الرقابة القضائية على الخطأ الظاهر في التقدير

دراسة تحليلية

زانا رؤوف حمه كريم[1] و ئاسۆ حمەشين عبدالكريم[2]

[1] قسم القانون، كلية القانون والسياسة، جامعة التنمية البشرية، السليمانية، اقليم كوردستان، العراق
[2] قسم القانون، كلية القانون، جامعة جيهان-السليمانية، السليمانية، اقليم كوردستان، العراق

المستخلص- تنضوي هذه الدراسة البحث عن إحدى النظريات المستحدثة على مبدأ التناسب، ألا وهي نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، التي يكون نطاق دراستها عن ماهية هذه النظرية و بروزها في بداية نشأتها، لأنَّ رقابة القاضي الإداري التقليدي كانت عبارة عن رقابة المشروعية و رقابة الوجود الوقائع وتكييفه، ولكنَّه تفادياً لذلك ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، الذي أسندت هذه الفكرة إلى السلطة التقديرية للإدارة ومنها إلى مبدأ التناسب، وبتطبيق هذه النظرية حقاً أصبح مجلس الدولة الفرنسي يستطيع التدخل في كافة المجالات التي يصعب عليه التدخل فيها سابقاً، أي في مجال رقابته على السلطة التقديرية للإدارة العامة، وذلك لتحقيق أكبر قدر من الضمان والفاعلية لحقوق الأفراد وحرياتهم من جهة، ومن جهة أخرى ضمان حقوق الإدارة وحريتها في تقدير وتقييم ملاءمة أعمالها، وفي السياق ذاته تطرقت الدراسة إلى أهم التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي، ومن ثم بيان موقف القضاء المصري والعراقي منه على حد سواء.

الكلمات الدالة- نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، القضاء الإداري، مبدأ التناسب، السلطة التقديرية للإدارة، مبدأ الملاءمة.

المقدمة

ليس الأمر غريباً على القاضي الإداري أن يظهر من خلال قراراته وأحكامه القضائية مبدعاً ومبتكراً للنظريات والأدوات الرقابية الحديثة خلال قيامه بفصل دابر الخصومة والنزاع، وفقاً للسياح القانوني بذلك، أو في حالة إنعدام نص قانوني بعينه، لأنَّ الوظيفة الأصلية المناطة على عاتقه هو الإبداع والإبتكار، لأنَّ أمامه مخزوناً ورصيداً من الإبداع وإنشاء الأحكام، لكونه القاضي المنشئ والمبتكر، وهذا بخلاف سائر القضاة في المحاكم الأخرى كالمدني والجنائي والتجاري، ويعود فضل ذلك إلى أنَّ القضاء الإداري بطبيعته حديث النشأة هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى أنَّ القانون الإداري هو القانون غير المقنن تقنيناً كاملاً في مدونة أو متن أو متون معينة، وذلك لإتساع حيز النشاط الإداري بصورة يعجز على المشرع أن يحصره في نصوص قانونية معينة، تأسيساً على ماتقدم، فإنَّ من بين هذه الإبداعات التي تم إستحداثها وإيجادها هي نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وتحقق حالات هذه النظرية يكون في صورتين: الأولى حينما يكون هنالك إفراط في الشدة، إذ تفضي قسوة الإدارة إلى شل أو تعطيل عمل المرافق العامة كلياً أو جزئياً، وعلى سبيل المثال فلا يجوز مثلاً في القرارات التأديبية أن تتم معاقبة الموظف الذي انقطع عن عمله ليوم واحد أو يومين أن يفرض عليه عقوبة أقسى، كأن يتم فصل الموظف من الوظيفة، لأنَّ هذا سيجعل القرار التأديبي مشوباً بقسوة بالغة، وغلو صارخ في التقدير، وبالنتيجة سيجعل تصرف الإدارة في دائرة اللامشروعية، الثانية إذ تؤدي شفقة الإدارة واستهانتها بالخطأ إلى استخفاف الموظفين بأداء الواجب، وإلى عدم إحترام رؤسائهم، و سيؤدي ذلك إلى عدم الإهتمام بالضوابط والقيود القانونية والإدارية للعمل المرفقي و التهاون في أداء العمل، بناءً على ذلك لايجوز أن تتم معاقبة موظف ارتكب فعلاً مخالفاً بدرجة كبيرة من الجسامة بعقوبة خفيفة ويلازمها الإفراط في الشفقة، **وإيذاناً بالحديث عنها، سنقوم بتغطية المقدمة من خلال النقاط الآتية:**

أولاً/ موضوع البحث وأهميته: بات الحديث عن مبدأي الملاءمة والتناسب جوهراً ومغزى في نطاق الرقابة القضائية الحديثة وكذلك أمراً لايستهان بها، لأنَّه لا يوجد أحد من المختصين والباحثين يجزمون القول على أنَّ من متممات الرقابة القضائية على مبدأ الملائمة والتناسب، هي عبارة عن وسائل وأدوات فنية لتطبيقها بصورة أكثر عدالة، وأنسب لمراعاة الحقوق، وأضبط لميزان المساواة الحقيقية بين الطرفين المتنازعين أمام القضاء، وهما عبارة عن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار، فالأول يكون مدار هذه الدراسة، ومن أهمية هذه النظرية يمكن الإشارة إلى حقيقة مفادها أنَّ الإدارة في قيامها بأعمالها وتصرفاتها اليومية والمبنية على سلطتها التقديرية، أن تنجر نحو التعسف في إستعمال السلطة، أو تعمل من خلال سلطتها بإختلال موازين العدل والإنصاف نحو الجمهور أو المنتفعين بالمرافق الإدارية الضرورية، أو غيرها من المرافق الأخرى،

ثانياً/ إشكالية الدراسة: تحمل هذه الدراسة في طياتها حلولاً و معالجات قانونية وقضائية على بعض الإشكاليات المثارة بشأن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، **سنوجزها في الآتي:**

ماهي نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وماهي مكانة أو مستوى هذه النظرية في صورتها الرقابية، مع أنواع الرقابات الأخرى؟ ويمكن أن تتم إثارة إشكالية الترابط بين هذه النظرية وبين مبدأ الملاءمة والتناسب، وكذلك الإشكالية المطروحة بشأن حكم عدم مراعاة هذه النظرية من قبل الإدارة في قراراتها المتخذة في سائر الوقائع والقضايا، وماذا

مجلة جامعة التنمية البشرية
المجلد 9، العدد 3(2023)؛ عدد الصفحات (11)؛ معرف الكائن الرقمي: 10.21928/juhd.v9n3y2023.pp37-47
ورقة بحث منتظمة: أُستلم البحث في 27 آذار 2023؛ قُبل في 3 أيار 2023؛ نُشرت في 9 تموز 2023؛
البريد الإلكتروني للمؤلف: zana.rauf@uhd.edu.iq , aso.hamashin@sulicihan.edu.krd
حقوق الطبع والنشر ©2023 زانا رؤوف حمه كريم و ئاسۆ حمەشين عبدالكريم. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الإبداعي النسبية - CC BY-NC-ND 40

تكون نتيجة القرارات الصادرة التي تخالفها؟ وهل الإدارة و القضاء أخذا على عاتقها الإهتمام بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير أم لا؟، تحصيلاً لما تقدم، يتعين البحث عن الإجابة الوافية على تلك الإشكاليات المثارة قدر الإمكان.

ثالثاً/ منهجية البحث: تعتمد هذه الدراسة منهجاً تحليلياً وصفياً، تحليلياً وذلك من خلال توضيح معالم وكيفية الترابط بين السلطة التقديرية للإدارة مع مبدأ التناسب والآراء التي طرحت أو قيلت بشأن هذا المبدأ من أساسه، ومناقشة مستفيضة لكل من الآراء المتقابلة مع بيان رأي الباحثين عليها إذا استدعى الأمر ذلك، كذلك وصفياً إذ سيقوم بالإعتماد على الأوصاف والسياقات القانونية لبيان كل ما يتعلق بتفاصيل المبدأ ذاته، مع وجه الترابط بينهما.

رابعاً/ خطة البحث: تنقسم خطة البحث على المبحثين، ويتوزع كالآتي:

المبحث الأول/ مفهوم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير
المطلب الأول/ السياق النظري للخطأ الظاهر في التقدير
المطلب الثاني/ الأحكام العامة لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير
المبحث الثاني/ الأحكام التطبيقية لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير
المطلب الأول/ رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في مجالي التأديب و الوظيفة العامة
المطلب الثاني/ تطبيق رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في نطاق الضبط الإداري و إثباته

المبحث الأول
مفهوم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

في هذا المبحث سنوضح موضوع هذه الدراسة من خلال ثلاثة مطلبين، المطلب الأول يتناول السياق النظري للخطأ الظاهر في التقدير، والمطلب الثاني يتناول الأحكام العامة لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير، **سنشرح ذلك تباعاً وعلى النحو الآتي:**

المطلب الأول
السياق النظري للخطأ الظاهر في التقدير

في مجال التطور الحاصل في نطاق الرقابة القضائية على مبدأ التناسب، والتعمق الذي تشهده تلك الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة العامة بصورة واسعة و واضحة، والتي تمثل الوسائل أو الأدوات الفنية الحديثة لمباشرة القاضي الإداري رقابته على القرار الإداري، إذ تمثل إحدى تلك الأدوات الفنية المستحدثة بنظرية الخطأ الظاهر أو الغلط البين في القرار المتخذ من قبل الإدارة، ومبناها ينحصر في إتخاذ الإدارة قراراتها أو الإجراء القانوني بصددها، دون أن يشوبها تباين صارخ أو شديد يخرج تقديرها عن حدود المنطق أو المعقولية، وعليه وإيضاحاً للفكرة ذاتها فقد توزع هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، فالفرع الأول فيه ينطوي على تعريف نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وأما الفرع الثاني من المطلب، فإنَّه يخصص لإبراز سمات رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، الفرع الثالث تمييز رقابة الخطأ الظاهر عن المصطلحات المشابهة له.

الفرع الأول
تعريف نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

من منطلق الحرص التام لدى القضاء الإداري على تحقيق أعلى درجة من الفاعلية في رقابته على أعمال الإدارة، و كفالة الحقوق والحريات العامة وصيانتها، والتقيد بتحقيق التوازن المطلوب بين المصلحة العامة والخاصة على حدة، ينبغي وضع قيود معقولة على حرية الإدارة العامة لكي تمارس تلك الحرية بأفضل ما تكون، دون إنجرارها نحو التعسف في استعمال سلطتها التقديرية وتلاشيها، إذ برز أخيراً دور القضاء الإداري الفعال في استعمال أنماط مختلفة من الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، وذلك بغية تحقيق الغاية القصوى من الرقابة وهي تحقيق الصالح العام و صيانة الحريات الخاصة كل وفق ما تتطلبه مجريات العدالة، ومن هنا جاءت فكرة رقابة الخطأ الظاهر في التقدير أولاً من مجلس الدولة الفرنسي كإحدى إبتكاراته القضائية؛ وذلك سداً للثغرات الموجودة في الرقابة على مشروعية القرارات التي تصدرها الإدارة إستناداً إلى سلطتها التقديرية، ومن هنا يتعين البحث حول تعريف هذه النظرية من الناحية الفقهية والقضائية حد الإمكان، **على النحو الآتي:**

أولاً/ تعريف الخطأ الظاهر في التقدير لغة: من الحتمي أن نبين من جانبنا أنَّه من ضمن الإبداعات التي بدوره توصل إليها مجلس الدولة الفرنسي من ضمن المنظومة الرقابية التي ابتكرها واحداً تلو الأخرى، ويأتي ذلك حرصاً منه على إلتزام الإدارة بالحدود المقررة لها، و عدم تعسفها في استعمالها لسلطتها التقديرية، ومنها نظرية تسمَّى نظرية الخطأ الظاهر، وتحت مسميات عديدة ومضمون واحد، نظرية الغلط البين، أو الخطأ الساطع، أو الخطأ البارز، أو الفادح، أو الواضح، أو الجسيم، أو الخطأ الفاحش وغيرها من التسميات التي تدل على معنى و مغزى واحداً، حيث يعرف الخطأ أنَّه ضد الصواب أو الحيدة عنه، أو من أراد الصواب فذهب إلى غيره، وقد يقصد به من سلك سبيل الخطأ عمداً أو سهواً، والخاطئ من تعمد ما لاينبغي ولذا قد يأتي بمعنى الذنب، والخطأ غير الغلط، فالغلط أن تعيا بالشيْ فلا تعرف وجه الصواب، والمغالط كثير الغلط، أمَّا لفظ الظاهر فهو خلاف الباطن، ويقال ظاهر البلد أي خارجه، وظاهر الجبل أعلاه، والظاهر من العيون الجاحظة.(الفيروز آبادي، 2005، ص379).

وكذلك **لفظ الخطأ في الاصطلاح القانوني بوجه عام**، فهو إخلال بالتزام قانوني، ويتحقق الخطأ في القرارات الإدارية بصفة عامة إذا كان القرار مشوباً بعيب أو أكثر من عيوب عدم المشروعية.(الحلفاوي، 2001 ، ص25).

ثانياً/تعريف الخطأ الظاهر في الفقه الإداري: من المؤكد أنَّ الفقه الإداري لم يألُ جهداً في بيان و دراسة الخطأ الظاهر في التقدير من خلال إيراد تعاريف بشأن هذه النظرية، التي باتت جزءاً كبيراً في مجال تحقيق دور القضاء في التوازن والتوافق بين الحقوق والحريات العامة والخاصة، لذا وتأكيداً على هذه الحقيقة نستدرج مجموعة من التعاريف بشأنها ومن ثم توضيح رأينا بشأن ذلك، من المهم الإشارة إلى ذلك أنَّ بعض الفقهاء يستلهمون تعاريفهم على المعيار اللغوي، ومنهم بخلاف ذلك يعتمدون على المعيار الموضوعي لبيان هذه النظرية، **وسنشير إلى تلك التعاريف بصورة واضحة على النحو المبين أدناه:**

ومن أبرز الذين يعتمدون على المعيار اللغوي في التعريف، الفقيهان(Auby) و (Drago) إذ يعرفان الخطأ البين بأنَّه" **الخطأ الواضح والجسيم الذي يكون مرئياً حتى بالنسبة لغير المتخصصين من رجال القانون" ومنهم من يعتمد على مضمونه أو على الأمور الفنية والتخصصية في ذلك،** ومن جانب آخر فقد قام الأستاذ –ريفيرو- بتعريف الغلط البين بأنَّه: **الغلط الذي ينكر ويتعارض والمنطق السليم**" (جبر، 1993، ص212).

وفي السياق ذاته، عرف **-ديلو بادير- "خطأ صريحاً يرتكبه الخصم، ويتعرف عليه القاضي، إذ لايشك فيه عقل واع**" (mélanges Waline.1974, P 937).

كما ذهب الأستاذان **فيدل وديفولفيه (Vedel et Delvolve)** إلى تعريفه بأنه : ((**الخطأ الذي يقفز أمامنا بحيث يمكن ملاحظته بمجرد النظر إليه، ومن أول وهلة، دون حاجة إلى الاستعانة بأهل الخبرة في اكتشافه**.

وفي نطاق الفقه العربي بصورة عامة، والمصري بصورة خاصة نجد أنَّهم سموه –عدم الملاءمة الظاهرة- أو في بعض الأحيان يطلقون عليه كما يقول البعض بالغلو، علماً أنَّه بعد التدقيق و الدراسة تبين لنا بأنَّ الغلو ليس المقصود منه نظرية الخطأ الظاهر أو الساطع، بل يقصد به الإفراط في فرض العقوبات التأديبية في مجال المخالفة التأديبية، وفي جانب آخر، عرف **د.رمضان البطيخ** الخطأ الظاهر على أنَّه " الخطأ الذي يجد فيه القاضي في بحثه لملف الدعوى ولمختلف الظروف التي جرى فيها هذا التقدير، تجاوزاً لحدود المعقولية ووضوحها لدرجة البداهة. (الطحان، 2020، ص171).

بيد أنَّ **د.ثروت عبدالعال** عرف الخطأ الظاهر على أنَّه" هو الخطأ الذي يبلغ حداً من الجسامة، إذ لايتسنى للقاضي التعرف عليه، إلَّا بعد البحث الشامل للظروف المختلفة التي جرى فيها هذا التقدير (عبدالعال، 1992، ص370).

بالنظر والرجوع إلى الفقه العراقي لم نتلمس موقفاً صريحاً وبيناً من نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، من حيث إتيانهم تعريفاً لهذه النظرية، وربما يرجع ذلك الموضوع إلى عدم إهتمام الفقه والقضاء الإداري بهذه النظرية، ويوجد شح في تطبيقها بالمقارنة مع الدول الأخرى في فرنسا و مصر.

جدير بالإشارة أنَّ رقابة الخطأ الظاهر تعد وسيلة سليمة بيد القاضي الإداري أو مايسمى قاضي الإلغاء لتتجنب الإدارة من خلالها عدم الإنصاف، ولكي لاتكون إدارة غير منصفة، و وهذه الصفة تتولد من خلال نتيجة حتمية وهي عدم إلتزام الإدارة بمبدأ التناسب بين الواقعة والقرار المتخذ أساساً، لأنَّ التناسب مبدأ مرن ونسبي، لأنَّه ليس له معنى واحداً، وبالتالي لم تكن الإدارة أمام تطبيق مبدأ التناسب عن كل الوقائع والظروف المطبقة، بل يكون الأمر في الخطأ الظاهر له دلالات أخرى باعتبارها تعد نقلة نوعية في مجال رقابة القاضي الإداري بغية تقييد سلطة الإدارة التقديرية، بأن تلزم الإدارة بتطبيق المعقولية والموضوعية والحذر من الوقوع في غيابات التكييف الخاطئ للوقائع (قروف، ص406) وفي سياق ذات الصلة يمكن إعتبار هذه النظرية على أنّها من مكملات رقابة الملاءمة، والتي تعتبر من الوسائل الفنية لرقابة التناسب على القرار الإداري، أو تسمّى أدوات فنية لأنّها بحاجة إلى كشفها من قبل القاضي الإداري أو قاضي الإلغاء، لكون ذلك يدخل حيز الإختصاص القضائي الدقيق. (مصلح، 2022، ص61).

وفي سياق تعريف هذه التقنية من التقنيات الحديثة للتناسب، نجد أنَّ القضاء بصورة أو بأخرى لم يترك مجال تعريفها خالياً، بل أكد في أكثر من مرة على ضرورة بيانها وتعريفها، وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا المصري نظرية الخطأ الظاهر في التقدير بأنَّها عكس ماتقتضيه الأشياء ويمكن اكتشافه من قبل الرجل العادي، حيث نلاحظ في الوقت نفسه، أنّ المحكمة الدستورية العليا لم تستعمل من خلال قراراتها وأحكامها مفهوم هذه النظرية، بل استعملت مضمونها بالمعقولية، وفي المقابل فإنَّ محكمة التمييز القطرية أيضاً أوردت ذكر مصطلح الغلو أو عدم الملاءمة الظاهرة كتسمية منطقية لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وحري بالإشارة وفي بيان الملاحظة والتدقيق من تعبير المحكمة الإدارية العليا نرى أنَّه جانب الصواب إلى حد كبير في تعبيره لنظرية الخطأ الظاهر وتعبيره بـ عكس ما تقتضيه الأشياء، نراه عبارة مبهمة ولم يتماش مع دقة تعبير القانون، ودقة القضاء، بل من الأفضل الإعتماد على تسمية الخطأ أو الغلط البين أو الظاهر بدلاً من استعماله للتعبير السالف الذكر.

إجمالاً؛ يمكن تعريف **الخطأ الظاهر** في التقدير بأنَّه **(عيب مستحدث وبارز يشوب القرار الإداري، الذي يعتمد أساساً على وجود سلطة تقديرية للإدارة، و يضيق من نطاقها، ويمكن أن يبصره الرجل المعتاد، ومن شأن هذا العيب أن يفضي إلى إلغاء القرار الإداري بالأساس).**

الفرع الثاني
سمات نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

تستخدم عادة سمات أو خصائص نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في الحيز النظري والتطبيقي، لما فيها من الدلالات الواضحة والصريحة التي تثبت وجود الخطأ الساطع أو الظاهر في القرار الإداري. (أبودان، 2011،ص77) عدماً و وجوداً، لذلك فإنَّ أنماط تحديد تلك الخصائص تعد ضرورية في كل وقت، و ليس ذلك للإدارة العامة فحسب حين إتخاذها للقرار الإداري درءاً لعدم الوقوع في مغبة تلك الأخطاء التي تتسم بالشدة و الإفراط أو الخطأ الصارخ، بل تكون لها أهمية عملية في ساحة القضاء الإداري، لأنَّ معرفة تلك الخصائص تعد من الضروريات التي لامناص للقاضي الإداري منها و لكي يزيح عن القرار المتخذ بناءً على السلطة التقديرية للإدارة الخطأ التي تتسم بتفاوت صارخ أو غير بسيط للقرار الإداري، لأنَّ ذلك يدخل إجمالاً في مضمون ذكاء وفطنة و حدس القاضي الإداري بدقائق الأمور ومقاصدها العليا، بغية عدم إنحراف تلك السلطة التقديرية إلى هاوية لا تحمد عقباها، ألا وهي إضفاء عيب لأصل القرار المتخذ، وإحالته بذلك إلى الإلغاء او البطلان للسبب ذاته، **تأسيساً على ماتقدم، سنوجز الحديث عن هذه السمات كالآتي:**

أولاً/ سمة التباين الصارخ أو الجسيم: تتميز السمة الأولى لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير، بوجود أو تحقيق عدم التوازن أو التوافق الكامل بين عناصر التقدير في العمل القانوني العام، وهذا يعني وجود تفاوت شديد أو صارخ بين سبب القرار الإداري وبين القرار او العمل الإداري ذاته(**أبو يونس، 2000، ص118**) الذي يصدر في ظل سلطة الإدارة التقديرية، ويعني ذلك بطبيعة الحال أنَّ التفاوت إجتاز الحد المقبول والمعقول، ويتجسد ذلك في وصول الخطأ في التقدير درجة من الجسامة تفوق درجة الخطأ البسيط الذي يمكن التغاضي عنه، وخلاصة الأمر يتعين أن يتسم التفاوت بقدر من الجسامة أو الصراخة، وينبئ به عن حدود المعقول، وهو ما تأباه الفطرة السليمة، أو العقل السليم.

ثانياً/ سمة الظهور والوضوح: تتمثل هذه السمة بالظهور والوضوح، وإن كان البعض يجد في إمكانية الإستغناء عنها أمراً ممكناً، بحجة الإكتفاء بالسمة أو الخاصية الأولى ألا وهي التباين أو التفاوت الصارخ أو الجسيم، وينبغي الإشارة إلى أنَّ خاصية الظهور والوضوح تنبئ إلى ضرورة حتمية وهي أن يكون الخطأ في التقدير جلياً بيّناً، يستطيع أن يدركه بوضوح ودون عناء يذكر من قبل الأشخاص العاديين ويعني ذلك أنَّها تقاس درجتها وإدراكها بمعيار الرجل العادي-المعتاد- الذي بإمكانه إذا ما وقع تحت بصره أن يبصره بسهولة، ومن جهة مماثلة أنَّ هذه الخاصية في ماهيتها قد تساعد القاضي الإداري على اكتشاف تلك الجسامة من أول وهلة، وسرعة التوصل إلى أنَّ هناك خطأً ظاهراً في التقدير (الطنيجي، 2016، ص108).

نستخلص مما تقدم، أنَّ الخطأ الظاهر لابد له من توفر السمتين اللتين ذكرناهما حتى يغدو خطأً يتخطى حدود العادة والعقل، ويكون ضمن ما يصنف على أنَّه من الأخطاء الجسيمة أو الفاحشة، و يحكم عليه من قبل القاضي الإداري بعديم الفائدة، ويتصدى للقرار بالبطلان، علماً أنَّ الخاصية الأولى بدورها لا تكفي للحكم على هذا الخطأ بالبطلان، يجب أن يتسم هذا الخطأ بالظهور والوضوح التام من حيث إثباته من لدن القاضي الإداري المختص بسهولة ودون تعب أو مشقة تذكر.

وبمقابل ذلك كله، نرى صعوبة جمة في تحديد الخطأ الظاهر في التقدير، وإن كان الخطأ سهلاً يسيراً من الوهلة الأولى كما يقال، لكنَّ ذلك الأمر يجد من المشقة والصعوبة في ناحية التطبيق، لكونه بحاجة ماسة إلى ثقافة عالية للقاضي الإداري وتراكم من التجربة القانونية في مجال تطبيق القانون، ومن ناحية مماثلة فإنَّ تلك الرقابة القضائية التي تقتضي درجة من المعقولية أو العقلانية تنطوي على درجة عالية من الإعتبارات الشخصية والنسبية، حيث ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالشخص أو الجهة التي تقوم بها وتجريها، لربما يكون بالنسبة لشخص إلى شخص يختلف مقدار الخطأ، أو من القاضي لقاض آخر، لأنَّ ذلك يدخل نطاق التفكير المنطقي والقانوني السليم حتى يتصف بصفة الخطأ الظاهر في التقدير، وفي جانب ذي صلة بها لم يخلو هذا الخطأ من من صعوبة الإثبات القانوني، لأنَّ إثبات الواضح يعد من المعوقات الكبرى في نطاق الإثبات.

الفرع الثالث
تمييز الخطأ الظاهر عن المصطلحات المشابهة له

تفادياً لتداخل المصطلحات المشابهة أو التي توحي بالتداخل مع الخطأ الظاهر، سنوضح في هذا الفرع مجموعة من تلك المصطلحات التي تتشابه فيما بينهم، وبيان وجه الإختلاف **لكل منها على النحو الآتي:**

أولاً/ الخطأ الظاهر في التقدير والخطأ المادي: في كلا المصطلحين يتعلق الأمر بوجود الخطأ، فالخطأ الظاهر في التقدير يرتبط برقابة تقديرات فيها مبالغة او الإفراط غير المسموح به للإدارة في تكييفها للوقائع أو وزن أهميتها أثناء مباشرتها لسلطتها التقديرية، بيد أنَّ الخطأ المادي عبارة عن الخطأ الذي يلحق بالكتابة أو الصياغة، أي سقطات الكتابة أو الخطأ في الحساب والأعداد أو الرموز أو التي ترد الأعمال القانونية عموماً، مثل الخطأ في رقم الدعوى أو رقم المادة وكذلك أخطاء السهو، واغلاط القلم أو الطباعة ، إذن بالرجوع إلى أحكام المادة 167 من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969المعدل الفقرة /1 ، منها اشارت الى .. لايؤثر في صحة الحكم مايقع فيه من اخطاء مادية بحتة كتابية او حسابية وانما يجب تصحيح هذا الخطأ من قبل المحكمة بناءاً على طلب الطرفين او احدهما .. والفقرة /3 منه اشارت الى .. يدون قرار التصحيح حاشية للحكم الصادر ويسجل في سجل الاحكام ويبلغ الطرفين، لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون .. لان تصحيح الخطأ المادي جرى طبقاً لاحكام المادة 167 من قانون المرافعات المدنية .. وجعل اسم والد المدعية – بدلاً من – وتدوين ذلك حاشية في الحكم المرقم – لذا قرر تصديقه.

حيث أنَّ دعوى البطلان شرعت لمواجهة الحالات التي يفقد فيها الحكم أحد أركانه وينطوي على إنكار للعدالة، ولم تشرع كطريق طعن موضوعي يستعاد من خلاله مناقشة موضوع النزاع أو التعقيب على ما ورد بالحكم من أسباب موضوعية تندرج ضمن احتمالات الخطأ والصواب في تفسير القانون تحسب المشرع لما قد يقع في أحكام المحاكم من أخطاء مادية. (العدد / 6667 / هيئة الأحوال الشخصية / 2013 التسلسل / 6831 في 2013/8/13) .

= وفي سبيل ذلك وفي نطاق القضاء الإداري نجد المحكمة الإدارية العليا المصري قضت بأن الخطأ المادي الوارد في حكم المحكمة لا يستقيم ولا يصلح سببا قانونيا ولا سندًا للقضاء ببطلان الحكم.

وبعبارة أخرى، فهو الخطأ الذي لاينصب مضمونه على أركان أو عناصر العمل القانوني ولا يؤثر على كيانه، وبالتالي لا يترتب عليه بطلان العمل القانوني، بل من الجائز تصحيح ذلك الخطأ بإجراء لاحق، ويمكن إستدراك ذلك بسهولة.

ثانياً/ الخطأ الظاهر في التقدير والخطأ في القانون: أنَّ الخطأ الظاهر في التقدير يرتبط برقابة تقديرات فيها مبالغة أو الإفراط غير المسموح به للإدارة في تكييفها للوقائع أو وزن أهميتها أثناء مباشرتها لسلطتها التقديرية، فهو يجيز للقاضي الإداري التأكد من أنَّ القرار المتخذ لايحتوي عبر الروابط بين جوانبه التقديرية، عن تباين أو خلل شديد، يمكن أن يتبناه شخص متوسط الذكاء ويعني ذلك أنَّ تقاس درجة الوضوح بمعيار الرجل العادي، وهو رجل من أوسط الناس ليس فائق الذكاء، ولا بالغ الغباء، يستطيع إذا ما وقع تحت بصره أن يبصره بسهولة، فهو في الأخير ينصب على تقدير وقائع القرار، أمّا ينصرف مصطلح الخطأ في القانون إلى العيب الذي يشوب استدلال الإدارة عند اتخاذ قرارها، وتنصب رقابة القضاء في هذه الحالة على أسباب القرار وليس على مضمونه، وقد ينحصر محتواه في أنَّ الإدارة تعطي للواقعة معنى ومدى خاطئاً، بأن تتجاهل مدى ومعنى القاعدة القانونية، أي أنَّه يتحقق بأن تطبق الإدارة القاعدة القانونية تطبيقاً خاطئاً، سواء أكانت تلك القاعدة واضحة المعنى، و سواء كان هذا التفسير يتعلق بنص قانوني أو لائحي أو بقرارات أو تعليمات إدارية (حسن، ص351) وأمَّا مخالفة القانون فتعني مخالفة القاعدة الموضوعية بمعنى مخالفة تدرج القواعد القانونية، في حين أنَّ الخطأ في القانون يعني عيباً في استدلال رجل الإدارة عند اتخاذه القرار، وتنصب رقابة القضاء في هذه الحالة على أسباب القرار لا على مضمونه كما هو الشأن في مخالفة القانون، وفي الشأن نفسه يكون الخطأ في القانون بالمعنى الذي بيناه يختلف عن مخالفة القانون، حيث تنحصر مخالفة القانون إلى المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية، وذلك بعدم إلتزام الإدارة بذلك أو بسبب تجاهلها كلياً أو جزئياً، بيد أنَّ الخطأ في القانون كما نلتمسه من حقيقته أنَّه تنصب رقابة القضاء الإداري في هذه الحالة على أسباب القرار وليس فحواه أو مضمونه.

ثالثا/ الخطأ المرفقي والخطأ الظاهر في التقدير: لايمكن إعتبار الخطأ المرفقي وجهاً للخطأ الساطع أو الظاهر في التقدير، بل أنَّهما مختلفان عن بعضهما البعض، حيث يعرف الخطأ المرفقي على أنَّه عبارة عن الخطأ الموضوعي الذي يسند إلى الإدارة بغض النظر عن القائم به، لأنَّه يفترض فيها قيامها بالخطأ ويسفر ذلك إلى تحملها تبعة هذا الخطأ (صالح، 2008، ص313) وذلك بتحمله التعويض المستحق على حدوث هذا الخطأ، وتكون الدولة مسؤلة من جانبها لأنَّها مسؤولة عن أعمال تابعيها و موظفيها حسني النية، من هنا فإنَّ الخطأ يقوم على اعتبار أنَّ الإدارة العامة هي التي تسببت في حدوث الضرر، لقصورها أو عدم تقيدها بالقانون أو التعليمات النافذة، علماً بأنَّ الإدارة ماهي إلاَّ شخصية معنوية عامة في الحقيقة، لم تكن لديها إرادة أو مشيئة، بل يمثل إرادتها الموظفين أو العاملين فيها.

وأمَّا الخطأ الظاهر في التقدير فماهو إلا خطأ أو عدم تطابق تقدير الإدارة لواقعة معينة التي صدرت القرار فيها، إذن فهو ينصب على قرار يتجاوز حدود المعقولية والمنطق أو التفكير السليم (عيد، 1975،ص334).،

ويكون مبنى الخطأ المرفقي دوماً مايكون يجبر بالتعويض، أمَّا الخطأ الظاهر في التقدير فيكون الإلغاء أو البطلان وإعادة الحال إلى ماكان عليه سابقاً إذا أمكن، كحالة قرار عزل موظف لم يستحق ذلك وإعادته إلى وظيفتة السابقة.

المطلب الثاني
الأحكام العامة لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير

مع جل التطورات التي تشهدها رقابة التناسب، خاصة فيما يتعلق برقابة الخطأ الظاهر في التقدير و إبراز أهمية الأحكام المتباينة التي تحكم نطاق هذه النظرية، بدءاً من استحداثها ثم مرورها بمراحل متلاحقة و مختلفة من تطبيقها، وكذلك تحديد المعايير التي تضبط هذه النظرية، وعليه وبياناً للسياقات العامة التي تحكمها، إذ توزع هذا المطلب

إلى ثلاثة فروع، فالفرع الأول يخصص لبيان معيار نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وأما الفرع الثاني من المطلب، فإنَّه يكرس لتحديد موقع رقابة الخطأ الظاهر في التقدير بين مستويات الرقابة القضائية، والفرع الثالث يتناول إثبات الخطأ الظاهر في التقدير.

الفرع الأول
معيار تحديد نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

لايمكن البتة أن نجزم الحديث عن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير دون تحديد المعيار القانوني والقضائي السليم لها، لما لهذا التحديد من أهمية قصوى لمعرفة هذه النظرية عن كثب، ولمساهمته الجادة في تيسير عملية التأكد والتحقق من قيامها، وإعمال غاياتها، ويجسد ذلك في المحصلة النهائية ماهية النظرية وقوامها، إذ يقوم بذاته بدور وظيفي ذي بعدين حيث يستند إليه القاضي الإداري خلال بحثه وتقصيه عن حكم يواكب القضية عدلاً وإنصافاً، لكي يطمئن من سلامة القرار الإداري من الخطأ الظاهر في التقدير، أو عدم سلامته ويحكم إذن بإلغاء ذلك القرار، هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإنَّ المتخاصمين أيضاً يقومان من جانبهما بالبحث والإستكشاف عن ذلك إذا ما بدا لهما بأنَّ هناك خللاً غير مقبول وغير معقول يشوب القرار لكي يتذرعا به كوسيلة قانونية وقضائية لدفع القرار بعدم المشروعية أمام القضاء، وتأسيساً على ما تقدم، **سنخوض الحديث في تفاصيل معايير تحديد هذه النظرية، من خلال الآتي:**

أولاً/ المعيار -الشكلي-اللغوي لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير: المتمعن في قرارات وأحكام القضاء الإداري في فرنسا وغيره من الدول، يجد أنَّ من بين هذه الأحكام والقرارات أحكاماً هي التي اعتمدت بصورة مباشرة أو غير مباشرة على المعيار اللغوي لتحديد إطار النظرية، ومن ثمَّ إصدار الأحكام بالإستناد إليه، يعتمد المعيار اللغوي على الدلالات او السياقات اللغوية المتبادرة إلى الذهن أولاً، وإذ ينحصر بوصف الخطأ و وصوله إلى حد لايمكن الكتمان عليه أو إخفائه، حيث يكفيه لإقناع القاضي الإداري المختص بالتحرك لإزالته من خلال الحكم القضائي السديد ضده، لبلوغ درجة الوضوح إلى كونه بديهياً أو فاحشاً أو صارخاً (بطيخ، ،1994،ص225) وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أنَّ هذا الخطأ هو الذي يدرك غير المختصين في تلك المجالات (نورالدين،2017 ،ص35) وقد ساير المجلس لفترة طويلة هذا المعيار في قراراته وأحكامه، لاينكر ذلك أنَّ هذا المعيار سهل التطبيق، لكونه وصف يطلق على ما ترتكبها الإدارة من تطابق لهذا الوصف، مع قراراتها الصادرة بناء على سلطتها التقديرية في تقدير الخطأ أو التكييف القانوني للوقائع، وبمعنى آخر، فإنَّ القاضي الإداري لم يهدر جهداً كبيراً في إكتشافه لهذا الخطأ، وليس في حاجة إلى البحث المعمق حول تلك الوقائع، بل يمكنه الوصول إلى إكتشافه بمجرد النظر والإطلاع إلى أوراق و وقائع الدعوى (الفهداوي،2012 ،ص33).

ومن الأمثلة العملية على تطبيق هذا المعيار ما ورد في أحد القرارات الصادرة لمجلس الدولة الفرنسي، والذي تمكن القاضي الإداري من كشفه، هو عدم ترشح أحد القدماء من الأطباء الفرنسيين إلى قائمة الجدارة الطبية لإختيار أفضل الأطباء والأجدر علمياً، من قبل الإدارة، وكان بتقدير القاضي تبين له أنَّه من المؤهل ترشيحه إلى هذه القائمة، و جعل هذا الأمر الإدارة في إطار المسؤولية الإدارية عن طريق الخطأ الظاهر ويتوجب مساءلة الإدارة على ذلك (الطحان، ص193).

وفي النطاق ذاته، قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في إحدى قراراتها بالقول" إذا قصر التقدير على عنصرين فحسب دون سائر العناصر الأخرى التي يجب مراعاتها في التقدير، فأدى ذلك إلى خطأ بين في التقدير مما يدل من ثمَّ على أنَّه لم تجر مفاضلة حقيقية و جادة بين الطاعن وزملائه، مما كان يتعين معه ترتيب المرشحين على وفق درجات نجاحهم.

بالرغم من وجاهة هذا المعيار، إلاَّ أنَّه مع ذلك لم يسلم من انتقادات، منها:

1- أنَّ الإرتكاز بزاوية واحدة وهي زاوية القاضي الإداري، والتدخل في مجال الإدارة والتجاوز عليها في الإختصاص الدقيق الذي تمتلكه الإدارة، يجعل من هذا المعيار عديم الجدوى، ولربما يتبع معها الظلم و التعسف في قرار القاضي.
2- إنَّ الإقتصار على المعنى اللغوي لهذه النظرية أمر يجافي العدالة القانونية، إذ يتعين الإعتماد على المعيارين اللغوي والموضوعي في آن واحد.

ثانياً/ المعيار المادي-الموضوعي-: من الإنتقادات الكثيرة التي وجهت إلى المعيار الشكلي لنظرية الخطأ الظاهر، و لم يعد هذا المعيار محل إجماع الفقه باعتباره المعيار الوحيد لتلك النظرية، لذا فإنَّ جهود الفقه استمرت لإيجاد معيار محدد يسترشد به من القضاء الإداري كي يكشف الأخطاء التي قد تقع فيها الإدارة، يعتمد على الإهتمام بموضوع ومادة الخطأ الظاهر، لا يعتمد على حسن أو سوء نية الإدارة من جهة، ولايكون أمر تقدير ذلك إلى محض تقدير القاضي من جهة أخرى، بل يرجع فحوى هذا المعيار إلى إثبات أو إيجاد خطأ واضح أو بارز من لدن الإدارة في تقديرها لموضوع القرار، وبعبارة أخرى، أنَّ هذا المعيار يعتمد على وجود خطأ ظاهر أو واضح أوقعت الإدارة فيه فيما يتعلق بتقديرها للموضوع، وبذلك فإنَّها تكون متجاوزة حدود المعقولية والمنطق السليم، وتحقيقاً لذلك ذهب إليه الدكتور ثروت البدوي قائلاً" إنَّ ما يراقبه مجلس الدولة الفرنسي تحت مسمَّى الخطأ الظاهر، هو في حقيقته الأمر الموضوعي المشوب بالخطأ، فالدور الذي يؤديه المجلس في رقابته على الخطأ الظاهر في التقدير هو دور تقريري يقتصر على مجرد التأكد من صحة أو خطأ التقدير الذي سبق أن أجراه بالنسبة لمعظم نشاطها، وهو ما يتفق ودوره بالرقابة عموماً على أعمال الإدارة" (الطحان، ص197).

وفي نطاق تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي على هذا المعيار عموماً(نمر، ص159)، والقرارات التي تتعلق بتعادل الوظائف خصوصاً، يتبين أنَّ حرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة في هذا النطاق يجب أن لاتكون مبنية على عدم تعادل ظاهر (فرج، 2020، ص372). ومن هذه القرارات فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في قرار له، بتاريخ 26/ 2018/5 قراراً يقضي برفض طعن مقدم من الإتحاد النقابي الفرنسي بإلغاء قرار ضمني بذريعة وجود خطأ ظاهر في التقدير، والمتعلق برفض إلغاء مرسوم 2015/1237 بشأن تحديد شروط تعيين أعضاء المجلس الإقتصادي والإجتماعي والبيئي، وقد ورد في حيثيات قرار رفض الطعن أنَّ القرار لم يشوبه الخطأ الظاهر في التقدير، وهذا خير دليل على فعالية هذ المبدأ و تطبيقه أرض الواقع في نطاق القضاء الفرنسي.

ومن هنا سيتضح دور القاضي لتقدير قيام التوازي أو التعادل بين الوظائف، على اعتبارات موضوعية يستنبطها من عناصر الدعوى، وتنهض على القول بقيام خطأ ظاهر يشوب تقدير الإدارة حيث كان التقدير مجاوزاً لحدود المعقول.

وقد قام مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراتها على أساس الخطأ الظاهر في التقدير، ومنها قراراً بإلغاء قرار صادر من وزير الدولة للجامعات بنقل بعض أعضاء هيئة التدريس من جامعة نانتير إلى جامعة باريس، وذلك على الرغم من عدم وضوح هذا الخطأ الظاهر في التقدير لإحتياج كل من الجامعتين (الطحان، ص193).

وخلاصة ما تقدم، وبالإشارة إلى هذا الموضوع، يتعين على القاضي الإداري قبل الحكم عليه، أن يتأكد من الغلط البين من أنَّه:

الأول / التأكد من حجم الغلط ومداه: وهو أن يكون الخطأ يتسم بالجسامة الواضحة أو الظاهرة تماماً للعيان، والذي لايحتاج الى خبرة المختصين لاكتشافه .

الثاني / عدم بذل الادارة العناية اللازمة لتقليل هامش الغلط في التقدير: اذ ينبغي أن تطال الرقابه القرارات التحكميه وغير المنطقية التي لم تشبع دراسة وتمحيصا، إذ يندفع الادارة نحو التأكد و توخي الدقة في تحديد أسباب قراراتها ومدى ملاءمتها للصالح العام (الجبوري،1991، ص110) ومن ثم تعد هذه الرقابة وسيلة مهمة لمنع تعسف الادارة وتحكم موظفيها ، ولضمان حقوق الأفراد وحرياتهم تجاهها . وفي النهاية تجبر الإدارة من تلقاء نفسها لبيان الاسباب والوقائع التي بنت قرارها عليها ، ليتسنى للقاضي دراستها واستخلاص معيار الغلط الذي يخضع لرقابته من ثناياها.

وبعد العرض المتقدم، نرى من جانبنا أن الإكتفاء بمعيار واحد دون الأخرى، يسبب النقص في أخذ النظرية على الوجه الأتم، بل على القاضي أن يوازن بين المعيارين الشكلي و الموضوعي في آن واحد، وترجيح الأخير على المعيار الأول، لكونه الأقرب إلى جادة الصواب من غيره، لإعتماده على عمق التفكير والأسباب الموضوعية التي دفعت الإدارة إلى اتخاذها للقرار ومراعاة كافة الظروف والإعتبارات المحيطة بالعمل القانوني العام، ودون الإكتفاء بالمعاني اللغوية على حد ذاتها.

الفرع الثاني
موقع رقابة الخطأ الظاهر في التقدير بين مستويات الرقابة القضائية

من الضروري البحث حول موقع أو مستوى رقابة الخطأ الظاهر في التقدير من بين الرقابات الأخرى، تنفيذاً للتطورات التي حصلت على الرقابة القضائية على القرار الإداري، وتم تصنيف كل نوع من أنواع تلك الرقابة في حقل متسلسل من الرقابة، ويأتي هذا الفرع للإجابة على هذا السؤال ما هو موقع هذه الرقابة ضمن مستويات الرقابة الثلاثية ؟

أ- **رقابة الحد الأدنى-الرقابة الدنيا-:** هي عبارة عن رقابة أولية أي تكون درجة تمهيدية للرقابة القضائية على القرار الإداري في حين تتسم بالبساطة في القيام بها والإجراءات بصددها، إذ تتضمن الوقائع التي تدعيها الإدارة لقراراتها من حيث وجودها المادي أو عدم مخالفتها للقانون فضلاً عن الإنحراف بالسلطة، ويقول بشأنه الفقيه "ديلوبادير" بأنَّ هذا النوع من الرقابة يبرز في هذه الكيفية أنَّه لايرتكز ولا يتعلق بخطأ في القانون، ولا على وقائع غير موجودة كما أنَّه ليس معيباً بعيب إساءة إستعمال السلطة أو بأي خطأ ظاهر في التقدير (حسن، 1984، ص115)، ويبدو لنا أنَّ هذا النوع من الرقابة هي رقابة سطحية وتمهيدية لا تتدخل في محتويات المسألة المعروضة، بل ترتبط بكيان و وجود الواقعة المعروضة على القضاء، فهي عتبة الرقابة القضائية ومدخلها، تسبق في ممارستها حتى رقابة المشروعية، ومنها يبدأ القاضي بمباشرة الرقابة إلى ما ينتهي بمستجدات وتقنيات رقابة التناسب، ألا وهو رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، ورقابة الموازنة بين المنافع والمضار، وخلاصة القول هنا أنَّه بالتأكيد لم تكن رقابة الخطأ الظاهر من تصنيفات أو مشتملات هذه الرقابة حتماً، مع ما كان عليه الخلاف لدى بعض الفقه الفرنسي، حيث يرون رقابة الخطأ الظاهر من هذا النوع من الرقابة، منهم الفقيهان(Komprobst و pecteau).

ب- **الرقابة العادية-:** بعد الإنتهاء من الرقابة الدنيا أو الحد الأدنى، يأتي دور الرقابة العادية أو المرتبة الثانية، وينطوي هذا النوع من الرقابة، وهي عبارة عن رقابة التكييف القانوني للوقائع التي تدعيها الإدارة لقراراتها المتخذة، وذلك بعد قيام القاضي الإداري ببسط الرقابة القضائية للتحقق من صحة الوجود المادي للوقائع بوصفها خطوة فعَّالة و عملية في الوقت ذاته في مسار سلطة الإدارة التقديرية (الطحان، ص185).

ت- **رقابة الحد الأقصى:** وهي المرحلة الأخيرة في مجال الرقابة القضائية، وهي رقابة الملاءمة ومن ثم رقابة التناسب، وبعد ذلك التقنيات الحديثة لرقابة التناسب، وهما نظرية الخطأ الظاهر في التقدير و نظرية الموازنة بين المنافع والمضار.

المبحث الثاني
الأحكام التطبيقية لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير

على الرغم من حداثة هذه النظرية التي استحدثت في فرنسا لأول مرة، لمواجهة حالات الإمتناع أو الإساءة أو التعسف في إستعمال الإدارة لسلطتها، حيث كان ابتكار هذه النظرية مقتصرة فقط على حالات معينة مثل حالة التعادل أو تماثل الوظائف، ومبادلة الأراضي الزراعية، إلاَّ أنَّه في الوقت الحاضر فقد تعددت مجالات تطبيقها وذلك لتوسع وتنوع مجالات العمل الإداري، التي تثار أمام الإدارة سواء، لأجل بيان ذلك فقد وزعنا هذا المبحث، إلى مطلبين، فالمطلب الأول رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في مجالي التأديب و الوظيفة العامة ، وأما المطلب الثاني فهو مخصص لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير في نطاق الضبط الإداري وإثباته، وسنتطرق إلى بيان ذلك **على النحو الآتي:**

المطلب الأول
رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في مجالي التأديب و الوظيفة العامة

تتوزع دراسة هذا المطلب إلى فرعين، فالفرع الأول رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في نطاق الوظيفة العامة، وأما الفرع الثاني فيخصص لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير في مجال التأديب، **إذ سنخوض الحديث عن هذا الموضوع وفقاً للآتـــي:**

الفرع الأول
رقابة الخطأ الظاهر في نطاق الوظيفة العامة

يعتبر مجال الوظيفة العامة أو التعيين من المجالات الحيوية التي يتم تطبيق نظرية الخطأ الظاهر فيه، وعلى نحو خاص في مجال معادلة الوظائف، وقد كان الظهور الأول للخطأ الظاهر في التقدير يرجع في الغالب إلى أنَّ حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 17 مارس 1965 الذي يعد من الحكم الأول المتعلق بمجال ممارسة السلطة التقديرية للإدارة في مجال وقت التعيين (فرج، ص382) حيث من الضروري الإشارة إلى خلاصة القضية، وهي التي تتلخص في الآتي: رفضت الإدارة العامة إجراء مسابقة لشغل وظيفة طبيب في إحدى المستشفيات، ومن جانبها رفعت النقابة الفرعية في منطقة تدعى "note" داعية في طلبها بإلغاء قرار مفتش الصحة لعدم إجراء المسابقة، فحكمت المحكمة الإدارية بإلغاء القرار المذكور، إلاَّ أنَّه في الوقت نفسه قام وزير الصحة العامة في طعن الحكم أمام مجلس الدولة الذي قضى بإلغاء حكم المحكمة الإدارية، وقد تم رفض الدعوى على أساس أنَّ الإدارة حرة في أن تجري مسابقة لشغل وظيفة عامة أو لاتجريها باعتبارها تدخل في صميم السلطة التقديرية للإدارة العامة، إلاَّ إذا طرأ ذلك التقدير خطأ بين في التقدير أو إنحراف السلطة أو غلط في القانون، أو قام على وقائع مادية غير صحيحة.

و إحتمالية حدوث الخطأ الظاهر في التقدير لأول مرة، وقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي العديد من الأحكام في مجال الرقابة القصوى على السلطة التقديرية للإدارة العامة، ولأجل ذلك يلاحظ من تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي أنَّه لايمانع من تطبيق السلطة التقديرية للإدارة العامة، بقدر ما يمانع من إحتواء تلك السلطة التقديرية للإدارة

على الخطأ أو الغلط البين في التقدير، وإلاّ فإنّها تتعرض أعمالها للإلغاء أو البطلان، وفي مجال إحالة الموظفين إلى الإستيداع-التقاعد- نشعر أنَّ المجلس لم يتوانَ عن تطبيق هذه النظرية حيال رقابته للقرارات الإدارية الصادرة في مثل هذه الحالات، والشواهد كثيرة في هذا الجانب، ومنها على سبيل المثال في قضية المدعو"Gazelles" في الحكم الصادر في 17 يناير 1973، وتلخص وقائعه في أنَّ المذكور وهو معاون السكرتير العام لمدينة" Rennes" حيث قام برفع دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية للمدينة نفسها، مطالباً فيها إلغاء القرار الصادر من عمدة المدينة بإحالته إلى الإستيداع-التقاعد-، في المقابل قامت المحكمة من جانبها برفض الطعن، فطعن بعد ذلك من قرار المحكمة أمام مجلس الدولة الذي رفض بدوره الطعن على أساس أنَّ قرار العزل مبرر بما ارتكبه المدعي من أخطاء وظيفية، وأنَّه لايتضح من الأوراق والمستندات المقدمة أنَّ هذا القرار يقوم على وقائع مادية صحيحة، أو أنَّه مشوب بخطأ بيّن في التقدير (أبو دان، ص135) وفي قضية أخرى، و التي تتعلق بمسألة التعيين أو التوظيف لسيدتين، وتثبيت إحداهما دون الأخرى، حيث أنَّه تم الطعن على أساس وجود عيب الخطأ الظاهر في التقدير في تعيين السيدة المذكورة في منطوق القرار، علماً بأنَّ مجلس الدولة الفرنسي بعد إجراء المداولة والتدقيق في القضية قرر أخيراً برد الطعن المقدم من المدعي متذرعاً في قراره خلو الطعن من إثبات الخطأ الساطع في التقدير، وفيما يلي خلاصة القرار:-

نظراً الى الاستدعاء، المسجل في 24 تشرين الأول/اكتوبر أمام مجلس شورى الدولة، والمقدّم عن السيدة ف ... د...، تطلب السيدة د...، من مجلس شورى الدولة:

أولاً/ إبطال، المرسوم الصادر في 24 آب/ اغسطس 2006 بسبب تجاوز حدّ السلطة، والذي يتعلق بالتعيينات في القضاء بما أنه يعيّنها نائبة رئيس مسؤولة عن تطبيق العقوبات في المحكمة الإبتدائية الكبرى في بيريغو Périgueux ويعيّن السيدة أ... ب...، زوجة ا...، في الإدارة المركزية ابتداءً من 1 أيلول/سبتمبر 2006، ومن جهة أخرى، القرار الصادر في 29 آب/اغسطس 2006 المتعلق بتعيين السيدة ب...، زوجة ا...، قاضية تطبيق العقوبات في المحكمة الإبتدائية الكبرى في بيريغو Périgueux، بصفة مسؤولة عن التدريب في المدرسة الوطنية للقضاء ابتداءً من 1 أيلول/سبتمبر 2006. بما أنّ السيدة د... طلبت، في عريضة الدعوى الخاصة بها، من جهة، إبطال المرسوم الصادر في 24 آب/اغسطس 2006 المتعلق بالتعيينات في القضاء، بما أنه يعيّنها نائبة رئيس، مسؤولة عن تطبيق العقوبات في المحكمة الإبتدائية الكبرى في بيريغو Périgueux ، وبما أنه، وفقاً لها، يعيّن السيدة ب... داخل الإدارة المركزية، ومن جهة أخرى، القرار الصادر في 29 آب/اغسطس 2006 الصادر عن حافظ الأختام، وزير العدل، المتعلق بتعيين السيدة ب...، قاضية تطبيق العقوبات في المحكمة الإبتدائية الكبرى في بيريغو Périgueux ، بصفة مسؤولة عن التدريب في المدرسة الوطنية للقضاء ابتداءً من 1 أيلول / سبتمبر 2006 ؛ ما يتعلق بتدخل نقابة القضاة :

بما أنّ النزاع المتعلق بتعيين السيدة د... كنائبة رئيس، مسؤولة عن تطبيق العقوبات في المحكمة الإبتدائية الكبرى في بيريغو Périgueux ينتهي إثر التنازل الذي تم قبوله بموجب هذا القرار ؛ وبما أن تدخل نقابة القضاة في إطار دعم اللوائح التي تنازلت عنها السيدة د... أصبح غير ذي موضوع ؛ بما أنّ اللوائح المقدمة من قبل السيدة د... ضد المرسوم الصادر في 24 آب/اغسطس 2006 غير مقبولة؛ فيكون بالتالي تدخل نقابة القضاء لدعم هذه اللوائح غير مقبول أيضاً ؛ بما أنه ، في المقابل، لدى نقابة القضاة مصلحة تبرر تدخلها في إطار دعم اللوائح المقدّمة من قبل السيدة د... بما هي موجّهة ضد القرار بتاريخ 29 آب / اغسطس 2006؛ فينبغي بالتالي قبول تدخلها في هذا الصدد ؛ في ما يتعلق بمشروعية القرارات المطعون فيها :

بما أنّ السيدة د... تدّعي، لدعم طلبها، بأنّ حافظ الأختام، وزير العدل، ارتكب خطأً قانونياً عندما رفض ترشيحها لمنصب مسؤولة عن التدريب في المدرسة الوطنية للقضاء بسبب التزامها في النقابة فكان قراره مشوباً بخطأ واضح في التقدير عندما فضّل ترشيح السيدة ب... ؛ وبما أنه في هذه الظروف، يجب الاعتبار بأن هذا الاختيار، حتى ولو لم يكن اختيار مدير المدرسة الذي كان رأيه مطلوباً بموجب المادة 10 من نفس المرسوم، لم يكن قائماً على أسس مشوبة بالتمييز ؛ وبما أنه، بالتالي، ليس مشوباً بخطأ قانوني ؛ وبما أنّه خلافاً لما تزعمه المدّعية، لا يتبيّن من وثائق الملف أن اختيار السيدة ب... مشوب بخطأ واضح في التقدير ؛ وبما أنه يترتب مما تقدّم أنه يتعيّن رفض الطلب المقدّم من قبل السيدة د...، وبالتالي، رفض أيضاً مطالبها التي تهدف إلى تطبيق أحكام المادة L.761-1 من قانون القضاء الإداري؛ ينظر رقم القرار رقم 298348 في 30 تشرين الأول / اكتوبر 2009. (موقع Conseil d'Etat français على الرابط Conseil d'Etat (conseil-etat.fr) ، 2022/12/5).

وفي المجال نفسه، وخاصة ما يرتبط برقابة القضاء على الخطأ الظاهر في مجال الترقية الوظيفية، وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في هذا النطاق إلى تطبيق الرقابة القضائية في ميدان الترقية المتعلقة بالموظفين، وقد يتمثل هذا المشهد في قرارات عدة، نستدرج إحدى هذه القرارات وهو الحكم الصادر في قضية" Dubbober et autres" حيث فصل المجلس في طلب المدعين في هذا الحكم إلغاء قرار متخذ من وزير الإقتصاد والمالية الصادر في 12/12/ 1964 المتضمن إعداد جداول الترقيات الخاصة بدرجة مدير إقليم المساعد للضرائب، وقد تم إدراج المدعي في جدول الترقيات على درجة المفتش الرئيس للضرائب، ولكنه عقب تثبيته لوظيفته تم نقله لمقاطعة أخرى(الطنيجي، ص120).

(وقد طلب من جانبه تأخير النقل وإرجائه بسبب الظروف العائلية المحيطة به، وقد قام وزير الإقتصاد بشطبه من جدول الترقيات، وفي المقابل تم رفض الطعن مستنداً في ذلك إلى عدم وقوع خطأ بيّن في تقدير مصلحة المرفق ونقل الطالب، بمعنى آخر أنَّه الموازنة بين نقل المدعي وتحقيق مصلحة المرفق لم تكن محققة إلى حد كبير، وهذا ليس بأمر جديد على القضاء الفرنسي المتمثل بمجلس الدولة.

الفرع الثاني
رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في مجال التأديب

تماشياً مع فكرة السلطة التقديرية للإدارة العامة و توازنها مع قدرة القضاء الإداري في بسط الرقابة القضائية عليها، بادر مجلس الدولة الفرنسي بفكرة الحد من حرية الإدارة في تقدير ملاءمة قرارها الإداري، وذلك من خلال إخضاع تلك الحرية في إتخاذ القرار للرقابة القضائية، درءاً لتحول الإدارة إلى سلطة تعسفية، وذلك من خلال إستحداث نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، والتي بنيت أساساً لسد الثغرات الموجودة في الرقابة على مشروعية تلك القرارات التي تستند إلى سلطة الإدارة التقديرية (السلوم، 2022، ص207) ومنها الحكم الصادر في قضية السيدة (MM boury neuron) والتي كانت تعمل سكرتيرة في إحدى المرافق العامة (مديرية بلدية صغيرة) وقد قامت الدائرة العامة بعزلها عن الوظيفة كجزاء أو عقاب قانوني بسبب تأخرها في إيصال الردود على المكالمات الرسمية، إلاّ أنَّ المجلس قد ألغى القرار المتخذ من قبل الإدارة معتبراً أنَّ الخطأ الذي ارتكبه الموظف لم يرتق إلى درجة أن يعاقب بمثل هذه العقوبة((إبراهيم،2022، ص207).

إنَّ المجلس كان بصدد إلغاء العقوبة التأديبية الموقعة على الموظف في حالة ما إذا كانت مقترنة بخطأ ظاهر في التقدير، ومن هذه الأحكام صراحة ما كان بمناسبة ففي حكم صادر في هذا المضمار نجد أنَّه في إحدى الأحكام الصادرة من المجلس بتاريخ 1983/5/4 بخصوص طعن في قرار فصل موظف، وقد تذرع المجلس في قراره أنَّه إذا كان الخطأ الذي ارتكبه الموظف حتماً يكون من شأنه أن يقابل بالعقوبة التأديبية، فإنَّ الوزير قد ارتكب خطأً ظاهراً في التقدير بتوقيع عقوبة الفصل(الغويري،124) وهذا خير دليل على عزم المجلس على تخطي خطوة استباقية نحو تطبيق مبدأ الخطأ الظاهر في التقدير، ولكنه لايسعنا في هذا المقام أن يتم تطبيقه على جميع المجالات التي تدخل حيز السلطة التقديرية للإدارة.

وعلى غرار ذلك، فقد استمر المجلس على النهج نفسه، إذ قضى في حكم حديث له، بإلغاء عقوبة الفصل الواقع على ممرضتين بسبب اتهامهما بالتعصب الجنسي ضد بعض المرضى، حيث توصل المجلس في قراره إلى قناعة بأنَّ الإدارة العامة وقعت في خطأ ظاهر في التقدير حين فرضت هذه العقوبة عليهما معاً (العنزي، 2005، 330).

تأسيساً على ماتقدم، لقد تكونت القناعة بأنَّ مجلس الدولة الفرنسي لم يألُ جهداً من جانبه بتطبيق هذه النظرية التي تعد من المستجدات القضائية على رقابة التناسب، لكونه رقابة حديثة و تخصصية أكثر من غيرها من صنوف الرقابات الأخرى، التي تتسم نوعاً ما بالسهولة في تطبيقها، إذ من دواعي العدل و تمييز مراتب الحقوق العامة والخاصة، الحفاظ على الموازنة الحقيقية بينها، لأجل ذلك تجد النظرية ضرورة قصوى في تطبيقها.

وعلى مسار القضاء المصري، فإنَّ موقفه صريح و ظاهر في الأخذ بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير في الأحكام والقرارات التي اتخذها في مجال تأديب الموظفين، وقد تم الإستناد في ذلك على جملة من القرارات والاحكام الصادرة منها:

ماقضت به المحكمة الإدارية العليا بأنَّه **" إذا قصر التقدير على عنصرين فقط دون سائر العناصر الأخرى، يجب مراعاتها في التقدير، فأدى ذلك إلى خطأ بين في التقدير، مما يدل بالتالي على أنَّه لم تجر مفاضلة حقيقية وجادة بين الطاعن وزملائه، بماكان يتعين منه ترتيب المرشحين وفقاً لدرجات نجاحهم"** (المصري، ص125).

وكذلك في حكم لاحق أيضاً مفاده" أمَّا عن تقدير العقوبة فقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنَّ عدم الملاءمة الظاهرة في الجزاء يخرجه عن حد المشروعية وبالتالي تبطله" (حكم المحكمة الإدارية العيا المصري، الطعن رقم 107 لسنة 9ق شبكة المحامين العرب (mohamoon.net). 1963/11/16)

وفيما يتعلق بموقف **القضاء العراقي** المتمثل بمجلس الدولة العراقي، كونه يمثل قمة القضاء الإداري في العراق، لم نجد ضمن القرارات والأحكام التي صدرت من هذا القضاء، موقفاً واضحاً وصريحاً تجاه تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير؛ وفي مقابل ذلك، نلاحظ أنَّه أخذ بجزئيات معينة من تطبيقات هذه النظرية، وتحديداً أخذ بفكرة التعسف في إستعمال السلطة في قرارات عديدة، ومنها قراراً صادراً في عام2007، لكون مسألة التعسف في استعمال السلطة تفسر وجهاً من أوجه الخطأ الظاهر في التقدير (وفقاً لتقديرنا؛ حيث أنَّ معالم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير محددة تماماً، ومن إحدى مقومات أو معالم الخطأ الظاهر في التقدير عبارة عن فكرة أو مبدأ التعسف في استعمال السلطة، لأنَّ نظرية الخطأ الظاهر في التقدير بالأساس، تساهم في تقوية بوتقة المشروعية والملاءمة، للحيلولة دون تحول السلطة التقديرية للإدارة إلى سلطة تعسفية، لكون النظرية بمثابة ميزان لتقدير صحة القرار الإداري، ويفهم من ذلك أنَّ القضاء الإداري العراقي لم يدخل نظرية الخطأ الظاهر من الباب الرئيسي لها، بل يعد ذلك دخولاً للنظرية من ظهورها أو من أبوابها الفرعية.

وفيما يتعلق بموقف مجلس شورى الإقليم أيضاً، نجد أنَّه بالإستناد إلى قراراته الصادرة منذ تأسيس مجلس شورى الإقليم ولحد الآن، لم يطبق هذه النظرية في قراراته، وهذا أمر محل إستغراب القاصي و الداني من هذا الموقف، وسيطرح سؤالاً في هذا المقام، مفاده هل من الطبيعي عقلاً ومنطقاً يكون تطبيق هذه النظرية في العراق وإقليم كوردستان غائباً إلى هذا الحد؟ في حين أنَّ القضاء المقارن وصل في تطبيقها ما وصل إليه في الوقت الراهن، بل وقد قاموا بالتطور في هذه النظريات و إستحداث النظريات الجديدة، بيد أنَّ القضاء العراقي والإقليم لم يعرف هذه النظرية حتى في شكلها التقليدي، **وقد يعود سبب ذلك إلى عدة أمور منها:**

1- لم يرتق القضاء الإداري إلى قضاء متخصص وغير ممتم بالنظريات الحديثة التي نشأت في الآونة الأخيرة.
2- عدم ثبوت قناعة كاملة من لدن القضاة الإداريين بأنَّ القضاء الإداري قضاء إنشائي، وقد يلاحظ ذلك في قراراتهم هذه الفكرة بوضوح وخاصة في الأحكام والقرارات في شتى الدعاوى الإدارية إلى حد كبير، وهذا أمر يعود إلى عدم ممارستم كقضاة في مجال مستقل ومختلف نوعاً ما، من أنواع القضاء الأخرى مثل القضاء الجنائي أو القضاء المدني، وذلك بقيام السلطات المختصة بنقل القضاة من القضاء المدني أو غيره إلى القضاء الإداري، مع العلم أنَّ طبيعة القضائين مختلفان تماماً بعضها عن البعض، حيث أنَّ دور القاضي في نطاق الدعوى الجنائية أو المدنية لم يكن إلاَّ دوراً تطبيقياً فحسب؛ أمَّا هذا الدور فيختلف في ساحة القضاء الإداري، وبالأخص في حالة خلو النص التشريعي، يتحول دور القاضي الإداري من التطبيق إلى إنشاء القاعدة القانونية وذلك تحاشياً لإنكار العدالة، وبهدف توسيع بوتقة المشروعية.

المطلب الثاني
رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في نطاق الضبط الإداري وإثباته

تتوزع دراسة هذا المطلب إلى فرعين، فالفرع الأول رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في مجال الضبط الإداري، وأما الفرع الثاني فيكرس للحديث عن الأحكام العامة لإثبات نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، **إذ سنخوض الحديث عن هذا الموضوع وفقاً للآتـــي:**

الفرع الأول
رقابة الخطأ الظاهر في مجال الضبط الإداري

لقد توسع تطبيق هذه النظرية في مجال الضبط الإداري وبالأخص في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ومن هذه القرارات ما يتعلق بقرارات إبعاد الأجانب على سبيل المثال، وأيضاً في قرارات منح تأشيرة الدخول وغيرها، وقد تطور موقف القضاء الإداري الفرنسي المتمثل بمجلس الدولة وذلك في سعيه الحثيث من أجل الحفاظ على الموازنة بين ممارسة الحريات العامة والخاصة، وبين عدم تقييد الإدارة العامة لسلطتها التقديرية بصورة واضحة، وفي الحقيقة وقوع الإدارة في الخطأ الظاهر في التقدير يعد عقبة أمام ممارسة السلطة التقديرية للإدارة وفقاً لإعتبارات قانونية وقضائية، وفي السياق ذاته، فإنَّ مكمن الرؤية الثاقبة لمجلس الدولة في موقفه تجاه نظرية الخطأ الظاهر في التقدير هو لإعتبارات تتعلق بحماية النظام العام و الآداب، لأنَّ نظرية الخطأ الظاهر في التقدير تعتبر قيداً على ممارسة السلطة الممنوحة للإدارة، وقد تبرز هذه الحقيقة تحديداً في قضية تسمَّى بقضية Sieur Anger (جبر، ص378-379).

تتلخص وقائع القضية أنَّ المدعو Sieur Anger يقوم بإستغلال فندق في إحدى الجزر، وقد رفع من جانبه دعوى قضائية أمام محكمة Nice الإدارية، طالباً في دعواه بإلغاء قرار صادر من مدير المقاطعة ومحواه يتعلق بتنظيم سير القوارب البحرية في الممرات المائية بين الجزر، وقد قامت هذه المحكمة من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى على التحقيق أمام وزير الدفاع قبل نظر وحسم الدعوى، إذ طعن بعد ذلك المدعي هذا الحكم أمام مجلس الدولة الذي رفض هذا الطعن وقرر " حيث وإن كان القاضي الإداري الذي يختص بالطعن بتجاوز السلطة لايستطيع تقدير ملاءمة القرار المطعون فيه، فإنَّه يجب على الأقل أن يراقب المشروعية وأنَّه في الحالات التي تتمتع بها الإدارة بسلطة تقديرية، فإنَّه يمارس رقابة محدودة تتمثل في فحص المشروعية الخارجية، وكذلك إنحراف السلطة والغلط في القانون أو الوقائع التي تكون سبباً له والغلط البين في التقدير، والذي يعترف مجلس الدولة في مضمون ومحتوى القضية أنَّ عيب الغلط البيّن يعتبر من العيوب التي أخذها المجلس بعين الإعتبار في إلغاء القرار الذي يشوبه العيب نفسه، وفي قضية تطبيقية على هذه النظرية، ما يتعلق بموضوع إبعاد وطرد الأجانب، لأنَّ هذه القضية في بداية الأمر تحكمها حالة تهديد النظام العام من قبل الأجنبي، ومن الجدير بالإشارة إلى أنَّه وقبل تطبيق هذه النظرية لقد كان القاضي الإداري وعلى ردح من الزمن، يراقب القضايا و القرارات الصادرة من الإدارة رقابة ضيقة ومحدودة وهي المسمَّاة برقابة المشروعية، ومن ثمَّ تحول الأمر واتسع نطاق هذه الرقابة من قبل القضاء إلى إدخال رقابة الغلط البين في التقدير إلى محور الرقابات الموجودة في ساحة القضاء، إذ أنَّه أعطى للإدارة هامشاً أو قسطاً من الحرية في ممارسة سلطتها التقديرية، وفي مقابل ذلك كان القضاء يقوم بمراقبة أعمال الإدارة وقراراتها بهدف التحقق من تطبيق السلطة التقديرية وخاصة إذا ما انطوى قرار الإدارة على الخطأ أو الغلط البين في التقدير (حماد، 2011، ص645).

تطبيقاً لذلك، فقد كان إتجاه القضاء الفرنسي واضحاً في الأحكام التي كان يصدرها أثراً لما قرره من توجهات جديدة في هذه النظرية أو التقنية الحديثة التي كان أثرها في أحد أهم القضايا وهي قضية pardov، التي تتلخص وقائعها بقيام المدعو pardov ، وقد تقدم المدعو بدعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية لباريس، مطالباً فيها إلغاء قرار وزير الداخلية الصادر بطرده وإبعاده على أساس أنَّه لايمارس نشاطاً مهنياً في فرنسا، وليس له موارد طبيعية، وقد استند الوزير في قراره على وجود حكم جنائي بحقه في جريمة نصب، وقد حكمت من جانبها المحكمة الإدارية بإلغاء قرار وزير الداخلية بتاريخ 1973/12/13، وقد استندت المحكمة إلى أنَّ قرار وزير الداخلية صدر مشوباً بخطأ الظاهر في التقدير، وبالتالي فإنَّ إجراءات دخول المدعي وإقامته في البلاد سليمة، حيث اعتبرت المحكمة أنَّ وجود هذا اللاجئ البلغاري المذكور إسمه لايمثل تهديداً للنظام العام (بومدين، 2015، ص81).

وفي قضية مماثلة أصدر مجلس الدولة الفرنسي قراراً قضائياً يقضي بعدم إبطال القرار الصادر عن محافظ لواريه Loiret الصادر بتاريخ 19 نيسان/ابريل 1990 الذي يأمر بترحيل المدعية إلى الحدود؛ واعتبر المجلس أنَّ قرار المحافظ لم يشوبه الخطأ الظاهر في التقدير رغم إتهام القرار بإخلاله بالنظام العام من قبل المدعية ، وهذا خير دليل أيضاً على أنَّه لو كان القرار مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير لكان يتصدى للبطلان.

تتلخص وقائع هذه القضية في الآتي:

تطلب السيدة ب... من مجلس شورى الدولة:

1-إبطال الحكم الصادر في 26 نيسان/ابريل 1990 الذي رفض بموجبه المستشار المنتدب من رئيس المحكمة الإدارية في أورليان Orléans طلبها الرامي إلى إبطال القرار الصادر عن محافظ لواريه Loiret بتاريخ 19 نيسان/ابريل 1990 الذي يأمر بترحيلها إلى الحدود الفرنسية الجزائرية، وبعد إستناد المجلس على:

الأمر المرقم 45-2658 تاريخ 2 تشرين الثاني/نوفمبر 1945 بصيغته المعدلة.

والقانون رقم 79-587 تاريخ 11 تموز/يوليو 1979.

نظراً للمرسوم رقم 83-1025 بتاريخ 28 تشرين الثاني/نوفمبر 1983.

نظراً للاتفاق الفرنسي الجزائري بتاريخ 27 كانون الأول/ديسمبر 1968 بصيغته المعدلة بموجب ملحقه الأول بتاريخ 22 كانون الأول/ديسمبر 1985.

نظراً للإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية.

وبما أنّ السيدة ب... لم تتذرع، أمام المحكمة الإدارية في أورليان Orléans، بأي دفع متعلق بالمشروعية الخارجية للقرار المطعون فيه؛ وبما أنه لا يحق لها بالتالي الإدعاء، للمرة الأولى في استئنافها، أن القرار المذكور غير مسبب بما فيه الكفاية وأنه اتُخذ بما ينتهك الإجراء المنصوص عليه بموجب المادة 8 من المرسوم المذكور أعلاه تاريخ 28 تشرين الثاني/نوفمبر 1983؛ واستناداً إلى المادة 8 من الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية:

بما أنَّه عملاً بأحكام المادة 8 من اتفاقية حقوق الإنسان والحريات الأساسية: 1° - لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته - 2° - 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 وحرياتهم"؛

و بما أنه إذا كانت السيدة ب... أماً لطفل ولد في 26 آذار/مارس 1989 معترف به من قبل والده، وهو مواطن مغربي يحمل تصريح إقامة، وإذا كانت حامل في تاريخ القرار الذي يأمر بترحيلها إلى الحدود.

بما أنه، عندما يكون أجنبي في إحدى الحالات التي يمكن فيها للمحافظ، عملاً بأحكام المادة 22 من الأمر بتاريخ 2 تشرين الثاني/نوفمبر 1945 بصيغته المعدلة، أن يقرر ترحيله إلى الحدود وفي حين أنه لا أحكام المادة 25 من نفس الأمر ولا أحكام المادة 8 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تعترض على قرار ترحيله، فإنه يعود للمحافظ أن يقدر إذا كان من غير المرجح أن يكون للتدبير المتوخى عواقب ذات خطورة استثنائية على الوضع الشخصي للشخص المعني.

بما أنّ السيدة ب... لا تبرر أن وضعها الصحي كان يمنع في تاريخ القرار المطعون فيه ترحيلها إلى الحدود؛ وبما أنه **لا يتبين من أوراق الملف أن محافظ لواريه Loiret ارتكب في قراره خطأ قانونياً واضحًا في تقديره لعواقب هذا التدبير على الوضع الشخصي للسيدة ب...؛ .**

بما أنه يترتب على ما تقدم أنه لا يحق للسيدة ب... أن تشتكي من أنه، بموجب الحكم المطعون فيه المسبب بما يكفي، رفض المستشار المنتدب من قبل رئيس محكمة الإستئناف الإدارية في أورليان Orléans طلبها الرامي إلى إبطال القرار تاريخ 19 نيسان/ابريل 1990 الذي يأمر بترحيلها إلى الحدود.

أمَّا فيما يتعلق بموقف القضاء المصري، فقد كان هذا القضاء سارياً هو الآخر على النهج نفسه، ولو أنَّه لم يسمّها نظرية الخطأ البين أو الظاهر بل سمَّاها بنظرية عدم الملائمة الظاهرة، ونرى بدورنا أنَّ هذا التعبير غير دقيق، لكون الخطأ الظاهر يعد جزءاً تفصيلياً في المنظومة الرقابية التي تدخل حيز الملائمة، لكنَّها هي والملاءمة ليسا وجهان لعملة واحدة كما يقال، بل إنَّ الملاءمة لم تحصر في الخطأ الظاهر أو البارز؛ بل تعد هذه النظرية صورة مستحدثة ومتعمقة لرقابة التناسب.

وأمّا بشأن موقف القضاء العراقي و قضاء إقليم كوردستان فلاتوجد لحد الآن أية تطبيقات على هذه النظرية، وفقاً للقرارات التي أصدرها القضاء، وبطبيعة الحال يعد ذلك أمر غير طبيعي، لأنَّ تطبيق هاتين النظريتين تعدان من الضروريات القضائية لإحقاق الحق وتطبيق العدالة، ولكونها تعدان من الوسائل الحديثة لتطبيق رقابة التناسب، فبدونها لايمكن أن نتحدث عن قضاء متطور و وعادل ومتخصص في الوقت نفسه، وأنَّ التنصل من تطبيقها أمر غير مبرر.

الفرع الثاني
الأحكام العامة لإثبات رقابة الخطأ الظاهر في التقدير

من المسائل المحورية والأساسية التي لابد من الإشارة إليها، وبيان أحكامها، هي مسألة كيفية إثبات الخطأ الظاهر في التقدير، والآلية القانونية التي يتم الإستناد إليها من قبل القاضي الإداري وما يجول بشأن ذاته، لأنَّه من المحتوم أنَّ قضية الإثبات في الدعاوى الإدارية بأسرها، تختلف إلى حد كبير من الدعاوى الأخرى، لربما يرجع أولى هذا الإختلاف إلى موضوع أطراف الدعوى، لكون الدعوى الإدارية دائماً ما يكون أحد أطرافها شخص إداري عام متمتع بإمتيازات السلطة العامة، إذ لاغرو في أنَّه يحتكم بصفته هذه على أغلب محتويات الإختصام الإداري أمام القضاء، ولاسيما أنَّ الإدارة تكون في مقام المدعى عليه في غالب الأحوال، عليه فإنَّ مقام الطرفين ليس في مركز قانوني متوازن، وذلك لما تتمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة (خلوفي،2013، ص67).

ما يجعل القاضي الإداري في كل الأحوال أمام عثرة في فصل القضية وإثباتها بيسر وسهولة، بل عليه في الوهلة الأولى إعادة التوازن الحقيقي بينهما من خلال عدم التقيد بالمبادئ الأساسية للإثبات المدني أو الجنائي(وصفي، 1978، ص20) بل عليه في ذلك و وفقاً للسياق المعمول بتحول أو نقل عبء الإثبات إلى عاتق الإدارة، لما تم بحوزتها جميع القرائن والأدلة الثبوتية لديها، ومن الصعب أو حتى المستحيل أن يستحصل عليها الشخص العادي وهو المدعي مثلاً في الدعوى، لأنَّ هذا النزول من القواعد و المبادئ الأساسية في عبء الإثبات أمر تستدعيه العدالة الإجرائية و طبيعة الدعوى الإدارية، وتكون في الوقت نفسه كفيلة بتحقيق التوازن بين طرفي الخصومة في الدعوى الإدارية.

وقد سبق وأن أشار إلى ذلك مجلس الدولة الفرنسي إلى فكرة قريبة من هذه الفكرة، وهي بصدد الإشارة إلى فكرة التخفيف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المدعي، إذ كان في الحكم المسمى"Barle" الصادر سنة 1954 الذي بموجبه لايلقي القاضي الإداري عبء الإثبات على عاتق المدعي أو الطاعن في الدعوى، بل عليه أن يحدد جوانب الدعوى، وأن يجمع تأييداً لكل ما ينسبه لكل وسائل الإثبات التي يملك التصرف فيها، وعلى القاضي بعد ذلك إكمال الملف من حيث الإجراءات و التحقيق من مضمونها، مادام المدعي قد قدم قرائن ثبوتية متسمة بجدية وفعالية، وبعد هذا يطلب القضاء من جهة الإدارة جميع البيانات والمستمسكات التي بسببها أُتخذ القرار بالإطلاع عليها، وفي حالة رفضها ذلك، سيقوم القاضي بإلغاء القرار المطعون فيه.

من الجدير بالإشارة في تفاصيل الواقعة، وقد تتلخص في أنَّ الإدارة الفرنسية رفضت طلباً تقدم به السيد Barle و زملاؤه للإلتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة، فطعن هذا السيد في القرار مستنداً إلى أنَّ الإدارة استبعدتهم من المسابقة لأسباب سياسية، وهي انتماؤهم للحزب الشيوعي الفرنسي واستندوا في إدعائهم إلى ما نشرته إحدى الجرائد من تصريحات الحكومة عن نيتها في حرمان أعضاء الحزب الشيوعي من الإلتحاق بمدرسة الإدارة الوطنية، وخلص الطاعنون إلى أنَّ قرار استبعادهم مشوباً بخطأ ظاهر، وخطأ في القانون، وهو ما يعد إخلالاً من الإدارة بإحترام مبدأ المساواة بين الفرنسيين في الإلتحاق بالوظائف العامة.

بعد التبين من القرار يتبين أنَّ القضاء قد أرسى من جانبه مبدءاً هاماً، ألا وهو الإكتفاء بتقديم قرائن جدية من قبل المدعي، ومن ثمَّ إشراك الإدارة بتقديم الأدلة والأوراق للإطلاع عليها من قبل القاضي الإداري، من حيث إثبات الواقعة كما هي أو عدم ذلك، وفي حالة إمتناع الإدارة عن ذلك سيقوم القاضي من جانبه بإلغاء القرار، هذا الأمر يعتبر تخفيفاً على كاهل المدعي من الإثبات وهذا أمر أملته العدالة الإجرائية عن المنطق القانوني السليم، وكذلك العدالة في إجراءات التقاضي وكفالة التوازن بين أطراف الدعوى.

الخاتمة

بعد عرض محتوى الدراسة بالصورة المتقدمة، نتوصل بشأنها لجملة من الإستنتاجات والتوصيات وكالآتي:

أولاً/ الإستنتاجات:

1- من خلال مجريات البحث والدراسة في مجال نظرية الخطأ الظاهر في التقدير؛ يتبين أنَّها تعد رقابة خالصة وعميقة لتحد السلطة التقديرية للإدارة بهدف مؤامتها و عقلنة جميع الأعمال والتصرفات الصادرة من الإدارة بغية الوصول إلى سلامة التصرف وحماية الحقوق العامة والخاصة مع تثبيت المراكز القانونية المختلفة.

2- رغم ضرورة تطبيق هذه النظرية على صعيد القضاء الإداري أولاً، ومن ثمَّ تطبيقها على مستوى القضاء الإداري الفرنسي و المصري، إلاَّ أنَّه من الملاحظ أنَّ القضاء العراقي والكوردستاني لم يطبق هذه النظرية بصريح الموقف لحد الآن، وهذا ما نجده أمراً لا يقبل التبرير.

ثانياً/ التوصيات: نوصي من جانبنا إلى القضاء الإداري في العراق وإقليم كوردستان بما هو آت:

- نهيب بالقضاء العراقي وإقليم كوردستان إلى تعميم تطبيق النظريات الحديثة لرقابة التناسب بصورة واضحة، وعلى رأسها نظرية الخطأ الظاهر في التقدير لما لها من أهمية كبيرة في تجسيد حماية معالم الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، و يكون في الوقت نفسه، هاجساً كبيراً أمام إنزلاق سلطة الإدارة التقديرية نحو عواقب سيئة لا تحمد عقباها، لكون النظرية تعمل في طيات توطيد مبدأ عقلنة الأعمال والتصرفات الصادرة من الإدارة المبنية على سلطتها التقديرية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنَّ أهمية النظرية في ظرفنا الراهن قد فاقت أمر سطوعها كنظرية بحتة، بل وصل بها الأمر إلى أن يتعامل معها كمبدأ قانوني في نطاق القضاء الإداري، إذ سيشهد القضاء مزيداً في هذا المسار من التطور في هذه النظرية، لذلك فإنَّ النأي والتنصل من تطبيقها مهما كان المبرر، أمر ينافي المنطق والصواب القانوني و الإداري.

قائمة المصـادر

أولاً/ القواميس والمعاجم:

الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب. (2005). معجم القاموس المحيط. دار المعرفة. بيروت.

ثانياً/ الكتب القانونية:

السنهوري، أ.د.عبدالرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام . ج1 . دار إحياء التراث العربي . بيروت.

حسن، أيمن محمد.(1984). المشروعية الإدارية وحدود رقابة الملائمة. مجلة قضايا الحكومة المصرية. العدد الأول. القاهرة.

النجار، د. زكي محمد . (1997). فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري-دراسة مقارنة- ، دار النهضة العربية. القاهرة.

فرج، د. محمد عوض.(2020) دور قضاء المشروعية في الحد من سلطة الإدارة التقديرية-دراسة مقارنة-، ط1. المركز القومي للإصدارات القانونية. القاهرة.

عيد، د.إدوارد. (1975). القضاء الإداري.ج2. مطبعة البيان للنشرو التوزيع. بيروت.

حسن، د.عبدالفتاح. القضاء الإداري-قضاء الإلغاء-. ج1، المكتبة الجديدة. القاهرة.

الطحان، د.علي محمد رضا يونس.(2020). دور القضاء الإداري في الرقابة على الأسباب الواقعية للقرار الإداري، دراسة مقارنة. المركز العربي للنشر والتوزيع. ط1. القاهرة.

الجبوري، د.ماهر صالح علاوي.(1991). القرار الاداري-دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد.

وصفي، د.مصطفى كمال.(1978). أصول إجراءات القضاء الإداري. ط3. دار عالم الكتاب. القاهرة.

السلوم، د.يوسف خليل إبراهيم.(2022). مسؤلية القضاء الإداري من خطأ الإدارة الظاهر في تقدير الوقائع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

خلوفي، رشيد. (2013). قانون المنازعات الإدارية-الخصومة الإدارية-. ج3. ط2. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر.

بومدين، رفيق.(2015). الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري. كلية الحقوق-جامعة محمد بوضياف، الجزائر.

أبودان، مايا محمد نزار.(2011). الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري. ط1. المؤسسة الحديثة للكتاب. لبنان.

أبو يونس، محمد باهي.(2000). الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة. دار الجامعة الجديدة للنشر . الإسكندرية.

الطنيجي، محمد ناصر راشد.(2016). الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري. ط1.

بطيخ، د.رمضان محمد.(1994). الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، وموقف مجلس الدولة المصري منها. دار النهضة العربية. القاهرة.

ثالثاً/ البحوث والرسائل القانونية:

نورالدين، بوزيان.(2017). رقابة القاضي الإداري للخطأ الظاهر، رسالة ماجستير في القانون. جامعة جيلالي بلعباس. قسم الحقوق. الجزائر.

قروف، جمال. الأساليب الحديثة لقاضي الإلغاء في الرقابة للسلطة التقديرية للإدارة، بحث قانوني منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية. مجلد11. العدد1.

حماد، خالد سيد محمد. (2011).حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية. رسالة دكتوراه. جامعة القاهرة. القاهرة.

عبدالعال، د.ثروت.(1992). الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية. أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط.

الحلفاوي، د.حمدي حسن.(2001).ركن الخطأ في مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري. رسالة دكتوراه. حقوق القاهرة. القاهرة.

الفهداوي، د.علي حسين أحمد(2012). الرقابة القضائية على الغلط البين في التقدير من قبل الإدارة. بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الخامس. الأنبار.

صالح، د.قيدار عبدالقادر. فكرة الخطأ المرفقي. بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق. المجلد 10.العدد 38.

نمر، د.يحيى محمد.(2018). التطبيقات القضائية الحديثة لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير في القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات، بحث منشور في مجلة الكويتية العالمية للحقوق، العدد3، ج1.

العنزي، سعد نواف.(2005). الضمانات الإجرائية في التأديب، أطروحة دكتوراه. جامعة القاهرة. كلية الحقوق. القاهرة.

جبر، محمود سلامة.(1993). رقابة مجلس الدولة على الغلط البين في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء. مجلة هيئة قضايا الدولة. السنة 37. العدد1. القاهرة.

مصلح، المنتهى غسان.(2022). مبدأ التناسب ورقابة القضاء عليه في القرارات الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة قطر. الدوحة.

رابعاً/ المتون القانونية:

- قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969المعدل الفقرة /1.

خامساً/ المواقع الإلكترونية:

De Laubadere A Le control juridictionnel du pouvoir discrétionnaire -1 in mélanges Waline, L da la jurisprudence récente d'État, (1974) .G .D.J.

Conseil d'Etat français على الرابط -Conseil d'Etat (conseil etat.fr) تاريخ الزيارة 2022/12/5 ، الساعة 12 ليلاً.

سادساً/ الأحكام والقرارات القضائية:

حكم المحكمة الإدارية العليا المصري، الطعن رقم 5305 لسنة 45 ق، بجلسة 2002/1/19.

حكم المحكمة الإدارية العيا المصري، الطعن رقم 107 لسنة 9ق، جلسة 1963/11/16.