ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية الحقوق
College of Rights

Judicial oversight of the administration's assessment of the proportionality of the reason with the place in the administrative decision - Comparative Analytical Study –

Assist. Lect. Zhwan Hamad Amin Abdullah
Juman Technical Institute, Erbil Technical University, Erbil, Iraq

Assist. Lect. Ibrahim Mohamed Hajji
Juman Technical Institute, Erbil Technical University, Erbil, Iraq
Ibrahim.haji892@gmail.com

Article info.

Article history:
- Received 25 July 2022
- Accepted 12 Sept 2022
- Available online 1 Mar 2023

Keywords:
- Appropriate Control.
- Proportionality.
- Apparent Error Theory.
- Cause.
- Discretion.

Abstract: This study deals with the issue of proportionality control over administrative decisions, as it deals with clarifying the concept of the principle of proportionality as an element of appropriateness in the administrative decision, and then clarifying its relationship with similar terms (such as discretionary authority, appropriateness), clarifying the aspects and parties of the relationship in proportionality, and clarifying the issue of recognizing the principle of proportionality. Proportionality between its supporters and opponents, and the basis on which the principle of proportionality is based. This study also deals with the statement of the methods used by the administrative judge when controlling proportionality to reveal the error that the administration made when issuing its decision in terms of appropriateness, specifically the error in estimating the importance and seriousness of the reason and its proportionality with the place that is called Disproportionateness in the administrative decision, and among these methods (the theory of clear error), which the French State Council adopted to monitor proportionality, especially in administrative control decisions, and (the theory of exaggeration), which was adopted by the Egyptian administrative judiciary as a tool to control proportionality in the administrative decision, especially in the field of disciplinary decisions This study deals with some judicial applications in France, Egypt and Iraq, analyzing and comparing them, and then this study deals with some recommendations or suggestions. For the Iraqi administrative judiciary to follow the example of the French and Egyptian in this field.

© 2023 TUJR, College of Right, Tikrit University

الرقابة القضائية على تقدير الإدارة في تناسب السبب مع المحل في القرار الاداري
- دراسة تحليلية مقارنة -

م.م. ژوان حمد امين عبدالله
المعهد التقني جؤمان، جامعة اربيل التقنية، اربيل، العراق

م.م. ابراهيم محمد حاجي
المعهد التقني جؤمان، جامعة اربيل التقنية، اربيل، العراق
Ibrahim.haji892@gmail.com

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ٢٥ / تموز / ٢٠٢٢
- القبول : ١٢ / ايلول / ٢٠٢٢
- النشر المباشر : ١/ آذار /٢٠٢٣

الكلمات المفتاحية :
- رقابة الملاءمة.
- التناسب.
- نظرية الخطأ البين.
- السبب والمحل.
- السلطة التقديرية.

الخلاصة: تتناول هذه الدراسة موضوع رقابة التناسب على القرارات الادارية، حيث تتطرق الى توضيح مفهوم مبدأ التناسب كعنصر من عناصر الملاءمة في القرار الاداري ومن ثم بيان علاقته مع المصطلحات الشبيهة به(كالسلطة التقديرية، والملاءمة)، وبيان اوجه وأطراف العلاقة في التناسب، وتوضيح موضوع الاعتراف بمبدأ التناسب بين مؤيديه ومعارضيه وبيان الاساس الذي يستند اليه مبدأ التناسب، وتتناول هذه الدراسة ايضا بيان الاساليب التي يستعلها القاضي الاداري عند رقابته التناسب للكشف عن الخطأ الذي وقعت فيه الادارة عند اصدار قرارها من حيث الملاءمة تحديدا الخطأ في تقدير اهمية وخطورة السبب وتناسبه مع المحل الذي يسمى بعدم التناسب في القرار الاداري، ومن هذه الاساليب(نظرية الخطأ البين)الذي تبنى المجلس الدولة الفرنسي للرقابة على التناسب خصوصا في قرارات الضبط الاداري، و(نظرية الغلو)الذي تبنى القضاء الاداري المصري كأداة للرقابة على التناسب في القرار الاداري خصوصا في مجال القرارات التأديبية، وتتطرق هذه الدراسة بعض تطبيقات قضائية في كل من فرنسا ومصر والعراق وتحليلها ومقارنتها ومن ثم تتناول هذه الدراسة الى بعض التوصيات أو الاقتراحات للقضاء الاداري العراقي كي يسير عليها على غرار الفرنسي والمصري في هذا المجال.

© ٢٠٢٣, كلية الحقوق، جامعة تكريت

المقدمة :

تعتبر الرقابة القضائية من أهم وأجدى صور الرقابة وأكثرها ضمانا لتحقيق المشروعية، لأنها تمارس من قبل السلطة القضائية بهدف حماية حقوق وحريات الأفراد، ويمثل دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المشروعية أساسا في رقابة الإلغاء التي تلغي القرار الإداري الصادر خلافا للقانون، وذلك بالبحث عن أوجه إلغاء القرار المطعون فآه المتمثلة في العيوب التي تشوب القرار عند إصداره من عيوب

خارجية تتجسد في عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل والإجراءات، وعيوب داخلية تتجسد في عيب المحل وعيب الغاية وعيب السبب.

ومن المعروف أن ركن الشكل والإجرءات وركن الاختصاص يدخلان ضمن المشروعية الخارجية للقرار الإداري، قد لا تملك فيهما الإدارة سلطة تقديرية واسعة فالقواعد المنظمة لهذين الركنين يحددها المشرع، أما فيما يخص عناصر المشروعية الداخلية للقرار فإن الإدارة تتمتع حيالها نوع من الحرية في التقدير لتتمكن من تحقيق وظائفها بفاعلية.ونتيجة للتطور الذي تعرفه شتى المجالات وتوغل الإدارة فيها، أدى هذا إلى توسع هذه السلطة التقديرية الشيء الذي قد يؤدي إلى المساس بحقوق وحريات الأفراد.

من هنا لابد للقضاء الإداري ومن باب القيام بمهامه أن يطّور هو الآخر في رقابته للحّد من تزايد هذه السلطة التقديرية بغية تحقيق التوازن بين مقتضات تحقيق المصلحة العامة وحماية حقوق الأفراد من تعسف الإدارة في استعمالها لهذه السلطة.

وتمثل هذا التطور في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في ابتكار القضاء الإداري لمبدأ قانوني جديد هو مبدأ التناسب، الذي من خلاله يراقب القاضي الإداري أهمية وخطورة الوقائع التي أُصدر القرار الإداري بسببها ومدى تناسبها مع الإجراء المتخذ.

حيث درج القضاء الإداري المقارن في النصف الثاني من القرن الماضي على تكريس هذا المبدأ، ويتضح أن أول بداية لهذا التكريس أقرها القضاء الإداري المصري، وذلك من خلال تقريره لفكرة الغلو التي يراقب عن طريقها القاضي مدى تناسب الخطأ المرتكب من طرف الموظف مع العقوبة الموقعة عليه من طرف السلطة التأديبية، سواء كان هذا الغلو إفراطاً في العقوبة أم تفريطاً فيها، كما كان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل في تطوير هذه الرقابة باستعمال وسائل فّعالة للحّد من السلطة التقديرية للإدارة، وتمثلت هذه الوسائل في فكرة الخطأ الظاهر في التقدير التي استقاها مجلس الدولة الفرنسي من نظرية الغلو، حيث يراقب القاضي الإداري مدى ارتكاب الإدارة لخطأ جسيم في تقديرها للوقائع التي استندت عليها في إصدار قرارها.

أولا: اهمية الدراسة: تكمن الأهمية العلمية لهذا الموضوع في معرفة الدور التقليدي الذي يقوم به القاضي في الرقابة على سبب القرارات الإدارية، والدور الحديث في مجال رقابته على القرارات الإدارية التي تجاوزت حدود الرقابة على المشروعية الداخلية للقرار الإداري، التي كانت تتوقف عند حد رقابة التكييف القانوني للوقائع تجاه عنصر السبب، حيث تتعدى هذه الرقابة إلى رقابة تقدير الإدارة لأهمية الأسباب الواقعية وتقدير مدى التناسب بين أهميتها وخطورتها وبين الإجراء المتخذ بشأنها، ومعرفة الآليات

والوسائل التي يقوم القاضي الإداري بواسطتها بتفعيل رقابته على تناسب القرار الإداري لهذا النوع من الرقابة، وأهمية أخرى تتجلى في محاولة إزالة اللبس الموجود بسبب التداخل مابين التناسب والملائمة وأثر ذلك على فعالية الرقابة القضائية على قرارات الإدارة عند إستخدامها لسلطتها التقديرية، وأهمية أخرى لهذه الدراسة تتضح في كون التناسب أضحى مبدأ دستوريا يحتم على الإدارة تحريه والعمل على تحقيقه في إجراءاتها و قراراتها التي تمس بحقوق وحريات الأفراد خاصة في مجال الضبط الإداري سواء في الظروف العادية أو الإستثنائية والتي تتوسع فيها سلطات الإدارة مقابل تقييد حقوق وحريات الأفراد، وما قد يثيره هذا الامر من ملابسات تنعكس أثارها على طبيعة العلاقة – القائمة بين الإدارة و الأفراد والثقة فيما بنيهما.

ثانيا: إشكالية الدراسة: تتناول هذه الدراسة جملة من الإشكاليات التي نتساءل فيها على النحو الآتي:

- ما هو مبدأ التناسب، وإلى أي مدى تتعارض وتتوافق رقابة على التناسب مع السلطة التقديرية، ومع مبدأ الفصل بين السلطات؟*ماهو الأساس القانوني لرقابة التناسب وماهو موقف كل من الفقه والقضاء المقارن في هذا المجال؟ وماهي التقنيات أو الوسائل الحديثة التي يلجأ إليها القاضي الإداري عند فحص القرار الإداري لكشف التناسب؟ وما هي المجالات التي يطبق فيها مبدأ التناسب في القرارات الإدارية ؟

ثالثا: اهدف الدراسة هو تسليط الضوء على مبدأ التناسب في قرارات الإدارة من خلال دراسة النظرية المتخصصة للموضوع، فضلا عن البحث في مكامن الضعف في قرارات الإدارة نتيجة عدم التناسب ووضع حلول ناجعة لها، ومحاولة لفت نظر المشرع والقضاء والفقه الإداري المقارن على إعطاء هذا الموضوع ما يستحق من الأهمية للحفاظ على الموازنة بين فاعلية أجهزة الإدارة وضمان حقوق الأفراد المتعاملين معها.*توضيح نطاق رقابة التناسب، وبيان موقف القضاء والفقه الإداريين من الرقابة على التناسب في القرار الإداري.*بيان الوسائل الحديثة التي يعتمد عليها القاضي الإداري عندما يقوم برقابته التناسب.

رابعا: نطاق الدراسة: ينحصر النطاق المكاني للدراسة في(فرنسا ومصر والعراق)، وينحصر النطاق الموضوعي في رقابة القضاء الإداري على التناسب في القرارات الإدارية في مجالي التأديب والضبط الإداري.

خامسا: منهجية الدراسة: إن المنهج المتبع في إعداد هذه الرسالة هو المنهج التحليلي المقارن، ويتحقق فيها تحليل القوانين والأحكام والآراء الفقهية المقارنة في كل من فرنسا ومصر والعراق.

سادسا: خطة الدارسة: سنقسم هذه الدراسة الى ثلاثة مباحث، فنخصص المبحث الاول الى ماهية التناسب في القرار الاداري، ونخصص المبحث الثاني للأساليب القضائية التي يستخدمها القاضي في الرقابة على التناسب، ونخصص المبحث الثالث للرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري وتطبيقاتها.

المبحث الأول

ماهية التناسب في القرار الإداري

لم يجمع فقهاء القانون الإداري على مبدأ التناسب بشكل نهائي بل هناك إختلاف بينهم حول هذا المبدأ من حيث تعريفه الدقيق أو مفهوم دقيق، وحتى القضاء الإداري والمشرع لم يصلا إلى مفهوم دقيق وتعريف شامل لهذا الموضوع الجدلي، وهذا دفع الفقه أن يبذل جهوداً كبيرة لتقديم تعريف شامل ودقيق، وتوضيح مدى علاقته بمصطلحات اخرى وابراز نقاط التمايز بينه وبين بعض المواضيع الأخرى الشبيهة وتحديد اوجه التناسب، لذلك سنحاول أن نتطرق إليه من خلال مطلبين، فنخصص المطلب الأول لتوضيح مفهوم التناسب والمصطلحات الشبيهة و أوجه العلاقة في التناسب، ونخصص والمطلب الثاني لتوضيح موضوع الاعتراف بالتناسب واساسه.

المطلب الأول / مفهوم التناسب

سنحاول في هذا المطلب أن نلقي الضوء على مفهوم التناسب من حيث التعريف والمصطلحات الشبيهة به، ونقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، وذلك على النحوالآتي:

الفرع الأول / تعريف التناسب

التناسب لغة: مشتق من كلمة (نسب)، والنسب يعني القرابة، وإنتسب استنسب، أي ذكر نسبه، وناسبه شاركه في نسبه [i]، وناسبه مناسبة، أي ماثله وشاكله ولاءمه، وتناسبا، أي تماثلا وتشاكلا، وإستنسب الشيء، أي وجده مناسبا وملاءما، والنسبة تعني القرابة وإيقاع التعليق والإرتباط بين شيئين، التماثل بين علاقات الأشياء والكميات. وأما فيما يتعلق بالتعريف التشريعي نستطيع القول بأن ليس هناك تعريف محدد للتناسب من قبل المشرع، وهذا الأمر يبدو طبيعيا، حيث غالبا ما يترك المشرع مهمة تحديد التعريف لموضوع معين إلى القضاء أو الفقه، هذا من جانب ومن جانب آخر لم يورد القضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق أي تعريف محدد للتناسب بل إكتفى القضاء في أحكامه بالتأكيد على وجوب تناسب القرار في مجال العقوبات التأديبية ومجال القرارات الضبطية، وأيضاً التأكيد على مسألة الغلو في

الإجراء المتخذ من قبل الإدارة وحيث اشاروا الى عدم الملاءمة الظاهرة ما بين الإجراء والواقعة الدافعة إلى إتخاذ القرار.(نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦، ص٢٣).

التناسب فقهيا: يعرف الفقيه الفرنسي(فالين)التناسب بأنه(عبارة عن جوهر السلطة التقديرية التي يكمن في سلطتها في تقدير ملاءمة الإجراءات، فالتناسب بين الإجراء وسبب القرار الإداري هو مكمن السلطة التقديرية والتناسب موضوع حيوي وله أهميه كبرى في القضاء الإداري).(علي حسين أحمد غيلان الفهداوي، ٢٠٠٠، ص ١٣٧).

ويعرف الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي التناسب بأنه: (عندما يبسط القضاء الإداري رقابته على السبب في القرار الإداري فيما يتعلق بالمرحلة الثالثة منه أي تقدير أهمية وخطورة السبب، فهو يتحقق مما إذا كان هناك تناسب بين السبب والإجراء المتخذ، أي ما إذا كانت هذه الوقائع كافية لتبرير القرار المتخذ).(مصطفى ابو زيد فهمي١٩٩٩، ص٧٤٦).

أما بالنسبة للفقه العراقي، فلم يتناول الفقه بشكل واضح موضوع التناسب وإنما تطرق إليه قسم قليل من الفقها ومنهم الأستاذ عبدالقادر الشيخلي الذي ذكر أن(الجزاء التأديبي يجب أن يكون متناسبا مع الفعل ذاته أي المخالفة، والملاءمة هي جوهر نفعية العقاب وفقدانها يزيد الشك حول طبيعة العدالة وجدية الوظيفة التأديبية).(عبدالقادر الشيخلي، ١٩٨٣، ص٢٩٧-٢٩٨).

ويرى الدكتور عصام البرزنجي أن التناسب(هو إختيار الإجراء الملائم الذي يتفق ويتناسب مع أهمية الوقائع).(عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، ص٣١٨).

ويرى الباحث أن التناسب يمكن تعريفه بأنه(تقدير أهمية وخطورة السبب وتناسبه مع محل القرار، بإعتباره أحد ملاءمات القرار الإداري).

الفرع الثاني / تمييز التناسب عما يشابهها

لوجود الغموض في مدلول التناسب وتداخله مع مصطلحات أخرى مشابهة مثل الملاءمة والسلطة التقديرية، سنحاول أن نسلط الضوء على هذا الخلط وطرق تمييزه عن الأخرى وتحديد نقاط الإلتقاء والتباعد كما يلي:

أولاً: الملاءمة

قبل القيام بالبحث في أوجه التمايز بين التناسب والملاءمة، لا بد أن نوضح معنى ومفهوم الملاءمة بشكل دقيق كي يتبين لنا بوضوح الفرق بينهما.

أ-تعريف الملاءمة

يعرف الفقيه الفرنسي(دوبيسون) الملاءمة بانها(تصرف معين هي فكرة مادية أو عملية، ينظر فيها إلى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة بالنظر إلى ما يحيط بهذا المركز).(نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦، ص٣٨).ويقول الدكتور سامي جمال الدين أن الملاءمة(تصرف ما يعني أن هذا التصرف كان مناسبا أو موافقا أو صالحا من حيث الزمان والمكان والظروف والإعتبارات المحيطة).(سامي جمال الدين، ٢٠١٠، ص٢١٩).وقد ذكر الدكتور(عصام عبدالوهاب البرزنجي)أن الملاءمة تعني(التصرف كان مناسبا أو موافقا أو صالحا من حيث الزمان والمكان والظروف والإعتبارات المحيطة).(عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، ص١٦٤).

ب-التمييز بين الملاءمة والتناسب:

هناك خلطٌ في بعض الأحيان بين كل منهما لدى بعض الفقهاء ولا يفرقون بينهما، حيث عرفت الدكتورة(سعادة الشرقاوي)الملاءمة بأنها(التناسب بين الإجراء وأسبابه وإختيار الإجراء المناسب الذي يتفق مع خطورة الوقائع وأهميتها)، وفي موضوع آخر في سياق بيانها لمستويات الرقابة القضائية على القرار الإداري تقول بأن: (مستويات الرقابة القضائية على ركن السبب هو التحقق من صحة الوقائع المادية، والتكييف القانوني الصحيح، وأخيراً ملاءمة القرار، أي تناسبه مع الوقائع).(سعادة الشرقاوي، مجلة العلوم الإدارية، ١٩٦٩، ص١٥٠).هذا يعني إنها لم تفرق بين التناسب والملاءمة وإنما خلطت بينهما.ويذكر الدكتور(السيد محمد ابراهيم سليمان الزهيري)أن الملاءمة في القرارات الإدارية هي(التناسب بين الذنب أو الخطأ أي(السبب)والعقوبة أي(المحل)، فهي أقرب إلى عملية حسابية بسطها جسامة الذنب ومقامها خطورة الجزاء، وحاصلها ملاءمة القرار أوعدم ملاءمة، فأهمية الجزاء والخطورة هما عنصران الملاءمة).(سيد محمد ابراهيم سليمان، مجلة العلوم الإدارية، ١٩٦٣، ص٢٦٥).

وجدير بالذكر، أن القضاء الإداري المصري والعراقي يستعملان كلمة التناسب والملاءمة كمترادفين في العديد من أحكامهما وتطبيقاتهما، وذهبا إلى إستعمال كلا المصطلحين، تارة التناسب وتارة أخرى الملاءمة في ذات الحكم للدلالة على عدم التفرقة بينهما، كما جاء – في حكم لمحكمة الإدارية العليا المصرية(...إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب إستعمالهما غلو وإن من صورة عدم الملاءمة الظاهرة بين خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره).(حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٥٣٢٥ لسنة ٤٣ ق.ع، جلسة ٢٠٠٣/١١/٣٠ مجموعة القوانين والمبادء القانونية التي قررها المحكمة، (الأحكام الخاصة بالتأديب)، ٢٠٠٤/٢٠٠٥، ج ٣، ص٢٣٣).

وأما الدكتور محمد حسنين فيقول (إن الملاءمة ليست التناسب وتنفرد الإدارة بتقديرها كغيره من الأمور الأخرى).(محمد حسنين عبدالعال، ١٩٧١، ص٧٢)، وإن أحسن دليل على ذلك هو حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الذي جاء فيه"ذلك أن رقابة القضاء الإداري للقرار الصادر من جهة الإدارة، تقف عند حّد التحقق من وجود سبب صحيحٍ لهذا القرار، أما أهمية هذا السبب أو خطورته متى قام فمن ملاءمات الإدارة التي تخضع لسلطتها التقديرية".(حكمها في ١٩٥٦/١٢/٨، قضية رقم ١٩٨٧ لسنة ٢/٩ق، مجلة الحقوق، إصدار كلية الحقوق جامعة الأسكندرية، السنة ٢، ص١٦١.نقلا عن د.محمد حسنين عبدالعال، مصدر سابق ص٢٦٩).

من خلال ما سبق، نؤيد الرأي القائل بأنه يختلف التناسب عن الملاءمة، فالتناسب إذن هو أحد ملاءمات القرار الإداري، والملاءمة هي صفة للقرار الإداري، بمعنى أن هنالك عناصر أمام مصدر القرار كي يقوم بملاءمة القرار بناء عليها، فالتناسب جزء من هذه العناصر، وهذه العناصر هي: أ- تقدير وجود التدخل أو الإمتناع عن التدخل.ب-إختيار وقت التدخل. ج-تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب.(محمد فريد سليمان الزهيري، ١٩٨٦، ص ٣١-٣٢).

ثانياً: السلطة التقديرية ومدى علاقتها بالتناسب

سنتناول تعريف السلطة التقديرية للإدارة، والعلاقة بينها وبين والتناسب أو الترابط بينهما، وذلك على النحوي الآتي:

أولا: السلطة التقديرية

نتطرق الي السلطة التقديرية وعلاقتها بالتناسب وذلك على النحو الاتي:

قد خلط بعض الفقهاء بين السلطة التقديرة للإدارة والتناسب، وأعتبروا أن التناسب هو نفس السلطة التقديرية فلم يفرقوا بينهما، كما يرى الفقيه(هوريو)في تعليقه على حكم(greziette)(أن جوهر السلطة التقديرية يكمن في سلطتها في تقدير ملاءمات الإجراءات).(مايا محمد نزار ابو دان، ٢٠١١، ص٦٢).

ويؤيد(الدكتور محمد مصطفى حسن) بأن: السلطة التقديرية تعني التناسب فهي من الملاءمات المتروكة لجهة الإدارة".(محمد مصطفي حسن، ١٩٧٤، ص٣١٣).ويقول الفقيه الفرنسي(فينزاي) أن السلطة التقديرية هي الحرية التي تترك عادة للإدارة لتقدير مناسبة الإجراء المتخذ.(نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦، ص٣٤).

ويؤيد الباحث الرأي القائل بأن هناك فرق كبير بين السلطة التقديرية والتناسب ولكل منهما معنى ومدلول خاص بها، فالسلطة التقديرية هي المجال التي تتصرف فيه الهيئات الإدارية بحرية، المجال الذي

يتضمن جملة عناصر أو ملاءمات تستطيع الإدارة عبرها التصرف بحرية في حدود ونطاق إختصاصاتها القانونية، وهذه التصرفات تتمثل في إختيار سبب القرار من قبل الإدارة أو تتمثل في إختيارها للتدخل أو الإمتناع عنه أو الوقت المناسب للتدخل، وكيفية التدخل، أو الإختيار بين عدة قرارات جميعها مشروعة، وإختيار الإجراء المناسب الذي هو (المحل)لأهمية الواقعة أو خطورة الواقعة الذي هو(السبب).(مايا محمد نزار أبودان، ٢٠١١، ص٦٢).

الفرع الثالث / اطراف العلاقة في التناسب

نحاول ان نتطرق الى تحديد أطراف العلاقة في التناسب، حيث ان بعض الفقهاء يقولون أن التناسب ينشأ عن نتيجة مطابقة القاضي بين ركني(السبب والمحل)، والبعض الآخر يقول أن التناسب ينشأ نتيجة مطابقة القاضي بين ركني(السبب والغاية)، وسنحاول أن نوضح هذا الموضوع على النحو الآتي:

الاتجاه الاول: التناسب ينتج عن مطابقة بين السبب والمحل:

يقول جانب من الفقهاء و منهم الدكتور محمد حسنين عبدالعال أن التناسب ينشأ عن نتيجة مطابقة القاضي بين ركني(السبب والمحل)في القرار الإداري، وتبريرهم لذلك هو أن رقابة التناسب هي رقابة على السبب في صورتها القصوى، التي تحتوي على التحقق من خطورة الحالة الواقعية وأهميتها ومدى التناسب بين السبب والمحل في القرار الإداري.(محمد حسنين عبدالعال، ١٩٧١، ص١٧٤).

وحسب هذا الرأي، التناسب في القرارات الإدارية عموما يعني توافق السبب مع المحل، والتناسب يتغير تبعا للحالة المتوقعة والأضرار المترتبةعنها، وكما يمكن أن يتحقق حسب تقدير الإدارة لدرجة الخطورة ولأهمية الخطورة وتوقع المنافع والأضرار التي تترتب عنها وأهمية الهدف.أما في مجال القرارات التأديبية فإن التناسب يعني الملاءمة الظاهرة بين الخطأ أي السبب والعقوبة أي المحل(عادل الطبطبائي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، سنة١٩٩٨، ص٨).والتناسب يتحقق في حالة التوافق بين العقوبة مع الخطأ الذي قام به الموظف، فالتناسب يعني معقولية الأثر القانوني المباشر مع الحالة الواقعية التي تتمثل في السبب.(محمد فريد سليمان الزهيري، ١٩٨٩، ص٨).

الاتجاه الثاني: التناسب ينتج عن مطابقة بين السبب والغاية.

أصحاب هذا الاتجاه يرون أن التناسب ينتج عن مطابقة منطقية بين السبب والغايةمن قبل القاضي الإداري، حيث أن الحكم بعدم التناسب بين العقوبة والخطأ يرتبط بعيب الهدف أو الغاية، وبالتالي فهو عيب إساءة إستعمال السلطة، ولا يمكن إعتباره عيب مخالفة القانون، وحجة أصحاب هذا القرار هي أن

القرار صادر في حدود أو نطاق السلطة التقديرية للإدارة وليس في إطار ونطاق السلطة المقيدة.(محمد السيد إبراهيم، مجلة العلوم الاداري، ١٩٦٣، ص٢).

حسب رأيهم، إن مبدأ التناسب في القرار الإداري يعني التوافق والتناسب بين السبب الذي دفع رجل الإدارة إلى إتخاذه والغاية المشروعة التي يسعى إليها، والقاضي الإداري يبحث عن تحقق أو وجود العلاقة بين سبب القرار وغايته فعند وجود التناسب بينهما يعتبر مشروعا وإلا يكون القرار غير مشروع ويستوجب إلغاءه من قبل القاضي الإداري.(حنان حجّال، ٢٠٠٥، ص٩٨).

وإن القول بعدم التناسب في القرار يتحقق إذا كانت غاية القرار ليست المصلحة العامة أو مصدره خرج عن حدود قاعدة تخصيص الأهداف، وهذا لا يشمل كل القرارات وإنما يشمل فقط القرارات الضبطية وينطبق في نطاق ضيق هو نطاق قرارات الضبط الإداري.(عبد الغني بسيوني عبد الله، ١٩٨٣، ص٣١٣).أما في المجالات الأخرى إذا كان القرار لم يرم إلى تحقيق المصلحة العامة وإنما أدى إلى تحقيق غاية أخرى بعيدة عن المصلحة العامة أوالغاية التي يريدها المشرع أو هدف مخصص له فإنه يعد غير مشروع على أساس عيب الإنحراف بالسلطة أو إساءة إستعمال السلطة ليس على أساس التناسب بين السبب والغاية.(رفيق بومدين، ٢٠١٥، ص٢٢).

المطلب الثاني / الإعتراف برقابة التناسب وأساسها

نتطرق في هذا المطلب إلى الخلافات التي تخص موضوع الإعتراف برقابة التناسب في الفرع الأول، ونتطرق في الفرع الثاني إلى بيان أساس رقابة التناسب.

الفرع الاول / الإعتراف برقابة التناسب

هناك اتجهان مختلفان في موضوع الاعتراف برقابة التناسب وذلك على النحو الاتي:

أولا: الإتجاه المعارض لرقابة التناسب: حيث يرى هذا الإتجاه أن رقابة التناسب يجب أن لا يعترف بها لوجود تعارض بينها وبين السلطة التقديرية من ناحية والفصل بين السلطات من ناحية أخرى، ونوضح ذلك على النحو الآتي:

أولا- رقابة التناسب تتعارض مع السلطة التقديرية:

أنصار هذا الرأي يستندون على أن رقابة التناسب تتعارض مع السلطة التقديرية للإدارة تأييداً للأحكام التقليدية لمجلس الدولة الفرنسي، حيث شبه أنصار هذا الإتجاه الرقابة التي يباشرها القضاء الإداري في هذا المجال بالرقابة التي تباشرها محكمة التميز في رقابتها على الأحكام الجنائية، حيث تفرض رقابتها القانونية على الأحكام الجنائية ولم تخول لنفسها حق التعقيب في تقدير العقوبات، لكونها محكمة قانون

لا محكمة وقائع، حيث أن طبيعة ومدى الرقابة القانونية المخولة لمحكمة التميز الجنائية لا تختلف عن تلك التي تملكها المحكمة الإدارية في هذا الصدد.(سليمان محمد الطماوي، ١٩٩١، ص١٥١).كما يستند هذا الرأي على أن رقابة التناسب هي من ملاءمات الإدارة، حيث يقول الفقيه الفرنسي فالين(waline)(لارقابة على التصرفات التي تجريها السلطات الإدارية في المجال التقديري لها، وأن كل ما على الإدارة من واجبات وهي تمارس إختصاصاتها التقديرية هو أن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال وأن تجريه بروح موضوعية وعملية).(د محمد فريد سليمان الزهيري، ١٩٨٩، ص٢٥٠)

ويقول جانب آخر من الفقه المصري ومنهم (الدكتور سليمان محمد الطماوي): إن السلطة التقديرية لها حدود خارجية وداخلية، فالظروف التي يتم التقدير من خلالها هي الحدود الخارجية، ولا يحدها الا فكرة الصالح العام، وينبغي أن تكون على أسس موضوعية وليست ذاتية، أما التقدير في ذاته فيمثل الحدود الداخلية للسلطة التقديرية التي يجب أن تكون بمنأى عن رقابة القضاء الإداري، وإلا كان هناك تناقض أو تعارض بينه وبين جوهر السلطة التقديرية، فجوهر السلطة التقديرية هو أن الإدارة في ممارستها لهذه السلطة بعيدة عن كل رقابة قضائية ما لم تستعمل الإدارة سلطتها لتحقيق غرض غير مشروع أو إذا استعملت السلطة خارج إختصاصها التي حدده المشرع للإدارة، ويرى (الدكتور سليمان الطماوي) بأن: (لإن أهمية الوقائع وتقدير أصلح الوسائل لمواجهة هذه الواقعة أي(عنصري التناسب)هي من العناصر الداخلية للسلطة التقديرية ولا تشملها الرقابة القضائية).(سليمان محمد الطماوي، ١٩٩١، ص٦٣).

ويتضح لنا أن الفقه المصري يقوم بتقسيم السلطة التقديرية إلى قسمين، أولاً الظروف التي يتم التقدير من خلالها حيث تسمح لهذه الظروف بأن تكون موضوع الرقابة القضائية للتأكد من أن الإدارة وضعت نفسها في أفضل حالة أو ظروف وقامت بموضوعية تقدير أمورها أم لا، ويشمل ذلك العناصر الخارجية للقرار الإداري، وثانياً العناصر الداخلية وهو التناسب(عنصر السبب وأهميته ومطابقته مع المحل أو الإجراء)، حيث لا رقابة للقضاء الإداري عليه ويضيق منها إلى حد كثير ويجب أن يكون بمنأى عن الرقابة.(محمد سليمان الزهيري، ١٩٨٩، ص٢٥٣).

ثانيا- رقابة التناسب تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات

أنصار هذا الرأي يقولون بأن التناسب يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، ويعززون آراءهم بأن مهمة القاضي الإداري تقتصر على تطبيق القوانين المعمول بها دون أن تمتد هذه المهمة إلى المسائل التي لم يشملها التنظيم القانوني، وإذا لم يفرض القانون على الإدارة تقدير أهمية الوقائع ودرجتها وإحداث أثر قانوني مناسب له فإن القضاء الإداري لا يحق له فرض رقابته على أهمية الوقائع وتناسبها مع

الإجراء المتخذ، وذلك يشكل إعتداء على إختصاصات الإدارة ويخل بمبدأ الفصل بين السلطات.(محمد السيد إبراهيم، ١٩٦٣، ص٢٧٥).

وقد ذكر الفقيه الفرنسي(هوريو)أنه: إذا كان مجلس الدولة الفرنسي يرى أن الرقابة على صحة الوقائع تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات فمن باب أولى تتعارض الرقابة على أهمية الوقائع مع مبدأ الفصل بين السلطات.(حسان عبدالله يونس الطائي، ٢٠١٥، ص٤٥٢)

وناصر بعض الفقهاء المصريين هذا الرأي بأن رقابة التناسب هي إعتداء من قبل السلطة االقضائية على السلطة التنفيذية، حيث يقول الدكتور(محمد حسنين عبدالعال) بأن: دور القاضي يقف عند حد مراقبة صحة وتكييف الوقائع ولا يمتد إلى فحص أهمية وخطورة السبب ومدى تناسبه مع الإجراء المتخذ، ولو فعل ذلك فإنه يعد خروجا عن مهمته كقاضي ويخل بمبدأ الفصل بين السلطات، حيث يتعدى القاضي على السلطة التنفيذية في حالة قيامه بالحكم بعدم تناسب القرار الاداري.(محمد حسنين عبدالعال، ١٩٧١، ص٧١)

ثانيا: الإتجاه المؤيد لرقابة التناسب: يذهب هذا الإتجاه إلى القول بأن رقابة التناسب شيء ضروري جدا ويؤيدونها، لأنها لاتتعارض مع السلطة التقديرية للإدارة، ولاتخل بمبدأ الفصل بين السلطات، ونوضح ذلك على النحو الآتي :

أولا: رقابة التناسب لا تتعارض مع السلطة التقديرية للإدارة.

يقول هذا الإتجاه الفقهي بإن هذه الرقابة لا تتعارض مع السلطة التقديرية للإدارة، ويبرر هذا الإتجاه قوله بأن السلطة التقديرية ينبغي أن لا تؤخذ بمفهوم السلطة المطلقة، وإنما بما يعني ترك قدر من الحرية للإدارة بإعتبارها الأقرب إلى الوقائع اليومية، وبالتالي لها قدرة أكثر في تقدير بعض التفاصيل الإدارية اليومية التي تختلف من مكان لمكان آخر وزمان لزمان آخر، فإذا خرجت الإدارة عن كل حد معقول فلا بد من رقابة أعمالها من قبل القضاء لتصحيح تقديرها.((خليفة سالم الجهمي، ٢٠٠٠، ص ٥٦).

ويقول الدكتور(محمد فؤاد)أن حرية الإدارة التقديرية ليست مطلقة أبداً، ففي أوسع الصور إطلاقا لحرية الإدارة في التقدير من الناحية التشريعية يملك القضاء فرض القيود على سلطة الإدارة في ممارسة إختصاصاتها التي لم ترد في النصوص.(محمد فؤاد، ١٩٨٧، ص ٧٥٤-٧٥٥).

ويعزز أنصار هذا الرأي وجهة نظرهم ايضا بأن الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب مثلا ليس من شأنها أن تحجب السلطة التقديرية للإدارة أو أن تنال منها بقدر ما تؤدي إلى كبح جماحها وعقلنتها كلما حادت عن الطريق السّوي بشكل واضح وذلك بإقامة توازن معقول بين حرية الإدارة في

إختيار لا يكون عرضة لعقوبة غير متناسبة مع ما ارتكبه من خطأ، لأن هذا الشيء يناقض المصلحة العامة ويمس العدالة.(خليفة سالم الجهمي، ٢٠٠٠، ص287-88).

ثانيا: رقابة التناسب لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات.

أصحاب هذا الرأي يعززون رأيهم بأن رقابة التناسب لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، كما قال الفقيه (فيدل) أنه(لا التأريخ ولا القانون المعاصر يؤكد أن مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية جامدا وليس هنالك اي تدخل بينهما).(سيد محمد ابراهيم، مشنور في مجلة الحقوق كلية الحقوق الاسكندرية، ١٩٧١، ص٣).

ويقر الدكتور(محمد فريد سليمان الزهيري)بأن: هذه الرقابة القضائية لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات لأنه يرى أن مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات ليس مفهوماً مطلقاً جامداً، بل هذا المبدأ حالياً قائم على أساس الفصل المرن والتعاون والتنسيق بين السلطات، ويقول أيضاً إن مبدأ الفصل بين السلطات قد يصدق في العلاقة بين القضاء العادي والسلطة التنفيذية، حيث الصلات محددة ومنظمة تشريعيا، أما هناك صلات قوية في العلاقة بين مجلس الدولة والإدارة حيث يقوم المجلس ببحث نقطة التوازن بين الصالح العام ومصلحة الأفراد بإعتباره من مستلزمات حسن الإدارة.(محمد فريد سليمان الزهيري، ١٩٨٩، ص٣١٨).

ويرى البحث بأن رقابة التناسب لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، لأن القاضي يراقب المحل والسبب التي هي رقابة المشروعة وليست رقابة الملاءمة، طالما أن المشرع غايته هو تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة في المجمتع وهذه السلطة هي سلطة منشئة للقاضي الإداري ولا تتعارض مع هذا المبدأ.

ثالثا: رقابة التناسب لا تتعارض مع المشروعية الداخلية للقرار الإداري.

أصحاب هذا الرأي يعللون رأيهم بأن رقابة التناسب لا تتعارض مع المشروعية الداخلية للقرار الإداري مثلا في المجال التأديبي، اذ يقولون بأن رقابة ملاءمة القرار الإداري تدخل أساسا في نطاق عيب السبب ويمكن القول، أن المكان الطبيعي للرقابة القضائية على الملاءمة هو الرقابة على الأسباب، هذه الأخيرة هي التي تحدّد مدى ملائمته وهي المجال الذي تتجلى فيه حرية التقدير بالنسبة للإدارة.(حسان عبدالله يونس الطائي، ٢٠١٥، ص٥٤٧).

ويقولون أيضاً بأن هذه الرقابة هي أقصى صور رقابة المشروعية، حيث أن المحكمة حين إعمالها لهذه الرقابة لازالت في إطار الرقابة على المشروعية ولم تتعد على السلطة التقديرية للإدارة، فالملاءمة هنا

تصبح عنصرا من عناصر المشروعية، كما أن السلطة التقديرية تعتبر من الوسائل التي تستعملها الإدارة لتحقيق المصلحة العامة، فيجب أن لا تباشر خارج إطار القانون وذلك لكفالة وضمان حماية حقوق الأفراد وحرياتهم ولما في ذلك أيضا من إقرار لدولة القانون التي يسودها مبدأ المشروعية.(محمد مصطفى حسن، ١٩٨٧، ص ١١٥).

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

الفرع الثاني / الأساس القانوني لرقابة التناسب

سنحاول في هذا المطلب أن نوضح الأساس القانوني الذي تبنى عليه رقابة التناسب، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: التدرج في ذكر الجزاءات كأساس تشريعي:

هناك اتجاه يرى بأن أساس رقابة القضاء الإداري للتناسب خصوصا في المجال التأديبي يتمثل في قصد المشرع من التدرج في ذكر العقوبات والتدرج التشريعي للجزاءات التأديبية يعني هناك وجود التدرج في الأخطاء أيضاً، أي شدة وخفة العقوبات من قبل المشرع دليل على أن المخالفات والأخطاء ليست على درجة واحدة بل متفاوتة وعلى الإدارة الإلتزام بقياس العقوبة مع مدى جسامة وبساطة الخطأ.وإن عدم إلزام الإدارة بهذا التدرج التشريعي يؤدي إلى مخالفة القانون في روحه ومعناه وجوهره.(عبدالفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، ١٩٧٨، ص ٢٨٢).

كما وهناك اتجاه اخر ينكر إعتبار التدرج في ذكر الجزاءات هو الأساس القانوني لرقابة التناسب لقيام هذا الأساس على عدم فهم سليم وصحيح لطبيعة الخطأ التأديبي والعقوبة التأديبية التي لا يمكن حصرها، وذكر هذه العقوبات متدرجة في القانون يأتي وفقا لقواعد المنطق فقط إذاَ ليس من المنطقي ورود الجزاءات دون الترتيب من قبل المشرع.(عبدالفتاح حسن، ١٩٧٨، ص ٢٨٦).

ثانياً: مخالفة القانون في روحه ومعناه:

حيث يرى الدكتور(عبدالفتاح حسن)بأن عيب عدم التناسب هو إما عيب مخالفة القانون أو عيب إساءة في إستعمال الحق، ولكنه يرجح بأن عيب التناسب هو عيب مخالفة القانون في روحه ومعناه، مستندا على أن المحكمة الإدارية العليا المصرية عرفت الغلو في تقدير العقوبة بأنه مخالفة الجزاء لروح القانون

في حالة إذا كانت درجة خطورة الخطأ غير متناسبة مع نوع ومقدار الجزاء ويلغى القرار لعدم مطابقته مع روح القانون أو لمخالفته للقانون.(محمد حسنين عبدالعال ، ١٩٧١، ص٢٨٣).

وكذلك يؤيد الدكتور(فؤاد العطار)هذا الإتجاه حيث يقول إذا تبين للقاضي أن القرار بني على عدم الملاءمة الظاهرة بين التهمة والعقوبة أصبح هذا القرار مخالفاً لروح القانون أوالقانون ويتعين إبطاله.(فؤاد العطار، ١٩٨٠، ص٧٥٥).

هناك إتجاه أخرمعارض للرأي اعلاه حيث لا يعترفون بأن مخالفة القانون في روحه ومعناه هو أساس لرقابة التناسب، ومنهم الدكتور(سليمان محمد الطماوي) الذي ينتقد صراحة رأي الدكتور عبدالفتاح، : إن عيب مخالفة القانون ليس إلا إحدى تسميات عيب إساءة إستعمال السلطة أو الإنحراف بها، ويؤكد أن محكمة النقض المصرية كانت لا تستعمله إلا للدلالة على عيب إساءة إستعمال السلطة قبل تشكيل مجلس الدولة[).(سليمان محمد الطماوي، ١٩٧١، ص ٦٩٧-٦٩٨).

ويرى الباحث أن مخالفة روح القانون كأساس لرقابة التناسب ليس في مكانه لأن مخالفة القانون فكرة مطاطية وفضفاضة ولا يمكن تحديدها بالسهولة فيتغير من شخص إلى آخر حسب قناعته وملكته الذهنية.

ثالثا: الإعتبارات العملية والعدالة:

وإتجه جانب من الفقهاء في تفسيرهم للأساس القانوني لرقابة التناسب، إنه جاءت هذه الرقابة وفقاً لإعتبارات العدالة وللإعتبارات العملية، ومن أنصار هذا الإتجاه الأستاذان(DRAGO وAUBYE)حيث ذهبا إلى أن مسلك مجلس الدولة حيال فرض الرقابة القضائية على التناسب مثلا في قرارات الضبط الإداري، لا تفسره أي من إعتبارات قانونية، وإنما يجد القضاء تفسيره في عدة إعتبارات عملية تتعلق في مجموعها بالسلطات المحلية الظبطية.(مايا محمد نزار، ٢٠١١، ص٣٦).وكما يؤيد البعض بأن رقابة القاضي الإداري للتناسب مثلا في قرارات البوليس(الضبط) ترتكز على الإعتبارات الواقعية أكثر من الإعتبارات القانونية، وتحقيق مبادىء العدالة القضائية يتوقف على تحقيق إعتبارت الملاءمة إلى جانب إعتبارات المشروعية.(د.محمود سلامة جبر ، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س٢٨، عدد١٤، ص ١٣٨)، ويرى البعض الآخر أن تحقيق العدالة في المنازعات الإدارية أكثر صعوبةً مما هي في المنازعات في القانون الخاص عند تطبيق القانون على الخصمين من قبل القاضي الإداري، لأن الإدارة تتمتع دائما بإمتيازات تفوق ما يتمتع بها الأفراد والأطراف الأخرى غير الإدارة العامة، لذلك القاضي الإداري مدفوع

بخلق التوزان بين المصلحة العامة من جانب والمصلحة الخاصة من جانب آخر من أجل تحقيق العدالة.(نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦، ص٢٢٢).

كما يقول الدكتور(محمد عصفور) أن رقابة مجلس الدولة الفرنسي على التناسب في بعض القرارات التأديبية(العزل) يجد سنده في تلك الإعتبارات مراعاة للعوامل الإنسانية.(محمد عصفور، ١٩٦٧، ص٣٥٢).

وعلى عكس هذا الإتجاه يرى البعض من الفقهاء وعلى رأسهم الدكتور(محمد ابراهيم سليمان) عدم صحة الأخذ بإعتبارات العدالة كأساس لرقابة التناسب للأسباب التالية(محمد ابراهيم سليمان، ١٩٧١، ص٢٦٩):

أ- مرونة وعدم تحديد إعتبارات العدالة. ب- إعتبارات العدالة قد لا توجب إلغاء القرار عند عدم التناسب بل يجب الإبقاء عليه، لأنه ليس من العدالة أن يتحمل الفرد آثار قرار بني على وقائع خاطئة، وليس من المصلحة العامة إلغاء قرار أخطأت الإدارة في تقدير وقائعه التي إستند إليها، لهذا مد رقابتها على وقائع أخرى تبرر القرار. ج- إعتبارات العدالة كل لا يتجزأ، حيث يجب أن يشمل كل نوع من القرارات وليس طائفة محددة من القرارات.

ويرى الباحث أن عبارة العدالة عبارة واسعة وفضفاضة ومطاطة لذلك نؤيد بأن الأساس القانوني لرقابة التناسب ليس إعتبارات العدالة فقط.

رابعاً: الدور المنشىء للقاضي الإداري:

ذهب إتجاه من الفقه إلى أن القاعدة القضائية التي ينشئها القضاء هي الأساس لرقابة التناسب بإعتبار القانون الإداري حديث النشأة ومرن وغير مقنن وكذلك أحكام القضاء تعتبر مصدراً له، ويمكن القول بأن القانون الإداري قانون قضائي.

حيث يرى(فيدل) أن القاضي الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للأدارة يستطيع أن يدخل الملاءمة إلى المشروعية إعمالا لسلطته الإنشائية.(مايا نزار أبودان، ٢٠١١، ص ٣٩).

ويقول الفقيه(دي لوبادير)إن الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرارات تجد أساسها في القواعد القانوية التي يخلقها القاضي الإداري، وهذه القواعد تعد مصدراً من مصادر المشروعية.(منى محمد رمضان بطيخ، ٢٠٠٢، ص ١٨٠)

ويرى الدكتور(عصام عبدالوهاب البرزنجي): إن رقابة التناسب في مجال الضبط تجد أساسها في القاعدة التي يخلقها القضاء نفسه في هذا الشأن، ويضيف إلى ذلك أن القضاء الإداري ليس قضاءًا تطبيقيا فحسب بل هو قضاء إنشائي حيث ينشيء قاعدة قانونية ويضيفها إلى قواعد القانون الإداري مقتضاها أن

يكون الإجراء الضبطي لازما وضروريا ومتناسبا مع أهمية الواقع.(عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، ص٤٣٩).

ويرى الباحث أن القواعد القضائية التي يضعها القاضي الإداري هي الأساس لرقابة التناسب لوجود التبريرات الآتية:

١- تحقيق العدالة بمفهومه الشامل هو هدف جميع القضاة ومن ضمنهم القاضي الإداري، حيث أن القاضي الإداري ربما تعرض عليه دعوى دون أن يكون هناك نص قانوني محدد لهذه الدعوى كي يستند اليه القاضي لحسمها، ففي هذه الحالة لا يوجد مانع أمامه في إيجاد حل قانوني للمسألة عن طريق تفسير نص قانوني معين، لأن القانون ليس غاية بل هو وسيلة والغاية هي تحقيق العدالة حسب ما يراه القاضي مناسباً.

٢- المبرر الآخر هو أن التناسب ينبع من الفقه الدستوري الذي يؤكد أن هدف كل قانون هو تحقيق المصلحة العامة وعدم التناسب بين السبب والمحل لا يؤدي إلى المصلحة العامة لذلك يوجب الدستور التناسب على الإدارة لتحقيق المصلحة العامة للجميع.

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

٤- المبرر الأخير هو متطلبات تحقيق التوازن بين مبدأ الفاعلية، فحتما يصب هذا التوازن في المصلحة العامة.

خامسا: المشروعية

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

كما يقول الفقيه (فينيزاي)إن مجلس الدولة الفرنسي يمد رقابته إلى عناصر الملاءمة كلما إصطدم العمل الإداري بالحقوق والحريات العامة للأفراد، ويعتبر التناسب على غرار التكييف القانوني للوقائع من قواعد المشروعية في مجال تقييد الحريات والحقوق العامة.(محمد فريد الزهيري، ١٩٨٩، ص ٣٧٩-٣٨٠).

ويقول الدكتور(عبدالغني بسيوني عبدالله)إنه على الرغم من أن عنصر الملاءمة في قرارات الضبط الإداري يراقب من قبل مجلس الدولة الفرنسي فأن هذا لا يعني إنتقال القاضي من نطاق المشروعية إلى

الملاءمة بل الملاءمة في هذا القرارات تعتبر عنصر من عناصر المشروعية. (عبدالغني بسيوني عبدالله، ١٩٩٧، ص ٤٢).

وهناك من يرى كون التناسب في مجال الضبط الإداري شرط من شروط المشروعية ليس صحيحا، حيث أن أساس الرقابة على الملاءمة في القرارات الضبطية لا تجده في مبدأ المشروعية وإنما تجده في القاعدة القضائية التي توضع من قبل القاضي الإداري. ويقول الدكتور(عصام عبدالوهاب البرزنجي) أن المشرع لم يحدد الإجراء المناسب في كل حالة ولم يضع معيارا توجيهيا معينا كي يمكن الركون إليه لتحديد الإجراء الذي يجب إتخاذه، والمشرع لم يفعل أيا منهما، ويضيف الدكتور(ماجد راغب الحلو) إن الخط الفاصل بين الملاءمة التي هي عنصر من عناصر المشروعية والملاءمة المحضة ليس تاماً لذلك يترك لتقدير القاضي الإداري.(منقول من عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، ص ١٣٩).ويقول الفقيه(فيدل) أن فكرة المشروعية والملاءمة تتداخلان أحيانا في الواقع العملي، لكن تحديد كل منهما يتوقف على مدى قناعة ورغبة القاضي الإداري عند فحصه ورقابته على القرار في كثير من الأحيان(ماجد راغب الحلو، الرقابة التقديرية على التناسب، ص١٢٤).

سادسا: إساءة إستعمال السلطة (الإنحراف بالسلطة)

هناك إتجاه يقر بأن أساس رقابة التناسب خصوصا في المجال التأديبي هو كونه قرينة على الإنحراف بالسلطة، ويؤيد الدكتور(سليمان محمد الطماوي)هذا الرأي ويقول: (إن السبيل الوحيد للطعن في القرار المشوب بعدم تناسب ظاهر هو عن طريق اثبات الإنحراف بإعتباره أن الإدارة قد خرجت عن الحدود الخارجية للسلطة التقديرية.ويرى الدكتور(محمود عاطف البناء) بأن عدم وجود التناسب(الغلو) بين درجة العقوبة ومقدارها وخطورة الخطأ هو قرينة على الإنحراف بالسلطة، ومن وسائل اثباته.(محمود عاطف البناء، ١٩٨٠، ص ٧٠).

وجدير بالذكر أن هناك رأيا آخر ينتقد هذا الإتجاه ولا يقر بإساءة إستعمال السلطة كأساس لرقابة التناسب لأن القول بأن العيب الملازم دائما للسلطة التقديرية هو عيب الإنحراف بالسلطة ليس تماما في كل الاحوال، فليس من المستحيل أن توجد نظرية الإنحراف في نطاق الإختصاص المقيد، وليس من غير المستحيل تصور وجودها في مجال السلطة المقيدة للإدارة أيضاً (مايا نزار أبودان، ٢٠١١ ، ص١٦.).ومن جانب آخر ينتقد هذا الإتجاه لأنه يقر بإختلاف(الإنحراف بالسلطة)مع(الغلو)في الطبيعة والمحتوى بحيث أن عيب الغلو هو عيب موضوعي وعيب إساءة في إستعمال السلطة عيب

ذاتي.(عبدالفتاح عبد الحليم عبد البر، مجلة العلوم الإدارية، إصدار الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، ١٩٩٦ ، ص ٥٣).

ويؤخد على هذا الإتجاه أيضاً بأن الغلو يركز على قاعدة موضوعية متميزة عن عيب إساءة إستعمال السلطة ولا يصح أن تتحول هذه القاعدة إلى مجرد قاعدة من قواعد الإثبات لعيب الإنحراف ولا يمكن أن يكون الشيء دليلاً على نفسه، وأخيراً عيب إساءة إستعمال السلطة يتعلق فقط بعنصر الغرض الذي هو يتجسد في إستهداف المصلحة العامة، ويبقى عنصر الغرض خارج دائرة رقابة التناسب في المجال التأديبي.(دخليفة سالم الجهنى، ٢٠٠٩، ص٣٨٨).

سابعا: أساس رقابة التناسب هو رقابة على ركن السبب

يرى جانب من الفقه أن أساس التناسب هو الرقابة القصوى على الركن السبب، وحيث يرى (ديلوبادر) أن الحد الأدنى من الرقابة يظهر في صيغة درج عليها مجلس الدولة الفرنسي عند رفض الطعن المقدم ضد قرار إداري بناء على السلطة التقديرية، وهذه الصيغة تشمل الوقائع التي تدعيها السلطة الإدارية ويجب أن لا تسند إلى الخطأ في القانون والوقائع غير الموجودة ماديا التي تشوب بعيب إساءة إستعمال السلطة أو بالخطأ الظاهر، أما الصورة الثانية فهي الرقابة العادية حيث تتعدى رقابة الوجود المادي إلى التكييف القانوني والرقابة القصوى تتم حينما يراقب القاضي أهمية الوقائع ودرجة الخطورة أي تقدير السبب.(محمد فريد الزهيري، ١٩٨٩، ص٣٩١).

ومن مؤيدي هذا الرأي الدكتور(عبدالغني بسيوني عبدالله)عندما تطرق إلى الحدود التي تحد السلطة التقديرية وما يتعلق بشرط صحة السبب في القرار الإداري، حيث يرى ضرورة صحة الوقائع التي قد دفعت رجل الإدارة لإتخاذ قراره وصحة تكييفه القانوني وتناسب شدة القرار والوقائع المادية التي دفعت رجل الإدارة إلى إتخاذه.(عبدالغني بسيوني عبدالله، القضاء الإداري، ١٩٩٧ ، ص٤١)

كما يقول الدكتور(محمد حسنين عبدالعال) إن رقابة التناسب أو الغلو تمثل الرقابة على السبب في صورتها القصوى للتحقق من أهمية وخطورة الحالة الواقعية ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ في المجال التأديبي الذي هو عيب السبب.(حسان عبدالله يونس الطائي، ٢٠١٥ ، ص٥٦١.).

ويقول الدكتور(حسين عثمان) أن عدم التناسب بين السبب والقرار الذي بني عليه يعد صورة من صور العيب الذي يشوب السبب، لا سيما بالنسبة إلى نوعين من القرارات، وهما القرارات التأديبية والقرارات التي تتعلق بالحريات العامة أو الضبط الاداري.(د.حسين عثمان، ٢٠٠٦، ص٥٠٨).

كما يؤيد الدكتور(عصام عبدالوهاب البرزنجي)، إن عيب (الغلو) ذو طبيعة موضوعية وهو تقدير أهمية الوقائع المكونة للعقوبة، لذلك الرقابة التي تقع عليه هي رقابة الحد القصوى على السبب في القرار الإداري.(حسان عبدالله يونس الطائي، ٢٠١٥، ص٥٦٣).

ويرى الباحث بان، الرقابة القصوى لركن السبب لا يمكن أن يكون أساساً لرقابة التناسب مستندا على أن مدار بحث هذا الأساس يتركز فقط على نطاق السبب، ولا يمتد إلى علاقته مع المحل، أي أن الرقابة على السبب في صورتها القصوى هي نصف الرقابة والنصف الآخر هو الرقابة على المحل.

المبحث الثاني

الأساليب التي يستعملها القاضي في الرقابة على التناسب

ابتدع القضاء الإداري وعلى رأسهم الفرنسي ومن ثم المصري بعض الأساليب أو الوسائل للحد من السلطة التقديرية في ملاءمة القرار الاداري وإعادتها إلى نطاقها المعقول، والذي في إطاره تحفظ حقوق الأفراد وحرياتهم وتتحقق بهذا العدالة، ومن هذه الوسائل أو الاساليب (نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، ونظرية الغلو).ونخصص المطلب الأول للتطرق الى نظرية الخطأ الظاهر، ونتطرق في المطلب الثاني إلى نظرية الغلو، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الاول / نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

هناك عدة تسميات لهذه النظرية، وكلها تدل على معنى واحد، ومن هذه التسميات وهي(الخطأ الظاهر في التقدير، الخطأ الساطع في التقدير، الخطأ البارز في التقدير، الخطأ الواضح في التقدير، الغلط البين في التقدير).

نظرية الخطأ الظاهر في التقدير هي من صنع مجلس الدولة الفرنسي وإستنتجت من أحكامه، حيث تعد من أحدث النظريات القضائية في القضاء الفرنسي، حيث نشأت في (الستينات)من القرن العشرين، وبرزت هذه النظرية نتيجة جهود متواصلة ودائمة لمجلس الدولة لمواجهة خطر توسع نطاق السلطة التقديرية للإدارة، إلا أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي لم تورد تعريفا للخطأ الظاهر، بل اكتفت بالاشارة إلى الفكرة التي يقوم عليها الخطأ الظاهر بترديد بعض العبارات التي أصبحت شبه مستقرة مفادها أن تقدير الإدارة في هذا الشأن أو ذاك لا يكون خاضعا لرقابة القاضي الإداري إلا إذا قام على وقائع مادية غير موجودة، أو شابه خطأ في القانون، أو إنحراف في السلطة أو بني على غلط بين أو خطأ ظاهر(بلعيد دليلة، ، ٢٠١٥، ص ٧٤).

وسنحاول أن نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الخطأ الظاهر، وذلك في ثلاثة فروع على النحو الأتي: الفرع الاول: التعريف الفقهي للخطأ الظاهر، والفرع الثاني: معيار الخطأ الظاهر في التقدير وأسباب ظهور النظرية، والفرع الثالث: تقدير نظرية الخطأ الظاهر.وذلك على النحو الاتي:

الفرع الأول / تعريف الخطأ الظاهر في التقدير

أول من قام بتعريف الخطأ الظاهر في التقدير كان الفقيه(Kornprobest)الذي عرفه بأنه (أداة تحليل تسمح برقابة أكثر فاعلية للتقديرات التي تقوم بها الإدارة في المسائل الفنية الدقيقة، وإنه يقع على وصف الوقائع ولا يتعلق بماديات الوقائع، وإبتكره القاضي الإداري لزيادة رقابته ولمراجعة الإدارة في تقديراتها التي كانت تتهرب بها من الرقابة القضائية).(حسن عبدالزهرة الدلفي، ٢٠١٩، ص١٩٩-٢٠٠).

وعرف الفقيه(Vincent)الخطأ الظاهر بأنه(الخطأ الذي تقترفه الإدارة في تقديرها للوقائع عند إنشائها لقرارها، وإن هذا الخطأ يكون على درجة من الجسامة لا يترك مكانا للشك).(نكتل إبراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦، ص ١٨٢).

كما يعرفه الفقه المصري بأنه(الغلط في كل تصور لايطابق حقيقة الواقع، أو هو إدراك الأمور على نحو يخالف حقيقتها، وكما يعرف أيضاً الخطأ الذي يبلغ حداً من الجسامة، بحيث لا يستثنى للقاضي أن يتعرف عليها إلا بعد بحثه الشامل لمختلف الظروف التي جرى فيها هذا التقدير).(محمود سلامة جبر، ٢٠٠٧ ، ص ٨٩).

والفقه العراقي ليس بعيدا عن الفقه المصري حيث يقول إن الغلط البين هو(الخطا الجسيم الذي يرتكبه مصدر القرار الإداري في تقدير الوقائع التي تبرر القرار الصادر).(ماهر صالح علاوي الجبوري، ٢٠٠١ ، ص ١٨٨).

من خلال مما سبق، يتبين لنا إنه ليس هناك تعريف محدد للخطأ الظاهر، حيث يقول البعض أن الخطأ يرد على وصف الوقائع أي أنه يشوب التكييف القانوني لها، ومنهم من يربط بين الخطأ الظاهر وعدم المعقولية، أي حصر النشاط الإداري في الحدود المعقولة ومنهم كذلك من تبنى المعنى اللغوي للخطأ الظاهر، و وصفه بالجسامة والوضوح والخطورة والبعض الآخر إعتبره مخالفة للقانون بمعناه الواسع وهناك من ربط الخطأ الظاهر بعدم إنضباط الإدارة عند تقديرها للوقائع.

وبدورنا نعرف الخطأ الظاهر بأنه(الخطأ الصارخ أوالواضح الذي وقعت فيه الإدارة عند تقديرها لخطورة وأهمية السبب في القرار الإداري وتناسبه مع المحل، ويلجأ إليه القاضي كوسيلة للكشف عن تجاوز الإدارة عن حدود المعقول عند ممارستها السلطة التقديرية).

الفرع الثاني / معيار الخطأ الظاهر في التقدير وأسباب ظهور النظرية وحالاتها

سنقوم بتوضيح معيار وأسباب ظهور نظرية الخطأ الظاهر في التقدير وحالات تحقق هذه النظرية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: معيار الخطأ الظاهر

هناك معياران، (المعيار اللغوي والمعيار الموضوعي) للخطأ الظاهر لدى الفقه الإداري، وسنتحدث عن هذين المعيارين على النحو الآتي:

١- المعيار اللغوي: مؤيدوا هذا المعيار يقرون بأن كلمة الظاهر أو الساطع(manifest)التي يوصف بها الغلط يعني أن هذا الخطأ قد بلغ إلى حد الجسامة والوضوح حيث يكفي ذلك الوضوح لخلق القناعة لدى القاضي بوجود هذا الغلط وهذا الوضوح يكفي لتبديد أي شك لديه إزاءه(مايا نزار أبودان، ٢٠١١، ص٧٩).وتتجسد درجة الوضوح لدى كل من (auby e tdrago)في كون الخطأ بديهيا (Evident) أو صارخا(Flagrant)أو خطيرا(grave)أو جليا(Eclatente) أو فاحشا (Lourd) أو جسيماً(grossiere)، فإذا تحقق في الخطأ أحد هذه الأوصاف أصبح ساطعاً، حيث يكون جلياً وبيناً، وتقاس درجة الوضوح بمعيار الرجل العادي(drago et Auby1963.p394).وقد يكون الغلط مرئيا حتى بالنسبة لغير المتخصصين من رجال القانون، هذا من ناحية الوضوح، أما من ناحية الجسامة، يعني أن يبلغ الخطأ إلى درجة الجسامة تفوق درجة من البساطة، وفي هذا السياق رأى(Braibant)مفوض الحكومة عند الحكم، بأن الإدارة قد ارتكبت خطأ ظاهراً بمنعها إصدار الصحيفة في قضية(LibrairieFrançoisMaspér) ولا يجوز للإدارة ان ترتكب خطأ جسيماً مطلقا، وكما يرى الفقيه(Costa) الخطأ يجب أن يكون ساطعا أي أن يكون واضحا وجسيما يقفز أمام العين.(رفيق بومدين، ٢٠١٥، ص ٨٤).

إن معنى الخطأ الظاهر حسب هذا المعيار، يفيد بأن القاضي الإداري لا يحتاج إلى بحث أو تقصي أو تحقيق عميق حول تلك الوقائع، حيث يمكن تلمس الخطأ الظاهر بمجرد النظر إلى وقائع الدعوى أو

عرض تلك الوقائع عليه فقط، ومع وجود الشك يرفع صفة خطأ البين لأن الشك يفسر لصالح الإدارة كما يقول الفقيه(fedel).(منى رمضان محمد بطيخ، ٢٠٠٣، ص ٢٢٤-٢٢٥).

ويرى الباحث أن هذا المعيار لا يصلح لوحده لكشف الخطأ الظاهر أو الغلط البين، وذلك لأنه أولا يركز على أن الشخص العادي يستطيع أن يحس به وهذا ليس منطقياً لأن في معظم الأحيان يحتاج كشف الخطأ إلى خبرات ومؤهلات عملية وفنية فضلا عن المؤهلات القانونية فلا يمكن لشخص عادي إدراكه، وثانياً يركز هذا المعيار على أن القاضي بمجرد النظر إلى الدعوى يلمس الخطأ وهذا ليس منطقيا أيضاً لأن كل الدعاوى تحتاج إلى فحص وتقصي عميق من قبل القاضي، وهذا المعيار لم يأخذ بالحسبان تحديد مضمون فكرة الخطأ البين والعناصر والخصائص التي يكون لها أثر في تحديد هذا الخطأ.

٢- المعيار الموضوعي يقوم هذا المعيار على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل الموضوعي في التقدير(خليفة سالم الجهمي، ٢٠٠٩، ص١٣) ، ويكاد يجمع الفقه على أن معيار الغلط البين(الخطأ الظاهر) موضوعي، حيث يعتمد القاضي من خلاله على ملف الدعوى وأوراقها بعيدا عن الرأي الشخصي له بغية الوصول إلى الخلل في هذا التقدير، وإن هذا المعيار لايعني ثمة معيار محدد وثابت، فالموضوعية هناك تقتصر على التقدير والطريقة التي يراد بها الإستدلال على قيام الخطأ البين حيث بيان هذا الإستدلال والبحث لا يخضع للتقدير الشخصي للقاضي وإنما يستخلص من ملف الدعوى وأوراقها.(منى رمضان محمد بطيخ، ٢٠٠٣، ص ٤٤٤)

كما يقول العميد(baudouin) إن معيار الخطأ البين يكمن في إطار درجة عدم الإنضباط أو الكفاية بالنسبة لعناصر التقييم التي كانت تحت نظر الإدارة عند اجرائها لهذا التقييم، ولا يكمن في مدى خطورة أو وضوح هذا الخطأ ولا في كونه حدثا بارزا.(علي حسين أحمد الفهداوي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم، ص ٣٤ ، القانونية والسياسية كلية القانون، جامعة بغداد، ص٢٩-٣٤).

ويرى الباحث، نظرا للإنتقادات الموجهة إلى المعيار اللغوي فإن المعيار الموضوعي أكثر منطقيا وعدلاً، لكن هذا المعيار لا يكفي لوحده أيضاً، بل أن كلا المعيارين يكمل أحدهما الآخر حيث أن المعيار اللغوي أي الوضوح وتجاوز المعقولية يساعد القاضي على كشف كل الظروف والملابسات التي أحاطت بتقدير الإدارة للوقائع التي هي معيار موضوعي ويلعب دوراً في سرعة وصول القاضي الإداري إلى الخطأ الذي وقعت فيه الإدارة، لذلك يجب أن نأخذ بالمعيارين اللغوي والموضوعي، المعيار اللغوي ينبغي أن يستعمل كمعيار مساعد للمعيار الموضوعي أو قرينة على وجود الخطأ، أما المعيار الموضوعي فهو

مهم جدا ورئيسي لأن الدعوى تتوقف على الموضوعية ولكن تحسم على القناعة الشخصية لدى القاضي حسب المعطيات المتوفرة لديه عند فحص الدعوى.

ثانياً: أسباب ظهور النظرية

من أهم أسباب ظهور نظرية الغلط البين أو(الخطأ الظاهر)هو تفعيل دور وسلطة القاضي في تحقيق العدالة والدفاع عن حقوق الأفراد وحرياته في مواجهة الإدارة التي تتمتع بإمتيازات السلطة العامة، نتيجة لعدم وجود نص يقيد إختصاص السلطة الإدارية.

وسبب اخر هو انه كانت رقابة القاضي الإداري على الوقائع التي تستند إليها القرارات الإدارية رقابة محدودة، إذ تقتصر على التثبت من صحة هذه الوقائع من الناحية المادية دون التصدي إلى تقديرها عن طريق رقابة تكييفها القانوني من جانب الإدارة، لذلك عمل على تصحيح ذلك في بعض الحالات الشاذة، مبتدعا مفهوم الخطأ الساطع الذي ترتكبه الإدارة في تقديرها الوقائع، ومقررا أن مثل هذا الخطأ شأنه أن يعيب مشروعية القرار الصادر نتيجته، فهو يجعل منطوق القرار المستند إليه خارجا عن حدود المنطق، والتفكير السليم، ورغبة منه أيضاً في مقاومة النقص التشريعي في الرقابة ومعالجته، وخاصة غيابها في بعض مسائل التكييف(عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة، ص١٨٩).

إن القاضي يخرج من تحفظه في الحالات التي تكشف فيها جسامة الجزاء تجريما مبالغاً فيه، على ضوء ظروف الدعوى والقاضي لا يقرر أن الأفعال غير قابلة قانونيا للتجريم، ولكن الجسامة التي أعطيت لها، تسمح له بإستنتاج خطأ واضح في التقدير ومبالغة في التجريم تؤدي تبعا لذلك إلى عيب في الجزاء الذي تم توقيعه.(مايا نزار أبودان، ٢٠١١، ص ٧٤).

ويرى البعض أن هذه النظرية ترتبط بجزاء عدم المشروعية، حيث أن جزاء عدم المشروعية هو نتيجة حتمية لعدم معقولية القرار الإداري ووجوب توخي الإدارة الحد الأدنى من المنطق السيلم والعقل الرشيد.(محمد سيد أحمد محمد، ٢٠٠٨، ص٤٨٠).

ثالثاً: حالات تحقق نظرية الخطأ الظاهر

هناك حالتان تتحقق فيها نظرية الخطأ الظاهر، ونتطرق إليهما على النحو الآتي: (

١- الإفراط في الشدة: إذ إن قسوة الإدارة قد تقود إلى تعطيل المرافق العامة عبر خوف الموظفين وعدم اقدامهم عن تحمل المسؤولية فلا يجوز مثلا في القرارات التأديبية أن يعاقب الموظف الذي غاب عن دوامه يومين فقط بالفصل من الوظيفة لسنة، ففي ذلك قسوة واضحة.(نكتل ابراهيم عبدالرحمن، الرقابة التناسب ، ص٨٨).

٢- الإفراط في الشفقة: إذ أن شفقة الإدارة، واستهانتها بالخطأ قد تؤديان إلى إستخفاف الموظفين في القيام بواجبهم الشخصي وإلى الإستخفاف برؤسائهم وبجميع واجباتهم الوظيفية، فيصبح المرفق العام مكاناً لأهوائهم ومصالحهم الشخصية فلا يجوز مثلا في القرارات التأديبية فرض عقوبة قطع راتب يوم على الموظف الذي قام بالتلاعب بدرجات الطلاب، لأن هذه العقوبة فيها إفراط في الرحمة والشفقة.(نكتل ابراهيم عبدالرحمن، التناسب في القرار الاداري، ص٨٩).

الفرع الثالث / تقدير الفقه حول نظرية الخطأ الظاهر

لتقدير فكرة الخطأ الظاهر أو (الغلط البين) هناك إتجاهان وهو(الإتجاه المعارض والإتجاه المؤيد)على النحو الآتي:

أولاً: الإتجاه المعارض للفكرة الخطأ الظاهر

أنصار هذا الإتجاه يقرون بأن فكرة الخطأ البين تؤدي إلى التوسع في بعض الأعمال التي هي غير خاضعة لرقابة التكييف القانوني، لوجود الحجج الآتية.(مايا نزار أبودان، ٢٠١١ ، ص ١٣٠):

١- السلطة التقديرية للإدارة جوهرها يقوم على الإطلاق، حيث أن الإدارة عند ممارسة سلطتها التقديرية بعيدة عن كل رقابة عليها، إلا عند إستعمالها هذه السلطة لتحقيق غرض غير مشروع، أو لم يجعله المشرع من إختصاصها.(حسين خليل، ٢٠١٤، ص٥١٥).

٣- وفي تقدير أهمية الوقائع يتعين على القاضي أن يأخذ كل الملابسات والظروف والإعتبارات الأخرى بنظر الإعتبار، بل وحتى الظروف والإعتبارات التي لا يمكن لغير الإدارة العلم بها حيث تمكنها من تقدير أهمية هذه الوقائع.(حسين خليل، ٢٠١٤، ص٥١٨).

٤- رقابة الخطأ البين تتعارض مع جوهر السلطة التقديرية، فمثلا في مجال العقوبات التأديبية، فإن تقدير ملاءمة العقوبات من إختصاص الإدارة وحدها وليس القضاء الإداري، والرقابة تكون فقط على الحدود الخارجية للتقدير دون امتدادها إلى التقدير ذاته التي أجرته الإدارة، وليس للمحكمة التدخل في هذا التقدير إلا بالقدر المسموح وذلك في الظروف التي تجري الإدارة فيها هذا التقدير.(محمد سليمان فريد الزهيري، ١٩٨٩، ص٢٤٩).

ثانياً: الإتجاه المؤيد لنظرية الخطأ الظاهر

أنصار هذا الإتجاه يقرون بأن القلق والإضطراب الذي واجهه عدد من الفقهاء عند نشأة الفكرة كان مبالغاً فيه، والتطورات السريعة التي طرأت على الفكرة أدت إلى تبديد الشكوك والمخاوف حول الفكرة.

ولكن القول الذي تمسك به بعض من الفقهاء بأن رقابة الخطأ البين تؤدي تراجعاً في رقابة التكييف القانوني لبعض أعمال الإدارة خصوصا في مجالي(التأديبي والضبطي)غير منطقي لأن التطبيقات المتعددة والكثيرة للخطأ البين في التكييف القانوني كانت خير دليل على عدم صحة هذه المخاوف، وأثبتت بما لا يدع مجالاً للشك أن هذه الرقابة أصبحت بناء جديدا في صرح الرقابة القضائية.(محمود سلامة جبر، ٢٠٠٧، ص ٢٥٧).

المطلب الثاني / نظرية الغلو

إبتكر القضاء الإداري في مصر وسيلة قضائية لرقابة تقديرات الإدارة المبالغ فيها في المجال التأديبي، على غرار ما فعله القضاء الإداري الفرنسي في تكريس رقابة الخطأ الظاهر في التقدير كوجه من أوجه الإلغاء إلى جانب الأوجه التقليدية، وإن كان هذا إعمالاً لمبدأ التناسب الذي فتح المجال للمراقبة في هذا الميدان وتطور لفكرة الغلو.

وقد سبق القضاء المصري في رقابته على التناسب بين العقوبة والخطأ التأديبي– القضاء الإداري الفرنسي، فالقضاء المصري طبقها منذ عام(١٩٦١)، في حين طبقها القضاء الفرنسي في المجال التأديبي وذلك في قضية Lebon عام (1978).

لتوضيح نظرية (الغلو)، سنحاول أن نتطرق في هذا المطلب إلى بيان تعريفها، وبيان طبيعتها القانونية ومعيارها وخصائصها وأسباب ظهورها ومقارنتها مع نظرية الخطا الظاهر، وذلك على النحو الآتي: نخصص الفرع الاول لتعريف الغلو، والفرع الثاني لتوضيح أسباب ظهور النظرية وحالات تحققها، والفرع الثالث لتوضيح طبيعة القانونية للغلو وخصائصه، والفرع الرابع لتوضيح مقارنة بين نظرية الغلو ونظرية الخطأ الظاهر.

الفرع الأول / تعريف الغلو

أ- **تعريف القضائي للغلو:** سنقوم في هذا الفرع بتعريف القضائي الغلو، على النحو الآتي:

١- تعريف القضاء الفرنسي للغلو: لم يعرف القضاء الفرنسي الغلو بل عرف الخطأ الظاهر في التقدير ب(الخطأ الواضح أو الجسيم في التقدير القانوني للوقائع، ويخضع لرقابة القاضي، خصوصا عندما تمارس الإدارة سلطتها الإستنسابية أو التقديرية في الحالات التي تكون ممتعة فيها بمثل هذه السلطة).(مايا نزار أبودان، ٢٠١١، ص٧٢).

٢- تعريف القضاء المصري الغلو: لم يعرف الغلو تحديداً لا في التشريع المصري ولا في قضائه، ولكن إستخدم القضاء المصري جملة من التعابير والألفاظ في سياق بعض من أحكامه، بحيث كلها تدور في معنى واحد، وحاول القضاء المصري جاهدا إعطاء مدلول واضح للغلو.(توانا جمال عبدالواحد، ٢٠١٤، ص ٢٥-٢٦).، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم حديث لها(ولئن كانت لسلطة التأديب تقرير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنه شأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب إستعمالها غلو، ومن صورة هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الحالة يخرج التقدير عن نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة المحكمة).(حكم المحكمة الإدارية العليا في الطن رقم ٧٢٦٢ لسنة٥٠ق.ع-جلسة٢٢/٢/٢٠٠٩).

٣- تعريف القضاء العراقي للغلو: لم يعرف القضاء العراقي الغلو صراحة، ولكن نستطيع أن نستنبط تعريفه للغو في سياق أحكام مجلس الإنضباط السابق أي(محكمة قضاء الموظفين)حاليا، حيث أكد على وجوب الغلو في العقوبة – اي الغلو بشقيه التخفيف والشدة-الإفراط والتفريط- ولكن تحت مسميات أخرى وهو عدم التناسب، وحيث تقول غالبا: قررنا بتخفيف أو بتشديد، الجزاء يجب ان يكون بقدر لازم والخ.....

وهذا يتضح من خلال الكثير من الأحكام، حيث قضى في حكم لها وجوب تشديد العقوبة من قبل الادارة: (....و لدى عطف النظر إلى العقوبة وجد أنها خفيفة ولا تتناسب مع خطورة عمل المعترض عليهما وغير رادعة لهما، وقررنا تشديد العقوبة وجعلها التوبيخ بدلا من قطع قسط عشرة أيام من راتبه)(قرار مجلس الإنضباط العام، رقم ١٩٧٣/٢٤٧في١٩٧٣/١٢/١٥، منشور في مجلة العدالة، العدد٣، ١٩٧٥، ص٨٢٠).

ب- التعريف الفقهي للغلو:

حيث عرفه الدكتور(رمضان محمد بطيخ)بأنه (صورة صارخة من صور عدم التناسب بين سبب القرار ومحله، وتمارس المحكمة رقابتها الصريحة عن طريقه على مدى ملاءمة القرار التأديبي).(منى رمضان محمد بطيخ، ٢٠٠٣، ٢٩١).

وعرفه الدكتور(محمد فريد سليمان الزهيري) بأنه"هو عدم التناسب الشديد بين الجزاء الموقع بين السلطات التأديبية والخطأ الذي في شأنها وقع هذه العقوبة(محمد فريد سلميان الزهيري، ١٩٨٩، ص١٨٥).

ويعرفه الدكتورة سعادة الشرقاوي الغلو بأن: رقابة الغلو تتحقق حينما يكون الجزاء غير ملائم للخطأ سواء في الإسراف في الشدة أو الإفراط في اللين).(سعادة الشرقاوي، الانحراف في استعمال السلطة وعيب السبب، مجلة العلوم الادارية، ١٩٦٩).

ومما سبق يرى الباحث، أن الغلو هو أداة قضائية يستعملها القضاء الإداري لمواجهة عدم تناسب القرار الذي يحدث نتيجة عدم دقة السلطة الإدارية التأديبية لتقدير السبب وإيجاد أثر قانوني مباشر مناسب له، سواء أكان ذلك إفراطا في العقوبة أم تفريطاً فيها، بحيث يشكل إخلالاً بالصالح العام ويهدر الغرض المراد تحقيقه جراء العملية التأديبية عند عدم مراعاتها وفقاً للمعيار الموضوعي، وذلك حتى في الحالات التي لم يضعها المشرع ضمن إختصاص القاضي الإداري لتحقيق ضمانة أوفر للمواطنين وزيادة الفاعلية لرقابة القاضي الإداري.

الفرع الثاني / أسباب ظهور نظرية الغلو وحالات تحققها

أولا: اسباب ظهور النظرية:

من الأسباب التي دفعت النظرية إلى الظهور هو إمتناع المشرع عن تحديد العقوبات التأديبية مع الخطأ الذي يطابقه، حيث يقول البعض إن السلطة التأديبية عندما تقوم بإختصاصاتها التقديرية في تقدير الخطأ وإختيار العقوبة تكون شريكة مع المشرع في تحديد أوصاف الخطأ وربطها بالجزاء، وهذا يؤدي إلى أن تحديد الخطأ يكون متروكاً للسلطة التنفيذية، وتحديد العقوبة متروك للسلطة التشريعية، وربما يؤدي ذلك إلى الإنحراف فيها من قبل السلطة التأديبية أحياناً، وهذا يمهد سبل إفراط من قبل بعض الجهات الإدارية في سلطتها التقديرية بخصوص العقوبات التأديبية حيث يكون في قراراتها التنافر والتفاوت الصارخ بين (العقوبة)أي(محل القرار)وبين(سبب القرار)، أي الخطأ الذي بنى عليه القرار، وهناك سبب آخر وفقاً للقيمة القانونية للغلو هو أنه ليس هناك تناقض بين السلطة التقديرية للإدارة والعقوبات المتعددة الإدارية، حيث أن السلطة التقديرية في إختيار الجزاء غير مطلقة وغير تحكمية، بل القضاء قد أخذ على عاتقه وضع القواعد التي من شأنها أن تحكم مسار الإدارة وتوجهاتها في عملها، والسلطة التقديرية الممنوحة قانوناً للإدارة لا تعني أن لا تخضع لرقابة القضاء الإداري، بل كيفية ممارسة هذه السلطة التقديرية والخلل فيها يخلق عدم التناسب، وبالتالي يتسم القرار بالغلو سواء كان تفريطاً أم إفراطاً.(نكتل إبراهيم، ٢٠١٦، ص١٩– ٢٧) .

وفي هذا المجال ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن عدم التناسب الذي يشوب القرار يعتبر غلواً ويوجب إلغاءه، بإعتبار أن التناسب من مقتضيات العدالة وإقامة التوازن بين إعتبارات المصلحة

العامة ومصلحة الموظف إذ أن رعاية مصلحة الموظف، وأخذه بالجزاء المناسب من شأنه تحقيق المصلحة العامة في الوقت نفسه، لذلك السبب قررت هذه المحكمة في(١٩٦١/١١/١١) في حكمها الشهير لأول مرة في هذا السياق بأن(المفارقة الصارخة أو عدم الملاءمة الظاهرة بين الذنب الإداري ونوعه ومقداره وعدم تناسبهما يؤدي إلى عدم مشروعية القرار التأديبي).(حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، ١٩٦١/١١/١١ قضية رقم ٩٦٣لسنة ٧، مجموعة السنة ٧، ص٢٧).

ثانيا: حالات تحقق النظرية:

لا يقتصر قضاء المحكمة الإدارية العليا في الغلو على حالات الإفراط في الشدة عند العقوبة التي تختارها، بل يمتد إلى حالات الإفراط في الشفقة أو اللين، حيث حكمت هذه المحكمة في هذا السياق بأن: ((....ركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية، خوفاً التعرض لهذه القسوة الممعنة في الشدة والإفراط في الشفقة يؤدي إلى إستهانتهم بأداء واجباتهم، طمعاً في هذه الشفقة المغرفة في اللين، فكل من طرفي النقيض لا يؤمن بإنتظام المرافق العامة، وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي رمى إليه القانون من التأديب)).(حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، ١٩٦١/١١/١١، ص ٢٧).وفي حكم آخر بعقوبة قضت نفس المحكمة بعقوبة الخصم من المرتب لمدة شهرين بدلاً من عقوبة العزل مع الحرمان من المعاش أو المكافأة التي قضت بها المحكمة التأديبية.(حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، ١٩٦٢/١٢/٨، قضية رقم ٥٦٣لسنة٧، المجموعة السنة٧، ص٢٧)، وهذا الحكم دليل على الغلو متمثلا بالشدة وقضت بتخفيفها.

أما في الغلو المتمثل باللين، فقد قضت المحكمة بتشديد هذا اللين وهو"...خفض الراتب بمقدار عشرة جنيهات شهريا إلى عقوبة الفصل.(حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ١٩٧٢/٣/١١قضية رقم ٨١١لسنة ١٧، المجموعة السنة ١٩، ص٤١٤).

الفرع الثالث / الطبيعة القانونية للغلو وخصائصه ومعياره

نتطرق في هذا الفرع إلى موضوع تحديد الطبيعة القانونية للغلو وخصائصه ومعياره، وذلك على النحو الآتي:

أولا: الطبيعة القانونية للغلو

هناك ثلاث إتجاهات مختلفة بخصوص الطبيعة القانونية للغلو وهي).(نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦، ص١٦٣-١٦٩).

١- الإتجاه الأول: يرى أنصار هذا الإتجاه بأن الغلو هو إنحراف للسلطة وإساءة لإستعمالها، وذلك لإتصال الغلو بعيب ركن الغاية.

٢- الإتجاه الثاني: يرى هذا الإتجاه بأن الغلو ذات طبيعة موضوعية وقوامه الخطأ في تقدير أهمية الوقائع، بحيث أنصارهذا الإتجاه يقرون بان الغلو يتصل بعيب السبب، ويعتبرون رقابة الغلو برقابة على السبب في صورتها القصوى، عيبه هو عيب السبب.

٣- الإتجاه الثالث: يرى أنصار هذا الإتجاه بأن الغلو هو عيب مخالفة القانون في روحه ومعناه، لإقترانه بالسلطة المقيدة للإدارة.

ويرى لباحث ان الرأي الراجح هو أن الطبيعة القانونية للغلو تتوقف على مدى الملاءمة والتوافق مع سبب القرار وغايته، ففي حالة الإنحراف من غاية القرار الإداري فإننا سنكون أمام إساءة لإستعمال السلطة، أما إذا وجد عدم الملاءمة بين السبب و المحل فإنه يعد مخالفة للقانون.

ثانيا: خصائص الغلو

بالرجوع إلى أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية نصل إلى أن خصائص الغلو لا تختلف عن خصاص الغلط البين كما تطرقنا من قبل، حيث أشارت هذه المحكمة في حكم لها بأن(عيب الغلو هو التفاوت الظاهر أو عدم التناسب البين بين درجة خطورة الذنب المرتكب و لجزاء الموقع عنه).(حكم المحكمة الإدارية العليا، بجسلة ١٠/٤/١٩٨٤، قضية رقم ٧٩١) ٢٤ ق، ع٢، رقم ١٥٥، مجموعة المبادئ القانونية ، مصدر سابق، ص٩٦٦).

وهناك خاصية أخرى وهو (التفاوت الصارخ أو الجسيم) بين العقوبة والخطأ، أي يجب أن تبلغ درجة الخطأ إلى درجة الجسامة بحيث تقوف درجة الخطأ البسيط الذي يمكن القاضي التغاضي عنها، وإن هاتين الخاصيتين يكاد أن يجمع الفقه عليهما، وعلى الرغم من ذلك نستطيع القول بأن هناك إختلافاً جدياً بخصوصهما.

ثالثا: معيار الغلو

إن معيار الغلو هو معيار موضوعي وليس معياراً شخصياً في حالة الحكم بمشروعية القرار وعدم مشروعيته قوامه عدم تناسب درجة خطورة الخطأ الإداري مع نوع ومقدار الجزاء الموقع عنه، وإن تعيين الحد الفاصل بين نطاق المشروعية- في الصورة المذكورة-هو ما يخضع لرقابة هذه المحكمة، وهو تقدير

بمعزل عن نيات الإدارة ودوافعها الكامنة، وذلك يتضح طبقا للحكم الصادر في(١٩٦١/١١/١١)من المحكمة الإدارية العليا.(مايا نزار أبودان، ٢٠١١ ، ص ٩٧).

إن التقدير السليم للعقوبة المناسبة مع الذنب الإداري يضع السلطة التأديبية في أفضل الأحوال والظروف وينبغي عليها أن تجري هذا التقدير بروح موضوعية وبعيدا عن النزوات الشخصية والبواعث الذاتية، بشرط أن يكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه وهذا الإلتزام قانوني وليس مجرد ضابط من ضوابط البداية.(مايا نزار، ٢٠١١، ص ٩٨).

الفرع الرابع / مقارنة بين نظريتي الخطأ الظاهر و الغلو

للمقارنة بين النظريتين، نحاول أن نبرز النقاط التشابه والإختلاف على النحو الآتي:

أولاً: نقاط التشابه

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

٢- كلتاهما تتحق في(التفريط في اللين) و(الإفراط في الشد)ة، ويرجح المعيار الموضوعي في كلتيهما على المعيار الشخصي.(مايا نزار أبودان، ٢٠١١ ، ص ١٢٧).

ثانيا: نقاط الإختلاف

١- المجال الأساسي لتطبيق نظرية الغلو في مصر هو مجال التأديب منذ الحكم الصادر عام(١٩٦١)، أما في مجال التأديب فلم يمارس القضاء الفرنسي إلا بعد عام(١٩٧٨)في حكم ليبون، حيث وسع مجلس الدولة الفرنسي نطاق عمله بهذه النظرية إلى نطاق الضبط الإداري والإقتصادي والبيئي.(نكتل إبراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦، ص ١٩٣).

٢- جانب من الفقهاء عند التفرقة بينهما يقرون بأن القاضي الإداري في مصر يستطيع تطبيق الجانب السلبي والإيجابي في حكمه حيث يحل محل الإدارة عندما يرى أن القرار التأديبي مشوب بعيب عدم التناسب، في حين القاضي الفرنسي يكتفي فقط بالجانب السلبي وهو إلغاء العقوبة التأديبية غير المتناسبة دون إحلال محل الإدارة في توقيع عقوبة أخرى التي يراه مناسبة بل تترك لسلطة الإدارة مرة آخرى لممراجعتها ومناسبتها.(محمد سيد أحمد، ٢٠٠٨ ، ص ٥١٢).

المبحث الثالث

تطبيقات القضائية على التناسب في القرار الاداري

نتطرق في هذا المبحث الى النماذج او التطبيقات القضائية في رقابة التناسب من قبل القضاء الاداري الفرنسي والمصري والعراقي، نخصص المطلب الاول للتطرق الى التطبيقات القضائية في رقابة التناسب على القرارات التأديبي الوظيفي في كل من فرنسا ومصر والعراق، ونخصص المطلب الثاني للتطرق الى التطبيقات القضائية في رقابة التناسب على القرارات الضبط الاداري في كل من فرنسا ومصر والعراق.

المطلب الاول / الرقابة القضائية على التناسب في قرارات التأديب الوظيفي

نتناول في هذا المبحث التطبيقات القضائية في كل من فرنسا ومصر والعراق على التناسب في القرارات التأديبية، وذلك في ثلاث فروع – على النحو الاتي:

الفرع الأول / الرقابة القضائية على التناسب في قرارات التأديب الوظيفي في فرنسا

تبرز الرقابة على التناسب في القرارات التأديبية بشكل واضح في قضية(ليبون)عام(١٩٧٨)، حيث تخلى المجلس عن الإمتناع من بسط رقابته على التناسب وتوجه إلى بسط ومد رقابته سواء أكانة رقابته إيجابيةً أم سلبيةً.(.محمد سيد أحمد محمد، التأديبية و العقوبة، ٢٠٠٨، ص٤١٤).حيث حكمت المحكمة(تولوز)الإدارية الفرنسية بعدم شوب القرار بالغلط البين حيث رفعت السيدة (ليبون) دعوى أمامها ضد رئيس اكادمية تولوز الذي إحالها إلى التقاعد دون أي طلب من المدعي باحالتها، علماً بأن الإدارة إستندت إلى إرتكاب المدعي(المدرس)الأفعال المخلة بالحياء ضد تلاميذاته وهذا السبب كان يكفي لإصدار القرار.(حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية ليبون، 1978، مجلة القانون العام، العدد الثاني، 1979، ص20).

إن رقابة القاضي الإداري الفرنسي في المجال التأديبي تكون أحياناً إيجابية وأحياناً سلبية، وذلك يتضح لنا في التطبيقات الآتية على أساس نظرية الخطأ الظاهر في التقدير الذي تطرقنا إليه من قبل.

أولاً– الرقابة الإيجابية: وهذا يعني أن القضاء يقوم برفض القرار سواء بسبب الإفراط أو التفريط.

حيث يعتبر حكم(vinolay) في (١٩٧٨/٧/٢٦)أول تطبيق إيجابي لتناسب القرار التأديبي حيث ألغى مجلس الدولة لأول مرة قرار الجزاء التأديبي بعزل مدير الخدمات بغرفة الزراعة من الخدمة، حيث قرر أن العقوبة غير متناسبة مع الخطأ التي كانت تتمثل في القسوة في معاملته لمرؤوسه.(يعقوب يوسف الحمادي التقديرية، ٢٠١٤، ص١٩٢).

وفي حكم حديث له، قرر مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء عقوبة الفصل الموقعة على موظفة حيث حكم أن المخالفة المنسوبة إلى الموظفة لا تستحق عقوبة الفصل من الخدمة وإن تقدير الإدارة مشوب بخطأ ظاهر في التقدير.وفي حكم آخر قرر المجلس بإلغاء عقوبة فصل ممرضين بسبب اتهامهم بالتعصب الجنسي ضد بعض المرضى وقرر أن المخالفة المنسوبة إليهما لا تستحق عقوبة الفصل من الخدمة.(توانا جمال، ٢٠١٥، ص ١٠٧).

أما بالنسبة إلى التفريط، فللمجلس الدولة العديد من الأحكام في هذا المجال، فقد ألغى مجلس الدولة العقوبة التأديبية الموقعة على أحد السائقين بالبلدية، حيث ظهر أثناء التحقيق أن السائق كان تحت تأثير الكحول أثناء قيادته، حيث قرر المجلس أن الموظف يستحق عقوبة أشد من تلك التي وقعتها السطة التأديبية بالبلدية عليه، لكونها لا تتناسب مع جسامة الخطا المرتكب حيث قال المجلس أنه هناك تساهل مفرط و لين مبالغ فيه.(2 nov 1990– m leon– r.d.p.199.p 57)، وفي حكم آخر سنة(٢٠١٠)في قضية طبية قررت اللجنة التأديبة الوقف عن العمل لمدة شهرين بسب الخطأ في إعطاء الدواء إلى أحد الأطفال من قبل أحد مساعدي الرعاية الطبية للأطفال، حيث حكم المجلس بأن الجزاء ليس قاسياً، بل وقعت اللجنة التأديبية في الخطأ الظاهر في التقدير، لذلك قرر المجلس بأن قرار فصل الموظف عن الخدمة هو أكثر قسوة وأكثر تناسباً مع الخطأ المرتكب من قبل الممرض.(وليد محمد الشناوي، ٢٠١٧، ص٢٠٤).

ثانياً: الرقابة السلبية: تعني أن المجلس الدولة الفرنسي يقوم بإقرار وتأييد القرار التأديبي للإدارة.

وقد بسط مجلس الدولة رقابته من الجانب السلبي على العقوبات الموقعة على الموظف العام وضابط الشرطة كما يلي:

وفي قضية(moreir beana)طعن المدعي في قرار المدير بوقف رخصة القيادة الخاصة به لمدة عام، وقضى المجلس برفض الدعوى بناء على أن المدير لم يقم بالغلط البين في التقدير.

(. c.e- 15feb1979- r.d.p.1979p161-162).

الفرع الثاني / الرقابة القضائية على التناسب في قرارات التأديب الوظيفي في مصر

تبدأ رقابة ملاءمة القرارات التأديبية بعد عام(١٩٦١)إلى يومنا هذا في مصر، وإستهلت المحكمة اللادارية العليا المصرية بذلك في حكمها الشهير في(١٩٦١/١١/١١)حيث حكمت فيه(...أنه ولئن كانت للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا إن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أية سلطة تقديرية أخرى

أن لايشوب إستعمالها غلو ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره.....).(حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ٥٦٣ لسنة ٧ق، جلسة ١٩٦١/١١/١١ مجموعة المبادئ القانونية المقررة من قبل المحكمة مجموعة السنة السابعة ، ص٢٧)، وبهذا الحكم استقر القضاء الاداري المصري على تطبيق الرقابة التناسب على جميع القرارات التأديبية بعد ان كانت محصورة في طائفتين هما قرارات المشايخ والعمد وبعض طوائف الطلبة.

ومن خلال الحكم المذكور ليس هنالك أية شكوك في بسط المحكمة لرقابة التناسب على جميع القرارات التأديبية بدون أي إستثناء بل عممتها، والوسيلة الوحيدة في ذلك كانت نظرية الغلو لإجراء التناسب، حيث أعطت المحكمة لنفسها بموجبها حق إلغاء العقوبة أو إقرار العقوبة وإستبدالها أيضاً، سواء أكان هذا أيجابياً أم سلبيا، وتغلب المحكمة المعيار الموضوعي على الشخصي طبقا لأحكامها، والغلو يشمل(الإفراط والتفريط) لدى المحكمة الإدارية العليا المصرية، ومناط مشروعية هذه السلطات شأنها في ذلك شأن أي سلطة تقديرية أخرى أن لا يشوب إستعمالها غل(حسان عبدالله يونس الطائي، التطورات القضائية، مصدر سابق، ص ٥١٠).

جدير بالذكر أن هناك نوعين من الرقابة في هذا المجال وهي الرقابة الإيجابية والسلبية من حيث الإفراط والتفريط التي مورست من قبل المحكمة الإدارية العليا في مصر على النحو الآتي:

١ – الإفراط في العقوبة أي (الشدة): هذه هي الرقابة التي ألغت فيها المحكمة العقوبة الموقعة وحددت العقوبة المناسبة، أو قام بإلغاء العقوبة فقط وإرجاع الأوراق إلى الجهة الإدارية المصدرة للقرار، وذلك على النحو الآتي:

أ- إلغاء العقوبة المفرطة في الشدة وإعادة الأوراق إلى الإدارة دون تحديد العقوبة المناسبة لها بنفسها، حيث حكمت المحكمة في حكم حديث حكمت المحكمة بأن(..هذه الجهات الإدارية ومنها المحاكم التأديبية، وإن كانت تتمتع بسلطة تقديرية خطورة الذنب الإداري الذي يوجب عقوبة الفصل، إلا أن تلك السلطة مقيدة بعدم الغلو في توقيع هذه العقوبة وإلا كان القرار يليق بالإلغاء).(حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في(٢٠٠٩/١/٢٤)، طعن الرقم ١٥٣١لسنة٥٣، ق.ع، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا).

ب- إلغاء العقوبة المفرطة غير المناسبة وتحديد العقوبة المناسبة لها: حيث قررت المحكمة الإدارية(..إن مجازاة الطاعن بخفض الأجر بمقدار نصف العلاوة، قد صدر غير متناسب لأن الجزاء مشوب بالغلو ولا يتناسب مع الذنب الإداري)، وحيث قررت المحكمة بالإكتفاء بمجازاته

خسمة عشر يوماً من أجره، من ثم عدلت المحكمة القرار المعطون فيه، فيما تضمنته من مجازاة، بخفض الأجر بمقدار نصف العلاوة.(حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٣٨٤لسنة ٣٤ق، جسلة ٢٠١٠/٣/٢٨ نقلا عن توانا جمال..مصدرسابق، ص١٠٠).وقررت في حكم آخر لها(...إن جزاء اللوم غير متناسب مع الذنب المقترف في ضوء الملابسات والظروف المصاحبة لإقترافه، حيث ترى المحكمة أن عقوبة اللوم تتسم بالشدة التي أوقعت الإدارة على الموظف، لذا قررت المحكمة بإلغاء جزاء اللوم وتبديله بالعقوبة المناسبة وهو(التنبيه).(حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم ٧٨٦٧ لسنة ٥١ق، جلسة ٢٠٠٧/٣/٧ نقلا عن توانا جمال، مصدر سابق، ص١٠١).

٢- التفريط في العقوبة أي التساهل فيها: على الرغم من أن رقابة التفريط في العقوبة نادرة قياساً برقابة الإفراط الإيجابي، ولكن بسطت المحكمة رقابتها من عدة نواحي وهي العود، والمخالفات المتعلقة بالمال العام، والجرائم المخلة بالسمعة وكرامة الوظيفة وأمانة الوظيفة والبداية، حيث حكمت المحكمة بتشديد العقوبة في الحالات السابقة في مصر لأهميتها وتداعياتها الخطيرة على الحياة العامة والمصالح العامة.حيث حكمت المحكمة في حكم لها بأنه(....كما تبين من صحيفة الطاعن إن المخالفات المنسوبة إليه لم توقع جزاء يتجاوز الخصم من الأجرة ثلاثة أيام، الأمر الذي يقتضي بتعديل العقوبة إلى الوقف عن العمل مع صرف نصف الأجرة خلال مدة الوقف).(حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٧٧٤٧ لسنة ٤٩ق، الصادر في ٢٠٠٦/٤/١٥).

ثالثا: الرقابة السلبية: وتعني أن المحكمة تقرر بتأييد الحكم وإقرارها كما هو عليه: وحيث قضت المحكمة في حكم حديث لها(...ولما كان تقدير الجزاء الموقع على الطاعن قد جاء متناسبا وصدقا وعدلا مع ما يثبت في حقه من مخالفات خرج بها على السلوك البدائي القويم وخدش وظيفته بما يستوجب بتره من المؤسسة التعليمية ومن ثم يكون النعي عليه بالغلو في غير محله).(حكم المحممة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم ١٥٣١ لسنة ٥٣ في ٢٠٠٩/١/٢٤).

الفرع الثالث / الرقابة القضائية على التناسب في قرارات التأديب الوظيفي في العراق

وجدير بالذكر، ان محكمة قضاء الموظفين تم استحداثها بموجب القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، تلك المحكمة التي بدأت منذ ذلك التاريخ اختصاصات مجلس الانضباط العام المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.

حيث تختص محكمة قضاء الموظفين وفقاً للمادة(١١/خامسا)من قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة(١٩٩١)بالنظر في الإعتراضات على القرارات الصادرة في مجال العقوبات التأديبية المسماة بالعقوبات الإنضباطية المفروضة على الموظف، ولها المصادقة على القرار وتخفيف وإلغاء العقوبة على نحو الآتي: المادة (١٥)ثالثا من قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة١٩٩١).

أولاً: سلطة(محكمة قضاء الموظفين) في(الجانب السلبي) في القرارات التأديبية: تتمثل هذه السلطة فيما يلي:

أ: المصادقة على العقوبة

حيث قرر مجلس الإنضباط في قرار له(تصديق القرار التأديبي وهو التوبيخ ضد مدير الإعدادية الذي نقل من ديوان المديرية إلى الشؤون الفنية بسبب ورود عدة شكاوي ضده من قبل الطلبة لأنه كان قد أخذ مبلغاً نقدياً وهو(١٨٥) دينار من الطلبة وقام أيضاً بالتلاعب بسجل الغياب اليومي، وأثناء سير الدعوى قام المجلس بتصديق الحكم لأن العقوبة حسب رأي المجلس جاءت متناسبة وموافقة للقانون).(قرار مجلس الإنضباط العام، رقم ٤١في سنة ٢٠٠٠/٣/٤، رقم الإضبارة ٩٩/٥١).

ب: إلغاء العقوبة الانضباطية من حيث(الجانب الإيجابي)

حسب نص المادة (١٥)من قانون إنضباط موظفي الدولة القطاع العام لسنة(١٩٩١)يختص المجلس بالنظر في الإعتراضات المنصوص عليها في المادة(٨)من القانون بعد التظلم منها ماهو منصوص عليه في الفقرة ثانياً من هذه المادة وله أن يقرر المصادقة على القرار أو تخفيفه أو إلغاء العقوبة وفقاً لأحكام هذا القانون، هذا يعني أن المشرع أعطى حق إلغاء العقوبة التأديبية الموجهة للموظف صراحة إلى جانب التخفيف.

ومن قرارات المجلس التي ألغى فيها العقوبة هي(تشكيل لجنة تحقيق مع الموظف وإستجواب المدعي في مثل هذا الحالة يعد من القواعد الشكلية التي لا يجوز إهمالها وإنها يعد من النظام العام، وعدم مراعاتها يؤدي إلى بطلان الإجراءات القانونية المتخذة، حيث أن المدعي قد خالف أحكام البنود (أولاً وثانياً وثالثاً)من المادة (١٠)من قانون إنضباط موظفي الدولة القطاع العام، مما يستوجب إلغاء عقوبة لفت النظر المفروضة بحقه).(قرار مجلس الإنضباط العام، رقم ١٢٠ إنضباطية، تمييز، ٢٠١١ في ٢٠١١/٣/٢٤، قرارات و فتاوى مجلس الشورى الدولة لعام ٢٠١١، ص٢٥٧).

ج: تخفيف العقوبة

إن محكمة قضاء الموظفين الحالى(مجلس الإنضباط العام سابقا) منذ تأسيسها في عام ١٩٢٩ لم تراقب فقط مشروعية القرار التأديبي بل فحصت مدى ملاءمة القرار التأديبي إلى الآن، وبعد صدور القانون رقم(١٤) لسنة (١٩٩١)المعدل ظهر مبدأ الرقابة على تناسب القرار بشكل واضح، وبدأ ذلك بتخفيف العقوبة الشديدة غير المتناسبة.

وجدير بالذكر أن المشرع العراقي وفقاً للقانون رقم(١٤) لسنة (١٩٩١)المعدل قد منح سلطة تخفيف العقوبة، لا تشديدها، ولعل سبب ذلك هو أن المشرع في القانون المذكور ألزم مجلس الإنضباط العام مراعاة قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقية عند نظره في الطعون، حيث جاء في المادة(٢٥/ج)من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣)لسنة (١٩٧١)بأنه(يراعى عند النظر تمييزا في الطعن أن لا يضار الطاعن بطعنه).(حسان عبدالله يونس الطائي، ٢٠١٦، ص٧١٧).

من هذه الأحكام بخصوص التخفيف هي:

حيث قرر المجلس في القضية رقم (١٣٦)إنضباطية(وقد وجد مجلس الإنضباط العام إن العقوبة المفروضة (لإنذار)شديدة ولاتتناسب مع المخالفة المنسوبة إلى المعترضة وقرر تخفيضها إلى عقوبة لفت النظر بما للمجلس من سلطة تقديرية مقررة بموجب البند(أولاً) من الماد(15)من قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم(14) لسنة(١٩٩١)المعدل لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز الرسم التمييزي).(قرار الهيئة العامة لمجلس الشورى الدولة، رقم ٣٥/٣٤/ انضبات /تميز/٢٠١٢/ في ٢٠١٢/٣/١٥، ص ٢٩٧-٢٩٨.).

من خلال استقرائنا للأحكام السابقة، نجد ان موقف المشرع العراقي قد يختلف عن ما استقر في كل من فرنسا ومصر فيما يخص صلاحية القضاء الاداري في توجيه الادارة وتعديل قراراتها والحلول محلها في قرارات فرض العقوبة، لذا أن مجلس الانضباط العام يتصدى بجراءة لقرارات الادارة بفرض العقوبة الانضباطية، حيث يستطع المجلس اصدار اوامر الى الادارة وحثها على انتهاح نهيج معين.

المطلب الثاني / الرقابة القضائية على التناسب في قرارات الضبط الاداري

نتطرق في هذا المطلب الى التطبيقات القضائية على التناسب في قرارات الضبط الاداري في كل من فرنسا و مصر والعراق، ذلك في ثلاث فروع رئيسية على النحو الاتي:

الفرع الاول / الرقابة القضائية على التناسب في قرارات الضبط الاداري في فرنسا

لم يكتف مجلس الدولة الفرنسي بمد رقابته على سبب القرار الضبطي من حيث(الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني الصحيح للوقائع) فقط، بل مد رقابته إلى تقدير خطورة وأهمية السبب وتناسبه

مع الإجراء المتخذ بشأنه، وهذا يظهر في عدة مجالات التي لها أهمية قصوى فيما يتعلق بحقوق وحريات الأفراد، لأن حماية حقوق وحريات الإفراد تم إقرارها داخل إعلانات حقوق الإنسان، بحيث يرى بعض الفقهاء ومنهم (دوجي)بأن لها قيمة قانونية أعلى من النصوص القانونية الداخلية وحتى الدستورية أيضاً.ومن هذه المجالات هي مجال حرية العبادة والشعائر والمراسم الدينية وفي مجال حرية النشر والصحافة وفي مجال حرية الصناعة وفي مجال حرية عقد الإجتماعات: حيث يركز القضاء الفرنسي على أن حرية عقد الإجتماع هي من أهم حريات المواطنين ولا يجوز للسلطة الإدارية تقييدها إلا بالقدر الضروي واللازم لحماية الأمن العام، وأول قرار في هذا الصدد هو قرار في قضية(Benjamin)حيث أصدر عمدة مدينة(Nevers) قراراً بمنع أحد الإجتماعات المزمع عقدها خشية وقوع اضطرابات تخل بالنظام العام وتعرض الأمن العام للخطر، فألغى مجلس الدولة الفرنسي هذا القرار بعد أن فحص الظروف المحلية التي أحاطت بالدعوى إلى الإجتماع مقرراً أنه قد إتضح إن الإضطرابات المحتملة التي أحتج بها العمدة لم تبلغ في خطورتها الدرجة التي يعجز بما لديه من سلطات البوليس عن المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد اجتماع.(محمد فريد سليمان الزهيري، ١٩٨٩، ص١٢٨).

من خلال ما سبق، تبين لنا أن مجلس الدولة الفرنسي لا يكتفي برقابة صحة الوجود المادي للوقائع وسلامة تكييفها القانوني فحسب، بل يفرض رقابه عميقة على مدى خطورة أو درجة التهديد للنظام العام و إجراء التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ وذلك للحفاظ على الحقوق والحريات في المجتمع، ويمكن القول إن مجال الضبط الإداري يعتبر من أخصب المجالات التي مد مجلس الدولة رقابته على التناسب فيها سواء في الظروف العادية أم الإستثنائية، أما في الظروف العادية فإن المجالات السابقة ذكرها فهي أكثر خصوبة من بين القرارات الضبطية في ميدان التناسب.

ومن خلال إستقرائنا للحكم السابق، نرى بأن القاضي هو قاضي مشروعية وينظر إلى عنصر الملاءمة أيضاً أي إعتبار القاضي قاضي ملاءمة عندما تكون الملاءمة شرطا لتحقيق المشروعية في قرار الإدارة، ورقابة مجلس الدولة فيما يتعلق بالتدابير الضبطية التي تمس بالحقوق والحريات الفردية هي واردةعلى االآثار وليس الإجراء بحد ذاته، أي غاية التناسب هو التنظيم وليس المنع وحظر الأفعال.

ومما سبق كان في الظروف العادية، واما في الظروف الاستثنائية توجد هناك هذه الرقابة، ولكن في نطاق أضيف من الظروف العادية، لان في نظرية الظروف الإستثنائية تقتضي توسيع سلطات الضبط الإداري بقدرما تقتضي هذه الظروف بمعنى أن النصوص القانونية الخاصة بالضبط تتوقف ويتم

الإستعاضة عنها بأحكام تتناسب تماما مع الظروف الإستثنائية، مع خضوعها لرقابة التناسب سواء في وقت الحرب والظروف الطارئة.

الفرع الثاني / الرقابة القضائية على التناسب في قرارات الضبط الاداري في مصر

سار مجلس الدولة المصري في أحكامه سواء أكانت الصادرة من محكمة القضاء الإداري أم المحكمة الإدارية العليا على نهج مجلس الدولة الفرنسي في إعمال رقابته التناسب على قرارات أو تدابير الضبط الإداري، بحيث أرستا في الظروف العادية قاعدة تنص على أن تقييد الحريات العامة يجب أن يكون ضروريا ولازماً لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام العام، أي أن التدبير يجب أن يكون ضروريا وفعالاً ومتناسبا، وهذا يعني أن الإجراء يجب أن يكون ضرورياً بقدر جسامة الإضطرابات وتهديد النظام والأمن العام أي التناسب بين سبب القرار ومحله لتحقيق الهدف الأساسي وهو حماية النظام العام وإلا يكون القرار عرضة للإلغاء.(محمد فريد الزهيري، ١٩٨٩، ص ١٥).وكذلك يجب أن يكون الإجراء المتخذ هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر الذي يهدد الأمن والنظام. وهذه المجالات هي: مجال حرية العبادة، حرية الصناعة، حرية الصحة العامة، حرية النشر والصحافة.

وفيما يتعلق بالمحكمة الادارية العيا المصرية هناك تردد في موقفها بين فترة واخرى ولكن في يومنا هذه تقوم برقابة التناسب على قرارات الضبط الاداري في الظروف العاية، حيث قضت المحكمة(المناط في إتخاذ الإجراء الضبطي المناسب بالطريق الإداري هو وجود خطر داهم على الصحة العامة أو الأمن العام ... وإنه وإن كانت أجهزة الأمن تترخص في تقدير الخطورة الناشئة عن الحالة الواقعية التي يصبح لها أن تتدخل لمواجهتها، بأن يكون ثمة وقائع محددة من شأنها ان تنبئ في التقدير المنطقي السليم للأمور بأن ثمة خطراً يهدد الأمن العام، وأن الإحتياط له يقتضي التدخل من هذه الأجهزة بالإجراء الضبطي الذي تم، الأمر الذي يقتضي بالضرورة ثبوت الحالة الواقعية المبررة للتدخل بإجراء الضبط ثبوتاً مقنعاً في جدية الإجراءات ولزومها).(قرار المحكمة الادارية العليا المصرية المرقم ٤٣٠٧/س٣٧.ق في ١٩٩٩/٣/٢١، وبذات المعنى قراره الرقم ٦٩٧١/س٤٢.ق في ٢٠٠٠/٢/٢٠).

وفيما يخص قرارت الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية، ففي بداية الأمر كان القضاء المصري يعتبر أعمال سلطة الطوارىء من أعمال السيادة سواء تمثلت هذه الأعمال في أوامر سلطة الطوارئ التنظيمية، أو في تدابيرها الفردية، وثم عدلت عن ذلك وأخذت بما إستقر عليه الفقه في فرنسا ومصر حيث مارس القضاء رقابته على جميع الأعمال والإجراءات الممارسة من قبل السلطة التنفيذية وكل ما تصدر منها من أوامر وقرارات حيث إعتبر جميعها من قبيل الأعمال الإدارية دون أن يكون لأي منها

صفة أعمال السيادة بعد ذلك.ولم تتردد محكمة القضاء المصري منذ إنشائها في بسط رقابتها على قرارات الضبط في ظل الظروف الإستثنائية الصادرة من الحاكم العسكري، حيث إستقرت المحكمة على أن نظام الأحكام العرفية ليس نظاماً مطلقاً وإن كان إستثنائياً، بل نظاماً خاضعاً لقانون وضع الدستور أساسه وبين القانون أصوله وأحكامه ورسم حدوده وضوابطه وبخلاف ذلك فإن أي إجراءات تكون عرضة للإلغاء وقابلة للتعويض من قبل القضاء الإداري، حيث إشترطت المحكمة أن يكون التصرف لازماً لدفع خطر جسيم وأن تكون الأسباب جدية وفيها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل.(محمد فريد الزهيري، ١٩٨٩، ص ١٦٧).

وأشارت محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها(أن قضاء هذه المحكمة جرى على أن مرسوم إعلان الأحكام العرفية المقابل لقرار إعلان حالة الطوارىء يعتبر من أعمال السيادة التي تخرج عن نطاق الرقابة القضائية، أما التدابير التنظيمية التي تتخذها السلطات القائمة على تنفيذ النظام العرفي فهي قرارات إدارية وتخضع لرقابة القضاء).(نكتل إبراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦ ص ٣٢٦).

يفهم من الحكم أعلاه، أن حالة إعلان الأحكام العرفية أو إعلان حالة الطوارئ لمواجهة الظروف الإستثنائية وإن أعتبرت من أعمال السيادة وخارجة عن رقابة القضاء الإداري، إلا أن تدابير الإدارة بموجب قانون الطوارئ أو الأحكام العرفية تخضع لرقابة القضاء إمتداداً لمبدأ المشروعية وبمثابة ضمانة أكيدة لحقوق وحريات الأفراد في ظل الظروف الإستثنائية.

ومن الأحكام التي قضت فيها محكمة قضاء الإداري المصري هي (إجراءات الإعتقال وتحديد إقامة الأجانب يجب ألا يلجأ إليها إلاعند الضرورة القصوى التي يستعصي فيها اللجوء إلى الإجراءات العادية، لما في ذلك من مساس بالحرية الشخصية، وأن يكون ذلك بالقدر الضروري اللازم للمحافظة على الأمن.).(حكم المحكمة القضاء الإداري جلسة ١٩٥٢/٦/٣٠ في قضية ٥٦٨س٣ق، جلسة٦، ص١٢٦٦).

أما فيما يتعلق بمسلك المحكمة الإدارية العليا في مصر، فنجد أن هناك تردداً في أحكامها في ممارسة رقابة التناسب على القرارات الضبطية في الظروف الإستثنائية، حيث بسطت في بعض الأحيان رقابتها وتراجعت عنها في أحيان أخرى، وهذا التردد إستمر إلى حين صدور دستور(١٩٧١)حيث بسطت المحكمة رقابتها للتناسب على كافة القرارات الضبطية في الظروف الإستثنائية، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه(ولئن كانت الإدارة تملك في الأصل حرية و وزن مناسبات العمل الإداري وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها، إلا أنه حيثما تختلط مناسبة العمل الإداري

بمشروعيته، ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الأمور، خصوصاً فيما يتعلق بالحريات العامة، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره، فالمناط والحالة هذه في مشروعية القرار الذي تتخذه الإدارة هو أن يكون التصرف لازما لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام، بإعتبار هذا الإجراء الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الخطر، وللقضاء الإداري حق الرقابة على هذا المسوغ أو عدم قيامه).(محمد حسنين عبدالعال، ١٩٧١، ص ١٧٣).

وفي حكم أخر قضت بأن(لا يجدر لوزير التموين اللجوء اليها إلا إذا إستنفذت جميع الوسائل العادية المتاحة لتسيير مرفق التموين ولم يجد بعدها أبداً من الإلتجاء إلى تلك الوسيلة الإستثنائية لتحقيق الهدف الذي حدده المشرع من ضمان تزويد البلاد بالمواد التموينية وتحقيق العدالة في توزيعها، وأن يكون الوزير أمام ضرورة ملحة إقتضتها حتمية الصالح العام).وفي حكم آخر قضت المحكمة بأن(الحراسة والإعتقال ليست من الأسباب المبررة في ذاتها للإدراج في سجل الخطرين لا سيماً وإن إجراءات إستثنائية نمت في ظل حالة الطوارىء كما أن الجهة الإدارية لم تقدم أية أدلة تؤيد الشبهات التي إستندت إليها).(حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم ٦٩٢لسنة٣٣ق في ١٩٩٢/١٢/٢٧، وحكم الصادر في ١٩٩٣/١٢/١٤، عدد ٢١٣ لسنة ٢٤ق).

الفرع الثالث / الرقابة القضائية على التناسب في قرارات الضبط الاداري في العراق

سارت أحكام القضاء الإداري العراقي على النهج ذاته المتبع في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري في إخضاع قرارات الضبط الإداري لرقابة الملاءمة، وفي الظروف العادية فإن رقابة القضاء تشمل التحقق من الهدف التي تجتهد الإدارة إلى تحقيقه فإذا سعت الإدارة إلى تحقيق هدف غير الهدف الموجود للضبط الإداري وإجراءته أصبح هذا العمل غير مشروع، وكذلك التحقق من الأسباب الصحية والجدية التي دفعت الإدارة إلى إتخاذ الإجراء الضبطي، وكذلك لابد من التحقق من الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة في إجراءاتها الضبطية، وكذلك البحث عن مدى التناسب بين إجراءات الإدارة والظروف التي دفعتها إلى إصدار مثل هذه الإجراءات.(سبهان يونس عبدالله الطائي، ٢٠١٠، ص١٤٦).وهناك قرارات عدة في العديد من مجالات الضبط الإداري ومنها: حرية التجارة و حرية النشر، حيث قضت الهيئة العامة لمجلس الدولة ب(المدعي "المميز عليه")، كان قد قدم مسودة كتابه الموسوم(الأديان والمعتقدات وجزاء الثواب والعقاب في الحياة الدنيا) إلى وزارة الثقافة والإعلام لغرض الموافقة على نشره، إلا أن هذه الوزارة لم توافق على ذلك بسبب الملاحظات التي أبداها الخبير الذي عرضت عليه مسودة الكتاب المذكور، لذلك طلبت محكمة القضاء الإداري من وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ترشيح ثلاثة خبراء من

القضاة المختصين بالعلوم الإسلامية والشرعية، وهؤلاء الذين بينوا في تقريرهم المقدم إلى المحكمة المذكورة بأن الكتاب(مفيد للقراء وانه يحذر المجتمع من غائلة إرتكاب الموبقات أو مخالفة لشرع الله، وانه ليس فيه ما يتقاطع مع مبدأ السلامة الفكرية أو ما تشم فيه رائحة الإخلال بنظام المجتمع أو إحداث الشقاق والتفرقة بين شرائحه ويصلح للنشر)، وحيث أن للمحكمة أن تستعين برأي الخبراء إذا اقتضى موضوع الدعوى ذلك .. كما أن لها أن تتخذ من تقرير الخبراء سببا للحكم في الدعوى تطبيقاً لحكم المادة(١٤٠)من قانون الإثبات لذلك يكون الإستنباط الذي توصلت إليه محكمة الموضوع سائغاً ويتفق مع الأصول المقررة قانوناً، حيث ان القرار المميز القاضي بإلغاء أمر منع نشر الكتاب الصادر من وزارة الثقافة والإعلام صحيح وموافق للقانون).(قرار محكمة قضاء الإداري في العراق المرقم ٨١/قضاء اداري /٢٠٠٥ في ٢٠٠٦/١/١٨).

من خلال استقرائنا للحكم االسابق في العراق بخصوص رقابة التناسب في القرارات الضبط في الظروف العادية، نلاحظ إخضاع كافة قرارات الضبط الإداري لرقابة الملاءمة من قبل القضاء الإداري العراقي، ولم نجد ما يشير إلى وجود إستثناء على ذلك وبالتالي يصبح القضاء الإداري هو الملاذ الآمن الذي يمكن اللجوء إليه للحد من تعسف سلطة الضبط الإداري عند أداء عملها في المحافظة على النظام العام، خاصة ما تتمتع به سلطة الضبط الإداري من سلطة تقديرية عند إصدارها لقرارات الضبط الإداري قد يفسح المجال أمامها في المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية والعامة، إلا أن وجود رقابة قضائية فعالة يمكن أن يحد من ذلك، ويعيد سلطة الضبط إلى جادة الصواب فيما لو إنحرفت فيها.

وفيما يتعلق برقابة التناسب على قرارات الضبط في الظروف الاستثنائية، يمكن القول أن القضاء العراقي قد مر بمرحلتين، مرحلة القضاء الموحد وفي هذه المرحلة تارةً راقب القضاء العادي السبب في قرارات الضبط الإداري الصادرة في ظل الظروف الإستثنائية، وتارةً أخرى إمتنع عن بسط رقابته وذلك بوصف القرارات الصادرة من الحكومة في ظل هذه الظروف الإستثنائية من قبيل أعمال السيادة، أما في مرحلة القضاء المزدوج اي بعد إنشاء محكمة القضاء الإداري في العراق بقانون التعديل الثاني رقم (106) لسنة (1989) لقانون مجلس شورى الدولة رقم(65) لسنة(1979)، فإنه بسط رقابته على ركن السبب في قرارات الضبط الإداري الصادرة في ظل هذه الظروف، ولكن نظراً لطبيعة الظروف التي سادت العراق فإنه لم يمر بظروف مماثلة على ماهي الحال عليه في فرنسا ومصر الأمر الذي ينتج عنه عدم وجود تطبيقات قضائية مماثلة).(زياد طارق خضير عباس، ٢٠١٨، ص١١١).

وجدير بالذكر، لا توجد أحكام قضائية كثيرة في العراق بخصوص ذلك، بل قليلة جدا ومن هذه الأحكام، هو الحكم الصادر من مجلس الدولة في قراره رقم(٢٠٠٨/٦٨)في(٢٠٠٨/٥/٢١) وذلك بالإستناد على البند(٢)من المادة(٩)من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١)لسنة(٢٠٠٤)حيث ينص على أن(تخضع قرارات وإجراءات رئيس الوزراء لرقابة محكمة التمييز ومحكمة التمييز في إقليم كردستان فيما يتعلق بإجراءات الطوارىء في نطاق الإقليم، وإنتهاء بالمحكمة الإتحادية العليا، وللمحاكم المذكورة تقرير إلغاء تلك القرارات والإجراءات وتقدير بطلانها وعدم مشروعيتها أو إقرارها، مع مراعاة الظروف التي صدرت في ظلها تلك القرارات والإجراءات).(منشور في قرارات وفتاوى مجلس الشورى الدولة العراقي لعام٢٠٨، بغداد، ٢٠٠٩، ص١٨٨)

ومما يمكن ملاحظته على الأمر رقم(١)من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية لسنة(٢٠٠٤)أنه على عكس المادة(٦١)من دستور جمهورية العراق لسنة(٢٠٠٥)التي أخضعت إجراءات الحكومة في الظروف الإستثنائئة لرقابة البرلمان(الرقابة السياسية)، ونلاحظ ان هذا الأمر وفي الفقرة (٢)من المادة (٩)منه قد أخضع قرارات و إجراءات رئيس مجلس الوزراء لرقابة محكمة التمييز، وذلك بالنص على ان(تخضع قرارات وإجراءات رئيس الوزراء لرقابة محكمة التمييز ومحكمة التمييز...)

ومما يمكن ملاحظة أيضاً من النص أعلاه أيضاً ، على الرغم من أن الرقابة القضائية مفعلة على إجراءات وقرارات رئيس مجلس الوزراء في ظل الظروف الإستثنائية أو حالة الطوارىء، إلا أنه قد أوكل الطعن بهذه الإجراءات والقرارات أمام محكمة التمييز، علماً أنها لا يمكن أن تكون محكمة موضوع ، فضلا عن إنها محكمة قانون وليست وقائع تختص فقط في النظر في مدى صحة إنطباق النصوص القانونية وإمكانية تطبيقها بصورة صحيحة، وكذلك أوكل الطعن أمام المحكمة الإتحادية العليا، وإن كان المشرع يقصد القضاء الإداري، إلا أن الطعن بهذه الأحكام الصادرة تم أمام المحكمة الإتحادية العليا وذلك إستناداً إلى دستور جمهورية العراق (٢٠٠٥).(نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٦ ، ص٣٣٣)، حيث تنص على إختصاصات المحكمة الإتحادية العليا(الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الإتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الإتحادية، ويكفل القانون، حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة).(المادة(٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥).

وتنص المادة(٤)من قانون المحكمة الإتحادية العليا على أن(تختص المحكمة بالفصل في المنازعات المتعلقة بمشروعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر من جهة التي تملك حق إصدارها وإلغائها).

وقد ثارجدل عميق حول ذلك فيذهب البعض إلى أن القرارات والأوامر المقصودة هي تشريعية وليست إدارية بإعتبار أن إختصاص المحكمة ينصب بالرقابة على دستورية هذه القوانين والأنظمة والقرارات والأوامر، أما البعض الآخر فيذهب إلى أن نص المادة (٤)/ثانيا من قانون المحكمة يشمل الأوامر والأنظمة بإعتبارها قرارات إدارية تنظيمية، وعليه تدخل ضمن إختصاصات المحكمة، وهذا ما أكدته المادة(٧)/ ثانيا من قانون مجلس الدولة.(غازي فيصل، ندوة العلمية التي عقدتها دراسات القانونية في دار الحكمة حول المحكمة الإتحادية وإختصاصاتها في ٢٠٠٩/٦/٢٥ ص٦٦).

ومن الأفضل لو أعطيت لمحكمة القضاء الإداري سلطة النظر في صحة القرارات والأنظمة بدلاً من محكمة التمييز، وإعادة سلطة تمييز النظر في الطعن التمييزي بقرارات محكمة القضاء الإداري الى الهيئة العامة لمجلس المحكمة الإدارية العليا ، وذلك لأن النظام قرار إداري تنظيمي خاضع لرقابة محكمة القضاء الإداري بموجب المادة ٧ ثانيا من قانون مجلس شوري الدولة رقم(٦٥)لسنة(١٩٧٩).

ومما سبق يتضح لنا بأن المشرع العراقي لم يتبع نوعاً واحداً فيما يخص حالة الطوارىء، بل جمع بين الأسلوبين وذلك يتضح من نص المادة (٦١) في دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).

وبدورنا ندعو المشرع العراقي إلى تعديل قانون المحكمة الإتحادية بشكل تتوافق أحكامه مع دستور جمهورية العراق لسنة(٢٠٠٥).

الخاتمة :

في ختام هذه الدراسة توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات، وسنذكرها على النحو الآتي:

أولا/ الاستنتاجات

١- التناسب هو مبدأ من المبادئ العامة للقانون يعبر عن علاقة منطقية أو متوافقة بين أهمية الوقائع (السبب) والإجراء المتخذ(المحل). ويمثل التناسب حسن التقدير والتوازن في الإجراءات الإدارة.ويطبق خاصة في المجالات التي تمس مباشرة حقوق وحريات الأفراد.

٢- إن العلاقة بين التناسب والسلطة التقديرية هي أن التناسب يدخل ضمن مجالات السلطة التقديرية للإدارة إلا أنه لا يستغرقها، فهو أحد تصرفات الإدارة تقوم بجواره تصرفات أخرى كثيرة، أما عن

علاقة التناسب بالملاءمة فهي أن مفهوم الملاءمة يستغرق مفهوم التناسب لأنه أوسع منه ويدخل ضمن أحد جوانبه، ومن ثم فهما لا يتطابقان، و لايجب ان يكونا مرادفين للآخر.

٣- إنقسم الفقه الإداري بين مؤيد ومعارض لفكرة الرقابة على التناسب، أما الإتجاه المعارض لهذه الفكرة فقد أسس وجهة نظره على أن ممارسة الرقابة بواسطتها تؤدي إلى إهدار فاعلية نشاط الإدارة، وبالمقابل أسس الاتجاه المؤيد رأيه على أن هذه الرقابة هي في حد ذاتها ضمانة لحقوق وحريات الأفراد.أما بالنسبة للقضاء الإداري فتبين لنا أنه أقر بهذا النوع من الرقابة وقد كان القضاء الإداري المصري السباق لهذا الإقرار والتطبيق وذلك من خلال نظرية الغلو.

٤- نطاق الرقابة على التناسب في القضاء الإداري يقتصر على قسمين، القسم الأول في مجال العقوبات الانضباطية والثاني في مجال الضبط الإداري.

٥- رقابة التناسب لا تتنافى مع السلطة التقديرية للإدارة وهذا لا ينتقص من حرية الإدارة في إختياراتها لأن محل هذه الرقابة هو مشروعية أو عدم مشروعية للقرار الإداري، كما أن القاضي لا يتدخل إلا إذا خرج تقدير الإدارة عن كل معقول، كما أنها لا تتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات، لأن هذا المبدأ يقتضي أن يحول القضاء دون إستبداد الإدارة وأن يردها إلى دائرة المشروعية.

٦- لم يحدد الفقه من ناحية والقضاء من ناحية أخرى الأساس القانوني لمبدأ التناسب بل هناك جدل فقهي عميق عليه.

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

٨- على الرغم من أن النظرية (الغلو والخطأ الظاهر) تهتمان بكلا المعيارين أي المعيار اللغوي و(المعيار الموضوعي)لأنهما يكّملان بعضهما البعض، إلا أن المعيار الموضوعي يرجح في كلا منهما على معيار اللغوي.

٩- يكتفي القضاء الفرنسي بإلغاء العقوبة في رقابة التناسب في مجال التأديب، تاركا لجهة الإدارة توقيع عقوبة أخرى متناسبة مع الفعل شريطة أن لا تكون نفس العقوبة السابقة التي تم إلغاؤها.أما في مصر إلى جانب الإلغاء تتعدى سلطة القاضي إلى تعديل العقوبة وفرضها بنفسه.أما في العراق، فإن سلطة محكمة قضاء الموظفين تقف في الجانب الإيجابي فقط (الإفراط في الشدة)وذلك بتخفيف

العقوبة أي للقاضي إلغاء العقوبة والقيام بفرض عقوبة أخرى مناسبة، شريطة أن تكون العقوبة الجديدة أخف من السابق.

ثانيا/ المقترحات:

١- نقترح على المشرع العراقي بالنص في قانون الانضباط الموظفي الدولة على معايير واضحة ودقيقة للتفرقة بين الأسباب الرئيسية الدافعة لإصدار القرار والأسباب الثانوية التي تؤثر في صحة القرار.

٢- نقترح على المشرع العراقي بضرورة تدوين جزء مهم من المخالفات التأديبية في قانون الانضباط الدولة وربطها بالجزاءات التأديبية المناسبة لها، ربما يكون تقنين كل المخالفات صعبا جدا، ولكن على الأقل ربط كل جزاء تأديبي بطائفة متعددة من المخالفات التي تتناسبها هذه العقوبة، أو تحديد الحد الأدنى والأقصى لكل عقوبة حسب الظروف المصاحبة لها.

٣- ضرورة قيام المشرع بتقنين مبدأ التناسب في التشريع في قانون مجلس الدولة العراقي، وحتى عند عدم قيامه بذلك فنوصي أن تصبح رقابة التناسب مبدأ قانونيا، بحيث يجب على الإدارة الإلتزام بهذا المبدأ.

٤- نقترح بأن تعدل الصلاحيات الممنوحة لمحكمة قضاء الموظفين في العراق، وذلك بمنحها صلاحية تشديد العقوبة اذا ما رأت أيضاً أنها غير متناسبة مع الفعل المرتكب من قبل الموظف قياساً على صلاحية المحكمة في تخفيض العقوبة.

المصادر :

أولا/ المعاجم

١- ابن منظور، لسان العرب، المحيط، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، المجلد الثاني، بدون سنة طبع

٢- قاموس المنجد في اللغة والاعلام١٩٦٩، ار المشرق، بيروت، ط٢٥.السنة.

٤- قاموس المنهل (الفرنسي/عربي)، ١٩٨٩، دارالعلم للملاين، بيروت، ط العاشرة، سنة.

ثانيا/ الكتب

١- ابراهيم محمد عبدالعزيز شيخا، القضاء الإداري اللبناني، دار الجامعة ، دون سنة النشر .

٢- لقدوقي حلمي، ١٩٩١، رقابة القضاء على مشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، مصر.

٣- جورجي شفيق ساري، ٢٠٠٠، رقابة التناسب في نطاق الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، .

٤- حمد رفعت علدالوهاب، مبادىء و أحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، طبعة، ٢٠٠٢.

٥- خليفة سالم الجهمي، ٢٠٠٩، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
٦- خليفة سالم الجهنى، ٢٠٠٩، الرقابة القضائية على التناسب، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية.
٧- سليمان محمد الطماوي، ١٩٩١، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دراسة المقارنة، مطبعة جامعة عين الشمس، الطبعة السادسة، .
٨- سامي جمال الدين، ٢٠١٠، قضاء الملائمة و السلطة التقديرية للإدارة ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية، .
٩- سيد محمد ابراهيم سليمان ، ١٩٦٣، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعوى الالغاء، ط١، ارد.ن .
١٠-عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، ٢٠٠٧، القرار الإدارية في الفقه و القضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، دون مكان الطبع .
١١-عبد الغني بسيوني عبد الله ، ١٩٩٧، القضاء الإداري قضاء الألغاء، منشاة المعارف الاسكندرية، .
١٢-عصام عبدالوهاب البرزنجي، ١٩٧١، السلطة التقديرية للأدار والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، دار النهضة العربية.
١٣-عبدالقادر الشيخلي، ١٩٨٣، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر للنشر و التوزيع ، عمان.
١٤-فؤاد العطار، القضاء الإداري (قضاء الألغاء الكامل، القضاء التأديبي)، ١٩٨٠، دار النهضة العربية، القاهرة.
١٥-محمد حسنين عبد العال، ١٩٩١، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري .دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة.
١٦-محمد رفعت عبد الوهاب، ٢٠٠١، حسين عثمان محمد عثمان، مبادئ القانون الإداري .دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
١٧-منى رمضان محمد بطيخ، ٢٠٠٣، مسؤلية الإدارة عن اوجه بطلان السبب و الغاية في قرار الإداري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى.
١٨-محمد سيد احمد محمد، ٢٠٠٨، التناسب بين الجريمة التأديبية و العقوبة التأديبية، كلية الحقوق جامعة اسيوط، المكتب الجامعي الحديث.
١٩-مايا محمد نزار ابو دان، ٢٠١١.، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري (دراسة المقارنة، الموسسة الحديثة للكتاب)، ط١، لبنان.
٢٠-مازن راضي ليلو ، ٢٠١، موسوعة القضاء الإداري، مبدأ المشروعية قضاء التعويض مع احدث القرارات والفتاوى، المجلد الثاني، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان.

٢١-محمد رفعت عبدالوهاب٢٠٠٧، ، مبادىء وأحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، طبعة٢.
٢٢-محمود سلامة جبر، رقابة الغلط البين في القضاء الالغاء ، ط٢، مطبعة ابناء وهبة، القاهرة ،
٢٣-محمد فؤاد ، ١٩٨٧، مبادىء و أحكام القانون الإداري في ضل الأتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة، دار المعارف، القاهرة.
٢٤-محمود عاطف البنا، ١٩٨٠، حدود سلطة الضبط الإداري، دون جهة الناشر و مكان الطبع و الطبعة.

ثالثا/ الرسائل

١- بلعيد دليلة، ٢٠١٦، الرقابة القضائية بين المشروعية و الملاءمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامع محمد خيضر، بسكرة.
٢- توانا جمال عبدالواحد، ٢٠١٤، مفهوم الغلو في العقوبات التأديبية، رسالة ماجستير، جامعة الأسكندرية كلية الحقوق.
٣- حنان محمد مطلك القيسي، ١٩٩٤، الرقابة القضائية على الملاءمة بين المخالفة والعقوبة في القرارات التأديبية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد.
٤- رفيق بو مدين، ٢٠١٥، الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري، رسالة ماجستير، جامعة محمد بو ضياف- المسيلة.
٥- علي حسين احمد غيلان الفهداوي، ٢٠٠، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد.

رابعا/الأطاريح

١- حسان عبدالله يونس الطائي، ٢٠١٥، التطورات القضائية في الرقابة على التناسب في القرارات التأديبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الموصل، .
٢- عصام عبد الوهاب البرزنجي، ١٩٧١، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة.
٣- علي يونس اسماعيل، ٢٠١٧، رقابة المشروعية ورقابة الملاءمة، دارسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة دهوك كلية القانون.
٤- محمد فريد سيد سليمان الزهيري، ١٩٨٩، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة.
٥- محمد إبراهيم، ١٩٦٣، رقابة القاضي الإداري على الوقائع في دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه مقدمة في جامعة الإسكندرية كلية الحقوق.

٦- نكتل ابراهيم عبدالرحمن، ٢٠١٤، التناسب في القرار الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، كلية الحقوق.

خامسا/ المجلات والدوريات

١- خالد الزغبي، ١٩٩٨، ركن السبب في قرار الإداري-مقالة، مجلة أبحاث اليرموك، سنة ١٢، عدد ١ لسنة ١٩٩٨.

٢- سعاد الشرقاوي، ١٩٦٩، الانحراف في استعمال السلطة وعيب السبب، مجلة العلوم الإدارية، لسنة ١١، العدد ٣.

٣- سيدمحمدابراهيم سليمان، ١٩٦٣، الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، س٥ ، عدد ٢.

٤- عادل الطبطبائي، ١٩٩٨، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السادسة.

٥- عبدالفتاح عبدالحليم عبدالبر، ١٩٩٦، بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مجلة العلوم الإدارية، سنة ٣٩، ع ١.

٦- محمود سلامة جبر، ١٩٨٤، رقابة القضائية على تكيف الوقائع في قضاء الألغاء، مجلة ادارة قضايا الحكومة، س٢٨، عدد الرابع.

٧- ماهر صالح العلاوي الجبوري، ١٩٩٨، الغلط البين في تقدير الوقائع، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مجلد ٩، العدد ١١و٢.

٨- محمد إبراهيم سليمان ، ١٩٦٣، الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات التأديبية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة، العددالثاني.

٩- محمد ابراهيم سليمان، ١٩٧٠، مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية، مجلة الحقوق والبحوث القانونية والأقتصادية، كلية الحقوق جامعة الأسكندرية، ، س١٥، ع، ٣ .

١٠-محمدمرغي خيري، ١٩٧٤، ، المغالاة في التساهل و التفريط، مجلة العلوم الإدارية، السنة السادسة العشرة، العدد الأول، ابريل.

سابعا/ القوانين

١- قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة المعدل١٩٦٠.

٢- قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ سنة ١٩٧٢.

٣- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة المعدل ١٩٩١.

٤- قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة في العراق رقم(١٧) لسنة ٢٠١٣.

ثامنا/ الأحكام و القرارات القضائية

***الفرنسية**

١- حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية(ليبون) حزيران، 1978 ، مجلة القانون العام، العدد الثاني، 1979 ص20 .
٢- حكم مجلس الدولة الفرنسي، في قضية في ١٩٧٩/٧/٥ المجموعة ص٤٥٠.
٣- حكم من مجلس الدولة الفرنسي ، الطعن رقم ٥٤٦ لسنة ٣٢ في١٩٩٩/١١/٢٤، الموسوعة الإدارية الحديثة.الجزء ٣٥.

***المصرية**

١- حكم المحكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم ٣٣١ لسنة١ ق، جلسة ١٩٤٨/١//٢٧ مجموعة المبادئ التي قررها محكمة القضاء الإداري، السنة الثانية .
٢- حكم المحكمة القضاء الإداري المصري، جلسة ١٩٤٩/٦/١٦ ق ٦٥٧ /س٢ق، م س ١٠٢١
٣- حكم المحكمة القضاء الإداري المصري، جلسة ١٩٥٠/٥/١١ ق ٦٨٥/س٢ق، م س ٣، ص ٧٦١.
٤- حكم المحكمة القضاء الإداري المصري ، في طعن رقم ١١٦٠السنة ٧ق، في ١٩٥٤/١/٥.
٥- حكم المحكمة القضاء الإداري المصري ، جلسة ١٩٥٣/١٢/٢٣، رقم قضية ١٣٨٦/لسنة٥ق، مجموعة السنة ٨، ص٣١٩.
٦- حكم المحكمة القضاء الإداري، جلسة ١٩٥٤/١٢/١٤، دعوي رقم ١٤٠٨ق، لسنة ٧، مجموعة مبادىء السنة التاسعة، ص ١٤١.
٧- حكم المحكمة القضاء الإداري المصري، جلسة ١٩٥٦/٢/١٤، قضية ٨٩١لسنة٦ق، س١٠، ص٨٠٢.
٨- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، ١٩٦١/١١/١١ قضية رقم ٩٦٣لسنة ٧.
٩- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، في ١٩٦٢/١٢/٨، قضية رقم ٥٦٣لسنة٧، المجموعة السنة٧.
١٠-حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في ١٩٧٢/٣/١١ قضية رقم ٨١١لسنة ١٧، المجموعة السنة ١٩.
١١-حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٧٨/٢/١١ في الطعن رقم ٨٣٣ لسنة ٢٣ق.
١٢-حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بجسلة ١٩٨٤/٤/١٠ ، قضية رقم ٧٩١) ٢٤ ق، ع٢، رقم ١٥٥، مجموعة المبادي القانونية.
١٣-حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٩٣/١٢/٢٧ في الطعن رقم ٢٧٧لسنة ٣٣ق.

١٤-المحكمة القضاء الإداري المصري حكم في ١٩٩٥/٣/٢٨ الطعن رقم٤٤ لسنة الثانية ٣٨ق٣٩٢٩.

١٥-حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، الطعن رقم ٧٧٤٧ لسنة ٤٩ق، الصادر في ٢٠٠٦/٤/١٥ الوسيط ، ص ٢٨٠-٢٨١٩٩.

١٦-حكم المحكمة القضا ء الإداري المصري، الدائرة الأستئنافية ، رقم ٢٥ للسنة ٨ قضائية استئنافية، بتاريخ٢٠٠٨/٢/٢٥ م.

***العراقي**

١- قرار مجلس الإنضباط العام العراقي، رقم ١٣٦ /إنضباطية /تميزا/ ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٤/٧ قرارات وفتاوى مجلس ال الدولة، مطبعة وقف الحديث، ٢٠١٠ ص٣٧٠.

٢- قرار مجلس الإنضباط العام العراقي، رقم ١٢٠ انضباطية، تمييز، ٢٠١١ في ٢٠١١/٣/٢٤، قرارات وفتاوى مجلس ل الدولة لعام ٢٠١١، ص٢٥٧.

٣- حكم محكمة القضاء الإداري العراقي، رقم الدعوى ٤٨/ق/٢٠١٢، رقم القرار ٢٠١٢/٣٢٢في ٢٨ /٢٠١٢/١١ .

٤- قرارات الهيئة العامة لمجس ال الدولة العراقية، القرار رقم ٣٧٩، إنضباط/تميز/ ٢٠١١/ بتأريخ ٣١/١٠/ ٢٠١١، قرارات وفتاوى مجلس الشوري الدولة لعام ٢٠١١.

٥- قرار مجلس الانضباط العام العراقي ، رقم الدعوى ١٨٠/ج/٢٠١٢/ رقم القرار ٢٠١٢/٨/٣٠ بتاريخ ٢٠١٢/١٢/٣٠.

٦- قرار الهيئة العامة لمجلس ال الدولة العراقي، رقم ٣٥/٣٤/ إنضباط /تميز/٢٠١٢/ في ١٥/٣/.

Sources :

First: Dictionaries

1- Ibn Manzoor, Lisan Al-Arab, Al-Muheet, Dar Lisan Al-Arab, Beirut, Lebanon, Volume Two, without a printing year

2- Al-Munajjid Dictionary of Language and Information, 1969, Al-Mashreq, Beirut, 25th Edition. Al-Sunnah.

4- Al-Manhal Dictionary (French / Arabic), 1989, Dar Al-Alam for Millions, Beirut, 10th edition, year.

Secondly, books

1- Ibrahim Mohamed Abdelaziz Sheikha, Lebanese Administrative Judiciary, University House, without the year of publication.

2- Laqduqi Helmy, 1991, Judiciary Control over the Legitimacy of the Interior for Administrative Control Work, Egypt.

3- Georgy Shafiq Sari, 2000, Control of Proportionality within the Constitutional Scope, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.
4- Hamad Refaat Al-Wahhab, Principles and Provisions of Administrative Law, Alexandria University Press, edition, 2002.
5- Khalifa Salem El-Jahmi, 2009, Judicial control over the proportionality between punishment and crime in the field of discipline, New University House, Alexandria.
6- Khalifa Salem Al-Juhani, 2009, Judicial Control of Proportionality, New University House, Alexandria.
7- Suleiman Muhammad Al-Tamawy, 1991, The General Theory of Administrative Decisions, Comparative Study, Ain Al-Shams University Press, Sixth Edition.
8- Sami Gamal El-Din, 2010, Judgment of convenience and the discretionary power of administration, New University House, Alexandria.
9- Sayyid Muhammad Ibrahim Suleiman, 1963, Administrative Judiciary Oversight of the Facts in the Cancellation Case, 1st edition, Jordan.
10- Abdulaziz Abdel Moneim Khalifa, 2007, Administrative Decision in Jurisprudence and Judiciary, State Council, University Thought House, without a place of printing.
11- Abdul-Ghani Bassiouni Abdullah, 1997, Administrative Judiciary, the Judiciary of Cancellation, Alexandria Knowledge Facility.
12- Essam Abdel-Wahhab Al-Barzanji, 1971, The Discretionary Authority of Administration and Judicial Oversight, Ph.D. Thesis, Ain Al-Shams University, Dar Al-Nahda Al-Arabiya.
13- Abdul Qadir Al-Sheikhly, 1983, The Legal System for Disciplinary Punishment, Dar Al-Fikr for Publishing and Distribution, Amman.
14- Fouad Al-Attar, Administrative Judiciary (Complete Annulment Judiciary, Disciplinary Judiciary), 1980, Arab Renaissance House, Cairo.
15- Mohamed Hassanein Abdel-Al, 1991, Judicial Oversight of Administrative Control Decisions. Arab Renaissance House, second edition, Cairo.
16- Muhammad Refaat Abdel-Wahhab, 2001, Hussein Othman Muhammad Othman, Principles of Administrative Law. University Press House, Alexandria.
17- Mona Ramadan Muhammad Batikh, 2003, The administration's responsibility for aspects of invalidity of cause and purpose in the administrative decision, a comparative study, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, first edition.

18- Mohamed Sayed Ahmed Mohamed, 2008, The proportionality between disciplinary crime and disciplinary punishment, Faculty of Law, Assiut University, Modern University Office.
19- Maya Muhammad Nizar Abu Dan, 2011., Judicial control over proportionality in the administrative decision (comparative study, Modern Book Foundation), 1st edition, Lebanon.
20- Mazen Radi Lilo, 201, Encyclopedia of Administrative Judiciary, The Principle of Legality of Compensation Judgment with Latest Decisions and Fatwas, Volume Two, Modern Book Foundation, Lebanon.
21- Muhammad Refaat Abdel-Wahhab, 2007, Principles and Provisions of Administrative Law, Alexandria University Press, 2nd edition.
22- Mahmoud Salama Jabr, The Control of Clear Error in Judicial Revocation, 2nd Edition, Wahba Sons Press, Cairo,
23- Mohamed Fouad, 1987, Principles and Provisions of Administrative Law in Light of Modern Trends, A Comparative Study, Dar Al-Maaref, Cairo.
24- Mahmoud Atef Al-Banna, 1980, The Limits of the Authority of Administrative Control, without the publisher's side, the place of printing, and the edition.

Third / messages

1- Belaid Dalila, 2016, Judicial Oversight between Legality and Appropriateness, Master Thesis, Faculty of Law, Mohamed Kheidar Mosque, Biskra.
2- Tawana Gamal Abdel Wahed, 2014, The Concept of Exaggeration in Disciplinary Penalties, Master Thesis, Alexandria University, Faculty of Law.
3- Hanan Muhammed Mutlaq Al-Qaisi, 1994, Judicial Control over the Appropriateness between the Violation and the Punishment in Disciplinary Decisions, a master's thesis submitted to the College of Law, University of Baghdad.
4- Rafik Boumediene, 2015, Judicial Means of Controlling Proportionality in Administrative Decisions, Master Thesis, Mohamed Boudiaf University - M'sila.
5- Ali Hussein Ahmed Ghilan Al-Fahdawi, 200, Modern Trends in Judicial Control of the Discretionary Authority of Administration, A Comparative Study, Master Thesis submitted to the Council of the College of Law, University of Baghdad.

Fourth / treatises

1- Hassan Abdullah Younes Al-Taie, 2015, Judicial Developments in Monitoring Proportionality in Disciplinary Decisions, Ph.D. Thesis, College of Law, University of Mosul, .
2- Essam Abdel-Wahhab Al-Barzanji, 1971, The Discretionary Power of Judicial Administration and Oversight, PhD thesis, Cairo University.
3- Ali Younis Ismail, 2017, Control of Legality and Control of Appropriateness, a comparative study, PhD thesis, University of Duhok, Faculty of Law.
4- Muhammad Farid Sayed Suleiman Al-Zuhairi, 1989, Judicial Control of Proportionality in the Administrative Decision, PhD thesis, Mansoura University.
5- Mohamed Ibrahim, 1963, The Administrative Judge's Control of the Facts in the Cancellation Case, a Ph.D. dissertation submitted at the University of Alexandria, Faculty of Law.
6- Nektel Ibrahim Abdul Rahman, 2014, Proportionality in Administrative Decision, PhD thesis, University of Mosul, College of Law.

Fifth / magazines and periodicals

1- Khaled Al-Zoghbi, 1998, The Corner of the Reason in the Administrative Decision - Article, Yarmouk Research Journal, Year 12, Issue 1 of 1998.
2- Suad Al-Sharqawi, 1969, Deviation in the use of power and the defect of reason, Journal of Administrative Sciences, for the year 11, Issue 3.
3- Seyyed Muhammad Ibrahim Suleiman, 1963, Judicial Control over the Appropriateness of Administrative Decisions, Journal of Administrative Sciences, S5, No. 2.
4- Adel Al-Tabtabaei, 1998, Judicial Control of the Principle of Proportionality between Disciplinary Punishment and Functional Violation, Law Journal, Kuwait University, Third Issue, Sixth Year.
5- Abdel-Fattah Abdel-Halim Abdel-Barr, 1996, Some Aspects of the An appeal against the administrative decision in the State Council’s judiciary, Journal of Administrative Sciences, year 39, p. 1.
6- Mahmoud Salama Jabr, 1984, Judicial Control over Adaptation of Facts in the Court of Revocation, Journal of Government Cases Management, S28, Number Four.
7- Maher Salih Al-Alawi Al-Jubouri, 1998, The obvious error in estimating the facts, Journal of Legal Sciences, College of Law, University of Baghdad, Volume 9, Issues 1 and 2.
8- Muhammad Ibrahim Suleiman, 1963, Judicial Control over the Appropriateness of Disciplinary Decisions, Journal of Administrative Sciences, fifth year, second issue.

9- Muhammad Ibrahim Suleiman, 1970, The Principle of Separation between Administrative and Judicial Bodies, Journal of Law and Legal and Economic Research, Faculty of Law, Alexandria University, vol. 15, p. 3.
10- Muhammad Marghi Khairy, 1974, Exaggeration in Indulgence and Negligence, Journal of Administrative Sciences, the sixteenth year, the first issue, April.

Seventh / Laws
1- Civil Service Law No. (24) of the amended year 1960.
2- Egyptian State Council Law No. 47 of 1972.
3- Law of Discipline of State and Public Sector Employees No. (14) of the year 1991 as amended.
4- Law of the Fifth Amendment to the Law of the State Council in Iraq No. (17) of 2013.

Eighth: Judgments and judicial decisions

***French**
1- The ruling of the French Council of State in the case of (Lebon) June, 1978, Public Law Journal, No. 2, 1979, p. 20.
2- The ruling of the French Council of State, in a case on 5/7/1979, Group p. 450.
3- Judgment from the French Council of State, Appeal No. 546 of 32 on 11/24/1999, Modern Administrative Encyclopedia, Part 35.

*** Egyptian**
1- Judgment of the Egyptian Administrative Judicial Court in Appeal No. 331 of the year 1 BC, session 1/27/1948, set of principles decided by the Administrative Judicial Court, second year.
2- Judgment of the Egyptian Administrative Court, session 6/16/1949 s 657 / s 2 s, MS 1021
3- Judgment of the Egyptian Administrative Judiciary Court, Session 11/5/1950 s 685/S 2 s, PM 3, p. 761.
4- The ruling of the Egyptian Administrative Court, in Appeal No. 1160 of the year 7 BC, on 5/1/1954.
5- Judgment of the Egyptian Administrative Judiciary Court, session 12/23/1953, Case No. 1386 / for the year 5 BC, Al-Sunna Group 8, p. 319.
6- Judgment of the Administrative Court, Session 12/14/1954, Case No. 1408 BC, for the year 7, Group of Principles of the Ninth Year, p. 141.
7- Judgment of the Egyptian Administrative Court, session 2/14/1956, Case No. 891 of the year 6 BC, Q10, p.802.

8- Judgment of the Egyptian Supreme Administrative Court, 11/11/1961, Case No. 963 of 7.
9- Judgment of the Egyptian Supreme Administrative Court, 8/12/1962, Case No. 563 of Year 7, Group 7.
10- Judgment of the Egyptian Supreme Administrative Court, on March 11, 1972, Case No. 811 of the year 17, Group Year 19.
11- Judgment of the Egyptian Supreme Administrative Court issued on 11/2/1978 in Appeal No. 833 of the year 23 BC.
12- Judgment of the Egyptian Supreme Administrative Court, Session 10/4/1984, Case No. 791) 24 s, p. 2, No. 155, Group of Legal Principles.
13 - Judgment of the Egyptian Supreme Administrative Court issued on 27/12/1993 in Appeal No. 277 of the year 33 BC.
14- The Egyptian Administrative Judicial Court ruling on 3/28/1995, Appeal No. 44 of the second year 38 Q3929.
15- Judgment of the Egyptian Supreme Administrative Court, Appeal No. 7747 of 49 BC, issued on 4/15/2006 Al Waseet, pp. 280-28199.
16- Judgment of the Egyptian Administrative Court, Appeal Chamber, No. 25 of the 8th Judicial Court of Appeal, dated 25/2/2008 AD.

*** Iraqi**

1- Resolution of the Iraqi General Discipline Council, No. 136 / discipline / distinction / 2010 on 4/7/2010 decisions and fatwas of the State Council, Waqf Al-Hadith Press, 2010, p. 370.
2- Decision of the Iraqi General Discipline Council, No. 120 Discipline, Discrimination, 2011 on 3/24/2011, Resolutions and Fatwas of the State Council for the year 2011, p. 257.
3- Judgment of the Iraqi Administrative Court, Case No. 48/S/2012, Decision No. 322/2012 on 11/28/2012.
4- Decisions of the General Assembly of the Iraqi State Council, Resolution No. 379, Discipline / Distinction / 2011 / dated 10/31/2011, decisions and fatwas of the State Consultative Council for the year 2011.
5- Decision of the Iraqi General Disciplinary Council, Case No. 180/C/2012/ Decision No. 30/8/2012 dated 12/30/2012.
6- Decision of the General Assembly of the Iraqi State Council, No. 34/35/ Discipline / Distinction / 2012 / on 3/15/.