

الرقابة القضائية على التناسب في قرارات التأديب الوظيفي والضبط الإداري (دراسة تحليلية ومقارنة)

م.م. ابراهيم محمد حاجي ، قسم القانون ، كلية العلوم الانسانية ، جامعة رابرين ، (رانية) السلجانية ، اقليم كوردستان ، العراق

الملخص

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

كلمات المفتاحية: رقابة الملاءمة، التناسب، نظرية الخطأ البين، السبب والحل، السلطة التقديرية.

1 المقدمة

تعتبر الرقابة القضائية من أهم وأجدى صور الرقابة وأكثرها ضمانا لتحقيق المشروعية، لأنها تمارس من قبل السلطة القضائية بهدف حماية حقوق وحريات الأفراد، ويمثل دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المشروعية أساسا في رقابة الإلغاء التي تلغي القرار الإداري الصادر خلافا للقانون، وذلك بالبحث عن أوجه إلغاء القرار المطعون فيه المختلة في العيوب التي تشوب القرار عند إصداره من عيوب خارجية تتجسد في عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل والإجراءات، وعيوب داخلية تتجسد في عيب الحل وعيب الغاية وعيب السبب.

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

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

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

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

1.1. أهمية الدراسة: تكمن الأهمية العلمية لهذا الموضوع في معرفة الدور التقليدي الذي يقوم به القاضي في الرقابة على سبب القرارات الإدارية، والدور الحديث في مجال رقابته على القرارات الإدارية التي تجاوزت حدود الرقابة على المشروعية الداخلية للقرار الإداري، التي كانت تتوقف عند حد رقابة التكييف القانوني للوقائع تجاه عنصر السبب، حيث تتعدى هذه الرقابة إلى رقابة تقدير الإدارة لأهمية الأسباب الواقعية وتقدير مدى تناسب بين أهميتها وخطورتها وبين الإجراء المتخذ بشأنها، ومعرفة الآليات والوسائل التي يقوم القاضي الإداري بواسطتها بتفعيل رقابته على تناسب القرار الإداري لهذا النوع من الرقابة، وأهمية أخرى تتجلى في محاولة إزالة اللبس الموجود

بسبب التداخل ما بين التناسب والملائمة وأثر ذلك على فعالية الرقابة القضائية على قرارات الإدارة عند إستخدامها لسلطتها التقديرية، وأهمية أخرى لهذه الدراسة تتضح في كون التناسب أضحي مبدأ دستوريا يحتم على الإدارة تحريره والعمل على تحقيقه في إجراءاتها و قراراتها التي تمس بحقوق وحرريات الأفراد خاصة في مجال الضبط الإداري سواء في الظروف العادية أو الإستثنائية والتي تتوسع فيها سلطات الإدارة مقابل تقييد حقوق وحرريات الأفراد، وما قد يثيره هذا الأمر من ملاهسات تنعكس آثارها على طبيعة العلاقة - القائمة بين الإدارة و الأفراد والثقة فيما بينهما.

2.1: إشكالية الدراسة: تتناول هذه الدراسة جملة من الإشكاليات التي تتساءل فيها على النحو الآتي:

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

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

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

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

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

2 المبحث الأول

ماهية التناسب في القرار الإداري

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

1.2 المطلب الأول

مفهوم التناسب

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

1.1.2 الفرع الأول

تعريف التناسب

التناسب لغة مشتق من كلمة (نسب)، والنسب يعني القرابة، وانتسب استنسب، أي ذكر نسبه، وناسبه شاركه في نسبه، وناسبه مناسبة، أي ماثله وشاكله ولاءمه، وتناسباً، أي تماثلاً وتشاكلاً، واستنسب الشيء، أي وجده مناسباً وملاءماً، والنسبة تعني القرابة وإيقاع التعليق والإرتباط بين شيئين، التماثل بين علاقات الأشياء والكليات. وأما فيما يتعلق بالتعريف التشريعي نستطيع القول بأن ليس هناك تعريف محدد للتناسب من قبل المشرع، وهذا الأمر يبدو طبيعياً، حيث غالباً ما يترك المشرع مهمة تحديد التعريف لموضوع معين إلى القضاء أو الفقه، هذا من جانب ومن جانب آخر لم يورد القضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق أي تعريف محدد للتناسب بل إكتفى القضاء في أحكامه بالتأكيّد على وجوب تناسب القرار في مجال العقوبات التأديبية ومجال القرارات الضبطية، وأيضاً التأكيّد على مسألة الغلو في الإجراء المتخذ من قبل الإدارة وحيث اشاروا الى عدم الملاءمة الظاهرة ما بين الإجراء والواقعة الدافعة إلى إتخاذ القرار (تكتل ابراهيم عبدالرحمن، 2016، ص23). فلذلك سنتطرق إلى التعريفات الفقهية على النحو الآتي:

يعرف الفقيه الفرنسي (فالين) التناسب بأنه (عبارة عن جوهر السلطة التقديرية التي يكمن في سلطتها في تقدير ملاءمة الإجراءات، فالتناسب بين الإجراء وسبب القرار الإداري هو ممكن السلطة التقديرية والتناسب موضوع حيوي وله أهمية كبرى في القضاء الإداري). (علي حسين أحمد غيلان الفهداوي، 2000، ص 137). ويرى الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي أن التناسب هو (عندما يبسط القضاء الإداري رقابته على السبب في القرار الإداري فيما يتعلق بالمرحلة الثالثة منه أي تقدير أهمية وخطورة السبب، فهو يتحقق مما إذا كان هناك تناسب بين السبب والإجراء المتخذ، أي ما إذا كانت هذه الوقائع كافية لتبرير القرار المتخذ). (مصطفى أبو زيد فهمي، 1999، ص 746).

أما بالنسبة للفقه العراقي، فلم يتناول الفقه بشكل واضح موضوع التناسب وإنما تطرق إليه قسم قليل من الفقهاء ومنهم الأستاذ عبدالقادر الشيعلي الذي ذكر أن (الجزء التأديبي يجب أن يكون متناسباً مع الفعل ذاته أي المخالفة، والملاءمة هي جوهر نفعية العقاب وفقدانها يزيد الشك حول طبيعة العدالة وجدية الوظيفة التأديبية). (عبدالقادر الشيعلي، 1983، ص 297-298).

ويرى الدكتور عصام البرزنجي أن التناسب (هو إختيار الإجراء الملائم الذي يتفق ويتناسب مع أهمية الوقائع). (عصام عبدالوهاب البرزنجي، 1971، ص 318). ويرى الباحث أن التناسب يمكن تعريفه بأنه (تقدير أهمية وخطورة السبب وتناسبه مع محل القرار، بإعتباره أحد ملاءمات القرار الإداري).

2.1.2 الفرع الثاني

تمييز التناسب عما يشابهه

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

أولاً: الملاءمة

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

أ- تعريف الملاءمة:

يعرف الفقيه الفرنسي (دوبيسون) الملاءمة بأنها (تصرف معين هي فكرة مادية أو عملية، ينظر فيها إلى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة بالنظر إلى ما يحيط بهذا المركز). (نكتل إبراهيم عبد الرحمن، 2016، ص 38). ويقول الدكتور سامي جبال الدين أن الملاءمة (تصرف ما يعني أن هذا التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان والمكان والظروف والإعتبارات المحيطة). (سامي جبال الدين، 2010، ص 219). وقد ذكر الدكتور (عصام عبدالوهاب البرزنجي) أن الملاءمة تعني (التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان والمكان والظروف والإعتبارات المحيطة). (عصام عبدالوهاب البرزنجي، 1971، ص 164).

ب- التمييز بين الملاءمة والتناسب:

هناك خلط في بعض الأحيان بين كل منهما لدى بعض الفقهاء ولا يفرقون بينهما، حيث عرفت الدكتورة (سعادة الشراوي) الملاءمة بأنها (التناسب بين الإجراء وأسبابه وإختيار الإجراء المناسب الذي يتفق مع خطورة الوقائع وأهميتها)، وفي موضوع آخر في سياق بيانها لمستويات الرقابة القضائية على القرار الإداري تقول بأن: (مستويات الرقابة القضائية على ركن السبب هو التحقق من صحة الوقائع المادية، والتكييف القانوني الصحيح، وأخيراً ملاءمة القرار، أي تناسبه مع الوقائع). (سعادة الشراوي، مجلة العلوم الإدارية، 1969، ص 150). هذا يعني إنها لم تفرق بين التناسب والملاءمة وإنما خلطت بينهما. ويذكر الدكتور (السيد محمد إبراهيم سليمان الزهيري) أن الملاءمة في القرارات الإدارية هي (التناسب بين الذنب أو الخطأ أي (السبب) والعقوبة أي (المحل)، فهي أقرب إلى عملية حسائية بسطها جسامته الذنب ومقارنها خطورة الجزاء، وحاصلها ملاءمة القرار أو عدم ملاءمة، فأهمية الجزاء والخطورة هما عنصران الملاءمة). (سيد محمد إبراهيم سليمان، مجلة العلوم الإدارية، 1963، ص 265).

وجدير بالذكر، أن القضاء الإداري المصري والعراقي يستعملان كلمة التناسب والملاءمة كترادفين في العديد من أحكامهما وتطبيقاتهما، وذهبا إلى إستعمال كلا المصطلحين، تارة التناسب وتارة أخرى الملاءمة في ذات الحكم للدلالة على عدم التفرقة بينهما، كما جاء - في حكم لمحكمة الإدارية العليا المصرية (...) إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب إستعمالها غلو وإن من صورة عدم الملاءمة الظاهرة بين خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره. (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 5325 لسنة 43 ق، ع، جلسة 2003/11/30 مجموعة القوانين والمبادئ القانونية التي قررها المحكمة، (الأحكام الخاصة بالتأديب)، 2004/2005، ج 3، ص 233).

وأما الدكتور محمد حسنين فيقول (إن الملاءمة ليست التناسب وتنفرد الإدارة بتقديرها كغيره من الأمور الأخرى). (محمد حسنين عبدالعال، 1971، ص 72). وإن أحسن دليل على ذلك هو حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الذي جاء فيه "ذلك أن رقابة القضاء الإداري للقرار الصادر من جهة الإدارة، تقف عند حد التحقق من وجود سبب صحيح لهذا القرار، أما أهمية هذا السبب أو خطورته متى قام فمن ملاءمات الإدارة التي تخضع لسلطتها التقديرية". (حكمها في 1956/12/8، قضية رقم 1987 لسنة 2/9 ق، مجلة الحقوق، إصدار كلية الحقوق جامعة الأسكندرية، السنة 2، ص 161. نقلاً عن د. محمد حسنين عبدالعال، مصدر سابق ص 269).

من خلال ما سبق، تؤيد الرأي القائل بأنه يختلف التناسب عن الملاءمة، فالتناسب إذن هو أحد ملاءمات القرار الإداري، والملاءمة هي صفة للقرار الإداري، بمعنى أن هنالك عناصر أمام مصدر القرار كي يقوم بملاءمة القرار بناء عليها، فالتناسب جزء من هذه العناصر، وهذه العناصر هي: أ- تقدير وجود التدخل أو الإمتناع عن التدخل. ب- إختيار وقت التدخل. ج- تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب. (محمد فريد سليمان الزهيري، 1986، ص 31-32).

ثانياً: السلطة التقديرية ومدى علاقتها بالتناسب

سنستأول تعريف السلطة التقديرية للإدارة، والعلاقة بينها وبين والتناسب والترابط بينها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: السلطة التقديرية:

نتطرق الى السلطة التقديرية من حيث تعريفها وعلاقتها بالتناسب وذلك على النحو الآتي:

أ- التعريف الإصطلاحي للسلطة التقديرية:

عرف الفقيه (بونار) السلطة التقديرية بأنها: سلطة الإدارة تكون تقديرية حيناً يترك لها القانون، الذي يمنحها إختصاصات معينة بصدد علاقتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو الإمتناع عن التدخل، ووقت هذا التدخل وطريقته، ومضمون القرار الذي تصدره في هذا الشأن. (مايا محمد نزار أبودان، 2011، ص 55). وعرفها الدكتور سامي جمال الدين بأنها: تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس إختصاصاتها القانونية، بحيث يكون للإدارة حرية التصرف دون إلزام قانوني عليها. (د. سامي جمال الدين، 2010، ص 25).

ب- الخلط والتمييز بينها وبين والتناسب:

قد خلط بعض الفقهاء بين السلطة التقديرية للإدارة والتناسب، وأعتبروا أن التناسب هو نفس السلطة التقديرية فلم يفرقوا بينها، كما يرى الفقيه (هوريو) في تعليقه على حكم (greziette) (أن جوهر السلطة التقديرية يكمن في سلطتها في تقدير ملاءمات الإجراءات). (مايا محمد نزار أبو دان، 2011، ص 62). ويؤيد (الدكتور محمد مصطفى حسن) بأن: السلطة التقديرية تعني التناسب فهي من الملاءمات المتروكة لجهة الإدارة". (محمد مصطفى حسن، 1974، ص 313). ويقول الفقيه الفرنسي (فينزي) أن السلطة التقديرية هي الحرية التي تترك عادة للإدارة لتقدير مناسبة الإجراء المتخذ. (نكتل ابراهيم عبدالرحمن، 2016، ص 34). ويؤيد الباحث الرأي القائل بأن هناك فرق كبير بين السلطة التقديرية والتناسب ولكل منها معنى ومداول خاص بها، فالسلطة التقديرية هي المجال التي تتصرف فيه الهيئات الإدارية بحرية، المجال الذي يتضمن جملة عناصر أو ملاءمات تستطيع الإدارة عبرها التصرف بحرية في حدود ونطاق إختصاصاتها القانونية، وهذه التصرفات تتمثل في إختيار سبب القرار من قبل الإدارة أو تتمثل في إختيارها للتدخل أو الإمتناع عنه أو الوقت المناسب للتدخل، وكيفية التدخل، أو الإختيار بين عدة قرارات جميعها مشروعة، وإختيار الإجراء المناسب الذي هو (الحل) لأهمية الواقعة أو خطورة الواقعة الذي هو (السبب). (مايا محمد نزار أبودان، 2011، ص 62).

3.1.2 الفرع الثالث

أطراف العلاقة في التناسب

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

الاتجاه الاول: التناسب ينتج عن مطابقة بين السبب والحل:

يقول جانب من الفقهاء ومنهم الدكتور محمد حسنين عبدالعال أن التناسب ينشأ عن نتيجة مطابقة القاضي بين ركني (السبب والحل) في القرار الإداري، وتبريرهم لذلك هو أن رقابة التناسب هي رقابة على السبب في صورتها القصوى، التي تحتوي على التحقق من خطورة الحالة الواقعية وأهميتها ومدى التناسب بين السبب والحل في القرار الإداري. (محمد حسنين عبدالعال، 1971، ص 174).

وحسب هذا الرأي، التناسب في القرارات الإدارية عموماً يعني توافق السبب مع الحل، والتناسب يتغير تبعاً للحالة المتوقعة والأضرار المترتبة عنها، وكما يمكن أن يتحقق حسب تقدير الإدارة لدرجة الخطورة ولأهمية الخطورة وتوقع المنافع والأضرار التي تترتب عنها وأهمية الهدف. أما في مجال القرارات التأديبية فإن التناسب يعني الملاءمة الظاهرة بين الخطأ أي السبب والعقوبة أي الحل (عادل الطبطبائي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، سنة 1998، ص 8). والتناسب يتحقق في حالة التوافق بين العقوبة مع الخطأ الذي قام به الموظف، فالتناسب يعني معقولة الأثر القانوني المباشر مع الحالة الواقعية التي تتمثل في السبب. (محمد فريد سليمان الزهيري، 1989، ص 8).

الاتجاه الثاني: التناسب ينتج عن مطابقة بين السبب والغاية.

أصحاب هذا الاتجاه يرون أن التناسب ينتج عن مطابقة منطقية بين السبب والغاية من قبل القاضي الإداري، حيث أن الحكم بعدم التناسب بين العقوبة والخطأ يرتبط بعيب الهدف أو الغاية، وبالتالي فهو عيب إساءة إستعمال السلطة، ولا يمكن إعتبره عيب مخالفة القانون، ووجهة أصحاب هذا القرار هي أن القرار صادر في حدود أو نطاق السلطة التقديرية للإدارة وليس في إطار ونطاق السلطة المقيدة. (محمد السيد إبراهيم، مجلة العلوم الاداري، 1963، ص 2).

حسب رأيهم إن مبدأ التناسب في القرار الإداري يعني التوافق والتناسب بين السبب الذي دفع رجل الإدارة إلى إتخاذ والغاية المشروعة التي يسعى إليها، والقاضي الإداري يبحث عن تحقق أو وجود العلاقة بين سبب القرار وغايته فعند وجود التناسب بينهما يعتبر مشروعاً وإلا يكون القرار غير مشروع ويستوجب إلغائه من قبل القاضي الإداري. (حنان حمال، 2005، ص 98).

وإن القول بعدم التناسب في القرار يتحقق إذا كانت غاية القرار ليست المصلحة العامة أو مصدره خرج عن حدود قاعدة تخصيص الأهداف، وهذا لا يشمل كل القرارات وإنما يشمل فقط القرارات الضبطية وينطبق في نطاق ضيق هو نطاق قرارات الضبط الإداري. (عبد الغني بسيوني عبد الله، 1983، ص 313). أما في المجالات الأخرى إذا كان القرار لم يرم إلى تحقيق المصلحة العامة وإنما أدى إلى تحقيق غاية أخرى بعيدة عن المصلحة العامة أو الغاية التي يريدها المشرع أو هدف مخصص له فإنه يعد غير مشروع على أساس عيب الإنحراف بالسلطة أو إساءة استعمال السلطة ليس على أساس التناسب بين السبب والغاية. (رفيق بومدين، 2015، ص 22).

يؤيد الباحث الرأي الأول، لأن القاضي يراقب مدى خطورة السبب وأهميتها وتناسبها مع المحل ولا يراقب الهدف برأينا.

2.2 المطلب الثاني

الإعتراف برقابة التناسب وأساسها

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

1.2.2 الفرع الأول

الإعتراف برقابة التناسب

هناك اتجاهان مختلفان في موضوع الاعتراف برقابة التناسب وذلك على النحو الآتي:

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

1- رقابة التناسب تتعارض مع السلطة التقديرية:

أنصار هذا الرأي يستندون على أن رقابة التناسب تتعارض مع السلطة التقديرية للإدارة تأييداً للأحكام التقليدية لمجلس الدولة الفرنسي، حيث شبه أنصار هذا الإتجاه الرقابة التي يباشرها القضاء الإداري في هذا المجال بالرقابة التي تباشرها محكمة التمييز في رقابتها على الأحكام الجنائية، حيث تفرض رقابتها القانونية على الأحكام الجنائية ولم تحول لنفسها حق التعقيب في تقدير العقوبات، لكونها محكمة قانون لا محكمة وقائع، حيث أن طبيعة ومدى الرقابة القانونية المحولة لمحكمة التمييز الجنائية لا تختلف عن تلك التي تملكها المحكمة الإدارية في هذا الصدد. (سليمان محمد الطاوي، 1991، ص 151). كما يستند هذا الرأي على أن رقابة التناسب هي من ملاءمات الإدارة، حيث يقول الفقيه الفرنسي فالين (waline) (لارقابة على التصرفات التي تجربها السلطات الإدارية في المجال التقديري لها، وأن كل ما على الإدارة من واجبات وهي تمارس إختصاصاتها التقديرية هو أن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال وأن تجربيه بروح موضوعية وعملية). (د محمد فريد سليمان الزهيري، 1989، ص 250)

ويقول جانب آخر من الفقه المصري ومنهم (الدكتور سليمان محمد الطاوي): إن السلطة التقديرية لها حدود خارجية وداخلية، فالظروف التي يتم التقدير من خلالها هي الحدود الخارجية، ولا يحدها إلا فكرة الصالح العام، وينبغي أن تكون على أسس موضوعية وليست ذاتية، أما التقدير في ذاته فيمثل الحدود الداخلية للسلطة التقديرية التي يجب أن تكون بمنأى عن رقابة القضاء الإداري، وإلا كان هناك تناقض أو تعارض بينه وبين جوهر السلطة التقديرية. فجوهر السلطة التقديرية هو أن الإدارة في ممارستها لهذه السلطة بعيدة عن كل رقابة قضائية ما لم تستعمل الإدارة سلطتها لتحقيق غرض غير مشروع أو إذا استعملت السلطة خارج إختصاصها التي حدده المشرع للإدارة، ويرى (الدكتور سليمان الطاوي) بأن: (لأن أهمية الوقائع وتقدير أصلح الوسائل لمواجهة هذه الواقعة أي (عنصري التناسب) هي من العناصر الداخلية للسلطة التقديرية ولا تشملها الرقابة القضائية). (سليمان محمد الطاوي، 1991، ص 63).

ويتضح لنا أن الفقه المصري يقوم بتقسيم السلطة التقديرية إلى قسمين، أولاً الظروف التي يتم التقدير من خلالها حيث تسمح لهذه الظروف بأن تكون موضوع الرقابة القضائية للتأكد من أن الإدارة وضعت نفسها في أفضل حالة أو ظروف وقامت بموضوعية تقدير أمورها أم لا، ويشمل ذلك العناصر الخارجية للقرار الإداري، وثانياً العناصر الداخلية وهو التناسب (عنصر السبب وأهميته ومطابقته مع المحل أو الإجراء)، حيث لا رقابة للقضاء الإداري عليه ويضيق منها إلى حد كبير ويجب أن يكون بمنأى عن الرقابة. (محمد سليمان الزهيري، 1989، ص 253).

2- رقابة التناسب تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات:

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

القضاء الإداري لا يحق له فرض رقابته على أهمية الوقائع وتناسبها مع الإجراء المتخذ، وذلك يشكل إعتداء على إختصاصات الإدارة ويخل بمبدأ الفصل بين السلطات.(محمد السيد إبراهيم، 1963، ص 275).

وقد ذكر الفقيه الفرنسي (هوريو) أنه: إذا كان مجلس الدولة الفرنسي يرى أن الرقابة على صحة الوقائع تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات فمن باب أولى تتعارض الرقابة على أهمية الوقائع مع مبدأ الفصل بين السلطات.(حسان عبدالله يونس الطائي، 2015، ص 452)

وناصر بعض الفقهاء المصريين هذا الرأي بأن رقابة التناسب هي إعتداء من قبل السلطة القضائية على السلطة التنفيذية، حيث يقول الدكتور (محمد حسين عبدالعال) بأن: دور القاضي يقف عند حد مراقبة صحة وتكييف الوقائع ولا يمتد إلى فحص أهمية وخطورة السبب ومدى تناسبه مع الإجراء المتخذ، ولو فعل ذلك فإنه يعد خروجاً عن مهمته كقاضي ويخل بمبدأ الفصل بين السلطات، حيث يتعدى القاضي على السلطة التنفيذية في حالة قيامه بالحكم بعدم تناسب القرار الإداري.(محمد حسين عبدالعال، 1971، ص 71)

ثانياً: الإتجاه المؤيد لرقابة التناسب: يذهب هذا الإتجاه إلى القول بأن رقابة التناسب شيء ضروري جداً ويؤيدونها، لأنها لا تتعارض مع السلطة التقديرية للإدارة، ولا تخل بمبدأ الفصل بين السلطات، ونوضح ذلك على النحو الآتي :

1- رقابة التناسب لا تتعارض مع السلطة التقديرية للإدارة.

يقول هذا الإتجاه الفقهي بأن هذه الرقابة لا تتعارض مع السلطة التقديرية للإدارة، ويرر هذا الإتجاه قوله بأن السلطة التقديرية ينبغي أن لا تؤخذ بمفهوم السلطة المطلقة، وإنما بما يعني ترك قدر من الحرية للإدارة باعتبارها الأقرب إلى الوقائع اليومية، وبالتالي لها قدرة أكثر في تقدير بعض التفاصيل الإدارية اليومية التي تختلف من مكان لآخر وزمان لزمان آخر، فإذا خرجت الإدارة عن كل حد معقول فلا بد من رقابة أعمالها من قبل القضاء لتصحيح تقديرها.(خليفة سالم الجهي، 2000، ص 56). ويقول الدكتور (محمد فؤاد) أن حرية الإدارة التقديرية ليست مطلقة أبداً، ففي أوسع الصور إطلاقاً لحرية الإدارة في التقدير من الناحية التشريعية يملك القضاء فرض القيود على سلطة الإدارة في ممارسة إختصاصاتها التي لم ترد في النصوص.(محمد فؤاد، 1987، ص 754-755).

ويعزز أنصار هذا الرأي وجهة نظرهم أيضاً بأن الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب مثلاً ليس من شأنها أن تحجب السلطة التقديرية للإدارة أو أن تنال منها بقدر ما تؤدي إلى كبح جماحها وعقلنتها كلما حادت عن الطريق السوي بشكل واضح وذلك بإقامة توازن معقول بين حرية الإدارة في إختيار لا يكون عرضة لعقوبة غير متناسبة مع ما ارتكبه من خطأ، لأن هذا الشيء يناقض المصلحة العامة ويمس العدالة.(خليفة سالم الجهي، 2000، ص 287-88).

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

أصحاب هذا الرأي يعززون رأيهم بأن رقابة التناسب لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، كما قال الفقيه (فيدل) أنه (لا التاريخ ولا القانون المعاصر يؤكد أن مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية جامداً وليس هنالك أي تدخل بينهما).(سيد محمد إبراهيم، مشنور في مجلة الحقوق كلية الحقوق الاسكندرية، 1971، ص 3).

ويقول الدكتور (محمد فريد سليمان الزهيري) بأن: هذه الرقابة القضائية لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات لأنه يرى أن مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات ليس مفهوماً مطلقاً جامداً، بل هذا المبدأ حالياً قائم على أساس الفصل المرن والتعاون والتنسيق بين السلطات، ويقول أيضاً إن مبدأ الفصل بين السلطات قد يصدق في العلاقة بين القضاء العادي والسلطة التنفيذية، حيث الصلات محددة ومنظمة تشريعياً، أما هناك صلات قوية في العلاقة بين مجلس الدولة والإدارة حيث يقوم المجلس ببحث نقطة التوازن بين الصالح العام ومصلحة الأفراد باعتباره من مستلزمات حسن الإدارة.(محمد فريد سليمان الزهيري، 1989، ص 318).

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

2- رقابة التناسب لا تتعارض مع المشروعية الداخلية للقرار الإداري.

أصحاب هذا الرأي يعللون رأيهم بأن رقابة التناسب لا تتعارض مع المشروعية الداخلية للقرار الإداري مثلاً في المجال التأديبي، إذ يقولون بأن رقابة ملاءمة القرار الإداري تدخل أساساً في نطاق عيب السبب ويمكن القول، أن المكان الطبيعي للرقابة القضائية على الملاءمة هو الرقابة على الأسباب، هذه الأخيرة هي التي تحدد مدى ملائمة وهي المجال الذي تتجلى فيه حرية التقدير بالنسبة للإدارة.(حسان عبدالله يونس الطائي، 2015، ص 547).

ويقولون أيضاً بأن هذه الرقابة هي أقصى صور رقابة المشروعية، حيث أن المحكمة حين إعمالها لهذه الرقابة لازالت في إطار الرقابة على المشروعية ولم تتعد على السلطة التقديرية للإدارة، فالملاءمة هنا تصبح عنصراً من عناصر المشروعية، كما أن السلطة التقديرية تعتبر من الوسائل التي تستعملها الإدارة لتحقيق المصلحة العامة، فيجب أن لا تبشر خارج إطار القانون وذلك لكفالة وضمان حماية حقوق الأفراد وحررياتهم ولما في ذلك أيضاً من إقرار لدولة القانون التي يسودها مبدأ المشروعية.(محمد مصطفى حسن، 1987، ص 115).

ويقول الدكتور مازن ليلو راضي في هذا المجال: إن سلطة الإدارة التقديرية لا تمنع إعمال رقابة القضاء عليها وإنما هي التي تمنح الإدارة مجالاً واسعاً لتقدير الظروف الملائمة لإتخاذ قراراتها وهذه الحرية مقيدة بأن لا تتضمن هذه القرارات غلطاً بيناً أو إنحرافاً بالسلطة، وهي بذلك لا تعارض مع مبدأ المشروعية بقدر ما تحقق من اختصاصات الإدارة المقيدة: (مازن ليلو راضي، 2016، ص 246).

2.2.2 الفرع الثاني

الأساس القانوني لرقابة التناسب

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

أولاً: التدرج في ذكر الجزاءات كأساس تشريعي:

هناك اتجاه يرى بأن أساس رقابة القضاء الإداري للتناسب خصوصاً في المجال التأديبي يتمثل في قصد المشرع من التدرج في ذكر العقوبات والتدرج التشريعي للجزاءات التأديبية يعني هناك وجود التدرج في الأخطاء أيضاً، أي شدة وخفة العقوبات من قبل المشرع دليل على أن المخالفات والأخطاء ليست على درجة واحدة بل متفاوتة وعلى الإدارة الإلتزام بقياس العقوبة مع مدى جسامة وبساطة الخطأ. وإن عدم إلزام الإدارة بهذا التدرج التشريعي يؤدي إلى مخالفة القانون في روحه ومعناه وجوهره. (عبد الفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، 1978، ص 282).

كما وهناك اتجاه آخر ينكر اعتبار التدرج في ذكر الجزاءات هو الأساس القانوني لرقابة التناسب لقيام هذا الأساس على عدم فهم سليم وصحيح لطبيعة الخطأ التأديبي والعقوبة التأديبية التي لا يمكن حصرها، وذكر هذه العقوبات متدرجة في القانون يأتي وفقاً لقواعد المنطق فقط إذا ليس من المنطقي ورود الجزاءات دون الترتيب من قبل المشرع. (عبد الفتاح حسن، 1978، ص 286).

ثانياً: مخالفة القانون في روحه ومعناه:

يرى جانب من الفقه أن مخالفة القانون في روحه ومعناه هي الأساس لرقابة التناسب في المجال التأديبي مثلاً.

حيث يرى الدكتور (عبد الفتاح حسن) بأن عيب عدم التناسب هو إما عيب مخالفة القانون أو عيب إساءة في إستعمال الحق، ولكنه يرجح بأن عيب التناسب هو عيب مخالفة القانون في روحه ومعناه، مستنداً على أن المحكمة الإدارية العليا المصرية عرفت الغلو في تقدير العقوبة بأنه مخالفة لروح القانون في حالة إذا كانت درجة خطورة الخطأ غير متناسبة مع نوع ومقدار الجزاء ويلغى القرار لعدم مطابقته مع روح القانون أو لمخالفته للقانون. (محمد حسنين عبدالعال، 1971، ص 283).

وكذلك يؤيد الدكتور (فؤاد العطار) هذا الاتجاه حيث يقول إذا تبين للقاضي أن القرار بني على عدم الملاءمة الظاهرة بين التهمة والعقوبة أصبح هذا القرار مخالفاً لروح القانون وأل القانون ويتعين إبطاله. (فؤاد العطار، 1980، ص 755).

هناك إتجاه آخر معارض للرأي أعلاه حيث لا يعترفون بأن مخالفة القانون في روحه ومعناه هو أساس لرقابة التناسب، ومنهم الدكتور (سليمان محمد الطماوي) الذي ينتقد صراحة رأي الدكتور عبد الفتاح، إن عيب مخالفة القانون ليس إلا إحدى تسميات عيب إساءة إستعمال السلطة أو الإنحراف بها، ويؤكد أن محكمة النقض المصرية كانت لا تستعمله إلا للدلالة على عيب إساءة إستعمال السلطة قبل تشكيل مجلس الدولة. (سليمان محمد الطماوي، 1971، ص 697-698).

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

ثالثاً: الإعتبارات العملية والعدالة:

واتجه جانب من الفقهاء في تفسيرهم للأساس القانوني لرقابة التناسب، إنه جاءت هذه الرقابة وفقاً لإعتبارات العدالة وللإعتبارات العملية، ومن أنصار هذا الإتجاه الأستاذان (AUBYE و DRAGO) حيث ذهبوا إلى أن مسلك مجلس الدولة حيال فرض الرقابة القضائية على التناسب مثلاً في قرارات الضبط الإداري، لا تفسره أي من إعتبارات قانونية، وإنما يجد القضاء تفسيره في عدة إعتبارات عملية تتعلق في مجموعها بالسلطات المحلية الطبطية (مايا محمد نزار، 2011، ص 36). وكما يؤيد البعض بأن رقابة القاضي الإداري للتناسب مثلاً في قرارات البوليس (الضبط) تركز على الإعتبارات الواقعية أكثر من الإعتبارات القانونية، وتحقيق مبادئ العدالة القضائية يتوقف على تحقيق إعتبارات الملاءمة إلى جانب إعتبارات المشروعية. (د. محمود سلامة جبر، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س 28، عدد 14، ص 138)، ويرى البعض الآخر أن تحقيق العدالة في المنازعات الإدارية أكثر صعوبة مما هي في المنازعات في القانون الخاص عند تطبيق القانون على الخصمين من قبل القاضي الإداري، لأن الإدارة تتمتع دائماً بإمكانيات تفوق ما يتمتع بها الأفراد والأطراف الأخرى غير الإدارة العامة، لذلك القاضي الإداري مدفوع بخلق التوازن بين المصلحة العامة من جانب والمصلحة الخاصة من جانب آخر من أجل تحقيق العدالة. (نكتل إبراهيم عبدالرحمن، 2016، ص 222).

كما يقول الدكتور (محمد عصفور) أن رقابة مجلس الدولة الفرنسي على التناسب في بعض القرارات التأديبية (العزل) يجد سنداً في تلك الإعتبارات مراعاة للعوامل الإنسانية. (محمد عصفور، 1967، ص 352).

وعلى عكس هذا الإتجاه يرى البعض من الفقهاء وعلى رأسهم الدكتور (محمد ابراهيم سليمان) عدم صحة الأخذ بإعتبارات العدالة كأساس لرقابة التناسب للأسباب التالية (محمد ابراهيم سليمان، 1971، ص 269):

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

رابعاً: الدور المنشئ للقاضي الإداري:

ذهب إتجاه من الفقه إلى أن القاعدة القضائية التي ينشئها القضاء هي الأساس لرقابة التناسب بإعتبار القانون الإداري حديث النشأة ومن غير مقنن وكذلك أحكام القضاء تعتبر مصدراً له، ويمكن القول بأن القانون الإداري قانون قضائي. حيث يرى (فيدل) أن القاضي الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة يستطيع أن يدخل الملاءمة إلى المشروعية إعمالاً لسلطته الإنشائية. (مايا نزار أبودان، 2011، ص 39).

ويقول الفقيه (دي لوبادير) إن الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرارات تجد أساسها في القواعد القانونية التي يخلقها القاضي الإداري، وهذه القواعد تعد مصدراً من مصادر المشروعية. (منى محمد رمضان بطيخ، 2002، ص 180)

ويرى الدكتور (عصام عبدالوهاب البرزنجي) إن رقابة التناسب في مجال الضبط تجد أساسها في القاعدة التي يخلقها القضاء نفسه في هذا الشأن، ويضيف إلى ذلك أن القضاء الإداري ليس قضاءً تطبيقياً فحسب بل هو قضاء إنشائي حيث ينشئ قاعدة قانونية ويضيفها إلى قواعد القانون الإداري مقتضاها أن يكون الإجراء الضبطي لازماً وضرورياً ومتناسباً مع أهمية الواقع. (عصام عبدالوهاب البرزنجي، 1971، ص 439).

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

- 1- تحقيق العدالة بمفهومه الشامل هو هدف جميع القضاة ومن ضمنهم القاضي الإداري، حيث أن القاضي الإداري ربما تعرض عليه دعوى دون أن يكون هناك نص قانوني محدد لهذه الدعوى كي يستند اليه القاضي لحسمها، ففي هذه الحالة لا يوجد مانع أمامه في إيجاد حل قانوني للمسألة عن طريق تفسير نص قانوني معين، لأن القانون ليس غاية بل هو وسيلة والغاية هي تحقيق العدالة حسب ما يراه القاضي مناسباً.
- 2- المبرر الآخر هو أن التناسب ينبع من الفقه الدستوري الذي يؤكد أن هدف كل قانون هو تحقيق المصلحة العامة وعدم التناسب بين السبب والمحله لا يؤدي إلى المصلحة العامة لذلك يوجب الدستور التناسب على الإدارة لتحقيق المصلحة العامة للجميع.
- 3- ومن مبررات هذه الرقابة هو الحيلولة دون تحول وإستخدام السلطة التقديرية بشكل غير مشروع من قبل الإدارة.
- 4- المبرر الأخير هو متطلبات تحقيق التوازن بين مبدأ الفاعلية، فتما يصب هذا التوازن في المصلحة العامة.

خامساً: المشروعية:

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

كما يقول الفقيه (فينيزاي) إن مجلس الدولة الفرنسي يمد رقابته إلى عناصر الملاءمة كلما إستلزم العمل الإداري بالحقوق والحريات العامة للأفراد، ويعتبر التناسب على غرار التكييف القانوني للوقائع من قواعد المشروعية في مجال تقييد الحريات والحقوق العامة. (محمد فريد الزهيري، 1989، ص 379-380).

ويقول الدكتور (عبدالغني بسيوني عبدالله) إنه على الرغم من أن عنصر الملاءمة في قرارات الضبط الإداري يراقب من قبل مجلس الدولة الفرنسي فأن هذا لا يعني إنتقال القاضي من نطاق المشروعية إلى الملاءمة بل الملاءمة في هذا القرارات تعتبر عنصر من عناصر المشروعية. (عبدالغني بسيوني عبدالله، 1997، ص 42).

وهناك من يرى كون التناسب في مجال الضبط الإداري شرط من شروط المشروعية ليس صحيحاً، حيث أن أساس الرقابة على الملاءمة في القرارات الضبطية لا تجده في مبدأ المشروعية وإنما تجده في القاعدة القضائية التي توضع من قبل القاضي الإداري. ويقول الدكتور (عصام عبدالوهاب البرزنجي) أن المشرع لم يحدد الإجراء المناسب في

كل حالة ولم يضع معياراً توجيهياً معيناً كي يمكن الركون إليه لتحديد الإجراء الذي يجب إتخاذه، والمشرع لم يفعل أيّاً منها، ويضيف الدكتور (ماجد راغب الحلو) إن الخط الفاصل بين الملاءمة التي هي عنصر من عناصر المشروعية والملاءمة المحضة ليس تاماً لذلك يترك لتقدير القاضي الإداري. (منقول من عصام عبدالوهاب البرزنجي، 1971، ص 139). ويقول الفقيه (فيدل) أن فكرة المشروعية والملاءمة تتداخلان أحياناً في الواقع العملي، لكن تحديد كل منها يتوقف على مدى قناعة ورغبة القاضي الإداري عند فحصه ورقابته على القرار في كثير من الأحيان (ماجد راغب الحلو، الرقابة التقديرية على التناسب، ص 124).

سادساً: إساءة استعمال السلطة (الإنحراف بالسلطة):

هناك اتجاه يقر بأن أساس رقابة التناسب خصوصاً في المجال التأديبي هو كونه قرينة على الإنحراف بالسلطة، ويؤيد الدكتور (سليمان محمد الطراوي) هذا الرأي ويقول: (إن السبيل الوحيد للطعن في القرار المشوب بعدم تناسب ظاهر هو عن طريق اثبات الإنحراف باعتباره أن الإدارة قد خرجت عن الحدود الخارجية للسلطة التقديرية. ويرى الدكتور (محمود عاطف البناء) بأن عدم وجود التناسب (الغلو) بين درجة العقوبة ومقدارها وخطورة الخطأ هو قرينة على الإنحراف بالسلطة، ومن وسائل اثباته. (محمود عاطف البناء، 1980، ص 70).

وجدير بالذكر أن هناك رأياً آخر ينتقد هذا الاتجاه ولا يقر بإساءة استعمال السلطة كأساس لرقابة التناسب لأن القول بأن العيب الملازم دائماً للسلطة التقديرية هو عيب الإنحراف بالسلطة ليس تاماً في كل الأحوال، فليس من المستحيل أن توجد نظرية الإنحراف في نطاق الاختصاص المقيد، وليس من غير المستحيل تصور وجودها في مجال السلطة المقيدة للإدارة أيضاً (مايا نزار أودان، 2011، ص 16). ومن جانب آخر ينتقد هذا الاتجاه لأنه يقر باختلاف (الإنحراف بالسلطة) مع (الغلو) في الطبيعة والمحتوى بحيث أن عيب الغلو هو عيب موضوعي وعيب إساءة في استعمال السلطة عيب ذاتي. (عبدالفتاح عبد الحليم عبد البر، مجلة العلوم الإدارية، إصدار الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، 1996، ص 53).

ويؤخذ على هذا الاتجاه أيضاً بأن الغلو يركز على قاعدة موضوعية متميزة عن عيب إساءة استعمال السلطة ولا يصح أن تتحول هذه القاعدة إلى مجرد قاعدة من قواعد الإثبات لعب الإنحراف ولا يمكن أن يكون الشيء دليلاً على نفسه، وأخيراً عيب إساءة استعمال السلطة يتعلق فقط بعنصر الغرض الذي هو يتجسد في إستهداف المصلحة العامة، ويبقى عنصر الغرض خارج دائرة رقابة التناسب في المجال التأديبي. (دخليفة سالم الجهني، 2009، ص 388).

سابعاً: أساس رقابة التناسب هو رقابة على ركن السبب:

يرى جانب من الفقه أن أساس التناسب هو الرقابة القصوى على ركن السبب، حيث يرى (ديلوبادر) أن الحد الأدنى من الرقابة يظهر في صيغة درج عليها مجلس الدولة الفرنسي عند رفض الطعن المقدم ضد قرار إداري بناء على السلطة التقديرية، وهذه الصيغة تشمل الوقائع التي تدعيها السلطة الإدارية ويجب أن لا تسند إلى الخطأ في القانون والوقائع غير الموجودة مادياً التي تشوب بعيب إساءة استعمال السلطة أو بالخطأ الظاهر، أما الصورة الثانية فهي الرقابة العادية حيث تتعدى رقابة الوجود المادي إلى التكييف القانوني والرقابة القصوى تتم حيناً يراقب القاضي أهمية الوقائع ودرجة الخطورة أي تقدير السبب. (محمد فريد الزهيري، 1989، ص 391).

ومن مؤيدي هذا الرأي الدكتور (عبدالغني بسيوني عبدالله) عندما تطرق إلى الحدود التي تحد السلطة التقديرية وما يتعلق بشرط صحة السبب في القرار الإداري، حيث يرى ضرورة صحة الوقائع التي قد دفعت رجل الإدارة لإتخاذ قراره وصحة تكييفه القانوني وتناسب شدة القرار والوقائع المادية التي دفعت رجل الإدارة إلى إتخاذه. (عبدالغني بسيوني عبدالله، القضاء الإداري، 1997، ص 41)

كما يقول الدكتور (محمد حسنين عبدالعال) إن رقابة التناسب أو الغلو تمثل الرقابة على السبب في صورتها القصوى للتحقق من أهمية وخطورة الحالة الواقعية ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ في المجال التأديبي الذي هو عيب السبب. (حسان عبدالله يونس الطائي، 2015، ص 561).

ويقول الدكتور (حسين عثمان) أن عدم التناسب بين السبب والقرار الذي بني عليه يعد صورة من صور العيب الذي يشوب السبب، لا سيما بالنسبة إلى نوعين من القرارات، وهما القرارات التأديبية والقرارات التي تتعلق بالحريات العامة أو الضبط الإداري. (د. حسين عثمان، 2006، ص 508).

كما يؤيد الدكتور (عصام عبدالوهاب البرزنجي)، إن عيب (الغلو) ذو طبيعة موضوعية وهو تقدير أهمية الوقائع المكونة للعقوبة، لذلك الرقابة التي تقع عليه هي رقابة الحد القصوى على السبب في القرار الإداري. (حسان عبدالله يونس الطائي، 2015، ص 563).

وهناك رأي آخر يقول إن الرقابة القصوى لركن السبب لا يمكن أن يكون أساساً لرقابة التناسب مستنداً على أن مدار بحث هذا الأساس يتركز فقط على نطاق السبب، ولا يمتد إلى علاقته مع المحل، أي أن الرقابة على السبب في صورتها القصوى هي نصف الرقابة والنصف الآخر هو الرقابة على المحل. (نكتل إبراهيم عبدالرحمن، 2016، ص 244).

3 المبحث الثاني

الأساليب التي يستعملها القاضي في الرقابة على التناسب

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

1.3 المطلب الأول

نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

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

نظرية الخطأ الظاهر في التقدير هي من صنع مجلس الدولة الفرنسي واستنتجت من أحكامه، حيث تعد من أحدث النظريات القضائية في القضاء الفرنسي، حيث نشأت في (الستينات) من القرن العشرين، وبرزت هذه النظرية نتيجة جهود متواصلة ودائمة لمجلس الدولة لمواجهة خطر توسع نطاق السلطة التقديرية للإدارة، إلا أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي لم تورد تعريفاً للخطأ الظاهر، بل اكتفت بالإشارة إلى الفكرة التي يقوم عليها الخطأ الظاهر بتحديد بعض العبارات التي أصبحت شبه مستقرة مفادها أن تقدير الإدارة في هذا الشأن أو ذاك لا يكون خاضعاً لرقابة القاضي الإداري إلا إذا قام على وقائع مادية غير موجودة، أو شابه خطأً في القانون، أو انحرف في السلطة أو بني على غلط بين أو خطأ ظاهراً (بلعيد دليبة، 2015، ص 74).

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

1.1.3 الفرع الأول

تعريف الخطأ الظاهر في التقدير

أول من قام بتعريف الخطأ الظاهر في التقدير كان الفقيه (Kornprobst) الذي عرفه بأنه (أداة تحليل تسمح برقابة أكثر فاعلية للتقديرات التي تقوم بها الإدارة في المسائل الفنية الدقيقة، وإنه يقع على وصف الوقائع ولا يتعلق بمبادئ الوقائع، وإنكركه القاضي الإداري لزيادة رقابته ولمراجعة الإدارة في تقديراتها التي كانت تنهز بها من الرقابة القضائية). (حسن عبدالزهرة البلقي، 2019، ص 199-200).

وعرف الفقيه (Vincent) الخطأ الظاهر بأنه (الخطأ الذي تقتضيه الإدارة في تقديرها للوقائع عند إنشائها لقرارها، وإن هذا الخطأ يكون على درجة من الجسامه لا يترك مكاناً للشك). (نكتل إبراهيم عبدالرحمن، 2016، ص 182).

كما يعرفه الفقه المصري بأنه (الغلط في كل تصور لا يطابق حقيقة الواقع، أو هو إدراك الأمور على نحو يخالف حقيقتها، وكما يعرف أيضاً الخطأ الذي يبلغ حداً من الجسامه، بحيث لا يستثنى للقاضي أن يتعرف عليها إلا بعد بحثه الشامل لمختلف الظروف التي جرى فيها هذا التقدير). (محمود سلامة جبر، 2007، ص 89).

والفقه العراقي ليس بعيداً عن الفقه المصري حيث يقول إن الغلط البين هو (الخطأ الجسم الذي يرتكبه مصدر القرار الإداري في تقدير الوقائع التي تبرر القرار الصادر). (ماهر صالح علاوي الجبوري، 2001، ص 188).

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

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

2.1.3 الفرع الثاني

معيار الخطأ الظاهر في التقدير وأسباب ظهور النظرية وحالاتها

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

أولاً: معيار الخطأ الظاهر:

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

1- **المعيار اللغوي:** مؤيدوا هذا المعيار يقرون بأن كلمة الظاهر أو الساطع (manifest) التي يوصف بها الغلط يعني أن هذا الخطأ قد بلغ إلى حد الجسامة والوضوح حيث يكفي ذلك الوضوح لخلق القناعة لدى القاضي بوجود هذا الغلط وهذا الوضوح يكفي لتبديد أي شك لديه إزاءه (مايا نزار أبودان، 2011، ص 79). وتتجسد درجة الوضوح لدى كل من (drago e (auby) في كون الخطأ بديها (Evident) أو صارخا (Flagrant) أو خطيرا (grave) أو جليا (Eclatante) أو فاحشا (Lourd) أو جسيما (grosiere)، فإذا تحقق في الخطأ أحد هذه الأوصاف أصبح ساطعاً، حيث يكون جلياً وبنياً، وتقاس درجة الوضوح بمعيار الرجل العادي (Auby 1963، p394 et drago). وقد يكون الغلط مرئياً حتى بالنسبة لغير المتخصصين من رجال القانون، هذا من ناحية الوضوح، أما من ناحية الجسامة، يعني أن يبلغ الخطأ إلى درجة الجسامة تفوق درجة من البساطة، وفي هذا السياق رأى (Braibant) مفوض الحكومة عند الحكم، بأن الإدارة قد ارتكبت خطأ ظاهراً بمنعها إصدار الصحيفة في قضية (Librairie François Maspér) ولا يجوز للإدارة أن ترتكب خطأ جسيماً مطلقاً، وكما يرى الفقيه (Costa) الخطأ يجب أن يكون ساطعاً أي أن يكون واضحاً وجسماً يقفز أمام العين. (رفيق بومدين، 2015، ص 84).

إن معنى الخطأ الظاهر حسب هذا المعيار، يفيد بأن القاضي الإداري لا يحتاج إلى بحث أو تقصي أو تحقيق عميق حول تلك الوقائع، حيث يمكن تلمس الخطأ الظاهر بمجرد النظر إلى وقائع الدعوى أو عرض تلك الوقائع عليه فقط، ومع وجود الشك يرفع صفة خطأ البين لأن الشك يفسر لصالح الإدارة كما يقول الفقيه (fedel). (منى رمضان محمد بطيخ، 2003، ص 224-225).

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

2- **المعيار الموضوعي** يقوم هذا المعيار على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل الموضوعي في التقدير (خليفة سالم الجهمي، 2009، ص 13)، ويكاد يجمع الفقه على أن معيار الغلط البين (الخطأ الظاهر) موضوعي، حيث يعتمد القاضي من خلاله على ملف الدعوى وأوراقها بعيداً عن الرأي الشخصي له بغية الوصول إلى الخلل في هذا التقدير، وإن هذا المعيار لا يعني ثمة معيار محدد وثابت، فالموضوعية هناك تقتصر على التقدير والطريقة التي يراد بها الاستدلال على قيام الخطأ البين حيث يبين هذا الاستدلال والبحث لا يخضع للتقدير الشخصي للقاضي وإنما يستخلص من ملف الدعوى وأوراقها. (منى رمضان محمد بطيخ، 2003، ص 444) كما يقول العميد (baudouin) إن معيار الخطأ البين يمكن في إطار درجة عدم الانضباط أو الكفاية بالنسبة لعناصر التقييم التي كانت تحت نظر الإدارة عند اجرائها لهذا التقييم، ولا يمكن في مدى خطورة أو وضوح هذا الخطأ ولا في كونه حدثاً بارزاً. (علي حسين أحمد الفهداوي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم، ص 34، القانونية والسياسية كلية القانون، جامعة بغداد، ص 29-34).

ويرى الباحث، نظراً للانتقادات الموجهة إلى المعيار اللغوي فإن المعيار الموضوعي أكثر منطقياً وعدلاً، لكن هذا المعيار لا يكفي لوحده أيضاً، بل أن كلا المعيارين يكمل أحدهما الآخر حيث أن المعيار اللغوي أي الوضوح وتجاوز المعقولة يساعد القاضي على كشف كل الظروف والملابسات التي أحاطت بتقدير الإدارة للوقائع التي هي معيار موضوعي ويلعب دوراً في سرعة وصول القاضي الإداري إلى الخطأ الذي وقعت فيه الإدارة، لذلك يجب أن نأخذ بالمعيارين اللغوي والموضوعي، المعيار اللغوي ينبغي أن يستعمل كمعيار مساعد للمعيار الموضوعي أو قرينة على وجود الخطأ، أما المعيار الموضوعي فهو مهم جداً ورئيسي لأن الدعوى تتوقف على الموضوعية ولكن تحسم على القناعة الشخصية لدى القاضي حسب المعطيات المتوفرة لديه عند فحص الدعوى.

ثانياً: أسباب ظهور النظرية:

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

وسبب آخر هو أنه كانت رقابة القاضي الإداري على الوقائع التي تستند إليها القرارات الإدارية رقابة محدودة، إذ تقتصر على التثبت من صحة هذه الوقائع من الناحية المادية دون التصدي إلى تقديرها عن طريق رقابة تكييفها القانوني من جانب الإدارة، لذلك عمل على تصحيح ذلك في بعض الحالات الشاذة، مبتدعاً مفهوم الخطأ الساطع الذي ترتكبه الإدارة في تقديرها للوقائع، ومقرراً أن مثل هذا الخطأ شأنه أن يعيب مشروعية القرار الصادر نتيجته، فهو يجعل منطوق القرار المستند إليه خارجاً عن حدود المنطق، والتفكير السليم، ورغبة منه أيضاً في مقاومة النقص التشريعي في الرقابة ومعالجته، وخاصة غيابها في بعض مسائل التكيف (عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة، ص 189).

إن القاضي يخرج من تحفظه في الحالات التي تكشف فيها جسامه الجزاء تجرماً مبالغاً فيه، على ضوء ظروف الدعوى والقاضي لا يقرر أن الأفعال غير قابلة قانونياً للتجريم، ولكن الجسامه التي أعطيت لها، تسمح له باستنتاج خطأ واضح في التقدير ومبالغة في التجريم تؤدي تبعاً لذلك إلى عيب في الجزاء الذي تم توقيعه. (مايا نزار أبودان، 2011، ص 74).

ويرى البعض أن هذه النظرية ترتبط بجزء عدم المشروعية، حيث أن جزء عدم المشروعية هو نتيجة حتمية لعدم معقولية القرار الإداري ووجوب توقي الإدارة الحد الأدنى من المنطق السليم والعقل الرشيد. (محمد سيد أحمد محمد، 2008، ص 480).

ثالثاً: حالات تحقق نظرية الخطأ الظاهر:

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

1- الإفراط في الشدة: إذ إن قسوة الإدارة قد تقود إلى تعطيل المرافق العامة عبر خوف الموظفين وعدم اقتناعهم عن تحمل المسؤولية فلا يجوز مثلاً في القرارات التأديبية أن يعاقب الموظف الذي غاب عن دوامه يومين فقط بالفصل من الوظيفة لسنة، ففي ذلك قسوة واضحة. (نكتل إبراهيم عبدالرحمن، الرقابة التناسب، ص 88).

2- الإفراط في الشفقة: إذ أن شفقة الإدارة، واستهانتها بالخطأ قد تؤديان إلى إستخفاف الموظفين في القيام بواجبهم الشخصي وإلى الإستخفاف برؤسائهم وبجميع واجباتهم الوظيفية، فيصبح المرفق العام مكاناً لأهوائهم ومصالحهم الشخصية فلا يجوز مثلاً في القرارات التأديبية فرض عقوبة قطع راتب يوم على الموظف الذي قام بالتلاعب بدرجات الطلاب، لأن هذه العقوبة فيها إفراط في الرحمة والشفقة. (نكتل إبراهيم عبدالرحمن، التناسب في القرار الإداري، ص 89).

3.1.3 الفرع الثالث

تقدير الفقه حول نظرية الخطأ الظاهر

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

أولاً: الإتجاه المعارض لفكرة الخطأ الظاهر:

أنصار هذا الإتجاه يقرّون بأن فكرة الخطأ البين تؤدي إلى التوسع في بعض الأعمال التي هي غير خاضعة لرقابة التكيف القانوني، لوجود الحجج الآتية. (مايا نزار أبودان، 2011، ص 130):

- 1- السلطة التقديرية للإدارة جوهرها يقوم على الإطلاق، حيث أن الإدارة عند ممارسة سلطتها التقديرية بعيدة عن كل رقابة عليها، إلا عند إستعمالها هذه السلطة لتحقيق غرض غير مشروع، أو لم يجعله المشرع من إختصاصها. (حسين خليل، 2014، ص 515).
- 3- وفي تقدير أهمية الوقائع يتعين على القاضي أن يأخذ كل الملابسات والظروف والإعتبارات الأخرى بنظر الإعتبار، بل وحتى الظروف والإعتبارات التي لا يمكن لغير الإدارة العلم بها حيث تمكنها من تقدير أهمية هذه الوقائع. (حسين خليل، 2014، ص 518).
- 4- رقابة الخطأ البين تتعارض مع جوهر السلطة التقديرية، فمثلاً في مجال العقوبات التأديبية، فإن تقدير ملائمة العقوبات من إختصاص الإدارة وحدها وليس القضاء الإداري، والرقابة تكون فقط على الحدود الخارجية للتقدير دون امتدادها إلى التقدير ذاته التي أجرت الإدارة، وليس للمحكمة التدخل في هذا التقدير إلا بالقدر المسموح وذلك في الظروف التي تجري الإدارة فيها هذا التقدير. (محمد سليمان فريد الزهيري، 1989، ص 249).

ثانياً: الإتجاه المؤيد لنظرية الخطأ الظاهر:

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

ولكن القول الذي تمسك به بعض من الفقهاء بأن رقابة الخطأ البين تؤدي تراجعاً في رقابة التكيف القانوني لبعض أعمال الإدارة خصوصاً في مجال (التأديبي والضبطي) غير منطقي لأن التطبيقات المتعددة والكثيرة للخطأ البين في التكيف القانوني كانت خير دليل على عدم صحة هذه المخاوف، وأثبتت بما لا يدع مجالاً للشك أن هذه الرقابة أصبحت بناء جديداً في صرح الرقابة القضائية. (محمود سلامة جبر، 2007، ص 257).

2.3 المطلب الثاني

نظرية الغلو

إبتكر القضاء الإداري في مصر وسيلة قضائية لرقابة تقديرات الإدارة المبالغ فيها في المجال التأديبي، على غرار ما فعله القضاء الإداري الفرنسي في تكريس رقابة الخطأ الظاهر في التقدير كوجه من أوجه الإلغاء إلى جانب الأوجه التقليدية، وإن كان هذا إعمالاً لمبدأ التناسب الذي فتح المجال للمراقبة في هذا الميدان وتطور لفكرة الغلو. وقد سبق القضاء المصري في رقبته على التناسب بين العقوبة والخطأ التأديبي - القضاء الإداري الفرنسي، فالقضاء المصري طبقها منذ عام (1961)، في حين طبقها القضاء الفرنسي في المجال التأديبي وذلك في قضية Lebon عام (1978).

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

1.2.3 الفرع الأول

تعريف الغلو

أ-تعريف القضائي للغلو: سنقوم هنا بتعريف القضائي للغلو، على النحو الآتي:

- 1- تعريف القضاء الفرنسي للغلو: لم يعرف القضاء الفرنسي الغلو بل عرف الخطأ الظاهر في التقدير ب(الخطأ الواضح أو الجسم في التقدير القانوني للوقائع، ويخضع لرقابة القاضي، خصوصاً عندما تمارس الإدارة سلطتها الإستئنائية أو التقديرية في الحالات التي تكون ممتعة فيها بمثل هذه السلطة). (مايا نزار أبودان، 2011، ص 72).
- 2- تعريف القضاء المصري للغلو: لم يعرف الغلو تحديداً لا في التشريع المصري ولا في قضائه، ولكن إستخدم القضاء المصري جملة من التعابير والألفاظ في سياق بعض من أحكامه، بحيث كلها تدور في معنى واحد، وحاول القضاء المصري جاهداً إعطاء مدلول واضح للغلو. (توانا جمال عبدالواحد، 2014، ص 25-26). حيث قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم حديث لها (ولئن كانت لسلطة التأديب تقرير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنه شأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب إستعمالها غلو، ومن صورة هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الحالة يخرج التقدير عن نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة المحكمة). (حكم المحكمة الإدارية العليا في الطن رقم 7262 لسنة 50 ق. ع-جلسة 2009/2/22).

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

وهذا يتضح من خلال الكثير من الأحكام، حيث قضى في حكم لها وجوب تشديد العقوبة من قبل الادارة: (...و لدى عطف النظر إلى العقوبة وجد أنها خفيفة ولا تتناسب مع خطورة عمل المعارض عليها وغير رادعة لها، وقررنا تشديد العقوبة وجعلها التوبيخ بدلاً من قطع قسط عشرة أيام من راتبه) (قرار مجلس الإنضباط العام، رقم 1973/247 في 1973/12/15، منشور في مجلة العدالة، العدد 1975، 3، ص 820).

ب-التعريف الفقهي للغلو:

يعرفه الدكتور (رمضان محمد بطيخ) الغلو بأنه (صورة صارخة من صور عدم التناسب بين سبب القرار ومحلّه، وتمارس المحكمة رقابتها الصريحة عن طريقه على مدى ملاءمة القرار التأديبي). (منى رمضان محمد بطيخ، 2003، 291).

وعرفه الدكتور (محمد فريد سليمان الزهيري) بأنه "هو عدم التناسب الشديد بين الجزاء الموقع بين السلطات التأديبية والخطأ الذي في شأنها وقع هذه العقوبة (محمد فريد سليمان الزهيري، 1989، ص 185).

ويعرفه الدكتور سعادة الشرقاوي الغلو بأن: رقابة الغلو تتحقق حيناً يكون الجزاء غير ملائم للخطأ سواء في الإسراف في الشدة أو الإفراط في اللين). (سعادة الشرقاوي، الانحراف في استعمال السلطة وعيب السبب، مجلة العلوم الادارية، 1969).

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

2.2.3 الفرع الثاني

أسباب ظهور نظرية الغلو وحالات تحققها

أولاً: أسباب ظهور النظرية:

من الأسباب التي دفعت النظرية إلى الظهور هو إمتناع المشرع عن تحديد العقوبات التأديبية مع الخطأ الذي يطالبه، حيث يقول البعض إن السلطة التأديبية عندما تقوم بإختصاصاتها التقديرية في تقدير الخطأ وإختيار العقوبة تكون شريكة مع المشرع في تحديد أوصاف الخطأ وربطها بالجزاء، وهذا يؤدي إلى أن تحديد الخطأ يكون متروكاً للسلطة التنفيذية، وتحديد العقوبة متروك للسلطة التشريعية، وربما يؤدي ذلك إلى الإخفاف فيها من قبل السلطة التأديبية أحياناً، وهذا يمهّد سبب إفراط من قبل بعض الجهات الإدارية في سلطتها التقديرية بخصوص العقوبات التأديبية حيث يكون في قراراتها التنافر والتفاوت الصارخ بين (العقوبة) أي (محل القرار) وبين (سبب القرار)، أي الخطأ الذي بنى عليه القرار، وهناك سبب آخر وفقاً للقيمة القانونية للغلو هو أنه ليس هناك تناقض بين السلطة التقديرية للإدارة والعقوبات المتعددة الإدارية، حيث أن السلطة التقديرية في إختيار الجزاء غير مطلقة وغير تحكيمية، بل القضاء قد أخذ على عاتقه وضع القواعد التي من شأنها أن تحكم مسار الإدارة وتوجهاتها في عملها، والسلطة التقديرية الممنوحة قانوناً للإدارة لا تعني أن لا تخضع لرقابة القضاء الإداري، بل كيفية ممارسة هذه السلطة التقديرية والحلل فيها يخلق عدم التناسب، وبالتالي يتسم القرار بالغلو سواء كان تفريطاً أم إفراطاً. (نكتل إبراهيم، 2016، ص 19-27).

وفي هذا المجال ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن عدم التناسب الذي يشوب القرار يعتبر غلوّاً ويوجب إلغائه، بإعتبار أن التناسب من مقتضيات العدالة وإقامة التوازن بين إعتبارات المصلحة العامة ومصلحة الموظف إذ أن رعاية مصلحة الموظف، وأخذ بالجزاء المناسب من شأنه تحقيق المصلحة العامة في الوقت نفسه، لذلك السبب قررت هذه المحكمة في (1961/11/11) في حكمها الشهير لأول مرة في هذا السياق بأن (المفارقة الصارخة أو عدم الملاءمة الظاهرة بين الذنب الإداري ونوعه ومقداره وعدم تناسبها يؤدي إلى عدم مشروعية القرار التأديبي). (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، 1961/11/11 قضية رقم 963 لسنة 7، مجموعة السنة 7، ص 27).

ثانياً: حالات تحقق النظرية:

لا يقتصر قضاء المحكمة الإدارية العليا في الغلو على حالات الإفراط في الشدة عند العقوبة التي تختارها، بل يمتد إلى حالات الإفراط في الشفقة أو اللين، حيث حكمت هذه المحكمة في هذا السياق بأن: ((...ركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إجحام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية، خوفاً التعرض لهذه القسوة الممنوعة في الشدة والإفراط في الشفقة يؤدي إلى إستهانتهم بأداء واجباتهم، طمعاً في هذه الشفقة المغرفة في اللين، فكل من طرفي النقيض لا يؤمن بإنتظام المرافق العامة، وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي رعى إليه القانون من التأديب)). (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، 1961/11/11، ص 27). وفي حكم آخر بعقوبة قضت نفس المحكمة بعقوبة الخصم من المرتب لمدة شهرين بدلاً من عقوبة العزل مع الحرمان من المعاش أو المكافأة التي قضت بها المحكمة التأديبية. (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، 1962/12/8، قضية رقم 563 لسنة 7، المجموعة السنة 7، ص 27). وهذا الحكم دليل على الغلو متمثلاً بالشدة وقضت بتخفيفها.

أما في الغلو المتمثل باللين، فقد قضت المحكمة بتشديد هذا اللين وهو "...خفض الراتب بمقدار عشرة جنيئات شهرياً إلى عقوبة الفصل". (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية 1972/3/11 قضية رقم 811 لسنة 17، المجموعة السنة 19، ص 414).

3.3.3 الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للغلو وخصائصه ومعياره

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

أولاً: الطبيعة القانونية للغلو:

هناك ثلاث إتجاهات مختلفة بخصوص الطبيعة القانونية للغلو وهي: (نكتل إبراهيم عبد الرحمن، 2016، ص 163-169).

- 1- الإتجاه الأول: يرى أنصار هذا الإتجاه بأن الغلو هو إنحراف للسلطة وإساءة لإستعمالها، وذلك لإتصال الغلو بعبء ركن الغاية.
- 2- الإتجاه الثاني: يرى هذا الإتجاه بأن الغلو ذات طبيعة موضوعية وقوامه الخطأ في تقدير أهمية الوقائع، بحيث أنصار هذا الإتجاه يقررون بأن الغلو يتصل بعبء السبب، ويعتبرون رقابة الغلو برقابة على السبب في صورتها القصوى، عيبه هو عيب السبب.
- 3- الإتجاه الثالث: يرى أنصار هذا الإتجاه بأن الغلو هو عيب مخالفة القانون في روحه ومعناه، لإقترانه بالسلطة المقيدة للإدارة.

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

ثانياً: خصائص الغلو:

بالرجوع إلى أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية نصل إلى أن خصائص الغلو لا تختلف عن خصائص الغلط البين كما تطرقنا من قبل، حيث أشارت هذه المحكمة في حكم لها بأن (عيب الغلو هو التفاوت الظاهر أو عدم التناسب البين بين درجة خطورة الذنب المرتكب وجزاء الموقع عنه). (حكم المحكمة الإدارية العليا، بجلسة 1984/4/10، قضية رقم 791) 24 ق، ع2، رقم 155، مجموعة المبادئ القانونية، مصدر سابق، ص 966.

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

ثالثاً: معيار الغلو

إن معيار الغلو هو معيار موضوعي وليس معياراً شخصياً في حالة الحكم بمشروعية القرار وعدم مشروعيته قوامه عدم تناسب درجة خطورة الخطأ الإداري مع نوع ومقدار الجزاء الموقع عنه، وإن تعيين الحد الفاصل بين نطاق المشروعية- في الصورة المذكورة- هو ما يخضع لرقابة هذه المحكمة، وهو تقدير بمعزل عن نيات الإدارة ودوافعها الكامنة، وذلك يتضح طبقاً للحكم الصادر في (1961/11/11) من المحكمة الإدارية العليا. (مايا نزار أبودان، 2011، ص 97).

إن التقدير السليم للعقوبة المناسبة مع الذنب الإداري يضع السلطة التأديبية في أفضل الأحوال والظروف وينبغي عليها أن تجري هذا التقدير بروح موضوعية وبعيدا عن النزوات الشخصية والبواعث الذاتية، بشرط أن يكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه وهذا الإلتزام قانوني وليس مجرد ضابط من ضوابط البداية. (مايا نزار، 2011، ص 98).

4.3.3 الفرع الرابع

مقارنة بين نظريتي الخطأ الظاهر و الغلو

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

أولاً: نقاط التشابه:

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

2- كلاًهما تتحقق في (التفريط في اللين) و(الإفراط في الشدة)، ويرجح المعيار الموضوعي في كليهما على المعيار الشخصي. (مايا نزار أبودان، 2011، ص 127).

ثانياً: نقاط الإختلاف

1- المجال الأساسي لتطبيق نظرية الغلو في مصر هو مجال التأديب منذ الحكم الصادر عام (1961)، أما في مجال التأديب فلم يمارس القضاء الفرنسي إلا بعد عام (1978) في حكم ليبون، حيث وسع مجلس الدولة الفرنسي نطاق عمله بهذه النظرية إلى نطاق الضبط الإداري والإقتصادي والبيئي. (نكتل إبراهيم عبدالرحمن، 2016، ص 193).

2- جانب من الفقهاء عند التفرقة بينهما يقولون بأن القاضي الإداري في مصر يستطيع تطبيق الجانب السلبي والإيجابي في حكمه حيث يحل محل الإدارة عندما يرى أن القرار التأديبي مشوب بعيب عدم التناسب، في حين القاضي الفرنسي يكفي فقط بالجانب السلبي وهو إلغاء العقوبة التأديبية غير المتناسبة دون إحلال محل الإدارة في توقيع عقوبة أخرى التي يراه مناسبة بل تترك لسلطة الإدارة مرة أخرى لمراجعتها ومناسبتها. (محمد سيد أحمد، 2008، ص 512).

4 المبحث الثالث

نماذج الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري

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

1.4 المطلب الاول

الرقابة القضائية على التناسب في قرارات التأديب الوظيفي

نتناول في هذا البحث التطبيقات القضائية في كل من فرنسا ومصر والعراق على التناسب في القرارات التأديبية، وذلك في ثلاث فروع - على النحو الآتي:

1.1.4 الفرع الأول

الرقابة القضائية على التناسب في قرارات التأديب الوظيفي في فرنسا

تبرز الرقابة على التناسب في القرارات التأديبية بشكل واضح في قضية (ليون) عام (1978)، حيث تخلى المجلس عن الإمتناع من بسط رقابته على التناسب وتوجه إلى بسط ومد رقابته سواء أكانت رقابته إيجابية أم سلبية. (محمد سيد أحمد محمد، التأديبية و العقوبة، 2008، ص 414). حيث حكمت المحكمة (تولوز) الإدارية الفرنسية بعدم شوب القرار بالغلط البين حيث رفعت السيدة (ليون) دعوى أمامها ضد رئيس أكاديمية تولوز الذي إحالها إلى التقاعد دون أي طلب من المدعي باحالتها، علماً بأن الإدارة إستندت إلى إرتكاب المدعي (المدرس) الأفعال المخلة بالحياة ضد تلاميذاته وهذا السبب كان يكفي لإصدار القرار. (حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية ليون، 1978، مجلة القانون العام، العدد الثاني، 1979، ص 20).

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

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

حيث يعتبر حكم (vinolay) في (1978/7/26) أول تطبيق إيجابي لتناسب القرار التأديبي حيث ألغى مجلس الدولة لأول مرة قرار الجزاء التأديبي بعزل مدير الخدمات بغرفة الزراعة من الخدمة، حيث قرر أن العقوبة غير متناسبة مع الخطأ التي كانت تتمثل في القسوة في معاملته لمروؤسه. (يعقوب يوسف الحمادي التقديرية، 2014، ص 192).

وفي حكم حديث له، قرر مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء عقوبة الفصل الموقعة على موظفة حيث حكم أن المخالفة المنسوبة إلى الموظفة لا تستحق عقوبة الفصل من الخدمة وإن تقدير الإدارة مشوب بخطأ ظاهر في التقدير. وفي حكم آخر قرر المجلس بإلغاء عقوبة فصل ممرضين بسبب اتهامهم بالتعصب الجنسي ضد بعض المرضى وقرر أن المخالفة المنسوبة إليهما لا تستحق عقوبة الفصل من الخدمة. (توانا جمال، 2015، ص 107).

أما بالنسبة إلى التفريط للمجلس العديد من الأحكام في هذا المجال، فقد ألغى مجلس الدولة العقوبة التأديبية الموقعة على أحد السائقين بالبلدية، حيث ظهر أثناء التحقيق أن السائق كان تحت تأثير الكحول أثناء قيادته، حيث قرر المجلس أن الموظف يستحق عقوبة أشد من تلك التي وقعتا السلطة التأديبية بالبلدية عليه، لكونها لا تتناسب مع جسامة الخطأ المرتكب حيث قال المجلس أنه هناك تساهل مفرط و لين مبالغ فيه. (57 p. 199 r.d.p. m leon- 2 nov 1990)، وفي حكم آخر سنة (2010) في قضية طبية قررت اللجنة التأديبية الوقف عن العمل لمدة شهرين بسبب الخطأ في إعطاء الدواء إلى أحد الأطفال من قبل أحد مساعدي الرعاية الطبية للأطفال، حيث حكم المجلس بأن الجزاء ليس قاسياً، بل وقعت اللجنة التأديبية في الخطأ الظاهر في التقدير، لذلك قرر المجلس بأن قرار فصل الموظف عن الخدمة هو أكثر قسوة وأكثر تناسباً مع الخطأ المرتكب من قبل الممرض. (وليد محمد الشناوي، 2017، ص 204).

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

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

وفي قضية (moreir beana) طعن المدعي في قرار المدير بوقف رخصة القيادة الخاصة به لمدة عام، وقضى المجلس برفض الدعوى بناء على أن المدير لم يقم بالغلط البين في التقدير. (162-161 p. 1979 r.d.p. 15feb1979- c.e.).

ومن خلال الأحكام السابقة يتبين لنا بوضوح :

- 1- إن مجلس الدولة يقوم برقابة التناسب في الإفراط والتفريط أي (الجانب الإيجابي والسلبي) عند ممارسته لرقابة التناسب في القرارات التأديبية.
- 2- لا يحل مجلس الدولة الفرنسي محل الإدارة في إختيار العقوبة، بل ترك لجهة الإدارة مراجعة العقوبة وتبديلها حسب ما ترى من تقديرها من العقوبة المناسبة شريطة أن لا تكون العقوبة البديلة من قبيل تلك التي رفضت من قبل مجلس الدولة.
- 3- إن رقابة التناسب التي يتبعها القضاء الفرنسي ستكون بواسطة الخطأ الظاهر في التقدير.

- 4- يفرض مجلس الدولة على السلطة التأديبية للإدارة بأن لا يكون إختيارها للعقوبة التأديبية معيباً بخطأ الظاهر في تقدير خطأ الموظف (سبب القرار التأديبي)، لكن لم يحدد معياراً دقيقاً للخطأ الظاهر، وبرأينا إن المعقولة تلعب دوراً هاماً في التقدير السليم للإدارة كي نطلق عليها الخطأ البين.

2.1.4 الفرع الثاني

الرقابة القضائية على التناسب في قرارات التأديب الوظيفي في مصر

تبدأ رقابة ملائمة القرارات التأديبية بعد عام (1961) إلى يومنا هذا في مصر، واستهلت المحكمة الإدارية العليا المصرية بذلك في حكمها الشهير في (1961/11/11) حيث حكمت فيه (...أنه ولئن كانت للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا إن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أية سلطة تقديرية أخرى أن لا يشوب إستعمالها غلو ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره.....). (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم 563 لسنة 7ق، جلسة 1961/11/11 مجموعة المبادئ القانونية المقررة من قبل المحكمة مجموعة السنة السابعة، ص 27)، وبهذا الحكم استقر القضاء الإداري المصري على تطبيق الرقابة التناسب على جميع القرارات التأديبية بعد أن كانت محصورة في طائفتين هما قرارات المشايخ والعمد وبعض طوائف الطلبة.

ومن خلال الحكم المذكور ليس هنالك أية شكوك في بسط المحكمة لرقابة التناسب على جميع القرارات التأديبية بدون أي إستثناء بل عممتها، والوسيلة الوحيدة في ذلك كانت نظرية الغلو لإجراء التناسب، حيث أعطت المحكمة لنفسها بموجبها حق إلغاء العقوبة أو إقرار العقوبة وإستبدالها أيضاً، سواء أكان هذا إيجابياً أم سلبياً، وتغلبت المحكمة المعيار الموضوعي على الشخصي طبقاً لأحكامها، والغلو يشمل (الإفراط والتفريط) لدى المحكمة الإدارية العليا المصرية، ومناطق مشروعية هذه السلطات شأنها في ذلك شأن أي سلطة تقديرية أخرى أن لا يشوب إستعمالها غل (حسان عبدالله يونس الطائي، التطورات القضائية، مصدر سابق، ص 510).
جدير بالذكر أن هناك نوعين من الرقابة في هذا المجال وهي الرقابة الإيجابية والسلبية من حيث الإفراط والتفريط التي مورست من قبل المحكمة الإدارية العليا في مصر على النحو الآتي:

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

أ- إلغاء العقوبة المفرطة في الشدة وإعادة الأوراق إلى الإدارة دون تحديد العقوبة المناسبة لها بنفسها، حيث حكمت المحكمة في حكم حديث حكمت المحكمة بأن (...هذه الجهات الإدارية ومنها المحاكم التأديبية، وإن كانت تتمتع بسلطة تقديرية خطورة الذنب الإداري الذي يوجب عقوبة الفصل، إلا أن تلك السلطة مقيدة بعدم الغلو في توقيع هذه العقوبة وإلا كان القرار يُلغى بالإلغاء). (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في 2009/1/24، طعن الرقم 1531 لسنة 53ق، ع، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا).

ب- إلغاء العقوبة المفرطة غير المناسبة وتحديد العقوبة المناسبة لها: حيث قررت المحكمة الإدارية (إن مجازاة الطاعن بخفض الأجر بمقدار نصف العلاوة، قد صدر غير متناسب لأن الجزاء مشوب بالغلو ولا يتناسب مع الذنب الإداري)، وحيث قررت المحكمة بالإكتفاء بمجازاته خسة عشر يوماً من أجره، من ثم عدلت المحكمة القرار المعطون فيه، فيما تضمنته من مجازاة بخفض الأجر بمقدار نصف العلاوة. (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 384 لسنة 34ق، جلسة 2010/3/28 نقلاً عن توانا جمال.. مصدر سابق، ص 100). وقررت في حكم آخر لها (...إن جزاء اللوم غير متناسب مع الذنب المقترف في ضوء الملابس والظروف المصاحبة لإقتزافه، حيث ترى المحكمة أن عقوبة اللوم تتسم بالشدة التي أوقعت الإدارة على الموظف، لذا قررت المحكمة بإلغاء جزاء اللوم وتبديله بالعقوبة المناسبة وهو (التنبيه)). (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 7867 لسنة 51ق، جلسة 2007/3/7 نقلاً عن توانا جمال، مصدر سابق، ص 101).

2- التفريط في العقوبة أي التساهل فيها: على الرغم من أن رقابة التفريط في العقوبة نادرة قياساً برقابة الإفراط الإيجابي، ولكن بسطت المحكمة رقابتها من عدة نواحي وهي العود، والمخالفات المتعلقة بالمال العام، والجرائم الخلة بالسمعة وكرامة الوظيفة وأمانة الوظيفة والبداءة، حيث حكمت المحكمة بتشديد العقوبة في الحالات السابقة في مصر لأهميتها وتداعياتها الخطيرة على الحياة العامة والمصالح العامة. حيث حكمت المحكمة في حكم لها بأنه (...كما تبين من صحيفة الطاعن إن المخالفات المنسوبة إليه لم توقع جزاء يتجاوز الخصم من الأجرة ثلاثة أيام، الأمر الذي يقتضي بتعديل العقوبة إلى الوقف عن العمل مع صرف نصف الأجرة خلال مدة الوقف). (حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 7747 لسنة 49ق، الصادر في 2006/4/15).

ثالثاً: الرقابة السلبية: وتعني أن المحكمة تقرر بتأييد الحكم وإقرارها كما هو عليه: وحيث قضت المحكمة في حكم حديث لها (...ولما كان تقدير الجزاء الموقع على الطاعن قد جاء متناسباً وصدقاً وعدلاً مع ما يثبت في حقه من مخالفات خرج بها على السلوك البدائي القويم وخدمت وظيفته بما يستوجب بتره من المؤسسة التعليمية ومن ثم يكون النعي عليه بالغلو في غير محله). (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 1531 لسنة 53 في 24/1/2009).

3.1.4 الفرع الثالث

الرقابة القضائية على التناسب في قرارات التأديب الوظيفي في العراق

وجدير بالذكر، أن محكمة قضاء الموظفين تم استحداثها بموجب القانون رقم 17 لسنة 2013 قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979، تلك المحكمة التي بدأت منذ ذلك التاريخ اختصاصات مجلس الانضباط العام المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل. حيث تختص محكمة قضاء الموظفين وفقاً للمادة (11/خامساً) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة (1991) بالنظر في الاعتراضات على القرارات الصادرة في مجال العقوبات التأديبية المسماة بالعقوبات الانضباطية المفروضة على الموظف، ولها المصادقة على القرار وتخفيف وإلغاء العقوبة على نحو الآتي: المادة (15) ثالثاً من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991).

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

أ: المصادقة على العقوبة:

حيث قرر مجلس الانضباط في قرار له (تصديق القرار التأديبي وهو التوبيخ ضد مدير الإعدادية الذي نقل من ديوان المديرية إلى الشؤون الفنية بسبب ورود عدة شكاوي ضده من قبل الطلبة لأنه كان قد أخذ مبلغاً نقدياً وهو (185) دينار من الطلبة وقام أيضاً بالتلاعب بسجل الغياب اليومي، وأثناء سير الدعوى قام المجلس بتصديق الحكم لأن العقوبة حسب رأي المجلس جاءت متناسبة وموافقة للقانون). (قرار مجلس الانضباط العام، رقم 41 في سنة 2000/3/4، رقم الإضرارة 99/51).

ب: إلغاء العقوبة الانضباطية من حيث (الجانب الإيجابي):

حسب نص المادة (15) من قانون انضباط موظفي الدولة القطاع العام لسنة (1991) يختص المجلس بالنظر في الاعتراضات المنصوص عليها في المادة (8) من القانون بعد التظلم منها ما هو منصوص عليه في الفقرة ثانياً من هذه المادة وله أن يقرر المصادقة على القرار أو تخفيفه أو إلغاء العقوبة وفقاً لأحكام هذا القانون، هذا يعني أن المشرع أعطى حق إلغاء العقوبة التأديبية الموجهة للموظف صراحة إلى جانب التخفيف.

ومن قرارات المجلس التي أُلغى فيها العقوبة هي: تشكيل لجنة تحقيق مع الموظف واستجواب المدعي في مثل هذا الحالة يعد من القواعد الشكلية التي لا يجوز إهمالها وإنما يعد من النظام العام، وعدم مراعاتها يؤدي إلى بطلان الإجراءات القانونية المتخذة، حيث أن المدعي قد خالف أحكام البنود (أولاً وثانياً وثالثاً) من المادة (10) من قانون انضباط موظفي الدولة القطاع العام، مما يستوجب إلغاء عقوبة لفت النظر المفروضة بحقه). (قرار مجلس الانضباط العام، رقم 120 انضباطية، تمييز، 2011 في 24/3/201، قرارات و فتاوى مجلس الشورى الدولة لعام 2011، ص 257).

ج: تخفيف العقوبة

إن محكمة قضاء الموظفين الحالية (مجلس الانضباط العام سابقاً) منذ تأسيسها في عام 1929 لم ترافق فقط مشروعية القرار التأديبي بل فحست مدى ملائمة القرار التأديبي إلى الآن، وبعد صدور القانون رقم (14) لسنة (1991) المعدل ظهر مبدأ الرقابة على تناسب القرار بشكل واضح، وبدأ ذلك بتخفيف العقوبة الشديدة غير المتناسبة. وجدير بالذكر أن المشرع العراقي وفقاً للقانون رقم (14) لسنة (1991) المعدل قد منح سلطة تخفيف العقوبة، لا تشديدها، ولعل سبب ذلك هو أن المشرع في القانون المذكور ألزم مجلس الانضباط العام مراعاة قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقية عند نظره في الطعون، حيث جاء في المادة (25/ج) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقية رقم (23) لسنة (1971) بأنه (يراعى عند النظر تمييزاً في الطعن أن لا يضار الطاعن بطعنه). (حسان عبدالله يونس الطائي، 2016، ص 717).

من هذه الأحكام بخصوص التخفيف هي:

حيث قرر المجلس في القضية رقم (136) انضباطية (وقد وجد مجلس الانضباط العام إن العقوبة المفروضة (الإنذار) شديدة ولا تتناسب مع المخالفة المنسوبة إلى المعتزلة وقرر تخفيفها إلى عقوبة لفت النظر بما للمجلس من سلطة تقديرية مقررة بموجب البند (أولاً) من الماد (15) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة (1991) المعدل لنا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وتمثيل المميز الرسم التمييزي). (قرار الهيئة العامة لمجلس الشورى الدولة، رقم 35/34 انضبات /تميز/ 2012 في 15/3/2012، ص 297-298).

من خلال استقرائنا للأحكام السابقة، نجد أن موقف المشرع العراقي قد يختلف عن ما استقر في كل من فرنسا ومصر فيما يخص صلاحية القضاء الإداري في توجيه الإدارة وتعديل قراراتها والحلول محلها في قرارات فرض العقوبة، لذا أن مجلس الانضباط العام يتصدى بجراءة لقرارات الإدارة بفرض العقوبة الانضباطية، حيث يستطيع المجلس إصدار أوامر إلى الإدارة وحثها على انتهاز نهج معين.

2.4 المطلب الثاني

الرقابة القضائية على التناسب في قرارات الضبط الإداري

نتطرق في هذا المطلب إلى التطبيقات القضائية على التناسب في قرارات الضبط الإداري في كل من فرنسا و مصر والعراق، ذلك في ثلاث فروع رئيسية على النحو الآتي:

1.2.4 الفرع الأول

الرقابة القضائية على التناسب في قرارات الضبط الإداري في فرنسا

لم يكتف مجلس الدولة الفرنسي بمد رقابته على سبب القرار الضبطي من حيث (الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني الصحيح للوقائع) فقط، بل مد رقابته إلى تقدير خطورة وأهمية السبب وتناسبه مع الإجراء المتخذ بشأنه، وهذا يظهر في عدة مجالات التي لها أهمية قصوى فيما يتعلق بحقوق وحرية الأفراد، لأن حماية حقوق وحرية الأفراد تم إقرارها داخل إعلانات حقوق الإنسان، بحيث يرى بعض الفقهاء ومنهم (دوجي) بأن لها قيمة قانونية أعلى من النصوص القانونية الداخلية وحتى الدستورية أيضاً. ومن هذه المجالات هي مجال حرية العبادة والشعائر والمراسم الدينية وفي مجال حرية النشر والصحافة وفي مجال حرية الصناعة وفي مجال حرية عقد الاجتماعات: حيث يركز القضاء الفرنسي على أن حرية عقد الاجتماع هي من أهم حريات المواطنين ولا يجوز للسلطة الإدارية تقييدها إلا بالقدر الضروري واللازم لحماية الأمن العام، وأول قرار في هذا الصدد هو قرار في قضية (Benjamin) حيث أصدر عمدة مدينة (Nevers) قراراً بمنع أحد الاجتماعات المزمع عقدها خشية وقوع اضطرابات تخل بالنظام العام وتعرض الأمن العام للخطر، فألغى مجلس الدولة الفرنسي هذا القرار بعد أن فحص الظروف المحلية التي أحاطت بالدعوى إلى الاجتماع مقررراً أنه قد إتضح إن الاضطرابات المحتملة التي أحتج بها العمدة لم تبلغ في خطورتها الدرجة التي يعجز بها لديه من سلطات البوليس عن المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد اجتماع. (محمد فريد سليمان الزهيري، 1989، ص 128).

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

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

وما سبق كان في الظروف العادية، وأما في الظروف الاستثنائية توجد هناك هذه الرقابة، ولكن في نطاق أضيّف من الظروف العادية، لأن في نظرية الظروف الإستثنائية تقتضي توسيع سلطات الضبط الإداري بقدر ما تقتضي هذه الظروف بمعنى أن النصوص القانونية الخاصة بالضبط تتوقف ويتم الإستعاضة عنها بأحكام تتناسب تماماً مع الظروف الإستثنائية، مع خضوعها لرقابة التناسب سواء في وقت الحرب والظروف الطارئة.

2.2.4 الفرع الثاني

الرقابة القضائية على التناسب في قرارات الضبط الإداري في مصر

سار مجلس الدولة المصري في أحكامه سواء أكانت الصادرة من محكمة القضاء الإداري أم المحكمة الإدارية العليا على نهج مجلس الدولة الفرنسي في إعمال رقابته التناسب على قرارات أو تدابير الضبط الإداري، بحيث أرسنا في الظروف العادية قاعدة تنص على أن تقييد الحريات العامة يجب أن يكون ضرورياً ولازماً لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام العام، أي أن التدبير يجب أن يكون ضرورياً وفعالاً ومتناسباً، وهذا يعني أن الإجراء يجب أن يكون ضرورياً بقدر جسامة الاضطرابات وتهديد النظام والأمن العام أي التناسب بين سبب القرار ومحل تحقيق الهدف الأساسي وهو حماية النظام العام وإلا يكون القرار عرضة للإلغاء. (محمد فريد الزهيري، 1989، ص 15). وكذلك يجب أن يكون الإجراء المتخذ هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر الذي يهدد الأمن والنظام. وهذه المجالات هي: مجال حرية العبادة، حرية الصناعة، حرية الصحة العامة، حرية النشر والصحافة.

وفى يتعلق بالمحكمة الادارية العليا المصرية هناك تردد فى موقفها بين فترة واخرى ولكن فى يومنا هذه تقوم برقابة التناسب على قرارات الضبط الاداري فى الظروف العاية، حيث قضت المحكمة (المناط فى إتخاذ الإجراء الضبطى المناسب بالطريق الإدارى هو وجود خطر داهم على الصحة العامة أو الأمن العام ... وإنه وإن كانت أجهزة الأمن تترخص فى تقدير الخطورة الناشئة عن الحالة الواقعية التى يصبح لها أن تتدخل لمواجهتها، بأن يكون ثمة وقائع محددة من شأنها أن تنبئ فى التقدير المنطقي السليم للأمور بأن ثمة خطراً يهدد الأمن العام، وأن الإحتياط له يقتضى التدخل من هذه الأجهزة بالإجراء الضبطى الذى تم، الأمر الذى يقتضى بالضرورة ثبوت الحالة الواقعية المبررة للتدخل بإجراء الضبط ثبوتاً مقنعاً فى جدية الإجراءات ولزومها). (قرار المحكمة الادارية العليا المصرية المرقم 4307/س37 ق فى 1999/3/21، وبذات المعنى قراره الرقم 6971/س42 ق فى 2000/2/20).

وفى يخص قرارات الضبط الاداري فى الظروف الاستثنائية، ففى بداية الأمر كان القضاء المصرى يعتبر أعمال سلطة الطوارئ من أعمال السيادة سواء تمثلت هذه الأعمال فى أوامر سلطة الطوارئ التنظيمية، أو فى تدابيرها الفردية، وتم عدلت عن ذلك وأخذت بما إستقر عليه الفقه فى فرنسا ومصر حيث مارس القضاء رقابته على جميع الأعمال والإجراءات الممارسة من قبل السلطة التنفيذية وكل ما تصدر منها من أوامر وقرارات حيث إعتبر جميعها من قبيل الأعمال الإدارية دون أن يكون لأي منها صفة أعمال السيادة بعد ذلك. ولم تتردد محكمة القضاء المصرى منذ إنشائها فى بسط رقابتها على قرارات الضبط فى ظل الظروف الإستثنائية الصادرة من الحاكم العسكرى، حيث إستقرت المحكمة على أن نظام الأحكام العرفية ليس نظاماً مطلقاً وإن كان إستثنائياً، بل نظاماً خاضعاً لقانون وضع الدستور أساسه وبين القانون أصوله وأحكامه ورسم حدوده وضوابطه وبخلاف ذلك فإن أى إجراءات تكون عرضة للإلغاء وقابلة للتعويض من قبل القضاء الإدارى، حيث إشتربت المحكمة أن يكون التصرف لازماً لدفع خطر جسيم وأن تكون الأسباب جدية وفىما من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل. (محمد فريد الزهري، 1989، ص 167).

وأشارت محكمة القضاء الإدارى المصرى فى حكم لها (أن قضاء هذه المحكمة جرى على أن مرسوم إعلان الأحكام العرفية المقابل لقرار إعلان حالة الطوارئ يعتبر من أعمال السيادة التى تخرج عن نطاق الرقابة القضائية، أما التدابير التنظيمية التى تتخذها السلطات القائمة على تنفيذ النظام العرفى فهى قرارات إدارية وتخضع لرقابة القضاء). (نكتل إبراهيم عبد الرحمن، 2016، ص 326).

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

ومن الأحكام التى قضت فيها محكمة قضاء الإدارى المصرى هى (إجراءات الإعتقال وتحديد إقامة الأجانب يجب ألا يلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوى التى يستعصى فيها اللجوء إلى الإجراءات العادية، لما فى ذلك من مساس بالحرية الشخصية، وأن يكون ذلك بالقدر الضرورى اللازم للمحافظة على الأمن). (حكم المحكمة القضاء الإدارى جلسة 1952/6/30 فى قضية 568 س3 ق، جلسة 6، ص 1266).

أما فيما يتعلق بمسلك المحكمة الإدارية العليا فى مصر، فنجد أن هناك تردداً فى أحكامها فى ممارسة رقابة التناسب على القرارات الضبطية فى الظروف الإستثنائية، حيث بسطت فى بعض الأحيان رقابتها وتراجعت عنها فى أحيان أخرى، وهذا التردد إستمر إلى حين صدور دستور (1971) حيث بسطت المحكمة رقابتها للتناسب على كافة القرارات الضبطية فى الظروف الإستثنائية، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا فى مصر بأنه (ولئن كانت الإدارة تملك فى الأصل حرية و وزن مناسبات العمل الإدارى وتقدير أهمية النتائج التى تترتب على الوقائع الثابت قيامها، إلا أنه حيثما تختلط مناسبة العمل الإدارى بمشروعيته، ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الأمور، خصوصاً فيما يتعلق بالحريات العامة، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره، فالمناط والحالة هذه فى مشروعية القرار الذى تتخذه الإدارة هو أن يكون التصرف لازماً لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام، بإعتبار هذا الإجراء الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الخطر، وللقضاء الإدارى حق الرقابة على هذا المسوغ أو عدم قيامه). (محمد حسنين عبدالعال، 1971، ص 173).

وفى حكم آخر قضت بأن (لا يجدر لوزير التموين اللجوء إليها إلا إذا إستنفذت جميع الوسائل العادية المتاحة لتسيير مرفق التموين ولم يجد بعدها أبداً من الإلتجاء إلى تلك الوسيلة الإستثنائية لتحقيق الهدف الذى حدده المشرع من ضمان تزويد البلاد بالمواد التموينية وتحقيق العدالة فى توزيعها، وأن يكون الوزير أمام ضرورة ملحة إقتضتها حتمية الصالح العام). وفى حكم آخر قضت المحكمة بأن (الحراسة والإعتقال ليست من الأسباب المبررة فى ذاتها للإدراج فى سجل الخطرين لا سيما وإن إجراءات إستثنائية تمت فى ظل حالة الطوارئ كما أن الجهة الإدارية لم تقدم أية أدلة تؤيد الشبهات التى إستندت إليها). (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم 692 لسنة 33 ق فى 1992/12/27، وحكم الصادر فى 1993/12/14، عدد 213 لسنة 24 ق).

3.2.4 الفرع الثالث

الرقابة القضائية على التناسب في قرارات الضبط الإداري في العراق

سارت أحكام القضاء الإداري العراقي على النهج ذاته المتبع في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري في إخضاع قرارات الضبط الإداري لرقابة الملاءمة، وفي الظروف العادية فإن رقابة القضاء تشمل التحقق من الهدف التي تتجه الإدارة إلى تحقيقه فإذا سعت الإدارة إلى تحقيق هدف غير الهدف الموجود للضبط الإداري وإجرائته أصبح هذا العمل غير مشروع، وكذلك التحقق من الأسباب الصحية والجديّة التي دفعت الإدارة إلى إتخاذ الإجراء الضبطي، وكذلك لابد من التحقق من الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة في إجراءاتها الضبطية، وكذلك البحث عن مدى التناسب بين إجراءات الإدارة والظروف التي دفعها إلى إصدار مثل هذه الإجراءات. (سبهان يونس عبدالله الطائي، 2010، ص 146). وهناك قرارات عدة في العديد من مجالات الضبط الإداري ومنها: حرية التجارة و حرية النشر، حيث قضت الهيئة العامة لمجلس الدولة ب(المدعي "المميز عليه")، كان قد قدم مسودة كتابه الموسوم (الأديان والمعتقدات وجزء الثواب والعقاب في الحياة الدنيا) إلى وزارة الثقافة والإعلام لغرض الموافقة على نشره، إلا أن هذه الوزارة لم توافق على ذلك بسبب الملاحظات التي أبداه الخبير الذي عرضت عليه مسودة الكتاب المذكور، لذلك طلبت محكمة القضاء الإداري من وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ترشيح ثلاثة خبراء من القضاة المختصين بالعلوم الإسلامية والشرعية، وهؤلاء الذين يبنوا في تقريرهم المقدم إلى المحكمة المذكورة بأن الكتاب (مفيد للقراء وأنه يحذر المجتمع من غائلة إرتكاب الموبقات أو مخالفة لشرع الله، وأنه ليس فيه ما يتقاطع مع مبدأ السلامة الفكرية أو ما تشتمل فيه رائحة الإخلال بنظام المجتمع أو إحداث الشقاق والتفرقة بين شرائحه ويصلح للنشر)، وحيث أن للمحكمة أن تستعين برأي الخبراء إذا اقتضى موضوع الدعوى ذلك.. كما أن لها أن تتخذ من تقرير الخبراء سبباً للحكم في الدعوى تطبيقاً لحكم المادة (140) من قانون الإثبات لذلك يكون الإستنباط الذي توصلت إليه محكمة الموضوع سائغاً ويتفق مع الأصول المقررة قانوناً، حيث ان القرار المميز القاضي بإلغاء أمر منع نشر الكتاب الصادر من وزارة الثقافة والإعلام صحيح وموافق للقانون). (قرار محكمة القضاء الإداري في العراق المرقم 81/قضاء اداري /2005 في 18/1/2006).

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

وفيما يتعلق برقابة التناسب على قرارات الضبط في الظروف الاستثنائية، يمكن القول أن القضاء العراقي قد مر بمرحلتين، مرحلة القضاء الموحد وفي هذه المرحلة تارةً راقب القضاء العادي السبب في قرارات الضبط الإداري الصادرة في ظل الظروف الإستثنائية، وتارةً أخرى إمتنع عن بسط رقبته وذلك بوصف القرارات الصادرة من الحكومة في ظل هذه الظروف الإستثنائية من قبيل أعمال السيادة، أما في مرحلة القضاء المزدوج أي بعد إنشاء محكمة القضاء الإداري في العراق بقانون التعديل الثاني رقم (106) لسنة (1989) لقانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة (1979)، فإنه بسط رقبته على ركن السبب في قرارات الضبط الإداري الصادرة في ظل هذه الظروف، ولكن نظراً لطبيعة الظروف التي سادت العراق فإنه لم يمر بظروف مماثلة على ما هي الحال عليه في فرنسا ومصر الأمر الذي ينتج عنه عدم وجود تطبيقات قضائية مماثلة. (زياد طارق خضير عباس، 2018، ص 111).

وجدير بالذكر، لا توجد أحكام قضائية كثيرة في العراق بخصوص ذلك، بل قليلة جداً ومن هذه الأحكام، هو الحكم الصادر من مجلس الدولة في قراره رقم (2008/68) في (2008/5/21) وذلك بالإستناد على البند (2) من المادة (9) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (1) لسنة (2004) حيث ينص على أن (تخضع قرارات وإجراءات رئيس الوزراء لرقابة محكمة التمييز ومحكمة التمييز في إقليم كردستان فيما يتعلق بإجراءات الطوارئ في نطاق الإقليم، وإنهاء بالمحكمة الاتحادية العليا، وللمحكمة المذكورة تقرير إلغاء تلك القرارات والإجراءات وتقدير بطلانها وعدم مشروعيتها أو إقرارها، مع مراعاة الظروف التي صدرت في ظلها تلك القرارات والإجراءات). (منشور في قرارات وفتاوى مجلس الشورى الدولة العراقي لعام 2008، بغداد، 2009، ص 188)

ومما يمكن ملاحظته على الأمر رقم (1) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية لسنة (2004) أنه على عكس المادة (61) من دستور جمهورية العراق لسنة (2005) التي أخضعت إجراءات الحكومة في الظروف الإستثنائية لرقابة البرلمان (الرقابة السياسية)، ونلاحظ ان هذا الأمر وفي الفقرة (2) من المادة (9) منه قد أخضع قرارات و إجراءات رئيس مجلس الوزراء لرقابة محكمة التمييز، وذلك بالنص على ان (تخضع قرارات وإجراءات رئيس الوزراء لرقابة محكمة التمييز ومحكمة التمييز...)

ومما يمكن ملاحظة أيضاً من النص أعلاه أيضاً، على الرغم من أن الرقابة القضائية مفعلة على إجراءات وقرارات رئيس مجلس الوزراء في ظل الظروف الإستثنائية أو حالة الطوارئ، إلا أنه قد أوكّل الطعن بهذه الإجراءات والقرارات أمام محكمة التمييز، علماً أنها لا يمكن أن تكون محكمة موضوع، فضلاً عن إنها محكمة قانون وليست وقائع تختص فقط في النظر في مدى صحة إنطباق النصوص القانونية وإمكانية تطبيقها بصورة صحيحة، وكذلك أوكّل الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا، وإن كان المشرع يقصد القضاء

الإداري، إلا أن الطعن بهذه الأحكام الصادرة تم أمام المحكمة الاتحادية العليا وذلك إستناداً إلى دستور جمهورية العراق (2005). (نكتل ابراهيم عبدالرحمن، 2016، ص333)، حيث تنص على إختصاصات المحكمة الاتحادية العليا (الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكمل القانون، حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة). (المادة (93) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005).

وتنص المادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا على أن (تختص المحكمة بالفصل في المنازعات المتعلقة بمشروعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر من جهة التي تملك حق إصدارها والغائها).

وقد ثار جدل عميق حول ذلك فيذهب البعض إلى أن القرارات والأوامر المقصودة هي تشريعية وليست إدارية بإعتبار أن إختصاص المحكمة ينصب بالرقابة على دستورية هذه القوانين والأنظمة والقرارات والأوامر، أما البعض الآخر فيذهب إلى أن نص المادة (4) /ثانياً من قانون المحكمة يشمل الأوامر والأنظمة بإعتبارها قرارات إدارية تنظيمية، وعليه تدخل ضمن إختصاصات المحكمة، وهذا ما أكدته المادة (7) /ثانياً من قانون مجلس الدولة. (غازي فيصل، ندوة العلمية التي عقدتها دراسات القانونية في دار المحكمة حول المحكمة الاتحادية وإختصاصاتها في 2009/6/25 ص66).

ومن الأفضل لو أعطيت لمحكمة القضاء الإداري سلطة النظر في صحة القرارات والأنظمة بدلاً من محكمة التمييز، وإعادة سلطة تمييز النظر في الطعن التمييزي بقرارات محكمة القضاء الإداري إلى الهيئة العامة لمجلس المحكمة الإدارية العليا، وذلك لأن النظام قرار إداري تنظيبي خاضع لرقابة محكمة القضاء الإداري بموجب المادة 7 ثانياً من قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة (1979).

ومما سبق يتضح لنا بأن المشرع العراقي لم يتبع نوعاً واحداً فيما يخص حالة الطوارئ، بل جمع بين الأسلوبين وذلك يتضح من نص المادة (61) في دستور جمهورية العراق لسنة (2005).

وبدورنا ندعو المشرع العراقي إلى تعديل قانون المحكمة الاتحادية بشكل تتوافق أحكامه مع دستور جمهورية العراق لسنة (2005).

5 الخاتمة

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

5.1 أولاً/ الاستنتاجات

- 1- التناسب هو مبدأ من المبادئ العامة للقانون يعبر عن علاقة منطقية أو متوافقة بين أهمية الوقائع (السبب) والإجراء المتخذ (المحل). ويمثل التناسب حسن التقدير والتوازن في الإجراءات الإدارة. ويطبق خاصة في المجالات التي تمس مباشرة حقوق وحريات الأفراد.
- 2- إن العلاقة بين التناسب والسلطة التقديرية هي أن التناسب يدخل ضمن مجالات السلطة التقديرية للإدارة إلا أنه لا يستغرقها، فهو أحد تصرفات الإدارة تقوم بجواره تصرفات أخرى كثيرة، أما عن علاقة التناسب بالملاءمة فهي أن مفهوم الملاءمة يستغرق مفهوم التناسب لأنه أوسع منه ويدخل ضمن أحد جوانبه، ومن ثم فهي لا يتطلبان، ولا يجب أن يكونا مرادفين للآخر.
- 3- إنقسم الفقه الإداري بين مؤيد ومعارض لفكرة الرقابة على التناسب، أما الاتجاه المعارض لهذه الفكرة فقد أسس وجهة نظره على أن ممارسة الرقابة بواسطتها تؤدي إلى إهدار فاعلية نشاط الإدارة، وبالمقابل أسس الاتجاه المؤيد رأيه على أن هذه الرقابة هي في حد ذاتها ضمانة لحقوق وحريات الأفراد. أما بالنسبة للقضاء الإداري فبيننا لنا أنه أقر بهذا النوع من الرقابة وقد كان القضاء الإداري المصري السباق لهذا الإقرار والتطبيق وذلك من خلال نظرية الغلو.
- 4- نطاق الرقابة على التناسب في القضاء الإداري يقتصر على قسمين، القسم الأول في مجال العقوبات الانضباطية والثاني في مجال الضبط الإداري.
- 5- رقابة التناسب لا تتنافى مع السلطة التقديرية للإدارة وهذا لا ينتقص من حرية الإدارة في إختياراتها لأن محل هذه الرقابة هو مشروعية أو عدم مشروعية للقرار الإداري، كما أن القاضي لا يتدخل إلا إذا خرج تقدير الإدارة عن كل معقول، كما أنها لا تتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات، لأن هذا المبدأ يقتضي أن يحول القضاء دون إستبداد الإدارة وأن يردّها إلى دائرة المشروعية.
- 6- لم يحدد الفقه من ناحية والقضاء من ناحية أخرى الأساس القانوني لمبدأ التناسب بل هناك جدل فقهي عميق عليه.

- 7- إبتدع القاضي الإداري بعض من التقنيات أو الوسائل الحديثة للحد من السلطة التقديرية للإدارة وإعادتها إلى نطاقها المعقول، (نظرية الخطأ الظاهر) في فرنسا و(نظرية الغلو) في مصر تعتبران من بين هذه الوسائل التي يستعملها القاضي الإداري في رقابة التناسب.
- 8- على الرغم من أن النظرية (الغلو والخطأ الظاهر) تهماً بكلا المعيارين أي المعيار اللغوي و(المعيار الموضوعي) لأنها يكملان بعضها البعض، إلا أن المعيار الموضوعي يرجح في كلا منها على معيار اللغوي.
- 9- يكتفي القضاء الفرنسي بإلغاء العقوبة في رقابة التناسب في مجال التأديب، تاركاً لجهة الإدارة توقيع عقوبة أخرى متناسبة مع الفعل شريطة أن لا تكون نفس العقوبة السابقة التي تم إلغاؤها. أما في مصر إلى جانب الإلغاء تتعدى سلطة القاضي إلى تعديل العقوبة وفرضها بنفسه. أما في العراق، فإن سلطة محكمة قضاء الموظفين تقف في الجانب الإيجابي فقط (الإفراط في الشدة) وذلك بتخفيف العقوبة أي للقاضي إلغاء العقوبة والقيام بفرض عقوبة أخرى مناسبة، شريطة أن تكون العقوبة الجديدة أخف من السابق.

5.2 ثانياً/ المقترحات

- 1- نترح على المشرع العراقي بالنص في قانون الانضباط الموظفين الدولة على معايير واضحة ودقيقة للتفرقة بين الأسباب الرئيسية الدافعة لإصدار القرار والأسباب الثانوية التي تؤثر في صحة القرار.
- 2- نترح على المشرع العراقي بضرورة تدوين جزء مهم من المخالفات التأديبية في قانون الانضباط الدولة وربطها بالجزاءات التأديبية المناسبة لها، ربما يكون تقنين كل المخالفات صعباً جداً، ولكن على الأقل ربط كل جزء تأديبي بطائفة متعددة من المخالفات التي تتناسبها هذه العقوبة، أو تحديد الحد الأدنى والأقصى لكل عقوبة حسب الظروف المصاحبة لها.
- 3- ضرورة قيام المشرع بتقنين مبدأ التناسب في التشريع في قانون مجلس الدولة العراقي، وحتى عند عدم قيامه بذلك فنوصي أن تصبح رقابة التناسب مبدأ قانونياً، بحيث يجب على الإدارة الالتزام بهذا المبدأ.
- 4- نترح بأن تعدل الصلاحيات الممنوحة لمحكمة قضاء الموظفين في العراق، وذلك بمنحها صلاحية تشديد العقوبة اذا ما رأت أيضاً أنها غير متناسبة مع الفعل المرتكب من قبل الموظف قياساً على صلاحية المحكمة في تخفيض العقوبة.

6 المصادر

1.6 أولاً/ المعاجم

- 1- ابن منظور، لسان العرب، المحيط، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، المجلد الثاني، بدون سنة طبع
- 2- قاموس المنجد في اللغة والاعلام 1969، ار المشرق، بيروت، ط 25. السنة.
- 4- قاموس المنهل (الفرنسي/عربي)، 1989، دارالعلم للملادين، بيروت، ط العاشرة، سنة.
- 2.6 ثانياً/ الكتب
- 1- ابراهيم محمد عبدالعزيز شيخا، القضاء الإداري اللبناني، دار الجامعة، دون سنة النشر.
- 2- لفتدوقي حلمي، 1991، رقابة القضاء على مشروعية الباطنية لأعمال الضبط الإداري، مصر.
- 3- جورج شفيق ساري، 2000، رقابة التناسب في نطاق الدستور، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 4- حمد رفعت علداوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، طبعة، 2002.
- 5- خليفة سالم الجهني، 2009، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- 6- خليفة سالم الجهني، 2009، الرقابة القضائية على التناسب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- 7- سليمان محمد الطواوي، 1991، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة المقارنة، مطبعة جامعة عين الشمس، الطبعة السادسة.
- 8- ساي جبال الدين، 2010، قضاء الملائمة و السلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

- 9- سيد محمد ابراهيم سليمان، 1963، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعوى الالغاء، ط1، اردن .
- 10- عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، 2007، القرار الإداري في الفقه و القضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، دون مكان الطبع .
- 11- عبد الغني بسيوني عبد الله، 1997، القضاء الإداري قضاء الألغاء، منشأة المعارف الاسكندرية،.
- 12- عصام عبدالوهاب البرزنجي، 1971، السلطة التقديرية للأدار والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، دار النهضة العربية.
- 13- عبدالقادر الشخيلي، 1983، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر للنشر و التوزيع ، عمان.
- 14- فؤاد العطار، القضاء الإداري (قضاء الألغاء الكامل، القضاء التأديبي)، 1980، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 15- محمد حسنين عبد العال، 1991، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري. دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة.
- 16- محمد رفعت عبد الوهاب، 2001، حسين عثمان محمد عثمان، مبادئ القانون الإداري. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- 17- منى رمضان محمد بطيح، 2003، مسؤولية الإدارة عن اوجه بطلان السبب و الغاية في قرار الإداري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى.
- 18- محمد سيد احمد محمد، 2008، التناسب بين الجريمة التأديبية و العقوبة التأديبية، كلية الحقوق جامعة اسيوط، المكتب الجامعي الحديث.
- 19- مايا محمد نزار ابو دان، 2011،، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري (دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب)، ط1، لبنان.
- 20- مازن راضي ليلو، 201، موسوعة القضاء الإداري، مبدأ المشروعية قضاء التعويض مع احدث القرارات والفتاوى، المجلد الثاني، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان.
- 21- محمد رفعت عبدالوهاب، 2007، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، طبعة 2.
- 22- محمود سلامة جبر، رقابة الغلط البين في القضاء الالغاء ، ط2، مطبعة ابناء وهبة، القاهرة ،
- 23- محمد فؤاد ، 1987، مبادئ و أحكام القانون الإداري في ضل الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة، دار المعارف، القاهرة.
- 24- محمود عاطف البنا، 1980، حدود سلطة الضبط الإداري، دون جهة الناشر و مكان الطبع و الطبعة.

3.6 ثالثا/ الرسائل

- 1- بلعيد دليلا، 2016، الرقابة القضائية بين المشروعية و الملاءمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامع محمد خضير، بسكرة.
- 2- توانا جمال عبدالواحد، 2014، مفهوم الغلو في العقوبات التأديبية، رسالة ماجستير، جامعة الأسكندرية كلية الحقوق.
- 3- حنان محمد مطلق القيسي، 1994، الرقابة القضائية على الملاءمة بين المخالفة والعقوبة في القرارات التأديبية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد.
- 4- رفيق بو مدين، 2015، الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري، رسالة ماجستير، جامعة محمد بو ضياف- المسيلة.
- 5- علي حسين احمد غيلان الفهداوي، 200، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد.

4.6 رابعا/الأطاريح

- 1- حسان عبدالله يونس الطائي، 2015، التطورات القضائية في الرقابة على التناسب في القرارات التأديبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الموصل،.
- 2- عصام عبد الوهاب البرزنجي، 1971، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة.
- 3- علي يونس اسماعيل، 2017، رقابة المشروعية ورقابة الملاءمة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة دهوك كلية القانون.
- 4- محمد فريد سيد سليمان الزهيري، 1989، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة.
- 5- محمد إبراهيم، 1963، رقابة القاضي الإداري على الوقائع في دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه مقدمة في جامعة الإسكندرية كلية الحقوق.
- 6- نكتل إبراهيم عبدالرحمن، 2014، التناسب في القرار الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، كلية الحقوق.

5.6 خامسا/ المجلات والموريات

- 1- خالد الزغي، 1998، ركن السبب في قرار الإداري-مقالة، مجلة أبحاث اليرموك، سنة 12، عدد 1 لسنة 1998.
- 2- سعاد الشراقوي، 1969، الانحراف في استعمال السلطة وعيب السبب، مجلة العلوم الإدارية، لسنة 11، العدد 3.
- 3- سيد محمد إبراهيم سليمان، 1963، الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، س5، عدد 2.
- 4- عادل الطبطبائي، 1998، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السادسة.

- 5- عبدالفتاح عبدالحليم عبدالبر، 1996، بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مجلة العلوم الإدارية، سنة 39، ع 1.
- 6- محمود سلامة جبر، 1984، رقابة القضائية على تكيف الوقائع في قضاء الألغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س 28، عدد الرابع.
- 7- ماهر صالح العلاوي الجبوري، 1998، الغلط البين في تقدير الوقائع، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مجلد 9، العدد 1 و 2.
- 8- محمد إبراهيم سليمان، 1963، الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات التأديبية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة، العدد الثاني.
- 9- محمد إبراهيم سليمان، 1970، مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية، مجلة الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، س 15، ع 3.
- 10- محمدرغبي خيري، 1974، المغالاة في التساهل و التفریط، مجلة العلوم الإدارية، السنة السادسة العشرة، العدد الأول، ابريل.

6.6 سابعا/ القوانين

- 1- قانون الخدمة المدنية رقم (24) لسنة المعدل 1960.
- 2- قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 سنة 1972.
- 3- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة المعدل 1991.
- 4- قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة في العراق رقم (17) لسنة 2013.

7.6 ثامنا/ الأحكام و القرارات القضائية

*الفرنسية

- 1- حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (ليبون) حزيران، 1978، مجلة القانون العام، العدد الثاني، 1979 ص 20.
- 2- حكم مجلس الدولة الفرنسي، في قضية في 1979/7/5 المجموعة ص 450.
- 3- حكم من مجلس الدولة الفرنسي، الطعن رقم 546 لسنة 32 في 1999/11/24، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 35.

*المصرية

- 1- حكم المحكمة القضاء الإداري المصرية في الطعن رقم 331 لسنة 1 ق، جلسة 1948/1/27 مجموعة المبادئ التي قررها محكمة القضاء الإداري، السنة الثانية .
- 2- حكم المحكمة القضاء الإداري المصري، جلسة 1949/6/16 ق 657 /س 2ق، م س 1021
- 3- حكم المحكمة القضاء الإداري المصري، جلسة 1950/5/11 ق 685/س 2ق، م س 3، ص 761.
- 4- حكم المحكمة القضاء الإداري المصري، في طعن رقم 1160 لسنة 7ق، في 1954/1/5.
- 5- حكم المحكمة القضاء الإداري المصري، جلسة 1953/12/23، رقم قضية 1386/لسنة 5ق، مجموعة السنة 8، ص 319.
- 6- حكم المحكمة القضاء الإداري، جلسة 1954/12/14، دعوى رقم 1408 ق، لسنة 7، مجموعة مبادئ السنة التاسعة، ص 141.
- 7- حكم المحكمة القضاء الإداري المصري، جلسة 1956/2/14، قضية 891 لسنة 6ق، س 10، ص 802.
- 8- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، 1961/11/11 قضية رقم 963 لسنة 7.
- 9- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في 1962/12/8، قضية رقم 563 لسنة 7، المجموعة السنة 7.
- 10- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في 1972/3/11 قضية رقم 811 لسنة 17، المجموعة السنة 19.
- 11- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1978/2/11 في الطعن رقم 833 لسنة 23ق.
- 12- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بجلسة 1984/4/10، قضية رقم 791 (24 ق، ع 2، رقم 155، مجموعة المبادئ القانونية.
- 13- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1993/12/27 في الطعن رقم 277 لسنة 33ق.
- 14- المحكمة القضاء الإداري المصري حكم في 1995/3/28 الطعن رقم 44 لسنة الثانية 38 ق 3929.
- 15- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 7747 لسنة 49ق، الصادر في 2006/4/15 الوسيط، ص 280-281.
- 16- حكم المحكمة القضاء الإداري المصري، الدائرة الاستئنافية، رقم 25 لسنة 8 قضائية استئنافية، بتاريخ 2008/2/25 م.

*العراقي

- 1- قرار مجلس الانضباط العام العراقي، رقم 136 /لنضباطية /تقيرا/ 2010 في 2010/4/7 قرارات وفتاوى مجلس ال الدولة، مطبعة وقف الحديث، 2010 ص 370.

- 2- قرار مجلس الانضباط العام العراقي، رقم 120 انضباطية، تميز، 2011 في 2011/3/24، قرارات وفتاوى مجلس ل الدولة لعام 2011، ص 257.
- 3- حكم محكمة القضاء الإداري العراقي، رقم الدعوى 48/ق/2012، رقم القرار 322/2012 في 28/11/2012 .
- 4- قرارات الهيئة العامة لمجلس ال الدولة العراقية، القرار رقم 379:انضباط/تميز/ 2011 / بتاريخ 31/10/2011، قرارات وفتاوى مجلس الشوري الدولة لعام 2011.
- 5- قرار مجلس الانضباط العام العراقي ، رقم الدعوى 180/ج/2012/ رقم القرار 8/30/2012 بتاريخ 30/12/2012.
- 6- قرار الهيئة العامة لمجلس ال الدولة العراقي، رقم 34/35: انضباط /تميز/ 2012/ في 15/3/.