رقابة التناسب على القرارات الإدارية

"دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"

مقدم من الباحثة

د/ إيمان أحمد علي طه ريان

مدرس القانون العام بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات القاهرة

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف رسل الله الهادي إلى الطريق القويم وعلى آله وأصحابه الهداة المهتدين، فقد اضطرد قضاء مجلس الدولة الفرنسي قديما على منح الإدارة سلطة تقديرية مطلقة فلم يشترط أو يضع أي قيود على أعمالها؛ إلا ضرورة صدورها من الجهة المختصة على مقتضى القوانين، أما ما عدا عنصر الاختصاص من عناصر التصرف سواء ما يتعلق بتحديد موضوع التصرف أو أسبابه أو دواعيه فقد تمتعت الإدارة بشأنه بحرية تقدير مطلقة جعلته بمنأى عن الرقابة القضائية، إلا أن نظرية السلطة المطلقة تلك قد اختفت منذ عام ١٩٠٢م وحلت محلها نظرية السلطة التقديرية "المحدودة" أي تلك السلطة التي يختلف مداها ليس باختلاف التصرفات، بل باختلاف مدى ما تتمتع به الإدارة وما سمح لها به من حرية تقدير في عنصر أو أكثر من عناصر التصرف، بحيث لم يعد العمل برمته عملا تقديريا مطلقا يجعله بمنأى تام عن الطعن بالإلغاء.[١] والسلطة التقديرية بهذه الصورة ليست خروجا عن المشروعية بل هي "وسيلة اعترف القانون بوجودها – أي أنها شرعية النشأة – ... فهي ليست إلا تنفيذا للقانون بما يتفق وظروف الواقع والحال" [٢] وبموجب تلك السلطة منحت الإدارة وسائل وطرق لاختيار التصرف الإداري المناسب، ومنها تقدير ملاءمة التصرف الإداري من خلال معايير موضوعية وفنية، وأيضا الموازنة والترجيح بين بدائل أو اعتبارات معينة.

إلا أن تلك السلطة التقديرية قد يلحقها عيوب تؤدي إلى وصم التصرف الإداري بعدم المشروعية، منها مخالفة القانون أو الخطأ في تفسيره أو الانحراف بالسلطة

(١) د/ طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، ط٣، القاهرة ١٩٧٦، صـ٨٢، ٨٣.

(٢) د/ رأفت فودة: مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية ،١٩٩٤، صـ٢٤٨.

والتعسف في استعمالها؛ وكما يقول الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي في معرض تقديمه لنظرية التعسف في استعمال السلطة إن "عيب الانحراف هو أخطر العيوب التي تلحق العمل الإداري. ففي ثوب من الشرعية، ترتكب الإدارة ما شاء لها الهوى من المخالفات القانونية، وإذا كان الظلم بغيضا بصفة عامة، فإن أبغضه وأبشعه ما ألبس ثوب العدالة..."(١) فما قاله ينطبق بلا شك إذا كان التصرف الإداري مشروعا في ظاهره إلا أنه لا يستند إلى أسباب تبرره وتؤدي إليه رغم صحتها، أو إذا تغيت الإدارة مصلحة عامة هي أقل شأنا من مصلحة عامة أخرى، أو كان في تحقيق تصرفها من المفاسد أعظم مما فيه من المصالح. فكل ما سبق من شأنه أن يوصم العمل الإداري بعدم المشروعية ويجعله حريا بالإلغاء نتيجة سوء تقدير في استعمال الإدارة لسلطتها، وهو ما دعا إلى توسع القضاء الإداري في الرقابة على أعمالها، إذ لم تعد تلك الرقابة التقليدية التي تقف عند حد مشروعية العمل الإداري، وإنما امتدت إلى رقابة تقدير للعمل الإداري وملائمته، خاصة مع ما شهده العمل الإداري من توسع في أنشطته استلزم بالتالي توسعا في السلطة الممنوحة للقائم به.

وإذا كان من أهم عناصر العمل الإداري والذي تظهر فيه سلطة الإدارة في التقدير هي عناصر السبب والمحل والغاية، فإن تلك السلطة وحدودها تتكون بشكل تلقائي بحيث تتوافق مع ما أصبح يتصف به العمل الإداري من تشعب وتجدد ومرونة، وهنا يصبح العمل عرضة للانحراف به عن غرضه أو غير متوافق مع أسبابه، ذلك أن من القواعد العامة لطبيعة عيب الانحراف بالسلطة أنه "عندما تأخذ المنظمات الإدارية في العمل فإنه يتكون داخل كل منظمة بمرور الزمن قواعد وظيفية أو تأديبية خاصة بكل منظمة."(٢) وهو ما يستلزم تبعا لذلك وجود قواعد رقابية جديدة، فكان أن استلزم هذا العيب أن تتعدى فيه الرقابة من رقابة المشروعية إلى نوع آخر من الرقابة القضائية

(١) د/ سليمان محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة أمام مجلس الدولة والمحاكم القضائية، مطبعة دار نشر الثقافة، ١٩٥٠، صـ٥.

(٢) د/سليمان الطماوي: التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، صـ٨١.

كرقابة التناسب والموازنة، والتي أصبحت وسيلة يلجأ إليها القاضي للحد من السلطة التقديرية للإدارة، مستعينا في ذلك بالمبادئ القانونية العامة.

وإذا كانت الرقابة على شرطي السبب والمحل، والتعرف على مدى توافق القرار أو الإجراء مع الوقائع، وهو ما يعرف بالرقابة على التناسب، فإن الرقابة المتعلقة بشرط الهدف أو الغاية، أي مدى توافر شرط المصلحة العامة، هي ما تعرف بالرقابة على الموازنة، أي موازنة الإدارة بين المنافع والأضرار، فالاختصاص الظاهر لكل رقابة منهما ينصب على عنصر محدد من عناصر القرار الإداري، مما يوحي بعدم التداخل بين الرقابتين، إلا أن تتبع الأحكام القضائية الحديثة لمجلس الدولة، واستقراء ما توصلت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر من مبادئ، يظهر وجود نوع من التداخل بين الرقابتين، وإذا كان القرار قد اتخذ دون وجود وقائع كافية تدعمه ودون مراعاة لظروف الزمان والمكان، فإن هذا يعني عدم ملاءمة، ووجود تناقض بين القرار وبين الوقائع التي بني عليها قد يعني وجود خطأ واضح وظاهر في التقدير يستلزم تدخل القضاء وهنا يظهر نوع آخر من الرقابة وهي رقابة الملاءمة والتي تتداخل أيضا مع رقابة التناسب، ومهمة البحث هي استجلاء حقيقة هذا التداخل من جهة، ومن جهة أخرى وضع قواعد لمعايير وضوابط رقابة التناسب لعلها تكون مرشدا للسلطة القضائية عند قيامها بدورها في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.

وكما أن التناسب يعد وسيلة قضائية للرقابة، فقد استعان بها الفقهاء المسلمون فيما عرف عندهم بلفظ "المناسب" باعتباره طريق ووسيلة يتوصل من خلالها إلى الحكم الشرعي وما يترتب عليه من جلب المنافع ودرء المفاسد.

ولما كان العديد من الباحثين القانونيين عند بحثهم حول التناسب قد عرضو لتلك الفكرة من ناحية ما يترتب عليها من تحقيق المصالح ودرء المفاسد أو تحقيقها للقواعد الفقهية المشهورة، دون بيان وتوضيح للتناسب أو المناسب في الفقه الإسلامي على وجه الخصوص، فقد ارتأيت أن يكون مجال هذا البحث هو بيان ذلك المصطلح في علم أصول الفقه ودوره في التعرف على الأحكام الشرعية مما لا نص فيها.

وليس التناسب في الفقه الوضعي، أو ما يعرف بالمناسب في الفقه الإسلامي من الموضوعات الجديدة فيه، فقد كان للفقه الإسلامي فضل سبق عظيم في تناول وتفصيل المناسب باعتباره أساسا للمصالح والمقاصد الشرعية، إذ لا يكاد يخلو مصدر في أصول الفقه من مصادر الكتب المعتمدة من حديث عن المناسبة وتقسيمها وأهميتها للوصول إلى الحكم الشرعي، فضمنها في باب العلة، منها على سبيل المثال في المذهب الحنفي التقرير والتحبير لابن الموقت الحنفي وشرح التلويح على التوضيح للتفتازاني، وفي مذهب الجمهور من غير الأحناف كتاب المستصفى لحجة الإسلام الغزالي والمحصول لابن العربي والمحصول للرازي، أما المؤلفات الحديثة فقد أفرد لها الشيخ مصطفى شلبي مبحثا في رسالته التي ناقشها عام ١٩٤٥م بجامعة الأزهر، وذكر فيها أهمية المناسب بقوله "فإنه لب القياس ميدان الاجتهاد الواسع الذي سبحت في بحاره عقول المجتهدين وأتباعهم، وحلقت في سمائه أفكار الفقهاء والأصوليين، ..." [(١)]، ورغم أهمية المناسب كأحد طرق العلة إلا أن قليلا من العلماء المحدثين من أفرد لبحثها مؤلفا متعمقا نذكر منها؛ كتاب "الوصف المناسب لشرع الحكم" للدكتور أحمد بن محمود بن عبد الوهاب الشنقيطي، وكتاب "المناسبة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة" للدكتور نور الدين الخادمي، وهو كتاب أنصح به كل من يريد الاستزادة من علم المناسبة في أصول الفقه بالرجوع إليه لما يتميز به من وضوح التقسيم، وسهولة الشرح والبيان خاصة لغير المتخصصين في علم أصول الفقه.

أما في الفقه الوضعي فقد حظي التناسب باهتمام كبير إما بأبحاث منفردة به، أو بأبحاث ومؤلفات ورسائل تضمنته مع غيره من أنواع الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، ومثال المؤلفات الأخيرة كتاب السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية للدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي، وهي في أصلها رسالة دكتوراه للمؤلف نوقشت عام

(١) الشيخ محمد مصطفى شلبي: تعليل الأحكام عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد، رسالة دكتوراه نوقشت في جامعة الأزهر عام ١٩٤٥، مطبعة الأزهر ١٩٤٧، صـ٢٣٩.

١٩٧٠ بجامعة القاهرة، لذا كان لها السبق في تسليط الضوء على رقابة التناسب، وكتاب قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة للدكتور سامي جمال الدين، ومن المؤلفات التي أُفردت للحديث عن رقابة التناسب رسالة دكتوراه نوقشت عام ٢٠١٥ للدكتور حسان عبد الله يونس الطائي بعنوان التطورات القضائية في الرقابة على مبدأ التناسب في القرارات التأديبية، دراسة مقارنة، وغيرها من الرسائل والمؤلفات، كما كان للأبحاث الأجنبية – الفرنسية والإنجليزية– دور كبير في تفصيل البحث حول التناسب مما أسهم بشكل كبير في وضع وإضافة لبنات وأسس أخرى لبيان ماهية التناسب ومعاييره وضوابطه.

منهج البحث:

إن كون التناسب أحد المبادئ التي اهتم بها الباحثون، ووضعوا لها بعض الأسس، مما حولها إلى نظرية عامة، فقد استلزم البحث فيها إلى الأخذ بالمنهج الاستدلالي، وذلك بالتدرج في البحث من القواعد والمعلومات المسلم بها وصولا إلى جزئيات وقواعد أخرى استنتجتها الباحثة، وفي سبيل ذلك كان لا مناص من الاستعانة بمنهج آخر وهو المنهج المقارن، ويدل عليه عنوان البحث، وذلك من خلال عرض البحث وبيان موضوع التناسب من الناحيتين الشرعية والقانونية، والاستعانة مع كل ذلك بالمنهج التطبيقي حيث لعبت أحكام مجلس الدولة دورا بارزا في توضيح موضوع البحث وبيان جزئياته، مع الحرص قدر المستطاع على الاستعانة بالأحكام الحديثة، ليتبين من خلالها الاتجاه الحديث للمجلس.

ومن أجل تحقيق الفائدة المرجوة من وراء هذه البحث والوصول إلى الغاية المبتغاة؛ كان لابد من عرض الموضوع وتقسيمه إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: ماهية رقابة التناسب والتمييز بينها وبين الموازنة والملاءمة، ولبيانه تفرع المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: ماهية رقابة التناسب والتعريف بها وطبيعة التناسب بين الفكرة والمبدأ، وذلك في فرعين وهما:

الفرع الأول: ماهية رقابة التناسب

الفرع الثاني: طبيعة التناسب

المطلب الثاني: التمييز بين التناسب وكل من الموازنة والملاءمة، وذلك في فرعين وهما:

الفرع الأول: التمييز بين التناسب والملاءمة

الفرع الثاني: التمييز بين التناسب والموازنة

المبحث الثاني: معايير وضوابط إعمال رقابة التناسب حيث تفرع إلى مطلبين وهما:

المطلب الأول: معايير إعمال رقابة التناسب حيث ذكرت معايير للتناسب باعتبارها وسائل يستعين بها القاضي لإعمال رقابته.

المطلب الثاني: ضوابط إعمال رقابة التناسب والتي تمثل حدودا تساعد القاضي في إعمال رقابة التناسب.

المبحث الثالث: مجالات تطبيق رقابة التناسب وذلك ببيان المجالات التي يغلب على القرارات المتخذة فيها رقابة التناسب وعرض بعض التطبيقات القضائية، ويتضمن هذا المبحث المطالب الآتية:

المطلب الأول: مجال الحقوق والحريات

المطلب الثاني: مجال قرارات الترقية

المطلب الثالث: مجال قرارات التأديب

المطلب الرابع: مجال العقود الإدارية

خاتمة البحث وبيان لأهم ما توصل إليه البحث من نتائج

وأخيرا التوصيات

المبحث الأول

ماهية رقابة التناسب والتمييز بينها وبين الموازنة والملاءمة

لم تعد رقابة القاضي الإداري رقابة قاصرة أو مجردة للتأكد من مشروعية القرار أو الرقابة على صحة الاستدلال القانوني، بل تعدى حدود ذلك إلى الرقابة على النتائج المترتبة على القرار استنادا إلى صحة الأسباب التي أدت إليه، بحيث يكون القرار صحيحا إذا كان هناك تناسب بين موضوع القرار والوقائع التي استدعت تدخلها وبين الإجراءات التي اتخذتها.(١)

ولا شك أن التعرف على التناسب يستلزم أولا التعريف به والتمييز بينه وبين مصطلحي الموازنة والملاءمة كونهما من المفردات التي يكثر استعمالهما في الأحكام القضائية وعلاقتهما مع التناسب، وذلك كما يلي:

المطلب الأول: ماهية رقابة التناسب وطبيعته

الفرع الأول: ماهية رقابة التناسب

الفرع الثاني: طبيعة التناسب

المطلب الثاني: التمييز بين التناسب وكل من الموازنة والملاءمة

الفرع الأول: التمييز بين التناسب والملاءمة

الفرع الثاني: التمييز بين التناسب والموازنة

(١) Daniel Giltard: Le pouvoir d’appréciation dans l’action administrative. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god, 52, 1/2015, str. 11-24. p.14.

المطلب الأول

ماهية رقابة التناسب وطبيعته

ظهر مبدأ التناسب أولا في البلدان الجرمانية، وتم تطويره من خلال السوابق القضائية للمحكمة الإدارية العليا لبروسيا، وكانت بداية تطبيق ذلك المبدأ في قرارات الضبط الإداري بهدف تقييد تدابير الشرطة وحماية الحريات المدنية.(١) مما جعلها مظهرا من مظاهر تطور الرقابة على المشروعية. ونستعرض في الفرعين الآتيين تعريفا بمبدأ التناسب وماهيته، وطبيعته وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: ماهية رقابة التناسب

الفرع الثاني: طبيعة التناسب

الفرع الأول

ماهية رقابة التناسب

إن كلمة التناسب في اللغة هي لفظ مشتق من أصل كلمة (نسب) والنسب يعني القرابة، وانتسب واستنسب، أي ذكر نسبه، وناسبه شاركه في نسبه، وناسب مناسبة، (ناسب) فلانا شركه في نسبه وشاكله يُقَال بينهما مُنَاسبَة وَيُقَال ناسب الْأَمر أَو الشَّيْء فلَانا لاءمه وَوَافَقَ مزاجه. والتناسب التشابه.(٢)

ويأتي عدم التناسب بمعنى التفاوت كما يرى المفسرون في قوله تعالى ﴿مَا تَرَى فِي خَلْقِ الرَّحْمَنِ مِنْ تَفَاوُتٍ﴾(٣) حيث ذكروا أن معنى التفاوت هو تجاوز الحد

---

(١) Ziya Çaliğkan : Le Juge Administratif Française Et Le Principe De – Proportionnalité, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1-2, Yıl 2004, p.203.

(٢) المعجم الوسيط، ج٢، باب النون، صـ٩١٦.

(٣) سورة الملك، آية رقم ٣.

الذي تجب له زيادة أو نقص ويعني عدم التناسب،[١] ويرى الإمام الزمخشري أن حقيقة التفاوت: عدم التناسب، كأن بعض الشيء يفوت بعضا ولا يلائمه.[٢]

تعريف التناسب في الفقه الإسلامي:

يعرف التناسب في الفقه الإسلامي بالمناسبة، وهي من مسالك العلة أي من طرقها ودلائلها، ويعبر عن المناسبة في علم أصول الفقه بالإخالة، وبالمصلحة، وبالاستدلال، وبرعاية المقاصد، ويسمى استخراجها: تخريج المناط.[٣]

وقد اعتبر العلماء المناسبة إحدى مسالك العلة الشائكة وسلاحا ذا حدين، ذلك أنها توجد إما لتثبيت المقاصد الشرعية المعتبرة أو لتعطيل مراد الشرع ومقصوده، أو المبالغة والإفراط في اعتبار المصالح وتثبيتها دون اعتداد بالظواهر والنصوص، إلا أن

(١) البحر المحيط في التفسير: لأبو حيان محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان أثير الدين الأندلسي (المتوفى: ٧٤٥هـ)، تحقيق: صدقي محمد جميل، دار الفكر – بيروت، ط ١٤٢٠ هـ، ج ١٠، صـ٢٢١.

(٢) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل: لأبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ)، دار الكتاب العربي – بيروت، ط الثالثة – ١٤٠٧ هـ، ج ٤، صـ٥٧٦. ومفاتيح الغيب التفسير الكبير: لأبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي (المتوفى: ٦٠٦هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط الثالثة – ١٤٢٠ هـ، ج٣٠، صـ٥٨١.

(٣) ومن أسماء العلة؛ السبب والباعث والدليل والمناط، ومن تعريفاتها: "أنها الباعث على التشريع، بمعنى: أنه لا بد أن يكون الوصف الدال على المناسبة مشتملا على مصلحة صالحة لأن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم، أو هي التي يعلم الله صلاح المتعبدين بالحكم لأجلها، وهو اختيار الإمامين الرازي، وابن الحاجب. كما تعرف العلة بأنها المعنى الذي كان الحكم على ما كان عليه لأجلها. انظر إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق – كفر بطنا، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م، ج٢، صـ١١٠،١١١.

الأولى هو الأخذ "بالوسطية المصلحية" والتي تتبني على المناسبة الشرعية التي تحققت فيها الشروط والضوابط والموافقة لمقاصد الشرع وتوجيهاته، وتقبلها العقول السليمة.(١)

ويرى الفقهاء أن وجود المناسبة شرط من شروط صحة العلة إذ لابد في العلة أن تكون مؤثرة في الحكم أي مناسبة له، أي أن يغلب على ظن المجتهد أن الحكم حاصل عند ثبوتها لأجلها، دون شيء سواها، وقيل معناه: إنها جالبة للحكم ومقتضية له.(٢) فالعلة من التشريع أو علة إصدار الحكم، لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مناسبة، ومعنى مناسبة أي موافقة لمقصود الشارع، لذا **فسّر الإمام الآمدي المناسب بأنه** "عبارة عن وصف ظاهر منضبط يلزم من ترتيب الحكم على وفقه حصول ما يصلح أن يكون مقصودا من شرع ذلك الحكم."(٣) وتعريف المناسبة بالوصف الظاهر احترازا عن الوصف الخفي، أما المنضبط فاحترازا به عن غير المنضبط.(٤) فالمناسبة لابد أن تكون ظاهرة ومحددة، بحيث تكون وسيلة لحصول مقصود الشارع من الحكم. **كما تعرف المناسبة بأنها:** الوصف الملائم للحكم بحيث يترتب عليه مصلحة، سواء كانت مقصودة من شرع الحكم أو غير مقصودة.(٥) والمقصود من شرع الحكم هو؛ حصول مصلحة أو دفع مضرة أو مجموعهما، وذلك إمّا في الدنيا كالمعاملات أو في الآخرة

---

(١) د/ نور الدين بن مختار الخادمي: المناسبة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار ابن حزم، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م، صـ١٩، ٢٠.

(٢) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: للإمام الشوكاني، مرجع سابق، ج٢، صـ١١٠، ١١١.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام: لأبي الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: ٦٣١هـ) تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان، ج٣، ص٢٧٠.

(٤) موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمّد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد ١١٥٨هـ)، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: د. جورج زيناني، مكتبة لبنان ناشرون – بيروت، ط الأولى – ١٩٩٦م، ج ٢، صـ ١٦٤٧.

(٥) د/ محمد مصطفى شلبي: تعليل الأحكام، مرجع سابق، صـ٢٤٢.

كإيجاب الطاعات وتحريم المعاصي. وتظهر شدة الصلة بين المناسب والمصلحة من خلال اعتبار بعض الفقهاء المصالح المرسلة نوع من المناسب[١]، ويُعرف بالمناسب المرسل وقد ذهب معظم الفقهاء إلى الأخذ بها للوصول إلى مقصود الشارع من الحكم، والمناسب المرسل هو "الوصف الملائم لمقاصد الشرع الخالي عن دليل يدل على اعتبار صحة بناء الأحكام عليه، وعن دليل يدل على فساد بنائها عليه."[٢]

أما الاصطلاح العقلي لكلمة التناسب: فإن فكرة التناسب لديها العديد من الأشكال والتطبيقات المختلفة، فالتناسب مفهوم متداول في الاستخدام اليومي، حيث يصف العلاقات المقارنة بين شيئين أو أكثر لبعضهما البعض بشكل عام، ويصف كذلك العلاقات بين الوسائل والغايات بشكل خاص، والمعنى الأخير هو المراد عند الحديث عن المفهومين الشرعي والقانوني لمصطلح التناسب؛ **فالمفهوم الشرعي للمناسبة** إما "أنه الذي يفضى إلى ما يوافق الإنسان تحصيلا وإبقاء" ويقصد به تحصيلا للمنفعة ودفعا للمضرة، حيث ركز على معيار مهم تحققه المناسبة وهو المصلحة، وقيل إن المناسبة تعني "الملائم لأفعال العقلاء في العادات"[٣] وفيه ركز على معيار آخر مهم وهو المعقولية وقبول العقل. **أما التناسب في المفهوم القانوني**

---

(١) يقسم الأصوليون المناسب عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، فينقسم باعتبار الظهور والخفاء إلى مناسب ظاهر منضبط ومناسب خفي الوصف غير منضبط، وباعتبار الانضباط والاطراد إلى مناسب منضبط ومناسب مضطرب، وباعتبار الحقيقة إلى مناسب حقيقي ومناسب إقناعي أو خيالي أو متوهم، وباعتبار الإلغاء والاعتبار ينقسم إلى مناسب معتبر وملغي ومرسل أو مسكوت عنه. انظر تفصيل ذلك د/ نور الدين الخادمي: مرجع سابق، صـ٦٥،٦٦.

(٢) د/أحمد بن محمود بن عبد الوهاب الشنقيطي: الوصف المناسب لشرع الحكم، نشر: عمادة البحث العلمي، بالجامعة الإسلامية، بالمدينة المنورة، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ، صـ٢٤٩.

(٣) المحصول: لأبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ج٥، صـ١٥٧،١٥٨.

فيعني وجود علاقة تناسبية معقولة بين الوسائل وأسباب العمل الإداري والغاية المنشودة في ممارسة السلطة العامة.(١)

وعرف بعض الفقه الفرنسي التناسب في مجال القرارات الإدارية بقوله إن التناسب هو "تحقيق التوافق بين سبب القرار ومحله، أو هو اشتراط علاقة تطابق بين الوقائع الثابتة والإجراء المتخذ بشأنها. ويمكن أن ينشأ التناسب من علاقة تطابق بين الوسيلة والهدف في قرار معين، فالتناسب بهذا المعنى يمكن أن يتغير تبعا للحالة المتوقعة والمضار المحتملة، كما يمكن أن ينشأ بعمل حساب وموازنة بين المنافع والمضار، ودرجة خطورة الحالة وأهمية الهدف الواجب الوصول إليه والضرر الذي يسببه للأفراد."(٢) ومن اللافت للنظر أن هذا التعريف قد صور التناسب وكأنه المظلة التي تجمع تحتها أنواعا أخرى من الرقابة كالموازنة والملاءمة.

لا شك أن التناسب في معناه اللغوي يتفق كثيرا مع التعريف السابق، إلا أنه ينبغي مراعاة خصوصية التناسب، كونه وسيلة فنية يستعين بها القاضي الإداري للفصل في بعض الدعاوى، كما يستعين في غيرها بنوع آخر من الوسائل وهي رقابتي الموازنة والملاءمة، ولكل من الرقابتين شروطها ووسائلها التي تساعد القاضي في القيام بمهمته لتحقيق المصلحة العامة كغاية وهدف عام يسعى إليها العمل الإداري، وتحقيق العدالة كغاية أهم وأعظم يصبو إليها المجتمع. إذن تظل فكرة المصلحة العامة إطارا هاما يحيط عمل السلطة الإدارية من جهة وعمل القاضي من جهة أخرى.

---

(١) Javier Barnes, (Spain): The Meaning of the Principle of Proportionality for the Administration A comparative view,p.1. https://www.academia.edu/31485682

(٢) Guibal (Michel), De La Proportionnalité, A.J.D.A. 1978 , P. 477, نقلا عن المستشار الدكتور : خليفة سالم الجهمي: ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (رقابة التناسب)، بحث منشور على الإنترنت https://khalifasalem.wordpress.com.

ومن ثم فإنه يمكن **تعريف الرقابة على التناسب** بأنها: تقدير القاضي للعمل الإداري الصادر عن الإدارة بموجب سلطتها التقديرية، والتحقق من توافق محل القرار وسببه، ومدى توافق غاية العمل مع الأسباب المبررة له.

أثر التناسب على السلطة التقديرية للإدارة:

عندما يترك القانون للإدارة حرية تقدير الأمور، فما ذلك إلا لأن لديها القدرة على وزن الأمور وبيان خطرها، وهي عندما تفعل ذلك فإنها تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال للقيام بهذه الموازنة، بحيث يكون الباعث للقيام بهذا العمل هي بواعث موضوعية بحتة، وعندما تقدر ذلك يبقى عليها تقدير مدى ملاءمة القيام بالعمل من حيث ملاءمة وقت تدخلها وفحواه ومداه وهو ما ردده مجلس الدولة المصري منذ نشأته، ففي حكمه بخصوص قرار أصدره مدير مصلحة الموانئ والمنائر وطعنت فيه إحدى الشركات "بأنه ظاهر من تقصي ماضي هذه المسألة واستقراء البواعث الدافعة على هذا القرار أنه قد صدر بعد أن تدبرت المصلحة ظروف العمل وقدرت ملابساته ووازنت بين مختلف السبل ورأت أن الأخذ بموجب هذا القرار هو الأصلح للحال. ولا ريب في أن تقدير هذه (الأصلحية) هو من مناسبات الأمر الإداري وملاءمة إصداره، وهذا مما تستقل الإدارة بالرأي فيه." [(١)] وهذا هو ما استقر عليه المجلس قديما من ترك الملاءمة والموازنة حكرا لسلطة الإدارة التقديرية المطلقة فيما يتعلق بعنصر المحل واختيار وقت وفحوى القرار.

أما في الوقت الحاضر ومع القيود القضائية التي وُضعت على سلطة الإدارة التقديرية بالإضافة إلى تشابك عناصر القرار الإداري؛ فإن تمتع الإدارة بالسلطة التقديرية بالنسبة لمحل القرار ينبغي ألا ننظر إليه بشكل منفصل عن سلطتها التقديرية في تحديد السبب، فسلطة الإدارة في تقدير المحل تعني أن لها حرية الاختيار بين

(١) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٢٤ لسنة ١ قضائية بتاريخ ٢٤-٦-١٩٤٧، مكتب فني ١، صـ ٤٥٢.

إجراءين أو أكثر، مما يعني تمتعها بحرية إجراء التناسب بين السبب المبرر للقرار ومحل القرار المتخذ[١] بل يفرض عليها ضرورة مراعاته.

وفي مجال الضبط الإداري بشكل خاص يظهر أن رقابة القاضي الإداري على مدى التناسب بين سبب قرار الضبط الإداري وموضوعه تفترض الوجود المادي للأسباب الواقعية من جهة أولى، والوجود القانوني لها من جهة ثانية، ومتى تبين له وجودها ينصرف جهده في هذه الحالة على الوقوف على مدى وجود التناسب بين السبب والمحل، فإذا تبين له وجود تفاوت فإنه يقضي بعدم المشروعية لعيب مخالفة القانون. [٢]

ومن المعروف أن مخالفة محل القرار للقانون، لا يقتصر على مخالفة القواعد القانونية بالمعنى العام، والتي تشمل كل نص دستوري أو تشريعي أو لائحي، بل تمتد إلى مخالفة المبادئ القانونية العامة، باعتبارها مصدرا من مصادر القانون، وأضحت رقابة القضاء الإداري على ملاءمة القرار الإداري تقوم على مطابقة محل القرار الإداري ببعض المبادئ القانونية العامة التي استخلصها القضاء في فرنسا ومصر، ومن ثم برزت هذه المبادئ باعتبارها الحد الرئيسي للسلطة التقديرية التي تباشرها الإدارة. [٣]

فالتناسب وفقا لما سبق هو فكرة تتعلق بأكثر من عنصر من عناصر القرار الإداري وهي؛ السبب والمحل والغاية، إلا أن قابلية التناسب للتغير بهذا الشكل يؤدي إلى التساؤل حول التناسب هل هو فكرة متغيرة أم هو مبدأ ثابت؟

---

(١) د/عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، صـ٥٤٩.

(٢) المستشار الدكتور/محمد عبد الحميد مسعود: إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٨هـ -٢٠٠٧م، صـ٥٦٢،٥٦٣.

(٣) د/سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، ط١٩٩٢، صـ٢١٥،٢١٦.

الفرع الثاني

طبيـــعة الـتـنـــاســب

إن إطلاق صفة المبدأ على عمل أو تصرف ما يستلزم اتصافه بعناصر أساسية تستلزمها طبيعة المبادئ وهي عموميتها، وثباتها، وأن تكون تلك المبادئ ترجمة صادقة للأسس الجوهرية للنظام القانوني في الدولة، (١) وهذا هو الإطار المحدد للمبدأ القانوني، وهو ما دعا البعض(٢) إلى وسم التناسب بسمة المبدأ القانوني وأن مجاله هو قرارات التأديب، حيث ظهر في مصر وفرنسا كوسيلة يلجأ إليها القاضي بهدف الحد من السلطة التقديرية للإدارة. وربما كان لهذا الرأي علاقة ببداية نشأة هذا النوع من الرقابة في مجال الضبط الإداري والعقوبات التي توقعها السلطة العامة.

إلا أنه عند محاولة وصف التناسب بصفة المبدأ القانوني نجده لا ينطبق، كونه يتصف بالتغير والمرونة ومن ثم عدم الثبات، وهو ما يسمه بالتالي بكونه **فكرة في إطار القانون العام**، حيث يمكن تحليله إلى عناصر ثلاثة وهي القرار الصادر، والحالة الواقعية، والغاية المستهدفة، مما يجعل التناسب يتغير تبعا للحالة الواقعية والمزايا المتوقعة والمضار المتحصلة.(٣) وهو ما أشار إليه التعريف السابق للتناسب في إطار القرارات الإدارية حيث وصفه بصفة هامة تلحق تلك الفكرة وهي صفة التغير، من ثم فإن التناسب فكرة مرنة ومتغيرة، ولا توجد قواعد معينة أو ثابتة يمكن الاعتماد عليها لتحديد تلك الفكرة ووضع إطار موحد لها يمكن تطبيقه للتعرف عليها في جميع أنواع القرارات والأعمال الإدارية، حيث يعتمد تفسيرها على مجموعة واسعة من السياقات

---

(١) د/ محمد أحمد رفعت عبد الوهاب: المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٩٢، صـ١٤٣.

(٢) د/ سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، صـ٢١٧.

(٣) د/ مصطفى عبد الشهيد عبد اللطيف خضر: رقابة القضاء على انحراف الإدارة في إعمال سلطتها التقديرية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطابع الدار الهندسية–المعادي، ط١٤٣٨،١هـ–٢٠١٧م، صـ٤٢٥.

والدلائل المحيطة بالعمل الإداري، وخاصة إطار كل حق وحرية، والنظام القانوني المطبق وفرع القانون التابع له.

وأخيرا فإن التناسب وإن كان في أساسه يعد مبدأ من مبادئ القانون العام ينبغي على جهة الإدارة الالتزام به في تصرفاتها، إلا أنه عند تطبيقه نجده يمثل فكرة متغيرة ومرنة لها جانبان أحدهما؛ يتحقق من خلال البحث عن توازن عادل بين جميع المصالح المعنية سواء كانت مصالح عامة أو خاصة، والجانب الثاني هو ما يعرف بفحص أو قياس الضرورة "celui de la nécessité" وفي إطاره يتساءل المرء عما إذا كان الإجراء أو القرار ضروريا بالفعل لتحقيق الهدف.(١)

(١) Nathalie Belley: L'émergence d'un principe de proportionnalité, Les Cahiers de droit, Volume38 ,1997 , P.297.

المطلب الثاني

التمييز بين التناسب وكل من الموازنة والملاءمة

تشكل رقابتا الملاءمة والموازنة مع رقابة التناسب أنواعا أخرى من الرقابة التي يقوم بها القاضي الإداري على سلطة الإدارة التقديرية، وتعلق تلك الأنواع بالقرار الإداري أدى إلى نوع من التداخل وعدم التمييز بينهم، ومن ثم الوقوع في إشكالية حول أي هذه الأنواع من الرقابة ينبغي للقاضي إعمالها عند الفصل في الدعوى، ومتى ينبغي للقاضي أن يلجأ إلى رقابة التناسب؟ والإجابة عن ذلك تستلزم التعريف برقابتي الملاءمة والموازنة وكيفية تمييز كل منهما عن التناسب وذلك في فرعين مستقلين على النحو الآتي:

الفرع الأول: التمييز بين التناسب والملاءمة

الفرع الثاني: التمييز بين التناسب والموازنة

الفرع الأول

التمييز بين التناسب والملاءمة

لم تعد رقابة القاضي الإداري قاصرة على رقابة مشروعية القرار الإداري؛ خاصة مع ظهور قرارات كانت تظهر فيها عدم الملاءمة بشكل واضح، وهو ما أدى إلى توسع رقابة القاضي الإداري لتشمل رقابته كذلك ملاءمة القرار الإداري باعتباره شرطا من شروط مشروعية العمل، وصار لزاما على القاضي التعرض للملاءمة للتعرف على المشروعية.

ولقد كان مجلسا الدولة الفرنسي والمصري قديما يمتنعان عن رقابة الملاءمة بشكل قاطع، حيث استقر قضاء المجلسين على أنه إذا ما قامت الأسباب الحقيقية للعمل الإداري، فإنه يكون محققا للغرض المطلوب منه، من ثم فإن قيام السبب يغني عن التحقق من ركن الغاية، بل تقوم قرينة لا تحتمل إثبات العكس على صحة الغاية وموافقتها لمصلحة المرفق، ثم أصبح للإدارة دور آخر في العمل الإداري وهو استخدام

سلطتها في تقدير مدى الملاءمة بين الغاية من العمل الإداري وبين السبب الذي يدعو إلى إصداره، وكذا في اختيار الوقت المناسب للتصرف وتحديد محله، وتأكيدا على ذلك وضع الأستاذ فالين قاعدة هامة وهي "أن الإدارة ملزمة بما هو عادل، ولكنها حرة فيما هو صالح" فالإدارة مقيدة بصدد التزاماتها القانونية وحرة في تقدير مناسبة العمل وملاءمته.(١)

تعريف الملاءمة:

الملاءمة لغة من (لَاءَمَ)، و (لاءم) بين القوم (مُلَاءَمَةً) أصلح وجمع. وإذا اتفق الشيئان فقد (التأما) ومنه قولهم: هذا طعام لا يلائمني، ولا تقل: لا يلاومني لأنه من اللوم. وفي الحديث: «ليتزوج الرجل لمته» أي مثله.(٢) و(لاءمه) الأمر وافقه ويقال لاءم فلانا وافقه، ولاءم بين الفريقين أصلح وجمع بينهما، ويقال لاءم بين الشيئين جمع بينهما ووفق، ولاءم الشيء أي أصلحه. (٣)

والملاءمة وإن كانت مرادفا للتناسب كما أشار إلى ذلك المعنى اللغوي للتناسب، حيث يجمعهما معنى التوافق، إلا أن الملاءمة تأتي بمعان أخرى مختلفة منها؛ الإصلاح والجمع بين شيئين،(٤) وهنا اختلف معنى الملاءمة عن التناسب، وقد يبرز هذا الاختلاف بصورة أوضح من خلال المعنى الاصطلاحي القانوني.

---

(١) د/ سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، صـ٢٧،٣٦.

(٢) مختار الصحاح، لزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا، ط الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م، باب ل أ م، صـ٢٧٧.

(٣) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، ج٢، باب اللام، صـ٨١٠.

(٤) يرى البعض أن هناك قصور في المعنى اللغوي للملاءمة إذ هي أشمل من التوافق والصلاحية، وأنه ينبغي لاكتمال هذا المعنى أن يضاف عنصر ثالث وهو التناسب حتى تكتمل به صورة الملاءمة. د/ أشرف محمد علي لبيب، الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ببني سويف، جامعة القاهرة،١٩٩٩، صـ٧٨. وهو رأي محل نظر يثير تساؤلا هاما يتعلق بموضوع البحث وهو أيهما أشمل وأعم من الآخر، هل يعد التناسب كمبدأ عام يشتمل في داخله على

الملاءمة في الاصطلاح القانوني:

وتعني "توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والاعتبارات المحيطة بإصداره من كافة جوانبه"(١)

وتظهر سلطة الإدارة التقديرية في حالة ما إذا أجاز القانون للإدارة إصدار قرار معين متى قام في شأنه سبب محدد أو أسباب محددة ومعينة؛ حيث تُظهر الإدارة سلطة في تقدير ملاءمة الإصدار بأكثر مما تملك حيال السبب، ولكنها متى قدرت ملاءمة اتخاذ القرار أصبح يتعين عليها الاستناد إلى السبب المحدد سلفا أو الاختيار بين الأسباب المحددة سلفا، كما تظهر سلطة الإدارة التقديرية بصورة كاملة عندما يجيز لها القانون التصرف دون أن يلزمها الاستناد إلى سبب محدد أو الاختيار بين عدة أسباب محددة سلفا، إذ يظل ذلك من الملاءمات المتروكة لتقدير الإدارة، بل إن تقدير أهمية الأسباب ومدى تناسبها مع القرار المتخذ يخرج كقاعدة في حالات السلطة المقيدة، من نطاق المشروعية الخاضعة لرقابة القاضي، ويظل في نطاق الملاءمة المتروكة لسلطة الإدارة، وفي حالتي السلطة المقيدة والتقديرية قد يشترط أن تكون الأسباب الداعية إلى اتخاذ القرار خطيرة وعلى درجة من الأهمية، وعندئذ تصبح هذه الأهمية من عناصر المشروعية وتمتد إليها رقابة القضاء.(٢)

يتبين إذن أنه لم تعد الرقابة قاصرة على رقابة المشروعية فقط، بل امتدت إلى رقابة الملاءمة بشكل صريح في أحكام مجلس الدولة المصري، من ذلك قضائها بأن

الملاءمة، بحيث تعد إحدى صوره، كما يقول بذلك الأصوليون أم لا؟ وهو ما سنحاول جاهدين بيانه وتوضيحه في ثنايا البحث.

(١) د/عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، صـ١٦٤.

(٢) د/ السيد محمد إبراهيم: مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق–جامعة الإسكندرية، السنة الخامسة– العدد ٢– ١٩٧٠، صـ١٢٣.

"تقوم الدولة والهيئات العامة بإدارة وحماية أملاكها العامة والخاصة بوسائل مختلفة، منها اتخاذ إجراءات الضبط الإداري- هذه الإجراءات تخرج ابتداء عن مفهوم العقوبة المحظور توقيعها إلا بناء على حكم قضائي، **فإزالة المخالفة بالطريق الإداري إجراء تتخذه الإدارة يكون تحت رقابة القضاء الذي يبسط رقابته على مشروعيته وملاءمته ومدى استهدافه وجه المصلحة العامة** "(١)

وبهذا يظهر ما يلعبه عنصر السبب في القرار الإداري من دور هام في الرقابة القضائية على القرارات الإدارية، لا من حيث المشروعية فقط، بل امتد بشكل صريح إلى الملاءمة أيضا، إذ لم تعد الملاءمة بعيدة عن الدافع إلى اتخاذ القرار ومدى إمكانية تبريره.

عيب الغلو وأثره على رقابتي التناسب والملاءمة:

تظهر العلاقة بين التناسب والملاءمة من خلال التعرف على عيب الغلو(٢) ودلالته في الرقابة، ففي حكم للإدارية العليا جاء فيه "ومن حيث إنه بشأن تقدير مدى ملائمة الجزاء الموقع على الطاعن فإن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه ولئن كان للسلطات التأديبية، ومن بينها المحاكم التأديبية ومجالس التأديب سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، **ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره،** ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي تغياه القانون من التأديب ويعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوبا بالغلو فيخرج التقدير من

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٧١١٤ لسنة ٥٥ قضائية بتاريخ ٧-٧-٢٠١٢ مكتب فني ٥٧ رقم الجزء ٢ رقم، صـ١٠٣٨.

(٢) الغلو هو المجاوزة أو الخروج عن الحد المسموح، مما يؤدي إلى عدم الملاءمة الظاهرة بين الذنب الإداري المرتكب والجزاء الموقع.

نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية..."[١] ويتبين من هذا الحكم استعماله مصطلح "عدم الملاءمة الظاهرة" باعتباره صورة من صور الغلو، ذلك أن الغلو هو المجاوزة أو الخروج عن الحد المسموح، مما ينبئ عن أن صور الغلو إما إفراط في الشدة أو إفراط في اللين وفي الحالتين تكون النتيجة هي عدم الملاءمة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء؛ فعدم الملاءمة إذن نتيجة تترتب على الغلو وليس من أنواعه أو صوره كما أشار الحكم السابق، وقد أدت عدم الملاءمة الظاهرة إلى ضرورة إعمال رقابة التناسب من قبل القضاء لرد العقوبة إلى حدها الملائم للذنب الإداري المرتكب.

إن جسامة العقوبة إذن ووصفها بالغلو يظهر من انعدام التناسب الشديد بين الخطأ المرتكب والعقوبة الموقعة، وهنا يظهر دور القضاء واستعماله رقابة التناسب على سلطة الإدارة، فتضع حدا لها في تقديرها للعقوبة التأديبية. [٢]

وهكذا يتبين أن الغلو يجعل من خطأ الإدارة وسوء تقديرها على درجة كبيرة من الوضوح والبيان ويفرض عليها رقابة التناسب، بل إن الغلو قد أطلق عليه رقابة التناسب، نظرا لأن مجال العقوبات التأديبية يعد من أكثر المجالات التي يظهر فيها التناسب أو عدم التناسب بين الإجراء العقابي الصادر وبين الفعل أو الذنب المرتكب.

العلاقة بين التناسب والملاءمة:

وفقا لما سبق بيانه من تأثير لعنصر السبب في التعرف على ملاءمة القرار، نجده يلعب دورا هاما كذلك في التعرف على تناسب القرار، فالتعرف عليه يستلزم فحص محل القرار ومدى تناسبه مع سبب القرار المبرر له. ونظرا لما لعنصر السبب من ضرورة في الرقابة القضائية على القرار الإداري يرى جانب من الفقه أن الرقابة

(١) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٠١٤٠٢ – لسنة ٦٢ قضائية – تاريخ الجلسة ١٦-١٢-٢٠١٧ – أحكام غير منشورة–

(٢) هالة إسماعيل عبد النبي عبد الجواد شاهين: الغلو في القرار الإداري وآثاره "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، ١٤٤٢هـ-٢٠٢٠م، صـ٣٦٥.

تتدرج إلى ثلاثة مستويات من الأدنى إلى الأعلى؛ حيث تتمثل الرقابة في مستواها الأول في الرقابة على الوجود المادي للسبب التي يمكن من خلالها إلغاء القرار الإداري نتيجة الخطأ في الوقائع، بينما يتمثل المستوى الثاني وهو المستوى العادي أو الطبيعي للرقابة في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، حيث يتمكن القضاء من إلغاء القرارات الإدارية نتيجة الخطأ في القانون، أما المستوى الثالث وهو أعلى درجات الرقابة القضائية على السبب فيتركز في الرقابة على أهمية وخطورة السبب ومدى تناسبه مع محل القرار المتخذ على أساسه،(١) مما حدا بالبعض إلى القول بأن هذا المستوى من الرقابة ينصب على العلاقة بين عنصري السبب والمحل، بل هو أقرب إلى رقابة عنصر المحل منه إلى رقابة عنصر السبب، حيث يقضي القضاء الإداري في مثل هذه الحالة بإلغاء القرار الإداري لمخالفة القانون متمثلا في بعض المبادئ القانونية العامة، ويرى الأستاذ الدكتور سامي جمال الدين أن رقابة القاضي على مدى تحقق التناسب لا تجعله يتجاوز وظيفته كقاضي مشروعية، ومن ثم فإن إلغاء القرار المخالف للتناسب، هو إلغاء لمخالفته القانون وليس لعدم ملاءمته. (٢) وهو ما يؤدي بالتناسب أن يصبح من عناصر المشروعية لا من عناصر الملاءمة. إلا أنه قد يكون سبب ذلك اللبس والتداخل بين الملاءمة والتناسب هو أنه كثيرا ما تعبر أحكام مجلس الدولة عن لفظتي "التناسب" و"الملاءمة" كمرادفين لبعضهما مما يوحي بأنهما يتفقان في المعنى الاصطلاحي، كما في المعنى اللغوي.

إن بيان العلاقة بين رقابتي التناسب والملاءمة يستلزم تحليلا لمدى تأثير عناصر القرار على كل منهما حيث يرى البعض أنه لا اختلاف بين الملاءمة والتناسب، فكلاهما يتفقان في تعلقهما بعنصري السبب والمحل، فإنه ما لم يقيد القانون الإدارة مقدما باتخاذ قرار معين، فإنها تكون حرة في اختيار القرار الذي تراه ملائما مع

(١) د/سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، صـ١٥٣،١٥٢،١٥١.

(٢) د/سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة، المرجع السابق، صـ٢١٩.

أهمية الأسباب التي تواجهها، وملاءمة القرار في هذه الحالة أي التناسب بين سببه ومحله، هي من عناصر السلطة التقديرية التي لا تخضع لرقابة القضاء إلا في الحدود التي تسمح فيها بالرقابة على أهمية السبب.[١] بل إن البعض[٢] يرى أن اختيار الإجراء الملائم الذي يتفق ويتناسب مع أهمية الوقائع إنما يعنى ملاءمة القرار، وهو بذلك لا يقيم وزنا للتفرقة بين الملاءمة والتناسب.

بينما يرى البعض[٣] أن الملاءمة تتعلق بعناصر وجوانب متعددة من ظروف الزمان والمكان والمحل، أما التناسب فلا دخل له بكل هذه الأوضاع والظروف المحيطة به من زمان ومكان وأحوال، حيث أنه يكون قاصرا على مراعاة جانب واحد فقط وهو التوافق بين الإجراء المتخذ وأهمية الوقائع الثابتة، ووصف القرار حينها بأنه ملائم إنما هو نتيجة لتحقق التناسب فيه.

ويلاحظ على التحليل السابق أنه جعل الملاءمة شاملة، حيث تتعلق بجميع عناصر العمل الإداري، بينما جعل التناسب مختصا بالتحقق من التوافق بين الإجراء المتخذ وأهمية الوقائع الثابتة، وهو أمر يدخل في عنصر السبب، إن المستقر عليه هو أن ملاءمة القرار تعني مدى توافقه مع الاعتبارات والظروف المحيطة جميعها وترك هذا الأمر وتقديره للإدارة، مما يجعل الملاءمة شاملة لكافة جوانب القرار الواقعية الظاهرة والتي تضم عنصري السبب والمحل، من ثم فلا مجال للقول بالتناسب هنا وتركه للإدارة دون رقابة عليها. ويمكننا القول إن التناسب هو صفة للقرار الإداري الملائم، فالقرار الإداري الصحيح والملائم الصادر من الجهة الإدارية المختصة بموجب سلطتها التقديرية ينبغي أن يتصف بالتناسبية ويراقب القاضي مدى توافر تلك الصفة

(١) د/ السيد محمد إبراهيم: مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية، مرجع سابق، صـ١٢٨.

(٢) د/ عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، مرجع سابق، صـ٥٤٦.

(٣) د/ حسان عبد الله يونس الطائي: التطورات القضائية في الرقابة على مبدأ التناسب في القرارات التأديبية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،١٤٣٦هـ-٢٠١٥م، صـ٣٣٢.

من عدمها، فالعلاقة بينهما إذن تمر بمرحلتين؛ مرحلة يقع فيها على عاتق الجهة الإدارية تحقيق الملاءمة والتحقق من وجود الوقائع ووصفها وأهميتها، تليها مرحلة مراعاة تناسب كل ذلك مع القرار المتخذ، لتحقيق الغرض المنشود. وكما يرى الفقيه الفرنسي "فيدل" فإن اتخاذ القرار يبدأ بالسبب مرورا بالمحل وذلك توصلا للغرض المعين.(١)

وينظر البعض إلى العلاقة بين الملاءمة والتناسب من خلال مبدأ الشرعية، فالملاءمة كما هو الرأي الغالب تعد من عناصر الشرعية التي يراقبها القاضي ليتأكد من التزام الإدارة بتحقيق الملاءمة في القرار، وإلا صار القرار غير الملائم غير مشروع، أما خلو القرار من التناسب فلا ينطبق عليه وصف عدم المشروعية، ذلك أن صدور قرار الإدارة بعقوبة أو جزاء تأديبي لا يتفق مع الجريمة المرتكبة، مما يسم هذه العقوبة بعدم التناسب مع الجريمة لمخالفته القانون لا بعدم الشرعية بالمعنى الدقيق لها.(٢) وإن كانت عدم الشرعية هي أيضا مخالفة للقانون بالمعنى الواسع له.

العلاقة بين التناسب والملاءمة في الفقه الإسلامي:

إن ملاءمة الفعل لتصرفات الشرع تعني مناسبته ورعايته لمقصود الشارع وأنه يحقق المصلحة الشرعية، وتحقيق المصلحة هي الغرض الرئيس من عمل الإدارة وهو ما يتوافق مع الشريعة الإسلامية ومقاصدها، خاصة إذا ما كانت المصالح هي النتيجة المنتظرة من إعمال المناسب، وإلى هذا انتهى الفقهاء إلى القول بأن "جميع المناسبات ترجع إلى رعاية المقاصد"(٣) ويظهر من القاعدة الفقهية المشهورة أن تصرف الإمام منوط بالمصلحة، ويشهد لذلك قول ابن نجيم "إذا كان فعل الإمام مبنيا على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعا إلا إذا وافقه، فإن خالفه لم ينفذ،...

(١) فيدل نقلا عن د/ عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، مرجع سابق، صـ٤٨٥.

(٢) د/ مصطفى عبد الشهيد عبد اللطيف خضر: مرجع سابق، صـ٤٢٩،٤٣٥.

(٣) شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: للإمام الغزالي، مرجع سابق، صـ١٦١.

وتصرف القاضي فيما له فعله في أموال اليتامى، والتركات، والأوقاف مقيد بالمصلحة فإن لم يكن مبنيا عليها لم يصح." [١]

أما ما يتعلق بالعلاقة بين التناسب والملاءمة والتمييز بينهما فإن الخلاف حوله لم يقتصر على الجانب القانوني فقط، بل نجد فقهاء الأصول في الشريعة الإسلامية أيضا قد انقسموا حول العلاقة والفرق بين المناسبة والملاءمة كذلك إلى فريقين؛ فالأصوليون من الأحناف يرون أنه لا فرق بين المناسبة والملاءمة، وأشار إلى ذلك التفتازاني بقوله "ومعنى الملاءمة الموافقة والمناسبة للحكم بأن يصح إضافة الحكم إليه" [٢]فألفاظ المناسبة والتناسب والملاءمة والموافقة جميعها ألفاظ ومصطلحات تدور حول معنى واحد وهو الوصف الذي يرتب الحكم عليه ويؤدي إلى تحقيق المصلحة أو مقصود الشارع.[٣]

بينما يرى الشافعية أن "المناسبة أعمّ من الملاءمة ويقسمون المناسب إلى ملائم وغير ملائم"[٤] وهو ما يبين من مطالعة مؤلفات أصول الفقه لأئمة الشافعية كالمستصفى حيث فرق الإمام الغزالي فيه بين المناسب والملائم وأن الملاءمة نوع من المناسب؛ فالمناسب عنده ينقسم باعتبار الملاءمة وشهادة الأصل المعين إلى أربعة أقسام: **مناسب ملائم يشهد له أصل معين** كنص أو إجماع فإنه يقبل قطعا عند القائسين، **ومناسب لا يلائم ولا يشهد له أصل معين** فلا يقبل قطعا عند القائسين، فإنه استحسان ووضع للشرع بالرأي، ومثاله حرمان القاتل لو لم يرد فيه نص لمعارضته بنقيض قصده، إذ القول بأن مناسبة الحرمان هو معاقبة القاتل بنقيض قصده

(١) الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبو حنيفة النعمان لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط١، ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م، صـ١٠٦،١٠٧.

(٢) شرح التلويح على التوضيح: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: ٧٩٣هـ)، مكتبة صبيح بمصر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج٢، صـ١٣٨.

(٣) د/ نور الدين الخادمي: المناسبة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، مرجع سابق، صـ٥٦.

(٤) موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: مرجع سابق، ج ٢، صـ ١٦٤٧.

لاستعجاله قتل مورثه فهذا لم يرد به نص، فيكون وضعا للشرع بالرأي، ويطلق عليه اسم **مناسب غريب** لأنه لا يلائم مراد الشرع ولا يشهد له أصل معين، **ومناسب يشهد له أصل معين لكن لا يلائم** فهو في محل الاجتهاد، **ومناسب ملائم ولا يشهد له أصل معين،** وهو الاستدلال المرسل، أو المناسب المصلحي وهو أيضا في محل الاجتهاد، حيث يعمل به مذهب الإمام مالك ولكن يتردد الشافعي في الأخذ به.[١] وذلك التقسيم إنما يؤكد وجود علاقة بين المناسب والملائم تظهر تأثير ذلك على كيفية الوصول للحكم ومرتبته وصحة الأخذ به. وهذا التقسيم ليس المتفق عليه عند الفقهاء بل تعددت التقسيمات فاتفقت في بعضها واختلفت في البعض الآخر، وإن كان تقسيم الإمام الغزالي هو الأقرب لما اتفق عليه الفقهاء ووافقه في ذلك الدكتور محمد مصطفى شلبي.[٢]

وخلاصة القول؛ إن إعمال رقابة الشرعية على القرار يفترض في الوقت نفسه رقابة واقعية؛ نظرا لأن الرقابة على الشرعية تهتم بالقرار في حد ذاته، أي أنه بمجرد الاعتراف بالسلطة التقديرية لسلطة اتخاذ القرار ستتحقق المحكمة مما إذا كانت السلطة نفسها قد بقيت ضمن اختصاصها بموجب القرار المتخذ، وفي هذه المرحلة يراعى مبدأ التناسب؛ فالمبدأ يوازن بين الوقائع والقرار المتخذ، من ثم أمكن الجمع بين الرقابتين "الملاءمة والتناسب"

---

(١) المستصفى: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م، صـ٣١٥. وشفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، تحقيق: د. حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد – بغداد، الطبعة الأولى، ١٣٩٠ هـ – ١٩٧١ م، صـ١٨٨.

(٢) راجع في تفصيل ذلك د/ محمد مصطفى شلبي: تعليل الأحكام، مرجع سابق، صـ٢٥٧.

الفرع الثاني

التمييز بين التناسب والموازنة

إن حسن سير المرافق العامة هي مهمة الإدارة والتي منحت من أجلها سلطة تقديرية تجعلها تمارس سلطتها على سند من فرض العدالة الإدارية بالنسبة لعمالها والقائمين عليها، مما يفرض عليها مراعاة المعايير الموضوعية التي تتفق مع روح القانون، وتحري وجه المصلحة العامة من وراء تصرفاتها وأعمالها الإدارية.(١) فالمصلحة العامة إذن هي الإطار والحد الذي يقيد سلطة الإدارة التقديرية ويحد منها.

وعندما يحدد القانون للإدارة غاية معينة من التصرف الإداري ويلزمها بها؛ فلا مجال هنا للقول بسلطة تقديرية للإدارة، وإنما تظهر تلك السلطة إذا ما تركت الغاية من التصرف دون تحديد، وهنا لا يوجد ما يقيد الإدارة سوى التزامها بفكرة تحقيق المصلحة العامة.(٢) تلك الفكرة التي لم يستطع فقهاء القانون وضع معيار لها يوضحها أو ضوابط تضبط إطار عملها أو حدود تقيد من يستند إليها أو يراقب مدى توافرها في العمل الإداري من عدمها؛ من ثم فإن التصرف الإداري الواحد قد تظهر له عدة مصالح عامة أو قد تتنازعه مصلحتان إحداهما عامة والأخرى خاصة، وقد يكون ما وراء العمل من المفاسد أكثر مما يحتوي من المصالح. وهنا يظهر دور القاضي الإداري في الموازنة بين كل ما سبق من صور.

تعريف الموازنة:

تعرف **الموازنة في اللغة بأنها من** وزن: الوَزْنُ: رَوْزُ (جرب) الثِّقَلِ والخِفَّةِ لمعرفة وزنه، ومنه الميزان. قال الزُّجَاج: اختلف الناس في ذكر الْمِيزَانِ في القيامة، فجاء في التفسير: أنه مِيزانٌ لَهُ كِفَّتانِ، وأَن المِيزانَ أُنزل في الدنيا ليتعامل الناس

(١) د/ طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، مرجع سابق، صـ٩٠.

(٢) د/ طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، مرجع سابق، صـ٨٢، ٨٣.

بالعدل وتُوزَنَ به الأَعمال، وروى جُوَيْبر عن الضَّحَّاك: أن الْمِيزَانَ العَدْلُ، ووازَنْتُ بين الشيئين مُوَازَنَةً ووِزاناً، وهذا يُوازِنُ هذا إذا كان على زِنَتِه أَو كان مُحاذِيَهُ، ووازَنَه: عادَلَهُ وَقابَلَهُ. وَهُوَ وَزْنَهُ وزِنَتَهُ ووِزانَهُ وبوِزانه أي قُبَالَتَه. وقولهم: هو وَزْنَ الْجبل أَي ناحِية منه، وهو زِنَةَ الْجبل أي حِذاءَه. [١] ومنه قوله تعالى: ﴿وَالْوَزْنُ يَوْمَئِذٍ الْحَقُّ﴾[٢] قال مجاهد: الوزن القضاء بالعدل، وقال السدى: توزن الأعمال. وقوله تعالى: ﴿كُلِّ شَيْءٍ مَوْزُونٍ﴾ [٣] أي: معلوم مقداره، وقيل: أراد كل شيء يوزن ولا يكال، وقوله تعالى: ﴿فَلَا نُقِيمُ لَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَزْنًا﴾[٤] أي: لا يزن لهم سعيهم عند الله مع كفرهم شيئا، وقال ابن الأعرابي: فيه العرب تقول: ما لفلان عندنا وزن أي قدر لخسته[٥] وَيُقَال: فلَان أوزن بني فلَان، إِذا كَانَ راجحَهم وأَوْجَهَهم. قَالَ الشَّاعِر: فإِنْ أَكُ معروقَ الْعِظَام فإِنّني ... إِذا مَا وَزَنْتُ القومَ بالقومِ وازِنُ [٦].

فالموازنة يدور معناها حول الترجيح والمعادلة والمقابلة بين أمرين، ثم يؤدي القيام بتلك العمليات إلى معرفة قدر الأمور، ثم تفضيل الأرجح وتقديمه، فيظهر بذلك الأمر الصحيح من العمل.

---

(١) لسان العرب لابن منظور: فصل الواو، ج١٣، صـ٤٤٦-٤٤٤٨، والمعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، وآخرون، دار الدعوة، ج٢، صـ١٠٢٩.

(٢) سورة الأعراف، آية رقم ٨.

(٣) سورة الحجر، آية رقم ١٩.

(٤) سورة الكهف، آية رقم ١٠٥.

(٥) الغريبين في القرآن والحديث: أبو عبيد أحمد بن محمد الهروي (المتوفى ٤٠١ هـ)، تحقيق ودراسة: أحمد فريد المزيدي، مكتبة نزار مصطفى الباز – المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩ م، ج٦، صـ١٩٩٦،١٩٩٧.

(٦) جمهرة اللغة: لأبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (المتوفى: ٣٢١هـ)، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين – بيروت، ط الأولى، ١٩٨٧م، ج٢، صـ٨٣٠.

تعريف الموازنة في الفقه الإسلامي:

هي الترجيح بين المصالح والمفاسد بتقديم المصالح أو بين مصلحتين بترجيح أقواهما أو بين مفسدتين بترجيح أخفهما عند التعارض، وفق ضوابط شرعية يراعيها المجتهد لتحقيق مقصود الشارع من الحكم.

تعريف الموازنة في الاصطلاح القانوني:

"هي الأخذ بمجموعة القواعد والأسس والمعايير التي تضبط عملية الجمع والترجيح بين المصالح المتعارضة، والمفاسد المتنافرة، وكذلك المصالح والمفاسد المتقابلة ليتبين أيهما أرجح فيقدم على غيره."[١] وبهذا يتضح تعلق مبدأ الموازنة كما سبق وأشرنا بعنصر هام في القرار الإداري وهو عنصر الغاية، وهو من العناصر التي تظهر فيها سلطة تقديرية للإدارة لا يحدها سوى تحقيق المنفعة العامة أو تحقيق ما ينص عليه أو يخصصه القانون من أهداف.

تطبيقات الموازنة في الفقه الإسلامي:

على الرغم من تأكيد الشريعة الإسلامية على الملكية الخاصة وتحريم الاعتداء عليها دون مسوغ مشروع، حيث كانت المصلحة العامة هي المبرر لهذا الاعتداء، ولقد كان للفقه الإسلامي فضل سبق عظيم في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث يذخر التاريخ الإسلامي منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم بالعديد من التطبيقات لنزع الملكية وأخذها من أصحابها، حيث كان نزع نخيل سمرة بن جندب أول تطبيق قضائي لفكرة نزع الملكية، وقد كان لنزع الملكية صور عديدة في الشريعة الإسلامية كنزعها لصالح إقامة المرافق العامة كإقامة المساجد وشق القنوات والمصارف، كما حدث في عهد الخلفاء الراشدين من نزع ملكيات الدور المحيطة بالمسجد الحرام لتوسعته، ومن صوره كذلك ما عُرف بحمى الأرض وفيه تُنزع ملكية أرض معينة وذلك

(١) د/ محمد عبد رب النبي حسنين محمود: نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في إطار القانون العام، دار السلام ،ط١، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، صـ٢٨.

للمنفعة الأمة للمسلمين حيث حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم النقيع لخيل المسلمين، ومن صور نزع الملكية كذلك نزع ملكية الأرض الميتة من أصحابها الذين تركوها دون استصلاح ونقل ملكيتها إلى من يعمرها ويستصلحها.[١] كما أن العديد من القواعد الفقهية تؤكد على ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض، منها "إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما" و "درء المفاسد أولى من جلب المصالح" وقاعدة "يُتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام" فتطبيق تلك القاعدة يؤدي إلى الحكم على الخاصة لمصلحة العامة وهو باب واسع وأمثلته عديدة في الشريعة الإسلامية، ومنه نزع الملكية الخاصة لتحقيق المنفعة العامة.[٢]

تطبيقات الموازنة في القضاء الفرنسي:

أما في القضاء الفرنسي الذي يُنسب له السبق في العصر الحديث في مجال نزع الملكية؛ فقد كان الفصل بين السلطات مبدأ أصيلا فيه دفعه قديما إلى رفض فكرة الرقابة على قرارات نزع الملكية الصادرة من الإدارة نظرا لرفضه التدخل في تقدير المنفعة العامة وترك ذلك الأمر للسلطة التقديرية المطلقة للإدارة، وكان دوره يقتصر على التأكد من تحقيق الأعمال المراد إنجازها لتلك المنفعة دون الأخذ في الاعتبار بأي ظروف محيطة بالمشروع ودون التدخل في مضمون المشروع المراد نزع الملكية من أجله، من ثم كان القاضي الفرنسي يفصل بين التكييف القانوني للوقائع وعنصر

(١) د/ فؤاد محمد النادي: القانون الإداري، مطابع الدار الهندسية، ١٤٣٨/١٤٣٩-٢٠١٧/٢٠١٨، صـ٥٤٨-٥٥١.

(٢) الموافقات: لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م، ج٣، هامش صـ٥٦٦.

الملاءمة، فكانت رقابته تنصب على مدى صحة التكييف دون الملاءمة.[١] إلا إن القضاء الفرنسي عدل عن موقفه ذلك عندما قرر في القضية المعروفة باسم "المدينة الشرقية الجديدة" أن تقدير المنفعة العامة يقوم على أساس التوازن بين المنافع والأضرار التي تنتج عن المشروع.[٢] ويبرر ذلك أنه في العصر الحديث اصطبغت فكرة المنفعة

(١) د/ نبيلة عبد الحليم كامل: دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلسي الدولة في مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، صـ١٩.

(٢) وتتلخص وقائع هذه القضية انه سنة ١٩٦٦ قررت الحكومة القيام بتجزئة عمرانية في مدينة ليل، قاصدة في نفس الوقت نقل الجامعة من وسط المدينة نظرا لما يسببه وجودها من مشكلات في المواصلات والمرور وتواجد عدد كبير من طلاب الجامعة بكافة كلياتها ومعاهدها ومبانيها وخدماتها إلى شرق المدينة مع إقامة حي جديد متكامل يتسع لعدد من السكان يتراوح ما بين ٢٠ و٢٥ ألف نسمة. وكان هذا التخطيط الجديد يقتضي نزع ملكية ما يقرب من ٥٠٠ هكتار من الأراضي، كما يقتضي تنفيذ المشروع كان نزع ملكية وإزالة ٢٥٠ منزلا كان بعضها حديث البناء بل إن بعضها كان مقاما وفقا لتراخيص بناء لم يمض عليها اكثر من عام وأمام الاحتجاج الصارخ من جانب أصحاب المنازل خطت الإدارة نحو التخفيف من حدة الآثار التي تترتب على تنفيذ المشروع فقامت الإدارة بإجراء تعديل في التخطيط الذي وضعته ابتداء بحيث يسمح هذا التعديل بخفض عدد المنازل المطلوب إزالتها إلى ٨٨ منزلا فقط، ولكن الإدارة في نفس الوقت رفضت تعديلا تقدمت به "جمعية الدفاع عن منازل السكان المراد نزع ملكيتهم" ويرمي هذا التعديل إلى تجنيب هدم أي منزل من المنازل الواقعة بالمنطقة، وبالفعل أصدرت الإدارة قرارها بإقامة المشروع ونزع ملكية ٨٨ شخصا وإزالة منازلهم التي تعوق تنفيذ المشروع وفقا للتخطيط الموضوع له. هذا ما دفع "جمعية الدفاع عن السكان" التي أقيمت خصيصا لهذا الغرض . إلى الطعن في القرار المشار إليه. حيث دعا مفوض الحكومة (Braibant) مجلس الدولة إلى موازنة مزايا ومضار قرار نزع الملكية لتقدير توافر شرط المنفعة العامة من عدمه وقد جاء في تقريره أنه لم يعد يوجد فقط السلطة العامة والصالح العام في ناحية وفي الأخرى الملكية الخاصة، فتوجد في حالات عديدة خلف نازعي الملكية والمنزوعة ملكيتهم مصالح عامة مختلفة، بل وقد يحدث أن يكون وزن المصالح الخاصة المستفيدة من العملية أكثر ثقلا في إجراءات القرار وتكوينه من المصالح العامة التي قد تضار من ذلك، فلا يمكن إذن الاكتفاء بمعرفة ما إذا كانت العملية تمثل بنفسها منفعة عامة، بل يجب أيضا أن يوضع في الميزان مضارها مع مزاياها وتكاليفها مع عائدها وكما يقول الاقتصاديون جدواه وخسائره. وبهذا أرسى مجلس الدولة

العامة بالصبغة الاقتصادية، بعد أن كانت فكرة مجردة يكفي تواجدها أو تواجد المنفعة المباشرة للمشروع للقول بنزع الملكية، دون مراعاة لأي اعتبارات أخرى، بل أصبح يؤخذ في الاعتبار المنافع المالية للمشروع والتوازن المالي للشركة القائمة على تنفيذه.(١)

لقد حظي مبدأ التوازن الذي أرساه قرار المدينة الشرقية بتطبيقات عديدة لاحقة، تطورت بعد ذلك فيما يعرف بقضية Société civil Saint– Marie de L'assomption(٢) حيث أخذ مبدأ الموازنة مفهوما جديدا؛ فلم تعد الموازنة قائمة بين

الفرنسي مبدأ هاما وهو أنه لا يمكن قانونا اعتبار عملية ما ذات منفعة عامة إلا إذا كانت ما تتضمنه من مساس بالملكية الخاصة، وكانت التكاليف المالية والمضار الممكنة على المستوى الاقتصادي والاجتماعي غير باهظة بالنسبة للمنفعة التي يحققها. د/ أحمد أحمد الموافي: فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة) رسالة دكتوراه كلية الحقوق– جامعة الإسكندرية، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م، صـ٢١٨–٢٢١، وهي أول رسالة في مصر تناقش بشكل دقيق ومتخصص فكرة المنفعة العامة من كافة جوانبها وتطرح عددا من الأفكار الدقيقة في هذا= = الشأن مما يجعلها مرجعا هاما للباحثين والقضاة على حد سواء. ود/ نبيلة عبد الحليم كامل، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية، صـ١٧ وما بعدها.

(١) د/ فؤاد محمد النادي: القانون الإداري، مرجع سابق، صـ٥٧٢.

(٢) وتتعلق هذه القضية بإقامة طريق للسيارات يصل بين مدينة نيس وإيطاليا، وكان يقتضي إنشاؤه هدم جزء من مبنى مستشفى للأمراض العقلية تسمى Saint- Marie وهو الوحيد من نوعه في المنطقة، وكان يترتب على التخطيط هدم مبنى من المستشفى به ٢٤ سرير وحرمان المستشفى من المساحات الخضراء وأماكن انتظار السيارات وهدم جزء من مبنى الخدمات وقد قام التعارض هنا بين مصلحتين عامتين هما: مصلحة اقتصادية وسياحية متمثلة في إقامة الطريق، ومصلحة الصحة العامة التي تظهر في استمرار المستشفى في أداء دوره وعدم هدم جزء كبير منه كان يقتضيه إنشاء الطريق. وقد تابع مجلس الدولة ممثلا في مفوض الحكومة (Morisot) وأجرى نوعا من الموازنة بين المصالح العامة محل البحث وكذلك كافة العناصر المحيطة بها باعتبار أن فكرة المنفعة العامة هي فكرة نسبية لا يمكن تقديرها بمعزل عما يحيط بها من عناصر، ولم يبد له قرار الهدم يتضمن ضررا باهظا بالنسبة إلى الفائدة المنتظرة من ربط طريق السيارات شمال الكتلة السكنية وبالمقابل لم يقر وصلة الربط ولا البديل رغم فائدة هذه الإنشاءات للمرور لأنها تخلق حول المستشفى منطقة مرور

مصلحة عامة ومصلحة خاصة كما هو الشأن في قرار المدينة الشرقية الجديدة، وإنما اتسعت لمجال جديد هو الموازنة بين مصلحة عامة ومصلحة عامة أخرى، ومن خلال تلك القضية أكد مفوض الحكومة (Morisot) في مذكرته الخاصة بها على أن فكرة المنفعة العامة فكرة نسبية فلا يمكن تقديرها، وبالتالي تقييمها، إلا إذا أخذنا في الاعتبار كافة العناصر المحيطة بها، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى الموازنة بين العناصر الإيجابية والسلبية للمشروع وطالما أن المنفعة العامة العائدة منه هي الشرط الأساسي لمشروعية القرار الصادر بنزع الملكية، فإن الرقابة التي يمارسها القاضي على هذه المنفعة بكل عناصرها هي رقابة مشروعية.

وأخيرا استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على اتجاه آخر جديد وهو استخدام فكرة التناسب والموازنة معا للحد من السلطة التقديرية للإدارة؛ ومن أهم أحكامه الحديثة تلك القضية المتعلقة بإنشاء خط سكة حديد فائق السرعة بين بواتييه وليموج (LGV Poitiers–Limoges)[1] حيث ألغى في جلسته بتاريخ ٢٣مارس ٢٠١٦ المرسوم الصادر من رئيس الوزراء في١٠ يناير ٢٠١٥ باتخاذ الإجراءات اللازمة لإنشاء الخط. وقد بنى حكم الإلغاء على سببين وهما: **أولا**– سبب يتعلق بالإجراءات من حيث التقييم الاقتصادي والاجتماعي الدقيق لهذا النوع من المشاريع والذي جاء قاصرا، فانتهى بذلك إلى عدم شرعية إعلان المنفعة العامة.

ثانيا: إن مساوئ المشروع تفوق مزاياه، بحيث لم يكن في المشروع مصلحة عامة، فعلى الرغم من تأكيد القاضي على مزايا عديدة للمشروع وأنه ذو مصلحة عامة

كثيفة وتحرم المؤسسة من المساحات الخضراء وكل إمكانية للتوسع، ولهذا ألغى جزئيا قرار المنفعة العامة فيما يتعلق بإنشاء وصلة الطريق والبديل. د/ نبيلة عبد الحليم كامل، المرجع السابق، ص٢٤–٢٦.

(١) تقرير مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٥ أبريل ٢٠١٦ بمناسبة حكمه في قضية LGV Poitiers-Limoges، جلسة ٢٣ مارس ٢٠١٦، على موقع المجلس على شبكة الإنترنت http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiques/LGV-Poitiers-Limoges

وأن اعتبارات التخطيط لاستخدام الأراضي تبرر قيامه بالإضافة إلى تقليل مدة السفر، إلا أن ذلك لا يمنع وجود العديد من المساوئ التي تؤدي إلى رفض إنشائه؛ منها تكلفة البناء العالية وعدم دقة أوقات السفر المعلنة وتدهور خدمات الأراضي الواقعة في منطقة أخرى نتيجة انخفاض حركة المرور عليها إذا ما تم استبدال الخط السريع بها، وأخيرا انتهاك حقوق أصحاب الأراضي وإعلانهم بنزع ملكيتهم رغم أن القيام بالمشروع سيكون بين عامي ٢٠٣٠ و ٢٠٥٠.

وبهذا تدخل القاضي الإداري الفرنسي ليس فقط في صحة الإجراءات ومدى مشروعيتها، بل في فكرة المنفعة العامة ذاتها، وذلك من خلال موازنته بين منافع المشروع، ومضاره، وضرورته. فالقاضي الإداري في هذا الشأن إذن يقوم بثلاثة أنواع من الرقابة وهي:

١- تقدير أهمية المشروع. **(رقابة ملاءمة)**

٢- ضرورة إجراء نزع الملكية. **(رقابة تناسب)**

٣- مدى تفوق فوائد المشروع على عيوبه، مع مراعاة جميع المصالح العامة والخاصة . **(رقابة موازنة)**

إذن عملية الموازنة والترجيح بين الجوانب الإيجابية والسلبية للمشروع، تفترض وجود منفعة عامة ثم تتم المقارنة بينها وبين الأعباء والأضرار التي ستترتب على تنفيذه.[١] ومرحلة الموازنة هي مرحلة مهمة يقوم بها القاضي ويترتب عليها اتخاذ قراره بوجود التناسب بين القرار المتخذ وبين الوقائع التي تشمل مساوئ ومنافع المشروع أو

(١) د/ أحمد أحمد الموافي: فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة)، مرجع سابق، صـ٢٢١.

عدم التناسب، وهو ما يتفق مع رأي البعض بأن "**الرقابة على التناسب يتوافق مع جوهر القانون الإداري وهو؛ التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة.**" (١)

تطبيقات الموازنة في القضاء المصري:

لفد عرف القضاء المصري تطبيق نظرية الموازنة في قضية شهيرة تتعلق برفع الاعتداء عن ملك الدولة تعرف باسم قضية "عزبة خير الله"(٢) حيث يعتبر الحكم الذي أصدرته المحكمة الإدارية العليا سنة ١٩٩١ بمثابة نقطة تحول في مسار القضاء الإداري المصري نظرا لاستناده على نظرية الموازنة بشكل واضح وصريح، بعد أن كان القضاء يقف في قضايا نزع الملكية عند حد التأكد من وجود منفعة عامة يراد تحقيقها من وراء القرار، حيث أعطت المحكمة لنفسها حق الموازنة والترجيح، واستجابت محكمة القضاء الإداري لطلب الطاعنين بوقف تنفيذ القرار وإلغائه نتيجة لعدم تحقق المنفعة العامة بعد القيام بالموازنة بين مصلحتين من حيث المنافع والأضرار؛ إما الحفاظ على ممتلكات الدولة أو حماية المواطنين، فرجح الثانية بسبب الأضرار الناجمة عن الأولى، ولقد أرسى هذا القرار بالتالي العديد من المبادئ أهمها :"إن السلطة القضائية مسؤولة عن إقامة العدل وحماية الشرعية والمشروعية وسيادة القانون وحماية الحقوق والحريات العامة والخاصة" وهكذا نجد في هذا الحكم اهتماما بتحقيق "توازن عادل" بين مطالب المصلحة العامة للمجتمع ومتطلبات حماية حقوق الفرد مما ينعكس أيضا في مبدأ التناسب.

---

(١) Grégory Kalfléche :Le contrôle de proportionnalité exercé Parise Juridictions Administratives, Les Petites Affiches, n° 46 spécial, 5 mars 2009 pp. 46-53, p.2

(٢) تتلخص وقائع هذه القضية في إصدار قرار من طرف محافظ مدينة القاهرة لصالح شركة المعادي للتنمية والتعمير من أجل مشروع استثماري، بموجب تسليم أرض مملوكة للدولة ويتواجد حوالي عشرين ألف مسكن تسمى عزبة خير الله. وألزم هذا القرار ساكنيها بإزالة المباني وطعن اثنان من سكان هذه المنطقة في القرار وطلبا من القضاء وقف تنفيذه بصفة مستعجلة وفي الموضوع إلغاء القرار.

وفي حكم حديث للقضاء المصري جمع فيه بين الموازنة والتناسب كمبدأين يستند إليهما القاضي الإداري عند قيامه بالرقابة فقضى بأنه "ومن حيث إنه بالنسبة لطلب الطاعن الحكم بفسخ العقد المبرم بينه وبين الجهة الإدارية بشأن إنشاء ١١٤ وحدة سكنية بمشروع مبارك للشباب (موقع رقم ٥) بمدينة الغردقة، فإن المادة ١٤٧ من القانون المدني تنص على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة **جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول**، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"... وقد تواتر قضاء هذه المحكمة على أن جهة الإدارة تملك بإرادتها المنفردة – وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم – حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزام المتعاقد معها فتزيد الأعباء الملقاة على عاتقه أو تنقصها، وتتناول الأعمال المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان على خلاف ما ينص عليه في العقد، فضلا عن إنهاء العقد إذا ما قدرت أن هذا الإجراء تقتضيه المصلحة العامة، دون أن يكون للمتعاقد معها الاحتجاج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين أو بالحق المكتسب؛ لكن **سلطة التعديل ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية**، ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار أو نطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد، إذ يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد، بحيث لا تتجاوز الإمكانات الفنية والمالية للمتعاقد، أو يكون من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب." [١]

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٢٣٦٧ لسنة ٥٣ قضائية بتاريخ ٢٠١٠/١١/٣٠ مكتب فني ٥٦، صـ ٧٢١.

إن دلالة الحكم لا تترك أدنى ريب بأن هناك فارقا بين الموازنة والتناسب؛ فالموازنة تأتي أولا كعملية وإجراء يقوم به القاضي حيث يضع جميع المصالح العامة والخاصة أمامه، ويعمل على الموازنة بينها فيقدم ما له أولوية التقديم على غيره، فتكون النتيجة المترتبة على ذلك هو خلق ذلك التناسب أو التوفيق بين المصالح، ورد الالتزام إلى الحد المعقول، وهو ما ينبغي أن تسعى إليه الإدارة، فإن تجاوزته ولم تحققه كان على القاضي تحقيقه.

العلاقة بين الموازنة والتناسب:

لقد أثار تطبيق مبدأ الموازنة والاستعانة به والتعبير عنه بمصطلح التناسب خلافا بين الفقهاء في فرنسا ومصر حول العلاقة بين المبدأين؛ فقد اتجه الفقه الفرنسي إلى اعتبار نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار هي مجرد وسيلة قضائية لممارسة رقابة التناسب على قرار نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، وليس مبدأ من المبادئ العامة، فالقاضي الإداري يراعي هذا التناسب من خلال موضوع أو محل القرار أي عند تقديره للمنفعة العامة، وعلى هذا الأساس يقوم بالموازنة بين المكاسب والتكاليف التي يرتبها هذا القرار من الناحية الاقتصادية والاجتماعية ولذلك سميت برقابة التناسب.(١) ويخالف هذا الرأي ما اتجه إليه بعض الفقه المصري والذي يفرق بين مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار، ويرى أنه مبدأ من المبادئ العامة للقانون، وبين مبدأ التناسب، لأن المبدأ الأول يراعي فيه القاضي أضرار القرار في كفة ومنافعه في الكفة الأخرى من أجل الحكم بإلغائه أو صحته، فهذه الأمور تتعلق بغاية القرار؛ إلا أن المبدأ الثاني يرتبط بالعلاقة بين محل وسبب القرار أي التوافق بين الأثر والدافع لإصدار القرار الإداري.(٢)

(١) د/ خليفي محمد: الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة –دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية –جامعة أبي بكر بلقايد – الجزائر، ٢٠١٥/٢٠١٦، صـ٣٠٣ ،٣٠٤.

(٢) د/ سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، صـ٢٧٦.

ويمكن أن نلاحظ من خلال هذه الآراء الفقهية أن هناك من يعتبر نظرية الموازنة مبدأ من المبادئ العامة للقانون المتعلقة بغاية القرار، ويتم تطبيقه على القرارات المتضمنة التصريح بالمنفعة العامة، كما أنه يعتبر التناسب مبدأ يستند عليه في القرارات التأديبية الذي يقوم على التوفيق والانسجام بين عنصري السبب والمحل في القرار الإداري. أما الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري في الاختيار بين أمرين وترجيح أحدهما فهي رقابة موازنة القرار الإداري، أما الحالات التي تتوسع فيها سلطة القاضي في الاختيار، فتسمى برقابة التناسب، إلا أن الواقع يشير إلى أن عناصر القرار الإداري تتشابك فيما بينها، فغالبا ما ينتقل العيب الذي يصيب أحد العناصر إلى عنصر أو أكثر في القرار، فعندما أصبح القاضي الإداري يبسط رقابته على عنصري السبب والغاية تبين أن العيب الذي يصيب أحدهما إنما هو مخالفة للقانون بالمعنى الواسع مما يعني تعلقه بعنصر المحل كذلك، وتعرف الرقابة على ركن السبب برقابة مدى توافق القرار مع الوقائع أو برقابة التناسب، أما الرقابة المتعلقة بركن الهدف أو الغاية فهي رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار أي مدى توفر شرط المصلحة العامة. (١)

ويظهر في الفقه الإسلامي وما وضعه الفقهاء من قواعد فقهية ما يشير إلى الموازنة من خلال تطبيق القاعدة الفقهية "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" ذلك أن الضرورة تقدر بقدرها فإذا كان ارتكاب الضرر والمفسدة لا مفر منهما فيُختار الضرر الأخف لدفع ضرر أو مفسدة أشد، فيُضحى بالمصلحة الخاصة في سبيل الحفاظ على المصلحة العامة وتحقيقها، إذ "الضرر الخاص يُتحمل لدفع ضرر عام" وجميعها قواعد تتعلق بقاعدة "الضرر يزال" وأصلها قوله عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار»(٢)

(١) الخير بوضياف: حدود رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي، الجزائر، جامعة محمد خيدر بسكرة، العدد ١٥، تاريخ النشر ١٥ يونية ٢٠١٧، صـ٣٢١. https://www.asjp.cerist.dz/en/article/31756

(٢) حديث حسن، أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج ٢، صـ٧٨٤، والدار قطني في سننه كتاب البيوع، باب البيوع، ج٢، صـ٦٨٤.

وتطبيقا لذلك أوجب الفقهاء نقض حائط مملوك مال إلى طريق العامة على مالكها؛ دفعا للضرر العام وحفظا لنفوس المارة في الطريق.(١)

ونخلص من التمييز بين التناسب وكل من الملاءمة والموازنة أنه عندما يعرض على القاضي الإداري دعوى إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة انطلاقا من سلطتها التقديرية؛ فإنه بمقتضى دوره الإنشائي، يراعي إعمال رقابته بما يتفق مع مقتضيات تطبيق العدالة من جهة ومع حرية الإدارة في ممارسة واجباتها من جهة أخرى، ويُتصور أن تكون رقابة القاضي بالشكل التالي:

أولا: يراقب القاضي مشروعية عناصر العمل الإداري، فإن تبين وجود عوار في إحداها حكم بإلغاء القرار، وإن لم يجد وتبين مشروعية عناصر القرار انتقل إلى نوع آخر من الرقابة.

ثانيا: رقابة الموازنة والترجيح بين ما يحققه العمل الإداري من منفعة وما يترتب عليه من مضار، وهنا يظهر دور القاضي الإداري في القيام بهذه الموازنة للرقابة من خلالها على سلطة الإدارة التقديرية.

ثالثا: رقابة التناسب على الملاءمات المتروكة للإدارة، وما توصلت إليه من نتائج بعد الموازنة؛ حيث يراقب القاضي من خلالها مدى ملاءمة إصدار القرار وهل الوقائع تعد سببا يبرر حقا وواقعيا إصدار القرار؟ وهل يترتب على الموازنة تحقيق المصلحة؟

فإذا كانت الأسباب ليست مبررا لإصدار القرار حكم القاضي بإلغاء العمل الإداري، أما إذا كانت الوقائع مبررا للعمل الإداري، بحث القاضي الإداري في زاوية أخرى من زوايا القرار الإداري وهي الغرض والغاية من القرار.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، مرجع سابق، صـ٧٢، ٧٥.

المبحث الثاني

معايير وضوابط إعمال رقابة التناسب

من المعلوم أن دور القاضي في إعمال رقابة التناسب على القرارات الصادرة من جهة الإدارة بموجب سلطتها التقديرية يستلزم منه وضع أسس تعد بمثابة معايير تساعده في التعرف على وجود أو عدم وجود التناسب في القرار، فإذا ما اطمئن إلى ذلك احتاج إلى ضوابط تساعده على تحقيق وإجراء رقابة التناسب فتكون بمثابة حدود يقف عندها في أدائه لعمله، وقد كان لاستقراء التطبيقات القضائية وآراء الفقهاء فضل كبير في التعرف على تلك المعايير والضوابط، والتي نستعرضها على النحو التالي:

المطلب الأول: معايير إعمال رقابة التناسب

المطلب الثاني: ضوابط إعمال رقابة التناسب

المطلب الأول

معايير إعمال رقابة التناسب

لا شك أن إعمال القاضي رقابة التناسب، يستلزم وضع معايير أو دلائل يستند إليها، يستطيع من خلالها التعرف والحكم على مدى تناسب أو عدم تناسب العمل الإداري المتخذ مع السبب المبرر له، ومن خلال استقراء العديد من تطبيقات القضاء الفرنسي والمصري ومراجعة آراء الفقه، يتبين أن القاضي يسترشد بمعايير أساسية تساعده في إعمال تلك الرقابة.(١) وتلك المعايير تمثل في حقيقتها مبادئ قانونية عامة ابتدعها القضاء لتنير له درب الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية دون التعدي عليها، "فعندما يطبق القاضي المبادئ القانونية العامة فإنه لا يطبقها بهدف إهدار السلطة التقديرية للإدارة وحرمانها من حرية التقدير تماما، وإنما يطبقها فقط ضمانا للمشروعية

(١) Nathalie Belley : L'émergence d'un principe de proportionnalité, Les Cahiers de droit, Volume38, p264.

وإعلاء لكلمة القانون."[١] وتلك المبادئ هي؛ مبدأ الخطأ الظاهر في التقدير، ومبدأ معقولية العمل، ومبدأ ضرورة الإجراء، وأخيرا مبدأ الموازنة، وفيما يلي بيان تلك المبادئ.

الفرع الأول

مبدأ الخطأ الظاهر أو البين في التقدير[٢]

بدأ القاضي الفرنسي تطبيق ذلك المبدأ بشكل صريح منذ عام ١٩٧٨ ومنه اتجه القاضي تدريجيا نحو رقابة التناسب بين العقوبة والمخالفة. وقد اتجه القضاء المصري إلى تطبيقه كذلك تحت أسماء أخرى منها عدم الملاءمة الظاهرة أو الغلو في التقدير، كما أصبح يستعمل في أحكامه حديثا مصطلح "عدم التناسب الظاهر أو البين" للتعبير عن هذا الخطأ الظاهر في التقدير، وأحكام القضاء المصري عديدة ولا تقع تحت حصر فيما يتعلق بهذا المبدأ، حيث يبرر به حالات عدم التناسب خاصة في مجال العقوبات التأديبية.

تعريف الخطأ الظاهر في التقدير: عرَّف كل من Auby و Drago الخطأ الظاهر في التقدير بأنه "الخطأ الواضح أو الجسيم بل والخطير الذي يكون مرئيا حتى بالنسبة لغير المتخصصين من رجال القانون"[٣] ويظهر من خلال تعريفهما، بيان للشرطين اللذين ينبغي توافرهما في هذا المبدأ للحكم على العمل الإداري بعدم التناسب وهما:

---

(١) د/ سامي جمال الدين: الرقابة على أعمال الإدارة وفقا لمبدأ المشروعية ودولة القانون في ظل دستور ٢٠١٤، مؤسسة حورس الدولية، ط٢٠١٥، صـ٢٠٠.

(٢) لمزيد من التفصيل حول تعريف الخطأ البين ومراحل ظهوره ومعياره يراجع د/ سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، من صـ٢٨٩إلى صـ٣٠٢. ود/ مصطفى عبد الشهيد عبد اللطيف خضر: مرجع سابق، من صـ٥٨٩ إلى صـ٦٢٧.

(٣) Auby (J.M.) et Drago (R) : « Traitè de Contentieux administratif Op.Cit.,P.394، نقلا عن د/حسان عبدالله يونس الطائي ،رسالة دكتوراه ، مرجع سابق، صـ٤٣٨.

١- أن يكون الخطأ واضحا، ودرجة ذلك الوضوح تظهر من عجز التعريف وهو "أن يكون مرئيا حتى بالنسبة لغير المتخصصين من رجال القانون"

٢- أن يكون الخطأ جسيما، والظاهر من التعريف واستخدام كلمة "أو" بأن الجسامة يمكن أن تحل محل الوضوح، وكأن المقصود هو أن مقدار تلك الجسامة ستكون دون شك واضحة، لذا يكفي جسامة الخطأ بديلا عن الوضوح.

لقد كان لهذا المبدأ (الخطأ الظاهر في التقدير) الذي ابتدعه القضاء وما مر به من تطور دور كبير في دفع القاضي إلى تجاوز رقابة الوصف القانوني إلى رقابة تقدير الوقائع، فاستعان به القاضي للحكم على تناسب العمل الإداري، وهو بذلك إنما يمارس الحد الأدنى من الرقابة، وذلك عندما تترك النصوص القانونية للإدارة سلطة تقديرية واسعة، حينها يراقب القاضي مدى تناسب الإجراء الذي اتخذته الإدارة ويقيسه على ما كان ينبغي عليها اتخاذه، وكذا مدى التزامها بالأهداف التي تتبعها.(١)

أما في الفقه الإسلامي فإن الخطأ الظاهر في التقدير هو تعبير عن الغلو، وهو ما أشار إليه القرآن الكريم منذ أربعة عشر قرنا من الزمان، عندما حث ربنا تبارك وتعالى في محكم آياته على المماثلة وعدم المغالاة في قوله تعالى ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾(٢) ففي الآية تأكيد على رفض الغلو في العقوبة، وبيان وتوضيح لمبدأ هام من المبادئ التي يقوم عليها الدين الإسلامي الحنيف، وهو مبدأ العدالة وهي نقيض الظلم والجور، وهما ينتجان عن الغلو وتجاوز الحد في العقوبة، والخطأ الظاهر أو الجسيم إنما يؤدي إلى هذا الغلو، ولقد قيل في بيان العدالة "وحق العدالة أن لا يقع من صاحبها الحكم بغير المماثل، إلا لغلط أو طروء شبهة بأن المعتبر في المماثلة هو هذا الوصف دون هذا الوصف والواقع

(١) Grégory Kalfléche: Le contrôle de proportionnalité exercé Parise Juridictions Administratives,P.6

(٢) سورة النحل، آية ١٢٦.

بخلافه."[١] إن حقيقة العدالة كما هو ظاهر أن الشخص الذي بيده الحكم لا يصدر حكمه إلا بما يماثل ما ارتُكب من فعل، أما إذا كان الحكم بما لا يماثل فما ذلك إلا لغلط أو خطأ وقع فيه مصدر الحكم، فأوقعه ذلك في الغلو.

وفي القضاء يمثل مبدأ الخطأ الظاهر والبين وسيلة يستعين بها القاضي لإعمال رقابة التناسب خاصة في مجال القرارات التأديبية، وذلك عندما يترك للإدارة الخيار بين عدة جزاءات في العقوبات التأديبية، وقد كان القاضي الإداري لا يمارس رقابته على حرية الإدارة وتقديرها للعقوبة ومدى التناسب بين خطورة الذنب والعقوبة الموقعة، إلا أنه بدأ يتبين أنه في بعض الحالات يكون هناك خطأ ظاهرا في تقدير الإدارة مما يستلزم الرقابة والبحث حول مدى تناسب الذنب مع العقوبة،[٢] وتلجأ المحكمة في سبيل التأكد من مدى التناسب بين العقوبة والمخالفة، وعدم وصف الجزاء بالغلو، إلى الأخذ بعين الاعتبار بالهدف من توقيع العقوبة، كما أنها تأخذ في حسبانها ظروف وملابسات كل واقعة على حدة حتى تصل من خلال ذلك إلى عين الحقيقة، من ذلك ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا "إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه ولئن كان للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية ومجالس التأديب سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، **ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي تغياه القانون من التأديب ويعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ومن ثم**

---

(١) أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القِنَّوجي : فتحُ البيان في مقاصد القرآن، مراجعة وتقديم: خادم العلم عَبد الله بن إبراهيم الأنصَاري، المَكتبة العصريَّة للطبَاعة والنَّشْر، صَيدَا – بَيروت، ط ١٤١٢ هـ – ١٩٩٢ م، ج٤، صـ٥٣.

(2)Daniel Giltard: Le pouvoir d’appréciation dans l’action administrative, Zbornik radova Pravnog fakulteta,p20

يخضع لرقابة هذه المحكمة التي يخضع لرقابتها أيضاً تعيين الحد الفاصل بين النطاقين، ومن هذا جاء تدرج القانون بالعقوبات التأديبية المقررة للذنوب الإدارية بدءاً بالإنذار وانتهاءً بالفصل من الخدمة وعلى نحو يحقق بالتعدد في الجزاءات هدف العقاب ومشروعيته بزجر مرتكب الفعل وغيره وتأمين سير المرافق العامة ... والهدف الذي توخاه القانون من التأديب هو بوجه عام تأمين انتظام سير المرافق العامة، ولا يتأتى ذلك، إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي لعدم تحمل المسئولية، خشية التعرض لهذه القسوة الممعنة في الشدة، والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي للاستهانة في أداء الواجبات طمعاً في هذه الشفقة المفرطة في اللين، فكل من طرفي النقيض، لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة. وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي يرمي إليه القانون من التأديب، وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة. ومعيار عدم المشروعية ليس معياراً شخصياً وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره وأن تعيين الحد الفاصل بين نطاق المشروعية ونطاق عدم المشروعية، مما يخضع لرقابة القضاء على أساس وزنه بميزان القانون وزناً مناطه مبدأ المشروعية... بيد أنه بشأن تقدير العقوبة التي يتعين توقيعها عليه، **فإن هذه المحكمة تخضع في اعتبارها ضآلة المبلغ محل الاختلاف والذي لا يجاوز ٢٦٣.٢٥جنيهاً والذي قام بسداده ... طبقاً لما تضمنته ثنايا تحقيقات النيابة العامة المرفقة بالأوراق ، وبالتالي فقد تم جبر الضرر المالي الذي نتج عن المخالفة التي ارتكبها الطاعن، مما يستوجب تخفيض الجزاء الموقع عليه ليتناسب مع المخالفة المنسوبة إليه،** وحيث إن الحكم الطعين لم يذهب لذات الاتجاه، فقد صدر معيباً بعوار الغلو وعدم التناسب

بين المخالفة والجزاء المطعون عليه، مما يستوجب القضاء بإلغاء الحكم الطعين، والقضاء مجدداً بالعقوبة المناسبة، على النحو المبين بمنطوق الحكم الماثل." (١)

الفرع الثاني

مبدأ معقولية القرار

يتعلق هذا المبدأ في الأساس بعنصر السبب، فعدم معقولية سبب القرار يعد عيبا في مشروعية القرار يوجب إلغاءه لمخالفته القانون لعدم تناسبه، ووفقا لهذا المعيار فإن القرار يكون متناسبا أو غير متناسب استنادا إلى معقوليته؛ فالتناسب إذن نتيجة تترتب على المعقولية، ولا شك في أهمية المعقولية في القانون لتقرير صلاحية القرار أو التصرف.

إن معقولية القرار تتعلق بمعقولية السبب والذي يعني أيضا ضرورة استناد القرار على أسباب جدية تبرره خاصة في معرض الحقوق والحريات العامة، إذ أن القرارات التي تستند على أسباب عامة أطلقتها الإدارة بناء على سلطتها التقديرية تجد رفضا وإلغاء من جانب القضاء أثناء رقابتها عليها، فرفض الإدارة منح ترخيص سلاح لأحد الأفراد استنادا إلى عدم كفاية المبررات اللازمة لمنحه الترخيص، بالإضافة إلى عدم وجود سبب من الأسباب الواردة في م ٧ من قانون الأسلحة والذخائر، وكون الإدارة إنما تسعى إلى صيانة الأمن في المجتمع وحفظ النظام العام، فإن ذلك لا يعد دافعا معقولا ومبررا للاعتداء على المصلحة الشخصية لطالب الترخيص، لذا جاء قرارها بقبول الحكم الصادر من محكمة أول درجة بإلغاء قرار الإدارة وجاء في حيثيات الحكم "أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن الإدارة ملزمة بذكر أسباب قرارها المتضمن رفض منح ترخيص بحيازة سلاح للدفاع عن النفس، ولا تكتفي الإدارة بذكر عبارة عامة مرسلة من قبيل (عدم كفاية وجدية المبررات)، فرقابة المشروعية تفرض على القاضي الإداري أن يتحرى من واقع المستندات مدى صحة وكفاية المبررات التي

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٨٨١١ لسنة ٥٧ قضائية، تاريخ الجلسة ٢٠١٧/١٠/٢١، أحكام غير منشورة.

ذكرها طالب الترخيص، **وذلك بمراعاة أن مشروعية القرار الإداري تتوقف على مدى صحة ومعقولية السبب التي استندت إليه الإدارة لإصدار القرار، ووجود تناسب بين السبب والنتيجة التي انتهى إليها القرار ...**" (١)

واشتراط المعقولية معتبر أيضا في الفقه الإسلامي، وهو ما ذهب إليه الإمام الرازي في تعريفه للمناسب "بأنه الملائم لأفعال العقلاء في العادات"(٢) كما عرفه أبوزيد الدبوسي أيضا بأنه "ما لو عرض على العقول تلقته بالقبول"(٣) فما وافق عليه العقل وقبله يكون مناسبا، ويكون ترتب الحكم عليه جالبا لنفع أو مصلحة أو دافعا لمفسدة أو ضرر،(٤) إلا أن العقل وحده ليس سبيلا للحكم بل يسانده ويؤكده الدليل سواء كان نصا أو غيره "والعقل لا يستقل بإدراك الطريق الخاص في جلب المصلحة إلا بدليل يعين له ذلك الطريق، فهو أمر مسلم، فلا بد من وجود دليل يرشد العقل إلى الطريق الخاص في معرفة المصلحة، سواء أكان الدليل نصاً أم غيره، دل بظاهره أم بعمومه على وجود المصلحة، أم كان الدليل هو الاسترشاد بمقاصد الشريعة، فهذا مسلم أيضاً، فإن المجتهد يسترشد بمقاصد الشريعة في إدراك المصلحة، وكونها مناسبة للحكم، أما بدون هذا الاسترشاد فلا يهتدي العقل إلى المصالح." (٥) فالعقل وحده ليس طريق الوصول إلى الحكم كما أن النص وحده ليس كذلك، ولابد من وجودهما معا للتوصل إلى وجه المصلحة والتعرف على مقاصد الشرع من الحكم.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٧٩٢٩ لسنة ٥٦ قضائية بتاريخ ٢٠١٨/٥/٢٦، أحكام غير منشورة.

(٢) المحصول: للرازي، مرجع سابق، ج٥، صـ١٥٨.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، مرجع سابق، ج٣، ص٢٧٠.

(٤) د/ نور الدين الخادمي: المناسبة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، مرجع سابق، صـ٥٧.

(٥) تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي لأبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، دراسة وتحقيق: د سيد عبد العزيز – د عبد الله ربيع، الناشر: مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث – توزيع المكتبة المكية، ط١، ١٤١٨ هـ – ١٩٩٨م، ج٣، صـ٤٢-٤٣.

معيار الحكم على عدم معقولية القرار:

إن الرقابة على معقولية القرار أو عقلانيته والحكم على قرار ما بأنه غير مشروع وإن كان صحيحا ومستكملا جميع عناصره، يكون لوجود معيار أو أكثر يشير إليه وهي؛ إما لعدم قيامه على أسباب كافية وصحيحة تبرره عقلا وقانونا، أو أنه لم يتم اتباع إجراءات صحيحة متسقة ومقبولة وقانونية، فالإدارة ملزمة بأن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال للقيام بتقدير عملها وأن تجريه بروح موضوعية، وهذا الالتزام هو التزام قانوني لا مجرد ضابط أخلاقي أو فني في الإدارة،[١] فمعيار معقولية القرار يعني أنه ينبغي على القاضي أن يأخذ في الاعتبار جميع الحقائق الخاصة بالوضع سواء من الناحية الواقعية العقلية أو القانونية. من ثم وكما يقول البعض[٢] فإن التناسب والقرارات المعقولة يتقاسمان من وقت لآخر أرضية مشتركة للعمل. ذلك أن الأسباب التي تؤدي إلى إعمال معيار المعقولية تعتبر أكثر وأوسع مجالا من مبدأ التناسب، لذا قد تكمن معقولية القرار في حقيقة أنه يحترم مبدأ التناسبية، أو قد يكون القرار غير معقول للعديد من الأسباب التي لا علاقة لها بمبدأ التناسب، إلا أنها ترتبط بالموازنة بين اعتبارات معينة أو مصالح متعارضة ومحاولة التوفيق بينها، من ذلك قرار الإدارة الصادر بإرادتها المنفردة بتعديل العقد بالزيادة أو النقصان أو إنهاء العقد فهذه القرارات تعد سلطة تقديرية للإدارة إلا أن هذه السلطة مقيدة بالمعقولية، وهو المبدأ الذي استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا في حكم لها جاء فيه "ترد على سلطة التعديل قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية، وما يترتب على التعديل من أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد – يتعين أن تكون هذه الأعباء في

(١) د/ عزيزة الشريف: دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي، دار النهضة العربية، ط ١٩٨٩، صـ١٣٢،١٣٣.

(٢) Nathalie Belley: L'émergence d'un principe de proportionnalité, Les Cahiers de droit, Volume38 , P.264.

الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها، بحيث لا تتجاوز الإمكانات الفنية والمالية للمتعاقد، أو يكون من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد."[١]

المعقولية والتناسب بين الارتباط والاستقلال في العمل الإداري:

إن المعقولية والتناسب إذن ليسا وجهان لعملة واحدة في الواقع، فوجود التناسبية في العمل الإداري يعني دون أدنى شك وجود معقولية فيه، أما العكس فغير لازم، إذ لا يشترط في العمل المعقول أن يكون متناسبا، وقد يكتفي القاضي بوجود الحد الأدنى من المعقولية في القرار للحكم عليه بالتناسب، وهناك العديد من الأعمال التي تصدر عن جهة الإدارة تتسم بالمعقولية ولا تتسم بالتناسب، خاصة تلك القرارات المتعلقة بالحقوق الفردية، فقد يصدر قرار بفصل الموظف من الوظيفة لأسباب معقولة كارتكابه عدة جرائم إدارية متكررة تنم عن إهماله وسوء إدارته، وإن كان الفصل كعقوبة لا يتناسب مع جريمة الإهمال ولا تعد دافعا كافيا وحده يبرر العقوبة، إلا أن الظروف والملابسات التي أحاطت بالوقائع المرتكبة كانت مبررا ودافعا معقولا لتأييد عقوبة الفصل، ولا يعني ذلك أن المعقولية عنصر من عناصر المشروعية وسبب مستقل من أسباب بطلان القرار، وإنما تمثل المعقولية معيارا مساندا مع عناصر القرار، فيأخذه القاضي في الاعتبار أثناء نظر الدعوى.

إن مبدأ معقولية القرار قد يعني ضرورة استناد العمل الإداري إلى أسس وضوابط حاكمة للتقدير تستنبط من النصوص التشريعية؛ كوضع ضوابط ومعايير فنية ومهنية تكون عناصرا محددة للتقدير حتى لا تكون القرارات قائمة على معايير شخصية أو أهواء لمصدر القرار، كما ينبغي لتلك العناصر أن تتسم بوحدة تطبيقها على كل من تشمله هذه النصوص، وهي بذلك تضع حدا للسلطة التقديرية للإدارة ومعيارا تتبناه السلطة القضائية لإعمال رقابتها، ويظهر ذلك من خلال مبدأ وضعته المحكمة الإدارية العليا بقولها "تتمتع وزارة الداخلية بسلطة تقديرية في ترقية الضباط أو إنهاء خدمتهم

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٢٣٦٧ لسنة ٥٣ قضائية بتاريخ ٢٠١٠/١١/٣٠، مكتب فني ٥٦، صـ٧٢١.

بالإحالة إلى المعاش أو مدها- **هذه السلطة تقوم على عناصر التقدير المحددة تشريعيا في قانون هيئة الشرطة كعناصر محددة، تفيد بأن أداءه الفني والمهني يكشف عما سيكون عليه مستقبلا في أداء الواجبات الوظيفية، كما تتصف بكونها موحدة تطبق على كل ضباط الشرطة في شئونهم جميعها.**" وقد ورد هذا المبدأ في حكم للمحكمة قضت فيه بإلغاء قرار وزير الداخلية المطعون فيه حيث نص الحكم على أن "وَجْه مخالفة الحكم الطعين للقانون والخطأ في تطبيقه وتأويله يتمثل فيما ذهب إليه من منح وزير الداخلية السلطة المطلقة في شأن اختيار بعض اللواءات للمد لهم في الخدمة دون معقب عليه في ذلك، ودون تعويل منه على ما تضمنته ملفات خدمة السادة اللواءات الذين يختار من بينهم الوزير من يستبقيه في الخدمة، ومن لا يسمح له بذلك، ... دون رقابة عليه من قضاء المشروعية، ومرجع هذه المخالفة أن الحكم الطعين يرسخ لإهدار مبدأ تكافؤ الفرص وغبن المتميزين من الضباط الحريصين على تأدية عملهم بشرف وأمانة وعلى نحو يتسم بالكفاءة وحسن الأداء، فالمعيار الذي ذهب إليه الحكم الطعين معيار شخصي منوط بشخص الوزير ولا علاقة له بأداء العمل وما انطوت عليه ملفات خدمة الضباط، وافترض أن قرارات الوزير في اختيار العناصر التي يرى أنها صالحة للمد والاستمرار بالخدمة هي قرارات سيادية لا يجوز خضوعها لرقابة قضاء المشروعية، وهذا إقرار من الحكم لوزير الداخلية بالسلطة المطلقة التي لا تعدو أن تكون مفسدة مطلقة، وهذا ما يتناقض مع ما استقرت عليه الدساتير المصرية المتعاقبة من عدم جواز تحصن القرارات الإدارية من الطعن عليها." [1]

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١١٧٩٥ لسنة ٦٠ قضائية بتاريخ ٢٠١٥/٣/١٥، مكتب فني ٦٠ رقم الجزء ١، صـ٦٧٦.

الفرع الثالث

مبدأ ضرورة الإجراء الضبطي

ففي ظل هذا المبدأ والذي تظهر أهميته في مجال الحقوق والحريات العامة، لا يكفي وجود الوقائع المادية، وصحة تكييفها القانوني، لتبرير قرار الضبط، وإنما لابد من وجود حالة ضرورة تبرر تدخل الإدارة، وأن يوجد تناسب بين هذه الحالة وبين الإجراء المتخذ.(١) ومن ثم يمثل هذا المبدأ مبررا يستدعي تدخل القاضي الإداري وقيامه بواجبه في الرقابة على العمل الإداري، وذلك استنادا إلى قاعدة "ضرورة تناسب محل التدبير الضبطي مع أسبابه الواقعية التي دعت إليه" حيث يشترط في الإجراء الضبطي أن يكون ضروريا ولازما ومتناسبا مع أهمية الوقائع التي تدعو الإدارة لاتخاذه، وهو أحد القواعد القضائية التي ابتدعها القضاء الإداري بعد ذلك والتي استلهمها من ضمير الجماعة، واستقراء التنظيم الدستوري والتشريعي في المجتمع.(٢)

حدود سلطة القاضي الإداري في الرقابة على ضرورة الإجراء:

إن توسع القاضي الإداري في درجة رقابته واتجاه مستوى الرقابة إلى درجة رقابة أهمية وخطورة الأسباب لم يكن أمرا مقبولا فيما سبق، وهو ما أشار إليه حكم للمحكمة الإدارية جاء فيه "إن القرار التأديبي، شأنه شأن أي قرار إداري آخر، يجب أن يقوم على سبب يسوغ تدخل الإدارة لإحداث أثر قانوني في حق الموظف، هو توقيع الجزاء، للغاية التي استهدفها المشرع، وهي الحرص على حسن سير العمل تحقيقاً للمصلحة العامة. ولا يكون ثمة سبب للقرار إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تبرر التدخل. **وللقضاء الإداري – في حدود رقابته القانونية – أن يراقب صحة قيام هذه**

---

(١) د/ محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، ط٢، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، صـ٤٣٥. ود/عزيزة الشريف: مرجع سابق، صـ١٤٣.

(٢) د/ عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، مرجع سابق، صـ٤٣٩. والمستشار الدكتور/محمد عبد الحميد مسعود: إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، مرجع سابق، صـ٥٥٩،٥٦٠.

الوقائع وسلامة تكييفها القانوني، دون أن يتطرق إلى بحث ملاءمة توقيع الجزاء أو مناقشة مقداره. ورقابته القانونية هذه لصحة الحالة الواقعية أو القانونية لا تعنى أن يحل القضاء الإداري نفسه محل السلطات التأديبية المختصة فيما هو متروك لتقديرها ووزنها، فيستأنف النظر بالموازنة والترجيح فيما يقوم لدى السلطات التأديبية المختصة من دلائل وبيانات وقرائن أحوال إثباتاً أو نفياً في خصوص قيام أو عدم قيام الحالة الواقعية أو القانونية التي تكون ركن السبب، أو يتدخل في تقدير خطورة هذا السبب وما يمكن ترتبيه عليه من آثار، بل **إن هذه السلطات حرة في تقدير هذه الخطورة وتلك الدلائل والبيانات وقرائن الأحوال، تأخذها دليلا إذا اقتنعت بها أو تطرحها إذا تطرق الشك إلى وجدانها،** ولا هيمنة للقضاء الإداري على ما تكون منه الإدارة عقيدتها واقتناعها في شيء من هذا، **وإنما الرقابة التي للقضاء المذكور في ذلك تجد حدها الطبيعي – كرقابة قانونية – في التحقق من أصول موجودة أو أثبتتها السلطات المذكورة وليس لها وجود، وما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار مستخلصة استخلاصاً سائغا من أصول تنتجها ماديا أو قانونا.** فإذا كانت هذه النتيجة منتزعة من غير أصول موجودة، أو كانت مستخلصة من أصول لا تنتجها، أو كان تكييف الوقائع على فرض قيامها ماديا لا ينتج النتيجة التي يتطلبها القانون، كان القرار فاقداً لركن من أركانه وهو ركن السبب ووقع مخالفا للقانون، أما إذا كانت النتيجة مستخلصة استخلاصا سائغا من أصول ثابتة تنتجها ماديا أو قانونا، فقد قام القرار على سببه وكان مطابقا للقانون."[1]

أما في مجال الضبط الإداري فإنها تخضع أيضا لمبدأ ضرورة الإجراء أو اللزوم، أي التأكد من أن الإجراء كان ضروريا ولازما لحفظ النظام العام،[2] وكثيرا ما يبحث القاضي عن ضرورة الإجراء في قرارات الضبط الإداري نظرا لتعلقها بتقييد

(١) الباحث حاج غوتي أحمد قوسم: مبدأ الوسائل القانونية والمبادئ العامة للقانون دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، صـ١١٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٥١ لسنة ٣ قضائية بتاريخ ١٩٥٧/٦/١٥، مكتب فني ٢ رقم الجزء ٣، صـ١١٧٣.

الحريات العامة، إذ في هذا المجال لا يعد الإجراء أو العمل الضبطي مشروعا إلا إذا كان المبرر لاتخاذه جديا ويمثل إخلالا يهدد النظام العام ويمثل خطرا على عناصره الثلاثة وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، مما يعني أن هذا الإجراء كان ضروريا لمنع هذا الإخلال. ويشترط في الإجراء الضبطي تبعا لذلك ثلاثة شروط وهي؛ أن يكون الإجراء ضروريا، وأن يكون فعالا، وأن يكون هناك تناسب بين خطورة الإخلال ودرجة تقييد الحريات العامة، فلا يكفي أن يكون الإجراء مشروعا في ذاته بل يجب أن تكون خطورته متكافئة مع خطورة التهديد بالنظام العام، كما يقع على عاتق الإدارة استخدام وسيلة تتلاءم مع سبب التدخل وتتناسب مع الظروف المادية الواقعية،[١] وهو ما يؤدي بهذا المبدأ إذن إلى أن يكون معيارا وشرطا يستند إليه القاضي عند إعمال رقابته ليحكم من خلاله على وجود التناسب أو عدمه في التدبير المتخذ.[٢] فإذا كان للإدارة وفقا للقانون حق اتخاذ كافة التدابير الضبطية لحفظ النظام العام إلا أن هذا الحق مقيد بضرورة تناسب التدبير مع الإخلال.

ويجد هذا المبدأ المتعلق بضرورة تناسب الإجراء ولزومه، تطبيقا له وضعه الفقهاء في القاعدة الفقهية الشهيرة "الضرورة تقدر بقدرها" وهي قاعدة فقهية معروفة في الفقه الإسلامي ولها تطبيقات عديدة في كثير من الأحكام الفقهية،[٣] كما يطبقها القانون الوضعي في حالة الظروف الاستثنائية والخروج عن المشروعية كإصدار الأحكام العرفية لتقييد الحريات، فإذا كان في قرارات الضبط الإداري تقييدا للحريات العامة وهو أمر محظور في الشريعة والقانون، إلا أن الضرورة اقتضته وبالقدر الذي يحفظ النظام العام للدولة، بحيث يتناسب خطورة العمل وما وقع من ضرر مع التدابير المقيدة للحرية.

---

(١) د/ عزيزة الشريف: مرجع سابق، صـ١٥٤.

(٢) د/ محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، صـ٤٣٦. ود/ سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، صـ٢٤٣.

(٣) الشيخ أحمد بن محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم – دمشق / سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م، صأ١٨٧.

الفرع الرابع

مبدأ الموازنة

نشأت نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في ميدان نزع الملكية من أجل تحقيق المنفعة العامة، وذلك بهدف رقابة الإدارة عند إصدارها القرارات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة، ومن خلال تلك النظرية يقوم القاضي بالتأكد من واقعية ووجود المنفعة العامة، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة وما يحدثه القرار من أضرار على النظام الاجتماعي والاقتصادي والبيئي وما يعود به من فوائد.(١)

ولما كان كل من مبدأي التناسب والموازنة هما من المبادئ القانونية العامة، إلا أن مقتضى كل منهما يختلف عن الآخر، فمقتضى تطبيق مبدأ التناسب هو وجوب مراعاة التناسب بين محل القرار وسببه، في حين أن مقتضى مبدأ الموازنة وجوب مراعاة عدم رجحان أضرار القرار الإداري على منافعه. وهذه الأضرار وتلك المنافع إنما تتصل بعنصر المحل وحده في القرار الإداري وليس لها علاقة بعنصر السبب، وإن كانت ذات علاقة غير مباشرة بعنصر الهدف من القرار الإداري.(٢)

وعلى الرغم من ذلك فإن مبدأ الموازنة ليس منبت الصلة عن التناسب كما سبق وأوضحنا في العلاقة بين الموازنة والتناسب، بل إنه يعد بمثابة شرط ومعيار موضوعي وضعه قضاة مجلس الدولة الفرنسي للرقابة على مدى تناسب القرار الإداري الصادر من الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية مع المنفعة العامة المتحققة منه، فالقاضي عندما يوازن مثلا بين القيمة القانونية للحرية الفردية عند سحب وعدم منح أو تجديد جواز سفر لأحد المواطنين وبين مقدار الضرر الذي يسببه الإجراء للفرد، فإنه بذلك إنما يراقب مدى تناسب الإجراء المتخذ مع الأضرار المترتبة عليه.(٣)

---

(١) د/ خليفي محمد: الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، صـ٢٢٥.

(٢) د/ سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، صـ ٢٣٤.

(٣) د/ أحمد أحمد الموافي: فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة، مرجع سابق، صـ٣٤٥.

كما أنه مما يساعد القاضي في التوصل إلى الحكم بوجود أو عدم وجود التناسب هو أن يقوم بالموازنة بين الوسائل والإجراءات التي تستخدمها الإدارة من ناحية وبين الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه، أي التحقق من مدى ملاءمة العنصرين، وكأن القاضي بذلك يراقب قدرة الإدارة على التقييم والملاءمة.(١) ذلك أن الرقابة على عنصر الغرض كما هو معلوم من أعقد وأصعب أنواع الرقابة ومن ثم تأتي الرقابة على التناسب كوسيلة بديلة تعطي للقاضي الإداري فرصة الرقابة على الغرض ولكن من خلال التحقق من مدى ملاءمة السبب مع الهدف من العمل الإداري، بعد قيامه بالموازنة بينهما.

(١) Grégory Kalfléche: Le contrôle de proportionnalité exercé Parise Juridictions Administratives, p1.

المطلب الثاني

ضوابط إعمال رقابة التناسب

يطبق القاضي الإداري رقابة التناسب في العديد من أنواع الدعاوى الإدارية، فالأمر ليس قاصرا على دعاوى نزع الملكية والحريات العامة والتأديب وقرارات الترخيص أو دعاوى الإلغاء بشكل عام، حيث لا يجد القاضي أمامه إلا الحكم بصحة القرار أو إلغائه، بل إن القاضي يمارس تلك الرقابة في دعاوى التعويض ومنازعات العقود الإدارية أيضا، وبغض النظر عن نوع الدعوى الإدارية فإن هناك حدودا ينبغي أن يقف عندها القاضي تمثل في نفس الوقت ضوابط تساعده في إعمال وممارسة تلك الرقابة وسوف نتناولها في الفروع الآتية:

الفرع الأول

احترام الشرعية وسيادة القانون

إن احترام الشرعية أمر مفروض بصورة مطلقة في جميع الظروف سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية، وكل تصرفات الإدارة ينبغي أن تكون في إطارها، وتعد الشرعية وسيادة القانون من المصطلحات العامة الفضفاضة التي تشتمل على العديد من العناصر والمصادر التي قد يختلف ترتيبها أو تحتاج إلى إعادة تنسيق، إلا أنها تظل قائمة دائما وواجبة التطبيق، فشرعية الأعمال الإدارية لا تنحصر في نص دستوري أو قانوني فحسب، والإدارة لا تصبح في كل تصرف مخالفة للقانون حال خروجها عن هذا النص أو ذاك، إذ أن خروجها عنه قد يخضعها لمصادر أخرى كالمبادئ العامة للقانون أو القواعد التي يبتدعها القضاء الإداري ومبادئ العدالة والقانون الطبيعي، ومن ثم يعاد ترتيب تلك المصادر ويؤخذ منها لكل تصرف أو ظرف تمر به الإدارة ما يتلاءم معها، ولا يعتبر ذلك سوى دليل على مرونة المشروعية وأنها ليست قيودا أو حدودا جامدة على تصرفات الإدارة.[1]

(١) د/ رأفت فودة : مرجع سابق، صـ١٥٢،١٥٣، ١٥٤.

لقد ظل مبدأ المشروعية وحمايته هو مهمة القاضي الإداري، الذي كان يُعرف بأنه قاضي مشروعية لا ملاءمة، إلى أن بدأ التوسع في دائرة مبدأ المشروعية لتشمل رقابة الملاءمة المتروكة للإدارة وفق سلطتها التقديرية، وهو ما بدأ من خلال رقابة ملاءمة قرارات الضبط الإداري كونها تمس حقوق الأفراد وحرياتهم العامة، ثم امتدت تلك الرقابة إلى العديد من القرارات الإدارية، مما دفع الفقه إلى القول بأن الملاءمة في هذه الحالة هي عنصر من عناصر المشروعية أو أحد شروطها، مما يجيز للقاضي أن يتعرض لتقدير الملاءمة في إجراء معين.(١) ومن ثم انتقل احترام مبدأ الشرعية إلى احترام كل ما تحويه من عناصر والتي من إحداها الملاءمة والتأكد من أن تصرفا ما مناسبا أو موافقا أو صالحا من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة بالقرار الذي اتخذته الإدارة، وهنا نجد أن وزن وتحديد مدى مشروعية أو عدم مشروعية العمل الإداري الذي صدر من الإدارة بموجب سلطتها التقديرية، قد عاد مرة أخرى من خلال فكرة التناسب إلى نطاق مبدأ المشروعية، كما سيظهر في تطبيقات كثيرة لمجلس الدولة المصري. فالتناسب مستمد بالمعنى الواسع أيضا من مبدأ سيادة القانون، إذ يعني أن يتصف الإجراء المتخذ لتحقيق غرض معين بقدر معين من التناسب ويكون ضروريا لتحقيق غرضه.(٢)

ولقد أرست المحكمة الإدارية العليا مبدأ هاما مقتضاه أنه "لا محل لرقابة القضاء الإداري على الملاءمات التقديرية التي تباشرها السلطة الإدارية المختصة عند إصدارها قراراتها، مادام أن ذلك كان في إطار الشرعية وسيادة القانون وتحقيق المصلحة العامة– هذا الأمر لا ينفصل عن أن السلطة القضائية، ومنها محاكم مجلس الدولة، معهود إليها إقامة العدالة وحماية الشرعية والمشروعية وسيادة القانون وحماية الحقوق والحريات العامة والخاصة، في إطار ما أوردته نصوص الدستور والقانون من أصول ومبادئ حاكمة لنظام الدولة والمجتمع وغايات المصلحة العامة وترتيب أولويات

(١) د/ سامي جمال الدين: الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) ،١٩٩٢، صـ١٥٠-١٥٣.

(٢) Nathalie Belley: L'émergence d'un principe de proportionnalité, Les Cahiers de droit, Volume38 , P.248.

تلك الغايات على وفق مقتضيات السلام الاجتماعي والوحدة الوطنية"[١] وما أرساه هذا الحكم يتفق مع ما يتبناه الفقه الإسلامي إما من خلال النصوص الشرعية أو من خلال إعمال المجتهدين نظرهم واستخدام وسائل الاستنباط والقياس العديدة، ذلك أنه توجد العديد من المصالح والمفاسد التي تتأثر باختلاف الأحوال وتغير الظروف، فتتغير أوضاعها وسلم أولوياتها، ويتغير نفعها أو ضررها، مما يستدعي نظرًا جديدًا، وتقديرًا مناسبًا، ووسائل مناسبة، وكل هذا يؤثر على الأحكام تأثيرا ما، ومن ثم ينبغي أن ينظر فيه ويقدر بقدره، بلا إفراط ولا تفريط، من خلال مراعاة وجه المصلحة ومقصود الشارع.[٢]

لذا فإن احترام القانون ليس غاية في ذاته، وإنما تظل هناك فكرة أسمى وأولى بالاحترام والمراعاة وهي فكرة المصلحة العامة. [٣]

الفرع الثاني

تحقيق المصلحة العامة

تمثل المصلحة العامة عنصرا هاما من عناصر المشروعية، وتحقيقها يعد المهمة الأساسية التي تقع على عاتق الإدارة؛ فمشروعية أعمال الإدارة تدور وجودا وعدما مع المصلحة العامة، تلك المصلحة التي تستطيع أن تحول عملا غير مشروع كنزع ملكية الأفراد مثلا إلى عمل مشروع، ذلك أنه وكما قيل بحق فإن "وجود المصلحة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٣٢٧٢ لسنة ٥٥ قضائية، بتاريخ ٢٠١٢/٧/٧ مكتب فني ٥٧ رقم الجزء ٢، صـ١٠٣٨. وفي هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٨٧٥ و١٩١٤ لسنة ٣٠ ق. ع بجلسة ١٩٩١/٣/٩، والطعنين رقمي ٥٧٣٠ و٦٥٨٥ لسنة ٥٥ ق.ع بجلسة ٢٠١٠/٢/٦.

(٢) د/ أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط٢، ١٤١٢ هـ – ١٩٩٢م، صـ٢٦٥.

(٣) د/ رأفت فودة: مرجع سابق، صـ١٥٧

العامة يبارك تصرفات الإدارة، بل ويبعث الحياة المشروعة فيما ولد منها في الأصل بطريقة غير مشروعة" (١)

وكما تعد المصلحة العامة ضابطا وإطارا يحكم عمل الإدارة، فإنها تعد كذلك عند إعمال الرقابة القضائية عليها، فرقابة القاضي الإداري على موازنات الإدارة عند إعمال سلطتها التقديرية، إنما تنصب على عنصر الموازنة الأساسي وحجر أساسها؛ والمتمثل في تحقيق المصلحة العامة، حيث تصبح المصلحة هي موضع نظر القاضي ومراده من وراء البحث حول مشروعية عمل الإدارة وصحة موازنتها وترجيحها، والأمر كذلك عند قيام القاضي بإعمال رقابة التناسب، إذ قد تستخدم الإدارة وسائل لا تتناسب مع الهدف المراد تحقيقه، مما يعود بأضرار جسيمة لم يكن الشارع يستهدفها، وقد تستخدم وسائل غير مشروعة لتحقيق مصالح مشروعة، بل قد تتستر السلطة وراء المصلحة العامة لتحقيق أهداف وغايات أخرى غير مبتغاة من وراء العمل، فاستهداف المصلحة العامة ليست هي المطلوبة في حد ذاتها، بل ينبغي مراعاة المواءمة والتناسب، وإلا حكم القاضي بإلغاء القرار لإساءة استخدام السلطة، أو لعدم المواءمة بين الأسلوب المتبع في ممارستها والهدف الذي يبتغى تحقيقه.(٢)

ولقد كان للفقه الإسلامي فضل السبق في التأكيد على ضرورة مراعاة المصلحة العامة، إذ لم يخل كتاب أصولي أو فقيه من التعريف بالمصلحة وتقديم المصالح العامة على الخاصة، كما قعّدوا القواعد في هذا الشأن، ومن أشهرها قاعدة "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة" حيث تضبط تلك القاعدة وتضع الحدود التي ينبغي أن يلتزم بها كل من ولي أمرا من أمور المسلمين العامة من إمام أو وال أو أمير أو قاض أو موظف، فأعمال وتصرفات هؤلاء وأمثالهم لا تنفذ على الأفراد وتكون

(١) د/رأفت فودة: مرجع سابق، صـ١٥٦.

(٢) د/فؤاد محمد النادي: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، ط٢، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، صـ٢٠٥.

ملزمة لهم إلا إذا كانت مبنية على مصلحة الجماعة وخيرها.[١] ودليل ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما من عبد يسترعيه الله رعية يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة»[٢] والغش بالكسر ضد النصح ويتحقق غشه بظلمه لهم بأخذ أموالهم وسفك دمائهم وانتهاك أعراضهم واحتجابه عن خلتهم وحاجتهم وحبسه عنهم ما جعله الله لهم من مال الله سبحانه المعين للمصارف، وترك تعريفهم بما يجب عليهم من أمر دينهم ودنياهم، وإهمال الحدود وردع أهل الفساد وإضاعة الجهاد وغير ذلك مما فيه مصالح العباد، ومن الغش أيضا توليته لمن لا يحوطهم ولا يراقب أمر الله فيهم وتوليته مَن غيره أرضى لله عنه مع وجوده.[٣] وكل ذلك يؤكد حقيقة مهمة؛ وهي أن العلاقة بين المصالح والمقاصد هي علاقة اتساق واتفاق، فعمل ولي الأمر مبناه المصلحة لتحقيق مقصد شرعي مناسب وهو ما دعا البعض إلى أن يُعرّف المناسب بأنه "شرط كفاية لنهاية المصلحة العامة المتبعة" ذلك أن المناسبة هي نواة المقاصد والمصالح وأساسها وركيزتها حيث انبنت على القول بالمناسبة الشرعية أو تعليل الحكم بالوصف المناسب، لما يترتب عليه من جلب مصلحة أو دفع مفسدة.[٤]

(١) د/عبد العزيز محمد عزام: المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية، دار البيان– القاهرة، ط ٢٠٠١، صـ٢٥٣،٢٥٤.

(٢) حديث صحيح أخرجه مسلم بلفظه في صحيحه، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل، وعقوبة الجائر، والحث على الرفق، حديث رقم ٣٥١٧.

(٣) سبل السلام: لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (المتوفى: ١١٨٢هـ)، دار الحديث، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج٢، صـ٦٦٦.

(٤) د/ نور الدين بن مختار الخادمي: المناسبة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، مرجع سابق، صـ٢١،٢٥.

ولقد وضع الفقهاء للعمل بالمصلحة شروطا، ذلك أن المصلحة ليست مطلقة بلا حد أو قيد، وتتمثل تلك الشروط فيما يلي:[١]

١- ألا تكون المصلحة من المصالح المهدرة أو الملغاة التي نص الشارع على عدم اعتبارها،
٢- أن تكون المصلحة محققة وليست وهما.
٣- أن تكون المصلحة عامة وليست خاصة لفرد أو أفراد قلائل.
٤- أن تكون المصلحة متسقة مع مقاصد الشارع، وغير متعارضة معها.
٥- ألا تتعارض المصلحة مع حكم ثابت بالنص والإجماع، وإلا كانت مصلحة ملغاة لا اعتبار لها.
٦- أن تكون المصلحة معقولة عند أهل العقول السليمة.

ومما ساعد على استقراء ما سبق من شروط، وما وضعه فقهاء المسلمين من قواعد في المصلحة، ما استقر في التاريخ الإسلامي من سوابق تتلخص في أن "الصحابة عملوا أمورا لمطلق المصلحة لا لتقديم شاهد (دليل) بالاعتبار نحو كتابة المصحف ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير وولاية العهد من أبي بكر لعمر رضي الله عنهما ولم يتقدم فيها أمر ولا نظير، وكذلك ترك الخلافة شورى وتدوين الدواوين وعمل السكة (سك النقود) للمسلمين واتخاذ السجن، فعمل ذلك عمر رضي الله عنه، وهذه الأوقاف التي بإزاء مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم، والتوسعة بها في المسجد عند ضيقه فعله عثمان رضي الله عنه، وتجديد أذان في الجمعة بالسوق وهو الأذان الأول فعله

(١) د/ فؤاد محمد النادي: تقنين الشريعة الإسلامية (بين النظرية والتطبيق) في ضوء التطور الدستوري في مصر، الزهراء للإعلام ، ١٩٨٦م، صـ١٣٢-١٣٤.

عثمان ثم نقله هشام إلى المسجد"[١] كل ذلك وغيره من قرارات وأعمال، تعد دليلا لا مراء فيه على أهمية العمل بالمصلحة وتعليق العمل عليها ولو بغير دليل نصي.

وبعد قرون من تعريف الفقه الإسلامي للمصلحة العامة وضرورتها وعلاقتها بالتناسب كونها تمثل الغرض من العمل الإداري؛ جاء القانون الوضعي ليقر هذا الأمر ويؤكده، من ذلك ما استقر في القانونين الألماني والسويسري، حيث وضع كلاهما ثلاثة مبادئ لإعمال رقابة التناسب؛ ويتمثل المبدأ **الأول** في: أن يكون التدبير المتخذ أو العقوبة مناسبة للغرض. **والثاني:** هو ضرورة الضرورة، والتي تعني أنه يجب أن تكون الوسائل المختارة من بين عدة وسائل هي الأقل ضرراً للمصالح الخاصة. **الثالث:** وهو مبدأ التناسب بالمعنى الضيق، الذي يوازن بين شدة آثار التدبير المختار على حالة المواطن والنتيجة المتوقعة من وجهة نظر المصلحة العامة.[٢]

ما سبق يوضح وبجلاء تلك العلاقة القائمة بين عنصرين من عناصر العمل الإداري وهما السبب والغاية، فكلاهما عنصران مقيدان ومحددان لرجل الإدارة الذي يريد إحداث أثر قانوني لأنه تحقق لديه مسبقا قيام سبب معين، ولأنه يتوقع التوصل إلى غرض معين، فالتوافق بين الوسائل والأهداف لابد من تواجده في النشاط الإداري، وهو ما لا يمكن تحقيقه إلا بعد بحث في الظروف التي أوجدت الضرورة أو المناسبة لاتخاذ هذا الإجراء أو ذاك.[٣]

إن الأصل هو أن فكرة المصلحة العامة هي فكرة كافية في ذاتها للحكم على التصرف الإداري بالمشروعية أو عدمها، إلا أن استقراء النصوص التشريعية والأحكام القضائية يظهران أن فكرة المصلحة قد تحتاج إلى جوارها فكرة أو أفكارا أخرى فيطبقان

---

(١) التقرير والتحبير لأبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي (المتوفى: ٨٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ج٣، صـ٢٨٦.

(٢) Nathalie Belley : L'émergence d'un principe de proportionnalité, Les Cahiers de droit, P.248.

(٣) د/ عصام البرزنجي: مرجع سابق، صـ٤٨٨،٤٩٥.

معا، بحيث تمثل تلك الفكرة أو الأفكار الأخرى عناصر إضافية للمصلحة، من مجموعهما يمكن قياس وجود أو عدم وجود المشروعية الإدارية، وقد تأخذ تلك العناصر شكل وصف معين للمصلحة كوصفها بالحيوية أو الرئيسية، فلا يكون تدخل الإدارة صحيحا ومشروعا إلا إذا كانت الغاية من التصرف تحقيق مصلحة عامة رئيسية، وقد يُكتفى بفكرة ما كمقابل للمصلحة العامة كاعتبار تحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين متى اتحدت ظروفهم ومراكزهم فكرة كافية للحكم على مشروعية العمل الإداري.(١) وهنا يظهر دور القاضي وإعماله رقابة التناسب على فكرة المصلحة وما يساندها من أفكار، فمبدأ التناسب إذن هو المكمل الضروري لمبدأ المصلحة العامة، وعند المقارنة بين المصالح والموازنة بينها، يتبين أنه ليس في الإمكان تحقيق المصلحة العامة المطلوبة في حد ذاتها.(٢)

ولا شك أن التوازن بين المصالح المختلفة يشكل جوهر التحكم في التناسب، وهو توازن يختلف مع ذلك حسب الحالة، حيث يراعى فيه سلطة الإدارة كونها سلطة عامة مسئولة عن تحقيق المصلحة العامة وبين مصلحة أو مصالح أخرى عامة أو خاصة، وكمثال على ذلك نجد أن الموازنة بين المصالح في حرية المؤسسة الإدارية والحريات النقابية، وحرية الدخول والخروج والسلامة العامة، وبين المبادئ البيئية والممتلكات أو الحرية غالباً ما تأخذ شكل مراقبة التناسب. (٣)

---

(١) د/رأفت فودة: مرجع سابق، صـ١٨٧-١٩٠.

(٢) Nathalie Belley : L'émergence d'un principe de proportionnalité, Les Cahiers de droit , P.249.

(٣) Grégory Kalfléche: Le contrôle de proportionnalité exercé Parise Juridiction Administratives, P.2,3 .

الفرع الثالث

احترام المبادئ القانونية العامة

تعد المبادئ العامة للقانون مصدرا هاما من مصادر القانون الإداري التي يستعين بها القاضي الإداري للحد من السلطة التقديرية للإدارة، فكون القانون الإداري عصيًا على التقنين منح ذلك للقاضي الإداري حرية الاستعانة بالعديد من المصادر، كما استلهمها من روح التشريعات والتقنينات الجزئية الإدارية وغير الإدارية، كل ذلك في سبيل إعمال واجبه في الرقابة القضائية،[١] فالمبادئ العامة للقانون في الأصل إذن هي قواعد قانونية غير مكتوبة يستنبطها القضاء ويقررها في أحكامه، وينبغي على السلطات العامة احترامها وإلا كان تصرفها المخالف باطلا وخروجا على المشروعية، وهذه المبادئ مستقرة في ضمير الجماعة، ويستنبطها القاضي من المقومات الأساسية للمجتمع وظروفه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، وقواعد العدالة والروح العامة للتشريع،[٢] ثم يقررها في أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة بحيث تندرج هذه المبادئ بين عناصر المشروعية، ويتحتم على السلطات العامة احترامها والالتزام بها.[٣] وهو ما يشير إلى أهمية القضاء الإداري ودوره في الرقابة، التي من خلالها ينشئ المبادئ ويبتدع النظريات التي تمكنه من القيام بواجبه على الوجه الأكمل. ومن أهم تلك المبادئ القانونية؛ مبدأي المساواة والحرية بتطبيقاتهما، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، وغيرها من المبادئ التي أنشأها ولا يزال القاضي الإداري، والتي لا تكاد تتعارض مع المبادئ التي وضعتها الشريعة الإسلامية.

وعندما يطبق القاضي الإداري المبادئ القانونية العامة فإنه لا يسعى إلى الاعتداء على السلطة التقديرية التي منحها القانون للإدارة، وإنما جل ما يسعى إليه هو

---

(١) د/ محمد رفعت عبد الوهاب ود/حسين عثمان محمد عثمان: مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط٢٠٠١، صـ٧٧،٧٨.

(٢) د/ فؤاد محمد النادي: القضاء الإداري، مطابع الدار الهندسية، ٢٠١٥م/١٤٣٦هـ، صـ٩١،٩٢.

(٣) د/ ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط٢٠٠٦، صـ٥٠.

ضمان المشروعية وإعلاء كلمة القانون، فتطبيق القاضي لمبدأ التناسب في القرارات التأديبية لا يعني حرمان الإدارة من حقها في تقدير الجزاء وفقا لما تمليه الوقائع الهامة والسوابق التأديبية للموظف نظرا لتعلق هذه المسائل بحق الإدارة في ملاءمة اتخاذ القرار، لذا يبقى على القاضي في ظل مبدأ التناسب، وتقديرا منه لحرية الإدارة وسلطتها، إعمال رقابته في مراعاة عدم غلو الإدارة في الجزاء، وتناسب العقوبة مع الجرم المرتكب، فتقف سلطته عند الحكم بالإلغاء لعدم التناسب أو الغلو دون التصدي لتحديد الجزاء المناسب.(١)

وفي ظل تطبيق واحترام المحاكم لتلك المبادئ لم يكن مستغربا أن تقوم رقابة القضاء الإداري على الأخذ بالتناسب والملاءمة للحكم على مشروعية القرار الإداري ومدى مطابقة محل القرار ببعض المبادئ القانونية العامة التي استخلصها القضاء في السنوات الأخيرة، فهي كما سبق أن أشرنا تمثل حدا للسلطة التقديرية التي تباشرها الإدارة، كما أن هذه المبادئ تنقل السلطة التقديرية للإدارة إلى حظيرة المشروعية بعيدا عن رقابة الملاءمة ولو من الناحية النظرية المجردة . (٢) ففي أثناء سعي القاضي لتطبيق مبدأ الحرية مثلا نجده يهتم بتناسب التدبير والإجراء المتخذ مع العقوبة، التي قد تؤثر على الحقوق الفردية، وبموجب مبدأ التناسب، يجب ألا تتعدى تدابير المجتمع على الحريات الفردية المعترف بها بما يتجاوز ما هو ضروري لتحقيق الهدف التشريعي الأساسي،(٣) ذلك أن الهدف من تطبيق المبدأ (مبدأ التناسب) هو التخفيف من السلطة التي تتمتع بها السلطات العامة بما يضمن احترام الحد الأدنى من الاستقلال الذاتي للأفراد ويظهر هذا الاستقلال في الحقوق الشخصية التي يتمتعون بها.

أما في الفقه الإسلامي فإنه مما لا ريب فيه احترام الشريعة الإسلامية لحقوق الأفراد وحرياتهم، وهو ما دفع فقهاء السلف إلى وضع قواعد فقهية تطبق في حالات

(١) د/ سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، صـ٣١٠،٣١١.

(٢) د/ خليفي محمد: الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، صـ١٨٧.

(٣) Nathalie Belley : L'émergence d'un principe de proportionnalité, Les Cahiers de droit, , P.249.

الضرورة والظروف الاستثنائية، إذا ما اضطرت السلطة إلى تجاوز الحد أو الخروج عن المشروعية، كقاعدة "الضرر يزال" وما يلحق بها من قواعد الضرورة وقاعدة "دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح" وغيرها من القواعد الفقهية التي تعد بحق مبادئ تشريعية نلمسها في تشريعات القانون الوضعي ولو لم تشر إلى أصلها وهو الشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث

مجالات تطبيق رقابة التناسب

تذخر أحكام مجلس الدولة بالعديد من الأحكام التي قام فيها القاضي الإداري بدوره في الرقابة على القرارات والأعمال الإدارية التي تتعلق بها سواء في مجال الوظيفة العامة كقرارات الترقية والعقوبة أو الحقوق والحريات العامة أو العقود الإدارية، واكتفي في هذا المبحث باستعراض أمثلة لبعض تلك المجالات التي طبق فيها القاضي الإداري رقابة التناسب، وهي مجال الحقوق والحريات نظرا لما له من أهمية تاريخية في رقابة التناسب إذ يمثل أول تطبيق لتلك الرقابة، ومجال الترقية كمثال للقرارات الإدارية التي يكون للإدارة سلطة تقديرية واسعة فيها، ومجال القرارات التأديبية كونها من أخصب الدعاوى وأكثرها تعلقا بمبدأ التناسب، وأخيرا العقود الإدارية وما تمثله من نموذج للقضاء الكامل وكيفية تطبيق رقابة التناسب فيه، وهو ما نستعرضه في المطالب الآتية:

المطلب الأول: مجال الحقوق والحريات العامة

المطلب الثاني: مجال قرارات الترقية

المطلب الثالث: مجال قرارات التأديب

المطلب الرابع: مجال العقود الإدارية

المطلب الأول

مجال الحقوق والحريات العامة

سبق الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي كان يمتنع عن رقابة السلطة التقديرية للإدارة، إلا أن هذا القضاء قد بدأ يتراجع تدريجيا في هذا الأمر؛ وكان مجال الحقوق والحريات الفردية، وضرورة الحفاظ عليها وعدم المساس بها هي أول وأهم الأعمال التي منح القضاء الفرنسي فيها لنفسه حق الرقابة على تقدير الإدارة ومدى ملاءمة ما تصدره من قرارات، وقد صاغ الأستاذ فالين مبدأ مهما بهذا الشأن وهو أنه:

"كلما حد إجراء من إجراءات البوليس حرية عامة، فهو لا يكون قانونيا إلا إذا كان لازما، وبمعنى آخر (و) ملائما. والسلطة القضائية، حامية الحريات العامة وفقا لمبدأ قانونية العمل الإداري، يجب عليها إذا ما عرض عليها الأمر، أن تبحث هذه الضرورة، وهذه الملاءمة، وهذا بدوره سيؤدي إلى إلغاء سلطة الإدارة التقديرية في هذا الصدد"(١) وكثيرا ما يستعين القاضي الإداري في هذا الشأن بالمبادئ العامة للقانون كونها الأقدر على مساعدته في التصدي لمظاهر تزايد السلطة التقديرية للإدارة، خاصة في مجال الحقوق والحريات فهي من المجالات الخصبة التي يمكن للإدارة أن ترتع فيها كما تشاء باستخدام سلطتها التقديرية، لذا احتاج الأفراد إلى سياج مماثل غير مقيد من مبادئ قانونية غير منصوص عليها لحمايتهم من كل تعسف أو استبداد، وهنا يأتي دور القاضي الإداري ودوره الرقابي.

إن القاضي الإداري يباشر في رقابة التناسب أوسع وأعمق أنواع الرقابة القضائية على سلطات الضبط الإداري، وفي سبيل ذلك فإنه يقف من ظروف كل قضية على حدة ويبحث ما إذا كان يوجد تهديد بتعكير النظام العام من شأنه أن يبرر لسلطة الضبط الإداري أن تتخذ تدبيرا ضبطيا، وكذلك ما إذا كان هذا التدبير الضبطي يتناسب في طبيعته وخطورته مع جسامة التهديد باضطراب النظام العام.(٢) فالقاضي في هذا المجال لا يقتصر على رقابة المشروعية بل تمتد رقابته إلى ملاءمة القرارات، كما يراجع الإدارة في تقريرها لأهمية وخطورة الحالة الواقعة التي بررت تدخلها، ومدى التناسب بينها وبين الإجراء الضبطي المتخذ.(٣)

(١) د/ سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة أمام مجلس الدولة والمحاكم القضائية، مرجع سابق، صـ٤٦.

(٢) المستشار الدكتور/محمد عبد الحميد مسعود: إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، مرجع سابق، صـ٥٧٩، ٥٨٠.

(٣) د/ عزيزة الشريف: مرجع سابق، صـ١٤٣.

وقد اعتمد مجلس الدولة المصري على مبدأ الضرورة أو ما أشرنا إليه سابقا "فحص الضرورة" للتأكد من لزوم الإجراء، وهي القاعدة القضائية التي ابتدعها القضاء، حيث يراقب القاضي من خلاله مدى ضرورة وحتمية الإجراء الذي قامت به السلطة الإدارية لحفظ النظام العام، وتناسب هذا الإجراء والتدبير المتخذ مع الوقائع التي دعت إليها. من أجل ذلك يقوم القاضي بتقديرين لإعمال قاعدة "ضرورة أن يتناسب محل تدبير الضبط الإداري مع دواعيه وأسبابه الواقعية" أولا: تقدير أهمية الأسباب التي دفعت سلطة الضبط الإداري إلى اتخاذ قرارها المطعون فيه. فيراجع وزنها لخطورة الاضطرابات أو التهديد بها التي قصدت مواجهتها بقرار الطعين. الثاني: تقدير محل التدبير الذي اتخذته، للوقوف على مدى ضرورته لتفادي التهديد للنظام العام، ويجري القضاء هذا التقدير في ضوء قاعدة أساسية من قواعد مشروعية قرارات الضبط الإداري، مؤداها "أن حماية النظام العام للمجتمع لا ينبغي أن يكون بأي ثمن بل يتعين أن يكون بأقل عبء يمكن أن تتحمله حريات الأفراد وأنشطتهم"[١] ولذا جاء حكم المحكمة بإلغاء القرار المطعون فيه وذلك بعد تقدير القاضي الإداري لمدى مناسبة إصداره، وبعد أن وازن بين الحق في السكن والعمل للطاعنين والمصلحة العامة ممثلة في حماية السلام والأمن المجتمعي، وبين مصلحة عامة أخرى وهي حماية الأموال فكان قرار المحكمة بتغليب حقوق الأفراد وما يستتبع ذلك من حفظ الأمن والسلام المجتمعي على مصلحة الدولة بحماية ممتلكاتها وكان ذلك حسن تقدير من المحكمة بعدم مناسبة إصدار القرار بحرمان الأفراد من مسكنهم، وبهذا جاء نص الحكم كما يلي "وحيث إن كثرة عدد قرارات وحالات الإزالة تنبئ عن هدم مجتمع سكني نشأ تحت بصر جهة الإدارة مصدرة القرار، وتؤدي حتما إلى تشريد ساكنيه وحرمانهم من حق السكن والعمل، على وجه يستصرخ رقابة القضاء الإداري لحماية وضع يد ساكنيه الظاهر وتستدعي وجه المصلحة العامة، وعلى وجه تتداخل فيه ومعه مشروعية القرار المطعون فيه ومدى مناسبته، ويقف استهداف وجه المصلحة العامة بحماية أملاك

(١) المستشار الدكتور/محمد عبد الحميد مسعود: مرجع سابق، صـ٥٦٢،٥٦٣.

الدولة في وضع أدنى بالرعاية من المصالح العامة الأعلى المتمثلة في المحافظة على السلام الاجتماعي والأمن القومي، وتمثل المحافظة عليها احتراما للمبادئ الدستورية التي يقوم عليها النظام القانوني المصري، مما لا مناص معه من القضاء بإلغاء القرار."[1]

المطلب الثاني

مجال قرارات الترقية

لم تخل قرارات الترقية التي تصدرها الإدارة من ضرورة توافر التناسب بين عناصرها، وهو ما جعل مجال هذا النوع من القرارات مجالا خصبا للقضاء يمارس فيه رقابته، فإذا كان تطبيق رقابة التناسب والملاءمة يجدان في عنصري السبب والمحل مجالا لهما، وكان تطبيق رقابة الموازنة يجد في عنصر الغاية وتحقيق المصلحة العامة مجالا خاصا بها، إلا أن إعمال الرقابتين السابقتين إنما يعد دليلا على تداخلهما وعدم استقلال كل منهما بعنصر وحده.

ولقد أرست المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها مبدأ يتعلق بحق الجهة الإدارية في استعمال سلطتها التقديرية متى كان لديها أسباب تؤيده وخلا من إساءة استعمال السلطة، ووضعت لذلك شرطا وهو أن تكون مستمدة من أصول تنتجه ومستندا إلى وقائع تؤيده، فنصت على أن "الترقية إلى الدرجات المختلفة بالهيئة تكون من الدرجة التي تسبقها مباشرة- يمر تعيين وترقية نواب الرئيس بالهيئة والوكلاء بمرحلتين: (الأولى) ترشيح الجمعية العمومية الخاصة المشكلة من رئيس الهيئة ونوابه والوكلاء، و(الثانية) هي موافقة المجلس الأعلى للهيئة- وأن اضطلاع الجمعية العمومية بترشيح من ترى ترشيحه للترقية إلى وظائف نواب رئيس الهيئة والوكلاء، وإن كان إجراءً جوهريا، إلا أنه ليس ملزما للمجلس الأعلى للهيئة، فله لما يقوم لديه من أسباب أن يخالف ما انتهت إليه الجمعية العمومية، ولا يوافق على ترقية من رشحته،

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٣٢٧٢ لسنة ٥٥ قضائية بتاريخ ٢٠١٢/٧/٧ مكتب فني ٥٧ رقم الجزء ٢، صـ ١٠٣٨.

مادام أن رأيه هذا قد خلا من إساءة استعمال السلطة." ثم استطردت بأنه "**لا تثريب عليها (الجهة الإدارية) في تقديرها مادام كان ذلك مستمدا من أصول تنتجه ومستندا إلى وقائع ثابتة**، وتقرير المجلس الأعلى في هذا الشأن يقوم على سلطة تقديرية مطلقة دون أي معقب عليه، مادام قد استهدف المصلحة العامة وخلا تقريره من إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها."[1] ورغم ما ذكرته المحكمة من أن هذا القرار هو سلطة تقديرية مطلقة للمجلس الأعلى مما يبعث على الظن عدم خضوعه لرقابة المحكمة، إلا أن المحكمة لكي تتحقق من توافر هذا الشرط من عدمه نجدها قد بسطت رقابتها على هذه الأسباب بل واستعرضتها وأعملت تقديرها في كون هذه الأسباب تصلح للتخطي في الترقية، ومدى التناسب بين الأسباب والإجراء أو القرار المتخذ وما إذا كانت مبررة له، فجاء في حكمها "ولما كان الثابت من الأوراق ومن مذكرة التعريف المقدمة للمجلس الأعلى للهيئة الخاصة بأعمال الطاعن أنه تبين منها الآتي: ....٣- ... وهو ما أخذه المجلس الأعلى لهيئة قضايا الدولة في الاعتبار عند بحث حالة الطاعن بعد ترشيحه للترقية إلى درجة نائب رئيس هيئة قضايا الدولة من قبل الجمعية العمومية للهيئة، حيث رأى المجلس في نطاق السلطة المخولة له قانونا أن ما ورد من ملاحظات بمذكرة التعريف الخاصة بالطاعن –ومن بينها ... تنتقص من أهليته للترقية إلى درجة نائب رئيس الهيئة، ومن ثم لم يوافق المجلس الأعلى للهيئة على ترقيته إلى هذه الدرجة، ولا تثريب عليه إن أخذ ذلك في الحسبان وقرر تخطيه في الترقية إلى درجة نائب رئيس الهيئة، التي تتطلب في شاغلها كعضو هيئة قضائية –باعتبارها في أعلى درجات السلم الوظيفي للهيئة– فضلا عن الكفاية الفنية: الجدارة والأهلية القائمة على الالتزام الكامل والتام بمقتضيات الوظيفة، وما تفرضه عليه من تحري الدقة والالتزام، وإذ صدر القرار المطعون فيه .... متضمنا تخطي الطاعن في الترقية إلى

(١) المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم ٦٠١١، لسنة ٤٨ ق. ع، بجلسة ٢٠٠٧/٦/١٠ (غير منشور)

وظيفة نائب رئيس هيئة قضايا الدولة قائما على سببه المبرر له ومتفقا وصحيح حكم القانون، فمن ثم يصبح الطعن عليه بغير سند جديرا بالرفض."[١]

المطلب الثالث

مجال قرارات التأديب

يعتبر مجال العقوبات التأديبية هو التطبيق الرئيسي لمبدأ التناسب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة ١٩٧٨ عندما اعترف بهذه الرقابة، بعد أن كان يرفض في السابق أن يبحث في مدى التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة التي يرتكبها الموظف، على أساس أن ذلك يعد من الملاءمة الواجب تركها للجهة التأديبية، وأنه ليس من صلاحية القاضي تقدير شدة العقوبة مع خطورة المخالفة المرتكبة، وهو ما سايرتها فيه المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم قديم لها، بعدم الرقابة على ملاءمات الإدارة وترك تقديرها للإدارة، حيث قررت أنه "لما كان المشرع لم يحدد في قانون العمد والمشايخ عقوبة معينة لكل فعل تأديبي بذاته بحيث تتقيد الإدارة بالعقوبة المقررة له وإلا وقع قرارها مخالفا للقانون، فإن تقدير تناسب الجزاء مع الذنب الإداري في نطاق تطبيق هذا القانون يكون من الملاءمات التي تنفرد الإدارة بتقديرها والتي تخرج عن رقابة القضاء الإداري."[٢] وبهذا يكون القانون قد منح الجهة الإدارية سلطة تقديرية فيما يتعلق بتقدير الخطأ أو المخالفة الإدارية وكذلك تقدير الجزاء الإداري المناسب، دون أن يكون للقضاء سلطة الرقابة على القرار التأديبي للإدارة.

وقد خرج القضاء على هذا الاتجاه، وصار يطبق مبدأ التناسب بشكل واسع على رقابة العقوبات الإدارية، حتى صارت تلك الرقابة كمبدأ عام لها، ومما ساعد القاضي في إعمال هذا المبدأ في مجال العقوبات التأديبية، الاستعانة بمبدأ آخر هو

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣٨٦٥، لسنة ٥٥ قضائية، بتاريخ ٢١-٣-٢٠١٥، مكتب فني ٦٠، ج ١، صـ ٧٠٩.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥١، لسنة ٣ قضائية، بتاريخ ١٥-٦-١٩٥٧م، مكتب فني ٢، ج ٣، صـ١١٧٣.

الخطأ البين أو الخطأ الظاهر في التقدير، أو كما يطلق عليه في أحكام مجلس الدولة المصري "عدم الملاءمة الظاهرة" أو الغلو، والذي من خلاله يتأكد القاضي من مدى تناسب العقوبة التأديبية مع حجم الخطأ المرتكب.(١)

وإذا كان الأصل أن السلطات التأديبية لها أن تختار من العقوبات التأديبية ما يتناسب مع المخالفات المرتكبة في حدود السلطة التقديرية التي منحها لها المشرع، حيث لا يوجد ما ينص على أن عقوبة ما هي جزاء لمخالفة معينة، إلا أن مجلس الدولة قد نص في العديد من الأحكام على حد فاصل ينبغي على السلطة التأديبية التوقف عنده بحيث يؤدي إلى التناسب بين درجة خطورة الذنب الإداري ونوع الجزاء ومقداره، وتعيين الحد الفاصل بين نطاق المشروعية ونطاق عدم المشروعية، مما يخضعه لرقابة القضاء على أساس وزنه بميزان القانون وزناً مناطه مبدأ المشروعية .

وكما أن من مظاهر عدم التناسب تجاوز الحد في العقوبة والارتفاع بها عن حجم المخالفة المرتكبة؛ فإن الإسراف في اللين، والتهاون في العقوبة والنزول في مقدارها عن المخالفة، يعد أيضا مظهرا من مظاهر عدم التناسب يؤدي إلى وصم القرار بعدم المشروعية لمخالفته القانون، وهو ما يظهر من حكم المحكمة الإدارية العليا في واقعة تصويب أحد موظفي المحكمة الخطأ بطريقة خطأ، باستخدام المزيل الأبيض مخالفاً بذلك التعليمات، حيث قضى مجلس تأديب العاملين في المحكمة بمجازاته بخصم ثلاثة أيام من راتبه، وقضت بأنه "ومن حيث أن مبني الطعن الماثل أن **الحكم المطعون فيه خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله وشابه القصور في التسبيب والفساد في الاستدلال والإسراف في اللين** وذلك لأن المخالفة المنسوبة للمطعون ضده وقوامها الخطأ في تسديد منطوق الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٥١ لسنة ١٩٩٦م الأزبكية بأجندة الجلسات والجدول وإيداع المسودات جلسة ٢٠١٣/١٠/١٩ **وتصويب الخطأ بطريقة استخدام المزيل الأبيض تتسم بالإخلال الشديد بواجبات وظيفته وكانت تستوجب مجازاته بعقوبة أشد من تلك التي وقعها عليه الحكم الطعين حتي يحقق**

(١) د/ خليفي محمد: الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، صـ٢٠٤، ٢٢٥.

الردع العام والخاص بما يستوجب تعديله ومجازاته بعقوبة أشد. ومن حيث إن رقابة المحكمة الإدارية العليا على أحكام المحكمة التأديبية ومجلس التأديب التي لا تخضع قراراتها لتصديق سلطة أعلى هي رقابة قانونية لا تعني استئناف النظر في الحكم بالموازنة والترجيح بين الأدلة المقدمة إثباتاً ونفياً ولا تتدخل فيه المحكمة الإدارية العليا وتفرض رقابتها عليه **إلا إذا كان الدليل لا تنتجه الواقعة المطروحة على المحكمة فهنا فقط يكون التدخل لأن الحكم حينئذ يكون غير قائم علي سببه.** كما جرى قضاء هذه المحكمة على أنه ولئن كان لسلطة التأديب تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب وبين الجزاء ومقداره ففي هذه الحالة يخرج التقدير عن نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة. وهدياً بما تقدم ولما كان الثابت من الأوراق أن المخالفة المنسوبة للطاعن وقوامها علي النحو الوارد بقرار إحالته إلي مجلس التأديب فهي ثابتة ثبوتا كافياً بما قطعت به المستندات والتحقيقات التي حررت وأجريت في خصوص هذه المخالفة ومنها التحقيقات الإدارية التي قامت بها جهة عمله وبذلك يكون قد خالف ما تقضي به التشريعات الوظيفية وتحرص عليه من ضرورة أداء العامل لواجباته الوظيفية بدقة وأمانة وإذ لم يلتزم بذلك يغدو مسلكه مكوناً لمخالفة تأديبية استوجبت مجازاته تأديبياً وقد صدر الحكم الطعين بمجازاته عن المخالفة المنسوبة إليه بالوصف عاليه قد **أسرف في اللين بما يخل بالتناسب بين المخالفة والجزاء بما يتعين معه القضاء بتعديل الحكم الطعين ليكون بمجازاة الطاعن بخصم خمسة أيام من أجره حتي يتفق صدقاً وعدلاً مع ما ثبت في حقه من مخالفة الطاعن.**"[1]

(١) حكم للمحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٥٨٨٩٤ لسنة ٦٠ قضائية، تاريخ الجلسة ٢٠١٦/٤/١٦، – أحكام غير منشورة –

إن قيام المحكمة بواجبها في الرقابة قد يؤدي بها إلى تجاوز دورها في الاكتفاء بالوجود المادي لعنصر السبب وتكييفه القانوني إلى الأخذ باعتبارات أخرى، كظروف المخالف وملابسات الواقعة، وكذا مدى تحقق الهدف من العقوبة، وهو ما أشار إليه القاضي الإداري في حكمه بقوله " ومن حيث إنه عن الغلو في تقدير الجزاء، فقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن تقدير الجزاء التأديبي متروك لتقدير من يملك توقيع العقاب التأديبي، سواء كان الرئيس الإداري أو مجلس التأديب أو المحكمة التأديبية، بيد أن هذه السلطة التقديرية تجد حدها عند وجود التناسب بين المخالفة التأديبية وبين الجزاء الموقع عنها، وهو ما يعبر عنه بالغلو في الجزاء الذي يصم الجزاء التأديبي بعدم المشروعية ويجعله واجب الإلغاء، وفي هذا المقام **ترى المحكمة أن الوضع الوظيفي للطاعن وما ثبت في حقه من عدم أمانة علمية يُشكلان خطورة بالغة كانت تستوجب أخذ المخالف بنوع من الحزم بيد أنه لما كان تقدير الجزاء يجب أن يكون منظوراً فيه إلى اعتبارات أخرى** كإصلاح حال المخالفين وردعهم عن العودة إلى مثل تلك المخالفات أو **كانت هناك من الظروف والملابسات المصاحبة لوقوع لمخالفة ما يستوجب التخفيف أو التشديد والتغليظ** إلى الدرجة التي تحتم إنهاء العلاقة الوظيفية للمخالف صوناً للمرفق من حظر استمرار المخالف في العمل، ومتى كان ذلك، **وكانت الأوراق قد خلت من ثمة ما يفيد بأنه سبق للطاعن أن اقترف مثل هذه المخالفة إبان حياته الوظيفية باستثناء الواقعة المعروضة**، الأمر الذي تقدر معه المحكمة أن الجزاء الموقع على الطاعن مشوب بالغلو ويتعين والحالة هذه القضاء بإلغاء القرار المطعون فيه والقضاء مجدداً بمُجازاة الطاعن بعقوبة اللوم مع تأخير العلاوة المستحقة، وعسى أن يكون ما حدث سقطة لن تعود وفرصة أخيرة للطاعن للحفاظ على وضعه الوظيفي ومراعاة سيرته ومستقبله العلمي مما انزلق إليه من عدم بذل الجهد والنقل من الآخرين." (١)

(١) حكم للمحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٦٦٢٩ لسنة ٦٠ قضائية، تاريخ الجلسة ٢٠١٦/٢/٦، – أحكام غير منشورة –

وقد استخدم مجلس الدولة في أحكامه مصطلح "عدم التناسب البين أو الظاهر" للدلالة على الغلو في تقدير الجزاء "ومن حيث أنه بمراعاة هذه الظروف جميعاً، ومع إدراك ما يوجبه التعامل مع الرؤساء من تقدير واحترام واحتفاظ بأقصى ما يمليه ذلك من موجبات ضبط النفس والتزام الجادة وحدود الأدب والوقار في الحديث والفعل، **فإن المحكمة تستشعر من ملابسات الواقعة، أن ما لفظه العامل من لفظ خارج عن حدود ما يجب من الضبط والإلزام، إنما نتج كانفلات للسان في ظروف إحباط شديد واستشعار من العامل بانغلاق السبل أمامه وضياع فرصة بثه شكواه إلى رئيس الشركة وامتناع الرئيس عن سماع أدنى قول عن شكايته وعن حالته وظروفه في العمل.** ومن كل ذلك فإن خطأ العامل الذي لا شك وقع منه، كان خطأ بعيدا عن أن يوصف بأنه خطأ عمدي أو أنه نجم عن استهتار واستخفاف بأوضاع العمل ونظمه وضوابطه في التعامل. وهو خطأ إن استحق العامل من أجله العقاب، **فالواجب قانوناً أن يوزن الخطأ بميزان التداعيات الواقعية التي أوقعت العامل فيه وأن يقدر أنه خطأ أدخل في فلتات اللسان غير المقصودة منه في التبجح العمدي ومن كل ذلك يبين أن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من إلغاء قرار الجزاء لما اعتوره من عيب الغلو وعدم التناسب الكبير بين الخطأ غير العمدي الحاصل وقسوة الجزاء الموقع،** يكون ما انتهى إليه في ذلك يصادف صحيح حكم القانون مما استخلص استخلاصاً سائغاً من ظروف الحال وسياق الواقعة الحادثة ويكون طعن الشركة في هذا الحكم جديراً بالرفض."[(١)]

وفي حكم آخر عبرت المحكمة بمصطلح "**بعدم التناسب الظاهر**" في حكمها بأن "تقدير الجزاء التأديبي متروك لسلطة توقيع العقاب التأديبي وهي الرئيس الإداري المخول قانونا أو مجلس التأديب أو المحكمة التأديبية، على أن السلطة التقديرية في هذا المجال ليست طليقة من كل قيد، إنما يلزم ألا تكون مشوبة **بعدم التناسب الظاهر بين المخالفة التأديبية والجزاء الموقع عنها،** وهو ما يشكل غلوا في الجزاء يصمه

(١) حكم للمحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٢٥ قضائية، تاريخ الجلسة ١٩٨٤/٢/٧.

بعدم المشروعية " كما عبرت في موضع آخر من نفس الحكم بمصطلح "**عدم الملاءمة الظاهرة**" بقولها "وأنه فيما يخص تناسب الجزاء مع الذنب الإداري، فإنه على ضوء ما كشفت عنه أوراق التحقيق من أن الطاعن قام بضرب الطالب المذكور لعدم استذكاره دروسه وليس لغاية غير مشروعة **فإن القرار المطعون عليه يكون متسما بعدم المشروعية لعدم الملائمة الظاهرة بين خطورة الذنب الإداري ونوع الجزاء الموقع على الطاعن** مما يتعين معه القضاء بتعديل هذا القرار من مجازاة الطاعن بخصم شهرين من راتبه الى مجازاته بخصم خمسة أيام من راتبه مع ما يترتب على ذلك من آثار ومن حيث إن مبنى الطعن على هذا الحكم هو الخطأ في تطبيق القانون وفى تأويله وتفسيره، لثبوت ارتكاب المطعون ضده المخالفة المنسوبة إليه، ولجهة الإدارة سلطتها التقديرية في تحديد مقدار الجزاء المناسب لها ... **على أن السلطة التقديرية فى هذا المجال ليست طليقة من كل قيد إنما يلزم ألا تكون مشوبة بعدم التناسب الظاهر بين المخالفة التأديبية والجزاء الموقع عنها وهو ما يشكل غلوا في الجزاء يصمه بعدم المشروعية.** ومن حيث إنه على هدى ما تقدم وكان الثابت أن القرار المطعون فيه قد تضمن مجازاة المطعون ضده بخصم شهرين من أجره وهو ما لا يتناسب البتة مع المخالفة الثابتة في ضوء الظروف والملابسات المكونة لأبعادها، الأمر الذى يتعين معه تعديل الجزاء بالقدر الذى يتناسب صدقا وعدلا مع ما ثبت في حق المطعون ضده وهو أمر تملكه المحكمة التأديبية، وإذ قضت بتعديل القرار المطعون فيه ليكون بمجازاة المطعون ضده بخصم أجر خمسة أيام، فإن قضاءها يكون متفقا وصحيح حكم القانون ويغدو الطعن فيه في هذا الشق غير قائم على سند خليقا بالرفض" [1]

ويلاحظ أن المحكمة قد استخدمت في بعض أحكامها كلمتي التوازن والتناسب، وكأنهما مرادفين لمعنى واحد يعبر عن التوافق بين المخالفة والجزاء، وهو ما ورد في قضاءها بقولها "**إن اختلال التوازن والتناسب بين المخالفة والجزاء هو وجه من عدم المشروعية ...**" ويظهر أيضا في نفس الحكم أن المحكمة في سبيل قيامها

(١) حكم للمحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٧٠٧١ لسنة ٤٧ قضائية، تاريخ الجلسة ٢٠٠٧/١/٢٥.

بالرقابة، فإنها تراعي ظروف الموظف وما يحيط بالواقعة من ملابسات، حيث قضت بأنه "**لا يغيب عن تقديرها كافة الظروف والملابسات المحيطة بالواقعة، خاصة أن الطاعن قد أوشكت مدة خدمته على الانتهاء ببلوغ السن المقررة قانوناً لترك الخدمة باعتبار أنه من مواليد ١٩٥٩/١/٢، وبالتالي فقد قضى نحبه في الوظيفة العامة طوال ما يزيد على ثلاثين عاماً خلت، بما يكون معه جزاء الفصل عن الخدمة عن مخالفة ارتكبها بالفعل جزاءً غير عادل، هذا فضلاً عن أن عقوبة الفصل من الخدمة لها آثارها المدمرة ليس بالنسبة للموظف المفصول فحسب، وإنما تتعداه إلى أسرته ومن يعولهم، بحيث لا يقضي بها إلا إذا كانت الواقعة التي ارتكبها المخالف قد بلغت حداً من الجسامة بحيث تنبئ عن أنه لم يعد صالحاً تماماً لشغل الوظيفة العامة، وعليه فإن الجزاء الموقع على الطاعن بعقوبة الفصل من الخدمة بالحكم المطعون فيه يكون قد شابه عدم التناسب والغلو ومخالفاً بالتالي لصحيح حكم القانون**، مما يتعين معه الحكم بتعديله فيما تضمنه من مجازاة الطاعن بالفصل من الخدمة، وتوقيع الجزاء المناسب حقاً وعدلاً عليه، والذي تقدره المحكمة بخصم شهرين من أجره، وذلك كله في إطار وزن الجزاء بميزان التناسب مع المخالفة كعنصر من عناصر مشروعيته في هذا الصدد."[١] .

وأخيرا فإن المحكمة الإدارية العليا في سبيل إعمال رقابتها على الأحكام الصادرة بالجزاءات التأديبية من المحاكم التأديبية، ليس من واجبها التدخل والقيام بالموازنة والترجيح بين الأدلة فتقبل أو ترفض بعضها دون بعض، إلا إذا كان الدليل الذي اعتمد عليه قضاء الحكم المطعون فيه غير مستمد من أصول ثابتة بالأوراق، أو كان استخلاص الدليل لا تنتجه الواقعة المطروحة، فهنا فقط يكون التدخل، لأن الحكم حينئذ يكون غير قائم على سببه، وجاء في قضائها "**أن المحكمة وهي بصدد وزن العقوبة التأديبية الواجب إنزالها بساحة الطاعن، عما نسب إليه وثبت في حقه على النحو السالف بيانه، لا يغيب عن تقديرها لكافة الظروف والملابسات المحيطة**

(١) حكم للمحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٢٨٢٧ لسنة ٦٢ قضائية، تاريخ الجلسة ٢٠١٧/١١/١٨.

بالواقعة، خاصة رغبة الطاعن في الاستمرار في الوظيفة وتمسكه بها، هذا فضلاً عن أن عقوبة الفصل من الخدمة لها آثارها المدمرة ليس بالنسبة للموظف المفصول فحسب، وإنما تتعداه إلى أسرته ومن يعولهم، بحيث لا يقضي بها إلا إذا كانت الواقعة التي ارتكبها المخالف قد بلغت حداً من الجسامة بحيث تنبئ على أنه لم يعد صالحاً تماماً لشغل وظيفته، وعليه فإن الجزاء الموقع على الطاعن بعقوبة الفصل من الخدمة بالحكم المطعون فيه، يكون قد شابه عدم التناسب والغلو، ومخالفاً بالتالي لصحيح حكم القانون، مما يتعين معه الحكم بتعديله فيما تضمنه من مجازاة الطاعن بالفصل من الخدمة، وتوقيع الجزاء المناسب حقاً وعدلاً عليه والذي تقدره المحكمة بخصم شهرين من أجره، وذلك كله في إطار وزن الجزاء بميزان التناسب مع المخالفة كعنصر من عناصر مشروعيته في هذا الصدد."[1]

(١) حكم للمحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤٦٢٩٢ لسنة ٦١ قضائية، تاريخ الجلسة ٢٠١٧/١١/١٨.

المطلب الرابع

مجال العقود الإدارية

تتميز دعاوى القضاء الكامل بأن للقاضي الإداري فيها صلاحيات القاضي الخاص، حيث يضع القاضي الإداري نفسه محل الإدارة ومحل الفرد المتعاقد ليصدر حكمه بشأن الدعوى؛ واستخدامه رقابة التناسب في هذه الحالة يعد أمرا طبيعيا ولو لم يشر إلى المصطلح في حكمه، ذلك أنه في سبيل إصدار الحكم ومن أجل التوفيق بين مصلحة المتعاقد مع الإدارة وبين المصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها، يضع على عاتقه تحديد الضرر المترتب على العقد، أو العناصر التي تبدو ضرورية في توقيع العقد؛ ومن ثم يحكم على مدى تناسب عناصر القرار، وهذه الصورة تظهر واضحة في سياق المسئولية التعاقدية خاصة عند تقييم القاضي للدعوى ليحكم بوجود أو عدم وجود نظرية عمل الأمير ، كونه المبرر لعمل الإدارة.(١)

كما منح القانون للإدارة سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد عند الإخلال ببنود التعاقد، وفي مقابل ذلك منح القانون للمتعاقد ضمانة مهمة وهي خضوع تلك السلطة لرقابة القضاء، وذلك للتأكد من مدى التناسب بين الإجراء أو الجزاء الذي أصدرته الإدارة وإخلال المتعاقد معها، وهو ما يظهر بوضوح من حكم القضاء الإداري والذي جاء فيه "وحيث إنه ولما كان القرار المطعون فيه الصادر بفسخ عقد البيع لقطعة الأرض محل النزاع يعد من قبيل القرارات المتصلة بالعقد الإداري، ومن ثم فإن المحكمة وهي في سبيلها لوزنه بميزان المشروعية وإجراء رقابة الملاءمة عليه تجد أنه لزاماً عليها حتى تيسر السبيل أمامها فيما بعد عند قيامها ببسط قضاءها على النزاع الماثل أن تعرج بالبحث –على عمد من التأصيل والإسهاب– لحدود سلطة القاضي الإداري في رقابة مشروعية القرارات المتصلة بالعقد الإداري، وهي القرارات التي تصدرها جهة الإدارة استنادا لسلطتها العقدية دون سلطتها العامة المستمدة من القوانين واللوائح، **ومدى جواز إجراء رقابة الملاءمة على هذه النوعية من القرارات للتحقق من**

---

(١) Grégory Kalfléche: Le contrôle de proportionnalité exercé Parise Juridictions Administratives, ,P.6

وجود تناسب بين جسامة الإخلال بالالتزام المنسوب إلى المتعاقد والجزاء التعاقدي الموقع عليه من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة، لاسيما في حالة ما إذا كان العقد الإداري المبرم قد تضمن جزاءً صريحا ومحددا على المتعاقد في حالة إخلاله بالتزام تعاقدي معين ."

ويظهر في هذا الحكم مشكلة القرارات المتصلة بالعقد الإداري، ذلك أنه من المعلوم أن كلا من الفقه والقضاء قد اتفقا على رقابة قاضي الإلغاء على القرارات المنفصلة عن العقد، كونها اشتملت على شروط القرارات الإدارية التي تخضع لقضاء الإلغاء، أما القرارات المتصلة بالعقد فقد كانت محل خلاف في خضوعها لقضاء الإلغاء، لاتصالها المباشر بالعقد، نظرا لأن الالتزامات المترتبة على العقود هي التزامات شخصية ومن ثم تدخل المنازعات حولها في ولاية القضاء الكامل، لذا استقر الرأي على التفرقة بين نوعين من العقود؛ عقد ثنائي الأطراف تقتصر آثاره على طرفيه فقط، وعقد تمتد آثاره إلى الغير حسن النية، حيث قبلت المحكمة الطعن بالإلغاء على القرارات المتصلة ببعض أنواع العقود الإدارية، منها عقود التزام المرافق العامة، وعقود التزام الأشغال العامة، وعقود التزام المناجم، وعقود الالتزام لشغل أملاك الدولة العامة، وعقود إيجار المرفق العام، وكلها عقود امتدت آثارها إلى الغير حسن النية، وأصبح للقاضي سلطة الحكم بإلغاء القرارات الصادرة عن جهة الإدارة بالفسخ الجزائي لهذه العقود في حالة عدم مشروعيتها ومخالفتها للقانون، بالإضافة إلى سلطة الحكم بالتعويض عن هذه القرارات، وتبعا لذلك وفي سبيل قيام القاضي بدوره الرقابي أصبح له إعمال رقابتي الملاءمة والتناسب، وهو ما ظهر في حكم للمحكمة حيث قضت بأن "**المحكمة في وزنها للقرار المطعون فيه بميزان الملاءمة للتحقق من وجود تناسب بين إخلال الشركة بالتزامها التعاقدي في هذا الشأن وجزاء فسخ العقد الموقع عليها، تجد أن القرار المطعون فيه شابه الغلو والخطأ البين في التقدير بالنظر إلى الطبيعة القانونية لهذا العقد والآثار المترتبة عليه والتي تتعدى إلى الغير حسن النية،** وكذلك بالنظر إلى ظروف ووقائع وملابسات النزاع، فجزاء الفسخ لعدم سداد أقساط ثمن قطعة الأرض لا يستقيم مع الآثار المتولدة عن عقد البيع الابتدائي لقطعة الأرض محل النزاع، ذلك أنه ولئن كان هذا العقد وليد علاقة ثنائية وتعبير عن توافق إرادتين إرادة

الهيئة المتعاقدة وإرادة الشركة المتعاقد معها، وأنه يخضع كأصل عام للمبدأ الراسخ في مجال القانون الخاص وهو "نسبية العقود"، ومقتضاه أن آثار العقد وما يرتبه من حقوق وما يفرضه من التزامات تنصرف كأصل عام إلى طرفيه ولا تمتد إلى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه، إلا أنه بالنظر إلى طبيعة هذا العقد والغرض الذي تم من أجله تخصيص قطعة الأرض محل النزاع وهو إقامة مشروع مجتمع عمراني متكامل التخطيط والتقسيم يتضمن مباني سكنية وأنشطة خدمية ومرافق داخلية، فإن الحقوق والالتزامات المتولدة عن هذا العقد لا تنصرف إلى طرفيه وحسب، وإنما تنتقل وبصورة تلقائية إلى الغير حسن النية وهم أصحاب الفيلات السكنية والوحدات المقامة على قطعة الأرض الذين أبرموا عقود شراء بشأنها مع الشركة المدعية بعد اعتماد تخطيط وتقسيم الأرض من قبل الهيئة المدعى عليها، ومن ثم فإن الآثار المترتبة على فسخ العقد في هذه الحالة لن تقتصر على الشركة المدعية فقط وإنما تنصرف وبحكم اللزوم إلى هؤلاء، وأن الحرص على توفير الأمن التعاقدي لهم بوصفهم من الغير حسن النية يقتضي عدم الاعتداد بالبند الرابع من العقد فيما تضمنه من تقرير جزاء الفسخ في حالة عدم التزام الشركة بسداد باقي ثمن الأرض... فمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد يقتضي ألا يتعسف أي من طرفيه في المطالبة بحقوقه الناشئة والمنبثقة عنه، لاسيما وأنه لا يجوز قانوناً التسليم للهيئة المدعى عليها في سبيل الحصول على حقها بما لها من سلطة عامة أن يكون النفع العائد عليها من توقيع عقوبة الفسخ أقل بكثير من الضرر الذي سيلحق بالشركة المدعية والغير حسن النية جراء هذا الفسخ، **فالقاعدة الفقهية تقرر أنه "لا ضرر ولا ضرار"، ومن ثم – والحال كذلك – وإذ تبين بجلاء عدم ملاءمة جزاء الفسخ لعقد البيع الابتدائي المبرم بشأن قطعة الأرض محل النزاع في الحالة الراهنة، وعدم تناسبه مع إخلال الشركة المدعية في الوفاء بالتزامها التعاقدي في الوفاء بباقي ثمن الأرض، الأمر الذي يكون من المتعين مع القضاء بإلغائه، مع ما يترتب على ذلك من آثار**... وحيث إن الهيئة المدعى عليها تنكبت سواء السبيل في ذلك وأشاحت بوجهها عن جميع هذه الوسائل والبدائل القانونية المتاحة إلى الحد الذي وصلت معه بقرارها المطعون فيه إلى الاعتداء على الملكية الخاصة للمواطنين الذين نشأت لهم مراكز تعاقدية على أرض النزاع، دون ترشيد لسلطتها التقديرية حيال تلك

الوسائل القانونية المتاحة لاقتضاء الحق جوهرها المفاضلة التي تجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع لاختيار أنسبها لفحواه وأحراها بتحقيق الأغراض التي تتوخاها وأكفلها للوفاء بأكثر المصالح وزناً دون إفراط يطلق المصلحة العامة من عقالها انحرافاً بها عن أهدافها، ولا تفريطاً مجافياً لمتطلباتها، بل بين هذين الأمرين قواماً، وحيث إن الهيئة المدعى عليها امتطت متن الشطط عن المشروعية بتعسفها في استعمال سلطتها وانحرافها عن المصلحة العامة بخطئها في استعمال الوسائل الذي كانت ستحقق ما تبتغيه من أهداف دون ضرر أو ضرار، فضلاً عما شاب قرارها من خطأ بين في التقدير للمصلحة العامة، لاسيما أنه في الحالة الراهنة فإن تنفيذ الإزالة للمباني المقامة على قطعة الأرض محل النزاع لا يصطدم بالمصلحة الخاصة للشركة المدعية والخصوم المتدخلين في الدعوى وحسب وإنما يصطدم كذلك وبصورة صارخة بالمصلحة العامة للدولة والتي تتمثل في ضرورة المحافظة على الاستثمار العقاري الذي تم على أرض الواقع بالفعل تغليباً لأوضاع اقتصادية تتصل بمصالح قومية للبلاد، ومن ثم – ومن جماع ما تقدم – يغدو جلياً أن القرار المطعون فيه فيما تضمنه من إزالة المباني المقامة على قطعة الأرض محل النزاع غير قائم على سببه، وصدر بالمخالفة لأحكام القانون، مشوباً بعيب التعسف والانحراف في استعمال السلطة، الأمر الذي يكون من المتعين معه القضاء بإلغائه، مع ما يترتب على ذلك من آثار."[1] وبهذا يظهر بوضوح أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يعمل بمنأى عن رقابة التناسب فهي متأصلة في القضاء الكامل شأنها شأن دعاوى الإلغاء.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري – الطعن رقم ١٠٩٦١ – لسنة ٦٧ قضائية – تاريخ الجلسة ٢٤–٤–٢٠١٨

خاتمة البحث

بعد الانتهاء من البحث حول رقابة التناسب على القرار الإداري في القانون الوضعي والفقه الإسلامي انتهيت إلى عدد من النتائج، وذلك على النحو التالي:

١- "لما كان القانون بقوة الأشياء لا يستطيع أن يقدم إلا قواعد عامة وتوجيهات غامضة، فإنه يترك للإدارة مجالا فسيحا للعمل بشيء من الحرية ."[١] إلا أن هذه الحرية كما هو ظاهر من البحث ليست مطلقة.

٢- عرف القضاء الفرنسي فكرة التناسب وطبقها في العديد من أحكامه في وقت حديث نسبيا، نظرا لما تميز به من دور خلاق في مجال القانون الإداري والدعاوى الإدارية، بينما نجد الفقه الإسلامي قد عرفه منذ قرون، فقد توصل إليه الفقهاء أثناء بحثهم عن الحكم، حيث كان طريق أو مسلك المناسبة والبحث عن المصلحة هي وسيلة المجتهد الذي قد يعوزه النص من كتاب الله أو سنة رسوله، فلا يجد إلا البحث عن علة الحكم فيستخدم أحد مسالكها وهي المناسبة.

٣- يعد التناسب فكرة أكثر من كونه مبدأ، نظرا لمرونة التناسب وتغيره، وهو ما يظهر من عمل الإدارة في إصدار القرار ومراعاة تناسبه، فلا توجد قاعدة محددة للعمل بها، وكون التناسب فكرة متغيرة يلقي على عاتق القاضي الإداري دورا في فحص ضرورة الإجراء ولزومه ومدى تناسبه مع السبب المبرر له.

٤- للمناسبة في الفقه الإسلامي أهمية كبيرة نظرا لدورها في الوصول إلى الحكم والتأكد من تحقيقه مقاصد الشارع من التشريع، وقد جمع ابن عاشور عن فقهاء السلف ثلاثة طرق لإثبات تلك المقاصد وهي؛ الطريق الأول: استقراء الشريعة في تصرفاتها من خلال استقراء الأحكام المعروفة عللُها، أو استقراء أدلة أحكام اشتركت في علّة، والطريق الثاني: هو أدلة القرآن الواضحةُ الدلالة والتي لا تحتمل مظنة في المقصود منها، والطريق الثالث: السنة المتواترة. ولا ريب أن الطريق الأول هو أعظمها فأدلة

(١) د/ سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، صـ٨١.

القرآن والسنة المتواترة كما هو معلوم لا تكفي وحدها لمعرفة الأحكام وإطلاقها لكل ما يطرأ على أحوال المسلمين في كل زمان ومكان، لذا كان لا مفر من عمل المجتهد بالقياس ومعرفة العلة واستعمال مسالكها وطرقها حتى يتوصل بها إلى "إعطاء حكم لفعل أو حادث حدث للناس لا يعرف حكمه فيما لاح للمجتهدين من أدلة الشريعة، ولا له نظيرٌ يقاس عليه." لذا كان الأخذ بالمصالح المرسلة عن طريق مسلك المناسبة، ولقد كان لهذا المسلك ولغيره مما توصل إليها فقهاء الشريعة من طرق ومسالك الفضل في دوام أحكام الشريعة واستمرارها على مر العصور والأزمان.(١)

٥- من القصور في القول إطلاق المناسبة في الفقه الإسلامي على مجرد المصلحة، إذ تبين من خلال كتابات الفقهاء المسلمين قديما وحديثا، أن المناسبة هي طريق يُتوصل من خلالها إلى سبب الحكم أو العلة منه، وهو نفس الدور الذي يلعبه التناسب في القانون الإداري كما توصل إليها القضاء والفقه، حيث التناسب عندهم له صلة وثيقة بالسبب وهو أحد عناصر العمل الإداري، أما المصلحة فهي النتيجة والغاية التي تُتحقق من العمل بالتناسب والرقابة على وجوده.

٦- غالبا ما تتداخل عناصر القرار الإداري وتتشابك مما يؤدي بالقاضي إلى إعمال أكثر من رقابة، وهو ما ظهر من التطبيقات والنماذج التي تم عرضها لأحكام مجلس الدولة إذ لم يقتصر أي من هذه الأحكام على رقابة التناسب فقط، بل نجد رقابة الملاءمة أو الموازنة مصاحبة له، وذلك للحد من السلطة التقديرية للإدارة.

٧- ترى الباحثة أن هناك فرقا بين الملاءمة والتناسب، إذ تتعلق الملاءمة بعناصر وجوانب متعددة من ظروف الزمان والمكان والمحل، أما التناسب فلا دخل له بكل هذه الأوضاع والظروف المحيطة به من زمان ومكان وأحوال، حيث أنه يكون قاصرا على مراعاة جانب واحد فقط وهو التوافق بين الإجراء المتخذ وأهمية الوقائع الثابتة.

---

(١) الشيخ محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي: مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، طبعة ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م، صـ٤١، ٤٢، ٥٦-٦٣.

٨- عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الموازنة ووضعت لها قواعدها الفقهية الدقيقة قبل عدة قرون من توصل القضاء الفرنسي إليها.

٩- إن تطبيق مبدأ التناسب بين عنصري السبب والمحل في القرارات التأديبية مثلا، لا يؤدي إلى الحرمان المطلق الإدارة من حريتها في تقدير ملاءمة هذه القرارات، حيث يبقى للإدارة مراعاة بعض الوقائع الهامة مثل السوابق التأديبية للموظف وموقفه العائلي وحالته الصحية، وهي ظروف واقعية تؤثر حتما على ملاءمة القرار التأديبي بعيدا عن التناسب والغلو في تقدير الجزاء.

١٠-في إطار تطبيق مبدأ التناسب أو الغلو، ليس من سلطة القاضي الإداري أن يتصدى بتحديد الجزاء المناسب، وكل ما يملكه هو إلغاء القرار التأديبي المخالف لمبدأ التناسب أو الغلو، وإعادة الأمر بالتالي للسلطة التأديبية المختصة لإعادة التقدير مرة أخرى واختيار العقوبة المناسبة، ولكن ليس من بين كافة العقوبات المقررة قانونا، وإنما من بين العقوبات الأكثر ملاءمة للصالح العام في صدد هذه المخالفة التأديبية على وجه الخصوص، إذ من غير شك يمكن توافر هذه الملاءمة أو هذا التناسب في عقوبتين أو ثلاثة يمكن الاختيار من بينها، والمهم أن يتوافر التناسب المعقول أو المنطقي بين المخالفة التأديبية والجزاء الذي يتم اختياره من جانب الإدارة في كل الأحوال.

١١-إن القاضي عندما يراقب أعمال الإدارة فإنه لا يستهدف مراقبة سلطتها التقديرية مباشرة أو أسلوب قيامها بوظيفتها، وإنما يستهدف مراقبة ما أسفرت عنه تلك السلطة من أعمال وقرارات، وذلك من خلال فحص العمل محل تلك السلطة، ليتأكد من توافر كافة شروط مشروعيته، وخاصة من حيث عنصري السبب والغاية، فيتحرى عما إذا كانت الإدارة عند اتخاذها لهذا العمل قد وضعت نفسها في أفضل الظروف والأحوال لتقدير مناسبة العمل وملاءمته بعيدا عن البواعث الشخصية وبروح موضوعية وهنا يقتصر دور القاضي الإداري على مراقبة صحة السبب وأن القرار قائم على سبب صحيح يبرره قانونا.

١٢-إن الرقابة على التناسب والتعرف عليها في القرار الإداري يلقي على كاهل القاضي الإداري مسئولية عظيمة، قد يساعده على أدائها معرفة المعايير والضوابط التي جمعها هذا البحث، فمن خلال المعايير يستطيع القاضي التعرف على مدى تناسب القرار، وذلك بالبحث في مدى ضرورة الإجراء وأنه مبرر، ومدى قبول العقل لسبب القرار، كل ذلك إذا لم يشتمل القرار على خطأ ظاهر جسيم يجعله حريا بالإلغاء فلا يحتاج إلى البحث فيما وراء ذلك.

١٣-للضوابط دور مهم في تحديد سلطة القاضي إذ التناسب يقف عند حد معين، فلا ينبغي أن يكون مخالفا للقانون متعديا على سيادته وشرعيته، بما يشمله مصطلح القانون من مبادئ عامة، ومحققا للمصلحة العامة.

١٤-تظهر التطبيقات القضائية التي اشتمل عليها البحث، أن الرقابة على التناسب كانت ولا تزال لها اعتبار لدى القضاء الإداري في أحكامه.

التوصيات

١- إن العمل بالتناسب من جانب السلطة الإدارية ليس مجرد اختيار لها، بل هو التزام عليها، لذا ينبغي على السلطة الإدارية أثناء ممارسة عملها تطبيق ما يطلق عليه "**قاعدة التحسين**" والتي تعني في جزء منها اتخاذ الإجراء الإداري المناسب خاصة عندما لا يوجد نص قانوني أو لائحي بماهية الإجراء أو كيفية أدائه.

٢- ينبغي على الإدارة أن تلتزم بأكثر الطرق تناسبية، وأن تتبع الإجراءات الإدارية السليمة للتوصل لذلك، وهو ما يلزمها بوضع قواعد إدارية أساسية لتطبيق ذلك، من هذه الإجراءات: كيفية الحصول على أكثر المعلومات صحة ودقة من أجل تحقيق التوازن وتحسين الخيارات المختلفة، وتعزيز الشفافية، والتعرف على جميع المصالح والآثار المترتبة على الحقوق وغيرها، وتوفير الحافز، ليس فقط للقرار الذي تم اختياره ولكن أيضًا لخيارات أخرى؛ ذلك أن الإجراء الإداري السليم كطريقة لتشكيل عملية صنع القرار هو أداة لضمان اتخاذ القرار الأكثر تناسقاً. كما أن هذا الإجراء هو طريقة لترشيد عملية اتخاذ القرار، واتخاذه بشكل صحيح.(١) وهو ما ظهر في تطبيقات المجتهدين على مر العصور، فلم تكن الأحكام الفقهية فيما يختص بأمور الدين والدنيا تطلق جزافا، بل كان يراعى فيما لا نص معتبر فيه أن يكون مناسبا، وكان التوصل لمناسبته من خلال عرضه على العقول وتبين وجه المصلحة فيه. يشهد له أصل من أصول الشريعة بالاعتبار، فكان قبول العقل له وتحقيقه للمصلحة من الأمور التي ترجح الحكم بناء عليه.

٣- يقع على عاتق الباحثين في الشريعة الإسلامية وخاصة في الفقه وأصوله إفراد موضوعات مهمة كالتناسب والملاءمة وغيرهما من مسالك العلة بالبحث في قواعده وشروطه التي ذكرها فقهاء السلف مع الزيادة على ذلك، وتطبيقه بما أصبح يطرأ في زماننا من قضايا ومشكلات مما لا يوجد له نص ظاهر في أصول الشريعة الإسلامية المعتبرة من القرآن والسنة والإجماع.

اللهم فقهنا في ديننا واختم بالصالحات أعمالنا

---

(١) Javier Barnes, (Spain): The Meaning of the Principle of Proportionality for the Administration Acomparativeview,p.4. https://www.academia.edu/31485682

مصادر البحث

التفسير:

- محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي: مفاتيح الغيب التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط الثالثة – ١٤٢٠ هـ.
- محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان أثير الدين الأندلسي: البحر المحيط في التفسير، تحقيق: صدقي محمد جميل، دار الفكر – بيروت، ط ١٤٢٠ هـ.
- محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري جار الله: الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي – بيروت، ط الثالثة – ١٤٠٧ هـ.

الحديث:

- صحيح مسلم
- سنن ابن ماجه
- سنن الدارقطني
- سبل السلام: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير، دار الحديث، بدون طبعة وبدون تاريخ.

المعاجم واللغة:

- الغريبين في القرآن والحديث: أبو عبيد أحمد بن محمد الهروي (المتوفى ٤٠١ هـ)، تحقيق ودراسة: أحمد فريد المزيدي، مكتبة نزار مصطفى الباز – المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩م.

- مختار الصحاح، لزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا، ط الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
- جمهرة اللغة: لأبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (المتوفى: ٣٢١هـ)، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين – بيروت، ط الأولى، ١٩٨٧م.
- لسان العرب لابن منظور.
- موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمّد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد ١١٥٨هـ)، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي، الترجمة الأجنبية: د. جورج زيناني، مكتبة لبنان ناشرون – بيروت، ط الأولى – ١٩٩٦م.
- المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، وآخرون، دار الدعوة.

مراجع في الفقه وأصوله:

- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات: تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م،
- د/ أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط٢، ١٤١٢ هـ – ١٩٩٢م.
- د/أحمد بن محمود بن عبد الوهاب الشنقيطي: الوصف المناسب لشرع الحكم، نشر: عمادة البحث العلمي، بالجامعة الإسلامية، بالمدينة المنورة، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.

- الشيخ أحمد بن محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم – دمشق / سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م.
- تاج الدين السبكي أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي (المتوفى: ٧٩٤هـ): تشنيف المسامع بجمع الجوامع ، دراسة وتحقيق: د سيد عبد العزيز – د عبد الله ربيع، الناشر: مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث – توزيع المكتبة المكية، ط١، ١٤١٨ هـ – ١٩٩٨م.
- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ): الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبو حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط١، ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م.
- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: ٧٩٣هـ): شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح بمصر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: ٦٣١هـ): الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت– دمشق– لبنان.
- شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي (المتوفى: ٨٧٩هـ)، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م.
- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق – كفر بطنا، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م.

- محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ): المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي:

المستصفى: تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: تحقيق: د. حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد – بغداد، الطبعة الأولى، ١٣٩٠ هـ - ١٩٧١ م.

- د/عبد العزيز محمد عزام: المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية، دار البيان- القاهرة، ط ٢٠٠١م.
- أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القِنَّوجي : فتحُ البيان في مقاصد القرآن، مراجعة وتقديم: خادم العلم عَبد الله بن إبراهيم الأنصَاري، المَكتبة العصريَّة للطبَاعة والنّشْر، صَيدَا – بَيروت، ط ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.
- الشيخ محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي: مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، طبعة ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
- د/ نور الدين بن مختار الخادمي: المناسبة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار ابن حزم، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

مراجع قانونية باللغة العربية:

- د/ رأفت فودة: مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية ،١٩٩٤م.

- د/ سامي جمال الدين:

١. قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، ط١٩٩٢م.

٢. الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) ،١٩٩٢م.

٣. الرقابة على أعمال الإدارة وفقا لمبدأ المشروعية ودولة القانون في ظل دستور ٢٠١٤، مؤسسة حورس الدولية، ط٢٠١٥م.

- د/ سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة أمام مجلس الدولة والمحاكم القضائية، مطبعة دار نشر الثقافة، ١٩٥٠م.

- د/ طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، ط٣، القاهرة ١٩٧٦م.

- د/عزيزة الشريف: دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي، دار النهضة العربية، ط ١٩٨٩م.

- د/عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م.

- د/ فؤاد محمد النادي:

١. مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، ط٢، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

٢. تقنين الشريعة الإسلامية (بين النظرية والتطبيق) في ضوء التطور الدستوري في مصر، الزهراء للإعلام، ١٩٨٦م.

٣. القضاء الإداري، مطابع الدار الهندسية، ٢٠١٥م/١٤٣٦هـ.

٤. القانون الإداري، مطابع الدار الهندسية، ١٤٣٩/١٤٣٨هـ-٢٠١٨/٢٠١٧م.

- د/ ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط٢٠٠٦م.
- المستشار الدكتور/ محمد عبد الحميد مسعود: إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٨هـ -٢٠٠٧م.
- د/ مصطفى عبد الشهيد عبد اللطيف خضر: رقابة القضاء على انحراف الإدارة في إعمال سلطتها التقديرية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطابع الدار الهندسية- المعادي، ط١، ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م.
- د/ محمد رفعت عبد الوهاب ود/حسين عثمان محمد عثمان: مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط٢٠٠١م.
- د/ محمد عبد رب النبي حسنين محمود: نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في إطار القانون العام، دار السلام، ط١، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.
- د/ محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، ط٢، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- د/ نبيلة عبد الحليم كامل: دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلسي الدولة في مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م.

رسائل علمية:

- د/ أحمد أحمد الموافي: فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م.
- د/ أشرف محمد علي لبيب، الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ببني سويف، جامعة القاهرة، ١٩٩٩م.

- الباحث حاج غوتي أحمد قوسم: مبدأ الوسائل القانونية والمبادئ العامة للقانون دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٥-٢٠٠٦.
- د/ حسان عبد الله يونس الطائي: التطورات القضائية في الرقابة على مبدأ التناسب في القرارات التأديبية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.
- د/ خليفي محمد: الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة أبي بكر بلقايد – الجزائر، ٢٠١٥/٢٠١٦.
- د/ هالة إسماعيل عبد النبي عبد الجواد شاهين: الغلو في القرار الإداري وآثاره "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، ١٤٤٢هـ-٢٠٢٠م.
- د/ محمد مصطفى شلبي: تعليل الأحكام عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد، رسالة دكتوراه نوقشت في جامعة الأزهر عام ١٩٤٥، طبعة الأزهر ،١٩٤٧.

مجلات علمية باللغتين العربية والأجنبية:

- مجلة الاجتهاد القضائي، الجزائر، جامعة محمد خيدر بسكرة، العدد ١٥، تاريخ النشر ١٥ يونية ٢٠١٧، الخير بوضياف، حدود رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة. https://www.asjp.cerist.dz/en/article/31756
- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق-جامعة الإسكندرية، السنة الخامسة- العدد ٢- ١٩٧٠، د/ السيد محمد إبراهيم، مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية.
- Les Petites Affiches, n° 46 spécial, 5 mars 2009 pp. 46-53 : Grégory Kalfléche , Le contrôle de proportionnalité exercé Parise Juridictions Administratives .

- Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1-2, Yıl 2004 : Ziya Çaliġkan, Le Juge Administratif Française Et Le Principe De Proportionnalité.
- Les Cahiers de droit, Volume38,1997 : Nathalie Belley : L'émergence d'un principe de proportionnalité.
- Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god, 52, 1/2015, str. 11-24 : Daniel Giltard: Le pouvoir d'appréciation dans l'action administrative

أحكام قضائية:

أحكام المحكمة الإدارية العليا

أحكام محكمة القضاء الإداري

مواقع على شبكة الإنترنت:

- موقع المستشار الدكتور: خليفة سالم الجهمي على الإنترنت .https://khalifasalem.wordpress.com
- موقع مجلس الدولة الفرنسي على شبكة الإنترنت
- http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiques/LGV-Poitiers-Limoges
- موقع أكاديميا للأبحاث العلمية:

https://www.academia.edu/31485682 بحث للأستاذ: Javier Barnes "The Meaning of the Principle of Proportionality for the Administration A comparative view"