مبدأ التناسب في القضاء الاداري العراقي

The proportionality principle in the Iraqi administrative judiciary

م.و. محمد فلسطين حمزة
كلية العلوم/ جامعة ذي قار

الخلاصة: Abstract:

ان واجبات الادارة و الوظيفة العامة التي تُنفّذ عن طريق مؤسسات الدولة خدمةً للصالح العام؛ تطورت بشكل واسع في العقود الاخيرة، إذ لم تعد مقتصرة على مجالات معينة بل توسعت لتشمل مفاصل متشعبة، الامر الذي يُحتم ان تتمتع الادارة بوسائل و امتيازات اكثر كي تتمكن من تحقيق الاهداف الموكلة اليها بفاعلية، و بغية تحقيق الادارة لهذه الاهداف؛ يجب ان تُضمن حقوق الافراد عن طريق رقابة قضائية ينصب اهتمامها على حماية تلك الحقوق من التجاوزات المُحتملة من قبل الادارة. إذ ادى التخوّف من إساءة الاخيرة لسلطاتها التقديرية او التعسف بها؛ ادى الى تطور الرقابة القضائية لتكون ذات مضمون اكثر ثراءً في ادواته و وسائله و مبادئه الرقابية، لتظهر اداة رقابية قضائية حديثة و هي (رقابة التناسب)، بعدّها الاداة الاكثر اهمية و التي تُعين القاضي الاداري في فرض رقابته على تكريس الموازنة بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة، لذا يُمكن القول ان الرقابة وفقاً لمبدأ التناسب، قد تُسهم بشكلٍ كبير في تعزيز وحماية الحقوق و الحريات الفردية، إزاء الاجراءات التي تتخذها السلطة العامة بشكلٍ عام، و سلطة الادارة بشكل خاص، اثناء تأدية مهامها الموكلة اليها. إذ لا يجوز للإدارة تجاوز ما يكون اكثر ملائمة في إعمال اجراءاتها لبلوغ اهدافها المشروعة، بل اللازم عليها اللجوء الى اقل تلك الاجراءات ارهاقاً، بالشكل الذي يجعل الضرر اللاحق بالفرد، متناسباً مع الاهداف المرجّوة من هذه الاجراءات.

الكلمات المفتاحية: تناسب – ملائمة – تلائم – مقاربة – توافق – توائم – الغلو – المغالاة – الموازنة.

Abstract :

The duties of the administration and the public office that are carried out through state institutions in the service of the public interest; have been developed extensively in recent decades, They are no longer limited to certain areas, but rather expanded to include complex joints, which make the administration essentially has more means and privileges in order to be able to effectively achieve the goals entrusted to it, In

addition, in order to achieve these goals, the rights of individuals must be guaranteed by a judicial oversight that focuses on protecting these rights from possible abuses by the administration. The fear that, the latter would abuse its discretionary powers which led to the development of judicial oversight haveing a richer content in its tools, means and principles of control, so that a modern judicial oversight tool appears, as the most important tool that assists the administrative judge in imposing his control on devoting the balance between the public interest and the interest Therefore, it can be said that oversight, according to the principle of proportionality, may contribute significantly to the promotion and protection of individual rights and freedoms, in view of the actions that are taken by the public authority in general, and the authority of the administration in particular, during the performance of its tasks. The administration may not exceed what is the most appropriate in implementing its procedures to achieve its legitimate goals. however rather it must resort to the least stressful of those procedures, in a method that makes the harm to the individual commensurate with the desired goals of these procedures.

مشكلة البحث: Research problem:

في اطار الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في اجراءات السلطة العامة و الادارة بشكل خاص؛ يُطرح سؤال يُفضي الى ان القاضي الاداري باستخدامه لوسائل الرقابة على التناسب؛ هل يبقى قاض مشروعية، عن طريق تعرضه للملائمة من دون تجاوز حدود اختصاصه، بعدّ ان الملائمة في هذه الحالة تكون شرطاً للمشروعية؟ ام ان رقابته هذه ستدخله الى نطاق سلطة الادارة ليحل محلها في اصدارها لقراراتها؟. و للإجابة على هذا السؤال يتوجب ان نعرف ما هو مبدأ التناسب و ماهي معاييره و الاساس القانوني الذي يرتكز عليه، فضلاً عن الوسائل التي يعتمدها القاضي في رقابه على مدى توفر هذا المبدأ من عدمه.

اهمية البحث research importance:

تكمن اهمية البحث في معرفة حداثة الدور الذي يضطلع به القاضي الاداري عند قيامه بالرقابة على الاعمال و التصرفات الادارية التي تتجاوز المشروعية بشكلها المجرد و الذي كان يقتصر في رقابته على التكييف القانوني للتصرفات و تسبيبها، إذ ان نطاق الرقابة القضائية قد تعدّى مؤخراً الى ضرورة تقدير مدى التناسب في تصرفات الادارة واهمية هذه التصرفات وخطورتها و الاجراء المُتخذ بشأنها، و تبيان الوسائل و الآليات التي يعتمدها القاضي عند إعماله لهذا النوع من الرقابة.

المبحث الاول - ماهيّة مبدأ التناسب

The first topic - What is the proportionality principle

سنحاول عن طريق هذا المبحث، الخوض في ماهية مبدأ التناسب، عن طريق تسليط الضوء على مفهوم هذا المبدأ من الناحية اللغوية و الاصطلاحية، و كذلك بيان ذاتيته و طبيعته القانونية، فضلاً عن دراسة الاساس القانوني المُعتمد لهذا المبدأ؛ عن طريق المطالب الآتية.

المطلب الاول - مفهوم التناسب

First requirement The concept of proportion

هناك تعريفاتٍ عِدّة لمبدأ التناسب، يمكن عن طريقها استنتاج اهم المفاهيم و المعايير التي يُبنى عليها هذا المبدأ، لذلك سنحاول تسليط الضوء على مفهوم مبدأ التناسب في فرعين؛ الاول سيتناول المفهوم اللغوي لمبدأ التناسب و في الفرع الثاني سنتطرق الى المفهوم الاصطلاحي له.

الفرع الاول-المفهوم اللغوي للتناسب

Section one - the linguistic concept of proportionality

التناسب لغةً، لفظة مشتقة من اصل كلمة (نسب) و التي يُعنى بها القرابة، و انتَسَبَ و استَنسَبَ، بمعنى ذكرَ نسبه، و ناسبَ فُلان، اي شاركه نسبه[١]. و ناسب مناسبه، اي شاكله و ماثله و لائمه، و شيئان تناسباً، اي تشاكلا و تماثلا، و استنسب الشيء بمعنى وجده ملائماً مناسباً، و النسب هو القرابة و الارتباط بين شيئين، و التماثل بين علاقات الاشياء، و التناسب يعني التشابه، و النسبة تعني الصلة[٢]. يُقال بين شيئين المناسبة و التناسب اي تشاكل و مشاكلة، و كذلك القول: لا نسبة بينهما، و فيما بينهما نسبة قريبة[١]. فالتناسب في اللغة هو صلة او علاقة تامة بين شيء و شيء اخر، او علاقة تربط الاجزاء ببعضها البعض وبينها وبين الكل، فالمفهوم المجازي لعبارة التناسب؛ يمتد الى الصلة بين شيئين (و المناسب القريب و بينهما مناسبة، و هذا يناسب هذا، اي يقاربه شبهاً)[٢].

كما وردت كلمة (proper) بمعنى الملائمة في اللغة الانكليزية[٣]، في حين تعني كلمة (La proportionnalite) في اللغة الفرنسية العلاقة او الرابطة او الصلة بين شيئين، او بين اجزاء الشيء الواحد او بين الاجزاء و بعضها الآخر، او بينها وبين الكل الآخر. كما يقصد بها ايضاً في واحدة من الاستخدامات اللغوية لهذه المفردة؛ جعل الشيء متكافئاً او متناسباً، و من ذلك يتبين ان تعبير او لفظة التناسب في اللغة الفرنسية، لها

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف للنشر، القاهرة، ص٤٤٠٥.

(٢) ابراهيم مدكور، المعجم الوجيز، وزارة التربية و التعليم، مجمع اللغة العربية، مصر، ١٩٩٩،ص٦٢١. و القاموس المنجد في اللغة و الاعلام، دار المشرق، بيروت ط٢٥/١٩٨١،ص٨٠٣.

(١) محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار المهد، الكويت،٢٠٠١،ص٤٨٩.

(٢) احمد بن محمد الفيومي المصري، معجم المصباح المدير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار الحديث، القاهرة،٢٠٠٣،ص٨٧٦.

(٣) حارث الفاروقي، المعجم القانوني، مكتبة لبنان، بيروت،، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٨، ص٥٦١.

دلالات لأكثر من معنى، وان كان ما يجمع بينها، هو انها تُعبّر في جميعها عن علاقةٍ ما، او امرين او شيئين يرتبطان برابطة معينة، تتصف بانها متوافقة او متلازمة او متكافئة او متلائمة[١].

الفرع الثاني-المفهوم الاصطلاحي للتناسب

The second section - the conventional concept of proportionality

ان مفهوم التناسب من الناحية الاصطلاحية مرهون بالنطاق الذي يحدد استخدام هذا المصطلح، فالمقصود بالتناسب ضمن النطاق التشريعي، هو العلاقة فيما بين السبب التشريعي و محلّه، اي الحالة القانونية و الواقعية التي دفعت بالمشرّع ان يصدر تشريع مُعيّن من جهة، و مدى توافقها وتناسقها وتقاربها مع ذات الموضوع التشريعي، اي المصلحة العامة المُراد تحقيقها من وراء اصدار ذلك التشريع[٢]. اما في النطاق العام فيُعنى بالتناسب هو العلاقة بين شيئين مُعبّر عنهما بصورة رمزية[٣]. او هو تعبير عن صلة او رابطة تتسم بالتوازن و التوافق بين شيء وآخر، ضمن نطاق العلاقات الاعتيادية و التي يُفترض ان تكون مُنظمة لتلك الصلة او الرابطة[٤].

فالتناسب تعبير عن الصلة او الرابطة التي تتصف بالتوازن او التوافق فيما بين حالة معينة و اخرى مناظرة لها، لينتج عن هذه الصلة توازن معقول و مقبول بين الحالتين[٥].

و من حيث الاصل فإن التناسب يقوم على علاقة او رابطة منطقية بين موضوعين، ليُعبّر عن علاقة متكافئة و متماثلة، و قد يكون ذلك التماثل و التكافؤ نسبي؛ اذا كان متعلقاً بعلاقة تربط بين (مصالح) متباينة، قد تتعارض او تتناقض، وذلك قد يتسم مفهوم التناسب بسمة يمكن ان تتصف بالازدواج بوجهين:

الاول: يتسق مع معادلة رياضية تتضمن عناصر لعلم لا تُحلل سوى القيم المجردة.

و الثاني: يكون اقرب لأفكار المنطق و العقل تتخذ في منهجها التصورات الاخلاقية ذات الطابع الفلسفي. و تأسيساً على ذلك فإن التناسب يشتمل على عنصرين (ثابت و متغير). فالثابت في علاقة التناسب؛ هو ما يُمثل على سبيل المثال؛ (المخالفة التأديبية) و المتغير منها هو ما يمثل (الاجراء التأديبي)، المعبر عن الجزاء التأديبي[١]. بمعنى آخر فإنه من الممكن القول؛ ان الثابت يشتمل على طرفين يُقاسا في العلاقة، و العنصر المتغير منها

---

[١] وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الاداري، دار الفكر و القانون، مصر،٢٠١٧،ص١٤.

[٢] تميم طاهر احمد الجادر/ سيف صالح مهدي العكيلي الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية، The International and Political Journal ٢٠١٤، Volume , Issue 24, Pages 183-212 ص٤.

[٣] المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، وزارة التعليم المصرية، ١٩٩٩،ص٦١٢.

[٤] جورجي شفيق، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص١٥.

[٥] خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة(رقابة التناسب)، مقال متاح على موقع هيأة الرقابة الادارية/ مجلس النواب الليبي/ الرابط http://raqaba-ly.com/?studies_researches، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٠/٢.

[٦] العلام محمد مهدي، دور القاضي الاداري في رقابة مدى تناسب الجزاء التأديبي، المجلة المصرية للدراسات القانونية و الاقتصادية، العدد الرابع، مارس، ٢٠١٥، ص١٠٥.

يتمثل في درجة و مدى العلاقة بين هذين الطرفين، و من ذلك فمن الممكن ان توجد عدّة صور للتناسب مختلفة المُحتوى و المضمون، الا انه هناك خاصية مشتركة تبقى جامعة بين تلك الصور وهذه الخاصية تتمثل في وجود علاقة تلازم منطقية تُفضي الى تصور ايجابي مجرد لمفهوم التناسب، كالتكافؤ، و الانسجام، و التناغم، و التوازن، و المعقولية. او مفضيةً الى تصور سلبي؛ كالمغالاة و الافراط و التعسف و تجاوز الحدود. وبين هذين التصورين، يتجسد سقف التناسب نسبياً وليس مطلقاً دقيقاً[١]. و هذا ما نجده في قرار المحكمة الادارية العليا في العراق و الذي افضى الى (تخفض العقوبة اذا كانت شديدة لا تتناسب مع المخالفة المُرتكبة)[٢].وقرارها بأن (لا يجوز لمحكمة قضاء الموظفين تصديق العقوبة لأنها لا تتناسب مع مخالفة الموظف)[٣]. و كذلك قرارها بأن (لا يجوز معاقبة الموظف على فعل لم يشكل مخالفة انضباطية)[٤].فضلاً عن قرارها بأن (لا يجوز مساءلة الموظف انضباطياً الا عن خطأ صادر عنه)[٥]. إذ نجد في هذه القرارات تكريساً واضحاً لمفهوم التناسب، فطرفي العلاقة هنا – المخالفة التأديبية و الاجراء التأديبي – في هذه القرارات نجدهما متلائمان تناسبياً بشكل واضح و جلي.

فالتناسب في نطاق القرار الاداري؛ هو السعي الى تكريس اكبر قدر ممكن من التوافق بين سبب القرار الاداري و محل هذا القرار، او هو العمل على تثبيت القدر المُستطاع من حالة التوافق و التطابق فيما بين الوقائع الثابتة من جهة و بين الاجراءات المُتخذة بشأن هذه الوقائع من جهة اخرى، و يمكن ان يتولد مفهوم التناسب عن علاقة توافقية فيما بين غاية او هدف او وسيلة في نصٍ معين، وهو وفق هذه الحالة سيكون بالإمكان تغيره بتغير الحالة المتوقعة وما يمكن ان يُحتمل من الاضرار، إذ من الممكن الاجتهاد بتوقع ما يمكن ان ينشأ من مضار و كذلك ما يحتمل من المنافع، و مدى خطورة الواقعة، و أهميتها و كذلك الغاية المُستهدفة منها، و ما يمكن تحمله من قيود و اعباء قد تقع على حقوق الاخرين و حرياتهم[١]. في ضوء ما تقدم فيمكن تحديد المعنى الاصطلاحي للتناسب بأنه تعبير عن الوصلة التوافقية فيما بين حالة واخرى مناظرة لها لإنتاج توازن مقبول بين الحالتين .

المطلب الثاني- ذاتية و معايير مبدأ التناسب

The second requirement - subjectivity and criteria of the proportionality principle

ان تحديد ذاتية و معايير مبدأ التناسب قد لا تخلو من ضرورة توخي الدقة، و ذلك لتعدد الاعتبارات التي يتوجب مراعاتها لتبني هذا المبدأ، لذا سنحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على ذاتية مبدأ التناسب و معاييره عن طريق الفرعين الآتيين.

---

[١] خليفة سالم الجهمي، مصدر سابق، ص٧.

[٢] قرار المحكمة الادارية العليا في العراق رقم ٤٩/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٤ بتاريخ ٢٠١٥/٢/٥. قرار غير منشور.

[٣] قرار المحكمة الادارية العليا في العراق رقم ٧٠٣/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٥ بتاريخ ٢٠١٧/٤/٦.

[٤] قرار المحكمة الادارية العليا في العراق رقم ١٣٨/١٣٧/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٧ بتاريخ ٢٠١٧/٦/١٥.

[٥] قرار المحكمة الادارية العليا في العراق رقم ١٢٩٨/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٧ بتاريخ ٢٠١٧/١١/٢٣

[1] Michel Guibal, De La proportionnalite, AJDA,1978,P.477.

الفرع الاول- ذاتية مبدأ التناسب

Section one - the subjectivity of the proportionality principle

لا يجوز للشرطة إطلاق النار على العصافير بالمدافع. بهذا التعبير التصويري ابتدأ نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي (جان مارك سوفيه) القاء محاضرته عن بحثه الموسوم(مبدأ التناسب حامي الحريات) إذ وجه خطابه الى المعنيين بالسلطة التقديرية و القياس في اتخاذ القرارات، بضرورة اعتمادهم لآلية للموازنة بين المبادئ القانونية ذات الرتبة المعادلة ، والتي يمكن تطبيقها في الوقت نفسه ولكنها متناقضة، والتي تؤكد نفسها بشكل طبيعي كضامن للحريات الفردية والأهداف المشروعة الأخرى ، مثل حماية الحريات الفردية و المصلحة العامة وعلى وجه الخصوص، حماية النظام العام أو فعالية العمل العام، التوازن بين هذين الفرعين هو مسألة تناسب أو وسط سعيد ، على حد تعبير أرسطو[١].

يقوم مبدأ التناسب على مكنة السلطة التقديرية التي تتمتع بها الادارة اثناء ممارستها لنشاطها الاداري، بما تتضمنه من مساحة في انتقاء انجع الحلول و افضلها و اكثرها ملائمة لعملية اتخاذ القرار، من ذلك فانه يجدر بالإدارة ان تبذل اقصى ما يمكنها من الجهود في تقدير الظروف و اختيار افضلها بالشكل الذي يضمن تحقيق المصلحة العامة. و يظهر ان هذا المضمون لا زال محل تباين في مقبوليته الفقهية، و جزاء الاخلال به، و في هذا الشأن يمكننا نظريات ثلاثة، نُعنى بتشخيص ذاتية وجوهر فكرة التناسب في القانون الاداري[٢]:

اولاً- النظرية الاولى: و مضمونها ان الادارة تلتزم بإصدارها لأفضل القرارات التي تتلاءم و الصالح العام، و الملاءمة وحدها لا تكفي، بل يتوجب ان تكون بأقصى و افضل ما يمكن، مع اقترانها بالرقابة القضائية على هذه القرارات، و حيال ما يتلبس عملية تحديد افضل هذه الاخيرة و اكثرها ملاءمة، الا ان هذه النظرية لا تخلو من النقد، سيما و ان الاخذ بها يجعل من القاضي يحل محل رجل الادارة، الامر الذي يخرج الاول عن نطاق وظيفته كقاضٍ للمشروعية، ناهيك الاثر الذي ممكن ان ينتج عن ذلك من شل فاعلية العمل الاداري. إذ (ليس للمحكمة ان تحل محل الادارة او تأمرها للقيام بأمر معين لا يقتضيه تطبيق مبدأ المشروعية)[١].

ثانياً- النظرية الثانية: و مضمونها التزام الادارة بإصدار القرارات الناجعة و افضلها في تحقيق المصلحة العامة، بصرف النظر عن الآثار التي يمكن ان تترتب جرّاء اتخاذ هذه

---

[1]Conférence de Jean-Marc Sauvé vice-président du Conseil d'État ,Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017, Le principe de proportionnalité,protecteur des libertés Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017 . https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes#_ftn3.

[٢] محمد اسماعيل علم الدين، التزام الادارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقة و القضاء الفرنسي، مجلة العلوم الادارية، العدد الثالث، ديسمبر/١٩٧١، س١٣ع٣ص١٣ وما تلاها.

[١] قرار المحكمة الادارية العليا في العراق المرقم ٢٧٩/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٨ بتاريخ ٢٠١٨/٢/١١.

القرارات ومن دون خضوعها الى رقابة قضائية، الان ان هذه النظرية؛ تضع الافراد تحت رحمة الادارة، لاطمئنان الاخيرة ان تصرفاتها لا تقترن بأي جزاءات يقرها القانون، و هنا سيكون انحياز لحساب فاعلية العمل الاداري على حساب حقوق الافراد الشخصية، لذا فإن هذه النظرية لم تجد مجالاً للقبول ازاء ما تتعرض له من نقد[١].

ثالثاً- و قوام هذه النظرية هو التزام الادارة ببذل اقصى ما يمكنها من جهد في سبيل اتخاذ افضل القرارات و انجعها و اكثرها ملاءمة، و هذا الالتزام قانوني بطبيعته و يخضع لرقابة القضاء في حال ارتكاب الادارة خللاً واضحاً عن طريق عدم مراعاة ما يلي:

١- ضرورة التزام الادارة ببذل اقصى جهد في سبيل اتخاذ قرارات اكثر ملائمة.
٢- ضرورة التزام الادارة بدراسة ظروف كل حالة بعناية خاصة بُغية الوصول الى انسب القرارات ملاءمةً.
٣- ان وصف القرار الاداري بأنه غير ملاءم من حيث الظاهر؛ يمكن ان يُعد اخلالاً من قبل الادارة بالتزاماتها القانونية التي تفرض عليها بذل اقصى الجهود الممكنة لدراسة ظروف كل حالة، بُغية التوصل الى اكثر القرارات ملاءمة.

و يبدو ان هذه النظرية هي الاكثر مقبولية؛ لان عن طريقها يمكن تحقيق توازن معقول يضمن فاعلية نشاط العمل الاداري من جهة و ضمان حرية الافراد و حقوقهم من جهة اخرى، فضلا عن ان هذه النظرية تسمح للإدارة ان تتمتع بمساحة من المرونة في سلطتها التقديرية.

الفرع الثاني- معايير مبدأ التناسب

Section Two - Criteria for the proportionality principle

ان موضوع وضع معايير محددة للتناسب قد تواجه بعض الصعوبات، لان الامر لا يخلو من الدقة نظراً للاعتبارات المتعددة التي يتوجب مراعاتها بخصوص القول بالتناسب من عدمه ، و تأسيساً على ذلك فأن المعايير التي أُخذ بها لتحديد التناسب قد تعددت و هي كما يأتي:

اولاً- المعيار الموضوعي: و مقتضاه ان يكون هناك تناسب بين الاثر الذي ينطوي عليه الاجراء، و جسامة النتيجة التي ترتبت عن الفعل، و يُفترض ان تقوم في هذا التناسب، ثمة صلة فيما بين السلوك من جهة و النتيجة من جهة اخرى، فوفقاً لذلك على سبيل الفرض، فإن العقوبة يتوجب ان تكون متناسبة مع مقدار جسامة مادية الجريمة بغض النظر عن اثر ارادة المُخطئ في ارتكاب الخطأ، و هذا يُعد منطقياً لما تطلبه وظيفة العقوبة لردع و زجر الجاني كجزاء لما ارتكبه من خطأ، و معنى هذا ان جسامة العقوبة يجب ان تتوافق طردياً مع جسامة الجريمة، وهذا هو ما يفرضه مبدأ العدالة عند إعماله، إذ ان العقوبة هي الجزاء لمن يرتكب جرماً ما، و تأسيساً على ذلك يتوجب ان يلحق بالجاني أثراً يكرهه يتناسب مع مقدار ما سببه الاخير من ضرر في النظام القانوني، و

---

[١] محمد مختار عثمان، ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق جامعة بنغازي، المجلد الثالث عشر، ١٩٩٤، س٤، ص٥٥ و ما يليها.

مما يجدر ذكره؛ ان التناسب كان امراً اخلاقياً في بدء نشأته، ثم ما لبث حتى تحول الى امراً اجتماعياً، ليتطور مؤخراً و يتحول الى مبدأ قانوني يُعتد به و يتوجب مراعاته[١].

يعود الفضل في ولادة هذا المعيار الى المدرسة التقليدية إذ تركزت دراسة فقهائها على الجريمة دون المجرم، و ذلك لافتراض ان المجرم هو عادةً ما يكون شخصاً سوياً بطبيعة الحال، و لا يفقد هذه الصفة الا في حال قد خسر اختياره او ادراكه، و على هذا الاساس فإن غالب القوانين العقابية تتركز في دراستها و معالجتها على الجريمة دون المجرم، و مدى تناسب العقوبة و ملائمتها و التي تُحدَّد مقداراً و نوعاً في ضوء جسامة الجُرم المُرتكب، إذ كلما كانت الجريمة تتصف بالجسامة؛ كلما كانت العقوبة اشد بصرف النظر عن ظرف الجاني[٢]. الا ان اعتماد هذا المعيار افضى الى نتائج غير مقبولة، فالفعل الجسيم الذي يُرتكب في نطاق هذا المعيار؛ يترتب عليه عقوبات تتصف بالشدة حتى ولو كان نصيب مرتكب الخطأ ضئيلاً. في وقت ان الفعل البسيط لم يكن ليستوجب سوى عقاب بسيط حتى وإن انطوى على خطأ كبير في حق فاعله[٣]. ذلك كون فقهاء المدرسة التقليدية كانوا قد اسسوا ضوابط التجريم و العقاب على قواعد موضوعية صرفة لا يُراعَ فيها ظروف الجاني و شخصيته التي دفعته لارتكاب الجريمة[٤]. وهذا ما نجده مُجسداً في قرار المحكمة الادارية العليا في مجلس الدولة العراقي و الذي افضى الى انه (يُشترط لمعاقبة الموظف، ارتكابه مخالفة تستوجب فرض العقوبة)[٥]. وكذلك قرارها الذي افضى الى انه (لا يجوز فرض عقوبة انضباطية على الموظف ما لم يثبت ارتكابه فعل يعاقب عليه القانون او تقصيره في اداء الواجب)[٦] و كذلك قرارها الذي اوجب (على المحكمة الاخذ بنظر الاعتبار سيرة الموظف الوظيفية في تقدير مدى ملائمة العقوبة المفروضة بحقه)[١].

ثانياً- المعيار الشخصي: ذكرنا آنفاً ان المعيار الموضوعي يتخذ جسامة الفعل المادي اساساً له. اما المعيار الشخصي للتناسب فهو مبني على خطورة الجاني المتمثلة فيما صدر عنه. فالرابطة السببية التي تقوم بين الجاني و سلوكه؛ لن تكون كافية، لذا فإن هيكل المعيار الشخصي هو الركن المعنوي للجريمة. و يعود الفضل في ولادة هذا المبدأ الى المدرسة الوضعية الايطالية التي كرست اهتمامها الى دراسة ظروف و شخصية الجاني، اذ يرى روّاد هذه المدرسة ان الجاني لا يرتكب الجريمة الا بسبب عوامل خارجية و داخلية، الامر الذي يُفضي الى وجوب محاسبته في نطاق هذه الظروف، كون ان سلوكه سيكون كاشفاً عن مدى خطورته على المجتمع[٢]. فالأساس في المسؤولية

---

[١] نادرة محمود سالم، السياسة الجنائية المعاصرة ومبادئ الدفاع الاجتماعي من منظور إسلامي مع تطبيقات الشريعة الإسلامية في مكافحة الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص٤٢.

[٢] د. فهد يوسف الكساسبة، وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل، ط ١، دار وائل للنشر، عمان ،٢٠١٠، ص ١١١

[٣] طارق عبد الوهاب سليم، المدخل إلى علم العقاب الحديث القاهرة ،دار النهضة العربية ١٩٩٩، ص١٧٧.

[٤] عمر خوري، السياسة العقابية، ط ١، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠٠٩ ، ص ٣٣.

[٥] قرار المحكمة الادارية العليا في العراق رقم ١٠٥/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٤، بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٦.

[٦] المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار ٤٥٢/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٣/١٢/٥.

[١] المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار ٥١٢/٥١١/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٤ بتاريخ ٢٠١٦/٣/٣.

[٢] فهد يوسف الكساسبة، مصدر سابق، ص ١١٢،١١٣،٣٥.

الجنائية عند مؤيدي هذه المدرسة هي مستوى الخطورة الاجرامية. لذا فإن هؤلاء الفقهاء يذهبون الى ان العقوبة يجب ان تكون متناسبة مع مدى خطورتها و ليس مع جسامة الفعل المُرتكب، إذ ان الخطورة هي التي ما سيُكشف عنها عن طريق سلوك الجاني، لتُحقق العقوبة اهدافها، فالخطورة هي فكرة تعددت صورها و تبلورت حتى نتج عنها نواة لنظرية سُميَّت بالركن المعنوي، و التي تحولت لاحقاً الى ان تكون من اهم نظريات القوانين العقابية، و تأسيساً على ذلك فقد صار من غير المقبول ان يقرر المشرّع في النُظم القانونية المعاصرة، عقوبات شديدة على جانٍ ارتكب خطأً بسيطاً بصرف النظر عن جسامة الفعل المادي المُرتكب من قِبَل الاخير[١]. إذ ان المُشرّع اصبح مُدركاً ان هناك جانب نفسي يعمل على ربط الفعل بالفاعل، ليس اقل اهمية من الجانب المادي المُتجسّد في الجريمة، إذ ان هناك ثمة عوامل نفسية قد تعمل على زيادة الجسامة المادية للجريمة، و يمكن ان يُفضي ذلك الى حصر العقوبة بين حدّين اقصى و اعلى، ليكون متاحاً للقاضي ان يحدد نقاط التوازن الافضل بين جانبي الجريمة النفسي و المادي من جهة، و الاثر المترتب (العقاب) من جهة اخرى، بمعنى آخر ان القاضي سيُتاح له مكنة تحديد مقدار الاثر المناسب للإيلام العقابي، و المعاملة العقابية للمُدان[٢]. الا اننا هنا نجد ان القضاء الاداري العراقي قد نحى منحاً مخالف عن طريق الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة في حينه و الذي قرر ان (على مجلس الانضباط العام مراعاة جسامة الفعل المرتكب مع العقوبة المفروضة)[٣] و كذلك قراره الذي افضى الى ان (تُحدد العقوبة الانضباطية و الجزائية تبعاً لجسامة الخطأ)[٤].اذ ان هذين القرارين قد ركزا على جسامة الفعل المُرتَكب من قِبل الموظف من دون ان يتطرّقا الى العوامل النفسية التي ادت الى هذه الجسامة في الفعل المُرتكب.

ثالثاً- المعيار المختلط: عن طريق الجمع بين المعيارين السابقين؛ تبنّت المدرسة التوفيقية معياراً مختلطاً، حاولت فيه التوفيق فيما بين جسامة الفعل المرتكب(جسامة الجريمة) التي اخذته المدرسة التقليدية منهجاً من جهة، و معيار خطورة المجرم وشخصيته الاجرامية اي المعيار الشخصي، الذي اخذته المدرسة الوضعية من جهة اخرى، إذ ان في جمع المعيارين بمعيار ثالث مختلط، يخرج بعقوبة تتناسب مع جسامة الفعل المادي المُرتكب في مرة، و في مرة اخرى يخرج بتناسب مع درجة الخطأ المُرتكب، و الذي ينكشف عنه سلوك الفاعل، و ذلك عن طريق منح القاضي لمكنة في سلطته التقديرية لفرض العقوبة التي تتناسب مع جسامة الخطأ المُرتكب، و خطورة الفاعل ضمن نطاق القواعد القانونية المُتاحة[١]. لذا فمن الممكن ان يؤخذ بالمعيارين السابقين لنخرج بمعيار ثالث في نطاق التشريع نفسه، لينتج لدينا عقوبة متناسبة و متوائمة مع الفعل المُرتكب و

---

[١] طارق عبد الوهاب سليم، مصدر سابق، ص١٧٨.

[٢] نادرة محمود سالم ،السياسة الجنائية المعاصرة ومبادئ الدفاع الاجتماعي من منظور إسلامي مع تطبيقات الشريعة (الإسلامية في مكافحة الجريمة، الناشر النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة ،ص٣٨.

[٣] قرار الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة في العراق ، ٢٨٢/٢٦٨/انضباط/تمييز/٢٠٠٨، بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٣١.

[٤] قرار مجلس الدولة في العراق، رقم ٢٠١٨/٩٨ في ٢٠١٨/٩/٣٠.

[١] فهد يوسف الكساسبة، مصدر سابق، ص١١٣.

خطورة سلوك الفاعل، و ذلك لأهمية التناسب المادي بلحاظ ان اغلب المؤسسات التشريعية تستند اليه في عملية سن تشريعاتها العقابية، فضلاً عن التناسب الشخصي الذي لا يقل اهمية، فإن عملية استيعاب الصلة النفسية فيما بين مُرتكب الخطأ و مقدار خطورة هذا الخطأ و مدى تأثر مستوى تلك الخطورة بما ينطوي عليه الوضع النفسي له، فإن ذلك قد يؤول الى تعديل في المفاهيم العقابية بالشكل الذي ينتج عنه تكريس الهدف المنشود من العملية العقابية وهو الاصلاح و التقويم[١].

مما تقدم نستطيع ان نستشف عن طريق استعراض تلك المعايير، ان المعيار المختلط هو المعيار الذي يمكن ان يُحقق اعلى قدر من مستوى العدالة، و ذلك عن طريق ملائمة العقوبة، و منح القاضي مكنة السلطة التقديرية لفرضها بناءً على شخصية الجاني و مستوى خطورته من جانب، و جسامة الجرم المُرتكب و مدى خطورته على المصالح المحمية من جانب آخر.

المطلب الثالث- الاساس القانوني لرقابة التناسب

The third requirement - the legal basis for proportionality control

من استقراء آراء المختصين بشأن الاساس القانوني لرقابة التناسب، نجد انها تؤسس بشكل مُجمل على اساسين اثنين هما قاعدة تدرج الجزاءات التأديبية، و على وصف التناسب على انه احد مبادئ القانون العامة وكما يلي:

الفرع الاول- قاعدة تدرج الجزاءات التأديبية

Section one - the rule for grading disciplinary sanctions

غالباً ما يكون النطاق التأديبي في القوانين الادارية؛ هو الميدان الذي يُطبّق فيه رقابة التناسب، الا ان هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ ان تلك الرقابة لم تبقَ حكراً على هذا الميدان؛ بل تعدت في نطاقها لتتضمن اجراءات الضبط الاداري كذلك[٢]. ومما هو معلوم، ان المشروعية هي المُراعاة في تنظيم عمل الوظيفة العامة و كما هو معروف ان لهذا المبدأ تطبيق مُختلف في نطاق القانون التأديبي عمّا عليه الحال في القوانين الاخرى، لا سيما الجنائي منها، فالمخالفات في الاول لا ترد على سبيل الحصر كما عليه الحال في القانون الاخير، اما فيما يخص الجزاءات، فالمشرع يوردها تسلسلاً و بشكل حصري، و تأسيساً على ذلك، فإن الادارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيارها للجزاءات التي توقعها على الموظف، بعد تثبيت ان الاخير قد تصرف تصرفاً يُمكن ان يُعد مخالفة تستوجب المعاقبة جرّاء ارتكابها وهذا ما نجده جلياً في قرار المحكمة الادارية العليا في العراق حيث (اشترط لمعاقبة الموظف ارتكابه مخالفة تستوجب ذلك)[١]، الا ان تلك السلطة التقديرية ليست مُطلقة بل يجب ان تكون مُقيدة بقيد التناسب، نوعاً و مقداراً من بين ما ورد من جزاءات على سبيل الحصر في القانون، إذ (يجب ان تخضع في

---

[١] طارق عبد الوهاب سليم، مصدر سابق، ص١٧٨.

[2]"Le principe de proportionnalité, protecteur des libertésInstitut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017,Conférence de Jean-Marc Sauvé[1], vice-président du Conseil'État.https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes.

[١] قرار المحكمة الادارية العليا في العراق المرقم ١٢٤٢/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٤ بتاريخ ٢٠١٥/١١/٢٣.

استخدامها الى اسس و معايير موضوعية وعادلة)[١] . و يظهر هنا ان المشرّع قد قصد ان يوجد تفاوت تدرجي او تسلسلي في الجزاءات مقداراً و نوعاً و من البسيط الى الاشد ثم الى الاكثر شدّة، و الهدف من ذلك هو منح الادارة مساحة واسعة من المرونة في اختيارها للجزاء الذي يجب ان يكون عادلاً حيال المُخالفة التأديبية التي ارتكبها الموظف، و التدرج هنا انما يعكس بوضوح نيّة المُشرّع في مراعاة التناسب في اختيار الجزاء، و هذا مردّه الى الانصاف و المنطق و العدالة[٢]. و هنا يمكن القول ان التدرج في الجزاءات التأديبية يُعد اساساً قانونياً لاحترام التناسب في عملية اختيار الجزاء التأديبي، ذلك ان التدرج يعني بالضرورة ان المخالفات ليست على ذات الدرجة من الجسامة، و هذا ما نجده جلياً في حكم المحكمة الادارية العليا في مصر حيث بررت رقابتها على التناسب تأسيساً على فكرة التدرج في فرض الجزاءات، حيث ان(قضاء هذه المحكمة قد جرى على ان الاصل ان يقوم تقدير الجزاء على اساس التدرج تبعاً لدرجة جسامة الذنب الاداري، و على انه اذا كان للسلطات التأديبية و من بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الاداري و ما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، فإن مناط مشروعية هذه السلطة ان لا يشوب استعمالها غلو، و من صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة جسامة الذنب و بين نوع الجزاء او مقداره)[٣]. و تأسيساً على ذلك فإن على الادارة عند مباشرتها تخصصها في سلطتها التقديرية لاختيار الجزاء المناسب مع درجة خطورة و جسامة الخطأ المُرتكب، مسترشدةً في تقديرها للجزاء بمجموعة من المعايير المُحددة، كمراعاة المصلحة العامة و ظروف المخالفة و ملابساتها، و اثر العقوبة على الوضع الوظيفي للموظف. و قد أيّد فقهاء كُثُر موضوعة التدرّج في سلسلة الجزاءات كتفسير للرقابة القضائية الادارية على التناسب كأساس قانوني لهذه الرقابة. إذ يرون ان نيّة المشرّع في تدريج شدّة الجزاء؛ إنما كان بُغيّة قياس الجزاء بمقدار ما ثبتَ من خطأ قد ارتكبه الموظف، لذا فإنهم يفسرون احكام القضاء الصادرة كرقابة على التناسب قد وردت اتفاقاً مع نيّة المُشرّع في تدريجه للعقوبات[١]. فجانب من محاكم القضاء الاداري قد بسطت رقابتها على تناسب الجزاءات، إذ ترى في تدرّج الجزاءات التأديبية انما يدل على ان نيّة المُشرّع هي إيجاد التناسق بين التهمة الثابتة و العقاب أي قياس الجزاء بمقدار الخطأ الثابت، بمعنى ان تصرف الادارة بإيقاعها لجزاء لا يتناسب مع ما ثبت من خطأ؛ يُعد تصرفاً مُخالفاً لما نصت عليه المادة القانونية التي ذكرت العقوبة الجائز ايقاعها، مُتدرجةً في شدتها، و هذا ما عززته محكمة القضاء الاداري في مصر، حيث ذهبت الى ان (.... القانون رقم ١٤١ لعام ١٩٤٧ الخاص بالعُمد و المشايخ قد نصَّ على ان للمدير ان يُجازي العُمدة او الشيخ

---

(١) قرار المحكمة الادارية العليا في العراق المرقم ٧٤٢/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠٢٠ بتاريخ ٢٠٢٠/١١/١١.
(٢) خليفة سالم الجهمي، مصدر سابق، ص٣٤١.
(٣) الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ١٠ قضائية جلسة ١٩٦٥/٢/٦. نقله، وليد محمد الشناوي، مصدر سابق، ص٢٣.
(١) فؤاد العطار، رقابة القضاء لاعمال الادارة، القاهرة، مطابع دار الكتاب العربي، ط ١٩٦٠،٢-١٩٦١، ص٥٩٨. نقلاً عن مايا محمد نزار ابودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري، دراسة مقارنة بين فرنسا و مصر و لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الاولى، بيروت،٢٠١١، ص٢٧.

بالانذار او الغرامة التي لا تجاوز مائتي قرش؛ كما نص على الجزاءات التي يجوز للجنة الشياخات اصدارها على العمدة او الشيخ و هي الانذار او الغرامة التي لا تتجاوز اربعين جنيهاً او الفصل من الوظيفة. وهذا التدرج في الجزاء الاداري يجوز توقيعه بمعرفة المدير او لجنة الشياخات، يدل على ان المشرّع قصد ان يقاس الجزاء بما يثبت من خطأ)[١]. كذلك اتخذت المحكمة نفسها، من عدم مراعاة التدرّج في ذكر الجزاءات، سبباً لإلغاء قرار الادارة حيث (.... ان الجزاء يجب ان يكون مناسباً مع الجرم، و الا اتسم بعدم المشروعية و القانون، إذ تدرّج في قائمة الجزاءات الخاصة بسرقة اموال الهيئة العامة للسكك الحديدية فجعلها تتراوح بين خفض المرتب و العزل من الوظيفة، يكون قد هدف من هذا التدرج في انزال العقاب؛ الى وجوب الملاءمة بينه و بين الجرم الذي يثبت في حق الموظف...)[٢].

الا ان هذا التوجه كان محل نقد، و نقده مبنياً على انه لم يميز الجريمة التأديبية كونها مُختلفة عن الجريمة الجنائية، من ناحية انها غير خاضعة لقاعدة (لا جريمة الا بناءً على نص)، إذ ان للسلطة التأديبية، و من ورائها رقابة مجلس الدولة؛ ان تشخّص اي عمل يرتكبه الموظف بأنه عملاً يمكن ان يُعد كجريمة تأديبية، في حال انه كان لا ينسجم و الواجبات الوظيفية، إذ من غير الممكن حصر الجرائم التأديبية سلفاً، وكذلك وضع عقوبة محدد او خاصة لكل جريمة تأديبية، عكس ما عليه الحال في القانون الجنائي، فمن وجهة نظر منتقدي هذا التوجّه، ان طبيعة التأديب تقوّض و ترفض التوجّه في تدريج الافعال حيال الجزاءات المُقررة لها، وذلك لان من خصائص مشروعية الجزاءات التأديبية هو عدم وجود علاقة بين كل جريمة و الجزاء الذي يناسبها[٣].

الفرع الثاني- التناسب احد مبادئ القانون العامة

Section Two - Proportionality is one of the general principles of law

يذهب جانب من الفقه الى ان فكرة التناسب تندرج ضمن قائمة المبادئ العامة للقانون[١]. و تُعد قرارات التأديب هي المجال الرئيس لتطبيق هذا المفهوم، بمعنى ان التناسب يُعد من عامة المبادئ القانونية التي يتوجب على الادارة الالتزام بها و جعلها منهجاً لا تحيد عنه في إعمال تصرفاتها، من دون ان تكون هناك نصوصاً صريحة خاصة بذلك، فالقاضي هنا سيكون قاض مشروعية و وظيفته تكون كذلك طالما انه لا يتعدى حدود نطاقها، عن طريق مطابقته اركان القرار الاداري مع احد المبادئ القانونية (التناسب) و بالتالي فإن القاضي يعتمد بإلغائه للقرار على مخالفة الاخير لاحد مبادئ

---

[١] حكم محكمة القضاء الاداري في مصر بتاريخ ١٩٥١/٦/٢٦ قضية ٥٣٦ لسنة ٤ق، المجموعة السنة ٥ ص١٠٩٦، نقله، مايا محمد نزار ابودان، مصدر سابق، ص٢٨.

[٢] حكم محكمة القضاء الاداري في مصر بتاريخ١٩٦٣/٦/٨، قضية رقم ٢٥ لسنة ٩ق، المجموعة السنة١٠ ص٢٠٩٦، نقله المصدر نفسه، ص٢٨.

[٣] سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية- دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٨٤،ص٨٣.

[1] H. Maurer, Droit administratif allemand, L.G.D.J, 1987. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1996_num_48_3_5295.

القانون العامة، و ليس لعدم التناسب[١]. و في مكان آخر نجد ان هناك من ذهب الى ابعد من ذلك؛ إذ اضفت المحكمة الدستورية العليا المصرية قد على التناسب قيمة دستورية ملزمة لسلطات الدولة سيما التشريعية منها، فقد وسعت تلك المحكمة من مجال تطبيقها لهذا المبدأ، بالشكل الذي تعدى نطاق الجزاءات التأديبية ليشمل جميع انواع الجزاءات الجنائية و المدنية و المالية، و هذا ما نجده جلياً حيث (جرى قضاء هذه المحكمة على ان شرعية الجزاء – جنائياً كان ام مدنياً ام تأديبياً- مناطها ان يكون متناسباً مع الافعال التي اثمها المشرع، او حظرها او قيّد مباشرتها. فالأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضاً او عاتياً، او كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها، او مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الافعال التي اثمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده، ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً)[٢]. كما ان جانب من الفقه ذهب الى ان الرقابة القضائية للتناسب في النطاق التأديبي؛ يجد له اساساً في مخالفة روح القانون و معناه[٣]. إذ إن هذا المبدأ قد ارسته المحكمة الادارية العليا في مصر عن طريق رقابتها على مبدأ التناسب ضمن النطاق التأديبي بالشكل الذي لا يتعارض مع حريّة الادارة في تقدير خطورة الخطأ التأديبي الذي يرتكبه الموظف، وما يناسبه من جزاء، الا ان العقوبة اذا كانت قد تجاوزت المعقولية، فإنها ستكون عقوبة غير مشروعة، وإن التباين الجسيم الذي يحصل بين الخطأ و العقوبة التي تترتب عنه، انما هو شيء يخالف روح القانون و معناه. وهذا ما اقرته المحكمة، حيث جاء في احد احكامها (... و لما كان العقاب الذي انزلته المحكمة التأديبية بالمتهم هو اقصى العقوبات المُقررة في باب الجزاءات عن السرقة دون ان تحتوي الاوراق او ملابسات الدعوى ما يدعو الى هذه الشدة المتناهية، الامر الذي يجعل المفارقة ظاهرة بين الجريمة و الجزاء، و بالتالي مخالفة هذا الجزاء روح القانون، مما يتعين معه تعديله و انزاله الى الحد المتلائم مع الجرم الاداري الذي يثبت في حق المتهم)[٤]. و في السياق نفسه، نجد ان مجلس الدولة العراقي قد قرر بأن (تُحدد العقوبة الانضباطية و الجزائية تبعاً لجسامة الخطأ)[١].ومن جانب اخر فإن هناك اتجاه يرى عدم صحّة اعتبار ان مخالفة روح القانون، كأساس للرقابة القضائية على التناسب بين الخطأ المُرتكب و الجزاء المفروض عليه في المجال التأديبي، فهو يُبيّن ان مخالفة روح القانون لا يُمكن عَدُّه الا كصورة من صور عيب الانحراف واساءة استخدام السلطة[٢]. وهناك ايضاً من ينفي ان تُعد رقابة

---

[1] H. Maurer, Droit administratif allemand, L.G.D.J, 1987. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1996_num_48_3_5295..

[٢] القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية دستورية بجلسة ٢٠٠١/٦/٢ ج٩ دستورية ص٩٨٦. نقله وليد محمد الشناوي، مصدر سابق ص٢٥.

[٣] عبدالفتاح حسن، التاديب في الوظيفة العامة ، القاهرة، دار النهضة العربية ١٩٦٤ ، ص٢٨٣.

[٤] حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٦٣/٦/٨ قضية رقم ٢٥ لسنة ٩ ق المجموعة ١٠،ص٢٠٩٦. نقله مايا محمد نزار ابودان، مصدر سابق، ص٣٢.

[١] قرار مجلس الدولة العراقي، رقم القرار ٢٠١٨/٩٨، تاريخ القرار ٢٠١٨/٩/٣٠.

[٢] سليمان الطماوي، قضاء التأديب، / دراسة مقارنة، القاهر، دار الفكر العربي، ١٩٩٥، ص٦٩٧.

التناسب مؤسسة على مخالفة روح القانون ومعناه، كون ان الاخيرة ما هي الا تسمية جرى اطلاقها على التعسف في استخدام الحق[١].

من جانب آخر اتجه فريق من الفقهاء الى ان رقابة التناسب جاءت مؤسسة على اعتبارات العدالة، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي بخصوص فرض رقابة التناسب على قرارات الضبط المحلي، انما يجد القضاء تفسيره عن طريق عِدّة اعتبارات عملية مُتعلقة بمجموعها بالسلطة المحلية بوصفها سلطة مُنتخبة، قد تدفعها بعض الظروف المحليّة الى اساءة استخدامها للسلطة، تماشياً مع توجهات و رغبات الناخبين، و الرأي العام، و إن كان ذلك على حساب الحريات العامة في بعض الاحيان[٢]. و قد تماشى جانب من الفقه العربي مع ذلك، حيث يؤيد جواز ان يتعرّض القاضي بشكل استثنائي لتقدير عنصر الملائمة في اجراءٍ ما، إذ ان للقاضي مكنة البحث في تناسب الاخطاء المُثبتة و مدى اهميتها و خطورتها من جهة، و الاجراءات المُتخذة حيالها من جهة اخرى، و ذلك في الحال الذي قد لا يحسم القانون هذا التناسب، وجد القاضي من جانبه اهمية دخله الموضوع، وان لا يترك للإدارة حرية تقدير التناسب، استناداً للاعتبارات العملية واعتبارات العدالة[٣].

الا ان هناك من جانَبَ التوجه السابق، إذ يرى فريقٌ من الفقهاء عدم جواز القول بأن روح القانون او اعتبارات العدالة يمكن ان تُعد كأساس لرقابة التناسب من قبل القضاء الاداري، و الحجة في ذلك؛ هو ان هذه الاعتبارات تتصف بالمرونة، فهي ان كانت موجهة للقضاء لطريقٍ ما؛ فإنها لا تستطيع ان تحدد وتلزمه بهذا الطريق، إذ ان روح القانون واعتبارات العدالة، توجب أيضاً حماية الحقوق الناتجة عن القرار المتسم بعدم التناسب من الالغاء، إذ من غير المنصف ان يتحمل الشخص آثار قرار اداري كان قد بُنيَ على أُسس غير صحيحة، و لهذا فإن رقابته قد تمتد الى صحة تلك الاسس و الوقائع، إذ ليس من المصلحة بشيء ان تُلغى قرارات سبق و قد أخطأت الادارة في تقدير الوقائع التي تعكزت عليها، و لهذا السبب قد تمتد الرقابة الى ظروف اخرى قد تعمل على تبرير ذلك القرار[١]. و هذا ما نجده في ابهى صوره في قرار المحكمة الادارية العليا في العراق، إذ جاء في حيثيات قرارها، ان مبادئ العدالة توجب على المحكمة عدم رد الخصومة لوجود خطأ مادي. إذ (لاحظت المحكمة الادارية العليا ان التخفيف من اجراءات التقاضي و الحد من اسباب رد الدعوى و الحفاظ على حق

---

[١] محمد ميرغني خيري ادريس نظرية التعسف باستعمال الحقوق الادارية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٢ ، ص٦٢٧.

[2] J.M.AUBY et R.DRAGO, traite de conterntieux administrative, op. cit, P.403.

[٣] عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للادارة و الرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧١،ص١٧٢.

[١] محمد ابراهيم سليمان، الرقابة القضائية على ملائمة القرارات التأديبية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية - الشعبة المصرية، مجلة العلوم الادارية ، مجلد ٥، عدد ٢، ١٩٦٣، ص٢٦٩.

الموظف في الطعن من السقوط يعد الضامن لحسن اصدار الاحكام و لثقة المواطن في وجود عدالة...)[١].

الفرع الثالث-الدور المنشئ للقاضي الاداري

Section third - The establishing role of the administrative judge

ان مما يُميّز القضاء الاداري انه قضاء يبتدع الحلول للازمة لمواجهة ما يطلبه العمل الاداري، عن طريق الموائمة بين تلك المتطلبات و ما تستوجبه المشروعية ليخلص اخيراً الى نظريات و مبادئ عامة، إذ تعود تلك الاخيرة الى ضرورة إيجاد قواعد حاكمة يعمل القاضي على صياغتها بالشكل الذي يُراعى فيها متطلبات المشروعية، ناهيك عن ضرورة وجود قواعد قانونية تُعين القاضي على معالجة ما معروض امامه من نزاع للفصل فيه.

ان للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها قواعد القانون الاداري من ناحية ظروف نشأته و تعدد مجالات تطبيقه في ضوء ما يقابله من تعدد مجالات النشاطات الادارية و عدم حصر او تقنين تلك القواعد، كل ذلك جعل من القضاء الاداري لاعباً لدوراً انشائياً واسعاً في حال عدم وجود نص يعالج ما معروض امام القاضي الاداري من النزاع، بالشكل الذي يمكن ان يكون القاضي (مُشَرّعاً)، إذ يتمتع القاضي الاداري بصلاحيات اوسع قياساً بما عليه الحال لدى القاضي العادي، و هذا من شأنه ان يُساعد القاضي الاداري من اتخاذ القرار العادل الانسب لما هو معروض امامه من النزاع، و تأسيساً على ذلك فيمكن ان يُعد ما تقدم بمثابة اساساً قانونياً لفكرة التناسب، طالما ان للقاضي الاداري دوراً يمنحه اتخاذ القرار الانسب. بيدَ ان ذلك لم يكُن مرحباً به، إذ نادى جانب من مفكري فرنسا الى تقويض الاجتهاد القضائي في صناعة القاعدة القانونية، و تكريس دور القاضي في عملية تطبيق النص[٢]. و هذا لم يُكتب له النجاح، إذ من غير الممكن سلب القاضي الاداري لمكنته في الاجتهاد بما يسمح به القانون، فذلك سيُعطل عمله في اتخاذ القرارات الاكثر عدالة في المعروض امامه من النزاعات القضائية التي تُغطى بقواعد قانونية قد يشوبها النقص، لما في النزاع من تفصيلات و تطورات، فالقاضي الاداري عندما يحكم في هكذا نوع من النزاعات، سيعمل على استيحاء ما في الواقع المُحيط بالنزاع ليستهدي به بُغية حسم هذا الاخير، عن طريق اجتهاده في إيجاد حلاً قانونياً مُستنبطاً من الظروف المحيطة بذلك النزاع، و ايجاد الصيغة لقرار متناسب و هذا ما اكدته المحكمة الادارية العليا في مصر في احد احكامها الصادرة بتاريخ ١٩٥٦/٦/٢ و الذي قالت فيه ان القضاء الاداري قد (تميز في انه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته

---

[١] قرار المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار ١٥٤١/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٨، في ٢٠٢٠/١٢/٢٣، منشور في دورية قرارات مجلس الدولة العراقي لسنة ٢٠٢٠.

[٢] جاء في كتاب روح القوانين لمونتيسكيو(ان قضاة الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق بكلمات التشريع، فهم اشخاص لا يمكنهم التخفيف من قوة او صرامة القانون). و كذلك ما صرّح به روبسيير في البرلمان الفرنسي سنة ١٧٩٠ قوله(ان كلمة اجتهاد يجب ان تُمحى من لغتنا، ففي الدولة دستور و تشريع، فإن اجتهاد المحاكم ما هو الا قانون). حنان ابراهيمي، اجتهاد القاضي في مجال الحقوق و الحريات في ظل الاتفاقيات الدولية، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق/جامعة محمد حيضر/بسكرة/ الجزائر، العدد٤،٢٠٠٩،ص٣٣٠.

تطبيق نصوص مقننة مقدماً، بل هو الاغلب قضاء انشائي، لا مندوحة له من خلق الحل المناسب، و بهذا ارسى القواعد لنظام قانوني قائم بذاته، ينبثق من طبيعة روابط القانون العام و احتياجات المرافق العامة و مقتضيات حسن سيرها، وايجاد مركز التوازن و المواءمة بين ذلك و بين المصالح الفردية فأبتدع نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن، او سبق بها القانون الخاص، سواء في علاقة الحكومة بالموظف او في المرافق العامة و ضرورة استدامها و حسن سيرها....)[١]. و كذلك نجد ان القضاء العراقي قد سار في المسار نفسه حديثاً إذ عن طريق ولوجه في تفصيلات الدعوى المعروضة امامه، اشار الى (ان محكمة قضاء الموظفين قد اصدرت الحكم المُميّز من دون ان تذكر تفاصيل عن المخالفة و الا فأنه لا يمكن الحكم بتناسب العقوبة مع المخالفة..... و قد وجدت المحكمة ان هذا الامر في حال ثبوته فأنه لا يستوجب العزل فقط و انما يشكل جريمة يعاقب عليها القانون، الا انه لم يثبت جزائياً ادانته بها ..... ل بها وفي الوقت ذاته وجدت المحكمة ان المدعي قد ارتكب مخالفات أخرى تمثلت بعدم احترام مرؤسيه والتعرض لهم مما يشكل جريمة انضباطية تستوجب العقاب الا انها لا تسوغ فرض عقوبة العزل مع ملاحظة ان المحكمة لم تذكر مضمون المخالفة في الحكم الصادر وليس في هذه الدعوى فحسب وانما في العديد من الدعاوى لتجنب ذلك مستقبلا والحرص على ذكر المخالفة ، لذا قرر نقض الحكم المميز ولما كان موضوع الدعوى صالحاً للفصل فيه قررت المحكمة الإدارية العليا تخفيض عقوبة العزل الى (تنزيل الدرجة))[٢]. وكذلك (لا توجد مبررات لتخفيض عقوبة العزل اذا كانت افعال الموظف تدل على انه غير صالح للخدمة العامة)[٣].

ويمثل القضاء الاداري في العراق ركيزة اساسية في حماية و احترام و ضمان حريات و حقوق الافراد من تعسف و جور الادارة، لما يتسم به هذا القضاء من خبرة و فاعلية في فض النزاعات التي تقوم بين الفرد و الادارة، كون ان هذا القضاء ليس كما عليه الحال في القضاء العادي؛ بل هو قضاءً انشائياً لا يتورع عن الاجتهاد بحلول متناسبة تنظم العلاقة بين الافراد و الادارة في نطاق القانون العام[٤].

المبحث الثاني- وسائل رقابة التناسب

The second topic - means of proportionality control

ان للقضاء الاداري ادواته التي يعمل عن طريقها لفرض رقابته على مبدأ التناسب، فوضوح الخطأ في السلطة التقديرية للإدارة و المغالاة في الاجراءات المُتخذة، فضلاً عن ضرورة مراعاة التوازن بين المنافع و المضار، كلها يُمكن ان تُعد ابرز تلك الادوات، و التي سوف نحاول تسليط الضوء عليها في هذا المبحث عن طريق المطالب الآتية.

---

[١] محمد رفعت عبدالوهاب، النظرية العامة في القانون الاداري، دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٩،ص٧٦.

[٢] المحكمة الادارية العليا في العراق،/ قضاء موظفين / تمييز/ ٢٠١٥، تاريخ القرار ٢٠١٨/١/١١.

[٣] قرار المحكمة الادارية العليا في العراق المرقم ١٢٤٢/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٤ بتاريخ ٢٠١٥/١١/٢٣.

[٤] استاذنا د.مازن ليلو راضي، موسوعة القضاء الاداري، المجلد الاول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الاولى٢٠١٦،ص١٨.

المطلب الاول- نظرية الخطأ الواضح في التقدير

The first requirement - the apparent error theory in estimation

ولدت نظرية الخطأ الواضح في التقدير من رحم احكام وقرارات مجلس الدولة الفرنسي، إذ تُعد هذه النظرية من النظريات الاحدث، كونها جاءت بعد جهود المجلس في كبح اتساع نطاق السلطة التقديرية للإدارة وما يمكن ان ينتج عن هذا التوسع من حالات تعسف و انحراف في استخدام السلطة.

الفرع الاول- تعريف نظرية الخطأ الواضح في التقدير

Section one – Definition of the apparent error theory in estimation

ان نظرية الخطأ الواضح لم تأت دفعة واحدة او بشكلٍ مباشر بل جاءت كنتاج لتطبيقات عملت على تبرير التدخلات في تصرفات الادارة في إعمالها لسلطتها التقديرية عندما لا تعمل بمبدأ التناسب في ممارستها لتلك السلطة، إذ ظهرت هذه النظرية بعد اتساع نطاق دائرة التعسف الاداري

يُعرّف الخطأ الواضح في التقدير بأنه (الخطأ الذي يتصف في الوقت ذاته بخطورته و حتميته، الامر الذي يجعل الابطال مصير عمل سلطة الادارة، فالإدارة لها الحرية في ممارسة سلطتها و لا يمكن لجهةٍ ما معارضتها او التدخل في اعمالها ضمن ما يسمح به القانون، الا ان ذلك لا يجوّز للإدارة ان تقوم بتصرفات غير مقبولة بالشكل الذي يجعلها تُشكل خطأً واضحاً في تلك الاعمال)[١]. و كذلك عُرف انه يقوم في حقيقته بين عدم الاتساق و التناسب من جهة و محتوى القرار و وقائع القرار نفسه من جهة اخرى، بمعنى انه يجب ان يكون عدم التناسب ظاهراً و واضحاً و جسيماً[٢]. فالخطأ الواضح في التقدير من الناحية القضائية هو تصرف خاطئ واضح و بيّن، تقوم به الادارة عند تقديرها للوقائع المتعلقة بقرارها الذي اصدرته[٣].

إذ يكرّس مجلس الدولة الفرنسي في ضوء ذلك اسلوب رقابي جديد على التصرفات التي تقوم بها الادارة، مفاد هذا الاسلوب هو ان الادارة عند ممارستها لسلطتها التقديرية في الحالات التي يبيح لها القانون ذلك؛ فإن قرارها المُتخذ يجب ان يرتكز على وقائع مادية صحيحة، و اسباب قانونية لا يشوبها الخطأ بكل اشكاله، لا سيما الواضح منه، فضلاً عن عدم الانحراف بالسلطة، و في ضوء ذلك فقد مهدت لهذا الاسلوب الجديد تساؤلات عدّة فيما يتعلق بمكنة الادارة -و هي تمارس سلطتها التقديرية التي ينظمها القانون- ان ترتكب خطأً في التقدير، لا سيّما وان السلطة التقديرية لها مساحة في الاعمال الادارية و القانون الاداري بشكلٍ عام، و يرى جانب من الفقه الفرنسي ان من اهم الادلّة على اهمية هذه الناحية هو ذكره الفقيه (wade) و الذي عدَّ ان جوهر السلطة التقديرية للإدارة انما هو سبباً يدفع الاخيرة لأن تتورط بارتكابها

---

(1) G.BRAIBANT, Le Droit administrative francais,dalloz1987, P240.

(2) J.O. COSTA, Le Princpe proportionnalite dans la jurisprudence de conseil, d, etat A.J.D.A, 20 juilliet/20 aout, France, 1988,p435.

(3) J.y. Vincent .legislation et jurisprudence. R.A,n 139.24.e annee, 191 janvier, semestrielle fevier.P408.

للأخطاء وهذا ما اسماه (Power to error) اي القدرة على الوقوع بالخطأ، و كذلك الامر نفسه في فرنسا، إذ يمكن للإدارة ان تُخطئ في تقديرها، الا ان الممنوع على الاخيرة هو الوقوع في الخطأ البائن و الواضح في هذا الاطار[١].

كما يُعرّف بأنه الخطأ الذي يتّصف بأنه واضح حتى بالنسبة للشخص العادي، اما فيما يخص الادارة فعندما تستخدم سلطاتها التقديرية و يكون متضمناً لتجاهل خطير للحس السليم و المنطق[٢]. و ايضاً يُعرّف خطأً واضحاً و معروفاً للقاضي و لباقي الاطراف و لا يمكن ان يُشَكْ فيه لدى ذو العقل المُستنير[٣]. و ايضاً هو الخطأ الذي يُعد خطأً بديهياً و يتصف بأنه جسيماً و صارخاً للحد الذي يُمكن ان يراه أي شخص فضلاً عن القانوني، وهو الخطأ الواضح كوضوح الشمس، من غير ان تكون هناك حاجة لخبير يقض كي يشخصه.

الفرع الثاني- مضمون نظرية الخطأ الظاهر

The second section - the content of the apparent error theory

سنحاول في هذا الفرع تسليط الضوء على مضمون نظرية الخطأ الظاهر عن طريق بيان معايير هذه النظرية و خصائصها، إذ ان لأي نظرية معايير مُحددة و خصائص مميزة لها، و هذا ما سنبيّنه بما سيأتي:

اولا: معايير نظرية الخطأ الظاهر. First: the criteria for the apparent error theory

ان لتحديد معايير نظرية الخطأ الظاهر لها من الاهمية التي تصب في تيسير عملية التحقق من حصول الخطأ في تقدير السلطة الادارية، على اعتبار ان هذه النظرية سَتُوظّف من قبل القاضي الاداري في سبيل فرض رقابته على التناسب في تصرفات الادارة واعمالها، فضلاً عن للمتقاضين الذين سيكون بمتناولهم الاستناد الى هذه النظرية عند عدم قناعتهم بأعمال الادارة التي سببت لهم الضرر من خلال اخطاء يدّعون انها قد حصلت بتلك الاعمال، و غالباً ما تُستلهم معايير هذه النظرية من احكام وقرارات مجلس الدولة الفرنسي، كونه هو من ابتكر هذه النظرية، إذ ان المعايير تنصرف الى الطريقة التي يكون من خلالها معرفة مستوى التفاوت، فمن من غير الصحيح ان يخضع تقدير مستوى التفاوت و التباين بشكلٍ مُطلق للقاضي من دون معايير حاكمة، حيث سنكون هنا امام عملية حلول للقاضي الاداري محل الادارة، إذ (ليس للمحكمة ان تحل محل الادارة او تأمرها للقيام بأمر معين لا يقتضيه تطبيق مبدأ المشروعية)[١]. لذا فمن اللازم ان يكون هناك معياراً موضوعياً يتعلق بمكنة الشخص المُعتاد وفقاً للظروف المُحيطة التي تحكمه. فمثلاً نجد ان مجلس الدولة الفرنسي و عن طريق استقراء بعض احكامه، نجده

---

(1) A.De. Laubadere. Le droit adminstratif general. Tome I.Monterestin et delat. 9em ed.1996.p935.

(2) Charles Debbasch Jean- Claude Rissi, contentieux administrative 7emme edition DALLOZ PARIS 1999,P 695.

(3) G.Braibant، Concl sur C.E,13 novembre 1970, Sieur Lambert, fr.wikipedia.org/wiki/pouvoir-dicrétionnaire-en-droit-administratif-français.

(١) قرار المحكمة الادارية العليا في العراق المرقم ٢٧٩/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٨ بتاريخ ٢٠١٨/٢/١١.

قد وضع معياراً موضوعياً لنظرية الخطأ الظاهر، بالشكل الذي لا يجعله يعتمد في تقديره للخطأ الظاهر على سوء او حُسن نية الادارة، هذا من جانب، ومن جانب آخر لا يترك الحبل على الغارب للقاضي الاداري، بل ان تقويم الخطأ الظاهر في التقدير، يخضع لمعايير موضوعية تكشفه[١].

فنجد ان مجلس الدولة الفرنسي و في نطاق احكامه فيما يخص معادلة الوظائف قد ذهب الى ان حرية السلطة التقديرية التي تتمتع بها الادارة، يجب ان تكون مبنية على تعادلٍ ظاهر و واضح، إذ يجب ان يؤسس القاضي الاداري تقديره لهذا التعادل على اعتبارات موضوعية يستلهمها من العناصر التي تتضمنها الدعوى المعروضة امامه، ليشخص الاخطاء التي يمكن ان تشوب تصرفات الادارة و التي تجعل من سلطتها التقديرية قد تجاوزت حدود المعقول[٢]. وان هذا التشخيص نجد ما يماثله في قضاء المحكمة الادارية العليا في العراق، إذ ذهب الى (إن المُدّعى عليه قد تجاوز حدود سلطته التقديرية في نقل المُدّعي من مقر الكلية في بغداد الى ميسان)[٣].

وفي نطاق رقابة التناسب فيما بين العقوبة التأديبية والخطأ المُرتكب؛ فقد يُطرح سؤال بهذا الخصوص، هو متى يجوز القول بأن لا تناسب بين الخطأ المُرتكب و العقوبة المفروضة جرّاء هذا الخطأ؟. و هنا يُمكن القول؛ بأن بلوغ الخطأ في تقدير العقوبة مدىً استثنائياً، او مستوىً غير عادي يتجاوز المُعتاد او المسموح به من الاخطاء المعتادة فيما بين الذنب المُرتكب و العقاب المفروض حيال هذا الخطأ، بالشكل الذي يتنبّه له الشخص المعتاد من دون عناء، و هذا ما تبنته المحكمة الادارية العليا في العراق بقرارها الذي اشار الى ان (الخطأ الموجب لتحقق مسؤولية الموظف عن الضرر الذي اصاب المال العام هو الخطأ الذي لا يقع به الشخص المعتاد)[٤]. فضلاً عن (ضرورة توفر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وان الاوامر الادارية الصادرة من الادارة العليا ينبغي ان تكون قد راعت النظام الداخلي للمؤسسة ولا يمكن نسبة الخطأ للموظف لعدم توفر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي اصاب المال العام بسبب هذه الاوامر التي خالفت النظام الداخلي)[١]. فهنا سنكون امام خلل قد شاب التناسب الذي يُفترض ان يُراعى في إعمال الادارة لسلطتها التقديرية في فرضها للعقاب، و بذلك يتجسد الاساس الموضوعي للمعيار الذي يعتمده مجلس الدولة الفرنسي في تشخصيه للخطأ الظاهر في تصرف الادارة في ضوء ما يُحيط هذا التصرف من الظروف و الاعتبارات العملية و

---

(١) يحيى الجمل، رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البيّن للإدارة على التكييف، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، العدد الثالث و الرابع، ١٩٧٢، ص٤٤٤، نقلاً عن بوزيان نور الدين، رقابة القاضي الاداري للخطأ الظاهر، ص٣٥.

(٢) ينظر في ذلك الدكتور احمد عودة الغويري : الرقابة القضائية على الخطأ الواضح في التقدير وعلى الغلو فيه وعلى عدم المعقولية ،) دراسة مقارنة بين الانظمة القضائية في فرنسا والاردن وبريطانيا ، مجلة اتحاد الجامعات العربية ، العدد الخامس ، نيسان ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، Auby (J . M .) et Drago : Traite de Contentiux ، ١٩٩٧ ، ص ٢١ وما بعدها وكذلك ينظر بالفرنسية , J D . L . G . administratif , tome 2 , 2 em edition paris , 1984 , p . 399. نقلاً عن استاذنا إسماعيل صعصاع البديري، التعديل الجزئي للقرار الاداري، مجلة جامعة بابل/٢٠٠٨، المجلد ١٥، العدد ١ ،ص١٧.

(٣) المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار ٢٣٥/انضباط/ تمييز/٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٣/٣/١٩.

(٤) قرار المحكمة الادارية العليا في العراق رقم ١٠٦٦/قضاء اداري/تمييز/٢٠١٨ بتاريخ ٢٠١٨/١١/٨.

(١) المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار ٧٣٤١/قضاء اداري/ تمييز/٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/٧/٧.

القانونية. يبدو مما تقدم ان تشخيص هذا المعيار يمكن ان يتصف بالسهولة من الناحية النظرية، الا ان عند الواقع العملي قد تتضح صعوبات متعددة عن طريق بعض الاستفهامات المتعلقة بتطبيقه، فمتى يُمكننا القول ان تقدير الادارة للوقائع هو تقدير منطقي معقول او العكس؟، و متى يمكن عَدّ الخطأ في التقدير واضح او غير واضح؟ ، وماهي درجة ذلك الخطأ؟، و ما هو المقياس المُعتمد في كل ذلك؟.

يبدو ان مجلس الدولة الفرنسي عند تبنيّه لنظرية الخطأ الظاهر؛ قد اعتمد على أُسس تسمح للقاضي الاداري بفرض رقابته على التناسب عن طريق تشخيص الخطأ الظاهر، في حالات كاعتماد الادارة في سلطتها التقديرية على وقائع غير موجودة او انحراف في استخدام سلطتها او ان يُشاب تصرفها بغلط في تطبيق القانون، وما الى ذلك مما هو متداول من أُسس في احكامه.

ثانياً: خصائص نظرية الخطأ الظاهر

. Second, the characteristics of the apparent error theory.

أ- خاصية التفاوت الجسيم(الافراط و التفريط):

إن لكل تصرف قانوني عناصر و حيثيات يتكون منها، ففي الحال الذي ينتفي به التوافق و الاتساق فيما بين تلك الحيثيات؛ فسنكون امام تصرف قانوني مشوب بعدم التناسب. فعلى سبيل المثال عندما يكون هناك افراط في شدة الادارة عند فرضها العقوبات الانضباطية على اي خطأ يُرتكب ؛ سيؤدي ذلك الى احجام الموظفين عن اداء مهامهم الوظيفية و بالتالي الى شل سير المرافق العامة، ناهيك عن مخالفة الادارة للقوانين في فرضها تلك العقوبات القاسية، إذ نجد ان المحكمة الادارية العليا في العراق قد اقرت بأنها (اذا وجدت المحكمة ان العقوبة المفروضة على الموظف شديدة فلها ان تخفض العقوبة)[١]. و العكس بالعكس، فقد تكون الادارة مُفرطة في شفقتها على موظفيها عن طريق صرف نظرها و استهانتها بأخطائهم ليتسبب ذلك في استخفاف الموظفين في اداء مهامهم الموكلة اليهم و عدم الحرص على بذل الجهود المناسبة سواء كان ذلك قراراً ادارياً او حكماً قضائياً، وهذا ما نجده في قرار المحكمة الادارية العليا في العراق و الذي افضى الى انه (لا يجوز لمحكمة قضاء الموظفين الحكم بإلغاء عقوبة عزل الموظفة اذا ثبت بأدلة مقنعة قيامها بإخفاء الاموال التي تتولى عدها)[٢] وكذلك (لا يصح تخفيض العقوبة المفروضة بحق الموظف ما لم توجد اسباب تبرر ذلك)[٣]. لذا يجب ان يكون هناك عدم تفاوت بين التصرف المُرتكب و بين الاثر المُترتب على هذا التصرف، إذ يجب ان يكون العمل الوظيفي و الموظف مؤمنين في الحالتين، فلا افراط (غلو) و لا تفريط (استخفاف)، فالحالين مدانين قضائياً بالقَدَر و القوة ذاتها و عرضة للإبطال عن طريق الرقابة القضائية الادارية على مبدأ التناسب في التصرفات الادارية[١].

ب- خاصية الظهور البيّن:

---

[١] المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار ٥٨٤/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٨ بتاريخ ٢٠٢٠/٨/١٢.

[٢] المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار ١٣١٨/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٤ بتاريخ ٢٠١٥/٤/٥.

[٣] المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار ٢٠١٨/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٤ بتاريخ ٢٠١٥/٤/٥.

[1] C.E.15-2-1999,Center hospitalier Canes, D.A, 1999,n107.note"C.MONIOLLE".

قد تُعد خاصية جسامة التفاوت آنفة الذكر كافية في بعض الاحوال، إذ يُمكن الاستغناء عن الوضوح و الظهور البيّن عندما تكون جسامة التفاوت لها الدلالة الكافية على حصول الخطأ في التقدير، الا ان هذا لا يُمكن ان يكون مُطلقاً، إذ يُعد الوضوح و الظهور البيّن، وسيلة تُعين القاضي الاداري على تشخيص الخطأ بشكلٍ مُبكر من دون الحاجة الى تدقيق و دراسة اكثر لحيثيات الدعوى المعروضة امام القاضي الاداري، فخاصيّة الظهور البيّن يُمكن ان تكون سبباً لأن يُدرك الشخص العادي الخطأ في التقدير من دون عناء، الامر الذي لا يُمكن معه استبعاد هذه الخاصية بشكلٍ كُلي في الاحوال كافة، الا انه يُمكن القول ان لا تلازم بينهما، فمن غير الواجب وجود ظهوراً جلياً واضحاً في الموضوع محل التدقيق، عندما يُمكن الاكتفاء بخاصية التفاوت الجسيم، إذ يُمكن القول هنا ان هذه الاخيرة تُعد خاصية اساسية لبيان الخطأ الظاهر، في حين يُمكن ان تُعد خاصية الظهور البيّن هي خاصية تكميلية[١].وكان للمحكمة الادارية العليا في العراق دوراً في (تكيف قرار الادارة بنقل وتنسيب موظف حيث وصفته بالغلط البين وتقيد السلطة التقديرية للإدارة بالمصلحة العامة ضمن حاجة المرفق العام في قرار التنسيب والنقل وتؤكد (لا يمكن تنسيب او (نقل) الموظف المجاز لعدم امكانية الاستفادة من خبرته الوظيفية)وهي غاية التنسيب حتى وان كان القرار يدخل في السلطة التقديرية)

وجاء في القرار الجديد للمحكمة الادارية العليا يحد من السلطة التقديرية للإدارة في حالة النقل والتنسيب في حالة كون الموظف مجازا وجاء في قرار المحكمة الادارية العليا والذي نقضت بموجبه قرار محكمة قضاء الموظفين والغت قرار الادارة بنقل وتنسيب الموظف المجاز طبيا (ان المقتضى من التنسيب هو الاستفادة من خبرة الموظف في الدائرة المنسب اليها وان هذه الغاية يتعذر تحققها فيما لو كان الموظف مجاز مرضيا ولا يسوغ ذلك كون التنسيب يدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة لان هذه السلطة قد شابها الغلط البين فابتعدت الادارة عن تحقيق المصلحة العامة))[٢]. وهذا ايضاً ينسحب على القرارات الادارية، إذ اقرت المحكمة الادارية العليا في العراق الى انه (لا يصح الاستناد في اصدار الحكم الى مستند اذا كان مظهره يدل على تزويره)[٣].

المطلب الثاني -نظرية الغلو

The second requirement - the hyperbole theory

من المُستقر عليه ان التشريعات، حددت الاجراءات المُتخذة حيال الموظف الذي يرتكب خطأً يستوجب التأديب، إذ تُركَ للإدارة السلطة التقديرية في اختيار ذلك الاجراء العقابي، والذي يجب ان يتصف بالعدالة و عدم المغالاة و الاسراف، و بخلاف ذلك فإن السلطة التأديبية قد تصدر قراراً مشوباً بالغلو، و سنحاول في هذا المطلب تبيان نظرية الغلو عن طريق الفرعين الآتيين.

---

[١] يحيى الجمل، مصدر سابق، ص٤٤٤.

[٢] المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم الاضبارة١٦٣٣/قضاء اداري- تمييز/م/٢٠٢١، تاريخ القرار ٢٠٢٢/١/٣٠.

[٣] المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار٤٠٥/قضاء اداري- تمييز/٢٠١٥، تاريخ القرار ٢٠١٧/٤/٦.

الفرع الاول-تعريف نظرية الغلو Section one - definition of hyperbole theory

الغلو لغةً: زادَ و ارتفع، وغلو السهم اي ارتفع في ذهابه و جاوز المدى، و الغلو في الدين هو التشدد و التصلب و تجاوز الحد، وغلاء السعر اي ارتفاعه، و الغلوان هو اول الشباب و ذروة نشاطه، يُقال: (خفّض من غلواءك) و (فعله في غلواء شبابه) اي في اوّج نشاطه[١].

و الغلو من الناحية الاصطلاحية: (هو تجاوز الحد بالزيادة في ذم الشيء او حمده)[٢]. وهو(المبالغة في الشيء و التشديد فيه بتجاوز الحد، و فيه معنى التعمق). وهو الزيادة على ما يُطلب شرعاً)[٣].

مصطلح الغلو كان من ابتكار القضاء الاداري المصري، إذ نتج هذا المفهوم القانوني عن قيام ذلك القضاء بممارسة رقابته على التناسب، فقد قررت المحكمة الادارية العليا في مصر هذا المبدأ في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦١/١١/١١ و الذي جاء فيه(لئن كانت السلطة التأديبية و من بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الاداري و ما يناسبه من جزاء بغير معقب في ذلك الا ان مناط مشروعية هذه السلطة شأنها كشأن أية سلطة تقديرية اخرى ان لا يشوب استعمالها غلو ومن صور الغلو، عدم ملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الاداري وبين الجزاء و مقداره)[٤]. و يُقصد بتعبير الغلو؛ هو عدم التلاؤم الواضح و البيّن فيما بين درجة خطورة الذنب التأديبي المُرتكب من قبل الموظف؛ و بين جسامة العقوبة المفروضة عن ذلك الذنب. إذ حذا القضاء الاداري المصري حذو سلفه الفرنسي في ضرورة فرض الرقابة القضائية على التناسب بين محل القرار و ما يبرره من وقائع، ليتسع نطاق تلك الرقابة حتى ضمان الحد الادنى من التناسب، مع مراعاة الحدود الوظيفية للقاضي الاداري كقاض مشروعية، إذ يعمل القاضي الاداري المصري كما عليه الحال في القضاء الاداري الفرنسي على فرض الرقابة على التناسب، عن طريق تكييف القاضي الاداري معقولية الوقائع و فرض رقابته على منطقية تقدير الادارة و تناسب الاجراءات المُتخذة مع مستوى خطورة الحيثيات و الوجود المادي للوقائع، إذ كان للقضاء الاداري المصري الاسبقية في إعمال رقابة التناسب عن طريق نظرية الغلو[١]. كما أقرت المحكمة الادارية العليا في العراق بأنه (يشترط لصحة العقوبة الانضباطية وجود مخالفة للقانون او

---

(١) لويس معلوف ، المنجد في اللغة، انتشارات اسلام، طهران، الطبعة الخامسة و الثلاثون، ١٣٨٣ هـ، ص٥٥٨.
(٢) تقي الدين ابو العباس الحراني الحنبلي، اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة اصحاب الجحيم، تحقيق ناصر عبدالكريم العقل، ط٧، دار عالم الكتب، بيروت،١٩٩٩، ج١،ص٣٢٨.
(٣) احمد بن غنيم الازهري، الفواكه الدواني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، دار الفكر، ١٩٩٥،ج١،ص١٢٥.
(٤) حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٦١/١١/١١، قضية رقم ٥٦٣، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا المصرية السنة السابعة العدد الاول ١٩٦١-١٩٦٢ص٢٧. نقله ارام غيب الله قادر، لتناسب بين المخالفة والعقوبة الانضباطية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليه، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر، ٢٠٢٠، ط١ ص١٣٥.
(١) مايا نزار ابودان ، مصدر سابق، ص ٩١ ومابعدها.

للإجراءات الادارية السليمة منسوبة للموظف)اي بمعنى عدم المغالاة في التكييف السلبي للتصرفات و عدّها مخالفات يُعاقب عليها[١].

فمفهوم الغلو من الناحية الاصطلاحية؛ يُعد بمثابة اداةً قضائية يهدف من خلالها مجلس الدولة المصري الى فرض رقابة ذات نطاق اوسع على التصرفات و الاعمال الادارية التي تقوم بها الادارة عن طريق استخدامها لسلطتها التقديرية في هذه الاعمال، و التي يشوبها عدم التناسب، فرقابة الغلو تُبيح للقاضي الاداري رقابة اكثر عُمقاً و اوسع نطاقاً من اي رقابة اخرى. فالغلو مفهوم لا ينطوي على اشكالية عدم التناسب، الا لو كان واضحاً جسيماً، إذ تظهر هذه الصفة الاخيرة، عن طريق اتساع الفارق بين الخطأ و الاثر المترتب عليه من الجزاء، لينتج عن ذلك الغلو، و الرقابة عليه ستعمل على فرض الحد الادنى من المنطق و المعقولية والتناسب في إعمال السلطة التقديرية للإدارة[٢].

فالغلو خلاف الملائمة وهو عدم الاتساق بين محل القرار وسببه، فالملائمة قائمة على عنصرين اثنين هما؛ السبب و المحل، و تُعد عدم الملائمة صورة من صور الغلو. وهي توافق التصرف القانوني من جهة، مع الظروف الزمانية و المكانية و الموضوعية التي أطرت التصرف القانوني، إذ ان الادارة بإصدارها لقرارها الاداري؛ تتمتع بسلطة تقديرية في هذا الخصوص، بالشكل الذي يجعل لها المكنة في ان ترى فيما اذا كان ملائماً كي تُصدر ذلك القرار او غير ملائم لتمتنع عن اصداره، و بحسب التوقيت و الظروف التي تتلاءم وهذا التصرف[٣]. و الملائمة تُعد الخطوة الاولى في تقييم التناسب من ناحية انها تتطلب توافر علاقة سببية تربط بين الغاية من التصرف من ناحية؛ و الاجراء المُعتمد للوصول الى هذه الغاية من ناحية اخرى، وهنا سيكون من السهل تجاوز الاجراءات غير المناسبة لتحقيق الغاية من التصرف الاداري[٤].

فرقابة الغلو من الناحية الجزائية؛ تفترض ان هناك ذنب يستحق جزاءً ما، الا ان هذا الجزاء يتصف بأنه غير ملائم من ناحية ان يكون موغِل في الشدة او مفرط باللين[٥]. و لابد من الاشارة الى ان عيب الغلو هو العيب الذي يتصف فيه الجزاء بأنه غير متناسب بشكلٍ واضح قياساً بالذنب او الخطأ المُرتكب، من دون ان يوصم هذا التصرف بأنه انحراف في تقدير السلطة، إذ ان هدف الادارة من هذا التصرف هو إعمال سلطتها في فرض العقوبة كواجب عليها استهدافه[١]. إذ ان الغلو هو بمثابة عدم تناسب واضح وبائن بين المخالفة المُرتكبة و ما فُرض على مُرتكبها من العقاب، سواء من قِبَل الادارة او من

---

[١] المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار ٤٠٣/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٤/٦/٢٦

[٢] خليفة سالم الجهمي، مصدر سابق، ص١٢١ وما بعدها.

[٣] سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ت)، ص١٩٢.

[4] Prominent cases in EC law include Joined Cases 62 and 63/81 Seco [1982(ECR 223, paragraph 14; Case C-240/95 Schmitt [1996] ECR 1-3179، paragraphs 10-22. In German law, see BVerwGE 27, 181, 187-188(parking prohibition). نقلا عن وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الاداري، مصدر سابق، ص٤٢.

[٥] عبدالفتاح عبدالبر، بعض اوجه الطعن في القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، مجلة العلوم الإدارية، سنة ٣٩،ع ١، ١٩٩٦، ص٣٤.

[١] محمد حسنين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الاداري و دعوى الالغاء، القاهرة، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٩١، ص١٨٥.

قِبَل المحكمة التأديبية[١]. فالغلو هو صورة من صور عدم التناسب توصف بأنها صورة صارخة تتبلور بالبون الواسع فيما بين التصرف الاداري و محله، لِيُعمل القاضي الاداري سلطته في الرقابة على مدى ملاءمة ذلك التصرف[٢]. و كانت المحكمة الادارية العليا في مصر قد عرّفت الغلو بأنه (عدم الملائمة الظاهرة، بين درجة خطورة الذنب الاداري الذي ارتكبه العامل ونوع الجزاء و مقداره الذي وقعته عليه الادارة)[٣].

الفرع الثاني- مضمون نظرية الغلو

The second section - the content of the hyperbole theory

قد يبدو لوهلة ان نظرية الغلو قد تتشابه في مضمونها مع عيب الانحراف بالسلطة، مع علمنا ان الغلو لا ينحصر بالقرارات التأديبية فقط، بل يمتد في نطاقه الى الاحكام القضائية ايضاً، فقد توصف بعض الاحكام القضائية العقابية التي تُفرض على الموظف المُقصر، بأنها احكاماً مُغالاً بها في الشدة او العكس، و بالتالي فمن غير الممكن ان يُنسب عيب الانحراف بالسلطة الى جهات قضائية، كون ان الاخيرة يجب ان تتخذ من الحيادية منهجاً في عملها. ناهيك عن ان الغلو يتميز عن عيب الانحراف بالسلطة من حيث الطبيعة، إذ ان الطبيعة الموضوعية للغلو آتية من عدم التناسب فيما بين درجة الخطأ المُرتكب؛ و مقدار ما يُفرض من العقاب على الموظف المُخطئ، في حين ان الطبيعية الموضوعية الدافعة لرجل الادارة الذي ينحرف بسلطته هي طبيعية ذاتية تتعلق برجل الادارة نفسه، فضلاً عن ان الانحراف بالسلطة يتمثل في مجانبة قرار الادارة للمصلحة العامة، في حين ان القرار المُغالى به؛ يكون مُشاب بعيب عدم التناسب فيما بين خطورة الذنب المُرتكب، و الجزاء المفروض على مُرتكب ذلك الذنب، و بطبيعة الحال؛ ان عملية البحث في التناسب عن طريق الرقابة على الخطأ الظاهر في إعمال السلطة التقديرية، يُمكن ان يُغني عن البحث عن عيب الانحراف بالسلطة، و الذي يُعد عيباً يطغى عليه الطابع الشخصي، وهذا الطابع لا يكون منتجاً عندما يتعلق الامر في بحث الخلل الواقع في عملية تقدير المحل و السبب. و قد اوضح مفوض الحكومة Braibant في تقريرٍ قدمه بشأن قضية Sieur lambert و الذي تضمن ما يُفضي الى ان (الخطأ الواضح يُمكن مقارنته في مثل هذا الشأن بالانحراف بالسلطة الذي يهدف الى رقابة اخلاقيات الادارة، و منعها من استخدام سلطاتها لغايات اجنبية عن المصلحة العامة، و كذلك الرقابة على الخطأ الواضح تهدف الى ان تفرض على السلطات الادارية حداً ادنى من المنطق و العقل السليم)[٤]. و للغلو صورتان تتكرسان بشكلٍ واضح في الجزاء التأديبي وهما: التشديد و التخفيف، إذ ان هاتين الصورتان تُعدان جوهريتان في مضمون الغلو. ففي حالة التشديد نجد ان القضاء الاداري استقر على اعتبار حالات الاعتياد و الاستمرار هي من الظروف التي تُشدد العقوبة، إذ في هذه الاحوال يُتاح

---

[١] محمد فريد سيد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري، رسالة دكتوراه، ١٩٨٩، جامعة المنصورة - كلية الحقوق - القانون العام ، ص٢٠٨.

[٢] رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ص٢٩١.

[٣] حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٦١/١١/١١، قضية رقم ٥٦٣، المجموعة سنة٧ ص٢٧.

[4] C.E, 13/11/1970, Sieur Lambert, Concl. Braubant, A.J.D.A.,1971,P34,leg.

للقاضي ان يحكم بالعقوبة القصوى التي يقرها القانون لما له من الحرية في تقدير الجزاء المناسب مُستعيناً بالسلطة التقديرية التي يمنحها له القانون، و هذا ما نجده جلياً في القضاء الاداري المصري، إذ قضت المحكمة التأديبية بأن (المُتهم و قد اعتاد تغيير الحقيقة في الاوراق الرسمية و اصطناع المستندات، الامر الذي يدل على بالغ استهتاره و لا يهون من شأنه انه لم يتعد الى النيل من ذمته، و مع ذلك فهو يبرر تشديد الجزاء). و كذلك ما قضت به بأن (المتهم لم يرتدع للجزاء السابق الذي تم توقيعه عليه، و لا شك في استمراره فيه هو من المخالفات المُتجددة التي لا تحول فيها محكمة سابقة، من اعادة محاكمته من جديد، ما ترى معه المحكمة أخذه بالشدة)[١]. و نجد ان مجلس الدولة العراقي قد سار بالمسار نفسه إذ ذكر في مشورة الى وزير العدل بخصوص تشديد العقوبة تناسباً مع الفعل المُرتكب بقوله (على مجلس الانضباط العام مراعاة جسامة الفعل المرتكب مع العقوبة المفروضة)[٢] . و كذلك ما جاء في قراره الذي افضى الى ان(تُحدد العقوبة الانضباطية و الجزائية تبعاً لجسامة الخطأ)[٣].وكذلك قراره بأن (يجوز معاقبة الموظف عن كل فعل يمثل مخالفة مستقلة عن باقي المخالفات المرتكبة منه)[٤].و مما يجدر ذكره ان التشديد هنا يجب ان لا يُخالف قواعد العدالة و ضماناتها، إذ ان الموظف المُعاقب وفقاً للقانون و المتظلم من تلك العقوبة؛ ليجد ان تظلمه هذا قد نتج عنه تشديد العقوبة، و هنا فإن الموظف قد يحجم عن الاستفادة من احدى الضمانات ضمن نطاق قانون انضباط موظفي الدولة وهي ضمانة التظلم(...حيث ان الامتناع عن تقديم التظلم من القرارات الصادرة بالعقوبة تجنباً لتشديدها، يحرم الموظف من الطعن امام محكمة قضاء الموظفين يعد التظلم شرطاً من شروط الطعن امام المحكمة ...)،(فقيام الوزير بتشديد العقوبة عن تظلم الموظف منها يخالف قاعدة لا يضار الطاعن بطعنه)[٥].

اما فيما يتعلق بالصورة الثانية و هي التخفيف في الاجراء المُتّخذ؛ فإن اغلب التشريعات العقابية كما هو معلوم، قد اوردت العقوبات التأديبية بشكلٍ مُتدرج، وترك أمر تحديد العقوبة المناسبة للإدارة وفقاً لما يمنحه القانون لها من السلطة في هذا الشأن، في إيقاع العقوبة التي تتوافق و جسامة الخطأ المُرتكب من قِبل الموظف، وما يتخلل ظروف ارتكاب هذا الخطأ و ايضاً ما يُحيط بالموظف الذي ارتكب هذا الخطأ، كل ذلك له العلاقة المباشرة وغير المباشرة في جسامة ذلك الخطأ الذي يبرر فرض العقوبة المناسبة، ففي حكم للمحكمة الادارية العليا في العراق نجد انها(اشترط لمعاقبة الموظف ارتكابه مخالفة تستوجب ذلك)[١] وكذلك ما جاء في قرارها الذي اوجب (على المحكمة الاخذ

---

[١] حكم المحكمة الادارية في الطعن رقم ١٨٦٥ق، جلسة ١٩٩٠/١٠/١٢، و الطعن رقم ٣٩٦٦ق، جلسة ١٩٩٣/٦/٢٢م. و الحكم في القضية رقم ١٢٣، لسنة١ ق، جلسة ١٩٦٠/٦/٢٧م. نقله عبدالله رمضان بنيني، الغلو في الجزاء التأديبي و اثره على القرار الاداري-دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، كلية القانون/جامعة الزاوية ،العدد السادس، يونيو٢٠١٥ ص١٧٧.

[٢] قرار الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة في العراق ، ٢٨٢/٢٦٨/انضباط/تمييز/٢٠٠٨، بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٣١.

[٣] قرار مجلس الدولة العراقي، رقم القرار ٢٠١٨/٩٨، تاريخ القرار ٢٠١٨/٩/٣٠.

[٤] حكم المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار ١٤٢٤/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٩ في ٢٠٢٠/١٠/٧.

[٥] المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار ١٧٠٣/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٨ بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/٢٣.

[١] المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار ١٢٤٢/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٤ بتاريخ ٢٠١٥/١١/٢٣.

بنظر الاعتبار سيرة الموظف الوظيفية في تقدير مدى ملائمة العقوبة المفروضة بحقه)[١]. فالظروف ستكون مُخففة لمسؤولية الموظف المُذنب في حالات حُسن النية مثلاً او حالات الضرورة، و غيرها من الظروف التي تُعد اسباب لتخفيف المسؤولية التأديبية، (فالضرورة تُقدر بقدرها) وفقاً لتوجهات المحكمة الادارية العليا في العراق[٢]. إذ للقاضي سلطته التقديرية في تحديد العقوبة الملائمة لجسامة الخطأ المُرتكب، و ما يحيط ظروف ارتكاب ذلك الخطأ، و التي ستكون محل دراسة معمقة للقاضي، كي يُحدد في ضوئها العقوبة المناسبة بين الحدّين الادنى و الاقصى وفقاً لسلطة القاضي التي يمنحها له القانون، فإن وجد الاخير ان هناك ما يُبرر تخفيف العقوبة الى حدها الادنى؛ فله اتخاذ القرار بالتخفيف. و هذا ما نجده جلياً في حكم المحكمة الادارية العليا في مصر، بقولها (ان امانة الوظيفة العامة جعلها المشرع من اولى واجبات العاملين المدنيين بالدولة ككل، الا ان نطاقها يتسع بالنسبة للعاملين في ساحة قضاء المحكمة التأديبية حرة في تكوين عقيدتها، و اقرار الطاعن بارتكابه المُخالفة بحسن نية دون ادراك للآثار المُترتبة عليها و حداثة عهده بالوظيفة، و عدم سابق مجازاته بجزاءات تأديبية، و أعتبر ظروف من شأنها ان تجعل الجزاء الموقع عليه مشوباً بالغلو للمحكمة التأديبية سلطة تخفيفه بالجزاء المناسب)[٣].

المطلب الثالث -نظرية الموازنة بين المنافع و المضار

The third requirement - the theory of balancing between benefits and harms

كما هو معلوم، تتمتع الادارة بسلطة واسعة في تقديرها للمنفعة العامة و تحديدها، وإن الاخيرة غالباً ما تكون ذات مرونة من ناحية التحديد و الوضوح، إذ يُمكن ان ينجم عن تطبيق فكرة المنفعة العامة، ضرراً على جهة اخرى، الامر الذي يحتم ضبط هذه العملية عن طريق رقابة الموازنة بين المنافع و المضار، وسنحاول التطرق لهذه النظرية عن طريق الفرعين الآتيين.

الفرع الاول -تعريف نظرية الموازنة بين المنافع و المضار

Section one - definition the balancing theory between advantages and disadvantages

من المعلوم ان الادارة تتمتع بمساحة واسعة من السلطة التقديرية في مجالات عملها الاداري المُتعددة، سيّما فيما يتعلق بالمصلحة والمنافع العامة، وهذه الاخيرة قد تكون غير مُعينة او مُحددة، الامر الذي يدفع بالإدارة الى ان تستخدم سلطاتها بأوسع نطاق، متى ما كان ذلك يجلب النفع العام، ازاء ذلك فإننا نجد ان اغلب التشريعات قد سكتت عن وضع تعريف جامع مانع للمنفعة العامة، بغية توفير الحماية لمصالح الافراد في مواجهة

---

[١] المحكمة الادارية العليا في العراق، رقم القرار ٥١١/٥١٢/قضاء موظفين/ تمييز/٢٠١٤ بتاريخ ٢٠١٦/٣/٣.

[٢] قرار المحكمة الادارية العليا في العراق رقم ٢٦١/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٦ بتاريخ ٢٠١٨/١/١١.

[٣] حكم المحكمة الادارية العليا في مصر، الدائرة الخامسة، طعن رقم ٢٢٧١، لسنة ٤١ق، جلسة ٢٠٠٠/٦/١٠، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثالث، سنة٤٥ يوليو-سبتمبر،٢٠٠١، ص١٧٧، نقله، عبدالله رمضان بنيني، مصدر سابق، ص١٨٠.

سلطة الادارة الساعية الى تحقيق اكبر قدر من النفع العام، الامر الذي دفع بمجلس الدولة الفرنسي الى ابتكار نظرية (الموازنة بين المنافع و المضار) سنة ١٩٧١ و التي بموجبها صار للقاضي دوراً كبيراً في تحديد المنفعة العامة عن طريق المقارنة بين الفوائد و الاضرار بعد تقييم تصرفات الادارة، إذ له –للقاضي- إقرار توفر المنفعة في التصرفات المُستهدفة او نفيها عند عدم توفرها[١].

وهنا نجد ان من غير الممكن ان نجد تعريفاً دقيقاً لنظرية الموازنة بين المنافع و المضار، و ذلك للاختلاف في معايير تطبيقها، بيدَ ان ذلك لا يعني عدم امكانية تحديد الاطار العام الذي تدور حوله هذه النظرية، إذ ان للقاضي ادواته التي عن طريقها سَيُقر تصرف الادارة او يلغيه، طالما انه سيدور في فُلك المنافع و المزايا و الفوائد من جانب؛ و السلبيات و الاضرار من جانب اخر. فالموازنة تعني: عملية ايجاد التوازن، وهذا لا يتم الا بمقابلة مُتَعارضَين ليتم ابراز مزايا وعيوب كل منهما ليتم ترجيح الآخر. فالموازنة من الناحية اللغوية لا تختلف كثيراً عمّا عليه الحال في الاصطلاح. إذ جاء في تعريف نظرية (الموازنة بين المنافع و المضار) بأنها تقدير لشرعية عمل او تصرفٍ ما، و اعتبار هذا العمل ذو منفعة عامة يتحقق عنها فوائد و مزايا مع الوقوف على ما يترتب على هذا العمل من مضار و العمل على الموازنة بين تلك العناصر، بالشكل الذي لا يُسمح بإقرار ذلك التصرف في حال لو جاءت الاعباء و الاضرار بشكلٍ مُفرط قياساً بما يُرجى تحققه من النفع و المزايا[٢].

وهي ايضاً مضاهاة واضحة و صريحة فيما بين المنافع و المضار التي تترتب عن القرار الاداري، بالشكل الذي ينتهي فيه القضاء الى احدى وجهتين؛ اما ترجيح المزايا، وفي هذه الحالة يُعلن القاضي مشروعية القرار. او ترجيح المضار، و في هذه الحالة يتوجب على القاضي الغاء القرار الاداري لعدم مشروعيته[٣]. و هي ايضاً عملية لتقييم شرط المنفعة العامة في نطاق المصالح التي تتعارض و تقدير مزايا القرار و مضاره على تلك المصالح[٤].

وهي كذلك البحث في النتائج والاثار الايجابية و السلبية التي تترتب على مشروعٍ ما للتمكن من الحكم عليه، ليتم مقارنتها و موازنتها، إذ ان اقرار المشروع او التصرف لن يتم الا في حال تفوق ايجابياته على سلبياته[١].

وكذلك أخذ القضاء في اعتباره عند تقييمه لقرارٍ ما، الجوانب التي تتعلق بمضمون القرار وما له من الاهمية، على صعيد ما يتعلق بالأضرار التي يمكن ان تنجم عنه، او

---

[١] حسان مرابط، شرط المنفعة العامة في قضاء مجلس الدولة، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد٢٠/جوان٢٠١٧، ص٢٠٥.

[٢] بنجلون عصام، الاتجاهات الحديثة للقضاء الاداري في مراقبة جوهر ملائمة القرارات الادارية-دراسة مقارنة،ط١،دار القلم، الرباط،٢٠١١،ص١٣٥ وما بعدها.

[٣] سامي جمال الدين، قضاء الملائمة و السلطة التقديرية للادارة-دراسة تحليلية مقارنة، كلية الحقوق/جامعة الاسكندرية، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٢،ص٢٣٣.

[٤] نبيلة عبدالحليم كامل، دور القاضي الاداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية، الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر و فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٢،ص٢٠.

[١] احمد احمد الموافي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية- دراسة مقارنة، كلية الشريعة و القانون/جامعة الازهر، دار النهضة الحديثة، القاهرة، ص٢٢٢.

ما يمكن ان تنتج من المزايا عند تطبيقه، بالشكل الذي يُفضي الى اجراء موازنة او معايرة بين ما تقدم و بين الهدف و الغاية من ذلك القرار، فإن انتهت الموازنة الى رجحان الاضرار؛ فاللازم على القاضي ان يحكم بإلغاء القرار، اما اذا كانت كفة المزايا هي الراجحة؛ فللقاضي ان يُعلن عن صحة القرار و مشروعيته[١].

مما تقدم يمكننا القول ان نظرية الموازنة بين المنافع و المضار هي عملية الاخذ بمجموع الاسس و المعايير التي تحكم آلية التفضيل و الترجيح فيما بين المصالح التي تتعارض و تتقابل، ليُرجح الانفع والافضل فيما بينهما.

الفرع الثاني -مضمون نظرية الموازنة بين المنافع و المضار

The second section - the content of the balancing theory between benefits and harms

ان مضمون نظرية الموازنة بين المنافع و المضار في بداية نشأته ارتبط بشكلٍ وثيق بنزع الملكية للمنفعة العامة، بل يمكننا القول بأن هذه النظرية قد نشأت معها، إذ ان نزع الملكية للمنفعة في غالباً ما يُصيب الافراد بالضرر، و إعمال ذلك عادةً ما يكون عن طريق قرار اداري بنزع الملكية. فالإدارة عموماً تسعى الى تحقيق المصلحة العامة، و قد يتعارض مسعاها هذا مع حقوق الافراد الطبيعيون، ومن اوضح مصاديق الضرر في هذا الخصوص؛ هو نزع الملكية الفردية، و مما هو معلوم ان القضاء هو الحارس لحقوق الملكية، لذا فإن نزع الادارة للملكية الفردية يخضع لرقابة القضاء[٢]. إذ كان للقضاء الاداري الفرنسي بعد عام ١٩٧٢ نقلة فاصلة بين عهدين للقضاء بخصوص رقابته الى تكريس نظرية الموازنة بين المنافع و المضار، إذ ان العهد السابق كان يكتفي بوجود شرط المنفعة و المصلحة العامة التي تسعى اليها الادارة عن طريق تصرفها؛ بيدَ ان الحال قد تغيّر في العهد الثاني، إذ اصبح للقاضي الاداري دوراً في تقييم الظروف و التفصيلات المحيطة بالتصرف كلاً على حدة، و امعان النظر في الفوائد المُتحققة، و ما يُمكن ان يحدث من اضرار واعباء مالية و تكاليف اخرى، إذ ان في هذا العهد اصبح لنظرية الموازنة بين المنافع و المضار حضور فعلي في قرارات مجلس الدولة الفرنسي. إذ ان في احدى قراراته ذكر مفوّض الدولة، بأن مجرد الحديث عن المنفعة العامة لا يُعد كافياً، بل اصبح ضرورياً التمعن في بحث كافة الآثار و النتائج التي يمكن ان تترتب على تصرف الادارة سواء كانت آثاراً سلبية او إيجابية و مفاضلتها على ما يمكن تحققه من المنافع او ما يقع من مضار، إذ انه من غير الممكن اقرار ذلك التصرف الا في حال رجحان إيجابياتهِ على سلبياته، حيث ان القسم القضائي في مجلس الدولة الفرنسي اعتمد هذا وجهة نظر مفوّض الدولة و أقر بأن لا تتحقق المنفعة العامة، الا اذا كانت الاضرار و الاعباء الاجتماعية التي يمكن ان تقع، هي غير مبالغ بها او مُفرطة قياساً بالمنفعة

---

[١] رمضان محمد بطيخ،الاجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الادارة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصر منها، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٦، ص٣٠٦.

[٢] نبيلة عبدالحليم كامل، مصدر سابق، ص٧.

المُتحققة[١]. و بذلك ظهرت هذه النظرية بشكلها الذي حرص فيها القضاء الاداري الفرنسي على مبدأين مهمين هما:

اولاً: حماية الحقوق الفردية، إذ كرّس مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ و وضعه حيّز التطبيق، عن طريق قيام القاضي الاداري بموازنة المنافع و المضار من خلال قياس التوازي بين متطلبات الادارة من جانب و حقوق الافراد من جانب آخر، و عَد ذلك من اهم واجبات القاضي الاداري.

ثانياً: لا يمكن الفصل في الطعن بقرار اعلان المنفعة العامة بمعزل عن الظروف التي تُحيط بذلك القرار، و من هذا المُنطلق اصبح عمل القاضي غير محدود عند وجود المنفعة من عدمه، بل يقوم القاضي بموازنة و معايرة الإيجابيات و السلبيات، عن طريق الحرص على ان يكون تصرف الادارة يُحقق المنفعة التي تدعيها و أن لا غنى عن هذه المنفعة. و كذلك التأكيد على ان الاضرار التي تنتج عن تصرف الادارة هي ليست تلك الاضرار المُبالغ بها قياساً بما يُرجى تحققه من المنفعة[٢].

في ضوء ما تقدم فأن فحوى نظرية الموازنة بين المنافع و المضار؛ هو ان يضع القاضي ما يترتب من الآثار الناجمة عن تنفيذ القرار الاداري، يضعها في ميزان العدالة، إذ يزن المزايا و الايجابيات في كفّة، و الاضرار و السلبيات في كفّة اخرى، قبل ان يقرر ترجيح أي الكفتين.

الخاتمة: Conclusion:

نَخلُص في خاتمة هذا البحث الى إن مبدأ او فكرة التناسب، لها دوراً بالغاً بالأهمية في القانون الاداري، إذ يسهُم الى وضع أطار انجع للرقابة القضائية على اعمال وتصرفات السلطة الادارية، فلا مناص من القول ان اهمية هذا المبدأ تتجلى في الرقابة على تصرفات الادارة عن طريق تخفيف تلك الرقابة او تقويتها، بمعنى آخر، تقييد هامش السلطة التقديرية للإدارة او تعزيزه. إذ ان مبدأ التناسب صار عنصراً مهماً في مجال حماية الحقوق الفردية حيال مُختلف اشكال النشاطات الادارية، عندما تكون هذه النشاطات محلاً للنزاع، ففي هذا السياق يكون القاضي الاداري امام مهمة الاجابة عن سؤال بخصوص مدى ضرورة و اهمية تلك النشاطات في قِبال ما تترك من أثر على الحقوق الفردية. فمما لاشكَّ فيه، ان مبدأ التناسب اضحى يُمثل سنداً قانونياً يعتمد عليه القضاء الاداري الاوربي في رقابته على تصرفات السلطة العامة التي تتضمن اعتسافاً او تقييداً للحقوق الفردية. و مما تقدم من سطور هذا البحث، خلُصنا الى عِدّة من النتائج و ما يعقبها من توصيات و التي ندرجها فيما يلي:

النتائج: Results:

١- اقتضى مفهوم دولة القانون، ولادة مبدأ قانوني جديد أو بمعنى ادق ولادة جديدة لمبدأ التناسب، كأداة اجرائية و رقابية تُكرس الحقوق الفردية و عدم اعتسافها.

---

[١] احمد محمد الموافي، فكرة المنفعة العامة،ص٢١٩ وما بعدها.

[٢] المصدر السابق ص٢٢٠، نقلاً عن Andre HOMONT: Note sous C.E.Ass.28.5.1971.Ville Nouvelle- Est,J.C.P 1971.II,16873.

٢- بدا لنا ان هناك تباين في تشخيص علاقة فكرة التناسب باركان القرار الاداري، إذ ثمة من قال بارتباطه بركن الغاية، و منهم من قال بالارتباط بركن المحل، في حين من ذكر الارتباط بركن السبب. الا انه بان لنا بعد الدراسة واستعراض الآراء و الاحكام القضائية، ان الارتباط الانسب بالتناسب؛ هو بركن السبب. إذ ان القاضي يفرض رقابته على صحة الوقائع التي كانت سبباً في اتخاذ القرار، ثم الرقابة على صحة التكييف القانوني لتلك الوقائع، فضلاً عن الرقابة على تناسب اثر القرار و الوقائع المادية التي دفعت السلطة الى اتخاذه.

٣- إن رقابة التناسب هي احدى الادوات التي طورها القضاء الاداري، بُغية استخدامها كوسيلة لرقابة سلطة الادارة التقديرية، لتقويض غلواء تلك السلطة حيال حقوق الافراد وحرياتهم، وصولاً الى درجة مقبولة من التوازن بين المصالح المتعارضة.

٤- ان إعمال رقابة التناسب، قد لا تتسم بصورة متناغمة على اختلاف الانظمة القانونية، إذ يُمكن ان يكون هناك تباين و تفاوت في تطبيق هذا المبدأ، فضلاً عن التفاوت في تحليل العناصر التي يتكون منها هذا المبدأ، ناهيك عن درجة القوة الرقابية لكل عنصر وتراتب اولوياتها، ولا يفوتنا ان ننوه الى اختلاف التسميات التي تُطلق على تلك العناصر، كالضرورة و التلاؤم و المعقولية و العقلانية الخ.

٥- تتفق اجراءات الادارة التي تسبق اتخاذ القرار اتفاقاً عكسياً مع الرقابة القضائية، فكلما كانت الاولى اكثر دقة وعمق و شفافية؛ كانت الرقابة اقل توغلاً في تقييم تلك الاجراءات، و بالعكس، كلما كانت الاخيرة اقل شفافية؛ فإن ذلك يُعد مسوغاً لرقابة قضائية بدرجة اعلى.

٦- ان العلاقة فيما بين التنظيم التشريعي للحقوق و الحريات من جهة و اختصاصات الادارة من جهة اخرى؛ قد لا تتسم بالضبط الدقيق، و ذلك لان النظام العام للجهة الاولى، هو فكرة ذات مرونة، لذلك فمن الوارد ان يحصل تقاطع او تصادم بين الادارة مع بعض الحالات التي لم يكن المشرّع ليتنبأ بها كي يحمي تلك الحقوق و الحريات.

٧- من غير الضروري ان يكون الاجراء الاداري موصوفاً بأنه مُقيداً او تقديرياً بشكلٍ كامل، إذ ان هناك ما يمكن ان يختلط فيه الوصفين – التقييد و التقدير – في الوقت نفسه، كما عليه الحال في الجزاءات التأديبية، إذ ان رجل الادارة مُقيّد بقائمة محددة من تلك الجزاءات، بيدَ انه يملك السلطة التقديرية في اختيار اياً منها فيما اذا ما قرر إيقاع العقوبة على الموظف المُخالف.

التوصيات: **Recommendations:**

يتوجب على السلطتين التشريعية و التنفيذية عند مباشرتهما سلطتيهما ان تأخذا متطلبات مبدأ التناسب بنظر الاعتبار، على صعيدي التشريع و اصدار القرارات التنفيذية.

١- نقترح ان يتضمن الدستور النص على مبدأ التناسب و ما يتكون هذا الاخير من العناصر، سواء فيما يخص القيود العامة، او ما يُتّخذ من الاجراءات التي تستلزمها المصلحة العامة، او الاجراءات الضبطية و التأديبية و العقابية التي يكون فيها هامش من المرونة للسطلة القائمة بالأجراء، بالشكل الذي يكون معقولاً و منطقياً و مقبولاً في مجتمع ديمقراطي. مع ضرورة الاخذ بنظر الاهمية ما يتعلق بالحقائق الموضوعية التالية:

أ- الطبيعة الخاصة بالحق المُقيّد او الاجراء العقابي المفروض.

ب- مدى اهمية الغاية من تقييد الحق، و اهمية الاجراء الضبطي.

ت- مدى منطقية القيد او العقوبة، و الطبيعة الموضوعية لهما.

ث- العلاقة بين تقييد الحق و الغرض من التقييد.

ج- اقل طرق و وسائل تقييد الحقوق.

٢- يتوجب على السلطات التأديبية ان تستخدم صلاحياتها بشكلٍ معقول، إذ بخلاف ذلك، فإن التفاوت الصارخ بين المخالفة و بين الجزاء المفروض ازاءها؛ يقتضي ان يكون القرار الصادر بها عرضةً للإلغاء من قِبل القضاء الاداري.

٣- يتوجب على القاضي الاداري الذي يميل الى تشديد رقابته على التصرفات الادارية؛ عدم المبالغة في هذا التوجّه في التصرفات الادارية التي تتصف بالطبيعة الفنية و التخصصية، سيّما المعقدة منها.

٤- يتوجب على القاضي الاداري استخدامه لدرجات متفاوتة فيما يتعلق بقوة رقابته على النشاط الاداري الحاصل ضمن نطاق السلطة التقديرية للإدارة، إذ يجب ان تكون تلك الرقابة تابعة لسياق الموضوع، ففي التصرفات التي تكون ماسة بالحقوق الاساسية بشكلٍ مباشر؛ فيجب ان تخضع تلك التصرفات لأقصى درجات الدقة في الرقابة، وكلما كان المساس بتلك الحقوق اقل؛ كلما خفّت تلك الرقابة.

٥- في الوقت الذي نثمّن الجهود المبذولة من قبل مجلس الدولة العراقي في فرضه لرقابة التناسب على النشاطات الادارية؛ فإننا ندعو القاضي الاداري العراقي الى تطويره لنظرية كاملة لمبدأ التناسب، بالشكل الذي يجعل من تطبيق هذا المبدأ، وفقاً لمراحل و خطوات ممنهجة. إذ ان مبدأ التناسب ليس ذلك المفهوم البسيط الذي يُطبّق بخطوة واحدة؛ بعَدّه مبدأ مستنداً الى عصرٍ واحد وهو الملائمة؛ بل انه يُعد مبدأ يتسع في شكله الحديث الى عناصر متعددة.

٦- نتمنى على القاضي الاداري توسيع نطاق رقابته على المشروعية بالشكل الذي يجعل من مبدأ الملائمة و التناسب جزءاً من عناصرها، لتكون داخلة في مجال رقابته، و بالتالي فالقاضي الاداري قد ساهم بدوره بخلق ظروفاً جديدة تعمل على تقييد اختصاصات الادارة.

٧- يتوجب ان يُقنن موضوع المطالبة بالتعويض عن ما لحِقَ بذوي الشأن ممن تضرروا جرّاء القرار الاداري المُلغى قضائياً لعدم التناسب، لو كانت الادارة تتمكن ان تَعي ان قرارها ينطوي على ضرر يُمكن تلافيه او تقليله.

المصادر

١. ابراهيم مدكور، المعجم الوجيز، وزارة التربية و التعليم، مجمع اللغة العربية، مصر، ١٩٩٩،ص٦٢١. و القاموس المنجد في اللغة و الاعلام، دار المشرق، بيروت ط١٩٨١/٢٥
ابن منظور محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل ، لسان العرب، دار المعارف للنشر، القاهرة.

٢. احمد احمد الموافي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية- دراسة مقارنة، كلية الشريعة و القانون/جامعة الازهر، دار النهضة الحديثة، القاهرة.

٣. احمد بن غنيم الازهري، الفواكه الدواني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، دار الفكر، ١٩٩٥،ج١.

٤. احمد بن محمد الفيومي المصري، معجم المصباح المدير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار الحديث، القاهرة،٢٠٠٣.

٥. ارام غيب الله قادر، لتناسب بين المخالفة والعقوبة الانضباطية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليه، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر، ٢٠٢٠، ط١ .

٦. بنجلون عصام، الاتجاهات الحديثة للقضاء الاداري في مراقبة جوهر ملائمة القرارات الادارية-دراسة مقارنة،ط١،دار القلم، الرباط،٢٠١١.

٧. تقي الدين ابو العباس الحراني الحنبلي، اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة اصحاب الجحيم، تحقيق ناصر عبدالكريم العقل، ط٧، دار عالم الكتب، بيروت،١٩٩٩، ج١.

٨. جورجي شفيق، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠،.

٩. حارث الفاروقي، المعجم القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٨.

١٠. رمضان محمد بطيخ،الاجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الادارة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصر منها، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٦.

١١. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة و السلطة التقديرية للادارة-دراسة تحليلية مقارنة، كلية الحقوق/جامعة الاسكندرية، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٢.

١٢. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية- دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٨٤.

١٣. سليمان الطماوي، قضاء التأديب/ دراسة مقارنة، القاهر، دار الفكر العربي، ١٩٩٥.

١٤. طارق عبد الوهاب سليم، المدخل إلى علم العقاب الحديث، القاهرة ،دار النهضة العربية ١٩٩٩.

١٥. عبدالفتاح حسن، التاديب في الوظيفة العامة، القاهرة، دار النهضة العربية ١٩٦٤ .

١٦. عمر خوري، السياسة العقابية، ط ١، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠٠٩ ، ص ٣٣.

١٧. فهد يوسف الكساسبة، وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل، ط ١، دار وائل للنشر، عمان ،٢٠١٠.

١٨. لويس معلوف ، المنجد في اللغة، انتشارات اسلام، طهران، الطبعة الخامسة و الثلاثون، ١٣٨٣ هـ.

١٩. مازن ليلو راضي، موسوعة القضاء الاداري، المجلد الاول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الاولى٢٠١٦.
٢٠. مايا محمد نزار ابودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري، دراسة مقارنة بين فرنسا و مصر و لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الاولى، بيروت،٢٠١١.
٢١. محمد رفعت عبدالوهاب، النظرية العامة في القانون الاداري، دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٩.
٢٢. محمد حسنين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الاداري و دعوى الالغاء، القاهرة، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٩١.
٢٣. محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار المهد، الكويت،٢٠٠١.
٢٤. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، وزارة التعليم المصرية، ١٩٩٩.
٢٥. نادرة محمود سالم، السياسة الجنائية المعاصرة ومبادئ الدفاع الاجتماعي من منظور إسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
٢٦. نبيلة عبدالحليم كامل، دور القاضي الاداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية، الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر و فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٢.
٢٧. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الاداري، دار الفكر و القانون، مصر،٢٠١٧.

المصادر الاجنبية

1. A.De. Laubadere. Le droit adminstratif general. Tome I.Monterestin et delat. 9em ed.1996.
2. Andre HOMONT: Note sous C.E.Ass.28.5.1971.Ville Nouvelle- Est,J.C.P 1971.II,16873.
3. C.E, 13/11/1970, Sieur Lambert, Concl. Braubant, A.J.D.A.,1971.
4. C.E.15-2-1999,Center hospitalier Canes, D.A, 1999,n107.note"C.MONIOLLE".
5. Charles Debbasch Jean- Claude Rissi, contentieux administrative 7emme edition DALLOZ PARIS 1999,.
6. Conférence de Jean-Marc Sauvé vice-président du Conseil d'État ,Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017, Le principe de proportionnalité,protecteur des libertés Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017 . https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes#_ftn3.
7. G.Braibant، Concl sur C.E,13 novembre 1970, Sieur Lambert, fr.wikipedia.org/wiki/pouvoir-dicrétionnaire-en-droit-administratif-français.
8. G.BRAIBANT, Le Droit administrative francais,dalloz1987.
9. H. Maurer, Droit administratif allemand, L.G.D.J, 1987. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1996_num_48_3_5295.
10. H. Maurer, Droit administratif allemand, L.G.D.J, 1987. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1996_num_48_3_5295..
11. J.M.AUBY et R.DRAGO, traite de conterntieux administrative, op. cit,.
12. J.O. COSTA, Le Princpe proportionnalite dans la jurisprudence de conseil, d, etat A.J.D.A, 20 juilliet/20 aout, France, 1988,.
13. J.y. Vincent .legislation et jurisprudence. R.A,n 139.24.e annee, 191 janvier, semestrielle fevier..
14. Le principe de proportionnalité, protecteur des libertésInstitut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017,Conférence de Jean-Marc Sauvé[1], vice-président du Conseil'État.https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes.
15. Michel Guibal, De La proportionnalite, AJDA,1978,.
16. Prominent cases in EC law include Joined Cases 62 and 63/81 Seco [1982(ECR 223, paragraph 14; Case C-240/95 Schmitt [1996] ECR 1-3179، paragraphs 10-22. In German law, see BVerwGE 27, 181, 187-188(parking prohibition).

المجلات و البحوث

١- إسماعيل صعصاع البديري، التعديل الجزئي للقرار الاداري، مجلة جامعة بابل/٢٠٠٨، المجلد ١٥، العدد ١.

٢- تميم طاهر احمد الجادر/ سيف صالح مهدي العكيلي الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية، The International and Political Journal2014, Volume , Issue 24, Pages.

٣- حسان مرابط، شرط المنفعة العامة في قضاء مجلس الدولة، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد٢٠/جوان٢٠١٧.

٤- حنان ابراهيمي، اجتهاد القاضي في مجال الحقوق و الحريات في ظل الاتفاقيات الدولية، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق/جامعة محمد حيضر/بسكرة/ الجزائر، العدد٢٠٠٩،٤.

٥- خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة(رقابة التناسب)، مقال متاح على موقع هيأة الرقابة الادارية/ مجلس النواب الليبي/ الرابطhttp://raqaba-ly.com/?studies_researches .

٦- عبدالفتاح عبدالبر، بعض اوجه الطعن في القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة، مجلة العلوم الإدارية، سنة ٣٩،ع ١، ١٩٩٦.

٧- عبدالله رمضان بنيني، الغلو في الجزاء التاديبي و اثره على القرار الاداري-دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، كلية القانون/جامعة الزاوية ،العدد السادس، يونيو٢٠١٥ .

٨- عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧١.

٩- العلام محمد مهدي، دور القاضي الاداري في رقابة مدى تناسب الجزاء التأديبي، المجلة المصرية للدراسات القانونية و الاقتصادية، العدد الرابع، مارس، ٢٠١٥.

١٠- محمد ابراهيم سليمان، الرقابة القضائية على ملائمة القرارات التأديبية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية - الشعبة المصرية، مجلة العلوم الادارية ، مجلد ٥، عدد ٢، ١٩٦٣.

١١- محمد اسماعيل علم الدين، التزام الادارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقة و القضاء الفرنسي، مجلة العلوم الادارية، العدد الثالث، ديسمبر/١٩٧١، سنة١٣عدد٣.

١٢- محمد فريد سيد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري، رسالة دكتوراه، ١٩٨٩، جامعة المنصورة - كلية الحقوق - القانون العام.

١٣- محمد مختار عثمان، ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق جامعة بنغازي، المجلد الثالث عشر، ١٩٩٤، س٤.

١٤- محمد ميرغني خيري ادريس نظرية التعسف باستعمال الحقوق الادارية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٢.

١٥- يحيى الجمل، رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البيّن للإدارة على التكييف، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، العدد الثالث و الرابع، ١٩٧٢.