

مدى قدرة القاضي الاداري على ضبط اعمال السلطة التقديرية

الباحث: مصطفى حميد عبدالله الشافعي

الجامعة الإسلامية في لبنان

Mostefa.alshafiemu@gmail.com

أ.د خالد الخير

أستاذ دكتور في الجامعة الإسلامية في لبنان

Dr.khaled_el_kheir@hotmail.co

مستخلص:

إن السلطة التقديرية هي أحد الامتيازات القانونية للإدارة، وهو حق يمنح الإدارة ممارسة نشاطها العادي، في الظروف الطبيعية، واتخاذ القرارات الملاءمة في حالة وجودها أمام ظروف معينة، ولم يلزمها القانون من اتخاذ قرار معين بصدد هذه الحالات الخاصة الخارجة عن ظروف عملها الطبيعية. والسلطة التقديرية لا يمكن أن تظهر في نظام لا يأخذ بنظام الدولة القانونية ومبدأ سيادة القانون؛ لأن الأصل في الدولة القانونية أن تكون الإدارة مقيدة بالقانون، إلا أنها تتمتع بقدر من الحرية في التصرف واتخاذ قراراتها ولا يعد ذلك مخالفاً للقانون؛ حيث خول المشرع جهة الإدارة ملاءمة إصدار القرار الإداري، في ظل مراقبة القضاء لشرعية هذا القرار لا لملاءمة إصداره؛ وذلك لحماية الأفراد من تعسف جهة الإدارة. ولا تخضع الإدارة في ممارسة السلطة التقديرية لمراقبة القضاء، إلا إذا كان في ممارستها تعسف في استعمال السلطة أو لتحقيق غرض غير مشروع أو لم يجعله المشرع من اختصاصها، والمراقبة القضائية على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية تقتضي الموازنة بين عدم التضييق على الإدارة وبين حماية الحرية الفردية.

الكلمات المفتاحية: القرار الإداري – القاضي – الغاء – ابطال.

The extent of an administrative judge's ability to regulate discretionary powers.

Researcher: Mostafa Hameed Abdullah Al-Shafeay

Islamic university of Lebanon

Prof. Dr. Khaled El Heir

Professor at the Islamic University of Lebanon

Abstract:

Discretionary authority is a legal privilege granted to administrative bodies, allowing them to exercise their regular activities and make appropriate decisions under specific circumstances, without being legally obligated to decide in certain situations that fall outside their normal scope of work. However, discretionary authority cannot exist in a legal system that does not adhere to the rule of law and the principle of legal sovereignty. In a rule of law state, administration is bound by law, although it retains a degree of freedom in its actions and decision-making, which is not considered unlawful. The legislature grants administrative bodies the discretion to issue administrative decisions, while the judiciary oversees the legality rather than the appropriateness of these decisions, aiming to protect individuals from administrative abuse.

Keywords: Administrative decision – Judge – Annulment – Nullification.



المقدمة

الأصل أن تتفقد رقابة القضاء الإداري على قرارات السلطة الإدارية، عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي دفعت الإدارة إلى اتخاذ هذا القرار وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وعدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونية دون أن يتعدى ذلك إلى البحث في أهمية وخطورة السبب وتقدير التناسب بينه وبين الأجراء المتخذ على أساسه، أي محل هذا القرار الإداري ومضمونه، لأن القاضي الإداري بهذا التصدي يكون قد خرج على مقتضى وظيفته وتدخل في صميم العمل الإداري، وبذلك يحل مكان الإدارة. ومن الأصول التي تقرها المبادئ الإدارية العامة أيضاً أن السلطة التقديرية لا تخضع لرقابة القضاء؛ ويعبر الفقهاء عن هذا المبدأ بقولهم إن سلطة القضاء تقتصر على رقابة مشروعية القرار الصادر عن الإدارة، ولا يجوز امتدادها إلى رقابة ملاءمة القرار الإداري الفنية، لكونها من صميم العمل الإداري، وبذلك يصبح القاضي الرئيس الأعلى على عمل الإدارة، فالقاضي هو قاضي مشروعية وليس قاضي ملاءمة، أي أن القاضي الإداري يلتزم بمراقبة مدى قانونية أعمال الإدارة دون أن يكون له حق التصدي لبحث عنصر الملائمة في العمل الإداري - في الأصل - ، وتقتصر مراقبته على الأعمال الإدارية لبيان مدى اتفاقها مع مبدأ الشرعية، وعليه فإن هذه الرقابة تتوقف عند هذا الحد ولا تمتد إلى فحص ملائمة هذه الأعمال وإن كان لها حق التأكد من سلامة الغرض منها، وبالتالي فإن هذا المبدأ العام هو الذي يحكم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، فهي رقابة شرعية وليست رقابة ملائمة.

كما وتتصل الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بالمشروعية الداخلية للقرار الإداري، وهي تقوم على اعتبارات موضوعية؛ وقد اعتبر الفقه أن مبدأ التناسب هو من المبادئ العامة للقانون الإداري، والتي يجب على القاضي الإداري احترامها والسهر على كفالة تطبيقها، بقصد وضع ضوابط وقيود على السلطة التقديرية للإدارة.

وبما أن الإدارة هي من يمتلك حق تقدير الملابس والظروف المحيطة بالقرار، كما أهمية النتائج المترتبة على الوقائع الثابت قيامها، فعليها إذا أن تستهدف من عملها تحقيق المصلحة والمنفعة العامة، وألا تتعسف في قراراتها بحجة استهدافها تحقيق الصالح والمنفعة العامة، ولذلك لا بد من الرقابة على أعمال الإدارة وقراراتها والتي تهدف عبرها إلى تحقيق المنفعة العامة، لا سيما وأن فكرة المنفعة العامة مرنة وتتسم بعدم التحديد أو بعدم الوضوح، وهو ما دفع بالإدارة إلى استخدامها لا لمصلحة السلطات العامة فحسب، بل وأيضاً لمصالح خاصة، متى كانت هذه الأخيرة تؤدي إلى تحقيق منفعة عامة.

أولاً: أهمية البحث:

تظهر أهمية الموضوع من هذه الناحية في كون الأعمال الصادرة عن الإدارة في ظل سلطتها التقديرية تعتبر ميدان ضيق ومحدود لممارسة الرقابة القضائية عليها، ومن ثم تحد وتضيق من مبدأ المشروعية، وبذلك تتحصن تصرفات الإدارة من الرقابة القضائية، مما يؤدي بها إلى المساس الأكيد بحقوقهم وحررياتهم من خلال تعسفها في استعمال سلطتها بحجة تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي توسع من دائرة الاستثناءات الواردة على المبدأ، ومن هنا جاء اهتمامنا بهذا الموضوع للبحث في مضمون السلطة التقديرية للإدارة وحدود الرقابة القضائية عليها، ومدى رقابة القاضي الإداري لعنصر الملاءمة في القرار الإداري.

ثانياً: إشكالية البحث:

إن اتساع نشاط الإدارة قابلة تطور في مدى الرقابة القضائية، إذ لم تعد رقابة القاضي الإداري رقابة على مشروعية أعمال الإدارة فقط، وإنما تجاوزت إلى حد ذلك التدخل في إطار سلطة الإدارة في مجال الملاءمة؛ كل ذلك، بفضل الدور الإنشائي للقاضي في ابتداع الحلول التي تمكنه من مواكبة هذه التطورات، ومباشرة مهمته في الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة بفاعلية واقتدار.

لذا، فإن الإشكال يطرح في ضوء كل هذه التطورات، على أساس نوع الرقابة وحجمها، التي يمكن ممارستها على الإدارة في ممارستها لسلطتها التقديرية، وما هي المجالات التي مورست فيها هذه الرقابة لتمكين الفرد من ضمان حقوقه وإعطائه الوسائل الكفيلة بحفظ حقوقه وحرياته تجاه الإدارة من جهة، ومن جهة أخرى، حماية المصلحة العامة التي تبتغيها الإدارة من قراراتها؟ وما هو حجم تأثير هذه الرقابة في نطاق السلطة التقديرية للإدارة؟ وهل انعدمت السلطة التقديرية للإدارة في ظل هذه الرقابة أم اتسعت؟ أم ما زالت على حالها؟ وأخيراً، ماذا أعطت الرقابة القضائية للإدارة؟ وما الذي أخذته منها؟

ثالثاً: منهجية البحث:

بما أن موضوع الدراسة هو الذي يحدد طبيعة المنهج المتبع؛ فإن طبيعة هذا الموضوع تقتضي إتباع المناهج الآتية:

المنهج الوصفي: نظراً لأن الموضوع له جانب فقهي خاصة فيما يتعلق بالفصل الأول منه، مما يفرض سرد بعض المعلومات والمعطيات.

المنهج التحليلي: باعتباره المنهج المناسب لمعالجة مختلف العناصر الأساسية للبحث، المعتمدة على تحليل النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالموضوع ومحاولة إسقاطها على الواقع العملي، قصد استنباط الحلول الكفيلة بضمان ممارسة رقابة فعالة على السلطة التقديرية للإدارة تجسيدا لمبدأ الشرعية الدستورية. مع الإشارة إلى القرارات القضائية المدعمة لهذه الدراسة للوصول إلى النتائج المرجوة من البحث.

المطلب الأول

ماهية نظرية الخطأ البين

تعد نظرية الغلط البين في التقدير من أحدث النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي ضمن مسعاها الهادئ المتدرج في تضييق نطاق السلطة التقديرية للإدارة، وبسط رقابته على أعمالها وتقديرها. ولعله من المفيد ابتداءً، التذكير بأنه من المحتمل أن يلتبس الأمر في مجال التمييز بين (الخطأ الظاهر) (والغلط البين)، إذ إن كثيراً من الفقهاء جمعوا بين النظريتين، فمنهم من تناول مصطلح الخطأ الظاهر للدلالة على الغلط البين والعكس صحيح.

ويذهب البعض بتحديد معنى الغلط البين "فإن الهدف الأساس منها هو حرص القضاء الإداري على تحقيق أعلى درجة من الفاعلية في رقابته على أعمال الإدارة، وضمان التوازن الدقيق بين اعتبارات حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد، واعتبارات فاعلية الإدارة في الظروف المتغيرة، فوجد مجلس الدولة الفرنسي أنه من المحتم عليه، أن يخضع تقدير الإدارة لرقابته حتى لا تتحول إلى سلطة تعسفية، من هنا، أنت نظرية الخطأ الظاهر في التقدير"¹.

ولبيان أهمية ما تقدم، تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: مفهوم نظرية الخطأ البين في التقدير.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على نظرية الخطأ البين.

الفرع الأول

الرقابة القضائية في نظرية الخطأ البين

إن صياغة أحكام مجلس الدولة الفرنسي تميل إلى الإيجاز كما أنها تخلو من التنظير الفقهي، هذا الأسلوب يعتمد له المجلس بهدف عدم تقييد نفسه من جهة، ومن جهة أخرى حتى يترك المجال أمام تطوير قضائه كلما سمحت له الفرصة بذلك.

وهكذا فإن المجلس لا يطور اتجاهاته القضائية مرة واحدة، وإنما يقوم بذلك تدريجياً وبهدوء حذر في ثبات وثقة، حتى لا يثير شكوك الإدارة ويزرع مشاعر العداء لديها؛ وعلى هذا الأساس وعند ابتكار مجلس الدولة لنظرية الخطأ الساطع في التقدير فإنه لم يتوسع فيها لتشمل كافة مجالات النشاط الإداري، وذلك تطبيقاً لسياسته التحفظية، والتي طبقتها في مجال تأديب الموظفين سنة 1978 في قضية Lebon، حيث قام المجلس لأول مرة بإعمال رقابته على التناسب ما بين العقوبة التأديبية والخطأ الوظيفي، بعد أن كان يرفض قبل هذا التاريخ ممارسة أي رقابة له بهذا الخصوص².

كما أن مجلس الدولة قد طبق هذه النظرية في مجال الحريات العامة حيث فرض على الإدارة ألا تقيّد الحرية الفردية، إلا بالقدر الذي يتلاءم مع سبب تدخلها في هذا المجال، وذلك حفاظاً على الحريات العامة من حيث أهميتها.

أولاً: الرقابة القضائية على الخطأ الساطع في التقدير في مجال الوظيفة العامة:

بداية طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية على كافة المنازعات التي تثور في هذا المجال باستثناء المنازعات التأديبية، ولم تظهر هذه الوسيلة دفعة واحدة، وإنما على مراحل وحيث استخدمت بشكل غير مباشر، قيل أن يتم الإعلان عنها بشكل صريح.



فقد عمل مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الخطأ الساطع في التقدير لتقدير أحكامه بصورة ضمنية، دون أن يطلق على الخطأ الذي يصيب القرار مصطلحاً معيناً، وبناء عليه كان من الصعب القول باعتناق مجلس الدولة الفرنسي لها كقيد يحد من السلطة التقديرية للإدارة.

ومع بدء عام 1961، أصدر مجلس الدولة، في مجال تعاريف الوظائف، حكم Lagrange³ حيث أشار إلى مضمون النظرية بشكل صريح، متجاوزاً مجرد التلميح لها، معتبراً على الرغم من إقرار هذا القضاء، أن الإدارة تملك بمقتضى أحكام القانون الصادر في 3 أيلول 1947، إعادة تنظيم الجهاز الإداري وذلك بأن تلغي ما ترى إلغاءه من وظائف، أو بتقدير أي الوظائف الشاغرة هي التي تعادل تلك الملغاة، باعتبار أنها الأقدر على إجراء ذلك بما لها من خبرة ودراية في هذا الشأن؛ ورغم ذلك فإن المجلس قد انتهى، في هذا الحكم، إلى القول بأن الإدارة، وإن كانت حرة في تقدير قيام التعادل ما بين الوظائف أو عدم قيامه، فهذا التقدير يجب ألا يكون مبنياً على عدم تعادل بين أو واضح.

ويرى الدكتور رمضان بطيخ⁴ أن هذا الحكم يدل فقط على وجود مضمون نظرية الخطأ الساطع في القضاء الإداري الفرنسي، بشكل لا يقبل الجدل فيه، ذلك لأن هذا الحكم في رأيه لم يشر إلى مصطلح الخطأ الساطع، كما لم تشر التعليقات الصادرة على أساسه إلى هذا المصطلح، لكن ذلك لا يقلل في الواقع من أهمية الحكم السابق، في إخراج تلك النظرية إلى حيز الوجود، كأسلوب جديد للحد من سلطة الإدارة التقديرية، إذ ليست العبرة بالشكل وإنما بالجوهر.

أما عن تطبيق هذه النظرية في مجال الوظيفة العامة من قبل مجلس شوري الدولة اللبناني، فمنذ عام 1979 اعتبر أنه يعود له مراقبة ملاءمة العقوبة التأديبية ومدى تناسبها مع المخالفة المسلكية المنسوبة إلى الموظف في حالة الخطأ الساطع؛ ذلك أنه بمقتضى المادة 104 من المرسوم الاشتراعي 59/119 والمادة 113 من النظام الحالي لمجلس شوري الدولة، لا يحق لهذا الأخير في القضايا التأديبية، أن ينظر في ملاءمة العقوبة التأديبية، لأن تقدير أهمية العقوبة، بالنسبة إلى الأعمال المخالفة هو من صلاحية الإدارة.

وتكون ممارسة الحق الاستثنائي المعطى للسلطة التأديبية، إدارية كانت أم قضائية، غير أن ذلك لا يمنع المجلس من مراقبة ملاءمة العقوبة، في حالة الخطأ الساطع؛ كما أن مراقبة مجلس شوري الدولة تقدير ملاءمة العقوبة في حالة الخطأ الساطع من دون أن يحل محل السلطة التأديبية لفرض العقوبة، وإبطال العقوبة المشكو منها، ممكنة فقط في حال وجود تباين أو عدم تناسب بين عقوبة شديدة من الدرجة الثانية وبين غلطة طفيفة ارتكبتها الموظف، وذلك دون أن تؤدي مراقبة القاضي إلى فرض تناسب دقيق ما بين العقوبة المنزلة والغلطة المرتكبة؛ وقد اعتبر المجلس أن القاضي الإداري، في حالة السلطة الاستثنائية، يكتفي فقط بالتأكد من مادية الوقائع التي استندت إليها السلطة الإدارية لاتخاذها القرار، أي بالتثبت من وجود هذه الوقائع فعلاً، دون أن تمتد رقابته إلى تقدير النتائج القانونية المترتبة على وجود هذه الوقائع واستخلاصها، باعتبار أن مثل هذا الأمر يعود للإدارة نفسها ولا يتدخل مجلس شوري الدولة ما لم يكن تقدير الإدارة مشوباً بالمغالاة وعدم التناسب والانسجام مع هذه الوقائع⁵.

لذلك قرر مجلس الشوري أن القرار رقم 214 تاريخ 2000/2/22، المطعون فيه بتأخير تدرج المستدعية ستة أشهر، لأنها لم تبلغ هيئة التفتيش المركزي بمخالفات الوزير، في الوقت الذي لا يلزمها نص المادة 24 بند 2 بذلك، بل يترك لها استنساب مراسلة هيئة التفتيش المركزي بشأن المخالفات التي تكون قد اعترضت عليها، يكون - القرار رقم 214 - مشوباً بخطأ ساطع، إذ ثمة تباين أو عدم تناسب بين الخطأ المرتكب وبين العقوبة التي فرضت عليها وهي أقصى ما يمكن أن ينزل بحق موظف⁶.

كما باشر مجلس شوري الدولة اللبناني رقابة الخطأ الساطع على تقارير الإدارة المتعلقة بإعادة الموظفين إلى الخدمة، فقد قضى مثلاً أنه مع مراعاة أحكام المادتين 51 و 53 من المرسوم الاشتراعي، رقم 83/102، يمكن للضابط الذي استقال من الجيش أو سرح منه لأسباب غير ناشئة عن عدم انضباط، أن يطلب إعادته إلى الخدمة خلال خمس سنوات من تاريخ قبول استقالته أو تسريحه، شرط أن يكون دون السن المحددة لتقاعدته بأربع سنوات على الأقل، وفي هذه الحالة حق له طلب ضم خدماته السابقة.

ولقد سائر هذا الاتجاه مجلس شوري الدولة في العراق، وحيث باشر رقابته على "الخطأ الساطع في التقدير" في مجال تأديب الموظفين، فقد جاء في أحد أحكامه أن "الخطأ الإداري ينقل المدعي إلى شركة مصافي الشمال يدخل ضمن باب التعسف في استعمال الحق لغرض مصلحة العمل، وحيث أن المدعي عليه، ...



لم يشر في الأمر محل الطعن على ما يدل على تقاعس أو إهمال المدعى عليه في عمله، مما يجعل النقل تعسفياً، وحيث أن قرار مجلس الانضباط العام قضى بإلغاء الأمر الإداري المطعون فيه للحثيات الواردة فيه، قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية⁷، وفي حكم آخر له جاء أيضاً "... وحيث أن المدعى عليه لم يمانع من اشتراك المدعية بالدراسات العليا وأيد أن لديها خدمة أكثر من عشر سنوات لذلك فإن رفض منحها الإجازة الدراسية بعد ذلك يعتبر تعسفاً⁸.

ثانياً: الرقابة القضائية على الخطأ الساطع في التقدير في مجال الحريات العامة:

تم تطبيق الرقابة القضائية على نظرية "الخطأ الساطع في التقدير" على كثير من المنازعات، كالقضايا المتعلقة بالأراضي الزراعية؛ فبمناسبة دعوى تدور وقائعها حول مبادلة أراضي زراعية بأخرى، من أجل تجميع الأراضي الزراعية وتوزيعها في منطقة معينة، استولت الإدارة على قطعة أرض مملوكة Gesbert، وذلك في مقابل إعطائه قطعة أخرى، رأى أنها تقل جودة وكفاءة إنتاجية عن أرضه، مدلاً على ذلك بما كان من فارق النفاط ما بين القطعة المملوكة له والتي تساوي 45708 نفاط، والقطعة الثانية، محل المبادلة والتي تساوي 42108، فيكون الفارق بينهما 3600 نقطة، مع أن الفارق المسموح به قانوناً يجب ألا يتجاوز 879 نقطة تقريباً، ولهذا فإنه طعن في قرار الاستيلاء أمام المحكمة الإدارية المختصة، والتي قضت بإلغاء هذا القرار لوجود فجوة مهمة من حيث عدم التعادل، لا يمكن اعتبارها مقبولة.

كذلك أعمل مجلس شورى الدولة اللبناني رقابة الخطأ الساطع، في مجال الحريات العامة، إذ إنه لا يتدخل إلا "للتثبت من صحة الوقائع المادية وعندما يكون تقدر الإدارة مشوباً بخطأ بارز أو فادح فقط"، هذا ما قرره في قضية طنوس بطرس الخوري⁹؛ "وتتلخص وقائع هذا القرار بأن المستدعي طنوس بطرس الخوري تقدم لمجلس الشورى بتاريخ 1975/1/4، بمراجعة ترمي إلى إبطال القرار رقم 282/أ د بتاريخ 1974/8/20 الصادر عن وزير الداخلية، والقاضي بإنشاء بلدية في قرية مشمش - قضاء جبيل، وتضمين المستدعي ضدها الدولة اللبنانية الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاكمة.

يدلي المستدعي، سناً لمطالبه بأن القرار المطلوب إبطاله لا يستند إلى سند قانوني، كون الخلافات التي يشير إليها في الحثيات لا تشكل سبباً للعودة في قرار إنشاء بلدية في قرية مشمش، وكون الإيرادات الممكن تحصيلها لا يقل مقدارها عن أربعة آلاف ليرة لبنانية سنوياً؛ ولكن المستدعي ضدها، الدولة اللبنانية، أجابت بتاريخ 1975/5/12، طالبة رد المراجعة شكلاً وأساساً، وتضمنين المستدعي المصاريف والرسوم، كون المستدعي نفسه يقر بحصول خلافات في القرية بسبب إنشاء البلدية، راضخين لقرار إلغائها المطعون فيه، وكون الأمن العام قد استنبت كل هذه الأمور، وكون سلطة وزير الداخلية استثنائية في الموضوع المطروح...، وفي حالة السلطة الاستثنائية يقول مجلس شورى الدولة، يكفي القاضي الإداري بالتأكد من مادية الوقائع التي استندت إليه السلطة الإدارية لاتخاذها، أي بالتثبت من وجود هذه الوقائع فعلاً، دون أن تمتد رقابته إلى تقدير النتائج القانونية المترتبة على وجود الوقائع واستخلاصها، باعتبار أن مثل هذه الأمور يعود للإدارة نفسها، ولا يتدخل فيه مجلس الشورى، ما لم يكن تقدير الإدارة مشوباً بخطأ فادح، أو مشوباً بالمغالاة وعدم التناسب والانسجام مع هذه الوقائع، لذا فقد رد مجلس الشورى المراجعة. كما طبق مجلس شورى الدولة اللبناني الخطأ الساطع في مجال الرقابة على المطبوعات¹⁰.

ولقد ساير مجلس شورى الدولة في العراق هذا الاتجاه، إذ باشر رقابته على الخطأ الساطع في التقدير، وجاء في أحد أحكامه "... أن الأمر الإداري بنقل المدعي إلى شركة مصافي الشمال يدخل ضمن باب التعسف في استعمال الحق لغرض مصلحة العمل وحيث أن المدعي عليه، إضافته لم يشر في الأمر محل الطعن على ما يدل على تقاعس أو إهمال المدعي عليه في عمله، مما يجعل النقل تعسفياً وحيث أن قرار مجلس الانضباط العام قضى بإلغاء الأمر الإداري المطعون فيه للحثيات الواردة فيه، قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية¹¹.

من خلال هذه الأحكام وغيرها نرى كيف عمل القضاء الإداري على فرض رقابته، من خلال نظرية الخطأ الساطع على مسلك الإدارة بتقديرها لظروف إصدار القرارات الإدارية، ومناسبتها، حينما تتدخل لتقييد الحريات العامة، فإذا ما قامت مثلاً بفض اجتماع عام بحجة أن انعقاده يؤدي إلى وقوع اضطرابات جسيمة، في هذه الحالة يمكن للقاضي الإداري أن يقوم بفحص ما إذا كان فض هذا الاجتماع يتناسب حقيقة مع الظروف المادية التي دفعت الإدارة إلى ذلك، أي إذا ما كانت الاضطرابات التي أذعتها تتناسب في جسامتها



وخطورتها، مع قرارها القاضي بفض هذا الاجتماع العام. فإذا ما اتضح للقاضي عدم مناسبة القرار الإداري مع الأسباب التي استندت إليها في إصداره، قضى بإبطاله لعدم مشروعيته.

الفرع الثاني

مدى تطبيق القضاء الإداري في العراق لنظرية الخطأ البين

في العراق فإن مجلس الانضباط العام أقدم تشكيلات القضاء الإداري في العراق، قد مارس رقابته على القرارات الإدارية المتعلقة بشؤون الوظيفة العامة منذ إنشائه لأول مرة بموجب قانون الانضباط الأول رقم (41) لسنة 1929¹²، وهو بذلك يكون قد سبق بوجوده وتأسيسه ظهور هذه النظرية باسمها الفرنسي "الغلط البين"¹³، كما توصلنا إلى أن القضاء الإداري العراقي قد مارس الرقابة التناسبية الشاملة على القرارات الإدارية التي تحاسب على عدم التناسب مهما كان دقيقاً، وخصوصاً في مجال العقوبات الوظيفية الذي يعد المجال الخصب لهذا القضاء، ما يدفعنا إلى تأكيد أن هذا القضاء قد طبق رقابته على الغلط البين في قرارات الضبط الإداري، أو الوظيفة العامة باعتبار أن رقابة الغلط البين إحدى المستويات الثلاث لرقابة التناسب التي مارسها هذا القضاء. وبالتالي، فإن الباحث لا يتفق مع جانب من الفقه العراقي الذي يرى أن القضاء الإداري العراقي لم يعرف نظرية الغلط البين كما عرفها النظام القضائي الفرنسي¹⁴.

ولعل ابتعاد القضاء العراقي عن تطبيق نظرية الغلط البين – من وجهة نظر هذا الفقه – قد أثر في تناوله بالبحث عن الأساس القانوني لهذه النظرية وتكييفها أو حتى تعريفها، إذ لم نجد سوى إشارات عابرة هنا أو هناك، حول رقابة التناسب التي طبقها حول تطبيق مجلس الانضباط العام لرقابة التناسب.

وعود على ذي بدء، فمن القرارات التي يرى الباحث أن القضاء العراقي قد طبق فيها الغلط البين نلاحظ مثلاً في مجال الضبط الإداري أنه قرر تعديل العقوبة تخفيفاً والتي وجهتها الشركة العامة للاستيراد والتصدير إلى المدعي المتمثلة بمنعه من ممارسة النشاط التجاري (استيراد أو تصدير) بشكل نهائي، وإيقاف إجازته القائمة، وسحب هوية التصدير منه بسبب ارتكابه مخالفة درج اسمه في بيانات ترسيم الأمتعة دون وجه حق، حيث قرر هذا القضاء تعديل العقوبة لتصبح منع المدعي من مزاوله النشاطين التصديري والاستيرادي لمدة سنة واحدة فقط¹⁵.

ومن خلال النظر إلى العقوبة التي كانت الإدارة قد فرضتها على المدعي، يمكن التعرف إلى وضوح وجسامة غلط الإدارة البين في تقدير العقوبة، ما دفع بالقضاء إلى التدخل لمعالجة عدم التناسب الظاهر بتخفيض العقوبة حاسماً بلا أدنى شك مسألة تطبيق القضاء العراقي للغلط البين الذي تبناه القضاء الفرنسي في قضائه، وإن لم يعرف تسميتها، فلا نرى في أحكامه استخداماً لمصطلح الغلط البين، أو الغلط الظاهر، أو الخطأ الساطع.

كذلك، قضى قرار للهيئة العامة لمجلس شوري الدولة بصفته التمييزية في مجال الرقابة على النشر والمطبوعات والذي جاء فيه: "وجد أن المدعي (المميز عليه) كان قد قدم مسودة كتابه الموسومة "الأديان والمعتقدات، وجزء الثواب والعقاب في الحياة الدنيا"، إلى وزارة الثقافة والإعلام لغرض الموافقة على نشره، إلا أن الوزارة لم توافق على ذلك بسبب الملاحظات التي أبدها الخبير الذي عرضت عليه مسودة الكتاب المذكور، وقد استعانت المحكمة برأي الخبراء وفقاً للمادة (133) من قانون الإثبات رقم (117) لسنة 1979، الذين بينوا في تقريرهم "إن الكتاب مفيد للقراءة وهو يحذر المجتمع من غائلة ارتكاب الموبقات". لذلك، قررت المحكمة تصديق القرار المميز القاضي بإلغاء أمر نشر الكتاب.

لقد أعلنت المحكمة ضمناً أن الإدارة قد أخطأت خطأً بيناً في تقديرها عدم صلاحية الكتاب للنشر؛ لذلك، عملت المحكمة رقابته على السلطة التقديرية للإدارة في مجال نادراً ما تمتد إليه الرقابة الإدارية، وألغت القرار الإداري المبني عليها¹⁶، وإذ إن رقابة التناسب التي طبقها القضاء العراقي لم تكن اجتهاداً قضائياً، بل أسسها التشريع وفقاً لما استعرضناه انتهاءً بالمادة (15) من قانون مجلس انضباط موظفي الدولة رقم (14) لسنة 1991 النافذ. لذا، من الطبيعي أن يكون المجال الأكثر وضوحاً للتطبيقات القضائية لهذه الرقابة هو مجال العقوبات التأديبية، بل إنه توسع أكثر ليمتد إلى القرارات الخاصة بالموظفين. وعلى ضوء ذلك، فإن الأساس القانوني لتطبيق نظرية الغلط البين في القضاء العراقي يختلف عنه في لبنان، حيث نشأت هذه النظرية في تلك الأقضية باجتهادات قضائية.



ففي مجال العقوبات التأديبية، قرر مجلس الانضباط العام "تعديل العقوبة محل الطعن المتضمنة عزل الموظف المعترض بتخفيضها إلى عقوبة لفت النظر"¹⁷، ووضح أيضاً في هذا القرار مدى التفاوت الصارخ بين العقوبة التي كانت الإدارة قد فرضتها، وبين ما قرره مجلس الانضباط العام من تخفيض لها، ليتضح من خلالها غلو الإدارة (غلطها البين) في تقدير الجزاء المناسب للذنب الإداري.

حتى أن مجلس الانضباط العام أوضح في قرار آخر له العناصر التي اعتمدها في تقدير العقوبة المناسبة، حيث جاء في هذا القرار "تقرر تخفيض عقوبة العزل إلى عقوبة التوبيخ، وذلك لأن المجلس - لاحظ الخدمة الطويلة للمعترض وأداء الحسن، وعدم وجود عقوبات سابقة لديه؛ لذا، قرر تخفيف العقوبة"¹⁸.

وبناء على ذلك، فإن مجلس الانضباط العام متى ما رأى أن هناك مغالاة في العقوبة، أي عدم تناسب بين العقوبة والذنب المرتكب من قبل الموظف، استخدم سلطته بتخفيض العقوبة إلى الحد الذي يراه عادلاً¹⁹.

وإلى ذلك، ما قرره مجلس الانضباط العام في أحد قراراته "إن عقوبة العزل المفروضة بحق المدعي لا تتناسب مع الفعل المرتكب...، لذلك، قرر المجلس نقض الحكم في ما يتعلق بالفقرة الحكيمة الخاصة بالعقوبة، وتخفيضها إلى عقوبة إنقاص الراتب بنسبة (10%) لمدة ستة أشهر"²⁰. إذاً، يمكن القول إن مجلس الانضباط العام على الرغم من عدم ذكره لمصطلح الغلط البين في أحكامه، إلا أنه قد مارس عملاً في رقابته القضائية للتناسب في مجال قرارات العقوبات الانضباطية صوراً عديدة لهذه الرقابة في المجال التأديبي والتي من مقتضاها اشتراط تناسب الجزاء مع الذنب المرتكب بحيث لا يكون هناك غلو في تقدير أهمية الوقائع من ناحية، وفي تحديد الجزاء من ناحية أخرى²¹ تطبيقاً للمادة (31) من قانون انضباط موظفي الدولة باشر المجلس بحسابه جهة قضاء إداري وتأديبي رقابته على التناسب في مجال التأديب، وقد اتخذ من فكرة الغلو في الشدة وسيلة لتحقيق تلك الرقابة²².

ومن صور التعديل، ما ذهب إليه مجلس الانضباط العام في أحد قراراته حين قرر "إلزام المدعى عليه وهو عميد كلية الحقوق في جامعة النهرين، بتعديل الأمر الإداري الصادر بحق المدعية، وهي تعمل مدرسة في الكلية الموماً إليها، وجعل الفصل المنصوص عليه كعقوبة لانقطاعها عن الدوام بعد انتهاء الإجازة الممنوحة لها مدة تزيد على خمسة أيام، واعتبارها استقالة"²³.

وبالتالي، فإن القاضي الإداري عندما قدر تخفيض العقوبة، فإنه قد وجد في القرار المعترض عليه "كل أركان صحته؛ وبالتالي، فإن القرار صحيح من جانب المشروعية، أي موافقته للقانون، إلا أنه وجد تقدير الإدارة للعقوبة المتناسبة مع فعل الموظف، لم يكن دقيقاً، فيقوم المجلس باختيار العقوبة المناسبة واضعاً تقديره بدلاً عن تقدير الإدارة"²⁴.

إلا أننا نلاحظ أن المجلس يخلط بين رقابته على المشروعية ورقابة الملاءمة، ومن استخداماته غير الموقفة للتعابير بهذا الصدد، ما جاء في إحدى قراراته من أنه "قرر إلغاء العقوبة محل الطعن المتضمنة عزل الموظف، وذلك بتخفيضها إلى عقوبة لفت النظر"²⁵، فإما أن تكون العقوبة غير مشروعة فيلغونها، وإما تكون العقوبة معيبة بخلط بين في التقدير فيخففونها.

ومن خلال القرارات التي ذكرناها، فإنه يمكن أن نلاحظ أن القاضي الإداري العراقي يحل تقديره محل تقدير الإدارة عندما يقوم بتخفيض العقوبة، وقد يؤثر بحكمه على تصرف الإدارة بأن يملي عليها القرار الواجب اتخاذه عند توجيهه الأوامر المتضمنة إلزامها بإصدار القرار الإداري وفقاً لرؤية القاضي الإداري لتحقيق التناسب في هذا القرار²⁶.

ففي أحد قرارات مجلس الانضباط العام بتاريخ 23 حزيران / يونيو 2008، قرر هذا المجلس في معرض نظره بدعوى مقامة لإبطال قرار نقل مدرسة من عملها داخل المنطقة الخضراء²⁷ إلى مكان آخر خارج هذه المنطقة، قرر هذا المجلس "إن نقل المدعية إلى مدرسة خارج منطقة عملها يؤدي إلى الإضرار بها مادياً بتخلية الدار التي تسكنها، وأن تطلب الأمر نقلها، فيكون ضمن منطقة سكنها"²⁸.

إلا أن هذا القضاء عاد ليقرر في العام نفسه، وفي قضية مطابقة تماماً أنه "إن نقل المميز، جاء بناء على مقتضيات المصلحة العامة، ولم يلحق ضرراً مادياً به طالما احتفظ بدرجته وعنوانه الوظيفي، وحيث إن النقل من المسائل التقديرية التي يعود تقديرها إلى الجهة الإدارية التي أصدرته"²⁹.

وهذا التردد امتد أحياناً إلى المسائل التي اعتبرها القاضي الإداري ذات طبيعة فنية تستقل الإدارة بتقديرها، فقد جاء في قرار له بتاريخ 28 تشرين الثاني / نوفمبر 2011 في دعوى أقامها المدعي على رئيس الجهاز



المركزي للتقييس والسيطرة النوعية إضافة لوظيفته، بتسجيل براءة اختراع فقاعة بلاستيكية مثلثة الجوانب، إذ كان طلبه هذا قد رفض سابقاً بحجة أن استخدام هذه الفقاعة البلاستيكية غير مجد في تغطية سطوح المحاليل وخصوصاً الخزانات الكبيرة وإنها تتكسر عند ارتفاع درجة الحرارة، أنه "وجدت المحكمة أن الأمر المطعون فيه يتعلق بموضوع فني بحث، وأن المدعى عليه يتمتع بسلطة تقديرية في تقييم ما إذا كان موضوع طلب المدعي يمثل اختراعاً جديداً من عدمه. لذا قرر بالاتفاق رد دعوى المدعي..."³⁰.

وقد يكون من الأسباب التي دفعت إلى هذا الاتجاه، أن المشرع والقضاء العراقيين أرادا متعمدين تقريم هذا القضاء والحد من دوره في البناء في تحقيق التوازن بين اعتبارات المصلحة العامة وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم³¹، مع أنه كان بإمكان القضاء الإداري المبادرة والجرأة القانونية في نظر تلك القضايا، حماية للأفراد من عنق الإدارة وجورها من جهة، وتفهم نشاطها وهدفها في المصلحة العامة من جهة أخرى³². نخلص مما تقدم أنه بإمكان القضاء الإداري نظر هذه المنازعات استناداً إلى الدستور، وإن ما ذهبت إليه الهيئة العامة في أحكامها بشأنه هو تعقيد لا مسوغ له³³.

المطلب الثاني

خصائص نظرية الموازنة ومعاييرها

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في تقدير المنفعة العمومية التي يحققها مشروع عملية نزع الملكية الخاصة، ولقد كان القاضي الإداري يمتنع عن رقابة هذه المسألة في السابق، إلا أن الاجتهاد القضائي في فرنسا قد تطور تدريجياً في مختلف المسائل المتعلقة بالسلطة التقديرية للإدارة، وذلك للحد من التعسف في استعمال سلطتها بعد عجز الرقابة التقليدية عن ذلك، حيث أخذ مجلس الدولة الفرنسي في رقبته على سلطة الإدارة في نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، ما يسمى بنظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا كأسلوب جديد في الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية.

ولبيان أهمية ما تقدم، تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: خصائص رقابة الموازنة.

الفرع الثاني: تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

الفرع الأول

خصائص رقابة الموازنة

عرف الدكتور سامي جمال الدين نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار بقوله: "هي المضاهاة الصريحة بين المنافع والأضرار المترتبة على القرار الإداري، بحيث ينتهي القضاء إلى ترجيح المزايا، فإذا رجحت المزايا، أعلن القاضي مشروعية القرار، وإذا رجحت الأضرار تعين عليه إلغاء القرار لعدم مشروعيته"³⁴. وعرفها الدكتور فوزت فرحات بأنها "مقارنة أو موازنة النتائج الإيجابية لتدبير إداري معين مع السلبيات التي خلفها، وبالتالي لا يكون هذا التدبير شرعياً إلا إذا رجحت إيجابياته على سلبياته، أي إذا كان رصيده إيجابياً"³⁵.

ويمكن تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة بأنه "سلطة الإدارة في حرمان مالك العقار من ملكه جبراً، لتحقيق منفعة عامة مقابل تعويض المالك"³⁶.

ولكن يلاحظ عملياً بأن مفهوم المنفعة العامة لم يعد يعرف قيوداً معينة محددة مسبقاً أمام تداخل عدة عوامل منها التطور الذي تعرفه مختلف المجتمعات، والذي أفرز حاجيات جديدة تتطلبها حياة السكان كلاً أو جزءاً؛ والدور الذي أصبح يلعبه الخواص في التنمية بشكل أو بآخر، وسعي المواطنين والقانون إلى مزيد من الرقابة على الأموال العامة، وتزايد عمق مراقبة القضاء لأعمال الإدارة، مما فرض عليها أن تتقيد أكثر بفكرة المنفعة العامة على اعتبار أنها هي التي تمتلك وتقدر وزن وملابسات القرار الذي تريد من خلاله استملاكاً معيناً؛ كما ويجب على الإدارة أن تقدر وتوزن في نتيجة قرار الاستملاك الذي أصدرته ما بين المنفعتين العامة والخاصة فإذا ما رأت أن النتائج المتأتية من جرائه على مختلف الصعد، فردية كانت أم جماعية أم مالية، لها انعكاسات سلبية هامة يترتب عليها إزعاج كبير يتعدى كثيراً المنفعة المتوخاة من الاستملاك، وكذلك القضاء الإداري إذا ما رأى عند مراقبته بأن القرار الإداري ينتج عنه نتائج سلبية تفوق المنفعة العامة المبتغاة: يحكم بإبطال القرار الذي أصدرته الإدارة"³⁷.

أولاً: رقابة الموازنة رقابة قضائية:



إن رقابة الموازنة هي رقابة قضائية فقد أوجدها القضاء الإداري الفرنسي، في محاولة منه للحد من سلطة الإدارة في موضوع تقدير المنافع والأضرار. والقضاء الإداري كما هو معلوم هو قضاء إنشائي يبتدع القاعدة ويطبّقها، هو لا يبتدع هذه القواعد من العدم بل يستخلصها من مجموعة القواعد التي تحكم المجتمع في بلد معين، وفي رقابة الموازنة فإن القضاء الإداري قد استند إلى قواعد المنطق والعقلانية كمصدر مبرر لهذه الرقابة³⁸. ويمكن تعريف الرقابة القضائية بأنها (إسناد الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة إلى السلطة القضائية بحيث تتولى محكمة مختصة بحث مشروعية العمل الإداري بناء على طعن من صاحب أو أصحاب الشأن، فإن ثبت للمحكمة المختصة مخالفة عمل الإدارة للقانون، قامت بإلغائه أو تعديله، فضلاً عن التعويض عن الضرر الناشئ عن إن كان له مقتضى)³⁹.

وقد عرفها الدكتور ماجد راغب الحلو بشكل مختصر بأنها (الرقابة التي تتولاها المحاكم على أعمال الإدارة)⁴⁰، أما الدكتور فؤاد العطار فقد عرفها بأنها (تحقق القضاء من مدى مشروعية أعمال الإدارة من حيث مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون بمعناه العام).

وإلى جانب الرقابة القضائية هناك أنواع أخرى من الرقابات منها الرقابة السياسية والتي يمارسها البرلمان وهو جهة سياسية وتعتبر هذه الرقابة أقل فعالية من الرقابة القضائية وذلك لأن هذه الرقابة لا تنصب على العمل غير المشروع ذاته لتقرر إلغاؤه أو تعديله أو التعويض عنه، وهناك أيضاً الرقابة الإدارية وهي التي تمارسها الإدارة على نفسها للتأكد من مطابقة أعمالها للمشروعية، وتمتد هذه الرقابة إلى مدى ملاءمة القرار فضلاً عن مدى مشروعيته، وهذه الرقابة إما أن تكون تلقائية أو بناء على تظلم⁴¹، وتنتقد الرقابة الإدارية بأنها تجعل من الإدارة هي الخصم والحكم في نفس الوقت وبالتالي تكون غير كافية لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم⁴².

وقد يتولى الرقابة على أعمال الإدارة المحاكم العادية إذ تكون لها ولاية عامة بالفصل في المنازعات كافة، الإدارة منها وغير الإدارية، وهذا هو نظام القضاء الموحد.

وقد يعهد بالرقابة على أعمال الإدارة إلى قضاء إداري متخصص يقوم بالفصل في المنازعات الإدارية، إلى جانب القضاء العادي الذي يتولى الحكم في المنازعات الجنائية والمدنية والتجارية ومنازعات الأحوال الشخصية... إلخ، وهذا ما يعرف بنظام القضاء المزدوج⁴³. ويأخذ العراق بنظام القضاء المزدوج حيث يوجد قضاء إداري مختص ينظر في المنازعات الإدارية، وإلى جانبه هناك قضاء عادي ينظر في الدعاوى المدنية والجنائية والأحوال الشخصية... إلخ.

أن للرقابة القضائية أهمية كبيرة، إذ بدونها قد تخرج الإدارة عن القواعد القانونية وتتجاوز على حقوق الأفراد، فقد أثبتت فاعليتها في الحفاظ على مبدأ المشروعية وحماية حقوق الأفراد، وهذه الأهمية تكمن في تحقق القضاء من إن الإجراءات المتخذة من قبل الإدارة كانت مشروعة، مع الأخذ بنظر الاعتبار أهداف القانون الذي يتناسب مع الوضع العام والأضرار التي تنال الحقوق والحرّيات الفردية⁴⁴، فضلاً عن ذلك فإن أهمية هذه الرقابة تكمن في المحافظة على حقوق الأفراد ومصالحهم ورد اعتداء الإدارة عنهم وتضمن أيضاً تقدم سير المصلحة العامة وفقاً للقانون وعدم تعسف الإدارة في تطبيق وتنفيذ اللوائح والقوانين⁴⁵.

ثانياً: رقابة الموازنة رقابة مشروعية:

ومبدأ المشروعية يعني عدم استطاعة أية سلطة في دولة قانونية اتخاذ أي قرار إلا ضمن الحدود التي يرسمها قانون عام سابق في صدوره على اتخاذ هذا القرار.

أما في الفقه المصري فقد عرفه الدكتور الطماوي بأنه سيادة حكم القانون في الدولة بحيث يخضع كل القاطنين في الدولة حكماً كاملاً ومحكومين⁴⁶. وعرفه د. عبد الفتاح أبو الليل بأنه (سيادة حكم القانون، أي أن تخضع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم وأن يمكن الأفراد - بوسائل مشروعة - من رقابة الدولة في أدائها لوظيفتها، بحيث يمكن أن يردوها إلى جادة الصواب عندما تخرج على حدود القانون عن عمد أو إهمال)⁴⁷. أن أعمال السلطة التنفيذية جميعها يجب أن تتم في نطاق القانون وأن التزامها باحترام قراراتها مرده إلى احترامها لهذا الالتزام فإذا خرجت عن القانون يتعين أن يمكن الأفراد من ردها إلى المشروعية.

48

ثالثاً: رقابة الموازنة تتعلق بركن المحل في القرار الإداري:



عرف الفقيه الفرنسي (هوريو) القرار الإداري بأنه (إعلان للإرادة بقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد يصدر عن سلطة إدارية في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر)⁴⁹ وعرفه الدكتور محمد طه حسين الحسيني بأنه (إفصاح الإدارة عن أرائها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني بمقتضى ما لها من سلطة عامة)⁵⁰، أما الفقه العراقي فقد عرف القرار الإداري بأنه عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة والملزمة لأحدى الجهات الإدارية في الدولة لإحداث تغيير في الأوضاع القانونية القائمة، أما بإنشاء مركز قانوني جديد (عام أو فردي) أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغاء له⁵¹.

أن الأثر الذي يترتب على القرار ليس واحداً في كل القرارات فقد يكون مركزاً قانونياً فردياً أو قد يكون مركزاً تنظيمياً، وذلك طبقاً لموضوع القرار وما يتضمنه من إنشاء أو تعديل أو إلغاء في المراكز القانونية القائمة، وبهذا يغيّر المحل في العمل القانوني المحل في العمل المادي والذي يكون دائماً نتيجة مادية واقعية⁵². وعليه يمكن تعريف الأثر القانوني بأنه (التأثير الإلزامي في المراكز القانونية لذوي الشأن مرتباً تجاههم آثاراً قانونية محددة وملزمة).

وثمة صور عديدة لا تعتبر من الأعمال القانونية للإدارة ومن ثم لا تولد آثاراً يعتد بها، ومنها الأعمال المادية الصادرة عن الإدارة والبيانات والإعلانات والمنشورات والأعمال التحضيرية والرغبات والنوايا والكتب بعدم الممانعة أو الموافقة التي لا تحدث أثراً قانونياً والإجراءات الداخلية في الإدارة والتعليمات التي تقرها الإدارة والأعمال الصادرة لتنفيذ القرار الإداري والأعمال الفنية⁵³.

ويشترط في الأثر القانوني بعض الشروط وهي أن يتولد الأثر عن قرار إداري نهائي ويعني أنه أصبح باتاً ولا يخضع لتصديق جهة إدارية غير التي أصدرته، والشروط الثاني أنه يترتب الأثر فور صدور القرار وينسب إليه مباشرة⁵⁴.

إن تعلق رقابة الموازنة بركن المحل هو الرأي الراجح فقهاً، حيث أن هذه الرقابة تنصب على ركن المحل، فلم يعد القاضي يكتفي بالتحقق من عنصرين، الوجود المادي للوقائع والتكيف القانوني لهذه الوقائع، إنما أصبح يتناول فضلاً عن ذلك، مضمون هذه القرارات وما يشتمل عليه من منافع وأضرار وذلك في ضوء كل الاعتبارات والمعطيات البيئية والاجتماعية والمالية والاقتصادية، وغيرها من المعطيات السائدة وقت تقدير أو تقييم هذا المضمون⁵⁵.

وهناك رأي يجعل من رقابة الموازنة عملية تتناسب بين الإجراءات (المحل) والمنافع (السبب)، فالقاضي يراقب التقدير في ذاته، كما أنه لا يخفى ما في التقدير الذي يجريه القاضي من مشقة وصعوبة، فبحث الفوائد لا يكون بتقدير ناتج المشروع جملة واحدة، بل بمراعاة كل التفاصيل ودقائق الأمور ويدخل من ضمنها المنافع والأضرار⁵⁶.

الفرع الثاني

تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

حيث أن المجال الأول لظهور نظرية الموازنة كان مجال نزاع الملكية للمنفعة العامة، والذي ما زال المجال الأكثر رحابة لها، إلا أنه في العراق وعلى الرغم من تأكيد الدساتير العراقية المتعاقبة على احترام حق الملكية، وأخرها الدستور العراقي لعام 2005 في المادة (23/ثانياً) منه، من أنه "لا يجوز نزاع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون". إلا أنه بالرجوع إلى التشريعات المتعلقة بقضايا الاستملاك، لم نر ما يؤكد على احترام هذا الحق الدستوري في نصوصها، فبدأ من قانون رقم (43) لسنة 1934، والقانون رقم (57) لسنة 1960، الذي انفرد بجعل قرارات نزاع الملكية للنفع العام قرارات إدارية، لم تكن الولاية لقضاء في النظر في الطعون على هذه القرارات، بل انفردت الإدارة بالنظر بالطعون المقدمة على قراراتها.

وعلى الرغم من تلاقي القانون رقم (54) لسنة 1970 لذلك القصور بإعطاء الولاية للقضاء العادي لمراقبة تحقق النفع العام في طلبات الاستملاك وفق المادة (7) منه، إلا أن قانون الاستملاك النافذ رقم (12) لسنة 1981 المعدل جاء خالياً من أي إشارة إلى ولاية القضاء العادي النظر في الطعون على قرارات الاستملاك للنفع العام، بل أنه اعتبر أن تحقق النفع العام عملية مفترضة في كل قرارات الاستملاك⁵⁷، وفقاً لذلك، كان البحث عن تطبيق هذه النظرية في مجالات أخرى امتد إليها القضاء الإداري في فرنسا، سابق القضاء الإداري العراقي في اعتناقها، ولقد أمكن لنا القول إن ميلاد التطبيق الأول لنظرية الموازنة بين المنافع



والأضرار في تطبيقات القضاء الإداري العراقي كان في عام 2005، بصور قرار محكمة القضاء الإداري في الدعوى المقامة من قبل "شركة الأيادي المتحدة للمقاولات" على "أمين بغداد إضافة إلى وظيفته"⁵⁸. وكان موضوع النزاع يتعلق بامتناع المدعى عليه من الموافقة على تغيير جنس العقار المرقم (1974/5/مقاطعة/4 وزيرية - غزالية) والبالغة مساحته (14) دونماً من أرض زراعية إلى سكنية لإنشاء مجمع سكني عليها، على الرغم من استحصال موافقة وزارة الإسكان، الهيئة العامة للإسكان استناداً للصلاحيات الممنوحة لها، بموجب قانون الهيئة العامة للإسكان رقم (39) لسنة 2001 فقرة (1/5) منه. ولقد كان قرار أمانة بغداد المشار إليه، يقوم على أساس أن استعمال الأرض هو زراعي بموجب التصميم الأساسي لمدينة بغداد.

ولقد ارتأت محكمة القضاء الإداري إنابة محكمة بداءة بغداد الجديدة للثبوت من كون الأرض زراعية ووفق كشف تجربة لذلك الغرض، فتبين لها أن الأرض متروكة دون استعمال زراعي، وتقع ضمن حدود العمران والخدمات. لذا، قررت محكمة القضاء الإداري، أن المشرع يلبي حاجة ملحة في الوقت الحاضر لمعالجة أزمة السكن الخائفة في بغداد، وأنه ذو أهمية استثمارية واقتصادية، وتنفيذه يوفر مصدراً مهماً للعمل، وامتصاص البطالة، وتوليد الدخل، وحيث أن (المصلحة العامة) تقتضي في الوقت الراهن توفير السكن، وفتح أبواب جديدة للعمل، وحيث أن استعمال الأرض وفقاً لسندها، هي أرض زراعية متروكة منذ فترة طويلة، وإن جعلها بساتين تحتاج إلى وقت طويل، وإن تأمين السكن للمواطن يبعث على الاطمئنان ما دامت الأرض لم تستغل لزراعة المدعي، يتحمل هو تكلفة هذه الخدمات، ودفع مبالغها إلى الجهات المختصة، ولا يكلف بتشديد الدور وملحقاتها والخدمات المتعلقة بالخزينة العامة أية مبلغ، لذا قررت المحكمة إلزام المدعي عليه بتغيير جنس الأرض المرقمة (1974/5) مقاطعة (4) وزيرية - غزالية من زراعية إلى سكنية.

إن إمعان النظر بهذا القرار، يتبين أن القضاء الإداري العراقي كان قد ابتدأ من حيث انتهى إليه القضاء الإداري في فرنسا في تطبيقه لنظرية الموازنة، حيث أن تطبيق هذه النظرية كان قد تدرج حتى وصل إلى مجال حماية البيئة والتخطيط العمراني، وأخيراً الموازنة بين مصلحة عامة، ومصلحة عامة أخرى.

ومن ثم، فإن هذا القرار قد تصدى لكل هذه الجوانب، فلقد حرص القاضي الإداري في هذا القرار على التأكد من أن الأرض المراد إنشاء المجتمع السكني عليها، لم تعد زراعية تأكيداً لدوره في حماية البيئة، والحفاظ على المناطق الخضراء، واحتراماً لقواعد تنظيم التخطيط العمراني⁵⁹، والموازنة بين المصلحة في توفير السكن للمواطنين، والمصلحة الأخرى المتمثلة في الحفاظ على المناطق الزراعية ذاتها، إلا أن الأرض غير مزروعة. ولذلك، فالمصلحة في بناء مجمع سكني عليها، أجدر بالمرعاة بقوله "وحيث أن استعمال الأرض وفقاً لسندها هي أرض زراعية، لكنها متروكة منذ فترة طويلة، وإن جعلها بساتين يحتاج إلى وقت طويل، وإن تأمين السكن للمواطن يبعث على الاطمئنان ما دامت الأرض لم تستغل للزراعة".

لذا، يمكن القول إن القاضي الإداري العراقي في قراره، قد سار على خطى زميله القضاء الفرنسي في القرار الصادر بشأن مدينة "نيس" حينما قضت المحكمة الإدارية "أن الأضرار التي تلحق بالأراضي الزراعية أو بالمساحات الخضرة نتيجة إقرار المجلس المحلي للمدينة خطة عامة للاستيلاء على هذه الأراضي وتخصيصها للإسكان المستقبلي وإقامة بعض المؤسسات ذات النفع العام ليست إضراراً مبالغاً فيها أو مفرطة مقارنة مع الفوائد أو المنافع التي ستعود على سكان المدينة من جراء تنفيذ تلك الخطة"⁶⁰.

إلا أنه لا يسعنا القول إلا أن القضاء العراقي بهذا القرار الوحيد قد تبني نظرية الموازنة، وجعل منها مبدأ قانونياً يمكن من خلاله الرقابة على قرارات المنفعة العامة، وإن كان الباحث يرى أن القضاء العراقي يستطيع أعمال هذه الرقابة من خلال رقابة التناسب التي كان ولا يزال يباشرها على القرارات الإدارية.

من خلال تفحص قرارات عديدة للقضاء العراقي، وتحديد القضاء العادي المتمثل بمحاكم البداءة التي اعطت قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1981 النافذ للولاية لهذه المحاكم التي يقع فيها العقار المطلوب نزع ملكيته للمنفعة العامة⁶¹. نجد أن هذا القانون قيد المحكمة بقيود عديدة منها أنه جعل للإدارة الحق باستملاك أي عقار لتنفيذ مشاريعها وتحقيق أغراضها وهكذا فإن القاضي لا ينظر إلى مدى المنافع العامة الحقيقية المترتبة على هذا القرار، فهو حسب القانون ينحصر دوره بالتحقق من توافر الشروط الواردة في القانون، وهذا ما هو واضح من خلال قرارات عديدة، ثم أنه حتى في موضع إجراء الكشف على موقع العقار من



قبل اللجنة المشكلة برئاسة قاضي المحكمة وعضوية رئيس دائرة التسجيل العقاري ورئيس دائرة ضريبة العقار وممثل عن المستملك منه والمستملك، فإن مهمة هذه اللجنة تنحصر كما ذكر القانون بتقدير التعويض وكأنما ليس من مهامها أن تنظر في مدى تحقق المنفعة العامة المرجوة من هذا القرار، فعند الاطلاع على نموذج محضر كشف لإحدى دعاوى الاستملاك نجد أن الكشف يبين للمحكمة من خلال المهندس المساح تفاصيل دقيقة عن المشروع، ومدى جدوى الشارع المزمع إقامته وما هي الروابط التي سوف يؤدي القرار إلى إنشائها، ولكن كل هذا ينصب في موضوع تقدير قيمة الأرض المستملكة كي يتم تقدير التعويض في ضوءها، وليس في مدى المنافع والأضرار المترتبة على هذا القرار، وعند إصدار المحكمة القرار نجد أنها أيضاً تركز على موضوع تقدير قيمة العقار دون النظر إلى مدى المزايا والفوائد المترتبة من القرار ففي قرار لمحكمة التمييز⁶² نقضت فيه قرار محكمة بداءة العقار لأن تقدير قيمة التعويض كان لا يتناسب مع قيمة العقار، وفي قرار آخر نجد أن القاضي يستند في حكمه إلى الإحداثيات التي تقدمها الإدارة (رئاسة المجلس الزراعي)⁶³ من خلال كتبها، إذ تشير إلى أن المنفعة العامة المتحققة بمجرد صدور قرار من الإدارة، ومما يردد القضاء أكثر من سلطته في هذا المجال، أن تقدير وجود المانع القانوني والتخطيطي الذي تشير إليه قرارات المحاكم⁶⁴ يقدم من الإدارة نفسها كما أشار إلى ذلك القانون حيث نص (على المستملك تقديم طلب الاستملاك إلى محكمة بداءة موقع العقار، يؤيد فيه عدم وجود مانع قانوني أو تخطيطي من الاستملاك) ومن هنا يتأكد أن القاضي في هذه الدعاوى لا يملك سوى عملية تنفيذ القانون، والذي يلزمه بأن الإدارة دائماً تكون هي من يقدر المنفعة العامة، وإذا ما خالف تقدير الإدارة للنفع العام، فإن هذا يعد خروجاً منه عن القانون، لأن الإدارة هي من تختص بتقدير النفع العام، ومن ثم تقدير ما يترتب على القرار من منافع وأضرار ولا علاقة للقاضي فيها، وإنما يقتصر دوره على تقدير قيمة العقار فحسب وليس له علاقة حتى فيما يصيب المستملك منه من ضرر فيقدر في ضوءها التعويض، وإنما يتجه إلى العقار فحسب، فيدرسه وما يحيطه به من روابط ليقدر قيمته والذي غالباً ما يكون مغالى فيها.

الخاتمة

لقد رأينا خلال العرض الذي قدمناه، والذي تناولناه في قسمين أساسيين، أن السلطة التقديرية هي القدر من الحرية الذي يتركه المشرع للإدارة كي تباشر وظيفتها الإدارية، على أكمل وجه، وعلى ذلك فهي لا تتمتع بهذه الحرية إلا لأن القانون قد حولها السلطة في تقدير مناسب التصرف، فإذا تجاوزت هذا الحد تكون قد خرجت من نطاق القانون، وبالتالي عن نطاق المشروعية.

ومن هنا فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والمقترحات والتي سوف نقوم ببيانها على الشكل الآتي:

أولاً: النتائج:

- 1- تستهدف أساليب الرقابة الحديثة على السلطة التقديرية للإدارة غرضين اثنين: أولهما الحيلولة دون إصدار القرارات المتعجلة والقرارات غير المنطقية. وثانيهما إلزام الجهات الإدارية المختلفة بتقديم مبررات جديّة لقراراتها وتصرفاتها القانونية بصفة عامة. وعليه فإن إهمال هذه الرقابة سيؤثر على النشاط الإداري في حد ذاته، وليس على حقوق الأفراد فقط.
- 2- إن أساس نظرية الغلط البين هو الاجتهاد القضائي، وذلك في كل من فرنسا، ولبنان، أما في العراق، فكان التشريع هو الأساس لهذه النظرية، ويؤدي تطبيق نظرية الغلط البين إلى إلغاء القرارات الإدارية متى ما تحقق عدم التناسب بين المحل وبين الوقائع، أما في مجال القرارات التأديبية فيمكن أن تؤدي إلى تعديل العقوبة دون إلغاء القرارات الإدارية.
- 3- ظهور نظرية الموازنة كان في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، والسبب في ذلك يعود إلى ما لاحظته مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة، لا سيما في ما يرتبط بتقرير فكرة المنفعة العامة وتحديدها، إذ لم يكن يحدها في هذا الشأن سوى عيب الانحراف بالسلطة.
- 4- لم يطبق القضاء الإداري العراقي نظرية الموازنة إلا في قرار قضائي واحد فقط، في مجال التخطيط العمراني، كون قانون الاستملاك النافذ لا يجيز الطعن في قرارات نزع الملكية أمام القضاء الإداري.

ثانياً: المقترحات:

- 1- دعوة القضاء العراقي إلى الأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع وبين الأضرار في أحكامه، فإذا كان قانون

- الاستملاك الحالي لا يعطي حق الطعن بقرارات الاستملاك للنفع العام، فإن مفهوم المنفعة يتسع لمجالات أخرى غير مجال الاستملاك.
- 2- نقترح على المشرع العراقي، أن تكون عمليات نزع الملكية للنفع العام مسبقة بقرار تحقق النفع العام، صادر عن الوزير المختص، تحدد فيه المشروعات المفترض تنفيذها، والعقارات اللازمة له، وأن تتاح إمكانية الطعن بهذا القرار أمام محكمة القضاء الإداري.
- 3- نقترح أيضاً على المشرع العراقي أن ينص على إجراء رقابة التناسب في مجال الضبط الإداري، ما فعل في قانون مجلس الانضباط العام بعد أن أصبح مبدأ قانونياً مهماً، حتى لا يترك تطبيق هذا المبدأ لاجتهاد القاضي يعمل به تارة، ويتركه تارة أخرى بحجج شتى.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب القانونية:

1. أحمد أحمد الموفي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
2. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2001.
3. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
4. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 2009.
5. رمضان بطيخ، الاتجاهات المطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
6. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2010.
7. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري والرقابة على الأعمال الإدارية، دار الفكر العربي، 1981.
8. عبد الفتاح أبو الليل، قضاء المشروعية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
9. عدنان عمرو، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
10. عدي شاهين، رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والأضرار والقرار الإداري، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016.
11. علي محمد بدير وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1993.
12. غازي فيصل مهدي، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام اختصاصات مجلس الانضباط العام، الطبعة الأولى، صباح صادق جعفر للنشر، بغداد، 2009.
13. غازي فيصل مهدي، شرح قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14، مطبعة العزة، بغداد، 1991.
14. فاروق أحمد خماس، الرقابة على أعمال والإدارة، مطبعة جامعة الموصل، العراق، 1988.
15. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، نشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
16. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، مطبعة هوار، دهوك، العراق، 2009.
17. ماهر صالح علاوي، القرار الإداري، دار الحكمة، بغداد، 1991.
18. مايا محمد أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2011.
19. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
20. رشا محمد جعفر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

21. عبد الأمير حسون مسلماني، الاتجاهات الحديثة في القضاء الإداري، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.
22. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري- الكتاب الأول- الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
23. محمد طه حسين الحسيني، مبادئ وأحكام القضاء الإداري، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018.

ثانياً: الأطاريح الجامعية:

1. خالد رشيد الدليمي، نزع الملكية للنفع العام، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2001.
2. عادل حسين شبع، القيود الواردة على اختصاص القضاء الإداري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2004.
3. علي حسين أحمد الفهداوي، الرقابة القضائية على الغلط البين في التقدير من قبل الإدارة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2000.

ثالثاً: المجلات والدوريات:

1. خالد رشيد علي، ولاية القضاء الإداري في التشريع العراقي الحديث بين التقليص والحرمان، مجلة الحقوق، المجلد الثاني، العددان 6 و 7، العراق، 2009.
2. علي خطار شطناوي، دور القضاء الإداري في ابتداع القواعد القانونية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 29، العدد 1، 2002.
3. ماهر صالح علاوي الجبوري، حول بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام في ظل قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم 4 لسنة 1991، مجلة العدالة، العدد الأول، السنة الثانية، 2000.
4. ماهر صالح علاوي الجبوري، غلط الإدارة البين في تقدير الوقائع معياره ورقابة القضاء عليه، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد التاسع، العددان الأول والثاني، 1990.
5. ماهر صالح علاوي، الرقابة على تحقيق النفع العام، م مجلة العلوم القانونية، المجلد العاشر، العدد الأول، 1994.

رابعاً: القرارات القضائية:

1. قرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة العراقي رقم 4/ إداري / تمييز / 93 بتاريخ 1993/2/7، غير منشور.
2. قرار مجلس الانضباط العام العراقي بالرقم 187 بتاريخ 1995/9/20 رقم الإضبارة 995/19، غير منشور.
3. قرار مجلس الانضباط العام العراقي رقم 136/انضباط / تمييز بتاريخ 2010/4/7، قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة، 2010.
4. قرار مجلس الانضباط العام العراقي رقم 153/ انضباط / تمييز 2008 في 2008/6/23؛ قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة، 2008.
5. قرار مجلس الانضباط العام العراقي رقم 168 انضباط، تمييز / 2008 في 2008/8/18؛ قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة، 2008.
6. قرار مجلس الانضباط العام العراقي رقم 187 بتاريخ 1995/9/20 رقم الإضبارة 995/19، غير منشور.
7. قرار مجلس الانضباط العام العراقي، رقم 455 في 2011/11/28، قضاء إداري، رقم الإضبارة، 213، غير منشور.
8. قرار مجلس شروي الدولة اللبناني رقم 169 بتاريخ 1995/12/18، فغالي/ الدولة- وزارة المالية، مجلة القضاء الإداري، 1997.

9. قرار مجلس شورى الدولة اللبناني بتاريخ 1987/10/20، طنوس بطرس الخوري / الدولة، مجلة القضاء الإداري، العدد 4، 1989.
10. قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 152 في 2004/2/2، طوني خاطر / الدولة، مجلة القضاء الإداري في لبنان، العدد 21، المجلد الأول، 2009.
11. قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 214، في 2000/2/22، نعمت كنعان / الدولة – هيئة التفيتش المركزي، مجلة القضاء الإداري، العدد 15، 2003.
12. قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 652، تاريخ 1997/5/21، نقابة الصحافة اللبنانية / الدولة – وزارة الإعلام، مجلة القضاء الإداري، العدد 13، المجلد الثاني، 1998.
13. قرار مجلس شورى الدولة في العراق، رقم 2/ انضباط / تمييز / 2007، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة وزارة العدل، 2007.
14. قرار مجلس شورى الدولة في العراق، رقم 2/ انضباط/تمييز/2007، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة، وزارة العدل، 2007، ص 277، قرار سبق الإشارة إليه.
15. قرار مجلس شورى الدولة في العراق، رقم 98/ انضباط / تمييز / 2007، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة ، وزارة العدل، 2007.
16. قرار محكمة التمييز العراقية رقم 1997/22 في 1998/12/27 غير منشور.
17. قرار محكمة القضاء الإداري العراقي رقم 44 لسنة 2004، بتاريخ 2004/7/28.
18. قرار محكمة القضاء الإداري العراقية، رقم 9، إداري/ تمييز، 2005، غير منشور.
19. قرار محكمة بداء الموصل رقم 2004/2467 في 2004/10/13 غير منشور.
20. قرار محكمة بداءة الموصل رقم 2002/3059 في 2004/8/12 غير منشور،
21. القرار رقم 2002/3 في 2002/6/25 الصادر من محكمة بداءة دهوك غير منشور.
22. القرار رقم 2002/1 في 2002/3/17 الصادر من محكمة بداءة دهوك غير منشور.
23. قرار محكمة بداءة الموصل رقم 2003/133 في 2004/10/17 غير منشور.

خامساً: القوانين والأنظمة

1. قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم 65 لسنة 1979 المعدل.
2. الدستور العراقي لعام 2005.
3. قانون الاستملاك العراقي رقم 12 لعام 1981.

¹ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية، مرجع سابق، ص 290.

² خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة، بيروت، 2009، ص 245 – 246.

³ مايا محمد أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2011، ص 133.

⁴ رمضان بطيخ، الاتجاهات المطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 209.

⁵ قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 169 بتاريخ 1995/12/18، فغالي/ الدولة- وزارة المالية، مجلة القضاء الإداري، 1997، ص 175.

⁶ قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 214، في 2000/2/22، نعمت كنعان / الدولة – هيئة التفيتش المركزي، مجلة القضاء الإداري، العدد 15، 2003، ص 388.

⁷ قرار مجلس شورى الدولة في العراق، رقم 2/ انضباط / تمييز / 2007، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة وزارة العدل، 2007، ص 277.

⁸ قرار مجلس شورى الدولة في العراق، رقم 98/ انضباط / تمييز / 2007، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة ، وزارة العدل، 2007، ص 312.



- ⁹ قرار مجلس شوري الدولة اللبناني بتاريخ 1987/10/20، طنوس بطرس الخوري / الدولة، مجلة القضاء الإداري، العدد 4، 1989، ص 229.
- ¹⁰ قرار مجلس شوري الدولة اللبناني رقم 652، تاريخ 1997/5/21، نقابة الصحافة اللبنانية / الدولة – وزارة الإعلام، مجلة القضاء الإداري، العدد 13، المجلد الثاني، 1998، ص 511.
- ¹¹ قرار مجلس شوري الدولة في العراق، رقم 2/انضباط/تميز/2007، قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة، وزارة العدل، 2007، ص 277، قرار سبق الإشارة إليه.
- ¹² ماهر صالح علاوي الجبوري، حول بعض شهادات مجلس الانضباط العام في ظل قانون انضباط موظفي الدولة القطاع الاشتراكي رقم 4 السنة 1991، مجلة العدالة، العدد الأول، السنة الثانية، 2000، ص 40.
- ¹³ علي حسين أحمد الفهداوي، الرقابة القضائية على الغلط البيّن في التقدير من قبل الإدارة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2000، ص 49.
- ¹⁴ ماهر صالح علاوي الجبوري، غلط الإدارة البيّن في تقدير الوقائع معياره ورقابة القضاء عليه، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد التاسع، العددان الأول والثاني، 1990، ص 208.
- ¹⁵ قرار محكمة القضاء الإداري العراقي رقم 44 لسنة 2004، بتاريخ 2004/7/28.
- ¹⁶ قرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة العراقي رقم 4/ إداري / تميز 93/ بتاريخ 1993/2/7، (غير منشور).
- ¹⁷ قرار مجلس الانضباط العام العراقي رقم 187 بتاريخ 1995/9/20 رقم الإضبارة 995/19، (غير منشور).
- ¹⁸ قرار مجلس الانضباط العام العراقي رقم 204/207، سبقت الإشارة إليه.
- ¹⁹ غازي فيصل مهدي، شرح قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14، مطبعة العزة، بغداد، 1991، ص 84.
- ²⁰ قرار مجلس الانضباط العام العراقي رقم 136/انضباط / تميز بتاريخ 2010/4/7، قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة، 2010، ص 370.
- ²¹ عادل حسين شعب، القيود الواردة على اختصاص القضاء الإداري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، 2004، ص 241.
- ²² خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، مرجع سابق، ص 341.
- ²³ غازي فيصل مهدي، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام (اختصاصات مجلس الانضباط العام)، الطبعة الأولى، صباح صادق جعفر للنشر، بغداد، 2009، ص 157.
- ²⁴ ماهر صالح علاوي الجبوري، حول بعض اجتهادات مجلس الانضباط العام في ظل قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم 4 لسنة 1991، مرجع سابق، ص 60.
- ²⁵ قرار مجلس الانضباط العام العراقي بالرقم 187 بتاريخ 1995/9/20 رقم الإضبارة 995/19، (غير منشور).
- ²⁶ مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، مطبعة هوار، دهوك، العراق، 2009، ص 10.
- ²⁷ المنطقة الخضراء: هي موقع تتجمع في أكثر وزارات الدولة ومفاصلها الحساسة في بغداد، وله أهمية خاصة.
- ²⁸ قرار مجلس الانضباط العام العراقي رقم 153/ انضباط / تميز 2008 في 2008/6/23؛ قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة، 2008.
- ²⁹ قرار مجلس الانضباط العام العراقي رقم 168 انضباط، تميز / 2008 في 2008/8/18؛ قرارات وفتاوى مجلس شوري الدولة، 2008.
- ³⁰ قرار مجلس الانضباط العام العراقي، رقم 455 في 2011/11/28، قضاء إداري، رقم الإضبارة، 213، (غير منشور).
- ³¹ خالد رشيد علي، ولاية القضاء الإداري، ولاية القضاء الإداري في التشريع العراقي الحديث بين التقليص والحرمان، مجلة الحقوق، المجلد الثاني، العددان 6 و 7، العراق، 2009، ص 139، 143، 151.
- ³² خالد رشيد علي، المرجع نفسه، ص 151.
- ³³ نص دستور جمهورية العراق المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4012 في 2005/12/28 في المادة (13 ثانياً) "لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويعد باطلاً كل نص قانوني آخر يتعارض معه"؛ كما نص في المادة (100) منه "يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن".
- ³⁴ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2010، ص 233.
- ³⁵ فوزت فرحات، القانون الإداري العام، مرجع سابق، ص 174.
- ³⁶ محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري- الكتاب الأول- الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 646.
- ³⁷ قرار مجلس شوري الدولة اللبناني رقم 152 في 2004/2/2، طوني خاطر / الدولة، مجلة القضاء الإداري في لبنان، العدد 21، المجلد الأول، 2009، ص 216.
- ³⁸ علي خاطر شطناوي، دور القضاء الإداري في ابتداء القواعد القانونية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 29، العدد 1، 2002، ص 105.
- ³⁹ محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري- الكتاب الأول- مرجع سابق، ص 206.
- ⁴⁰ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 67.



- 41 محمد رفعت عبد الوهاب و أحمد عبد الرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص 174.
- 42 عبد الأمير حسون مسلماني، الاتجاهات الحديثة في القضاء الإداري، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 18.
- 43 ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 68.
- 44 عدي شاهين، رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والأضرار والقرار الإداري، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص 36.
- 45 وحيد فكري رأفت، القانون الإداري، رقابة القضاء لأعمال الدولة، مطبعة الشرق الإسلامي، القاهرة، 1940، ص 8.
- 46 سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري والرقابة على الأعمال الإدارية، دار الفكر العربي، 1981، ص 7.
- 47 عبد الفتاح أبو الليل، قضاء المشروعية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 8.
- 48 محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 19 – 20.
- 49 ماهر صالح علاوي، القرار الإداري، دار الحكمة، بغداد، 1991، ص 14.
- 50 محمد طه حسين الحسيني، مبادئ وأحكام القضاء الإداري، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018، ص 17.
- 51 علي محمد بدير وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1993، ص 402.
- 52 حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، دار الكتب المصرية، مصر، 2001، ص 19.
- 53 عدنان عمرو، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 36.
- 54 رشا محمد جعفر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 20 وما بعدها.
- 55 سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 80 و رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة، مرجع سابق، ص 342.
- 56 حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 240.
- 57 خالد رشيد الدليمي، نزع الملكية للنفع العام، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2001، ص 153.
- 58 قرار محكمة القضاء الإداري العراقية، رقم 9، إداري/ تمييز، 2005، (غير منشور).
- 59 يرى البعض، أن القاضي الإداري حين ينظر في نزاع تتجاذبه منفعتان عامتان متعارضتان وهي المنفعة التي ترمي إليها قواعد التخطيط العمراني والمنفعة التي يرمي إليها الإجراء الاستثنائي، وهنا يجب ألا يمنح هذا الإجراء الاستثنائي – من حيث المبدأ – لتحقيق منفعة خاصة لصاحب الشأن فحسب، بل يجب إضافة إلى ذلك أن تكون الأضرار التي يرتبها على المنفعة العامة أقل بكثير من الأضرار التي تترتب إذا تم رفضه من جانب الإدارة؛ أورد ذلك: رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة، مرجع سابق، ص 328.
- 60 خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 921.
- 61 المادة (10) من قانون الاستملاك العراقي رقم 12 لسنة 1981.
- 62 قرار محكمة التمييز العراقية رقم 1997/22 في 1998/12/27 (غير منشور).
- 63 قرار محكمة بقاء الموصل رقم 2004/2467 في 2004/10/13 (غير منشور).
- 64 قرار محكمة بقاء الموصل رقم 2002/3059 في 2004/8/12 (غير منشور)، وكذلك القرار رقم 2002/3 في 2002/6/25 الصادر من محكمة بقاء دهوك (غير منشور)، وكذلك القرار رقم 2002/1 في 2002/3/17 الصادر من محكمة بقاء دهوك (غير منشور)، وكذلك قرار محكمة بقاء الموصل رقم 2003/133 في 2004/10/17 (غير منشور).