

التطورات الحديثة للرقابة القضائية على

التناسب في القانون الإداري

(دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)

إعداد

د / وليد محمد الشناوي

أستاذ مساعد القانون العام

كلية الحقوق – جامعة المنصورة

مقدمة

يمكن القول إن الرقابة القضائية على النشاطين التشريعي والتنفيذي كانت واحدة من أكثر التطورات أهمية في مجال القانون العام في القرن العشرين. وعلى الرغم من أن مفهوم أو فكرة الرقابة القضائية قد تطورت مبكراً في عام ١٨٠٣ في القضية الأمريكية الشهيرة *Marbury v. Madison*^(١)، إلا أن هذا المفهوم لم يجد تطبيقاً له على نطاق واسع إلا في القرن العشرين، لاسيما عندما بدأت الديمقراطية تصبح، بعد الحرب العالمية الثانية، المبدأ السياسي الحاكم في أغلب دول العالم. ومنذ ذلك الحين، أضحت نطاق الرقابة القضائية على نشاط الإدارة أحد الموضوعات الأساسية محل النقاش في القانون الإداري.

كما يمكن القول أيضاً إن الرقابة القضائية على النشاط الإداري قد اكتسبت مضموناً أكثر ثراءً، لاسيما في العقدين الأخيرين. ويمكن تفسير ذلك بأن تنامي الاتجاه نحو الأخذ بنموذج دولة الرفاه الحديثة *welfare state*^(٢)، بالتضافر مع التطورات

(1) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

(٢) يعرف بعض الكتاب دولة الرفاه أو الرفاهية بأنها: "مصطلح يشير إلى قيام الدولة بتقديم خدمات وتأمينات اجتماعية ومعونات إلى أفراد المجتمع بما يحقق ارتفاع مستوى المعيشة أو ضمان حد أدنى لها. وينطلق هذا المفهوم من: حق كل إنسان في الحياة الكريمة ومن نظرة اجتماعية وإنسانية قوامها وجود رابطة قوية بين رفاهية (طيب العيش) الأفراد ورفاهية المجتمع. وتشمل الخدمات والتأمينات في دولة الرفاهية: التعليم والصحة ومستوى من الدخل وتوفير العمل والتأمين ضد العجز والشيخوخة على سبيل المثال لا الحصر. ولا تعتبر دولة الرفاهية اشتراكية بالضرورة على الرغم من وجود سمات مشتركة"، عبد الوهاب الكيالي، موسوعة السياسة، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، مارس ١٩٩٣، ص ٧١٣. بينما يعرف فريق آخر من الكتاب دولة الرفاه في الإطار التالي: (دولة الرفاه هي ما يفترضه المجتمع في الدولة =

الاقتصادية والتكنولوجية المعاصرة، قد قاد المشرع، ليس فقط لترك سلطة تقديرية أكثر اتساعاً للإدارة، ولكن أيضاً لتفويضها كثيراً من سلطاته ووظائفه^(١). ولعل هذه

= التي تتحمل مسؤولية رسمية وواضحة نحو تحقيق الرفاهية الأساسية لأعضائها وتظهر مثل هذه الحالة إذا: أصبح المجتمع أو الذين يتولون أموره مقتنعين بأن رفاهية الفرد بجانب حفظ النظام والأمن القومي من الأهمية بمكان بحيث لا يمكن تركها للتقاليد أو التنظيمات غير الرسمية والمشروعات الخاصة بل هي مسؤولية الحكومة. ويقابل دولة الرفاه التي تقوم بأداء الخدمات التي يتطلبها المجتمع الدولة الحارسة *gendarme state* وهي التي تقتصر وظيفتها على وضع القواعد لصيانة النظام في المجتمع) ، د.أحمد زكي بدوي : معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٢، ص ٤٤٦.

(١) يمكن القول إن كثرة لجوء المشرع إلى التفويض التشريعي أضحت سمة رئيسة للدولة الحديثة التي تباشر مهام تنظيمية في القطاعات الاقتصادية الحديثة (نموذج الدولة المنظمة *Etat régulateur*، وذلك في معظم الدول التي أخذت بأسلوب الأجهزة التنظيمية المستقلة. وقد اختلف الفقه في تفسيره لهذه الظاهرة. على أن التبريرات التي ساقها، في هذا الخصوص، لا تخرج عما يلي:

فمن جانب، تتسم القطاعات الاقتصادية الخاضعة للتدخل التنظيمي بجوانب فنية بالغة التعقيد، ويزداد هذا التعقيد لاسيما مع المتغيرات التكنولوجية المتلاحقة التي تشهدها أغلب هذه القطاعات، ومن ثم، يجد المشرع نفسه- حتى في أكثر الدول تقدماً- عاجزاً عن استيعاب هذه الجوانب الفنية المعقدة، وذلك فضلاً عن التدخل لتنظيم تفاصيلها الفنية الدقيقة. وعلى النقيض من ذلك، تُعد الأجهزة التنظيمية المستقلة - بما يتوافر لها من خبرات فنية متخصصة - أكثر قدرة على القيام بهذه المهمة.

ومن جانب ثان، من السمات المميزة للقطاعات الاقتصادية سرعة ما تواجهه من مشكلات ومتغيرات، وهو ما يحتاج إلى سرعة ومرونة كبيرتين في التدخل لمعالجة هذه المشكلات والتعامل مع تلك المتغيرات. وليس ثمة شك في أن هذه المرونة والسرعة لا تتوافران، عادة، في استجابة المشرع، في معظم الدول، نظراً للأعباء التشريعية الكثيرة التي تُثقل كاهله، فضلاً عن المناقشات المطولة التي تدور، غالباً، في المجالس التشريعية قبل تبني تشريعات جديدة أو تعديلات للتشريعات القائمة. وفي المقابل، تُعد هذه المرونة والسرعة في التدخل من أبرز مزايا الأجهزة التنظيمية المستقلة. ومن جانب ثالث، يحتاج القانمون بالنشاط الاقتصادي الخاضع للتنظيم إلى الشعور بالثقة في استقرار البيئة التشريعية التي يباشرون نشاطهم الاقتصادي في ظلها. ولن يتأتى هذا الاستقرار للبيئة التشريعية الحاكمة للنشاط الاقتصادي إلا إذا كانت السياسة التنظيمية بمنأى عن التقلبات التي تشهدها السلطات السياسية - التنفيذية والتشريعية - نتيجة الانتخابات المتوالية. =

التطورات هي التي أسفرت في نهاية الأمر عن تضخم سلطات الجهاز الإداري البيروقراطي. وقد أدى التخوف من إساءة استخدام الإدارة لهذه السلطة التقديرية الواسعة إلى تنامي أهمية دور الرقابة القضائية على نشاط الإدارة. ومع ذلك، فإن تزايد أهمية دور القضاء في رقابة نشاط الإدارة لم يؤد إلى تغول القضاء على المجال المحجوز للإدارة الذي تمارس فيه سلطتها التقديرية. ولذلك، فإن نطاق الرقابة القضائية يجب أن يبقى مقصوراً فقط على الحد الضروري لمنع إساءة استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية. ومع تنامي أهمية الرقابة القضائية على مباشرة الإدارة لسلطاتها التقديرية، ظهرت أهمية مبدأ التناسب باعتباره الأداة القضائية أو المعيار القضائي الأكثر أهمية الذي يستخدمه القاضي الإداري لتحقيق الموازنة بين المصالح العامة والمصالح الخاصة، أي بين الأهداف المتعلقة بالمصالح العامة من ناحية، وحماية حقوق وحرريات الأفراد من ناحية أخرى. ولذلك، يمكن القول إن مبدأ التناسب قد أسهم إسهاماً كبيراً في تعزيز حماية حقوق وحرريات الأفراد في مواجهة الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة، وبصفة خاصة في مواجهة السلطات الإدارية.

= وأخيراً، يميل المشرع إلى تفويض الأجهزة التنظيمية سلطات تمكنها من تبني سياسات تنظيمية دون ممانعة من السلطات التنفيذية – لاسيما بالنسبة للموضوعات المثيرة للجدل والتي قد يترتب على تنظيمها من جانب المشرع أو الحكومة فقدان هاتين السلطتين للتعاطف الشعبي معهما.

- د. وليد محمد الشناوي، الدور التنظيمي للإدارة في المجال الاقتصادي، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠٠٩، ص ٤٢١.

Martino Maggetti, Changement Institutionnel et L'évolution de l'État Régulateur: L'exemple Suisse, Revue Internationale des Sciences Administratives, , 2, 2014-06-06, pp.281-303

مشكلة البحث:

تواجه الدراسة المقارنة لمبدأ التناسب، في الأنظمة القانونية المختلفة، صعوبات جمة لا يمكن التغلب عليها بسهولة. من ذلك، على سبيل المثال، أنه رغم الشراء الواضح في المعالجات الفقهية لهذا المبدأ، في أغلب الدول الأوروبية، فإن مفهوم المبدأ مازال يتسم ببعض الغموض. ومن ثم، قد يكون من الصعب تحديد معنى مبدأ التناسب وبيان نطاقه بطريقة مجردة. ومن هنا، يأتي هذا البحث في إطار محاولة متواضعة للكشف عن العناصر المكونة للفكرة الأساسية للتناسب. وفي هذا الصدد، يُشار إلى أن النظرة الضيقة، إلى مضمون مبدأ التناسب، قد تسفر عن تضيق نطاق هذه الدراسة بصورة بالغة. ويرجع ذلك إلى أن مثل هذه النظرة يمكن أن تؤدي إلى استبعاد بعض الجوانب القانونية، التي قد ينظر إليها بعض الفقهاء باعتبارها تدرج تحت عنوان التناسب، من نطاق دراسة المبدأ. ومن أجل تفادي هذه النتيجة المُقيدة لنطاق دراسة مبدأ التناسب، تبنت هذه الدراسة تعريفاً أكثر اتساعاً للمبدأ. ويمكن رد هذا التعريف، بصورة أساسية إلى القول المأثور الذي يشير إلى عدم جواز استخدام مطرقة بخارية لكسر حبة من البندق، إذا كانت كسارة البندق تكفى لذلك^(١). وبعبارة أخرى، يشير مبدأ التناسب، بصورة واضحة، إلى أنه لا يجوز أن تتجاوز الإجراءات، المتبناة من جانب السلطات العامة، حدود ما يكون ملائماً *appropriate* وضرورياً *necessary* لبلوغ الأهداف المشروعة التي تتطلبها المصلحة العامة. ومعنى ذلك، أنه عندما يكون الخيار متاحاً، للسلطة العامة، بين عدة إجراءات ملائمة فيجب على هذه

(1) The principle prohibits the use of “a steam hammer to crack a nut, if a nutcracker would do”, Lord Diplock in *R v Goldsmith* [1983] 1WLR 151, 155.

السلطة عدم اللجوء إلا إلى أقل هذه الإجراءات إرهاباً أو إعناتاً *the least onerous*. ومن ثم، لا يجوز أن تكون الأضرار أو السلبيات *disadvantages* التي يمكن أن تلحق بالفرد، نتيجة اللجوء إلى هذه الإجراءات، غير متناسبة مع الأهداف المبتغاة من اتخاذ هذه الإجراءات.

وبالإضافة إلى ما سبق، تجد المحاكم نفسها، عادة، في مأزق لدى إعمال رقابتها القضائية على الإجراءات التشريعية أو الإدارية المنطوية على تقييد للحقوق والحريات. ذلك، أن المحاكم إن هي باشرت رقابة صارمة أو مشددة على هذه الإجراءات وُجّهت لها سهام النقد على أساس أن مقاربتها في هذه الحالة تمثل تجاهلاً للمشروعية الديمقراطية *the democratic legitimacy* للإجراءات التشريعية أو إجحالاً لتقديرها الذاتي محلاً للسلطة التقديرية التي خولها القانون للإدارة^(١). وفي المقابل، إن تبنت المحاكم مقاربة مذعنة أو متقبلة – أي باشرت رقابة مخففة- للخيارات التشريعية أو التنفيذية، وُجّهت لها سهام النقد استناداً إلى أن هذه المقاربة تشكل تخلياً من جانب المحاكم عن مسؤوليتها الدستورية في حماية حقوق وحريات المواطنين، ومن ثم تجاهلاً للدور الذي ناطه الشعب بهذه المحاكم^(٢). ولاشك أن تبني بعض المحاكم لهذه المقاربة المذعنة- أو المتقبلة لخيارات السلطين التشريعية والتنفيذية، وكذلك أخذ هذه المحاكم في الاعتبار السياقات المختلفة للإجراءات المطعون

(1) Alana Klein, “Section 7 of the Charter and the Principled Assignment of Legislative Jurisdiction” (2012) 57 Sup Ct L Rev 59 at 70; T R S Allan, “Deference, Defiance, and Doctrine: Defining the Limits of Judicial Review” (2010) 60:1 UTLJ 41 at 53.

(2) Lorraine E Weinrib, “Canada’s Charter of Rights: Paradigm Lost?” (2001) 6 Rev Const Stud 119 at 150, 170–171.

عليها، وتحديدها مستويات متفاوتة للإثبات. كل ذلك من شأنه أن يقوض المزايا العديدة التي يحققها التناسب باعتباره أداة تحليلية أو إطاراً تحليلياً يستخدمه القضاء لحماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.

ومن ثم، نرى أن الحاجة أضحت ماسة لكي يقوم القاضي الإداري المصري بتطوير نظرية متكاملة لمبدأ التناسب، بحيث يُطبق المبدأ وفق خطوات أو مراحل متتابعة ممنهجة، وليس باعتباره مفهوماً بسيطاً يمكن تطبيقه بخطوة واحدة بالنظر إلى عنصر واحد هو الملاءمة، وذلك لأن مفهوم التناسب في شكله الحديث يتسع ليشمل عناصر متعددة، وليس فقط مجرد عنصر الملاءمة. ولا نجاوز الحقيقة إذا قلنا إن القاضي الدستوري المصري قد قطع شوطاً أبعد مدى نحو تطبيق التناسب في مفهومه الحديث^(١) من خلال مقارنة ممنهجة مكونة من خطوات أو مراحل متتابعة، تستهدف كل منها رقابة أحد عناصر التناسب.

منهج الدراسة:

حاول الباحث في هذه الدراسة تبني منهج تأصيلي تحليلي مقارن، وذلك بهدف تأصيل وتحليل الاتجاهات الفقهية والقضائية الحديثة في موضوع الدراسة. ولما كانت المقارنة تقوم في العلوم النظرية- ومنها القانون - مقام التجربة في العلوم التطبيقية، علمنا ما للمقارنة من أهمية بالغة في مجال الأبحاث القانونية. ومن ثم، ما كان التحليل

(١) لمزيد من التفصيل حول توظيف القاضي الدستوري المصري لمبدأ التناسب في سياق الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، انظر: د. جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠؛ د. يسرى محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مجلة الدستورية، العدد ١٨، متاح على الموقع التالي:

ليضيف كثير فائدة لو أنه اقتصر على تشريع وطني واحد أو حتى تم في إطار نظام قانوني واحد. من أجل ذلك، حاول الباحث أن يتفادى الخطأ الشائع المتمثل في إجراء المقارنة بين تشريعيين ينتميان إلى نظام قانوني واحد، كما هو الحال بالنسبة للتشريعيين المصري والفرنسي الذين ينتميان إلى النظام اللاتيني. وترتيباً على ذلك، كان ثمة محاولة متواضعة لإلقاء الضوء على تطور الرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري المقارن، مع التركيز على القانون الإداري الألماني باعتباره القانون الذي شهد الميلاد المعاصر لمبدأ التناسب، وباعتبار أن الرقابة على التناسب قد بلغت أوج ازدهارها وتطورها في هذا القانون، مما جعلها جديرة بالاستلهام من جانب العديد من الأنظمة القانونية الوطنية.

خطة البحث:

سنحاول دراسة الموضوع محل البحث- وهو التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري المقارن- من خلال فصول ثلاثة تتمثل فيما يلي:

الفصل الأول: التعريف بمبدأ التناسب.

الفصل الثاني: التطبيقات القضائية لرقابة التناسب في القانون الإداري المقارن.

الفصل الثالث: تقييم مبدأ التناسب وانتشاره عالمياً.

الفصل الأول

التعريف بمبدأ التناسب

يواجه الفهم القانوني للتناسب بعض الصعوبات، نظراً لأن مضمونه يعتمد على فهم فلسفي معين للعدالة. ويذهب الفقه القانوني، منذ العصور القديمة وحتى الوقت الحاضر، إلى أن التناسب يبرز أفكار النظام *order*، والتوازن *balance*، والعلاقة المعقولة *rational relation*، والإجراء المسوغ *justified measure*. وتجدر الإشارة إلى أن التناسب، ليس فقط مبدأ للقانون العقلاني أو الرشيد *a rational law* *principle*، ولكنه يشكل أيضاً، في ذات الوقت، مبدأ للقانون الوضعي *the positive law*، وهو مبدأ ذو قيمة قاعدية أو معيارية.

ولذلك، فإن التناسب معيار قانوني يمكن من خلاله تقدير مشروعية تدخلات السلطة العامة في مجال ممارسة الحقوق والحريات الأساسية. ومن ثم، يصبح من الضروري إلقاء الضوء على تعريف التناسب لغة وقانوناً (المبحث الأول). على أن فكرة أو مفهوم التناسب ليس وليد الفكر القانوني المعاصر، ولكنه يترد إلى جذور قديمة فلسفية وقانونية.

ويلزم لتطبيق تحليل التناسب، في صورته المعاصرة، توافر مدخلات معينة. ويتكون هذا التحليل من عناصر متعددة، كما تتعدد صيغ أو مقاربات تطبيقه (المبحث الثاني). وإذا كان التناسب قد أضحى أداة قانونية أو إطاراً تحليلياً منهجياً يستخدمه القاضي الإداري، في معظم الأنظمة القانونية المعاصرة، في سياق رقابته على

مشروعية القرارات الإدارية، فإن الحاجة تدعو لتحديد القيمة القانونية لهذه الأداة القانونية (المبحث الثالث). وإذا كان مبدأ التناسب قد نشأ، بحسب الأصل، في القانون الإداري الألماني، ثم اتسع تدريجياً ليشمل القانون الدستوري، ثم لاحقاً مختلف فروع القانونين العام والخاص، فإن التساؤل يُثار بشأن نطاق تطبيق المبدأ (المبحث الرابع).

المبحث الأول

ماهية التناسب وطبيعة عيب عدم التناسب والأساس القانوني

للمراقبة على التناسب

سنحاول، في هذا المبحث، إلقاء الضوء على فكرة أو مفهوم التناسب لغة واصطلاحاً (المطلب الأول). كما سنحاول تحديد طبيعة عيب عدم التناسب (المطلب الثاني). وأخيراً، سنتناول بيان الأساس القانوني للمراقبة على التناسب (المطلب الثالث).

المطلب الأول

ماهية التناسب

أولاً : المفهوم اللغوي للتناسب

١ - مفهوم التناسب في اللغة العربية

التناسب في اللغة العربية مشتق من كلمة "نسب"، والنسب يعني القرابة، وانتسب واستنسب، أي ذكر نسبه، وناسبه شاركه في نسبه^(١)، وناسبه مناسبة، أي مائله وشاكله ولاعمه، وتناسباً، أي تماثلاً وتشاكلاً، واستنسب الشيء، أي وجدده مناسباً وملائماً، والنسبة تعنى القرابة وإيقاع التعلق والارتباط بين شيئين، والتماثل بين علاقات الأشياء والكميات^(٢)، والنسبة تعني الصلة أو الرابطة، وفي علم الرياضيات

(١) قاموس لسان العرب لابن منظور ، دار المعارف بمصر ، ص ٤٤٠٥ .

(٢) قاموس المنجد في اللغة والإعلام ، دار المشرق ، بيروت ط ١٩٨١/٢٥ ، ص ٨٠٣ .

تعني نتيجة مقارنة إحدى كميتين من نوع واحد بالأخرى، وتناسب الشينان أي تشاكلاً، والتناسب قد يعنى التشابه^(١). ويقال ناسب الأمرُ أو الشيءُ فلاناً، أي لاعمه ووافق مزاجه. كما يقال "بالنسبة إلى كذا"، أي بالنظر والإضافة إليه^(٢).

٢- مفهوم التناسب في اللغة الفرنسية:

التناسب La proportionnalité في اللغة الفرنسية كلمة تعني، في فحواها، العلاقة أو الصلة أو الرابطة بين شيءٍ وآخر، أو بين أجزاء وبعضها البعض، أو بينها وبين الكل^(٣). كما تعني أيضاً، في أحد استخداماتها اللغوية، جعل الشيء متناسباً أو متكافئاً. وهكذا، يتبين أن تعبير التناسب في اللغة الفرنسية، يمكن استخدامه للدلالة على أكثر من معنى، وإن كان يجمع بينها، أنها تعبر جميعاً عن علاقة ما، أو رابطة معينة بين شيئين أو أمرين، تتصف بالتماثل أو التكافؤ أو التوازن أو التوافق أو التلاؤم.

ثانياً: المفهوم الإصلاحي للتناسب

يعنى التناسب، في معناه العام، العلاقة بين شيئين معبر عنهما بصورة رمزية^(٤)، أو هو تعبير عن رابطة أو صلة تتسم بالتوافق أو التوازن، بين شيءٍ وآخر، في إطار العلاقات المعتادة، التي يُفترض أن تكون عليها تلك الرابطة أو الصلة^(٥). أما المفهوم الاصطلاحي للتناسب، فيمكن القول، بوجه عام، إن التناسب تعبير عن الرابطة

(١) قاموس المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التعليم بمصر ١٩٩٩، ص ٦١٢.

(٢) جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، مرجع سابق، ص ١٥.

(3) Dictionnaire Littré, Monte-Carlo, 1968, Tome 3.

(٤) د. زهير الحسنى، مصادر القانون الدولي العام، منشورات جامعة قار يونس، ١٩٩٣، ص ٣٢٤.

(٥) د. سامى جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٦٢٩.

أو الصلة التي تتسم بالتوافق أو التوازن بين حالة معينة وأخرى مناظرة لها، نتیجتها توازن مقبول أو معقول بينهما^(١). ومعنى ذلك، أن التناسب يقوم، بحسب الأصل، على وجود رابطة أو علاقة منطقية بين شيئين، ويُعبر عن هذه الرابطة أو العلاقة بالتمائل أو التكافؤ، وهو لن يكون إلا نسبياً حين يتعلق الأمر بإقامة علاقة مقارنة بين قيم (أو مصالح أو مبادئ أو اعتبارات) مختلفة بينها نوع ما من التعارض أو التناقض. وبذلك، يكتسب التناسب مفهوماً حيويًا مزدوجًا، الأول: يعود إلى معادلة رياضية، كعنصر في علم لا يحلل سوى القيم المجردة، والثاني: يقترب من أفكار العقل والمنطق مستدعيًا تصورًا أخلاقيًا ذا طابع فلسفي. ويشتمل التناسب على عنصرين أحدهما ثابت والآخر متغير، أم العنصر الثابت في هذه العلاقة فهو السبب الذي يمثل المخالفة التأديبية، و أما العنصر المتغير صعودًا ونزولاً فهو المحل (مضمون الإجراء التأديبي) الذي يعبر عن الجزاء التأديبي^(٢). وبعبارة أخرى، يمكن القول إن العنصر الثابت يشتمل على العلاقة بين طرفي قياس، والآخر المتغير يتمثل في مدى أو درجة العلاقة بين هذين الطرفين، ومن ثم يمكن أن توجد صور عدة للتناسب يكون محتواها أو مضمونها مختلفًا، ولكن تبقى هناك خاصية مشتركة تجمع بينها تتمثل في وجود علاقة تلازم منطقية تقود إلى تصور مجرد إيجابي للتناسب كالمعقولية والتوازن والتناغم والانسجام والتكافؤ، أو تصور مجرد سلبي كالمفرط والمغالى فيه والمتجاوز للحد، وبين هذين التصورين تتجسد أسقف التناسب بمعناه النسبي، وليس الدقيق أو المطلق^(٣).

(١) د. خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (رقابة التناسب)، مقال متاح على الموقع التالي:

<https://khalifasalem.wordpress.com/page/2>

(٢) لعلام محمد مهدي، دور القاضي الإداري في رقابة مدى تناسب الجزاء التأديبي، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية العدد الرابع، مارس ٢٠١٥، ص ١٠٥.

(٣) د. خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (رقابة التناسب)، مرجع سابق، مقال متاح على الموقع التالي:

<https://khalifasalem.wordpress.com/page/2>

والتناسب في مجال القرارات الإدارية، هو تحقيق التوافق بين سبب القرار ومحلّه، أو هو اشتراط علاقة تطابق بين الوقائع الثابتة والإجراء المتخذ بشأنها، ويمكن أن ينشأ التناسب من علاقة توافق بين وسيلة وهدف أو غاية في نص معين، والتناسب بهذا المعنى يمكن أن يتغير تبعاً للحالة المتوقعة والمضار المحتملة، كما يمكن أن ينشأ بعمل حساب ختامي للمنافع والمضار، ودرجة خطورة الحالة وأهمية الهدف أو الغاية المستهدفة والأعباء أو القيود التي تفرض على حقوق وحريات الأفراد^(١).

واستناداً إلى ما تقدم، يمكن القول بأن التناسب في مجال القانون الإداري يعني اختيار الإجراء الذي يتوافق أو يتكافأ مع أهمية الوقائع التي دفعت الإدارة إلى اتخاذ القرار^(٢) أو هو تقدير الإجراء على نحو يؤدي إلى اختيار قرار إداري يتناسب مع خطورة وأهمية السبب^(٣). وبعبارة أخرى، التناسب هو التوافق أو التلاؤم بين السبب والمحل بهدف التوصل إلى الحل العادل أو المعقول^(٤) أو هو صفة لعلاقة منطقية أو عقلانية متسقة ومتناغمة تربط بين عنصري السبب والمحل في القرار الإداري في رأي أغلب الفقه^(٥). والتناسب بهذه المثابة يتحقق كلما كان سبب القرار متسقاً أو متوافقاً مع محله أو مضمونه، أي عندما يكون هناك تلاؤم أو توافق بين أهمية الوقائع التي

(1) Michel Guibal, De la proportionnalité , AJDA., 1978, p.477.

(٢) د.عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص٤١٨ .

(٣) د.محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص٧٢ .

(٤) د.محمد مصطفى حسن ، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية ، مطبعة عاطف، القاهرة، ١٩٧٤، ص١٩٩ .

(٥) د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص٦٣٠ .

أدت إلى صدور القرار (السبب)، وبين الإجراء الذي اختارت الإدارة اتخاذه حيال هذه الوقائع وما يرتبه من آثار قانونية (المحل)، أو ما يستهدفه من غاية (الغرض).

المطلب الثاني

طبيعة عيب عدم التناسب

يعد التناسب أحد الأفكار الأساسية في القانون الإداري. ويمكن تحليل هذه الفكرة إلى عناصر ثلاثة، وهي القرار الصادر والحالة الواقعية والغاية المستهدفة. فالتناسب يمكن أن ينشأ من علاقة تطابق بين وسيلة وهدف في نص معين. والتناسب بهذا المعنى يمكن أن يتغير تبعاً للحالة الواقعية، والمزايا المتوقعة، والمضار المحتملة. وهذه المفاهيم عن التناسب يجمعها، أنها فكرة لا يمكن إرجاعها إلى صيغة ذات نمط ثابت، فهي ليست أكثر من مجرد عنصر أو دليل قضائي، وهي تختلط كثيراً مع فكرة الموازنة بين المنافع والأضرار.

ففي القرار الإداري، نعنى بالتناسب الصلة بين سبب القرار ومحلله أو موضوعه. وفي التشريع، نعنى بالتناسب العلاقة بين سبب التشريع ومحلله، أي مدى التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التي جعلت السلطة المختصة تفكر في إصدار تشريع معين لتنظيم هذه الحالة، وبين محل أو موضوع التشريع ذاته، أي الأثر القانوني المراد تحقيقه من وراء إصدار مثل هذا التشريع^(١). ومن ثم، فإن الإدارة، تقيس تناسب الوقائع اللازمة لاتخاذ القرار بالآثار الناجمة عنه، ويجب أن يكون هذا القياس دقيقاً، وإلا تكون الإدارة قد تعسفت في استعمال سلطتها التقديرية،

(١) د. جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، مرجع سابق، ص ١٦-١٧.

وكما هو الحال في المجال التأديبي، حيث يجب قياس الجزاء (بحسبانه المحل) بالمخالفة المرتكبة (بحسبائها السبب)، بحيث يكون هناك تناسب بين السبب والمحل^(١). والأصل أن تقف رقابة القضاء الإداري على قرارات السلطة الإدارية عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها هذه السلطة أساساً لقراراتها وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وعدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونية، دون أن يتعدى ذلك إلى البحث في أهمية وخطورة السبب، وتقدير مدى التناسب بينه، وبين الإجراء المتخذ على أساسه، أي محل هذا القرار الإداري ومضمونه، لأن القاضي الإداري بهذا التصدي يكون قد خرج على مقتضى وظيفته وتدخل في صميم العمل الإداري، ومن ثم يغدو الرئيس الأعلى لجهة الإدارة، ولذلك استقر القضاء الإداري على الاعتراف للإدارة بسلطة تقدير الملاءمة بين أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها، والتصرف الذي تتخذه حيالها.

ومع ذلك، فإن القضاء الإداري لم يلتزم بهذه القاعدة في كثير من الحالات، التي رأى فيها ضرورة التزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لاتخاذ القرار الإداري، ومحل هذا القرار تأسيساً على أن مبدأ التناسب في هذه الحالات من المبادئ القانونية العامة التي يتوجب على الإدارة الالتزام بها في تصرفاتها دون حاجة إلى وجود نصوص صريحة تتضمنها، وبذلك يمتد عمل القاضي الإداري إلى الرقابة على مدى تحقق هذا التناسب، دون أن يتجاوز حدود وظيفته كقاضي مشروعيه حيث يقتصر عمله على المطابقة بين محل القرار الإداري، وأحد المبادئ القانونية العامة، وهو مبدأ التناسب، والميدان الرئيسي لمبدأ التناسب في القضاء الإداري، يتمثل في ميدان توقيع

(١) مهند نوح، السلطة التقديرية، الموسوعة القانونية المتخصصة، متاحة على الموقع التالي:

<http://www.arab-ency.com/details.law.php?full=1&nid=163739>

الجزاءات في القرارات التأديبية لمواجهة إسراف بعض الجهات الإدارية في ممارسة سلطتها التأديبية، والتفاوت الصارخ بينها في تقدير الجزاءات المناسبة^(١)، إذ فرض القضاء الإداري رقابته على مدى الملائمة في هذه القرارات بحيث أن ثبوت المفارقة الصارخة بين درجة المخالفة الإدارية، وبين نوع الجزاء، ومقداره وعدم تناسبها، يؤدي إلى عدم مشروعية القرار التأديبي.

ومن ثم، يعنى مبدأ التناسب، في مجال الجزاءات التأديبية، ألا تكون هناك عدم ملائمة ظاهرة أو واضحة بين الخطأ أو المخالفة الوظيفية ونوع الجزاء المفروض على مرتكبها^(٢). والأصل أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار أحد الحلول أو الجزاءات الملائمة. ومن ثم، إذا وُجد أكثر من حل مناسب في حالة من الحالات فمن حق الإدارة أن تختار أحد هذه الحلول المناسبة، وليس للقضاء التدخل إلا إذا كان الإجراء الذي اتخذته الإدارة مشوباً بعدم الملائمة الظاهرة، أي إذا أساءت الإدارة استعمال سلطتها^(٣).

بيد أنه يمكن القول أنه إذا كان الميدان التقليدي لتطبيق رقابة التناسب في القانون الإداري يتمثل في الجزاءات التأديبية، فإن هذه الرقابة لم تبق مقصورة على هذا الميدان، وإنما اتسع نطاقها لتشمل إجراءات الضبط

(١) ميزاب ريمه، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية، رسالة ماجستير، جامعة محمد خضرم، الجزائر، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص 82.

(٢) عادل الطببائي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السادسة، ١٩٨٢، ص ٨٠.

(٣) محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ص ١٥٣.

الإداري^(١)، وإجراءات نزع الملكية، وحديثاً جداً كل إجراء إداري يتضمن تقييداً لأحد الحقوق أو الحريات الأساسية^(٢).

وقد ثار الخلاف الفقهي حول اعتبار عدم التناسب بين الخطأ والجزاء التأديبي قرينة على عيب الانحراف في استعمال السلطة بين مؤيد ومعارض لذلك.

المطلب الثالث

الأساس القانوني للرقابة القضائية علي التناسب وتطورها الحديث

أولاً- الأساس القانوني للرقابة القضائية علي التناسب

يظهر من استقراء كتابات الفقهاء المصريين بشأن أساس الرقابة القضائية الاستثنائية على التناسب أنهم يؤسسون هذه الرقابة على قاعدة تدرج الجزاءات التأديبية، وعلى تكييف التناسب باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون.

(1) "le Conseil d'Etat a toujours maintenu le principe de cette jurisprudence, en exerçant un véritable contrôle de proportionnalité sur les mesures de police administrative. Or, aujourd'hui, ce contrôle de proportionnalité est de plus en plus présent, notamment sous l'influence du juge européen, du fait de la rédaction même de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.", Yann Le Foll, Quelles sont les implications de l'arrêt "Benjamin" dans la pratique actuelle du juge administratif ?, Lexbase Hebdo édition publique n°309 du 21 novembre 2013, Voir à : <http://www.presentation.lexbase.fr/sites/default/files/actualites/fichiers/n9421bt4.pdf>

(2) Valérie Goesel-Le Bihan, Le Contrôle de Proportionnalité Exercé par le Conseil Constitutionnel, Cahier du Conseil constitutionnel n° 22 (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel) - juin 2007.

١ - قاعدة تدرج الجزاءات التأديبية:

يأخذ المشرع في القوانين المقارنة للوظيفة العامة بمبدأ المشروعية. ومن المعلوم أن هذا المبدأ له تطبيق خاص في القانون التأديبي يختلف عن نظيره في القانون الجنائي. فإذا كان مبدأ المشروعية ينطبق في القانون الجنائي في مجال التجريم والعقاب على حد سواء، بمعنى أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فإنه لا ينطبق في القانون التأديبي سوى على المجال العقابي، بمعنى أن المخالفات التأديبية لا ترد في القانون على سبيل الحصر، أما الجزاءات التأديبية فتزد في القانون على سبيل الحصر. بيد أنه إذا كان المشرع يورد حصراً كاملاً للجزاءات التأديبية، فإنه لا يربط ربطاً تشريعياً صارماً بين المخالفات التأديبية والجزاءات التأديبية المقررة لها. ومن مؤدى ذلك، أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيارها للجزاءات التأديبية التي توقعها على الموظفين في حالة ارتكابهم للمخالفة التأديبية. بيد أن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة من كل قيد، بل يجب على الإدارة أن تراعي احترام مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية التي تختارها، نوعاً ومقداراً، من بين الجزاءات الواردة في القانون على سبيل الحصر^(١). ذلك، أن المشرع قد قصد هذا التفاوت المتدرج في الجزاءات التأديبية نوعاً ومقداراً من الأخف إلى الأشد إلى الأكثر شدة مستهدفاً بذلك منح الإدارة هامشاً واسعاً من المرونة، لكي يمكنها من اختيار الجزاء التأديبي الذي يتناسب حقاً وعدلاً مع المخالفة التأديبية المرتكبة. ومعنى ذلك، أن هذا التدرج التشريعي في الجزاءات التأديبية يعكس، في الحقيقة، إرادة المشرع لاحترام التناسب

(١) قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١١-٢٠١٢، ص ١٤٩.

في اختيار الجزاءات التأديبية. ويمكن رد هذه الإرادة إلى اعتبارات المنطق والعدالة والإنصاف وفن الصياغة التشريعية^(١). وهكذا، يمكن القول إن التدرج التشريعي للجزاءات التأديبية يشكل الأساس القانوني لضرورة احترام التناسب في اختيار الجزاءات التأديبية، لأن هذا التدرج يعني أن المخالفات ليست على ذات الدرجة من الخطورة والجسامة. وقد حاولت المحكمة الإدارية العليا تبرير قضائها في رقابة التناسب على أساس فكرة التدرج في سرد العقوبات^(٢).

وهكذا، يجب على الإدارة في سياق مباشرتها لسلطتها التقديرية في اختيار الجزاءات التأديبية أن تختار الجزاء المتناسب مع درجة خطورة الجريمة وجسامتها. وتسترشد الإدارة في تقديرها للجزاءات المتناسبة بطائفة من المعايير مثل درجة خطورة المخالفة التأديبية، والمصلحة العامة، وظروف وملابسات المخالفة التأديبية، والوضع الوظيفي للموظف، وأثر العقوبة. وتجدر الإشارة إلى أن القاضي الإداري لا يعقب على الجزاءات التأديبية التي تختارها الإدارة إلا إذا شاب هذا الاختيار غلو أو إفراط. وعلى ذلك، فإن القاضي لا يتدخل إذا لم يكن هناك سوى مجرد تجاوز بسيط^(٣).

(١) خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٣٤١.

(٢) من ذلك، على سبيل المثال، " قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الأصل أن يقوم تقدير الجزاء على أساس التدرج تبعاً لدرجة جسامة الذنب الإداري، وعلى أنه إذا كان للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، فإن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة جسامة الذنب وبين نوع الجزاء أو مقداره (الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ١٠ قضائية جلسة ١٩٦٥/٢/٦).

(٣) قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، مرجع سابق، ص ١٥١.

في اختيار الجزاء متناسب، وذلك احتراماً من القاضي الإداري للسلطة التقديرية الواسعة التي تتمتع بها الإدارة في هذا الخصوص.

٢- اعتبار التناسب أحد المبادئ العامة للقانون

يذهب أغلب الفقه إلى أن التناسب يندرج في عداد المبادئ العامة للقانون^(١)، ومجال تطبيقه الرئيسي هو قرارات التأديب، أي أن مبدأ التناسب من المبادئ القانونية العامة التي يتوجب على الإدارة الالتزام بها في تصرفاتها، دون حاجة إلى وجود نصوص صريحة تتضمنها. ومعنى هذا القول أن القاضي لا يتجاوز حدود وظيفته كقاضٍ للمشروعية، لأنه يقتصر على المطابقة بين محل القرار الإداري وأحد المبادئ القانونية العامة، وهو مبدأ التناسب، وبالتالي يعتمد الإلغاء على مخالفة قرار الجزاء لأحد المبادئ العامة للقانون، وليس لعدم التناسب^(٢).

بل أكثر من ذلك، يذهب أغلب الفقه المصري إلى أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قد أسبغت على التناسب قيمة دستورية، وجعلته ملزماً لكافة السلطات العامة في الدولة، وعلى رأسها السلطة التشريعية. كما يلاحظ هذا الجانب من الفقه أن المحكمة الدستورية العليا قد وسعت من مجال تطبيق مبدأ التناسب، بحيث لا يقتصر فقط على الجزاءات التأديبية، ولكن لينطبق أيضاً على كافة الجزاءات بجميع أنواعها المدنية والجنائية والمالية^(٣). وفي ذلك، تقول المحكمة الدستورية العليا

(1) Hartmunt Maurer, Droit administratif allemand, L.G.D. J, 1987, p.73.

(٢) د. محمد فريد سليمان الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة المنصورة ١٩٨٩ ص ٤١١؛ د. سامي جمال الدين قضاء الملازمة والسلطة التقديرية ط٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٢١٩.

(٣) د. محمود سامي جمال الدين، منازعات الوظيفة العامة والطعون المتصلة بشئون الموظفين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٥٢.

"جرى قضاء هذه المحكمة على أن شرعية الجزاء- جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً- مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع، أو حظرها أو قيد مباشرتها. فالأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضاً أو عاتياً، أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي أتمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده، ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً"^(١).

وبذلك، يمكن القول إن مبدأ التناسب ليس فقط مبدأ دستورياً، ولكنه أيضاً أحد المبادئ العامة للقانون الإداري^(٢). وليس من اليسير وضع قائمة حصرية بهذه المبادئ العامة، لأن القاضي الإداري لا يزال يكشف عنها في سياق سعيه الحثيث لترسيخ حقوق الإنسان وحرياته الأساسية^(٣). ولاشك أن من شأن هذا الدور الإبداعي الخلاق الذي يقوم به القاضي الإداري تكريس مبدأ التناسب بين المصالح العامة من ناحية، وحقوق وحرريات الأفراد من ناحية أخرى. وفي مجال القانون التأديبي على وجه التحديد، يسهم مبدأ التناسب في تحقيق التوفيق والتوازن بين مصلحة المرفق العام ومصلحة الموظف المرتكب للمخالفة التأديبية^(٤). ويستخدم التناسب بهذا المعنى كأداة لتحقيق هذا التوازن صوتاً لوحدة النظام القانوني في سعيه للتوفيق بين حماية الحقوق والحرريات ومراعاة اعتبارات المصلحة العامة. ومن مزايا مبدأ التناسب أو تحليل التناسب أنه يضمن علاقة

(١) القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية "دستورية"، جلسة ٢٠٠١/٦/٢ ج ٩ " دستورية"، ص ٩٨٦.

(2) Hartmunt Maurer, Droit administratif allemand, op. cit., p.73.

(3) Jean-François Lachaume, Droit administratif, P.U.F, P. 82

(٤) كمال رحماوي، تأديب الموظف العام في القانون الجزائري، دار هومة للطبع والنشر، ٢٠٠٣، ص ٩٤.

منطقية أو عقلانية متماسكة بين المصالح المتنوعة التي يحميها النظام القانوني، وذلك من خلال التوصل إلى حل يتسم بالمنطق والعقلانية والتوازن والتناسق والتجانس والانسجام وعدم التحكم^(١).

وعلى النقيض مما سبق، يذهب اتجاه فقهي آخر إلى إنكار إمكانية اعتبار التناسب أحد المبادئ العامة للقانون. وبدلاً عن ذلك، يرى أنصار هذا الاتجاه أن الغايات التي يحققها استخدام مبدأ التناسب، يمكن تحقيقها من خلال طائفة أخرى من المبادئ، مثل المساواة، والملاءمة، والإنصاف والضرورة، والخطأ الظاهر في التقدير، ويحاول هذا الاتجاه الفقهي الثاني تأييد رأيه بالقول إن ثمة فارقاً بين الدول التي تأخذ بالنظام القضائي الموحد والدول التي تأخذ بالنظام المزدوج. فبالنسبة للطائفة الأولى من الدول، يجد التناسب تجسيداً وتكريساً له^(٢) باعتباره مجرد عملية حسابية بسطها الجريمة التأديبية ومقامها الجزاء التأديبي وحاصلها ملاءمة القرار^(٣). ومن الواضح أن أنصار هذا الفريق يرفضون من حيث مبدأ الرقابة على التناسب.

ونحن من جانبنا لا نتفق مع ما ذهب إليه أنصار هذا الاتجاه الفقهي الثاني من إنكارهم اعتبار التناسب أحد المبادئ العامة للقانون، وذلك لما يلي:

١- من الواضح أن أنصار هذا الاتجاه الفقهي عندما قالوا إن ثمة مبادئ مثل الملاءمة

(١) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤، ص ٥٤٥.

(2) Phillipe XAVIER: Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative française, Presse Universitaire d'Aix Marseille, 1990, p 330.

(٣) قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، مرجع سابق، ص ١٥٦.

والضرورة والإنصاف، والخطأ الظاهر في التقدير تحقق ذات الغايات التي يحققها التناسب. ومن ثم ليس ثمة ضرورة لرقابة التناسب. لم يأخذوا في اعتبارهم التطورات المعاصرة لاختبار التناسب أو لتحليل التناسب. فهذا التحليل في شكله المعاصر الأكثر انتشاراً عالمياً يتكون من عناصر أو خطوات متعددة تتمثل في: الملاءمة، والضرورة والموازنة؟ ومن ثم، فإن اجتماع هذه العناصر معاً في تحليل واحد متتابع الخطوات أو المراحل هو الذي يكون اختبار التناسب في شكله الحديث. فإذا كان أنصار هذا الاتجاه يقبلون النتائج التي يؤدي إليها أعمال هذه الاختبارات الفرعية (الملاءمة، الضرورة، الموازنة) كل على حدة، فليس ثمة مبرر واضح لرفضهم اجتماع هذه الاختبارات الفرعية في تحليل واحد تحت عنوان تحليل التناسب.

٢- ليس واضحاً المنطق الذي يستند عليه أنصار هذا الاتجاه في القول بأن أفكاراً مثل الإنصاف والخطأ الظاهر في التقدير يمكن أن تحل محل التناسب. ذلك، أن هذا المنطق يقوم على نوع من الخلط بين هاتين الفكرتين وبين التناسب. فالتناسب هو في الحقيقة اختبار أو إطار تحليلي يتكون من مراحل متعددة يستخدمه القاضي لرقابة النشاط الإداري عندما يكون هذا النشاط مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير. وتفسير ذلك. أن القاضي الإداري لا يريد تقليص هامش السلطة التقديرية الذي تتمتع به الإدارة، ولذلك فهو لا يتدخل ويعقب على تقدير الإدارة مادام أن هذا التقدير معقولاً أو حتى مشوباً ببعض الميل البسيط، أما إذا كان التقدير مشوباً بغلط بين أو خطأ ظاهر، فإنه لا يجد بداً من التدخل من خلال تطبيق تحليل التناسب. كذلك، ليس مفهوماً القول بأن الإنصاف يقوم مقام التناسب، لأن الإنصاف هو الغاية التي يسعى القاضي إلي تحقيقها من خلال تطبيق التناسب.

٣- إن هدف أي نظام قضائي- سواء أكان موحدًا أو مزدوجًا، هو تحقيق مبادئ العدالة والإنصاف، والتناسب منهج تحليلي يسهم في تحقيق هذين المبدأين، فما المانع من الاعتراف به باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون التي يكشف عنها القاضي الإداري بما له من دور إبداعي إنشائي.

٤- إن الأخذ بمبدأ التناسب من شأنه إقامة موازنة عادلة بين أهداف المصلحة العامة من ناحية، وحماية حقوق الإنسان وحياته من ناحية أخرى، فما المانع من الأخذ بهذا المبدأ والاعتراف به حتى دون نص؟

المبحث الثاني

الجذور التاريخية لمبدأ التناسب ومدخلاته وعناصره

والصيغ المختلفة له

يمكن القول إن مفهوم التناسب الذي أضحى أحد المفاهيم القانونية الأكثر أهمية في الوقت الحاضر في مختلف الأنظمة القانونية ليس وليد الفكر القانوني المعاصر، وإنما يرتد إلى جذور بعضها قديم وبعضها الآخر حديث (المطلب الأول). ولكي يتمكن القاضي من مباشرة رقابة أو تحليل التناسب، يجب أن تتوافر مدخلات أو عوامل معينة، فإذا افْتُقد أحد هذه المدخلات لم يكن بالإمكان مباشرة مثل هذه الرقابة (المطلب الثاني).

وتتطلب مباشرة الرقابة على التناسب التعرف على العناصر المكونة لمبدأ التناسب أو الخطوات أو المراحل التي يتكون منها تحليل التناسب (المطلب الثالث). وأخيراً، تجدر الإشارة إلى أن الرقابة على التناسب، التي غزت معظم النظم القانونية المعاصرة، لا يتم إجراؤها وفق مقارنة أو صيغة واحدة، بل تتفاوت صيغ مباشرة هذه الرقابة بين النظم القانونية المختلفة. ذلك، أن الرقابة على التناسب يمكن أن تتم وفق صيغة ثنائية أو ثلاثية أو رباعية المراحل أو الخطوات (المطلب الرابع).

المطلب الأول

الجذور التاريخية والحديثة لمبدأ التناسب

أولاً: الجذور التاريخية لمبدأ التناسب

إن التناسب صفة جديرة بأن يتحلى بها المرء في حياته اليومية. وتعكس هذه الصفة خبرة الحياة والمنطق السديد^(١). ويعد التناسب تجسيداً حقيقياً لفكرة العدالة، ولذلك يمكن رؤيتها في صورة السيدة عدالة "وهي تمسك بميزان العدالة"^(٢). كما يشكل التناسب، أيضاً، تعبيراً عن التفكير الرشيد^(٣). ولذلك، ننتظر من أنفسنا ومن الآخرين التصرف بطريقة تتسم بالتناسب. وتبعاً لذلك، يلزم أن تكون العقوبة متناسبة مع الجريمة^(٤). ولذلك، تعد قاعدة "العين بالعين" - قاعدة معيارية^(٥).

- (1) E. M. Thomas, *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles* (Cambridge University Press, 2005), P. 337.
- (2) D. E. Curtis and J. Resnik, "Images of Justice", 96 *Yale L. J.* . 1727, 1741 1987).
- (3) J. Raz, *Practical Reasons and Norms* , 2nd edn. (Oxford University Press, 1999), P. 95.
- (4) *Graham v. Florida* , 560 US (2010) (Slip. Op. at 8) ("The concept of proportionality is central to the Eighth Amendment. Embodied in the Constitution's ban on cruel and unusual punishments is the 'precept of justice that punishment for crime should be graduated and proportioned to [the] offense.'").
- (5) See Exodus 21:23-25 ("But if any harm follow [when men strive together], then thou shalt give life for life, eye for eye, tooth for tooth, hand for hand, foot for foot, burning for burning, wound for wound, stripe for stripe."). The term appears several more times in the Jewish Bible. See M. Miller, *Eye for an Eye* (Cambridge University Press, 2006); M. J. Fish, "An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment," 28 *OJLS* 57 (2008).

ويرد بعض الكتاب جذور مبدأ التناسب إلى الفلسفة اليونانية القديمة التي تعتبر أن العدالة هي توازن وتناسب^(١). ففي كتاب الأخلاق، يعرض أرسطو نوعين من العدل، يتعلق أحدهما بالنطاق العام، بينما يتعلق الثاني بالنطاق الخاص:

الأول: هو العدل النسبي، حيث "العدل هو وسط بين حدين، بدونه لا يكون متناسباً".

الثاني: هو العدل التبادلي، حيث "العدالة التبادلية هي التي تضمن اتحاد الناس فيما بينهم اتحاداً تبادلياً بناءً على التناسب، وليس بناءً على عدالة دقيقة فيما بينهم".

وهكذا، يكون التوازن عند أرسطو هو حامى وحدة المدينة- الدولة، وهذا التوازن يضمنه "منطق التناسب"^(٢).

وفي مصادر الديانة اليهودية، توجد الحكمة الذهبية التالية: "ما يكون مكروهاً لك لا تفعله لغيرك"^(٣). وقد ألهمت فكرة التناسب المفكرين عبر أجيال مختلفة^(٤). وقد أسهمت المفاهيم اليونانية التقليدية للعدالة التصحيحية *corrective justice* (justitia vindicativa) والعدالة التوزيعية *justitia distributive justice*

(1) Georges xynopoulos, le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité. En France, Allemagne et Angleterre, thèse, paris, L.G.D.J., p. 10.

(٢) حنان حجال، رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري : دراسة مقارنة بين لبنان وفرنسا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٠٥، ص ٢.

(3) Babylonian Talmud, Shabbat 31 a.

(4) For a discussion of proportionality in Christianity, see G. L. Hallet, Greater Good: The Case for Proportionalism (Washington, DC: Georgetown University Press, 1995).

(distributiva) في تطوير التناسب باعتباره مفهوماً رشيداً^(١). وكذلك أيضاً اعترف الرومان القدماء بفكرة التناسب^(٢). وبحلول عام ١٢١٥، اعترفت وثيقة العهد الأعظم Magna Carta، كتابة، بمبدأ التناسب:

"بالنسبة للجريمة التافهة، لا يجوز أن يخضع الرجل الحر سوى لغرامة تتناسب مع جريمته، وبالنسبة للجريمة الخطيرة بالمثل، ولكن ليس إلى درجة من القسوة تصل إلى حرمان الرجل من حياته"^(٣).

وقد أسهمت كتابات القديس توما الاكويني، إلى حد كبير، في تطوير مفهوم التناسب^(٤). وأثناء العصور الوسطى، استُخدم مفهوم التناسب في ظل مبدأ "الحرب العادلة" Just War في القانون الدولي: ووفقاً لهذا المبدأ، يجب أن تكون الفائدة الإجمالية للحرب متوازنة مع الأضرار التي تخلفها^(٥).

- (1) E. J. Weinrib, "Corrective Justice," 77 Iowa L. Rev . 403 (1992); I. England, *Corrective and Distributive Justice: From Aristotle to Modern Times* (Oxford University Press, 2009). On Plato and proportionality, see T. Poole, "Proportionality in Perspective," New Zealand L. Rev . 369 (2010).
- (2) K. Stern, "Zur Entstehung und Ableitung des Ubermassverbots," in P. Badura and R. Scholz (eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift fur Peter Lerche zum 65 Geburtstag* (Munich: C. H. Beck, 1993).
- (3) G. R. C. Davis, *Magna Carta* (London: Trustees of the British Museum, 1963), 19.
- (4) T. Aquinas, *S umma h eologica II-II . Qua estio 64, and 7.*
- (5) For the notion of Just War, see, e.g., J. Von Elbe, "h e Evolution of the Concept of the Just War in International Law," 33 Am. J. Int'l L . 665 (1939); J. T. Johnson, *Ideology, Reason, and the Limitation of War: Religious and Secular Concepts , 1200–1740* (Princeton University=

ثانياً: الجذور الحديثة لبدأ التناسب وتطوره:

ترتد جذور مبدأ التناسب إلى قانون حفظ الأمن (قانون الشرطة) البروسي Prussian police law^(١) في نهاية القرن الثامن عشر. ومن هذه الجذور البروسية، تطور المبدأ في بادئ الأمر كوجه بدائي لمبدأ حكم القانون أو دولة القانون the Rechtsstaat principle في أواخر القرن التاسع عشر^(٢)(١). غير أن تطور

= Press, 1975); J. Johnson, Just War Tradition and the Restraint of War (Princeton University Press, 1981); J. Gardam, Necessity, Proportionality and the Use of Force by States (Cambridge University Press, 2004), 8; Y. Dinstein, War, Aggression and Self-Defense , 4th edn. (Cambridge University Press, 2005), 67.

(١) تعريف بروسيا:

(٢) تجدر الإشارة إلى أن مقارنة حقوق الإنسان تركز، بصورة أساسية، على حقوق الأفراد المواطنين وغير المواطنين، وبصورة أقل على حقوق المجموعات. وفي المقابل، تتسم مقارنة حكم القانون بأنها أكثر اتساعاً من مقارنة حقوق الإنسان. بيد أنه إذا كانت المفاهيم الكامنة وراء مفهوم حكم القانون قديمة، إلا أنها لم تقنن إلا مع نهاية القرن الماضي. وتوجد تفسيرات متعددة لحكم القانون. وكان للفقيه الدستوري الإنجليزي Dicey تأثير قوى على المفاهيم الأساسية لحكم القانون. واستناداً إلى كتابات الفقيه Dicey وكتابات غيره من الفقهاء، يمكن الإشارة إلى الخصائص التالية لحكم القانون:

- ١- أخلاقيات عامة Common ethics : أي وجود توجه نحو احترام القيم الأخلاقية الأساسية، مثل المساواة والعدالة في جميع القوانين
- ٢- سيادة القانون The supremacy of the law: أي خضوع جميع الأشخاص للقانون. وحتى هؤلاء الأشخاص الذين يحوزون سلطة الدولة يجب أن يخضعوا للقانون.
- ٣- تقييد السلطة التحكيمية Restraint of arbitrary power: أي لا يجوز ممارسة أي سلطة إلا وفقاً للإجراءات والمبادئ والقيود الواردة في القانون.
- ٤- الفصل بين السلطات Separation of powers: ووفقاً لهذا المبدأ، فإن البرلمان وحده هو الذي يمارس السلطة التشريعية. ويجب أن تكون هناك قيود صارمة على أي ممارسة للسلطة التشريعية من جانب السلطة التنفيذية. =

- ٥- مبدأ ضرورة المثول أمام قاض *The principle of habeas corpus*: ومن ثم، فإن الاعتقال التعسفي أو الوقائي محظور.
- ٦- مبدأ لا عقوبة بلا قانون *The principle nulla poena sine lege*: ويجب أن يكون التشريع سابقاً على وقوع الجريمة، لا لاحقاً عليها.
- ٧- استقلال القضاء *Judicial independence*: أي ضرورة وجود سلطة قضائية مستقلة ومحيدة، وعدم وجود محاكم خاصة.
- ٨- المساواة أمام القانون *Equality before the law*: يجب إتاحة وسائل الإنصاف لجميع المواطنين في مواجهة انتهاكات القانون، سواء وقعت هذه الانتهاكات من مواطن آخر أو من أي مسئول تابع للدولة.
- ٩- حماية الدولة للكافة *State protection for all*: تماماً كما أنه لا يجوز أن يكون هناك أحد فوق القانون، فإنه لا يجوز أن يكون هناك أحد خارج الحماية التي يكفلها القانون.
- ١٠- علو السلطة المدنية *Supremacy of civilian authority*: يجب أن تكون السلطات العسكرية وسلطات الشرطة خاضعة لرقابة سلطة مدنية.
- ١١- حظر العدالة المختصرة *Prohibition of summary justice*: يجب النظر إلى الجرائم باعتبارها أعمالاً فردية. ومن ثم، لا يجوز أن يكون هناك عقاب جماعي عن أعمال الأفراد.
- ١٢- مبدأ التناسب *The principle of proportionality*: لا يجوز استخدام سوى الحد الأدنى من القوة أو التدخل أو التقييد للحقوق والحريات في مواجهة مخالفتي القانون. كما يجب أن يكون العقاب متناسباً مع خطورة الجريمة. لمزيد من التفاصيل، انظر: د. وليد محمد الشناوي، دور مبدأ التناسب في مجال إجراءات مواجهة الإرهاب: "دراسة مقارنة"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (٥٧)، أبريل، ٢٠١٥، ص ٣.

A. P. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [1885]; Benedek, Wolfgang and Yotopoulos – Marangopoulos, Alice (eds.), (2004): *Anti-terrorist measures and human rights*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, p. 56.

- وبعيداً عن الخلافات الفقهية بشأن مضمون مبدأ حكم القانون، يمكن القول إن جوهر هذا المبدأ- الذي يجد تكريساً دستورياً له في معظم الدول الديمقراطية الدستورية المعاصرة- يتمثل في أن سلطة الحكومة يجب أن تتقيد تقييداً صارماً بالقانون من أجل حماية الحرية الفردية. فالقانون يوجد لحماية الحقوق والحريات الفردية على المستويين الموضوعي والإجرائي:

- Noriho Urabe, *Rule Of Law And Due Process: A Comparative View Of The United States And Japan*, LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS, Vol. 53: No. I, p. 61.

المبدأ، على هذا النحو، لم يكن مقترناً بصيغة دقيقة أو اختبار محدد يبين كيفية تطبيقه. وفي أعقاب الفظائع التي ارتكبتها النظام النازي في ألمانيا، نشأ بعد الحرب العالمية الثانية نظام سياسي ألماني على وعي كامل بالقيمة السامية للكرامة الإنسانية، ولعل هذا ما يفسر تكريس الكرامة الإنسانية كمبدأ دستوري في المادة الأولى من القانون الأساسي الألماني الصادر عام ١٩٤٩. وفي سياق هذه التحولات الجذرية، ازدهر استخدام تحليل التناسب كأداة "دستورية" لضمان فعالية معززة لحماية الحقوق الفردية^(١). وتأكيداً لذلك، اعترفت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بأن "مبدأ التناسب يتمتع بقيمة دستورية"^(٢).

ويلاحظ أن الخبرة الألمانية العميقة والمكثفة في تطبيق مبدأ التناسب قد أثرت على قضاء المحكمة العدل الأوروبية (the European Court of Justice (ECJ) والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (the European Court of Human Rights (ECtHR)^(٤)، وغيرهما من محاكم حقوق الإنسان. وقد اعترفت محكمة

(1) Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, 'American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins', op. cit., pp. 271–75.

(2) Donald P Kommers, 'German Constitutionalism: A Prolegomenon' (1991) 40 Emory LJ 837, 852–53, 861; Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, 'The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law' (2009) 46 San Diego L Rev 367, 387–90.

(3) Wencker, Constitutional Court, 19 BVerfG 342, 348–49, 15 December 1965.

(4) See inter alia Marc-André Eissen, 'The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights' in Ronald St J Macdonald, Franz Matscher, and Herbert Petzold (eds), The =

العدل الأوروبية بأن التناسب يعد "أحد المبادئ العامة للقانون النابعة من حكم القانون" "general principles of law deriving from the rule of law"^(١). ومنذ دخول معاهدة ماسترخيت حيز النفاذ^(٢)، والمادة (٥) من المعاهدة المنشئة للجماعة الاقتصادية الأوروبية (اتفاقية روما) Treaty Establishing the European Economic Community تجسد مبدأ التناسب من خلال النص على أن "أي نشاط للجماعة لا يجوز أن يتجاوز ما هو ضروري لتحقيق أهداف هذه الاتفاقية"^(٣). وقد عززت المادة [3(b)(1)] من معاهدة لشبونة- المعدلة لاتفاقية الاتحاد الأوروبي- هذا

= European System for the Protection of Human Rights (Martinus Nijhoff 1993) ch 7; Jeremy McBride, 'Proportionality and the European Convention on Human Rights' in Evelyn Ellis (ed), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe (Hart 1999) 23; Yutaka Arai-Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR (Intersentia 2002).

(1) See eg *Fédération Charbonnière de Belgique v High Authority of the European Coal and Steel Community* 298; *Nold v Commission of the European Communities* 512-13.

(٢) اتفاقية أو معاهدة ماسترخت هي الاتفاقية المؤسسة للاتحاد الأوروبي وأهم تغيير في تاريخه منذ تأسيس المجموعة الأوروبية في نهاية الخمسينات. تم الاتفاق عليها من قبل المجلس الأوروبي في مدينة ماسترخت الهولندية في ديسمبر ١٩٩١. دخلت هذه المعاهدة، التي تم توقيعها في ٧ فبراير ١٩٩٢ في ماسترخت، حيز التنفيذ في الأول من نوفمبر ١٩٩٣. يرجع تأخر تطبيقها إلى تأخر قبول الدانمركيين للمعاهدة وشروطها وبسبب قضية دستورية ضدها أقيمت في ألمانيا. هذا التعريف متاح على الموقع التالي:

<http://www.tassialgerie.com/vb/showthread.php?t=20414>

(3) "Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty"

التأكيد على دور مبدأ التناسب. وقد أدمجت كل من محكمة ما بين الأمريكتين لحقوق الإنسان (IACtHR) ولجنة ما بين الأمريكتين لحقوق الإنسان (IACHR) مبدأ التناسب في المقاربات المتبناة لحماية حقوق الإنسان. وحتى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، التي أبدت تمناً طويلاً في إدماج المقاربات التي تطورها المحاكم الإقليمية، يبدو أنها أضحت مستعدة للأخذ بتحليل أو إطار أو منطق التناسب.

المطلب الثاني

مدخلات تحليل التناسب

يمكن القول إن الحقوق الأساسية أو حقوق الإنسان والغرض من الإجراء المقيد لهذه الحقوق تشكل "مدخلات" inputs لتحليل التناسب الذي يُستخدم لتقييم مدى دستورية أو مشروعية الإجراءات التشريعية أو الإدارية. ويفترض مفهوم التناسب وجود عاملين أو أكثر من العوامل المتعارضة أو المتناقضة. ذلك، أنه لا معنى لوصف شيء ما بأنه متناسب بصورة مجردة in the abstract. فهذا الشيء يجب أن يكون متناسباً بالنسبة لشيء آخر. من ذلك، على سبيل المثال، أنه يمكن وصف ممارسة الدولة لسلطتها بأنها متناسبة أو غير متناسبة بالنسبة "للحق في الخصوصية" أو "الحق في المحاكمة العادلة". ومعنى ذلك أنه لا يمكن وصف هذه الممارسة للسلطة بأنها متناسبة أو غير متناسبة في ذاتها. ومن ثم، فإن قياس تناسب أحد الإجراءات الحكومية هو في الحقيقة تقييم للعلاقة بين عوامل متعارضة أو متناقضة. ونشير فيما يلي إلى هذه المدخلات أو العوامل بإيجاز:

- ففي المقام الأول، يعد الإجراء الحكومي الذي يتم تقييمه مدخلاً أو عاملاً في التحليل. ففي أي قضية يُثار فيها مفهوم التناسب، يكون هناك إجراء أو عمل حكومي- قانون في حالة الطعن بعدم الدستورية أو قرار إداري في حالة الطعن بالإلغاء- يتم الطعن عليه، وهذا العمل هو الذي يشكل موضوعاً لتحليل التناسب.
- وأما العامل الثاني فيتمثل في الحق الأساسي أو الحرية أو المصلحة التي تأثرت أو خضعت للتقييد بواسطة الإجراء أو العمل الحكومي. ولذلك، إذا لم يكن هناك حق أو حرية تعرضت للتقييد أو المساس بها، فلن تكون هناك حاجة لتقدير مدى تناسب الإجراء الحكومي.
- وأما العامل الثالث فيتمثل في الهدف أو الغاية أو الغرض المستهدف من النشاط الحكومي المطعون عليه. وتأخذ هذه الغاية، عادة، شكل هدف متعلق بالمصلحة العامة^(١). وتفسير ذلك أن الحكومة لا يُتصور أن تباشر نشاطاً بلا غاية معينة. ومن ثم، يكون هناك دائماً غرض ما تسعى الحكومة إلى تحقيقه من نشاطها. من ذلك، على سبيل المثال أن القانون الصادر بحظر حمل الأسلحة يمكن أن يستهدف حماية الأمن العام، وأن القرار الصادر برفض ترخيص متعلق بالتخطيط يمكن أن يستهدف حماية البيئة. وإمكان وصف النشاط الحكومي بأنه "متناسب" أو "غير متناسب" يجب أن يكون هناك تقييم للتفاعل بين الحق الأساسي الذي خضع للتقييد والهدف الذي تسعى الحكومة لتحقيقه من نشاطها.

(١) ومع ذلك، يجب ملاحظة أن الغاية من الإجراء الحكومي قد تكون حماية حق آخر من الحقوق الأساسية أكثر أهمية من الحق الذي تعرض للتقييد، غير أن الهدف يكون في الغالب اعتباراً متعلقاً بالمصلحة العامة.

المطلب الثالث

العناصر المكونة لمبدأ التناسب

تقدم القول إن مبدأ التناسب يتكون، في شكله الحالي، من فروع أو عناصر أو اختبارات فرعية ثلاثة. وتظهر هذه العناصر في أن أعمال مبدأ التناسب يتطلب أن يكون الإجراء المتخذ، من جانب السلطات العامة، ملائمًا *suitable*، وضروريًا *necessary* لتحقيق الهدف المرغوب، وأن يكون هناك تناسب معقول بين الوسائل والغايات *the means and ends should stand in a reasonable proportion*^(١). ومما تجدر الإشارة إليه، في هذا الخصوص، أن هذه العناصر أو المكونات الثلاثة لمبدأ التناسب ليست مستقلة تمامًا، بل هي، بالأحرى، مترابطة ومتداخلة فيما بينها إلى حد بعيد. ومع ذلك، فإن هذه العناصر - رغم تداخلها وتشابكها الواضح - تبقى متميزة. ومن ثم، يجب توافرها جميعًا في الإجراءات المتخذة، من جانب الإدارة، حتى يمكن الاعتراف بمشروعية هذه الإجراءات.

ومما هو جدير بالذكر هنا أن متطلب التناسب ليس مقصوراً على الإجراءات الإدارية فقط، سواء كانت تنظيمية *regulatory* أم مفيدة أو نافعة للمواطنين

(١) ومن الملاحظ أن محكمة العدل الأوروبية *The court of justice of the EC* تميل إلى تبني نظرة أو مقارنة ذات شعب ثلاث للمبدأ. من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة تعرف مبدأ التناسب على النحو التالي: "يتطلب مبدأ التناسب أن تكون الإجراءات المتبناة، من جانب سلطات الاتحاد الأوروبي، غير متجاوزة لحدود ما هو ملائم وضروري من أجل بلوغ الأهداف التي يُستهدف تحقيقها، بصورة مشروعة، من خلال التشريع ذي الصلة. ومن ثم، عندما يكون الخيار متاحًا بين طوائف عدة من الخيارات الملائمة، فيجب اللجوء إلى أقل هذه الإجراءات إرهابًا وإعناءً، كما لا يجوز أن تكون الآثار السلبية المترتبة على اتخاذ هذا الإجراء غير متناسبة مع الأهداف المبتغاة".

benefactory، ولكن المبدأ اكتسب قيمة دستورية، وأضحى واجب التطبيق أيضاً على الإجراءات التشريعية.

ومن ثم، إذا ما تم تبني نص تشريعي بالمخالفة لمبدأ التناسب، فإنه يعتبر نصاً غير دستوري، وينتهي الأمر إلى إلغاء هذا النص. ومع ذلك، يمكن أن يفلت هذا النص من القضاء بعدم دستوريته إذا كان يعبر عن مبدأ مساو لمبدأ التناسب أو مبدأ أعلى منه قيمة *equally valid as or higher than the principle of proportionality*^(١).

كما تجدر الإشارة إلى أن رقابة التناسب لا يتم إجراؤها بطريقة واحدة متناغمة في جميع الأنظمة القانونية. ومن ثم، يمكن أن يكون هناك تفاوت في عدد الخطوات المكونة لتحليل التناسب، وفي درجة شدة الرقابة المتبناة بالنسبة لكل عنصر أو متطلب، وفي ترتيب إجراء هذه الخطوات. كما قد يقع الاختلاف في الأسماء التي تُطلق على العناصر أو المتطلبات الفرعية المكونة لتحليل التناسب، مثل "الضرورة"، "والمعقولية"^(٢)، "وتحليل المنافع والتكاليف"^(٣)، "ورقابة العقلانية". وسنحاول، فيما يلي، إلقاء الضوء على العناصر المكونة لمبدأ التناسب. وسنحاول، فيما يلي، إلقاء الضوء على العناصر المكونة لمبدأ التناسب.

(1) Hirschberg, Op. Cit., p. 218; Schwarze, Op. Cit., p. 689.

(2) For the use of the concept of 'reasonableness' in the sense of proportionality, see Federico Ortino (2005). He distinguishes between substantive and procedural reasonableness.

(3) See Joel Trachtman (1998), who points out the similarities and differences between proportionality, balancing and cost-benefit analysis.

أولاً: مبدأ الملاءمة The principle of suitability

الملاءمة هي الخطوة الأولى من خطوات تقييم أو تحليل التناسب. وتتطلب هذه الخطوة أن يكون الإجراء المختار ملائماً suitable or appropriate لتحقيق الغاية المستهدفة من تبنيه^(١). وبعبارة أخرى، تتطلب الملاءمة توافر علاقة سببية a causal relationship بين الغاية المستهدفة والإجراء المختار^(٢). ومن اليسير في هذه المرحلة الأولى من مراحل تحليل التناسب استبعاد الإجراءات التي تكون غير ملائمة على الإطلاق لتحقيق الغاية المستهدفة منها^(٣).

ويجب على المحاكم أن تحدد بنفسها الوقت الذي يتم فيه تقدير مدى ملاءمة الإجراء: أي تقدير الملاءمة وقت مباشرة الرقابة (منظور لاحق an ex post perspective أم وقت تبنى الإجراء (منظور سابق an ex ante perspective). وفي العديد من الأنظمة القانونية، يُمنح كل من المشرع والإدارة درجة ما من "الحق في الخطأ" في التقدير بشأن التطورات المستقبلية ومدى فعالية الإجراءات المختارة. ومن المهم هنا الإشارة إلى أن مدى السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة تؤدي دوراً مهماً في تحديد مدى الرقابة التي يباشرها القاضي على الإجراء المطعون عليه. فكلما كان هامش السلطة التقديرية الممنوح للإدارة واسعاً، كلما تقلص نطاق أو مدى الرقابة

- (1) Jukka Snell, *Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms*, (Oxford: Oxford University Press), 2002, p. 196.
- (2) Jan H. Jans, *Proportionality revisited*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2000, 27:3, p. 240
- (3) Prominent cases in EC law include *Joined Cases 62 and 63/81 Seco* [1982] ECR 223, paragraph 14; *Case C-240/95 Schmitt* [1996] ECR I-3179, paragraphs 10–22. In German law, see *BVerwGE* 27, 181, 187–188 (parking prohibition).

القضائية لتصبح مجرد رقابة هامشية. وبالعكس كلما كان هامش السلطة التقديرية الممنوح للإدارة محدوداً، اتسع مدى الرقابة القضائية حتى يصل إلى رقابة مشددة على الجوانب الموضوعية للإجراء المطعون عليه substantive intense .substantive review of the decision

وتعتبر المحكمة الدستورية الألمانية وسيلة ما "لائمة" suitable لبلوغ هدف معين "عندما يكون من الممكن بلوغ الهدف أو النتيجة المرغوبة بمساعدة هذه الوسيلة"^(١). وبصورة أكثر تحديداً، يكون التشريع- الصادر في مجال الحريات المدنية، والذي يقيد أحد الحقوق الأساسية- ملائماً إذا كان يسهم أو يساعد في تحقيق الغاية المطلوبة"^(٢).

ومن الواضح، أن التعريف السابق يتضمن قيوداً مزدوجاً على الرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية الألمانية على الإجراءات التشريعية:

- فمن ناحية، لا يجوز- لأول وهلة- اعتبار إجراء ما ملائماً إذا كان يبدو أن هذا الإجراء غير قادر على بلوغ الغاية المستهدفة منه بصورة كاملة. ومع ذلك، فإن التحقيق الجزئي لهذه الغاية المستهدفة يعتبر كافياً. ويبدو هذا صحيحاً، بصفة خاصة، بالنسبة للإجراءات التشريعية التي لا ترقى في صياغتها إلى درجة كافية من الدقة تمكنها من تجاوز رقابة التناسب بصورة ناجحة"^(٣).

(1) "if at all able to protect the endangered object of legal protection effectively", BVerfGE 16 S 147 (181).

(2) BVerfGE 30 S 292 (316) ; E 33 S 171 (187). «when the desired result can be furthered with its help ».

(3) Ibid., p. 183.

- ومن ناحية ثانية، ليس من الضروري أن تحقق الوسيلة المختارة الغاية المستهدفة في ذات الوقت الذي يُتخذ فيه القرار أو الإجراء. ومعنى ذلك، أن مجرد عدم تحقيق الإجراء للغاية المستهدفة منه على الفور، لا يؤدي، تلقائياً، إلى الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للإجراء التشريعي أو عدم المشروعية بالنسبة للقرار الإداري.

وتطبيقاً لذلك، رفضت المحكمة الدستورية الألمانية القضاء بعدم دستورية الضريبة الخاصة على النقل التجاري لمسافات طويلة استناداً إلى أن المدة التي مضت على فرض هذه الضريبة، من جانب المشرع، مازالت قصيرة جداً للقول بأن بلوغ الهدف المرجو لم يتحقق^(١). ومع ذلك، تقرر المحكمة الدستورية الألمانية عدم دستورية الإجراء التشريعي إذا كان يبدو، بصورة واضحة منذ البداية، عدم ملاءمة الإجراء التشريعي لتحقيق الغاية المستهدفة منه. وفي إحدى القضايا، اعتُبر متطلب ضرورة تمتع تجار التجزئة بخبرة في كل سلعة يتجرون فيها، والذي ادعى أنه يستهدف حماية المستهلك، غير ملائم بصورة ظاهرة^(٢).

وُجِري المحكمة الدستورية الفيدرالية رقابة أو تقييماً مسبقاً *ex ante*، وتفحص ما إذا كان الإجراء التشريعي، في ضوء الظروف السائدة وقت إعداد الإجراء من جانب المشرع، يمكن أن يبدو ملائماً من وجهة نظر المشرع. وتتطلب هذه العملية إجراء تحديد للواقع، وتقييم للتوقعات التي فرضت نفسها على المشرع، عندما كان يصدد تحديد معايير القيود التي يُراد فرضها على الحقوق الأساسية. ويمكن للمشرع أن ينقل مثل هذه القرارات إلى المحاكم والإدارة بموجب "بنود مفتوحة الطرفين" *open-ended clauses*، أي نصوص ذات صياغة واسعة واردة في التشريعات.

(1) Idem.

(2) BVerfGE 19 330 (338).

- فمن ناحية، إذا كان المشرع مطلق اليد بصورة كاملة في إجراء تحديدات بشأن الواقع وتبني توقعات تشكل أساساً للتشريع المقيد لأحد الحقوق الأساسية، فإنه بمقدوره، في هذه الحالة، أن يفلت من "بند السمو" (الفقرة الأولى من المادة الثالثة) من القانون الأساسي الألماني.

- ومن ناحية أخرى، لا يجوز الذهاب بعيداً إلى حد منع المشرع بصورة كاملة من تبني تشريعات تقيد الحقوق الأساسية لمجرد أن مثل هذه التوقعات غير مؤكدة بصورة كبيرة.

ويلاحظ أن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية قامت في بعض المناسبات- حال فحصها لدستورية بعض التشريعات- برقابة تحديدات المشرع للواقع وتوقعاته^(١). وفي إطار هذه الرقابة، فإن دقة المعرفة العملية للمشرع، وتوقعاته، وتقييماته تعد مفترضة، حتى يثبت خطأها فعلاً^(٢). ذلك، أنه من المسلم به، على نطاق واسع، أن من حق المشرع أن يخطئ *the right to make a mistake* بشأن مسار التطور المستقبلي وعمل الإجراء التشريعي^(٣).

ومن ثم، فإن الإجراء المتخذ كنتيجة لتوقع خطأ من جانب المشرع لا يمكن إعلان عدم دستوريته فقط لمجرد هذا الخطأ^(٤). ولذلك، فإن المشرع يتمتع، وهو بصدد إجراء تقييماته، بهامش واسع من السلطة التقديرية. بيد أن نطاق هذا الهامش يختلف

(1) BVerfGE 7 S 337 (412), E 25 S I (13) etc.

(2) BVerfGE 17 S 306 (317).

(3) See Grabitz (1973), p. 572; Stein (1980), p. 279.

(4) BVerfGE 30 S 250 (263).

تبعاً لخصوصية المجال الخاضع للتنظيم، وإمكانات التوصل إلى قرار مجرد نسبياً، وأهمية موضوعات الحماية القانونية ذات الصلة^(١).

ويبين، مما سبق، أن مدى أو نطاق السلطة التقديرية الممنوحة لمتخذ القرار-المشرع أو الإدارة- يؤثر على درجة شدة الرقابة القضائية لملاءمة الإجراء الخاضع للرقابة. ولذلك، ففي تلك الحالات، حيث- على سبيل المثال- لا تتأثر الحرية الاقتصادية إلا بصورة هامشية، فإن مجرد رقابة (الدليل) يكون كافياً^(٢). وعندما تكون التوقعات الأكثر تحديداً ممكنة، لاسيما في مجال الحقوق الاقتصادية الأساسية، فإن مدى إمكان قبول الإجراء، سيخضع للرقابة^(٣). وعندما تكون حياة الأشخاص أو حريتهم^(٤)، أو غيرها من الحقوق الأساسية الأخرى، مثل، الحق في اختيار المهنة، محلاً لقيود بعيدة المدى، فإن القاضي سيمارس في هذه الحالة، رقابة موضوعية مشددة *an intense substantive review*^(٥). فإذا ما تكشف- أثناء تطبيق الإجراء- دليل كاف على أن الإجراء "غير ملائم"، فيجب على المشرع إما تعديل هذا الإجراء أو إلغاؤه كلية^(٦). ولذلك، قضت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، في إحدى القضايا، أن ثمة مهمة حصرية تقع على عاتق المشرع بأن يعدل الإجراء أو أن يلغيه كلية، إذا ما تبين له أن توقعه ينطوي على خطأ في تقييم الواقع العملي^(٧). ويذهب بعض الكتاب إلى أنه يبين،

(1) BVerfGE 50 s 290 (333).

(2) BVerfGE 37 s 1 (20), E 40 S 196 (223).

(3) BVerfGE 1 (12), E 30 s 250 (263), E 39 s 210 (225), etc.

(4) BVerfGE 39 s 46, E 45 s 187 (238) etc.

(5) BVerfGE 7 s 377.

(6) BVerfGE 30 s 250.

(7) see e.g. Grabitz (1973), pp. 572- 573.

من القضايا السابقة، أنه إذا لم يثبت- بعد رقابة سابقة *ex ante evaluation* أن الإجراء غير ملائم، فلا يمكن اعتباره غير ملائم، ولكن إذا أصبح مؤكداً بعد التقييم اللاحق *an ex post evaluation* أن الإجراء لم يحقق، وليس من المحتمل أن يحقق الغاية المرجوة. ومع ذلك، فإن مثل هذه الواجهة من النظر لا يمكن تدعيمها من وجهة النظر الدستورية ذلك أن مبدأ سمو الدستور على التشريع يعمل، ليس فقط في مرحلة إعداد التشريع، ولكنه يتمتع أيضاً بأثر مستمر *a temporal effect*. وهذه هي القيود الموضوعية والزمنية لمفهوم الملاءمة الذي يضيق مجاله المادي ويشكل، أحياناً، تعبيراً عن قيوده الوظيفية. وتؤخذ هذه القيود في الاعتبار حال قيام المحاكم بفحص ملاءمة أحد الإجراءات التشريعية لبلوغ غاية مرغوبة. على أن مجرد مفهوم الملاءمة يمس السؤال الخاص بما إذا كان بمقدور المشرع الاختيار بين خيارات متعددة لبلوغ هدف معين، أو ما إذا كان الإجراء يعد ملائماً في الحالة التي يكون فيها الإجراء هو الإجراء الوحيد الممكن. لقد مالت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية إلى المقاربة الأولى.

ويلاحظ أن مبدأ الملاءمة مطبق، أيضاً، في القانون الإداري الألماني. ففي إطار تطبيق القانون، لا يجوز للسلطات الإدارية أن تستخدم سوى الوسائل الملائمة لتنفيذ أهداف النصوص القانونية ذات الصلة. على أن ملاءمة الإجراء يجب أن تتحدد تبعاً لمعايير موضوعية *objective standards*، وليس وفقاً للتقييم الذاتي للإدارة. ومن ثم، فإن الإجراء الإداري الذي لا يخدم- أو يكون مناقضاً لأهداف النصوص القانونية ذات الصلة- يعد بوضوح غير ملائم، وبالتالي غير مسموح به. وبالمثل، يعد، أيضاً، غير ملائم الإجراء الذي يكون غير قادر- سواء من الناحية القانونية أو الواقعية- على تحقيق الأهداف المشروعة المرجوة. ولذلك، على سبيل المثال، فإن التوجيه الإداري

الذي ينص على إقامة مصنع في مكان، يكون توجيهًا غير مشروع، إذا كانت الخصائص الطبيعية لهذا المكان تجعل من غير الممكن إقامة هذا المصنع في هذا المكان. وبالمثل، لا يجوز أن يُطلب من الشخص أن يتصرف بطريقة لا تتفق مع نصوص القانون الخاص. ولذلك، لا يجوز أن يُطلب من أحد الملاك المشتري لمصنع معين أن ينقل هذا المصنع^(١). وكذلك، لا يجوز أن يُطلب من المستأجر أن يُجري تعديلات على البناء الذي يستأجره^(٢). وكذلك، فإن الأمر أو الحظر- الذي تتطلب مراعاته انتهاك نصوص أي من قواعد القانون العام- يكون، أيضًا، غير مسموح به. ولذلك، فإن الشرطة لا تستطيع، على سبيل المثال، أن تأمر مالك أحد بيوت تربية الكلاب أن يجعل مأوى هذه الكلاب داخل الحجرات المغلقة، لمنع الإزعاج والضوضاء عن الجيران، لأن مراعاة مثل هذا الأمر لا يتفق مع القانون الخاص بحماية الحيوانات^(٣). ومع ذلك، فإنه من الواضح، من خلال استقرار أحكام القضاء في هذا الخصوص، أن عدم ملاءمة إجراء معين لا يمكن إثباتها إلا نادرًا جدًا وفي الحالات الواضحة بصورة خاصة.

ومن الملاحظ أنه لا مبدأ التناسب ولا أي من العناصر المكونة له قد ورد ذكرها في القانون الأساسي الألماني (الدستور الألماني). ومع ذلك، فإن التناسب قد تم قبوله، بالإجماع باعتباره أحد المبادئ الدستورية غير المكتوبة^(٤)، الملزمة لكل من السلطات

(1) 6 OVG Berlin 115.

(2) 31 BVerfGE 15.

(3) Decision of 30 Oct 1970, 270VG LuneburgE 321, 325.

(4) The BVerfGE did so expressly in E 23s 127 (133).

التشريعية والتنفيذية والقضائية. ويعد مبدأ التناسب ملزماً لهذه السلطات جزئياً لذاته، وجزئياً باعتباره مستمداً من المبادئ الدستورية الصريحة الأخرى.

وفي هذا الصدد تقول المحكمة الدستورية الألمانية:

"إن القانون الدستوري لا يتكون فقط من مجرد الجمل المحددة الواردة في الدستور المكتوب، ولكن أيضاً- وبذات الدرجة- من مبادئ عامة معينة وأفكار رائدة لم تتم صياغتها من جانب واضع الدستور باعتبارها قواعد قانونية صريحة، لأن هذه الأفكار شكلت الصورة العامة السابقة على وضع الدستور..."^(١).

وبالإضافة إلى ذلك، ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية في حكم تال لها إلى أن مبدأ التناسب كان نتيجة لحكم القانون *the rule of law*، كما أنه مستمد، بصفة أساسية، من طبيعة الحقوق الأساسية- التي باعتبارها تعبيراً عن حاجة الفرد للحرية في مواجهة سلطة الدولة- يمكن تقييدها فقط إلى الحد الذي يكون لا غناء عنه من أجل حماية المصلحة العامة^(٢).

وفيما يتعلق بالحقوق الأساسية للفرد، فإن الدستور الألماني ينطبق في المقام الأول بمعنى سلبي *in a negative sense*. ذلك أنه يقيد كل نشاط للدولة- إذا كان هذا النشاط مسموحاً به على الإطلاق- على الحالات التي توجد فيها ضرورات عامة قاهرة ويفسح المجال- بقدر ما يكون ذلك ممكناً- للفرد.

ووفقاً لتاريخها ومضمونها الحالي، فإن الحقوق الأساسية تعد، في المقام الأول، حقوقاً إنسانية ومدنية، تستهدف حماية المجالات "الحيوية"- وبصفة خاصة المعرضة

(1) BVerfGE 2s 380.

(2) BVerfGE 19s 342 (348-349).

للمخاطر-^(١). ذلك أن الفرد يعد النموذج *the model* والمقياس *the measure* للنظام القانوني الموضوعي *the objective legal order*^(٢). ومن ثم، فإن محل تركيز الإشراف الدستوري هو الفرد، والمعيار هو، بصورة حصرية، القانون. وبهذه الطريقة، فإن مصالح الفرد تأخذ أولوية مطلقة على مصالح الأغلبية المشروعية وتصبح وسيلة لتحقيق هذه الأخيرة^(٣).

وعلى الرغم من أن حرية الإنسان تعد نقطة البدء بالنسبة للفلسفة التي يتبناها الدستور الألماني وغرض الدولة، فإنه يجب على المواطن أن يعترف بأن الحرية غير المحدودة يمكن أن تعرض للمخاطر- بل وتدمر أحياناً- حرية المواطنين الآخرين. ولتأمين حرية كل الناس، فإن الدستور الألماني يجعل من الممكن تقييد الحقوق الفردية لمصالح المواطنين الآخرين^(٤) والمجتمع^(٥)، إذا كان ذلك ضرورياً لتمكين المجتمع من النهوض بوظيفته الحمائية. على أن فكرة الأساس الفردي للدستور الألماني لا تعني الفرد ذا السيادة المعزول. ومن ثم، قدم الدستور الألماني حلاً للصراع بين الفرد من ناحية، والمجتمع من ناحية أخرى من خلال تبني فكرة الفرد المستند إلى المجتمع والمرتبط به. وبدون هذا الحل التوفيقى، يمكن أن تتأثر القيمة الأصلية للفرد *intrinsic value*.

(1) BVerfGE 50s 290 (337).

(2) BVerfGE 5s 85 (204).

(3) Lorenz (1979-80), p. 572.

(4) E.G. Article 2 (1) GG which protects the free development of personality 'in so far as [it] does not violate the rights of others'.

(5) E.g. Article 14 (3) GG which permits expropriation 'only in the public weal'.

وفي هذا السياق تقول المحكمة الدستورية الألمانية:

"إن الفرد الذي تُطبق عليه نصوص الدستور الألماني، ليس مجرد فرد مستقل، ولكنه، بالأحرى، شخص يدمج نفسه، بمحض إرادته، في المجتمع السياسي"^(١). وهذا يعني أن القيود التي يتم إيرادها على حرية الفرد في القيام بنشاطه بواسطة التشريع تكون مقبولة، شريطة أن تبقى هذه القيود داخل الحدود التي تعد، بصفة عامة، مطلوبة للمحافظة على وتحقيق تقدم الحياة الاجتماعية ولضمان استقلال الفرد^(٢).

ويتطلب حكم القانون الشكلي *formal rule of law* أن تتأسس كل الأنشطة التي تقوم بها الدولة على قوانين مُسوَّغة في ظل الدستور وكذلك تمتع المواطن- في حالة الممارسة غير المشروعة للسلطة بواسطة الدولة- بوسيلة إنصاف قانونية أمام محكمة مستقلة. ووفقاً للغة القانونية الألمانية، فإن الدولة التي توحد بين القضاء العادي والقضاء الإداري تعد دولة قضائية *judicial state*، بينما الدولة التي تفصل بين هاتين الجهتين القضائيتين- مع ضمان استقلال متساوٍ لقضاة هاتين الجهتين القضائيتين- تعد دولة مستندة إلى حكم القانون. وبهذا المعنى، فإن حكم القانون يعد متضمناً، بصورة كاملة، في الدستور والنظام القانوني الألمانيين. ومن ثم، فإن مبدأ المشروعية بفرعيه- أولوية القانون وتطلب القانون- يعتبر، في الوقت الحاضر، مكرساً بقوة. كما يعتبر اليقين في القوانين مطلباً أيضاً، وبالتالي فإن القوانين التي تفوض سلطات تشريعية للسلطة التنفيذية من خلال لغة غير محددة أو غامضة تجعل التشريع

(1) BVerfGE 12s 45 (51).

(2) BVerfGE4s 7 (15).

المفوض المستقبلي غير قابل للتوقع unpredictable وغير قابل للأخذ في الحسبان- قد تم إلغاؤها من خلال المحاكم بسبب انتهاكها لحكم القانون^(١). وفيما يتعلق بنزاهة الأسباب motifs فإن القانون يتطلب، في وقت تبني القرارات اللائحية- أن تؤخذ كل الاعتبارات ذات الصلة في الحسبان، كما يجب أن لا تكون القرارات اللائحية غير متناسبة في عملها وتطبيقها^(٢).

ومن المعلوم أن الحق في اللجوء إلى المحاكم في حالة انتهاك أي حق من جانب أي من السلطات العامة يعد أحد الحقوق الأساسية التي كرسها الدستور الألماني^(٣). وقد ضمن الدستور الألماني الاستقلال الكامل للمحاكم^(٤). كما اعترف هذا الدستور، بصورة كاملة، بمبدأ الفصل بين السلطات الذي يعتبر جزءاً لا يتجزأ من حكم القانون^(٥). وبذلك، يمكن القول إن حكم القانون- سواء في معناه المادي أم الشكلي- مكرس، بصورة جيدة، في النظام القانوني الألماني، ويوجه كل جوانب نشاط الدولة.

ثانياً: مبدأ الضرورة The principle of Necessity

تتمثل الخطوة الثانية- اختبار الضرورة- في أن الهدف الذي يتغياها الإجراء المتبني لا يمكن تحقيقه بوسائل أخرى أقل تقييداً للحقوق والحريات مقارنة بالإجراء المختار. ومن ثم، إذا كان هناك إمكانية للاختيار بين إجراءات متعددة ملائمة، فإن

(1) BVerfGE 8s 274.

(2) BVerfGE 49s 89.

(3) Article 19 (4) GG.

(4) Article 97 (1) GG.

(5) Article 20 (2) GG.

الاختيار يجب أن يقع على الإجراء الأقل مساساً بالحرية والمساوي في فعاليته^(١). ويُطلق على هذا الاختبار، في الغالب، "البديل الأقل تقييداً" **least restrictive alternative**^(٢). وينطوي هذا الاختبار في الحقيقة على طرح سؤالين: الأول، هل توجد إجراءات أخرى أقل تقييداً أو مساساً بالحقوق والحريات؛ الثاني، هل الإجراءات البديلة على ذات الدرجة من الفعالية في تحقيق الغاية المستهدفة^(٣).

ومن الواضح أن الهدف الذي يستند عليه هذا الاختبار هو التأكد من أن الإجراء المتبني من جانب الدولة لا يلحق سوى أقل ضرر ممكن بالأفراد أو بالمجتمع. ففي السياق المتعلق بحرية التجارة على سبيل المثال، يلزم هذا الاختبار الدولة بأن تختار الإجراء الأقل تقييداً لحرية التجارة، وذلك في سياق سعيها لتحقيق أغراض السياسة الوطنية غير المتعلقة بالتجارة. ففي قضية **de Pijper**، استبعدت محكمة العدل الأوروبية **European Court of Justice (ECJ)** توافر الضرورة في تشريع وطني حاولت السلطات الهولندية تسويغه استناداً إلى اعتبارات الصحة العامة. بيد أن المحكمة خلصت إلى أن هذا الإجراء غير ضروري، وذلك لأن السلطات الوطنية الهولندية كان بإمكانها تحقيق ذات الغاية المستهدفة بذات الدرجة من الفعالية، من خلال اختيار وسائل أخرى أقل تقييداً لحرية التجارة بين الدول الأعضاء في الاتحاد

-
- (1) Jukka Snell, *Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms*, op. cit., p. 198
 - (2) Jan H. Jans, *Proportionality revisited*, *Legal Issues of Economic Integration*, op. cit., p. 240
 - (3) Ortino Federico, *Basic legal instruments for the liberalisation of trade: a comparative analysis of EC and WTO law* (Oxford: Hart), 2004, p. 471

الأوربي^(١). وفي قضية Familiapress - وهي قضية أخرى متعلقة بحرية التنقل free-movement، قضت محكمة العدل الأوروبية بأنه يقع على المحكمة الوطنية واجب تقييم ما إذا كان الحظر الوطني:

"متناسباً مع هدف المحافظة على تنوع الصحافة، وما إذا كان هذا الهدف يمكن تحقيقه من خلال إجراءات أقل تقييداً لكل من حرية التجارة بين الدول الأعضاء وحرية التعبير"^(٢).

وإذا ما ألقينا نظرة على بعض الأحكام القضائية الإنجليزية- كما هو الحال بالنسبة لقضية Shayler- نجد أن الضرورة تُفسر بطريقة مختلفة عن تلك المتبعة في ظل تحليل التناسب التقليدي المكون من خطوات ثلاث the classical three-step test. حيث تميل المحاكم الإنجليزية إلى ربط "الضرورة" بالخطوة الثالثة من تحليل التناسب وهي "التناسب بالمعنى الضيق"^(٣).

(1) Case 104/75 de Peijper [1976] ECR 613, paragraphs 16–29.

(2) Case C-368/95 Familiapress [1997] I-3689, paragraph 27. See also Case C-275/92 Schindler [1994] ECR I-1039, where the Court granted the domestic authorities a wide margin of discretion to restrict or prohibit certain types of lotteries on public policy grounds.

(٣) وفي قضية R v Shayler، يقول اللورد Steyn إن تطبيق اختبار التناسب لا يعني التحول إلى رقابة الملاءمة [a shift to merits] 'proportionality test does not imply a shift to merits [review]، ولكنه يضيف فيقول إن المعايير المطبقة في ظل هذا الاختبار أكثر دقة وأكثر تطوراً مقارنة بالأسس التقليدية للرقابة في القانون الإنجليزي. كما أن مبدأ التناسب يمكن أن يتطلب من المحكمة أن تقيم الموازنة التي أجراها متخذ القرار الإداري المطعون عليه، وذلك للتأكد، ليس فقط من أن القرار يندرج في عداد القرارات المعقولة reasonable أو العقلانية rational، ولكن أيضاً إيلاء الاهتمام للأوزان النسبية للمصالح والاعتبارات ذات الصلة.

ويبين، مما سبق، أنه قد تكون الإجراءات الملائمة *Suitable measures* شديدة الوطأة بصورة مفرطة *be unduly oppressive*، مما يجعل من المرهق تحملها. ومثل هذه الإجراءات يمكن اكتشافها حال إخضاعها لاختبار الضرورة *the test of necessity*. وهذا المبدأ يعنى أن الإجراء يكون مسموحاً به فقط إذا لم يكن ثمة إجراء آخر أقل تقييداً *less restrictive* متاحاً لتحقيق الغاية المشروعة المستهدفة.

ويترتب على أعمال مبدأ الضرورة على النحو السابق، أنه لا يجوز لمتخذ القرار أن يتبنى- من بين الإجراءات الملائمة المتاحة أمامه- إلا تلك الإجراءات التي:

- تسبب أقل ضرر للمواطن *Cause minimum harm to the citizen*، وذلك في مجال الإجراءات التنظيمية *regulatory measures*.
- أو تسبب أقل خسارة للمجتمع *cause minimum loss to the community*، وذلك في حالة الإجراءات المفيدة أو النافعة للمواطنين *beneficial measures*^(١).

ومن المبادئ المستقرة، في قضاء المحكمة الدستورية الألمانية، أن الإجراء "التشريعي" يكون ضرورياً لبلوغ الغاية المستهدفة "عندما لا يكون ممكناً اختيار إجراء آخر مساوٍ في فعاليته، ولكنه أقل تقييداً للحق الأساسي بصورة محسوسة"^(٢).

(1) "...(when) another, equally effective but sensibly less restrictive of basic right measure, could not have been chosen", BVerfGE 30 S 292 (316).

(٢) من ذلك، على سبيل المثال، ما يشير إليه الأستاذان *Bachof, Wolff* من أنه لا يجوز منح مبالغ مالية تجد مصدرها في التمويل العام لأحد الأفراد إلا بالقدر الذي يكون ضرورياً:

Wolff, Bachof: Verwaltungsrecht III, (4th ed, 1978) (1978), p. 202.

ولذلك، ذهب الأستاذ Haverkate - في تعليقه على طبيعة هذا المبدأ الفرعي- إلى (أنه) ليس الطريقة المستخدمة التي يجب أن تلبي معيار الضرورة، "ولكن التقييد المفرط للحرية المتضمنة في اختيار الطريقة"^(١). ومن ثم، على سبيل المثال، فإن رقابة الإزعاج الناشئ عن أحد الفنادق لا تقبل محاولة منع هذا الإزعاج من خلال فرض غرامات أو ضرائب أو عقوبات على صاحب الفندق، مادام أنه بالإمكان تحقيق ذات النتيجة بدرجة مساوية من الفعالية من خلال تقديم ساعات الإغلاق^(٢). ولكن القيود المفروضة على اللعب بالمركبات الآلية في بعض شوارع المدينة، أثناء ساعات محددة في الليل لأشهر قليلة، بهدف توفير ليال خالية من الإزعاج للسياح لا يعد غير معقول^(٣).

ولتطبيق هذا المفهوم، من الضروري أن يكون هناك مجال للاختيار بين وسائل عدة ملائمة جميعها لتحقيق الغاية المرغوبة. ولذلك، ففي حالة عدم إمكان الاختيار بين وسائل متعددة، لا يثور التساؤل بشأن أي الوسائل أخف. وهكذا، ففي سياق تفسير الفقرة (١) من المادة (٤) من التقنين الألماني للمرور على الطرق Road Traffic Code الصادر عام ١٩٥٢ الذي يخول الشرطة سلطة سحب رخصة القيادة من الشخص الذي يظهر أنه غير أهل أو غير ملائم لحملها، فقد قضت المحكمة الإدارية الفيدرالية الألمانية BVerwG بأن السحب الجزئي لرخصة القيادة لا يمكن تأييده، لأن

(1) Haverkate, Rechtsfragen der leistungsstaats (1983), p. 29; cited in J Schwarze European Administrative Law (Sweet and Maxwell, ... Law (Sweet and Maxwell, Luxembourg, 1992) p 687.

(2) 16-03-67, 17 BWVGHE 227.

(3) 03-06-82 [1983] NVwz 93; 9 (BverwGE).

الغرض من القانون- أي حماية العامة من خطر صدمهم بواسطة أحد قاندي السيارات الخطرين- لا يمكن تحقيقه إلا من خلال السحب الكلي لرخصة القيادة^(١).

وبالنسبة للسؤال بشأن ما الذي يمكن أن يعتبر الوسيلة الأخف، فقد حاولت المحاكم الإجابة على هذا السؤال من خلال تحديد مفهوم الضرورة بطريقة تبدو مختلفة تماماً عن الاستخدام اللغوي العادي لهذا المصطلح. وليس من المهم، في هذا السياق، ما إذا كان ثمة حاجة، فعلاً، للإجراء التشريعي. ويرجع ذلك إلى "الحرية الإبداعية" المحورية *Gestaltungsfreiheit* التي يتمتع بها المشرع- في ظل النظرية القانونية الألمانية، فيما يتعلق بالحقوق الأساسية الخاضعة لبند *Gesetzesvorbehalt*، أي "المحجوز للقانون"^(٢). وهذا يعني أنه بمقدور المشرع أن يتغيا أي هدف مشروع دستورياً. ويتمثل المعيار القضائي الذي يُختبر الإجراء في مواجهته، في ما إذا كان يمكن أن يحل محل هذا الإجراء إجراء آخر أخف- ولكنه متساو في فعاليته- في تحقيق الغاية المستهدفة. ويعتبر الإجراء أخف إذا كان يحدث أقل الآثار أو الانعكاسات السلبية الممكنة على المركز القانوني للطرف ذي الشأن. ويمكن اعتبار الإجراء مساو في فعاليته، عندما يكون هذا الإجراء ملائماً لكي يحقق- فعلاً وعلى الأقل بذات الدرجة من الشدة- الغاية المستهدفة. ولذلك، فإن مبدأ الضرورة يتعلق بمدى تدخل الدولة في حريات المواطنين بواسطة أهداف القانون.

على أن تحديد ما إذا كان إجراء ما فعلاً بذات درجة فعالية إجراء آخر لا يتم بصورة مجردة *in abstracto*. ومن ثم، فإن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية وغيرها من المحاكم لا تتعامل مع هذا السؤال إلا في سياق موضوعي معين

(1) Federal Administrative Court/ BVerwG , 288.

(2) see e.g. Articles 5, 13 GG.

in concreto. ويلاحظ أن المكانة العالية التي وضع فيها الدستور الألماني "الشخصية الإنسانية" تسوغ الاتجاه نحو الاستغناء عن التقسيمات أو التصنيفات الصارمة غير القادرة- إلا بصورة قليلة- على التكيف مع الظروف الفردية. ولذلك، فإن كل حالة تتحدد- سواء من جانب الإدارة أم من جانب القاضي على حد سواء- على أساس الضوابط القانونية المجردة abstract legal terms والبنود أو النصوص التقديرية discretionary. ومع ذلك، يجب الحذر حتى لا يذهب أخذ الظروف الفردية في الاعتبار إلى حد تفويض الثقة في القانون وقابليته للتوقع the reliability and foresee ability of the law^(١). ومعنى ذلك، أنه لا يجوز للمحكمة الدستورية، في سياق رقابتها لدستورية ضرورة الإجراءات العامة، أن تقوض الصفة العامة للقوانين التي يجب المحافظة عليها. وإلا فإن التساؤل سيثور بشأن مدى تكامل النظام القانوني بأسره.

على أنه بالنظر إلى خصوصيات الحالات الفردية، فليس من السهل تحديد ما إذا كان إجراءان يتسمان بالفعالية بدرجة متساوية. ومع ذلك، فإن قضاء المحكمة الدستورية الألمانية يُقدم بعض الإشارات المفيدة فيما يتعلق بمتى لا يمكن اعتبار إجراءين متسمين بالفعالية بدرجة متساوية. وهذا هو الحال عندما يكون الإجراء الذي يقيد الحقوق الأساسية أكثر تقييداً مقارنةً بآخر ينتج آثاراً قاسية بدرجة متساوية^(٢). وبهذه الطريقة، تم إلغاء تطلب ترخيص وفرض حصص على النقل التجاري، كبديل عن ضريبة خاصة. ويرجع هذا إلى حقيقة أن فحص ما إذا كان الإجراء- وإلى أي مدى- ضرورياً من الناحية الوظيفية- يواجه صعوبات تعريفية عملية غير قابلة للتغلب

(1) VVDStRL 34 (1976), p. 430 58 et seq.

(2) BverfGE 13s 230 (241).

عليها^(١). واستناداً إلى ذات الأسس، فإن السماح بالعمل المتعدد للصيديات إلى مستوى معين من المبيعات لم يعتبر إجراءً مساوياً في الفعالية، لبلوغ الغرض المستهدف بالحظر العام للعمل المتعدد، أي حماية الإمداد بالأدوية، طبقاً لفلسفة "الكيميائي في صيدليته"^(٢).

ومع ذلك، فإن المشرع ليس مقيداً باستخدام واحد فقط من الإجراءات المتاحين المتساويين في الفعالية. حيث منحت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية المشرع درجة معينة من الحرية فيما يتعلق بتقييم المواقف المستقبلية (التي يُحتمل أن تكون خطيرة). وكذلك، يتمتع المشرع، أيضاً، بهامش من الحرية فيما يتعلق باختبار أكثر الوسائل ملائمة^(٣). ومع ذلك لا يمكن الجزم، دائماً، أي من هذه الوسائل- التي يبدو أنها ملائمة بعد تقييم سابق *ex ante evaluation*- ستحظى بالتأييد، من جانب القضاء، في نهاية الأمر. ولذلك، من المعقول استهداف غرض واحد - باستخدام إجراءات متعددة جميعها متساوية في الفعالية^(٤). ويبين، من قضاء المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية ذي الصلة أن المحكمة تؤلف بين رقابة ملائمة الإجراء ورقابة ضرورته فقط في القضايا التي:

- يتم التحقق فيها - بعد إجراء تقييم سابق *ex ante evaluation* - من أن ثمة إجراءً مساوياً في فعاليته، ولكنه أقل قسوة، كان متاحاً تبنيه.

(1) BverfGE 16s 147 (173).

(2) BverfGE 7s 377.

(3) BverfGE 21s 150 (157); E 30s 336 (347).

(4) BverfGE 21s 150 (157).

- وإما يتم التحقق فيها - بعد إجراء تقييم لاحق- أن الإجراء المختار مقيد إلى حد بعيد مقارنة بغيره من الإجراءات.

ففيما يتعلق بالموقف الأول، وجدت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية- في قرارها بشأن حظر بيع أدوية الحيوانات بواسطة (أعمال السفر) أن الحظر لم يكن ضرورياً. ذلك، أن الغاية المستهدفة بواسطة هذا الإجراء- لاسيما حماية الصحة البشرية- كان يمكن أن تتحقق بدرجة مساوية- من خلال تقييد أوامر soliciting orders بالنسبة للسلع المتاحة بصورة حصرية في الصيدليات^(١).

ففيما على الحرب الأهلية الأمريكية، لم تواجه المحكمة العليا الأمريكية سوى عدد قليل من القضايا في هذا المجال، ومن ثم لم تتركس مبادئ دائمة ذات صلة بهذا الموضوع^(٢). ومن خلال الفترة من ١٨٧٥- ١٩٠٢، واجهت المحكمة موجه عالية من القضايا التي رفعها التجار بهدف إلغاء القواعد التنظيمية- التي تصدرها الولايات State regulations- التي يكون من أثرها حظر أو فرض قيود على التجارة بين الولايات. وقد جابهت المحكمة العليا هذا التحدي من خلال تبني نسخة مطورة -full fledged من تحليل التناسب: وتطبيقاً لهذا التحليل تبدأ المحكمة بفحص مشروعية وأهمية "أغراض" الولايات. وبعد ذلك، تجري المحكمة تقييماً "للضرورة" القواعد التنظيمية. كما تحتفظ المحكمة بمكان "للموازنة"، يأخذ شكل معيار "العبء غير المعقول" "undue burden" standard. وخلال هذه الفترة، قامت المحكمة العليا، أيضاً، باستنباط حق فردي- من بند التجارة the commerce clause- في البيع والشراء عبر الحدود.

(1) BverfGE 17s 269 (279).

(2) OVG (DVBL.) 1971s 279.

والحقيقة أن القضايا المبكرة- التي أثير فيها "بند التجارة السلبي"- تستحق الاهتمام لأسباب عدة:

- فمن ناحية أولى، أتاح هذا المجال الفرصة لظهور اختبار LRM، لأول مرة، كخصيصة ثابتة للقانون الدستوري الأمريكي، وذلك بالموازاة مع معيار "العبء غير الواجب" standard "undue burden"⁽¹⁾.
- ومن ناحية ثانية، يلزم لتأكيد "اختصاص" السلطة القضائية، برقابة "ضرورة" إجراءات الضبط "police acts"، قيام المحكمة بالرد على وجهة النظر- الراسخة لدى كثير من القضاة على المستويين (الولايات - الفيدرالي)- التي مؤداها أن تقييم "ضرورة" السياسة العامة يعد وظيفة تشريعية، وليس وظيفة قضائية.
- ومن ناحية ثالثة، إن قضاء المحكمة- المتعلقة ببند التجارة السلبي- يعد جزءاً لا يتجزأ من اتجاه أوسع نحو كفالة حماية دستورية أشد لحرية التعاقد وحقوق الملكية. على أن المحكمة- ستراجع عن هذا الموقف بالطبع، بعد سياسة New deal- ولكن ليس في المجال المحكوم ببند التجارة السلبي.

(1) Guy Miller Struve claims that the "roots of the principle" go back at least to *Lawton v. Steele*, 152 U.S. 133 (1894). Guy Miller Struve, *The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process*, 80 HARV. L. REV. 1463, 1464 n.4 (1967). In fact, *Lawton v. Steele* absorbs the LRM from prior Dormant Commerce Clause cases. The first glimmers of LRM testing appear even earlier. In the 1821 case *Dunn v. Anderson*, raising a challenge to an exercise of the congressional contempt power, the Court ruled that Congress may only employ "the least possible power adequate to the end proposed." 19 U.S. 204, 230-31. But it was some decades before this test was employed systematically in an important doctrinal area, as we describe in the main text.

- وأخيراً، فإن اتجاه المحكمة في هذا المجال- منظوراً إليه من وجهة نظر مقارنة- يمكن وصفه بأي شيء إلا القول بأنه قابل للتمييز عن تحليل التناسب.

ثالثاً: مبدأ التناسب بالمعنى الضيق The principle of proportionality stricto sensu

تستهدف هذه الخطوة الثالثة من تحليل التناسب تحليل ما إذا كانت آثار الإجراء المتبني غير متناسبة أو مفرطة في علاقتها بالمصالح المتأثرة بهذا الإجراء. ومن الواضح أن القاضي لا يصل إلى تقييم هذه الخطوة الثالثة من تحليل التناسب إلا إذا كان قد تأكد من أن الإجراء المطعون عليه ملائم وضروري لتحقيق الغاية منه. وفي هذه الخطوة الثالثة، يقوم القاضي بإجراء وزن وموازنة حقيقتين للمصالح والقيم والمبادئ المتعارضة. وفي هذا السياق، يُشار إلى أنه كلما كان تقييد حرية معينة أكثر شدة، كلما زادت أهمية تسوية المصلحة المقابلة.

ومن الملاحظ أن هذه المرحلة الثالثة من مراحل التناسب لا يتم بلوغها عادة. ففي إطار قانون الاتحاد الأوروبي، يسود اختبار "الضرورة" على معظم العناصر الأخرى، حيث تخفى محكمة العدل الأوروبية خطوة أو اختبار "التناسب بالمعنى الضيق" في قناع تحليل عادي للضرورة، ومن ثم لا تشير المحكمة صراحة إلى هذه الخطوة الثالثة من التحليل^(١). وفي إطار اختبار "الضرورة"، أجرت المحكمة رقابة هامشية للتناسب، كما يظهر ذلك من بعض قضايا حماية المستهلك والعلامات التجارية^(٢). وفي هذه القضايا، قامت المحكمة بفحص مستوى الحماية المتبني من

(1) Ortino Federico, Basic legal instruments for the liberalisation of trade: a comparative analysis of EC and WTO law, op. cit., p. 471

(2) See Case 120/78 Rewe (Cassis de Dijon) [1979] ECR 649; and Case 178/84 Commission v Germany (German Beer) [1987] ECR 1227.

جانب الدول الأعضاء، وذلك بالإضافة إلى إجرائها رقابة تقليدية لملاءمة وضرورة الإجراءات الوطنية.

وفي بعض القضايا الأخرى النادرة التي قامت فيها محكمة العدل الأوروبية برقابة "التناسب بالمعنى الضيق"، قامت المحكمة برقابة الأهداف التي ساقتها الدول الأعضاء لتسوية إجراءاتها الوطنية. وفي قضية *Stoke-on-Trent*، أشارت محكمة العدل الأوروبية إلى "التناسب بالمعنى الضيق" بأوضح طريقة ممكنة:

"إن تقدير مدى تناسب القواعد الوطنية التي تتغيا هدفًا مشروعًا في ظل قانون الاتحاد الأوروبي ينطوي على موازنة للمصلحة الوطنية في بلوغ هذا الهدف في مواجهة مصلحة الاتحاد الأوروبي في ضمان حرية نقل السلع"^(١).

ويشكل الحكم السابق علامة فارقة في قضاء محكمة العدل الأوروبية. وتفسير ذلك أن هذا الحكم يوضح مضمون الموازنة في سياق حرية التجارة، فالأمر يتعلق هنا بموازنة قيمة وأهمية الغرض الوطني الذي يستهدف الإجراء تحقيقه في مواجهة المصلحة العامة للاتحاد الأوروبي في ضمان حرية التجارة. وهكذا، يبدو واضحًا أن "التناسب بالمعنى الضيق" يستهدف وزن وموازنة مزايا وسلبيات أو المنافع والأعباء المترتبة على الإجراء الوطني الذي ينطوي على فرض قيود على حرية التجارة.

وفي هذا السياق، يمكن الإشارة أيضًا إلى قضية *Commission v Denmark* التي طبقت فيها محكمة العدل الأوروبية تحليل التناسب تطبيقًا كاملاً في مجال حماية البيئة الوطنية. ففي هذه القضية، خلصت محكمة العدل الأوروبية إلى أن:

(1) Case C-169/91 *Stoke-on-Trent* [1992] ECR I-6625, paragraph 15.

"إن نظام استرجاع الماديات غير الموافق عليها قادر على حماية البيئة... وليس من شأنه أن يؤثر سوى على كميات قليلة من المشروبات مقارنة بتلك الكميات التي تُستهلك في الدنمرك.... وفي مثل هذه الظروف، فإن القيد المفروض على كمية المنتجات التي يمكن تسويقها من جانب المستوردين غير متناسب مع الغاية المستهدفة"^(١).

وفي قضية أخرى، تتعلق برقابة عمل قانوني صادر عن الاتحاد الأوروبي، فسرت محكمة العدل الأوروبية تحليل التناسب في صورته الكاملة:

"يتطلب مبدأ التناسب أن تكون الإجراءات المتبناة من جانب هيئات الاتحاد الأوروبي غير متجاوزة لحدود ما هو ملائم وضروري لبلوغ الغايات المشروعة المستهدفة بواسطة التشريع المطعون عليه. وعندما يكون هناك ثمة مجال للاختيار بين إجراءات متعددة ملائمة، فإن اللجوء يجب أن يكون لأقلها إرهاباً [للحقوق والحريات]، كما لا يجوز أن تكون الآثار السلبية الناشئة عن الإجراء غير متناسبة مع الغاية المستهدفة"^(٢).

(1) Case 302/86 Commission v Denmark [1988] ECR 4607, paragraph 21 (emphasis added). See also Case 44/79 Hauer [1979] ECR 3727, paragraph 30.

(2) Case T-13/99, Pfizer [2002] ECR II-3305, paragraphs 411–413 (emphasis added). In many instances, the ECJ delegates the decision on whether a domestic measure is disproportionate to the national courts. See, in this respect, Case C-67/98 Zenatti [1999] ECR I-07289, paragraph 37.

ويتطلب مبدأ التناسب بمعناه الضيق أن يكون هناك "تناسب متلائم بين خطورة التدخل من جانب السلطة العامة من ناحية، وأهمية الأسباب المسوغة لهذا التدخل من ناحية أخرى"^(١). ومن ثم، يستلزم هذا المبدأ إقامة توازن صحيح *proper balance* بين الضرر الذي يلحق بالفرد في مواجهة الكسب الذي يجنيه المجتمع نتيجة الإجراء المتبني من جانب السلطة العامة. ومعنى ذلك، أن التناسب بمعناه الضيق يحظر اللجوء إلى الإجراءات التي ترجح آثارها السلبية، على الفرد، المزاي التي يجنيها المجتمع، من هذه الإجراءات بصورة واضحة. ومن ثم، تُرسى المحكمة الدستورية الألمانية مبدأ مؤداه أن "الوسيلة المختارة والغايات المستهدفة يجب أن تكون في إطار علاقة معقولة بالنسبة لبعضهما"^(٢). ويترتب على ذلك، ضرورة إقامة حاجز صارم ومطلق في مواجهة أي تصرف أو نشاط غير صحيح *improper action* من جانب السلطات العامة. ويبدو هذا صحيحاً، بصفة خاصة، في مجال الحقوق الأساسية، حيث يجب فحص الإجراءات المقيدة في ضوء درجة التعهد القانوني للقضية المطروحة من ناحية، ومدى الآثار السلبية التي يمكن أن تلحق بالفرد ذي الصلة من ناحية أخرى^(٣).

ويذهب تحليل أكثر قرباً إلى أن مبدأ التناسب بالمعنى الضيق - شأنه في ذلك شأن مبدأ الضرورة - يُوفر، فقط، معياراً نسبياً للتقييم القضائي. غير أن الموازنة بين الوسائل والغايات لا تنطلق في هذه الحالة - وذلك خلافاً لمبدأ الضرورة - من هدف ثابت

(1) "...the seriousness of the intervention and the gravity of the reasons justifying it are in adequate proportion to each other", BVerfGE 61 S 126 (135).

(2) «the chosen means and the desired ends should be in a reasonable relationship to each other », BVerfGE 35 S 401.

(3) Grabitz (1973), p. 575.

محدد سلفاً. فإذا كان المشرع حراً في صياغته للهدف التشريعي، فإنه سيكون بمقدوره التأثير في مقبولية الوسائل التي يجب ألا تكون في حالة عدم تناسب مع الغرض المستهدف. ولذلك، لن يُبحث فيما إذا كانت المصلحة العامة الملايسة للهدف المرجو مهمة إلى درجة تسوغ تقييداً أقسى للحقوق الفردية. وهكذا، يمكن القول إن وظيفة مبدأ التناسب بالمعنى الضيق، في مجال الحقوق الأساسية، تعتمد، في نهاية الأمر، على "إلى أي حد يترك الدستور الأمر للمشرع هامشاً من السلطة التقديرية للتدخل في تحديد غرض هذه الإجراءات". ومن ثم، يجب ألا تكون الوسائل والغايات - كمل تقرر ذلك المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية - "في علاقة غير متناسبة بالنسبة لبعضهما"^(١). ولذلك، فإن الحاجة تدعو إلى إجراء مقارنة بين الوسائل والغايات، حيث يجب موازنة الوسائل والغايات في مواجهة بعضهما على أساس الأهمية النسبية لكل منهما.

وتجدر الإشارة إلى أن مدى وعمق مبدأ التناسب بالمعنى الضيق يتفاوت وفقاً لطبيعة التدخل ومجال حماية الحق الأساس ذي الصلة. من ذلك، على سبيل المثال، أن المشرع يتمتع بهامش واسع من السلطة للتقديرية للتدخل في مجال تنظيم الاقتصاد^(٢). ففي هذا المجال، لا يُعتبر أن مبدأ التناسب بالمعنى الضيق قد انتهك - وفقاً لقضاء المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية BverFGE - إلا إذا كان المشرع قد تصرف استناداً إلى افتراضات خاطئة بصورة ظاهرة أو إذا كانت إجراءات التدخل غير معقولة ولا تخدم غرضاً يتعلق بالمصلحة العامة. أما في الحالات الأخرى، مثل - على سبيل

(1) BverFGE 28 S 66 (88).

(2) BverFGE 29 S 260 (267).

المثال- حرية اختيار التجارة، أو الحرفة، أو المهنة^(١)، فقد اعتبرت المحكمة الدستورية الألمانية أن أسس المصلحة العامة "المعقولة" أو "المسوغة موضوعياً"، أو "المهمة" لا توفر أساساً كافية لتقييد الحق الأساسي المعنى. ومن ثم، فإن حماية مصلحة عامة للمجتمع- مهمة بصورة واضحة *uberragend Wichtig*-^(٢) هو وحده الذي يمكن أن يسوغ أي قيود. وهكذا، فإنه تقييد الحرية السابقة من خلال تطلب ترخيص- يُمنح على أساس معيار موضوعي- يكون مسوغاً فقط استناداً إلى "الدفاع في مواجهة خطر محتمل أو جدي وشيك". ويخضع توافر الشروط السابقة للرقابة القضائية. ويتمثل المعيار المستخدم في هذه القضية في "الترتيب الموضوعي للقيم"^(٣) *Wertordnung des Grundgesetzes*.

ووفقاً لمفهوم "الترتيب الموضوعي للقيم"^(٤) الذي يعد أداة أساسية للتفسير الدستوري الألماني- فإن القانون الأساسي (الدستور) يتضمن "الخيارات الأساسية" لواجبي الدستور. وفوق ذلك، يُقال إن واضي الدستور قد رتبوا هذه القيم في نطاق متدرج، ويمكن القول أن أكثر هذه القيم أهمية- التي تأتي على رأس هذا الترتيب المتدرج- "النظام الأساس الديمقراطي الحر" متضافراً مع مبدأ "الكرامة الإنسانية"

(1) See article 12 GG.

(2) Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwer Gefahren'; see BverfGE 7s 208; E 11s 183; E 21s 251 etc.

(3) See e.g. the 1957 Etfes Case, BverfGE 6s 32 (40). This concept was originally put forward by Durig, one of Germany's most influential constitutional lawyers, in his commentary on Article 3 GG; see Maunz, Durig and Herzog, Grundgesetz. Kommentar, 4 vols. (1971).

(4) Donald P. Kommers. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, (1989), pp. 53-55.

وتتضمن هذه القيم مبادئ أساسية معينة للحكومة^(١) وحقوق الإنسان الأساسية. وقد كرس واضعو الدستور أعلى المبادئ- في هذا النظام المتدرج للقيم- بصورة دائمة في القانون الأساس الصادر عام ١٩٤٩، وتتصف هذه القيم بالموضوعية:

"وذلك لأنها تتمتع بحقيقة مستقلة في ظل الدستور. ونتيجة لذلك، يجب على كل هيئات الحكومة إنفاذ هذه القيم، أي تجسيدها على أرض الواقع"^(٢).

وبالإضافة إلى ذلك، فقد قضت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بأن كل النصوص الدستورية "يجب تفسيرها بطريقة تجعلها متسقة مع المبادئ الأساسية للقانون الأساسي والترتيب المتدرج للقيم الواردة فيه"^(٣).

ومن الملاحظ أن النظر إلى الدستور باعتباره نظاماً متدرجاً للقيم يحظى بدعم فقهاء القانون الدستوري الألماني، وذلك على الرغم من الرقابة القضائية المدققة والجدل الفقهي بشأن تطبيق هذه النظرية على الحالات الخاصة.

وثمة من يذهب من الكتاب إلى أن هذا المفهوم "يسمح للمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بأن تنخرط في عملية- مفتوحة الطرفين- لاتخاذ القرارات، بينما

(1) Kommers (ibid) cites as examples popular sovereignty, separation of powers, legality of administration, a multiparty system and the legitimacy of political opposition.

(2) Idem, p. 54.

(٣) وتجدر الإشارة إلى أن نظرية القيم الموضوعية- وتبنيها من جانب المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية كان محلاً لكتابات بالغة الثراء من جانب الكتاب الألمان. ويرى النقاد أن مقارنة القيم الموضوعية the objective value approach يعد وسيلة كريمة لإدراج القيم الشخصية للقضاة في القانون الدستوري. مرجع رقم ٦٢.

تظهر ملتزمة بالنص. وبذلك، يشكل هذا المفهوم منهجية قضائية بارعة". وكما ذهب إلى ذلك الأستاذ Mann:

"إن هذا المفهوم لا يستبعد، بالضرورة، اعتبارات الحقائق السياسية في تفسير وتطبيق الدستور"^(١).

المطلب الرابع

الصيغ المختلفة لتحليل التناسب

إذا كان مفهوم التناسب قد أضحى معترفاً به في معظم الأنظمة القانونية المعاصرة، فإن هذه الأنظمة لا تتفق فيما بينها في طريقة تطبيق المبدأ. ذلك أن تحليل التناسب يتكون من مراحل أو خطوات متعددة تتمثل في: مشروعية الغرض والملاءمة والضرورة والتناسب بالمعنى الضيق (الموازنة). ومن ثم، يقع الاختلاف في تطبيق مبدأ أو تحليل التناسب في عدد مراحلها وفي ترتيب هذه المراحل. وهذا ما يُطلق عليه صيغ تحليل التناسب. فهذه الصيغة يمكن أن تكون رباعية أو ثلاثية أو ثنائية العناصر أو المراحل. كما يقع التفاوت أيضاً في ترتيب هذه المراحل داخل إطار التحليل.

وبدئ ذي بدء يلاحظ أن تحليل المبادئ القانونية يميل، في الغالب، إلى إهمال الفروق الأساسية بين المبادئ ذاتها. وفي هذا السياق، ينبغي التمييز بين المبادئ والصيغ المستخدمة لتطبيق هذه المبادئ. فالمبادئ تميل إلى أن تكون مفتوحة الطرفين أو بالغة المرونة *open-ended concept*، أما الصيغ فتكون خارجة عن هذه المبادئ ولا تختلط بها. فالصيغة تتميز عن المبدأ الذي تخدمه، لأنها تعمل كنموذج أو

(1) Donald P. Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1989.

كأداة أو كمعيار لتطبيق هذا المبدأ^(١). وهكذا، فإننا نقصد بمصطلح "الصيغة" 'formula' المعيار أو مجموعة المعايير- التي يُؤخذ بها كاختبار موضوعي- والمعترف بها كأساس لتقييم تطبيق مبدأ أو مفهوم قانوني معين. وتحقق الصيغ مكانتها من خلال استخدامها باستمرار وتواتر الاعتماد عليها. والصيغ ليست في حاجة، بالضرورة، لأن تطبق تطبيقاً عالمياً، ولكن لكي تحظى بهذه المكانة يجب أن يكون معترفاً بها، بصفة عامة، باعتبارها وسيلة أو أداة أو آلية مقبولة لتطبيق المفهوم أو المبدأ الذي تجسده^(٢). ويبدو أن مبدأ التناسب من أكثر المبادئ التي واجهت مشكلة عدم التمييز بين المبدأ ذاته والصيغة المستخدمة لتطبيقه. ذلك أن معظم- إن لم يكن كل الكتاب الذين درسوا هذا المبدأ- قد افترضوا أن التناسب يتطابق مع "عناصره" elements أو مراحل المعروفة stages أو اختباره الفرعية subtests^(٣).

والحقيقة أنه لم يعد بوسع أي دارس للقانون الدستوري خارج الولايات المتحدة الأمريكية أن يبقى غير عالم بالمرحل أو بالاختبارات الفرعية التي يتكون منها تحليل

(1) M. Cohn, 'Form, Formula and Constitutional Ethos: The Political Question/ Justiciability Doctrine in Three Common Law Systems' (2011) 59 American Journal of Comparative Law 675.

(2) Baker v Carr 369 US 186 (1962).

(3) The research in the Israeli context includes Zamir (n 2); D Dorner, 'Proportionality' in A Barak and C Berenson (eds), Berenson Book, vol 2, 2nd edn (Tel-Aviv, Nevo, 2000) 281 (in Hebrew); G Sapir, 'Proportionality and Compromise' in S Almog, D Beinisch and Y Rotem (eds), Dalia Dorner Book (Srigim- Li'on, Nevo, 2009) 397 (in Hebrew); Barak, Proportionality (n 1); Cohen-Eliya and Porat, 'American Balancing' (n 1); Cohen-Eliya and Porat, 'Proportionality and Justification' (n 1); D Barak-Erez, Administrative Law (Tel- Aviv, The Israel Bar Publishing House, 2010) 771-92 (in Hebrew).

التناسب في صيغته شبه العالمية. وفي الوقت الحاضر، فإن الصيغة الأشهر والأوسع انتشاراً عالمياً هي تلك التي ابتدعتها المحاكم الألمانية والتي تتكون من خطوات أو مراحل أو اختبارات ثلاثة فرعية:

- **أولاً:** يجب أن يكون الإجراء ملائماً لتحقيق الغاية المقصودة منه (اختبار الملاءمة).
- **ثانياً:** يجب ألا تكون هناك وسائل أو بدائل أخرى أخف، في مساسها بالحقوق والحريات الدستورية، كان يمكن استخدامها لتحقيق ذات الغاية المستهدفة (اختبار الضرورة).
- **ثالثاً:** في ظل اختبار التناسب بالمعنى الضيق *a proportionality stricto sensu test*، يجب إجراء اختبار لتحليل التكلفة والمزايا *cost-benefit analysis*. ومن ثم، حتى يمكن تأييد الإجراء المنطوي على القيد للحق أو الحرية يجب أن تكون المزايا أو المنافع الناتجة عن تبني هذا الإجراء ترجح، في مجملها، الأضرار أو الآثار السلبية التي تلحق بالفرد الذي اتخذ الإجراء في مواجهته (اختبار التناسب بالمعنى الضيق أو الموازنة)^(١).

وتعد إسرائيل واحدة من دول عدة حول العالم تبنت الصيغة الثلاثية المشار إليها آنفاً في تطبيق مبدأ التناسب. ويبدو ذلك واضحاً منذ قيام المحكمة العليا الإسرائيلية بتطبيق البند الدستوري الذي يتضمن عبارة "بالقدر الذي لا يكون مفرطاً" *"to an extent that is not excessive"*^(٢). ومنذ أن تبنت المحكمة العليا الإسرائيلية هذه

(1) H Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Munich, Beck, 2006) 250–51; Schwarze (n 1) 685–92; Singh (n 3) 165–67.

(2) Similar tests exist inter alia in Canada, Zimbabwe, the United Kingdom (when applying the ECHR – but see part IV below), Japan, Chile and Colombia.

الصيغة الثلاثية لتطبيق مبدأ التناسب، في قضية *United Mizrahi Bank*، والمحكمة تعترف صراحة بالمصادر الألمانية والكندية لهذه الصيغة^(١). ولا نبالغ إذا قلنا إن المحكمة العليا الإسرائيلية تطبق الصيغة الثلاثية لمبدأ التناسب تطبيقاً حرفياً مقتبساً من قضاء المحكمة العليا الكندية في القضية الشهيرة *Oakes*. ولا يفوتنا هنا أن نلاحظ أيضاً أن قضاء المحكمة العليا الكندية في ذاته مقتبس من قضاء المحكمة الدستورية الألمانية في هذا الخصوص. ويتمثل هذا القضاء، في نسخته العبرية، فيما يلي:

"الاختبار الفرعي الأول يتمثل في أن الهدف يجب أن يكون مرتبطاً بالوسائل. والوسائل المستخدمة بواسطة السلطة الإدارية يجب أن تقود، بصورة منطقية، إلى تحقيق هذا الهدف. وهذا هو اختبار (الوسائل الملائمة) أو (الوسائل المعقولة). ووفقاً للاختبار الفرعي الثاني، فإن الوسائل المستخدمة بواسطة السلطة الإدارية يجب أن تُلحق بالفرد أقل ضرر ممكن. وهذا يعني أنه من بين طائفة الوسائل المتاحة والممكن استخدام أي منها لتحقيق الهدف، فإن أقل الوسائل إضراراً هي التي يجب استخدامها. وهذا هو اختبار (الوسائل الأقل إضراراً). وأخيراً، فإن الاختبار الفرعي الثالث يتطلب أن يكن الضرر اللاحق بالفرد- جراء الوسائل التي استخدمتها السلطة الإدارية لتحقيق الهدف المرجو- في علاقة تناسب ملائمة مع المزايا

(1) *United Mizrahi Bank* (n 18) 343, 345, 412, 436–73, also emphasizing that the Knesset was aware of the German and Canadian models and was especially influenced by the latter (ibid 299, 376). See also Ben-Atiyah (n 19) (citing Canadian sources).

المتحققة من استخدام هذه الوسائل. وهذا هو (اختبار الوسائل المتناسبة)،
أو التناسب بالمعنى الضيق"^(١).

ومنذ تبنيها، وهذه الصيغة الثلاثية العناصر **the three-pronged formula** المستخدمة لتطبيق مبدأ التناسب أضحت تحظى بقيمة شبه مقدسة. وهذا ما يبرر ظهور هذه الصيغة في معظم- إن لم يكن في جميع- المناقشات التي تدور حول مبدأ التناسب. وهكذا تظهر هذه الصيغة، أيضاً، في عدد لا يُحصى من أحكام القضاء حول العالم، وفي جميع الدراسات المتعلقة بمبدأ التناسب، ويتم تدريسها لطلاب جميع الأفرع القانونية التي تُعنى بالرقابة القضائية.

ورغم الأهمية الكبيرة للصيغة الثلاثية لمبدأ التناسب، فإنها ليست أساسية بالنسبة لتطور المبدأ. ذلك أن مبدأ التناسب يعد، أيضاً، أحد المبادئ العامة للقانون الأوربي، حيث توجد صيغ أخرى لتطبيق المبدأ.

(1) "[t]he first subtest is that the objective must be related to the means . . . The means used by the administrative body must rationally lead to the realization of the objective. This is the 'appropriate means' or 'rational means' test. According to the second subtest, the means used by the administrative body must injure the individual to the least extent possible. In the spectrum of means which can be used to achieve the objective, the least injurious means must be used. This is the 'least injurious means' test. The third test requires that the damage caused to the individual by the means used by the administrative body in order to achieve its objectives must be of proper proportion to the gain brought about by that means. That is the 'proportionate means' test (or proportionality 'in the narrow sense')", Beit Sourik (n 4) para 41. See also cases at n 18; R v Oakes [1986] 1 SCR 103 (Can).

وفي هذا الصدد، يُشار إلى أن كلاً من محكمة العدل الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد طورتا صيغاً مختلفة لتطبيق مبدأ التناسب. حيث تميل محكمة العدل الأوروبية إلى تطبيق صيغتين كلتيهما مشابھتان للصيغة الألمانية ثلاثية العناصر. أما الصيغة الأولى، فتتبع أطر المقاربة الألمانية^(١). وأما الصيغة الثانية فتتكون من اختبار ثنائي العناصر *a two-pronged test*، يُوصف أحياناً بأنه يضاھى الاختبار الفرعي الألماني الأول، ويدمج الاختبارين الفرعيين الآخرين في اختبار واحد. وفي ظل هذه الصيغة لتطبيق مبدأ التناسب، تقوم المحكمة بفحص ما إذا كان الإجراء المطعون عليه متناسباً وضرورياً (وهذا العنصر الأخير - الضرورة - يتطلب من المحكمة أن تفحص ما إذا كان الإجراء المطعون عليه لا يؤثر على المصلحة ذات الصلة بأكثر مما هو ضروري لتحقيق الغرض المستهدف)^(٢).

(1) See, eg Case C-331/88 R v Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex p Fedesa [1990] ECR I-4023, para 13 ('By virtue of [the principle of proportionality], the lawfulness of the prohibition of an economic activity is subject to the condition that the prohibitory measures are appropriate and necessary in order to achieve the objectives legitimately pursued by the legislation in question; when there is a choice between several appropriate measures recourse must be had to the least onerous, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued').

(2) See, eg Case 279-280/84 Rau v European Economic Community [1988] 2 CMLR 704, 750-51; Case C-426/93 Federal Republic of Germany v Council of the European Union [1995] ECR I-3723, para 42; Case C-84/94 United Kingdom and Ireland v Council of the European Union [1996] ECR I-5755, para 57; Case C-434/02 Arnold André v Landrat des Kreises Herford [2004] ECR I-11825, para 45. The very first decision that recognized and applied the principle of proportionality=

وبدلاً من تبني صيغة أو مقارنة ثلاثية أو ثنائية العناصر لتطبيق مبدأ التناسب، تفضل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان استخدام اختبار أكثر بساطة. حيث تقوم المحكمة، في الغالب، بتقدير مدى تناسب الإجراء المطعون عليه من خلال إجراء موازنة بين الوسائل المستخدمة والأهداف المرجوة. وتكمل المحكمة هذه المقاربة بالإشارة إلى هامش التقدير *margin of appreciation* الممنوح للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي^(١). وكتطوير إضافي لهذه الصيغة أو المقاربة لتطبيق مبدأ التناسب، تشترط المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان شرطين إضافيين يستهدفان حماية الحقوق:

- **أولاً:** وجود حاجة اجتماعية ضاغطة 'a pressing social need' لتسوية التدخل في الحق المحمي^(٢).

= may be cited as applying this test, but could also be read as applying no more than a simple balancing test, with the German subtests relegated to the background (*Internationale Handelsgesellschaft* (n 8) 1134–35, paras 12, 14, 16). On the proportionality tests, see *Schwarze* (n 1) 854–60; *Craig and De Brca* (n 8) 372–73; *Tridimas*, 'Proportionality' (n 8) 139 (different emphases on the prominence of the two and three-pronged tests); *Sweet and Mathews* (n 1) 145–48; *M Fordham and T de la Mare*, 'Identifying Principles of Proportionality' in *J Jowell and J Cooper* (eds), *Understanding Human Rights Principles* (Oxford, Hart Publishing, 2001) 27, 37–49.

(1) See, eg *Sunday Times* (n 11) 277–78; for examples of recent cases see, eg *Dogru v France* (2009) 49 EHRR 8; *A v United Kingdom* (2009) 49 EHRR 29 (detention of suspected terrorists). In both latter cases, the Court did not overturn the decisions of the domestic courts. But see *De Brca* (n 8) 113.

(2) *Handyside* (n 11) 754 ('pressing social need' was implied by the term 'necessary' in the Convention); *Sunday Times* (n 11) 277–78 =

- **ثانياً:** إخضاع الإجراء المطعون عليه "لرقابة صارمة" 'close scrutiny'، يُتطلب في ظلها "أسباب بالغة القوة" 'very weighty reasons' لتسوية التدخل في أحد حقوق الإنسان المركزية^(١).

والسؤال الذي يُثار هنا: لماذا بزغت هذه الصيغ المتنوعة لتطبيق مبدأ التناسب؟ وكيف يمكن تفسير الانتشار الأوسع للصيغة الألمانية ذات العناصر الثلاثة؟ وهل يحدث تعقد الصيغ المستخدمة فرقا في هذا الخصوص؟

للإجابة على التساؤلات السابقة، نقول إنه إذا كان اختيار وتطوير صيغة معينة يتوقفان على التقدير القضائي لقيم "المنهجية والوضوح" أو حتى مجرد الميل الإنساني للتصنيف، فإن استخدام صيغ معينة يمكن أن يحمل أيضاً مزايا إستراتيجية^(٢). وتفسير ذلك أن الاعتماد على الصيغ يحمل (تأثير التباعد) 'a distancing effect'. فالقضاة الذين يعتمدون على اختبارات ذات موضوعية بادية يجدون حصناً يتحصنون

= ('close scrutiny' of arguments regarding the necessity of the interference, to be justified only under a 'pressing social need'); *Lingens v Austria* (1986) 8 EHRR 407 (conviction for defamation in press article found in breach of freedom of speech (Art 10); pressing social need not found); *Abdulaziz v United Kingdom* (1985) 7 EHRR 471, 501 (only 'very weighty reasons' could justify different treatment of sexes under Immigration Rules).

(1) See the cases *ibid*, which were mainly concerned with freedom of speech and sexual discrimination. See also generally, Fordham and Thomas de la Mare (n 32) 49–60.

(2) M. Cohn, *Form, Formula and Constitutional Ethos: The Political Question/ Justiciability Doctrine in Three Common Law Systems*, *op. cit.*, p. 675.

به في مواجهة الاتهامات بالتسييس، والتي تثار في الغالب عندما تكون القضايا المطروحة على القضاء ذات أبعاد سياسية، كما هو الحال بالنسبة للقضايا المتعلقة بحقوق الإنسان. ومن ثم، عندما يطبق القضاء صيغة معينة لرفض طلب مقدم إليهم، فإنهم يحمون أنفسهم من الاتهامات بالضعف، أو الخضوع للضغوط السياسية، أو الانحياز الحزبي لموقف المدعي عليهم. وبالمثل، عندما يقبل القضاء طلباً مقدماً إليهم، فإن استخدامهم لاختبارات أو صيغ ذات موضوعية بادية يمكنهم من حماية أنفسهم في مواجهة النقد المتوقع، والذي ينبع من الجهات المدعى عليها أو غيرها من الفاعلين في المجالين السياسي والاجتماعي غير القانونيين بالنتائج التي انتهى إليها القضاء. وفي كلتا الحالتين، فإن المستويات العالية من النقد الموجهة للقضاة يمكن أن تعرض للخطر، بصورة مباشرة، المشروعية الاجتماعية للقضاء. ولذلك، كلما كانت المسألة المطروحة على القضاء وثيقة الصلة بالسياسة، كلما اشتدت الحاجة لاستخدام الصيغ. وكلما كانت هذه الصيغ أكثر تعقيداً وتفصيلاً، كلما زاد أثرها في إبعاد التقدير الشخصي للقضاة. ذلك، أنه كلما كانت الصيغة المستخدمة أكثر تعقيداً وأكثر تفصيلاً كلما تطلب ذلك من القضاة المرور بمراحل متعددة من التحليل والرقابة. ومن مزايا ذلك إظهار القضاة بأنهم يستخدمون إجراءات مهنية معقدة لا علاقة لها بالسياسة.

ويبقى السؤال قائماً: كيف يمكن إذن تفسير الانتشار شبه العالمي للاختبار ثلاثي العناصر أو المراحل (فيما عدا المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان). يمكن القول إن جاذبية الصيغة ثلاثية العناصر ترجع إلى كونها أداة طيعة قابلة لتطبيق مبدأ أو مفهوم مفتوح الطرفين *an open-ended concept*، كما أن تعقد هذه الصيغة يمكن أن يكون أحد مبررات قبولها على نطاق واسع، نظراً لما يحققه هذا التعقيد من مزايا تفيد في درأ الاتهامات بالتسييس أو الانحياز الموجهة للقضاة.

المبحث الثالث

القيمة القانونية لمبدأ التناسب

يتطلب مبدأ التناسب أن يكون كل إجراء إداري تتخذه السلطة العامة مستنداً على تقييم عادل وموازنة بين المصالح المختلفة المتعارضة، وكذلك اختياراً معقولاً بين الوسائل أو الإجراءات المتاحة. وبعبارة أخرى، يجب أن يكون النشاط الإداري متناسباً مع الغرض المستهدف منه. وفي هذا السياق، يُثار التساؤل عن القيمة القانونية لمبدأ التناسب. وسنحاول، فيما يلي، إلقاء الضوء على التناسب باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون (المطلب الأول)، وكذلك على التناسب باعتباره مبدأ يحظى بقيمة دستورية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التناسب أحد المبادئ العامة للقانون

إذا كانت وظيفة القاضي العادي تقتصر، بحسب الأصل، على تطبيق القانون، فإن مهمة القاضي الإداري تتخطى ذلك بكثير، فعليه البحث عن القاعدة الواجبة التطبيق في حالة غياب النص القانوني أو القاعدة العرفية، ويكاد يقترب عمله في هذا السياق من دور المشرع الذي يضع القواعد العامة، فالقاضي الإداري هو الذي يكشف عن القاعدة المراد تطبيقها، وهو الذي يعلنها في أحكامه، وهو الذي يقوم بإضفاء صفة الإلزام عليها، والإتيان بها إلى عالم القواعد القانونية الملزمة. فالقاضي الإداري ليس بمشرع حقيقي ينشئ القواعد القانونية، وإنما بمكتشف لمجموعة من القواعد والمبادئ القانونية الموجودة، والكاننة أصلاً في فكر وروح المشرع وضمير الجماعة، وإن لهذه

المبادئ صلة بالمجتمع والظروف السائدة فيه، وعليه العمل باستمرار على تطويرها، بما يتلاءم مع تطور المجتمع وظروفه وأحواله^(١).

لذلك، نجد القاضي الإداري يلجأ، أحياناً، إلى مقدمات الدساتير، وتارة إلى إعلانات حقوق الإنسان، وغيرها من المبادئ الأساسية التي تنظم أسس وفلسفة المجتمعات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وغيرها من الظروف السائدة في الدولة، وذلك بقصد استنباط القواعد وابتداع المبادئ التي تتناسب مع طبيعة القانون الإداري. ويطلق، عادة، على القواعد التي يكشفها القاضي الإداري وينشئها، تعبير المبادئ العامة للقانون، بقصد إخفاء دوره الإنشائي، والظهور بمظهر الكاشف لبعض المبادئ القانونية العامة الموجودة أصلاً في المجتمع. ومن المعلوم أن القاضي الإداري هو الذي ابتدع معظم نظريات القانون الإداري^(٢)، وأدى دوراً مهماً في تفسير نصوص بعض التشريعات الإدارية، وفي تكملة البعض الآخر من هذه التشريعات.

ومن ثم، يمكن القول إن القاضي الإداري قد أسهم في إرساء قواعد نظام قانوني قائم بذاته، ينبثق من طبيعة روابط القانون العام، ومقتضيات واحتياجات المرافق العامة وحسن سيرها، وإيجاد نوع من التوازن بينها وبين مصالح الأفراد وحقوقهم وحررياتهم. ولذا، فإن دور القاضي الإداري في إنشاء مبادئ القانون الإداري وقواعده، يصل لحد يتجاوز أهمية دور التشريع. وفي هذا السياق، ابتدع القاضي الإداري، من خلال أحكامه الكبرى، ما يسمى بالمبادئ العامة للقانون الإداري^(٣)، وأصبحت بمثابة قواعد قانونية واجبة الاحترام، وتلتزم بها جميع المحاكم الإدارية.

(١) د. أبعاد على حمود القيسي، الوسيط في القانون الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة السابعة، أكاديمية شرطة دبي، ٢٠٠٢، ص ٣٢.

(٢) د. محمد كامل ليله "مبادئ القانون الإداري" الجزء الأول ١٩٦٨ ص ١١٨.

(٣) ومن هذه المبادئ العامة للقانون الإداري يمكن الإشارة إلى: مبدأ احترام قوة الشيء المقضي به، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، مبدأ دوام وانتظام سير المرافق العامة، والمبدأ العام المسمى بنظرية الظروف الاستثنائية.

ولقد استنبط القاضي الإداري هذه المبادئ من روح التشريعات الجزئية أو الفرعية الإدارية، كما استلهمها من روح التشريعات والتقنيات غير الإدارية، واستوحاها من التنظيم العام وضمير المجتمع وتقاليده، وأعطى القضاء الإداري لهذه المبادئ قيمة وقوة ملزمة، فما هو أساس ومصدر القوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون؟ وما هي قيمتها القانونية؟^(١).

ويشكل التناسب أحد المبادئ العامة للقانون التي تجسد أفكار الإنصاف والعدالة والمعقولة. كما يعكس هذا المبدأ ضرورة توافر الملاءمة في الإجراءات التي تتبناها الدولة- والتي تنطوي في الغالب على تقييد للحقوق والحريات المكفولة دستورياً- بغرض تحقيق هدف مشروع. ويجد هذا المبدأ تكريساً صريحاً له، ليس فقط في الوثائق القانونية للاتحاد الأوروبي، ولكن أيضاً في العديد من الدساتير الوطنية. ويتسع نطاق تطبيق هذا المبدأ، بحيث لم يعد يقتصر على التطبيق في حالة تقييد ممارسة حقوق أو حريات معينة، ولكن أيضاً في سياق ممارسة الدولة لسلطتها بصورة عامة.

ويواجه الفهم القانوني للتناسب بعض الصعوبات، نظراً لأن مضمون هذا المبدأ يعتمد على فهم فلسفي معين للعدالة. ويمكن القول إن الفهم القانوني للتناسب- الذي بدأ منذ القدم وحتى الوقت الحاضر- ينظر إلى التناسب باعتباره وثيق الصلة بأفكار النظام، order، والإنصاف equilibrium، والرابطة المعقولة rational relation، والإجراء المسوغ justified measure.

على أن التناسب لا يشكل فقط أحد مبادئ القانون العقلاني rational law، ولكنه في ذات الوقت يمثل أحد مبادئ القانون الوضعي، أي أنه ذو قيمة قاعدية أو

(١) د. أعاد على حمود القيسي، الوسيط في القانون الإداري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٢.

معيارية (أي تشريعية) *normative value*. ولذلك، فإن التناسب يمثل معياراً قضائياً يمكن من خلاله تقدير مدى مشروعية تدخل الدولة في مجال ممارسة الحقوق والحريات الأساسية.

ويجد مبدأ التناسب تكريساً له، صريحاً أو ضمنياً، سواء في الآليات القانونية الدولية^(١) أو في العديد من دساتير الدول الديمقراطية^(٢). ففي رومانيا، على سبيل المثال، ينص الدستور صراحة على مبدأ التناسب في المادة (٥٣)، كما توجد العديد من النصوص الأخرى التي تشير إلى هذا المبدأ ضمناً.

ويشير العديد من الكتاب إلى أن مبدأ التناسب أضحى يشكل أحد المبادئ العامة للقانون العام في معظم الدول الأوروبية^(٣). ومع ذلك، يمكن التمييز بين:

- (1) See, for example: item 29, paragraph 2 and 3 of the Universal Declaration of Human's rights, item 4 and 5 of the International Pact in regard to the economical, social and political rights; item 4 of the Frame – Convention for the protection of national minorities; item G Part V-a of the European Social Chart; ; item G part V of the European Social Chart – revised; item 8, 9, 10, 11 and 12 of the European Convention for human rights' protection and of fundamental freedoms or item 13 of the Treaty regarding the European Economical Community.
- (2) For example item 20, paragraph 4; item 31 and item 55 of Spain Constitution; item 11, 13, 14, 18, 19 and 20 of Germany Constitution or the dispositions of item 13, 14, 15, 44 and 53 of Italy Constitution.
- (3) Dana Apostol Tofan. The discretionary power and the excess of power of the public authorities, All Beck Publishing House, Bucharest 1999, p. 48. To see in the same view J. Ziller, Le principe de proportionnalité, in L'Actualite juridique Droit administratif, on June 20th 1996, special number, p. 185.

١- دول يُكرس فيها مبدأ التناسب صراحة في الدستور والتشريع العادي مثل البرتغال وسويسرا من ناحية، ودول يُثار فيها المبدأ صراحة في التشريع أو القضاء. ومن الأمثلة على هذه الطائفة الأخيرة من الدول اليونان، وبلجيكا، ولوكسمبورج.

٢- دول يُطبق فيها مبدأ التناسب على كامل مجال القانون العام مثل فرنسا وسويسرا، ودول يقتصر فيها نطاق تطبيق المبدأ على المسائل الخاضعة لقانون الاتحاد الأوروبي.

وفي نطاق القانون الدستوري على وجه التحديد، يُطبق مبدأ التناسب، بصورة رئيسة، في مجال حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية. حيث يُنظر إلى مبدأ التناسب في القضاء الدستوري المقارن باعتباره أكثر المعايير فعالية، لتقدير مدى مشروعية تدخل الدولة لتقييد ممارسة الحقوق والحريات الأساسية. وفوق ذلك، حتى إذا كان الدستور لا ينص صراحة على هذا المبدأ، فإن القاضي الدستوري في معظم النظم الدستورية الديمقراطية يعتبر المبدأ أحد المتطلبات الأساسية لدولة القانون المعاصرة^(١).

ويُطبق مبدأ التناسب في العديد من فروع القانون. ففي القانون الإداري، يشكل مطلب التناسب قيداً على السلطات التقديرية التي تمارسها السلطات العامة. كما يشكل المبدأ معياراً للرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية^(٢). ويجد المبدأ تطبيقاً له أيضاً في

(1) Petru Miculescu, *The Lawful State*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1998, pp 87-88 and Dana Apostol Tofan quotation from works., pg.49.

(2) Dana Apostol Tofan, works quotation p.46-50; Iulian Teodoroiu, Simona Maya Teodoroiu, *The lawfulness of the opportunity and the constitutional principle of proportionality*” in the Law no. 7 / 1996, p.39-42.

القانون الجنائي^(١) والقانون المدني^(٢). كما يُطبق المبدأ في قانون الاتحاد الأوروبي، بما يعني أن الإجراءات الصادرة عن مؤسسات الاتحاد الأوربية يجب أن تكون ملائمة وغير مجاوزة لما هو ضروري لتحقيق الهدف منها.

ويؤدي القضاء دوراً مهماً في تحليل مبدأ التناسب وتطبيقه في القضايا المطروحة عليه. من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان تنظر إلى التناسب باعتباره يعكس علاقة عادلة ومنصفة بين الحالة الواقعية أو الموقف الواقعي المائل، ووسائل تقييد ممارسة بعض الحقوق والغرض المشروع المستهدف من هذا التقييد، أو كعلاقة منصفة بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة. وبهذا المعنى، فإن التناسب يشكل معياراً لتقدير مدى مشروعية تدخلات الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي في ممارسة الحقوق والحريات التي تكفلها الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.

وفي رومانيا، تواترت المحكمة الدستورية على القضاء بأن مبدأ التناسب يشكل مبدأً دستورياً^(٣). وفوق ذلك، طلبت هذه المحكمة من المشرع أن يحدد بعض المعايير

- (1) Dispositions of item 72 of the Criminal Code refer to the proportionality as a general criterion of judiciary individualization of the punishments or the dispositions of item 44 of the Criminal Code that is considering the proportionality as a condition for the defense legitimacy.
- (2) Dispositions of item 951 and 1157 of the Criminal Code, allow a contract cancellation for an evident disproportion of the services (lesions).
- (3) Decision no.139/1994, published in the Official Gazette no. 353 / 1994, the decision no. 157 / 1998, published in the Official Gazette no. 3 / 1999, decision no. 161 / 1998 published in the Official Gazette no. 3/ 1999.

الموضوعية اللازم أخذها في الاعتبار لتطبيق مبدأ التناسب. ففي هذا الصدد، تقول المحكمة:

"من الضروري أن يحدد المشرع بعض المعايير الموضوعية التي تبين متطلبات مبدأ التناسب"^(١).

ويلاحظ أن مبدأ التناسب أضحى يفرض نفسه أكثر فأكثر، كمبدأ عام التطبيق، في أغلب الأنظمة القانونية المعاصرة. ويجد هذا المبدأ تكريساً له، صريحاً أو ضمناً، في الوثائق الدولية والداستير الوطنية. كما يلاحظ تزايد اعتراف القضاء الدستوري الوطني والعديد من جهات التقاضي الدولية بهذا المبدأ.

على أن تحليل التناسب في الفقه والتشريع والاتفاقيات الدولية والقضاء يحتاج إلى الإجابة على عدد من التساؤلات الأساسية؛ وتتمثل هذه التساؤلات فيما يلي:

- ١- هل يشكل التناسب أحد المبادئ العامة للقانون؟ وإذا كانت الإجابة على هذا السؤال بالإيجاب، فهل ارتقى المبدأ ليصبح مبدأ دستورياً أو ل يتمتع بقيمة دستورية؟
- ٢- هل يتمتع مبدأ التناسب بقيمة قاعدية (أي تشريعية)؟
- ٣- ما هي أهمية الجانب الإجرائي للمبدأ؟
- ٤- كيف يُطبق المبدأ في مجال ممارسة الدولة لسلطاتها؟
- ٥- ما هي أهمية مبدأ التناسب بالنسبة لحماية حقوق الإنسان؟

(1) Decision no. 71 / 1996 published in the Official Gazette no. 13 / 1996.

٦- ما مدى إمكانية استخدام القضاة، بما في ذلك القضاة الدستوريون، للتناسب في رقابة تجاوز السلطة العامة لسلطاتها، أي رقابة مدى احترام الدولة لمتطلبات مبدأ التناسب؟

٧- هل بالإمكان إيجاد تعريف للتناسب كمبدأ؟

وبالنظر إلى التناسب باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون، فإنه يتطلب وجود علاقة عادلة fair أي معقولة rational – في الإجراء القانوني المتبني من جانب الدولة، والحقيقة الاجتماعية والغرض المشروع المستهدف.

ومن المنظور الفقهي، يمكن تحليل التناسب باعتباره نتيجة لعناصر ثلاثة على الأقل مجتمعة: الإجراء المتخذ من جانب السلطة العامة، الهدف من هذا الإجراء، والموقف أو الحالة الواقعية التي يُطبق عليها هذا الإجراء^(١).

ويرتبط مبدأ التناسب ارتباطاً وثيقاً بعدد من المفاهيم الأساسية في القانون العام، وهي مفاهيم المشروعية والملاءمة والسلطة التقديرية^(٢). ففي القانون العام، يمكن النظر إلى انتهاك مبدأ التناسب باعتباره تجاوزاً لحرية النشاط الموضوعة تحت تصرف السلطات العامة، بما يعني في نهاية الأمر تجاوزاً للسلطة^(٣). على أن ثمة أوجهاً للتداخل بين مبدأ التناسب وبعض المبادئ العامة الأخرى للقانون، مثل مبدأي المشروعية lawfulness ، والإنصاف والعدالة equity and justice.

(1) Dana Apostol Tofan, Works Quotation, p. 47

(2) Michel Guibal, De la proportionnalité , AJDA., 1978, p. 477-479.

(3) Dana Apostol Tofan, works quotation, op. Cit., p.50

ويمكن القول إن جوهر مبدأ التناسب يتمثل في ضرورة وجود علاقة عادلة fair بين العناصر المكونة له. وفي هذا السياق، يلاحظ وجود اختلاف في المصطلحات المستخدمة: "علاقة عادلة" fair relationship وعلاقة ملائمة adequate relationship. ونعتقد من جانبنا أن هذين التعبيرين ليسا متطابقين تمامًا، لأن مفهوم العدالة "fair" ينطوي على بعد أخلاقي، بينما لا ينطوي مفهوم الملاءمة بالضرورة على هذا البعد.

ويمكن القول إن التناسب يعد أحد المبادئ الأساسية للقانون المقبولة والمعترف بها صراحة أو المستنبطة من النصوص الدستورية أو التشريعية أو الوثائق الدولية، وذلك استنادًا إلى قيم القانون العقلاني ومبادئ العدالة والإنصاف التي تستلزم وجود علاقة متوازنة أو ملائمة بين الأنشطة أو الإجراءات التي تتخذها الدولة والمواقف أو الحالات الواقعية التي تُطبق عليها هذه الإجراءات على نحو يكفل عدم تجاوز هذه الإجراءات لما هو ضروري لتحقيق الهدف المشروع منها. ويبين من ذلك أن تطبيق مبدأ التناسب يكفل صون الحقوق والحريات الأساسية ويتفادى إساءة استخدام القانون. وتوجد العديد من الوثائق القانونية أو الدولية التي تقر صراحة أو ضمناً مبدأ التناسب. وفي مثل هذه الحالات الأخيرة، يُستنبط مبدأ التناسب من خلال التفسير الفقهي أو القضائي لهذه النصوص القانونية. وفي تقديرنا، أن التناسب ليس فقط مفهومًا يتعلق بمسائل الواقع، ولكنه أيضًا مبدأ قانوني يمكن فهمه من خلال بعده التشريعي على نحو ما تعكسه النصوص الدستورية التي تركز هذا المبدأ.

المطلب الثاني

التناسب أحد المبادئ الدستورية

يواجه التحليل العلمي للتناسب كمبدأ دستوري صعوبة، أيضاً، بسبب قلة المراجع المتعلقة بهذا الموضوع^(١). على أن الكتابات الفقهية في هذا الخصوص تظهر الأهمية العامة للتناسب، لاسيما من ناحية ارتباطه بأفكار النظام والإنصاف والرابطة المعقولة أو الإجراء العادل. ويلاحظ أن هذه الأفكار تشكل سمات أساسية لمفهوم الدستور ذاته، باعتباره يشكل "الخلفية السياسية والقانونية الأساسية للدولة"^(٢) political and juridical fundamental background of a state.

واتساقاً مع مبدأ العقد الاجتماعي، فإن الدستور يمثل الشكل الأساسي للميثاق الاجتماعي social pact. ويلاحظ أن الدستور لا يمثل فقط القانون الأساسي للدولة، ولكنه هو الذي ينشئ ويحدد سلطات واختصاصات السلطات العامة في الدولة^(٣). كما يتضمن الدستور تعبيراً عن الفلسفة أو المذهب الذي يتبناه المجتمع. ويكفل الدستور الحقوق والحريات الأساسية، ويبين القيود التي ترد على سلطة الدولة. وأخيراً، فإن الدستور لا يقصر نفسه على بيان الطريقة التي تُمارس بها سلطة الدولة، ولكنه يحدد

(1) Marius Andreescu, PROPORTIONALITY - A CONSTITUTIONAL PRINCIPLE, available at: http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_13_2010/01andreescu.pdf

(2) Ion Deleanu, quotation from works., vol.I, p. 265.

(3) Ioan Muraru, Simina-Elena Tănăsescu, quotation from works vol.I, p.36.

أيضاً المبادئ الأساسية التي تحكم المجتمع^(١). وتتجلى أبرز سمات النظم الدستورية السائدة في الدول الديمقراطية المعاصرة في ضمان حقوق الإنسان الأساسية غير القابلة للتصرف فيها وتكريس مبدأ الدولة القانونية. ومن أهم وسائل حماية هذه الحقوق والحريات وجود رقابة على دستورية القوانين.

ونتيجة لما سبق، يمكن القول إن جوهر وغاية الدستور، بل أيضاً جوهر وغاية الحركة الدستورية أو المذهب الدستوري المعاصر constitutionalism، باعتباره عملية تاريخية وحقيقة اجتماعية، يتمثل في تحقيق التوازن balance والرابطة المعقولة بين الحقائق والقوى المختلفة التي يجب أن تتعايش وتتناغم من أجل ضمان الاستقرار الاجتماعي والحرية الفردية ومشروعية ممارسة هيئات الدولة لسلطاتها. ومن ثم، يمكن القول إن الغرض الرئيس للدستور الديمقراطي يكمن في الموازنة المعقولة والعادلة بين الحقائق المختلفة: بين المصالح الفردية والمصالح العامة. وهذه العلاقة المتوازنة- التي تشكل جوهر الدستور والمذهب الدستوري المعاصر- تعبر عن التناسب باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون a general principle of law.

على أن الرابطة بين الدستور ومبدأ التناسب يمكن فهمها بطريقة مختلفة. وفي هذا السياق، يمكن الإشارة إلى خطاب واضع القوانين الشهير Solon، عندما خاطب أهل أثينا قائلاً: لم أعطكم الدستور الأفضل، ولكن أعطيتكم الدستور الأكثر ملاءمة. ذلك، أنه لا يوجد دستور مثالي كامل وغير قابل للتغيير. ومن ثم، فإن الدستور باعتباره القانون الأساسي يجب- حتى يكون فعالاً- أن يكون ملائماً adequate للحاجات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للدولة. وحركية هذه العوامل هي التي تحدد في

(1) Ion Deleanu, , quotation from works., Vol.I, pg.265-266

نهاية الأمر التعديلات الواجب إدخالها على القواعد الدستورية. وهكذا، يمكن القول إن العلاقة الملائمة بين الحقائق الدستورية والحقائق المشار إليها آنفاً هي التي تعبر عن مبدأ التناسب.

ويذهب الأستاذ Marius Andreescu، في سياق إبرازه لمبادئ الدستورية constitutionalism في سياق الحقائق الاجتماعية والقانونية للدولة المعاصرة، إلى إن "مبادئ الدستورية" تتطلب النظر إليها باعتبارها وضعاً قانونياً وسياسياً معقداً يعبر عن جانبين على الأقل:

١- أن يتضمن الدستور قبولاً للمتطلبات المتعلقة بقانونية وديمقراطية الدولة، والحريات العامة، وتنظيم وسير وتوازن السلطات العامة.

٢- أن يتضمن التشريع العادي قبولاً للمتطلبات الدستورية.

ويلاحظ أن تضافر المتطلبين السابقين هو وحده الذي يمكن أن يكفل فعالية ومشروعية الدستور، وهو وحده الذي يمكن أن يضمن التناغم بين القواعد الدستورية والممارسات السياسية^(١).

(1) Ioan Muraru, Constitution and constitutionalism, in : Constitutional studies, Actami Publishing House, Bucharest, 1995, p.96

وثمة مشكلة أخرى تتعلق بالبعد الدستوري القاعدي أو المعياري (أو التشريعي) لمبدأ التناسب. فالقانون بوجود مبادئ فوق شرعية *the super legality* أو فوق دستورية *Supra-Constitutional Principles*^(١) - مثل *Française Geny*، *Leon Duguit*، *Maurice Duverger* - يرون أن العدالة الدستورية في حاجة لأن ترتبط بمبادئ وقواعد فوق دستورية. وقد طبقت بعض المحاكم الدستورية مثل هذه المفاهيم. ومن الأحكام الشهيرة في هذا السياق حكم المحكمة الفيدرالية الدستورية الألمانية في ١٦ يناير ١٩٥٧ الذي قضت فيه بأن:

"القوانين تكون دستورية فقط إذا كانت قد تم إنفاذها في ظل احترام القواعد المحددة سلفاً. كما أن مضمون هذه القوانين في حاجة لأن يتفق مع القيم العليا للأنظمة الديمقراطية والليبرالية. في ظل نظام للقيم يحدده الدستور - كما يجب أن تتفق في المقام الأول مع المبادئ الأساسية غير المكتوبة والمبادئ الأساسية للقانون الأساسي، وبصفة خاصة مع مبادئ الدولة القانونية والدولة الاجتماعية^(٢).

(١) لمزيد من التفصيل حول نظرية المبادئ فوق الدستورية، انظر: د. وليد محمد الشناوي، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، دراسة مقارنة، المجلة القانونية الاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد (٢٩)، ٢٠١١.

(2) "The laws are constitutional only if they were enforced with the observance of the forms foreseen. Their substance needs to agree with the supreme values of the democratic and liberal orders, having the quality of a system of values established by the constitution, but mostly must be in compliance with the elementary unwritten principles (s.n.) and with the fundamental principles of the fundamental law, mostly with the principles of the lawfull state and the social state", Michel Fromont, quotation from works., p.126-127.

بيد أن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية تراجعت عن هذا الاتجاه القضائي لاحقاً، وكرست المحكمة المبادئ الحاكمة لتفسير القانون والدستور. ومؤدى هذه المبادئ أن التفسير يجب أن يتفق مع شكل القاعدة (التفسير الحرفي) مع الأخذ في الاعتبار سياق النص (التفسير الممنهج) وغرضه، وكذلك أيضاً الظروف التاريخية التي وُضع فيها النص (التفسير التاريخي)^(١).

ومع ذلك، فقد وجه العديد من الكتاب النقد^(٢) لنظرية المبادئ فوق الدستورية، لأن تبني مثل هذه النظرية من شأنه ترك الأساس الصلب لتفسير القوانين والمتعلقة بقيم غير محددة تختلف النظرة لها من كاتب لآخر، وتناول تفسير القوانين والدستور من منظور القانون الطبيعي والقانون العقلائي، مما يعطي القضاة سلطة بالغة الاتساع في مجال التفسير. وهذا يتعارض مع ما هو مسلم به من أن مهمة القاضي الدستوري في التفسير لا يجوز أن تكون تحكيمية أو خاضعة لسلطته التقديرية، كما لا يجوز أن تتجاوز حدود دور الدستور وأبعاده. والحقيقة أن إيجاد مثل هذه الحدود بدقة يعد عملية مهنية على درجة عالية من الدقة، وعدم القيام بها على الوجه الأكمل يفتح الباب للذاتية والتحكم^(٣).

ويذهب أغلب الفقه إلى أن مبدأ التناسب حتى في معناه العام المرتبط بالعدالة والموازنة والإنصاف لا يمكن أن يعد مبدأ فوق دستوري. وكمبدأ، يثار التناسب في

(1) Decision on May 17th 1960, in Michel Fromont,, quotation from works., p.122.

(2) On this meaning see Michel Fromont, quotation from works. pg.127, Charles Eisenmann, La Justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, L.G.D.J., Paris, 1986.

(3) Ioan Muraru , quotation from works., op. cit., p.98.

سياق مبادئ العدالة الطبيعية والعقلانية القانونية **Juridical Rationalism**، وذلك في مقابل المذهب المعياري أو القاعدي. على أن مبدأ التناسب لا يمكن أن يفهم ويطبق إلا في إطار المضمون القاعدي للدستور^(١). ذلك، أنه من المسلم به أن جميع النصوص الدستورية تنطوي على مضمون قانوني قاعدي (تشريعي). على أن تحديد المضامين القاعدية للنصوص الدستورية يجب أن يتم من خلال الأخذ في الاعتبار قيمة وخصوصية العلاقات التي ينظمها الدستور. وتتمثل هذه العلاقات في العلاقات الاجتماعية الأساسية الضرورية لإنشاء السلطات وممارستها^(٢).

ويمكن القول إن القواعد الدستورية تنقسم إلى طائفتين:

- ١- **قواعد غير ذاتية التنفيذ:** وهذه القواعد تتضمن تنظيمًا مبدئيًا لمسائل معينة. بيد أن هذا التنظيم، بالنظر إلى عدم كفايته، لا يمكن وضعه موضع التنفيذ إلا في ضوء قواعد قانونية تكميلية ترد في فروع القانون المختلفة تتضمن تفصيلاً وبيئاً إضافيين لما ورد في القواعد الدستورية.

(1) Ioan Muraru, Simina-Elena Tănăsescu, , quotation from works., vol.I, pg.160-174; Simina-Elena Tănăsescu, The Principle of Equality in Romanian Law ; All Beck Publishing House, Bucharest 1999; Cristian Ionescu, Fundamental Principles of constitutional democracy, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1997; Ion Stămbulescu, Constitutional Law Principles, Cartea Românească Publishing House, Bucharest, 1929; Romul Boilă, The State, Cluj, 1938.

(2) Ioan Muraru, Simina-Elena Tănăsescu, , quotation from works., vol.I, pg.39-41.

٢- **قواعد ذاتية التنفيذ:** هذه القواعد تتضمن تنظيمًا مفصلاً وكافياً لمسائل معينة، ولذلك يمكن وضعها موضع التنفيذ بصورة مباشرة دون حاجة إلى صدور قانون يتضمن تفاصيل إضافية^(١).

ومن المعلوم أن أغلب الدساتير المعاصرة تقوم بعملية التنظيم من خلال القواعد القانونية والمبادئ العامة للقانون (الأساسية) والمبادئ التي تشير إلى إنشاء وممارسة والمحافظة على سلطة الدولة. ومن أمثلة هذه المبادئ الأخيرة مبدأ الديمقراطية الذي يقوم بدور تنسيقي لكامل النظام القانوني، وكذلك بعض المبادئ ذات الأهمية بالنسبة لأنظمة أو لأفرع قانونية معينة. وتتبع القيمة القاعدية للمبادئ الدستورية من حقيقة أن هذا المبادئ تخلق التزامات حقيقية على عاتق المخاطبين بالقانون. وتبرر هذه المبادئ عن نفسها من خلال ضرورة تطابق القوانين، ليس فقط مع الدستور، ولكن أيضاً مع المبادئ الدستورية المعبر عنها من خلال القواعد الدستورية ودورها الهيكلي بالنسبة لكامل النظام القانوني من طبيعة العلاقات الاجتماعية التي تنظمها، فهذه المبادئ هي التي تضع قواعد إنشاء السلطة وتنظيمها وممارستها. ويمكن القول إن المبادئ الدستورية تتسم بخصائص معينة تتمثل فيما يلي:

١- تشكل هذه المبادئ أساس النظام القانوني بأكمله، وتعكس في مضامينها المبادئ العامة للقانون.

٢- تعد هذه المبادئ نتيجة، ليس فقط لإرادة واضعي الدستور، ولكن أيضاً للجهود الفقهية والقضائية التي تأخذ في الاعتبار حقائق النظام الاجتماعي.

(1) Ibidem, , quotation from works, p.19-20.

٣- هذه المبادئ ليست معصومة من التغيير، ولكنها قابلة للتطور، سواء عن طريق التعديلات الدستورية أو عن طريق تطور التفسير القضائي الذي يتم في ضوء التغيرات الاجتماعية والسياسية التي يشهدها المجتمع. ولما كانت هذه المبادئ منصوصاً عليها في الدستور أو مستنبطة منه، فإنه من البديهي أن تكون أكثر استقراراً مقارنة بقواعد التشريع العادي.

٤- تحظى هذه المبادئ الدستورية بقبول واعتراف الآليات القانونية الدولية.

٥- تتمتع هذه المبادئ بقيمة قاعدية وسياسية.

٦- المبادئ الدستورية يمكن أن يكون منصوصاً عليها صراحة أو ضمناً في قاعدة واحدة أو أكثر من قواعد الدستور. وينبع الطابع الإلزامي لها من سمو الدستور، ومن ضرورة اتساق كامل النظام القانوني مع القواعد الدستورية.

٧- يؤدي القضاء الدستوري دوراً مهماً في استنباط هذه المبادئ في الحالات التي لا يكون منصوصاً عليها صراحة في الدستور.

وبعد هذا الإيضاح الموجز للمبادئ الدستورية من حيث تعريفها وخصائصها ودورها في النظام القانوني، يثار التساؤل التالي: هل يندرج التناسب في عداد المبادئ الدستورية؟

أولاً: قيمة مبدأ التناسب في القانون الألماني

ينظر الفقه والقضاء الألمانيان إلى مبدأ التناسب باعتباره أحد المبادئ العامة التي تحظر الإفراط excess. ويتضمن هذا المبدأ، في القانون الألماني، عناصر ثلاثة مختلفة: الملاءمة، والضرورة، والتناسب بالمعنى الضيق. ووفقاً لأحكام المحكمة

الدستورية الفيدرالية الألمانية، فإن تدخل السلطات العامة في الحقوق الأساسية يجب، حتى يكون متسقاً مع الدستور، أن يكون ملائماً وضرورياً لتحقيق الغاية المرجوة منه. وفضلاً عن ذلك، يجب أن تكون الآثار السلبية لهذا التدخل على الفرد في تناسب معقول مع المزايا التي يحصلها المجتمع من هذا التدخل. وتعني الملاءمة suitability أن اتجاه الإجراء أو النشاط المختار من جانب السلطة العامة يجب أن يعزز، بصورة ملحوظة، تحقيق الغاية المرجوة. على أن هذا لا يتضمن رقابة قضائية كاملة على نشاط الدولة. ولذلك، فإن الخطأ بشأن التطور المستقبلي أو النجاح الجزئي لا يسفر عن إلغاء النشاط أو العمل أو الإجراء الذي تقوم به الدولة. إلا أن الأمر يختلف في حالة ما إذا كان واضحاً، منذ البداية، أن الوسائل المختارة، من جانب السلطات العامة، ليس بمقدورها تحقيق الغاية المرجوة، أو عندما يصبح واضحاً أن الهدف المرجو لا يمكن تحقيقه. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية الألمانية تشدد، دائماً، على ضرورة ترك هامش واسع من السلطة التقديرية للمشرع فيما يتعلق بتقدير ملاءمة التشريعات التي يتبناها^(١). ومع ذلك، فقد أخضعت المحكمة لرقابتها، الحالات التي يكون فيها تقدير المشرع خاطئاً بصورة ظاهرة، ومن ثم تنتهي المحكمة إلى إبطال التشريع الخاضع لرقابتها^(٢). وهذا يتسق مع ذات النهج الذي يتبناه القاضي الإداري في حالة الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية. ويتطلب مفهوم "الضرورة" ألا يكون هناك مسار بديل - أقل تقييداً للحقوق الأساسية حال تحقيق ذات النتائج المستهدفة من الإجراء الأصلي - عن الإجراء الذي اختارته السلطة العامة. وأخيراً، يجب أن يكون الإجراء

(1) BVerfGE 19 S 119.

(2) BVerfGE 19 S 119.

المختار وأهدافه في علاقة تناسب معقولة بالنسبة لبعضهما. كما يجب ألا يكون العبء الناجم عن الإجراء المختار مفرطاً في علاقته بالمصلحة العامة المعنية.

ولا يذكر الدستور الألماني مبدأ التناسب ولا أيًا من العناصر المكونة له صراحة. ومع ذلك، فإن المبدأ يتمتع بقيمة دستورية، باعتباره أحد المبادئ الدستورية غير المكتوبة. وقد استنبطت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية مبدأ التناسب من مبدأ حكم القانون، أي من طبيعة الحقوق الأساسية ذاتها، باعتبار أن هذا المبدأ يعد:

"تعبيراً عن الحق العام، للمواطن في مواجهة الدولة، المتمثل في عدم جواز تقييد حريته بواسطة السلطات العامة إلا بقدر ما يكون ذلك ضرورياً، بصورة لا غنى عنها، لحماية المصلحة العامة"^(١).

وهكذا، فإن مبدأ التناسب يُنظر إليه، بحسب الأصل، باعتباره تعبيراً عن حق دستوري موضوعي، وليس حقاً فردياً شخصياً أو ذاتياً. ومع ذلك، فإن استنباط المبدأ من "طبيعة الحقوق الأساسية" "character of basic rights" - التي يعد حمايتها في مواجهة التدخلات المفرطة أمراً مفترضاً، بصورة كاملة، قانوناً- يجعل التمييز بين المبدأ الموضوعي والحق الفردي خالياً من كل نتيجة عملية. وأخيراً، يمكن القول إن العلاقة بين مبدأ التناسب وحماية الحقوق الأساسية قد جعلت من المبدأ أحد أهم المبادئ، في القانون العام الألماني، التي تؤدي دوراً كبيراً في قضاء المحكمة الدستورية الألمانية.

(1) BVerfGE 19 S 342 and E 35 S 401.

ثانياً: قيمة مبدأ التناسب في القانون المصري

تبسط المحكمة الدستورية العليا رقابتها على عنصر التناسب في التشريع، باعتبار تلك الرقابة من صور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع. ومن الأمثلة على ذلك في قضاء المحكمة الدستورية العليا: رقابة مدى توافر الضرورة التي تبرر إصدار قرارات جمهورية بقوانين في غيبة مجلس الشعب تكون لها قوة القانون استناداً للمادة (١٤٧) من دستور ١٩٧١، وتقدير مدى توافر العدالة الاجتماعية في الضرائب والرسوم، والتي جعلتها المادة (٣٨) من الدستور أساساً للنظام الضريبي، ورقابة مدى عدالة التعويض في حالات التأميم وفقاً للمادة (٣٥) من الدستور، ورقابة درجة تقييد المشرع للحقوق والحريات التي عهد إليه الدستور بمهمة تنظيمها، بحيث إذا زادت القيود عن الحد المتطلب لتحقيق الغاية التي استهدفها القانون فإن المحكمة تقرر أن المشرع قد تجاوز حدود تنظيم الحق أو الحرية بأن حظر ممارسة أي منهما أو قيده تقييداً واسعاً غير مبرر وجعل ممارسة الأفراد له عسيرة. ونجد أمثلة لهذه الرقابة في مجال الحقوق والحريات السياسية والشخصية، ومن صور ذلك الحكم بعدم دستورية بعض العقوبات الجنائية لعدم تناسبها مع المخالفات^{(١)(٢)}.

(١) د. يسرى محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مرجع سابق، متاح على الموقع التالي:

<http://hccourt.gov.eg/Pages/elmglaacourt/mkal/18/yosryalassar.htm>

(٢) من ذلك، على سبيل المثال، ما جرى عليه قضاء المحكمة بأن "شرعية الجزاء- جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً- مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع أو حظرها أو قيد مباشرتها فالأصل في العقوبة هو معقوليتها فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضاً أو عاتياً أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي أتمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً... وحيث إن السياسة الجنائية الرشيدة يتعين أن تقوم على عناصر متجانسة، فإن قامت على عناصر متنافرة نجم عن ذلك افتقاد الصلة بين النصوص ومراميتها، بحيث لا تكون مؤدية =

ومن ثم، يُثار التساؤل عن قيمة مبدأ التناسب في القانون المصري. نرى من جانبنا أن التناسب يعد مبدأ دستورياً في النظام القانوني المصري، وذلك لما يلي:

١- إن فكرة التناسب تعد مندمجة أو متضمنة في عدد من المبادئ الأخرى التي تتمتع بقيمة دستورية مثل مبادئ العدالة *justice*، والإنصاف *equity*، والمعقولية *reasonability*.

٢- أن المحكمة الدستورية المصرية تراقب بالفعل بعض عناصر مفهوم التناسب، مثل ضرورة التجريم. ذلك أن مبدأ شرعية الجرائم يقتضى ألا يجرم المشرع من الأفعال، ولا يؤثم من التصرفات إلا ما كانت هناك ضرورة ملجئة لتجريمه أو لتأثيره، وذلك لأن التجريم بطبيعته هو انتقاص من حرية المواطنين، وتضييق من نطاق ما يتمتعون به من حقوق. وهو ما يجد مبرره في حماية مصالح أجدر بالرعاية، وحقوق أولى بالغاىة من ذاك الجزء المجرم من تصرفات الأفراد، أو المقتطع بالتأثير من حرياتهم. لذا، فإن التجريم يدور وجوداً وعدمًا مع تلك المصالح الاجتماعية الحيوية. وتلك حقيقة عبر عنها البعض بقوله: أنه إذا كان المشرع الجنائي هو صمام الأمن الاجتماعي. فإنه يكون لزاماً عليه أن يربط التجريم بالحاجات والمصالح الاجتماعية الملحة.

= إلى تحقيق الغاية المقصودة منها لانعدام الرابطة المنطقية بينها، تقديراً بأن الأصل في النصوص التشريعية في الدولة القانونية- هو ارتباطها عقلاً بأهدافها، باعتبار أن أي تنظيم تشريعي ليس مقصوداً لذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق تلك الأهداف، ومن ثم يتعين دانماً استظهار ما إذا كان النص الطعين يلتزم إطاراً منطقياً للدائرة التي يعمل فيها، كإفلا من خلالها تناغم الأغراض التي يستهدفها، أم متهاد ما مع مقاصده أو مجاوزاً لها، ومناهضاً- بالتالي- لمبدأ خضوع الدولة للقانون المنصوص عليه في المادة ٦٥ من الدستور"، [حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بجلسة: ٢٠٠١/٦/٢، في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ دستورية].

ومن ناحية أخرى، فإن التجريم باعتباره قيدًا على الحريات الفردية، والقيود بطبيعتها يحكمها أصلان: أن تظل دائمًا في دائرة الاستثناء، فلا ينبغي التوسع فيها، أو الإفراط في استخدامها وإلا صارت الحرية استثناء، والقيود قاعدة، وهذا ما تلفظه المبادئ القانونية المستقرة. والآخر ألا يلجأ إلى القيود إلا حال وجود ضرورة تبررها، فإن هذا هو ذاته ما يحكم التجريم فهو لا يمكن الالتجاء إليه إلا لضرورة تدفع إليه، وإذا ما لجأ المشرع إليه فإنه لا بد أن يكون هذا في إطار الاستثناء، ذلك أن الإفراط فيه يماثل في خطورته، وجسيم أثره على المجتمع وأمنه التفريط فيه^(١).

٣- يتمتع التناسب بخصائص المبادئ الدستورية.

٤- يحظى التناسب بقبول، صريح أو ضمني، ليس فقط في أغلب دساتير الدول الديمقراطية المتحضرة والتمدنية، ولكن أيضًا في العديد من الآليات القانونية والدولية.

(١) أحمد سيف الإسلام، عدم دستورية التنظيم التشريعي لجريمتي السب والقذف، ورقة بحثية متاحة على الموقع التالي:

<https://ahmedseif.wordpress.com/2012>

المبحث الرابع

نطاق تطبيق مبدأ التناسب

تجدر الإشارة إلى أن مبدأ التناسب في صورته المعاصرة لا يقتصر تطبيقه على الإجراءات الإدارية، سواء أكانت هذه الإجراءات لائحية أو فردية، بل يتسع مجال تطبيق هذا المبدأ ليتجاوز دائرة القانون العام. وتفسير ذلك، أن مبدأ التناسب قد اكتسب قيمة دستورية، ومن ثم أضحي يُطبق على الإجراءات التشريعية كما يُطبق على الإجراءات الإدارية. وهكذا، سنحاول، فيما يلي، إلقاء الضوء على تطبيق مبدأ التناسب في مجال القانون الإداري (المطلب الأول)، ثم تطبيق المبدأ في مجال القانون الدستوري (المطلب الثاني)، وأخيراً نتناول الاتساع التدريجي لنطاق تطبيق المبدأ ليشمل معظم فروع القانونين العام والخاص (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تطبيق مبدأ التناسب في مجال القانون الإداري

تطبيق التناسب في مجال إجراءات الضبط الإداري

يقتضى تطبيق مبدأ التناسب على إجراءات الضبط الإداري، بصفة عامة، أن تقوم المحاكم بفحص ما إذا كان نشاط سلطات الضبط قد تمت مباشرته بغرض تحقيق هدف مشروع، وما إذا كان هذا النشاط ملائماً لبلوغ هذا الهدف، وما إذا كانت هناك وسائل أخف مساساً بالحق أو الحرية بإمكانها تحقيق هذا الهدف المشروع. وفي بعض الحالات، تفحص المحاكم، أيضاً، ما إذا كان هناك موازنة معقولة بين الآثار السلبية لنشاط سلطات الضبط والمزايا أو المنافع المترتبة على تحقيق الهدف المشروع.

وفي مجال مواجهة حالات الضرورة أو الظروف الاستثنائية، لا يجوز للإدارة أن تستخدم سوى الوسائل والإجراءات الضرورية لمجابهة الظروف الاستثنائية^(١). فإذا اشتطت الإدارة في استخدام سلطتها بما يزيد عن القدر اللازم للتغلب على الظرف الاستثنائي، فإن أعمالها ستكون غير مشروعة في هذه الحالة^(٢). وهنا يشار إلى أن الضرورة يجب أن تقدر بقدرها، ومن ثم لا يمكن التضحية بمصالح الأفراد من أجل تحقيق المصلحة العامة إلا بقدر ما تمليه الضرورة، ومن ثم يجب أن يكون تصرف الإدارة مقدرًا بالقدر الذي يمليه الظرف الطارئ أو الاستثنائي. فعلى سبيل المثال تكون قرارات الإدارة بالاستيلاء على أملاك الأفراد مشروعة، بالرغم من عدم محاولة الإدارة الحصول على موافقة صاحب الشأن وديًا قبل اتخاذها لقرارات الاستيلاء^(٣). ومن أمثلة عدم التناسب بين الإجراءات المتخذة والظرف الاستثنائي، ما جاء في الحكم الصادر في قضية Canal^(٤)، إذ صدر مرسوم جمهوري قضى بإنشاء محكمة عسكرية مهمتها محاكمة الضباط الذين أعدوا للقيام بانقلاب في الجزائر، ومحاكمتهم محاكمة عاجلة من دون مراعاة حقوق الدفاع وضمائنه الأساسية. وقد أبطل مجلس الدولة الفرنسي هذا

(١) د. علي هادي حميدي الشكراوي، د. إسماعيل صعصاع غيدان البديري، التنظيم القانوني لأنظمة الاستثناء (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السادسة، متاح على الموقع التالي:

http://repository.uobabylon.edu.iq/journal_view.aspx?dpp=1976

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٥٣.
(٣) د. فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الكتاب الأول التنظيم الإداري والنشاط الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ١٦١.

(4) C.E.ASS.190ct.1962, Canal, Robin et Godot ,Rec.552,AJ 1962,612,chron.De Laubadere.

المرسوم بعد أن تحقق من أن الظروف الاستثنائية التي كانت سائدة في تلك الحقبة لم تكن تسوغ مثل هذه الانتهاكات الصارخة للضمانات الإجرائية^(١).

المطلب الثاني

تطبيق مبدأ التناسب في مجال القانون الدستوري

من المسلم به أن الدستور يتمتع بالعلو أو سمو على سائر القواعد القانونية الأخرى. وهذا السمو يمكن تفسيره استناداً إلى أسس منطقية وأخلاقية. أما الأساس المنطقي فيتمثل في أنه من الطبيعي أنه يكون الدستور أعلى من الهيئات التي ينشئها. وأما الأساس الأخلاقي فيتمثل في أن الدستور أساسي، لأن الشعب هو الذي تبناه، ومن ثم فهو يعكس إرادة الشعب. وقد أضحي من المبادئ المسلم بها في معظم الدول الديمقراطية المعاصرة ضرورة وجود هيئة ذات طبيعة قضائية أو سياسية يُناط بها رقابة مدى دستورية التشريعات التي يتبناها البرلمان. ولعل هذا ما يفسر القول بأن الرقابة على دستورية القوانين تستند على سمو الدستور. ويمثل القضاء الدستوري حارساً للدستور، لأنه يتمتع بسلطة القضاء بعدم دستورية القوانين المخالفة للدستور. ولما كانت الرقابة على دستورية القوانين هي بالضرورة أكثر شدة أو صرامة من الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية، فمن المحتمل أن يكون الدور الذي يؤديه التناسب في إطار القانون الدستوري أكثر أهمية من ذلك الذي يؤديه في إطار القانون الإداري. ويتمثل الدور الأبرز للتناسب في القانون الدستوري في حماية الحقوق والحريات الأساسية في مواجهة القيود التي تفرضها السلطات العامة عليها. ذلك، أن هذه الحقوق والحريات ليست، في أغلبها، مطلقة ولكنها تقتصر بإطار تنظيمي يحدد

(١) د. فوزت فرحات، القانون الإداري العام، مرجع سابق، ص ١٦٧.

ضوابط ممارستها. ومن ثم، عندما يكون هناك تشريع معين ينطوي على تقييد لأحد الحقوق أو الحريات، فإن الحاجة تظهر للموازنة بين الحق الخاضع للتقييد والهدف التشريعي المقصود. وفيما يلي، سنحاول إلقاء الضوء، بإيجاز، على قيمة مبدأ التناسب في القانون الدستوري المقارن.

١ - مبدأ التناسب في القانون الدستوري الألماني

من الملاحظ أنه لا مبدأ التناسب ولا أي من العناصر المكونة له قد ورد ذكرها في القانون الأساسي الألماني (الدستور الألماني). ومع ذلك، فإن التناسب قد تم قبوله، باعتباره أحد المبادئ الدستورية غير المكتوبة^(١)، الملزمة لكل من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية. ويعد مبدأ التناسب ملزماً لهذه السلطات من ناحية لذاته، ومن ناحية أخرى باعتباره مستمداً من المبادئ الدستورية الصريحة الأخرى.

وفي هذا الصدد تقول المحكمة الدستورية الألمانية:

"إن القانون الدستوري لا يتكون فقط من مجرد الجمل المحددة الواردة في الدستور المكتوب، ولكن أيضاً- وبذات الدرجة- من مبادئ عامة معينة وأفكار رائدة لم تتم صياغتها من جانب واضع الدستور باعتبارها قواعد قانونية صريحة، لأن هذه الأفكار شكلت الصورة العامة السابقة على وضع الدستور..."^(٢).

وبالإضافة إلى ذلك، ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية في حكم تال لها إلى أن مبدأ التناسب كان نتيجة لحكم القانون *the rule of law*، كما أنه مستمد، بصفة أساسية، من طبيعة الحقوق الأساسية- التي باعتبارها تعبيراً عن حاجة الفرد للحرية

(1) The BVerfGE did so expressly in E 23s 127 (133).

(2) BVerfGE 2s 380.

في مواجهة سلطة الدولة- يمكن تقييدها فقط إلى الحد الذي يكون لا غناء عنه من أجل حماية المصلحة العامة^(١).

وفيما يتعلق بالحقوق الأساسية للفرد، فإن الدستور الألماني ينطبق في المقام الأول بمعنى سلبي *in a negative sense*. ذلك أنه يقيد كل نشاط للدولة- إذا كان هذا النشاط مسموحاً به على الإطلاق- على الحالات التي توجد فيها ضرورات عامة قاهرة ويفسح المجال- بقدر ما يكون ذلك ممكناً- للفرد. ووفقاً لتاريخها ومضمونها الحالي، فإن الحقوق الأساسية تعد، في المقام الأول، حقوقاً إنسانية ومدنية، تستهدف حماية المجالات "الحيوية"- وبصفة خاصة المعرضة للمخاطر-^(٢). ذلك أن الفرد يعد النموذج *the model* والمقياس *the measure* للنظام القانوني الموضوعي *the objective legal order*^(٣).

وعلى الرغم من أن حرية الإنسان تعد نقطة البدء بالنسبة للفلسفة التي يتبناها الدستور الألماني وغرض الدولة، فإنه يجب على المواطن أن يعترف بأن الحرية غير المحدودة يمكن أن تعرض للمخاطر- بل وتدمر أحياناً- حرية المواطنين الآخرين. ولتأمين حرية كل الناس، فإن الدستور الألماني يجعل من الممكن تقييد الحقوق الفردية لصالح المواطنين الآخرين^(٤) والمجتمع^(٥)، إذا كان ذلك ضرورياً لتمكين المجتمع من

(1) BVerfGE 19s 342 (348-349).

(2) BVerfGE 50s 290 (337).

(3) BVerfGE 5s 85 (204).

(4) E.G. Article 2 (1) GG which protects the free development of personality 'in so far as [it] does not violate the rights of others'.

(5) E.g. Article 14 (3) GG which permits expropriation 'only in the public weal'.

النهوض بوظيفته الحمائية. على أن فكرة الأساس الفردي للدستور الألماني لا تعني الفرد ذا السيادة المعزول. ومن ثم، قدم الدستور الألماني حلاً للصراع بين الفرد من ناحية، والمجتمع من ناحية أخرى من خلال تبني فكرة الفرد المستند إلى المجتمع والمرتبط به. وبدون هذا الحل التوفيقى، يمكن أن تتأثر القيمة الأصيلة للفرد .intrinsic value

وفي هذا السياق نقول المحكمة الدستورية الألمانية:

"إن الفرد الذي تُطبق عليه نصوص الدستور الألماني، ليس مجرد فرد مستقل، ولكنه، بالأحرى، شخص يُدمج نفسه، بمحض إرادته، في المجتمع السياسي"^(١). وهذا يعني أن القيود التي يتم إيرادها على حرية الفرد في القيام بنشاطه بواسطة التشريع تكون مقبولة، شريطة أن تبقى هذه القيود داخل الحدود التي تعد، بصفة عامة، مطلوبة للمحافظة على وتحقيق تقدم الحياة الاجتماعية ولضمان استقلال الفرد^(٢).

وبين مما سبق، بوضوح، أن مبدأ التناسب أضحي يتمتع بقيمة دستورية في القانون الألماني. ووفقاً للحكم الصادر من المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في ١٥ ديسمبر ١٩٦٥، فإن مبدأ التناسب يعد نتيجة ضرورية لمبدأ الدولة الدستورية أو لمبدأ حكم القانون. وبالإضافة إلى ذلك، فإن التكريس الصريح للحقوق الأساسية في القانون الأساسي الألماني يعد تعبيراً صريحاً عن حق الفرد في التمتع بالحرية في

(1) BVerfGE 12s 45 (51).

(2) BVerfGE4s 7 (15).

مواجهة سلطة الدولة، ومن ثم لا يجوز تقييد هذه الحرية إلا فقط بالقدر الضروري الذي لا غنى عنه لحماية المصلحة العامة^(١).

وفي أحكام لاحقة، كررت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية الإشارة إلى أهمية مبدأ التناسب باعتباره معياراً أساسياً مرشداً لجميع الأنشطة التي تباشرها جميع سلطات الدولة^(٢). ومن ثم، يجب على المحاكم مراعاة متطلبات هذا المبدأ في سياق التوفيق بين المصالح المتعارضة في ظل نصوص القانون الخاص^(٣). ومعنى ذلك، أن تطبيق مبدأ التناسب لا يقتصر على فرع معين من فروع القانون أو مجال معين من مجالاته^(٤). وبالإضافة إلى ذلك، يجب دائماً مراعاة مبدأ التناسب في سياق تفسير النصوص القانونية وتطبيقها^(٥).

٢- مبدأ التناسب في القانون الدستوري الكندي

اعترف بمبدأ التناسب في القانون الدستوري الكندي لأول مرة في قضية R. v. Oakes^(٦). ففي هذه القضية، قامت المحكمة العليا الكندية بتفسير المادة (١) من الميثاق الكندي للحقوق والحريات Canadian Charter of Rights and

(1) Decision of 15 Dec 1965, 19 BVerfGE 342, 348-39.

(2) Decisions of 4 Feb 1975, 38 BVerfGE 348, 368 and of 5 March 1968, 23 BVerfGE 127, 133.

(3) Decision of 5 June 1973, 35 BVerfGE 202, 221.

(4) Decision of 8 Feb 1977, 43 BVerfGE 242, 288.

(5) Decision of 9 Nov 1976, 43 BVerfGE 101, 106.

(6) [1986] 1 SCR 103, 26 DLR (4th) 200 [Oakes cited to SCR]. See also Sujit Choudhry, "So What Is the Real Legacy of Oakes?: Two Decades of Proportionality Analysis Under the Canadian Charter's Section 1" (2006) 34 Sup Ct L Rev (2d) 501.

Freedom^(١) - الذي يخول الحكومة سلطة تقييد الحقوق والحريات الدستورية إلى الحد المعقول^(٢) - على أنه ينطوي على إجراء اختبار للتناسب. وعلى نحو يشبه العديد من الأنظمة القانونية الأخرى^(٣)، أرست المحكمة العليا الكندية ملامح اختبار التناسب الذي يتكون من مراحل ثلاث، وذلك لفحص العلاقة بين الإجراء المتبنى من جانب الحكومة لتحقيق هدف مشروع من ناحية، والهدف المشروع في ذاته. ويتكون هذا الاختبار من خطوات ثلاث تتمثل فيما يلي:

- أولاً، يجب أن يكون الإجراء المتبنى من جانب الحكومة مرتبطاً برابطة معقولة بالهدف الذي يسعى الإجراء إلى تحقيقه.
- ثانياً، يجب على الحكومة أن تختار الإجراء الذي يتضمن أقل تقييد ممكن للحق أو الحرية الخاضعة للتقييد، ولكنه يحقق، بذات الدرجة، الهدف المقصود.
- ثالثاً، يجب أن يكون هناك تناسب، بالمعنى الضيق للكلمة، بين الأضرار الناشئة عن الإجراء والمزايا المترتبة على تحقيق الهدف المقصود. ومن ثم "كلما

(1) Canadian Charter of Rights and Freedoms

(٢) الميثاق الكندي للحقوق والحريات هو تشريع دستوري في كندا ألحق بالدستور الكندي على شكل الفصل الأول منه، واعتبرت بنود الدستور السابقة كفصل ثاني، وذلك في ١٧ نيسان ١٩٨٢. وقد تبنى الميثاق وعمل على إخرجه إلى النور السياسي ورئيس الوزراء الكندي آنذاك بيير ترودو المشهور بقيادته وشجاعة قراراته ورؤيته المستقبلية للبلاد. وتنص المادة الأولى من هذا الميثاق على أن: "الميثاق الكندي للحقوق والحريات يضمن الحريات والحقوق الواردة في بنوده فقط ضمن الحدود المعقولة التي يقرها القانون والتي يمكن تبريرها مع ضمان مجتمع حر وديمقراطي".

(3) Pnina Alon-Shenker and Guy Davidov, Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts, McGill Law Journal, 2013, 59:2 , p 378.

انطوى الإجراء على درجة أعلى من التقييد، كلما كان واجباً أن يكون الهدف أكثر أهمية^(١).

٣- مبدأ التناسب في القانون الدستوري الفرنسي

رغم عدم وجود إشارة دستورية صريحة إلى مبدأ التناسب، فإن المجلس الدستوري الفرنسي يمارس رقابة على التناسب *contrôle de proportionnalité* منذ بداية التسعينيات مستهلهماً في ذلك مسلك القضاء الدستوري الألماني والأوروبي^(٢). ووفقاً لهذه الرقابة يجب أن يستوفى الإجراء متطلبات ثلاثة حتى يكون متناسباً. ومن ثم، يجب أن يكون الإجراء:

- ملائماً: أي قادراً على تحقيق أو تيسير تحقيق الغرض المستهدف^(٣).
- **ضرورياً**: ألا يكون الإجراء المختار متجاوزاً، في طبيعته أو في وسائله، حدود ما هو ضروري لتحقيق الغرض المستهدف، بمعنى ألا يكون متاحاً بدائل أخرى

(1) R. v. Oakes, [1986] 1 SCR 103, 1986 CanLII 46 (SCC).

(2) par exemple: Déc. n° 2005-528 DC, Rec. p. 157, cons. 15: "la procédure de regroupement familial « ne méconnaît ni le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, ni le principe d'égalité, dès lors qu'elle fixe à cet égard des règles adéquates et proportionnées »

(3) "elle soit a priori susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur", Valérie GOESEL-LE BIHAN-Cahier du Conseil constitutionnel n° 22 (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel) - juin 2007, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-22/le-contrôle-de-proportionnalité-exerce-par-le-conseil-constitutionnel.50709.html>

تحقق الغرض المستهدف بذات الدرجة من الفعالية مع ترتيب أعباء أقل على الأشخاص الخاضعين للإجراء^(١).

- متناسبًا بالمعنى الضيق: ألا يتضمن الإجراء المختار فرض أعباء أو قيود مفرطة بالنظر إلى الغاية المستهدفة^(٢).

وهكذا، اعترف المجلس الدستوري لنفسه، بسلطة الرقابة على التناسب في التشريع والحكم بعدم دستورية القانون الذي يتضمن إجراء أشد تقييداً للحق أو الحرية إذا كان هناك إجراء أخف ولم يتم المشرع باختياره، ففي هذه الحالة يقرر المجلس أن القانون قد انطوى على خطأ واضح أو ظاهر في التقدير من جانب المشرع^(٣)^(٤). وتوجد تطبيقات للأحكام بعدم دستورية نصوص تشريعية تأسيساً على عدم التناسب بين محل هذه النصوص والغاية التي استهدفها المشرع من وراء إصدارها في مجال القانون الانتخابي فيما يتعلق بمدى تناسب عدد الدوائر الانتخابية مع عدد الناخبين في كل منها،

(1) "elle ne doit pas excéder – par sa nature ou ses modalités – ce qu'exige la réalisation du but poursuivi, d'autres moyens appropriés, mais qui affecteraient de façon moins préjudiciable les personnes concernées", Valérie GOESEL-LE BIHAN, op. cit.

(2) "elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché.", Valérie GOESEL-LE BIHAN, op.cit.

(٣) د. يسرى محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مرجع سابق، متاح على الموقع التالي:

<http://hccourt.gov.eg/Pages/elmglaacourt/mkal/18/vosrvalassar.htm>

(4) Thibault Caffoz, Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, voir à http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLA/A-caffoz_T2.pdf

وكذلك في مجال تقدير ضرورة العقوبات ومدى تناسبها مع المخالفات^(١). ومن ثم، يراقب المجلس الدستوري ملائمة ما يصدره المشرع من قوانين، باحثاً عن نقطة التوازن بين ما يتخيره من وسائل، وبين الغايات التي يسعى إلى تحقيقها. ويقدر ما إذا كانت هذه الوسائل المختارة من بين بدائل عديدة تتوافق مع تلك الغايات أم لا، وما تلك إلا رقابة ملائمة. فعلى المشرع ألا يختار عقوبات قامعة للحرية بدون ضرورة اجتماعية تستلزمها. ومن ثم، فإن القاضي الدستوري الفرنسي لا يتردد في الحكم بعدم دستورية القانون الذي ينطوي على غلو في العقاب أو شطط في الجزاء.

ولا وجه للقول هنا بأن القاضي الدستوري حين يبسط رقابته على التناسب بين الجريمة والعقاب، يغتصب سلطة المشرع في تحديد العقوبات أو أنه يستبدل تقديره بتقدير المشرع بوجه عام، وذلك لأن القاضي الدستوري حين يتصدى لتلك المسألة، فإنما يتصدى لها بحكم مهمته في تغليب المبادئ الدستورية، وتحقيق سموها عما عداها، وأن يحكم المشروعية الدستورية، وهو في حدود ذلك لا يهدر سلطة المشرع في تحديد الجرائم أو العقوبات، لأنه لا يعترض على تقدير المشرع إلا إذا كان ينطوي على خطأ ظاهر في التقدير. ومن جهة أخرى، فإن سلطة المشرع في هذا الشأن ليست سلطة مطلقة، وإنما هي كغيرها من السلطات مقيدة باحترام الصالح العام. وهذا الأخير يقتضى احترامه عدم الجور على الحريات، أو البغي على حقوق الأفراد. وليس هناك

(1) "il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition du titre Ier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 " (n° 19-20 janvier 1981, loi dite « sécurité-liberté » ; cf. aussi n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, communication audiovisuelle).

أشد بغيًا على هذه الحقوق من عقوبة تتجاوز حدود المعقولة، وتعصف بالحماية الدستورية لهذه الحقوق، وتجعل النصوص التي تكلفها عديمة الفاعلية. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الغلو في العقاب يمثل عدوانًا بالغًا على أمن المواطن لا يجوز دستوريًا لأي سلطة مهما كانت أن تفعله، ولو كانت السلطة التشريعية ذاتها^(١).

٤- مبدأ التناسب في القانون الدستوري المصري

يبين، من استقراء نصوص الدساتير المصرية المتعاقبة (دستور ١٩٧١ الملغى، ودستور ٢٠١٢ المتبنى بعد ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١) أن هذه النصوص في مجموعها تنبع من فكرة الضرورة الاجتماعية والتناسب فيما يتعلق بالمساس بالحقوق والحريات. فالمادة (٤١) من دستور (١٩٧١) لا تجيز تقييد حرية أحد بأي قيد إلا بأمر تستلزمه "ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع". كما أن المادة (٤٢) من هذا الدستور تحظر تقييد حرية أحد إلا بما يحفظ كرامة الإنسان. وتنص المادة (٣٥) من دستور ٢٠١٢ على أن "فيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد ولا تفتيشه ولا حبسه ولا منعه من التنقل ولا تقييد حريته بأي قيد إلا بأمر قضائي مسبب يستلزمه التحقيق".

ومن المسلم به أن مبدأ تناسب العقوبة الجنائية هو أحد المبادئ الدستورية، وهو متفرع من مبدأ ضرورة العقوبة^(٢). وإذا كان المشرع هو الذي يملك تقدير مسألة

(١) أحمد سيف الإسلام، عدم دستورية التنظيم التشريعي لجريمتي السب والفضف، مرجع سابق، ورقة بحثية متاحة على الموقع التالي:

<https://ahmedseif.wordpress.com/2012>

(٢) د. محمد محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي "دراسة مقارنة بين مصر والكويت وفرنسا"، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٩، ص

تناسب العقوبة، إلا أنه للقاضي الدستوري أن يقرر عدم دستورية النص التشريعي إذا كان يتضمن عدم تناسب ظاهر بين الجريمة والعقوبة^(١). وتربط المحكمة الدستورية العليا في مصر بين مبدأ العقوبة وحماية الحرية الشخصية فتقول: "ومن حيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على أن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء مفهوم ديمقراطي مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تعد بالنظر إلى مكوناتها وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في مادته الحادية والأربعين، ومنحها الرعاية الأوفى والأشمل توكيداً لقيمتها، من بينها أن عقوبة الجريمة لا يتحملها إلا من أدين من حيث كونه مسئولاً عنها، وهي عقوبة جيب أن تتوازن وطأتها مع خصائص ووزن الجريمة موضوعها.. ولا يجوز أن تكون العقوبة التي تفرضها الدولة بتشريعاتها مهينة في ذاتها أو كاشفة عن قسوتها"^(٢).

ويبسط القاضي الدستوري المصري رقابته على جميع أركان التشريع وعناصره، قانوناً كان أم لائحة إدارية، سواء في ذلك العناصر التي تعتبر سلطة المشرع بالنسبة لها سلطة مقيدة أو تلك التي يتمتع المشرع بالنسبة لها سلطة تقديرية. ويمثل دور القاضي الدستوري في هذا المجال ذلك الدور الذي يقوم به القاضي الإداري في رقابته على أركان القرار الإداري . والأساس في الحالتين واحد،

(1) C.C., sept. 1986, Rec., p. 128 ; 30 déc. 1987, n. 23 50. C., Rec., p. 63.

(٢) المحكمة الدستورية العليا (مصر)، ٥ أغسطس ١٩٩٥، القضية رقم ١٦/٨ قضائية دستورية.

وهو أنه لا توجد في الدولة القانونية أية سلطة لا تخضع لرقابة القضاء مهما كانت درجة السلطة التقديرية التي تتمتع بها هذه السلطة^(١).

وتعتبر رقابة القاضي الدستوري على عنصر التناسب في التشريع تطبيقاً لرقابته على ركن السبب في التشريع، والذي يشتمل على ثلاثة عناصر: هي الواقعة التي تبرر تدخل المشرع بإصدار التشريع، والتكييف القانوني لهذه الواقعة، والتناسب بين الإجراء الذي اختاره المشرع، والذي يمثل ركن المحل في التشريع، والغاية التي استهدفها من إصدار هذا التشريع، وهي دائماً المصلحة العامة بوجه عام، أو صورة مخصصة منها على حسب الأحوال^(٢).

بيد أنه ينبغي التمييز بين رقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع، والذي يعتبر عنصراً من عناصر ركن السبب في التشريع، ورقابته على الإجراء الذي يتضمنه التشريع، والذي يمثل ركن المحل في التشريع، لكي يقرر القاضي مدى انطواء هذا الإجراء على مخالفة مباشرة لأحد نصوص الدستور أو أحد المبادئ ذات القيمة الدستورية. كما ينبغي التمييز بين رقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع، والذي يتعلق بركن السبب ويتمتع المشرع بالنسبة له بسلطة تقديرية، ورقابته على غاية التشريع، والتي تعتبر سلطة المشرع بالنسبة لها دائماً سلطة مقيدة باستهداف المصلحة العامة وحدها.

(١) د. يسري محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، الدستورية، العدد الثامن عشر، متاح على الموقع التالي:

<http://hccourt.gov.eg/Pages/elmglaacourt/eladdel18.aspx>

(٢) د. يسري محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، الدستورية، العدد الثامن عشر، متاح على الموقع التالي:

<http://hccourt.gov.eg/Pages/elmglaacourt/eladdel18.aspx>

وتبسط المحكمة الدستورية العليا في مصر رقابتها على عنصر التناسب في التشريع، باعتبار تلك الرقابة من صور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع. ومن تطبيقات ذلك في قضاء المحكمة الدستورية العليا: رقابة مدى توافر الضرورة التي تبرر إصدار قرارات جمهورية بقوانين في غيبة مجلس الشعب تكون لها قوة القانون استناداً للمادة [١٤٧] من الدستور^(١)، وتقدير مدى توافر العدالة الاجتماعية في الضرائب والرسوم، والتي جعلتها المادة [٣٨] من الدستور أساساً للنظام الضريبي^(٢)، ورقابة مدى عدالة التعويض في حالات التأميم وفقاً للمادة [٣٥]

(١) ومن ثم، يسلط القاضي الدستوري المصري رقابته على مدى توافر حالة الضرورة التي تسوغ لرئيس الجمهورية إصدار قرارات لها قوة القانون في حالة غيبة مجلس الشعب. كما يراقب تقدير هذا المجلس للظروف ذاتها حينما يباشر سلطته في إقرار القرارات بقوانين التي صدرت في غيابه أو رفض إقرارها. وقد أسفرت هذه الرقابة عن الحكم بعدم دستورية اثنين من هذه القرارات بقوانين استناداً على تقدير المحكمة الدستورية لانتفاء حالة الضرورة التي صدر هذان القراران بقانون استناداً عليها. الأول هو القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذي أدخل بعض التعديلات على قانون الأحوال الشخصية (حكم المحكمة الدستورية بتاريخ ٤ مايو ١٩٨٥ في القضية رقم ٢٨ لسنة القضائية الثانية)، والثاني هو القرار بقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١، الذي أضاف نصاً إلى القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب، يعهد إلى محكمة القيم بالاختصاص بالفصل في التظلمات التي يقدمها أصحاب الشأن ضد الإجراءات الاستثنائية التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقاً للمادة ٧٤ من الدستور في أوقات الأزمات (حكم المحكمة الدستورية بتاريخ ٢ يناير ١٩٩٩ في القضية رقم ١٥ لسنة القضائية ١٨). ويلاحظ على هذين الحكمين أن القاضي الدستوري المصري قد بسط رقابته على السلطة التقديرية لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب في تكييف الظروف التي استند عليها رئيس الجمهورية، والتي قدر أنها كانت تحتم عليه إصدار هذين القرارين دون انتظار لانعقاد مجلس الشعب، وقرر القاضي أن هذه الظروف لم تكن تستجمع الشروط اللازمة لتوافر حالة الضرورة، كما قرر أن إقرار البرلمان لهذين القرارين لا يظهرهما من العوار الدستوري الذي شابهما منذ صدورهما.

(٢) يلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قد قررت طائفة من الضوابط في سياق رقابتها على القوانين الضريبية. وتكشف هذه الضوابط عن المدى الذي وصلت إليه المحكمة الدستورية في بسط رقابتها على السلطة التقديرية للمشرع في مجال فرض الضرائب، وخاصة على التناسب بين الضريبة، وهي ركن المحل في القانون، والغاية من هذا القانون، وهي زيادة موارد الدولة في الحدود التي لا تهدر مصلحة الممول. وفي هذا الصدد، يمكن الإشارة إلى الأحكام التالية:

=

من الدستور^(١)، ورقابة درجة تقييد المشرع للحقوق والحريات التي عهد إليه الدستور بمهمة تنظيمها، بحيث إذا زادت القيود عن الحد اللازم لتحقيق الغاية التي استهدفها

- =
- الحكم الصادر بتاريخ ٢ يناير ١٩٩٣ بعدم دستورية المادة ١/٥٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية، وذلك فيما قرره من فرض ضريبة بأثر رجعي على تصرفات تمت قبل صدور القانون. [القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" بجلسة ١/٢/١٩٩٣ ج ٢/٥ "دستورية" ص ١٣١].
 - الحكم الصادر بتاريخ ١٩/٦/١٩٩٣ بعدم دستورية فرض ضريبة على الأراضي الفضاء غير المستغلة الواقعة داخل نطاق المدن. [القضية رقم ٥ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩ يونيو سنة ١٩٩٣].
 - الحكم بجلسة ١٢/٦/١٩٩٣ بعدم دستورية القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٨٩ بفرض ضريبة على مرتبات العاملين المصريين بالخارج.
 - الحكم بجلسة ١٩/٧/١٩٩٦ بعدم دستورية المادة (٨٣) من قانون ضريبة الدمغة رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠. [القضية رقم ٤٣ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" بجلسة ١٢/٦/١٩٩٣].
 - الحكم بجلسة ١٥/١١/١٩٩٧ بعدم دستورية المادة (١٣/١) من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ بفرض رسم تنمية الموارد المالية للدولة. [الطعن رقم: ٥٨ لسنة: ١٧ قضائية بتاريخ: ١٥-١١-١٩٩٧].
- وقد باشرت المحكمة الدستورية العليا رقابتها على القوانين الضريبية، في الحالات السابقة، في ضوء المادة [٣٨] من دستور (١٩٧١) التي كانت تنص على أن النظام الضريبي يقوم على العدالة الاجتماعية، وانتهت إلى الحكم بعدم دستورية عدد من النصوص الضريبية تقديراً من المحكمة لمخالفتها لمتطلب العدالة الاجتماعية.
- (١) ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا تقوم بتقدير مدى عدالة التعويض الذي تلتزم الدولة بأدائه لأصحاب الأموال أو المشروعات التي تخضع لقوانين التأمين، وذلك في ضوء المادة [٣٥] من دستور (١٩٧١)، التي تنص على أنه لا يجوز التأمين إلا لاعتبارات الصالح العام، وبقانون، ومقابل تعويض. ورغم أن المادة [٣٥] من الدستور، التي أجازت للمشرع اللجوء إلى التأمين تحقيقاً لاعتبارات الصالح العام وبمقابل تعويض، لم تنص صراحةً أن يكون هذا التعويض عادلاً، إلا أن المحكمة رأت أن عدالة التعويض تعتبر مبدأً دستورياً لا يلزم النص عليه صراحةً في الدستور. ويبين من ذلك أن المحكمة الدستورية قد أقرت، من حيث المبدأ، بالسلطة التقديرية للمشرع في تحديد قيمة التعويض الذي تلتزم الدولة بأدائه لمن تخضع أموالهم أو مشروعاتهم للتأمين، ولكن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة، وإنما تخضع لرقابتها. ومن ثم، تملك المحكمة الدستورية الحكم بعدم دستورية التعويض غير العادل، أي الذي تقل قيمته عن القيمة الكاملة للمال أو المشروع الخاضع للتأمين. ومن الواضح أن اشتراط عدالة التعويض يعنى، بالضرورة، اشتراط أن يكون هذا التعويض متناسباً. [الطعن رقم ١ للسنة القضائية الأولى "دستورية" بجلسة ١٩٨٥/٣/٢].

القانون فإن المحكمة تقرر أن المشرع قد تجاوز حدود تنظيم الحق أو الحرية بأن حظر ممارسة أي منهما أو قيده تقييداً واسعاً غير مبرر وجعل ممارسة الأفراد له عسيرة. كما نجد أمثلة لهذه الرقابة في مجال الحقوق والحريات السياسية والشخصية، ومن صور ذلك الحكم بعدم دستورية بعض العقوبات الجنائية لعدم تناسبها مع المخالفات.

ولا ريب أن المحكمة الدستورية العليا يقع عليها واجب رقابة مشروعية الضرورة والتناسب في التضحيات أو القيود أو الأعباء التي تتحملها القيم التي يقوم عليها النظام الدستوري. فإذا أقدم المشرع على إحداث عدم تناسب ظاهر لا يتفق مع الأهداف والمقاصد التي استهدفها الدستور من وراء حماية الحقوق والحريات وسائر القيم التي ينص عليها، تعرض للقضاء بعدم دستورية القاعدة التي أخلت بضوابط الضرورة والتناسب المطلوب. فالسلطة التقديرية للمشرع في تحديد الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب ليست مطلقة، وإنما تحددها الغايات التي استهدف الدستور تحقيقها، لأن السلطة التشريعية لا تمارس اختصاصها إلا في حدود الدستور. فالضرورة والتناسب يكونان معاً معياراً دستورياً يتعين الالتزام به^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن الدستور إما أن يعبر عن أحكامه بقواعد محددة تتقيد بها إرادة المشرع، وإما أن يلجأ إلى وضع مبادئ تحدد الغايات التي يجب تحقيقها من وراء نصوصه، وتُستنبط هذه الغايات من مجمل نصوص الدستور. ومن واجب المحكمة الدستورية العليا أن تبلور المضمون القاعدي لهذه المبادئ التي تحدد مقاصد المشرع الدستوري، وتراقب المشرع العادي في ضوء احترامه لهذا المضمون. وبالتالي، تكون رقابة المحكمة الدستورية العليا للمشرع في تقديره للتناسب هي رقابة مشروعية

(١) د. أحمد فتحي سرور، المواجهة القانونية للإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨

دستورية، وليست محض تدخل في سلطته التقديرية^(١)، وذلك باعتبار أن مقاصد الدستور وغاياته وإن تجلت في ثنايا الدستور كمبادئ عامة، إلا أن المحكمة الدستورية بحكم رسالتها تضيء عليها مضمونا قاعدياً يأخذ وضعه الاسمي في هرم القواعد القانونية المتدرج، فيتقيد المشرع العادي به فيما يضعه من قواعد. إلا أن الإخلال يجب أن يكون واضحاً ظاهراً جلياً يكشف بقوة هذا الوضوح عن انتفاء الضرورة أو عدم التناسب في التجريم والعقاب، بل وينطق به دون أن يحتاج الأمر إلى مراجعة في السلطة التقديرية للمشرع والتي تقوم على اعتبارات الملاءمة في اختيار أفضل الوسائل لتحقيق المقاصد التي توخاها المشرع الدستوري. وكما تقول المحكمة الدستورية العليا، فإن الجزاء الجنائي لا يكون مخالفاً للدستور إلا إذا اختل التعادل بصورة ظاهرة بين مداه وطبيعة الجريمة التي تعلق بها، ودون ذلك يعني إحلال المحكمة لإرادتها محل تقدير متوازن من السلطة التشريعية للعقوبة التي فرضتها^(٢). ويعد الإخلال بالتناسب ظاهراً إذا كان من شأنه أن تفقد الحقوق والحريات جوهرها ومحتواها لدى المشرع، ففي هذه الحالة، يبدو جلياً مدى الإخلال بالمقاصد التي استهدفها الدستور.

(1) Alessandro Pizzourusso; Le controle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d; appréciation discretionnaire; Annuaire International de Justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1986, pp. 35-54.

(٢) دستورية عليا في ٨ يوليو سنة ٢٠٠٠ في القضية رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٠ قضائية "دستورية"، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ (مكرر) في ٢٢ يوليو سنة ٢٠٠٠.

المطلب الثالث

الاتساع التدريجي لنطاق تطبيق مبدأ التناسب

يمكن القول إن تطبيق مبدأ التناسب لم يعد يقتصر على القانونين الإداري والدستوري، ولكنه أضحى يكتسب أهمية متزايدة في العديد من الفروع الأخرى للقانونين العام والخاص. ومن الأمثلة على ذلك القانون الدولي العام (مبدأ الحرب العادلة *the doctrine of just war*، ومبدأ الدفاع عن النفس *the principle of self-defence*)، وقانون حقوق الإنسان الدولي^(١)، والقانون الجنائي، (لاسيما وجوب تناسب العقوبة مع الجريمة)^(٢). وسنلقى الضوء بإيجاز، فيما يلي، على أهمية مبدأ التناسب في بعض الفروع القانونية الأخرى.

١ - مبدأ التناسب في القانون الدولي الإنساني:

تقوم مبادئ القانون الدولي الإنساني على فكرتين متناقضتين: الأولى تتمثل في الإنسانية التي يجب أن لا يغفل عنها العسكريون وصناع القرار السياسي، والثانية فكرة الضرورة العسكرية والتي بمقتضاها يجوز استعمال وسائل الأسلحة المختلفة دون الالتفات إلى الآثار المفرطة الضرر لها؛ والألام التي لا مبرر لها التي تصاحب استعمال أنواع معينة من الأسلحة. ونتيجة للتعارض بين هاتين الفكرتين، نشأ مبدأ دولي جديد

(1) Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, op. cit., at 202–06; E Thomas Sullivan & Richard S Frase, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions* (New York: Oxford University Press, 2009) at 15–26.

(2) Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, op. cit., at 175–76.

يتضمن مفهومًا توفيقياً بين فكرتي الإنسانية والضرورة العسكرية^(١). ويتمثل هذا المبدأ الجديد في التناسب والذي بمقتضاه تلتزم الأطراف المتحاربة باستعمال طرق ووسائل قتالية تتناسب مع الهدف العسكري دون أن تؤدي بطبيعتها إلى إحداث آثار مفرطة الضرر بالمقاتلين أو أن تلحق آثاراً عشوائية تطال بالأخص المدنيين^(٢).

٢- مبدأ التناسب في مجال إجراءات مكافحة الإرهاب:

تشير ظاهرة الإرهاب نوعين من التحديات: تحديات أمنية تتعلق بالأخطار التي تنبعث من هذه الظاهرة علي الأمن والنظام العام، وتحديات تتعلق بحقوق الإنسان خشية التضحية بها عند مواجهة التحديات الأمنية. لهذا، كانت مواجهة الإرهاب من الموضوعات القانونية الشائكة التي يهتم بها القانون. ولا يقتصر الأمر علي القانون الداخلي فحسب، بل يمتد إلي القانون الدولي ذاته^(٣). وقد تمكنت المحاكم في الدول المختلفة من حل التناقضات بين متطلبات حماية الحقوق والحريات الأساسية من ناحية، مع عدم إغفال اعتبارات الأمن من ناحية أخرى، مستخدمة في ذلك مفاهيم مثل التناسب والتوازن.

وبإيجاز، يمكن القول إن حقوق الإنسان لا يمكن أن تحظى بحماية كاملة، كما لو كان ليس هناك تهديدات إرهابية. وفي المقابل، لا يمكن أن تتمتع الدولة بحرية كاملة

(١) أحمد عبيس نعمة الفتلاوي، مشروعية استعمال بعض أنواع الأسلحة التقليدية في ضوء مبادئ القانون الدولي الإنساني، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، 2009، ص. 04

(٢) أمزيان جعفر، مبدأ التناسب والأضرار الجوارية في النزاعات المسلحة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، كلية الحقوق، رسالة ماجستير، ٢٠١١، ص ٥.

(٣) د. أحمد فتحي سرور، حكم القانون في مواجهة الإرهاب ١-٢، جريدة الأهرام اليومية، العدد ٤٤١٦٦، السنة ١٣٢، ٨ نوفمبر ٢٠٠٧..

فيما تتخذ من إجراءات في مواجهة التهديدات الإرهابية، كما لو كان لا توجد حقوق للإنسان. ومن ثم، يجب التوصل إلى موازنة دقيقة وحساسة بين كلا الهدفين: حماية الأمن في مواجهة الإرهاب من ناحية، واحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية من ناحية أخرى. وهذا هو ثمن الديمقراطية. إنه ثمن باهظ بلا شك، لكنه ثمن يستحق أن ندفعه. ومن مزايا هذا الحل أو هذه الموازنة أنها تعزز من قوة الدولة، وتقدم لها سبباً منطقيًا في نضالها في مواجهة الإرهاب. وإذا كانت التهديدات الإرهابية قد حولت ديمقراطيتنا إلى "ديمقراطية دفاعية"، فإننا لا ينبغي أن نسمح بحرمان نظامنا الحكومي من طابعه الديمقراطي، عن طريق تجاوز متطلبات هذه الموازنة الدقيقة. ويبين من ذلك أن السؤال المطروح في هذا السياق ليس ما إذا كان مسموحًا للدولة أن تدافع عن نفسها في مواجهة الإرهاب، ذلك أنه مسموح لها ذلك بالتأكيد، بل إن ذلك يكون واجبًا عليها في بعض الأحيان. بل السؤال المطروح هو، بالأحرى، كيف يمكن للدولة أن تستجيب للتهديدات الإرهابية؟ وفي هذا الصدد، يُشار إلى أن ثمة موازنة معقولة وعادلة يجب إقامتها بين احتياجات الأمن من ناحية، واحترام حقوق الإنسان من ناحية أخرى. ولا شك أن هذه الموازنة تفرض عبئًا ثقيلًا على عاتق هؤلاء المنخرطين في مواجهة الإرهاب. ذلك، أنه ليس كل إجراء فعال في مواجهة الإرهاب هو إجراء مشروع بالضرورة، فالغاية لا تبرر الوسيلة⁽¹⁾.

ويبين، من ذلك، أنه يجب على الأمم الديمقراطية، وهي تخوض حربها في مواجهة الإرهاب، أن تقيم موازنة صحيحة بين قيمتين متناقضتين. فمن ناحية، يجب

(1) HCJ 7015/02 Ajuri v. IDF Commander in West Bank [6], at p. 383 {120}, cited in Judgements of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism Within the Law, Vol. 1, 2008, p 150.

على هذه الأمم أن تأخذ في اعتبارها القيم والمبادئ المتعلقة بأمن الدولة ومواطنيها. ذلك، أن حقوق الإنسان ليست مسرحاً للتدمير الوطني، ولا يمكن لهذه الحقوق أن تسوخ تدمير الأمن الوطني في جميع الحالات والظروف. وبالمثل، فإن الدستور ليس وصفاً للانتحار الوطني^(١). ومن ناحية ثانية، يجب على هذه الأمم أن تأخذ في اعتبارها الكرامة الإنسانية والحرية. فالأمن الوطني لا يمكن أن يشكل مسوغاً لتقويض حقوق الإنسان في جميع الحالات والظروف. ذلك، أن الأمن الوطني لا يمنح ترخيصاً غير محدود للإضرار بالفرد.

ومؤدى ما تقدم، أن الأمم الديمقراطية يجب عليها أن تجد موازنة معقولة بين هذه المبادئ والقيم المتناقضة. فلا يمكن السماح لأحد طرفي المعادلة بأن يرجح الطرف الآخر. وقد عبر القاضيان Arbour، Iacobucci – من قضاة المحكمة العليا الكندية- عن هذه الحاجة للموازنة بقولهما:

"إن التحدي الذي يواجهه الدول الديمقراطية في حربها على الإرهاب ليس ما إذا كان يجب عليها أن تستجيب لهذا التحدي، ولكن بالأحرى كيف تكون هذه الاستجابة. ويرجع ذلك إلى أن الكنديين يقدرون الحياة الإنسانية والحرية وحماية المجتمع من خلال حكم القانون. وعلى الرغم من أن الإرهاب يغير، بالضرورة، من السياق الذي يجب أن يعمل فيه حكم القانون، فإن هذا لا يعني التخلي عن القانون. وفي ذات الوقت، يجب ملاحظة أنه بينما يجب المحافظة على احترام حكم القانون في سياق الاستجابة

(1) See E.A. 2/84, Neiman v. Chairman of Cent. Elections Comm. for Eleventh Knesset, 39(2) P.D. 225, 310 (English translation available at www.court.gov.il). Cf. Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1, 37 (1949) (Jackson, J., dissenting).

للإرهاب، فإن الدستور ليس وثيقة للانتحار. ومن ثم، فإن التحدي الذي يواجهه الدولة الديمقراطية في سياق ردها على الإرهاب يتطلب إجراء موازنة بين ما هو متطلب لضمان استجابة فعالة للإرهاب بطريقة تتضمن اعترافاً ملائماً بالقيم الأساسية لحكم القانون^(١).

ويُنْتَظَر من المحاكم أن توفق بين الحقوق والمصالح التي تؤدي دوراً في مجال مكافحة الإرهاب. وتشمل هذه الحقوق، ليس فقط الحقوق التي تعرضت للانتهاك بواسطة الأنشطة الإرهابية، ولكن أيضاً الحقوق التي تعرض جوهرها للانتهاك بواسطة إجراءات مكافحة الإرهاب. ويُلاحظ أن الكثير من المحاكم حول العالم- مثل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ومجلس اللوردات الإنجليزي، والمحاكم الأمريكية- قد أصدرت أحكاماً متنوعة بشأن طائفة عريضة من إجراءات مكافحة الإرهاب. ويُلاحظ أن

(1) "The challenge for democracies in the battle against terrorism is not whether to respond, but rather how to do so. This is because Canadians value the importance of human life and liberty, and the protection of society through respect for the rule of law. Although terrorism necessarily changes the context in which the rule of law must operate, it does not call for the abdication of law. Yet, at the same time, while respect for the rule of law must be maintained in the response to terrorism, the Constitution is not a suicide pact. . . . The challenge for a democratic state's answer to terrorism calls for a balancing of what is required for an effective response to terrorism in a way that appropriately recognizes the fundamental values of the rule of law.", Re Application Under S.83.28 of the Criminal Code, Code [2004], 2 S.C.R. 248, 260: "While Cicero long ago wrote 'inter arma silen legas' we, like others, must strongly disagree" (Iacobucci and Arbour, JJ). But cf. William H. Rehnquist, All the Laws But One: Civil Liberties in Wartime 224 (1998).

الاعتبارات التي تأخذها المحاكم في حساباتها في مثل هذه القضايا، يمكن أن تمثل نوعاً من المعايير المرشدة، المشتقة من مفهوم التناسب، بشأن كيفية التوفيق بين الحقوق الأساسية من ناحية، والمصالح العامة في مواجهة الإرهاب من ناحية أخرى^(١). وهكذا، تظهر الأهمية القصوى لمبدأ التناسب في مجال إجراءات مكافحة الإرهاب^(٢).

وأخيراً، يمكن القول إن مبدأ التناسب إذا كان قد ظهر، بحسب الأصل، باعتباره قيماً قانونياً *a legal limit* على ممارسة سلطات الضبط الإداري، ثم على الإدارة بصفة عامة، فإن المبدأ قد تطور، في أعقاب الحرب العالمية الثانية، ليأخذ شكل مبدأ قانوني أساسي *a basic legal principle* ملزم، ليس فقط للسلطات التنفيذية والقضائية، ولكن أيضاً للسلطة التشريعية. ويتفرع عن مبدأ التناسب مجموعة من القواعد التي تحكم نماذج معينة من تناقض أو تنازع القيم أو المصالح *interest conflicts*.

ويبين من ذلك، أن مبدأ التناسب يقوم بدور بالغ الأهمية في إطار العلاقة بين المواطن والدولة *state-citizen relationship*، كما يمكن النظر إلى هذا المبدأ باعتباره استجابة للخبرة التاريخية التي اكتشفت ميل السلطات العامة التقليدي-سواء على المستويين الوطني أم الدولي- إلى العمل بطريقة تشكل تغيلاً على حرية الفرد.

(١) د. أحمد فتحي سرور، حكم القانون في مواجهة الإرهاب ١-٢، جريدة الأهرام اليومية، العدد ٤٤١٦٦، السنة ١٣٢، ٨ نوفمبر ٢٠٠٧.

(٢) لمزيد من التفصيل حول الدور الذي يؤديه مبدأ التناسب في مجال إجراءات مواجهة الإرهاب، انظر: د. وليد محمد الشناوى، دور مبدأ التناسب في مجال إجراءات مواجهة الإرهاب: "دراسة مقارنة"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (٥٧)، أبريل، ٢٠١٥، ص ١.

الفصل الثاني

التطبيقات القضائية لرقابة التناسب في القانون الإداري المقارن

من المسلم به تقليدياً أن السلطة التنفيذية تتمتع بسلطة تقديرية في نهوضها بوظيفتها التنفيذية. وتخضع السلطة التنفيذية لرقابة القضاء في مباشرتها لهذه السلطة التقديرية التنفيذية. بيد أنه كان من المسلم به أيضاً أن الرقابة القضائية للقرارات الإدارية التقديرية تستند فقط على مشروعية هذه القرارات، وليس على ملاءمتها^(١). وكان هذا التنظيم يُرد إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذي يتطلب إفساح مجال رحب للسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية للنهوض بمهامها ومباشرة اختصاصها دون تدخل أو إعاقة من السلطات الأخرى^(٢). ولذلك، كان على المحاكم أن تقيد نفسها حال مباشرتها لرقابتها القضائية على القرارات الإدارية الصادرة من الإدارة استناداً إلى سلطتها التقديرية.

وفي الوقت الحاضر، أدت التطورات المعاصرة للرقابة القضائية إلى خضوع الإدارة، في ممارستها للسلطات التقديرية المخولة لها، في كافة النظم الديمقراطية

(1) Concept Of Proportionality In Law, an article available at <http://www.lawteacher.net/free-law-essays/administrative-law/concept-of-proportionality-in-law-administrative-law-essay.php#ftn2>

(2) Australian Administrative Law, A paper presented by Justice Peter McClellan Chief Judge at Common Law Supreme Court of New South Wales – To the International Symposium Hangzhou, People's Republic of China 31 October to 4 November 2006.

الدستورية، لرقابة القضاء بهدف ضمان احترام مبدأ المشروعية؛ وذلك لأن التشريعات الإدارية كغيرها من التشريعات تتصف بالإلزامية، فالقانون يوضَع من أجل أن يُحترم، وهذا ما يميز الدولة القانونية عن غيرها من الدول التي تسود فيها إرادة الحاكم والتي توصف عادة بالدولة الاستبدادية. فخضوع الإدارة للرقابة القضائية أصبح من الأمور المسلم بها في الدول الحديثة. ومن ثم، أضحي القضاء الإداري يمارس رقابته على جميع القرارات الإدارية التي تصدر عن الإدارة، سواء أكانت صادرة استناداً إلى سلطة مقيّدة أو سلطة تقديرية^(١)؛ وذلك للتحقق من عدم مخالفة الإدارة لقواعد الاختصاص، والشكل، ومحل القرار الإداري، والغاية التي تهدف إليها الإدارة من وراء إصداره، وكذلك الوجود المادي للوقائع التي بني عليها القرار؛ أي أن القاضي الإداري يلغي القرار الإداري بسبب ارتكاب الإدارة لعيب عديم الاختصاص، أو عيب الشكل والإجراءات، أو عيب إساءة استعمال السلطة، أو الانحراف بها، أو مخالفة القانون، أو عدم التحقق من الوجود المادي للوقائع، كما تشمل رقابته أيضاً التكليف القانوني للوقائع. ورغم تطور الرقابة القضائية التي يمارسها القضاء على أعمال الإدارة، إلا أن الأمر ما يزال يثير الجدل حول مدى كفاية هذا النوع من الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة. فالرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة تشمل جميع عناصر القرار الإداري، ولكن بدرجات متفاوتة، فعنصر الاختصاص والإجراءات والغاية تخضع للرقابة ذاتها التي يمارسها القضاء على هذه العناصر في السلطة المقيّدة على خلاف عنصري السبب والمحل وهما مجال لتقدير الإدارة عندما تمارس سلطتها التقديرية. وقد أوجد القضاء الإداري في أغلب الدول المعاصرة عدداً من المبادئ والنظريات التي

(١) د. مصلح الصرايرة، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرّها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، ٢٠٠٩، ص ١٦٣.

تهدف، بصفة أساسية، إلى رقابة القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة أثناء ممارستها للسلطة التقديرية المخولة لها. ولعل من أهم هذه المبادئ مبدأ التناسب. والحقيقة أن فكرة التناسب أضحت حاضرة بقوة في معظم النظم القانونية المعاصرة، وإن كانت هذه الرقابة تتم في بعض الأحيان تحت عناوين مختلفة، ففي القانون الإنجليزي كانت تُباشَر هذه الرقابة تحت عنوان رقابة المعقولية أو ما يُطلق عليها unreasonable-Wednesbury، وفي القانون الفرنسي تحت عنوان الخطأ الظاهر في التقدير أو الغلط البين *appréciation'erreur manifeste d'L* أو الموازنة بين المنافع والمضار *avantages-La théorie du bilan coûts*، وفي القانون المصري، بدأ القاضي الإداري المصري يطبق رقابة التناسب تحت عنوان "رقابة الغلو أو الإفراط"، ثم ما لبث أن استخدم مصطلح التناسب صراحة.

وعلى ذلك، سنحاول في هذه الفصل إلقاء الضوء على بعض التطبيقات القضائية لرقابة التناسب في القانون الإداري المقارن وفقاً للخطة التالية:

المبحث الأول: تطبيق مبدأ التناسب في القانون الإداري الألماني

المبحث الثاني: تطبيق مبدأ التناسب في القانون الإداري الفرنسي

المبحث الثالث: تطبيق مبدأ التناسب في القانون الإداري الإنجليزي

المبحث الرابع: تطبيق مبدأ التناسب في القانون الإداري المصري

المبحث الأول

تطبيق مبدأ التناسب في القانون الإداري الألماني

من الصعب جداً تناول أهمية ووظيفة ودور مبدأ التناسب في القانون الإداري المقارن، سواء في أوروبا أو خارجها، دون إلقاء الضوء على مكانة هذا المبدأ في القانون الألماني. ذلك، أن التناسب، ليس فقط مبدأ ذا تاريخ طويل في ألمانيا، ولكن أيضاً لتأثيره الواضح على تطور مبدأ التناسب في القانون الأوروبي^(١). والحقيقة أن التناسب يعد واحداً من طائفة قليلة من المبادئ التي لها جذور راسخة في القانون الألماني. وقد وصفت المحكمة الدستورية الألمانية التناسب بأنه "مبدأ شامل مرشد لكامل نشاط الدولة"^(٢). وبالمثل، أوضح الفقهاء الألمان الأهمية البالغة لهذا المبدأ^(٣).

وتجدر الإشارة إلى أن السلطة التقديرية المخولة للإدارة تكتسب أهمية بالغة في القانون الألماني تماماً كما هو الحال في الأنظمة القانونية الأخرى بما فيها القانون العام الإنجليزي، ولم يعد يُنظر إلى هذه السلطة باعتبارها غير متسقة مع المجتمع

(1) Christoph Knill, Florian Becker, 'Divergenz trotz Diffusion?: rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzip in Deutschland, Großbritannien und der Europäischen Union' (2003) 36 Die Verwaltung 447, 449-450.

(2) BVerfGE 23, 127, para 19 'übergreifende Leitregel allen staatlichen Handelns'.

(3) Nikolaus Marsch and Vanessa Tümsmeyer, The Principle of Proportionality in German Administrative Law, In The Judge and the Proportionate Use of Discretion : A Comparative Study, edited by Sofia Ranchordás, and Boudewijn Willem Nicolaas de Waard., 2016, p. 13.

العادل *a just society*، بل على النقيض من ذلك، أضحي يُنظر إلى السلطة التقديرية للإدارة باعتبارها ضرورية لتحقيق نظام اجتماعي عادل، ولجعل حكم القانون حقيقة واقعية. بيد أن هذا لا يعني، بطبيعة الحال، أن الإدارة يجب أن تُمنح سلطات تقديرية غير محدودة أو غير ضرورية، كما لا يعني ذلك ضرورة أن تكون الإدارة متحررة من كل القيود التي ترد على ممارستها لهذه السلطة التقديرية. فالسلطة التقديرية لا تعني، أبداً، التحكم أو التعسف. وفي هذا الصدد، يقول اللورد Halsbury^(١):

"عندما يُذكر أن شيئاً ما داخل في اختصاص السلطة التقديرية للإدارة، فهذا يعني أن هذا الشيء يجب أن يتم وفق قواعد المنطق والعدالة، وليس وفقاً للرأي الخاص (لمتخذ القرار)، أي وفقاً للقانون، وليس وفقاً للهوى. ومن ثم، لا يجوز أن تكون هذه السلطة التقديرية تحكيمية أو غامضة، بل يجب أن تكون قانونية. ولذلك، يجب ممارستها في إطار الحدود التي يجب على الرجل الأمين المنوط به أداء وظيفة معينة أن يلزم نفسه بها".

ويلاحظ أن هذه العبارات السابقة قد قيلت في نهاية القرن التاسع عشر في سياق الإشارة إلى قضية *Rooke's Case*^(٢) التي فصل فيها في عام ١٥٩٨ بما يعني أن مفهوم السلطة التقديرية والقيود المفروضة على ممارستها كانت واضحة تماماً في القانون العام الإنجليزي قبل نهاية القرن السادس عشر، كما أنها ازدادت ووضوحاً ورسوخاً مع مرور الوقت.

(1) *Sharp v Wakefield* [1891] AC 173. Cited in *Wade HWR: Administrative Law*, 152-153 (5th ed, 1982).

(2) (1598) 5 Co Rep 99b.

ولا يختلف الأمر، من أي ناحية، في القانون الألماني. فثمة أحكام قضائية وكتابات فقهية لا تكاد تُحصى منذ بداية القرن العشرين تؤكد جميعها أن السلطة التقديرية المخولة للإدارة ليست، في ظل الدولة الدستورية القائمة على حكم القانون، متحررة من جميع القيود القانونية، بل إن هذه السلطة يجب ممارستها في سبيل تحقيق الغرض الذي مُنحت من أجله، مع عدم جواز التنصل من القيود القانونية المفروضة على ممارستها^(١). والحقيقة أن هذه المبادئ أضحّت، في الوقت الحاضر، مقتنة في قانون الإجراءات الإدارية الألماني الصادر عام ١٩٧٦ وقانون المحاكم الإدارية الألماني^(٢). وفوق ذلك، لا يسمح القانون الأساسي الألماني بمنح سلطات تقديرية مطلقة للإدارة. وسنحاول، فيما يلي، أن نلقي الضوء على القيود الدستورية التي ترد على السلطة التقديرية المخولة للإدارة، وذلك قبل تناول الأسس التي تستند عليها المحاكم في رقابتها على السلطة التقديرية المخولة للإدارة.

وعلى ذلك، سنقسم خطة هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: القيود الدستورية على السلطة التقديرية المخولة للإدارة

المطلب الثاني: أسس الرقابة القضائية في القانون الإداري الألماني

(1) See decisions of 30 Oct 1906, 50 PrOVG 417, 421; of 1 Nov 1934, 94 PrOVG 210; of 29 Nov 1964, 19 BVerwGE 332, 335; of 27 March, 1968, 29 BVerwGE 235; of 13 Feb 1974, 4 BVerwGE 13,24; of 3 Feb 1959, 9 BVerfGE 134, 147; of 25 Feb 1962, 14 BVerfGE 105; Jellinek W: Verwaltungsrecht, 64 (3d ed, 1931); ForsthoffE: Lehrbuch des Verwaltungsrecht I, 97 (10th ed 1973); MaurerH: Allgemeines Verwaltungsrecht, 89 (1980); WolffHJ, BachofO: Verwaltungsrecht 1.198 (9th ed, 1974); Badura P, Das Verwaltungshandeln. in Erichsen H-U, Martens W (eds): Allgemeines Verwaltungsrecht. 165 (4th ed, 1979).

(2) See VwVfG, s 113 and VwGO 114. Compare, USC, s 706 (2) (A).

المطلب الأول

القيود الدستورية على السلطة التقديرية المخولة للإدارة

بالنظر إلى تبني نظم القانون العام الإنجليزي لمبدأ سيادة البرلمان Parliamentary supremacy، فلا توجد في إنجلترا أي قيود قانونية على سلطة البرلمان في منح سلطات تقديرية للإدارة. بيد أن هذه الخصوصية الإنجليزية لا تنطبق على دول القانون العام الإنجليزي الأخرى التي توجد فيها دساتير مكتوبة تحدد وتنظم اختصاصات المشرع، لاسيما من خلال إيراد تعداد للحقوق الأساسية للأفراد. ولذلك، منذ السنوات الأولى لتبني الدستور الهندي، تواترت المحاكم الهندية على أن منح سلطات تقديرية للإدارة غير مقرونة بمعايير إرشادية لممارستها قد لا يكون متسقاً مع الحقوق الأساسية المكرسة في القسم الثالث من هذا الدستور. واستناداً إلى ذلك، قامت هذه المحاكم بإبطال منح هذه السلطات للإدارة في قضايا عدة^(١). من ذلك، على سبيل المثال، الحكم الذي يقرر أنه:

(1) See, for example, State of West Bengal v Anwar Ali. AIR 1952 SC 75; State of Punjab v Khan Chand. AIR 1974 SC 543; State of MP v Baldev Prasad. AIR 1961 SC 293; Raghbir v Court of Wards. AIR 1953 SC 373; Dwarka Prasad v State of UP. AIR 1954 SC 224. Not only that, the Supreme Court of India has expressed itself in very wide terms against the conferment of unguided discretion. In Jaisinghani v Union of India AIR 1967 SC 1427 at 1434 it observed: "In a system governed by rule of law, discretion, when conferred upon executive authorities, must be confined within clearly defined limits. The rule of law from this point of view means that decision should be made by the application of known principles and rules and, in general, such decision should be predictable and the citizen should know where he is".

"في ظل نظام خاضع لحكم القانون، فإن السلطة التقديرية- حال منحها للسلطات التنفيذية- يجب وضعها في أطر محددة بصورة واضحة. ويعنى حكم القانون من هذا المنظور أن القرار يجب أن يتخذ من خلال تطبيق مبادئ وقواعد معلومة سلفاً. وبصفة عامة، يجب أن يكون مثل هذا القرار قابلاً للتوقع، كما يجب أن يعلم المواطن أين هو".

ويفرض القانون الأساسي الألماني قيوداً مماثلة على المشرع. وقد استندت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية إلى هذه القيود في أحكام عدة. من ذلك، على سبيل المثال، الحكم الصادر في عام ١٩٥٩:

"يتطلب حكم القانون إمكانية تدخل الإدارة في حقوق الفرد فقط بترخيص من القانون، وأن يكون هذا الترخيص أو التخويل محددًا في مضمونه، وموضوعه، وغرضه، ومداه، وذلك حتى يكون هذا التدخل قابلاً للقياس، وإلى حد ما قابلاً للتوقع والتحسب له من جانب المواطن"^(١).

ومع ذلك، فقد خلصت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية إلى توافر الشروط السابقة في نصوص القانون المطعون عليه- قانون عدم الاستخدام غير المبرر لتراخيص الاستيراد **Law Against Unfounded Non-utilization of Import Licence**- الذي يمنح سلطة تقديرية للإدارة لفرض غرامات في حالة عدم استخدام تراخيص الاستيراد. وفي مرحلة سابقة، كان قد قضي بعدم دستورية قانون يتطلب إخضاع زراعة الكروم لترخيص رسمي دون أن يبين هذا القانون الشروط اللازم توافرها لمنح أو رفض منح هذا الترخيص، وذلك لأن هذا القانون قد فشل في بيان

(1) Decision of 3 Feb 1959,9 BVerfGE 137, 147.

المعايير في حالتي المنح أو رفض منحه^(١). وتطبيقاً لذلك، وجدت المحكمة أيضاً أن القوانين المتعلقة بتنظيم الاجتماعات العامة، أثناء النظام الاشتراكي الوطني، غير دستورية، وذلك لأنها تركت الترخيص بعقد مثل هذه الاجتماعات لمحض التقدير الذاتي لسلطات الشرطة. وقد أعادت المحكمة التركيز بقضائها المبكر الذي قررت فيه أنه إذا كان المشرع يقدر أنه من الضروري إخضاع ممارسة أحد الحقوق الأساسية لترخيص سابق من الشرطة، فإنه يجب عليه بيان شروط منح أو رفض مثل هذا الترخيص. ومعنى ذلك، أنه لا يجوز للمشرع ترك منح أو رفض منح التراخيص لمحض التقدير الذاتي للسلطات الإدارية، بل يجب عليه أن يقرن هذه السلطة التقديرية ببيان الشروط أو المعايير الواجب احترامها في سياق منح أو رفض منح تلك التراخيص.

وفي قضية حديثة، ورغم تمسك المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بثوابت قضائها المذكورة آنفاً، فقد خلصت المحكمة إلى تأييد نصوص قانون الاستخدام السلمي للطاقة الذرية والحماية في مواجهة أخطارها **the Peaceful Use of Nuclear Energy and Protection Against its Dangers**. وكانت نصوص هذا القانون تتضمن الإشارة إلى- من بين أسس أخرى لمنح تراخيص إنشاء المفاعلات النووية- "المصلحة العامة الراجحة" **overwhelming public interest**. غير أن المحكمة قضت بأنه:

"في ضوء التعقيدات العلمية والتكنولوجية للطاقة النووية والاتفاقات والآثار الدولية وغير ذلك من المعايير الإرشادية الواردة في القانون، فإن منح سلطة تقديرية لا يعد غير متنسق مع أي متطلب دستوري"^(٢).

(1) Decision of 10 July 1958, 8 BVerfGE 71.

(2) Sect.114 of the Law on Administrative Courts 1960 (Verwaltungsgerichtsordnung).

ومع ذلك، إذا كان يتضح، من الأحكام القضائية السابقة وغيرها من الأحكام ذات الصلة، تواتر الأحكام الدستورية الفيدرالية الألمانية على أن المشرع يجب عليه مراعاة ضوابط أو قيوداً دستورية معينة حال منحه سلطة تقديرية للإدارة، فإنها لا تصر على تبني معيار صارم أو جامد في هذا الخصوص. ولذلك، يلاحظ أن المحكمة لا تعترض، عادة، على منح سلطة تقديرية واسعة، ما دام أن نصوص القانون لا تشكل - بالنظر إلى موضوعها ومضمونها ومداهها وغرضها - لا تشكل "عباءة غامضة" *'vague blanket clause'* وتتستر الإدارة خلفها لفعل ما تحب^(١).

المطلب الثاني

أسس الرقابة القضائية في القانون الإداري الألماني

خلافًا للدول التي تأخذ بتقاليد القانون العام الإنجليزي، مثل إنجلترا والهند، نجد أن سلطة الرقابة القضائية معترف بها قانونًا في ألمانيا، تمامًا كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية. ومن ثم، إذا كانت المادة (١١٣) من قانون المحاكم الإدارية الصادر عام ١٩٦٠ تخول المحاكم سلطة رقابة مشروعية القرارات الإدارية بصفة عامة، فإن المادة (١١٤) تتطلب من المحاكم الإدارية مباشرة هذه الوظيفة في ظل احترام السلطات التقديرية. ولذلك، تنص هذه المادة الأخيرة على ما يلي:

(1) See Muller HJ: Das Errnessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, [1960] DOV 119, 127. Also see Pakuscher EK: The Use of Discretion in German Law, 44 UChiLRev 94 (1976). For a criticism of the Indian Supreme Court's tendency to allow wider grant of discretion in India see Jain MP, Jain SN: Principles of Indian Administrative Law, 347 ff (3d ed, 1979).

"مادام أن السلطات الإدارية مخولة سلطة التصرف وفقاً لسلطتها التقديرية، فإن المحاكم منوط بها فحص ما إذا كان قرار الإدارة أو رفضها أو امتناعها عن التصرف غير مشروع بسبب تجاوز الحدود القانونية للسلطة التقديرية المخولة لها أو عدم مباشرة هذه السلطة التقديرية لتحقيق الغرض المبرر لمنحها"^(١).

كما تنص المادة (٤٠) من قانون الإجراءات الإدارية الصادر عام ١٩٧٦ على

ما يلي:

"إذا خولت الإدارة سلطة التصرف وفقاً لتقديرها، فيجب عليها ممارسة سلطتها التقديرية بما يتفق مع الغرض الذي من أجله مُنحت هذه السلطة التقديرية، كما يجب عليها احترام القيود القانونية لهذه السلطة التقديرية"^(٢).

ويلاحظ أن أسس فحص مشروعية القرارات الإدارية المحددة في النصوص السابقة لا تختلف كثيراً عن أسس الرقابة القضائية، في الدول التي تأخذ بتقاليد القانون العام الإنجليزي مثل إنجلترا والهند، على السلطات التقديرية المخولة للإدارة. بيد أن القيود النظرية المحددة وفقاً لمبدأ "تجاوز السلطات الممنوحة" Ultra vires بشأن اختصاص المحاكم في دول القانون العام الإنجليزي بالرقابة القضائية، والتي لا تنطبق على المحاكم الألمانية، لا يمكن تجاهلها. وتبعاً لذلك، ففي دول القانون العام الإنجليزي،

(1) Sect. (114) of the Law on Administrative Procedure 1976 [Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)] of May 25th 1976.

(2) Sect. 40 of Administrative Procedure Act. [Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)] of May 25th 1976.

سواء كان النشاط الذي باشرته الإدارة - استناداً لسلطتها التقديرية - نابعاً من فشلها في مباشرة سلطتها التقديرية أو من إساءة استعمال هذه السلطة، فإن كلا الوجهين من عدم المشروعية يندرجان في عداد طائفة "تجاوز السلطات التقديرية الممنوحة" .category of ultra vires exercise of discretion

أما في ألمانيا، فإن تجاوز السلطة التقديرية an excess of discretion يمكن تمييزه عن إساءة استخدام هذه السلطة an abuse of discretion. فبينما يعد تجاوز السلطة معادلاً للممارسة المتجاوزة لحدود السلطة التقديرية ultra vires exercise of power، فإن إساءة استعمال السلطة التقديرية تشكل عدم مشروعية في إطار السلطات الممنوحة للإدارة. ففي الحالة الأولى، يقال أن السلطة الإدارية قد تجاوزت الحدود الخارجية التي حددها القانون، بينما في الحالة الثانية تكون الإدارة قد ارتكبت عدم مشروعية متعمدة أو ارتكبت خطأ بعدم مراعاتها للقيود القانونية الداخلية لممارسة السلطة التقديرية.

ويلاحظ أن إساءة استعمال السلطة التقديرية يمكن أن يكون موضوعياً أو ذاتياً (أو شخصياً). أما إساءة استعمال السلطة التقديرية الموضوعي فينبع من عدم مراعاة أو انتهاك المبادئ الدستورية أو غيرها من المبادئ القانونية الأخرى، مثل المساواة، أو المعقولية، أو تبني تقييمات أو أحكام قيمية value judgments. وفي المقابل، تنبع إساءة استعمال السلطة التقديرية الذاتية من ممارسة السلطة التقديرية لأغراض خاطئة أو عندما تكون ممارستها غير مسوغة بالاعتبارات التي تستند عليها^(١).

(1) WolffHJ, BachofO: Verwaltungsrecht 1, op. cit., at 199ff.

ولذلك، يمكن القول إنه بالنظر إلى هذه الاعتبارات النظرية للرقابة القضائية على السلطة التقديرية المخولة للإدارة، فإن تنوع الأسس التي تستند عليها مثل هذه الرقابة يعد من إبداع القضاء، سواء في القانون الألماني أم في تقاليد القانون العام الإنجليزي. ولذلك، فإن تصنيف أساس معين من أسس الرقابة القضائية في إحدى الطائفتين السابقتين يشكل مهمة بالغة الصعوبة، ويخضع في كثير من الأحيان لتفضيلات الكتاب في فقه القانون الإداري. بيد أننا نتبع هنا التصنيف الموسع المحدد في المادة (١١٤) من قانون المحاكم الإدارية الألماني الصادر عام ١٩٦٠.

الفرع الأول

تجاوز السلطة التقديرية

Excess of Discretion

يمكن للسلطة الإدارية أن تتجاوز حدود سلطتها التقديرية، في أشد حالات هذا التجاوز وضوحاً، عندما تفعل شيئاً لم يخولها القانون صراحة سلطة القيام به، وذلك مثل قيامها بفرض غرامة تجاوز الحد الأقصى المسموح به قانوناً. بيد أن مثل هذه الحالات من التجاوز الفج تبدو نادرة في الواقع العملي. ويأخذ التجاوز، عادة، شكلاً خفياً أو ملتبساً، مثل اتخاذ قرار في مسألة لم تخطر على بال واضع القانون، ومن ثم لم يورد المشرع تنظيمًا لها. ومن الأمثلة على ذلك الحاكم بأن الإدارة قد تجاوزت السلطة التقديرية المخولة لها عندما قامت بتحديد رسوم على وقوف السيارات في أحد المواقع العامة للسيارات، وذلك لأن القانون لم يخولها سلطة إنشاء مثل هذه المواقع.

وثمة شكل آخر من أشكال تجاوز السلطة التقديرية يحدث عندما تفشل الإدارة في مباشرة سلطتها التقديرية. ويقع فشل الإدارة في ممارسة سلطتها التقديرية، إما

لعدم ممارستها لهذه السلطة من حيث المبدأ بسبب تكاسلها، وإما لاعتقادها بعدم وجود التزام عليها بممارستها، وإما لاعتقادها خطأ بالتزامها بقانون آخر أو بقواعد لائحية أخرى. كما يمكن أن يحدث الفشل في مباشرة الإدارة لسلطتها التقديرية بسبب خطئها في تفسير القانون الذي يخولها هذه السلطة. ونتيجة لهذا الخطأ في تفسير القانون، تعتقد الإدارة أن القانون لا يخولها سلطة تقديرية بشأن الموضوع المثار أمامها. وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الإدارية الفيدرالية الألمانية بأنه:

”إذا اعتقدت الإدارة أنها ملتزمة قانوناً بفعل شيء، بينما يدخل ذلك حقيقة في نطاق سلطتها التقديرية، فإن فعلها هذا يكون غير مشروع. ومن ثم، يقع عليها التزام قانوني بأن تعيد فحص الموضوع في ضوء السلطة التقديرية المخولة لها“^(١).

وثمة ضوابط معينة لممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية. من ذلك، على سبيل المثال، أنه يجب على الإدارة أن تأخذ في اعتبارها ظروف وملابسات كل حالة على حدة. ومن ثم، لا يجوز للإدارة بحث كل حالة تُعرض عليها أو جميع الحالات التي تنتمي إلى طائفة معينة بطريقة محددة دون أن تأخذ في الاعتبار الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة على حدة^(٢). بيد أن ذلك لا يمنع، بطبيعة الحال، قيام الإدارة بوضع المعايير الإدارية العامة الإرشادية، ما دام أن هذه المعايير لا تمنع الإدارة من أن تأخذ في اعتبارها الظروف الخاصة أو الاستثنائية المتعلقة بكل حالة^(٣). وفي هذا السياق، يمكن الإشارة إلى قضية طعن فيها المدعي- وكان موظفًا معينًا في وزارة العدل في إحدى

(1) Decisions of 13 Dec 1962, 15 BVerwGE 196, 199, and of 28 Feb 1975, 48 BVerwGE 81, 84.

(2) Decision of 17 Jan 1958, 6 BVerwGE 119, 127. Also decision of 1 June 1979 [1980] NJW 75 (BVerwG).

(3) Decision of 22 Jan 1969, 31 BVerwGE 212.

الولايات الألمانية- على القرار الصادر برفض منحه إجازة طويلة للسماح له بمتابعة دراساته القانونية، استنادًا إلى أن السلطة الإدارية المختصة قد فشلت في مباشرة سلطتها التقديرية، وذلك في ضوء تبنيها لسياسة عامة لمنح إجازات طويلة فقط في حالة المرض أو مرحلة النقاهة من المرض. وفي هذه القضية، قررت المحكمة الإدارية الفيدرالية الألمانية أنه يجب التمييز بين الفشل في ممارسة السلطة التقديرية وبين مراعاة المعايير الإرشادية أو الممارسات الإدارية في سياق ممارسة السلطة التقديرية. ومن ثم، لاحظت المحكمة:

"بالطبع، من حق الطاعن الحصول على قرار إداري صادر استنادًا إلى مباشرة سلطة تقديرية حقيقية تأخذ في الاعتبار ظروف وملابسات حالته الخاصة. بيد أن ذلك لا يمنع الإدارة من أن تمارس سلطتها التقديرية بالنسبة لكل طائفة من الحالات المتماثلة تبعًا لمبادئ عامة معينة أو ممارسة إدارية محددة تكون ملزمة للإدارة. ومن ثم، فإن الاستثناءات ليست مستبعدة تمامًا من حيث المبدأ، ولكن لا يُسمح بها إلا في حالة توافر ظروف استثنائية. ومثل هذه الممارسة للسلطة التقديرية من خلال مراعاة معايير إرشادية أو ممارسة إدارية معينة، ليست فقط منطقية بقدر اتساقها مع الغرض من منح السلطة التقديرية للإدارة، ولكنها أيضًا متوقعة من أجل المحافظة على مبدأ المساواة الذي لا يمكن تحقيقه إلا من خلال معاملة الحالات المتماثلة بطريقة متماثلة، فإذا ما قيدت الإدارة نفسها بهذا الشكل المسموح به، فإن مباشرتها لسلطتها التقديرية تكون محلًا للطعن عليها إذا لم تلتزم بالممارسة الإدارية المحددة في حالة معينة"⁽¹⁾.

(1) Id, at 213-14. Comp, Shri Rama Sugar Industries v State of AP, AIR 1974 SC 1745.

وفي قضية أخرى، قضت المحكمة الإدارية الفيدرالية الألمانية بأن وضع بعض القواعد التنظيمية (اللائحية) المنظمة لممارسة السلطة التقديرية من جانب السلطة الإدارية المختصة في موضوع منح خدمات الرفاه *grant of welfare services* للموظفين لا يشكل، من حيث المبدأ، مخالفة للسلطة التقديرية المخولة قانوناً للإدارة، ومن ثم، يقع على عاتق المحكمة فحص ما إذا كانت هذه القواعد التنظيمية تدخل في نطاق السلطة التقديرية المخولة قانوناً للإدارة، وما إذا كان تطبيق هذه القواعد يتم بطريقة لا تشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة^(١).

ومع ذلك، فقد خلصت المحكمة الإدارية الفيدرالية الألمانية- في ظل الفقرة (٢) من المادة (٣٨) من قانون حماية العمال من الأطفال *the Law for the Protection of Working Children* الصادر عام ١٩٦٠، والذي يمنح سلطات الإشراف الصناعي سلطة تقديرية لمنح إذن خاص بتشغيل الأطفال تحت ١٨ سنة إذا قدرت هذه السلطات أن تشغيل هؤلاء الأطفال لا يمثل خطورة على تطورهم الصحي والعقلي- إلى أنه من غير المشروع وضع سياسة عامة تتمثل في عدم منح أي إذن بتشغيل الأطفال- سواء بالقطعة أو بالجملة، وذلك لأن أي استثناءات في هذا السياق يمكن أن يُساء استخدامها^(٢).

وكما هو الحال في الدول التي تأخذ بتقاليد القانون العام الإنجليزي، فإن القرار الصادر استناداً لسلطة تقديرية من سلطة إدارية أدنى- والذي كان يجب صدوره من

(1) Decision of 25 July 1964, 19 BVerwGE 48, 55.

(2) Decision of 8 July 1964, 19 BVerwGE 87, 92. Also decision of 19 Dec 1972 (OVG Munster) [1973] DVBI 963.

سلطة إدارية أعلى- يمكن أن يرقى إلى مرتبة تجاوز السلطة التقديرية أو الفشل في استخدامها **excess or failure to exercise discretion** ^(١).

ويلاحظ أن عدم مشروعية النشاط الإداري النابعة من عدم ممارسة السلطة التقديرية يمكن علاجها، في ظل القانون الألماني، إذا مُرست السلطة التقديرية قبل تقديم تظلم أو اعتراض إلى السلطة الإدارية المصدرة للقرار المتظلم منه أو المعترض عليه، وليس بعد تقديم التظلم أو الاعتراض ^(٢).

على أن مقارنة طوائف الفشل في ممارسة السلطة التقديرية المطورة في القانون العام الإنجليزي بنظيرتها في القانون الألماني تكشف عن أن حالات هذا الفشل تبدو أقل في القانون الأخير. ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة نذكر منها مبدأ المساواة. وفوق ذلك، يلاحظ أن القانون الألماني يعترف بتقليص نطاق السلطة التقديرية إلى درجة الصفر [reduction of discretion to zero] **Ermessensreduzierung auf Null**. وهذا يعني أنه على الرغم من أن السلطة الإدارية تتمتع، نظرياً، بإمكانية الاختيار بين التصرف على نحو معين أو آخر في الحالات الواقعية الفردية، لكن خياراً واحداً فقط من هذين الخيارين هو الذي سيكون مشروعاً. وفي مثل هذه الحالة، فإن الإدارة يقع عليها التزام بأن تتصرف فقط على النحو الذي يكون مشروعاً. ومن الأمثلة على ذلك، أنه على الرغم من أن مراقب المباني يتمتع بسلطة تقديرية كاملة للتدخل إذا كان مالك أحد المباني يسئ استخدامه، فإن هذا المراقب يقع عليه التزام قانوني بالتدخل إذا كان مالك المبنى يسئ استخدامه

(1) Decision of 22 Sept 1970, 22 VR 487 (BVerwG).

(2) Decision of 28 Feb 1975, 48 BVerwGE 81, 84; Wolff/HJ, Bachof/O: Verwaltungsrecht 1, op. cit., at 200.

على نحو يشكل خطراً مادياً على مصالح الجيران المهمة والتي تحظى بحماية قانونية^(١).

وبالمثل، على الرغم من أن منح إذن خاص باستخدام الشوارع يدخل في نطاق السلطة التقديرية الكاملة للشرطة، فإنه في ضوء النصوص الدستورية بشأن الأحزاب السياسية والانتخابات (المادتان ٢١ ، ٣٨ من القانون الأساسي الألماني)، فإن الشرطة يقع عليها التزام قانوني بمنح مثل هذا الإذن الخاص باستخدام الأحزاب السياسية في وقت الانتخابات^(٢)، وإن لم تكن ملتزمة بذلك في غير أوقات الانتخابات^(٣).

بيد أن المحاكم، في الدول التي تأخذ بتقاليد القانون العام الإنجليزي، لم تتبن بعد مثل هذه الطريقة في تقييد السلطة التقديرية للإدارة. بل من المحتمل ألا تتسامح هذه المحاكم في تقليص السلطة التقديرية المخولة للإدارة على هذا النحو، لأن ذلك يمكن أن ينحدر إلى مرتبة الفشل في ممارسة السلطة التقديرية.

الفرع الثاني

إساءة استخدام السلطة التقديرية

Abuse of Discretion

يلاحظ أن الأشكال المختلفة لإساءة استعمال السلطة التقديرية من جانب الإدارة تتداخل وتتشابك في القانون الألماني بذات درجة تشابكها وتداخلها في القانون العام

(1) Decision of 18 Aug 1960, 11 BVerwGE 95, 97.

(2) Decision of 13 Dec 1974, 47 BVerwGE 280, 283 and of 7 July 1978, 56 BVerwGE 63.

(3) Decision of 7 July 1978, 56 BVerwGE 56. For a plea of objectivity in the matter of denial of such permission see Liihr R-P: Zum Errnessen bei Erlaubnis oder Versagung einer Sondemutung, [1983] NVwZ 20.

الإنجليزي. ومن ثم، يبدو من الصعب جداً الفصل بين هذه الأشكال المختلفة وتصنيفها في إطار هذه الطائفة أو تلك من طوائف حالات إساءة استعمال السلطة. ومن ثم، فإن الحالة الواحدة من حالات إساءة استعمال السلطة التقديرية يمكن تكييفها باعتبارها مثلاً لاستعمال السلطة لغرض غير مشروع أو لأن ممارستها كانت مستندة على دوافع غير صحيحة أو على سوء نية أو استناداً إلى اعتبارات غير ذات صلة بالموضوع الذي باشرت الإدارة سلطتها التقديرية بشأنها. ومع ذلك، فإن الأشكال المختلفة لإساءة استعمال السلطة التقديرية يمكن استخلاصها من أحكام القضاء العديدة ومناقشتها تبعاً للعيب الكامن في كل نوع أو تبعاً لموضوع ممارسة السلطة التقديرية. وفي هذا السياق، يلاحظ أن مبدأ المعاملة المتماثلة لأصحاب المراكز المتماثلة لا يحظى باهتمام كبير في القانون الإنجليزي بينما يحظى باهتمام واضح في القانون الألماني.

أولاً : مبدأ التناسب (المعقولية)

يمكن ترجمة المبدأ الألماني *verhältnismäßigkeit* ترجمة حرفية إلى التناسب. ولكن التناسب لا يعكس، بدقة، المعنى والمضمون الحقيقيين لهذا المصطلح الألماني. ولذلك، يمكن القول إن أقرب كلمة تؤدي هذا المعنى هي المعقولية *reasonableness*، وهو المبدأ المعروف في الدول التي تأخذ بتقاليد القانون العام الإنجليزي. ومن المعلوم أن جذور هذا المبدأ الأخير ترجع، في القانون الإنجليزي، إلى أخرى القرن السادس عشر، وقد تجدد بزوغه في القرن العشرين ليصبح أحد الأسس المهمة والمستقلة التي تستند عليها المحاكم في فحص مدى مشروعية القرارات الإدارية في الدول التي تأخذ بنظام القانون العام الإنجليزي. وفي المقابل، نجد أن جذور مبدأ التناسب الألماني ليست قديمة إلى هذه الدرجة. حيث يمكن رد جذوره المبكرة إلى بعض الأحكام القضائية الصادرة في نهايات القرن التاسع عشر من المحكمة الإدارية

العليا البروسية. وقد استخدمت هذه المحكمة مفهوم التناسب لفحص السلطات التقديرية لسلطات الضبط في المسائل المتعلقة بحفظ النظام^(١).

وكما هو الحال بالنسبة للمحاكم في الدول التي تأخذ بتقاليد القانون العام الإنجليزي، فإن المحاكم الألمانية لم تؤسس مبدأ التناسب على أي حظر تشريعي ضمني للممارسة غير المعقولة للسلطات، ولكن على أساس علاقة أكثر أساسية وعلمية للغايات والوسائل أو السبب والنتيجة *a more fundamental and scientific basis of ends and means or cause and effect relationship*^(٢). ووفقاً لهذه المقاربة، يتطلب المبدأ، في المرحلة الأولى، أنه من بين الوسائل المتنوعة المتاحة لتحقيق الهدف يجب على السلطات الإدارية اختيار الوسيلة الأكثر ملاءمة. ولكن يلاحظ أن هذه الوسيلة الأكثر ملاءمة قد لا تكون بالضرورة هي الوسيلة التي يمكن من خلالها تحقيق الهدف المقصود مع ترتيب أقل ضرر ممكن بالنسبة للفرد.

ولذلك، أضافت المحاكم الألمانية مرحلة ثانية للمرحلة الأولى، وتتطلب هذه المرحلة الثانية أنه من بين الوسائل الفعالة المتنوعة المتاحة لتحقيق الهدف، يجب على السلطات الإدارية اختيار الوسائل التي تسبب أقل ضرر ممكن بالنسبة للفرد. وثمة مرحلة ثالثة أخيرة لم يتم تطويرها إلا في أعقاب الحرب العالمية الثانية، ووفقاً لهذه المرحلة الأخيرة، فإن التدخل في حقوق الفرد لا يجوز أن يكون غير متناسب مع الهدف المقصود من هذا التدخل.

(1) See decisions of 14 June 1882,9 ProVG 353 and of 10 April 1886, 13 ProVG 424, 426.

(2) See Hirschberg L: Der Grundsatz der verhältnismäßigkeit, 43-44 (1981).

وبعبارة أخرى، يمكن القول، بأقصى درجة من الوضوح، إن مبدأ التناسب ينظم العلاقة بين الغرض أو الهدف من النشاط الإداري والوسائل المستخدمة لتحقيق هذا الهدف. وهذه العلاقة يجب أن تستوفي معايير معينة طورتها المحكمة الدستورية الألمانية. وهذه المعايير تتكون من اختبار ذي مراحل أو عناصر أو خطوات أربعة *a four stage test*. ويُستخدم هذا الاختبار ذو المراحل المتعددة من جانب المحكمة الدستورية لرقابة دستورية التشريعات ومن جانب المحاكم الإدارية لرقابة مشروعية النشاط الإداري.

وحتى تُستوفي متطلبات مفهوم التناسب، فإن النشاط الإداري يجب أن:

أولاً: يستهدف هدفاً مشروعاً (مشروعية الغرض).

ثانياً: الوسائل أو الإجراءات المتخذة لتحقيق الهدف المختار يجب أن تكون ملائمة *suitability* لتعزيز- وذلك إن لم تحقق بصورة كاملة- الهدف المحدد.

ثالثاً: أن تكون الوسائل المختارة ضرورية *necessary*. ويُستوفي هذا المتطلب إذا كان الهدف المقصود لا يمكن تحقيقه بواسطة وسائل أخرى، تتمتع بذات الدرجة من الملاءمة مثل الوسائل التي اختارتها الإدارة، ولكنها أقل تقييداً لحقوق وحرريات الأفراد. وثمة من يطلق من الكتاب على هذا المتطلب أو الاختبار الفرعي اختبار "الوسائل الأقل تقييداً، ولكن المساوية في ملاءمتها *. the less restrictive but equally suitable means*

رابعاً: يجب أن يستوفي النشاط الإداري متطلبات التناسب بالمعنى الضيق *proportionality stricto sensu*. وبعبارة أخرى، يجب أن تكون الوسائل ملائمة لتحقيق الهدف المقصود. ويمكن القول إن المحاكم الألمانية

تستخدم في هذه المرحلة ما يعادل "معيار المعقولية" الإنجليزي. وإذا كان التعريف واحداً، فإن تطبيق هذا الاختبار يختلف بحسب الأداة القانونية الخاضعة للفحص في هذه المرحلة (قانون أم إجراء إداري)، وكذلك بحسب المجال القانوني.

وإذا كان مبدأ التناسب يُنظر إليه باعتباره إسهاماً ألمانياً في القانون الأوربي، فإن تعريف ومضمون المبدأ في ألمانيا قد تأثرا بما هو مأخوذ به في القانون الأوربي، لاسيما في ظل الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان. ومن منظور المحكمة الدستورية الألمانية، يجد التناسب جذوراً راسخة في مبدأ "حكم القانون"، أو ما يُطلق عليه في ألمانيا *rechtsstaat*. وأيضاً في طبيعة الحقوق الدستورية المكرسة في القانون الأساسي الألماني. ولذلك، يُكيف التناسب بأنه أحد المبادئ الدستورية غير المكتوبة الملزمة لجميع سلطات الدولة.

وعلى الرغم من أن الأساس النظري الدقيق للمبدأ محل خلاف، فإن الرأي السائد في الفقه الألماني يسلم بالأهمية القصوى للمبدأ في مجال حماية الحقوق الأساسية، وبالعلاقة الوثيقة للمبدأ بفكرة حكم القانون^(١). ولذلك، لا يوجد أي خلاف في القانون العام الألماني على وجود المبدأ وعلى تطبيقه والاستناد إليه في أحكام القضاء الدستوري والإداري. وإنما ينصب التركيز أكثر على كيفية تطبيق التناسب في أحكام القضاء. ومن ناحية أخرى، إذا كان وجود المبدأ والوظيفة التي يؤديها ليسا محللاً لأي خلاف، فإن ثمة أسئلة ما تزال تبحث عن أجوبة لها فيما يتعلق بتطبيق مفهوم التناسب على القرارات التي لا تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية، أي تكون سلطتها

(1) BvrfGE 30 , 1 (20) AbbÖrurteil

بشأنها مقيدة، ومن ثم ما كان ينبغي إخضاعها لرقابة التناسب من وجهة نظر الأكاديميين.

ولذلك، يمكن القول بإيجاز، إن مبدأ التناسب في صورته المعاصرة يتكون من ثلاثة مراحل أو خطوات أو عناصر أو اختبارات فرعية - three limbs or sub-principle. ويتطلب مبدأ التناسب أو اختبار التناسب أن تكون الوسائل أو الإجراءات المختارة من جانب السلطات الإدارية (أو المشرع) ملائمة وضرورية لتحقيق الهدف أو الغاية المقصودة، وأن تكون هناك ثمة علاقة تناسب معقولة بين الوسائل المختارة من ناحية، والغايات المستهدفة من ناحية أخرى.

وقبل الشروع في بيان طريقة تطبيق المراحل أو الأفرع الثلاثة لاختبار التناسب، يجدر بنا الإشارة إلى أن مبدأ التناسب في صورته المعاصرة لا يقتصر تطبيقه على الإجراءات الإدارية، سواء أكانت تنظيمية (لأمنية) أو فردية، بل يتسع مجال تطبيق هذا المبدأ إلى ما هو أبعد من ذلك بكثير. وتفسير ذلك أن مبدأ التناسب قد اكتسب قيمة دستورية، ومن ثم أضحى يُطبق على الإجراءات التشريعية كما يُطبق على الإجراءات الإدارية. فوفقاً للحكم الصادر من المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في ١٥ ديسمبر ١٩٦٥، فإن مبدأ التناسب يعد نتيجة لمبدأ الدولة الدستورية أو لمبدأ حكم القانون. وبالإضافة إلى ذلك، فإن التكريس الصريح للحقوق الأساسية في القانون الأساسي الألماني يعد تعبيراً صريحاً عن حق الفرد في التمتع بالحرية في مواجهة سلطة الدولة، ومن ثم لا يجوز تقييد هذه الحرية إلا فقط بالقدر الذي لا غنى عنه لحماية المصلحة العامة^(١).

(1) Decision of 15 Dec 1965, 19 BVerfGE 342, 348-39.

وفي أحكام لاحقة، كررت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية الإشارة إلى أهمية مبدأ التناسب باعتباره معياراً أساسياً مرشداً لجميع الأنشطة التي تباشرها جميع سلطات الدولة^(١). ومن ثم، يجب على المحاكم مراعاة متطلبات هذا المبدأ في سياق التوفيق بين المصالح المتعارضة في ظل نصوص القانون الخاص^(٢). ومعنى ذلك، أن تطبيق مبدأ التناسب لا يقتصر على فرع معين من فروع القانون أو مجال معين من مجالاته^(٣). وبالإضافة إلى ذلك، يجب دائماً مراعاة مبدأ التناسب في سياق تفسير النصوص القانونية وتطبيقها^(٤).

وفي المقابل، يلاحظ أن المبدأ المناظر في الدول التي تأخذ بتقاليد القانون العام الإنجليزي وهو مبدأ المعقولية لا يتمتع، بالتأكيد، بمجال واسع للتطبيق على هذا النحو. ففي إنجلترا، لا يترك مبدأ سيادة البرلمان^(٥) مجالاً لتطبيق مبدأ أو معيار المعقولية على التشريعات الصادرة عن البرلمان. كما أن تطبيق مبدأ المعقولية على التشريعات الثانوية (اللوائح) مازال أمراً محل شك^(٦). وفي الهند، من المسلم به أن التشريع

(1) Decisions of 4 Feb 1975,38 BVerfGE 348, 368 and of 5 March 1968, 23 BVerfGE 127, 133.

(2) Decision of 5 June 1973,35 BVerfGE 202, 221.

(3) Decision of 8 Feb 1977,43 BVerfGE 242, 288.

(4) Decision of 9 Nov 1976,43 BVerfGE 101, 106.

(٥) يعنى مبدأ سيادة القانون في النظام الانكليزي "سيادة البرلمان" باعتباره الجهة التشريعية المنتخبة من قبل الشعب. ويترتب على ذلك نتائج تتمثل في قدرة البرلمان على إصدار أي قانون في أي وقت كان، وعدم وجود جهة أخرى تمتلك قانوناً المساس بتصرفات البرلمان: هذا التعريف متاح على الموقع التالي:

www.uobabylon.edu.iq/eprints/eprint_1_2190_975.doc

(6) See Wade, above n 2 at 752ffand de Smith SA: Judicial Review of Administrative Action 354-56 (4th ed, 1980).

يخضع بالتأكيد للدستور، لكن خارج مجال تلك الطائفة من الحقوق الأساسية التي لا تخضع صراحة إلا للقيود المعقولة^(١) أو التي وسعت المحاكم مجال تطبيق متطلب المعقولية ليشملها^(٢)، فلا يمكن القول بوجود مبدأ عام للمعقولية يجب أن تخضع له التشريعات الرئيسية أو التشريعات الثانوية (اللوائح)^(٣).

وفوق ذلك، يلاحظ أنه بالمقارنة بمبدأ التناسب الألماني *verhältnismäßigkeit* نجد أن مبدأ المعقولية أقل موضوعية وأكثر تجريدًا *less objective and more abstract*. ولعل هذا ما يفسر أن معيار المعقولية كان، دائماً، محل جدل. وإذا كان المعيار الأكثر قبولاً لتطبيق مبدأ المعقولية هو معيار الشخص المعقول *reasonable man*، فقد ذهب اللورد *Hailsham* إلى القول إن الأشخاص المعقولين يمكن أن يصلوا إلى نتائج متعارضة بشأن وقائع واحدة دون أن يؤدي ذلك إلى فقدانهم لصفة المعقولية^(٤). بيد أن ما تقدم لا يعني بحال من الأحوال أن المفهوم الألماني للتناسب خال تماماً من التنوع أو التفاوت في مدى شدة الرقابة القضائية، ويقدم حلاً معدداً سلفاً للمشكلات. وكل ما في الأمر هنا أن متطلبات اختبار التناسب، من الملاءمة والضرورة والتناسب بالمعنى الضيق (الموازنة) تقدم معايير

(1) See Const of India, art 19 (2)-(6).

(2) The right to equality in article 14 admits reasonable classification and through article 14 the concept of reasonableness has been extended to the right to life and liberty in article 21. See, *Maneka Gandhi v Union of India*, AIR 1978 SC 597.

(3) On the question of reasonableness of executive legislation see Jain MP, Jain SN: *Principles of Indian Administrative Law*, 347 ff (3d ed, 1979), n 11 at 61-63.

(4) *Re W (An Infant)* [1971] AC 682, 700.

أكثر موضوعية، وأن هذه المعايير يمكن إثبات توافرها أو عدم توافرها، وذلك مقارنة بالمعنى الغامض لفكرة المعقولية. ويمكن القول إن المحكمة العليا الهندية، في تفسيرها لمعقولية القيود المفروضة على الحقوق المكفولة في الفقرة (١) من المادة (١٩) من الدستور الهندي قد اقتربت من معنى المفهوم الألماني للتناسب. ولكن، لا توجد أحكام قضائية تبين تطبيق ذات المعيار في الأفرع القانونية الأخرى.

ويلاحظ أن الأفرع الثلاثة لاختبار التناسب في صورته المعاصرة تتسم بالتداخل والتشابك. ومع ذلك، مازالت هذه الأفرع أو العناصر أو المتطلبات الفرعية تتسم بالاستثنائية أو الحصرية، بمعنى أنه يجب أن يستوفى النشاط الإداري كل عنصر من هذه العناصر الفرعية على حدة حتى يعد النشاط مشروعاً.

أما فيما يتعلق بكيفية تطبيق هذه العناصر أو المراحل الفرعية لتحليل التناسب فإن ذلك غير ممكن إلا من خلال الرجوع إلى بعض الأحكام القضائية. وهذا ما نتناوله فيما يلي.

١ - مبدأ الملاءمة:

في سياق إنفاذها للقانون، لا يمكن للسلطات الإدارية أن تستخدم سوى تلك الوسائل الملائمة لتحقيق غرض هذا القانون. على أن ملاءمة الوسيلة أو الإجراء الإداري المستخدم تتحدد في ضوء معايير موضوعية، وليس وفقاً لتقدير ذاتي للسلطات الإدارية. ومن ثم، فإن الإجراء الإداري الذي لا يخدم- أو يكون مناقضاً لغرض القانون يكون غير مسموح به بصورة واضحة. ويكون غير ملائم بذات الدرجة الإجراء الذي يكون مستحيلاً تنفيذه، من الناحية الواقعية أو القانونية، لتحقيق غرض القانون. ومن الأمثلة على ذلك أن تقدير الإدارة إنشاء مصنع في مكان معين- حيث لا تسمح خصائص

التربة في مثل هذا المكان بإقامة هذا المصنع- يكون مباشرة غير قانونية للسلطة التقديرية^(١). وبالمثل، لا يجوز للإدارة أن تطلب من شخص معين فعل شيء لا يكون له سلطة أو مكنة مباشرته في ظل القانون الخاص. ولذلك، لا يجوز أن يُطلب من مستأجر مبنى معين إدخال تعديلات أو تغييرات على هذا المبنى^(٢). وبالمثل، لا يجوز أن يُطلب من المستأجر إدخال تعديلات على العقار الذي يستأجره^(٣). ويكون غير مشروع بذات الدرجة توجيه أمر أو إصدار حظر يشكل الانصياع له انتهاكاً لمبادئ القانون العام. ومن الأمثلة على ذلك، أنه لا يجوز للشرطة- بغرض منع الإزعاج والضوء- أن توجه أمراً لمالك حظيرة للكلاب بإبقاء الكلاب داخل غرف مغلقة، لأن الاستجابة لمثل هذا الأمر ستشكل مخالفة لقانون حماية الحيوانات^(٤).

٢- مبدأ الضرورة:

يمكن أن يُطلق على هذا المتطلب أيضاً مبدأ الوسائل الأخف. ويتطلب هذا المبدأ أنه من بين الوسائل العديدة الملائمة المتاحة لتحقيق غرض القانون، يجب: أولاً، في حالة الإجراءات التنظيمية (المقيدة) اختيار الإجراءات الأقل إضراراً بالفرد. ثانياً، في حالة الإجراءات النافعة اختيار الإجراءات الأقل إضراراً بمصالح المجتمع^(٥). من ذلك، على سبيل المثال، أن التحكم في الإزعاج الناشئ عن استخدام حانة قد لا يستلزم فرض

(1) Decision of 5 May 1908, 52 PrOVG, 419.

(2) 60VG Berlin, 115.

(3) Decision of 5 Nov 1968, 31 BVerwGE 15.

(4) Decision of 30 Oct 1970, 270VG LuneburgE 321, 325.

(5) Wolff, Bachof: Verwaltungsrecht III, 202 (4th ed, 1978) suggest that out of public resources only that much be granted to an individual as is necessary.

غرامات أو ضرائب أو عقوبات على صاحب الحانة إذا كان بالإمكان السيطرة على هذا الإزعاج بصورة فعالة من خلال التحكم في ساعات الإغلاق^(١). وفي المقابل، لا يعد تقييد استخدام الدراجات البخارية في بعض شوارع البلدة أثناء ساعات محددة في الليل، لأشهر قليلة، بغرض عدم إزعاج السياح، غير معقولة^(٢).

وحتى يكون بالإمكان تطبيق مبدأ الضرورة، يلزم أن تكون هناك وسائل عدة متاحة جميعها ملائمة لتحقيق الغرض المستهدف. وفي حالة غياب مثل هذا التعدد في الوسائل المتاحة الملائمة، من الواضح أنه لا تثور مسألة اختيار الوسيلة الأخف مساساً بالحقوق والحريات. ولذلك، في سياق تفسير الفقرة (١) من المادة (٤) من تقنين المرور Road Traffic Code الصادر عام ١٩٥٢ - التي تخول سلطة الضبط سحب رخصة القيادة إذا ثبتت أن حائز الرخصة غير جدير بحملها، خلصت المحكمة الإدارية الفيدرالية الألمانية، إلى أن

"السحب الجزئي للرخصة غير كاف، لأن تحقيق غرض القانون المتمثل في حماية الناس لا يمكن تحقيقه إلا من خلال السحب الكامل لرخصة القيادة من السائق الذي يثبت عدم صلاحيته للقيادة"^(٣).

٣- مبدأ التناسب بالمعنى الضيق

مبدأ التناسب أو مبدأ حظر الغلو أو الإفراط *verhältnismäßigkeit* يُطلق عليه أيضاً التناسب بالمعنى الضيق. ويتطلب هذا المبدأ إقامة موازنة معقولة بين

(1) Decision of 16 March 1967, 17 BWVGHE 227.

(2) Decision of 3 June 1982, [1983] NVwZ 93, 94 (BVerwG).

(3) Decision of 12 Jan 1962, 13 BVerwGE 288.

الضرر الذي يلحق الفرد نتيجة القيد المفروض على أحد حقوقه أو حرياته من ناحية، والمنافع أو الفوائد التي تعود على المجتمع من فرض هذا القيد. ومعنى ذلك أن مبدأ التناسب يحظر تلك الإجراءات الإدارية التي ترجح أضرارها أو آثارها السلبية على الفرد المنافع أو الآثار الإيجابية التي تعود على المجتمع.

ويلاحظ أن المحاكم الإدارية الألمانية في تقديرها لمدى تناسب الإجراءات الإدارية تعطي وزناً خاصاً لهذه الإجراءات، أي تعطي اعتباراً كبيراً للتقديرات أو الخيارات التي تبنتها الإدارة، بما يعني عدم تدخل هذه المحاكم إلا إذا كان عدم تناسب هذه الإجراءات ظاهراً أو واضحاً. ولعل هذه المقاربة الألمانية تعادل فكرة الخطأ الظاهر في التقدير أو الغلط البين *erreur manifeste d'appréciation* التي يلجأ إليها القاضي الإداري الفرنسي لدي رقابة القرارات الإدارية التي تتمتع الإدارة بشأنها بسلطة تقديرية.

وتطبيقاً للمقاربة السابقة، رفضت إحدى المحاكم الإدارية الألمانية التدخل في قرار صادر عن سلطات إحدى المدن، فقط لأنه في سياق فرض رسم على المدعى عن إقامة سور حول بناء تتم إقامته. لم تقم هذه السلطات موازنة دقيقة بين العبء المفروض على المدعي من ناحية، والمصلحة العائدة على المجتمع من ناحية أخرى^(١). وبالمثل، إذا كان القانون واضحاً تماماً بشأن الإجراءات الإدارية الذي اتخذته الإدارة، فإن المحاكم الإدارية الألمانية سترفض التدخل في هذا الإجراء أو التعقيب عليه، حتى لو كان الضرر الظاهر اللاحق بالفرد يرجح الفائدة الظاهرة العائدة على

(1) Decision of 14 April 1967, 26 BVerwGE 305, 309; also of 16 Dec 1971, 39 BVerwGE 190, 195.

المجتمع. وتطبيقاً لذلك، فإن الأمر الصادر من السلطة الإدارية المختصة بهدم بناء غير قانوني لا يشكل انتهاكاً لمبدأ التناسب، وذلك بصرف النظر عن الضرر اللاحق بالفرد^(١).

ومعنى ما تقدم، أن المحاكم يجب عليها أن تجري موازنة بين المصالح المتعارضة، ليس فقط في سياق كل حالة على حدة، ولكن أيضاً مع الأخذ في الاعتبار الإطار القانوني الحاكم للإجراءات الإدارية محل الطعن^(٢).

ويمكن القول إن النقطة الأهم محل التركيز في سياق رقابة التناسب التي يمارسها القاضي الإداري الألماني على القرارات الإدارية هي أن الإدارة ليس بمقدورها مباشرة السلطة التقديرية التي تتمتع بها على نحو ما تحب. وتفسير ذلك أنه يقع على الإدارة التزام بأن تقيم موازنة معقولة بين مصالح الأفراد من ناحية، والمصالح العامة للمجتمع من ناحية أخرى. ومن مؤدى هذا الالتزام ضرورة امتناع الإدارة عن اتخاذ أي نشاط يكون من أثره وضع أعباء مادية مغالى فيها أو مفرطة على الفرد^(٣).

وتطبيقاً للمبدأ السابق، ألغى القاضي الإداري الألماني قراراً للإدارة برفض إصدار شهادة تحقيق شخصية لأحد الأفراد- الذي كان يحتاج إلى هذه الشهادة لاستكمال الأوراق المطلوبة للالتحاق بالجامعة- وذلك على الرغم من أن السلطة الإدارية المختصة كانت تتمتع بسلطة الامتناع عن إصدار مثل هذه الشهادة في حالة مباشرة إجراءات جنائية في مواجهة الفرد. وفي هذه القضية، كانت الإجراءات الجنائية ما تزال

(1) Decision of 29 Sept 1965 [1966] Dav 249 (BVerwG).

(2) Drews, Wacke, Vogel, Martens: Gefahrenabwehr, 156 (8th ed, 1975 by Vogel K).

(3) Decision of 16 Oct 1963 of BW VGH cited in Drews et ai.

منظورة أمام القضاء، ولكن المحكمة خلصت إلى أن النتائج السلبية لرفض السلطة الإدارية المختصة منح شهادة تحقيق الشخصية للمدعي من شأنها حرمانه من مباشرة حقه في مزاوله مهنة من اختياره، وهو الحق المكفول في الفقرة (١) من المادة (١٢) من القانون الأساسي الألماني. واستطردت المحكمة قائلة إن هذه الآثار السلبية على الفرد تجاوز أي فوائد يمكن أن تعود على المجتمع^(١).

وتقدم العديد من القضايا الحديثة المتعلقة بإبعاد الأجانب من ألمانيا استناداً إلى إدانتهم جنائياً مزيداً من الأمثلة على تطبيق مبدأ التناسب. حيث تصر المحاكم الإدارية في هذه القضايا على أن السلطات الإدارية المختصة (سلطات الهجرة) يجب عليها، حال مباشرتها لسلطاتها التقديرية في إبعاد الأجانب على خلفية إدانتهم جنائياً، أن تراعي مبدأ التناسب. ففي قضية صدر الحكم فيها بتاريخ ٢٦ فبراير ١٩٨٠، قضت المحكمة الإدارية الألمانية الفيدرالية بأن:

"مبدأ التناسب، الذي يقيد السلطة التقديرية (للإدارة) في مسائل إبعاد الأجانب، يجب مراعاته. ومن ثم، بعد الأخذ في الاعتبار الوقائع والظروف بالنسبة لكل حالة، فإن الضرر المترتب على الإبعاد لا يجوز أن يكون غير متناسب في ضوء علاقته بالنتيجة المستهدفة. وهذا يعني أنه لا يجوز أن تكون هناك علاقة غير متناسبة بين الوقائع المادية للحالة الماثلة، لاسيما من حيث نوعها وخطورتها والنتائج، أي بين الغايات المستهدفة والوسائل المستخدمة"^(٢).

(1) Decision of 20 March 1970, 22 VR 64, 67 (BVerwG).

(2) "The principle of verhältnismäßigkeit which substantially restricts the discretion in the matter of expulsion must be observed. After =

ومع ذلك، فقد خلصت المحكمة في هذه القضية- بعد أن أخذت في اعتبارها سلوك المدعي في الماضي وإدائته بسبب الضرر الذي ألحقه بأحد زملائه مما أسفر عن وفاته- إلى أن قرار إبعاده لا يشكل انتهاكاً لمبدأ التناسب، بالنظر إلى أثر هذا القرار على سلوك الأجنبي الآخرين من ناحية احترام القانون والنظام.

وفي قضيتين آخريتين، طُبق فيهما مبدأ التناسب على رفض السماح للمدعين بالاستمرار في إقامتهم في ألمانيا استناداً إلى ارتكابهم بعض المخالفات البسيطة لقانون المرور أثناء مدة إقامتهم الطويلة في الدولة، انتهت المحكمة إلى إبطال قرار سلطات الهجرة برفض تجديد فترة الإقامة^(١). وقد أسست المحكمة قضاءها هذا على أنه مبدأ التناسب يجب مراعاته في سياق رفض سلطات الهجرة تجديد تصريح الإقامة. كما يجب على سلطات الهجرة، في سياق تقديرها لمدى تناسب النتائج السلبية المقترنة برفض تجديد تصريح الإقامة والأهداف التي تسعى الإدارة إلى بلوغها من قرارها برفض تجديد التصريح المذكور، أن تقوم بفحص ظروف كل قضية على حدة من حيث طول مدة الإقامة السابقة، والتكامل الاقتصادي والاجتماعي للشخص طالب التصريح بتجديد الإقامة، ووضعها الاقتصادي، وصلاته في بلده الأم، وسلوكه الإجمالي^(٢).

= considering the facts and circumstances of each case the harm associated with the expulsion must not be disproportionate to the aimed result, which includes that between the concrete facts of the case, particularly in terms of kind and severity, and the consequences, i. e., between the ends and the means there must exist no disproportionality.", 60 BVerwGE 75, 77.

(1) Decisions of 13 Nov 1979, 59 BVerwGE 105 and 112.

(2) Ibidem. p.109.

ويبين، مما سبق، أنه في مجال ترفض فيه المحاكم في الدول التي تأخذ بتقاليد القانون العام الإنجليزي بصفة عامة التدخل في القرارات الإدارية -non interference with the administrative decisions، نجد أن المحاكم الألمانية تصر على ضرورة مراعاة الإدارة لاعتبارات العدالة أو المعقولية fairness or reasonableness، وذلك من خلال تطبيق اختبار التناسب^(١).

ويتطلب القانون الألماني في سياق الموازنة بين المصالح الفردية والمصالح الاجتماعية لتحديد ما إذا كان ثمة تناسب بين الضرر الذي يلحق بالفرد والنفع العائد على المصلحة العامة أن تأخذ السلطات الإدارية في اعتبارها الآثار الجانبية أو العارضة لنشاطها، لاسيما الآثار التي تلحق بالغير^(٢).

وأخيراً، يشار إلى أن عدم مراعاة الإدارة لمبدأ التناسب يؤدي، في القانون الإداري الألماني، ليس فقط إلى إبطال، ومن ثم إلغاء القرار الإداري غير المتناسب، ولكن أيضاً إلى فتح الباب لذي الشأن للمطالبة بتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء القرار الإداري غير المتناسب، إذا كانت الإدارة تعلم أو كان بمقدورها أن تعلم أن القرار ينطوي على انتهاك لمبدأ التناسب^(٣).

(1) H. W. R. Wade Wade, Administrative Law, op. cit., p. 507 ff. Compare, Wong Yang Sungv. McGrath, 339 US 33 (1950) and the subsequent developments in Gellhorn, Byse, Strauss: Administrative Law, 168 (7th ed, 1979).

(2) Bill Drews, et al Gefahrenabwehr, op. cit., p. 156.

(3) Ibidem.

ثانياً: الغرض غير الصحيح

من المسلم به أن الإدارة ليس بمقدورها ممارسة السلطة الإدارية المخولة لها إلا تحقيقاً للغايات التي بررت منح هذه السلطة لها. ومن ثم، فإن استخدام الإدارة للسلطات الإدارية المخولة لها تحقيقاً لغايات أخرى يكون غير مشروع. ويوجد ثراء واضح في أحكام القضاء، في الدول التي تأخذ بتقاليد القانون العام الإنجليزي، التي تتضمن إبطاً لقرارات إدارية- صادرة استناداً إلى سلطة تقديرية- تستهدف تحقيق غايات غير تلك المحددة قانوناً لمثل هذه القرارات^(١).

ويقوم القاضي الإداري الألماني بفحص ما إذا كانت السلطة التقديرية المخولة للإدارة قد استخدمت لتحقيق الأهداف المحددة قانوناً^(٢). وتوجد العديد من الأحكام التي يؤكد فيها هذا القاضي أن الإدارة لا يجوز لها استخدام سلطتها التقديرية إلا لتحقيق الأغراض أو الأهداف التي من أجلها منحها القانون هذه السلطة^(٣). وقديمة هي الأحكام التي تقر هذا المبدأ. من ذلك، على سبيل المثال، الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا البروسية في ١ أكتوبر ١٩٠٩ الذي قضت فيه بأن المادة (٦٠) من التقنين التجاري الصادر عام ١٩٠٠ التي تسمح لسلطات الضبط التابعة للمدينة بأن ترفض السماح للسياح وللوكالات السياحية بعزف الموسيقى في ظل ظروف معينة، هذه المادة ليس من شأنها السماح لسلطات الضبط أن تباشر هذه السلطة تحقيقاً لغايات أخرى غير

(1) De Smith SA: *Judicial Review of Administrative Action*, op. cit., p. 325ff; Jain MP, Jain SN: *Principles of Indian Administrative Law*, op. cit., p. 490-91.

(2) *Ibidem.*, p 85.

(3) See, for example, decisions of 2 July 1963, 16 BVerwGE 194, 196 and of 18 Sept 1970, 36 BVerwGE 119.

تلك المحددة في قانون الضبط *police law*. ومن ثم، لا يجوز لسلطات الضبط أن تمارس سلطتها في هذا السياق لتحقيق ربح لجهات تابعة للمدينة، وليس لمنع إزعاج السكان^(١).

ولاحقاً قضت المحكمة الإدارية الفيدرالية الألمانية بأن نصوص ذات التقنين المشار إليه آنفاً التي تخول سلطات الضبط التفتيش على بعض الصناعات بغرض التحقق من مدى موثوقيتها، هذه النصوص لا يجوز الاستناد إليها لإجراء تحقيقات جنائية^(٢). وفي قضية أخرى، قضت ذات المحكمة بأن حظر ركن السيارات بغرض تيسير ركن سيارات الدبلوماسيين غير مسموح به في ظل تقنين المرور *Road Traffic Code*^(٣). ذلك أن القانون يخول سلطات الضبط حظر الركن في أماكن معينة، كما يخولها سلطة إيراد استثناءات على هذا الحظر. أما حظر ركن السيارات في أماكن معينة فقط لصالح أو لتمييز فئة معينة من الناس فهذا يجاوز أغراض القانون. وبالمثل، فإن نصوص قانون المرور التي تجيز استدعاء سائقي السيارات بغرض إحاطتهم علمًا بالتعليمات أو التوجيهات الواجب إتباعها لدى السير على الطرق وتعزيزاً لوعيهم بشأن مسؤوليتهم تجاه أمن الآخرين- هذه النصوص لا يجوز استخدامها لاستدعاء سائقي السيارات بسبب ارتكابهم انتهاكات بسيطة أو نادرة لقانون المرور^(٤). وفي المقابل، قضت المحاكم الألمانية في قضايا عدة بأن السلطة التقديرية المخولة لسلطات الهجرة في ظل قانون الأجانب لإبعاد الأجنبي أو رفض منحه تصريح

(1) Decision of 1 Oct 1909, 55 PrOVG 459.

(2) Decision of 2 March 1971, 37 BVerwGE 283.

(3) Decision of 22 Jan 1971, 37 BVerwGE 116.

(4) Decision of 18 Sept 1970, 36 BVerwGE 119.

الإقامة في ألمانيا بسبب إدانته جنائياً تباشرها الإدارة على نحو مشروع إذا تم ممارستها بغرض ردع الأجانب الآخرين المقيمين في ألمانيا عن الانخراط في أنشطة جنائية^(١).

ثالثاً: الاعتبارات غير ذات الصلة

من المسلم به، سواء في الدول التي تأخذ بتقاليد القانون العام الإنجليزي أو في ألمانيا، أن القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة استناداً إلى سلطتها التقديرية تكون غير مشروعة إذا تم تأسيسها على اعتبارات غير ذات صلة أو نتيجة تجاهل الاعتبارات ذات الصلة. وبالمثل يؤدي التقدير غير الصحيح للاعتبارات ذات الصلة إلى عدم مشروعية القرارات الإدارية. ولذلك، قضت المحكمة الإدارية الفيدرالية الألمانية في ٢ يوليو ١٩٦٣ بأن رفض منح راتب تقاعدي استناداً إلى اعتبارات مالية يعد غير مشروع. ويلاحظ أن السلطات الإدارية كانت تتمتع في هذه الحالة بسلطة تقديرية كاملة في رفض طلب الحصول على مزايا الراتب التقاعدي أو المعاش استناداً إلى اعتبارات تتعلق بفترة الخدمة السابقة للموظف في الخدمة، أما لجوء الإدارة إلى مثل هذا الرفض استناداً إلى أن الموظف تتوافر له مصادر الدخل الخاصة به، وأن منحة المعاش المذكور سيشكل عبئاً إضافياً على ميزانية الدولة، فإن هذا يعد من قبيل الاستناد إلى اعتبارات غير ذات صلة مما يصم قرار الرفض بعدم المشروعية^(٢). ومع ذلك، فإن الشخص ليس بمقدوره الشكوى من إساءة استخدام السلطة التقديرية، في سياق التقدم

(1) Decisions of 16 July 1970, 35 BVerwGE 291, 294; of 13 Nov 1979, 59 BVerwGE 105 and 112; and of 26 Feb 1980, 60 BVerwGE 75. Also decision of 18 July 1979, 51 BVerfGE 386.

(2) Decision of 2 July 1963, 16 BVerwGE 194.

بطلب للحصول على الجنسية، إذا كانت السلطات الإدارية المختصة قد خلصت، حتى بعد تأكدها من توافر الحد الأدنى من الشروط اللازمة للاستجابة لهذا الطلب، إلى أنه ليس من المرغوب فيه الموافقة على منح الجنسية لهذا الشخص لأسباب اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية، وذلك لأن القانون يمنحها سلطة تقديرية واسعة لأخذ هذه الظروف في الاعتبار^(١). وبالمثل، فإن تخصيص الفراغ المحدود المتاح لإقامة بعض الأكوثاك أثناء أحد الأعياد الوطنية بسبب الثقة الأكيدة في هذا الشخص وجاذبية هذه الأكوثاك لا يشكل إساءة استخدام للسلطة التقديرية من جانب الإدارة المختصة^(٢).

ويؤكد القضاء الإداري الألماني على ضرورة أن تأخذ السلطات الإدارية في حسابها كل الاعتبارات ذات الصلة لدى مباشرة سلطتها التقديرية. من ذلك، على سبيل المثال ما قضت به المحكمة الإدارية الفيدرالية في ألمانيا في ٣ مايو ١٩٧٣ من أنه في سياق اتخاذ قرار إداري بطرد أحد الأجانب استناداً إلى إدانته جنائياً يجب على سلطات الهجرة أن تأخذ في اعتبارها حقيقة أن هذا الأجنبي متزوج من امرأة ألمانية تتمتع بحق أساسي في حماية زوجها وأسرته في ظل الفقرة (١) من المادة (٦) من القانون الأساسي الألماني^(٣)، وأثر هذا الإبعاد بالغ الأهمية على هذا الحق الأساسي، ولذلك يجب أن يحظى هذا الحق بالوزن الذي يستحقه في إطار عملية الموازنة التي تجريها الإدارة لدى ممارسة سلطتها التقديرية^(٤).

(1) Decision of 13 Feb 1958,6 BVerwGE 186.

(2) Decision of 26 Aug 81 [1983] NVwZ 49 (OVG Uineburg).

(٣) وتتص هذه الفقرة على ما يلي: " تقع الشؤون الزوجية والعائلية تحت حماية خاصة من قبل نظام الدولة".

(4) Decision of 3 May 1973,42 BVerwGE 133.

وفي قضية أخرى تتعلق بإبعاد أحد الأجانب استناداً إلى ارتكابه إحدى المخالفات البسيطة التي استوجبت تغريمه بمبلغ (DM 200) قضت المحكمة بأنه لا يجوز للسلطات الإدارية المختصة أن تمارس سلطتها التقديرية لإبعاد أحد الأجانب وهي مغمضة العينين. وإنما يجب عليها أن تأخذ في حساباتها كل الاعتبارات ذات الصلة من قبيل مدة إقامته في ألمانيا، ووظيفة زوجته، وإمكانية إقامة منزل في بلده الأم، ومدى التغير في مسلكه، وغير ذلك من العوامل الأخرى ذات الصلة، سواء أكانت هذه العوامل الأخرى لصالح قرار الإبعاد أو لغير صالحه^(١). وفي قضية أخرى، كانت تتعلق بقرار رفض تمديد إقامة طبيب أردني في ألمانيا استناداً إلى السياسة التي يتبناها القانون الفيدرالي بشأن المهن الطبية **Federal Law on Medical Profession** والتي تقتضي ضرورة عودة الأطباء من الدول النامية إلى بلدانهم لاستكمال تدريبهم، قضي بأن هذا القرار قد أسس على اعتبارات ذات صلة كافية لحمله.

وفي إحدى القضايا، تم توظيف (مدرسة) في إحدى المزارع لمزيد من التدريب مع إقرارها بالعودة إلى وظيفتها الأصلية بعد إكمال تدريبها. ولكن أثناء فترة التدريب، تزوجت هذه السيدة من رجل في المزرعة الثانية التي تخضع للتدريب فيها، ومن ثم لم يعد بمقدورها الوفاء بالتزامها بالعودة إلى وظيفتها الأصلية. ولذلك، طلب منها إيداع مبلغ كبير من المال بسبب انتهاكها للتزامها بالعودة إلى وظيفتها الأولى. وفي هذه القضية، خلصت المحكمة إلى أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار في تحديد هذا المبلغ من المال الحق الأساسي لهذه المرأة في الزواج وفي تكوين أسرة المكفول في ظل الفقرة (١) من المادة (٦) من القانون الأساسي.

(1) Decision of 16 June 1970,35 BVerwGE 291.

المبحث الثاني

تطبيق مبدأ التناسب في القانون الإداري الفرنسي

من المعلوم أن القانون الإداري الفرنسي قانون قضائي النشأة في جانبه الأكبر، أي يرجع الفضل في ابتداع أغلب مبادئه للقاضي الإداري. ولا يشكل مبدأ التناسب استثناءً على هذه الملاحظة. وإذا كانت النصوص الدستورية أو التشريعية تتضمن، في العديد من الدول، إشارة صريحة أو ضمنية للتناسب^(١)، فإن التناسب لا يُطبق إلا في مجالات معينة، كما أنه لا يوجد نص قانوني يذكر، صراحةً، "مبدأ التناسب" أو "تحليل التناسب"^(٢). وتبعاً لذلك، شكلت أحكام القضاء المصدر الرئيس لتطوير مفهوم التناسب. ولوقت طويل، كان مجلس الدولة الفرنسي يستخدم رقابة التناسب، وإن كان ذلك يتم بصورة ضمنية. ومع ذلك، يبدو أن الأمور في هذا السياق بدأت تتغير، حيث يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي قد دخل مرحلة جديدة، تتمثل أبرز معالمها في تحول مجلس الدولة الفرنسي ليصبح الحارس الحقيقي للتناسب.

(١) من ذلك، على سبيل المثال، أن ميثاق البيئة الفرنسي *La Charte de l'environnement* - وهو وثيقة تتمتع بقيمة دستورية وتشكل جزءاً من الدستور الفرنسي- يطبق على جميع السلطات العامة- ينص في المادة (٥) على أن مبدأ الحيطة *Le principe de précaution* يتطلب من السلطات العامة أن تتخذ إجراءات وقائية ومتناسبة مع حدوث الضرر، لمزيد من التفصيل، انظر: د. وليد محمد الشناوى & المستشار الدكتور مصطفى صلاح الدين هلال، نحو تكريس دستوري للحق في البيئة في الدستور المصري الجديد، المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة تحت عنوان "مستقبل النظام الدستوري للبلاد" المنعقد- في كلية الحقوق/ جامعة المنصورة- في الفترة من ١٧-١٨ أبريل ٢٠١٢؛ د. وليد محمد الشناوى؛ الحماية الدستورية للحقوق البيئية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (٥٢)، أكتوبر، ٢٠١٢.

(٢) وهنا بالإمكان مقارنة الموقف الفرنسي بالموقف الهولندي، لاسيما تبني *GALA* في النظام القانوني الهولندي.

وعلى الرغم من أن التركيز الأكبر هنا سينصب على أحكام القضاء الإداري الفرنسي، فإننا سنبدأ بإشارة موجزة إلى أحكام المجلس الدستوري الفرنسي^(١). ذلك، أن المجلس الدستوري الفرنسي قد بدأ، منذ قراره بشأن قانون (Loi relative à la rétention de sûreté) في ممارسة رقابة صريحة على التناسب^(٢). وهكذا، أضحت القاضى الدستوري الفرنسي يمارس رقابة ممنهجة ومنظمة تتم على مراحل أو خطوات ثلاث، هي الملاءمة والضرورة، والتناسب بالمعنى الضيق^(٣).

وقبل هذا القرار المشار إليه آنفاً، لم يكن مجلس الدولة الفرنسي يمارس سوى رقابة ضمنية على التناسب^(٤). من ذلك، على سبيل المثال، أن المجلس الدستوري أشار إلى "فكرة التناسب" في عام ١٩٧٩ عندما قرر أن البرلمان بإمكانه تقييد الحق في الإضراب إذا كان الإضراب يعرقل استمرار سير المرافق العامة^(٥). ومن ثم، يجب على البرلمان أن يوفق بين هذين العنصرين، على نحو يكفل أن القيود المفروضة على الحق

(١) من المعلوم أن دستور (١٩٥٨) هو الذي أنشأ المجلس الدستوري الفرنسي. ويتمثل الدور الرئيس لهذا المجلس في رقابة دستورية التشريعات (Lois). وتتم هذه الرقابة، ليس فقط في ضوء نصوص دستور (١٩٥٨)، ولكن أيضاً في ضوء مقدمتي دستور (١٩٥٨)، (١٩٤٦)، وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٩٥٨.

(2) Décision n° 2008-562 DC du 21/02/2008 Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental, Rec. p. 89. 3 Déc.

(3) Ibid (11)-(23).

(4) Décision n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002 relative à la loi de modernisation sociale, Rec. p. 49

(5) Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, rec 33.

في الإضراب ليست غير متناسبة. ويبدو هذا التطور بالغ الأهمية، لأنه يكشف أن رقابة التناسب التي يجريها كل من المجلس الدستوري ومجلس الدولة الفرنسيان ليست متطابقة تمامًا.

والحقيقة أن استطلاع الأحكام الحديثة للمجلس الدستوري الفرنسي يكشف عن أن الاستخدام الصريح للرقابة الكاملة على التناسب أضحت ممكنة وقابلة للتطبيق. ومع ذلك، من المهم ملاحظة أن قرار المجلس الصادر في عام ٢٠٠٨ فيما يتعلق بالحق في الإضراب يقدم مثالاً متفرداً للاستخدام الممنهج والمنظم لرقابة التناسب (أي رقابة التناسب وفق مراحل أو خطوات متتابعة منتظمة). بينما يستخدم المجلس في أحكامه الأكثر حداثة مصطلحات تحليل التناسب ذي الخطوات الثلاث في جملة واحدة (الملاءمة، الضرورة، التناسب بالمعنى الضيق)، وذلك دون تضمين هذه العناصر في الرقابة الممنهجة والمنتظمة للتناسب. من ذلك، على سبيل المثال، أن القاضي الدستوري الفرنسي قرر، في حكم صادر في عام ٢٠١٢، أن القيود المفروضة على حرية التعبير يجب أن تكون "ضرورية، وملائمة، ومتناسبة"^(١). ومن الملاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يستخدم في هذا الحكم الاختبار المكون من خطوات ثلاث لرقابة مدى دستورية القانون محل الطعن^(٢). والحقيقة أنه يبدو صعباً تفسير لماذا لا يستخدم المجلس الدستوري الفرنسي صيغة واحدة متسقة لرقابة التناسب.

(1) Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, rec. 139.

(2) M. Laurent A et autres (2013) no 2013-302 QPC [4-6] JORF 6186. The 'question prioritaire de constitutionnalité' ('QPC').

وحتى الوقت الحاضر، تبدو أحكام المجلس الدستوري الفرنسي غير واضحة بالنسبة لهذه النقطة، كما أن الكتابات الأكاديمية لم تقدم حلاً لهذه المشكلة بعد^(١).

وعلى أي حال، لا نبالغ إذا قلنا إن رقابة التناسب ما زالت تعاني، في فرنسا، من درجة معينة من الغموض. وعلى الرغم، من أنه ليس بالإمكان القول إن مبدأ التناسب يعد أداة غير معروفة لمجلس الدولة الفرنسي، فإن تطور المبدأ قد واجهته معوقات متعددة، منها غياب التطبيق الممنهج والمنتظم لهذا المبدأ. وتبدو هذه الملاحظة لافتة للنظر، لاسيما مع الميل المتزايد للقاضي الإداري الفرنسي لاستخدام رقابة التناسب، على نحو يكشف عن تبني مقاربة عملية لرقابة التناسب وللفائدة التي تقدمها هذه الرقابة.

وعلى ذلك، ستقسم الدراسة في هذا المبحث وفقاً للخطوة التالية:

المطلب الأول: تطور رقابة التناسب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

المطلب الثاني: مجالات تطبيق رقابة التناسب.

(1) G. Chetard La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, janvier-mars 2013, no 1, p. 51-71.

المطلب الأول

تطور رقابة التناسب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي

أولاً: رقابة غير معترف بها صراحة

يرد العديد من الكتاب رقابة التناسب في القانون الإداري الفرنسي إلى قضية Benjamin⁽¹⁾. وتتخلص وقائع هذه القضية في أن عمدة مدينة Nevers أصدر قراراً بحظر تنظيم مؤتمر من جانب السيد René Benjamin، وهو صحفي ومتحدث عام ذو اتجاهات يمينية متطرفة. وكانت كتابات هذا الصحفي مثيرة للجدل المحتدم. وكرد فعل على هذا المؤتمر، دعت مجموعة من الاتحادات التجارية والأحزاب اليسارية إلى تنظيم مظاهرات رافضة حضوره في البلدة. وفي ضوء هذا النزاع الوشيك الحدوث، احتج بأن حضور الصحفي المذكور في المدينة يمكن أن يشكل خطراً يهدد النظام العام. وفي محاولة من جانبه لمنع وقوع هذا النزاع الوشيك، قرر العمدة استخدام سلطاته، المخولة له لحماية النظام العام، لحظر إقامة هذا المؤتمر. بيد أن السيد René Benjamin لم يستسلم لهذا الحظر، ومن ثم قرر الطعن عليه.

وفي هذه القضية، قرر مجلس الدولة الفرنسي بأن ثمة واجباً يقع على عاتق العمدة بأن يوفق بين متطلبات النظام العام من ناحية، وحرية الاجتماع من ناحية أخرى. وقد رأى المجلس أنه لبلوغ هذه الغاية، فإن العمدة كان بمقدوره أن يتخذ إجراءات أخرى للسماح بانعقاد المؤتمر مع مراعاة اعتبارات النظام العام في ذات الوقت. غير أن مثل هذا النوع من التسبب أو المنطق القانوني المتحرر liberal reasoning لم يكن واسع الانتشار في ذلك الوقت.

(1) CE, 19 mai 1933, Benjamin, Lebon, p. 541.

والحقيقة أن الرغبة في تحقيق التوفيق بين الاعتبارات أو المتطلبات المتعارضة قد عبر عنها المجلس بالفعل في بعض أحكامه المبكرة. من ذلك، على سبيل المثال، الحكم الصادر في قضية *Abbé Olivier* في عام ١٩٠٩^(١). وتتلخص وقائع هذه القضية في أن عمدة مدينة *Sens* اتخذ قراراً بحظر جميع الفعاليات الدينية في شوارع المدينة أثناء تشييع الجنازات الدينية. وفي هذه القضية، قرر مجلس الدولة الفرنسي بأن القانون الذي يخول العمدة فرض مثل هذه القيود بغرض حماية النظام العام يتطلب "احترام العادات والتقاليد المحلية بأكبر درجة ممكنة، وألا تُقيد هذه العادات والتقاليد إلا عندما تستلزم المحافظة على النظام العام ذلك". وقد خلص مجلس الدولة الفرنسي في نهاية الأمر إلى إلغاء قرار الحظر استناداً إلى إساءة استخدام السلطة، مع الإشارة بوضوح إلى أن ثمة واجباً يقع على عاتق العمدة بالألا يتبنى سوى الإجراءات الإدارية التي تتلاءم مع مستوى الخطر الذي يتهدد النظام العام. وباختصار، يمكن القول إن السلطات الإدارية يجب عليها التأكد من أن الإجراءات الإدارية المراد تبنيها متناسبة. ومن الواضح أن هذا المنطق القانوني هو ذاته الذي اتبع في قضية *Benjamin* المشار إليها آنفاً. ففي كلتا القضيتين، يجب على السلطة العامة أن توفق بين اعتبارات حماية النظام العام من ناحية وضرورة احترام الحرية من ناحية أخرى^(٢).

(1) " considérant que, si le maire est chargé par (...) la loi du 5 avril 1884 du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois ". CE. 19 février 1909, *Abbé Olivier*, Rec., p. 181

- ووفقاً لهذا الحكم، يجب على العمدة، بموجب قانون ٥ أبريل ١٨٨٤ بشأن المحافظة على النظام في دائرة اختصاصه الإقليمي أن يوفق بين تنفيذ مهمته في حماية النظام العام من ناحية، وضرورة حماية الحريات المكفولة قانوناً من ناحية أخرى.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن الحرية محل البحث في هذه القضية هي حرية الضمير والدين.

ويبدو واضحاً مما سبق أن المصدر القضائي لاختبار التناسب لا يمكن تجاهله لدى دراسة تطور هذا المفهوم واستخدامه وصياغته. بيد أنه تجدر الإشارة إلى أن الخصيصة الأساسية لاختبار التناسب في فرنسا هي أن القاضي الإداري لا يطبقه تطبيقاً صريحاً. فلم يحدث أبداً أن بين هذا القاضي بصورة واضحة الخطوات التي اتبعها أو المراحل التي مر بها أو الاختبارات الفرعية التي أجراها لكي يخلص في نهاية الأمر إلى أن الإجراء المطعون عليه أمامه متناسب أو غير متناسب. وفوق ذلك، لا يبين القاضي الإداري الفرنسي، بالتفصيل، استخدامه لاختبار التناسب في السياقات الواقعية المختلفة. من ذلك، على سبيل المثال أنه لا يوجد تمييز واضح بين رقابة مدى ملائمة أو قدرة الإجراء على تحقيق الغرض الذي يستهدفه، وضرورته للتأكد من أن الإدارة لم يتوافر لها إجراءات أخرى بديلة أقل تقييداً أو مساساً بحقوق وحرريات الأفراد، والموازنة، أي ما إذا كان الإجراء مفرطاً في علاقته بالغرض الذي يستهدفه^(١).

ويبدو أن نقص التفسير أو الإيضاح الكافي يمثل خصيصة عامة للتسبب القانوني الفرنسي. ولذلك، تأتي الأحكام القضائية موجزة في الغالب. من ذلك، على سبيل المثال، أن الحكمين الصادرين في القضيتين السابقتين Benjamin – Abbé – Olivier لم يتضمن أي إشارة إلى التناسب، ولا إلى الحاجة لأن يكون الإجراء متناسباً. ومثل هذه الرقابة تنبع من طريقة معينة يتبناها القضاء الإداري الفرنسي يمكن

(1) Hartmut Maurer, Droit administratif Allemand, trad. par M. Fromont, Paris, LGDJ, 1995, pp 248-249; Pierre Moor, Systématique et illustration du principe de la proportionnalité, in Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, Presses universitaires de Strasbourg, pp.381-349.

- يلاحظ أن فكرة تكون اختبار التناسب من مراحل أو خطوات ثلاث فرعية ترجع إلى القانون الألماني.

وصفها بأنها توفيقية^(١). ولذلك، لما كان القاضي الإداري يتحقق مما إذا كان الإجراء توفيقياً وليس مفترطاً، فإن هذا يعني بالضرورة تحققه من مدى تناسب الإجراء دون الإشارة إلى ذلك صراحة. بيد أن هذا المعنى تمت صياغته "بطريقة سلبية"، لأن العديد من الأحكام تظهر أن القاضي الإداري يكون أكثر ميلاً للتحقق مما إذا كان الإجراء "غير متناسب"^(٢). وحتى وقت قريب جداً، كان ما تقدم هو الإشارة الوحيدة الواضحة للتناسب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

ثانياً: الاعتراف الصريح بالتناسب

كثيراً ما وُجه النقد إلى مجلس الدولة الفرنسي بسبب الإيجاز الواضح في أحكامه. بيد أنه يمكن ملاحظة أن المجلس قد أدخل بعض التغيير على منهجه هذا في أحكامه الصادرة حديثاً. ففي الماضي، كانت الأحكام تأتي في الغالب مختصرة أو موجزة، ومن ثم كانت لا تتضمن سوى القليل من التفسير أو الإيضاح. ولعل هذه الخصوصية لصياغة أحكام مجلس الدولة الفرنسي هي التي تفسر، بصورة جزئية، لماذا لم يكن القاضي الإداري الفرنسي يشير إشارة صريحة إلى اختبار التناسب. كما يمكن تفسير ذلك بأن القضاة كانوا يعتمدون المحافظة على المنطق الذي اعتمدوا عليه سراً مطوياً من أجل تجنب النقد أو من أجل تفادي عبء التسوية أو التسبب التفصيلي الكامل للأحكام التي يصدرونها. ومع ذلك، يلاحظ أن أحكام مجلس الدولة الحديثة

(1) Charles Eisenmann Cours de droit administratif, Paris, LGDJ, 1982, pp. 121-122 ; Charles Debbasch and Frédéric Colin, Droit administratif, 10e éd, Economica 2011, p. 26.

(2) CE, 18 décembre 2002, Mme Duvignières, req. n° 233618, Rec. p. 463

أضحت، ليست فقط أكثر وضوحاً، بل ربما مالت نحو تحقيق أغراض تعليمية^(١). وقد أثر هذا الاتجاه الحديث على طريقة صياغة مبدأ التناسب.

ويلاحظ الأستاذ Jacques Petit أنه منذ عام ٢٠١١ بدأ اختبار التناسب ذو الخطوات الثلاث يدخل قضاء مجلس الدولة الفرنسي^(٢). ففي قضية Association pour la promotion de l'image et autres المتعلقة بجوازات السفر البيومترية^(٣)، لاحظ القاضي الإداري أن "الإجراءات التي يفرضها النظام ليست ملائمة ولا ضرورية ولا متناسبة"^(٤). ومنذ صدور هذا الحكم، بدأ مجلس الدولة الفرنسي يتواتر على استخدام الاختبار الثلاثي للتناسب المكون من الملاءمة والضرورة والتناسب بالمعنى الضيق في مقاربتة أو صياغته المستخدمة لرقابة تناسب الإجراءات

(١) يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي قد بدأ، تحت تأثير من تقرير Martin (أبريل ٢٠١٢)، يتجه نحو صياغة أحكامه بصورة أكثر تفصيلاً ووضوحاً:

- Denis Baranger, Retour sur Dieudonné, RFDA, n 3, 2014, p. 525.

-Bernard Stirn, Panorama : le mouvement de réforme de la justice administrative, L'Actualité Juridique: Droit Administratif, p. 1193.

(2) J Petit (No 10) 870.

(٣) جواز السفر الإلكتروني (بالإنجليزية: biometric passport) هو عبارة عن جواز سفر إلكتروني ورقي يحتوي على معلومات حيوية يمكن استخدامها لمصادقة هوية المسافرين. وهذا الجواز الإلكتروني يستخدم تقنية بطاقة ذكية ويشمل شريحة معالج دقيق وهوائي (لكل من الطاقة للشريحة والاتصالات) تكون في الغلاف الأمامي أو الخلفي أو صفحة في وسط جواز السفر الإلكتروني. هذا التعريف متاح على الموقع التالي:

<https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AC%D9%88%D8%A7%D8%B2%D8%B3%D9%81%D8%B1%D8%A5%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8A>

(4) CE Ass., 26 octobre 2011, Assoc. pour la promotion de l'image et a., req. n° 317827.

التي تستخدمها الإدارة. ويلاحظ بعض الكتاب أن القانون الإداري الأوربي كان له أثر كبير على الصياغات اللغوية التي يستخدمها القاضي الإداري الفرنسي في رقابته على مدى تناسب القرارات الإدارية^(١).

وفي الحكم الوقتي الحديث الصادر في ٩ يناير ٢٠١٤ (Dieudonné)، أعاد مجلس الدولة الفرنسي التأكيد على أن:

"القيود التي يتم فرضها على الحريات الأساسية بغرض حماية النظام العام يجب أن تكون ضرورية، وملائمة، ومتناسبة"^(٢).

ورغم أن هذه الصياغة الجديدة لرقابة التناسب تكتسب أرضاً جديدة في كل يوم، فليس بالإمكان القول أنها أضحت متضمنة في جميع قرارات مجلس الدولة الفرنسي التي تنطوي على رقابة صريحة أو ضمنية، لمدى تناسب الإجراءات الإدارية.

وفي حكم وقتي آخر، صادر في ٢٦ يوليو ٢٠١٤، قرر مجلس الدولة الفرنسي:

"أن احترام حرية التعبير- وهي الحرية التي تتمتع بطابع الحرية الأساسية- يجب أن يتم التوفيق بينه وبين حماية النظام العام. ويرجع لسلطة الضبط المختصة، تحت رقابة القاضي الإداري، اتخاذ الإجراءات التي تمنع

(1) M. Guyomar et X. Domino, Le passeport biométrique au contrôle : empreintes et clichés, chronique de jurisprudence, AJDA, 2012, p. 35.

(2) "qu'il appartient aux autorités chargées de la police administrative de prendre les mesures nécessaires à l'exercice de la liberté de réunion ; que les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice de ces libertés fondamentales doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées", (2014) L'Actualité juridique: Droit Administratif 866 (Conseil d'Etat) 4.

الاضطرابات (والتي يمكن أن تمس النظام العام)، بما في ذلك، عندما يكون ذلك متناسباً، حظر النشاط، إذا كان الإجراء المتبني هو الوحيد المحتمل محافظته على النظام العام"^(١).

ورغم أن فكرة التناسب متضمنة في متطلب التوفيق (بين ضرورة احترام حرية التعبير باعتبارها إحدى الحريات الأساسية من ناحية، وضرورة حماية النظام العامة من ناحية أخرى)، فإن المصطلحات المتعلقة برقابة التناسب مثل الضرورة والملاءمة والموازنة لم تظهر في الصياغة التي استخدمتها المحكمة في هذه الحالة.

على أن التطور في الصياغة اللغوية المشار إليه آنفاً لا يعني أن ثمة تحولاً جاريًا قد حدث في سياق رقابة التناسب من جانب القاضي الفرنسي. فما زال القاضي الإداري الفرنسي يرفض أن يؤسس رقابته على المراحل أو الخطوات الثلاثة المكونة لتحليل التناسب بصورة صريحة. ويخالف هذا المسلك من جانب القاضي الإداري الفرنسي ما عليه في القضاء المقارن الأوروبي والوطني. ومن ثم، مازال القاضي الإداري الفرنسي يتطلب من الإدارة، في معظم الحالات، أن تطبق مبدأ التناسب، المصوغ في صورة مراحل ثلاث متميزة، ولكن دون أن يراقب القرار في مجمله استناد

(1) "le respect de la liberté de manifestation, qui a le caractère d'une liberté fondamentale, doit être concilié avec le maintien de l'ordre public et qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police, lorsqu'elle est saisie de la déclaration préalable prévue à l'article L. 211-1 du code de la sécurité intérieure, d'apprécier le risque de troubles à l'ordre public et, sous le contrôle du juge administratif, de prendre les mesures de nature à prévenir de telles troubles dont, le cas échéant, l'interdiction de la manifestation si une telle mesure est seule de nature à préserver l'ordre public". Conseil d'État, Juge des référés, 26/07/2014, req. N° 383091.

إلى مدى تناسبه^(١). وحتى عندما يطبق مجلس الدولة الفرنسي القانون الأوربي أو قواعد الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، فإنه لا يطبق صراحة ذات المقاربة أو المنهجية التي يطبقها القضاء الأوربي، وهي تطبيق الاختبار التناسب من خلال خطوات أو مراحل متميزة^(٢).

وحتى الوقت الحاضر، يلاحظ أن الاستخدام الصريح لاختبار التناسب من جانب مجلس الدولة الفرنسي لا يعدو أن يكون مسألة متعلقة بالصياغة اللغوية أكثر منها ثورة منهجية. ويبدو ذلك جلياً من خلال نقاط عدة نوضحها فيما يلي:

١ - حقيقة أن مجلس الدولة الفرنسي لا يستخدم هذا التعبير بصورة منهجية في كل مرة يباشر فيها رقابة التناسب، تكشف عن أن هذا المفهوم لا يشكل إطار لرقابته.

٢ - حقيقة أن مجلس الدولة الفرنسي يتجنب الإشارة إلى الاختبار ثلاثي العناصر، وذلك خلافاً للمجلس الدستوري، يعد دليلاً على أن المجلس لا يستخدم المراحل الثلاث لاختبار التناسب إلا على أساس استرشادي.

٣ - يظهر هذا المسلك من جانب مجلس الدولة الفرنسي ضعف تأثيره بالقضاء الأوربي والقضاء المقارن.

(1) M. Guyomar et X. Domino, « Le passeport biométrique au contrôle : empreintes et clichés », chronique de jurisprudence, AJDA, 2012 p. 35.

(2) See Section française de l'observatoire internationaldes prisons (2014), req. n° 369692 (Conseil d'État) (on art 8 of the ECHR); Mme B (2011) req. n° 329439

ومع ذلك، يلاحظ أن إشارة مجلس الدولة الفرنسي إلى مصطلح التناسب يكشف أهمية القانونين الأوربيين والمقارن بالنسبة للقاضي الإداري الفرنسي. وتظهر هذه الأهمية بدرجة ما في استخدام مجلس الدولة لرقابة التناسب. حيث يجد الأصل الأجنبي لرقابة التناسب صدها، بدرجة ما، في قضاء مجلس الدولة الفرنسي. ولذلك، يمكن القول إن مجلس الدولة الفرنسي يستخدم مصطلح التناسب، إما باعتباره "التزاماً" تابعاً من القانون الأوربي، وإما باعتباره "اتجاهاً قانونياً" سائداً في القانون المقارن، وذلك دون أن يعني ذلك تبني المجلس لهذه الرقابة بصورة ممنهجة.

ومع ذلك، يمكن القول إن مجال التخطيط الحضري أو العمراني كان استثناءً من هذه الرقابة الضمنية على التناسب. فمنذ الحكم الصادر في قضية *Commune de Levallois-Perret*⁽¹⁾، ومجلس الدولة الفرنسي يصوغ رقابته على القرارات المتعلقة بإعلان المنفعة العامة لمشروعات التطوير الحضري في مراحل ثلاثة. ومن ثم، يعول المجلس على كل خطوة من هذه الخطوات في مباشرة رقابته. وتبعاً لذلك، عندما يراقب المجلس المنفعة العامة لأحد مشروعات التطوير الحضري، فإنه يتأكد من أنه:

"المشروع يخدم غرضاً متعلقاً بالمصلحة العامة، وأن السلطة العامة لم يكن بمقدورها إجراء الصفقة بذات الطريقة دون اللجوء إلى الشراء الإلزامي ... وأخيراً أن الضرر اللاحق بحقوق الملكية الخاصة، والتكاليف المالية، وأن الآثار السلبية ذات الطبيعة الاقتصادية أو الاجتماعية المترتبة

(1) CE 9 avril 2010 Commune de Levallois-Perret n° 309662.

على المشروع ليست مفرطة في ضوء المنفعة التي يحققها هذا المشروع"^(١).

ومن الواضح أن الخطوة الأولى من خطوات الرقابة التي تباشرها المحكمة في القضية السابقة كانت تنصب على المصلحة أو المنفعة العامة للمشروع، بما يعني أنها تستهدف التحقق مما إذا كان يوجد إساءة استخدام للسلطة^(٢). أما الخطوتان الآخرتان يشبهان الرقابة على عنصري الضرورة والتناسب بالمعنى الضيق.

ويلاحظ أن "رقابة الضرورة" في حالة الشراء الإجباري، والتخطيط الحضري تتجلى من خلال الحاجة للتحقق "مما إذا كانت السلطة العامة بمقدورها إكمال الصفقة بذات الطريقة دون اللجوء إلى الشراء الإجباري". ومعنى ذلك أن المحكمة يجب عليها أن تفحص ما إذا كان ثمة بدائل أخرى متاحة ذات أثر أقل على حقوق الأفراد.

وهنا يمكن الإشارة إلى جوانب ثلاثة متميزة:

١- إن "رقابة الضرورة" لا تستخدم إلا لحماية الحق في الملكية، وليست لحماية الحقوق والحريات الأخرى.

وفوق ذلك، فإن الوسائل أو الإجراءات البديلة لا يمكن اختبارها إلا إذا كان من شأنها تجنب استخدام الشراء الإجباري تماماً، أي إذا لم يكن لهذه الإجراءات أي أثر

(١) لمثال أبكر، ولكنه أقل وضوحاً، انظر قضية: (CE, 28 décembre 2009, Fédération)؛ ولمثال تضمن تقرير جميع خطوات تحليل التناسب بوضوح، ولكن دون تضمينها في الحيثيات الرئيسية، انظر: CE, 28 mars 2011, Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou et de Migne-Auxances et autres, n° 330256 et autres, T. p. 967.

(2) René Hostiou, Expropriation: précisions sur la mise en oeuvre de la théorie du bilan, RDI, 2012. p. 617.

يذكر على الحق في الملكية. وهذا الوصف لا ينطبق على الإجراءات التي من شأنها فقط تقليل عدد الملكيات الواجب إخضاعها للشراء الإجباري. ولاشك أن من شأنه ذلك تقليل طائفة الإجراءات البديلة التي يمكن الاختبار من بينها. ومع ذلك، فإن ثمة شكًا يكتف هذا الحل لدى قراءة حيثيات الحكم الصادر *Fédération Alto et autres* (2009). ففي سياق الفصل في مشروعية أمر صادر في ٢٦ أكتوبر ٢٠٠٧ – تضمن الاعتراف بالمنفعة العامة لأحد خطوط السكك الحديدية فائقة السرعة- قررت المحكمة أنه لم يكن واضحًا من الأدلة المتاحة من إذا كان استخدام قطارات *Pendalino* على خطوط السكك الحديدية القائمة، وليس على الخطوط الجديدة المخطط إنشاؤها من يمكن أن يؤدي إلى نتائج مشابهة دون أن يتطلب أن يتطلب عددًا أكبر من حالات الشراء الإجباري^(١). وهذه العبارة الأخيرة تفتح الباب للتساؤل: هل لو كان المشروع البديل- من خلال تقليص لعدد حالات الشراء الإجباري مع تنفيذه في ظل ذات الظروف- سيؤدي إلى اعتبار المشروع الأصلي مفتقدًا لصفة المنفعة العامة.

٣- النقطة الثالثة، المتعلقة برقابة الضرورة في قضية *Commune de Levallois*، حيث قرر مجلس الدولة أنه كان سيؤيد خطة بديلة إذا كان من شأنها تجنب كل حالات الشراء الإجباري مع ترتيب ذات النتائج. وهذا المتطلب الأقرب إلى الغموض يشير لمزايا الخطة البديلة. ويلاحظ أنه في قضية *Fédération Alto*، ذكر صراحة متطلب "النتائج المشابهة". وهذه الصياغة تعبر عن ذات الفكرة المتضمنة في تعبير "الظروف المشابهة"، وذلك على الرغم من أن التعبير الثاني يبدو أكر اتساعًا على نحو قد يجعله يشمل، يكون ذلك ضروريًا، الوسائل الفعلية الضرورية لإكمال المشروع، وعلى أي حال، يمكن القول إن قراءة الحكمين معًا-

(1) CE, 28 décembre 2009, *Fédération Alto*, n° 311831.

(Commune de Levallois)، (Fédération Alto)- يبينان أن المحكمة ستراقب مدى ملائمة المشروع البديل، أي مدى كفاءته وحتى فعالية، وذلك من خلال رقابة "الظروف المشابهة". ومن المهم هنا الإشارة إلى أن المحكمة لا تتبشر رقابة مباشرة على ملائمة المشروع الأصلي، ولكن بدلاً عن ذلك تراقب ملائمة المشروع البديل.

أما فيما يتعلق برقابة التناسب بالمعنى الضيق، فهذه تتم من خلال تحليل المنافع والمضار (cost benefit analysis (bilan coûts avantages). وتتجلى هذه الرقابة في أن المحكمة ستقوم بإلغاء المشروع إذا كانت مضارة أو أثاره السلبية مفرطة بصورة ظاهرة مقارنة بمنافعه أو الآثار الإيجابية التي تترتب عليه.

ومما سبق يمكن القول إن أوجه الشبه بين المقاربتين الألمانية والفرنسية في تطبيق اختبار التناسب تتقاربان تدريجياً، حيث إن الخطوة الأولى في قضية Commune de Levallois المتعلقة بمدى تعلق الغرض بالمصلحة العامة قريبة الشبه جداً برقابة مشروعية الهدف في اختبار التناسب الألماني.

المطلب الثاني

مجالات تطبيق رقابة التناسب

يُنظر، عادة، إلى اختبار التناسب باعتباره طريقة تحريرية لرقابة القرارات الإدارية. ويرى بعض الكتاب أن هذا الاختبار قد تطور، بحسب الأصل، في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية وإجراءات الضبط الإداري التي تمس هذه الحريات (أولاً). ومع ذلك،، يمكن ملاحظة أن مجلس الدولة الفرنسي قد وسع من مجال تطبيق اختبار التناسب ليشمل مجالات أخرى، وذلك دون الإشارة الصريحة لهذا الاختبار من جانب القاضي الإداري الفرنسي (ثانياً).

أولاً: المجال التقليدي لتطبيق اختبار التناسب: حماية الحقوق والحريات الأساسية

تقدم القول إن اختبار التناسب قد طبق، بحسب الأصل، في مجال إجراءات الضبط من أجل حماية الحقوق والحريات، كما رأينا ذلك في قضايا Abbe Olivier، Benjamin، Dieudonné. ونظراً لأن الإجراءات التي تتخذها سلطات الضبط تمثل تدخلاً في ممارسة الحريات المدنية، فإن تطبيق اختبار التناسب في هذا المجال يمثل تأييداً لمقولة أن "الحرية هي الأصل، وأن التقييد هو الاستثناء"^(١). ففي قضية Benjamin^(٢)، ألغى القاضي الإداري قرار العمدة بحظر إقامة أحد المؤتمرات، لأن الحظر لم يكن هو الخيار الوحيد المتاح. حيث كان بالإمكان حماية النظام العام من خلال بدائل أخرى أقل قهراً أو تقييداً. ومن ثم، يمكن القول إن "ضرورة" الحظر كانت هي المسألة الرئيسية المطروحة على المحكمة. ويبدو أن السلطة القائمة على الضبط قد نسيت في هذه الحالة الحرية في سياق سعيها لفرض القانون وحماية النظام، بينما كان يجب عليها التوفيق بينهما: حماية النظام وكفالة الحرية في ذا الوقت.

وقد خضعت "ضرورة" الإجراء للتحليل، أيضاً، في قضية Dieudonné التي صدر فيها الحكم في ٩ يناير ٢٠١٤^(٣). ويلاحظ أن وقائع هذه القضية تشبه وقائع

(1) Commissaire du gouvernement Corneille dans ses conclusions sur l'arrêt Baldy du 10 août 1917 : « La liberté est la règle, la restriction de police l'exception ». Elle a dominé l'esprit d'une jurisprudence très libérale », 1917, rec. P. 637.

(2) CE, 19 mai 1933, Benjamin, Lebon, p. 541 ; GAJA, 16e ed., no 47, p. 295 ; Sirey 1934. 3. 1, concl. Michel, note Mestre ; D. 1933. 3. 334, concl. Michel.

(3) CE, Ordonnance du juge des référés, 9 janvier 2014, Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala, n° 374508 .

قضية Benjamin. ففي قضية Dieudonné، كان السؤال المطروح على المحكمة هو: هل من المشروع بالنسبة للعمدة أن يلغي إقامة عرض لممثل ساخر، إذا كان هذا العرض يتضمن إلقاء نكات باعثة على إثارة مشاعر الكراهية والتمييز. وعلى النقيض من الحكم الصادر في قضية Benjamin، خلصت المحكمة في قضية Dieudonné إلى أن السلطة القائمة على الضبط بمقدورها إلغاء إقامة العرض الكوميدي، وذلك:

"في ضوء المخاطر التي يمكن أن تترتب على العرض وتمثل تهديداً للنظام

العام"^(١).

ويبدو واضحاً في هذه القضية أن المحكمة كانت مستعدة لقبول التسوية الذي قدمته سلطة الضبط للإجراء الذي اتخذته "بالغاء إقامة العرض الكوميدي". ويتمثل هذا التسوية في أن الغرض المذكور كان من شأنه أن "يخلق مخاطر جدية تتهدد النظام العام، بحيث يكون من الصعب جداً على سلطة الضبط السيطرة عليها"^(٢). ومع ذلك، يبدو الحكم الصادر في قضية Dieudonné مثيراً للتساؤل فيما يتعلق بهذه النقطة^(٣). حيث يلاحظ أن مجلس الدولة لم يستفد كثيراً من اختيار التناسب ومتطلباته المتعددة في هذه القضية. فمن المسلم به أن هدف اختبار التناسب هو التوفيق بين حماية الحرية من ناحية، وحماية النظام العام من ناحية أخرى. وفكرة أنه كان "من الصعب جداً" على

(1) CE, Ordonnance du juge des référés, 9 janvier 2014 9 janvier 2014, Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala, n° 374508 .

(2) Ibid (5).

(3) Bertrand Seiller, 'Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique', (2003) Revue Française de Droit Administratif 1472

سلطة الضبط أن تحمي النظام العام يمكن أن تؤخذ في الاعتبار لدى اختبار إجراء الضبط، ولكنها لا تستخدم لتسوية الحظر^(١).

ويبدو أن المحكمة ذاتها قد استشعرت ضعف المنطق السابق. ففي قرار لاحق صادر في ١٠، ١١ يناير ٢٠١٤، سمحت المحكمة بحظر مشابه لإجراء الحظر المشار إليه آنفاً استناداً إلى أن قوات الضبط لم تكن كافية لمنع ضرر من هذه الطبيعة على النظام العام، مثل استثارة مشاعر الكراهية والتمييز العرقي^(٢). فعندما تتعلق مخالفات النظام العام بتعبيرات لفظية مثيرة لمشاعر التحامل، فإن قوات الضبط قد لا يكون بمقدورها حماية النظام العام. وفي هذا السياق، يمكن إلغاء العرض استناداً إلى عدم وجود إجراء أكثر ملاءمة أو أكثر فعالية. ويبدو الخلاف بين هذه القضية وقضية Benjamin، في أنه في القضية الأولى كان الخطر الذي يتهدد النظام العام لا ينبع من "مجرد كلمات"، ولكن أساساً من التظاهر العام حول مكان انعقاد المؤتمر.

وقد أتاحت الفرصة لمجلس الدولة الفرنسي لتطبيق اختبار التناسب على عدد من الحقوق والحريات، مثل حرية الاجتماع^(٣)، وحرية التجارة

(1) Jacque petit Ibid.

(2) Denis Baranger, Retour sur Dieudonné, op. Cit., p. 525.

(3) CE 29 déc. 1997, Maugendre, rec. 826) : une interdiction n'est pas légale lorsque, sur la base d'une appréciation in concreto (refaite par le juge administratif dans l'exercice de son contrôle), il faut estimer qu'il aurait pu être « paré à tout danger par des mesures de police appropriées ». Si d'autres mesures permettant d'éviter le même danger sont possibles et si elles permettent à la liberté de s'exercer, alors la mesure d'interdiction n'est pas nécessaire et, par conséquent, elle est illégale. () sur

<http://www.jura.unifreiburg.de/institute/hochschulrecht/downloads/fonctionsadministratives.pdf>

والصناعة^(١)، وحرية الدين والاعتقاد، وحقوق العمل^(٢). كما عمل القاضي الإداري الفرنسي، تدريجياً، على توسيع مجال تطبيق التناسب للتأكد من أن إبعاد الأجانب لا يشكل انتهاكاً لحقهم في حياة أسرية عادية^(٣). وبالإمكان أيضاً أن ندرج في هذه القائمة مبدأ المساواة الذي يسمح للسلطات الإدارية بأن تتبنى معاملة مختلفة للأشخاص الذين يشغلون مراكز قانونية غير متماثلة^(٤).

ومع ذلك، ينبغي ملاحظة أن مبدأ التناسب لا يمكن تطبيقه على الحق أو الحرية إذا كان كل منهما مطلقاً. ذلك أنه عندما يكون الحق أو الحرية مطلقاً، فإن التوفيق بين حماية الحق أو الحرية وبين الاعتبارات التي تملي التقييد يكون غير ممكن^(٥). ولذلك، فإن الحقوق والحريات المطلقة- مثل الكرامة الإنسانية وحرية الاعتقاد، والحق في عدم الخضوع للتعذيب، والحق في عدم الخضوع للرق- لا يمكن إخضاعها في ظل أي ظروف ولا بأي درجة من الدرجات للتقييد.

على أن تطبيق اختبار التناسب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي لم يكن مقصوراً على إجراءات الضبط الإداري. حيث طبق اختبار التناسب أيضاً في مجال القيود التي يتم فرضها على الحق في الإضراب. ذلك، أنه من المعلوم أن السلطة التنفيذية الفرنسية تتمتع بالحق في تقييد إضراب الموظفين المدنيين. بيد أن حق السلطة التنفيذية في هذا الخصوص يجب أن يكون مقيداً بغرض المحافظة على النظام

(1) CE, Ass., 22 juin 1951, Daudignac, Rec. 362.

(2) CE, 19 février 1909, Abbé Olivier, Leb., p. 181.

(3) CE, Ass., 19 avril 1991, Belgacem, Rec. p. 152.

(4) CE, Ass., 28 juin 2002, Villemain, Rec. 229.

(5) CE, Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Rec. Lebon, p. 372, concl. Frydman.

العام^(١). ولذلك، إذا كانت ممارسة الحق في الإضراب يمكن أن تتهدد النظام العام باضطراب أو بخطر جدي، فإن الحكومة بمقدورها أن تحظر ممارسة هذا الحق كلية. وقد وسعت هذه الإمكانيات حديثاً لتشمل الموظفين المدنيين الذين يعملون في "مرافق عامة تلبي الاحتياجات الأساسية للدولة"^(٢). وفي غير مثل هذه الحالات، يكون مسموحاً للسلطة العامة بأن تفرض شروطاً مسبقة لممارسة الحق في الإضراب، ولكن لا يجوز لها أن تحظر ممارسة الحق بصورة كلية^(٣). من ذلك، على سبيل المثال، أن المجلس قضى في قضيتين في (١٩٨١، ٢٠٠٣) أن الحظر العام والمطلق للحق في الإضراب فيما يتعلق بالموظفين العموميين الذين ليس لهم سوى اتصال محدود بالجمهور غير مشروع^(٤).

ومن متابعة التطور السابق لحماية الحقوق والحريات يمكن استنباط أن اختبار التناسب قد نشأ، بحسب الأصل، من روح التوفيق بين النظام العام وممارسة الحرية. ومع ذلك، عندما يكون مطلوباً من إحدى السلطات العامة أن تحمي كلا المتطلبين معاً، فإن ذلك لا يمنع المحكمة من السماح بالقرارات المؤسسة كلية على احترام القانون والنظام. وحتى القيود الأكثر قسوة أو تطرفاً المفروضة على الحقوق والحريات يمكن السماح بها في حالات معينة. ولذلك، أضحي ملحوظاً رؤية القاضي الإداري يلغى

(1) CE, Ass., 7 juillet 1950, Dehaene, Rec., p.426.

(2) CE, Ass., 12 avr. 2013, Fédération Force Ouvrière Énergie et. Mines et autres, n° 329570, rec. 94.

(3) Ass. 23 oct. 1964, Fédération des syndicats chrétiens de cheminots, Lebon 484.

(4) CE 4 fevrier 1981, Federation C.F.T.C. des personnels de l'environnement, de l'équipement et du logement, des transports et du tourisme Rec. 45 ; CE 9 décembre 2003, Mme Aguillon, Rec. p. 497.

قرارات إدارية بسبب اتسامها بالإفراط أو التطرف في القيود التي تفرضها. ويبدو هذا الاتجاه ملحوظاً بصورة أكبر في بعض المجالات الجديدة التي تكشف التوسع التدريجي لمجالات تطبيق مبدأ التناسب.

ثانياً: التخطيط الحضري والجزءات التأديبية

تقدم القول إن مجال تطبيق اختبار التناسب يزداد اتساعاً بصورة تدريجية ليشمل مجالات جديدة تجاوز المجال التقليدي المتمثل في التوفيق بين النظام العام والحرية. ومن ثم، يلاحظ أن القاضي الإداري الفرنسي بدأ يوسع من مجالات تطبيق مبدأ التناسب ليشمل مجالات التخطيط الحضري والجزءات التأديبية التي يتم توقيعها على الموظفين العموميين. وسنحاول، فيما يلي، إلقاء الضوء على هذين المجالين الذين يطبق فيهما القاضي الإداري الفرنسي مبدأ التناسب.

١- التخطيط الحضري

المجال الأول الذي اتسع نطاق تطبيق اختبار التناسب ليشمله هو التخطيط الحضري أو تخطيط المدن^(١). فمنذ القرار الشهير الصادر في

(١) التخطيط الحضري هو التخصص الذي يُعنى بكافة مناحي المنطقة الحضرية، ويشمل تخصصات متعددة مثل الإدارة والسياسة والقانون والاقتصاد وعلم الاجتماع والهندسة والبيئة وغيرها. والتخطيط الإقليمي مشابه له، إلا أنه يشمل منطقة أوسع من التخطيط العمراني أو الحضري. ويصعب تصنيف التخطيط العمراني ضمن مصنف واحد لتعدد الاختصاصات المتعلقة به، ولكنه يصنف أكاديمياً ضمن البيئة المبنية أو الهندسة. ويهدف التخطيط العمراني إلى تقييم الحياة العمرانية والريفية، وإيجاد حلول هندسية للمشاكل العمرانية مثل التضخم السكاني، والعشوائيات، وأزمات المرور، وتنظيم الحركة بين السكان والخدمات. وتوجد نظريات متعددة للتخطيط الإقليمي والعمراني تهدف إلى تنظيم الحياة العمرانية: لمزيد من التفصيل انظر: د. شريف الوكيل، التخطيط العمراني مبادئ - أسس - تطبيقات، الجزء الأول ٢٠٠٦؛ كما يوجد تعريف عام بالموضوع على العنوان التالي:

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AA%D8%AE%D8%B7%D9%8A%D8%B7%D8%B9%D9%85%D8%B1%D8%A7%D9%86%D9%8A#cite_note-1

قضية Ville nouvelle Est بتاريخ ٢٨-٥-١٩٧١، ومجلس الدولة الفرنسي يراقب مضمون خطة التطوير المقترحة، ويقوم بموازنة المضار أو التكاليف أو الآثار السلبية للخطة في مواجهة منافعها أو أثارها الإيجابية، وذلك لتحديد مدى المنفعة التي تترتب عليها^(١). ومن ثم، إذا كانت المضار أو الآثار السلبية الاقتصادية أو الاجتماعية أو البيئية مفرطة بصورة واضحة في ضوء علاقتها بالمنافع أو الآثار الإيجابية للمشروع المقترح، فإن مجلس الدولة يلغي القرار الصادر بإعلان المنفعة العامة للمشروع، استناداً إلى عدم مشروعيته.

ويمكن القول إن هذه القرارات القضائية الصادرة في العقد السابع من القرن الماضي في هذا السياق كانت تتسم بالإبداع من ناحيتين:

أولاً: أنها سمحت بتطبيق ما يمكن أن يُطلق عليه تحليل الموازنة بين المنافع والمضار Le bilan coûts/avantages. وقد مكن هذا الشكل من التحليل القاضي الإداري من أن يبسط رقابته على مدى ملاءمة المشروع.

ثانياً: أنها سمحت للقاضي الإداري أن يقيم موازنة بين العناصر المختلفة الخاصة بكل حالة على حدة. ومعنى ذلك أن القاضي أضحى بمقدوره أن يوازن بين كل الآثار الإيجابية والسلبية للمشروع بصورة صريحة أو بين المنافع والمضار التي تترتب عليه. وفي تسببه لهذه القرارات، تبنى مجلس الدولة الفرنسي اتجاهاً تعليمياً على نحو يمكن أن يستفيد منه متخذ القرار (الإدارة).

(1) CE, ass., 28 mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement c/ Féd. de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé Ville nouvelle-Est : Rec. CE 1971, p. 409, concl. Braibant ; D. 1972, jurispr. p. 194, note Lemasurier .

ورغم هذا التطور الكبير في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مجال رقابة قرارات إعلان المنفعة العامة لمشروعات التطوير الحضري المقترحة، فإنه لم يترتب عليه في الواقع العملي سوى إلغاء عدد قليل من هذه القرارات. وتفسير ذلك أنه رغم أن هذا التطور قد أتاح للقاضي الإداري درجة أعلى من التعمق في عملية اتخاذ القرارات الإدارية، فقد بقي القاضي ملتزماً بدرجة من الحذر أو الحرص. وقد تعرض هذا الحذر أو الحرص من جانب القاضي الإداري للنقد من جانب بعض الفقهاء^(١). حيث يلاحظ أنه كلما كان المشروع كبيراً كلما قل احتمال إلغائه استناداً إلى تحليل المنافع والأضرار. وتكشف قرارات مجلس الدولة الفرنسي الصادرة في السنوات الماضية أن المشروعات الصغيرة هي وحدها التي يُحتمل إلغاؤها استناداً إلى هذا التحليل^(٢).

(1) Bernard Seiller, Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique , AJDA, 2003, p. 1472 ; Patrick Janin, La jurisprudence du bilan est-elle toujours utile ? Droit de l'environnement, n° 195, Novembre 2011, pp 318-324 ; Patrick Wachsmann, « Un bilan du bilan en matière d'expropriation : la jurisprudence Ville Nouvelle Est, trente ans après », in Liber Amicorum Jean Waline. Gouverner, administrer, juger, Paris, 2002, p. 734.

(٢) ومن القرارات الإدارية التي كانت محلاً للإلغاء بسبب تكلفتها المفرطة بالنظر إلى نتائجها القرار الصادر بإقامة حقل هوائي في مدينة صغيرة (CE., 26 octobre 1973, Grassin, Rec.) (598) وأحياناً يكون القرار الملغى بالغ الأهمية، انظر على سبيل المثال:

- CE, 10 juillet 2006, Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte Croix, des lacs et sites du Verdon, n° 288108, Rec. p. 332 :

- ففي هذا القرار، ألغى القاضي الإداري مشروعاً لإقامة أحد خطوط الضغط العالي بسبب آثاره السلبية المفرطة على البيئة: لمزيد من التفصيل، انظر:

- Marie-France Delhoste, La théorie du bilan et la protection de l'environnement, 2006, AJDA, p. 990.

ويمكن القول إن فكرة تحليل الموازنة بين المنافع والمضار تبدأ أولاً بتحديد مزايا أو منافع المشروعات العامة، ليس فقط بالنسبة للمصلحة العامة، ولكن أيضاً بالنسبة للمصالح الخاصة. ففي قضيتي *Ville nouvelle Est*، ذهب مفوض الحكومة Braibant إلى أن "المصالح الخاصة التي تستفيد من المشروع تحمل وزناً أكبر في عملية اتخاذ القرار مقارنة بالمصلحة العامة التي يمكن أن تتضرر. ويبدو هذا صحيحاً بصفة خاصة في المجال الذي يؤدي فيه المشروع إلى تقرير الأراضي المحيطة التي تمثل ملكية خاصة.

وبعد أن يتحقق القاضي الإداري من المنافع أو الآثار الإيجابية التي يحققها المشروع العام، يستمر القاضي في فحصه أو وزنه للعناصر التي يمكن أن تتأثر سلباً بالقرار الإداري، مثل البيانات البيئية، والتكاليف المالية التي يتحملها الشخص العام، وحقوق الملكية الخاصة، والآثار الاجتماعية. ويلاحظ أن مفهوم الآثار الاجتماعية أو "التكاليف الاجتماعية" قد فُسر تفسيراً واسعاً على نحو يشمل، على سبيل المثال، الأثر السلبي على الآثار^(١). ويمكن للقاضي أن يضيف للآثار السلبية تلك التي تلحق "بالمصالح المتعلقة بالنظام العام". ومن الأمثلة على ذلك قضية *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*، حيث دعت المحكمة لفحص مشروع مشروع يتعلق بطريق سريع، وكان من شأن إقامة هذا الطريق السريع الإضرار بنشاط المصحة النفسية الوحيدة في المنطقة، وذلك على الرغم من أن هذه المصحة كانت مملوكة ملكية خاصة^(٢). ويلاحظ أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار قد أكملت في

(١) وقد ذهب مفوض الحكومة في تقريره Guy Braibant إلى إدراج الأثر على البيئة في مفهوم "التكاليف الاجتماعية" أو "الآثار الاجتماعية" بيد أنه حديثاً جداً، ومع تطور أدوات جديدة لحماية البيئة، لم تعد الآثار البيئية تحل ضمن مفهوم "الآثار الاجتماعية"، وإنما أضحت تحل على استقلال.

(2) CE, ass., 20 octobre 1972, Société civile Sainte-Marie de l'Assomption, Rec. p. 657.

قضية Société civile Sainte-Marie de l'Assomption . ووفقاً للصيغة المتبناة في هذه القضية الأخيرة، فإن:

"العملية لا يمكن تقرير صفة المنفعة العامة لها بصورة مشروعة، إلا إذا كان مساسها بالملكية الخاصة وتكلفتها المالية وأثارها السلبية المحتملة على المستوى الاجتماعي ومساسها بالمصالح العامة الأخرى ليس مفرطاً في ضوء المصلحة العامة التي تستهدفها"^(١).

وحالما ينتهي القاضي من إجراء هذه الموازنة المزدوجة، فإنه يشرع في وزن الآثار الإيجابية في مواجهة الآثار السلبية أو في موازنة المنافع في مواجهة الأضرار. فإذا كانت هذه الأخيرة أقل بصورة واضحة، فإن القاضي يلغى قرار إعلان المنفعة العامة. وهذه المنهجية التي يتبعها القاضي الإداري في رقابة مدى تناسب قرارات إعلان المنفعة العامة هي التي تفسر لماذا يبدو القاضي الإداري أكثر ميلاً لإلغاء القرارات المتعلقة بالمشروعات الصغيرة. ذلك، أنه بالنسبة للمشروعات الكبيرة تكون المصالح المتضمنة في هذه المشروعات أقل أهمية، بينما تكون التكاليف بالنسبة للإدارة أكبر (لاسيما المالية)، وبصفة خاصة لدى المقارنة مع الطابع المحلي للسلطة العامة التي تبنت المشروع. ويبدو هذا واضحاً في قضية Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne. ففي هذه القضية راجع مجلس الدولة الفرنسي مشروعية (٣٥) كيلو متر من طريق جديدة للسيارات لتلبية احتياجات تقدر بعشرة آلاف مركبة في اليوم الواحد في مقابل تكلفة تقدر ٢,٦ بليون فرانك. وفي

(1) "Une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée , le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente" , CE 20 octobre 1972 Sté Civile Ste Marie de l'Assomption , Rec. 657 , concl. Morisot.

هذه القضية خلصت المحكمة إلى أنه في ضوء الرقابة المرورية المقدرة، فإن التكلفة المالية للمشروع يجب النظر إليها باعتبارها قد تجاوزت المصلحة المنتظرة من المشروع، مما يجرّد المشروع من صفة المنفعة العامة^(١). ومما هو جدير بالملاحظة في هذه القضية أن المحكمة لم تقم حتى بتحليل "ما إذا كانت التكاليف أو الآثار البيئية" للمشروع غير متناسبة في ضوء علاقتها بالفوائد المحتمل انعكاسها على المرور في المنطق^(٢).

ويبين، مما سبق، أن تطور مفهوم المنفعة العامة واتساع نطاقه وازدياد الدور التدخلية للدولة قد دفع القاضي الإداري الفرنسي إلى إعادة النظر في رقابته التقليدية

(1) CE, ass., 28 mars 1997, Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne, Rec. p. 121

(٢) ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي يميل، في الغالب، إلى قبول الطلبات المتعلقة بالمشروعات الوطنية العامة التي يُنظر إليها دومًا بعين الرضا كمشروع الطريق السيار أو المشروع المتعلق بمد خطوط القطار الشديد السرعة T.G.V، وذلك بخلاف المشروعات الأقل أهمية، حيث يكون موقفه تجاهها أشد صرامة، بل أكثر من هذا، فإنه في إطار نظرية الموازنة بين المنافع والمضار Théorie du bilan coût-avantages، فإنه يعمد إلى رفض التصريح بالمنفعة العامة بالنسبة للمشروعات التي تكون تكاليفها أكبر بكثير من المنافع التي تنجم عن إنشاء مثل هذه المشروعات. ومن الأمثلة على ذلك طلب جماعة لا يتعدى عدد سكانها ١١١٠٠ نسمة التصريح بالمنفعة العامة لمشروع إنشاء مطار لصالح سكان تلك الجماعة، وبطلب لجماعة أخرى صغيرة لإنشاء مطار لفائدة سكان تلك الجماعة، وبطلب جماعة أخرى صغيرة إنشاء محل لتوقف المسافرين، حيث رفض المجلس في هاتين الحالتين الطلبين السابقين، وذلك في إطار تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار، بينما قبل طلب إنشاء محل لوقوف السيارات بجانب أحد الشواطئ نظراً لما سيقدمه مثل هذا المشروع من خدمات لصالح المصطافين من المواطنين والسياح الأجانب على حد سواء. كما قبل المجلس طلب إنشاء منطقة لخدمة الصناعة التقليدية، لأن من شأن إنشاء مثل هذه المنطقة أن يخلق فرص عمل جديدة وينعش الحركة الاقتصادية: جيرالد دوفيل، التصريح بالمنفعة العامة والاجتهاد القضائي الإداري، تقرير عن أشغال الجلسة الثانية لندوة التعمير ونزع الملكية، ندوة نظمها المجلس الأعلى أيام 15 و 16 و 17 مايو 1998 بالاشتراك مع محكمة النقض الفرنسية، تقرير متاح على الموقع التالي :

<http://brahimzaim.com/pdf/ta9rir%20achghal.pdf>

على قرارات إعلان المنفعة العامة، وذلك من خلال تبنيه نظرية الموازنة بين المضار والمنافع. وتطبيق هذه النظرية من جانب القاضي الإداري يتطلب معرفة ما يحققه المشروع المقترح من مزايا وفوائد، وكذلك ما يترتب عليه من أضرار عند عملية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة. كما يأخذ القاضي في اعتباره أيضاً ما يستلزمه المشروع المقترح من نفقات وتكاليف مالية، مع الأخذ بعين الاعتبار الأضرار الاقتصادية والاجتماعية والبيئية للمشروع، وإقامة موازنة بين هذه العناصر، بحيث لا يمكن إقامة أي مشروع إذا جاءت الأضرار والأعباء المترتبة عليه مفرطة بالنسبة للمزايا والمصلحة التي يحققها. لقد كانت ثمرة اجتهاد الفقه والقضاء في هذا الصدد الإعلان عن مبدأ الموازنة بين المزايا والسلبيات المترتبة على القرارات الإدارية، بحيث يتعين المقارنة بين المصالح المتعارضة للإدارة والأفراد في نطاق المشروعية، فإذا انتهت الموازنة إلى ترجيح المزايا، أعلن القاضي عن مشروعية القرار، أما إذا كانت الأضرار والسلبيات هي الراجحة وجب القضاء بإلغاء القرار لعدم مشروعيتها. ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي هو المنبت الأصلي لهذه النظرية، حيث كانت بداية هذه النظرية مع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٨ مايو ١٩٧١ في قضية "المدينة الشرقية"^(١). وفي تعليق المفوض Braibant على هذا الحكم، فقد ذهب إلى تحديد مجموعة من الاعتبارات والمقومات التي لها تأثير، ومن ثم يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند تقدير الموازنة بين المنافع والأضرار، وأول هذه المقومات أو ما يتعلق بالكلفة المالية للمشروع المقترح، حيث يجب عند تقييم عملية إدارية ما الأخذ في الاعتبار القدرة المالية للجهة المنفذة للمشروع، فما يصلح للتنفيذ على مستوى مدينة اقتصادية كبرى أو جهة غنية قد لا يصلح للتنفيذ على مستوى جماعة ذات موارد

(1) CE Ass., 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, Rec. 409.

محدودة، وعلى أساس هذا المعيار ألغى مجلس الدولة الفرنسي قراراً إدارياً بإنشاء مطار في إحدى القرى حينما تبين أن القدرة المالية لهذه القرية لا تستطيع تحمل مصاريف هذا المشروع المقترح، فهذا الأخير من شأنه أن يسبب أضراراً للاقتصاد تفوق بصورة مفرطة الفوائد أو المنافع التي يمكن أن تترتب على إنشاء المطار^(١).

على أنه يجب التمييز بين اختبار التناسب على رقابة قرارات تقرير المنفعة العامة وتحليل التكاليف والمنافع. كما تقدم القول، يلاحظ أن المحكمة تراقب مدى تناسب التدخل في الحقوق قبل أن تلتفت لإجراء موازنة بين المصالح. ولذلك، فإنه في حالة الشراء الإجمالي، ستقوم المحكمة برقابة متطلب الضرورة من خلال فحص ما إذا كانت السلطة العامة التي تملك الأرض ستنفذ المشروع في ظل ذات الظروف. وهذا النوع من الرقابة يستهدف التأكد من أن الإدارة تدير المشروع بصورة فعالة دون التدخل في حقوق الملكية^(٢). ومع ذلك، إذا تبين أن تجنب الشراء الإجمالي لن يضمن تنفيذ المشروع محل الطعن في ظل ذات الشروط، فإن المحكمة تبقى قرار تقرير المنفعة العامة. ومن الواضح أن رقابة التكاليف والمنافع *Le bilan coûts/avantages* تكشف عن إجراء المحكمة للخطوة الثالثة من اختبار تحليل التناسب بالمعنى الضيق. فالمحكمة، في ظل اعترافها بأن الإدارة ليس متاحاً لها خيارات أخرى، تقوم بتقييم

(١) أحمد أبعون، "تطورات رقابة المجل الأعلى على شرط المنفعة العامة في موضوع نزع الملكية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، دراسات، عدد مزدوج ٣٨-٣٩ سنة ٢٠٠١، ص: ٨٤؛ جواد بوشكار، نظرية الموازنة بين تطلعات التحديث وصعوبة تحديد التعويض عن نزع الملكية، بحث متاح على الموقع التالي: <http://www.marocdroit.com>

(2) CE, 3 avril 1987, Consorts Métayer, Rec. Lebon, p. 121.; CE, 28 décembre 2009, Fédération Alto, n° 311831.

المشروع للتأكد من أنه ليس مكلفاً جداً بالمعنى الواسع أي ليس مفراطاً (في تكلفته) في ضوء علاقته بالمنافع أو الفوائد المنتظرة. وهذا المنطق يبدو واضحاً في قضية **Commune de le vallois** المشار إليها آنفاً^(١).

وحديثاً جداً، اكتسبت رقابة ضرورة تقرير المنفعة العامة بعداً جديداً يتمثل في مبدأ التناسب. وقد اعتمد مجلس الدولة في هذا السياق على الوضع الدستوري الجديد الذي منح لهذا المبدأ في ميثاق البيئة^(٢). ومن ثم، يبسط مجلس الدولة الفرنسي رقابته على مشروعات التخطيط الحضري من منظور مبدأ الحيطة بصورة مستقلة عن الموازنة المشار إليها آنفاً والتي يتم إجراؤها بين المصالح المختلفة. والحقيقة أن القاضي الإداري الفرنسي لم يكن يتجاهل فيما سبق مبدأ الحيطة، ولكن كان يدرجه في تحليل التكاليف والمنافع^(٣). وعلى النقيض من ذلك، باشر مجلس الدولة رقابته على مبدأ الحيطة، في قضية **coordination interrégionale Stop Association THT et autres** بتاريخ ١٢ أبريل ٢٠١٣، بصورة مستقلة^(٤). وإذا خلص مجلس

(1) CE, 9 avril 2010, Commune de Levallois-Perret, req. n° 309480 et 309481, Rec. p. 106.

(٢) ويلاحظ أن أهمية مبدأ الحيطة بدأت تظهر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي. انظر، على سبيل المثال، قضية:

- CE, 19 juill. 2010, Association du quartier « Les Hauts de Choiseul », Rec. 2010, p. 333.

(3) CE, 28 juillet 1999, Association intercommunale Morbihan sous très haute tension et autres, n°184268, Environnement, 1999, n°72, p.13.

(4) CE, ass., 12 avr. 2013, Association coordination interrégionale stop THT et autres, Rec. 2013, p. 60, concl. A. Lallet. .

الدولة إلى أن الإدارة لم تحترم مبدأ الحيطة، فإنه يلغى قرار إعلان المنفعة العامة. وتمر الرقابة في هذه الحالة بمراحل ثلاثة:

- **أولاً:** يفحص القاضي مدى وجود خطر جدي وغير قابل للإصلاح يمكن أن يلحق بالبيئة.
- **ثانياً:** يفحص القاضي ما إذا كان قد تم استيفاء كل المتطلبات الشكلية.
- **ثالثاً:** يوازن القاضي بين معقولية وخطورة الخطر من ناحية، ومن ناحية ثانية المصلحة المترتبة على المشروع وإجراءات الحيطة التي تستهدف تجنب حدوث مثل هذا الخطر أو الضرر ليست غير كافية أو مفرطة^(١).

ويمكن القول إن مشروعات التخطيط الحضري تحترم مبدأ الحيطة عندما تستوفي متطلبات:

- **أولاً:** أن تكون الإجراءات الإدارية المتخذة "ملائمة"، بمعنى "كافية". وقد قدم مفوض الحكومة تفسيراً لهذا المتطلب في قضية *Association coordination interrégionale stop THT et autres* بالقول إن هذا المتطلب لا يعني أن المشروع ليس له أي مخاطر، ولكن يعني أن الإجراءات الإدارية المتخذة كانت "تستهدف المساعدة في تقليص الخطر" وجعله في مستوى مقبول^(٢). وبالإضافة إلى ذلك، يجب أن تكون الإجراءات "ملائمة" بمعنى "فعالة".

- **ثانياً:** يتمثل المتطلب الثاني في ألا تكون الإجراءات "مفرطة". ومعنى ذلك أن الخطوات المتخذة لضمان الامتثال لمتطلبات مبدأ الحيطة غير مكلفة حالياً جداً

(1) Ibid (67).

(2) Ibid (83).

لدى مقارنتها بأهمية المشروع. ومن ثم، فإن اختيار الإجراء من جانب السلطة يجب أن يتم بعد إجراء تحليل للتكاليف والمنافع لكل قرار، وذلك لاختيار الإجراءات التحوطية الأفضل من منظور تحليل التكاليف والمنافع (أو على الأقل التي تتضمن أقل موازنة سيئة ممكنة)^(١). ولذلك، فإن المحكمة تقوم برقابة الإجراءات البديلة التي تكفل الامتثال لمتطلبات مبدأ الحيطة^(٢).

ومن المبكر جداً القول ما إذا كانت المحكمة ستخترط، في سياق رقابتها لمبدأ الحيطة، في رقابة تناسب الإجراءات (بالمعنى الضيق للتناسب)، أي تحديد ما إذا كانت المحكمة ستفحص- في حالة تبين أن الإجراءات البديلة ليست أفضل- ما إذا كانت الإجراءات المختارة لا تتضمن تأثيراً سلبياً على المشروع، في ضوء علاقتها بالبيئة^(٣). وحالما تخلص المحكمة إلى أن الإجراءات تحترم مبدأ الحيطة، فإن المحكمة تشرع في إجراء تحليل للتكاليف والمنافع (أو المنافع والأضرار) للمشرع ككل، آخذة في اعتبارها

(١) يلاحظ أن مدى أهمية المنفعة العامة يكون له أثر على مستوى انتهاك الحقوق، من جانب السلطة العامة، الذي يكون القاضي مستعداً لقبوله أو للتسامح فيه. وهنا تتعلق الموازنة، ليست بضرورة القرار، ولكن بالتناسب بالمعنى الضيق له (أي بالموازنة بين المنافع التي يحقها القرار في مواجهة الأضرار أو الآثار السلبية التي يمكن أن تترتب عليه. Ibid 84

(2) Ibid 69.

(٣) تقدم القول إن تحليل التكاليف والمنافع أو المنافع والمضار يعد معادلاً لرقابة التناسب بالمعنى الضيق، أو هكذا يُطلق على "التناسب بالمعنى الضيق" في قضاء مجلس الدولة الفرنسي. ولكن عندما يُستخدم تحليل التكاليف والمنافع في مرحلة رقابة مبدأ الحيطة يبدو الأمر مختلفاً. ذلك، أن رقابة مبدأ الحيطة ورقابة المنفعة العامة لقرار التخطيط هما أمران مرتبطان، ولكنها متميزان. وتفسير ذلك أن هدف كلاً من نوعي الرقابة يبدو مختلفاً. ويذهب الأستاذ Bouveresse إلى أنه يمكن النظر إلى رقابة مبدأ الحيطة باعتبارها تمثل الخطوة الثانية من اختبار التناسب :

A. Bouveresse, Du bon usage du principe de précaution, RTDE, 2013, p. 880.

مختلف العوامل ذات الصلة، بما في ذلك البيانات الناتجة عن رقابة مبدأ الحيطة. وتجدر الإشارة إلى أن الإجراءات المتخذة لاحترام مبدأ الحيطة لا ينظر إليها باعتبارها مندرجة في المنافع التي يحققها المشروع، ولكن ينظر إليها باعتبارها مندرجة في جانب التكاليف، لأن ما من شك أن اتخاذ مثل هذه الإجراءات يرتب أعباءً مالية على المشروع. ولذلك، يمكن أن نستخلص في الحكم الصادر في قضية *Stop THT* لا ينظر إليه باعتباره في جانب المنافع، ولكن ينظر إليه باعتباره عنصراً يستهدف تقليص الآثار السلبية للمشروع عليه البيئة.

ولعل هذا ما يفسر إدراج هذه الإجراءات في قائمة تكاليف المشروع^(١).

ويبين مما سبق أن مجلس الدولة الفرنسي قد وسع اختبار التناسب ليشمل عناصر أو عوامل متعددة ومعقدة. ففي مجال التخطيط الحضري على سبيل المثال تمكن مجلس الدولة من تعديل المنطق المزدوج للنظام العام في مواجهة الحرية وتحويله إلى منطق متعدد المراكز *a ploy-centric logic*. ومع ذلك، يلاحظ أن هذا المنطق لم "يلوث" المراكز الجديدة الأخرى للتناسب في فرنسا، مثل الإجراءات التأديبية، حيث بقي المنطق مزدوجاً كما هو.

٢- الجزاءات التأديبية

يمكن القول إن رقابة مدى تناسب الجزاءات التأديبية التي يتم توقيعها على الموظفين المدنيين قد بدأت لأول مرة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في عام ١٩٧٨

(1) *Stop THT* (61 , 63).

في قضية Lebon⁽¹⁾. ومع ذلك، يبدو من الصعب تحديد ملامح هذه الرقابة من خلال مجرد قراءة الحكم الصادر في هذه القضية. ذلك، أن تعبيرات من قبيل "غير متناسب" أو "إجراءات مفرطة" لم تظهر في هذا الحكم. غير أن هذه التعبيرات يمكن استخلاصها بطريقة ضمنية من هذا الحكم، الذي قرر فيه مجلس الدولة أن قرار الفصل الإجباري المتخذ في هذه القضية ضد السيد Lebon لا يبدو، في ضوء الوقائع التي استند عليها، معيباً بخطأ ظاهر في التقدير. ومعنى ذلك أن المجلس قد خلص إلى أن الجزاء التأديبي المطعون عليه "متناسب". وفي هذه القضية، لا نجاوز الحقيقة إذا قلنا إن مجلس الدولة الفرنسي قد طبق اختبار التناسب، وذلك لأنه فحص ما إذا كانت السلطة الإدارية قد فرضت جزاء ملائماً يتسق مع أو يلبي متطلبات "الموقف الواقعي" الموصوف بأنه "سوء سلوك". وقد تبين لمجلس الدولة أن الجزاء طبق "استناداً إلى هذه الوقائع". ويمكن تفسير هذه العبارة بأن المجلس وجد أن الجزاء التأديبي الموقع مسوغ في ضوء الوقائع التي استند عليها أو شكلت سبباً له، بما يعني أن الجزاء "متناسب". وفي هذه القضية، يبدو واضحاً أن الخطورة القصوى للوقائع قد سوغت توقيع أكثر الجزاءات التأديبية قسوة وهي جزاء الفصل.

(1) CE, 9 juin 1978, requête numéro 05911 : Rec. p. 245, précise que: « Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a estimé que la sanction (mise à la retraite d'office) prononcée à l'encontre d'un instituteur qui s'était rendu coupable de <gestes indécents sur des fillettes de sa classe> n'était pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ». Cité par, Emmanuel AUBIN, Droit de la fonction publique, 2E éd, Gualino éditeur, paris, 2004, p. 235

وهكذا، يمكن القول إن القاضي الإداري الفرنسي قد بدأ يبسط رقابته على تناسب الجزاءات التأديبية في قضية Lebon، وذلك من خلال استخدامه لمفهوم الخطأ الظاهر في التقدير. ويشكل الحكم الصادر في هذه القضية حداً فاصلاً بين مرحلتين بارزتين في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على تناسب الجزاءات التأديبية. ففي المرحلة السابقة على هذه القضية، كان القاضي الإداري الفرنسي يتمسك بموقفه الرافض لرقابة مدى تناسب الجزاءات التأديبية، معللاً موقفه هذا بأن تقدير تناسب الجزاء التأديبي يدخل في إطلاقات الإدارة التي يكون لها اختيار الجزاء المناسب في إطار ما تتمتع به من سلطة تقديرية في هذا المجال. وفي هذه المرحلة، كان القاضي الإداري يقنع برقابة الوجود المادي للوقائع ومدى صحة تكييفها. وفي مرحلة تالية بدأت بقضية Lebon، قطع القاضي الإداري شوطاً أبعد مدى نحو فحص مضمون القرار التأديبي، وذلك على إثر تبنيه لمفهوم الخطأ الظاهر في التقدير أو الغلط البين^(١). وبذلك، أصبح القاضي الإداري الفرنسي يباشر رقابته على الجزاءات التأديبية التي يشوبها عدم تناسب ظاهر أو واضح، سواء كان عدم التناسب الظاهر ناشئاً عن الإفراط في الشدة أو التفريط في العقاب، أي الإفراط في الشفقة أو التساهل. ومن الإنصاف ملاحظة أن مجلس الدولة المصري كان له فضل السبق في ابتكار هذا النسق من الرقابة، وأطلق عليها رقابة (الغلو في استعمال السلطة)، إذ أصدرت المحكمة

(١) وتتخلص وقائع هذه القضية في أن السيد Lebon اتهم بارتكابه أفعالاً وإشارات مخلّة بالحياة إلى تلاميذه في أكاديمية بمقاطعة Toulouse. واستناداً إلى ارتكابه هذه الأفعال، عوقب بالإحالة إلى المعاش، مما دفعه إلى رفع دعوى ضد قرار الإحالة أمام محكمة Toulouse التي رفضت طلبه لعدم كفاية السبب. ونتيجة لهذا الرفض، تقدم بطعن أمام مجلس الدولة الذي أكد رفض الطعن. وانتهى المجلس بتاريخ ٩-٦-١٩٧٨ إلى أن هذا الفعل المنسوب إلى الطاعن ثابت ويشكل خطأ يبرر عقوبة الإحالة إلى المعاش، دون أن يشوب ذلك غلط بين أو خطأ ظاهر في التقدير.

الإدارية العليا المصرية حكمها الشهير بتاريخ ١١/١١/١٩٦١، والذي قررت فيه بوضوح:

"إن المفارقة الصارخة أو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره وعدم تناسبهما يؤدي إلى عدم مشروعية القرار الصادر بالجزاء التأديبي، مما يوجب إلغائه"^(١).

وعلى النقيض من الحكم السابق الصادر في قضية Lebon، كانت قضية Vinolay، تنطوي على قرار بفصل أحد العاملين بالغرفة الزراعية المحلية استناداً إلى واقعة تأخره في إرسال تقرير إلى الوزارة^(٢). وفي هذه القضية الأخيرة أقر مجلس الدولة أن الوقائع التي استندت إليها الإدارة في توقيع الجزاء التأديبي تشكل خطأ تأديبياً، ولكن المجلس خلص إلى أن هذا الخطأ لا يسوغ اللجوء إلى الجزاء التأديبي الأكثر قسوة وهو الفصل. ومعنى ذلك أن خطورة الوقائع في هذه القضية لم تكن كافية لكي تسوغ قانوناً توقيع جزاء الفصل الذي يعد أشد الجزاءات التأديبية قسوة. وبعبارة أخرى، يمكن القول إن الجزاء التأديبي الموقع في هذه الحالة كان قاسياً جداً في ضوء علاقته بالوقائع التي شكلت سبباً له، بما يعني في نهاية الأمر أن هذا الجزاء "غير متناسب".

(١) المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الشهير بتاريخ ١١/١١/١٩٦١ (قضية ٥٦٣ السنة ٧٧ق المجموعة للسنة ٧ ص ٢٧). لمزيد من التفصيل، انظر: جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والإنجليزي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص 3

(2) CE 26 juillet 1978, Vinolay, rec. p. 315.

ويمكن القول إن رقابة مجلس الدولة الفرنسي للجزاءات الإدارية (التأديبية) تكشف عن جانب آخر من جوانب الرقابة التي يباشرها المجلس. ويتمثل هذا الجانب في أن كامل الرقابة التي يجريها المجلس مشبعة بفكرة التناسب. فإذا كانت الرقابة القضائية التي يباشرها مجلس الدولة تستهدف، بحسب الأصل، حماية الأفراد في مواجهة القرارات التحكيمية والمفرطة التي تصدرها السلطات العامة، فقد استخدم المجلس، أيضاً، رقابة التناسب لمجازاة تساهل السلطات العامة. وفي هذه الحالة لا يتعلق الأمر بتقييد الحقوق أو الحريات تقييداً مفرطاً، ولكن بتساهل هذه السلطات في اتخاذ الإجراء الكافي (أو الجزاء) الكافي على النحو الذي يضمن حسن سير المرافق العامة. ويبدو هذا واضحاً بصورة خاصة في رقابة القرارات التي تصدرها المرافق الطبية.

ففي عام ٢٠١٠، اعتبرت إحدى المحاكم الإدارية، في قضية *L'Assistance publique-hôpitaux de Paris* أن الجزاء الذي فرضته الإدارة غير مشروع، لأنه ليس قاسياً بدرجة كافية^(١). وفي هذه القضية، كان أحد مساعدي الرعاية الطبية للأطفال- والذي كان ما زال تحت التجربة- قد عُوقب بالوقوف عن العمل لمدة شهرين بسبب الخطأ في الدواء المعطى إلى أحد الأطفال مما أدى إلى وفاة الطفل. وقد اعتبرت المستشفى أن الجزاء الذي وقعته اللجنة التأديبية غير كاف. وقد انتهى مجلس الدولة

(1) CE, 2010, *L'Assistance publique-hôpitaux de Paris*, rec. p. 826; R. Bonnfont, *contentieux disciplinaire hospitalier : quand la gravité des conséquences de la faute l'emporte sur les circonstances atténuantes*. conseil d'etat, 7/4/2010 - assistance publique - hôpitaux de paris - req. n° 301784, *Actualité Juridique - Droit Administratif*. 2010/12/06; (41) : pp. 2329-2332.

الفرنسي إلى أنه "بالنظر إلى خطورة الأخطاء التي ارتكبت بواسطة الآنسة (L) والنتائج التي يمكن أن تترتب على هذه الوقائع على نهوض المستشفى بمهام المرفق العام"، فإن اللجنة التأديبية تكون قد قوضت تقديرها للوقائع نتيجة ارتكابها "لخطأ ظاهر في التقدير"، وذلك لعدم اختيارها الجزاء الأكثر قسوة، أي فصل الآنسة (L). ومن المهم هنا الإشارة إلى جانبين مهمين متعلقين بهذا القرار:

أولاً: يعكس الحكم الصادر في قضية *L'Assistance publique-hôpitaux de Paris*، بصورة لاشك فيها، رقابة على التناسب. ويلاحظ الأستاذ Rémi Bonfont أن المحكمة كان يجب عليها تحديد ما إذا كان هناك "عدم تناسب بصورة ظاهرة بين الخطأ الذي ارتكبته الآنسة (L) والجزاء الموقع عليها"⁽¹⁾.

ويلاحظ أن تعبير "عدم التناسب" أو "غياب التناسب" لا يعني أن الإجراء مفرط، ولكن يعني أن الإجراء "غير كاف" في هذه القضية. ومن ثم، كان على المحكمة أن تفحص ما إذا كان الجزاء الموقع كافيًا في ضوء علاقته بالوقائع التي كانت سببًا له، وقد خلصت المحكمة من هذا الفحص إلى عدم كفاية هذا الجزاء. ويلاحظ أن هذا الفحص أو التقييم الذي تجريه المحكمة يتم في ضوء كل من الجزاء وخطورة الخطأ. وتوصل المحكمة إلى أن الجزاء ليس كافيًا يعني أن السلطة الإدارية (اللجنة التأديبية المختصة) لم تقم بتقييم الخطأ (الواقعة التي شكلت سبب الجزاء) تقييمًا صحيحًا. ومن خلال هذا الربط بين خطورة الواقعة (الخطأ) من ناحية، ومدى قسوة الجزاء التأديبي الموقع من ناحية أخرى، تكون المحكمة قد باشرت في الحقيقة رقابة على مدى التناسب بين قسوة الجزاء التأديبي وخطورة الخطأ التأديبي. على أنه ينبغي

(1) Ibid. p. 2331.

ملاحظة أنه قبل صدور هذا الحكم، كان القضاء الإداري الفرنسي يباشر رقابة مشابهة، ولكن فقط على خطورة الواقعة (الخطأ التأديبي).

وفي قضية *Centre hospitalier général de Toulon*، خلص مجلس الدولة إلى أن تخفيف الجزاء على هذا النحو يعني أن "اللجنة المختصة بتوقيعه لم تقدر أخطاء السيد (X) حق قدرها، وأن إساءة التقدير بهذه الصورة تخلق خطأ ظاهراً في تقدير خطورة الوقائع"^(١). ومن ثم، فإن الجزاء الموقع يكون، بالتأكيد غير كاف، بسبب عدم ملاءمة تقدير خطورة الوقائع^(٢).

وإذا كان التناسب يقدم، في الغالب، باعتباره أداة للرقابة القضائية تستهدف تفادي الإجراءات المفرطة من جانب الإدارة، فقد استخدم التناسب في هذه القضية الأخيرة للتخفيف من آثار تساهل الإدارة، وعدم اتخاذها للإجراءات الكافية التي تضمن نهوض المرافق العامة بمهامها في تحقيق المصلحة العامة. ومعنى ذلك، أن مباشرة رقابة التناسب على القرارات الإدارية، ليست فقط مجرد رقابة على "إفراط" أو "غلو" هذه القرارات، ولكن أيضاً للتأكد من مدى احترام الإدارة في قراراتها لمبدأ التناسب، يستوي بعد ذلك أن يكون تطبيقه لصالح المواطن أو لغير صالحه^(٣). وهذا يبين بوضوح أن مبدأ التناسب يتوقف بدرجة أكبر "على استخدامه، وليس على أداة التناسب في ذاتها". ومن ثم، يمكن القول إن التناسب يعد، في الحقيقة أداة محايدة، فكما يستخدم التناسب لحماية حقوق وحرريات الأفراد في مواجهة الإجراءات المفرطة

(1) CE., 7 mars 1986, *Centre hospitalier général de Toulon c. M. Aoune*. Rec. T., p. 675.

(2) CE, 2010, *L'Assistance publique-hôpitaux de Paris*, rec. p. 826

(3) Michel Guibal, *De la proportionnalité*, AJDA., 1978, p.486.

من جانب السلطات العامة، فإنه يمكن أن يستخدم أيضاً لحماية المصلحة العامة في الحالات التي لا تتخذ فيها هذه السلطات الإجراءات الكافية التي تضمن تحقيق هذه المصلحة. وهكذا، يغدو واضحاً أن مجلس الدولة الفرنسي باعتباره حارساً للمشروعية، وباعتباره كذلك حارساً "للإدارة الجيدة" قد أكسب مبدأ التناسب بعداً جديداً إضافياً. وعلى الرغم من أن هذا البعد الإضافي الجديد لمبدأ التناسب قد يبدو غريباً من منظور بعض الأنظمة القانونية الأخرى، إلا أن هذا البعد لم يتم يثر أي خلاف في القانون الإداري الفرنسي.

وأخيراً، يلاحظ أن اختبار التناسب يطبق بطريقة متفردة في سياق الموازنة بين خطورة الأخطاء وقسوة الجزاءات في المجال التأديبي عندما يتعلق الأمر برقابة فصل موظفين يكفل لهم القانون حماية خاصة مثل ممثلي الاتحادات. وعلى الرغم من أن القضايا التي يرفعها العمال في مواجهة أصحاب الأعمال تختص بها المحاكم المدنية، فإن قضايا العمال الذين يحظون بالحماية القانونية يجب رفعها أمام المحاكم الإدارية، وذلك لأن قرارات الفصل هذه يجب أن تسمح بها السلطة الإدارية المختصة. وقد طبقت المحاكم الإدارية اختبار التناسب في مثل هذا النوع من القضايا. ومن الأمثلة على ذلك الحكم الصادر في قضية Bernette، حيث خلص مجلس الدولة الفرنسي إلى أن السلطة الإدارية المختصة كان يجب عليها أن "تفحص ما إذا كانت الادعاءات في مواجهة الموظف خطيرة بدرجة كافية لكي تسوغ الفصل في ضوء القواعد المطبقة على عقد العمل وعناصر التنفيذ العادي للمهام المخولة لهذا

الموظف"^(١). وبعبارة واحدة، فإن الجزاء يجب أن يكون متناسباً مع الخطأ الذي ارتكبه الموظف^(٢).

وبإيجاز، على الرغم من أن اختبار التناسب قد فرض لاحقاً في مجال الجزاءات التأديبية أو الإدارية، وهو المجال الذي بقى طويلاً محجوراً للإدارة لتبأشر فيه سلطتها التقديرية، فقد بدأ هذا الاختبار يتخلل مجالات أخرى عديدة كانت من قبل بعيدة عن رقابة الملاءمة التي يباشرها القاضي الإداري. على أن مجال الجزاءات التأديبية يكتسب أهمية خاصة لأنه يكشف تطور درجة شدة أو صرامة اختبار التناسب.

ثالثاً: اختبار التناسب وتعديل آثار حكم الإلغاء

حديثاً جداً، أضحي اختبار التناسب يطبق لتعديل آثار أحكام الإلغاء من حيث الزمان^(٣). وقد أسس مجلس الدولة الفرنسي هذه السلطة منذ عام ٢٠٠٤^(٤). وتمنح هذه السلطة للقاضي الإداري مكنة تقرير أن حكم إلغاء معين لن يربتب أثره إلا بعد نشر الحكم القضائي، أو أن آثار العمل الإداري الملغي ستبقى سارية رغم حكم الإلغاء، وذلك إذا كان من أثر تطبيق حكم الإلغاء ترتيب أعباء مفرطة على حقوق الأفراد. ومن

(1) CE, Ass., 5 mai 1976, Société d'aménagement foncier et d'établissement ... rural et ministre de l'agriculture c/ Bernette, rec. p. 232.

(٢) تجدر الإشارة إلى أنه يوجد تطبيق آخر لاختبار التناسب في هذه القضية. فإذا كانت المخالفة كافية لتسويغ فصل الموظف، فإن السلطة العامة يبقى بمقدورها ألا تأذن به، بالنظر إلى الآثار التي يمكن أن يخلفها الفصل على المصلحة العامة. ومع ذلك، يكون للمحكمة الإدارية رقابة هذا الرفض من جانب السلطة الإدارية. ومرة ثانية، يبدو واضحاً أن فكرة "التوفيق" تمثل مكاناً متميزاً في جوهر اختبار التناسب.

(3) A.-C. Bezzina, « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC ! », RFDA, 2014, p. 735.

(4) C.E. Ass., 11 mai 2004, Association AC !, Leb., p. 197.

الواضح أن هذا التطور يستهدف معالجة المشكلات الناشئة عن رجعية آثار أحكام الإلغاء التي ينطق بها القاضي الإداري. والحقيقة أن زوال آثار الإجراءات الإدارية الملغاة بأثر رجعي كان يخلق صعوبات جمة بالنسبة للمواطنين.

وفي قضية Association AC! et autres^(١)، كان النزاع متعلقًا بالاتفاقات الجماعية التي تم التفاوض بشأنها بين أصحاب الأعمال والموظفين. وفي هذه القضية، كانت مشروعية الموافقة الوزارية- التي تعد إجراء إداريًا ضروريًا لمشروعية الاتفاق الجماعي- محل نزاع. وحالما خلصت المحكمة إلى عدم مشروعية هذه الموافقة، ثار التساؤل بشأن تاريخ نفاذ حكم المحكمة. ومن الواضح أن تطبيق القاعدة العامة في هذه الحالة- أي ترتيب أثر رجعي للحكم الصادر بإلغاء الموافقة- كان له آثار مهمة بالنسبة لإعانات البطالة وأقساط التأمين الاجتماعي. ولمعالجة هذه الآثار السلبية، قررت المحكمة أنه إذا بدا أن الآثار الرجعية لحكم الإلغاء مفرطة بصورة ظاهرة، فإنه من الممكن تعديل تاريخ نفاذ الحكم^(٢). ويتم هذا التعديل بعد أن تأخذ المحكمة في اعتبارها:

"من ناحية، نتائج رجعية الإلغاء بالنسبة للمصالح العامة والخاصة المختلفة ذات الصلة، ومن ناحية أخرى الآثار السلبية التي ستترتب على تقييد نفاذ حكم الإلغاء في ضوء مبدأي الشرعية والإنصاف الفعال"^(٣).

(1) C.E., Ass., 11 mai 2004, Association AC! e.a., Rec. p. 197.

(2) Ibid

(3) Ibid

وفي رأي الأستاذة Anne-Charlène، فإن قضية AC تمثل شكلاً جديداً من اختبار التناسب^(١). ووفقاً لهذه الكاتبة، فإن المحكمة قد قامت بإجراء رقابة مزدوجة على تحليل المنافع والأضرار. أما الرقابة الأولى فتتمثل في تحديد مدى الحاجة لتعديل آثار القرار من خلال مقارنة مزايا وسلبات هذا التعديل. بينما تتمثل الرقابة الثانية في تحديد الطبيعة الدقيقة لهذا التعديل الذي ستستخدمه المحكمة. ومن ثم، فإن المحكمة "لا تختار سوى التاريخ الأفضل ملائمة لنفاذ الحكم"^(٢).

ويرى بعض الكتاب أن الرقابة المزدوجة التي قامت بها المحكمة في القضية السابق الإشارة إليها- وفقاً لرأي الأستاذة Anne-Charlène - تشمل الخطوات الثلاث التقليدية لاختبار التناسب. أما الخطوة الأولى فتشمل إجراء موازنة للتحقق من أن الإلغاء ليس مفرطاً ولا غير متناسب، وذلك مقارنة بالمزايا. ومن الواضح أن هذه الخطوة تعد تجسيدا للمرحلة الأخيرة من اختبار التناسب، وهي التناسب بالمعنى الضيق (الموازنة). أما الرقابة الثانية فتشمل إجراء موازنة بين المشكلات المترتبة على إرجاء تنفيذ قرارها (حكم الإلغاء)، والمشكلات الناشئة عن إضفاء المشروعية على النتائج الماضية للعمل الإداري المقضي بإلغائه. ويبدو واضحاً أن هذه الرقابة الأخيرة تشمل نوعاً من "الرقابة على الضرورة" فيما يتعلق بالحل الأكثر ملاءمة، و"رقابة على

(1) A.-C. BEZZINA, 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC ! », RFDA, 2014, 737; V. à ce sujet, D. Labetoulle, « Principe de légalité et principe de sécurité », in Mélanges en l'honneur de G. Braibant, L'État de droit, Paris, Dalloz-Sirey, 1996, p. 411 s.; F. Bottini, « La sécurité juridique et la modulation dans le temps des annulations contentieuses », RD publ. 2009. 1517.

(2) Ibid

الملاءمة" في سياق البحث عن أفضل حل في ضوء الهدف الذي يسعى الإجراء إلى تحقيقه.

ورغم وجهة التحليل السابق، فإنه يبدو غير مقنع تمامًا بالنسبة لبعض الكتاب^(١). ففي رأي هؤلاء الكتاب، تبدو الإشارة إلى اختبار التناسب غير متسقة مع القضية السابق الإشارة إليها، ذلك أن الأمر لا يتعلق هنا باختبار التناسب، ولكن فقط بتطبيق مبدأ التناسب. ومن ناحية ثانية، فإن مبدأ التناسب لم يُستخدم لتقدير مدى مشروعية الإجراء، ولكن لتحديد النطاق الزمني لنفاذ الحكم الصادر بالإلغاء. وبعبارة أخرى، استُخدم المبدأ لوضع إطار لمنطق القاضي، لاسيما فيما يتعلق بالقضايا اللاحقة التي تحتاج مثل هذا التعديل لآثار نفاذ حكم الإلغاء، أكثر منه وسيلة للتحقق من المشروعية. ويخلص هذا الفريق من الكتاب إلى القول إنه من الصعب الإشارة إلى اختبار التناسب بالمعنى الدقيق في هذه القضية. وفي الحقيقة، يبدو الرأي السابق، منعكسًا في المنهجية التي اتبعتها المحكمة: حيث لجأت المحكمة إلى التناسب بالمعنى الضيق قبل تحديد الإجراء الملانم، ولا يبدو هذا متسقًا مع التطبيق التقليدي والمنطقي لاختبار التناسب.

(1) Olga Mamoudy, 'D'AC! à M6 en passant par ... AC! – Bilan et perspectives' (2014) L'Actualité Juridique: Droit Administratif 501, 506-507.

المبحث الثالث

تطبيق مبدأ التناسب في القانون الإداري الإنجليزي

في العديد من الدول التي تأخذ بنظام القانون العام الإنجليزي *Common law*، كانت أسس الرقابة القضائية على القرارات الإدارية تقتصر على أسس محددة هي المشروعية بمعناها الضيق *illegality in a narrower sense*، وعدم المعقولية (أو عدم العقلانية) *irrationality*، وعدم الصحة أو السلامة الإجرائية *procedural impropriety*^(١). ومن ثم، كانت المحاكم تتدخل على أساس أن مباشرة السلطة التقديرية في أي من الحالات السابقة يشكل مخالفة للقانون الذي حول الإدارة سلطاتها، وتخلص المحاكم من ذلك إلى أن ما يصدر عن الإدارة من قرارات في تلك الحالات يكون غير مشروع *illegal*.

وبناءً على ما سبق، كانت المحاكم في دول القانون العام الإنجليزي لا تنظر إلى التناسب باعتباره أساساً مستقلاً للرقابة القضائية^(٢)، وأنه في أفضل الأحوال لا يعدو أن يكون عنصراً مندرجاً في إطار رقابة عدم المعقولية *subsumed under the head of irrationality*، وذلك عندما يصل عدم تناسب القرار الإداري إلى درجة من عدم المعقولية، بحيث لا يُتصور أن تقدم سلطة تتحلى بالمعقولية على اتخاذها. ولذلك، يمكن

(1) Ajoy P.B. Administrative Action and the Doctrine of Proportionality in India, *Journal of Humanities and Social Science*, Volume 1, Issue 6 (Sep-Oct. 2012), PP 16-23.

(2) Concept Of Proportionality In Law, an article available at <http://www.lawteacher.net/free-law-essays/administrative-law/concept-of-proportionality-in-law-administrative-law-essay.php#ftn2>

القول إن مفهوم التناسب كان لا يحظى سوى بنطاق محدود جداً للتطبيق. وأنه لم يكن يُنظر إليه سوى باعتباره أحد العناصر التي يمكن أن تأخذها المحاكم في الاعتبار لدى رقابتها لمدى "معقولية" القرارات المطعون عليها أمامها. وليس من الصعب تفسير تخوف المحاكم من تبني التناسب باعتباره أساساً مستقلاً للرقابة القضائية، لأن الفقه كان يرى أن الأخذ بهذا الأساس يمكن أن يفتح الباب لكي تُحل المحاكم تقديرها محل تقدير الإدارة، ومن ثم كان الفقه يشدد على أن الرقابة القضائية لا يجوز أن تتجاوز رقابة المشروعية إلى رقابة الملاءمة^(١).

ومن المعروف أن رقابة المعقولية تتطلب "أن يكون القرار مفارقاً للمنطق تماماً، بحيث يبدو واضحاً أنه ليس ثمة شخص يتسم بالمعقولية يمكن أن يصل إلى مثل هذا القرار"^(٢). ومن الواضح أن هذه الدرجة العالية من الإذعان القضائي لتقديرات الأفرع الأخرى للحكومة (التشريعية والتنفيذية) تُظهر رغبة المحاكم في عدم إحلال تقديرها محل تقدير تلك السلطات^(٣).

بيد أن التطور الأهم الذي شهده القانون الإنجليزي في هذا السياق هو التقبل التدريجي لمفهوم التناسب كأداة قانونية، تتسم بالمنهجية والعقلانية، يستخدمها القاضي لرقابة مشروعية القرارات الإدارية. ومن ثم، سنحاول، في هذا المبحث، إلقاء الضوء على مفهوم السلطة التقديرية والأساس الدستوري للرقابة القضائية عليها في إنجلترا (المطلب الأول). ثم نُتبع ذلك ببيان مفهوم رقابة المعقولية في القانون الإداري

(1) Ajoy P.B. Administrative Action and the Doctrine of Proportionality in India, op. cit., PP 16-23.

(2) Ibidem

(3) Ibidem

الإنجليزي (المطلب الثاني). وأخيراً، سنحاول رصد تجاوز القانون الإداري الإنجليزي للمفهوم التقليدي لرقابة المعقولية، وتطوره نحو قبول مبدأ التناسب أو تحليل التناسب متعدد المراحل وفق الصيغة المأخوذ بها في القانون الإداري المقارن. ولا شك أن تأثير القانون الإداري الأوربي في هذا السياق لا يمكن إنكاره (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم السلطة التقديرية

والأساس الدستوري للرقابة القضائية عليها في إنجلترا

في سياق عملية اتخاذ القرارات الإدارية، يعد مفهوم التقدير أو السلطة التقديرية *discretion* أداة بالغة الأهمية، لأنه يساعد على التوصل إلى قرارات عادلة. وتفسير ذلك أن التقدير يكفل درجة عالية من المرونة لمتخذ القرار. بيد أن مفهوم التقدير في القانون الإنجليزي لا يميز بين الأشكال المختلفة للسلطة التقديرية. ومع ذلك، ثمة مصادر ثلاثة مختلفة تنطوي على تخويل سلطات تقديرية للإدارة يمكن الإشارة إليها:

- **أولاً:** النصوص القانونية الصريحة التي تمنح سلطات تقديرية للإدارة. وتوجد مثل هذه النصوص، عادة، في التشريعات المتعلقة بالتعليم والرفاه الاجتماعي، والتخطيط والهجرة. ويتجلى منح السلطة التقديرية في عبارات مثل "إذا كان ثمة مبررات معقولة للوزير للاعتقاد بأن..."، أو "إذا كان ثمة دليل على أن..."، أو "إذا كان (الوزير) يعتقد أن..."⁽¹⁾.

(1) Craig, P. in Bullinger, M., Starck, C, Verwaltungsermessen im modernen Staat, "Discretionary power in modern administration", Rechtsvergleichender Generalbericht (1986) 79.

- **ثانياً:** يتمثل الشكل الثاني من السلطات التقديرية في السلطات التقديرية الضمنية **implied discretionary power**. ومثل هذه السلطات يمكن أن تظهر في تعبيرات أو مفاهيم مثل "المصلحة العامة"، وذلك لأن مثل هذه المفاهيم المفتوحة **open concepts** تتطلب من الإدارة أن تتبنى خيارات معينة بشأن تحديد مضمونها أو معناها. ومع ذلك، يمكن القول إنه لا توجد اختلافات مفاهيمية بين الأشكال الصريحة والأشكال الضمنية من السلطات التقديرية.
- **ثالثاً:** تتمثل الطائفة الثالثة من السلطات التقديرية فيما يمكن أن يُطلق عليه السلطات أو الامتيازات الملكية **Prerogative powers**. على أن محاولة تحديد معنى أو تعريف هذه الامتيازات يصطدم بعدم وجود قائمة محددة لها في الدستور الإنجليزي، وإن كانت مثل هذه الامتيازات قد تركزت في الواقع بالممارسة العملية لها. ويمكن القول إن الامتيازات الملكية هي تلك السلطات التي يمارسها الملك عادة، والتي لم ينظمها القانون. ومن ثم، فعند الإشارة إلى هذه الامتيازات، فإن أي سلطة للحكومة- نابعة من السوابق القانونية **Common law power**- يجب أن تفهم على هذا النحو^(١). ومع ذلك، تنبغي الإشارة إلى أن الامتيازات الملكية لم تعد تفلت من الرقابة القضائية. وقد اقتبست بعض الأمثلة في قضية **GCHQ**^(٢). ومن الأمثلة على السلطات أو الامتيازات الملكية التي لا تخضع لرقابة القضاء المسائل المتعلقة بالعلاقات الدولية، وشئون الحرب والسلام، وتنظيم وتصريف شئون

(1) Pollard, P., "Judicial Review of Prerogative Power in the United Kingdom and France" in Peter Leyland and Terry Woods, *Administrative Law Facing the Future*, 1997, 300.

(2) *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374 at

القوات المسلحة، وتعيين وعزل الوزراء، وحل البرلمان. وثمة شكل آخر من السلطات التقديرية يمكن تصنيفها باعتبارها سلطات تقديرية نابعة من السوابق القانونية أو سلطات تقديرية نابعة من القانون العام *common law discretionary powers*. وهذه السلطات ليس منصوصاً عليها في القانون، كما أنها لا تعد من قبيل الامتيازات الملكية من حيث طبيعتها. وقد وُصفت سلطة التعاقد *The power to contract* باعتبارها مندرجة في عداد هذا الشكل من السلطات التقديرية النابعة من السوابق القانونية (أو من القانون العام غير المكتوب". ومع ذلك، يمكن القول إن وجود مثل هذه السلطات محل خلاف^(١). غير أن الأغلب الأعم من السلطات التقديرية ينبع من تحويل القانون للإدارة ممارسة هذه السلطات، سواء أكان هذا التحويل صريحاً أم ضمنياً. ويقول الفقيه K.C.

:Davis

"عندما ينتهي القانون، تبدأ السلطة التقديرية. وممارسة هذه السلطة يمكن أن تكون خيراً أو استبداداً، عدلاً أو جوراً، معقولة أو تحكماً"^(٢).

ولذلك، فالسؤال الأهم فيما يتعلق بالسلطة التقديرية هو كيف يمكن رقابتها؟.

بيد أن المحاكم الإنجليزية كانت، بصفة عامة، غير مستعدة لرقابة ملائمة ممارسة السلطة التقديرية المخولة للإدارة. ولذلك، تواترت هذه المحاكم على تأكيد عدم

(1) Paul Craig, *Administrative Law*(4th ed, Sweet & Maxwell, 1999), 1999, 539.

(2) Davis, K.C, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 23 N°1, Janvier-mars 1971, p. 34.

قدرتها على إحلال تقديرها محل تقدير الإدارة التي خولها القانون سلطة تقديرية^(١). ومع ذلك، يلاحظ أن مبدأ "عدم جواز ممارسة السلطة التقديرية إلا وفقاً للقانون" يجد جذوراً راسخة له في نظام القانون العام الإنجليزي^(٢). وقد عبر عن هذا المبدأ الفقيه الإنجليزي Dicey، في مؤلفه الشهير "قانون الدستور" Law of the Constitution، بقوله:

"ويعني هذا المبدأ -السيادة - السمو المطلق للقانون العادي في مواجهة تأثير السلطة التحكيمية، ويستبعد وجود التحكم في ممارسة سلطات -امتيازات- الملك أو السلطة التقديرية الواسعة المخولة للإدارة".

وتجد الرقابة القضائية على النشاط الإداري مبررها، في القانون الإنجليزي، في حماية إرادة البرلمان. ومن المعلوم، أن المحاكم الإنجليزية لم تكن مؤهلة على نحو جيد لمباشرة رقابة شاملة على القرارات الإدارية. وما يزال الفارق الأهم بين نظام القانون الإداري في إنجلترا ونظيره في فرنسا وألمانيا هو عدم وجود قضاء إداري مستقل للفصل في منازعات القانون العام^(٣). ويقدم مجلس الدولة والمحاكم الإدارية في فرنسا والمحاكم الإدارية Verwaltungsgerichte في ألمانيا تجسيداً مؤسسياً لهذا الفارق. وتجد هذه الخصوصية الإنجليزية تفسيراً لها في التاريخ الدستوري للعلاقة بين البرلمان والمحاكم ومبدأ حكم القانون. وبصفة خاصة، يلاحظ أن فترة Tudors and

(1) De Smith, S.A., *Judicial Review of Administrative Action*, (5th edn) Sweet & Maxwell, 1995, 297.

(2) Dicey, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th edn. London: MacMillan & Co. Limited, 1927, p. 198.

(3) De Smith, S.A., *Judicial Review of Administrative Action*, op. Cit., p. 156.

Stuarts التي شهدت توترًا في العلاقة بين البرلمان والملوك الإنجليز قد تركت أثرًا واضحًا في هذه الخصوصية الإنجليزية. كما شهدت هذه الفترة إنشاء هيئة *the Star Chamber*^(١) باعتبارها محكمة عليا تختص بالفصل في الجرائم ذات الأهمية السياسية^(٢). ومن ثم، فرضت هذه المحكمة رقابة صارمة على أجهزة الحكومة المحلية، وكذلك على ممارسة السلطات القضائية والإدارية^(٣). وحتى بعد إلغاء هذه المحكمة العليا، بقى الانطباع السائد بأن القانون العام يجب أن يبقى غير منفصل عن القانون الخاص.

ويلاحظ أن تفسير الفقيه الإنجليزي Dicey للقانون الإداري، في عام ١٨٨٥، باعتباره قانونًا "رسميًا" قابلاً للإنفاذ في محاكم خاصة، ومن ثم يعد غير قابل للتساق أو للتوافق مع مبدأ حكم القانون- من شأنه أن يعزز التحفظات الإنجليزية التقليدية في مواجهة نظام مستقل لمحاكم القانون العام^(٤). ولحكم القانون، في الفكر القانوني الإنجليزي، معان متعددة. ووفقًا للفقيه Dicey، فإن المعنى الثاني لحكم القانون يتمثل في أن "كل شخص، أيًا كانت رتبته أو وضعه، يخضع للقانون العادي للمملكة، ومن ثم

(١) محكمة قاعة النجم (The Star Chamber) هو مجلس شورى الملكة منعقد على هيئة محكمة ليمارس سلطاته القضائية. وفي هذه المحكمة كان المتهم يحرم من تحقيق المحلفين لقضيته أو المعارضة في أمر حبسه، أو من محام للدفاع عنه. ويل ديورانت، قصة الحضارة، متاح على الموقع التالي:

<http://www.civilizationstory.com/page.php?pageNumber=9398#bm>

(2) Zweigert, K., Kotz, H., *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1992, 202.

(3) De Smith, S.A., *Judicial Review of Administrative Action*, op. Cit., p. 226.

(4) Ibid at 157.

تخضع منازعاته للمحاكم العادية"^(١). وقد وُجّهت كثير من سهام النقد إلى الفقيه Dicey بسبب سوء تفسيره للقانون الإداري. وثمة حجتان أساسيتان تمسك بهما الفريق من الفقهاء الرافض لنظرية Dicey. وتتمثل هاتان الحجتان في:

- أولاً، الحكومة أو الإدارة بصفة عامة تعمل، في الغالب، لصالح المواطنين عموماً. ومن ثم، فإن تطبيق ذات المبادئ والإجراءات المطبقة على الأشخاص الخاصة على أنشطة الحكومة يعد غير ملائم.
- ثانياً، يمكن النظر إلى القانون العام ووسائل الإنصاف في هذا القانون باعتبارها وسائل دفاعية للمواطن في مواجهة سلطة الدولة^(٢). وهذا الرأي الأخير، يصبح أكثر وضوحاً في نظام ذي تقاليد راسخة لحقوق الإنسان المكفولة دستورياً كما هو الحال في ألمانيا أو الولايات الأمريكية، حيث يقرأ القضاة القضايا البريطانية "بعقل تغلب عليه روح الدستور الأمريكي الذي يفلت من الإطار الضيق أو الصارم للرقابة القضائية السائد في بريطانيا"^(٣).

ومع ذلك، يلاحظ أن التسوية الدستورية لتوسع الرقابة القضائية يتجلى في تبني تفسير أكثر موضوعية لحكم القانون والاتجاه المتزايد لحماية الحرية الشخصية والكرامة الإنسانية. ولا يمكن إنكار أن طرائق الرقابة القضائية التي تطبقها المحاكم الإنجليزية قد تطورت تطوراً متدرجاً تحت تأثير المبادئ القانونية التي تركزت في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومحكمة العدل الأوروبية. من ذلك، على سبيل

(1) David Foulkes, Administrative Law, Butterworths, London, 7th ed., 1990., p. 8.

(2) Peter Cane, An Introduction to Administrative Law, 3rd edn (Oxford, 1996).

(3) Schwartz, B. in Schwartz, B. and Wade, H.W.R., The Legal Control of Government, 1972.

المثال، أن مبادئ مثل التناسب وحماية التوقعات المشروعة (الموضوعية) قد وجدت طريقها إلى القانون الإنجليزي، وأسهمت في إثراء آليات الرقابة القضائية الإنجليزية. وفي هذا السياق، يُشار إلى أن قانون حقوق الإنسان الإنجليزي قد أدى إلى تحولات جذرية في نظام الرقابة القضائية الإنجليزي على نحو يشكل تعزيزاً واضحاً لحماية حقوق الإنسان^(١). وتأكيداً لذلك، تنص المادة (٦) من القانون المذكور على أنه: "من

(١) ومن المعلوم أن هذا القانون ينص على إنفاذ الحقوق المكرسة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المملكة المتحدة. ويخول هذا القانون المحاكم الإنجليزية سلطة إعلان ما إذا كان أحد النصوص- في تشريع رئيسي أو ثانوي- في إنجلترا لا يتطابق مع الحقوق التي تكلفها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ويمكن أن ينطبق مثل هذا الإعلان على القوانين الإنجليزية، سواء أكان قد تم تبنيها قبل أو بعد دخول قانون حقوق الإنسان حيز النفاذ [Ibid., at section 4]. ومعنى ذلك، أن قانون حقوق الإنسان أضحى له تأثير بالغ العمق على مجمل النظام القانوني الإنجليزي. كما كان من نتيجة هذا القانون إدماج فكرة التناسب في القانون الإنجليزي. وقد ترتب على ذلك أن أضحت العلاقة بين المملكة المتحدة والمفهوم الأوربي للتناسب بالغة الوضوح. ومع مرور الوقت، توسع تأثير مفهوم التناسب ليشمل مجالات قانونية أخرى غير تلك التي يغطيها قانون حقوق الإنسان. ومع ذلك، لا يمكن الجزم بأن مجال مفهوم التناسب قد تحدد بعد بصورة دقيقة في المملكة المتحدة. كما لا يزال هناك جدل بشأن المكانة الدقيقة التي يشغلها المبدأ في القانون الإداري الإنجليزي:

See S. Sedley, "The Last 10 Years' Development of English Public Law," 12 Australian J. of Adm. L. 9 (2004); A. Kavanagh, Constitutional Review under the UK Human Rights Act (Cambridge University Press, 2009); A. Young, Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act (Portland, OR: Hart Publishing, 2009); See R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Daly [2001] 3 All ER 433; R. v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions [2001] 2 All ER 929; Huang v. Secretary of State for the Home Department [2007] UKHL 11; D. Feldman, "Proportionality and the Human Rights Act 1998," in E. Ellis (ed.), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe (Oxford: Hart Publishing, 1999), 117; R. Clayton, "Regarding a Sense of Proportion: The Human Rights Act and the Proportionality Principle," 5 Eur. Hum. Rts. L. Rev. 504 (2001); T. Hickman, "The Substance and Structure of Proportionality," PL 694 (2008).

غير المشروع أن تتصرف سلطة عامة بطريقة لا تتسق مع واحد أو أكثر من الحقوق التي تكرسها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، (وذلك ما لم يترك التشريع الرئيسي خياراً للسلطة العامة سوى مخالفة الاتفاقية المذكورة). ووفقاً للقانون المذكور (المادة ٧)، فإن أي ضحية أو ضحية محتمل يدعى أن سلطة عامة قد تصرفت أو (قصدت) التصرف على نحو يخالف الفقرة (١) من المادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان يمكن أن يرفع دعوى في مواجهة هذه السلطة أو أن يتمسك بالحقوق التي تكرسها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في سياق أي إجراءات أخرى. ومعنى ذلك، أن الحقوق التي تكرسها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أضحت تشكل أساساً جديداً للرقابة القضائية في القانون الإنجليزي. ذلك، أن الفقرة (١) من المادة (٦) من الاتفاقية المذكورة "تخلق أساساً قانونياً جديداً لعدم المشروعية في حالة انتهاك أحد الحقوق المنصوص عليها في هذه الاتفاقية. والحقيقة أن هذا الأساس القانوني ينطوي على طائفة واسعة النطاق من الأسس الفرعية التي يمكن الاستناد عليها في الطعون على أعمال السلطات العامة التي تمثل انتهاكاً لأي من الحقوق التي تكرسها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان"^(١).

ولاشك أن معيار الرقابة القضائية الذي تطبقه المحاكم الإنجليزية سيصبح واحداً من أكثر المسائل إثارة للجدل في القانون الإداري الإنجليزي في المستقبل القريب. حيث تخول المادة (٢) من قانون حقوق الإنسان الإنجليزي المحاكم، صراحة، سلطة أن تأخذ في اعتبارها مبادئ الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وأراء المفوضية الأوروبية بشأن حقوق الإنسان أو قرارات لجنة الوزراء. ولاشك أن هذا يعني، فيما يتعلق بالرقابة القضائية على النشاط الإداري، تطبيقاً متزايداً لمبدأ التناسب:

(1) Paul Craig, Administrative Law, Sweet & Maxwell, 1999, 556-557.

"وعلى الرغم من أن قانون حقوق الإنسان الإنجليزي لا يخول المحاكم صراحة تطبيق اختبار التناسب، فإنه يتطلب ذلك ضمناً. وتوجد العديد من الأصوات البارزة- بما في ذلك اللورد Chancellor- التي تنادي بضرورة الاعتراف باختبار التناسب وتطبيقه، على الأقل في مجال القضايا التي تدخل في نطاق تطبيق هذا القانون"^(١).

ولاشك أن تخويل المحاكم الإنجليزية سلطة تفسير الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان يعني أن هذه المحاكم عليها أن تقرر ما إذا كان تقييد أحد الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية المذكورة "ضرورياً في مجتمع ديمقراطي" *necessary in a democratic society*. ومن الواضح أن القيام بهذه المهمة يستلزم تطبيق اختبار التناسب. ولذلك، فإن اعتراضات مجلس اللوردات الإنجليزي على تبني مبدأ التناسب كأساس للرقابة القضائية في قضية *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Brind*^(٢) لم يعد ممكناً التعويل عليه في هذا السياق، كما سيظهر ذلك لاحقاً.

(1) Garreth Wong, *Towards the Nutcracker Principle, Reconsidering the Objections to Proportionality*, Public Law, (2000), 92 [95].

(2) [1991] 1 AC 696.

المطلب الثاني

رقابة المعقولية في القانون الإنجليزي

يمكن القول إن الدول التي كانت تتبنى تقاليد القانون العام الإنجليزي **common law** كانت تطبق في بادئ الأمر معيار المعقولية- والذي يُطلق عليه **the doctrine of wednesbury reasonableness** - لرقابة نشاط السلطات الإدارية. بيد أن هذه الدول بدأت تتقبل، بصورة متزايدة، مبدأ التناسب تحت تأثير أنظمة القانون المدني وقضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان كمعيار للرقابة القضائية على الأنشطة الإدارية. وفي الحقيقة، يمكن الإشارة إلى أنه يوجد نموذجان لرقابة التناسب: النموذج البريطاني أو مفهوم التناسب المقيد للدولة **state limiting conception of proportionality**، والنموذج الأوربي أو نموذج التناسب الذي يستهدف تحقيق المستوى الأمثل من الحماية **the optimizing concept of proportionality**. ويُنظر إلى النموذج الأوربي باعتباره الأكثر تفضيلاً. وقد قبلت المحكمة العليا الهندية مبدأ التناسب في عام ٢٠٠٠، ومع ذلك يلاحظ أن النظام القانوني الهندي لم يستوعب هذا المبدأ بعد بصورة كاملة. فلا نكاد نجد قضية طُبِقَ فيها مبدأ التناسب.

ويمكن القول إن الرقابة القضائية على النشاط التشريعي والتنفيذي كانت واحدة من أكثر التطورات أهمية في مجال القانون العام في القرن العشرين. وعلى الرغم من أن مفهوم أو فكرة الرقابة القضائية قد تطورت مبكراً في عام ١٨٠٣ في القضية الأمريكية الشهيرة **Marbury v. Madison**^(١)، إلا أن هذا المفهوم لم يجد تطبيقاً له على نطاق واسع إلا في القرن العشرين، لاسيما عندما بدأت الديمقراطية تصبح- بعد

(1) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

الحرب العالمية الثانية- المبدأ السياسي الحاكم في أغلب دول العالم. ومنذ ذلك الحين، أضحى نطاق الرقابة القضائية أحد الموضوعات الأساسية محل النقاش في القانون الإداري.

ويمكن القول إن الرقابة القضائية على النشاط التنفيذي - النشاط الإداري - قد اكتسبت مضموناً أكثر ثراءً، لاسيما في العقدين الأخيرين. ويمكن تفسير ذلك بأن تنامي الاتجاه نحو الأخذ بنموذج دولة الرفاه الحديثة welfare state، بالتضافر مع التطورات التكنولوجية المعاصرة، قد قاد المشرع، ليس فقط لترك سلطة تقديرية أكثر اتساعاً للإدارة، ولكن أيضاً لتفويضها كثيراً من سلطاته ووظائفه. ولعل هذه التطورات هي التي أسفرت في نهاية الأمر عن تضخم سلطات الجهاز الإداري البيروقراطي. وقد أدى التخوف من إساءة استخدام الإدارة لهذه السلطة التقديرية الواسعة إلى تنامي أهمية دور الرقابة القضائية على نشاط الإدارة. ومع ذلك، فإن تزايد أهمية دور القضاء في رقابة نشاط الإدارة لم يؤد إلى تغول القضاء على المجال المحجوز للإدارة الذي تمارس فيه سلطتها التقديرية. ولذلك، فإن نطاق الرقابة القضائية يجب أن يبقى مقصوراً فقط على الحد الضروري لمنع إساءة استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية.

ولتحقيق هذه الوظيفة المقيدة limiting function of judicial review للرقابة القضائية، يلاحظ أن كلاً من أنظمة القانون العام الإنجليزي وأنظمة القانون المدني قد استجابتا بطريقة مختلفة وطورتا إجراءات مختلفة.

ففي أنظمة القانون العام الإنجليزي، تم تطوير مفهوم الرقابة الثانوية the concept of secondary review لتحقيق هذه الوظيفة المقيدة للرقابة القضائية. وفي ظل مفهوم "الرقابة الثانوية"، فإن المحاكم لن تلغي القرار الإداري إلا إذا كان

معيباً بعيب عدم المعقولية، بمعنى أن القرار يجب أن يكون غير معقول إلى درجة أنه لا يوجد شخص عاقل يمكن أن يتخيل دخول هذا القرار في نطاق سلطات الإدارة^(١).

وفي المقابل، طورت أنظمة القانون المدني مفهوم رقابة التناسب أو الرقابة الأولية (proportionality based review (primary review)). وهذه الرقابة تمثل شكلاً أكثر تدخلاً أو أكثر تشدداً أو صرامة من الرقابة القضائية مقارنة برقابة المعقولية في القانون الإنجليزي. ويتطلب مبدأ التناسب، ببساطة، أن القرار الإداري لا يجوز أن يكون أكثر تدخلاً - أو تقييداً أو إرهاباً- مما هو ضروري لتحقيق الهدف المقصود منه^(٢). وعلى الرغم من أن الدول التي تتبنى أنظمة القانون العام الإنجليزي كانت تفضل تبني "معيار المعقولية" المشار إليه آنفاً، إلا أنها لم يعد بمقدورها تجاهل التطور المعاصر لمعيار أكثر منهجية هو معيار التناسب المأخوذ به في دول القانون المدني.

يمكن القول إن الأطر الخارجية الواسعة للحدود الخارجية للرقابة القضائية قد تم بيانها بواسطة اللورد Diplock في قضية Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Services^(٣). وتتمثل هذه الأطر أو الأسس للرقابة القضائية في عدم المشروعية (illegality)، وعدم المعقولية (irrationality)، وعدم

(1) See Associated Picture House v. Wednesbury Corporation (1947) 2 All ER 74 (CA).

(2) Justice Anand Byrareddy, Proportionality vis-à-vis irrationality in administrative law (2008) 7 SCC J-29, p.32.

(3) Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1983] UKHL.

الصحة أو السلامة الإجرائية procedural impropriety^(١). ومن الواضح أن هذا التصنيف الثلاثي يعكس الإطار الخارجي للرقابة القضائية. ومع ذلك، فإن هذه الأطر ليست حصرية^(٢). ورغم ذلك، فإن أغلب مؤلفي الكتب المتعلقة بالرقابة القضائية يتبعون هذه الطريقة الثلاثية في تصنيف أسس الرقابة القضائية^(٣). ويلاحظ أن تطورات عديدة قد لحقت مفهوم الرقابة القضائية في القانون الإنجليزي، مثل تراجع امتيازات السلطات العامة وتقلص الحصانات المقررة لها. ومع ذلك، يرى بعض الكتاب أن هذه التطورات يمكن استيعابها في التصنيف الثلاثي الذي قال به اللورد Diplock لأسس الرقابة القضائية. ويكتسب مفهوم عدم المعقولية أهمية خاصة في هذا السياق لارتباطه بمفهوم التناسب^(٤).

- مفهوم عدم العقلانية ومعيار المعقولية الإنجليزي

عادل اللورد Diplock بين مفهوم عدم العقلانية irrationality ومفهوم عدم المعقولية wednesbury unreasonableness^(٥). ومن المعروف أن مفهوم عدم المعقولية الإنجليزي قد تطور في قضية Associated Provincial Picture

(1) Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223

(2) Wheeler v. Leicester City Council (1985) A.C. 1054, per Lord Roskill, p. 1078.

(3) For e.g., See John Adler, General Principles of Constitutional and Administrative law, (4th ed., 2002) p. 368

(4) Council of Civil Service Unions. v. Minister for the Civil Services (1984) 3 All ER 935, pp. 950, 951

(5) Ibid., p. 951

Houses Ltd. v Wednesbury Corporation⁽¹⁾، ومن ثم اكتسب هذا المعيار اسم *wednesbury unreasonableness*. ويعني هذا المفهوم، ببساطة، أن السلطة التقديرية المخولة للإدارة يجب ممارستها بطريقة معقولة. ومن ثم، فإن الإدارة المخولة سلطة تقديرية يجب عليها أن تمارس هذه السلطة ممارسة صحيحة وفقاً للقانون. ومن مؤدى ذلك، أنه يجب على هذا الإدارة أن تركز اهتمامها على المسائل أو العناصر التي يقع عليها التزام قانوني بأخذها في الاعتبار. فإذا لم تلتزم الإدارة بهذه المعايير، فإن ممارستها للسلطة التقديرية تكون جديرة بأن تُوصف بأنها غير معقولة⁽²⁾.

وقد أحسن اللورد Diplock التعبير عن معايير المعقولة بصورة موجزة عندما قال:

"المعقولة كمبدأ تنطبق على القرار الذي يكون غير معقول إلى درجة تمثل تحدياً للمنطق أو للمعايير المعقولة، بحيث لا يُتصور وجود شخص يُعمل عقله بشأن المسألة محل القرار كان يمكن أن يصل إلى مثل هذا القرار"⁽³⁾.

(1) (1947) 2 All ER 680 (CA)

(2) Ibid., pp.682, 683

(3) "wednesbury unreasonableness" as a principle that applies to a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who applied his mind to the question to be decided could have arrived at it", Council of Civil Service Unions. v. Minister for the Civil Services (1984) 3 All ER 935, pp. 950, 951

ويرى كثير من الكتاب أن معيار المعقولية المذكور يبقى غامضاً بصورة كبيرة، ومن ثم، لا يمكن إخضاعه للتقييم بطريقة موضوعية. ولعل هذا ما جعل مبدأ التناسب يحظى بقبول عالمي أكبر من معيار المعقولية المطبق في القانون الإنجليزي^(١).

- مفهوم التناسب:

قدم اللورد Diplock تعريفاً تقليدياً للتناسب عندما قال "لا يجوز أن تستخدم مطرقة بخارية لكسر حبة من البندق إذا كانت كسرة البندق ستفي بالغرض"^(٢). وتبعاً لذلك، فإن الحكومة لا يجوز لها أن تستخدم وسائل أكثر تدخلاً مما هو ضروري لتحقيق الأغراض أو المصالح العامة المهمة^(٣). ومع ذلك، فإن الميزة الأعظم للتناسب كأداة للرقابة القضائية هي قدرته على تقديم معايير موضوعية ممنهجة للتحليل. ومن ثم، يمكن تطبيق مبدأ التناسب على وقائع قضية معينة من خلال استخدام اختيارات متنوعة.

ويلاحظ أن اللورد Diplock قد اعترف، في سياق تقديمه للتصنيف الثلاثي لأسس الرقابة القضائية في القانون الإنجليزي، بأن التناسب سيشكل أساساً إضافياً للرقابة القضائية في المستقبل^(٤). ومع ذلك، ينظر معظم الكتاب في القانون العام

(1) Ajoy P.B. Administrative Action and the Doctrine of Proportionality in India, Journal of Humanities and Social Science, Volume 1, Issue 6 (Sep-Oct. 2012), PP 16-23.

(2) R v. Goldsmith (1983) 1 WLR 151, p. 155

(3) John Adler, General Principles of Constitutional and Administrative law, op. cit., p. 368

(4) Council of Civil Service Unions. v. Minister for the Civil Services (1984) 3 All ER 935, pp. 950, 951

الإنجليزي إلى التناسب باعتباره أساساً للرقابة القضائية، ولكن في ظل مفهوم العقلانية irrationality^(١). ومن ثم، يُنظر إلى التناسب والمعقولية باعتبارهما جانبين لمعيار العقلانية irrationality. ويلاحظ العديد من الكتاب أن التناسب بدأ باعتباره منافساً لمعيار المعقولية unreasonableness، ولكن بالنظر إلى الدرجة العالية من الموضوعية التي يتمتع بها التناسب والتحسينات العديدة التي أدخلت عليه في العقد الأخير، فمن السهل توقع أن التناسب في طريقه ليحل محل معيار المعقولية، بحيث يصبح التناسب وحده هو أساس الرقابة القضائية في ظل المفهوم الأوسع للعقلانية.

المطلب الثالث

تطور القانون الإداري الإنجليزي نحو قبول مبدأ التناسب

اقترح اللورد Diplock، في قضية CCSU v Minister for the Civil Service، اعتبار مبدأ التناسب أساساً رابعاً محتملاً للرقابة القضائية^(٢). ولاشك أن تبني هذا المبدأ الأوربي، ذي الجذور الألمانية، يمثل تحدياً للتقاليد أو للمقاربة السائدة في القانون العام الإنجليزي. ومنذ ذلك الحين، أضحت مبدأ المعقولية الإنجليزي (المعروف باسم Wednesbury principle of unreasonableness) وعلاقته بمبدأ التناسب محلاً للجدل بشأن ما إذا كانت محاولة إدماج مبدأ التناسب في القانون الإنجليزي قد كُلت بالنجاح^(٣). ومن المعلوم أن مبدأ المعقولية الإنجليزي، الذي تقرر

(1) Id., p.368

(2) [1985] AC 374.

(3) See de Burca, G., "Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law" (1997) European Public Law 561.

في قضية *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation*، يقرر فكرة مؤداها أن القرار الصادر من السلطة الإدارية، استناداً إلى سلطة تقديرية، يكون غير مشروع إذا كان غير معقول إلى درجة لا يُتصور معها أن تتخذ سلطة تتسم بالمعقولية مثل هذا القرار^(١). ومع ذلك، فإن مبدأ التناسب في صيغته الأوربية يتكون من اختبار مؤداه التحقق مما إذا كان الإجراء المطعون عليه ملائماً وضرورياً لتحقيق الهدف منه، وكذلك ما إذا كان هذا الإجراء لا يتضمن فرض أعباء مفرطة على الفرد^(٢). ومن الواضح أن مبدأ التناسب يستهدف من خلال استخدام هذا الاختبار إجراء موازنة بين الغايات التي يستهدف الإجراء تحقيقها، وبين الحقوق أو الحريات أو المصالح التي يدعى الفرد خضوعها للتقييد المفرط^(٣).

بيد أن اختبار التناسب وفقاً للمقاربة السابقة يواجه صعوبتين تحولان دون إدماجه إدماجاً ميسوراً في نظام الرقابة القضائية على النشاط الإداري أمام المحاكم الإنجليزية. وتتمثل هاتان الصعوبتان فيما يلي:

- أولاً: إن إجراء موازنة بين المصالح العامة والمصالح الخاصة يرقى إلى شكل من الرقابة يقارب ذلك الذي تقوم به محاكم الاستئناف، وهذا ما يجاوز الوظيفة الرقابية للقضاء في صورتها الإنجليزية التقليدية.

(1) [1948] 1KB 223.

(2) Craig, P., de Burca, G., EU Law, 1998, 350.

(3) See de Burca, G., "Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law", op. cit

- **الأولى:** ما إذا كان ثمة مجال لحماية حقوق الإنسان من خلال الرقابة القضائية.
- **الثانية:** ما إذا كان يجب استخدام مبدأ التناسب كأساس مستقل للرقابة القضائية على نحو ما اقترح في قضية GCHQ.

وبعد التأكيد على أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لا تشكل جزءاً من القانون الوطني، وأن المحاكم لا تتمتع بسلطة إنفاذ حقوق الإنسان بطريقة مباشرة، أضاف اللورد Bridge بأن التشريع الوطني الغامض يفترض تطابقه مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وأن هذا الافتراض مبني على الإرادة الضمنية للبرلمان:

"من المسلم به، بالطبع، من جانب الطاعنين، أن الاتفاقية (الأوروبية لحقوق الإنسان) - شأنها في ذلك شأن أي التزامات ناشئة عن معاهدات - لا تشكل جزءاً من القانون الوطني. وتبعاً لذلك، فإن المحاكم لا تتمتع بسلطة إنفاذ الحقوق النابعة من هذه الاتفاقية بطريقة مباشرة. ومن ثم، إذا تعارض القانون الوطني مع هذه الاتفاقية، فإن المحاكم لن يكون أمامها من خيار سوى إنفاذ القانون الوطني. ومع ذلك، فإنه من المسلم به أيضاً أنه في سياق تفسير أي نص غامض في القانون الوطني - بمعنى أن النص يُحتمل تفسيره على نحو يتفق أو يتعارض مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان - فإن المحاكم ستفترض أن البرلمان قد قصد سن القانون على نحو يتفق مع هذه الاتفاقية"^(١).

(1) Brind v Secretary of State for the Home Dept [1991] 1 All ER 720 esp at 722-723, [1991] 1 AC 696 esp at 747-748 per Lord Bridge of Harwich.

وقد أكد اللورد Templeman أنه:

"وفقاً لنصوص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان- على نحو ما تفسرها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان- فإن التدخل في حرية التعبير يجب أن يكون ضرورياً ومنتاسباً مع الضرر الذي يستهدف التقييد منعه"^(١).

ولذلك، يمكن القول إن اللورد Templeman كان القاضي الوحيد الذي اقترح تطبيق مبدأ التناسب بصورة عامة، وإن كان قد انتهى إلى أن تطبيقه في هذه القضية غير ملائم. وفي المقابل، رفض اللورد Ackner تطبيق مبدأ التناسب محتجاً بأنه لا يتسق مع مقاربة نظام الرقابة القضائية الإنجليزي الذي لا يراقب مدى ملاءمة القرار الإداري المطعون عليه the merits، ووصف اللورد Ackner تطبيق مبدأ التناسب بأنه يمثل "مقاربة استثنائية محظورة" the forbidden appellate approach. وأضاف اللورد Ackner بأنه في ظل غياب "قانون أساسي"، فإنه لا مجال لتطبيق مبدأ التناسب. ومع ذلك، فقد ذهب كل من اللورد Roskill، واللورد Bridge واللورد Ackner إلى أنهم لا يمانعون في إمكانية الإدماج المستقبلي لمبدأ التناسب كأساس مستقل للرقابة القضائية. وفي هذا الصدد، يقول اللورد Roskill:

"أرى بوضوح أن القضية الحالية ليست قضية يمكن فيها تطبيق الخطوة الأولى (من خطوات تحليل التناسب)، وذلك لأن تطبيق مبدأ التناسب في هذه القضية سيعني، من منظور المحكمة، أن تُحل تقديرها محل تقدير وزير

(1) "in terms of the Convention, as construed by the European Court of Human Rights, the interference with freedom of expression must be necessary and proportionate to the damage which the restriction is designed to prevent", [1991] AC 696 at 751 per Lord Templeman.

الداخلية الذي أناط به البرلمان القيام بهذا الواجب. بيد أن القضاء على هذا النحو في هذه القضية لا يحول دون إمكانية التطور المستقبلي للقانون في هذا الصدد"^(١).

ويصف الأستاذ Murray Hunt الحكم الصادر في هذه القضية بأنه يمثل سلاحًا ذا حدين، لأن هذا الحكم بين أن القواعد القانونية غير المدرجة أو المدمجة في القانون الوطني لا يمكن إنفاذها من جانب المحاكم، وفي ذات الوقت مال الحكم إلى فكرة تطوير المقاربة القضائية التقليدية في القضايا التي تنطوي على مساس بالحقوق الأساسية، وذلك من خلال تطبيق معيار المعقولية الإنجليزي *Wednesbury threshold*^(٢).

وفي مقال نشر حديثًا، أبدى السير John Laws اهتمامًا خاصًا بمعنى الحقوق والمخاطر التي تتعرض لها^(٣). وفي رأيه أن هذه المسألة لم تحظ بالاهتمام الذي يليق بها. وتبدو وجهة نظر السير John Laws أقرب إلى الصحة، لأن نظم القانون العام الانجليزي لم تطور، في الحقيقة، ثقافة للحقوق على النحو الذي تطورت به هذه الثقافة في دول مثل ألمانيا وإيطاليا. وفي هذا السياق، يمكن الإشارة إلى أن كلاً من ألمانيا وإيطاليا يرون في دساتيرهما وفي أنظمتها للرقابة القضائية على دستورية القوانين حماية كافية في مواجهة "عودة الشر ومخاوف الديكتاتورية، ومن انتهاك حقوق

(1) *Brind v Secretary of State for the Home Department, ex p Brind* [1991] 1 AC 696, 750DF per Lord Roskill.

(2) Murray Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, 1997, p. 208.

(3) Sir John Laws, "The Limitations of Human Rights" (1998) Public Law ISA.

الإنسان الأساسية التي يمكن أن تتعرض للسحق من جانب المشرعين التابعين للأنظمة المستبدة^(١). ولذلك، يمكن القول إن الدول الأوروبية على وعى كامل بأهمية الحقوق التي تمنحها دساتيرها لمواطنيها. ولعل هذا الاختلاف في خلفية حماية الحقوق هو الذي يفسر اختلاف النظرة السائدة بين فقهاء القانون الدستوري في كل من المملكة المتحدة ودول القارة الأوروبية. فالسياسيون والأكاديميون الذين ينتمون إلى دول القارة الأوروبية يبدون اهتماماً عميقاً بمسألة الأساس القانوني لمسئولية الدولة العضو ونظرية القاعدة الحمائية [the Schutznormtheorie (theory of the protective norm)]، التي تتطلب أن تكون القاعدة التي تم انتهاكها من جانب الدولة العضو كانت تستهدف حماية الفرد^(٢).

ويذهب الأستاذ Alan Ryan إلى حد القول: "إن التقاليد البريطانية لا يمكنها قول أي شيء مقنع بشأن حقوقنا"^(٣). بيد أن أحد الكتاب يرفض هذا الزعم، ويقول إن هذا "الاتهام الوطني" ليس سوى محض مبالغة، وإن كان يشير إلى أهمية الاعتراف

-
- (1) Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, (Oxford: Clarendon Press), 1989, p.161.
 - (2) von Dannwitz, T., "Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der Mitgliedstaaten" (1997) DVBl 1; see the submission of the German government in judgment in joined cases C-46/93 and C-48/93, *Brasserie du Pecheur and Factortame*, I-I 143; Matthias Ruffert, "Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View", 34 *Common Market Law Review*, Issue 2, 1997, p. 309.
 - (3) Alan Ryan, *The British, The Americans, and Rights*, in Lacey, M.J., Haakonssen, K., *A Culture of Rights', the Bill of Rights in Philosophy, Politics, and Law - 1791 and 1991*, 1991, 39.

بالخلفية الاجتماعية والتاريخية للثقافة القانونية السائدة في نظام القانون العام الإنجليزي لدى مقارنته بالتقاليد السائدة في أنظمة القانون المدني^(١).

ورغم الملاحظة السابقة، يمكن القول إن حماية حقوق الإنسان قد أحرزت تقدماً مهماً في المملكة المتحدة. وقد وجدت حماية حقوق الإنسان أوضح تعبير عنها في قانون حقوق الإنسان *the Human Rights Act* الصادر عام ١٩٩٨. وهذا القانون ليس سوى خطوة في عملية من التطوير وُصفت بأنها تشكل تغييراً مهماً في المناخ القانوني السائد. ومن أهم إنجازات هذا القانون أنه أدرج طائفة من الحقوق المكرسة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في القانون الوطني الإنجليزي. وما من ريب في أن هذا القانون قد أحدث تغييرات بالغة الأهمية في طريقة مقاربة السلطات العامة، بما في ذلك المحاكم، لجميع جوانب القانون^(٢). وتتطلب الفقرة (١) من المادة (٢) من هذا القانون من السلطات العامة الإنجليزية أن تأخذ في اعتبارها "أي حكم أو قرار أو تقرير أو رأي استشاري صادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان". وهذا يعني أنه يجب على المحاكم الإنجليزية أن تحترم قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. ومن المعلوم أن هذه المحكمة الأخيرة تطبق مبدأ التناسب. ومع ذلك، ينبغي ملاحظة أن المحاكم الإنجليزية لا يقع عليها التزام قانوني بتطبيق مبدأ التناسب من خلال ذات الاختبار أو المقاربة التي تتبناها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان^(٣). ولذلك، ذهب بعض الكتاب إلى القول: "إن المشكلة الأكثر تعقيداً التي ستواجه المحاكم

(1) Pierre Legrand, *How to Compare, Legal Studies*, 1996, 232 [237].

(2) David Feldman, *Proportionality and the Human Rights Act 1998* in Evelyn Ellis, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, 1999, 117.

(3) *Ibid* 121.

الإنجليزية هي أنه يجب عليها القيام بتطوير، أو بالأحرى اختراع مقارنة متسقة يمكن الدفاع عنها لمبدأ التناسب^(١). ومن المحتمل جداً أن تؤثر مبادئ القانون العام الإنجليزي على الطريقة التي تطبق بها المحاكم الإنجليزية مبدأ التناسب^(٢).

ومع ذلك، تظهر القضايا التالية أن بعض المحاكم الإنجليزية قد طبقت فكرة التناسب، ومن ثم اعترفت ضمناً بالمبدأ حتى قبل دخول قانون حقوق الإنسان حيز النفاذ.

ففي قضية Regina v Secretary of State for The Home

Department Ex Parte Simms^(٣)، رُفض طلب اثنين من السجناء- المحكوم عليهما بالسجن لمدى الحياة في قضية قتل- للحصول على إذن بالاستئناف في مواجهة الحكم الصادر بإدانتهم أمام الدائرة الجنائية بمحكمة الاستئناف. وقد استمر هذا السجنان في التمسك ببراءتهما. وفي سبيل التوصل إلى أداة لإعادة فتح قضيتهم، كان يأملان بالسماح لهما بإجراء مقابلات شفوية مع بعض الصحفيين الذين يبدون اهتماماً بقضيتهم. وتبعاً لسياسة وزارة الداخلية المطبقة في هذا الخصوص، فإن مأموري السجن هم وحدهم المنوط بهم الإذن بمثل هذه المقابلات، وذلك إذا وقع الصحفيون الراغبون في إجراء مثل هذه المقابلات على تعهدات بعدم نشر أي أجزاء من هذه

(1) Kentridge, S., "The Incorporation of the European Convention on Human Rights" in the University of Cambridge Centre for Public Law, Constitutional Reform in the United Kingdom, 1998, 70.

(2) Feldman, D., Proportionality and the Human Rights Act 1998, op. cit., 143.

(3) R v Secretary of State for the Home Department, exp Simms, [1999]3WLR328.

اللقاءات. بيد أن الصحفيين الراغبين في إجراء هذا اللقاء رفضوا التوقيع على مثل هذه التعهدات. وقد سعى هذا السجينان للطعن على القرار الصادر برفض طلبهما استناداً إلى أن مثل هذا القرار يشكل انتهاكاً لحقهما في حرية الحديث *the right to free speech*، ليس بصفة عامة، ولكن فقط في إطار سياق حقهما في إيصال قضيتهما إلى الرأي العام. وقد تمسك هذان السجينان بأن السماح لهما بإجراء مثل هذا اللقاء هو السبيل الوحيد لإخضاع إدانتهم لمزيد من الفحص والمراجعة، ولتتمكن وسائل الإعلام من إلقاء الضوء على إدانتهم. كما سعى هذا السجينان للاستفادة من خدمات التحري التي يتمتع بها هؤلاء الصحفيين، وذلك لإمكان إحالة قضيتما إلى محكمة الاستئناف (الدائرة الجنائية).

وقد قبل مجلس اللوردات الإنجليزي هذين الاستئنافين، بما مؤداه اعتبار السياسة المطبقة في هذا الخصوص غير مشروعة، ومن ثم أيضاً عدم مشروعية قرارات مأموري السجون المطبقة لمثل هذه السياسة. والحقيقة أن هذه القضية تظهر إجراء رقابة قضائية مشددة أو صارمة *high intensity of judicial control* في السياقات وثيقة الصلة بحقوق الإنسان. حيث أكد مجلس اللوردات الإنجليزي في هذه القضية الحاجة لحماية الحق في حرية التعبير:

"في ظل النظام الديمقراطي، يشكل هذا الحق (في حرية التعبير) حقاً أساسياً بدونه يكون غير ممكن ضمان حكم فعال للقانون. ومع ذلك، فإن حرية التعبير لا تشكل حقاً مطلقاً. ففي بعض الأحيان، يجب أن يخضع هذا الحق لبعض المصالح الاجتماعية المحددة والمقنعة. وعلى هذا المعنى، تنص

المادة (١٠) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة عام (١٩٥٣)^(١).

وقد مضى مجلس اللوردات الإنجليزي في بيان مضمون هذا الحق قائلاً:

"لكل شخص الحق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء وتلقي ومشاركة الأفكار دون تدخل من السلطة العامة وبغض النظر عن الحدود".

ومع ذلك، فقد أكد مجلس اللوردات الإنجليزي بوضوح لا لبس فيه أن مثل هذا الحق ليس مطلقاً، ولا يمكن ممارسته بمعزل عن باقي الحقوق، ومن ثم يمكن إخضاعه لبعض القيود. وفي هذا المعنى، يقول مجلس اللوردات الإنجليزي:

"إن ممارسة هذه الحريات- مادام أنه يقترن بها بعض الواجبات والمسئوليات- فإنه يمكن إخضاعها لتلك الشكليات والشروط والقيود أو الجزاءات التي ينص عليها القانون والتي تكون ضرورية في مجتمع ديمقراطي في سبيل حماية مصالح الأمن الوطني أو سلامة الإقليم أو الأمن العام أو منع الاضطراب أو الجريمة، أو لحماية الصحة أو الآداب، أو لحماية

(1) "In a democracy it is the primary right: without it an effective rule of law is not possible. Nevertheless, freedom of expression is not an absolute right. Sometimes it must yield to other cogent social interests. Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1953) is in the following terms"., R v Secretary of State for the Home Department, exp Simms, [1999]3WLR328.

سمعة أو حقوق الآخرين أو لمنع إفشاء المعلومات أو لحماية سلطة وحياد القضاء"^(١).

كما أشار مجلس اللوردات الإنجليزي أيضاً إلى قضية **Derbyshire County Council v Times Newspapers Ltd and Others** التي تحددت فيها متطلبات القيود الضرورية في مجتمع ديمقراطي على النحو التالي:

"فيما يتعلق بتعبير (ضروري في مجتمع ديمقراطي) في سياق القيود على الحق في حرية التعبير التي يمكن للقانون النص عليها، فقد استقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضائها على أن متطلب (ضروري) يستلزم وجود حاجة اجتماعية ملحة، كما لا يجوز أن تكون القيود المفروضة أشد مما هو ضروري لتحقيق الهدف المشروع المتغيا"^(٢).

وفي هذا السياق، لاحظ اللورد Keith أنه كان قد توصل إلى ذات النتيجة قبل مجلس اللوردات دون حاجة للاعتماد على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ولكن

(1) "The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary", R v Secretary of State for the Home Department, exp Simms, [1999]3WLR328.

(2) **Derbyshire County Council v Times Newspapers Ltd and Others**, [1993] AC 534.

عبر اتفاهه مع ملاحظه اللورد *Goff of Chieveley* التي أبدأها في قضية *Guardian Newspapers*، وأضاف "أجد أنه من المقبول إمكان الانتهاء إلى أن القانون العام الإنجليزي يتسق مع الالتزامات التي تعهد بها التاج في ظل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في هذا المجال الخاص".

وقد حاول اللورد *Steyn* تفسير السلطة التقديرية الواسعة المخولة للإدارة من خلال الإشارة إلى مبدأ المشروعية، وذلك بقوله:

"توجد وجهة للتفسير الموسع للسلطة التقديرية المخولة للإدارة، لكن ينبغي ألا ننسى أن الأمر يتعلق هنا بحق أساسي، أي حق السجين في السعي لعقد مقابلات شفوية لإقناع أحد الصحفيين بفحص مدى سلامة إدانته، ونشر ما يتوصل إليه في هذا الخصوص، وذلك في إطار الجهد المبذول لوصول السجين إلى العدالة. وفي مثل هذه الظروف، توجد قرينة ذات تطبيق عام تعمل كمبدأ دستوري^(١)، وهذه القرينة يُطلق عليها (مبدأ المشروعية). وأرى أن تطبيق هذا المبدأ من شأنه- في ظل النصوص القانونية السارية- ضمان عدم المساس بالحقوق الأساسية التي يثيرها الطاعنون في هذه القضية"^(٢).

وبالمثل، أشار اللورد *Hoffmann* إلى أهمية مبدأ المشروعية في ظل دستور يعترف "بمبدأ سيادة البرلمان" *the sovereignty of Parliament*:

(1) Sir Rupert Cross, *Statutory Interpretations*, 3rd edition, 1995, pp. 165-6.

(2) Available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990708/obrien02.htm>

"سيادة البرلمان تعني أن البرلمان بمقدوره، إذا قدر اختيار ذلك، تبني تشريعات تخالف المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان. ولا يتضمن قانون حقوق الإنسان الصادر عام ١٩٩٨ سلب هذه السلطة من البرلمان. ويمكن القول إن القيود الواردة على هذه السلطة التي يمارسها البرلمان هي في نهاية الأمر ذات طبيعة سياسية، وليست ذات طبيعة قانونية، لكن مبدأ المشروعية يعني أن البرلمان يجب أن يواجه بأمانة نتيجة فعله، ويتحمل التكلفة السياسية المترتبة عليه. بيد أنه ليس ممكناً إلغاء الحقوق الأساسية من خلال عبارات عامة أو غامضة. وتفسير ذلك، أن ثمة خطراً في أن تكون المعاني الكاملة لهذه العبارات العامة أو الغامضة قد مرت دون أن يلاحظها أحد في سياق العملية الديمقراطية. ومن ثم، فإنه في ظل غياب لغة صريحة أو معاني ضرورية تقتضى خلاف ذلك، فإنه يجب على المحاكم أن تفترض أن أكثر الكلمات عمومية قد قصد بها الخضوع للحقوق الأساسية للفرد. وبهذه الطريقة، فإن محاكم المملكة المتحدة تطبق مبادئ الدستورية، على الرغم من اعترافها بمبدأ سيادة البرلمان، بطريقة لا تختلف كثيراً عن تلك التي يُطبق بها في الدول التي تنقيد فيها سلطة المشروع بوثيقة دستورية"^(١).

ويبدو الحديث السابق للورد Hoffmann بالغ الأهمية، لأنه يعالج السؤال الصعب المتعلق بسيادة البرلمان وحماية حقوق الإنسان. حيث يعترف اللورد Hoffmann بأن المشرع يتقيد، في الدول الأخرى، تقيداً مباشراً بالتزام دستوري يوجب عليه حماية الحقوق الفردية. وفي ظل غياب مثل هذا المتطلب الدستوري في

(1) [1999] 3 WLR 328 at 341f-h.

المملكة المتحدة، فإن مبدأ المشروعية يخدم كأداة قانونية لتسوية الدور الذي تقوم به المحاكم لحماية الحقوق الفردية من خلال رقابة ممارسة السلطات العامة.

ومن جانبه، أشار اللورد Hobhouse of Woodborough صراحة إلى مبدأ التناسب. ومع ذلك، يلاحظ أن اللورد Hobhouse قد استخدم كلمة "غير متناسب" disproportionate كمعادل لعدم المعقولية، وذلك بالمعنى السلبي للكلمة. ومن ثم، قضى اللورد Hobhouse بأن:

"إن هذه السياسية المفرطة تبدو غير معقولة وغير متناسبة، ومن ثم لا يمكن تسويتها باعتبارها تشكل قيداً مسموحاً به على حقوق السجين. ففي بعض الحالات، تبدو زيارة الصحفي، ولقائه بالسجين وجهاً لوجه، ملائمة باعتبارها مهمة ضرورية لوسائل الاتصال الأخرى. وتظهر الأدلة أن السجين له مصلحة مشروعة في السعي لإعادة إحالة قضيته إلى محكمة الاستئناف. ولا يتمتع السجين، في سبيل الوصول إلى هذه الغاية، بميزة المساعدة القانونية. ومن المسلم به عادة أن إعادة إحالة القضية مرة ثانية إلى محكمة الاستئناف غير ممكن إلا استناداً إلى أدلة جديدة لم تكن متاحة من قبل. ومن ثم، يجب أن يقوم شخص ما بالتنقيب عن هذه الأدلة إن كان لها وجود. وفي هذا السياق، فبإني اتفق مع النتائج التي توصل إليها Latham J. كما يجب إيلاء الاحترام لهؤلاء الذين تُناط بهم مسؤولية إدارة المؤسسات العقابية. فإذا ما تأكدت الحقوق الأساسية، فإن المعيار واجب التطبيق لتقييم أي سلوك يُدعى تدخله أو مساسه بهذه الحقوق هو ذلك الذي تبنته محكمة الاستئناف في قضية R v Ministry of Defense, ex p

Smith^(١). ووفقاً لهذا المعيار، فإن المحكمة يجب أن تكون على قناعة بأن القرار ذا الصلة غير معقول، بمعنى أن هذا القرار يقع خارج إطار الاستجابات أو الخيارات المتاحة لمتخذ القرار المتصف بالمعقولية. وكلما كان التدخل في حقوق الإنسان أكثر جوهرية، كلما تطلبت المحكمة المزيد من التسوية قبل أن تصل إلى قناعة بأن القرار ليس غير معقول^(٢).

وباختصار، تقدم قضية Simms مثلاً جيداً لتطوير القانون العام الإنجليزي في ظل غياب وثيقة دستورية مكتوبة يمكن أن تفرض على المشرع واجباً للتصرف على نحو يكفل احترام حقوق الإنسان. وتجدر الإشارة إلى أن المادة (١٩) تتطلب من وزير التاج المكلف بعرض مشروع القانون على البرلمان أن يقدم إقراراً باتساق مشروع القانون المقترح مع الحقوق المكفولة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان قبل إجراء القرارات الثانية لمشروع القانون. والحقيقة أن قضية (...) تظهر كيف تمكن القضاة الإنجليزي من كفاءة الحماية لحقوق الإنسان، وتطبيق مبدأ التناسب من خلال الإشارة إلى ضرورة وجود حاجة اجتماعية ملحة *a pressing social need* لتقييد الحق الأساسي، وبذلك توصل هؤلاء القضاة إلى مباشرة رقابة قضائية مشددة على نشاط الإدارة عندما ينطوي هذا النشاط على مساس بحقوق الإنسان الأساسية. من ذلك، أن اللورد Hoffmann تمكن من توظيف المبدأ التقليدي للمشروعية لتسوية الدور الذي تقوم به المحاكم في مجال حماية حقوق الإنسان دون مخالفة لمبدأ سيادة البرلمان.

(1) R v Ministry of Defence, ex p Smith [1996] QB 517 at 554.

(2) [1999] 3 WLR 328 at 341f-h.

وتتضمن قضية Simms تطبيقاً لمبدأ التناسب في السياقات ذات الصلة بحقوق الإنسان. كما تقدم هذه القضية مثلاً جيداً لتطور الرقابة القضائية الموضوعية substantive review في القانون الإداري الإنجليزي، وذلك من خلال استخدام مبدأ المشروعية كتسوية لتزايد درجة صرامة الرقابة القضائية على النشاط الإداري ذي الصلة بحقوق الإنسان. ومن الواضح حتى الآن أن توظيف المبدأ التقليدي للمشروعية يبدو فعالاً بدرجة ملحوظة في تسوية تزايد صرامة الرقابة القضائية الموضوعية على النشاط الإداري. ومع ذلك، من المهم ملاحظة أن درجة الرقابة المشددة المستخدمة في قضية (...) والتطبيق الصريح لمبدأ التناسب في هذه القضية يرجع إلى ارتباط سياق هذه القضية ارتباطاً وثيقاً بحقوق الإنسان. وهذا ما يؤكد الملاحظة القائلة بأن درجة شدة الرقابة القضائية على النشاط الإداري المستند إلى سلطة تقديرية ما تزال تتفاوت تبعاً لسياق القضية والموضوع الصادر بشأنه القرار الإداري. وفي القانون الإنجليزي، يجد مبدأ التناسب تطبيقاً صريحاً له، ففي الوقت الحاضر، في القضايا وثيقة الصلة، بحقوق الإنسان (في ظل قانون حقوق الإنسان الإنجليزي الصادر عام ١٩٩٨، أو في سياقات القانون العام الأوربي باعتبار أن مبدأ التناسب يشكل أحد المبادئ العامة في هذا القانون الأخير. وقد أورد اللورد Slynn إقراراً مهماً في قضية R v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte Holding and Barnes plc and others فيما يتعلق بنفاذ مبدأ التناسب في القانون الوطني:

"أعتقد أن الوقت قد حان، حتى دون الإشارة إلى قانون حقوق الإنسان، للاعتراف بأن هذا المبدأ (مبدأ التناسب) أضحى يشكل جزءاً من القانون الإداري الإنجليزي، ليس فقط عندما يتعامل القضاة مع الأعمال الصادرة عن

سلطات الاتحاد الأوروبي، ولكن أيضاً عندما يتعاملون مع الأعمال الخاضعة للقانون الوطني. ومن ثم، تبدو محاولة المحافظة على مبدأي المعقولة والتناسب في مجالات مستقلة غير ضروري، بل ومربك"^(١).

وتقدم قضية R Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Daly^(٢) مثلاً آخر مهماً على تغير المناخ الذي يمكن ملاحظته في عدد من القرارات الحديثة الصادرة من مجلس اللوردات الإنجليزي فيما يتعلق بتطبيق اختيار التناسب في سياق انتهاكات حقوق الإنسان. ويكتسب حديث اللورد Steyn أهمية كبيرة في هذا السياق، لأنه أبدى ملاحظات بالغة الوضوح فيما يتعلق بتطبيق مبدأ التناسب في القانون الإنجليزي.

وكانت القضية التي أبدى اللورد Steyn بشأنها هذه الملاحظات تتعلق بسجين - يُسمى Mr Daly - قام بالطعن على سياسة متبناة في ظل قانون السجون the Prison Act. وكان من مؤدى هذه السياسة أن السجن يمكن ألا يكون حاضراً لدى مراجعة أو فحص مراسلاته المميزة قانوناً privileged correspondence بواسطة ضباط السجن. وقد تمسك هذا السجن بأن السياسة السابقة تشكل انتهاكاً لحقوق الإنسان المكفولة في ظل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وفي القضية السابقة، وصف اللورد Steyn اختبار الرقابة القضائية المطبق فيها على النحو التالي:

- (1) R v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte Holding and Barnes plc and others, [2001] EWHL 23, para 51.
- (2) R Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Daly, [2001] 2 WLR 1622.

"عند مباشرة رقابة صارمة على أحد القرارات التنفيذية التي تنطوي على تدخلات في حقوق الإنسان، فإن المحكمة تسأل- من خلال إجراء اختبار موضوعي- ما إذا كان متخذ القرار المطعون عليه (الإدارة) بمقدوره أن يخلص بطريقة معقولة إلى أن هذه التدخلات كانت ضرورية لتحقيق واحد أو أكثر من الأهداف المشروعة التي تعترف بها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ولدى إجراء اختبار الضرورة في سياق هذه القضية، يجب على المحكمة أن تأخذ في اعتبارها أحكام القضاء الأوربي، وذلك وفقاً للمادة (٢) من قانون حقوق الإنسان الصادر عام ١٩٩٨".

ولاحقاً، قام اللورد Steyn بتقديم تمييز إضافي أكثر وضوحاً لاختبار المعقولية التقليدي *traditional Wednesbury test* عن اختبار التناسب الأكثر دقة وتطوراً:

"تتسم حدود أو أطر مبدأ التناسب بأنها مألوفة. ففي قضية - *De Freitas v- The Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing and others*⁽¹⁾، تبني المجلس الاستشاري الخاص للملكة اختباراً مكوناً من اختبارات ثلاثة. فقد لاحظ اللورد Clyde - في الصفحة ٨٠- أنه في سياق تحديد ما إذا كان القيد- سواء أكان التقييد بواسطة قانون أو قاعدة أو قرار- تحكيمياً أو مفرضاً، يجب على المحكمة أن تسأل نفسها" (١) ما إذا كان الهدف التشريعي مهماً بدرجة كافية لتسويغ تقييد الحق الأساسي. (٢) ما إذا كانت الإجراءات

(1) *De Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing*, the Privy Council adopted a three-stage test. Lord Clyde observed, at p. 80.

المتبناة المصممة لتحقيق هذا الهدف التشريعي مرتبطة ارتباطاً معقولاً بهذا الهدف. (٣) ما إذا كانت الوسائل المختارة المستخدمة لتقييد الحق أو الحرية ليست أكثر (شدة) مما هو ضروري لتحقيق هذا الهدف"^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن اللورد Steyn قد قضي لاحقاً بأن ثمة تداخلاً بين اختبار المعقولين الإنجليزي في صورته التقليدية وبين اختبار التناسب. وخلص اللورد Steyn في قضائه هذا إلى ما يلي:

- **أولاً:** أن درجة الرقابة القضائية في ظل اختبار التناسب أشد من نظيرتها في ظل اختبار المعقولية الإنجليزي.

- **ثانياً:** أن اختبار التناسب ينطوي على تقييم للموازنة التي يجب على متخذ القرار أن يقيمها، وليس فقط على تقييم منطقية أو معقولة القرار.

- **ثالثاً:** أن اختبار التناسب يوجب إيلاء اهتمام للوزن المُعطي للمصالح والاعتبارات من جانب متخذ القرار الخاضع للرقابة القضائية، ومن ثم فهو يتضمن مقاربة أكثر اتساعاً من تلك التي يتضمنها معيار المعقولية الإنجليزي التقليدي.

(1) "The contours of the principle of proportionality are familiar. In *de Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing*^^^ the Privy Council adopted a three-stage test. Lord Clyde observed, at p. 80, that in determining whether a limitation (by an act, rule or decision) is arbitrary or excessive the court should ask itself: "whether: (i) the legislative objective is sufficiently important to justify limiting a fundamental right; (ii) the measures designed to meet the legislative objective are rationally connected to it; and (iii) the means used to impair the right or freedom are no more than is necessary to accomplish the objective", [1999] 1 AC 69.

- رابعاً: أشار إلى اختبار الرقابة المشددة المتبنى في قضية *R v Ministry of Defense, ex p Smith*^(١). والذي قد لا يكون ملائماً بالضرورة لحماية حقوق الإنسان. ومن المعلوم أن اختبار الرقابة المشددة في هذه القضية كان يفرض اختباراً مبدئياً عالياً يستند إلى المادة (٨) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية)^{(٢)(٣)}.

وقد خلص اللورد Steyn، مما سبق، إلى أن درجة شدة الرقابة القضائية، في القضايا المماثلة، يمكن ضمانها من خلال مراعاة متطلبين يتمثلان في:

"أولاً: أن يكون القيد المفروض على الحق ضرورياً في مجتمع ديمقراطي، بمعنى أن يكون التقييد ضرورياً لتلبية حاجة اجتماعية ضاغطة أو ملحة. ثانياً: أن يكون التدخل في الحق أو الحرية متناسباً حقيقياً مع الهدف المشروع المتغيا".

على أن تطبيق مثل هذا الاختبار يمكن أن يؤدي إلى نتائج مختلفة. ولذلك، أكد اللورد Steyn على أن القضايا المتعلقة بالحقوق التي تكفلها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان "يجب أن يتم تحليلها بالطريقة الصحيحة". ومع ذلك، فقد قضى اللورد

(1) [1996] QB 517 at 554.

(2) The European Court of Human Rights came to the opposite conclusion: *Smith and Grady v United Kingdom* (1999) 29 EHRR 493

(٣) وتنص هذه المادة على ما يلي: "١- لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته. ٢- لا يجوز للسلطة العامة أن تتعرض لممارسة هذا الحق إلا وفقاً للقانون وبما تمليه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي وسلامة الجمهور أو الرخاء الاقتصادي للمجتمع، أو حفظ النظام ومنع الجريمة، أو حماية الصحة العامة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم".

Steyn - بعد الإشارة إلى مقال الأستاذ Jowell - إلى أن مثل هذا التحليل لا يرقى لأن يشكل رقابة على الملاءمة^(١).

وأخيراً، أشار اللورد Steyn إلى مقال LJ Laws الذي أكد، في قضية Mahmood أن:

"درجة شدة أو صرامة الرقابة القضائية، في القانون العام، تتفاوت تبعاً لموضوع النزاع- أو تبعاً لدرجة أهمية الحق أو الحرية التي يمسهما الإجراء المطعون عليه- حتى عندما يتعلق الأمر بالحقوق المكفولة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ففي القانون، السياق هو كل شيء"^(٢).

وتظهر قضية Secretary of State for the Home Department v

Rehman^(٣) هذه النقطة بصورة واضحة، حيث يقول اللورد Hoffmann:

"تنبع الحاجة للتقييد في المراجعة الثانية لسياسات وزارة الداخلية من الاعتراف المنطقي بطبيعة المسألة، ومن الاختلافات في عملية اتخاذ القرارات بين كل من (وزارة الداخلية) واللجنة ويبدو لي أن ذلك يؤكد الحاجة لضرورة احترام الزراع القضائي للحكومة لقرارات وزراء التاج فيما يتعلق بمسألة ما إذا كان دعم الأنشطة الإرهابية في دولة أجنبية يشكل تهديداً للأمن الوطني. بيد أن مثل هذه القرارات تتطلب أيضاً، بالنظر إلى

(1) Jeffrey Jowell QC, Beyond the Rule of Law, Towards Constitutional Judicial Review, (2000), Public Law, 671 [681].

(2) "that the intensity of review in a public law case will depend on the subject matter in hand. That is so even in cases involving Convention rights. In law, context is everything ", [2001] 1 WLR 840 at 847, para 18.

(3) [2002] 1 A11ER122.

نتائجها المحتملة على المجتمع، مشروعية لا يمكن منحها إلا من خلال
تحويل سلطة إصدارها إلى أشخاص مسئولين أمام المجتمع من خلال
العملية الديمقراطية^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ التناسب في ظل قانون حقوق الإنسان لعام ١٩٩٨
قد خضع للمناقشة في مارس ٢٠٠٢ في قضية R (Pro-Life Alliance) v BBC
& Others^(٢). وقد كانت هذه القضية تتعلق بحظر فيديو كان يشكل جزءاً من الدعاية
الانتخابية لأحد الأحزاب السياسية المسجلة، وكان هذا الحزب السياسي معارضاً
للانتخابات. وكان مخططاً استخدام هذا الفيديو في الانتخابات العامة لعام (٢٠٠٠).
وكان هذا الفيديو يتضمن عرض صور واضحة لأجنة مجهزة في حالة مشوهة a
"mangled and mutilated state". وقد رفض القائمون على البث إذاعة هذا
الشريط لأسباب تتعلق بالذوق والأخلاق taste and decency (استناداً إلى الفقرة
(١) من المادة (٦) من قانون البث لعام ١٩٩٠ (the Broadcasting Act)
1990 . وفي هذه القضية، احتج الطاعنون بأن حظر إذاعة هذا الفيديو يشكل انتهاكاً
لحقهم في حرية التعبير في ظل المادة (١٠) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(٣).

(1) Ibid, also see the decision of i? (on the application of Saadi and others) ' State for the Home Department [2001] 4 All ER 961.

(2) [2003] UKHL 23

(٣) تنص المادة (١٠) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بأن: "١ - لكل إنسان الحق في حرية التعبير. هذا الحق يشمل حرية اعتناق الآراء وتلقى وتقديم المعلومات والأفكار دون تدخل من السلطة العامة، وبصرف النظر عن الحدود الدولية. وذلك دون إخلال بحق الدولة في تطلب الترخيص بنشاط مؤسسات الإذاعة والتلفزيون والسينما. ٢ - هذه الحريات تتضمن واجبات ومسؤوليات. لذا يجوز إخضاعها لشكليات إجرائية، وشروط، وقيود، وعقوبات محددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي، لصالح الأمن القومي، وسلامة الأراضي، وأمن الجماهير وحفظ النظام ومنع الجريمة، وحماية الصحة والآداب، واحترام حقوق الآخرين، ومنع إفشاء الأسرار، أو تدعيم السلطة وحياد القضاء".

وأن هذا الحظر لم يكون "ضروريًا في مجتمع ديمقراطي" في ظل الفقرة (٢) من المادة (١٠) المذكورة.

وفي هذه القضية، قضت محكمة الاستئناف بأن القانمين على البث قد فشلوا في "إعطاء الوزن الكافي للمتطلب الضاغط أو الملح للتعبير السياسي الحر"، ومن ثم قبلت المحكمة الاستئناف^(١). كما خلصت المحكمة إلى أن "المحكمة الإنجليزية ليست بديلاً عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ستراسبورج. ولكن يوجد في ظل قانون حقوق الإنسان الصادر في ١٩٩٨ واجب تطوير قانون وطني متسق ومبدئي لحقوق الإنسان". وينبع هذا الواجب من المادة (٦)، وبصفة خاصة من المادة (٢) من قانون حقوق الإنسان لسنة ١٩٩٨.

وتبعًا لذلك، يجب على المحكمة أن تأخذ في اعتبارها أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان^(٢). وقد أكدت المحكمة أهمية حرية الحديث: "حرية الحديث هي دائمًا الضحية الأولى في ظل الأنظمة الشمولية"^(٣)، وقد لخصت المحكمة المسألة الأساسية التي تثيرها هذه القضية في السؤال التالي: "هل كان الحظر ضروريًا في مجتمع ديمقراطي في ظل الفقرة (٢) من المادة (١٠) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؟"^(٤).

(1) Ibid 757.

(2) Ibid 771.

(3) Ibid 772.

(4) Ibid 776.

ويمكن القول، بإيجاز، إن القانون الإنجليزي - منذ الحكم الصادر في قضية (1) R (Daly) v Secretary of State for the Home Department - أضحى يعترف بمبدأ التناسب. ويرجع الفضل في ذلك إلى اللورد Steyn الذي تبني في القضية السابقة مفهوماً للتناسب يتكون من عناصر ثلاثة تتمثل فيما يلي: (١) يجب أن يكون الهدف التشريعي مهماً بدرجة كافية لتسوية تقييد أحد الحقوق الأساسية. (٢) أن تكون الإجراءات التشريعية المصممة لتحقيق هذا الهدف التشريعي مرتبطة به ارتباطاً منطقياً أو معقولاً. (٣) يجب ألا تكون الوسائل المستخدمة لتقييد الحق أكثر مما هو ضروري لتحقيق الهدف منها. ولذلك يمكن القول إن التناسب يتطلب فحصاً مشدداً أو رقابة صارمة للعلاقة بين الإجراء المقيد وبين الهدف من هذا الإجراء. ومع ذلك، تتفاوت الآراء فيما يتعلق بالمكونات الدقيقة لمبدأ التناسب (2).

كما يتبين من مقارنة مفهوم السلطة التقديرية، أن كلا النظامين القانونيين الإنجليزي والألماني يمنحان سلطات تقديرية للإدارة، ويعترفان بأن منح هذه السلطات للإدارة يشكل ملمحاً مهماً للإدارة الحديثة. كما يتفق النظامان القانونيان المذكوران في أن ممارسة الإدارة للسلطات التقديرية يجب أن تتسق مع مبدأ حكم القانون أو مبدأ الدولة القانونية في القانون الألماني. وفي كلا النظامين القانونيين، يجب أن يستند منح الإدارة سلطات تقديرية على تخويل قانوني. بيد أنه يلاحظ في القانون الإنجليزي أن السلطات التقديرية الملكية (الامتيازات الملكية)، التي لا تستند إلى نصوص تشريعية،

(1) R (Daly) v Secretary of State for the Home Department [2001] 2 AC 532 per Lord Steyn.

(2) Concept Of Proportionality In Law, an article available at <http://www.lawteacher.net/free-law-essays/administrative-law/concept-of-proportionality-in-law-administrative-law-essay.php#ftn2>

يمكن أن تقدم أساساً مقبولاً لممارسة سلطات تقديرية. وفي النظام القانوني الألماني، ينأسس مفهوم السلطة التقديرية على نظرية بالغة التجريد للنصوص التشريعية. ووفقاً لهذه النظرية، يمكن التمييز بين أشكال ثلاثة مختلفة من السلطة التقديرية. وتتمثل هذه الأشكال في:

- السلطة التقديرية العادية
- هامش السلطة التقديرية في تحديد المفاهيم القانونية غير المحددة.
- السلطة التقديرية في مجال إجراءات التخطيط.

ويلاحظ أن كل شكل من أشكال السلطة التقديرية السابقة يتطلب درجة مختلفة من درجات الرقابة القضائية. وفي هذا الصدد، يشار إلى أن درجة الرقابة القضائية على السلطات التقديرية في مجال إجراءات التخطيط هي الأقل مقارنة بتلك المتبناة في الرقابة على الشكليات الآخرين من السلطة التقديرية. وتظهر العديد من الأحكام القضائية الألمانية ميل المحاكم المتزايد إلى تقليص رقابتها القضائية على قرارات التخطيط. وفي المقابل، لا يميز القانون الإنجليزي بين هذه الأشكال المختلفة من السلطة التقديرية، وذلك على الرغم من أن فكرة المفهوم القانوني غير المحدد تشبه مسألة (الواقع والدرجة).

ويتبنى كلاً النظامين الإنجليزي والألماني آليات لرقابة قرارات السلطات العامة. وقد كان المسوغ الرئيس للرقابة القضائية على النشاط الإداري في إنجلترا، منذ زمن طويل، هو حماية إرادة البرلمان. وفي المقابل، أسفر التطور التاريخي في ألمانيا بعد الحرب العالمية الثانية (١٩٤٥) إلى وضع المحاكم في وضع يتطلب منها حماية الحقوق الفردية في مواجهة أنشطة السلطات العامة.

المبحث الرابع

تطبيق مبدأ التناسب في القانون الإداري المصري

كان القضاء الإداري المصري ينكر على نفسه، في بادئ الأمر، سلطة رقابة التناسب ما بين الجزاء التأديبي والمخالفة التأديبية، وذلك استناداً إلى أن الإدارة هي الأقدر على تحديد هذا الجزاء (المطلب الأول). ولكن، في مواجهة إساءة استعمال السلطات التأديبية لسلطتها التقديرية في تقدير الجزاء التأديبي بحيث تركب متن الشطط فتفرط في الجزاء أحياناً، بينما تسرف في شفتها فتخفف الجزاء أحياناً أخرى، لم يجد القاضي الإداري المصري بداً في مرحلة لاحقة من تطبيق رقابة التناسب على العقاب التأديبي (المطلب الثاني). كما سنحاول، في هذا المبحث، بيان لماذا سمح القاضي الإداري لنفسه في بعض السياقات برقابة ملائمة بعض القرارات الإدارية وفق ضوابط معينة (المطلب الثالث). وأخيراً، سنحاول بيان كيف تطورت رقابة التناسب لتأخذ شكل "الموازنة بين المنافع والأضرار"، لا سيما فيما يتعلق برقابة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة (المطلب الرابع).

المطلب الأول

رفض مجلس الدولة المصري الرقابة على التناسب

أولاً: منهج محكمة القضاء الإداري المصري في المرحلة من عام ١٩٤٧ إلى عام ١٩٥٥

التزمت محكمة القضاء الإداري المصري في باكورة أحكامها في بداياتها الأولى بما هو سائد في القضاء الإداري الفرنسي، من عدم مد رقابتها إلى التناسب بين

العقوبة التأديبية والخطأ التأديبي على اعتبار أن تقدير التناسب بهذا الشأن يعد من الاختصاصات المحجوزة للسلطة التأديبية، تترخص فيه دون معقب عليها في ذلك من جانب القضاء^(١).

ومن أهم أحكامها في هذا الشأن ما جاء في حكم لها بأنه: " لا تعقيب على لجنة التأديب من محكمة القضاء الإداري في تقديرها الموضوعي للوقائع، وما يناسبها من عقوبات تأديبية في حدود السلطة المخولة لها قانوناً، مادام لم يثبت أن قرارها قد انطوى على عيب سوء استخدام السلطة أو تجاوزها"^(٢). كما ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم آخر إلى أنه: " ليس لهذه المحكمة أن تعقب على مقدار الجزاء التأديبي الموقع مادام يدخل في الحدود القانونية المقررة إذ أن تناسب الجزاء مع الفصل موضوع التأديب أو عدم تناسبه مما تترخص المجالس التأديبية في تقديره."^(٣).

ثانياً: منهج المحكمة الإدارية العليا في المرحلة السابقة على عام ١٩٦١

سارت المحكمة الإدارية العليا على ذات النهج الذي دأبت عليه محكمة القضاء الإداري من حيث رفض الرقابة على التناسب بين الخطأ التأديبي والعقوبة التأديبية، وترك ذلك لجهة التأديب دون معقب عليها في ذلك من جانب القضاء. وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة في أحد أحكامها بأنه:

(١) محمد سيد أحمد محمد، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية، مرجع سابق، ص ٣٧١.

(٢) الحكم الصادر بتاريخ: 1948/01/27، القضية رقم: 01/331، نقلاً عن: محمد سيد أحمد محمد، المرجع ذاته، ص ٣٧١.

(٣) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم: ٣٥٨ لسنة: ٢ قضائية، بتاريخ: ١٤-١٢-١٩٤٨.

" يبين من الإطلاع على المادتين ٢٤ و ٢٧ من القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالعمد والمشايخ أن المشرع فرق بين الأفعال التي يمكن أن تستوجب مؤاخذه العمدة أو الشيخ من حيث درجتها في الجسامة وما يناسبها من جزاء، وغاير في الجهة التي تختص بتوقيع الجزاء بحسب مقداره، كما حدد لكل جهة نوع العقوبة التي تملك توقيعها، ولكنه لم يحدد بالذات كل فعل وما يناسبه من جزاء على السنن المتبع في قانون العقوبات، بل ترك تحديد ذلك للسلطة التأديبية المختصة بحسب تقديرها لدرجة جسامة الفعل وما يستأهله من جزاء في حدود النصاب المقرر"^(١).

وقد استمرت المحكمة الإدارية العليا في رفضها الصارم للرقابة على التناسب في مجال التأديب، بل ذهبت المحكمة في هذا السياق إلى حد إلغاء أحكام أعملت هذا النوع من الرقابة، كالحكم الصادر في ١/٣/١٩٥٨، والذي جاء فيه:

"إذا استند القرار إلى وقائع مادية صحيحة لها وجود ثابت فعلاً بالأوراق، وهي وقائع لها دلالتها في تقدير سلوك الموظف الذي وقع عليه الجزاء، وقد استخلصت منها السلطة الإدارية المختصة عقيدتها واقتناعها بعدم صلاحيتها للاستمرار في الخدمة - كرجل بوليس - استخلاصاً سانعاً سليماً يبرر النتيجة التي انتهت إليها في شأنه وهي الفصل، فإن قرارها - والحالة هذه يكون قائماً على سببه ومطابقاً للقانون، دون أن تكون للقضاء الإداري رقابة على تقدير مدى عدم الصلاحية هذه، أو تناسبها مع التصرفات المأخوذة عليه، إذ أن هذا من الملاءمات التي تنفرد الإدارة بتقديرها بما لا معقب عليها في ذلك والتي تخرج عن رقابة القضاء الإداري"^(٢).

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم: ١٤٦٨ لسنة: ٢ قضائية، بتاريخ: ٨-١٢-١٩٥٦.

(٢) المحكمة الإدارية العليا | الطعن رقم: ٤٧٨ لسنة: ٣ قضائية، بتاريخ: ١-٣-١٩٥٨.

وفى المقابل، يذهب جانب من الفقه إلى أن المحكمة الإدارية العليا تمارس رقابة التناسب في مجال التأديب منذ إنشائها^(١). ويبرر هذا الاتجاه الفقهي رأيه بأن الدعاوى التي استند عليها أنصار الرأي القائل برفض المحكمة رقابة التناسب، ترجع إلى أن العقوبات التأديبية الموقعة كانت متناسبة مع المخالفات التأديبية، ومن ثم لم تباشر المحكمة رقابتها لأنها كانت مقتنعة بتوافر التناسب في تلك الحالات. ولقد رُد على هذا الرأي بأنه يتعارض مع صريح الأحكام التي أصدرتها المحكمة الإدارية العليا بانتظام ودون غموض، إذ أنه لا مجال للتفسير مع صريح النص^(٢).

المطلب الثاني

قبول مجلس الدولة المصري الرقابة على التناسب

أولاً: منهج محكمة القضاء الإدارى المصرى في الفترة من ١٩٥٥ حتى ١٩٦١

لم تستمر محكمة القضاء الإدارى المصرية وفيه لمسلكها الراض لمباشرة رقابتها القضائية على التناسب. ومن ثم، بدأت هذه المحكمة، بعد فترة ليست بالطويلة، تسلط رقابتها على الجزاءات التأديبية، ولكن بصورة مخففة. وتطبيقاً لهذا النهج الجديد، مارست المحكمة هذا الشكل من الرقابة القضائية على بعض الجزاءات التأديبية الموقعة على العمد والمشايخ والطلبة. وقد حاول جانب من الفقه تبرير اقتصار هذه الرقابة على هذه الطوائف الثلاث من الأفراد في تلك الفترة، بالقول إن هذه الطوائف كانت تشكل الأعمدة الحزبية، وأن الحكومات كانت حكومات حزبية، فكان كل حزب

(١) د. خليفة سالم الجهمى، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، ص ١٨٣-١٧١.

(٢) د. محمد سيد أحمد محمد، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية، مرجع السابق، ص ٣٧٥.

يحاول النيل من خصومه، الشيء الذي جعل الجهات الإدارية تقسو حيال هؤلاء، وتسرف في توقيع الجزاءات عليهم، فما كان من القاضي الإداري إلا أن فرض هذا الشكل من الرقابة كاستثناء من الأصل العام في العديد من أحكامه^(١).

ثانياً: منهج المحكمة الإدارية العليا منذ عام ١٩٦١

بعد هذه السنة تحولت المحكمة الإدارية العليا عن مسلكها الرافض لرقابة التناسب، وبدأت في رقابة التناسب في مجال التأديب. وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة في ١٩٦١/١١/١١ بأن:

" إنه ولئن كانت للسلطات التأديبية، ومن بينها المحاكم التأديبية، سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك. إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة - شأنها شأن أية سلطة تقديرية أخرى- ألا يشوب استعمالها غلو. ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة 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. والهدف الذي توخاه القانون من التأديب هو بوجه عام تأمين نظام المرافق العامة، ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة. فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة الممعة في الشدة. والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم

(١) د. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، مرجع سابق، ص. 175 ومن هذه الأحكام ذكر: الحكم الصادر بتاريخ: 1951/06/26، القضية رقم: 04/536، وكذلك الحكم الصادر بتاريخ: 1953/11/29، القضية رقم: 07/1150.

طمعاً في هذه الشفقة المغرقة في اللين. فكل من طرفي النقيض لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة. وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي رمى 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 في هذه الصورة ليس معياراً شخصياً، وإنما هو معيار موضوعي قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره. وغنى عن البيان أن تعيين الحد الفاصل بين نطاق المشروعية ونطاق عدم المشروعية في الصورة المذكورة مما يخضع أيضاً لرقابة هذه المحكمة^(١).

ويمكن القول إن الحكم السابق يعكس أهم ملامح رقابة القاضي الإداري المصري على تناسب الجزاءات التأديبية. وتتمثل هذه الملامح فيما يلي^(٢):

الرقابة القضائية على التناسب بين الجزاء التأديبي والمخالفة التأديبية تدرج في إطار رقابة المشروعية، بحيث لا يشوب استعمال السلطة التقديرية للسلطة التأديبية غلو أو إفراط في التقدير.

١- ينصرف مفهوم الغلو إلى عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الخطأ الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره.

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم : ٥٦٣ لسنة : ٧ قضائية بتاريخ : ١١-١١-١٩٦١.

(٢) د. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، مرجع سابق، ص ١٨٧-١٨٨.

٢- لا تقتصر الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب على الغلو أو الإفراط في تقدير العقوبات فقط، ولكن يتسع نطاقها ليشمل أيضاً التفريط في العقاب، بعد ما كانت تُمارس على الإفراط أو القسوة، ذلك أن كلا الاثنان لا يُؤمن معهما سير المرافق العامة بانتظام.

٣- إن معيار الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب، هو معيار موضوعي مؤداه عدم تناسب الجزاء التأديبي نوعاً ومقداراً مع درجة خطورة الخطأ التأديبي.

وهكذا، تواتر القاضي الإداري المصري على مباشرة رقابته على مدى تناسب الجزاءات التأديبية مع المخالفات أو الأخطاء التأديبية. من ذلك، على سبيل المثال، الحكم الذي أصدرته المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٥/٢/٦ بأن:

"إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الأصل أن يقوم تقدير الجزاء على أساس التدرج تبعاً لدرجة جسامة الذنب الإداري وعلى أنه إذا كان للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، فإن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب استعمالها غلو ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة جسامة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الحالة يخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة التي يخضع لها أيضاً تعيين الحد الفاصل بين النطاقين... فما وقع منه (الطاعن) في مثل هذه الظروف وإن دل على طيش واستهتار وعدم حرص على البعد عن مواطن الريب إلا أنه لا يبلغ حداً من الجسامة بحيث يستأهل عقوبة العزل. لذلك، فإنه بالنظر إلى الظروف

السابق الإشارة إليها يكون جزاء العزل الذي قضى به الحكم المطعون فيه بعيداً عن التلاؤم مع الذنب الإداري الذي ارتكبه المتهم ومنطويًا على غلو لا يتناسب مع درجة خطورة هذا الذنب الأمر الذي يتعين معه إلغاء هذا الحكم في شقه الخاص بعزل المتهم الطاعن وتوقيع الجزاء المناسب عليه الذي ترى المحكمة في شأنه الاكتفاء بمجازاته بوقفه عن العمل بدون مرتب لمدة ثلاثة أشهر^(١).

وفي قفزة نوعية وتطور ملحوظ، تخلّت المحكمة الإدارية العليا عن مصطلح الغلو، وأضحت تستخدم مصطلحًا أكثر دقة وهو التناسب. ومن ثم، تواترت المحكمة في السنوات الأخيرة على تأكيد أن التناسب بين المخالفة التأديبية والجزاء الموقع عنها، إنما يكون على ضوء التحديد الدقيق في وصف المخالفة في ضوء الظروف والملابسات المشكّلة لأبعادها. وكثيرة هي الأحكام التي تستخدم هذه الصياغة الجديدة. من ذلك، على سبيل المثال:

"تقدير الجزاء متروك إلى مدى بعيد لتقدير من يملك توقيع العقاب التأديبي غير أن السلطة التقديرية تجد حدها من قيد عدم جواز إساءة استعمال السلطة وعند ظهور عدم التناسب بين المخالفة التأديبية وبين الجزاء الموقع عنها - والغلو في تقدير الجزاء يصم الإجراء التأديبي بعدم المشروعية ويجعله واجب الإلغاء، والتناسب بين المخالفة التأديبية وبين الجزاء الموقع عنها إنما يكون على ضوء التحديد الدقيق لوصف المخالفة في ضوء الظروف والملابسات المشكّلة لأبعادها - وموّدَى ذلك - أن جسامة

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ١٠ قضائية، بتاريخ: ٦-٢-١٩٦٥.

العمل المادي المشكل للمخالفة التأديبية إنما يرتبط بما يترتب عليها من آثار وما تقتضيه الواجبات الوظيفية لمرتكبيها من الحرص والدقة في أداء عمله تلافياً لوقوع هذه الآثار"^(١).

"يكون التناسب بين المخالفة التأديبية والجزاء الذي يُوقع عنها على ضوء التحديد الدقيق لوصف المخالفة في ضوء الظروف والملابسات المشكلة لأبعادها - مؤدى ذلك: أن جسامة العمل المادي المشكل للمخالفة التأديبية إنما ترتبط بالاعتبار المعنوي المصاحب لارتكابها بحيث لا تتساوى المخالفة القائمة على غفلة أو استهتار بتلك القائمة على عمد والهادفة إلى غاية غير مشروعة إذ لا شك أن الأولى أقل جسامة من الثانية - يجب أن يدخل هذا في تقدير من يقوم بتوقيع الجزاء التأديبي على ضوء ما يستخلصه استخلاصاً سائغاً من جماع أوراق الموضوع"^(٢).

ويبين من استقراء مثل هذه الأحكام، أن القاضي الإداري المصري قد طبق رقابة التناسب من حيث مدى غلو الإدارة وركوبها متن الشطط في توقيع الجزاء، أو لين في ذلك مقارنة بجسامة الخطأ التأديبي، منذ حكم المحكمة الإدارية العليا الشهير في ١١/١١/١٩٦١^(٣). ومن ثم، تطورت هذه الرقابة وأضحت جامعة لكل القرارات

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم : ٦٣٩٩ لسنة : ٤٣ قضائية، بتاريخ : ١٠-١٢-٢٠٠٠.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم : ٢٠٥ لسنة : ٣٥ قضائية، بتاريخ : ١٩-٥-١٩٩٠.

(٣) ومن الأحكام الحديثة في هذا الخصوص ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بأنه : "متى ثبت مما تقدم - وكما ذهب بحق القرار الطعين - أن الطاعنة هي محررة الشكويين بعد أن استعارت اسم ابنتها متوهمة أنها صاحبة حق فيما تدعيه - في ضوء ما ثبت في حقها من أدلة وشواهد مما يقطع أنها سلكت مسلكاً غير سوي بأنها نسبت إلى رؤسائها أموراً تثير الريب والشبهات في سلوكهم مما ينال من كرامتهم والتشهير بهم وتجريح سمعتهم ومما يوجب احتقارهم فضلاً عن تعرضهم للقبض عليهم والحبس الاحتياطي والتحقق والاثام بجريمة الاختلاس وكذلك النيل =

التأديبية، واتسع نطاقها الشخصي لجميع الطوائف الخاضعة للمساءلة التأديبية، وضمّ نطاقها النوعي مختلف أنواع الجزاءات التأديبية، كما شمل نطاقها العضوي كل أشكال السلطات التأديبية فضلاً عن امتداد نطاقها الموضوعي من الغلوّ في الشدة إلى الغلوّ في التساهل أو التخفيف، الأمر الذي أضحت معه هذه الرقابة تشكل اتجاهاً قضائياً راسخاً لأحكام القضاء الإداري المصري^(١). وقد كان لهذا القضاء صداه الواضح في أحكام القضاء الإداري في معظم الدول العربية. بل يمكن القول إن المحاكم في الدول العربية قد تأثرت، ليس فقط بمنهج القضاء الإداري المصري في رقابة مدى تناسب

= من هيبة وكرامة الجهة التي تنتمي إليها - الأمر الذي يشكل إخلالاً جسيماً من الطاعة بواجبات وظيفتها ومقتضياتها وبالتالي يتعين موازنتها تأديبياً عن هذه المخالفة بتوقيع الجزاء المناسب. ومن حيث إنه - ولئن كانت المخالفة المنسوبة إلى الطاعة - على النحو والتكييف السابق بيانه - إلا أنه من المقرر أنه يتعين عند توقيع الجزاء التأديبي مراعاة الملاءمة والتناسب بين الذنب الإداري والجزاء التأديبي الواجب توقيعه على العامل دون إسراف في التخفيف أو الإفراط في التشديد بما يُخرج الجزاء التأديبي عن الهدف والغاية التي تغياها المشرع واستهدفها من تقريره الجزاءات التأديبية، فإن اتسم الجزاء التأديبي بالغلو والإسراف في التخفيف أو التشديد كان باطلاً. ومن حيث إن الجزاء المناسب للمخالفة المنسوبة إلى الطاعة في ضوء الظروف والملاسات التي أحاطت بها - هو خصم شهر من راتبها - نظراً لخلو الأوراق مما يفيد توقيع جزاءات سابقة عليها في مثل أو ما يشبه ما تردت إليه فيه على النحو السالف في حين أن القرار المطعون فيه لم يأخذ بهذا النظر وقضى بمجازاتها بجزاء أشد، فإنه يكون قد خالف صحيح القانون وحقيقة الواقع مما يتعين معه الحكم بإلغائه والقضاء مجدداً بمجازاته الطاعة بخصم شهر من راتبها مع ما يترتب على ذلك من آثار". [المحكمة الإدارية العليا - الدائرة الخامسة - موضوع - الطعن رقم ١٢٦٨٣ لسنة ٥٣ ق.ع - جلسة ٢٠٠٨/١٠/١١].

(١) د. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، مرجع سابق، ص ١٩٣.

الجزاءات التأديبية، ولكنها تكاد تستخدم ذات الصياغات التي يستخدمها القاضي الإداري المصري^(١).

(١) من ذلك، على سبيل المثال، ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة من أنه: "لما كان من المقرر في فقه القانون الإداري أنه ولنن كان للإدارة سلطة تقدير خطورة المخالفة الوظيفية وما يناسبها من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى يجب ألا يشوب استعمالها الغلو في التقدير الذي يتجلى في عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة المخالفة الوظيفية وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي رسمه القانون من التأديب إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة قد تؤدي إلى إحجام العاملين بالمرفق العام على تحمل المسؤولية في أداء وظائفهم خشية التعرض للقسوة البالغة في الشدة مما 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" [المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الإدارية - الطعن رقم: ٣٢٠ لسنة: ٢٠١٢ قضائية بتاريخ: ١٧-١٠-٢٠١٢]؛ وما قضت به محكمة العدل العليا الأردنية من أن: "الغلو في العقوبة يعني عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره فتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي استهدفه القانون من التأديب فتكون هناك مفارقة بين الجريمة والجزاء ويخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، وعليه نشر المستدعي لإعلان في الصحف للتشهير بالمؤسسة التي ينتمي إليها وبارساله الرسائل التي يهاجم بها المسؤولين ويتهمهم اتهامات نابية يجعل القرار الصادر عن الإدارة في الملكية الأردنية بعزله من الخدمة قراراً ملائماً للذنب المرتكب دقيقاً في ميزانه وصحيحاً في تقديره، ذلك لأن حرية سلطة التأديب في اختيار الجزاء الملائم للذنب ليست مطلقة ولا تحكمية وإنما مشروطة بأن تكون في حدود التقدير السليم والمعقول". [محكمة العدل العليا | الطعن رقم: ١٩٨ لسنة: ١٩٩٧ قضائية]. وما قضت به محكمة التمييز في دولة الكويت من أن: "لن كان لجهة التأديب سلطة تقدير الذنب الإداري، وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة - شأنها كشأن أية سلطة تقديرية أخرى - ألا يشوب استعمالها غلو، والذي من صورته عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، وتقرير الجزاء المشوب بالغلو يخرج من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية". [محكمة التمييز - الأحكام المدنية والتجارية | الطعن رقم: ٢٠٧ لسنة: ١٩٨٨ قضائية بتاريخ: ٥-٢-١٩٨٩].

وفى المقابل، تبنى جانب من الفقه اتجاهاً معارضاً لقيام القضاء الإداري المصري بالرقابة على التناسب في مجال التأديب مستنديين في ذلك على أن أسس تحديد مدى الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، تقوم على التوفيق بين اعتبارين هما: ضمان حقوق الأفراد من ناحية، دون التضحية بفعالية الإدارة من ناحية أخرى. حيث إن رجالها أقدر على تقدير خطورة الأفعال التي تصدر عن العاملين وما ينجم عنها من أضرار بمصلحة العمل. كما أن طبيعة النظام التأديبي ترفض فكرة التدرج والتناسب بين الأخطاء و العقوبات، الذي استندت إليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١١/١١/١٩٦١ ذلك، أن المفهوم الصحيح لعب الغلو هو التعسف في استعمال السلطة، وما دام الأمر كذلك، فإن تغيير الاسم الذي يُطلق على هذه الرقابة لا يغير من جوهر الشيء، ومن ثم كان يجب على القضاء أن لا يبيح لنفسه في حالة الغلو ما لا يُباح له في حالة رقابة عيب الانحراف بالسلطة. إن المحكمة الإدارية العليا عند بسطها للرقابة على العقوبات التأديبية، قد تجاوزت في رقابتها إلى تقدير ملاءمة العقوبة مع الخطأ المرتكب، وذلك بتدخلها في تقرير العقوبة التي تراها مناسبة دون أن تحيل الواقعة موضوع النزاع إلى المحكمة التأديبية. ولكن على الرغم من هذه الانتقادات، إلا أن الغالبية العظمى من الفقهاء يؤيدون، بحق، هذه رقابة التناسب التي مارسها القضاء الإداري المصري بالنسبة للجزاءات التأديبية.

المطلب الثالث

تبرير توسع رقابة القاضي الإداري لتشمل ملاءمة القرارات الإدارية

تقدم القول إن الأصل أن لا تمتد رقابة القاضي الإداري لتشمل البحث في مدى تناسب الوقائع مع القرار الصادر بناءً عليها، لأن تقدير أهمية الوقائع وخطورتها مسألة تدخل في نطاق السلطة التقديرية المخولة للإدارة. إلا أن القاضي الإداري بدأ في معظم الدول - ومنها مصر وفرنسا - يراقب الملاءمة بين السبب والقرار المبني عليه، لا سيما إذا كانت الملاءمة شرطاً من شروط المشروعية وخاصة فيما يتعلق بالقرارات المتعلقة بالحريات العامة، ثم امتدت الرقابة على الملاءمة لتشمل ميدان القرارات التأديبية وغيرها من القرارات الإدارية التي تمس حقوق وحريات الأفراد. على أن هذا التطور يبقى استثناء من الأصل العام وهو أن القاضي الإداري يراقب المشروعية دون الملاءمة. فكيف يمكن تبرير هذا الاستثناء؟

لقد حاول الفقه إيجاد تبرير لهذا الاستثناء في محاولة للتوفيق بينه وبين القاعدة العامة في الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، انطلاقاً من فهم شائع يرى أن فكرة المشروعية مناقضة لفكرة الملاءمة، باعتبار أن السلطة التقديرية للإدارة إنما تعني حرية تقدير ملاءمة قراراتها في كل ما يخرج عن نطاق المشروعية، ولما كانت رقابة القضاء الإداري، هي رقابة مشروعية بحسب الأصل، فإنه يتعين أن تقف هذه الرقابة عند حد المشروعية، دون أن تتجاوز ذلك إلى إطار الملاءمة المتروكة لمحض تقدير الإدارة^(١).

(1)Xavier Philippe, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative Françaises, These D'AIX – Marseille éd. Economica 1990.

وقد أوضح الأستاذ Dubuisson^(١)، من خلال تحليله لفكرتي المشروعية والملاءمة، بأن هاتين الفكرتين ليستا في مسار واحد، وبالتالي فلا يمكن أن تكونا على طرفي نقيض. ذلك، أن مشروعية تصرف ما، تقاس بمدى التزامه بقواعد القانون، ومن ثم فإن فكرة المشروعية مستمدة من النظام القانوني، أما ملاءمة تصرف معين فهي فكرة مادية أو عملية، يُنظر فيها إلى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة، في ضوء ما يحيط بهذا المركز من اعتبارات الزمان والمكان والظروف الملائمة. ومعنى ذلك، أن مشروعية الإجراء تتحدد بقيمته القانونية إزاء قواعد ملزمة، أما ملاءمة هذا الإجراء فتتمثل في موافقته مع ما يتمتع به من قيمة فنية أو واقعية حيال بعض القواعد غير الملزمة، والتي قد تكون جديرة بالاحترام .

وخلص الأستاذ Dubuisson من التحليل السابق إلى القول بأن المشروعية والملاءمة ليستا فكرتين متناقضتين، فالمشروعية نقيضها عدم المشروعية، كما أن نقيض الملاءمة هو عدم الملاءمة، فإذا كانت مشروعية القرار يمكن تقديرها والبحث فيها على أساس من قواعد المشروعية، فإن تقدير ملاءمة هذا القرار لا يمكن أن يتم إلا في ضوء مجموعة من العوامل المتميزة عن فكرة المشروعية، ولذا قد تكون هناك قرارات مشروعة ولكنها غير ملاءمة، كما قد تكون هناك قرارات غير مشروعة ولكنها ملاءمة. ومعنى ذلك، أنه ليس ثمة ما يمنع من الجمع بين اعتبارات المشروعية واعتبارات الملاءمة في قرار واحد لكونهما غير متعارضتين^(٢).

(1) Claude Frank, L'évolution des méthodes des protection des droit et Libertés par le conseil constitutionnel sous la septième législateur, J.C.P. 1986, No. 22-23.

(٢) د. محمد مصطفى حسن ، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، ١٩٧٤، ص ٩٥ - ٩٦ ، د. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، =

واتساقًا مع الفهم السابق، ينادى الأستاذ *Waline* بضرورة التخلي عن القول بأن القاضي الإداري في دعوى الإلغاء يراقب المشروعية دون الملاءمة، مما قد يُستشف منه وجود تعارض بين هذين المفهومين. وبدلاً عن ذلك، يحسن القول، إن القاضي الإداري يراقب المشروعية، وهو ما قد يدفعه في بعض الأحوال إلى أن يراقب الملاءمة كذلك، عندما تكون شرطاً لهذه المشروعية^(١).

ويشرح العميد *Vedel* الكيفية التي تجعل من الملاءمة شرطاً للمشروعية في حالة الضبط الإداري بقوله، إن إجراءات الضبط الإداري باعتبارها تمس الحريات العامة لا تكون مشروعة إلا إذا كانت ضرورية لحماية النظام العام، أي ملائمة. ومن ثم، فإن القاضي الإداري عندما يتحقق من قيام هذه الضرورة، فإنه يتعرض للملاءمة حتمًا، وذلك دون إمكانية للقول إنه يتجاوز حدود اختصاصه في الرقابة على المشروعية، لأن الملاءمة في هذه الحالة تصبح شرطاً للمشروعية^(٢).

ويبين من ذلك أنه قد أمكن إدخال بعض عناصر الملاءمة، التي تخرج أصلاً عن حدود رقابة القضاء الإداري، ضمن شروط أو عناصر مشروعية القرار الإداري، ليس بفعل المشرع، وإنما بفعل القضاء، وذلك من خلال مباشرة سلطته الإبداعية

= القاهرة، ١٩٩٢، ص ١١ - ١٢؛ د. عادل الطبطباني، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص ٤٢٠.

(١) د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، مرجع سابق، مرجع سابق، ص ١٧، د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٠٨ وما بعدها.

(٢) انظر هذا القرار، وقرارات أخرى صادرة في ذات الاتجاه ذكرها الأستاذ *Xavier Philippe* في رسالته سابق الإشارة إليها، ص ١٧٦ وما بعدها.

الخلافة في إنشاء القواعد القانونية، بوصفه مصدرًا رسميًا لقواعد المشروعية الإدارية^(١). ومن ثم، نتفق مع ما ذهب إليه الفقيه André de Laubadère بأنه إلى جوار السلطة المقيدة للإدارة بواسطة المشرع، توجد أيضًا سلطة مقيدة للإدارة بواسطة القضاء، وهي التي تكمن فيها أساسًا رقابته على بعض عناصر الملاءمة^(٢).

ويظهر من خلال ذلك أن الحدود الفاصلة بين نطاق المشروعية، ونطاق الملاءمة، ليست ثابتة وإنما هي متحركة^(٣)، تدفعها القوة الديناميكية التي يتسم بها القضاء الإداري، بفعل مرونته واستجابته السريعة لمتطلبات الحياة الإدارية بما فيها من مستجدات وتطورات، وهو ما عبر عنه البعض^(٤) بقوله إن رقابة قاضي الإلغاء في حالة مد، تقابلها حالة جزر للسلطة التقديرية لرجل الإدارة .

ولما كان التناسب، هو أحد جوانب الملاءمة في القرار الإداري، والتي تتمثل في تقدير وجوب التدخل أو الامتناع ، واختيار وقت هذا التدخل، وأخيرًا تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب، فإن التناسب بهذه المثابة، يكون واحدًا من الجوانب المذكورة التي تقوم عليها الملاءمة، والذي أدمج عن طريق القضاء في نطاق المشروعية، وذلك لتحقيق نقطة التوازن بين اعتبارات فاعلية الإدارة من جهة، وبين مقتضيات ضمان حقوق الأفراد من جهة أخرى .

(١) د.محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١١٢ وما بعدها.

(2) C.C., 28 Juillet 1989, dec. N. 89-260, Rec., P. 365.

(3) C.C., 30 decembre 1987, J.O., 31 decembre 1987, P. 15761.

(٤) انظر الأحكام التي أوردها بهذا الخصوص د.زكي محمد النجار، في مؤلفه، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٢٤ وما بعدها.

وهكذا تم إلحاق التناسب، الذي يعد أحد جوانب الملاءمة، بنطاق المشروعية، كشرط من شروط مشروعية القرار الإداري، ومن ثم خضوعه لرقابة المشروعية التي يمارسها القضاء الإداري على أعمال الإدارة، وتغيرت بذلك الصيغة التي درج عليها مجلس الدولة الفرنسي في قضائه التقليدي، إذ بعد أن كانت تشير في مضمونها إلى أن تقدير الإدارة للوقائع، لا يمكن لمجلس الدولة مناقشتها في الطعن بمجاوزة السلطة، طالما لم يكن مبنياً على وقائع غير صحيحة، أو يركز على خطأ في القانون، أو معيباً بإساءة استعمال السلطة، أضافت إلى ذلك عنصراً جديداً يتعلق بما نحن بصدد، قائلة "أو لم يكن مشوباً بخطأ ظاهر) وأصبحت هذه هي الصيغة الجديدة التي يجري بها القضاء الحديث لمجلس الدولة الفرنسي^(١).

المطلب الرابع

تطور رقابة التناسب لتأخذ شكل الموازنة

بين المنافع والأضرار

أولاً : موقف القضاء الإداري المصري قبل حكم "عزبة خير الله".

كانت سلطة القاضي الإداري المصري في مجال تقدير المنفعة العامة مقيّدة ومحدودة، وبما أن سبب قرار نزع الملكية للمنفعة العامة هو حاجة الأفراد لهذا المشروع الذي يحققها، لذا فإنه يجب على الإدارة عندما تدعي بتوافر المنفعة العامة أن تثبت وجود هذه الحاجة فعلاً، وللقضاء في هذه الحالة الحق في فرض رقابته على

(١) انظر هذا الحكم بمجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة منذ عام ١٩٩٦، ج ١٠، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة ١٩٩٨، ص ٣٤ وما بعدها. وراجع التعليق عليه لدى د. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، الغلو في الجزاء في مجال التشريع، مجلة هيئة قضايا الدولة، س ٤٣، ع ١، ص ٢٤ وما بعدها.

وجود هذه الحاجة الفعلية للمشروع. فإن ثبت للقاضي الإداري عدم توافر هذا الشرط فله أن يلغي قرار نزع الملكية للمنفعة العامة، ولا يمضي القاضي الإداري بهذه الرقابة إلى أبعد من هذا الحد، حيث يتوقف عند مجرد التحقق من الوجود الفعلي للوقائع وإثبات الإدارة بأن هذه الحالة الواقعية تمثل منفعة عامة. ومن ثم، فإن القاضي الإداري يحجم عن وزن مدى المنفعة العامة التي يتطلبها سد هذه الحاجة، متى رأت الإدارة أن تدخلها لسد هذه الحاجة بإقامة المشروع يمثل منفعة عامة. وقد كان للمحكمة الإدارية العليا حكم يؤكد هذا الاتجاه في ١٩٧٨/١/٢٨^(١) قضى بأن:

"كل ما اشترطه القانون لإجازة نزع الملكية هو أن تكون ثمة منفعة عامة يراد تحقيقها من وراء ذلك، وقد أطلق القانون مجال التقدير في هذا الشأن للسلطة التنفيذية التي لها طبقاً للمادة (١٢) من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ أن تحدد العقارات التي ترى أنها مكتملة لأغراض المشروع"^(٢).

كما قررت محكمة القضاء الإداري بأن:

"الجهات الحكومة الإشراف على المنافع العامة وتوجيهها الوجهة التي تراها أوفى لتحقيق الغرض منها، فلها أن تعدل فيها أو تستبدل غيرها بها حسبما تراه هي أجدى وأنفع، مراعية في ذلك الصالح العام الذي هي منصبة قوامه عليه"^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا: قضية رقم: ١٩٣، سنة ٢٢ ق، مجموعة سنة ٢٣، ص. ٥٨؛ مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، مرجع سابق، ص ١١٩.
(٢) د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، مرجع سابق، ص. 361.
(٣) حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر بتاريخ: 1948/12/07، قضية رقم: 194، سنة 2 ق، ص. 137.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها يؤكد أن نزع الملكية للمنفعة العامة يدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، التي لا يحق للقاضي الإداري التعقيب عليها بما يلي:

"من المقرر قانوناً أن لجهة الإدارة سلطتها في اختيار الموقع، وتحديد العقارات التي يشملها التخصيص للنفع العام بما تراه محققاً للمصلحة العامة، وبما يجتمع لها من مقومات الخبرة والدراية وينعقد لها من أسباب الاختصاص الصحيح، ومثل هذا الاختيار مما يدخل في نطاق سلطتها التقديرية وينأى عن تعقيب القضاء الإداري ما دام أن رانده الصالح العام، وأنه لا ينهض من الشواهد ما ينبئ عن أنها انحرفت به عن غاياته فتكبت وجه المصلحة العامة أو اتخذته بباعث منبت الصلة بها"^(١).

وفي هذا الصدد، فإن للإدارة الحرية في اختيار المكان الذي تقرر إقامة المشروع عليه، وبالتالي يدخل في إطار سلطتها التقديرية تحديد العقارات التي سيتم نزع ملكيتها، لأن هذا التحديد يستند للخبرة والاختصاص اللذين تملكهما الإدارة وليس القضاء، كما لها أيضاً الحرية في تقدير الزمان الذي ستقيم فيه مشروعها. فإذا اتخذت الإدارة قراراً بنزع الملكية فلها حرية اختيار الزمان والمكان والمساحة المطلوبة، دون تعقيب عليها من القضاء إلا في حدود فحص المشروعية دون رقابة الملاءمة، كما تتمتع الإدارة بنفس الحرية في تحديد كيفية إقامة المشروع بالوسيلة التي تراها مناسبة، إذ يجوز قرار نزع الملكية ولو كان القائم به فرداً أو شركة خاصة.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ: ١٩٧٩/٥/١٢، قضية رقم: ٥٧١، سنة ١٨ ق، مجموعة سنة ٢٤، ص. ١١١.

ثانياً : موقف القضاء الإدارى المصرى بعد حكم " عزبة خير الله".

إذا كان الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، وأن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعنى إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، هذا فضلاً عن أن تنظيم المشرع لحق الملكية في إطار وظيفتها الاجتماعية ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو يؤثر على بقائه على نحو ما سلكه النص المطعون عليه، إذ تعرض للملكية الخاصة التي صانها الدستور ووضع حمايتها حدوداً وقواعد معينة، الأمر الذي يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية^(١).

ومن الواضح أن الحكم السابق للمحكمة الدستورية العليا يبين إلى أي حد وضع الدستور المصري الملكية الخاصة في مكان عال ومكانة رفيعة، حتى بالنسبة للمشرع نفسه الذي لا يستطيع وضع قيود عليها، إلا في إطار احترام الدستور. وإذا كان هذا صحيحاً بالنسبة إلى السلطة التشريعية، فهو صحيح من باب أولى بالنسبة إلى السلطة التنفيذية، حيث يتعين عليها احترام القانون المنظم للملكية والدستور الذي تصدر هذه القوانين تنفيذاً لنصوصه.

(١) تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٦٣ بتأميم الشركات والمنشآت، فيما تضمنه من النص على أن تكون أموال زوجات وأولاد أصحاب الشركات والمنشآت المبينة بها ضامنة للوفاء بالالتزامات الزائدة على أصول هذه الشركات والمنشآت. لمزيد من التفصيل في هذا الخصوص، انظر: د. ثروت عبد العال في حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

وفى المقابل، أدى التقدم العلمي المتزايد بوتيرة متسارعة وتعدد المسائل العلمية والفنية وخاصة في المجالات الاقتصادية، إلى اتساع السلطة التقديرية للإدارة لتمكينها من مجابهة المستجدات في تلك المجالات. ومن ثم، كان على القاضي الإداري التصدي لاحتمالات تعسف الإدارة في هذه المجالات خاصة فيما يتعلق بحماية الأموال والعقارات. وقد شجع القاضي الإداري على تبني هذا الاتجاه الجديد تصاعد مطالب الفقه بالأخذ بالمبادئ القانونية العامة- مثل مبدأ التناسب الذي يعد أحد المبادئ العامة للقانون- لتعزيز الحماية في مواجهة إساءة الإدارة استخدام سلطتها التقديرية. وقد تجلت ثمرة اجتهاد الفقه والقضاء في هذا الخصوص في الإعلان عن مبدأ الموازنة أو التوازن بين المنافع والتكاليف التي تترتب على القرارات الإدارية، بحيث تتم المضاهاة بين منافع المشروع وتكاليفه، فإذا رجحت المنافع قرر القاضي مشروعية القرار، أما إذا ثقلت أو غلبت كفة التكاليف أو الأضرار فيتعين على القاضي إلغاء القرار لعدم مشروعيته. وتعد رقابة الموازنة أو التوازن بين المنافع والتكاليف التي تترتب على القرارات الإدارية تطبيقاً لرقابة التناسب. وبما أن الإدارة تستخدم، في سعيها لتحقيق المصلحة، العامة امتيازات السلطة العامة، ومن بينها حق إصدار قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، ففي هذا المجال يظهر التعارض بين نشاط الإدارة وحقوق الأفراد وحررياتهم خاصة حق الملكية، لذا يكون من الضروري تعزيز الرقابة القضائية في هذا المجال.

وقد حدث التطور الأبرز في هذا المجال في ١٩٧١/٥/٢٨، بحكم صادر من القاضي الإداري الفرنسي يسمح، لأول مرة، بتقدير مدى تحقق المنفعة العامة، في ضوء عدد من العناصر تتضمن الأضرار التي تلحق الملكية الخاصة، والتكلفة المالية

للمشروع، إضافة إلى المضار ذات الطابع الاجتماعي التي قد تحدث من جراء القيام بهذا العمل^(١)(٢). وهذا يعنى أن دور القاضي لم يعد مقصوراً على التأكد من وجود منفعة عامة أو فحص ما إذا كان العقار المطلوب نزع ملكيته لا غنى عنه لتحقيق هذه المنفعة أم لا بحسب ظروف كل حالة، وإنما أصبح اختصاصه يمتد إلى القيام بتقدير العناصر الإيجابية والعناصر السلبية لهذا المشروع، وما إذا كان من شأن قرار نزع الملكية أن يترتب من الأضرار المالية أو الاقتصادية والاجتماعية ما يفوق كثيراً المنفعة العامة المستهدفة بصورة مفرطة أم لا. وهكذا، استقر الفقه على أن الموازنة بين المنافع والأضرار تعد شرطاً لمشروعية قرار نزع الملكية للمنفعة العامة، وهذا الشرط يقدره القاضي للتحقق من مدى احترام الإدارة له، حيث يشترط لمشروعية هذا القرار أن تكون المنفعة العامة في قرارات نزع الملكية مؤكدة قانوناً، وتستوجب هذا الإجراء؛ أي نزع الملكية.

ونظراً للتطور السابق الذي شهده قضاء مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على هذا النوع من القرارات، وابتكاره لنظرية "الموازنة بين منافع المشروع وتكاليفه" حتى يتم الحكم على القرار بالإلغاء أو الإبقاء، لم يمانع القاضي الإداري المصري في مواكبة هذا التطور الحاصل، وذلك باعتناقه هذه النظرية باعتبارها حائلاً دون تعسف

(١) د. مصطفى عبد المقصود سليم، الاتجاهات الحديثة في الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٨٣.

(2) C.E. 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est R.P. 409 Concl. Braibant, A.J.D.A. 1971 p. 405, D. 1972 p. 194. note Lemasurier, R.D.P. 1972, P. 454 note Waline.

الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة. وقد وجاء الحكم الذي مثل انعطافة مهمة في هذا السياق في قضية "عزبة خير الله"^(١).

ومن ثم، طبقت المحكمة الإدارية العليا نظرية "الموازنة بين المنافع والأضرار" في حكمها الصادر بتاريخ ٩ مارس ١٩٩١، الذي أيدت فيه حكم محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ قرار محافظ القاهرة بإزالة مباني أقامها عدد كبير من المواطنين على أرض عزبة خير الله بمنطقة دار السلام، وتضمنت عدواناً على أرض مملوكة للدولة ملكية خاصة. وقد جاء في هذا الحكم ما يلي:

"ومن حيث إنه بمراعاة الالتزام بما سبق جمعية من أسس للمشروعية والشرعية أساسها صريح نصوص الدستور والمبادئ العامة الحاكمة للنظام

(١) وتتخلص وقائع هذه القضية في أن محافظ القاهرة قد أصدر قراراً لصالح "شركة المعادي للتنمية والتعمير"، يأمر فيه بأن تُسلم الأرض المملوكة للدولة بعزبة "خير الله" بمنطقة دار السلام، مع هدم ما عليها من مباني ومنشآت. وكان تنفيذ هذا القرار سيؤدى إلى هدم ما يقرب من عشرين ألف مسكن وتشريد ما يقرب من خمسين ألف نسمة. وعندما طعن على هذا القرار، قضت محكمة القضاء الإداري بإلغاء هذا القرار، وقالت في ذلك: "إنه وإن كان من المسلم به قانوناً... أن للجهة الإدارية حق إزالة ما يقع من تعديلات على أملاك الدولة بالطريق الإداري، إلا أن سلطتها في ذلك وإن كانت سلطة تقديرية فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري... وأن الأصل في نشاط الإدارة أن يستهدف الصالح العام، ويكون جوهر الوظيفة الإدارية هو إشباع الحاجات العامة تحقيقاً لهذا الهدف، وبالتالي فإنه يجب على الإدارة أن تصدر تصرفاتها بما يراعي الصالح العام وما يناسبه. وإن استهداف القرار المطعون فيه مصلحة عامة لا ريب فيها قوامها الحفاظ على ملك الدولة، إلا أنه في الجانب الآخر فإن القرار المطعون فيه في استهدافه تحقيق ذلك الوجه للمصلحة العامة فإنه قد ضحى بوجه مصلحة عامة أخرى يتمثل في وجوب عدم تشريد عدد كبير من المواطنين بأسرهم ومنقولاتهم ومتعلقاتهم، إذ سيجد ذلك العدد الضخم من المواطنين نفسه، من جراء تنفيذ القرار وقد فقد مأواه وحمل متاعه وساق أسرته إلى غير مقر...": حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر بتاريخ: 1984/03/15، قضية رقم: 1681، سنة 38 ق، غير منشور؛ د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول: قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٩، ص 791 - 792.

العام للدولة والمجتمع المصري، [ومن] حيث أنه لا خلاف على أنه سوف يترتب على تنفيذ القرار الخاص بتسليم الأرض والإزالة والهدم للمباني والمساكن القائمة عليها تشريد عشرات الآلاف من الأفراد والأسر نتيجة فقد المأوى الوحيد لها إلى غير مقر بكل ما ينطوي عليه ذلك من إهدار للأسس والقيم العامة التي يقوم عليها المجتمع من رعاية للأسرة وللأخلاق وحمايتها بين عشرات الآلاف من المواطنين وتمزيق للتضامن الاجتماعي وإثارة لمكان السخط والحقد وخروج بالملكية الخاصة عن أداء وظيفتها الاجتماعية وبالتالي من تحقيق الخير العام للشعب إلى التحطيم لحياة عشرات الآلاف من المواطنين دون ضرورة ملجئه تدعوا إلى ذلك، بل أن لذلك احتمالات مؤكدة لقيام خلل في الأمن العام لا يُعرف مداه أو ايجابيته وقد استشعرته جهة الإدارة بعد صدور القرار وأشارت إليه في كتاب نائب محافظ القاهرة المرسل إلى مكتب رئيس الوزراء، ومن هنا كان وجه المصلحة العامة القومية في عدم التسبب في نشوء وجود هذه الظاهرة الخطيرة بشقيها الإنساني والأمني بتنفيذ القرار محل النزاع وخاصة أن وجود التجمع السكاني الذي يحطمه ويهدر كيانه القرار المذكور واستقراره على أرض الدولة المخصصة لشركة المعادى للتنمية والتعمير منذ حوالي ١٨ عاماً، لم ينشأ فجأة وعلى حين غرة أو خفيه من جهات الإدارة وأجهزتها والشركة التي حُصصت لها الأرض ولكنه مجتمع سكاني نشأ على مدى زمني طويل أمامها، وهو ما لم يتم في الخفاء، وقد ساهمت في وجوده عندما لم تمنعه في بادئ الأمر ولم تحرص على منع اتساعه في مستهله سواء تم ذلك بإزالة التعديلات فوراً، وتحديد مساكن بديلة لهؤلاء، وكانت الإدارة تملكه في حينه دون تثريب عليها، أما وقد قعدت عن ذلك ولم تنشط إليه في وقته فأن

تدميره والقضاء عليه الآن وقد استفحل، ليس فقط مما لا يجوز للإدارة فعله ولكنه يكون بمثابة إخلال منها بمسئوليتها نحو الحفاظ على أمن وسلامة المواطنين وحماية السلام الاجتماعي وعدم السماح بأن يترتب على المكية الخاصة التشريد والتحطيم لحياة عشرات الآلاف من المواطنين دون ضرورة لجنة تبرر ذلك وتشريدهم دون تدبير شئونهم وإشباع حاجاتهم والحفاظ على الأمن والاستقرار بينهم ولا شك أن هذه النتائج تشكل وجه المصلحة العامة القومية الأكثر إلحاحاً وأخطر شأنًا يتعين أن تكون في هذه المرحلة أولى بالرعاية من مجرد إزالة التعدي على أرض مملوكة للدولة وهو أمر مشروع ولكنه أدنى من أن يكون أحق بالتغليب، إذ في هذه الحالات تختلط مناسبة العمل بمشروعيته ويلزم دائما ليكون مشروعاً أن يكون ملائماً ومناسباً وهو ما تنبسط عليه رقابة المشروعية من القضاء الإداري على نحو ما سلف بيانه وذلك دون أن يكون ذلك إقحام للقضاء في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، ذلك أن هذه الإدارة يتعين أن تصدر في تصرفاتها بما يراعى الموازنة بين المصالح العامة المتفاوتة المدارج والوزن والأهمية على النحو الذي ألزمها به الدستور والقانون وإذا لم تلتزم بذلك كان للقضاء الإداري بحكم ولايته التي أناطها به الدستور أن يردّها إلى مجال المشروعية وسيادة القانون بحسب صحيح التفسير السليم لأحكام الدستور والقانون وبما يدرأ ما يترتب على تنفيذ قراراتها غير المشروعة من قرارات اجتماعية وسكانية وأخلاقية وصحية وأمنية على النحو الظاهر والثابت في موضوع الطعن المائل^(١).

(١) الطعان رقم ١٨٧٥، ١٩١٤ لسنة ٣٠ ق.ع جلسة ٩-٣-١٩٩١ > سنة المكتب الفني " ٣٦ "، ص ٧٦- القاعدة رقم (٧٢٤).

ويمكن إبداء بعض الملاحظات على الحكم السابق تتمثل فيما يلي:

١- أن المحكمة قد أقامت قضاءها على أن المنفعة العامة التي من شأنها أن تتحقق من قرار الإزالة لا تتوازى مع الأضرار التي سوف تنتج حتماً عن هذا القرار، وهي تتمثل في فقدان آلاف الأسر لمساكنها، خاصة وأن جهة الإدارة ذاتها قد أسهمت في استفحال هذا الوضع، لأنها لم توقفه من قبل ذلك، وتغاضت عنه لمدة عشرين عاماً حتى وصل الوضع إلى ما هو عليه. ويمكن القول إن المحكمة بذلك قد طبقت المرحلة الأخيرة من مراحل رقابة التناسب، وهي "الموازنة الإجمالية" بين المنافع أو الفوائد التي يحققها الإجراء الإداري للمصلحة العامة من ناحية، وآثاره السلبية على المواطنين من ناحية أخرى. ويُطلق على هذه المرحلة "الموازنة"^(١) أو "التناسب بالمعنى الضيق".

٢- أن المحكمة قد راقبت عنصر أو متطلب "الضرورة". وقد خلصت المحكمة من رقابة هذا المتطلب إلى عدم توافر هذا الشرط الذي يعد المتطلب الثاني من متطلبات التناسب. وتبدو هذه النتيجة واضحة من قول المحكمة إن الإجراء المراد تنفيذه-

(١) تجدر الإشارة إلى أن اختبار "الموازنة" يستخدم أيضاً في سياق رقابة دستورية التشريعات المقيدة للحقوق والحريات الأساسية للمواطنين. وفي هذا السياق، يُقصد "بالموازنة" تلك العملية التحليلية التي تضع الغرض الصحيح للقانون المقيد في أحد جانبي المعادلة، والحق الدستوري الخاضع للتقييد في الجانب الآخر منها، وذلك من أجل الموازنة بين المنفعة الناشئة عن هذا الغرض الصحيح من ناحية، والضرر اللاحق بالحق الدستوري الخاضع للتقييد من ناحية أخرى:

R. Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison," 16(4) Ratio Juris 433 (2003); F. Schauer, "Balancing Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text," in M. Klatt (ed.), Rights, Law, and Morality Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy (Oxford University Press, forthcoming 2011).

إخلاء المساكن وإزالتها- سيودى إلى "التشريد والتحطيم لحياة عشرات الآلاف من المواطنين دون ضرورة مُلجئة تبرر ذلك، وتشريدهم دون تدبير شنونهم وإشباع حاجاتهم والحفاظ على الأمن والاستقرار بينهم".

٣- اعترفت المحكمة بأن الأهداف التي تسعى إليها الإدارة تتعلق بالمصلحة العامة، ومن ثم فإنها تعد أهدافاً مشروعة. ولكن المحكمة رأت أن الأهداف المتعلقة بالمصلحة العامة ليست على درجة واحدة من الأهمية، ولكن بعضها أهم من بعضها الآخر. وتطبيقاً لذلك، خلصت المحكمة إلى أن "تدبير شنون [المواطنين] وإشباع حاجاتهم والحفاظ على الأمن والاستقرار بينهم" مصلحة أكثر أهمية وأولى بالرعاية من استعادة الأرض المملوكة للدولة لتطويرها. ويبدو ذلك واضحاً من قول المحكمة إن الأهداف السابقة "أولى بالرعاية من مجرد إزالة التعدي على أرض مملوكة للدولة وهو أمر مشروع ولكنه أدنى من أن يكون أحق بالتغليب". ولعل هذا ما يُظهر الدور الذي يؤديه مبدأ التناسب في حسم أوجه التعارض بين المصالح أو الأهداف أو المبادئ أو القيم، وذلك استناداً إلى أنها متفاوتة في أهميتها.

٤- بينت المحكمة صراحة أن ملاءمة الإجراء ومناسبته تعد شرطاً لمشروعيته. وكأنها بذلك تريد تفادى النقد بأنها تدخلت في رقابة الملاءمة وجاوزت حدود رقابة المشروعية. ويتجلى ذلك من قول المحكمة: "تختلط مناسبة العمل بمشروعيته ويلزم دائماً ليكون مشروعاً أن يكون ملائماً ومناسباً وهو ما تنبسط عليه رقابة المشروعية من القضاء الإداري على نحو ما سلف بيانه وذلك دون أن يكون ذلك إقحاماً للقضاء في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، ذلك أن هذه الإدارة يتعين أن تصدر في تصرفاتها بما يراعى الموازنة بين المصالح العامة المتفاوتة المدارج والوزن والأهمية على النحو الذي ألزمها به الدستور والقانون وإذا لم تلتزم بذلك

كان للقضاء الإداري بحكم ولايته التي أناطها به الدستور أن يردّها إلى مجال المشروعية".

كما طبقت المحكمة الإدارية العليا النظرية ذاتها في حكم حديث بتاريخ ٦ فبراير ٢٠١٠، الصادر بوقف تنفيذ قرار الهيئة العامة لمشروعات التعمير والهيئة العامة للإصلاح الزراعي بعدم تجديد عقود تأجير الأراضي الزراعية في جزيرة القرواية، والتي تعتبر محمية طبيعية، وإخلاء الأرض من واضعي اليد عليها، وذلك تمهيداً لاستغلال هذه الجزيرة في أنشطة سياحية واستثمارية. ولم تسأير المحكمة دفاع الجهة الإدارية من وجود رغبة في تطوير الجزيرة سياحياً، بحسبان أن كل تطوير محكوم بالمحافظة على البيئة الزراعية للجزيرة، ولا يتنافى معه العمل على استقرار سكان الجزيرة بوضعهم الحالي يمارسون مهنتهم الأصلية بزراعة الأرض وصيد الأسماك وغير ذلك من المهن التجارية البسيطة، التي كانت تحت نظر الحكومة عند إصدار قرارها بإنشاء المحمية ضمن الإطار العام الذي يرتبط وصف تلك المحمية ببقائه. وقد وازنت المحكمة في هذا الحكم بين هدف المحافظة على الطابع الحالي للجزيرة بوصفها محمية طبيعية يتمثل النشاط الأساسي فيها في الزراعة والصيد، والإجراء الذي اختارته جهة الإدارة والذي يتمثل في إقامة مشروع سياحي مع تدبير مساكن بديلة للسكان، ورجحت المحكمة الأمر الأول لأنه هو الذي يتفق مع المشروعية، وقضت بناءً على ذلك بوقف تنفيذ القرار المطعون عليه^(١).

وأخيراً، يمكن القول إن نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار تعد من أهم النظريات التي ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي في الرقابة على قرارات نزع الملكية

(١) الطعن رقم 5730 لسنة 55 قضائية عليا، جلسة ٦-٢-٢٠١٠، غير منشور.

للمنفعة العامة^(١)، وذلك في سبيل رقابة تقدير الإدارة للظروف التي أدت لإصدار قرارها الإداري، وفي البحث في مدى صحة موازنة الإدارة بين مزايا المشروع الذي تستهدفه عملية نزع الملكية من ناحية، وعيوبه من ناحية أخرى، وإمكانية الأفراد الطعن في قرار الإدارة متى ثبت أنه صدر بصورة غير مشروعة، وهو ما أكده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (٨) حين نص على أن: "لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها القانون"^(٢). وقد جاء هذا الحق نتيجة التطور الاقتصادي الذي طرأ على معظم دول العالم، والذي زاد من حاجة الدول للعقارات المراد إقامة المشروعات المختلفة عليها، الأمر الذي زادت معه الحاجة إلى الحد من تعسف الإدارة عند إصدارها قرارات نزع الملكية، وبسط سلطة القضاء لتحقيق الرقابة على هذه القرارات، ومقتضى هذا المبدأ تحري ألا تغلب أضرار قرار نزع الملكية على منافعها لتقرير مشروعيتها^(٣).

(١) والميدان الرئيسي الذي وُلد فيه مبدأ الموازنة هو نزع الملكية للمنفعة العامة، فقبل عام ١٩٧١ لم يكن القاضي الإداري الفرنسي يستطيع فحص الظروف المحيطة بنزع الملكية في كل حالة على حدة، وإنما كان يعتمد على التحقق فقط من الهدف. د. سامي جمال الدين قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية ط ٢٠٠٢ ص ٢٣٤.

(٢) الموقع الرسمي للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، <http://www.un.org/ar/documents/udhr> المادة ٨. موقع تم زيارته بتاريخ ٢٠١٦-٢-٤.

(٣) د. عمار، وحيد مرشحة؛ أ. محمد، سعيد الغندور (٢٠١١م). ملامح تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، (فرنسا- مصر- المغرب- ليبيا- الأردن)، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد-١١، العدد-٢، ص ٣٨٨.

الفصل الثالث

تقييم مبدأ التناسب وانتشاره عالمياً

رغم المزايا المتعددة التي تحظى بها رقابة التناسب أو تحليل التناسب الممنهج، فإن هذه المزايا لم تكفل قبولاً تاماً له على المستويين الفقهي والقضائي. ومن ثم، وجه جانب من الفقه، في القانون الإداري المقارن، عدداً من أوجه النقد لهذا التحليل (المبحث الأول).

وفي سياق عالمي يتسم بالعولمة، يلاحظ ميل متزايد من جانب المحاكم الوطنية- لا سيما المحاكم الدستورية والمحاكم العليا- للتفاعل والتأثر المتبادل فيما بينها، مما أدى إلى ما يمكن أن نطلق عليه هجرة المبادئ والمفاهيم القانونية بين الأنظمة القانونية المختلفة. وتبدو هذه الظاهرة أكثر وضوحاً على مستوى الاتحاد الأوروبي. ولذلك، يلاحظ أن المبادئ التي تطورها محاكم الاتحاد الأوروبي يتم تبنيها، في الغالب، من جانب المحاكم الوطنية في الدول الأعضاء. وبالمثل، فإن المبادئ التي تطورها المحاكم الوطنية في الاتحاد يمكن أن تجد لها صدئ بعد ذلك في قضاء محاكم الاتحاد الأوروبي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مزايا تحليل التناسب الممنهج وأوجه النقد الموجهة له

رغم النجاح الملحوظ لمفهوم التناسب في معظم الأنظمة القانونية المعاصرة كإطار ممنهج للرقابة القضائية نظراً لما يتحلى به من مزايا متعددة، فإنه ما زال يتعرض لسهام النقد من جانب بعض المعلقين والقضاة. وهكذا، سنتناول في هذا

المبحث: مزايا تحليل التناسب (المطلب الأول)، وأوجه النقد الموجهة إلى هذا الإطار التحليلي (المطلب الثاني)، وتقييم التناسب كإطار للتحليل (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مزايا تحليل التناسب الممنهج

يمكن القول إن مزايا تحليل أو إطار التناسب تتمثل في أنه يشدد على الحاجة الدائمة لتسوية القيود التي يتم فرضها على حقوق الإنسان. كما يسهم في تنظيم أو ترتيب عقل القائم بالموازنة، بحيث تجري عملية الموازنة وفق خطوات أو مراحل محددة. ويفيد تحليل أو إطار التناسب الممنهج، أيضاً، في إضفاء الشفافية على عملية الموازنة. ويسهم تحليل التناسب الممنهج في إقامة حوار بين الأفرع السياسية للحكومة وبين القضاء. وأخيراً، يؤدي استخدام هذا التحليل إلى إسباغ الموضوعية على القرارات القضائية^(١).

ومن ناحية أخرى، يمكن النظر إلى تحليل التناسب الممنهج باعتباره يفيد في تقليص إمكانية تضارب المصالح والاعتماد على الاعتبارات غير ذات الصلة أو غير الأخلاقية^(٢). وتفسير ذلك، أن استخدام هذا التحليل الإطاري يضمن ألا يؤخذ في الحسبان سوى الاعتبارات ذات الصلة، وأن تُعطي هذه الاعتبارات أوزانها الصحيحة

(1) Aharon Barak, "Proportionality and Principled Balancing", (2010), 4:1 Law & Ethics of Human Rights 1 at 14–15.

(2) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge Studies in Constitutional Law (Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2012), at 463.

في سياقها^(١). ومن ثم، إذا تورط القاضي في التلاعب بتحليل التناسب على نحو معين توصلاً إلى نتيجة معينة، فإن هذا "التلاعب سيحدث تشوهاً في الحقيقة القانونية لا يمكن إخفاؤه في الحكم المكتوب"^(٢). وهكذا، يخلص الكثير من الكتاب إلى أن تحليل التناسب- الذي يتم إجراؤه وفق خطوات أو مراحل ممنهجة- يؤدي إلى تحسين عملية اتخاذ القرارات القضائية، ومن ثم تعزيز الموضوعية في هذه القرارات^(٣). وفوق ذلك، فإن التحليل الإطاري للتناسب إذا تم الالتزام به، فإن ذلك سيؤدي إلى ميزة كبيرة هي الوضوح أو الصراحة explicitness، لأن خطوات التحليل المتتابعة تساعد المحكمة في أن تبين بوضوح لماذا لا يستوفي الإجراء المطعون عليه أمامها متطلبات مبدأ التناسب^(٤). ومن ثم، فإن إطار تحليل التناسب- مثل ذلك المستخدم في قضية Oakes الكندية الشهيرة، يُنظر إليه باعتباره يساهم في الإجابة على السؤال الصعب الخاص بما إذا كان الإجراء المقيد للحقوق أو الحريات معقولاً ومسوغاً بصورة ظاهرة في مجتمع ديمقراطي وحر.

(1) Ibid at 464.

(2) Amir Attaran, "A Wobbly Balance - A Comparison of Proportionality Testing in Canada, the United States, the European Union and the World Trade Organization" (2007) 56 UNBLJ 260 at 262.

(3) Kent Roach, "Section 7 of the Charter and National Security: Rights Protection and Proportionality versus Deference and Status" (2010) 42 Ottawa L Rev 337 at 341.

(4) Jamie Cameron, "The Original Conception of Section 1 and Its Demise: A Comment on Irwin Toy Ltd. v. Attorney-General of Quebec" (1989) 35 McGill LJ 253 at 265.

وقد أدى الاستخدام الواسع والمكثف لمبدأ التناسب إلى تبني آراء متعارضة لدى العديد من الكتاب. فمن جهة، تبني عدد من الكتاب المؤثرين مفهوم التناسب بدرجة عالية من الحماس. من ذلك، على سبيل المثال، ما يذهب إليه الأستاذ David Beatty من أن التناسب يتسم "بالحياد" neutrality ويشكل معياراً تتوافر فيه "المعقولية" a capacity for rationality^(١)، ومن ثم تتوافر فيه القدرة على جعل "المفهوم القانوني للحقوق أفضل ما يكون"^(٢). واستناداً إلى هذه الخصائص المتنوعة التي يتسم بها التناسب، يرى الأستاذ David Beatty أن التناسب يشكل "معياراً عالمياً للدستورية" a universal criterion of constitutionality^(٣)، والقاعدة الأسمى للقانون ultimate rule of law^(٤)، والقاعدة الذهبية للقانون law's golden rule^(٥). واتساقاً مع هذا الرأي، يذهب القاضي Aharon Barak إلى أن دستورية أي قيد يتم إيرادها على الحقوق الدستورية لا يمكن تحديدها إلا من خلال استخدام تحليل التناسب، وأنه ليس ثمة بديل أفضل لتحقيق هذه الغاية^(٦).

(1) David Beatty The Ultimate Rule of Law (Oxford University Press, Oxford, 2004) at 171.

(2) Ibid 174.

(3) Ibid 162.

(4) Ibid 182.

(5) David Beatty "Law's Golden Rule" in Gianluigi Palombella and Neil Walker (eds) Relocating the Rule of Law (Hart Publishing, Oxford, 2009) 99 at 103.

(6) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, op. cit., p. 3

وبالمثل، يذهب الأستاذ Robert Alexy إلى أن التناسب وسيلة لا يمكن تجنب استخدامها في سياق الرقابة القضائية على القيود التي يتم إيرادها على الحقوق الدستورية. ويفسر الأستاذ Robert Alexy رأيه هذا بالقول إن مبدأ التناسب يمثل الوسيلة الوحيدة المعقولة للتوصل إلى حكم يأخذ في الاعتبار أسباب أو مسوغات القيود المراد فرضها على الحقوق الدستورية من ناحية، والحماية الدستورية الواجب كفالتها لهذه الحقوق من ناحية أخرى^(١). وأخيراً، يذهب الأستاذ Stephen Gardbaum إلى أن الموازنة "تعزز، بصورة ملزمة، دور القرار الذي تتخذه الأغلبية بشأن الحقوق في ظل نظام للديمقراطية الدستورية"^(٢).

ورغم كل المزايا السابقة لتحليل التناسب المنهج، إلا أن ذلك لم يمنع بعض الكتاب من توجيه بعض سهام النقد له، وذلك ما نبينه في المطلب التالي.

المطلب الثاني

أوجه النقد الموجهة إلى تحليل التناسب المنهج

بادئ ذي بدء، نشير إلى أنه إذا كانت كثير من أوجه النقد المشار إليها هنا قد وجهت إلى المحكمة العليا الكندية نتيجة للاختبار الذي طبقت في قضية Oakes الشهيرة، فإن أغلب هذه الأوجه من النقد تنطبق أيضاً على تحليل التناسب بصفة عامة. ويأتي في مقدمة هذه الأوجه من النقد أن المحاكم يمكن أن تطور وسائل لتطبيق اختبار التناسب على نحو مخفف أو على نحو يضعف من هذا الاختبار، وذلك توصلًا لإظهار

(1) Robert Alexy A Theory of Constitutional Rights (Julian Rivers (translator)) (Oxford University Press, Oxford, 2002) at 74. 484.

(2) Stephen Gardbaum "A Democratic Defense of Constitutional Balancing" (2010) 4 LEHR 78.

درجة أعلى من الإذعان أو التقبل لخيارات الحكومة وتقديراتها^(١). وتتضمن هذه الوسائل التي تطورها المحاكم إذعائاً لخيارات السلطتين التشريعية والتنفيذية في قضايا معينة على نحو يبرز أهمية السياقات التي يطبق فيها اختبار التناسب. وكل من هذه الوسائل التي تطورها المحاكم لتطبيق اختبار التناسب يمكن أن تقود إلى تقبل الحلول التشريعية أو التنفيذية في حالات يعتبرها البعض غير ملائمة.

وفيما يتعلق بالمحكمة العليا الكندية، يوجه بعض الكتاب النقد للمقاربة المدعنة التي تبنتها المحكمة في قضية Oakes، وذلك على أساس أن هذه المقاربة ليس لها سند في لغة الميثاق الكندي للحقوق والحريات^(٢). ويستند هؤلاء الكتاب في تقديم هذا على أساس أن لغة المادة الأولى من هذا الميثاق - لاسيما فيما يتعلق بتطلب أن تكون القيود المفروضة على الحقوق والحريات "معقولة" "ومسوغة بصورة ظاهرة" - يفهم منها تطلب تسويق صارم لهذه القيود. وفوق ذلك، فإن القضاء يُنظر إليه باعتباره مؤسسة تمتلك الأدوات التي تمكنها من فرض المعقولة والعقلانية على السلطات الأخرى، وذلك لأنه لأنه محصن، على الأقل نسبياً، في مواجهة التأثير الشعبي أو الجماهيري، ومن ثم فهو أكثر قدرة على إجراء تحليل إيطاري ممنهج^(٣). وقد وُجّهت

-
- (1) Christopher Brecht & Adam M Dodek, "The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter" (2001) 14 Sup CL Rev, online: <<https://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/sclr/article/view/34773>> p. 187.
- (2) Sara Weinrib, "The Emergence of the Third Step of the Oakes Test in Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony" (2010) 68 UT Fac L Rev 77, p. 91.
- (3) Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, "Proportionality and the Culture of Justification" (2011) 59 Am J Comp L 463 at 480.

سهام النقد إلى المحكمة العليا الكندية استناداً إلى أن درجة الإذعان أو التقبل الذي أبدته في العديد من القضايا لخيارات وتقديرات الحكومة كان في غير موضعه أو كان غير ملائم بصورة ظاهرة^(١). وقد يُنظر إلى هذا الإذعان على أنه يمنح القضاة سلطة تقديرية في ظروف تبدو فيه هذه السلطة غير مسوغة^(٢). وقد دفع ذلك بعض الكتاب إلى الذهاب بعيداً في هذا السياق إلى حد القول إن الإذعان "هو الكلمة السرية للنتائج المخطط لها مسبقاً"^(٣)، وتلجأ إليه المحاكم لكي تتحقق من متطلبات اختبار التناسب^(٤)، مما يؤدي إلى أحكام قضائية غير قابلة للتوقع^(٥). كما يُوجه النقد أيضاً إلى المحاكم التي تطبق تحليل التناسب من حيث أخذها في الاعتبار "السياق"، لأن ذلك يؤدي، من وجهة نظر القائلين بهذا النقد، إلى "درجة عالية من الذاتية أو الشخصية مما يخفض من إمكانية توقع الأحكام القضائية".

ويذهب بعض الكتاب إلى أن الإذعان الذي تبديه المحاكم في إطار تطبيق تحليل التناسب يعني تخلياً من المحاكم عن مسنوليتها الدستورية، لأنها تنازلت عن سلطتها في إصدار قرارات بشأن الموازنة بين الحقوق والحريات من ناحية والمصلحة العامة

(1) Christopher D Brecht, "The Right to Equality and Oakes: Time for Change" (2009) 27 NJCL 59, p. 63.

(2) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, op. cit., p. 399.

(3) Christopher D Brecht, The Right to Equality and Oakes: Time for Change, op. Cit., p. 63.

(4) Peter W Hogg, Constitutional Law of Canada, 2011 student ed (Toronto, Ont: Carswell, 2011) p. 38.11(b).

(5) Christopher Brecht & Adam M Dodek, The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter, op. cit., p. 185.

من ناحية أخرى- للمشرع أو لأي سلطة أخرى^(١). ويستند هذا النقد على مفهوم معين ينظر إلى القضاء باعتباره القائم على تفسير القانون، والمتمتع بالقدرة على تحقيق التناغم داخل الأطر الدستورية والتشريعية^(٢). فإذا ما فُسر الدستور وفقاً لمعقولية التفسير المقدم من الأفرع الأخرى للحكومة، فإن هذا سيؤدي إلى تفسيرات غير متسقة، ومن ثم إلى "فوضى داخل النظام القانوني بصفة عامة" anarchy within the system^(٣).

ولاشك أن إذعان المحاكم للتقديرات أو الخيارات المتنبئة من جانب السلطتين التشريعية أو التنفيذية يبرز إشكالية كبيرة، لأن الإذعان يعني تبني المحاكم مقاربات أو تفسيرات متفقة مع تلك المتنبئة من جانب الأفرع الأخرى للحكومة. وتزداد خطورة هذا الإذعان القضائي إذا كانت الأعمال المطعون عليها تشكل تدخلاً في حقوق وحريات الأفراد أو تمس حقوق الأقليات^(٤). وبذلك، يمكن القول إن هذه المقاربة القضائية القائمة على الإذعان لخيارات السلطتين التشريعية والتنفيذية تتنافى مع أغراض

(1) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, op. cit., at at 393-395; T R S Allan, "Human Rights and Judicial Review: A Critique of Due Deference" (2006) 65 Cambridge LJ 671.

(2) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, op. cit., p. 394.

(3) Ibid.

(4) Richard Moon, Justified Limits on Free Expression: The Collapse of the General Approach to Limits on Charter Rights, 2002, 40 Osgoode Hall LJ 337, p. 358.

الذساتير التي تستهدف تحصين مصالح معينة- الحقوق والحريات الأساسية للأفراد- في مواجهة الانتهاكات التي يمكن أن تصدر من هاتين السلطتين^(١).

- أوجه النقد الموجهة لإطار التناسب بصفة عامة:

يذهب بعض الكتاب إلى أن التناسب هو الطريقة الوحيدة المتاحة لحل منازعات حقوق الإنسان، وذلك لأن جوهر مفهوم حقوق الإنسان ينطوي على الموازنة، ومن ثم لا يمكن الفصل بينهما^(٢). وفي المقابل، وجه فريق آخر من الكتاب النقد إلى تبني تحليل التناسب، لاسيما فيما يتعلق بالموازنة المتضمنة في الخطوة الأخيرة من تحليل التناسب والتي يُطلق عليها التناسب بالمعنى الضيق أو الأثر المتناسب "proportionate effect" ، وذلك استناداً إلى أن استخدام المحاكم لتحليل التناسب لا يضمن حماية كافية لحقوق الإنسان باعتبارها القيمة الأسمى غير القابلة للانتهاك "supreme and non-violable"^(٣). ويستطرد هذا الفريق من الكتاب قائلاً إن تحليل التناسب لا يتسم بالعقلانية لأن القيم التي يتم موازنتها "غير قابلة للقياس"

(1) Lorraine E Weinrib, Canada's Charter of Rights: Paradigm Lost?, 2001, 6 Rev Const Stud 119, p. 173.

(2) Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002); David M Beatty, The Ultimate Rule of Law (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2004).

(3) David Rangaviz, Dangerous Deference: The Supreme Court of Canada in Canada v. Khadr, 2011, 46 Harv CR-CL L Rev 253; Catherine Dauvergne, How the Charter Has Failed Non-Citizens in Canada: Reviewing Thirty Years of Supreme Court of Canada Jurisprudence, 2012 58 McGill LJ 663.

incommensurable. وبالإضافة إلى ذلك، فإن استخدام تحليل التناسب يمس الموضوعية القضائية، لأنه يفتح الباب للتقديرات الذاتية للقضاة.

ويلاحظ تعرض التناسب- في بعض الكتابات الفقهية القديمة وكذلك في بعض المقالات المنشورة خلال العقد الأخير- للنقد^(١). من ذلك، على سبيل المثال، ما ذهب إليه الأستاذ Stavros Tsakyrakis من القول بأن مبدأ التناسب يشكل "اعتداءً على حقوق الإنسان"، وبحثًا غير رشيد عن الدقة والموضوعية"^(٢). ويبيدي الأستاذ Gregoire Webber أسفه لأن التناسب قد أدى إلى بزوغ "نظرية غير مسوغة للحقوق الدستورية". وكان من نتيجة ذلك تبني مفهوم- مفرط في الفردية- للحقوق على نحو أدى إلى تقليص قيمة التشريع الذي يعكس إرادة الشعب"^(٣). وثمة كتاب آخرون يبدون إدانتهم لاستخدام مفهوم التناسب، لأنه يقلل من الأهمية أو الأولوية الممنوحة للحقوق الدستورية باعتبارها تشكل قيودًا في مواجهة السلطة السياسية. من ذلك، على سبيل المثال، ما يذهب إليه الأستاذ Jürgen Habermas من أن مبدأ التناسب يقوض "صرامة" الحقوق الدستورية، لأنه يسمح لبعض المصالح المحمية

(1) On familiar objections to the balancing tests in American constitutional law, see Thomas Alexander Aleinikoff "Constitutional Law in the Age of Balancing" (1987) 96 Yale LJ 943.

(2) Stavros Tsakyrakis "Proportionality: An Assault on Human Rights" (2009) 7 ICON 468.

(3) Grégoire Webber, "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship" (2010) 23 CJLJ 179 at 180 and 190-191; and Grégoire Webber The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights (Cambridge University Press, Cambridge, 2009) at 88.

قانوناً بأن ترجح الحقوق الدستورية في بعض الأحيان^(١). وأخيراً، ثمة قلق شائع يعبر عنه العديد من الكتاب من خلال القول بأن التناسب يسمح للقضاء بأن يتدخل، بطريقة غير مشروعة، في اختصاصات البرلمان والإدارة العامة. من ذلك، على سبيل المثال، ما ذهب إليه اللورد Ackner ، *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* ، من أن استخدام التناسب يجعل من غير الممكن بالنسبة للقضاة والمحاكم تجنب بحث ملاءمة القرارات *upon the merits*^(٢). وفي ظل الديمقراطية الدستورية، لا يمكن اتخاذ مثل هذه القرارات إلا من جانب السلطات السياسية.

بيد أنه يمكن القول إن هذه الأوجه المختلفة من النقد تنبع عادة من اختلاف المفاهيم الفلسفية أو الأخلاقية لحقوق الإنسان، أو للعلاقة بين الحقوق والمصلحة العامة. غير أنه لما كان التناسب مصمماً لحماية كل من حقوق الإنسان والمصلحة العامة، فإنه يتناغم بصورة واضحة مع بعض نظريات الحقوق مثل نظرية الفقيه الألماني Robert Alexy للمبادئ^(٣)، وبعض المقاربات

(1) Jürgen Habermas *Between Facts and Norms* (William Rehg (translator)) (MIT Press, Cambridge (Mass), 1996) at 254. For a thoughtful analysis of this issue, see Matthias Kumm "What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements" in George Pavlakos (ed) *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart Publishing, Oxford, 2007) 131.

(2) *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696 (IfL) at 762.

(3) Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002):

- ووفقاً لهذه النظرية، يقترح Robert Alexy النظر إلى الحقوق باعتبارها مبادئ، ومن ثم النظر إلى المبادئ باعتبارها متطلباتاً للتأمين.

الاجتماعية أو النتائجية^(١)، وإن كانت هذه الأوجه من النقد لا تتسق بذات الدرجة مع بعض النظريات الفلسفية الأخرى^{(٢)(٣)}.

ومن أوجه النقد الرئيسية في هذا السياق أن تحليل التناسب يفشل في الاعتراف بالوضع الأسمى الخاص للحقوق والحريات، كما هو الحال بالنسبة- لوضع الحقوق والحريات في ظل الميثاق الكندي للحقوق والحريات^(٤). ويلاحظ أن أنصار نظرية أسبقية أو أولوية أو علو الحقوق على المصلحة العامة يبدون تخوفهم من أن تبني تحليل التناسب يمكن أن يؤدي إلى رجحان كفة المصلحة العامة على كفة الحقوق والحريات في أي موازنة يتم إجراؤها بينهما في إطار تحليل التناسب^(٥). ولذلك، فقد

(١) يعتقد القائلون بالمقاربات النتائجية consequentialist approaches أن خير نشاط من الناحية الأخلاقية هو النشاط الذي يعظم أفضل النتائج.

(٢) وفي هذا السياق، يشار بصفة خاصة إلى أنه يوجه النقد إلى تحليل التناسب، لأنه لا يتسق مع النظريات الليبرالية للحقوق liberal theories of rights القائمة على فكرة أن كل فرد يجب أن يكون حراً في السعي إلى تحقيق سعادته الخاصة أو عيش "الحياة الجيدة" من وجهة نظره دون أي تدخلات.

(3) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge Studies in Constitutional Law, op. cit., p. 468

(4) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada.

(٥) تجدر الإشارة إلى أن بعض الكتاب ينظرون إلى الحقوق باعتبارها قواعد أخلاقية لا يجوز انتهاكها أبداً، على الأقل ما لم تكن هناك ظروف بالغة الاستثنائية. ومن أبرز الكتاب الذين يذهبون هذا المذهب الأستاذ Ronald Dworkin. ووفقاً لهذه النظرة، فإن الحقوق ترجح المصلحة العامة ما لم يكن تقييدها ضرورياً لمنع كارثة أو للحصول على "مصلحة عامة كبيرة وواضحة" a clear and major public benefit. وفي ذات الاتجاه، يشبه الأستاذ Jürgen Habermas الحقوق بأنها "جدران نارية" fire walls. وتبعاً لذلك، يرفض Habermas تقليص قيمة أو وزن الحقوق لتصبح مجرد مبادئ يمكن موازنتها مع غيرها من المبادئ والقيم والمصالح الأخرى.

=

ووجه النقد إلى مقارنة الموازنة- التي تعد مكونًا أساسيًا من مكونات تحليل التناسب- على أساس أنها تحل مشكلة التعارض أو التناقض بين الحقوق وبعضها، أو بين الحقوق والمصلحة العامة من خلال إجراء مقارنات بين الأوزان النسبية لهذه الحقوق أو القيم أو المصالح المختلفة مما يؤدي إلى عدم إعطاء الوضع الخاص للحقوق ما يستحق من الوزن أو الأهمية^(١). ومن ثم، فإن تحليل التناسب ينكر إمكانية إعطاء

=

R M Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977) p. 184–205.), trumping the public interest unless their limitation is necessary to prevent a catastrophe or “obtain a clear and major public benefit”: R M Dworkin, “Rights as Trumps” in Jeremy Waldron, ed, *Theories of Rights* (Oxford ; New York: Oxford University Press, 1984) 153 p. 191. Similarly, Habermas likens rights to “fire walls” (Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Studies in Contemporary German Social Thought (Cambridge, Mass: MIT Press, 1996) at 258–259.), and objects to rights being reduced to principles to be balanced: Jürgen Habermas, “Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law” in Michel Rosenfeld & Andrew Arato, eds, *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges* (Berkeley: University of California Press, 1998) 381 p. 430. Stavros Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?” (2009) 7:3 Int’l J Const L 468 p. 492; Gregoire C N Webber, “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship” (2010) 23 Can J L & Jurisprudence 179 at 198; Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review” (2006) 65 Cambridge LJ 174 p. 179.

(1) Stavros Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?” op. Cit., p. 489.

إجابات مطلقة بشأن منازعات الحقوق، وذلك لأن كل إجابة لمطالب متعلقة بالحقوق ترتبط بفكرة تحقيق القدر الأمثل من الحق الدستوري **the optimization of the constitutional right**، أي حماية الحق الدستوري إلى أقصى درجة ممكنة.

وفى هذا الصدد، يشار إلى أن الفريق من الكتاب الرفض لاستخدام تحليل التناسب يرى أن استخدام هذا التحليل من شأنه أن يؤدي إلى فقدان الحق الدستوري لوضعه أو لمكانته كضمانة في مواجهة النشاط غير المقبول من جانب الدولة. وتفسير ذلك، أن تحليل التناسب يمنع فقط النشاط غير المقبول أو المفرط أو المغالى فيه من جانب الدولة، بقدر ما لا يستوفى هذا النشاط متطلبات مبدأ التناسب. وهذا يعنى أن هذه الضمانة للحق الدستوري أضحت مقررة فقط في مواجهة النشاط غير المتناسب **disproportional State action**. ويستطرد أنصار هذا الفريق قائلين إن استخدام تحليل التناسب على هذا النحو يعنى أن الرقابة القضائية لن يكون هدفها كفالة حماية كاملة للحقوق، ولكن فقط مجرد مباشرة رقابة قائمة على فكرة الكفاءة **an efficiency-based oversight**، للتأكد من عدم فرض تكاليف أو قيود أو أعباء غير ضرورية على الحقوق، أي عدم استخدام مطارق ثقيلة لمجرد كسر حبات صغيرة من البندق^(١).

وإذا كان تحليل التناسب ينطوي، بالضرورة، على إجراء مقارنات أو موازنات بين المصالح والقيم والحقوق والمبادئ المتنوعة، فإن ثمة من يذهب من الكتاب إلى

(1) Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, op. cit., p.180.

القول إن هذه المصالح والقيم والحقوق والمبادئ لا يمكن قياسها باستخدام معيار واحد ولا باستخدام ميزان واحد. ومن ثم، يمكن النظر إلى هذه المصالح والقيم والحقوق والمبادئ باعتبارها غير قابلة للقياس *incommensurable* أو للمقارنة *incomparable*، مما يستتبع القول باستحالة "قياسها" أو موازنتها^(١). ولذلك، يذهب الأستاذ Webber إلى القول إن مبدأ التناسب يفشل في أداء المهمة المنوطة به – وهى الموازنة بين القيم والمبادئ المتعارضة – بسبب عدم وجود مقياس أو معيار واحد مشترك لإجراء المقارنة أو الموازنة المطلوبة للتوصل إلى ترجيح أحدهما على الآخر أو لتحديد أيهما أولى بدرجة أعلى من الحماية^(٢).

وينظر فريق من الكتاب إلى مسألة عدم القابلية للقياس هذه باعتبارها سنداً قوياً لمناداتهم بضرورة هجران التناسب كشكل عقلائي لاتخاذ القرارات القضائية^(٣). بيد أننا من جانبنا نرى أن هذه الحجة النابعة من فكرة عدم قابلية المصالح والقيم والحقوق للقياس يمكن الرد عليها بالقول إن الحقوق والقيم يمكن قياسها ومقارنتها في السياقات أو الحالات الواقعية المعينة^(٤)، من خلال الرجوع إلى "الأهمية الاجتماعية الهامشية"

- (1) Virgílio Afonso da Silva, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, 2011, 31:2 Oxford J Legal Stud 273 p. 276.
- (2) Gregoire C N Webber, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, op. cit., p.197.
- (3) Virgílio Afonso da Silva, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, op. Cit., p. 278.
- (4) Paul-Erik N Veel, *Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making*, 2010, 4:2 Law & Ethics of Human Rights, p. 178.

marginal social importance لتحقيق الهدف من الإجراء المطعون عليه مقارنة بأهمية منع الضرر الذي يمكن أن يلحق الحق الدستوري نتيجة القيود المفروضة عليه^(١). ومع ذلك، يرد الناقدون لاستخدام تحليل التناسب بالقول إن القيم والحقوق لا يمكن النظر إليها باعتبارها قابلة للقياس أو للمقارنة دون استخدام حجج أخلاقية أو تقديرات ذاتية أو على الأقل حجج لتسوية درجة الأولوية الممنوحة للقيم ذات الصلة^(٢). ويخلص هؤلاء الكتاب من هذه الحجة إلى القول إن التناسب لا يقدم أساساً عقلانياً لاتخاذ القرارات القضائية، ومن ثم فإن هذه القرارات ستستند في نهاية الأمر على التقدير الذاتي أو الشخصي للقضاة بصورة كاملة **fully subjective choice of judges**^(٣). وفي المقابل، يرى آخرون أن الموازنة عملية آلية لا يمكن تجنبها لأنه لا توجد وسيلة أخرى عقلانية يمكن من خلالها وضع سبب التقييد في مواجهة الحق الدستوري للمقارنة بينهما^(٤).

(1) Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, op. Cit., p. 484.

(2) Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An Assault on Human Rights?" op. Cit., p. 474.

(3) Virgílio Afonso da Silva, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, op. Cit., p. 278.

(4) Robert Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, 2003, 16:4 *Ratio Juris* 433, p. 436.

ونحن من جانبنا نرى أنه ليس في إطار تحليل التناسب ما يمنع من الاعتراف بالوضع الدستوري المميز للحقوق داخل هذا التحليل^(١). ومن ثم، ليس هناك ما يمنع المحاكم من أن تتبنى مقاربة تعترف بوجود جوهر للحق الدستوري لا يمكن انتهاكه^(٢).

ورغم أننا ننحاز، بصفة عامة إلى الحجج المؤيدة لتطبيق تحليل التناسب في سياق الرقابة على الإجراءات المقيدة للحقوق والحريات الأساسية، والتي من أبرزها أن هذا التحليل يكفل اتخاذ قرارات قضائية موضوعية^(٣)، فإننا لا نصل إلى القول إن التناسب يضمن موضوعية كاملة، وذلك لأن كل خطوة من خطوات تحليل التناسب تتطلب عنصرًا من التقدير القضائي الذي لا يمكن ممارسته دون قدر ما من الذاتية القضائية. ومع ذلك، يصر القاضي Aharon Barak أن قرارات القضاة تبقى متسمة بالعقلانية^(٤).

وقد يكون القضاة مخلصين في جهودهم التي يبذلونها لكي يكونوا محايدين وغير متحيزين، لكن التقديرات القيمية الأخلاقية والسياسية *moral and political value judgements* تكمن في جوهر كل عملية لفحص المسوغات التي تقدمها الحكومة لإجراءاتها المقيدة للحقوق والحريات^(٥). ويلاحظ أنه كلما كانت نصوص

(1) Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, op. Cit., p. 490.

(2) Bradley W Miller, *Justification and Rights Limitations*, op. Cit., p. 107.

(3) David M Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, op. cit., p. 166.

(4) Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, op. Cit., p. 478.

(5) R v Keegstra, [1990] 3 SCR 697 at 845, McLachlin J.

الدستور غامضة، كلما زادت قدرة القضاة على مباشرة هامش أكبر من السلطة التقديرية في سياق عملية التفسير التي يقومون بها^(١). ومن أمثلة الأحكام القضائية التي طبقت اختبار التناسب، والتي استندت بوضوح إلى تقديرات قيمية، ذلك الحكم الذي أصدرته المحكمة العليا الكندية في قضية Oakes الشهيرة^(٢)^(٣). وفي هذا السياق، يمكن أن يُقدم اختبارا "الرابطه المعقولة" rational connection و"الحد الأدنى من التقييد" minimal impairment باعتبارهما اختبارين محايدين value-neutral أو باعتبارهما تقديرًا فنيًا للوسائل التي اختارها المشرع^(٤)، أي أن الأمر هنا يتعلق بمدى فعالية الإجراء أو الوسيلة التي اختارها المشرع، وليس بقيمة هذا الإجراء أو الوسيلة^(٥). ومن المسلم به أن القاضي قي تحديده للقيم التي يتأسس عليها "المجتمع الديمقراطي والحر" لن يستطيع أن يتحرر، بصورة كاملة، من أسر فلسفته الأخلاقية والسياسية^(٦). ومن ثم، فإن أي محاولة لتفادي التساؤلات السياسية

(1) Joel Bakan, *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs* (Toronto: University of Toronto Press), 1997, p. 16.

(٢) وفي هذا الصدد، يشار إلى أن القاضي La Forest قد ذهب، في رأيه المعارض في قضية RJR MacDonald إلى الفحص () فحص معياري لا يمكن تجنبه. ويتطلب هذا الفحص من المحاكم أن تأخذ في اعتبارها كلاً من طبيعة الحق الذي تعرض للانتهاك، والقيم والمبادئ التي استندت عليها الدولة في سعيها لتسوية هذا الانتهاك:

RJR-MacDonald Inc. v Canada (Attorney General), [1995] 3 SCR 199 at para 62.

(3) Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 2007, 57:2 UTLJ 383, p. 395

(4) Constitutional Law Group, *Canadian Constitutional Law*, 4th ed (Toronto: Emond Montgomery Publications, 2010), p. 778.

(5) Ibid at 780.

(6) Joel Bakan, *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*, op. cit., p. 29.

والأخلاقية اللصيقة بعملية "تحليل الحقوق" ستكون بلا طائل، وذلك لأن الموازنة هي بطبيعتها عملية معيارية *a normative undertaking* ^(١).

ويذهب بعض أنصار الاتجاه الرافض لتحليل التناسب بعيداً إلى حد القول إنه حتى ولو قصد القاضي إجراء اختبار تناسب حقيقي، فإنه لن يفعل في الحقيقة غير أن يستخدم لغة مبدأ التناسب لتسوية قراره أو خياره هو ^(٢). وفي هذه الحالة، فإنه تحليل التناسب لا يعدو أن يكون مجرد غطاء لتقديرات ذاتية في سياق عملية اتخاذ القرارات القضائية، ولكنها تصطبغ بطابع العقلانية والموضوعية والحياد ^(٣)^(٤). وقد دفع ذلك بعض الكتاب إلى مناداة القضاة للتخلي عن شعار الموضوعية الذي يرفعونه، وأن يركزوا بدلاً عن ذلك، على المسائل الأخلاقية الحقيقية التي تتأسس عليها قضايا الحقوق ^(٥).

(١) ذلك أن القاضي عندما يقوم بتحديد ما إذا كان الإجراء ينطوي على تقييد مسوغ للحقوق في "مجتمع ديمقراطي وحر" يقوم، بالضرورة، بتحديد بعض خصائص هذه المجتمع من وجهة نظره. ولا شك أن تقدير القاضي في هذه الحالة يتأثر بالفلسفات السياسية والأخلاقية التي يعتنقها القاضي.

(2) Terence G Ison, *The Operational Realities of the Charter*, 2012 25:1 *Canadian Journal of Administrative Law & Practice* 1, p. 15.

(٣) من ذلك، على سبيل المثال، ما يذهب إليه الأستاذ () من أنه إذا كان تحليل التناسب يبدو تحليلاً قانونياً أكثر منه سياسي، فإن هذا المظهر القانوني لا يعدو أن يكون مجرد وهم أو خيال:

Joel Bakan, *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*, op. cit., p. 27.

(4) Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An Assault on Human Rights?" op. Cit., p. 474.

(٥) ويتجلى مدى تأثير القضاة بأرائهم الشخصية بأوضح ما يمكن في القضايا المتعلقة بالتناقض أو التعارض بين الممارسات الدينية وما تفرضه القوانين الوضعية الصادرة عن الدولة. ففي هذه الحالة، يجب على القضاة أن يقرروا ما إذا كان يجب إعفاء الأفراد والطوائف الدينية من القواعد القانونية العامة والسماح لهم بالعيش وفقاً لما تمليه عليهم معتقداتهم:

Richard Moon, *Freedom of Religion under the Charter of Rights: The Limits of State Neutrality*, 2012, 45 *UBC L Rev* 497, p. 539.

المطلب الثالث

تقدير التناسب كإطار للرقابة القضائية

يمكن القول إن المزايا الرئيسية لتحليل التناسب كإطار لرقابة الإجراءات المقيدة للحقوق والحريات تتمثل في تعزيز الشفافية في اتخاذ القرارات القضائية وتيسير الحوار الدستوري الذي من شأنه أن يرسخ احترام الحقوق والحريات الدستورية. ولما كانت لا توجد عملية تحليلية تكفل اتخاذ القرارات القضائية بصورة موضوعية أو تجعل جميع القرارات القضائية الذاتية شفافة، فإن وجود اختبار أو إطار تحليلي فقهي يشكل تروياً للآراء أو التوجهات المذهبية للقاضي على نحو يقلص إمكانية صدور قرارات تحكيمية. وفي هذا السياق، يشار إلى أن التناسب يُنظر إليه باعتباره اختباراً يبين متى وإلى أي مدى، يمكن للدولة أن تقيد أو تتدخل في أحد الحقوق أو الحريات المصونة دستورياً. ومن مزايا هذا الاختبار أنه مصمم على نحو يكفل منح الحقوق أو الحريات الوزن الملائم لها في سياق عملية الموازنة. ذلك، أن اختبار التناسب يمنح الأولوية الصحيحة دستورياً، ويتطلب أن يكون القيد المفروض على الحق مسوغاً بطريقة عقلانية وشفافة. كما يفيد تحليل التناسب في تحديد ما إذا كان الإجراء المقيد للحق معقولاً ومسوغاً بصورة ظاهرة في "مجتمع ديمقراطي وحر"، كما هو متطلب، على سبيل المثال، في المادة الأولى من الميثاق الكندي للحقوق والحريات.

ويلاحظ أن العديد من أوجه النقد الموجهة لتحليل التناسب هي ذاتها الموجهة إلى الرقابة القضائية على دستورية القوانين بصفة عامة. كما أن القائلين بهذه الأوجه من النقد لن يتوقفوا عن التمسك بها في حالات تبني مقاربات قضائية بديلة للتناسب، لأن أي مقارنة بديلة لن تخلو في نهاية الأمر من الموازنة. ذلك، أنه عندما تقوم

المحكمة برقابة ما إذا كان تقيد حق دستوري معين مسوغاً، فإن المحكمة لا يجوز لها إغفال أن المشرع الدستوري قد كرس هذا الحق دستورياً، ومن ثم لا يجوز للمحكمة أن تقلل من الوزن الممنوح لهذا الحق في مواجهة حق آخر أو في مواجهة المصلحة العامة. وهذا الوزن أو الموازنة تقع في جوهر اختبار التناسب، حيث يجب على القضاة أن يقيموا موازنة بين الآثار الضارة والآثار النافعة للإجراء المقيد للحق أو للحرية، سواء بالنسبة للفرد أم بالنسبة للمجتمع. وفي سياق القيام بعملية الموازنة هذه، يقوم القضاة بوزن حقوق ومصالح غير قابلة للقياس، ويتبنوا تقديرات ذاتية بشأن قيمة هذه الحقوق والحريات.

ونحن من جانبنا نرى أن الذاتية التي قد تظهر في سياق تطبيق اختبار التناسب يمكن التخفيف منها بصورة ملحوظة من خلال احترام المنطق المبدئي لمتخذ الإجراء المطعون عليه- القانون أو القرار الإداري- المقيد للحقوق والحريات، وعدم الاعتراض على هذا التقدير المبدئي إلا عندما يكون المنطق الذي يستند عليه معيَّباً. على أن الاعتراف بدرجة أكبر من الذاتية اللصيقة بتطبيق اختبار التناسب وبالرقابة القضائية على الحقوق الدستورية بصفة عامة يمكن أن يعزز شفافية اتخاذ القرارات القضائية والحوار المجتمعي بشأن الموازنة.

- إجراءات للرقابة الدستورية المجردة للتشريع **Abstract Constitutional Review**⁽¹⁾.

(1) Art 93 (1) n 2.

- إجراءات للرقابة الدستورية الموضوعية من خلال إثارة مسألة عدم الدستورية وما يطلق عليه الشكوى الدستورية, *Verfassungsbeschwerde* (١) (٢).

وفي قرارها الصادر في قضية الصيدليات [Pharmacies Case (١٩٥٨) (Apothekenurteil)]، أشارت المحكمة الدستورية الألمانية، لأول مرة، إلى مفهومها لمبدأ التناسب (٣). ففي هذه القضية طعن أحد المواطنين- من خلال طعن دستوري مؤسس على الادعاء بانتهاك حرية الاختيار المهني *the freedom of professional choice* - على قرار صادر من حكومة بافاريا العليا استناداً إلى الفقرة (١) من المادة (٣) من القانون المنظم للصيدليات في بافاريا (٤). وقد تمسك

(١) الشكوى الدستورية هي إجراء معين لحماية الحقوق الدستورية. ويمكن هذا الإجراء الفرد من تقديم شكوى أو طعن يتمسك فيه بأن أحد حقوقه الدستورية قد تعرضت للانتهاك. ويسمح هذا الإجراء للمحاكم الدستورية على مستوى الولايات أو المحكمة الدستورية الألمانية أن تراقب مدى تناسب القيود المفروضة على الحقوق الدستورية في سياقات تخص فرداً معيناً.

(2) Art 93(1) n 4a).

(3) The German Constitutional Court had made a short mention of this principle six years before in a case concerning a law of the state of North Rhine Westphalia regulating elections: see (1952) 1 BVerfGE 167 at 178 (German Constitutional Court). See also Dieter Grimm "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007) 57 UTLJ 385.

(٤) وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة (١) من المادة (٣) من القانون البافاري بشأن الصيدليات الصادر في ١٦ يونيو ١٩٥٢ كانت تنص على أن: "يمكن منح الترخيص بفتح صيدلية جديدة إذا: (أ) كانت المصلحة العامة تستلزم إنشاء صيدلية جديدة لضمان تزويد الجمهور بالأدوية. (ب) كان هناك ما يضمن الأساس الاقتصادي للصيدلية الجديدة، مع ضمان عدم تعرض الأساس الاقتصادي للصيدليات المبادرة إلى درجة تجعل المتطلبات اللازمة لمباشرة صيدلية ناجحة لنشاطها غير متوافرة ويمكن أن يقترن منح الترخيص بشرط إنشاء الصيدلية في مكان معين لضمان التقديم المتناغم للأدوية.

الطاعن بالادعاء بأن قرار الحكومة برفض منحة ترخيصاً لافتتاح صيدلية جديدة في بلدة Traunreut يشكل انتهاكاً لحرية الاختيار المهني المكفولة في الفقرة (١) من المادة (١٢) من القانون الأساسي. وقد تضمن التشريع المذكور تحديد طائفة من الشروط الواجب توافرها قبل منح الترخيص بافتتاح صيدلية جديدة. وكان من بين هذه الشروط تحديد (مستوى) rating الطاعن ومتطلبات تتعلق بالصحة، وبعض الشروط الاقتصادية وظروف المنافسة التجارية مع الصيدليات الأخرى. وكان القرار الإداري المطعون عليه يستند على هذا التنظيم القانوني لمنح تراخيص الصيدليات الجديدة. وكانت الحكومة البافارية التي رفضت إصدار الترخيص بافتتاح صيدلية جديدة على قناعة بأن افتتاح صيدلية جديدة في المكان المطلوب افتتاح الصيدلية فيه لا يصب في تحقيق المصلحة العامة وأنه سيقفل الأرباح المحتملة للصيدليات القائمة بنسبة ٤٠% وذلك بالنظر لقلّة الطلب على الدواء في المنطقة.

ومعنى ما تقدم أن الصيدلية الجديدة المراد افتتاحها، ليس فقط لن تكون قادرة على تحقيق الربح الكافي، ولكنها أيضاً ستعرض الصيدليات الموجودة في المنطقة لخطر انخفاض أرباحها. وبهدف التوصل إلى حل لهذه القضية، أخضعت المحكمة الدستورية الألمانية الفقرة (١) من المادة (٣) من القانون المنظم للصيدليات في بافاريا لرقابتها الدستورية. وقد خلصت المحكمة في نهاية بحثها إلى إعلان عدم دستورية هذه الفقرة. وبعد أن قامت المحكمة بتلخيص الأسباب التاريخية لإيجاد تنظيم عام لافتتاح وعمل الصيدليات- وهو ما يشكل الأساس القانوني لتقييد الحق الدستوري- وكذلك بعد أن أخذت في اعتبارها طبيعة ومضمون الحق في اختيار وممارسة المهنة، أشارت المحكمة إلى التناسب باعتباره المعيار الأكثر ملاءمة للتوصل إلى حل صحيح في هذه القضية. وفي هذه القضية، أشارت المحكمة أيضاً إلى أنه كلما كانت درجة التقييد

المفروضة على الحق في اختيار وممارسة المهنة عالية، كلما كان واجباً أن تكون المصلحة العامة المستهدفة كبيرة حتى تكون قادرة على تسوية مثل هذا التقييد^(١). كما قررت المحكمة أيضاً أن مجال الحرية الفردية لا يمكن تقييده إلا من خلال الوسائل الأقل تقييداً^(٢). وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن المحكمة قد شيدت في هذه القضية نظرية لمستويات القيود التشريعية المفروضة على الحقوق الدستورية. ووفقاً لهذه النظرية فإنه^(٣):

"يمكن للمشرع أن ينظم الفقرة (١) من المادة (١٢) من القانون الأساسي فقط من خلال الوسائل التي تعكس التقييد الأقل على حرية اختيار المهنة. ومن ثم، لا يمكن للمشرع أن يرقى إلى المستوى الأعلى من التقييد إلا إذا كانت الأخطار التي يُخشى منها غير ممكن درؤها من خلال الإجراءات الدستورية المتاحة في المستوى السابق".

ويمكن القول إن قرار المحكمة الدستورية الألمانية في قضية Apothekenurteil يوشر لمرحلة جديدة من التطور، أضحي فيها التناسب يمثل حجر الزاوية في قضاء الحقوق الدستورية في ألمانيا. وفي قضية فصلت فيها المحكمة الدستورية الألمانية تتعلق بالحق في التكامل الجسدي أو السلامة الجسدية *the right to physical integrity*، خلصت المحكمة إلى أن التناسب يجب أن يطبق في جميع

(1) Apothekenurteil (1958) 7 BVerfGE 377 (German Constitutional Court) at 408.

(2) At 405.

(3) At 409.

الحالات التي تقيد فيها الدولة "مجال الحرية" sphere of freedom^(١). وقد كررت المحكمة وطورت هذه الفكرة في عدد لا يحصى من القرارات بعد ذلك^(٢). ووفقاً لهذا القضاء، فإن أي قيد يتم فرضه على أحد الحقوق الدستورية يجب أن يلبي متطلبات التناسب وإلا اعتُبر غير دستوري^(٣).

المطلب الرابع

الهجرة الرابعة: من القانون الدستوري الألماني إلى قانون الاتحاد الأوروبي وقانون حقوق الإنسان الأوروبي

يمكن القول إن كلاً من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان^(٤) ومحكمة العدل

(1) (1963) 16 BVerfGE 194 (German Constitutional Court) at 201.

(2) On the leading judgments of the German Constitutional Court relating to proportionality in the adjudication of constitutional rights, see Lothar Michael "Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit" (2001) 9 JuS 866 (translation: "Leading Cases on Proportionality").

(3) On the role of proportionality in present-day German law in the field of the adjudication of constitutional rights, see generally Alexy A Theory of Constitutional Rights, above n 10, at 66–69 and 394–414; Robert Alexy "Balancing, Constitutional Review and Representation" (2005) 3 ICON 572; Clérico, above n 21; and Martin Borowski Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von prima facie Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte (2nd ed, Nomos, Baden- Baden, 2007) (translation: Constitutional Rights as Principles: The Difference between prima facie Position and definitive Position as fundamental Principle for the Construction of Constitutional Rights).

(4) On the role of proportionality in the case law of the European Court of Human Rights, see Yukata Arai - Takahashi The Margin =

الأوربية^(١) قد اتبعتا المقاربة الألمانية. حيث تستخدم المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان

= of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR (Intersentia, Antwerpen, 2001); Jeremy McBride "Proportionality and the European Convention on Human Rights" in Evelin Ellis (ed) The Principle of Proportionality in the Laws of Europe (Hart Publishing, Oxford, 1999) 23; George Letsas "Two Concepts of the Margin of Appreciation" (2006) 26 OJLS 711; Steven Greer "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights" (2003) 23 OJLS 409; Sébastien van Drooghenbroeck La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme (Bruylant, Brussels, 2001) (translation: Proportionality in the law concerning the European Convention of Human Rights); Josefa Fernández Nieto La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad (Dykinson, Madrid, 2009) (translation: Adjudicating proportionality in Europe); and Bardo Fassbender "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos" (1998) 5 Cdp 52 (translation: "The principle of proportionality in the case law of the European Court of Human Rights").

- (1) On the role of proportionality in the case law of the European Court of Justice, see Takis Tridimas The General Principles of EU Law (Oxford University Press, Oxford, 2006) at chs 3, 4 and 5; Nicholas Emiliou The Principle of Proportionality in European Law, A Comparative Study (Kluwer Law International, Cambridge (Mass), 1996) at chs 4, 5, 6 and 7; Francis G Jacobs "Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law" in Evelin Ellis (ed) The Principle of Proportionality in the Laws of Europe (Hart Publishing, Oxford, 1999) 1; Tor-Inge Harbo "The Function of the Principle of Proportionality in EU Law" (2010) 16 ELJ 171; Oliver Koch Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des=

التناسب كمعيار لتحديد "ما إذا كانت القيود التي تفرضها الدول الأعضاء على الحقوق المكفولة في الاتفاقية مخالفة للاتفاقية أم لا". وفي هذا السياق، يكتسب التناسب أهمية خاصة لتحديد ما إذا كانت الدول الأعضاء قد تجاوزت ما يُطلق عليه "هامش التقدير" "margin of appreciation"، أي مجال أو هامش السلطة التقديرية المتروكة للدول الأعضاء في تطبيق الحقوق التي تكفلها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان مع الأخذ في الاعتبار الظروف الوطنية الخاصة بكل دولة.

وفيما يتعلق بمحكمة العدل الأوروبية، فإنها تستخدم التناسب كمعيار لرقابة نوعين من الإجراءات: الإجراءات التي تتخذها مؤسسات وهيئات الاتحاد الأوروبي والإجراءات التي تتخذها الدول الأعضاء. وفي هذا السياق، يُستخدم التناسب بصفة خاصة كمعيار لإيجاد حلول للمسائل المرتبطة بمشروعية الإجراءات التي تتخذها الدول والتي تمثل قيوداً على الحريات الأربعة الأساسية للاتحاد الأوروبي: حرية انتقال السلع والأشخاص والخدمات ورؤوس الأموال^(١). وكذلك يُستخدم التناسب كمعيار لتحديد ما

= *Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (Dunker & Humblot, Berlin, 2003) (translation: The Principle of Proportionality in the Case Law of the European Court of Justice); Angelika Emmerich Fritsche Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG – Rechtsetzung (Duncker & Humblot, Berlin, 2000) (translation: The Principle of Proportionality as Directive and Limit of the European Community Law Implementation) at 96; and Anna N Georgiadou "Le Principe de la Proportionnalité dans le Cadre de la Jurisprudence de la Court de Justice de la Communauté Européenne" (1995) 4 ARSP 532 (translation: "The Principle of Proportionality in the Framework of the Case Law of the European Court of Justice).*

(1) See Jukka Snell *Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationship Between the Freedoms* (Oxford University Press, =

إذا كانت القيود التي تفرضها مؤسسات وهيئات الاتحاد على الحقوق الدستورية مسوغة^(١). وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ التناسب قد ذكر أيضاً في الفقرة (١) من المادة (٥٢) من الميثاق الأوروبي للحقوق الأساسية الذي وقع وأعلن في نيس (فرنسا) في ٧ ديسمبر ٢٠٠٠. وتنص هذه الفقرة على أن:

"أي قيد يتم فرضه على ممارسة الحقوق والحريات التي يعترف بها هذا الميثاق يجب أن ينص عليه القانون، وأن يحترم جوهر هذه الحقوق والحريات وفقاً لمبدأ التناسب، ولا يمكن فرض هذه القيود إلا إذا كانت ضرورية وتلبي، حقيقة، أهداف المصلحة العامة التي يعترف بها الاتحاد أو الحاجة لحماية حقوق وحريات الآخرين"^(٢).

= Oxford, 2002) at 194; Jan H Jans "Proportionality Revisited" (2000) 27 LIEI 239; and Stefan Enchelmaier "Four Freedoms, How Many Principles?" (2004) 24 OJLS 169.

- (1) See the explicit reference to this principle that was made in the Protocol to the Treaty of Amsterdam (Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing European Communities and Certain Related Acts) on the application of the principles of subsidiary and proportionality [1997] OJ C340/1 (signed 2 October 1997, entered into force 1 May 1999): ... when exercising the competences conferred on it, each institution should guarantee ... that the principle of proportionality is adhered to, according to which, no action by the community shall exceed what is strictly necessary for achieving the goals of the Treaty.
- (2) On the significance of this article for the protection of constitutional rights within the framework of the European Union, see Martin Borowski "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union" (2007) 1 Leg 197 at 199–240.

المطلب الخامس

الهجرة الخامسة: من قانون الاتحاد الأوروبي وقانون حقوق الإنسان

الأوروبي إلى القانون الدستوري في جميع الدول الأوروبية

يمكن القول إن تطبيق مبدأ التناسب من جانب كل من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومحكمة العدل الأوروبية كان له دور كبير- في هجرة المبدأ إلى القانون الدستوري تقريباً لجميع الدول الأوروبية. وتجد هذه الهجرة لمبدأ التناسب تفسيراً لها في الأثر الملزم لأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وقانون الاتحاد الأوروبي في الأنظمة القانونية الوطنية للدول الأعضاء في الاتحاد:

- فمن ناحية، استخدمت المحاكم الدستورية الأوروبية مفهوم التناسب- الذي استخدمته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لحماية الحقوق التي تكفلها الاتفاقية الأوروبية للحقوق الإنسان- في مجال الحماية الوطنية للحقوق الدستورية. وهنا يجب ملاحظة الإشارة الصريحة للتناسب في البروتوكول الملحق باتفاقية أمستردام (المعدل لاتفاقية الاتحاد الأوروبي والاتفاقيات المنشئة للجماعات الأوروبية وبعض القرارات المرتبطة: لدى ممارسة اختصاصاتها المخولة لها، فإن كل مؤسسة يجب عليها أن تضمن احترام مبدأ التناسب الذي وفقاً له لا يجوز للاتحاد أن يتخذ أي نشاط يتجاوز ما هو ضروري، بصورة صارمة، لتحقيق أهداف الاتفاقية.

- ومن ناحية أخرى، فقد أخذت المحاكم في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي في اعتبارها مبدأ التناسب- على نحو ما طورته محكمة العدل الأوروبية- بحسبان هذا المبدأ وسيلة لاحترام وإعمال مبدأ سمو قانون الاتحاد الأوروبي.

ووفقاً لهذا المبدأ الأخير، عندما يتعارض قانون الاتحاد الأوروبي مع قوانين الدول الأعضاء في الاتحاد، فإن الأولوية تكون للقانون الأوروبي^(١).

ونتيجة للتطورات السابقة، أضحي التناسب معياراً للفصل في منازعات الحقوق الدستورية adjudication of constitutional rights في أسبانيا^(٢)، وفرنسا^(٣)،

-
- (1) On this principle as a reason for the expansion of proportionality, see Jean Marc Favret "La Primauté du Principe Communautaire de Proportionnalité sur la Loi Nationale" (1997) 2 RFDA 389 (translation: "The Supremacy of the European Proportionality Principle over National Law").
- (2) See Bernal El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, above n 21; Markus Gonzalez Beilfuss El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Thomson- Aranzadi, Madrid, 2003) (translation: The principle of proportionality in the case law of the Constitutional Court). The Spanish Constitutional Court began to apply proportionality as it is understood by the German Federal Constitutional Court, the European Court of Human Rights and the European Court of Justice in the judgment [1996] STC No 66. Other leading cases are [1996] STC No 55; [1997] STC No 161; [1999] STC No 136; [2005] STC No 261; [2005] STC No 300; [2005] STC No 327; [2006] STC No 11; and [2006] STC No 90.
- (3) See Valérie Goesel-le-Bihan "Réflexion Iconoclaste sur le Contrôle de Proportionnalité Exercé par le Conseil Constitutionnel" (1997) 30 RFDC 227 (translation: "An Iconoclastic Reflection on the Proportionality Review Undertaken by the Constitutional Council"). The author makes a distinction between the principle of proportionality that the Conseil Constitutionnel applied until late 1990, and the version of proportionality applied in later judgments. Goesel-le-Bihan claims that only in the later judgments is this principle understood as the linked set of the sub-principles of suitability, necessity and proportionality in the narrow sense.

وإيطاليا^(١)، والبرتغال^(٢)، وبلجيكا^(٣)، والنمسا^(٤)، واليونان^(١)، وهولندا^(٢). وحديثاً جداً، اتسع نطاق هذا التطور ليصبح المبدأ معياراً للفصل في منازعات الحقوق الدستورية

-
- (1) An important part of the Italian constitutional literature considers that proportionality is one concrete form of the principle of ragionevolezza (reasonableness): see Andrea Morrone "Constitutional Adjudication and the Principle of Reasonableness" in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor and Chiara Valentini (eds) Reasonableness and Law (Springer, Dordrecht, 2009) 215; Giuseppe Scaccia Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale (Giuffrè, Milan, 2000) at 348 (translation: Instruments of reasonableness in constitutional review); and Gustavo Zagrebelsky Giustizia Costituzionale (2nd ed, Il Mulino, Bologna, 1988) at 147 (translation: Constitutional Justice).
- (2) See MA Vaz "O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: Arqueologia e Aplicações" in Jorge Miranda (ed) Perspectivas Constitucionais: Nos 20 Anos da Constituição de 1976~ Volume II (Almedina Coimbra, 1996) 323 (translation: "The Prohibition of Excess in the Constitution: Archeology and Applications" in Constitutional Perspectives: 20 years under the 1976 Constitution); José Joaquim Gomes Canotilho Direito Constitucional e Teoria da Constituição (7th ed, Almedina, Coimbra, 2009) at 259 (translation: Constitutional Law and Constitutional Theory); and Anabela Costa Leão Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso (Almedina, Coimbra, 2001) (translation: Notes on the Proportionality Principle or Prohibition of Excess).
- (3) See Gernot Brammer Das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Deutschem und Belgischem Recht (Shaker Verlag, Aachen, 2000) (translation: The Principle of Proportionality in German and Belgian Law).
- (4) See Christiana Pollak Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs=

أيضاً في دول أوروبا الشرقية، بما في ذلك بلغاريا، وكرواتيا، وليتوانيا، وسلوفاكيا، وسلوفينيا، وجمهورية التشيك^(٣) وبولندا، واستونيا، والمجر، ورومانيا^(١).

= und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs (Nomos, Baden-Baden, 1991) (translation: The Principle of Proportionality and the Protection of Constitutional Rights in the Case Law of the European Court of Justice and Austrian Constitutional Court); and Manfred Stelzer Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Springer, Vienna, 1991) (translation: The Essential Core Argument and the Principle of Proportionality).

- (1) Proportionality was established explicitly under art 25 para (1) of the Greek Constitution (as amended in 2001), which provides that: Restrictions of any kind which, according to the Constitution, may be imposed upon these rights [the rights of the human being], should be provided either directly by the Constitution or statute, should a reservation exist in the latter's favour, and should respect the principle of proportionality. On proportionality in Greek law concerning the protection of constitutional rights, see Sarantis K Orfanoudakis and Vasiliki Kokota "The Application of the Principle of Proportionality in Greek and Community Legal Order: Similarities and Differences" (2007) 4 HREL 691.
- (2) See Ulrich Zimmerli "Schlußwort auf der 112 Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins zum Thema 'Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht'" (1978) 97 ZSR 559 (translation: "Conclusions of the One Hundred and Twelfth Conference of the Swiss Association of Jurists on the Topic: 'The Principle of Proportionality in Public Law'"); and Furgler Kurt "Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht" (1978) 97 ZSR 555 (translation: "The Principle of Proportionality in Public Law").
- (3) See Pavel Holländer "Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Variabilität seiner Struktur?" in Jan R Sieckmann (ed) Die Prinzipientheorie der =

وعلى إثر تغلغل مفهوم التناسب في أوروبا، لاسيما في أسبانيا والبرتغال، بدأت هجرة المفهوم أيضاً إلى أمريكا الجنوبية. ومن ثم، نتيجة للتأثير الأسباني- وكذلك نتيجة لتأثير القضاء الدستوري الألماني وإن بصورة غير مباشرة - بدأ مفهوم التناسب في البيزوغ في كولومبيا^(٧)، وبيرو^(٨)، والمكسيك^(٩)، وشيلي^(١٠)، والأرجنتين^(١١).

= Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys (Nomos, Baden- Baden, 2006) 179 (translation: "The Principle of Proportionality: Variability of its Structure" in The Theory of Principles of Constitutional Rights. Studies on Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights).

- (1) See Wojciech Sadurski Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-Communist States of Central and Eastern Europe (Springer, Dordrecht, 2005) at 266; and Wojciech Sadurski "Judicial Review in Central and Eastern Europe: Rationales or Rationalizations?" (2009) 42 Israel L Rev 519.
- (2) See Judgment T-422 decided by the Constitutional Court of Colombia on June 16, 1992; M. J. Cepeda Espinosa, Polémicas Constitucionales (Bogota: Legis, 2007), 159.
- (3) See Judgment 20.530 decided by the Constitutional Court of Peru on June 3, 2005; M. Carbonell and P. Gr á ndez (eds.,) El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo (Lima: Palestra Editores, 2010).
- (4) See Juicio de Amparo en Revisión 1659/2006, February 27, 2002; M. Carbonell (ed.), El Principio de Proporcionalidad y protección de los Derechos Fundamentales [Proportionality Analysis and the Protection of Fundamental Rights] (Mexico City: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008).
- (5) See Judgment ROL 519 decided by the Constitutional Court of Chile on June 5, 2007; M. Carbonell (ed.), El Principio de Proporcionalidad en la interpretación jurídica [The proportionality principle in constitutional interpretation] (Santiago, UNAM & CECOCH, 2010) .

وكذلك أيضاً نتيجة للتأثير البرتغالي- وللتأثير غير المباشر للقضاء الدستوري الألماني- بدأ التناسب في البرزوغ في البرازيل^(١). وفي جميع هذه الدول، لا يزال مفهوم التناسب يتلمس طريقة ليحظى بمكانة مركزية في القانونين الدستوري والإداري في دول أمريكا الجنوبية.

المطلب السادس

الهجرة السادسة: من قانون الاتحاد الأوروبي وقانون حقوق الإنسان

الأوروبي إلى القانون البريطاني

يلاحظ أنه حتى النظام البريطاني، على الرغم من اختلافه الواضح عن القانون السائد في القارة الأوروبية، قد أسهم في التقارب المتعلق باستخدام مبدأ التناسب. ومن المسلم به أن فكرة المعقولية *reasonableness* كانت جزءاً لا يتجزأ من الثقافة

- (1) See L. Clérico, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Eudeba, 2009).
- (2) See *Direct Action of Unconstitutionality 1724 – Interim Measure decided by the Supreme Federal Court of Brazil on December 11, 1997*; G. Ferreira Mendes, “O Princ í pio da Proporcionalidade na Jurisprud e ncia do Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras,” 4 *Repertorio IOB Jurisprudência: Tributria Constit. Adm . 23* (2000); R. Camilo de Oliveira, “h e Balancing of Values and the Compromising of the Guarantee of Fundamental Rights” (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, June 14, 2007); A. Reis Freire, “Evolution of Constitutional Interpretation in Brazil and the Employment of Balancing ‘Method’ by the Brazilian Supreme Court in Judicial Review” (Paper presented at the VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, June 14, 2007).

القانونية البريطانية، على الأقل منذ القرن التاسع عشر^(١). وفوق ذلك، يمكن القول إنه منذ قضية *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation*، تم تبني معيار أو مبدأ عدم المعقولية الظاهرة *the principle of manifest unreasonableness* باعتباره معياراً مطبقاً بصفة عامة في سياق القانون الإداري^(٢). ووفقاً لهذا المبدأ الأخير، فإن القضاة ليس بمقدورهم إلغاء القرارات الإدارية- المتخذة استناداً إلى مباشرة سلطة تقديرية- إلا إذا كانت هذه القرارات قد تجاوزت حدًا معينًا من عدم المعقولية على نحو يجعل أغراض هذه القرارات ومضمونها غير متناسب. ومع ذلك، فإن ثمة جوانب معينة لمبدأ المعقولية- في ظل التفسير التقليدي- هي التي تشبه التناسب. وقد كان الأستاذ *Paul Craig* محقًا عندما قال إن بلوغ هذه الدرجة من عدم المعقولية يجعل الشيء مفراطًا تمامًا^(٣). وقد لاحظ اللورد *Ackner*، في قضية *Brind*، أن التناسب يشكل "اختبارًا أو معيارًا مختلفًا وأشد صرامة" من معيار عدم المعقولية^(٤).

- (1) On the roots of the idea of reasonableness in British law, especially within the fields of tort law, administrative law and human rights, see Tom R Hickman "The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere" (2004) 63 CLJ 167.
- (2) *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 (CA).
- (3) Paul Craig "Unreasonableness and Proportionality in UK Law" in Evelin Ellis (ed) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Hart Publishing, Oxford, 1999) 94.
- (4) *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696 (HL) at 762., at 15.

ويمكن الجزم بأن إدماج مفهوم التناسب في القانون البريطاني جاء نتيجة مباشرة لتأثير قانون الاتحاد الأوربي^(١). وفي عام ١٩٨٥، اقترح اللورد Diplock "تبنياً محتملاً لمبدأ التناسب (في المستقبل) المعترف به في سياق القانون الإداري في العديد من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي"^(٢). ومع ذلك، أبدى مجلس اللوردات البريطاني، في قضية Brind، موقفاً يتعارض مع إمكانية تطبيق مبدأ التناسب في القانون البريطاني. من ذلك، على سبيل المثال، ما ذهب إليه اللورد Ackner من القول: "إنه ما لم يتم البرلمان بإدماج الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان في القانون الوطني، فإنه ليس ثمة أساس لتطبيق مفهوم التناسب، الذي تطبقه المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، من جانب محكمة المملكة المتحدة"^(٣).

وبعد قضية Brind المذكورة، لم يكن هناك إجماع بين الفقهاء ولا بين القضاة على إمكانية السماح بتطبيق مبدأ التناسب في القانون البريطاني. ومع ذلك، فقد

(١) ولذلك، يلاحظ الأستاذ Jonathan E Levitsky أن التبنّي المعاصر للتناسب، كأحد مفاهيم القانون العام البريطاني، يعد ظاهرة حديثة تماماً، ويمكن تتبع جذورها إلى خبرة المملكة المتحدة كعضو في الاتحاد البريطاني. مرجع رقم:

- See Jonathan E Levitsky "The Europeanization of the British Legal Style" (1994) 42 Am J Comp L 347 at 376

(2) Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] 1 AC 410 (HL) at 410E.

(٣) تجدر الإشارة إلى أن هذه القضية كانت تتعلق بمجموعة من التوجيهات التي تتضمن قيوداً فرضها وزير الداخلية على ظهور الإرهابيين في التلفزيون. ووفقاً لهذه القيود، يجب إدماج صوت الإرهابيين، لدى إلقاء بياناتهم في التلفزيون، في أصوات بعض الممثلين. وقد طعن سبعة من الصحفيين على هذه القيود استناداً إلى أنها غير متناسبة، وذلك لعدم تناسب منع الأصوات المباشرة للإرهابيين مع الغرض المستهدف وهو مواجهة الإرهاب:

- R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind [1991] 1 AC 696 (HL) at 762., at 15.

بدأ بعض القضاة الإنجليز في استخدام التناسب. ويرى الأستاذان Craig، Búrca أن مبدأ التناسب قد طُبِقَ في تلك المرحلة، لاسيما في قضيتي Regina v Chief Constable of Sussex, ex parte International Traders Ferry Ltd^(١)، و R v International Stock Exchange, ex parte Else^(٢). ويلاحظ أن الأمر كان يتعلق في هاتين القضيتين بقانون الاتحاد الأوربي في تلك القضايا^(٣).

غير أنه في نهاية العقد الأخير من القرن الماضي، شهد مبدأ عدم المعقولية تحولاً مهماً، واكتسب حيوية جديدة^(٤). وفي شكله الجديد- الذي يُطلق عليه super-Wednesbury - أضحى مبدأ عدم المعقولية يفرض على المحاكم أن تتخربط في إجراء رقابة قضائية أكثر تشدداً للقرارات الإدارية، من خلال ما يُطلق عليه "الفحص الدقيق" anxious scrutiny، أو "مستوى معزز من الفحص" enhanced level scrutiny أو "الفحص الصارم" rigorous examination^(٥). ووفقاً لهذا الشكل الجديد لمبدأ عدم المعقولية الإنجليز في صورته القصوى أو المعززة، لم يعد المبدأ

-
- (1) R v Chief Constable of Sussex, ex parte International Trader's Ferry Ltd [1999] 2 AC 418 (HL) at 157.
 - (2) R v International Stock Exchange, ex parte Else [1992] BCC 11 (Ch).
 - (3) Paul Craig "Unreasonableness and Proportionality in UK Law", op. cit., at 89; Grainne de Búrca "Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law" (1997) 4 EPL 577.
 - (4) Paul Craig "Unreasonableness and Proportionality in UK Law", op. cit., at 95.
 - (5) On the application of the super-Wednesbury test in the field of human rights, see Tom R Hickman "The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere", op. cit., at 185.

يتطلب أن يكون القرار الإداري غير معقول بصورة مفرطة *absurd*^(١) أو مشوباً بالانحراف، حتى يمكن للقاضي أن يحدد ما إذا كان التدخل في حقوق الإنسان مسوغاً أو غير مسوغ^(٢). ومع ذلك، يبقى صحيحاً القول إن مبدأ المعقولية الإنجليزي لا يكفل ذات الدرجة من الحماية التي يكفلها مبدأ التناسب للحقوق والحريات الدستورية. ولذلك، خلصت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في قضية *Smith and Grady v United Kingdom*، إلى أنه حتى هذا الاختبار أو المعيار المشدد للمعقولية- والذي يُطلق عليه اختبار المعقولية في صورته القصوى *super-Wednesbury test*:

"يستبعد بصورة واضحة أي أخذ في الاعتبار، من جانب المحاكم الوطنية، لمسألة ما إذا كان التدخل في حقوق الطاعن قد جاء استجابة لحاجة اجتماعية ضاغطة أو كان متناسباً مع الغايات المرجوة منه"^(٣).

ويتضح من الحكم السابق أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تتطلب استخدام معيار التناسب، وليس فقط معيار المعقولية لحماية حقوق الإنسان.

ويمكن القول إن التطور الأبرز في هذا السياق قد أعقب تبني المملكة المتحدة لقانون حقوق الإنسان *the Human Rights Act* (١٩٩٨) الذي عزز تطبيق التناسب. حيث يسمح هذا القانون لمفهوم التناسب- الذي تستخدمه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بصورة متواترة- أن يؤدي دوراً مهماً في قرارات السلطات الإدارية

(١) تعنى كلمة *absurd* الإنجليزية غير معقول بصورة مفرطة *Extremely unreasonable*، هذا التعريف متاح على الموقع التالي: <http://www.thefreedictionary.com/absurd>

(2) On this and other tests of reasonableness in judicial review, see Andrew Le Sueur "The Rise and Ruin of Unreasonableness" (2005) 10 JR 39.

(3) *Smith & Grady v United Kingdom* (1999) 29 EHRR 493 (ECHR) at 138.

البريطانية وكذلك في قرارات القضاة البريطانيين المتعلقة بحماية حقوق الإنسان^(١). وينص القسم (٦) من هذا القانون على أنه "من غير المشروع لأي سلطة عامة- ولا يشمل تحديد السلطة العامة في هذا السياق البرلمان- أن تعمل على نحو لا يتسق مع حق تكفله الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان".

ويتطلب القسم (٢) من محاكم المملكة المتحدة:

"لدى الفصل في المسائل المرتبطة بحق تكفله الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ضرورة أن تأخذ في اعتبارها أي حكم أو قرار أو رأي استشاري أصدرته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان".

ونتيجة للمتطلب السابق، أضحى مفهوم التناسب- الذي تطبقه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بصورة متواترة- واجب التطبيق من جانب المحاكم البريطانية لدى تفسيرها لبنود الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(٢).

وقد ترتب على التطورات السابقة أن أعلن مجلس اللوردات الإنجليزي صراحة، في قضية *v Secretary of State for the Home Department, ex parte*

(1) As stated in s 1 of the Human Rights Act 1998 (UK), "Convention rights" means:

... the rights and fundamental freedoms set out in: (a) Articles 2 to 12 and 14 of the [European] Convention [of Human Rights], (b) Articles 1 to 3 of the First Protocol, and (c) Articles 1 and 2 of the Sixth Protocol, as read with Articles 16 to 18 of the Convention.

(2) See David Feldman "Proportionality and the Human Rights Act" in Evelin Ellis (ed) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Hart Publishing, Oxford, 1999) 121. See also Tom R Hickman "The Substance and Structure of Proportionality" (2008) 4 PL 694.

R Daly، قبوله بمفهوم التناسب كمبدأ من مبادئ القانون العام الإنجليزي، لاسيما لدى الفصل في منازعات الحقوق التي تكفلها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(١). وبعد بيانه للفروق بين مبدأي التناسب والمعقولية، أشار اللورد Steyn إلى أنه "من المهم في الحالات المرتبطة بحقوق تكفلها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تحليل هذه الحالات وحسمها بالطريقة الصحيحة، أي من خلال تطبيق مبدأ التناسب^(٢). وقد وافق أعضاء اللجنة على هذا المقترح. ومنذ ذلك الحين، طُبِقَ هذا النهج في العديد من القضايا^(٣).

(1) R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly [2001] UKHL 26, [2001] 2 AC 532.

(2) At 28.

(3) See generally R v Shayler [2002] UKHL 11, [2003] 1 AC 247; A v Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68; R (on the application of Begum) v Governors of Denbigh High School [2006] UKHL 15, [2007] 1 AC 100; and Huang v Secretary of State for Home Department [2007] UKHL 11, [2007] 2 AC 167.

خاتمة

نخلص، في نهاية هذا البحث، إلى القول إن مبدأ التناسب يؤدي دوراً بالغ الأهمية في مجال القانون الإداري. حيث يسهم هذا المبدأ في تشكيل ووضع إطار للرقابة القضائية على القرارات الإدارية. وتتجلى أهمية هذا المبدأ في مجال رقابة القرارات الإدارية في أنه يقوي أو يخفف درجة هذه الرقابة، كما يمكن أن يُستخدم في تعزيز أو تقييد هامش السلطة التقديرية المخول للإدارة.

وتبدو دراسة مبدأ التناسب من منظور مقارن مهمة، لأنها تستهدف الكشف عن جذور هذا المبدأ، وبيان سياق تطوره، واستخداماته المختلفة، ووضعها الحالي، وأيضاً احتمالات التطور المستقبلي له.

ونأمل أن يكون هذا البحث قد أسهم في إبراز أن مبدأ التناسب قد أضى عنصراً أساسياً في مجال حماية الحقوق المدنية والسياسية. ويمكن القول إن هذا المبدأ قد نجح في أن يحجز لنفسه مكاناً مميزاً في مجال القانون الإداري. حيث يدعونا مبدأ التناسب لمقاربة الأشكال المختلفة للنشاط الإداري عندما يكون هذا النشاط محلاً للنزاع: مثال ذلك قيام السلطة الإدارية المحلية بحظر مظاهرة لحماية النظام العام، أو طعن شركة على منح الإدارة إعفاءً لشركة منافسة، أو حالة المحامي تحت التدريب الذي يعتبر نفسه ضحية للعمل الجبري لأنه النقابية المحلية تلزمه بأن يعمل لإنهاء فترة تدريبه أو حالة الموظف العام الذي يجب فصله أو عدم فصله في حالة ارتكاب مخالفات تأديبية. ففي جميع هذه السياقات، يواجه القاضي الإداري سؤالاً بشأن مدى ملاءمة وضرورة وتناسب (بالمعنى الضيق للكلمة) هذه القرارات الإدارية. وإذا كان القاضي الإداري في الدول المختلفة لا يستخدم دائماً مثل هذه المصطلحات، فلا شك أن أطراً أو أفكاراً

مشابهة تكون حاضرة غالباً في ذهن القاضي الإداري في مثل هذه السياقات التي تمارس فيها الإدارة نشاطها.

ومعنى ما تقدم أن رقابة التناسب يجب أن تكون ممنهجة وتحليلية *methodical and analytical*. وقد تقدم القول إن هذه الرقابة تمثل مقاربة منهجية للتسوية العقلاني للقيود المفروضة على أحد الحقوق أو الحريات المحمية دستورياً، وذلك من خلال تحديد الحقوق أو الحريات الخاضعة للتقييد، ومن ثم طرح عدد من الأسئلة التي تستهدف إجراء فحص كامل للحاجة لكل من الوسائل (الإجراءات الإدارية) والغايات. ومن ثم، فإن تطلب أن يستوفي الإجراءات الإداري كلاً من مكونات التناسب، يعني أن متخذ الإجراءات الخاضع للرقابة سيكون على يقين بأن الإجراءات المختارة والغايات المستهدفة سيتم فحصها على نحو صحيح.

وقد كشف هذا البحث أن مبدأ التناسب يمثل معياراً قانونياً مستخدماً حول العالم في سياق الرقابة القضائية، لا سيما بالنسبة لإجراءات السلطة العامة التي تنطوي على تقييد للحقوق الأساسية للأفراد. وانطلاقاً من جذوره الألمانية، بدأ مبدأ التناسب هجرة شاملة، سواء عبر الأنظمة القانونية أو المجالات القانونية المختلفة. وتوجد مقاربات أو صيغ عدة للتناسب⁽¹⁾. ومع ذلك، يلاحظ أن أغلب المحاكم والفقهاء ينظرون إلى التناسب باعتباره مفهوماً يتكون من عناصر ثلاثة فرعية: الملاءمة والضرورة

(1) On the existence of different conceptions of proportionality, see Bernhard Schlink "Proportionality (1)" in Michel Rosenfeld and Andnis Sajó (eds) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, Oxford, 2012) 721. See also Jacco Bomhoff "Genealogies of Balancing as Discourse" (2010) 4 LEHR 108.

والموازنة (أو التناسب بالمعنى الضيق). ويشكل كل عنصر من هذه العناصر متطلباً يجب أن يستوفيه أي قيد يتم إيرادُه على أحد الحقوق الدستورية. ومن ثم، فإن:

- المبدأ الفرعي للملاءمة *The sub-principle of suitability* يتطلب أن يشكل القيد المفروض على الحق الدستوري إسهاماً في تحقيق غاية مشروعته^(١).
- المبدأ الفرعي للضرورة يتطلب أن يكون القيد المفروض هو الأقل تقييداً للحق الدستوري من بين كل الوسائل المتاحة والمتساوية في درجة ملاءمتها لتحقيق الغاية المستهدفة.
- المبدأ الفرعي للموازنة (التناسب بالمعنى الضيق) يتطلب أن يحقق القيد المفروض الغاية المستهدفة بدرجة تسوغ درجة القيد المفروض على الحق الدستوري.

(١) ويلاحظ أن بعض الفقه والقضاء يعتبران المبدأ الفرعي للملاءمة- أي مشروعية الغاية والملاءمة الواقعية للقيد لتحقيق هذه الغاية- مبدئين فرعيين مختلفين. ومن ثم، يخلص هذا الجانب من الفقه والقضاء إلى أن التناسب مفهوم يتكون من أربعة مبادئ فرعية، وليس من ثلاثة فقط :

- see Alec Stone Sweet and Jud Mathews "Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism" (2008) 47 Colum J Transnatl L 72 at 75. See also Aharon Barak Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, op. cit., p. 3; and Aharon Barak "Proportionality (2)" in Michel Rosenfeld and Andris Sajó (eds) The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (Oxford University Press, Oxford, 2012) 738, at 743. Barak distinguishes between "proper purpose" and "rational connection".

النتائج

- ١ - أضحى مفهوم دولة القانون يقتضى ولادة مبدأ قانوني جديد هو مبدأ التناسب، أو بالأحرى ولادة جديدة لهذا المبدأ.
- ٢ - أضحى مبدأ التناسب يُطبق في الوقت الحاضر، في القانون المقارن، "باعتباره الأساس المستقل- وهو الأساس الأكثر أهمية واتساعاً- لفحص مشروعية القرارات الإدارية.
- ٣ - يتكون تحليل أو اختبار التناسب، في شكله الأكثر اكتمالاً وتطوراً، من عناصر أو متطلبات أو اختبارات فرعية تتمثل في: الملاءمة، والضرورة، والتناسب بالمعنى الضيق.
- ٤ - إن رقابة التناسب لا يتم إجراؤها بطريقة واحدة متناغمة في جميع الأنظمة القانونية. ومن ثم، يمكن أن يكون هناك تفاوت في عدد الخطوات المكونة لتحليل التناسب، وفي درجة شدة الرقابة المتبناة بالنسبة لكل عنصر أو مطلب، وفي ترتيب إجراء هذه الخطوات. كما قد يقع الاختلاف في الأسماء التي تُطلق على العناصر أو المتطلبات الفرعية المكونة لتحليل التناسب، مثل "الضرورة"، "والمعقولة"، "وتحليل المنافع والتكاليف"، "ورقابة العقلانية".
- ٥ - رقابة التناسب هي أداة طورها القاضي الإداري بهدف استخدامها في رقابة السلطة التقديرية المخولة للإدارة، وذلك للحد من غلواء هذه السلطة، وضبطها بالقدر الممكن، من أجل الموازنة والتوفيق بين القيم والمبادئ والمصالح المتعارضة التي يحميها القانون.

٦- بالنظر إلى الطريقة المنهجية المنظمة في التفكير والتحليل التي يكفلها التناسب، فإنه لا يجوز ربطه بأي من النظريات الاجتماعية اليمينية أو اليسارية. ومن ثم، ليس من الصواب النظر إلى التناسب باعتباره مع أو ضد أي من المبادئ أو النظريات الليبرالية أو المجتمعية. فالتناسب هو، بالأحرى، مجرد "أداة" أو بناء قانوني محايد. ومعنى ذلك أنه يشكل، في الحقيقة، منهجية قانونية تخدم مفهوم الديمقراطية الدستورية بأفضل صورة ممكنة.

٧- يفيد استخدام القضاة لاختبارات منهجية ذات موضوعية بادية في حمايتهم في مواجهة الاتهامات بالتسييس، والتي تُثار في الغالب عندما تكون القضايا المطروحة على القضاء ذات أبعاد سياسية، كما هو الحال بالنسبة للقضايا المتعلقة بحقوق الإنسان. ومن ثم، عندما يُطبق القضاء صيغة معينة لرفض طلب مقدم إليهم، فإنهم يحمون أنفسهم من الاتهامات بالضعف، أو الخضوع للضغط السياسية، أو الانحياز الحزبي لموقف المدعي عليهم.

٨- كلما كانت الإجراءات السابقة على اتخاذ القرارات- سواء من جانب السلطة التشريعية أم التنفيذية- أكثر عمقاً وشفافية، كلما أبدى القضاء تشككاً أقل واحتراماً أكثر لهذه القرارات المطعون عليها في مرحلة الرقابة القضائية. وعلى النقيض من ذلك، كلما كانت هذه الإجراءات أقل عمقاً وشفافية، فإن ذلك يسوغ درجة أعلى من الرقابة القضائية على ملاءمة غرض التشريع وعلى الوسائل المختارة لتحقيق هذا الغرض.

٩- تُمنح الإدارة، في معظم الأنظمة القانونية، درجة ما من "الحق في الخطأ" the right to make a mistake في التقدير بشأن التطورات المستقبلية ومدى

فعالية الإجراءات المختارة من جانبها. ومن ثم، فإن مدى السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة تؤدي دوراً مهماً في تحديد مدى الرقابة التي يباشرها القاضي على الإجراء المطعون عليه.

١٠- كلما كانت السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة واسعة، تقلص مدى الرقابة القضائية لتصبح مجرد رقابة هامشية، وبالعكس كلما كان هامش السلطة التقديرية الممنوح للإدارة محدوداً، اتسع مدى الرقابة القضائية حتى يصل إلى رقابة مشددة على الجوانب الموضوعية للإجراء المطعون عليه.

١١- ليس ضرورياً أن يكون الإجراء تقديرياً بالكامل أو مقيداً بالكامل، فهناك حالات يختلط فيها التقدير بالتقييد، دون أن ينفي أحدهما الآخر، كما في حالة الجزاءات التأديبية، فالرئيس مقيد بنوع الجزاءات المذكورة، ولكنه حر في اختيار واحد منها، إذا ما قرر إيقاع الجزاء.

١٢- إن تقدير الجزاء التأديبي متروك إلى حد بعيد لتقدير من يملك توقيع العقاب التأديبي غير أن السلطة التقديرية تجد حدها في قيد عدم جواز إساءة استعمال السلطة وعند ظهور عدم التناسب بين المخالفة التأديبية وبين الجزاء الموقع عنها والغلو في تقدير الجزاء يصم الإجراء التأديبي بعدم المشروعية ويجعله واجب الإلغاء.

١٣- إن مبدأ المعقولية الإنجليزي لا يكفل ذات الدرجة من الحماية التي يكفلها مبدأ التناسب للحقوق والحريات الدستورية.

١٤- ينبغي ملاحظة أن المبدأ المناظر للتناسب في الدول التي تأخذ بتقاليد القانون العام الإنجليزي وهو مبدأ المعقولية لا يتمتع، بالتأكيد، بمجال واسع للتطبيق، وذلك

خلاقاً لمبدأ التناسب. ففي إنجلترا، لا يترك مبدأ سيادة البرلمان مجالاً لتطبيق مبدأ أو معيار المعقولية على التشريعات الصادرة عن البرلمان. كما أن تطبيق مبدأ المعقولية على التشريعات الثانوية (اللوائح) مازال أمراً محل شك.

١٥- رغم أننا ننحاز، بصفة عامة، إلى الحجج المؤيدة لتطبيق تحليل التناسب في سياق الرقابة على الإجراءات المقيدة للحقوق والحريات الأساسية، والتي من أبرزها أن هذا التحليل يكفل اتخاذ قرارات قضائية موضوعية، فإننا لا نصل إلى القول إن التناسب يضمن موضوعية كاملة، وذلك لأن كل خطوة من خطوات تحليل التناسب تتطلب عنصرًا من التقدير القضائي الذي لا يمكن ممارسته دون قدر ما من الذاتية القضائية.

١٦- في تقديرنا أن التناسب، ليس فقط مفهومًا يتعلق بمسائل الواقع، ولكنه أيضًا مبدأ قانوني يمكن فهمه من خلال بعده التشريعي على نحو ما تعكسه النصوص الدستورية التي تكرر هذا المبدأ.

١٧- إن تحليل التكاليف والمنافع أو المنافع والمضار يعد معادلاً لرقابة التناسب بالمعنى الضيق، أو هكذا يُطلق على "التناسب بالمعنى الضيق" في قضاء مجلس الدولة الفرنسي. ولكن عندما يُستخدم تحليل التكاليف والمنافع في مرحلة رقابة مبدأ الحيطة يبدو الأمر مختلفًا. ذلك، أن رقابة مبدأ الحيطة ورقابة المنفعة العامة لقرار التخطيط هما أمران مرتبطان، ولكنها متميزان. وتفسير ذلك أن هدف كلاً من نوعي الرقابة يبدو مختلفًا.

١٨- إن القاضي الإداري عندما يتحقق من مدى ضرورة الإجراءات المقيدة للحقوق والحريات، فإنه يتعرض للملاءمة حتمًا، وذلك دون أن يتجاوز حدود اختصاصه

في الرقابة على المشروعية، لأن الملاءمة في هذه الحالة تصبح شرطاً للمشروعية.

١٩- رقابة المحكمة الدستورية العليا للمشرع في تقديره للتناسب هي رقابة مشروعية دستورية، وليست محض تدخل في سلطته التقديرية، وذلك باعتبار أن مقاصد الدستور وغاياته وإن تجلت في ثنايا الدستور كمبادئ عامة، إلا أن المحكمة الدستورية بحكم رسالتها تضي عليها مضمونا قاعدياً يأخذ وضعه الأسمى في هرم القواعد القانونية المتدرج، فيتقيد المشرع العادي به فيما يضعه من قواعد.

٢٠- إن هجرة المبادئ والصيغ القانونية بين الأنظمة القانونية المختلفة قد يتم دون إعلان صريح من جانب المحاكم أنها استعارت أفكاراً أو مفاهيم من أنظمة قانونية أجنبية. ذلك، أنه عندما تتم الإشارة إلى مصادر أجنبية لدعم تطبيق مبدأ أو صيغة قانونية جديدة، فإن هذه الإشارة إلى المصادر الأجنبية أو الاقتباس منها قد تتم مع إدخال بعض التغييرات على المبدأ أو الصيغة في صورتها الأجنبية دون أن يعترف القضاء الوطني بهذا التغيير صراحة.

التوصيات

١- يجدر بالقضاة، لا سيما عندما تكون المسائل المطروحة عليهم ذات أبعاد سياسية، أن يستخدموا صيغاً فنية لتطبيق المبادئ أو المفاهيم الفقهية الحاكمة لهذه المسائل. وكلما كانت هذه الصيغ أكثر تعقيداً وتفصيلاً، كلما زاد أثرها في إبعاد التقدير الشخصي للقضاة. ذلك، أنه كلما كانت الصيغ المستخدمة أكثر تعقيداً وأكثر تفصيلاً كلما تطلب ذلك من القضاة المرور بمراحل متعددة من التحليل والرقابة. ومن مزايا ذلك إظهار القضاة بأنهم يستخدمون إجراءات مهنية معقدة لا علاقة لها بالسياسة. ومن نتائج ذلك كله المحافظة على المشروعية الاجتماعية للقضاء، أي المحافظة على تقبل المجتمع لأحكام القضاء وعدم اتهام القضاة بالخضوع للتسييس.

٢- إن أي نشاط حكومي يجب أن يكون متناسباً. ومن ثم، فإن أي قرار إداري ينتهك القيم ويتجاوز ما هو ضروري لتحقيق الهدف منه لا ينبغي أن يكون جديراً بالحماية. وهذه المبادئ التي تنطبق على جميع القرارات الإدارية تنطبق أيضاً على التشريع الثانوي.

٣- يجب على السلطتين التشريعية والتنفيذية أخذ متطلبات التناسب في الاعتبار لدى مباشرة سلطاتهما، أي سلطة التشريع بالنسبة للمشرع، وسلطة إصدار القرارات اللانحوية والفردية بالنسبة للسلطة التنفيذية.

٤- يجب على المشرع أن يحدد، حال تدخله لتنظيم الحقوق والحريات، نقطة توازن مناسبة ومعقولة ومبررة اجتماعياً (أي مقبولة دستورياً) بين الحقوق والحريات

الخاضعة للتنظيم من ناحية، وبين الأهداف والمصالح العامة التي يسعى إلى تحقيقها من ناحية أخرى.

٥- يجب على السلطات التأديبية أن تستخدم سلطاتها التأديبية استخدامًا معقولاً، ذلك أنه إذا قدر القاضي الإداري أن التفاوت بين المخالفة التأديبية والجزاء التأديبي صارخ، فإنه يقضى بإلغاء القرار الصادر بتوقيع الجزاء التأديبي.

٦- مادام أن السلطات الإدارية مخولة سلطة التصرف وفقاً لسلطتها التقديرية، فإن المحاكم منوط بها فحص ما إذا كان قرار الإدارة أو رفضها أو امتناعها عن التصرف غير مشروع بسبب تجاوز الحدود القانونية للسلطة التقديرية المخولة لها أو عدم مباشرة هذه السلطة التقديرية لتحقيق الغرض المبرر لمنحها.

٧- إذا كان القاضي الإداري يميل تدريجياً إلى تشديد رقابته على السلطات التقديرية المخولة للإدارة، فيجدر به ألا يبالغ في هذا الاتجاه، لا سيما فيما يتعلق بالقرارات التي تنطوي على مسائل ذات طبيعة فنية معقدة *highly technical issues* مثل قرارات التخطيط.

٨- يجب على القاضي الإداري أن يستخدم درجات متفاوتة من شدة الرقابة القضائية على النشاط الإداري المستند إلى سلطة تقديرية تبعاً لسياق القضية والموضوع الصادر بشأنه القرار الإداري. فكلما كان القرار الإداري ماساً بأحد حقوق الإنسان الأساسية، وجب عليه إخضاع الإجراء المقيد لأقصى درجات الشدة من الرقابة، وكلما كان القرار ماساً بأحد المصالح الأقل أهمية كان له أن يستخدم درجات أخف من الرقابة القضائية.

٩- أضحت الحاجة ماسة لكي يقوم القاضي الإداري المصري بتطوير نظرية متكاملة لمبدأ التناسب، بحيث يطبق المبدأ وفق خطوات أو مراحل متتابعة ممنهجة، وليس باعتباره مفهوماً بسيطاً يمكن تطبيقه بخطوة واحدة بالنظر إلى عنصر واحد هو الملاءمة، وذلك لأن مفهوم التناسب في شكله الحديث يتسع ليشمل عناصر متعددة، وليس فقط مجرد عنصر الملاءمة.

١٠- يجب على السلطات الإدارية أن تأخذ في اعتبارها الآثار الجانبية أو العارضة لنشاطها، لاسيما الآثار التي تلحق بالغير في سياق الموازنة التي تجريها بين المصالح الفردية والمصالح الاجتماعية، وذلك لتحديد ما إذا كان ثمة تناسب بين الضرر الذي يلحق بالفرد والنفع العائد على المصلحة العامة.

١١- يجب على القاضي الإداري أن يأخذ في اعتباره مدى أهمية المصلحة أو المنفعة العامة في سياق تحديده لمستوى انتهاك الحقوق، من جانب السلطة العامة، الذي يكون مستعداً لقبوله أو للتسامح فيه. وهنا تتعلق الموازنة، ليس فقط بضرورة القرار، ولكن أيضاً بالتناسب بالمعنى الضيق له، أي بالموازنة بين المنافع التي يحققها القرار في مواجهة الأضرار أو الآثار السلبية التي يمكن أن تترتب عليه.

١٢- يجب السماح لذي الشأن بالمطالبة بتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء القرار الإداري غير المتناسب، إذا كانت الإدارة تعلم أو كان بمقدورها أن تعلم أن القرار ينطوي على انتهاك لمبدأ التناسب.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

أ- المراجع العامة:

- ١- ابن منظور: قاموس لسان العرب، دار المعارف بمصر.
- ٢- قاموس المنجد في اللغة دار المشرق، بيروت ط ١٩٨١/٢٥. والإعلام:
- ٣- قاموس المعجم الوجيز، مجمع طبعة وزارة التعليم بمصر، ١٩٩٩. اللغة العربية:
- ٤- د. أحمد جمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٦٠.
- ٥- _____: دراسات في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩١.
- ٦- د. أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤.
- ٧- د. أعاد على حمود القيسي: الوسيط في القانون الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة السابعة، أكاديمية شرطة دبي، ٢٠٠٢.

- ٨- د. زهير الحسنى: مصادر القانون الدولي العام، منشورات جامعة قار يونس، ١٩٩٣.
- ٩- د. سامي جمال الدين: الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ١٠- د. عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- ١١- د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه- جان دبوي، للقانون والتنمية، ٢٠٠٣.
- ١٢- د. فوزت فرحات: القانون الإداري العام: الكتاب الأول، التنظيم الإداري والنشاط الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠٠٤.
- ١٣- د. محمد كامل ليله: مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.
- ١٤- د. مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول: قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٩.
- ١٥- د. يحيى الجميل: القضاء الدستوري في مصر، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ط١، ١٩٩٢.

ب- المراجع الخاصة:

- ١- د. أحمد فتحي سرور: المواجهة القانونية للإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٢- د. ثروت عبد العال: حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٣- جمعة محارب: التأديب الإداري في الوظيفة العامة: دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والإنجليزي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٤.
- ٤- د. جورجى شفيق ساري: رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- ٥- د. حازم بيومى: مدى مشروعية تصرفات الإدارة في ظل نظرية الغلط البين في تكييف الوقائع في ضوء الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
- ٦- د. رمضان بطيخ: الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

- ٧- د. زكي محمد النجار: فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ٨- د. سامي جمال الدين: لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢.
- ٩- _____: قضاء الملازمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- ١٠- د. شريف الوكيل: التخطيط العمراني مبادئ- أسس- تطبيقات، الجزء الأول، القاهرة، بدون دار نشر، ٢٠٠٦.
- ١١- د. صلاح عبد البديع: الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملازمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ١٢- د. عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت، ٢٠٠٠.
- ١٣- د. عبد الحفيظ الشيمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

- ١٤ - د. عبير حسين السيد دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، القاهرة، دار النهضة، حسين: ٢٠٠٩.
- ١٥ - د. محمد باهي أبو يونس: الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- ١٦ - د. محمد محمد بدران: مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- ١٧ - د. محمد محمد عبداللطيف: نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- ١٨ - _____ : الضمانات الدستورية في المجال الضريبي "دراسة مقارنة بين مصر والكويت وفرنسا"، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٩.
- ١٩ - د. محمد مصطفى حسن: السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، القاهرة، ١٩٧٤.
- ٢٠ - د. مصطفى عبد المقصود الاتجاهات الحديثة في الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سليم: بدون تاريخ نشر.

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

٢٢- د. محمد حسنين عبد العال: فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، ١٩٧١.

٢٣- محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، "دراسة تطبيقية على مصر"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٦.

ج- رسائل الماجستير والدكتوراه:

١- د. أحمد المـوافي: فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية - نظرية الموازنة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية، ١٩٩٢.

٢- أمزيان جعفر: مبدأ التناسب والأضرار الجوارية في النزاعات المسلحة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، كلية الحقوق، رسالة ماجستير، ٢٠١١.

- ٣- حنان حـال: رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري: دراسة مقارنة بين لبنان وفرنسا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٠٥.
- ٤- علي صاحب جاسم الشريفي: القيود على الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في العراق والرقابة القضائية عليها، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠١١.
- ٥- د. قوسم حاج غوثي: مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١١-٢٠١٢.
- ٦- د. قوسم حاج غوثي: مبدأ الوسائل القانونية المناسبة والمبادئ العامة للقانون، (دراسة مقارنة)، ماجستير، الجزائر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٧- د. محمد سيد أحمد محمد: التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية مع التطبيق على ضباط الشرطة، رسالة دكتوراه، دراسة مقارنة، كلية الحقوق- جامعة أسيوط، ٢٠٠٢.

- ٨- د. محمد عبد الحليم شوقي: الدور السياسي للقاضي الإداري في مصر، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة أسيوط، ١٩٨٨.
- ٩- د. محمد فريد سليمان: الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة المنصورة، ١٩٨٩.
- ١٠- د. ميرغنى خيرى: التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، ١٩٧٢.
- ١١- د. مـيزاب ريمه: التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية، رسالة ماجستير، جامعة محمد خضر، الجزائر، ٢٠١٢-٢٠١٣.
- ١٢- د. وليد محمد الشناوى: الدور التنظيمي للإدارة في المجال الاقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، ٢٠٠٨.
- ١٣- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ١٩٧١.

د- المقالات:

١- أحمد أجعون: تطورات رقابة المجلس الأعلى على شرط المنفعة العامة في موضوع نزع الملكية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، دراسات، عدد مزدوج، ٣٨-٣٩، ٢٠٠١.

٢- أحمد سيف الإسلام: عدم دستورية التنظيم التشريعي لجريمتي السب والقذف، ورقة بحثية متاحة على الموقع التالي:

ps://ahmedseif.wordpress.com/2012

٣- أحمد عبيس نعمة الفتلاوي: مشروعية استعمال بعض أنواع الأسلحة التقليدية في ضوء مبادئ القانون الدولي الإنساني، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، ٢٠٠٩.

٤- جواد بوششكار: نظرية الموازنة بين تطلعات التحديث وصعوبة تحديد التعويض عن نزع الملكية، بحث متاح على الموقع التالي:

<http://www.marocdroit.com>

٥- د. أحمد فتحي سرور: حكم القانون في مواجهة الإرهاب ١-٢، جريدة الأهرام اليومية، العدد ٤٤١٦٦، السنة ١٣٢، ٨ نوفمبر ٢٠٠٧.

٦- د. خليفة سالم الجهمى: ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (رقابة التناسب)، مقال متاح على الموقع التالي:

<https://khalifasalem.wordpress.com>

[/page/2](#)

٧- د. عادل الطبطبائي: الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السادسة، ١٩٨٢.

٨- د. عبد الرزاق السنهوري: مخالفة التشريع للدستور والانحراف باستعمال السلطة التشريعية، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة، ١٩٥٢.

٩- د. علي هادي حميدي الشكراوي، د. إسماعيل صعصاع غيدان البديري: التنظيم القانوني لأنظمة الاستثناء (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السادسة، متاح على الموقع التالي:

<http://repository.uobabylon.edu.iq/j>

[ournalview.aspx?dpp=1976](#)

- ١٠ - د. عمار وحيد مرشحة و محمد سعيد الغندور: ملامح تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، (فرنسا- مصر-المغرب- ليبيا- الأردن)، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، ٢٠١١، المجلد-١١، العدد-٢.
- ١١ - د. مصلح الصرايرة: مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الأول، ٢٠٠٩.
- ١٢ - د. وليد محمد الشناوي: دور مبدأ التناسب في مجال إجراءات مواجهة الإرهاب: "دراسة مقارنة"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (٥٧)، أبريل، ٢٠١٥.
- ١٣ - _____: الموازنة بين حقوق المستثمر والأنشطة التنظيمية للدولة لتحقيق المصلحة العامة في ضوء مفاهيم القانون العام: "مفهوم التناسب"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (٥١)، أبريل ٢٠١٢.

١٤ - _____ : الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، دراسة مقارنة، المجلة القانونية الاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد (٢٩)، ٢٠١١.

١٥ - د. يحيى الجمـل: رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٤١، العدد ٣، ٤، ص ٤٤٣.

١٦ - د. يسرى محمد العصار: رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مجلة الدستورية، العدد ١٨، متاح على الموقع التالي:

<http://hccourt.gov.eg/Pages/elmglaacourt/mkal/18/yosryalassar.htm>

١٧ - لعلام محمد مهدي: دور القاضي الإداري في رقابة مدى تناسب الجزاء التأديبي، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية (العدد الرابع، مارس ٢٠١١).

١٨ - مهنـد نـوح: السلطة التقديرية، الموسوعة القانونية المتخصصة، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.arabency.com/details.law.php?full=1&nid=163739>

ثانياً: المراجع الأجنبية:

أ- المراجع الإنجليزية :

A- Books:

- 1- A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (Macmillan 1885).
- 2- Adler, M. and Posner E., *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic and Philosophical Perspectives* (University of Chicago Press, 2000).
- 3- Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge University. Press, 2012).
- 4- Aileen Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act* (Cambridge University Press, 2009).
- 5- Alan Ryan, *The British, The Americans, and Rights*, in Lacey, M.J., Haakonsen, K., *A Culture of Rights', the Bill of Rights in Philosophy, Politics, and Law - 1791 and 1991*, 1991, 39.
- 6- Alison Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act* (Portland, OR: Hart Publishing, 2009).
- 7- Andrea Morrone, "Constitutional Adjudication and the Principle of Reasonableness" in Giorgio Bongiovanni,

-
- Giovanni Sartor and Chiara Valentini (eds) Reasonableness and Law (Springer, Dordrecht, 2009).
- 8- Benedek, Wolfgang and Yotopoulos – Marangopoulos, Alice (eds.), Anti-terrorist measures and human rights, (Leiden;Boston: 2004).
- 9- Cesare Beccaria, Crimes and Punishments (James Anson Farrer (translator)) (2nd ed, Chatto & Windus, London, 1880).
- 10- Cristian Ionescu, Fundamental Principles of constitutional democracy, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1997.
- 11- Dana Apostol Tofan, The discretionary power and the excess of power of the public authorities, All Beck Publishing House, Bucharest 1999.
- 12- David Foulkes, Administrative Law, Butterworths, London, 7th ed., 1990.
- 13- David M Beatty, The Ultimate Rule of Law (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2004).
- 14- De Smith, S.A., Judicial Review of Administrative Action, (5th edn) Sweet & Maxwell, 1995.

-
- 15- E Thomas Sullivan & Richard S Frase, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions* (New York: Oxford University Press, 2009).
- 16- Evelyn Ellis (ed), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Hart 1999).
- 17- F. Schauer, "Balancing Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text," in M. Klatt (ed.), *Rights, Law, and Morality Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy* (Oxford University Press, 2011).
- 18- Gianluigi Palombella and Neil Walker, (eds), *Relocating the Rule of Law* (Hart Publishing, Oxford, 2009).
- 19- Grégoire C. N. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2009).
- 20- Immanuel Kant, "Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose" in Hans Reiss (ed) *Kant: Political Writings* (HB Nisbet (translator)) (Cambridge University Press, Cambridge, 1991), p. 47.
- 21- Immanuel Kant, "On the Common Saying: 'This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice'" in Hans

-
- Reiss (ed) Kant: Political Writings (HB Nisbet (translator))
(Cambridge University Press, Cambridge, 1991),
- 22- Ioan Muraru, Constitution and constitutionalism, in :
Constitutional studies, Actami Publishing House,
Bucharest, 1995.
- 23- Jain MP, Jain SN, Principles of Indian Administrative Law,
347 ff (3d ed, 1979).
- 24- Jeremy McBride, "Proportionality and the European
Convention on Human Rights" in Evelin Ellis, (ed) The
Principle of Proportionality in the Laws of Europe, (Hart
Publishing, Oxford, 1999) 23.
- 25- Joel Bakan, Just Words: Constitutional Rights and Social
Wrongs (Toronto: University of Toronto Press), 1997.
- 26- John Adler, General Principles of Constitutional and
Administrative law, (4th ed., 2002).
- 27- John Locke, Two Treatises of Government: Book II,
(Cambridge University Press, Cambridge, 1988).
- 28- Jukka Snell, Goods and services in EC law: a study of the
relationship between the freedoms, (Oxford: Oxford
University Press), 2002.

- 29- Jürgen Habermas, "Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law" in Michel Rosenfeld & Andrew Arato, eds, Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges (Berkeley: University of California Press, 1998).
- 30- Jürgen Habermas, Between Facts and Norms (William Rehg (translator)) (MIT Press, Cambridge (Mass), 1996).
- 31- Kentridge, S., "The Incorporation of the European Convention on Human Rights" in the University of Cambridge Centre for Public Law, Constitutional Reform in the United Kingdom, 1998.
- 32- Matthias Klatt and Moritz Meister, The Constitutional Structure of Proportionality (Oxford University Press, Oxford, 2012).
- 33- Mattias Kumm, "What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements" in George Pavlakos (ed) Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy (Hart Publishing, Oxford, 2007).

- 34- Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, (Oxford: Clarendon Press), 1989.
- 35- Michel Rosenfeld and András Sajó, (eds) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, Oxford, 2012) 721.
- 36- Murray Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, 1997.
- 37- Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law, A Comparative Study* (Kluwer Law International, Cambridge (Mass), 1996.
- 38- Ortino Federico, *Basic legal instruments for the liberalisation of trade: a comparative analysis of EC and WTO law* (Oxford: Hart), 2004.
- 39- Paul Craig, "Unreasonableness and Proportionality in UK Law" in Evelin Ellis (ed) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Hart Publishing, Oxford, 1999).
- 40- Paul Craig, *Administrative Law*(4th ed, Sweet & Maxwell, 1999).

-
- 41- Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law*, 3rd edn (Oxford, 1996).
- 42- Petru Miculescu, *The Lawful State*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1998.
- 43- R M Dworkin, "Rights as Trumps" in Jeremy Waldron, ed, *Theories of Rights* (Oxford ; New York: Oxford University Press, 1984).
- 44- R M Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977).
- 45- Ran Hirschl, "On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law" in Sujit Choudhry (ed) *The Migration of Constitutional Ideas*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2007), p. 43.
- 46- Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002).
- 47- S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* 354-56 (4th ed, 1980).
- 48- Schwartz, B. in Schwartz, B. and Wade, H.W.R., *The Legal Control of Government*, 1972.

-
- 49- Simina-Elena Tănăsescu, *The Principle of Equality in Romanian Law*; All Beck Publishing House, Bucharest 1999.
- 50- Sir Rupert Cross, *Statutory Interpretations*, 3rd edition, 1995, pp. 165-6. Available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990708/obrien02.htm>
- 51- Sofia Ranchordás and Boudewijn de Waard, (ed.), *The judge and the proportionate use of discretion: a comparative study*/ Abingdon, Oxon: Routledge, (Routledge research in EU law), 2016.
- 52- Sujit Choudhry, "Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law", in Sujit Choudhry, (ed) *The Migration of Constitutional Ideas*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2007)
- 53- Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, (Oxford University Press, Oxford, 2006).
- 54- Vicki Jackson, "Comparative Constitutional Law: Methodologies", in Michel Rosenfeld and Andrés Sajó (eds) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, Oxford, 2012), p. 70.

- 55- Vlad Perju, "Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations" in Michel Rosenfeld and András Sajó, (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Oxford University Press, Oxford, 2012), p. 1321.
- 56- Wade, HWR, *Administrative Law*, 5th edn, (Clarendon Press Oxford, London), 1982.
- 57- Walter Gellhorn, Clark Byse, and Peter L. Straus, *Administrative Law*, 7th ed. (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1979).
- 58- Yukata Arai - Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Intersentia, Antwerpen, 2001).
- 59- Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Intersentia 2002).
- 60- Zweigert, K., Kotz, H., *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1992.

B- Articles:

- 1- Aharon Barak, "Proportionality and Principled Balancing" (2010) 4:1 Law & Ethics of Human Rights 1 at 14–15.
- 2- Ajoy P.B., Administrative Action and the Doctrine of Proportionality in India, Journal of Humanities and Social Science, Volume 1, Issue 6 (Sep-Oct. 2012).
- 3- Alec Stone Sweet and Jud Mathews, "Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism" (2008) 47 Colum J Transnatl L 72 at 75.
- 4- Amir Attaran, "A Wobbly Balance - A Comparison of Proportionality Testing in Canada, the United States, the European Union and the World Trade Organization" (2007) 56 UNBLJ 260 at 262.
- 5- Catherine Dauvergne, How the Charter Has Failed Non-Citizens in Canada: Reviewing Thirty Years of Supreme Court of Canada Jurisprudence, 2012 58 McGill LJ 663.
- 6- Cheryl Saunders, "The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law: The George P Smith Lecture in International Law", (2006), 13, Ind J Global Legal Studies 37.

-
- 7- Christopher Brecht & Adam M Dodek, "The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter" (2001) 14 Sup CL Rev, online: <<https://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/sclr/article/view/34773>> p. 187.
 - 8- Craig, P. in Bullinger, M., Starck, C, Verwaltungsermessen im modernen Staat, "Discretionary power in modern administration", Rechtsvergleichender Generalbericht (1986)79.
 - 9- David Rangaviz, Dangerous Deference: The Supreme Court of Canada in Canada v. Khadr, 2011, 46 Harv CR-CL L Rev 253
 - 10- Davis, K.C, Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 23 N°1, Janvier-mars 1971, p. 34.
 - 11- De Burca, G., "Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law" (1997) European Public Law 561.
 - 12- Dieter Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007) 57:2 UTLJ 383 at 384-85.

-
- 13- Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 2007, 57:2 UTLJ 383, p. 395.
 - 14- Donald P Kommers, 'German Constitutionalism: A Prolegemenon' (1991) 40 Emory LJ 837, 852-53.
 - 15- Epstein and Jack Knight, "Constitutional Borrowing and Non borrowing" (2003) 1 I-CON, International Journal of Constitutional Law (NYU Law School) 196.
 - 16- Garreth Wong, Towards the Nutcracker Principle, Reconsidering the Objections to Proportionality, Public Law, (2000), 92 [95].
 - 17- George Letsas, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", (2006), 26, Oxford Journal of Legal Studies, p. 711.
 - 18- Gregoire C N Webber, "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship" (2010) 23 Can J L & Jurisprudence 179 at 198.
 - 19- Grégoire Webber, "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship", (2010), 23, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 179 at 180 and 190-191.

-
- 20- Jacco Bomhoff, "Genealogies of Balancing as Discourse", (2010), *Law and Ethics of Human Rights*, (4), p.108.
- 21- Jamie Cameron, "The Original Conception of Section 1 and Its Demise: A Comment on *Irwin Toy Ltd. v. Attorney-General of Quebec*" (1989) 35 *McGill LJ* 253 at 265.
- 22- Jan H. Jans, *Proportionality revisited*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2000, 27:3.
- 23- Jeffrey Jowell QC, *Beyond the Rule of Law, Towards Constitutional Judicial Review*, (2000), *Public Law*, 671 [681].
- 24- Jonathan E Levitsky, "The Europeanization of the British Legal Style", (1994), 42, *American Journal of Comparative Law*, 347 at 376.
- 25- Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review" (2006) 65 *Cambridge LJ* 174 p. 179.
- 26- Justice Anand Byrareddy, *Proportionality vis-à-vis irrationality in administrative law* (2008) 7 *SCC J-29*, p.32.
- 27- Kent Roach, "Section 7 of the Charter and National Security: Rights Protection and Proportionality versus Deference and Status" (2010) 42 *Ottawa L Rev* 337 at 341.

-
- 28- Kim Lane Scheppele, "Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models" (2003) 1 ICON 296.
- 29- Lorraine E Weinrib, Canada's Charter of Rights: Paradigm Lost?, 2001, 6 Rev Const Stud 119, p. 173.
- 30- M. Cohn, 'Form, Formula and Constitutional Ethos: The Political Question/Justiciability Doctrine in Three Common Law Systems' (2011) 59 American Journal of Comparative Law 675.
- 31- Matthias Ruffert, "Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View", 34 Common Market Law Review, Issue 2, 1997.
- 32- Mattias Kumm, "Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice", (2004) International Journal of Constitutional Law 2, no. 3, p. 595.
- 33- Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, 'The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law' (2009) 46 San Diego L Rev 367, 387-90.

-
- 34- Noriho Urabe, Rule Of Law And Due Process: A Comparative View Of The United States And Japan, Law and Contemporary Problems, Vol. 53: No. I
- 35- Paul-Erik N Veel, Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making, 2010, 4:2 Law & Ethics of Human Rights, p. 178.
- 36- Philip Sales and Ben Hooper, Proportionality and the form of law, Law Quarterly Review, 2003, 119: 3.
- 37- Pierre Legrand, How to Compare, Legal Studies, 1996, 232 [237].
- 38- Pollard, P., "Judicial Review of Prerogative Power in the United Kingdom and France" in Peter Leyland and Terry Woods, Administrative Law Facing the Future, 1997, 300.
- 39- Richard Clayton, "Regarding a Sense of Proportion: The Human Rights Act and the Proportionality Principle," 5 Eur. Hum. Rts. L. Rev. 504 (2001).
- 40- Richard Moon, Freedom of Religion under the Charter of Rights: The Limits of State Neutrality, 2012, 45 UBC L Rev 497, p. 539.

-
- 41- Richard Moon, **Justified Limits on Free Expression: The Collapse of the General Approach to Limits on Charter Rights**, 2002, 40 Osgoode Hall LJ 337, p. 358.
- 42- Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison," 16(4) Ratio Juris 433, (2003).
- 43- Robert Alexy, **On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison**, 2003, 16:4 Ratio Juris 433, p. 436.
- 44- Sara Weinrib, "The Emergence of the Third Step of the Oakes Test in Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony" (2010) 68 UT Fac L Rev 77, p. 91.
- 45- Sir John Laws, "The Limitations of Human Rights" [1998] PL 254.
- 46- Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An Assault on Human Rights?" (2009) 7:3 Int'l J Const L 468 p. 492.
- 47- Stephen Gardbaum, "A Democratic Defense of Constitutional Balancing", *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 4, 2010, p.78.
- 48- Steven Greer, "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights", (2003), 23, *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 409.

-
- 49- T R S Allan, "Human Rights and Judicial Review: A Critique of Due Deference" (2006) 65 Cambridge LJ 671.
- 50- Terence G Ison, The Operational Realities of the Charter, 2012 25:1 Canadian Journal of Administrative Law & Practice 1, p. 15.
- 51- Thomas Alexander Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing" (1987) 96 Yale LJ 943.
- 52- Tor-Inge Harbo, "The Function of the Principle of Proportionality in EU Law", European Law Journal, (2010), 16.
- 53- Vicki C Jackson, "Being Proportional about Proportionality", (2004), 21 Const Commentary 857.
- 54- Virgílio Afonso da Silva, Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision, 2011, 31:2 Oxford J Legal Stud 273 p. 276.

ب- المراجع الفرنسية:

A- Livres

- 1- Alessandro Pizzourusso, Le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire; Annuaire International de Justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1986.

- 2- Dictionnaire Littré, Monte-Carlo, 1968, Tome 3.
- 3- Emmanuel Aubin, Droit de la fonction publique, 2E éd, Gualino éditeur, paris, 2004.
- 4- George Xynopoulos, Le Contrôle de Proportionnalité dans le Contentieux de la Constitutionnalité et de la Legalité en France, Allemagne et Angleterre (LGDJ, Paris, 1995).
- 5- Hartmut Maurer, Droit administratif Allemand, trad. par M. Fromont, Paris, LGDJ, 1995.
- 6- Xavier Philippe, Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises, (Économica, Aix-en-Provence, 1990).

B- Articles

- 1- A. Bouveresse, Du bon usage du principe de précaution, RTDE, 2013, p. 880.
- 2- A.-C. Bezzina, « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC ! », RFDA, 2014, p. 735.
- 3- Anna N Georgiadou, "Le Principe de la Proportionnalité dans le Cadre de la Jurisprudence de la Court de Justice de la Communauté Européenne" (1995) 4 ARSP, p. 532.

- 4- Bertrand Seiller, 'Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique', Revue Française de Droit Administratif, (2003).
- 5- D. Labetoulle, « Principe de légalité et principe de sécurité », in Mélanges en l'honneur de G. Braibant, L'État de droit, Paris, Dalloz-Sirey, 1996, p. 411.
- 6- Evangelia Georgitsi, La proportionnalité comme instrument de "conciliation" des normes antagonistes. Regard critique sur l'identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé, 2011, Revue internationale de droit comparé volume 63 issue 3.
- 7- F. Bottini, « La sécurité juridique et la modulation dans le temps des annulations contentieuses », RD publ. 2009. 1517.
- 8- G. Chetard, La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, janvier-mars 2013, no 1, p. 51-71.
- 9- Jacques Ziller, « Le principe de proportionnalité », AJDA, 20 juin 1996, p. 185.

-
- 10- Jean Marc Favret, "La Primauté du Principe Communautaire de Proportionnalité sur la Loi Nationale", (1997), 2 RFDA p. 389.
 - 11- Luc B. Tremblay, Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle, 2012, McGill Law Journal volume 57 issue 3.
 - 12- Marie-France Delhoste, La théorie du bilan et la protection de l'environnement, 2006, AJDA, p. 990.
 - 13- Michel Guibal, De la proportionnalité , AJDA., 1978, p. 477-479.
 - 14- Michel Guibal, De la proportionnalité , AJDA., 1978, p.486.
 - 15- Nathalie Belley, L'émergence d'un principe de proportionnalité, Les Cahiers de droit, 1997, volume 38 issue 2.
 - 16- Patrick Janin, La jurisprudence du bilan est-elle toujours utile ? Droit de l'environnement, n° 195, Novembre 2011.
 - 17- Patrick Wachsmann, « Un bilan du bilan en matière d'expropriation : la jurisprudence Ville Nouvelle Est, trente

ans après », in Liber Amicorum Jean Waline. Gouverner, administrer, juger, Paris, 2002, p. 734.

- 18- Rhita Boustia, La “spécificité” du contrôle constitutionnel français de proportionnalité, 2007, Revue internationale de droit comparé volume 59 issue 4.
- 19- Thibault Caffoz, Le contrôle de l’erreur manifeste d’appréciation dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, voir à <http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLA/A-caffoz T2.pdf>
- 20- Valérie Goesel-le-Bihan, "Réflexion Iconoclaste sur le Contrôle de Proportionnalité Exercé par le Conseil. Constitutionnel" (1997) 30 RFDC 227.