإدارية تستقل بتقدير مناسبة قراراتها الإدارية، وترخص في تقدير ومراعاة ظروفه، طالما أنَّ الباعث عليه مراعاة المصلحة العامة في ذلك"⁽¹⁾.

وفي واقعة أخرى، سبق أن أصدر القضاء الإداري المصري حكماً قانونياً يمكن عدّه تعريفاً للسلطة التقديرية للإدارة العامة⁽²⁾ حيث جاء في مضمون القرار "ليست للمحكمة أية رقابة على المناسبات التي تحمل الإدارة على تقدير الملاءمة أو عدم الملاءمة في إصدار قرارها، أو على الإحتسابات التي تراعيها في ذلك، إلا إذا قام الدليل المقنع على أنَّ هذه المناسبات والإعتبارات تنطوي في ذاتها على إساءة

==

قضاء منشئ للقاعدة القانونية أو ما يسمى بقضاء إنشائي، وذلك بسبب عدم تملك القضاة الخبرة والدراية الدقيقة باختصاص القضاء الإداري وليسوا مختصين في مجال القانون والقضاء الإداري، والسبب الثاني في ذلك يرجع إلى حداثة هذا القضاء في العراق وإقليم كردستان ولحد الآن لم يظهر صورة منيرة للجميع في مجال الحكم والقضاء، والثالث يعزى إلى عدم اهتمام بالقضاء الإداري على صعيد السلطتين التنفيذيتين قدر تعلق الأمر بهما، لكي يقف ضد تعسف وجور الإدارة كحصن منيع مدافعاً عن المظلوم ومتقصبياً عن الحقيقة المجردة بعيداً عن أي انتماء إلا للعدالة، أي أنهما تعدّان دوماً هذا القضاء عائقاً أمام تحقيق نواياهما ومبتغاهما الكامنة والظاهرة.

(1) للمزيد راجع عدنان عمرو، القضاء الإداري-مبدأ المشروعية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، نشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص45.

(2) ينظر الدعوى المرقمة 33، السنة الرابعة قضائية بجلسة المرقمة 1952/2/20، حيث تلخص وقائع هذه القضية في أن المدعوة (عائشة راتب) وهي قد حصلت على إجازة وفق القوانين الخاصة عام 1999 بتقدير جيد جداً، وهذه الدرجة تؤهلها للتعين في إحدى وظائف القضية مقارنة بأقرانها، إلا أن قرار التعيين جاء خالياً من اسمها وقد أنطوت على إساءة استعمال السلطة، واستندت في طعنها للقرار بأنه ينطوي على إساءة استعمال السلطة، ما يقتضي الإلغاء والتعويض.

استعمال السلطة، ذلك أنّ الإدارة في تقدير ظروف الأمر الإداري وملاءمة إصداره، تحتاج بطبيعة وظيفتها الى قسط كبير من حرية تقدير مناسبات العمل وملابساته و وزن مختلف السبل التي تصلح أن تسلكها".

بالملاحظة من موقف القضاء المصري، نجد أنّه كالأصل لم يكن مع بسط الرقابة القضائية على أعمال الإدارة التقديرية، ولكي تكون الإدارة في مجال رحب تماماً لتقدير الظروف والوقائع والقرار ودون التدخل من القضاء، إلاّ في حالة ثبوت إساءة استعمال السلطة من قبل الإدارة لسلطتها التقديرية، وحيث أنّ الإدارة لكي تحصن نفسها من الوقوع في التعسف وإساءة استعمالها لسلطتها التقديرية، لأبد للقضاء أن يجد دور الرقيب والحسيب على تصرفاتها المبنية وفقاً لسلطتها التقديرية؛ إلاّ أنّ هذه الرقابة يجب أن توصم بالمرونة المطلوبة بصورة لا تحل القضاء محل الإدارة بكاملها.

وبالنظر لإستقراء أحكام القضاء الإداري العراقي، نجد أنّه لم يتم هذا القضاء بتعريف السلطة التقديرية، بل اعترف بهذه السلطة في كثير من أحكامه، في نطاق الرقابة على السلطة التقديرية يجد بعضاً من هذه الأحكام على ندرتها، يعترف فيها القضاء لنفسه بفرض رقابته على قرارات الإدارة التي تتمتع فيها بشيء من سلطة التقدير، ومعظم هذه الأحكام في قضايا الوظيفة العامة كاستحقاق الدرجة الوظيفية، ومنح القدم والعلاوات السنوية ونحو ذلك⁽¹⁾، وفي ذلك أيضاً فإنّ موقف القضاء الإداري في إقليم كوردستان واضح، بشأن الإقرار بالسلطة التقديرية للإدارة فيما تتخذه من القرارات الإدارية وفقاً للسياقات القانونية والإدارية، وقد ورد ذلك في

(1) ينظر قرار مجلس الانضباط العام في 25/اذار/1935، مجلة القضاء، العددان 3 و 4، 1936، ص163 - 164، وقرار مجلس الانضباط العام في 28/1/1980. مجلة العدالة، العدد الثاني، 1980، ص315.

كثير من الأحكام والقرارات الإدارية الصادرة من الهيئة العامة لمجلس شورى الإقليم، أو حتى صار مبدأً قانونياً، ومن ذلك المبدأ القائل "إنَّ تمديد خدمة الموظف بعد إكماله السن القانوني للتقاعد من صلاحية رئيس مجلس الوزراء، ولا معقب على إرادة الإدارة فيه، لأنَّه ضمن سلطته التقديرية، طالما مارسها في حدود القانون والمصلحة العامة"⁽¹⁾، ويتبين من هنا، أنَّ القرار حدد الشرطين لممارسة السلطة التقديرية للإدارة العامة أولهما أن يكون موافقاً للقانون أي مطابقاً لمبدأ المشروعية، وثانياً أن يكون من ضمن مقتضيات تحقيق المصلحة العامة، وفي قرار مشابه له نص على ممارسة السلطة التقديرية للإدارة العامة، بشرط أن لا تكون الإدارة متعسفة في استعمال تلك السلطة" لذا فإنَّ للوزارة سلطة تقديرية في ذلك ولا تستطيع أية جهة المساس بهذه السلطة ما دامت الإدارة لم تتعسف في استعمالها"⁽²⁾.

وهذا الموقف أيضاً يشابه إلى حد كبير موقف القضاء الإداري الجزائري فهو الآخر، لم يمانع أمام الإدارة اختيار الوقت المناسب للتدخل باتخاذ القرار الإداري مالم يكن مخالفاً للقواعد القانونية وكذلك الحدود التي رسمها القانون⁽³⁾.

من خلال ما تقدم ذكره، يتبين لنا أنَّ القضاء الإداري ومن حيث الإعراف بالمصلحة العامة، وترجيحها على المصلحة الخاصة اعترف بصورة واضحة بهذه

(1) يراجع في ذلك قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الإقليم رقم 10/ الهيئة العامة-الإنضباطية/2011، في 2011/6/6 نقلاً عن منشورات وزارة العدل الإقليم/ المبادئ القانونية في قرارات وفتاوى المجلس لعام 2011، الطبعة الأولى، أبريل، 2012، ص 237.

(2) يراجع في ذلك قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الإقليم رقم 21/ الهيئة العامة /2011، في 2011/10/10، نقلاً عن منشورات وزارة العدل الإقليم/ المبادئ القانونية في قرارات وفتاوى المجلس لعام 2011، الطبعة الأولى، أبريل، 2012، ص 168.

(3) ينظر عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء-دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص 294.

السلطة التقديرية، من خلال الأحكام والقرارات القضائية التي يصدرها القضاء الإداري في الوقائع والقضايا التي تطرح عليه، وهذا أمر محتوم وذلك لرسوخ مكانة القضاء من دوره للرقابة في نطاق وحيز السلطة التقديرية وهذا أمر لا يمكن الإستهانة به.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة العامة ومبرراتها

بادئ الأمر في هذا المقام، سنوضح الأساس السليم للسلطة التقديرية للإدارة العامة، وذلك بعد سرد مجموعة من النظريات التي طرحت و وضعت كل واحد من جهتها أساساً للسلطة التقديرية التي تتمتع الإدارة العامة بها، مستنديين إلى بعض الآراء والأدلة التي يعتقدون أنّها تكون لبنة رئيسية لتحديد الأساس القانوني السليم لتلك السلطة، إذ بدورنا سنوضح تلك النظريات والآراء ثمّ نبين رأينا بهذا الخصوص، لذا يتناول هذا المطلب فرعين، فالفرع الأول يتضمن توضيح أساس السلطة التقديرية للإدارة العامة من وجهة نظر متباينة، ومناقشة كل نظرية على حدة، والفرع الثاني يتناول أهم مبررات السلطة التقديرية للإدارة العامة كما يأتي:

الفرع الأول

أساس السلطة التقديرية⁽¹⁾ للإدارة

يقصد بأساس السلطة التقديرية الأسس القانونية والإدارية والعملية التي تستوجب إعطاء السلطات المختصة قدرًا من الحرية والملاءمة، للقيام بوظائفها على الوجه الأكمل والأتمّ وبصورة منتظمة ومطردة، إذ إنّ الضرورات الملحة والدواعي الوظيفية تستدعي أن تمتلك الإدارة العامة السلطة التقديرية، بشكل

(1) إنّ السلطة التقديرية للإدارة سلطة قانونية، وبالتالي فإنّ مباشرة هذه السلطة تخضع دائماً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون، وذلك لأنّ رجل الإدارة ليس بوسعه ممارسة السلطة من ذاته، بل يستمد تلك السلطة من القاعدة القانونية المرنة، وهذه المسألة قد تحمل في طياتها الكثير من النقاش والسجال الفقهي بين مجموعة كبيرة من فقهاء القانون، حول أساس هذه السلطة التي تمارسها الإدارة حال قيامها بالتصرف القانوني.

يتناسب مع مهامها وقيامها بأدائها نحو الأهداف الكفيلة لتحقيق الصالح العام، ولدى النظر لآراء منظري القانون والقضاء الإداري، نجد بشكل واضح اختلافهم على تحديد الأساس السليم والمستقيم للسلطة التقديرية للإدارة العامة، لذا نحاول قدر المستطاع إبراز تلك النظريات، مبيناً في ذلك أيضاً تقييم كل واحدة منها، مع تحديد الأرجح منها وفقاً لوجهة نظر الباحث، وفيما يأتي التوضيح:

أولاً/ نظرية الحقوق الشخصية⁽¹⁾:

تقوم هذه النظرية على إنشاء رابطة حقيقية بين الحقوق الشخصية والإختصاص المقيد، وبمعنى آخر فإن السلطة التقديرية للإدارة العامة تتحقق في حال غياب هذه الحقوق، ومفادها أنّها تتحقق فعلاً في حال عدم المساس بالحقوق الشخصية، فحقوق الناس مناط قيام التشريع والقضاء، وهي تبرز القول برقابة الملاءمة في مجال الضبط الإداري⁽²⁾، وقد عرف الفقيه بونار الحق الشخصي بأنه عبارة عن

(1) من اللافت للنظر أنه من رواد هذه النظرية كل من الفقيه بارتلي وبونار، ولقد عرف الأول الحق الشخصي بأنه تلك المنافع والمزايا التي يمكن ضمان احترامها بوسيلة قانونية، متجسدة في الدعوى القضائية، وأن هذه الوسيلة نفسها هي التي تميّز الحقوق الشخصية عن المصالح على حد تعبيره، لأنها هي التي تمثل سلطان الإرادة للفرد على مصلحته، وبطبيعة الحال فإنّ هذا الأمر يفيد أن هناك وحدة بين الحق والدعوى التي تحميه، ويعني ذلك أن الإختلاف الوحيد بينهما هي الدعوى القضائية. وأما الفقيه بونار، فيرى أن أسلوب الدعوى القضائية لا يمكن الحديث عنه إلا في الدولة القانونية التي توصف بالدولة العادلة، التي تضمن للفرد حمايته ضد الإدارة للحصول على حقوقه، بمعنى آخر أن هذه الحماية هي التي تمكنه من رفع دعوى قضائية ضد الإدارة بعدّه صاحب الحق، وأن مناط نعت الدولة بالعدالة عنده يكمن في أن يضمن الطرف المتنازع مع الإدارة الحماية القانونية ضدها والمتمثلة في الدعوى القضائية، للمزيد ينظر حسن عبد الزهرة الدلفي، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء الإداري عليها، ط1، مركز الدراسات العربية، للنشر والتوزيع، 2019، ص78 و79 ومايلهما.

(2) ينظر د. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص40.

قدرة الشخص على المطالبة بشيء له فيه مصلحة، على أساس قاعدة قانونية موضوعية، وتكون المطالبة به عن طريق دعوى قضائية، وأمّا مضمونه فينبغي أن يكون محدداً مباشرةً إمّا بالقانون أو بعمل قانوني فردي⁽¹⁾ وفي معرض الحديث عن هذا التعريف يتبين أنّ عناصر الحق الشخصي لدى هذا الفقيه تتحدد في الآتي:

1- قدرة الشخص على المطالبة بشيء له فيه مصلحة: أي أن يكون للشخص حق المطالبة القضائية لهذا الحق من الحرمان والضياع.

2- أساس هذا الحق على حد تعبيره قاعدة قانونية موضوعية.

3- تكون المطالبة به عن طريق دعوى قضائية: وذلك لأن القضاء يعد ساحة لمنح الحقوق وإقرارها.

4- مضمونه ينبغي أن يكون محدداً مباشرةً، إمّا بالقانون أو بعمل قانوني فردي.

فالإدارة وفقاً لمضمون هذه النظرية تتمتع باختصاص تقديري في الحالات التي لاتواجه فيها حقاً شخصياً، لأنّ منطق قيام الحقوق الشخصية يقتضي ألا يسمح للإدارة بأن تمسها إلا في أضيق الحدود، ما يستلزم أن تكون الإدارة مقيدة بالضرورة، ويذكر في حقيقة الأمر أنّ السلطة التقديرية للإدارة لاتختفي أمام الحقوق الشخصية فقط، بل أنّها تنسحب أمام كل قاعدة قانونية موضوعية تستهدف مصلحة عامة، لذلك في حالة عدم وجود حقوق شخصية فإنّه لايمكن لهؤلاء الأفراد إلزام الإدارة العامة بعمل ما أو الإمتناع عنه، أو لايمكنهم مخاصمة الإدارة أمام القضاء، وذلك لإنتفاء الرابطة القانونية بينهم وبين الإدارة⁽²⁾.

(1) نقلاً عن د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، مصدر سابق، ص189.

(2) نقلاً عن د. رمضان البطيخ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1994، ص48.

استكمالاً لما تقدم ذكره، نجد أنّ المقصود بالحقوق الشخصية هي الحقوق الخاصة التي تربط الفرد بذاته مع الإدارة مثل ضرورة دين ترتب على الإدارة لصالح شخص متعاقد معها قام بسلعة معينة، ولا يقصد بها الحقوق العامة التي تعدّ إلزاماً دستورياً مع الدولة لمصلحة الأفراد كالحق في التهيئة وإنشاء المرافق العامة ففي هذه الحالة الأخيرة، يمكن للإدارة العامة أن تمارس سلطتها التقديرية بما يفيد الصالح العام، غير أنّه وفي الوقت نفسه، يجب أن لا يكون هناك مساس بأي حق من الحقوق الشخصية للأفراد⁽¹⁾ وعلى ذلك وفي حالة غياب الحقوق الشخصية تتمتع الإدارة بالسلطة التقديرية، ولا يستطيع الأفراد المطالبة منها بشيء، لإنتفاء الرابطة بينهم وبين الإدارة العامة⁽²⁾.

علاوة على ما تقدم ذكره، لا يمكن التسليم بهذه النظرية وذلك لكثرة ووجاهة الإنتقادات التي تعرضت لها ونلخصها في الآتي:

أ- إنّ الربط بين الحقوق الشخصية والإختصاص المقيد أمر تستبعده الحقيقة والواقع، إذ إنّ ثبت خلاف ذلك، كما أنّ هذه النظرية هي الأكثر دخولاً في مجال السلطة التقديرية للإدارة العامة، وليست نظرية لتحديد الأساس القانوني للسلطة التقديرية.

ب- إنّ منطوق هذه النظرية يضيق نطاق السلطة التقديرية للإدارة، ذلك لأنّها تخالف أصلاً السلطة التقديرية للإدارة العامة، لأنّ كثيراً من حالات نشاط الإدارة العامة تتعلق بالحقوق الشخصية للأفراد وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة أساساً.

(1) خليفي محمد، الضوابط القانونية للسلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تلمسان، 2016، ص40.

(2) ينظر د. منتصر علوان كريم، أثر سلطة الإدارة التقديرية في ركن الإختصاص للقرار الإداري، بحث قانوني منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية لجامعة ديالى-العراق،- المجلد الثامن، العدد الأول، 2019، ص142.

ج- أنّ عدّ الحق الشخصي قيماً على سلطة الإدارة، فيه إفراط نوعاً ما، لأنّ المشرع والقضاء يعترفان من الناحيتين القانونية والواقعية بوضع قيود مختلفة على تمتع الأفراد بحقوقهم الشخصية، مثلاً كمنع أصحاب الأملاك من البناء في عقاراتهم قبل الحصول على رخصة البناء من الجهة الإدارية المعنية، غير ان الإجازة هنا بإعطاء الرخصة المرهونة بفكرة تحقيق المصلحة العامة.

ثانياً/نظرية المشروع⁽¹⁾ كأساس للسلطة التقديرية:

يكمن مضمون هذه النظرية في أنّ أعمال الإدارة أو المشروع الإداري حاله حال المشروع الفردي، كما أشار إليه الفقيه موريس هوريو أحد مؤسسي هذه النظرية، الذي أشبه النشاط الإداري بنشاط الأفراد من ناحية إدارة المشروع ، بحيث تملك

(1) ظهرت هذه النظرية بعد فشل نظرية الحقوق الشخصية، التي لاقت الكثير من الإنتقادات ولم تكن موفقةً في تحديدها لأساس السلطة التقديرية للإدارة، ومن أبرز مؤسسي نظرية المشروع كل من الفقهاء هوريو، وفينيزيا وفيدل، حيث تتلخص فكرة المشروع في أن المرفق العام أمام تدرج تشريعي من الدستور والقانون والتعليمات، فسمّوا الدستور والقانون بالحدود الخارجية لفكرة المشروع الذي لا بد من الإنصياع لهما والعمل بمقتضاهما، أما الحدود الداخلية تكمن في إدارة المرفق عن طريق إمتلاكها بالتقييد الذاتي من حيث القيام بعمل أو الإمتناع عن هذا العمل، من حيث تقييم المصالح المستوفاة من ذلك النشاط الإداري أو المرفقي وفقاً لما ترتأيه السلطة الرئاسية على هذا المرفق من حيث توزيع الأدوار الوظيفي بين الموظفين، وتنظيم تفاصيل الأمور ودقائقها من حيث بيان الهيكل الوظيفي وسلطة الردع الوظيفي المتمثلة في السلطة التأديبية وغيرها ممّا يدخل في مجال التنظيم الداخلي للمؤسسة، وهذا يكون في حالة عدم تحديد تلك الإختصاصات بقانون، إذ تظهر معالمها في أن الإدارة العامة ومديري النشاط الإداري في صورة الأمر والنهي المطلق في تحديد ما يرونه توافق الصالح العام ونفعه أو يخالف ذلك تماماً، من حيث تحديد مواطن المصلحة والمفسدة في تلك التصرفات والأعمال، فمثلاً يرى أن الإدارة هي التي تحدد ما في الصالح العام حتى لا تغل يد الإدارة بها، بل تكون يدها مطلقة فيما تتصرف وفقاً لما تميله هي، وكذلك الحال في تقييد يد الإدارة العامة في التصرفات والأعمال الإدارية التي من شأنها أن تؤدي إلى مفسدة بينة أو إنحراف واضح في استعمال السلطة وغيرها، لذا من الطبيعي أن هذه الفكرة أو النظرية بحد ذاتها وبهذه الكيفية لاتسلم من النقد اللاذع، وكما سنبينه في البحث عنها أعلاه.

تقييد نشاطها ذاتياً كما تمتلك كذلك تقدير ملاءمة نشاطها⁽¹⁾، وذلك بمعنى أنّ الإدارة أيضاً تمتلك التقييد الذاتي كما يمتلك صاحب المشروع الفردي أيضاً، وذلك عن طريق تقدير أمورها أو تحديد إختصاصاتها، مع اختيار سبل القيام بعمل أو الإمتناع عن القيام بذلك العمل، وتابع الفقيه هوريو بالقول أنّ أشخاص القانون عموماً هم بمثابة رؤساء المشروع، فالفرد يكون بالنسبة لحياته الخاصة مشروعاً، والهيئات الإدارية تكون مشروعاً بالنسبة للنظام العام، والمنفعة العامة.

ومن هذا المنطلق يرى أنّ الإدارة العامة في ممارسة أعمالها ونشاطاتها اليومية لا تطبق القانون والأنظمة فحسب، بل تخضع كذلك لتوجيهات وتعليمات داخلية، وهي صادرة من الجهة الرئاسية للإدارة، وهذا الأمر خير دليل على أنّ الفكرة نفسها مستمدة من فكرة المشروع، ومن المسار نفسه، يرى جانب من الفقه الإداري أنّ فكرة المشروع تقابل فكرة المرفق العام في القانون الإداري بمعناه الواسع، وذلك لكون إدارة المرافق العامة تقوم على عدة مبادئ أساسية منها- المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وقابلية المرفق للتعديل والتغيير⁽²⁾- وغيرها.

وفقاً لما تم سرده أعلاه، يتبين لنا أنّ جوهر الفكرة يتجسد في أنّ الإدارة العامة، بمثابة مشروع فردي من حيث الشبه مع المشروع العام، وقد يختلفان في الجزئيات والتفاصيل شيئاً فشيئاً، فالمشروع الفردي يهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية، أمّا الإدارة فهي بمثابة مشروع كبير يسعى من أجل تحقيق المصلحة العامة، وجدير بالإشارة أنّ فكرة المصلحة العامة لم تظهر في النشاط الإداري دفعة

(1) ينظر خليفي محمد، المرجع السابق، ص34.

(2) نقلاً عن د. محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون والإقتصاد، السنة 48، العدد الثالث والرابع، ص348.

واحدة، بل كان ظهورها بصورة تدريجية⁽¹⁾، وقد أدى ذلك إلى تقييد سلطة الإدارة التقديرية، وذلك إمّا بالقانون مباشرة، أو بالتقييد الذاتي لنشاطها، وعليه فإنّ المصلحة العامة ليست فكرة مطلقة أو محددة، بل يمكن أن نقول بحقها إنّها فكرة نسبية وتتحدد تدريجياً.

على الرغم ممّا قدّمته هذه النظرية، من مزايا وطروحات جديدة، فإنّها لم تسلم من توجيه سهام النقد نحوها، إذ نوجز أهم هذه الإنتقادات فيما يأتي:

1- إنّ المشروع الإداري الذي سمّاه مؤيدوه ليس مطابقاً للمشروع الفردي، لأنّ المشروع الإداري تتوخى فيه المصلحة العامة بالإمتياز، وبخلاف ذلك يكون تحقيق المصلحة الفردية أو الشخصية الوجه الطاغي على المشاريع الفردية في أكثرية الأحوال.

2- لا يوجد أدنى شك في أنّ صاحب المشروع الفردي حر في التعاقد مع من يريده، وبشروط وضوابط يبتغيه وبمحض إرادته الحرة، وكذلك الحال في تعيين الموظفين أو العمال، في حين أنّ صاحب المشروع الإداري لا يمتلك الحرية في التقدير، والمثال على ذلك حالة المناقصة أو المزايدة، فالقانون صاحب القول الفصل والحسم في هذا المجال، وكذا في مجال تعيين الموظفين العامين.

أخيراً، وفيما يتعلق بهذه النظرية نرى أنّها مع وجاهتها في بعض الأحيان إلّا أنّها لم تلتزم جانب الصواب كأساس لسلطة الإدارة التقديرية.

(1) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، المصدر السابق، ص 198.

ثالثاً/نظرية تدرج القوانين⁽¹⁾:

تتلخص هذه النظرية في أنّ القواعد القانونية في المجتمع، إنّما تتدرج فيما بينها في مراتب مختلفة، حيث تقيّد القاعدة الأعلى للقاعدة الأدنى منها درجة⁽²⁾، وبمعنى آخر أنّ كل قاعدة قانونية في الدولة تحمل خصلتين:

1. فهي قاعدة منفذة ومخصصة للقاعدة الأعلى منها درجة من ناحية: كالقوانين الصادرة من لدن السلطة التشريعية التي تخصص نصاً وارداً في الدستور، فمثلاً هناك نص دستوري على سبيل المثال ينص على حرية الاجتماع والتظاهر السلمي⁽³⁾، ثم يأتي المشرع العادي بسن قانون خاص فيقوم بتخصيص هذه القاعدة العامة الواردة في الدستور⁽⁴⁾، وكذلك النصوص المتعلقة بالوظيفة العامة وغيرها من القوانين أيضاً.

2. منشئة للقاعدة الأدنى منها درجة من ناحية أخرى.

حينما تقوم الإدارة في نطاق اختصاصها بتنفيذ القاعدة القانونية، تكون مقيدة بتنفيذ القانون بصورة كلية وتامة، أما في غير هذه الحالة تكون الإدارة أمام السلطة التقديرية، أي يكون الاختصاص تقديرياً، إذا أضاف في قراره بعض

(1) ترجع نشأة هذه النظرية إلى الفقيه النمساوي (هانز كلسن)، وقد تسمّى هذه النظرية بالنظرية بالنظرية النمساوية، وبقينا أننا لانستطيع الإحاطة علماً بهذه النظرية إلا عن طريق فهم وإدراك ما تقوم عليه المدرسة النمساوية نفسها، وهي التي ترى أنّ جل القواعد القانونية ترجع إلى أصل واحد يسمونه "Norme"، وبدوره كل عمل قانوني يتضمن تخصيصاً لقاعدة أعلى وتقييداً لقاعدة أدنى، كالدستور ومنه إلى القانون ثمّ الأنظمة والتعليمات، ينظر د. محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية-دراسة تحليلية نقدية_ ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر، ص13 ومايلها.

(2) ينظر نويري سامية، المصدر السابق، ص52.

(3) ينظر المادة 38/ثالثاً من دستور جمهورية العراق 2005.

(4) ينظر خليفي محمد، المرجع السابق، ص34.

العناصر غير الموجودة في القاعدة القانونية الأصلية التي استمد رجل الإدارة العامة صلاحياته التقديرية منها⁽¹⁾، يمكن القول في هذا المجال، إنَّ السلطة التقديرية تجد أساسها في التدرج التنازلي للقواعد القانونية، حيث ما تكون القاعدة الأعلى متسمة بالعمومية والتجريد، وتتطلب نوعاً من التحديد والتقييد من جانب رجل الإدارة، ولايتأتى ذلك إلا إذا كان رجل الإدارة يتمتع بسلطة تقديرية⁽²⁾، ويعني ذلك حقاً أنَّه عندما يتولى رجل الإدارة تنفيذ نص قانوني بحذافيره وحرفياً، فإنَّه أمام سلطة مقيدة ولا مجال على أكثر التقدير، للرأي والبيان من جهته هو، في حين يكون بصدد ممارسة السلطة التقديرية في مجال إختصاصه إذا أضاف في قراره بعض العناصر غير الموجودة في القاعدة القانونية التي استمد منها إختصاصه، وهذا ما يمكن عده تخصيصاً لقاعدة قانونية⁽³⁾.

واضح من التدرج السابق، أنَّ القاعدة القانونية العليا تقيد الدنيا، ولكنها في الوقت نفسه، مقيدة بالقاعدة التي تعلوها، وصولاً إلى الأصل العام وهكذا. وأخيراً، فإنَّ هذه النظرية كغيرها من النظريات السابقة لم تسلم من النقد، حيث يؤخذ عليها عدم الوضوح في تحديد الأساس القانوني للسلطة التقديرية، وأنَّها ضيقت نطاق تلك السلطة في إطار التخصيص، ووضع العناصر الجديدة، زد على ذلك أنَّها تركز على مضمون هذه السلطة دون تحديد أساس تقرير هذه السلطة أو منحها ما جعلها نظرية غير كاملة في حقيقتها، وبالتالي لا تصلح هذه النظرية أن تكون أساساً حقيقياً للسلطة التقديرية، لأنَّها لم تضيف شيئاً أساسياً أو جوهرياً

(1) ينظر د. سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص 36.

(2) نقلاً عن خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية-دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2013 ص 168

(3) ينظر خليفي محمد، المرجع السابق، ص 34.

على القاعدة القانونية العليا بحذافيرها⁽¹⁾.

خلاصة الفكرة: بناء على كل ماسبق؛ يتجلى لنا الآتي:

لا يمكن تجنب هذه الحقيقة، أنَّ جل النظريات بصورة عامة أصابت جزءاً من الحقيقة، أصابت جانباً من الصحة، أمَّا في المحصلة النهائية لم توفق أساساً في تحديد مضمون السلطة التقديرية للإدارة، ولم تغط الأساس المنطقي والقانوني لها وبالتالي عجزت عن تقديم فكرة كاملة و نظرية ساطعة عن تحديد أساس السلطة التقديرية، إذ بدورنا، نرى أنَّ القانون هو الذي يعطي الإدارة العامة أو رجل الإدارة السلطة التقديرية أو يقيد صلاحياتها القانونية، وبمعنى آخر هو الذي يقدر أو يحجم تلك السلطة أو يقيدها وفقاً لما تراه السلطة التشريعية من مراعاة المصلحة العامة، وبغية استمرار أعمال الإدارة العامة بانتظام واطراد ودون التلكؤ في أداء الخدمات الضرورية للمواطنين على قدم المساواة، إذن نرى فإنَّ أساس السلطة التقديرية هو القانون.

الفرع الثاني

مبررات السلطة التقديرية للإدارة

لا ريب في أنَّ التصاق واتصاف القاعدة القانونية بالمرونة المطلوبة، وبالأخص في نطاق تطبيق السلطة التقديرية للإدارة العامة وتطبيقها فعلاً، يعد من مستلزمات نجاح الإدارة العامة، نحو تحقيق الأهداف المرجوة من تطبيقها، ومن ناحية أخرى، فإنَّ انتظام النشاط الإداري وتسييره بصورة مطردة ومنتظمة يحقق أكبر قدر من الإنجاز والاهتمام بمتطلبات المواطن واحتياجاته، ما يدفعنا نحو البحث حول أهم المبررات التي تعضد مكانة السلطة التقديرية للإدارة في أرض الواقع، عليه نلقي

(1) للمزيد يراجع د. رمضان بطيخ، المصدر السابق، ص 47.

الضوء على جملة من هذه المبررات في أدناه:

1. ضرورة مراعاة المصلحة العامة: الصالح العام يقتضي أن تقرر التشريعات للإدارة العامة، وفي مجال اختصاصها صلاحية تقديرية لها، حيث لا يمكن أن يحصر دور الإدارة على مجرد التنفيذ الآلي للقانون أو نعتها آلة صماء لا روح فيها، بل لها أن تقدر الظروف وأحوال المواطن، وتمشية الأمور اليومية والتصرفات الإدارية كافة، تحقيقاً لتطور الإدارة وخدمة للمواطن وأداءً لوظيفة الإدارة من إدارة المرافق العامة بانتظام واطراد، دون تعطيل أو تهميش يذكر، من هذا الجانب، ومن جانب آخر، فإنَّ منح هذه الصلاحية للإدارة العامة يعد مسألة في غاية الأهمية، لما لها من تأثير إيجابي في رفع كفاءة الجهاز الإداري، وزيادة فعاليته في شتى المجالات والميادين، لذا يقتضي منحها هامشاً بيئياً من حرية التقدير⁽¹⁾، وبخلاف ذلك تعد الإدارة العامة عاجزة عن تحقيق مقتضيات الصالح العام، الذي من أجله تبذل الإدارة العامة أقصى جهودها.

ومن هنا تبدو السلطة التقديرية كضرورة⁽²⁾ قانونية، وإدارية وغائية، لا غنى عنها وبالتالي تعد وسيلة مثلى لتحقيق المصلحة العامة، بل لضمان المشروعية في المجتمع وحسن سير العمل الإداري⁽³⁾، ما ينعكس إيجاباً على حقوق الأفراد وحياتهم، وتقديم الخدمات الضرورية لهم بناء على ما يقتضيه الصالح العام

(1) ينظر د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2004، ص57.

(2) يراجع:

Administrative powers and discretionary power (no date) LegalRaj. Adv. Deepali S. Available at: <https://legalraj.com/articles-details/administrative-powers-and-discretionary-power> (Accessed: March 12, 2023).

(3) ينظر د. سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص30.

ونفعه، ما يكفل في النهاية ليس فقط حسن سير المرافق العامة، بل ذلك النهوض والارتقاء بتوفير العيش الكريم للمواطنين وعلى قدم المساواة، ويعني ذلك أنّ مجال السلطة التقديرية للإدارة، هو المجال الرحب دون غيرها كي تبذل أقصى جهودها من أجل تحقيق المصلحة العامة.

2. سد النواقص والقصور التشريعية: من الركائز العملية التي تستند إليها السلطة التقديرية للإدارة العامة، منحها عدة إختيارات لمواجهة الواقع الذي لا يستطيع المشرع أن يتصوره مسبقاً، أو بسبب أنّ الإدارة تنقصها الخبرة الكافية لمواجهة تلك الحالات التي من الممكن أن تعرض على الإدارة العامة⁽¹⁾، أو القاضي الإداري لا يمكنه معاشية ملاساته وتفاصيله⁽²⁾، فيتجسد ذلك في عدم تنبأ المشرع في بداية سن القوانين بدقائق الأمور وتفصيلها، وعليه نتج عن ذلك كله، النقص والقصور في القوانين سواء أكانت بصورة كلية أم جزئية، ومرد ذلك أنّ المشرع عند إقراره قانوناً عاماً ومجرداً، لا يمكن له الإحاطة بمجمل الوقائع بما تحمله من احتمالات مختلفة وحالات متباينة، وفروع وجزئيات متداخلة ومتشابكة⁽³⁾، ويعني ذلك أنّه لم تتسن له صياغة النصوص القانونية بصورة شمولية من جانب، ولا جزئية من جانب آخر، وهذا خير دليل على أنّ العقل البشري يلازمه النقص والقصور، وفي ذلك يعجز تماماً بالتبصر والحذر من جميع عواقب التشريع، والوقائع التي يمكن أن تحدث مستقبلاً، من هنا فإنّ منح السلطة التقديرية للإدارة العامة يسد هذا النقص، أو يفترض أن يسده على أقل تقدير.

(1) ينظر حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، ط1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، 2004، ص132.

(2) ينظر محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2009، ص19.

(3) نقلاً عن محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون التاريخ، ص591.

تأسيساً على ماتم ذكره، نصل إلى هذه الحقيقة وهي أنّ القانون مهما بلغ شموله، وزادت دقته، لا يقوى على الإحاطة بكل شيء أو الإلمام بجزئيات لا حصر لها⁽¹⁾.

3. عدّ الإدارة العامة ذات خبرة ودراية أكثر من غيرها: لا يخفى علينا، أنّ المشرع لا يتمتع بالقدر الكافي من الخبرة والتجارب الإدارية، التي تمكنه من استنباط كافة الضوابط الإدارية، التي تحكم سير العمل بالإدارة العامة بما يناسب ظروف تلك الإدارة، وطبيعة مشكلاتها المختلفة وأسلوب العمل بها⁽²⁾، ومن جانب ذي صلة بالموضوع، نجد أنّ الإدارة العامة تتوفر لديها الخبرة والدراية والإلمام الكافين، تجعل المشرع يضع هذا الأمر في المقام الأول، لكي تتمتع بحرية في المجالات التي تقتضيها طبيعة الحال، ولها في سبيل ذلك أن تبذل بكافة الوسائل المتاحة في سبيل خدمة المواطنين على قدم المساواة، وأن لا تكون إدارة جامدة تتحرك بالنصوص وتوقف بالنصوص دوماً، بل عليها التفكير والإبداع المطلوبين والإقدام نحو الأفضل، وهذا أمر حتمي حقاً، لكون التشريع يكون في مقام يتسم بالثبات والإستقرار إلى حد كبير⁽³⁾ ولكي لا ينشغل المشرع في أكثر الأوقات بالتعديلات التي تطرأ على تلك القوانين بين فينة وأخرى، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا يلج المشرع في سنه للقانون جميع تفاصيل الأمور، كما لا يلج الجمل في سم الخياط، بل يبقى على مسافة متوازنة مع كليات النصوص دون التطرق إلى كل الجزئيات بصورة شمولية، وذلك تجسيدا للإعتراف الواضح للإدارة العامة بأنّها الأقدر والأكفأ بخبراتها المتراكمة من

(1) يراجع د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004، ص51.

(2) نقلاً عن د. ربيعة يوسف بوقرط، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2017، ص31.

(3) ينظر نويري سامية، المصدر السابق، ص65.

المشرع، من حيث تطبيق هذه النصوص المسطورة إلى الواقع المنظور، بأدق وأنسب الاعتبارات.

وجرياً على ماتقدم، يجب أن لا يفهم دوماً، أن تخلي المشرع عن تقييد الإدارة في شأن مسألة إدارية ما، يفيد حتماً تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في الجوانب التي لم يقيدها المشرع فيها، بل ربما يعود هذا الأمر إلى عجز المشرع من الناحية الفنية أو القانونية أو تجاهله عن الموضوع، وليس المشرع قاصداً من وراء ذلك التخلي بإرادته الحرة عن التقييد، والمثال على ذلك ما يخص إجراءات الضبط الإداري⁽¹⁾، لحماية النظام العام من الاختلال.

4. إعتبارات تتعلق بالعدالة: فالسلطة التقديرية وسيلة لغرس روح العدالة وإنمائها، والسبب في ذلك أنّ هذه السلطة قد تساعد على إدخال فكرة العدالة عند تطبيق القاعدة القانونية، لأنّ المشرع حينما يصوغ القاعدة القانونية، إنّما يفترض في الحسبان مجموعة من المبادئ العامة لحل جملة من المواضيع المتقاربة، لكنها ليست متماثلة⁽²⁾، أي أنّ السلطة التقديرية ستجر مبادئ العدالة وتدخلها في تطبيق القانون، وذلك تبعاً لاختلاف الظروف من حالة لأخرى، بناء على ما للإدارة من سلطة تقدير تستطيع أن تراعي ظروف كل حالة عند اصدار القرار الاداري⁽³⁾، فمن العدالة أن تكون للإدارة العامة هذه الحرية

(1) ينظر نويري سامية، المصدر نفسه، ص66.

(2) نقلاً عن د. غزير سعد العيسى، محددات وضوابط السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات الإدارية ودور القضاء في الرقابة عليها، بحث منشور في المجلة العربية للإدارة، مجلد39، العدد3، ايلول، 2019، ص183.

(3) ينظر لطفاوي محمد عبدالباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون- جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان-، الجزائر، ص62.

في سبيل خدمة المواطن أو الجمهور، وأنَّ تقوم بدورها الطبيعي دائماً، وذلك لأنَّها تكون في صدارة الإحتكاك مع الجمهور، ويفترض أن تتطلع أكثر من غيرها إلى ما يخدم سائر المنتفعين بالمرافق العامة، على نحو مجرد من الإعتبارات الشخصية أو الفئوية وغيرها.

المطلب الثالث

علاقة السلطة التقديرية بأركان القرار الإداري

إذا كان القرار الإداري يتميز بأنه عمل قانوني نهائي، صادر بإرادة منفردة من سلطة إدارية وطنية، وتترتب عليه آثار قانونية، إذ لا بد من توفر مجموعة من الأركان لكي يصبح صحيحاً ومشروعاً، فإنَّ لكل ركن من الأركان صلة مع السلطة التقديرية للإدارة فيها، ولاريب في أنَّ للقرار الإداري خمسة أركان هي الإختصاص، الشكل، السبب، المحل، الغاية، وفي هذا المطلب نحاول البحث عن تعريف القرار الإداري ثم نقوم بإبراز علاقة السلطة التقديرية بكل ركن من هذه الأركان على قدر الإمكان.

أولاً/ تعريف القرار الإداري:

يعد القرار الإداري الوجه الساطع للأعمال القانونية للإدارة العامة، وذلك لأهميته الكبرى في تسيير أمور البلاد عن طريقه، وكونه وسيلة ناجعة للحفاظ على النظام العام والآداب العامة، ومن هنا نقوم بتوضيح تعريف القرار الإداري بصورة مختصرة تفيد هذه الدراسة:

فقد عرفه هوريو بأنه "إعلان للإدارة بقصد إحداث أثر قانوني يصدر عن سلطة إدارية في صور تنفيذية، أي في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر"⁽¹⁾، أو يعرف بأنه كل عمل قانوني وحيد الطرف يصدر عن شخص أو عن هيئة إدارية أضفى على كل منها صلاحية إصداره، بما له من ولاية عامة بمقتضى القوانين والأنظمة، ويكون من شأنه إنشاء مركز قانوني معين، أو تعديله أو إنهائه⁽²⁾.

(1) ينظر د. محمد عبدالله الدليمي، تحول القرار الإداري، ط1، دار العلمية الدولية، عمان، 2001، ص57.
(2) نقلاً عن د. علي محمد بدير، أنواع القرارات الإدارية، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، جامعة البصرة، العدد2، السنة الثانية، 1970، ص385.

ومن جانبنا نرى، أنَّ التعريفين السابقين، مع وجاهة قدرهما وصحة مضمونهما؛ لا يعبران عن المعاصرة في التعريف، لكونهما عبارة عن إستجلاء فكرة القرار الإداري التقليدي السائد من قبل، بل لأبد من إعادة الصياغة للتعريف بحيث ينسجم ويلائم عصرنا الحاضر، وعليه نعرف القرار الإداري بأنه عبارة عن إفصاح الإدارة أو المفوض منها بتسيير المرافق العامة بإرادتها المنفردة وإحداث أثر قانوني معين بغية تحقيق الصالح العام.

ثانياً/ علاقة السلطة التقديرية للإدارة بأركان القرار الإداري:

هنا سنسلط الضوء على مقومات علاقة السلطة التقديرية بأركان القرار الإداري، وعلى النحو المبين فيما يأتي:

1. علاقتها بركن الاختصاص⁽¹⁾: قبل الخوض في تفاصيل هذه العلاقة، سنقوم بتعريف ركن الإختصاص، ثمَّ البحث عن ماهية تلك العلاقة التي تربط ركن الإختصاص بالسلطة التقديرية للإدارة العامة، وذلك وفقاً للآتي:
يعرف ركن الإختصاص بأنه "الصلاحية القانونية التي تمنح لهيئة عامة، أو

(1) تقوم فكرة الاختصاص على إناطة المسؤولية القانونية على أساس التخصص الشخصي والموضوعي، وكذلك التخصص الزمني والمكاني، فالقانون لا يقتصر على بيان الأعمال الإدارية فقط، بل يقوم بتعيين الموظف المختص المنوط به مباشرة الأعمال الإدارية أيضاً، وذلك وفقاً لمبدأ التخصص، ومن الجدير بالذكر أيضاً أنَّ مصادر الإختصاص بصورة واضحة عبارة عن القواعد الدستورية أولاً، فالدستور يحدد عادة اختصاصات السلطات الثلاث على النحو المطلوب، ومن ثم يأتي دور التشريع العادي-القانون- فإنَّ المشرع هو الذي يقوم بتحديد الإختصاص كقاعدة عامة. وذلك مراعاة لمستوى السلطة التي تسند إلى إصدار قرار إداري وعلى الجهة أو الموظف الإنصياع التام لقواعد الإختصاص، وفي نهاية المطاف ينجلي دور الأنظمة أو التعليمات-التشريع الفرعي- في المرتبة الأخيرة لتحديد قواعد الإختصاص، وأنها تعد القواعد الأوسع والأشمل في كثير من الأحيان وذلك لدخولها في التفاصيل ودقائق الأمور، للمزيد من التفصيل ينظر أستاذنا د. زانا رؤوف حمة كريم، د. دانا عبدالكريم سعيد، المبادئ العامة في القانون الإداري، الكتاب الثاني، مطبعة يادكار، السليمانية، 2017، ص 27 و28.

موظف لمباشرة عمل من الأعمال القانونية⁽¹⁾، أو يعرف بأنه تأهيل قانوني، أو صلاحية قانونية تسمح للإدارة بإصدار القرارات الإدارية⁽²⁾، أو عبارة عن القدرة القانونية على القيام بعمل أو مباشرته بهيئة أو جهة على وجه يعتد به قانوناً، أو في جانب ذي صلة يعرف بأنه "الصفة والقدرة القانونية التي تعطيها القواعد المنظمة للإختصاص في الدولة، لشخص معين ليتصرف ويتخذ قرارات إدارية باسم ولحساب الوظيفة الإدارية في الدولة على نحو يعتد به قانوناً"⁽³⁾، فقواعد الإختصاص قواعد أمرة ومتعلقة بالنظام العام، لذلك لا يجوز مخالفتها والإتفاق بخلافه مطلقاً، بل إنَّ القضاء الإداري يمتلك الحق في التصدي للاختصاص، والبحث فيه وإلغاؤه من تلقاء نفسه⁽⁴⁾.

والهدف من ركن الإختصاص رعاية مبدأ تدرج السلطة الرئاسية، لضمان حسن سير الإدارة بإنتظام واطراد بدايةً، وحفظ حقوق الأشخاص المتعاملين معها، وتحكم الإدارة في ذلك لقواعد توزيع الإختصاص المنصوص عليها في الدستور بالنسبة لرئيس الجمهورية وفي القوانين واللوائح والقرارات الفردية بالنسبة لباقي السلطات الإدارية⁽⁵⁾، أو تعتمد إختصاصات رئيس الجمهورية في كل بلد وفقاً لما

-
- (1) نقلاً عن أستاذينا د. زانا رؤوف حمدة كريم، د. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر نفسه، ص 26.
- (2) للتفصيل ينظر د. فيصل عبدالحافظ الشوابكة، د. محمد سعيد الشباب، رقابة محكمة العدل العليا الأردنية على سلطة الإدارة في التقدير، بحث قانوني منشور في دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، جانفي، 2014، ص 274.
- (3) ينظر عمار عوادي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار الهرمة، الجزائر، 1999، ص 69م.
- (4) يراجع د. كمال جعلاب، السلطة التقديرية للإدارة، بحث منشور في كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 15، جامعة زيان عاشور، الجزائر، 2013، ص 10.
- (5) دريسية حسين، حدود سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قلمة، 2006، ص 140.

رسمته الدستور الموافق مع نظام الحكم في ذلك البلد.

وفيما يخص ثبوت السلطة التقديرية للإدارة العامة في ركن الإختصاص، يرى جانب من الفقه الإداري أنّ السلطة التقديرية للإدارة غير متصورة في هذا الركن⁽¹⁾ بياناً منهم أنّ القانون هو الذي حدد الإختصاص بالنص، فلا مجال للبحث عن موضوع الإختصاص مادام المشرع قيده بنص صريح، وتعقيباً على هذا الأمر فإننا نرى من جانبنا، أنّهم استندوا إلى القواعد العامة في ركن الإختصاص ولم يدخلوا في تفاصيل هذا الموضوع، لأنّ الناظر في حقيقة ركن الإختصاص يرى أنّه لا يمكن أن نحكم عليه في أول وهلة، بأنّه خالٍ من السلطة التقديرية، بل نجد في ذلك الأمر سعةً ومجالاً، كما في حالة تفويض الإختصاص⁽²⁾ ففي بعض الأحيان يمنح القانون للإدارة العامة، مكنة تفويض بعض اختصاصها لجهة محددة قانوناً⁽³⁾، أو أطلق من يد رجل الإدارة بتفويض جزء من صلاحياته إلى من يراه أهلاً لممارسة هذا الإختصاص، سواء في حالة حضور صاحب الإختصاص الأصلي أم غيابه، وهذا

(1) للمزيد ينظر نويري سامية، المصدر السابق، ص 36.

(2) التفويض عبارة عن عملية قانونية، يكون الهدف منها قيام الرئيس الإداري بنقل بعض اختصاصاته الوظيفية التي يستمدّها من القانون إلى واحد أو أكثر من مرؤوسيه، وذلك دون أن يتخلّى عن هذه الإختصاصات من حيث المسؤولية، أو بعبارة أخرى، يقصد به أن يعهد صاحب الإختصاص بممارسة جانب من إختصاصه، سواء في مسألة معينة أم في نوع معين من المسائل إلى فرد آخر، حيث إنه يكون جزئياً، ولا يكون بصورة دائمة بل أن يكون مؤقتاً، ويكون التفويض بالشروط الآتية:

أ- أن يكون هناك سماح قانوني بذلك.

ب- أن يكون التفويض جزئياً، فلا يجوز للمفوض تخويل كامل إختصاصاته إلى المفوض.

ج- أن يكون بصورة مؤقتة وليس دائمة. للمزيد ينظر د. مجدي مدحت النهري، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، 2003، ص 42.

(3) نقلاً عن د. غازي فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري_ دراسة قانونية حديثة مقارنة بالنظام الفرنسي والمصري والعراقي، ط 4، مكتبة دار السلام القانونية، 2020، ص 67.

يعني أنّ مرد ذلك نص في القانون أيضاً، والمثال على ذلك تفويض المحافظ بعض صلاحياته القانونية إلى نوابه ومعاونيه، كما ورد في قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم⁽¹⁾، أو "تحويل بعض صلاحياته إلى نوابه أو القائم مقام أو مدير الناحية كل في أمور وحدته الإدارية"⁽²⁾ لما جاء في قانون المحافظات لإقليم كردستان، ومقتضى ذلك أنّه ليس بالشرط أن يقوم صاحب الإختصاص الأصيل القيام بالعمل بصورة دائمة، بل أن يكون القائم بالأمر أو العمل الإداري شخصاً آخر، كما في حالة تفويض الإختصاص، أو في حالة تحويل التوقيع الذي يتميز عن تفويض الإختصاص من حيث طبيعته وأحكامه، ولكونه يتميز بطابع شخصي، لأنّه ينطوي على ثقة خاصة، ولا ينقضي إلا بتغير أحد طرفيه، وأنّ تحويل التوقيع لا يؤدي إلى حرمان صاحب الإختصاص الأصيل من ممارسة الإختصاص المفوض به⁽³⁾ وفي ذلك توجد ملامح للسلطة التقديرية بصورة ضئيلة في مجال تحويل التوقيع لما فيه من الطابع الشخصي، أما في حالة الحلول⁽⁴⁾ فإنّه لا يتصور تمتع السلطة الإدارية بأي قدر من حرية التقدير بشأن ممارسة الإختصاص، إذ يتولى القانون تحديد حالات أو أسباب الحلول، فإذا تحقق أي منها حلّ محلّ الأصيل و يحدده القانون بصورة آلية وبحكم القانون.

أمّا في حالة الإنابة أو الوكالة وهي وجود مانع مؤقت يعوق الأصيل، ويحول بينه

(1) المادة 35 من قانون المحافظات العراقي غير المنتظمة في اقليم، المرقم 21 لسنة 2008.

(2) يراجع المادة التاسعة عشر الفقرة ثاني عشر من قانون رقم 3 لسنة 2019

(3) ينظر أستاذينا د. زانا رؤوف حمة كريم، د. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، ص 50.

(4) يقصد بالحلول أن يتغيب صاحب الإختصاص الأصيل، أو يتعذر بسبب مانع يحول دون مباشرة عمله الرسمي أو إختصاصه، فحينئذ يحل محله في ممارسة اختصاصه شخصاً آخر عينه المشرع، وتكون سلطاته هي ذات سلطات الأصيل، ولاشك أنّه يستند إلى نص قانوني يجيزه، للمزيد ينظر د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996، ص 599.

وبين ممارسة اختصاصاته فتتصدى سلطة أخرى غير الأصل⁽¹⁾، وجدير بالإنابة أنه في هذه الحالة تتمتع السلطة الإدارية المختصة بسلطة تقديرية، في مدى ملاءمة تعيين من ينوب عن الأصل الذي حال مانع مؤقت بينه، وبين ممارسة اختصاصه. ومن جانب آخر فإنّ نظرية الموظف الفعلي⁽²⁾ التي استحدثت بناءً على مراعاة المصلحة العامة، أو وفقاً لمقتضيات سير عمل المرفق العام بصورة سلسلة ودون التلكؤ، وعلى هذا الأساس يراعى فيها ركن الإختصاص الطبيعة الشخصية كقاعدة عامة، أي أن يمارسه الموظف بنفسه، أو خروجاً عن هذا الأصل، ومبنياً على نص قانوني يجيز التفويض والحلول والإنابة أو الوكالة في الإختصاص، وعلى هذا الأساس أعطى القانون المحافظ سلطة تقديرية في تفويض اختصاصه، إلى من حدده القانون أيضاً وهو نوابه ومعاونيه.

يتضح ممّا سبق، أنّ الإختصاص على الرغم من محاولات المشرع لتقييده، يوجد استثناء عليه مع كون هذا التقييد أصلاً عاماً في ذلك، كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق.

(1) للمزيد ينظر، د. سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص135.

(2) انطلاقاً من مجموعة من المبادئ المستقرة في نطاق الأعمال الإدارية، ومنها سير المرافق العامة بإنتظام واطراد، ومقتضيات المصلحة العامة، فإنّ القضاء الإداري أعلن سلامة أعمال وتصرفات الموظف الفعلي في بعض الحالات، ومصطلح الموظف الفعلي أو الواعي يقصد به الفرد الذي عين تعييناً معيباً، أو الذي لم يصدر بتعيينه قرار إداري سليم، إذ مع ذلك يحكم على تصرفاته بالصحة والسلامة من حيث المنظور القانوني، وفي الحالة الإعتيادية تستند إلى فكرة الظاهر المبني على الحفاظ عن الأوضاع الظاهرة في الوظيفة العامة بهدف مداومة سير المرافق العامة بصورة طبيعية، وفي حالة الظروف الإستثنائية يحدث أن تكون حالة الموظف الفعلي في حالة اختفاء أو عدم مقدرة السلطات الإدارية القيام بالمهام المنوطة عليهما، لذلك فقد يحل بعض الأفراد العاديين محل تلك السلطات في أداء المهام الضرورية، وتأمين سير المرافق الحيوية والأساسية، فتكون أعمالهم مشروعة بناءً على ضرورة سير المرافق العامة بصورة منتظمة.

وأخيراً حري بالإشارة أنه في حالة صدور القرار من جهة غير مختصة، فإنه سيكون مشوباً بعيب عدم الإختصاص وبالتالي يكون مصير هذا القرار الإلغاء أو البطلان، فضلاً عن ذلك كله، فإنَّ قواعد الإختصاص تعدّ من النظام العام، ويعني ذلك أنَّ القاضي الإداري يملك حق التصدي لها والبحث فيها من تلقاء نفسه.

2. ارتباط السلطة التقديرية بركن الشكل: القرار الإداري بطبيعة الحال عمل إرادي محض، لأنَّه تعبير صريح لإرادة الإدارة الملزمة، لذلك كأني عمل قانوني لا بد من صدوره في شكل أو مظهر قانوني معين، وليس بالضرورة أن يكون التعبير عن القرار بصورة واحدة، بل المهم في ذلك أن يصل القرار إلى علم المعنيين، بشكل واضح ومفهوم⁽¹⁾، وعليه نوضح القصد من ركن الشكل أو الإجراءات، بأنَّه مجموعة من الأشكال والإجراءات، التي تكمل تكوين وبناء القالب والإطار الخارجي الذي يكشف ويبرر إرادة السلطة الإدارية في إتخاذ قرار إداري معين وإصداره، وبذلك يصبح القرار الإداري ظاهراً ومعلوماً ومنتجاً لآثاره القانونية، ومحتجاً به إزاء المخاطبين به⁽²⁾.

فالأصل أنَّ الإدارة غير مقيدة في الإفصاح عن القرار الإداري بالشكل الذي تراه مناسباً، بل لها مطلق الحرية في اختيار الشكل أو الإجراء الذي يناسب القرار، ما لم يحتم القانون ضرورة إتباع شكل خاص بالنسبة لإصداره؛ وفي الإطار نفسه، ذهب ثلَّة من الفقه إلى أنَّ الإدارة تمتلك أحياناً سلطة تقديرية من خلال هذا الركن، كما

(1) هذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 18/11/1947 حيث قالت " لا يشترط في القرار الإداري شكل معين وبصيغة معينة، بل يقوم هذا الوصف متى أعلنت الجهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر معين" للتفصيل الأوفى، ينظر د. عبدالرحمن رحيم عبدالله، أركان القرار الإداري، ط1، مطبعة شهاب، أبريل، 2012، ص73

(2) ينظر عمار عوادي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضاء الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص508.

تستطيع مخالفة الشكليات والإجراءات المنصوص عليها بالقانون، دون أن يؤدي ذلك إلى إبطال قراراتها، خصوصاً إذا كانت تلك الشكليات غير جوهرية أو جانبية من حيث تأثيرها في مضمون القرار نفسه، وبخلاف ذلك حينما تكون الشروط الشكلية أو الإجرائية عنصراً جوهرياً يتطلبه القانون، تكون سلطة الإدارة مقيدة حتماً، وليس لها الخروج عن هذا الإطار الذي حدده لها القانون، كونها تتعلق بمصالح المخاطبين بالقرار، أو متعلقة بقرار كان من المفترض أن يمر بسلسلة من الإجراءات أو الإستشارات السابقة من قبل المختصين، أو أنّ إغفالها قد يؤثر في سلامة العمل الإداري على أقل تقدير⁽¹⁾، ولعل المثال البارز في مجال السلطة المقيدة للإدارة أن تكون العقوبات التي تصدر ضد الموظف المخالف، بصورة تحريرية وليست شفوية⁽²⁾ أو إلزام الوزير أو رئيس الدائرة بتشكيل لجنة تحقيقية ضد الموظف المخالف بناء على ورود هذا النص في القانون بشأنه" على الوزير أو رئيس الدائرة تأليف لجنة تحقيقية من رئيس وعضوين من ذوي الخبرة على أن يكون أحدهم حاصلاً على شهادة جامعية أولية في القانون"⁽³⁾.

من خلال هذا النص يتبين أنّ تشكيل لجنة تحقيقية عبارة عن إجراء سابق لفرض العقوبة على الموظف الذي يحال على التحقيق، ويكون هذا الإجراء ضمن السلطة المقيدة للإدارة، قبل فرض الجزاء على الموظف، والمادة نفسها نصت على أنّه "لوزير أو رئيس الدائرة بعد استجواب الموظف المخالف أن يفرض مباشرة أيّاً من العقوبات المنصوص عليها في الفقرات (أولاً وثانياً وثالثاً) من المادة (8) من هذا القانون".

(1) نقلاً عن د. كمال جعلاب، المصدر السابق، ص 20.

(2) يراجع المادة الثامنة من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي، المرقم 14 لسنة 1991 المعدل.

(3) يراجع المادة العاشرة من القانون نفسه.

وتجدر الإشارة إلى أنّ النص المتقدم ألزم الوزير أو رئيس الدائرة قبل فرض العقوبة على الموظف، بتشكيل لجنة تحقيقية من رئيس وعضوين، شريطة أن يكون أحدهم حاصلاً على شهادة أولية في القانون، فإنّ الإدارة تكون مُلزمة بهذا الإجراء كقاعدة عامة، وإلاّ توصم قرارها بالبطلان، غير أنّه على المنوال نفسه، خوّل الوزير أو رئيس الدائرة صلاحية تقديرية، في تشكيل لجنة أو عدم تشكيلها، إذا ماتعلق الأمر بفرض إحدى العقوبات الثلاث وهي (لفت النظر والإنذار وقطع الراتب) حصراً، أي أنّ تشكيل اللجنة من عدمها في الحالة الثانية، من الشكليات التي لا تؤثر في القرار وفقاً لمنطوق النص السابق.

3. علاقة السلطة التقديرية بركن السبب: يعرف سبب القرار الإداري بأنّه "الحالة الواقعية أو القانونية، السابقة على القرار، والدافعة إلى تدخل الإدارة لإتخاذه فهو مبرر وسند خارج لإصداره، لذلك يعد السبب عنصراً خارجياً عن القرار الإداري وسابق عليه، وقد أطلق عليه الفقيه الديكي -الباعث الملهم- وبالتالي لا يقتصر دوره على مجرد الإيحاء بفكرة القرار الإداري، وإنّما يمثل في الوقت نفسه أساس القرار الإداري وسبب وجوده، إذ من المحتوم على رجل الإدارة لممارسة إختصاصه أن يكون مستنداً إلى حقائق موضوعية، ألا وهي الحالة الواقعية والقانونية لإصدار القرار⁽¹⁾، والأمثلة على سبب القرار الإداري كثيرة ومنها: في توقيع الجزاء التأديبي هو تصرف الموظف العام وإقترافه خطأً تأديبياً، وكذلك السبب في قرار تعيين موظف عام، هو خلو هذه الوظيفة ممن يشغلها، وفي فض المظاهرة وتفريقها هو الإخلال بالنظام العام والتصدي لعدم إختلاله.

(1) نقلاً عن السيد محمد إبراهيم، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعاوي الإلغاء، ط1، مطابع جريدة السفير، الإسكندرية 1963، ص124 وما بعدها .

فالأصل أنّ الإدارة العامة غير ملزمة بذكر الأسباب الدافعة إلى اتخاذ قرارها، ويفترض فيه أنّه قائم على سبب واضح وصحيح⁽¹⁾، إذ سيكون هذا الافتراض قابلاً لإثبات العكس من كل ذي مصلحة معلومة وممكنة، خلاصة القول في هذا المقام يكمن في أنّ الإدارة العامة كقاعدة عامة، غير ملزمة ببيان السبب القانوني الدافع لإصدار قرارها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁽²⁾.

وبدورنا نرى، أنّ الأسلم في هذا الجانب، هو الأخذ بالزامية بيان السبب، ولكون الإدارة لم تكن معصومةً من التعسف والمحسوبية أو المنسوبة، وحتى لا تقع أيضاً في الخطأ والإجحاف بحق الأفراد، فإنّ إلزامها بذلك يعد ضماناً حقيقية لحقوق الأفراد، وتسهيلاً لمهمة رقابة المشروعية والملاءمة وحتى التناسب في القرار الإداري.

وفي هذا السياق، ألزم المشرع الفرنسي هو الآخر، الإدارة بذكر أسباب القرارات الإدارية الفردية، لكل شخص طبيعي أو معنوي، مع إلزامها أيضاً بتسبيب الكثير من القرارات الإدارية الأخرى ضماناً لحقوق وحريات الأفراد من احتمالات إنحراف الإدارة وتعسفها في استعمال السلطة⁽³⁾، وعلى هذا الأساس يمكن القول إنّ الإدارة تدور سلطتها بشكل عام بين التقييد والتقدير، فيما يرتبط بركن السبب في القرارات الإدارية، والقاعدة في هذا المجال أنّ سلطتها مقيدة وخاضعة لرقابة القضاء الإداري، واستثناءً قد تكون تقديرية فيما يتعلق بملاءمة القرار وتناسبه مع

(1) نقلاً عن نجوم غانم هديب الحجري، السلطة التقديرية في القرار الإداري، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2019، ص179.

(2) وقد استقر في هذا الجانب القضاء الإداري المصري، ومن منطلق قرينة سلامة القرار الإداري، وافترض صدوره صحيحاً أنّ الجهة الإدارية ليست ملزمة، بذكر أسباب لقرارها، إن لم يلزمها القانون بذكر هذه الأسباب، وفي هذه الحالة تحمل قراراتها على القرينة العامة، التي تقضي بافتراض وجود أسباب صحيحة لهذه القرارات، وعلى من يدعي العكس إثباته، للمزيد يراجع حكم المحكمة الاتحادية العليا المصري، قضية 1586 لسنة 7 قضائية، بتاريخ 1965/5/23.

(3) ينظر د. عبدالرحمن رحيم عبدالله، أركان القرار الإداري، المصدر السابق، ص59.

الوقائع، وليس للقضاء الإداري كقاعدة عامة فرض رقابته على التناسب بين الإجراء المتخذ والسبب، نظراً لتمتع الإدارة بالسلطة التقديرية بين الإجراء المتخذ والسبب الدافع لهذا الإجراء.

ولكنّ الواقع القانوني والعملي لحد الآن أبقى الأمر على عدم إلزامية الإدارة بالإفصاح عن السبب، إلا إذا ألزمت الإدارة بتسبب قرارها في حال وجود نص صريح يقضي بذلك.

4. ارتباط السلطة التقديرية بركن المحل في القرار الإداري: يقصد بالمحل المركز القانوني الذي يتجه مُصدِر القرار إلى إحداثه، أي هو الأثر القانوني الذي يترتب على القرار الإداري حالاً ومباشراً⁽¹⁾، أو ما يسمّى بعيب مخالفة القانون⁽²⁾.

(1) يتضح المقصود من عبارة حالاً ومباشرة في الآتي:

- 1- أن يكون أثر القرار الإداري حالاً: أي أنه ينتج آثاره حال صدوره صحيحاً، أي يحدث التغير الذي أراده رجل الإدارة في الوضع القانوني حالاً، ولهذا فإن القرار الإداري يتمتع بقرينة الصحة وتستطيع الإدارة أن تبدأ بتنفيذه كقاعدة عامة حتى لو تم الطعن بصحته من قبل الأفراد.
- 2- أن يكون الأثر الذي يترتب عليه مباشرة: وبهذا يتميز القرار الإداري-كعمل قانوني- من العمل المادي الذي يصدر عن الإدارة، ويكون محل هذا الأخير دائماً نتيجة مادية واقعية وهي نتيجة مباشرة، أما الآثار القانونية غير المباشرة التي تترتب عليه فإنها ترجع إلى القانون. فمثلاً أن محل القرار الإداري بفصل الموظف أي أثره هو قطع العلاقة بينه وبين الإدارة بصورة مباشرة.

(2) يلخص صور مخالفة القانون في الآتي:

- أ- المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية: تتحقق هذه الحالة عندما تتجاهل الإدارة القاعدة القانونية، وتتصرف كأنها غير موجودة، وقد تكون هذه المخالفة عمدية كما لو منح رجل الإدارة رخصة مزاولة مهنة معينة لشخص وهو يعلم أنه غير مستوف للشروط القانونية لمنحه إياها.
- ب- الخطأ في تفسير القاعدة القانونية: تتحقق هذه الحالة عندما تخطأ الإدارة في تفسير القاعدة القانونية، فتعطي القاعدة معنى غير المعنى الذي قصده المشرع، وقد يكون ذلك تعمداً، أو غير متعمد وذلك بسبب الغموض الذي يكتنف القاعدة القانونية.
- ج- الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية: يكون الخطأ في هذه الحالة راجع إلى تطبيق القانون، وذلك

==

فيمثل هذا الركن في مضمون الأثر القانوني الذي ينتج عن القرار حالاً ومباشرة، ولكي يصطبغ القرار الإداري بصبغة المشروعية من حيث هذا الركن، يلزم أن يكون ممكناً وجائزاً قانوناً⁽¹⁾، أي أن تراعي الإدارة العامة ركن المحل وتستند إليه، ولا تخرج عن مقتضاه، لأنَّ المحل في القرار الإداري جوهر القرار ومادته⁽²⁾.

وبهذه الكيفية يتميز محل العمل القانوني عن محل العمل المادي الذي يكون أثره دائماً نتيجة مادية واقعية.

فالقصد من عيب المحل أن يكون القرار الإداري معيباً في فحواه أو مضمونه، وبمعنى آخر أن يكون الأثر القانوني المترتب على القرار الإداري غير جائز أو مخالفاً للقانون، أيأ كان مصدره سواء أكان مكتوباً، كقواعد دستورية أو تشريعية أو لائحية، أم غير مكتوب كالعرف والمبادئ العامة للقانون⁽³⁾، والمثال على ذلك قرار بترقية موظف عام، وفقاً للقوانين والأنظمة المعمولة، فمحل هذا القرار يتمثل في وضع الموظف في مركز قانوني تحدده القوانين والأنظمة النافذة، إذ يمثل أثر القرار في نية الإدارة التي تروم من خلال هذا القرار تحقيقه، أو من جانب آخر، فإنَّ قرار فصل الموظف من الوظيفة، يتجسد أثره في قطع العلاقة التنظيمية الوظيفية بينه وبين الإدارة بصورة مؤقتة، وجدير بالإشارة أنَّ أوجه السلطة التقديرية أو المقيدة في ركن المحل تكون كالآتي:

بعدم الإستناد إلى الوقائع المبررة لإتخاذ، أو لم يستوف الشروط التي يتطلبها القانون، للمزيد

يراجع د. زانا رؤوف حمة كريمة ود. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، 79 وما بعدها.

(1) ينظر قرار المحكمة الإدارية العليا المصري، المرقم 95، س3، الصادر في 1957/3/9.

(2) د. مازن ليلو راضي، د. زانا رؤوف حمة كريمة وآخرون، القضاء الإداري، ط1، مطبعة يادكار، 2020، السليمانية، ص212.

(3) د. مازن ليلو راضي، د. زانا رؤوف حمة كريمة وآخرون، المصدر نفسه، ص212.

أ- أن يتيح المشرع للإدارة العامة قدراً من حرية التقدير، بأن يترك لها حرية الإختيار بين أكثر من الحلول القانونية، وتكون الإدارة مخيرة باتباع أي منها، مادامت كل الحلول جائزة ومباحة قانوناً، والمثال على ذلك فرض العقوبات الإنضباطية على الموظف المخالف، حيث تكون هنا الإدارة العامة أمام عدة خيارات أو عقوبات مدرجة في ثنايا القانون⁽¹⁾، وذلك لتكون للإدارة نوع من الحرية في تقدير الواقعة-الخطأ المرتكب- مع العقوبة التي تناسبه.

ب- وقد تكون الإدارة مجبرة على اتخاذ إجراء قانوني معين، فهنا يلزم أن يكون محل القرار مطابقاً مع القواعد القانونية⁽²⁾ جملة وتفصيلاً، وبخلاف ذلك سيكون قرارها معيباً بعبء مخالفة القانون.

وجرياً على ماتقدم، نجد أنّ هناك صلة في هذا المجال بين ركن السبب والمحل، وذلك في حالة ما كانت سلطة الإدارة في إصدارها لقراراتها الإدارية مقيدة⁽³⁾، فهذا يعني أنّ رجل الإدارة في مواجهة واقعة معينة ومحصورة بعينها، فلا مجال للتقدير بالنسبة لمحل القرار الإداري طالما كان السبب محدداً، حيث الإدارة هنا لم تكن أمام عدة حلول قانونية، وذلك لأنّ المشرع حسم الأمرين-السبب والمحل- معاً

5. علاقة السلطة التقديرية للإدارة بركن الغاية: هو ركن آخر من أركان القرار الإداري، ولم يحصل اتفاق بين الفقهاء حول طبيعة هذا الركن من أركان القرار الإداري، وقد عبر عن هذا الركن في مجمل القول، بأنّه عبارة عن المحصلة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها من وراء اتخاذ قراره، وهي الهدف أو

(1) ينظر المادة 8 من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام، رقم 14 لسنة 1991 المعدل.

(2) نقلاً عن محمودي محمد الهادي، حدود السلطة التقديرية للإدارة في أركان القرار الإداري، رسالة ماجستير المقدمة إلى قسم الحقوق، جامعة د. الطاهر مولاي، الجزائر، 2016، ص 63.

(3) نقلاً عن نجوم غانم هيب الحجري، المصدر السابق، ص 221.

الغرض النهائي الذي تبتغيه الإدارة من اتخاذ القرار الإداري⁽¹⁾، حري بالذكر أنّ القرار الإداري ليس غاية في ذاته، بل يعد وسيلة لتحقيق غرض معين هو المقصود من إتخاذه وصنعه، وهذا الغرض إمّا أن يكون على سبيل المثال المحافظة على انتظام سير المرافق العامة، وحسن إدارتها، أو تحقيق الصالح العام ونفعه، ولذلك فإنّ الأهداف المحددة للوظيفة الإدارية تشكل في الوقت نفسها حدوداً للسلطات الممنوحة للإدارة، حيث يمكن القول في بعض الحالات إنّ الإدارة قد انحرفت عن أهدافها المحددة لها وهو مايشكل عيب إنحراف السلطة⁽²⁾، أو إساءة استعمال السلطة، حيث من الواضح لدى الجميع أنّ هذا الركن لا يتعلق بالمظهر الخارجي الملموس للقرار، أو بأمر مادي أو موضوعي، بل يتعلق بالبواعث والخفايا المتسترة في نية مُصدِر القرار، أي يعد عنصراً نفسياً لا حسيّاً، وهذا الأمر بالنتيجة سيصبح عمل القاضي من حيث اثبات أمر عسير وشاق للغاية⁽³⁾، لذا على القاضي الإستعانة بجميع القرائن والأدلة التي توافق أو تتكافأ مع الظروف والملابسات، التي من أجلها دفعت الإدارة إلى إصدار هذا القرار.

(1) على الرغم ممّا يقال ويثار حول إختلاط ركن الغاية بالمحل خلطاً سافراً وغير صحيح، وذلك لوضوح كلا الركنين من حيث الفحوى والغرض كما أشرنا سلفاً إلى أن ركن المحل هو النتيجة المباشرة أو القريبة من تنفيذ القرار وعبرة عن الأثر المتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني، فالقرار الصادر يهدم منزل آيل للسقوط يرتب أثراً قانونياً مباشراً ألا وهو إزالة المنزل، وكذلك ركن الغاية في القرار نفسه، هو عبارة عن حماية أرواح الناس وعدم الإضرار بهم، لذلك فان القول بإندماج الركنين في مقصد واحد أمر تستبعده الحقيقة والمنطق القانوني السليم.

(2) يراجع هناء عباس كاظم وصعب ناجي عبود، السلطة التقديرية للإدارة ومبدأ المشروعية، بحث قانوني منشور في مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، العدد 15، لسنة 2011، ص 373.

(3) د. رمضان محمد البطيخ، أوجه إلغاء القرار الإداري في إطار السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة، بحث منشور في مجلة تطوير العلاقة بين الإداريين والقانونيين، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2006، ص 19.

وفي السياق نفسه، يتضح أنّ ابتغاء الإدارة من وراء قراراتها دائماً ما يكمن في تحقيق الصالح العام أو النفع العام، وهذا أمر تلزمها بها المبادئ العامة للقانون، وبالتالي يعد هذا الأمر إلزاماً لا يحتاج إثباته إلى النص⁽¹⁾.

واستكمالاً للفكرة التي عرضت أعلاها، نوضح مدى إمكانية الجوانب التقديرية في ركن الغاية من عدمه؟

تمعناً في آراء الفقه الإداري بصورة عامة، نجد أن الغالبية منهم يذهبون إلى القول بأنه ليست هنالك في القرار الإداري أية سلطة تقديرية في اختيار الغرض من قبل رجل الإدارة المختص، ويبررون ذلك بأنّ القرار الإداري يجب أن يستهدف دائماً الغرض المنصوص عليه قانوناً، أو مايسمونه بقاعدة تخصيص الأهداف⁽²⁾، أي أنّ القرار الإداري لا بد أن يستهدف دوماً الغرض المنصوص عليه قانوناً⁽³⁾، وبخلاف هذا الإتجاه يرى الفقيه الألماني (laun) أنّ عدم وجود نص قانوني بتحقيق الغاية أو الغرض يدل على أنّ الإدارة غير ملزمة، بل حرة في التقدير⁽⁴⁾، ومن القائلين بالفكرة ذاتها، الدكتور عصام عبدالوهاب البرزنجي الذي يذهب إلى القول بأنّ تقييد سلطة الإدارة في كل الأحوال في ركن الغاية، أمر لا يتماشى مع الحقيقة والمنطق القانوني، حيث فصل ذلك الأمر في حالتين وهما:

(1) ينظر في ذلك، د. سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص313.

(2) ينظر د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ط6، مطبعة عين شمس، 1991، ص140.

(3) ومن هؤلاء الفقهاء البارزين الدكتور سليمان الطماوي، القائل بأنّ أساس نظرية الإنحراف بالسلطة على أن تحديد غرض العمل الإداري، هو عمل المشرع لا رجل الإدارة وبذلك يدخل ضمن السلطة المقيدة لا السلطة التقديرية، للمزيد يراجع د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثانية، 1966، ص73.

(4) نقلاً عن د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، المصدر السابق، ص491.

الحالة الأولى: أن تفرد القاعدة القانونية غرضاً محدداً بشكل كامل لممارسة سلطة معينة، فهنا الإدارة أمام سلطة مقيدة.

الحالة الثانية: هي الحالة التي لا يحدد فيها القانون غرض القرار بطريقة محددة، بل يشير إليه بأسلوب عام أو بطريقة عامة، والمثال على ذلك إناطة المسؤولية الضبطية على رجل الإدارة وحفظ النظام العام، أو المصلحة العامة فإنها تشمل المصالح المالية، والإقتصادية، أو التجارية، أو الصناعية وغيرها، لذلك لاتقف عند حد معين، لذا فإنَّ رجل الإدارة له حرية التصرف في هذا المجال⁽¹⁾.

بناءً على ما تقدم، نرى أنَّ ركن الغاية ليس خالياً من السلطة التقديرية للإدارة بصورة مطلقة، لأنَّ هناك حالات تدفع الإدارة إلى إصدار قرار إداري مبتغاه تحقيق المصلحة العامة، وفق ما أرتأى رجل الإدارة، أمَّا في الحالة التي يوجد نص على تخصيص الهدف المرجو من القرار وتحديده على حدة، فلا يمكن أنذاك تصور الحرية والتقدير للإدارة فيما تشاء وتختار، بل لأبداً أن تستهدف في مثل هذه الحالة تحقيق المصلحة العامة والأشباب هذا القرار عيب الإنحراف بالسلطة، ومن اللافت للنظر أنَّ القائلين بأنَّ المصلحة العامة تتحدد دوماً بالقانون الذي ينظم نشاط الجهة الإدارية صراحة أو ضمناً، يبررون بذلك أنَّ لكل إدارة هدفاً عاماً أو خاصاً تعمل على تحقيقه، وهو بمثابة النتيجة النهائية لنشاطها الإداري، وتحديد الهدف أو الغرض يتم وفقاً لقاعدتين هما:

1- أن يخضع المشرع رجل الإدارة لقاعدة عامة تفرض عليه أن يسعى في أعماله كافة إلى تحقيق المصلحة العامة، فإذا ما خالف هذه القاعدة وسعى إلى تحقيق نفع شخصي فقد صفتة الإدارية، وأصبح عمله ليس إلا مجرد اعتداء مادي

(1) للمزيد من التفصيل، يراجع د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، المصدر نفسه، ص 493 وما بعدها.

وهذه القاعدة مفروضة دون نص يلجأ إليه القاضي إذا لم يستطع تحديد الغرض وفقاً لقاعدة تخصيص الأهداف.

2- بما أنّ حدود المصلحة العامة واسعة فإنّه ليس من حسن الإدارة أن يعطي رجل الإدارة الحرية المطلقة، لذا فإنّ المشرع ما يحدد له في نطاق هذه الفكرة هدف مخصص، لذلك يشددون على أن السلطة التقديرية لا تلعب دوراً أساسياً أو هاماً في ركن الغاية.

وتأسيساً على ما تقدم نجد أن القضاء المصري يتأرجح بين تقييد سلطة الإدارة في ركن الغاية، وتقديرها وذلك في جملة من القرارات القضائية، وسنورد في الآتي مثلاً على أحد القرارات:

قضت المحكمة الإدارية العليا قراراً مفاده " إذا كان النقل مكانياً، فلاجتاح على الوزارة إن قررتّه بحسب حاجة العمل ومقتضياته، مادام تصرفها في هذا الشأن، خالياً من شائبة إساءة استعمال السلطة، وبإتمام عملية النقل يصبح الموظف المنقول ذا حق في درجات الإدارة المنقول إليها"⁽¹⁾.

نستلهم من القرار، أنّ السلطة التقديرية في ركن الغاية تبرز في سلطة اختيار الإدارة العامة للغاية، أو الغرض الأكثر تحقيقاً للصالح العام، عندما تكون أمامها عدة روافد للغاية، تصب في المصلحة العامة ذاتها، في صورتها الكبيرة.

(1) الطعن رقم 750 لسنة 28 الصادر من المحكمة الإدارية العليا المصري، تاريخ الجلسة 1985/3/30.

المبحث الثاني

الإطار القانوني لمفهوم الرقابة القضائية على

السلطة التقديرية في القرار الإداري

من المعلوم أنّ الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة العامة، تعد ضرورة حتمية لممارسة هذه السلطة التي تتمتع بها الإدارة من حيث مدى إتساعها، أو تضيقها، وكيفية أدائها، وفقاً للأطر والسياقات القانونية المعمولة بها، بغية عدم فسح المجال للإدارة بتجاوز ما رسم لها القانون، ويعد ذلك ضماناً هاماً لكفالة الحقوق والحريات من جهة، وتمكين الإدارة من تحقيق أهدافها التي تبتغيها وراء إتخاذها للقرار من جهة أخرى، فإنّ الرقابة القضائية، هي التي تحمي التوازن الحقيقي بين هذين الأمرين بصورة مطلوبة، لذا يتطلب الأمر أن يقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب أساسية، فالمطلب الأول فيه يتناول ماهية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة العامة وأهميتها، والمطلب الثاني يخصص لنطاق الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة العامة، وأما المطلب الثالث يتناول مجال تطبيق الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة العامة في نطاق دعويي الإلغاء والتعويض، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

المطلب الأول

ماهية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة العامة

تعد الرقابة القضائية وسيلة ناجعة لحماية حقوق الأفراد من تعسف الإدارة، ولحماية نصاب السلطة التقديرية من الإفراط والتفريط، وممارستها على النحو الذي يتوافق مع القانون، ولأنّها رقابة حتمية على القرار الإداري، وضرورة قانونية وإدارية في الوقت نفسه، والهدف الأساسي منها هو الوصول إلى النتيجة النهائية التي ترمي الإدارة العامة لتحقيقها، وهي الحفاظ على الصالح العام لا محالة، ومدى إلزام الإدارة العامة بقواعد ومبادئ المشروعية، في مباشرتها لأعمالها المبنية على سلطتها التقديرية، وبخلاف ذلك فإنّ القضاء هو الفيصل لحسم تلك الإحتمالات، والفرضيات التي تضرب للإدارة العامة في كثير من الأحيان، عليه واستكمالاً لما تقدم، نتناول دراسة هذا الموضوع، من خلال توزيعه على فرعين أساسيين، فالفرع الأول يخصص لبيان السياق الإصطلاحي لمفهوم الرقابة القضائية، وأمّا الفرع الثاني فيتناول خصائص الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة العامة، على النحو الآتي:

الفرع الأول

السياق الاصطلاحي لمفهوم الرقابة القضائية

إنّ الرقابة القضائية في صورتها الطبيعية، ماهي إلا إمتداد لسلطة القضاء الإداري في بسطها الرقابة على أعمال الإدارة العامة وتصرفاتها، التي تبنتها هذه الأخيرة وفقاً لسلطتها التقديرية، ولاشك أنّ رقابة القضاء الإداري في مجال السلطة التقديرية تتسم بالصعوبة في كثير من الأحيان، وذلك بسبب أنّ معالم تدخل القضاء وآلية مباشرتها الفعلية في تلك الرقابة غير واضحة إلى حد كبير، إلى

أنَّ القاضي الإداري يبحث من جانبه عن الأساس القانوني للقرار المطعون فيه⁽¹⁾، وتحديدًا في حالة فرض الرقابة على القرار، حيث يقوم باستخلاص الوقائع المعروضة التي تكون محل النزاع أمامه، من حيث وجودها المادي ومغزاها، وإن دَلَّ ذلك على شيء، فإنَّما يدل على أنَّ هذه الرقابة في أجلِّ صورها، لم تخل من الصعوبة الحقيقية والواقعية في نطاق ممارستها الفعلية، وعليه سنوضح ذلك، فيما يأتي تباعاً:

التعريف القانوني للرقابة القضائية: لقد اختلف الفقه الإداري وعلى مساحة شاسعة، بصدد وضع تعريف قانوني محدد للإطار للرقابة القضائية، مع أنَّهم لا يخفون حقيقة بارزة، وهي أنَّ الرقابة القضائية في حلتها الحقيقية والواقعية، ماهي إلا كيان متجسد وموجود، إذ تستند في بنائها إلى الأحكام الواردة في الدستور والقانون⁽²⁾ وفقاً لمعناه الواسع، وبالأحرى تكون لهذه المحاكم سلطة الفصل والقرار، بما يكفل التوازن المطلوب بين حق الإدارة في ممارستها لسلطتها التقديرية، وبين الحفاظ على تلك الحقوق والحريات التي تدعي الخصوم إمتلاكها، وعليه فإنَّ مكن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة العامة، يتمثل -على حد تعبير بعض الفقه الإداري- في حالة افتتات على استقلال الإدارة المقررة لها بمقتضى مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك لأنَّ القاضي في رقابته على سلطة الإدارة التقديرية، إنَّما يقوم بإحلال تقديره الشخصي محل تقدير جهة الإدارة، ويمارس أحد إختصاصاته، وهذا بمثابة خروجه عن دوره كقاضي للمشروعية، ليصبح بالنتيجة رئيساً أعلى للإدارة العامة⁽³⁾، وقد تتجسد فكرتهم هذه، في أنَّ

(1) ينظر الدكتور عصام عبدالوهاب البرزنجي، المصدر السابق، ص 241 وما بعدها.

(2) د. رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 124.

(3) نقلاً عن د. سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص 126.

الرقابة القضائية إنَّما يكون مؤداها نقل حرية التقدير من الإدارة إلى القضاء، ومن جانبنا نرى أنَّ هذا الرأي، لم يخلُ من السجال والنقاش بين الرأي والرأي المقابل، لكون ذلك يعد مجالاً رحباً لممارسة الحرية في إبداء الرأي للمخالفين والمعترضين، وبدورنا نستبعد عقلانية القول المذكور أعلاه، فيما يتعلق بإحلال القضاء محل الإدارة العامة، ونحكم عليه باختصار بأنَّ الرأي المذكور يجانب الصواب ومنطق القانون في الوقت نفسه، لتناقضه وعدم واقعيته مع مكانة القضاء من كونه يمارس مكنة أو حق دستورياً وقانونياً مسموحاً بها، وهي التي تسمَّى السلطة التقديرية، ومن جانب ذي صلة بالموضوع، لا يوجد في ذلك الأمر، أي إخلال بمبدأ الفصل بين السلطات الذي يزعم في ذلك الزاعمون، بل أنَّ تلك الرقابة التي يمارسها القضاء، ماهي في النتيجة إلا ضرورة قانونية وإدارية أيضاً، يهدف منها تحقيق التوازن بين الحق العام والخاص، مع ترجيح الحق العام عادةً والتي يتمثل في المصلحة العامة، على غيره من الاعتبارات والمسوغات.

وبالعودة إلى تعريف هذه الرقابة من حيث منظور الفقه الإداري، هناك الكثير من التعاريف، لبيان حيثيات الرقابة القضائية، سنوضحها على النحو الآتي:

عرف الدكتور ماجد راغب الحلو الرقابة القضائية بأنَّها " الرقابة التي تتولاها المحاكم على أعمال الإدارة، وقد تتولاها المحاكم العادية، فتختص بالفصل في كافة أنواع المنازعات الإدارية منها، وغير الإدارية، وهذا هو نظام القضاء الموحد، وقد يعهد بالرقابة على أعمال الإدارة إلى قضاء متخصص يقوم بالفصل في المنازعات الجنائية والمدنية والتجارية، وغيرها وهذا ما يعرف بنظام القضاء المزدوج"⁽¹⁾.

وفي السياق نفسه، أشار د. سامي جمال الدين من جهته إلى مضمون الرقابة القضائية حيث عرفها بأنَّها " تعد الرقابة القضائية الضمان الفعلي للأفراد، في

(1) نقلاً عن د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 60.

مواجهة تجاوز الإدارة حدود وظيفتها، وتعسفها في استخدام سلطتها، وخروجها عن حدود المشروعية"⁽¹⁾

يفهم من ذلك جلياً، أنّ الرقابة القضائية عنده، إنّما هي بمثابة الضمان الفعلي والجددي، لحماية المواطنين أمام تعسف الإدارة أو طغيانها، وذلك بهدف الحفاظ على مبدأ المشروعية وعدم تجاوز الإدارة لحدودها، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، يهدف ذلك إلى حماية الأفراد والأشخاص من أي جور أو تعسف، قد يلحق بهم من قبل الإدارة العامة، تحت أية ذريعة كانت، لكون القضاء والإدارة في مواجهة مستمرة مع بعضهما البعض في أكثرية الأحوال، بحيث تطمح الأخيرة دائماً إلى توسيع صلاحياتها على أوسع النطاق وعلى مختلف الأصعدة، فأما القضاء فيكون دوران تصرفاته وأعماله بخلاف ذلك إلى حد ما، إذ يسعى حثيثاً إلى إعادة جميع الأعمال والتصرفات الصادرة من الإدارة، إلى حظيرة المشروعية والملاءمة قدر المستطاع، وبالأخير يحاول جاهداً من أجل مدى تناسب أعمال الإدارة العامة التي تكون مبنية على سلطتها التقديرية، مع محل تلك القرارات التي تتولى الإدارة العامة إصدارها.

حري بالإشارة هنا، أنّه لا يجوز للإدارة العامة أن تعتقد أو تظن أنّ سلطتها التقديرية سلطة مطلقة، سواء عبرت بذلك صراحةً أم ضمناً من خلال تصرفاتها، لأنّ الرقابة القضائية هي السمة الظاهرة للدولة القانونية، وذلك لكون الإدارة العامة هي التي تطبق القانون، وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا المصرية ذلك، بالقول " أنّه لا يوجد ثمة ماتسّى بالسلطة المطلقة للجهة الإدارية، لأنّه لا شبهة في خضوع القرارات الصادرة عنها في نطاق سلطتها التقديرية، وفقاً للقوانين واللوائح لرقابة القضاء من حيث المشروعية، لكون القرارات لا بد أن تجسد فيها سيادة

(1) نقلاً عن بومسلات ماجدة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، 2017، ص 64.

القانون، وذلك تأكيداً لشرعيتها، مادام القرار قائماً على سبب صحيح الذي أفصحت عنه الجهة الإدارية، وشيدت قرارها على سند منه"⁽¹⁾

وفي سياق بيان مفهوم الرقابة القضائية أيضاً، عرفها الدكتور عمار عوابدي بأنها " الرقابة القضائية التي تمارسها وتباشرها المحاكم القضائية، على اختلاف أنواعها، وعلى مختلف درجاتها ومستوياتها، وذلك عن طريق أو بواسطة تحريك الدعوى والطعون المختلفة، ضد أعمال السلطات الإدارية غير المشروعة، مثل دعوى التعويض أو المسؤولية، والدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية"⁽²⁾

وأخيراً، فلا بد أن لا نتغاضى النظر عن حقيقة واضحة، وهي أن ثمة تبايناً واختلافاً لتلك الرقابة وفقاً لطبيعة النظام القضائي المعتمد في الدولة، من حيث هي التي تطبق نظام القضاء الموحد، أو أنّها من مطبقي نظام القضاء المزدوج⁽³⁾، وفي

(1) الحكم الصادر في 2002/4/20، الطعن المرقم 7724 لسنة 45ق.

(2) نقلاً عن قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، رسالة ماجستير، شعبة القانون الإداري، جامعة باجي المختار- كلية الحقوق، 2006، ص 14.

(3) من الضروري في هذا المقام أن نوضح المقصود بنظام القضاء الموحد، وهو بالإختصار أن يوأل بحسم جميع المنازعات الإدارية إلى جهة قضائية واحدة، وتباشرها بواسطة محاكمها على كافة أنواعها ودرجاتها، إذ تعطى إختصاصاً شاملاً في فصل كافة المنازعات، دون النظر إلى أطراف الخصومة، سواء كان الخلاف بين الأفراد أنفسهم أم بين الإدارة والأفراد، ويمثل لذلك بالنموذج البريطاني والأمريكي على هذا النحو، أي تقوم المحكمة العادية في تلك البلدان بالنظر في القضايا والمنازعات الإدارية والمدنية والجنائية، وغيرها في آن واحد، حيث لم يكن لتلك المحاكم التخصص بنظر الدعاوي، وبين المحاكم في تلك البلدان التي تطبق نظام قضاء المزدوج، أي التي تعمل على إختصاص المحاكم، وأما النظام القضائي المزدوج فهو يكون بخلاف القضاء العادي تماماً، حيث يعتمد على النظام القضائي المتخصص أو القاضي المختص، وقد يعطي صلاحية حسم المنازعات التي تثار بين الإدارة والإدارة، أو الأفراد مع الإدارة، بشرط أن تكون الأخيرة في حالة تمتعها بالسلطان والسيادة حتماً، وستؤول حسمها إلى القضاء الإداري، أمّا في حالة تحقيق خلاف ذلك ستؤول بحسمها المحاكم العادية فقط، للمزيد ينظر عبدالله ايت وكرم، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، بحث قانوني منشور في مجلة منازعات الأعمال، العدد 17 في شهر أكتوبر، 2016، ص 54.

خاتمة الحديث عن هذا الموضوع، يمكن لنا أن نعرف الرقابة القضائية بأنها " تلك الرقابة التي يتولاها القضاء المختص في الدولة على الأعمال الإدارية، عن طريق إقامة الدعوى من ذي مصلحة معلومة".

الفرع الثاني

خصائص الرقابة القضائية

تتسم الرقابة القضائية بجملة من الخصائص التي تنفرد بها عن غيرها من أنواع الرقابة، إذ إنّها تأتي في المقام الأول من بين نظرائها، من حيث تلك الإمتيازات والخصال التي تجعلها رقابة فريدة من حيث ماهيتها وموضوعها والسلطة القائمة بها، لذا وإنطلاقاً مما تقدم، نلخص تلك الخصائص في الآتي:

أ- الإستقلالية والموضوعية: وسمّيت هذه الرقابة بأنها رقابة محايدة أو مستقلة، ومن المعلوم أنّ مبدأ الحياد أو الإستقلال، يقصد به أن يزن القاضي الإداري جميع الإعتبارات في مقام واحد، أو يرى كل ذلك في مسافة واحدة دون تحيز أو ميل لأحد الخصوم⁽¹⁾، وهذا الأمر يعود إلى أنّها تصدر حتماً من السلطة القضائية المختصة، ولاينكر أنّ هذه الرقابة تتأتى عن سلطة خارجة عن الإدارة العامة وليست رقابة ذاتية، حيث يعبر هنا القاضي الإداري بقاضي المصلحة العامة⁽²⁾، ومن جانب آخر، تعد رقابة مستقلة مالياً وإدارياً من السلطة التنفيذية وفقاً للإفترض القانوني؛ إذ يتوسم في القضاة العدل والكفاءة أو النزاهة، وعدم التحيز والميل إلى الإدارة العامة، وبالتالي فإنّ القضاء يكون جهة

(1) ياسين قوتال، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة عنابة، 2005 ص73.

(2) الخير بوضياف، حدود رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، بحث منشور في مجلة الإجتهد القضائي، العدد15، سبتمبر 2017، ص2.

بعيدة عن الإدارة⁽¹⁾ من حيث التبعية والمرجعية، وبطبيعة الحال أن ذلك يختلف في الأنظمة القضائية من نظام إلى نظام، فحيثما يوجد نظام دولة يسودها القانون فثمة الحياد والنزاهة، وبخلاف ذلك يشوب الأنظمة وسائر سلطاتها عدم النزاهة والحياد والتخصص.

ب- الرقابة القضائية رقابة للمشروعية بإمتهان: تمتاز تلك الرقابة لدى بعض الفقهاء بأن دور القاضي الإداري في هذا المجال، ينحصر في فحص التصرف الإداري من حيث مشروعيته (مطابقته للقانون) من عدمه⁽²⁾، وبذلك يقومون بتضييق نطاق الرقابة القضائية بصورة كبيرة، بحيث ينافي حقيقتها تماماً، ولا تتوسع تلك السلطة المناطة للقاضي إلى بحث ملاءمة القرار الإداري وفقاً لرأيهم، وتبعاً لذلك لا يجوز للقاضي إصدار قرار آخر يحل محل القرار الصادر من الإدارة بدعوى عدم المشروعية، بل عليه أن يبطل أو يلغي أو يقرر صحة القرار الإداري محل النزاع، إلا أننا نعتقد أن الأمر لا يقتصر على رقابة المشروعية فحسب، بل سيكون عمل قاضي المشروعية بامتياز، إذ في بداية الأمر يطرق باب الرقابة القضائية، وذلك بمباشرة الرقابة المشروعية، وينتهي القاضي في حكمه برقابة التناسب، أي أنه يتجاوز الرقابة القضائية إلى رقابة الملاءمة ورقابة التناسب مع نظرياته المستحدثة أخيراً، والفكرة التي تعتقد بأن الرقابة القضائية ماهي إلا رقابة مشروعية، فكرة غير واقعية، لكونها قد استندت إلى حقبة مضت من التاريخ، إذ إن رقابة القضاء الإداري لأعمال الإدارة كانت خلال القرن التاسع عشر، وبداية القرن العشرين عبارة عن رقابة المشروعية فحسب، ثم تحوّل الأمر إلى التوجه إلى ممارسة أنواع أخرى من الرقابة، ومنها

(1) نقلاً عن قروف جمال، مصدر سابق، ص14.

(2) ينظر حسن عبدالزهرة الدلفي، المصدر السابق، ص164.

رقابة الوجود المادي للوقائع، وعليه نجد أنّ الرقابة القضائية تطورت من رقابة الحد الأدنى-الرقابة على الوجود المادي للوقائع- إلى رقابة التكييف القانوني للوقائع، ثم استمر التطور إلى أن وصلت إلى رقابة الملاءمة⁽¹⁾، ثم إلى التناسب الذي يكون جزءاً من رقابة الملاءمة، ويؤدي ذلك إلى أن تتم الرقابة القضائية من الإطار العام إلى الإطار التخصصي أو الجزئي من الرقابة القضائية، لكون رقابة التناسب بحد ذاتها تعد رقابة دقيقة تتعلق بجانب الإختصاص، وأخيراً لا يرب في أنّ القضاء الإداري يمارس وسائل وأدوات فنية حديثة لممارسة رقابة القاضي الإداري؛ ومنها رقابة الخطأ الظاهر في التقدير ورقابة الموازنة بين المنافع والمضار، وسيكون هذان الموضوعان محور الحديث في هذه الدراسة في محلهما.

ت- الرقابة القضائية غير التلقائية (المطالبة القضائية): بما أنّ الدعوى وسيلة محكمة القضاء الإداري في ممارسة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ولا تتدخل مباشرة من تلقاء نفسها في حل المنازعات الإدارية⁽²⁾؛ لأنّه من إحدى

(1) من المعلوم أنّ عبارة أو مصطلحي الشرعية والمشروعية لدى البعض يأتيان بمعنى واحد، أي أنّهما مترادفان، لكنهما في الحقيقة يتفقان من حيث الدلالة اللغوية والبنوية، أمّا بالنظر إلى مضمون أي منهما فقد نرى فيهما إختلافاً كبيراً، وذلك بخلاف ما كان عليه الفقهاء في الماضي والحاضر الذين رأوا أنّهما مترادفان، فكلمة الشرعية لها مدلول سياسي ودستوري بحت وتأتي بمعنى إسناد السلطة السياسية في الدولة، والوصول إلى سدة الحكم بطرق واساليب شرعية، ومن أبرز تلك الطرق الإنتخابات العامة الشفافة والنزهة التي تحويها جميع المبادئ القانونية الدولية والداخلية لإجرائها، وأمّا مصطلح المشروعية فإنّ له مدلولاً قانونياً صرفاً، مفاده الخضوع والإنصياع من قبل الإدارة العامة لأحكام القانون في أوسع معناه، أي مطابقة الأعمال والتصرفات التي تصدر من الإدارة للقانون، وبخلاف ذلك يحكم عليها باللامشروعية وتتصدى لها بالإلغاء والبطلان، للمزيد ينظر د. يحيى الجمل، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة 1990، ص 10 وما يليها، وكذلك د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص25.

(2) ينظر د. عبدالعزيز عبدالمعطي علوان، دور القضاء الإداري في الحد من الأثر الرجعي لحكم الإلغاء،

سمات الرقابة القضائية أنّها رقابة تحريكية وليست تلقائية، وذلك على خلاف الرقابتين السياسية والإدارية، وذلك لأنّ القضاء مطلوب، أي لا يحق للقضاء التدخل دون دعوى في نزاع ما أي لا يتحرك من تلقاء ذاته، بل عليه أن يقوم أحد طرفي الخصومة بإثارة الدعوى أمام القضاء وعن طريق دعوى مقامة أمامه من ذوي الشأن، ثم يفصل فيها بحكم قضائي وفقاً لإختصاصاته المقررة⁽¹⁾، وهذه سمة بارزة لإختلاف الرقابة القضائية عن الرقابة البرلمانية والإدارية.

ث- من حيث حجية أحكام القضاء: تتمتع أحكام القضاء الإداري بحجية الشيء المقضي فيه، بمقتضاه تنشأ قرينة قانونية قاطعة على أنّ الحكم عنوان للحقيقة فيما قُضي به أو فيه بشكل نهائي، أي بعد قطع جميع مراحل الطعن والتميز عليه، فلا يمكن بعد أن يصير نهائياً، إذا كان محلاً لمنازعة ما، لكونه يعد تعبيراً صحيحاً وصریحاً عن حكم القانون، ومن جهة أخرى يمكن تنفيذ أحكامه بالقوة عند الاقتضاء، وذلك على عكس القرارات التي لا تتمتع بهذه الحجية، إذ يمكن الطعن فيها مباشرة خلال ميعاد الطعن القضائي، وفقاً لما يحدده القانون⁽²⁾.

==

بحث منشور في المجلة القانونية-مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية-، دون الإشارة إلى سنة ومكان النشر، ص34.

(1) ينظر د. عبدالعزيز عبدالمعطي علوان، المصدر نفسه، ص341.

(2) ينظر ناصر سعود الرشيد، ضوابط السلطة التقديرية للإدارة ومدى انحرافها في القرارات الإدارية، رسالة مقدمة إلى كلية القانون الجامعة الخليجية كجزء مكمل لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الإداري، 2011، ص70.

المطلب الثاني

نطاق الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة العامة

بادئ الأمر في هذا المقام، سنقوم في هذا الجانب بإيلاء الإهتمام والتوضيح لنطاق الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة العامة، وذلك خدمة للبيان الحقيقي والمنطقي للرقابة القضائية، وحيث لاينكر بتاتاً أنّ مظاهر تلك الرقابة لم تتجلى بصورة واضحة إلا بتحديد الأنواع الأساسية للرقابة القضائية ومنها رقابة المشروعية والملاءمة، لكونهما الوجه البارز والشامل إلى حد كبير من غيرهما من أنواع الرقابة، لذا يتطلب الأمر أن يتوزع هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول يتضمن توضيح رقابة المشروعية، وأما الفرع الثاني ففيه بيان رقابة الملاءمة، كما يأتي تفصيله أدناه:

الفرع الأول

رقابة المشروعية

يطلق على هذا النوع من الرقابة بالرقابة التقليدية على أعمال الإدارة، وذلك بعدّها الصورة الأقدم من بين أنواع الرقابة القضائية على أعمال وتصرفات الإدارة العامة، إذ إنّ مضمون هذه الرقابة يكمن في قيام القاضي الإداري بالبحث في مطابقة الأعمال والتصرفات التي تصدر عن الإدارة مع أحكام القانون وسيادته، ولمدى تأكيد مطابقة تلك التصرفات مع القانون أو عدم مطابقتها بصورة واضحة، ويطلق أيضاً عليها أنّها رقابة من أجل سيادة القانون، أي احترام أحكامه، وسريانه على كل من الحاكم والمحكوم، فالقانون يجب أن يحكم سلوك الأفراد، وليس في علاقة بعضهم مع البعض فقط، بل علاقاتهم بهيئات الحكم في الدولة⁽¹⁾، لذلك

(1) تراجع د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2010، ص12.

أطلق على " القاضي الإداري بأنه يقضي ولايدير" في أول وهلة من نشأة هذه الرقابة، لكون الإدارة العامة إذا ما تصرفت أو اتخذت قراراً إدارياً في حدود الضوابط القانونية المفروضة عليها في التشريعات أو القوانين، فإن تلك التصرفات أو الأعمال لايحدها قيد آخر سوى أن يتفق غرضها مع الصالح العام، ومن ثمَّ فإنَّ القاضي الإداري لايملك في حال وجود خصومة بشأن هذا القرار، إلاَّ أن يقضي من جانبه بصحته قانوناً⁽¹⁾، ويعني ذلك أنَّ القاضي الإداري في ذلك لايمتلك صلاحية بسط رقابة الملاءمة على هذا التصرف أو القرار الإداري، مادام هذا القرار لم يتجاوز حظيرة المشروعية، وإلاَّ يعد القضاء في ذلك متعدياً على مبدأ دستوري راسخ، ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات، ومن جانب ذي صلة بالموضوع، نرى أنَّه منذ زمن بعيد يرادف مصطلح الشرعية مصطلح المشروعية في الوقت نفسه، وهذه الفكرة هي التي كانت سائدة في أوساط الدول الأوروبية وخاصة في كل من فرنسا وألمانيا، وفقهاء القانون العام على وجه الخصوص، يطلقون مصطلح الشرعية تحديداً على العلاقة بين التشريع والأعمال الإدارية⁽²⁾، ولقد كانوا يحصرون هذا المصطلح على احترام التشريع من قبل الإدارة بالإنصاع والخضوع التام⁽³⁾.

جريباً على ماتقدم، نرى من جانبنا أنَّ مصطلح الشرعية⁽⁴⁾ لايمكن أن يفسر ويعطى المعنى نفسه الذي سبق، وإن كان سائداً في القرون الماضية، بل الحقيقة تجلت في أنَّ هناك سياقات ودلالات تحمل بين طيات هذا المصطلح من المفردات السياسية أكثر من القانونية.

(1) نقلاً عن د. سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص 108.

(2) د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، المصدر السابق، ص 124.

(3) د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، المصدر نفسه، ص 125.

(4) جاسم كاظم كياشي العبودي، سلطة القاضي الإداري في تقدير عيوب الإلغاء في القرار الإداري- دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2005، ص 113.

بالعودة إلى هذا المبدأ، نرى أنّ الفيصل للحكم على تلك التصرفات التي تصدر عن الإدارة المبنية على سلطتها التقديرية من حيث سلامتها قانوناً هو مبدأ المشروعية، بحيث يزيل وصف المشروعية عن تلك التصرفات والأعمال التي تصدر عنها والتي تخالف القانون بمعناه العام، ويخلو التصرف منها يتعرض للبطلان والإلغاء من قبل القضاء.

يفهم من كل ما سبق، أنّ الرقابة التي يقوم بها القاضي الإداري في ذلك مبناها القانون، ويكون القانون نفسه سنداً شرعياً للدولة⁽¹⁾، وفي ضوءه تتحدد تصرفات الإدارة وتوزن من حيث مدى موافقتها للقانون، أو عدم موافقتها له بشكل لا لبس فيه، ولاشك أنّ نجاعة هذه الرقابة في مناحي الدولة المختلفة، هي التي تميّز بين الدولة التي يسودها القانون وتحترم الحقوق والحريات العامة والخاصة، أمّا الدول التي لا تحترم هذا المبدأ، ولم تكن رقابة المشروعية فيها فعّالة، فهي لا يسودها القانون بمعناه العام، لذا تصنف في نهاية المطاف بالدول الإستبدادية، وينتج ممّا ذكر، أنّ النص على مبدأ المشروعية في الدساتير والقوانين النافذة لا يكفي لكي نحكم على هذه الدول بالقانونية، بل يبقى الأمر على مدى ضمان أعمال مبدأ المشروعية عن طريق تحقيق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة⁽²⁾ سواء كانت هذه الأعمال صادرة بناءً على السلطة المقيدة أم التقديرية للإدارة العامة، ومن هنا يجب أن لا ننسى دور القضاة في تطبيق رقابة مبدأ المشروعية، لكونهم يوصفون بالدرع الواقي لهذا المبدأ، وهم من يحفظون مكانته وهيبته ويفرضون الخضوع له، وهذه كلها تمثل معالم ومظاهر دولة القانون⁽³⁾.

(1) د. ثروت البدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة 1986، ص 150.

(2) يراجع د. فؤاد النادي، القضاء الإداري وإجراءات التقاضي وطرق الطعن في الاحكام الإدارية، 2007، ص 141.

(3) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري قضاء التأديب، دار الفكر العربي، 1995، ص 225.

وبذلك المفهوم لايجوز تحصين أي عمل أو تصرف أو قرار إداري من رقابة القضاء، بل تخضع جميع القرارات الإدارية للرقابة على مشروعيتها القرار من الناحية الشكلية والموضوعية، إذ تأكيداً لذلك نلاحظ أنّ دستور جمهورية العراق لسنة 2005 نص بصورة واضحة على أنه "يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن"⁽¹⁾، يفهم من هذا النص أنّه جاء مؤكداً حتمية الرقابة القضائية على جميع الأعمال والتصرفات التي تتخذها الإدارة، سواء في ممارستها لسلطتها التقديرية، أم سلطتها المقيدة، وبالتالي فإنّ المشرع الدستوري ينوي في ذلك، أن يخطو صوب تحقيق دعامة أساسية من دعائم دولة القانون والمؤسسات ألا وهي تثبيت ركائز الرقابة القضائية.

الفرع الثاني

رقابة الملاءمة

بالنظر إلى عدم كفاية رقابة المشروعية على أعمال وتصرفات الإدارة العامة لوحدها، وعدم تحقيقها الهدف المرجو بعينه، وذلك بإعادة أعمال وتصرفات الإدارة العامة إلى نصابها الطبيعي، بالتالي فإنّ هناك نوعاً آخر من أنواع الرقابة، وهو رقابة الملاءمة التي تكمل نوعاً ما الصورة الحقيقية للرقابة القضائية، على أعمال الإدارة الصادرة وفقاً لسلطتها التقديرية، أي أنّ القضاء في بسط رقابته لم يقف عند عتبة رقابة المشروعية فحسب، بل يتجاوز الأمر إلى الدخول في حيز الإختصاص واستعمال الدقة المتناهية في الوصول إلى مدى مراعاة الملاءمة من قبل الإدارة من عدمها، فالرقابة التي تتبنى توافق القرار مع الظروف الخاصة التي دعت إلى إصداره تسمى رقابة الملاءمة، وعليه يوصف بأنّها صفة للقرار الإداري، وذلك

(1) ينظر المادة 100 من دستور جمهورية العراق 2005.

بتوفر ضوابط وشروط معينة تراعيها الإدارة في اتخاذها للقرار الإداري⁽¹⁾، والملاءمة بهذه الكيفية تعني توافق أو ملاءمة القرار مع الواقع أو الظروف التي استدعت إصداره، كأن يكون القرار موافقاً مع الزمان أو المكان الذي صدر فيه القرار⁽²⁾، ولقد يثور في هذا المجال التساؤل عن مضامين الإلتزام القانوني بملائمة القرارات الإدارية، فلإجابة عن هذا التساؤل نجد أنّ هناك اتجاهين، وكما يأتي توضيحهما في الآتي:

فالاتجاه الأول: يرى هذا الإتجاه، أنّ هناك التزاماً قانونياً على الإدارة العامة في ممارسة سلطتها التقديرية، ويتجسد ذلك في قيام الإدارة بإصدار أفضل القرارات الإدارية ملائمة، ولا يعفي هذا الأمر من أن يخضع القرار الصادر من الإدارة لرقابة القضاء، ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه الألماني (تزنر)⁽³⁾.

أما الاتجاه الثاني: فيشير هذا الفريق أو الإتجاه، إلى أنّ الإدارة العامة ملزمة في نطاق السلطة التقديرية، بإصدار أفضل القرارات الإدارية الملائمة، مع حرمان هذا الإلتزام من عنصر الجزاء، وبعبارة أخرى أنّ تنفيذ الإدارة لهذا الإلتزام لا يخضع لرقابة القضاء الإداري، حيث يجيب الفقيه جيرو على الإلتزام القانوني ويقول "لا يهمنا إلى أي حد يمكن للمحاكم أن تراقب السلطة التقديرية للإدارة فالإلتزام القانوني لا يفقد صفته ولو كان محروماً من الجزاء القانوني"⁽⁴⁾.

(1) ينظر بلعيدي دليلة، رقابة القاضي الإداري بين رقابة المشروعية ورقابة الملاءمة في القرارات الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016، ص8.

(2) بلعيدي دليلة، المصدر نفسه، ص8.

(3) د. محمد فؤاد عبدالباسط - أعمال السلطة الإدارية - القرار الإداري - العقد الإداري - طبعة 1989 - ص60 وما بعدها.

(4) د. محمد عبدالباسط - المصدر السابق - ص60 وما بعدها.

وفي محور الإختلاف أيضاً، فإنَّ رقابة الملاءمة من حيث توضيح ماهية وطبيعة هذه الرقابة لدى الفقهاء، فمنهم من يرى أنَّها تأتي بمعنى التناسب، حيث يستعملونها مترادفين في آن واحد⁽¹⁾، وبعبارة أعم فإنَّ هذا الإصطلاح يطلق على ما يوافق مركزاً معيناً أو حالة معينة بالنظر لما يحيط بهذه الحالة من إعتبارات الأزمنة والأمكنة والظروف المحيطة، إذ من الواضح أنَّ فكرة الملاءمة فكرة نسبية، وعلى ذلك فإنَّ التوصل إلى تقدير ملاءمة قرار أو عمل إنَّما هو في جانب منه نتيجة تقدير شخصي، وفي بعض الأحيان يكون القرار في وقت صدوره ملائماً للملابسات أو الظروف السائدة، أمَّا قد يكون غير ملائم أو ضاراً وقت الرقابة عليه⁽²⁾.

لذا وتأسيساً على ذلك، فإنَّ القضاء الإداري المصري المتمثل في المحكمة الإدارية العليا، أكد أنَّ الإدارة العامة هي التي تحدد ابتداءً مدى ملاءمة القرار أو العمل الذي ينجز، أي هي التي تقدر الملاءمة، حيث ينص القرار على أنَّ " للإدارة حق اختيار الحل الذي تراه ملائماً ومناسباً فهي الجهة المختصة ابتداءً بتقدير الملاءمة"⁽³⁾.

وبدورنا نرى؛ أنَّ هذا القرار يقر حقيقة واقعية، ألا وهي أنَّ الإدارة العامة، هي التي تناط عليها المسؤولية في ذلك، من حيث إتباعها لمبدأ الملاءمة في الأعمال والتصرفات التي تصدر عنها بجانب مبدأ المشروعية، لكون القضاء الإداري يقوم

(1) بلعيدي دليلة، المصدر نفسه، ص8.

(2) ومن الفقهاء د. سعاد الشرقاوي، د. السيد محمد إبراهيم وغيرهما يرون أنَّ الملاءمة والتناسب ليس إلا وجهان لعملة واحدة، فعلى سبيل المثال يرون بأنَّ الملاءمة لم تفرض أساساً إلا لمعرفة مدى التناسب بين الوقائع التي استندت إليها الإدارة، فالملاءمة هي التناسب بين الإجراء وأسبابه، للمزيد يراجع د. سعاد الشرقاوي، الإنحراف في استعمال السلطة وعيب السبب، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، السنة 11، العدد الثالث، ديسمبر 1969، ص150.

(3) نقلاً عن محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة النشر، ص25.

بدوره ثانيةً، بفحص وتدقيق تلك القرارات من حيث مدى مراعاتها للملاءمة من عدمها، لما كان هناك نزاع حاصل في سياق دعوى قضائية مقامة أمامها. ومن اللافت للنظر، أنّ هناك من يرى في السابق وفي الظرف الراهن أيضاً، أنّ إعطاء رقابة الملاءمة للقضاء الإداري بالكيفية التي طرحت لم يخل من خطورة واضحة مؤداها حلول القضاء الإداري محل الإدارة العامة في الغالب الأعم، وهذا أمر يباه مبدأ الفصل بين السلطات والمنطق القانوني حسب رأيهم، لذلك كان أمراً مرفوضاً تماماً⁽¹⁾، ومن ذلك الفقه الفرنسي أيضاً حاول إلى حد كبير عدم الإقرار بحق القضاء في فرض رقابة الملاءمة على تصرفات الإدارة التي صدرت بناء على سلطة تقديرية، وذلك لكون الملاءمة تتعلق بإدارة حسنة أو رشيدة أو إدارة سيئة، ومن الفقهاء الأستاذ "كان" الذي يرى أنّ رقابة الملاءمة مردها التكييف القانوني للحالة، لذلك يعد أمراً فنياً، وليس أمراً قانونياً⁽²⁾، وقيام القاضي بفحص الملاءمة إنّما يعتمد على فهم ودراسة شخصية وليس قانونية، ولا يحق للقاضي الإداري إلغاء أو بطلان قرار إداري بناء على عدم ملاءمة القرار الإداري وفقاً لأرائه.

(1) للتأكيد على هذا الأمر نجد أنّ هناك مرسوم اشتراعي رقم 10434 والصادر في 14 حزيران 1957 الخاص بنظام مجلس شوري الدولة اللبناني، على أن يقتصر القرار أي الحكم الصادر من مجلس شوري الدولة على إعلان الأوضاع القانونية التي تشكل فقط موضوع الدعوى التي يبت فيها، ولا يحق لمجلس شوري الدولة أن يقوم مقام السلطة الإدارية الصالحة ليستنتج من هذه الأوضاع النتائج القانونية التي يترتب علمها، ويتخذ ما تقتضيه من مقررات، للمزيد ينظر محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 54.

(2) ويساند هذا الرأي كل من د. سامي جمال الدين، أشرف عبدالفتاح أبو المجد، ورمضان محمد بطيخ، ينظر للمزيد د. رمضان محمد بطيخ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1996، ص 145 وما بعدها.

ويرى البعض من الفقه المصري، أنّ رقابة القضاء الإداري تكون على السلطة التقديرية للإدارة، لا على حدود هذه السلطة، حيث يرون أنّ جانب التكيف القانوني للوقائع والذي يدخل في مجال الملاءمة، هو الأمر المتروك للإدارة كييفاً تشاء وتقرر على حسب تعبيرهم، وبالتالي فإنّ تدخل القضاء في هذا المجال أو ذاتية العمل الإداري، يجعل هذه الرقابة أمراً خارقاً لطبيعة الرقابة المعتادة على أعمال الإدارة حسب زعمهم، ومن نافلة القول نرى أنّ الرقابة التقليدية المتمثلة في رقابة المشروعية ليس بحد ذاتها صورة كافية ومحققة للعدالة الوظيفية والمجتمعية في جميع الأحوال، بل على الإدارة أن لا تكون مطلقة اليد في تصرفاتها وفقاً لما تمليه الذريعة الشخصية، لأنّه من الممكن أن تكون قرار ما مشروعاً، في حين لم يكن ملائماً للظروف والأحوال التي يعيشها الموظف في الوقت نفسه، وبالتالي لم يكن القرار عادلاً بحق الشخص أو الأشخاص الذين يوجه إليهم هذا القرار بمضمونه، فمثلاً في حالة الضبط الإداري فإنّ مواجهة الإدارة للحالة الطارئة تكون بالوسائل المشروعة، لكنّه في الوقت نفسه؛ لم تكن هناك ملاءمة أو توافق بين الحالة المستشرية مع الوسيلة التي يحافظ بها كيان الدولة والنظام العام، أو في مجال توجيه عقوبة إلى موظفين، أحدهما لم يكن لديه أية سابقة إنذار أو مخالفة تأديبية بعينها، وأما الثاني بخلاف ذلك تماماً.

المطلب الثالث

مجال تطبيق الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة العامة في دعوي الإلغاء والتعويض

من المحتوم فعلاً أنّ الوظيفة الرقابية التي أنيطت بعاتق القاضي الإداري هي وظيفة قانونية وقضائية بحتة، تستند إلى إختصاص دقيق بعينه، لذا فليس للقاضي أن يقوم بهذا الواجب القانوني من تلقاء نفسه، بل يكون ذلك من خلال رفع دعوى قضائية تقام أمامه من ذي مصلحة معلومة وممكنة، وعليه سنتطرق بدورنا إلى دراسة وافية لشئى المجالات التي تتعلق بهاتين الدعويين وذلك من خلال فرعين، فالفرع الأول يتناول تطبيق الرقابة القضائية في نطاق دعوى الإلغاء، وأمّا الفرع الثاني فيخصص لبيان تطبيق الرقابة القضائية في نطاق دعوي الإلغاء و التعويض، على النحو الآتي:

الفرع الأول

تطبيق الرقابة القضائية في نطاق دعوى الإلغاء

نتطرق في هذا المضمار إلى إظهار العلاقة الحتمية أو توضيح التطبيق بين الرقابة القضائية ودعوى الإلغاء، وذلك من خلال تطبيق مضمون هذه الرقابة في نطاق دعوى الإلغاء، مسلطين الضوء على مجمل مايتضمنه هذا الفرع، على النحو الآتي:

أولاً/ تعريف دعوى الإلغاء⁽¹⁾:

عرفت دعوى الإلغاء من جانب من الفقهاء ونالت اهتمامهم الكبير، لأنّ كلاً من دعوى الإلغاء والتعويض تعدان من صميم الدعاوى الإدارية وأبرزها، ومن ثمّ تعدّان محلاً ومقصداً للرقابة القضائية من قبل القضاء الإداري على وجه التحديد، على تلك القرارات الإدارية التي تطعن بعدم مشروعيتها، لأنّ الأساس الدستوري والقانوني وكذلك المنطقي يقتضي أن لا تكون تصرفات الإدارة محصنة من الطعن القضائي بأي صورة كانت⁽²⁾، ومنها تحت ذريعة أعمال السيادة، وفي سبيل ما تقدم، سنقوم بإيراد مجموعة من التعاريف بصدده هذه الدعوى، وعلى النحو الآتي:

فمنهم من عرفها بأنّها تلك "الدعاوى التي ترفع من أحد الأشخاص ويطلب فيها إبطال أو إلغاء قرار إداري، مخالف لأحكام القانون"⁽³⁾، أو يعرف أيضاً بأنّه "طعن

(1) منشأ هذه الدعوى فرنسا، ويسمونها بدعوى تجاوز السلطة في فرنسا من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي، "ويتعلق الأمر بحصول مجلس الدولة الفرنسي على ولاية القضاء المفوض عام 1872، إذ كان الأمر في السابق أو قبل هذا التاريخ، يرتبط بمجرد تظلم رئاسي، إذ كان النظر في هذه الدعوى من اختصاص مجلس الدولة وحده، إلى أن أصبحت المحاكم الإدارية صاحبة الإختصاص العام في المنازعات الإدارية بمقتضى مرسوم 30 سبتمبر عام 1953، وغدت الدعوى تنظر على درجتين: وذلك لجواز استئناف أحكام المحاكم الإدارية الصادرة بالإلغاء أمام مجلس الدولة، وكان لمجلس الدولة الفرنسي الدور الأكبر في تحديد أحكام دعوى الإلغاء، وإن كان المشرع الفرنسي قد تدخل مرات متعددة لتنظيم بعض جوانبها، نقلاً عن ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المكتبة القانونية، دار المعارف بالإسكندرية، 2004، ص 269.

(2) وقد نص دستور جمهورية العراق لسنة 2005، في المادة 100 على هذا الأمر صراحةً بنصه "يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن" والحقيقية يعد هذا أساساً متيناً من الدستور لكي تطعن بكل عمل قانوني أو مادي من الإدارة، وكذلك القرارات الإدارية التي تعد شقاً كبيراً من الأعمال القانونية الصادرة من الإدارة العامة.

(3) ينظر د. محمد عبدالله حمود الدليبي، القضاء الإداري في مملكة البحرين، ط2، 2009، دون ذكر مكان ودار النشر، ص 205.

قضائي يرمي إلى إلغاء قرار إداري غير مشروع من قبل القاضي الإداري⁽¹⁾، ومعنى ذلك القول مجملاً، أنّ هذه الدعوى تنفرد بذاتها إلى مخاصمة القرار الإداري نفسه من حيث المضمون، لكونها وسيلة قانونية لرقابة القضاء الإداري على تلك القرارات الإدارية الصادرة منها، والتي يطعن بعدم مشروعيتها أو ملاءمتها للوقائع التي تحيط بإصدار القرار الإداري، وفي الجانب نفسه، أنّ القضاء الذي يختص بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة، والتي تخالف مبدأ المشروعية هو حتماً القضاء الإداري، بكافة أنواعه لكونه صاحب الإختصاص الأصيل والفريد بالنظر والفصل في تلك الدعاوى، وهذا يكون بناءً على الإختصاص النوعي والوظيفي وكذلك الإختصاص المكاني والزمني في الوقت نفسه.

عوداً إلى الموضوع نفسه، قد عرفها البعض أيضاً، بأنّها تلك الدعوى التي ترفع أمام أنظار القضاء، لإعدام قرار إداري صدر مخالفاً للقانون، يفهم من هذا التعريف أنّها تعد دعوى موضوعية، أريد بها في المحصلة النهائية حماية مبدأ المشروعية، ومبدأ سيادة القانون على أقل تقدير، ومن ناحية أخرى، ما يتعلق بأثر هذه الدعوى، فكما يبرز ذلك من تسميتها، أنّها تتضمن إلغاء أو إعدام القرار الإداري⁽²⁾ من الوجود، في حالة ما حصلت القناعة التامة لدى القضاء بأنّه مخالف للقانون⁽³⁾ أو غير ملائم للظروف والملازمات التي أحاطت بإصدار القرار وقت

(1) ينظر الخير بوضياف، المصدر السابق، ص318.

(2) ينظر في ذلك، د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري-قضاء الإلغاء- الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، ص305.

(3) من الضروري أن نبين على وجه الإختصار أهم أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري، ويتحقق ذلك عندما يفقد القرار الإداري ركناً أو شرطاً من شروط صحة القرار، أو عنصراً من عناصره القانونية، يعبر عنها بأوجه أو معالم الطعن بإلغاء القرار الإداري، وفي السياق نفسه، تعد من المسوغات التي يستند إليه قاضي الإلغاء في الحكم على صحة القرار من عدمه، وهي التي سنشير إليها بالإختصار

درءاً للإسهاب والإطالة في الموضوع:

1- عيب الإختصاص: ذلك العيب الذي يلصق بركن الإختصاص الذي يعد العمود الفقري والركن الركين للقرار الإداري، وهو يعد من النظام العام الذي لايجوز الإتفاق بخلافه، وقد عرف الإختصاص بأنه عبارة عن الصلاحية أو الأهلية القانونية المناطة لجهة أو شخص من أشخاص القانون العام للقيام بتصرف جائز معلوم، لكي يحدث منه أثراً قانونياً، ويحدد الإختصاص في أبهى صورته بالقانون أو بناء عليه، إذ يجب مراعاة الإختصاص بعناصره الشخصية والموضوعية والزمانية والمكانية على حد سواء، وهذا هو الأصل، أمّا ما يتعلق بالإستثناءات التي ترد على ركن الإختصاص فلا تعد باطلة استثناءً من شرط الإختصاص، كحالة الموظف الفعلي والتفويض والحلول والوكالة، وينقسم عيب عدم الإختصاص على عيب عدم الإختصاص الجسيم والبسيط.

2- عيب السبب: هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع إلى إصدار القرار، أي أنّ السبب حالة موضوعية تحدث قبل إصدار القرار فتحمل الإدارة على إصداره، وهذا العيب هو عدم المشروعية الذي يصيب القرار الإداري في سببه، بأن تكون الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة، أو غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني، وينطبق بحق السبب القاعدة العامة وهي الأصل في السبب الصحة والمشروعية، إلا إذا قام دليل على خلاف ذلك تماماً، وإذا كان السبب غير موجوداً في الأصل، فإنّه يعدّ القرار مستنداً إلى سبب صحيح وسليم قانوناً.

3- عيب الشكل والإجراءات: فالشكل في القرار الإداري هو المظهر الخارجي أو القالب الذي تصب فيه الإدارة إرادتها المنفردة في ترتيب الأثر، كإصدار قرارها الإداري مكتوباً، أو شفهيّاً، أو تستعمل الإشارة لإبرازه في أحيان مختلفة، وغيرها من المظاهر إلا إذا الزم القانون في ذلك شكلاً معيناً، وقد عرف الشكل بأنّه المظهر الخارجي الذي تسبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها والإجراءات التي تتبعها في إصداره، ومن صور الشكل والإجراءات، الكتابة، ذكر الأسانيد التي استند إليها القرار، التسبب، التوقيع، الإستشارة واللجان، وفي المنوال نفسه هناك الأشكال الجوهرية التي تؤثر في صحة القرار وبطلانه والأشكال غير الجوهرية التي لا تؤثر في صحة القرار.

4- عيب المحل: يمثل عيب المحل أيضاً من شروط وعنصر صحة القرار الإداري، مما يجعل من القرار معيباً بعيوب المحل، فيؤدي إلى البطلان والإلغاء، ويطلق عليه عيب مخالفة القانون، ويعرف أيضاً بأن يكون القرار الإداري معيباً في فحواه أو مضمونه وبمعنى آخر أن يكون الأثر القانوني المترتب على القرار الإداري غير جائز، أو مخالف للقانون، ويكون من صورته المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية، والخطأ في تفسير القاعدة القانونية، الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية.

نشوئه، إذا كان القرار يناقض أو يجانب مبدأ التناسب⁽¹⁾ في نهاية المطاف، أو بتعبير مماثل، فإنَّ الصلاحية التي يستند إليها القضاء تكمن في إزالة القرار من الوجود وطمسه، وليس للقضاء في ذلك إستبداله بقرار آخر، أو حتى تعديله كلياً أو جزئياً، لأنَّ صلاحية القضاء مقيدة هنا بإلغاء ذلك القرار فحسب، فليس له تجاوز

==

5- عيب الغاية-عيب إساءة استعمال السلطة:- ركن الغاية في القرار الإداري هو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها، ويكون القرار الإداري معيباً بعيب إساءة استعمال السلطة، إذا استعمل رجل الإدارة صلاحياته لتحقيق غاية غير تلك التي حددها القانون، ويتصل هذا العيب بنية مصدر القرار وبواعثه، لذلك يرتبط ذلك بالسلطة التقديرية، ومن صور إساءة استعمال السلطة البعد عن المصلحة العامة، مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف، إساءة استعمال الإجراءات.

للمزيد يراجع د. محمد طه حسين الحسيني، المصدر السابق، ص196 وما يليها، ود. مازن ليلو راضي، د. زانا رؤوف حمة كريمة، ود. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، ص194 وما يليها.

(1) بالإشارة إلى أنَّ الرأي السائد لدى الفقه لحين الآونة الأخيرة، هو أنَّ دعوى الإلغاء ترتبط بمخاصمة قرار إداري غير مشروع، لكن ذلك الأمر ليس صائباً على الإطلاق، بل يرى جانب كبير من الفقه الفرنسي أنَّ رقابة القضاء على القرار الإداري لم تكن دوماً مرادفة للمشروعية، بل هي أوسع نطاقاً من ذلك، لكون مجلس الدولة الفرنسي قام من جانبه بإلغاء قرارات إدارية دون الإستناد لمبدأ المشروعية، بل لعيب في السبب أو الإنحراف في السلطة، أي تجاوز الغاية الأساسية للقرار الإداري، كما يظن سابقاً أن القاضي الإداري لم يكن بحسبانه الإحاطة بالظروف والوقائع التي تحيط بالقرار الإداري منذ صدوره، لأنه ليست السلطة الإدارية الرئاسية هي التي أصدرت القرار الإداري وذلك بذريعة، أنَّ الإدارة لا تستطيع أن تحل محل الإدارة أو تستدرك الفهم العميق الذي أحاطته بالإدارة منذ إصدارها، فبالإستقراء يتبين أنَّ نطاق دعوى الإلغاء لا يستطيع على عتبة المشروعية، بل تتوسع هذه الدعوى من نطاق مبدأ المشروعية إلى الملاءمة بالمعنى الواسع، ويتجه اتجاه آخر من الفقهاء من رقابة المشروعية إلى رقابة الملاءمة، وبذلك يتجاوز القضاء المبدأ القاضي بأن القضاء الإداري يقضي ولا يدير، فكان الإعتقاد السائد في السابق لديهم أنَّ القاضي الإداري لا يمكنه الإحاطة بما يجري في دقائق الامور وتفصيلها، لحظة صدور القرار الإداري، وذلك خشية وقوع الإدارة في دائرة التسلط أو إحلالها محل الإدارة العامة، للمزيد يراجع د. عبدالله خلف رقاد، طبيعة دعوى الإلغاء وشروط قبولها المتعارضة مع طبيعتها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد2، 2019، ص473.

ذلك إطلاقاً، ومن جانب آخر لابد له أن يتمسك بماهية ومنطوق مبدأ الفصل بين السلطات حتماً، ولا يمكنه أن يتعدى الحدود التي رسمها له القانون من جهة، والمبدأ المذكور من جهة أخرى، وبخلاف ذلك سيكون القضاء متعسفاً في قراره مجملاً، وسيتصدى قراره إلى حظيرة البطلان والإلغاء.

بالنظر إلى التعاريف التي عرضت أعلاه، نرى أنّ القاضي الإداري من حيث ممارسته للرقابة القضائية عن طريق هذه الدعوى، عليه أن يقوم أولاً بفحص القرار، من حيث مدى مشروعيته في أول وهلة من عدمه؟ لكون ذلك يعد نقطة إنطلاق القضاء الإداري لمباشرة عمله في نظر الدعوى، إذ نطلق على هذه الرقابة من جانبنا، الرقابة الظاهرة أو البارزة، لأنّ القاضي الإداري سيصل إلى مبتغاه من خلالها بأقل وسيلة ممكنة، ودون جهد أو تعب يذكر، لأنّه يقوم بأمر غير مكلف إلى حد كبير، حيث يقوم من جانبه بعملية المطابقة بين القانون والعمل الصادر من الإدارة العامة، ومن حيث التجانس والتطابق من حيث تحقيقه أو عدم تحقيقه، ثم بعد هذا التدقيق المرن بينهما سيصل حتماً إلى قرار مفاده مطابقة القرار للقانون، أو عدم مطابقتها، حينها يقوم بإلغائه وطمسه نهائياً من حيز الوجود، ثمّ يأتي القاضي إلى التعمق في الرقابة القضائية شيئاً فشيئاً، وذلك بتطبيق أنواع أخرى من الرقابة، ومنها الملاءمة والتناسب كل على حدة وبصورة تدريجية، لكون القرار أولاً وقبل كل شيء يجب أن يكون مشروعاً، ثم بعد ذلك ملائماً للظروف والوقائع التي دفعت الإدارة إلى إصدار القرار، ثم روعي فيه التناسب- التناسق والتجانس- بين محل القرار والسبب الدافع له، وبذلك الأمر يكون القاضي الإداري حيال تطبيقه لرقابة التناسب، داخلاً إلى حيز الإختصاص الدقيق فعلاً، لأنّ التحقق من وجود التناسب من عدمه أمر تعثره الصعوبة نوعاً ما، وذلك لأنّها تعد رقابة عميقة وغير سطحية، بخلاف رقابة المشروعية التي تسمى بالرقابة القانونية التي تستند إلى سيادة القانون ظاهراً.

من خلال ماتقدم نصل إلى حقيقة مفادها "أنّ المشروعية لاتعني أن تصور بأن يطابق القرار مبادئ التشريع الصادر من السلطة التشريعية فحسب، بل يشمل ذلك تحقق القاضي من مطابقة القرار الإداري للقواعد القانونية الكلية، التي تعكس مدى إلتزام الإدارة بما جاء فيها مسطرة بقرار إداري لاتشوبه المخالفة"⁽¹⁾، ويعني ذلك أنّ القاضي بعدما يتبين له أنّ القرار المطعون فيه تنقصه المشروعية، فيقوم من جانبه بإصدار حكم قضائي بإلغائه، دون أن تمتد سلطته إلى تعديل القرار او إستبداله أو يقرر حقوقاً أخرى لصاحب الحق⁽²⁾.

ويعزو سبب ذلك -وفقاً لرأينا- إلى نقطتين:

أولاهما/ أنّ القاضي وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، لا يجوز له التدخل في عمل الإدارة العامة، أو أن يحل محلها بأي شكل من الأشكال.

ثانيهما/ أنّ سلطة القاضي الإداري وفقاً لطبيعة هذه الدعوى، محصورة فقط بالحكم إما بصحة ومشروعية القرار، أو ملاءمته أو تناسبه- وفقاً لما أسلفناه-، إذا ما اتخذت من قبل الإدارة العامة، مستوفياً فيها كل عناصر وشروط القرار الإداري السليم قانوناً، أو بإلغاء القرار الإداري الذي لم يطابق مبدأ المشروعية، ومن هنا يتبين أنّ عناصر هذه الدعوى تتلخص في أربعة عناصر (المدعي وهو الطاعن، والمدعى عليه-الإدارة العامة- وموضوع الدعوى القرار الإداري، جهة فصل القضاء الإداري)⁽³⁾.

(1) د. علي محمد رضا يونس الطحان، دور القضاء الإداري في الرقابة على الأسباب الواقعية للقرار الإداري- دراسة مقارنة-، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، 2020، ص73.

(2) د. محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، ص237.

(3) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري-الكتاب الأول- دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص194.

ثانياً/ الطبيعة القانونية لدعوى الإلغاء:

فهذه الدعوى تعد الدعامة الأساسية التي نشأ القضاء الإداري من أجلها، إنَّها من الوسائل الأولى من وسائل القضاء الإداري، التي يستخدمها لفرض رقابته على أعمال الإدارة⁽¹⁾.

إذ تتجسد الرقابة القضائية من قبل القضاء الإداري في تلك الدعوى، وغيرها من الدعاوى التي تعرض أمام القضاء الإداري بامتياز، إذ تنفرد دعوى الإلغاء بطبيعة خاصة، كونها دعوى موضوعية فحسب، تناط بمخاصمة القرار ذاته⁽²⁾، وذلك لأنَّها ليست دعوى شخصية، مطالبة فيها بحق شخصي من الغير، أي لا يندرج تحتها الغرض أو العنصر الشخصي فحسب، ولكون هذه الدعوى تتعلق بالنظام العام⁽³⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنَّ "الخصومة في دعوى الإلغاء خصومة عينية، مناطها اختصاص القرار الإداري في ذاته، استهدافاً لمراقبة مشروعيته_ القرار الإداري- هو موضوع الخصومة ومحلها في دعوى الإلغاء_ يتعين لقبول الدعوى أن يكون القرار قائماً ومنتجاً لآثاره عند إقامة الدعوى"⁽⁴⁾، وأمَّا ما

(1) يراجع في ذلك د. محمد طه حسين الحسني، مبادئ وأحكام القضاء الإداري، المصدر السابق، ص173.

(2) تثبتاً لهذه الحقيقة ما أشار إليه القرار الصادر من الهيئة العامة لمجلس شورى إقليم المرقم 8 لسنة 2010 ومفاده " يتعين لصحة الخصومة في دعوى الإلغاء، أن توجه الدعوى ضد المُصدِر الحقيقي للقرار، لذا يعد هو الخصم القانوني دون غيره) ينظر في ذلك المبادئ القانونية في قرارات وفتاوى مجلس شورى إقليم كردستان-العراق، من منشورات مجلس شورى إقليم، الطبعة الأولى، أربيل، 2012، ص121.

(3) ينظر د. عبدالله رمضان بني، نطاق دعوى الإلغاء-دراسة مقارنة-، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، يونيو، 2015، ص63.

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا، 18 يناير 1986، الطعن رقم 1383-لسنة31ق، نقلاً عن د. شريف يوسف خاطر، القضاء الإداري-دعوى الإلغاء- دار الفكر والقانون، 2016، ص97.

يظن بأنه لا يوجد في هذه الدعوى المدعى عليه بالمعنى الدقيق، أمر بجانب الصواب وفقاً لما يبدو لنا، لأن الإدارة تكون بصفة موضوعية مدعيةً عليها، وليست بصفة شخصية، وفي سياق آخر فإن الحكم في هذه الدعوى تتميز بالحجية المطلقة قبل الكافة⁽¹⁾، لأنها لم تنشئ مركزاً قانونياً شخصياً، بل تنشئ مركزاً قانونياً عاماً تجاه الغير، وذلك بخلاف دعوى قضاء التعويض التي تتعلق بجانب شخصي، أو تؤثر المراكز الشخصية فيها، ويقتصر موضوع الدعوى على الحجية النسبية وعلى أطراف النزاع فقط، وأن نطاق صلاحية القاضي الإداري محصور في مدى تحقق أو فحص القرار الإداري من حيث مشروعية القرار⁽²⁾، أو ملاءمته أو تناسبه، فإذا تبين للقاضي الإداري أن القرار غير مشروع أو غير ملائم أو مناسب، فإن صلاحية القاضي الإداري تقضي من جانبها بإلغاء القرار الإداري لعدم مشروعيته، ولا تعدى صلاحيته القانونية أكثر من ذلك في نهاية المطاف.

وترتبط دعوى الإلغاء بالقانون بصورة عامة أو بالمبادئ العامة للقانون أو الإعتبارات التي تتعلق بالصالح العام⁽³⁾، وذلك بمعنى أن هذه الدعوى لا تحتاج إلى

(1) د. عبدالله خلف رقاد، طبيعة دعوى الإلغاء وشروط قبولها المتعارضة مع طبيعتها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 2، 2019، ص 470.

(2) يراجع في ذلك د. مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، دار النيبور للنشر والتوزيع، بغداد، 2016، ص 241.

(3) في سياق توضيح المفاهيم القانونية الدارجة في الوسط الفقهي والقضائي أو القانوني أيضاً، نوضح دلالة مفهوم الصالح العام أو المصلحة العامة كثيراً ما يطرق هذا المصطلح أذان السامع والقارئ بصورة عامة، وكذلك الباحث القانوني على وجه الخصوص، فدلالة الصالح العام ذات طبيعة نسبية، حيث يختلف المصطلح باختلاف الأزمنة والأمكنة والأنظمة السياسية، فقد عرّف الفقه عن وضع تعريف أو معيار ثابت يشير إليه، تاركاً ذلك الأمر للقضاء، والذي يملك جعل أحكامه تماشياً مع تطور فكرة الصالح العام، التي يختلف مداها وفحواها اتساعاً وضيقاً من زمن لآخر، فإن تحقيق الصالح العام هو هدف يتعين أن تتوخاه الإدارة في كافة قراراتها لإضفاء صفة المشروعية على تلك القرارات، وقد حددت محكمة القضاء المصري الأطر والضوابط لمفهوم الصالح العام، فقد ذهبت إلى

وجود نص قانوني صريح لها بذلك⁽¹⁾، أو أنّها لم ترتبط بوجود قانون معين من القوانين، وفي جانب آخر فإنّها تتعلق بالنظام العام، لذلك لايجوز التنازل عنها مسبقاً، ولايجوز إستبعاد الدعوى باتفاق بين المتخاصمين، بل تستبعد بنص القانون⁽²⁾، من خلال بيان طبيعة هذه الدعوى تبدو لنا غائية دعوى الإلغاء في هاتين الركيزتين:

1- أنّها حامية لرقابة المشروعية والملاءمة بمعناها الواسع، ولا تحجب نطاقها في مدى مشروعية القرار الإداري فحسب، بل يتوسع مداها إلى تضمينها رقابة الملاءمة والتناسب في نهاية المطاف.

2- تتجسد غائية تلك الدعوى بحفاظها في المرتبة الثانية على صيانة الحقوق والحريات العامة والخاصة، وحمايتهم من تعسف الإدارة⁽³⁾.

ثالثاً/ مقومات وشروط دعوى الإلغاء:

من شأن هذه الدعوى نقض عمل الإدارة وإلغاء القرار الإداري غير المشروع من جهة، ومن جهة أخرى، ولكون العمل الإداري له أهمية قصوى ينبغي عدم السماح بقبول هذه الدعوى، إلا وفقاً لشروط وضوابط قانونية معينة، لذا نسلط الضوء

==

أنّه " لايقصد بالصالح العام صالح فرد أو فئة أو طائفة من الأفراد، فذلك محض صالح خاص، كما لا يمكن أن يرد إلا على أشياء متماثلة لها نفس الطبيعة والصفة، وإئماً المقصود بالصالح العام أنّه صالح الجماعة ككل مستقلة ومنفصلة عن أحاد تكوينها" قرار محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 565 لسنة 20ق، في 3-7-1969، نقلاً عن د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، أسباب قبول دعوى إلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط1، 2011، ص258 و259.

(1) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول-قضاء الإلغاء، المصدر السابق، ص280.

(2) د. عبدالله خلف رقاد، المصدر السابق، ص472.

(3) ينظر علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج4، الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص273.

على جانب من هذه الشروط وعلى النحو الآتي:-

1- الشروط المتعلقة بمحل الطعن ومدة تقديمه: لا ريب في أنّ الأعمال القانونية الصادرة من الإدارة العامة، التي تهدف إلى إحداث أثر قانوني معين، ذات حدين في كل الأحوال، إمّا أن تكون الأعمال التي تصدر بإرادتها المنفردة، وترتب عليها الآثار القانونية المعتبرة، وهي التي تطلق عليها القرارات الإدارية، أو إمّا أن تكون في صورة إلتقاء إرادتين معتبرين قانوناً، وهي التي تندرج من ضمن العقود الإدارية، والشق الذي يتعلق بموضوعنا هو الذي يرتبط بالقرار الإداري، إذ عرف القرار الإداري باختصار بأنّه " كل عمل قانوني يصدر عن الإدارة بإرادتها المنفردة، والمنتجة لأثر قانوني"⁽¹⁾. وللقرار الإداري شروط معينة نذكر منها ما يأتي:

أ- أن ينصب موضوع الدعوى على قرار إداري صادر بإرادة الإدارة المنفردة: لكي تقبل دعوى الإلغاء يجب أن ينصب موضوع الدعوى في قرار إداري، تخطى جميع مراحل إصداره، من أنّه صدر من جهة وطنية، وإرادة الإدارة المنفردة، ومن ثم لا يعدّ قراراً إدارياً الأعمال التمهيدية أو التحضيرية، التي تسبق صدور القرار مثل الآراء التي تبديها جهة معينة استشارة بشأن مشروع معين، والتحقيقات التي تسبق صدور قرار بتوقيع جلاء⁽²⁾، وبذلك يخرج من هذا الطابع كل عمل إداري صادر بإرادتين كعقود إدارية، أو الأعمال التشريعية الصادرة من السلطة التشريعية⁽³⁾، لكونها لم ينطبق بحقها القرار الإداري، أو حتى قرار لم يستوف جميع الضوابط التي ذكرت آنفاً.

(1) ينظر د. محمد طه حسين الحسيني، مبادئ وأحكام القضاء الإداري، المصدر السابق، ص 176.

(2) د. شريف يوسف خاطر، القضاء الإداري_الدعوى الإلغاء_المصدر السابق، ص 112.

(3) ينظر بن هني لطيفة، سلطات القاضي الإداري في ظل السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص 127.

ب- أن يكون القرار الإداري نهائياً: وفقاً لما استقر الفقه والقضاء الإداري عليه في هذا الباب، يقصد بنهائية القرار الإداري هو القرار الذي استنفذ جميع المراحل التحضيرية التي تقتضي إصداره و كان قابلاً للنفاد، أي بمعنى آخر فهو القرار الذي لا يحتاج لتصديق جهة إدارية أعلى⁽¹⁾ وقد قضت في ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنَّ "القرارات التي تصدرها مجالس التأديب العاملين بهيئة النقل العام بالقاهرة هي مجرد أعمال تحضيرية تخضع لتصديق السلطة الرئاسية، وليس لها منزلة الأحكام التأديبية التي يجوز الطعن فيها مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا، وأن القرار الإداري الصادر بالتصديق على قرار مجلس التأديب هو القرار الإداري النهائي الذي يرد عليه الطعن"⁽²⁾، وفي السياق نفسه، أشارت محكمة القضاء الإداري العراقي إلى الموقف نفسه قائلةً "قررت المحكمة رد الدعوى حيث لم يكن قراراً نهائياً وحاسماً، لكون القرارات الإدارية التي يطعن فيها أمام هذه المحكمة هي فقط قرارات نهائية حاسمة"⁽³⁾، وكذلك الهيئة العامة لمجلس شورى الإقليم بصفتها التمييزية أكدت هذه الحقيقة بالقول "لا يكون طلب الإلغاء مقبولاً، إذا لم يصدر قرار إداري نهائي من الإدارة"⁽⁴⁾.

(1) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، د1، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، 1966، ص328.

(2) نقلاً عن د. مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، ط1، دار النيبور للطباعة والنشر، العراق، 2016، ص262.

(3) القرار المرقم 11/قضاء إداري/1991، نقلاً عن صالح إبراهيم المتبوتي، شروط الطعن أمام محكمة القضاء الإداري في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1994، ص26.

(4) ورد في منطوق القرار ما يأتي "لدى التدقيق والمداولة وجد أنَّ الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية، قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على القرار المميز تبين أنَّه صحيح وموافق للقانون، حيث لم يصدر قرار إداري نهائي من المميز عليه-الإدارة العامة- إضافة لوظيفته، حتى يكون طلب

==

ت- أن ينتج القرار الإداري أثراً قانونياً معيناً: من المعلوم أنّ جميع القرارات التي تصدر من الإدارة متمثلة في إرادة صريحة أو ضمنية للإدارة، ويعني ذلك أنها مبنية على علم وإرادة من الإدارة، أي ليس عملاً إعتباطياً⁽¹⁾، بل تقصد الإدارة من وراء إصدارها لقرار إداري غاية معينة، وغاية القرار متمثلة في إحداث أثر قانوني معين، يكون ذلك إما بإحداث مركز قانوني معين لم يكن قائماً من قبل، أو بتغيير أو تعديل مركز قانوني سابق، أو إلغائه من أصله.

رابعاً/ مدة تقديم الطعن:

تقتضي الأوضاع والإستقرار القانوني أن تكون القرارات الإدارية، والدعاوى القضائية من حيث تقديمها والطعن فيها محددة بوقت معين، وذلك تأكيداً لمبدأ استقرار المعاملات الإدارية وثباتها، وعدم فسح المجال لأن تكون تلك المعاملات في حالة من عدم الإستقرار، وبالتالي فإنّ جميع القرارات الإدارية معرضة للإلغاء والبطالان من قبل القضاء، والحاصل من تحديد المدة أنها من الأمور الثابتة، والمحكمة في أوضاع القانوني للأفراد والإدارة، بحيث لايجوز التنازل عن مقتضاها أو تقصير المدة أو تطويلها، أو الإتفاق بخلافها تحت أي مسعى كان، لأن مدة الطعن تعد من النظام العام⁽²⁾، و من الضروري بيان هذا الجانب بصورة مختصرة وعلى النحو الآتي:

الإلغاء مقبولاً، وحيث أنّ قرار المحكمة الإدارية أخذ بوجهة النظر المتقدمة يكون قد التزم صحيح القانون، عليه قرر تصديقه، نقلاً عن منشورات وزارة العدل، مجلس شوري إقليم، المبادئ القانونية في قرارات وفتاوى مجلس شوري إقليم كردستان- العراق، لعام 2012، ص 167.

- (1) يراجع في ذلك د. محمد طه حسين الحسني، مبادئ وأحكام القضاء الإداري، المصدر السابق، ص 180.
- (2) وفي ذلك أشار قرار صادر من الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة العراقي إلى مبدأ قانوني في ذلك مفاده (إنّ مدد الطعن تعد من النظام العام، ويترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق من الطعن)، ينظر في ذلك القرار 167/انضباط-تمييز/2007، في 2007/12/3 نقلاً عن المنشور القانوني لوزارة العدل العراقي، قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة لعام 2007، ص 252 و 253. وكذلك للمزيد

1- بدء سريان مدة الطعن: اختلفت التشريعات بشأن ذلك نظراً للفلسفة التي تتبناها الدول، فمن تلك الدول هي جمهورية مصر، فالمشعر المصري في قانون مجلس الدولة يقول "ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن"⁽¹⁾.

أما في العراق فقد اشترط المشعر قبل تقديم الطعن إلى محكمة القضاء الإداري أن يتم التظلم منه لدى الجهة الإدارية المختصة خلال (30) يوماً من تاريخ تبليغه بالأمر أو القرار الإداري المطعون فيه أو عدّه مبلغاً، وعلى هذه الجهة أن تبت في التظلم خلال 30 يوماً من تاريخ تسجيل التظلم لديها⁽²⁾.

وفيما يتعلق بشروط تقديم الطعن إلى المحكمة الإدارية في إقليم كردستان-العراق، نجد أن قانون مجلس شوري الإقليم أيضاً نص على أنه "يشترط قبل تقديم الطعن إلى المحكمة الإدارية، أن يتظلم صاحب الشأن لدى الجهة الإدارية المختصة، والتي عليها أن تبت فيه خلال (15) يوماً من تاريخ تسجيل التظلم لديها، وللمتظلم عند رفض تظلمه أو عدم البت فيه خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة أولاً أعلاه أن يطعن لدى المحكمة الإدارية، خلال مدة (30) يوماً من تاريخ انتهاء المدة المذكورة، وإلا سقط حقه في الطعن"⁽³⁾ وفي الحقيقة فإنّ مدة الطعن القانوني

==
يراجع د. علي سعيد عمران، القضاء الإداري العراقي والمقارن، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص175.

(1) المادة 24 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972.

(2) ينظر المادة السابعة/سابعاً من قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 من قانون مجلس شوري الدولة العراقي رقم 65 لسنة 1979.

(3) المادة 17 من قانون مجلس شوري الإقليم رقم 14 لسنة 2008.

والتظلم يرتبطان بحق الأفراد في كيفية الحصول على العلم بالقرار الصادر ضدهم، وفقاً للقاعدة العامة في القرار الإداري، النافذ من تاريخ صدوره من السلطة المختصة قانوناً من بإصداره، ولكنّه لا يسري في حق المخاطبين به إلا إذا علموا به عن طريق إحدى الوسائل المقررة قانوناً، ولاشك أنّ هذا الأمر يتعلق بنوع القرار الإداري وفقاً للتفصيل أدناه:

أ- وصول العلم للأفراد بالقرار التنظيمي: مفاد هذه الطريقة إعلام الأفراد بمحتوى القرار ومغزاه، والسبيل العادل والسليم في ذلك، هو الإعتماد على طريقة نشر القرار الإداري بسبل قانونية موضوعية، لأنّ القرار التنظيمي يخاطب كل من يحمل الوصف الموضوعي الذي يحمله، ولأنّ أمر النشر ليس تكليفاً بما لا يطاق⁽¹⁾، وفي الحقيقة أنّ هذه الوسيلة هي التي يفترض فيها الظن الراجح أو الغالب، أنّ مضمون القرار قد وصل إلى المعنيين والمخاطبين بمضمون القرار، وإذا ألزم القانون طريقة خاصة للنشر، كنشره في الجريدة الرسمية، فهي التي تعتمد حقاً، أما إذا لم يلزم القانون الإدارة العامة بإعلام المخاطبين عن طريق النشر بعينه، كان للإدارة العامة، مطلق الحرية في انتهاج وسيلة ترتأها مناسبة للنشر.

ب- حصول العلم للأفراد بالقرار الفردي: لمّا كان المخاطب بالقرار الإداري الفردي شخصاً واحداً - أو مجموعة من الأشخاص محددين بذواتهم، وصفاتهم، فوصول العلم إلى الأفراد المعنيين بالقرار، سيكون عن طريق تبليغهم بمضمون القرار، بشتى وسائل التبليغ مهما كان شفهيّاً، أو تسليم القرار بعينه، أو وضع نسخة من القرار في محل سكناه الخاص⁽²⁾، أو على أية طريقة قانونية أخرى.

(1) يراجع في ذلك أستاذنا د. زانا رؤوف حمه كريم، د. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، ص 104 وما يليها.

(2) ينظر د. محمد طه الحسيني، المصدر السابق، ص 182.

2- الشروط المتعلقة برفع الدعوى: هناك الكثير من الشروط القانونية التي تتطلبها دعوى الإلغاء، ولن تقبل تلك الدعوى ما لم تكن في رافعها شروط معينة من أهمها - الأهلية والمصلحة:

أ- الأهلية القانونية: يستلزم منا في بداية القول أنّ القانون عدّ من جانبه، أهمية الأهلية ركناً من أركان إقامة الدعوى، فإذا لم يكن الطاعن أهلاً لمباشرة الدعوى بنفسه، لنقص في أهليته أو إنعدامه ذلك، تعين على القاضي رد الدعوى من أساسها، لإفتقادها ركناً من أركان إقامة الدعوى، وهو شخص المدعي الذي لا بد أن تتوفر فيه الأهلية اللازمة لممارسة الحق في إقامة الدعوى، لكي يتسنى له القيام برفع دعوى الإلغاء، فبالرجوع إلى أحكام القانون، نجد أنّه ألزم الطاعن بأن يتمتع بالأهلية الكاملة لممارسة حقه في رفع الدعوى، إذ نص القانون العراقي على أنّه " كل شخص بلغ سن الرشد، متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه، يكون كامل الأهلية"⁽¹⁾، هذا ما يتعلق بالشخص الطبيعي الذي يطعن في قرار إداري يزعم مخالفته للقانون، ولا بد للمدعي والمدعى عليه أن تتوفر فيهما أهلية التقاضي وهي أهلية الأداء، وذلك وفقاً لما تم النص عليه في القانون العراقي الذي جاء فيه " يشترط أن يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى، وإلاّ وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق"⁽²⁾.

وانسياقاً وراء الفكرة نفسها، فإذا كان الطاعن شخصاً من أشخاص القانون الخاص غير الطبيعية، فليس بإمكانه مباشرة حق التقاضي ما لم يكن متمتعاً

(1) ينظر المادة 46 من قانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951.

(2) ينظر المادة 3 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 وتعديلاته.

بالشخصية المعنوية⁽¹⁾، وإذا كان الطاعن عبارة عن شخص معنوي ينوب عنه شخص طبيعي وفقاً للإختصاص الذي يملكه، لأنه في الإفتراض الذي يكون الطاعن شخصاً معنوياً ينصرف مفهوم الأهلية إلى مفهوم الإختصاص⁽²⁾، لأنّه في حالة رفع دعوى تجاوز السلطة الشخص المعنوي الذي يتبع له المرفق العام صاحب المصلحة، وبطبيعة الحال تقوم القوانين والأنظمة أو تعليمات السلطة المختصة التي يكون لها حق التقاضي باسم الجهة الإدارية.

ب- المصلحة: من المستقر فقهاً وقانوناً أنّ المصلحة مناط الدعوى، إذ لا دعوى بلا مصلحة، وقد أشار إلى هذه الحقيقة قانون المرافعات المدنية العراقية بالقول "يشترط في الدعوى أن يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن"⁽³⁾ يظهر من النص جلياً أن تكون هناك مصلحة قانونية ومعلومة لايعتبرها جهالة سواء كانت

(1) يعرف الشخص المعنوي بأنه عبارة عن اختزال أو تجميع بعض الأشخاص الطبيعيين أو الأموال بعضهم مع البعض، لتحقيق غرض معين، أو يقصد بالشخص المعنوي بأنه مجموعة من الأموال أو الأشخاص اعترف لها القانون بالشخصية القانونية، أي بأهلية اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وينظر إلى هذه المجموعة بشكل مجرد عن الأشخاص الطبيعيين أو العناصر المكونة لها. وقد سعي صاحب مثل هذه الشخصية بالشخص المعنوي تمييزاً له عن الشخص الطبيعي (الإنسان)، ومن أهم النتائج التي تترتب على منح تلك الشخصية المعنوية ما يأتي:

1-تمتعها بجميع الحقوق في حدود القانون إلا ما كان لصيقاً بالإنسان 2- أن تكون لها ذمة مالية مستقلة 3- تتمتع بأهلية الأداء ولها أهلية التعاقد وقبول الهبات والوصيات في حدود القانون 4- للشخص المعنوي حق المخاصمة-التقاضي- أمام القضاء مدعياً أو مدعى عليه، ولها غير ذلك من النتائج، للمزيد ينظر د. زانا رؤوف حمة كريم ود. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، ص64.

(2) ينظر د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص271.

(3) ينظر المادة 6 من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم83 لسنة 1969 المعدل.

فاحشة أم غير فاحشة، وكذلك تكون ممكنة أي لم تندرج تحت مسمى الإستحالة المطلقة أو النسبية، فدعوى الإلغاء في هذا الجانب تختلف مع غيرها من الدعاوى المدنية، وحتى الدعاوى الإدارية الأخرى كدعوى التعويض، وفقاً للقاعدة العامة في هذا المجال أن تعتمد المصلحة على حق اعتدي عليه، أو أنه مهدد بالإعتداء عليه⁽¹⁾، بينما نرى في دعوى الإلغاء لا يشترط في ذلك أن تكون المصلحة مستندة إلى اعتداء القرار الإداري غير المشروع على حق شخصي، بل يكفي لتوافر شرط المصلحة أن يكون المدعي في حالة قانونية خاصة، من شأنها أن يؤثر القرار فيه تأثيراً مباشراً، عوداً إلى صلب الموضوع، نعرف المصلحة أنّها الفائدة المتوخاة التي يسعى الطاعن إلى تطبيقها في الدعوى التي يقيمها، وتتمثل إمّا في حماية حقه أو حصوله على التعويض المادي أو الأدبي، إذا توافرت أسبابه القانونية، "وقد تكون المصلحة هي الحاجة إلى حماية القانون أو الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من خلال الحكم ببطلان القرار"⁽²⁾، وفي مجال الترافع أمام القضاء يجب التنويه إلى أنّ الدفع بإنعدام أو إفتقار المصلحة في الدعوى، يجوز إبدائه في كل حالة عليها الدعوى منذ إبداء الدعوى أو من خلال الدعوى، وذلك لكون المصلحة ليست بالضرورة في دعوى الإلغاء أن تبلغ مرتبة الحق، بل يكفي أن تكون هناك مصلحة أعتدي عليها فعلاً، أو مهددة بالإعتداء عليها⁽³⁾

3- خصائص المصلحة في دعوى الإلغاء: تحوم حول المصلحة، مجموعة من الخصائص، ونلخصها في الآتي:

(1) يراجع شريف يوسف خاطر، المصدر السابق، ص 139.

(2) نقلاً عن مازن ليلوراضي، المصدر السابق، ص 371.

(3) ينظر نواف كنعان، القضاء الإداري، ط 1، الإصدار الثالث، دار الثقافة، عمان، ص 198.

أ- يجب أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة: فالمصلحة الشخصية سند قبول دعوى الإلغاء وهي غايتها، يشترط لقبول تلك الدعوى أن تكون هناك مصلحة شخصية ومباشرة لرافعها، بحيث توجد علاقة متينة بين المركز القانوني للطاعن والقرار المطعون فيه، والصفة الشخصية في القرار الإداري، أي أن تكون هناك مصلحة أو صلة شخصية للمدعي بالقرار المطعون فيه، والضرر الذي تسببه، وبمعنى آخر أن يكون الطاعن في حالة قانونية يؤثر فيها تأثيراً مباشراً.

و انسياقاً وراء الفكرة أيضاً، يجوز وفقاً للقاعدة العامة أن تتحد المصلحة لدى مجموعة من الأفراد وتعدّ أيضاً مصلحة شخصية في الوقت ذاته، مبرراً قانونياً ومسوغاً منطقياً لقبول دعوى الإلغاء، والمثال البارز لهذه الحالة هي أن تجمع ثلة من الأشخاص لرفع الدعوى، لإلغاء مصلحة لمجموعة من المنتفعين بمرفق من المرافق العامة تقرر إلغاؤه⁽¹⁾، فهنا يمكن أن تكتفي بدعوى واحدة لإعادة المصلحة لجميع من أثر القرار في مراكزهم القانونية، أو مسّ بمصالحهم الشخصية.

إذ أكدت محاكم القضاء الإداري في كثير من أحكامها هذه الحقيقة، حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصري في أحد أحكامها " يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن تكون لرافعها مصلحة شخصية ومباشرة"⁽²⁾.

ب- أن تتسم المصلحة بأنها محققة أو محتملة- في بعض الأحيان: وفقاً للسياق القانوني والمنطقي، يحدث القرار المطعون فيه تهديداً فعلياً على مصلحة قانونية بطبيعة الحال، أو مركزاً قانونياً محققاً للمدعي، وذلك لأنّ

(1) يراجع د. مازن ليلو راضي، د. زانا رؤوف حمة كريمة ود. دانا عبدالكريم سعيد، القضاء الإداري، ط1، مكتبة يادكار، السليمانية، 2020، ص180.

(2) يراجع المحكمة الإدارية العليا، 12 يناير 2002، الطعن رقم 3069 سنة قضائية 45، ص31.

فاقد المصلحة لا يمكنه الإدعاء بشيء لم يكن له وجود قانوني، أي لم يحدث أثراً قانونياً ضاراً بمصلحة شخص ما، "وقد تكون تلك المصلحة حالاً أي وقعت فعلاً وذلك بأن يؤثر القرار المطعون فيه على المركز القانوني للطاعن، وقد تكون المصلحة مستقبلية بأن تهديد القرار المطعون فيه للمركز القانوني للطاعن سوف يقع مستقبلاً"⁽¹⁾

حري بالإشارة إلى أنّ المصلحة المحتملة أيضاً تكفي إن كان هناك ما يدعو إلى تخوف من ضياع حق، أو لإستيثاق حق يخشى زوال دليله، وهذا يعدّ استثناءً على الأصل العام الذي لا يسمح برفع الدعوى من الطاعن إلاّ بناءً على مصلحة مؤكدة ومحققة، وإذ في بعض الأحيان وبناءً على مقتضيات المصلحة العامة أو الخاصة، أو درءاً لضرر قد يقع على مركز قانوني لشخص ما، أو مجموعة من الأشخاص، فقد تمّ تدارك الأمر وتدخل القانون من جانبه، وذلك مُقراً بالمصلحة المحتملة كشرط من شروط إقامة دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، إذ نص القانون على أنّه "فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن"⁽²⁾.

ج- المصلحة المادية أو المصلحة الأدبية: وقد تكون تلك المصلحة التي يستند إليها الطاعن مصلحة مادية، وهي التي تكون مبنية على أمر محسوس كإغلاق محل تجاري، أو عدم منحه رخصة مزاولة مهنة معينة، وتتمثل المصلحة الأدبية في قرارات تتعلق بسمعة الموظف العام هذا من جهة، ومن

(1) نقلاً عن د. شريف يوسف خاطر، المصدر السابق، ص145.

(2) يراجع المادة السابعة/رابعاً من قانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل بقانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم 17 لسنة 2013، وتجدر بالإشارة إلى أن تسمية المجلس تغير إلى مجلس الدولة العراقي وفقاً لقانون مجلس الدولة رقم 71 لسنة 2017.

جهة أخرى القرارات التي لها علاقة باعتبارات معنوية للمواطنين كغلق أماكن خاصة للعبادة، أو منع ممارسة الشعائر الدينية.

رابعاً/ الإجراءات القانونية لرفع دعوى الإلغاء:

وفقاً للقاعدة العامة في نطاق القانون، لا يصل المدعي إلى مبتغاه ومراده إلاً من خلال اتباعه مجموعة من الإجراءات القانونية، بدءاً بشروع القاضي إلى فحص عريضة الدعوى شكلاً، ثم مضمون الدعوى، ولاشك في إختلاف الإجراءات القانونية من دولة إلى أخرى، ومن ناحية إنشاء القواعد العامة الإجرائية لرفع الدعوى في فرنسا على سبيل المثال، قد بدأت بسلسلة من الإجراءات القانونية، كانت في بداية الأمر يتم تقديمها أمام المحاكم المدنية، وبعدها بدأت بالظهور تبعاً، مبادئ عامة ونصوص تشريعية خاصة بالإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري⁽¹⁾ ولم ينظر القضاء المدني بعد ذلك إلى الدعاوى الإدارية بناءً على تحول النظام القضائي الفرنسي، من نظام القضاء الموحد إلى النظام القضائي المزدوج، وفي العراق واقليم كردستان أيضاً تقدم الدعوى من خلال تقديم عريضة الدعوى، كاملة المواصفات والشروط والضوابط القانونية إلى القضاء الإداري⁽²⁾، لكون ذلك القضاء مختصاً

(1) يراجع د. فاروق أحمد خماس، محكمة القضاء الإداري في ضوء قانون رقم 106 لسنة 1989، مجلة العلوم القانونية، المجلد 9، العدد 1-2، 1990، ص 233.

(2) جدير بالإشارة والملاحظة أن المشرع العراقي والكوردستاني، لم ينصا لا في قانون مجلس شورى الدولة العراقي سابقاً، ولا في قانون مجلس الدولة رقم 71 لسنة 2017، وكذلك لم نجد في قانون مجلس شورى الإقليم رقم 14 لسنة 2008 على بيان الإجراءات الخاصة لرفع دعوى الإلغاء، وهذا أمر يفيد نتيجة حتمية واحدة وهي التشابه التام بين إجراءات رفع دعوى الإلغاء مع الدعاوى الأخرى، إلا في حالة وجود خصوصية معينة لكلتا الدعويين، وذلك تطبيقاً لدلالة الفقرة 11 من المادة 7 من قانون مجلس شورى الدولة العراقي المعدل بقانون رقم 17 لسنة 2013، حيث يلزم القاضي بالرجوع واتباع الإجراءات المنصوصة في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل، وقانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979، وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971، وقانون الرسوم

دون غيره بنظر تلك الدعوى، ونتطرق مجملاً إلى خطوات تلك الإجراءات تبعاً وعلى الوجه الآتي:

أ- تحديد الجهة المدعى عليها: بما أن دعوى الإلغاء دعوى عينية أو موضوعية يختصم فيها القرار الإداري ذاته، فإنها مع ذلك توجه إلى الجهة التي أصدرت القرار المعيب⁽¹⁾، حيث أن مصدر القرار يعدّ خصماً في تلك الدعوى، لأنّه تكون مسؤولة قانوناً عن القرار الذي أصدره، وبالتالي له شرط الصفة والإختصاص في الدفاع عن الطعون التي تقدم ضد القرار، ومع ذلك فله أن يسحب قراره وفق القانون، أو يقوم بتعديله أو إلغاء قراره، لذلك فإنّه يوجه بالإختصاص نحوها، وفي الغالب الأعم أن الجهة التي أصدرت القرار هي الشخصية المعنوية العامة كالدوائر والمؤسسات والمرافق العامة، ففي هذا الحال ترفع الدعوى ضد ممثل هذا الشخص المعنوي إضافة إلى وظيفته وليس إلى شخصه الذاتي، لأنّ دعوى الإلغاء دعوى موضوعية وليست شخصية كما أسلفنا.

ب- عريضة الدعوى: يجب أن لايفوتنا القول، بأنّ المشرع العراقي لم يخصص لدعاوى إدارية خصوصية تذكر من الناحية الشكلية، بل يكون الإعتماد كلياً على قانون المرافعات المدنية العراقي، الذي حدد البيانات التي يجب أن تراعى في عريضة الدعوى، ، وقد أورد في طيات المادة 46 من القانون نفسه، مجموعة من البيانات الإلزامية التي على المدعي مراعاتها في حالة إقامته للدعوى، وفي حال وجود غموض أو نقص في أحد أو جميع البيانات عليه أن يكمل هذا النقص خلال مدة معقولة أو مناسبة، وبخلافه سيتصدى القاضي إلى إبطال الدعوى

==

العدلية رقم 114 لسنة 1981 في شأن الإجراءات التي تتبعها المحكمة الإدارية العليا، ومحكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين فيما لم يرد نص خاص في القانونين.

(1) ينظر د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص 341.

من أساسها، لأنّ مغزى الدعوى تحدد بعريضةها ولايجوز أن تتعدى حدود مضمون العريضة، وقد تطرقت إلى هذا المبدأ الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي سابقاً-مجلس الدولة حالياً- في أحد قراراتها⁽¹⁾، وقد حددت تلك البيانات وفقاً للآتي:

اسم المحكمة التي تقام الدعوى أمامها، وتاريخ تقديم العريضة، اسم المدعي أو الطاعن وصفته ومحل اقامته سواء أكان الطاعن فرداً أم شخصاً من أشخاص القانون الخاص أو العام، واسم المستدعي ضده وهو الجهة الإدارية التي يوجه إليها الطعن وصفتها وعنوانها ليتم إعلانها بالعريضة ومرفقاتها، وموضوع الطلب وبيانات المستندات الخطية، التي يستند إليها المستدعي في إثبات دعواه وقائمة بأسماء الشهود الذين يعتمد على شهادتهم في ذلك الإثبات، وكذلك صورة من القرار المطعون فيه أو ملخص واف له، إذا كان قد تم تبليغه للمدعي لكي يكون طلب الإلغاء واضحاً، وفي المجال نفسه، صورة من التظلم المقدم وتاريخ تقديمه إلى الإدارة وإجابتها عليه، ويجب أن تختتم العريضة بتوقيع المدعي أو وكيله إذا كان الوكيل مفوضاً، بوكالة مصدقة عليه من جهة مختصة⁽²⁾.

ج- اشتراط الإستعانة بمحام: لم تشترط في الغالب الأعم القوانين بصورة عامة، تقديم الدعوى عن طريق محام، كما كانت عليه الحال في فرنسا، ولم يساير المشرع المصري⁽³⁾ ولا العراقي نهج المشرع الفرنسي في الإستعانة بمحام⁽¹⁾، ومن

(1) حيث ورد في قرار الهيئة العامة المرقم 158/انضباط-تميز/ 2007 في 2007/12/3 أنّ القرار الصادر من مجلس الإنضباط العام تجاوز حدود العريضة المقدمة من المدعي وعليه رد القرار الهيئة العامة واستندت على أهم سبب لذلك، ألا وهو أنّ الدعوى تحدد بعريضةها، وعلى المحكمة التقيد بطلبات المدعي الواردة في عريضة الدعوى عملاً بمنطوق المادة 45 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969.

(2) المادة 46 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.

(3) جدير بالإشارة أن موقف المشرع المصري سابقاً كان يستلزم توقيع المحامي عليه، وذلك بدلالة المادة

جانبنا نرى أنّ موقف المشرع العراقي والمصري في ذلك شديد، لكون اشتراط المحامي في تلك الدعوى يعد حالة غير مبررة قانوناً، لأنّ الأصل في أحكام المرافعة في جميع الدعاوى دون غيرها، أن يدافع الشخص عن نفسه بنفسه، وكذلك حتى لا تكون الإستعانة بمحام عبئاً مادياً ثقیلاً على المدعي، ولأنّ هذا سيؤدي إلى نفران المدعي من إقامة الدعوى، وسيفضي أيضاً إلى إضاعة الحق وعدم إقامة الدعوى أصلاً من قبل المدعي وذلك لإفتقاره أجور وأتعاب المحاماة، وفي موضوع ذي صلة، فإنّ حالة انتداب المحامي في هذه الدعاوى على نفقة الدولة نجدها أمراً صعباً، لكون الدولة هي التي تتخاصم أصلاً في هذه الدعوى، فكيف يتوقع أن تحفز الإدارة المواطنين على مخصصتها، وبالتالي تنأى الإدارة العامة بنفسها عن أن تدفع الأجور أو تساعد الناس على إختصاصها، وهذا أمر مستبعد عقلاً و منطقاً.

د- دفع الرسوم القضائية: من الناحية الشكلية تتطلب إقامة الدعوى أيضاً، أن يدفع المدعي الرسوم القضائية المنصوصة عليها في قانون الرسوم العدلية، كما أنّ دفع الرسوم القانونية يعد تاريخاً ثابتاً، يبين وقت استخدام صاحب المصلحة حقه في الطعن⁽²⁾ وتعدّ الدعوى مقامة من تاريخ دفع الرسوم

==

25 من قانون مجلس الدولة على ضرورة توقيع محام على عريضة الدعوى، وعدّ القضاء المصري هذا الأمر جوهرياً، ويترتب على إهمال ذلك بطلان عريضة الدعوى، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأنّ "التقاضي أمام مجلس الدولة يحتاج إلى خبرة وكفاية من درجة معينة، لا تتوفر إلا في طائفتي المحامين اللتين أشارت إليهما المادة الثالثة عشرة من قانون مجلس الدولة، حتى لا تكون القرارات الإدارية والتصرفات الحكومية محل اتهام وتأييم بغير مبرر، إذا ما ترك الأمر بغير ضابط" وهذا الواقع كان سارياً عليه مجلس الدولة المصري، ثم بعد ذلك وفي فترات زمنية متلاحقة غير القضاء الإداري المصري مساره نحو تطبيق عدم إلزامية توقيع المحامي على عريضة الدعوى، يراجع حكم محكمة القضاء الإداري 6 يناير 1955، نقلاً عن شريف الطباخ، المصدر السابق، ص 229.

(1) ينظر في ذلك د. سليمان الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، 1970، ص 560.

(2) فقد ذهبت الهيئة العامة لمجلس شورى الإقليم في قراره المرقم 12 في 10-1-2011 إلى تصديق ما تم

==

القضائية، أو صدور قرار من القاضي بإعفاء من تلك الرسوم⁽¹⁾، فلا تعد دعوى الإلغاء قائمة بمجرد إيداع عريضتها، ويدفع الرسم بعد أن يتم تأشير عريضة الدعوى من قبل القاضي المختص، ويجب أن يستوفي الرسم كاملاً قبل النظر بالدعوى⁽²⁾، وللمحكمة المختصة أن تقرر تأجيل استيفاء الرسم لقيمة الدعوى أو الطعن في حالة المعونة القضائية، ويكون قرارها باتاً⁽³⁾.

الفرع الثاني

تطبيق الرقابة القضائية في نطاق دعوى التعويض الإداري

من خلال هذا الفرع سنوضح تطبيق الرقابة القضائية في نطاق دعوى التعويض المقامة أمام القضاء الإداري، وسنسلط الضوء على تفاصيل تلك الدعوى، كالآتي:

أولاً/ تعريف دعوى التعويض الإداري:

هي عبارة عن دعوى شخصية متعلقة يرفعها المضرور إلى القضاء، مطالباً تضمين ما أصابه من ضرر، سواء أكان الضرر مادياً أم معنوياً، نتيجة تصرف الإدارة غير المشروع، تندرج تلك الدعوى ضمن الدعاوى الشخصية التي تصنف

==

عرضه أعلاه، إلى أنّه " وجد أن المميز قدم الطعن التمييزي دون أن يدفع الرسم عنه، وبما أن دفع الرسم يعد مُبدئاً للطعن كما تقضي بذلك أحكام البند ثانياً من قانون المرافعات المدنية المعدل، لذا يعد الطعن التمييزي غير قائم، وعليه قرر رده شكلاً"، وفي قرار آخر ولأهمية تاريخ دفع الرسم قضت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي في أحد قراراتها، بأنّ تاريخ الرسم يعدّ مبدئاً لدعوى التمييز استناداً إلى المادة 207 الفقرة 4 من قانون المرافعات المدنية، لمزيد من التفصيل راجع د. مازن ليلو راضي، موسوعة القضاء الإداري، المصدر السابق، ص 288.

(1) ينظر الفقرة 2 من المادة 48 من قانون المرافعات العراقي المعدل رقم 83 لسنة 1969.

(2) ينظر المادة 11 و12 من قانون المرافعات أعلاه.

(3) ينظر المادة 32 ثانياً من قانون الرسوم العدلية العراقي رقم 114 لسنة 1988.

ضمن الأضرار التي تصيب الفرد شخصياً، سواء في ذلك كون الضرر مادياً أم معنوياً، وقد يكون التعويض عينياً أو تعويضاً بمقابل، مع أنّ النوع الأول من الصعب تحقيقه إلى حد كبير، لكون التعويض العيني أمر تعثره الصعوبة التامة، لتعلقه بمسألة إعادة الحال إلى ما كانت عليه سابقاً، كهدم بناء بقرار إداري، والتعويض العيني هنا أن يبني البناء بالصورة والکیفیه التي كانت عليه سابقاً، فهذا أمر صعب خاصة في الأبنية التراثية التي لها ميزة خاصة، ولعل هناك سبباً آخر لذلك هو أنّ التعويض العيني ولو كان ذلك ممكناً، إلاّ أنّه سيتم على المصلحة العامة⁽¹⁾، وبالتالي فإنّ هذا الأمر سيؤدي بحد ذاته، إلى تغليب المنفعة الخاصة على المنفعة العامة، وهذا الوضع يؤدي بدوره إلى انجرار الإدارة العامة، نحو ما يسمّى الفساد في المال العام.

بالعودة إلى الموضوع نفسه، فقد عرفت أيضاً بأنّها" الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص إلى القضاء لتضمين ما أصابه من ضرر جراء تصرف الإدارة"⁽²⁾ حيث يفهم من ذلك أنّ المدعي، في تلك الدعوى شخص يدعي تعرضه لضرر قد وقع من جراء تصرف الإدارة بصورة عامة، وفي ذلك وفقاً لما تمت الإشارة إليه، أنّ تصرف الإدارة مشروعة أو غير مشروعة، لأنّ مناط الدعوى عبارة عن وقوع الضرر دون النظر والإعتماد على أنّ هذا الضرر ناتج عن عمل الإدارة المشروعة، أو غير المشروعة، مادام هناك ضرر لحق بالغير، أو بفرد من أفراد المجتمع.

استكمالاً للفكرة ذاتها، يجدر بالإشارة أنّ هذه الدعوى تتعلق بحماية المراكز الموضوعية والشخصية للأفراد على حد سواء، وتصون من جانبها مركز الشخص

(1) ينظر شريف أحمد الطباخ، القضاء الإداري-القضاء التعويضي- المصدر السابق، ص11.

(2) ينظر شريف احمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء واحكام المحكمة الإدارية، ط1، دار الفكر الجامعي، ص5.

المضرور من القرار الإداري، وقد تتمثل بدعوى قضائية، ترفع لجبر الضرر أو الأذى الذي يحدث نتيجة الخطأ من جهة الإدارة العامة⁽¹⁾ لكون الإدارة في هذه الدعوى أمام إختصاص من قبل الأفراد، ويسمى ذلك أيضاً بدعوى المسؤولية الإدارية، لأنَّ الأفراد بإمكانهم رفع الدعاوى ضد الإدارة العامة حيال تصرفاتها وأعمالها الضارة، ويتجسد مضمونها في استلام التعويض من الإدارة العامة عن الأضرار التي لحقت بهم بسبب تيسير المرافق العامة، أو إصابتهم بفعل العاملين المدنيين الذين يعملون في تلك المرافق العامة، أو يكون الإعتماد في ذلك على عقد قد تم بين الأفراد وبين الإدارة، وقد اشتهرت هذه الدعوى بدعوى القضاء الكامل أو الشامل، لكون ذلك القضاء لم يحصر سلطاته في إلغاء القرار الإداري فحسب، بل يتعدى الأمر إلى تعديل القرار الإداري في جزء منه، وذلك لإتساع صلاحياته في نظر تلك الدعوى، وعلى سبيل المثال تعديل مقدار الضريبة المفروضة من قبل الإدارة، وقد ينصب على حق شخصي لرافع الدعوى، ثمَّ طرح بيان الحل السليم للمنازعة الإدارية بين الطرفين.

ثانياً/ الطبيعة القانونية لدعوى التعويض:

لدعوى القضاء الكامل أو دعوى التعويض، حيِّز كبير في الحياة القانونية والإدارية على نحو سواء، ولهذه الدعوى طبيعة خاصة بها شأنها شأن الدعاوى ذات العلاقة بها، وسنفضل من جانبنا أن نبرز الطبيعة القانونية لهذه الدعوى من خلال توضيح مجمل ما تتضمنه هذه الدعوى من جهة، وبيان وجه التمييز بينها وبين دعوى الإلغاء من جهة أخرى، لذلك نفضل تطبيق هذه الطريقة، وعليه سنوضحها على النحو الآتي:

(1) نقلاً عن د. مازن ليلو راضي، ود. زانا رؤوف حمدة كريم، المصدر السابق، ص 248.

1- تعدّ هذه الدعوى جزءاً تكميلياً لدعوى الإلغاء، لأنّ صاحب الحق لم يصل إلى مبتغاه بصورة كاملة وشاملة عن طريق دعوى الإلغاء فحسب، بل يحتاج إلى المزيد من الحماية القانونية لدفع الضرر الواقع عليه⁽¹⁾، وكذلك إعادة الحال إلى ما كانت عليه سابقاً عن طريق التعويض المناسب للضرر، فبرفع دعوى التعويض يضمن في المقام الأول، أنّ الشخص المضرور يتمتع بمجالات قانونية واسعة لحماية مركزه القانوني، وجبران الضرر الذي لحق به من خلالها، لأنّ ذلك لم يكتف بإعدام القرار الإداري المعيب، بل يصلح المخالفات القانونية التي أحدثتها الإدارة بإصدارها هذا القرار، وعليه نرى، أنّ هذه الدعوى تحقق العدالة في الوصول إلى ضمان حق المضرور ضماناً وافياً، ويناسب المساواة القانونية بين الخطأ الصادر من الإدارة الذي تسبب الضرر، وبين التعويض الذي يتقاضاه المضرور في حالة إثبات ذلك الضرر في أكثر الأحيان.

2- في دعوى التعويض يقوم القضاء ببسط رقابته على الأعمال والتصرفات المادية التي أصدرتها الإدارة العامة، ونتج عنها إلحاق الضرر بالغير، وفي حالة ما نلاحظ دعوى الإلغاء فإنّنا نجد أنّ دور رقابة القضاء الإداري يقتصر على فحص ورقابة المشروعية والملاءمة والتناسب على القرارات الصادرة من الإدارة العامة دون المراقبة على أعمالها المادية..

3- بالنظر لدعوى التعويض يتبين أنّها تخصم قراراً إدارياً نهائياً، أو تكون نتيجة واقعية ضارة نتجت عن تنفيذ عقد إداري، أو تكون بسبب عمل مادي أتته الإدارة بفعلها، ويعني ذلك إنّ لهذه الدعوى مساحة واسعة ونطاقاً شاملاً من بين باقي الدعاوى الإدارية بأسرها.

(1) ينظر نداء محمد أمين، مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2010، ص14.

4- تمتاز دعوى التعويض أيضاً بطبيعة خاصة، هي أنّها من الممكن قانوناً، أن ترفع الدعوى بصورة تبعية مع دعوى الإلغاء كنتيجة تبعية لها، أو تكون على وجه الإنفراد أو الإستقلال⁽¹⁾، وعليه نجد ذلك من الطبيعي جداً، أنّه سيفلح باب الطعن بالإلغاء تارة، ويبقى باب التعويض مفتوحاً تارة أخرى، وذلك في الحالات الآتية:

أ- إنقضاء ميعاد رفع دعوى الإلغاء سيؤدي بالنتيجة إلى إمكانية رفع دعوى التعويض من قبل المضرور، وذلك لجبران الضرر الواقع عليه بسبب تصرف الإدارة.

ب- والحالة الأخرى، هي أن نكون أمام صدور قرار إداري معيب أصلاً وتم تنفيذه، وقد أنتج ضرراً من جراء تطبيقه، فمن هذا الموقف لا يمكن لإلغاء هذا القرار أن يجدي نفعاً، لأنّه دخل حيز النفاذ وأنتج ضرراً في الوقت ذاته، ويعني ذلك أنّه ليس بإمكان المتضرر سوى إقامة دعوى التعويض فقط، كالقرارات التي يحدث من تطبيقها أثر فوري مباشر، كهدم منزل أثري بقرار إداري معيب، وتم هدمه فعلاً، أو قرار صادر من الإدارة بحرمان صاحب المحل في موسم يشتهر بجني الربح المادي من خلال مشاركته في مهرجان معين، وبعد إنتهاء المهرجان تبين أنّ الإدارة كانت على غير حق من هذا

(1) نظراً لموقف قانون مجلس شوري الإقليم رقم 14 لسنة 2008، الذي استحدث في خطوة تعد استباقية من نوعها، بالنظر إلى موقف المشرع العراقي، ألا وهو منح اختصاص النظر في طلبات التعويض عن الأضرار الناجمة من القرارات الإدارية إلى المحاكم الإدارية، حيث للمضرور أن يقدم دعوى التعويض أصالة إلى المحكمة الإدارية على وجه الإنفراد والإستقلال عن دعوى الإلغاء، وهذا بخلاف ماكان عليه قانون مجلس الدولة العراقي من أنّه جعل دعوى التعويض تابعاً لدعوى الإلغاء، وبمعنى آخر لايسمح للمضرور أن يقدم دعوى التعويض أمام القضاء بصورة مستقلة عن دعوى الإلغاء، وهذا يحد ذاته نجده أمراً يستحق المراجعة من خلال تعديل القانون وإعطاء هذه الفرصة للمضرور، لمزيد من التفصيل بهذا الشأن، يراجع د. مازن ليلو راضي ود. زانا رؤوف ود. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، ص137.

التصرف، ما سبب ذلك الحاق الضرر بصاحب المحل، وعليه فإنّ للمضرور إقامة دعوى التعويض فحسب.

ثالثاً/ خصائص دعوى التعويض:

يبرز نطاق الرقابة القضائية على أعمال وتصرفات الإدارة في نطاق دعوى التعويض بشكل واضح، من خلال بيان خصائص تلك الدعوى لكونها تمتاز بجملة من الخصال نبيها في الآتي:

1- دعوى التعويض إدارية: تعرف الدعوى قانوناً بأنّها " طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء"⁽¹⁾، فإنّ هذه الدعوى هي التي تقام أمام محكمة مختصة، وبالرجوع إلى أحكام هذه الدعوى نجد أنّ الدعاوى الإدارية بأسرها، ليست لها جذور تاريخية عميقة، مقارنةً بالدعاوى المدنية التي ترتبط بالحقوق اللصيقة بالإنسان منذ الأزل، أما الدعاوى الإدارية فقد ظهرت في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين⁽²⁾، وفي السياق نفسه، ظهر لنا مفهوم الدعوى قانوناً كما أشرنا إلى ذلك، ومن الضروري أيضاً أن نبين مفهوم الدعوى الإدارية، فبالعودة إلى آراء الفقهاء والمختصين نرى إختلافاً بيناً، بشأن تعريفهم للدعوى الإدارية فمنهم من يرى بأنّها "تلك الدعوى التي ينظر فيها القاضي الإداري"⁽³⁾. وعلى أية أحوال، يمكن أن نعرف الدعوى الإدارية بأنّها " طلب شخص حقه من

(1) ينظر المادة 2 من قانون المرافعات المدنية العراقي، رقم 83 لسنة 1969 وتعديلاته.

(2) للتفصيل يراجع د. مازن ليلو راضي، موسوعة القضاء الإداري، المجلد الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2016، ص448، وأيضاً أ.د. مازن ليلو راضي ود. زانا رؤوف حمة كريمة، د. دانا عبدالكريم سعيد، مصدر سابق، ص250.

(3) هذا التعريف الذي ساقه الفقيه الفرنسي لافيرير، ينظر في ذلك د. مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، ط2، القاهرة، 1977، ص18.

آخر أمام القضاء الإداري لتضمين ما أصابه من ضرر ناتج عن تصرف الإدارة"،
وهذا نجزم القول بأن القضاء الإداري هو المختص بالنظر والفصل في الدعاوى
الإدارية من حيث الإختصاص الولائي أو الوظيفي⁽¹⁾ أو الإختصاص النوعي.

2- دعوى التعويض دعوى شخصية-ذاتية-: تتسم هذه الدعوى بأنها شخصية،
أي تمس مركزاً شخصياً للمضرور، ولا تعود بطبيعة الحال إلى استهداف الشخص
من قبل القانون، الذي أستاذت إليه الإدارة العامة لإتخاذ قرارها، بل يعود ذلك
الأمر إلى تصرف أو عمل الإدارة الذي سبب بإلحاق ضرر بالشخص، وتصب نتيجة
الدعوى في مصلحته شخصياً، حال قدرته على إثبات إدعائه بالضرر أمام القضاء،
ولاتكون الدعوى لمصلحة الجماعة، حيث إنَّ حجية القرار القضائي في حكمه
بالتعويض يطبق سريانها على الشخص طالب التعويض أو المتضرر وليس أكثر من
ذلك، وهذه تعد من أبرز نقاط الإختلاف بينها وبين دعوى الإلغاء، ونبذة القول في
ذلك، تتجسد في أن ذلك يختلف تبعاً لطبيعة وجوهر النزاع المعروض على
القضاء، فإذا كان يمس مركزاً قانونياً عاماً، فإنَّ الخصومة في هذا الجانب تصبح
ذات طبيعة عينية، ومن ثم تعمل على قيام الدعاوى الموضوعية، أما إذا تعلق
النزاع بحق ذاتي أو شخصي كانت الخصومة ذات طبيعة شخصية أو ذاتية، وأدت
بالتالي إلى قيام الدعاوى الشخصية⁽²⁾، ولهذا يكون هناك طرف المدعى عليه

(1) يعني ذلك الإختصاص أنه نصيب جهة قضائية من ولاية القضاء وقواعده تحدد جهة القضاء
الواجب رفع النزاع أمامها، وتحديد جهة القضاء الإداري والمسائل التي تدخل في ولايتها من النظام
العام، للمزيد ينظر شريف الطباخ، المصدر السابق، ص 57.

(2) نقلاً عن د. رمضان محمد البطيخ، مفهوم دعوى التعويض والعلاقة بينهما وبين دعوى الإلغاء، مقالة
قانونية منشورة على موقع جامعة ملك السعود، وعلى هذا الرابط

<https://faculty.ksu.edu.sa/ar/hidaithy/page/20159>,

تاريخ الزيارة 28-6-2022 الساعة 11 ليلاً.

بالمعنى الدقيق في الدعوى بخلاف ما كانت عليه الدعوى الإلغاء التي لم يوجد بالمعنى الدقيق تماما المدعى عليه فيها.

3- دعوى القضاء الكامل: تتسع صلاحيات القاضي الإداري في نطاق دعوى التعويض بخلاف دعوى الإلغاء، لأنَّ الأخيرة تنحصر في إلغاء القرار الصادر من الإدارة العامة، وللقضاء في هذا الجانب مطلق الصلاحية في نظر الدعوى وحسمها⁽¹⁾، وذلك بترتيب جميع النتائج القانونية التي تتعلق بالحقوق الشخصية على النزاع⁽²⁾، لأنَّ مضمون الدعوى يتيح للقاضي الإداري كافة الصلاحيات التي تضمن حق الشخص في التعويض وغيره، وليس له صلاحية فحص المشروعية من حيث توفرها أو عدم توفرها، بل يكون الأمر أوسع من هذا بكثير، فإنَّ سلطة القاضي الإداري تشمل تعديل القرار الإداري والحكم على الإدارة العامة بالتعويض العادل في مقابل ما وقع على حقوق الطاعن الشخصية من أضرار، أو قيامه بتحديد المركز القانوني للطاعن وحقوقه في مواجهة الإدارة⁽³⁾، وفي معرض الكلام عن هذا الموضوع أيضاً، نرى أنَّه من الضروري، أن نشير إلى حقيقة مفادها أنَّ إطلاق تسمية القضاء الكامل لقضاء التعويض ليس بمعنى أنَّه مكمل لدعوى الإلغاء⁽⁴⁾، بل لأنَّ له صلاحية واسعة لحسم النزاع المعروض وبالكيفية التي أشير إليها فيما سبق.

(1) ينظر فارة سماح، سلطة القاضي الإداري في تقدير التعويض في المسؤولية الإدارية، بحث قانوني منشور في مجلة إبراهيمي للأداب والعلوم الإنسانية، جامعة برج بوعريج، العدد3، الجزائر، 2020، ص8.

(2) د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص450.

(3) ينظر في ذلك د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القضاء الإداري، مؤسسة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، بلا سنة الطبع، ص421.

(4) ينظر د. رمضان البطيخ، المصدر السابق، تاريخ الزيارة 2022/6/29.

وتأسيساً على ما تقدم، يبدو لنا أنّ القضاء يعد رقيباً جدياً وحسيباً فاعلاً على أعمال الإدارة، وضامناً للحقوق بأسرها، مهما كانت تلك الحقوق راجعةً إلى الجماعة أو المواطنين، أو مجموعة من الأشخاص غير المحددين بالذوات والأسماء، أو كانت الدعوى مرتبطة بكيان شخصي ذاتي، وذلك لما كان الأمر متعلقاً بالمساس بمركز قانوني لشخص بعينه، أو فرد من أفراد المجتمع كما كانت عليه الحال في دعوى التعويض، فإنّ القضاء الإداري لا بد له أن يجد دوره المثالي والرائع في الموازنة الحقيقية بين الأمرين، لكونه الفيصل والكفيل بموازنة ورجحان كفة الحقوق والحريات، مع مبدأ سيادة القانون ومراعاة المبادئ المترسخة في نطاق الفقه والقضاء كمبدأ الملاءمة والتناسب، إذ يجد في ذلك سعة من الصلاحيات القانونية لتوسيع ماتم تضييقه، وتضييق ماتم توسيعه، بناءً على القاعدة القائلة (إذا ضاق الأمر اتسع، وإذا اتسع ضاق)، لكون القاضي الإداري في نطاق ممارسته للقضاء يعد مجتهداً بعينه، لا قاضياً أو فيصلاً لإنهاء الخصومة فحسب، وعليه أن لا يخل من جانبه بالمنع من ممارسة تلك الصلاحيات، بدواعي الإلتزام بالنصوص القانونية حرفياً، وذلك أن لا يهمل بنفسه دوره الإنشائي الذي يمتلكه القاضي الإداري وفقاً للقواعد القانونية، أو يقوم بتعطيل دوره المنشئ بنفسه، وهذه صلاحية معطاة له في حالة خلو النص القانوني لمعالجة القضية المطروحة أمامه، وبعبارة مختصرة جداً يكون القاضي الإداري يحكم بالنص إذا وجد، ويحكم مجتهداً ثمّ قاضياً في القضية نفسها في حالة خلو النص التشريعي، وهذه تعد نقطة اختلاف جوهرية بين القاضي الإداري مع بقية القضاة من غير الإختصاص الإداري.

الفصل الثاني

ماهية مبدأ التناسب ونطاق تطبيقه في
المجالين التأديبي والضبط الإداري

ويشتمل هذا الفصل على المبحثين الآتيين:

✍ المبحث الأول: ماهية مبدأ التناسب والأحكام المتعلقة
به

✍ المبحث الثاني: نطاق تطبيق مبدأ التناسب في المجالين
التأديبي والضبط الإداري

الفصل الثاني

ماهية مبدأ التناسب ونطاق تطبيقه في

المجالين التأديبي والضبط الإداري

نقوم في هذا الفصل بدراسة ماهية مبدأ التناسب ونطاق تطبيقه في المجالين التأديبي و الضبط الإداري، وتبعاً لذلك سيتوزع الفصل على مبحثين، المبحث الأول يكون تحت عنوان ماهية مبدأ التناسب والأحكام المتعلقة به، وأمّا المبحث الثاني يخصص لدراسة نطاق تطبيق مبدأ التناسب في مجال السلطات التأديبية وسلطات الضبط الإداري على النحو الآتي:

المبحث الأول

ماهية مبدأ التناسب والأحكام المتعلقة به

لا يزال مبدأ التناسب في صدارة المواضيع ذات الجدل الفقهي والقضائي الواسع بين أوساط الفقه والقضاء، نظراً لكون هذا المبدأ من المصطلحات التي قد تندمج أو تتداخل مع المفاهيم الأخرى التي ترتبط معها بصلة، ولعل السبب الرئيس في ذلك يُعزى إلى مكانة وأهمية هذا المبدأ، بعدّه من المبادئ القانونية العامة الراسخة والثابتة، لأجل حماية الحقوق والحريات العامة والخاصة، ويرجع سبب ذلك إلى حدّاته وقابليته للتطور والتغيير، خصوصاً في نطاق القرارات الإدارية التي تصدر من الإدارة العامة، ويتعلق محتواها بمجال تأديب الموظفين، وكذلك في نطاق سلطات الضبط الإداري المنوطة بالإدارة العامة حمايته، لذا وتجسيدا لإشتمال المواضيع المشار إليها آنفاً، فضلنا أن يتناول هذا المبحث دراسة الموضوع من خلال ثلاثة مطالب، المطلب الأول يتناول تحديد مفهوم مبدأ التناسب وطبيعته القانونية، والمطلب الثاني يتضمن تمييز مبدأ التناسب عن المصطلحات المشابهة أو القريبة منه، أما المطلب الثالث فيخصص لتحديد الأساس القانوني لمبدأ التناسب، وسنوضحها كالآتي:

المطلب الأول

تحديد مفهوم مبدأ التناسب وبيان طبيعته القانونية

لا يعد مبدأ التناسب حكراً على نطاق العلوم القانونية، وخصوصاً القانون الإداري فحسب، وإنما يوجد هذا المبدأ في نطاق العلوم الأخرى بصورة عامة، وفي نطاق القانون بصورة خاصة وتحديدًا في نطاق القانون والقضاء الإداري، عليه سنتناول تعريف التناسب بصورة وافية مع بيان ماهيته، إذ يتوزع هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول يخصص لتعريف التناسب، والفرع الثاني يخصص لبيان طبيعة مبدأ التناسب.

الفرع الأول

تعريف مبدأ التناسب

أولاً/ تعريف التناسب لغة:

بالرجوع إلى المعاجم والقواميس العربية نجد أن "التناسب" مشتق ومصاغ من الفعل الثلاثي "نسب"⁽¹⁾ ويعني ذلك القرابة والانتساب، وانتسب أو استنسب أي ذكر نسبه، أو عندما يقال استنسب الشيء إذا وجده ملائماً ومناسبة بمعنى تماثلاً وتشاكلاً⁽²⁾، والمناسبة أي المطابقة بين شيئين في الحقيقة والجوهر أو بين ظاهر الأمرين معاً.

وخلاصة الأمر في ذلك أن التناسب يعني التوافق أو التقارب أو التطابق بين شيئين متقاربين ذهنياً ومضموناً.

(1) راجع ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، ص4405.

(2) راجع قاموس المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، ط25، 1969، ص803.

وفي اللغة الفرنسية فإن التناسب يقابل مصطلح "La proportionnalité"⁽¹⁾ وهو بمعنى التكافؤ أو التطابق بين شيء وآخر أو بين أجزاء مع بعضها.

ثانياً/ التعريف الإصطلاحي للتناسب:

إنَّ التناسب في نطاق القانون العام عبارة عن صفة أو خصلة منطقية متسقة بين عنصرين أو أكثر من عناصر أو أركان القرار الإداري، أو أي عمل قانوني آخر، بحيث يحتم على مُصدِر القرار الإداري عدم إهمال هذا المبدأ أو الخروج عن مقتضياته، لأنَّ الإهمال الوارد أو الخروج عنه يعد نزولاً عن مبدأ المشروعية، فالتناسب يقوم أساساً على وجود علاقة منطقية بين الشئيين، ويعبر عنهما بالتماثل أو التكافؤ أو التطابق، عليه فإنَّ الإطار العام في التناسب عبارة عن علاقة منطقية بين ركنين من أركان القرار الإداري، وهما السبب الدافع لإصدار القرار ومحله، وفي هذا الجانب فإننا نتطرق إلى هذا الموضوع، من خلال ما تناوله فقهاء القانون، والقضاء بهذا الشأن تباعاً وكالاتي:

(1) petit larousse.paris.1987.p14.

ومن اللافت للنظر أن هذا المبدأ يعد من المبادئ الراسخة التي تفحص مجلس الدولة الفرنسي القرار الإداري من حيث مدى مناسبتها للوقائع، و دفع هذا المبدأ الإدارة العامة إلى إصداره حيث اعتبرت ذلك بعدم تجاوز مبدأ المعقولية في إصدار القرار، وكذلك الحال بالنسبة لمقدم الطلب (المعترض) الاحتجاج بمبدأ التناسب في دعواه (حججه) بموجب القانون، وفي حال قبول حججه لتبرير عدم مشروعية الإجراء الإداري، بالتالي يقوم مجلس الدولة بإبطال القرار الإداري بذريعة عدم مراعاة مبدأ التناسب من قبل الإدارة العامة، فإذا دلَّ ذلك على شيء فإنما يدلُّ على أن هذا المبدأ هو الأساس في أعمال وتصرفات الإدارة.

للمزيد يراجع مقالاً قانونياً بعنوان

Le Conseil d'État et le contrôle du principe de proportionnalité : jusqu'où ne pas aller trop loin بقلم par Julie Colemans ، 12

المتاح على الإنترنت، على الرابط

<https://www.justice-en-ligne.be/Le-Conseil-d-Etat-et-le-contrôle>

تاريخ الزيارة 2021/7.

1- التعريف الفقهي لمبدأ التناسب: من المعلوم أنَّ التناسب لم يكن معترفاً به إلى زمن قريب، حيث كانت هنالك جدلية محتدمة بين آراء الفقهاء بهذا الصدد، إلى أن انتهى الأمر بالاعتراف بهذا المبدأ من جانب الفقه والقضاء، حتى أصبح العمل بهذا المبدأ من مقتضيات عمل القاضي الإداري ويتعلق بأخلاقيات الإدارة العامة⁽¹⁾، ثم تحوّل إلى رقابة تسمى رقابة التناسب، بجانب رقابتي المشروعية والملاءمة، وفقهاء القانون الإداري عرفوا التناسب كل واحد منهم من وجهة نظره الفقهية البحتة، وقد ذهب الكثير منهم إلى تعريفه في ظل تداعيات متباينة، وبدورنا نستدل بمجموعة من هذه التعاريف فيما يأتي:

فمثلاً قد عرفه الفقيه هوريو بأنه " جوهر السلطة التقديرية للإدارة التي يكمن سلطتها في تقدير ملاءمة الإجراءات، فالتناسب بين الإجراء وسبب القرار الإداري هو مكن السلطة التقديرية، والتناسب موضوع حيوي وله أهمية كبرى في القضاء الإداري"⁽²⁾.

ومن جانبنا نرى، أنَّ هذا التعريف قد أصاب في جزء كبير منه جادة الصواب، إذ ربط التناسب بالسلطة التقديرية للإدارة، لأنَّ ذلك أمر لا يمكن إنكاره بتاتاً، حيث لا يمكن توقع حدوثه إلا في حضي السلطة التقديرية للإدارة العامة، وكذلك الأمر فيما يتعلق بربط التناسب بركني السبب والمحل في القرار الإداري، إلا أنه مع ذلك فإن التعريف لم يظهر بصورة لاتحتمل الغموض واللبس من مبدأ التناسب وماهيته الحقيقية.

(1) ينظر د. علي يونس إسماعيل، تطور رقابة التناسب في القضاء الإداري للإتحاد الأوروبي، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون جامعة المستنصرية، العدد 38، 39، ص 387.

(2) ينظر علي حسين أحمد غيلان الفهداوي، الإتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة-دراسة مقارنة-رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 2000، ص 137.

أما عند الفقيه بريبان (Braibant) فقد عرف التناسب على أنه عبارة عن "مطابقة الوسيلة المستخدمة لدى الإدارة العامة والهدف الذي يقصده" هذا القول لعلّ من أوجز العبارات التي يحتوي على مضمون مبدأ التناسب، وحيثياته إلى حد كبير، ولكنه لم يبين بصورة واضحة مدلول العلاقة بين التناسب وعناصر العمل أو القرار الإداري⁽¹⁾.

ولدى الفقيه فيدل⁽²⁾ فإنّ التناسب هو "ذلك السلوك الذي تلتزم الإدارة بموجبه ألا تفرض على الأفراد أعباءً أو أضراراً أكثر مما يتطلبه مهمة المحافظة على المصلحة العامة المنوط بها تحقيقها"⁽²⁾.

وهذا يعني أنّ التناسب هو التناسق والتوافق بين أهمية الوقائع (سبب القرار)، والإجراء المتخذ (محل القرار)، وعلى سبيل المثال فالموظف عندما يرتكب خطأً تأديبياً فالتناسب يكمن في أنّ نوع العقوبة ومقدارها، اللذين فرضهما الإدارة العامة يتوافقان ويتفقان مع خطورة الفعل المرتكب وأهميته، أي التوافق بين الخطأ المرتكب والعقوبة المفروضة، وبرأينا فإنّ الفقيه فيدل يكاد يخلط بين التناسب والملاءمة مع أنهما يختلفان تماماً من حيث الموضوع.

(1) وفي المجال نفسه فإن الفقيه والتر جيلينك (walter Jelenk) يضرب على ذلك مثالا مفاده "إننا لا نجب أن نطلق على عصفور بمدفع" أي أن لا يكون بين الإجراء المتخذ أو الذي يروم إتخاذه شرخاً كبيراً أو بعداً ينافي العقل والمنطق، كما مثله الفرنسيون بأنه لا يجب قتل الذبابة بالمطرقة"، وعلى ذلك فإنه يرى أن التناسب لا يقتصر فقط على الوسيلة والهدف، بل يجب ان تراعى في ذلك الحالة الواقعية التي يطبق فيها القرار الإداري، أي يجب أن يكون هناك تناسب أو إقتراب الجزء مع الخطأ الردع التأديبي، فمثلاً خطورة إجراءات الشرطة التي تمثل خرقاً للحريات العامة، فمن هنا يقدر هذا الخرق بالحالة الواقعية وأهمية الحفاظ على النظام العام وصيانتها، وعلى مجموع الحالة والقرار والغاية يطبق مبدأ التناسب، للمزيد ينظر د. محمود سلامة جبر، التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد3، سنة35، يوليو 1991، ص73.

(2) ينظر مايا نزار أبودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص10.

وبالرجوع إلى موقف الفقه العربي على وجه العموم، والمصري على وجه الخصوص، توجد إشكالية واضحة من حيث تعريف التناسب من فقيه لآخر، حيث نجدهم في بعض الأحيان يساوون بين مصطلحي التناسب والملاءمة⁽¹⁾، مع أنَّ الأكثرية يفرقون بين المصطلحين تماماً، لذا سنورد بعضاً من هذه التعريفات الفقهية تباعاً، على النحو الآتي:

عرف د. محمد حسنين عبدالعال التناسب بأنه "تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب، والذي يتمتع على القاضي الإداري مراجعة أو مراقبة الإدارة على هذه العملية وإلا أصبح رئيساً أعلى للإدارة"⁽²⁾.

أمَّا الدكتور عصام عبدالوهاب البرزنجي، فهو الذي يماثل ويندمج بين مصطلحي الملاءمة والتناسب "الملاءمة هي إختيار الإجراء الملائم الذي يتفق ويتناسب مع أهمية الوقائع"⁽³⁾.

في حين علّق الدكتور نكتل إبراهيم عبدالرحمن على هذا التعريف (ونحن بدورنا نؤيده)، بالقول "الملاءمة هي صفة للقرار الإداري بمعنى أن مُصدر القرار يكون أمام خيار لجملة من الملاءمات، من حيث أهمية الواقعة وأهمية الإجراء واختيار وقت التدخل من عدمه، أمَّا التناسب يتناول واحدة من هذه الملاءمات و تنحصر بين السبب والمحل"⁽⁴⁾.

(1) من هؤلاء الفقهاء وعلى سبيل المثال الأستاذ الدكتور سامي جمال الدين الذي أوضح فكرته هذا في كتابه قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، وكذلك الدكتور عصام عبدالوهاب البرزنجي.

(2) ينظر د. محمد حسنين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوة الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص72.

(3) ينظر د. نكتل إبراهيم عبدالرحمن، التناسب في القرار الإداري، دار الكتب القانونية، 2016، ص28.

(4) نقلاً عن د. نكتل إبراهيم عبدالرحمن، المصدر نفسه، دار الكتب القانونية، 2016، ص29.

لذا من الممكن، أن يتم التعبير عن التناسب كمعنى عام بأنه: تعبير عن رابطة أو صلة تتسم بالتوافق أو التوازن، بين شيء وآخر في إطار العلاقات المعتادة، أي أن تكون رابطة أو علاقة منطقية بين شيئين، ويعبر عن هذه الرابطة بالتمائل أو التكافؤ بين الشيئين أو الأمرين المطابقين.

يستنتج من ذلك، أنّ التناسب عبارة عن إمتياز بيد القاضي الإداري ليراقب أعمال وتصرفات الإدارة الصادرة عن سلطتها التقديرية، بغية الحفاظ على الحقوق العامة والخاصة، كل على الحد المعقول والمطلوب، ومضمونه يتعلق بمدى التناسب بين الإجراء المتخذ والسبب الدافع إلى اتخاذ القرار من قبل الإدارة العامة.

فصفوة القول أنّ التناسب يعدّ مبدأً من المبادئ القانونية الراسخة في نطاق تطبيق السلطة التقديرية للإدارة العامة، ولا يحتاج لتطبيقه أو تثبيته نصاً قانونياً يفرض على القاضي تطبيقه، بل إن قيام القضاء بفحص ملائمة القرار وتناسبه بعدّه من عناصر المشروعية بحد ذاتها يعتبر هذا الإجراء بمثابة نص قانوني مختلق من القضاء الإداري لكونه قضاءً إنشائياً وليس تطبيقياً فقط، وفي جانب آخر، يعد ذلك شرطاً أساسياً لحسن تطبيق النص القانوني من قبل القاضي الإداري دون عقبة أمام ذلك حتماً، لكون القاضي ليس قاضي المشروعية فقط، وإن السلطة الرقابية التي يمتاز بها القاضي الإداري، لانتحصر في الرقابة التقليدية المتمثلة في رقابة المشروعية، بل إنّ رقابة القاضي الإداري في وقتنا الراهن هي عبارة عن رقابة المشروعية والملاءمة والتناسب معاً.

2- موقف القضاء الإداري من مبدأ التناسب: سنوضح هذا الموضوع من خلال استجلاء موقف القضاء الإداري الفرنسي بصورة عامة، والقضاء المصري والعراقي بصورة خاصة، إذ من المحتوم أنّ القضاء الإداري الفرنسي حافل بتطبيقات قضائية حول مبدأ التناسب في كثير من أحكامه، سواء كانت تلك الأحكام التي تتعلق بمجال الضبط الإداري والعقوبات الإنضباطية-قضاء

التأديب-، حيث ورد في كثير من الأحكام القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والمصري كذلك بما يفهم من تحديد كلي أو شامل لمبدأ التناسب، وذلك من خلال لمحات أو لمسات جلية، حددتها القضائين لتحديد الإطار العام لهذا المبدأ، وبياناً منهما حول الموقف القضائي من تنفيذه على مستوى القرارات الإدارية بكافة أنواعها، عليه وتعقيباً على ما سبق، سنوضح ذلك أدناه:

أ- في مجال الضبط الإداري: بالنظر إلى موقف القضاء الفرنسي والمصري على وجه التحديد، نجد أنّهما يطبقان مبدأ التناسب وبصورة الرقابة على هذا المبدأ في كثير من قراراتهما أو أحكامهما المتعلقة بالضبط الإداري، فقد آل الموضوع إهتماماً واضحاً وصريحاً، سواء في الظروف الإعتيادية، أم الظروف الإستثنائية على حد سواء، ومن أشهر أحكام المجلس في هذا الصدد، ما يعد بالتالي نقطة الإنطلاق والبروز لإستعمال هذا المبدأ، ما تسمى قضية⁽¹⁾ "Benjamin" التي تخص موضوعاً هاماً مناطه، وهو الحفاظ على الحرية العامة للمواطنين بإعتبارها من الحريات الأساسية، ألا وهي الحرية في عقد الإجتماعات العامة للمطالبة بحقوق المواطنين، حيث قضى المجلس بأن " احتمال الاضطرابات التي يدعيها عمدة "Nevers" لاتمثل درجة من الخطورة، بحيث لم تكن ممكنة_ دون منع المظاهرة_ المحافظة على النظام العام، باتخاذ إجراءات الضبط التي يمكن إتخاذها، حيث أصدر العمدة قراراً بمنع اجتماع عام، بسبب تخوفه من وقوع إضطرابات تخل بالنظام العام، وقد قام مجلس الدولة من جانبه بفحص الظروف والملابسات التي تحيط بالحالة المذكورة، فوجد من خلال ذلك أنّه بإمكان السلطات المحلية إستخدام قوات

(1) نقلاً عن أشرف عبدالفتاح أبو المجد، تسبب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص88.

البوليس المتوفرة لديها، للمحافظة على النظام العام، مع السماح بعقد الاجتماع، أي أنه من الممكن، أن يعقد الاجتماع بصورة طبيعية، مع استخدام قوة أمنية للحيلولة دون الإخلال بالنظام العام، فانتهى المجلس أخيراً إلى قرار بشأن ذلك، وهو يتضمن إلغاء القرار الإداري الصادر بمنع الاجتماع، لعدم تناسبه مع أهمية السبب الذي دعا العمدة إلى اتخاذه، أي أن الإجراء لم يكن مناسباً مع السبب الذي دفع بالعمدة إلى اتخاذ قراره بالمنع.

فمن خلال هذه القضية تبين أن القرار الذي لم يراع التناسب بين السبب الذي دفع به العمدة أمام القضاء، والإجراء المتخذ يؤدي بالنتيجة إلى إلغاء القرار بمنع عقد الاجتماعات الجماهيرية للمطالبة بأحد الحقوق الأساسية.

بناءً على ذلك، فإن القاضي الإداري يقوم ببسط الرقابة في منازعات الضبط الإداري، على مدى التناسب الحاصل بين خطورة الوقائع المدعاة من قبل الإدارة العامة، للمحافظة على النظام العام⁽¹⁾، أو أحد عناصره كالأمن والصحة والطمأنينة والسكينة العامة، مع الإجراءات البوليسية المتخذة لمواجهة تلك الحالات أو محاولته لإعادة النظام إلى نصابه.

وفي السياق نفسه، فإن القضاء المصري هو الآخر، الذي آل إهتماماً صريحاً بمبدأ التناسب وتطبيقه، وخير دليل على ذلك منع ترخيص بناء كنيسة تحت ذريعة الحفاظ على النظام العام من الإخلال به، حيث استندت الإدارة في قرارها الرفض لبناء تلك الكنيسة إلى أن مكان إنشائها لم يكن ملائماً، وذلك لوجود مسجد ومدرستين ابتدائيتين بجانبها، وترك جرس الكنيسة تأثيراً في إقامة الصلاة وفي سير الدراسة في المدرستين⁽²⁾، الأمر الذي يخشى معه في المستقبل حدوث فتيلة الفتنة

(1) ينظر د. رمضان محمد بطيخ، المصدر السابق، ص 154.

(2) ينظر حكم محكمة القضاء الإداري المصري، الطعن رقم ق 7/3121 بتاريخ 1956/3/25.

بين المسلمين والأقباط، وبالتالي يؤدي ذلك إلى الإخلال بالنظام العام، وفي نهاية الأمر فإن المحكمة الإدارية العليا ألغت من جانبها، قرار الإدارة لكونها لم تراعى الملاءمة والتناسب بين السبب ومحل القرار، وبالتالي فإن تلك الخشية بإخلال النظام العام ليست في محلها وفقاً لما ذهبت إليه المحكمة.

ب- في مجال قضاء التأديب: إنَّ المجال التأديبي فهو الآخر، الذي يكون محل إهتمام القضاء الإداري، فمثلاً ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر بتاريخ 10/فبراير/1978 إلى أنه للقاضي أن يقدر خطورة الجزاء المتخذ بالنسبة للمخالفات المرتكبة⁽¹⁾، وفي المجال نفسه أشارت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى هذا المبدأ بالقول "إنَّ مقتضى التناسب بين المخالفة التأديبية والجزاء الذي يوقع عنها، إنَّما يكون في ضوء تحديد وصف المخالفة في الظروف والملابسات المشكلة لأبعادها"⁽²⁾، نلاحظ في ذلك، أنَّ القضاء المصري هنا قد وقع في خلط تام بين الملاءمة والتناسب وقد ساوى بينهما بوضوح، وهذا بحد ذاته أمر ينافي حقيقة التناسب وماهيته.

ومن التطبيقات القضائية، فإنَّ مجلس الدولة المصري يؤكد في العديد من قراراته، بسط رقابة القضاء على مبدأ التناسب عن طريق نظرية تسمى نظرية الغلو، التي صاغتها المحكمة الإدارية العليا بالقول "إنَّ خطورة الذنب الإداري، لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره"⁽³⁾ ومنها أيضاً "للسلطة التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري، وما يناسبه من جزاء بغير

(1) نقلاً عن زياد طارق خضير عباس، رقابة التناسب في القضاء الإداري-دراسة تحليلية مقارنة-رسالة ماجستير المقدمة كلية الدراسات العليا-قسم القانون- جامعة النيلين، جمهورية السودان-2018، ص59.

(2) يراجع نص حكم المحكمة الإدارية العليا، المرقم 5508، المؤرخ 2/11/2001.

(3) قرار المحكمة الإدارية العليا المصري بتاريخ 11/11/1961.

معقب عليها - شرط ذلك - ألا يشوب استعمال هذه السلطة غلو أو عدم الملاءمة الظاهرة، بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره"⁽¹⁾ حيث جاء في منطوق القرار "ولئن كانت للسلطات التأديبية، ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الخطأ الإداري، وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره".

ولا يتأتى تأمين المرافق العامة إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى احجام عمال المرافق العامة عن تحمل المسؤولية

(1) قرار مجلس الدولة المصري المرقم 123 بتاريخ 15/5/1965، وتتلخص وقائع القضية من حيث ان عناصر هذه المنازعة حسبما يبين من أوراق الطعن، تتحصل في أن النيابة الادارية أقامت الدعوى التأديبية أمام المحكمة التأديبية لوزارة التربية والتعليم ضد السيدة/ صفية أمين حامد المغربي ناظرة مدرسة منشأة بطاش الابتدائية سابقا، وتعمل حاليا مدرسة بمدرسة المنصورة الابتدائية من الدرجة السابعة، وذلك بتقرير اتهام مؤرخ 5 من مارس سنة 1963 جاء فيه انها خلال أعوام (1960/1961، 1961/1962، بدائرة منطقة التربية والتعليم بالمنصورة، وبوصفها ناظرة لمدرسة ابتدائية تتبع تلك المنطقة، خالفت ما يجب أن يكون عليه مربي النشئ من حميد الصفات، والبعد عن مواطن الشبهات، وعدم الانحراف عن مقتضيات الوظيفة العامة وذلك بأن ارتكبت مجموعة من المخالفات منها:

حرضت مدرسات مدرسة منشأة بطاش على تقديم شكاوى غير صحيحة وقدمت شكاوى ضد بعض موظفي منطقة التربية والتعليم ثبت عدم صحتها. كما اصطحبت مدرسات المدرسة الى تفتيش السنبلوين يوم 23/12/1961 دون مبرر مما أدى الى تعطيل الدراسة بالمدرسة وكذلك حرمت تلميذة من الحضور الى المدرسة رغم قيدها بالصف الخامس، والحقتها في خدمتها بمنزلها.

وبناء عليه تكون السيدة المذكورة قد ارتكبت المخالفة الادارية المنصوص عليها في المادة (83) من القانون رقم (210) لسنة 1951. وقد نظرت الدعوى التأديبية أمام المحكمة التأديبية لموظفي وزارة التربية والتعليم في جلسات متعددة إلى أن وصلت المحكمة إلى القناعة في جلسة 23 من ديسمبر سنة 1963 وحكمت المحكمة (بعزل السيدة صفية أمين حامد المغربي ناظرة مدرسة من الدرجة السابعة من الوظيفة مع حفظ حقها في المعاش أو المكافأة. للمزيد يراجع موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على الرابط <http://www.laweg.net>، تاريخ الزيارة 2021/7.

خشية التعرض لهذه القسوة في الشدة، وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة التي رأت في وقائع الحكم التأديبي المطعون فيه، ومن ملابسات الطعن الراهن والظروف التي أحاطت بالطاعنة، ومن كان حولها من العاملين بمدرسة منشأة بطاش الابتدائية أن درجة خطورة الذنب الإداري الذي لا شك أنها وقعت فيه، لا تتناسب مع جزاء عزلها من الوظيفة التي كانت تقوم بأعبائها في ظروف لا يحسد عليها، ومن أجل ذلك تكتفي هذه المحكمة العليا بمجازاة الطاعنة لما صدر منها وثبت في حقها، بالوقف عن العمل بغير مرتب لمدة ثلاثة أشهر، ففي ذلك ما يكفي جزاء على ما ترددت فيه، ودرساً لما ينبغي أن تكون عليه القائمة برسالة تعليم النشئ من أبناء هذه الجمهورية، ذلك هو الهدف الذي توخاه القانون من نظام تأديب العاملين وهو تأمين انتظام المرافق العامة وفي مقدمتها مرفق التعليم، فإنَّ القرار بعزل السيدة قرار يجافي العدالة لذلك قرر مجلس الدولة بتخفيض العقوبة من العزل إلى التوقف عن العمل بغير مرتب لمدة 3 أشهر، وذلك نظراً لكون القرار غير مشروع، ويفهم تماماً من قرار مجلس الدولة، أنَّ عدم مراعاة التناسب يجعل القرار غير مشروع، وهذا برأينا قرار يأباه المنطق القانوني السليم، لأن عدم مراعاة التناسب لا يحول القرار من المشروعية إلى عدم المشروعية، بل يجعل القرار منحرفاً عن أحد المبادئ القانونية المرموقة، وذلك بدليل أن القرار غير المشروع يبطل لا يعدل، أو ينزل عقوبته من عقوبة كبيرة إلى عقوبة أقل⁽¹⁾.

(1) يراجع د. ماهر صالح علاوي الجبوري- غلط الإدارة البين في تقدير الوقائع ومعياره ورقابة القضاء عليه- بحث منشور في مجلة العلوم القانونية في جامعة بغداد- المجلد/9- العددان/1، 2-وحدة الطباعة في رئاسة جامعة بغداد-1990.

وفيما يتعلق بموقف القضاء العراقي من مبدأ التناسب، نلتمس في قراراته من أعمال مبدأ التناسب وإقراره بصورة لا لبس فيه⁽¹⁾، ومن حيث مسaire القضاء

(1) وفيما يأتي قرار قضائي بشأن ذلك، وكالاتي: أقام المعارض (المميز عليه) ث. د. س الدعوى أمام محكمة قضاء الموظفين مدعيًا فيها أنّ المعارض عليه (المميز) إضافة لوظيفته اصدر الامر الجامعي المرقم (9930) في 2014/4/13 المتضمن فرض عقوبة التوبيخ لعدم المصادقية في ادراج المعلومات المتعلقة بالانتماء السياسي وقد تظلم بتاريخ 2014/4/22 ولم يتم الرد عليه ولعدم الغاء الامر المذكور اعلاه، لذا فقد طلب دعوة المميز للمرافعة والحكم بالغاء الامر محل الاعتراض، وبنتيجة المرافعة قررت محكمة قضاء الموظفين بقرارها المؤرخ 2015/2/3 وبعده اضبارة (2014/ج/214) الغاء الامر الجامعي المرقم (9930) في 2014/4/13 المتضمن فرض عقوبة التوبيخ، ولعدم قناعة المميز بالقرار المذكور تصدى له تمييزاً" لدى المحكمة الادارية العليا في مجلس شورى الدولة بلائحته المؤرخة 2015/3/1 طالباً نقضه للأسباب الواردة فيها.

القرار:

لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الادارية العليا وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقررت قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان محكمة قضاء الموظفين ذهبت بقرارها المطعون فيه الى ان عقوبة التوبيخ المفروضة بحق (المعارض) المميز عليه جاءت شديدة ولا توجد اسباب تجعل سلوكه غير مرض وقررت الغاءها، ولدى تدقيق اضبارة الدعوى وجدت المحكمة ان المميز كانت قد تولت لجنة تحقيقية مشكلة وفقاً للقانون بالتحقيق تحريراً معه وسمعت ودونت افادته وافادات الشهود واطلعت على الكتب والمذكرات والتعهد الخطي الخاص بالمميز والاجراءات التي قامت بها اللجنة والاستنتاجات التي توصلت اليها من خلال التحقيق الذي اجرته وتوصياتها بفرض عقوبة (التوبيخ) بحق المميز والتي اقترنت بمصادقة رئيس الجامعة بسبب عدم مصداقيته في ادراج المعلومات المتعلقة بانتمائه السياسي وحيث ان وقائع القضية المعروضة تدل على حصول التحريف والتغيير والشطب الحاصل بخلاصة خدمته وان المخالفة ثابتة مما يجعل القرار الصادر من محكمة قضاء الموظفين بالغاء العقوبة المفروضة على المميز غير صحيحة للأسباب التي اوردها في قرارها أنف الذكر، وحيث انه لا يوجد ما يمنع من تخفيض العقوبة بما يتناسب والفعل المرتكب المنسوب للمميز، وحيث ان محكمة قضاء الموظفين في الحكم المميز قد خالفت وجهة النظر القانونية المتقدمة فتكون قد جانبت الصواب، لذا قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى الى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها وفق ما تقدم على ان يبقى الرسم التمييزي تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 30/شعبان/1436هـ الموافق 2015/6/18، للإطلاع على المزيد من قرارات المحكمة الإدارية العليا، يراجع موقع وزارة العدل العراقي، وعلى هذا الرابط <https://www.moj.gov.iq/view/1716> تاريخ الزيارة 2022/1/3.

العراقي ومد تأسيس مجلس الانضباط العام الأول بموجب قانون إنضباط موظفي الدولة المرقم 41 لسنة 1929، نجد أنه سائر هذا المبدأ بوضوح وكما تتجلى هذه الحقيقة في كثير من القرارات والأحكام التي تصدر منها، وعلى سبيل المثال نستشهد ببعض من هذه القرارات فيما بعد.

ومن الجدير بالإشارة، أنّ مجلس الإنضباط العام قد تغير اسمه من مجلس الإنضباط العام العراقي إلى محكمة قضاء الموظفين⁽¹⁾، إذ أكد القانون الصفة القضائية لهذه المحكمة، وحسناً فعل المشرع بهذا التغيير، وأناط المشرع بهذه المحكمة إختصاص النظر بدعاوى الخدمة المدنية والدعاوى الإنضباطية، وأيضاً جعلت المحكمة الإدارية العليا الجهة التمييزية لفصل المنازعات الوظيفية على القرارات التي تصدر من محكمة قضاء الموظفين، هذا مايتعلق بالجانب التكويني للمحكمة بنبذة بسيطة، وأما مايتعلق بمراعاة ومسايرة مبدأ التناسب في قراراتها القضائية نرى أنّ المحكمة الإدارية العليا قد حرصت على أن تكون القرارات التي تصدر من الإدارة تتعلق بفرض العقوبات الإنضباطية مسايرة لمبدأ التناسب بين العقوبة والمخالفة المرتكبة، ونعزز كلامنا هذا بقرارين تمييزين على سبيل المثال للمحكمة الإدارية العليا باعتبارها المحكمة التمييزية لقرارات قضاء الموظفين.

*القرار الأول: فرض رئيس جامعة بغداد إضافة إلى وظيفته عقوبة التوبيخ وفقاً لقانون إنضباط موظفي الدولة على المدعو (ث.د. س)، لعدم مصداقيته في إدراج المعلومات المتعلقة بالإنتماء السياسي، وتظلم بقرار العقوبة ولم يتم الرد عليه، وبعد إلتجائه لساحة القضاء (محكمة قضاء الموظفين) وإجراءات المرافعة والنطق بالحكم، زود بقرار مفاده إلغاء قرار عقوبته، ولعدم قناعة

(1) يراجع قانون التعديل الخامس المرقم 17 لسنة 2013 لقانون مجلس شوري الدولة العراقي رقم 65 لسنة 1979.

مصدر القرار بقرار الإلغاء ذهب وطعن في القرار تمييزاً أمام المحكمة الإدارية العليا بإجراءات قانونية وأصولية، وذهبت المحكمة الإدارية العليا بنقض قرار محكمة قضاء الموظفين، متذرعة في قرارها بأن واقع المخالفة ثابت وتغاضت المحكمة النظر عنها وهذا أمر لا يمكن السماح به، ونص أيضاً على أنه وحيث أنه لا يوجد ما يمنع من تخفيض العقوبة بما يتناسب والفعل المرتكب المنسوب للمميز. بمعنى أن محكمة قضاء الموظفين بإمكانها الذهاب بإتجاه التخفيف من العقوبة أخذةً بمبدأ التناسب، لا البراءة لأن واقعة الإدانة ثابتة ولا يجوز صرف النظر عنها⁽¹⁾.

*القرار الثاني/ أقام المدعو (ك.ع.ص) دعوى أمام محكمة قضاء الموظفين ضد كل من وزير البلديات والأشغال العامة ومدير بلدية البصرة إضافة لوظيفتهما مدعياً فيها بأنه يطعن بأمر وزاري المتضمن بتوجيه عقوبة العزل ضده والمنفذ بأمر إداري، وذلك لإرتكابه فعلاً خطيراً يجعل بقائه في خدمة الدولة مضرراً بالمصلحة العامة لتزويده وثائق تسجيل قطع الأراضي في قضاء الزبير، وتظلم وجوبه بعدم الرد عليه. وبعد حصول قرار من محكمة قضاء الموظفين القاضي بتخفيض⁽²⁾ العقوبة من العزل إلى تنزيل الدرجة وإلزام الوزير ومدير بلديات البصرة بتعديل القرارين، إلا أنهما تصديا للقرار تمييزاً أمام المحكمة الإدارية العليا مطالبين بنقض قرار محكمة قضاء الموظفين.

حيث وجدت المحكمة أن محكمة قضاء الموظفين وقعت في خطأ بتطبيق القانون وتأويله، وثبت من محضر التحقيق مع الموظف أنه قام بارتكاب مخالفات جسيمة في تسجيل عدد كبير من قطع الأراضي بحدود 47 قطعة بوثائق غير صحيحة

(1) يراجع القرار المرقم 653/قضاء موظفين/تمييز/2015

(2) يراجع القرار المرقم 3/قضاء موظفين/تمييز/2015.

ما ألحق ضرراً كبيراً بالدولة، لذا فإن عقوبة العزل تتناسب مع الفعل الذي ارتكبه ولاسيما أنه لم يرتكب فعلاً واحداً، بل أفعالاً متعددة ما يجعل عدم صلاحيته للبقاء بالوظيفة العامة.

لذا فإن النظر بامعان إلى هذين القرارين يثبت لنا أنّ القضاء العراقي حريص وعامل فعلاً بمبدأ التناسب بصورة لاغبار ولاغرو عليها، وهذا موقف محمود وصائب، لإعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة وبالأحرى العدالة الوظيفية.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لمبدأ التناسب

تأسيساً على القاعدة التي تنص على أنه "تعرف الأشياء بأضدادها" ولكي نتعرف على طبيعة التناسب القانونية، نحاول أن نبين ماهو عدم التناسب وطبيعته لكي يبرز جلياً مضمون وفحوى التناسب، فالأمر يؤدي بنا إلى مسألة الإنحراف بالسلطة، أ يجسد حتماً عدم التناسب في مسألة الإنحراف بالسلطة في جميع الأحيان؟ أم أنه جزء من عدم التناسب؟. لذا وحتماً أنّ مبدأ التناسب ثار بشأنه جدل واسع حول طبيعته القانونية، وخاصة فيما يتعلق بالتساؤل المطروح من أنّه هل يعد مبدأ من المبادئ القانونية كغيره من المبادئ، أم مجرد مبدأ اخترعته الضرورة الحتمية.

حظي مبدأ التناسب في الآونة الأخيرة، باهتمام كبير من جانب الفقه والقضاء الإداريين من حيث التطبيق وتحديد مكانته الأساسية في الحسبان، إذ يحاول بعض الفقه بيان طبيعة مبدأ التناسب من خلال ربطه بفكرة الجزاء ضمن سياق النظام التأديبي، بينما يحاول البعض الآخر ربطه بفكرة حماية عناصر الضبط الإداري في الدولة، ولايشك أحد في أنّ التناسب يعد من الأفكار الأساسية في القانون الإداري الذي يتكون من ثلاثة عناصر أساسية وهي القرار الصادر من الإدارة العامة،

والحالة الواقعية المتمثلة في محل القرار⁽¹⁾، والغاية النهائية التي يرمي إليها القرار، وإن المبدأ يعمل ويدور في مجال هذا الثالوث الذي بيّناه من حيث وجود علاقة طردية، وليست عكسية بين كل ذلك على حد سواء، وبالتالي يكون التناسب في المحصلة النهائية في خدمة الغاية المثلى في إصدار القرار من حيث خلق الصلة أو الرابطة بين سبب القرار ومحلّه أو موضوعه.

وقد انقسم الفقه بشأن طبيعة مبدأ التناسب على رأيين، نتناولهما بالبحث والدراسة على النحو الآتي:

- الرأي الأول/ التناسب من المبادئ العامة للقانون⁽²⁾: بالنظر إلى آراء الفقهاء في مجال القانون والقضاء الإداري، تكاد تلك الآراء تجمع على أنّ التناسب يعد من المبادئ العامة للقانون، وبالتالي فإنّ هذا القول يدفعنا نحو الإقرار بأنّ الإدارة العامة ليس لها الإختيار من تطبيق هذا المبدأ من عدمه، بل يتوجب عليها أعمال هذا المبدأ دون إنتظار بوجود نص قانوني يلزمها بتطبيقه⁽³⁾، حاله حال المبادئ القانونية الأخرى ك (مبدأ إنتظام سير المرافق العامة، مبادئ العدالة، مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، مبدأ لاعتقوبة إلا بالنص) وغيرها من المبادئ القانونية

(1) ينظر د. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري- دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة- دار الفكر والقانون، المنصورة، ط2017، ص18.

(2) تعرف المبادئ العامة للقانون في نطاق القانون الإداري بأنّها عبارة عن مجموع المبادئ غير المكتوبة التي يستلها القاضي الإداري من مجموع النظام القانوني السائد في المجتمع، ويدخل إلى القانون الوضعي، لتكون قاعدة قانونية وضعية تتسم بالعمومية والتجريد، تلتزم الإدارة باحترامها باعتبارها احد مصادر المشروعية الإدارية، للمزيد ينظر د. نجيب خلف أحمد، محمد على جواد كاظم، القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، 2013، ص20.

(3) ينظر علي موسى فقيهي، التناسب بين المخالفة التأديبية للموظف العام والعقوبة التأديبية، دراسة مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي، ط، 2013، ص169، وفي نفس الموضوع يراجع منطوق حكم المحكمة الدستورية العليا المصري، طعن رقم 11، لسنة 1972.

الأخرى في نطاق القانون الإداري⁽¹⁾، ومن المحسوم أيضاً في الفقه وفي ساحة القضاء أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بالقوة الإلزامية، باعتبارها من القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة وتتكون منها كتلة المشروعية الإدارية، وفقاً لهذا الرأي فإنَّ يد القاضي الإداري في هذا الباب تكون مطلقةً من حيث امتداد رقابته على التناسب بين السبب الدافع وراء ولادة القرار الإداري ومحل القرار في الوقت نفسه، علماً أنَّ هذا الأمر لا يفهم منه بطبيعة الحال أنَّه بمثابة خروج دور القاضي الإداري من نطاق قاضي المشروعية، بل يتوسع مدى هذه الرقابة على نحو من الإنفتاح وترسيخ العدل والتقصي حول جزئيات وتفصيل القرار بصورة أوضح وأنسب من أن يحصر دور القاضي الإداري في التقصي والبحث حول مطابقة القرار للقانون فقط، كما هو معتمد في نطاق الرقابة التقليدية المسماة برقابة المشروعية، بل القاضي يبحث عن لمسات الإدارة حول مراعاتها أو عدم مراعاتها لتقابل أو تكافؤ السبب الدافع لصدور القرار مع محل ذلك القرار.

(1) وعلى سبيل المثال تستخدم المحكمة الدستورية الألمانية الاتحادية مفهوم مبدأ التناسب بمعناه الواسع كمصطلح عام تبتغي به المبادئ كشرعية الوسيلة والهدف، الملاءمة والضرورة، ثم تستعمل مصطلح التناسب بمعناه الضيق، إذن يمكن القول باحترام مبدأ التناسب إذا ما كانت التدابير السيادية شرعية وملائمة وضرورية ومناسبة (بالمعنى الضيق) فيما يتعلق بالهدف المرجو، وحيث عدَّ مبدأ التناسب أحد أهم المبادئ غير المكتوبة التي ترمي إلى تحقيق العدالة يمكن استنباطه من مبدأ سيادة القانون ومن فكرة العدالة، كما يمكن أيضاً استنتاجه من طبيعة الحقوق الأساسية نفسها. وتجدر الإشارة الى أن بعض الفقهاء الألمان ربط فكرة التناسب بالإلتزام الواقع على عاتق الدولة بضمان كرامة الإنسان وجوهر الحريات الأخرى، للمزيد راجع د. خليل عماد، إشكالية الحد من قوة إخلال الدولة بالحقوق الأساسية للأفراد مبدأ التناسب الألماني، بحث منشور على الموقع المركز الديمقراطي العربي، وعلى الرابط <https://democraticac.de/?p=66234>، تاريخ الزيارة 2021/7.

ومن الجدير بالإشارة أنّ هذا الأمر وبهذه الكيفية لا يتعارض أبداً مع السلطة التقديرية⁽¹⁾ التي تتمتع بها الإدارة، لأنّ الإدارة في الأصل أمام عدة بدائل وحلول وكل ذلك يكون موافقاً للقانون ويطابقه، بل من هنا تلزم الإدارة بإختيار أنسبها وسيلةً وهدفاً مع الصالح العام، وأن تثبت الإدارة ذلك بوضوح في نطاق وظيفتها في هذا المجال، حتى إذا ما حادت الإدارة في ذلك وخالف المبدأ، فإنّه من واجب القضاء في ذلك حماية تلك المبادئ والمصلحة العامة أو المراكز القانونية على حد سواء.

إنّ الإدارة العامة أمام إجراء الموازنة الدقيقة والمطلوبة بين الخطأ المقترف والعقوبة التي تناسب هذا الخطأ، وترشيد الإدارة إلى أن تسلك أنسبها وأصلحها لا أكثر ولا أقل من ذلك.

إلا أننا نسجل ملاحظتين على هذا الرأي وعلى النحو المبين أدناه:

- 1- لم يبين مؤيدو هذا الرأي كون التناسب مبدأً دستورياً أم فقط مبدأً قانونياً بحتاً ولم يعتل (يرتق) إلى مبدأ دستوري.
- 2- بالنظر والإمعان في رأيهم لم نجد أنهم يضعون مبدأ التناسب على فرض أنه مبدأ قانوني، شأنه شأن المبادئ القانونية الأخرى، ام هناك إختلاف بينه وبين سائر المبادئ القانونية الأخرى؟

- الرأي الثاني/ التناسب أمر تقتضيه الملاءمة والإنصاف والضرورة: هذا الرأي يستبعد التسليم بالرأي القائل، إنّ التناسب من المبادئ العامة للقانون، بل يرى أنّه أمر تتطلبه أمور ومبادئ أخرى كالإنصاف والمساواة والملاءمة والضرورة⁽²⁾،

(1) ينظر ميزاب ريمة، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013، ص82.

(2) لمزيد من التفصيل، ينظر محمد ناصر راشد، الرقابة القضائية على التناسب، دار النهضة العربية، 2016، ص21.

واعتمد مؤيدو هذا الرأي على هذه الفكرة، بأنَّ التناسب ليس كقاعدة قانونية عامة تتسم بالعمومية والتجريد حتى يطبق على جميع الوقائع التأديبية، التي لم يراع فيها التناسب بين العقوبة والمخالفة التأديبية التي هي مشوبة بالغلو والشطط، بل إنَّ الإدارة ومن ثمَّ القضاء هو الذي يقرر إمكانية تطبيق التناسب على الواقعة المعروضة أو تحت الرقابة من عدمه.

هذا الرأي بالرغم من وجاهته، إلّا أنّه لا يمكن التسليم به وذلك لأسباب، أهمها:

1- هذا الإتجاه يعتريه عدم الوضوح والصرحة وهشاشة الأدلة التي قاموا بعرضه، لكونها لا يتناسب مع القواعد والأدلة القاطعة حيال مبدأ التناسب، بل هذا الرأي هو عبارة عن جمع المصطلحات التي تناقض بعضها، وعلى سبيل المثال الجمع بين المساواة والملاءمة والإنصاف والضرورة والخطأ الظاهر في التقدير، دون الولوج في تفاصيل شرح هذه المبادئ وتوضيحها، وتحديد معالم أي من هذه المبادئ.

2- إنّ هذه المبادئ التي استند إليها مؤيدو هذا الرأي، أقرب من أن تكون مبررات لمبدأ التناسب، وليست لتحديد طبيعة التناسب.

3- رؤية هذا الإتجاه تصطدم الواقع الحال، إذ لا يمكن في وقتنا الحاضر أن ينكر أحد أهمية ودور مبدأ التناسب كونه مبدأ ظاهراً وبارزاً لدى الأوساط الفقهية والقضائية، بدليل أنّ تلك الأحكام والقرارات التي تصدر من محاكم القضاء الإداري بشأن أهمية مبدأ التناسب، وإبطال القرارات القضائية أو تخفيض عقوبتها من عقوبة شديدة إلى الأخف منها لكون تلك القرارات لم يراع فيها مبدأ التناسب، وقد عرضنا جزءاً منها وسنعرض فيما بعد أمثلة أخرى على ذلك إن شاء الله.

ختاماً نرى، أنَّ مبدأ التناسب بالرغم من استناده إلى أساس دستوري، لا يرتقي إلى منزلة عدّه مبدأً دستورياً، وما يتعلق برأينا في هذا الميدان نرى أنَّ هذا الرأي في الحقيقة هو الأقرب إلى الصواب والمنطق القانوني، بدلالة أنَّ مبدأ ترجيح الرأيين: يرى فيه الباحث أنَّ التناسب صار اليوم من المبادئ القانونية الراسخة من قبل الفقه والقضاء⁽¹⁾، بصورة لا لبس فيها، ولا حرج في ذلك على الإطلاق، حتّى في حالة خلو نص دستوري أو قانوني قاطع بشأنه.

علاوة على ذلك، فإنّ القضاء في حالة بسط الرقابة على أعمال الإدارة يلزم نفسه بتطبيق مبدأ التناسب، وهذا يدل يقيناً على رسوخ المبدأ في نطاق التطبيق ومكانته في نطاق القضاء الإداري، لذا فإننا نرى أنّه مبدأً قانونياً مرموقاً وعلى الإدارة العامة مراعاته تماماً وعلى القضاء أيضاً أن لا يغفله تحت أية ذريعة، أما من حيث أنه مبدأ كغيره من المبادئ العامة للقانون فإنّ ذلك فيه سجال بين الفقه والقضاء، حيث يرى البعض أنّه بمثابة القواعد القضائية التي هي من صنع القضاء، ويرى البعض منهم بأنه تصل مرتبته إلى القواعد الدستورية⁽²⁾، والآخرون يرون أنّه مبدأ قانوني كغيره من المبادئ القانونية الأخرى⁽³⁾، وبدورنا نحن نرى في ذلك أنه

(1) والدليل على ذلك ما جاء في حكم القضاء الدستوري المصري في سنة 1996 في الدعوى الدستورية المرقمة 16/33 ق، وهذا نصها " يتعين دوماً أن يكون تقدير الجهة الإدارية جزاءاتها متوازناً، قائماً على أسبابها بكل أخطارها، مبرراً بما يحقق حقاً وعدلاً، دائراً حول الملاءمة الظاهرة بين خطورة الفعل المعتبر ذنباً إدارياً، وبين نوع الجزاء ومقداره، وإلا كان تقديرها إنحرافاً بالسلطة التقديرية عن أهدافها، وعلى ضوء هذه المبادئ ذاتها تتحدد دستورية النصوص القانونية التي يسنها المشرع في المجال التأديبي" وهذا خير دليل على أن القضاء المصري أقر أن التناسب مبدأ قانوني راسخ.

(2) ينظر الأستاذ الدكتور عبد الحميد المتولى، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، العدد 3، ص 4 وما بعدها.

(3) فمثلاً يرى د. محمد أحمد رفعت عبد الوهاب أنَّ التناسب يعد من المبادئ القضائية التي تطبق في نطاق أضحيق من القانون، حيث مثل رأيه في أنَّ التناسب يطبق في مصر فقط في مجال قضاء

ليس بشرط أن توازي مكانته جميع المبادئ القانونية الأخرى بل له طبيعة المبادئ القانونية من حيث المرتبة والتطبيق.

وفي ضوء ماتقدم إجمالاً؛ بدورنا نؤيد الإتجاه الأول، بهذا الخصوص لكونه الرأي الراجح لقوة الأدلة ورجحان المنطق وعصرانيته، وموافقته مع الواقع والسند القانوني السليم.

==

التأديب_الغلو، وفي ذلك فإنه يميز بين المبدأ والقاعدة في مجموعة من الخصال وهي 1-خصوصية القاعدة وعمومية المبدأ. 2-عدم استقرار القاعدة ودوام المبدأ. 3-ارتباط القاعدة بالواقع العملي، وترجمة المبدأ لأسس جوهرية للنظام القانوني في الدولة، للمزيد ينظر مؤلفه المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1992، ص 143.

المطلب الثاني

تمييز مبدأ التناسب عن المصطلحات المشابهة له

لا غرو في أنّ التناسب ينطوي على علاقة تشابهية واختلافية في الوقت نفسه مع المصطلحات الأخرى، ومن بين ذلك التناسب والملاءمة، والسلطة التقديرية. ونوجز الكلام على هذا الأساس على الجوانب المتباينة لمبدأ التناسب مع المصطلحين المذكورين وذلك في فرعين، فالفرع الأول يخصص لبيان التمييز بين مبدأ التناسب والسلطة التقديرية، والفرع الثاني يتناول تمييز التناسب مع الملاءمة وكما يأتي تفصيل ذلك تباعاً وكالاتي:

الفرع الأول

تمييز مبدأ التناسب عن السلطة التقديرية للإدارة العامة

إنّ السلطة التقديرية للإدارة كما أسلفنا، تعني قدرة الإدارة على إعمال إرادة حرة في مباشرة النشاط الإداري، وذلك لكونها من أهم مواضيع القانون الإداري، لما تحظى هذه النظرية به من إهتمام بارز في نطاق القانون الإداري، حيث إنّه تمثل ضرورة إجتماعية للهيئات الإدارية في الوقت نفسه، وذلك لإتساع مداها وشمول فحواها، وبناءً على ذلك، نجد أنّ دراستها احتلت جزءاً شاسعاً من الدراسات والأبحاث وكتب المؤلفين في مجال القانون الإداري، أكثر من غيرها من المواضيع، ولهذه الأهمية فقد قال الفقيه (Waline M) عندما أراد أن يعرف القانون الإداري من جانبه بكلمات مختصرة، ركّز في تعريفه على عبارته الشهيرة "إذا ماتركنا الجانب الوصفي للهيئات الإدارية"⁽¹⁾.

(1) ينظر د. حسان عبدالله يونس الطائي، التطورات القضائية على مبدأ التناسب في القرارات التأديبية، المكتب الجامعي الحديث، 2016، ص309.

يفهم من ذلك، أنّ القانون الإداري لديه ينحصر في الجانب التقديري للإدارة، لكونها تتضمن دراسة السلطة التقديرية للهيئات وقيود ممارستها لهذه السلطة، أو هذا يعني أن يترك للإدارة شيء من الحرية لتقرر بمحض إختيارها، ما إذا كانت تحت طائلة المصلحة العامة من عدمها في أن تتدخل لإتخاذ قرار ما أو عدم إتخاذها، وإذا تدخلت بأي وسيلة أو توقيت زمني تختارها الإدارة العامة في سبيل ذلك، فمن هنا يستلزم أن تكون أمامها وسائل وبدائل متاحة، تتساوى كلها في المشروعية، دون أن يفرض عليها القانون أية قيود أو حلول مسبقة⁽¹⁾، وبخلاف ذلك لا يبقى معنى أو مغزى للسلطة التقديرية وفقاً للسياقات المعمولة التي تعتمد عليها، فإنّ مناطها هو الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل من الأفراد والقضاء لتختار في حدود الصالح العام، وقت تدخلها، ووسيلتها⁽²⁾.

وأما التناسب فهو تقدير أهمية السبب ومدى موافقته مع الإجراءات المتخذة أي محل القرار الإداري، لذا يمثل التناسب أهم تصرفات الإدارة في مجالها التقديري تقوم بجواره تصرفات أخرى كثيرة، وليس هو التصرف الوحيد الذي تعمل فيه الإدارة حريتها، ويعني ذلك أن التناسب داخل في تصرفات الإدارة المبنية على السلطة التقديرية لها، ويعني ذلك أنّ مناط التناسب يكمن في العلاقة القانونية بين السبب ومحل القرار الإداري، فإنّ الفرق بينهما يتضح بشكل واضح، في أنّ السلطة التقديرية تعد مجالاً تتصرف فيها الإدارة العامة بحرية دون إلزام قانوني عليها من قبل المشرع، حيث تتمثل تلك التصرفات في اختيار الإدارة لسبب قرارها، بتدخلها أو بامتناعها عن التدخل، وكيفيةها، والاختيار من بين البدائل أو الوسائل المشروعة.

(1) ينظر د. حسان عبدالله يونس الطائي، المصدر نفسه، ص311.

(2) يراجع د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ط6، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص33.

وتأسيساً على ما تقدم، فإنَّ المجال الخصب لوجود التناسب هو السلطة التقديرية، إذ ينصب في هذا المجال لا في غيرها، ولكنه لا يستغرقها لوحده، بل هو أحد هذه التصرفات التي تستوعبها السلطة التقديرية، إذ تقوم بجواره تصرفات أخرى كثيرة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تمييز التناسب عن الملاءمة

لاشك أنَّ هناك جدلاً واسعاً بين الفقهاء حول المصطلحين، ومنهم من يرى أنَّهما مرادفان لمعنى واحد، حيث عدّوا الملاءمة متشابهة لغوياً مع التناسب كونهما متشابهين لغوياً لذا فهما يرمزان لشيء واحد⁽²⁾، وكما ان الوقوف حول حقيقة هذين المصطلحين يوفر للجميع إمكانية إزالة أي غموض قائم بينهما في التعبير عن حالة عدم التوافق أو التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة المرتكبة في مجال

-
- (1) ينظر د. محمد فريد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، 1989، ص 19.
- (2) ومن مؤيدي هذه النظرية على سبيل المثال د. سعاد الشرقاوي التي ذهبت إلى أن الملاءمة لم تفرض أصلاً إلا لمعرفة مدى التناسب بين الوقائع التي استندت إليها الإدارة، ومضمون القرار الذي صدر بناءً عليها، وبذلك يتجلى تماماً أنها لم تميّز بين الملاءمة والتناسب، وفي المضمون نفسه يذهب د. السيد محمد ابراهيم سليمان بالإتجاه نفسه وقائلاً " إن الملاءمة في القرارات التأديبية هي التناسب بين سبب القرار ومحلّه، وما يترتب على ذلك من ملاءمة أو عدم ملاءمة القرار، فهي تقوم على عنصرين: السبب والمحل، وهذا الأمر في الحقيقة كما نبينه في متن الحديث عن هذا الموضوع، فإنّه خلط للحقيقة ونرى انه يجانب الصواب حقاً، إذ أن التناسب ماهو إلا من مكونات الملاءمة ويختلف معها من حيث المضمون نوعاً ما، وحيث أن التناسب يشير إلى الصلة الداخلية بين بعض مكونات القرار الإداري أو أركانه وعناصره، وبالتحديد بين سببه ومحلّه، للمزيد ينظر د. سعاد شرقاوي، الإنحراف في استعمال السلطة وعيب السبب، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، السنة 11، والعدد3، 1969، ص 150، ويراجع د. السيد محمد ابراهيم سليمان، الرقابة القضائية على ملائمة القرارات التأديبية، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة، العدد2، 1963، ص 266.

التأديب، حيث عرف مبدأ الملاءمة بتوافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والإعتبارات أو الظروف المحيطة وملابسات القرار من كافة الجوانب، وبمعنى أعم فإن الملاءمة تطلق على ما يوافق مركزاً معيناً أو حالة معينة، بالنظر لما يحيط بهذه الحالة من اعتبارات الزمان والمكان والظروف المحيطة⁽¹⁾، ويعني ذلك أن الملاءمة في مجالات القرار الإداري توافق القرار مع الظروف الخاصة التي تستوجب إصداره من حيث الزمان والملابسات حتى يكون القرار منسجماً مع كل الظروف والأحوال كإصداره نصاً لمواجهة الحالة التي اتخذ من أجلها، فمثلاً في حالة فرض عقوبة تأديبية على الموظف يستلزم مراعاة الظروف المحيطة وملابسات الواقعة⁽²⁾، وكذلك نوع الجزاء المفروض على الموظف كتوجيه عقوبة الإنذار على سبيل المثال على موظف خالف سابقاً، مع موظف لم يخالف من قبل وفي ظروف وظيفية وشخصية مماثلة، لكن واقع الحال بالنسبة لكل منهما يختلف عن الآخر، فإذا نراعي ملابسات القضية والواقعة بالنسبة لأي منهما فهنا راعينا مبدأ الملاءمة، وبناءً على ماتم توضيحه حول هذا المبدأ، نرى أنّ مبدأ الملاءمة هو الذي يدخل في إطار مبادئ العدالة في المنظور القانوني أي يعمل في حيز مراعاة الفروق الفردية بين مرتكب الخطأ التأديبي من شخص لآخر، بحيث إنهما ارتكبا المخالفة نفسها إلا أن لدى أحدهما ظرفاً أو أحوالاً يجب مراعاته، أما الآخر فليس لديه ذلك، لذا يستوجب مراعاة حامل الظروف من حيث العقوبة من الآخر الذي ليس لديه الظروف والأحوال نفسها، هذا ما يتعلق بالملاءمة.

ختاماً، أنّ التناسب يعني توافق الإجراء مع السبب المصاحب له فهو يدخل ضمن أحد أشكال الملاءمة في القرار الإداري، بينما الملاءمة تعني توافق القرار

(1) ينظر حسان عبدالله يونس الطائي، مصدر سابق، ص303.

(2) ينظر حاج غوتي أحمد، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص128.

الإداري مع جميع العوامل والظروف المحيطة بالقرار من كافة جوانبه، إلا أن التناسب لا يعني سوى توافق الإجراء المتخذ أي محل القرار مع السبب المصاحب له أي توافق الإجراء المتخذ مع محل القرار أي علاقة طردية بين السبب والمحل في القرار نفسه، فالتناسب وهذه الكيفية يعد أحد أوجه الملاءمات أو جزء من أجزاء الملاءمة، وبمعنى أوضح فإنّ الملاءمة هي الصورة الكبرى، وهي بمثابة المرآة والتناسب هو عبارة عن الصورة التي تظهر في داخل المرآة نفسها، وان العلاقة بينهما ليست إلا علاقة الكل-الملاءمة- بالجزء-التناسب-، وفي ذلك عندما يفرض القاضي رقابة التناسب ويفحصه في القرار، فإنه في الوقت نفسه فرض رقابة الملاءمة، وذلك لأن التناسب ما هو إلا مكون من مكونات أو جزء من أجزاء رقابة الملاءمة.

وكل ذلك بمعنى أن الملاءمة هي المفهوم الأوسع والأشمل من التناسب، بل إنّها تستوعبه وتستحوذه، وفي ذلك يعتبر التناسب أحد اجزائها، إذن فإنهما لا يتطابقان معاً ولا يعتبر أحدهما مرادفاً للآخر، ومفهوم القول في ذلك أن يتحقق التناسب في القرار الإداري من غير أن تتحقق ملاءمة القرار الإداري نفسه، وذلك لعدم تحقق أو توفر بقية عناصر الملاءمة، كعدم ملاءمة وقت تدخل الإدارة في إصدار القرار على سبيل المثال، فيكون هنا القرار ملائماً من حيث التناسب من غير ان يكون ملائماً من حيث وقت إصداره.

ومن الأدلة على اختلاف المبدأين عن بعضهما ماجاء في قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية" ان رقابة القضاء الإداري للقرار الصادر من جهة الإدارة تقف عند حد التحقق من وجود سبب صحيح لهذا القرار، أمّا أهمية هذا السبب أو خطورة متى قام، فهي من ملاءمات السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة"⁽¹⁾.

(1) نقلاً عن مايا نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، المصدر السابق، ص 66.

المطلب الثالث

(1) الأساس القانوني لمبدأ التناسب

لاينكر أن الأساس القانوني لمبدأ التناسب واسع ومتشعب إذ لايمكن حصره

(1) إن وجود مبدأ التناسب أو رقابته لم يكن حكراً في مجال القانون والقضاء الإداري فحسب، بل هناك وجود حتي لهذا المبدأ في نطاق القانون الدستوري، يقصد بالتناسب التوافق بين أي نص سواء صدر في شكل قرار فردي أم لائحي، أو في شكل تشريع، كأداة قانونية تستخدمها الدولة في تنظيم موضوعات معينة، وبين الحقوق وحرية الأفراد سواء المنصوص عليها صراحة في الدستور أم المتضمنة في المقومات والمبادئ الأساسية والقواعد والأحكام التي أتى بها الدستور، وفي هذا النطاق نجد أنه يشوبه نوع من التعقيد، لأن التناسب في نطاق الدستور يكون متسلسلاً بعملية مركبة، لكونه يتعلق بعدة عناصر وجوانب واعتبارات جمة، في البداية يتعلق بالصلة بين موضوع النص الصادر والمبادئ والأحكام الأساسية التي نص عليها الدستور، ومن جهة ذي الصلة أيضاً فإنه يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمؤسسات الدستورية المختصة، لكن هذه المؤسسات بطبيعتها تمارس هذه السلطة في إطار القواعد والضوابط التي رسمها الدستور نفسه، وبالتوافق مع المقومات والمبادئ الأساسية والأحكام التي تضمنها، في ذلك ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية في أحد أحكامها إلى القول " بأن القانون الدستوري لايتكون فقط من مجرد الجمل المحددة الواردة في الدستور المكتوب، ولكنه وبذات الدرجة- يتكون من مبادئ عامة معينة، وأفكار رائدة لم تتم صياغتها من جانب واضع الدستور باعتبارها قواعد قانونية صريحة، لأن هذه الأفكار شكلت الصورة العامة السابقة على وضع الدستور"، زد على ذلك أن المحكمة الدستورية الألمانية ذهبت في حكم تال لها، إلى ربط مبدأ التناسب صراحة بنتيجة حتمية لحكم القانون على حد تعبيرها، وفي حكم آخر نصت على أن مبدأ التناسب يعد نتيجة ضرورية لمبدأ الدولة الدستورية أو لمبدأ حكم القانون، وفي فرنسا يكون المجلس الدستوري مختصاً برقابة التناسب الدستوري، وفي العراق تكون المحكمة الاتحادية العليا الجهة المختصة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وفي الحقيقة أن دور القاضي الدستوري في تطبيق التناسب دور مضمّن وشاق، وما قد يزيد من شقائه، أن النصوص لا تتضمن كعادتها الإشارة الصريحة إلى وجوب تحقق التناسب، وفي المقابل أن الرقابة على دستورية القوانين هي بالضرورة أكثر شدة وصرامة من الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية، لذلك فمن المرجح أن يكون الدور الذي يلعبه التناسب في نطاق القانون الدستوري أكثر أهمية من ذلك الذي يؤديه في إطار القانون الإداري، ينظر في ذلك د. جورجي شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، -دراسة تطبيقية تحليلية تطبيقية مقارنة في الأنظمة المشابهة-، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، العدد 16، أغسطس، 2018، ص 15 وما بعدها، وكذلك يراجع د. وليد محمد الشناوي، المصدر السابق، ص 106 وما بعدها.

بسهولة، إذ يحوم حوله الرأي والرأي المقابل، في أوساط الفقه الإداري على النحو الخاص، وذلك لتحديد الأساس القانوني السليم الذي يعتمد عليه مبدأ التناسب⁽¹⁾.

ويدسميه البعض بالمصدر الموضوعي⁽²⁾، بعد ما كان مبدءاً راسخاً في القانون والفقه الإداري، لذا فإنَّ فقهاء القانون الإداري بحثوا عن أساسه القانوني، وفي ضوء ذلك وجدوا مجموعة من الأسس التي صارت أساساً لتأصيل فكرة أو مبدأ التناسب، فمنهم من يحصر أساس التناسب في المجال التأديبي، ومنهم من وسع في ذلك، لذا سنسلط الضوء على تلك الأسس في مجموعة من الأفرع، وفيما يأتي تفصيل ذلك، فالفرع الأول يخصص للأساس القضائي لمبدأ التناسب-الدور المنشئ للقاضي الإداري-، الفرع الثاني: مخالفة جوهر القانون، الفرع الثالث: التدرج في ذكر الجزاءات، والفرع الرابع: إعتبارات العدالة كأساس لمبدأ التناسب.

(1) من المعلوم أنَّ مبدأ التناسب يرجع من حيث سياقاته وحيثيات ظهوره إلى مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن بعيد، لذلك فإنَّ إستعمال هذا المبدأ يختلف من مصدر إلى مصدر من حيث تسميته برقابة التناسب، أو مبدأ التناسب، إلَّا أنَّنا نرى من حيث سياقه النظري أنَّه مبدأ راسخ في الفقه الإداري، وعندما نأتي لتطبيق هذا المبدأ يتحول من مبدأ نظري إلى واقع التطبيق أو الواقع العملي يتحول من مجرد مبدأ إلى رقابة فعالة ذات جدوى كبيرة، على أعمال وتصرفات الإدارة القانونية، ويتسعى مباشرة برقابة التناسب، لذا ومن الضروري أن نشير في معرض حديثنا إلى أنَّه وانسجاماً مع ما عليه دراستنا هذه، أينما تأت مفردة التناسب نقصد بها العبارتين معاً أي المبدأ من الناحية النظرية، ورقابة التناسب كحالة تطبيقية أو عملية.

(2) ينظر د. شمس الدين الوكيل، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1964، ص265.

الفرع الأول

الأساس المستند إلى الدور المنشئ للقاضي الإداري

من المعلوم أنّ القضاء الإداري يعد صاحب الفضل الأول في إنشاء قواعد القانون الإداري بصورة عامة، نظراً لأنّ أكثرية تلك المبادئ والقواعد القانونية، ماهي إلا وليدة الأحكام والقرارات الصادرة من القضاء الإداري الفرنسي، ومنها إلى القضاء المصري وغيره، والسبب في ذلك يرجع إلى المبدأ الراسخ في القانون الإداري، ألا وهو أنّ القضاء الإداري، يتسم بأنّه قضاء منشئ للقواعد القانونية الإدارية بأسرها⁽¹⁾، إذ يبتكر المبادئ والنظريات التي يركز عليها القانون بين حين وآخر، بدءاً من القضاء الفرنسي⁽²⁾، المتمثل في مجلس الدولة الفرنسي، الذي ساعد بدوره على

(1) ينظر د. محمد عبد الحميد أبو زيد، الطابع القضائي للقانون الإداري، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1984، ص 148.

(2) نظراً لاختلاف الأوضاع القضائية في كل من فرنسا والعراق، نجد حتماً تبايناً واضحاً في هذا السياق، حيث إنّ القضاء الإداري في فرنسا يعد منشئاً للقاعدة القانونية، بحيث إنه في حال عدم وجود نص قانوني أمام القاضي تطبيقه، فإنّ دور القاضي الإداري يتحول من القاضي إلى المشرع، أي يقوم بخلق قاعدة قانونية يطبقها على الواقعة المعروضة أمامه، أما في العراق وإقليم كردستان نجد أنّ القضاء لم يتجاوز دوره كقضاء تطبيقي، دون أن يتحول إلى قضاء إنشائي، ولعل السبب الرئيس في ذلك يعود إلى عدم وجود ثقافة قانونية دقيقة وعميقة لدى القضاة بصورة عامة، وقلة التجربة الإدارية لديهم في التعامل مع القضايا الإدارية، ولكون القضاء في العراق لم يكن له إلا تجربة حديثة، ولم نجد قضاة متدربين في تخصص القضاء الإداري وذلك بعد عام 1989، وفي الإقليم إذ يعود نشأة القضاء الإداري فيه إلى سنة 2008 وذلك بصدر قانون مجلس شوري الإقليم رقم 14 لسنة 2008، ومن الملاحظ هنا أيضاً أن نشير إلى أنّ هذا القانون أجري عليه تعديلاً واحداً تحت رقم 17 لسنة 2022 المسمّى بقانون التعديل الأول لقانون مجلس شوري الإقليم رقم 14 لسنة 2008 المؤلف من 19 مادة قانونية، والذي أحدث تغييرات في القانون ذاته بما فيها تغيير تسمية هيئات والمحاكم وتوحيد أسماء المحاكم مع ما هي موجود في هياكل مجلس الدولة العراقي، منها تغيير إسم الهيئة العامة لمجلس شوري الإقليم إلى المحكمة الإدارية العليا، و هيئة إنضباط موظفي الإقليم إلى محكمة قضاء الموظفين، وغيرها من التغييرات، وقد صادف إصدار هذا القانون في فترة تمديد عمل البرلمان وفقاً لقانون استمرار الدورة الخامسة لبرلمان كردستان رقم 12 لسنة 2022، حيث أصدرت المحكمة

تشديد صرح القانون الإداري الفرنسي ومنه إلى البلدان الأخرى، حيث لم يكن يوماً من الأيام أسيراً للنصوص التشريعية، بل كان حراً غير مكبل بقيود معينة، مادام ينوي المجلس بقراراته تحقيق الصالح العام، ولأننسى في الجانب نفسه، أن إطاعة الإدارة العامة لأحكامه، وقراراته ماهي إلا تأصيل وتعميق للثقة الراسخة التي حظي بها المجلس لدى الإدارة الفرنسية⁽¹⁾، ومع ذلك فإنّ المكانة المرموقة التي يتبوأها المجلس لدى الإدارة لها الدور الأساس في ذلك، و كانت سبباً واضحاً لكي تحترم قراراته والعمل بمقتضاها، إذ يقوم بالدور الأساس نحو تأسيس وتثبيت معالم تلك المبادئ المستخلصة منه، ولقد اتضح ذلك في جل من قراراته وأحكامه الصادرة في قضايا إدارية شتى، ومن أبرز ما يؤكد هذه الحقيقة أنّ معظم نظريات القانون الإداري يرجع نشوءها إلى مجلس الدولة الفرنسي، منها نظرية الظروف الطارئة، وغيرها من النظريات الأخرى، ويليه القضاء المصري تبعاً⁽²⁾، ولا يزال القضاء الإداري يلعب الدور نفسه، في الدول الأخرى بصورة متفاوتة، وبالنتيجة فإنّ المبادئ

==

الإتحادية العليا حكماً قضائياً بعدد 233 وموحداتها 239، 248، 253 /اتحادية/ 2022 يقضي بعدم دستورية القانون الصادر من برلمان كوردستان القاضي باستمرار عمل البرلمان رغم إنتهاء مدته القانونية، لذلك فإنّ قانون التعديل الأول لقانون مجلس شورى الإقليم يعد غير دستورية لكونه صادراً ضمن مدة التمديد التي حكمت المحكمة بحقها بطلان القوانين والقرارات الصادرة خلالها وفقاً لقرار المحكمة المذكور.

(1) يراجع د. محمد أنس قاسم، الوسيط في القانون العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص15 وما تليها.

(2) لقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة المصري رقم 165 لسنة 1955، هذه الحقيقة بقوله إنّ القانون الإداري يفرق عن القوانين الأخرى، كالقانون المدني والتجاري في أنه غير مقنن، لذا يتميز هذا القضاء بأنّه ليس مجرد قضاء تطبيقي بل هو قضاء إنشائي، يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسيرها للمرافق العامة وبين الأفراد، للمزيد في ذلك يراجع حسام حميد داود الدليمي، الرقابة القضائية في القرارات التأديبية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2020، ص104.

التي يستنبطها القضاء الإداري تتبوأ مكاناً ومركزاً عالياً بين مصادر القانون وأدت إلى اتصافه بأنه قانون قضائي⁽¹⁾.

يفهم من ذلك، أنّ القضاء الإداري هو المبدع في أحكامه، منشئ للمبادئ بقراراته، مبنياً على اجتهادات قضائية، يستند إليها القضاة، ويضعونها أساساً لأحكامهم وقراراتهم، ولعلّ السبب الرئيس في ذلك يرجع إلى تلك الخاصية التي يمتاز بها هذا القانون، أنّه قانون غير مقنن في مدونة، أو مبوبة في متون قانونية شأنه شأن القانون المدني، التجاري، الجنائي وغيرها من القوانين، بل إنّ دور القاضي الإداري في هذا المجال يقترب تماماً عن دور المشرع، لكونه يخلق القواعد القانونية العامة⁽²⁾.

وتأسيساً على ماتقدم، فإنّ التناسب وفقاً لمؤيدي هذا الرأي يستدرج أيضاً، ضمن المبادئ القانونية العامة التي يخلقها القضاء الإداري، ومن بين هؤلاء الدكتور عصام عبدالوهاب البرزنجي القائل بأنّ مبدأ التناسب لاتجد أساسه في الشرعية، ولكنه في القاعدة القضائية التي وضعها القضاء، لكونه قضاءً إنشائياً لا تطبيقياً على حد تعبيره⁽³⁾.

والأمر صحيح أيضاً، فيما يتعلق بالإجراءات الضبطية أو العقوبات التأديبية، فكلها تستسقى أحكامها ومبادئها من القضاء، لافتاً إلى أنّ التناسب في كلا المجالين، ما هو إلاّ قاعدة قضائية وضعها القضاء الإداري⁽⁴⁾، حيث يسري عليها القضاء بأحكامه، والإدارة في إصدارها لقراراتها، وفي الإطار نفسه، أشار الدكتور محمد حسنين عبدالعال إلى هذه الحقيقة أيضاً مؤيداً الرأي بعينه، إذ أقر من جانبه بالقاعدة

(1) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص 63.

(2) للمزيد ينظر د. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص 35.

(3) ينظر في ذلك مايا محمد نزار أبودان، مصدر سابق، ص 41.

(4) نقلاً عن إبراهيم محمد حاجي، الرقابة القضائية على تناسبات القرار الإداري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة سوران-كوردستان-العراق، 2019، ص 70.

القضائية أساساً لمبدأ التناسب في المجال التأديبي، مستشهداً في ذلك بقرارات المحكمة الإدارية العليا المصرية التي تؤكد شرعية الجزاء التأديبي وفرضه على المخالف، وأنَّ لا يشوب تقديره الغلو⁽¹⁾، بالإشارة إلى أحد القرارات الصادرة من المحكمة الإدارية العليا المصرية، نجد أنَّها تؤكد ذلك الأمر تماماً، إذ ينص على أنَّ "التناسب بين جسامة المخالفة التأديبية والعقوبة يعد من المبادئ العامة للقانون، المستقاة من الأحكام الصادرة من القضاء الإداري، وأشار القرار إلى أنَّه يتعين أن يرى تقدير الجزاء الذي يوقع على المخالف التناسب بين جسامة الجرائم التأديبية في ذاتها، وفي الظروف الموضوعية التي حدثت فيها، بما يحقق الهدف والغاية من العقاب"⁽²⁾.

الفرع الثاني

الأساس المستند إلى مخالفة جوهر القانون

ينصرف مفهوم مخالفة القانون أو قواعده، وفقاً لمؤيدي هذا الإتجاه إلى عدم قانونية المحل في القرار الإداري، وعدم اتفاقه مع النصوص التشريعية بشكل عام، يذهب جانب من الفقه الإداري، إلى أنَّ التناسب يجد أساسه في مخالفة القانون، من حيث مغزاه وفحواه، أو ما أصطلح عليه بـ"جوهر القانون"، سواء أكانت هذه المخالفة لنص وارد في الدستور، أو القانون، أو الأنظمة والتعليمات، ويقصد من ذلك، أنَّ مخالفة القانون يكون بمعناه العام هي أن تخالف كل قاعدة قانونية، التي يجب إحترامها والإلتزام بها، من قبل الإدارة والأفراد بناءً على مبدأ المشروعية⁽³⁾، سواء أكانت هذه القاعدة مكتوبة أم غير مكتوبة.

(1) ينظر ابراهيم محمد حاجي، المصدر نفسه، ص71.

(2) ينظر طعن إداري، المحكمة الإدارية العليا، قسم 27، لسنة 32 قضائية، جلسة 198/2/11.

(3) يراجع د. نكتل إبراهيم عبدالرحمن، مصدر سابق، ص209.

ويرى مؤيدو هذه النظرية أنّ الأثر القانوني للقرار الإداري، يتلخص في محله أو موضوعه، الذي ينتج عنه مباشرة، ولكي يكون القرار الإداري صحيحاً نافذاً، يجب أن يطابق القوانين النافذة⁽¹⁾ بشتى أنواعها، وبخلاف ذلك يكسب القرار ثياب اللامشروعية، وبالتالي يتصدى للبطلان أو الإلغاء على حد تعبيرهم، متذرعين في ذلك بمخالفة القرار جوهر القانون أو فحواه.

ومن أبرز مؤيدي هذا الإتجاه، كل من (د. عبدالفتاح حسن و د. جودت الملط) وقد تبنيا رأيهما هذا، على جملة من المبادئ التي أرستها المحكمة الإدارية العليا المصرية في قضايا مرتبطة برقابتها على التناسب، وعلى الوجه الخصوص في مجال القضاء التأديبي، حيث نصت تلك القرارات صراحة على أن عدم مراعاة مبدأ التناسب بين الجزاء التأديبي والمخالفة المرتكبة سيؤدي بالنتيجة إلى مخالفة روح القانون، والشاهد في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا التي نصت على أنه "ولما كان العقاب الذي أنزلته المحكمة التأديبية بحق المخالف، هو أقصى العقوبات المقررة، دون أن تحتوي الأوراق أو ملابسات الدعوى ما يدعو إلى هذه الشدة المتناهية، وبالتالي خالف هذا الجزاء روح القانون وفحواه، ما يتعين معه تعديله وإنزاله إلى الحد المتلائم مع تلك المخالفة الإدارية"⁽²⁾.

وفي المسار نفسه، فقد قضت المحكمة أيضاً في أحد أحكامها على هذا الأمر، وذلك بنصه "وفي نطاق الرقابة القانونية التي تسلط على تلك القرارات التي غايتها التعرف على مدى مشروعيتها من حيث مطابقتها للقانون نصاً وروحاً"⁽³⁾، وجرياً على ماتقدم، يؤيد أيضاً الدكتور فؤاد العطار، هذا الإتجاه ويراه الأقرب إلى الحقيقة

(1) نقلاً عن د. نكتل ابراهيم عبدالرحمن، المصدر نفسه، ص 210.

(2) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصري، قضية رقم 25 لسنة 9ق، المجموعة 10، ص 2096.

(3) يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصري، المرقم 672، لسنة 1973.

والواقع، حيث يرى أنه يتعين على القاضي الإداري في حالة ما إذا كان القرار بني على عدم الملاءمة الظاهرة بين التهمة والعقوبة، أصبح هذا القرار مخالفاً للقانون⁽¹⁾. ومن منطلق آخر، يوجد لهذا الإتجاه معارضون، حيث يرفضون هذا الأساس، ويرون أنه ليس صحيحاً، ومن أبرزها د. سليمان الطماوي، الذي يذهب إلى القول إنَّ عيب مخالفة القانون في روحه ومعناه، لا يمكن أن يعطي الصورة الحقيقية لأساس مبدأ التناسب، بل هناك خلط واضح في الأساس، ويعبر عن ذلك بأنَّ عيب مخالفة القانون في روحه وفحواه، ليس إلا إحدى صور عيب إساءة استعمال السلطة والإنحراف بها، وكذلك يرى من جانبه أنَّ عيب مخالفة القانون لا يتحقق إلا في مجال الاختصاص المقيد وخاصة في المجال التأديبي، لكون السلطة الإدارية والقضاء يمارس اختصاصاً تقديرياً، عند اختيار العقوبة المناسبة للمخالفة المرتكبة من الموظف العام، والعيب الملازم لاستعمال السلطة التقديرية، هو إساءة استعمال السلطة أو الإنحراف بها، فلا رقابة على ممارسة الاختصاص التقديري للإدارة إلا إذا ثبت هذا العيب، ويرد على استدلال مؤيدي الإتجاه على قرارات المحكمة الإدارية أساساً لرأيهم، بأنَّ محكمة النقض المصرية كانت لا تستعمل عبارة "مخالفة القانون في روحها ومعناها" إلاَّ للدلالة على عيب إساءة استعمال السلطة قبل نشوء مجلس الدولة، وفي سياق ذي صلة، ينفي من جانبه الدكتور "محمد ميرغني" مخالفة القانون في روحه كأساس لمبدأ التناسب⁽²⁾، لأنَّه يرى أنَّ المصطلح نفسه، قد انتشر في أوساط القضاء المصري بصورة واضحة للدلالة على نظرية التعسف في استعمال الحق.

واستدراجاً من ذلك، فقد واجه هذا الأساس، إنتقاداً من بعض الباحثين

(1) يراجع د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص755.

(2) ينظر مايا محمد نزار أبودان، مصدر سابق، ص50.

الآخرين، ومنهم الدكتور "السيد سليمان" إذ أنه يرى في حصر أساس التناسب في مخالفة لروح القانون، عزلاً لنص القانون عن روحه على حد تعبيره، لكون ذلك أمراً غريباً أن يفصل بين الأثنين مكتملان من حيث المعنى، ويعبران حقيقة عن كتلة واحدة عن معنى القانون، وذلك لأنهما يعضدان في تباين مضمون القاعدة القانونية، ويتكاملان في إيضاح مقصد المشرع.

وأما في مجال الضبط الإداري-تحديداً- يرى البعض أنّ أساس التناسب ماهو إلا مبدأ المشروعية، مستنديين في ذلك إلى أنّ التناسب يعد شرطاً أو عنصراً ضرورياً من عناصر مشروعية القرارات الإدارية المتعلقة بمجال الضبط الإداري، وبدوره يحمي تلك القرارات المتعلقة بالحرية العامة، ومن هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسي (فالين)، إذ يرى أنه وفي كل الحالات التي نكون أمام الحريات العامة والتي بحاجة إلى التقييد، وفقاً لمقتضيات الضرورة الضبطية، فإنّ الإجراء لم يكن مشروعاً إلا إذا اتصف بالضرورة، والملاءمة والتناسب، والقضاء هو الذي يفحص تلك الضرورة أو التناسب من عدمه، لكونه حامياً لتلك الحريات العامة من الإخلال أو المساس بها⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الأساس المستند إلى فكرة التدرج في ذكر الجزاءات⁽²⁾

يرى أنصار هذا الإتجاه، أنّ فكرة التدرج في الجزاءات هي التي تعد أساساً

(1) ينظر د. رمضان محمد البطيخ، مصدر سابق، ص 178 و179.

(2) ومن الملاحظ هنا، أنّ أنصار هذه النظرية كما يبدو من طرح رؤياتهم وأفكارهم، يرون أنّ مبدأ التناسب وتطبيق نطاقه، يكون حصراً في مجال السلطة التأديبية، وفرض الجزاءات التي تفرض على الموظف المخالف، لأنّ جوهر نظريتهم يعود إلى تأصيل أساس مبدأ التناسب في فرض الجزاءات ليس غيرها من الأسس التي تعتمد عليه في هذا النطاق، حيث يفهم من ذلك أنّ هذه النظرية لا يعتمد عليها في مجال التناسب في الضبط الإداري.

قانونياً لمبدأ التناسب، وقد ركّزوا على هذه الحقيقة، وهي أنّ المشرع عندما حدد العقوبات، أو الجزاءات بصورة متدرجة بأنواعها التي توصم بالتخفيف والإعتدال، والأخرى بالشدة، أي التي تتسم بالتشديد والإفراط، وقد يطلق على هذا الأساس أيضاً الأساس التشريعي للتناسب، و قصد المشرع في ذلك أنه يقاس الجزاء بمقدار ماتبين من قبل الموظف من خطأ، حيث أنّ مناط ذلك هو الإعتبار الذي يقدم على مخالفة تأديبية، سيجازي بعقوبة تضاهي الفعل المقترف من قبل الموظف المخالف، وفي حقيقة الامر، فإنّ الإدارة العامة مهما تتمتع بسلطة تقديرية واسعة كأساس عام، إلّا أنّها وفي الوقت نفسه ملزمة بمراعاة مبدأ التناسب في توقيع الجزاءات التي تقوم باختيارها من بين الجزاءات من حيث الكمية والنوع، ومعنى ذلك أنّ العقوبات التي وردت بنص تشريعي بصورة من التدرج من الشدة إلى الأقل شدة وإلى الأخف منها وهكذا، حيث يدل ذلك بوضوح على أنّ القانون قد يراعي العلاقة التأديبية بين العقوبة وبين المخالفة، وهذا جوهر مبدأ التناسب، ومن جهة ذي صلة بالموضوع، تسترشد الإدارة العامة بجملة من المعايير لتقدير مدى بسط العقوبة التأديبية على الموظف المخالف منها خطورة المخالفة التأديبية والمصلحة العامة، مع ظروف وملابسات المخالفة التأديبية، والوضع الوظيفي للموظف، وأثر العقوبة عليه إلى حد كبير. وعلى هذا الأساس يقتضي أن يكون رد الفعل المتمثل في الجزاء أو العقوبة متناسباً مع الفعل، وذلك لإقامة التوازن المقبول والمعقول بينهما، أي يستحق الفاعل لمخالفة جسيمة، العقوبة الشديدة، والمخالف الذي ارتكب مخالفة يسيرة ينال جزاءه بعقوبة يسيرة⁽¹⁾، من الجدير بالإشارة أنّ القاضي الإداري لايتدخل في فرض تلك الجزاءات، إلّا إذا شاب القرار الغلو أو التطرف في بسط العقوبة، ويرجع ذلك إلى أنّ القضاء يحترم السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة العامة، ومن

(1) ينظر لعلام محمد مهدي، دور القاضي الإداري في ضمان مبدأ التناسب في المجال التأديبي، جامعة أبوبكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص216.

الملاحظ أنّ القضاء الفرنسي لم يخل من تطبيق هذه النظرية - تدرج الجزاءات- في العقوبات التأديبية، في بعض قراراتها، ففي قرار المتعلق بالسيدة المدعوة (Mme Boury Nauron)، جاء في حيثيات القرار أنّ الفعل الصادر منها المتجسد في "الإهمال والتأخير في إنجاز المهام الموكولة إليها وإفشائها أسرار المهنة ومعاملاتها الوظيفية" لا يبرر ذلك الأمر، فرض عقوبة قاسية كعزلها من الوظيفة العامة على حد تعبير القضاء، بل على الإدارة التروي في إختيار العقوبة المناسبة بين العقوبات التي هي ذات الجسامه المتنوعة على حد وصف المحكمة لها⁽¹⁾.

وقد تجدر الإشارة إلى أن من المؤيدين لهذا الإتجاه كل من الدكتور سامي جمال الدين⁽²⁾ والدكتور فؤاد العطار⁽³⁾ اللذين يريان أنّ محكمة القضاء الإداري المصري عندما بسطت رقابتها على تناسب الجزاءات الصادرة ضد العمد والمشايخ، والذي تجلى في قرار الإدارة العامة بتوقيع العقاب أنها لم تراع التناسب بين العقوبة والمخالفة التأديبية بصورة واضحة، وبذلك فقد خالفت الإدارة القانون، عندما لم تقايس العقوبة مع المخالفة التأديبية⁽⁴⁾، وبذلك تبين من آرائها وحججها أنها استندت إلى الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحكمة

(1) يراجع د. كارين الدغيدي، القضاء الإداري ورقابة التناسب- النصوص القانونية والآراء الفقهية والاجتهادية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2019، ص103.

(2) ينظر د. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، القاهرة، مطبعة أطلس، 1991، ص304.

(3) ينظر د. فؤاد العطار، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، القاهرة، مطابع دار الكتب العربي، ط2، 1960-1961، ص598.

(4) من اللافت للنظر في هذه المسألة والتي أستند إليها الدكتور وقد عزز بها وجهة نظره من خلال الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري حيث ذهبت على سبيل المثال إلى أن " القانون رقم 141 لعام 1947 الخاص بالعمد والمشايخ قد نص على أن للمدير أن يجازي العمدة أو الشيخ بالإندار أو الغرامة التي لاتجاوز 200 قرش، وهذا التدرج في الجزاء الإداري يجوز توقيعه بمعرفة المدير أو لجنة الشياخات، يدل على أن المشرع قصد أن يقاس الجزاء بما يثبت من خطأ"

الإدارة العليا، و وجدت بغيتها في ذلك، لكونها جعلت عدم مراعاة التدرج في توقيع الجزاءات على المخالفين سبباً لإلغاء العقوبة، إذ نجد مقتضى القول في ذلك في حكم صادر منها قائلة " ان الجزاء يجب ان يكون مناسباً مع المخالفة، ولا إتسم بعدم المشروعية، والقانون إذ تدرج في قائمة الجزاءات الخاصة بسرقة أموال الهيئة العامة لسكك الحديدية فجعلها تتراوح بين خفض المرتب والعزل من الوظيفة، ويكون الهدف من هذا التدرج في إنزال العقوبة إلى وجوب التناسب بينه وبين الجرم الذي يثبت في حق الموظف"⁽¹⁾.

عليه ولكل ماتقدم، فإنّ هذا الرأي تعرض هو الآخر لمجموعة من الإنتقادات، ومنها:

1- ما قاله الدكتور سليمان الطماوي ان نظام تدرج العقوبات، نظام سائد وداخ في النظام الجنائي وليس في نطاق النظام التأديبي، إذ أنه لا يخضع لقاعدة لا جريمة إلا بنص، فيجوز للسلطات التأديبية وتحت رقابة مجلس الدولة أن ترى في أي عمل يرتكبه الموظف جريمة تأديبية، إذا كان لا يتفق مع واجبات الوظيفة، ولذا فلا يمكن حصر الجرائم التأديبية مقدماً، فقد استحال بالتبعية أن توضع لكل جريمة تأديبية عقوبة خاصة بها، بعكس الحال في القانون الجنائي⁽²⁾، وهذا على حد قوله.

2- إنّ هذا الأمر مبناه المنطق وليس مبناه القانون.

3- نرى أن جوهر هذا الموضوع، يكمن بوضوح في أنّ هذه الفكرة تصلح أن تكون جوهرًا ومضموناً لمبدأ التناسب، ولا تصلح أن تكون أساساً له وذلك اعتماداً

(1) الحكم الصادر في المحكمة الإدارية العليا في القضية المرقمة 25 لسنة 9ق، المجموعة السنة 10، بتاريخ 1963/6/8، ص2096.

(2) ينظر الأستاذة مايا نزار أبودان، المصدر السابق، ص29.

على ماسقناه من الرأي والملاحظات المبدية عليه.

4- ولعل الإنتقاد البارز لهذه النظرية، هو أنّها، تقوم بتحجيم مبدأ التناسب والتقليل من دوره، وذلك بحصره في قضايا الجزاء أو التأديب فقط، دون شمول ذلك المبدأ في نطاق الضبط الإداري والحفاظ على النظام العام، حيث إنّ الأخير، هو مجال لا يمكن أبداً إهماله أو التخصيص بشأنه.

لذا وبناء على ما تقدم من الملاحظات وغيرها نرى باختصار أنّ بيت القصيد في هذه الفكرة هي أنّها غير صالحة لأن تكون أساساً لهذا المبدأ.

الفرع الرابع

الأساس المستند إلى مبدأ العدالة واعتباراتها العملية

اتجه جانب من الفقهاء الإداريين إلى أنّ مبادئ العدالة والإعتبارات العملية لها، هي التي تعد أساساً سليماً ومنطقياً لمبدأ التناسب، ومنهم الفقيهان "Drago, Auby"، فقد استشهدا في ذلك بمسلك مجلس الدولة الفرنسي، فيما يتعلق بفرض الرقابة القضائية على القرارات الضبطية الصادرة من الإدارة العامة، لمدى مراعاة تلك القرارات لمبدأ التناسب من عدمه، وإذ يرجع ذلك وفقاً لرأيهما ليس لإعتبارات قانونية فحسب، بل ترجع لإعتبارات عملية مفادها العدالة⁽¹⁾.

لذا فالبعض يستند في تأييده لهذا الأساس على بعض قرارات مجلس الدولة الفرنسي التي تقوم ببسط الرقابة القضائية على تلك القرارات، وقيامها بإلغائها في الحالات التي تقتضيها مبادئ العدالة، فبالنتيجة يعتمد المجلس في ذلك على مبادئ العدالة والإعتبارات التي تتعلق بها، ولا يعتمد بالذات على إعتبارات قانونية فحسب.

وفي السياق نفسه، فإنّ الدكتور عصام عبدالوهاب البرزنجي، يذهب أيضاً إلى

(1) ينظر د. نكتل إبراهيم عبدالرحمن، المصدر السابق، ص 221 ومابعدها.

القول بأن العدالة والإعتبارات العملية لها، هي الأساس لمبدأ التناسب، إذ يرى أنه وخروجاً من مبدأ الملاءمة للقاضي الإداري، أن يتعرض في إجراءاته القانونية، للبحث في التناسب بين خطورة الوقائع الثابتة وأهميتها والإجراء الضروري المتخذ على أساس منها، أن لا يترك الإدارة العامة حرة في تقدير ملاءمته كيفما تشاء وتختار، وذلك بشرط أن القانون لم يتدخل في حسم ذلك صراحة⁽¹⁾، ويعزي ذلك القول إلى أن الأساس في ذلك ليس إلا مراعاة للعدالة والإعتبارات التي تقتضيها⁽²⁾.

حري بالإشارة، أن تحقيق العدالة في المنازعات الإدارية، أمر يتسم بالعسر والصعوبة في التطبيق، وذلك لكون الطرفين في تلك المنازعات الإدارية لم تكونا على مسافة واحدة، من حيث الحقوق والإلتزامات، لأن الإدارة دائماً ما تتمتع بإمتميازات، تفوق ما يتمتع بها الأفراد والأطراف الأخرى غير الإدارة العامة، أما في مجال القانون الخاص فلا يوجد مثل هذه الإعتبارات السالف ذكرها.

وفي المقابل؛ يرفض البعض هذا المعيار كأساس لرقابة التناسب، ومن أصحاب هذا الرأي الدكتور السيد سليمان فهو يرى أن إعتبارات العدالة لا تنسجم كأساس قانوني أو منطقي لمبدأ التناسب، وذلك لأسباب يقتضي توضيحها في الآتي:

1- أن إعتبارات العدالة لا تقتضي إلغاء القرار في حال عدم التناسب، بل يجب الإبقاء عليها، لكونها معياراً مرناً وغير محدد، وإن يستدل القضاء إلى الطريق، لكن لا تستطيع أن تحدد له هذا الطريق⁽³⁾.

(1) ينظر الأستاذة مايا نزار أبودان، المصدر السابق، ص 36.

(2) جدير بالإشارة هنا أن الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي، لا يتمسك بأساس واحد لمبدأ التناسب، بل أنه يؤيد ثنائية الأساس، لهذا المبدأ ألا وهما مبدأ المشروعية، والعدالة كأساسين لمبدأ التناسب، للمزيد ينظر مايا محمد أبو دان، المصدر السابق، ص 36 وما بعدها.

(3) ينظر د. السيد محمد إبراهيم سليمان، الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات التأديبية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة، العدد الثاني، 1963 ص 269.

2- إنّ إعتبارات العدالة، لايمكن أن تتجزأ، بحيث تشمل نوعاً من القرارات الإدارية كالقرارات التأديبية فقط دون غيرها، بل أنّها عام تشمل جميع أنواع القرارات الإدارية دون استثناء.

وبدورنا نرى أنّ مبادئ العدالة والإعتبارات التي تحتويها، لايمكن أن تكون أساساً صحيحاً لمبدأ التناسب، وذلك لتلك الأسباب التي ذكرت، مع القناعة الكاملة في هذا الجانب أن تكون العدالة لحسن تطبيق التناسب في جميع مجالات الحياة الإدارية والقضائية.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق مبدأ التناسب في مجال السلطات التأديبية

وسلطات الضبط الإداري

يفترض أن تطبق الإدارة العامة مبدأ التناسب كواقعة حتمية وضرورة قانونية في مجالات إدارية ومرفقية معينة، وخصوصاً تلك المجالات التي تتعلق بجوهر موضوع القانون الإداري وأساسياته، ألا وهو نطاق الوظيفة العامة بإعتباره يحتل حيزاً شاسعاً، ومجالاً واسعاً ورحباً، لتحقيق التوازن المطلوب بين تطبيق القانون، وبين كفالة الحقوق الوظيفية من الجانب نفسه، ومن جانب آخر، يهتم تماماً بحالة الضبط الإداري الذي يعد صماماً لتوازن البلد بأسره من الاختلال والإهمال، لكونه حافظاً للنظام العام بكافة عناصره ومكوناته، وهذا هو المقصد الأساسي من الضبط الإداري، عليه يتطلب الأمر هنا أن يقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب أساسية، فالمطلب الأول يتناول نطاق تطبيق مبدأ التناسب في مجال أركان القرار الإداري، والمطلب الثاني نطاق تطبيق مبدأ التناسب في مجال فرض العقوبات التأديبية-الإنضباطية-، وأما المطلب الثالث يتناول نطاق تطبيق مبدأ التناسب في مجال الضبط الإداري، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

المطلب الأول

نطاق تطبيق مبدأ التناسب في مجال أركان القرار الإداري

لا ريب في أنّ مبدأ التناسب كمبدأ قانوني راسخ للرقابة القضائية على القرارات الإدارية، يكون مظهرًا بارزًا، وعنوانًا ساطعًا، لحماية المراكز الأساسية لحماية الأفراد والجماعات من التعسف وجور السلطة الإدارية، وبالتالي يحمي الحقوق والحريات الأساسية التي آل إليه إهتمام الدستور والقوانين ذات العلاقة في الوقت ذاته، ومن هذا المنطلق يكون من الضروري، أن نبحث في موقع حدوث هذا التناسب في أركان القرار الإداري، ومدار نشوئه فيها، وبالتحديد يكون مدار الحديث في هذا المقام مركزًا على ركني السبب والمحل تحديداً، لكونهما يعدان نقطة الإنطلاق والإنتهاء لمبدأ التناسب، وأمّا ما يرتبط بالأركان الخارجية وهما الإختصاص والشكل اللذان يتعلقان وفقاً للقاعدة عامة بالسلطة المقيدة للإدارة، لذلك يستبعد الحديث عنهما، وما يتعلق بركن الغاية فهو يتصل بالجانب الشخصي في القرار، ويكون القرار مشوباً بعيب الغاية، أو عيب الإنحراف، أو إساءة استعمال السلطة، إذا كانت غاية الإدارة بإصدارها القرار، تحقيق مصلحة بعيدة عن المصلحة العامة، أو خرجت على مبدأ تخصيص الأهداف أو تحويل الأصول.

عليه وبياناً لما تقدم، نتناول دراسة هذا الموضوع، من خلال توزيعه على فرعين أساسيين، الفرع الأول يتطرق إلى بيان ركن السبب والرقابة القضائية عليه، وأمّا الفرع الثاني، فيتناول دراسة ركن المحل في القرار الإداري والعيوب التي تطرأ عليه، وعليه نتطرق إلى جملة من المواضيع ذات العلاقة بها على النحو الآتي:

الفرع الأول

التناسب في ركن السبب من القرار الإداري⁽¹⁾ والرقابة القضائية عليه

لا يخفى، أنه بدون ذكر السبب لا يفيد بيان مقتضى مبدأ التناسب لوحده، أو الحديث عن المعنى الحقيقي للتناسب، لكون السبب ركناً جوهرياً من إيجاد التناسب، لذا من الضروري جداً، التطرق إلى بيان ركن السبب في القرار الإداري، وكذلك الرقابة القضائية التي تكون على هذا الركن بشتى أنواعها، من حيث مدى إتساع نطاق هذه الرقابة وشمولها، أو تضييق نطاقها وانحصارها، فمن خلال ما تقدم، سنعرج إلى بيان تلك المواضيع تلو الأخرى، كالاتي:

أولاً/ تعريف ركن السبب:

حلّ تعريف السبب محلاً رحباً وشاسعاً، على مستويات مختلفة من الفقه والقضاء، وربما يعود ذلك بدرجة أساس إلى أهمية الموقع الذي احتله هذا الركن، من بين الأركان الأخرى للقرار الإداري، لأنّه يعدّ جناحاً أساسياً لوجود وكيونة التناسب في القرار الإداري، ومن جهة أخرى سيعود جوهر السبب إلى بيان واستجلاء نية أو باعث الإدارة العامة، إلى إحداث أثر قانوني معتبر من خلال إصدارها للقرار الإداري، ولأهمية ذلك سنقوم بإيراد مجموعة من التعاريف للسبب من اتجاه الفقه والقضاء حصراً، وذلك بسبب عدم إكتراث المشرعين بصورة عامة بتعريف السبب.

لقد عرّف -ليون ديكي- السبب بأنّه "تلك الحالة الخارجية التي تولد في نفس رجل الإدارة وتبرر احتمال اتخاذها"⁽²⁾، وقد عرفه أيضاً الفقيه -دي لوبادير- بأنّه

(1) ينظر أستاذينا د. زانا رؤوف حمه كريم، ود. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، ص 64.

(2) حري بالإشارة إلى أنّه تم بيان تعريف القرار الإداري في مكان مخصص له في هذا البحث، لذلك تفادياً للتكرار لا نحبذ بيان تعريف القرار الإداري في هذا المقام.

"عبارة عن الواقعة الموضوعية السابقة والخارجة عنه، ويكون الدافع لمُصدر القرار إلى إصداره والقيام به"⁽¹⁾.

وفي الميدان نفسه، قام الدكتور سليمان الطماوي أيضاً بتعريف السبب بالقول "هو الحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع الإدارة إلى إصداره"⁽²⁾، وقد احتل تعريف السبب أهتماً منقطع النظير في وسط الفقه العراقي أيضاً، ومنها ما عرف بأنه "الحالة القانونية أو الواقعية التي تسبق القرار، وتدفع الإدارة لإصدار قرارها، فالسبب عنصر خارجي موضوعي يبرر للإدارة التدخل بإصدار القرار، وليس عنصراً نفسياً داخلياً لدى من أصدر القرار"⁽³⁾.

نجد أنّ القضاء الإداري أيضاً عرّف ركن السبب، وتحديدًا على مستوى المحكمة الإدارية العليا المصرية بالقول "الحالة الواقعية أو القانونية التي تسوغ تدخل الإدارة لإصدار القرار الإداري، لإحداث مركز قانوني معين، يكون الباعث عليه ابتغاء المصلحة العامة، وللقضاء الإداري أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع وصحة تكييفها القانوني، إلا أنّ للإدارة حرية تقدير أهمية هذه الحالة، والخطورة الناجمة عنها، وتقدير الجزاء الذي تراه مناسباً في حدود النصاب القانوني المقرر"⁽⁴⁾، كما تقضي في حكم آخر، بأن "السبب بوجه عام هو الحالة الواقعية أو القانونية التي

(1) نقلاً عن د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في لبنان، دار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة 1983، ص 42.

(2) د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط3، مطبعة عين الشمس، القاهرة، 1987، ص 69.

(3) نقلاً عن د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات الإدارية والعقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بلا تاريخ، ص 228.

(4) الطعن القضائي المرقم 159/اق- 1955/11/15، نقلاً عن د. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة (عيوب القرار الإداري أوجه الإلغاء)، الجزء الثاني، الإسكندرية، 2010، ص 921.

تسوغ تدخل رجل الإدارة بسلطته الملزمة⁽¹⁾

إذ يتبين لنا، أنَّ السبب عبارة عن الباعث الدافع وراء اتخاذ الإدارة لقرارها، ويكون مكمّن الإدارة العامة وقرينتها أنَّ تدخل الإدارة له ما يستوجبه، وبالتالي فإنَّ هذا الركن يعدّ مجموعاً من الوقائع القانونية، أو الواقعية التي تسبق القرار الإداري وتعدّ دافعةً للقرار، ولا يخفى أنَّ مناط السبب لدى الإدارة العامة هو تحقيق الصالح العام ونفعه، وأن لا يكون تحت مسوغ تحقيق المصلحة الخاصة على أقل تقدير.

حري بالإشارة، أن يذكر أنَّ سبب القرار الإداري يختلف من حيث المعنى والمغزى، عن التسبب في القرار الإداري، حيث عرفنا السبب من خلال الشرح الذي ذكر آنفاً، أمّا التسبب فيقصد به مجملاً ذكر السبب صراحة في صلب القرار الإداري⁽²⁾ أي ما يدون في متن القرار كتابةً، فبالرجوع إلى القاعدة العامة التي توجب أن يكون وراء كل قرار إداري سبب قائم وصحيح يسنده، أمّا في الوقت نفسه، فإنّها وفقاً للقاعدة العامة نفسها، لم تلزم الإدارة العامة بتسبب القرار الإداري صراحة. لأنَّ الإدارة في الأصل تفترض لها، أنّها بريئة من الإتيان بسبب غير صحيح وتجعلها دافعةً لقرارها، وكل ذلك يتم حسب القاعدة القائلة -الأصل في الأشياء الإباحة، أو البراءة-.

تعقيباً على هذا الأصل الذي ذكرناه، نرى من جانبنا، أنَّ الإدارة يجب أن لا تظن بها الظن العادي البسيط، بل ولترسيخ مكانة مبدأ الشفافية والإفصاح في العمل الإداري، وتسهيلاً على طريق المحاكم حال وجود المخاصمة والمقاضاة في هذا الجانب، وإقراراً بوجود الاختلاف بين في الطبائع وعدم عصمة الإدارة العامة من الوقوع تحت مظلة التأثيرات الشخصية، أو الحزبية أو الجهوية حال إصدارها

(1) نقلاً عن د. محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة في القرارات الإدارية، المصدر السابق، ص 497.

(2) د. عبدالغني بسيوني عبدالله، المصدر السابق، ص 643.

القرارات الإدارية، فإننا نفضل إلزامية ذكر سبب القرار الإداري في متن القرار وصلبه، ودون الإكتفاء بعبارات فضفاضة وشاملة لذكر ذلك كعبارة "بناء على مقتضيات المصلحة العامة" التي تسبق متن القرارات الإدارية في غالبية الأحيان⁽¹⁾.

ثانياً/ مقومات سلامة سبب القرار الإداري وصحته:

بما أنّ السبب يعد معلماً ومقوماً أساسياً لصحة القرار الإداري، فلا بدّ من الناحية القانونية، أن يكون مستنداً إلى مجموعة من الشروط التي تجعل سبب القرار الإداري صحيحاً وسليماً، لكي يحدث بالنتيجة أثراً أو مجموعة من الآثار القانونية، وذلك بعبارة إيجاد مركز قانوني جديد، أو تعديل مركز قانوني سابق، أو إلغاء ذلك المركز، وفقاً للسياقات القانونية والإدارية المعمولة بها لإتخاذ القرار الإداري، ومن هذه المقومات ما يسرد فيما يأتي:

1- أن يكون السبب موجوداً وقائماً عند إصدار القرار فعلاً؛ لا يصح القرار الإداري بأي حال من الأحوال، ما لم يكن صدوره قد تم بناءً على وجود سبب صحيح، إذ ليس لرجل الإدارة أن يبادر من تلقاء نفسه إلى اتخاذ قرار إداري قياساً على تصرفات الأفراد والأشخاص الطبيعيين، لأنّ الفرد يقوم بتصرفات من جانبه وفقاً لما يمليه هواه، دون مخالفة النظام العام، إلّا أنّ الإدارة العامة لا بد أن تنأى بنفسها عن العفوية والإستعجال غير الملائمين، أي لا يمكن لها أن تتدخل بفعلها أو قرارها إلّا إذا وجد سبب قائم وصحيح يسبق تدخل الإدارة في

(1) وفقاً للحقيقة التي تم الحديث عنها، بشأن ذكر السبب أو عدم ذكره، نرى أنّ القضاء الإداري العراقي خرج عن الأصل المألوف في هذا الميدان، ألا وهو عدم ذكر السبب، بل قام من جانبه بإلزامية ذكر السبب في القرار الإداري-الذي نؤيده- وذلك بصياغة مبدأ مشتق من أحد قراراته، الذي ينص على " أنّ السبب ركن من أركان القرار الإداري مما يتعين ذكره، وإلّا كان القرار باطلاً، فقام بناء على ذلك بإلغاء قرار إداري صادر من الإدارة دون ذكر السبب في القرار، يراجع في ذلك صباح صادق جعفر الأنباري، مجلس شوري الدولة، ط1، بغداد، 2008، ص387.

اتخاذها للقرار الإداري⁽¹⁾، لأنَّ التدخل أو التصرف الصادر من الإدارة لم يكن اعتباطياً أو عفويّاً، بل يكون ذا أثر مستقبلي وفوري على الأفراد فرادى، أو جماعات، وخاصة يكون لها تبعية سيئة على الحقوق والحريات التي صانها الدستور والقوانين لجميع الأفراد، زد على ذلك، فإنَّ الإدارة تكون ملزمة في كل الأحوال أن تستند قبل اتخاذها القرار إلى أن يتذرع بسبب قائم وصحيح قانوناً. وعليه، فإنَّه لا يكفي لإتخاذ القرار، مجرد تحقق الوقائع المادية أو القانونية فعلياً، بل يستمر وجود هذه الوقائع الفعلية إلى حين صدور القرار بصورة فعلية، وفي حال حدوث أمر مخالف لذلك سيكون القرار في حظيرة عدم المشروعية، ويتعرض للإلغاء حتماً.

2- أن يكون السبب مشروعاً: لا ينبغي الحكم من جانبنا بوجود ركن السبب في القرار الإداري، ما لم يكن هناك سبب مشروع لذلك القرار، فمشروعية السبب، تعني أنَّه لا يخالف مقتضى القانون صراحة أو ضمناً، ولو أنَّه وفقاً للقاعدة السائدة أنَّ الإدارة غير مجبرة على ذكر السبب في القرار الإداري-حيث بيَّنا رأينا بشأن ذلك سلفاً-، إلَّا في حالة إلزام المشرع الإدارة العامة بذلك، لأنَّ الإدارة هنا تفترض علمها في إصدارها للقرارات الإدارية، أمَّها استندت إلى سبب صحيح ومشروع قائم في القرار، أمَّا إذا أفصحت من جانبها عن السبب، فعليها متابعة المشروعية في وجود السبب، وبخلاف ذلك فإنَّ التصرف الصادر منها يكون معدوماً، وغير منتج لأثر أو آثار قانونية تذكر، لأنَّ القرار لا يكون صحيحاً⁽²⁾ ما لم يكن وراءه سبب صحيح يعضده.

(1) ينظر د. محمد طه الحسيني، المصدر السابق، ص 206.

(2) يراجع في ذلك د. محمد مقبل سالم العندي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، في مجالي الحريات العامة والتأديب الوظيفي، ط 1، دار الواصل للنشر والتوزيع، عمان، 2018، ص 29.

وحرى بالذكر، أنَّ هناك إجماعاً فقهيّاً على أنَّ القرار الإداري جملة واحدة، ومنها ركن السبب على حدة، خاضع لرقابة القضاء الإداري، لأنَّ القضاء هو الذي يقوم من جانبه بتحقيق وتقصي وجود سبب صحيح وقائم في القرار الإداري من عدمه، إذ إنَّ القضاء الإداري يكون فيصلاً في ذلك حكماً.

وفي الشأن ذاته، لقد وضع مجلس الدولة الفرنسي قاعدة عامة في هذا الصدد مفادها " أنَّ الإدارة لايمكنها الإعتماد في قرارها إلى وقائع غير صحيحة، وأنَّ عليه، أن تتحقق دائماً من صحة الوقائع التي تدعيها الإدارة سنداً لقرارها وعلى وجه الخصوص في نطاق دعوى مجاوزة السلطة⁽¹⁾ .

3- أن يكون السبب محددًا وحقيقيّاً في القرار الإداري: أي أن يقوم السبب على وقائع جلية وظاهرة وكذلك حقيقية ومعينة في الوقت نفسه، وأن لا يكون عاماً أو شاملاً بل يكون محددًا في نطاق القرار، ولهذا الشرط فائدة خاصة بالنسبة للمدعي من حيث نقطة الإرتكاز ومعارضته له، ويصل بسهولة إلى نقطة الاختلاف معه، وبالتالي سيكون كل ذلك منصباً في مصلحة العمل وسيره بانتظام واطراد، وكذلك له أهمية خاصة بالنسبة للقاضي الإداري من حيث تمكينه من أعمال رقابته القضائية على القرار المطعون فيه بسهولة ويسر⁽²⁾. وإذا كان الأصل أنه يشترط أن يكون السبب حقيقيّاً وليس وهمياً ولا صورياً، إلا أنه يجوز لجهة الإدارة أن تعلن سبباً وهمياً وتخفي السبب الحقيقي إذا كان ذلك في مصلحة العامل.

(1) د. محمد حسنين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص49.

(2) ينظر عامر محمد بن عامر الحجري، لرقابة القضائية على عيب السبب في دعوى مراجعة القرار الإداري، رسالة مقدمة للترقية في القضاء الإداري السعودي، 2011، ص8.

ثالثاً/ مستويات رقابة التناسب في سبب القرار الإداري:

من المهم جداً الإلمام بالرقابة القضائية على القرار الإداري، نظراً للتطورات المتلاحقة والمتجسدة في سبب القرار الإداري، بدءاً من الدرجة الدنيا وهي الرقابة على وجود المادي للوقائع، ومن ثمّ الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، وأخيراً سنختتم الحديث عن هذا الموضوع بالتطرق إلى بيان الرقابة على ملاءمة القرار للوقائع، على النحو الآتي:

1- الرقابة على الوجود المادي⁽¹⁾ للوقائع: يعد هذا النوع من الرقابة رقابة كاشفة أو ظاهرة للقضاء الإداري، إذ تعد من الدرجات الأولى للرقابة القضائية أو الرقابة التمهيدية، التي تنصب في ركن السبب في القرار الإداري، ومضمونها يكمن في حالة ما إذا تبين للقضاء الإداري من جهته، أنّ الإدارة العامة لم تراعى في قرارها المتخذ سبباً صحيحاً يبرره، فإنّه حينئذٍ يكون جديراً بالإلغاء لإنقضاء الواقعة التي استند إليها⁽²⁾، أي أنّه إذا اتضح أنّ القرار لم يستند إلى وقائع قانونية صحيحة، أو وقائع لم تحدث أصلاً، أدى القرار إلى فقدان سبب وجوده

(1) من الضروري قبل البدء بمعرفة تفاصيل وماهية الرقابة على الوجود المادي للوقائع أن نبين الوقائع المادية التي تحول دون وجود سبب قانوني وسليم للإدارة العامة على سبيل المثال، كإدعاء الإدارة على وجود حالة مادية لمسكن مهدد بالسقوط، إصدارها أمراً إدارياً بإخلائه بناءً على الواقعة ذاتها، وعلى إثره يتم اتخاذ قرار إداري عليها، وبعد ذلك يتبين للقضاء الإداري عدم صحة إدعاء الإدارة من جراء ذلك، وبالتالي نكون أمام فقدان سبب أو واقعة مادية في هذا الأمر، أو إدعاء الإدارة وجود إضرابات أحدثت إخلالاً بالنظام العام، ما سبب تدخلها في ذلك بقرار إداري، ثم تبين خلاف ذلك من منظور القضاء، هذه الأمور تدخل ضمن الخطأ في الواقع أو الخطأ المادي، للمزيد ينظر في ذلك جورج فوديل، بيار دلوقلية، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور هادي، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 2001، ص77.

(2) ينظر د. أحمد صالح الباجلان، نظرية الظروف الإستثنائية ومشروعية القرار الإداري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2014، ص101.

وكيانه، الأمر الذي يعرضه حتماً للإلغاء⁽¹⁾، وتسمى هذه الرقابة أيضاً برقابة الحد الأدنى على سبب القرار الإداري، وربما ترجع العلة الأساسية في ذلك وفقاً لرأينا إلى طبيعة هذا النوع من الرقابة التي تعد الحجر الأساس، ونقطة ابتداء وانطلاق للقاضي الإداري في مباشرته لوظيفته الرقابية الملقاة على عاتقه، مستنداً إلى السياقات القانونية والقضائية التي يعتمد عليها في مهامه الرقابي، ومنها يعرج إلى أنواع أخرى من الرقابة القضائية، لحد ما يتوصل بشأن ذلك إلى حكم قضائي سليم وسديد، يكفل في إطاره تحقيق العدالة القانونية والقضائية.

وعلى إثر ذلك، فلا بد من تحقق الأمور الآتية:

أ- أن تثبت الوقائع التي يستند إليها القرار الإداري من لحظة صدور القرار.
ب- حتمية كون الواقعة أو الوقائع المبررة للقرار واضحة، ولا يكتنفها الغموض أو الإبهام.

ج- أن تكون حقيقية وجدية ومشروعة، تأييداً لكل ماجاء سلفاً، إذ ورد في أحد قرارات المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه "يصبح القرار الصادر بإزالة المباني التي أقامها المطعون ضده- بحسب الظاهر- غير قائم على أساس سليم من الواقع والقانون، ويكون مرجح الإلغاء عند الفصل في الموضوع، و ينتفي معه ركن الجدية، فضلاً عن توفر ركن الإستعجال المتمثل في الأضرار التي يتعذر تداركها فيما لو فقد القرار المطعون فيه، ومن اللافت للنظر أنّ القرار قضى بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه⁽²⁾، وفي غمرة الحديث عن الرقابة على الوقائع

(1) ينظر في ذلك بن علي عبدالحميد، الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار التأديبي، بحث قانوني منشور في مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة السعيدة، العدد الثاني، 2014، ص3.

(2) ينظر د. يوسف ناصر حمدي الظفيري، السبب في قرارات الضبط الإداري والرقابة القضائية عليه،

المادية في عنصر السبب، يثور تساؤل حول حكم القرار الذي تعيبه بعض أسبابه وإن صحت الأسباب الأخرى، وخاصة يكون ذلك في حالة السلطة التقديرية للإدارة العامة.

- تعدد الأسباب: فإذا كان القرار الإداري قائماً على عدة أسباب وثبت عدم صحة بعضها، فإن ذلك لا يستتبع بالضرورة بطلان القرار الإداري فوراً، بل على القاضي أن يقوم من جانبه، بفحص وتقدير قيمة كل سبب من الأسباب الصحيحة التي استند إليها القرار، إذن وفي هذه الحالة نكون أمام عدة فرضيات سنبينها في الآتي:

بعد ثبوت وتأكيد القاضي من أن الأسباب الصحيحة كانت في ذاتها كافية، بعد استبعاد الأسباب غير الصحيحة لتبرير اتخاذها، فإنه لا يقضي هنا بالبطلان بل يقرر بصحة القرار بناء على الأسباب الصحيحة التي استند إليها القرار، أما في حالة ما إذا كانت الأسباب الصحيحة، كافية واتضح عدم صحة أغلب الأسباب التي بني عليها كان السبب باطلاً مع التمييز بين الأسباب الدافعة والأسباب الثانوية، وقد أعمل مجلس الدولة الفرنسي هذا التمييز بخصوص حكم dame parrot - عام 1968، أما إذا كان السبب ثانوياً أو زائداً بحيث لم يمنع من عدم وجوده إصدار القرار فإن ذلك وفقاً لرأينا لا يمنع من صدور القرار الإداري⁽¹⁾.

==

بحث قانوني منشور في مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 73، سبتمبر 2020، ص 937.

(1) لبيان حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الشأن ذاته، نرى بأنها حكمت على هذه الحالة وفقاً للآتي "ولئن كان للإدارة تقدير الجزاء التأديبي في حدود النصاب القانوني، إلا أن مناط ذلك التقدير، يكون على أساس قيام سببه بجميع أخطاره، فإذا كان يبين ماتقدم أن عقوبة الفصل التي وقعت على المدعية، قدرت على أساس ثبوت جميع المخالفات المسندة إليها، وكان من الواضح مما سلف بيانه أنه لم يقم في حقها المخالفات جميعها، فإنَّ الجزاء الموقع والحالة هذه لايقوم على كامل سببه، كما

==

- التطبيقات القضائية لرقابة الوجود المادي للوقائع: سنقوم بعرض موقف القضاء الإداري المقارن حول رقابة الوجود المادي للوقائع في قضاء الدول المقارنة، وهي كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعراقي، ويكون ذلك وفقاً للآتي:

أ- موقف القضاء الإداري من رقابة الوجود المادي للوقائع: يتضح من الموضوع، أهم ما تطرق إليه القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر والعراق حول رقابة الوجود المادي للوقائع، وسيتم بيانها في الآتي:

موقف مجلس الدولة الفرنسي من رقابة الوجود المادي للوقائع: لم يباشر مجلس الدولة الفرنسي رقابته على الوقائع في دعاوى تجاوز السلطة، إلا في مرحلة متأخرة من مراحل تطور قضائه، حتى إنّ هذه الرقابة تمثل آخر مرحلة من مراحل التطور في وقتنا الحاضر⁽¹⁾، وذلك باعتبار أنّ رقابة الوجود المادي للوقائع التي استندت إليها الإدارة العامة في إصدار قراراتها، تعد أولى درجات الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري، والحد الأدنى لهذه الرقابة في هذا الميدان.

وانسياقاً وراء الفكرة ذاتها، نجد أنّ مجلس الدولة الفرنسي ذهب بدوره، إلى الإقرار بسلطة تقديرية واسعة للإدارة العامة، حيث تقترب كما يقال من السلطة التحكيمية إلى حد كبير، فعلى سبيل المثال أشارت المحكمة إلى ذلك بالقول " إنّ

==
أنّ الباقي من المخالفات، والتي قامت في حق المدعية لا يكفي لحمل القرار، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه- فيما انتهى إليه من إلغاء للقرار المطعون فيه- قد أصاب وجه الحق، ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 518 بتاريخ 8-12-1974، سنة ق19، مجموعة أحكام السنة 20، نقلاً عن ربيعة يوسف بوقرط، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة-دراسة مقارنة-، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2017، ص84.

(1) السيد محمد إبراهيم، الرقابة على الوقائع في قضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بدون سنة النشر، ص11.

الترخيص أو عدم الترخيص للأجنبي بالإقامة، من المسائل التي تترخص للإدارة في تقديرها بسلطة مطلقة، في حدود ما تراه متفقاً مع الصالح العام⁽¹⁾، ومقتضى القول في ذلك، هو أنه مع هذا الإتساع في السلطة التقديرية، إلا أنها لم تكن موكولة للإدارة بمنأى من الرقابة القضائية عليه، لأنّ مرد إضفاء الصفة الشرعية لقرارات الإدارة مهما كانت، هو القضاء الإداري حسب مختلف الأحوال والظروف.

بالعودة إلى الموضوع نفسه، يظهر أنّ هذا النوع من الرقابة في فرنسا كان سائداً، وتحديداً في عام 1907، وذلك بدءاً بنظر مجلس الدولة لقضية مثارة أمامه تدعى قضية السيد (monot) وقضايا مشابهة لها إلى حد ما.

إذ تتلخص وقائع القضية، في أنّ مجلس الدولة الفرنسي قام بفحص الواقعة المادية، وراء طلب الإحالة على التقاعد، الذي أدعت الإدارة أنّ المدعو قام بتقديمه، علماً أنّ الواقعة المادية وهي تقديم طلب الإحالة على التقاعد لم تكن موجودة، وبالتالي لم تكن الإدارة تجهل هذه الحقيقة، وعلى إثرها رفض مجلس الدولة قرار الإدارة بالإحالة على التقاعد، لعدم وجود واقعة مادية تؤيد ذلك، وفي سياق مشابه للقضية قرر مجلس الدولة الفرنسي في قضية (trepont) بعد بسطه رقابة الوجود المادي للوقائع على هذه القضية، ومن ثم الحكم عليه على هذا النحو "يتبين في أوراق الدعوى أنّ الطاعن لم يعرب عن رغبته في إحالته التقاعد، بل بخلاف ذلك كان قد أعرب عن رغبته في الإستمرار في بقائه في وظيفته، وعليه فإنّ القرار محل الدعوى إذ ورد في قرار وزير الداخلية أنّ إحالته على التقاعد كانت على أساس من طلبه، فيكون هذا القرار قد أقيم على واقعة غير صحيحة مادياً، وأنّه أعطى قراره سبباً قانونياً منعدماً"⁽²⁾.

(1) ينظر في ذلك د. سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص 192 و 193.

(2) ينظر محمد ناصر راشد الطنيجي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط 1، 2016، دون ذكر مكان الطبع، ص 40.

ومن خلال ذلك، يتبين لنا أنّ مجلس الدولة الفرنسي في لحظة مباشرته الرقابة على القرارات الصادرة من الإدارة، يقوم بدوره الفاحص للقرارات التي تكون محل الطعن أمامه، من حيث مدى إهتمام أو مراعاة تلك القرارات للوقائع المادية التي تستند إليها الإدارة من وراء إتخاذها القرار في ذلك المجال، لأنّ القرار الذي لم تكن وراءه واقعة مادية محسوسة، يكون هو والعدم سواء، وبالتالي يعرض القرار إلى الإلغاء والبطالان.

كما، يتبين لنا أنّ مجلس الدولة الفرنسي يطبق هذه الرقابة بصورة شاملة و واسعة النطاق، وعلى كافة الأنشطة الإدارية على سواء، إلاّ أنّه مع ذلك يستثنى من هذه الرقابة متأخراً، ما يتعلق بإجراءات الضبط الصادرة تطبيقاً لنصوص القوانين الإستثنائية أو قوانين الإستعجال والضرورة، وكان المجلس في ذلك يكتفي بأن تستند الإدارة في قرارها إلى إحدى هذه الحالات التي تصلح سندا لتبرير القرار، إذ يحول ذلك الأمر، إلى عدم بسط مجلس الدولة الفرنسي رقابته على الوجود الفعلي لتلك الوقائع⁽¹⁾، وبدورنا لا نؤيد ذلك الإستثناء على الرقابة القضائية على أعمال الإدارة سواء كانت في الحالات الإعتيادية أم الطارئة، لأنّ المنطق القانوني السليم يقتضي أن تكون تصرفات الإدارة جميعها من دون استثناء خاضعة لرقابة القضاء الإداري، وبالأخص فإنّ الإدارة لها متسع من التصرفات في حالة الضرورة أو الظروف الطارئة أكثر من الأوقات الإعتيادية، وهذا ما يلتمس فيه الأكثر من الظنون والريب حيال تصرفاتها، والإنجرار بنفسها نحو التعسف والإنحراف بالسلطة، وفي بيان موقف القضاء المصري في المجال نفسه، نرى أنّه يسري على مسار القضاء الإداري الفرنسي إلى حد كبير، حيث يكون القضاء الإداري المصري ومنذ زمن بعيد، قائماً بدوره بإعمال الرقابة القضائية على الوجود المادي للوقائع،

(1) ينظر محمد حسين عبدالعال، المصدر السابق، ص 47.

حيث يتجلى ذلك في نطاق العديد من الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري المصري منذ عام 1955، وإلى عصرنا الحاضر، حيث أصبحت الرقابة القضائية مبدئاً راسخاً من مبادئ القضاء الإداري، وخاصة في مجال حرية المواطنين من التنقل والسفر إلى خارج البلاد على سبيل المثال، فقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن (تقييد الإدارة لحق المواطن في التنقل والسفر إلى خارج البلاد يتعين أن تكون له أسبابه ومبرراته الصحيحة الثابتة، التي تبيح لها الإنتقاص من تلك الحقوق الدستورية التي هي وثيقة الصلة بحياة المواطن وكيانه، ولا يحيا مستوياً مع نفسه ومجتمعه دون التمتع بها، فإذا انعدم السبب في قرار الإدارة بحرمان المواطن من استعمال هذا الحق الدستوري، أو كان قائماً على أسباب ليست صحيحة أو تؤدي إلى هذا الحرمان أو التقييد، كان قرارها باطلاً مخالفاً للدستور والقانون⁽¹⁾، كما قضت محكمة القضاء الإداري في مجال الترخيص للمواطنين بالسفر بأنه (ولئن كان لا يجوز لمحكمة القضاء الإداري تقرير ملائمة إصدار القرار الإداري أو عدم ملائمة ذلك، إلا أن لها الحق في بحث الوقائع التي بني عليها القرار الإداري بقصد التحقق من مطابقته للقانون، وحقها في ذلك لا يقف عند حد التحقق من صحة الوقائع المادية التي اتخذ منها القرار، بل يمتد ذلك إلى تقدير هذه الوقائع، إذا ارتبطت بالقانون باعتبارها من العناصر التي تشكل منها القرار، وللمحكمة في حدود رقابتها للقرار الإداري أن تقدر تلك العناصر تقديراً صحيحاً لتنزل حكم القانون على مقتضاه⁽²⁾، وعلى نهج القضاء الفرنسي أيضاً، قام مجلس الدولة

(1) قرارها المرقم 7851 في 13/2/1996 أورده د. سامي جمال الدين: الوسيط في دعوى الغاء القرارات الإدارية، ط1، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2004، ص521.

(2) ينظر في قرارها المرقم 250/س1.ق في 24/8/1948، أورده رضا عبد الله حجازي، الرقابة القضائية على ركن السبب في اجراءات الضبط الاداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمه الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص123.

المصري برد قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري كان من المستحيل تنفيذه⁽¹⁾ لكون المطحن^(*) محل الحكم المشار إليه، الذي تنصرف إليه آثاره قد زال ولم يعد له وجود فعليّ إلى الآن، وهذا الأمر الذي من المستحيل أن يتم تنفيذ الحكم بشأنه، لزوال المحل والواقعة التي تدعي بشأنها.

بالإطلاع على موقف القضاء الإداري العراقي، نلاحظ أنّه حذا حذو القضاء الفرنسي والمصري إلى حد كبير، إذ بسط القضاء الإداري والعادي أيضاً رقابته على الوجود المادي للوقائع، بحيث قضيا من جانبيهما بإلغاء القرارات الإدارية التي لا تستند إلى وقائع موجودة فعلاً، وعلى سبيل المثال نستشهد في ذلك بالقرارات الآتية:

1- قضت الهيئة العامة لمجلس الدولة بـ "إحالة الموظف على التقاعد دون تقديم طلب منه ودون إكمال السن القانوني للتقاعد، لاسند له من القانون، لأنّ القرار الإداري يكون معيباً بغييب السبب"⁽²⁾

كما وصلت محكمة القضاء الإداري في العراق أيضاً⁽³⁾ من خلال المحصلة النهائية إلى القناعة بأنّ الحجج التي استند إليها المدعي عليه في رفض إقامة المنشآت من قبل المدعي ليس لها سند من القانون، لأنّ الخبراء قد أوضحوا في الكشف الذي جرى بمعرفة هذه المحكمة، بأنّ المنشآت تقع خارج محرم الطريق العام والضغط العالي، لذا قرر إلغاء معارضة المدعي عليه في إقامة المنشآت المذكورة، وفي النطاق

(1) في الدعوى رقم (8484) لسنة 57ق، والقرار الصادر بشأنه في محكمة القضاء الإداري في 31/3/2009.

(*) اسم مكان من طحن

(2) ينظر قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة 235 بتاريخ 5/12/2005، نقلاً عن صباح صادق الأنباري، مجلس شورى الدولة، ط1، 2008 ص291.

(3) يراجع حكم محكمة القضاء الإداري في العراق المرقم 94/القضاء الإداري/1990 في 10 / 7 / 1990، نقلاً عن د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص247، 248.

ذاته، نجد أنّ الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة-سابقاً- وقد حلّت محلها المحكمة الإدارية العليا في تشكيلتها الأخيرة، وفقاً لقانون مجلس الدولة (71) لسنة (2017).
قد صادقت على الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري المتضمن إلغاء قرار إداري لعدم استناده إلى سبب واضح، وهو ركن من أركان القرار الإداري⁽¹⁾، وفي الشأن نفسه، ومن التطبيقات القضائية أيضاً، ما قضت به الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي من أنّ " قرار الحجز على الأموال المنقولة وغير المنقولة والعائدة للمدعين واعمام وزارة المالية الرقم 316 في 2002/3/13 لتنفيذ قرار الحجز لم يتطرق للسند القانوني للحجز ... وحيث أنّ المدعي عليهما قد أنكرا شمولهما بهذا القانون وأسسا دعواهما، على هذا الإنكار، مما كان الواجب على المحكمة إجراء التحقيقات للتثبت من مدى انطباق احكام القانون المذكور على حالة المدعين واموالهما المحجوزة، فإذا تبين لها صحة شمولها تلك الأموال باحكام القانون المشار اليه، فلها بعد ذلك أن تقضي برد الدعوى وفقاً لأحكام المادة السادسة منه، أمّا إذا تبين لها عدم شمولها بأحكامه فعليها بما تملكه من تكييف الوقائع، إزاء هذه الدعوى أن تبت بالطعن"⁽²⁾، يلاحظ من كل هذا أنّ القضاء العراقي كقرينيه الفرنسي والمصري لم يؤل جهداً في الإقرار بهذه الرقابة على الوقائع والماديات التي تنبني عليها الرقابة القضائية، وبالتالي تظهر أهمية ركن السبب بصورة عامة في صحة القرار الإداري، وهذا خير دليل على أنّ القضاء العراقي حرص على إعمال الرقابة القضائية الفعلية على القرار الإداري، والإلتزام بالمبادئ القانونية المستقرة في نطاق القانون الإداري، ومنها التقييد بالوجود المادي للوقائع

(1) يراجع قرارها المرقم 31/اداي-تمميز/1998 في 1998/6/8.

(2) يراجع قرارها المرقم 1/ اداري/ تميز /2004/ في 2004/1/15، للتفصيل ينظر، د. حبيب ابراهيم الدليبي، الرقابة على الوجود المادي للوقائع، مقال قانوني متاح على الموقع المرجأ، وعلى الرابط (almerja.com)، تاريخ الزيارة 2022/8/8، الساعة 1 ظهراً.

ومراعاته من قبل الإدارة حال اتخاذها القرار الإداري.

2- رقابة التكييف القانوني للوقائع⁽¹⁾: بعد التثبت من التحقق في وجود الواقعة المادية، يتسنى للقاضي الإداري أن يخطو الخطوة الثانية، وهي التأكد من مدى تكييف الإدارة العامة للواقعة التي جعلتها تصدر القرار الإداري بالصورة المطلوبة، ويعني ذلك وفقاً لما نفهمه، أنّ هذه الرقابة تعد الخطوة الثانية للقاضي الإداري نحو إحقاق الحق، وتطبيقه السليم لجوهر القانون وروحه، إذ إنّه يتحول بذلك من قاضي الإمام بالمظهر الخارجي إلى قاضي الإهتمام بالمغزى والجوهر، ما يؤكد حقاً، أنّه لا يحتمل أدنى الشك والريبة، في أنّ عملية التكييف القانوني تعد عملية في غاية الصعوبة، لكونها تدخل في كينونة الأمور وصعابها، مع ذلك ليست أمراً مستحيلاً، بل تحتاج من القاضي مزيداً من التروي والتأني والإختصاص القضائي الدقيق، ولا يخفى أنّ التكييف القانوني للوقائع تطلب من الإدارة أولاً، ثمّ يأتي دور القضاء تدقيقاً وتحقيقاً لمدى إلزام الإدارة بذلك

(1) في بداية الحديث عن التكييف القانوني للوقائع من الضروري حتماً، أن نبين المعنى الحقيقي الذي يتوارد إلى المنطق القانوني والعقل السليم من هذه المفردة، فكلمة التكييف القانوني في أول الأمر يدخل ضمن إختصاص الإدارة، وذلك بتطبيق الوصف القانوني الذي وضعه المشرع على تلك الوقائع المادية المحددة بصورة دقيقة، دون إفراط أو تفريط، فالمقصود من عملية التكييف إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية، بحيث يمكن أن يحمل القرار المتخذ عليها باعتبارها دافعاً مشروعاً لإتخاذه، وبمعنى ذلك فإنّ عمل الإدارة هنا يقوم على مسؤولية قانونية لتطبيق روح القانون ودلالاته كما هو، ومن ثمّ على الإدارة أولاً ثم القاضي الإداري ثانياً أن يسعيا إلى التوصل إلى تخصيص القاعدة القانونية المتسمة بالعمومية والتجريد، وذلك بإعطاء معنى أكثر تحديداً وأقل عمومية، ثم رفع الواقعة الفردية إلى مستوى عمومية نص القانون، وبعد ذلك تبدأ مرحلة تشذيب القاعدة القانونية من كل ما لافائدة فيه، وذلك عن طريق إهمال أو إغفال كل الجوانب التي لا تخدم القضية من أي جانب، وكذلك في نهاية المطاف الإرتقاء إلى مستوى مطابقة تطبيق النص مع الواقع، إذن فإنّ عملية التكييف كثيراً ما يشبه دوره بدور المرأة التي ترى فيها الواقع كما هو، للمزيد يراجع محمود سلامة جبر، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 28، 1984، عدد4، ص113.

من عدمه، ما يعني أنّه يثقل عاتق الإدارة العامة بالتروي ومشاورة أهل الإختصاص القانوني قبل المباشرة باتخاذ القرار الإداري.

وهذا يعني أنّ رقابة القاضي الإداري تمتد لتشمل الوصف القانوني للوقائع التي اعتمدت الإدارة إلهما في اتخاذها القرار الإداري، فإذا اتضح وتبين للقاضي الإداري أنّ الإدارة لم تصب أو أخطأت في إعطائها التكييف القانوني الصحيح لتلك الوقائع، فإنّه لاشك يحكم من جانبه بإلغاء القرار الإداري الصادر منها لوجود عيب في سببه، وبخلاف ذلك لم يكن أمام القاضي الخيار إلّا القرار والحكم بصحة القرار الإداري من ناحية السبب، إذا لم يكن مشوباً بعيب من العيوب الأخرى التي توجب إلغاء القرار من أصله⁽¹⁾.

ب- موقف القضاء الإداري المقارن من رقابة التكييف القانوني للوقائع: نحاول في هذا الموضوع قدر المستطاع أن نبين موقف القضاء الإداري المقارن، حول تطبيقهم الرقابي على التكييف القانوني للوقائع في كل من فرنسا ومصر والعراق، على النحو الآتي:

في فرنسا يعد مجلس الدولة الفرنسي سبّاقاً في هذا المجال، حيث استقر المجلس على أحقيته في رقابة التكييف القانوني التي تضيفها الإدارة على الوقائع القائمة مادياً، ولقد اشتهرت وبرزت هذه الرقابة لمجلس الدولة من خلال القضية الشهيرة المسماة بـ (Gomel) وتلخص واقع القضية في أنّ القانون حول المحافظين صلاحية رفض منح التراخيص بالبناء، في الحالات التي يفضي البناء المقترح فيها إلى تشويه جمال أحد المواقع الأثرية، وفقاً لما تمت الإشارة إليها فقد قدّم هذا الشخص الذي يدعى (Gomel) طلباً يتضمن الترخيص له بالبناء في الميدان (Beauveau) في باريس، إلّا أن طلبه قوبل

(1) ينظر في ذلك د. مازن ليلو راضي، د. زانا رؤوف حمه كريم، د. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، ص 218.

بالرفض من قبل المحافظ، استناداً إلى القانون المشار إليه وإلى السبب ذاته، وبعد قرار المحافظ بالرفض، تصدى المواطن بالطعن من هذا القرار أمام مجلس الدولة الفرنسي، حيث قرر المجلس ختاماً أنّ الميدان المذكور لا يمكن اعتباره من المواقع التذكارية أو الأثرية، وعليه فإنّ قرار المحافظ يعد باطلاً بالأساس⁽¹⁾.

من هنا يتبين، أنّ الإدارة وقعت في تكييف خاطيء للواقعة، بناءً على ذلك الخطأ تعرض قرار الإدارة للإلغاء من قبل مجلس الدولة، وعليه يتحتم على القاضي الإداري مسبقاً أن يتحرى ويتحقق من وجود الوقائع المادية وتكييفها القانوني السليم بغية عدم الوقوع في الخطأ نفسه، وقد عبر القاضي الفرنسي مسبقاً الحذر من هذا الأمر بـ "الوقائع ذات الطبيعة التي تبرر قانوناً اتخاذ القرار محل الطعن"⁽²⁾.

وعلى مستوى القضاء المصري، كانت أحكام وقرارات القضاء الإداري المصري ومنذ إنشائه عام 1947، تسير على ممارسة الرقابة على التكييف القانوني للوقائع في القرارات الإدارية عموماً، وقرارات الضبط الإداري خصوصاً، وأمّا في نطاق الرقابة على القرارات المتعلقة بالمسائل العلمية والفنية، فنلاحظ أنّ مجلس الدولة المصري قد باشر تلك الرقابة في حالة ما اذا كانت تلك القرارات متعلقة بالحريات الشخصية، نظراً لأنّ للقاضي الإداري أن يندب ما يشاء من الخبراء في المسائل العلمية أو الفنية، وله في سبيل ذلك أن يستند إليها عند اصدار حكمه في القضية المثارة أمامها⁽³⁾، وبناء على ما تقدم، قضت المحكمة الإدارية العليا بأنّه " اذا كانت

(1) ينظر د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القضاء الإداري ومجلس شورى اللبناني، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1999، ص 544.

(2) د. عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، 1992، ص 556.

(3) د. حلمي الدقوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1989، ص 224.

سلطة مراقبة الأمراض العقلية في تقدير ما إذا كان الشخص مصاباً بمرض عقلي أم لا؟، هي في الأصل سلطة تقديرية بعدها من الأمور الفنية ذات التقدير الموضوعي، حيث لا يجوز التقصي عنها، إلا عند اساءة استعمال السلطة، أي أنه إذا كان الأمر يرتبط بالحرية الشخصية، عندئذ يجوز للقضاء الإداري إتخاذ مايلزم للتحقق من قيام هذه الحالة المرضية أو عدم قيامها، وله في هذا الصدد أن يندب مَنْ يراهم من أهل الخبرة، إذا قام لديه من الشواهد مايرر ذلك"⁽¹⁾.

ومن جانب القضاء العراقي تجدر الإشارة إلى أنّ القضاء الإداري العراقي سار إلى حد كبير، على خطى القضاء الاداري الفرنسي والمصري، من حيث ممارسة الرقابة على التكييف القانوني للوقائع في القرارات الإدارية بصورة عامة، وقرارات الضبط الاداري والوظيفة العامة بصورة خاصة، بغية السير والوقوف على مدى مطابقة وموازة الوقائع الموجودة والمتحققة مع النص القانوني، الأمر الذي يحول دون إبقاء الوقائع غير مطابقة مع القانون، وذلك عن طريق إصدار الحكم بإلغائه، ومن هذه الأحكام ما جاء في قرار محكمة القضاء الإداري الذي نص على أنه" لدى التدقيق والمداولة ظهر أنّ السيد محافظ نينوى قد استعمل صلاحياته الممنوحة له من وزير الداخلية بتطبيق قرار مجلس قيادة الثورة رقم 27 لسنة 1992، وحيث ثبت من الظروف الواقعة موضوع الدعوى ومن المنطقة التي ضبظت السكائر فيها، ومن القرارات الواردة في دور التحقيق الذي أجراه مدير شرطة الكمارك، وأنّ السكائر كانت معدة للتهريب، لذلك يكون قرار مصادرتها وبيعها موافقاً بروح ونص قرار مجلس قيادة الثورة المشار إليه أعلاه"⁽²⁾.

(1) قرارها الرقم 467/س 5 ق في 1959/6/27، أورده د. محمد الوكيل: حالة الطوارئ وسلطات الضبط الاداري، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 ص414.

(2) قرار محكمة القضاء الإداري المرقم 32/قضاء إداري 1993 في 1993/11/20، نقلاً عن د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص249.

وجاء في قرار محكمة القضاء الإداري في العراق: قرر إلغاء الأمر المتضمن حجز ومصادرة السيارة لعدم ارتكازه على سند من القانون وان تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة كان في غير محله⁽¹⁾.

3- رقابة الملاءمة: هذا النوع من الرقابة يكون على ركن السبب في القرار الإداري وتسمى رقابة الدرجة القصوى على ركن السبب في القرار الإداري⁽²⁾، لكونها تدخل ضمن التخصص الدقيق لدى الإدارة والقضاء لمراعاة هذه الرقابة في أبهى صورها، وأجل مغزاها، إذ يحتم على الإدارة العامة أن تلائم قراراتها مع الواقع والظروف المحيطة بالقرار ذاته⁽³⁾ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى على الإدارة أن تمتد قراراتها نحو مبدأ التناسب أو رقابة التناسب التي تكون بين الوقائع مع القرارات الصادرة، ويعني التناسب بين ركن السبب ومحل القرار الإداري، وهذا أمر يدخل ضمن دقيق الاختصاص، وكذلك ضمن السلطة التقديرية للإدارة العامة في هذا المجال، تجدر بالإشارة أنّ هذه الرقابة هي التي تعد رقابة موسعة على العناصر الواقعية لركن السبب حتى بلغت أقصى درجاتها، لتشمل الملاءمة وكذلك التناسب ومنها إلى بيان الخطأ الظاهر أو الساطع كجزء من رقابة الملاءمة، وبالتالي التحقق والتأكد من مراعاة الموازنة بين المنافع والمضار في نهاية المطاف، فالخطأ الظاهر والموازنة بين المنافع والمضار هما من النظريات المستجدة والمستحدثة لرقابة الملاءمة على القرار الإداري، وبغيتها الموازنة بين الحفاظ على الحقوق الخاصة تارةً، وعدم الإخلال بالصالح العام تارةً أخرى، وقد أكد القضاء ذلك في كثير من أحكامه، فعلى

(1) قرار محكمة القضاء الإداري المؤرخ في 18/11/1996 1993، نقلاً عن د. مازن ليلو راضي، ود. زانا رؤوف، المصدر السابق، ص 219.

(2) ينظر د. محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 93.

(3) ينظر د. عصام البرزنجي، المصدر السابق، ص 160.

سبيل المثال مانجده "من شروط العقوبة المفروضة على الموظف أن تكون ملائمة مع الغايات المستهدفة منها"⁽¹⁾، وكذلك الحكم بتخفيف عقوبة العزل بذريعة صرامتها إلى عقوبة التوبيخ، وحيث لم يسبق للمعتزلة أن عوقبت خلال السنة ولخدمتها الطويلة، فتكون عقوبة العزل شديدة ولا تتناسب مع الفعل المخالف، قررنا تخفيف العقوبة من العزل إلى التوبيخ"⁽²⁾، هذه أمثلة واضحة في موقف القضاء العراقي في الشأن نفسه.

4- موقف القضاء الإداري المقارن على رقابة الملاءمة: في مستهل الحديث عن موقف القضاء الإداري، نود أن نشير على عجلة إلى موقف القضاء الفرنسي والمصري والعراقي حول هذه الرقابة بإختصار شديد، لأنّ لنا عودة دقيقة لتلك المواضيع في المباحث المقبلة، بإذنه تعالى.

ففي سياق القضاء الفرنسي، نجد قراراً لمجلس الدولة الفرنسي في قضية ادعت لها (شركة الفيلهارموني) الموسيقية، وتلخصت الواقعة في أنه قرر عمدة (puummay) سابقاً بإلغاء ترخيص ممارسة مهنة هذه الشركة، تحت ذريعة مخالفة أعمالها للنظام العام، أمّا بعد الطعن من قرار العمدة لدى المجلس، قرر المجلس إلغاء قرار العمدة لكونه لم يستند إلى أدلة دامغة ومجدية في قراره، وأنّ مهنة الشركة لم تخالف النظام العام على حد تعبير قرار المجلس⁽³⁾.

وكذلك في قرار آخر نجده قام بإلغاء قرار المحافظ الراض لممارسة أداء صلاة دينية في الهواء الطلق، وفي أحد الميادين العامة وجاء في حيثيات الحكم "لأنّ

(1) قرار مجلس الإنضباط العام برقم 122/1979 في 9/5/1979 منشور في مجلة العدالة، العدد3، السنة5، 1979، ص33.

(2) قرار مجلس الإنضباط العام في الدعوى 207/2004، في 1/7/2004، نقلاً عن د. مازن ليلو راضي ود. زانا رؤوف حمه كريم، د. دانا عبدالكريم سعيد، المصدر السابق، ص219.

(3) ينظر حسن عبدالزهرة الدلفي، المصدر السابق، ص189.

الإخلال المتوقع بالأمن والنظام العام بسبب هذا الإجتماع لم يبلغ من الخطورة ماتعجز السلطات العامة عن مواجهتها" وموقف القضاء الإداري المصري هو الآخر، الذي يكون حافلاً بالأحكام والقرارات القضائية، سنمثل ذلك بمثال واحد، فقد قضت محكمة القضاء الإداري بإلغاء قرار الإدارة برفض الترخيص ببناء كنيسة، والذي استندت الإدارة فيه إلى قرب موقع المقترح لإقامة الكنيسة في إحدى دور السينما ممّا يهدد بقيام احتكاك بين السينما والموقع المقترح لبناء الكنيسة كافيّاً لمنع الإحتكاك⁽¹⁾.

وفي شأن موقف القضاء العراقي أيضاً، نجد أنّه يسري على منوال القضاء الفرنسي والمصري موازياً من حيث تطبيقه لرقابة الملاءمة على القرارات الإدارية، وهذه الحقيقة واضحة وجليّة في مجمل قرارات وأحكام هذا القضاء، سنبين فيما يأتي مثالين على موقف القضاء العراقي العادي حول ذلك:

ممّا نلاحظ بشأن موقف القضاء العراقي نجد أنّه سيان مع نظيره الفرنسي والمصري في الإتجاه نفسه، وهذا يبدو جلياً في حكمه الصادر في 2004/3/8 الذي يذهب فيه إلى " أنّ الطعن التمييزي الواقع ضمن المدة القانونية، قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على قرار لجنة التعويض، وجد أنّ التعويض الذي قدرته غير قليل ومناسب لذا قرر تصديقه⁽²⁾، وفي قرار آخر ذي صلة بالموضوع، مجلس الإنضباط العام إلى ما مفاده " إنّ من شروط العقوبة المفروضة على الموظف أن تكون ملائمة مع الغايات المستهدفة منها"⁽³⁾ فيتبين أنّ القضاء الإداري يتميز من

(1) حكم محكمة القضاء الإداري، في 1948/2/24 نقلاً عن حسن عبد الزهرة الدلفي، المصدر السابق، ص192.

(2) انظر حكم محكمة التمييز العراقية المرقم 129/3م/2004 والصادر في 2004/3/8 (غير منشور)

(3) قرار مجلس الإنضباط العام برقم 122/1979 في 1979/5/9 نقلاً عن د. مازن ليلو راضي، النظام التأديبي، ط1، مطبعة دار المسلة للطباعة والنشر، بغداد، 2020، 522، جدير بالإعتبار هذا يكون

خلال هذين الحكمين، يبدو جلياً أنّ وظيفته لا تقيد في البحث عن حكم القانون فقط أو التقيّد بمنطوق مبدأ المشروعية فحسب، بل يمارس جنباً إلى جنب البحث عن نقطة التوازن والملاءمة (Adaptation) وهي التي تؤدي إلى تعميق رقابة القضاء نحو الحفاظ على التوازن المطلوب بين صالح الفرد والصالح العام، بما يكفل تحقيق مبادئ العدالة في حلّها الأخيرة.

الفرع الثاني

(1) التناسب في ركن المحل من القرار الإداري

من مقتضى مبدأ التناسب وكيّنونته، أن يوضح ويذكر ركني السبب والمحل في القرار الإداري معاً، لكونهما مناط ولادة مبدأ التناسب حقاً، إذ بدونهما لا يكون لهذا المبدأ معنىً ولا مغزى، وقد تمّ البحث عن ركن السبب في الفرع الأول من هذا المبحث، لذا ارتأينا إكمال هذه المسيرة التي بدأنا بالحديث عنها، وذلك بالتطرق إلى ركن المحل في القرار الإداري من كل جوانبه المتباينة، وكذلك الرقابة القضائية بشئى أنواعها التي تكون على هذا الركن، من حيث مدى اتساع نطاق هذه الرقابة وشمولها، أو تضيق نطاقها وانحصارها من حيث نطاق تلك الرقابة.

==

قبل استحداث محكمة القضاء الإداري العراقي آنذاك، وإن مجلس الإنضباط العام لم يرتبط بالقضاء الإداري قبل عام 1989.

(1) حري بالإشارة والتوضيح، أنّه تمّ الحديث في الفصل الأول من هذا البحث عن ركن المحل فيما يتعلق بجوانب ارتباطه بالسلطة التقديرية حصراً، ولكي لا نقع في دوامة التكرار غير المرغوب فيه، سنتحدث عن ركن المحل هنا كركن من أركان القرار الإداري بصورة عامة ومرتبطة بمبدأ التناسب أو رقابة التناسب على وجه التحديد، تفادياً للتكرار، ولزيم من الفائدة والبيان بشأنه.

أولاً/ تعريف ركن المحل:

يقصد بالمحل المركز القانوني الذي يتجه مُصدِر القرار إلى إحداثه، أي هو الأثر القانوني الذي يترتب على القرار الإداري حالاً ومباشراً⁽¹⁾، أو مايسمى بعيب مخالفة القانون بمعناه الضيق، وبمعنى أن يكون القرار الإداري معيباً في فحواه أو مضمونه، أو بمعنى آخر أن يكون الأثر القانوني المترتب على القرار الإداري غير جائز، أو مخالفاً للقانون أيّاً كان مصدره سواء أكان مكتوباً كأن يكون دستورياً أو تشريعياً أو لائحة أو تعليمات، أم غير مكتوب كالعرف والمبادئ العامة للقانون⁽²⁾، فيتمثل هذا الركن في مضمون الأثر القانوني الذي ينتج عن القرار حالاً ومباشرة، ولكي يصطبغ القرار الإداري صبغة المشروعية من حيث هذا الركن، يلزم أن يكون ممكناً وجائزاً قانوناً⁽³⁾، أي أن تراعي الإدارة العامة ركن المحل وتستند إليه ولاتخرج عن مقتضاه، لأنّ المحل في القرار الإداري جوهر القرار ومادته⁽⁴⁾.

(1) يتضح المقصود من عبارة حالاً ومباشرة في الآتي:

1- أن يكون أثر القرار الإداري حالاً: أي انه ينتج آثاره حال صدوره صحيحاً، أي يحدث التغيير الذي أراده رجل الإدارة في الوضع القانوني حالاً، ولهذا فإن القرار الإداري يتمتع بقرينة الصحة وتستطيع الإدارة أن تبدأ بتنفيذه كقاعدة عامة حتى لو تم الطعن بصحته من قبل الأفراد.

2- أن يكون الأثر الذي يرتبه مباشراً: وبهذا يتميز القرار الإداري-كعمل قانوني- من العمل المادي الذي يصدر عن الإدارة، ويكون محل هذا الأخير دائماً نتيجة مادية واقعية وهي نتيجة مباشرة، أما الآثار القانونية غير المباشرة التي تترتب عليه فإنها ترجع إلى القانون. فمثلاً أن محل القرار الإداري بفصل الموظف أي أثره هو قطع العلاقة بينه وبين الإدارة بصورة مباشرة.

(2) ينظر د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص229.

(3) ينظر قرار المحكمة الإدارية العليا المصري، المرقم 95، س3، الصادر في 1957/3/9.

(4) د. مازن ليلو راضي، د. زانا رؤوف حمه كريم وآخرون، القضاء الإداري، ط1، مطبعة يادكار، 2020، السليمانية، ص212.

وهذه الكيفية يتميز محل العمل القانوني عن محل العمل المادي الذي يكون أثره دائماً نتيجة مادية واقعية، والمثال على ذلك قرار بترقية موظف عام، وفقاً للقوانين والأنظمة المعمولة، فمحل هذا القرار يتمثل في وضع الموظف في مركز قانوني تحدده القوانين والأنظمة النافذة⁽¹⁾، إذ يمثل أثره في نية الإدارة التي تروم من خلال هذا القرار تحقيقه، وعلى سبيل المثال فإنّ قرار فصل الموظف من الوظيفة، يتجسد أثره في قطع العلاقة التنظيمية الوظيفية بينه، وبين الإدارة بصورة مؤقتة.

وبناءً على ماتقدم، يتضح أنّ هناك صلة في هذا المجال بين ركن السبب والمحل، وذلك في حالة ما كانت سلطة الإدارة في إصدارها لقراراتها الإدارية مقيدة⁽²⁾، فهذا يعني أنّ رجل الإدارة في مواجهة واقعة معينة ومحصورة بعينها، فلا مجال للتقدير بالنسبة لمحل القرار الإداري طالما كان السبب محدداً، إذن وبهذا لم تكن الإدارة أمام عدة حلول قانونية، وذلك لأنّ المشرع حسم الأمرين-السبب والمحل- معاً، أمّا في حالة أن تكون الإدارة بصدد ممارسة سلطة تقديرية في نطاق قيامها بأعمالها الإدارية، فإنّها مطالبة بأن تراعي التناسب بين محل القرار والسبب الدافع له في جميع المجالات التي تنطوي على السلطة التقديرية لها.

ثانياً/ شروط صحة محل القرار الإداري:

لصحة محل القرار الإداري يجب توفر الشروط الآتية:

1- أن يكون محل القرار ممكناً؛ يعد القرار الإداري صحيحاً إذا كان محله ممكناً من الناحية القانونية، ويكون معيباً متى ثبت أنّ ترتيب ذلك القرار لأثره مستحيل بالنظر للظروف الواقعية التي صدر القرار في ظلها، كما لو كان القرار

(1) د. مازن ليلو راضي، د. زانا رؤوف حمه كريم وآخرون، المصدر نفسه، ص 212.

(2) نقلاً عن نجوم غانم هيب الحجري، المصدر السابق، ص 221.

الصادر من الإدارة بإزالة عقار لسطح الأرض في حين أنّ ذلك العقار إنهار في تاريخ سابق لصدور قرار إزالته⁽¹⁾.

و "تمثل الاستحالة القانونية أيضاً محل القرار في كون هذا المحل، لا يكون ترتيبه ممكناً من الناحية القانونية، كما في حالة صدور قرار بتعيين موظف لدرجة معينة، ثم يتضح أنّ الدرجة مشغولة، فإنّ هذا التعيين لم يصادف محلاً فهو غير ممكن قانوناً، وذلك لانعدام المركز القانوني الذي يمكن أن يرد عليه هذا التعيين"⁽²⁾.

2- أن يكون جائزاً من الناحية القانونية: لا يمكن أن يكون الأثر الذي ينتجه القرار الإداري أي محله، متعارضاً مع القانون، على الاعتبار إنّ القرارات الإدارية وفقاً لمبدأ المشروعية يجب أن لا تخالف القانون، تطبيقاً لذلك المبدأ الدستوري الأ وهو مبدأ تدرج التشريعات، حيث تأتي القرارات الإدارية في مرتبة أدنى من القانون، وعليه لا يجوز أن يخالف القرار الإداري منطوق القانون وروحه⁽³⁾، ومن ناحية أخرى، فإنّ محل القرار الإداري يعد الأثر القانوني الذي يحدثه القرار، وبناءً على هذه الحقيقة، فإنّ كل قرار إداري يمس كل مركز قانوني مشروع، أيّاً كان مصدره سواء كان قراراً أم عقداً إدارياً، يعد مخالفة للقانون، ثم يواجه القرار الإداري بعدم المشروعية لكونه معيباً في محله.

3- يجب أن يكون المحل موجوداً ومحددًا: من شروط المحل أن يكون موجوداً ومحددًا من حيث القانون والواقع، وبخلافه سيؤدي إلى إلغاء القرار لعدم

(1) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المصدر السابق، ص 130.

(2) نقلاً عن د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 1997، ص 188.

(3) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المصدر السابق، ص 131.

وجوده أو عدم تحديده في الوقت نفسه، إذ إنَّ عدم تحديد المحل يؤدي مباشرة إلى الإلتباس وعدم الوضوح، تأييداً لهذه الحقيقة، ورد حكم قضائي صادر من المحكمة الإدارية العليا العراقية على رد دعوى إدارية لفقدان المحل⁽¹⁾ في

(1) تتلخص وقائع القضية في القرار المرقم 27/إداري/تميز/2014.

حيث أقام المدعي الدعوى امام محكمة القضاء الاداري يدعي فيها ان المدعي عليه (المميز عليه) قرر تشكيل لجنة من مجلس محافظة الانبار في 2010/11/28 برئاسة نائب رئيس المجلس وقد اصدرت قرارها المرقم (8008) في 2010/11/28 بفسخ عقده الزراعي المرقم (423) في 1989/11/4. لذا طلب دعوى المدعي عليه (المميز عليه) للمرافعة والحكم بالزامه بنقض القرار كونها من صلاحيات محافظ الانبار استناداً الى المادة (33) من قانون الاصلاح الزراعي رقم (117) لسنة 1970، وبنتيجة المرافعة قررت محكمة القضاء الاداري بقرارها المؤرخ 2013/12/18 وبعدد اضبارة (477/ق/2013) رد دعوى المدعي كونه الدعوى خالية من محلها لان المحكمة هي محكمة الغاء يشترط في الامر المطعون فيه امامها ان يكون قراراً ادارياً نهائياً وقد ترتب عليه اثر قانوني. ولعدم قناعة المميز بالقرار المذكور تصدى له تمييزاً لدى المحكمة الادارية العليا في مجلس شورى الدولة بلائحته المؤرخة 2014/1/12 طالباً نقضه للاسباب الواردة فيها.

القرار

لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الادارية العليا وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ، ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك ان (المدعي) المميز يطعن بكتاب مجلس محافظة الانبار المرقم (8008) في 2011/11/28 الموجه الى محافظة الانبار . مكتب المحافظ المرفقة به توصيات اللجنة المشكلة من المجلس بالامر المؤرخ في 2011/11/29 والمتضمنة الغاء العقد المرقم (423) في 1989/11/4 وقد بين وكيل الشخص الثالث وزير الزراعة . اضافة لوظيفته بلائحته المقدمة الى محكمة القضاء الاداري بتاريخ 2013/9/16 ان المميز كان متعاقد مع دائرة موكله على مساحة (50) دونم بموجب العقد الزراعي المذكور والمنقولة حقوق والتزامات العقد الى المميز بعد وفاة والده وان العقد ساري المفعول ومجدد لغاية 2014/11/14، كما اوضح المميز في جلسة المرافعة ليوم 2013/12/18 بان توصيات اللجنة لم تنفذ، وحيث ان الكتاب المطعون فيه تضمن ارسال توصيات لجنة كشف لم تنفذ ولم يترتب عليها أي اثر قانوني، وحيث ان محكمة القضاء الاداري هي محكمة الغاء يشترط في الامر المطعون فيه امامها ان يكون قراراً ادارياً نهائياً يترتب عليه اثر قانوني، وحيث ان توصيات اللجنة لا ترقى الى مستوى القرارات الادارية التي يمكن الطعن فيها امام تلك المحكمة، وحيث ان محكمة القضاء الاداري في الحكم المميز قد التزمت بوجهة النظر القانونية المتقدمة وقضت برد الدعوى لخلوها من المحل، لذا قرر

==

الدعوى، وهذا بطبيعة الحال أمر يقتضيه القانون بالأساس. عليه، إذ يقصد بتحديد المحل أن يكون القرار مقتصراً ومحدوداً في منطوقه، بمعنى أنّه مثلاً في حالة نقل أو إنتداب الموظف يشترط فيه أن يكون إلى وظيفة من المستوى الوظيفي نفسه، وبخلافه يكون القرار مخالفاً للقانون وعليه يتصدى للبطلان والإلغاء، وفي السياق نفسه، وضمن المبادئ العامة لمجلس شورى الإقليم، نجد مبدأ قانونياً من مبادئ مجلس الشورى يقضي بأنّه "إذا ألغيت الإجازة محل الدعوى، فقدت محل النزاع والدعوى، ما يقتضي عدم قبولها ويتوجب ردها"⁽¹⁾، وهذا الموقف من وجهة نظرنا، لقد قطع الشك باليقين من أنّ عدم وجود المحل في الدعوى، لا يحمل إلاّ معنى واحداً وهي إنقضاء الدعوى من تلقاء نفسها، لعدم وجود المحل فيها.

ثالثاً/ صور مخالفة القانون:

تتنوع صور مخالفة القرار الإداري للقانون في الآتي:

1- المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية: تكون هذه الحالة حينما تهمل الإدارة القاعدة القانونية، وتتصرف من جانبها كأنّها غير موجودة، وقد تكون هذه المخالفة عمديّة كما لو منح رجل الإدارة رخصة مزاولة مهنة معينة لشخص،

==

تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 28/ربيع الثاني/1436 هـ الموافق 2015/2/19 م، نقلاً عن موقع وزارة العدل العراقي، وعلى الرابط www.moj.gov.iq/view. تاريخ الزيارة 2022/8/16 الساعة 3 عصراً.

(1) جاء في منطوق قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الإقليم بصفتها التمييزية، لدى التدقيق والمداولة وجد أنّ الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية، قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين أنّه صحيح وموافق للقانون، حيث أنّ الهيئة أصدرت قراراً والمتضمن نقض قرار المحكمة الإدارية المرقم 11/ك/2011 في 7/8/2011 بسبب أن إجازة البئر قد كانت قائمة ولكن وزارة الزراعة والموارد المائية بكتابتها فد ألغت الإجازة المذكورة، وعليه فإنّ الدعوى الإدارية قد فقدت محل النزاع مما يقتضي عدم قبولها، وحيث أنّ الدعوى آلت إلى الرد، وقرر تصديق هذا القرار.

وهو يعلم أنه غير مستوف للشروط القانونية لمنحها إيَّاه⁽¹⁾، أو قد تكون المخالفة غير عمدية نتيجة عدم علم الإدارة بوجود القاعدة القانونية أو عدم علمها بإلغائها، وقد تتعدد صور هذه المخالفة، إمَّا أن تكون مخالفة إيجابية تتجسد في إتيان الإدارة عملاً أو تصرفاً يخالف القانون، كما لو قامت الإدارة بتعيين موظف من دون أحقيته في التوظيف قانوناً، أو أن تكون المخالفة للقاعدة القانونية سلبية، تتمثل في إمتناع الإدارة عن منح إجازة بناء لمالك العقار مع ثبوت أحقية المالك في ذلك، ومن هذه الصور، المخالفة المباشرة للقانون، وبمقابل ذلك قامت المحكمة الإدارية العليا بتصديق قرار قضائي صادر من محكمة قضاء الموظفين، يتضمن إلغاء قرار إداري بإحالة الموظف على التقاعد من دون وصوله السن القانوني للتقاعد الإجمالي⁽²⁾، وذلك بعد إتهام القرار الإداري من لدن المحكمة الإدارية في قرارها بأنه مخالف للقانون.

2- الخطأ في تفسير القاعدة القانونية: يتحقق هذا العيب في حالة أن تخطيء الإدارة في تفسير القاعدة القانونية، فتعطي القاعدة معنىً غير المعنى الذي قصده المشرع، وقد يكون ذلك تعمداً، أو غير متعمد، وذلك بسبب الغموض الذي يكتنف القاعدة القانونية، وذلك بأن تفسر الإدارة القاعدة القانونية

(1) ينظر في ذلك د. مازن ليلوراضي، المصدر السابق، ص 231.

(2) إذ تتلخص وقائع القضية في أنَّ المدعي (ح، ج، ج) أقام الدعوى أمام محكمة القضاء الموظفين، مدعياً فيها بأنَّ المدعى عليه إضافة إلى وظيفته قراراً إدارياً تحت الرقم 9415 في 17/8/2021 يقضي الفقرة ثانياً من ذات القرار، إلى إحالته إلى التقاعد دون وجه حق، لذا طلب من المحكمة إلغاء قرار إحالته على التقاعد، وإعادته إلى الوظيفة مرة أخرى، ونتيجة المرافعة الحضورية من المحكمة ذاتها، أصدرت قراراً قضائياً تحت الرقم 2594، في 28-11-2021 بالزام المدعى عليه إضافة إلى وظيفته بإلغاء القرار الإداري المتعلق بإحالة المدعي إلى التقاعد، ولعدم قناعة المدعى عليه بالقرار، تصدى للقرار تمييزاً أمام المحكمة الإدارية العليا، وبعدها نظرت المحكمة الإدارية العليا إلى الطعن التمييزي ووصلت من جانبها إلى قرار بات تحت الرقم 1409/قضاء الموظفين-تمييزاً/2021، فقد وصلت المحكمة إلى أنَّ قرار محكمة قضاء الموظفين مبني على سبب يتفق وحكم القانون.

تفسيراً غير سليم، أو تقوم بتأويل القاعدة القانونية إلى غير معناها الحقيقي، أو أن تضيف إلى القاعدة القانونية حكماً جديداً آخر، وحيث يشير إلى ذلك قرار لمجلس الدولة الفرنسي بناء على قانون أصدره المشرع الفرنسي، فبموجبه يجيز لأطباء الأسنان غير الحاصلين على دبلوم من المعاهد الفرنسية والمقيمين على الألزاس واللورين قبل سنة 1918 ممارسة المهنة من المتجنسين بالجنسية الفرنسية⁽¹⁾، فأراد أحد الأطباء الفرنسيين بالميلاد ممارسة مهنة الطب، إلا أن الإدارة رفضت ذلك، بذريعة أن القانون يطبق على المتجنسين بالجنسية الفرنسية من دون المواطنين العاديين، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض قرار الإدارة بالإلغاء، وبين في حيثيات القرار أن الإدارة وقعت في تفسير القانون خطأً، إذ عدت هذا التفسير تفضيلاً للأجانب على المواطنين الأصلاء.

3- **الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية:** تقتصر هذه الحالة على الخطأ في تطبيق القانون، وذلك بعدم الاستناد إلى الوقائع المبررة لإتخاذها، أو عدم استيفاء الشروط التي يتطلبها القانون، ويقصد بتطبيق القانون أن تقوم الإدارة العامة بتطبيقه خطأً، وتتم هذه الحالة في صورتين: الأولى تتجسد في حالة صدور القرار الإداري من دون الإعتماد على وقائع مادية، أو تتمثل في حالة عدم تبرير الوقائع للقرار الإداري، ومن قبيل ذلك قرار معاقبة نائب المحافظ، وهو ليس بموظف، وإنما مكلف بخدمة عامة بعقوبة لفت النظر استناداً إلى قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991⁽²⁾.

(1) قرار مجلس الحكم 29-6-1934 نقلاً عن قهار حسن شريف، الرقابة القضائية على ركن المحل في القرار الإداري، ص 22.

(2) وفي ذلك الحكم لمحكمة القضاء الإداري العراقي وجد أن المدعي يطعن بعقوبة لفت النظر الموجهة إليه، وقد تظلم من العقوبة لدى المدعي عليه، ولم يتم الرد على التظلم ضمن المدة القانونية، وبما أن المدعي أقام دعواه بتاريخ 2012/2/22 فتكون مقامة ضمن المدة القانونية فقرر قبولها شكلاً،
==

ومن نافلة القول في ذلك، بعد البحث والدراسة التي تقدمت حول ركني السبب والمحل في القرار الإداري، تبين من خلال المجريات التي أحاطتها أطراف الحديث ومضمونه، بأن التناسب حالةً أو جزءاً من رقابة الملاءمة، أو الصورة المركزة في ملاءمات القرار الإداري، ينشأ من خلال علاقة التتام وتوافق بين ركني السبب والمحل في القرار الإداري، فبدون مراعاة هذه العلاقة التكاملية بينهما، لا وجود لمبدأ التناسب وبالأحرى رقابة التناسب، لذلك فإنّ اقتصار الحديث حول هذين الركنين من أركان القرار الإداري، من دون الأركان الأخرى -غير ركن الغاية- تأتي في هذه الزاوية من البحث، ومن دون الولوج في أركان أخرى لاعلاقة لها أساساً بنشوء هذا المبدأ، لأنّ مبدأ التناسب بالأساس يركز على وجود العلاقة بين السبب الدافع إلى القرار المتخذ، سواء كان القرار في مجال تأديب الموظفين، أم في مجال الضبط الإداري، وبين الإجراء المتخذ-محل القرار الإداري، وهذا يعني أنّ هناك توافقاً بين خطورة الوقائع وما يحيط بها، مع الإجراء اللازم لذلك.

==

ولدى عطف النظر على موضوع الدعوى وجد أنّ المدعي عليه قد فرض عقوبة لفت النظر بموجب الكتاب المرقم (د/29848) في (27 / 12 / 2011) بناءً على توصيات اللجنة التحقيقية المشكّلة بالأمر الإداري المرقم (ق/25716)، في 13 / 11 / 2011، وقد استند المدعي عليه في فرض العقوبة إلى أحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991، وحيث إنّ نائب المحافظ ليس بموظف بل هو مكلف بخدمة عامة ينتخب من مجلس المحافظة وفق الآلية المنصوص عليها في المادتين 7 و 27 من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم 21 لسنة 2008، وأنّ إشغال منصب نائب المحافظ هو بصفة مؤقتة يمتد لمدة الدورة الإنتخابية لمجلس المحافظة بحسب المادة 30 من قانون المحافظات، وحيث أنّ فرض العقوبات الإنضباطية تترتب عليه آثار قانونية حددها قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل، تتعلق باستحقاق الموظف للعلاوة والترفيح وهي آثار لا يمكن تطبيقها فيما يخص نائب المحافظ، وقد قررت المحكمة الإدارية العليا أنّ فرض عقوبة لفت النظر بحق المدعي لاسند له من القانون، ويخالف فكرة أنّ نائب المحافظ هو المحلف بخدمة عامة وليس موظف، لذا قررت المحكمة بالإتفاق إلغاء عقوبة لفت النظر الموجهة إلى المدعي، للمزيد ينظر د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص 240.

الفرع الثالث

ركن الغاية في القرار الإداري

يتعلق ركن الغاية في القرار الإداري بالنتيجة النهائية التي يرمي رجل الإدارة إلى تحقيقها بوسائل قانونية، وهو تحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾، فهو الهدف الأخير من إصدار القرار الإداري، الذي يتوصل إليه مصدر القرار كنتيجة نهائية، ويتضح مفهوم هذا الركن من خلال التطرق إلى بيان صور لمخالفة الإدارة لذلك الركن، عليه سنبدأ الحديث عنه على النحو الآتي:

1- استهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة: يكون هذا الأمر عندما تتنافى الغاية الأساسية مع اتخاذ القرار، والمشروع لم يلزم الإدارة بتحقيق غاية خاصة، بل هي مقيدة بأن تدور في نطاق المصلحة العامة فقط، ففي حالة ما إذا كان يهدف مصدر القرار إلى تحقيق غرض آخر إلى جانب ذلك، تعرّض القرار بالنتيجة إلى الإلغاء، إذ ينطبق على ذلك:

أ- استعمال السلطة لتحقيق مكسب شخصي، أو لغرض غير الذي يتناسب مع القوانين والأنظمة والتعليمات.

ب- استعمال تلك السلطة ابتغاء الإنتقام أو الثأر الشخصي، أو استعمالاً لغرض سياسي، أو دعاية لكسب الجماهير لشخصه، أو لحزبه، ويكون هذا الأمر من أجل إيقاع الأذى بالغير بقصد الإنتقام الشخصي والتشفي من دون النظر إلى المصلحة العامة، والمثال على ذلك ما قضى به المجلس الإنضباط العام بإلغاء قرار إداري بالإستغناء عن خدمات الموظف، وإعادته إلى الوظيفة العامة، وذلك وفقاً لمحتوى القرار فإنّ القرار شابته روح العداة والإنتقام،

(1) يراجع د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية،

ط1، 2006، ص508.

وهذه واضحة لدى مُصدِر القرار⁽¹⁾.

أو يكون تحت وطأة التحزب أو "الإنتماء إلى الجهة السياسية التي يميل إليه رجل الإدارة، كحالة قيام مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار إداري بفصل موظف لأنّه ينتمي إلى حزب سياسي مناوئ، أو إمتناع الإدارة عن قبول تعيين مرشح للوظيفة العامة بسبب اتجاهه السياسي"⁽²⁾.

2- الخروج عن مبدأ تخصيص الأهداف: وفي هذه الجزئية يرتبط الأمر كثيراً بالتحقيق والتدقيق في نية مُصدِر القرار، فيما إذا كان الأمر تعتريه الصعوبة والإلتباس أو لا؟، فمن هنا يتبين أنّ ملامح عيب الغاية أو الإنحراف بالسلطة، تتحقق حتى ولو كان مُصدِر القرار يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، طالما أنّ هذه المصلحة ليست هي التي قصدها المشرع بالذات⁽³⁾.

3- تحوير الأصول: يكون ذلك في حالة تحوير أو تغيير في الإجراءات الإدارية السليمة، بأن تحل إجراءات جديدة، محل الإجراء الذي من المفترض العمل به، وذلك للوصول إلى الغاية التي تريده الإدارة، والمثال على ذلك لجوء الإدارة إلى إجراءات الإستيلاء المؤقت بدلاً من إجراءات نزع الملكية الواجب اتباعها وفقاً للدستور⁽⁴⁾.

(1) قرار مجلس الإنضباط العام العراقي، رقم القرار 1964/96، بتاريخ 1964/4/16، نقلاً عن، د. نجيب خلف الجبوري، ود. محمد علي جواد كاظم، القضاء الإداري، مكتبة يادكار لنشر الكتب القانونية، ط5، السليمانية، 2016، 184.

(2) نقلاً عن د. نجيب خلف الجبوري، ود. محمد علي جواد كاظم، المصدر نفسه.

(3) ينظر مايا نزار أبودان، المصدر السابق، ص13 و13.

(4) لا يخفى أنّ المشرع الدستوري في العراق خصص المادة 23 أولاً، ثانياً من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 لغرض المشار إليه أعلاه، حيث نص على ذلك في الفقرة أولاً على أنّ الملكية الخاصة مصونة، ويحق للمالك الإنتفاع بها واستغلالها والتصرف بها، في حدود القانون، ثمّ يتطرق إلى بيان أحكام نزع الملكية بصورة مقتضبة، حيث نص على أنّه " لا يجوز نزع الملكية إلاّ لأغراض المنفعة العامة، مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون، ومن ثم يترك الأمر التفصيلي في هذا الموضوع إلى القوانين والتعليمات النافذة، ينظر في ذلك المادة 23 من دستور جمهورية العراق 2005.

والقوانين والتعليمات التي نصت على الإجراء الصحيح والسليم، وذلك كي تستولي نهائياً على عقار للمنفعة العامة.

هنا يطرح سؤال مفاده، أ يعد عيب الغاية أو الإنحراف بالسلطة مرتبطاً بعيب عدم التناسب، أم يدخل حيز رقابة الملاءمة في صورتها الأوسع؟

للإجابة عن هذا التساؤل، نجد أنّ هناك تبايناً في الآراء حول هذا الموضوع، فمنهم من يرى أنّ عيب الغاية، يعد في حد ذاته عيباً من عيوب عدم التناسب، وعلى رأسهم الفقيه الدكتور سليمان الطماوي، إذ يرى من جانبه، أنّ السبيل الوحيد للطعن في القرار المشوب، بعدم التناسب، ساطع عن طريق إثبات الإنحراف بعد الإدارة قد خرجت عن الحدود الخارجية للسلطة التقديرية، ويفهم من ذلك بوضوح أنّه لا يحتل الشك أنّ خروج الإدارة عن الحدود الخارجية للسلطة التقديرية، دليل على وقوعها في عيب الإنحراف بالسلطة⁽¹⁾، وقد استدل في الوقت نفسه، بأنّ استعمال القضاء الإداري لكلمة الغلو، هو مرادف لكلمة الإنحراف أو التعسف في استعمال الحق، ولا يعدّ الغلو -على حد تعبيره- نوعاً من أنواع مخالفة القانون، مستدلاً في ذلك بأنّ جوهر الغلو لا يتأتى إلّا إذا كنا أمام ممارسة السلطة المقيدة، في حين أنّ السلطات التأديبية تمارس إختصاصاً تقديرياً عند إختيار العقوبة المناسبة للجريمة الثابتة في حق الموظف، وبما أنّ العيب اللازم لإستعمال السلطة التقديرية هو إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، فلا يعد رقابة على ممارسة الإختصاص التقديري، إلّا إذا ثبت هذا العيب أساساً، وعلى ذلك فإنّ الغلو يندرج ضمن معنى التعسف والإنحراف معاً، وكما يؤيد هذا الإتجاه كل من د. محمود البنا إذ رأى أنّ عدم التناسب بين السبب والجزاء المتخذ أو النتيجة، قد يكون قرينة على

(1) نقلاً عن د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الإنحراف بالسلطة، مطبعة جامعة عين شمس، ط2، القاهرة، 1978، ص382.

الإنحراف بالسلطة، ومن وسائل إثباته⁽¹⁾ والدكتور محمود حلبي أيضاً، إذ أنه ذهب إلى القول إنَّ عدم التناسب في القرارات التأديبية بين خطورة الذنب الإداري، وبين نوع الجزاء ومقداره دليل على الإنحراف بالسلطة، يجوز للقضاء الإداري أن يحكم بإلغاء القرار لعدم المشروعية لعيب الإنحراف⁽²⁾، وفي جانب آخر، الرأي المخالف يرى أنه ليس من المستحيل دائماً وجود نظرية الإنحراف في نطاق السلطة المقيدة هذا من جهة، ومن جهة أخرى بين موقف هذا الإتجاه بأنَّ الرأي الأول لم يصب الحقيقة في التفريق بين الإنحراف والغلو من حيث الطبيعة والمضمون، ومنهم الدكتور عبدالفتاح عبدالبر الذي يرى أنَّ عيب إساءة استعمال السلطة" عيب يستقر في بواعث الإدارة الخفية ودوافعها الباطنة، ويعرفه أيضاً في إطار العيوب القصدية في السلوك الإداري، وقوام ذلك النية أو القصد السيئ للإدارة بإساءة استعمالها السلطة، أما الغلو على حسب تعبيره فيرى أنَّ درجة خطورة الذنب الإداري، لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره، وهو تقدير يتم بمعزل عن نيات الإدارة ودوافعها الكامنة⁽³⁾، فحسب تعبيره يرى أنَّ الغلو يتعلق بعدم تناسب الجزاء مع الخطأ-الذنب- من دون أن يوصم القرار بالإنحراف، لأنَّ الإدارة لم تستهدف على حد تعبيره تحقيق غرض آخر غير الغرض الواجب عليها استهدافه، ومن حيث المحتوى والمضمون، فالإنحراف غاية غير مشروعة، تسعى الإدارة حثيثاً إلى تحقيقها من خلال القرار الذي تتخذه، فأماً الغلو في القرارات التأديبية فهو عدم التناسب بين الخطأ والجزاء الذي اختارته الإدارة، أي عدم التناسب بين المحل والقرار.

(1) يراجع د. محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، 1980، ص70.

(2) ينظر محمود حلبي، حق القضاء في تعديل العقد الإداري، مجلة الإدارة، عدد2، 1964، ص161.

(3) د. عبدالفتاح عبدالحليم عبدالبر، بعض اوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مجلة العلوم الإدارية، إصدار الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، 1996، السنة38، العدد1، ص53.

ومن نافلة القول هنا، أننا نرى أنّ ملامح التناسب والملاءمة وكذلك علاقة كل منهما بأركان القرار الإداري، صارت من الواضح الذي لا يحمل في وقتنا الحاضر، جدلاً واسعاً بهذا النطاق، ولربما يعود سبب ذلك الوضوح إلى موقف القضاء الإداري وكذلك الفقه الإداري، وترسيخ المبادئ الأساسية لكل من المفاهيم، وقد تطرق إلى هذه الحقيقة الكثير من أحكام القضاء على تحديد الإطار الأساس للتناسب على نحو خاص، إذ جعل هذا الوضوح مدعاة لعدم تصور الظن والوهم في عدم تحديد إطار مبدأ التناسب، ومن جهة ذات صلة بالموضوع، فإنّ موقف القضاء الإداري في عصرنا الراهن صار واضحاً جداً من تحديد معالم مبدأ التناسب بصورة دقيقة للغاية، ولكون القضاء الإداري قضاءً منشئاً للأحكام والقرارات كما أسلفنا- أصبحت نقطة التركيز والإلتقاء لمبدأ التناسب يكون بين محل القرار وسببه، ومن جانب الفقه الإداري وعلى الرغم من وجود متسع من الخلاف على التساوي بين الملاءمة والتناسب كوجهين لعملة واحدة، نرى أنّ الأكثرية الغالبة أيضاً تؤكد أنّ نقطة الارتكاز في ذلك بين محل القرار وسببه، أو أنّ مناط اختلافهم يدخل ضمن مجال الشكليات والمصلحات من دون التطرق إلى جوهر ذلك، وحيث لاُمُشاحَة في الإصطلاح.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق مبدأ التناسب في مجال فرض العقوبات التأديبية

أحد المجالات الخصبة لتطبيق مبدأ التناسب، تطبيقاً واضحاً عبارة عن تطبيق مبدأ التناسب في نطاق فرض العقوبات التأديبية، من حيث أهمية تطبيق هذا المبدأ مراعاة لذلك الأمر، فقد اكتفى المشرع بحصر العقوبات التأديبية من دون النص على بيان مفهوم العقوبات التأديبية أو تعريفها، لذا يتطلب الأمر أن يتوزع هذا المطلب على ثلاثة فروع، الفرع الأول يخص مفهوم المخالفة التأديبية، والفرع الثاني يخص لأركان المخالفة التأديبية، الفرع الثالث التطبيقات القضائية لرقابة التناسب في المخالفات التأديبية، وكما يأتي تفصيله:

الفرع الأول

مفهوم المخالفة التأديبية⁽¹⁾

(1) من المستحسن التوضيح هنا، أنه في مجال دراسة المخالفات الوظيفية التي يرتكبها الموظف العام، نجد هناك تبايناً في استخدام مصطلحين، أحدهما له استعمال واسع النطاق في ظل الأنظمة التشريعية العربية وعلى مسافة واسعة، والآخر نجد تطبيقه على مستوى العراق تحديداً، فالأول عبارة عن مصطلح - المخالفة التأديبية أو الجريمة التأديبية - علماً أنّ المخالفة التأديبية من وجهة نظرنا ادق من الجريمة، لأنّ مفردة الجريمة يتم استعمالها في نطاق القانون الجنائي أكثر من التشريعات الإدارية، فالمخالفة تكون دوماً أخف وطأة، وعقوبة من الجريمة وفقاً للتقسيمات الإجرامية المعتبرة، لذا نجد أنّ مفردة المخالفة التأديبية أكثر إنتشاراً واستعمالاً في الأوساط القانونية والإدارية والقضائية، وهذا ما نلاحظ عليه أنّ هناك شبه إجماع على ذلك، أمّا المخالفة الإنضباطية فإنّ مساحة إستعمالها تكون بصورة دقيقة على مستوى التشريع والفقهاء والقضاء الإداري العراقي، وهذا أمر ملحوظ على امتداد التشريعات الإدارية العراقية المتعاقبة. في قانون إنضباط موظفي الدولة رقم 41 لسنة 1929 الملغي، وقانون إنضباط موظفي الدولة رقم 69 لسنة 1936 الملغي، وأخيراً قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 وتعديلاته، وهذا القانون ساري المفعول

==

نصَّ المشرع بشكل عام على مجموعة من الواجبات القانونية التي يجب على الموظف العام القيام بها طوعاً أو كرهاً، سواء كانت هذه الواجبات في حالة الإيجاب أم السلب، أي إمّا أن يكون في حالة وجوب القيام به والأداء له على أحسن الأوجه، وهو المراد به الواجبات الإيجابية، أو عليه الإمتناع أو عدم القيام بمجموعة من المحذورات القانونية من التصرفات في الوقت نفسه، والمقصود بذلك الفعل السلبي، فإذا ما كان الموظف في أي من الحالتين أعلاه عُدَّ مرتكباً لمخالفة تسمّى المخالفة التأديبية أو الإنضباطية، واستلزم بذلك توقيع الجزاء المناسب عليه من قبل السلطة المختصة بها، وذلك يعدّ زجراً له، وردعاً للآخرين لكي لا يقع أقرانهم في المحذور نفسه في الحاضر والمستقبل، استكمالاً لما تقدم ذكره، سنواصل الحديث عن هذا الموضوع في الآتي:

أولاً/ تعريف المخالفة التأديبية:

في سياق البحث عن تعريف مصطلح المخالفة التأديبية أو الإنضباطية، يلاحظ أنّ هناك علاقة تكاملية للمخالفة التأديبية التي تكون مناط فرض العقوبات التأديبية على الموظف العام، فالمخالفة التأديبية هي تلك المخالفات التي تقع تحت طائلة مخالفة واجب من واجبات الوظيفة العامة، المحددة إمّا بقانون أو تعليمات صادرة من السلطة الرئاسية للموظف، وحيث أنّ هناك تعاريف متعددة منها التعريف التشريعي والفقهني والقضائي.

==

ونافذ حالياً، وبدورنا ولغرض إتحاد المصطلح، وعدم الإختزال في دوامة التلاعب والتناظر في العبارات، وتسهيلاً على القارئ والمطلع، وأخيراً لتكوين القناعة لدينا بأنّ دلالة المخالفة التأديبية هي الانسب والأصوب من حيث تناسبها مع المخالفات الوظيفية، وللحد من دون وقوع الموظف العام فيها، عليه ولكل ماتقدم نستخدم دلالة المخالفة التأديبية، وكذلك العقوبة التأديبية، مع كل ذلك يطلق عليها تسميات أخرى نبينها للإستيضاح ومنها الخطأ التأديبي، أو الذنب الإداري، أو المخالفة الإدارية، ولقد كثرت استعمالها على وجه الخصوص في القضاء المصري.

1- تعريف المخالفة التأديبية على مستوى التشريع: بالنظر والتقصي لمواقف المشرعين من تعريف المخالفة التأديبية من جهة، والعقوبة التأديبية من جهة أخرى، لم نجد بياناً لتعريفها لا من قريب ولا من بعيد، يرجع ذلك إلى الفلسفة أو العقيدة التشريعية التي يتبناها كل من المشرعين، وبالتالي نرى أنّ ذلك يرجع إلى المجال الواسع الذي تحتله المخالفات التأديبية، وترك الأمر إلى حد كبير للسلطة التقديرية للإدارة بصورة عامة وتعريفات الفقه وأحكام القضاء في هذا المضمار، وجعلت الإدارة أن تصوغ كل الأعمال والتصرفات التي لا تتناسب ولا توائم الوظيفة العامة، من حيث الأداء الوظيفي واحترام المرافق العامة، وأداء جميع الواجبات الموكولة إلى الموظف العام.

عليه، فإنّ الناظر في مواقف تشريعات الدول المقارنة من هذه الدراسة، يجد أنّها خلت من أي تعريف للمخالفة التأديبية أو الإنضباطية، إذن توزعت المواقف بشأنها من بيان جهة مؤيدة لها، وجهة المعارضة لمواقف تلك التشريعات.

وأما في المنطق القانوني، لا يمكن أن تقاس هذه الحالة بالجريمة الجنائية المتمثلة في نصوص القانون الجنائي في كل دولة، لأنّ القانون الجنائي مقيد بمبدأ (شرعية الجرائم والعقوبات)، حيث إنّ الجرائم والعقوبات متسلسلة ومبوبة في متن قانوني معين، ليس للقضاء وغيره مخالفته، والحيدة عن أحكامه، وهذا هو المعول عليه في نطاق القانون الجنائي⁽¹⁾.

أما في حيز النشاط الإداري في كل من فرنسا ومصر والعراق، لم يتم تحديد المخالفات التأديبية بنص القانون، وعلى سبيل الحصر، بل وردت الواجبات التأديبية على سبيل المثال، ومن ثمّ بيان النص القانوني عليه يقضي بمعاقبة الموظف المخالف

(1) ينظر في ذلك المستشار عبد الوهاب البنداري، الجرائم التأديبية والجنائية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، المطبعة العالمية، القاهرة 1971، ص 12.

تأديبياً⁽¹⁾ عن كل مخالفة أو خرق صادر منه للواجبات الوظيفية أو المهنية، أو الخروج عن مقتضيات الوظيفة العامة بصورة واضحة.

وهذا الأمر وفقاً لرأينا- يسبب حالة الإرتباك والفوضى، وكذلك توجيه الموظف العام إلى كثير من القلق من أعماله وتصرفاته، لأنّه من الممكن في هذه الحالة أن يحاسب ويعاقب الموظف العام عن أدنى عمل يرتكبه، لأنّ ذلك ربما تحكّمه النزوات الشخصية والمصالح الفردية من لدن الإدارة تجاه هذا الموظف، ومن ناحية ثانية يرجع هذا الموقف من عدم تحديد وتعريف الواجبات الوظيفية إلى أنّ النشاطات الإدارية متنوعة وكثيرة و متطورة من وقت لآخر، ولمدة إلى أخرى أي أنّها نشاطات مرنة، فلا يمكن بسهولة أن تحصر تلك المخالفات الإدارية بنصوص جامدة، وقد يؤول البعض هذا الموقف بأنّ هذه المخالفات في مجال المخالفة التأديبية لاتخضع لمبدأ المشروعية⁽²⁾، مبررين ذلك بعدم تحديد المخالفات التأديبية على سبيل الحصر، فنرى هذا الموقف منهم غريباً إلى حد ما، لأنّ القول بالخروج النهائي عن مبدأ المشروعية، أمر نجده صعباً، إذا لم نقل مستحيلاً، وبالتالي فإنّ المخالفات التي يعاقب عليها الموظف إمّا محددة في القوانين الوظيفية، أو في الأنظمة والتعليمات الصادرة من السلطة الإدارية، أو تجعل في نطاق القواعد العامة للقانون بمعناه العام، أو يحددها المنطق القانوني، فلا بد أخيراً من الإلتزام بمبدأ المشروعية كإطار عام للقانون.

عودة إلى بدء، وتأكيداً للفكرة ذاتها، لا يمكن القول بأنّ المشرع الفرنسي لم ينص على تعريف بالشأن ذاته، ويعني ذلك أنّه لم يكن هناك نص عام بشأن المخالفة التأديبية، فمثلاً نص المشرع في القانون الصادر في 19/ 10/ 1946 على

(1) ينظر د. حسان عبدالله يونس، المصدر السابق، ص 81.

(2) د. محمد محمود ندى، انقضاء الدعوى التأديبية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 8.

المعاقبة التأديبية عن كل خطأ يرتكب أثناء أو بمناسبة تأدية الوظيفة⁽¹⁾، وتلا ذلك قانون آخر في فرنسا بشأن تنظيم حقوق وواجبات الموظفين، نصَّ على أنَّ "أي خطأ يصدر من الموظف أثناء أو بمناسبة أدائه لعمله يعرضه لعقوبات تأديبية، دون تمييز أو محاباة، وإذا استدعى الأمر يكون عرضة للعقوبات الواردة في القانون الجنائي"⁽²⁾.

فمن هذين النصين يتبين أنَّ النصوص العامة موجودة في القوانين ذات العلاقة بمعاقبة الموظفين الذين يخالفون الواجبات القانونية الملقاة على عاتقهم، فيما يتعلق بأدائهم اللامشروع لواجبات الوظيفة العامة.

بالعودة إلى موقف المشرع المصري نجد أنه هو الآخر لزم موقف الصمت، إزاء تعريف محدد لمخالفات تأديبية، في جميع القوانين المتعلقة بالوظيفة العامة، إلاَّ أنَّ هناك نصاً عاماً في القانون يقضي بأنَّ "كل عامل يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته، أو يظهر بمظهر من شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة يجازي تأديبياً"⁽³⁾، فلا يوجد غير هذا النص الذي أوضح بصورة عامة تحديد إطار عام للمخالفة التأديبية، ويرى البعض أنَّ هذا النص قد وسع مدلول المخالفة التأديبية، على نحو من شأنه إيجاد مخالفات تأديبية لم يكن المشرع يتوخاها، إذ يطالب بضرورة تحديد مدلول المخالفة التأديبية تحديداً نافياً للجهالة، جامعاً لكل أنواع المخالفات، مانعاً من دخول أفعال أخرى تنضوي تحت لوائه، بما يهدر مبدأ لاجرمية وللاعقوبة إلا بالنص⁽⁴⁾.

(1) المادة 11 من القانون نفسه.

(2) المادة 29 من قانون رقم 643 الصادر بتاريخ 1983/7/3.

(3) ينظر نص المادة 55 من قانون الخدمة المدنية المصري رقم 18 لسنة 2015 النافذ.

(4) ينظر د. عبدالسلام عبدالحميد، تأديب الموظف العام في مصر، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص20.

وعلى المسار نفسه، فإنَّ المشرع العراقي هو الآخر، سار على خطى قرينيه الفرنسي والمصري من حيث سكوته، من إتيان تعريف دقيق المعالم للمخالفة التأديبية، إذ لم تنطو القوانين ذات العلاقة بالوظيفة العامة، ولا تلك القوانين التي تنظم المسؤولية التأديبية على تعريف قانوني يقتصر على ذكر المخالفة التأديبية⁽¹⁾، بناء على ماتقدم، فإنَّ خلاصة الفكرة هي أنَّ تشريعات الدول المقارنة لهذه الدراسة خالية من وجود تعريف للمخالفة التأديبية، كان الأمر متروكاً لأمر الفقه والقضاء.

ثانياً/ تعريف المخالفة التأديبية على مستوى الفقه الإداري:

يحتل مفهوم المخالفة التأديبية حيزاً واسعاً، وصدى بارزاً في وسط الفقه الإداري، لما للفقه من دور كبير، في بيان جميع المصطلحات القانونية جمعاء، وعلى رأسها المخالفة التأديبية، وذلك عن طريق دراساتهم الفقهية في الكتب والبحوث والأطاريح القانونية، أو غيرها من الوسائل القانونية المتاحة، خدمة للقانون والقضاء الإداري في تذليل العثرات والعقبات التي يواجهها رجال القضاء على هذا النحو، ولمعالجة لذلك، سنقوم بدورنا بإيراد تعاريف مختارة من فقهاء القانون- من دول محل الدراسة- بدءاً بالفقه الفرنسي والمصري ثم العراقي تباعاً كالآتي:

في الفقه الفرنسي يتداول تعريف المخالفة التأديبية في الفقه الفرنسي بين المصطلحات متباينة الألفاظ، مترادفة المعاني للمخالفة التأديبية، ومنها الجريمة التأديبية، الخطأ التأديبي، الجرائم العمدية التأديبية، لكنَّ الفقه الفرنسي استقر أخيراً على مصطلحي الخطأ التأديبي، أو المخالفة التأديبية في غالبية الأحوال، فقد عرف الفقيه " كاثرين روبرت " المخالفة التأديبية بأنَّها " الخطأ المرتبط بالخدمة"، يلاحظ على التعريف بأنه جامع، وغير مانع لكون الأخطاء المرتبطة مصطلحاً شاسع

(1) ينظر د. محمد حسين حمزة، القانون التأديبي للموظف العام ورقابته القضائية، ط1، دارالفكر العربي، 1960، ص39.

الأطوار، ويكاد أن يقال في حقه أنه تعريف غريب الطور، قليل المادة من حيث الإتساع والتضييق في نطاق الواجبات الوظيفية.

وقد ذهب الفقيه (فرانسييس دلبيرييه) إلى تعريف المخالفة التأديبية أيضاً بأنها "فعل أو الإمتناع عن فعل ينسب إلى فاعل ويعاقب عليه قانوناً بجزاء تأديبي"⁽¹⁾، وقد ذهب الفقيه (ليون ديطي) إلى أن المخالفة التأديبية هي العمل الذي يخالف به الموظف الواجبات الخاصة المفروضة عليه بصفته موظفاً بناء على ماتقدم ذكره، نلاحظ من هذه التعاريف المختارة، أنها لاقت جانباً كبيراً من الصواب، مع وجود القصور وعدم الإصابة لدى بعضها، من حيث تعلق المخالفة التأديبية بصورة واضحة بمسألة الواجبات الوظيفية إلى حدما، وبصورة حصرية، فالأصل في ذلك أن المخالفات التأديبية لم تحصر في الواجبات الوظيفية فقط، بل حتى وإن كان الفعل يخالف مقتضيات ودواعي الوظيفة العامة يتطلب ذلك، أو يتناقض مع المقتضيات العامة للوظيفة.

وبالإشارة إلى الفقه المصري يتبين أن تعريف المخالفة التأديبية أخذ شوطاً كبيراً لديهم، وقد اجتهدوا في ذلك إجتهدوا كبيراً، ولكل مجتهد نصيب، ومنهم الدكتور سليمان الطماوي فقد عرّفه بأنها "كل فعل أو عمل يرتكبه العامل ويجافي واجبات منصبه"⁽²⁾.

وكذلك د. عبدالفتاح حسن عرفها قائلاً " كل تصرف يصدر عن العامل أثناء أداء الوظيفة، أو خارجها، ويؤثر فيها بصورة قد تحول دون قيام المرفق العام، بنشاطه على الوجه الأكمل متى ارتكب هذا التصرف عن إرادة أئمة"

(1) د. حسان عبدالله يونس الطائي، المصدر السابق، ص 92.

(2) ينظر خديري حنان، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في الوظيفة العمومي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي، قسم الحقوق، ص 47.

وقد وسع الفقيه الطماوي بصورة دقيقة معالم المخالفة التأديبية، ومكوناتها الأساسية، إلا أنه اشترط للمخالفة التأديبية أثراً بارزاً وهو أن تكون ذات تأثير على أداء المرفق العام بصورة واضحة، فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن نفترض قيام علاقة سلبية بين المخالفة وتأثيرها في المرفق العام، لكنه في الوقت نفسه، لا يمكن أن نراهن كلياً على تأثير المخالفة التأديبية في المرفق العام، بدلالة أن مخالفة القانون أو التعليمات أو الواجبات الوظيفة العامة، تعد مخالفة بعينها، ناهيك عن حدوث تأثير سلبي بارز أو عدم حدوثه، لأنه وفقاً لرأينا المتواضع أمام هذا الفقيه الكبير، أن مجرد مخالفة الواجبات الوظيفة العامة يعد مخالفة بحد ذاتها، دون الإكتراث بأثرها، بالعودة إلى مضمون تعريفه أيضاً نرى أنه اشترط النية الآثمة أو النية الجرمية لدى المخالف، لأن يكون تصرفه تحت طائلة المخالفة التأديبية، وهذا بحد ذاته وفقاً لرأينا يحمل الظن والشكوك، لأن النية الآثمة هي التي تكون محل اعتبار في الجرائم وليس في حيز المخالفات، وبالتالي فإن الإهمال والتقصير أيضاً يؤديان إلى حدوث المخالفة التأديبية حتماً.

ومن جانب آخر، فقد عرفها د. محمد حسنين عبدالعال بأنها " كل إخلال من الموظف العام، بواجبات وظيفته، إيجاباً أو سلباً، فهي تتمثل في كل فعل أو إمتناع يأتيه الموظف يتعارض مع واجبات وظيفته أو مقتضياتها"⁽¹⁾.

بالنظر إلى هذا التعريف الذي يسوق المخالفة التأديبية إلى ماهيتها، وحقيقتها في الأساس، حيث ربط مفهومها بالمخالفة التي تصدر من الموظف سواء كانت المخالفة لواجبات الموظف الإيجابية أم السلبية كلياً أو جزئياً، أي في حالة القيام بعمل يناهض عمله الوظيفي، أو الإمتناع عن أداء واجب يحتمه عليه القانون.

(1) ينظر د. محمد حسنين عبدالعال، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص134.

وفي الموضوع نفسه، فإنَّ التعريف الذي ساقه د. فؤاد العطار القائل بأنَّها "تعبير يطلق على كل فعل يأتيه العامل، وينشأ عنه الضرر الذي يمس أداة الحكم"⁽¹⁾، لم يكن جامعاً لحقيقة ومقتضيات المخالفة التأديبية على حقيقتها، بل ضارباً في أمور بعيدة عن المحتوى الحقيقي لتلك المخالفة، فمثلاً يتحدث عن المخالفات الإيجابية من دون السلبية، وبالتالي يطرأ على التعريف اللبس والغموض المتمثل في عبارة الضرر الذي يمس أداة الحكم.

وبالنظر إلى موقف الفقه العراقي، نجد أنَّه لم يتوان عن تعريف تلك المخالفة التأديبية على الصعيد الفقهي، على الرغم من تباين الآراء والرؤيات القانونية حولها، إلاَّ أنَّها تندمج المفاهيم والأفكار وتتقارب مداها من فقيه لآخر، وعليه سنسلط الضوء على مجموعة من التعريفات المختارة بصدها، ومن ثم بيان موقف الباحث بشأن ماجرى منها بشكل صريح وواضح:

ذهب د. شاب توما منصور إلى تعريف المخالفة التأديبية، ونصَّ على أنَّه "عدم قيام الموظف بالواجبات التي نص عليها القانون يكون خطأً تأديبياً" في حين عرفه د. ماهر صالح علاوي بأنَّه عبارة عن "الإخلال الصادر عن الموظف بواجبات الوظيفة مما يستوجب مسئوليته الإنضباطية"⁽²⁾.

ثمَّ ذهب د. عبدالقادر الشихلي إلى تعريفها بالقول (التكليف القانوني لظاهرة إهمال الموظف وتقصيره في أداء واجباته في أثناء الخدمة أو بسببها).

(1) يراجع في ذلك، د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دراسة مقارنة لأصول رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة وعمالها، ومدى تطبيقها في القانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص736.

(2) د. ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة، 1996، ص122.

نلخص مِمَّا تقدم بشأن التعريفات التي قيلت بصدد هذا الموضوع، الحديث على النحو الآتي:

لاشك أن توصل الأمر إلى أن جميعها أصابت جزءاً كبيراً من حقيقة الموضوع، وبيان ماهيته ومحتواه، إلا أن ذلك لا يعني الإصابة التامة من قبلها، حسب ما نراه في هذا المقام، لذلك سنورد تعريفاً بشأن المخالفة التأديبية وفقاً لما نستطيع الإحاطة به، مع تسليمنا بأن الخطأ والنقص قرينان لكل عمل أو فكرة صادرة من العقل البشري، لذلك لاندعي الصواب والحقيقة في كل شيء⁽¹⁾، بل نرى ذلك مجرد محاولة على قدر علمنا به، فليس أكثر من ذلك.

يعرف -الباحث- المخالفة التأديبية بأنها - كل عمل أو امتناع عن العمل من الموظف العام، في أثناء عمله أو خارجه، وكان ذلك مخالفاً للقانون أو مقتضيات الوظيفة العامة-.

ثالثاً/ تعريف المخالفة التأديبية على مستوى القضاء الإداري:

سنعرض في هذا الفرع موقف القضاء الإداري للدول المقارنة لمحل البحث، من حيث تحديد الإطار القضائي والقانوني للمخالفة التأديبية، وعليه سنتطرق إلى بيان التعريف القضائي على النحو الآتي:

بالإشارة إلى موقف القضاء الفرنسي في هذا المجال، يتبين أن القضاء الفرنسي على مستوى محاكم إدارية أو محاكم إستئناف إدارية أو مجلس الدولة لم يتصد إلى جميع المستويات لتعريف المخالفة التأديبية، لربما يكون لذلك من المبررات والدواعي القانونية، منها ترك ذلك لمجال الفقه والتشريع إلى حد متباين، ومختلف تماماً.

(1) تأسيساً على المقولة الشهيرة للإمام الشافعي -رحمه الله- القائل: «رَأْيِي صَوَابٌ يَحْتَمِلُ الْخَطَأَ، وَرَأْيِي غَيْرِي خَطَأٌ يَحْتَمِلُ الصَّوَابَ»، وقد اتخذ الفقهاء من هذا القول قاعدة أصولية يطبقونها على المسائل التي تحتمل الظن، وباب البحث والاجتهاد مفتوح فيها.

فقد كان المجلس مكتفياً بإعطاء نموذج لأفعال مخالفت تآديبية، تستوجب العقاب التأديبي ومن ذلك "ما قرره مجلس الدولة الفرنسي مخالفة تآديبية هو شراء وتعاطي المواد المخدرة" بواسطة رجل الشرطة، حيث يشكل ذلك سلوكاً غير مقبول، ولا يتفق مع وظيفته ويبرر عزله"⁽¹⁾.

وفي القضاء المصري، أقرت المحكمة الإدارية العليا في أحد الأحكام الصادرة منها تعريفاً للمخالفة التأديبية بالقول "إنَّ مناط المسؤولية التأديبية هو إخلال الموظف بواجبات وظيفته إيجاباً أو سلباً، أو إتيان عملاً من الأعمال المحرمة عليه، فكل موظف يخالف الواجبات التي تنص عليها القوانين واللوائح، أو القواعد التنظيمية العامة، أو أوامر الرؤساء الصادرة في حدود القانون، أو يخرج عن مقتضى الواجب في أعمال وظيفته، أو يقصر في تأديتها بما تتطلبه، من حيطة ودقة وأمانة أو يخل بالثقة المشروعة في هذه الوظيفة، إنَّما يرتكب ذنباً إدارياً يسوغ تأديبه، أمَّا انعدام المآخذ على السلوك الإداري للموظف، ولم يقع منه أي إخلال بواجبات وظيفته، أو الخروج عن مقتضى الواجب، فلا يمكن ثمة ذنب إداري، وبالتالي فلا محل لجزاء تأديبي"⁽²⁾.

وعلى الصعيد نفسه، نجد أنَّ هناك قراراً آخر، متصديماً لتعريف المخالفة التأديبية ومنها القرار الصادر من محاكم مجلس الدولة ماجاء فيه "جرى قضاء هذه المحكمة على أن سبب القرار التأديبي بوجه عام، هو إخلال الموظف بواجبات وظيفته أو إتيانه عملاً من الأعمال المحرمة عليه، فإذا توافرت لدى الجهة الإدارية المختصة الإقتناع بأنَّ الموظف سلك سلوكاً معيناً، ينطوي على تقصير أو إهمال في القيام بعمله أو أداء واجباته على مقتضيات وظيفته، أو الإخلال بكرامتها أو الثقة الواجب

(1) ينظر د. حسان الطائي، المصدر السابق، ص 99.

(2) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم 17 نوفمبر/1979

توافرها فيمن يقوم بأعبائها، وكان اقتناعها هذا لوجه المصلحة العامة، مجرداً عن الميل أو الهوى، وأقامت قرارها بإدانة سلوك الموظف على وقائع صحيحة وثابتة في عيون الاوراق، ومؤدية إلى النتيجة التي خلصت إليها، كان قرارها في هذا الشأن قائماً على سببه مطابقاً للقانون حصيناً من الإلغاء"⁽¹⁾.

جرباً على الفكرة نفسها، تصدى القضاء الإداري العراقي لبيان معالم المخالفة التأديبية وليس على شاكلة التعريف، بل أشار في العديد من أحكامه إلى هذه المسألة، ومنها تعريف مجلس الإنضباط العام (-سابقاً-)، بعدّه إحدى دعوات الرئيسة للقضاء الإداري العراقي في الماضي، للمخالفة التأديبية في قرار صادر منه، إذ ورد فيه " إن لم يكن هناك دليل مقنع على تقصير الموظف، وما هو نوع التقصير ولم ينهض دليل مادي على مصير الكمية الناقصة، مما لم يكن محلاً لفرض عقوبة إنضباطية على الموظف"⁽²⁾، وكما ورد في قرار آخر، أنّ "إخلال الموظف بواجبات وظيفته، وخروجه على مقتضياته وعدم مراعاته التعليمات والقواعد الحسابية، وتقصيره في أداء واجباته يكون سبباً لمعاقبته تأديبياً"⁽³⁾.

ثانياً/ العقوبة التأديبية:

تقتضي الضرورة بعد تعريف المخالفة التأديبية، أن نعرف العقوبة التأديبية بصورة مفيدة، وبما يتماشى مع مقتضيات ومتطلبات هذه الدراسة، وقد قيل

(1) ينظر قرار 2002 /12/29 في الطعون أرقام (7565، 7612، 7616)، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا سنة 2000-2004 الجزء الثالث، الأحكام الخاصة بالتأديب، المكتب الفني بهيئة قضايا الدولة بمصر، القاهرة، رقم 113 لسنة 2005، ص 264.

(2) ينظر قرار مجلس الانضباط العام رقم 84 في 5 / 5 / 1999، نقلاً عن د. حسان عبدالله الطائي، المصدر السابق، ص 101.

(3) ينظر قرار مجلس الانضباط العام رقم 86 في 22 / 9 / 1963، نقلاً عن د. حسان عبدالله الطائي، المصدر السابق، ص 101.

بحقها أنّها عبارة عن "جزاء وظيفي يصيب الموظف الذي تثبت مسؤوليته عند ارتكاب خطأ تأديبي معين، بحيث توقع باسم ولمصلحة الطائفة الوظيفية المنتهي إليها، وتنفيذاً لأهدافها المحددة سلفاً"⁽¹⁾، أو عرفها البعض بأنّها "العقوبة التي يفرضها القانون، عند انعقاد المسؤولية التأديبية للموظف"⁽²⁾.

وقد تم تنظيم المخالفة التأديبية من لدن المشرع المصري⁽³⁾، وذلك في سياق تحديد العقوبات التأديبية على النحو الآتي:

- 1- الإنذار.
- 2- الخصم من الأجر لمدة أو مدد لا تتجاوز ستين يوماً في السنة.
- 3- الوقف عن العمل لمدة لا تتجاوز ستة أشهر مع صرف نصف الأجر الكامل.
- 4- تأجيل الترقية عند استحقاقها لمدة لا تزيد على سنتين.
- 5- خفض إلى وظيفة في المستوى الأدنى مباشرة.
- 6- خفض إلى وظيفة في المستوى الأدنى مباشرة مع خفض الأجر إلى القدر الذي كان عليه قبل الترقية.
- 7- الإحالة إلى المعاش.
- 8- الفصل من الخدمة.

(1) ينظر مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية، مطبعة الهيئة العامة للكتاب، مصر، 1976، ص32.

(2) د. عبدالمحسن بن سيد عمّار، مبادئ النظام الإداري المقارن، دار حافظ، جدة، ط3، 2008، ص233.

(3) نص المادة 61 رقم 81 لسنة 2016، ما يخص إصدار قانون الخدمة المدنية في الباب السابع من هذا القانون تحت عنوان (السلوك الوظيفي والتأديب)، وذلك بدايةً من المادة رقم (57) إلى نهاية المادة رقم (68)، وسوف نرى هذا التنظيم وتلك المواد وذلك كما ورد بالجريدة الرسمية العدد (43) مكرر (أ) بتاريخ 2016/11/1.

أما الجزاءات التي يجوز توقيعها على شاغلي الوظائف القيادية هي:

- 1- التنبيه.
- 2- اللوم.
- 2- الإحالة إلى المعاش.
- 3- الفصل من الخدمة.

أمّا المشرع العراقي، فحالته حال المشرع المصري الذي لم يضع أو ينظم تعريفاً للعقوبات التأديبية حال ارتكاب الموظف المخالفة التأديبية، تاركاً الأمر للفقهاء والقضاء، بل وقد حدد المشرع العراقي⁽¹⁾ العقوبات التأديبية (الإنضباطية) التي يجوز فرضها على الموظف وهي:

أولاً: لفت النظر: ويكون بإشعار الموظف تحريراً بالمخالفة التي ارتكبها وتوجيهه لتحسين سلوكه الوظيفي. ويترتب على هذه العقوبة تأخير الترفيع أو الزيادة مدة ثلاثة اشهر.

ثانياً/ الإنذار: ويكون بإشعار الموظف تحريراً بالمخالفة التي ارتكبها وتحذيره من الإخلال بواجبات وظيفته مستقبلاً ويترتب على هذه العقوبة تأخير الترفيع أو الزيادة مدة ستة اشهر.

ثالثاً: قطع الراتب: ويكون بحسم القسط اليومي من راتب الموظف مدة لا تتجاوز العشرة أيام بامر تحريري تذكر فيه المخالفة التي ارتكبها الموظف واستوجبت فرض العقوبة، ويترتب على هذه العقوبة تأخير الترفيع أو الزيادة وفقاً لما يأتي:
أ. خمسة اشهر في حال قطع الراتب لمدة لا تتجاوز خمسة أيام.

(1) يراجع المادة 8 من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي، رقم 14 لسنة 1991 وتعديلاته.

ب. شهر واحد عن كل يوم من أيام قطع الراتب في حالة تجاوزت مدة العقوبة خمسة أيام.

رابعاً: التوبيخ: ويكون بإشعار الموظف تحريراً بالمخالفة التي ارتكبها أو الأسباب التي جعلت سلوكه غير مرضي ويطلب إليه وجوب اجتناب المخالفة وتحسين سلوكه الوظيفي ويترتب على هذه العقوبة تأخير الترفيع أو الزيادة مدة سنة واحدة.

خامساً: انقاص الراتب: ويكون بقطع مبلغ من راتب الموظف بنسبة لا تتجاوز 10% من راتبه الشهري لمدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنتين، ويتم ذلك بأمر تحريري يشعر فيه الموظف بالفعل الذي ارتكبه ويترتب على هذه العقوبة تأخير الترفيع أو الزيادة مدة سنتين.

سادساً: تنزيل الدرجة: ويكون بأمر تحريري يشعر فيه الموظف بالفعل الذي ارتكبه. ويترتب على هذه العقوبة:

أ. بالنسبة للموظف الخاضع لقوانين أو أنظمة أو قواعد أو تعليمات خدمة تأخذ بنظام الدرجات المالية والترفيع، تنزيل راتب الموظف الى الحد الأدنى للدرجة التي دون درجته مباشرة مع منحه العلاوات التي نالها في الدرجة المنزل منها بقياس العلاوة في الدرجة المنزل إليها. ويعاد الى الراتب الذي كان يتقاضاه قبل تنزيل درجته بعد قضائه ثلاث سنوات من تاريخ فرض العقوبة مع تدوير المدة المقضية في راتبه الأخير قبل فرض العقوبة.

ب. بالنسبة للموظف الخاضع لقوانين أو أنظمة أو قواعد أو تعليمات خدمة تأخذ بنظام الزيادة كل سنتين، تخفيض زيادتين من راتب الموظف، ويعاد الى الراتب الذي كان يتقاضاه قبل تنزيل درجته بعد قضائه ثلاث سنوات من تاريخ فرض العقوبة مع تدوير المدة المقضية في راتبه الأخير قبل فرض العقوبة.

ج. بالنسبة للموظف الخاضع لقوانين أو أنظمة أو قواعد أو تعليمات خدمة تأخذ

بنظام الزيادة السنوية، تخفيض ثلاث زيادات سنوية من راتب الموظف مع تدوير المدة المقضيه في راتبه الأخير قبل فرض العقوبة.

سابعاً: الفصل: ويكون بتنحية الموظف عن وظيفته مدة تحدد بقرار الفصل يتضمن الأسباب التي استوجبت فرض العقوبة عليه على النحو الآتي:

أ. مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات اذا عوقب الموظف باثنتين من العقوبات الآتية أو باحداها لمرتين وارتكب في المرة الثالثة ي خمس سنوات من تاريخ فرض العقوبة الأولى فعلا يستوجب معاقبته باحداها:

1- التوبيخ.

2- انقاص الراتب.

3- تنزيل الدرجة.

ب. مدة بقاءه في السجن اذا حكم عليه بالسجن او الحبس عن جريمة غير مخلة بالشرف، وذلك اعتباراً من تاريخ صدور الحكم عليه. وتعد مدة موقوفته من ضمن مدة الفصل. ولا تسترد منه انصاف الرواتب المصروفة له في مدة سحب اليد.

ثامناً: العزل: ويكون بتنحية الموظف من الوظيفة نهائياً، ولا يجوز إعادة توظيفه في دوائر الدولة والقطاع العام، وذلك بقرار مسبب من الوزير المختص في احدى الحالات الآتية:

أ. اذا ثبت ارتكابه فعلاً خطيراً يجعل بقاءه في خدمة الدولة مضرراً بالمصلحة العامة⁽¹⁾.

(1) يراجع المادة 8 من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام العراقي، رقم 14 لسنة 1991 وتعديلاته.

- ب. اذا حكم عليه عن جناية ناشئة عن وظيفته أو ارتكبتها بصفته الرسمية.
- ج. اذا عوقب بالفصل ثم أعيد توظيفه فارتكب فعلا يستوجب الفصل مرة أخرى.

الفرع الثاني

أركان المخالفة التأديبية

نتناول في هذا الفرع بيان أركان المخالفة التأديبية، موضحاً في ذلك الآراء التي قيلت بصدها، فمنهم من يذهب إلى القول بأن للمخالفة التأديبية ركنين، فمنهم من يصرح بأن هذه المخالفة تتكون من ثلاثة أركان⁽¹⁾ ومنهم من يذهب أنه أربعة أركان، حتى تشكل تلك المخالفة قانوناً، لذا وتوضيحاً ممّاتقدم، نتكلم عن هذه الجوانب بصورة وافية وكما يأتي:

أولاً/ الركن المادي:

فالركن المادي يتجسد بماديات الجريمة ومظهرها الخارجي، فلا يحدث المخالفة التأديبية ولم تتكامل من حيث البنية المادية لها، من دون توافر هذا الركن، إذن بطبيعة الحال يكاد أن يجمع الفقه بصورة عامة على هذه الحقيقة، ولكي يكون فعل الموظف مبرراً أو مسوغاً لمعاقبته تأديبياً، يلزم أن يكون محدداً وثابتاً، فلا قيام للركن المادي استناداً للمظنة والتوهم أو الشكوك، عليه فإن الشائعات المنشورة، أو النعوت المرسلّة لا يمكن اعتبارها مكونة لهذا الركن، وكما أنّ التفكير بحد ذاته، من دون أن يؤطر ذلك مظهراً خارجياً ملموساً لا يشكل مخالفة تسمح المساءلة

(1) تأسيساً على ما قيل بشأن أركان القرار الإداري أعلاه، ذهب فريق منهم وعلى رأسهم د. سليمان الطماوي، د. ماجد راغب الحلو، ود. محمود حلمي، وبينما ذهب فريق ثانٍ إلى أنّها تتكون من ثلاثة أركان يلزم توفّرها لكي تقوم المسؤولية التأديبية، وهي الركن المادي، والركن المعنوي، الركن الشرعي، وعلى رأسهم د. عبدالقادر الشبخلي، لمزيد من التفصيل يراجع د. حسان الطائي، المصدر السابق،

التأديبية بحقها، وبالمثل فإن الأعمال التحضيرية التي تتمثل في إعداد وسائل تنفيذ الجريمة، ولا يعاقب عليها إلا أنّها قد تعتبر في حد ذاتها جريمة تأديبية مستقلة. لذلك فإنّ هذا الركن يلزم لقيامه وجود صفتين معاً، وهما المادية والتحديد، ويعني ذلك أنّ الفعل الذي يشكل مخالفة تأديبية أن يكون له صورة ظاهرة وملموسة ومادية على وجه التحديد، وهذا الفعل يسند قيامه أو ارتكابه إلى موظف عام⁽¹⁾. ولاشك في أنّ هذا الفعل إمّا أن يكون في صورة عمل إيجابي يأتيه الموظف العام، وينطبق عليه النص التجريبي، وفقاً للقانون، كفعل الإعتداء على أحد الموظفين، أو غيره من الأفعال التي تحتاج إلى فعل القيام بها، أو يكون النشاط أو الفعل الذي يقوم الشخص به فعلاً سلبياً، وذلك يكون بالامتناع عن أداء عمل يلزمه القانون بذلك.

والأعمال التحضيرية التي هي عبارة عن تلك الأفعال التي يأتيها الشخص إعداداً ووسيلة للبدء في تنفيذ الجريمة في نطاق القانون الجنائي، أو في نطاق المخالفة التأديبية، هي مرحلة لاحقة تلي ذهنيات المخالفة، فوفقاً للقواعد العامة في القانون الجنائي، الأعمال التحضيرية لاعتقاد عليها، إلاّ إذا تشكلت بنفسها جريمة مستقلة كامل الأركان، كجريمة دخول منزل مسكون بقصد ارتكاب جريمة ولو لم تتعين الجريمة في الأصل⁽²⁾، "وكذلك الحال في نطاق النظام التأديبي أيضاً لم يعاقب عليه بوصفها مرحلة من مراحل ارتكابها، وإنّما باعتبار أنّ هذه الأعمال في حد ذاتها تكون العنصر المادي لمخالفة تأديبية مستقلة بذاتها، والمثال على ذلك الموظف الذي يحجز لديه أوراقاً وأدوات لطباعة منشورات وتوزيعها، لايسأل إذن عن مخالفة

(1) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 527 وما يليها، وكذلك د. زهوة عبدالوهاب حمود، المصدر السابق، ص 98.

(2) ينظر المادة 30 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 النافذ.

طبع المنشورات وتوزيعها، وهي التي لم تتم طباعتها، بل يسأل عن السلوك الذي يمثل إخلالاً بواجبات الوظيفة"⁽¹⁾، ومن التطبيقات القضائية ما قرره مجلس الدولة الفرنسي أنّ السلطة التأديبية "وإن كانت تستطيع تقدير الجزاء التأديبي أن تأخذ في الإعتبار السلوك العام للموظف، إلا أنّها لا تستطيع أن تعتبر مجموع تصرفاته العامة، أو سلوكه العام المهني، أو الأخلاقي مكوناً للعنصر المادي للمخالفة التأديبية"⁽²⁾.

وهناك قرار لمجلس الدولة المصري بصدد ذلك، مؤكداً توفر الركن المادي للمخالفة التأديبية، ومن هذه القرارات ما نصّ عليه "من المسؤولية التأديبية شأنها في ذلك شأن المسؤولية الجنائية مسؤولية شخصية، ويتعين لإدانة الموظف أو العامل، أو مجازاته إدارياً في حالة شيوع التهمة بينه وبين غيره، أن يثبت أنّه قد وقع منه فعل إيجابي أو سلبي محدد، يعد مساهمة منه في وقوع المخالفة التأديبية، فإذا انعدم المآخذ على السلوك فلا يكون ثمة ذنب إداري، ومن ثمّ لا محل لمؤاخذته تأديبياً"⁽³⁾، ومن ذلك يتضح أنّ الركن المادي يعد الركيزة أو الركن الأساس لنشوء المخالفة التأديبية، لكونه حجر الأساس في ذلك.

ثانياً/ الركن المعنوي-الأدبي:-

من مميزات المخالفة التأديبية أن تكون إرادة الفاعل أو الموظف ترجع إلى النية أو الباعث أو مايسمى البعض بالإرادة الآثمة للموظف، الذي يقترف من جانبه مخالفة للقوانين أو الأنظمة والتعليمات، أو مقتضيات المصلحة العامة، وذلك بإتيان عمل إيجابي، أو الإمتناع عن أداء عمل أوجبه عليه القانون، فإنّ القصد

(1) نقلاً عن د. حسان الطائي، المصدر السابق، ص 108.

(2) نقلاً عن د. حسان الطائي، المصدر السابق، ص 109.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا، طعني 6900 و7559 بتاريخ 2004/4/13.

يختلف عن الإرادة، لكون الإرادة ركناً من أركان المخالفة الإنضباطية أو التأديبية، من دون القصد، لأنَّ القصد يلزم في الجرائم العمدية، أمَّا الإرادة فليس في المقام نفسه⁽¹⁾، ونرى من جانبنا أنَّه في نطاق وحيثيات المخالفة التأديبية ليست بالضرورة أن تكون المخالفة عمدية حتى ينطبق عليها القانون، أو يفرض عليها العقوبة، بل الأهم من ذلك أن نكون بصدد مخالفة صادرة من موظف عام أثناء وظيفته، أو بسببها، أو تكون خارج الوظيفة ولها أثر سلبي في سمعة الموظف.

وما يرتبط بالمخالفة غير العمدية أو الخطأ، يتجسد الركن المعنوي في حالة إهمال الموظف، وعدم مراعاته الحيطة والحذر اللازمين لأداء واجباته الوظيفية، ويكون باتجاه إرادة الموظف إلى القيام بالعمل غير قاصد في النتيجة المترتبة عليه، فلا بد لتحقيق المخالفة سواء كانت جنائية أم تأديبية من تحقيق الركن المعنوي أو الأدبي فيها، فإذا تخلفت بأن انعدمت إرادة الموظف لقوة قاهرة أو مرض أو إكراه أو غيرها، فلا قيام للجريمة⁽²⁾.

بالنظر والتقصي لموقف القضاء الإداري، نرى أنَّ أحكام القضاء الإداري زاخرة بالتطبيقات القضائية حول هذا الركن، ومنها القضاء الإداري المصري الذي له باع طويل في ذلك، ومن تلك القرارات والأحكام ما يأتي:

(1) وهذه الحقيقة يسندها قرار المجلس التأديبي العراقي في الدعوى التأديبية، رقم (25/4ق) بتاريخ 1972 /11/30 م، من أنه لا يشترط في المخالفات الإدارية والمالية ضرورة توقُّر القصد وإنما مجرد حصول الخطأ، أو الإهمال، أو التقصير في واجبات الوظيفة " فالملطوب في الجريمة = التأديبية لكي تتحقق شرعية العقاب، أن يثبت أن الموظف قد ارتكب الفعل الخاطئ بلا عذر، ودون النظر إلى دوافعه الذاتية، حسنت نيته أم ساءت، مادام سوء النية لا يختلط بالفعل الآثم، كالاكتداء على الرؤساء الإداريين في الوظيفة العامة.

(2) د. علي عبدالقادر مصطفى، الوظيفة العامة في النظام الإسلامي وفي النظم الحديثة، ط1، مطبعة السعادة، القاهرة، 1983، ص325.

قررت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بإلغاء قرار لجنة الإنضباط المتعلق بتوجيه عقوبة التوبيخ المعلمين، وتبرئتهم من التهمة المسندة إليهم، وذلك وفقاً لقرار المحكمة أنّها لم تثبت لديها أنّ خروج المعلمين من القاعة الدراسية عمدية، وليس بقصد التهريب من التدريس أو بسوء النية، أو غيرها، بل وإنّما كان الخروج بدافع تربوي إنساني، الذي يعد جزءاً من مهمة المعلم، الذي يكون حريصاً على أداء وظيفته في الصف وبين جدران المدرسة، وفيما يتعلق بالإدارة والمعلمين، بدليل أنّهم عادوا إلى صفوفهم فور إنتهاء المشكلة⁽¹⁾، وكذلك قرر أنّ إهمال الموظف الخالي من القصد الجرمي، فإنّ عقوبة الإنذار مناسبة له⁽²⁾.

وهذا خير دليل على إهتمام القضاء الإداري بتوفّر الركن المعنوي في المخالفة التأديبية، من حيث وجودها وعدمها.

ثالثاً/ ركن الصفة:

بجانب الأركان التي سبقت الإشارة إليها، تتضمن المخالفة التأديبية ركناً آخر، هو ركن الصفة، ومضمونه أن يتعين وجود الشخص الذي تعهد إليه الوظيفة العامة قانوناً، وهم عبارة عن شريحة الموظفين، ولقد تم تعريف الموظف في كثير من المجالات، في نطاق الفقه والقضاء والقانون كل على حدة، ومن جانب القانون، حيث عرّفه القانون العراقي⁽³⁾ بأنّه "كل شخص عهدت إليه وظيفة داخل ملاك الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة". وعلى ذلك الأساس، فإنّ المخالفة التأديبية تختلف عما

(1) ينظر القرار رقم 61/107 في 1961، قرار منشور في مجلة التدوين القانوني، العدد2، سنة1، 1961، ص131.

(2) قرار رقم 62/95 في 24 / 11 / 1962 منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد1، سنة1، 1963، ص168.

(3) ينظر المادة 1/3 من قانون إنضباط موظفي الدولة العراقي رقم 14 لسنة 1991 وتعديلاته.

سواها، أي أنه لا يطلق على المخالفة تسمية المخالفة التأديبية إلا إذا صدر الفعل من الموظف العام، حيث أنه لا مناص من أن المخالفة التأديبية دائماً عبارة عن أخطاء تقع من الموظفين أثناء قيامهم بأعمال وظائفهم أو بسببها، فلا تمتد المسؤولية التأديبية إلى التصرفات التي بدرت من الشخص قبل إنعقاد رابطة التوظيف وصيرورته موظفاً.

رابعاً/ الركن الشرعي:

هو الركن الذي يتعلق بمبدأ المشروعية الذي ينص على أن لاعقوبة إلا بالنص في نطاق القانون الإداري، أي أن يدخل ضمن الأعمال التي ينطبق بحقها نص من القانون، لأن العقوبات التأديبية تخضع لمبدأ لاعقوبة إلا بالنص، أي أنها منصاعة لمبدأ نصية العقوبات الإنضباطية⁽¹⁾.

الفرع الثالث

التطبيقات القضائية لرقابة التناسب على المخالفة التأديبية

لا يخفى أن للقضاء الإداري باعاً طويلاً في ممارسة رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب، كجزء متطور من الرقابة القضائية في مجال العقوبات التأديبية- الإنضباطية- على وجه التحديد، لذلك فالإشارة إليها ضمن هذا الفرع من خلال بيانها في نطاق القضاء الإداري المقارن، كفرنسا ومصر والعراق، وسيتم بيان ذلك على النحو الآتي:

بدءاً من القضاء الفرنسي المتمثل في موقف مجلس الدولة الفرنسي، نجد أنه يتبع موقفاً رافضاً للتناسب بين المخالفة والعقوبة التأديبية، متأثراً بمنح كامل

(1) د. زانا رؤوف ود. دانا عبدالكريم، المصدر السابق، ص 224.

الصلاحيات للإدارة لكي يثبت مصلحة المرفق، بل في ذلك الوقت، لم يتجاوز الرقابة القضائية للمجلس رقابة الوجود المادي للوقائع ورقابة صحة التكييف القانوني، وبذلك لم يصل إلى رقابة التناسب، أمّا بعد عام 1978 وضع المجلس بداية جديدة، وذلك في الحكم الشهير المسى "Leben" ثم في قضية "Vinolay"، إذ أقر المجلس للمرة الأولى رقابة القاضي الإداري على تقدير الجزاء أو العقوبة من حيث الملاءمة أو التناسب بين الفعل المرتكب، وبين العقوبة المفروضة عليه⁽¹⁾، وذلك بإلغاء عقوبة على مدير الخدمات بغرفة الزراعة، بداعي عدم التناسب بين المخالفة والعقوبة التأديبية⁽²⁾ وكذلك أصدر مجلس الدولة حكمه في قضية Bonry في عام 1979 حيث قرر مجلس الدولة إلغاء عقوبة العزل، لأنّ العقوبة لا تتناسب مع الخطأ المرتكب⁽³⁾، وألغى في موقف قرار آخر قرار عقوبة فصل ممرضين بسبب اتهامهم بالتعصب الجنسي ضد بعض المرضى، وقرر أنّ المخالفة المنسوبة إليهم لا تستحق عقوبة الفصل من الخدمة⁽⁴⁾، وبخلاف ذلك حتى أنّه في حالة التفريط والشدة عمل مجلس الدولة على الإلغاء بنفسه، العقوبة التأديبية الموقعة على أحد السائقين بالبلدية، حيث ظهر أثناء التحقيق أنّ السائق كان تحت تأثير الكحول أثناء قيادته، وقد جاء في منطوق القرار وحيثياته أنّ الموظف المعاقب يستحق عقوبة أشد من تلك التي وقعها السلطة التأديبية بالبلدية عليه، لكونها لا تتناسب مع جسامة الخطأ المرتب، حيث قال أنّ هناك تساهلاً مفرطاً وليناً بالغاً

(1) نقلاً عن علي جمعة محارب، التأديب في الوظيفة العامة، رسالة ماجستير، جامعة عين شمس، مصر، ص 329.

(2) نقلاً عن عبدالعالي حاحة، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، بحث قانوني منشور في مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، ص 139.

(3) ينظر د. نكتل إبراهيم عبدالرحمن، المصدر السابق، ص 365.

(4) ينظر ابراهيم محمد حاجي، المصدر السابق، ص 114.

فيه⁽¹⁾، وهذا خير دليل على أنّ القضاء الفرنسي أخذ بمبدأ أو رقابة التناسب على القرارات الإدارية التي تتعلق بالتأديب، ومثاله ما يتعلق بقرار صادر من المحكمة الإدارية العليا بخفض المرتب لمدة شهرين بدلاً من عقوبة العزل، لكون القرار المحكمة الإدارية لا يتلاءم مع الذنب الإداري مع جسامه عقوبة العزل⁽²⁾.

وفي قضية أخرى متعلقة بالشدة أو القسوة المفرطة في استخدام العقوبة، قضى بإلغاء عقوبة متمثلة في شطب المدعي من قائمة المحامين، بعدها مبالغة في الشدة بالنسبة للمخالفة المرتكبة⁽³⁾.

ومما سبق يتبين أنّ موقف القضاء الإداري الفرنسي المتمثل في مجلس الدولة هو إعمال رقابة التناسب على المخالفة المرتكبة بينها وبين العقوبة المفروضة، وذلك على مستويات متعددة، وهي الإفراط في العقوبة، والتفريط-التساهل- فيها، أو تثبيت القرار لكونه مراعيًا للتناسب في القرار الإداري.

وما يتعلق بموقف القضاء المصري من رقابة التناسب في المجال التأديبي، فإنّ هذه الرقابة يطلق عليها رقابة الغلو⁽⁴⁾ فقد تباين موقف القضاء الإداري المصري

(1) ينظر ابراهيم محمد حاجي، المصدر السابق، ص114.

(2) نقلاً عن بدره مصطفى، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة ماجستير المقدمة إلى جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق، 2016، ص24.

(3) الحكم الصادر في قضية (M.Bzelgues) بتاريخ 1985/12/15.

(4) من الواضح أنّ كلمة الغلو، هي من إبتداع القضاء المصري على وجه التحديد، ولقد استعملت بناء على دلالتها اللغوية، فهي ترجع إلى جذرها-غلا- وقد استعملت للدلالات والمقاصد المتباينة، إلّا أنّها لا تخرج في مجملها عن معنى التجاوز عن الحد، والمبالغة في أمر ما، إذن غلا في الأمر أي التجاوز في الحد والمبالغة فيه، والمغالاة في شيء رفع ثمنه، كما أنّ أصل الغلاء الإرتفاع ومجازة قدر كل شيء، وفي ذلك أيضاً ماورد في حيث نبوي شريف، قال الرسول (صلى الله عليه وسلم) إياكم والغلو، والغلو التجاوز في الحد، وغلا بالدين، شدد وتصلب حتى جاوز الحد، ومنه غلا الرجل في الأمر غلواً، للمزيد ينظر لويس معلوف، قاموس المنجد في اللغة والأعلام، ص558، أو الشيخ أبو بكر الرازي، مختار

بين فينة وأخرى، من حيث الإهتمام بالتناسب بين المخالفة التأديبية والعقوبة المفروضة عليهما، فلقد كان الموقف منذ إنشائه عام 1946 وحتى عام 1951 قد ترك أمر تقدير التناسب للسلطات التأديبية من دون أن تراجع في تقديره مدى توافق الجزاء مع الخطأ⁽¹⁾، بمعنى أنه من الملاءمات التي تترخص فيها الإدارة بلا معقب عليها من القضاء، إذ استقر القضاء الإداري المصري على ضرورة التحقق من وجود الوقائع المكونة للخطأ أو الذنب الإداري، وفي ذلك قرر المجلس بإلغاء جميع القرارات الإدارية التي تصدر بحق الموظفين، من دون الإستناد إلى وقائع قانونية معينة، أو غير ملائمة لها، وبالتحديد بعد عام 1961، حيث تحول موقف المحكمة الإدارية العليا إلى الموقف المؤيد لرقابة الملاءمة على القرارات الإدارية بصورة عامة، وفي مجال التأديب بصورة خاصة، وقد كان القضاء بصورة كبيرة عمل على مراعاة التدرج في الجزاء بحيث يتناسب تماماً مع الذنب أو الخطأ المرتكب، لأنَّ مناط المشروعية هنا أن لا يشابه القرار غلواً فيه، ومن أوضح الصور لهذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين الفعل المقترف وبين العقوبة المفروضة على الموظف المخالف، وإلَّا كان الأمر ينقلب من حظيرة المشروعية إلى اللامشروعية، إذ إنَّ رقابة هذه المحكمة تكون دوماً حينما تحسست شططاً صارخاً أو جسيماً في الجزاء، وإن لم تبلغ هذا الحد لم يقر القضاء بعدم المشروعية⁽²⁾.

==

الصباح، دار مكتبة الهلال، بيروت، 1988، ص480. وفي سياق ذات الصلة بها في نطاق الفقه الإداري المصري فقد عرف الغلو بأنه "إنَّ الجزاء التأديبي يجب أن يكون عادلاً وملائماً للذنب الإداري، وذلك بأن يخلو من الإسراف في الشدة، أو الإمعان في الرأفة، لأنَّ كلا الأمرين مجاف للمصلحة العامة"، ينظر في ذلك عبد الوهاب البنداري، المصدر السابق، ص70.

(1) ينظر فارة سماح، المصدر السابق، ص151.

(2) ينظر طعن رقم 205 لسنة 35 القضائية، بتاريخ 19/5/1990، نقلاً عن فالح مطلق فهيد العازمي، رقابة المحكمة الإدارية العليا على ملائمة القرارات التأديبية، ص144.

وكذلك في نطاق أحكام وقرارات القضاء الإداري العراقي أصبح من خلال التقصي في قرارات وأحكام المحكمة الإدارية، أنه من مسلمات القضاء الإداري، إعمال مبدأ التناسب ورقابته على أعمال الإدارة العامة المتعلقة بالمخالفة التأديبية، حيث قررت المحكمة في كثير من أحكامها تخفيض العقوبة من عقوبة عليا إلى عقوبة أدنى مراعاةً لمبدأ التناسب، حيث نلاحظ أنّ أحكام القضاء تكون إمّا بالتصديق على القرار في حالة ما إذا كان القرار ملائماً أو مناسباً، أو يكون بإلغاء العقوبة التأديبية إذا ما كان القرار مناسباً بين العقوبة أو القرار، أو يقوم من جانبه بتخفيف العقوبة.

والمثال على ذلك، تصديق قرار من مجلس الإنضباط العام في قرار له (تصديق القرار التأديبي، وهو التوبيخ ضد مدير الإعدادية الذي نقل من ديوان المديرية إلى الشؤون الفنية، وقد قام المجلس بتصديق الحكم، لأنّ العقوبة حسب رأي المجلس جاءت متناسبة وموافقة للقانون⁽¹⁾، وفي قرار آخر له جاء ما نصّه (إنّ عقوبة العزل المفروض بحق المدعي لا تتناسب مع الفعل المرتكب، وقرر المجلس تخفيض عقوبة العزل إلى إنقاص الراتب بنسبة 10% لمدة ستة أشهر)، وفي قرار آخر قرر ب (تخفيف عقوبة العزل المفروضة من قبل التحقيق في وزارة المالية إلى عقوبة التوبيخ لعدم وجود عقوبات سابقة عليه وأدائه الجيد)⁽²⁾.

وفي مبدأ قانوني للقضاء الإداري قضى " بأنّ العقوبة المفروضة على الموظف يجب أن تتناسب مع جسامة الفعل المرتكب"⁽³⁾، وفي سياق ذات صلة بموقف

(1) قرار مجلس الإنضباط العام، رقم 41 بتاريخ 2000/3/4.

(2) قرار مجلس الإنضباط العام، رقم 207/2003 في 2004/7/1 نقلاً عن إبراهيم حاجي، المصدر السابق، 124.

(3) لدى التدقيق والمداولة من الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة، وجد أنّ الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية، فقررت قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنّه صحيح

القضاء الإداري أيضاً القرار الصادر منه الذي مفاده " إنَّ لفت النظر عقوبة إنضباطية تفرض على الموظف في حالة مخالفته الواجبات الوظيفية، وأنَّ العقوبة تتناسب وحجم المخالفة المرتكبة من المدعي"⁽¹⁾، وفي قرار آخر إن تخفيض مجلس الإنضباط العام للعقوبة وجعلها لا تتناسب مع جسامة الفعل المرتكب يجعل قراره غير صحيح"⁽²⁾.

ذهبت المحكمة الإدارية العليا في الطعن المرقم (2019/398) في 2019/6/20 في الدعوى (814/قضاء موظفين/تمييز/2019) الى ادانة سلوك احد التدريسيين لتحرشه بإحدى الطالبات، على الرغم من أن المحكمة المذكورة قد خففت العقوبة بحقه الا أنَّها أدانته على هذا السلوك المخل بكرامة الوظيفة وكرامة الاستاذ

==

وموافق للقانون، ذلك أنَّ مجلس الإنضباط العام خفض عقوبة تنزيل الدرجة المفروضة على المعارض، إلى توبيخ لتتناسب مع الفعل المرتكب من المعارض لسبب كون الافعال المرتكبة لاتتمثل إنتهاكات خطيرة لواجبات الموظف تستوجب عقوبة تنزيل الدرجة، وأن التعارض بين فعل الموظف ورؤسائه لم يصل إلى حد التعدي على الإدارة لكي تفرض عليه عقوبة تنزيل الدرجة، الأمر الذي جعل المجلس يخفض العقوبة لتكون متناسبة وفعل المعارض، يراجع القرار رقم 180/انضباط - تمييز/2009، نقلاً عن قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة العراقي لعام 2009، من منشورات مجلس شورى الدولة، دون الإشارة إلى سنة الطبع، ص385.

(1) وهذا ماورد في نص قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم 35/34 / انضباط/تمييز/ 2012 بتاريخ 2012/3/15" ذلك أنَّ المعارضه تعترض على عقوبة الإنذار المفروضة بحقها بالأمر المرقم (3037) في 2010/12/13، بناء على توصيات اللجنة التحقيقية الدائمة الثالثة، لعدم قيام المعارضه باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة أمام المحاكم المختصة، للمطالبة بقيمة الغرامات التأخيرية المترتبة بذمة أحد الناقلين، أو تطبيق قانون التضمين رقم 12 لسنة 2006، وقد وجد المجلس الإنضباط العام أنَّ العقوبة المفروضة شديدة، ولا تتناسب مع المخالفة المنسوبة إلى المعارضه وقرر تخفيضها إلى عقوبة لفت النظر، بما للمجلس من سلطة تقديرية، بموجب القانون)، ينظر د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص454.

(2) قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم 629 / انضباط/تمييز/ 2012 بتاريخ 2012/12/6، نقلاً عن د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص454.

الجامعي وأوعزت الى الادارة لنقله الى مكان عمل اخر لايوفر فرص الاختلاط بالطالبات، حيث جاء في حيثيات قرارها (..لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون، ذلك لأن المعارض عليه فرض عقوبة العزل على المعارض عليه بناءً على شكوى من طالبة ادعت بتحرشه بها، وقررت المحكمة تخفيض العقوبة الى تنزيل الدرجة للأسباب التي استندت اليها والتي رأت فيها عدم التناسب بين الفعل المنسوب للموظف والعقوبة والمفروضة عليه، وترى المحكمة الإدارية العليا أن تخفيض العقوبة يستند الى اسباب قائمة في المخالفة المنسوبة الى الموظف، إذ ليس كل الافعال التي نسبت اليه ثابتة بدليل يرقى لأن يكون سبباً لإصدار عقوبة العزل، وهي عقوبة شديدة ينبغي أن تكون قائمة على أدلة تطمئن اليها المحكمة، لكن كان على المحكمة توجيه الادارة بنقل المعارض الى مكان عمل اخر، يتجنب فيه الإختلاط بالطالبات، لذا قررت المحكمة الإدارية العليا تصديق الحكم المميز مع توجيه الادارة بنقل المعارض الى مكان عمل اخر يتجنب فيه الاختلاط بالطالبات⁽¹⁾.

(1) نقلاً عن أحمد طلال عبدالحميد، مقال قانوني بعنوان تعليق على قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (2019/989) في 2019/7/25 في الدعوى (1556/قضاء موظفين/تميز/2019) الخاص بأثبات الجرائم التأديبية ذات الطابع الأخلاقي والمخلة بكرامة الوظيفة، منشور على موقع الحوار المتمدن، وعلى الرابط الآتي www.ahewar.org، تاريخ الزيارة 2022-9-12.

المطلب الثالث

نطاق تطبيق مبدأ التناسب في مجال الضبط الإداري

يعد الضبط الإداري من أقدم الوظائف التي قامت بها الدولة الحديثة، وهو من المجالات الحيوية في نطاق مبدأ التناسب، الذي له دور كبير في حماية وحفظ المرافق العامة بأسرها وكيان الدولة من الإنهيار والتصدع وخاصة المرافق العامة، هو الضبط الإداري، الذي فيه تتجسد حياة المواطنين والدولة على حد سواء بالإستقرار والإطمئنان، وفي سبيل ذلك أعطت الدساتير والقوانين ذات العلاقة حلقة من القرارات للإدارة العامة في التعامل في نطاقها، وفقاً للمبادئ والسياقات المعمولة التي تكون تحت طائلة المشروعية، لذا يتطلب الأمر أن يتوزع هذا المطلب على ثلاثة فروع، الفرع الأول يخصص لمفهوم الضبط الإداري وأما الفرع الثاني فيخصص لمفهوم النظام العام وعناصره، الفرع الثالث يتناول التطبيقات القضائية لرقابة التناسب في مجال الضبط الإداري كما يأتي تفصيله:

الفرع الأول

مفهوم الضبط الإداري والنظام العام

يجد الحديث عن الضبط الإداري، لتعلقه بالحفاظ على شريان الحياة الأساسية والمحافظة عليها، سواء كان الحديث عن مفهومه لدى الفقه والقضاء، أم دراسة عناصره المختلفة من الأمن والصحة والسكينة والآداب والأخلاق العامة، إذ نرى من الضروري الخوض في الحديث عن هذا الموضوع على النحو الآتي:

أولاً/ تعريف الضبط الإداري⁽¹⁾:

أدت أهمية هذا الموضوع إلى تعريفه بتعريفات كثيرة، لدى الفقه وسنشير إلى مجموعة منها، ومن هذه التعاريف، حيث عرّف جين ريفيرو (يقصد بالضبط الإداري مجموعة التدخلات القائمة بها الإدارة مستهدفة إلى قيد حرية الأفراد للعيش في المجتمع في الإطار المحدد من المشرع).

وعرفه أندري دي لوبادر قائلاً (إنّ البوليس الإداري هو شكل من أشكال تدخل بعض السلطات الإدارية يتضمن فرض حدود على حريات الفرد بغرض ضمان حماية النظام العام).

ولقد التصق مصطلح الضبط الإداري بحفظ النظام العام، وتطبيق القانون⁽²⁾، وقد يحصره البعض في تقييد الحقوق والحريات العامة، على العموم فإنّ الضبط الإداري ينظر إليه من خلال الوظيفة القانونية التي يتبناها في نهاية المطاف ألا وهي حفظ النظام العام بكامل عناصره ومقوماته الأساسية، مع إحترام الحريات الأساسية على قدر الإمكان، لذا عرف بعضهم الضبط الإداري بأنّه يقصد به حق الإدارة في أن تفرض على الأفراد قيوداً تحدّ بها من حرياتهم، بقصد حفظ وحماية حقوق الإنسان⁽³⁾، وقد عرف أيضاً بأنّه مجموعة من القواعد التي تفرضها السلطة العامة على الأفراد في عموم حياتهم العادية أو لممارسة نشاط معين، بقصد صيانة

(1) إذ يأتي الضبط الإداري لغةً: بمعنى لزوم الشيء، ضبط الشيء لزمه، أي لايفارقه في كل شيء، وضبط الشيء حفظه، والرجل ضابط أي حازم، أيضاً ضبطه ضبطاً، حفظه بالحزم حفظاً بليغاً، أحكمه وأتقنه، وخالصة الضبط في اللغة يأتي بمعنى الإحكام والإتقان والحزم، ينظر في ذلك المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط3، ج1، ص553، وأيضاً ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، ج4، ص2549.

(2) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، نشاط الإدارة العامة أساليبه ووسائله، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص23.

(3) د. إبراهيم شيحا، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، 1994، ص326.

النظام العام، أي لتنظيم المجتمع تنظيماً وقائياً⁽¹⁾.

بعد هذا السرد من التعاريف، نرى أنّها تتراوح بمجملها بين تغليب المصلحة العامة الموكلة حمايتها بالإدارة، وبين صيانة الحريات العامة التي أكدتها الدساتير والمواثيق والقوانين، على إحترامها والذود عنها بشتى الطرق القانونية، سواء في داخل الدولة أم خارجها، ولاحظنا أنّها مجملاً تؤكد حقيقة الضبط الإداري بصورة ناقصة، لذا وبدورنا نرى أنّ التعريف الأنسب من وجهة نظرنا للضبط الإداري يتجسد في التعريف الآتي:

الضبط الإداري عبارة عن الإجراءات والأنشطة التي تقوم بها الإدارة تنفيذاً لمهام دستورية وقانونية، أو توجيهات صادرة من الجهة المختصة بتلك الإجراءات بغية الحفاظ على النظام العام بكافة عناصره ومقوماته، شريطة أن تكون تحت طائلة المشروعية.

ثانياً/ مفهوم النظام العام:

الغاية المثلى للضبط الإداري هي الحفاظ على النظام العام في المجتمع، وفي الحقيقة يعد المقصد القانوني والأساس الذي بموجبه يتم اتخاذ تدابير الضبط الإداري، التي قد تخل ببعض الحريات والحقوق، وتبقى رغم ذلك في إطار الشرعية، مادامت لم تخرج عن مقصد حفظ النظام العام برمته، ولاينكر أنّه مفهوم يتسع مداه، ويتسع فحواه، حيث إنّّه لم يحجم في مفهومه، بالأحرى لم يكن هناك بصده تعريفاً يكون محل إجماع الفقهاء، إذ يتصدى له القاضي والدّاني، كل من وجهة نظره المختلفة، مع التمسك بثوابت النظام العام وهي العناصر الأساسية التقليدية للنظام العام، وهي الحفاظ على الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة، وأمّا في عصرنا الراهن فنواجه العناصر غير التقليدية له، ناهيك عن العناصر

(1) تراجع د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، دار النشر للجامعات المصرية، 1945، ص328.

الثلاثة الأساسية، فيدخل من ضمنها الآداب والاخلاق العامة، وكذلك حماية جمال المدن وروائها الإهتمام بالبيئة، تأكيد النظام الإقتصادي في البلد، ومن جهة تعريف هذا النظام فقدت تعددت تعريفات هذا المفهوم في نطاق الفقه الإداري حيث نستدرج مجموعة من التعاريف المعتمدة، فيما يأتي:

ذهب ديكي إلى تعريفه بأنه "مصلحة إجتماعية مهما كان مفهومها"، وقد عرفه الفقيه كاييتان بأنه عبارة عن مجموعة النظم والقواعد اللازمة لسير الدولة"، بينما عرفه الأستاذ حسن كيرة بأنه "مجموع المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة، وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها"، ومن جانبه أيضاً عرفه الأستاذ زهدي يكن "هو كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع، سواء كانت هذه المصلحة سياسية (روابط القانون العام) أو إجتماعية أو إقتصادية أو خلقية والمعبرة عنها بقواعد الآداب"⁽¹⁾.

وفي السياق نفسه، عرفه الفقيه الكبير د. عبدالرزاق السنهوري بـ "إنّ القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية، وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى ولو حققت لهم مصالح فردية، لأنّ المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"⁽²⁾.

(1) د. علاق عبدالقادر، إشكالية تحديد مفهوم النظام العام، بحث منشور في مجلة المعيار، العدد4، مج10، 2019، ص6 و5.

(2) يراجع د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، مج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص399، 400.

بالإمعان والنظر لكل ما تقدم، نلاحظ أنّ التعاريف التي سبق الحديث عنها، حول مفهوم النظام العام، أخذت قسطاً كبيراً من الصواب فيما يتعلق بتحديد الإطار العام والنظري للنظام العام، وفق المعطيات الصحيحة، وضرورات جمّة، فمنها ما دقق في التعبير والمضمون أكثر من غيرها على سبيل المثال التعريفان اللذان أتى بهما كل من الأستاذين زهدي يكن والسنهوري، يعدان جامعاً مانعاً لكل ما يمكن أن يقال بحقه، وخاصة المفهوم يعود إلى أطراف الزمن الذي عاش فيه الأساتذة، فإنّ التعريف مولود في ذلك الزمان، ولا تثريب عليه إلى حدما، إذ بدورنا ومستلهماً ممّا يدور عليه الزمان، نعرف فيما يأتي:

النظام العام: بأنه عبارة عن القيم والمبادئ المثلى، التي تكون مبنية على كيان الدولة بأسرها، أو بنظامها الأمني والصحي والبيئي أو المتعلقة بالأخلاق والآداب العامة، أو بجمال الحياة أو المدن وروائها.

وقد انطوى تعريفنا على العناصر التقليدية-المعاصرة والحديثة- للنظام العام، المتعلقة بالنظام الأمني في الدولة وحماتها، وكذلك تأسيس نظام الصحة أو البيئة أو التي ما يتعلق بالأخلاق والآداب العامة، أو بجمال المدن والبلدان ورونقها، لأنّ ذلك بمجمله، يكون يرتبط به دوام النظام العام وكيان الدولة أساساً، وبخلاف ذلك يتصدع الكيان والنظام معاً.

الفرع الثاني

عناصر النظام العام

تتمثل عناصر النظام العام في صور عديدة، سواء أكانت العناصر تقليدية أم حديثة، وسنوضح ذلك فيما يأتي تباعاً:

1- الأمن العام : يعد الغاية الأولى والأساسية من النظام العام فهو عبارة عن صيانة الأموال والأشخاص في الدولة من كل ما يهددهم أو يقلق حياتهم من

الإستقرار، إذ يقصد به على وجه الإختصار إطمئنان الإنسان على نفسه وماله وأهله وكل مايحيط به من خطر الإعتداء⁽¹⁾، وهذا يفرض على الإدارة التي تلقي على عاتقها الضبط الإداري لمنع كامل الأشكال أو الصور التي تهدد أمن الدولة، سواء كانت بفعل الطبيعة مثل الأخطار التي تسبب الفيضانات والسيول والحرائق وغيرها، أم بفعل الإنسان والحيلولة دون وقوعها مثل جرائم السرقة والاعتداء على الأرواح والأعراض وحوادث السيارات⁽²⁾، فسلطات الضبط الإداري المتمثلة في الأجهزة الضبطية الأمنية، هنا تسعى حثيثاً لمنع الأخطار المحدقة أو التي تكاد تحدث بالبلد، أو بجزء منه، أو تهدد الأموال والأشخاص وأمن الدولة باتخاذ عدة إجراءات وأعمال، على سبيل المثال الإهتمام بتنظيم دوريات أمنية، أو تنظيم المرور في الشوارع وحصر الخطرين على الأمن ومراقبتهم وحراسة أمن المنشآت وأمن الطرق ومراقبة حدود الدولة البرية والبحرية واتخاذ الاحتياطات لدرء أخطار السيول والزلازل والبراكين.....الخ.

نرى من جانبنا، أنه مع تأكيد أهمية أمن العام، في حياة الأفراد والمجتمعات، في الوقت نفسه، لايجوز أن يفسر منظومة الأمن في نطاق حصري وضيق فحسب، بل يتوسع هذا المفهوم متناسقاً مع تطورات المجتمع ليشمل بدوره حالة الأمن الجسدي والمالي على المواطنين، بل الإهتمام بالأمن الإقتصادي من الإنهيار، والأمن الأخلاقي والعدالي، وكذلك القانوني وغيره، لأنّ منظومة الأمن دوماً يفسر أو توؤل في نطاق المحافظة على كيان الدولة أمنياً، أو وقاية النظام السياسي من كل ما يחדش أمره،

(1) خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ط1، عمان، 2002، ص280.

(2) لطرش حمو، سلطات الضبط الإداري الولائية في الجزائر، 2002، ص87، ود. نواف كنعان، القانون الإداري-الكتاب الأول-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2002، ص280.

وتكون هذه الرؤية هي الطاغية في الدول البوليسية.

2- الصحة العامة: إلى جانب تحقيق وتوفير الأمن العام، يأتي في المرتبة الأخرى الإهتمام بصحة المواطنين، ووقايتهم من خطر الأمراض بمقاومة أسبابها، كتوفير سلامة مياه الشرب، والأطعمة المعدة للبيع، ومكافحة الأوبئة والأمراض المعدية والمحافظة على نظافة الأماكن العامة⁽¹⁾، وذلك باتخاذ كافة الإجراءات التي من شأنها، وقاية أفراد المجتمع من أخطار الأوبئة والأمراض ومقاومة أسبابها بالعمل على نظافة الشوارع وسلامة الصرف الصحي ومكافحة الحشرات والحيوانات الضارة ومكافحة الأمراض المعدية والأوبئة سواء كان مصدرها مياهاً أو إنساناً أم حيواناً، وعليها في هذا الشأن مراقبة عدم تلوث المياه، ومراقبة الأغذية، ووضع القيود على المحلات الضارة بالصحة والخطرة على الكيان الصحي للإنسان، وقد إزداد الخطر في وقتنا الراهن بسبب إزداد في النمو السكاني المستمر، والإنفلات الصحي الذي يعاني منه العالم أجمع.

وفي سبيل المحافظة أيضاً على هذا العنصر الحيوي لديمومة الحياة وتطورها، على الجهات المعنية مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، مع وضع الاشتراطات الصحية لمزاولة أية مهنة يكون من شأن ممارستها بطريقة غير صحيحة إلحاق الضرر بالصحة العامة، ومن ضمن الإهتمام بالصحة العامة تكون الإهتمام بحماية البيئة من التلوث في أي عنصر من عناصرها اليابسة أو المائية أو الغازية⁽²⁾.

3- السكنية العامة: يقصد بالسكنية العامة كونها عنصراً تقليدياً من عناصر النظام العام، وفي الوقت نفسه هدفاً أسى من أهداف الضبط الإداري،

(1) ينظر هاني الطراوي، ماهية القانون الإداري، النشاط الإداري والتنظيم الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص40.

(2) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص402.

ومقصداً هاماً من مقاصده المثلثي، اتخاذ جميع الإجراءات القانونية والضبطية الكفيلة بالمحافظة على الهدوء والسكون في الطرق والأماكن العامة، ودرء جميع ما يدخل ضمن مفهوم الضوضاء والإنزعاج والمضايقات التي تتجاوز الحد المألوف في المجتمع⁽¹⁾، ويعني ذلك توفير الراحة والطمأنينة والهدوء النفسي للمواطنين، وهي في حد ذاتها هدف إلى تحقيقه سلطات الضبط الإداري عن طريق منع الضوضاء والإنزعاج الصادر عن سوء استخدام مكبرات الصوت وآلات تنبيه السيارات وأصوات الباعة المتجولين وأجهزة الإذاعة المرئية والمسموعة وتصرفات المتسولين، وكذلك الضجيج الصادر من المصانع، وعلى السلطات الإدارية المخولة قانوناً الحفاظ على هذا الهدوء والسكينة العامة في المجتمع.

4. الآداب العامة: حري بالإشارة أنه مع تقدم المجتمعات وحدثتها، تطورت عناصر النظام العام، ومن هذه التطورات إيلاء الإهتمام بعناصر من النظام العام الحديث، ومنها دخول الآداب والقيم العامة في نطاق النظام العام في المجتمع، حيث يقصد بها مجموعة من القيم والآداب والمبادئ الخلقية، التي تعبر عن الضمير الجماعي للمجتمع واحترامها والإلتزام بها⁽²⁾، وقد عرف الفقيه د. عبدالرزاق السنهوري الآداب العامة بأنها "الناموس الأدبي الذي يسود العلاقات الإجتماعية في دولة معينة وزمن معين، أي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها، ولو لم يأمرهم القانون بذلك"⁽³⁾، ولقد كان

(1) عمور سلامي، الضبط الإداري البلدي، رسالة ماجستير في الإدارة والمالية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، ص74.

(2) تريفة نواره، تطور عناصر النظام العام، بحث قانوني منشور في مجلة الحقوق والحريات، جامعة الجزائر، العدد الثاني، 2013، ص99.

(3) ينظر مريم بن عباس، العناصر الحديثة للنظام العام في القانون الإداري، بحث قانوني منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد1، المجلد7، 2020، ص203.

الإعتراف بهذه الحقيقة لأول مرة بعد إقرار مجلس الدولة الفرنسي لسلطات الضبط الإداري المحلي في مسألة التدخل في حال المساس بالأداب العامة، وقد ورد هذا الإقرار في حكم لوتيسيا الصادر سنة 1959 المتعلق بمجال حظر عرض الأفلام السينمائية، التي من شأنها إثارة اضطرابات جسيمة في النظام العام بسبب صفتها غير الأخلاقية⁽¹⁾ ولقد تتسم العادات والتقاليد المتعارف عليها في المجتمع بالعمومية والشمول، شأنها في ذلك شأن النظام العام، ولا يخفى أنّ منظومة الآداب والأخلاق العامة يتسع مداها، وتوصم بالنسبية من مجتمع إلى آخر، ومن دولة إلى آخر من حيث مصادرها ومنايع حدوثها وهي العرف والدين والعادات الإجتماعية بصورة عامة.

الفرع الثالث

التطبيقات القضائية لرقابة التناسب في مجال الضبط الإداري

إنّ الضبط الإداري في أساسه له خطورة واقعية على تقييد الحقوق والحريات الأساسية التي تنهك أو تتعدي عليها من قبل الإدارة، وذلك باتخاذ التدابير والإجراءات التي تقوم بها الإدارة العامة، متذرعة بذريعة الحفاظ على النظام العام أو أحد عناصره، سواء كان ذلك في الظروف العادية أو الإستثنائية على السواء، ومن هنا سنسلط الضوء على مدى تناسب أو ملائمة تلك الإجراءات مع صيانة تلك الحقوق والحريات العامة في كل من فرنسا ومصر والعراق على التوالي:

ألغى مجلس الدولة الفرنسي في واقعة قانونية قراراً للمحافظ الذي يشك بأنّه مخالف للنظام العام، حيث طلبت رابطة حقوق الإنسان والسيدان من قاضي الأمور المستعجلة لدى محكمة نيس الإدارية، التي تبث على أساس المادة L

(1) خالد خليل ظاهر، المصدر السابق، ص 80.

2-521 من قانون القضاء الإداري، أن يأمر بوقف تنفيذ أحكام الفقرة 4.3 من المادة 4 من القرار الصادر في 5 آب/أغسطس 2016 عن رئيس بلدية فيلنوف-لوبيه Villeneuve-Loubet والمتعلق بلوائح الضبط الإداري وأمن واستثمار الشواطئ الممنوحة من قبل الدولة إلى بلدة فيلنوف-لوبيه Villeneuve-Loubet. بموجب الأمر رقم 1603508 و1603523 الصادر في 22 آب/أغسطس 2016، رفض قاضي الأمور المستعجلة لدى محكمة نيس الإدارية طلباتهم⁽¹⁾.

(1) طلبت جمعية الدفاع عن حقوق الإنسان التجمع ضد كراهية الإسلام في فرنسا L'Association de défense des droits de l'homme Collectif contre l'islamophobie en France من قاضي الأمور المستعجلة لدى محكمة نيس الإدارية، الذي يبتّ على أساس المادة L. 2-521 من قانون القضاء الإداري، أن يأمر بوقف تنفيذ الفقرة 4.3 من المادة 4.3 من نفس القرار الصادر في 5 آب/أغسطس 2016 عن رئيس بلدية فيلنوف-لوبيه Villeneuve-Loubet. بموجب الأمر رقم 1603508 و1603523 الصادر في 22 آب/أغسطس 2016، ردّ قاضي الأمور المستعجلة لدى محكمة نيس الإدارية طلبها. فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي وفقاً للأسباب الآتية:

1. بما أنه بموجب المادة L. 2-521 من قانون القضاء الإداري، لقاضي الأمور المستعجلة، عندما تكون هناك حالة استعجال خاصة تبرر أن يبتّ في أسرع وقت ممكن، أن يأمر باتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لحماية إحدى الحريات الأساسية التي تم انتهاكها من قبل سلطة إدارية بشكل خطير وغير قانوني بشكل أكيد.
2. بما أنّ القرارات الصادرة عن رئيس بلدية فيلنوف-لوبيه Villeneuve-Loubet (ألب-ماريتيم Alpes-Maritimes) في 20 حزيران/يونيو 2014 ومن ثم في 18 تموز/يوليو 2016 نظّمت استخدام الشواطئ الممنوحة للبلدة من قبل الدولة. تم إلغاء هذه القرارات واستبدالها بقرار جديد صدر في 5 آب/أغسطس 2016 يتضمن مادة جديدة 4.3 تنص على أنه: "على كل مناطق الشاطئ المشتركة، تحظر السباحة، من 15 حزيران/يونيو إلى 15 أيلول/سبتمبر ضمناً، على أي شخص لا يرتدي زي مناسب يحترم الأخلاق ومبدأ العلمانية ويمتثل لقواعد صحة وسلامة السباحة التي تتناسب مع المجال البحري العام. إن ارتداء الملابس، أثناء السباحة، التي لديها دلالة تتعارض مع المبادئ المذكورة أعلاه يمنع منعاً باتاً على شواطئ البلدة". وبما أنه كما أكدته المناقشات التي جرت خلال الجلسة العلنية، كانت هذه الأحكام تهدف إلى حظر ارتداء ملابس تظهر بشكل جلي انتماء ديني عند السباحة، وبالتالي، على الشواطئ التي تسمح الوصول إليها.
3. بما أنه بموجب المادة L. 1-2212 من القانون العام للجماعات الإقليمية، إن رئيس البلدية

وفي قرار آخر، قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 1953/1/23 حول قضية Naud، إلغاء قرار المحافظ الذي منع السيد Naud من إلقاء محاضراته حفاظاً على النظام العام، ورأى المجلس أنّ المحافظ لا يملك الحق بمنع إلقاء المحاضرة، إلا إذا ثبت أنّها ستنتج خطراً على قدر كبير من الجسامّة، وبصورة تعجز تدابير الضبط الإداري عن مواجهتها⁽¹⁾.

==

مسؤول، تحت الرقابة الإدارية للمحافظ، عن الشرطة البلدية التي، بموجب المادة L. 2212-2 من هذا القانون "تهدف إلى ضمان النظام والأمن والسلامة والصحة العامة".

4. إذا كان رئيس البلدية مسؤولاً، بموجب الأحكام المذكورة في الفقرة 4 عن الحفاظ على النظام في البلدة، يتعين عليه التوفيق بين إنجاز مهمته وبين احترام الحريات التي تكفلها القوانين. ويترتب على ذلك أنّ تدابير الضبط الإداري التي يسنها رئيس بلدية بلدة ساحلية بهدف تنظيم الدخول إلى الشاطئ وممارسة السباحة يجب أن تكون مكيفة وضرورية ومتناسبة في ضوء متطلبات النظام العام وحدها، كما تنتج من ظروف الزمان والمكان. وبما أنه لا يجوز لرئيس البلدية أن يستند إلى اعتبارات أخرى، والقيود التي يفرضها على الحريات يجب أن تبررها مخاطر ثبت أنّها تنتهك النظام العام.

5. بما أنه لا يترتب على التحقيق أنه كانت هناك مخاطر اضطراب للنظام العام، على شواطئ بلدة فيلنوف-لوبيه Villeneuve-Loubet، ناتجة عن زبي السباحة الذي ارتداه بعض الأشخاص، وعليه قرر مجلس الدولة الآتي:

1- إبطال الحكم الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة في محكمة نيس الإدارية في 22 آب/أغسطس 2016.

2- وقف تنفيذ المادة 4.3 من قرار رئيس بلدية فيلنوف-لوبيه Villeneuve-Loubet الصادر في 5 آب/أغسطس 2016.

3- ردّ الطلبات المقدمة من بلدية فيلنوف-لوبيه Villeneuve-Loubet والطلبات المقدمة من رابطة حقوق الإنسان والسيد د... والسيد س... وجمعية الدفاع عن حقوق الإنسان التجمع ضد كراهية الإسلام في فرنسا الرامية إلى تطبيق المادة 1-761 L. من قانون القضاء الإداري.

نقلًا عن موقع مجلس الدولة الفرنسي باللغة العربية وعلى الرابط www.conseil-etat.fr/ar، تاريخ الزيارة 2022/9/9، تاريخ الزيارة 7 مساءً.

(1) حيدر أحمد الفتلاوي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في حالة الضرورة، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، 2019، ص130.

كما يكون القضاء الإداري المصري سارياً على نهج مجلس الدولة الفرنسي من حيث إعماله لمبدأ التناسب في القرار الإداري المتعلق بالضبط الإداري وخاصة فيما يتعلق بالحقوق والحريات العامة والخاصة، سواء كان ذلك على مستوى المحكمة الإدارية أم المحكمة الإدارية العليا، وعلى سبيل المثال ألغت محكمة القضاء الإداري المصري قراراً صادراً من الإدارة برفض الترخيص ببناء كنيسة، مقررة أنّ الأسباب التي اعتمدت إليها الإدارة لتدبير هذا الرفض، والمتمثل في قرب الموقع المقترح لبناء هذه الكنيسة من إحدى دور السينما، ما يهدد بقيام احتكاك بين جمهورها وجمهور المصلين، كما وقد تتضمن عرقلة للمرور، غير كافية لرفض مثل هذا الترخيص⁽¹⁾.

وفي مجال حرية النشر، قررت محكمة القضاء الإداري مصادرة كتاب ديني معين، تعرض فيه مؤلفه للقرآن الكريم على نحو غير لائق، ما اقتضى من المحكمة أن تتعرض لمناقشة ما ورد في ذلك الكتاب، ومدى اعتبار الآراء الواردة فيه من قبيل البحث العلمي، أم أنّها على العكس من ذلك، لالتزم بما يتميز به البحث العلمي من تنزيه عن الغرض وسوء القصد، وما قد يترتب على ذلك من احتمالات تكدير الأمن الذي يترتب على نشره في بلد دينه الرسمي هو الإسلام⁽²⁾.

وكذلك الحال بالنسبة لموقف القضاء الإداري العراقي الذي يتبع النهج نفسه، في العمل على التوازن بين حقوق الأفراد وحرياتهم، وبين الإجراءات الإدارية التي تتخذها سلطات الضبط الإداري، ومن ذلك ما قضته الهيئة العامة لمجلس الدولة بالمدع كان قد قدم مسودة كتابه الموسوم "الأديان والمعتقدات وجزاء الثواب والعقاب في الحياة الدنيا" إلى وزارة الثقافة والإعلام على نشره، إلا أنّ هذه الوزارة لم توافق على ذلك بسبب الملاحظات التي أبداها الخبير الذي عرضت عليه مسودة

(1) قرار 1/50 في 1948/2/24 مجموعة السنة الثانية، ص378، نقلاً عن د. نكتل ابراهيم عبدالرحمن، المصدر السابق، ص310 و311.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصري، 1949/6/16، ق/657/س2 ق م س 1021.

الكتاب المذكور، لذلك طلبت محكمة القضاء الإداري من وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ترشيح ثلاثة خبراء من القضاة المختصين بالعلوم الشرعية، وهؤلاء الذين بينوا في تقريرهم المقدم إلى المحكمة المذكورة أنّ الكتاب- مفيد للفقراء وأنّه يحذر المجتمع من غائلة ارتكاب الموبقات أو مخالفة لشرع الله، وأنّه ليس فيه ما يتقاطع مع مبدأ السلامة الفكرية أو ماتشم فيه رائحة الإخلال بنظام المجتمع أو إحداث الشقاق والتفرقة بين شرائحه ويصلح للنشر⁽¹⁾.

وفي جانب ذي صلة بالموضوع، أقر مجلس الدولة مبدأً مفاده، أنّ موافقة الجهات المختصة أو ذات العلاقة بالإذن بالمشاريع الصناعية، تحول دون منع الإدارة على الموافقة لإنشاء المشروع بحجة التسبب بالإزعاج أو الإخلال بالسكينة العامة، حيث تتلخص وقائع القضية في " أنّ محافظ نينوى قضى بإلغاء معمل لصناعة المؤنة الغذائية، لكونه مشيد في منطقة سكنية، وأنّه أصبح مصدر إزعاج، وقد توالى ذلك طعن صاحب المعمل على قرار المحافظ، إذ أصدرت المحكمة الإدارية قراراً بتأييد قرار المحافظ، إذ دفع الأمر بصاحب المعمل أن يتصدى لقرار المحكمة لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة تمييزاً، وبعد الإطلاع على حيثيات الواقعة أصدرت المحكمة الإدارية العليا قراراً بإلغاء قرار المحكمة الإدارية، وذهبت إلى أنّ قرار الغلق غير مشروع ومخالف للقانون، وواجب الإلغاء، لكون المدعي حصل على موافقة أصولية من البلدية والجهات الرسمية في المحافظة، وكذلك إجازة صحية في العمل من المنطقة نفسها، وعليه فإنّ الإجازة الصحية متوفرة، لذلك فإنّ قرار المحافظ وقرار المحكمة الإدارية مخالف للمشروعية وحقوق العمل⁽²⁾

(1) ينظر قرار محكمة القضاء الإداري المرقم 32/قضاء إداري/ 2000، مجلة العدالة، ع1، ص172.

(2) ينظر قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي، قرار 57 اداري-تمميز/1998، في 17 - 8 - 1998، قرار غير منشور.

الفصل الثالث

أهم المستجدات بخصوص تطور الرقابة
القضائية على مبدأ التناسب

ويشتمل هذا الفصل على المبحثين الآتيين:

✍ المبحث الأول: مفهوم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

✍ المبحث الثاني: نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

الفصل الثالث

أهم المستجدات بخصوص تطور الرقابة القضائية على مبدأ التناسب

يتضمن هذا الفصل مبحثين، يكرس المبحث الأول لمفهوم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، والمبحث الثاني يتناول رقابة الموازنة بين المنافع والمضار، وسنتناول هذه المواضيع بالتفصيل المطلوب كما يأتي تباعاً:

المبحث الأول

مفهوم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

في هذا المبحث سنوضح موضوع هذه الدراسة من خلال ثلاثة مطالب، المطلب الأول منه يتناول السياق النظري للخطأ الظاهر في التقدير، والمطلب الثاني يتناول الأحكام العامة لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير، والمطلب الثالث يتطرق إلى تحديد نطاق ومجالات تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، على النحو الآتي:

المطلب الأول

السياق النظري لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير

في مجال التطور الحاصل في نطاق الرقابة القضائية على مبدأ التناسب، والتعمق الذي تشهده تلك الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة العامة بصورة واسعة وواضحة، التي تمثل الوسائل أو الأدوات الفنية الحديثة لمباشرة القاضي الإداري رقابته على القرار الإداري، تتمثل إحدى تلك الأدوات الفنية المستحدثة في نظرية الخطأ الظاهر أو الغلط البين في القرار المتخذ من الإدارة، ومبناها ينحصر في اتخاذ الإدارة قراراتها أو الإجراء القانوني بصددتها، من دون أن يشوبها تباين صارخ أو شديد يخرج تقديره عن حدود المنطق أو المعقولة، وعليه وإيضاحاً للفكرة ذاتها توزع هذا المطلب على ثلاثة فروع، الفرع الأول فيه يحتوي تعريف نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وأما الفرع الثاني من المطلب، فإنه يخصص لإبراز سمات رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، الفرع الثالث تمييز رقابة الخطأ الظاهر عن المصطلحات المشابهة لها.

الفرع الأول

تعريف نظرية الخطأ الظاهر في التقدير⁽¹⁾

من منطلق الحرص التام لدى القضاء الإداري على تحقيق أعلى درجة من الفاعلية في رقابته على أعمال الإدارة، وكفالة الحقوق والحريات العامة وصيانتها، والتقيّد بتحقيق التوازن المطلوب بين المصلحة العامة والخاصة على حدة، ينبغي وضع قيود معقولة على حرية الإدارة العامة لكي تمارس تلك الحرية بأفضل ما يكون، من دون إنجرارها خلف التعسف في استعمال سلطتها التقديرية وتلاشيها، إذ برز أخيراً دور القضاء الإداري الفعّال في استعمال أنماط مختلفة من الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، وذلك بغية تحقيق الغاية القصوى من الرقابة وهي تحقيق الصالح العام وصيانة الحريات الخاصة كل وفق ما تتطلبه مجريات

(1) من المحتى أن نبين من جانبنا أنه من ضمن الإبداعات التي بدوره توصل إليها مجلس الدولة الفرنسي من ضمن المنظومة الرقابية التي ابتكرها واحداً تلو الأخرى، ويأتي ذلك حرصاً منه على التزام الإدارة بالحدود المقررة لها، وعدم تعسفها في استعمالها لسلطتها التقديرية، ومنها نظرية تسمى نظرية الخطأ الظاهر، وتحت مسميات عديدة وبمضمون واحد، نظرية الغلط البين، أو الخطأ الساطع، أو الخطأ البارز، أو الفادح، أو الواضح، أو الجسيم، أو الخطأ الفاحش وغيرها من التسميات التي تدل على معنى ومغزى واحد، حيث يعرف الخطأ بأنه ضد الصواب أو الحيدة عنه، أو من أراد الصواب فذهب إلى غيره، وقد يقصد به من سلك سبيل الخطأ عمداً أو سهواً، والخاطئ من تعمد ما لا ينبغي ولذا قد يأتي بمعنى الذنب، والخطأ غير الغلط، فالغلط أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب، والمغلاط كثير الغلط، أمّا لفظ الظاهر فهو خلاف الباطن، ويقال ظاهر البلد أي خارجه، وظاهر الجبل أعلاه، والظاهر من العيون الجاحظة، لمزيد من التفصيل ينظر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، معجم القاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت، 2005، ص 379.

وكذلك لفظ الخطأ في الاصطلاح القانوني بوجه عام، فهو إخلال بالتزام قانوني، ويتحقق الخطأ في القرارات الإدارية بصفة عامة إذا كان القرار مشوباً بعييب أو أكثر من عيوب عدم المشروعية، ينظر أ.د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت ب.ت، ص 778، د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسنولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 2001، ص 25.

العدالة، ومن هنا جاءت فكرة رقابة الخطأ الظاهر في التقدير أولاً من مجلس الدولة الفرنسي كأحد إبتكاراته القضائية؛ وذلك سداً للثغرات الموجودة في الرقابة على مشروعية القرارات التي تصدرها الإدارة إستناداً إلى سلطتها التقديرية، لكون رقابة المشروعية وغيرها لا تكتفي لوحدها بتحقيق العدالة المطلوبة هذا من جهة، ومن جهة أخرى تهدف رقابة الخطأ الظاهر في التقدير إلى حماية الإدارة من الولوج في أخطاء أو عواقب وهذا أمر لاتحمد عقباه، أو متلافياً لإنطواء عمل الإدارة على قصور أو نتائج لاتمت إلى المعقولية بصلة، لأنَّ إنطواء الخطأ الفاحش في العمل الإداري يجعل منه عملاً عارياً من المشروعية بصورة عامة، ومن هنا يتعين البحث حول تعريف هذه النظرية من الناحية الفقهية والقضائية حد الإمكان، على النحو الآتي:

أولاً/ لمحة تاريخية عن نشأة نظرية الخطأ الظاهر في التقدير:

لم تكن نشأة هذه النظرية وليدة تاريخ قريب جداً، فهي تعد من إبتكارات مجلس الدولة الفرنسي شأنها شأن النظريات الأخرى في مجال القانون والقضاء الإداري الذي ابتدعه المجلس ذاته، بالنظر والتقصي في ذلك، وفي مجال تطبيق هذه النظرية في ساحة المجلس الدستوري الفرنسي أيضاً، يظهر لنا تأخر تطبيقها إلى حد ما، إذ نجح المجلس في إعمال هذه النظرية، علاوةً على إمتناعه لأول وهلة، لكنه مالبت أن توسع فيها للإلغاء ما هو غير منسجم أو مقبول في التشريع، إذ مضى المجلس بتطبيقها تلميحاً لا تصريحاً في بداية عام 1981 وتحديداً في القرار المرقم 127/80، ثمَّ ذهب المجلس تاركاً التلميح بشأنه، ودخل تطبيق النظرية حيز الصراحة وتحديداً في عام 1982 فيما يرتبط كلياً بقانون التأميم ثمَّ مُدِّد الأمر إلى أن وصل إلى مجال الضرائب، وبعد فترات متعاقبة في تطبيقها تحولت إلى رقابة إعتيادية معمول بها في سائر الدعاوى والمسائل ذات الصلة بإختصاص المجلس الدستوري⁽¹⁾.

(1) نقلاً عن د. يحيى محمد نمر، التطبيقات القضائية الحديثة لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير في

وفي سياق الجدل الفقهي حول ظهور هذه النظرية توزعت الآراء بشأنها، ويتبين أنّ هناك إتجاهين متباينين لظهور تلك النظرية، فالأول يرجع نشوءها إلى القرار الصادر من القضاء الإداري في حكم ما سمّيت بقضية "Denezet" التي تتعلق بمجال تعادل أو تماثل الوظائف، إذ أفسح هذا الحكم المجال للبحث عن وظيفة معادلة أو مماثلة لوظيفة المدعي، وذلك يعد خروجاً عن الحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي عام 1951 في Melamed وهو أنّ مجلس الدولة لا يراقب الإدارة في تقديرها للتعادل، إلاّ أنّ جموعاً من الفقه الإداري يرون بأنّ حكم Denezet لم يتناول مصطلح الخطأ الظاهر في التقدير أساساً، وكما أنّه في الجانب الآخر، وعلاوة على ذلك يرى هذا الإتجاه أنّ القول بإرجاع نشأة هذه النظرية إلى تاريخ صدور حكم Denezet لا يستند إلى دليل كاف ومقنع⁽¹⁾.

وأما الإتجاه الثاني/ فقد ظهر بعد رفض الإتجاه الأول لبيان ابتكار نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، لذا يرى هذا الإتجاه الثاني خلافاً لإتجاه الأول، أنّ أصل هذه النظرية يعود إلى الحكم الصادر في قضية Larange عام 1961، وقد ارتبطت مضمونها بمسألة تعادل أو تماثل الوظائف، حيث قرر مجلس الدولة بصفة نهائية، أنّ أية قضية وعلى سبيل المثال، تسمّى قضية تعادل الوظائف، لا يمكن مناقشتها أو إبداء الرأي بشأنها من قبل القضاء الإداري، إلاّ في حالة واحدة وهي فقدان أو إنعدام الواضح أو الظاهر للتعادل، وقد استمدت بعد ذلك هذه الفكرة وتحولت من جانبها إلى نطاق الوظيفة العامة، ثمّ إلى مسألة ضم الأراضي الزراعية، ويعود

==

القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات، بحث منشور في مجلة الكويتية العالمية للحقوق، العدد3، ج1، 2018، ص164.

(1) ينظر بوزيان نورالدين، رقابة القاضي الإداري للخطأ الظاهر، رسالة ماجستير في القانون، جامعة جيلالي بلعباس، قسم الحقوق، 2017، ص24.

فضل ذلك إلى قرار Larange⁽¹⁾، ولا يخفى أنّ هذا الأمر يحوم حوله الكثير من الجدلية واحتدام الرأي بشأنه.

ومن خلال التفاصيل التي ذكرت وبالإعتماد على المصادر الموثوقة، نقطع الشك باليقين، من حيث ترجيح أدلة الاتجاه الثاني، وذلك لقوة المنطق ورجحان أدلتهم على الاتجاه الأول، و صواب رأيهم من حيث واقع حال النظرية أساساً.

ثانياً/ تعريف الخطأ الظاهر في الفقه الإداري:

من المؤكد أنّ الفقه الإداري لم يأل جهداً في بيان ودراسة الخطأ الظاهر في التقدير من خلال إيراد تعاريف بشأن هذه النظرية، التي باتت جزءاً كبيراً في مجال تحقيق دور القضاء في التوازن والتوافق بين الحقوق والحريات العامة والخاصة⁽²⁾، لذا وتأكيداً لهذه الحقيقة نستدرج مجموعة من التعاريف بشأنها ثم نوضح رأينا بشأن ذلك، من المهم الإشارة إلى أنّ بعض الفقهاء يستلهمون تعاريفهم من المعيار اللغوي، ومنهم بخلاف ذلك يعتمدون على المعيار الموضوعي لبيان هذه النظرية، وسنشير إلى تلك التعاريف بصورة واضحة على النحو المبين أدناه:

(1) ويمكن أن نلخص واقعة القضية فيما يأتي: شخص يعمل في وظيفة حارس للحقول ثم ألغيت هذه الوظيفة من قبل البلدية، تعويضاً له قامت البلدية بعرض وظيفة عامل صيانة للشخص المذكور، فرفض ذلك وطالب بالتعويض، مستنداً في ذلك إلى قانون خاص بنظام مستخدمي القرى والمؤسسات العامة، وقد رفضت البلدية ذلك صراحة، لذلك تصدى هذا الشخص لقرار البلدية عن طريق تقديمه دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية، وقد باءت دعواه بالفشل والرفض من هذه المحكمة، فطعن في قرارها تمييزاً أمام مجلس الدولة الفرنسي، وقد قرر المجلس في حكمه في هذه القضية أنّ تقدير الإدارة للتعاقد بين الوظائف لا يمكن مناقشته أمام القاضي الإداري إلا في حالة عدم تعادل الظاهر في الواقعة، وبهذه الواقعة فقد استلهم القضاء والفقه الإداري من هذه الواقعة أنّ نظرية الخطأ الظاهر أو البين يرجع تاريخ نشوئه إلى هذه الدعوى وتحديداً في عام 1953، للمزيد ينظر د. رمضان بطيخ، المصدر السابق، ص 204.

(2) يراجع لـ

Marc Laporte و Jacques Rojot "La décision administrative: Organisation et procédure" p:45

من أبرز الذين يعتمدون على المعيار اللغوي في التعريف، الفقيهان (Auby) و (Drago) إذ يعرفان الخطأ اليين بأنه "الخطأ الواضح والجسيم الذي يكون مرئياً حتى بالنسبة لغير المتخصصين من رجال القانون" ومنهم من يعتمد على مضمونه أو على الأمور الفنية والتخصصية في ذلك، ومن هذه التعاريف، ومن جانب آخر فقد قام الأستاذ - ريفيرو- بتعريف الغلط البين بأنه: الغلط الذي ينكر ويتعارض والمنطق السليم"⁽¹⁾ وفي السياق ذاته، عرفه -ديلو بادير بأنه- "خطأ صريحاً يرتكبه الخصم، ويتعرف عليه القاضي، إذ لاشك فيه عقل واع"⁽²⁾.

كما ذهب الأستاذان فيدل وديفولفيه (Vedel et Delvolve) إلى تعريفه بأنه : (الخطأ الذي يقفز أمامنا بحيث يمكن ملاحظته بمجرد النظر إليه، ومن أول وهلة، دون ثمة حاجة إلى الاستعانة بأهل الخبرة في اكتشافه).

ذهب مفوض الحكومة الأستاذ Baudouin في تقريره المقدم في قضية SieurGuye إلى القول بأنه: لا ينبغي البحث عن معيار الخطأ الظاهر، في مدى هذا الخطأ أو في خطورته، بل ولا حتى في كونه حدثاً بارزاً ، وإنما يجب أن يجري البحث عن هذا المعيار في إطار درجة عدم الانضباط وعدم الكفاية بالنسبة للعوامل الأخرى التي كانت تحت نظر الإدارة عند إجراء تقديرها، وفي المقابل عرف مفوض الحكومة G.bribant نظرية الخطأ الظاهر بأنها الخطأ الواضح للأطراف والمعروف لدى القاضي، وممّا لاشك فيه لدى العقل المستنير"⁽³⁾.

(1) محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 37، العدد 1، القاهرة، مارس، 1993، ص 212.

(2) ينظر

De Laubadere A Le control juridictionnel du pouvoir discrétionnaire da la jurisprudence récente d'État, in mélanges Waline, L.G.D.J.1974, P937. 3

(3) نقلاً عن فارة سماح، المصدر السابق، ص 377.

وفي سياق الفقه العربي بصورة عامة، والمصري بصورة خاصة نجد أنّهم سموه - عدم الملاءمة الظاهرة- أو في بعض الأحيان يطلقون عليه كما يقول البعض الغلو، مع العلم أنّه تبين لنا بعد التدقيق والدراسة أنّ الغلو ليس المقصود منه نظرية الخطأ الظاهر أو الساطع، بل يقصد به الإفراط في فرض العقوبات التأديبية في مجال المخالفة التأديبية، وفي جانب آخر، عرف د. رمضان البطيخ الخطأ الظاهر بأنّه " الخطأ الذي يجد فيه القاضي في بحثه ملف الدعوى ولمختلف الظروف التي جرى فيها هذا التقدير، تجاوزاً لحدود المعقولة ووضوحها لدرجة البدهاء⁽¹⁾ .

بيد أنّ د. ثروت عبدالعال عرف الخطأ الظاهر بأنّه " هو الخطأ الذي يبلغ حدّاً من الجسامة، إذ لا يتسنى للقاضي التعرف عليه، إلّا بعد البحث الشامل للظروف المختلفة التي جرى فيها هذا التقدير⁽²⁾ .

وقد عرفه الدكتور محمود سلامة قائلاً " عيب يشوب تكييف الإدارة في تقديرها للوقائع المتخذة سبباً للقرار الإداري، ويبدو بيننا وظاهراً وجسيمياً على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة، وتتجاوز به الإدارة حدود قرارها المشوب بهذا العيب"⁽³⁾ .

بالنظر والرجوع إلى الفقه العراقي لم نتلمس موقفاً صريحاً وبيانياً من نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، من حيث إتيانهم تعريفاً لهذه النظرية، وربما يرجع ذلك الموضوع إلى عدم إهتمام الفقه والقضاء الإداري بهذه النظرية، ويوجد بمقابل ذلك شح في تطبيقها مقارنة بالدول الأخرى مثل فرنسا ومصر.

(1) د. علي محمد رضا يونس الطحان، المصدر السابق، ص 171.

(2) د. ثروت عبدالعال، الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1992، ص 370.

(3) نقلاً عن محمود سلامة جبر، المصدر السابق، ص 88.

حري بالإشارة أنّ رقابة الخطأ الظاهر تعد وسيلة سليمة بيد القاضي الإداري أو مايسى قاضي الإلغاء لتجنب الإدارة من خلالها عدم الإنصاف، ولكي لا تكون إدارة غير منصفة، وهذه الصفة تتولد من خلال نتيجة حتمية وهي عدم إلزام الإدارة بمبدأ التناسب بين الواقعة والقرار المتخذ أساساً، لأنّ التناسب مبدأ مرن ونسي، و ليس له معنى واحد، وبالتالي لم تكن الإدارة أمام تطبيق مبدأ التناسب عن كل الوقائع والظروف المطبقة، بل يكون الأمر في الخطأ الظاهر له دلالات أخرى بعدّها نقلة نوعية في مجال رقابة القاضي الإداري بغية تقييد سلطة الإدارة التقديرية، بأن تلزم الإدارة بتطبيق المعقولية والموضوعية والحذر من الوقوع في غيابات التكييف الخاطئ للوقائع⁽¹⁾.

وفي سياق ذي صلة، يمكن عدّ هذه النظرية من مكملات رقابة الملاءمة، تعدّ من الوسائل الفنية لرقابة التناسب على القرار الإداري، أو تسمى أدوات فنية لأنّها بحاجة إلى كشفها من قبل القاضي الإداري أو قاضي الإلغاء، لكون ذلك يدخل حيز الإختصاص القضائي الدقيق⁽²⁾، وقد يطرح سؤال في هذا المضمار، ألا وهو هل

(1) يراجع جمال قروف، الأساليب الحديثة لقاضي الإلغاء في الرقابة للسلطة التقديرية للإدارة، بحث قانوني منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد11، العدد1، ص406.

(2) وفي سياق تعريف هذه التقنية من التقنيات الحديثة للتناسب، نجد أنّ القضاء بصورة أو بأخرى لم يترك مجال تعريفها خالياً، بل أكد في أكثر من مرة ضرورة بيانها وتعريفها، وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية نظرية الخطأ الظاهر في التقدير بأنّها عكس ماتقتضيه الأشياء ويمكن اكتشافها من الرجل العادي، حيث نلاحظ في الوقت نفسه، أنّ المحكمة الدستورية العليا لم تستعمل في قراراتها وأحكامها مفهوم مصطلح هذه النظرية، بل استعملت مضمونها بالمعقولية، وفي المقابل فإنّ محكمة التمييز القطرية أيضاً أوردت ذكر مصطلح الغلو أو عدم الملاءمة الظاهرة كتسمية منطقية لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وفي بيان الملاحظة والتدقيق من تعبير المحكمة الإدارية العليا نرى أنّه جانب الصواب إلى حد كبير في تعبيره لنظرية الخطأ الظاهر وتعبيره بـ عكس ما تقتضيه الأشياء، نراها عبارة مهمة ولا تتماشى مع دقة تعبير القانون، ودقة القضاء، بل من الأفضل الإعتماد على تسمية الخطأ أو الغلط البين أو الظاهر بدلاً من استعماله للتعبير السالف الذكر، للمزيد ينظر

يجوز أن نعدّ هذه النظرية من الإختصاص الدقيق لقاضي الإلغاء، في حين أنّ الخطأ الظاهر كما هو مبين من تسميته أنّه من الواضح الذي لا يحتاج إلى معرفة ودراية عميقة، بل يمكن أن يكشف عنه بسهولة ؟ في الحقيقة ولدى الإجابة عن هذا السؤال يمكن أن نقول إنّ هذا النوع من الخطأ يدخل ضمن صميم عمل القاضي في مجال مراقبة القاضي الإداري على القرار الإداري من حيث الكشف عن عثرات القرار من أحد الجوانب المختلفة له، وبالتالي فإنّ وضوح الخطأ بنفسه لا يسمن ولا يغني من جوع، إذا لم يتدخل القاضي بإلغاء القرار من أصله.

إجمالاً؛ يمكن تعريف الخطأ الظاهر في التقدير عندنا بأنّه (عيب مستحدث وبارز يشوب القرار الإداري، الذي يعتمد أساساً على وجود سلطة تقديرية للإدارة، ويضيق من نطاقها، ويمكن أن يبصره الرجل المعتاد، ويؤدي هذا العيب بالنتيجة إلى إلغاء القرار الإداري من أساسه).

الفرع الثاني

سمات نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

تستخدم عادة سمات نظرية الخطأ الظاهر في التقدير أو خصائصها في الحيز النظري والتطبيقي، لما فيها من الدلالات الواضحة والصريحة التي تثبت وجود الخطأ الساطع أو الظاهر في القرار الإداري⁽¹⁾ عدماً ووجوداً، لذلك فإنّ تحديد تلك

المنتهى غسان مصلح، مبدأ التناسب ورقابة القضاء عليه في القرارات الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة قطر، 2022، ص 61.

(1) نرى من الضروري أن نشير إلى حالات تحقق الخطأ الظاهر في التقدير في حالتين هما: الأولى حينما يكون هنالك إفراط في الشدة، إذ تفضي قسوة الإدارة إلى شل أو تعطيل عمل المرافق العامة كلياً أو جزئياً، وعلى سبيل المثال لا يجوز في القرارات التأديبية أن تتم معاقبة الموظف الذي انقطع عن عمله ليوم واحد أو يومين وأن تفرض عليه عقوبة أقسى، كأن يتم فصل الموظف من الوظيفة، لأنّ هذا

الخصائص يعد ضرورياً في كل وقت، وليس ذلك للإدارة العامة فحسب حين إتخاذها للقرار الإداري درءاً لعدم الوقوع في مغبة تلك الأخطاء التي تتسم بالشدّة والإفراط أو الخطأ الصارخ، بل يكون لها أهمية عملية في ساحة القضاء الإداري، لأنّ معرفة تلك الخصائص تعد من الضروريات التي لأمناص للقاضي الإداري منها ولكي يزيح عن القرار المتخذ بناءً على السلطة التقديرية للإدارة الخطأ الذي تتسم بتفاوت صارخ أو غير بسيط للقرار الإداري، لأنّ ذلك يدخل إجمالاً في مضمون ذكاء القاضي الإداري وفطنته وحده بدقائق الأمور ومقاصدها العليا، بغية عدم إنحراف تلك السلطة التقديرية إلى هاوية لا تحمد عقباهها، ألا وهي إضفاء عيب لأصل القرار المتخذ، وإحالة به بذلك إلى الإلغاء أو البطلان للسبب ذاته، وقد ركز القضاء بصورة عامة على هذه الحقيقة في كثير من أحكامه بعدها أحد أنماط الرقابة القضائية على جوانب التقدير الإداري إبتغاء تقويمه، وفي الوقت نفسه لوضع حد للتحكم فيه، وقوام ذلك التقدير بالأساس ينعكس على عيب يشوب ذلك التقدير بالخطأ الظاهر فيه، تأسيساً على ماتقدم، سنوجز الحديث عن هذه السمات كالآتي:

أولاً/ سمّة التباين الصارخ أو الجسيم:

تتميز السمّة الأولى لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير، بوجود أو تحقيق عدم التوازن أو التوافق الكامل بين عناصر التقدير في العمل القانوني العام، وهذا يعني

==
سيجعل القرار التأديبي مشوباً بقسوة بالغة، وغلو صارخ في التقدير، وبالنتيجة سيجعل تصرف الإدارة في دائرة اللامشروعية، الثانية تؤدي شفقة الإدارة واستهانتها بالخطأ إلى استخفاف الموظفين بأداء الواجب، وإلى عدم إحترام رؤسائهم، وسيؤدي ذلك إلى عدم الإهتمام بالضوابط والقيود القانونية والإدارية للعمل المرفقي والتهاون في أداء العمل، بناءً على ذلك لايجوز أن تتم معاقبة موظف ارتكب فعلاً مخالفاً بدرجة كبيرة من الجسامّة بعقوبة خفيفة ويلازمها الإفراط في الشفقة، للمزيد ينظر مايا محمد نزار أبودان، المصدر السابق، ص77.

وجود تفاوت شديد أو صارخ بين سبب القرار الإداري وبين القرار أو العمل الإداري ذاته⁽¹⁾، الذي يصدر في ظل سلطة الإدارة التقديرية، ويعني ذلك بطبيعة الحال أنّ التفاوت إجتاز الحد المقبول والمعقول، ويتجسد ذلك في وصول الخطأ في التقدير درجة من الجسامّة تفوق درجة الخطأ البسيط الذي يمكن التغاضي عنه، وخلاصة الأمر يتعين أن يتسم التفاوت بقدر من الجسامّة أو الصراخ، وينبأ به عن حدود المعقول، وهو ما تأباه الفطرة السليمة، أو العقل السليم.

ثانياً/ سمة الظهور والوضوح:

تمثل هذه السمة في الظهور والوضوح، وإن كان البعض يجد في إمكانية الإستغناء عنها أمراً ممكناً، بحجة الإكتفاء بالسمة أو الخاصية الأولى ألا وهي التباين أو التفاوت الصارخ أو الجسيم، وحرى بالإشارة أنّ خاصية الظهور والوضوح تنبئ عن ضرورة حتمية وهي أن يكون الخطأ في التقدير جلياً بيّناً، يستطيع أن يدركه بوضوح ومن دون عناء يذكر الأشخاص العاديون ويعني ذلك أنّها تقاس درجتها وإدراكها بمعيار الرجل العادي-المعتاد- الذي بإمكانه إذا ما وقعت تحت بصره أن يبصرها بسهولة، ومن جهة مماثلة أنّ هذه الخاصية في ماهيتها قد تساعد القاضي الإداري على اكتشاف تلك الجسامّة من أول وهلة، وسرعة التوصل إلى أنّ هناك خطأ ظاهراً في التقدير⁽²⁾.

نستخلص ممّا تقدم، أنّ الخطأ الظاهر لا بد له أن تتوفر السمتان اللتان ذكرناهما حتى يغدو خطأً يتخطى حدود العادة والعقل، ويكون ضمن ما يصنف على أنّه من الأخطاء الجسيمة أو الفاحشة، ويحكم عليه القاضي الإداري بعديم

(1) يراجع محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص118.

(2) محمد ناصر راشد الطنيجي، المصدر السابق، ص108.

الفائدة، ويتصدى للقرار بالبطلان، علماً أنّ الخاصية الأولى بدورها لا تكتفي للحكم على هذا الخطأ بالبطلان، يجب أن يتسم هذا الخطأ بالظهور والوضوح التام من حيث إثباته من لدن قاضي الإداري المختص بسهولة ودون تعب أو مشقة تذكر. وبمقابل ذلك كله، نرى وإن كان الخطأ سهلاً يسيراً من الوهلة الأولى كما يقال، لكنّ ذلك الأمر يواجه نوعاً ما مشقة وصعوبة في التطبيق، لكونه بحاجة ماسة إلى ثقافة عالية للقاضي الإداري وتراكم من التجربة القانونية في مجال تطبيق القانون، ومن ناحية مماثلة فإنّ تلك الرقابة القضائية التي تقتضي درجة من المعقولية أو العقلانية تنطوي على درجة عالية من الإعتبارات الشخصية والنسبية، حيث ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالشخص أو الجهة التي تقوم بها وتجريها، لربما يختلف مقدار الخطأ من شخص لآخر، أو من قاضي لقاضٍ آخر، لأنّ ذلك يدخل في نطاق التفكير المنطقي والقانوني السليم حتى يتصف بصفة الخطأ الظاهر في التقدير، وفي جانب ذي صلة بها لم يخل هذا الخطأ من صعوبة الإثبات القانوني، لأنّ إثبات الواضح يعد من المعوقات الكبرى في نطاق الإثبات.

الفرع الثالث

تمييز نظرية الخطأ الظاهر عن المصطلحات المشابهة لها

تفادياً لتداخل المصطلحات المشابهة أو التي توحى بالتداخل مع الخطأ الظاهر، سنوضح في هذا الفرع مجموعة من تلك المصطلحات التي تتشابه فيما بينها، مع بيان أوجه الاختلاف لكل منها على النحو الآتي:

أولاً/ الخطأ الظاهر في التقدير والخطأ المادي:

في كلا المصطلحين يتعلق الأمر بوجود الخطأ، فالخطأ الظاهر في التقدير يرتبط برقابة تقديرات فيها مبالغة أو افراط غير مسموح به للإدارة في تكييفها للوقائع أو وزن أهميتها في أثناء مباشرتها لسلطتها التقديرية، بيد أنّ الخطأ المادي عبارة عن

الخطأ الذي يلحق بالكتابة أو الصياغة، أي سقطات الكتابة أو الخطأ في الحساب والأعداد أو الرموز أو التي تكون اعمالاً القانونية عموماً، مثل الخطأ في رقم الدعوى أو رقم المادة وكذلك أخطاء السهو، واغلاط القلم أو الطباعة⁽¹⁾، وبعبارة أخرى، فهو الخطأ الذي لا ينصب مضمونه في أركان أو عناصر العمل القانوني ولا يؤثر في كيانه، وبالتالي لا يترتب عليه بطلان العمل القانوني، بل من الجائز تصحيح ذلك الخطأ بإجراء لاحق، ويمكن إستدراك ذلك بسهولة.

ثانياً/ الخطأ الظاهر في التقدير والخطأ في القانون:

أنَّ الخطأ الظاهر في التقدير يرتبط برقابة تقديرات فيها مبالغة أو افراط غير مسموح به للإدارة في تكييفها للوقائع أو وزن أهميتها في أثناء مباشرتها لسلطتها التقديرية، فهو يجيز للقاضي الإداري التأكيد من أنَّ القرار المتخذ لا يحتوي عبر الروابط بين جوانبه التقديرية، على تباين أو خلل شديد، يمكن أن ينتهيه شخص

(1) بالرجوع إلى أحكام المادة 167 من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل الفقرة 1/، نجد أنَّها اشارت الى أنَّه لا يؤثر في صحة الحكم ما يقع فيه من اخطاء مادية بحتة كتابية او حسابية وانما يجب تصحيح هذا الخطأ من قبل المحكمة بناءً على طلب الطرفين او احدهما .. والفقرة 3/ منه يدون قرار التصحيح حاشية للحكم الصادر ويسجل في سجل الاحكام ويبلغ الطرفين، لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون .. لان تصحيح الخطأ المادي جرى طبقاً لاحكام المادة 167 من قانون المرافعات المدنية .. وجعل اسم والد المدعية - بدلاً من - وتدوين ذلك حاشية في الحكم المرقم - لذا قرر تصديقه.

فإنَّ دعوى البطلان شرعت لمواجهة الحالات التي يفقد فيها الحكم أحد أركانه وينطوي على إنكار للعدالة، ولم تشرع كطريق طعن موضوعي يستعاد من خلاله مناقشة موضوع النزاع أو التعقيب على ما ورد بالحكم من أسباب موضوعية تندرج ضمن احتمالات الخطأ والصواب في تفسير القانون تحسب المشرع لما قد يقع في أحكام المحاكم من أخطاء مادية. (العدد / 6667 / هيئة الأحوال الشخصية / 2013 / التسلسل / 6831 في 2013/8/13).

وفي سبيل ذلك وفي نطاق القضاء الإداري نجد المحكمة الإدارية العليا المصري قضت بأن الخطأ المادي الوارد في حكم المحكمة لا يستقيم ولا يصلح سبباً قانونياً ولا سنداً للقضاء ببطلان الحكم.

متوسط الذكاء، ويعني ذلك أن تقاس درجة الوضوح بمعيار الرجل العادي، وهو رجل من أوسط الناس وليس فائق الذكاء، ولا بالغ الغباء، يستطيع إذا ما وقع تحت بصره أن يبصره بسهولة، فهو في الأخير ينصب في تقدير وقائع القرار، أمّا مصطلح الخطأ في القانون يعد صورة من صور مخالفة القانون، وقد ينحصر محتواه في أن الإدارة تعطي للواقعة معنى ومدى خاطئاً، بأن تتجاهل مدى القاعدة القانونية ومعناها، أي أنه يتحقق بأن تطبق الإدارة القاعدة القانونية تطبيقاً خاطئاً، سواء أكانت تلك القاعدة واضحة المعنى، وسواء كان هذا التفسير يتعلق بنص قانوني أم لائحي أم بقرارات أو تعليمات إدارية⁽¹⁾، ومخالفة القانون تعني مخالفة القاعدة الموضوعية بمعنى مخالفة تدرج القواعد القانونية، في حين أن الخطأ في القانون يعني عيباً في استدلال رجل الإدارة عند اتخاذ القرار، وتنصب رقابة القضاء في هذه الحالة على أسباب القرار لا على مضمونه كما هو الشأن في مخالفة القانون، وفي الشأن نفسه يكون الخطأ في القانون بالمعنى الذي بيّناه مختلفاً عن مخالفة القانون، حيث تنحصر مخالفة القانون في المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية، وذلك بعدم إلزام الإدارة بهذه القاعدة القانونية أو بسبب تجاهلها كلياً أو جزئياً، بيد أن الخطأ في القانون كما نلتمسه من أنه تنصب رقابة القضاء الإداري على أسباب القرار وليس فحواه أو مضمونه، بخلاف ما هو عليه القضاء في حالة مخالفة القانون، ومما سبق يتبين لنا أن الخطأ الظاهر في التقدير يعود إلى المبالغة البارزة أو الظاهرة التي تقع فيها الإدارة في نطاق ممارستها لسلطتها التقديرية في كثير من الأحيان، وهي خارجة عن إنحصاره بركن من أركان القرار الإداري.

ومن ذلك نرى أن الخطأ البارز أو الظاهر في التقدير، يكون في حالتين: أولاً:

إمّا أن يكون هناك إفراط في الشدة، إذ إن قسوة الإدارة قد تؤدي إلى شل المرافق

(1) د. عبدالفتاح حسن، القضاء الإداري-قضاء الإلغاء-، ج 1، المكتبة الجديدة، القاهرة، ص 351.

العامة عن طريق خوف الموظفين وإحجامهم عن تحمل المسؤولية، ثانياً: عندما يكون هناك إفراط في الشفقة إذ إنَّ شفقة أو رأفة الإدارة واستهانتها بالخطأ قد تؤديان إلى استخفاف الموظفين بأداء الواجب، وإلى استهتار برؤسائهم وبمجمّل واجباتهم الوظيفية.

ثالثاً/ الخطأ المرفقي والخطأ الظاهر في التقدير:

لا يمكن عدّ الخطأ المرفقي وجهاً للخطأ الساطع أو الظاهر في التقدير، بل إنّهما مختلفان عن بعضهما، حيث يعرف الخطأ المرفقي بأنّه عبارة عن الخطأ الموضوعي الذي يسند إلى الإدارة بغض النظر عن القائم به، لأنّه يفترض فيه قيامها بالخطأ ويسفر ذلك إلى تحملها تبعه هذا الخطأ⁽¹⁾ وذلك بتحملها التعويض المستحق عن حدوث هذا الخطأ، وتحمل الدولة من جانبها مسؤوليتها عن ذلك التعويض، لأنّها مسؤولة عن أعمال تابعيها وموظفيها حسني النية، من هنا فإنّ الخطأ يقوم على عدّ الإدارة العامة متسببة في حدوث الضرر، لقصورها أو عدم تقيدها بالقانون أو التعليمات النافذة، علماً أنّ الإدارة ماهي إلاّ شخصية معنوية عامة في الحقيقة، لم تكون لديها إرادة أو مشيئة، بل يمثل إرادتها الموظفون أو العاملون فيها.

وأما الخطأ الظاهر في التقدير فماهو إلاّ خطأ أو عدم تطابق تقدير الإدارة لواقعة معينة صدر القرار فيها، فهو ينصب في قرار يتجاوز حدود المعقولة والمنطق أو التفكير السليم⁽²⁾، ويكون مبني الخطأ المرفقي دوماً ما يكون يجبر بالتعويض، أمّا الخطأ الظاهر في التقدير يكون بإلغاء أو بطلان القرار، أو إعادة الحال إلى ماكانت عليه سابقاً إذا أمكن، كحالة قرار عزل موظف لم يستحق ذلك وإعادته إلى وظيفته السابقة.

(1) ينظر د. قيدار عبدالقادر صالح، فكرة الخطأ المرفقي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 38، 2008، ص313.

(2) ينظر د. إدوارد عيد، القضاء الإداري، ج2، مطبعة البيان للنشر والتوزيع، بيروت، 1975، ص334.

المطلب الثاني

الأحكام العامة لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير

مع جل التطورات التي تشهدها رقابة التناسب، خاصة فيما يتعلق برقابة الخطأ الظاهر في التقدير وإبراز أهمية الأحكام المتباينة التي تحكم نطاق هذه النظرية، بدءاً من استحداثها ثم مرورها بمراحل متلاحقة ومختلفة من تطبيقها، وكذلك تحديد المعايير التي تنضبط هذه النظرية، وبيانا لسياقات العامة التي تحكمها، توزع هذا المطلب على ثلاثة فروع، الفرع الأول يخصص لبيان معيار نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وأما الفرع الثاني من المطلب، فإنه يكرس لتحديد موقع رقابة الخطأ الظاهر في التقدير بين مستويات الرقابة القضائية، والفرع الثالث يتناول إثبات الخطأ الظاهر في التقدير.

الفرع الأول

معايير تحديد نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

لا يمكن البتة أن نجزم الحديث عن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير من دون تحديد المعيار القانوني والقضائي السليم لها، لما لهذا التحديد من أهمية قصوى لمعرفة هذه النظرية عن كثب، ولمساهمة الجادة في تيسير عملية التأكد والتحقق من قيامها، وإعمال غاياتها، ويجسد ذلك في المحصلة النهائية ماهية النظرية وقوامها، إذ يقوم بذاته بدور وظيفي ذي بعدين حيث يستند إليه القاضي الإداري في بحثه وتقصيه عن حكم يواكب القضية عدلاً وإنصافاً، لكي يطمئن من سلامة القرار الإداري من الخطأ الظاهر في التقدير، أو عدم سلامته ويحكم بإلغاء ذلك القرار، هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإن المتخصصين أيضاً يقومان من جانبيهما بالبحث والإستكشاف عن ذلك إذا ما بدا لهما أنّ هناك خللاً غير مقبول وغير معقول يشوب القرار لكي يتذرعوا به كوسيلة قانونية وقضائية لدفع القرار بعدم

المشروعية أمام القضاء، وتأسيساً على ما تقدم، سنفصل الحديث في معايير تحديد هذه النظرية، في الآتي:

أولاً/ المعيار-الشكلي-اللغوي لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير:

المتمعن في قرارات وأحكام القضاء الإداري في فرنسا وغيرها من الدول، يجد أنّ من بين هذه الأحكام والقرارات أحكاماً اعتمدت بصورة مباشرة أو غير مباشرة على المعيار اللغوي لتحديد إطار النظرية، ثمّ إصدار الأحكام بالإستناد إليه، يعتمد المعيار اللغوي على الدلالات أو السياقات اللغوية المتبادرة إلى الذهن أولاً، وإذ ينحصر بوصف الخطأ ووصوله إلى حد لا يمكن الكتمان عليه أو إخفائه، حيث يكفي لإقناع القاضي الإداري المختص بالتحرك لإزالته من خلال الحكم القضائي السديد ضده، لبلوغ درجة الوضوح إلى كونه بديهياً أو فاحشاً أو صارخاً⁽¹⁾، وقد عدّ مجلس الدولة الفرنسي أنّ هذا الخطأ هو الذي يدركه غير المختصين في تلك المجالات⁽²⁾ وقد سائر المجلس لمدة طويلة هذا المعيار في قراراته وأحكامه.

لاينكر ذلك أنّ هذا المعيار سهل التطبيق، لكونه وصفاً يطلق على ما ترتكبه الإدارة من تطابق لهذا الوصف، مع قراراتها الصادرة بناء على سلطتها التقديرية في تقدير الخطأ أو التكييف القانوني للوقائع، وبمعنى آخر، فإنّ القاضي الإداري لم يهدر جهداً كبيراً في إكتشافه لهذا الخطأ، وليس في حاجة إلى البحث المعمق حول تلك الوقائع، بل يمكنه الوصول إلى إكتشافه بمجرد النظر والإطلاع إلى أوراق الدعوى ووقائعها⁽³⁾.

(1) د. رمضان محمد البطيخ، مصدر سابق، ص225.

(2) بوزيان نورالدين، المصدر السابق، ص35.

(3) د. علي حسين أحمد الفهداوي، الرقابة القضائية على الغلط البين في التقدير من قبل الإدارة، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الخامس، 2012، ص33.

ومن الأمثلة العملية على تطبيق هذا المعيار ما ورد في أحد القرارات الصادرة لمجلس الدولة الفرنسي، الذي تمكن القاضي الإداري من كشفه، وهو عدم ترشح أحد القدماء من الأطباء الفرنسيين إلى قائمة الجدارة الطبية لإختيار أفضل الأطباء والأجدر علمياً، من جهة الإدارة، وبتقدير القاضي تبين له أنه من المؤهل ترشيحه إلى هذه القائمة، وجعل هذا الأمر الإدارة في إطار المسؤولية الإدارية عن طريق الخطأ الظاهر وتتوجب مساءلة الإدارة على ذلك⁽¹⁾.

وفي النطاق ذاته، قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد قراراتها بالقول "إذا قصر التقدير على عنصرين فحسب، دون سائر العناصر الأخرى التي يجب مراعاتها في التقدير، فأدى ذلك إلى خطأ بين في التقدير مما يدل من ثم على أنه لم تجر مفاضلة حقيقية وجادة بين الطاعن وزملائه، مما كان يتعين معه ترتيب المرشحين على وفق درجات نجاحهم"⁽²⁾.

وإذا ما تبادر إلى ذهن القاضي ما يشكك أو يوقعه في دائرة المضنات، فعلى القاضي الحكم بسلامة القرار الإداري من ثبوت أو وجود الخطأ الظاهر في التقدير⁽³⁾، لأنه وفقاً لإعتقادنا فإنّ الشك يفسر لمصلحة الإدارة، لكون المدعي ادعى خلاف الأصل، ألا وهو وقوع الإدارة في الخطأ الظاهر، فإنّ الأصل كان الإدارة بريئة من الوقوع في الخطأ الفادح إلا إذا أثبت حقيقة ذلك، وهذا ليس أمراً لتقديس الإدارة وتمجيدها، بل هو إبقاء على الأصل وفقاً للقواعد والمبادئ القانونية العامة، الأصل بقاء ما كان على ما كان.

(1) د. علي محمد رضا يونس الطحان، المصدر السابق، ص 193.

(2) يراجع القرار رقم 3503 لسنة 45ق، في جلسة 2002/1/19، نقلاً عن د. علي محمد رضا يونس الطحان، المصدر السابق، ص 193.

(3) يراجع

على الرغم من وجهة هذا المعيار، إلا أنه مع ذلك لم يسلم من انتقادات، منها:
1- يقال أنّ التركيز على زاوية واحدة وهي زاوية القاضي الإداري، والتدخل في مجال الإدارة والتجاوز عليها في الإختصاص الدقيق الذي تمتلكه الإدارة، يجعل هذا المعيار عديم الجدوى، ولربما يتبع معه الظلم والتعسف في قرار القاضي، بدورنا لم نؤيد هذا النقد ونراه غير منطقي و واقعي مع أصل النظرية ودور القاضي الإداري.

2- إنّ الإقتصار على المعنى اللغوي لهذه النظرية أمر يجافي العدالة القانونية، إذ يتعين الإعتماد على المعيارين اللغوي والموضوعي في آن واحد.

ثانيا/ المعيار المادي-الموضوعي:-

نظراً للانتقادات الكثيرة التي وجهت إلى المعيار الشكلي لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير، ماجعل المعيار نفسه ليس محلاً لإجماع الفقه الإداري، بعده المعيار الوحيد لتلك النظرية، لذا فإنّ جهود الفقه استمرت لإيجاد معيار محدد يسترشد به من القضاء الإداري كي يكشف الأخطاء التي قد تقع فيها الإدارة، يعتمد على الإهتمام بموضوع ومادة الخطأ الظاهر، لا يعتمد على حسن أو سوء نية الإدارة من جهة، ولايكون أمر تقدير ذلك إلى محض تقدير القاضي من جهة أخرى، بل يرجع فحوى هذا المعيار إلى إثبات أو إيجاد خطأ واضح أو بارز من لدن الإدارة في تقديرها لموضوع القرار، وبعبارة أخرى، أنّ هذا المعيار يعتمد على وجود خطأ ظاهر أو واضح وقعت الإدارة فيه فيما يتعلق بتقديرها للموضوع، وبذلك فإنّها تكون متجاوزة حدود المعقولية والمنطق السليم، وتحقيقاً لذلك ذهب إليه الدكتور ثروت البدوي قائلاً" إنّ ما يراقبه مجلس الدولة الفرنسي تحت مسعى الخطأ الظاهر، هو في حقيقته الأمر الموضوعي المشوب بالخطأ، فالدور الذي يؤديه المجلس في رقبته على الخطأ الظاهر في التقدير هو دور تقرير يقتصر على مجرد التأكد من صحة

أو خطأ التقدير الذي سبق أن أجرته بالنسبة لمعظم نشاطها، وهو ما يتفق ودوره بالرقابة عموماً على أعمال الإدارة⁽¹⁾."

فالموضوعية ، تعني موضوعية التقدير وماديته، والكيفية التي من الممكن أن نسترشد بها للوصول إلى كشف الخطأ البين أو الظاهر، ويمكن إثبات ذلك من خلال مجريات الدعوى والأوراق الثبوتية التي تقدم بشأن ذلك⁽²⁾.

إذ سيكون منيع ذلك الإختلاف بين تقدير الإدارة في الأصل وتقدير القاضي بعد ما تكون الدعوى مقامة أمامها سيكون مرد ذلك الإختلاف إلى أحكام القانون، وذلك في حالة عدم مطابقة تكييف وتقدير الإدارة لأحكام القانون من الناحية الموضوعية، ولا مرية في أن مخالفتها للقانون لحد ذاته لا يكون تحت مسعى الخطأ الظاهر في التقدير إلا إذا كان الخطأ مجاوزاً لحدود المعقولية ويكون ظاهراً وبارزاً في حد ذاته⁽³⁾، عليه فإنَّ القاضي الإداري لا يكون أمامه في مثل هذه الحالة سوى الحكم بإلغاء القرار الإداري، لعدم مراعاته المعقولية في اتخاذه القرار⁽⁴⁾، وبمعنى آخر، فإنَّه من الضروري بيان هذه المعقولية التي يربط بها نطاق الخطأ الظاهر، إذ تكمن حقيقة رقابة خطأ الظاهر التي يتولاها القاضي الإداري بمباشرتة في التحقق من معقولية تقدير الإدارة لأهمية الوقائع التي بنت عليها قرارها مقارنة بفحوى القرار ومضمونه، ويعني ذلك التأكد من مدى مطابقة موجبات الوقائع مع أسباب القانون، وهذا الأمر بحد ذاته لا يقتصر على قيام التناسب بين محل القرار

(1) ينظر د. علي محمد رضا يونس الطحان، المصدر السابق، ص 197.

(2) ينظر د. محمد عوض فرج، دور قضاء المشروعية في الحد من سلطة الإدارة التقديرية-دراسة مقارنة-، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2020، ص 371.

(3) ينظر د. محمد عوض فرج، المصدر السابق، ص 370.

(4) ينظر د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، 1997، ص 41.

وسببه فحسب، نظراً لأنَّ هناك ربطاً قانونياً وذهنياً بين المحل والسبب لكون الترابط القانوني واضحاً بين الخطأ الظاهر في التقدير مع رقابة التناسب؛ لأنَّ الأول يعد تقنية حديثة لتطبيق رقابة التناسب بشكل سليم مع مراعاة حثييات القرار وفحواه، بصورة تعكس المنطق القانوني والعدالة الإدارية من دون استثناء؛ بل تراعى في ذلك كله أغراض وغاية القرار الإداري، ألا وهي تحقيق الصالح العام.

وفي نطاق تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي على هذا المعيار عموماً⁽¹⁾، والقرارات التي تتعلق بتعادل الوظائف خصوصاً، يتبين أنَّ حرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة في هذا النطاق يجب أن لا تكون مبنيةً على عدم التعادل ظاهر⁽²⁾.

ومن هنا يتضح دور القاضي لتقدير قيام التوازي أو التعادل بين الوظائف، على اسس موضوعية يستنبطها من عناصر الدعوى، وينهض على القول بقيام خطأ ظاهر يشوب تقدير الإدارة حيث كان التقدير مجاوزاً لحدود المعقول.

وقد قام مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته على أساس الخطأ الظاهر في التقدير، ومنها قرار بإلغاء قرار صادر من وزير الدولة للجامعات بنقل بعض أعضاء هيئة التدريس من جامعة نانثير إلى جامعة باريس، وذلك على الرغم من عدم وضوح هذا الخطأ الظاهر في التقدير لإحتياج كل من الجامعتين⁽³⁾.

(1) تطبيقاً لهذه النظرية من حيث الموضوع، قرر مجلس الدولة الفرنسي في قرار له، بتاريخ 26/5/2018 قراراً يقضي برفض طعن مقدم من الإتحاد النقابي الفرنسي بإلغاء قرار ضمني بذريعة وجود خطأ ظاهر في التقدير، والمتعلق برفض إلغاء مرسوم 2015/1237 بشأن تحديد شروط تعيين أعضاء المجلس الإقتصادي والإجتماعي والبيئي، وقد ورد في حثييات قرار رفض الطعن أنَّ القرار لم يشبه الخطأ الظاهر في التقدير، وهذا خير دليل على فعالية هذا المبدأ وتطبيقه في الواقع في نطاق القضاء الفرنسي، ينظر في ذلك د. يحيى محمد نمر، مصدر سابق، ص 159.

(2) ينظر د. محمد عوض فرج، المصدر السابق، ص 372.

(3) د. رمضان البطيخ، المصدر السابق، ص 228.

وخلاصة ما تقدم، وبالإشارة إلى هذا الموضوع، يتعين على القاضي الإداري قبل الحكم في موضوع، أن يتأكد من الخطأ البين ويجب عليه:

الأول / التأكد من حجم الخطأ ومداه: وهو أن يكون الخطأ يتسم بالجسامة الواضحة أو الظاهرة تماماً للعيان، والذي لا يحتاج إلى خبرة المختصين لاكتشافه .

الثاني / عدم بذل الإدارة العناية اللازمة لتقليل هامش الخطأ في التقدير: إذ ينبغي أن تطل الرقابة القرارات التحكيمية وغير المنطقية التي لم تشبع دراسة وتمحيصها، إذ تندفع الإدارة نحو التأكد وتوخي الدقة في تحديد أسباب قراراتها ومدى ملاءمتها للصالح العام⁽¹⁾، ومن ثم تعد هذه الرقابة وسيلة مهمة لمنع تعسف الإدارة وتحكم موظفيها، ولضمان حقوق الأفراد وحياتهم تجاهها، وفي النهاية تجبر الإدارة من تلقاء نفسها على بيان الأسباب والوقائع التي بنت قرارها عليها ، ليتسنى للقاضي دراستها واستخلاص معيار الغلط الذي يخضع لرقابته من ثنائياها.

وبعد العرض المتقدم؛ نرى من جانبنا أن الإكتفاء بمعيار واحد من دون المعايير الأخرى، يسبب النقص في أخذ النظرية على الوجه الأتم، بل على القاضي أن يوازن بين المعيارين الشكلي والموضوعي في آن واحد، وترجيح الأخير على المعيار الأول، لكونه الأقرب إلى جادة الصواب من غيره، لإعتماده على عمق التفكير والأسباب الموضوعية التي دفعت الإدارة إلى اتخاذها للقرار ومراعاة كافة الظروف والإعتبارات المحيطة بالعمل القانوني العام، ومن دون الإكتفاء بالمعاني اللغوية على حد ذاتها، ومن جانب آخر نرى أنّ عدم تحديد المعيار المعتمد وترك المجال مفتوحاً أمام القاضي الإداري سيجعلنا في مطبة عدم استقرار أحكام القضاء وعدم مراعاة القاضي الأسباب الكامنة التي تختص بها الإدارة في إصدارها للقرار، وبالتالي فإنّ التخوف من تأثر القضاء بالنزوات والأهواء الشخصية في تكييف الوقائع ما يزال

(1) د. ماهر صالح علاوي الجبوري-القرار الاداري-دار الحكمة للطباعة والنشر/بغداد-1991-ص110.

قائماً، لأننا في الحقيقة لا نستبعد وقوع الإدارة في خطأ، بل لها حق الخطأ لكونها في حالة التماس واحتكاك مستمر مع الجمهور، من دون أن يعتلي هذا الحق الخطأ الساطع أو الفادح.

الفرع الثاني

مستوى رقابة الخطأ الظاهر في التقديرين مستويات الرقابة القضائية

من الضروري البحث حول موقع أو مستوى رقابة الخطأ الظاهر في التقدير من بين الرقابات الأخرى، تنفيذاً للتطورات التي حصلت للرقابة القضائية على القرار الإداري، وتم تصنيف كل نوع من أنواع تلك الرقابة في حقل متسلسل من الرقابة، ويأتي هذا الفرع للإجابة عن هذا السؤال الذي مفاده ما موقع هذه الرقابة ضمن مستويات الرقابة الثلاثية؟

أ- رقابة الحد الأدنى-الرقابة الدنيا:- هي عبارة عن رقابة أولية أي تكون درجة تمهيدية للرقابة القضائية على القرار الإداري وحين تتسم بالبساطة في القيام بها والإجراءات بصدها، إذ تتضمن الوقائع التي تدعيها الإدارة لقراراتها من حيث وجودها المادي أو عدم مخالفتها للقانون فضلاً عن الإنحراف بالسلطة، ويقول بشأنها الفقيه "ديلوبادير" بأن هذا النوع من الرقابة يبرز في هذه الكيفية أنه لا يرتكز ولا يتعلق بخطأ في القانون، ولا على وقائع غير موجودة كما أنه ليس معيباً بغياب إساءة استعمال السلطة أو بأي خطأ ظاهر في التقدير⁽¹⁾، ويبدو لنا أن هذا النوع من الرقابة هو رقابة سطحية وتمهيدية لا تتدخل في محتويات المسألة المعروضة، بل ترتبط بكيان وجود الواقعة المعروضة على القضاء، فهي

(1) نقلاً عن أيمن محمد حسن، المشروعية الإدارية وحدود رقابة الملاءمة، مجلة قضايا الحكومة المصرية، العدد الأول، السنة 1984، ص115.

عتبة الرقابة القضائية ومدخلها، تسبق في ممارستها حتى رقابة المشروعات، ومنها يبدأ القاضي بمباشرة الرقابة إلى ما ينتهي بمستجدات وتقنيات رقابة التناسب، ألا وهي رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، ورقابة الموازنة بين المنافع والمضار، وخلاصة القول هنا أنه بالتأكيد لم تكن رقابة الخطأ الظاهر من تصنيفات أو مشتملات هذه الرقابة حتماً، مع ما كان عليه الخلاف لدى بعض الفقه الفرنسي، حيث يرون رقابة الخطأ الظاهر من هذا النوع من الرقابة، منهم الفقيهان (Kontrol und Komprobst) .

ب- الرقابة العادية:- بعد الإنتهاء من الرقابة الدنيا أو الحد الأدنى، يأتي دور الرقابة العادية أو المرتبة الثانية، وهي عبارة عن رقابة التكييف القانوني للوقائع التي تدعيها الإدارة لقراراتها المتخذة، وذلك بعد قيام القاضي الإداري ببسط الرقابة القضائية للتحقق من صحة الوجود المادي للوقائع بوصفها خطوة فعّالة وعملية في الوقت ذاته في مسار سلطة الإدارة التقديرية⁽¹⁾.

ج- رقابة الحد الأقصى: وهي المرحلة الأخيرة في مجال الرقابة القضائية، وهي رقابة الملاءمة ثم رقابة التناسب، وبعد ذلك التقنيات الحديثة لرقابة التناسب، وهما نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار، نرى من جانبنا أنّ رقابة الخطأ الظاهر في التقدير يدخل من صميم رقابة الحد الأقصى، لأنّها رقابة تخصصية عميقة التي يقوم بها القاضي الإداري، ويدخل في عمق وتفاصيل موضوع القرار.

(1) ينظر د. علي محمد رضا يونس الطحان، المصدر السابق، ص 185.

الفرع الثالث

إثبات الخطأ الظاهر في التقدير

من المسائل المحورية والأساسية التي لا بد من الإشارة إليها، وبيان أحكامها، مسألة كيفية إثبات الخطأ الظاهر في التقدير، والآلية القانونية التي يتم الاستناد إليها من قبل القاضي الإداري وما يدور حولها، لأنه من المحتوم أنّ قضية الإثبات في الدعاوى الإدارية بأسرها، تختلف إلى حد كبير عن الدعاوى الأخرى، لربما يرجع أول هذا الاختلاف إلى موضوع أطراف الدعوى، لكون الدعوى الإدارية دائماً ما تكون أحد أطرافها شخص إداري عام متمتع بامتيازات السلطة العامة، إذ لاغرو في أنه يحتكم بصفته هذه على أغلب محتويات الإختصاص الإداري أمام القضاء، ولاسيما أنّ الإدارة تكون في مقام المدعى عليه في غالب الأحوال، عليه فإنّ مقام الطرفين ليس في مركز قانوني متوازن، وذلك لما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة⁽¹⁾، ما يجعل القاضي الإداري في كل أحوال أمام عثرة في فصل القضية وإثباتها بيسر وسهولة، بل عليه في الوهلة الأولى إعادة التوازن الحقيقي بينهما من خلال عدم التقيد بالمبادئ الأساسية للإثبات المدني أو الجنائي⁽²⁾، بل عليه في ذلك ووفقاً للسياق المعول بتحول أو نقل عبء الإثبات إلى عاتق الإدارة، لما تم بحوزتها جميع القرائن والأدلة الثبوتية لديها، ومن الصعب أو حتى المستحيل أن يستحصل عليها الشخص العادي وهو المدعي مثلاً في الدعوى، لأنّ هذا النزول من القواعد والمبادئ الأساسية في عبء الإثبات أمر تستدعيه العدالة الإجرائية وطبيعة الدعوى الإدارية، وتكون في الوقت نفسه كفيلة بتحقيق التوازن بين طرفي الخصومة في الدعوى الإدارية.

(1) رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية-الخصومة الإدارية-، ج3، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص67.

(2) ينظر د. مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، ط3، دار عالم الكتاب، القاهرة، 1978، ص20.

وقد سبق وأن أشار مجلس الدولة الفرنسي إلى فكرة قريبة من هذه الفكرة، وهي بصدد الإشارة إلى فكرة التخفيف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المدعي، إذ كان في الحكم المسى "Barle"⁽¹⁾ الصادر سنة 1954 الذي بموجبه لايلقي القاضي الإداري عبء الإثبات على عاتق المدعي أو الطاعن في الدعوى، بل عليه أن يحدد جوانب الدعوى، وأن يجمع تأييداً لكل ما ينسبه لكل وسائل الإثبات التي يملك التصرف فيها، وعلى القاضي بعد ذلك إكمال الملف من حيث الإجراءات والتحقيق من مضمونها، مادام المدعي قد قدم قرائن ثبوتية متسمة بجدية وفعالية⁽²⁾، وبعد هذا يطلب القضاء من جهة الإدارة جميع البيانات والمستمسكات التي بسببها تُتخذ القرار بالإطلاع عليها، وفي حالة رفضها ذلك، سيقوم القاضي بإلغاء القرار المطعون فيه.

بعد التبين من القرار يتبين أنّ القضاء قد أرسى من جانبه مبدءاً هاماً، ألا وهو الإكتفاء بتقديم قرائن جدية من قبل المدعي، ثمّ إشراك الإدارة بتقديم الأدلة والأوراق للإطلاع عليها من القاضي الإداري، من حيث إثبات الواقعة كما هي أو عدم إثباتها، وفي حالة إمتناع الإدارة عن ذلك سيقوم القاضي من جانبه بإلغاء القرار، هذا الأمر يعدّ تخفيفاً على كاهل المدعي من الإثبات وهذا أمر أملتة العدالة الإجرائية ومنطق القانوني السليم، وكذلك العدالة في إجراءات التقاضي وكفالة التوازن بين أطراف الدعوى.

(1) من الجدير بالإشارة أن نذكر ملخص الواقعة، وقد تتلخص في أنّ الإدارة الفرنسية رفضت طلباً تقدم به السيد Barle وزملاؤه للإلتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة، فطعن هذا السيد في القرار مستنداً إلى أنّ الإدارة استبعدتهم من المسابقة لأسباب سياسية، وهي انتمائهم للحزب الشيوعي الفرنسي واستندوا في إدعائهم إلى ما نشرته إحدى الجرائد من تصريحات الحكومة عن نيتها حرمان أعضاء الحزب الشيوعي من الإلتحاق بمدرسة الإدارة الوطنية، وخلص الطاعنون إلى أنّ قرار استبعادهم مشوب بخطأ ظاهر، وخطأ في القانون، وهو ما يعدّ إخلالاً من الإدارة بإحترام مبدأ المساواة بين الفرنسيين في الإلتحاق بالوظائف العامة.

(2) يراجع د. زكي محمود النجار، المصدر السابق، ص 53.

ومن سياق قريب مما سبق، أخذ القضاء المصري شوطاً أبعد في المجال نفسه من القضاء الفرنسي، إذ حوّل من جانبه عملية عبء الإثبات بصورة كافية من عاتق المدعي إلى عاتق الإدارة المدعى عليها، وذلك عبر قرار صادر من المحكمة الإدارية العليا مفادها " وإن كان الأصل أنّ عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، إلّا أنّ الأخذ بهذا الأصل على إطلاقه في المنازعات الإدارية، لا يستقيم مع واقع الحال بالنظر إلى احتفاظ الإدارة في غالب الأمر بالوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعات، لذلك فإنّ من المبادئ المستقرة في المجال الإداري، أنّ الإدارة تلتزم بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع، والمنتجة في إثباته إيجاباً أو نفيّاً متى طُلِبَت منها ذلك، فإذا نكلت الحكومة عن تقديم الأوراق المتعلقة بموضوع النزاع، فإنّ ذلك يقيم قرينة لصالح المدعي، تلقى عبء الإثبات على عاتق الحكومة"⁽¹⁾.

(1) ينظر القرار رقم 108 لسنة 12 ق، في 1967/11/11، نقلاً عن د. محمد عوض فرج، مصدر سابق، ص379.

المطلب الثالث

نطاق تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

على الرغم من حداثة هذه النظرية التي استحدثت في فرنسا لأول مرة، لمواجهة حالات الإمتناع أو الإساءة أو التعسف في إستعمال الإدارة، وكان ابتكار هذه النظرية مقتصرأً فقط على حالات معينة مثل حالة التعادل أو تماثل الوظائف، ومبادلة الأراضي الزراعية، إلا أنه في الوقت الحاضر تعددت مجالات تطبيقها وذلك لتوسع وتنوع مجالات العمل الإداري، التي تثار أمام الإدارة، لأجل بيان ذلك وزعنا هذا المطلب، على ثلاثة فروع، الفرع الأول يتضمن دراسة رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في مجال الوظيفة العامة، وأما الفرع الثاني فهو مخصص لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير في مجال التأديب، والفرع الثالث يخصص لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير في مجال الضبط الإداري، وسنتطرق إلى بيان ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

رقابة الخطأ الظاهر في مجال الوظيفة العامة

يعدّ مجال الوظيفة العامة أو التعيين من المجالات الحيوية التي يتم تطبيق نظرية الخطأ الظاهر عليها، وعلى نحو خاص في مجال معادلة الوظائف، وقد كان الظهور الأول للخطأ الظاهر في التقدير راجعاً في الغالب إلى أنّ زمن صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في 17 مارس 1965 الذي من الحكم الأول المتعلق بمجال ممارسة السلطة التقديرية للإدارة في مجال وقت التعيين⁽¹⁾، وإحتمالية حدوث

(1) من الضروري الإشارة إلى خلاصة القضية، تتلخص في الآتي: رفضت الإدارة العامة إجراء مسابقة لشغل وظيفة طبيب في إحدى المستشفيات، ومن جانبها رفعت النقابة الفرعية في منطقة تدعى "note" داعية في طلبها بإلغاء قرار مفتش الصحة لعدم إجراء المسابقة. فحكمت المحكمة الإدارية بإلغاء القرار المذكور، إلا أنه في الوقت نفسه قام وزير الصحة العامة في طعن الحكم أمام مجلس ==

الخطأ الظاهر في التقدير لأول مرة، وقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي العديد من الأحكام في مجال الرقابة القصوى على السلطة التقديرية للإدارة العامة، ولأجل ذلك يلاحظ من تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي أنه لايمانع من تطبيق السلطة التقديرية للإدارة العامة، بقدر ما يمنع إحتواء تلك السلطة التقديرية للإدارة على الخطأ أو الغلط البين في التقدير، وإلّا تعرضت أعمالها للإلغاء أو البطلان، وفي مجال إحالة الموظفين إلى الإستيداع-التقاعد- نشعر أنّ المجلس لم يتوان عن تطبيق هذه النظرية حيال رقابته للقرارات الإدارية الصادرة في مثل هذه الحالات، والشواهد كثيرة في هذا الجانب، ومنها على سبيل المثال قضية المدعو "Gazelles" في الحكم الصادر في 17 يناير 1973، وتتلخص وقائعه في أنّ المذكور وهو معاون السكرتير العام لمدينة "Rennes" قام برفع دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية للمدينة نفسها، مطالباً فيها بإلغاء القرار الصادر من عمدة المدينة بإحالاته إلى الإستيداع - التقاعد-، في المقابل قامت المحكمة من جانبها برفض الطعن، فطعن بعد ذلك في قرار المحكمة أمام مجلس الدولة الذي رفض بدوره الطعن على أساس أنّ قرار العزل مبرر بما ارتكبه المدعي من أخطاء وظيفية، وأنّه لايتضح من الأوراق والمستندات المقدمة أنّ هذا القرار يقوم على وقائع مادية صحيحة، أو أنّه مشوب بخطأ يبيّن في التقدير⁽¹⁾، وفي قضية أخرى، متعلقة بمسألة التعيين أو التوظيف لسيدتين، وثبتت إحداهما من دون الأخرى⁽²⁾، تم الطعن على أساس وجود عيب

==

الدولة الذي قضى بإلغاء حكم المحكمة الإدارية، وقد رفضت الدعوى على أساس أنّ الإدارة حرة في أن تجري مسابقة لشغل وظيفة عامة أو لاتجربها بعد ذلك يدخل في صميم السلطة التقديرية للإدارة العامة، إلا إذا طرأ على ذلك التقدير خطأ بين في التقدير أو إنحراف السلطة أو غلط في القانون، أو قام على وقائع مادية غير صحيحة، للمزيد ينظر د. محمد عوض فرج، المصدر السابق، ص 382.

(1) يراجع حكم الصادر في 17 يناير 1973، نقلاً عن مايا محمد أبو دان، المصدر السابق، ص 135.

(2) نرى من الضروري أن ندرج ملخص الواقعة كالآتي: نظراً الى الاستدعاء، المسجل في 24 تشرين

==

==

الأول/أكتوبر أمام مجلس شورى الدولة، والمقدم عن السيدة ف ... د ...، تطلب السيدة د. ...، من مجلس شورى الدولة:

أولاً/إبطال، المرسوم الصادر في 24 آب/أغسطس 2006 بسبب تجاوز حدّ السلطة، والذي يتعلق بالتعيينات في القضاء بما أنه يعيّن نائبة رئيس مسؤولة عن تطبيق العقوبات في المحكمة الابتدائية الكبرى في بيريجو Périgueux ويعيّن السيدة أ... ب...، زوجة أ...، في الإدارة المركزية ابتداءً من 1 أيلول/سبتمبر 2006، ومن جهة أخرى، القرار الصادر في 29 آب/أغسطس 2006 المتعلق بتعيين السيدة ب...، زوجة أ...، قاضية تطبيق العقوبات في المحكمة الابتدائية الكبرى في بيريجو Périgueux، بصفة مسؤولة عن التدريب في المدرسة الوطنية للقضاء ابتداءً من 1 أيلول/سبتمبر 2006. بما أنّ السيدة د. ... طلبت، في عريضة الدعوى الخاصة بها، من جهة، إبطال المرسوم الصادر في 24 آب/أغسطس 2006 المتعلق بالتعيينات في القضاء، بما أنه يعيّن نائبة رئيس، مسؤولة عن تطبيق العقوبات في المحكمة الابتدائية الكبرى في بيريجو Périgueux، وبما أنه، وفقاً لها، يعيّن السيدة ب... داخل الإدارة المركزية، ومن جهة أخرى، القرار الصادر في 29 آب/أغسطس 2006 الصادر عن حافظ الأختام، وزير العدل، المتعلق بتعيين السيدة ب...، قاضية تطبيق العقوبات في المحكمة الابتدائية الكبرى في بيريجو Périgueux، بصفة مسؤولة عن التدريب في المدرسة الوطنية للقضاء ابتداءً من 1 أيلول / سبتمبر 2006؛ ما يتعلق بتدخل نقابة القضاة :

بما أنّ النزاع المتعلق بتعيين السيدة د. ... كنائبة رئيس، مسؤولة عن تطبيق العقوبات في المحكمة الابتدائية الكبرى في بيريجو Périgueux ينتهي إثر التنازل الذي تم قبوله بموجب هذا القرار؛ وبما أن تدخل نقابة القضاة في إطار دعم اللوائح التي تنازلت عنها السيدة د. ... أصبح غير ذي موضوع؛ بما أنّ اللوائح المقدمة من قبل السيدة د. ... ضد المرسوم الصادر في 24 آب/أغسطس 2006 غير مقبولة؛ فيكون بالتالي تدخل نقابة القضاة لدعم هذه اللوائح غير مقبول أيضاً؛ بما أنه، في المقابل، لدى نقابة القضاة مصلحة تبرر تدخلها في إطار دعم اللوائح المقدّمة من قبل السيدة د. ... بما هي موجّهة ضد القرار تاريخ 29 آب / أغسطس 2006؛ فينبغي بالتالي قبول تدخلها في هذا الصدد؛ في ما يتعلق بمشروعية القرارات المطعون فيها :

بما أنّ السيدة د. ... تدّعي، لدعم طلبها، بأنّ حافظ الأختام، وزير العدل، ارتكب خطأً قانونياً عندما رفض ترشيحها لمنصب مسؤولة عن التدريب في المدرسة الوطنية للقضاء بسبب التزامها في النقابة فكان قراره مشوباً بخطأ واضح في التقدير عندما فضّل ترشيح السيدة ب...؛ وبما أنه في هذه الظروف، يجب الاعتبار بأن هذا الاختيار، حتى ولو لم يكن اختيار مدير المدرسة الذي كان رأيه مطلوباً بموجب المادة 10 من نفس المرسوم، لم يكن إختياره قائماً على أسس مشوبة بالتمييز؛ بالتالي، يجعل القرار ليس مشوباً بخطأ قانوني؛ ويجعل ذلك مخالفاً لما تزعمه المدّعية، إذن بالنتيجة لا يتبيّن من وثائق الملف بأجمعها أن اختيار السيدة ب... مشوب بخطأ واضح في

==

الخطأ الظاهر في التقدير في تعيين السيدة المذكورة في منطوق القرار، علماً أنّ مجلس الدولة الفرنسي قرر بعد إجراء المداولة والتدقيق في القضية برد الطعن المقدم من المدعي متذرعاً في قراره بخلو الطعن من إثبات الخطأ الساطع في التقدير. وفي المجال نفسه، وبخاصة ما يرتبط برقابة القضاء على الخطأ الظاهر في مجال الترقية الوظيفية، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى تطبيق الرقابة القضائية في ميدان الترقية المتعلقة بالموظفين، يتمثل هذا المشهد في قرارات عدة، نستدرج أحد هذه القرارات وهو الحكم الصادر في قضية "Dubbober et autres" وفيه فصل المجلس في طلب المدعون في هذا الحكم إلغاء قرار متخذ من وزير الإقتصاد والمالية الصادر في 12/12/1964 المتضمن إعداد جداول الترقيات الخاصة بدرجة مدير إقليم المساعد للضرائب، وقد تم إدراج المدعي في جدول الترقيات على درجة المفتش الرئيس للضرائب، ولكنه عقب تثبيته لوظيفته تم نقله لمقاطعة أخرى⁽¹⁾، وقد طلب من جانبه تأخير النقل وإرجائه بسبب الظروف العائلية المحيطة به، وقد قام وزير الإقتصاد بشطبه من جدول الترقيات، وفي المقابل تم رفض الطعن مستنداً في ذلك إلى عدم وقوع خطأ بين في تقدير مصلحة المرفق ونقل الطالب، بمعنى آخر أنّ الموازنة بين نقل المدعي وتحقيق مصلحة المرفق لم تكن محققة إلى حد كبير، وهذا ليس أمراً جديداً على القضاء الفرنسي المتمثل في مجلس الدولة، ففي قرار سابق لهذا القضاء، أرسى قيداً في المجال ذاته، بإعداد جدول الترقيات، من حق المجلس أن يطمئن ويتحقق أيضاً من أنّ الدرجة والإستحقاق لكل المسجلين

==

التقدير ؛ وبما أنه يترتب مما تقدّم أنه يتعيّن رفض الطلب المقدم من قبل السيدة د. ... وبالتالي، رفض أيضاً مطالبها التي تهدف إلى تطبيق أحكام المادة 1-761 L من قانون القضاء الإداري؛ ينظر رقم القرار رقم 298348 في 30 تشرين الأول / أكتوبر 2009، نقلاً عن موقع Conseil d'Etat français على الرابط [Conseil d'Etat \(conseil-etat.fr\)](http://conseil-etat.fr) تاريخ الزيارة 2022/12/5 ، الساعة 12 ليلاً.

(1) القرار الصادر بتاريخ 12 فبراير 1971، نقلاً عن محمد ناصر راشد الطنيجي، ص 120.

في حقل ومضمون الجداول كانت محل دراسة فعلية عند إعدادها، ولكنه ليس من حق القضاء بسط مراقبة تقدير الإدارة المتعلق بإختيار الموظفين، طالما أنّ هذا التقدير لم يرقم على وقائع مادية غير صحيحة، ولم يكن مشوباً بغلط بين في التقدير.

الفرع الثاني

رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في مجال التأديب

تماشياً مع فكرة السلطة التقديرية للإدارة العامة وتوازنها مع قدرة القضاء الإداري في بسط الرقابة القضائية عليها، بادر مجلس الدولة الفرنسي بفكرة الحد من حرية الإدارة في تقدير ملاءمة قرارها الإداري، وذلك في إطار إخضاع تلك الحرية في إتخاذ القرار للرقابة القضائية، درءاً لتحويل الإدارة إلى سلطة تعسفية، وذلك عن طريق إستحداث نظرية الخطأ الظاهر في التقدير التي بنيت أساساً لسد الثغرات الموجودة في الرقابة على مشروعية تلك القرارات التي تستند على سلطة الإدارة التقديرية⁽¹⁾، ومنها الحكم الصادر في قضية السيدة (MM boury neuron) التي كانت تعمل سكرتيرة في أحد المرافق العامة (مديرية بلدية صغيرة) وقد قامت الدائرة العامة بعزلها عن الوظيفة كجزاء أو عقاب قانوني بسبب تأخرها في إيصال الردود على المكالمات الرسمية، إلا أنّ المجلس قد ألغى القرار المتخذ من قبل الإدارة بدعوى أنّ الخطأ الذي ارتكبه الموظفة لم يرتق إلى درجة أن تعاقب بمثل هذه العقوبة⁽²⁾.

(1) ينظر د. يوسف خليل إبراهيم السلوم، مسؤولية القضاء الإداري من خطأ الإدارة الظاهر في تقدير الوقائع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022، ص 207.

(2) د. يوسف خليل السلوم، المصدر نفسه، ص 210.

إنَّ المجلس كان بصدد إلغاء العقوبة التأديبية الموقعة على الموظفة في حالة ما إذا كانت مقترنة بخطأ ظاهر في التقدير، ففي حكم صادر في هذا المضمار، ومن المجلس بتاريخ 1983/5/4 بخصوص طعن في قرار فصل موظف، وقد تذرع المجلس في قراره أنَّه إذا كان الخطأ الذي ارتكبه الموظفة حتماً يكون من شأنه أن يقابل بالعقوبة التأديبية، فإنَّ الوزير قد ارتكب خطأ ظاهراً في التقدير بتوقيع عقوبة الفصل⁽¹⁾، وهذا خير دليل على عزم المجلس على تخطي خطوة استباقية نحو تطبيق مبدأ الخطأ الظاهر في التقدير، ولكنه لايسعنا في هذا المقام أن نطبقه على جميع المجالات التي تدخل حيز السلطة التقديرية للإدارة.

وعلى غرار ذلك، استمر المجلس على النهج نفسه، إذ قضى في حكم حديث له، بإلغاء عقوبة الفصل الواقع على ممرضتين بسبب اتهامهما بالتعصب الجنسي ضد بعض المرضى، حيث توصل المجلس في قراره إلى قناعة بأنَّ الإدارة العامة وقعت في خطأ ظاهر في التقدير حين فرضت هذه العقوبة عليهما معاً⁽²⁾.

تأسيساً على ماتقدم، تكونت القناعة بأنَّ مجلس الدولة الفرنسي لم يألُ جهداً من جانبه بتطبيق هذه النظرية التي تعد من المستجدات القضائية على رقابة التناسب، لكونها رقابة حديثة وتخصصية أكثر من غيرها من صنوف الرقابات الأخرى، التي تتسم نوعاً ما بالسهولة في تطبيقها، إذ من دواعي العدل وتمييز مراتب الحقوق العامة والخاصة، الحفاظ على الموازنة الحقيقية بينهما، لأجل ذلك تجد تطبيق النظرية ضرورة قصوى.

(1) يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1983/5/4، في قضية (Skorski) مجموعة من أحكامه، نقلاً عن د. أحمد عودة الغويبري، قضاء الإلغاء، ص 124.

(2) يراجع قرار مجلس الدولة الفرنسي في 20 نوفمبر 2003، نقلاً عن سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2005، ص 330.

وفي نطاق القضاء المصري، بالإمعان في تطبيقات القضاء المصري وخاصة في مجال التأديب، نجد أنه حافل بالقرارات القضائية المتبينة لتلك النظرية، مع أنّ القضاء المصري لم يستعمل نظرية الخطأ الظاهر في التقدير بهذه التسمية الشائعة، بل أهم مجال استعمله هذا القضاء كان تحت مسعى عدم ملاءمة الظاهرة أو نظرية الغلو⁽¹⁾، مع أنّ التعبيرين وفقاً لرأينا لم يحققا الصواب، لأنّ القضاء المصري استعمل عبارة-الغلو- تارة في مجال عدم التناسب بين المخالفة التأديبية مع العقوبة المفروضة على المخالف، وتارة مع تحقق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، مع العلم أنّ النظريتين أو المبدئين بالرغم من وجود إرتباط وطيد بينهما، إلا أنّهما تختلفان من حيث الجزئية المعتبرة والتفاصيل المتجدرة فيهما.

على أية حال، فإنّ موقف القضاء المصري صريح وظاهر في الأخذ بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير في الأحكام والقرارات التي اتخذها في مجال تأديب الموظفين، وقد تم الإستناد في ذلك إلى جملة من القرارات والأحكام الصادرة منها:

ماقضت به المحكمة الإدارية العليا بأنّه " إذا قصر التقدير على عنصرين فقط دون سائر العناصر الأخرى، يجب مراعاتها في التقدير، فأدى ذلك إلى خطأ بين في التقدير، مما يدل بالتالي على أنّه لم تجر مفاضلة حقيقية وجادة بين الطاعن وزملائه، مما كان يتعين منه ترتيب المرشحين وفقاً لدرجات نجاحهم"⁽²⁾.

وكذلك في حكم لاحق مفاده " أمّا عن تقدير العقوبة فقد جرى قضاء هذه

(1) ينظر حازم بيومي المصري، مدى مشروعية تصرفات الإدارة في ظل نظرية الغلط البين في تكييف الوقائع في ضوء الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون الطبعة، 2012، ص51.

(2) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصري، الطعن رقم 5305 لسنة 45 ق، بجلسة 2002/1/19، نقلاً عن حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص52.

المحكمة على أنّ عدم الملاءمة الظاهرة في الجزاء تخرجه عن حد المشروعية وبالتالي تبطله⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بموقف القضاء العراقي المتمثل في مجلس الدولة العراقي، كونه يمثل قمة القضاء الإداري في العراق، لم نجد ضمن القرارات والأحكام التي صدرت من هذا القضاء، موقفاً واضحاً وصريحاً تجاه تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير؛ وفي مقابل ذلك، نلاحظ أنّه أخذ بجزئيات معينة من تطبيقات هذه النظرية، وتحديداً أخذ بفكرة التعسف في استعمال السلطة في قرارات عديدة، ومنها قرار صادر في عام 2007، لكون مسألة التعسف في استعمال السلطة تفسر وجهاً من أوجه الخطأ الظاهر في التقدير⁽²⁾ وفقاً لتقديرنا؛ فإنّ معالم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير محددة تماماً، ومن مقومات أو معالم الخطأ الظاهر في التقدير فكرة أو مبدأ التعسف في استعمال السلطة، لأنّ نظرية الخطأ الظاهر في التقدير بالأساس، تساهم في تقوية بوتقة المشروعية والملاءمة، للحيلولة دون تحول السلطة التقديرية للإدارة إلى سلطة تعسفية، لكون هذه النظرية بمثابة ميزان

(1) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصري، الطعن رقم 107 لسنة 9ق، جلسة 1963/11/16، نقلاً عن الموقع الإلكتروني لموسوعة الأحكام القضائية العربية، شبكة المحامين العرب (mohamoon.net)

(2) فقد جاء في أحد أحكامه أنّ "الأمر الإداري ينقل المدعي إلى شركة مصافي الشمال يدخل ضمن باب التعسف في استعمال الحق لغرض مصلحة العمل، وحيث إنّ المدعى عليه لم يشر في الأمر محل الطعن إلى مايدل على تقاعس أو إهمال المدعى عليه في عمله، ما يجعل النقل تعسفياً، وحيث إنّ قرار مجلس الإنضباط العام قضى بإلغاء الأمر الإداري المطعون فيه للحيثيات الواردة فيه قرر تصديقه ورد اللائحة، ينظر قرار مجلس شورى الدولة العراقي، قرار رقم 2/انضباط-تميز/2007 قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2007، وزارة العدل، ص 277، وفي سياق ذي صلة بالموضوع جاء في قرار لاحق مفاده "حيث إنّ المدعى عليه لم يمانع من إشراك المدعية بالدراسات العليا، وأيد أنّ لديها خدمة أكثر من عشر سنوات لذلك فإنّ رفض منحها الإجازة الدراسية بعد ذلك يعدّ تعسفاً، يراجع مجلس شورى الدولة العراقي قرار رقم 98 إنضباط-تميز-2007، قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام 2007، وزارة العدل، ص 312.

لتقدير صحة القرار الإداري، ويفهم من ذلك أنّ القضاء الإداري العراقي لم يدخل نظرية الخطأ الظاهر من الباب الرئيس لها، بل يعد ذلك دخولاً للنظرية من ظهورها أو من أبوابها الفرعية.

وفيما يتعلق بموقف مجلس شورى الإقليم أيضاً، نجد أنّه بالإستناد إلى قراراته الصادرة منذ تأسيس مجلس شورى الإقليم ولحد الآن، لم يطبق هذه النظرية في قراراته، وهذا أمر محل إستغراب القاضي والدّاني من هذا الموقف، وسيطرح سؤال في هذا المقام، مفاده هل من الطبيعي عقلاً ومنطقاً أن يكون تطبيق هذه النظرية في العراق وإقليم كوردستان غائباً إلى هذا الحد؟ في حين أنّ القضاء المقارن وصل في تطبيقها ما وصل إليه في الوقت الراهن، بل وقد قاموا بالتطوير في هذه النظريات وإستحداث النظريات الجديدة بيد أنّ القضاء العراقي والإقليم لم يعرفا هذه النظرية بصورة كاملة، وقد يعود سبب ذلك إلى عدة أمور منها:

1- لم يرتق القضاء الإداري إلى قضاء متخصص وغير مهتم بالنظريات الحديثة التي نشأت في الآونة الأخيرة.

2- عدم ثبوت قناعة كاملة من لدن القضاة الإداريين بأنّ القضاء الإداري قضاء إنشائي، وقد يلاحظ ذلك في قراراتهم بوضوح وخاصة في الأحكام والقرارات في شتى الدعاوى الإدارية إلى حد كبير، وهذا أمر يعود إلى عدم ممارستهم كقضاة في مجال مستقل ومختلف نوعاً ما، من مجالات القضاء الأخرى مثل القضاء الجنائي أو القضاء المدني، وذلك بقيام السلطات المختصة بنقل القضاة من القضاء المدني أو غيره إلى القضاء الإداري، مع العلم أنّ طبيعة القضائين مختلفان تماماً عن بعضهما، إذ إنّ دور القاضي في نطاق الدعوى الجنائية أو المدنية لم يكن إلاّ دوراً تطبيقياً؛ وهذا الدور يختلف في ساحة القضاء الإداري، وبالأخص في حالة خلو النص التشريعي، يتحول دور القاضي الإداري من التطبيق إلى إنشاء القاعدة القانونية وذلك تحاشياً لإنكار العدالة، وبهدف توسيع بوتقة المشروعية.

الفرع الثالث

نظرية الخطأ الظاهر في مجال الضبط الإداري

لقد توسع تطبيق هذه النظرية في مجال الضبط الإداري وبالأخص في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ومن هذه القرارات ما يتعلق بقرارات إبعاد الأجانب على سبيل المثال، وأيضاً في قرارات منح تأشيرة الدخول وغيرها، وقد تطور موقف القضاء الإداري الفرنسي في تمثيل بمجلس الدولة وذلك في سعيه الحثيث من أجل الحفاظ على الموازنة بين ممارسة الحريات العامة والخاصة، وبين عدم تقييد الإدارة العامة لسلطتها التقديرية بصورة واضحة، وفي الحقيقة وقوع الإدارة في الخطأ الظاهر في التقدير يعد عقبة أمام ممارسة السلطة التقديرية للإدارة وفقاً لإعتبرات قانونية وقضائية، وفي السياق ذاته، فإنَّ مكن الرؤية الثاقبة لمجلس الدولة في موقفه تجاه نظرية الخطأ الظاهر في التقدير هو لإعتبرات تتعلق بحماية النظام العام والآداب، لأنَّ نظرية الخطأ الظاهر في التقدير تعدّ قيداً على ممارسة السلطة الممنوحة للإدارة، وقد تبرز هذه الحقيقة تحديداً في قضية تسمى بقضية Sieur Anger⁽¹⁾ التي يعترف مجلس الدولة في مضمونها ومحتواها أنَّ عيب

(1) تتلخص وقائع القضية أنَّ المدعو Sieur Anger يقوم بإستغلال فندق في إحدى الجزر، وقد رفع من جانبه دعوى قضائية أمام محكمة Nice الإدارية، طالباً في دعواه بإلغاء قرار صادر من مدير المقاطعة وفحواه يتعلق بتنظيم سير القوارب البحرية في الممرات المائية بين الجزر، وقد قامت هذه المحكمة من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى على التحقيق أمام وزير الدفاع قبل نظر وحسم الدعوى، إذ طعن بعد ذلك المدعي هذا الحكم أمام مجلس الدولة الذي رفض هذا الطعن وقرر " حيث وإن كان القاضي الإداري الذي يختص بالطعن بتجاوز السلطة لا يستطيع تقدير ملاءمة القرار المطعون فيه، فإنَّه يجب على الأقل أن يراقب المشروعية وأنَّه في الحالات التي تتمتع بها الإدارة بسلطة تقديرية، فإنَّه يمارس رقابة محدودة تتمثل في فحص المشروعية الخارجية، وكذلك إنحراف السلطة والغلط في القانون أو الوقائع التي تكون سبباً له والغلط البين في التقدير، للمزيد ينظر محمود سلامة جبر، المصدر السابق، ص 378-379.

الغلط البين يعدّ من العيوب التي أخذها المجلس في الحسبان في إلغاء القرار الذي يشوبه العيب نفسه، وفي قضية تطبيقية على هذه النظرية، ما يتعلق بموضوع إبعاد وطرده الأجانب، لأنّ هذه القضية في بداية الأمر تحكمها حالة تهديد النظام العام من قبل الأجنبي، ومن الجدير بالإشارة أنّه وقبل تطبيق هذه النظرية كان القاضي الإداري وعلى رده من الزمن، يراقب القضايا والقرارات الصادرة من الإدارة رقابة ضيقة ومحدودة وهي المسماة برقابة المشروعية، ثمّ تحول الأمر واتسع نطاق هذه الرقابة من قبل القضاء إلى إدخال رقابة الغلط البين في التقدير إلى محور الرقابات الموجودة في ساحة القضاء، إذ أنّه أعطى للإدارة هامشاً أو قسطاً من الحرية في ممارسة سلطتها التقديرية، وفي مقابل ذلك كان القضاء يقوم بمراقبة أعمال الإدارة وقراراتها بهدف التحقق من تطبيق السلطة التقديرية وخاصة إذا ما انطوى قرار الإدارة على الخطأ أو الغلط البين في التقدير⁽¹⁾.

تطبيقاً لذلك، كان إتجاه القضاء الفرنسي واضحةً في الأحكام التي كان يصدرها أثراً لما قرره من توجهات جديدة في هذه النظرية أو التقنية الحديثة التي كان أثرها في إحدى أهم القضايا وهي قضية pardov، التي تتلخص وقائعها في قيام المدعو pardov، برفع دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية لباريس، مطالباً فيها بإلغاء قرار وزير الداخلية الصادر بطرده وإبعاده على أساس أنّه لا يمارس نشاطاً مهنيّاً في فرنسا، وليس له موارد طبيعية، وقد استند الوزير في قراره إلى وجود حكم جنائي بحقه في جريمة نصب، وقد حكمت المحكمة الإدارية من جانبها بإلغاء قرار وزير الداخلية بتاريخ 1973/12/13، وقد استندت المحكمة إلى أنّ وزير الداخلية أصدر القرار مشوباً بالخطأ الظاهر في التقدير، وبالتالي فإنّ إجراءات دخول المدعي

(1) يراجع خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011، ص 645.

وإقامته في البلاد سليمان، حيث قررت المحكمة أن وجود هذا اللجوء البلغاري المذكور اسمه لا يمثل تهديداً للنظام العام⁽¹⁾.

وفي قضية مماثلة أصدر مجلس الدولة الفرنسي قراراً قضائياً يقضي بعدم إبطال القرار الصادر عن محافظ لواريه Loiret الصادر بتاريخ 19 نيسان/ابريل 1990 الذي يأمر بترحيل المدعية إلى الحدود؛ رأى المجلس أن قرار المحافظ لم يشُبه الخطأ الظاهر في التقدير⁽²⁾ رغم انتقاد القرار بإخلاله بالنظام العام من

(1) يراجع رفيق بومدين، الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري، كلية الحقوق- جامعة محمد بوضياف، 2015، ص81.

(2) تتلخص وقائع القضية في أنها تطلب السيدة ب... من مجلس شوري الدولة:

1-إبطال الحكم الصادر في 26 نيسان/ابريل 1990 الذي رفض بموجبه المستشار المنتدب من رئيس المحكمة الإدارية في أورليان Orléans طلبها الرامي إلى إبطال القرار الصادر عن محافظ لواريه Loiret تاريخ 19 نيسان/ابريل 1990 الذي يأمر بترحيلها إلى الحدود الفرنسية الجزائرية، وبعد إستناد المجلس إلى:

الأمر المرقم 45-2658 تاريخ 2 تشرين الثاني/نوفمبر 1945 بصيغته المعدلة.

والقانون رقم 79-587 تاريخ 11 تموز/يوليو 1979.

نظراً للمرسوم رقم 83-1025 تاريخ 28 تشرين الثاني/نوفمبر 1983.

نظراً للاتفاق الفرنسي الجزائري تاريخ 27 كانون الأول/ديسمبر 1968 بصيغته المعدلة بموجب ملحقه الأول تاريخ 22 كانون الأول/ديسمبر 1985.

نظراً للاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية.

وبما أن السيدة ب... لم تنذرع، أمام المحكمة الإدارية في أورليان Orléans، بأي دفع متعلق بالمشروعية الخارجية للقرار المطعون فيه؛ وبما أنه لا يحق لها بالتالي الإدعاء، للمرة الأولى في استئنافها، أن القرار المذكور غير مسبب بما فيه الكفاية وأنه أُخذ بما ينتهك الإجراء المنصوص عليه بموجب المادة 8 من المرسوم المذكور أعلاه تاريخ 28 تشرين الثاني/نوفمبر 1983؛ واستناداً على المادة 8 من الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية:

بما أنه عملاً بأحكام المادة 8 من اتفاقية حقوق الإنسان والحريات الأساسية: °1 - لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته - °2 - لا يجوز للسلطة العامة أن تتعرض

==

المدعية ، وهذا خير دليل أيضاً على أنه لو كان القرار مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير لواجه البطلان.

أمّا فيما يتعلق بموقف القضاء المصري، فقد كان هذا القضاء سارياً هو الآخر على النهج نفسه، ولو أنه لم يسمّها نظرية الخطأ البين أو الظاهر بل سمّاها بنظرية عدم الملاءمة الظاهرة، ونرى بدورنا أنّ هذا التعبير غير دقيق، لكون الخطأ الظاهر جزءاً تفصيلياً في المنظومة الرقابية التي تدخل حيز الملاءمة، لكنّها هي والملاءمة ليسا وجهين لعملة واحدة كما يقال، بل إنّ الملاءمة لم تحصر في الخطأ الظاهر أو البارز؛ بل تعد هذه النظرية صورة مستحدثة ومتعمقة لرقابة التناسب.

==

لممارسة هذا الحق إلا وفقاً للقانون وبما تمليه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي وسلامة الجمهور أو الرخاء الاقتصادي للمجتمع، أو حفظ النظام ومنع الجريمة، أو حماية الصحة العامة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين وحياتهم؛

وبما أنه إذا كانت السيدة ب... أم لطفل ولد في 26 آذار/مارس 1989 معترف به من قبل والده، وهو مواطن مغربي يحمل تصريح إقامة، وإذا كانت حاملاً في تاريخ القرار الذي يأمر بترحيلها إلى الحدود.

بما أنه، عندما يكون أجنبي في إحدى الحالات التي يمكن فيها للمحافظ، عملاً بأحكام المادة 22 من الأمر تاريخ 2 تشرين الثاني/نوفمبر 1945 بصيغته المعدلة، أن يقرر ترحيله إلى الحدود وفي حين أنه لا أحكام المادة 25 من نفس الأمر ولا أحكام المادة 8 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تعترض على قرار ترحيل، فإنه يعود للمحافظ أن يقدر إذا كان من غير المرجح أن يكون للتدبير المتوخى عواقب ذات خطورة استثنائية على الوضع الشخصي للشخص المعني.

بما أنّ السيدة ب... لا تبرر أن وضعها الصحي كان يمنع في تاريخ القرار المطعون فيه ترحيلها إلى الحدود؛ وبما أنه لا يتبين من أوراق الملف أن محافظ لواريه Loiret ارتكب في قراره خطأ قانوني واضح في تقديره لعواقب هذا التدبير على الوضع الشخصي للسيدة ب...؛ .

بما أنه يترتب على ما تقدم أنه لا يحق للسيدة ب... أن تشتكي من أنه، بموجب الحكم المطعون فيه المسبب بما يكفي، رفض المستشار المنتدب من قبل رئيس محكمة الإستئناف الإدارية في أورليان Orléans طلبها الرامي إلى إبطال القرار تاريخ 19 نيسان/أبريل 1990 الذي يأمر بترحيلها إلى الحدود.

وأما بشأن موقف القضاء العراقي وقضاء إقليم كردستان فلا يوجد لحد الآن أية تطبيقات على هذه النظرية، وفقاً للقرارات التي أصدرها القضاء، وبطبيعة الحال يعد ذلك أمراً غير طبيعي، لأنَّ تطبيق هاتين النظريتين يعد من الضروريات القضائية لإحقاق الحق وتطبيق العدالة، ولكونهما تعدان من الوسائل الحديثة لتطبيق رقابة التناسب، فبدونهما لا يمكن أن نتحدث عن قضاء متطور وعادل ومتخصص في الوقت نفسه، وأنَّ التنصت من تطبيقهما أمر غير مبرر.

المبحث الثاني

نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

في هذا المبحث سنوضح موضوع هذه الدراسة من خلال مطلبين، المطلب الأول منه يتناول السياق النظري المتعلق بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار، وأمّا المطلب الثاني فإنّه يخصص لمجالات تطبيق رقابة الموازنة بين المنافع والمضار، وسنوضحها وفقاً للآتي:

المطلب الأول

السياق النظري لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار

نتطرق في هذا المطلب إلى إحدى النظريات المستحدثة بخصوص هذه الرقابة المتعمقة والمرتبطة بالسلطة التقديرية للإدارة، وتعدّ في الوقت نفسه، أداة من الأدوات الفنية لها، ومناطق هذه الرقابة حماية التوازن بين المنافع والمضار في جميع أعمالها وتصرفاتها؛ والتي لا تهدف في نهاية المطاف غير تحقيق المصلحة العامة، ولا يعني ذلك أن تترك المصلحة الخاصة أو الشخصية جانبا؛ بل تتميز نظرية الموازنة بتحقيق التوازن المطلوب بين المصلحتين كل على حدة، لذا سنشرع في بيان ذلك، وفقاً للآتي:

الفرع الأول

مفهوم نظرية رقابة الموازنة⁽¹⁾ بين المنافع والمضار

تعد هذه النظرية نمطاً حديثاً للرقابة القضائية، تجلت بداية نشوئها كنتيجة من نتائج توسع وتعدد مجال السلطة التقديرية الواسعة التي تمتلكها الإدارة، وعلى نحو خاص في المجالات التي تتعلق بالأموال والعقارات أساساً، ولكنها لم تحتكر في تلك المجالات فحسب، بل تخطت نحو المزيد من المجالات المشابهة أو المختلفة، وتجدر بالإشارة هنا إلى أنها ظهرت كفكرة أو نظرية في الأساس، ثم تطورت وأصبحت مبدئاً قانونياً حالها حال المبادئ القانونية الأخرى، حيث تهدف هذه النظرية أساساً إلى تحقيق فكرة التوازن الحقيقي بين المنافع العامة وهي التي تكون فكرة مرنة ونسبية بحد ذاتها، وبين المضار التي يمكن أن تحقق بالعمل الذي تقوم به الإدارة، ثم تهدف إلى حماية الحقوق الخاصة التي أملاها القانون والعدالة والنأي من تجاوزها أو إختراقها، وعلى الوجه الخاص ما يتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة⁽²⁾.

عوداً على البدء، نشأت هذه النظرية في الوهلة الأولى، كفكرة حديثة وعادلة لتبني سياسة جديدة للحد من سلطة الإدارة التقديرية في تدخلها ضمن المجالات ذات الصلة بالأموال والعقارات، مستهدفاً تحقيق قسط كبير من الحماية القانونية

(1) من حيث التعريف اللغوي لمصطلح التوازن أو الموازنة فهو يأتي بمعنى توازن يتوازن ، توازناً ، فهو مُتَوَازِنٌ تَوَازَنَتْ قُوَّةُ الْمُتَحَارِبِينَ : تَعَادَلَتْ، توازن الشَّيْئَانِ: اتَّزَنَا، تعادلا، تساويا في الوزن، صدر تَوَازَنَ تَمَيَّزَتِ الْمُبَارَاةُ بِتَوَازُنِ قُوَّةِ الْقَرِيْقَيْنِ : بِتَسَاوِيهَا، بِتَعَادُلِهَا فَقَدَ تَوَازُنُهُ فَسَقَطَ أَرْضاً : أَي أَصَابَهُ اخْتِلَالٌ، إِرْتِبَاكٌ بِفَقْدِهِ التَّمَاكُنَ، فَقَدَ تَوَازُنَهُ: اضطرب، ارتبك، ينظر قاموس المعاني الإلكتروني، على الرابط- www.almaany.com، تاريخ الزيارة 2022-11-30، الساعة 11 ليلاً.

(2) ينظر د. محمد عوض فرج، دور قضاء المشروعية في الحد من سلطة الإدارة التقديرية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2020، ص426، وكذلك

Smith, J. (2019). Balancing Benefits and Harms in Administrative Decision-Making. Administrative Law Review, 71 (4), 567-589

للأشخاص والأفراد أمام سلطة الإدارة التعسفية، ووفقاً لجوهر ومغزى هذه النظرية نجد أنّها تعمل على إقامة التوازن بين النتائج الإيجابية لقرار إداري معين مع السلبات التي يخلفها، وبالتالي يكون مدار رقابة القاضي الإداري في تحقيق التوازن بين ما يحققه ذلك القرار من مزايا ومنافع، وما يسببه من أضرار وخسائر، وفي فرض وقوع عملية ترجيح أو تغليب الأضرار على المزايا والمنافع، سيتعرض القرار بمجمله للإلغاء لعدم مطابقته مع ما يتطلبه القانون ومبدأ الملاءمة، لأنّ هذه النظرية بالأساس تعد من تطبيقات ملاءمات القرار الإداري⁽¹⁾.

وفيما يخص تعريف هذه النظرية، فقد تعددت التعاريف بشأنها، إذ عرفها البعض بأنّها "تقييم شرط المنفعة العامة في ضوء المصالح المتعارضة التي يمسها

(1) في بيان مجمل هذه النظرية، ومدار رقابة القاضي الإداري في ذلك، تمر رقابة القاضي الإداري في نطاق هذه النظرية بثلاث مراحل أساسية، سنذكرها في الآتي:

في المرحلة الأولى يتأكد القاضي الإداري من وجود محقق لمنفعة عامة تسوغ أو تبرر نزع الملكية، حيث من الملاحظ أنّ القضاء الفرنسي يتوسع في تفسيره للمنفعة العامة، بحيث جعلها مفهوماً مستقلاً ومن شأنه أنّه كان كافياً بذاته لتحقيق المنفعة العامة التي تبرر نزع الملكية. وفي هذه المرحلة يتجسد دور القاضي الإداري في مجرد التأكد أنّ عملية نزع الملكية التي تطالب بها الإدارة ليس لها هدف سوى تحقيق المنفعة العامة فإذا ثبت له ذلك انتقل إلى المرحلة الثانية،

وفي المرحلة الثانية يقوم القاضي بالفحص والتأكد من أنّ نزع ملكية العقار الذي تريده الإدارة ضروري ولزام لتحقيق المنفعة العامة، ويعني ذلك أنّه لأمحالة أنّ المشروع المراد إنجازه لم يحقق المنفعة العامة، إلّا إذا أقيم في موقع العقار ذات الذي ستزعم ملكيته، وأمّا المرحلة الثالثة والأخيرة فتتجسد في أنّ القاضي الإداري لم يكتف برقابة ما إذا كان المشروع الذي تريده الإدارة أن يحقق نفعاً عاماً، وإنّما أصبح يراقب إضافةً إلى ذلك ما إذا كان المشروع الذي تطالب الإدارة نزع الملكية من أجل إنجازه يحقق مزايا وفوائد تفوق ما قد يترتب عليه من عيوب وأضرار، وهذا ما يدخل بطبيعة الحال ضمن فكرة أو نظرية عقلنة الإختيارات التقديرية للإدارة، للمزيد حول ذلك ينظر العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا النظرية التقييمية كأسلوب حديث لرقابة الملاءمة على القرارات الإدارية، بحث منشور في مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، ص 141 وما بعدها.

القرار وتقدير مزايا القرار ومضاره"⁽¹⁾، وفي الجانب نفسه، تمّ تعريفها أيضاً بأنّها عبارة عن بحث الآثار والنتائج المترتبة على المشروع لإمكان الحكم عليه، سواءً الآثار الإيجابية أم السلبية، وأن يتم مقارنته أو موازنته، بحيث لا يعترف له بصفة المنفعة العامة، إلا إذا تفوقت إيجابيات المشروع على سلبياته"⁽²⁾.

وقد عرّفها د. سامي جمال الدين بأنّها "المضاهاة الصريحة بين المنافع والأضرار المترتبة على القرار الإداري، بحيث ينتمي القضاء إلى ترجيح المزايا، فإذا رجحت المزايا، أعلن القاضي مشروعية القرار، وإذا رجحت الأضرار تعين عليه إلغاء القرار لعدم مشروعيته"⁽³⁾، وقد قيل بصدها أيضاً "الأخذ بمجموعة من القواعد والأسس والمعايير التي تضبط عملية الجمع والترجيح بين المصالح المتعارضة والمفاسد المتناقضة، وكذلك المصالح والمفاسد المتقابلة ليتبين أيهما أرجح فيقدم على غيره"⁽⁴⁾.

ومن جانبنا نعرفها - بأنّها نظرية مستحدثة في طور الرقابة القضائية، تدور في فلك التوازن بين المنافع والمضار، ونتيجتها إلغاء كل قرار إداري ترجح فيه المضار على المنافع، أو الأقل منفعة على الأكثر منفعة.

(1) ينظر د. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص 233.

(2) ينظر د. أحمد أحمد الموافي، فكرة المنفعة العامة في نزاع الملكية الخاصة، نظرية الموازنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1992، ص 221.

(3) د. سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص 233.

(4) محمد عبد رب حسنين محمود، نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في إطار القانون العام- دراسة مقارنة في النظام الإسلامي والنظم الوضعية، دار السلام للطباعة والتوزيع والنشر، ط1، القاهرة، 2008، ص 28، محمد، أحمد، "المعايير القانونية لرقابة الموازنة بين المنافع والمضار في القرار الإداري"، مجلة العدل والإدارة، العدد 18، 2020، صفحات 112-130

بالنظر لما سبق؛ يتبين أنّ هذه النظرية تبرز من خلال ما تسمّى برقابة الموازنة بين المنافع والمضار، فهي التي تصنف كرقابة قصوى على القرار الإداري، ونطاق تطبيقها يكون السلطة التقديرية للإدارة العامة، حيث يزن القاضي من خلاله المنافع والمضار في موازين العدل والمساواة بين الحقوق العامة والخاصة، وبهذه الكيفية يراقب القاضي الإداري هنا المشروعية الداخلية للقرار الإداري وصولاً إلى حد ملاءمة القرار الإداري.

وفي سياق متصل بها نعتقد جازماً أنّها رقابة نسبية لامتلاكها، لأنّ القاضي الإداري يقوم ببسط الرقابة على القرار منفصلاً، ووفقاً لما يمليه الواقع من ظروف، ومدى المنافع المتوفرة، مع مدى الأضرار الواقعة، وما يرتبط بهما، وكل ذلك بالإستناد إلى معايير ذاتية.

نجد أنّ ما يستحق الحديث عنه أنّ هذه الرقابة تنصب في ركن المحل في القرار الإداري دون غيره من الأركان، لأنّ مضمونها يتجسد في البحث عن الأثر القانوني الذي تسعى الإدارة إلى إحداثه وتحقيقه، وقد يرتقي مقام القاضي الإداري هنا إلى مرتبة الإجتهد المتأني من ترجيح كفة المصالح والمنافع على كفة المضار والتكاليف من حيث قراره الأخير عليه.

الفرع الثاني

معايير نظرية رقابة الموازنة بين المنافع والمضار

تعتمد هذه النظرية على جملة من المعايير لتطبيقها، وذلك وفقاً لتقديرات الإدارة الذاتية بين المنافع والمضار في كل عمل تقوم به الإدارة ويصب في خدمة المرفق العام وتطويره، بناءً على مقتضيات المصلحة العامة؛ لكون هذه النظرية سهلة من حيث الشكل والتسمية، أمّا من حيث التطبيق فهو أمر ليس بهيّن؛ لذلك فمن الضروري أن توازن بينهما الإدارة العامة من دون إفراط وتفريط، وتجسيدا

لذلك فقد تعددت المعايير التي تكون بصدد هذه الرقابة سنوجز الحديث عنها على النحو الآتي:

أولاً/ المعيار الاقتصادي:

يتلخص مؤدى هذا المعيار في الجانب الإقتصادي البحت، وتحقيق التنمية الاقتصادية في شتى قطاعات الدولة، وذلك عن طريق توفير الرفاهية إلى الأفراد وتحسين ظروف معيشتهم، فالموازنة بين المنافع والأضرار يتم فيها الإعتداد على المنفعة الإقتصادية للمشروع⁽¹⁾، وبذلك يعتقد قائلو هذا المعيار بأنَّ التنمية الإقتصادية تعد مبرراً كافياً للإعتراف بصفة المنفعة العامة، حتَّى ولو كان المشروع يحقق منفعة خاصة، وقد تؤول الموازنة وفقاً لهذا المعيار إلى ما تحققه العملية من المزايا المتجسدة في المصلحة الإقتصادية أو الجانب الإقتصادي للعمل أو المشروع أو الأضرار والإعتداء على الملكية الخاصة بشكل مفرط؛ كان القرار غير مشروع، وينبني ذلك على ما يجنيه العمل الإداري من منفعة إقتصادية أو يتسبب ذلك بتحقيق الأضرار أو إزديادها بشكل واضح⁽²⁾، وبذلك فإنَّ الموازنة تتأرجح بين هذين الأمرين، وهما تحقيق المنفعة الإقتصادية وعدم الإضرار بالمشروع أو العمل الإداري كما يسمونه، لأجل ذلك فإنَّه يتعين لتقدير شرعية قرار نزع الملكية للمنفعة العامة الوقوف على مزايا وأضرار ذلك القرار وأثره في الملكية الخاصة مع الأخذ في الحسبان الجوانب الإقتصادية.

(1) ينظر مايا محمد أبو دان، مصدر سابق، ص106.

(2) د. محمود سلامة جبر، مصدر سابق، ص173.

ثانياً/ معيار حق الملكية⁽¹⁾ أو التملك:

يقوم هذا المعيار على فكرة مفادها أنّ القاضي الإداري يقوم بإجراء المقارنة بين الأضرار التي تلحق الملكية الخاصة الناتجة عن نزع الملكية من جهة، وبين الفوائد التي قد تترتب على المشروع الذي من المقرر إقامته من جهة أخرى، ومبنى ذلك إقامة حق الترجيح بين الضرر الذي يصيب المضرور- الحق الخاص- وبين المنفعة العامة والأضرار المترتبة عليها، وفي سبيل ذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنّ المشروع الذي سينشأ ليس بالامكان أن تتوفر فيه صفة المنفعة العامة؛ إلا إذا كانت الأضرار التي يلحقها بالملكية الخاصة والتكاليف المالية الضرورية التي تتطلبها، متوازنة مع ما ينشأ عنه من منفعة⁽²⁾ وفي خطى تطور هذه النظرية من لدن مجلس الدولة الفرنسي اتسع مفهوم هذه النظرية، بحيث وصل إلى مرحلة جديدة، وهي مرحلة متقدمة من هذا المفهوم، ألا وهي اتساع رقعتها إلى أنّها لم تقارن بين مفهوم المنفعة العامة والخاصة فحسب، بل تطرق الأمر إلى أن يقارن القاضي حتى بين المنافع العامة ذاتها، ويعني ذلك أنّه يقارن بين منفعة عامة ومنفعة عامة أخرى⁽³⁾، وقد

(1) من الضروري الإشارة إلى تعريف حق ملكية الشيء فهو حق الإستئثار باستعماله واستقلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم، كل ذلك في حدود القانون، وفي جانب ذات الصلة بها فإنّ الدساتير ألت الإهتمام بحق الملكية ونصت على حمايته، ينظر د. عبدالرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص493، وفي مجال الحماية الدستورية فقد أشار إلى ذلك دستور جمهورية العراق 2005 إلى هذه الحقيقة ما نصه "أولاً: الملكية الخاصة مصونة وبحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون، ثانياً: لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون. ثالثاً: أ- للعراقي الحق في التملك في اي مكان في العراق، ولا يجوز لغيره تملك غير المنقول الا ما استثني بقانون.

ب- يحظر التملك لأغراض التغيير السكاني، المادة ٢٣.

(2) د. محمد عبدرب محمود، المصدر السابق، ص282.

(3) تستند هذه النظرة في حقيقتها إلى قرار صادر من القضاء الفرنسي المتمثل بمجلس الدولة الفرنسي، وتتلخص الواقعة في الآتي (في قضية متعلقة بإقامة طريق للسيارات بين مدينة مارسيليا وابطاليا،

وازن المجلس بين قرارين وكل منهما يكون لغرض المنفعة العامة، إذ يكون إنشاء طريق بين مدينة مارسيليا وإيطاليا، وقد كان تشييد هذا الطريق يقتضي هدم جزء من مستشفى خاص بالأمراض العقلية، لذلك برز التعارض بين مصلحتين عامتين، وهما عبارة عن تشييد طريق عام، أو هدم جزء من مستشفى لأجل هذا الطريق، والمجلس قد رجح كفة الموازنة بينهما، وقد قام بتغليب قرار بقاء المستشفى والقطاع الصحي على القطاع الخدمي المتمثل في تمهيد وبناء طريق؛ وذلك لتفوق مضار هذا العمل مزاياه، لذلك قرر إلغاء قرار الهدم، لتعارضه مصلحة عامة أخرى أولى منها بالرعاية.

وفي معرض الحديث عن مقتضيات القرار؛ نجد أنّ هذا الأمر يوافق جانب الصحة والمنطق؛ لأنّ الحقل الصحي ومراعاته يعد من ركائز وعناصر النظام العام الأساسي، فيقدم بدوره على غيره من الإعتبارات، لتعلقه التام بالضرورات القصوى والمقاصد الكبرى في الدولة، وهذا القرار بنزع الملكية للمنفعة العامة قرار باطل، لأنّ هذا القرار هادف بالأساس إلى المساس بالمنفعة عامة⁽¹⁾، وبذلك أرسى المجلس مبدأً جديداً يهدف إلى توسيع نطاق تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار، ليس بين المضار والمنافع فحسب؛ بل يكون بين المنفعة العامة والمنفعة العامة الأخرى، ويعد ذلك حتماً نقلة نوعية من موقف القضاء الإداري الفرنسي لترجيح المصلحة الأهم على المهم.

==

كان يقتضي إنشاؤه هدم جزء من مبنى مستشفى للأمراض العقلية، قام التعارض بين مصلحتين عامتين، هما مصلحة إقتصادية وسياحية متمثلة في إقامة الطريق ومصلحة الصحة العامة، تبدو في استمرار المستشفى في أداء دورها، وعدم هدم جزء كبير من يقتضيه إنشاء طريق، وقد انتهى مجلس الدولة إلى إلغاء قرار هدم جزء من المستشفى مضاره مزاياه"، ينظر محمود سلامة جبر، المصدر السابق، ص164.

(1) د. نبيلة عبدالحليم كامل، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية، دار النهضة العربية، 1993، ص20.

ثالثاً/ معيار التكاليف المالية:

يدور محور هذا المعيار حول القيمة المالية للمشروع، التي تتحملها الجهة التنفيذية للعمل، بحيث تعتمد نقطة التركيز في هذا المعيار على جانب المنفعة المالية بجانب المضار التي يحتمل أن تصيب العمل الذي تقوم به الإدارة؛ حيث تقيم من جانبها توازناً بين مزايا المشروع المزمع نزع الملكية لأجله، والأضرار أو التكاليف المالية المحيطة بالمشروع⁽¹⁾، ولقد يستدعي ذلك منطقياً قيام الجهة المعنية بتنفيذ هذا المشروع، بإعداد بيان أو محضر كشف حقيقي له من حيث جدوى العمل إقتصادياً ومنفعياً من حيث تحديد وجه التوازن بين جدواه الحقيقي ومع ما يتم صرفه من المبالغ المالية لإنجاز المشروع ذاته.

وعند وصول هذا الأمر إلى عتبة رقابة القاضي الإداري، سيقوم بتقييم عملي دقيق مستعيناً بالخبراء، وبعد ذلك اقتنع القاضي بأن إنجاز المشروع له مردود إيجابي، يوازي التكاليف المالية التي من المزمع الإنفاق عليها، سيقوم حينئذ من جانبه بإصدار قراره بصحة الإجراء، مالم تثقل ميزانية الدولة وترهقها، ومستوى ذي صلة بها، يحقق مدى فعالية وتناسب المشروع على أساس الإقليم أو المنطقة بأسرها⁽²⁾.

تحقيقاً لما تمّ عرضه، لقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء مشروع لإنشاء مطار في إحدى القرى حينما وجد أنّ التكاليف المالية اللازمة لهذا المشروع غير مناسبة مع المصادر المالية لتلك القرية، متذرعاً في ذلك أن يتسبب ذلك الأمر الأضرار بالإقتصاد المحلي تفوق المنافع التي قد تترتب على إنشاء المطار ذاته⁽³⁾.

(1) ينظر محمد عبدالنبي حسنين محمود، نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في القانون العام، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005، ص 269.

(2) ينظر محمد عبدالنبي حسنين محمود، المصدر نفسه، ص 269.

(3) يراجع د. أحمد أحمد الموافي، مصدر سابق، ص 242.

وعلى الخطى ذاته، قرر المجلس في قضية تدعى قضية Grarssin أن تكلفة المشروع تقدر بـ 800,000 فرنك فرنسي، في حين أنها غير متناسبة مع الإيرادات المالية للبلدية التي يقدر عدد سكانها بـ 1000 نسمة، وعليه فإنه لا يصلح للتنفيذ على مستوى مدينة إقتصادية كبرى، لأن مواردها محدودة⁽¹⁾.

رابعاً/ المعيار الإجتماعي:

يعنى هذا المعيار بالآثار الإجتماعية التي قد يتسبب هذا المشروع في إلحاقها سواء بالأفراد أو البيئة أو بإطار الحياة الإجتماعية بصفة عامة⁽²⁾.

وفقاً لهذا المعيار؛ فإن القاضي الإداري يبصر ويحدق النظر في معيار التكلفة الإجتماعية أو الآثار الإجتماعية التي قد تترتب على المشروع المزمع إنجازه، لأن كل مشروع لم يسجل نجاحاً يذكر، إلاً بنجاح أو الدور الأثر الإجتماعي الذي يحققه، ذلك يحقق أعلى درجة من الفاعلية في رقابته على أعمال الإدارة، مع تحقيق أقصى درجة ممكنة للتوازن الدقيق بين جل الاعتبارات والمسوغات المرعية في نطاق حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد⁽³⁾

ومن اللافت للنظر؛ أن القضاء المصري قد أخذ بهذا المعيار، فقد عدّ في ذلك القضاء الإداري الإعلان الصادر من رئيس الوزراء، مشروع الصرف الصحي بالقاهرة الكبرى الواقع في نطاق محافظة القليوبية من أعمال المنفعة العامة لما لهذا المشروع من مزايا إجتماعية عديدة، ورفض إلغاء القرار رغم أضراره البالغة المتضمنة الإستيلاء على 51 فداناً من أجود الأراضي الزراعية⁽⁴⁾.

(1) ينظر براهيمي سهام، فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية، مطبعة دار الهدى، 2012، ص 160.

(2) يراجع د. أحمد الموافي، مصدر سابق، ص 270.

(3) يراجع في ذلك د. محمد عبد رب النبي حسنين، مصدر سابق، ص 283.

(4) يراجع عدي طلال محمود شاهين، رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والمضار والقرار الإداري، منشورات زين الحقوقية، ط 1، 2016، بيروت، ص 64

ويجب الإشارة إلى أنّ التطبيق السائد لهذه النظرية تتمثل في حالة الإستملاك⁽¹⁾ لغرض المنفعة العامة وبالأخص في العراق، بيد أنّه غير محصور في مسألة الإستملاك في الحقيقية.

الفرع الثالث

خصائص رقابة الموازنة بين المنافع والمضار

تتسم هذه الرقابة بجملة من الخصائص التي منها نتعرف على ماهيتها وتفاصيلها، وفقاً للآتي:

(1) من الضروري وإيداناً بتوضيح مفهوم وتعريف الإستملاك، نجد في ذلك متسعاً من الأمر لكي نتعرف عليه، إذ يقصد بنزع الملكية، إجراءات قانونية وإدارية في الوقت ذاته، تتولى السلطة الإدارية اتخاذها وتنتهي بحرمان شخص من ملكيته العقارية بصورة قسرية لغرض تخصيص تلك الملكية لغرض النفع العام، لقاء تعويض عادل يدفع لمالك العقار، وبهذه الكيفية فإنّ عملية نزع الملكية هي عبارة عن طريقة من الطرق غير عادية أو طبيعية لاكتساب المال العام، ولهذا فإن الدساتير بمجملها قد ذكرت أحكامها الإجمالية دفعاً للظلم أو طمس الحقوق الملكية الخاصة، وحتى يمهّد الطريق أمام الإدارة العامة لكي تستخدم هذه الطريقة لغرض النفع العام، والحفاظ على الموازنة الحقيقية بين الحق العام والخاص، فقد جاء في المادة 35 من الدستور المصري 2014 (الملكية الخاصة مصونه، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي فلا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض وفقاً للقانون)، كما نص الدستور العراقي 2005 في المادة الثالثة والعشرين فقرة ثانياً (لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون)، وفي مصر صدر القانون رقم 10 لسنة 1990 لينظم كيفية نزع الملكية للمنفعة العامة وفي العراق فان قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1981 ينظم نزع الملكية لغرض المنفعة العامة في العراق، ولا يخفى أن يكون الهدف من إنتزاع الملكية العقارية هو تحقيق المنفعة العامة وقد اشارت معظم الدساتير والقوانين التي تنظم هذا الموضوع الى ضرورة هذا الهدف إلا ان مفهوم المنفعة العامة واسع وغير محدد وتملك الادارة سلطة تقديرية في تحديده حيث جاء في حكم لمحكمة القضاء الاداري في مصر بتاريخ 1995/5/6.

ان القرار الصادر بنزع الملكية هو الذي يحدد المنفعة العامة وان كانت المنفعة العامة غير محددة بموجب القانون لانها تختلف باختلاف الأزمان والأحوال وان الادارة تملك سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال) للمزيد يراجع د. عبد الفتاح حسن، مبادئ واحكام القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص54 وما بعدها.

أولاً/ رقابة الموازنة رقابة قضائية:

لا يدع مجالاً للشك أنّ القضاء هو الفيصل الوحيد في معالجة هذه الرقابة والفصل فيها، وإقرار مدى تحقق الموازنة بين المنفعة العامة والخاصة وترجيح الأولى على الثانية، باعتبار المصلحة العامة الراجحة والغالبة على غيرها من المصالح، لذلك فإنّ القضاء حتماً يقوم بدوره الفعّال والإيجابي للموازنة بين الأمرين، لذلك فإنّ نظرية أو رقابة الموازنة هي رقابة قضائية لا محالة، وبالتالي ستتضح للجميع هذه الحقيقة وهي أنّ هذه النظرية تدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة أولاً، لأنّ الإدارة في مجال السلطة المقيدة ماهي إلاّ آلة صماء إزاء تطبيق القانون، لكون نظرية الموازنة لم تكن ثمرة إلاّ من ثمار السلطة التقديرية للإدارة العامة، وذلك تأسيساً على هذه الحقيقة وهي أنّه في نطاق السلطة المقيدة للإدارة فلا مجال لرقابة الموازنة؛ لأنّ المشرع قد حدد سلفاً للإدارة ما تقوم به من أعمال وتصرفات، لأنّ رقابة الموازنة تدخل تحت طائلة رقابة الملاءمة والتناسب على وجه التحديد، وليست رقابة المشروعية؛ بل إنّ هذه الرقابة هي رقابة عقلانية ومنطقية، أي أنّها تستند إلى العقل والمنطق كمصدر يبرر لهذه الرقابة⁽¹⁾، وتجدر الإشارة إلى أنّه وفي مقابل هذه الرقابة أيضاً هناك العديد من أنواع الرقابة، ومنها الرقابة السياسية التي يمارسها البرلمان، وهناك رقابة إدارية وهي التي تقوم بممارستها الإدارة على قراراتها وهي تباشرها إمّا بصورة تلقائية أو بناءً على تظلم، وقد تواجه الإدارة في ذلك جملة من الانتقادات وعلى رأسها أنّها تجعلها حكماً وخصماً في آن واحد⁽²⁾، وأخيراً أنّ هذه الرقابة لوحدها لم تكف لحماية الحقوق

(1) يراجع د. علي خنطار شطناوي، دور القضاء الإداري في إبتداع القواعد القانونية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 29، العدد 1، 2002، ص 105.

(2) يراجع د. فاروق خماس، مصدر سابق، ص 66.

والحريات⁽¹⁾، بل إنَّ التعدد في وجود هذه الرقابات- وفقاً لرأينا- يكون له صدى إيجابي في حماية الحقوق والحريات، وكذلك تحقق الموازنة الكافية بين تلك الحقوق من الجوانب المختلفة.

ومن جانب ذي صلة بالموضوع؛ فإنَّ الرقابة القضائية كغيرها من الرقابات لم تخل من القيود والأغلال، لكون القاضي لا يتمتع بسلطان مطلق، وإنَّما تحدَّ سلطانه حدود وقيود جمة، فمنبع بعضها طبيعة المنازعة أو الخصومة كما في دعاوى تجاوز السلطة، فينحصر دور القاضي إمَّا في إلغاء القرار المطعون فيه أو رفض طلب الإلغاء، لأنَّ دوره الأساس ينحصر في رقابة المشروعية ثمَّ الملاءمة بمعناها الأوسع، ومن زاوية أخرى؛ فإنَّ هناك قيوداً آخر وهو الذي يتعلق بوظيفة القضاء ويرتبط بطلبات الخصوم ودفوعهم الموجودة في عريضة الدعوى؛ لأنَّ طبيعة الرقابة تتوقف على نطاق طلب الخصوم ودفوعاتهم ضمن المنظومة الرقابية القضائية، لكون القضاء مطلوباً.

ثانياً/ رقابة الموازنة رقابة متسمة بالشمول والإتساع:

إنَّ من الخصال السائدة لهذه الرقابة أيضاً أنَّها رقابة تشمل جميع رقابات المشروعية والملاءمة والتناسب على حد سواء، فإنَّها رقابة مشروعية بمعنى أنَّها لا يجوز أن تخالف هذه الرقابة مقتضيات القانون مهما كان الأمر، لأنَّها تعمل بطبيعة الأحوال في نطاق وسياق القانون بصورة واضحة وجليَّة⁽²⁾، ويشمل نطاق تطبيق مبدأ المشروعية سائر الحكام والمحكومين في الدولة، فكل السلطات العامة تخضع للقانون من دون استثناء، وتلزم حدوده، وحينما نقول أنَّها تطابق القانون؛ فإنَّ

(1) ينظر د. محمود حلبي، القضاء الإداري، ط2، بدون مكان الطبع، 1977، ص18.

(2) ينظر في ذلك د. حسن السيد البسيوني، دور القضاء في المنازعات الإدارية، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1981، ص333 وما بعدها.

ذلك يشمل القانون بمعناه الواسع (القانون الصادر من السلطة التشريعية والتعليمات الصادرة من السلطة التنفيذية)، ومن جانب آخر، تعدّ هذه الرقابة ضمن رقابة الملاءمة وهي رقابة تلائم المحيط أو الواقع الذي يصدر منه القرار، وتجسد الموازنة الحقيقية بين منافع العمل أو مضاره وفقاً لمقتضيات الملاءمة هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإنّها رقابة تشمل كذلك رقابة التناسب، رقابة الموازنة هي عبارة عن عملية التناسب بين الإجراء-المحل-والمنافع-السبب- في القرار الإداري، ويعني ذلك أنّ القاضي يراقب التقدير في ذاته بين هذين الأمرين، مع العلم أنّ تقدير القاضي بذاته لا يخلو من الصعوبة والمشقة، فبحث الفوائد لا يكون صالحاً فقط بتقدير ناتج المشروع جملة واحدة، بل يكون ذلك بمراعاة كل التفاصيل ودقائق الأمور وتدخل فيها المنافع والأضرار⁽¹⁾.

ثالثاً/ رقابة الموازنة تتعلق بمحل القرار:

وقد عرف القرار الإداري بأنّه إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني بمقتضى ما لها من سلطة عامة، وللقرار الإداري خمسة أركان الإختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية، والذي يكون محور الحديث في هذا المقام هو تعلق رقابة الموازنة بركن المحل من بين الأركان الأخرى تحديداً، وعلى سبيل التذكير سنورد تعريفاً لركن المحل الذي قد تم التطرق إليه سلفاً- إذ يقصد به " المركز القانوني الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه، والأثر القانوني الذي يترتب عليه سيقوم مباشرة وفي الحال"⁽²⁾.

(1) محمد فريد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1989، ص240.

(2) د. حلي الدقوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر 1989، ص287.

إنَّ القاضي الإداري في حالة ممارسته أو مباشرته للرقابة لم يكتفِ بالتحقق من عنصرين، الوجود المادي للوقائع، والتكيف القانوني لهذه الوقائع، إنّما أصبح أمره خارجاً عنهما، وذلك بإشتمال وتحقق مضمون هذه القرارات وما تتضمنه من منافع ومضار، وذلك وفقاً لكل الإعتبارات والمعطيات البيئية والاجتماعية والمالية والإقتصادية، وغيرها من المعطيات السائدة وقت تقدير هذا المضمون أو تقييمه.

وفي السياق الموضوع نفسه؛ فإنَّ من يرى أنّ هذا النوع من الرقابة يتعلق بركن الغاية، أنّها تتعلق بالمنفعة العامة⁽¹⁾، وهي غاية القرار الإداري، وبذلك وفقاً لرأيهم فإنَّ هذه الرقابة هي التي تربط بركن الغاية أكثر من غيرها، وفي نطاق بيان رأينا حول هذه المسألة، نقول إنّ هذا الرأي يحوم حول إختلاط الهدف والغاية بحيث إنّ الغاية هي الهدف البعيد للقرار الإداري، وتكون الرقابة عليها بشكل مجرد ومستقل، أي يكفي التحقق في ذلك من وجود الهدف المبتغى من دون النظر إلى النتائج والآثار الجانبية إلاّ بصفة إستثنائية، حينئذ نكون أمام رقابة الغاية، بيد أنّه في حالة ما إذا كانت المنافع وسيلة فإنَّ الرقابة على الغاية تتم بشكل نسبي، حيث تؤخذ في الحسبان الظروف والآثار والنتائج المترتبة عليها، وهذا ما عبر عنه القضاء برقابة الموازنة، ولعلَّ المثال البارز في هذه الحالة، هو قرار نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث يكون تحقق النفع العام وسيلة من أجل إقامة مشروع ما، فإذا ما توفرت هذه الوسيلة أمكن تنفيذ هذا المشروع.

(1) د. ماهر صالح علاوي، القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1991، ص144.

المطلب الثاني

مجالات تطبيق نظرية رقابة الموازنة بين المنافع والمضار

يهدف هذا المطلب إلى الحديث عن أشهر الموضوعات التي يطبق القضاء فيها رقابة الموازنة بين المنافع والمضار، وذلك وفقاً لسائر التطبيقات القضائية في مجلس الدولة الفرنسي والقضاء المقارن لغرض هذه الدراسة، ولذلك سيتم توزيع هذا المطلب على ثلاثة فروع، الفرع الأول يخصص لدراسة رقابة القضاء في مجال نزع الملكية لغرض المنفعة العامة، والفرع الثاني يكرس لرقابة القضاء الإداري على الموازنة في مجال البناء والإعمار، والفرع الثالث يخصص لرقابة القضاء على الموازنة في مجال الترخيص للأجانب، إذ سيتم الحديث عن كل ذلك وفقاً للآتي:

الفرع الأول

رقابة القضاء في نطاق نزع الملكية لغرض المنفعة العامة

لقد مرّت رقابة القضاء الإداري الفرنسي بمراحل مختلفة أخذت بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة في القضية المعروفة والمسمّاة بقضية " Ville Nouvelle est " التي تتعلق بإقامة مدينة سكنية جديدة شرق مدينة ليل بشمال فرنسا، وذلك إسهاماً في معالجة أزمة الإسكان، متوافقاً ذلك مع رغبة إدارة التعليم الجامعي في هذا الإقليم في إنشاء مجمع لعدة كليات خارج مدينة ليل، وعليه دمج المشروعين في مشروع واحد يقام على مساحة 50 هكتار بتكلفة مليار فرنك، ويتحقق به اندماج الطلبة مع المواطنين كهدف أساس للمشروع، وجدير بالإشارة أنّ المشروع وبعد وجود تحقيقات بشأنه واجه اعتراضات الجمعيات المشكلة للدفاع عن مصالح ذوي الشأن، وذلك لكون المشروع يفضي بالنتيجة إلى هدم 250 منزلاً، وعلى إثر ذلك أدى التحقيق في الاعتراضات إلى تعديل

المشروع بحيث أدى صدور قرار تقرير المنفعة العامة شاملاً هدم 88 منزلاً فقط، وفي سبيل ذلك أيضاً تقدمت إحدى الجمعيات المشار إليها باقتراح تال ضمن نقل محور الطريق 30 متراً فقط بما يحقق تفادي هدم 80 منزلاً آخر، وفي مقابل ذلك الإعتراض تمسكت الإدارة بعصم القرار نفسه، و سيفضي هذا الإقتراح إلى فصل الطلبة عن السكان، بيد أن إندماجهم كان أحد أهداف المشروع الرئيسية، وبالنتيجة قامت الجمعية بتقديم الطعن في قرار المنفعة العامة أمام محكمة ليل الإدارية التي أصدرت حكمها بإلغاء قرار المنفعة العامة⁽¹⁾، ولكن لعيب آخر يتعلق بمشتملات ملف التحقيق المسبق⁽²⁾، بالنظر إلى الإتجاه التقليدي لهذه الرقابة، بأن يمارس القاضي الإداري على مدى مطابقة أو مخالفة قرار الإدارة في الموازنة بين المنافع والأضرار للقانون، وقد يقف القاضي الإداري عند هذا الحد دون التوسع إلى معرفة مدى المنافع والأضرار الناتجة عن قرار الإدارة على أساس أن ذلك يعد من سلطة الإدارة التقديرية التي لا رقابة عليها.

ولهذا فإنَّ الغاية الكامنة للإدارة في إبتداعها لهذه النظرية كانت كبح جماح الإدارة في مجال نزع الملكية، وخصوصاً بعد تدخل الدولة المتزايد في المسائل

(1) د. محمد صلاح عبدالبديع السيد، الإتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملاءمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، ط1، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2004، ص62 ومابعدها.

(2) تماشياً مع ذلك، حينما استأنف وزير الإسكان الفرنسي الحكم أمام مجلس الدولة قام مفوض الدولة "brabant" بتلخيص إدعاءات الجمعية في صورتين: أولاًهما أن إدعاء الجمعية بأنَّ قرار تقرير المنفعة العامة مشوب بعيب الإنحراف بالسلطة، وثانئهما يتعلق بأنَّ المشروع سيترتب عليه هدم 88 منزلاً بعضها حديث جداً، وهنا ينتقد مفوض الدولة ما درج عليه المجلس مطالباً إياه بضرورة وضع تعريف جديد للمنفعة العامة، إذ أنه لم يعد الأمر عبارة عن السلطة العامة والمنفعة العامة في جانب والملكية الخاصة في جانب آخر، وإنَّما أصبحت هناك منافع عديدة وراء مشروعات نزع الملكية، وبأنَّه لم يعد من الممكن الإكتفاء بكون المشروع يقدم في ذاته منفعة عامة، وإنَّما يجب فوق ذلك أن توضع في الميزان أعباء المشروع من مزاياه، تكلفته من عائد.

الإقتصادية والعقارية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى كان تهدف إلى فرض رقابتها القضائية عن طريق إبتداع نظرية الموازنة على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة. وفي قرار آخر، صدر قرار بإنشاء طريق سريع شمال مدينة (نيس)، ومن مقتضى إنشاء هذا الطريق إزالة مستشفى خاص بالأمراض العصبية، وقد رجح مجلس الدولة الفرنسي مصلحة بقاء المستشفى لعدم وجود مستشفى آخر من هذا النوع في المحافظة وحرمانها من الخضراء التي تحيط بها مع حرمانها من مواقع انتظار السيارات، وعليه قضى بإلغاء القرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة⁽¹⁾، وفي قرار مماثل آخر صادر من مجلس الدولة الفرنسي والمتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة⁽²⁾

(1) وفي قضية مماثلة طبق مجلس الدولة التوازن بين كفة العيوب وكفة المزايا، دعوى إختصاصية ضد قرار محافظ مدينة (Dijon) بتقرير المنفعة العامة على مساحة من الأرض بقصد إقامة مجمع إسكاني يتضمن فقط مجموعة من الفيلات، حيث تبين للمجلس أنّ المزايا التي سوف يحققها قرار المنفعة العامة محدود للغاية إذا ما قورنت بالأضرار الناجمة عنه، خاصة أنّه لا توجد مشكلة إسكان في المنطقة، للمزيد ينظر عن فريد سيد سليمان الزهيري، مصدر سابق، ص 235.

(2) وفيما يأتي خلاصة الحكم وكالاتي:

وقد قدم الاتحاد الوطني لجمعيات مستخدمي وسائل النقل، السيد سيريل بوفيس Cyrille Beaufiles لائحة الدعوى أمام مجلس الدولة الفرنسي مطالباً بإلغاء المرسوم الصادر في 10 كانون الثاني/يناير 2015 الذي أعلن أن الأشغال الضرورية لإنجاز الخط فائق السرعة "بواتيه-ليموج-Poitiers-Limoges" وغيرها، تكتسب طابع المنفعة العامة وطارئة، مدعياً أنّه يجب التوافق أو التطابق بين وثائق تخطيط بلديات أسلون Aslonnes وغيرها من البلديات في محافظة فيين ووثائق تخطيط، بلديات بيلاك Bellac وشامبوريه-وغيرها، من البلديات في محافظة هوت-فيين Haute-Chambrêt:Vienne- وبناء على القانون قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة. - قانون النقل. - قانون القضاء الإداري.

- المرسوم رقم 840617 الصادر في 17 تموز/يوليو 1984؛ و الإجراءات الإدارية توصل المجلس إلى: وبما أنه يترتب على كل تلك العناصر أن مساوي المشروع تفوق منافعه في ظروف من شأنها أن تجرّده من طابع المنفعة العامة.

==

وفيما يتعلق بموقف القضاء المصري الذي كان متردداً في الوهلة الأولى من حيث بيان موقفه من الأخذ بهذه النظرية من عدمها، إلا أنه أخيراً قام بتطبيق هذه النظرية وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة والمحافظة على المرافق العامة، وفي سياق التمعن في الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في هذا الجانب، يتبين أنّ القضاء في مجال نزع الملكية يقوم بالموازنة والمقارنة بين ما يمتلكه المشروع من مزايا ومنفعة عامة، وبين الأضرار التي يمكن أن تتبع المشروع في حال الشروع في إنشائه إلى ما ينتهي المشروع بكامله، ومن ثمّ يقوم بتجريح المنفعة العامة على الأضرار العامة، وهذا هو جوهر رقابة الموازنة بين المنافع والمضار⁽¹⁾، وقد شهد موقف القضاء

==

يترتب على كل ما تقدم، ومن دون الحاجة إلى النظر في أسباب العرائض الأخرى، أنه يحق للطاعنين أن يطلبوا إبطال المرسوم الصادر في 10 كانون الثاني/يناير 2015 والذي يعلن أن الأشغال الضرورية لإنجاز الخط فائق السرعة "بواتيه-ليموج Poitiers-Limoges" تكتسب طابع المنفعة العامة وطارئة، كما والقرارات الضمنية التي ترفض سحب هذا المرسوم.

- ينبغي في ظروف هذه القضية الحكم على الدولة بدفع مبلغ 700 يورو إلى الاتحاد الوطني لجمعيات مستخدمي وسائل النقل ومبلغ 3 000 يورو إلى كل من محافظة كروز Creuse ومحافظة فيين Vienne وشاتورو ميتروبول Châteauroux Métropole.

- الغاء المرسوم الصادر في 10 كانون الثاني/يناير 2015 الذي يعلن أن الأشغال الضرورية لإنجاز الخط فائق السرعة "بواتيه-ليموج Poitiers-Limoges" تكتسب طابع المنفعة العامة وطارئة، والقرارات السلبية لرئيس الوزراء التي ترفض الطعون الإدارية التي تقدّمت بها محافظة إيندر Indre وجمعية مكافحة الخط فائق السرعة ليموج- بواتيه anti LGV Limoges-Poitiers وpro-POLT ضد هذا المرسوم، لمزيد من التفصيل يراجع موقع مجلس الدولة الفرنسي، وعلى الرابط التالي <https://www.conseil-etat.fr/ar>، تاريخ الزيارة 11/مارس/2023، الساعة 11 ليلاً.

(1) من الملاحظ أنّ موقف القضاء الإداري المصري قبل الحكم الخاص بقضية أشتهرت قضية عزبة خيرالله كان يقف عند عتبة مراقبة صحة الوقائع المادية دون الخوض في تقدير ملائمت القرار الإداري، وكانت صلاحية القاضي الإداري في مصر في هذا المجال محدودة ومقيدة إلى حد كبير، ولكن بعد ذلك وخاصة بعد القضية المشار إليها، دخل الأمر مرحلة جديدة وواسعة من حيث صلاحية القاضي، للمزيد ينظر د. دنون سليمان يونس، ملامح تطور نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في

==

المصري تحولاً ملحوظاً في هذا المجال، إذ أرسى في القضية الشهيرة بـ (عزبة خيرالله) دعائم نظرية الموازنة بين المنافع والمضار، وقد تلخصت وقائع القضية في صدور قرار إداري من لدن محافظ القاهرة لصالح شركة تدعى "شركة المعادي للتنمية والتعمير" ويتم بتخصيص واستلام عزبة خيرالله وهي أرض مملوكة للدولة، وللأسبب ذاته ألزم جميع قاطناتها بإزالة ما على الأرض من تجاوز أو تعديت مشيدة عليها، وهدم ما أنشئ وبني عليها، وقد كان عدد السكان يتراوح بين 20 إلى 25 ألف مسكن، ما أثار فتيلة النزاع بين الساكنين والإدارة المتمثلة في محافظ القاهرة على إثر قراره الصادر بشأن عزبة خير الله، وقد قدم طعن القرار من قبل اثنين من ساكنيها أمام المحكمة الإدارية بصفة مستعجلة مطالبين بوقف تنفيذ قرار المحافظ وإلغاءه وفقاً لأسباب قانونية جمة، قد أوضحها الطاعنون في دعواهم.

وبعد نظر المحكمة الإدارية في الطعنين قد توصلت إلى وقف تنفيذ القرار وإلغاءه، وبذلك فقد إعتد القضاء الإداري المصري على جلب المضار التي يسببها قرار المحافظ ما أدى إلى إلحاق ضرر شديد بمصالح المواطنين والساكنين وهدم عدد كبير من المواطنين وتشريدهم، وجعلهم من دون مأوى أو سكنى يلجئون إليه. وقد توالىت المحكمة في قرارها، على أن القضاء يراقب الإدارة فيما تصدره أو تتخذها من قرارات بناءً على سلطتها التقديرية، وألقت مسؤولية حماية العدالة وسيادة القانون وحماية الحقوق والحريات العامة والخاصة على كاهل القضاء⁽¹⁾.

عدّ هذا القرار المذكور أعلاه أساساً لرسوخ موقف القضاء المصري من الأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار، لم تقف المحكمة عند عتبة صحة توفر المنفعة

القانون الإداري، بحث منشور في المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز، العدد الرابع، 2021/2020، ص88.

(1) ينظر في ذلك د. دنون سليمان يونس، المصدر السابق، ص89.

العامة، وهي كالأصل أولى بالعناية والرعاية إذا ما لم يقابل ذلك ضرر شديد، بل عمدت في ذلك إلى إجراء موازنة بين مصلحة عامة وهي الحفاظ على أملاك الدولة، وضرر عام يتمثل في تشريد جموع كبير من المواطنين من الضياع والهلاك، وقد قامت بتجريح من جانبها بدفع ضرر أشد، لكون الأخير أولى بالعناية وأحق بالتغليب، وأنسب مع روح العدالة وإحقاق الحق.

وبدراسة موقف القضاء العراقي وإقليم كوردستان يتضح أنّ القضاء العادي المتمثل في محكمة البداية، هو المختص بنظر تلك القرارات التي تتعلق بنزع الملكية لأغراض المنفعة العامة، والتي أعطت قانون الإستملاك النافذ الولاية لهذه المحاكم التي يقع فيها العقار المطلوب نزع ملكيته للمنفعة العامة⁽¹⁾.

نجد أنّ هذا القانون قيد المحكمة بقيود مختلفة منها، جعل للإدارة الحق باستملاك أي عقار لتنفيذ مشاريعها وتحقيق أغراضها، فبالمقارنة مع ما توصل إليه القضاء الإداري في فرنسا ومصر في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة وبين الحال، نجد أنّ القضاء العراقي مازال موقفه بدائياً تجاه الرقابة على المنافع والمضار وقرار نزع الملكية، ولعل العلة الأساسية في ذلك هي أنّ القضاء العادي هو المختص في النظر بها، والذي تضيق سلطته في ذلك للنظر في القرار على موضوع تقدير التعويض.

(1) ينظر المادة 9 و10 من قانون إستملاك العراقي رقم 12 لسنة 1981.

الفرع الثاني

رقابة القضاء الإداري على الموازنة في مجال البناء والإعمار

إحدى السمات البارزة للنظام العام العمراني إنشاء مدن أو مجتمعات حديثة، تليق بخدمة المواطنين وإدامة الحياة وتطورها في النواحي الإجتماعية وكذلك الإقتصادية إلى حد كبير، ولا ريب أنّ المقصود بالتنظيمات العمرانية يتلخص في رسم سياسة ممنهجة وخطة مدروسة بتنظيم وتوجيه العمران، في إطار البرامج والخطط التنموية والحضرية في مجال العمران والإسكان، ولاسيما كون ذلك في إطار التخطيط العام للمدن، أو خدمة لمناطق صناعية، أو في حيز تحديث أو تشييد أو تجديد الأحياء وتخطيط المدن⁽¹⁾.

ولقد كان موقف القضاء بصورة عامة غير واضح تجاه التنظيمات العمرانية، إلى أن وصل الأمر إلى بيان موقفه بشكل ظاهر، ولمّا كان القضاء الإداري الفرنسي بدأ بموقفه جريئاً وواضحاً إلى حد كبير، فربما يعود هذا الأمر إلى تعلق مسألة التنظيمات العمرانية بحقوق الأفراد والمواطنين على قدم المساواة.

وفي نطاق ذي صلة، يبرز سؤال مفاده هل هناك إختلاف بين مسألة نزع الملكية للمنفعة العامة وبين التنظيم العمراني، أليسوا وجهاً واحداً لتنظيم حق من حقوق الملكية وتخصيصها لغرض عام، أو تحقيقاً لمصلحة عامة على حد سواء؟ فإذا كان الأمر كذلك لماذا تفرّق هذه الدراسة بينهما الإختلاف؟

للإجابة على هذا السؤال بشكل واف، نقول صحيح أنّ الأمرين لهما وجه مقارب بينهما إلى حد ظاهر وكبير، فهما من حيث موضوعهما، يلتقيان ببعضهما من حيث إنهما عبارة عن مشروع خدمي وعقاري عام، مقدمان من قبل الإدارة إلى المواطنين،

(1) د. أحمد أحمد الموافي، فكرة المنفعة في نزع الملكية الخاصة-نظرية الموازنة-، دراسة مقارنة، بلا مكان وسنة الطبع، ص218.

ولربما يحتاج الأمر إلى إقرار نزع الملكية لشخص أو فرد معين، لغرض تحقيق المصلحة العامة، ولاشك أتهما يدخلان في إطار السلطة التقديرية للإدارة العامة لكي تواكب فهما الخدمة الحقيقية والملاءمة للمواطن، ومع كل ذلك فإنَّ التنظيم العمراني يفترق بوضوح عن عملية نزع الملكية للمنفعة العامة، في أنَّ الأول لا يصيب أو يمس مصلحة فرد أو أفراد معينين في ملكيتهم بسوء؛ بل أنه يُعنى بمصلحة المواطنين جميعاً وليس على أساس إطفاء حق خاص لمصلحة حق عام، وهذه المصلحة بالذات تتضمن ضرورة الاعتراف بحق هؤلاء المواطنين في التمتع وإدامة حق الحياة الكريمة في بيئة حضرية لائقة بهم⁽¹⁾.

وحرى بالإشارة هنا، أنَّ القوانين واللوائح أو الخطط التي تنظم عملية التنظيم العمراني والبنائي على مستوى البلد أو المدن، يجب أن تراعى فيها الحداثة، والمرونة الكافية لكي تستطيع أن تواكب أو تلائم الواقع السكني والعملي، لربما في كثير من الأحيان يكون إنشاء أو تشييد الأبنية أو المدن معتمداً في الظرف الراهن على الخطط أو القوانين القديمة، لا يستطيع معايشة الواقع الحالي، وخاصة في الظروف التي كثرت فيها الزلازل والإنهيارات أو مقاومة السيول الجارفة والفيضانات الهدامة، فتسبب الكوارث اللاتبيعية في تعريض حياة الأفراد للخطر الحقيقي، وخاصة في بناء الشقق أو الطوابق التي تشيدها شركات القطاع الخاص، وذلك بسبب عدم رقابة إدارية وقضائية فعّالة على كيفية تنظيم أو تشييد تلك المدن السكنية، علماً أنَّ الجهات الحكومية أو الإدارية الرسمية هي التي تمنح إجازة بنائها وفقاً للآليات القانونية والإدارية المعمولة، وهذا يفترض أن يدفع الإدارة إلى تشديد شروط الإجازة، أو فرض إجراءات إستثنائية تدخل ضمن صلاحيتها القانونية وفي نطاق السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة، وذلك بهدف ملاءمة أو مطابقة خطة

(1) للمزيد يراجع د. رمضان محمد بطيخ، المصدر السابق، ص 325.

التنظيم العمراني لواقع الحال، وذلك تلافياً لتعرض حياة المواطنين عرضة للخطر، وهذا لا يعني أن نعطي مجالاً للإدارة العامة أن تخرق صلاحياتها القانونية أو أن تتعسف في إستعمالها لسلطتها التقديرية⁽¹⁾، بل عليها حماية الحقوق والواجبات تجاه القانون، وتجاه المواطنين، لأنَّ الضرر ي زال، وكل طريق يؤدي إلى حدوث ضرر يجب أن يغلق وينسد.

ومن أجل تحقيق كل ذلك، فإنَّ دور الرقابة القضائية يكون ضمن المقاصد المثلى، والغايات الكبرى، التي لا بد من وجودها ضماناً لحفاظ الحقوق الخاصة والعامة، وتوفير التوازن أو الموازنة الحقيقية بين تلك الحقوق بأسرها، دفعاً للضرر وللمقابلة الضرر بالضرر، عليه سنلقي الضوء على قدر الإمكان على موقف القضاء بصورة عامة كالآتي:

ما يرتبط بالقضاء الفرنسي لقد باشر مجلس الدولة الفرنسي بالبحث والدراسة أكثر عمقاً في قرارات الإدارة، وقد بسط رقابته القضائية على القرارات التي تصدر من الإدارة بهذا الخصوص، بناءً على قرار مجلس الدولة بخصوص قضية مدينة ليموج إنتهى القاضي الإداري بخصوصها إلى أنه "لا يمكن السماح قانوناً بأي إجراء استثنائي على قواعد التنظيم العمراني، إلا إذا كانت الأضرار التي يلحقها هذا الإجراء بالمنفعة العامة، والتي تحمها هذه القواعد ليست مفرطة أو مبالغ فيها، وذلك بالنظر إلى المنفعة التي يرتها هذا الإجراء"⁽²⁾.

بالنظر للقرار الأنف الذكر، يبدو بوضوح أنَّ هذا القضاء في مجال التنظيم العمراني يأخذ برقابة الموازنة بين المنافع والمضار، عندما يقوم بمقابلة الأضرار

(1) د. أحمد أحمد المواقفي، المصدر السابق، ص 329.

(2) قرار مجلس الدولة الفرنسي المرقم 531 في 18/7/1973 نقلاً عن د. رمضان بطيخ، المصدر السابق، ص 327.

وأوجب في الوقت ذاته، أن تكون الأضرار غير مفرطة، أو مبالغاً فيها مقارنة مع المنفعة المترتبة على القرار، ولاشك أن استناد الإدارة في قرارها لعدم تحقيق الموازنة من عدمها أمر فني وإداري، فني وذلك لأن الإدارة في القرار تستند بصورة كبيرة إلى رأي الخبراء والمختصين في هذا المجال، وهذا أمر لا بد منه في كل الأحوال، وهذا أيضاً في نهاية المطاف يضيق نطاق السلطة التقديرية التي تمارسها الإدارة، لكن ذلك التضييق أيضاً يصب في خانة المصلحة العامة.

وفي القضاء المصري، وفي سياق القضاء الإداري في بداية الأمر نلتمس من موقفه الثابت من الرقابة على مجال العمران والبناء في مجمل قراراته أنها تدخل حيز السلطة التقديرية للإدارة العامة، وقد ورد موقفه من ذلك كالآتي "إن القيام بالمشروعات العامة وتوزيعها على المناطق المختلفة لا يزال متروكاً لتقدير السلطة التنفيذية تنصرف فيه بمطلق حريتها واختيارها حسبما يترأى لها ووفقاً لقدرتها المالية والإمكانات التي لديها"⁽¹⁾

يتضح من هذا القرار وأقرانه أن القضاء المصري يتنحى بنفسه جانباً عن مسائل التنظيم العمراني، إذ عدّها من الملاءمات أو السلطة التقديرية للإدارة، التي لا يجوز للقضاء التدخل فيها، ومن جانبنا نرى أن القضاء وبهذه الشاكلة يجافي الحقيقة، ويقلص دور القضاء الذي هو بمثابة ميزان يزن به بين الحق في استعمال السلطة والإجحاف بحقها.

ولكن بعد ذلك نلاحظ أن القضاء وجد طريقه السليم، وأكد على دور القضاء في الموازنة بين المنافع والمضار حيث نص في قرار له "وحيث يتبين من مواد القانون الخاص بالتخطيط العمراني، بأن المشروع قد كشف عن قواعد إصدار تراخيص

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 23-3-1955 نقلاً عن عدي شاهين، المصدر السابق، ص136.

البناء وضوابطه وشروطه، وهي تحدد وتحقق الموازنة بين حق الفرد في الإنتفاع بملكه واستغلال الأراضي المملوكة له بإقامة المباني عليها، وبين حقوق باقي المواطنين في عدم استعمال حقه في الملكية بما يتعارض مع حقوقهم في الصحة العامة، وتوفير سبيل وأسس توافر الشروط الصحية وسائر المرافق ووسائل الإتصال والنقل لمساكنهم وما يمتلكون من أراضي وإلّا يتعارض ذلك أساساً مع مقتضيات متطلباتهم في الأمن والصحة والسكينة العامة، وربط بينها وبين عدم السماح للمهمات الإدارية بناء على شطر قطعة أرض، ومن حيث أنّه يتبين من ذلك كله أن الشروط المتعلقة بإصدار تراخيص البناء هي شروط تتعلق بالنظام العام للمباني لإتصالها بأمن الأفراد وسلامتهم وصحتهم وسكينتهم سواء من الجيران أم المارة وسائر المستغلين للمساحات المجاورة للأرض موضوع الترخيص عند توفر الشروط فيها"⁽¹⁾، والذي يتضح فيما سبق من الحكم القضائي أنه يوازن بين المنافع والمضار في قرار الإدارة المتضمن منح ترخيص بالبناء لشخص حيث وازن بين حق الشخص في أن ينتفع بملكه وعدم التعرض لحقه في الملكية، والمتجسد في جلب المنفعة العامة، وبين المضار التي تلحق بالآخرين، وخاصة أمن الأفراد وسلامتهم وسكينتهم كما أشار إليه القرار، إذ عدّ ذلك من النظام العام، ولا يجوز لأحد أن يعرقله لا من قبل الإدارة ولا الأفراد.

ومن اللافت للنظر، أنّ القضاء المصري بصورة عامة موقفه ثابت وواضح من هذه الرقابة عندما يباشر عملية الموازنة بين المنافع والأضرار، وذلك راجع إلى نص القانون إذ عدّه "يحدد ويحقق الموازنة بين حق الفرد في الإنتفاع بملكه، وبين حقوق المواطنين" ولكون رقابة الموازنة التي نص عليها القانون، ليست متحققة في قرار الإدارة فإنّ المحكمة قررت إلغاء هذا القرار ليجعلها ضمن رقابة المشروعية وليست الملاءمة.

(1) قرار محكمة القضاء الإداري المرقم 2004/92 في 2005/4/1 أوردته عدي شاهين، ص 141.

ومن حيث موقف القضاء العراقي، أخذ القضاء العراقي بهذه الرقابة وذلك في قرار خاص بقضية تتلخص وقائعها في "لقد قامت شركة الأيادي المتحدة للمقاولات بإنشاء مشروع سكني يضم 126 داراً مع مركز صحي وأسواق على أرض زراعية، واستحصلت موافقة هيئة الإسكان، ودوائر الماء والمجاري على تقديم الخدمات، إلا أنّ أمانة العاصمة رفضت منح الإجازة بتغيير جنس الأرض من زراعية إلى سكنية على أساس أنها أرض زراعية وتقع خارج حدود العمران" فبعد قيام الشركة بالتظلم ومن ثم الطعن من القرار، لقد وجد القضاء مساره وقرر الآتي "أنّ الأرض محل النزاع هي أرض متروكة دون استعمال زراعي وخالية من الشواغل، وتقع ضمن حدود العمران والخدمات العامة المتكاملة، وأنّ المشروع يلبي حاجة ملحة في الوقت الحاضر بمعالجة أزمة السكن الخانقة في بغداد، وحيث أنّ المصلحة العامة تقضي في الظروف الراهنة توفير السكن للمواطن وتأمين وفتح أبواب جديدة للعمل واستثمار طاقات أخرى"⁽¹⁾

يتضح من محتوى القرار أنّ القضاء الإداري العراقي أخذ بصورة أو بأخرى بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار، وهذا يعد خطوة جيدة في موقف هذا القضاء.

الفرع الثالث

رقابة القضاء على الموازنة في مجال الترخيص للأجانب

من الأمور التي تكون محل حذر وقلق إلى حد ما، مسألة التعامل مع قضية الأجانب وآلية دخولهم إلى موطن أو دولة أخرى، غير دولتهم، وذلك أمر يتعلق بموضوع الترخيص للأجانب بصورة قانونية لعبور الحدود والدخول في أرض الوطن، وهذه الفكرة مستندة إلى طبيعة النظام الدستوري والقانوني وكذلك السياسي ونظرة

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 23-3-1955 نقلاً عن عدي شاهين، المصدر السابق، ص136.

الحكام وصناع القرار إلى مركز الأجانب، وكيفية التعامل مع هذه القضية بعين مجردة، وهذا الموقف حتماً انعكس على موقف القضاء الإداري في الدول المقارنة منها فرنسا ومصر والعراق، وكل ينظر إليها بزواية الموازنة بين المنافع والمضار وذلك في حيز التعامل الدولي وكذلك مبدأ المعاملة بالمثل إلى حد كبير، وسنخوض في الحديث عن ذلك على النحو الآتي:

أولاً / مفهوم الأجنبي ومعناه:

لقد ساد مصطلح الأجنبي القانون الدولي والداخلي من حيث الإعتراف بحقوقه، وتحديد واجباته، وتنظيم أحكامه العامة على وجه شائك إلى حد كبير، وفي المنوال نفسه، هناك أعرف وتقاليد دولية وداخلية للتعامل مع الأجنبي، وبالتمعن في موقف القوانين بصورة دقيقة، نجد أنهم أجمعوا على تعريف مبسط لتحديد مفهوم ومعنى الأجنبي في أنه كل شخص لا يحمل الجنسية الوطنية للدولة، ومن هذه القوانين، القانون العراقي عرف من جانبه الأجنبي بـ " كل من لا يحمل جنسية جمهورية العراق"⁽¹⁾، ونجد تعريفاً مماثلاً لهذا التعريف في قانون إقامة الأجانب

(1) ينظر المادة 1 أولاً من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم 76 لسنة 2017، وفي سياق ذات الصلة نرى أن القانون قد وازن حقاً بين حق دخول الأجنبي والمحافظة على حرية التنقل وبين الحفاظ على المصلحة العامة في نصوص عديدة ومنها النص الذي أورده المشرع في القانون ذاته في المادة 16 القائل " للوزير أو من يخوله أن يقرر منع دخول الأجنبي جمهورية العراق لأسباب تستدعيها الصحة أو المصلحة العامة" وهذا أمر يدخل نطاق الموازنة بين المنافع والمضار، وسنوضح في ذلك المقام موقف جملة من القوانين ذات العلاقة ومنها، يعرف الأجنبي في الدولة هو من لا يتمتع بالصفة الوطنية فيها، وبعبارة أخرى هو كل من لا يحمل جنسيتها وفقاً لأحكام قانون الجنسية وبهذه المثابة يكون للصفة الأجنبية دلالة قانونية قد تختلف عن دلالاتها الاجتماعية . وكذلك لأجنبي عن مجتمع معين هو كل من لا يعتبر عضواً فيه وصفة الانتماء للمجتمع قد تتحدد بمعايير واقعية كوحدة الأصل والاشتراك في اللغة والعادات، وقد تناولت عدة قوانين تعريف الأجنبي من حيث الجهة التي ينظر بها عليه فمثلاً عرف قانون التسجيل العقاري الأجنبي بأنه " كل شخص لا يحمل الجنسية العراقية ولم يكن من رعايا الدول العربية، وجاء في قانون الأحوال المدنية في تعريفه للعراقي أنه " العراقي هو الشخص الذي

المصري رقم 89 لسنة 1960.

هذا التعريف الذي أورده المشرع العراقي كان في محله، لأنه تعريف واضح وسهل التطبيق للقضاء، ودوره في سهولة معالجة دابر الخصومة بأي شكل من الأشكال، حيث من المؤكد جداً أنّ منع الأجنبي دخوله أرض أو ديار البلد يأتي ضمن سلسلة إجراءات وقائية أو احترازية للموازنة أو المحافظة بين المنافع والمضار، ولو كان ذلك يعد قييداً على حرية الإنتقال أو التنقل بين البلدان المختلفة، وذلك الأمر كفلته الدساتير والتشريعات الدولية والداخلية.

ثانياً/ رقابة القضاء على إجراء الموازنة في مجال الترخيص للأجانب:

لقد آل القضاء المقارن إهتماماً كبيراً بهذا الأمر، ما يعد من صميم عمل القضاء بالمحافظة على المصالح العليا للبلد، وكذلك حماية نصاب الموازنة بين الحقوق بكافة مراتبها، من الحقوق الخاصة والحقوق العامة على قدم المساواة، ومن ناحية أخرى إجراء الموازنة الحقيقية بين تلك الحقوق وبين المصالح أو المنافع الأساسية، ومن هذا المقام سنتطرق إلى موقف القضاء الإداري في الدول المقارنة، وكالاتي:

==

يتمتع بالجنسية العراقية "، أي ان الأجنبي هو من لا يتمتع بالجنسية العراقية. وقانون الإحصاء الذي جاء فيه ان العراقي " هو الشخص الذي يتمتع بالجنسية العراقية سواء كان مقيماً في العراق أو خارجه"، أي ان الأجنبي هو الشخص الذي لا يتمتع بالجنسية العراقية سواء كان مقيماً في العراق أو خارجه. أما قانون إقامة الأجانب فقد عرف الأجنبي بأنه " هو كل من لا يتمتع بالجنسية العراقية، للمزيد يراجع. شحاتة ابو زيد شحاتة / مبدأ المساواة في الدساتير العربية في دائرة الحقوق والواجبات العامة وتطبيقاتها القضائية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2001 ، ص 366. ود. حسن الهداوي / الجنسية ومركز الأجانب واحكامها في القانون العراقي ، ط 2 ، مطبعة الارشاد، بغداد، العراق، 1967، ص 234، وكذلك يراجع نصوص القوانين المادة 1 / 2 من قانون الجنسية العراقي المرقم 43 لسنة 1963 الملغي، والمادة 6/2 من قانون الجنسية العراقي المرقم 46 لسنة 1990 النافذ، المادة 154 من قانون التسجيل العقاري العراقي المرقم 43 لسنة 1971، والمادة الاولى / التاسعة من قانون الاحوال المدنية العراقي المرقم 65 لسنة 1972، المادة الاولى من قانون الاحصاء العراقي المرقم 21 لسنة 1972.

ما يتعلق بموقف القضاء الفرنسي كان موقف القضاء الفرنسي أول الأمر موقفاً رافضاً تجاه هذه الرقابة على نحو واضح، لكن سرعان ما انقلب الموقف باتجاه الإقرار بتوسيع سلطة القضاء إلى الحد الذي جعله يوجه أوامر إلى الإدارة في مجالات عديدة منها إقامة الأجانب في فرنسا، بل يستخدم القضاء في هذا الجانب التهديد المالي لإجبار الإدارة على تنفيذ هذه الأوامر⁽¹⁾، وبهذا قد تجاوز القضاء الفرنسي حيز الرقابة التقليدية إلى الرقابة التخصصية ومنها رقابة الموازنة بين المنافع والمضار، ففي قرار مجلس الدولة الفرنسي الذي طبق هذه النظرية بصورة واضحة ألغى هذا المجلس قراراً إدارياً صادراً من وزارة الخارجية رافضاً إياه منح تأشيرة الدخول إلى شخص أجنبي بداعي حماية النظام العام، أستند في قراره إلى عدم وجود الموازنة بين المنافع التي استهدفت جهة الإدارة تحقيقها من وراء إصدار قرارها برفض منح تأشيرة الدخول، والأضرار التي لحقت بحياته العائلية هو وزوجته⁽²⁾، وقد رجح القضاء كفة الحقوق الشخصية والعائلية على الحقوق العامة بعدها من الحقوق التي تحميها الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، على الإعتبارات التي استندت إليها وزارة الخارجية في قرارها، ويبدو لنا أنّ هذا القرار في مستوى عال من المسؤولية وحماية الحقوق والحريات العامة.

(1) د. يسري محمد العصار، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراتها الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 287.

(2) وقد تلخصت وقائع القضية في الآتي " أنّ شخصاً يدعى بورزاق، وهو مواطن جزائري ومقيم تقدم بطلب من وزارة الخارجية الفرنسية من أجل الحصول على تأشيرة أو سمة الدخول إلى فرنسا بقصد الإقامة مع زوجته الحاصلة على إذن بالإقامة فيها، في المقابل ردّ الطلب المقدم منه، وقد اعتمدت الوزارة في ذلك على أمور تتعلق بالنظام العام، وقد دفع ذلك إلى إقامة دعوى أمام مجلس الدولة الفرنسي طالباً بإلغاء القرار، وفي النهاية قرر المجلس إلغاء القرار لعدم توفر الموازنة بين المنافع العامة والمصالح الشخصية في ميزان واحد، للمزيد ينظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في 4/10/1997 أورده د. يسري محمد العصار، المصدر السابق، ص 287.

وفيما يخص رقابة القضاء المصري كان القضاء المصري سابقاً مبتلى بربط مسألة الأجنبي بأعمال السيادة، حيث ورد في قرار له " أنَّ القرار الصادر بإبعاد الأجنبي عن الديار المصرية يعتبر من أعمال السيادة ويخرج عن اختصاص محكمة القضاء الإداري"⁽¹⁾، ولحسن الحظ ترك القضاء على إستبعاد فكرة أعمال السيادة بالنسبة لقرار إبعاد الأجنبي، ومن أحكام وقرارات القضاء الإداري في هذا الشأن ما نصه " استقر القضاء الإداري على أنَّ الدولة بحكم مالها من سيادة إقليمية تتمتع بسلطة عامة مطلقة في تقدير مناسبة إقامة أو عدم إقامة الأجنبي في أرضها، دفعاً لخطرهم وتأميناً لسلامتها وصيانة لكيانها شعباً ومجتمعاً من كل ما يضره، كما أنَّ من المقرر أنَّ للدولة الحق في تقرير ما يعتبر ضاراً في شؤونها الداخلية والخارجية وما لا يعتبر، ولها سلطة تقديرية في الإبعاد، ولا يرد على هذا الحق إلقاء حسن استعماله بحيث يكون الإبعاد قائماً على أسباب جدية يقتضيها الصالح العام"⁽²⁾.

الناظر لهذا النص، يجد أنَّ القضاء المصري في موقفه تجاه هذه القضية أخذ بالوسطية ورعاية النظام العام والمصلحة العامة للبلد والمواطنين على قدر متواز، وهذا هو الأمر الطبيعي والحتمي للتعامل مع هذه المسألة لكل دولة أو إقليم تعني بمصالح رعاياها من الأخطار المحدقة أو المنتظرة إحداها بهم، لأنَّ أحد واجبات الدولة حماية أمنهم وصحتهم، وحتماً تدخل معاملة الأجنبي حيز المتعامل بالمثل مع الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي بجنسيته، هذا ما يتعلق بدخول الشخص الأجنبي للبلد، وهذه المعادلة نفسها صحيحة بالنسبة لإبعاد الأجنبي أو سحب إقامته منه على الأسباب نفسها إذا ما اقتضى الأمر.

وفي شأن القضاء العراقي في مستهل الحديث عن هذا الموضوع نرتأى أن نتحدث

(1) قرار محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 553 في 1992/4/26 أورده عدي شاهين، ص 137.

(2) يراجع حكم محكمة القضاء الإداري المصري، رقم 1789 في 1987/2/21.

عن موقف القانون العراقي بشأن ذلك، ثمَّ التطرق إلى موقف القضاء العراقي، بالرجوع إلى أحكام القانون العراقي أولاً نجد أنَّه قد اشترط جملة من الشروط منح سمة الدخول للأجنبي ومن هذه الشروط عدم وجود مانع من موانع يتعلق بالنظام العام الصحي أو مخالفته الآداب العامة، أو لأسباب أمنية، وقد أعطى القانون العراقي الحق لمدير عام دائرة الإقامة أو من يخوله صلاحيته منح سمة الدخول⁽¹⁾، ومن هذا النص يتبين واضحاً مدى السلطة التقديرية الواسعة للإدارة في منح الإقامة أو عدم منحها لأسباب هو من يقررها ولا رقابة عليه.

وقد ورد في ذلك توضيح من لدن القضاء العراقي حول موضوع السماح بالدخول، وطرد أو ترحيل الأجنبي، جواباً على طلب السفارة البولندية في بغداد⁽²⁾ وبموجب

(1) ينظر المادة 18 و19 من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم 76 لسنة 2017.

(2) وقد تلخص نص التوضيح الآتي: وفيما يأتي نصه "وردنا كتاب دائرة العلاقات العامة والشؤون القانونية / قسم الشؤون القانونية بالعدد (13782/ع.ق.متابعة/2021) في 2021/10/26.

تضمن موضوع الدراسة طلب السفارة البولندية في بغداد تم الاطلاع على قانون إقامة الأجانب رقم 76 لسنة 2017 والصادر بتاريخ 2017/10/23 ، وقد نظم هذا القانون في الفصل الثالث منه سمات الدخول والمغادرة للأجنبي والجهة المختصة بمنح تلك السمات وأنواع سمات الدخول، أما موضوع إبعاد الأجنبي وإخراجه بموجب هذا القانون فقد وردت أحكامه في الفصل الخامس وبالتحديد في المواد (24-35) علماً إن ما ورد في مذكرة السفارة هو مصطلح الترحيل وهو مرادف لمصطلح (الإبعاد والإخراج) الوارد في قانون إقامة الأجانب..، إذ أوضح مفهوم الإبعاد بقوله يعد مفهوم الإبعاد تعبيراً عن السيادة الإقليمية على أراضي الدولة وحقاً لها في حفظ أمنها والاهتمام بسلامة إقليمها فمن حق كل دولة أن تتمتع بحرية واسعة في تحديد كيفية معاملة الأجنبي على إقليمها ابتداءً من دخوله أراضيها ومروراً بإقامته وانتهاءً بخروجه ومن ثم إبعاد الأجنبي غير المرغوب فيه أو منع دخوله أصلاً والذي يعتبر من المسائل الوقائية للدولة لحماية إقليمها من الخطر تبعاً لحقها في السيادة. وقد عرفت المادة الأولى من قانون إقامة الأجانب العراقي الأبعاد بأنه (طلب السلطة المختصة من أجنبي مقيم في جمهورية العراق بصورة مشروعة الخروج منها) كما ورد أيضاً مصطلح الإخراج في المادة الأولى من قانون إقامة الأجانب والذي تم تعريفه بأنه (إعادة الأجنبي الذي دخل أراضي جمهورية العراق بصورة غير مشروعة إلى خارج الحدود بقرار من السلطة المختصة).

مذكرتهم المرقمة (235) في 2021/9/26 مطالبة من وزارة الخارجية العراقية ببيان المعلومات الكاملة عن القوانين العراقية المتعلقة بالترحيل، وما إذا كانت موافقة الشخص المرحل أمراً مطلوباً أو يجب الحصول على موافقة السلطات المختصة وإذا كان الأمر كذلك في أي شكل يتم إصدار هذه الموافقة وقد أحالت الدائرة القنصلية في وزارة الخارجية العراقية هذه المذكرة إلى رئاسة مجلس القضاء الأعلى لإبداء الرأي القانوني بما ورد بطلب السفارة البولندية، وقد تم التوضيح على ذلك من مجلس القضاء العراقي تم توضيح جميع النصوص القانونية المتعلقة بهذا

==

لقد رتب القانون عقوبات للأجنبي الذي يخالف أحكام هذا القانون بالحبس والغرامة والتي نص عليها في الفصل السابع تصل في بعض الأحيان إلى ترحيله من العراق وحسب ما هو منصوص عليه في المواد (41 و42) والتي ألزمت المحكمة عند إصدارها حكماً بإحدى العقوبات المنصوص عليها في المواد أعلاه أن تحكم بإبعاد الأجنبي من أراضي جمهورية العراق.

ولدى الاطلاع على قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (76) لسنة 2017 هو القانون الذي ينظم كافة الإجراءات المتعلقة بترحيل الأجنبي (الإبعاد والإخراج) في الفصل الخامس منه وبالتحديد في المواد (24-35) حيث نصت المادة (26) منه على أنه (للمدير العام أو من يخوله صلاحية إخراج الأجنبي الذي دخل إلى أراضي جمهورية العراق بصورة غير مشروعة إلى خارج الحدود) ونصت المادة (27) منه على أنه (للووزير أو من يخوله إبعاد الأجنبي الذي دخل العراق بصورة غير مشروعة إذا ثبت أنه لم يكن مستوفياً أياً من الشروط المنصوص عليها في المادة (8) من هذا القانون أو المقيم الذي يفقد احد هذه الشروط بعد دخوله) ونصت المادة (31) من نفس القانون على أنه (للووزير أو من يخوله أن يقرر إبعاد الأجنبي الذي صدر عليه حكم قضائي بات يتضمن الإيحاء بإبعاده من أراضي جمهورية العراق) ونصت المادة (35) على أنه (للمدير العام أو من يخوله حق إبعاد الأجنبي الذي تقرر رفض إقامته واكتسب قرار الرفض الدرجة القطعية) وبذلك يتبين أن الجهة المختصة بإبعاد الأجنبي في حالة دخوله جمهورية العراق هي الجهة التنفيذية المختصة المتمثلة بالمدير العام لمديرية الإقامة ووزير الداخلية.

يراجع في ذلك الموقع الرسمي لمجلس القضاء العراقي، على الرابط الآتي

<https://www.sjc.iq/view.69407/>

تاريخ الزيارة 10/حزيران/2023، الساعة 10 ليلاً.

الشأن، وفي نهاية التوضيح لخص مجلس القضاء الجواب على طلب السفارة البولندية بالقول "وبذلك يتبين أن الجهة المختصة بإبعاد الأجنبي في حالة دخوله جمهورية العراق هي الجهة التنفيذية المختصة المتمثلة بالمدير العام لمديرية الإقامة ووزير الداخلية.

الخاتمة

وفي ختام هذه الدراسة التي تركزت على بحث ضوابط الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرار الإداري، توصلنا إلى جملة من الإستنتاجات والتوصيات بشأنها، وسنوجزها في الآتي:

أولاً/ الاستنتاجات:

لقد استنتجنا من هذه الدراسة ما يأتي:

1- تلعب السلطة التقديرية للإدارة العامة دوراً حيوياً في مجال التناسب في القرار الإداري، إذ تتيح هذه السلطة للإدارة تقييم الظروف المحيطة وتحديد الخيارات المتاحة واتخاذ القرارات الملائمة والمتوازنة في شتى المجالات، مع ذلك يجب أن تتم ممارسة هذه السلطة بحكمة وشفافية لضمان تمكين عدالة ونزاهة القرارات الإدارية وتحقيقها، لكون السلطة التقديرية للإدارة العامة وسيلة قانونية وإدارية لمنح الإدارة مجالاً رحباً في ممارسة نشاطها بصورة سليمة وطبيعية إلى حد كبير، إذ إنَّها عبارة عن ظاهرة وخاصة طبيعية لمقتضيات عمل الإدارة العامة، وتعطي زاوية واسعة لتنمية روح الإبداع والإبتكار والتطور لدى الإدارة، وبهذا المفهوم تعد تلك السلطة أرضية خصبة لتطبيق مبدأ الملاءمة ومن ضمنها مبدأ التناسب، لأنَّ هذا المبدأ له مكانة مرموقة في نطاق القانون المقارن، بعدّه الأساس المستقل، وهو الأكثر أهميةً واتساعاً لفحص مشروعية القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة العامة تأسيساً على سلطتها التقديرية، وبالنتيجة فإنَّ تطبيق هذا المبدأ في حقيقته يعد من مقومات دولة القانون، التي تسودها القانون في نواحي الحياة الإدارية.

2- إنَّ الغاية الأساسية لإنفاذ السلطة التقديرية للإدارة العامة تحقيق هدف رئيس؛ هو تأدية وممارسة الإدارة لأعمالها وتصرفاتها القانونية على النحو الأكمل والأتم، ولا يتحقق هذا الهدف بمجرد منح السلطة التقديرية للإدارة العامة بحد ذاتها ومن دون النظر والتفكير في جدوى منح هذه السلطة عملياً وعلى أرض الواقع؛ بل يكون ذلك بالتحقق من مدى مطابقتها لتلك الأعمال والتصرفات لمبدأ المشروعية، أو التحقق من مدى ملاءمتها للظروف والملابسات والأحوال التي تعيشها الإدارة وحالة المواطن معاً؛ وبخلاف ذلك لا تكون إلا مجرد عبث بحد ذاته، لذلك فإنَّ إطلاق يد الإدارة في هذا الشأن ما هو إلا لتحقيق المصلحة العامة، وبالتالي لا يجوز أن يفسر ذلك على حساب مخالفة القانون والأعراف الإدارية المرعية، وأخيراً فقد يبرز دور القضاء الإداري كفيصل في تحقيق الموازنة بين ممارسة الإدارة لسلطتها وبين الحفاظ على الحقوق والحريات العامة.

3- أغلب النظريات التي عرضت بصدد تحديد أساس السلطة التقديرية بصورة عامة أصابت جزءاً من الحقيقة، و جانباً من الصحة، وفي المحصلة النهائية لم تكن موفقة في تحديدها لمضمون السلطة التقديرية للإدارة، إذ لم تعط الأساس المنطقي والقانوني لها، وفي حقيقة الأمر؛ نرى أنَّ القانون هو الذي يعطي الإدارة العامة أو رجل الإدارة السلطة التقديرية أو يقيد صلاحياتها القانونية، وبمعنى آخر هو الذي يقدر أو يحجم تلك السلطة أو يقيدتها وفقاً لما تراه السلطة التشريعية من مراعاة المصلحة العامة، وبغية استمرار أعمال الإدارة العامة بانتظام واطراد ومن دون التلكؤ في أداء الخدمات الضرورية للمواطنين بالمساواة.

4- تأديةً للدور الأمثل والأداء المتكامل للسلطة التقديرية للإدارة، لابدَّ من إتاحة رقابة قضائية فعّالة على ممارسة تلك السلطة، درءاً لوقوعها في مطبات قانونية وإدارية على حد سواء، هذا من جانب، ولكي تحصن الإدارة نفسها في ممارستها لتلك السلطة من الإنزلاق نحو هاوية التعسف في استعمال السلطة، ولا امتياز

الرقابة القضائية بالحياد والنزاهة والكفاءة والاختصاص مقارنة بغيرها من الرقابات الأخرى كالسياسية والإدارية من جوانب أخرى، وتعد إناطة ممارستها برقابة قضائية فعالة ونزيهة من الضرورات القصوى في تحسين ممارسة السلطة التقديرية.

5- لا ينكر وجود الترابط أو الإرتباط القانوني بين الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ومبدأ التناسب، لأنَّ هناك علاقة تكاملية، تداخلية بينهما، أو ما نسميها تحديداً -علاقة الكل بالجزء- التي تحكم الرقابة القضائية للسلطة التقديرية ومبدأ التناسب، إذ لا وجود لمبدأ التناسب من دون وجود سلطة تقديرية للإدارة، وهذا أمر لا يَحتمل أدنى شك أو ريب، وعليه فإنَّ التناسب في القرار الإداري يعد أمراً حاسماً لتحقيق العدالة والمرونة في أعمال الإدارة العامة ونشاطاتها، ولأجل تطبيق ذلك جملةً وتفصيلاً يجب أن تكون تلك السلطة متزنة ومدروسة وتستند إلى مبادئ من العدالة والمنطق القانوني.

6- يتبين لنا من خلال دراستنا، أنَّ التناسب يعد مبدءاً من المبادئ القانونية الراسخة في نطاق تطبيق السلطة التقديرية للإدارة العامة، ولا يحتاج تطبيقه أو تثبيته إلى نص قانوني يفرض على القاضي تطبيقه، بل إنَّ قيام القاضي بفحص ملاءمة القرار وتناسبه بعده من عناصر المشروعية بحد ذاتها، يعدّ هذا الإجراء بمثابة نص قانوني مختلق من القضاء الإداري لكونه قضاءً إنشائياً وليس تطبيقياً فقط، وفي جانب آخر، يعد ذلك شرطاً أساسياً لحسن تطبيق النص القانوني من القاضي الإداري من دون عقبه أمام ذلك حتماً، لكونه ليس قاضي المشروعية فقط، بل ومع ذلك فإنَّ السلطة الرقابية التي يمتاز بها القاضي الإداري، لا تنحصر في الرقابة التقليدية المتمثلة في رقابة المشروعية، بل إنَّ رقابة القاضي الإداري في وقتنا الراهن دخلت حيزاً واسعاً من حيث المضمون والشكل، وهي عبارة عن ممارسته لرقابة المشروعية والملاءمة والتناسب معاً.

7- تتجسد العلاقة القانونية بين الرقابة القضائية على السلطة التقديرية ومبدأ التناسب في معرفة السلطة التقديرية بعدها المنشأ الأساس لمبدأ التناسب، ولا تكشف مراعاة هذا المبدأ من عدمها إلا في نطاق رقابة قضائية دقيقة على هذه السلطة تحديداً، ولا يكون ذلك في المجمل إلا ببيان طبيعة مبدأ التناسب وأساسه.

8- طبق القضاء الإداري في الدول المقارنة لغرض هذه الدراسة (وهي كل من فرنسا ومصر والعراق وإقليم كردستان) بصورة واضحة رقابة التناسب والملاءمة على القرارات الإدارية المتعلقة بفرض العقوبات التأديبية على الموظف العام تحديداً، وذلك بغية الوصول والتحقق من مدى التزام الإدارة العامة بتطبيق تلك العقوبات، وسلامة الإجراءات المتخذة بناءً عليها، ومشروعية القرار مع ملاءمته للواقع والظروف التي تحيط بالظروف الشخصية للموظف، والواقع العام على قدم المساواة، هذا من جانب، ومن جانب آخر لم يأل القضاء الإداري جهداً بسيط رقابته أيضاً في مجال الضبط الإداري؛ وذلك لإقامة النظام العام والآداب العامة في المجتمع وعدم الانزلاق نحو الاختلال والانهيار.

9- من الأمور التي تحمل في طياتها الكثير من الاختلاف والجدلية الفقهية بشأنها، مسألة التمييز من جهة أو الاندماج من جهة أخرى، بين مبدأ التناسب والملاءمة من حيث الشبه والاختلاف؛ لقد تبين لنا أنّهما يختلفان عن بعضهما، حيث عرف مبدأ الملاءمة بتوافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والاعتبارات أو الظروف المحيطة وملابسات القرار من الجوانب كافة، وبمعنى أوسع وأشمل فإنّ الملاءمة تطلق على ما يوافق مركزاً معيناً أو حالة معينة، بالنظر لما يحيط بهذه الحالة من اعتبارات الزمان والمكان والظروف المحيطة بها. فأما التناسب فيعني توافق الإجراء مع السبب المصاحب له فهو يدخل ضمن أحد أشكال الملاءمة في القرار الإداري، فالتناسب أخيراً يعد أحد أوجه الملاءمات أو

جزءاً من أجزاء الملاءمة، وبمعنى أوضح فإنّ الأخير هي الصورة الكبرى، وهي بمثابة المرأة، والتناسب هو عبارة عن الصورة التي تظهر في داخل المرأة نفسها، وأنّ العلاقة بينهما هي ليست إلا علاقة الكل-الملاءمة-بالجزء-التناسب، وفي ذلك حينما يفرض القاضي رقابة التناسب ويفحصها في القرار، فإنّه في الوقت نفسه فرض رقابة الملاءمة، وذلك لأنّ التناسب ما هو إلاّ مكون من مكونات أو جزء من أجزاء رقابة الملاءمة.

10- تبين من خلال البحث والدراسة، أنّ القضاء المصري وبعض الدول المشابهة، يستعمل مفردة الغلو كوسيلة قضائية وذلك للتأكد والتحقق من تناسب القرار مع محل القرار ذاته، ويتجسد ذلك في إطار تحقيق المصلحة العامة عن طريق الموازنة بين الأساس الذي دفع رجل الإدارة إلى إصدار القرار، وبيان الأثر الناتج عن هذا القرار بعيداً عن الوقوع في الإفراط أو التفريط، ولقد سعى قضاء الغلو جاهداً من أجل عدم إنخراط الإدارة في التعسف في استعمال سلطتها التقديرية الممنوحة لها قانوناً، وجدير بالذكر، أنّ جوهر مصطلح الغلو يتحقق عندما يحصل عدم المعقولية في الجزء أو الإجراء المتخذ من رجل الإدارة، وأنّ عدم المعقولية أو عدم التقدير الصحيح أمر يأباه القانون والمنطق السليم، ويفضي في النهاية إلى اصطباغ هذا العمل أو القرار بصبغة عدم المشروعية، وبالتالي سيؤدي إلى إلغاء القرار عاجلاً أم آجلاً.

11- لقد اتضح لنا؛ أنّ رقابة التناسب تتكون من مستويات مختلفة، وهي كل من رقابة الوجود المادي للوقائع ورقابة التكييف القانوني للوقائع، بغية تحقيق أفضل مستوى من رقابة التناسب لا بد أن يراعي القضاء هذه الحقيقة، وأن يدخل المستويين المذكورين كجزء من ماهية رقابة التناسب بصورته الفعلية.

12- بعد البحث والدراسة في مجال نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، اتضح لنا

أنها تعمل كوسيلة فعّالة للرقابة الشاملة والعميقة على سلطة التقدير التي تتمتع بها الإدارة؛ وقد تهدف هذه النظرية إلى مراقبة وتنظيم جميع أعمال الإدارة وتصرفاتها بحيث تتحقق الاستقامة والعقلانية في القرارات التي تصدرها، هادفةً في ذلك تحقيق ضمان سلامة التصرف وحماية الحقوق العامة والخاصة، مع توطيد المراكز القانونية المتعلقة بها.

13- ما يزال مفهوم رقابة الموازنة بين المنافع والمضار من المفاهيم المتداولة على الصعيدين الفقهي والقضائي في كل من فرنسا ومصر وباقي الدول التي تحذو حذوهما، وهي في ماهيتها رقابة تعمل على المقارنة بين الآثار الإيجابية لإجراء إداري وقانوني معين، مع الآثار السلبية التي تنجم عن ذلك الإجراء؛ ولا يكون هذا الإجراء مشروعاً إلا إذا رجح الأول على الأخير في كل الأحوال، زد على ذلك، فإنّ الأخذ بهذه النظرية أو الرقابة لها مبررات قانونية واقتصادية، مع غيرها من المبررات أو الإعتبارات التي ترتبط بتحقيق العدالة الإجتماعية والحفاظ على الحقوق والحريات العامة والخاصة، ولها حظ وافر أيضاً في تحقيق المبادئ المستحدثة التي تعمل عليها هذه النظرية ومنها دفع المنافع الأقل لتلافي المضار الأشد.

14- على الرغم من ضرورة تطبيق النظريات الحديثة في مجال الرقابة القضائية على القرار الإداري ومنها نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار في القرار الإداري على الصعيد القضاء الإداري أولاً، ثمّ تطبيقها على مستوى القضاء الإداري الفرنسي والمصري، إلّا أنّ من الملاحظ أنّ القضاء العراقي والكوورديستاني لم يطبقا النظريتين بموقف صريح لحد الآن، وهذا أمر لم نجده يقبل التسويغ القانوني والمنطقي، وأدى ذلك بالقضاء الإداري إلى البقاء في دوامة الركود والجمود وتصوير نفسه بالقضاء التطبيقي في غالب الأحوال.

ثانياً/ التوصيات:

نوصي في ذلك ما يأتي:

1- مشرعي العراق و إقليم كوردستان بتخصيص قسط كبير من الحرية، ومجال رحب للإدارة العامة بممارسة صلاحياتها الإدارية والخدمية في نطاق منحها السلطة التقديرية، وخصوصاً في المجالات التي لم تكن تتعلق بالحفاظ على مقتضيات النظام العام وآدابه، وذلك بغية إتاحة فرصة كبيرة أمام الإدارة العامة نحو المضي قدماً في تكثيف جهودها لتحقيق الصالح العام ودواعيه، ومع تحقيق تنمية روح الإبداع والابتكار لدى الإدارة حتى لا تركز الإدارة بنفسها إلى التوقف والتعطيل والشلل، بالإضافة إلى ذلك؛ فإنَّ النشاط الإداري لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يحصر في نطاق معين، وذلك لتعدد حالاته، وتشعب مجالاته، وكثرة مآلاته مستقبلاً.

2- مجلس الدولة في العراق و مجلس شورى الإقليم بالتنسيق مع مجلس القضاء باختيار قضاة متكافئين، ومتخصصين في مجال القضاء الإداري سواء في محاكم القضاء الإداري أم في محكمة قضاء الموظفين، وهيئة انضباط موظفي الإقليم على أساس الاختصاص، وكذلك متوسمة فهم الجراءة الكافية لكي يتصدوا للقرارات الصادرة من الإدارة التي تغطي فيها سمة الجور والإجحاف بالعدالة، لأنَّهم يعدون سنداً وعضداً لممارسة حقيقة السلطة التقديرية من دون إفراط أو تفريط من الإدارة، لكون الرقابة القضائية مفصلاً هاماً من المفاصل المباشرة لسلطتها التقديرية بالميزان، ولا يقصد من ذلك أن يحل القضاء محل الإدارة العامة في مباشرة أعمالها وتصرفاتها، وتكملة للفكرة ذاتها فمن الممكن الاستفادة من الخبراء والأساتذة المختصين في مجال القانون والقضاء الإداري لفتح دورات تخصصية لتبصير القضاة و ترشيدهم.

3- مشرعي العراق وإقليم كوردستان بتثبيت مبدأ التناسب التشريعي ومراعاته في

التشريعات والعموميات كافة التي يقتضيها هذا المبدأ قدر الإمكان، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق بالتشريعات الإدارية ضماناً لتحقيق العدالة التشريعية، وصيانة لمبدأ التوازن بين الحقوق والواجبات العامة والخاصة قدر الإمكان، لأنّ مراعاة التناسب التشريعي تجعل الإدارة العامة أكثر توازناً وتناسقاً مع السلطات الممنوحة لها، مع احترام الحقوق والحريات العامة وصيانتها.

4- الإدارة العامة المتمثلة في جميع مرافقها ودوائرها الخدمية، ومن له اختصاص إصدار القرار في حيز الحقول المتخصصة لها، بمراعاة مبدأ التناسب في قراراتهم التي يتخذونها بغية الحصول على معلم من معالم الإدارة الرشيدة والعدالة بحق مواطنيها والجمهور، ولكي يكون وسيلة ضامنة لعدم تعرض قراراتهم للإلغاء والبطلان، وبخلاف ذلك كله، سنواجه حتماً حالة عدم استقرار القرارات والمعاملات الإدارية.

5- القضاء الإداري في العراق والإقليم، وكذلك قضاة محكمة قضاء الموظفين وهيئة انضباط الإقليم إلى تبني مبدأ التناسب وتطبيقه بصورة أكثر وضوحاً وجرأة في قراراتهم القضائية؛ سواء في نطاق الضبط الإداري وسلطة انضباط أم تأديب الموظفين، لكون المبدأ يحقق رصيماً بالغاً من الأهمية لكفالة الحقوق والحريات وتتجسد مبادئ العدالة التي تكون ضالة القضاء فأينما وجدها فهو أحق بها.

6- نهيب القضاء العراقي وقضاء إقليم كوردستان إلى تعميم تطبيق النظريات الحديثة لرقابة التناسب بصورة واضحة، وعلى رأسها نظرية الخطأ الظاهر في التقدير والموازنة بين المنافع والمضار لما لهما من أهمية كبيرة في تجسيد حماية معالم الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، ويكون في الوقت نفسه، حاجزاً كبيراً أمام انزلاق سلطة الإدارة التقديرية نحو عواقب سيئة لا تحمد عقباها، لكون النظريتين تعملان في طيات توطيد مبدأ عقلنة الأعمال والتصرفات

الصادرة من الإدارة المبنية على سلطتها التقديرية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن أهمية النظريتين في ظرفنا الراهن قد فاقت أمر سطوعها كنظرية بحتة، بل وصل بهما الأمر إلى أن يتعامل معها كمبدأ قانوني في نطاق القضاء الإداري، إذ سيشهد القضاء مزيداً في هذا المسار من التطور في هذه النظريتان، لذلك فإنّ النأي والتنصل من تطبيقهما مهما كان المسوغ، أمر ينافي المنطق والصواب والقانوني والإداري.

7- تشجيع القضاء في العراق عموماً، وإقليم كردستان خصوصاً على العمل الجاد نحو إيصال القضاء إلى قضاء إنشائي دقيق، حماية لدوره في خلق الأحكام والمبادئ القانونية التي تخدم إنتظام سير المرافق العامة، وتحريك عجلة التغير والتطوير واستدامتها في المرافق العامة بصورة مطلوبة، وحفاظاً على حماية الحقوق والحريات العامة من التنقيص والمس بها من الإدارة وفقاً لقراراتها المجافية لتلك الحقوق، ولا يتحقق ذلك إلاّ بتمثيل القضاء للدور المتميز له باستغلال حالات خلو النص أو الإغفال التشريعي، وكذلك بالاعتماد على الاختيار على أساس الاختصاص والكفاءة، واختيار القضاة المدربين في مجال القانون والقضاء الإداري.

قائمة المصادر والمراجع

وتشتمل المراجع على :

- ✍️ أولا/ القرآن الكريم
- ✍️ ثانيا/ المعاجم والقواميس
- ✍️ ثالثا/ الكتب القانونية
- ✍️ رابعا/ الأطاريح والرسائل
- ✍️ خامسا/ البحوث القانونية المنشورة
- ✍️ سادسا / الدساتير والقوانين
- ✍️ سابعا/ المصادر الأجنبية
- ✍️ ثامنا/ المصادر الإلكترونية
- ✍️ تاسعا/ الأحكام والقرارات القضائية

قائمة المصادر والمراجع

أولا/ القرآن الكريم

ثانيا/ المعاجم والقواميس:

- 1- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة.
- 2- قاموس المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، ط25، 1969.

ثالثا/ الكتب القانونية:

- 1- أشرف عبدالفتاح أبو المجد، تسبب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- 2- بومسلات ماجدة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، 2017.
- 3- جورج فوديل، بيار دلوقلية، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور هادي، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 2001.
- 4- حاج غوتي أحمد، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 5- حازم بيومي المصري، مدى مشروعية تصرفات الإدارة في ظل نظرية الغلط البين في تكييف الوقائع في ضوء الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون الطبعة، 2012.
- 6- حسام حميد داود الدليحي، الرقابة القضائية في القرارات التأديبية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2020.
- 7- حسن عبدالزهرة الدلفي، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء

- الإداري عليها، مركز الدراسات العربية، للنشر والتوزيع، ط1، 2019.
- 8- حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، ط1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.
- 9- حيدر أحمد الفتلاوي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في حالة الضرورة، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، 2019.
- 10- خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2013.
- 11- د. إبراهيم شيحا، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، 1994، ص326.
- 12- د. أحمد أحمد الموافي، فكرة المنفعة في نزاع الملكية الخاصة-نظرية الموازنة-، دراسة مقارنة، بلا مكان وسنة الطبع.
- 13- د. إدوارد عيد، القضاء الإداري، ج2، مطبعة البيان للنشر والتوزيع، بيروت، 1975.
- 14- د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، دار النشر للجامعات المصرية، 1945، ص328.
- 15- د. ثروت البدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- 16- د. حسان عبدالله يونس الطائي، التطورات القضائية على مبدأ التناسب في القرارات التأديبية، المكتب الجامعي الحديث، 2016.
- 17- د. حسن السيد البسيوني، دور القضاء في المنازعات الإدارية، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1981.
- 18- د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2006.
- 19- د. حلبي الدقوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط

- الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر 1989.
- 20- د. حلي الدقوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.
- 21- د. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة (عيوب القرار الإداري أوجه الإلغاء)، الجزء الثاني، الإسكندرية، 2010.
- 22- د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، عمان، 1997.
- 23- د. ربيعة يوسف بوقرط، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2017.
- 24- د. رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 25- د. رمضان البطيخ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1994.
- 26- د. رمضان محمد بطيخ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1996.
- 27- د. زانا رؤوف حمه كريم، د. دانا عبدالكريم سعيد، المبادئ العامة في القانون الإداري، الكتاب الثاني، مطبعة يادطار، السليمانية، 2017.
- 28- د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، 1997.

- 29- د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- 30- د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري قضاء التأديب، دار الفكر العربي، 1995.
- 31- د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري-الكتاب الأول- دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- 32- د. سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الإنحراف بالسلطة، مطبعة جامعة عين شمس، ط2، القاهرة، 1978.
- 33- د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري-قضاء الإلغاء- الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 34- د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ط6، مطبعة عين شمس، 1991.
- 35- د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ط6، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1991.
- 36- د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثانية، 1966.
- 37- د. شريف يوسف خاطر، القضاء الإداري-دعوى الإلغاء- دار الفكر والقانون، 2016.
- 38- د. شمس الدين الوكيل، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1964.
- 39- د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، نشاط الإدارة العامة أساليبه ووسائله، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص23.

- 40- د. عبد الفتاح حسن ، مبادئ واحكام القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- 41- د. عبدالحميد المتولى، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، العدد3، 4.
- 42- د. عبدالرحمن رحيم عبدالله، أركان القرار الإداري، ط1، مطبعة شهاب، أبريل، 2012.
- 43- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، مج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 44- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، ج 1 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.
- 45- د. عبدالسلام عبدالحميد، تأديب الموظف العام في مصر، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 46- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، أسباب قبول دعوى إلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط1، 2011.
- 47- د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في لبنان، دار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة 1983.
- 48- د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996.
- 49- د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القضاء الإداري، مؤسسة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، بلا سنة الطبع.

- 50- د. عبدالفتاح حسن، القضاء الإداري-قضاء الإلغاء-، ج1، المكتبة الجديدة، القاهرة، ص351.
- 51- د. عبدالمحسن بن سيد عمّار، مبادئ النظام الإداري المقارن، دار حافظ، جدة، ط3، 2008.
- 52- د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2004.
- 53- د. علي سعيد عمران، القضاء الإداري العراقي والمقارن، مكتبة السهوري، بغداد، 2011.
- 54- د. علي عبدالقادر مصطفى، الوظيفة العامة في النظام الإسلامي وفي النظم الحديثة، ط1، مطبعة السعادة، القاهرة، 1983.
- 55- د. علي محمد رضا يونس الطحان، دور القضاء الإداري في الرقابة على الأسباب الواقعية للقرار الإداري-دراسة مقارنة-، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، 2020.
- 56- د. غازي فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري_ دراسة قانونية حديثة مقارنة بالنظام الفرنسي والمصري والعراقي، ط4، مكتبة دار السلام القانونية، 2020.
- 57- د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
- 58- د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دراسة مقارنة لأصول رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة وعمالها، ومدى تطبيقها في القانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- 59- د. فؤاد العطار، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، القاهرة، مطابع دار الكتب العربي، ط2، 1960-1961.

- 60- د. فؤاد النادي، القضاء الإداري وإجراءات التقاضي وطرق الطعن في الاحكام الإدارية، 2007.
- 61- د. كارين الدغيدي، القضاء الإداري ورقابة التناسب- النصوص القانونية والآراء الفقهية والإجتهادية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2019.
- 62- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2010.
- 63- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004.
- 64- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 65- د. مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، دار النيبور للنشر والتوزيع، بغداد، 2016.
- 66- د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات الإدارية والعقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بلا تاريخ.
- 67- د. مازن ليلو راضي، موسوعة القضاء الإداري، المجلد الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2016.
- 68- د. مازن ليلو راضي، د. زانا رؤوف حمة كريم وآخرون، القضاء الإداري، ط1، مطبعة يادكار، 2020، السليمانية.
- 69- د. ماهر صالح علاوي الجبوري-القرار الاداري-دار الحكمة للطباعة والنشر/بغداد-1991-ص110.
- 70- د. ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة، 1996.
- 71- د. مجدي مدحت النهري، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، 2003 .

- 72- د. محمد الوكيل: حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 73- د. محمد أنس قاسم، الوسيط في القانون العام، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 74- د. محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- 75- د. محمد حسنين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوة الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- 76- د. محمد حسنين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- 77- د. محمد حسنين عبدالعال، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 78- د. محمد حسين حمزة، القانون التأديبي للموظف العام ورقابته القضائية، ط1، دار الفكر العربي، 1960.
- 79- د. محمد صلاح عبدالبديع السيد، الإتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملاءمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، ط1، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2004.
- 80- د. محمد عبدالحميد أبو زيد، الطابع القضائي للقانون الإداري، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1984.
- 81- د. محمد عبدالله الدليبي، تحول القرار الإداري، ط1، دار العلمية الدولية، عمان، 2001.
- 82- د. محمد عبدالله حمود الدليبي، القضاء الإداري في مملكة البحرين، ط2، 2009، دون ذكر مكان و دار النشر.

- 83- د. محمد عوض فرج، دور قضاء المشروعية في الحد من سلطة الإدارة التقديرية- دراسة مقارنة-، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2020.
- 84- د. محمد عوض فرج، دور قضاء المشروعية في الحد من سلطة الإدارة التقديرية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2020.
- 85- د. محمد فريد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، 1989.
- 86- د. محمد فؤاد عبدالباسط - أعمال السلطة الإدارية -القرار الإداري - العقد الإداري - طبعة 1989.
- 87- د. محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية - دراسة تحليلية نقدية - ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر.
- 88- د. محمد محمود ندى، انقضاء الدعوى التأديبية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- 89- د. محمد مقبل سالم العندي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، في مجالي الحريات العامة والتأديب الوظيفي، ط1، دار الوائل للنشر والتوزيع، عمان، 2018.
- 90- د. محمود عاطف البناء، حدود سلطة الضبط الإداري، 1980.
- 91- د. مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، ط2، القاهرة، 1977.
- 92- د. مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، ط3، دار عالم الكتاب، القاهرة، 1978.
- 93- د. نبيلة عبدالحليم كامل، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية، دار النهضة العربية، 1993.
- 94- د. نجيب خلف أحمد، محمد على جواد كاظم، القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، 2013.

- 95- د. نجيب خلف الجبوري، و د. محمد علي جواد كاظم، القضاء الإداري، مكتبة يادطار لنشر الكتب القانونية، ط5، السليمانية، 2016.
- 96- د. نكتل إبراهيم عبدالرحمن، التناسب في القرار الإداري، دار الكتب القانونية، 2016.
- 97- د. نواف كنعان، القانون الإداري-الكتاب الأول-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2002.
- 98- د. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري-دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة- دار الفكر والقانون، المنصورة، ط1، 2017.
- 99- د. يحيى جمل، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة 1990.
- 100- د. يسري محمد العصار، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 101- د. يوسف خليل إبراهيم السلوم، مسؤولية القضاء الإداري من خطأ الإدارة الظاهر في تقدير الوقائع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022.
- 102- ربيعة يوسف بوقرط، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة-دراسة مقارنة-، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2017.
- 103- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية-الخصومة الإدارية-، ج3، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- 104- رفيق بومدين، الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري، كلية الحقوق-جامعة محمد بوضياف، 2015.
- 105- السيد محمد إبراهيم، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعاوي الإلغاء، ط1، مطابع جريدة السفير، الإسكندرية 1963.

- 106- شريف احمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء واحكام المحكمة الإدارية، ط1، دار الفكر الجامعي.
- 107- صباح صادق جعفر الأنباري، مجلس شورى الدولة، ط1، بغداد، 2008.
- 108- عبدالوهاب البنداري، الجرائم التأديبية والجنائية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، المطبعة العالمية، القاهرة 1971.
- 109- عدنان عمرو، القضاء الإداري-مبدأ المشروعية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، نشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 110- عدي طلال محمود شاهين، رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والمضار والقرار الإداري، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2016، بيروت.
- 111- عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، بدون مكان الطبع، 1971.
- 112- علي موسى فقيهي، التناسب بين المخالفة التأديبية للموظف العام والعقوبة التأديبية، دراسة مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي، ط1، 2013.
- 113- عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء-دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.
- 114- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضاء الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998.
- 115- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار الهرمة، الجزائر، 1999.
- 116- لطرش حمو، سلطات الضبط الإداري الولائية في الجزائر، 2002.
- 117- مايا نزار أبودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.

- 118- محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة النشر.
- 119- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2009.
- 120- محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 121- محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.
- 122- محمد رفعت عبدالوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون تاريخ ومكان النشر.
- 123- محمد عبد رب حسنين محمود، نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في إطار القانون العام- دراسة مقارنة في النظام الإسلامي والنظم الوضعية، دار السلام للطباعة والتوزيع والنشر، ط1، القاهرة، 2008.
- 124- محمد عبدالنبي حسنين محمود، نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في القانون العام، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005.
- 125- 125- محمد ناصر راشد الطنجي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط1، 2016، دون ذكر مكان الطبع.
- 126- محمد ناصر راشد، الرقابة القضائية على التناسب، دار النهضة العربية، 2016.
- 127- مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية، مطبعة الهيئة العامة للكتاب، مصر، 1976.
- 128- نجوم غانم هديب الحجري، السلطة التقديرية في القرار الإداري، ط1،

- المركز العربي للنشر والتوزيع، 2019.
- 129- نواف كنعان، القضاء الإداري، ط1، الإصدار الثالث، دار الثقافة، عمان، دون سنة الطبع.
- 130- هاني الطهراوي، ماهية القانون الإداري، النشاط الإداري والتنظيم الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

رابعاً/ الأطاريح والرسائل:

- 1- إبراهيم محمد حاجي، الرقابة القضائية على تناسب القرار الإداري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة سوران- كوردستان-العراق، 2009.
- 2- بدرة مصطفى، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة ماجستير المقدمة إلى جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق، 2016.
- 3- بلعدي دليلة، رقابة القاضي الإداري بين رقابة المشروعية ورقابة الملائمة في القرارات الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016.
- 4- بن هني لطيفة، سلطات القاضي الإداري في ظل السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، قسم الحقوق، جامعة جزائر، 2012.
- 5- بوزيان نورالدين، رقابة القاضي الإداري للخطأ الظاهر، رسالة ماجستير في القانون، جامعة جيلالي بلعباس، قسم الحقوق، 2017.
- 6- بيو خلاف، حدود السلطة التقديرية للإدارة في العقود الإدارية، أطروحة الدكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، الجزائر.

- 7- جاسم كاظم كياشي العبودي، سلطة القاضي الإداري في تقدير عيوب الإلغاء في القرار الإداري- دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2005.
- 8- خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011.
- 9- خديري حنان، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في الوظيفة العمومية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي، قسم الحقوق.
- 10- خليفي محمد، الضوابط القانونية للسلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تلمسان، 2016.
- 11- د. أحمد صالح الباجلان، نظرية الظروف الإستثنائية ومشروعية القرار الإداري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2014.
- 12- د. ثروت عبدالعال، الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1992.
- 13- د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 2001.
- 14- د. عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، 1992.
- 15- دريسية حسين، حدود سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قالمة، 2006.
- 16- رضا عبد الله حجازي: الرقابة القضائية على ركن السبب في اجراءات الضبط الاداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمه الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001.

- 17- زياد طارق خضير عباس، رقابة التناسب في القضاء الإداري-دراسة تحليلية مقارنة- رسالة ماجستير المقدمة كلية الدراسات العليا-قسم القانون- جامعة النيلين، جمهورية السودان-2018.
- 18- سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2005.
- 19- السيد محمد إبراهيم، الرقابة على الوقائع في قضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بدون سنة النشر.
- 20- صالح إبراهيم المتيوتي، شروط الطعن أمام محكمة القضاء الإداري في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1994.
- 21- علي جمعة محارب، التأديب في الوظيفة العامة، رسالة ماجستير، جامعة عين الشمس، مصر.
- 22- علي حسين أحمد غيلان الفهداوي، الإتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة-دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 2000.
- 23- عمور سلامي، الضبط الإداري البلدي، رسالة ماجستير في الإدارة والمالية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر.
- 24- قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، رسالة ماجستير، شعبة القانون الإداري، جامعة باجي المختار- كلية الحقوق، 2006.
- 25- لطفاوي محمد عباس، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية، رسالة ماجستير، 2016 الجزائر.
- 26- لطفاوي محمد عبدالباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون-

- جامعة أبوبكر بلقايد - تلمسان -، الجزائر.
- 27- لعلام محمد مهدي، دور القاضي الإداري في ضمان مبدأ التناسب في المجال التأديبي، جامعة أبوبكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية.
- 28- محمد فريد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1989.
- 29- محمودي محمد الهادي، حدود السلطة التقديرية للإدارة في أركان القرار الإداري، رسالة ماجستير المقدمة إلى قسم الحقوق، جامعة د. الطاهر مولاي، الجزائر، 2016.
- 30- المنتهي غسان مصلىح، مبدأ التناسب ورقابة القضاء عليه في القرارات الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة قطر، 2022.
- 31- مهند قاسم زغير، السلطة التقديرية في مجال الضبط الإداري في الظروف العادية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام والمقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2014.
- 32- ميزاب ريمة، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013.
- 33- ناصر سعود الرشيد، ضوابط السلطة التقديرية للإدارة ومدى انحرافها في القرارات الإدارية، رسالة مقدمة إلى كلية القانون الجامعة الخليجية كجزء مكمل لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الإداري، 2011.
- 34- نداء محمد أمين، مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2010.
- 35- نويرة سامية، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة، رسالة الماجستير من جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق-الجزائر.

- 36- نويري سامية، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة، رسالة الماجستير من جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق-الجزائر.
- 37- ياسين قوتال، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة عنابة، 2005.

خامسا/ البحوث القانونية المنشورة:

- 1- أحمد حافظ عطية نجم، السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى الإنحراف بالسلطة في الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي، مجلة العلوم الإدارية، السنة 23، العدد 1، القاهرة، 1982.
- 2- أيمن محمد حسن، المشروعية الإدارية وحدود رقابة الملائمة، مجلة قضايا الحكومة المصرية، العدد الأول، السنة 1984.
- 3- بن علي عبد الحميد، الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار التأديبي، بحث قانوني منشور في مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة السعيدة، العدد الثاني، 2014.
- 4- تريعة نواره، تطور عناصر النظام العام، بحث قانوني منشور في مجلة الحقوق والحريات، جامعة الجزائر، العدد الثاني، 2013، ص 99.
- 5- جمال قروف، الأساليب الحديثة لقاضي الإلغاء في الرقابة للسلطة التقديرية للإدارة، بحث قانوني منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد 11، العدد 1.
- 6- الخير بوضياف، حدود رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، بحث منشور في مجلة الإجتهد القضائي، العدد 15، سبتمبر 2017.
- 7- د. أحمد أحمد الموافي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة، نظرية الموازنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1992.

- 8- د. السيد محمد ابراهيم سليمان، الرقابة القضائية على ملائمة القرارات التأديبية، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة، العدد2، 1963.
- 9- د. جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، -دراسة تطبيقية تحليلية تطبيقية مقارنة في الأنظمة المشابهة-، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، العدد 16، أغسطس، 2018.
- 10- د. ذنون سليمان يونس، ملامح تطور نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في القانون الإداري، بحث منشور في المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز، العدد الرابع، 2021/2020.
- 11- د. رمضان محمد البطيخ، أوجه إلغاء القرار الإداري في إطار السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة، بحث منشور في مجلة تطوير العلاقة بين الإداريين والقانونيين، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2006.
- 12- د. سعاد الشرقاوي، الإنحراف في استعمال السلطة وعيب السبب، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، السنة 11، العدد الثالث، ديسمبر 1969.
- 13- د. سعاد شرقاوي، الإنحراف في استعمال السلطة وعيب السبب، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، السنة 11، والعدد3، 1969.
- 14- د. عبدالعزيز عبدالمعطي علوان، دور القضاء الإداري في الحد من الأثر الرجعي لحكم الإلغاء، بحث منشور في المجلة القانونية-مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية-، دون الإشارة إلى سنة ومكان النشر.
- 15- د. عبدالفتاح عبدالحليم عبدالبر، بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مجلة العلوم الإدارية، إصدار الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، 1996.

- 16- د. عبدالله خلف رقاد، طبيعة دعوى الإلغاء وشروط قبولها المتعارضة مع طبيعتها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد2، 2019.
- 17- د. عبدالله رمضان بنيبي، نطاق دعوى الإلغاء-دراسة مقارنة-، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، يونيو، 2015.
- 18- د. علاق عبدالقادر، إشكالية تحديد مفهوم النظام العام، بحث منشور في مجلة المعيار، العدد4، مج10، 2019.
- 19- د. علي حسين أحمد الفهداوي، الرقابة القضائية على الغلط البين في التقدير من قبل الإدارة، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الخامس، 2012.
- 20- د. علي يونس إسماعيل، تطور رقابة التناسب في القضاء الإداري للإتحاد الأوروبي، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون جامعة المستنصرية، العدد 38، 39.
- 21- د. علي محمد بدير، أنواع القرارات الإدارية، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد، جامعة البصرة، العدد2، السنة الثانية، 1970.
- 22- د. غزير سعد العيسى، محددات وضوابط السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات الإدارية ودور القضاء في الرقابة عليها، بحث منشور في المجلة العربية للإدارة، مجلد39، العدد3، ايلول، 2019.
- 23- د. فاروق أحمد خماس، محكمة القضاء الإداري في ضوء قانون رقم 106 لسنة 1989، مجلة العلوم القانونية، المجلد9، العدد 1-2، 1990.
- 24- د. فيصل عبدالحافظ الشوابكة، د. محمد سعيد الشباب، رقابة محكمة العدل العليا الأردنية على سلطة الإدارة في التقدير، بحث قانوني منشور في دفاتر

- السياسة والقانون، العدد العاشر، جانفي، 2014.
- 25- د. كمال جعلاب، السلطة التقديرية للإدارة، بحث منشور في كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 15، جامعة زيان عاشور، الجزائر، 2013.
- 26- د. محمود سلامة جبر، التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد 3، سنة 35، يوليو 1991.
- 27- د. محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون والإقتصاد، السنة 48، العدد الثالث والرابع.
- 28- د. منتصر علوان كريم، أثر سلطة الإدارة التقديرية في ركن الإختصاص للقرار الإداري، بحث قانوني منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية لجامعة ديالى-العراق -، المجلد الثامن، العدد الأول، 2019.
- 29- د. يحيى محمد نمر، التطبيقات القضائية الحديثة لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير في القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات، بحث منشور في مجلة الكويتية العالمية للحقوق، العدد 3، ج 1، 2018.
- 30- د. يوسف ناصر حمدي الزفيري، السبب في قرارات الضبط الإداري والرقابة القضائية عليه، بحث قانوني منشور في مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 73، سبتمبر 2020.
- 31- عامر محمد بن عامر الحجري، لرقابة القضائية على عيب السبب في دعوى مراجعة القرار الإداري، رسالة مقدمة للترقية في القضاء الإداري السعودي، 2011.
- 32- عبدالعالي حاحة، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلله في دعوى الإلغاء، بحث قانوني منشور في مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس.

- 33- عبدالله ايت وكرم، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، بحث قانوني منشور في مجلة مزروعات الأعمال، العدد 17 في شهر أكتوبر، 2016.
- 34- العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا النظرية التقييمية كأسلوب حديث لرقابة الملائمة على القرارات الإدارية، بحث منشور في مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية.
- 35- علي خطار شطناوي، دور القضاء الإداري في إبتداع القواعد القانونية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 29، العدد 1، 2002.
- 36- فارة سماح، سلطة القاضي الإداري في تقدير التعويض في المسؤولية الإدارية، بحث قانوني منشور في مجلة الإبراهيمي للآداب والعلوم الإنسانية، جامعة برج بوعريبيج، العدد 3، الجزائر، 2020.
- 37- قيदार عبدالقادر صالح، فكرة الخطأ المرفقي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 38، 2008.
- 38- محمود حلبي، حق القضاء في تعديل العقد الإداري، مجلة الإدارة، عدد 2، 1964.
- 39- محمود سلامة جبر، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 28، 1984.
- 40- محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 37، العدد 1، القاهرة، مارس، 1993.
- 41- مريم بن عباس، العناصر الحديثة للنظام العام في القانون الإداري، بحث قانوني منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 1، المجلد 7، 2020.

42- هناء عباس كاظم وصعب ناجي عبود، السلطة التقديرية للإدارة ومبدأ المشروعية، بحث قانوني منشور في مجلة كلية الإسلامية الجامعة، العدد 15، لسنة 2011.

سادسا / الدساتير والقوانين:

أ.الدساتير

- دستور جمهورية العراق 2005.

ب. القوانين:

- 1- قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972.
- 2- قانون التعديل الخامس رقم 17 لسنة 2013 من قانون مجلس شوري الدولة العراقي رقم 65 لسنة 1979.
- 3- قانون مجلس شوري الإقليم رقم 14 لسنة 2008.
- 4- قانون المدني العراقي المرقم لسنة 1940.
- 5- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 وتعديلاته.
- 6- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام، المرقم 14 لسنة 1991 المعدل.
- 7- قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم المرقم 21 لسنة 2008 وتعديلاته.
- 8- قانون مجلس شوري الدولة العراقي المعدل بقانون رقم 17 لسنة 2013.
- 9- قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979.
- 10- قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971.
- 11- قانون الرسوم العدلية رقم 114 لسنة 1981.
- 12- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 النافذ.

سابعاً/ المصادر الأجنبية:

- 1- Administrative powers and discretionary power (no date) LegalRaj. Adv. Deepali S. Available at: <https://legalraj.com/articles-details/administrative-powers-and-discretionary-power> (Accessed: March 12, 2023).
- 2- Le Conseil d'État et le contrôle du principe de proportionnalité : jusqu'où ne pas aller trop loin .
- 3- par Julie Colemans 12 الرابط ، المتاح على الإنترنت، على الرابط <https://www.justice-en-ligne.be/Le-Conseil-d-Etat-et-le-controle/72022>.
- 4- Marc Laporte و Jacques Rojot "La décision administrative: Organisation et procédure" p:453.
- 5- cours de droit administratif, Paris, p229 (Vedel (G
- 6- petit larousse.paris.1987.p14.

ثامناً/ المصادر الإلكترونية:.

- 1- د. رمضان محمد البطيخ، مفهوم دعوى التعويض والعلاقة بينهما وبين دعوى الإلغاء، مقالة قانونية منشورة على موقع جامعة ملك السعود، وعلى هذا الرابط <https://faculty.ksu.edu.sa/ar/hidaithy/page/20159>، تاريخ الزيارة 2022-6-28 الساعة 11 ليلاً.
- 2- موقع بوابة مصر للقانون والقضاء على الرابط <http://www.laweg.net>، تاريخ الزيارة 2021/7.
- 3- موقع وزارة العدل العراقي، وعلى هذا الرابط <https://www.moj.gov.iq/view/1716> / تاريخ الزيارة 2022/1/3.

- 4- د. خليل عماد، إشكالية الحد من قوة إخلال الدولة بالحقوق الأساسية للأفراد مبدأ التناسب الألماني، بحث منشور على الموقع المركز الديمقراطي العربي، وعلى الرابط <https://democraticac.de/?p=66234>، تاريخ الزيارة 2021/7.
- 5- د. حبيب ابراهيم الدليمي، الرقابة على الوجود المادي للوقائع، مقال قانوني متاح على الموقع المرجأ، وعلى الرابط (almerja.com) ، تاريخ الزيارة 8/8/2022، الساعة 1 ظهراً.
- 6- موقع وزارة العدل العراقي، وعلى الرابط www.moj.gov.iq/view تاريخ الزيارة 2022/8/16 الساعة 3 عصراً.
- 7- موقع وزارة العدل العراقي، وعلى الرابط www.moj.gov.iq/view تاريخ الزيارة 2022/8/16 الساعة 3 عصراً.
- 8- أحمد طلال عبدالحميد، مقال قانوني بعنوان تعليق على قرار المحكمة الادارية العليا المرقم (2019/989) في 2019/7/25 في الدعوى (1556/قضاء موظفين/تميز/ 2019) الخاص باثبات الجرائم التأديبية ذات الطابع الاخلاقي والمخللة بكرامة الوظيفة، منشور على موقع الحوار المتمدن، وعلى الرابط الآتي www.ahewar.org، تاريخ الزيارة 2022-9-12.

تاسعا/ الأحكام والقرارات القضائية:

- 1- قرار مجلس الانضباط العام في 25/اذار/1935، مجلة القضاء، العددان 3 و 4، 1936، ص163 - 164، وقرار مجلس الانضباط العام في 28/1/1980. مجلة العدالة، العدد الثاني، 1980، ص315.
- 2- قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الإقليم رقم 10/ الهيئة العامة-الإنضباطية 2011/، في 6/6/2011 نقلاً عن منشورات وزارة العدل الإقليم/ المبادئ القانونية في قرارات وفتاوى المجلس لعام 2011، الطبعة الأولى، أربيل، 2012.

- 3- قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الإقليم رقم 21/ الهيئة العامة /2011، في 10/10/2011 ، نقلاً عن منشورات وزارة العدل الإقليم/ المبادئ القانونية في قرارات وفتاوى المجلس لعام 2011، الطبعة الأولى، أبريل، 2012.
- 4- حكم المحكمة الاتحادية العليا المصري، قضية 1586 لسنة 7 قضائية، بتاريخ 1965/5/23.
- 5- قرار المحكمة الإدارية العليا المصري، المرقم 95، س3، الصادر في 1957/3/9.
- 6- في الإجتهد القضائي في سورية حيث جاء في قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 20 لعام 1993.
- 7- الطعن رقم 750 لسنة 28، تاريخ الجلسة 1985/3/30.
- 8- الحكم الصادر في 2002/4/20، الطعن المرقم 7724 لسنة 45ق.
- 9- القرار الصادر من الهيئة العامة لمجلس شورى الإقليم المرقم 8 لسنة 2010.
- 10- المحكمة الإدارية العليا، 18 يناير 1986، الطعن رقم 1383-لسنة 31ق.
- 11- محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 1947/11/18.
- 12- القرار 167/انضباط-تمييز/2007، في 2007/12/3 نقلاً عن المنشور القانوني لوزارة العدل العراقي، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2007، ص 252 و253.
- 13- القرار المرقم 11/قضاء إداري عراقي./1991.
- 14- قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي المرقم 158/انضباط-تمييز/ 2007 في 2007/12/3.
- 15- حكم محكمة القضاء الإداري المصري، الطعن رقم ق 7/3121 بتاريخ 1956/3/25.
- 16- حكم المحكمة الإدارية العليا، المرقم 5508، المؤرخ 2001/11/2.

- 17- قرار المحكمة الإدارية العليا المصري بتاريخ 11/11/1961.
- 18- قرار مجلس الدولة المصري المرقم 123 بتاريخ 15/5/1965.
- 19- قرار قضاء الموظفين بقرارها المؤرخ 2015/2/3 وبعده اضبارة (2014/ج/214) الغاء الامر الجامعي المرقم (9930) في 2014/4/13.
- 20- القرار المرقم 653/قضاء موظفين/تميز/2015.
- 21- القرار المرقم 3/قضاء موظفين/تميز/2015.
- 22- حكم المحكمة الدستورية العليا المصري، طعن رقم 11، لسنة 1972.
- 23- طعن إداري، المحكمة الإدارية العليا، قسم 27، لسنة 32 قضائية، جلسة 1980/2/11.
- 24- حكم المحكمة الإدارية العليا المصري، قضية رقم 25 لسنة 9ق، المجموعة 10، ص 2096.
- 25- حكم المحكمة الإدارية العليا المصري، المرقم 672، لسنة 1973.
- 26- الحكم الصادر في المحكمة الإدارية العليا في القضية المرقمة 25 لسنة 9ق، المجموعة السنة 10، بتاريخ 1963/6/8.
- 27- الطعن القضائي المرقم 159/اق- 1955/11/15.
- 28- قرار مجلس الإنضباط العام العراقي، رقم القرار 1964/96، بتاريخ 1964/4/16.
- 29- قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة 235 بتاريخ 2005/12/5، نقلاً عن صباح صادق الأنباري، مجلس شورى الدولة، ط1، 2008.
- 30- حكم محكمة القضاء الإداري في العراق المرقم 94/القضاء الإداري/1990 في 1990/7/10.

- 31- قرار محكمة القضاء الإداري في العراق المرقم 1/ اداري/ تمييز /2004/ في 2004/1/15.
- 32- قرار محكمة القضاء الإداري المرقم 32/قضاء إداري 1993 في 1993/11/20.
- 33- قرار محكمة القضاء الإداري العراقي المؤرخ في 18/11/1996 1993.
- 34- حكم محكمة التمييز العراقية المرقم 129 م/3/ 2004 والصادر في 2004/3/8 (غير منشور).
- 35- قرار مجلس الإنضباط العام العراقي في الدعوى 2004/207، في 2004/7/1 غير منشورة.
- 36- قرار مجلس الإنضباط العام برقم 122/1979 في 9/5/1979 منشور في مجلة العدالة، العدد3، السنة5، 1979.
- 37- قرار مجلس الإنضباط العام برقم 122/1979 في 9/5/1979 نقلاً عن د. مازن ليلو راضي، النظام التأديبي، ط1، مطبعة دار المسلة للطباعة والنشر، بغداد، 2020، 522.
- 38- قرار المحكمة الإدارية العليا المصري، المرقم 95، س3، الصادر في 1957/3/9.
- 39- قرار مجلس الانضباط العام العراقي رقم 84 في 5/5/1999.
- 40- قرار مجلس الانضباط العام رقم 86 في 22/9/1963.
- 41- قرار 2002 /12/29 في الطعون المقدمة أمام المحكمة الإدارية العليا المصري أرقام (7565، 7612، 7616).
- 42- حكم المحكمة الإدارية العليا المصري، طعني 6900 و 7559 بتاريخ 2004/4/13.
- 43- قرار المجلس التأديبي العراقي في الدعوى التأديبية، رقم (4/25ق) بتاريخ 30/11/1972.

- 44- طعن رقم 205 لسنة 35 القضاء المصري، بتاريخ 19/5/1990.
- 45- قرار مجلس الإنضباط العام، رقم 207/2003 في 1/7/2004.
- 46- القرار رقم 180/انضباط -تميز/2009، نقلاً عن قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة العراقي لعام 2009.
- 47- قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم 34/35/ انضباط/تميز/ 2012 بتاريخ 15/3/2012.
- 48- قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم 629/ انضباط/تميز/ 2012 بتاريخ 6/12/2012.
- 49- قرار مجلس الإنضباط العام، رقم 41 بتاريخ 4/3/2000.

المحتويات

| | |
|----|-------------------------------------|
| 9 | تقديم |
| 17 | مقدمة |
| 17 | أولاً: مدخل تعريفي بموضوع الدراسة |
| 18 | ثانياً/ أهمية الدراسة وسبب اختيارها |
| 20 | ثالثاً/ إشكالية الدراسة |
| 21 | رابعاً/ أهداف الدراسة |
| 22 | خامساً/ فرضية الدراسة |
| 23 | سادساً/ الدراسات السابقة |
| 24 | سابعاً/ منهج الدراسة |
| 25 | ثامناً/ نطاق الدراسة وحدودها |
| 25 | تاسعاً/ خطة الدراسة |

الفصل الأول

الإطار النظري العام لمفهوم الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرار الإداري

| | |
|----|---|
| 29 | الفصل الأول: الإطار النظري العام لمفهوم الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرار الإداري |
|----|---|

| | |
|--|----|
| المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة العامة كأساس للرقابة القضائية | |
| على مبدأ التناسب في القرار الإداري..... | 30 |
| المطلب الأول: السياقات القانونية للسلطة التقديرية للإدارة العامة..... | 31 |
| الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة العامة..... | 31 |
| الفرع الثاني: موقف القضاء من السلطة التقديرية للإدارة العامة..... | 40 |
| المطلب الثاني: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة العامة ومبرراتها..... | 45 |
| الفرع الأول: أساس السلطة التقديرية للإدارة..... | 45 |
| الفرع الثاني: مبررات السلطة التقديرية للإدارة..... | 54 |
| المطلب الثالث: علاقة السلطة التقديرية بأركان القرار الإداري..... | 60 |
| المبحث الثاني: الإطار القانوني لمفهوم الرقابة القضائية على السلطة التقديرية في | |
| القرار الإداري..... | 77 |
| المطلب الأول: ماهية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة العامة.... | 78 |
| الفرع الأول: السياق الاصطلاحي لمفهوم الرقابة القضائية..... | 78 |
| الفرع الثاني: خصائص الرقابة القضائية..... | 83 |
| المطلب الثاني: نطاق الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة العامة.... | 87 |
| الفرع الأول: رقابة المشروعية..... | 87 |
| الفرع الثاني: رقابة الملاءمة..... | 90 |
| المطلب الثالث: مجال تطبيق الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة | |
| العامة في دعويي الإلغاء والتعويض..... | 95 |
| الفرع الأول: تطبيق الرقابة القضائية في نطاق دعوى الإلغاء..... | 95 |
| الفرع الثاني: تطبيق الرقابة القضائية في نطاق دعوى التعويض الإداري... 119 | |

الفصل الثاني

ماهية مبدأ التناسب ونطاق تطبيقه في المجالين التأديبي والضبط الإداري

| | |
|--|-----|
| الفصل الثاني: ماهية مبدأ التناسب ونطاق تطبيقه في المجالين التأديبي والضبط الإداري..... | 131 |
| المبحث الأول: ماهية مبدأ التناسب والأحكام المتعلقة به..... | 132 |
| المطلب الأول: تحديد مفهوم مبدأ التناسب وبيان طبيعته القانونية..... | 133 |
| الفرع الأول: تعريف مبدأ التناسب..... | 133 |
| الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمبدأ التناسب..... | 147 |
| المطلب الثاني: تمييز مبدأ التناسب عن المصطلحات المشابهة له..... | 154 |
| الفرع الأول: تمييز مبدأ التناسب عن السلطة التقديرية للإدارة العامة..... | 154 |
| الفرع الثاني: تمييز التناسب عن الملاءمة..... | 156 |
| المطلب الثالث: الأساس القانوني لمبدأ التناسب..... | 159 |
| الفرع الأول: الأساس المستند إلى الدور المنثني للقاضي الإداري..... | 161 |
| الفرع الثاني: الأساس المستند إلى مخالفة جوهر القانون..... | 164 |
| الفرع الثالث: الأساس المستند إلى فكرة التدرج في ذكر الجزاءات..... | 167 |
| الفرع الرابع: الأساس المستند إلى مبدأ العدالة واعتباراتها العملية..... | 171 |
| المبحث الثاني: نطاق تطبيق مبدأ التناسب في مجال السلطات التأديبية وسلطات الضبط الإداري..... | 174 |
| المطلب الأول: نطاق تطبيق مبدأ التناسب في مجال أركان القرار الإداري..... | 175 |
| الفرع الأول: التناسب في ركن السبب من القرار الإداري والرقابة القضائية عليه..... | 176 |
| الفرع الثاني: التناسب في ركن المحل من القرار الإداري..... | 198 |

| | |
|-----|---|
| 207 | الفرع الثالث: ركن الغاية في القرار الإداري..... |
| | المطلب الثاني: نطاق تطبيق مبدأ التناسب في مجال فرض العقوبات |
| 212 | التأديبية..... |
| 212 | الفرع الأول: مفهوم المخالفة التأديبية..... |
| 228 | الفرع الثاني: أركان المخالفة التأديبية..... |
| | الفرع الثالث: التطبيقات القضائية لرقابة التناسب على المخالفة |
| 233 | التأديبية..... |
| 240 | المطلب الثالث: نطاق تطبيق مبدأ التناسب في مجال الضبط الإداري..... |
| 240 | الفرع الأول: مفهوم الضبط الإداري والنظام العام..... |
| 244 | الفرع الثاني: عناصر النظام العام..... |
| | الفرع الثالث: التطبيقات القضائية لرقابة التناسب في مجال الضبط |
| 248 | الإداري..... |

الفصل الثالث

أهم المستجدات بخصوص تطور الرقابة القضائية على مبدأ التناسب

| | |
|-----|---|
| | الفصل الثالث: أهم المستجدات بخصوص تطور الرقابة القضائية على مبدأ |
| 255 | التناسب..... |
| 255 | المبحث الأول: مفهوم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير..... |
| 256 | المطلب الأول: السياق النظري لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير..... |
| 257 | الفرع الأول: تعريف نظرية الخطأ الظاهر في التقدير..... |
| 264 | الفرع الثاني: سمات نظرية الخطأ الظاهر في التقدير..... |
| 267 | الفرع الثالث: تمييز نظرية الخطأ الظاهر عن المصطلحات المشابهة لها..... |

| | |
|---|------------|
| المطلب الثاني: الأحكام العامة لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير..... | 271 |
| الفرع الأول: معايير تحديد نظرية الخطأ الظاهر في التقدير..... | 271 |
| الفرع الثاني: مستوى رقابة الخطأ الظاهر في التقدير بين مستويات الرقابة القضائية..... | 278 |
| الفرع الثالث: إثبات الخطأ الظاهر في التقدير..... | 280 |
| المطلب الثالث: نطاق تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير..... | 283 |
| الفرع الأول: رقابة الخطأ الظاهر في مجال الوظيفة العامة..... | 283 |
| الفرع الثاني: رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في مجال التأديب..... | 287 |
| الفرع الثالث: نظرية الخطأ الظاهر في مجال الضبط الإداري..... | 292 |
| المبحث الثاني: نظرية الموازنة بين المنافع والمضار..... | 297 |
| المطلب الأول: السياق النظري لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار..... | 297 |
| الفرع الأول: مفهوم نظرية رقابة الموازنة بين المنافع والمضار..... | 298 |
| الفرع الثاني: معايير نظرية رقابة الموازنة بين المنافع والمضار..... | 301 |
| الفرع الثالث: خصائص رقابة الموازنة بين المنافع والمضار..... | 307 |
| المطلب الثاني: مجالات تطبيق نظرية رقابة الموازنة بين المنافع والمضار..... | 312 |
| الفرع الأول: رقابة القضاء في نطاق نزع الملكية لغرض المنفعة العامة..... | 312 |
| الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على الموازنة في مجال البناء والإعمار..... | 318 |
| الفرع الثالث: رقابة القضاء على الموازنة في مجال الترخيص للأجانب..... | 323 |
| الخاتمة | 331 |
| أولاً/ الاستنتاجات..... | 331 |
| ثانياً/ التوصيات..... | 337 |

| | |
|-----|------------------------------------|
| 341 | قائمة المصادر والمراجع |
| 343 | أولاً/ القرآن الكريم |
| 343 | ثانياً/ المعاجم والقواميس |
| 343 | ثالثاً/ الكتب القانونية |
| 355 | رابعاً/ الأطاريح والرسائل |
| 359 | خامساً/ البحوث القانونية المنشورة |
| 364 | سادساً / الدساتير والقوانين |
| 364 | أ- الدساتير |
| 364 | ب- القوانين |
| 365 | سابعاً/ المصادر الأجنبية |
| 365 | ثامناً/ المصادر الإلكترونية |
| 366 | تاسعاً/ الأحكام والقرارات القضائية |

