The Law Journal for Researches Studies
University of Thi-Qar
College of Law
مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية
https://utq.edu.iq/thiqar UTjlaw@utq.edu.iq

الرقابة القضائية على التناسب في قرار التضمين
(دراسة مقارنة)

الباحثة هبة خلف محمد ا.د.وليد خشان زغير
كلية القانون – جامعة ذي قار
Lawp1e221@utq.edu.iq maryaaaa0987@gmail.com

مستخلص البحث:
قيام القضاء الاداري بالرقابة على التناسب في قرار التضمين يمثل ضمانة اساسية للموظف والمكلف بخدمة عامة فقرار التضمين يجب ان يكون متلائما مع ما ارتكبه الموظف من خطأ اضر بخزينة العامة، فيجب ان يكون هناك توازن وتوافق بين قرار التضمين وبين خطأ الموظف ، اذ يتوجب على الادارة ان لا تفرض على الموظف اعباء اكثر مما تتطلب المحافظة على المال العام فيجب ان يكون التضمين بنفس القيمة، وبالرغم من تمتع الادارة بسلطة تقديرية عند اصدارها لقرار التضمين الا انه يتوجب عليها ان تمارسها وفق شروط معينة وليس كيفما شاءت وبشكل مطلق وانما يجب ان تكون متقيدة بتحقيق المصلحة العامة .

المقدمة:

اولاً: التعريف بالبحث

ان القاضي الاداري يراقب القرار الاداري من حيث وجود وقائعه وصحة تكييفه القانوني دون ان تمتد رقابته الى ملائمة القرار على اساس ان هذا العمل يدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، وعلى اساس ان القاضي هو قاضي مشروعية وليس ملائمة . ولكن بعد تطورات حديثة اصبحت رقابة القاضي الاداري تشمل ملائمة قرار التضمين دون التوقف عند رقابة وجود الوقائع وصحة التكييف الذي تعطيه الادارة لقرار التضمين ، فاصبح القاضي يراقب مدى التناسب بين خطأ الموظف وقرار التضمين المفروض عليه ، فالملائمة في قرار التضمين شرط من شروط صحة قرار التضمين ، فان عدم الملائمة او التناسب تخرج القرار من دائرة المشروعية الى عدم المشروعية .

ثانياً: اهمية البحث

للبحث اهمية خاصة وذلك لان التضمين يعد من اهم المواضيع وادقها فمن واجبات الموظف والمكلف المحافظة على اموال الدولة التي في حوزته فأن احدث ضررا بهذه الاموال تحققت هنا مسؤوليته التقصيرية وذلك عن طريق ازالة الضرر او التعويض ، وهنا يكمن دور القضاء في التأكد من صحة قرارات الادارة. فرقابة القضاء الاداري على السبب في قرار التضمين قد تطورت تطورا كبيرا ، فأصبحت تشمل الرقابة على ملاءمة سبب القرار مع محلة (رقابة الملاءمة)، فعدم تناسب قرار التضمين مع الخطأ المرتكب من الموظف والمكلف بخدمة عامة، يجعل القضاء يقف لها بالمرصاد وذلك بعد الطعن في عدم مشروعيتها من طرف اصحاب المصلحة .

ثالثاً: مشكلة البحث

يمكن تحديد مشكلة الدراسة بمجموعة من التساؤلات وعلى النحو الاتي:

1.ما هو دور القضاء الاداري في الرقابة على التناسب في قرار التضمين كضمانة للموظف والمكلف المضمن ؟.

2. هل ان القضاء الاداري يبحث في ملائمة القرارات اضافة الى وجودها المادي وتكييفها القانوني ؟.
3. ماهي علاقة التناسب بالسلطة التقديرية في قرار التضمين؟.

رابعاً: نطاق البحث

لم يقصر نطاق الدراسة على بيان الجانب النظري فقط ، انما نتطرق الى بيان الجانب العملي من خلال استعراض بعض القرارات الصادرة من محكمة القضاء الاداري مثل فرنسا او مصر والعراق.

خامساً: منهجية البحث

سوف نتبع المنهج التحليلي التطبيقي المقارن فقد اتبعنا المنهج التحليلي من خلال تحليل بعض نصوص القوانين للوصول الى الحقائق القانونية ، اما كونه تطبيقيا فأننا سنتعرف من خلال طرح العديد من القرارات القضائية في العراق الى ما استقر عليه القضاء العراقي من مبادئ قضائية في مجال تضمين الموظف والمكلف بخدمة عامة ، اما بشأن اعتمادنا للمنهج المقارن فأن دراستنا سوف لن تقتصر على التشريعات العراقية فقط وانما نتناولها بالمقارنة مع التشريع المصري والفرنسي.

سادساً: تقسيم البحث

ان دراسة موضوع الرقابة القضائية على التناسب في قرار التضمين(دراسة مقارنة) يتحتم علينا تقسيمه الى مبحثين سيخصص المبحث الاول منه الى فكرة التناسب في قرار التضمين وهذا يقسم الى مطلبين ، المطلب الاول يكون لمفهوم التناسب في قرار التضمين اما المطلب الثاني فسيكون للاساس القانوني لفكرة التناسب في قرار التضمين، بينما سيخصص المبحث الثاني لرقابة الملائمة في قرار التضمين والمواقف الفقهية، وسيكون على مطلبين، المطلب الاول يتناول علاقة السلطة التقديرية بالتناسب في قرار التضمين، والمطلب الثاني لموقف الفقه الاداري من رقابة الملائمة في قرار التضمين ، ثم ننهي البحث بخاتمة تتضمن اهم الاستنتاجات والتوصيات .

المبحث الاول
فكرة التناسب في قرار التضمين

ان التناسب في قرار التضمين يقصد به ان يكون هناك ملاءمة بين الخطأ الصادر من الموظف والمكلف بخدمة عامة من اهمال او تقصير او مخالفة للقوانين والتعليمات وبين الجزاء المفروض عليهم، بمعنى ان يتوجب على الموظف ان يتحمل قيمة الاضرار الحقيقية والتي تسبب فيها بخطاه ، فاذا لم يكن هناك اي تناسب بين خطا الموظف وما فرضت عليه الادارة من مبلغ لجبر الضرر فيكون قرار التضمين هنا معيب بعيب السبب . وعلى هذا الاساس سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الاول مفهوم التناسب في قرار التضمين ونبين في المطلب الثاني الاساس القانوني لفكرة التناسب في قرار التضمين .

المطلب الاول
مفهوم التناسب في قرار التضمين

اذ يعرف التناسب اصطلاحا على انه "العلاقة بين شيئين ، معبر عنهما بصور رمزية ، او هو تعبير عن صلة تتسم بالتوازن والتوافق بين شيء وآخر في اطار العلاقات المعتادة التي يفترض ان تكون عليها تلك الصلة التوافقية بين حالة معينة وأخرى مناظرة لها ، نتيجتها توازن مقبول بينهما " ويعرفها البعض على انه " ذلك السلوك الذي تلتزم الادارة بموجبه الا تفرض على الافراد اعباء او اضرار اكثر مما تتطلب مهمة المحافظة على المصلحة العامة المنوط بها تحقيقها "[1]. اذ ان التناسب مصطلح قانوني فهو التوافق بين سبب القرار ومحله والتناسب في القرار الاداري يعرف ايضا على انه وجود انسجام بين الاجراءات المتخذة محل القرار واهمية الوقائع سبب القرار، وفي مجال التأديب يقصد بالتناسب هنا ان يكون هناك توافق بين العقوبة التأديبية والمخالفة التي يرتكبها الموظف فلا تكون هناك عدم ملاءمة ظاهرة بين الخطأ الوظيفي وبين نوع الجزاء المفروض على مرتكبيه [2]. ويرى البعض ان عدم التناسب في القرار الاداري هي رقابة على السبب في صورتها القصوى والتي تقوم على التحقق من مدى اهمية الحالة الواقعية وخطورتها ومدى التناسب الذي يكون بينها وبين النتيجة ، اذ ان جانب من الفقه قال بوجوب ان تكون الوقائع التي كانت السبب في اتخاذ الادارة لقرارها متناسبة مع شدة العقوبة، وبالتالي فان عدم التناسب بين السبب والوقائع التي بني عليها القرار، يكون صورة من صور عيب السبب [3]. اذ يجب ان يكون هناك تناسب بين كل من المخالفة والعقوبة ، ولا يجوز ان تتعدى العقوبة حدها الاقصى اذ ان التناسب تحكمه ضرورات في ان تكون العقوبة على قدر المخالفة [4]. فلا يجوز تضمين الموظف اكثر من قيمة المال المتضرر وانما يجب ان يكون بنفس القيمة اذ يجب ان يكون هنالك تناسب بين الاضرار التي لحقت بالمال العام وبين ما سيضمنه الموظف من ماله الخاص . وهذا يعني ان التناسب يتضمن عنصرين احدهما متغير والآخر ثابت اذ ان عنصر السبب يمثل العنصر الثابت واما المحل فهو العنصر المتغير ، اذ ان التناسب يتغير تبعا للمضار المحتملة والحالة المتوقعة واهمية الهدف ودرجة الخطورة والغاية المستهدفة [5]. اما تعريف التناسب في قرار التضمين فانه يعني ان يكون هناك تماثل وتوازن واتفاق بين ما ارتكبه الموظف من خطأ والمتمثل بالإهمال والتقصير ومخالفة القوانين وبين ما واوقعته الادارة عليه من جزاء و المتمثل في قرار التضمين . فرقابة القاضي الاداري لا تقف عند حد التأكد من وجود الوقائع التي دفعت الادارة الى اصدار قرار التضمين وصحة تكييفها، بل تمتد لتشمل التناسب بين هذه الوقائع المرتكبة من الموظف وبين ما فرض على الموظف من عقوبة . اذ ان رقابة القاضي الاداري تشمل اركان القرار الاداري الداخلية وذلك من سبب ومحل وغاية والاثر النهائي للقرار الاداري هو الغاية والذي يكون الهدف منه هو تحقيق المصلحة العامة ، اذ انه يتوجب ان يقاس التناسب بين المحل والسبب ، اما عيب الغاية فانه يبقى ان وجد ، اذ انه يتضمن عيب اساءة استعمال السلطة، وهذا يعني ان العلاقة بين السبب والمحل علاقة يحكمها مبدأ التناسب [6]. و اما بالنسبة للتعريف القضائي للتناسب فلم يعرف مجلس الدولة الفرنسي مبدأ التناسب بشكل صريح الا انه عده فكرة رئيسية من افكار القانون الاداري، فهناك عدة احكام لمجلس الدولة الفرنسي اخذت بمبدأ التناسب رغم عدم اعترافه به كمبدأ مستقر في قضائه [7]. فالقضاء الاداري الفرنسي قد عمل على ضبط عمل الادارة الى اقصى حد من اجل فرض سيطرته ورقابته على ما تقوم به الادارة من تقييم للحقائق ومدى ملاءمة القرار الاداري

للمصلحة العامة [8]. اما القضاء المصري فانه كنظيره الفرنسي لم يورد تعريفا للتناسب في اي حكم من الاحكام الصادرة عنه الا ان له العديد من التطبيقات والتي تشير ضمنا الى معنى التناسب ، وباستقراء احكام القضاء الاداري المصري نستنتج ان التناسب ليس سوى دليل يعتمد عليه القاضي ويستند اليه في الحكم بعدم المشروعية ، وذلك يكون من خلال الموازنة بين حقوق الافراد والصالح العام [9]. ومن تطبيقات القضاء المصري قرار للمحكمة الادارية العليا والذي ذهبت فيه الى انه " لا يجوز ان تحمل ذمة الشخص قيمة ضرر ما زال احتماليا - اذ يجب ان يكون الضرر محققا اي وقع بالفعل – فلا يجوز تحميل الشخص اي التزامات مالية في جانبه مالم يكن هناك سبب قانوني مشروع يجيز ذلك" [10]. اما القضاء العراقي فانه ايضا لم يتطرق لتعريف التناسب بشكل صريح الا ان له العديد من التطبيقات التي تذكر في هذا المجال ، فمن تطبيقات محكمة القضاء الاداري قرارها المرقم 459\قضاء اداري \تمييز \2017 في تاريخ 2018\1\18 والذي يقضي بالمبدأ " في ان الموظف يكون مسؤولا عن تعويض الضرر بالمال العام بقدر مساهمته في احداث الضرر ،اذ وجدت المحكمة الادارية العليا بان قرار التضمين صادر على اساس ان المدعية عضوة في لجنة المشتريات وقد اشترت اللجنة مواد و اثاث من الشركة الوطنية للصناعات الكيمياوية والبلاستيكية وكان سعر الشركة اغلى من الاسعار السائدة في السوق المحلية ، فترتب ضرر بالخزينة العامة يتمثل بالفرق بين السعرين ، لذا قررت الدائرة تضمين لجنة المشتريات قيمة الضرر ووزعته مناصفة على اعضاء لجنة المشتريات ومن بينهم المدعي ، ترى المحكمة الادارية العليا بان اللجنة لم تحتسب الضرر على اسس واضحة ، ولم توزع المسؤولية على المتسببين فيه انما قصرت المسؤولية على لجنة المشتريات في حين ان لجنة المشتريات ليست الجهة الوحيدة المسؤولة عن الشراء ، كما ان العقود تضمن اسم الطرف الثاني في التعاقد ، وهو وزارة الصناعة الشركة الوطنية للصناعات الكيمياوية ، مما يوحي بأن الشركة من شركات القطاع العام ، بينما تشير الاوراق التحقيقية بان الشركة المذكورة انفا ليست من شركات القطاع العام مما كان على اللجنة التحقق من الموضوع واذا ثبت لديها بان الشركة تعاقدت مع الوزارة باسم لا يتطابق مع اسمها الحقيقي فيتعين عليها التحقق من وجود الخطأ ، وما هي مسؤولية المدعي عنه ، وبالنتيجة لا تكون لجنة المشتريات لوحدها هي المسؤولة عن الضرر مما يتعين الزام الادارة بإعادة التحقيق " [11].لذلك يتوجب على القاضي الاداري عند فرض رقابته على مبدأ التناسب بان يقوم بتقدير مدى اهمية الوقائع بالنسبة للجزاء الذي اتخذته الادارة ، ومن بعد ذلك فانه يتوجب على هذه الادارة ان تحدد خطورة الوقائع على سير المرفق العام وما اذا كان يشكل اخلالا بمقتضيات الوظيفة ، وبعد ذلك تقوم باختيار العقوبة المناسبة مع خطورة الجرم ، ولهذا يعد مبدأ التناسب في القرار الاداري من اعمال السلطة التقديرية للإدارة ، اذ ان القاضي يهدف من رقابة التناسب ان يحقق رقابة اكثر فعالية ويسعى " الى استبعاد التقديرات السيئة للإدارة والتي تكون مشوبة بعدم التناسب [12]. فيجب على رجل الادارة دائما ان يسعى الى تحقيق الصالح العام في اي قرار يصدره فلا يجوز لمصدر القرار ان يسعى لتحقيق غاية غير المصلحة العامة ، وعليه فانه لا يمكن الحديث عن اي سلطة للقاضي الاداري في تجاوز عيب الانحراف في السلطة كما هو الحال بالنسبة لأركان القرار الاخرى وايضا فان المشرع ان حدد هدفا معينا فان رجل الادارة يجب ان يسعى الى تحقيق ذلك الهدف ، فاذا قصد غاية اخرى كان القرار مشوبا بعيب الانحراف في السلطة .[13]

اذ انه يتوجب على الادارة عدم المغالاة في اتخاذ قرارها وتقديرها ، اذ يجب عليها ان تتخذ ما يكون متناسبا من قرارات مع الوقائع المادية ولا تقوم بتضخيم الوقائع للتدخل والقيام بإعمالها ، ولا شك ان عملية التمييز بين رقابة التكييف القانوني للوقائع وتقدير ملائمة الاجراءات المادية عملية في غاية الصعوبة ، اذ ان الادارة يجب ان تحرص على ان يكون قرارها ملائما للوقائع المادية مع وجوب احترام التناسب بين اهمية الاجراء وخطورة الوقائع [14]. اذ ان ما تتمتع به الادارة من سلطة تقديرية يكون مرده ارادة المشرع والذي لم يسلك مسلك قانون العقوبات وذلك اخذا بمبدأ شرعية الجريمة وحصر التصرفات المجرمة والقيام بتحديد اركانها ونوع العقوبة المحددة لكل منها ، بل ان القضاء الاداري ترك تحديد الاخطاء وتكييفها للإدارة وهذا اتجاه غير محمود للمشرع اذ يتوجب ان يحدد جميع الاخطاء المحضورة على الموظف، واحاطة الموظف علما مسبقا بما هو واجب عليه وبما هو محظور وذلك يكون في نطاق وظيفته ، ويجب ان لا يترك لإدارة امر التجريم وتقديره ، دون ضوابط محددة [15].

المطلب الثاني

الاساس القضائي لفكرة التناسب في قرار التضمين

يرى البعض ان الإدارة تباشر اعمالها بواسطة موظفين وان هؤلاء الموظفين اشخاص غير معصومين من الخطأ وان ما تتمتع به الادارة من اختصاصات لا تباشرها اعضاؤها الا على وفق النصوص القانونية ، وكذلك ان المشرع حين نص على الجزاءات فانه تدرج فيها ، اذ لم يتوخى من هذا التدرج ان تنفرد السلطة في توقيعها للجزاء بدون رقيب عليها ، وانما اراد بذلك ان يقاس الجزاء بما يثبت من خطأ ، اي ان يكون هناك تناسق بين التهمة والعقاب [16]، والا كان قرار التضمين مخالفا للقانون . وللتناسب اساس يتعين توضيحه في كل من الدول المقارنة مرورا بالعراق . ففي فرنسا فان مجلس الدولة الفرنسي قد رفض ان يراقب خطورة الجزاء التأديبي ومدى تناسبه مع الخطأ المرتكب والذي يكون في مجال الوظيفة العامة ، وان المجلس وحتى عام 1978 يرفض ان يمد رقابته على قرارات الإدارة ، لمعرفة مدى التناسب وذلك بالنظر في ان العقوبة التأديبية تمثل من مهام الإدارة التي لا يجوز التدخل فيها ، الا ان مجلس الدولة الفرنسي لم يكن مقتنع بمدى الحرية التي تتمتع بها الإدارة والتي تتمثل بالتفاوت الواضح في توقيع العقوبات على الموظف ، ومن بعد ذلك تولى مجلس الدولة الفرنسي بمد رقابته على ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية ، وذلك بدأ منذ قراره الشهير المتمثل في قضية lebon اذ ان مجلس الدولة قد راقب مدى ان يكون الجزاء التأديبي متناسبا مع الوقائع المسببة وذلك باعتماده على فكرة الخطأ الظاهر [17]. فالإدارة عندما تمارس السلطة التقديرية فان الرقابة القضائية التي يمارسها مجلس الدولة يعتمد على هذه المعادلة ، فما تتخذه الادارة من قرارات يجب ان يكون غير مشوب بعيب اساء استعمال السلطة ، ولا يكون مستند الى وقائع غير صحيحة قانونا او اسباب تكون خاطئة قانونا ولا تكون مستندة الى خطأ ساطع في التقدير [18]. اما اساس التناسب في مصر فان مجلس الدولة المصري قد فرض رقابته على وجود الوقائع وتكييفها منذ نشأته دون ان تتعدى رقابته الى تقدير اهمية وخطورة الجزاء ومدى تناسبه مع الذنب المرتكب، على اساس ان هذا الامر وكنظيره الفرنسي يخرج من اختصاص القضاء الاداري باعتباره من الامور المتروكة لتقدير الادارة ، فمنذ نشأت محكمة القضاء الاداري اعتادت على ان تكون الملائمة من اختصاص الادارة ، الا انه وامام عدم التناسب الظاهر بين المخالفة والجزاء ، اخذت المحكمة بفرض رقابتها على الملائمة بين كل من الجزاء ا والمخالفة ، وقد كانت بداية ذلك

في حكمها الصادر في 10 نوفمبر 1961 والذي تضمن " لان كانت السلطة التأديبية ومن بينها المحاكم سلطة تقدير خطورة الذنب الاداري وما يناسبه من جزاء غير معقب في ذلك الا ان مناط مشروعية هذه السلطة شانها كشأن اية سلطة تقديرية اخرى ان لا يشوب استعمالها غلو ومن صور الغلو ، عدم ملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الاداري وبين الجزاء ومقداره " [19]. وفي مجال التضمين في مصر فان للمحكمة الادارية العليا العديد من التطبيقات ومنها " وحيث ان خطأ العامل يعتبر شخصيا اذا كان العمل الضار مصطبغا بطابع شخصي يكشف عن الانسان بضعفه ونزواته وعدم تبصره، وان خطورة السير بالسيارة مع نقص زيت الموتور واثرها الضار على الموتور يمثل معلومة اولية وعامة عند ممتهني قيادة السيارة ، فمن ثم فإن قيادة المطعون ضده للسيارة الحكومية رغم نقص زيت الموتور يمثل خطأ جسيما يبلغ مرتبة الخطأ الشخصي الذي يسأل المطعون ضده مدنيا . [20] يستخلص من القرار اعلاه ان العامل ارتكب لخطأ يجعله مسؤول عن الضرر اذ يتوجب ان يكون هنالك تناسب بين ما ارتكبه العامل من خطأ ادى الاضرار بالمال العام وبين ما سيفرض عليه من جزاء سوف يتحمل بموجبه تعويض الضرر من ماله الخاص فلا يجوز ان يفرض على الموظف تعويض الضرر دون ان يكون هو المتسبب الفعلي به وهذا ما تقوم به المحكمة من خلال التحقيق في القضية للتأكد من هذا التناسب . اذ ان الفقه المصري يرى بانه يمكن ان يتعرض القاضي استثناء لتقدير التناسب في اجراءات معينة، وهذا يعني ان اساس رقابة القضاء المصري على التناسب هو ما وضعه القضاء الاداري ، وما اشترطه من تناسب بين كل من العقوبة وما ارتكبه الموظف من مخالفة ، اذ يجب ان لا يكون هناك تعسف من القضاء الاداري المصري في تقديره للوقائع ،واختياره العقوبة التي تكون متناسبة مع هذه الواقعة، اذ ان القاضي تكون مهمته كامنة هنا في رقابة قرار الادارة ان كان يتناسب والخطأ الواقع من طرف الموظف اذ يقوم بتفحص القرار بأركانه وعناصره التي بني على اساسها . [21] اما القضاء العراقي فقد سار على النهج الذي سار عليه القضاء المصري اذ مارس مجلس الانضباط العام رقابة التناسب على القرارات الانضباطية منذ تأسيسه عام 1929 وحتى الان ، فعلى الرغم من اعتراف المجلس بان من حق الادارة ان توقع الجزاء او لا توقعه ، الا ان قرارها اي قرار الادارة يشترط فيه ان لا يشوبه غلو او عدم ملائمة بين كل من الجزاء المفروض على الموظف والذنب المقترف ، وفي ذلك قضى مجلس الانضباط العام في حكمه الصادر 9\5\1979 بانه " ...من شروط العقوبة المفروضة على الموظف ان تكون ملائمة مع الغايات المستهدفة منه ..." [22] وللقضاء الاداري العراق العديد من التطبيقات في هذا الشأن واحدى هذه التطبيقات قرارها المرقم1293\قضاء اداري \تمييز \2019 في 7\4\2021 والمتضمن " بان المحكمة الادارية العليا وجدت بان المدعية تطعن في قرار التضمين الصادر من المدعى عليه الذي قضى بتضمينها مع موظفين آخرين مبلغا مقداره 7408000 سبعة ملايين واربعمائة وثمانية الاف دينار لا غيرها عن اهداء 11 احد عشر بدلة الى شركة عالم الفيض المسؤولة عن تشريفات واستقبال ضيوف مهرجان المسرح المقام ضمن فعاليات مهرجان بغداد عاصمة الثقافة العربية لعام 2013، وتطلب الغاءه فحكمت المحكمة برد الاعتراض للأسباب التي استندت عليها ، وجدت المحكمة الادارية العليا ان تضمين الموظف يقوم على اساس خطأ وضرر تتكبده الخزينة العامة وعلاقة سببية بينهما ، مما يتعين اثبات الخطأ الصادر من الموظف كركن لا يقوم التضمين بدونه ، كذلك اثبات الضرر والعلاقة السببية بينهما ، وحيث ان لا دور للمدعية في عملية اهداء البدلات موضوع التضمين ، مما يتعين الغاء قرار التضمين بالنسبة لها ،

وحيث ان المحكمة حكمت بخلاف ذلك لذا يكون حكمها غير صحيح قرر نقضه ، وحيث ان موضوع الدعوى صالح للفصل فيه لذا قررت المحكمة حذف اسم المدعية من الامر الوزاري الصادر من المدعى عليه وتحميل المدعى عليه المصاريف " .

وفي قرار آخر لها والمتضمن " لاحظت المحكمة ان المقترضين الثلاثة الذين تم تضمين المدعي مبالغ قروضهم قد قاموا بتسديد اجزاء من مبالغ القرض الممنوحة لهم الى المصرف ، وجدت المحكمة ان المدعي عليه قد قام بتضمين المدعي مبلغا يعادل 4 اربعة قروض دون ان يأخذ بالاعتبار ان المدعي قد وقع 3 ثلاثة استمارات فقط تخص المقترضين ، ودون ان ينزل المبالغ التي قام المقترضين بتسديدها الى المصرف ، كما انه لم يتم بيع العقارات المرهونة لضمان مبلغ القرض وتنزيل قيمتها من مبلغ التضمين ، وحيث ان المدعى عليه قد قرر تضمين المدعي قيمة 4 اربعة قروض كاملة فانه يكون بذلك قد ضمن المدعي اكثر من قيمة الاضرار التي تكبدتها الخزينة العامة ، لذا فان قرار التضمين هنا يكون مخالف للقانون " [23]. اذ يلاحظ من القرار اعلاه ان مبلغ التضمين الذي فرض على الموظف لا يتناسب مع ما وقع من الموظف من وقائع فتضمين الموظف قيمة 4 قروض لا يتناسب مع ما وقعه الموظف من قروض والبالغ عددها 3 وعدم الاخذ بالاعتبار المبالغ التي سددها المقترضين ، كل ما تقدم يجعل قرار التضمين الصادر بحق الموظف موجب للإلغاء .

المبحث الثاني

رقابة الملائمة في قرار التضمين والمواقف الفقهية

تعني السلطة التقديرية للإدارة حرية اجراء التناسب بين سبب القرار ومحله دون تدخل من القانون اذ انه يتوجب على الادارة عند اصدارها قرار بتضمين الموظف ان تراعي التناسب في ذلك ، وذلك بان يكون تقدير الادارة لقرار التضمين في ضوء الظروف والمعطيات التي احاطت بالموظف العام ، فالإدارة يجب ان تكون متقيدة بتحقيق المصلحة العامة اي حماية المال العام دون الاضرار بالموظف. وبناء على ذلك سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين نبين في المطلب الاول علاقة السلطة التقديرية بالتناسب في قرار التضمين ونتناول في المطلب الثاني موقف الفقه الاداري من رقابة الملائمة في قرار التضمين.

المطلب الاول

علاقة السلطة التقديرية بالتناسب في قرار التضمين

يقصد بالسلطة التقديرية للإدارة قسط من الحرية والتصرف تتمتع به الادارة وهي تمارس مختلف الاختصاصات القانونية ، ومهما قلنا بان السلطة التقديرية ضرورة تلازم اي نشاط ، فان المعنى الذي ذكرناه للسلطة التقديرية لا يمكن ان يظهر في نظام لا يأخذ بنظام الدولة القانونية ومبدأ سيادة القانون فالدولة اذا لم تكن قانونية فلا يمكن التكلم عن السلطة التقديرية للإدارة وذلك لأنها سوف تكون تحكمية وليس تقديرية [24] . فالسلطة التقديرية ضرورة اجمع الفقهاء على اهميتها وذلك لعدة اسباب منها ان المشرع يستحيل عليه ان يضع كافة تفاصيل العمل الاداري وهذا يسمى بالاستحالة الفنية ، فلا يمكن للمشرع ان يضع قواعد عامة مجردة تتولى معالجة كافة تفاصيل العمل الاداري لذلك فانه يتولى وضع القواعد العامة ويترك للإدارة معالجة ما يتفق مع القواعد العامة من حالات فردية والسبب الثاني يتمثل في خبرة الادارة وقدرتها على مواجهة الظروف واتخاذ الاجراءات الملائمة لها ، اما السبب الثالث فيتمثل في تلافي عيوب السلطة المقيدة ، اذ ان السلطة المقيدة تضع عراقيل امام عمل الادارة وتؤدي الى البطء والتأخر في انجاز

الاعمال اما السبب الرابع فهو ضمان فاعلية عمل الادارة [25] . اذ ان فكرة السلطة التقديرية فكرة حديثة نسبيا فهي مبدأ اساسي يقوم عليه القانون ، ومن النظم القانونية التي كانت سباقة في الاعتراف بالسلطة التقديرية هو النظام القانوني الفرنسي ، اذ ان للفقهاء والاجتهاد القضائي دور كبير في تحديد معالم السلطة التقديرية وحدودها ، فهي حقيقة لا غنى عنها لحسن سير الادارة ، اذ ان السلطة تكون تقديرية اذا تخلى القانون والذي يشمل كل القواعد القانونية التي تحكم نشاط الادارة ، وبعكس ذلك تكون سلطة الادارة مقيدة اذ ان قرار الادارة في حال السلطة المقيدة يكون مشروع او غير مشروع بقدر ما يكون هذا الجانب مطابقا للقانون او مخالفا له [26]. وقد عرف البعض السلطة التقديرية بان يترك القانون للإدارة الحرية في ان تتدخل او تمتنع وترك لها الحرية فيما يتعلق بزمن ومضمون القرار الذي تقرره ومن ثم تتكون السلطة التقديرية من حرية التقدير والتي يمنحها القانون للإدارة لتقرير ما يعمل وما يترك [27]. وعرفها البعض الآخر بانها " دعوة للإدارة لممارسة حرية تقدير الملاءمة " [28] ،وعرف جانب آخر السلطة التقديرية على انها "تمتع الإدارة بحرية اجراء التناسب بين سبب القرار المعتمد واثره القانوني المتمثل في محله " ومن خلال ذلك يلاحظ ان السلطة التقديرية لا تسري الا على تصرف واحد تتولى القيام به الهيئات الادارية بحرية وهو اجراء التناسب بين كل من سبب القرار ومحله ، وهذ التعريف تعرض للانتقاد على اساس ان السلطة التقديرية يقصد بها ان الادارة تتمتع بقدر من حرية التصرف وهي تمارس اختصاصاتها القانونية [29]. ومن ناحية اخرى ، ان السلطة التقديرية ليست مجموعة عناصر فما تتمتع به السلطة الادارية من حرية التقدير يتحدد في نطاق النشاط الاداري ، اما التناسب فهو يقوم اساسا على عناصر القرار الاداري اي العلاقة بين سبب القرار ومحله [30]. في حين عرف البعض السلطة التقديرية على انها " تمتع الادارة بقسط من حرية التصرف وهي تمارس معظم اختصاصاتها القانونية " من هذا التعريف يتضح انه لم يجعل السلطة التقديرية مقتصرة على تصرف واحد وهو اجراء التناسب ، بل تشمل اختصاصات اخرى كثيرة [31]. ويتجه الفقه الفرنسي منذ امد بعيد الى ان السلطة التقديرية تعني سلطة تقدير ملاءمة الاجراءات الادارية او هي دعوة الى الادارة لممارسة حرية تقدير الملاءمة ومن ثم فان السلطة التقديرية فكرة تتعلق بتقدير الملائمة [32]. من خلال ما تقدم يلاحظ ان الفرق بين كل من السلطة التقديرية والتناسب واضح ، فالسلطة التقديرية تعني ان الهيئات الادارية تتمتع بحرية كبيرة في مجال التصرف دون الزام قانوني ويتمثل هذا في حرية الادارة بالتدخل او عدمه وكذلك حريتها في اختيار سبب القرار او الاختيار بين عدة بدائل كلها مشروعة وكذلك اختيارها ما يتناسب من اجراء مع اهمية الوقائع(فالتناسب يعتبر جزء من كل فهو يعتبر تصرف من تصرفات الادارة التي تجري فيها امورها بحرية ، وان اعتبر التناسب من اهم التصرفات التي تجريها الادارة في المجال التقديري لها) [33]. فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية عند اصدارها لقرار التضمين ،فهي بصدد تقديرها لخطأ الموظف قد يكون ما صدر منه مخالفة للواجبات يستوجب معاقبته انضباطيا ، وقد يكون الخطأ الصادر من الموظف اهمال او تقصير او مخالفة القوانين والتعليمات ترتب عليه ضرر بالمال العام فعندما تتدخل وتصدر قرار التضمين بحق الموظف او المكلف بخدمة عامة فانه يتوجب عليها تحقيق التناسب بين كل من خطا الموظف والجزاء المفروض عليه بحيث لا يتجاوز التضمين قيمة الاضرار التي لحقت بالمال العام ، فالتناسب في مجال التضمين جزء من سلطة الادارة التقديرية . فالإدارة عندما تمارس سلطتها التقديرية يجب ان تمارسها وفق شروط معينة وليس كيفما شاءت وبصورة مطلقة وانما يتوجب

ان تكون مقيدة بتحقيق المصلحة العامة ، ولغرض حماية المال العام ، لكي يكون هنالك معاملة عادلة بحق الموظفين، وهذا ما تكلمنا عنه سابقا بضرورة ان يكون هناك تناسب بين كل من الخطأ وقيمة الضر. اذ ان الادارة مهما احيطت بضمانات ، وذلك كاطلاعها على الملف او الاستشارة المسبقة فأنها لن تكفي للحيلولة دون ان تتعسف الادارة بممارسة سلطتها التقديرية تحت ستار حرية التقدير الى الحد الذي تصل فيه هذه الحرية الى تفاوت لافت للنظر [34] . و في مصر فللمحكمة الادارية العليا العديد من التطبيقات ومنها " ولما كانت الاسباب التي استند اليها الحكم المطعون فيه تسوغ وبحق ما ثبت وجوده في الاوراق والتحقيقات لتستقيم مع نتيجة مؤداها عدم وجود دليل يقيني يقطع بصحة ارتكاب المطعون ضده للمخالفات المنسوبة اليه وتبعا لذلك يكون القرار المطعون فيه فيما تضمنه من مجازاته بخصم خمسة ايام من اجره وتحميله مبلغ 8145,50 جنيه فاقدا لسنده القانوني وواجب الالغاء" [35]. لذلك يجب على الادارة عند اصدارها لقرار التضمين بحق الموظف او المكلف بخدمة عامة ان تشكل لجنة تحقيقية ، مهمتها التحقق من نوع الخطأ الذي ارتكبه الموظف والضرر الذي لحق بالمال العام ، ويقتصر عمل اللجنة على بيان مسؤولية الموظف دون التدخل في عمل الادارة التقديري ، اضافة الى ذلك فانه يتوجب مراعاة شكلية القرار من قبل الادارة والا فان القرار يكون مخالفا لركن الشكل ، وبذلك تكون الادارة تسعى الى تحقيق غاية اخرى غير المحافظة على المال العام . وهذا ما تضمنه المبدأ الذي اشارت له محكمة قضاء الموظفين في العراق رقم 71\قضاء موظفين \تمييز \2021 في تاريخ 17\3\2021 والمتضمن " السلطة التقديرية للإدارة يجب ان تمارس وفق ضوابط ومعايير موضوعية تضمن معاملة ادارية عادلة " [36]. ومن تطبيقات محكمة القضاء الاداري قرارها المتضمن" لدى عطف النظر على التحقيق الذي اجرته اللجنة يتبين بانه جاء مقتضبا في الاجراءات التي قامت بها اللجنة من حيث عدم ذكرها الموظفين الذين تم تدوين افادتهم بشان القضية واجراءات تبليغهم والمستندات والوثائق التي اعتمدها في التحقيق كما لم تحدد المسؤول عن احداث الضرر ومدى جسامة الفعل المرتكب ومن جهة اخرى لاحظت المحكمة بان اللجنة التحقيقية اجرت التحقيق مع المدعية وبقية الموظفين المعنيين وتوصلت الى مسؤولية المدعية وموظفين اثنين آخرين معه لقيامهم بتقدير احتياج خاطئ من مادة الزجاجيات حيث تم لاحقا التعاقد وفقا لهذا الاحتياج وبكميات كبيرة جدا اكثر من الاحتياج الفعلي مما يترتب عليه تكدس اعداد كبيرة من تلك المواد وتلف كميات منها وعدم الاستفادة منها مما ترتب عليه ضرر بالمال العام ، وحيث انه حصلت مصادقة وزير الصحة والبيئة على توصيات اللجنة وصدر على اساسها قرار التضمين بالرغم مما يعتري التحقيق من مخالفات شكلية وموضوعية وخروج على القانون ، ولذلك يكون قرار التضمين مخالف للقانون " [37]. وفي قرار آخر لها والمتضمن " وحيث ان اللجنة التحقيقية اجرت التحقيق مع جميع المعنيين بمعاملة الصرف المتعلقة بالرواتب وانتهت الى مسؤولية المدعية عن التلاعب بقوائم الرواتب التي تم الاستيلاء عليها ، وحيث ان المدعية هي مسؤولة شعبة الحسابات في قسم شمالي بغداد وهي المسؤولة الوحيدة عن الخروقات المالية الحاصلة في قوائم الرواتب التي نظمت من قبلها وان بقية الاعضاء يقومون بتوزيع الصكوك على المدارس فقط بعد ان تكون اكتملت بصورة نهائية من المدعية وحيث ان اي معاملة الصرف تمر بسلسلة من الاجراءات بموجب التعليمات المالية ، وحيث ان المدعية قامت بإعداد قائمتين للراتب الاولى يتم توزيعها لموظفي القسم وهي حقيقية ويتم اعدادها بصورة اصولية والتي لا تجد المحكمة مبررا لمساءلة الجهات المسؤولة عنها لموافقتها للقانون

والثاني مزيفة يتم تنظيمها وسحب مبلغ الصك رواتب الموظفين بموجبها والتي تحمل مبالغ الفروقات كونها صرفت زيادة عن المستحق ،والتي يترتب عليها الضرر بالمال العام، مما يتوجب ان تتحمل المدعية وحدها جريرة الفعل الذي اقترفته جزاء لمخالفتها للقانون ، ولذلك يكون قرار التضمين الصادر بحق المدعية موافق للقانون " [38]. اذ ان القرار اعلاه الصادر بتضمين الموظفة راعت فيه الادارة التناسب بين ما صدر من الموظف من خطأ وما ترتب على خطأه من ضرر لحق بالمال العام اذ ان اساس المسؤولية يقوم على اساس وجود رابطة سببية بين الخطأ والضرر لكي يتحقق التناسب بينهما ، فالإدارة اخذت بالاعتبار عند تقديرها لخطأ الموظف اجراء التناسب في ضوء ما احاط الموظف من ظروف ومعطيات ، فالتضمين يشبه التعويض في القانون المدني ، والغرض من التعويض محو الضرر ، ويتوجب ان لا يؤثر الخطأ في مقدار التعويض و بالأخص زيادته ، حتى لا يؤدي الى الاثراء بلا سبب ، وبالتالي فان الغرض من التضمين هو جبر الضرر ايضا الذي لحق الخزينة العامة ، وليس الاضرار بالموظف من خلال تضمين الموظف مبالغ تفوق الضرر الحقيقي ولذلك يتوجب التناسب في تقدير مبلغ التضمين.

المطلب الثاني

موقف الفقه الاداري من رقابة الملائمة في قرار التضمين

اعترض الفقه على ما يسبغه القضاء الاداري من رقابة على التناسب بين كل من المخالفة والجزاء ، على اساس ان الادارة هي التي تختص بتقدير هذه الامور بدون معقب ، فذهب بعض الفقه الى ان " المحكمة الادارية العليا لا تملك التعقيب على حكم او قرار تأديبي الا اذا كان مخالفا للقانون ، وبانه لا يمكن القول بوجود عيب مخالفة القانون الا اذا كنا بصدد ممارسة اختصاص مقيد ، ولا خلاف في ان السلطة التأديبية تمارس اختصاصا تقديريا عند اختيار العقوبة المناسبة في حق الموظف " [39]. فيما ذهب اتجاه آخر الى تأييد اعمال رقابة القضاء الاداري على تناسب القرارات والاحكام فقد اعتبر بعض انصار هذا الاتجاه ان الرقابة على التناسب تعتبر من صور الرقابة على المشروعية ، فالقرار يخرج عن نطاق المشروعية اذا كان مفتقد للملائمة وذلك لانطوائه على عقاب يكون متسم بالمغالاة في شدته بالمقارنة مع الذنب المقترف الامر الذي يستوجب اخضاعه للرقابة القضائية للنزول به الى القدر الذي يتلائم مع المشروعية [40]. اما الجانب الآخر من الفقه فيرى ان فكرة المشروعية والملائمة متناقضتين الا ان التناقض غير متصور بينهما لان نقيض الملائمة عدم الملائمة والمشروعية هو عدم المشروعية ، فهاتين الفكرتين قد تكملان بعضهما البعض في تقدير ما اقدمت عليه الادارة من تصرف وبالرغم من كل ذلك يمكن اعتبار الملائمة فكرة نسبية والسبب في ذلك هو ان تقدير ملائمة قرار او عمل اداري هو نتيجة تقدير شخصي وقد يكون لاختلاف ظروف المكان والزمان وما يحيط به من اعتبارات في ان الاجراء قد يكون ملائما وفي وقت آخر غير ملائم قد يكون بعيد ام قريب اما تقدير المشروعية فان القرار يقدر من حيث موافقته للقانون لذلك فانه في بعض الحالات الخطيرة قد تكون الملائمة مكملة للمشروعية [41]. اذ ان ما يفصل بين الشرعية والملائمة من حدود قد تتغير والذي يكون عن طريق القضاء ، فالقاضي عندما يمارس دوره في انشاء قاعدة قانونية معينة فانه قد يؤدي الى تغيير الحدود الفاصلة بين نطاق الشرعية والملائمة، وذلك عندما يتطلب القاضي لمشروعية قرار الادارة ان يكون ذلك القرار ملائما ، فبدلا من القول بان القاضي يراقب المشروعية دون الملائمة في دعوى الالغاء، والذي يجعل هاتين الصيغتين

متناقضتين ، اذ ان من الارجح القول بان القاضي عندما يراقب الشرعية فانه يراقب الملائمة وذلك عندما تكون شرطا لهذه الشرعية [42]. وقد اختلف الفقه حول تحديد طبيعة التناسب ، اذ ان هناك جانب من الفقه يذهب الى ان عدم التناسب متصل بركن الغاية ومن الفقه من يرى ان التناسب متعلق بركن السبب ومنهم من يرى انه متعلق بالتعسف في استعمال السلطة فقد اتجه بعض الفقه الى ان عدم التناسب بين كل من المخالفة والجزاء المفروض عليها هو يعد انحراف في السلطة ، ان مؤيدي هذا الاتجاه يعترضون على الاستناد الى عيب مخالفة القانون ، فعيب مخالفة القانون يمثل تسمية من تسميات عيب اساءة استعمال السلطة حسب رأي هذا الاتجاه ، ويعرض لأمرين ، الاول يرى ان تقدير العقوبة يجب ان يترك لتقدير الادارة ، وذلك لاعتبارات تتقن وزنها ، اما بالنسبة للأمر الثاني فانه يتعلق في ان عدم التناسب يكون مندرج في معنى التعسف والانحراف ومن ثم لا يدخل تحت مخالفة القانون [43].

ويذهب جانب من الفقه الى ان عدم التناسب ليس غريبا على الانظمة القانونية بصفة عامة ، اذ ان الطعن جائز امام محكمة القضاء الاداري اذا كانت المخالفة التي ارتكبها الموظف لا تتناسب مع الجزاء ، لذا فان اختيار الجزاء لا يمكن ان يعيق رقابة القضاء ، وفي حال عدم التناسب فان اوجه الالغاء للقرار لا تخرج عن امرين فقد يكون الالغاء على اساس مخالفة القرار للقانون او على اساس اساءة استعمال السلطة ، اما الاساس الثاني فان يتعذر الاخذ به وذلك لان اثبات عيب اساءة استعمال السلطة من الامور التي يصعب القيام بها ولذلك فان الغاء القرار في هذه الحالة يعتمد على مخالفة روح القانون [44]. ويرى الفقه الفرنسي ان عدم التناسب يدخل في نطاق الرقابة على السبب اذ ان اصحاب هذا الاتجاه يرفضون رقابة القضاء الادري على عدم التناسب في تقديرهم للجزاء المفروض على الموظف بعده وجها للطعن بالإلغاء للانحراف بالسلطة، لان برأيهم ان هنالك اختلاف كبير بين الانحراف بالسلطة وعدم التناسب اذ يمكن للقضاء ان يراقب التناسب باستناده الى رقابة السبب اذ تمتد رقابة القاضي الى التحقق من اهمية وخطورة الحالة الواقعية دون الاكتفاء بتقدير الوقائع وصحة الاسباب فالاختلاف بين كل من عيب عدم التناسب وعيب الانحراف يكون في المضمون والطبيعة، اذ ان عيب عدم التناسب هو عيب يتسم بكونه ذو طبيعة موضوعية يتمثل بعدم تناسب خطورة الذنب الاداري مع الجزاء نوعا ومقدارا، اما عيب الانحراف فهو مستقر في بواعث الادارة الخفية ودوافعها الباطنية ، هذا من حيث الطبيعة [45]. فقرار التضمين وكما ذكرنا سابقا يكون صحيح ومشروع بتحقق اركان المسؤولية التقصيرية وذلك متمثل بخطأ صادر من الموظف والذي قد يكون اهمال او تقصير او مخالفة القوانين والتعليمات من قبل الاشخاص الذين تحددوا في قانون التضمين الموظف والمكلف بخدمة عامة وان يترتب على الخطأ ضرر يصيب المال العام وان تكون هنالك علاقة سببية تربط بين كل من الخطأ والضرر ، ولكن كل ما تقدم غير كافي لصحة القرار وشرعيته وانما يجب ان يكون هناك تناسب وتلائم بين كل من خطأ الموظف وبين ما فرض عليه من قيمة لتضمين الضرر ، اذ يجب ان يضمن الموظف قيمة الضرر التي تسبب هو فيها ، وهذا يتوجب من الادارة ان تتبع مجموعة من الاجراءات القانونية كالاستعانة بالخبراء بغية تقدير قيمة الاضرار. ومن فتاوي الجمعية العمومية في مصر " انتهى رأي الجمعية العمومية للقسم الاستشاري الى ان الاخطاء المنسوبة الى كل من ....،....،....، لا ترقى الى مرتبة الخطأ الشخصي ولا يسألون عنها مدنيا وعلى ذلك فلا يمكن الزام اي منهم بقيمة الألة الحاسبة التي سرقت من الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية " [46]. ومن تطبيقات المحكمة الادارية العليا في

العراق قرار اشارت فيه "لدى وضع اضبارة الدعوى موضع التدقيق من المحكمة الادارية العليا تجد ان مبلغ التضمين تم احتسابه على اساس نفاذ العقد للمدة من 2014\6\15 ولغاية 2015\6\15 على اعتبار ان مدة العقد سنة واحدة وبمعدل 48 رحلة و 50 مقعدا في كل رحلة مضروبا بالسعر الحقيقي المعتمد لدى الشركة العامة للخطوط الجوية العراقية ، في حين ورد في الفقرة ال6من الادلة الكتابية والمراسلات الرسمية من محضر لجنة التضمين طلب دوكان بالعدد 2458 في 16 \7\ 2014 المعنون الى المدير العام والمدير التجاري متضمن طلب الغاء العقد الموقع لوجود مشاكل مع وكيل شركتنا في المانيا ... كما ورد في الفقرة7 من المحضر كتاب القسم التجاري المرقم 1293 في 2014\7\23 المتضمن الغاء العقد الموقع مع شركة دوكان حسب كتاب الشركة .... وهذا يدل على ان مدة العقد اقل بكثير من المدة التي تم تضمين المدعي عنها ويعزز ذلك قيام المميز عليه بتشكيل لجنة سابقة للتضمين بالأمر الاداري المرقم 16045 في 2014\12\22 اي قبل انتهاء المدة المحددة للعقد ، فكان على محكمة القضاء الاداري التحقق من اسباب التناقض بين مدة نفاذ العقد وبين المدة التي تضمين المدعي عنها ، وحيث ان الحكم المميز صدر خلافا لما تقدم ، لذا قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى الى محكمة القضاء الاداري للسير فيها وفقا لما تقدم " [47]. وقرار آخر لها اشارت فيه" وحيث انه ثبت للجنة التحقيقية قيام المدعي بتحريف المستند بالإضافة الى وجود طلب التجهيز مزور اضافة الى وجود امر ايفاد لجنة استلام والتسليم بدون علم مدير القسم كونها لم تصدر تخويل بالإيفاد ، وحيث ان لجنة التضمين قامت بالاطلاع على الجرد المخزني لمخازن محافظة اربيل لعام 2017 وتبين مطابقة الجرد بعد تحريف المستند ، وحيث ان الفعل الصادر عن المدعي يمثل خطأ موجب لمسؤوليته القانونية عن الضرر الحاصل بالمال العام ، وحيث ان لجنة التضمين اوصت بتضمين المدعي باعتباره امينا لمخزن اربيل وزميله امين مخزن القيارة ، لذلك يكون قرار التضمين صحيح وموافق للقانون" [48].

الخاتمة:

اولاً: النتائج :-

1. أن تضمين الموظف والمكلف بخدمة تتوقف على توافر عناصر المسؤولية الثلاث من خطأ وضرر وعلاقة سببية تربط كل من الخطأ والضرر.
2. يجب ان تكون الوقائع التي تستند اليها الادارة عند اصدارها لقرار التضمين موجودة مادياً بان يكون لها وجود فعلي وغير مستندة الى اسباب وهمية او احتمالية .
3. ان السبب الدافع للإدارة في اصدارها لقرار التضمين هو اضرار الموظف والمكلف بخدمة عامة بالمال العام .
4. يتوجب على الادارة ان تراعي التناسب في اصدارها لقرار التضمين فيجب ان يكون الجزاء المفروض على الموظف متناسبا مع قيمة الاضرار التي لحقت بالمال .
5. يعد الغلط البين في التقدير من وسائل الرقابة القضائية الحديثة على ركن السبب في قرار التضمين ، فقد يكون قرار التضمين الذي فرضته الادارة على الموظف يشوبه غلطا واضحا عند تقديرها فهنا يكون القرار موجبا للإلغاء.

ثانيا- التوصيات :-

1.نوصي الادارة عند فرضها لقرار التضمين على الموظف ان تراعي وجود سبب حقيقي قائم ومشروع فعلا دفعها الى اصدار القرار بان يكون الموظف قد اهمل او قصر او خالف القوانين والتعليمات وادى ذلك الى الاضرار بالمال العام ، لا ان تقيم قرارها على الظن والتخمين .

2.نوصي الادارة بان لا يكون تضمين الموظف اكثر من قيمة المال المتضرر وانما يجب ان يكون بنفس القيمة اذ يجب ان يكون هنالك تلائم بين كل من المخالفة والعقوبة اذ ان من الضرورات التي تحكم التناسب هي ان تكون العقوبة على قدر المخالفة .

3.نوصي الادارة بتحديد الاخطاء المحظورة على الموظف والجزاء المفروض عليها كما هو الحال في قانون العقوبات لكي يكون محاط علما بما هو مباح له من الافعال وبما هو محظور .

الهوامش:

(1)- بوسطة خيرة ، لمياء بالوفة : التطورات الحديثة لرقابة القاضي الاداري على التناسب ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم الاقتصادية والاجتماعية ،جامعة الحاج بو شعيب ، 2019، ص 7-8.

(2)- كمال خيري كصير الجشعمي : الاتجاهات الحديثة في رقابة القضاء الاداري على السلطة التقديرية للإدارة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، الجامعة الاسلامية في لبنان ، 2014، ص75.

(3)- مايا محمد نزار ابو دان : الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2011، ص24-25.

(4)- عبد العزيز بن خليل سليم : مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة في الفقه الاسلامي والنظام السعودي دراسة مقارنة، مجلة الاندلس ، جامعة حسيبة بن بو علي الشلف، الجزائر ، المجلد 4، العدد 14، 2015، ص232.

(5)- وليد محمد رضا السيد مصطفى : التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الاداري ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية جامعة المنصورة – كلية الحقوق ،العدد 59 ، 2016، ص 351-352.

(6)- غالية كلوم : وسائل الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، 2018 ، ص9.

(7)- عصام عصر مسلم الذنيبات : الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار الاداري في الاردن دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة عين شمس ،2021 ، ص56-59.

(8)- ناصر عصام فتحي رضوان : رقابة القضاء الاداري على ملاءمة القرارات الادارية في النظام الفلسطيني ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة والقانون ، الجامعة الاسلامية بغزة ، 2021، ص118 .

(9)- نعيمة عمر العزير : رقابة القاضي الاداري على مبدأ التناسب في القرارات الادارية ، مجلة كلية الآداب جامعة طرابلس ، العدد 24، 2014، ص274-275.

(10)- حكم المحكمة الادارية العليا الدائرة الرابعة الطعن رقم 14811 لسنة 54 القضائية عليا جلسة 14 من نوفمبر سنة 2015 ، نقلا عن حمدي ياسين عكاشة : موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة الجزء الثاني ،بدون طبعة ، 2010 ، ص 655.

(11)- قرار رقم 459\قضاء اداري\ تمييز \2017في تاريخ 18\1\2018 منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام 2018.

(12) - نعيمة عمر العزير : المصدر السابق ، ص277-278.

(13)- والانحراف بالسلطة من منظور فن الادارة لا يقل خطورة عن الانحراف بالمعنى القانوني : لما يتضمنه من اعاقة تحقيق اهداف المجتمع و التي هي الهدف من وجود الجهاز الإداري بأسره ، ففيه لا يدرك رجل الإدارة اولويات اهداف المجتمع ليجعل لها تفضيلا في قراراته ، وهذا يؤدي الى التضحية بمصالح واهداف رئيسية للمجتمع من اجل تحقيق اخرى ثانوية ، وهنا تبرز اهمية التدريب في الوظيفة العامة حيث يتعين على الادارة عقد دورات تدريبية لموظفيها في واجبات العمال الإداري ، يراعي فيها الا تكون بمعزل عن تقنيات العصر ، مع جعل اجتيازها شرطا لتولي المستوى الوظيفي الذي بمكنته اصدار القرار ، ويفضل بعض الفقهاء

استخدام اصطلاح " عيب الغاية " للتعبير عن الانحراف في السلطة ، بالرغم عدم شيوع تلك التسمية الا ان سندهم في اختيارها الاعتقاد بان في ذلك درءا لما وجه من نقد لاصطلاحي " اساءة استعمال السلطة " و " الانحراف بالسلطة " مؤكدين ان اذا كان الفقه قد انتقد الاصطلاح الاول فان الاصطلاح الثاني يمكن ان يكون محلا للنقد ، لما يحمله من معنى العمد والقصد من جانب الادارة ، في الخروج عن المصلحة العامة او الهدف المخصص لها ، في حين ان العيب يتحقق ايضا في حالات الخطأ بحسن نية من جانب الإدارة واخيرا اسس الفقه رأيه على الإرتباط الوثيق ما بين عيب الانحراف بالسلطة وركن الغاية في القرار الإداري، وللمزيد ينظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الاداري ، بدون طبعة ، دار الفكر الجامعي ،2001 ،ص 284-287. و جاسم كاظم كباشي العبودي : سلطة القاضي الاداري في تقدير عيوب الالغاء في القرار الاداري ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2005 ، ص 150.

(14)- خضرون عطا الله ، لطفاوي محمد الباش : الضوابط الاساسية التي تحكم فكرة السلطة التقديرية ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الاغواط ، العدد الرابع ، الجزائر2017 ، ص113

(15)- مخلوفي مليكة : القرار التأديبي بين السلطة التقديرية للإدارة ورقابة الملائمة ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري ، العدد 2 ، الجزائر 2017 ، ص151-152.

(16)- د. حنان محمد القيسي : الرقابة القضائية على الملائمة في القرارات التاديبية ،ط1، المركز العربي للنشر،2017 . ، ص 135.

(17)- في دراسة حول مبدأ التناسب في اجتهاد مجلس الدولة يعرف costa مفهوم التناسب بانه احد المفاهيم التي تتداخل بشكل ضمني في كل نشاط تتخذه الادارة وتمتاز بالرقابة التي يمارسها القاضي على هذه القرارات ويرى ايضا انه من المبالغ فيه بدون شك ، القول بوجود هذا المبدأ في جميع فروع التنازع الاداري ، وان كان يرى تطبيقه في مجال المسؤولية ، عندما يكون هناك انتهاك لمبدأ المساواة امام الاعباء العامة ، والذي يترجم بوجود عدم تناسب في مجال المسؤولية على اساس الخطأ الجسيم حيث صعوبة جزاء الادارة الذي يجب ان يكون متناسبا مع جسامة الخطأ ، بحيث انه بتطبيق هذا التناسب يجعل من الشخص العام مسؤولا ومع ذلك ، فبالنسبة ان قضاء الابطال هو المجال الطبيعي والمميز لمبدأ التناسب ثم يعرض نطاق تطبيق هذا المبدأ فيرى انه لا يمكن اللجوء الى هذا المبدأ عندما يستند الابطال الى اسباب تتعلق بالمشروعية الخارجية الشكل والاختصاص ولا حتى عندما يستند الى المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية ، اذ في هذه الحالة لا توجد ضرورة او اي حاجة لمبدأ التناسب ، ويرى costa ان نطاق تطبيق هذا المبدأ يتحقق عندما يكون تقدير الحالة الواقعية محسوما وعليه فهو يعرف التناسب من خلال مفهوم ثلاثي trilogie فيقول :" انه في وجود حالة واقعية معينة ، القرار المطعون فيه يكون او لا يكون متناسبا بالنسبة لغاية النشاط الاداري ، او ايضا الوسائل المتخذة من قبل الادارة تكون او لا تكون متناسبة مع الغايات التي عليها قانونا اتباعها " ثم يعرض costa بعد هذ التعريف لتحديد مجالات تطبيق مبدأ التناسب فيرى انها تطبق في مجال تدابير الضبط والمحافظة على الحريات العامة كما تطبق في مجال الخطأ الساطع في التقدير واخير في مجال تطبيق نظرية الموازنة ، وان ما يلفت في دراسة costa هو قيامه بتقييم رقابة التناسب فيقابل بين ايجابياتها وسلبياتها ، فيتبين ان رقابة التناسب تظهر بوضوح " سهولة هذه التقنية " التي تترك للقاضي= =حرية وهامش تقدير يرضى به ، و يتماشا مع الحالات الواقعية المختلفة كما تجيز له ان يحيط بطريقة ماهرة بصعوبة كان قد اخضع نفسه بنفسه لها ، والتي تبقى الحجر الاساس في قانون التنازع الاداري الفرنس وهي معرفة ان القاضي ، حارس المشروعية ، لا يراقب ابدا ملاءمة قرارات الادارة وهو يرى انه في اعمال هذه الرقابة " القاضي الاداري يقترب كثيرا من تقدير الملائمة غير ان هذه الرقابة ليست رقابة ملائمة لان على القاضي الاداري ان يكشف هامش من المغالاة و التجاوز وهم بالنسبة الى القاعدة الضمنية حتى يعترف القاضي لنفسه بحق ابطال القرار ألمشوب بعدم التناسب . وللمزيد ينظر بوسطة خيرة ، جيلالي بالوفة لمياء :المصدر السابق ، ص 9 . و حنان حجال : رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الاداري دراسة مقارنة بين لبنان وفرنسا ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، الجامعة الاسلامية في لبنان ، 2005 ، ص40-41.

(18)- وفي مجال القانون الجنائي فان من اهم سياسة تفريد العقاب هو ان تكون العقوبة متناسبة مع خطورة الجريمة ذاتها فهناك فرق بين خطورة جريمة القتل وجريمة السرقة ،وجريمة الحرابة وجريمة شرب الخمر

وغيرها من الجرائم ، فليس من المعقول ان تكون العقوبة المقررة لشارب الخمر هي نفس العقوبة المقررة للقتل العمد او الحرابة قطع الطريق وهذا التناسب بين العقوبة وخطورة الجريمة المرتكبة ، واضح جلي في الشريعة الأسلامية ، فالعقوبات تختلف باختلاف الجرائم المرتكبة، وقد تم تقسيم الجرائم في الشريعة الاسلامية الى انواع بحسب نوع العقوبة المقررة لها : فهناك جرائم محددة العقوبة ، وهي جرائم الحدود والقصاص والدية ، وجرائم غير محدودة العقاب وهي جرائم التعزير ، اذ ان القاضي يراقب الوصف القانوني للوقائع ثم يعكف على خيار العقوبة وصولا الى التناسب الذي اراده المشرع ، فالجريمة والتي تعرف بانها فعل صادر عن ارادة جنائية يقرر له القانون جزاء لانطوائه على مساس بحق او مصلحة جديرة بالحماية ، فالجريمة يقابلها ايقاع العقوبة المناسبة والتي تعرف " الاثر الذي ينص عليه القانون ليلحق المجرم بسبب ارتكابه الجريمة " ولذلك كانت العقوبة جزاء لا يتقرر الا بقانون ولا يوقع الا بمقتضى حكم صادر من محكمة مختصة بإصداره ، على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة المرتكبة ، وهو جزاء يستهدف غاية معينة هي مكافحة الجريمة . وللمزيد ينظر عبد العزيز بن خليل سليم : المصدر السابق ، ص 240 . و بدرة مصطفى : الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، 2016 ، ص18 .

(19)- فتيتي صفاء : الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2014، ص35-37.

(20)- قرار المحكمة الادارية العليا ، الطعن رقم 2544 لسنة 40 ق عليا ، جلسة 30\12\2001، مجموعة 10\2001-12\2001 ، منشور على الموقع www.elmodawanaeg تاريخ الزيارة 12\6\2023 في8:10 مساءا.

(21)- كما طبقت المحكمة الادارية العليا رقابة التناسب في مجالات متعددة ، ففي مجال حرية الاجتماع حيث قضت المحكمة بإلغاء القرار الاداري الصادر بمنع عقد احد الاجتماعات العامة وبعد ان تبين لها عدم صحة اسباب القرار باعتبار ".... انه لا وجه للاحتجاج بان الموعد الذي كان محددا للاجتماع قد فان فلا تزال الفرصة مناسبة لعقد الاجتماع في اي موعد آخر فيما بعد ، وحقيقة المطلوب في هذه الدعوى هو وقت تنفيذ القرار الاداري بالاستمرار في منع الاجتماع الذي طلب المدعي عقده للأغراض المبينة في الاخطار الذي ارسله المدير من الدهليقة في 18 سبتمبر 1951 بعد ان اتبع جميع الاجراءات التي يتطلبها قانون الاجتماعات ، ، فما دام الملائمات والظروف التي طلب فيها عقد الاجتماع المطلوب لم تتغير ، فان هناك محلا للنظر في وقف تنفيذ القرار المشار اليه لإزالة المانع من عقد الاجتماع المطلوب وذلك بعد اخطار الادارة بالميعاد الجديد دون ان يكن لها الحق في الاعتراض مستندة الى الاسباب ذاتها التي تذرعت بها من قبل " . و للمزيد ينظر حبيب ابراهيم حمادة :حدود سلطة الضبط الاداري في الظروف العادية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بابل ،2007 ،ص175. وبوسطة خيرة، لمياء بالوفة : المصدر السابق ، ص35-36.

(22)- نهرو جوهر عمر بيباني : : الرقابة على العناصر الداخلية للقرار الاداري دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية ، ط1، الاسكندرية ، 2017 ، ص187

(23)- قرار محكمة القضاء الاداري رقم 548\ق\2021 في تاريخ 13\7\2021 ، قرار غير منشور.

(24)- عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، 1971 ، ص1.

(25)- د. محمد مختار عثمان : ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب في الفقه والقضاء المقارن ، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون –جامعة بنغازي ، العدد 13 ، 1994، ص57-59.

(26)- وتجد السلطة التقديرية اساسها في عدة افكار منها فكرة تدرج القواعد القانونية ويرجع اساس هذه الفكرة الى الفقيه الفرنسي " هانز كلسن " وتفسير هذه النظرية : ان البناء القانوني للدولة يتكون من مجموعة ضخمة من القواعد القانونية المتدرجة بحيث يقف على قمتها الدستور وتشكل القواعد الاخرى قاعدة الهرم القانوني ، ثم تترتب هذه القواعد في نسق هرمي من القمة الى قاعدة الهرم القانوني للدولة ، فكل عمل قانوني يحتوي على تخصيص لقاعدة اعلى وتقييد لقاعدة ادنى ، حيث ان القاعدة القانونية الاعلى تحدد نطاق القاعدة الادنى منها درجة ، والقاعدة القانونية الدنيا هي تخصيص للعليا ، فعندما تقوم القاعدة القانونية الدنيا بتخصيص عمومية القاعدة القانونية العليا ، فأنها تقوم بعملية التخصيص " التكييف والتفسير" تضيف شيئا

للقاعدة الادنى منها درجة ، وهكذا حتى تصل الى ادنى قاعدة هرم تدرج قانوني فكل قاعدة قانونية في التدرج القانوني للدولة لها صفتان : فهي منفذة ومخصصة= =للقاعدة الاعلى منها درجة من ناحية ، ومنشئة في ذات الوقت القاعدة الادنى منها درجة من ناحية اخرى ، فعندما يتولى رجل الادارة تنفيذ القاعدة فان اختصاصه يكون مقيدا اذا وقف بقراره عند حدود التنفيذ الحرفي للقاعدة القانونية التي يستمد منها اختصاصه ، بينما يكون اختصاصه تقديريا اذا اضاف في قراره بعض العناصر غير الموجودة في القاعدة القانونية ، وهو ما يمكن اعتباره بمثابة التخصيص لعمومية القاعدة القانونية ولكن يؤخذ على هذه النظرية انها تضيق من نطاق السلطة التقديرية في اطار التخصيص ووضع العناصر الجديدة ، وقد تتحقق في حالة الاختيار بين قرارين او اكثر او اتخاذ القرار او الامتناع عن اتخاذه او اختيار الوقت المناسب لاتخاذ القرار وفي جميع الحالات لا يمكن اضافة عنصر جديد الى القاعدة القانونية العليا ، كذلك تجد السلطة التقديرية اساسها في فكرة الحقوق الشخصية اذ تقوم هذه النظرية على الربط بين الحقوق الشخصية والاختصاص المقيد وبمفهوم المخالفة تتحقق السلطة التقديرية في حال غياب هذه الحقوق ، فالحقوق الشخصية تتميز بان لها وسيلة قانونية لحمايتها تتمثل في الدعوى القضائية ،وقد تعرضت هذه النظرية للنقد في معظم جوانبها ، ومثال ذلك ان الربط بين الحقوق الشخصية والاختصاص المقيد وتوافر السلطة التقديرية في حال غياب هذه الحقوق هو ربط غير واقعي حيث ثبت خلاف ذلك، فهذه النظرية تتصل بمجال السلطة التقديرية وليس بإساسها القانوني ، وكذلك تجد السلطة التقديرية اساسها في فكرة المشروع اذ يقوم اساس هذه النظرية على الانشطة التي تقوم بها الادارة والتي تشبه الى حد كبير مشروعات الافراد الخاصة ، وبما ان الافراد يتمتعون بسلطة تقديرية عند ادارتهم لمشروعاتهم فان يجب الاعتراف للإدارة بمثل هذه السلطة ، وان فكرة المشروع كأساس قانوني للسلطة التقديرية ترادف فكرة " المرفق العام " في القانون الاداري بمعناه الواسع ، وحيث اننا نلتمس الاساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة في بعض المبادئ الاساسية التي تحكم سير المرافق العامة وخاصة مبدأي " دوام المرفق العام " و " القابلية للتغيير " وهي مبادئ ملزمة مقررة دون الحاجة الى نص قانوني باعتبارها من عناصر المشروعية . وللمزيد ينظر منيرة عمر اليازجي : الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في فلسطين ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة والقانون ، الجامعة الاسلامية – غزة ، 2017، ص 60-79.

(27) نابي عبد القادر : حدود التشابه بين السلطة التقديرية والمقيدة ، مجلة دفاتر السياسة والقانون جامعة الدكتور الطاهر مولاي بسعيدة ، العدد 13، الجزائر ، 2015 ، ص355.

(28)- خضرون عطاء الله ، لطفاوي محمد عبد الباسط: المصدر السابق ،ص105.

(29)- كما ان الفقه خلط بين الملائمة والتناسب فذهب البعض الى ان تناسب الجزاء مع الخطأ الملائمة في حين ذهب البعض الآخر الى تعريف الملائمة بانها " التناسب بين الاجراء واسبابه فاذا ما ارتكب موظف خطأ تأديبيا فان مجلس الدولة لا يتدخل ليراقب مدى التناسب بين الخطأ مع العقاب الموقع " ويرى هذا الفقه ان الملائمة في القرارات الادارية هي التناسب بين سبب القرار ومحله فهي تقوم على عنصرين هما السبب والمحل ، نفس عنصر التناسب ، وهنا حدث الخلط بين الملائمة والتناسب ، فالقرار الاداري يوصف بانه ملائم اذا تناسب الاجراء المتخذ مع سبب القرار ، فالتناسب هو احد ملائمات القرار الاداري ، فاذا كان مصطلح الملائمة يعني توافق القرار الاداري مع جميع العوامل والظروف المحيطة بإصداره من كافة جوانبه ، ومصطلح التناسب يعني توافق الاجراء المتخذ اي محل القرار مع السبب وبالتالي فهو ينصب على احد جوانب الملائمة في القرار الاداري وبالتالي فالتناسب هو احد ملائمات القرار الاداري في مجال السلطة التقديرية ، اذ ان مفهوم الملائمة اوسع من مفهوم التناسب فالملائمة تحتوي التناسب باعتباره يندرج في احد اجزائها او مكوناتها فلا يتطابقا معا ولا يعد احدا مرادفا للآخر .وللمزيد ينظر غالية كلوم : وسائل الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، 2018 ، ص18-20.

(30)- محمد ناصر راشد الطنيجي : الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، 2016، ص19 .

(31)-وفي المجال الجنائي فان الطبيعة القانونية للسلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع الجنائي من خلال تقسيمه انواع الجرائم والعقوبات التي تقع على مرتكبيها على وفق سلطته التقديرية من خلال سياسة التجريم

والعقاب ، على نحو يتناسب بين جسامة الجريمة ومادياتها والعقاب المقرر لها ، كل ذلك على وفق فكرة التناسب بين الحقوق والحريات والقيم الاجتماعية والمصالح الجوهرية للمجتمع ، وتعد السلطة التقديرية التي يمنحها المشرع للقضاء من الاسس المهمة والفعالة في اطار تحقيق التوازن بين المصالح واجبة الحماية من خلال التجريم والعقاب ، يتعذر عليه الوصول الى توازن كامل لذا فان السلطة التقديرية الممنوحة من المشرع الجنائي ليست سلطة مطلقة بل هي سلطة قانونية تهدف الى التوصل الى البديل الاكثر تناسبا والاكثر تحقيقا للمصلحة العامة ان دور القاضي لا يقل اهمية عن دور المشرع في تحقيق التناسب بين التجريم والعقاب وذلك من خلال ما يلازم العقوبة من حد ادنى اذا قضى يمنع على القضاء الحيدة عنهما وكذلك من خلال مراعاة ما يرافق الجريمة من ظروف تستدعي التشدد او غيرها مما قد يستلزم التخفيف ، فالسلطة التقديرية التي يتمتع بها القضاء في تحديد الجزاء المناسب للجريمة المرتكبة تعد من ادوات المشرع في تحديد التناسب بين التجريم والعقاب .وللمزيد ينظر مصطفى طه جواد الجبوري : التناسب بين المصلحة العامة والخاصة في القانون الجنائي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا ، 2020 ، ص44-45. و فتيتي صفاء : الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2014، ص32-35.

(32)- د. طارق بن هلال البو سعيدي : الرقابة على الملاءمة في القرارات الادارية ووفقا لإحكام القضاء الاداري في عمان ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر ، ص9.

(33)- حسين جبر حسين الشويلي : الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب – دراسة مقارنه ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، 2008، ص14.

(34)-د. تغريد محمد قدوري النعيمي : مبدأ المشروعية واثره في النظام التأديبي للوظيفة العامة ،الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2013 ص359.

(35)- حكم المحكمة الادارية العليا الطعن رقم 629 لسنة 57 ق. عليا، جلسة 27\10\2018 ، قرار منشور على الموقع www.youm7.com ، تاريخ الزيارة 30\6\2023 في 2:29 مساءا .

(36)- قرار منشور في قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام 2021.

(37)- قرار محكمة القضاء الاداري 3741\ق\2021 في تاريخ 18\5\2022، قرار غير منشور.

(38)- قرار محكمة القضاء الاداري رقم 4366\ق\2018 في تاريخ 29\5\2022 ، قرار غير منشور .

(39)- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 ، ص 352.

(40)- امجد جهاد نافع عياش: المصدر السابق ، ص 66.

(41)- ساكار امير عبد الكريم حويزي : الرقابة القضائية على ركن الغاية في القرار الاداري ، الطبعة الاولى ،مكتبة مريوان كرافيك ، 2010 ، ص 42-43.

(42)- محمد حسنين عبد العال : المصدر السابق ، ص 76-77.

(43)- مزخوفي جمال : رقابة القاضي الاداري على السلطة التقديرية للإدارة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح –ورقلة ، 2015 ، ص 43.

(44)- عبد العالي حاحة ، آمال يعيش تمام : الرقابة القضائية على تناسب القرار الاداري ومحله في دعوى الالغاء ، مجلة المنتدى القانوني ، العدد الخامس، الجزائر ، ص147.

(45)- نقلا عن عبد العالي حاحة ، آمال يعيش تمام : المصدر نفسه، ص 147-149.

(46)- فتوى رقم 895في 18\7\1967 – جلسة 12\7\ 1967 ، منشور على الموقع www.youm7.com ، تاريخ الزيارة 30\6\2023 في 2:29 مساءا.

(47)- قرار محكمة القضاء الاداري رقم 231\ قضاء اداري – تمييز \ 2015 في تاريخ 8\6 \2017 ، منشور في قرارات وفتاوي مجلس الدولة لعام 2017 ، ص552.

(48) قرار محكمة القضاء الاداري رقم 4945\ق\2020 في تاريخ 5\9\2021 ، قرار غير منشور .

References

اولاً: الكتب القانونية

1-تغريد محمد قدوري النعيمي : مبدأ المشروعية واثره في النظام التأديبي للوظيفة العامة ،الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2013.

2- حنان محمد القيسي : الرقابة القضائية على الملائمة في القرارات التاديبة ،ط1، المركز العربي للنشر،2017 .

3-ساكار امير عبد الكريم حويزي :الرقابة القضائية على ركن الغاية في القرار الاداري ، الطبعة الاولى ،مكتبة مريوان كرافيك ، 2010 .

4-طارق بن هلال البو سعيدي : الرقابة على الملاءمة في القرارات الادارية ووفقا لإحكام القضاء الاداري في عمان ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر .

5-عبد العزيز عبد المنعم خليفة : دعوى الغاء القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة ،ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.

6- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 ، .

6-عصام عبد الوهاب البرزنجي : السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، 1971 .

7- مايا محمد نزار ابو دان : الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2011.

8- محمد حسنين عبد العال ،فكرة السبب في القرار الاداري ودعوى الالغاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة.

9- محمد ناصر راشد الطنيجي : الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، 2016، ص19 .

10- نهرو جوهر عمر بيباني : الرقابة على العناصر الداخلية للقرار الاداري دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية ، ط1، الاسكندرية ، 2017

ثانياً: الاطاريح

1- حبيب ابراهيم حمادة :حدود سلطة الضبط الاداري في الظروف العادية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بابل ،2007

2-عصام عصر مسلم الذنيبات : الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار الاداري في الاردن دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة عين شمس ،2021.

3-مصطفى طه جواد الجبوري : التناسب بين المصلحة العامة والخاصة في القانون الجنائي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا ، 2020

ثالثا :الرسائل

1-امجد جهاد نافع عياش : ضمانات المساءلة التأديبية للموظف العام دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، 2007.

2- بدرة مصطفى : الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، 2016 ، ص18 .

3- حسين جبر حسين الشويلي : الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب – دراسة مقارنه ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، 2008، ص14.
4- حنان حجال : رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الاداري دراسة مقارنة بين لبنان وفرنسا ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، الجامعة الاسلامية في لبنان ، 2005 ، ص40-41.
5- غالية كلوم : وسائل الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، 2018 ، ص9
6 - فتيتي صفاء : الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2014، ص35-37.
7- كمال خيري كصير الجشعمي : الاتجاهات الحديثة في رقابة القضاء الاداري على السلطة التقديرية للإدارة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، الجامعة الاسلامية في لبنان ، 2014.
8- لمياء بالوفة : التطورات الحديثة لرقابة القاضي الاداري على التناسب ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم الاقتصادية والاجتماعية ،جامعة الحاج بو شعيب ، 2019.
9- مزخوفي جمال : رقابة القاضي الاداري على السلطة التقديرية للإدارة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح –ورقلة ، 2015 ، ص 43.
10-منيرة عمر اليازجي : الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في فلسطين ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة والقانون ، الجامعة الاسلامية – غزة ، 2017.
11-ناصر عصام فتحي رضوان : رقابة القضاء الاداري على ملاءمة القرارات الادارية في النظام الفلسطيني ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة والقانون ، الجامعة الاسلامية بغزة ، 2021، ص118

رابعا: المجلات القانونية

1-خضرون عطا الله ، لطفاوي محمد الباسط : الضوابط الاساسية التي تحكم فكرة السلطة التقديرية ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجي الاغواط ، العدد الرابع ، الجزائر، 2017

2-عبد العالي حاحة ، آمال يعيش تمام : الرقابة القضائية على تناسب القرار الاداري ومحله في دعوى الالغاء ، مجلة المنتدى القانوني ، العدد الخامس، الجزائر ، 2008

3-عبد العزيز بن خليل سليم : مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة في الفقه الاسلامي والنظام السعودي دراسة مقارنة، مجلة الاندلس جامعة حسيبة بن بو علي الشلف ، المجلد 4، العدد 14، الجزائر، 2015.

4-محمد مختار عثمان : ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب في الفقه والقضاء المقارن ، مجلة دراسات قانونية كلية القانون – جامعة بنغازي ، العدد 13 ، 1994،

5-مخلوفي مليكة : القرار التأديبي بين السلطة التقديرية للإدارة ورقابة الملائمة ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية جامعة مولود، العدد 2 ، الجزائر ، 2017 ، ص151-152.

6-نابي عبد القادر : حدود التشابه بين السلطة التقديرية والمقيدة ، مجلة دفاتر السياسة والقانون جامعة الدكتور الطاهر مولاي بسعيدة ، العدد 13،الجزائر، 2015 ، ص355.

7- نعيمة عمر العزير : رقابة القاضي الاداري على مبدأ التناسب في القرارات الادارية ، مجلة كلية الآداب جامعة طرابلس ، العدد 24، 2014.

8- وليد محمد رضا السيد مصطفى : التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الاداري ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية جامعة المنصورة – كلية الحقوق ،العدد 59 ، 2016.

خامساً: القرارات القضائية

اولاً: القرارات القضائية المصرية المنشورة

1-حكم المحكمة الادارية العليا الدائرة الرابعة الطعن رقم 14811 لسنة 54 القضائية عليا جلسة 14 من نوفمبر سنة 2015 ،

2-قرار المحكمة الادارية العليا ، الطعن رقم 2544 لسنة 40 ق عليا ، جلسة 2001\12\30، مجموعة 2001\10-2001\12 ، منشور على الموقع www.elmodawanaeg

3- حكم المحكمة الادارية العليا الطعن رقم 629 لسنة 57 ق. عليا، جلسة 2018\10\27 ، قرار منشور على الموقع www.youm7.com.

4- فتوى رقم 895في 1967\7\18– جلسة 1967 \7\12، منشور على الموقعwww.youm7.com

ثانيا : القرار القضائية العراقية المنشورة

1- قرار محكمة القضاء الاداري رقم 231\ قضاء اداري – تمييز \ 2015 في تاريخ 6\8 \2017 ، منشور في قرارات وفتاوي مجلس الدولة لعام 2017.

ثالثا: القرارات القضائية غير المنشورة

1-قرار محكمة القضاء الاداري رقم 548\ق\2021 في تاريخ 2021\7\13 ، قرار غير منشور.

2-قرار محكمة القضاء الاداري 3741\ق\2021 في تاريخ 2022\5\18، قرار غير منشور.

3-قرار محكمة القضاء الاداري رقم 4366\ق\2018 في تاريخ 2022\5\29 ، قرار غير منشور .

4-قرار محكمة القضاء الاداري رقم 4945\ق\2020 في تاريخ 2021\9\5 ، قرار غير منشور .

The Law Journal for Researches Studies
University of Thi-Qar
College of Law
مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية

Judicial control for proportionality (A comparative study)

Hiba Khalaf Mohammed **Dr: Waleed Khashan Zghair**
College of Law - Dhi Qar University
maryaaaa0987@gmail.com Lawp1e221@utq.edu.iq

Abstract:

The administrative judiciary's control of proportionality in the inclusion decision represents a basic guarantee for the employee and the person entrusted with a public service. The inclusion decision must be consistent with the employee's mistake that harmed the public treasury. There must be a balance and agreement between the inclusion decision and the employee's error, as the administration must Do not impose burdens on the employee more than what is required to preserve public money, so the inclusion must be of the same value, and although the administration enjoys discretion when issuing the inclusion decision, it must exercise it according to certain conditions, not as it wants and absolutely, but it must be committed to achieving Public interest.