Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 15- Issue 2 part2- December 2025 المجلد ١٥- العدد ٢ ج٢ – كانون الأول ٢٠٢٥

Features of the Iraqi administrative judicial policy through the judiciary's control of the appropriateness of the elements of the administrative decision.

[1] Dr. Qidar Abdulqader Saleh 2 Assistant professor Khalil Ali Khalil
[1] University of Mosul- College of Law

Abstract:

If the origin of administrative judicial oversight is that it is a control of legitimacy, this does not prevent it from being a control of legitimacy and appropriateness together, whether appropriateness is a condition for legitimacy or an independent control. The administrative judge has expanded the scope of his judicial oversight to the point of intervening in assessing the appropriateness of issuing the decision, aiming through this intervention to guarantee the freedoms of individuals. The administrative decision has internal elements represented by the elements of jurisdiction, form and procedures, and external elements represented by the elements of reason and subject matter, and the third is the element of purpose. The administrative judicial policy in general with regard to the control of appropriateness is evident and appears in the external elements of the decision. However, its features, even if they are not prominent in the internal elements of the decision, their importance is hardly less than in the external elements. Rather, it is of great importance in countries that are new to administrative judiciary, such as Iraq, especially if the legislation regulating administrative judiciary precedes the existence of the judiciary itself or the main texts regulating administrative disputes do not cover all administrative disputes. This importance increases when these legislative texts regulating the nature of these disputes do not conform to them or no longer keep pace with them due to the changes that have occurred in Administrative life.

1: Email: qaydar@uomosul.edu.iq
2: Email: khlilalali81f80@gmail.com

DOI https://doi.org/10.37651/aujlps.2025.156476.1438

Submitted: 2/1/2025
Accepted: 13/1/2025
Published: 1/12/2025

Keywords:
Judicial policy
supervisory judiciary
elements of administrative decision.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

ملامح السياسة القضائية الإدارية العراقية من خلال قضاء رقابة الملائمة على عناصر القرار الإداري

[١] د. قيدار عبدالقادر صالح [٢] م.م. خليل علي خليل
[١] كلية الحقوق- جامعة الموصل

الملخص:

إذا كان الأصل في الرقابة القضائية الإدارية أنها رقابة مشروعية فإن ذلك لا يمنع من أنها رقابة مشروعية وملائمة معاً، سوآء كانت الملائمة شرط للمشروعية أم رقابة قائمة بذاتها، ولقد وسع القاضي الإداري من نطاق رقابته القضائية إلى حد التدخل في تقدير ملائمة اصدار القرار، مستهدفاً من ذلك التدخل إلى ضمان حريات الأفراد، وإن للقرار الإداري عناصر داخلية تتمثل بعنصري الاختصاص والشكل والإجراءات، وعناصر خارجية تتمثل بعناصر السبب والمحل وثالثها عنصر الغاية، وإن السياسة القضائية الإدارية عموماً في ما يخص رقابة الملائمة تبرز وتظهر في العناصر الخارجية للقرار، إلا أن ملامحها وإن لم تكن بارزة في عناصر القرار الداخلية فإن أهميتها لا تكاد تقل مما عليه في العناصر الخارجية، بل ولها من الأهمية بمكان في الدول حديثة العهد بالقضاء الإداري كالعراق، وخصوصاً إذا كان التشريع المنظم للقضاء الإداري أسبق من وجود القضاء ذاته أو أن النصوص الرئيسية المنظمة للمنازعات الإدارية لا تغطي جميع المنازعات الإدارية وتعظم تلك الأهمية عندما لا تتوافق تلك النصوص التشريعية المنظمة مع طبيعة تلك المنازعات أو لم تعد تواكبها بسبب التغيرات التي طرأت على الحياة الإدارية.

الكلمات المفتاحية:

السياسة القضائية ، قضاء رقابة ، عناصر القرار الإداري.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع الدراسة:

لقد عمل القاضي الإداري في الدول ذات القضاء المزدوج على تعدي الحدود الطبيعية لرقابته على قرارات الجهات مصدرة القرار، فوسع من نطاق رقابته القضائية إلى حد التدخل في تقدير ملائمة اصدار القرار، مستهدفاً من ذلك التدخل إلى ضمان حريات الأفراد التي قد تمس من قبل تلك الجهات، وإن كان هذا الأمر يبدو غريباً لأول نظرة وذلك لأن تقدير الملائمة هو في الأصل من جوهر الاختصاص التقديري للجهة مصدرة القرار، وإن للقرار الإداري

عناصر داخلية تتمثل بعنصري الاختصاص والشكل والإجراءات، وعناصر خارجية تتمثل بالسبب وبالمحل وثالثها عنصر الغاية، وإن السياسة القضائية الإدارية عموماً في ما يخص رقابة الملائمة تبرز وتظهر في العناصر الخارجية للقرار، إلا أن ملامحها وإن لم تكن بارزة في عناصر القرار الداخلية فإن أهميتها لا تكاد تقل مما عليه في العناصر الخارجية، بل ولها من الأهمية بمكان في الدول حديثة العهد بالقضاء الإداري كالعراق، وخصوصاً إذا كان التشريع المنظم للقضاء الإداري أسبق من وجود القضاء ذاته أو أن النصوص الرئيسية المنظمة للمنازعات الإدارية لا تغطي جميع المنازعات الإدارية وتعظم تلك الأهمية عندما لا تتوافق تلك النصوص التشريعية المنظمة مع طبيعة تلك المنازعات أو لم تعد تواكبها بسبب التغيرات التي طرأت على الحياة الإدارية.

ثانياً: أهمية الدراسة وأهدافها:

إن كل تقدم أو تطور حدث وسيحدث في المجال القضاء الإداري يكون مرده ومستنده للسياسة القضائية الإدارية، إن السياسة القضائية الإدارية هي الباعث الدافع لذلك التطور، فبفضلها يتم تبني أحكام وقرارات قضائية جديدة ويتم العدول عن الأحكام والقرارات القضائية التي لم تعد تواكب التطورات الحاصلة، وبالتالي تطويع النصوص والقواعد القانونية في استعمالاتها الجديدة التي تكون أكثر اتفاقاً واتساقاً مع التطورات وأكثر تحقيقاً للعدالة، كما أن التحديث المساير للتغيرات لا تستطيع مواكبته النصوص التشريعية.

نهدف من خلال دراستنا إلى تحديد مسار واضح لسياسة القاضي الإداري العراقي وصولاً إلى الغور فيما يبتغيه بخصوص رقابة الملائمة، وتعبيد الطريق للباحثين والمهتمين وكذلك المتنازعين والدفاع عند الترافع أمام محاكم مجلس الدولة العراقي، فبيان وتوضيح الهدف المباشرة للسياسة القضائية الإدارية وغايتها من خلال قضاء المجلس والتي يرمي إلى تحقيقها، يؤدي إلى حسن فهم القضاء الإداري وإدراك أحكامه ودقة تفسيرها وملاءمة تطبيقها ومن ثم الدفع إلى تحقيق الأمن القانوني عموماً والأمن الإداري على وجه الخصوص.

كما إننا نهدف لاستظهار وتحليل توجهات قضاء "مجلس الدولة" العراقي والاهداف التي يسعى للوصول إليها من خلال أحكامه وقراراته الصادرة ووسائله المتاحة للمحافظة على الحقوق والحريات. كذلك نسعى إلى الوقوف على بعض جوانب القضاء الإداري المقارن وتحليله والمقارنة معه، ومن ثم توفير السبل التي تدفع بقضائنا الإداري إلى تبني إيجابيات تلك الأنظمة القضائية وتخطي سلبياتها، والخروج بمنظومة قضائية إدارية أكثر إحكاماً، والدفع إلى تكوين دور حيوي أكثر إبداعاً للقاضي الإداري في رقابته للأنشطة الإدارية وجعلها متوافقة مع متطلبات تسيير المرفق العام لتحقيق المصلحة العامة.

ثالثاً: مشاكل الدراسة:

لدراستنا مشكلة مفادها؛ ما هي حدود رقابة المحاكم القضائية الإدارية (محاكم "مجلس الدولة" العراقي) وما نطاقها بالنسبة لإعمال رقابة الملائمة؟ وهل أن رقابة الملائمة ذاتها بالنسبة لعناصر القرار الداخلية والخارجية؟

رابعاً: منهجية الدراسة:

انطلقنا في دراستنا هذه للاعتماد على أكثر من منهج كي نغطي الإشكاليات المطروحة فتخرج دراستنا أفضل وأكثر تكاملاً، فاعتمادنا على المنهج التحليلي، ولتتم الدراسة بأمثل وجه من حيث العرض والفائدة يلزم الأخذ كذلك بالمنهج المقارن، هذا وإن مثل هذه الدراسة والبحث في هكذا موضوع مهم وأساس وحساس لا يستقيم الا بالدمج ما بين عدة مناهج تُكلل بالاعتماد على المنهج التطبيقي؛ فالتحليل محله الأحكام القضائية الإدارية وقراءة ما استندت عليه تلك الأحكام من أسانيد وما انتهت أليها من نتائج وهي كذلك مرآة المقارنة، ومن ثم استخلاص المبادئ والتوجهات العامة لصياغة سياسة قضائية إدارية عراقية بخصوص رقابة قضاء المقارنة.

سادساً: هيكلية الدراسة:

من أجل وضع خطة محكمة لتغطية كامل جوانب الدراسة والمشاكل التي تُثيرها، وعلى ضوء المنهجية التي ارتأينا الاعتماد عليها؛ سنستهل موضوع دراستنا (ملامح السياسة القضائية الإدارية العراقية من خلال قضاء رقابة الملائمة على عناصر القرار الإداري) بمقدمة؛ نوضح فيها تعريفاً مفصلاً بموضوع الدراسة وأهميتها وأهدافها... ومن ثم لهيكلية الدراسة، متناولين دراستنا من خلال مبحثين اثنين، وكما هو أتٍ:

المبحث الأول: ملامح السياسة القضائية الإدارية من خلال العناصر الخارجية للقرار
المبحث الثاني: ملامح السياسة القضائية الإدارية من خلال العناصر الداخلية للقرار

ملامح السياسة القضائية الإدارية العراقية من خلال قضاء رقابة الملائمة على عناصر القرار الإداري

عمل القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر والعراق على تعدي الحدود الطبيعية لرقابته على قرارات الإدارة، فقرر أن يوسع من نطاق رقابته القضائية إلى حد التدخل في تقدير ملائمة اصدار القرار، فالقضاء الإداري يهدف من ذلك التوسع أو التدخل إلى ضمان حريات الأفراد التي تمس من قبل الجهة مصدرة القرار وإن كان هذا الأمر يبدو غريباً لأول وهلة لأن تقدير الملائمة هو في الأصل من جوهر الاختصاص التقديري الجهة مصدرة القرار، فالقضاء الإداري في رقابته تلك يراقب مدى ملائمة القرار مع الظروف الواقعية

المكونة لسبب القرار، فإذا وجد أن القرار لا يتناسب في شدته مع تلك الظروف فإنه لا يتردد في إلغاءه.

للقرار الإداري عناصر تنقسم إلى داخلية تتمثل بعنصر الاختصاص وعنصر الشكل والإجراءات، وعناصر خارجية تتمثل بعناصر السبب وبالمحل وثالثها عنصر الغاية، وإن السياسة القضائية الإدارية عموماً تبرز وتظهر في العناصر الخارجية للقرار في ما يخص رقابة الملائمة بكافة أصنافها ومسمياتها، إلا أن السياسة القضائية الإدارية في ذات المضمار وإن لم تكن بارزة أو شبه معدومة في عناصر القرار فإن أهميتها لا تكاد تقل مما عليه في العناصر الخارجية، بل ولها من الأهمية بمكان في الدول حديثة العهد بالقضاء الإداري كالعراق، وخصوصاً إذا كان التشريع المنظم للقضاء الإداري أسبق من وجود القضاء ذاته أو أن النصوص الرئيسية المنظمة للمنازعات الإدارية لا تفي أو تغطي جميع المنازعات الإدارية وتعظم الأهمية عندما لا تتوافق تلك النصوص التشريعية المنظمة مع طبيعة تلك المنازعات أو لم تعد تواكبها.

وللحديث عن ملامح السياسة القضائية الإدارية من خلال قضاء رقابة الملائمة سنقسم مبحثنا هذا إلى مطلبين اثنين؛ يكون أولهما للحديث عن ملامح السياسة القضائية الإدارية من خلال العناصر الخارجية للقرار، بينما يكون ثانيهما للحديث عن ملامح السياسة القضائية الإدارية من خلال العناصر الداخلية للقرار، وكما هو أتٍ:

I. المبحث الأول

ملامح السياسة القضائية الإدارية من خلال العناصر الخارجية للقرار

ان القول بأن الاركان الخارجية للقرار تدخل في نطاق الاختصاص المقيد للجهة مصدرة القرار وأن الاركان الداخلية للقرار تتمتع فيها الجهة مصدرة القرار باختصاص أو سلطة تقديرية، فإن كان يمكن قبوله في حال إن كان القرار إدارياً فلا يمكن قبوله إن كان القرار قضائياً، فمنذ اتساع رقابة الملائمة (العامة) بمختلف مسمياتها وفروعها أصبح ذلك مما لا يمكن التسليم به على اطلاقه في أقل تقدير، وإلا نكون أمام تناقض ما بين الواقع والمكتوب، ليس على الصعيد الفقهي فحسب بل وعلى صعيد القضاء أيضاً، فكثير من الأحكام والقرارات القضائية أصبحت تؤسس لنهج على مستوى عالمي وبتواتر لإعمال رقابة الملائمة في عناصر القرار الداخلية سوآء أقر ذلك بشكل صريح أم بشكل ضمني مستنبط مما عليه واقع حال تلك الأحكام والقرارات القضائية الإدارية، فإن نقض تلك القاعدة أعلاه وإن لم يجري على وتيرة واحدة فإن نقضها في مكامن متعددة يكفي لعدم التسليم بها أو على الاقل عدم

اطلاقها كما اسلفنا، فمثلاً توسيع الاختصاص من قبل القضاء الإداري في فرنسا عموماً وفي مصر والعراق خصوصاً وبما لا ينص عليه القانون هو بحد ذاته توسيع للرقابة من المشروعية إلى الملائمة في عنصر الاختصاص، وقولنا في مصر والعراق على وجه الخصوص دون فرنسا ذلك لأن الاختصاص الذي يرسمه القضاء في فرنسا جله كان يسبق التشريع (القانون) كونها بلد المنشأ، أما في مصر والعراق فالغالب فيهما رسم الاختصاص من خلال القانون الذي هو أسبق، لذا فإن توسيع الاختصاص بما ينسجم مع طبيعة المنازعات الإدارية في مصر والعراق هو تحدي بمعنى ما تحمله الكلمة من دلاله، هذا ولإن ما أصلناه هنا بخصوص عنصر الاختصاص يصدق على عنصر الشكل والإجراءات وهو ما سنثبته بإذن الله تعالى في اطروحتنا عموماً والفصل الثاني منها وما سنثبته في هذا المبحث خصوصاً من خلال التطبيقات القضائية والتي هي الكاشف للسياسة القضائية الإدارية.

ولتغطية عنوان مبحثنا سنقسمه إلى مطلبين، أولهما للحديث عن السياسة القضائية الإدارية وعنصر الاختصاص في القرار ضمن رقابة الملائمة، بينما يكون ثانيهما للحديث عن السياسة القضائية الإدارية وعنصر الشكل والإجراءات في القرار ضمن رقابة الملائمة، وكما يلي:

I.أ. المطلب الأول

السياسة القضائية الإدارية وعنصر الاختصاص في القرار ضمن رقابة الملائمة

إن ادعاء وجود إجماع في أي مسألة من المستحيلات، فالإجماع هو قول الأغلبية الغالبة ليس على مستوى القانون فحسب، بل على مستوى جميع العلوم ومنها الشرعية، فليس هناك إجماع فقهي ولا حتى قضائي بخصوص أن الاختصاص من النظام العام إلا على المستوى النظري دون العملي، ولا أدل من ذلك ما نجده من خلال الأحكام والقرارات القضائية الإدارية على مستوى القضاء المقارن وكذلك في العراق، والتي وسعت من اختصاص المحاكم القضائية الإدارية في أكثر من مناسبه ومنها على الصعيد العراقي فض تنازع الاختصاص ما بين تشكيلات "مجلس شورى الدولة" من قبل "الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة" دون الاستناد إلى قانون وكذلك بسط الرقابة على منازعات العقود الإدارية الواضح والبين من قبل المحاكم القضائية الإدارية في "مجلس الدولة" العراقي.

وللحديث عن موضوع مطلبنا سنتناوله في فرعين؛ يكون أولهما للحديث عن نطاق رقابة الملائمة على عنصر الاختصاص، بينما يكون ثانيهما للحديث عن ملامح السياسة القضائية الإدارية من خلال التطبيقات القضائية، وكما هو أتٍ:

I.أ.١. الفرع الأول

نطاق رقابة الملائمة على عنصر الاختصاص

إن مخالفة عنصر الاختصاص من قبل المحاكم الابتدائية كمحكمتي "القضاء الإداري" و"قضاء الموظفين" في العراق أو من قبل المحاكم العليا كـ"مجلس الدولة" في فرنسا و"المحكمة الإدارية العليا" في كل من مصر والعراق وبما ينسجم مع طبيعة المنازعات الإدارية لتحقيق العدالة كما في حالة تداعي الدعوى الموازية قضائياً كونها لا تحقق ما تحققه دعوى الالغاء من منافع كحجية وتقليل للوقت والجهد بالرغم من نص القانون عليها وتحديد الاختصاص فيها هو بحد ذاته نظرة ملائمة اجراها القاضي الإداري خارج المشروعية للدفاع عن غاية المشروعية وهي غاية اسمى، فعنصر الاختصاص اليوم ليس بمنأى من رقابة "الملائمة" واقعاً.

وبالرغم من إن فكرة الاختصاص تعد حجر الاساس الذي يقوم عليه القانون العام، اذ تباشر كل السلطات العامة في الدولة اختصاصات محدودة بواسطة الدستور أو القانون أو الانظمة (اللوائح)...، ويكمن هذا التحديد وتوزيع الاختصاصات داخل كل سلطة من السلطات العامة إلى تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، ومن ثم فان هذه الاخيرة وحدها لها الحق في تعيين الهيئات العامة التي تملك البت في الشؤون العامة، ويمثل الاختصاص الشرط الاول من شروط صحة القرارات الإدارية (وشروط الشروع بنظر الطعون المقدمة على الأحكام القضائية)، بحيث اذا صدر القرار صحيحاً ومشروعاً لا بد ان يصدر ممن يملك الاختصاص بإصداره من اعضاء السلطة الإدارية، أما اذا صدر من غير المختص بذلك فانه يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص، الامر الذي يتوجب الغائه عند الطعن فيه امام القضاء الإداري[١].

هذا وإن الملائمة بخصوص عنصر الاختصاص واقع حال نستنتجه من خلال تتبع الأحكام والقرارات القضائية الإدارية من بداية تشكيل القضاء الإداري وحتى يومنا هذا، وتدل عليها كثير من الشواهد القضائية سوآء في فرنسا بلد المنشأ الذي عقد اختصاص محاكمه القضائية الإدارية عبر القضاء وقبل تأكيد بعضها في التشريعات أم في مصر، وهي كذلك الحال في العراق وذلك ما سنبحثه في النقطة التالية.

(١) د. حمد منشد عناد، "القضاء الإداري في العراق بين رقابة المشروعية ورقابة الملائمة - دراسة مقارنة"، *بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية*، العدد ٢، مجلد ١٢، كانون الأول، (٢٠٢١): ص٢٣٧-٢٣٨.

I.أ.٢. الفرع الثاني

ملامح السياسة القضائية الإدارية من خلال التطبيقات القضائية

إن الحديث عن عدم تخطي عنصر الاختصاص اليوم يتماثل في الحديث عن تخطي القاضي الإداري لنطاق رقابته من المشروعية إلى الملائمة، فبعد أن كانت هي الرقابة الوحيدة بدايةً أصبحت مؤخراً هي الأصل ورقابة الملائمة استثناء في أقل ما يمكن قوله، ولا أدل من ذلك ما يجري واقعاً مما يصدر من المحاكم القضائية الإدارية من أحكام وقرارات فعل فيها القاضي الإداري رقابته على التناسب وعلى الموازنة ما بين المنافع والاضرار، فما يسري على رقابة قضاء المشروعية من سلطات أو اختصاص يملكه القاضي الإداري يسري على رقابة الملائمة وإن كانت استثناء وسواء كان تطبيقها كشرط للمشروعية أم كانت أصل قائم بذاته.

لقد وسع "مجلس الدولة" الفرنسي كثيراً من خصاصه وختصاص محاكمه دون أن يستند في ذلك إلى نص تشريعي، والأمثلة من الأحكام والقرارات القضائية الإدارية كثيرة نورد أحدها والذي يتلخص في تغليب "مجلس الدولة" المبادئ العامة للقانون على التشريعات التي تمنع من التقاضي، حيث اعتبر أن القانون الذي يحرم الطعن القضائي في القرارات الإدارية لا أثر له ولا اعتداد به، وذلك في الحكم الشهير "Dame Lamotte" الذي صدر في شباط من عام ١٩٥٠، وذلك لأن التشريعات التي تحرم الأفراد من حق التقاضي تعد تشريعات ظالمة تجافى القانون الطبيعي وتخالف مبادئ العدالة[١].

كذلك ذهبت "المحكمة الإدارية العليا" في مصر (في حكمها المرقم؛ ١٥٣٨ لسنة ١٩٨١) إلى انها صاحبة الاختصاص بنظر الطعن على قرار لجنة الاعتراضات برفض اعتراض أحد الافراد المرشحين لانتخابات مجلس الشعب على تعديل صفته اذا كان من شأن ذلك حرمان المدعي من الالتجاء لقاضيه الطبيعي، وذلك دون أن تستند في ذلك إلى نص تشريعي، فعندما يواجه القاضي الإداري قاعدة غير محددة أو عامة المعنى فأنه يحدد مضمونا ويجعلها متفقة مع المبادئ القانونية العامة، مع حرصه على الا يخرج المعنى خروجاً صريحاً عن النص وأن لا يتعارض معه، ويكون التفسير هنا غالباً لصالح المبادئ القانونية العامة وعلى حساب النصوص التشريعية[٢].

(١) ينظر: د. ماجد راغب الحلو، *القضاء الإداري*، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٥)، ص٣٩.

(٢) عمار حسين علي الموسوي، "دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية في العراق"، (اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٩)، ص١٠٩-١١٠.

ومن التطبيقات العراقية بخصوص تخطي ركن الاختصاص دون أن تستند إلى نص قانوني هو فض تنازع الاختصاص ما بين محكمة "القضاء الإداري" و"مجلس الانضباط العام" والذي عالجته "الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة" بالرغم من أن المشرع العراقي في ظل قانون التعديل الثاني رقم: ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس الدولة رقم: ٦٥ لسنة ١٩٧٩ لم يتطرق إلى ذلك، فمن خلال إقدام واجتهاد "الهيئة العامة" تم معالجته لتبين السياسة القضائية الإدارية بذلك الخصوص باعتبار أن كلتا الجهتين تدخلان ضمن تشكيلات المجلس وتخضع الأحكام الصادرة عنهما للطعن تمييزاً أمام "الهيئة العامة" ذاتها، ومن قرارات "الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة" بذات الخصوص قراراها المرقم: (١٦٥/ انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٠)[١].

كذلك من التطبيقات القضائية الإدارية الحديثة ما استقرت عليه أحكام محكمتي "القضاء الإداري" و"قضاء الموظفين" ومن ثم قرارات "المحكمة الإدارية العليا" أخيراً بخصوص توسيع اختصاص محاكم "مجلس الدولة" في العراق من خلال نظر منازعات العقود الإدارية دون أن يتم الاستناد إلى نص تشريعي لتعتبر مع غيرها كدليل أن الملائمة تدخل على الاختصاص واقعاً، وإن القول بأن عنصر الاختصاص من النظام العام ليس محل اجماع أقلها بالنسبة للأحكام والقرارات القضائية إذا ما تركنا القرارات الإدارية، فمن الأمثلة بذلك الخصوص قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (١٤١٧/ قضاء إداري/ تمييز/ ٢٠٢٠)[٢] والذي نقض الدعوى التي بحثتها محكمة "القضاء الإداري" وقضت بردها لا لعدم اختصاص بل لاسباب أخرى، كما أن "المحكمة الإدارية العليا" في هذا القرار دخلت في موضوع الدعوى واطلعت على العقد المبرم والشروط المتفق عليها في العقد وناقشت فقراته، وكان نقضها للحكم لأنه يتعلق بنزاع عقدي ولكن لأن الغرامة المفروضة مستندة ومستمدة من نصوص العقد واحكامه والمفروضة بصفة عقد خاص مع المدعي وليس بوصف سلطة عامة، وكذلك قراراها المرقم: (٥٨٨/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠٢١)[٣] والذ جاء فيه اعتراف واضح باختصاص محكمة "القضاء الإداري" من قبل "المحكمة الإدارية العليا" في منازعة عقد إداري وبعد مناقشة فقرات العقد.

(١) قرار "الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة" المرقم: (١٦٥/ انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٠) في ١٨/ ٨/ ٢٠٠٢.
(٢) قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (١٤١٧/ قضاء إداري/ تمييز/ ٢٠٢٠) في ١٤/ ١٠/ ٢٠٢٠.
(٣) قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٥٨٨/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠٢١) في ٨/ ٦/ ٢٠٢٢.

I.ب. المطلب الثاني

السياسة القضائية الإدارية وعنصر الشكل والاجراءات في القرار ضمن رقابة الملائمة

على غرار ما ذهبنا إليه من أنه ليس هناك إجماع فقهي ولا حتى قضائي بخصوص أن الاختصاص من النظام العام إلا على المستوى النظري دون العملي مستندين في ذلك على ما نجده من خلال الأحكام والقرارات القضائية الإدارية، فإن القول بأن الشكل والإجراءات من النظام العام فهو ليس بمستوى حتى الاجماع أو قول الغالبية الفقهية، زيادة على ذلك إن القول بأن الشكل والإجراءات من النظام العام لا يطالها كلها كون الأشكال والإجراءات غير الجوهرية في منأى عن ذلك الخلاف أصلاً إن سلمنا به فضلاً إنه ليس هناك حد فاصل ما بين الاشكال والاجراءات الجوهرية ذات الأهمية والإهتمام وغير الجوهرية، كذلك وإن الأحكام والقرارات القضائية الإدارية هي الأخرى تؤكد ما ذهبنا إليه أنفاً.

وللحديث عن موضوع فرعنا سنتناوله في فرعين؛ يكون أولهما عن نطاق رقابة الملائمة على عنصر الشكل والإجراءات، بينما يكون الثاني منهما للحديث عن ملامح السياسة القضائية الإدارية من خلال التطبيقات القضائية على عنصر الشكل والإجراءات، وكما هو أتٍ:

I.ب.١. الفرع الأول

نطاق رقابة الملائمة على عنصر الشكل والإجراءات

ما قلناه بالنسبة لرقابة الملائمة على عنصر الاختصاص ينطبق على عنصر الشكل والاجراءات من باب أولى، وزيادة فإن الاشكال والاجراءات هي اصلاً تنقسم إلى أشكال وإجراءات جوهرية وأخرى غير جوهرية وإن تقسيمها هذا زيادة على أنه ليس له معيار فاصل وواضح ودقيق فهو ليس محل إجماع، وهو تقسيم نسبي وإن غير الجوهرية منها ليست بذات الحماية التي تحف الاشكال الجوهرية، وإن اطلاق ان عنصر الشكل والاجراءات من النظام العام زيادة على أنه ليس محل اجماع فقهي[١]، فهو لا يسري عليها كلها فغير الجوهرية لا ينطبق عليها، ولذا إن رقابة الملائمة تطال هذا العنصر من باب أولى، ولايسما إذا ما كانت

(١) أن عيب عدم الاختصاص يعد من العيوب الجوهرية في القرار الإداري. ينظر: محمد مضر يحيى البزاز، "رقابة القضاء الإداري على المشروعية الخارجية للقرار الانضباطي - دراسة مقارنة"، (اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الموصل ، ٢٠٢٣)، ص١٦.

النتيجة التي يؤول إليها الحكم أو القرار القضائي فيها نكران لأهم هدف وجد من أجله القضاء والذي هو تحقيق العدالة الواقعية الحقيقية.

وإذا ما بحثنا في علة وجود قواعد الشكل والاجراءات نجدها؛ ليست مجرد روتين أو عقبات بل هي ضمانات تمنع الجهة مصدرة القرار من التسرع وتهديد حقوق الافراد وحرياتهم، وكذلك حمل الجهة مصدرة القرار على التروي قبل اصدارها لقرارها، وان تتمكن من وزن الملابسات والظروف التي تحيط بموضوع القرار لتحقيق المصلحة العامة، وتعد تلك الضمانات موازنه أو مقابلة لسلطات أو اختصاص الجهة مصدرة القرار في مجال عملها هذا، ومن خلال ما تم ذكره يتضح لنا أن مبدأ التناسب (الملائمة) ليس بعيداً عن ركن الغاية وركن الشكل والاجراءات في القرار، فلكل منهما علاقة بالتناسب (الملائمة) مختلفة باختلاف طبيعة الحالة التي تتعامل معها[١].

هذا وتعد رقابة القضاء على ملائمة القرار لعنصر الشكل والاجراءات من الضمانات الحقيقية لمشروعية تلك القرارات، وعلى الرغم من انه لا يشترط في القرار شكل أو إجراء خاص أو معين عند صدوره من حيث الأصل العام ما لم يقرر القانون (بمعناه الواسع) عكس ذلك، فقد يحدث عيب الشكل عند مخالفة الجهة مصدرة القرار للقواعد والاجراءات الشكلية التي قررها القانون بمناسبة اصدار ذلك القرار المحدد، ولكي يصبح القرار مشروعاً وصحيحاً لابد من مراعاة تلك الشكليات واتباع تلك الاجراءات من الجهة المختصة بإصداره، ومن هنا برز دور القضاء الإداري في اقامة التوازن بين الحفاظ على المصلحة العامة وبين حماية وحقوق الحريات الفردية من خلال احترام القواعد الشكلية[٢].

I.ب.٢. الفرع الثاني

ملامح السياسة القضائية الإدارية من خلال التطبيقات القضائية

ومن التطبيقات القضائية الإدارية العراقية الحديثة التي تدلل على ما ذهبنا إليه من أن رقابة الملائمة تطول عنصر الشكل والاجراءات هو قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (١٥٤١/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٨)[٣]، والمتضمن؛ "مبادئ العدالة توجب على المحكمة عدم رد الخصومة لوجود خطأ مادي"، حيث قبلت "المحكمة الإدارية العليا" البحث في

(١) م. م. زينة سمير هاشم، "التناسب في اتخاذ القرارات الإدارية في ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار - دراسة مقارنة"، *بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة*، العدد ٩، المجلد ١، (٢٠٢٣): ص٤٠٠-٤٠١.

(٢) ينظر: د. حمد منشد عناد، مصدر سابق، ص٢٣٨-٢٣٩.

(٣) قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (١٥٤١/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٨) في ٢٣/ ٣/ ٢٠٢٠.

الدعوى بالرغم من عدم توجيه الخصومة بدقة كونها وجهت لـ"رئيس الوزراء" وليس لـ"رئيس مجلس الوزراء" مثلما نص عليها وسماها الدستور العراقي ٢٠٠٥ النافذ والذي كان سبب رد الدعوى من قبل محكمة "قضاء الموظفين" بقرارها المطعون به والمؤرخ في (١٨/ ٦/ ٢٠١٨) وبعدد اضبارة؛ (٨٠٤/ م/ ٢٠١٨) فنقضت "المحكمة الإدارية العليا" الحكم معتبرةً ذلك خطأ مادي لا يؤثر كونه ليس بمستوى الشكليات التي تؤدي لا رد الدعوى، ومن خلال حيثيات القرار هذا وما سبقه وغيرهن من القرارات نجد انه تم رسم سياسة قضائية إدارية عراقية واقعية مفادها أن عنصر الشكل والاجراءات ليس في منأى من رقابة الملائمة.

II. المبحث الثاني

ملامح السياسة القضائية الإدارية من خلال العناصر الداخلية للقرار

لا شك ولا خلاف أن الجهة مصدرة القرار تتمتع بخصوص الاركان الداخلية للقرار الإداري باختصاص تقديري أوسع مما عليه في رقابة الاركان الخارجية للقرار، وإن مدخل رقابة الملائمة على تلك الاركان أو العناصر يكمن في وجود الاختصاص التقديري الذي تتمتع به الجهة مصدرة القرار.

إن ما يثير الجدل أكثر هي الأركان الداخلية للقرار والمتمثلة بأركان أو عناصر؛ السبب والمحل والغاية[(١)]:

١- ركن السبب؛ عرفه الفقيه الفرنسي "BONNARD" على أنه؛ العنصر الأول للقرار، أي السابقة التي تتقدمه وتثيره وتكون سبب وجوده (الباعث لاتخاذه)، ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول أن رقابة التناسب في القرار الإداري هي رقابة على السبب في صورتها القصوى، الأمر الذي يتضمن التحقق من أهمية الحالة الواقعية وخطورتها ومدى التناسب بينها وبين النتيجة، ويقسم أصحاب هذا الرأي رقابة القاضي الإداري على ركن السبب إلى ثلاث درجات وهي؛

أ- رقابة يكتفي فيها القاضي الإداري بالتأكد من الوجود المادي للوقائع التي استندت إليها السلطة مصدرة القرار في قرارها، وكانت بداية هذه الرقابة في حكم "CAMINO".

ب- رقابة تتعدى التأكد من الوجود المادي للوقائع إلى التكييف القانوني لها، أي إعطاؤها الوصف القانوني الصحيح، وهذا ما ظهر لأول مرة في حكم "GOMEL".

ج- وأخيراً يراقب القاضي الإداري التقدير لأهمية السبب من عدمها.

---

(١) ينظر: اعطار نسيمة، "مبدأ التناسب في القرارات الإدارية"، *بحث منشور في مجلة التراث في جامعة الجلفة*، العدد ١٦، (٢٠١٤): د.ت، ص١٦٧-١٦٨.

٢- ركن المحل؛ يقصد به الأثر لقانوني الذي يترتب عليه القرار حالا ومباشرةً، على أن يكون هذا الأثر مطابقاً للقانون، وعليه يكون القرار مشوباً بعيب المحل، في الأحوال التالية:

أ- الامتناع العمدي عن تنفيذ القانون.

ب- الامتناع عن تنفيذ القانون نتيجة الجهل بصدوره أو الجهل بأحكامه.

ج- الخطأ في تفسير القانون، ويكون ذلك بإعطائه معنى غير الذي قصده المشرع.

٣- ركن الغاية؛ الغاية أو الهدف في القرارات هي الأثر البعيد والنهائي وغير المباشر، وعليه يكون القرار مشوب بعيب الغاية أو بعيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة، إذا هدفت الجهة مصدرة القرار بإصداره لتحقيق مصلحة بعيدة عن المصلحة العامة، أو خرجت عن مبدأ تخصيص الأهداف.

هذا وإن العيب الذي يصيب القرار لم يعد مقصوراً على مخالفة أحد عناصر ذلك القرار كلاً على حدا من محل أو سبب أو غاية للقانون، وإنما يمتد هذا العيب ليشمل العلاقة المتبادلة بين هذه العناصر، أي العلاقة بين عنصري السبب والمحل من ناحية، وبين عنصري السبب والغاية من ناحية أخرى، وبين عنصري المحل والغاية من ناحية ثالثة[١].

وللحديث عن موضوعنا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ نتحدث في أولها عن السياسة القضائية الإدارية وعنصر السبب في القرار ضمن رقابة الملائمة، ويكون المطلب الثاني للحديث عن السياسة القضائية الإدارية وعنصر المحل في القرار ضمن رقابة الملائمة، بينما يكون ثالث المطالب للحديث عن السياسة القضائية الإدارية وعنصر الغاية في القرار ضمن رقابة الملائمة، وكما يلي:

II.أ. المطلب الأول

السياسة القضائية الإدارية وعنصر السبب في القرار ضمن رقابة الملائمة

لقد بدأ "مجلس الدولة" في فرنسا كخطوة أولى بالاعتراف لنفسه بالحق في الرقابة على الوجود المادي للوقائع التي ادعتها الإدارة وأسست قراراتها بناءً عليها، ثم تحول المجلس بعد ذلك إلى رقابة التكييف القانوني لتلك الوقائع، أي هل تتفق وقصد المشرع منها أم لا، وأن هذين الحقين (الرقابة على الوجود المادي للوقائع ورقابة التكييف القانوني لتلك الوقائع) هما رقابة مشروعية على عنصر السبب، أما رقابة التناسب فهي بداية رقابة الملائمة على العنصر ذاته، فالحد الفاصل ما بين رقابة المشروعية ورقابة الملائمة بخصوص عيب السبب يكمن في صور عيب السبب، فصورتي عيب السبب اللتان ضمن رقابة المشروعية تتمثلان بالرقابة

(١) جاد الله جزاع مسند الشراري، "رقابة المشروعية والملائمة على القرارات الإدارية في النظام السعودي - دراسة مقارنة"، (رسالة ماجستير، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، ٢٠١٧)، ص١٥٣.

على الوجود المادي للوقائع ورقابة التكييف القانوني لتلك الوقائع، أما صورة أو صور رقابة الملائمة لعنصر السبب فتبدأ بالتناسب وإن كانت تلك البداية نسبية ما بين دولة وأخرى، ففي فرنسا كانت البداية برقابة "الخطأ الظاهر في التقدير" وفي غير المجال الانضباطي، بينما في مصر كانت البداية في رقابة "الغلو" في المجال التأديبي (الانضباطي)، بينما في العراق فكانت البداية برقابة "التناسب" وحصرها في المجال الانضباطي، وإن كانت تلك المصطلحات واحدة على صعيد المجال الانضباطي دون غيره.

إن رقابة القضاء الإداري على اعمال الإدارة هي رقابة على مشروعية تلك الاعمال بحيث لا تمتد إلى الملائمة كأصل ثابت، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لرقابة القضاء على سبب القرار الإداري والتي تعد من اولى الضمانات الحقيقية لاحترام الإدارة لمبدأ المشروعية عندما تصدر قراراتها الإدارية، حيث يجب على الإدارة عند إصدارها لتلك القرارات ان تستند إلى اسباب واقعية وصحيحة تبرر اتخاذها لذلك القرار، ولقد اتسع نطاق رقابة "مجلس الدولة" الفرنسي لعيب السبب حتى امتدت رقابته على الوجود المادي للوقائع، التي تسببت في صدور القرار الإداري إلى رقابة التكييف القانوني لتلك الوقائع، واتجهت إلى الرقابة على ملائمة القرار الإداري للوقائع التي استندت اليها[١]. فرقابة المشروعية على عنصر السبب تكون بالتحقق من وجود سبب قانوني أو واقعي ومن ثم رقابة التكييف القانوني لتلك الوقائع، وهي تختلف عن رقابة الملائمة على عنصر السبب التي تكمن بالإضافة لما سبق؛ هل هذا السبب كافي لاتخاذ القرار وهل ان الاجراء المتخذ لأجله متناسب معه، كذلك الحال بالنسبة لميدان أو مجال رقابة الملائمة بالنسبة لعنصري المحل والغاية، ففي رقابة المشروعية يتم مراقبة أن تكون مطابقة حرفياً لما نص عليه القانون بينما في رقابة الملائمة يكون البحث أوسع من ذلك كأن تكون في البحث عن التوافق مع روح القانون.

وللحديث عن موضوعنا سنقسمه إلى ثلاثة فروع، يكون أولها للحديث عن رقابة الملائمة على عنصر السبب وموقف القضاء الإداري العراقي والمقارن منها، ويكون ثانيها لتحديد نطاق رقابة الملائمة على عنصر السبب، أما ثالثها فللحديث عن ملامح السياسة القضائية الإدارية العراقية من خلال التطبيقات القضائية، وكما هو أتٍ:

II.أ.١. الفرع الأول

رقابة الملائمة على عنصر السبب وموقف القضاء الإداري العراقي والمقارن منها

بالرغم من أن "مجلس الدولة" الفرنسي قد طرح امتناعه قديماً عن مراجعة تقدير الإدارة لأهمية وخطورة السبب، مع الاخذ بنظر الاعتبار تناسبه مع القرار الإداري، بحيث ظل يراقب الملائمة بين السبب المبني عليه، خاصة اذا كانت الملائمة شرطاً من شروط

(١) د. حمد منشد عناد، مصدر سابق، ص٢٣٩.

المشروعية، وهكذا اسس "مجلس الدولة" الفرنسي احكامه بخصوص هذا الشأن على القرارات المتعلقة بالحريات العامة بدايةً وعلى وجه التحديد، وقد اطلق على تلك الرقابة برقابة "الخطأ الظاهر في التقدير"، لذلك تعد رقابة الملائمة على القرار الإداري هي رقابة القضاء لأهمية الوقائع المكونة لركن السبب، أي تناسبها مع مضمون هذا القرار الذي تم اصداره من قبل الإدارة، بحيث أصبح يراقب درجة الخطورة الصادرة عن الإدارة من قراراتها المخالفة لمبدأ المشروعية، فيفحص القاضي الإداري عنصر التناسب في القرار وهل ان هذا التناسب ملائم للواقعة أم غير ملائم وإن كان هذا التناسب يعد من اعمال الإدارة، وإن كانت الرقابة القضائية في الأصل رقابة مشروعية وانه لا سلطان للقضاء على تصرفات الإدارة المشروعة مهما كانت درجة ملائمته لمقتضى الحال في حدود فكرة الانحراف[١].

ولم يختلف اتجاه "مجلس الدولة" المصري عن اتجاه نظيره الفرنسي حيث راقب منذ ظهوره الوجود المادي للوقائع، وفرض الرقابة على ملائمة القرار الإداري للوقائع التي استندت اليها الإدارة في مجال الحريات العامة، ومن ثم امتدت رقابة "الملائمة" كذلك إلى ميدان القرارات التأديبية (الانضباطية)، وتوالت احكامه على الحكم بإبطال القرارات الإدارية التي تستند إلى وقائع غير صحيحة لخلوها من السند القانوني، وذلك منذ نشأته حيث قررت محكمة "القضاء الإداري" المصرية بحكمها سنة ١٩٤٧؛ "انه إذا كانت الإدارة تستقل بوزن مناسبات قرارها وبتقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة إصداره، دون أن يكون للقضاء التعقيب عليها في هذا الشأن، إلا أن مناط ذلك أن تكون قد استندت في قرارها إلى وقائع صحيحة مؤدية إلى النتيجة التي انتهى إليها القرار"[٢].

وفي السياق ذاته فقد سار القضاء الإداري العراقي على خطى نظيريه المصري والفرنسي في رقابته على صحة الوجود المادي للوقائع كإحدى صور رقابته على سبب القرار الإداري، وهذا ما اقرته "الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة" بصفتها التمييزية وبقرارها رقم: (٨٣/ تمييز/ ١٩٩٠): "ان الامر الوزاري القاضي بالاستغناء عن خدمات المدعي، قد استند إلى الفقرة (٢٠/ أ) من قرار الثورة رقم: (٥٥٠ في ١١/ ٩/ ١٩٨٩) والتي تنص؛ "ولا خلاف في ان للإدارة حق تقدير كفاءة موظفيها من عدمه، بل ان ذلك من مستلزمات حسن سير المرفق العام المناطة به، إلا ان هذا التقرير يجب ان يستند إلى وقائع مادية مثبتة في الاضبارة الشخصية للموظف العام خلال خدمته الوظيفية، ولا يجوز ان يستند هذا التقرير إلى مواقف مفاجئة لا سند لها من ذلك"[٣].

إن "مجلس الانضباط العام" في العراق والذي هو اسبق وجوداً من محكمة "القضاء الإداري" والتي خلفته قد مارس رقابته على التحقق من الوجود المادي للوقائع وملائمة العقوبات التأديبية منذ نشأته في عام ١٩٢٩، وهو يملك إلغاء قرار العقوبة وله تخفيفها ولقراراته من القوة الملزمة والنفاذ ما لقرارات المحاكم العادية، ومنذ تشكيل محكمة "القضاء

(١) المصدر نفسه، ص٢٣٥-٢٣٦.
(٢) صالح ابراهيم أحمد المتيوتي، "رقابة القضاء على مخالفة القانون في القرار الإداري"، (اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٠)، ص١٣٥.
(٣) د. حمد منشد عناد، مصدر سابق، ص٢٤٠ وما بعدها.

الإداري" في العراق بموجب قانون التعديل الثاني رقم: ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس الدولة رقم: ٦٥ لسنة ١٩٧٩ أصبحت هذه المحكمة تمارس رقابتها على التكييف القانوني للوقائع، وقد جاء في حكم "المجلس الانضباط العام" بالرقم: (١٧٨/ ١٩٩٥، رقم الإضبارة؛ ٢٢/١٥ في ١٦/ ٩/ ١٩٩٥ - غير منشور) بهذا الصدد؛ "... إلا أن المجلس وجد أن العقوبة المفروضة عليه تتناسب والفعل المنسوب إليه ..."، وجاء في حكم "مجلس الانضباط العام" المرقم: (٣١/ انضباط/ ١٩٩٦، رقم الإضبارة؛ ٣٥/١٦ في ٤/ ١/ ١٩٩٦ - غير منشور)؛ "وان الإخلال بالواجب الوظيفي لا يوجب فرض العقوبة محل الطعن حيث أن التناسب بين الفعل والعقوبة أمر لازم... عليه ولما تقدم قرر إلغاء عقوبة العزل وتخفيفها إلى عقوبة التوبيخ وهي العقوبة المناسبة مع الفعل المرتكب"، هذا وإن المحاولات تلك جاءت سابقة على كل محاولات القضاء سوآء في فرنسا أم في مصر، ويذهب أستاذنا الدكتور ماهر صالح علاوي إلى القول؛ "أن مجلس الانضباط العام العراقي كان يأخذ بفكره الملائمة قبل القضائيين الإداريين الفرنسي والمصري بعشرات السنين فهو ينظر بموجب الاختصاص الذي خوله القانون في تقدير الجهة المختصة في فرض العقوبة للسبب وما يناسبه من أثر محل أي العقوبة"[١].

II.أ.٢. الفرع الثاني

نطاق رقابة الملائمة على عنصر السبب

إن رقابة القاضي الإداري على ممارسة الإدارة لاختصاصها أو سلطتها التقديرية لم تقف عند حد الرقابة على الوجود المادي للوقائع ولا على الرقابة على التكييف القانوني لها، بل مارس نوعاً حديثاً من الرقابة هدفه التضييق من حدود الاختصاص التقديري للجهة مصدرة القرار وعدم الإفراط في استخدامها، فقد ظهرت طرق وأساليب جديدة للرقابة القضائية الإدارية على ذلك الاختصاص التقديري يعود فضل خلقها وإيجادها لـ "مجلس الدولة" الفرنسي، وقد عملت هذه الأساليب الجديدة على ألا يبقى المجلس مكتوف الأيدي تجاه الاختصاص أو السلطة التقديرية المتزايدة للجهة مصدرة القرار ولمواجهة تكييفها وتقديرها للوقائع، واللذان يخرجان ويتحصنان في كثير من الأحيان ضد الرقابة القضائية مستندة في ذلك على مبدأ الفصل بين السلطات، حيث ابتدع القاضي الإداري بعض الطرق والأساليب للحد من سلطات أو اختصاصات الإدارة التقديرية وإعادتها إلى نطاقها الطبيعي، وبذلك أصبحت الملاءمة إحدى جوانب الرقابة القضائية الإدارية على الاختصاص التقديري بالإضافة لرقابة المشروعية، حيث ظهرت نظرية "الخطأ الظاهر في التقدير" لمواجهة الحالات التي أخرجت من نطاق رقابة القضاء الإداري على التكييف القانوني للوقائع، كما ابتدع القضاء الإداري نظرية "الموازنة بين المنافع والأضرار" والتي تتفق مع سابقتها في

(١) صالح ابراهيم أحمد المتيوتي، مصدر سابق، ص١٣٧ وما بعدها.

أنها رقابة "ملائمة" إلا أنها تعد درجة أشد في مجال هذه الرقابة، إذ يركن إليها القضاء الإداري في الحالات التي يصعب فيها رقابة "الخطأ الظاهر في التقدير" أو رقابة "التناسب"[١] في المجال الانضباطي في العراق والتي تسمى في مصر برقابة "الغلو" في ذات المجال والذي يسمى هناك بالتأديبي.

ولبحث مجال التقدير والتقييد في عنصر السبب، فإننا نفرق بين تطبيق ذلك على الوجود المادي للوقائع وتكيفها القانوني اللذان هما ضمن نطاق رقابة "المشروعية، ثم نعرض أثر ذلك على الملاءمة[٢]:

١- الوجود المادي للوقائع؛ استقر القضاء في كل من فرنسا ومصر على رقابته للوقائع التي استند إليها مصدر القرار لاتخاذ قراره من حيث وجودها، فللقضاء أن يتحقق من الوجود الفعلي للواقعة المادية التي تكون سبب القرار، فإذا ثبت أن الواقعة التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها لم تكن قائمة أصلاً، كان القرار معيباً يستوجب البطلان، فلهذا لا يوجد لمصدر القرار سلطة تقديرية بالنسبة للوجود المادي للوقائع، بل هو اختصاص مقيد وليس تقديري.

٢- الرقابة على تكييف الوقائع؛ لا تقف رقابة القضاء الإداري لسبب القرار الإداري (أو الحكم القضائي) عند التحقق من الوجود المادي للوقائع المكونة للسبب بل تشمل أيضاً رقابة الوصف القانوني لهذه الوقائع، بمعنى أنه لو ثبت للقاضي الإداري صحة الوقائع مادياً ولكن اتضح له أن الإدارة لم تعط للوقائع الوصف القانوني أو التكييف القانوني الصحيح فإن له الحكم بالغاء القرار. والتكييف القانوني هو مناط الجمع ما بين الواقع والقانون، أي مدى تطابق القاعدة القانونية مع وقائع النزاع وصولا إلى تطبيقهما، ومن القرارات القضائية الإدارية العراقية بذلك الخصوص ما قضت به "المحكمة الإدارية العليا" في قرارها المرقم: (٢٦٦/ قضاء إداري/ تمييز/ ٢٠١٧)[٣]، المتضمن؛ "اختطاف المجنى عليه من مجموعة أشخاص وتعذيبه حتى الوفاه دليل على إن الفعل ارهابي"، وقد جاء في حيثيات؛ "من خلال تدقيق اضبارة الدعوى أنه كان على المحكمة أن تتحقق من ما إذا كانت الوفاة قد تمت جراء عمل ارهابي من عدمه، إذ تشير صورة قيد الوفاة... وشهادة الوفاة الصادرة ... وتقرير الطب العدلي ... إلى أن الوفاة كانت نتيجة تعرضه لنزيف شديد واشارت الأوراق التحقيقية إلى أنه تم اختطافه على يد مجموعة من الأشخاص وتعرض للتعذيب الشديد في منطقة جرف الصخر نتيجة تعاونه مع الأجهزة الأمنية، وحيث أن

(١) المهدي خالدي، "الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية"، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، بن يوسف بن خدة، ٢٠١٧/ ٢٠١٨)، ص٣٣٢ وما بعدها.
(٢) جاد الله جزاع مسند الشراري، مصدر سابق، ص١٢٢ وما بعدها.
(٣) قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢٦٦/ قضاء إداري/ تمييز/ ٢٠١٧) في ٢٠/ ٣/ ٢٠١٩.

محكمة القضاء الإداري لم تراع ذلك في حكمها المميز لذا تقرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى إلى محكمة القضاء الإداري للتحقق من كون الوفاة جاءت نتيجة عمل ارهابي من عدمه...".

٣- الرقابة على ملاءمة القرار للوقائع؛ إن ملاءمة القرار للوقائع تعني مدى التناسب بين الوقائع التي استند إليها مصدر القرار لإصدار قراره ومضمون ذلك القرار الذي اتخذه، والقاعدة في هذا الصد هي أن لجهة مصدرة القرار حرية تقدير أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها والتصرف الذي تتخذه حيالها، والقاعدة في هذا الفرض أن دور القاضي الإداري يقتصر في رقابته على سبب القرار الإداري على وجود الوقائع وصحة تكييفها من الناحية القانونية، فليس له تقدير أهمية الوقائع وتناسبها مع القرار الصادر بناء عليها، بل تتولى الإدارة في هذا الفرض وحدها بحث تقدير ملاءمة قرارها للوقائع التي دفعتها لإصداره، وتوجد بعض الاستثناءات على تلك القاعدة وذلك في الحالات التي تتجاوز فيها الإدارة الحدود القصوى لسلطتها أو اختصاصها التقديري، وقد حصر القضاء المصري رقابة الملائمة على القرار الإداري للوقائع في مجالين هما؛ عدم تناسب الجزاء التأديبي (الانضباطي) مع المخالفة المرتكبة من الموظف، وعلى قرارات الإدارة المتعلقة بالحريات العامة[١].

فإذا كانت رقابة القضاء الإداري على الوجود المادي للوقائع تبحث في مدى تحقق الحالة الواقعية التي أسس عليها القرار، وان رقابة التكييف القانوني تبحث في مدى تطابق الوقائع مع الوصف القانوني الذي وصفته الجهة مصدرة القرار، فان الرقابة القضائية على التناسب تبحث في مدى تناسب الوقائع التي أسس عليها القرار ومضمون القرار الذي صدر بناءً عليها[٢].

II.أ.٣. الفرع الثالث

ملامح السياسة القضائية الإدارية العراقية من خلال التطبيقات القضائية

لقد ذهب "مجلس الانضباط العام" في العراق منذ نشأته بموجب القانون الملغي رقم: ٤١ لسنة ١٩٢٩ إلى ممارسة رقابته على القرارات التأديبية واصبحت هذه الرقابة رقابة مشروعية وملائمة، بحيث راقب التناسب بين العقوبة وبين الذنب المرتكب، وقد اصدر "مجلس الانضباط العام" العديد من القرارات التي تؤكد على بسط رقابته على ملائمة القرار من عدمه، فتعد هذه الرقابة رقابة صارمة لأن من اثراها قد يتوصل القاضي الإداري إلى عدم

(١) د. علي عبد الفتاح محمد، *الوجيز في القضاء الإداري*، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩)، ص١٠٥-١٠٦.

(٢) م.م. زينة سمير هاشم، مصدر سابق، ص٣٩٨.

مشروعية القرار محل النظر، فنلاحظ ان رقابة المشروعية لم تعد كافية وحدها لمواجهة اتساع سلطات أو اختصاصات الإدارة وامتيازاتها الواسعة والتي تسير إلى الاتساع، وبهذا الحال عدة رقابة الملائمة على اعمال الإدارة حاجة ملحة وحتمية لإعادة التوازن بين حقوق الافراد وحرياتهم من جهة، وبين الإدارة من جهة اخرى، فبات من الضروري ان يتصدى القضاء الإداري لأعمال سلطة أو اختصاص الإدارة وبالتالي تعد الملائمة من اهم واسمى وظائف القضاء الإداري الحديث[١].

ومن القرارات القضائية الإدارية بخصوص تطبيقات رقابة "التناسب" في العراق والتي تم فيه بحث رقابة "التناسب" بالنسبة للسلطة أو الاختصاص التقديري للإدارة وكذلك لـ"مجلس الانضباط العام" قرار "الهيئة العامة في مجلس الدولة" المرقم: (٦٢٩/ انضباط/ تمييز/ ٢٠١٢)[٢]، والمتضمن (المبدأ القانوني)؛ "ان تخفيض مجلس الانضباط العام للعقوبة وجعلها لا تتناسب مع جسامة الفعل المرتكب تجعل قراره غير صحيح"، والذي جاء فيه؛ "وبنتيجة المرافعة قرر مجلس الانضباط العام... تنزيل العقوبة المفروضة بحق المعترض من عقوبة الفصل إلى عقوبة التوبيخ، ولعدم قناعة المميز... تصدى له تمييزاً لدى الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المميز عليه المعترض يطعن بالأمر... المتضمن فصله من الوظيفة وذلك لارتكابه فعلا جنائياً يعاقب عليه القانون...، وحيث ان (أ) من الفقرة (سابعاً) من المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ (المعدل) حددت شروط فرض عقوبة الفصل بمعاقبة الموظف باثنتين من العقوبات التالية أو باحداها لمرتين وارتكب في المرة الثالثة خلال خمس سنوات من تاريخ فرض العقوبة الأولى فعلا يستوجب معاقبته باحداها: ١- التوبيخ ؛ ٢- انقاص الراتب ؛ ٣- تنزيل الدرجة، وحيث ان هذه الشروط غير متوافرة في حالة المميز عليه (المعترض)، ...جعلت العقوبة المفروضة بحق المميز عليه لا تنسجم مع جسامة الفعل المرتكب منه وان وقوع الصلح بين المميز عليه وبين الموظف المعتدى عليه لا يعد سببا لتخفيض العقوبة... كما ان حداثة الموظف بالوظيفة العامة وكونه شاب في مقتبل العمر لا يعد سببا لتخفيض العقوبة الا ان كانت المخالفة مرتكبة بسببهما، اما فعل المميز عليه (المعترض) فلم يكن عن خطأ أو قلة خبرة بل كان فعل مقصود ومهيأ له فكان يجب اخذه بالشدة التي تتناسب مع فعله...".

ومن القرارات القضائية الإدارية التي بحثت الملائمة التي تتمتع بها الإدارة وكذلك محكمة "قضاء الموظفين" بعد صدور قانون التعديل الخامس رقم: ١٧ لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس الدولة رقم: ٦٥ لسنة ١٩٧٩ هو قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (١٥٢/ قضاء

(١) ينظر: د. حمد منشد عناد، مصدر سابق، ص٢٤٥ وما بعدها.
(٢) قرار "الهيئة العامة في مجلس الدولة" المرقم: (٦٢٩/ انضباط/ تمييز/ ٢٠١٢) في ٦/ ١٢/ ٢٠١٢.

الموظفين/ تمييز/ ٢٠١٧)[١]، والمتضمن؛ "لا يصح معاقبة الموظف عن افعال لم يثبت ارتكابه لها"، والذي جاء فيه؛ "على محكمة قضاء الموظفين التأكد من ارتكاب المعترض للافعال المنسوبة اليه ومدى ملاءمة العقوبة المفروضة للمخالفات المرتكبة منه ان ثبت لها ذلك". كذلك الحال ذاته بالنسبة لقرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٥٨٤/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٨)[٢]، المتضمن؛ "لا يصح تخفيض العقوبة المفروضة بحق الموظف مالم توجد اسباب تبرر ذلك".

II.ب. المطلب الثاني

السياسة القضائية الإدارية وعنصر المحل في القرار ضمن رقابة الملائمة

إن الحد الفاصل ما بين رقابة "المشروعية" ورقابة "الملائمة" بخصوص عيب مخالفة القانون (أي مضمونه أو منطوقه أو أثره) المتعلقة بعنصر المحل هو أن رقابة "المشروعية" تقع في صورتين؛ الأولى منهما تكمن في المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية (إغفالها) أو تطبيق قاعدة غير موجودة قانوناً، أما الصورة الثانية من صور عيب عنصر المحل تكمن في الخطأ في تفسير القاعدة القانونية (العيب في تأويل القانون)، ففي رقابة "المشروعية" يتم مراقبة أن تكون مطابقة حرفياً لما نص عليه القانون، وإن رقابة "الملائمة" تقع في ما زاد على ذلك فهي أوسع.

وللحديث عن موضوع مطلبنا سنقسمه إلى فرعين اثنين، يكون أولهما للحديث عن رقابة الملائمة على عنصر المحل وتحديد نطاقها، أما ثانيهما فللحديث عن ملامح السياسة القضائية الإدارية العراقية من خلال التطبيقات القضائية لعنصر المحل، وكما هو أتٍ:

II.ب.١. الفرع الأول

رقابة الملائمة على عنصر المحل وتحديد نطاقها

يقصد بمحل القرار موضوع القرار أو فحواه المتمثل في الآثار القانونية التي يحدثها هذا القرار مباشرة، وذلك بسبب التغيير في المركز القانوني سوآء بالإنشاء أم بالتعديل أم بالإلغاء، وكقاعدة عامة يجب أن يكون لكل تصرف قانوني محل معين، فالذي يميز التصرف القانوني ويحدد جوهره هو المحل (الأثر القانوني الذي يحدثه التصرف مباشرة)، ولكي يكون القرار صحيحاً يجب أن يكون سليماً في محله، ولكي يكون المحل سليماً لابد أن يكون ممكناً

(١) قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (١٥٢/ قضاء الموظفين/ تمييز/ ٢٠١٧) في ٢٣/ ٣/ ٢٠١٧.
(٢) قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٥٨٤/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٨) في ١٢/ ٨/ ٢٠٢٠.

من الناحيتين الواقعية والقانونية، فالجهة مصدرة القرار ليس لها أن تتجاوز ركن المحل بحجة امتلاكها لسلطة استنسابية تستطيع من خلالها ملائمة اتخاذ التدابير المناسبة مع الوقائع، ولا يمكن لها التعسف في استعمال سلطتها أو استغلال حالة الضرورة كذريعة للتجاوز على حقوق الأفراد(١).

إن عيب مخالفة القانون بنطاقه الضيق ينحصر في عنصر المحل ومن أهم صوره هي؛ مخالفة النص القانوني مباشرة أو الخطأ في تطبيقه أو في تفسيره، فوجود خلل في أحد تلك الصور يجعل القرار عرضة لأن يطعن به لعيب مخالفة القانون امام القاضي لمخالفته المشروعية، لأن وجود خلل في احد هذه الصور في القرار يجعله غير متناسب مع الاساس القانوني المتمثل بالسبب الذي دفع الجهة مصدرة القرار إلى اتخاذه وترتيب الآثار عليه مباشرة وحالاً(٢).

إن المشرع هو من يحدد تناسب الاسباب مع المحل في حالة الاختصاص المقيد وذلك بموجب النص التشريعي دون تقدير ذلك من طرف الجهة مصدرة القرار، وهنالك رأي يذهب إلى ان التناسب يرتبط بركن المحل ويعد عيب عدم التناسب من عيوب مخالفة القانون في روحه ومعناه، معتبراً ان المشرع عندما ينص على عدد من الجزاءات وليس على جزاء واحد انما قصد أن تختار السلطة الانضباطية من بين هذه الجزاءات ما يناسب المخالفة المرتكبة، ونتفق مع هذا الرأي لكون الخيار الذي يتركه المشرع للإدارة في فرض العقوبة يرتبط ارتباطاً كبيراً بفكرة التناسب، أي ان الجهة مصدرة القرار عليها أن تقوم باختيار العقوبة التي تتناسب وجسامة الفعل الذي قام به مرتكبه، وبالتالي يبحث القاضي الإداري عن مدى تحقق هذا التناسب من عدمه، فهنا الرقابة لا تقتصر فقط على أهمية تقدير الوقائع بل تدخل في العلاقة بين كل من أهمية الوقائع وأهمية المحل وتقيم الموازنة بينهما، ويكون القرار مشروعاً عندما يكون هنالك توازن بين درجة أهمية سبب القرار ودرجة أهمية محله أو الأثر المترتب عليه، فإذا اختل التوازن بشكل جسيم فان القرار سيكون مصيره الإلغاء لعدم المشروعية(٣).

II.ب.٢. الفرع الثاني

ملامح السياسة القضائية الإدارية العراقية من خلال التطبيقات القضائية

سنورد في هذا المحور لبعض الاحكام والقرارات القضائية الإدارية وليس لكلها مقدمين أقربها دلالة لما نريد أن نبرهن وجوده، وكما يلي:

(١) حيدر أحمد الفتلاوي، *الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في حالة الضرورة*، (لبنان: زين الحقوقية، د.ت)، ص١٢٧-١٢٨.

(٢) نكتل ابراهيم عبد الرحمن الطائي، "التناسب في القرار الإداري"، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٤)، ص٩٩.

(٣) م.م. زينة سمير هاشم، مصدر سابق، ص٣٣٨-٣٩٩.

فمن القرارات القضائية الإدارية العراقية بخصوص تطبيقات عنصر المحل في القرار لما لما قبل صدور قانون التعديل الخامس رقم: ١٧ لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس الدولة رقم: ٦٥ لسنة ١٩٧٩ والذي نستدل تعلقه برقابة "الملائمة" على عنصر المحل من خلال وروده على عقوبتين أحدها انضباطية وهي "الانذار" والتي تستند إلى قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم: ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل وعقوبة أخرى تمثلت بالنقل والذي حقق ضرر مادي، وبعد اجراء القاضي الإداري في "مجلس الدولة" العراقي للموازنة ما بين ما كان يتقاضاه مقدم الشكوى مادياً قبل وبعد صدور القرار الإداري، حيث جاء في قرار "الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة" المرقم: (٢١٦/ ١٩٦/ انضباط تمييز/ ٢٠٠٨)[١]، المتضمن؛ "لا يجوز للإدارة معاقبة الموظف بعقوبتين انضباطية عن فعل واحد وفقا لما قررته المادة (٢٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١"، والذي جاء فيه؛ "ولدى تمييز القرار امام الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة بعدد اضبارة (٨٩/ انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٨) بتاريخ ٥/ ٥/ ٢٠٠٨ قررت نقضه، واتباعاً قرر مجلس الانضباط العام بقراره المؤرخ (١٧/ ٧/ ٢٠٠٨) وبعدد اضبارة؛ (٣١٦/ ٢٠٠٨) الغاء الامر الإداري المرقم (٢٣٦٣٥) في ١٢/ ٨/ ٢٠٠٧ والزام المدعي عليه الثاني (وزير التربية اضافة لوظيفته) باعادة المدعي إلى درجته الوظيفية معاون مدير عام، ولعدم قناعة المميزين بالقرار المذكور فقد بادرا إلى الطعن به تمييزاً لدى الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة، ... ذلك ان نقل المدعي عليه (المميز عليه) من وظيفة معاون مدير عام إلى وظيفة مدير مدرسة بعد تنزيلاً لدرجته الوظيفية يلحق ضرراً بالمدعي دون ان يستند إلى اجراء تحقيق اصولي، وحيث ان المدعي عليه الثاني (المميز) سبق له ان وجه عقوبة الانذار إلى المدعي بموجب الأمر الإداري المرقم (١٢٥٣) في ١٣/ ٦/ ٢٠٠٧ عن ذات الفعل الذي استند اليه في اعفائه من وظيفة معاون مدير عام، وحيث لا يجوز للإدارة معاقبة الموظف بعقوبتين انضباطية عن فعل واحد وفقا لما قررته المادة (٢٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ ولتضرر المدعي مادياً بسبب الاعفاء من وظيفته التي يشغلها، عليه قرر تصديق الحكم المميز من هذه الجهة وتحميل المميز رسم التمييز، ...وصدر القرار بالاتفاق".

ومن القرارات القضائية الإدارية المهمة في ذات الشأن قرار "الهيئة العامة في مجلس الدولة" المرقم: (٢٩٨/ انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٩)[٢]، المتضمن؛ "الاشراف على طلبة الدراسات العليا في الجامعات يتطلب في المشرف توافر صفات الدرجة والكفاءة والامانة العلمية وعند فقدان الاستاذ الجامعي لهذه المواصفات يمنع من الاشراف في الحاضر بأمر من

(١) قرار "الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة" المرقم: (٢١٦/ ١٩٦/ انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٨) في ١٨/ ٩/ ٢٠٠٨.

(٢) قرار "الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة" المرقم: (٢٩٨/ انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٩) في ٢٦/ ٨/ ٢٠٠٩.

الإدارة الا ان هذا المنع يجب ان لا يغالى فيه ليمتد إلى المستقبل اذ من الممكن للاستاذ الجامعي ان يسترد هذه المواصفات ليعاد تكليفه بالاشراف مجدداً". حيث راقب ومنع امتداد محل القرار أو أثره إلى المستقبل خلافاً لما للمبادئ القانونية وما نصت عليه القوانين بمعناها الواسع والتي تحكم تلك المسائل. كذلك من القرارات القضائية الإدارية بذلك الخصوص قرار "الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة" المرقم: (٢٧٧/٣٨٠/ قضاء إداري/ ٢٠١٢)[١].

ومن القرارات والاحكام القضائية الإدارية العراقية بخصوص تطبيقات عنصر المحل في القرار لما بعد صدور قانون التعديل الخامس رقم: ١٧ لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس الدولة رقم: ٦٥ لسنة ١٩٧٩ والذي تضمن بحث القاضي الإداري في "المحكمة الإدارية العليا" لملائمة القرار الإداري بالنسبة لمحله في مسألة التنبيه على يومي العطلة الرسمية وانعقاد القمة العربية في بغداد اللذان حالا بين الموظف المشتكي وبين مباشرته في دائرته المنقول إليها مما ينفي عنه الانقطاع غير المبرر، حيث جاء في قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢١٠/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٣)[٢]، والمتضمن؛ "يعد الموظف مستقيلاً اذا انقطع عن وظيفته مدة تزيد على عشرة ايام بدون عذر مشروع"، والتي جاء فيها؛ "ذلك ان المدعي يطعن بالأمر المرقم (٧٤٥) في ١٨/ ٤/ ٢٠١٢ المتضمن اعتباره مستقيلاً من الوظيفة لانقطاعه عن الدوام الرسمي مدة تزيد على (١٠) عشرة أيام دون عذر مشروع للفترة من (١٥/ ٣/ ٢٠١٢ ولغاية ٢٤/ ٣/ ٢٠١٢) استناداً لاحكام الفقرة (٣) من المادة (٣٧) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ وحيث ان قرار الاستقالة الصادر بحق المدعي كان قد استند في اصداره على حكم الفقرة (٣) من المادة (٣٧) من قانون الخدمة المدنية انف الذكر والتي تنص على؛ "يعد الموظف المنقطع عن وظيفته مستقيلاً اذا زادت مدة انقطاعه على عشرة أيام ولم يبد معذرة مشروعة تبرر هذا الانقطاع"، ولمصادفة يومي؛ (٢٣ و٢٤/ ٣/ ٢٠١٣) عطلة رسمية (يومي الجمعة والسبت) بالاضافة إلى الايام التي تليها انعقاد مؤتمر القمة الامر الذي حال دون امكانية مباشرة المدعي في الوظيفة خلال تلك الفترة، وبذلك يكون العذر المشروع الذي يبرر انقطاعه عن الوظيفة قد تحقق ومن ثم يكون القرار المطعون فيه قد خالف حكم القانون الأمر الذي يقتضى التصدي له والغاؤه، وحيث ان محكمة قضاء الموظفين قد التزمت بوجهة النظر القانونية المتقدمة وقضت بالغاء الأمر المطعون فيه، لذا قرر تصديق الحكم ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق".

(١) قرار "الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة" المرقم: (٢٧٧/٣٨٠/ قضاء إداري/ ٢٠١٢) في ٢٤/ ١٠/ ٢٠١٢. وقد تم تمييز الحكم المرقم (٢٧٧) لدى "المحكمة الإتحادية العليا" بالقرار ذي الرقم: (١٦٩/ إتحادية/ تمييز/ ٢٠١٢) في ٢٩/ ١١/ ٢٠١٢.

(٢) قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢١٠/ قضاء موظفين/ تمييز / ٢٠١٣) في ٥/ ٩/ ٢٠١٣.

كذلك من القرارات القضائية الإدارية العراقية التي التي تتعلق برقابة "الملائمة" على عنصر المحل من خلال بحث القاضي الإداري فيها لعلة القانونين محلا الاستناد ومن ثم القياس ليحدث أثر قانوني متمثل بشمول الفلسطيني بقانون أعادة المفصولين السياسيين بالرغم من عدم النص على ذلك في قانون المفصولين السياسيين رقم: ٢٤ لسنة ٢٠٠٥ المعدل، لأن علة تعيين أو اعادة تعيين العراقي الذي صدر بحقه أمر تعيين من الذين اعيدوا بدعوى الفصل السياسي هي ذات العلة بالنسبة للفلسطيني الذي اعيد تعيينه بداعي شموله بالقانون وإن ثبت فيما بعد عدم سريان القانون عليه، حيث جاء في قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢٠٣/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٤)[1]، والمتضمن؛ "يعامل الفلسطيني المقيم اقامة دائمة في العراق معاملة العراقي في الحقوق والواجبات"، والذي جاء فيه؛ "اطلعت المحكمة الإدارية العليا على أوراق الدعوى وجدت ان المدعي (فلسطيني الجنسية) وقد تعين في منشأة القادسية العامة بعنوان معاون ملاحظ فني بموجب الأمر الإداري المرقم (١١١٠٨) في ١٠/ ٨/ ١٩٨٠ ونقل إلى شركة الزيوت النباتية وانقطع عن الوظيفة دون عذر مشروع بتاريخ (١٠/ ١/ ١٩٩٠) وعد مستقيلا بموجب الأمر الإداري المرقم (٣٣٧٥) في ٦/ ١٢/ ١٩٩٠، ثم اعيد إلى الخدمة مع مجموعة من الموظفين المشمولين بالفصل السياسي بموجب الامر الإداري المرقم (١٠٠٤) في ٢٩/ ١١/ ٢٠٠٤ وقد ورد اسمه في التسلسل (٢٥) وبعنوان (ملاحظ فني أقدم) ثم انهت الدائرة خدماته بالامر الإداري المرقم (٥٣) في ١٤/ ١/ ٢٠١٣ والذي جاء تنفيذاً لكتاب وزارة الصناعة والمعادن المرقم (٦٩٨٤٠) في ٣١/ ١٢/ ٢٠١٢ لعدم شمول الفلسطيني بقانون أعادة المفصولين السياسيين، لاحظت المحكمة الإدارية العليا بأن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٢٠٢) في ١٢/ ٩/ ٢٠٠١ قضى بأن يعامل الفلسطيني المقيم اقامة دائمة في العراق معاملة العراقي في جميع الحقوق والواجبات، باستثناء الحق في الحصول على الجنسية، وحيث ان البند (اولاً) من قرار مجلس الوزراء رقم (١٧٤) لسنة ٢٠١٠ نص على (تعيين أو أعادة تعيين الموظفين الذين صدرت بحقهم أوامر تعيين من الذين اعيدوا بدعوى الفصل السياسي، مع عدم منحهم امتيازات أو حقوق الفصل السياسي، اذا لم يثبت شمولهم بالفصل السياسي)، وحيث أن علة تعيين أو اعادة تعيين العراقي الذي صدر بحقه أمر تعيين من الذين اعيدوا بدعوى الفصل السياسي، وثبت عدم شموله بالفصل السياسي هي ذات العلة بالنسبة للفلسطيني الذي اعيد تعيينه بداعي شموله بقانون أعادة المفصولين السياسيين وثبت فيما بعد عدم سريان القانون عليه، مما يعني سريان قرار مجلس الوزراء المذكور انفاً عليه وعدم انهاء خدماته، وحيث أن محكمة قضاء الموظفين لم تراع ما تقدم حين حكمت في الدعوى لذا كان حكمها غير صحيح، قررت المحكمة الإدارية العليا نقض الحكم المميز وإعادة الإضبارة إلى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها على وفق ما تقدم وإصدار الحكم في ضوئه... وصد القرار بالاتفاق".

(١) قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢٠٣/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٤) في ١٩/ ٣/ ٢٠١٥.

II.ج. المطلب الثالث

السياسة القضائية الإدارية وعنصر الغاية في القرار ضمن رقابة الملائمة

إن القاعدة العامة التي تحكم عمل الإدارة (وكذلك القضاء) هي إنها ليست حرة في اختيار الهدف أو الغاية من تصرفاتها، بل عليها أن تلتزم بالغرض الذي رسمه المشرع لكل اختصاص يضعه بين يديها، فإذا جاوزت هذا الهدف إلى غيره ولو كانت حسنة النية في ذلك أصبحت قراراتها مشوبة بعيب الانحراف، إذ لا حرية في تحديد الغرض كقاعدة عامة، كما أن المشرع قد يحدد في بعض الحالات وجوب تحقق غاية معينة بالذات، ففي هذه الحالة يكون على الجهة مصدرة القرار وجوب التقيد بالهدف الذي عينه المشرع في إصدارها للقرارات، وهذا ما اصطلح على تسمية بقاعدة "تخصيص الأهداف"، فإذا أصدرت الإدارة قرارها في هذا الشأن مستهدفاً غرضاً عاماً ولكن يغاير الهدف الخاص الذي تباشره الإدارة كان قرارها معيباً بعيب الانحراف بالسلطة وبالتالي جديراً بالإلغاء[١]. إن رقابة الملاءمة تعد الحاجز الذي يمنع انحراف الإدارة في ممارسة سلطتها وإخلالها في التوازن، فالملاءمة هي الوسيلة الفعالة لحماية المشروعية من تعسف الإدارة[٢].

وللحديث عن موضوعنا سنقسمه إلى فرعين، يكون أولهما للحديث عن رقابة الملائمة على عنصر الغاية وتحديد نطاقها، أما ثانيهما فللحديث عن ملامح السياسة القضائية الإدارية العراقية من خلال التطبيقات القضائية لعنصر الغاية، وكما هو أتٍ:

II.ج.١. الفرع الأول

رقابة الملائمة على عنصر الغاية وتحديد نطاقها

قد دأبت أحكام "مجلس الدولة" الفرنسي على تقرير أن الانحراف بالسلطة هو بمثابة انحراف عن الغاية من القرار الإداري، كما ذهبت "المحكمة الإدارية العليا" المصرية في الطعن رقم: (٧٩٧ لسنة ٣١ ق جلسة ٢٦/ ٥/ ١٩٩٠ السنة ٣٥) إلى أن؛ "عيب إساءة استعمال السلطة الذي يبرر إلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه يجب أن يشوب الغاية منه ذاتها بأن تكون جهة الإدارة قد تنكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغياها القرار، أو

(١) د. علي عبد الفتاح محمد، مصدر سابق، ص١٠٨-١٠٩.
(٢) انسام علي عبدالله أحمد الصانع، "التوازن بين سلطات الضبط الإداري والحريات العامة في ظل الظروف الإستثنائية - دراسة مقارنة"، (اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٢١)، ص٢٤٤.

أن تكون قد أصدرت القرار بباعث لا يمت لتلك المصلحة بصلة"[١]. فيقصد بركن الغاية أنه؛ "النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها من وراء اتخاذ قرار"، ومن ثم فان لكل عمل إداري اهداف تسري إلى تحقيق غاية معينة أو غرض معين يكون نتيجته النهائية[٢].

إن غاية القرار تعد شرطاً جوهرياً في كل الأعمال الصادرة عن الجهة مصدرته سوآء أكانت الظروف عادية أم طارئة، وأي عمل تتخذه الجهة مصدرة القرار يجب أن يقصد به الحفاظ على النظام العام وضمان السير المنتظم للمرافق العامة، وألا تكون الغاية منه الوصول إلى أغراض شخصية، كما ويجب أن تهدف الجهة مصدرة القرار بقرارها إلى دفع هذه الظروف المهددة النظام العام وانتظام سير المرافق العامة، فالجهة مصدرة القرار عند مخالفتها للهدف أو الغاية التي تكون قد خالفت ركناً أساسياً من أركان قرارها، وإن سمح بتجاوز الجهة مصدرة القرار لبعض من أركان القرار الإداري في حالة الضرورة، فلا ينبغي أن تخالف ركن أو عنصر الغاية، لا بل أن السبب الذي سمح للجهة مصدرة القرار بتجاوز الأركان الأخرى للقرار هو تحقيق غاية ذلك القرار[٣]. ولهذا فإنه إذا كان حماية مبدأ "المشروعية" من اولويات رقابة القضاء على اعمال الجهة مصدرة القرار لضمان حقوق وحريات الافراد، فإنه لا إشكال في ان يتأكد القاضي الإداري من صحة القرارات الصادرة عن الجهة مصدرة القرار وملائمة قراراها للغرض ذاته[٤].

إن رقابة القضاء الإداري على ركن أو عنصر الغاية يختلف عن رقابة القضاء على باقي عناصر القرار المتمثلة بعناصر الاختصاص والشكل والإجراءات والسبب والمحل، كون الرقابة على عنصر الغاية تمتد إلى البواعث النفسية أو النوايا الداخلية فإن كانت رقابة صعبة على القاضي الإداري فإنها في نفس الوقت تعطيه مدى واسعاً، وفي ذلك تقول "المحكمة الإدارية العليا" المصرية في قرارها المؤرخ (١٥/ ٢/ ١٩٧٨): "بأن الإدارة إذا عرضت على الموظف اعتزال الخدمة ولوحت بتطبيق القانون... في شأنه، يكون مسلكها مشروعاً إذا تبين للمحكمة فيما بعد أن الموظف غير صالح، ويكون مسلكها غير مشروع إذا تبين لها أنه صالح ومع ذلك حملته على اعتزال الخدمة بالتهديد والانحراف بها باستعمال أداة قانونية غير ما شرعت له"، ويلاحظ على الحكم أعلاه أن المحكمة تعرضت للبواعث لدى الإدارة ومارست عليها رقابتها، فبحثت مدى توافق غاية القرار مع الغاية المرسومة في القانون، ومن الجدير بالذكر أن عيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة يتعلق بالأمور الشخصية الداخلية المتصلة بنفسية مصدر القرار، لذلك فإن إثبات هذا العيب من الأمور الصعبة، لذلك فإن

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، *الانحراف بالسلطة كسبب لالغاء القرار الإداري*، (مصر: المركز القومي للاصدارات القانونية، ٢٠١٠)، ص٩١.
(٢) د. حمد منشد عناد، مصدر سابق، ص٢٤٢.
(٣) حيدر أحمد الفتلاوي، مصدر سابق، ص١٣٨.
(٤) د. حمد منشد عناد، المصدر السابق، ص٢٣٦.

المستقر عليه اعتبار هذا العيب من العيوب الاحتياطية التي لا يلجأ إليه إلا إذا لم يكن بالقرار وجه آخر من أوجه الإلغاء الأخرى(١).

هذا وإنه هناك ارتباط بين رقابة "التناسب" وانحراف السلطة، وذلك لأن الرقابة على عيب الانحراف دليل على الخروج عن الحدود الخارجية للصلاحيات التقديرية للجهة مصدرة القرار، والتي تتمثل في المصلحة العامة التي يجب أن لا تتعدى حدودها في تحقيق هذه الغاية، ولأن رقابة "التناسب" في الأصل تقوم على اساس التحقق من توافق السبب مع المحل كذلك خضوع ركن الغاية الذي اتفق غالبية الفقهاء والقضاء على وجوده مع السلطة التقديرية وبالتالي اصبح كل من السبب والمحل وجانب من الغاية لا يخضع لرقابة القضاء الا في حالة عدم التناسب الظاهر بين السبب والمحل في جانب مخالفة هدف المصلحة العامة، فإن رقابة "التناسب" تقوم على رفض القرارات التي يشوبها عدم التناسب الظاهر (الذي هو رقابة ملائمة) والتي تعتبر عيب من عيوب الانحراف، وفي هذا الخصوص قال الدكتور سليمان محمد الطماوي؛ "أن السبيل الوحيد للطعن في القرار المشوب بعدم تناسب ساطع هو عن طريق اثبات الانحراف باعتبار أن الإدارة قد خرجت عن الحدود الخارجية للسلطة التقديرية"، فخروج الجهة مصدرة القرار عن حدود سلطتها أو اختصاصها التقديري هو دليل على وقوعها في عيب الانحراف، وما يؤيد هذا الاتجاه قرارات "المحكمة الإدارية العليا" في مصر حيث ذكرت في قرارها في القضية المرقمة؛ (٦٧٢ لسنة ١٦ ق في ٨/ ١٢/ ١٩٧٣)؛ "... وهذا الحكم غير صحيح ذلك أنه وان كانت المخالفات الثابتة في حق المدعي لا تقف عند حد الاهمال بل يتعداه فإن من الأمور المستقرة أن اهمال العامل في المحافظة على عهدته وعدم مراعاته الدقة والحذر في المسائل المالية يعد اخلالاً بالتزاماته الجوهرية وبمقتضيات واجبه الوظيفي يجيز مجازاته بأقصى الجزاءات، ومن ثم فإنه لا يكون ثمة عدم تناسب أو غلو بين ما ثبت في حق المدعي وبين الجزاء الذي وقعته الشركة..."(٢).

ومن التطبيقات القضائية الإدارية الفرنسية قرار "مجلس الدولة" الفرنسي المتعلق بإلغاء القرار البلدي لمدينة "ليون" المؤرخ في ١٩٧١ والمتضمن منع الباعة الجائلين من البيع في غير اليوم المخصص للسوق الأسبوعي، إلا أن "المحكمة الإدارية" بمدينة "ليون" رأت (وأيدها مجلس الدولة) أنه لا يوجد بأوراق الدعوى ما يثبت صحة ادعاء العمدة والتي مفادها احتياجات المرور، كما استشفت "المحكمة الإدارية" من ظروف الدعوى أن الهدف الحقيقي من قرار العمدة هنا هو مجرد حماية مصالح تجار المنطقة، وبالتالي فالقرار يعتبر مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة، مما يكون جديرا بالإلغاء، والحكم على البلدية بدفع تعويض لصالح المدعي، ونجد أيضا حكمه بإلغاء قرار المحافظ برفض الاعتراف بشرعية إقامة السيدة

(١) ينظر: جاد الله جزاع مسند الشراري، مصدر سابق، ص١٢٤ وما بعدها.
(٢) نكتل ابراهيم عبد الرحمن الطائي، مصدر سابق، ص٨٩.

"Montcho " في فرنسا والزامها بمغادرة البلاد، حيث رفعت تلك السيدة دعوى انحراف بالسلطة ضد قرار المحافظ مطالبته بإلغائه، وقد قضى "مجلس الدولة" بإلغاءه استنادا على أن زوج الطاعنة فرنسي الجنسية ومقيم مع زوجته في فرنسا، وهو الوصي الشرعي على أطفالها القصر(١).

هذا ويُرجع في تحديد الغاية من القرار إلى نية مصدر القرار، وإلى ما اتجه إليه تفكيره قبل اتخاذ القرار من غايات وأهداف، فلا يعتبر القرار سليماً إلا إذا ما توافرت فيه الشروط اللازمة، وإن ركن الغاية يقابله وجه الطعن بالانحراف في استعمال السلطة، ويجب أن تكون النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها في ركن الغاية وهي الحفاظ على النظام العام وضمان السير المنتظم للمرافق العامة، وإن القاضي الإداري في إطار رقابته على ركن الغاية يتأكد من أن رجل الإدارة عند قيامه بإصدار القرار لم يقصد ما يلي(٢)؛

١- استهداف مصلحة بعيدة عن المصلحة العامة؛ أي أن القرار الإداري يجب تقيده بهدف تحقيق المصلحة العامة، فإذا كانت الغاية منه منافية للمصلحة العامة كان غير مشروع، كأن يهدف مصدر القرار إلى تحقيق غرض خاص إلى جانب تحقيق المصلحة العامة.
٢- الخروج على مبدأ تخصيص الأهداف؛ أي أن عيب الانحراف يتحقق حتى ولو كان مصدر القرار يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، طالما أن هذه المصلحة ليست هي التي قصدها المشرع بالذات.
٣- تحوير الأصول أو ما يسمى بالانحراف بالإجراءات؛ ويتحقق ذلك عند لجوء الجهة مصدرة القرار إلى استعمال بعض الإجراءات مكان إجراءات أخرى كان يجب عليها سلوكها، وذلك للوصول إلى الغرض الذي تريد تحقيقه، ومثال ذلك عندما تلجأ الإدارة إلى إجراءات الاستيلاء المؤقت بدلاً من إجراءات نزع الملكية الواجب اتباعها، وذلك كي تستولي نهائيا على العقار للمنفعة العامة.

فالرقابة القضائية الإدارية على عنصر الغاية هي ما بين رقابة "المشروعية" التي تتحقق أهدافها في تحقيق العدالة إذا ما كان هناك تخصيص أهداف أو لا تتحقق جلها إذا ما تعلق الأمر بتحقيق المصلحة العامة، فمصطلح المصلحة العامة هو مصطلح مرن ليس له محددات دقيقة، وهنا يبرز دور رقابة "الملائمة" وهي النوع الرقابي القضائي الإداري على عنصر الغاية في القرار، وما ذهبنا إليه كحد فاصل ملاحظ من الواقع العملي، فمصطلح "المصلحة العامة" هو مصطلح مرن لا تصلح معه الا الرقابة العملية المرنة والتي هي رقابة "ملائمة" وذلك لتحقيق أهم أهداف القضاء الإداري ألا وهو تحقيق العدالة.

(١) المهدي خالدي، مصدر سابق، ص٣٤١-٣٤٢.
(٢) حيدر أحمد الفتلاوي، مصدر سابق، ص١٣٣-١٣٤.

II.ج.٢. الفرع الثاني

ملامح السياسة القضائية الإدارية العراقية من خلال التطبيقات القضائية

من القرارات القضائية الإدارية العراقية بخصوص تطبيقات عنصر الغاية في القرار هو قرار "الهيئة العامة في مجلس الدولة" المرقم: (٣١٠/ انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٩)[١]، المتضمن؛ "فرض العقوبة الانضباطية على الموظف يقتضي أن تتم وفقا لجسامة الفعل والضرر الناتج عنها وبخلافه تكون الإدارة متعسفة في استخدام سلطتها الإدارية اذا لم يكن الفعل المنسوب إلى الموظف قد اضر بالمرفق العام". حيث تضمن القرار القضائي إيراد شرط لمنع تحقق الضرر بالمدعي مفاده اجراء تناسب موازنة ما بين جسامة الفعل والضرر الناتج عنه من قبل المدعي، وإذا غاب التناسب هنا كنا أمام تعسف الجهة مصدرة القرار، وإن ربط حصول التعسف من عدمه بإجراء التناسب الذي هو ضمن رقابة "الملائمة" دليل على بحث القاضي الإداري في "الهيئة العامة لمجلس الدولة" لغاية القرار من خلال رقابة "الملائمة" وليس المشروعية.

ومن القرارات القضائية الإدارية العراقية بذات الخصوص ولما بعد صدور قانون التعديل الخامس رقم: ١٧ لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس الدولة رقم: ٦٥ لسنة ١٩٧٩ هو قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٩٣٨/ قضاء الموظفين/ تمييز/ ٢٠١٥)[٢]، والمتضمن؛ "لا يجوز نقل الموظف من مكان عمله لأخر الا لمقتضيات المصلحة العامة"، والذي جاء فيه؛ "ولدى نظر الدعوى من محكمة قضاء الموظفين فقد اصدرت قرارها برد الدعوى باعتبار ان الإدارة غير ملزمة بإعادة المدعي إلى مكانه السابق لكون النقل سلطة تقديرية للإدارة ولها توزيع موظفيها حسب الحاجة، كما لاحظت المحكمة (المحكمة الإدارية العليا) ان المدعي خريج معهد الطيران المدني وان طبيعة عمله في الشركة فني طائرات وقد جرى نقله إلى مكان آخر لا يدخل ضمن اختصاصه، وحيث ان نقل الموظف الذي يقع ضمن السلطة التقديرية للإدارة في تسيير المرافق العام هو ذلك الذي تقتضيه المصلحة العامة ولا يلحق ضرراً بالموظف والا فأنه يكون بمثابة عقوبة مقنعة تشير إلى تعسف الإدارة في استعمال سلطتها وان يكون النقل وفقا لأحكام المادة (٣٦) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ التي قضت بأن لا ينقل الموظف من محل وظيفته الا لمقتضى المصلحة العامة وحيث ان نقل المدعي يحمل في طياته تعسف الإدارة في استخدام هذا الحق، وحيث أن محكمة قضاء الموظفين لم تراع وجهة النظر القانونية المتقدمة مما يجعل من الحكم المميز قد جانب الصواب وحيث ان موضوع الدعوى صالح للفصل فيه، لذا قررت المحكمة الإدارية العليا الغاء الامر الإداري المرقم (١٦٥٠ في ٦/ ٢/ ٢٠١٤) الصادر بنقل (المميز) المدعي

(١) قرار "الهيئة العامة في مجلس الدولة" المرقم: (٣١٠/ انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٩) في ١٦/ ٩/ ٢٠٠٩.
(٢) قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٩٣٨/ قضاء الموظفين/ تمييز/ ٢٠١٥) في ٢٤/ ٨/ ٢٠١٧.
وفي ذات السياق ينظر: قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢٦٤١/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٧) في ٢٨/ ٢/ ٢٠١٩، المتضمن؛ "تعد الإدارة متعسفة اذا حجبت مخصصات الموظف كإجراء عقابي بحقه".

واعادته إلى دائرته وتحميل المميز عليه المصاريف وصدر القرار بالاتفاق استنادا إلى حكم المادتين (١٦٦) و (٢١٤) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ في ١٠/ ذي القعدة/ ١٤٣٨ هـ، الموافق ٢٤/ ٨/ ٢٠١٧م. حيث تم بحث ملائمة قرار الإدارة بخصوص طبيعة عمل المدعي وما يتناسب معها من خلال شهادته ومؤهلاته وإن نقل الموظف الذي يقع ضمن الاختصاص أو السلطة التقديرية للإدارة لغرض تسيير المرافق العام هو ذلك النقل الذي تقتضيه المصلحة العامة ولا يلحق ضرراً بالموظف والا فأنه يكون بمثابة عقوبة مقنعة وإن العقوبات المقنعة فيها دلالة أو تشير إلى تعسف الإدارة في استعمال سلطتها، ففي هذا القرار تم البحث في ملائمة سوآء التي أجرتها الإدارة أم التي لم يراعيها القاضي الإداري في محكمة "قضاء الموظفين" وإنه من خلال بحث الملائمة توصل القاضي الإداري في "المحكمة الإدارية العليا" من اثبات وجود انحراف في غاية القرار وما أشار إليه بتعسف الإدارة.

ومن القرارات القضائية الإدارية في الشأن ذاته والتي تعد حديثة نسبياً قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢٢٩٥/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠٢٣)[١]، والمتضمن؛ "ان قرار نقل الموظف في اثناء تمتعه بالإجازة الدراسية يجعله مشوباً بالتعسف في استعمال السلطة". وذلك كون من غايات النقل إنجاز العمل لتحقيق المصلحة العامة وإن المجاز دراسياً لن يلتحق بالوظيفة مباشرة بعد نقله لتمتعه بإجازة وبالتالي لن يؤدي العمل الذي كان غاية قرار نقله فنكون هنا أمام تحقق غاية شخصية غير التي تحقق المصلحة العامة، فبالرغم من عدم نص القانون على ذلك إلا أن روحه تشير إليه، وإن ذلك القرار القضائي وإن لم يستند على نص في إجراء رقابته إلا أنه استند إلى روح القانون من خلال إعمال رقابة "الملائمة" والتي حقق من خلالها أهم أهداف القضاء المباشرة والمتمثلة بتحقيق العدالة.

وفي تطبيق قضائي حديث جداً نجد أن القاضي الإداري في "المحكمة الإدارية العليا" بحث تحقق وجود الانحراف من عدمه في قرار الإدارة فرد حكم محكمة "قضاء الموظفين" الذي لم يلاحظ ذلك، حيث جاء في قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢٦٢٨/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠٢٣)[٢]، المتضمن؛ "لا يصح تخفيض العقوبة المفروضة بحق الموظف المخالف اذا كانت تتناسب مع المخالفة المرتكبة". والذي جاء فيه؛ "وحيث أن المخالفة المنسوبة للمعترض ثابتة بحقه وقد صدر القرار المعترض عليه من المختص قانونا بإصداره دون أية شائبة من انحراف بالسلطة أو إساءة استعمالها أو عدم التناسب، حيث أن محكمة قضاء الموظفين اصدرت قرارها المميز دون ملاحظة ما تقدم، مما يجعل من الحكم المميز قد جانب الصواب، لذا تقرر نقضه واعادة الدعوى إلى المحكمة المذكورة للسير فيه وإصدار القرار في ضوء ما تقدم... وصدر القرار بالاتفاق".

(١) قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢٢٩٥/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠٢٣) في ٣/ ٩/ ٢٠٢٣.
(٢) قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢٦٢٨/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠٢٣) في ٢٠/ ٩/ ٢٠٢٣.

الخاتمة

في ختام بحثنا توصلنا إلى العديد من الاستنتاجات نورد أهمها وندون بعد ذلك بعض التوصيات، وكما هو أتٍ:

أولاً: الاستنتاجات:

١. إن أهمية السياسة القضائية الإدارية تأتي كونها أضحت ضرورة تفرضها طبيعة العمل القضائي وتقتضيها طبيعة النصوص التشريعية والعملية القضائية بعد أن أصبح النقص في التشريع أمراً مسلماً به، فدورها لا يكاد يقل في أهميته وأثره عن دور التشريع نفسه.

٢. لا يقتصر دور القاضي الإداري على مجرد تطبيق القانون على المنازعات المعروضة أمام محاكمه، فدوره زيادة على ذلك يمتد إلى إيجاد قواعد قانونية متفقة وطبيعة تلك المنازعات الإدارية إذا ما غابت القاعدة القانونية واجبة التطبيق على تلك المنازعات أو بوجودها الذي يكتنفه الغموض أو القصور وحتى بوجودها ووضوحها إلا أنها لم تعد تتلائم وطبيعة تلك المنازعة الإدارية بسبب ما طرئ من تطور وتغيير وأن الحكم بها أمسى بقبيل نكران العدالة.

٣. قد يكون الحل القضائي الذي يضعه القاضي الإداري من اجتهاده المطلق لا يستند في وضعه إلى مصادر محددة، بل يعتمد في استنباطه على الأسس العامة التي يستقر عليها النظام السياسي والقانوني للدولة، أو بتعبير آخر؛ يستمده من جوهر القانون المتمثل بالقانون الطبيعي ومبادئ العدالة.

٤. كل تقدم أو تطور حدث وسيحدث في المجال القضاء الإداري يكون مرده ومستنده للسياسة القضائية الإدارية المُحكمة، فربما يتم تبني أحكام قضائية إدارية جديدة والعدول عن الأحكام القضائية التي لم تعد تواكب التطورات والتغيرات الحاصلة، ومن ثم تطويع النصوص والقواعد القانونية في استعمالاتها الجديدة التي تكون أكثر اتفاقاً مع العدالة واحقاقها.

٥. عدم كفاية رقابة المشروعية لمواجهة الاتساع غير المحدود لسلطات الجهات مصدرة القرار وامتيازاتها الواسعة، لذا عدت رقابة الملائمة على تلك الأعمال ضرورة حتمية لاعادة التوازن بين حقوق الافراد وحرياتهم من جهة، وبين الجهة مصدرة القرار من جهة ثانية.

٦. إن القول بأن عنصري الاختصاص وكذلك الشكل والإجراءات من النظام العام وأنه لا يمكن تخطيهما لا يستقيم على إطلاقه في الأحكام والقرارات القضائية الإدارية وأنه قول يخالف ما عليه الواقع العملي.

٧. هناك سياسة قضائية إدارية عراقية لا يمكن إغفالها أو تبديد أهميتها في بعض القضايا دون بعض وإن كانت ليست بمستوى الطموح الذي ألت إليه الأنظمة القضائية في دول القضاء المقارن.

ثانياً: المقترحات:

دعوة قضاة المحاكم القضائية الإدارية عموماً وفي مجلس الدولة العراقي (المستشارين والمستشارين المساعدين) خصوصاً للأخذ بالنظريات الرقابية المتطورة سوآء بإعمال غير المفعل منها أم بتوسيع نطاق ما مفعل منها استناداً إلى طبيعة تلك المنازعات وروح القانون لتحقيق العدالة ومنع إنكارها.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب:

١- حيدر أحمد الفتلاوي، *الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في حالة الضرورة*، لبنان: زين الحقوقية، د.ت.

٢- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، *الانحراف بالسلطة كسبب لالغاء القرار الإداري*، مصر: المركز القومي للاصدارات القانونية، ٢٠١٠.

٣- د. علي عبد الفتاح محمد، *الوجيز في القضاء الإداري*، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.

٤- د. ماجد راغب الحلو، *القضاء الإداري*، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٥.

ثانياً: الرسائل والاطاريح الجامعية:

١- انسام علي عبدالله أحمد الصانع، "التوازن بين سلطات الضبط الإداري والحريات العامة في ظل الظروف الإستثنائية - دراسة مقارنة"، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٢١.

٢- جاد الله جزاع مسند الشراري، "رقابة المشروعية والملائمة على القرارات الإدارية في النظام السعودي - دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، ٢٠١٧.

٣- صالح ابراهيم أحمد المتيوتي، "رقابة القضاء على مخالفة القانون في القرار الإداري"، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٠.

٤- عمار حسين علي الموسوي، "دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية في العراق"، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٩.

٥- محمد مضر يحيى البزاز، "رقابة القضاء الإداري على المشروعية الخارجية للقرار الانضباطي - دراسة مقارنة"، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٢٣.
٦- المهدي خالدي، "الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية"، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، بن يوسف بن خدة، ٢٠١٧/ ٢٠١٨.
٧- نكتل ابراهيم عبد الرحمن الطائي، "التناسب في القرار الإداري"، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٤.

ثالثاً: البحوث والدراسات القانونية:

١- اعطار نسيمة، "مبدأ التناسب في القرارات الإدارية"، *بحث منشور في مجلة التراث في جامعة الجلفة*، العدد ١٦، (٢٠١٤): د.ت.
٢- د. حمد منشد عناد، "القضاء الإداري في العراق بين رقابة المشروعية ورقابة الملائمة - دراسة مقارنة"، *بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية*، العدد ٢، مجلد ١٢، كانون الأول، (٢٠٢١).
٣- م. م. زينة سمير هاشم، "التناسب في اتخاذ القرارات الإدارية في ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار - دراسة مقارنة"، *بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة*، العدد ٩، المجلد١، (٢٠٢٣).

رابعاً: التشريعات الوطنية:

١- قانون التعديل الثاني رقم: ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لقانون "مجلس الدولة" المرقم؛ ٦٥ لسنة ١٩٧٩.
٢- قانون التعديل الخامس رقم: ١٧ لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس الدولة رقم: ٦٥ لسنة ١٩٧٩.

خامساً: القرارات والأحكام القضائية الإدارية العراقية:

١- قرار "الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة" المرقم: (٨٣/ تمييز/ ١٩٩٠).
٢- حكم "مجلس الانضباط العام" المرقم: ١٧٨/ ١٩٩٥، رقم الإضبارة؛ ٢٢/١٥ في ١٦/ ٩/ ١٩٩٥ (غير منشور).
٣- حكم "مجلس الانضباط العام" المرقم: ٣١/ انضباط/ ١٩٩٦، رقم الإضبارة؛ ٣٥/١٦ في ٤/ ١/ ١٩٩٦ (غير منشور).
٤- قرار "الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة" المرقم: (١٦٥/ انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٠) في ١٨/ ٨/ ٢٠٠٢.

٥- قرار "الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة" المرقم: (٢١٦/ ١٩٦/ انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٨) في ١٨/ ٩/ ٢٠٠٨.
٦- قرار "الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة" المرقم: (٢٩٨/ انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٩) في ٢٦/ ٨/ ٢٠٠٩.
٧- قرار "الهيئة العامة لمجلس الدولة" المرقم: (٣١٠/ انضباط/ تمييز/ ٢٠٠٩) في ١٦/ ٩/ ٢٠٠٩.
٨- قرار "الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة" المرقم: (٣٨٠/٢٧٧/ قضاء إداري/ ٢٠١٢) في ٢٤/ ١٠/ ٢٠١٢.
٩- قرار "الهيئة العامة لمجلس الدولة" المرقم: (٦٢٩/ انضباط/ تمييز/ ٢٠١٢) في ٦/ ١٢/ ٢٠١٢.
١٠- قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢١٠/ قضاء موظفين/ تمييز / ٢٠١٣) في ٥/ ٩/ ٢٠١٣.
١١- قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢٠٣/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٤) في ١٩/ ٣/ ٢٠١٥.
١٢- قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (١٥٢/ قضاء الموظفين/ تمييز/ ٢٠١٧) في ٢٣/ ٣/ ٢٠١٧.
١٣- قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٩٣٨/ قضاء الموظفين/ تمييز/ ٢٠١٥) في ٢٤/ ٨/ ٢٠١٧.
١٤- قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢٦٤١/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٧) في ٢٨/ ٢/ ٢٠١٩.
١٥- قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢٦٦/ قضاء إداري/ تمييز/ ٢٠١٧) في ٢٠/ ٣/ ٢٠١٩.
١٦- قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (١٥٤١/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٨) في ٢٣/ ٣/ ٢٠٢٠.
١٧- قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٥٨٤/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠١٨) في ١٢/ ٨/ ٢٠٢٠.
١٨- قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (١٤١٧/ قضاء إداري/ تمييز/ ٢٠٢٠) في ١٤/ ١٠/ ٢٠٢٠.
١٩- قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٥٨٨/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠٢١) في ٨/ ٦/ ٢٠٢٢.
٢٠- قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢٢٩٥/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠٢٣) في ٣/ ٩/ ٢٠٢٣.

٢١- قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٢٦٢٨/ قضاء موظفين/ تمييز/ ٢٠٢٣) في ٢٠/ ٩/ ٢٠٢٣.

سادساً: القرارات الدستورية:

١- قرار "المحكمة الإتحادية العليا" المرقم: (١٦٩/ إتحادية/ تمييز/ ٢٠١٢) في ٢٩/ ١١/ ٢٠١٢.

سابعاً: الأحكام والقرارات القضائية المصرية:

١-قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٦٧٢ لسنة ١٦ ق في ٨/ ١٢/ ١٩٧٣).
٢-قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (١٥٣٨ لسنة ١٩٨١).
٣-قرار "المحكمة الإدارية العليا" المرقم: (٧٩٧ لسنة ٣١ ق جلسة ٢٦/ ٥/ ١٩٩٠ السنة ٣٥).