



جامعة الجيلالي اليابس - سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مدرسة الدكتوراه "قانون الإدارة العامة"

رقابة القاضي الإداري للخطأ الظاهر

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون في إطار مدرسة الدكتوراه

إشراف الأستاذ الدكتور:

- قاسم العيد عبد القادر

- إعداد الطالب:

- بوزيان نور الدين

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

الأستاذ الدكتور: كراجي مصطفى أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي بلعباس

مشرفا ومقررا

الأستاذ الدكتور: قاسم العيد عبد القادر أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي بلعباس

عضوا

الأستاذ الدكتور : مكلل بوزيان أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي بلعباس

عضوا

لريد محمد أحمد أستاذ محاضر أ جامعة سعيدة

الدكتور:

السنة الجامعية : 2016-2017

سورة التوبة

يقول عز وجل في سورة يوسف الآية 76 " نَرَفَعُ دَرَجَاتٍ مِّنْ نَّشَأٍ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ "

واذكر ما ذكره القاضي عبد الرحمن البيساني المتوفى سنة 592هـ إلى العماد الأصفهاني معتذرا عن كلام استدركه عليه قائلا: "أنه قد وقع لي شيئا وما ادري أوقع لك أم لا؟ وها أنا اخبرك به وذلك أني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

شكر وتقدير

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول الله تعالى في كتابه الكريم : (لئن شكرتم لأزيدنكم) (ابراهيم:7)، وقد ورد في البخاري حديث رسول الله " من لم يشكر الناس لم يشكر الله " فإني أتوجه إلى الله عز وجل - بالشكر أولا وآخرا على ماتفضل به عليّ من نعم عظيمة لا تعد ولا تحصى، فأشكره - سبحانه وتعالى - أن وفقني وأمدني بقوة تمكنت بها من إعداد هذا البحث حتى خرج على هذا النحو، و كان حقا علي أداء الشكر لأصحابه ، من ذوي الفضل بعد الله عز وجل، من الأساتذة والعلماء الذين نهلت من علومهم، ولم يكن منهم سوى السخاء والعطاء الجزيل .

فغاية التقدير والاحترام والعرفان، أوجهه إلى الذي تفضل بتبني هذا البحث والإشراف عليه. إلى الأستاذ الفاضل الدكتور / قاسم العيد عبد القادر ، الذي كان يد العون الممدودة بالعطاء الدائم، فلم يغادر صغيرة ولا كبيرة إلا وقف عليها، ووجهني إلى الصواب فيها، وعلمني منها ما جهلت، وذكرني منها ما نسيت، فجزاه الله عني وعن غيري من طلاب العلم خير الجزاء، ومتعته بالصحة والعافية ، ومنحه المزيد من فضله. كما لا يفوتني أن أتقدم بشكر الجزيل لكل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة، وأتقدم بخالص شكري وعظم التقدير إلى جميع أساتذتي الأجلاء، وإلى زملائي الأعزاء، وإلى كل من أسهم - من قريب وبعيد - في إخراج هذا البحث إلى حيز الوجود.

وأتقدم إلى الجميع بخالص شكري وعظيم احترامي وامتناني .

إهداء

إلى من أوصاني بوصية الإسلام وبالسعي الدائم في طلب العلم والانتصار للحق والعدل، إلى منبع العطف والرحمة والحنان وأنار ا دري بدعواتهما إلى والداي أطال الله عمرهما .

إلى

من ساعدتني وساندتني ورافقتني من اجل اجاز هذا البحث الي زوجتي

إلى كل إخوتي و أخواتي، وجميع أفراد عائلتي.

إلى كل من علمني ولو حرفا و أرشدني.

أهدي إليهم هذا العمل خالصا من كل قلبي.

مقدمة:

يمثل مبدأ المشروعية، إحدى المبادئ الرئيسية اللازمة لقيام الدولة القانونية، بحيث تعود السيادة للقانون وليس للحكام أو لبعض التقاليد والأعراف المتوارثة، إذ بمعنى هذا المبدأ أن القانون وإن كان عملاً إدارياً، إلا أنه يسمو على جميع أفراد المجتمع و السلطات العامة في الدولة، مهما بلغ دورها في وضعه، أو إقراره أو إصداره.

ومن المستقر عليه في تفسير مدى سيادة القانون أن هذه السيادة تتحقق بخضوع كل من في الدولة من حكام و محكومين للقواعد القانونية السارية أو المطبقة، أيأ كان مصدرها أو شكلها، ولا يضمن هذه المشروعية إلا وجود رقابة قضائية صارمة.

إن الرقابة القضائية على الوقائع في دعوى الإلغاء، تعتبر الضمانة الأساسية لمعرفة مشروعية تصرفات الإدارة ومدى خضوعها لسultan القانون، لأن رجل الإدارة، يجب أن لا يخضع في تصرفاته و قراراته و أعماله لأهوائه ورغباته وميوله، بل يجب أن يستند في ممارسته للنشاط الإداري إلى أسباب و دوافع واقعية تسوغ له تلك الأعمال والتصرفات، لذلك كانت الوقائع في القرار الإداري هي أساس المنازعات الإدارية، و حولها يدور مدار الرقابة القضائية على القرار الإداري.

إلا أن الرقابة على القرار الإداري لا تكون كافية ولا فعالة إن اقتصرنا عن التحقق من صحة الوقائع المادية التي يقوم عليها القرار الإداري فقط، بل يجب أن يكون لهذه الوقائع وجود قانوني، كما يلزم أن يكون تكييف الإدارة لتلك الوقائع تكييفاً يتفق وقصد المشرع عند سنه لنص القانوني حتى تصلح سبب لحل قرارها، وهذا ما وجد في بداية القرن الحالي.

لكن سرعان ما تطورت هذه الرقابة القضائية وجعلت قاضي الإلغاء لا يكتف برقابة تكييف القانوني للوقائع فحسب، بل مدّ رقابته إلى ما وراء ذلك؛ لأن مجلس الدولة سواء في فرنسا أو مصر وحتى في الجزائر مؤخراً، لم يكتف بذلك بل سرعان ما قرّر لنفسه الرقابة في كل الحالات، و جميع المجالات، وبدون استثناء. إلا أن مجلس الدولة في فرنسا كان قد أخرج في بادئ الأمر بعض الحالات تخرج من نطاق رقابته على التكييف القانوني للوقائع، وترك السلطة التقديرية للإدارة بشكل واسع، كما هو الشأن بالنسبة لمجموعة قرارات الضبط الإداري العليا المتصلة بسلامة الدولة والمحافظة عليها، ومجموعة القرارات ذات الطابع العلمي والفني المعقدة، بالنظر إلى أن القانون الإداري حديث النشأة مقارنةً بغيره من القوانين حيث كان نتاج الظروف السياسية و التاريخية التي مرّت بها فرنسا خلال القرون الثلاثة الماضية، التي تخض عنها إنشاء مجلساً سُمي بمجلس الدولة، الذي اهتم بوضع قواعد القانون الإداري و صياغتها ووضع

أحكامها ونظرياتها بما يكفل التوفيق بين حقوق الأفراد و حرياتهم من جهة وحاجات الإدارة من جهة ثانية.

و قد ساعد في إيجابية المجلس الفرنسي تحرره من النصوص التشريعية مادام أنه كان يستهدف تحقيق الصالح العام. كما أنه سلك في هذا الشأن سياسة تتسم بالتدرج والثبات، فقد اتّجه في البداية إلى عدم ممارسة أي دور رقابي في بعض المجالات، ثم تلى ما يشوب قرارات الإدارة من انحراف، ثم رقابته للوجود المادي للوقائع، ثم رقابته على التكييف القانوني لها، وأخيراً انتهى إلى بسط رقابته. ولكن كاستثناء من القاعدة العامة في قضائه، على تقدير لخطورة و أهمية الوقائع التي تدعّيها ومدى تناسب الإجراء الذي اتخذته مع هذه الخطورة أو تلك الأهمية، لدرجة أنه وصل به الحال إلى أن يحلّ تقديره أو تقييمه هو للوقائع بدلاً من تقدير و تقييم رجل الإدارة.

كما أنّ الثقة التي حضي بها لدى الإدارة و مكاتته عندها كانت سبباً في احترام الإدارة لمبادئه والعمل بأحكامه. و كان يلتزم بالحيطّة و الحذر و الفطنة لعدم إثارة حفيظة الإدارة، فكان يضع القواعد بحكمة شديدة في صيغة موجزة على درجة من المرونة تفسح المجال أمامه لتطويرها بما يتماشى وظروف الإدارة المتجددة للحدّ من السلطة التقديرية للإدارة التي تتمتع بامتيازات السلطة العامة في مجالات النشاط الإداري، إلا أنّ هذه الحماية لم تعد كافية في ظل ارتياد الإدارة، لمختلف مجالات النشاط الإداري الحديثة، من زراعة، و عمران، و بيئة... إلخ و لما تتميز به هذه النشاطات من ديناميكية، تتبع لزاماً باتساع سلطة التقدير الإداري، مما قد يهدد حقوق الأفراد و حرياتهم.

فالسلطة التقديرية أشبه بالحرية، قد تنقلب إلى هوى و تحكّم إن لم ترسم لها حدود و توضع لها قيود، لذا كان الهدف من الحدود و القيود ليس شل هذه السلطة أو تلاشيها، وإلّا هو تجنب و تلافي التحكّم الإداري الذي يشوب ممارستها، ذلك أنه كلما كانت الإدارة إيجابية و موضوعية بعيدة عن الهوى و التحكّم كان ذلك أكثر عدلاً و إنصافاً.

و بذلك فإنّ مجلس الدولة انتقل من مرحلة سلطة التقدير الإداري التقليدية التي أضحت لا تنسجم مع التطورات الحاصلة في مجال النشاط الإداري الحديث إلى مرحلة الملائمة في التقدير الإداري، ليمسك بنقطة التوازن بين حاجات الإدارة و حقوق و حريات الأفراد.

و قد ظهرت البوادر الأولى في النصف الأخير من القرن الماضي، عند رقابته على التكييف القانوني للوقائع، و تطوره إلى رقابته على تقييم أهمية و خطورة الوقائع سنة 1961، وحتى في المجالات التي كانت مستثناة من قضائه، و هو ما يسمى بنظرية رقابة الخطأ الظاهر في التكييف القانوني للوقائع، و نظرية رقابة الخطأ الظاهر في التقييم، أو ما ظهر في القضاء الإداري المصري، بنظرية الغلط البين، أو ما سماه بعض

الفقه الخطأ الساطع، التي أجبرت الإدارة، على التحليّ بأكبر قدر من الاتزان والحذر، عن الوقوع فيما قد يعتبر خطأ ظاهراً.

وما فتى مجلس الدولة حتى ابتدع نظرية أخرى قريبة من النظرية الأولى، حتى رأى بعض الفقه للقول أنهما نظرية واحدة، وهي تابعة لنظرية الخطأ الظاهر، ألا وهي ما يسمى بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار، أو ما سميّ في مصر بنظرية الحصيلة سنة 1971، التي طبقها مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة في مجال نزع الملكية، التي يجمعهما بموضوع الدراسة فكرة التناسب، ومبدأ الملائمة، ومبدأ المشروعية المبني على أساس وجود مبادئ وقواعد صارمة لا يمكن مخالفتها، إذ تلتزم الإدارة و تثقيد بأحكام القانون في تصرفاتها، وذلك منعاً لتعسفها و بالمقابل يكفل ويضمن الحماية لحقوق الأفراد وحرّياتهم، بما لا يحجب حاجة الإدارة، إلى نوع من الحرية يضمن حسن سيرها، ويبعث في رجالها روح الابتكار والإبداع، من أجل تقديم العمل المناسب بالكيفية المناسبة وفي الوقت المناسب.

إنّ الإدارة تتمتع ببعض الامتيازات يمكن حصرها في صور ثلاثة: نظرية أعمال الحكومة، أو السيادة، ونظرية الظروف الاستثنائية، ونظرية السلطة التقديرية، هذه الأخيرة التي عمل مجلس الدولة على الحد منها وابتكر لذلك نظرية الخطأ الظاهر، ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار، وكان لزاماً البحث فيما معاً في هذا البحث لأنّ جانب من الفقه يرى أنهما نظرية واحدة و ليس نظريتين، ومنهم من يرى أنّهما مختلفتين، وهو الشأن بالنسبة لنظرية الغلو، و هو ما سيتم توضيحه في ثنايا هذا البحث.

إذا كان الأصل أن تصرفات الإدارة محدّدة في القانون كمبدأ عام قائم في الدولة القانونية، إذ تنحصر وظيفة السلطة التنفيذية في مجرد تنفيذ القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، و بذلك تكون وظيفة السلطة التنفيذية بصفة عامة و الإدارة بصفة خاصّة مجرد التعبير الصادق عن إرادة المشرع بلا نقص أو زيادة، و بذلك تكون السلطات مقيدة باستمرار.

قد يكون ذلك هو المثل الأعلى لحماية حقوق الأفراد و حرّياتهم، وذلك مرهون بإرادة الشعب عن طريق ممثليه في البرلمان، فالإدارة بذلك ملزمة بتحقيق الهدف المعين، يجب أن تسعى إلى تحقيقه، إلا أن مهمة الإدارة قد تنحصر على تطبيق القانون على الحالات التي تصادفها عندما تتحقق أسبابها، إلا أن الواقع العملي وضرورة الحياة الإدارية تحول على الأخذ بهذا النهج على إطلاقه، لأن الإدارة يمارسها موظفون يواجهون ظروف متغيرة قد تقتضي تنويع المعاملة، وللمجاعة مصلحة في أن يتم السماح لها بذلك لمواجهة كل حالة وفقاً لظروفها الخاصة، وحتى تتمكن من تحقيق المصلحة العامة على أكمل وجه.

و من دوافع اختياري هذا الموضوع إداركي للحاجة الماسة لدراسة تعالج هذا الموضوع والعكوف عليه، وإفراغ جهدي لمعرفة خباياه، كون أنّه يعتبر من أهم المواضيع التي لم تتل نصيباً وافياً من الدراسة،

خاصةً في الجزائر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنه يعتبر موضوع ذا طبيعة عملية، وقد شعرت بعظمة المهمة الملقاة على عاتقي وضاعف شعوري حداثة الموضوع ودقة المعالجة وضآلة رصيده الفقهي، خاصة ما تعلق برقابة القاضي الإداري على الخطأ الظاهر، اللهم تلك التعليقات والمقالات المكتوبة هنا وهناك، أو بعض الإشارات القليلة في بعض المراجع التي تعالج مواضيع أخرى ترتبط بالموضوع. فبالإضافة إلى الجانب الفقهي فقد عمدت هذه الدراسة على القرارات الحديثة منها والقديمة للقضاء الإداري الجزائري و المقارن.

و تجدر الإشارة إلى أن أهمية هذا الموضوع تكمن من كونه يهدف أيضاً إلى تحقيق فاعلية للقضاء الإداري، ولدفع جهة الدفاع إلى طرح و تأسيس أوجه طعنه على أساس نظرية الخطأ الظاهر و نظرية الموازنة بين المنافع والمضار.

كما أن أغلب القضايا التي تعرض على المحاكم الإدارية ومجلس الدولة بالجزائر، لا تؤسس طعنها إلا على الأسباب التقليدية لإلغاء القرار الإداري، من عيب الاختصاص، وعيب الشكل والإجراءات، وعيب الانحراف بالسلطة وأغلبها فضل اللجوء مباشرة لدعوى التعويض عن نزع الملكية بدلاً من دعوى الإلغاء قرار نزع الملكية.

فهدف الدراسة إذن يكمن في توضيح مفهوم نظرية الخطأ الظاهر، وتمييزها عن المفاهيم القريبة منها، وأهميتها في الرقابة على القرارات الإدارية، وتحديد ميدان ومجالات تطبيقها، ومعرفة مدى رقابة القضاء الإداري على الخطأ الظاهر، وكيفية إثباته، وكذا العمل القضائي في التشريعات المقارنة، لاسيما التشريع الفرنسي والمصري ثم إسقاط ذلك على التشريع الجزائري، وتحديد مختلف سلطات القاضي الإداري وحدود نظرية الخطأ الظاهر، أو الغلط البين، وإثبات الوسائل المستعملة في التحقق من وجود خطأ ظاهر في القرار المطعون فيه.

إن البحث له اعتبارات تتعلق بالصالح العام، ولحماية الحقوق الحريات الفردية وفيه تنبيه للإدارة على احترام شروط إصدار قراراتها، خاصة ما يتعلق بالتسبب من جهة، و تحفيز لجهة الدفاع لممارسة دعوى الإلغاء على أساس نظرية الخطأ الظاهر متى توافرت شروطها، ومن جهة أخرى دفع القاضي الإداري لتطبيقها، وبتالي تطور القضاء الإداري الجزائري، مما يضمن التكامل ما بين فعالية الإدارة في اتخاذ القرارات للصالح العام، دون خطأ فادح من جهة، وضمان حرية وحقوق الأفراد من جهة ثانية، لأن الإخلال بأحدهما سيؤدي إلى نتائج سلبية.

كما يكمن الهدف من الناحية العلمية أيضاً إلى إثراء البحث العلمي، والخروج باقتراحات تساهم في بيان وتعزيز وتدعيم دور القاضي الإداري وسلطاته تطبيقاً لنظرية الخطأ الظاهر، وتبسيطها وتقديمها كمادة

علمية ومعرفية، من أجل استيعابها وتحويلها إلى واقع عملي ميداني، وممارسة يومية للقضاة بتفعيله والمحامين بإثارته.

من المعلوم بأن القرارات الإدارية المتسمة بالمشروعية والدقة والوضوح، والتي تمارسها الإدارة في إطار سلطتها التقديرية أو المقيدة، كون أنها وسيلة لتطبيق القانون، فما هي يا ترى حدود تلك السلطة؟. و عن هذه الإشكالية العامة ننتزع جملة من التساؤلات ألا وهي: ما هو دور القاضي الإداري في الرقابة على أعمال الإدارة التي يشوبها خطأ ظاهر أو غلط بين أو غلو فاحش في النظام القضائي الإداري؟، و ما هو يا ترى مضمون نظرية الخطأ الظاهر؟، و ما هي خصائصها ومميزاتها؟، و ما هي تطبيقاتها و مجالاتها في القضاء المقارن و في الجزائر؟، و ما مدى ارتباط الخطأ الظاهر ببعض المبادئ الأساسية في القضاء الإداري كمبدأ المشروعية و مبدأ المساواة و مبدأ الملائمة، و مبدأ الفصل بين السلطات؟.

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال هذا الموضوع الموسوم بـ: رقابة القاضي الإداري على الخطأ الظاهر، بالاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي الذي يعد الوسيلة الأكثر تعبيراً في كلا الفصلين، إذ تفترض إتباع طريقة معالجة وتحليل النصوص والاجتهادات، و كذا القرارات القضائية و مقارنتها ببعضها للوصول إلى معرفة و تبسيط الموضوع، مع مراعاة موقف القضاء الجزائري من نظرية الخطأ الظاهر.

و تجدر الإشارة إلى أن البحث اعترته بعض العقبات تمثلت في قلة الدراسات الشاملة و المتخصصة، إن لم نقل انعدامها، إذ لم يحض موضوع دور القاضي الإداري في الرقابة على الخطأ الظاهر في القرار الإداري بالدراسة المستحقة مما يجعلها جد منعقدة خاصة في الجزائر بالمقارنة مع التطور الذي عرفه جانب الرقابة على قضاء الإلغاء، على الرغم من كثرة المؤلفات التي تناولت دعوى الإلغاء، ناهيك عن قلة إمكانية الحصول على القرارات القضائية الإدارية، خاصة تلك الغير منشورة، لمجلس الدولة الجزائري، على عكس تلك المتعلقة بالقضاء الإداري الفرنسي و القضاء الإداري المصري.

إن معالجة الموضوع خاصة مع منهجية البحث تقسيم البحث إلى فصلين، كل فصل له مبحثين و ذلك على النحو التالي:

- مقدمة.
- فصل الأول تمّ التطرق فيه إلى أساس نظرية رقابة الخطأ الظاهر، ممّا استدعى التعريف بمهيتها، ثمّ مقارنته بالنظريات المستحدثة للحد من السلطة التقديرية للإدارة.
- فصل الثاني تمّ التعرض فيه إلى الحدود التقليدية للرقابة القضائية مع الإشارة إلى تطورها و تطبيقاتها.

الفصل الأول

الفصل الأول

رقابة القاضي الإداري للخطأ الظاهر وتمييزها عن النظريات المستحدثة للحد من سلطة الإدارة التقديرية

بعد أن كان القضاء الإداري يختص برقابة المشروعية ويمتنع عن رقابة الملائمة، بادر مجلس الدولة الفرنسي باستثناء هام بمد رقابته على الملائمة، خاصة أنه اعتبرها شرطاً من شروط المشروعية¹، ويستعمل مجلس الدولة الفرنسي حالياً معادلة جديدة للرقابة الإدارية على العمل الإداري، مفادها أنه عندما تمارس الإدارة سلطتها التقديرية في الحالات التي تكون متمتعة فيها بمثل هذه السلطة فإن القرار الذي تتخذه يجب أن لا يكون متركز على وقائع غير صحيحة مادياً، ولا إلى أسباب قانونية خاطئة ولا إلى خطأ ساطع في التقدير ولا أن يكون مشوب بعيب الانحراف في السلطة.

للعلم أن هذه النظرية لم تأتي دفعة واحدة وإنما كانت نتاج لتطبيقات متناثرة فقط لم يجد تبرير لها، فجاءت لتبرير تدخلاته في الاختصاص التقديري للعمل الإداري خاصة وأنه لم يكن يعمل بمبدأ التناسب، وظهرت النظرية بسبب اتساع دائرة التعسف الإداري، فكان أول تطبيق للنظرية في سنة 1953² عند إلغاء قرار الإدارة لمنع اجتماع الحزب الشيوعي الذي كان مقرر في سنة 1946 إلا أن القرار جاء بعد زوال أسباب الانعقاد وفي وقت متأخر، وانتشرت النظرية بشكل خاص في سنة 1961 بمناسبة حكم LA GRANJE الصادر في 1961/02/10 إلا أن بداية النظرية كانت تقتصر على رقابة حالات استثنائية في التكييف القانوني للوقائع في ظل الرقابة العادية التقليدية³، إلا أن التدعيم المستمر من الفقه لنظرية الخطأ الظاهر أدى بها إلى تجاوز الدور التقليدي لتعالج مواقع جيدة من العمل الإداري ولتصل إلى صميم التقدير الإداري.

وقبل أن نأخذ بالدراسة تطبيقات النظرية كان لزاماً علينا معرفة أولاً ماهية نظرية الخطأ الظاهر في المبحث الأول، ثم تمييزها عن بعض المفاهيم المقاربة لها في المبحث الثاني.

1 Georges Vedel: (La Soumission De L'administration à la loi), revue du droit et économie N °02 année22, Caire université Fouad, Mars 1952, P 191.

2د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة لمجلس الدولة الفرنسي للحد من السلطة الإدارية التقديرية، (دراسة مقارنة)، رسالته للدكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994ص 204، ويسايره الدكتور محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء (دراسة مقارنة) رسالته للدكتوراه جامعة عين شمس، لسنة 1992، ص 269.

3د.سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية طبعة أولى 2004 ص 630.

المبحث الأول

نظرية رقابة الخطأ الظاهر

إن أساس نشأة نظرية الخطأ الظاهر كما أسلفنا تعود لقضاء مجلس الدولة الفرنسي التي اطلق عليها اسم (L'erreur Manifeste)¹، كما أن المحكمة الإدارية العليا بمصر بنظري اطلق عليها اسم نظرية الغلو والفقهاء المصريين يطلق عليها مسمي الغلط البين²، وجانب من الفقه سماها بنظرية الخطأ الفادح، وآخر سماها بالخطأ الساطع³، وهي تعتبر عنصراً أساسياً من عناصر الرقابة القضائية التي تباشرها على القرارات الإدارية، وذلك كوسيلة لتجنب التعسف الذي قد ينشأ عن استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية⁴، و أصبحت بذلك نظرية عامة في الرقابة على مختلف الأعمال القانونية التي تجرئها الإدارة بناء على سلطتها التقديرية خاصة بعد أن اتسع نطاقها وامتد بها إلى المجال التأديبي منذ عام 1978⁵.

المطلب الأول

ماهية نظرية الخطأ الظاهر

تعتبر فكرة الخطأ الظاهر من الأفكار القانونية التي تمثل نظرية قضائية ابتكرها وصورها القضاء الإداري لسيط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، لذا يقتضي تعريف الخطأ الظاهر الرجوع إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي أنشأ هذه الفكرة، وآراء الفقه الإداري سواء الفرنسي أو المصري الذي تابع ظهورها وتطورها.

إلا أنه يجب الوقوف أولاً عند التعريف اللغوي لكلمتي الخطأ وكلمة الظاهر ثم التعريف بالمضمون الاصطلاحي والقانوني له.

الفرع الأول: تعريف الخطأ الظاهر

¹ كان مجلس الدولة الفرنسي اول من استحدث هذا النوع من الرقابة، وهو من أول من أطلق عليها اسم الخطأ الظاهر في كل القرارات التي أصدرها، وهو ما سنلاحظه من خلال التطبيقات العملية للنظرية في الفصل الثاني، ثم تبعه الفقه الفرنسي وسأيره في هذه التسمية.

² د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 ص 176 وما بعدها وهو ما يلاحظ على تعريف محمود سلامة جبر، الرقابة على تكييف الوقائع في دعوي الإلغاء مرجع وستعرض إلى ذلك لاحقاً عند تعرفنا للخطأ الظاهر.

³ يلاحظ أن أول من عرض لهذه النظرية في الفقه العربي الدكتور يحيى الجمل، في مقالته: رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع. أنظر، مجلة القانون والاقتصاد ص 41، ع 3 و 46، ص 405 وما بعدها، وهو يستخدم تعبير الغلط البين، ويجاربه في ذلك د. محمود سلامة جبر، رسالته السابقة، ومن جانبنا نفضل استخدام تعبير الخطأ الظاهر، لما قد يثيره تعبير الغلط البين من خلط مع نظرية الغلط في القانون المدني، وحتى يكون لنظريات القانون الإداري، استقلاليتها وذاتيتها الخاصة

⁴ De Laubadere(A) : traite de droit administratif, paris, L .G.D.J.10 Ed.1988 P 546.

⁵ Auby (j,m) :le contrôle juridictionnel du degré de gravite d'une sanction disciplinaire, note sur C.E 9jun 1978 Lebon , R.D.P 1-1979 , p 227.

1- تعريفه لغة: لا يمكن أن نضع تعريفاً للخطأ الظاهر إلا بعد الوقوف عند مفهومه لغة وفي الاصطلاح

العلمي ثم الاصطلاح القانوني وتمييزه عن المصطلحات المشابهة.

***معنى الخطأ لغة:** من المعلوم بأن للخطأ في اللغة العربية معاني متعددة وذلك من خلال البحث في

قواميس اللغة العربية منها: الحيدة عن الصواب أو ضده، وقد يراد به من سلك سبيل الخطأ عمداً أو سهواً والخطأ من تعمد ما لا ينبغي، أو من أراد الصواب فذهب إلى غيره، ولهذا فقد يأتي بمعنى الذنب¹.

و كما أسلفنا فإن أغلب الفقهاء المصريين استعملوا لفظ الغلط البين وليس الخطأ البين أو الظاهر ونذكر على سبيل المثال الدكتور يحيى الجمل والدكتور سلامة جبر. فالغلط هو " وضع الشيء في غير موضعه"، وذلك نتيجة قصور يحول بين المرء وإدراكه لوجه الصواب في أمر من الأمور².

ويقال: غلط في الأمر غلط يغلط غلطاً من باب فرح، إذ لم يوفق إلى التمييز بين الصواب وغيره³.

والغلط في القول هو: أن يريد المرء أن يتكلم بكلمة فيغلط فيتكلم بغيرها وكثيراً ما يعبر عن ذلك بسبق اللسان أو الخطأ⁴.

* معنى الظاهر لغة

لكلمة الظاهر: عدة معاني في اللغة العربية بالإضافة إلى معناها القانوني أو الاصطلاحي، ومعنى عبارة أو لفظ الظاهر المصاحب للفظ الخطأ و المقرون به، فهو في اللغة العربية من ظهر ظهوراً، أي برز بعد الخفاء وأظهر الشيء بينه، وأظهره على السر، أطلعهُ إلى العلانية، والظاهر خلاف الباطن، وظاهر البلد خارجه، وظاهر الجبل أعلاه، والظاهر من العيون الجاحظة⁵.

¹ قاموس لسان العرب لابن منظور، دار المعارف بمصر ص 192، و قاموس المنجد في اللغة و الإعلام، دار المشرق، بيروت، طبعة 1981/25 ص 186.

² د. يحيى الجمل، رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة على التكييف، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، العدد الثالث و الرابع، ص 41، 1972 ص 440. ويجاربه في ذلك د. محمود سلامة جبر في مؤلفه، نظرية الغلط البين في قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، طبعة 1992.

³ د. أبي هلال العسكري، الفروق اللغوية، ضبط وتحقيق حسام الدين القدسي، بيروت، دار الكتب العلمية، ص 41.

⁴ انقسم فقهاء اللغة فيما بينهم في تحديد ما إذا كان هناك فارق لغوي بين الخطأ والغلط أم أنها مترادفين لمعنى واحد إلى اتجاهين: الأول يرى أن الغلط الخطأ متباينان، لأن الغلط وضع الشيء في غير موضعه ويجوز أن يكون صواباً في نفسه، والخطأ لا يكون صواباً على وجه. أما الثاني: وهو ما يؤيده جمهور اللغويين حيث يرى أن الغلط والخطأ مترادفان أي يستعملان للدلالة على معنى واحد وهو ما يقابل الصواب فالخطأ ضد الصواب والغلط هو العجز عن إدراك معنى الصواب. راجع مؤلف أبو هلال العسكري، الفروق اللغوية، مرجع سابق، ص 179.

⁵ المنجد في اللغة و الإعلام، سبق ذكره، ص 482.

كما يقصد به لغة " الغالب " وقد وردت الكلمة بهذا المعنى في قوله تعالى " يَا قَوْمِ لَكُمْ الْمُلْكُ الْيَوْمَ ظَاهِرِينَ فِي الْأَرْضِ فَمَنْ يَنْصُرُنَا مِنْ بَأْسِ اللَّهِ إِنْ جَاءَنَا قَالَ فِرْعَوْنُ مَا أُرِيكُمْ إِلَّا مَا أَرَى وَمَا أَهْدِيكُمْ إِلَّا سَبِيلَ الرَّشَادِ"¹، وقد يقصد به " المحسوس"² الذي تدركه الحواس وعكسه الباطل أي الخفي الذي لا تدركه الحواس، يقول تعالى " هُوَ الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ وَالظَّاهِرُ وَالْبَاطِنُ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"³ أي أن الله تعالى ظاهر بمخلوقاته الكثيرة الدالة على وجوده وباطل بذاته التي لا تدركها الحواس، والظاهر بهذا المعنى هو مبلغ علم أكثر الناس ولكن أكثر الناس لا يعلمون، ويقول تعالى في هذا الشأن " يَعْلَمُونَ ظَاهِرًا مِّنَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَهُمْ عَنِ الْآخِرَةِ هُمْ غَافِلُونَ"⁴.

2- تعريفه في الاصطلاح العلمي__ : إن مفهوم الخطأ في الاصطلاح العلمي هو مخالفة قاعدة أو نظام كان الواجب احترامه، ومنه مخالفة القواعد الأخلاقية والجمالية أو النحوية والرياضية، ويتضمن لفظ الخطأ في ذهن من يستعمله ثبوت قيمة للمعيار الذي خولف⁵.

3- تعريفه في الاصطلاح القانوني: إن مفهومه في الاصطلاح القانوني بوجه عام، فهو إخلال بالتزام قانوني⁶، ويتحقق الخطأ في القرارات الإدارية بصفة عامة إذا كان القرار مشوباً بعيب أو أكثر من عيوب عدم المشروعية⁷.

وهي ذات المعاني تقريبا التي تشير إليها أيضا قواميس اللغة الفرنسية في تعريفها لتعبير (Erreur Manifeste) أنه غلط أو خطأ واضح أو بين⁸، حيث ينصرف لفظ (Erreur) إلى الغلط أو الخطأ أو الضلال، كما ينصرف لفظ (Manifeste) إلى ظاهر أو واضح أو جلي أو بين⁹ إلا أنه يجب الإشارة إلى التمييز بين الخطأ الظاهر وبعض المصطلحات القانونية المشابهة وهما الخطأ المادي والخطأ في القانون.

¹ الآية رقم 29 سورة غافر.

² معجم اللغة العربية، ج 2، طبعة 1975، ص 174، 175.

³ الآية 03 سورة الحديد.

⁴ الآية 07 سورة الروم.

⁵ المعجم الفلسفي، مجمع اللغة العربية بمصر، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1979، ص 80.

⁶ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 1، دار أحياء التراث العربي، بيروت ب.ت.ص 778.

⁷ د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 2001، ص 25.

⁸ القاموس القانوني، (فرنسي-عربي) للأستاذة إبراهيم نجار أحمد زكي بدوي، يوسف شلالا، مكتبة لبنان، بيروت طبعة 1988/2، ص 126، وهو يحدد معنى هذا التعبير بأنه نظرية قانونية تتناول الرقابة التي يمارسها القاضي على سلطة الإدارة التقديرية لما يعتبره بمثابة أخطاء فاحشة.

⁹ قاموس المنهل (فرنسي -عربي) للدكتورين سهيل إدريس وجبور عبد النور، دار العلم للملايين، بيروت طبعة 1989/10 ص 405، 641.

***الخطأ المادي:** ويقصد بالخطأ المادي: سقطات الكتابة أو خطأ في الحساب و الأعداد أو الرموز أو الخطأ في التعبير أو إغفال ذكر طرف في الخصومة وذلك أثناء الحكم وتحريره، كما نصت المادة 287ق. إ.م.إ.ج¹ على أن "الخطأ المادي هو عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل وجودها الطعن بتصحيح الأخطاء المادية يعتبر من طرق الطعن غير عادية لا يؤدي إلى طرح النزاع أو الفصل في الموضوع، وإنما يقتصر دور القاضي على توضيح الغموض فيه".

وهو الخطأ الذي لا ينصب على أركان أو عناصر العمل القانوني ولا يؤثر على كيانه، وبالتالي فإنه لا يترتب عليه أي بطلان ويجوز تصحيحه بإجراء لاحق، كالأخطاء الحسابية أو الكتبية التي قد ترد في الأعمال القانونية عموماً مثل الخطأ في رقم الدعوى أو رقم المادة، وكذلك أخطاء السهو، وأغلاط القلم أو الطباعة²، وقد تكفل المشرع بالنص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على جواز تصحيح هذه الأخطاء فيما يتعلق بالأحكام القضائية وفقاً للمادة³ (891) التي تقابلها المادة (191) من قانون المرافعات المصري وهو ما تجرئ به أحكام القضاء⁴، وعلى سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادرة في الطعن رقم (1523/28ق) بتاريخ 10/11/1984 الذي جاء فيه: "اختلاف الاسم بين شهادة الميلاد والشهادة الابتدائية خطأ مادي واجب التصحيح طالما لم تجحد الجهة الإدارية أن المطعون ضده هو ذات الشخص صاحب المستندين".

***الخطأ في القانون:** عرّف الفقهاء الخطأ في التطبيق القانون بأنه العمل في الدعوى بقاعدة قانونية لا تنطبق عليها، أو بتطبيق هذه القاعدة على نحو يؤدي إلى نتائج قانونية مخالفة لتلك التي يريدها القانون، أو بفرض تطبيقها على واقعة تنطبق عليها كالأخذ بقاعدة من قواعد الفقه الإسلامي حيث لا يجب الأخذ بقاعدة قانونية، و كالمخطأ في تكييف واقع الدعوى بموجب القانون أو بحكم العقد.

وهو صورة من صور مخالفة القانون ويتحقق بأن تطبق الإدارة القاعدة القانونية تطبيقاً خاطئاً، سواء كانت تلك القاعدة واضحة المعنى أم كان ذلك نتيجة تفسير خاطئ لها⁵، يستوي أن يكون هذا التفسير متعلقاً بنص قانوني أو لائحي أو بقرارات أو تعليمات إدارية.

والخطأ في القانون بالمعنى المتقدم يختلف عن مخالفة القانون، حيث تنصرف مخالفة القانون إلى المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية بتنكر الإدارة لها وتجاهلها كلياً أو جزئياً⁶، بينما ينصرف الخطأ في القانون

¹ قانون 09-08 الصادر بتاريخ 2008/02/25، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية رقم 21 صادرة بتاريخ 23 أفريل سنة 2008.

² أ.د. أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، بدون دار نشر، القاهرة 1939 ص 152 وما بعدها.

³ قانون 09-08 الصادر بتاريخ 2008/02/25، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية رقم 21 صادرة بتاريخ 23 أفريل سنة 2008.

⁴ أ.د. خليفة الجهي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2009، ص 134.

⁵ أ.د. عبد الفتاح حسن، القضاء الإداري ج1، قضاء الإلغاء، المكتبة الجديدة، القاهرة، ص 351.

⁶ أ.د. سليمان محمد الطراوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974، ص 451.

إلى العيب الذي يشوب استدلال الإدارة عند اتخاذ قرارها، وتنصب رقابة القضاء في هذه الحالة على أسباب القرار وليس على مضمونه، كما هو الشأن في مخالفة القانون¹ وباستبعاد هذه التعبيرات من دائرة نظرية الخطأ الظاهر.

لم يضع مجلس الدولة الفرنسي تعريفاً للخطأ الظاهر و اكتفى بالإشارة إلى مضمون الفكرة التي يقوم عليها، بترديد بضع عبارات أصبحت شبه مستقرة مفادها أن تقدير الإدارة في هذا الشأن أو ذاك، لا يكون خاضعاً لرقابة القاضي الإداري إلا إذا قام على وقائع مادية غير موجودة أو شابه خطأ في القانون أو انحراف في السلطة، أو بني على غلط بين أو خطأ ظاهر وذلك دون أي محاولة مباشرة من المجلس، لتحديد ماهية الخطأ الظاهر²، وهي بحسب رأبي أمراً مقصوداً لأن تحديد التعريف يؤدي إلى تضيق المفهوم والنطاق وتحديد الزمان بما قد لا يسير التطور مستقبلاً، ولعل مسلكه بهذا الشأن يتفق مع النهج الذي يتبعه مجلس الدولة عموماً وهو عدم وضع تعريفات محددة للأفكار القانونية التي يبتدعها حال قيامه برقابة أعمال الإدارة كي يستطيع تطوير هذه الرقابة دون ما قيود تؤدي إلى إعاقته.

إلا أن فقهاء القانون العام وضعوا عدة تعريفات للخطأ الظاهر، وتعتبر أول محاولة لتعريف الخطأ الظاهر هي التي قال بها Bruno Kornprobst في كتابه الخطأ الظاهر الصادر سنة 1965³ فعرّفه بأنه " أداة تحليل تسمح برقابة أكثر فاعلية للتقديرات التي تقوم بها الإدارة في المسائل الفنية والدقيقة وأنه يقع على وصف الوقائع ولا يتعلق بماديات الوقائع وابتكره القاضي الإداري لزيادة رقابته على وصف الوقائع ولمراجعة الإدارة في تقديراتها التي كانت تهرب بها من الرقابة القضائية.

من خلال التعريف السابق: يتضح أن الدكتور ألقى الضوء على وظيفة الخطأ الظاهر وأثره وهو زيادة فاعلية الرقابة القضائية في المسائل الفنية الدقيقة، كما بين بأن هذا النوع من الرقابة ينصب على وصف الوقائع وليس بمادياتها.

كما عرّفه الأستاذان جورج فيدال و بيار ديلفولفييه (Vedel et Delvolve) إلى تعريفه بأنه: ((الخطأ الذي يقفز أمامنا بحيث يمكن ملاحظته بمجرد النظر إليه ومن أول وهلة، دون ثمة حاجة إلى الاستعانة بأهل الخبرة في اكتشافه))⁴.

¹أ.د محمد سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1992، ص 104.

²د.ثروت عبد العال، الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1992، ص 364. أ. محمد متولي صبحي، حدود رقابة قضاء الإلغاء مجلة إدارة قضايا الحكومة (1974) س 18 ع 2 ص 403، 404.

³د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، طبعة 2، 2013، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، ص 714.

⁴ (G) Vedel et (P) Delvolve : droit administratif, Paris, P,U ,F,1980,p 800.

كما عرّفه الأستاذان أوبي ودراجو (Auby et Drago) بأنه ((الخطأ الواضح أو الجسم بل والخطير الذي يكون مرثياً حتى بالنسبة لغير المتخصصين من رجال القانون))¹.

الملاحظ من هذين التعريفين أن أصحاب هذا الاتجاه أكدوا أن الخطأ الظاهر هو الخطأ الجسم والظاهر والواضح والجلي، ولا يمكن إلغاء القرار إلا إذا كان الخطأ واضحاً وجسيمياً وظاهراً، إلا أنه ما يلاحظ على هذا التعريف أنه قد اعتمد على المعنى اللغوي كأساس لتعريف الخطأ الظاهر دون النظر إلى مضمونه وفحواه، ما يجعل منه تعريفاً قاصراً لا يعكس المضمون.

كما يعرفه الفقيه De Laubadere كونه " خطأ صريحاً يرتكبه الخصم ويتعرف عليه القاضي إذ لا شك فيه عقل واع"².

أمام قصور التعريف الأول ذهب جانب آخر لتعريفه من جانب موضوعي، حيث ذهب مفوض الحكومة Braibant في تقريره المقدم في قضية (Sieur Lambert) إلى القول بأن: " الرقابة على الخطأ البين تهدف إلى أن تفرض على السلطات الإدارية الحد الأدنى من المنطق والعقل السليم... ويظهر الخطأ البين عندما تسيء الإدارة عن عمد أو غير عمد استخدام الحرية التي تتمتع بها، وتذهب إلى أبعد من الحدود المعقولة."

إن هذا الاتجاه أقام رابطةً بين فكرة الخطأ الظاهر وعدم المعقولة التي عرّفها رجال القانون الأنجلوسون، والتي ترتب جزاء عدم المشروعية على كل تصرف للإدارة يتجاوز حدود المعقول ((لا ينبغي البحث عن معيار الخطأ الظاهر، في مدى هذا الخطأ أو في خطورته بل ولا حتى في كونه حدثاً بارزاً، وإنما يجب أن يجري البحث عن هذا المعيار في إطار درجة عدم الانضباط وعدم الكفاية بالنسبة للعوامل الأخرى التي كانت تحت نظر الإدارة عند إجراء تقديرها))³.

وبالطبع فإن هذا التعريف لم يسلم من النقد أيضاً، إذ أنه لم يعطي لخاصية درجة الخلل ومداه ومجموع الخصائص الأخرى أي اعتبار، وجعل خاصية الخلل في التقدير وعدم المعقولة لازمة وكافية للخطأ الظاهر، وهو ما يعيبه⁴.

¹ Auby et Drag: traite de contentieux administratif, 2^e édition, L.G.D.J. 1975, Paris, p, 394.

² De Laubadere A Le control juridictionnel du pouvoir discrétionnaire da la jurisprudence récente d'État, in mélanges Waline, L.G.D.J.1974, P937.

³ Concl, sous l'affaire Guye, C.E.6 Novembre1970, R.D.P.1971,p, 517.

⁴د.عبد الله حجازي، الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 2001، ص 191. و قد تبني هذا النقذ أ.د. يحيى الجميل: المرجع السابق، ص 443.

ومن ثم فإنه يمكن إسناد الخطأ الظاهر إلى مبدأ التناسب¹ الذي يقتضي ألا يكون تقدير الإدارة لأهمية الوقائع والإجراء المتخذ على أساسها مشوباً بتباين شديد يخرج تقديرها عن حدود المعقول، إذ أن الخطأ الظاهر لا يثور إلا إذا كان تقدير الإدارة مشوباً باختلال جسيم بين سبب العمل الإداري ومحله، فإذا كان من الجائز للإدارة أن تخطئ في ممارسة سلطتها التقديرية، فإنه من غير الجائز أن يكون هذا الخطأ ظاهراً ينم عن سوء تقدير واضح أو إهمال فادح أو رعونة بالغة، الأمر الذي ترفضه الفطرة السليمة و لا يقبله العقل الرشيد، مما لا يمكن معه للقاضي الإداري التغافل ولا التغاضي عنه أو التهاون فيه.

وقد اتجه جانب أخير من الفقه إلى صياغة تعريف للخطأ الظاهر يتسم بالمرونة والموضوعية، حيث عرّفه البعض بأنه ((الخطأ الذي يرى فيه القاضي من خلال بحثه لملف الدعوى ولمختلف الظروف التي جرى فيها هذا التقدير تجاوزاً لحدود المعقولة ووضوحاً لدرجة البداهة))².

كما عرّفه البعض الآخر بأنه: ((الخطأ الذي يبلغ حداً من الجسامة بحيث لا يتسنى للقاضي أن يتعرف عليه إلا بعد البحث الشامل لمختلف الظروف التي جرى فيها هذا التقدير))³ أو هو ((العيب الذي يشوب تكييف الإدارة وتقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري، ويبدو بيناً وجسماً على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع، ويكون سبباً لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب))⁴ وكذلك الشأن بالنسبة للاتجاه الرابع الذي ذهب إلى اعتبار الخطأ الظاهر مخالفة للقانون بمعنى واسع، وذلك عن طريق توسيع نطاق الرقابة على التكييف القانوني للوقائع فهو ينظر إلى الخطأ الظاهر من زاوية آثاره على الرقابة القضائية وذلك بتحقيقه الانتقال بهذه الرقابة من نطاق الحد الأدنى أي رقابة العيوب التقليدية للقرار الإداري إلى رقابة التكييف القانوني في الحالات التي لم يخضع فيها هذا التكييف للرقابة لاعتبارات مختلفة.

وأخيراً فإن فكرة عدم الانضباط التي يقوم عليها الاتجاه الخامس تبرز خاصية جوهرية للخطأ الظاهر لازمتها في الطور الأول لنشأته، وبصفة خاصة في مجال عمليات التجمع الزراعي، إلا أن هذه الفكرة أضيق من أن تمثل تحديداً لماهية الخطأ الظاهر وتعبر عن مضمونه.

وبين الدكتور محمود سلامة جبر أن هذه التعريفات جاءت قاصرة على أن تقدم تعريفاً شاملاً جامعاً مانعاً يميزه عن غيره من العيوب الأخرى للقرار الإداري، وأنها وقفت عند حد إبراز صفة أو خاصية

¹(G) Braibant: le principe de proportionnalité, Mélanges offertes à Waline, L.G.D.J.1975, pp, 302.304.

²د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، مرجع سابق، ص 232.

³د. ثروت عبد العال، مرجع سابق، ص 370.

⁴د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 89.

وأنظر كذلك:

جوهرية للخطأ الظاهر ولذلك فقد عرفه¹ " أن الغلط بصفة عامة هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة بتوهم رجل الإدارة صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها وانحطاً بهذا التعريف الشامل يتضمن كل أنواع الغلط البين ولا يقف عند نوع معين منها وخلص إلى القول بأنه " عيب يشوب تكييف الإدارة وتقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري ويبدو بينا وجسيما على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع ويكون سبباً لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب ".

كما عرّفه الدكتور يحيى الجمل بلفظ انحطاً البين بأنه: " الغلط هو كل تصور لا يطابق حقيقة الواقع أو هو إدراك الأمور على نحو يخالف حقيقتها"²، ومن خلال بحثه أكد أن مجلس الدولة ومن استقراء أحكامه أنها لا تساعد كثيراً في تحديد معنى ذلك التعبير الجديد، مما جعله يضيف أن مجلس الدولة وضع للغلط البين معياراً موضوعياً لا يعتمد على حسن نية الإدارة وسوء نيتها من ناحية بل يقوم على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير.³

وعرّفه الدكتور رمضان محمد بطيخ بأنه: " انحطاً الذي يرى فيه القاضي من خلال بحثه لملف الدعوى ومختلف الظروف التي جرى فيها هذا التقدير تجاوزاً لحدود المعقولة ووضوحاً لدرجة البدهة"⁴.

كما عرّفه الدكتور ثروت عبد العال بأنه: " انحطاً الذي يبلغ حداً من الجسامه بحيث لا يتسنى للقاضي أن يتعرف عليه إلا بعد البحث الشامل لمختلف الظروف التي جرى فيها هذا التقدير"⁵.

أما الدكتور محمد متولي صبحي فقد ذهب إلى القول بأن: " موطن هذه النظرية في مجال الرقابة على السلطة التقديرية هي الأخطاء المرتكبة من الإدارة في تقدير البواعث أي بالتحديد في المجال الذي لا يمكن لرقابة الإلغاء أن تتدخل فيه، إلا أن انحطاً حينما يكون جسيماً وظاهراً يصبح التقدير خاضعاً لرقابة قاضي الإلغاء"⁶.

فالخطأ الظاهر بهذا المفهوم ((هو الأداة الفنية التي يتوصل بها القضاء الإداري في ممارسة رقابته على السلطة التقديرية للإدارة فيما يتعلق بعنصري السبب والمحل في القرار الإداري بحيث إذا جاء تقدير الإدارة بمراعاة مختلف الظروف واضح الاختلال ومتجاوزاً للحد المعقول كان مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير)).

¹ د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص 89.

² د. يحيى الجمل، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين، المرجع السابق، ص 440.

³ د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 444.

⁴ د. رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 232.

⁵ د. ثروت عبد العال، المرجع السابق، ص 370.

⁶ د. خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 723.

والجدير بالذكر مما سلف أن نظرية الخطأ الظاهر هي إحدى الوسائل الفنية لمباشرة القضاء الإداري رقابته على التناسب في مجالات عدة، والتي ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي وسأيره مجلس الدولة المصري وحتى القضاء الإداري الجزائري لمواجهة حالات الاختلال الواضح في التقدير الذي تمارسه الإدارة في مختلف مجالات نشاطها الإداري، فالخطأ الظاهر في التقدير يجيز للقاضي الإداري التأكد من أن القرار المتخذ لا يحتوي عبر الروابط بين جوانبه التقديرية عن تباين أو خلل شديد يمكن أن يتبينه شخص متوسط الذكاء، فهو ينصب على تقدير وقائع القرار أو بعبارة أخرى مطابقة موجبات الوقائع إلى أسباب القانون، وهذا يشمل محل القرار، ولكن أيضا واحتماليا غايته عندما تنص على ذلك قاعدة القانون، غير أنه ليست الملائمة أو المطابقة هي التي تفتح باب رقابة الخطأ الظاهر وإنما التباين والاختلال بين الموقف الفعلي ومبررات القرار، ومن ثم فإن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير هي التعبير عن رقابة التناسب في شكلها السلبي الأكثر مرونة أي التباين الظاهر¹، فالخطأ الظاهر بمثابة الميزان في رقابة التناسب على السلطة التقديرية للإدارة.

وبذلك يمكن القول بأن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير التي اتخذها مجلس الدولة الفرنسي كأداة فنية يتوصل بها في بسط رقابته على التناسب في القرار الإداري، يتسع نطاق تطبيقها إلى ميادين مختلفة من النشاط الإداري، كالتجميع الزراعي والتدخلات الاقتصادية وتراخيص البناء ومثلي العمال والمسائل الفنية والعلمية وتقدير كفاية الموظفين والتأديب وغيرها من أوجه النشاط الإداري².

الفرع الثاني: نشأة الخطأ الظاهر

اختلف الفقه حول أصل نشأة فكرة رقابة الخطأ الظاهر كما اختلفوا حول الحكم الأول الذي ترد إليه هذه الفكرة، إلا أن الرأي الغالب من الفقه يجعل من حكم Lagrange تاريخاً لميلاد فكرة الخطأ الظاهر، لكن هناك جانب من الفقه من عارض هذا الرأي وأكد بأن أول ظهور للفكرة كان موجب حكم Denizet كما يرى بعض الفقه أن النظرية لم تكن كما هو الشأن بالنسبة للعديد من النظريات الأخرى من صنع مجلس الدولة الفرنسي أو اكتشافه الخاص على نحو ما ذهب إليه أغلب الفقه الفرنسي³، إلا أن تقصي الجذور الأولى لهذه النظرية يقود إلى وجود العديد من الأنظمة الأخرى التي كان لها الفضل في سبق

¹ Philippe (x) : Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative Françaises, thèse Aix-Marseille, Économica, 1999, p166.

² أنظر لمزيد من التفصيل د.محمود سلامة جبر، رسالته السابقة، ص 269 وما بعدها، وكذلك د.رمضان محمد بطيخ، حيث يقول سيادته بأن لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير ثلاث مستويات، المستوى الأول خاص بالأخطاء التي تقع في تقييم الوقائع ذاتها أو في وصفها القانوني إذا لم تكن هناك نصوص واضحة أو محددة، إما المستوى الثاني فهو رقابة الخطأ الظاهر في التقدير على التكييف القانوني للوقائع، وذلك عندما تكون هناك نصوص قانونية واضحة ومحددة، ولكن لأسباب فنية يصعب أعمال الرقابة العادية في خصوصها، كما هو الحال في منازعات رخص البناء، والمستوى الأخير من رقابة الخطأ الظاهر في التقدير هو الذي ينصب على التناسب بين سبب القرار ومحل، كما في مجال التأديب، (راجع ملفه الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، مرجع سابق ص 235 وما بعدها خصوصا ص 290.

³ د. ثروت عبد العال، المرجع السابق، ص 330.

الزيادة في تطبيقها بشكل أو بآخر قبل ظهور قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فقد سبق للمحكمة الفدرالية السويسرية قسم القانون العام تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير على القرارات الإدارية في الحالات التي يبدو فيها وجه الخطأ أو الإهمال في التقدير الذي قامت به الإدارة واضحاً أو تحكيمياً، ويضيف أنصار هذا الرأي أن القضاء الإنجليزي هو الآخر ألغى منذ زمن بعيد القرارات التي تصدرها الإدارة وفقاً لسلطتها التقديرية متى قدر القاضي أن تقدير الإدارة لملائمة هذه القرارات كان غير معقول، كما طبق القضاء اليوناني والبلجيكي أفكاراً مماثلة¹.

انعكس ذلك على مسلك المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية والتي أخضعت لرقابتها القرارات التي يتخذها المدير العام ومديري الفروع المختلفة لها حين تكون تلك القرارات ظاهرة الخطأ، وهو ما أدى إلى تحرك الفكرة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي وذلك كوسيلة لتجاوز الإطار الضيق للرقابة التقليدية لعيوب الإلغاء، وزيادة رقابته على السلطة التقديرية للإدارة وتحقيق التوازن بين حقوق الإدارة وحقوق الأفراد.

وقد أرجع الفقيه Vincent أصل فكرة الخطأ الظاهر إلى التأثير المزدوج لقضاء كل من المحكمة الاتحادية السويسرية والمحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية، فمجلس الدولة لم يخترع أو يبتكر معنى كلمة فكرة الخطأ الظاهر وقد انعكس تصدي هذا القضاء في قضاء المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية، عند إخضاعها لرقابتها للقرارات التي يتخذها المدير العام للمنظمة ومديري الفروع المختلفة لها حين تكون تلك القرارات مشوبة بخطأ في القانون أو قائمة على وقائع مادية غير صحيحة أو ظاهرة الخطأ.

أما عن كيفية اقتباس هذه الفكرة فيذكر الفقيه Vincent أن Letoumeur Maxime وهو أحد قضاة المحكمة علم من القاضي الإنجليزي Lord devlin أن القضاء البريطاني يلغي القرارات الصادرة عن السلطة التقديرية للإدارة عندما تكون هذه القرارات غير معقولة *déraisonnable* كما عرّف من القاضي السويسري M Grisel فكرة السهو أو الغفلة الواضحة *manifeste Inadvertance* ولقد أدرك M. Letoumeur الفائدة التي يمكن للقانون الإداري أن يحققها، مما دفع مجلس الدولة إلى تحريك فكرة الخطأ الظاهر في التقدير وهي الشقيقة الصغرى للتقديرات الظاهرة الخطأ².

ويذهب فريق آخر من الفقه إلى القول " بأن القضاء الإداري الفرنسي هو الذي ابتكر فكرة الخطأ الظاهر لأنه سبق وأن استخدمها في إطار قضايا التعويض عن أضرار الحرب.

¹ نقل عن الدكتور خالد سيد محمد حماد ، المرجع السابق، ص 736.

² نقل عن الدكتور خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص 737.

إلا أنني أرى وإن كانت فكرة الخطأ الظاهر قد وجدت بشكل أو بآخر في بلدان أخرى مثل سويسرا أو إنجلترا أو بلجيكا أو هي نتاج مبادئ أساسية عرفتها الشريعة الإسلامية منذ الأزل¹، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي الوحيد الذي جسدها في قضائه نتيجة للتطور الذي حققه في رقابته على شرعية الأعمال الإدارية ويعتبر صاحب الفضل في حسن صياغتها وفي تعميم مجالها وإعمالها وامتدادها إلى جميع قطاعات العمل الإداري، كما يجعل منها بحق نظرية عامة ومتميزة عن غيرها من النظريات الأخرى.

ومن خلال البحث نجد أن مجلس الدولة الفرنسي عرّف مضمون النظرية مع حكم Gesbert الصادر في مجال التجمع الزراعي في 02 مارس 1960 ثم أعمل المجلس أيضا مضمون الفكرة في مجال آخر وهو مجال التعادل بين الوظائف في حكم شهير له وهو حكم Lagrange الصادر في 15 فبراير 1961 وقد تعددت تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي لفكرة الخطأ الظاهر في المجالين المذكورين وفي المرحلة التالية امتد تطبيقها إلى مجالات أخرى وهو ما سنبينه فيما بعد.

1- كيفية نشأة الخطأ الظاهر

حقيقةً يتنازع الفقه في تحديد ظهور الخطأ الظاهر إلى اتجاهان، فيذهب الأول إلى أن نشأة الخطأ الظاهر ترجع إلى تاريخ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Denizet في عام 1953، والاتجاه الثاني يجعل من حكم Lagrange عام 1961 الصادر من مجلس الدولة في عام 1961 بداية لنشأة الخطأ الظاهر وسنحاول توضيح هاذين الاتجاهين.

الاتجاه الاول:

يتجه أنصار هذا الاتجاه إلى نشأة الخطأ الظاهر إلى تاريخ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في 13 نوفمبر 1953 في قضية Denizet في مجال تعادل الوظائف والذي أفسح المجال للبحث عن وظيفة معادلة لوظيفة المدعى خروجا على الاتجاه الذي يمثله حكم Mélamède الصادر في 27 أبريل 1951 وهو أن مجلس الدولة لا يراقب الإدارة في تقديرها للتعادل إلا أن بعض الفقه يرى بأن حكم Denizet بعد الإطلاع على حيثياته وتسببه لم يستعمل مجلس الدولة اصطلاح الخطأ الظاهر صراحة ولا حتى تطبيقه لمضمون الفكرة غير أنه

¹ عرفت الشريعة الإسلامية عدة مبادئ وقواعد تؤكد على عدم الغلو في الجزاء وان يكون الجزاء على درجة من الذنب وهو ما جاء في آيات عديدة من القرآن الكريم والأحاديث النبوية والقواعد الفقهية كالقاعدة الشرعية (الجزاء من جنس العمل) ومن هذه الآيات الكريمة قوله عز وجل " وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَدَرْتُمْ لَهُمْ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ" الآية 126 سورة النحل وقوله تعالى " مَنْ عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَى إِلَّا مِثْلَهَا " الآية 40 سورة غافر وقوله " وَقَالُوا رَبَّنَا عَجَلْنَا لَنَا فَطَنَّا فَبَلَّ يَوْمَ الْحِسَابِ " الآية 16 سورة ص . ومعني فطنا الجزاء المساوي للذنب.

ومن الإنصاف القول أن حكم Denizet وإن كان لا يمثل تخلياً من مجلس الدولة الفرنسي عن سياسته في عدم رقابة التعادل بين الوظائف وذلك لما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية في هذا الخصوص، إلا أنه فتح الباب أمام المجلس لفحص التعادل بين الوظائف، ومن ثم فإن إرجاع نشأة الخطأ الظاهر إلى تاريخ صدور حكم Denizet لا يسانده دليل مقنع.

الإتجاه الثاني

يؤكد أنصار هذا الاتجاه للقول أن أول حكم لمجلس الدولة ولدت من خلالها نظرية الخطأ الظاهر هي قضية Lagrange بمناسبة الحكم الصادر في 15 فبراير 1961، وإذا كان مجلس الدولة قد أعمل مضمون الفكرة في قضية Gesbert في 02 مارس 1960 في موضوع ضم الأراضي الزراعية، إلا أن هذه الفكرة دخلت نهائياً مع حكم Lagrange في قضايا التعادل بين الوظائف، حيث قرر المجلس بصفة نهائية أن التعادل بين الوظائف لا يمكن مناقشته أمام القضاء الإداري إلا في حالة الانعدام الواضح للظاهر للتعادل، ثم تأيد هذا الحكم بعد ذلك إلى أحكام لاحقة في مجال الوظيفة العامة، ثم مجال القرارات الخاصة بضم الأراضي الزراعية، ويمكن ذكر وقائع قضية¹ Lagrange الذي كان يعمل في وظيفة حارس للحقول ثم ألغيت هذه الوظيفة وعرضت عليه البلدية وظيفة عامل صيانة الطرق فرفضها وطلب بحقه في التعويض استناداً إلى قانون 28 أبريل 1952 الخاص بنظام مستخدمي القرى والمؤسسات العامة، فرفضت البلدية طلبه، فأقام دعوى أمام المحكمة الإدارية التي رفضتها، فطعن في حكمها أمام مجلس الدولة الذي قرر أن تقدير الإدارة للتعادل بين الوظائف لا يمكن مناقشته أمام القاضي الإداري إلا في حالة عدم التعادل الظاهر، ويتفق هذا الاتجاه في نشأة الخطأ الظاهر مع قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي ابتدع هذه الفكرة ومد مجال تطبيقها إلى مختلف التقديرات التي تقوم بها السلطة على نحو ما يتضح من هذه الدراسة، ونرى بأن نظرية الخطأ الظاهر قد ظهرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ عام 1953 ولكن بصورة ضمنية أين طبقها المجلس في أحكامه دون أن يشير إليها صراحة وأن يطلق عليها عبارة الخطأ الذي باشره في رقابته كما حدث ابتداء من عام 1961، ونقل به تلك النظرية من الضمنية والتلويح، إلى الإعلان والتصريح، إذ استخدم في هذا الحكم ولأول مرة مصطلح يدل عليها دون منازع، بذكره في هذا الحكم " أن تقييم الإدارة لتعادل الوظائف لا يناقش أمام قاضي تجاوز السلطة إلا في حالة الغياب أو التخلف الظاهر للتعادل².

¹ د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص 269.

² د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق ص 204.

ومنذ صدور هذا الحكم، لم يكف مجلس الدولة الفرنسي على أن يعلن في أحكامه المتعددة عن هذه التقنية الحديثة لا في مجال تعادل الأراضي الزراعية أو الوظائف العامة فحسب، وإنما أيضا في مجالات أخرى عديدة كما سنرى لدرجة أصبح انخفاً الظاهر معها وجها مألوفاً من أوجه رقابة الإلغاء¹.

الفرع الثالث: مراحل ظهور رقابة الخطأ الظاهر

اختلف الفقه حتى في وضع مراحل لظهور نظرية الخطأ الظاهر، فيرى الدكتور ثروت عبد العالى أنها مرت على ثلاث مراحل² ويسانده في ذلك الدكتور محمود سلامة جبر وقسموها إلى المرحلة الأولى من سنة 1953 إلى 1963 ثم المرحلة الثانية من سنة 1963 إلى 1965 ثم المرحلة الثالثة 1966 إلى يومنا هذا.

ويرى الدكتور رمضان محمد بطيخ أنها مرت بأربع مراحل، كما أجمع على ذلك أغلب الفقه وهو ما فضلناه تفصيله في بحثنا هذا على التحديد التالي:

-المرحلة الأولى من 1953 إلى 1960.

-المرحلة الثانية من بداية 1961 حتى نهاية 1962.

-المرحلة الثالثة من 1962 حتى 1972.

-المرحلة الرابعة من 1973 حتى الآن.

*المرحلة الأولى 3 من 1953 إلى 1960

بدأت نظرية الخطأ الظاهر في هذه المرحلة بشكل ضمني ولا نجزم بظهورها على الساحة القضائية بشكل واضح أو محدد المعالم، أو بصورة تدعو للقول بأن مجلس الدولة قد اعتنقها كقيد يحد من السلطة التقديرية للإدارة، وإنما ظهرت في واقع الأمر كاتجاه أو كسلوك يرمي مجلس الدولة من وراءه التخفيف من حدة تراجعها عن رقابة التكييف القانوني في المجالات التي تثار بصدها فكرة المقارنة أو المعادلة كملك المتعلقة كما بينا من قبل بالأراضي الزراعية أو الوظائف العامة.

فقد وجد مجلس الدولة نفسه في حاجة لإجراء رقابة يوازن بها بين امتناعه⁴ عن مباشرة رقابة التكييف هذه، وبين عدم وقوفه مكتوف الأيدي اتجاه ما تجر به الإدارة من تغيير في نصوصها الأمر الذي يخشى معه أن تتحول هذه الأخيرة إلى " حَكْمٌ أَكْثَرُ مِنْ كَوْنِهَا إِدَارَةٌ"⁵ لذلك توصل إلى صيغة وسطى تمكن من ذلك، وتوضح هذه الصيغة في حكم Denizet الصادر في 13 نوفمبر 1953 حيث يقول فيه: " أنه ينتج بوضوح من قواعد تنظيم الوزارة الفرنسية لما وراء البحار أنه ليس هناك وظيفة تعادل وظيفة إداري

¹ د.هيثم حلم غازي، مجالس التأديب و رقابة المحكمة العليا عليها، رسالته للدكتوراه، جامعة الإسكندرية سنة 2009 ص 475.

² د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص 279.

³ نقل عن د. محمد رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، مرجع سابق، ص 205.

⁴ د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية (دراسة مقارنة) الطبعة الثانية ص 2013 ص 705.

⁵ د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، مرجع سابق، ص 206

مستعمرات" وقد كرر المجلس لفظه (وضوح) في حكم آخر مشابه للحكم السابق أصدره في عام 1958 وهكذا ظهر لأول مرة مصطلح الوضوح Manifestement أو بمعنى أدق ظهر هذا المصطلح لأول مرة في مجال كانت تتمتع فيه الإدارة بالسلطة التقديرية ومن ذلك تنهض رغبة مجلس الدولة في التغيير و التطوير، أو الرغبة في لفت الانتباه إلى مسلك مستقبلي جديد يرغبه القضاء الإداري و يتبناه ويرسي حدوده، وهو ما يتبين من خلال أن مجلس الدولة لم يردد كلمة الوضوح عدة مرات في أحكامه عبثاً أو بصورة عفوية، أو دون أي فعالية وهو ما جعله في المرحلة الثانية يوسع من مجال هذه الفكرة من مجال معادلة الوظائف إلى مجال مبادلة الأراضي الزراعية بمناسبة قضية¹ Gesbert والتي نتلخص وقائعها في أنه" قد حدث أن استولت الإدارة المتمثلة في لجنة شبه قضائية على قطعة أرض مملوكة للسيد Gesbert وذلك في مقابل إعطائه قطعة أرض أخرى، لكن هذا الأخير رأى أنها تقل جودةً وكفاءةً وإنتاجيةً عن أرضه مدلا على ذلك بما كان من فارق في النقاط بين القطعتين، إذ بينما كانت القطعة الأولى والمملوكة له تساوي 45708 نقطة كانت القطعة الثانية محل المبادلة تساوي 42108 نقطة، أي أن الفارق بينهما كان يساوي 3600 نقطة، مع أن الفارق المسموح به قانوناً في هذا الخصوص يجب أن لا يتجاوز 879 نقطة تقريباً أي ما يعادل 1% ولهذا فقد طعن في قرار الإستلاء أمام المحكمة الإدارية المختصة والتي قضت في إلغاء هذا القرار لعدم التعادل بين القطعتين المشار إليهما أو كما تقول المحكمة²:

l'équivalence ...ne peut être regardé comme respectée. Un écart qui présente une importance telle que la règle de

إلا أن هذا الحكم كان محل طعن، فصدر قرار عن مجلس الدولة قضى بتأييده وجاء في حيثياته

L'écart ainsi constaté présenté une importance telle que la règle de l'équivalence posée par la loi ne peut être regardée comme respectée

ومن هنا يمكن القول أن هذه المرحلة كانت تمثل حجر الأساس، الذي وضعه مجلس الدولة للإعلان

عن تجسيده لنظرية الخطأ الظاهر من أجل كبح والحد من السلطة التقديرية للإدارة³.

*المرحلة الثانية من بداية 1961 إلى نهاية 1962⁴

بعد المرحلة الأولى التي تعتبر تمهيداً لنظرية الخطأ الظاهر، بدأت نظرية الخطأ الظاهر في الوضوح

والثبات وبدأت تتداول على ألسنة الفقهاء وكذا مفوضي الحكومة

وفي 15 فبراير 1961 أصدر مجلس الدولة في نطاق الوظيفة العامة وأيضاً وبصفة خاصة فيما يتعلق

بتعادل الوظائف حكماً تجاوز به مجرد التلميح بهذه النظرية إلى حد الإعلان أو التصريح بها، حيث أشار فيه

1د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق ص 207.

²C.E 2 Mars 1960, secrétaire d'État à l'agriculture c.Gesbert, (1) Rec. p 62.

3د. خالد سيد محمد حاد، المرجع السابق ص 745.

⁴د. رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 208.

5د. رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق ص 208.

إلى مضمونها صراحةً والذي يعتبر البداية الحقيقية لظهور هذه النظرية إذ رغم إقرار القضاء من أن الإدارة تملك بمقتضى أحكام القانون الصادر في 03 سبتمبر 1947 إعادة تنظيم الجهاز الإداري، وذلك بأن تلغي ما ترى إلغاؤه من وظائف أو بتقدير أي الوظائف الشاغرة تعادل تلك الملغاة باعتبارها أنها الأقدر على إجراء ذلك بما لها من خبرة ودراية في هذا الشأن، رغم ذلك فإن المجلس انتهى إلى الحكم المشار إليه أعلاه والقول: "أن الإدارة وإن كانت حرة في تقدير قيام التعادل بين الوظائف أو عدم قيامه، إلا أن هذا التقدير لا يجب أن يكون مبنياً على عدم التعادل البين أو الواضح".

Sauf dans le cas d'absence manifeste d'équivalence.

وهكذا ظهر مضمون نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري الفرنسي بشكل واضح، كأسلوب جديد للحد من السلطة التقديرية للإدارة، إذ العبرة بجوهر الشيء ومضمونه لا بشكله أو اسمه، هذا ولم يمضي على الحكم السابق أكثر من أربع أشهر حتى صدر حكم آخر يفصح فيه مجلس الدولة صراحة لا عن مضمون النظرية فحسب، وإنما عن اسمها أيضاً، وهي القضية المتعلقة بمبادلة الأراضي الزراعية، التي تم وفقاً لعمليات التجمع الزراعي وهي قضية Remembrement Rural في الحكم المؤرخ في 13 جويلية 1961¹ فقد رفعت الآنسة Achart دعوى أمام المحكمة الإدارية المختصة تطالب فيها بإلغاء قرار اللجنة المشرفة على عملية التجميع، لاعتقادها بأن هذه اللجنة لم تقدر قطعة الأرض التي كانت تملكها تقديراً صحيحاً وتم التبادل بقطعة أرض أخرى تقل كثيراً في قيمتها عن القطعة المملوكة لها، إلا أن المحكمة الإدارية رفضت الدعوى، فطعنت أمام مجلس الدولة، إلا أن هذا الأخير قضى بتأييد الحكم، إلا أنه جاء في تسببه بأن سبب تأييده للحكم لا لأنه لا يختص برقابة تقدير الإدارة لمعادلة الأراضي الزراعية كما كان يفعل في الماضي، وإنما لأنه وجد أن تقدير الإدارة لم يشبه خطأ ظاهراً.

...que cette appréciation portée " sur la vocation culturelle des sols et qui n'est pas entachée d'erreur manifeste

n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de l'accès de pouvoir...."

يبدو بوضوح أن مجلس الدولة استعمل عبارة الخطأ الظاهر ليعبر عن مضمون النظرية التي نحن بصدددها، وهو يعتبر نتوياً وتجييداً صريحاً لها سواءً من حيث الشكل أو المصطلح، أو المضمون، أو الجوهر، وما زاده تأكيداً هو إصدار مجلس الدولة لحكم لاحق استعمل فيه مصطلح الخطأ الظاهر، وهو الحكم المؤرخ في ماي 1962 في قضية² commune de Montfermei

***المرحلة الثالثة من 1962 إلى 1972³**

¹ C.E 13 Juil., 1961, delle Achart, Rec., p. 476, A.J.D.A. 1982 P.552.

² دخالد سيد محمد حراد، مرجع سابق، ص 747.

³ د. رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 211.

تعرف هذه المرحلة بمرحلة الاتساع وتعدد مجالات تطبيق نظرية الخطأ الظاهر، إذ بعد أن كانت تطبق فقط في مجال معادلة الوظائف ومبادلة الأراضي الزراعية، أصبحت تطبق منذ بداية سنة 1963 في مجالات أخرى عديدة خاصة المجالات الحديثة للإدارة والتي يغلب عليها الطابع الفني أو التقني المعقد، والتي تحتم بحكم طبيعتها أن يكون للإدارة في خصوصها قدراً من الحرية في التقدير بل والأكثر من ذلك أنه حتى في المجالات التقليدية تطورت النظرية، ففي مجال الوظيفة العامة لم يعد تطبيق النظرية على موضوع التعادل بين الوظائف فحسب، وإنما شمل أيضا موضوع التعادل بين الكوادر المتشابهة أو المجموعات الوظيفية، فاتسع تقدير الإدارة لمثل هذا التعادل أو التشابه واتسعت معه رقابة المجلس وقرر أن التعادل أو التشابه يكون باطلاً إذا شابه خطأ ظاهراً، كما امتدت الرقابة لتشمل موضوع الترقيات فقد رفع السيد¹ Maurel دعوى أمام مجلس الدولة يطالب فيها بإلغاء قرار الإدارة الضمني بعدم ترقيته إلا أن المجلس رفض طعنه على أساس أن تقدير الإدارة في هذه الحالة لم يشبه خطأ ظاهراً، وهو ما يؤكد أن رقابة الخطأ الظاهر امتدت لتشمل حتى مجال الترقية.

وأخيراً فقد شمل تطبيق هذه النظرية في كافة مواضيع الوظيفة العامة كالعزل، الكفاءة المهنية، الاستيداع و الانتداب، أما في مجال مبادلة الأراضي فلم يعد تطبيق النظرية يقتصر على مجرد التعادل الكمي أو الحسابي بين قطع الأراضي محل التبادل، وإنما امتد ليشمل كذلك التعادل الكيفي أو النوعي بجودة الأراضي الزراعية وتقييمها من مدى بعدها أو قربها من المساكن وغير ذلك مما يؤثر في قيمة الأرض.

كما شمل التطور في هذه المرحلة حتى المسائل التي سبق له أن أخرجها من إطار رقابته للتكييف القانوني على الوقائع، التي تدعيها الإدارة كأساس لقراراتها، ولكن أول حكم يؤكد هذا الاتجاه² ذلك الحكم الذي صدر في 06 نوفمبر 1963 في قضية Société Iranex والتي ومفادها أن الشركة المذكورة المنتجة للمواد الغذائية والمثلجات كانت تستعمل مادة الصمغ العربي la gomme arabique في صناعة الجيلاتين لما له من تأثير في تقوية قوامه والتقليل من ذوبانه، غير أن وزارة الصحة أصدرت قرار يحظر استخدام هذا الصمغ في تلك الصناعة فتقدمت هذه الشركة إلى مجلس الدولة للطعن في قرار الوزير إلا أن المجلس انتهى إلى رفض الطعن، ليس على أساس امتناعه عن رقابة التكييف القانوني للوقائع بالنسبة للمواد العلمية أو الفنية وإنما على أساس أن تقدير الإدارة في هذا الشأن لم يكن مشوباً بخطأ ظاهراً.

كما أن ما يميز هذه المرحلة، أن مجلس الدولة وسّع رقابته إلى مسائل فنية وعلمية أخرى عديدة منها على سبيل المثال، تقدير المستوى العلمي والمهني للأطباء الراغبين في إدراج أسمائهم على قائمة الجدارة الطبية،

¹ د. محمود سلامة جبر ، المرجع السابق ص 338.

² د. خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق ص 749.

أين انتهى في عديد من القرارات إلى القول أن هذا التقدير لا يخضع للرقابة القضائية إلا إذا شابه خطأ ظاهراً.

كما هو الشأن كذلك في مسألة إنتاج العقاقير أو بمنع تداول دواء معين، فقد حكم المجلس في الدعوى التي رفعها الإتحاد الوطني لنقابة الصيادلة لإلغاء قرار وزير الصحة بمنع تداول دواء معين، بأن تقدير الوزير في هذا الشأن لا يخضع لرقابة القضاء الإداري إلا إذا كان مشوباً بخطأ ظاهراً.

كما أن النظرية تم تطبيقها حتى في المجال الاقتصادي وهو من المجالات الحديثة للإدارة والتي تتمتع بسلطة تقديرية واسعة، فقد طبقت النظرية في خصوص تقديرات الإدارة شروط البناء أو تصريحات بالهدم أو الترخيص بالبناء، ومن ذلك ما قضى به مجلس الدولة في الطعن الذي أقامته إحدى الشركات المقاولات ضد قرار وزير السكن بسحب الترخيص الصادر لها من الإدارة المحلية، ببناء ثلاث عمارات على شاطئ البحر الأبيض بالقرب من مدينة نيس، فقضى بإلغاء ذلك القرار نظراً لما ينطوي عليه من خطأ ظاهراً في تكييف صفة الأماكن المجاورة.

كما طبقت النظرية في مجال الضرائب¹ فقد بحث مجلس الدولة في عام 1968 فيما كان الوزير قد ارتكب خطأ ظاهراً من عدمه، في تقديره لمدى كفاية الفوائد الاقتصادية للمشروع المقدم من إحدى الشركات لمنحها مزايا ضريبية معينة.

كما أن النظرية امتدت إلى مجال الضبط الإداري الذي كانت تتمتع الإدارة فيه بسلطة تقديرية واسعة، بل والتي كان يرفض مجلس الدولة أن يراقبها، فقد أصدر في 20 نوفمبر 1968 حكماً يبين بما لا يدع مجال للشك أن إجراءات الضبط الإداري ليست بمنجاة من الرقابة القضائية، إذ قال في عدد من أحكامه "أن تقدير الإدارة لهذه الإجراءات أو لتكييفها القانوني لا يعتبر أساساً سليماً إلا إذا كان غير مشوب بخطأ ظاهراً.

وهكذا يمكن القول بأن النظرية توسعت من مجالين تقليديين فقط عن المرحلة الثانية إلى التوسع، لتشمل جميع مجالات التقدير الإداري سواء التقليدي منه أو الحديث، وذلك لردع احتمال التعسف الإداري عند مباشرة السلطة التقديرية.

* المرحلة الرابعة من 1973 حتى الآن²

د1. خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص 752.

د2. رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 216.

إذا كانت نظرية رقابة الخطأ الظاهر قد شهدت خلال المرحلة السابقة نمواً وازدهاراً في القضاء الإداري الفرنسي على ما بيننا، إلا أنها كانت مع ذلك قاصرة من ناحيتين:

الناحية الأولى:

عدم تطبيقها في مجالات معينة ذلك أنه رغم إعمال مضمون تلك النظرية في معظم مجالات العمل الإداري إلا أن القضاء امتنع عن مباشرتها في خصوص إجراءات الضبط العليا، سواء في تلك الإجراءات الخاصة بالأجانب أم الخاصة بالمواطنين الفرنسيين أنفسهم.

ففيما يتعلق بإجراءات الضبط العليا الخاصة بالأجانب، فقد امتنع المجلس عن تطبيق النظرية التي نحن بصدددها على المنازعات التي تدور حول دخول هؤلاء الأجانب إلى فرنسا أو إقامتهم فيها أو إبعادهم عنها، أو التي تدور حول ما يباشره من أنشطة مختلفة على الإقليم الفرنسي، وكذلك على المنازعات الخاصة بتداول المطبوعات الأجنبية في فرنسا¹، إضافةً إلى ذلك فقد رفض القضاء الإداري إمكانية وقف أو تأجيل تنفيذ قرار الإبعاد للأجانب

La possibilité d'ordonner la sursis à l'exécution d'une telle décision

لدرجة أن مجلس الدولة أعلن " أن على المحاكم الإدارية الامتناع عن اتخاذ مثل هذا الإجراء " على أساس أن قرار الإبعاد يعتبر من القرارات التي تهم النظام العام بمدلولاته الثلاثة، الأمن و الصحة والسكينة ومن ثم يجب أن ينفذ فوراً.

أما فيما يتعلق بإجراءات الضبط العليا الخاصة بالمواطنين الفرنسيين، ومثلها عدم إصدار جوازات السفر فقد رأينا أن مجلس الدولة قد وقف برقبته في خصوص تلك الإجراءات لاعتبارات سياسية، أو كما يقال لدواعي المصلحة العليا Raison d'état، عند حد التحقق فقط من الوجود الخطأ المادي للوقائع، بل وقد جعل عبء الإثبات في هذه الحالة على المدعي وحده².

وهكذا بقيت تلك الإجراءات في شقيها خارج مجال الرقابة العادية³ contrôle normal، أو القصوى maximum التي يباشرها القضاء الإداري في مجالات النشاط الإداري المختلفة، بل وبقيت كذلك خارج مجال أعمال نظرية رقابة الخطأ الظاهر التي نحن بصدددها، الأمر الذي كان محل نقد شديد من جانب رجال الفقه الفرنسي، الذين رأوا أن الرقابة القضائية بحالتها تلك لا تؤدي في حقيقة الأمر والواقع إلى حماية فعّالة للحقوق والحريات الأساسية لطائفة اجتماعية معينة من الأفراد، مما يتنافى مع اعتبار فرنسا دولة قانونية أو دولة الحريات.

¹ د. خالد سيد محمد حاد، مرجع سابق، ص 753.

² د. خالد سيد محمد حامد، المرجع السابق، ص 754.

³ د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص 239.

وللتوفيق بين اعتبارات دواعي المصلحة العليا للوطن، وبين هذه الاعتبارات الإنسانية التي يقول بها رجال الفقه، اتجه القضاء الإداري الفرنسي نكحوة جديدة للحد من سلطة الإدارة التقديرية خاصة إذا ما وضع في الاعتبار أن الأجانب غالباً ما يفتقدون الرعاية والاهتمام *une catégorie social particulière défavorisée*، اتجه نحو أعمال نظرة رقابة الخطأ الظاهر في المجالات التي نحن بصددنا، وكان ذلك في 2 نوفمبر 1973 حينما أصدر حكماً مهماً وأساسياً في هذا الخصوص، أعلن فيه أن تقدير الإدارة للوقائع التي تدعيها لمنع إحدى المجالات الأجنبية من التوزيع والبيع في فرنسا لا تناقش أمام القضاء الإداري، إلا إذا كانت مشوبة بخطأ ظاهر ثم أصدر بعد ذلك أحكاماً أخرى تناولت كافة إجراءات الضبط العليا والسابق ذكرها، حيث انتهى إلى وضع قاعدة مفادها أنه لكي تعتبر تلك الإجراءات مشروعة وسليمة يجب أن يكون تقدير الوقائع التي استندت إليها غير مشوبة بخطأ ظاهر.

*الناحية الثانية

والتي تؤكد قصور نظرة الخطأ الظاهر في المراحل السابقة إذ لم تكن تباشر الرقابة خارج إطار الحالات التي امتنع القضاء الإداري في خصوصها عن رقابة التكييف القانوني للوقائع، بمعنى أن القضاء الإداري كان يقتصر سابقاً على حالات ومجالات معينة فيما يمتنع لسبب أو لآخر عن إجراء الرقابة على التكييف القانوني ويستبعدها من مجالات الرقابة خصوصاً أهمية وخطورة الوقائع ومدى تناسب ذلك مع الإجراء المتخذ من طرف الإدارة، وهو ما يقال له رقابة التناسب، فقد امتنع عن إعمالها في المجال التأديبي خاصة فيما يتعلق بمدى ملائمة الجزاء للذنب الذي اقترفه الموظف.

وهنا يتضح تغيير موقف مجلس الدولة إزاء تلك المسائل، بأن اختص برقابتها عن طريق نظرية الخطأ الظاهر.

لقد أصدر مجلس الدولة عدة أحكام في هذا الشأن ونذكر على سبيل المثال الحكم الصادر في قضية ¹ Lebon سنة 1978 والتي تتمحور وقائعها" في أن مدرساً بأكاديمية Toulouse إتهم بارتكابه أفعالاً مخلة بالحياء مع تلميذته في الفصل، ولذا فقد صدر قراراً بإحالة على المعاش، وعندما طعن في هذا القرار على أساس جسامته الجزاء الموقع عليه بالنسبة إلى الأفعال التي أتاها، رفض مجلس الدولة هذا الطعن قائلاً: "أنه لا يتضح من الأوراق أن هذا الجزاء يقوم على خطأ ظاهر في التقدير"².

كما أصدر مجلس الدولة بتاريخ 26 أكتوبر 1989³ حكماً أخضع فيه تقارير كفاية الموظفين لرقابته، من خلال فكرة الخطأ الظاهر للوقوف على مدى تناسب بين التقدير الرقي للطاعن وبين التقييم العام له،

¹ د. خليفة سالم الجهي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2009، ص 260 و 261.

² د. محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، (دراسة مقارنة) رسالته للدكتوراه 1992 ص 437.

³ د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص 445.

وتتلخص وقائع هذه القضية "في أن السيد Leca الذي كان يعمل مديراً مساعداً بوزارة الاقتصاد والمالية طلب من الوزير مراجعة التقدير الرقي الذي منح له لاعتقاده أنه يقل عن كفايته الوظيفية الحقيقية، وإزاء عدم إجابة الوزير لطلبه طعن في قرار الرفض الضمني لطلبه أمام المحكمة الإدارية بمرسيليا، إلا أن هذه الأخيرة رفضت دعواه، مسببة حكمها على أن قرار تقدير كفايته غير مشوب بخطأ ظاهر إلا أن السيد Leca طعن في الحكم أمام مجلس الدولة، الذي قضى بتأييده، مسبباً حكمه قائلاً: "أن الدرجة الرقية التي حصل عليها السيد Leca، ومقدارها 17.25 تتناسب مع التقييم العام له ومن ثم فإن تقدير كفايته على هذا النحو لم يكن مشوباً بخطأ ظاهر.

وفي الخلاصة، نجد أن هذه المرحلة اكتمل فيها تطبيق نظرية رقابة الخطأ الظاهر، لدرجة يمكن معها القول بأن هذه النظرية أصبحت نظرية عامة تناول كافة مجالات العمل أو النشاط الإداري وليس للرقابة على التكييف الذي تمنحه الإدارة على الوقائع التي تدعيها لقرارها فحسب، أو لمدى تقديرها للإجراءات التي تتخذها، وإنما أيضاً لرقابة مدى التناسب بين هذه الوقائع وتلك الإجراءات.

أولها: رقابة الخطأ الظاهر في تقييم الوقائع ذاتها أو في وصفها القانوني إذا لم تكن هناك نصوص واضحة أو محددة لذلك، كما هو الشأن بالنسبة لقرارات الضبط العليا مثل قرارات إبعاد الأجانب وطردهم.

ثانيها: رقابة الخطأ الظاهر في التقدير على التكييف القانوني للوقائع، وهي نثار عندما تكون هناك نصوص قانونية واضحة ومحددة، ولكن لأسباب فنية يتعذر أعمال الرقابة العادية في خصوصها، كما هو الحال في منازعات رخص البناء.

ثالثها: رقابة الخطأ الظاهر في التقدير بين سبب القرار ومحلّه، وأوضح مثال لهذا النوع يتجسد في التحقق من التناسب بين العقوبة الموقعة والجريمة المرتكبة في مجال التأديب.

ويلاحظ أن هذه المستويات الثلاثة التي تجسد نظرية الخطأ الظاهر في التقدير يجمع بينها عامل مشترك هو غياب تناسب معقول وتناغم مقبول في القرار عبر الروابط بين عناصره التقديرية التي تأسس عليها، فرقابة التناسب هي التي تترجم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير على أرض الواقع، باعتبار أن الخطأ الظاهر هو الأداة التي يتوسل بها القضاء الإداري لفرض رقابته على التناسب في العمل الإداري العام.

وهكذا فإن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير لم تظهر فجأة مرة واحدة¹ في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وإنما تم التمهيد لها وتطبيقها تدريجياً حتى شملت مجالات عديدة من أوجه النشاط الإداري في تطورها الأخير، بل إن القضاء الدستوري قد استعارها وطبقها في ميدان الرقابة الدستورية على أعمال

¹ د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص 269.

السلطة التشريعية، ويعتبر حكم Lagrange الصادر في 15 فيفري 1961 هو اللبنة الأولى التي شيد بها مجلس الدولة الفرنسي بناء هذه النظرية، وهو يتعلق بمعادلة الوظائف، واضعاً بذلك حداً لسلطة الإدارة التقديرية في إجراء هذا التعادل بين الوظائف بأن لا يكون تقديرها في هذا الشأن مشوباً بخطأ ظاهر، كما تم تطبيق النظرية في مدى صلاحية الموظف للتعين أو للترقية في غير حالة التخطي، وكذلك فيما إذا كان الموظف تحت الاختبار قادراً على ممارسة وظيفته (التثبيت)، وما إذا كان تقييم الموظف يتفق مع كفايته المهنية (تقدير الكفاية)، وأخيراً ما إذا كانت العقوبة التأديبية الموقعة متناسباً مقداراً ونوعاً مع جسامة الجريمة التأديبية وخطورتها، وذلك لكبح جماح السلطات التأديبية في ركوب متن الشطط في تقدير العقوبة إفراطاً أو تفريطاً، والحيلولة دون تركها تعزف على بيانو الجزاءات التأديبية وسماع النغمة التي تهواها.

ومن اللافت للنظر أن بعض الفقه¹ يرى أن مجلس الدولة المصري كان له فضل السبق في تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في أحد مجالات النشاط الإداري ألا وهو مجال التأديب، فيما أطلق عليه قضاء الغلو سواء في الشدة أو في اللين، وذلك قبل ظهور البوادر الأولى لهذه النظرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ولكنه لم يتم بتعميم تطبيقها على سائر مجالات النشاط الإداري الأخرى.

ومن أشهر أحكامه في هذا الشأن ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 11 نوفمبر 1961² في الطعن رقم (7/563 ق) من أنه ((ولئن كان للسلطات التأديبية، ومن بينها المحاكم التأديبية، سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي ابتغاه القانون من التأديب، والهدف الذي ابتغاه القانون من التأديب هو بوجه عام تأمين انتظام سير المرافق العامة، ولا يأتي هذا التأمين إلا إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إجماع عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة الممعة في الشدة، والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعا في هذه الشفقة المغرقة في اللين، فكل من طرفي النقيض لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة، وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي رمى إليه القانون من التأديب، وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة ومعيار عدم المشروعية في هذه الصورة ليس معياراً شخصياً وإنما هو معيار موضوعي قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء

¹ د. أحمد أحمد المواني، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة، (نظرية الموازنة) رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، 1992 ص 329 وما بعدها.

² دهيم حلم غازي، مجلس التأديب ورقابة المحكمة الإدارية العليا عليها، رسالته للدكتوراه، جامعة الإسكندرية 2009 ص 440.

ومقداره، وغني عن البيان أن تعيين الحد الفاصل بين نطاق المشروعية ونطاق عدم المشروعية في الصورة المذكورة مما يخضع أيضا لرقابة هذه المحكمة¹.

وقد اقتفى القضاء الإداري الجزائري أثر شقيقه المصري وطبق مضمون نظرية الخطأ الظاهر في مجال التأديب وفي مجالات أخرى باحتشام² لكون مجلس الدولة الجزائري لا يزال فتي إذا ما قرناه بنشأة مجلس الدولة الفرنسي منذ عهد نابليون، وهو ما جسده مجلس الدولة المصري صراحة في مجال التأديب بقوله ((أنه وإن كانت سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وسلطة تقدير الجزاء المناسب له تدخل في السلطة التقديرية للجهة المصدرة للقرار، إلا أن هذه السلطة تخضع لرقابة القضاء الإداري من حيث مشروعيتها وعدم المشروعية شأنها في ذلك شأن أي سلطة تقديرية أخرى، ومن أسباب عدم مشروعية هذه السلطة الغلو في استعمالها، فهي من هذه الناحية تشبه إلى حد كبير إساءة استعمال الحق في نطاق القانون المدني، فإذا هي غالت في تقدير العقاب وقررت عقوبة قاسية لذنب صغير خرجت بفعلها هذا عن نطاق المشروعية إلى عدم المشروعية))³.

المطلب الثاني

معايير وخصائص نظرية رقابة الخطأ الظاهر

لكل نظرية معايير تحددتها، وخصائص تميزها عن غيرها من النظريات، وهو ما سنوضحه من خلال الفرع الأول المتضمن معايير نظرية الخطأ الظاهر وتبيان خصائصها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: معايير رقابة الخطأ الظاهر

المعيار هو الضابط أو الميزان الذي يستعين به القاضي ليتأكد من تقدير قيام الخطأ الظاهر في تصرف إداري معين، والذي يخضع لرقابته لمنع كل تعسف أو تجاوز ينتج عن مباشرة الإدارة لسلطتها التقديرية، فلم يعد القاضي يكتفي بمجرد إجراء الرقابة الثلاثية المعروفة والتي يقال لها الرقابة الدنيا⁴ Control minimum أي الرقابة على الوجود المادي للوقائع، الخطأ في القانون تجاوز السلطة أو الانحراف بها⁵، وإنما أضاف إلى ذلك رقابة الخطأ الظاهر، فمن جهة تكون الإدارة حرة في تقدير أو تقييم الوقائع وأن يكون هذا التقدير أو التقييم

¹ د. خليفة سالم الجهي، مرجع سابق، ص 146.

² د. زروقي العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثير القضاء الإداري الجزائري بها، مقالته مجلة مجلس الدولة العدد 08 لسنة 2006 ص 125.

³ د. خليفة سالم الجهي، مرجع سابق، ص 148.

⁴ د. رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 222-223.

تتفرق بين الرقابة الدنيا، الرقابة العادية، والرقابة القصوى، فالرقابة الدنيا: تتناول الوقائع التي تدعيها الإدارة لقراراتها من حيث وجودها المادي أو عدم مخالفتها للقانون ومن حيث عدم انطوائها على تعسف أو سوء استعمال من جانب الإدارة أما الرقابة العادية: تتناول تكييف القانوني للوقائع التي تدعيها الإدارة لقراراتها أما الرقابة القصوى: تتناول أهمية وخطورة الوقائع التي تستند إليها الإدارة في قراراتها، ومدى تناسبها مع الإجراءات المتخذة على أساسها. ولقد ذهب أغلب الفقهاء إلى اعتبار رقابة الخطأ الظاهر قاصرة على الرقابة الدنيا وهو ما ذكره الأستاذ محمد رمضان بطيخ في المرجع السابق ص 234.

منطقياً أو معقولاً أو بمعنى آخر إلاّ يكون مشوباً بخطأ واضح وجليّ، أو كما يطلق عليه خطأ ظاهر Erreur manifeste كما باشر أيضاً هذه الرقابة وهي رقابة الخطأ الظاهر عند إجرائه للرقابة العادية وهي رقابة التكييف القانوني للوقائع وكذلك في خصوص رقابة الملائمة¹.

تبدو أهمية تحديد معيار لنظرية الخطأ الظاهر في أن هذا التحديد سوف ييسر السبيل للتحقق من قيام خطأ ظاهر في التقدير الإداري، بحسبان أن هذا المعيار يجسد إطار النظرية ويقوم بدور وظيفي مزدوج يتوسل به القضاء الإداري لممارسة رقابته على التناسب في العمل القانوني العام من ناحية، ويتيح للمتقاضين الاستناد إليه كلما تبين لهم أن هناك خلافاً غير مقبول وتفاوتاً غير معقول في التقدير الإداري من ناحية أخرى.

والمعيار الذي تقوم عليه هذه النظرية ينبغي أن يستلهم من أحكام مجلس الدولة الفرنسي، باعتباره مبتكر النظرية مع ملاحظة أن هذا المعيار ينصرف إلى الكيفية التي يتم بها الاستدلال على تقدير التفاوت أو التباين في القرار الإداري عبر الروابط بين عناصره الداخلية ومدى جسامته هذا التفاوت أو التباين ووضوحه، وأن ذلك لا يخضع للتقدير الذاتي للقاضي الإداري وإلاّ حل بذلك التحكم القضائي محل التحكم الإداري، وإنما عماد ذلك معيار موضوعي² واقعي قوامه الشخص المعتاد مأخوذاً في الاعتبار كافة الظروف المحيطة به.

ذلك أن البادئ من استقراء أحكام مجلس الدولة الفرنسي اتجاهاً إلى وضع معيار موضوعي لنظرية الخطأ الظاهر بحيث لا يعتمد تقدير وجود الخطأ الظاهر على حسن أو سوء نية الإدارة من ناحية، ولا يكون أمره متروكاً لمحض تقدير القاضي من ناحية أخرى، وإنما يقوم الخطأ الظاهر على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير³، بحيث يحكم بالإلغاء في كل حالة يتبين فيها أن تقدير الإدارة جاء مشوباً بخطأ ظاهر يفسد هذا التقدير ويكون مجاوراً لحدود المعقول⁴.

ففي نطاق معادلة الوظائف، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن حرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة في هذا النطاق - نطاق معادلة الوظائف - يجب أن لا يكون مبنياً على عدم تعادل ظاهر⁵

1. د. خلية سالم الجهي، مرجع سابق ص 139.

2. د. محمود سلامة جبر، رسالته السابقة، ص 120 وما بعدها.

3. د. يحيى الجمل، مقالته السابقة، ص 444.

4. د. زكي محمد النجار، مرجع سابق، ص 41.

5. د. يحيى الجمل، مقالته السابقة، ص 228.

ويقوم تقدير القاضي لقيام التعادل بين الوظائف، على اعتبارات موضوعية يستقيها من عناصر الدعوى، وتنهض على القول بقيام خطأ ظاهر يشوب تقدير الإدارة إذا جاء هذا التقدير مجاوزاً لحدود المعقول¹.

وفي نطاق التناسب بين العقوبة التأديبية والجريمة التأديبية، فقد تساءل جانب من الفقه²، عن الدرجة التي يمكن معها القول بوجود عدم تناسب في هذا الشأن.

ويمكن الإجابة على ذلك بالقول، بأن بلوغ الخطأ في تقدير العقوبة مدى استثنائياً، أو حداً غير عادياً، يتجاوز المدى أو الحد المسموح به من الأخطاء العادية يشكل درجة عدم التناسب بين العقوبة والجريمة التأديبية، وهو يرمز بهذه المثابة عن التباين الشديد بين مقدار العقوبة الموقعة ونوعها، وبين جسامة الجريمة المرتكبة وخطورتها، أو يشير إلى مدى الاختلال والتفاوت الحاصل بينهما في هذا الشأن، مما يتبينه الشخص العادي دون عناء.

وعلى هذا الأساس تتجسد موضوعية المعيار الذي يعتمد عليه مجلس الدولة الفرنسي في التحقق من مدى وقوع خطأ ظاهر في التقدير الإداري من عدمه على ضوء كافة الظروف والاعتبارات المحيطة بالعمل القانوني العام.

إن هذا المعيار يبدو سهلاً من الناحية النظرية، إلا أن وضعه موضع التطبيق العملي، ليس بهذه السهولة، إذ متى يعتبر مثلاً التقدير أو التقييم الذي تجريه الإدارة للوقائع التي تدعيها معقولاً أو منطقياً؟ ومتى لا يعتبر هذا التقدير أو التقييم مشوباً بخطأ واضح وجلي؟ وما هي الدرجة التي يجب أن يكون عليها الخطأ حتى يوصف بأنه ظاهر أو بين؟ وما المعيار المعتمد في هذا الشأن؟

من الواضح أن مجلس الدولة عند تبنيه لهذه النظرية اكتفى بترديد عبارات أصبحت شبه متداولة في مجموع أحكامه مفادها أن تقدير الإدارة في هذا الشأن أو في ذلك لا يكون خاضعاً لرقابة القاضي الإداري، إلا إذا قام على وقائع مادية غير موجودة، أو شابه غلط في القانون، أو انحراف في السلطة، أو بني على خطأ بين وذلك دون أي محاولة مباشرة لإلقاء مزيد من الضوء والتحديد على ماهية فكرة الخطأ الظاهر³.

ويرى بعض الفقهاء ومن بينهم الدكتور رمضان محمد بطيخ أن القيمة العملية لهذه الفكرة (الخطأ الظاهر) لا تتحقق في الواقع إلا بتحقيق مضمونها، ووضع معيار منضبط لإعمالها ويتيح للمتقاضين من ناحية سهولة اللجوء إليها لدحض أي إدعاءات أو اقتراءات للإدارة اتجاهاً، كما يضيء للقاضي من ناحية أخرى

¹ د. محمود سلامة جبر، رسالته السابقة، ص 27.

² Moderne (F) : réflexion sur les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière du licenciement de la représentation du personnel Gazette du palais, 1976, p 634.

³ د. يحيى الجمل، مرجع سابق ص 440.

الطريق عند مباشرته لهذه الفكرة¹، ويتعين التأكد على أن الخطأ الظاهر يكون إلا في الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بحرية تقدير ملائمة نشاطها، وبالتالي فإن القاضي ومن خلال نظرية الخطأ الظاهر، فإنه يراقب ملائمة القرار وذلك بإحلال تقديره الشخصي محل تقدير رجل الإدارة الذي أصدره.

وترتيباً على ذلك، يمكن القول، بأنه لا محل لوجود الخطأ البين في حالات السلطة المقيدة، وأن هذا الخطأ لا نبث عنه إلا في الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بالسلطة التقديرية، وقد ذهب فقهاء القانون العام في فرنسا ومصر إلى القول بمعيارين أولهما المعيار اللغوي أو الوصفي وثانيهما المعيار الموضوعي، وذهب جانب آخر إلى وضع معيار مختلط وهو ما سنفصله في كل فرع مستقل.

1- المعيار اللغوي لرقابة الخطأ الظاهر

من استقرار كلمة (ظاهر) (Manifeste) التي يوصف بها الخطأ في التقدير والذي يراقبه القاضي الإداري، إنما توحى بأن هذا الخطأ قد وصل إلى درجة من الوضوح والظهور تكفي لإقناع القاضي بوجود مثل هذا الخطأ أو تكفي لإزالة أي شك لديه حول إزالة هذا الخطأ وتتجسد درجة الوضوح في كونه بديهيًا *évidente*، أو جسيم *éclatante*، أو فاحش *Lourde*... إلخ فإذا تحقق في خطأ ما، واحد من تلك الأوصاف، أصبح (ظاهراً *Manifeste*)، ومن ثم يكون القرار الإداري واجب الإلغاء².

فقد اعتبر مجلس الدولة أن الخطأ البديهي أو الظاهر هو الخطأ الذي يدرك غير المختصين في تلك المجالات، وقد سار مجلس الدولة على هذا النهج في معظم أحكامه المتعلقة بهذا الوجه من أوجه الإلغاء، فقد اعتبر التباعد الصارخ أو المهم بين مظهر أو هيئة وقائع القرار الإداري وبينما أصبغته الإدارة على تلك الوقائع من تقدير أو تقييم سواء في مجال مبادلة الأراضي الزراعية، أو في مجال تعادل الوظائف، يعد بمثابة خطأ بين، أو كما يقول مفوض الحكومة Braibant هو الخطأ الذي يمكن التعرف عليه حتى من قبل جاهل *(par un profane)* وقد سبق تبيان اتجاهات الفقهاء في كل من فرنسا ومصر وكذلك مفوضي الحكومة بفرنسا في هذا الشأن بحيث يرجعونها إلى المعنى اللغوي الذي نادى به الأستاذ Vedel الذي وكما أسلفنا بأنه عرّف الخطأ على أنه "الخطأ الذي يقفز أمامنا بحيث يمكن ملاحظته بمجرد النظر إليه ومن أول وهلة، دونما حاجة إلى الاستعانة بأهل الخبرة والتخصص في اكتشافه"، فالقاضي مثلاً: ليس في حاجة لأن يجري تحليلاً أو بحثاً معمقاً لكي يثبت أن أحد قدماء الأطباء بمستشفيات باريس، والذي شغل رئيس عيادة بكلية الطب بالعاصمة لسنوات عديدة، ثوافر فيه الكفاءة المهنية أو المستوى العلمي الذي يؤهله، لأن يسجل على قائمة الجدارة الطبية، ولهذا فقد اعتبر أن تقدير الإدارة لهذه الكفاءة أو ذلك المستوى بشكل سلبي

¹ د. رمضان بطيخ، مرجع سابق، ص 223.

² د. خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 727.

يعتبر خطأً بيناً في التقدير، فالكفاءة المهنية لهذا الطبيب ومستواه العلمي أمر مؤكد أمام القاضي، من مجرد النظر إلى ملف الدعوى، ولذا فقد تبين له على الفور أن هناك خطأً في تقدير الإدارة لهذه الكفاءة.

لكن في حالة إذا انتاب الشك أو التردد إلى القاضي حول وقائع الدعوى¹، فإن الخطأ الظاهر ينتفي على الفور، وتصبح الإدارة محقة في قرارها المسند إلى هذه الوقائع، وهذا هو ما دعي مفوض الحكومة M. Galabert إلى التخلي عن اقتراح له بإلغاء قرار وزير الصحة بمنع عرض دواء معين للجمهور على أساس الخطأ البين (الظاهر) في تقدير الأخطار الناجمة عن هذا الدواء، إذ اعتبر أن الحجّة التي دفع بها المدعون في هذا الخصوص وإن كانت قوية تتمثل في عدم تسجيل أي إصابة أو خطأ رغم استعماله من طرف الجمهور، إلا أنها لا تنسم مع ذلك بالبداهة و الجلاء ولا تزيل الشك حول أخطار الدواء محل الدعوى، ومن خلال ما سبق نجده قد ركز على نغمة الشك وانتهى إلى القول الذي تبعه فيه مجلس الدولة "أن الإدارة لم ترتكب خطأً بيناً في تقديرها للخطر الذي ينطوي عليه الدواء محل المنازعة"².

وخلاصة القول في هذا المعيار يتحقق الخطأ مع اليقين وينتفي مع الشك

2- المعيار الموضوعي للخطأ الظاهر

في ظل قصور المعيار اللغوي كمعيار لمعرفة الخطأ الظاهر والذي لم يرتكز عليه العمل القضائي لمجلس الدولة، ولم يكن محل إجماع جانب من الفقه، خاصة عند قراءة مفوض الحكومة Baudouin الذي يؤكد أن الخطأ الظاهر لا يكمن في مدى خطورة أو وضوح هذا الخطأ ولا في بروزه، وإنما يكمن أساساً في إطار عدم انضباطه أو الكفاية بالنسبة لعناصر التقييم التي كانت تحت نظر الإدارة عند إجرائها لهذا التقييم، مما يعني أن معيار الخطأ الظاهر يجب أن يكون معياراً موضوعياً لا معياراً لغوياً.

وفي ذات الاتجاه سار فريق آخر من الفقه الفرنسي و فرقا بين الخطأ الظاهر والخطأ غير الظاهر، على أساس مدى قدرة الشخص العادي على التعرف عليه، فالخطأ الأول يمكن التعرف عليه كما يقول Goyard³ من قبل شخص عادي في ثقافته وفي تفكيره، في حين أن الخطأ الثاني لا يمكن التعرف عليه إلا من قبل المختصين.

وقد أيد هذا الاتجاه بعض من الفقه المصري كذلك، من بينهم الدكتور يحيى الجمل عند محاولته لوضع تعريف للخطأ الظاهر بالقول "إنما يقوم الخطأ البين حيث يقوم على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير"⁴ وبقوله "أن ما يراقبه مجلس الدولة الفرنسي تحت اسم الخطأ الظاهر، هو في حقيقة الأمر

¹ د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص 225.

² نقلاً عن الدكتور خالد سيد محمد حاد، مرجع سابق، ص 729.

³ د. رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 227.

⁴ د. خالد سيد محمد حاد، حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص 730.

التقدير الموضوعي المشوب بالخطأ، فالدور الذي يلعبه مجلس الدولة في رقابته على الخطأ الظاهر هو دور تقديري يقتصر على مجرد التأكد من صحة أو خطأ التقدير الذي سبق للإدارة وأن أجرته بالنسبة للملائمة نشاطها، وهو ما يتفق ودوره في الرقابة عموماً على أعمال الإدارة".

وبالتالي فإن مجلس الدولة الفرنسي عند استخدامه لهذه النظرية أضفى طابعاً موضوعياً على تلك النظرية كقضائه في قضية جامعة باريس "أين ألغي بمقتضى هذا الحكم قرارين من وزير الدولة للجامعات بنقل بعض أعضاء هيئة التدريس من جامعة نانثير إلى جامعة باريس تأسيساً على أنهما مشوبين بخطأ بين في التقدير، وذلك على الرغم من عدم وضوح هذا الخطأ في تقدير الإدارة لاحتياجات كل من الجامعتين المذكورتين¹.

ومن هنا يمكن القول بأن مجلس الدولة الفرنسي كان يراقب التقدير الموضوعي المشوب بالخطأ، دون ضرورة لتلازم بين وصف الظاهر أو البين ووصف الجسم في التقدير، وبتالي فهو لا يعتمد على صفة الجلاء والوضوح أو الجسامة، وإنما يلجأ في الغالب إلى إجراء دراسة وفحص لكافة العناصر المعروضة عليه، وقد يلجأ لإجراء تحقيق وسماع الطرفين أمامه أو زيارة المواقع محل النزاع كما هو الشأن في القرارات المتعلقة بتراخيص البناء واختيار المواقع وحمايتها².

وخلاصة القول بالنسبة لهذا المعيار الموضوعي هو معيار الخطأ الظاهر الذي لا يعني الثبات والتحديد للمعيار ذاته، وإنما تعني موضوعية التقدير والكيفية التي يراد بها الاستدلال على الخطأ الظاهر، وبيان هذا الاستدلال والبحث لا يخضع لتقدير ذاتي للقاضي، وإنما عماده تقدير موضوعي يستخلص من ملف الدعوى³.

3- المعيار المختلط الرقابة الخطأ الظاهر

على الرغم من أن جانب من الفقه يرى بأن معيار الخطأ الظاهر إنما هو معيار لغوي، فيما يرى فريق من ذلك أن معياره موضوعي، إلا أن جانب من الفقه⁴ يرى أنه لا يمكن وضع معيار جامد في هذا الخصوص للقاضي ليلتزم به في جميع المنازعات المعروضة عليه رغم اختلافها، فما قد يعتبر خطأ بين في نزاع ما قد لا يعتبر في نزاع آخر، بل وقد ما يعتبر خطأ ظاهراً في وقت معين، قد لا يعتبر كذلك في وقت آخر كذلك.

¹ د. ثروت عبد العالي: المرجع السابق ص 368.

² نقل عن د. رمضان بطيخ، مرجع السابق، ص 732.

³ د. محمود سلامة جبر: المرجع السابق، ص 121 و122.

⁴ د. ثروت عبد العالي نفس المرجع السابق، ص 369.

نتيجة للقصور الذي شاب المعيارين اللغوي و الموضوعي في تحديد المعنى الحقيقي لفكرة الخطأ الظاهر، فقد اتجه جانب ثالث من الفقه أن لا يقر بالمعيارين السابقين منفرداً على إطلاقه في تحديد معنى الخطأ الظاهر أو الاستدلال عليه، لاسيما نتيجة الانتقادات السابقة التي وجهت لي هاذين المعيارين، ومن هنا فقد حاول أنصار هذا الاتجاه الجمع بين المعيارين اللغوي و الموضوعي في تعريف الخطأ الظاهر وهو ما يعرف بالمعيار المختلط.

فكما يقول الدكتور رمضان محمد بطيخ: أن المعيار اللغوي غالباً ما يؤدي إلى التضارب والتعارض في وجهات نظر حول ما إذا كان الخطأ في التقدير يعتبر بيناً وظاهراً من عدمه، حتى أن هذا التعارض يظهر جلياً في تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي، ذلك أن ما اعتبرته أحكام محاكم الدرجة الأولى خطأ ظاهراً وغلطاً بيناً شاب تقديرات الإدارة لم تعتبره أحكام مجلس الدولة خطأ ظاهراً وغلطاً بيناً، حيث لم يرى في هذا الغلط صفة الوضوح أو البدهة، كما يؤكد بأن هذا التعارض يظهر حتى على مستوى مجلس الدولة في حد ذاته، ففي كثير من الحالات يرى فيها المجلس خلاف ما يقترحه مفوض الحكومة حول ما إذا كان الخطأ في نزاع ما هو خطأ بين أم لا¹؟

كما أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال وضع معيار جامد وثابت يمكن أن يلتزم به القاضي في كافة المنازعات التي تعرض عليه لتقدير ما إذا كان تصرف الإدارة مشوب بغلط بين أم لا؟ وترتيباً على ذلك فإنه يرى في أن المعيارين اللغوي و الموضوعي يكمل كل منهما الآخر، ولا يمكن الاعتماد على أحدهما دون الآخر في الوقوف على الخطأ الظاهر، فالوضوح وتجاوز المعقولة في الخطأ (وهو المعيار اللغوي) يساعد القاضي عند فحصه لملف الدعوى أو للظروف التي أحاطت بتقدير الإدارة للوقائع (وهو المعيار الموضوعي) من سرعة اكتشاف هذا الغلط أو التعرف عليه.

وهو ما أشار إليه تقريباً الأستاذ ثروت عبد العال أحمد بأن " الغلط الذي يبلغ حداً من الجسامة بحيث لا يتسنى للقاضي أن يتعرف عليه إلا بعد البحث الشامل لمختلف الظروف التي جرى فيها التقدير"².
ويظهر من خلال التعريفين السابقين أنهما يجمعان بين المعيارين السابقين ويشترطان في الخطأ (الغلط) أن يكون واضحاً (المعيار اللغوي) وأن يتم الكشف عن الموضوع أو الجسامة من خلال فحص ملف الدعوى وهو (المعيار الموضوعي)، أي يتم في إطار تقدير موضوعي يستخلص من ملف الدعوى دون أن يخضع لتقدير شخصي للقاضي.

¹د.رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، مرجع سابق، ص 231.

²د. ثروت عبد العال احمد ، الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية-رسالته السابقة- ص 370.

ومن تم ووفقاً لهذا الاتجاه الفقهي، فإن فكرة الغلط البين تسم بالمرونة والنسبية¹ غير أنه في المقابل يرى ضرورة أن يكون الغلط في التقديرات التي تجريها جهة الإدارة على درجة معينة من الجسامة والوضوح حتى لا تحاسب جهات الإدارة على مجرد الأخطاء البسيطة عند قيامها بتلك التقديرات، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يجب أن يغالى في وصف الجسامة أو الظهور المطلوب تحقيقهما قيام عدم التناسب، وذلك بالألا يكون الخطأ على درجة من الجسامة والوضوح بحيث يمكن لأي شخص وإن لم تكن له دراية أو معرفة بالقانون أن يكتشفه، لأن مثل هذه الأخطاء ينذر أن يقع فيها رجل الإدارة، لاسيما وأنه على درجة من الخبرة والتخصص في شؤون الإدارة بما يجنبه الوقوع في مثل هذه الأخطاء.

وإني في هذا البحث أميل إلى تأييد الاتجاه المختلط الذي يجمع بين المعيارين في تحديد مدلول الخطأ الظاهر والاستدلال عليه لأنهما مكملين لبعضهما البعض، فمن المعروف أن تحديد معنى أو مضمون فكرة الخطأ الظاهر يجب أن يتضمن قدر الإمكان كافة العناصر والخصائص التي تحكم هذه الفكرة والتي تميزها عن غيرها من العيوب الأخرى للقرار الإداري، ولاسيما التي تشترك معها في أغلب الخصائص ومن ثم فالإقتصار على تعداد بعض العناصر أو الخصائص، كما ذهب إليه أصحاب المعيار اللغوي أو أصحاب المعيار الموضوعي وإهمالهم لعناصر أخرى لا تقل أهمية وأثراً في تحديد معنى الخطأ الظاهر، ما يجعل من هذا التعريف أو ذلك مبتوراً لا يحقق الغاية المرجوة في صياغته، وهو أن يكون جامعاً ومانعاً وإن كانت الغاية يصعب بلوغها في أغلبية الأحوال.

وفي كل الأحوال وكما ينادي بعض الفقه لتعريف الخطأ الظاهر فإنه يجب الاستعانة بأحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي استحدث هذه الفكرة و استخدمها في عديد المجالات، وأن يتضمن الخصائص التي أبرزتها وكشفها التطبيقات القضائية لهذه الفكرة وحتى يكون مع الدور الذي تقوم به هذه الفكرة والأساس الذي يحركها في نطاق الرقابة لمجلس الدولة².

الفرع الثاني: خصائص الخطأ الظاهر

يستخدم القضاء الإداري العربي والمقارن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير كأحد أنماط الرقابة القضائية على جوانب التقدير الإداري ابتغاء تقييم هذا التقدير، ووضع حد للتحكم في إجراءاته، وقوامه ألا يكون ذلك التقدير مشوباً بخطأ ظاهر.

ومفاد ذلك، أن سلامة تقدير السلطة الإدارية مرهون بأن لا يكون هذا التقدير مغالياً فيه وظاهر الخطأ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا جاء ذلك التقدير غير مشوب بدرجة واضحة من التفاوت الصارخ أو الجسيم، وهاتين السمتين الوضوح والتفاوت الصارخ أو الجسيم هما خاصيتي نظرية الخطأ الظاهر.

¹ د. جمال الهادي عمر القمودي، قضاء الغلو بين الإبقاء والإلغاء في القانون الليبي، دراسة مقارنة بالقانون المصري (رسالة دكتوراه)، جامعة القاهرة 2014، ص 234.

² د. محمود سلامة جبر، نظرية الغلط البين في قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 89.

يبد أنه قبل إيضاح ذلك ينبغي علينا التنويه إلى استبعاد بعض التعبيرات القانونية التي قد تختلط بتعبير الخطأ الظاهر، وذلك دفعاً لأي لبس بهذا الصدد.

1-خاصية التفاوت الصارخ أو الجسيم

كلما انتفى التوافق أو التوازن أو التعادل بين عناصر التقدير في العمل القانوني العام، ينتج عنه تفاوت صارخ أو جسيم، وهو ما ينتج عنه عدم التناسب، غير أن ذلك لا يعني لزوم تحقق التوافق التام أو الكامل، إذ أن هناك قدرًا من التفاوت مسموح به وهو القدر الذي لا يكون صارخاً أو جسيماً، وإذا كان الحكم على مدى جسامته هذا التفاوت، مما قد يختلف حوله الرأي فإن المعيار المجرد الذي يعتمده القاضي سيحول دون التحكم بهذا الصدد.

نخاصية التفاوت الصارخ أو الجسيم تتجسد في بلوغ الخطأ في التقدير أو عدم التناسب درجة من الجسامته تفوق درجة الخطأ البسيط الذي يمكن التغاضي عنه¹، أي أن يصل التفاوت في التقدير درجة غير عادية يمكن أن يتيبها شخص متوسط الذكاء أو بمعيار الرجل العادي.

والتفاوت الصارخ أو الجسيم بهذا المدى، يتمثل في مقدار الخلل والمبالغة في التقدير الإداري وحجم عدم التكافؤ ومجازة حدود المعقول في العمل القانوني العام، ويكون التفاوت الصارخ أو الجسيم بذلك خاصية ملازمة للخطأ الظاهر في التقدير بحسبان أن هذا الخطأ يجسد وضع استثنائي غير عادي، يتعين أن يتسم التفاوت فيه بقدر من الجسامته يجعله صارخاً، وينبئ به عن حدود المعقول، وهو ما تأباه الفطرة السليمة.

توضيحاً لهذه الخاصية تمثل لها بما سبق أن اقترح مفوض الحكومة الأستاذ M.Kahn في تقريره المتعلق بقضية الأنسة Chevreau إجراء تقسيم بين الأخطاء التأديبية الجسيمة والأخطاء التأديبية البسيطة، وارتى أن الأخطاء من النوع الأول فقط هي التي يمكن أن تبرر عقوبة خطيرة للغاية وهي الفصل من الخدمة، وطالب بناء على ذلك، مجلس الدولة أن يطبق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير على هذه القضية، لمقاومة عدم التناسب الواضح بين عقوبة خطيرة للغاية، وهي الفصل من الخدمة، وبين خطأ تأديبي بسيط يتمثل في عدم قيام المدعية بوصفها ممرضة، بالعناية اللازمة لأحد المرضى ... وأضاف قائلاً أنه إذا كان من غير العدل توقيع عقوبة الإنذار أو اللوم لفعل لا يبرر بطبيعته توقيع أي عقوبة، فإنه يكون من غير العدل أيضاً توقيع عقوبة الفصل من الخدمة لمجرد ارتكاب الموظف لخطأ طفيف أو عرضي لما يتسم به ذلك من تفاوت غير مقبول.

2-خاصية الظهور والوضوح

¹ د. محمد باهي ابو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 118.

وخاصية الظهور والوضوح في نظرية الخطأ الظاهر، ولئن كان يمكن الاستغناء عنها في بعض الأحوال خاصة التفاوت الجسم أو الصارخ، بحيث تعتبر الجسامة في تفاوت التقدير الإداري كافية وحدها للدلالة على وقوع خطأ ظاهر في التقدير، إلا أن خاصية الظهور والوضوح قد تساعد القاضي على اكتشاف تلك الجسامة من أول وهلة، وسرعة التوصل إلى أن هناك تباين أو تفاوت أو عدم تناسب في التقدير¹ دونما حاجة لإجراء تحقيق تكليفي أو بحث متعمق لملف الدعوى وعناصرها.

نخاصية الظهور والوضوح تشير إلى ضرورة أن يكون الخطأ في التقدير أو عدم التناسب جلياً بيناً، يستطيع أن يدركه بوضوح ودون عناء الشخص العادي، فهو بمثابة الجرم المشهود أو حالة التلبس على حد تعبير بعض الفقه².

ومع هذا فإنه ليس بالضرورة استبعاد هذه الخاصية كلية من نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، والاكتفاء بخاصية التفاوت الصارخ أو الجسم، وكل ما هنالك أنه لا تلازم بينهما في جميع الأحوال، ولكن في نفس الوقت لا تعارض ضروري بينهما³.

ويتضح لنا مما تقدم أن خاصيتي نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، هما التفاوت الصارخ أو الجسم، والظهور أو الوضوح، وأنه لا تلازم بين هاتين الخاصيتين ولكن في ذات الوقت لا تعارض ضروري بينهما، مما يمكن معه اعتبار خاصية جسامة التفاوت هي الخاصية الأساسية أو الأصلية للخطأ الظاهر في التقدير، وأن خاصية الظهور والوضوح، تعد خاصية تبعية ومكملة.

ومهما يكن من أمر، فإن تلك الخاصيتين تتصفان بالنسبية، إذ قد تختلف الآراء حول ما إذا كان هذا التفاوت أو ذاك جسيماً من عدمه وما إذا كان ظاهراً أم خفياً، بحسب الخلفية التي ينظر من خلالها إليهما، الأمر الذي اقتضى ضبطهما بمعيار يبعد بهما عن الذاتية، وهو ما يقودنا إلى تحديد المعيار الذي تقوم عليه نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

المطلب الثالث

مصدر ومضمون نظرية الخطأ الظاهر

تتيح نظرية الخطأ الظاهر في التقدير للقاضي الإداري من خلال ممارسة رقابته على تناسب العمل الإداري العام، التحقق من أن القرار الذي اتخذته الإدارة لا يحتوي عبر الروابط بين عناصره الداخلية)

¹ د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص 232.

² د. محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص 118.

³ د. يحيى الجمل، مقالته السابقة، ص 444.

السبب والمحل واحتماليا الغرض) على خطأ واضح جليّ يمكن أن يدركه دون عناء الشخص العادي متوسط الذكاء.

وللوقوف على جوهر النظرية يجب التطرق إلى مصدرها المتمثل في الدور الفعال للقضاء الإداري الفرنسي-مجلس الدولة الفرنسي- في إرساء قواعد وفي اتساع نطاقها والمبادئ العامة الأساسية التي أتاحت للقاضي الإداري أن يلعب دوره في ابتكارها وهو ما تطرقنا إليه في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فتناولنا فيه مضمون هذه النظرية.

الفرع الأول: مصدر نظرية الخطأ الظاهر

ليس ثمة خلاف حول القدرة الخلاقة للقاضي الإداري في إنشاء القواعد القانونية من خلال ما يصدره من أحكام تتضمن قواعد أو مبادئ قانونية جديدة، فالحكم الإداري يعد عملاً حقيقياً لتكوين قواعد القانون الإداري أو صناعتها وذلك بتطبيقها على الحالات الفردية إلى أن تصبح قاعدة أو مبدأ عام¹.

1- القضاء الإداري كمصدر لنظرية الخطأ الظاهر

لا يقتصر دور القاضي الإداري في خلق وإنشاء قواعد القانون الإداري على مجرد إثبات وجود تلك القواعد أو الكشف عنها وإنما هو يحدد مرماها ويعطيها مضمونا أكثر وضوحاً بإدخاله إياها في مجموع النظام القانوني² لتشكّل مع غيرها من القواعد القانونية كتلة المشروعية الإدارية.

وتعد المبادئ العامة للقانون من أهم القواعد القانونية التي يعود الفضل للقضاء الإداري في إبرازها وإلحاقها ضمن منظومة القانون الوضعي³ التي تنهض عن طريق الدور الإنشائي الخلاق للقاضي الإداري من حالة السكون إلى حالة الحركة، وتتفد بمقتضى ذلك إلى ساحة القواعد القانونية الوضعية كقوة حية نابضة لتضفي على المصادر الرسمية للقانون الإداري مزيداً من المرونة والتطور، ولهذا اعتبرها الأستاذ ريفيرو أنها أحد أصول القانون الإداري.

¹ Phippe (x) : op, cit, p.126.

² د. مجدي دسوقي محمود، المبادئ العامة للقانون والمشروعية الداخلية للقرار، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 1998، ص 181.

³ يميز الأستاذ جينوا بين طائفتين من القواعد القانونية التي يقوم القاضي الإداري بإنشائها وهما: المبدأ القانوني العام والقاعدة القضائية البسيطة . وذلك سواء من حيث المضمون أو طريقة تقرير كل منها، إذ يكون القاضي مقيداً في وضع المبادئ العامة للقانون بالضمير العام للجماعة، بينما لا يكون مقيداً بذلك عند وضعه القاعدة القضائية البسيطة، كما أن القواعد العامة تتسم بالعمومية والاستقرار والسمو بحسبانها تعبر عن القيم العليا للمجتمع، في حين أن القاعدة البسيطة تتصف بالنسبية والمحدودية، ويقر سيادته بأن ذلك لا ينفي وجود صلات بين المبدأ العام والقاعدة البسيطة، إذ غالباً ما تكون القاعدة مقدمة لظهور مبدأ عام راجع:

Jeanneau(b): les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, thèse paris 1954, p 270.

وأُنظر في التفرقة بين المبادئ العامة للقانون والقواعد القضائية البسيطة أو العادية، مؤلف الأستاذ الدكتور محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 1992 ص 138-145.

ويقسم الأستاذ جينوا Jeanneau¹، المبادئ العامة للقانون إلى أربعة صور²، بحسب الأسلوب الذي ينتهجه مجلس الدولة الفرنسي في إنشاء المبدأ، وذلك كما يلي:

أولاً: إنشاء المبدأ نتيجة التعميم من خلال النصوص الخاصة، كما هو الشأن بالنسبة لمبدأ احترام حقوق الدفاع في المجال الإداري، الذي أمكن تعميمه من خلال ما تضمنته نصوص جزئية متفرقة وردت بشأن إجراءات تحمل معنى الجزاء.

ثانياً: استخلاص المبدأ من روح النص أو مجموعة النصوص، كما هو الحال فيما يتعلق بمبادئ القانون الخاص التي نقلها القاضي الإداري إلى ميدان القانون العام، من ذلك مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، المستخلص من مبدأ عدم رجعية القوانين.

ثالثاً: استلهام المبدأ من جوهر التنظيم القانوني أو طبيعة الأشياء، ومن قبيل ذلك مبدأ عدم المساس بالحقوق المكتسبة المتولدة عن القرارات الإدارية الفردية، الذي تم استخلاصه من طبيعة القرار الإداري الفردي بوصفه الأداة الطبيعية لإسناد مركز أو حق ذاتي للأفراد.

رابعاً: استنتاج المبدأ من المعتقدات الراسخة في الضمير العام للجماعة، ومن قبيل هذه المبادئ تلك المستمدة من إعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير، كالمبادئ المتصلة بفكرة المساواة أو فكرة الحرية.

ويمكن تعريف المبادئ العامة للقانون من زاوية القانون الإداري بأنها مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة التي يستخلصها القاضي الإداري من مجموع النظام القانوني السائد في المجتمع ويدخلها إلى دائرة القانون الوضعي، لتكون بذلك قاعدة قانونية وضعية، تسم بالعمومية والتجريد، تلتزم الإدارة باحترامها باعتبارها أحد مصادر المشروعية الإدارية³.

ومن المسلم به في الفقه والقضاء على أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بالقوة الإلزامية، باعتبارها من القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة، وتدخل ضمن كلفة المشروعية الإدارية.

غير أن الفقه قد اختلف حول تحديد المرتبة القانونية لهذه المبادئ في سلم تدرج القواعد القانونية، حيث اعتبرها فريق أول من الفقه في مرتبة القواعد الدستورية⁴، بينما وضعها فريق ثان في مرتبة وسط

¹ Jeanneau (b) : op , cit, pp 124-136.

² وقد تأثر الأستاذ جينوا في هذا التقسيم بالتصنيف الذي وضعه من قبل الأستاذ ريفيرو Rivero الذي جعل المبادئ العامة للقانون في أربعة طوائف أيضاً كما يلي: (1) طائفة المبادئ التقليدية المستوحاة من الأفكار و المفاهيم السياسية والاجتماعية التي جاءت بها الثورة الفرنسية، (2) طائفة المبادئ التي يستخلصها القاضي الإداري من القانون الخاص وينقلها إلى القانون الإداري لتقديره أنها كامنة في كل نظام قانوني، (3) طائفة المبادئ التي يستلمها القاضي الإداري من طبيعة الأشياء أو مما هو ضروري، (4) المستمدة من العدالة والقواعد الأخلاقية للضمير العام للجماعة.

³ قد تكون هذه المبادئ خاصة بدولة معينة أو بمجموعة معينة من الدول تعكس القيمة القانونية السائدة فيها، كما قد تكون هذه المبادئ مشتركة بين النظم القانونية للدول جميعاً، كذلك المتصلة بفكرة المساواة نظراً لطابعها العام القانوني الإنساني.

⁴ أ.د. عبد الحميد متولي، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، مجلة الحقوق س 3ع.8 و 4ص.54 وما بعدها.

بين الدستور والقانون، إذ تعلق على قوة القانون دون أن تصل إلى مرتبة الدستور¹، وجعلها فريق ثالث في نفس مرتبة القانون العادي²، في حين عدها فريق رابع في مركز وسط بين القانون واللائحة، أي في مرتبة أعلى من اللائحة وأدنى من القانون³، وميّز فريق أخير بين ما إذا كانت هذه المبادئ مستمدة من مجموع القواعد الدستورية، وبين ما إذا كانت مستخلصة من روح التشريع العام، حيث اعتبرها في الحالة الأولى مماثلة في قوتها للقواعد الدستورية، واعتبرها في الحالة الثانية مماثلة لقوة القانون⁴.

والرأي الراجح في الفقه والقضاء الإداريين، سواء في فرنسا أو في مصر، هو ما ذهب إليه الفريق الثالث، الذي جعل المبادئ العامة للقانون في مرتبة وقوة القانون العادي في سلم تدرج القواعد القانونية⁵، وهذا ما نميل إليه، الأمر الذي يفرض على الإدارة، الالتزام بمقتضى هذه المبادئ فيما تجرّبه من أعمال قانونية أو مادية، في مختلف أوجه نشاطها⁶، بحسبان أن تلك المبادئ تعد مصدراً من مصادر المشروعية الإدارية شأنها في ذلك شأن سائر القواعد القانونية الأخرى التي تشكل كتلة المشروعية الإدارية، فإذا ما خرجت الإدارة عن هذه المبادئ وقع عملها في دائرة عدم المشروعية.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للمبادئ العامة للقانون سواء من حيث تكوينها وإدماجها في منظومة القانون الوضعي، أو من حيث مرتبتها وقوتها في سلم تدرج قواعد المشروعية الإدارية، فإن السؤال الذي يطرح نفسه الآن، ما هو موقع قاعدة التناسب التي تعتبر أساس نظرية الخطأ الظاهر من كل ذلك؟ أو بعبارة أخرى هل يمكن اعتبار قاعدة التناسب أحد المبادئ العامة للقانون؟

يقرر الأستاذ الدكتور محمد أحمد رفعت عبد الوهاب⁷ في هذا الشأن، بأن قاعدة التناسب لم تطبق في مصر إلا في نطاق التأديب فيما يعرف بقضاء الغلو، ومن ثم فإنه ولئن كانت هذه القاعدة قابلة للتطبيق على كل قرار تأديبي مشوب بالغلو والشطط، كما تؤكد ذلك أحكام القضاء الإداري باستمرار، إلا أن تطبيقها قاصر فقط على هذا النطاق، وبالتالي فإنها تبقى قاعدة قضائية عادية، لمحدودية النطاق الذي تعمل

¹أ.د. سامي جبال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق ص 59.

²أ.د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ج 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 735. و.د. عبد الفتاح حسن، قضاء الإلغاء، مرجع سابق ص 343.

³أ.د. محمود حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1979 / 7 ص 40.

⁴أ.د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة 1968، ص 49 وما بعدها.

⁵أ.د. محمود حلمي، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء - القضاء الكامل - إجراءات التقاضي) دار الفكر العربي، طبعة 1974/1 ص 13 و.أ.د. أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة 1999 ص 147، د.محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2003 ص 154 وما بعدها. وانظر:

Jeanneau,(B) :op, cit, p 160 Et.

⁶أ.د. صبيح مسكوني، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية، منشورات جامعة بن غازي 1974، ص 41. و.أ.د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على عمال الإدارة في القانون الليبي، منشورات مجمع الفاعح للجامعات، طرابلس 1999، ص 18.(الذي يرى أن القوة القانونية للمبادئ العامة للقانون هي نفس القوة التي يتمتع بها المصدر الذي وردت فيه دستورا كان أو وثيقة أو قانون عادي.

⁷د.محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع سابق، ص 212.

فيه، ولا يمكن اعتبارها أحد المبادئ العامة للقانون التي من خصائصها الجوهرية أنها واسعة النطاق وعامة التطبيق.

وفي الواقع فإنه يتعذر علينا التسليم بهذا الرأي، ذلك أنه بالرجوع إلى نظرية المبادئ العامة للقانون نجد عدداً من هذه المبادئ تؤدي من وجهة نظر منطقية بحثة إلى مفهوم التناسب، كمبدأ المساواة في صورته متعددة الذي يفترض تحقيق تناسب مطلق بين المخاطبين بأحكامه، كما أن فكرة التناسب لها تطبيقات متعددة في مختلف الأنظمة القانونية تقريباً، حيث نجد لها ماثلة بشكل واضح في جرائم التعزير المقررة بأحكام الشريعة الإسلامية، كما نجد لها قائمة في نطاق القانون الجنائي سواء عند تقدير القاضي للعقوبة أو عند بحثه لعدم مجاوزة دفع الاعتداء حدود حق الدفاع الشرعي، ونجدها كذلك في نطاق القانون المدني عند تقدير التعويض المناسب عن الإخلال بالالتزام، مما يصعب معه القول بمحدودية النطاق الذي تعمل فيه هذه الفكرة، وفضلاً على ذلك فإن هناك جانب من الفقه قد جرى على إطلاق وصف المبدأ على التناسب، وذلك كأمر مفروغ منه ومسلم به ولا خلاف عليه¹ ناهيك على أن بعض الأحكام لا تتردد في إسباغ وصف المبدأ على التناسب، من ذلك ما جاء بحكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1996/2/3 في الدعوى الدستورية رقم (16/33 ق) بأنه ((يتعين دوماً أن يكون تقدير الجهة الإدارية لجزاءاتها متوازناً، قائماً على أسبابها بكل أسرارها، مبرراً بما يعد حقاً وعدلاً، فلا يكون شططها حائلاً دون أداء العاملين لواجباتهم، ولا لينها أو هونها مؤدياً إلى استهانتهم بها، بل يكون مجرداً من الميل، دائراً حول الملائمة الظاهرة بين خطورة الفعل المعتبر ذنباً إدارياً، وبين نوع الجزاء ومقداره، وإلا كان تقديرها انحرافاً بالسلطة التقديرية عن أهدافها، وعلى ضوء هذه المبادئ ذاتها، تتحدد دستورية النصوص القانونية التي يسنها المشرع في المجال التأديبي²)).

ولعلّ هذا ما ألمح إليه الفقيه الفرنسي Debbasch في معرض تقديمه لرسالة الأستاذ Philippe بقوله أن التناسب مبدأ جوهرى ملهم، ليس للإدارة فحسب وإنما لكل نشاط إنساني، فأى كائن بشري يحسب قبل الإقدام على تصرف ما، مزايا وعيوب هذا التصرف في ضوء القواعد الأخلاقية والقانونية المفروضة عليه، وبهذه المثابة فإن التناسب فكرة بديهية واضحة، ولكن لا يتوافر في شأنه بصحيح العبارة مبدأ قانوني عام، غير أن عدداً من المبادئ الأخرى تقود إليه، كمبدأ المساواة الذي يفرض تناسبا مطلقاً.

وهو ما أوضحه الأستاذ Philippe بقوله إنه على الرغم من عدم وجود مبدأ عام يخص التناسب، إلا أن هناك تطبيقات دقيقة تنتمي إليه، مستوحاة بصورة واضحة من مبدأ المساواة، ويمثل ذلك بمبدأ المساواة

¹ أ.د سامي جبال الدين، قضاء الملائمة، مرجع سابق ص 218، و أ.د جورجى شفيق ساري، قواعد أحكام القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 39.

² مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة منذ عام 1996، ج 1 الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة طبعة 1/1996 ص 23.

أمام الأعباء العامة، الذي يتطلب تناسبا بين العبء أو التكليف وبين المقدرة أو الكفاءة، عند توزيع الأعباء العامة بين المواطنين حيث تكون مقسمة عليهم بما يتناسب ومقدرة كل منهم¹.

فالتناسب يرتبط ارتباطا وثيقاً بفكرة المساواة القانونية، بما تعنيه من عدم الإخلال في المعاملة بين من تتماثل مراكزهم وظروفهم، ولهذا لا يحتم مبدأ المساواة في مضمونه خضوع الكافة لمعاملة موحدة لا تنوع فيها، رغم ما بينهم من اختلاف وتباين في الظروف والأوضاع، ذلك أن المساواة الحقيقية ليست مساواة حسابية، تتجاهل ما قد يحيط بكل فرد من ظروف شخصية أو واقعية تتصل بمركزه، فمثل هذه المساواة هي مساواة صورية، إذ المساواة الحقيقية هي مساواة قانونية، تأخذ بالاعتبار التنوع الطبيعي فيما بين الأشخاص، وفيما بين الوقائع، بحيث يكون للظروف الملازمة لكل منهم أثره في المعاملة القانونية.

وقد أجمعت المحكمة الدستورية العليا المصرية المعاني المتقدمة من زاوية دستورية في حكمها الصادر بتاريخ 1990/5/19 في الدعوى الدستورية رقم (9/37 ق) بقولها ((إن المساواة المنصوص عليها في المادة (40) من الدستور، لا تعني أنها مساواة فعلية، يتساوى بها المواطنون في الحريات والحقوق أيضاً كانت مراكزهم القانونية، بل هي مساواة قانونية رهينة بشروطها الموضوعية التي تترد في أساسها إلى طبيعة الحق الذي يكون محلاً لها، وما تقتضيه ممارسته من متطلبات²)).

كما جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية على أن المقصود بمبدأ المساواة أمام القانون هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية³.

وهكذا يمكن القول بأن فكرة التناسب التي ابتدعها القضاء الإداري العربي والمقارن من خلال دوره الخلاق في إنشاء قواعد القانون الإداري، تترد في جذورها إلى فكرة المساواة القانونية بما تعنيه من حماية قانونية متكافئة في مواجهة التمييز الذي ينقصه التبرير الموضوعي، وبما تستهدفه من أعمال التسوية في المعاملة بين من تماثلت مراكزهم وظروفهم، مما يسوغ معه التقرير بأن التناسب مبدأ فرعي مشتق من مبدأ أعم وأشمل هو مبدأ المساواة أمام القانون، بمفهومه المرن لا الجامد، الذي يقيم تناسبا معقولا مرناً، وليس دقيقاً جامداً، ويندرج التناسب بهذه المثابة ضمن كحلة قواعد المشروعية الإدارية، لا بوصفه نصاً قانونياً، وإنما بحسبانه أحد مكونات نظرية المبادئ العامة للقانون التي تتشكل باستمرار وتساهم في تطوير أحكام القانون الإداري لتضمن مرونته ومسارته لما يستجد ويستحدث في الحياة الإدارية.

¹Philippe (x) ; op, cit, p 99 Ets.

²المجموعة الرسمية لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية التي أصدرتها من يناير 1978 حتى آخر جوان 1991 الجزء الرابع ص 256 رقم 33.

³حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في الطعن رقم (161/03 ق) بتاريخ 1957/06/29. مجموعة المبادئ س 2 ص 1335.

ويمكن أن نستخلص مما سبق أن مصدر فكرة الخطأ الظاهر هو مبدأ التناسب الذي يعتبر فرعاً من فروع مبدأ المساواة والمستنبط من المبادئ العامة للقانون والذي ظهر بفضل اجتهاد القضاء الإداري.

2- المبادئ العامة كمصدر لنظرية الخطأ الظاهر

إن نظرية الخطأ الظاهر ماهي إلا وسيلة لتجسيد فكرة التناسب التي توجد في معظم العلوم الاجتماعية كعلم الفلسفة وعلم الاقتصاد وعلم السياسة وعلم الإدارة، وهي تحتل في علم القانون بصفة عامة مكاناً بارزاً¹.

كما أن نظرية التناسب هي نتاج عدة مبادئ أساسية كمبدأ التناسب ومبدأ الملائمة و كمبدأ حياد الإدارة ومبدأ المساواة ومبدأ المعقولية

وأنه لا يمكن تأسيس نظرية الخطأ الظاهر إلا من خلال التأصيل لفكرة و لفظ وتعبير التناسب الذي يمكن أن ينصرف إلى أكثر من معنى في اللغة وفي الاصطلاح، كما يمكن أن يلتبس مع غيره من الاصطلاحات و التعبيرات التي قد تتداخل معه، فإن الأمر يستدعي منا أولاً الوقوف على مفهوم و معنى التناسب في اللغة والاصطلاح وذلك للتوصل إلى ضبط معناه في مجال القانون الإداري، وبيان المقصود بتعبير التناسب فإننا نعرض لمعناه اللغوي ثم نحدد ثانياً معناه الاصطلاحي لمعرفة مفهومه العام وهو ما نتناوله فيما يلي:

أولاً: مبدأ التناسب.

1- تعريف التناسب: قبل تعريف التناسب في الاصطلاح القانوني يجب الوقوف على معناه اللغوي ثم معناه في الاصطلاح القانوني.

***التناسب لغة:** تشير قواميس اللغة العربية² إلى أن لفظ التناسب مشتق من أصل كلمة (نسب) والنسب يعني القرابة، وانتسب واستنسب أي ذكر نسبه، وناسبه شاركه في نسبه، وناسب مناسبة ماثله وشاكلة ولاءمه، وتناسباً أي تماثلاً وتشاكلاً واستنسب الشيء وجده مناسباً ملائماً، والنسبة القرابة وإيقاع التعلق والارتباط بين شيئين والتماثل بين علاقات الأشياء والكميات³ والنسبة تعني الصلة، وفي علم

¹ د.ساي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف الإسكندرية، ط 1/2004، ص 630. وأنظر كذلك:

إذ يقول سيادته إن فكرة التناسب تؤثر في عدة علوم وليست خاصة بالقانون فحسب.

² قاموس لسان العرب لابن منظور، دار المعارف بمصر، ص 4405.

³ قاموس المنجد في اللغة و الإعلام، دار المشرق، بيروت ط 25/1981 ص 803.

الرياضيات تعني نتيجة مقارنة إحدى كميتين من نوع واحد بالأخرى وتناسب الشئين أي تشاكلاً والتناسب التشابه¹.

أما قواميس اللغة الفرنسية نجد أن كلمة التناسب (La proportionnalité) تعني في فخواها العلاقة أو الصلة بين شيء وآخر أو بين أجزاء بعضها البعض أو بينها وبين الكل²، كما تعني أيضا في أحد استخداماتها اللغوية جعله متناسبا أو متكافئا³.

وهكذا يتبين أن تعبير التناسب في اللغة يمكن استخدامه للدلالة على أكثر من معنى تم عن علاقة ما أو رابطة معينة بين شئين أو أمرين نتصف بالمماثلة أو التكافؤ أو التوازن أو التوافق أو الملائمة.

2- معنى التناسب في الاصطلاح القانوني

إن المعنى العام للتناسب ينصرف إلى العلاقة بين شئين معبر عنها بصورة رمزية⁴، أو هو تعبير عن صلة نسم بالتوافق أو التوازن بين شيء وآخر في إطار العلاقات المعتادة التي يفترض أن تكون عليها تلك الصلة⁵، وبذلك يمكن تحديد معنى التناسب في الاصطلاح القانوني بوجه عام بأنه تعبير عن الصلة التوافقية بين حالة معينة وأخرى مناظرة لها نتيجة توازن مقبول ومعقول بينهما.

فالتناسب يقوم أساساً على وجود علاقة منطقية بين شئين ويعبر عنها بالتماثل أو التكافؤ، وهو لن يكون إلا نسبياً حين يتعلق الأمر بإقامة علاقة مقارنة بين قيم مختلفة وبهذه المثابة، فإن التناسب يكتسي مفهوماً حيويًا مزدوجاً الأول: يعود إلى معادلة رياضية كعنصر في علم لا يحلل سوى القيم المجردة، والثاني: يقترب من أفكار العقل والمنطق مستدعياً تصوراً أخلاقياً ذا طابع فلسفي.

فالتعريف العام للتناسب يدور إذن حول عنصرين أحدهما ثابت يشتمل على العلاقة بين طرفي قياس والآخر متغير يمثل في مدى أو درجة العلاقة بين هذين الطرفين، ومن ثم يمكن الكشف عن عدة صور للتناسب يكون محتواها مختلفاً ولكن تبقى هناك خاصية مشتركة تجمع بينها، تتمثل في وجود علاقة تلازم منطقية تقود إلى تصور مجرد إيجابي للتناسب كالمعقولة والتوازن والتناغم والانسجام، أو تصور مجرد سلبي كالمفرط والمغالي فيه والمتجاوز للحد وبين هذين التصورين تتجسد أسقف التناسب بمعناه النسبي وليس الدقيق أو المطلق⁶.

¹ قاموس المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التعليم بمصر 1999، ص 612.

² Dictionnaire littré, Monte Carlo, 1968, T.3.

³ قاموس المنهل (فرنسي/عربي) للدكتورين سهيل إدريس و جبور عبد النور، دار العلم للملايين، بيروت، ط 10/1989، ص 835.

⁴ أ.د. زهير الحسني، مصادر القانون الدولي العام، بمناسبة المفهوم القانوني للجرف القاري وطرق قياس حدوده بين الدول المتلاصقة المقابلة، منشورات جامعة قار يونس، ط 1/1993، ص 324.

⁵ أ.د. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 629.

⁶ Philippe (x) : op, cit, p 8-9.

فالتناسب في مجال القرارات الإدارية هو اشتراط علاقة تطابق بين الوقائع الثابتة والإجراء المتخذ بشأنها أو هو تحقيق التوافق بين سبب القرار ومحله ويمكن أن ينشأ التناسب من علاقة تطابق بين وسيلة وهدف في نص معين، والتناسب بهذا المعنى يمكن أن يتغير تبعاً للحالة المتوقعة والمضار المحتملة كما يمكن أن ينشأ بعمل حساب ختامي للمنافع والمضار، ودرجة خطورة الحالة وأهمية الهدف الواجب الوصول إليه والضيق الذي تسببه للأفراد¹.

وعلى نحو ما تقدم فإنه يمكننا القول بأن التناسب في مجال القانون الإداري يعني اختيار الإجراء الذي يتوافق ويتكافأ مع أهمية الوقائع التي بعثت على اتخاذ القرار²، أو هو تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب³ أو بمعنى آخر التطابق بين السبب والمحله وصولاً إلى الحل العادل⁴ أو أنه صفة لعلاقة منطقية منسقة تربط بين عنصري السبب والمحله في العمل القانوني العام⁵، فالتناسب بهذه المثابة يتحقق كلما جاء سبب القرار متوافقاً مع محله أو موضوعه أي وجود توافق بين أهمية الوقائع التي أدت إلى صدور القرار (السبب) وبين الإجراء المتخذ حيال هذه الوقائع وما يترتب من آثار قانونية (المحل)⁶ أو ما يستهدفه من غاية (الغرض).

والرقابة على التناسب إذ تفترض أولاً وقبل كل شيء أن يوجد تصرف معين يهدف القاضي إلى مراقبته، فإنها تتطلب بالضرورة اتخاذ مبدأ التناسب بالمفهوم المتقدم وهو في حالة حركة كموضوع للرقابة ووسيلة يعمل من خلالها القاضي الإداري المبدأ في مظاهره النزاعية ليس فقط لتطبيقه، ولكن كعامل مفسر كذلك لاستخلاص النتيجة وهكذا تتحقق الفائدة من تداخل فكرة التناسب كمعيار لتطبيق قاعدة النسبية وكعامل تفسير للرقابة القضائية مما يتسنى معه للقاضي وضع القاعدة في مكانها الصحيح⁷.

ولعلّ في إجراء تمييز بين مفهوم التناسب بالمعنى السالف البيان وبين أكثر المصطلحات القانونية المقاربة له وهو الملائمة ما يبيد أي غموض أو لبس قد يكتنف ذلك المفهوم لذا سنحاول لتقريب مفهوم مصدر انخطأ الظاهر تمييز معني التناسب ومعني الملائمة.

¹Guibal (Michel) , de la proportionnalité , A.J.D.A ,1978,p 477.

²د.عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 418

³أ.د. محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة 1971، ص 72.

⁴د. محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، القاهرة 1974، ص 199.

⁵أ.د.ساي جمال الدين، المرجع السابق، ص 630.

⁶د.محمد فريد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، 1989، ص 8.

⁷Philippe (x) : op, cit, p 9,10.

3- جوهر فكرة التناسب

تقوم فكرة التناسب أساساً على ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية في ممارسة نشاطها الإداري بما تتضمنه من حرية اختيار أفضل الحلول وأكثرها ملائمة في اتخاذ قراراتها، ومن هنا فالإدارة ملزمة بأن تبذل أقصى جهدها في تقدير الظروف واختيار أفضل الظروف بما يكفل تحقيق الصالح العام، وهذا الالتزام لا يزال محل خلاف في الفقه حول مضمونه وجزء الإخلال به وقد برزت في هذا الشأن ثلاث نظريات نعرضها فيما يلي بإيجاز حتى نقف من خلال ذلك على جوهر فكرة التناسب في نطاق القانون الإداري¹.

* النظرية الأولى:

ومضمونها التزام الإدارة بإصدار أفضل القرارات ملائمة تحقيقاً للصالح العام فلا يكفي أن يكون قرارها ملائماً فحسب، بل يجب أن يكون أفضلها وأكثرها ملائمة مع خضوعها في ذلك لرقابة القضاء. وإزاء صعوبة تحديد أفضل القرارات وأكثرها ملائمة فإن هذه النظرية تعرضت لنقد جانب من الفقه، لاسيما وأن من شأن الأخذ بها أن جعل القاضي رئيساً أعلى للإدارة مما يخرجها عن حدود مهمته كقاضٍ للمشروعية، فضلاً عما يترتب على ذلك من شل فاعلية العمل الإداري.

* النظرية الثانية:

وقوامها التزام الإدارة باتخاذ أفضل القرارات وأكثرها ملائمة دون أن تخضع في ذلك لرقابة القضاء، وبالنظر لما تؤدي إليه هذه النظرية من وضع الأفراد تحت رحمة الإدارة لعدم اقترانها بأي جزاء قانوني، والتضحية بالحقوق الشخصية لحساب فاعلية العمل الإداري فلم تجد هذه النظرية قبولا وتعرضت لنقد جانب من الفقه كسابقته.

* النظرية الثالثة:

ومبناها التزام الإدارة ببذل أقصى جهد لاتخاذ أفضل القرارات وأكثرها ملائمة وأن هذا الالتزام هو التزام قانوني يخضع لرقابة القضاء في حالة الإخلال الواضح به وهو ما يعني:

- 1- التزام الإدارة بأن تدرس بعناية ظروف كل حالة على حدة للتوصل إلى أكثر القرارات ملائمة.
- 2- التزام الإدارة ببذل أقصى جهدها لاتخاذ أكثر القرارات ملائمة.
- 3- اتسام القرار بعدم الملائمة الظاهرة في التقدير يعد إخلالاً من الإدارة بالتزامها القانوني ببذل أقصى جهدها في دراسة ظروف كل حالة بهدف التوصل إلى أفضل القرارات وأكثرها ملائمة.

¹ أنظر في عرض هذه النظريات، د. محمد إسماعيل علم الدين، التزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقه والقضاء الفرنسي، مجلة العلوم الإدارية (ديسمبر 1971) س 13، ع 3، ص 13 وما بعدها.

وتبدو هذه النظرية أكثر قبولاً في الفقه لأنها تحقق توازناً معقولاً بين فاعلية العمل الإداري وضمان حقوق الأفراد، كما تنطوي على مرونة لازمة لممارسة الإدارة سلطتها التقديرية¹.

ويتضح من ذلك أن السلطة التقديرية للإدارة حتى وإن تعلقت بجانب من جوانب الملائمة في العمل الإداري، فإنها غير معصومة من رقابة القضاء الذي تقتصر مهمته على التأكد بأن ممارسة تلك السلطة قد تمت في إطار حدود المشروعية وقد أشار الفقه² إلى هذه الحدود التي وضعها القضاء بهذا الصدد وهي توجز فيما يأتي:

* الحد الأقصى للمعقولية

ومؤدى ذلك أن المنطق يتطلب من الإدارة وهي تمارس سلطتها التقديرية ألا تتجاوز أقصى الحدود المعقولة، وهذه الحدود المعقولة تصبح بفعل فكرة التناسب التي تقوم على تحقيق التوازن بين فاعلية العمل الإداري وحقوق الأفراد حدوداً قانونية للسلطة التقديرية.

* مبدأ حسن الإدارة

وهذا المبدأ يعتبر تطبيقاً لقاعدة تتعلق بأخلاقيات الإدارة³ بحيث إذا كان يمكن اتخاذ القرار الإداري بإجراء أكثر يسراً وأقل إفراطاً وتشدداً، فإن اتخاذه بإجراء أكثر عسراً وأشد إفراطاً من شأنه جعل القرار غير مناسب لعدم الملائمة الظاهرة أو الخطأ الظاهر في التقدير الذي يشوبه.

* مبدأ المساواة

مفاده أن تمارس الإدارة سلطتها التقديرية بطريقة موحدة لا تميز فيها بين الحالات المتماثلة دون أن يعني ذلك تحقيق مساواة حسابية وإنما مساواة فعلية تأخذ بالاعتبار عناصر التفاوت بين الحالات المختلفة بما يصاحبها من تنوع في الظروف والملايسات.

هذه باختصار الضوابط العملية التي فرضها القضاء الإداري لتطبيق فكرة التناسب على التقدير الإداري بحسبانها تشكل حداً جديداً على السلطة التقديرية للإدارة متوصلاً في ذلك بأدوات فنية مبتكرة تجسدت في نظريتي الخطأ الظاهر في التقدير، والموازنة بين المنافع والمضار وبذلك تم إجبار سلطة واقعية بطبيعتها على أن تعمل داخل حدود منطقية صارت من خلال التطبيق القضائي لفكرة التناسب حدوداً قانونية.

ثانياً: مبدأ الملائمة

¹ أ.د. محمد مختار عثمان، ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب، مجلة دراسات قانونية، تصدرها كلية القانون جامعة قاريونس بنغازي، المجلد الثالث عشر (1994) س 14، ص 55 وما بعدها.

² أ.د. محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية، القاهرة 1957، ص 118 وما بعدها.

³ د. محمود سلامة جبر، التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء، مجلة هيئة قضايا الدولة المصرية، القاهرة (يوليو/سبتمبر 1991) س 35، ع 3، ص 73.

إن اصطلاح الملائمة غالبا ما يستخدم كمرادف لاصطلاح التناسب هو أكثر الاصطلاحات القانونية التي تختلط وتداخل معه.

فالملائمة أصلها في اللغة العربية من لاءم وملائمة الشيء بمعنى أصلحه وجمعه، ولاءم الشيء أي وافقه، ولاءم بين الخصوم أصلح بينهم¹، ويقال لاءم بين الشيئين أي جمع بينهما ووفق، ولاءمه الأمر ولاءم فلانا بمعنى وافقه، والتأم الشيء أي انضم والتصق، وتلاءم الشيطان أي اجتمعا واتصلا، وتلاءم الكلام أي اتسق وانتظم²، ولاءم بين القوم ملائمة أي أصلح وجمع، وإذا اتفق الشيطان فقد التأم ومنه قولهم " هذا طعام لا يلائمني " وفي الحديث: ((ليتزوج الرجل أمته)) أي مثله وشكله³.

و في اللغة الفرنسية، فإن لفظ الملائمة وهو L'opportunité من الأصل اللاتيني Opportunistes وتعني صفة ما هو مناسب أو ملائم، ونقيضها Inopportunit وتعني غير ملائم أو في غير محله.

وتنصرف الملائمة في الاصطلاح القانوني بوجه عام إلى توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والاعتبارات المحيطة بإصداره من كافة جوانبه⁴.

فالملائمة إذن تتعلق بصفة عامة بالصلة بين العمل القانوني وبين ظروف إصداره والاعتبارات المحيطة بذلك.

في نطاق القرارات الإدارية تعني الملائمة توافق القرار مع الظروف الخاصة التي دعت إلى إصداره والأوضاع السائدة وقت اتخاذه والملابسات المصاحبة لذلك، حتى يخرج القرار ملائماً لظروف الزمان والمكان والاعتبارات الأخرى المختلفة، كإصداره في الوقت المناسب وبالكيفية المطلوبة وأن يكون ملائماً لمواجهة الحالة التي أتخذ من أجلها وغير ذلك من الأمور⁵.

فالملائمة بهذه المثابة صفة للقرار الإداري يكتسبها نتيجة اتخاذه بطريقة يراعي فيها جوانب إصداره المختلفة وعدد من الأمور والأوضاع تتعلق غالبا بعناصر ثلاثة هي:

تقدير وجوب التدخل أو الامتناع، اختيار وقت هذا التدخل، وأخيرا تقدير، الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب⁶.

¹ قاموس المنجد في اللغة و الإعلام، سبق ذكره، ص 709.

² قاموس المعجم الوجيز، سبق ذكره، ص 548.

³ قاموس مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، ب ت ص 588.

⁴ د. عصام البرزنجي، المرجع السابق، ص 164.

⁵ د. محمد فريد الزهيري، رسالته السابقة، ص 31.

⁶ أ.د. محمد حسنين عبد الغال، المرجع السابق، ص 72.

وهكذا يتحدد معنى اصطلاح الملائمة في مجال القانون الإداري بأنه نتيجة عمل ما في القرار الإداري، فالقرار يوصف بأنه ملائم لاتخاذ في وقت هو كذلك أو لاتخاذ بالکیفیه التي صدر بها، أو لاتفاق القرار مع الظروف والأوضاع السائدة ويوصف كذلك بالملائمة لتناسب الإجراء المتخذ مع سبب القرار¹.

من ذلك يتبين أن التناسب واحد من أمور عديدة إذا ما روعيت وصف القرار بأنه ملائم فالتناسب يشير إلى الصلة الداخلية بين بعض مكونات القرار الإداري أو أركانه وعناصره وبالتحديد بين سببه ومحلّه² وأحياناً غايته.

فإذا كان اصطلاح الملائمة يعني توافق القرار الإداري مع جميع العوامل والظروف المحيطة بإصداره من كافة جوانبه، فإن اصطلاح التناسب لا يعني سوى توافق الإجراء المتخذ أي محل القرار مع السبب المصاحب له وأحياناً غايته، وبالتالي فهو ينصب على أحد جوانب الملائمة في القرار وليس على جميع جوانبها، فالتناسب بهذه المثابة أحد ملائمت القرار الإداري في مجال السلطة التقديرية للإدارة³ بما مفاده أن التناسب يقتصر على جانب معين من مجموع الجوانب العديدة التي تقوم عليها الملائمة والتي يشكل التناسب جزء منها.

فمفهوم الملائمة أوسع إذن من مفهوم التناسب بل إن المفهوم الأول يستغرق الثاني ويستوعبه باعتباره يندرج في أحد أجزائه أو مكوناته ومن ثم فإنهما لا يتطابقان ولا يعد بالتالي أحدهما مرادفاً للآخر.

غير أن ذلك لا يعني انعدام أي تأثير متبادل بينهما فقد يكون القرار الإداري ملائم وغير ملائم في آن واحد، وإن كان يوصف بالنتيجة في مجموعه بعدم الملائمة، فيتصور أن يصدر القرار في الوقت السليم وبالکیفیه المطلوبة ووفقاً للاعتبارات والأوضاع السائدة، فهو لذلك قرار ملائم من هذه النواحي ولكن بالنظر لعدم مراعاة مصدر القرار تحقيق التناسب بين أهمية الوقائع والإجراء المتخذ أو الغاية منه يكون القرار غير ملائم لعدم مراعاة ذلك بالرغم من أنه ملائم لمراعاته النواحي الأخرى⁴.

خلاصة ما تقدم أنه لا يوجد تطابق تام بين اصطلاح الملائمة والتناسب، فالتناسب هو أحد جوانب الملائمة في القرار الإداري⁵ ويتجلى ذلك في التوافق بين سبب القرار ومحلّه، بينما الملائمة هي نتيجة مراعاة جوانب متعددة في القرار الإداري يتعين على الإدارة أخذها في الاعتبار عند ممارسة سلطتها

¹ د. محمد فريد الزهيري، رسالته السابقة، ص 31.

² أ.د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة، القاهرة 2000 ص 23.

³ د. محمد فريد الزهيري، رسالته السابقة، ص 32-34.

⁴ د. محمد فريد الزهيري المرجع السابق، ص 32.

⁵ د. محمد سيد احمد محمد، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية مع التطبيق على ضباط الشرطة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه حقوق أسيوط 2002، ص 255.

التقديرية، وأن العلاقة بينهما هي علاقة الكل بالجزء بحسبان أن التناسب هو أحد أهم جوانب الملائمة في القرار الإداري.

ثالثاً: رقابة الخطأ الظاهر بين المشروعية والملائمة

يكاد يجمع فقه القانون العام¹ بأن القاعدة العامة في رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة هي رقابة مشروعية في نطاق قضاء الإلغاء أو دعوى تجاوز السلطة كما يطلق عليها في فرنسا، أي أنها تقتصر على فحص مشروعية القرارات الإدارية، وتقرير موافقتها أو عدم موافقتها لقواعد القانون بالمعنى الواسع، التي تشكل ككل المشروعية الإدارية، وذلك دون أن تمتد هذه الرقابة إلى بحث مدى ملائمة تلك القرارات، لعدم جواز تدخل القاضي في جوانب الملائمة المتروكة لمحض تقدير الإدارة.

ومقتضى القاعدة السابقة أنه يجب على القاضي الإداري الامتناع عن مراجعة الإدارة في تقديرها لأهمية وخطورة الحالة الواقعية التي استندت إليها كسبب لقرارها، ومدى التناسب بين هذا السبب والإجراء المتخذ على أساسه، إذ أن القاضي الإداري إذا فعل ذلك فإنه يكون قد مارس أحد اختصاصات الإدارة العامة، ويصبح بهذه المثابة رئيساً أعلى للإدارة، بحسبان أنه يتعين أن تستقل الإدارة بتقدير ملائمة قرارها دون تعقيب من القضاء، ومن أهم عناصر هذه الملائمة إلى جانب تقدير وجوب التدخل أو الامتناع، واختيار وقت التدخل تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب².

وفي هذا المعنى يقول الأستاذ فالين Waline أن عمل الإدارة يمثل أساساً في الاختيار بين مجموعة القرارات التي يمكن اتخاذها قانوناً لتقدر من بينها أكثرها اتفاقاً مع متطلبات الصالح العام، فإذا سمح القاضي لنفسه بمراجعة الإدارة فيما أجرته من تقدير واختيار، وإلغاء القرار الذي يرى أنه لا يتحقق معه الصالح العام بدرجة كافية، فإنه في هذا الفرض لا يصبح قاضياً وإنما رئيساً أعلى للإدارة.

ويعتبر جانب من الفقه الإداري عن ذلك بقوله إن القاضي الإداري في دعوى الإلغاء يجب أن يقتصر على فحص مشروعية القرارات الإدارية، دون التعرض لتقدير ملائمتها، وهذا ما كان يردده مجلس الدولة الفرنسي في قضائه التقليدي بأن ((أوجه الطعن الأخرى المتعلقة بملائمة القرار، لا يمكن لمجلس الدولة مناقشتها في الطعن بمجاوزة السلطة)) وهو ما كانت تجري به أيضاً أحكام القضاء الإداري المصري والجزائري.

¹ أ.د. محمد فؤاد مهنه، دروس في القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، بدون دار نشر، عام 1959/56 ص 23. و.د. جورج شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري، مرجع سابق ص 59.

² أ.د. محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القضاء الإداري، مرجع سابق ص، وكتابه الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة 1991/2 ص

ولم يخرج القضاء الإداري على هذه القاعدة حتى وقت قريب نسبياً إلا فيما يخص قرارات الضبط الإداري، بتصديه منذ زمن غير قصير لفحص ملائمتها ومدى التناسب الحاصل بين محلها وأسبابها، كاستثناء من القاعدة العامة في الرقابة التي باشرها على أعمال الإدارة¹.

وقد أجهد الفقه نفسه في إيجاد تبرير لهذا الاستثناء، ومحاولة التوفيق بينه وبين القاعدة العامة في الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، إنطلاقاً من فهم شائع يرى أن فكرة المشروعية مناقضة لفكرة الملائمة، باعتبار أن السلطة التقديرية للإدارة إنما تعني حرية ملائمة قراراتها في كل ما يخرج عن نطاق المشروعية، ولما كانت رقابة القضاء الإداري، هي رقابة مشروعية، فإنه يتعين أن تقف عند حد المشروعية، دون أن تتجاوز ذلك إلى إطار الملائمة المتروكة لمحض تقدير الإدارة².

وقد أوضح الأستاذ ديبسون Dubisson في رسالته³، من خلال تحليله لفكرتي المشروعية والملائمة، بأن هاتين الفكرتين ليستا في مسار واحد، وبالتالي فلا يمكن أن تكونا على طرفي نقيض، فمشروعية تصرف ما، تقاس بمدى التزامه بقواعد القانون، ومن ثم فإن فكرة المشروعية مستمدة من النظام القانون، أما ملائمة تصرف معين فهي فكرة مادية أو عملية، ينظر فيها إلى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة، في ضوء ما يحيط بهذا المركز من اعتبارات الزمان والمكان والظروف الملائمة، فمشروعية الإجراء تتحدد بقيمته القانونية إزاء قواعد ملزمة، أما ملائمة هذا الإجراء فتتمثل في موافقته مع ما يتمتع به من قيمة فنية أو واقعية حيال بعض القواعد غير الملزمة، والتي قد تكون جديرة بالاحترام.

وخلص الأستاذ ديبسون Dubisson بذلك إلى التقرير وبحق بأن المشروعية والملائمة ليستا فكرتين متناقضتين، فالمشروعية نقيضها عدم المشروعية، كما أن نقيض الملائمة هو عدم الملائمة، فإذا كانت مشروعية القرار يمكن تقديرها والبحث فيها على أساس من قواعد المشروعية، فإن تقدير ملائمة هذا القرار لا يمكن أن يتم إلا في ضوء مجموعة من العوامل المتميزة عن فكرة المشروعية، ولذا قد تكون هناك قرارات مشروعة ولكنها غير ملائمة، كما قد تكون هناك قرارات غير مشروعة ولكنها ملائمة، ومن مقتضى ذلك فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من الجمع بين اعتبارات المشروعية واعتبارات الملائمة في قرار واحد لكونهما غير متعارضتين.

وتماشياً مع هذا الفهم نوه الأستاذ فالين Waline إلى ضرورة التخلي عن القول بأن القاضي الإداري في دعوى الإلغاء يراقب المشروعية دون الملائمة، مما قد يستفاد منه وجود تعارض بين هاتين الفكرتين،

¹أ.د محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، مرجع سابق، ص 71.

²د.رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من السلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص 176 وما بعدها.

³ Dubisson (M) :la distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, thèse paris , L.G.D.J. 1958.P.35 Ets.

والاستعاضة عن ذلك بالقول " إن القاضي الإداري يراقب المشروعية، وهو ما قد يدفعه في بعض الأحوال إلى أن يراقب الملائمة كذلك، عندما تكون شرطاً لهذه المشروعية"¹.

ويبين العميد فيدل Vedel الكيفية التي تجعل من الملائمة شرطاً للمشروعية في حالة الضبط الإداري بقوله، " إن إجراءات الضبط باعتبارها تمس الحريات العامة لا تكون مشروعة إلا إذا كانت ضرورية لحماية النظام، أي ملائمة، ومن ثم فإن القاضي الإداري عندما يتحقق من قيام هذه الضرورة، فإنه يتعرض للملائمة حتماً، وذلك دون أن يتجاوز حدود اختصاصه في الرقابة على المشروعية، لأن الملائمة في هذه الحالة تصبح شرطاً للمشروعية"².

ويتضح من ذلك أنه قد أمكن إدخال بعض عناصر الملائمة، التي تخرج أصلاً عن حدود رقابة القضاء الإداري، ضمن شروط مشروعية القرار الإداري، ليس بفعل المشرع، وإنما بفعل القضاء، وذلك من خلال سلطته الخلاقية في إنشاء القواعد القانونية، بوصفه مصدراً رسمياً لقواعد المشروعية الإدارية³ الأمر الذي يسوغ معه القول مع الأستاذ لوبادير " بأنه إلى جوار السلطة المقيدة للإدارة بواسطة المشرع، توجد أيضاً سلطة مقيدة للإدارة بواسطة القضاء، وهي التي تكمن فيها أساساً رقابته على بعض عناصر الملائمة"⁴.

ويظهر من خلال ذلك أن الحدود الفاصلة بين نطاق المشروعية، ونطاق الملائمة، ليست ثابتة وإنما هي متحركة⁵، تدفعها القوة الديناميكية التي يتسم بها القضاء الإداري، بفعل مرونته واستجابته السريعة لمتطلبات الحياة الإدارية بما فيها من مستجدات وتطورات، وهو ما عبر عنه البعض⁶ بقوله إن رقابة قاضي الإلغاء في حالة مد، تقابلها حالة جزر للسلطة التقديرية لرجل الإدارة.

ولما كان التناسب، هو أحد جوانب الملائمة في القرار الإداري، والتي تتمثل في تقدير وجوب التدخل أو الامتناع، واختيار وقت هذا التدخل، وأخيراً تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب فإن التناسب بهذه المثابة، يكون واحداً من الجوانب المذكورة التي تقوم عليها الملائمة، والذي أُدمج عن طريق القضاء في نطاق المشروعية، وذلك لتحقيق نقطة التوازن بين اعتبارات فاعلية الإدارة من جهة، وبين مقتضيات ضمان حقوق الأفراد من جهة أخرى.

¹أ.د خليفة سالم الجهي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، (رقابة التناسب)، ص 09

²(G) Vedel: Essai sur la notion de cause en droit administratif Française, thèse Toulouse, Sirey 1934, p 214

³أ.د رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص 136.

⁴De Laubadere(A): traite droit administratif, paris, 1988, p 255, ets.

⁵أ.د محمود سلامة جبر، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة (أكتوبر، ديسمبر 1984) ص 28 ع 4 ص 132.

⁶أ.د محمد منولي صبحي، حدود رقابة قضاء الإلغاء، مجلة قضايا الحكومة (نوفمبر -ديسمبر 1974) ص 18، ع 2، ص 374.

وهكذا تم إلحاق التناسب، الذي يعد أحد جوانب الملائمة، بنطاق المشروعية، كشرط من شروط مشروعية القرار الإداري، ومن ثم خضوعه لرقابة المشروعية التي يمارسها القضاء الإداري على أعمال الإدارة، وتغيرت بذلك الصيغة التي درج عليها مجلس الدولة الفرنسي في قضائه التقليدي، إذ بعد أن كانت تشير في مضمونها إلى أن تقدير الإدارة للوقائع، لا يمكن لمجلس الدولة مناقشتها في الطعن بمجاوزة السلطة، طالما لم يكن مبنياً على وقائع غير صحيحة، أو يتركز على خطأ في القانون، أو معيماً بإساءة استعمال السلطة، أضاف إلى ذلك عنصراً جديداً يتعلق بما نحن بصدد، قائلًا ((أو لم يكن مشوباً بخطأ ظاهر)) وأصبحت هذه هي الصيغة الجديدة التي يجري بها القضاء الحديث لمجلس الدولة الفرنسي¹.

وقد تضمنت هذه الصيغة عيوب المشروعية المعهودة في القرارات الإدارية، وأضافت إليها عيباً جديداً لم يكن معروفاً من قبل وهو الخطأ الظاهر، باعتباره الأداة الفنية التي إتخذها مجلس الدولة كوسيلة لإعمال رقابته على التناسب في عديد من مجالات النشاط الإداري، وذلك برهنه مشروعية القرار الإداري بألا يكون مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير².

وخلاصة ما تقدم أن التناسب، قد ولد من رحم الملائمة، باعتبار أن التناسب أحد جوانب الملائمة وتم إدخاله في نطاق المشروعية بفعل السلطة الخلاقة المعترف بها للقضاء الإداري في إنشاء القواعد القانونية، حتى أضحي من المستقر عليه في القضاء الإداري الفرنسي، أن مشروعية القرار الإداري مرهونة بخلوه من تفاوت صارخ بين المصالح المتعارضة والحيلولة دون وقوعه في شائبة الخطأ الظاهر في التقدير³، وهي الأدوات الفنية التي يتوصل بها في ممارسة رقابته على التناسب، وبالتالي فإننا لا نتردد في التقرير بانتماء رقابة التناسب في القانون الإداري، إلى رقابة المشروعية التي يباشر القضاء الإداري على أعمال الإدارة، ليضع بذلك حداً جديداً للسلطة التقديرية للإدارة في جانب من جوانب الملائمة المتروكة لمحض تقديرها، ويرسم لهذا التقدير دائرة داخل إطار القانون، يحد بها التقديرات المفرطة أو المغالى بها، حتى لا تتحول تلك السلطة، من سلطة تقديرية إلى سلطة مطلقة أو تحكيمية، فالقاضي الإداري بهذا الحد الجديد لا يرفض التقدير الإداري، ولكنه يمنع اتسامه بالتحكم والهوى، إذ أن الديناميكية التي تتصف بها السلطة التقديرية للإدارة، تتطلب رقابة ديناميكية أيضاً، لتكون رقابة حقيقية وفاعلة، وهذا ما تجسده الرقابة على التناسب، وهو ما سوف يتضح لنا بصورة جلية من خلال بيان الملامح العامة لنظريتي الخطأ الظاهر في التقدير وعند مقارنته بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار باعتبارهما الأداتين الفئيتين لممارسة الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني.

¹ د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص 235.

² د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص 238.

³ د. يحيى الجمل، في مقالته رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة في تكيف الوقائع، مجلة القانون والاقتصاد س 41، ع 3-4 ص 405 وما بعدها.

الفرع الثاني: مضمون نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

تنصب رقابة الخطأ الظاهر التي باشرها القاضي الإداري على التحقق من معقولية تقدير الإدارة لأهمية الوقائع التي بنت عليه قرارها مقارنة بفحوى القرار، أي مدى مطابقتها موجبات الوقائع مع أسباب القانون وهذا لا يقتصر على قيام التناسب بين محل القرار وسببه فحسب، باعتبار أن المحل ينبع من الأسباب ويجب أن يطابقها، وإنما قد يمتد أيضاً إلى غرض القرار وغايته عندما تنص على ذلك قاعدة القانون.

وليست المطابقة أو التناسب هي التي تفتح باب الرقابة القضائية في هذا الشأن، وإنما التباين الشديد أو التفاوت الصارخ بين الموقف الفعلي ومبررات القرار، فرقابة الخطأ الظاهر في التقدير هي التعبير عن رقابة التناسب في شكلها السليبي الأكثر مرونة، أي التباين الواضح إذ أن القاضي الإداري لا يراقب في الحقيقة التناسب وإنما التباين ومدى بلوغه حداً غير معقول بحسبان أن تجاوز الخطأ في التقدير درجة غير عادية ينجم عن اختلال واضح وتفاوت صارخ بين روابط القرار عبر عناصره الداخلية التي أنبنى عليها التقدير الإداري¹.

ويمكن أن تنصب رقابة الخطأ الظاهر على تقدير أهمية الوقائع في حد ذاتها، فقد يخطئ صانع القرار في تقدير أهمية بعض الوقائع، كأن يعطيها قيمة أكبر كثيراً من قيمتها الحقيقية، أو العكس ينتقص بشدة من قيمتها، فقراره بهذه المثابة يكون ظاهر التباين، إذ لم يأخذ بالحسبان الوزن الحقيقي والقيمة الفعلية لتلك الوقائع والتي كانت ستؤثر حتماً على قراره مما يجعله بهذه المثابة مشوباً بعدم التناسب البين.

كما يمكن أن ينتج الخطأ الظاهر في التقدير عن اختلال واضح في مضمون القرار مقارنة بأسبابه، كأن تكون الوقائع التي أخذها صانع القرار في الاعتبار صحيحة، ولكن بمقارنتها مع مضمون القرار ينجم عنها تباين شديد، للتفاوت الصارخ بين سبب القرار ومحل.

ويشبه الأستاذ إكزافير فيليب ذلك" بوضع طبيب أمام مريض، فهو في مرحلة أولى يبحث عن علامات المرض الذي يريد تقدير خطورته، وفي مرحلة ثانية يختار علاجاً لهذا المرض آخذاً في الاعتبار كل ما لاحظته، والأمر هكذا بالنسبة للخطأ الظاهر، الذي يمكن أن يشوب الوصفة الطبية، كما يمكن أن يشوب العلاج المقترح (مضمون القرار)² ووضع التقدير إلى ثلاثة مستويات كما يلي:
أولها: رقابة الخطأ الظاهر في تقييم الوقائع ذاتها أو في وصفها القانوني إذا لم تكن هناك نصوص واضحة أو محددة لذلك، كما هو الشأن بالنسبة لقرارات الضبط العليا مثل قرارات إبعاد الأجانب وطردهم.

¹د.خليفة الجهمي، الرقابة على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2009 ص 125 وما بعدها.

²د. رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 235 وما بعدها.

ثانياً: رقابة الخطأ الظاهر في التقدير على التكييف القانوني للوقائع، وهي نثار عندما تكون هناك نصوص قانونية واضحة ومحددة، ولكن لأسباب فنية يتعذر إعمال الرقابة العادية في خصوصها، كما هو الحال في منازعات رخص البناء.

ثالثاً: رقابة الخطأ الظاهر في التقدير بين سبب القرار ومحلّه، وأوضح مثال لهذا النوع يتجسد في التحقق من التناسب بين العقوبة الموقعة والجريمة المرتكبة في مجال التأديب.

ويلاحظ أن هذه المستويات الثلاثة التي تجسد نظرية الخطأ الظاهر في التقدير يجمع بينها عامل مشترك هو غياب تناسب معقول وتناغم مقبول في القرار عبر الروابط بين عناصره التقديرية التي تأسس عليها، فرقابة التناسب هي التي تترجم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير على أرض الواقع باعتبار أن الخطأ الظاهر هو الأداة التي يتوسل بها القضاء الإداري لفرض رقابته على التناسب في العمل الإداري العام.

وهكذا فإن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير لم تظهر فجأة مرة واحدة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وإنما تم التمهيد لها وتطبيقها تدريجياً حتى شملت مجالات عديدة من أوجه النشاط الإداري في تطورها الأخير، بل إن القضاء الدستوري قد استعارها وطبقها في ميدان الرقابة الدستورية على أعمال السلطة التشريعية، ويعتبر حكم Lagrange الصادر في 15 فيفري 1961 هو اللبنة الأولى التي شيد بها مجلس الدولة الفرنسي بناء هذه النظرية وهو يتعلق بمعادلة الوظائف¹، واضعاً بذلك حداً لسلطة الإدارة التقديرية في إجراء هذا التعادل بين الوظائف بأن لا يكون تقديرها في هذا الشأن مشوباً بخطأ ظاهر، كما تم تطبيق النظرية في مدى صلاحية الموظف للتعين أو للترقية في غير حالة التخطي، وكذلك فيما إذا كان الموظف تحت الاختبار قادراً على ممارسة وظيفته (التثبيت)، وما إذا كان تقييم الموظف يتفق مع كفايته المهنية (تقدير الكفاية)، وأخيراً ما إذا كانت العقوبة التأديبية الموقعة متناسبة مقداراً ونوعاً مع جسامة الجريمة التأديبية وخطورتها، وذلك لكبح جماح السلطات التأديبية في ركوب متن الشطط في تقدير العقوبة إفراطاً أو تفريطاً، والحيلولة دون تركها تعزف على بيانو الجزاءات التأديبية وسماع النغمة التي تهواها.

المبحث الثاني

التمييز بين نظرية الخطأ الظاهر والنظريات المستحدثة للحد من السلطة الإدارية التقديرية

إن القضاء الإداري يسعى جاهداً لتحقيق التوازن بين حاجيات الإدارة وحقوق وحرية خاصة ما يتصل بالسلطة التقديرية للإدارة فظهرت نظرية الغلو في مصر، وظهرت نظرية الخطأ الظاهر ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا، فما مضمون تلك النظريتين وهل هما متطابقين مع نظرية الخطأ الظاهر أم هما مختلفين؟ وهو ما سنحاول شرحه من خلال تبيان مضمون نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ثم نبين أوجه التشابه وأوجه الاختلاف مع نظرية الخطأ الظاهر في المطلب الأول وفي المطلب الثاني نبين مضمون نظرية الغلو ثم نبين أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

المطلب الأول

نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

أشرنا إلى أن التطورات القضائية المتلاحقة التي مر بها مجلس الدولة الفرنسي في العقود الثلاثة الأخيرة من القرن الماضي، أدت إلى ابتداع وابتكار أدوات فنية جديدة يتوسل بها في تحقيق رقابة عميقة على تقديرات السلطات الإدارية في شتى مجالات نشاطها الإداري، ومن بين تلك الأدوات والوسائل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار، التي أرساها بقراره الصادر بهيئة جمعية عمومية في قضية ¹ Ville Nouvelle Est بتاريخ 1971/05/2، وإذ يترتب على تطبيق هذه النظرية حصول نتائج تماثل بل تتداخل مع نتائج تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر، فضلاً عن أنهما يعملان في ذات النطاق تقريباً، وهو مقاومة الاختلال الواضح والتفاوت الصارخ في تقديرات الإدارة، فإن ذلك مما يدفع إلى تحديد مضمون هذه النظرية في مقام ممارسة الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري.

الفرع الأول: مضمون نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

لقد كانت رقابة مجلس الدولة الفرنسي في قضائه التقليدي بشأن قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة لا تتعدى حدود ما إذا كان من شأن عملية النزع تحقيق المنفعة العامة أم لا، ولهذا فإن تقدير المجلس لتحقيق شرط المنفعة العامة كان يتم بصفة مجردة، بمعنى أنه ينظر إلى عملية نزع الملكية للمنفعة العامة في ذاتها بغض النظر عن الظروف المحيطة بها والأضرار التي تلحقها بالملكية الخاصة، أو بمصالح عامة أخرى، أو بتكاليف المشروع وأعبائه المالية، وذلك لتعلق هذه الأمور بالملائمة المتروكة لمحض تقدير الإدارة²،

¹ دخليفة سالم الجهي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2009، ص 150.

² د. محمود سلامة جبر، رسالته السابقة، ص 155.

وبذلك كانت رقابته على قرارات المنفعة العامة لا تتجاوز حدود الرقابة التقليدية، حيث تقتصر فقط على التحقق من الوجود المادي للوقائع التي يقوم عليها قرار المنفعة العامة، والتكييف القانوني لهذه الوقائع¹.

وفي مواجهة التقدم العلمي المتزايد، وتعقد المسائل العلمية والفنية، خاصة في المجالات الاقتصادية، وما ترتب على ذلك من اتساع نطاق السلطة التقديرية للإدارة في تلك المجالات، كان على القضاء الإداري أن يعمل على الحد من احتمالات تعسف الإدارة وتحكمها في هذه المسائل، لاسيما إذا اتصل الأمر بالأموال الخاصة والملكية العقارية²، وكان من ثمرة ذلك ظهور نظرية الموازنة بين المنافع والمضار.

ولقد ساهم في ظهور هذه النظرية تطور فكرة المنفعة العامة ذاتها تحت تأثير التدخلات الاقتصادية والاجتماعية للدولة، وتغير فلسفة العلاقة بين الفرد والسلطة، وتحول مفهوم حق الملكية على نحو يجعل له وظيفة اجتماعية، فلم تعد فكرة المنفعة العامة فكرة مجردة ذات مضمون مطلق يقابل بينها وبين المنفعة الخاصة بل أصبحت فكرة موضوعية تقدر وفقاً لظروف المشروع، وما يحققه من مزايا اقتصادية واجتماعية تأخذ في الاعتبار الأضرار المترتبة عليه، وما يتكلفه من أعباء مالية قصد إقامة توازن بين هذه المزايا والتكاليف³.

وعلى ضوء ذلك، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إجراء عملية موازنة بين المنافع والمضار أو المزايا والخسائر، التي قد تترتب على القرارات التي تصدرها الإدارة بنزع الملكية للمنفعة العامة⁴، إذ توضع كل من المنافع والمضار التي اتخذ قرار المنفعة العامة على ضوءها في كفتي الميزان، بحيث يكون القرار غير مشروع إذا جاءت الأضرار والأعباء الناجمة عنه شديدة أو مفرطة بالنسبة لما يحققه من مزايا ومنافع.

ويعتبر الحكم الصادر عن الجمعية العمومية لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 28 ماي 1971 في قضية المدينة الجديدة شرق⁵ (Ville Nouvelle Est) بداية الأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، وتتلخص وقائع هذه القضية" في أن الإدارة قررت إنشاء تجمع عمراني جديد شرق مدينة ليل بشمال فرنسا، يستوعب حوالي 25 ألف من السكان للإسهام في حل أزمة السكن، وتوافق ذلك مع رغبة التعليم الجامعي في إقامة مجمع جامعي خارج المدينة يستقبل أكثر من 30 ألف طالب، وتضمن المشروع الذي احتاج إلى 500 هكتار وقدرت تكاليفه بمليار فرنك فرنسي، نزع ملكية وهدم 250 منزلاً، منها حوالي مائة منزل تم إنشاؤها حديثاً، وأمام الاحتجاجات القوية التي أثارت حول هدم تلك المنازل عدلت الإدارة

¹ د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، مرجع سابق، ص 308.

² د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 667.

³ د. محمود سلامة جبر، رسالته السابقة، ص 159.

⁴ د. محمد فريد الزهيري، رسالته السابقة، ص 232.

⁵ د. خليفة الجهمي، مرجع سابق، ص 152، وسايه الدكتور. محمد يسري، ترجمة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، منشأة المعارف الإسكندرية، 1991 ص 632 وما بعدها.

مشروعها، بحيث اقتصر الهدم على 88 منزلاً، واستبعدت مقترحاً كانت قد قدمته جمعية الدفاع عن حقوق أصحاب المنازل ويستهدف إنقاذ 80 منزلاً آخر من الهدم على أساس نقل محور الطريق الشمال الجنوب الوارد في المشروع، وإذ تقرر للعملية صفة المنفعة العامة بقرار وزير التعمير والإسكان الصادر في 13.04.1968، فقد طعنت جمعية الدفاع على هذا القرار بدعوى تجاوز السلطة، وتمسكت إلى جانب كثير من أسباب الطعن المتعلقة بالإجراءات وبالموضوع بأن هدم حوالي مائة منزل كان يمكن تفاديه بتغيير مسار طريق بالمشروع، وهذا يعتبر ثمناً باهظاً للعملية المزمعة، لا يتناسب مع المنفعة المراد تحقيقها، مما يتعين معه إلغاء القرار المطعون فيه.

ولقد بحث مجلس الدولة الفرنسي منعقداً بهيئة جمعية عمومية كافة الجوانب المتعلقة بموضوع النزاع وقام بالموازنة بين المنافع والمزايا التي ستترتب على المشروع من ناحية (إقامة تجمع سكني وجمع جامعي) وبين المضار والتكاليف التي ستنتجم عنه من ناحية أخرى (هدم مجموعة منازل والأضرار الاجتماعية المحتملة) وخلص من خلال هذه الموازنة إلى ترجيح كفة المنافع والمزايا على كفة المضار والتكاليف، وقرر أنه بمراعاة أهمية المشروع في مجموعه، فليس من طبيعة ظرف تضمن تنفيذ العملية هدم حوالي مائة منزل أن ينفي عنها صفة المنفعة العامة¹.

وبهذا الحكم صاغ مجلس الدولة نظريته الجديدة الموازنة بين المنافع والمضار، وأصبح من المستقر في قضائه بهذا الخصوص أنه: ((لا يمكن تقرير المنفعة العامة لعملية ما، إلا إذا كان ما تتضمنه من مساس بالملكية الخاصة والتكلفة المالية والمضار المحتملة على المستوى الاجتماعي، أو المساس بالمصالح العامة الأخرى، ليست باهظة بالنسبة إلى المصلحة أو المنفعة التي تحققها²)).

ويلاحظ أن عملية الموازنة أو الترجيح التي أقامها هذا الحكم، قد راعى فيها اعتبارين أساسيين هما: حماية حقوق الأفراد، ومراعاة مقتضيات حسن سير الإدارة ومتطلباتها، وإذا كان إقامة التوازن بين هذين الأمرين هو أهم واجبات القاضي الإداري، فإن الحكم قد وضع هذا الواجب موضع التطبيق العملي، ببيان عناصر الموازنة والكيفية التي تتم بها³، وذلك في مجال تتمتع فيه الإدارة بسلطة تقديرية واسعة، لا سيما فيما يتعلق بتقرير وتحديد فكرة المنفعة العامة⁴.

¹ د.أحمد احمد الموافي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة) رسالة دكتوراه حقوق، الإسكندرية، 1992، ص 218. ود.محمد صلاح عبد البديع الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملائمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة أولى، 2004، ص 61 وما بعدها.

² د.أحمد يسري، ترجمة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، منشأة المعارف الإسكندرية، 1991، ص 634 إلى 640.

³ د.أحمد الموافي، رسالته السابقة، ص 221.

⁴ د.محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص 61.

وقد امتد تطبيق هذه النظرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى مجالات أخرى غير مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، مثل مجال الاستثناء من قواعد التخطيط العمراني، ومجال الارتفاقات الإدارية، ومجال إنشاء مناطق محمية حول الأماكن العامة، ومجال تسريح العمال¹، ومجال قرارات الاستيلاء، ومجال قرارات الجزاءات في العقود الإدارية².

وهكذا يمكن القول بأن مضمون نظرية الموازنة ينصرف إلى التقييم الذي يجريه القضاء الإداري للمنافع والمضار المترتبة على القرار، من خلال الموازنة بينهما في كفتين، بحيث إذا تبين أن كفة المنافع هي الراجحة على كفة المضار كان القرار مشروعاً، وإذا اتضح أن كفة المضار هي الراجحة كان القرار غير مشروع.

وبعد مرور أقل من عامين على صدور الحكم الذي أرسى به مجلس الدولة الفرنسي نظرية الموازنة، وعقب أول حكم إيجابي يطبق مضمون هذه النظرية في قضية *S te. Civile Sté-Marie de l'Assomption* أصدر وزير الأشغال الفرنسي المنشور رقم (1973/94) الذي ألزم بمقتضاه الجهات الإدارية بدراسة مشروعاتها جيداً قبل تقرير المنفعة العامة، كما نبه إلى عدم اللجوء إلى وسيلة نزع الملكية إلا في أضيق نطاق، وطالب بالاحتياط الشديد عند إقامة أي مشروع يستدعي تقرير المنفعة العامة حتى تكون قرارات الإدارة متناغمة مع القضاء الجديد لمجلس الدولة، وكان ذلك إحدى ثمرات نظرية الموازنة بين المنافع والمضار³.

وعلى ضوء ذلك فإن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تستهدف تحقيق رقابة قضائية دقيقة وعميقة على تقديرات السلطة الإدارية عندما ترخص في الاختيار بين عدة بدائل وحلول، أو حينما تكتفي قواعد المشروعية الإدارية بتحديد الغرض من القرار، بحيث يعود للقاضي الإداري تقييم كيفية إجراء السلطة الإدارية لتلك التقديرات بمراعاة كافة الجوانب المحيطة بذلك من خلال وضع المنافع والمضار المترتبة على القرار الإداري في كفتي ميزان وصولاً إلى أيهما الأولى بالترجيح بحسب الظروف والاعتبارات الملازمة لكل حالة على حدة.

ويقوم القاضي الإداري بالترجيح بين المنافع والمضار المترتبة على التقدير الإداري على هدي أكثر من معيار فهو يعتمد على مقدار المنفعة والمضرة، وعلى قيمة التكاليف المالية من عوائد وأعباء، كما يركز في ذلك على ما يصيب الملكية الخاصة من أضرار وما يقابل المنفعة العامة من فوائد، فضلاً عما ينجم عن ذلك من آثار اجتماعية واقتصادية وبيئية وسياسية لا يمكن تجاهلها، أي تقييم كافة العناصر الإيجابية والسلبية

¹ د. أحمد الموافي، رسالته السابقة، ص 329 وما بعدها.

² د. محمد فريد الزهري، رسالته السابقة، ص 239 وما بعدها.

³ د. أحمد الموافي، مرجع سابق، ص 234.

للقرار من جميع النواحي والموازنة بينها لترجيح كل منها بمقداره، والضابط في كل ذلك هو عدم حدوث تناسب معقول بين ما يحققه القرار من منافع وما يترتب عليه من مضار¹.

وقد طبق مجلس الدولة المصري مضمون هذه النظرية في بعض أحكامه دون أن يشير إليها صراحة أو يذكر تبنيه لها، ومن قبيل ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 09 مارس 1991 في الطعن رقمي (1875، 31/1914 ق) بأنه: ((وإن كان من المسلم به قانوناً أن للجهة الإدارية حق إزالة ما يقع من تعديت على أملاك الدولة بالطريق الإداري، إلا أن سلطتها في ذلك وإن كانت سلطة تقديرية فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري، إذ أن الأصل في نشاط الإدارة أن يستهدف الصالح العام، ويكون جوهر وظيفة الإدارة هو إشباع الحاجات العامة تحقيقاً لهذا الهدف، وبالتالي فإنه يجب على جهة الإدارة أن تصدر تصرفاتها بما يراعي الصالح العام ويناسبه وإن استهدف القرار المطعون فيه مصلحة عامة لا ريب فيها، قوامها الحفاظ على ملك الدولة، إلا أنه في الجانب الآخر، فإن القرار المطعون فيه قد ضحى بوجه مصلحة عامة آخر، يتمثل في وجوب عدم تشريد عدد كبير من المواطنين بأسرهم ومنقولاتهم ومتعلقاتهم، إذ سيجد ذلك العدد الضخم من المواطنين نفسه، من جراء تنفيذ القرار، وقد فقد مأواه وحمل متاعه وساق أسرته إلى غير مقر ... ذلك أن عدم مشروعية القرار الإداري لا تتحقق فقط بأن يتنكب غايات الصالح العام التي يحددها القانون وينحرف عنها، وإنما أيضاً يكون القرار الإداري غير مشروع، إذا استند إلى غاية من غايات الصالح العام، يكون ظاهراً أو مؤكداً أنها أدنى في أولويات الرعاية من غايات ومصالح قومية أسمى وأجدر بالرعاية²)).

أما المشرع الجزائري فلا أخاله يعزف عن تطبيق نظرية الموازنة بين الموازنة والمنافع والمضار في منازعات نزع الملكية للمنفعة العامة العمومية على النحو المطبق في قضاء مجلس الجولفة الفرنسي، من أجل ترشيد وعقلنة قرارات الإدارة في استعمالها لسلطتها التقديرية في مجال نزع الملكية ووضع حد لقراراتها غير المدروسة والسيئة في هذا المجال في حالة ما أتيحت له الفرصة، إذ خلال تبعية لقرارات المحكمة العليا-الغرفة الإدارية- قبل إنشاء مجلس الدولة أو حتى في قضاء مجلس الدولة المنشورة لم أعر إلا على بعض التطبيقات القليلة لتطبيق نظرية الحصيلة.

ربما مر ذلك معرفة المواطنين المنزوعة ملكيتهم لفوائد هذه التقنية في ترشيد قرارات الإدارة في مجال نزع الملكية للمنفعة العمومية، التقدير الجدي للقاضي للمنفعة العمومية على عناصر موضوعية والمادية. وهو ما يفسر عدم تلقي مجلس الدولة لدعاوي الإلغاء في هذا المجال.

¹ د. محمد عبد النبي حسنين، نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في إطار القانون العام، رسالة دكتوراه حقوق، عين شمس، 2005 ص 314 وما بعدها.

² د. خليفة الجهمي، مرجع سابق، ص 158.

خاصة وأن رقابة القاضي الإداري قد اقتحمت مجال السلطة التقديرية للإدارة، وأن الأرضية القانونية مهياة منذ سنة 1994 للقاضي الإداري لتبني نظرية الحصيلة وتطبيقها في مجال نزع الملكية أو مجالات أخرى مماثلة.

وهذا ما نجده من المنشور الوزاري رقم 07 المؤرخ في 11 ماي 1994¹ الصادر عن وزير التجهيز و تهيئة الإقليم ووزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح ووزير السكن ووزير الفلاحة الموجه إلى الولاية، موضوعة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة طبقا لقانون² 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991، والمرسوم التنفيذي رقم 83-186 المؤرخ في 27 جويلية 1993، والمنشور الوزاري رقم 57 المؤرخ في 26 جانفي 1993 ومما جاء فيه تحت عنوان.

شروط استعمال نزع الملكية وبعد تحديد في الفقرة "أ" منه للأشخاص المعنوية العامة المالكة لحق نزع الملكية والمستفيدين منه، ثم تكفلت الفقرة "ب" منه بتبيان الأموال القابلة لنزع الملكية، والفقرة "ج" تطرقت إلى موضوع وأهداف نزع الملكية والآتي ورد في آخر هذه الفقرة نفس الحيثية التي سبب مجلس الدولة بمقتضاها قراره الصادر بتاريخ 1971/05/28 في قضية³ Ville Nouvelle Est بل أكثر من ذلك عززتها موسعة لمجال المفاضلة القانونية بين المنفعة العمومية المعلنة ومنافع عمومية أخرى إذ جاء فيها: "لا يمكن أن تكون عملية التصريح بالمنفعة العمومية مشروعة إلا إذا كانت الأضرار أو التعديلات على الملكية الخاصة، والتكلفة المالية والأضرار (المساوي) الاجتماعية أو الإخلال بمنافع عمومية أخرى التي تضمنتها، غير مفرطة بالنظر إلى النفع الذي تقدمه.

وما يلاحظ على قضاء المحكمة العليا- الغرفة الإدارية- سابقا ومجلس الدولة حاليا، أن أغلب قضائها يتعلق بمنازعات التعويض عن نزع الملكية أو منازعات الإلغاء المتعلقة بمخالفة الإدارة للإجراءات الضمانات القانونية الملزمة للإدارة في مجال نزع الملكية للمنفعة العمومية⁴.

أما قليل منها فيتعلق برقابتها في استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في مجال نزع الملكية ومنها نذكر على سبيل المثال للحصر قرارها الصادر ب1984/05/26، ملف رقم 36595 قضية (ك.أ) ضد وزير الداخلية ووالي الجزائر، الذي جاء في تسببيه: "...حيث يستخلص من الملف أن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المزمع القيام بها للحصول على المحلات الموجهة لإيواء مصالح بلدية سيدي أحمد يكتسي طابع

¹ المنشور الوزاري مشترك رقم 07 المؤرخ في 11 ماي 1994.

² قانون رقم 91/11 مؤرخ في 1991/04/27 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة بتاريخ 1991/05/08.

³ Cons, Qu'une opération ne peut être légalement déclarée, d'utilité public, que si les atteintes à la propriété privée, le cout inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle financier et éventuellement les présent.

⁴ د.عور سلاوي، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء، رسالته للدكتوراه، جامعة الجزائر، 2011، ص 233.

المصلحة العمومية المحققة، ذلك لأن العملية المزمع القيام بها مقررة لصالح مجموعة محلية وإشباع حاجيات مرفق عام...¹ وكذلك قرارها الصادر في 13/01/1991 في قضية بن جيلا لي عمار ضد والي ولاية تيزي وزو ففي هذه القضية فإن المدعين نازعوا وجود المنفعة العمومية بشق طريق ثاني على ملكيتهم الفلاحية للوصول إلى الطريق الوطني، رغم وجود طريق كاف لذلك، مما جعل المحكمة العليا وتأسيساً على تقرير الخبرة التي أثبتت انتفاع المنفعة العمومية للمشروع قضت بإلغاء قرار نزع الملكية المخاصم.

كما أن مجلس الدولة قضى في قراره الصادر في 13/04/1998 قضي رقم 157362، في قضية فريق (ق.ع.ب) ضد والي ولاية مسيلة الذي اعتبر نزع ملكية قطعة أرضية بهدف تجزئتها وتوزيعها للخواص لبناء مساكن فردية، مخالف للقانون إذ جاء في تسببه "... حيث انه في قضية الحال يستخلص من عناصر الملف أن القطعة محل نزع الملكية من اجل المنفعة العامة، قد جزئت للسماح للخواص ببناء مساكن فردية، وهذا ما يخالف نص المادة 02 من قانون 11/91 التي تنص على نزع الملكية من أجل إنشاء تجهيزات جماعية وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية¹".

وعلى الرغم مما حققته رقابة الموازنة من مزايا أقلها كبح جماح التقديرات التحكمية غير المدروسة للإدارة في مجالات نزع الملكية وما شاكلها، مما يؤدي إلى حماية حقوق الأفراد، فإنها قد تعرضت للنقد من عدة نواحي أهمها، أن من شأن قضاء الموازنة أن يحل القاضي الإداري محل الإدارة في تقديراتها واختياراتها، مما يخرجها عن دوره كقاضي مشروعية ليصبح رئيساً إدارياً أعلى، بما يتضمنه ذلك من إخلال بمبدأ استقلال الإدارة عن القضاء، فضلاً عما يؤدي إليه ذلك من إعطاء فرصة كبيرة للتقديرات الشخصية للقاضي، بما يعني إمكانية اختلاف الحلول القضائية تبعاً لكل قضية وربما حسب تشكيل هيئة المحكمة، إضافة إلى الصعوبات الفنية التي تحيط بالموازنة إذ كيف يتسنى مقارنة الأشياء غير المثلية، كأن تتم المقارنة بين إنشاء جزء من طريق سريع مع هدم جزء من مستشفى².

وإزاء هذه الانتقادات التي وجهت إلى نظرية الموازنة التي لاشك أنها قد رسمت حداً جديداً للسلطة التقديرية للإدارة في مجال أعمالها باعتبارها إحدى تطبيقات رقابة التناسب، فلقد ذهب جانب من الفقه الإداري إلى أنه يمكن الوصول إلى ذات النتائج التي تحققها هذه النظرية بوسائل أخرى لا تتعرض لنفس الانتقادات، وهي نظرية الخطأ الظاهر في التقدير³، بينما قام جانب آخر من الفقه إدراكاً منه

¹ قانون رقم 11/91 المؤرخ في 13/01/1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة بتاريخ 08/05/1991 وانظر ايضا المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1998، ص 188 وما يليها.

² د.أحمد الموافي، رسالته السابقة، ص 237 وما بعدها. و أ.د. رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 350 وما بعدها.

³ انظر في ذلك -فريدة أبركان- رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة المرجع السابق، ص 40. عند قولها " يمكننا التفرقة بين الاجتهاد القضائي للغلط الواضح ونظرية الحصيلة -نظرية المنافع والمضار- المطبقة في نزع الملكية قاضي تجاوز السلطة. يتثبت من مدي تحقق الشرط المتعلق بالمنفعة العامة ومن جهة أخرى يستخلص

للمجال الذي تعمل فيه كل من النظريتين إلى إبراز العلاقة بينهما¹ مع احتفاظ كل منهما بذاتيتها الخاصة، ونعرض فيما يلي هذين الاتجاهين ثم نبيّن رأينا الخاص في ذلك.

الفرع الثاني: أوجه التشابه والاختلاف بين نظرية رقابة الخطأ الظاهر ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

أولاً: أوجه التشابه أو التطابق بين النظريتين

ذهب جانب من الفقه للقول بأنه إذا كانت هناك محاولة للتفرقة بين النظريتين المشار إليهما، فإن هذه المحاولة قد انتهت عملاً إلى الخلط بينهما، ومن ثم إلى إحداث نوع من الغموض أو البس حول طبيعة أو كنه كل منهما².

يرى هذا الاتجاه أن هناك علاقة تطابق بين النظريتين، فنظرية الموازنة نشأت في الأصل من نظرية الخطأ الظاهر، ذلك أن مفوض الحكومة Braibant في تقريره المقدم عن قضية المدينة الجديدة شرق، كان قد وضع نفسه أولاً في مجال نظرية الخطأ الظاهر³، وبالتالي فإن الموازنة تمثل نموذجاً لنظرية الخطأ الظاهر⁴. كما تشترك النظريتان في أنهما يواجهان التقديرات المفرطة أو غير المعقولة للسلطة التقديرية للإدارة، وينصب كل منهما على مظهر من مظاهر هذه السلطة أو على جانب من جوانب التقدير في القرار الإداري⁵، إضافة إلى أنهما لا يقضيان بإلغاء القرار إلا إذا كان الاختلال الواقع في تقدير الإدارة قد بلغ حداً جسيماً أو درجة كبيرة⁶، وهو ما دفع بأصحاب هذا الاتجاه الفقهي إلى القول بأنه يتعين النظر إلى هاتين النظريتين على أنهما من طبيعة واحدة، ويقومان على أساس واحد، ويؤديان وظيفة مشتركة، للدرجة التي يمكن معه أن تحل إحداها محل الأخرى، أو يستعان بهما معاً، وذلك للحد من تجاوزات السلطة الإدارية في ممارسة سائر أوجه نشاطها الإداري⁷.

ويأخذ نتائج هذا القرار بعين الاعتبار ، وفي الواقع جاء المسعى الملموس للقاضي عندما يقرر هذا القرار ، قريب جداً من ذلك المسعى الذي يستعمله بخصوص نظرية الغلط الواضح في التقدير بمعنى أن القاضي يراقب العمليات غير المعقولة المبالغ فيها بصورة كبيرة .

¹ د. محمود سلامة جبر ، رسالته السابقة، ص 178-177.

² د. رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 333.

³ Waline: le rôle de juge administratif dans la détermination de l'utilité, publique justifiant l'expropriation, mélange, Waline, 1974 , p 822.

⁴ C.E 28 Mai 1971, Langlais, Rec. p 194.

⁵ د. محمود سلامة جبر ، رسالته السابقة، ص 178.

⁶ د. أحمد الموفي، رسالته السابقة، ص 324.

⁷ د. رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 334.

ذلك أن رقابة القاضي الإداري في كلتا النظريتين حسب أنصار هذا الاتجاه، تتجسد في البحث عن السلوك المعقول أو الرشيد في تصرفات الإدارة، دون تفرقة بين هذه النظرية أو تلك، ومما يعزز ذلك في رأيهم ما يلاحظ من تردد في معظم القضايا حول ما إذا كان على القاضي الإداري أن يحكم في النزاع المعروف عليه طبقاً لنظرية الخطأ الظاهر، أم وفقاً لنظرية الموازنة، ويضربون مثلاً على ذلك ما حصل في قضية Ville Nouvelle Est حيث كان مفوض الحكومة قد اقترح أن يطبق بشأنها نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، بينما قام مجلس الدولة بتطبيق نظرية الموازنة بدلاً من ذلك¹، إضافة إلى أن مجلس الدولة يلجأ أحياناً إلى تطبيق نظرية الخطأ الظاهر، وأحياناً أخرى إلى تطبيق نظرية الموازنة في منازعات مماثلة، كما هو الشأن بالنسبة للمنازعات المتعلقة بقرارات تسريح العمال، حيث كان يطبق بشأنها نظرية الخطأ الظاهر، ثم طبق عليها أخيراً نظرية الموازنة²، وفي المقابل قام المجلس بتطبيق نظرية الخطأ الظاهر في مجال قرارات نزع الملكية رغم أنها الميدان الرئيسي لنظرية الموازنة³، الأمر الذي يؤكد مدى التقارب بين النظريتين، فهو اختلاف في الدرجة وليس في الطبيعة على اعتبار أن نظرية الموازنة لا تعدو أن تكون درجة أشد من درجات تطبيق نظرية الخطأ الظاهر يركن إليها القاضي الإداري في الحالات التي يصعب عليه فيها إعمال نظرية الخطأ الظاهر، فالقاضي الإداري لا يلغي تصرف الإدارة وفقاً لنظرية الموازنة، إلا إذا كانت الأضرار المترتبة عليه لا تتناسب وبشكل واضح أو مفرط مع المزايا أو المنافع الناجمة عنه، وهذا هو جوهر نظرية الخطأ الظاهر⁴.

وجهة أصحاب هذا الرأي في تشابههما هو وحدة مجال وتقنية تطبيقهما أي أنهما يطبقان في مجال السلطة التقديرية، وقيام أساسهما من فكرة مشتركة وهي الفكرة المستوحاة من الفقه الانجليزي، أن للإدارة الحق في الخطأ *Droit à L'erreur*.

أي أن للإدارة الحق في أن تخطئ في تقديرها وتقييمها، ولكن يشترط لذلك أن لا تتجاوز بهذا الحق حدود معينة هذه الحدود تكمن فيما يسمى "البداهة" *L'évidence*⁵

وهكذا ينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن نظريتي الخطأ الظاهر والموازنة بمثابة أنماط رقابية، تستهدف أساساً لترشيد وضبط أعمال الإدارة في مختلف مجالات نشاطها الإداري، وبالتالي فهما لا يعدان

¹د.رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 336

²د.أحمد المواني، رسالته السابقة، ص 334.

³د.محمود سلامة جبر، رسالته السابقة، ص 187.

⁴ De Laubadere(A) : op, cit, p 610 ets

د.ثروت عبد العال، رسالته السابقة، ص 363.ود. رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 337.

⁵د.رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 335

نظريتين متميزتين، كما أنهما ليستا نظريتين متعارضتين، وأن أي محاولة لإيجاد تفرقة بينهما ستؤدي عملاً إلى إحداث نوع من الغموض واللبس حول طبيعة كل منهما.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين نظرية رقابة الخطأ الظاهر ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنه إذا كان هناك أوجه تشابه بين النظريتين فإن ذلك لا يمنع من وجود اختلافات جوهرية بينهما تتعلق بطبيعة الرقابة في كل منهما، وفي نطاق تطبيقهما وعنصر القرار الذي تنصبا عليه، وذلك حسبما يلي:

1- اختلاف النظريتين من حيث طبيعة الرقابة

يرى أنصار هذا الاتجاه أن نظرية الموازنة تدرج في رقابة المشروعية، حيث ينصرف دور القاضي فيها إلى رقابة التكييف القانوني للمنفعة العامة عن طريق تحديد أو ضبط مفهوم المنفعة العامة، تلك المنفعة التي تعد معياراً لشرعية كافة الأعمال الإدارية المستندة إليها، كإعلان المنفعة العامة والاستثناء من قواعد التخطيط العمراني، وأعمال الاستيلاء وغيرها، ذلك أن مفهوم المنفعة العامة إما أن يقوم المشرع بتحديد بدقة ومن ثم يندم كل دور للقاضي الإداري بهذا الشأن، وإما أن يكون مصاغاً بشكل عام ومطلق مما يجعله من المرونة والاتساع التي تتطلب في حالة نشوء نزاع حوله، ضرورة تدخل القاضي لضبطه وتحديد من خلال مباشرة رقابة التكييف القانوني للوقائع المبررة لذلك، وهو ما تتيحه نظرية الموازنة التي تعد شرطاً للمشروعية¹ بهذا الشأن في حين أن نظرية الخطأ الظاهر تتعلق برقابة الملائمة، حيث تنصب على تقدير الوقائع وذلك لمواجهة التقديرات غير المعقولة التي تقوم بها الإدارة².

2- اختلاف النظريتين من حيث النطاق

يذهب الأستاذ لوبادير Laubadere إلى أن الخطأ الظاهر قد نشأ بداية في نطاق السلطة المقيدة للإدارة، (تعادل الوظائف، عمليات التجميع الزراعي) ثم امتد إلى نطاق السلطة التقديرية للإدارة (رخص البناء)، وأدرجه مجلس الدولة في نطاق الرقابة الأدنى، أما نظرية الموازنة فقد نشأت في نطاق السلطة التقديرية للإدارة (عمليات نزع الملكية للمنفعة العامة) ثم امتدت إلى نطاق آخر يجمع بين السلطة التقديرية وضرورة توافر شروط معينة، (كاستثناء من قواعد التخطيط العمراني³).

3- اختلاف النظريتين من حيث عنصر القرار

1. د. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 237 أين يؤكد أن مبدأ الموازنة بين الأضرار والمنافع يختلف عن مبدأ التناسب وعن نظرية الخطأ الظاهر، وذلك على أساس (أن مبدأ التناسب وإن كان من المبادئ القانونية العامة إلا أن مقتضاه وجوب مراعاة تناسب بين محل القرار وسببه، في حين أن مقتضى مبدأ الموازنة هو بدوره من المبادئ العامة -وجوب مراعاة رجحان أضرار القرار الإداري، ولا علاقة له البتة بعنصر السبب وعلى ذلك لا يسوغ الخلط بينهما)

2. د. رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 338 وما بعدها.

3. نقل عن د. محمود سلامة جبر، رسالته السابقة، ص 182.

تنصب نظرية الخطأ الظاهر على التكييف القانوني للوقائع وتقديرها، أي على عنصر السبب، وليس الأمر كذلك بالنسبة لنظرية الموازنة التي تقع على مضمون القرار ومدى مطابقته للصالح العام، أي على عنصر المحل¹.

* تقديرنا الخاص في تحديد العلاقة بين النظريتين

إذا كان لنا من رأي نبديه بهذا الخصوص، فإن هناك في تقديرنا أكثر من قاسم مشترك يجمع بين النظريتين، فهما يشكلان تجديداً قضائياً مبتكراً في الرقابة على أعمال الإدارة وذلك لكبح جماح سلطتها التقديرية في شتى مجالات نشاطها الإداري، وبهذه المثابة فإنهما يمثلان أدوات فنية يتوسل بهما القضاء الإداري في ممارسة رقابته على التناسب، كل بحسب المجال الذي تعمل فيه، وبالتالي فإنه لا يوجد اختلاف بينهما في الطبيعة، وليس صحيحاً القول باندرج الموازنة في رقابة المشروعية وانتساب الخطأ الظاهر لرقابة الملائمة، ذلك أن كليهما ينتمي إلى رقابة المشروعية، وأن امتداد أي منهما إلى الملائمة لا يعدو أن يكون استيفاء لرقابة المشروعية عندما تكون الملائمة شرطاً من شروطها.

ولعل الاختلاف الوحيد بينهما يكمن في أن الرقابة التي يتوسل بها القاضي الإداري للتحقق من التناسب في مجالات نظرية الخطأ الظاهر، تنصب على تقدير وتقييم الوقائع التي تستند إليها الإدارة في قرارها، أي على عنصري السبب والمحل معاً، بينما تنصرف الرقابة التي يتوسل بها القاضي الإداري للتأكد من التناسب في مجالات نظرية الموازنة إلى وجوب مراعاة عدم رجحان مضار القرار الإداري على منافعه، وهذه المضار وتلك المنافع إنما تتصل بتقييم مضمون القرار ومدى اتفائه مع الصالح العام، أي على عنصري المحل والغرض في القرار الإداري، وربما كان هذا الاختلاف هو الذي أدى إلى ابتداعهما واستخدامهما معاً في كل مجال الذي تصلح له وتعمل فيه كأدوات فنية يتوسل بها القاضي الإداري في رقابته على التناسب، باعتبار أن التناسب هو الأساس الذي يقوم عليه في الأصل، وذلك تجسيداً لتحقيق أكبر قدر من العدالة الإدارية.

وهكذا تشكل هاتان النظريتان في تقديرنا أدوات فنية يتوسل بهما القضاء الإداري في بسط رقابته على التناسب في القرارات الإدارية عموماً، حسب المجال الذي تعمل فيه وتصلح له، إذ أن مجلس الدولة الفرنسي كما يقول الأستاذ لوبادير" يحرص على أن يفصل في رقابته بين مجالات من السلطة التقديرية ويطبق بصده نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وأخرى يطبق بشأنها نظرية الموازنة"

¹ د. رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 341-342.

المطلب الثاني

التمييز بين نظرية رقابة الخطأ الظاهر ونظرية الغلو

ظهر في القضاء الإداري المصري ما يسمى بقضاء الغلو، والذي يعتبره بعض الفقه نظرية موازية للنظرية التي ظهرت في فرنسا باسم نظرية الخطأ الظاهر، بل ومنهم من يرى أن تطبيق مصر لقضاء الغلو كان سابقاً لنظرية الخطأ الظاهر، لتطبيقها منذ سنة 1948 في حكم للمحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 358 لسنة 2 ق جلسة 14 ديسمبر 1948 المذكور في مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، والذي قرر من خلاله ضرورة التناسب جزاء التأديب مع الجرم الإداري وإلا اتم بعدم المشروعية، إلا أن بعض الفقه الأخر يعتبرها نظرية واحدة تختلف في التسمية فقط، فما يسمى في فرنسا على أنه خطأ ظاهر يسمى في مصر غلو بين، ومنهم من يقول بأن القضاء الإداري المصري صنع نظرية الغلو كنظرية موازية لتلك النظرية¹، وإن كان لم يطلق العنان في جميع المجالات بل في مجالين فقط وهما مجال التأديب ومجال الضبط الإداري. وتجدر الإشارة أن نظرية الغلو في مصر كما هو الحال بالنسبة لنظرية الغلو في فرنسا لهما وجهان هما: إما أن يكون التناسب ناجماً عن الإفراط في الشدة أو القسوة، وإما أن يكون ناجماً عن التساهل والإمعان في الرأفة والشفقة.

وسوف نلقي الضوء على مضمون ومدلول الغلو أولاً ثم نبين المفارقة والمفاضلة بين نظرية الغلو ونظرية الخطأ الظاهر لأنه لا تستقيم أي دراسة مقارنة دون أن يسبقها الوقوف على جوهر المادة محل الدراسة وطبيعتها وتمييزها عن المفاهيم المماثلة لها.

الفرع الأول: مضمون نظرية الغلو

أولاً: تعريف الغلو

***تعريفه لغة:** من أصل كلمة (غلو وغلا) بمعنى زاد وارتفع وغلى الشيء بمعنى زاد وعظم². وجاء في القرآن الكريم قوله تعالى " يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لَا تَغْلُوا فِي دِينِكُمْ وَلَا تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ³ " وقوله تعالى " قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لَا تَغْلُوا فِي دِينِكُمْ غَيْرَ الْحَقِّ⁴ ". وفي تفسير السيوطي لهذه الآية " أي وجوب عدم تجاوز الحد ولا التفريط فيه والزيادة عنه¹، أو كما ورد في مسند الإمام أحمد ابن حنبل في حديث للرسول صلى الله عليه وسلم " يا أيها الناس إياكم والغلو في الدين، فإنما أهلك من كان فيكم الغلو في الدين² ".

1. د. عبد الله رمضان بنيني، الغلو في الجزاء التأديبي وأثره على القرار الإداري، مجلة العلوم القانونية والشرعية كلية القانون جامعة الزاوية مصر سنة 2015 ص 176.

² قاموس المنجد العربي في اللغة و الإعلام دار المشرق بيروت ص 558.

³ الآية 171 سورة النساء .

⁴ الآية 77 سورة المائدة .

* **تعريفه في الاصطلاح القانوني:** لم تعطي المحكمة العليا بمصر تعريفاً محدداً للغلو واقتصرت على بيان مدلولها بأكثر من عبارة، ولكنها جميعاً بالرغم من اختلاف الألفاظ تؤدي إلى ذات النتيجة، حيث اتجهت في بعض أحكامها إلى استخدام عبارة عدم الملائمة الظاهرة وتارة عبارة عدم التناسب الظاهر بين الذنب الإداري وجزاء الموقع، وتارة أخرى عدم التناسب البين بين المخالفة وبين الجزاء الموقع عليها. إلا أن الفقه في مصر كذلك لم يعطي تعريف موحد ومحدد لمعنى الغلو إلا نادراً كما عرّفه الدكتور هيثم حليم غازي³ بأنه أداة قضائية ابتدعها مجلس الدولة المصري لمواجهة التناسب الجسيم بين العقوبة التأديبية الموقعة وبين المخالفة المرتكبة، أيّاً كانت طبيعة السلطة التأديبية، سواء كان بالإفراط في العقاب أو التفريط فيه بما يشكل إخلالاً بالصالح العام وفقاً للمعيار الموضوعي، على نحو يهدر الهدف المنشود من العملية التأديبية".

والغلو يعني المعنى المضاد للملائمة وملائمة القرارات الإدارية يقصد بها التناسب بين سبب القرار ومحله، وبالتالي فهي تقوم على عنصرين السبب والمحله، وأن عدم الملائمة الظاهرة هي احدي صور الغلو⁴، أما التناسب فهو عبارة عن العلاقة والصلة بين السبب والمحله في الأداة القانونية سواء أكانت قراراً إدارياً أو نصاً تشريعياً، وفي جوهره هو عبارة عن التوافق والتواءم بين هذين الركنين في الأداة القانونية⁵.

الفرع الثاني: أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية الخطأ الظاهر و نظرية الغلو

كما أسلفنا ترتبط نظرية الغلو ونظرية الخطأ الظاهر بصلات وثيقة لأن كليهما موجه نحو تقدير الإدارة للتحقق ما إذا كان هذه التقديرات قد اتسمت بالمناسبة المطلوبة بما يضمني عليها الشرعية، أم أنها غالت فتجاوزت الحدود المناسبة ما يجعل تقديراتها عرضة للإلغاء، ولاسيما في مجال القرارات التأديبية، باعتباره المجال الرئيسي للنظريتين

حتى أن بعض الفقه يرى أنهما يحملان مضموناً وطبيعة واحدة ويحققان ذات الغاية وإن اختلفت مجالات تطبيقها⁶.

غير أن دراسة العلاقة بين النظريتين تستلزم عرض أوجه الشبه والاختلاف بينهما وهو ما سنتناوله من خلال الفرعين التاليين:

¹ د. محمد حسن المحمص، كتاب تفسير وبيان القرآن الكريم مع أسباب النزول، دار الرشيد دمشق ص 83-96.

² د. أحمد محمد شاكر، تحقيق مسند الإمام أحمد ابن حنبل، دار المعارف بمصر، طبعة 1949 ص 257.

³ د. هيثم حليم غازي، مجالس التأديب ورقابة المحكمة الإدارية العليا عليها طبعة 2009 ص 434.

⁴ د. محمد شاهين، القرار التأديبي ورقابته القضائية بين الفاعلية والضمان في نظم العاملين بالدولة والقطاع العام والخاص مكتبة الأنجلو المصرية، 1986، ص 555.

⁵ المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التعليم، 1999. المادة: غ-ل و.

⁶ عبد الله رمضان بيني، الغلو في الجزاء التأديبي وأثره على القرار الإداري، مجلة العلوم القانونية والشرعية كلية القانون، مرجع سابق ص 177.

أولاً: أوجه الشبه بين نظرية الغلو ونظرية الغلط البين

لمعرفة أوجه الشبه بين النظريتين يجب تبين ذلك من خلال مضمونهما وجوهرهما وخصائصهما ونطاقهما وأثارهما وعبء الإثبات في كل منهما.

1- من حيث المضمون

من خلال ما سبق من تعريف للنظريتين يتبين أن كلاهما ذات منشأ قضائي استهدف منهما القضاء الإداري التجديد في رقابته والتوسيع في حدود هذه الرقابة نسبياً في منازعات الإلغاء، وذلك من خلال التضييق من مدى السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة، أي أنهما مفهومان متماثلان يردان على السلطة التقديرية للإدارة، ويستهدفان في الأساس توسيع سلطات القضاء والتضييق مدى الصلاحية التقديرية التي تتمتع بها الإدارة¹.

فالقاضي الإداري عن طريقهما يواجه التقديرات غير المناسبة من قبل الإدارة، ومقاومة كل غلو أو خطأ ظاهر في تقديراتها لحدود المعقولة عند تقديرها للوقائع وما يناسبها من إجراءات سواء بالإفراط والتفريط.

كما أنهما أصبح عنصراً من عناصر القدر الأدنى للرقابة القضائية وعبئاً من عيوب عدم المشروعية التي تؤدي إلى إلغاء القرار الإداري الذي قد يصم أياً منهما. فإذا كان الغلو يعني عدم التناسب بين الجزاء الموقع وبين الخطأ الذي يرتكبه الموظف سواء كانت العقوبة مجحفة في الشدة أو مفرطة في اللين، فكذلك الخطأ الظاهر مناطه تقدير التناسب بين الوقائع المادية والجزاء الموقع بسببها.

وهذا يعني أن القاضي الإداري عندما يباشر رقابته بالاستناد إلى الغلو أو الخطأ الظاهر في تقدير الجزاء التأديبي فإنه يقوم بمرحلة تالية ومستقلة، ومتميزة عن مرحلة رقابة الوجود المادي للوقائع، وكذلك تكييفهما القانوني، وهي مرحلة البحث في التقدير، أهمية وخطورة الوقائع التي ادعتها الإدارة سبب لقرارها، وكذا خطورة الجزاء التأديبي الموقع بسببها، وما يترتب عليه من عدم المشروعية للقرار التأديبي من عدمه، وهو أساساً لا يباشر هذه المرحلة أو ينتقل إليها، إلا بعد البحث في المرحلتين السابقتين، والتأكد من صحة الوجود المادي للوقائع وسلامة تكييفها القانوني².

¹ د. علي خطار شطناوي، الصلاحية التقديرية والضوابط القضائية الواردة على ممارستها في قضاء محكمة العدل العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط الأولى عمان 2008، ص 70.

² د. محمود سلامة جبر، نظرية الغلط البين في قضاء الإلغاء، مرجع سابق ص 592.

و خلاصة القول: أن تقدير تناسب العقوبة مع الذنب الإداري وفقاً للنظريتين لم يعد تقديراً حراً، بل ويخضع لشرط ضمني قوامه ألا يكون تقدير الإدارة مشوب بغلو أو خطأ ظاهر.

2- من حيث الخصائص

إن خاصية التفاوت الصارخ أو الجسم البين خاصيتان يتفقان فيهما نظريتا الغلو والخطأ الظاهر، بحيث لا يكون تقدير الإدارة للعقوبة التأديبية مقيداً أي بالألا يكون هذا التقدير مغالى فيه أو بيناً، ولا يكون كذلك إلا إذا جاء هذا التقدير بدرجة واضحة من التفاوت الواضح.

نخاصية عدم التناسب البين أو الجسم، هي خاصية ملازمة للغلو والخطأ الظاهر في المجال التأديبي تتجسد في بلوغ الخطأ الظاهر أو عدم التناسب قدراً من الجسامة تفوق الخطأ البسيط الذي يمكن التغاضي عنه.

أي لا بد من أن يتسم بعدم التوازن بقدر من الجسامة بحيث يجعله صارخاً أو جسيماً، وما يشوب القرار التأديبي بعدم المشروعية ويجعله محلاً للإلغاء.

كما تتفق النظريتان من خاصية الظهور والوضوح بحيث يكون عدم الظهور أو الوضوح بالنسبة للغلو أو الغلط في التقدير جلياً وبيناً يستطيع أن يدركه بوضوح الشخص العادي دون مشقة أو عناء.

وبالتالي فإن الغلو أو الخطأ الظاهر يجب أن يتميز بدرجة من الجسامة تفوق درجة الخطأ البسيط الذي يمكن التغاضي عنه، وأن يكون الغلط أو عدم التناسب جلياً وبيناً يبصره الرجل العادي بسهولة¹.

3- من حيث الآثار المترتبة عليهما

إن العلاقة بين الغلو والخطأ وثيقة من حيث أثارهما بالنسبة للقرار التأديبي المشوب بهما، فتنحصر لهما وحدة الأثر المترتب عليهما ذلك أن قيام هذين العيبين في قرار إداري ما يجعله يتعارض ويتناقض مع مبدأ التناسب، ويترتب عليه عدم مشروعية الجزاء، لقيام اختلال أو عدم توازن واضح في التقدير الذي تجرته الإدارة.

وبالتالي إذا ما ثبت من خلال قرار تأديبي ما أن الجزاء مشوب بخطأ ظاهر أو عدم تناسب بين، باشر القاضي الإداري رقابته على التقدير الذي أجرته الإدارة خروجاً عن الأصل العام، وهو أن للإدارة سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، لأن منط مشروعية

¹ د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة على شرعية الجزاءات الإدارية، مرجع سابق، ص 117.

القرار التأديبي الذي اتخذته الإدارة تناسب الجزاء مع خطورة الذنب، وبالتالي ليس للقاضي إلا أن يقضي بإلغاء القرار التأديبي لغلو أو خطأ ظاهر شابه¹.

ومن ثم جاءت نظريتا الغلو والخطأ الظاهر لتحقيق اعتبارات أهمها تحقيق العدالة التأديبية، والتي تقتضي أن تقاس العقوبة التأديبية في ضوء درجة جسامة الخطأ الإداري دون إفراط أو تفريط.

4- من حيث نطاق النظريتين

لكل من النظريتين نطاق واحد، فإما أن يكون عدم التناسب ناشئ عن الإفراط في الشدة أو القسوة، أي في الحالات التي تنسم فيها الجزاءات التأديبية بالغلظة والقسوة، كذلك يمكن أن يكون ناجماً عن التساهل في الإمعان في الرأفة أي في حالات وجود تساهل أو تفريط عند توقيع العقوبة.

5- من حيث المعيار

تجتمع نظرية الخطأ الظاهر مع نظرية الغلو في أنهما عيب ذو طابع موضوعي، وهو ما فصحت عنه عديد التطبيقات القضائية وبالتالي فهما يقومان على معيار واحد وهو معيار موضوعي قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب مع نوع الجزاء.

فالمعيار الموضوعي يتخذ القاضي الإداري كأساس يتم من خلاله الاستدلال على تقدير عدم تناسب بين الجزاء والمخالفة التأديبية، ومدى جسامته ووضوحه، بحيث يؤخذ في الاعتبار كافة الظروف والاعتبارات المحيطة بالتقدير الذي أجرته الإدارة.

وبالتالي فإن النظريتين لا يقومان على تقدير شخصي ذاتي من القاضي وإنما على اعتبارات موضوعية بعيدة عن الذاتية، وتتجسد موضوعية القرار الذي يعتمد عليه القضاء الإداري في التحقق من مدى جسامة الغلو أو الخطأ إذا لم يكونا على درجة من الظهور أو الوضوح².

6- من حيث الإثبات

من المسلم به الإثبات في المنازعات الإدارية ذو طابع خاص، وذلك بالنظر إلى هذه المنازعة التي يتمتع أحدهما بامتيازات السلطة العامة التي لا يتمتع بها الطرف الآخر (الشخص الطبيعي) مما جعل للقاضي دور إيجابي كبير لتحقيق التوازن بين طرفي هذه المنازعة، الأمر الذي أعطى للقاضي الإداري صلاحية عدم التقيّد بالقواعد العامة في الإثبات، والتي تقتضي أن يكون عبء الإثبات على عاتق المدعي، انطلاقاً من قاعدة "أن البيّنة على من ادعى"³

¹ د. جمال الهادي عمر القمودي، قضاء الغلو بين الإبقاء والإلغاء، مرجع سابق، ص 207.

² د. خليفة سالم الجهيمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، مرجع سابق، ص 144.

³ د. مراد بدران، مقالته الطابع التحقيقي للإثبات للمواد الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 09/2009، ص 09.

بالنظر إلى أن الدعوى الإدارية أحد طرفيها دائماً شخص إداري عام يتمتع بامتيازات السلطة العامة ويحتكم بصفته هذه على معظم عناصر المنازعة الإدارية، لاسيما وأنه غالباً هو المدعى عليه، لامتلاكه زمام المبادرة في إصدار القرارات وتنفيذها بالطريق المباشر، مما ترتب عليه اختلال التوازن بين طرفي الخصومة في الدعوى الإدارية، وهو ما دفع القاضي الإداري إلى إعادة التوازن بين الطرفين في مقام الإثبات، وذلك بتقرير بعض القرائن التي تؤدي إلى إعفاء من يتمسك بها من عبء الإثبات بصفة مؤقتة، أو نقل عبء الإثبات مباشرة من على عاتق الفرد المدعي إلى عاتق الإدارة المدعى عليها، أو تنظيم محل الإثبات على نحو يستبعد قيام بعض الشروط الصعبة من مجال قيام الحق أو المركز القانوني، مما يزول معه عبء الإثبات بالنسبة لها عن عاتق المدعي¹.

ويتبين من استقراء أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر والجزائر أن عبء الإثبات في الدعوى الإدارية لا يقع دائماً على عاتق المدعي نزولاً على الأصل المقرر في الدعوى المدنية، وإنما ينتقل عبء الإثبات إلى الإدارة المدعى عليها في غير قليل من الحالات وفقاً لضوابط معينة يقررها القضاء الإداري، كغالبية لتحقيق التوازن بين طرفي الخصومة في الدعوى الإدارية.

وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا المصرية عن ذلك بما جاء في حكمها الصادر بتاريخ 1967/11/11 في الطعن رقم (13/108 ق) بأنه : ((وإن كان الأصل أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، إلا أن الأخذ بهذا الأصل على إطلاقه في المنازعات الإدارية، لا يستقيم مع واقع الحال، بالنظر إلى احتفاظ الإدارة في غالب الأمر، بالوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعات، لذا فإن من المبادئ المستقرة في المجال الإداري أن الإدارة تلتزم بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة في إثباته إيجاباً ونفيًا متى طلب منها ذلك ... فإذا نكلت الحكومة عن تقديم الأوراق المتعلقة بموضوع النزاع فإن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعي، تلقى عبء الإثبات على عاتق الحكومة²)).

وإزاء قرينة المشروعية والصحة المصاحبة للقرارات الإدارية، فإن عبء إثبات زوال هذه القرينة يقع في الأصل على عاتق المدعي الذي ينازع في صحة القرار وسلامته، فإذا قدم من الحجج والإدعاءات ما يمكن أن يزعم تلك القرينة، أو اتضح من أوراق الدعوى أن هناك ما يزحزح القرينة المذكورة فإن عبء إثبات مشروعية القرار تنتقل بذلك إلى عاتق الإدارة³، التي يقع عليها واجب تبرير قرارها من جميع الجوانب المنازع فيها سواء من حيث الواقع أو القانون.

¹ د. محمود سلامة جبر ، رسالته السابقة، ص 235.

² د. خليفة سالم الجهي، مرجع سابق، ص 147.

³ د. خليفة سالم الجهي، مرجع سابق، ص 152.

وعلى ذلك فإنه يقع على المدعي بداية إثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، أو بالأقل زحزحة قرينة الصحة التي يتمتع بها سواء من حيث الواقع أو القانون، وهي القاعدة المقررة في الإثبات أمام القضاء الإداري والتي تخضع لها سائر عيوب الإلغاء، والتي تسري كذلك على الدفع بالخطأ الظاهر في التقدير أو أثناء تطبيق نظرية الغلو.

فإذا ما قام إدعاء الطاعن بوجود خطأ ظاهر في التقدير الإداري او غلو على أسباب جديّة مدعومة بقرائن قوية، فإن عبء الإثبات ينتقل من على كاهل الفرد المدعي ويقع على عاتق الإدارة المدعى عليها، خاصة وأن في حوزتها جميع الأوراق وعناصر التقدير التي أقامت عليه قرارها.

وإثبات القاضي الإداري قيام خطأ ظاهر في التقدير الإداري أو غلو فاحش لا يكون أمراً ميسوراً إلا إذا توافرت أمامه عناصر هذا التقدير، وذلك من خلال الأوراق التي تحتكم عليها الإدارة في الأصل¹، لاسيما وأن هناك صعوبة ملازمة لإثبات الخطأ الظاهر في بعض الحالات، خاصة فيما يتعلق بالقرارات الإدارية التي لا يوجب المشرع تسببها.

ولهذا فإن القاضي الإداري لا يلتزم بأقوال الإدارة كما هي، وإنما له الإطلاع على أصول الأوراق المبررة لقرارها ليتسنى له الحكم على مقتضاها، وله في سبيل الوصول إلى الحقيقة اللجوء للخبرة أو الانتقال للمعاينة إذا اقتضى الأمر.

وتساهم خصائص الخطأ الظاهر في تيسير إثباته، فخاصية الظهور والوضوح يمكن أن تستنتج من الاختلال القائم بين الحل الذي يقرره القانون والتصرف الذي صدر عن الإدارة، ويؤدي هذا الاختلال بالتالي إلى عدم مشروعية القرار²، وهو ما يمكن أن ينجم عن خاصية الجسامة عندما يتبين أن هناك تفاوت صارخ بين سبب القرار والأثر المترتب عليه، الأمر الذي يتحقق من خلال وقوع تباين شديد بين عنصري السبب والحل في القرار³.

كما أن خضوع تقدير قيام الخطأ الظاهر في التقدير على أساس معيار موضوعي من شأنه أن ينير الطريق أمام إثباته، إذ تتيح موضوعية المعيار أمام المتقاضين والقضاء أيضا السبيل للاستدلال على توافره من عدمه⁴، وذلك أخذاً بكافة الظروف والملابسة والاعتبارات المحيطة، ويعتمد مجلس الدولة الفرنسي بشكل أساسي في إثبات الخطأ الظاهر، على ما يحويه ملف الدعوى من مستندات وأوراق، وما تقدمه الإدارة من عناصر المنازعة، سواء تلقائياً في مقام الدفاع عن قرارها، أو بناء على أمر من القضاء.

¹ د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 250.

² د. زكي النجار، المرجع السابق، ص 55.

³ د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 255.

⁴ د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 254.

وحاصل القول، أن القضاء الإداري الفرنسي، قد استلهم المبادئ العامة للإثبات الإداري، في إثبات الخطأ الظاهر في التقدير الإداري، وساهم في بلورة تلك المبادئ وإعمالها بما ينسجم مع الطبيعة الذاتية للخطأ الظاهر وخصائصه المميزة¹، ومنحه السلطة في نقل عبء الإثبات إلى الإدارة متى زعزعت قرينة السلامة في قرارها، وهي ملزمة بأن تقدم ما يؤكد سلامة قرارها وإلا قضى بإلغائه إذا ما نكلت الإدارة عن ذلك.

ومن ثم يتبين أن كلا النظريتين يخضعان لنفس قاعدة الإثبات في القضاء الإداري.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين نظرية الغلو ونظرية الغلط البين

وإن وجد تشابه وتطابق بين النظريتين من حيث الأوجه المذكورة سابقاً إلا أن هناك أوجه اختلاف بينهما، من حيث النشأة ومجالات التطبيق، وحدود سلطة القاضي بالنسبة لقرار الإلغاء.

1- من حيث النشأة

إن الاختلاف واضح من حيث نشأة ومصدر وأصل كل من النظريتين فنظرية الخطأ الظاهر كما أسلفنا سابقاً مصدرها قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي ابتكرها وأخرجها إلى الوجود على مراحل منذ سنة 1961 وباركها الفقه الفرنسي وكذلك مفوضي الدولة بعد ذلك لتصبح كوجه من أوجه دعوى الإلغاء في جميع المجالات².

أما مصدر نظرية الغلو فهي من ابتكار القضاء الإداري المصري وحده، والتي ظهرت دفعة واحدة منذ سنة 1948 والتي لم يكن للفقه دوراً في وجودها، إلا أنه شجعها فيما بعد، واقتصر عن مجالين وهما: مجال الوظيفة العامة، ومجال الضبط الإداري.

2- من حيث مدى التطبيق

إن نظرية الخطأ الظاهر تطورت إلى أن شملت جميع المجالات الوظيفية العامة من تأديب واستيداع وتوقيف وعزل...الخ و الضبط الإداري، منازعات الملكية كقرارات الهدم وتراخيص البناء...الخ، والمجال البيئي و المبادلات الزراعية، وحتى مجالات العلمية والفنية والتقنية وحتى الاقتصادية مؤخراً.

أما نظرية الغلو فلم تطبق إلا في مجال القرارات التأديبية ومجال الضبط الإداري دون غيرها من مجالات العمل الإداري الأخرى³.

¹ د. زكي النجار، المرجع السابق، ص 55-56 و د. محمود سلامة جبر مرجع سابق، ص 255.

² د. جمال الهادي عمر القمودي، قضاء الغلو بين الإبقاء والإلغاء، مرجع سابق، ص 259.

³ يذهب الدكتور سلامة جبر إلى أن انحصار رقابة الغلو في مجال التأديب لا ينبغي أن يكون فارقاً جوهرياً بينها وبين نظرية الخطأ الظاهر والتي أصبحت نظرة عامة ذلك أن التمييز بين النظريتين يجب أن يؤسس على الخصائص الذاتية وإظهار مضمون كل من الفكرتين وعناصرهما الجوهرية وليس من ذلك مجال تطبيق كل منهما على حدا. راجع مؤلفه نظرية الغلط البين في قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 04.

3- من حيث حدود سلطات القاضي الإداري بالنسبة لقرار الإلغاء

إذا كان الاتفاق بين النظريتين حول الأثر المترتب عليهما بالنسبة للجزاء المشوب بهما وهو تقرير عدم مشروعية القرار وبتالي إغائه إذا كان محل للطعن، غير أن الفارق الجوهرى بين نظرية الغلو ونظرية الخطأ الظاهر يكمن في أن للقاضي الإداري في مصر عند إغائه للقرار المشوب بعدم المشروعية له سلطة تعديل الجزاء بما يتناسب والعقوبة التأديبية وإنزال العقوبة المناسبة سواء بتخفيفها أو إلغائها أو تعديلها أو استبدالها إلى الحد المناسب، أما سلطة القاضي الإداري في فرنسا تكون بإلغاء القرار المشوب بعيب الخطأ الظاهر تاركاً المجال للسلطة التأديبية المختصة حرية اختيار عقوبة جديدة التي تتناسب مع الذنب المقترف¹.

وهذا الاتجاه مصدره دائرة توحيد المبادئ بمصر، فقد أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر أنه "إذا تبين لها بطلان الحكم المطعون فيه، وانتهت إلى إغائه والفصل في الموضوع الدعوى متى كان صالحاً للفصل فيه وذلك تأسيساً على أن الأصول التي يقوم عليها القانون وجوب تفادى تكرار الأفعال أو الإجراءات أو التدابير القانونية المحدثة لنفس الأثر القانوني، إلا لضرورة حتمية في القانون نفسه توجب ذلك التكرار أياً كانت أسبابه"².

ومن ثم يتبين أن القاضي الإداري استمد سلطته في وضع تقدير العقوبة المناسبة سواء بتخفيفها إن كانت تتطوي على غلو بشدة غير متناسبة والذنب المقترف، أو تشديدها برفعها إن كانت تتطوي على غلو بتفريط وإن كان هذا الاتجاه محل جدل فقهي³.

غير أننا نؤكد إلى ما ذهب إليه الدكتور رمضان محمد بطيخ، في أن العبرة ليست في من سبق الآخر في ظهور نظريته وإنما العبرة بمن سبق الآخر في تطوير وتجديد نظريته، ذلك أنه وإن كان القضاء الإداري المصري قد سبق القضاء الفرنسي في تبني نظرية الغلو مقابل تبني القضاء الإداري الفرنسي لنظرية الغلط البين، إلا أنه كان الأسبق في تطوير وتجديد هذه النظرية فوصل بها من حيث التطبيق إلى درجة أن أصبحت نظرية عامة في فقه وقضاء القانون العام لتشمل كافة القرارات الإدارية أي كان المجال الذي صدر إليه، لاسيما وأن المجال التأديبي الذي تقررت فيه نظرية الغلو يشترك مع تلك المجالات التي طبقت فيها الغلط البين في أن للسلطة التقديرية للإدارة نصيباً كبيراً فيها وليس هناك من الضمانات الكافية والكفيلة التي تمنع جور وتعسف الإدارة في استخدام السلطة التقديرية = في هذه المجالات. راجع مؤلف الدكتور رمضان بطيخ،

الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، مرجع سابق، ص 290.

¹ د. صافي أحمد قاسم، التقاضي على درجتين في المواد الإدارية القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة 2010 ص 64.

² د. جمال الهادي عمر القمودي، قضاء الغلو بين الإبقاء والإلغاء في القانون الليبي، مرجع سابق، ص 261.

³ انقسم الفقه الإداري بين مؤيد ومعارض لاتجاه القضاء الإداري فيما يخص سلطة المحكمة في حالات إلغاء القرار التأديبي إذا ما اقترن بغلو في تقدير الجزاء، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الاتجاه المعارض ويرى أصحابه عدم جواز تصدي المحكمة الإدارية العليا إلى توقيع واختيار العقوبة التأديبية المناسبة إذا ما قررت إلغاء القرار التأديبي لانعدام التناسب، وذلك استناداً إلى أن تصدى المحكمة للعقوبة وقرأ ر عقوبة بديلة يعد تجاوز لدورها الرقابي على مدى مناسبة العقوبات التأديبية للجرائم التأديبية، كما أنها تجعل من نفسها رئيساً أعلى لجهة الإدارة، إلى جانب أن الطعن أمامها يهدر ضمانة من الضمانات المقررة للمتقاضين، كما يعتبر ذلك خروجاً من مبدأ الفصل بين السلطات. وبالتالي ليس لها في هذه الحالة إلا أن تحكم بإلغاء القرار لعدم ملائمة الجزاء، وتعيد الموضوع إلى المحكمة المختصة، لنتخير الجزاء المناسب من جديد، دون أن تتعداه إلى تقرير الجزاء. راجع في ذلك د محمد مصطفى حسن، رقابة المحكمة الإدارية العليا في قرارات مجالس التأديب، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، 1986، ص 210 وما بعدها، ومقالته التعليق حول تصدي المحكمة الإدارية العليا لاختيار العقوبة التأديبية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، 1979، ص 140 وما بعدها

ثانياً : الاتجاه المؤيد يذهب أصحابه أن للمحكمة الإدارية العليا أن تتصدى للموضوع، وأن تقوم باختيار الجزاء بنفسها، بعد أن تقضي بالإلغاء لعدم التناسب استناداً إلى أن المحكمة الإدارية العليا حين تراقب سلامة القرار التأديبي فهي تجمع بين القانون والموضوع ، إضافة إلى أن اعتبارات العدالة الإدارية والتي فرضت على المحكمة بحث النزاع من جديد من حيث الواقع والقانون معاً، كما أن ذلك يوفر الوقت والجهد في الفصل في المنازعات الإدارية، وفي كل الأحوال فالمحكمة الإدارية العليا لا تحل محل الإدارة في عملها بل تراقب الإدارة .

راجع في ذلك الدكتور سليمان محمد الطراوي، قضاء التأديب، مرجع سابق ص 696-697. والدكتور صافي احمد قاسم، التقاضي على درجتين ، في المواد الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010 ص 64.

و حسب رأينا فإننا نرى أن تتصدى القضاء للدعوى وإنزال العقوبة المناسبة سواء بخفضها أو برفعها حسب ظروف الدعوى وخاصة كل ملف يساهم في إنهاء المنازعة الإدارية بسرعة، وهو ما يتطلب مسايرة الديناميكية التي تتميز بها المجتمع الحالي ولا يعتبر أبداً مساساً وتدخلاً في صلاحيات الإدارة كما أنه يعتبر زيادة في ضمان حقوق وحرريات الأفراد.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

أساليب تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في القضاء المقارن ومدى تأثير القضاء الجزائري بها

لقد أصبح مجلس الدولة الفرنسي ينتهج سياسة قضائية مغايرة في مجال السلطة التقديرية حيث تعتبر المجال انحصاراً للانحرافات والتجاوزات في حق الأفراد، وبناء على هذه السياسة القضائية سنتعرض لدراسة أهم المراحل التي خطتها رقابة مجلس الدولة الفرنسي للحد من السلطة التقديرية للإدارة وصولاً إلى إحداث تطورات لها في هذا المجال وما حققته من اجتهادات.

وللوقوف على تلك التطورات يجب دراسة الأساليب التقليدية للرقابة على السلطة التقديرية من رقابة الوجود المادي للوقائع، ثم رقابة التكييف القانوني للوقائع وتطورها وموقف القضاء الجزائري منها في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني الوقوف على الأساليب الحديثة للرقابة على السلطة التقديرية من تقدير خطورة وأهمية الوقائع وأساسها وتطبيقاتها، وموقف القضاء الجزائري منها في المبحث الثاني.

المبحث الأول

الأساليب التقليدية للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

يرتبط الاختصاص المقيد للإدارة بفكرة المشروعية ارتباطاً وثيقاً، ولذلك فإن الإدارة تخضع في ممارستها للرقابة القضائية، وأن مضمون هذه الرقابة على أعمال الإدارة هو التحقق من مدى مراعاة الشروط التي يتطلبها القانون ويكون للقضاء بالتالي أن يبطل أعمال الإدارة غير المشروعة أي المخالفة لما نص عليه القانون.

وعندما يخول للإدارة سلطة تقديرية فإنه بذلك يترك لها حرية ملائمة أعمالها وهي في هذه الحالة لا تخضع كقاعدة عامة لرقابة القضاء على أساس أن القاضي الإداري هو قاضي المشروعية دون الملائمة، لأنه وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات إذا تعرض لبحث ملائمة العمل الإداري يكون بهذا التصرف قد جعل نفسه سلطة رئاسية على جهة الإدارة وتدخل في صميم عملها وحل محلها في مباشرة وظيفتها، مما يعد خروجاً صريحاً على مبدأ الفصل بين السلطات¹.

ومن ناحية أخرى يستحيل عملياً على القاضي أن يمارس سلطة الرقابة على ملائمة التصرف الإداري نظراً لعدم إلمامه بالوظيفة الإدارية، وبعده من حيث الزمان والمكان عن الظروف والملازمات التي تحيط بالإدارة وهي بصدد ممارسة سلطتها التقديرية.

وتمثل رقابة القاضي الإداري على سبب القرار الإداري ومحله جانباً من أهم جوانب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية الإدارية، إذ يستطيع القضاء أن يتبين عن طريق فحصه لهاذين الجانبين مدى احترام الإدارة لمبدأ المشروعية وحسن تطبيق القانون.

فسبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تتم بعيداً عن رجل الإدارة فتوحي إليه باتخاذ قرار إداري، أما محل القرار الإداري فيعني (الأثر القانوني المباشر والحال المترتب عن صدور القرار الإداري ويؤدي إلى إحداث تغيير في الهيكل القانوني السائد، وذلك عن طريق إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني كان قائماً وموجوداً²).

ويرى البعض أن السلطة التقديرية (إذا وجدت) فلا تدع محلاً للرقابة من جانب القضاء ولكن مع التسليم بصحة هذا القول، إلا أنه ينقصه بعض التحديد، فالسلطة التقديرية تعني حرية الإدارة في اختيار

¹ د. سامي جبا الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 106

² د. عمار عوايدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، المرجع السابق، ص 76.

الأساليب التي تبني عليها قرارها¹، فالسلطة التقديرية لا تعني السلطة المطلقة، فإذا اختارت الإدارة أن تتصرف، واختارت لقرارها سبب ما، فإن هذا السبب يجب أن يكون صحيحا ويجب على القاضي أن يتحقق من صحة السبب مادياً- الوجود المادي للوقائع- وقانوناً- التكيف القانوني للوقائع- ولا جناح عليه إن فعل ذلك، فهو حتى في هذا المسلك يحترم السلطة التقديرية للإدارة في اختيار أسباب قرارها، وفي التصرف أو عدم التصرف عند وجود أسباب القرار، وكل ما في الأمر أنه إذا اختارت أن تتصرف فإن قرارها يجب أن يستند إلى سبب صحيح².

إن الرقابة القضائية على عيب السبب ولئن ظهرت في أواخر القرن العشرين و كانت من ابتكار القضاء الإداري الفرنسي و اتبعه في ذلك القضاء المصري و حتى الجزائري³ بعد أن كان مجلس الدولة يراقب القرارات الصادرة عن الإدارة من ناحية وجود الوقائع لا غير، وكانت الإدارة حرة في نطاق اختصاصها التقديري في إيجاد الوقائع التي تستند إليها في إصدار قرارها، أصبح الاستناد إلى هذه الوقائع سواء في نطاق اختصاصها⁴ المقيّد أو التقديري محل للرقابة القضائية⁵ بل وحتى على الوصف القانوني لها. وهذا ما سنبرره في هذا المبحث الذي قسمناه إلى مطلبين: المطلب الأول الرقابة على الوجود المادي للوقائع ثم الرقابة على التكيف القانوني لها في المطلب الثاني.

1د مكلل بوزيان رسالته للدكتوراه النظام القانوني للوظيفة العامة -دراسة مقارنة- جامعة سيدي بلعباس سنة 2001ص 160، يؤكد من خلالها أن للإدارة حرية في اتخاذ أسباب قرارها من حريتها في التدخل أو الامتناع وحريتها في وقت التدخل وحريتها في فحوى القرار .

²د.مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص 796.

³د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني، مرجع سابق، ص 534.

⁴يجب التمييز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيّد، فقد عرف الأستاذ بونار السلطة التقديرية بان سلطة الإدارة تكون تقديرية إذا ترك لها القانون الذي يمنحها هذه السلطة الحرية في أن تتدخل ا وان تمتنع وترك لها أيضا الحرية بالنسبة للزمن وكيفية وفحوى القرار الذي تقرره، ومن ثم تتكون السلطة التقديرية من حرية التقدير الذي يمنحها القانون للإدارة ويقابل فكرة السلطة التقديرية فكرة أخرى مناقضة لها وهي الاختصاص المقيّد وتكون السلطة محددة أو مقيدة فإنها هي السلطة التي يقرر فيها المشرع اختصاصا معينا لموظف أو هيئة وبيّن من الوهلة الأولى الغرض الذي يجب على الموظف أو الهيئة التي تباشر هذا الاختصاص أن تسعى إليه كما يبين المشرع الشكل الذي يجب على الموظف أن يتبعه. راجع في ذلك د. حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الأكاديميون للنشر والطباعة طبعة الأولى 2014 ص 95 وهو ما ذكره أيضا الدكتور محاشف مصطفى، مقالته السلطة التقديرية والاختصاص المقيّد، مجلة الاتحاد الوطني لمنظمات المحامين الجزائريين، العدد الرابع 2014 ، ص 66. أو كما عرفها الأستاذ فالين اذ يقول " لا يمكن أن يكون للإدارة حرية تقدير التزاماتها القانونية أي حال من الأحوال بل تكون اختصاصاتها في هذا المجال محددة ولا تكون سلطتها تقديرية إلا في حالة عدم تحديد مناسبة اتخاذ قرار معين ، أو اتخاذه في صورة يعينها أو اتخاذه في وقت معين فهي ملزمة بما هو شرعي ولكنها حرة فيما هو صالح . نقل عن د. عمور سلامي، المرجع السابق ص 221.

⁵د عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب للإلغاء القرار الإداري، بدون دار نشر أو سنة طبع، ص 229.

المطلب الأول

الرقابة على الوجود المادي للوقائع

لا يمكن للقاضي بسط رقابته على مشروعية القرارات الإدارية من عدم مشروعيتها دون البحث في وجودها المادي لأنها الأرضية التي تنطلق منها الرقابة، والتي قد تغنيه عن البحث في مدى مشروعية قرار ما بمجرد ثبوت عدم وجودها¹.

إن مجلس الدولة الفرنسي تعرض لعديد الانتقادات بسبب امتناعه على رقابة الوجود المادي للوقائع إلى ممارسة هذه الرقابة ومدّها إلى أبعد من ذلك، وهذا ما سنيّنه في هذا المطلب الذي قسمناه إلى فرعين: الفرع الأول تطور الرقابة على الوجود المادي للوقائع و الفرع الثاني موقف القضاء المقارن من هذه الرقابة. الفرع الأول: مفهوم الرقابة على الوجود المادي للوقائع

إن مفهوم الرقابة على لوجود المادي يقتضي على الإدارة الاستناد إلى أسباب موجودة فعلا لإصدار قراراتها، وفي هذا الصدد على القاضي الإداري ودون الخروج عن دوره كقاضي مشروعية التحقق كمرحلة أولى من الوجود المادي للوقائع التي استندت إليها الإدارة عند إصدارها لقرارها فإذا اتضح بعد ذلك أن هذه الوقائع غير موجودة أو لم تحدث أصلا، أصبح القرار الصادر عنها مبنياً على وقائع أو أسباب غير حقيقية، الأمر الذي يؤدي إلى فقدان القرار لسبب وجوده ويعرضه للإلغاء.

ومن هنا يتبين أنه لقيام ركن السبب في القرار الإداري يجب توفر شرطين: أولهما أن يكون سبب القرار قائماً وموجوداً حتى تاريخ إصدار القرار، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تقتضي بأن تاريخ صدور القرار هو الوقت الذي يجب الرجوع إليه لتقدير مشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري، أما الثاني فيتمثل في صحة ومشروعية السبب من الناحية القانونية، فإذا حدد القانون للإدارة في نطاق سلطتها المقيّدة أسباباً تستند إليها عند إصدار قراراتها، فإن على الإدارة الالتزام بهذه الأسباب المنصوص عليها قانوناً.

الفرع الثاني: تطور الرقابة على الوجود المادي للوقائع

إن مجلس الدولة في فرنسا ظل يمتنع وإلى وقت طويل لبسط رقابته على الوجود المادي للوقائع² مسبباً رفضه إلى أنه محكمة قانون قياساً برقابة محكمة النقض الفرنسية التي تراقب الطعون المعروضة عليها من ناحية القانون فقط دون رقابة صحة وتكييف ووجود الوقائع مادياً.

¹ د. خالد سماره الزغبى، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2 الأردن، ص 46 وأنظر سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق ص 53 وأنظر أيضاً: عبد الغاني بسبوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، الأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2003، ص 491.

² Alain Moyrand : L'essentiel sur le droit administratif, L'hermès, Lyon, 1992, p193.

إلا أن جانب من الفقه يرى بأن امتناعه لا يعود إلى ما سلف ذكره، وإنما يرجع إلى سبب تاريخي يتمثل في عدم تعرضه لرقابة الإدارة في هذا الخصوص لحداثة نشأته ولعدم إثارت حفيظتها عليه، إضافة إلى أن تسبب رفضه غير مبرر وغير مستساغ لأن محكمة النقض هي محكمة قانون تراقب الجانب القانوني الذي سبق وأن نظرت وفصلت فيه محكمة الموضوع، لكن مجلس الدولة يسبقه في نظر الموضوع الإدارة ذاتها وليس القضاء، لكن سرعان ما تراجع مجلس الدولة عن موقفه بسبب الانتقادات الشديدة الموجهة له خاصة وأن هذا النوع من الرقابة أصبح ضروري وأساسي للحكم على صحة ومشروعية القرار من عدمه، إلا أن تراجعه كان تدريجياً في حالات شاذة وفردية لم ترقى إلى درجة أن تكون مذهباً قضائياً.

إن مجلس الدولة في بداية رقابته على الوجود المادي للوقائع قصرها على حالة السلطة المقيّدة أين فرض المشرع على الإدارة أسباب قانونية لتدخلها، الأمر الذي جعل القضاء يبرر هذه الرقابة باستخدامه لمصطلح (السبب القانوني) الذي يستلزمه المشرع، ومارس مجلس الدولة رقابته على الوجود المادي للوقائع في عدد من المنازعات خاصة بعد صدور القانون الصادر في 1904 الذي أجاز لوزير الداخلية إغلاق الجمعيات الدينية ذات الطابع التعليمي فقتضى بإلغاء عدة قرارات تتعلق بإلغاء تلك الجمعيات خاصة الجمعيات التي لم تكن لها مهام تعليمية فقط بل خيرية أيضاً.

وكذلك الشأن في قضية أحد الجنود الذي صدر بشأنه قرار استفادته من تعويض إثر إصابته في عملية حربية، إلا أن الإدارة جعلت استحقاقه من الدرجة الثانية وليس من الدرجة الأولى فصدر قرار يقضي بإلغاء قرار الإدارة.

وظل مجلس الدولة يمارس رقابته على الوجود المادي للوقائع متى كانت سلطة الإدارة مقيّدة قانوناً بتوافر وقائع معينة، إلا أنه سرعان ما تطوّر هذا القضاء فيما بعد بفرضه لهذه الرقابة في جميع الحالات واستقر نهائياً على ذلك في حكم Camino الصادر في 14 جانفي 1916¹ الذي ألغى فيه مجلس الدولة الفرنسي القرار الصادر بفصل عمدة أحد القرى بحجة أنه لم يسهر على توفير الاحترام اللازم لجنازة تمت في قرينته وتأكد المجلس من عدم صحة تلك الإدعاءات، وقرر أنه ولئن كان لا يجوز له مراقبة القرارات المعروضة عليه في دعوى مجاوزة السلطة، فإنه يدخل في اختصاصه من ناحية أخرى أن يتحقق من الوجود المادي للوقائع فيما إن كانت تصلح قانوناً كسبب لتوقيع الجزاءات المنصوص عليها².

ثم قضى مجلس الدولة في العديد من الأحكام التالية بإلغاء قرارات الإدارة متى كانت الوقائع غير صحيحة رغم أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فيها و مثال ذلك حكم Général de noue الصادر في 1913/07/05

¹ Jacqueline Morand Deville , Cours de droit administratif , Montchrestien, 06 édition, Paris, 1999, P 700.

² د.محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص 10.

الذي كان يشغل قائد أركان الجيش و الذي غزله وزير الحربية بناءً على وقائع معينة منسوبة إليه، وقد ألغى إلقاء قرار الوزير و أوضح أنه (مع التسليم بما يتمتع به الوزير من سلطة تقديرية واسعة في خصوص استبقاء كبار الضباط في مناصبهم أو إحالتهم إلى التقاعد وذلك في ضوء تقديره لصالح العمل إلا أنه لاستطيع تأسيس قراره في هذا الصدد على وقائع غير صحيحة.

إن تطور الرقابة المبنية حتى على حالات السلطة التقديرية خارج حالات الاختصاص المقيد وبعيداً عن حالات إلزام الإدارة بتسبيب قراراتها، قد أوجد مجلس الدولة لنفسه تبريرات لقضائه، خاصة ولأول مرة في قضية Trébont في 1922/01/20¹ و التي تمثل وقائعها في " أن وزير الداخلية أصدر قراراً بإحالة محافظ بناءً على طلبه في حين أنكر ذلك وأكد على رغبته في الاستمرار في عمله، فتصدى مجلس الدولة بإلغاء القرار بناءً على أن الوزير ادعى بواقعة وبسبب قانوني غير موجود رغم ماله من سلطة تقديرية في أسباب إصدار هذا القرار ودون البحث في البواعث النفسية في إصداره"، كما جاء في حكم Monod وكانت هذه القضية أول قضية يستخدم فيها المجلس اصطلاح السبب القانوني وهذا بصفة استثنائية في قضائه الذي يتميز بالإيجاز في أحكامه وعدم الغوص في الجانب النظري و بيان المبادئ لتبرير أحكامه، إذ يكتفي بإلغاء القرار لتجاوزه للسلطة تاركاً مجالاً في ذلك لإمكانية تطويره مستقبلاً، وهكذا ظل مجلس الدولة الفرنسي يعمل على الرقابة على الوجود المادي للوقائع ليمتد حتى إلى الوجود القانوني لها، كإلغاء الوظائف بل وحتى تطبيق مبدأ جامد على الوقائع وظروف لا يتلاءم تطبيقه معها، إلا أن مجلس الدولة وخوفاً من عدم قدرة القضاء مستقبلاً من تطوير اجتهاداته مسيرة متطلبات الحياة، فإنه أصبح لا يستعمل مصطلح السبب في قراراته وكان يكتفي في كل مرة بالقول بإلغاء قرار إداري لتجاوزه للسلطة وهذا ما استقر عليه العمل القضائي لمجلس الدولة الجزائري الذي غالباً ما يستعمل لفظ إلغاء لتجاوز السلطة إلا أنه يخفي في قضائه رقابته على عيب السبب.

ومن خلال ما سبق نجد أن الرقابة على الوجود المادي للوقائع قد شملت حالة السلطة المقيدة للإدارة وكذا التقديرية رغم اختلاف عمق الرقابة على كليهما سواء كانت في ظروف عادية أو استثنائية، كما شملت تلك الرقابة الوجود المادي لها وصحة تكييفه.

الفرع الثالث: موقف القضاء المقارن والقضاء الجزائري من الرقابة على الوجود المادي للوقائع

أولاً: موقف القضاء المقارن من الرقابة على الوجود المادي للوقائع

¹ Martine Lombarde : Droit administratif, Dalloz, Paris, 1998, 2 éditions, P277.

لقد فرض مجلس الدولة الفرنسي رقابته على عيب السبب سواء من الناحية الواقعية أو القانونية منذ أوائل القرن العشرين، هذا و كما رأينا بمقتضى حكم 1907 Monod وعلى وجه صريح وواضح في عام 1910 في حكم Dessay، وتوالت الأحكام بعدها ومن أشهرها قضية: Trébont عام 1922 الذي قضى بإلغاء قرار إداري بعزل أحد الموظفين بناءً على طلبه، ثم تبين للقضاء عدم وجود هذا الطلب¹.

ليشمل إلغاء القرارات الإدارية لتخلف الوجود المادي للوقائع كافة القرارات بغض النظر على الجهة المصدرة، أو مضمون وهدف القرار.

وعلى هذا النحو سار أيضا القضاء المصري، إذ مارسها منذ إنشائه مستفيداً من التطورات التي مر بها القضاء الفرنسي، وكذا عمل بهذه الرقابة القضاء الأردني واللبناني، والجزائري².

إذ قرر القضاء المصري إبطال قرار الإدارة المستند إلى استقالة لم يقدمها الموظف أصلاً، أو قدمها ولكن قام بسحبها قبل صدور القرار الإداري الذي أصدرته الإدارة دون علمها بذلك.

وقرار الإدارة بمنع شخص من السفر لمجرد التخوف من مسلكه، (سلوكه لسبق الحكم عليه في إحدى الجرائم منذ مدة طويلة³)

كما شمل القضاء المصري في رقابته لهذا العنصر وعلى نظيره أيضا القضاء اللبناني، والأردني قرارات إبعاد الأجانب والترخيص بإقامتهم، والترخيص بالسفر للخارج، وقرارات تقييد الحرية و الاعتقال...ومن بين أحكامها سببت: "...ولما كان حق التنقل هو فرع من الحرية الشخصية فإنه لا يجوز على مقتضى ما تقدم مصادره دون مسوغ وتقييده بلا مبرر على خلاف ما ورد في القوانين واللوائح".

كما ورد في أحكام المحكمة الإدارية العليا قولها: "إن رقابة القضاء الإداري تجد حدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار مستمدة من أصول موجودة أو غير موجودة، ومما إذا كانت هذه النتيجة مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً أو قانونياً، إذ يتوقف على وجود هذه الأصول أو عدمها⁴..."

وقد تعرضت أحكام المحكمة العليا في وقت سابق وفي مرحلة معينة لعدة انتقادات لعدم مسيرتها لأحكام محكمة القضاء الإداري في التحقق من الوجود المادي للوقائع، فيما يتعلق بجمال القرارات المقيدة للحرية بالاعتقال والترخيص، أو عدم الترخيص بالسفر للخارج، وقرارات إبعاد الأجانب وتحديد

¹ د. ماجد راغب الحلوي، مرجع سابق، ص 413.

² د. نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 208.

³ د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 291.

⁴ د. عبد الغني بسويوني عبد الله، القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني، مرجع سابق، ص 541، وانظر حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص 903.

إقامتهم... والمستندة على مجرد شبهات قوية دون أن تستلزم قيامها على وقائع محددة تبرر اتخاذها حتى ولو تعلق الأمر بمواطنيها مخالفة بذلك قضاء المحكمة الإدارية، وقضاء مجلس الدولة الفرنسي وهذا ما يؤخذ عليها لتمسكها به رغم انتقادات الفقه التي لم تجعلها تغير موقفها، وهو الاستثناء الذي عمل به القضاء الفرنسي ولكن في مسألة التكييف القانوني للوقائع والذي تراجع عليه فيما بعد.

كما نصت المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 47193 لسنة 44 ق، جلسة 1999/04/04 على: المبدأ (941): "من المقرر أن القرار الإداري هو بحسب الأصل قائم على قرينة الصحة، وأن الجهة الإدارية لا تلزم بتسبب قراراتها ما دام القانون لا يلزمها بهذا التسبب، إلا أنه من المسلم به أن جهة الإدارة متى أفصحت عن أسباب قرارها فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة القضاء الإداري¹ الذي عليه أن يحصها و التأكد مما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار مستمدة من أصول موجودة أو غير موجودة وما إذا كانت مستخلصة استخلاصاً سائغاً من عدمه، وما إذا كانت هذه الوقائع مادية أو قانونية تصلح سبباً قانونياً لإصدار القرار"².

كما ورد في حكم محكمة القضاء الإداري جلسة: 1999/04/04 الطعن رقم 41/4169 ق جلسة 1999/12/26 المبدأ (948) "...بمقتضى رقابتها القضائية أن يتجرى مبلغها من الصحة فإن ظهر أنها غير صحيحة ولو ضنت الإدارة بحسن نية أنها صحيحة فقد القرار أساسه القانوني الذي يجب أن يقوم عليه وكان مشوباً بعيب مخالفة القانون، أما إذا كانت الوزارة قد أصدرت القرار وهي تعلم أن هذه الأسباب غير صحيحة، وإنما هي استهدفت غاية أخرى غير الصالح العام، كان قرارها مشوباً بالانحراف وإساءة استعمال السلطة إلى جانب مخالفة القانون".

ثانياً: موقف القضاء الجزائري من الرقابة على الوجود المادي للوقائع

أما فيما يتعلق بالقضاء الجزائري وموقفه من الرقابة على الوجود المادي للوقائع فإن قضاء الغرفة الإدارية يؤكد أنه يراقب الوجود المادي للوقائع المادية والقانونية، مثلاً: قضاء المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - في 1968/01/21، قضية السيد كروم، حيث قضى بما يلي: "أن قرار الإدارة قائم على وقائع غير صحيحة حيث أن السيد كروم عزل من منصبه على أساس أنه كان يتغيب دوماً، في الوقت الذي تبين فيه بعد التحقيق أنه لم يتغيب إطلاقاً"³.

¹ د. محمود الجبوري، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1998، ص 102 و 103.

² د. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 919.

³ د. محفوظ لعشب، المسؤولية في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 109.

إذ أقر إثبات الوقائع المادية بكافة وسائل الإثبات: قرائن، شهود، ... لأنها وقائع لا يمكن توقع حدوثها¹، وحتى الاستعانة بمحاضر الشرطة، محاضر إثبات حالة...

وهذا ما أكده قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا مجلس الدولة حالياً الصادر في 1990/05/05: "بأنه يستخلص من محضر التحقيق المحرر من طرف مصالح الشرطة بتاريخ 1982/09/19 بأن مسؤولية بلدية تيزي وزو واضحة، وأن إيصال الكهرباء تم من طرف المصالح التقنية للبلدية لإضاءة الأجنحة الخاصة ب السيد (و) أن هذه العناصر تكفي لإثبات إهمال ونقص الحيلة والحذر...".

وكذا إثبات التصرفات القانونية سواء كانت في شكل: عقود إدارية، أو قرارات إدارية، إذ حتى وفي حالة تعذر حصول المدعي على المستندات، ونظراً لسلطة القاضي الإداري وخاصة التحقيق التي يتميز بها هذا النوع من النزاع، له أن يطلب من الإدارة الإدلاء بما يراه مناسب من مستندات، وملفات تخدم الموضوع محل النزاع.

هذا وقد جاء حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا مجلس الدولة حالياً في قرارها الصادر في 1981/07/11 " يتعين على الإدارة معاينة وفحص ما إذا كان البناء من شأنه أن يلحق خطورة بالصحة العامة أو الأمن العام أو يمس بالنظام العام، وذلك لرفض إعطاء رخصة البناء أو الاكتفاء بالنص على وجوب إتباع شرط معين².

حيث يستخلص من مستندات الملف والتي لم ينزاع فيها السيد (و).. و الشاغل فيلا واقعة بئر خادم... قد قرر بناء صور يحيط بساحة مسكنه، حيث أنه للقيام بذلك استصدر وتحصل على رخصة مسبقة. حيث أن رئيس الدائرة يعتمد في طلبه وقف الأشغال على القول بأن البناء المزمع إنجاز من شأنه أن يمس بالنظام العام، ولكنه حيث أنه في الإمكان قانوناً إعطاء رخصة البناء أو منحها مع التحفظ بخصوص وجوب مراعاة مقتضيات خاصة وذلك في صورة ما إذا كانت طبيعة البناءات من شأنها أن تمس بالنظام العام، من حيث موقعها وأبعادها بالصحة العامة والأمن العام فإنه يتعين على الإدارة معاينة وفحص كل حالة على إنفراد.

حيث أنه كان على الإدارة فحص هذه النقطة أثناء مباشرة التحقيق بخصوص طلب السيد (و).

حيث أن الإدارة رأت فيما يتعلق بهذه النقطة أنه لا مجال هناك لا لرفض منح رخصة البناء ولا لربطها باحترام مقتضيات خاصة، ومن ثم فإن قرار رئيس دائرة بئر مراد رايس مشوب بخطأ واضح ومادام كذلك فهو مستوجب الإبطال.

¹ د. حسين بن شيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002، ص 145.

² قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 22236 الصادر في 1989/02/25، الجزائر، نشرة القضاة، العدد الأول، سنة 1987، ص 196.

أي انعدام السبب أو الوجود المادي لما تدعي به الإدارة من مساس بالنظام العام على اعتبار أنها قامت بمنح السيد(و) رخصة البناء دون أي تحفظ، ولكنها فيما بعد ادعت بوجودها.

هذا وقد قضى بانعدام السبب أيضا في قراره الصادر بتاريخ: 1990/07/28¹ حيث جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن دراسة الملف الكامل لطلب رخصة البناء تتم في أربعة أشهر على الأكثر ابتداءً من التاريخ الذي تتسلم فيه الإدارة المعنية الملف المذكور، وتعطي هذه الإدارة لصاحب الطلب وصلاً بذلك وتمنح رخصة البناء أو ترفض صراحة خلال المهلة المحددة أعلاه.

ومن ثم فإن رسالة الوالي المتضمنة الرفض لأسباب غير ثابتة بعد مضي الفترة المحددة قانوناً يعد تجاوزاً للسلطة"، حيث أنه بموجب عريضة مودعة لدى كتابة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 1988/07/21 طعن المدعو(ت،ع) بالبطلان في إرسالية والي ولاية البويرة المؤرخة في يوم 1988/05/28 والمتضمنة جواب هذا الأخير لطعن إداري مسبق وجهه له العارض.

وتشترط صحة الوقائع التي تستند إليها الإدارة في قرارها أن تكون محققة الوجود وقائمة حتى تاريخ إصدار القرار الإداري، فيجب أن تكون الوقائع التي تستند إليها الإدارة في إصدار قرارها قد وقعت فعلاً، ويجب أن يكون سبب القرار صحيحاً من الناحية المادية والواقعية وإلا كان معيباً بسببه، وهذا ما يؤكد قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 56705 الصادر في 22 أكتوبر 1988² من المبادئ المستقر عليها في القانون الإداري أن القرارات الإدارية تتخذ على اعتبارات قانونية، وليس على اعتبارات متعلقة بالواقع ومن ثم فإن المقرر المطعون فيه المبني على أساس ردود الفعل والتساؤلات التي من شأنها أن تمس بصحة الإدارة والذي سحب المقررين السابقين الذين اكسبا حقوق للطاعنين يعد مشوباً بعيب تجاوز السلطة.

حيث يذكر المدعي في الطعن أنه بتاريخ 1985/10/05 قدم ملف بلدية...قصد الحصول على رخصة بناء مسكن عائلي فوق قطعة أرضية آلت عن طريق الميراث، وتم تسجيل طلبه...غير أنه لم يتلقى أي جواب رغم عدة التذكيرات العديدة، مما جعله يوجه طعناً إدارياً مسبقاً لوالي الولاية الذي رد عليه بالرفض، ويثير المدعي وجهين تدعيماً لطحنه:

الوجه الأول: مأخوذ من خرق القانون و الإغفال عن القواعد الجوهرية للإجراءات مستنداً في ذلك على المادة الأولى من المرسوم 305/82 المؤرخ في 1982/10/09 وكذا المادة 06 من الأمر 01/85 المؤرخ في 1985/08/13.

¹ قرار الغرفة الإدارية بالحكمة العليا، رقم 68240 الصادر في 1990/07/28، الجزائر، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1990، ص 153.

² قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 56705 الصادر بتاريخ 1988/10/22، المجلة القضائية، العدد 03، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص 143.

الوجه الثاني: مأخوذ من تجاوز السلطة مستنداً على المادة 17 من القانون رقم 02/82 المؤرخ في 02/09/1982¹.

حيث أن والي ولاية البويرة يدفع بعدم قبول الطعن شكلاً، وعلى وجه الاحتياط في الموضوع يثير عدم صفة المالك للمدعي في الطعن على القطعة الأرضية التي يريد البناء فوقها، إذ أنه بموجب المقرر رقم 62/61 المؤرخ في 28/06/1961 تم انتزاعها من أجل المنفعة العمومية.

وعليه من حيث الشكل: حيث أن الطعن المرفوع ضد الإرسالية المتضمنة رفض والي ولاية البويرة منح رخصة بناء وقع وفقاً للقانون فهو صحيح ومقبول.

من حيث الموضوع: حيث يستخلص من أوراق الملف أن المدعي في الطعن بالبطان أودع في تاريخ 05/10/1985 ملف لدى المصالح المختصة للحصول على رخصة بناء سكن.

حيث أنه بالرجوع إلى المادة 06 من المرسوم رقم 01/85 المؤرخ في 13/08/1985 المتضمن تنظيم رخص البناء، فإن دراسة الملف تتم في مدة أربع أشهر، وهو الأجل الأقصى المسموح به للإدارة لكي تجيب عن طلب رخصة البناء.

وحيث أن رسالة الوالي المتضمنة الرفض لأسباب غير ثابتة جاءت في يوم 28/05/1988.

حيث أن عدم الإجابة أو الإجابة سلباً بعد مضي فترة... يعد تجاوزاً للسلطة يترتب عنه البطان.

هذا وقد قضى القضاء الجزائري أيضاً انعدام الأساس القانوني أو الشرعي في قراره الصادر في 18/04/1969²، حيث ألغى قرار لعامل العمالة محمداً فيه تعويض شغل سكن شاغر لأن النسبة تتجاوز تلك المحددة في النصوص السابقة على الشغور: "في حالة عدم وجود أي نص تشريعي أو لائحي مخالف، فليس للمعني أن يدفع للدولة التي حلت محل حقوق المالك الأول إيجاراً أعلى من ذلك الذي كان يدفعه لهذا الأخير"

وبناءً على نفس العيب دائماً انعدام الوجود المادي للوقائع قضى المجلس الأعلى بإلغاء القرار الإداري لعدم ثبوت صحة الأسباب.

حيث قام في قضية أخرى بإلغاء قرار الإدارة التي قامت بإقصاء مدير مستشفى عن وظيفته بسبب ارتكابه خطأ أدى إلى اضطراب المرفق، بالقول "وبما أن مادية الوقائع أي وجود الخطأ غير ثابت فقد ألغى القرار".

¹قانون رقم 02/82 المؤرخ في 06 فبراير 1982 المتعلق برخصة البناء ورخصة تجزئة اراضي البناء الجريدة الرسمية رقم 06 الصادرة بتاريخ 02/09/1982.
²د.أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة: فائز النجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 187.

كما جاء في قضاء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر في 13/01/1991¹: " حيث يستنتج من تقرير الخبرة أنه ليس هناك منفعة عامة لأن العملية لا تستجيب لأية حاجة ذات مصلحة عامة، وإنما تفيد عائلة واحدة تتوفر على طريق.

حيث أن الغرض الذي ترمي إليه العملية، أي إشباع حاجة ذات مصلحة عامة لا يبرر الاعتداءات على ملكية المدعين...".

ومما جاء في القضاء الجزائري أيضا تناوله لعيب السبب في قرار مجلس الدولة الصادر في 01/02/1999 في قضية ضد والي ولاية تلمسان².

حيث جاء في عريضة الاستئناف المقدمة من الوالي أن المستأنف عليه قد حصل على استفادة من قطعة أرض فلاحية، إلا أنه بعد تحريات عميقة ودقيقة من طرف مؤسسات الدولة بما فيها السلطات الأمنية والإدارية و السياسية اتضح أنه كان له سلوك معادي للثورة التحريرية، فاتخذ السيد الوالي ضده هو وآخرون أمثاله، قرارات تتضمن إلغاء استفادتهم من القطع الفلاحية التي تحصلوا عليها، واستند الاستئناف على كون القرار المطعون فيه اعتبر بأن السيد والي ولاية تلمسان قد خرق القانون 19/87 المؤرخ في 08/12/1987³، في حين أن الولاية بصفتها مؤسسة تابعة للدولة تؤكد بأن المستأنف عليه لا يستحق الاستفادة ويتعين حذفه من قائمة المستفيدين...

وعليه: من حيث الموضوع

حيث أن الاستئناف يهدف إلى إلغاء القرار المستأنف فيه، والقضاء من جديد برفض دعوى المدعي الرامية إلى إلغاء القرار الولائي المتضمن عزله من المستثمرة الفلاحية، واستند الاستئناف على أنه بعد تحريات عميقة، ولكن حيث أن القرار الولائي موضوع الدعوى جاء غير معللاً ومدعماً بأدلة كافية على ما ينسب إلى المستأنف عليه، مما يجعله منعدم الأساس.

فجلس الدولة هنا قال بوجود عيب السبب، وأن ما تدعي إليه الإدارة من وجود تحريات عميقة قامت بها مصالح الأمن والإدارة، لا أساس لها من الصحة مادام هذه الأخيرة لم تحدد ما إذا كانت هناك شهادة لشهود عيان يثبتون تورط المستأنف عليه أثناء ثورة التحرير، وتبقى مجرد أقاويل لا تصلح كسبب لإصدار القرار الإداري.

¹ د. حسين بن شيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 89.

² د. حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002، ص 25 وما بعدها
³ قانون رقم 19-87 مؤرخ في 08 ديسمبر سنة 1987 يتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملالك الوطنية، جريدة رسمية رقم 50 صادرة بتاريخ 09 ديسمبر سنة 1987.

ونفس الأمر نجده في حكم المجلس الأعلى الغرفة الإدارية في قراره الصادر في 06 جوان 1987¹، مما يلاحظ في هذه القضية أن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى قضت بإلغاء القرار لكونه معيب بعيب انعدام الأسباب، وحيث أن المقرر المطعون فيه والمقررات المكملة له اكتفت بإبطال حق عيني اكتسبه الطاعن بدون تقديم أي سبب قانوني، فاحتجاج الإدارة بغلظها لإعادة النظر في وضعية مكتسبة للغير لا ترقى إلى مستوى السبب القانوني الذي يبرر اتخاذ القرار الإداري.

ومن ناحية ثانية يجب أن تكون الوقائع التي تكون ركن السبب قد استمرت حتى صدور القرار، وبناء على ذلك إذا تحقق السبب ولكنه زال فيما بعد قبل إصدار القرار فإن القرار يكون معيباً في سببه، كذلك لا يعتد بالسبب الذي لم يكن موجوداً لحظة صدور القرار ولكنه تحقق في معاد لاحق على صدوره، لأن العبرة هي بوقت صدور القرار، حيث أن السبب لم يكن قائماً وقتها فلا يجدي في إسناده وتأسيسه ظهور السبب فيما بعد².

كما جاء في قراره الصادر في 14/10/1996 حيث يتبين من عناصر الملف أن المستأنف توبع بجرime إنشاء محل للفسق وأدين بعقوبة سالبة للحرية تمثل في تسليط شهرين حبسا نافذة.

وحيث ترتيباً لذلك، فإن المستأنف يكون قد ارتكب خطأ مهنيًا ثابتاً مما يبرر تسليط عليه عقوبة تأديبية خلافاً لإدعاءاته...

وحيث بات في ضوء ما تقدم أن العقوبة المسلطة على العارض قائمة على أساس سليم من الواقع و القانون، كما جاء في حكم مجلس الدولة الصادر في 31/01/2000³ "...وحيث أن قضاة الدرجة الأولى قد عللوا قرارهم بإلغاء المقرر المتخذ من الوالي السابق الإشارة إليه أنه مجرد من ذكر أي سبب مما يؤدي إلى القول بأنه غير شرعي.

وحيث بالفعل بالرجوع إلى المقرر موضوع الاستئناف لم يذكر ضمن طياته سبب اتخاذ قرار إلغاء مقرره حتى يتسنى للمستأنف عليه من الإطلاع عليه وإبداء ملاحظاته بشأنه، كان عليه أن يسبب قراره حتى يتمكن المعنيون من الإطلاع المسبق على الأسباب المؤدية لتوقيع هذا الجزاء..."

وعلى نفس المنوال سار القضاء التونسي أيضا في الرقابة على الوجود المادي و القانوني للوقائع، كما لو ثبت تقديم شخص لاستقالته، ولكنه كان مكرها من طرف الإدارة، لأن الإكراه يؤثر على صحة هذه الاستقالة.

1 قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 53922 الصادر بتاريخ 06/06/1987، المجلة القضائية، العدد 04، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص 171.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 206.

³ د.حسي بن شيخ آث ملوينا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 193.

إذ يشترط فيها أن تكون صادرة برضا الموظف وخالية من كل عيوب الرضا¹، على أن يكون هذا الإكراه حقيقياً وجدياً ومنتجاً نتيجة ضغوطات حقيقية، وليست ظنيّة أو تصورية²، لأن الخوف والمهابة والظن الخاطيء لا يشكل إكراه معنوي، واحترام القانون يعلو على الشعور بالمهابة.

هذا وعلى فرض تحقق هذه الوقائع وتأكيد القاضي الإداري من قيامها وصحتها، باعتبارها أولى مراحل الرقابة على عيب السبب، فإنه ورغم ذلك لا يحكم بصحة القرار الإداري، لتعلقه بعنصر آخريجب عليه التأكد من صحته وسلامته، وهو التكييف القانوني السليم للوقائع، وهذا ما سنبينه في المطلب الثاني

المطلب الثاني

الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

من خلال دراستنا السابقة لاحظنا أن القاضي الإداري وبعد أن كان يمتنع عن الرقابة عن الوجود المادي للوقائع، وكان يعتبره مجالاً محظوراً عليه والتي سماها بعض الفقه الرقابة على الحد الأدنى³ رغم أن تلك الرقابة كانت ضرورية وفعّالة وجوهرية في نفس الوقت وضمانة أساسية لتحقيق حماية لحقوق وحيات الأفراد.

إلا أن تلك الرقابة لوحدها لم تكن كافية فتطور إلى رقابته على صحة تكييف الوقائع التي تدعيها الإدارة للوقائع والتي تردد مجلس الدولة في البداية من تبنيها لولا الانتقادات الشديدة التي فرضها عليه الفقه، إلا أنه ورغم ذلك أبقى على بعض الاستثناءات، وذلك ما سنوضحه من خلال المطلب الذي قسمناه إلى ثلاثة فروع:

مفهوم وتطور الرقابة على التكييف المادي للوقائع وتتناول في الفرع الثاني مسلك القضاء المقارن والقضاء الإداري الجزائري في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع ثم في الفرع الثالث نوضح الاستثناءات الواردة على تلك الرقابة.

الفرع الأول: مفهوم الرقابة على تكييف القانون للوقائع

التعريف الذي يمكن إعطائه للتكييف القانوني للوقائع هو " إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية حيث يمكن أن يحمل القرار الإداري المتخذ عليها باعتبارها دافعاً لا مشروعاً لاتخاذها"⁴

¹ د. رياض عيسى، دعوى الإلغاء في الجزائر، مجلة الحقوق، العدد الرابع، ديسمبر 1989، ص 84.

² د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 206، وانظر: د. احمد محبو، مرجع سابق، ص 190.

³ Marie Christine Rouil, Droit administratif, Gualion édition, Paris, 2001, p 100.

⁴ د. سامي جمال الدين، الدعاوي الإدارية، دعوى إلغاء القرارات الإدارية، دعاوي التسوية، منشأة المعارف، طبعة ثانية، الإسكندرية 2003، ص 263.

ويكون ذلك أيضا بإيجاد القاعدة القانونية العامة والمجردة وإسباغها بمعنى أكثر دقة وتحديد ورفع الواقعة الفردية إلى مستوى عمومية القاعدة القانونية، وتجريدها من كل الجوانب عديمة الجدوى، والإبقاء على الوقائع البارزة أو الصفات التي تميز الواقعة من الناحية القانونية لإيجاد التطابق بين النص والواقع.¹

أو كما عرّفه الأستاذ عبد العزيز عبد المنعم خليفة" بأنه إجراء مقابلة بين الحالة الواقعية ونصوص القانون²" أو كما عرّفه الأستاذ عمار عوابدي³ على أنه "إسناد الواقعة إلى القواعد القانونية والتنظيمية التي تحكمها، ثم القيام بعملية التخصيص للقاعدة القانونية".

وإن كان الأمر ليس بالهين وإنما يتطلب خبرة وحنكة وقدراً من العلم، وليس ذلك بالعمل الآلي السطحي والعفوي لمحاولة إطباق واقعة على نص قانوني.

و لذلك يستعمل القاضي الإداري إحدى الوسيلتين لإنزال حكم القانون على الواقعة المادية عند رقبته على التكييف القانوني للإدارة⁴، إما أن يتأكد من تطابق الواقعة بعد تكييفها مع القانون، وإما أن يعالج القانون بالتفسير لمعرفة مدى انطباقه على الواقعة.

فعلى الإدارة أن تحسن التكييف القانوني بين الواقعة والنص بعد التثبت من حقيقة وجودها⁵، وللتوضيح فإن محكمة العدل العليا بمصر قضت في قضية قرار اللجنة المحلية لإزالة أبنية المقامة في سوق الحلال لأنها تشكل مكره صحية، بينما ثبت بالكشف أن الأبنية بذاتها لا تشكل مكره صحية وإنما وجود الحلال بالسوق هو الذي يشكل تلك المكره.

ومن ثم قرر مجلس الدولة الفرنسي أن قرار الإدارة بإزالة الأبنية بحجة أنها تشكل مكره صحية لا يستند إلى أي أساس قانوني⁶

الفرع الثاني: تطور الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

بعد أن عرّفنا مفهوم التكييف القانوني للوقائع كان لزاماً أن نتناول تطورات هذه الأخيرة لما يلعبه من دور مهم في أعمال الرقابة القضائية على أعمال الإدارة خاصة مع اكتفاء المشرع على سن النصوص قد تكون مبهمه القواعد.

¹ د. محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة 1991، ص 49.

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، بعض أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2002، ص 236.

³ د. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الدعوى الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، طبعة 1999، ص 564.

وانظر أيضاً: د. محمد صغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2002، ص 83.

⁴ د. محمد عاطف البنا، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دار وهدان للطباعة والنشر، القاهرة، 1974، ص 84

⁵ د. محمد جلال مطلق الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 212 وانظر أيضاً: سليمان

محمد الطاوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص 587.

⁶ د. إعاد علي حمود القيسي، القضاء الإداري وقضاء المظالم، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 1999، ص 225.

وقد تتخذ الإدارة من غموض النصوص وإبهامها وسيلة لأعمال سلطتها بإصدار قرارات إدارية تتلاءم مع هذه الوقائع، وتكمن مهمة القاضي في مراقبة مدى تطابق الوقائع المادية للنص المسند عليه وهي مهمة تقتضي نوعاً من التدقيق والتمحيص، والبحث عما يتلاءم مع كل واقعة على حدة وهذا بتخصيص القواعد العامة مع تجريد القواعد المعروضة لإيجاد الحلول والتكييف القانوني السليم لها، وهنا يجب التمييز بين نوعين من القواعد الأولى: طائفة لها طابع موضوعي وثابت، كتحريم المقامرة على أساس المضاربة والمجازفة، فإذا تعلق الأمر بألعاب الشطرنج فإنه يختلف لأنها تقوم على أساس التدقيق والتخطيط لا للمجازفة.

والثانية: طائفة ثانية من القواعد التي تحمل أفكار يصعب التوصل إلى تعريفها وتحديدتها إلا بعد البحث الشامل في كل الوقائع والظروف والتي لا يمكن فصلها عنه، وفي هذه الحالة يختلط التكييف بتقدير الوقائع. وفي هذه النقطة يرى الأستاذ هوريو بأن دور القاضي يتعدى مجرد رقابة على المشروعية إلى ممارسة رقابة خلقية على ممارسة العمل الوظيفي، بحيث تجاوز السلطة يتعدى مجرد النصوص القانونية إلا أن هذا الرأي لم يجد تأييداً من الفقه الفرنسي.

إلا أن الأستاذ فالين يرى أن فكرة الطائفة القانونية *Catégorie Juridique* أي أن القاضي عند قيامه بعملية التكييف القانوني للوقائع لا ينطلق من منطق ذاتي، بل من منطق نصوص قانونية، والتي يقوم بتحديد معالمها حتى يستطيع تطبيقها، والتأكد من أن هذه الوقائع تندرج ضمن تلك النصوص، وبالتالي يبقى في إطار الشرعية و يبقى مقيداً بالطائفة التي حددها القانون في إطار الشرعية، وهو ما أكده الأستاذان أوبي ودرا جو وهو ما يتفق مع العبارات التي يستخدمها مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه عند رقابته للتكييف القانوني للوقائع، حيث يورد عبارات التكييف القانوني وأن الواقعة تسمح طبيعتها بتبرير القرار من الناحية القانونية، أي يقوم بالتحقق من طبيعة الوقائع تكفي لتبرير القرار¹ في ضوء الشروط التي حددها القانون، والتي ستطلب تحديد مضمونها أحياناً لأن المشرع لم يحدد تلك الشروط².

ففي كل مرة يشترط فيها المشرع على الإدارة ضرورة مراعاة شروط معينة واقعية، كان مجلس الدولة الفرنسي يقوم إلى جانب التحقق من وجودها المادي، برقابة تكييف الإدارة للوقائع ليتحقق من أنها تندرج فعلاً داخل إطار الفكرة القانونية التي يتضمنها النص³.

¹ René Chapus, Droit administratif général, Edition Montchrestien, Paris, 9 éditions, 1995, p 917.

² د. محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص 48.

³ Jacqueline Morand, Deviller, cours de droit administratif, Montchrestien, 6 éditions, Paris, 1999, p 697-698.

وقد صدرت عدة أحكام من مجلس الدولة في رقابته على التكييف القانوني للوقائع وفي معظم المجالات سواء مجال الوظيفة العامة، أو مجال وسائل النشر في الصحف أو المجالات وكذا وصف الأفعال التي تتنافى وشرط حسن الخلق والأمانة، والتي تجيز سحب وسام الشرف أو الجنسية أو رفض التجنس. ومنها حكمه الشهير في قضية أفلام لوتيسيا سنة 1959¹ والتي مفادها أن عمدة نيس أصدر عدة قرارات إدارية بمنع عرض بعض الأفلام السينمائية لما نتم به عن الخروج عن القيم الخلقية. فطعنت شركة أفلام في قراره لمنعها عرض هذه الأفلام من جهة، وفي وصف هذه الأفلام أنها منافية للأخلاق من جهة أخرى، فأقر مجلس الدولة الفرنسي العمدة في قراره، إذ كان هذا المنع للظروف والاضطرابات والتي ادعى بها عمدة نيس، والتي من شأنها تبرير هذا الإجراء، مع خضوعها دائماً لرقابته. وبخصوص رقابته على الإدعاء بأنها منافية للأخلاق من عدمه اضطر قضاة المجلس لمشاهدة تلك الأفلام في عرض خاص بحضور المتنازعين لإصدار الحكم على مدى منافاتها للأخلاق، وتلي هذا الحكم أحكام عديدة بصدد مسألة من نفس النوع.

وبعد أن تطرقنا لمعرفة معنى التكييف القانوني للوقائع يقودنا البحث إلى بيان موقف القضاء المقارن من هذه الرقابة؟ وهل يمارسها على جميع القرارات الإدارية؟ وبنفس المستوى.

الفرع الثالث: موقف القضاء المقارن والقضاء الجزائري في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

أولاً: موقف القضاء المقارن في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

إن أول تطبيق لقضاء مجلس الدولة كان فيما يعرف بقضية Gomel الشهير² الصادر بتاريخ 1914/04/04. والتي نتلخص وقائعها، في رفض الإدارة إعطاء تراخيص بناء لأحد الموظفين، باعتبار هذا الميدان Beau veau من المواقع الأثرية، والتي تبين للقضاء أنها ليست كذلك³.

وأما إذا أقامت عقوبة عزل موظف على أساس واقعة أن موظف كثير التدخين، فهنا القاضي يتحقق من صحة هذه الواقعة، ثم يتأكد من أنها مخالفة تستوجب العقوبة المسلطة على الموظف.

¹ د. محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص 63.

² د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000، ص 416. وانظر مصطفى أبو زيد الفهري، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 1999، ص 761.

³ د. عبد الغاني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري ومجلس الشورى اللبناني، مرجع سابق، ص 544.

وعليه يقرر القاضي صحة واقعة التدخين، ولكن عند التكييف يجد أن التدخين لذاته لا يشكل مخالفات لواجبات الموظف طالما أنه لم يثبت تقصير العامل في الصيانة والإصلاح¹ والجدير بالذكر أن مجلس الدولة وسع رقابته في مجال الضبط الإداري، والقرارات التأديبية، ومجال حرية النشر والصحافة والسينما، وتقدير حسن السمعة، كالتعيين في الوظائف والتعليم.

وعلى نفس الخطى سار القضاء المصري، فكانت رقابته موسعة في مجال القرارات التأديبية لانتشار ظاهرة تعسف الإدارة في فرض عقوبات مجحفة في حق الموظفين فيما كان نظيره الفرنسي يفرض رقابة موسعة في مجال الضبط الإداري، لانتشار ظاهرة اعتقال الأفراد، وإصدار قرارات ضبطية تعسفية.

كما أن القضاء الإداري المصري استعمل رقابته على حسن السيرة والسمعة ومن أحكامها تأكيد صحة قرار الإدارة بفصل موظف لتغييره لديانته من المسيحية للإسلام، ثم ارتداده بعد ذلك إلى المسيحية لتحقيق أغراض دنيوية، إذ أن حرية العقيدة مكفول، إلا أن مسلك المتلاعب بالعقيدة والأديان يهدف تحقيق مآرب دنيوية من شأنه أن يشين الموظف بسوء السلوك الشديد والذي ينعكس فعلاً على سلوكه أثناء الوظيفة لإخلاله بكرامتها ومقتضياتها.

كما أن مجلس الدولة المصري قضى بإلغاء قرار تأديب مأذون شرعي لعقد قرانه بزواج عرفي، وذلك لأنه أثناء زواجه كان يتصرف كشخص عادي وليس كأذون ومن جهة أخرى فلا يوجد أي نص يقضي بحضر الزواج العرفي طالما كان مستوفياً لشروطه القانونية والشرعية².

كما أن مجلس الدولة المصري مارس رقابته حتى في مجال الضبط الإداري لما في ذلك من تقييد الحريات الفردية كقرارات اعتقال الأشخاص يشكلون خطر على الأمن العام والنظام العام كإلغائها لقرار القبض على شخص يقف موقف المعارضة السياسية، إذ لا يوجد ما يدل على خطورته على الأمن العام.

ثانياً: موقف القضاء الجزائري في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

أما القضاء الإداري الجزائري بدوره عمل على رقابة التكييف القانوني للوقائع³ لكن الملاحظ في قضاء مجلس الدولة الجزائري أنه لا ينص في أحكامه على عبارة تؤكد أنه راقب التكييف القانوني للوقائع، شأنها شأن باقي عيوب القرار الإداري إلا أنه يمكن أن تستشف رقابته من خلال قراراته.

¹ د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003 ص 481.

² د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، بدون تاريخ نشر، ص 187.

³ د. عمار عوادي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، نظرية الدعوى الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص

أ-قرارات المتعلقة بالتأميم

ومنها حكم صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في 16 جويلية 1965 قضى بإلغاء قرار إداري صادر من والي ولاية الجزائر بتأميم أملاك الطاعن THOMAR بناء على مرسوم أول أكتوبر 1963¹ الذي يجيز تأميم الأراضي الزراعية المملوكة للأجانب وتبين الخطأ في تكييف القانوني للوقائع إذ تلك الأملاك تدخل في إطار الأملاك المعدة للسكن².

ومنها حكم آخر صدر بتاريخ 20 جانفي 1967 والقاضي بإلغاء قرار وزير الفلاحة الذي وجه عقوبات للصندوق المركزي لإعادة التأمين والتعاقد أفلاحي استناداً للمرسوم السابق، لأن نشاط الصندوق وإن كان متعلق بالقطاع الفلاحي إلا أنه لا يشكل استغلاله زراعية وفقاً لما هو محدد بالمرسوم³.

إلا أنه على الرغم من أنشطة الصندوق تتعلق بالقطاع الفلاحي إلا أنها لا تدخل في ضمن الاستغلالات الزراعية وبالتالي فمن الخطأ تطبيق المرسوم المشار إليه وبالتالي إلغاءه المجلس الأعلى لهذا القرار كان نتيجة عدم صحة التكييف القانوني للوقائع⁴.

ب - القرارات المتعلقة بنزع الملكية

أو كما جاء في حكمها الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 1984 الذي قضى بإبطال القرار الولائي الصادر عن والي ولاية تيزي وزو والذي نص على نزع ملكية المدعى ونص على أن المستفيد من نزع الملكية هو المجلس الشعبي البلدي.

وجاء في حيثياته "ولما كان ثابت في قضية الحال أن قرار والي ولاية تيزي وزو نص على أن المستفيد من قرار نزع الملكية هو هيئة مداولة يكون قد اشتمل على خطأ قانوني، ومتى كان كذلك استوجب إبطال القرار".

ج - القرارات المتعلقة بمنح وسحب جوازات السفر

أو كما جاء في قرارها المؤرخ في 29 ديسمبر 1984⁵ الذي جاء في تسببه "ومتى كان من المقرر قانوناً أنه يجوز للإدارة رفض تسليم جواز السفر أو رفض تمديد أجله للمواطنين الجزائريين إذا ما رأيت أن تنقلهم إلى خارج الجزائر يمس بالنظام العام، وهذا دون أن تكون ملزمة بتوضيح أسباب رفضها ودون أن يكون

¹ مرسوم رقم 388-63 مؤرخ في 1963/10/01 المتعلق بتأميم المستثمرات الفلاحية التابعة للأشخاص المعنوية والطبيعية، جريدة رسمية رقم 73 صادرة بتاريخ 04 أكتوبر سنة 1963.

² H. Bouchahda, R. Khelloufi, Recueil d'arrêts jurisprudence administrative, office publications universitaire, Alger, 1979, p 9.

³ نفس المرجع السابق، ص 86

⁴ د. احمد محيو، المرجع السابق، ص 189.

⁵ قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 38541، الصادر في 1984-12-29، المجلة القضائية، الجزائر، العدد الرابع، سنة 1989 ص 227.

تقديرها قابل للمناقشة أمام قاضي تجاوز السلطة، غير أنه إذا سببت لرفضها تسليم جواز السفر تطبيقاً لأحكام المادة 11 من الأمر 01/77 الصادر بتاريخ 23 جانفي 1970 فإن عليها أن تلتزم بالتطبيق القانوني الصحيح لنص المادة وإلا تعرض قرارها للإبطال.

ولما كان ثابت في قضية الحال أن الطاعن حكم عليه بعقوبة أدنى من تلك المنصوص عنها في أحكام المادة السالفة الذكر، فإن تسببها لم تلتزم بتطبيق القانوني الصحيح لها، وأخطأت عندما رفضت طلب الطاعن.

ومن ثم فإن الإدارة أخطأت في التكييف القانوني للعقوبة التي حكم بها على طالب جواز السفر، والتي لا تدخل في نطاق المادة المشار إليها أعلاه، التي تؤكد عدم منح أو تمديد لجواز سفر لشخص محكوم عليه بجناية لم تمر عليها 05 أعوام وجنحة عقوبتها 06 أشهر حبس نافذة، إلا أن العقوبة المحكوم بها على الطاعن هي شهر موقوف التنفيذ عن مخالفة مرور.

د- القرارات المتعلقة بمنح وسحب رخص الاستغلال

أو حكمها الصادر بتاريخ 25 فبراير 1989¹ الذي أكد أنه ومن المقرر قانوناً أن حالات منع منح، أو سحب رخصة الاستغلال مقررة قانوناً على سبيل الحصر.

و من ثم فإن قرار سحب رخصة استغلال مخزن للمشروبات الكحولية من الفئة الثانية دون الاعتماد على أي حالة من الحالات المنصوص عنها قانوناً يعد منعدم الأساس القانوني. لاعتباره أن وجود المخزن بجوار مقر قسمة لحزب جبهة التحرير الوطني لا يدخل ضمن الحالات المنصوص عنها بالمرسوم 60-75 المؤرخ في 29 أبريل 1975 في مادته الأولى والثانية.

وبتالي تم إلغاء قرار سحب رخصة البناء على الخطأ في تكييف النص على الوقائع.

الفرع الرابع: استثناءات الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

إن القضاء الإداري وإن كان قد منح لنفسه السلطة في رقابة القرارات من حيث تكييف الوقائع إلا أن لكل قاعدة استثناء وما تم استثناءه من رقابته².

1. القرارات ذات الطابع الفني³

لقد عرّف القضاء الإداري عن رقابة بعض المجالات ذات الطابع الفني الذي ترك للسلطة التقديرية للإدارة لاعتبارات أن الأمر تقني يحتاج لخبرة الإدارة كالرقابة على درجات الامتحانات والذي

¹ قرار صادر من الغرفة الإدارية بالحكمة العليا، رقم 52661، الصادر في 25-02-1989، المجلة القضائية، الجزائر، العدد الثاني، سنة 1961 ص 156.

² د.عبد العزيز عبد المنعم، مرجع سابق، ص 239.

³ د.عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري والمجلس الشورى للدولة اللبناني، مرجع سابق، ص 547.

لا يمكن للقضاء بسط رقابته عليه، إلا في حالة الخطأ المادي أو إساءة استعمال السلطة، لأن المسائل الفنية اختصاص القائمين على التصحيح.

كما أن القاضي يراقب القرار الإداري وليس الأعمال المادية بمعناه القانوني.

وعلى سبيل المثال لا الحصر ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية المصرية في منع إصدار كتاب، رفع مشايخه الأزهر إلى مجلس الوزراء طلب مصادرتة لاحتوائه على أخطاء، وما يزعزع العقيدة... فحكم بمصادرتة بناء على الدراسة المعمقة من مشايخ الأزهر، وما لهم من سلطة دينية، وما لها من حق دفاع على الشؤون الدينية فكلمتها هي العليا.

إلا أن المحكمة الإدارية رفضت هذا الإطلاق، وتسليم الحكومة بسلطة مشايخه الأزهر في تسبب القرار بناء على المادة 10 من قانون المطبوعات، والتي تشكل قيلاً على حرية الرأي يخضع لرقابة القضاء لصحة تقدير الإدارة.

و عليه قامت المحكمة بدراسة الكتاب والتأكد من عدم مخالفته مشايخ الأزهر بحكمهم هذا القانون¹.
وعليه فهناك حالات علمية وفنية فرضت المحكمة الإدارية رقابتها عليها لتقدير مدى صحتها، وإن استلزم الأمر الاستعانة بالخبراء من أهل العلم والفن، وعدم ترك المجال للسلطة التقديرية.
إلا أنها وفي بعض الأحكام الأخرى رفضت التعقيب على تقييم المؤهل العلمي، واعتبرته من الاختصاص التقديري للإدارة.

كما قررت المحكمة العليا: أنه لا يجوز للجنة الدرجات العلمية والبحوث أو مجلس الكلية أو مجلس الجامعة أن يستأنف النظر بالموازنة والترجيح فيما قرره لجنة الحكم من اقتراح منح درجة دكتوراه² وإنما تقتصر على العناصر الخارجية للقرار.

كما جاء أيضاً في الطعن رقم 6856 ورقم 7308 المعروضين عن المحكمة الإدارية العليا بمصر جلسة 2001/05/06 "أن تقدير كفاية الموظف يعود إلى الرئيس الأعلى الذي يترخص فيه ولا معقب عليه مالم يثبت أن تقديراتهم كانت مشوبة بعيب الانحراف، أو إساءة استعمال السلطة لتعلق ذلك بصميم اختصاص الإدارة والتي ليس للقضاء أن ينصب نفسه مكانها فيها"³

¹ د.سامي جمال الدين، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 271.

² د.محمود أبو العينين، الموسوعة الجامعة لأحكام المحكمة الإدارية العليا، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003 ص.ص 215-216.

¹ د.محمود أبو العينين، الموسوعة الجامعة لأحكام المحكمة الإدارية العليا، الجزء الخامس، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 426 وانظر محمود أبو العينين، الموسوعة

الجامعة لأحكام المحكمة الإدارية العليا، الجزء الرابع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 110، الطعن رقم 6589 لسنة 43 قضائية جلسة 2003/01/28

² قرار الغرفة الادارية، بالمحكمة العليا، رقم 66960 الصادر في 1990/04/21، المجلة القضائية، الجزائر، العدد الثاني، سنة 1990، ص 158.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي فإنه يسلم هذه السلطة للسلطة التقديرية، كما أنه أعمل نظرية الخطأ الظاهر حتى في بعض الأمور الفنية وترك للإدارة حرية التقدير، لكنه لم يعفيها من المساءلة.

2. قرارات الضبط الخاصة بالإدارة

امتنع القضاء الإداري الفرنسي عن مد رقابته على القرارات الضبط الخاصة بالأجانب إلا فيما يتعلق بالتأكد عن مدى صحة الأسباب التي ادعت بها الإدارة، أو صحة ما قد تنسبه للشخص من أعمال، دون أن تمتد الرقابة إلى تقدير ما إن كانت الأعمال تشكل إخلال بالنظام العام والأمن العام.

وهو ما سار عليه مجلس الدولة المصري والجزائري إلا أن القضاء المصري أقر برقابته على التكييف القانوني الصحيح إلا فيما يتعلق بمنح ومنع تراخيص السفر للخارج.

أما مجلس الدولة الجزائري فقد عمد على عدم بسط رقابته على الأمور الفنية والتقنية والعلمية وهو ما يؤكد القرار رقم 21 أفريل 1990¹ الذي نص على أن القاضي الإداري غير مؤهل لمراقبة ملائمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز مشروع ذي منفعة عامة.

من ثم في النعي على القرار الإداري المطعون فيه بأن صفة المنفعة العامة غير مقدرة في غير محله ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

وتتمثل وقائع القضية في طعن تقدم به فريق (غ) بالبطلان في المقرر الصادر عن والي ولاية البويرة بتاريخ 12/01/1988 الذي قرر نزع الملكية لقطعة أرض تقدر ب 07 هكتارات لصالح البلدية لبناء 500 مسكن.

وقد أثار الطاعنين وجهين للطعن: الأول يتعلق بخرق إجراء نزع الملكية وعدم تبليغهم بإجراءات السابقة واللاحقة لاتخاذ القرار لا من طرف الولاية ولا من المجلس الشعبي البلدي، والثاني يتعلق بأن صفة المنفعة العامة غير محددة وكان بالإمكان تشييد 500 مسكن فوق أرض مجاورة لأرض الطاعنين.

وكرر عن دفع الطاعنين رد وإلى ولاية البويرة بأن اختيار الأرض كان من طرف لجنة تقنية وأن أعضاء المجلس الشعبي البلدي قد استدلو بعدد الطلبات المطروحة لديهم وأخذوا بعين الاعتبار الاحتياجات العائلية وهو ما يبرر وجود القرار المطعون فيه.

وأكد أن مبدأ الاحتياج العائلي لا يعني أن إشباعه بالضرورة بالأرض التي تم اختيارها، وإنما يعني إعادة إسكان الشخص الذي نزع منه أرضه، مما يتعين معه القول أن الطعن غير مؤسس مؤكداً أنه تم تبليغ القرار للجمهور عن طريق الإعلانات، وأضاف أن اختيار القطع محل نزع الملكية فإن القاضي غير مؤهل بمراقبة مدى اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز المشروع ذو منفعة.

وفعلاً صدر القرار بعدم اختصاص القاضي الإداري في رقابته على مدى اختيار الإدارة للأرض محل نزاع الملكية على اعتبار أن عملية الاختيار كانت بناء على دراسة لجنة تقنية، لذا فهو غير مختص برقابة هذه الأمة.

لكن الجدير بالتعقيب أن مجلس الدولة الجزائري قد جانب قراره الصواب وكان له أن يراقب ملائمة تقدير الإدارة كما فعل ويفعل مجلس الدولة الفرنسي في مثل هذه الحالات ولو الاستعانة بالخبراء. فنجد أن مجلس الدولة الجزائري امتنع عن رقابة كل ما هو تقني فني وحتى في مجال نزاع الملكية للمنفعة العامة و بدون تحديد الموضوع، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي امتنع عن بعض المجالات التقنية فقط التي تعتبر اختصاص أصيل لتقدير الإدارة.

ويقول الدكتور فوديل وبيار دلوقوية¹ بأن مسألة تنوع الرقابات، أنها تقتصر على الوجود المادي للوقائع، وأحياناً تمتد إلى التكييف القانوني تعود لسلطة القاضي، إذ أحياناً يذهب بعيداً جداً في تطبيق الرقابة، في حين يكتفي بالحد الأدنى في حالات أخرى، وهذا مرتبط بمدى وجود سلطة إستنسابية التي تتراجع أمامها سلطة القاضي، وهو ما يخضع إلى صيغ النصوص الواجب تفسيرها وطبيعة النشاط المتعلق بها.... إذ هو سيد رقابته.

¹Georges Vedel et (P) Delvolve, Droit administrative, Paris, P.U.F, 1980, p 250.

المبحث الثاني

التطبيقات العملية لبعض مجالات نظرية الخطأ الظاهر في فرنسا ومصر والجزائر وتقييمها

بعد أن تعرضنا لأنواع الرقابة التقليدية التي ظهرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي وكيفية تطورها إذ لم تقتصر رقابته على الوجود المادي للوقائع فحسب، بل امتدت إلى رقابة على التكييف القانوني لها، ونظراً لعدم مواكبة الرقابة السابقة لتحقيق الضمانات الكافية لحقوق الأفراد وأمام التطورات وتعقيد متطلبات الحياة التي تزداد معها حاجة الإنسان للحماية أكثر، وبذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي والمصري والجزائري وكاستثناء على الأصل العام الذي يفرض عدم تجاوز القاضي لرقابته على الوقائع وعلى التكييف فقط وحتى لا يقال أنه أصبح رئيساً للإدارة أصبح بإمكانه مد رقابته إلى تقدير الملائمة أي تناسب بين خطورة القرار والأسباب الدافعة لإصداره.¹

إن دور القاضي الإداري في الصياغة التقليدية كان يقتصر دوره على رقابة المشروعية دون الملائمة²، مما أدى إلى لبس يُظهر وكأن فكرتي الشرعية والملائمة على طرفي نقيض وهذا غير صحيح.

لقد انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض لرقابة القاضي على خطورة السبب وأهمية الوقائع بعد أن كان هذا المجال محظور عليه انطلاقاً من مبدأ هام ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي جعل من القاعدة استثناء وأكد أنه انطلاقاً من مبدأ أسمى وهو مبدأ المشروعية، فإنه يمكن رقابة الملائمة إن كانت شرطاً للمشروعية.

إذ أن الشرعية تقاس بمدى الالتزام بالنص أو قواعد القانون، والملائمة فكرة مادية أو عملية ينظر فيها إلى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة بالنظر إلى ما يحيطه من اعتبارات وظروف. وهو ما أكدّه الفقيه Dubisson³ "الشرعية نقيضها عدم الشرعية، والملائمة نقيضها عدم الملائمة

المطلب الأول

التطبيقات العملية لبعض مجالات نظرية الخطأ الظاهر في فرنسا

سبقت الإشارة إلى أن المجالات التي طبق فيها مجلس الدولة الفرنسي نظرية الخطأ الظاهر أصبحت من الاتساع بمكان، حتى شملت العديد من المجالات، وقد قسم الفقهاء هذه المجالات إلى مجالات تقليدية

¹د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 243. وانظر سليمان محمد الطاوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 55.

²د. محمد حسين عبد العال، الرقابة القضائية علي قرارات الضبط الإداري، مرجع سابق، ص 82.

³ نقلاً عن الدكتور عبد الفتاح عبد البر، بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 26.

وأخرى حديثة، وتعتبر مجالات الوظيفة العامة، والتجميع الزراعي، وتراخيص البناء و الضبط الإداري والمسائل الفنية والعلمية .

وعلى ذلك سوف نعرض لهذا المطلب في أربعة أفرع على النحو التالي:

- الفرع الأول: رقابة الخطأ الظاهر في مجال الوظيفة العامة.
- الفرع الثاني: رقابة الخطأ الظاهر في مجال تراخيص البناء.
- الفرع الثالث: رقابة الخطأ الظاهر في مجال الضبط الإداري.
- الفرع الرابع: رقابة الخطأ الظاهر في مجال القرارات الصادرة في المسائل الفنية والعلمية.

الفرع الأول: رقابة الخطأ الظاهر في مجال الوظيفة العامة

بالرغم من أن نظرية رقابة الخطأ الظاهر طبقت لأول مرة في مجال الوظيفة العامة، إلا أنها لم تكن مع ذلك تتناول سائر المنازعات التي تنشأ في هذا المجال، إذ بقي تأديب الموظفين خارج نطاق تطبيقها حتى عهد قريب نسبياً، وقد كان مجلس الدولة الفرنسي قبل أن يعدل عن مسلكه هذا. يمنح جهة الإدارة في خصوصه سلطة تقديرية واسعة لأسباب سنيينها فيما بعد.

وتطبيقات رقابة الخطأ البين في قرارات الوظيفة العامة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي متعددة، فنجد هذه التطبيقات بداية في التعيين في الوظيفة العامة وشروط الالتحاق بها ثم في الترقية والنقل كما نجدتها في معادلة الوظائف والكادرات، وسوف نوضح كل مجال من هذه المجالات على نحو مستقل كالتالي:

- 1: رقابة الخطأ الظاهر في مجال التعيين في الوظائف العامة.
- 2: رقابة الخطأ الظاهر في مجال الترقية.
- 3: رقابة الخطأ الظاهر في مجال نقل الموظفين وفصلهم.
- 4: رقابة الخطأ الظاهر في مجال معادلة الوظائف و الكادرات.

1: رقابة الخطأ الظاهر في مجال التعيين في الوظائف

يمكن القول أن حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 17 مارس 1965¹، هو الحكم الأول في مجال سلطة الإدارة التقديرية في اختيار وقت التعيين الذي أشار فيه المجلس صراحة إلى فكرة الخطأ الظاهر في التقدير، وتخلص وقائع القضية " في أن جهة الإدارة رفضت إجراء مسابقة لشغل وظيفة طبيب في أحد المستشفيات، فرفعت النقابة الفرعية في تلك المنطقة Notes دعوى تطلب فيها إلغاء قرار مفتش الصحة لعدم إجراءاته المسابقة، فحكمت محكمة Nancy الإدارية بإلغاء القرار المذكور، إلا أن وزير الصحة العامة طعن في

¹د.خالد سيد محمد حامد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية،دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره ، ص 761.

الحكم أمام مجلس الدولة الذي قضى بإلغاء حكم المحكمة الإدارية ورفض الدعوى على أساس أن الإدارة حرة في أن تجري مسابقة لشغل وظيفة عامة أو لا تجريها، وأن تقديرها في هذا الشأن لا يناقش أمام القاضي الإداري إلا إذا شاب ذلك خطأ ظاهر في التقدير، أو انحراف السلطة أو غلط في القانون أو قام على وقائع مادية غير صحيحة.

والملاحظ في الحكم المشار إليه أن المجلس كان بمقدوره أن يكتفي في أسبابه لرفض موضوع الطعن أو أن يشير إلى أن امتناع جهة الإدارة عن إجراء مسابقة للتعين لا ينطوي على قرار سلبي، لكون جهة الإدارة تمارس سلطة تقديرية ولم يثبت في شأنها ثمة انحراف بالسلطة أو غلط في القانون دون الإشارة إلى فكرة الخطأ الظاهر في أسبابه، غير أنه أثر الإشارة إليها في أسبابه السالف بيانها وذلك بغية بسط رقابته على الحالات الأخرى التي تكون فيها قرارات جهة الإدارة مشوبة بخطأ ظاهر في التقدير.

وفي حكمه الصادر في قضية¹ Boyer، راقب المجلس تحديد الإدارة لشروط شغل الوظيفة، وتخلص وقائع هذا الحكم في أن السيد Boyer الذي كان يشغل وظيفة أستاذ بكلية الطب بباريس طعن في القرار الصادر بتعيين السيدة Corre-Hurst وهي أستاذة بكلية الطب، في وظيفة المفتش العام للخدمات الفنية والصحية لمدينة باريس، وقد أقام طعنه استناداً إلى عدم توافر شروط التعيين في شأن المطعون على ترقيتها وأحقيته في شغل هذه الوظيفة، إلا أن مجلس الدولة رفض طلباته تأسيساً على أن تكيف الإدارة لمدى توافر شروط شغل الوظيفة المشار إليها، لم يكن مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير.

كما باشر المجلس رقابته في شأن سلطة الإدارة التقديرية في تقييم الإدارة لكافة المرشحين لشغل الوظيفة العامة بعد النجاح في المسابقة، حيث قضى مثلاً بشرعية قرار المحافظ بعدم تعيين من كان ترتيبه الثاني في امتحان المسابقة التي عقدت لشغل إحدى الوظائف العامة، قائلاً "أنه لم يثبت أن تقدير الإدارة لعدم كفاية نتائج امتحانات الطاعن الأول والتي تبين عدم صلاحيته لشغل الوظيفة المطلوبة يقوم على أساس من الوقائع المادية غير الصحيحة، وأنه مشوب بخطأ ظاهر.

وفي حكمه الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1982 يؤكد قضاءه السابق، حيث يشير في أسباب هذا الحكم إلى أنه ينتج من ملف الدعوى ومن فحص كافة الظروف التي أحاطت بتلك الدعوى عدم وجود دليل على عدم الكفاية المهنية لصاحب الشأن، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه يكون مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير².

¹ د. خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 762.

² د. خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 763.

ويرى الدكتور رمضان بطيخ أن مجلس الدولة الفرنسي باشر بمقتضى هذا الحكم رقابة قصوى، طالما أنه قبل بحث التقدير الشخصي لكافة الظروف التي أحاطت بالقرار المتخذ، ولهذا يقال لتلك الرقابة "الرقابة القصوى للخطأ الظاهر في التقييم المجرد للوقائع".

¹ -Le contrôle maximum de l'erreur manifesté d'appréciation concrète des faits

والمستفاد من قضاء مجلس الدولة الفرنسي المشار إليه أن سلطة الإدارة التقديرية في تحديد شروط شغل الوظائف العامة وفي اختيار المرشحين للتعيين فيما لم يعد أمراً تقديرياً تستقل به الإدارة وإنما أصبح خاضعاً لرقابة الخطأ الظاهر.

ويعبر قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال عن تأكيده لهذه الرقابة في العديد من الأحكام الصادرة في قضايا متصلة بالتعيين ونذكر على سبيل المثال لا الحصر الحالات التالية²:

قضية waginagart الصادر حكم المجلس فيها بجلسة 1977/2/2، المجموعة ص 939، ويتعلق هذا الحكم بتقدير الوزير لمدى شغل الموظفين المتعاقدين لوظائفهم.

قضية Association des ingénieurs des travaux الصادر حكم المجلس فيها بجلسة 1977/10/28، وتصل بتقدير مدى توافر شروط شغل وظيفة كبير المهندسين للمؤسسات العلاجية A.J.D.A 1978، ص 185، G.A 1978، ص 582.

2: رقابة الخطأ الظاهر في مجال الترقية

لم تقف تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي لمضمون فكرة الخطأ الظاهر في مجال الوظيفة العامة في المرحلة الأولى لها على تعادل الوظائف، وإنما وسع المجلس بصورة كبيرة تطبيق فكرة الخطأ الظاهر وأصبح يقبل إمكانية تطبيق الفكرة عندما يتعلق الأمر بما إذا كان الموظف يملك القدرة للحصول على ترقية أي تتوافر بشأنه شروطها.

وأصبحت الترقية تخضع لرقابة الخطأ الظاهر، إذا ما شاب تصرف الإدارة غلط في القانون، أو بني على وقائع غير موجودة، أو شابه انحراف في السلطة، أو كان مبني على خطأ ظاهر.

ويمكن القول بأن حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية³ Maurel في 22 فيفري 1963، هو الحكم الأول الذي أشار في أسبابه لرفض طلبات المدعي في شأن الترقية إلى فكرة الخطأ الظاهر، وفي هذا الحكم

¹ د. رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة، مرجع سبق ذكره، ص 243

² مشار إلى هذه الأحكام بالرجع السابق للدكتور محمود سلامة جبر، هامش ص 341.

³ د. محمود سلامة جبر، مرجع سبق ذكره، ص 338.

طعن السيد Maurel على القرار الصادر بترقية زملائه فيما تضمنه من تخطيه في الترقية، غير أن طلبه هذا رفض تأسيسياً على أن تقدير الإدارة لا يخضع لرقابته إلا إذا شابه خطأ ظاهر إلى جوار العيوب الأخرى التي تشكل القدر الأدنى من الرقابة.

وقد أشار الحكم في أسبابه أن اللجنة المختصة قدّرت أن المدعي لا تتوفر فيه شروط الصلاحية المطلوبة للترقية وفقاً للمادة الرابعة من قانون 14 أبريل 1958، أن تقدير اللجنة لا يمكن مناقشته أمام قاضي تجاوز السلطة، كذلك لا يتضح من الأوراق أن تقدير اللجنة قام على وقائع مادية غير صحيحة أو مشوبة بخطأ ظاهر وإزاء تخلف الشروط الواجبة للحصول على الترقية في جانب المدعي فإنه لا يكون على حق في طلبه بالاستفادة من نص المادة الرابعة من القانون المذكور¹.

ويرى الدكتور محمود سلامة جبر²، "أن مجلس الدولة الفرنسي أرسى في هذا المجال مبدأ هاماً وهو أنه عند إعداد جداول الترقيات فإن من حقه أن يتأكد من أن الدرجة الاستحقاق لكل المقيدّين في هذه الجداول كانت محل دراسة مقارنة فعلية عند إعداد هذه الجداول، ولكن ليس من حقه أن يراقب تقدير الإدارة فيما يتعلق باختبار الموظفين الذين قيّدوا أو لم يقيّدوا بالجداول ما دام أن هذا التقدير لم يقم على وقائع مادية غير صحيحة ولم يكن مشوباً بغلط في القانون أو غلط بين في التقدير".

وفي حكمه الصادر في 12 فيفري 1971 في قضية³ Dubois et autres أكد المجلس قضاءه السابق، فقد طلب المدعون في هذا الحكم إلغاء قرار وزير الاقتصاد والمالية الصادر في 12 ديسمبر 1964 المتضمن إعداد جداول الترقيات الخاصة بدرجة مدير الإقليم المساعد للضرائب.

وكان المدعي قد أدرج في جدول الترقيات على درجة مفتش رئيسي للضرائب، وعند شغله لوظيفته الجديدة تم نقله إلى مقاطعة أخرى فطلب إرجاع النقل بسبب ظروفه العائلية، فقام وزير الاقتصاد بشطبه من جدول الترقيات وقد رفض مجلس الدولة الطعن مستنداً في حكمه إلى عدم وقوع خطأ ظاهر في تقدير المصلحة المرفق ونقل الطاعن.

وهذا الحكم يبسط رقابة مجلس الدولة على قرارات الإدارة بشأن الترقيات سواء تعلق ذلك بإدراج الموظفين في جداول الترقية أو استبعادهم منها، وكذلك قرارات سحب الترقية، وأن من حق القاضي الإداري أن يراقب تكييف الإدارة في هذه الحالات ليتأكد من أن هذا يقوم على خطأ ظاهر ومن شأن ذلك مد رقابة مجلس الدولة إلى مجال جديد طالما انحصرت عنه رقابته، وذلك استناداً إلى أن الإدارة تتمتع

1. خالد سيد محمد حاد، المرجع السابق، ص 765.

2. محمود سلامة جبر، نظرية الغلط البين، مرجع سبق ذكره، ص 339.

3. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 339.

بسلطة تقديرية في هذا الشأن تقوم على وجوب استقلالها بترتيب شؤون موظفيها، فإزاء مجلس الدولة ليضع على هذه السلطة التقديرية قيلاً جديداً قوامه ألا يكون تكييف الإدارة بشأن قراراتها الصادرة في هذا الخصوص مشوباً بخطأ ظاهر.

وقد توسع المجلس في استعمال فكرة الخطأ الظاهر في نطاق الوظيفة العامة إلى الحد الذي ذهب فيه، إلى أن الإدارة عندما لا تجدد عقداً لموظف متعاقد تخضع لرقابة القضاء الإداري إذا كان عدم التجديد قائماً على خطأ ظاهر في التقدير.¹

3: رقابة الخطأ الظاهر في مجال نقل الموظفين وفصلهم

لم تكن قرارات نقل الموظفين وعزلهم وإحالتهم على الاستيداع والتعويض عن الضرر الناتج عن هذه القرارات بمنأى عن رقابة الخطأ الظاهر، فقد ناقش مجلس الدولة الفرنسي أسباب القرار المشوب بخطأ ظاهر في التكييف.

يعتبر قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 26 أفريل 1967 في قضية Paix²، تطبيقاً واضحاً لرقابة الخطأ الظاهر في مجال النقل الوظيفي، وفي هذه القضية طلب المدعي وهو ضابط بالبحرية أولاً: إلغاء المرسوم الصادر بإحالتة للاستيداع بالتطبيق لأحكام قانون الصادر في 19 ماي 1834، وثانياً: بوضعه في كادر القسم الثاني للضباط العاملين بالبحرية اعتباراً من أول أفريل 1963.³

وجاء بقرار المجلس بعد أن عرف الإحالة للاستيداع في قانون 1934، أنه في مجال ترتيب الحكومة للوظائف فإن مجلس الدولة لا يراقب أسباب إحالة الضباط للاستيداع إلا في حالة قيام غلط في القانون أو انحراف بالسلطة أو خطأ ظاهر في التقدير أو عندما تقوم الأسباب على وقائع مادية غير صحيحة، وهو غير متحقق في الطلب الأول، أما فيما يتعلق بالطلب الثاني فإن المرسوم الصادر بوضع المدعي في كوادر الضباط العاملين بالبحرية فقد صدر عقب إجراء غير صحيح، مما يجعله حقيقياً بالإلغاء وقد حكم المجلس برفض الطلب الأول للمدعي وبقبول الطلب الثاني وإلغاء المرسوم الصادر في مارس 1963.

وفي شأن رقابة المجلس على قرارات الإحالة للاستيداع باستخدام رقابة الخطأ الظاهر في التقدير أصدر المجلس قرار في 17 جانفي 1973 في قضية Gazelles⁴ والتي تخلص وقائعها في أن المدعي وهو معاون السكرتير العام لمدينة Rennes أقام دعواه أمام محكمة Rennes الإدارية طالباً بإلغاء القرار الصادر من عمدة المدينة بعزله من وظيفته، فرفضت المحكمة الإدارية طلبه، فطعن في حكمها أمام مجلس الدولة الذي رفض

¹ د. خالد سيد محمد حامد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، مرجع سبق ذكره، ص 766.

² د. محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، مرجع سابق ص 342.

³ د. محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، مرجع سابق ص 342.

⁴ د. خالد سيد محمد حامد، مرجع سابق، ص 767.

الطعن وقرر أن عزل المدعي يرجع إلى ما ارتكبه من أخطاء وظيفية تبرر القرار الصادر بالعزل، وأنه لا يتضح من الأوراق أن قرار العزل يقوم على وقائع مادية غير صحيحة أو أنه مشوب بخطأ ظاهر في تقدير تأديهم وعزلهم.

وفي ذلك المعنى ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 26 فيفري 1982 في قضية ¹ Bailet وتخلص وقائع هذه القضية في أن المدعي يشغل وظيفة السكرتير العام للدفاع الوطني، صدر مرسوم بإنهاء خدمته لما نسب إليه من أخطاء تأديبية فأقام دعوى أمام مجلس الدولة لإلغاء هذا المرسوم فرفض مجلس الدولة الدعوى وقرر أنه نظراً لطبيعة الوظيفة التي يشغلها المدعي فإن الحكومة تملك في حالة عدم ارتكابها لأي خطأ إنهاء خدمة المدعي، ولا يتضح من أوراق الدعوى أن المرسوم المطعون فيه مشوب بخطأ ظاهر في التقدير أو غلط في القانون أو انحراف السلطة، وأن ملائمة إصدار المرسوم لا يمكن مناقشتها أمام مجلس الدولة، وقد ألغى المجلس حكماً لإحدى المحاكم الإدارية وقراراً إدارياً بعزل المدعي من وظيفته ووقف الحق في صرف المعاش لوجود خطأ ظاهر في التقدير.

ومن أحكام المجلس في مجال التعويض عن قرارات الفصل في حكمه الصادر في 27 فيفري 1970 في قضية السيد Sieur Antent السابق الإشارة إليه، وكذلك حكمه الصادر في قضية Martin في 23 أبريل 1975 وفي هذه القضية رفض المجلس الطعن المرفوع من المدعي عن الحكم الصادر من محكمة Dijon الإدارية بالقضاء له عن تعويض قدره خمسة آلاف فرنك فرنسي وذلك عن فصله من وظيفته كسكرتير لعمدة المقاطعة وقرر المجلس أن قرار الفصل لم يكن مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير.

وفي مجال فصل الموظفين ذهب المجلس في قضية Barre إلى رفض إلغاء القرار الصادر من مدير المركز القومي للفن والثقافة جورج بومبيد بفصل أحد الموظفين لارتكابه أخطاء وظيفية لصدور قرار المدير غير مشوب بخطأ ظاهر في التقدير.²

وفي مجال الفصل مع الحرمان من المعاش ألغى مجلس الدولة بموجب حكمه الصادر في قضية 4 ماي 1983، قرار وزير الاقتصاد بفصل أحد الموظفين مع حرمانه من حقوقه في المعاش لإفشائه سراً من أسرار وظيفته وذلك لصدور قرار الوزير مشوب بخطأ ظاهر في التقدير.

4: رقابة الخطأ الظاهر في مجال معادلة الوظائف والكادرات

قد وسع المجلس رقابته إلى مجال معادلة الوظائف بحيث لم تعد قاصرة على رقابة التعادل بين الوظائف، وإنما طبقها في مجال التعادل بين كادرين للموظفين وفحص التشابه بينهما.

¹ د. خالد سيد محمد حامد، مرجع سابق، ص 768.

² C.E.30 Sep 1983, Barre, Rec, p 394.

قد يترتب على إعادة تنظيم مرفق من المرافق قيام السلطة المختصة بإلغاء بعض الوظائف وإصدار قرارات فصل لبعض الموظفين، غير أن المشرع غالباً ما ينص في مثل هذه الحالات على عدم إجراء الفصل إلا في حالة عدم وجود وظيفة بالمرفق معادلة للوظيفة الملغاة.

وخير مثال على ذلك نص المادة 134 من قانون التوظيف الصادر سنة 1946 تقضي بأنه " لا يجوز فصل الموظفين الشاغلين لوظائف دائمة، إلا بمقتضى قوانين خاصة بالاستبعاد من الكوادر. وطبقاً لهذه المادة صدر قانون 3 سبتمبر 1947 ونص على الشروط التي بمقتضاها يتم استبعاد موظفي الدولة من الكوادر وقد منح هذا القانون الرئيس الإداري قدراً كبيراً من الحرية في تقدير التعادل بين الوظائف، وقد ردد قانون الموظفين الصادر عام 1956 الحكم نفسه في نص المادة 2/51 ذلك فإن المادة 84 من قانون 28 أبريل 1952 بشأن موظفي البلديات قد أوردت حكماً مماثلاً حين نصت على أن يحصل الموظفون أصحاب الدرجات ممن ألغيت وظائفهم وتقرر إلحاقهم بوظائف معادلة، على تعويض على أساس يوازي شهراً من المرتب عن كل سنة من سنوات الخدمة.. الخ

وقد كان النهج الذي يسير عليه مجلس الدولة في قضائه يطلق يد جهة الإدارة في مجال معادلة الوظائف وهو ما أوضحه حكمه في قضية Mèlamède الذي بموجبه أنه لا يملك سلطة مراجعة التقدير الواقع على التعادل بين الوظائف.

غير أن هذا المسلك الذي كان يسير عليه مجلس الدولة الفرنسي أدى إلى نتائج شاذة من شأنها حرمان الموظفين من ضمانات تجاه إجراءات إدارية خطيرة، لذلك احتفظ المجلس لنفسه بحق الرقابة على هذه التقديرات في حالة التفاوت الخطير للغاية في التعادل أو التكافؤ، وتعتبر تعادلات التكافؤ نقطة الانطلاق التي أقام عليها مجلس الدولة رقابته للخطأ الظاهر عندما بدأ يمارس رقابته على تكييف الوقائع في الحالات التي كان يمتنع فيها عن ممارسة تلك الرقابة.

لقد قامت فكرة الخطأ الظاهر بدور فعال في هذا الجانب، فعند انتهاء الحرب العالمية الثانية واستقلال الدول التي كانت تحت الاستعمار الفرنسي، اتجه المشرع الفرنسي في قانون 195 لسنة 1946 الصادر في 15 فبراير 1946 والقانون رقم 186 لسنة 1946 الصادر في 03 سبتمبر 1947 وقانون موظفي البلديات الصادر في 28 أبريل 1902، وتلتها عدة قوانين أخرى إلى إعادة اندماج الموظفين في كوادر جديدة تأخذ في الاعتبار الكوادر القديمة حتى يثور العمل بالمقارنة والقياس بينها وبحث التعادل والتكافؤ بين الوظائف المقررة في نطاقها، وهذا التنظيم الجديد كان يترك للوزراء المختصين حرية تقدير التوافق المفروض من المشرع.

ونظراً لأهمية هذه القرارات بالنسبة للموظف العمومي وتدخل العمليات والسرعة التي كان يجب إتباعها، من شأنه أن يؤدي إلى أخطاء كثيرة لا يكفي لمواجهتها استخدام رقابة الخطأ في القانون وأصبحت نظرية الخطأ الظاهر أمراً محتوماً ومفيداً وضرورياً.

أولاً: رقابة الخطأ الظاهر بشأن تعادل الوظائف

لقد كانت القاعدة المطبقة أن رقابة الإدارة لتعادل الوظائف غير خاضع لرقابة مجلس الدولة وهو غير قابل للمناقشة أمامه.

ويعتبر حكم *mélaméda* الصادر من مجلس الدولة في 17 أبريل 1951 تطبيقاً لهذا الاتجاه، وتتلخص وقائع القضية أن السيد *mélaméda* شغل عديداً من الوظائف الحكومية في حكومة فرنسا الحرة حتى وصل إلى وظيفة مفتش عام للاقتصاد الوطني، ثم استقال من وظيفته وعدل عن هذه الاستقالة، فصدر قرار بتعيينه في وظيفة أخرى اعتبرها غير معادلة لوظيفته فرفع دعوى أمام المجلس، إلا أن المجلس قضى برفض دعواه على أساس أنه لا يراقب الإدارة في تقديرها لمعادلة الوظائف، واعتبره حق للوزير المختص وغير قابل للنقاش من طرفه.

وقد انتقد الفقه هذا الحكم لأسباب نظرية وعملية، فمن الناحية النظرية اعتبره الفقه أنه يقرر تنازل للقاضي الإداري عن رقابة تجاوز السلطة عن ممارسة رقابة أخرى غير الخطأ الظاهر في القانون والوقائع المادية غير الصحيحة وانحراف السلطة في مجال يخرج عن نطاق السلطة التقديرية للإدارة.

وعملياً فإن رفض الرقابة كما هو واضح من الحكم، يحرم أصحاب الشأن من ضمانات جديدة تتعلق غالباً بإجراءات خطيرة مثل حالة الفصل. وهي حالة تهرب فيها الإدارة من التزامات بحجة حرية التقدير، ومن جهة أخرى فإنه كان انعدام الرقابة هو المبدأ فالقاضي يحتفظ لنفسه مع ذلك بالرقابة على الاختلال الظاهر للتعادل أو التكافؤ، وهذه المرونة هي من نوع الذي يقره حكم *Lagrange* بقوله "أنه إذا كان تقدير العمدة لم يكن كقاعدة عامة قابلاً للمناقشة أمام مجلس الدولة فإن هذا الأمر يختلف في حالة انعدام الظاهر للتعادل أو التكافؤ".

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي في حكم *Denizet*¹ السابق الإشارة إليه²، إذ كان يوجد في وزارة فرنسا فيما وراء البحار وظيفه معادلة لوظيفة مدير الهند الصينية.

¹د. محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، مرجع سابق ص 228.
²انظر الإشارة إلى هذا الحكم وتفصيله عند تطرقنا في الفصل الأول المبحث الأول الفرع الثاني نشأة الخطأ الظاهر المرحلة الأولى.

ولقد قام مجلس الدولة الفرنسي بعدة محاولات لممارسة رقابته على التعادل الوظيفي تمثلت في حكم الصادر في 03 جويلية 1959 في قضية Gouet الذي سمح برقابة التعادل الذي يقوم به العمدة في إطار تطبيق المادة 84 من قانون 28 أفريل 1952 إلا أنه لم يتضمن تخلياً أو تركيماً عاماً لقضاء *mélaméda* وتلخص وقائع الدعوى أن مديراً بوزارة فرنسا فيما وراء البحار، أقام دعوى أمام مجلس الدولة طالباً بإلغاء القرار الضمني بالرفض المتمثل في سكوت وزير فرنسا فيما وراء البحار عن الرد على طلبه في إعادة النظر في وظيفته التي شغلها بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1955 وذلك لتجاوز السلطة، وقد رفض المجلس الدعوى وقرر "أنه لا يظهر تقدير توافر القيمة المهنية للمدعى وكذلك شغله لوظائف فنية سابقة لا يقوم على وقائع غير صحيحة ولا يمكن مناقشته أمام قاضي تجاوز السلطة" ومهما يكن من أمر فإن القضاء قد استقر منذ حكم *mélaméda* على أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية "تعادلات الوظائف" المنصوص عليها غالباً في موضوع الوظيفة العامة.

تعتبر قضية Lagrange عام 1961 نقلة نوعية بقضاء مجلس الدولة ويقرر "أنه لم يكن هناك انعدام ظاهر للتعادل بين وظائف حارس للحقول وعامل صيانة" واعتبر بداية لمولد عنصر جديد من عناصر الرقابة القضائية وهو الخطأ الظاهر في تكييف الوقائع وتقديرها".

وهو اللبنة الأولى التي شيدها مجلس الدولة الفرنسي لتشييد هذا البناء الجديد¹ وإذا كان حكم *mélaméda* قد قرر حق الإدارة في تقدير تعادل الوظائف دون تعقيب وغير قابل للمناقشة من طرف المجلس إلا أن حكم Lagrange قد أورد استثناء على ممارسة هذا الحق وهو أن لا يكون هذا التقدير مبنياً على عدم تعادل ظاهر².

وتلخص وقائع قضية Lagrange في أن المدعي كان يعمل حارساً للحقول، إلا أنه صدر قانون بإلغاء ذلك النوع من الوظائف فعرضت عليه البلدية وظيفة عامل صيانة طرق فرفضها وطلب بحقه في التعويض استناداً إلى نص المادة 84 من قانون 28 أفريل 1952 الخاصة بنظام مستخدمي القرى والمؤسسات العامة، التي تقرر أن الموظفين الأصليين الذين ألغيت وظائفهم ولا يمكن أن يشغلوا وظائف معادلة لها، يكون من حقهم إذا لم تتوفر فيهم في تاريخ الفصل الشروط المطلوبة للانتفاع بمعاش مناسب أو الانتفاع بتعويض بمبالغ إجمالي، إذا رفضت البلدية طلبه لرفض العمل في الوظيفة التي عرضت عليه، وبالتالي فلا يلتزم بالتعويض المنصوص عليه في المادة 84 المذكورة فرجع دعوة أمام محكمة *limoges* الإدارية طالباً بإلغاء قرار البلدية فرفضت المحكمة دعواه، فقام بالطعن في الحكم الابتدائي أمام مجلس الدولة والذي قضى بتأييد الحكم

¹ د. محمود سلامة جبر، نظرية الغلط البين، مرجع سابق ص 328.

² د. محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،

الابتدائي على أساس أنه" يدخل في اختصاص عمدة القرية في حال عدم وجود أحكام تشريعية أو لائحية تناول تحديد التعادل بين وظائف البلدية في تطبيق المادة 84 المشار إليها، أن يقدر بين ما إذا كان بين الوظائف الخالية من وظائف معادلة لتلك التي قرر إلغاؤها بمعرفة المجلس البلدي والتي كان يجوز إلحاق أصحاب الوظائف الملغاة بها، وعليه فإن هذا التقدير غير قابل للنقاش أمام القاضي الإداري إلا في حالة عدم تعادل الظاهر".

ثانيا: رقابة الخطأ الظاهر بشأن التعادل بين الكادرات

لقد وسع مجلس الدولة في مجال معادلة الوظائف بحيث لم تعد قاصرة على رقابة التعادل بين الوظائف، وإنما طبقها في مجال التعادل بين كادرين للموظفين وفحص التشابه بينهما، ومن أمثلة ذلك الحكم الصادر في 1961/05/17 في قضية¹ Cavaignac والتي نتلخص وقائعها في" أن المدعية طلبت إلغاء الحكم الصادر عن محكمة باريس الإدارية لرفض طلبها إلغاء القرار الضمني لوزير المالية بشأن تعيينها في سكرتارية الإدارة العامة. وقد رفض مجلس الدولة الطعن على أساس عدم رقبته في تقدير الإدارة لتوافر الشروط الواردة في المادة 03 من المرسوم 1955/10/19 بشأن التعادل بين كادر موظفي الإدارة، إلا إذا كان متسما بعدم التعادل الظاهر بينهما، ثم تأيد ذلك في حكم المجلس الصادر في قضية Gayrard وقد رفض المجلس الدعوى مقررًا أن التقدير الذي قامت به الإدارة لا يخضع للحد الأدنى للرقابة كما أثبت أنه بإجراء مطابقة بين كادر الوكالة الاقتصادية لفرنسا لما وراء البحار وكادر مفتش الاتصالات السلكية لا يكون هناك خطأ ظاهري في التقدير يبرر إلغاء القرار قضائياً².

وعلى ذلك يمكن القول أن مجلس الدولة طبق فكرة الخطأ الظاهر في مجال التعادل بين الوظائف والتعادل بين الكادرات واستطاع أن يضع تحديدا لهذه الفكرة في مجال الوظيفة العامة والتي كانت تخلو من أي تحديدا لها.

الفرع الثاني: رقابة الخطأ البين في مجال تراخيص البناء

أخذ مجلس الدولة بفكرة الخطأ الظاهر في رقابة علي قرارات الصادرة في شأن تراخيص البناء وحماية المواقع وتنظيم شغل الأماكن.

¹ د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 336.

² د. خالد السيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، مرجع سابق، ص 778.

شهد قضاء مجلس الدولة الفرنسي تطوراً ملموساً في قضاائه بشأن القرارات الصادرة بشأن تنظيم أعمال البناء، فقد بدأت رقابته بصورة تقليدية على تراخيص البناء، حيث راقب المجلس في أول الأمر الوجود المادي للوقائع والخطأ في القانون والانحراف بالسلطة، ثم تلي ذلك بسطه رقابته على التكييف القانوني للوقائع، ثم تلي هذا التطور ظهور رقابة الخطأ الظاهر في مجال تراخيص البناء، والتي يؤرخ لها اعتبار من تاريخ صدور حكم Planty¹.

وسوف نبين فيما يلي ما شهدته قضاء مجلس الدولة من تطور في رقابته في هذا المجال، والذي يشمل كل ما يتصل بتنظيم أعمال البناء والهدم وتخطيط وتقسيم الأراضي، وإنشاء وحماية المواقع وشغل المناطق والدومين العام البحري.

ففي ظل رقابته التقليدية مارس مجلس الدولة رقابة محدودة على أسباب القرار المدعى به لمعرفة ما إذا كان يشكل مخالفة في مفهوم قانون التنظيم وفقاً للتعداد الحصري للمخالفات أم لا، حيث تضمن قانون التنظيم الصادر في عام 1943 النص على مخالفات معينة لخطوط التنظيم وناط بالإدارة سلطة تقدير قيام المخالفات .

وقد تطور قضاء مجلس الدولة نحو تقليص سلطة الإدارة التقديرية في هذا المجال والحد منها برقابته للخطأ الظاهر في التقدير، وقد أصدر المجلس العديد من الأحكام في هذا الشأن تضمنت تطبيقاً واضحاً لنظرية الخطأ الظاهر، ولعل حكمه الصادر في قضية Planty يعتبر من أوائل الأحكام الصادرة في هذا المجال، ولأهميته سوف نتعرض له بشيء من التفصيل.

1. قضية Planty et autres² وتتلخص وقائع القضية في أن المدعون أقاموا طعناً على قرار المدير بالترخيص بالهدم ووفقاً لنص المادة 22 من الأمر الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 1945 كما يتمتع المدير بسلطة تقديرية في قبول أو رفض الترخيص بهدم المباني السكنية، وقد أخضع الترخيص بالهدم لشرط إقامة مسطح من المباني يتعادل مع المباني المرخص بها، وقرر المجلس "أنه لم يتضح من الأوراق أن قرار المدير بشأن إصدار الترخيص بالهدم يقوم على وقائع مادية غير صحيحة أو غلط في القانون كما أن تقدير المدير لم يقع على خطأ بين في التقدير".

وقد رفض المجلس الطعن مقررًا "أن التقدير الذي أقام عليه المدير قراره لا يمكن مناقشته ولا يكون على واقعة مادية غير صحيحة وغير مشوب بخطأ ظاهر أو انحراف السلطة".

د1. محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوي الإلغاء، المرجع السابق، ص 350.

د2. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، مرجع سابق ص 780.

ويرى بعض الفقهاء ومنهم الدكتور محمود سلامة جبر¹ أن حكم Planty قد أدى إلى تحول تام في رقابة مجلس الدولة في هذا المجال، في أن سلطة المدير في قبول أو رفض الترخيص سلطة تقديرية، وباستعمال رقابة الخطأ الظاهر لم يعد كذلك إذ يتعين على القاضي في ظل الشروط التي تطرحها خطة التنظيم، أن يراقب قيام الخطأ الظاهر الواقع في تقدير هذه الشروط من أجل القيام برقابة قضائية حقيقية ولا سبيل إلى ذلك إلا إذا انحصر عمله في الرقابة الأدنى، وهو ما ذهب إليه M. Baudouin مفوض الحكومة في هذه الدعوى.

وفي مجال تراخيص البناء فإنه من المقرر وفقاً للأحكام المرسوم الصادر في 31 ديسمبر 1958 أنه "يجوز رفض رخصة البناء إذا كان من شأن المشروع أو بناء الاعتداء على الطابع المميز للأماكن المجاورة، وقد كان المقرر عليه أن تقدير قيام الأضرار بالأماكن المجاورة كان أمراً تقديرياً متروكاً لتقدير المدير يستقل به، إلا أن مجلس الدولة مدّ رقابة الخطأ الظاهر على هذا التقدير في حكمه الصادر في قضية Société Du lotissement de la Blaga de Pamblonne² والتي تتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة المذكورة أقامت دعوى أمام المحكمة الإدارية لإلغاء قرار وزير السكن الصادر بحسب الترخيص لها ببناء ثلاث عمارات على شاطئ البحر الأبيض بالقرب من مدينة نيس، فرفضت المحكمة الإدارية الدعوى على أساس نص المادة الأولى من المرسوم الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1958 التي تجيز رفض رخصة البناء إذا كان من شأن المشروع الاعتداء على طابع الأماكن المجاورة، فطعن في حكمها أمام مجلس الدولة طالبة إلغاء الحكم وقرار وزير السكن المطعون فيه، وقد ذهب مجلس الدولة في هذه القضية إلى أن قرار المحافظ بالتصريح بالبناء يجب لكي يكون سليماً، أن لا يكون مستند على وقائع مادية غير صحيحة، ولا على خطأ في القانون، ولا على خطأ ظاهر في التقدير.

وقد انتهى المجلس إلى أن القرار المذكور قد ارتكب خطأ ظاهراً في التقدير طابع الأماكن المجاورة وحكم برفض الدعوى المرفوعة من الشركة وتأييد حكم المحكمة الإدارية بنيس، القاضي برفض دعوى الإلغاء قرار وزير السكن الذي سحب تراخيص البناء المخالفة التي أصدرها المحافظ وقرر المجلس:

"du caractère des lieux avoisinant. Préfet Du var a commis Une erreur manifesté dans L'appréciation Le"

وعلى ذلك وبموجب هذا الحكم أصبح القرار الصادر بالترخيص بالبناء والذي يتضمن تقدير مدى ما يلحقه البناء من ضرر بالأماكن المجاورة خاضعاً لرقابة الخطأ الظاهر ولم يعد أمراً تقديرياً يستقل به المدير، وهو ما يعني التقليل من سلطة الإدارة التقديرية في هذا المجال.

¹د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 349.

²د. خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 781.

وعلى الرغم من أن مرافعة مفوض الحكومة Vaught انصرف أغلبها إلى جواز سحب القرار الإداري في هذه الحالة وإلى مناقشة الموضوع، إلا أنه أشار أيضاً إلى الخطأ الظاهر حين قال مخاطباً مجلس الدولة قائلاً "في الواقع إذا كانت رقابتكم لا تمارس من حيث المبدأ في حالة تخلف الضرر الواقع على الأماكن عند الموافقة على تراخيص البناء، فإنها تنصب على الأقل على الوقائع المادية غير الصحيحة والخطأ في القانون وانحراف السلطة والخطأ الظاهر". وأن فكرة الخطأ الظاهر قد اتسع مجال تطبيقها شيئاً فشيئاً، وهكذا أصبحت سلطة المدير التقديرية خاضعة لرقابة الخطأ الظاهر وهو تطور في رقابة مجلس الدولة في هذا النوع من المنازعات.

ويكفي للوقوف على ملامح التطور التي أحدثته رقابة الخطأ الظاهر في التقدير مقارنة رقابة مجلس الدولة على التكييف القانوني للوقائع في حكمه الصادر في قضية ¹ Gomel السابق الإشارة إليها²، ويتعلق برفض التراخيص بالبناء لقيام الاعتداء على منظر أثري كان سلطة الإدارة مقيدة استناداً إلى نص المادة 18 من قانون 19 جوان 1911 حيث لا تستطيع رفض الترخيص إلا إذا تحقق الاعتداء على المناظر الأثرية بالمعنى الذي يقصده النص، فهذا الشرط وإن قرره القانون، إلا أن التحقيق منه يتوقف على ظروف واقعية معينة أخضع المجلس تقديراً قيامها لرقابته.

أما في حكم Pampelonne فقد كما أمام منح للترخيص أي أمام سلطة تقديرية ومع ذلك مارس مجلس الدولة رقابته على ملائمة الإجراء المتخذ وتقدير الأسباب الواقعية وتبريرها للقرار، على الرغم من قيام القيد السابق في حالة الرفض وفقاً لنص المادة الأولى من المرسوم 31 ديسمبر 1953 التي تجير رفض الترخيص في حالة الاعتداء على طابع الأماكن المجاورة على ما سبق بيانه.

وهو ما أكده الدكتور محمود سلامة جبر: "أن هذه المقارنة إلى تقدير القاضي الإداري يراقب تقدير الإدارة في حالتها الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية غاية ما هناك أنه لا يجازي في الحالة الأخيرة إلا على الخطأ في التقدير"³ وإذا كان مجلس الدولة قد باشر هذه الرقابة في حالة الاختصاص المقيد في حكم Gomel فإنه قد مدها إلى حالات السلطة التقديرية عن طريق الخطأ الظاهر في التقدير على ما أوضحه الحكم Pampelonne.

وقد استخدم مجلس الدولة فكرة الخطأ الظاهر من أجل تحديد فكرة طابع الأضرار بالأماكن المجاورة Atteinte au Caractère des lieux avoisinants والذي تقصده المادة 21 من النظام القومي للتنظيم الصادر في سنة 1961 أو بواسطة سلطة المخالفة المتروكة لتقدير الإدارة حيث تمنحها النصوص سلطة تقديرية واسعة

¹ د. محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص 352.
² انظر تفاصيل القضية في الفصل الأول، البحث الثاني، الفرع الثالث، عند تطرقنا إلى موقف القضاء المقارن من الرقابة على التكييف القانوني للوقائع.
³ د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق ص 358.

في هذا المجال. وعلى ذلك قام القاضي الإداري بتقرير هذه الأفكار إلى رقابته فهولاً يرفض فحص التقدير المحجوز للإدارة في الحالات التوافق فيها على الرخصة ويقدران إنشاء المشروع لا يتضمن ضرراً على الأماكن المجاورة.

وعلى العكس فهو يعتبر أن الأضرار بالأماكن المجاورة يكون شرطاً قانوناً لرفض الترخيص، وهو ما قضى به في حكمة الصادر بتاريخ 29 مارس 1968 في قضية

Société Du Lotissement de la Plage de pampelonne السابقة الذكر ومن أمثلة الأحكام التي صدرت في هذا المجال، حكم المجلس الذي أعلن فيه أن المحافظ قد ارتكب خطأً بيناً في تقييمه لشروط السلامة Condition de salibrite الواجب مراعاتها قانوناً في تشييد البناء وموضوع الرخصة الممنوحة.

كما أعلن في حكم آخر أن المحافظ الذي منح رخصة البناء، يرتكب خطأً ظاهر في التكيف للشروط التي تتطلبها المادة الثانية من المرسوم 30 نوفمبر 1961 والتي تنص على جواز منح رخصة البناء إذا كانت الإنشاءات المزمع إقامتها ليست من طبيعتها أن تسبب اعتداء على الصحة أو الأمن العام، إضافة إلى ذلك فإن قضاة مجلس الإدارة في 13 ديسمبر 1976 في قضية Association Les Groix¹ يعد تطبيقاً لهذا الاتجاه، ففي هذه القضية طالبت الجمعية المذكورة إلغاء حكم محكمة Rennes الإدارية برفض طلب الذي تقدمت به لإلغاء قرار مدير المنطقة Morbihan بمنح ترخيص إنشاء للشركة المدنية العقارية Groix vacances وقد رفض المجلس الطعن مقررماً أنه يتضح من معاينة الموقع التي قام بها نائب القسم القضائي في حضور الأطراف وممثل الإدارة، أن العقار المزمع إنشاؤه ليس من شأنه الإضرار بالمناظر الطبيعية أو مصالح وطابع الأماكن المجاورة، ولذا فإن تقدير المدير في هذه الحالة ليس مشوباً بخطأً ظاهر.

وكذلك حكمه الصادر في 05 ماي 1976 في قضية جمعية S.O.S Monfymery حيث قرر المجلس أن المدير في منحه الرخصة لتسعة عشر منزلاً لم يرتكب خطأً ظاهر في تقدير الاعتداء الواقع على طابع الأماكن المجاورة التي تبين أنها عديدة وحديثة.

وهو ما قرره المجلس أيضاً في حكمه الصادر في 20 جانفي 1982 في قضية Epoix Le Corre² وذلك في مجال تطبيقه لشروط المادة 111 من مجموعة التنظيم بعد تعديلها بالمرسوم رقم 1977/755 الصادر في 7 جوان 1977، وفي هذه القضية ألغت المحكمة الإدارية قرار المدير بالموافقة على رخصة إنشاء مؤسسة تجارية بالقرب من منطقة جمركية وذلك على أساس مخالفة نص المادة 26 من مرسوم 31 ديسمبر 1958، وقد رأى المجلس أن المبنى المزمع إنشاؤه بحسب طبيعته أو إعداده يكون غير ملائم مع تخصيص المنطقة للأنشطة

¹ د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقليدية، مرجع سابق، ص 784.

² د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 353.

الجزئية، وقرر المجلس أنه لا يتضح من الأوراق أن تقدير المدير لم يكن مشوباً بخطأ ظاهر إذا كان المشروع من شأنه أن يتضمن ضرراً طابعاً أو مصلحة الأماكن المجاورة، وأن هذا الطابع أو تلك المصلحة لا يكون منطوياً على تهديد المشروع ولا يكون قائماً على خطأ بين ظروف الحالة وقد ألغى المجلس حكم المحكمة الإدارية لأسباب المتقدمة¹.

وقد استقر القضاء على أنه لا يمكن التمسك بمخالفة نص المادة الثانية من اللائحة القومية للتنظيم الخاصة بتحديد الميعاد الذي يجب على الإدارة بحث الترخيص فيه باستثناء حالة الخطأ الظاهر.

ولا شك في أن هذه التطبيقات المتعددة لا يستطيع القاضي الإداري أن يستند في قضائه إلى النظرية التقليدية للسلطة التقديرية للإدارة، لأن تقدير مدى الضرر الواقع على الأماكن المجاورة يخرج عن حدود رقابته، غير أن هذا التقدير أصبح خاضعاً للرقابة بمقتضى نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

كما طبق مجلس الدولة المبادئ المتقدمة في حالة تراخيص البناء الضمنية، فن المقرر وفقاً لأحكام مرسوم 30 نوفمبر 1961 أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في قيام وصف الخطورة للبناء على الصحة العامة والأمن العام، وبالتالي تملك رفض الترخيص أو منحه بشروط معينة هو أنه في حالة عدم إخطار الإدارة لصاحب الشأن بالموافقة على الترخيص أو رفضه خلال شهر فإنه يفترض موافقة الإدارة عليها ضمناً.

وقد راقب مجلس الدولة السلطة التقديرية للمدير في تقدير قيام الخطورة على الأمن العام، والصحة العامة، حيث لا تتجاوز الإدارة أو تنحرف في استعمال هذه السلطة وذلك بإخضاع هذا التقدير لرقابة الخطأ الظاهر مستهدفاً بذلك توفير حماية متزايدة للأفراد الذين يمكن أن يلحق الترخيص الضمني الناتج عن سكوت الإدارة، وعدم السرد خلال المدة المذكورة إضراراً بهم².

ومن تطبيقات مجلس الدولة في هذا المجال حكمه الصادر في قضية Boza التي رفعت دعواها أمام محكمة Lyon الإدارية طالبة إلغاء القرار الضمني لمدير المقاطعة بمنح المدعو Champuermeil رخصة لبناء عقار لاستخدامه إسطبلاً للخليل، فرفضت المحكمة الإدارية الدعوى، وطعنت في حكمها أمام مجلس الدولة الذي رفض الطعن نلخو تقدير الإدارة لقيام حالة الخطورة على الأمن العام والصحة العامة ومن عيب الخطأ الظاهر.

وقد تصدى المجلس بهذه الرقابة للتقدير الضمني للإدارة في تحقيقها ملف الترخيص وتقديرها قيام وصف الخطورة والاعتداء على الصحة العامة والأمن العام.

الفرع الثالث: رقابة الخطأ الظاهر في مجال الضبط الإداري

¹ د. محمود سلامة جبر، مرجع السابق، ص 354.

² د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص 356.

سبقت الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي أعطى لجهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة بشأن بعض قرارات الضبط الإداري، حيث أخرج هذه القرارات من رقابته على التكييف القانوني للوقائع، واكتفى بالنسبة لها برقابة الوجود المادي للوقائع والغلط في القانون وانحراف السلطة وكذلك رقابة ملاءمتها في بعض الحالات.

ويأتي في مقدمة قرارات الضبط التي امتنع مجلس الدولة الفرنسي عن رقابة تكييفها القانوني قرارات الضبط الخاصة بالأجانب من ذلك قرارات منع الأجانب من دخول الأراضي الفرنسية، وتقييد إقامتهم بها، وطردهم من الأراضي الفرنسية لتهديدهم للنظام العام، وحل الجمعيات المؤسسة في فرنسا من قبل أجانب، ومنع عرض وبيع المحررات والصحف ذات المصدر الأجنبي في فرنسا¹.

وقد اتخذ مجلس الدولة الفرنسي موقفاً مماثلاً بالنسبة لبعض قرارات الضبط المتعلقة بالفرنسيين، من ذلك قرارات رفض منح جواز سفر لمواطن فرنسي للسفر للخارج استناداً إلى أن السلطة المختصة هي التي تحدد ما إذا كان سفر المواطن للخارج من شأنه أن يضر بالأمن العام أم لا، وعلى ذلك لها أن تصدر جواز السفر أو تمتنع عن إصداره وتقف رقابة مجلس الدولة في هذه الحالة عند حد رقابة الوجود المادي للوقائع ولا تتعداها.

وتطبيقاً لذلك قضى بأن سلطة وزير الداخلية بشأن منع نشر أو توزيع مطبوعات أجنبية في الإقليم الفرنسي، أصبحت مقتصرة فقط على تقدير أو تقييم مضمون محتوى هذه المطبوعات للوقوف على مدى إخلالها أو انتهاكها للنظام أو الأخلاق العامة في المجتمع الفرنسي.

ومع ذلك يلاحظ أن مجلس الدولة كان يتطلب من سلطات الضبط الإداري عند مباشرتها لإجراء الضبط الخاصة بالأجانب، كافة ما يتطلبه من رجل الإدارة بصفة عامة حينما يباشر سلطاته التقديرية في مختلف المجالات الإدارية الأخرى، فقد تطلب منها مثلاً أن لا يكون التقدير للوقائع في ذاته تقديراً صورياً أو وهمياً، بل يجب أن يكون تقديراً حقيقياً أي نتيجة فحص أو بحث جدي لكافة الظروف المحيطة بالدعوى، ولهذا فقد قضى في عام 1962 بإلغاء قرار وزير الداخلية بمنع مطبوعات أو مؤلفات ذات مصدر أجنبي من الدخول إلى الأراضي الفرنسية على أساس أن قرار المنع هذا قد أشار بشكل عام إلى كافة المطبوعات التي تصدر عن بعض المكتبات أو دور النشر، في حين أنه كان من الواجب على الإدارة أن تتخذ مثل هذا القرار، كما يقول مجلس الدولة، أن تقوم بفحص جدي وخاص لكل حالة على حدي.

واستناداً إلى هذا السبب أيضاً فقد أصدرت المحكمة الإدارية بليون عام 1969 حكماً بإلغاء قرار مستعجل بطرد أحد الأشخاص لانتمائه إلى الجنسية الجزائرية، إذ تقول المحكمة في هذا الحكم: "أن القرار

¹ د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة لقضاء مجلس الدولة في الرقابة الإدارية على مجلس الدولة، مرجع سابق، ص 263.

المطعون فيه وقد أُتخذ على وجه الاستعجال لم يؤسس على فحص أو بحث دقيق ومتأن لظروف هذا الشخص¹.

إلى جانب القيود السابقة والتي أتى بها مجلس الدولة للحد من سلطة الإدارة التقديرية في مجال إجراءات الضبط الخاصة بالأجانب فإنه يجب إضافة كل من قيدي الاختصاص والشكل، حيث كان القاضي الإداري يبحث عند النظر لكافة منازعات تلك الإجراءات، فيما إذا كانت قواعد الاختصاص والشكل قد روعيت من جانب الإدارة في خصوصها من عدمه، ففيما يتعلق مثلاً بالأجانب الحائزين على تصريح الإقامة Carte de séjour، حيث لم يكن من الممكن طردهم من البلاد إلا بعد سماع أقوالهم أمام لجنة خاصة وذلك باستثناء حالة الاستعجال، فإن مجلس الدولة قد باشر رقابة قصوى على مدى احترام الإدارة للقواعد الإجرائية المقررة في هذا الصدد، بل ومنذ عام 1955 أصبح يباشر رقابته للوقوف على ما إذا كانت حالة الاستعجال المبررة لتجاهل وزير الداخلية لمثل هذه القواعد الإجرائية قد تحققت في الواقع العملي من عدمه.

ويرى بعض الفقهاء² أن القيود التي أوردتها مجلس الدولة على سلطة الإدارة التقديرية في المجال الذي نحن يصدده وإن كانت تشكل في الواقع تطوراً هاماً في هذا المجال، إلا أنها لم تمس مع ذلك جوهر تلك السلطة و المتمثل فيما تسبغه الإدارة من مدى قانوني على وقائع الإجراء الضبطي، ذلك أن القاضي الإداري كان يرفض أن يباشر رقابته على مدى التناسب أو التلاؤم بين طبيعة وخطورة الوقائع المدعاة من جانب الإدارة ومقتضيات أو متطلبات القانون، إذ كان يكتفي بالتحقيق من أن الإجراء محل الطعن قد أُتخذ من قبل سلطة مختصة (وهو أقل ما يجب أن ينتظر منه) وطبقاً للإجراءات أو الأشكال المحددة قانوناً (وهي محدودة في المجال الذي نبحت فيه كما أنها لا تنسم في الغالب بالإلزام أو الإيجاب بالنسبة للإدارة) وانطلاقاً من وقائع صحيحة (وهو ما يشكل الحد الأدنى في الرقابة) وعلى أساس سند قانوني صحيح (وإن كان الإدعاء بالإخلال بالنظام العام ليس أمراً صعباً) ودون أن يكون قد اتخذ شكل إجراء منهجي أو نمطي (حتى يبدو على الأقل من حيث الظاهر أنه احترام قاعدة الفحص الجدي والنخاص لظروف الدعوى).

وفيما عدا ذلك فإن الإدارة كانت تستطيع بحرية واستقلالية تامة أن تسبغ على سلوكيات أو مواقف الأجنبي، أو على مضمون ومحتوى المطبوعات الأجنبية الوصف الذي تراه مبرراً لإجراء الطرد أو المنع وذلك تحت غطاء أو مظلة النظام أو الأمن أو الأخلاق العامة، فقد كان يكفي وزير الداخلية لكي يتخذ إجراء من إجراءات الضبط الخاصة بالأجانب دون خطر التعرض للإلغاء من جانب القضاء، مجرد

¹ د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، مرجع سابق، ص 788.

² د. رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 264.

الاحتجاج بوقائع مادية صحية ومبادئ قانونية سليمة، وليس مهماً بعد ذلك ما قد يسبغه على تلك الوقائع من مبالغة أو تجاوز في تقديره ومدى أهميتها أو خطورتها، مقارنة بالحلل أو التهديد الحقيقي الذي تحدثه أو تسببه بالنظام العام¹.

وقد برر مفوضو الحكومة اتجاه مجلس الدولة الفرنسي السالف بيانه قائلين: "أن السبب الحقيقي في هذا الاتجاه يكمن أساساً في أن القاضي الإداري كان يعتقد أو كان يبدو له أن يحقق بهذا المسلك رغبة المشرع وإرادته في عدم منح الأجانب من الضمانات الهامة و الفعالة كالتي يمنحها للمواطنين من أهل البلاد، هذه الرغبة أو تلك الإدارة التي تتضح من الاختصاصات المفرطة أو المبالغ فيها، التي قررها المشرع لسلطات الضبط الإداري تجاه الأجانب إبان فترة الحرب الجزائرية، كما قد يمكن أيضاً في أن مجلس الدولة كان يعتبر دائماً أن إجراءات الضبط الخاصة بالأجانب لها تأثيرها في علاقات الحكومة الفرنسية بحكومات الدول الأخرى، الأمر الذي رأى معه من الأفضل أن يترك للإدارة في خصوصها سلطة تقديرية واسعة، إضافة إلى ما سبق فقد قيل أن القاضي الإداري كانت لديه دائماً حساسية معينة تجاه الجوانب السياسية المحتملة لإجراءات الضبط الخاصة بالأجانب، فلماذا ولكنه فإن لم يعد ينظر إليها كما كان يفعل خلال القرن التاسع عشر على أنها إجراءات عليا لا يجوز المساس بها، فإنه أصبح على الأقل يعتبرها من المجالات التي يجب أن تمارس طبقاً لاعتبارات الملائمة التي يجب أن يترك للإدارة في خصوصها قدراً من الحرية، خاصة فيما يتعلق بتقييم الظروف المحيطة بالإجراء الضبطي وكذلك متطلبات الوقت والمكان.

تعددت تطبيقات رقابة الخطأ الظاهر في مجال الضبط الإداري في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فنجد هذه التطبيقات بداية في قرارات إبعاد الأجانب، كما نراها في قرارات الطرد من الحدود، كما نراها في قرارات منح تأشيرات الدخول، وسوف نوضح كل مجال من هذه المجالات في شكل مستقل على النحو التالي:

- 1: رقابة الخطأ الظاهر في شأن قرارات إبعاد الأجانب
- 2: رقابة الخطأ الظاهر في شأن قرارات الطرد من الحدود.
- 3: رقابة الخطأ الظاهر في شأن قرارات منح تأشيرات الدخول ومنح تصاريح الإقامة.
- 4: رقابة الخطأ الظاهر في شأن قرارات الضبط المتعلقة بالمنشورات الأجنبية.

1- رقابة الخطأ الظاهر في شأن قرارات إبعاد الأجانب

يعتبر قرار الإبعاد أحد القرارات التي تعكس سيادة الدولة على إقليمها، لذلك فإن جهة الإدارة تتمتع بشأنه، كقاعدة عامة، بسلطة تقديرية واسعة دفعت الفقه إلى وصفه بأنه أحد الحقوق الملكية

¹د. رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 267.

للإدارة، والحقيقة أن الإدارة عندما تقرر إبعاد أحد الأجانب فإنها تتخذ قراراً إدارياً وسياسياً في ذات الوقت¹، فليس المقصود إتخاذ مجرد إجراء بوليسي يتم بمقتضاه إلزام أحد رعايا دولة أجنبية بالخروج حمايةً للنظام العام، وإنما يقف وراء هذا القرار أهداف وإعتبارات سياسية تملئها المصلحة الوطنية للدولة ويكون لهذا القرار آثار على علاقتها مع الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي المبعد².

ومن المقرر أن حق جهة الإدارة في طرد الأجنبي وإبعاده حق قديم جداً ومعترف به منذ وقت طويل وظل حقاً تقديرياً للإدارة إلى أن صدر أمر 2 نوفمبر 1945 وحدد في المادتين 23،24 شروط الإبعاد وحصرها في شرطين إثنيين:

الأول: ضرورة أن يكون الشخص المبعد أجنبياً.

الثاني: أن يشكل تهديداً للنظام والأمن العام.

ونظراً لإتساع فكرة تهديد النظام والأمن العام بإعتبارها تمثل إطاراً قانونياً واسعاً وغير محدد فإن القضاء قد واجه صعوبات عديدة في رقابة شرعية قرارات الطرد ولم يكن للرقابة إلا مدى محدود جداً. وتدرجياً مع أمر 2 نوفمبر 1945 اتجه القاضي الإداري إلى توسيع رقابته على الشرعية ومارس رقابة حقيقية على قرارات الطرد خاصة في بداية الستينات ثم تأكدت هذه الرقابة بإدخال فكرة الغلط البين في التقدير في قضاء إبعاد الأجانب.

ويعتبر قيام مجلس الدولة الفرنسي بإدخال الخطأ الظاهر في التقدير في الرقابة على شرعية إجراءات البوليس المتخذة ضد الأجانب تطبيقاً آخر لزيادة الرقابة الأدنى التي تمارس على شرعية القرارات الإدارية في نطاق الضبط الإداري، وهذا التطبيق لم يرفضه المشرع ولكن دفع إليه تطور رقابة مجلس الدولة في مجال إجراءات البوليس المتخذة ضد الأجانب مثل المنع من دخول فرنسا وتجديد الإقامة ومنع الإقامة في أماكن معينة والإبعاد.

وعلى ذلك يمكن القول بعبارة أخرى أن مجلس الدولة منح للإدارة سلطة تقديرية في إبعاد الأجانب، وفي البداية كان المجلس لا يتعرض لتقديرها في هذا الشأن، إلا أنه تطور في رقابته بحيث أصبح يراقب خطأ الإدارة الظاهر في التقدير، ويقضي بإلغاء قرار الإبعاد إذا تبين أن الإدارة ارتكبت خطأ ظاهراً في تقديرها.

¹ د. محمود سلامة جبر، نظرية الغلط البين، مرجع سابق، ص 387.

² أظر في شأن إبعاد الأجانب :

د. جابر جاد عبد الرحمن، إبعاد الأجانب، رسالة دكتوراه، 1947، جامعة القاهرة، ص 14 وما بعدها.

د. مصطفى إبراهيم عبد الفتاح العدوي، رسالة دكتوراه، 2003، جامعة عين شمس، ص 445 وما بعدها.

ولإيضاح مسلك مجلس الدولة في هذا الشأن يكون من الواجب التعرض للحالات التي اعتبرها مجلس الدولة من قبيل الخطأ الظاهر في التقدير، والأخرى التي لم يعتبرها كذلك، وبالتالي يتضح أسلوب القاضي في ممارسة تلك الرقابة، وهل تكون رقابة القضاء لتقدير الإدارة في إبعاد الأجانب على درجة واحدة في جميع الحالات، أم تختلف من حالة لأخرى¹؟.

أولاً: الحالات التي اعتبرها مجلس الدولة تتضمن خطأ ظاهراً في التقدير

أ- أسباب الإبعاد المبنية على شرط دخول والإقامة غير الشرعية وعدم ممارسة نشاط

مهني

يمارس القاضي الإداري بجانب رقابته على المشروعية الداخلية رقابة الخطأ الظاهر في التقدير على قرارات إبعاد الأجانب، وذلك تطبيقاً لمسلك أحكام المحكمة الإدارية بباريس ومجلس الدولة اللذين رفضا وجود ضحايا للقرار الذي يمس الحرية²، ويتعين لمشروعية القرارات أن تملأها ظروف الحال، ورعاية الصالح العام³، وتطبيقاً لذلك ففي قضية Pardov صدر قرار بإبعاده مشوباً بخطأ ظاهراً في التقدير.

لأهمية هذا الحكم سوف نتعرض له بشيء من التفصيل، حيث تخلص وقائع القضية في أن السيد Pardov أقام دعواه أمام المحكمة الإدارية لباريس طالباً بإلغاء قرار وزير الداخلية الصادر بإبعاده وطرده على أساس أنه لا يمارس نشاطاً مهنيّاً في فرنسا، وليس له موارد طبيعية ولصدور حكم جنائي بإدانتته في جريمة نصب، وحكمت المحكمة الإدارية بإلغاء قرار وزير الداخلية وذلك بتاريخ 13 ديسمبر 1983، واستند حكم المحكمة الإدارية إلى أن قرار وزير الداخلية صدر مشوباً بخطأ ظاهراً في التقدير لأنه استند إلى عدم سلامة إجراءات دخول المدعي وإقامته بالبلاد، فطعن وزير الداخلية في الحكم أمام مجلس الدولة الذي رفض الطعن مؤكداً أنه لا يتضح من الأوراق أن وجود المدعي، وهو لاجئ سياسي بلغاري على الإقليم الفرنسي يمثل تهديداً للنظام العام ومن ثم فإن قرار وزير الداخلية بإبعاده يكون قد قام على خطأ ظاهراً في التقدير.

وفي هذه القضية لجأ مجلس الدولة إلى فكرة الخطأ الظاهر في التقدير لإلغاء قرار وزير الداخلية بطرد السيد Pardov التي استظهرها من عدم التناسب البين بين الوقائع التي استند إليها وزير الداخلية و النتائج المترتبة عليها، الأمر الذي يجعل قرار وزير الداخلية مشوباً بخطأ ظاهراً في التقدير يتمثل في انعدام التهديد للأمن والنظام العام الذي قيل بحدوثه نتيجة لإقامة المدعي على الإقليم الفرنسي.

ب- الالتزام بالحياد السياسي وإبعاد الأجانب

¹ د. مصطفى إبراهيم عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 558 وما بعدها.

² د. أمل لطفي حسن جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، 2004، ص 453.

³ د. محمد عبد الحميد مسعود، إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، طبعة الأولى، 2006 ص 499.

من الأسباب التي تستند إليها الإدارة للأبعاد هو خرق الأجنبي للحياد السياسي، وهذا التطبيق الشائع والالتزام بالحياد السياسي لا يتطلبه القانون ففي قضية ¹ Perregeoux التي نتلخص وقائعها في أن المدعي وهو قص سويسري مقيم في فرنسا صد قرار من وزير الداخلية بإبعاده، فطعن في القرار أمام محكمة الإدارية بمرسيليا إلا أنها رفضت طعنه على أساس أن قرار وزير الداخلية لم يكن مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير.

وقد استند المدعي في طلباته إلى عدم مشروعية إجراءات الطرد وخطأ الظاهر في التقدير وخطأ في القانون، واستند وزير الداخلية في طرد المدعي إلى الاعتداءات الخطيرة آنذاك على الحياد الملتزم به الأجنبي خلال إقامته على الإقليم الفرنسي وإلى أن وجوده يشكل تهديداً للنظام العام.

وقد أعلن المجلس أن السلوك السياسي لم يكن بمفرده ومن طبيعته أن يبرر شرعاً إبعاد أجنبي لمجرد أن وجوده على الإقليم الفرنسي يشكل تهديداً للنظام العام، كما قرر أن تقدير وزير الداخلية لمجموعة الأنشطة وسلوك المدعي لا يستند إلى وقائع مادية غير صحيحة وغير مشوب بخطأ ظاهر.²

ولقد طالب مفوض الحكومة في هذه الدعوى Latoumerie مجلس الدولة باستخدام فكرة الخطأ الظاهر لفرض رقابته على إجراء الطرد وطلبه إلغاء القرار الصادر عن وزير الداخلية، وقال أن فكرة النظام العام يجب تقديرها بدقة مثل انعدام اضطراب المادي الجدي في الشارع أو الترخيص العام العلني الخطير.

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد خرج عما أطرده عليه قضاؤه من ضرورة دراسة الظروف الخاصة لكل دعوى وهو ما أكده في حكمه الصادر في قضية Dridi المشار إليه واكتفى في قضية Perregeoux بالتسبب العام الذي قدمه وزير الداخلية وهو أن وجود المدعي على الإقليم الفرنسي يمثل تهديداً للنظام العام فإن حكم Perregeoux على الرغم من ذلك يمثل تقدماً في رقابة مجلس الدولة حيث مد به المجلس رقابته لتقدير وزير الداخلية للسلوك والنشاط السياسي للمدعي.

والملاحظ أن هذا الحكم قد واجه مجالاً جديداً وهو تقدير وزير الداخلية للسلوك السياسي للمدعي، وأن مجلس الدولة قد اكتفى بالتسبب العام الذي قدمه وزير الداخلية وهو أن وجود المدعي على الإقليم الفرنسي يشكل تهديداً للنظام والأمن العام مخالفاً بذلك قضاؤه السابق بوجود دراسة مجموع الظروف الخاصة لكل دعوى، كما أن اصطلاح السلوك السياسي الذي يستعمله المجلس غامض وغير واضح.

كما قضى المجلس بوجود خطأ ظاهر في تقدير الإدارة إذا تأسس قرار الإبعاد على أحد الأسباب

الآتية³:

¹ د خالد سيد محمد حاد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، مرجع سابق، ص 795.

² د. أمل لطفي حسين جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب، مرجع سابق ص 456.

³ د. أمل لطفي حسن جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب، مرجع سابق ص 454.

مجرد دخول وإقامة الأجنبي بطريقة غير قانونية وافتقاره إلى العمل ومصدر للدخل وذلك أن الوقائع المنسوبة للأجنبي لا تنبؤ بذاتها عن ارتكابه أشياء تجعل في وجوده على الأراضي الفرنسية ما يشكل تهديداً للنظام العام¹.

استخدام الأجنبي مستندات مزورة في الدخول لفرنسا لأن ظروف استخدام الأجنبي لتلك المستندات لا تدل على خطورته الإجرامية.

مجرد ارتكاب الأجنبي جريمة منعزلة ولا تشكل أي تهديد للنظام العام.

معاقة الأجنبي جنائياً لإهماله في رعاية طفله.

ممارسة الأجنبية للدعارة.

الزعم بأن الأجنبي قد شارك في بعض الأحداث التي تمت في المدينة الجامعية الدولية على الرغم من ثبوت عدم مشاركته فعلياً في تلك الأحداث.

ثانياً: الحالات التي اعتبرها مجلس الدولة لا تتضمن خطأ ظاهراً في التقدير

لقد سار مجلس الدولة إلى وضع شروط قانونية التي يجب أن تتوفر في تهديد النظام العام لكي يكون القرار معيباً بخطأ ظاهر في التقدير، قد يكون تهديد النظام العام ذات خطورة معينة وهو ما دفع إلى تعديل مرسوم سنة 1945 بتعديلاته التشريعية التي تتطلب أن يكون خطيراً لإجراء الإبعاد وبذلك يكون الإجراء تحت طائلة الخطأ الظاهر إذا كان التهديد يمثل خطورة معينة على النظام العام، والعبرة في ذلك إذا كانت الوقائع المنسوبة للأجنبي تهدد النظام العام أم لا؟ حتى ولو لم تمثل عقوبة جنائية².

وذلك ما هو واضح من حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Dridi إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد مد رقابته على الخطأ الظاهر في التقدير، إلا أن القرارات الخاصة ببوليس الأجانب وذلك بحكمه الصادر في قضية Sieur Pardov فإن بعد ذلك بأقل من عامين وضع لجنة جديدة في هذا البناء القضائي وذلك بحكمه الصادر في 21 جانفي 1977 في قضية Dridi³.

بمقتضى هذا الحكم صاغ المجلس مبداءً هاماً في خصوص قرارات الإبعاد حيث قرر أن الجرائم الجنائية التي يرتكبها الأجنبي لا يمكن بمفردها أن تبرر شرعاً إجراء طرد ولا تعفي بأي حال من الأحوال السلطة المختصة من البحث في مجموع ظروف الدعوى عما إذا كان وجود صاحب الشأن على الإقليم

¹ د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية في التقدير، مرجع سابق، ص 796.

² د. أمل لطفي حسن جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب، مرجع سابق، ص 467.

³ د. خالد السيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، مرجع سابق، ص 795.

الفرنسي من طبيعته أن يشكل تهديداً للنظام والأمن العام، وهو ما يستفاد منه أن المجلس قد رفض مبدأ آلية الطرد الجنائي وتخلص وقائع هذه القضية في أن المدعي وهو تونسي الجنسية صدر ضده حكم جنائي بعقوبة الحبس لارتكابه جريمة السرقة والنصب، وعلى إثر ذلك أصدر وزير الداخلية قراراً بطرده تأييداً من اللجنة الخاصة المنصوص عليها في أمر 02 نوفمبر 1945 فطعن في هاذين القرارين في محكمة Lyon الإدارية التي ألغت قرار الوزير لقيامه على الخطأ الظاهر في التقدير وطعن الوزير في هذا الحكم أمام مجلس الدولة الذي ألغى الحكم لأنه لم يثبت أن الوزير واللجنة لم يعملوا حساباً لظروف الدعوى ولم يرتكبا خطأ ظاهراً في التقدير وقد ذهب مفوض الحكومة Genevois في تقريره عن هذه القضية إلى أنه بالإطلاع على أوراق الدعوى يتضح أن الوزير قد استند إلى قراره وكما كان يدعي Dridi إلى ارتكابه جريمة جنائية وانتهى إلى أن هناك رابطة إليه وتلقائية من بين الحكم على الأجنبي بعقوبة جنائية وطرده من الإقليم الفرنسي، وأضاف أنه إزاء نظام الطرد القائم ينبغي على الإدارة أن تصرف النظر عن الوضع الجنائي وأن تقوم بدراسة خاصة لظروف كل دعوى عندما تريد أن تصدر قرارها وانتهى إلى ارتكاب جريمة جنائية لا تبرر شرعاً إجراء الطرد وطالب في تقريره إلغاء القرار المطعون فيه.

وتبدو فائدة حكم Dridi ذات طابع مزدوج، فمن جهة أنه يؤكد على الجريمة الجنائية لا يجب أن تكون نتيجتها الحتمية هي الطرد، ومن جهة أخرى فإن الإدارة ليس لها أن تعفي نفسها من بحث مجموع ظروف كل دعوى حتى ولو كان في موضوع إجراء البوليس، وذلك لأن الجريمة كانت تترك أثراً ملبوساً في عالم الواقع لما تشكله من التهديد في النظام العام وتكون السبب الغالب في قرارات الطرد، فإن ذلك لا يوجب التلازم بينها وبين قرارات الطرد ويتعين لشرعية هذا القرار أن يقوم على سبب مستقل يكون وليد بحث الظروف الخاصة بالحالة ثم تساند الجريمة هذا السبب لتبرير الطرد.

كما هو الحال كذلك في حكم مجلس الدولة الصادر في قضية Pago ago

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعي وهو من لاجئي الباسك الإسبان صدر قرار من وزير الداخلية بإبعاده عن الإقليم الفرنسي استناداً إلى ما يقوم به المدعي من أنشطة تهدد الأمن والنظام العام في فرنسا، فأقام دعوى أمام محكمة Pay الإدارية طالبا إلغاء هذا القرار، فرفضت المحكمة الدعوى فطعن في حكمها أمام مجلس الدولة الذي آيد حكم المحكمة الإدارية ورفض الطعن، وقد استعرض مجلس الدولة في هذا الحكم الأحكام المنظمة لإبعاد اللاجئيين السياسيين من فرنسا لما في ذلك أمر 02 نوفمبر 1945 واتفاقية جنيف لحماية حقوق اللاجئيين السياسيين الموقعة في 28 جوان 1951 والمنشور بموجب مرسوم 14 أكتوبر 1945،

وقد أصدر مجلس الدولة حكماً آخر في نفس الشهر في قضايا الإبعاد وذلك بتاريخ 27 ماي 1977 في قضية Pagoago¹ وهذا الحكم له أهمية خاصة لتعلقه باللاجئين السياسيين.

ولا شك أن هذا الحكم له أهمية خاصة بالنظر إلى المجال الذي صدر فيه والمتعلق بإبعاد اللاجئين السياسيين والذين يشكلون نسبة كبيرة في فرنسا ذلك أنه لا يمكن التقليل من خطورة إبعاد اللاجئين السياسيين ولا من آثار هذا الإجراء بالنسبة له، ومن أجل ذلك فقد أحاط اتفاق جنيف المشار إليه هذا الإجراء بضمانات عديدة تحدد أسبابا معينة لإتخاذه وحصرها في الأسباب المتعلقة بالأمن القومي والنظام العام على الذي أوضحتها المادة 32 منه، وهذا كله يقتضي من مجلس الدولة رقابة متزايدة على قيام تلك الأسباب وعلى تقدير خطورتها وعلى الظروف المحيطة بها وقد وجد المجلس ضالته في فكرة الغلط البين ليزيد بها من نطاق رقابته في هذا المجال.

واستند المجلس في حكمه رفض الطعن إلى ما اتضح له من الأوراق من وجود صلة بين أنشطة المدعي ومجموعات الجيش المرابطة على الحدود بين إسبانيا وفرنسا، مما يبرر القرار الصادر بإبعاده وقرر أنه لا يبدو أن القرار فيه وتقدير الوزير نشاط المدعي وخطورته وتهديده للأمن والنظام العام مشوب بخطأ ظاهر.

وقد استجاب المجلس في ذلك لطلبات مفوض الحكومة² Hagelsteen الذي طلب إلغاء قرار وزير الداخلية لقيامه على غلط بين في التقدير وذلك بعد أن تمت مناقشة الحجج التي استند إليها وزير الداخلية وقضاء مجلس الدولة ومبادئه السابقة في هذا الخصوص.

كما طبق مجلس الدولة المبادئ السابقة في حكمه الصادر في قضية³ Benouaret Sieur بتاريخ 8 ديسمبر 1978 وكان المدعي قد صدر قرار وزير الداخلية بإبعاده استنادا إلى دخوله البلاد بإقامته فيها بأوراق مزورة مما يعتبر تهديداً للنظام العام⁴.

وطبق مجلس الدولة المبادئ المتقدمة على قرارات عدم تسليم الأجانب تذاكر الإقامة وهو حكم المجلس الصادر في 22 ماي 1977 في قضية⁵ Mutteis Hager وإذا كان مجلس الدولة قد أقر وزير الداخلية على تقديره للأخطار التي يحدثها وجود المدعي على الأمن والنظام العام، إلا أن أمر المدعي بمغادرة البلاد جاء بعد انتهاء مهلة الثلاثة أيام التالية لدخوله فرنسا فألغى المجلس القرار لهذا السبب⁵.

¹ د. محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، رسالته السابقة، ص 394.

² د. أمل لطفي حسن جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب، مرجع سابق، ص 454.

³ د. أمل لطفي حسن جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب، مرجع سابق، ص 455.

⁴ د. خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 800.

⁵ د. خالد سيد محمد حامد، مرجع سابق، ص 801.

كما يعتبر مجلس الدولة تقدير الإدارة سليماً ولا ينطوي على خطأ ظاهر في التقدير في الحالات الآتية:

حكمه الصادر في قضية¹ Greenberg في 20 أكتوبر 1976 المجموعة ص 429 مؤيداً في ذلك حكم المحكمة الإدارية لـ Strasbourg برفض طلب المدعي إلغاء القرار الصادر بإبعاده منع دخوله الإقليم الفرنسي، وذلك لعدم وجود غلط بين في تقدير وزير الداخلية لإخطار وجود المدعي على الإقليم الفرنسي ولصدوره على أسس تبررها ضرورات المحافظة على النظام العام.

اعتناق الأجنبي مبادئ تخريبية اتخذت شكل التحريض على إقامة روابط مع إحدى المنظمات المنشقة وارتكاب جرائم عسكرية ضد الدولة.

وضع الأجنبي نفسه موضع الاتهام وارتكاب جريمة التعدي بالضرب والجرح على الآخرين.

احتراف الأجنبية البغاء

ارتكاب الأجنبي جريمة الاغتصاب

صدور حكم قضائي يتضمن إدانة أحد الأجانب لاحتجازه رهائن ومحاولة اغتيالهم تنفيذاً لمعتقداته

السياسية.

إدانة الأجنبي والحكم عليه بسبب الاتجار بالمخدرات.

ثالثاً: أسلوب مجلس الدولة في ممارسة الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير

القاعدة في هذا الشأن أن القاضي لا يمارس إلا رقابة محدودة Restraint تنحصر في الخطأ الظاهر الذي ترتكبه الإدارة عند تقدير الوقائع أو الأفعال التي تأسس عليها قرار الإبعاد.

وبناءً عليه يمكن القول بصفة عامة بصحة تقدير الإدارة إذا صدر قرار الإبعاد ضد أجنبي أدين بارتكاب عدة جرائم جنائية، أو عاد مرة أخرى إلى الجريمة مما يخشى معه استمرار سلوكه الإجرامي، أو عندما يرتكب جريمة واحدة لكنها تصل في خطورتها إلى الحد الذي يشكل تهديد للأمن العام² ويجعل من الضروري تجنب حدوث ذلك مستقبلاً.

وبالتالي لا يلغي مجلس الدولة قرار الإبعاد لخطأ الإدارة الظاهر في التقدير إلا إذا كان هناك تفاوت واضح وجسيم بين الوقائع المنسوبة للأجنبي وسلوكه من جهة، وبين النتائج المترتبة على قرار الإبعاد من جهة أخرى.

¹ د. خالد سيد محمد حامد، مرجع سابق، ص 801.

² د. أمل لطفي حسن جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب؛ رسالة دكتوراه، جامعة حلوان 2004 ص 469.

ونفهم من ذلك أن مجلس الدولة لا يلغي القرار إلا إذا كان هناك عدم تناسب ظاهر بين الأفعال المنسوبة للأجنبي والنتائج المترتبة على قرار الإبعاد، أما إذا كان ذلك ليس بدرجة واضحة أو جسيمة فلا ينبغي إلغاء القرار، وبعبارة أخرى فإن عدم التناسب الجسيم فقط هو الذي يبرر إلغاء قرار الإبعاد.

وإذا كانت القاعدة أن مجلس الدولة يمارس رقابة محدودة على خطأ الإدارة الظاهر في إبعاد الأجانب، فإنه يضع لهذه القاعدة إستثنائين يتسع فيهما مجال الرقابة

الأول: يمارس القاضي رقابة عادية تشمل كل خطأ في التقدير وليس الخطأ الظاهر فقط، في حالة صدور قرار الإبعاد بناءً على الاستعجال أو الضرورة وفقاً للمادة 26 من قانون 945، والتي بموجبها يمكن لوزير الداخلية إصدار القرار دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في الأوضاع العادية حتى يتأكد القضاء من توافر ما يبرر لجوء الإدارة لاستخدام الطرق الاستثنائية في إبعاد الأجانب¹.

وكذلك عندما يتضمن قرار الإبعاد مساساً بحق الأجنبي في الإقامة بفرنسا، وبصفة خاصة في حالة رعايا دول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي.

الثاني: يمارس القاضي رقابة قصوى عندما يتعلق قرار الإبعاد بالمادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي توجب احترام الحياة العائلية للأجنبي بحيث لا يتم إبعاده إلا إذا كان في ذلك ضرورة لحماية النظام العام.

ومع ذلك فإن من الناحية العلمية يجب عدم المبالغة في أهمية درجة الرقابة التي يمارسها القاضي، فإلغاء القاضي لقرار الإبعاد بناءً على رقابة عادية أو قصوى يكون في أغلب الأحيان في حالات محدودة، ويتم وفقاً للضرر الذي يشكله وجود الأجنبي على النظام العام.

2: رقابة الخطأ الظاهر في شأن قرارات الاقتياد إلى الحدود

يتعين قبل بيان موقف مجلس الدولة الفرنسي في شأن قرارات الإبعاد، حيث ولئن كان كلاً منهما يتضمن خروج الأجنبي من البلاد جبراً عنه غير أنهما يختلفان من عدة وجوه فمن ناحية الوضع القانوني نجد قرار الإبعاد يصدر في مواجهة الأجنبي المقيم بصفة قانونية في البلاد، غير أن وجوده أصبح يشكل تهديداً للنظام العام، بينما لا يكون الاقتياد للحدود إلا ضد الأجنبي المتواجد بصفة غير شرعية في البلاد.

ومن ناحية الهدف فإن الإبعاد يهدف إلى تدارك التهديد الذي يشكله وجود الأجنبي المقيم بصفة قانونية على نظام الدولة أو أمنها العام، بينما يكون الاقتياد للحدود جزءاً لمخالفة الأجنبي للقواعد المتعلقة بالدخول والإقامة في البلاد.

¹ د. أمل لطفي حسين جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب، مرجع سابق، ص 457.

ومن ناحية أخيرة نجد أن السلطة المختصة بإصدار قرار الاقتياد للحدود هي مدير البوليس وحده في حين نجد قرار الإبعاد يصدر في الأوضاع العادية من مدير البوليس، أما في حالة الاستعجال والضرورة فيصدره وزير الداخلية.

وعلى ذلك يمكن تعريف الاقتياد للحدود بأنه¹ " قرار يأمر بمقتضاه مدير البوليس توصيل أحد الأجانب الذي دخل البلاد أو يقيم فيها بصفة غير شرعية إلى الحدود الأرضية أو البحرية أو الجوية"، بعبارة أخرى يمكن القول بأن الاقتياد إلى الحدود يوجه إلى الأجنبي الذي دخل بطريقة غير قانونية إلى البلاد، أو لم يحصل على الإقامة القانونية بها أو لم يتم تجديدها.

والمقرر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن للإدارة الحق في اقتياد الأجنبي للحدود تطبيقاً للقانون رقم 2658 لسنة 1945 ولكنه في ذات الوقت يجب عليها دائماً أن تراعي مدى تأثير هذا القرار على الموقف الشخصي للأجنبي وما سترتب عليه من مخاطر استثنائية.

ويجوز للأجنبي أن يرفع دعوى أمام مجلس الدولة لإلغاء القرار على أساس أن تقدير الإدارة جاء غير سليم، ويفحص مجلس الدولة كافة الاعتبارات المتعلقة بالقرار وحتى يقضي القاضي بإلغاء ينبغي أن يكون خطأ الإدارة في التقدير المترتب عليه مخاطر استثنائية ظاهرة.

ومما يجب ملاحظته أيضاً أن العناصر المتعلقة بحياة الأجنبي العائلية مثل حالته الصحية أو المهنية لا تؤدي دائماً إلى وجود خطأ ظاهر في تقدير الإدارة، وإنما يجب النظر في كل حالة على حدة وينظر القاضي في كافة الاعتبارات التي قد يتأثر بها موقف الأجنبي من جراء هذا القرار، لكنه لا يقضي بإلغاء القرار إلا إذا كان يترتب على تنفيذه نتائج بالغة الخطورة.

والواقع أن القاضي عندما يراقب تقدير قد ينتهي إلى أن القرار جاء سليماً، أو على العكس شابه خطأ ظاهر في التقدير ولذلك يلزم التعرض للحالات التي أعتبر فيها مجلس الدولة أن الإدارة ارتكبت خطأ ظاهر في التقدير والأخرى التي لم يعتبرها كذلك، ثم تقدير رقابة مجلس الدولة في هذا الخصوص على النحو التالي.

أولاً: الحالات التي تتضمن خطأ ظاهر في التقدير "القرار المعيب وقضي بإلغائه"²

عندما يفحص القاضي وجود خطأ ظاهر في التقدير، فإنه يأخذ في اعتباره كافة العناصر المؤثرة في موقف الأجنبي مثل وجود روابط شخصية مع الدولة الفرنسية أو تواجده في فرنسا لظروف عائلية خاصة أو

¹ د. مصطفى إبراهيم عبد الفتاح العدوي، المرجع السابق، ص 596 وما بعدها.

² د. مصطفى إبراهيم عبد الفتاح العدوي، مرجع سابق ص 674 وما بعدها .

مرض أحد أفراد عائلته أو حاجته إليه وأيضاً تواجد له دراسة خاصة وبالمثل إتقان الأجنبي لأحد المهن أو المجالات الإنتاجية.

أ- وجود روابط شخصية أو تاريخية للأجنبي بفرنسا

ويلاحظ في هذا الشأن أن القاضي يأخذ في اعتباره ميلاد الأجنبي بفرنسا أو وجود أحد الروابط التاريخية له كأن يكون من أبناء المحاربين القدماء مع فرنسا، أو تكون عائلته تحمل الجنسية الفرنسية، وتطبيقاً لذلك فقد اعتبر مجلس الدولة أن قرار الاقتياد إلى الحدود الصادر في مواجهة الأجنبي ينطوي على خطأ ظاهر في التقدير في الحالات الآتية:

ميلاد فتاة كاميرونية الجنسية في فرنسا ورحيلها عندما بلغت من العمر ثلاث سنوات ثم عادت مرة أخرى عام 1986 لاستكمال دراستها أين أقامت بصفة قانونية لمدة عشر سنوات كانت خلالها عشيقة لأحد الفرنسيين، من الالاف للنظر هنا أن مجلس الدولة يعتبر ميلاد المذكورة ووجودها لمدة عشر سنوات في البلاد وكونها عشيقة لأحد الفرنسيين مبرراً كافياً للدلالة على ارتباطها بالمجتمع الفرنسي ومن ثم لا يجوز اقتيادها إلى الحدود.

دخول فتاة تركية الجنسية من مواليد 1929 إلى فرنسا سنة 1980 صحبة عائلتها التي غادرت فرنسا سنة 1986 لكنها هربت منهم واختفت في باريس للتخلص من إرغامها على الزواج في تركيا.

دخول أحد الأجانب يوغسلافي الجنسية إلى فرنسا سنة 1967 عندما كان عمره 17 سنة للحاق بوالديه المقيمين بصفة قانونية بفرنسا، وظل يقيم فيها منذ ذلك التاريخ وتزوج من فرنسية خلال المدة من 1972 إلى غاية 1979 وله منها طفلان يعيشان في فرنسا.

دخول أحد الأجانب جزائري الجنسية مولود سنة 1967 إلى فرنسا سنة 1992 بهدف استكمال دراسته وكان برفقة والده الموظف السابق بالإدارة الفرنسية والذي كان ضحية للاعتداء على منزله في الجزائر، كما أن شقيقه أحدهما يحمل الجنسية الفرنسية ووالد لطفلين فرنسيين والآخري استكمل دراسته الجامعية في فرنسا.

ب- التواجد في فرنسا لظروف عائلية خاصة

في بعض الأحيان قد تصدر قرارات الاقتياد للحدود ضد طائفة من الأجانب يواجهون ظروف عائلية صعبة استثنائية ولا تنطبق عليهم الشروط المقررة للاستفادة بالحماية التي تقرها المادة 25 من القانون رقم 2658 لسنة 1945 لبعض طوائف الأجانب بحيث لا يمكن في الأوضاع العادية إخراجهم جبراً من الأراضي الفرنسية، وفي الحالة يأخذ القاضي في اعتباره تلك الظروف ويقضي بإلغاء القرار نظراً للمخاطر الاستثنائية التي قد يواجهها الأجنبي إذا ما تم تنفيذ القرار باقتياده للحدود، ومن أمثلة تلك الحالات:

إلغاء قرار الاقتياد للحدود الصادر ضد فتاة تركية¹ الجنسية، كانت قد دخلت فرنسا وعمرها 05 سنوات وعاشت بها حتى بلغت من العمر 16 سنة مع والديها وأشقائها وشقيقاتها، قبل أن تجبر على العودة إلى تركيا لتتزوج هناك، وأثبتت أنها ستواجه صعوبات كثيرة في حياتها الزوجية حال عودتها لتركيا، وقدمت شهادات تفيد تعرضها لمعاملة سيئة من زوجها، وكذلك المبالغ المالية التي تدفعها للمحامي الذي يتولى دعوى الطلاق، ومعيشتها في كفالة مركز خيرى للضيافة.

إلغاء قرار الاقتياد للحدود الصادر ضد سيدة كنغولية الجنسية حضرت لفرنسا لتعيش مع عمها وعمتها الحاصلين على الجنسية الفرنسية لظروف طلاق والديها، وتزوجت مع أحد المقيمين بفرنسا ما يقرب من عشرة سنوات ولها منه طفل، وتعيش مع أسرتها الحاصلة على الإقامة القانونية في البلاد.

لكن تشترط المادة 45 من مرسوم 02 نوفمبر 1945 المعدل بقانون 1981 للاستفادة من حماية النص في إلغاء قرار الإبعاد أن يكون الزوج أو الزوجة ممارسة للسلطة الأبوية، فإن كان الأجنبي لا يمارس السلطة الأبوية رغم أن له أبناء قصر ويقوم بأعمال إجرامية فإنه يطبق عليه حكم الإبعاد ومنها ما تم القضاء به في قضية المغربي عزوزي الذي كان له ابن من علاقة غير شرعية من فرنسية إلا أنه تمت إدانته بجرائم المتاجرة في المخدرات فتم صدور قرار بإبعاده فطعن فيه إلا أنه تم رفض طعنه بسبب ممارسة الأم للسلطة الأبوية².

ج-تعرض أحد من عائلة الأجنبي لمرض خطير لا يمكن علاجه إلا في فرنسا

يلاحظ أن مجلس الدولة يأخذ في اعتباره الحالات الإنسانية التي تتطلب وجود الأجنبي في فرنسا لموافقة ذويه، حتى وإن لم يتوافر له المبرر القانوني للإقامة في البلاد، وذلك مراعاة للظروف الإنسانية التي يمر بها الأجنبي، وتطبيقاً لذلك قضى المجلس بإلغاء قرار الاقتياد للحدود في الحالات الآتية:

وجود أحد الأجانب مغربي الجنسية في البلاد بصورة غير شرعية، ولكنه يرعى طفله البالغة من العمر ثمان سنوات وتعاني من عاهة مرضية خطيرة تقتضي عناية طبية خاصة لا يمكن توافرها في بلده الأصلي، ويلاحظ أن المعيار الذي بني عليه القاضي حكمه هو خطورة المرض وعدم وجود إمكانية للعلاج في بلد الأجنبي الأصلي.

وجود أحد الأجانب في البلاد بصورة غير شرعية، ولكنه يقوم بمساعدة شقيقته المطلقة ولديها خمسة أطفال، حيث يعاني طفلين منهما من إتهاب خطير في العضلات تتراوح نسبته بين 80% و90%، ويعتبر السند الطبيعى للقيام بشؤون هذه الأسرة حتى لا تتعرض للانحيار.

¹د.خالد سيد محمد حاد، المرجع السابق، ص 807.

²د.أمل لطفي حسن جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب، مرجع سابق، ص 460.

ويأخذ مجلس الدولة في اعتباره حجة الزوجة لوجود زوجها بجانبها، وخاصة إذا كانت تمر بظروف خاصة كالحمل أو الولادة، وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة بإلغاء قرار اقتياد للحدود في الحالات الآتية:

إذا كان أحد الأجانب قد دخل فرنسا عام 1990 بصفته غير شرعية، ولكنه متزوج من إحدى المقيمات بصفة قانونية في البلاد، وعند صدور قرار الاقتياد للحدود كانت على وشك الولادة وتحتاج إلى إجراءات ورعاية طبية خاصة.

إذا كان أحد الأجانب يعيش مع إحدى الفرنسيات وحملت منه، واعترف بنسب المولود المنتظر قبل ميلاده.

إحدى الأجنبيات تقيم بصورة غير شرعية في البلاد، وصدر قرار الاقتياد للحدود ضدها بعد 8 أيام من وضع مولودها رغم حاجتها إلى النفاهة والرعاية الطبية.

د-الأجانب الدارسين في البلاد دراسة خاصة

تمنح الدول عادة للأجنبي الترخيص في الإقامة بها بناء على قيامه بالدراسة في أحد مدارسها أو جامعتها المعتمدة، ولكن في بعض الحالات قد يلجأ الأجانب للتحايل بالاتجاه إلى بعض الدراسات الخاصة بغرض الحصول على الإقامة مثل دراسات الكمبيوتر أو تعلم اللغة، ومما يتوجب ملاحظته أن القاضي هنا يمارس رقابة محدودة على انخراط الظاهر في التقدير، لأن الأصل أن تمنح الإقامة على الدراسة المنتظمة لا الخاصة¹، ومن ثم لا يتمتع الأجنبي بالحق في الإقامة بصورة قطعية بموجب الدراسة الخاصة، وإنما يكون للإدارة في ذلك السلطة التقديرية، ولكن في بعض الحالات قضى مجلس الدولة بإلغاء قرار الاقتياد للحدود في مواجهة أجنبي يقومون بدراسات خاصة، واعتبر أن القرار ينطوي على خطأ ظاهر في التقدير ومن أمثلة ذلك:

أحد الأجانب كامبروني الجنسية دخل فرنسا عام 1987 للدراسة وكان عمره 16 عاماً، وظل يقيم بها بصفة قانونية حتى عام 1996، ثم حصل على الإقامة المؤقتة بإيصال حتى أبريل 1988 حيث كان يدرس الكمبيوتر بالإضافة لممارسته بعض الحروف، كما أن المديرية لم تأخذ في اعتبارها أنه فقد أسرته في الكامبرون.

إحدى الأجنبيات بوركينية الجنسية تدرس في إحدى الجامعات الفرنسية، وعلى الرغم من رسوبها في الدراسة المنتظمة بالجامعة إلا أنه يحق لها اختيار اتجاه آخر للدراسة في ليسانس الرياضيات.

¹د.خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 807.

هـ - إتقان إحدى المهن والتفوق في أحد المجالات الإنتاجية

يقدر مجلس الدولة إتقان الأجنبي لأحد الأعمال أو المهن الحرفية رغم تواجده بصورة غير قانونية في البلاد، وتطبيقاً لذلك ألغى قرار الاقتياد لحدود ضد أحد الأجانب يوغسلافية الجنسية دخل فرنسا في نوفمبر عام 1992 عندما كان عمره 17 عاماً، وعمل في إحدى الشركات، حيث أظهر براعته وتم ترقيته مفتشاً، وقد ما يثبت اندماجه اقتصادياً واجتماعياً مع المجتمع الفرنسي لعدة سنوات.

ثانياً: الحالات التي لا تتضمن خطأ ظاهر في التقدير "القرار سليم وقضى برفض الدعوى"

إذا كان الأجنبي من حقه الدفع بأن قرار الاقتياد للحدود يترتب له مخاطر استثنائية، فإن القاضي يتولى فحص كافة الظروف المحيطة بالقرار، وكما إعتبر مجلس الدولة الحالات السابقة تنطوي على خطأ الإدارة الظاهر في التقدير، فانه على العكس تعتبر قرارات الإقتياد للحدود لا تتضمن خطأ ظاهراً في تقدير حالات أخرى يكون الأجنبي فيها في موقف غير قانوني، مثل إنتهاء الغرض من الإقامة بنهاية المرحلة الدراسية في البلاد¹ أو عدم خطورة حالته الصحية وإمكانية العلاج خارج فرنسا.

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بصحة قرار الاقتياد للحدود في الحالات التالية:

انتهاء الغرض من الإقامة بنهاية المرحلة الدراسية في البلاد.

من الطبيعي أن يغادر الأجنبي البلاد بنهاية الغرض الذي منح من أجله الإقامة، فإذا كان الأجنبي قد دخل البلاد بقصد الدراسة فيجب عليه مغادرتها فور انتهائه من دراسته، وبناءً على ذلك قضى مجلس الدولة بصحة قرار الاقتياد للحدود الصادر ضد كاميرونية الجنسية غير متزوجة ويقيم والدها في الكاميرون، كانت قد سبق لها الحصول على تصريح الإقامة بغرض الدراسة منذ عام 1985 حتى حصلت على دبلوم الصيدلة في أكتوبر 1997، ولكنها لم تطلب تجديد إقامتها في وضعها الجديد إلا في ماي 1998 حيث ظلت مقيمة بطريقة غير شرعية بعد انتهاء دراستها في البلاد.

عدم تأثر الحالة الصحية للأجنبي بقرار الاقتياد للحدود.

يراعي مجلس الدولة مدى تأثير قرار الاقتياد للحدود على الحالة الصحية للأجنبي حيث يعتبر قراراً صحيحاً ما دامت حالته الصحية لا تتأثر باقتياده خارج الحدود ويمكن علاجه خارج فرنسا، وتطبيقاً لذلك رفض مجلس الدولة إلغاء القرار الصادر ضد أحد الأجانب مغربي الجنسية، دفع بأن حالته الصحية

¹د. خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص 810.

تستدعي البقاء في فرنسا للعلاج، ولأن الأدوية التي يعالج بها غير متوفرة في المغرب، غير أن المجلس رأى أن الطاعن يمكنه شراؤها بأي طريقة، كما أن حالته الصحية ليست بالخطورة التي تتطلب البقاء للعلاج في فرنسا.

وبالمثل قضى المجلس بصحة قرار اقتياد إحدى الأجنبيات للحدود، لأن وجودها في حالة الحمل لا يكفي لإثبات أن حالتها الصحية ستتأثر في حالة إعادتها إلى بلدها الأصلي.

ثالثاً: تقدير رقابة مجلس الدولة الفرنسي للخطأ الظاهر في مجال الاقتياد للحدود

يذهب الدكتور مصطفى العدوي¹ وبحق، إلى القول بأنه "لا شك أن مجلس قضاء الدولة في هذا الشأن يعكس في كثير من الأحيان قمة الاحترام لحقوق الإنسان، حيث نجد المجلس يقضي بإلغاء قرار الاقتياد للحدود ضد إحدى الأجنبيات لأنها حامل أو لأن القرار صدر بعد ثمانية أيام فقط مع وضعها للحمل ثم يقضي كذلك بإلغاء القرار في مواجهة أحد الأزواج ليتمكن من رعاية زوجته الحامل، رغم وجودهم في البلاد بطريقة غير قانونية الأمر الذي يؤكد وجوب احترام الإنسان وكيانه حتى ولو ارتكب مخالفة تتعلق بالحصول على الإقامة القانونية في البلاد.

كما أن هذه الرقابة تنفي وجود سلطة تقديرية دون معقب عليها، وإنما يجب أن يظل القضاء هو الحصن الذي يرد الإدارة إذا تجاوزت في تقديرها بحثاً عن نقطة التوازن بين مصلحة المجتمع من ناحية ومصلحة الأجنبي من ناحية أخرى".

والمواقع أن أحكام مجلس الدولة الصادرة في هذا الشأن تعتبر نموذجاً يتحدى به في هذا المجال، لكونها تراعي مصلحة المجتمع من ناحية ودون التعدي على حقوق الأجنبي باعتباره في المقام الأول إنسان يجب احترام آدميته لكونه إنسان.

3: رقابة الخطأ الظاهر في شأن قرارات منح تأشيرات الدخول ومنح تصاريح الإقامة للأجانب

أولاً: رقابة الخطأ البين في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في شأن قرارات منح تأشيرات الدخول للأجانب.

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على منح جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة في منح الأجانب تأشيرات الدخول ما لم تكن القوانين أو الاتفاقيات الدولية تقرر لهم حق معين، وإذا كان المجلس يعترف للإدارة بالسلطة التقديرية، ويقرر حقها في رفض دخول الأجنبي، في حالة ما إذا تبين لها أن دخوله

¹ د. مصطفى إبراهيم عبد الفتاح العدوي، المرجع السابق، ص 657 وما بعدها.

سوف يشكل تهديداً للنظام العام في البلاد، فإنه بالمقابل يمارس الرقابة عليها، ويقضي بالإلغاء في كل مرة يرتكب فيها خطأ ظاهر في التقدير¹.

وتطبيقاً لذلك قضى بوجود خطأ ظاهر في التقدير، ومن ثم ألغى قرار الإدارة في الحالات الآتية:
رفض منح التأشيرة بسبب ممارسة الأجنبي لنشاط تجاري تحت غطاء السياحة ولم يثبت وجود هذا النشاط.

رفض دخول الأجنبي للدراسة بسبب عدم القيد الدراسي في أحد المؤسسات التعليمية، على الرغم من وجود شهادة رسمية تثبت هذا القيد.

اعتبار أن الزواج من إحدى الفرنسيات تم بطريق الغش أو التحايل بقصد دخول البلاد، ولم يثبت ذلك بطريقة مؤكدة.

الدفع بأن الزواج كان بهدف واحد هو حصول أحد الأجانب على تأشيرة دخول لفرنسا، وثبت أن الزوجين يعيشان حياة مشتركة رغم اختلاف مكان إقامتهما.

ويرى الدكتور مصطفى العدوى² وبحق، أن "هذا الأمر يشكل صعوبة لأن الزواج هو أحد الحقوق الفردية في وجود زوجة بجانبه، الأمر الذي يجعل الإدارة في حيرة بين عقد زواج اكتملت عناصره القانونية من جهة، ودلائل تؤكد صورية هذا الزواج من جهة أخرى.

ويحاول مجلس الدولة حلاً لهذا الموضوع التوفيق بين كلا الاعتبارين، مقررًا أنه يجب الانطلاق من فكرة صحة الزواج ولا يجب أن يؤسس رفض منح تأشيرة الدخول على شك بسيط في حقيقة هذا الزواج، ولكن على عناصر محددة ومؤكدة تنبؤ بأن الزواج غير حقيقي.

رفض منح تأشيرة الدخول لإحدى الأجنبيات البالغة من العمر سبعين عاماً لزيارة زوجها المسن، والمقيم بفرنسا، والذي تحول ظروفه الصحية دون خروجه من البلاد، واعتبرت أن هذا الرفض ينطوي على خطأ ظاهر في التقدير.

رفض منح تأشيرة الدخول لإحدى المسلمات لمجرد ارتدائها للحجاب

والواقع أن قرار الإدارة الفرنسية في هذا الشأن يشكل عدواناً صارخاً على الحرية الشخصية وحرية الملبس فضلاً عن عدوانه على حرية العقيدة، لكون الحجاب من الفرائض واجبة الإلتباع في الشريعة

¹ د. مصطفى إبراهيم عبد الفتاح العدوى، مرجع سابق، ص 305 وما بعدها.

² د. مصطفى إبراهيم عبد الفتاح العدوى، مرجع سابق، ص 215 وما بعدها.

الإسلامية، غير أن هذا الحكم يحسب لمجلس الدولة الفرنسي الذي ألغى هذا القرار، وأعاد الأمور إلى نصابها الصحيح.

وفي المقابل فقد أيد مجلس الدولة قرار الإدارة مقررًا عدم وجود خطأ ظاهر في التقدير في الحالات الآتية:

إذا كان الأجنبي يبدي أسباب للحصول على التأشيرة تخالف الغرض الحقيقي من دخوله فرنسا، مثل من يريد الحصول على تأشيرة دخول بغرض السياحة وثبت أنه يريد البقاء لعمل مشروعات أخرى.

- قيام الأجنبي بتقديم تعاقده صوري للعمل في البلاد بقصد الحصول على تأشيرة الدخول.

- مخالفة الأجنبي لقوانين الإقامة حال دخوله فرنسا في مرات سابقة.

- خطورة الأجنبي على النظام العام وصدور قرار سابق بإبعاده خارج البلاد.

- سبق إدانة الأجنبي وثبوت سلوكه غير السوي بصدور أحكام جنائية ضده.

والمستفاد مما تقدم أن مجلس الدولة الفرنسي يسلم للإدارة بسلطة تقديرية واسعة في منح الأجانب تأشيرات الدخول للبلاد، ولا يعني ذلك إطلاق يدها من كل قيد، وإنما يجب ألا يتضمن هذا التقدير خطأ ظاهراً، ومما يلفت النظر أن الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة في مواجهة الإدارة، وأقر فيها وجود خطأ ظاهر في التقدير تعتبر قليلة بالنسبة إلى الأحكام التي أصدرها المجلس لذات السبب في مجال إقامة الأجانب أو إبعادهم أو اقتيادهم للحدود.

ثانياً: رقابة الخطأ الظاهر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في شأن منح تصاريح الإقامة للأجانب¹.

تعتبر السلطة التقديرية متروكة لوزير الداخلية، لتقدير مدى التهديد الذي يمثله الأجنبي بوجوده على الإقليم²، ومن المستقر عليه أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية عند منح الأجنبي الإقامة في البلاد، وإذا ما أساءت استخدام هذه السلطة فإنه يحق للأجنبي إقامة دعوى بإلغاء القرار الصادر في هذا الشأن، وعندما تمارس الإدارة سلطتها التقديرية في مجال الترخيص للأجانب في الإقامة للأجنبي يجب عليها قبل أن ترفض منحه الإقامة أن تفحص موقفه وظروفه الشخصية، وثناً أكد أن هذا الرفض لن يسبب للأجنبي أضراراً وآثاراً خطيرة يصعب تداركها، وإلا كان تقديرها مشوباً بالخطأ الظاهر.

ولكي يقضي مجلس الدولة بأن قرار الإدارة يتضمن خطأ ظاهراً في التقدير، فإنه يأخذ في اعتباره عدة عوامل منها، مدى الأخطار التي سيواجهها الأجنبي في حالة عودته إلى بلده الأصلي، وكذلك الآثار

¹د. مصطفى إبراهيم عبد الفتاح العدوي، المرجع السابق، ص 402 وما بعدها.

²د. أمل لطفي حسن جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب، رسالة دكتوراه جامعة حلوان سنة 2004 ص 450.

السيئة المؤكدة على صحته في حالة إجباره على الخروج من فرنسا، كما يفحص أيضا مشروعية تواجد الأجنبي في فرنسا وانقطاع صلته ببلده الأصلي.

و نعرض فيما يلي الحالات التي قدر فيها المجلس أن قرار جهة الإدارة مشوب بخطأ ظاهر في التقدير" القرار معيب وقضي بإلغائه".

أ-مواجهة الأجنبي مخاطر جسيمة في بلده الأصلي

يعتبر مجلس الدولة أن الإدارة ارتكبت خطأ ظاهراً في التقدير، إذا رفضت الترخيص للأجنبي في الإقامة، بالرغم من وجود مخاطر تهدده في حالة عودته إلى بلده، وكان أحد الأجنب جزائري الجنسية قد تقدم بطلب لمنحه حتى اللجوء السياسي في فرنسا، إلا أن الإدارة رفضت طلبه، فتقدم بطلب آخر للحصول على الإقامة بدعوى وجود أخطار جسيمة تهدده في حالة عودته إلى بلده الأصلي، إلا أن الإدارة رفضت منحه الإقامة أيضا وعلت رفضها بأن طلب اللجوء المقدم من المذكور لم يقبل لأنه غير مضطهد من السلطات الرسمية في بلده، وإنما من أحد المنظمات السياسية الأخرى وهي جبهة الإنقاذ الإسلامي، كما أن الإدارة لم يفتها إمكانية أن تقبله أي دولة أخرى غير بلده الأصلي، إذا ما رفضت إقامته وتم اقتياده إلى خارج الحدود الفرنسية¹.

وعندما رفع المذكور دعوى بإلغاء قرار رفض منحه الإقامة قضى مجلس الدولة بإلغاء هذا القرار، وأوضح أن رفض منح الإقامة كما سيعرض سلامته وحياته للخطر، إذ أجبر على العودة إلى بلده الأصلي بعد رفض طلبه للحصول على اللجوء في فرنسا.

وفي حالة أخرى مماثلة، ألغى قضاء مجلس الدولة قرار الإدارة برفض منح الإقامة لأحد رعايا يوغسلافيا بدعوى أنه لم يحمل تأشيرة الإقامة طويلة المدة، لأن عودته إلى بلده للحصول على هذه التأشيرة يسبب له أخطار محققة.

ومفاد ما تقدم أنه إذا تعذر طرد الأجنبي سواء إلى بلده الأصلي نتيجة الأخطار المحيطة به، أو لأي دولة أخرى نظراً لوجود مصاعب عملية في ذلك، فإن الإدارة لا تستطيع أن تتركه في موقف غير قانوني ويجب أن تمنحه ترخيص في الإقامة.

وقد استدعت الحالات السابقة نظر المشرع، فأضاف إلى القانون 11ماي 1998 حالات منح الإقامة للأجانب في مثل هذه الظروف، وذلك لمن يهدده خطر جسيم على حياته أو حريته في بلده الأصلي، ولكن هذا التهديد ليس من السلطات الرسمية في دولته، وإنما من إحدى المنظمات الأخرى غير الحكومية مثل

¹د.خالد سيد محمد حماد ، مرجع سابق ، ص 817.

الجزائريين الذين تهددهم الجماعة الإسلامية المسلحة، ويحمد لمجلس الدولة الفرنسي أنه يبتكر الحلول الإنسانية ولو لم يكن هناك نص قانوني، كما يحسب المشرع أنه تبنى ذلك ونص على هذا النوع من الإقامة.

ب- الأضرار المؤكدة على صحة الأجنبي حال إجباره على الخروج من فرنسا

يقضي مجلس الدولة بإلغاء قرار الإدارة الراض لمنح الأجنبي الإقامة ويعتبره منطوياً على خطأ ظاهر في التقدير، إذا ثبت أن الحالة الصحية للأجنبي ستعرض لآثار خطيرة عند خروجه من فرنسا، وبناءً على ذلك قضى المجلس بوجود خطأ ظاهر في التقدير في الحالات الآتية¹:

إذا رفضت الإدارة منح أحد الأجانب الترخيص في الإقامة على الرغم من تقديمه تقرير طبي يفيد معاناته من أحد الأمراض الخطيرة، وأن حالته الصحية لا تسمح له بركوب أي وسيلة مواصلات خارج منطقة باريس للخروج من البلاد.

في حالة دخول أحد الأجانب تونسي الجنسية لفرنسا بعقد عمل موسمي، وإصابته في حادث عمل احتاج معه إلى تدخل جراحي ورعاية طبية لعدة أشهر، وأثبت ذلك مفتش الصحة المختص في تقريره، وأضاف أن المدعي بحاجة إلى عناية مخصصة تتطلب بقاءه في فرنسا حتى يتم شفاؤه.

إذا ثبت أن الحالة الصحية للأجنبي خطيرة وأنه دخل فرنسا منذ عدة سنوات بقصد العلاج.

إذا كانت الأجنبية أرملة تعيش في فرنسا منذ عام 1992 مع ابنتها المولودتين بفرنسا، وكانت الصغرى منهما تعاني من مرض مزمن يحتم وجود الأم الدائم بجوارها لعلاجها ورعايتها.

وفي المقابل اعتبرت المحكمة تقدير الإدارة صحيحاً، إذا كانت حالة الأجنبي الصحية لن تتأثر بخروجه من البلاد، ومن الممكن علاج المرض من مكان آخر غير فرنسا.

ج- مدى مشروعية تواجد الأجنبي في فرنسا وانقطاع صلته ببلده الأصلي

يأخذ مجلس الدولة في اعتباره الطريقة التي دخل بها الأجنبي البلاد وكذلك مدى وجود روابط بين الأجنبي وموطنه الأصلي، وهل لازال للأجنبي قرابة عائلية أو أي صلوات أخرى أم انقطعت صلته ببلده الأصلي؟ وبناءً على ذلك قضى المجلس بإلغاء قرار الإدارة رفض الترخيص في الإقامة لبعض الأجانب، واعتبره متضمناً خطأ ظاهراً في التقدير في الحالات الآتية:

¹ د. خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 719.

إحدى رعايا الكونغو كان عمرها 12 عاما عندما دخلت فرنسا عام 1985، ودرست بها بانتظام في رعاية شقيقها الذي يحمل الجنسية الفرنسية، ولم يعد لها أي روابط ببلدها الأصلي سوى والدها المسن ولا يقدر على رعايتها.

إحدى الجزائريات مواليد عام 1929، ولها أبناء يحملون الجنسية الفرنسية، 6 أبناء منهم تركوا الجزائر ورحلوا إلى فرنسا لاعتبارات أمنية بسبب جنسيتهم، وتجد نفسها بمفردها في بلدها دون أي رعاية معنوية¹. إحدى التونسيات تعيش في فرنسا منذ عام 1983 وأنهت دراستها بها، ثم أنشأت عام 1990 شركة فنية، وانقطعت كل صلاتها بلدها الأصلي.

أحد رعايا دولة زائير(الكونغولية) التمس تقنين وضعه ومنحه الإقامة القانونية في فرنسا، بعدما رفضت السلطات الفرنسية منحه حق اللجوء، وبرر طلبه بأنه استقر في فرنسا ومارس بنجاح العديد من الأعمال، بالإضافة لمعيشته في فرنسا مع سيدة تحمل ذات جنسيته، ولهما طفلان مولودان ويتلقيان تعليمهما في فرنسا.

4: رقابة الخطأ الظاهر في شأن قرارات الضبط المتعلقة بالمنشورات الأجنبية

في عام 1973 صدر حكم يعد في الواقع نقطة التحول الحقيقي في اتجاه مجلس الدولة حول تبني نظرية الخطأ الظاهر في مجال منازعات الأجانب، وهو الحكم الخاص بقضية مكتبة François Maspero ضد وزير الداخلية، وتخلص وقائع هذه القضية في أن "مكتبة فرانسوا ماسبيرو" تقدمت بطعن أمام مجلس الدولة تطلب فيه إلغاء قرار وزير الداخلية الصادر بتاريخ 27 جانفي 1969، والقاضي بمنع نشر وتوزيع وبيع مجلة القارات الثلاث، التي تصدرها هذه المكتبة مستندة في ذلك إلى أن تقدير الوزير لخطورة المجلة المذكورة على النظام العام ليس تقديراً صحيحاً، وقد كان على مجلس الدولة طبقاً لقضائه المستقر في هذا الصدد أن يقضي برفض مثل هذا الطعن وأن يردد عبارته المألوفة في مثل هذه الحالة والتي قالت بها المحكمة الإدارية بباريس في ذات القضية التي نحن بصدددها، العبارة هي: "أن تقدير مدى خطورة إحدى المطبوعات على النظام أو الأخلاق العامة، وكذلك مدى ملائمة الإجراء المتخذ في هذه الحالة ليس من شأنه أن يناقش أمام القضاء الإداري".

وعلى الرغم من أن مرافعة مفوض الحكومة G. Braibant انصرف معظمها إلى تحديد معيار المصدر الأجنبي وتوافره بالنسبة للمجلة الممنوعة فقد استعرض وجوه الطعن المقدمة من الشركة وهي: الوقائع المادية غير الصحيحة وانحراف السلطة والغلط البين في التقدير.

¹ د. خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 821.

ولم يقف المفوض طويلاً أمام النقطتين الأوليتين، أما بالنسبة للغلط البين فذكر أنه بطرح مسألة أكثر صعوبة تتعلق برقابة مجلس الدولة وتطبيقها.

وأوضح المفوض أن النظام القانوني للممارسة الحريات وإجراءات البوليس ينقسم إلى فئتين كبيرتين: نظم الحرية التي تكون فيها الحرية هي القاعدة والمنع هو الاستثناء ونظم البوليس وهي على العكس تعطي الإدارة سلطات واسعة وتقديرية وتختلف رقابة مجلس الدولة في الحالتين: ففي الحالة الأولى، نظرية الحرية، فرقابة مجلس الدولة تكون معمقة جداً، حيث يبحث مجلس الدولة ما إذا كان من الضروري اتخاذ الإجراء للمحافظة على النظام العام، وما إذا كانت سلطة البوليس تتمتع بوسائل أقل إكراها للوصول إلى نفس النتيجة وهذا هو الموقف الذي سلكه المجلس إزاء الإجراءات التي تمسك حرية الاجتماع وحرية النشر فلقد ألغى قرار منع الاجتماع من عمدة بسبب أن احتمال الاضطرابات لم يكن لها درجة من الخطورة، كما ألغى قراراً بالمحجز على كتاب لأنه اتضح من الأوراق أنه ليس من شأن نشره أن يخلق تهديداً للنظام العام، كما بحث المجلس عما إذا كان للكتاب طابع إباحي مخل بالحياء يبرر منعه، وما إذا كان تحريض جمعية على المظاهرة المسلحة يهدد النظام العام ويبرر حلها.

وفي الحالة الثانية، فعن رقابة مجلس الدولة كانت على العكس محدودة فعندما يمنح المشرع البوليس سلطات خاصة بدون تقييدها بشروط واضحة، كما هو الشأن في النصوص الخاصة بالظروف الاستثنائية التي تهدف إلى المحافظة على النظام العام في فترات الاضطرابات، ففي هذه الحالات فإن المجلس لا يراقب التقديرات التي قامت بها سلطات البوليس باتخاذ الإجراءات التي تلحق ضرراً خطيراً بالحريات الفردية مثل تجديد الإقامة أو منحها أو طرد الأجنبي أو رفض التصريح بالإقامة.

وأشار المفوض إلى أنه أصبح من الضروري تجاوز هذا القضاء التقليدي، وهو ما طبقه مجلس الدولة فعلاً حيث امتدت رقابته منذ اثني عشر عاماً إلى مسائل استخدمت فيها فكرة الغلط البين، ثم امتدت نطاق تطبيق هذا القضاء الجديد إلى مجالات أكثر تنوعاً كالوظيفة العامة والمسائل الفنية، غير أن المجلس لم يستخدمها بعد في نطاق بوليس الأجانب، وقد واجهت محكمة باريس الإدارية هذا الأمر حيث تصدت لإلغاء قرار إداري على أساس الغلط البين بمناسبة منع أجنبي من الدخول في الإقليم الفرنسي.

وقد إقترح المفوض على مجلس الدولة تطبيق فكرة الغلط البين في مجال إجراءات البوليس لأن في هذا النطاق تكون رقابة القاضي ضرورية جداً حيث تمس هذه الإجراءات حريات أساسية، كما أن الرقابة القضائية هي المقابل الضروري لسلطة غير مألوفة يمكن أن تمارسها سلطات البوليس، " إن التوفيق بين هذه المستلزمات تكمن في فكرة الغلط البين التي تسمح بوضع الحدود لسلطة البوليس وإعطاء المواطنين حداً أدنى من الضمانات".

وبعد أن ناقش مفوض الحكومة الأسباب التي استند إليها وزير الداخلية ذكر" أن هذه الأسباب سواء تتعلق بالنظام العام أو بمنع الأضرار بالعلاقات الدولية لفرنسا غير كافية، إن هذه الأسباب ربما تبرر إجراءات منع جزئي محدد ببعض الأقاليم أو بأعداد معينة غير أنها تجاوزت ذلك إلى الحد المطعون فيه هو طابعها العام، والمطلق وشموله لجميع الأعداد الماضية والمقبلة ودون مراعاة المضمون الخاص لكل رسالة، وحتى عندما لم تكن أي مقابلة تخص مباشرة أو غير مباشرة فرنسا، وانتهى المفوض إلى أنه لهذا السبب وإلى هذا الحد فإن القرار المطعون فيه قد ارتكب خطأً بيناً في التقدير.

إلا أن مجلس الدولة قد خرج على هذا القضاء المستقر وتناول بالبحث والدراسة تقرير الوزير لمدى خطورة مجلة القارات الثلاث السابقة على النظام الحقيقي، وانتهى إلى القول بأن هذا التقدير ليس مشوباً بخطأً ظاهر.

حقيقة أن هذا الحكم قد انتهى إلى رفض الطعن بإلغاء قرار وزير الداخلية المشار إليه، إلا أن أهميته تكمن (وهذا هو ما يهمننا) في درجة الرقابة التي أقرها للقاضي الإداري تجاه القرارات الفردية الصادرة في مجال منازعات حرية الصحافة الأجنبية أو ذات المصدر الأجنبي، تلك الدرجة التي أحاطت هذه الحرية بضمانات فعالة ضد تعسف أو تسلط الأجهزة الإدارية المختصة، مما يعني في ذات الوقت تراجعاً وتقييداً لسلطة الإدارة في مجال إجراءات الضبط الخاصة بالأجانب، إذ بصدور حكم Maspero، لم يعد وزير الداخلية يتمتع كما كان في السابق بحرية واستقلالية تامة في تقدير أضرار أو خطورة إحدى المجالات الأجنبية على النظام العام، أو في تقديره الإجراءات الواجب اتخاذها في هذه الحالة سواء بمنعها من الصدور أو النشر أو التوزيع أو غير ذلك، حيث أصبح مقيداً بأن يكون هذا التقدير أو ذلك غير مشوب بخطأً ظاهر، وإلا كان قراره باطلاً ومن ثم جدير بالإلغاء.

كما ذهب الفقه إلى أنه مع حكم Maspero فإن مجلس الدولة عرف لأول مرة فكرة المصدر الأجنبي في حالات المحررات ذات الصفة الدورية والتي أعطاها معنى أكثر اتساعاً وأن هذا الحكم يجدد التفسير الذي يقرر توسيع رقابة تجاوز السلطة، غير أنه يجب التمييز بين نوعين من الرقابة التي يمارسها القاضي على نشاط الإدارة، والرقابة العادية التي يمارسها القاضي الإداري على تطابق النشاط الإداري مع الشروط القانونية التي يحددها القانون لتكييف الوقائع التي من طبيعتها تبرير النشاط الإداري.

و الرقابة الأدنى التي يمارسها القاضي في حالة عدم تحديد المشرع للشروط اللازمة لممارسة النشاط الإداري أو يحددها بطريقة إجمالية حيث تنصب الرقابة على التكييف القانوني ولكن على شرعية سبب القرار، وإذا كان قاضي الإلغاء قد دافع عن رقابته منذ زمن طويل ومارس رقابته على التكييف القانوني في حالات استثنائية فإنه يمد رقابته الآن إلى تقدير الوقائع المقدمة بمعرفة الإدارة، وفي الواقع فإن القاضي

لا يحتكم إلى هذا التقدير في ذاته وإنما إلى الغلط الذي يشوب هذا التقدير عندما يكون هذا الغلط بيناً أي فسد التفسير الذي قدمته الإدارة لسلطتها التقديرية.

وأكد الفقه في النهاية أن قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Maspero ويعتبر أول قرار الغلط البين في نطاق بوليس المحررات الأجنبية، وسوف يشار إليه بأنه آخر قطعة للبناء القضائي الذي يقوم بإعداده وتجهيزه منذ عام 1961.

ولا شك أن إضافة الغلط البين في التقدير إلى الرقابة على الغلط في القانون والوجود المادي للوقائع، سمح للقاضي بأن يمارس في هذا الموضوع رقابة الوصف القانوني للوقائع في الحالة التي ترتكب فيها الإدارة بمناسبة هذا الوصف غلطاً بيناً في تكييف الوقائع وتقديرها¹.

كما أن عمومية صياغة قرار الجمعية في قضية Maspero تجعل فكرة الغلط البين، وكما تنبأ السادة François et Boyen مقبولة من الآن في رقابة جميع القرارات المتعلقة بالبوليس.

ولقد أكد مجلس الدولة الفرنسي موقفه في هذا الصدد في حكم آخر صادر في 30 جانفي 1980 ويتعلق بمكتبة Maspero أيضاً.

وتتلخص وقائعه في أن وزير الداخلية أصدر قراراً بمنع تداول وتوزيع وعرض للبيع كتاب "صعود موبوتو"، الذي تولى طبعه ونشره شركة مكتبة Maspero.

وقد قام وزير الداخلية ببيان الخطر الذي يحدثه نشر الكتاب على النظام العام والعلاقات بين فرنسا والزائر، وطعنت الشركة في هذا القرار أمام محكمة باريس الإدارية التي ألغت قرار وزير الداخلية، قام وزير الداخلية بالطعن في حكم المحكمة الإدارية أمام مجلس الدولة طالباً بإلغائه ورفض دعوى الشركة، وفي هذا الحكم قرر مجلس الدولة، بعد أن استعرض نصوص القانون الصادر في 29 جوان 1881 والمعدل بالمرسوم الصادر في 6 ماي 1939 والتي تجيز لوزير الداخلية منع تداول وتوزيع وعرض للبيع المحررات والدوريات ذات المصدر الأجنبي للكتاب الممنوع، حيث يحمل مؤلف الكتاب جنسية أجنبية كما أنه محرر بمساعدة ذات مصدر أجنبي ويخضع لتعبئة أجنبية وإن كتب باللغة الفرنسية وطبع ونشر في فرنسا، مما يتعين منعه باعتباره من مصدر أجنبي في معنى نص المادة 14 من قانون 29 جوان 1881 المشار إليه، وانتهى مجلس الدولة على أنه لا يتضح من أوراق الملف أن التقدير الذي قام عليه قرار وزير الداخلية وهو أن من شأن نشر الكتاب المذكور أن يعرض للخطر العلاقات الفرنسية الزائيرية مشوباً بغلط بين، وقضى مجلس الدولة بإلغاء حكم المحكمة الإدارية ورفض دعوى الشركة.

¹ د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص 384 وما بعدها.

وفي قضاء لاحق تابع مجلس الدولة الفرنسي تأكيد حقه في رقابة الأسباب التي يقوم عليها وزير الداخلية باستخدام وسيلة الغلط البين في التقدير وذلك بحكمه الصادر في 17 أبريل 1985 في قضية Les Edition des arches (قضية مشابهة لقضية Maspero) حيث أصدر وزير الداخلية قراراً بمنع تداول وتوزيع مجلة Signal وذلك لقيامها بالمساهمة في نشر المذهب الاشتراكي والأفكار النازية.

وقد أيد مجلس الدولة حكم محكمة باريس الإدارية في قرار وزير الداخلية لصدوره مشوباً بغلط بين في التقدير، مخاطر نشر المجلة على النظام العام خلافاً لما طلب به المفوض الحكومة Bernard Strin والذي أوردته في تقديره المقدم في هذه القضية أن وزير الداخلية استعمل سلطته المتعلقة بحرية النشر وأن تقديره لمخاطر المجلة على النظام العام غير مشوب بغلط بين.

وبعد أن ألغي هذا القرار من قبل محكمة باريس الإدارية، تأيّد هذا الإلغاء أمام مجلس الدولة على أساس أن "قرار وزير الداخلية السابق مشوباً بخطأ بين في تقدير مخاطر نشر المجلة المذكورة على النظام العام".
الفرع الرابع: رقابة الخطأ الظاهر في مجال القرارات الصادرة في المسائل العلمية والفنية
استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على عدم رقابته لتكييف الإدارة وتقديرها في المسائل العلمية والفنية، غير أن تطور الرقابة القضائية دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى بسط رقابته على القرارات الصادرة من الإدارة في هذه المجالات وذلك باستعمال نظرية الخطأ الظاهر في التقدير¹.

لذلك يتعيّن الوقوف على الرقابة التقليدية لمجلس الدولة الفرنسي في هذه المجالات ثم نتناول الرقابة القضائية التقليدية لمجلس الدولة الفرنسي في هذه المجالات ثم التطورات التي أحدثتها رقابة الخطأ الظاهر.

الرقابة التقليدية لمجلس الدولة الفرنسي

سبقت الإشارة إلى الاستثناءات التي أخرجها مجلس الدولة من رقابته والتي كان من بينها المسائل العلمية والفنية، وأن رقابة المجلس بهذه الاستثناءات كان مرجعه عدم اختصاصه الفني بتقدير هذه المسائل والتي تستقل بها الإدارة في تقديرها بما لديها من أجهزة وإمكانات ومتخصصين، فالطابع الفني لهذه المسائل يقتضي لكي يفصل فيه القاضي أن ينزل على رأي الإدارة بشأنها، ومعنى ذلك أن مجلس الدولة لا يمارس أي رقابة حقيقية عليها، ومن تطبيقات مجلس الدولة في هذا المجال² حكمة الصادر في قضية Sariems Laboratoires التي تقدمت بطلب إلى اللجنة المختصة بوزارة الصحة للتصريح لها بإنتاج دواء معين لعلاج الضعف الجنسي، ورفضت اللجنة طلبها لتأثير الدواء على الناحية الجنسية والمعنوية للأفراد وتأيّد هذا

¹ د محمود سلامة جبر المرجع السابق ص 404 وما بعدها.

² د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 422 وما بعدها.

القرار من وزير الصحة فأقامت دعواها بطلب إلغاء قرار وزير الصحة إلا أن مجلس الدولة رفض الدعوى على أساس أن تقدير اللجنة لا يمكن مناقشته قضائياً أمامه وهو الحكم المؤرخ في 16 مارس 1955.

وفي هذا المعنى حكمة الصادر في قضية Comédie Française الصادر في 19 يناير 1945 وتتلخص وقائعها أن تقدم المدعي Palart بطلب إلى لجنة القراء بمسرح الكوميدي فرانسيس بمسرحية من تأليفه لتقديرها تمهيداً لعرضها على المسرح المذكور ورفضت لجنة القراء المسرحية، فأقام دعوى أمام المجلس بطلب إلغاء قرار اللجنة ورفض المجلس الدعوى على أساس عدم اختصاصه بالرقابة القضائية للطابع الأدبي أو التربوي للمسرحية.

وفي مجال القيد في قائمة الشهرة الطبية Notoriété Médicale والتي يتعين لإدراج أسماء الأطباء بها الحصول على مستوى علمي ومهني معين، كما يؤدي هذا القيد إلى ترتيب حقوق معينة لمن يتم قيده من الأطباء حيث يجوز له رفع أتعابه عن المستوى العادي وطلب أتعاب إضافية، ويخضع نظام القيد في القائمة لضوابط ومعايير فنية ومهنية تقوم بتطبيقها لجان عامة وإقليمية وقد رفض مجلس الدولة رقابة التقدير الفني لهذه اللجان لعدم اختصاصه الفني¹.

وكذلك الحال بالنسبة لمسألة القيد في قائمة الخبراء والمحاسبين حيث يخضع القيد لتوافر عدة شروط من طالب القيد وتعلق بالصلاحية المهنية والأخلاقية والمؤهلات العلمية وهي شروط في المرسوم المرسوم 12 أوت 1969، وعهد إلى بعض اللجان لتقدير توافر هذه الشروط في المرشح للقيد في القائمة وهي شروط رفض مجلس الدولة الفرنسي في قضائه التقليدي رقابته عليها.

إن مجلس الدولة كان يرفض الدعاوى في هذا الشأن بحجة أن رقابته تستلزم فحص التقديرات الفنية للإدارة وهو ما لا يستطيع المجلس القيام به.

إلا أن رأي مجلس الدولة السابق لم يعمر طويلاً بل سرعان ما اختص لنفسه ببسط رقابته على المجال الفني والعلمي باستعمال رقابة الخطأ الظاهر، وهو ما انفصله في تبيان رقابة الخطأ الظاهر في مجال رقابة القرارات المتعلقة بالمسائل العلمية ورقابة الخطأ الظاهر في مجال القرارات المتعلقة بالمسائل الفنية.

1: رقابة الخطأ الظاهر في شأن القرارات المتعلقة بالمسائل العلمية

سبق بيان ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في شأن تكييف الإدارة للمسائل العلمية والفنية حيث تواترت أحكامه على عدم خضوع هذه المسائل إلى الرقابة القضائية.

¹ د خالد سيد حماد ، المرجع السابق ، ص 827.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه " كان خيرا للمجلس أن يرفض مثل هذه الرقابة بدلا من أن يتظاهر برقابة لا يحسنها"¹.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن مسلكه وهذا اعتبارا من تاريخ صدور حكم قضية Iranex في 06 نوفمبر 1963، والتي مفادها أن بعض الشركات التي تقوم بإنتاج المواد الغذائية والمثلجات كانت تستخدم الصمغ العربي خاصة في المثلجات لكي يؤدي إلى تقوية قوامها بعض الشيء والتقليل من سرعة ذوبانها، ولكن وزير الزراعة أصدر قرار بعدم قيد هذه الشركات في قائمة الشركات التجارية المرخص لها بصناعة المثلجات والكريمة المثلجة طبقا لأحكام المرسوم رقم 438 الصادر في مارس 1943 بشأن تنظيم الإدارة العامة من أجل تطبيق القانون الصادر في الأول الداخلة في صناعة الكريمة.

وقد رفض مجلس الدولة الدعوى وشيّد حكمة على أساس من أوت 1905 بخصوص العقوبات على الغش في تجارة المثلجات والكريمة المثلجة وتحوّل المادة 7 من المرسوم لوزير الزراعة سلطة مراقبة مدى التزام الشركة المنتجة بمراعاة النسب المحدودة

أنه يبيّن من الاطلاع على أوراق الدعوى أن قرار وزير الزراعة قام على أسباب تمثلت في حماية الصحة العمومية وفي حدود السلطة المخوّلة له بموجب النصوص والأحكام المذكورة أضف المجلس في أسبابه سبباً جديداً وهو أن تقدير الإدارة للوقائع غير مشوب بخطأ ظاهر.

وهكذا بدأت فكرة الخطأ الظاهر تدخل نطاقاً جديداً طالما امتنع المجلس فيه عن رقابته تكييف الإدارة للوقائع التي بنيّ عليها قرارها².

وقد أصدر المجلس عدد من الأحكام، منها حكم محكمة باريس الإدارية الصادر بتاريخ 31 مارس 1965 في Société des Établissement Février Decoisy والتي تتلخص وقائعها في أن الشركة المذكورة أقامت دعوى طالبة إلغاء القرار الصادر من وزير الصحة العامة برفض تعويضها عن الضرر الذي تكبدته نتيجة خطأ السلطة العامة المتمثل في التصريح بإنتاج الدواء المسمى Champion، وقد أشار الحكم إلى المخالفات والأخطار الجسيمة التي ارتكبتها الشركة مما يجعل شروط الواردة في المادة 89 من قانون الدواء والمادة 599 من مجموعة الصحة العامة غير متوفرة بالنسبة لها، ومن ثم فإن تقدير اللجنة الفنية المتخصصة ووزير الصحة العامة لهذه الشروط لا يمكن مناقشته أمام القاضي الإداري إلا إذا كان مشوب بخطأ ظاهر أو قام على وقائع مادية غير صحيحة وقد رفضت المحكمة الدعوى وألزمت الشركة المادية بالمصاريف.

¹ R Odent, Contentieux Administratif, O P, p1564.

² د محمود سلامة جبر المرجع السابق ص 408 وما بعدها .

وما يمكن تسجيله في هذا الشأن أيضاً، الحكم الصادر عن مجلس الدولة في 28 أبريل 1967 في قضية الإتحاد الوطني لنقابة الصيادلة في فرنسا والتي تمثل بعداً جديداً لرقابة المجلس في هذا المجال ونظراً لأهميته سنفصله فيما يلي:

في هذه القضية طلب الإتحاد القومي لنقابة الصيادلة في فرنسا وآخرون إلغاء قرار وزير الصحة لقائمة التحضيرات الدوائية المعفية من تنظيم المواد السامة.

ووفقاً لقواعد مجموعة الصحة العامة المادة (517) يتعين على وزير الصحة استشارة الأكاديمية الطبية قبل تحديد قائمة المواد المعفية من تنظيم المواد السامة، وقد طلب وزير الصحة من الأكاديمية الطبية تحديد رأيها قبل إعداد قائمة المواد المعفية، إلا أنه قام بإصدار القرار المطعون فيه قبل أن تعلمه الأكاديمية برأيها.

وقد أخضع مجلس الدولة تقدير الوزير لإخطار تسليم التحضيرات الدوائية دون مراعاة للقواعد المنظمة لعقاقير المواد السامة ومراقبته متى كان مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير، وترتيباً على ذلك ألغى المجلس قرار وزير الصحة الصادر بإلغاء قائمة المواد المعفية من تنظيم المواد السامة.

وفي ذات المعنى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 08 يناير 1971 في قضية Ischiondsku et Société te ta Bosatiaires ورفض المجلس الطعن لصدور قرار من وزير الصحة غير مشوب بخطأ ظاهر في التقدير أو انحراف السلطة.

2: رقابة الخطأ الظاهر في شأن القرارات المتعلقة بالمسائل الفنية

غالباً ما تصدر الإدارة قرارات تتعلق بالمسائل الفنية، وكان المجلس في بادئ الأمر يركز إلى تقديرات الإدارة في هذا المجال لعدم قدرته الفنية على رقابتها وتأسيساً على أن تقديرات الإدارة في هذه المجالات تتولاها عادة لجان فنية متخصصة.

وقد يصعب وضع معيار معين أو ضابط محدد لما يعتبر فنياً أم لا وحيث لا تكون الصفة الفنية في القرار الإداري واضحة تماماً على نحو يقطع بالقول بفنية القرار أو عدم فنيته، ولم تكشف أحكام مجلس الدولة ولا اتجاهات الفقه عن معيار محدد في هذا النطاق لذلك سنتناول هذه المسألة مستخلصة من أحكام مجلس الدولة الفرنسي¹.

ويمكن تقسيم هذه التطبيقات إلى عدة أنواع وفقاً لموضوعها وهي القرارات الخاصة بتقدير الدرجات ومنح الدرجات العلمية وقرارات القيد في قائمة الجدارة الطبية والقرارات اليد في قائمة الخبرة المحاسبية وتناولها على النحو التالي

¹ د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق ص 411 وما بعدها.

أولاً: قرارات لجان الامتحان ومنح الدرجات العلمية

وقف مجلس الدولة في رقابته التقليدية على شرعية القرارات الصادرة من لجان الامتحانات عند حد رقابة صحة الإجراءات الخاصة بهذه اللجان كعرفة ما إذا كان الممتحن قد تم دعوته بطريقة صحيحة ومنظمة؟ ولم تتجاوز هذه الحدود إلى رقابة تكييف الملائمة أعمال اللجان والممتحنين ولا سلطة وضع الدرجات أو القيد في الفصول الدراسية أو منح الدرجات العلمية.

وباستعمال نظرية انخطأ الظاهر في التقدير، استطاع مجلس الدولة أن يتجاوز حدود رقابته التقليدية إلى مجالات جديدة تدخل في تصميم التقدير الإداري ليراقب سلطة وضع الدرجات، كما يراقب تقدير الدرجات الخاصة بكل مادة والتقدير الإجمالي بكل طالب وتأثيره في الانتقال للفصل الدراسي الأعلى ويسجل حكم مجلس الدولة الصادر في قضية Sieur Gatheier في 10 يناير 1969 هذا التطور ومفادها أن طعن المدعي في حكم المحكمة الإدارية Clemant Ferrant الصادر برفض طلبه إلغاء القرار الصادر من مدير إحدى المدارس الثانوية بعدم قيد ابنته في الفصل الدراسي الثاني وفصلها من المدرسة لعدم صلاحيتها في تحصيل دروسها، وقد رفض مجلس الدولة الطعن وقر: "أنه يتضح من الأوراق أن تقدير مجلس الفصل قام على وقائع مادية غير صحيحة أو خطأ ظاهر في التقدير".

ويعني ذلك أن تقدير مجلس الفصل لصلاحية تلميذة في تحصيل دروسها ومتبعتها أصبح خاضعاً لرقابة مجلس الدولة باستعمال وسيلة انخطأ الظاهر في التقدير، ولما كان هذا التقدير أمراً تستقل به الإدارة المدرسية بحسب الأصل باعتبارها المختصة بتقرير الصلاحية وكان الفصل من المدرسة يمثل نتيجة وأثراً للقرار بعدم الصلاحية الذي اتخذ سبباً له وعدم القدرة على تحصيل الدروس، فإن امتداد رقابة المجلس إلى هذا التقدير يعني رقابته لقيمة سبب القرار وأهميته أي لملائته واختياره، وهذا جوهر الوظيفة الجديدة للخطأ الظاهر وهي رقابة اختيار القرار وإذا كان هذا الحكم لم يثر كثيراً من الاهتمام إلا أنه مع ذلك يعتبر فتحاً لثغرة جديدة في أحد المجالات التقليدية للسلطة التقديرية للإدارة ولا يبدو أن هذه الثغرة سوف تغلق.

وبعد ذلك بإحدى عشرة سنة جاء حكم محكمة Pau الإدارية لتؤكد هذا الحكم ولتغني على أساس انخطأ الظاهر في التقدير قرار ناظرة مدرسة ثانوية مهنية بطرد أحد التلاميذ وذلك بحكمها الصادر في قضية Begue في 29 يناير 1980 وفي تطور لاحق دفع مجلس الدولة برقابته إلى مجال آخر في نطاق المسائل الفنية ومجال القرارات المتعلقة بالقيد في الجامعات والمعاهد للحصول على الدرجات العلمية.

وتطبيقاً لذلك أخضع مجلس الدولة لرقابته انخطأ الظاهر تقدير الإدارة لتوافر شروط صلاحية أحد الطلاب للقيد بقسم الدكتوراه بكلية الحقوق جامعة باريس وذلك في حكمه الصادر في 26 يناير 1977 في

قضية Sieur Demart، حيث رفض طلب المدعى بإلغاء قرار اللجنة المختصة بكلية حقوق باريس بعدم تصريح له بالقيود بقسم الدكتوراه وذلك لعدم وجود خطأ ظاهر في تقدير اللجنة، وهذا يعني أن تقدير توافر شروط القيد الطلاب بالكليات والمعاهد للحصول على الدرجات أصبح خاضعاً لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير.

وقد طبق مجلس الدولة هذا المبدأ في قضية المعهد العالي للدراسات العليا في القانون الزراعي والاقتصاد الزراعي بتاريخ 22 ماي 1977 حيث راقب مجلس الدولة مستعيناً في ذلك بالخطأ الظاهر في التقدير ما إذا كان القيد في قائمة المعهد المذكور يؤدي بالدخول في المدرسة القومية للإدارة وقد رفض المجلس الطعن المرفوع من المعهد لعدم وجود خطأ ظاهر، كما طبق المجلس أيضاً في حكمه الصادر في قضية Lencheneau بتاريخ 5 أكتوبر 1983 حيث راقب المجلس القرار الصادر من نائب مدير جامعة بوردو وبعدم السماح للمدعي بالقيام بقسم الدراسات للحصول على دبلوم الدراسات المعمقة في الاقتصاد ورفض الطعن المرفوع في المدعي على القرار المذكور على أساس أن تقدير نائب مدير الجامعة باستيفائه للشروط اللازمة للقيد وعدم التلازم بالإجراءات المطلوبة من ضرورة اجتياز السنة التمهيدية هذا التقدير لا يقوم على خطأ ظاهر في التقدير.

كما أخضع المجلس تقدير اللجان المختصة بتوافر شروط منح الدرجات العلمية لرقابة الخطأ الظاهر ورفض إلغاء قرار مشترك لوزير الصحة والتعليم باستبعاد المدعي من عضوية اللجنة المشتركة للترقية بدرجة الأستاذية في الطلب العلاجي لعدم قيامه على خطأ في التقدير.

وفي هذه القضية رفع Sieur Debry وهو أستاذ بالطب باريس، دعواه أمام محكمة باريس الإدارية طالباً بإلغاء قرار وزير الصحة برفض الطعن الولائي المقدم منه، وقرار وزير التعليم القومي باستبعاد المدعو من عضوية اللجنة المشتركة للترقية بدرجة الأساتذة في الطب العام والعلاجي، فقضت المحكمة الإدارية بعدم اختصاصها بنظر الدعوى فطعن في حكمها أمام مجلس الدولة الذي رفض الطعن وأشار الحكم إلى شروط الاشتراك في اللجنة المذكورة الواردة في القرار الوزاري الصادر في 13 جوان 1965 والتي تنوفاً في جانب المدعي، وقرر أن التقدير الذي قام عليه القرار المشترك الصادر من وزير التعليم القومي والصحة العامة لا يقوم على وقائع مادية غير صحيحة كما أنه غير مشوب بخطأ في القانون أو خطأ ظاهر في التقدير، ومعنى ذلك أن الشروط العضوية والاشتراك في اللجان العلمية أصبح خاضعاً لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير يستطيع قاضي الإلغاء في حالة ارتكاب الإدارة خطأ في التقدير توافر هذه الشروط أو عدم توافرها بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه، وقد طبق المجلس هذا القضاء أيضاً بالنسبة للحصول على درجة دبلوم في الهندسة بالتطبيق للقانون 1969/1978م.

كما راقب مجلس الدولة الفرنسي مستخدماً في ذلك وسيلة الخطأ الظاهر في تقدير القرارات الصادرة من وزير الجامعات بشأن تحديد صلاحية الجامعات لمنع الدبلومات و الشهادات العلمية وكذلك شروط الحصول عليها، وهذا ما يسجله حكمه الصادر في قضية Université Paris VII بتاريخ 12 فيفري 1982، وفي هذه القضية طلبت الجامعة المذكورة إلغاء القرارات الصادرة من وزير الجامعات بتاريخ 07 ماي 1980 بشأن تحديد صلاحيتها لمنح بعض دبلومات الدراسات العليا ورفض المجلس طلب الإلغاء وقرر أن الوزير اعتمد في إصداره القرارات المطعون فيها على معايير قومية مستمدة من دراسة حاجات وسائل المرفق العام في كل المؤسسات التعليمية العالية وأنه لا يظهر أن تقدير الوزير في هذا الشأن قام على خطأ ظاهر.

وراقب المجلس مرسوم الحكومة بإنقاض بعض أقسام المدرسة العملية للدراسات العليا على طريقة الانتخاب النسبي لممثلي مجالس المؤسسات العلمية، وانتهى المجلس إلى أن صدور المرسوم المطعون فيه في 17 جانفي 1984 بشأن التعليم العالي غير مشوب بخطأ ظاهر في التقدير.

وأخيراً مد مجلس الدولة رقابة الخطأ الظاهر إلى القرارات المتعلقة بتقييم ومعادلة المؤهلات والشهادات العلمية، وتطبيقاً لذلك ألغت المحكمة الإدارية لـ Dijon قراراً لإحدى اللجان المختصة برفض الترخيص للمدعي، وهو إسباني تجنّس بالجنسية الفرنسية، بممارسة طب جراحة الحيوان في فرنسا، ولقد استندت اللجنة إلى أنه لا يمكن منح الترخيص المذكور إلى طبيب بيطري إذا لم يكن حائزاً على دبلوم فرنسي أو دبلوم طبيب بيطري ممنوح من الخارج ومعترف بمعادلة دبلوم فرنسا من جانب اللجنة المنشأة بتطبيق المادة الأولى من المرسوم 76/1481 الصادر في 27 فيفري 1962، وقد رأت هذه اللجنة اجتماعها في 3 جوان 1970 أن دبلوم كلية Lyon الذي حصل عليه المدعي لم يكن معادلاً لدبلوم دكتور بيطري في فرنسا.

وقد تصدت المحكمة لتقدير الأسباب التي قام عليها قرار اللجنة ولتقدير القيمة العلمية لدبلوم كلية Madrid وذهبت إلى أن هذا الدبلوم في إسبانيا له نفس القيمة العلمية لدبلوم كلية Madrid -Lyon المعترف به من منظمة الصحة العالمية، وانتهت المحكمة إلى أنه يتضح من الأوراق أن تسبب اللجنة لم يكن كافياً، كما أنها ارتكبت خطأ ظاهراً في التقدير بين قيمة الدبلومات التي تعطيها كلية Madrid -Lyon وفي النهاية فإن رأيها جاء مشوباً بانحراف السلطة مما يتعين معه إلغاء القرار وإلزام الدولة بالمصروفات ومعنى ذلك أن تقدير التعادل بين المؤهلات والدرجات العلمية، وهو أمر ذا طابع فني علمي، أصبح خاضعاً لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير، بل أن القرارات الصادرة من قبل أعضاء هيئة التدريس بالجامعات من جامعة إلى أخرى خضعت لرقابة الخطأ الظاهر، حيث ألغى مجلس الدولة قرارين لسكرتير الدولة للجامعات بنقل بعض أعضاء هيئة التدريس من أحد جامعات باريس إلى جامعة أخرى وذلك لقيامها على خطأ ظاهر في التقدير تمثل في حرمان وحدة التعليم والبحث القانوني لجامعة Paris Natterre من الرسائل اللازمة لإدارتها العادية.

ثانياً: القرارات المتعلقة بالقيود في قائمة الشهرة الطبية

حدد المرسوم الصادر في 04 جوان 1960 الشروط الواجب توافرها لقيود الأطباء في قائمة الجدارة أو الشهرة الطبية.

ووفقاً لهذا المرسوم يتم القيد بعد موافقة اللجان المختصة وفقاً لضوابط ومعايير موضوعية نص عليها المرسوم المذكور تمثل في ممارسة المهنة أن الحصول على لقب من جامعة من سلطة علمية أو من مستشفى، والأطباء الذين يتم قيدهم يقوم لهم الحق في الحصول على أجور إضافية زيادة على الأجور العادية، وقد كان المسلك السابق لمجلس الدولة في صدد المنازعات المتعلقة بتطبيق المرسوم هو عدم إخضاعها لرقابته إلا أنه عدل عن هذا الاتجاه واتجهت أحكامه إلى وجهة جديدة مفادها أن تكييف الإدارة في هذا الشأن لا يخضع لرقابة المجلس إلا إذا شابه خطأ ظاهر.

وقد أصبح على أصحاب الشأن إن أرادوا الاستناد إلى أحد المعايير المنصوص عليها في المادة 10 من المرسوم المذكور بهدف مناقشتها أمام مجلس الدولة أن يتمسكوا بإحدى وسائل الإلغاء وهي الوقائع المادية غير الصحيحة أو الخطأ في القانون أو انحراف السلطة أو الخطأ الظاهر.

وفي غضون عام 1964 أن السيد Villard et Delahaya طعنوا أمام مجلس الدولة في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية برفض إلغاء القرارات الصادرة من لجان التعادل الإقليمية المختصة برفض قيدهم في قائمة الجدارة أو الشهرة الطبية لعدم توافر شروط القيد بالنسبة لهم، وفي قضية Carriere فقد طلب وزير العمل إلغاء الحكم الصادر من محكمة Montpellier الإدارية القاضي بإلغاء قرار لجنة التعادل الإقليمية المختصة ورفض طلب المدعي، وقد حكم مجلس الدولة بإلغاء حكم المحكمة الإدارية رفض طلب المدعي، لأن رفض التقرير الذي أقامت عليه اللجنة قرارها لا يقوم على وقائع مادية غير صحيحة أو خطأ ظاهر في التقدير. أما في قضيتي Villard et Delahaya فقد رفض المجلس الطعنين في أساس أن تقدير لجنة التعادل الإقليمية لا يمكن مناقشته إلا إذا قام على... أو خطأ ظاهر في التقدير.

وإذا كان مجلس الدولة لم يصدر حكماً بالإلغاء في هذا المجال فإننا نصادف أول حكم له بالإلغاء في

قضية Sieur Rougement.

وجاء في التعليق على هذا الحكم "بأن التعديلات الجديدة على اختصاصات اللجان الإقليمية والقومية والإجراءات الواجب إتباعها أمامها ووجوب تسبب قراراتها وتغيير معايير القيد وإن أدت إلى إثارة عدد من المشاكل إلا أنها أدت إلى رقابة أفضل للوصف المهني حيث وضعنا أمام مسلمات ومعطيات مادية قللت من رقابة تقدير اللجان وانعكست على رقابة قاضي تجاوز السلطة حتى أدت فكرة الخطأ الظاهر في التقدير إلى تعميق رقابة القاضي وزيادتها.

كما أن الاعتراف بالخطأ الظاهر في قضايا الشهرة الطبية لم يؤدي فقط إلى تعميم الرقابة في هذا الموضوع وإنما يؤكد أن هذه الفكرة أخذت وضعاً قوياً في القضاء الإداري.

كما قرر مجلس الدولة أن الشهرة يمكن رفضها قانوناً لرئيس القسم في المستشفيات لم تكن لكليات الطب، ففي قضية Rougement المشار إليها فإن لقب مساعد مستشفيات باريس لا يحمله إلا 3% من الأطباء الذين يمارسون عملهم في باريس وبلا شك أيضاً أقل من ذلك في مقاطعة Seine et Oise.

ومن تطبيقات مجلس الدولة في هذه النصوص أيضاً الطعن المقدم من المجلس القومي لنظام الأطباء على القرار الصادر من وزير الصحة العامة حيث استند المجلس في رفضه للطعن إلى عدم وجود خطأ ظاهر في التقدير.

وتخلص وقائع هذه القضية في أن المجلس القومي لنظام الأطباء طلب إلغاء قرار وزير الصحة العامة والضمان الاجتماعي الصادر في 06 جوان 1980 والمنظم للمصاريف الخاصة بجراحي الأسنان، وقد رفض المجلس الطعن على أساس صدور القرار المطعون فيه غير مشوب خطأً ظاهراً في التقدير.

ثالثاً: القرارات المتعلقة بالقيود في قائمة الخبراء المحاسبين

أخضع مجلس الدولة تقدير اللجان المختصة للصلاحية المهنية للأشخاص للقيود في قائمة الخبراء المحاسبين والمشكلة طبقاً لأحكام المرسوم 12 أوت 1969 لرقابة الخطأ الظاهر ورفض إلغاء القرارات الصادرة من هذه اللجان لعدم وجود خطأ ظاهراً، وقد أصدر مجلس الدولة ثلاث أحكام بتاريخ 10 أفريل 1970 في قضايا Sieur Engels Delamerche , Aynau وفي هذه القضايا الثلاثة، رفضت اللجنة القومية قيد المذكورين في قائمة مأموري الحسابات فطعنوا في قراراتها أمام المحاكم الإدارية المختصة فألغت المحكمة الإدارية Poitiers القرار الصادر في القضية الأولى ورفضت المحاكم الإدارية الأخرى الإلغاء في القضيتين الأخرين، فطعن في القضايا الثلاثة أمام مجلس الدولة الذي رفض الطعون الثلاثة، وقد تصدى مجلس الدولة لتقدير الصلاحية المهنية وقرر في القضية الأولى Delamerche أن رفض اللجنة القومية قيد المدعي وله خبرة ما يقارب من عشرين عاماً مارس فيها وظائف يسمح فيها باكتساب معلومات عميقة في المجالات الحسابة والمالية والقانونية والضريبية سواء كانت نظرية أو عملية، مما يجعل تقدير اللجنة قائماً على خطأ ظاهراً في التقدير مادام أنها لم تلاحظ أي عنصر يسمح لها بالتشكك في القيمة المهنية للمدعي ولا عدم كفاية الضمانات الأهلية والصلاحية للمدعي.

أما في القضيتين الأخرين فلم يتبين لمجلس الدولة وجود خطأ ظاهراً في التقدير فضلاً عن عدم توافر شروط القيد في جانب المدعيين.

ولا شك أن الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري هنا تبدو واضحة خاصة بمناسبة الشرط الأخير من المادة 219 من مرسوم 12 أوت 1969 للقيد في القائمة وهو أن المرشحين يجب أن يقدموا ضمانات في الأخلاق والصلاحية المهنية، وتمتع اللجنة في هذا الصدد بسلطة تقديرية كبيرة لأن الصلاحية هنا تقوم على تقدير ذاتي لا على معايير مادية كما أن هذه اللجنة لا تلتزم بتسبب قراراتها، وهنا تكون رقابة القاضي الإداري إزاء التقديرات بلا معقب للجنة، كما أنها تكون مادة للرقابة إذ يكفي أن يثبت أن اللجنة القومية لم تلاحظ أي عنصر يسمح بإثارة الشك في القيمة المهنية للمرشح وأن التقدير أن ضمانات صلاحية صاحب الشأن لم تكن كافية.

كذلك فإن البحث عن الخطأ الظاهر يخفي في الحقيقة إحلال من القاضي لتقديره الخاص محل السلطة الإدارية التي طعن في قرارها أمامه.

ولما صدر المرسوم رقم 147/1980 في 19 فيفري 1970 استوجب ضرورة الحصول على ترخيص لتقديم طلب القيد في قائمة نظام الخبراء المحاسبين وذلك من اللجنة القومية، وقد أخضع مجلس الدولة الفرنسي القرارات الصادرة من هذه اللجان لرقابة الخطأ الظاهر ورفض إلغاء هذه القرارات لعدم وجود خطأ ظاهر في التقدير يشوب هذه القرارات.

ومن تطبيقات مجلس الدولة في هذا المجال حكمه الصادر في قضية Theuent بتاريخ 30 أبريل 1975، وفي هذه القضية طلب المدعي بإلغاء القرار الصادر من اللجنة القومية والمتضمن رفض الترخيص له بالقيد في قائمة الخبراء المحاسبين، وقد رفض المجلس الدعوى تأسيساً على أن تقدير اللجنة للصلاحية المهنية للمدعي غير مشوب بخطأ ظاهر في التقدير.

وعلى العكس ألغى المجلس قرار اللجنة بتقدير شروط القيد وصلاحية المدعي لصدوره مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير، وذلك في حكمه الصادر في قضية Lehnert بتاريخ 05 مارس 1976، وفي هذه القضية طلب المدعي بإلغاء القرار الصادر من اللجنة القومية المشكلة طبقاً للمرسوم 19 فيفري 1970، والمتضمن عدم الترخيص له بالقيد في قائمة الخبراء المحاسبين.

وقد استلزم المرسوم المذكور في مادته الثانية لقيد المرشح عدة شروط منها أن يكون لدى طالب القيد خبرة مدتها عشرة أعوام، منها خمسة أعوام على الأقل في وظائف أو مهام تشمل القيام بمسؤوليات عامة في النظام الإداري والمالي والمحاسبي.

وأوضح المجلس في هذا الحكم أن اللجنة القومية على الرغم من عدم منازعتها في أهمية الخبرة المحاسبية التي اكتسبها المدعي إلا أنها قررت أنه لم يمارس وظائف ذات مسؤوليات هامة في النظام المالي و الإداري.

وقد تصدى المجلس في عرض رقابته على قرار اللجنة إلى فحص شروط القيد في قائمة الخبراء المحاسبين الواردة في المادة الثانية المشار إليها وبحث مدى انطباقها على المدعي، وخلص إلى أن المدعي شغل وظيفة مفتش عام للمرافق الإدارية بمدينة باريس مدة تزيد عن عشرين عاماً، خلال هذه الفترة قام بإعداد وتنفيذ العديد من الاتفاقيات بين مدينة باريس وبعض الشركات الهامة في القطاع الخاص الأمر الذي يتوافر معه المدعي شروط قيامه بمسؤوليات هامة في النظام المالي والإداري، مما يجعل القرار الصادر عن حكم اللجنة القومية بعدم الترخيص للمدعي بالقيد قد صدر مشوباً بخطأ ظاهر مما يستوجب إلغاء قرار اللجنة القومية المطعون فيه.

ويعني هذا الحكم أن تقدير اللجنة القومية لتوافر أو عدم توافر شروط القيد في قائمة الخبراء المحاسبين طبقاً لأحكام المرسوم الصادر في 19 فيفري 1970 لم يعد أمراً تقديرياً تستقل به اللجنة ويكون قرارها في هذا الشأن بمنأى عن أي رقابة ولكن أصبح تقدير اللجنة لتوافر الشروط المتقدمة خاضعة لرقابة الخطأ الظاهر الذي طبقه المجلس وألغى قرار اللجنة استناداً إلى تحققه.

ولا شك أن هذا المدى الذي بلغته رقابة مجلس الدولة بالنسبة لقرارات اللجان القومية من شأنه أن يحقق الضمان الكافي للأفراد ضد تعسف هذه اللجان وسوء تقديرها، وقد أكد المجلس هذا القضاء في حكمه الصادر في قضية Sieur Léger.

وفي هذه القضية طلب المدعي إلغاء قرار اللجنة القومية برفض الترخيص له بالقيد في إقامة الخبراء المحاسبين، وقام قرار اللجنة برفض القيد على أساس أن المدعي لم يباشر أعمال المراجعة والنظام المحاسبي كما لم يمارس مسؤوليات هامة في النظام الإداري والمالي مدة كافية لقيده، غير أن مجلس الدولة استظهر من أوراق الدعوى أن المدعي لديه خبرة محاسبية في أعمال المراجعة والنظام المحاسبي كما لم يمارس مسؤوليات هامة في النظام الإداري والمالي مدة كافية لقيده، غير أن مجلس الدولة استظهر من أوراق الدعوى أن المدعي لديه خبرة محاسبية في أعمال المراجعة والنظام المحاسبي مدة تزيد عن خمس سنوات، الأمر الذي يتوافر معه شروط قيد المدعي في قائمة الخبراء المحاسبين ويكون قرار اللجنة لهذه الأسباب قد صدر مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير.

هذه التطبيقات العديدة لفكرة الخطأ الظاهر توضح إلى أي مدى تغلغت هذه الفكرة في مجالات النشاط الإداري المختلفة ليتحقق ما قاله العميد Vedel من أن الرقابة على الخطأ الظاهر تدخل ضمن عناصر

الحد الأدنى للرقابة وسوف يكون لها دور في كل مادة، كما يتحقق ما توقعه الأستاذ J. Rivero من أن الاتساع الحديث للخطأ الظاهر يمتد لمواد كانت حتى ذلك الحين تقديرية بصورة كبيرة جداً.

ويقود التطور الذي بلغته رقابة مجلس الدولة في نطاق المسائل العلمية و الفنية إلى تقرير النتائج الآتية¹:

أنه إذا كانت اللجان العلمية والفنية تتمتع في السابق بسلطة تقديرية في مباشرة اختصاصها، فإن هذه السلطة التقديرية أصبحت خاضعة لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير.

وإذا كانت طبيعة هذه الأعمال وفتيتها قد حالت دون امتداد رقابة مجلس الدولة عليها فإن فكرة الخطأ الظاهر في التقدير هيأت السبيل لمجلس الدولة لمد رقابته لهذه القرارات، وقد استطاع مجلس الدولة بواسطة الخطأ الظاهر أن يضع المعايير والضوابط لمباشرة هذه اللجان لاختصاصها.

فتقدير الصحية المهنية للقيّد في قائمة الشهرة الطبية أو قائمة الخبرة المحاسبية لم يعد متروكاً لتقدير اللجان المتخصصة في تقرير توافر أو تخلف الشرط اللازم للقيّد، فلا يكفي لنفي الصلاحية الأخلاقية عن طالب القيد آثاره مجرد شبهات في جانبه للقول بتخلف هذا الشرط، وإنما يتعيّن أن يتأكد ذلك بأدلة تنهض سبباً لتخلف هذا الشرط.

إن سلطة المحكمة أو المصحح أو واضع الدرجة لم تعد سلطة تقديرية تفلت من رقابة القاضي، وإنما أصبحت خاضعة لرقابة القاضي متى شاب تقدير الإدارة خطأ ظاهراً في التقدير وبذلك لم تعد رقابة المجلس مقصورة على الأخطاء المادية وإنما امتدت إلى العناصر الداخلية لتقدير الإدارة للتأكد من سلامة هذا التقدير وصدوره بريئاً من الخطأ الظاهر في التقدير.

إن استقراء التطبيقات المتقدمة يوضح كيف استطاعت فكرة الخطأ الظاهر رقابة التقديرات والأوصاف ذات الطابع الفني الذي تقوم بها الإدارة في المسائل الفنية والدقيقة وهي تقديرات كانت تأتي بسبب طبيعتها على الرقابة القضائية الأمر الذي يكشف عن حقيقته الدور الذي قام به الخطأ الظاهر باعتباره أداة أكثر فاعلية لرقابة تقديرات الإدارة.

غير أنه إذا كان هذا القضاء يسجل تطوراً هاماً في رقابة مجلس الدولة فإن ذلك لا يعني أن القاضي الإداري أصبح خبيراً فنياً وأنه أحل نفسه محل الإدارة فيما لها من اختصاصات في هذا المجال، ولكن المعنى الحقيقي لهذا القضاء الإداري يتجسد في أن التقدير الذي تقوم به الإدارة في نطاق المسائل العلمية

¹ د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص 426 وما بعدها.

والفنية لا يمكن أن يكون مشروعاً إلا إذا قام على ضوابط وأسس معقولة وصحيحة وكان بريئاً من أي خطأ ظاهر يمكن أن يشوبه، وبذلك دانت هذه القلعة أخيراً لرقابة الخطأ الظاهر.

المطلب الثاني

التطبيقات العملية لبعض مجالات نظرية الخطأ الظاهر في قضاء مجلس الدولة المصري

ذهب جانب من الفقهاء¹، إلى القول بأنه بمراجعة أحكام مجلس الدولة المصري سواء في ذلك الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري، أو من المحكمة الإدارية العليا لم نجد لهذه النظرية تطبيقات قضائية توحى بتبني القضاء الإداري المصري لها، وذلك بالمفهوم والمعنى أو الشمول التي هي عليه في القضاء الإداري الفرنسي.

في حين ذهب جانب آخر وبحق²، إلى القول بأنه إذا كان مجلس الدولة المصري لم يكن يستعمل تعبير الغلط البين (الخطأ الظاهر) صراحة في معظم التطبيقات القضائية إلا أنه توصل إلى النتائج التي بلغها مجلس الدولة الفرنسي في تطبيقه لنظرية الخطأ البين في التقدير، الأمر الذي يوضح أن مجلس الدولة المصري كان سباقاً إلى أعمال مضمون تلك النظرية ونتائجها في بعض المجالات حتى قبل أن يتدعها مجلس الدولة الفرنسي.

الفرع الأول: المجالات التقليدية التي يطبق فيها مجلس الدولة المصري نظرية الخطأ الظاهر

ومن أهم المجالات التي طبق فيها مجلس الدولة المصري نظرية الخطأ الظاهر المجال الذي يطلق عليه في الفقه والقضاء المصريين " قضاء الغلو" في مجال التأديب، والملاحظ أن هذا القضاء قد ظهر في أحكام مجلس الدولة المصري قبل أن يعرف نظيره الفرنسي نظرية رقابة الخطأ الظاهر، إذ بينما عرفت هذه النظرية الأخيرة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بدء من عام 1961، نجد أن محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري أقرت في أحكامها قضاء الغلو منذ عام 1951، حقيقة أنها أقرته كاستثناء، وخروج على ما كان مستقر من قواعد قضائية في هذا الصدد، حيث لم يكن يطبق إلا على طوائف محددة هي طوائف العمد و المشايخ والطلبة دون بقية الطوائف الأخرى³، إلا أن هذه النظرية تمثل واحدة من أبرز ملامح القضاء

¹ د. رمضان بطيخ، المرجع السابق، وأنظر تحليله لقضاء الغلو في ذات المؤلف ص 288 وما بعدها، مع ملاحظة أن تاريخ صدور هذا المؤلف كان سنة 1994 أي منذ ما يزيد على اثنان وعشرون سنة على الدراسة محل البحث الحالي.

² د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص 459.

³ راجع البعض هذا الاستثناء في قضاء مجلس الدولة المصري إلا أن هذه الطوائف الثلاث (العمدة-المشايخ-الطلبة) كانت تعتبر من الأعمدة الحزبية في ذلك الوقت، وان الجهات الإدارية كانت تمنع في القسوى وتصرف في الجزاءات التأديبية بالنسبة لهذه الطوائف الثلاث بالذات، فالحكومات آنذاك كانت حكومات حزبية، وكان كل حزب

الإداري كما أنها تعد من مبتكراته... ولعل من أبرز خصائصها أنها مصرية في أصلها ومنبتها، فلم يستعربها قضاؤنا من القضاء الفرنسي أو غيره كما هو شأن معظم النظريات القانونية¹.

وقد ظهرت نظرية الغلو في أحكام مجلس الدولة المصري عام 1951 وذلك حينما قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 1951/01/26 بأن "تدرج الجزاءات المنصوص عليها في المادة رقم 24 من قانون العمد والمشايخ إنما يدل على أن المشرع قد قصد من وراء ذلك ضرورة قياس الجزاء بما يثبت من خطأ، مما يعني عدم الالتجاء إلى عقوبة الفصل وهي أشد الجزاءات إلا في حالة ارتكاب العمدة أو الشيخ أعمالاً جسيمة تتناسب مع هذه العقوبة.

وفي حكم آخر لها عام 1953 في ذات الاتجاه ذهبت المحكمة إلى القول بأنه "إذا كان من الثابت أن قرار الفصل المتخذ بحق العمدة من لجنة الشياخات كان قد اتخذ بحقه لمجرد مشاجرة بين العمدة وبين معاون البوليس، فإنه بذلك يكون مشوباً يعيب الانحراف بالسلطة لعدم الملائمة الظاهرة فيه بين الخطأ والجزاء".

كما ذهبت بالنسبة لقرارات تأديب الطلبة إلى القول "بأن القانون رقم 194 لسنة 1952 الخاص باللائحة الأساسية للكلية الحربية لم يبين الجرائم التأديبية التي تستوجب محاكمة الطالب تأديباً على سبيل الحصر، ولم يفرض لكل جريمة عقوبة خاصة بها، وإنما يقتصر على بيان العقوبات التأديبية وتحديد الجهة التي توقعها، وأن المشرع قد قصد بهذا التدرج في العقوبات أن يقاس الجزاء بما يثبت من خطأ، فلا يفصل الطالب مهما تكن التهمة الموجهة إليه، وإنما يجب قياس الجزاء بمقياس الخطأ الذي وقع منه".

وقد سارت المحكمة الإدارية العليا التي أنشأت عام 1955 في ذات الاتجاه الذي بدأته محكمة القضاء الإداري فقد أصدرت حكماً لا يدع مجالاً للشك حول تبني القضاء الإداري المصري لنظرية الغلو في تقدير الجزاءات التأديبية لا للطوائف الثلاثة المشار إليها من قبل، وإنما كذلك لكافة الطوائف الأخرى، بل ولكافة أنواع الجزاءات التأديبية، سواء ما صدر منها عن السلطات الرئاسية أم عن مجالس التأديب أم عن المحاكم التأديبية، الأمر الذي حدا بجانب من الفقه إلى وصفه بأنه "مما يدخل في سلسلة الأحكام الكبيرة لقضائنا الإدارية... لا يقل أهمية من الناحية العملية عن الحكم الذي قررت به محكمة القضاء الإداري لأول مرة رقابتها على دستورية القوانين²، كما وصفه البعض الآخر بأنه بمثابة "شعلة مضيئة وضعتها المحكمة الإدارية العليا في طريق الحق والعدل، وزينت به صدر قضائنا الإداري".

يتولى الحكم بجاول النيل من منافسيه وخاصة العمد والمشايخ و الطلبة المناوئين له والمشايخين لخصومه. فكان أن تدخلت المحكمة الإدارية لوضع حد لتعسفات الإدارة في هذا الجانب.

¹ د. محمد مرغني خيري، نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1972، ص 403

² د. عبد الفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، ط 1964، ص 282.

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في هذا الحكم إلى القول بأنه "ولئن كانت للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطات شأنها في ذلك الشأن أية سلطة تقديرية أخرى، ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره¹...."

ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم ملائمة الظاهرة مع الهدف الذي ابتغاه القانون من التأديب، والهدف الذي توخاه القانون من التأديب هو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة، ولا يأتي هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إجماع عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة الممغنة في الشدة، والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعاً في هذه الشفقة المفرطة في اللين، فكل على طرفي النقيض لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة و بالتالي يتعارض مع الهدف الذي يرمي إليه القانون من التأديب، وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة التقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة، ومعيار عدم المشروعية ليس معياراً شخصياً وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره، وغنى عن البيان أن تعيين الحد الفاصل بين نطاق المشروعية ونطاق عدم المشروعية في الصورة المذكورة مما يخضع أيضاً لرقابة هذه المحكمة. هذا وقد رددت المحكمة الإدارية العليا بعد ذلك المبادئ التي تضمنها هذا الحكم في مجموعة متتالية من الأحكام التي طبقت بمقتضاها نظرية قضاء الغلو سواء أخذ معنى القسوة و الشدة أم أخذ معنى الإسراف المفرط في الشفقة.

ومن أمثلة النوع الأول من الغلو (الإفراط في الشدة) تقول المحكمة في أحد أحكامها " أن أخذ المتهم بمنتهى الشدة وتوقيع العقوبات المقررة عليه دون مراعاة مختلف الظروف التي أحاطت بارتكاب المخالفة على الوجه السالف بيانه، مما يجعل الجزاء مشوباً بعدم التناسب الظاهر، وبالتالي يخرج عن حد المشروعية ويبطله²."

ومن أمثلة النوع الثاني للغلو (الإفراط في التساهل " التفریط ") تقول ذات المحكمة أنه "لا جدال في أن جرائم الاختلاس من الجرائم المخلة بالشرف و الأمانة والتي تفقد العامل الذي يرتكبها سمعته والثقة فيه، وتؤدي عند الحكم فيها جنائياً إلى فصله بقوة القانون، ولا يمكن أن يؤدي قيام المتهم برد المبالغ التي

¹ - خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق ص 439.

² مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة التاسعة عشر، ص 412.

اختلسها، و بالتالي إلى قيام النيابة العامة بإحالة الموضوع إلى الجهة الإدارية لمجازاته عما ثبت في حقه تأديبياً إلى تغيير طبيعة الذنب الذي ارتكبه، فإذا ما أضيف إلى ما تقدم أن للمذكور سجلاً حافلاً بالجزاء على نحو ما هو ثابت بالأوراق فإن الجزء الحق مثله هو الفصل من الخدمة¹.

ويرى بعض الفقهاء²، أنه على الرغم من استقرار القضاء الإداري في مصر على هذا الاتجاه واستمراره حتى الآن في تطبيق نظرية الغلو في المجال التأديبي، إلا أن فقه القانون العام لازال مختلفاً فيما بينه حول أساس هذا القضاء، وقد يرجع السبب في ذلك إلى صياغة بعض الأحكام التي صدرت عن المحكمة الإدارية العليا في هذا الخصوص وذلك على النحو التالي:

أولاً: فقد أرجعت بعض الأحكام الصادرة سواء من محكمة القضاء الإداري أم عن المحكمة الإدارية العليا أساس قضاء الغلو، أو أساس الرقابة الصريحة على ملائمة القرارات التأديبية، إلى التدرج التشريعي للجزاءات التأديبية، إذ تقول المحكمة الإدارية العليا وكما بيننا من قبل "...أن هذا التدرج إنما قصد به الشارع أن يقاس الجزء بما يثبت من خطأ، فلا يفصل الطالب مهما تكن التهمة الموجهة إليه وإنما يجب أن يقاس الجزء بمقياس الخطأ الذي وقع منه³..." على هذا الأساس ذهب جانب من الفقه إلى تأسيس قضاء الغلو على أساس مخالفة القانون، في روحه ومعناه، باعتبار أن المشرع قد نص على عدد من الجزاءات وليس على جزء واحد، إنما قصد أن تختار السلطة التأديبية من بينها ما يناسب صدقاً المخالفة المرتكبة⁴.

إلا أن جانب الآخر من الفقه⁵ ذهب إلى القول: بأنه لا يرى في هذا التبرير سنداً صحيحاً لقضاء الغلو، ذلك أن مخالفة القانون إنما تفترض بداهة أن اختصاص الإدارة اختصاص مقيّد وليس هذا هو الحال في المجال التأديبي، أو بمعنى أدق في اختيار العقوبة التأديبية للخطأ الذي يرتكبه الموظف، إذ يعد ذلك دون خلاف من إطلاقات الإدارة التي تتمتع في الخصومة بسلطة تقديرية واسعة، كما أن القول بأن أساس قضاء الغلو يكمن في مخالفة القانون لا يستقيم ومسلك اجتهاد المحكمة الإدارية العليا، إذ لو كان الأمر كذلك لسلكت ذات المسلك محكمة النقض الجنائية التي لا تملك أن تعين النظر في العقوبة التي توقعها المحكمة الجنائية مهما كانت غير ملائمة أو شابهها غلو، مادامت من بين العقوبات التي يجوز توقيعها على المتهم بالنسبة إلى الجريمة الثابتة قبله⁶، إذ أن المحكمة الإدارية العليا بعد أن تقوم بنقض الحكم وإلغاء الجزء ثولى اختيار الجزء الذي تراه أكثر تلاؤماً مع المخالفة المرتكبة وبما يحقق التناسب المنشود، أي أن المحكمة

¹ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة التاسعة عشر، ص 98.

² د. رمضان بطيخ، مرجع سابق، ص 693.

³ د. خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص 851.

⁴ د. عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص 282 وسانده فهذا الرأي د فؤاد العطار، القضاء الإداري، طبعة 1966، ص 845.

⁵ د. رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 295.

⁶ د. سليمان الطراوي، قضاء التأديب، طبعة 1987، دار الفكر العربي، ص 731.

الإدارية العليا تقوم هي بالحكم بتشديد أو التخفيف للعقوبة دون الرجوع مرة أخرى للسلطات التأديبية، فقد قضت مثلاً بعقوبة الخصم من المرتب لمدة شهرين بدلاً من عقوبة العزل مع الحرمان من المعاش أو المكافأة التي قضت بها المحكمة التأديبية¹.

ويرى جانب من الفقه أن التبرير السابق إنما هو تبرير فاسد من أساسه ويقوم على عدم فهم الجريمة التأديبية والتي لا تخضع على عكس الجريمة الجنائية لقاعدة "لا جريمة إلا بناء على نص" بل يجوز لسلطة التأديب أن ترى تحت رقابة مجلس الدولة في أي عمل يرتكبه الموظف جريمة تأديبية إذ كان لا يتوافق وواجبات المهنة، وبالتالي لا يمكن حصر الجرائم التأديبية مقدماً، بحيث يكون لكل من هذه الجرائم عقوبة من حد واحد أو من حدين كما هو الشأن في الجرائم الجنائية، غير أن المشرع المصري ورغبة منه في عدم ترك الإدارة حرة في توقيع أية عقوبة تشاء، فقد حدد نوع العقوبات التي يجوز توقيعها، وقد التزم المشرع بذلك بطبائع الأمور أين بدأ ببسط العقوبات وانتهى إلى أشدها، إذ لا يعقل أن يورد العقوبات دون ترتيب، وعلى هذا الأساس فالتدرج في ذكر العقوبات لا يعبر بذاته عن أي شيء².

ثانياً: كما ربطت بعض أحكام مجلس الدولة بين قضاء الغلو وبين الانحراف بالسلطة أو استعمالها، إذ تقول محكمة القضاء الإداري بعد أن تبين لها عدم التناسب بين الخطأ التأديبي الثابت في حق الموظف وبين العقوبة الموقعة عليه "أن في ذلك عدم ملائمة ظاهرة في القرار مما يجعله مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة...".

أو كما تقول في حكم آخر "...ومن أجل ذلك تبدو عدم ملائمة الظاهرة بين التهم المنسوبة للمدعي والعقوبة التي تضمنها القرار المطعون فيه، مما يجعله مشوب بعيب الانحراف وسوء استعمال السلطة ويتعين لذلك إلغاءه".

كما أن المحكمة الإدارية العليا ذهبت في ذلك الاتجاه حيث قضت بأن "تقدير العقوبة بالذنب الإداري الذي ثبت في حق الموظف هو أيضاً من سلطة الإدارة لا رقابة للقضاء فيه عليها، إلا إذا اتم بعدم الملائمة الظاهرة أي بسوء استعمال السلطة"³.

ومما سبق ذهب فريق آخر من الفقه إلى إدراج الرقابة القضائية على الغلو في تقدير الجزاءات التأديبية في وجه الطعن بإلغاء للانحراف بالسلطة، بل وذهب الأستاذ سليمان الطماوي في هذا الصدد

¹ د. خالد سيد محمد حاد، المرجع السابق، ص 852.

² د. سلجان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة السادسة، 1991، ص 87.

³ د. خالد سيد محمد حاد، المرجع السابق، ص 853.

إلى حد القول بأن "كلمة الغلو" التي تستعملها المحكمة الإدارية العليا هي في الحقيقة بديل عن كلمة التعسف أو الانحراف¹.

كما أن الأستاذ ثروت عبد العالي ذهب إلى نفس الاتجاه إلى حد القول بأن "أساس رقابة القضاء الإداري على الملائمة في موضوع التأديب، إنما يتمثل في القاعدة القانونية التي وضعها القضاء الإداري والتي من مقتضاها اشتراط تناسب الجزاء مع الذنب المرتكب، مما يؤدي إلى عدم وجود غلو في تقدير أهمية الوقائع من ناحية وفي اختيار الجزاء من ناحية أخرى"²

وهو نفس ما ذهب إليه الدكتور محمد حسنين عبد العالي أنه "إذا كانت رقابة المحكمة على الغلو في تقدير الجزاء لا تستند إلى التشريع على هذا النحو، فإننا نخلص إلى أننا بصدد قاعدة قانونية من صنع القضاء الإداري نفسه، فنحن بصدد إحدى حالات التي مارست فيها محكمتنا الإدارية العليا دورها الإنشائي في بناء قواعد القانون الإداري، وهي قد صاغت بخصوص قضاء الغلو، قاعدة عامة مؤداها أنه يشترط لشرعية الجزاء التأديبي ألا يشوب تقديره غلو، فنحن في مواجهة قاعدة قانونية من صنع القضاء الإداري ذاته"³.

ويخلص بعض الفقه الآخر إلى القول "بأن الواضح من العرض السابق لمختلف الآراء التي قيلت من أجل إيجاد تبرير أو سند شرعي لقضاء الغلو في المجال التأديبي، أن هذه الآراء تنطلق من نقطة واحدة وهي أن القاضي الإداري لا يراقب سوى مشروعية القرارات الإدارية، وأن سلطة الإدارة التقديرية لا تخضع لأية رقابة قضائية، وكما وضحنا أن لا تعارض على الإطلاق بين أن تكون للإدارة سلطة تقديرية وبين أن يراقب القاضي الإداري كيفية مباشرة الإدارة لهذه السلطة، خاصة أن هذه الرقابة تعد الضمان الوحيد لعدم تحول السلطة التقديرية إلى سلطة استبدادية، فهي وحدها التي تفرق ما بين السلطة التقديرية للإدارة والسلطة التحكيمية أو الاستبدادية لها.

فقضاء الغلو وعدم الملائمة الظاهرة في المجال التأديبي إنما يجد سنده وتبريره في رقابة القاضي الصريحة على الملائمة تماماً كما يباشر رقابته على المشروعية، وهذا هو الاتجاه الذي عليه أغلب الرأي في فرنسا في خصوص رقابة القضاء الإداري للخطأ الظاهر، فالقاضي الإداري في كلتا الحالتين أي في حالة قضاء الغلو في مصر أو الخطأ الظاهر في فرنسا، إنما يراقب الملائمة في القرارات الإدارية، وهي وسيلة لإخضاع الإدارة لرقابة جادة ضماناً لحقوق وحيات الأفراد

الفرع الثاني: المجالات الحديثة لتطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في قضاء مجلس الدولة المصري

¹ د. سليمان الطراوي، قضاء التأديب، المرجع السابق، ص 729.

² د. ثروت عبد العالي، رسالته السابقة، ص 440.

³ د. محمد حسين عبد العالي، رسالته السابقة، ص 188.

ذهبت المحكمة العليا بمصر في شأن رقابتها على القرار الإداري الذي يصدر بتقدير كفاية الموظف، إلى أنه من الأصول المسلمة أن هذا القرار شأنه كسائر القرارات الإدارية يتعين أن تقوم على أسباب مشروعة قائمة ومحققة، مستنداً إلى عناصر موضوعية محددة بحيث تكون النتائج التي يسفر عنها القرار مستخلصة استخلاصاً سائغاً ومبرراً من أصول تنتجها مادياً وتؤدي إليها قانوناً، فإذا ما كانت تلك النتائج غير مستمدة من أصول ثابتة ومحددة تبررها في الواقع وفي القانون كان القرار فاقداً ركن السبب المشروع الذي يبرره ويقع لذلك باطلاً قانوناً وحقيقياً بالإلغاء.

ومن حيث أن المستندات المقدمة من الجهة الإدارية المطعون ضدها ضمن حافظة المستندات المودعة من هيئة قضايا الدولة بجلسة 03 سبتمبر 1997 تحضير بالدعوى الصادر فيها الحكم المطعون فيه، جاء بها الرئيس المباشر للطاعن قدر كفاية أدائه عن عام 1995 بمرتبة جيد اثنان وسبعون (72) درجة، وأن الرئيس المحلي (كبير الخبراء) قدر كفايته عن ذات العام بمرتبة ممتاز ثلاثة وتسعون (93) درجة، وأن رئيس مصلحة الخبراء (الإدارة المركزية) قدر كفايته عن العام ذات بمرتبة جيد جدا ستة وثمانون (86) درجة واعتمد بذلك تقرير كفايته عن عام 1995 المطعون عليه، وأنه أي الطاعن تم منحه في 19 نوفمبر 1995 علاوة تشجيعه وسبق حصوله عامي 1993 و1994 على تقرير كفاية بمرتبة ممتاز، ولما كان ثابت من ذلك أن تقدير كفاية أداء الطاعن عن عام 1995 قد جاء على النحو المتقدم ذكره منطوياً على تفاوت شاسع وكبير وغير مبرر في التقدير حين قدر رئيسه المباشر كفايته بمرتبة جيد ورصد له اثنان وسبعون (72) درجة، في حين قدر كبير الخبراء كفايته بمرتبة ممتاز ومنحه ثلاثة وتسعون (93) درجة أي بفارق واحد وعشرون (21) درجة زيادة عن الدرجات التي رصدتها له الرئيس المباشر، ثم اعتمد رئيس مصلحة الخبراء (الإدارة المركزية) كفايته بمنحه مرتبة جيد جداً بواقع ستة وثمانون (86) درجة وهذا التفاوت شاسع يوضح بجلاء أن هناك خطأ ظاهر وغير مبرر في التقدير، ولا ريب أن وقوع هذا الخطأ البين غير المبرر في تقدير كفاية الطاعن وفاقده لركن السبب السليم والمشروع الذي يمكن حمله عليه والحال على ما تقدم حكمت المحكمة الإدارية العليا في الطعن أعلاه بإلغاء الحكم مع ما ترتب عليه من آثار¹.

كما طبقت المحكمة العليا فكرة الخطأ الظاهر في مجال التعيين في وظائف النيابة الإدارية في حكمها الحامل لرقم 3503 لسنة 45 ق عليا جلسة 19 يناير 2002² القاضي بإلغاء قرار السيد رئيس الجمهورية بتخطي المدعي في التعيين في وظيفة معاون نيابة إدارية وقرر الحكم صراحة بأنه "إذا اقتصر التقدير على عنصرين فقط دون سائر العناصر الأخرى التي يجب مراعاتها في التقدير، فأدى ذلك إلى خطأ بين في التقدير مما

¹ د. خالد سيد محمد حاد، المرجع السابق، ص 809.

² -مشار إليه في كتاب الدكتور محمد ماهر أبو العينين، ضوابط مشروعية القرارات، وفقاً للمنهج القضائي (دراسة تحليلية وفقهية لأحكام مجلس الدولة في مصر، دار أبو المجد للطباعة الطبعة الأولى 2008 ص 913.

يدل بالتالي على أنه لم تجر مفاضلة حقيقية وجادة بين الطاعن وزملائه، مما كان يتعين معه ترتيب المترشحين وفقاً لدرجات نجاحهم".

وقد أكد بعض الفقه ان مجلس الدولة المصري استند الى رقابة انخطأ الظاهر دون ان يفصح عن ذلك صراحة في بعض الاحيان بالنسبة للقرارات ذات الطابع الفني و العلمي التي كانت تخرج عن رقابة مجلس الدولة على التكييف القانوني للوقائع¹.

المطلب الثالث

موقف القضاء الإداري الجزائري من نظرية الخطأ الظاهر وتقييمها

رغم أن المؤسس الدستوري ومنذ البداية في الجزائر عمد إلى وضع ضمانات للقضاء الإداري الجزائري لم تتوفر للقضاء الإداري الفرنسي² لكونه نص على مجلس الدولة في الدستور بموجب نص المادة 152³ منه حتى يضمن له حصانة دستورية مماثلة لحصانة المحكمة العليا، ومن جهة أخرى وحتى يزيل الشك حول الطبيعة القانونية لمجلس الدولة نص عليه ضمن الفصل الثالث من الباب الثاني من الدستور الخاص بالسلطة القضائية، كما جاءت المادة الثانية من القانون العضوي 01/98⁴ المحددة لاختصاصات المجلس صريحة بقوله " مجلس الدولة هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية وهو تابع للسلطة القضائية، وبالتالي فإن مجلس الدولة هو هيئة قضائية مكونة من قضاة وليس كما هو عليه الحال في فرنسا من إداريون فقط، إلا أنه لا يزال ولحد الآن لم يواكب ما يذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من ابتكار وتجديد وديناميكية كلما دعت الضرورة لزيادة حماية وضمانة للحقوق والحريات الفردية".

الفرع الأول: موقف القضاء الجزائري من نظرية الخطأ الظاهر

إن الرقابة على انخطأ الظاهر في التقدير المعروفة كذلك بالرقابة الضيقة تعتبر صمام أمان بالنسبة للحالات التي تتعسف الإدارة فيها صراحة بسلطتها التقديرية، إذ أن الإدارة ملزمة بانتهاج طريق السلوك المعقول، وأن القاضي يراقبها برقابة مخففة على التكييف القانوني إذا ما ارتكبت خطأ ظاهراً يتجاوز حقوق المعقول في حكمها المصب على عناصر الملائمة⁵.

أ: حالات لتطبيق القضاء الإداري لنظرية الخطأ الظاهر

¹ - د محمد ماهر أبو العينين ، ضوابط مشروعية القرارات ، وفقاً للمنهج القضائي ، مرجع سابق ص 930.

² نقل عن الدكتور بن طيفور نصر الدين، مقالته (مجلة مجلس الدولة العدد رقم 09)، سنة 2009، ص 26.

³ راجع المادة 152 من دستور 1989 المعدل سنة 1996.

⁴ القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30/05/1998 المحدد لاختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية رقم 37 لسنة 1998.

⁵ د. عمور سلامي، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، السنة الجامعية 2011/2012، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، ص 226.

فيما يتعلق بموقف القضاء الجزائري من الرقابة على الخطأ الظاهر نجد أن مقال رئيسة مجلس الدولة السابقة الأستاذة فريدة أركان يغني عن موقف القضاء الإداري الجزائري اعتناق نظرية الخطأ الظاهر بقولها "أن هذا العيب (الخطأ الظاهر) صمام أمان بالنسبة للحالات التي نتعسف الإدارة فيها بسلطتها التقديرية، إذ أن الإدارة ملزمة بانتهاج طريق السلوك المعقول، بحيث أنها وإذا ما ارتكبت غلطاً واضحاً يتجاوز حدود المعقول في حكمها المنصب على عناصر الملائمة، فإن القاضي يقوم برقابة هذا التقدير" ويمكن الوصول حسب قول المستشارة فريدة أركان إلى الغلط الواضح في التقدير بالإجابة على التساؤل الآتي: ألا يعد الجزاء المسلط على الموظف مبالغاً فيه؟ ورغم ذلك يلاحظ أن القضاء الإداري الجزائري كان يتردد أحيانا في بعض أحكامه في تطبيق نظرية الخطأ الظاهر ويطبقتها في أحكام أخرى¹، تارة يرى عدم سلطة الرقابة القضائية على تقدير الإدارة في القرار الإداري²، وفي أحكام أخرى يقضي بسلطة القاضي في الرقابة عليها³.

ومن جملة أحكامه التي طبق فيها نظرية الخطأ الظاهر تناول القضاء الإداري مصطلح: تجاوز السلطة الواضح، والخطأ الواضح، وإن كان في لفظه شبيهة بنظرية الغلط البين أو الواضح، إلا أننا نعتقد ومن حيث مضمونه أنه لا ينطبق عليه وهذا ما تبينه الأحكام التالية: قضية رقم 22236 الصادر في 11/07/1981⁴ والذي جاء فيها: "... حيث أن الطاعن يثير تأييداً لطعنه وجهاً وحيداً مأخوذاً من تجاوز السلطة ذلك أنه تحصل مسبقاً على جميع الرخص الإدارية التي تحيط بمسكنه".

حيث أن الإدارة رأت فيما يتعلق بهذه القضية أنه لا مجال هناك لا لرفض منح رخصة البناء ولا لربطها باحترام مقتضيات معينة.

ومن ثم فإن قرار رئيس دائرة بئر مراد رايس مشوب بخطأ واضح وما دام كذلك فهو مستوجب الإبطال.

وفي القضية رقم 42895 الصادر في 31/01/1987⁵ الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن الطعن بالبطلان من أجل تجاوز السلطة يطعن به حتى في حالة عدم وجود نص قانوني يقضي به في جميع القرارات الإدارية التي تتضمن وتلحق ضرر بالغير، ومن ثم فإن اكتفاء الوالي بالتصريح أنه يستطيع التصرف بكل حرية في أملاك الدولة...على النحو يتجاوز سلطاته واضحاً...".

¹ د.عمور سلامي، المرجع السابق، ص 227. وسليمة دكتور خالد سيد محمد حاد، المرجع السابق، ص 867.

² ورد في مجلة نشرة القضاء، العدد الأول، سنة 1987، ص 56. (يمنع على القاضي الإداري إخضاع المجالات التي تخضع للسلطة التقديرية للإدارة لرقابته).

⁴ د.عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1983، ص 56.

⁴ قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 22236، الصادر في 11/07/1989، الجزائر: الاجتهاد القضائي، بدون سنة نشر، ص 196 وما بعدها.

⁵ قرار الغرفة الإدارية، بالمحكمة العليا رقم 42895، الصادر في 31/01/1987، الجزائر: المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1990، ص 291.

وإذا كان المقصود بهذين المصطلحين انخفاً الظاهر الذي رأيناه سابقاً، ففي كلا الحكيمن لا ينطبق عليهما، لأن الغلط البين يكون أكثر تجاوزاً للسلطة لدرجة عدم المعقولة، أما في الحالتين السابقتين فهما لا تعدوان أن تكونا تجاوزاً للسلطة دون أن ترقيا إلى درجة انخفاً الظاهر.

وعليه فإن استخدام القضاء لهذا المصطلح كان في غير محله لإفراغه من معناه بالنظر لمجريات ووقائع هذه القضية.

وهذا وقد طبق انخفاً الظاهر في الإطار الرقابة على الملائمة أيضاً في قرار يحياوي ضد وزير العدل¹، حيث ذهبت المحكمة العليا إلى المشرع تطبيقاً للمادة 531 من قانون الإجراءات الجزائية الخاصة بطلبات المراجعة ترك لوزير العدل تقدير الأسس التي يؤسس عليها طلب المراجعة le demande en révision، وبالنتيجة فإن وزير العدل حر في إخطار أو عدم إخطار النائب العام بطلب المراجعة مادام ذلك يدخل في نطاق الاختصاص التقديرى.

غير أن قراره ومادام يضيق من ممارسة حق محمي قانوناً، أي حق الدفاع فإنه يشكل في نفس الوقت مساساً خطيراً بحرية أحد الأفراد.

وأن مثل هذا القرار يجب أن يكون مسيئاً.

وأن وزير العدل وبقراره قد ارتكب غلظاً واضحاً في تقدير أسس طلب المراجعة المقدم من الطاعن. ونفس التعليق يؤخذ على هذا القرار بما سبق إدراجه في القضيتين السابقتين.

إذ استخدام مصطلح الغلط البين أخذ على غير مفهومه الحقيقي، والصحيح الذي سبق تناوله.

وعلى ما تقدم نجد بأن القضاء الجزائي عمل بالرقابة على الوجود المادي للوقائع وصحة و سلامة تكييفها، مع ما سبق استثناءه منها، ورقابة الملائمة التي لم يوجد لنفسه موقف ثابت ومحدد، إذ يحكم تارة بصلاحيته للرقابة عليها وتارة أخرى يقضي بعدم اختصاصه، وهو ما جاء في قول الأستاذة فريدة أركان إذ تقول: "...أن الخط الفاصل بين القانونية و بين الملائمة هو من فعل ونتيجة لإرادة القاضي، والاجتهاد القضائي وليس خطأ محددماً مسبقاً، غير أن القاضي وبعد تحديد هذا الخط الفاصل ملزم باحترامه مادام لم يتغير بفعل تعريف جديد لدولة القانون"، وإلى غاية الاجتهاد على تغيير ذلك الموقف فيسمى اجتهاداً جديداً وهو ما اصطلاح عليه: بالعدول الاجتهادي².

1. فريدة أركان، (رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة)، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، سنة 2002، ص 40.

2. فريدة أركان، (مدى رقابة القضاء على أعمال الإدارة)، ملتقى قضاة الغرفة الإدارية، بدون عدد (الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992)، ص 119.

وفي حكم آخر قضية رقم 880183 بتاريخ 1999/07/26¹ قضية (ب) يوسف ضد مديرية التربية لولاية سيدي بلعباس، حيث يتبين من عناصر الملف أن المستأنف توبع بجرime إنشاء محل للفسق والدعارة وأدين بعقوبة سالبة للحرية تمثل في تسليط عليه عقوبة شهرية حبسا نافذة، وغرامة قدرها 2000 دج، وحيث أن المستأنف يعمل في حقل التربية والتعليم وأنه كان يشغل منصب مقتصد مما يفترض معه أن يكون هذا الفضاء سليما من السلوكات الأخلاقية غير السوية التي تلوث عالم البراءة.

وحيث أن العقوبة المسلطة على المستأنف تتنافى مع الواجبات المفروضة عليه بموجب المادة 22 من مرسوم 59/85²، ذلك أن الفعل الذي أدين به المستأنف جزائيا هي من الأفعال التي تمس بشرف الوظيفة قطعاً فضلاً على أنها تدل على إخلال بالسلوك القويم الواجب التحلي به من طرف الموظف العمومي، وحيث ترتيباً على ذلك فإن المستأنف يكون قد ارتكب خطأ مهنيًا ثابتاً مما يبرر تسليط عليه عقوبة تأديبية خلافاً لادعاءاته.

وحيث ومن جهة أخرى فإنه من الثابت فقهاً وقضائياً أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبي الخطأ والعقوبة، وهو أمر غير متحقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف³.

وحيث بات في ضوء ما تقدم أن العقوبة المسلطة على الطاعن قائمة على أساس سليم من الواقع والقانون.

وفي حكم آخر يحمل رقم 005240 بتاريخ 2002/01/28⁴ ع.ه المجلس الأعلى للقضاء والتي مفادها: أنه يستخلص من دراسة المستندات المودعة في الملف والنقاش بأن العارض أحيل سنة 1996 أمام المجلس الأعلى للقضاء بسبب الأعمال التالية:

- ممارسته التجارة باسم الغير.
- مخالفة واجب التحفظ.
- التقصير في أداء المهام.
- التزوير عن طريق تقديمه لشهادة طبية على سبيل المجاملة.
- مغادرة التراب الوطني دون ترخيص مسبق.

¹ د. محمد صغير بعلي، القضاء الإداري، (دعوى الإلغاء)، دار العلوم للنشر، جامعة عنابة، ط 2007 ص 355.

² مرسوم 59/85 المؤرخ في 1985/03/23 المتضمن القانون الاساسي النموذجي لعمال المؤسسات والادارات العمومية ج.ر.ج، العدد 13 الصادر في 1983/03/14

³ د. حسين بن الشيخ آث موليا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار الهومة، الجزائر، طبعة الرابعة، 2006، ص 19.

⁴ د. محمد صغير بعلي، القضاء الإداري، (دعوى الإلغاء)، دار العلوم للنشر، جامعة عنابة، طبعة 2007 ص 356.

وحيث أنه بموجب القرار 1996/07/11 تم عزله، وحيث أن العارض قد عرضه في هذا القرار بسبب تجاوز السلطة.

وحيث أنه بموجب قرار مؤرخ في 1989/07/27، قام مجلس الدولة وبعد التصريح باختصاصه باعتبار أن المجلس الأعلى للقضاء ارتكب خطأ صريحاً في تقديره للوقائع المنسوبة إليه، ومن ثم عدم التوافق بين هذه الوقائع والعقوبة المسلطة.

وحيث أن مجلس الدولة قضى بإبطال قرار المجلس الأعلى للقضاء، مستندا إلى الخطأ الظاهر في تقدير الجزاء المقابل للخطأ المرتكب من طرف الموظف (القاضي)

لكون أن القاضي لم يمارس التجارة بنفسه وإنما قام بتأجير محل تجارى وهذا لا يعتبر ممارسة للتجارة، كما أنه لم يخالف مبدأ التحفظ لعدم ثبوت أنه تدخل فعلا أحد أقاربه عند أحد زملائه لأن قريبه تمت إدانته كما أن زميله لم يؤكد وجود هذا التدخل، كما أنه قدم شهادة طبية مزورة لتبرير مرضه ومغادرته التراب الوطني بدون ترخيص، إلا أنه لم يثبت تزوير هذه الشهادة بحكم قضائي نهائي ولم يطعن فيها بذلك كما أن مغادرته للتراب الوطني كان أثناء العطلة السنوية وبالتالي لا يعتبر إخلال بواجبات المهنة.

ب- بعض الحالات التي لم يطبق فيها القضاء الإداري الخطأ الظاهر

قد قضى مجلس الدولة الجزائري بعدم سلطته في رقابته على الخطأ الظاهر وهذا ما تبينه الأحكام التالية:

كما جاء في قضاء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا مجلس الدولة حاليا في حكمه

الصادر في 1984/12/29 قوله¹: "متى كان من المقرر قانوناً أنه يجوز للإدارة رفض تسليم جواز سفر أو رفض تمديد أجله للمواطنين الجزائريين إذا ما رأت أن تنقلهم إلى الخارج من شأنه أن يمس بالنظام العام. ودون أن تكون ملزمة بتوضيح أسباب رفضها ودون أن يكون تقديرها هذا قابلاً للمناقشة أمام قاضي تجاوز السلطة... ومع ذلك فإن الإدارة سببت رفضها لتسليم جواز السفر على أحكام المادة 11 من الأمر رقم 01/77 الصادر في 1970/01/23، فإن عليها أن تلتزم بالتطبيق القانوني لنص هذه المادة وإلا تعرض قرارها للإبطال، إذا كان ثابت في قضية الحال أن الطاعن حكم عليه بعقوبة أدنى من تلك المنصوص عليها في أحكام المادة السالفة الذكر، ومن ذلك فإن الإدارة سببت لرفضها تسليم جواز السفر له تأسيساً على أحكام المادة المشار إليها أعلاه، فإنها بهذا التسبب لم تلتزم بالتطبيق القانوني الصحيح لها وأخطأت عندما رفضت طلب الطاعن.

¹ قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 38541، الصادر ب 1984/12/29، الجزائر: المجلة القضائية، العدد الرابع، سنة 1989، ص 227.

وفي حكم آخر لها قضية رقم: 66960 الصادر في 1990/04/21¹: "من المستقر عليه قضاءً أن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مسح ملائمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزاع الملكية قصد إنجاز المشروع ذي المنفعة العامة.

ومن ثمة فإن النعي على القرار الإداري المطعون فيه بأن صفة المنفعة العامة غير مقدرة، في غير محله ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.

رغم أن القانون خوّل له صلاحية القيام بخبرة للتأكد من كل الوقائع التي تدعي بها الإدارة طبقاً للمادة: 170 مكرر و المادة: 283 من قانون الإجراءات المدنية²، إلا أن القاضي لم يأمر بذلك للتأكد من صلاحية هذه القطعة الأرضية للمنفعة فعلاً، وملائمتها لهذه المنفعة التي تدعي بها الإدارة وهذا على خلاف ما قضى به في قضايا أخرى.

رقم 76732 في 1991/03/24: "متى كان من المقرر قانوناً أن تعيين مدير مؤسسة ولائية يتم بموجب مقرر من الوالي، ويتم إيقافه عن مهامه بنفس الطريقة.

ومن ثم فإن مقرر العزل لمدير عام مؤسسة عمومية محلية في قضية الحال، يخضع للسلطة التقديرية للوالي باعتباره منصباً نوعياً.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن³....

وحقيقة قد يكون للوالي السلطة التقديرية في إيقاف من قام بتعيينه، إذ من يملك التعيين يملك العزل، إلا أن هذا لا يعني أنه معنى من رقابة القضاء، إذ أعتقد أن القضاء أخطأ بصدد هذا النوع، لأن الوالي سواء كانت له سلطة مقيدة أو تقديرية لا بد أن يقيم قراره على سبب يبرره، وطالما أنه لم يذكر سبب لقرار العزل واكتفى فقط بالتصريح على أن له من السلطة ما يمكنه من اتخاذ هذا القرار، فهذا يعتبر تجاوزاً في استعماله للسلطات الممنوحة له بإعمالها في غير محلها لغياب رقابة القضاء عليها.

وفي حكم آخر قضية رقم 137195 بتاريخ 1998/07/27⁴، المندوبية التنفيذية لبلدية بني ولان (د.ع) والذي جاء فيه: حيث أن المستأنف يذكر أن السيد (د.ع) قد نصب في وظيفته مديراً لمؤسسة بلدية بتاريخ 1987، وشغل هذه الوظيفة إلى غاية 04 جانفي 1990، وتم تسريحه على إثر زيارة والي ولاية سكيكدة للورشة التي كانت تحت مسؤوليته وكان غائبا ولهذا السبب اتخذ الوالي قرارا بتسريحه من المنصب، وحيث أن

¹ قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 66960 الصادر في 1990/04/21، الجزائر: المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1992، ص 158.

² 2-الامر رقم 66-154 المؤرخ في 12 صفر عام 1386 الموافق ل 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل جريدة رسمية رقم 108 صادرة بتاريخ 06 مايو سنة 1966.

³ قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 76732 الصادر في 1991/03/24، الجزائر: المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1991، ص 146.

⁴ د.محمد صغير بعللي، المرجع السابق، ص 354.

المستأنف يتمسك بأن القرار المطعون فيه لم يحترم نص المادة 79 من قانون 82/06¹ المؤرخ في 07/04/1982 وكذلك نص المادة 133 من القانون 78²/12 المؤرخ في 05/08/1978، وبما أن القضية تتعلق بمنصب نوعي أي منصب مؤقت قابل للتراجع عنه وأن الإدارة تقدر بكل سيادة مدى ملائمة القرار الواجب اتخاذه، وبالتالي أخطأ قضاة الدرجة الأولى لما أبطلوا مقرر التسريح.

وعلى هذا نرى بضرورة أن يسلك القضاء الجزائري منهجاً واحداً فاصلاً، ومحددًا جدًا لو يكن بصلاحيته لرقابة عن طريق نظرية الخطأ الظاهر في جميع القرارات الإدارية، فيكون أكثر ضماناً لحقوق الأفراد وحياتهم طالما كان هدفه هو إعلاء مبدأ المشروعية، ولأنه سيبقى دائماً للإدارة حرية التصرف، وكل ما في الأمر هو مراقبة عدم حيادها وخروجها عما يفترض بها تحقيقه، وهذا أبداً لن يؤثر على مبدأ الفصل بين السلطات لأنهم كل متكامل، ولكل دوره، للإدارة التنفيذ، وعلى القضاء الرقابة والتحكم.

ومن جملة ما تقدم يظهر لنا الدور الفعال الذي يلعبه عيب السبب في توجيه القضاء وإرشاده إلى تجاوزات الإدارة، التي تعدد صورها ومجالاتها بتعدد الإدارات وتطور الحياة وما ستبته من تجاوزات يعجز القضاء الإداري على الإمام بها.

ج- موقف القضاء الإداري الجزائري من الخطأ الظاهر في التقدير في مجال القرارات الضبط.

إن القضاء الإداري الجزائري، رغم أخذه بنظرية الخطأ الظاهر في مجال القرارات التأديبية كما أوضحنا سلفاً وطبقنا نظرية الموازنة في قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، إلا أنه امتنع عن مد هذه الرقابة إلى مجال الضبط الإداري، ولعل حساسية هذا النوع من القرارات وحدثة مجلس الدولة ونظام ازدواج القضاء بالإضافة إلى الاضطرابات الأمنية الخطيرة التي كانت تعيشها البلاد منذ إعلان حالة الطوارئ بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ في 09/02/1992، هي السبب في امتناع مجلس الدولة الجزائري عن مد رقابته إلى هذا النوع من القرارات، كما أن هذا المرسوم قد منح لهيئات الضبط الإداري سلطات تقديرية واسعة في مجال تقييد الحريات العامة، إلا أنه بالمقابل لم يؤمن حماية حقوق وحيات الأفراد من تعسف سلطات الضبط الإداري في استعمال سلطاتها، وهذا الذي حدث فعلاً حيث شاهدنا الكثير من التجاوزات خلال السنوات السابقة.

و كذلك رغم اتساع سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، إلا أن الفقه والقضاء اتفق على إخضاع أعمال وقرارات الهيئات الإدارية لرقابة القضاء الإداري، فهما كانت صلاحية الإدارة متسعة في هذه الظروف إلا أنها ليست سلطات مطلقة تفلت من رقابة القضاء الإداري، ففضاؤنا

1- قانون رقم 82-06 المؤرخ في 27 فبراير 1982 المتعلق بعلاقات العمل الفردية، جريدة رسمية العدد رقم 05 الصادرة في 02 مارس 1982.

2- قانون رقم 78-12 المؤرخ في 05/08/1978، المتضمن القانون الأساسي العام للعامل جريدة رسمية، العدد 32 الصادر في 08-08-1978.

الجزائري رغم تسليمه بالرقابة على الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع إلا أنه كما أوضحنا يقف عند هذا الحد ولا يراقب مدى تناسب الإجراء الضبطي مع الظروف والملابسات الواقعية¹.

الفرع الثاني: تقدير نظرية الخطأ الظاهر

لم تحظ رقابة الخطأ الظاهر بالاهتمام الفقهي في بادئ الأمر وحتى من كتبوا عنها اقتصرت كتابتهم على تعليقات قليلة في بعض الدوريات، غير أن تطور الفكرة واقتحامها المستمر لمواقع جديدة داخل نطاق النشاط الإداري أدى إلى مزيد من الاهتمام الفقهي بها وأخذ الفقه يساند قضاءه بتحليله للفكرة وتدعيمه لها وبيان أثرها في الرقابة القضائية، وكلما كان قضاء الخطأ الظاهر يزحف نحو تقدير الإدارة وتكييفها للوقائع ويسقط حداً من حدود السلطة التقديرية ويفتح ثغرة في حائطها الصلب كان الفقه يسارع إلى تأييده ونصرته².

وأن الفقه لا يزال ينادي من أجل توسيع نطاق تطبيق نظرية الخطأ الظاهر ومدتها إلى كل المجالات، وبتالي فإنه يساند موقف القضاء ويشد عضده ويثني عليه.

1- النقد الموجه لنظرية الخطأ الظاهر

ذهب جانب من الفقه إلى نقد نظرية الخطأ الظاهر لكون هذه النظرية تحل تقدير القاضي محل تقدير رجل الإدارة كما منحت القاضي رقابة تقدير الوقائع في حالات تعرف بغياب أو عدم وجود هذه الرقابة، وهذه المفارقة نتجت من صياغة أحكام مجلس الدولة نفسها والآتي تقرر أن "تكييف الإدارة للوقائع غير قابل للمناقشة أمامه، كما تقرر للقاضي من جانب آخر الحق في دراسة هذا التكييف إذا لم يكن ظاهر الخطأ.

كما وجه النقد للنظرية من ناحية نطاق تطبيقها فإذا كانت وظيفتها تعميم رقابة السلطة التقديرية، فإن هذه الرقابة يجب أن تتدخل في كل مرة تكون فيها حرية التقدير معرضة لصالح سلطة إدارية.

كما أن الواقع العملي أثبت أنه عندما يمارس القضاء رقابته على التكييف القانوني للوقائع فإنه لا يواجه السلطة التقديرية بالكامل، والمثل التقليدي على ذلك الجزء التأديبي في نطاق الوظيفة العامة، فإذا كان القضاء يراقب الوجود المادي للوقائع وكذلك ثبوت الوصف القانوني للخطأ فإنه يتمتع عن رقابة تقدير تناسب الجزاء مع الخطأ ويترك للإدارة كل حق في رقابة جسامه الخطأ.

¹ عبد العلي حاحة، مقالته الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الخامس، ص 145.

² د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق ص 256.

كما أنه يرفض في الوقت الحالي فحص ما إذا كانت تناسب الجزاء مع الخطأ يكون محلاً لتقدير ظاهر الخطأ على الرغم من العديد من النداءات التي تطالب بتطبيق الخطأ الظاهر في هذا المجال.

فإن الخطأ الظاهر في القضاء الحالي لمجلس الدولة لا يمتد إلى جميع الحالات التي تقوم فيها الإداري

بتقدير.

وذهب بعض الفقه إلى القول أنه يعيب نظرية الخطأ الظاهر أنها غامضة في مبدئها كما هي غامضة في تطبيقها فالمعنى العام في الرجوع إلى فكرة الخطأ الظاهر يتضح أنها لم تكن واضحة إلا في الظاهر لأن الأمر يتعلق في الواقع بإعطاء قاضي تجاوز السلطة رقابة معينة في تقدير الوقائع في حالات لم تكن موجودة من قبل مما يفسر السلوك الحذر للقاضي في تحريكه للفكرة، كما يوضح أيضا سكوت القاضي عندما نضع أنفسنا في إحدى فئتي السلطة التقديرية التي أشار إليها الأستاذ (G.Braibant) وهما فئة الأعمال التي يمنح القانون فيها سلطة تقديرية أو يعترف لها القضاء بها حتى لا يحصر عليها في إطار ضيق جدا.

وحين يعلن قاضي الإلغاء ارتكاب الإدارة لغلط بين في التكييف فإنه يخالف مسلكه السابق، فبالنسبة للفئة الأولى يجب عليه أن يعمل ضد تقدير ذات طابع فني، وفي الفئة الثانية يلزم في الواقع أن يضع نفسه مجال الملائمة ولاشك أنها ترتبط بالفئة الأولى دون أن تتبع وسيلة فنية حتى في موضوع الأراضي الزراعية إلى بعضها وهو المجال المفضل للخطأ الظاهر.

ويضيف أنصار هذا الرأي أن هناك غموض آخر يتعلق بنقطة التصادم للفكرة وهي أن الخطأ الظاهر يحتل مكان داخل "الرقابة المحدودة أو الرقابة الأدنى" بجانب الخطأ في القانون والخطأ المادي لدرجة أن يكون مرتبط بهاتين الفكرتين في أحكام عديدة بواسطة صيغة متجمدة من نوع هذا التقدير لم يستند على أسباب خاطئة في القانون أو مؤسس على أسباب غير صحيحة مادياً ولم يكن مشوباً بخطأ ظاهر أو الإحالة إلى انحراف السلطة الذي صاحب منذ زمن طويل هذا الثلاثي من الأخطاء لم تظهر الآن إلا إذا كانت هذه الوسيلة في دورها ليس مراجعة التصحيح القانوني أو المادي لأسباب القرار بل ترتبط على الأكثر بمنطوق القرار ونتائجه، والحال كذلك في فئة الثانية التي يميزها Braibant وأيضا في الغالب في موضوع ضم الأراضي الزراعية إلى بعضها وعلى العكس يكون الحال خلاف ذلك بالنسبة لفئة الأولى أي عندما يشوب الخطأ الظاهر تقدير الطابع الفني الذي سبب القرار المطعون فيه¹.

على أن هذه الفكرة يشوبها غموض آخر في تطبيقها فلقد خشي البعض من الفقه² من أن تؤدي فكرة الخطأ الظاهر إلى التوسيع في عدد الأعمال التي لا تخضع لرقابة الوصف القانوني بحيث يقبل القاضي

¹ Labetoulle et Chabannes, charon pre cite p.35.

² نقلا عن د. خالد سيد محمد حماد ، المرجع السابق ص 873.

بسهولة أكبر الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية ابتداء من الوقت الذي يكون فيه هذه الأخيرة خاضعة لرقابة معينة، ومن ثم فإنها تشكل عقبة لرقابة الوصف القانوني للوقائع¹.

أما الرئيس (Odent) فيقر أن الخطأ الظاهر إذ يسمح للقاضي برقابة تقدير الوقائع في الموضوع لا يمارس فيه إلا رقابة أدنى من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة شاذة غير مألوفة، وهي رقابته لملائمة قرار برفض رقابة وصفه القانوني².

ب- الرد عن أوجه النقد

إن أغلب الفقهاء الذين قاموا بنقد النظرية كان نتيجة القلق والاضطراب الذي سيطر عليهم عند ظهور الفكرة إلا أنه كان مبالغاً فيه، كما أنه كان قصير العمر فسرعان ما كذبت التطورات المتلاحقة التي صاحبت فكرة الخطأ الظاهر وسعى القضاء جاهداً إلى طرد تلك الشكوك.

كما لم يأخذ مجلس الدولة بما ذهب إليه الرئيس (Odent) من أن رقابة الخطأ الظاهر من شأنها أن تؤدي إلى نوع من التناقض في امتداد رقابة القاضي إلى ملائمة قرار يرفض رقابة وصفه القانوني.

ولم يعد مقبولاً من بعض الفقه القول أن نظرية الخطأ الظاهر تضيق عن بعض التقديرات الإدارية بعد أن أثبتت النظرية اتساعها للمجالين المذكورين وهما تناسب الجزاءات التأديبية اعتباراً من حكم Lebon ومجال إجراءات الضبط الإداري اعتباراً من حكم Anger.

وإذا كان بعض الفقهاء قد توجس خيفة من أن تؤدي رقابة الخطأ الظاهر إلى تراجع في رقابة الوصف القانوني لبعض أعمال الإدارة كالجزاءات التأديبية وإجراءات البوليس، فإن التطبيقات العديدة والمتنوعة للخطأ الظاهر في التكيف كانت خير شاهد على عدم صحة المخاوف وأثبتت بما لا يدع مجالاً للشك أن رقابة الخطأ الظاهر كانت بناءً جديد في صرح الرقابة القضائية.

كذلك لا يؤدي ظهور الخطأ الظاهر إلى تراجع في الرقابة بل على العكس يوجد على الأقل حالتين انتقل فيهما القاضي من الرقابة الأدنى إلى الرقابة العادية واستخدم القاضي فيهما الخطأ الظاهر وهي الحالة التي يقدر فيها الوصف القانوني للوقائع في ضم الأراضي الزراعية إلى بعضها وتقريب قطع الاستغلال إلى بعضها، والحالة الثانية هي تقدير حاجيات السكان لإنشاء صيدلية.

فقد سبق للقضاء أن طرد كثيراً من الشكوك المتقدمة ما دام أنه انتقل من الرقابة الأدنى ووسع الرقابة على الوصف في موضوع ضم الأراضي الزراعية إلى بعضها بتقريب القطع الجديدة إلى مركز

¹ نقلاً عن د. سلامة جبر، نظرية الغلط البين، مرجع سابق، ص 209.

² نقلاً عن د. خالد سيد محمد حماد المرجع السابق ص 874.

الاستغلال وتصنيف القطع حسب فئة المزروعات، هذا القضاء يضع حداً لتفسير مشئوم عن الخطأ الظاهر صدر عن الفقه.

ولقد سارع العديد من الفقهاء إلى تأييد هذا القضاء وتدعيمه والانتصار للرقابة القضائية على الخطأ الظاهر، وذهبوا إلى أن الخطأ الظاهر إذ يقع في إبعاد ديناميكية للرقابة فإن من شأنه أن يقلل من نصيب السلطة التقديرية المتروكة للسلطة الإدارية وهو يكون طريقة مرنة تسمح بالانتقال من الرقابة الأدنى إلى رقابة الوصف انتظاراً إلى الوصف القانوني للوقائع يراقب في جميع المحالات، بل أن تعميم الرقابة على الخطأ البين مهد للرقابة على الوصف القانوني بدون قيد.

كما تعتبر نظرية الخطأ الظاهر في التكييف لا عيب فيه، ومجلس الدولة لم يستخدمها لإلغاء القرارات الإدارية إلا بكثير من التأييد أنه لا يسلم بحالات جديدة للتطبيق لدرجة تلومه عليها.

إذا كان الشك والارتباب قد صاحب فكرة الخطأ الظاهر في بداية ظهورها وتوجس الفقه خيفة من أن تؤدي إلى تراجع في الرقابة فإن هذا الشك والارتباب قد واجهته الفكرة في ختام تطورها وبعد أن أصبحت نظرية قضائية، غير أن مضمون الشك كان مغايراً فبدلاً من أن تكون مبعثة تراجع الرقابة أصبح مرجعه الخشية من توغل القاضي في صميم التقدير الإداري كما هو الشأن في رقابة الخطأ الظاهر لتقدير الدرجات¹.

يقول² J.Lavissiere أن تفسير آخر يجازف بأن يجعل من الخطأ الظاهر في التكييف نفاً للقاضي الذي يضطر رغماً عنه إلى أن يحل محل واضعي الدرجات في سلطاتهم بل وفي الظروف التي تصاحبهم وبعضهم تحت الرقابة سوف يكون أمراً غير مرغوب فيه³.

غير أن الهواجس الأخيرة لا تجد ما يساندها فلقد اتضح لنا من هذه الدراسة كيف أن الخطأ الظاهر دخل بهدوء وبحذر شديد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي وكيف تطورت الفكرة في رحاب قضائه ولقد استطاع مجلس الدولة الفرنسي بهدوئه وحذره في تطبيق الفكرة وجرعاته المتجانسة التي كان يعطيها لها في كل مرحلة من مراحل تطورها إلا أن يقف بها في مجال غير ملائم وأن يغامر بها في نطاق ليس لها بل كان في تحريكه الفكرة يقيم موازنة مستمرة بين ما يجب أن يترك للسلطة التقديرية لتحقيق الحرية في نشاطها وبين ما يقتضيه ردع التعسفات الظاهرة غير المعقولة والتقدير السببية لاستعمال هذه السلطة³.

¹ د. سلامة جبر، المرجع السابق ص 262.

² نقل عن د. خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص 876.

³ د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق ص 262.

خاتمة

حاولنا فيما تقدم إعطاء لمحة عامة عما وصلت إليه الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة من تطورات حديثة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، عن طريق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، والتي ابتدعها ليواجه بها أولاً المجالات التي امتنع في خصوصها عن رقابة التكييف القانوني للوقائع التي تدعيها الإدارة لقراراتها، ثم مدها إلى كافة مجالات العمل الإداري، بل ونفذ من خلالها إلى صميم التقييم أو التقدير الذي تجريه الإدارة في تلك المجالات، وذلك لكي يؤكد - كما أوضحنا - أنه لم يعد قاضياً للمشروعية فحسب، وإنما أيضاً قاضياً للملائمة، وقد أعمل المجلس هذه النظرية على كافة مستويات رقابته للأسباب القرارات الإدارية، فيما يتعلق بالرقابة الدنيا، لم يكتفي القاضي، بمجرد إجراء الرقابة الثلاثية المعروفة، وهي رقابة الوجود المادي للوقائع، والخطأ في القانون وتجاوز السلطة أو الانحراف بها، وإنما أضاف إلى ذلك الرقابة التي نحن بصدددها، وهي رقابة الخطأ الظاهر والتي تتطلب من الإدارة حين تكون حرة تقييم وتقدير الوقائع، وأن يكون هذا التقدير أو التقييم معقولاً ومنطقياً، أو بمعنى آخر ألا يكون مشوباً بخطأ جسيم أو خطأ واضح وجلي.

كما أنه مد هذا الوجه الحديث من أوجه الرقابة إلى مستوى الرقابة العادية، وهي رقابة التكييف القانوني للوقائع، وكذلك إلى مستوى الرقابة القصوى التي تتناول أهمية وخطورة الوقائع التي تستند إليها الإدارة في قراراتها، ومدى تناسبها مع الإجراء المتخذ على أساسها.

وهكذا نجح القاضي الإداري، من خلال تلك النظرية في تحجيم الإدارة وحثها دوماً عند اتخاذها لقرارات بمقتضى ما تتمتع به من سلطة تقديرية، أن تكون يقضه وحذرة من أن تقع في خطأ بديهي أو بين، وإلا كان جزاؤها بطلان وإلغاء تلك القرارات، وبذلك وضع مجلس الدولة حداً جديداً يضاف إلى الحدود التقليدية السابقة على سلطة الإدارة التقديرية ويسهم به في توسيع نطاق الشرعية ورقابة القضاء على أعمال الإدارة.

وما لبث إلى أن ابتدع مجلس الدولة بناء قضائي جديد يتسم بالجرأة والإقدام، وهو ما يعرف بنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، تلك النظرية التي تتيح للقاضي أن يأخذ في الاعتبار عند تقييم مضمون قرار ما، كافة الجوانب المتعلقة بهذا المضمون، بحيث يتمكن من إجراء عملية موازنة أو معايرة بين هذه وتلك من ناحية الغاية أو الهدف من ذلك القرار من ناحية أخرى، فإذا انتهت موازنته هذه إلى ترجيح الأضرار، تعين عليه الحكم بإلغاء القرار، أما إذا كانت المزايا هي الراجحة، أعلن عن صحة ومشروعية ذلك القرار والتي تعتبر حداً جيداً للسلطة التقديرية.

وهو الأمر الذي دعا كثير من الفقه التساؤل حول مصير السلطة التقديرية للإدارة، وما إذا كانت هذه السلطة قد انتقلت إلى القاضي الإداري؟ أم أنها في طريقها إلى الزوال؟

لكننا نؤكد بأن السلطة التقديرية للإدارة باقية بقاء الإدارة، ولن تزول إلا بزوال هذه الإدارة، وأن القضاء الإداري لم يوجد من خلال النظرية سوى توازناً جديداً لهذه السلطة، بل وأنه استطاع أن يضع معايير جديدة تساعد رجل الإدارة على استخدام سلطتها التقديرية استخداماً معقولاً أو استخداماً لا يتنافى مع الصالح العام أو بمعنى أعم، استخداماً يتلاءم مع ما يجب أن يتسم به من التوازن بين هذا الصالح وبين حقوق الأفراد وحررياتهم من تكافؤ وتعادل وهو ما يؤكد الأستاذ فالين حينما قال: "إننا إذا كنا نخشى من جراءة القاضي الإداري بما يمنحه لنفسه من سلطات في هذا الصدد، فإنه يجب الاعتراف في ذات الوقت، بأن أخطاء الإدارة وقصورها في كيفية مباشرة أعمالها هي التي تبرر مثل هذه الجراءة".

وقد انعكس ذلك في أحكام القضاة الإداريين المصري والجزائري، ولست أريد في هذه الخاتمة أن أردد ما ذكرت إذ أن ذلك لا يغني عن الأمر شيء، ولكنني وددت أن أشير إلى أن رقابة الخطأ الظاهر التي أصبحت شمسها تسطع في أرجاء القضاء الإداري بات ضياءها يشع في محيط القضاء الدستوري أيضاً، واللذين تجمعهما وحدة الانتماء إلى فرع القانون العام، لما بينهما من صلوات وثيقة.

وهكذا نصادف تطبيقاً لفكرة الخطأ الظاهر في ميدان القانون الدستوري، يكاد يكون مطابقاً لما هو عليه في القانون الإداري، بل واستخدام ذات الأدوات الفنية بهذا الشأن ويتجلى هذا التطبيق في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وذلك عن طريق تطويع نظرية الخطأ الظاهر في التقدير (أو الغلو) التي ابتدعها القضاء الإداري في إطار ممارسة رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، ونقلها من نطاق القانون الإداري، إلى ميدان القانون الدستوري، تأسيساً على أنه كما قد يقع غلو أو خطأ ظاهراً في تقدير السلطة الإدارية، عند إصدار قراراتها فإنه يمكن أن يوجد غلو أو خطأ ظاهراً كذلك في تقدير السلطة التشريعية عند سنها للقوانين.

ومن ثم فإنه ليس ثمة ما يحول دون امتداد رقابة الخطأ الظاهر، من العلاقة بين قاعدة قانونية أو أكثر وبين الواقع في المجال الإداري، إلى العلاقة بين قاعدة قانونية أساسية، وبين قاعدة قانونية أدنى في المجال الدستوري، مأخوذاً في الاعتبار المسائل المحيطة بسن القاعدة الأخيرة.

والواقع أن السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع في سن القوانين، لا تختلف عن تلك التي تمارسها الإدارة فيما تصدره من أعمال قانونية في مجال نشاطها، إلا من حيث الدرجة أو الاتساع، فهذه السلطة واحدة من حيث الطبيعة أو الجوهر، إذ تخضع كل منهما للقواعد القانونية المنظمة لها، والتي تحدد جوانب التقدير أو التقييد في الأعمال الصادرة عنها، كل بحسب مجاله.

ويتحقق التناسب في مجال التشريع، كلما جاء القانون الذي تم سنه، متوافقاً ومتناسقاً ومعبراً عن مقاصد المشرع من إصداره (السبب) وبين ما أحدثه من آثار قانونية (المحل)، وبالتالي فإن عدم تناسب التشريع يقع عندما لا تتوافق القاعدة القانونية التي تم سنها، مع الفحوى الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه.

و من تطبيقات المجلس الدستوري في فرنسا لفكرة التناسب في مجال سن التشريعات، متوسلاً في ذلك بنظرية الخطأ الظاهر، ما جاء بقراره الصادر في تاريخ 1983.12.29 فيما يتعلق بمدى دستورية القانون المالي لعام 1984، حيث وازن المجلس بين القواعد الدستورية التي تحكم الضريبة، وبين عدم أخذ المشرع بعين الاعتبار مدى النفع الذي يعود من تعدد الضريبة على الثروات، وسلم بوجود خطأ ظاهر في التقدير بهذا الصدد، لعدم التناسب في العلاقة بين القاعدة الدستورية، والقاعدة التي سنها المشرع بالخصوص، فالمشرع ولئن رخص له فعل ما يريد إلا أنه لا يستطيع أن يفعل أي شيء على هواه مهما كان هذا الشيء.

وقد طبق المجلس الدستوري رقابة الخطأ الظاهر على التشريع في مجالات عديدة متنوعة، من بينها ما يسنه المشرع من قوانين عقابية، باحثاً من خلال نظرية الخطأ الظاهر، عن نقطة التوازن بين ما يخيره المشرع من عقوبة أياً كانت -وبين ما تحققه هذه العقوبة من بين بدائل عديدة المصلحة المتبتغة من تشريعها، بحيث لا تكون تلك العقوبة قاسية على نحو تمثل معه عدواناً بغير مقتضى على حريات وحقوق الأفراد، ولا تكون في ذات الوقت واهية تغري السفهاء على إهدار المصالح الجديرة بالرعاية، أي أن المجلس يحرص على ضرورة وجود علاقة تناسب بين الجريمة والعقوبة.

ولم يقف المجلس الدستوري في ممارسة هذه الرقابة على القوانين العقابية ذات الطبيعة الجنائية فحسب، وإنما مدها إلى كافة التشريعات التي تتضمن جزاءات ذات طبيعة ردعية، مستخدماً في ذلك نظرية الخطأ الظاهر في التقدير عند ممارسته لهذه الرقابة، واستناداً لذلك قرر أنه: ((بمراعاة ما تنص عليه المادة (8) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، من أن القانون يجب ألا يقرر من العقوبات إلا ما كان ضرورياً بشكل قاطع وصریح، فإن هذا المبدأ لا يتعلق بالعقوبات الجنائية فحسب، وإنما أيضاً بكل جزاء له طبيعة ردعية، حتى ولو عهد المشرع بسلطة توقيعه إلى جهة غير قضائية، وإعمالاً لذلك فقد قرر المجلس عدم دستورية الغرامة الإدارية التي قررها المشرع على كل موظف بالجهاز الضريبي يكشف عن سرية دخل أحد الممولين، والتي كانت تمثل في دفع مبلغ مالي يساوي قيمة الدخل الذي كشف عنه، وذلك بالنظر إلى عدم التناسب الظاهر بين هذه العقوبة وبين المخالفة المقترفة.

كما طبقت المحكمة الدستورية العليا المصرية، نظرية الخطأ الظاهر في عدد غير قليل من أحكامها، خاصة فيما يتعلق بالحقوق والحريات العامة، بل إنها قد تبنت نظرية الغلو المعروفة في القضاء الإداري، وطبقها في مجال الرقابة الدستورية على سن العقوبة تشريعياً، من ذلك ما جاء في حكمها الصادر بتاريخ

1998.06.06 في الدعوى الدستورية رقم (18/152 ق) بأن: ((فكرة الجزاء جنائياً أم تأديبياً أو مدنياً تعني مجاوزة الحدود التي يمكن التسامح فيها، وكلما كان الجزاء مقررًا لضرورة، و متناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع أو منعها، متصاعداً مع خطورتها، كان موافقاً للدستور، فلا يكون جزاء الأفعال منفصلاً عن تدرجها فيما بينها، ولا متمخضاً غلواً منافياً لطبيعتها))

ويتبين مما سبق، أن فكرة الخطأ الظاهر، قد اقتحمت ميدان القانون الدستوري في جانب من أهم جوانبه، وهو الرقابة على دستورية القوانين، وتم تطبيقها على وجه الخصوص في مجال تشريع العقوبات المختلفة، على اعتبار أن المشرع ولئن كان يملك تقدير تناسب العقوبة تشريعياً، إلا أن هذا التقدير يخضع لرقابة القاضي الدستوري، الذي له أن يقرر عدم دستورية تلك العقوبة إذا كانت لا تتناسب بشكل ظاهر مع الجريمة أو المخالفة المقابلة لها، وذلك عن طريق اقتباس ذات الوسائل والأدوات الفنية التي كان قد استخدمها القضاء الإداري في تطبيق هذه الفكرة، ربما بسبب التقارب الشكلي بين نوعي المنازعات الإدارية والدستورية، وهو ما يقود إلى التشابه في الحلول، كل بحسب المجال الذي تعمل فيه تلك الفكرة، مما يضفي عليها قدراً أكبر من الأهمية في نطاق القانون العام، مع ضرورة الاعتراف بأن تطبيقها في مجال رقابة القضاء الدستوري أقل حظاً منها في مجال رقابة القضاء الإداري، لأسباب عديدة، أهمها الاختلاف بين طبيعة العمل القانوني موضوع الرقابة، ودور كل من القضائيين بهذا الشأن.

بعد هذه الحوصلة والنتائج التي توصلنا إليها، لما تم طرحه من تساؤلات فإننا نورد بعض الملاحظات

والتوصيات:

* إن القضاء الإداري الجزائري لا يزال بعيد كل البعد عن التطور الذي حققه القضاء الإداري المقارن خاصة القضاء الإداري الفرنسي والمصري وذلك في كيفية دراسة القضايا والحكم فيها وتسبيب الأحكام وكذا الاجتهاد القضائي وأخيراً من حيث الاستقلالية وعدم التأثر بالأهواء السياسية ومن هنا كانت فكرة الإصلاح القضائي الإداري ضرورة لا بد منها للنهوض بهذه الهيئة الدستورية لتلعب الدور المفترض بها لتؤديه.

* إن وسائل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية والتي كانت نتاج جهد كبير بدله القضاء والفقهاء لم تستطع في حقيقة الأمر أن تدارك ولا أن تقف في وجه اتساع السلطة التقديرية ولا أن تضبط كل جوانبها فمازالت الإدارة تتمتع بسلطة كبيرة وبعيدة عن أي رقابة قضائية فعالة مما جعل حقوق الأفراد وحررياتهم في تهديد مستمر ودائم.

* إن مجلس الدولة الجزائري وان كانت لم تستقر في ظل المبادئ القانونية العامة أو ما يعرف بأساليب الرقابة على الملائمة بعد إلا أنه قد استجاب لهذا التطور وذلك بتطبيقه بعض نتائج الخطأ الظاهر في

بعض المجالات إلا أن هذه التطبيقات مازالت قاصرة على مجارة التطورات العصرية وما صاحبها من اتساع في مجال السلطة التقديرية وتنوع طرق ممارستها لهذا النشاط وهذه التطورات جعلت وسائل الرقابة القضائية التقليدية عاجزة بلا ريب عن مواجهة هذه التطورات وغير قادرة عن استيعابها وفرضت على القاضي التزاما ضروريا وحتميا لتطوير رقابته لمواجهة هذه التطورات دون عجز أو تخلف، إننا نلح ونرجو من مجلس الدولة الجزائري أن يسارع إلى تعميم نظرية الخطأ الظاهر وباقي النظريات الأخرى في هذا المجال والتي اخذ بها قرينه الفرنسي في جميع المجالات تقريبا ولا ريب أن هذه التطبيقات القضائية التي سبقنا إليها مجلس الدولة الفرنسي سوف تضيء الطريق أمامه وتهيئ السبيل له في الإسراع بتطبيق نظرية الخطأ الظاهر صراحة وباقي النظريات الأخرى والسمو بها باعتبارها من المبادئ القانونية العامة ونحن على يقين بان التطور سيحصل لا محال إلا أننا نرجو أن يكون في وقت غير بعيد كما نهيى بالمشروع الجزائري أن يسارع إلى تقنين هذا التطور القضائي الذي حققه الفقه والقضاء المقارن ولن يتأتى ذلك إلى بتعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية و القانون العضوي 01/98 المنضم اختصاصات مجلس الدولة وتنظيم أعماله والقانون 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية والقانون العضوي رقم 03/98 المتعلق بمحكمة النزاع وإضافة على المبادئ القانونية السابقة كوجه عدم المشروعية ترد على السلطة التقديرية بالإضافة إلى الأوجه التقليدية التي لم تستطع لوحدها أن تحد من السلطة التقديرية وتقييدها إلى مجال المشروعية.

ولهذا نأمل بأن لا يتأخر مجلس دولتنا الفتي عن مسيرة ركب التطور الذي أصابه نظيره الفرنسي في الرقابة على قرارات الإدارة الصادرة منها بمقتضى ما لها من سلطة تقديرية باعتباره الحصن الأمين لضمان وصيانة حقوق الأفراد وحررياتهم ضد تعسف وتسلط الإدارة ومما لاشك فيه أن التطبيقات القضائية العديدة التي أوردناها لمجلس الدولة الفرنسي في إطار الاتجاهات القضائية الحديثة له، كذلك الضوابط النظرية والعلمية لتلك التطبيقات، سوف تلقى المزيد من الضوء حول هذه الاتجاهات الحديثة الأمر الذي قد يهيئ لمجلس الدولة الجزائري السبيل نحو تبنيتها أو الإسراع في تطبيقها في كافة المجالات الإدارية التي تصدر عن الإدارة بما لها من سلطة تقديرية.

انتهى بعون الله.

قائمة المصادر المراجع

أولاً: القرآن الكريم – جل من أنزله-

ثانياً: كتب الحديث و السنة

1- البخاري: صحيح

ثالثاً: المعاجم و القواميس

1- قاموس لسان العرب لابن منظور، دار المعارف بمصر.

2- قاموس المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت طبعة 1981/25.

3- قاموس المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التعليم بمصر 1999.

4- قاموس المنهل (فرنسي / عربي) للدكتورين سهيل إدريس و جبور عبد النور، دار العلم للملايين، بيروت ط 1989./10

5- قاموس مختار الصحاح ، مؤسسة الرسالة ب.ت. ص.

6- المعجم الفلسفي، مجمع اللغة العربية بمصر، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة 1979

7- القاموس القانوني (فرنسي – عربي) للأساتذة إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، يوسف شلالا، مكتبة لبنان، بيروت ط 1988/2.

رابعاً: المؤلفات القانونية العامة

أ* الكتب باللغة العربية:

1- د.أبي هلال العسكري، الفروق اللغوية، ضبط وتحقيق حسام الدين القدسي، دار الكتب العلمية، بيروت.

2- د. أحمد ماهر زغلول، مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، بدون دار نشر، القاهرة 1993.

3- د. احمد قاسم صافي، التقاضي على درجتين في المواد الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010.

4- د. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة: فائز انجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1994.

5- د.أنور احمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة 1999.

6- د.حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة شرح وتحليل لموضوع القرارات الإدارية على ضوء أحكام محكمتي

القضاء الإداري والإدارية العليا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.

7- د.خالد خليل الطاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، الأردن، بدون تاريخ

نشر.

8- د.خالد سمارة الزغبى، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق-دراسة مقارنة- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية،

الأردن، 1999.

9- د.خالد سيد محمد حاد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، طبعة 2، 2013، دار أبو المجد للطباعة بالهرم.

10- د.خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، جامعة

القاهرة، كلية الحقوق، 2009

11- د.زهير الحسيني، مصادر القانون الدولي العام، بمناسبة المفهوم القانوني للجرف القاري وطرق قياس حدوده بين الدول المتلاصقة

والمقابلة، منشورات جامعة القاهرة.

12- د.زكي النجار، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الخامسة، 2007.

* د.سليمان محمد الطهاوي:

- 13- دروس في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
- 14- نظرية التعسف في استعمال السلطة، مطبعة عين شمس، الطبعة الثالثة، مصر، 1978.
- 15- الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- 16- القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، الطبعة السابعة، القاهرة، 1996.
- * د.سامي جمال الدين:
- 17- قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992 .
- 18- الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004.
- 19- القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر، بدون تاريخ نشر.
- 20- د.شفيق ساري جورجي، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 21- د.علي حمود إعاد القيسي، القضاء الإداري وقضاء المظالم، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 1999
- * د.عبد الغني بسيوني عبد الله:
- 22- القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 23- القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1999.
- * د.عبد المنعم خليفة عبد العزيز:
- 24- بعض أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- 25- الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 26- د.عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، طبعة 2000 .
- 27- د.عبد الوهاب البرزنجي عصام، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971 ق.
- 28- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، جزء1، دار إحياء التراث العربي، بيروت ب.ت.
- 29- د.عبد الفتاح حسن، القضاء الإداري، جزء1، قضاء الإلغاء، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1978.
- 30- د. عبد البديع محمد صلاح، الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملاممة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة1/2004.
- 31- د.عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
- * د.عمار عوابدي:
- 32- عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982.
- 33- نظرية القرارات الإدارية بين الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1999.
- 34- النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري- نظرية الدعوى- الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 35- د.فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة 1968
- 36- د.كنعان نواف، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع والدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، عمان، 2002
- 37- د.لحسن بن شيخ آث ملويا، بحوث في القانون، القواعد الأساسية لنظرية الإثبات في المنازعات المدنية والإدارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2000.

- 38- د.مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- * د.محمد أبو العنين:
- 39- الموسوعة الجامعة لأحكام المحكمة الإدارية العليا، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 40- الموسوعة الجامعة لأحكام المحكمة الإدارية العليا، الجزء الثالث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 41- ضوابط مشروعية القرارات، وفقاً للمنهج القضائي (دراسة تحليلية وفقهية لأحكام مجلس الدولة في مصر، دار أبو المجد للطباعة الطبعة الأولى 2008
- 42- د. محمد أحمد شاكر، تحقيق مسند الإمام أحمد ابن حنبل، دار المعارف بمصر، طبعة 1949
- 43- د. محمود الجبوري، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1998.
- * د. ماجد راغب الحلو:
- 44- القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 45- الموسوعة الجامعة لأحكام المحكمة الإدارية العليا، الجزء الرابع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 46- د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 47- د. محفوظ لعشب، المسؤولية في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 48- د.محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 49- د.محمد صغير بعلي، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر، جامعة عنابة طبعة 2007.
- 50- د.محمد جمال مطلق الذنبيات: الوجيز في القانون الإداري، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2003.
- 51- د.محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، القاهرة 1974. 53.
- 52- د. محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية، القاهرة 1957.
- 53- د. محمد فؤاد منما، دروس في القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، بدون دار نشر، عام 1957/56
- 54- د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2000.
- 55- د. محمد صلاح عبد البديع: الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملائمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة أولى 2004.
- 56- د.محمد حسن الحمص، كتاب تفسير وبيان القرآن الكريم مع أسباب النزول، دار الرشيد دمشق.
- 57- د.محمد عبد الحميد مسعود، إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، طبعة الأولى، 2006.
- 58- د.محمد شاهين، القرار التأديبي ورقابته القضائية بين الفاعلية والضمان في نظم العاملين بالدولة والقطاع العام والخاص مكتبة الانجلو المصرية، 1986.
- * د.محمد حسنين عبد العال:
- 59- فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- 60- الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1991.
- 61- د.محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر لمشروعية في القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 1992.
- 62- د.محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، محمد عثمان، حسين عثمان، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001
- 63- د.محمد رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

- 64- د.محمود حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السابعة، 1979.
- 65- د. محمود حلمي، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء - القضاء الكامل - إجراءات التقاضي)، دار الفكر العربي ، القاهرة ، طبعة 1974/1
- 66- د.محمود سلامة جبر، نظرية الغلط البين في قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، طبعة 1992.

ب☆ الرسائل العلمية الجامعية

- 1- د. أحمد أحمد المواني، فكرة المنفعة العامة في نزاع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة) رسالة دكتوراه حقوق الإسكندرية. 1992
- 2- د.أمل لطفي حسن جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، 2004
- 3- د. ثروت عبد العال، الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1992
- 4- د.حمدي حسن الحفاوي، ركن الخطأ في مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة. 2001
- 5- د.رضا عبدالله حجازي، الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق القاهرة، 2001.
- 6- د.عبد النبي محمد حسنين، نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في إطار القانون العام، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس 2005
- 7- د.عمر جمال الهادي القمودي، قضاء الغلو بين الإبقاء و الإلغاء في القانون الليبي، دراسة مقارنة بالقانون المصري (رسالة دكتوراه)، جامعة القاهرة. 2014.
- 8- د.عمور سلامي، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، السنة الجامعية 2011/2012، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون
- 9- د.محمد فريد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة. 1989
- 10- د. محمد سيد أحمد محمد، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية مع التطبيق على ضباط الشرطة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه حقوق أسيوط 2002
- 11- د.محمد مرغني خيري، نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1972.
- 12- د. محمود مجدي دسوقي، المبادئ العامة للقانون والمشروعية الداخلية للقرار ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة 1998 .
- 13- د. مكلل بوزيان، رسالته للدكتوراه النظام القانوني للوظيفة العامة -دراسة مقارنة- جامعة سيدي بلعباس سنة 2001

ج☆ مقالات وأبحاث:

- 1- د. خليفة سالم الجهمي، مقالته ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، (رقابة التناسب) المنشورة على
- 2- د.بن طيفور نصر الدين، مقالته مجلة مجلس الدولة العدد رقم 09، سنة 2009. 3.
- 3- د.رياض عيسى، دعوى الإلغاء في الجزائر، مجلة الحقوق، العدد الرابع، ديسمبر 1989.
- 4- د.زروقي العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثير القضاء الإداري الجزائري بها، مقالته مجلة مجلس الدولة، العدد 08 لسنة 2006
- 6- د.صبيح مسكوني، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية، منشورات جامعة بن غازي 1974.5-عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مجلة العلوم الإدارية (يونيو 1996) س38 ، 1ع.
- 7- د.عبد الله محمد الحراري، الرقابة على عمال الإدارة في القانون الليبي، منشورات مجمع الفاتح للجامعات، طرابلس 1999
- 8- د.عبد العلي حاحة، مقالته الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحله في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الخامس

- 9- د.عثمان محمد مختار، ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب، مجلة دراسات قانونية، تصدرها كلية القانون جامعة قاريونس بن غازي، المجلد الثالث عشر (1994) س 14.
- 10- د. عبد الله رمضان بنيني، الغلو في الجزاء التأديبي وأثره على القرار الإداري، مجلة العلوم القانونية والشرعية كلية القانون جامعة الزاوية مصر سنة 2015.
- 11- د.علي خطار شطناوي، الصلاحية التقديرية والضوابط القضائية الواردة على ممارستها في قضاء محكمة العدل العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة أولى، عمان 2008.
- * فريدة أبركان:
- 12- رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد الاول، سنة 2002.
- 13- مدى رقابة القضاء على أعمال الإدارة، ملتقى قضاة الغرفة الإدارية، بدون عدد الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992 *د.محمود سلامة جبر:
- 14- الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة (أكتوبر/ديسمبر 1984) س 28، ع 4.
- 15- التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ و الجزاء، مجلة هيئة قضايا الدولة المصرية، القاهرة (يوليو / سبتمبر 1991) س 35، ع 3.
- 16- د.محمد متولي صبحي، حدود رقابة قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة (ابريل/يونيو 1974) س 18، ع 2.
- * د.محمد جمال مطلق الذنبيات
- 17- القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 18- مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003
- 19- د.عبد الحميد متولي، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، مجلة الحقوق، س 8، ع 3 و 4 .
- 20- د.محمد إسماعيل علم الدين، التزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقه والقضاء الفرنسي، مجلة العلوم الإدارية (ديسمبر 1971) س 13، ع 3.
- 21- د.مراد بدران، مقالته الطابع التحقيقي للإثبات للمواد الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 2009/09 .
- 22- د.هيثم حلم غازي، مجالس التأديب ورقابة المحكمة الإدارية العليا عليها لسنة 2009.
- 23- د. يحيى الجمل، رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة على التكييف، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، العددان الثالث و الرابع، س 41، 1972

د☆مجموعة الأحكام والدوريات:

- 1- أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة منذ عام 1996، الجزء 1، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، طبعة 1/1996.
- 2- المجموعة الرسمية لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية التي أصدرتها من يناير 1987 حتى آخر جوان، 1991، الجزء الرابع.
- 3- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في خمسة عشر عاما (1965-1980)، المكتب الفني بمجلس الدولة (أربعة أجزاء).
- 4- أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة الدكتور أحمد يسري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1991.
- 5- مجلة المحكمة العليا الليبية التي يصدرها المكتب الفني بالمحكمة العليا، طرابلس (أعداد مختلفة).
- 6- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة منذ عام 1990 حتى عام 1995 (ستة أجزاء)، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة.
- 7- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة منذ عام 1996 حتى عام 2000 (13 جزء) الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، القاهرة .
- 8- المجموعة الرسمية للأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا (الجزء الخامس، المجلد الأول).
- 9- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا في خمسة عشر عاما (1965-1980)، المكتب الفني بمجلس الدولة.

- 10- المجلة القضائية، قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 38541، الصادر ب 1984/12/29، الجزائر: العدد الرابع، سنة 1989.
- 11- المجلة القضائية، قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 66960 الصادر في 1990/04/21، الجزائر، العدد الثاني، سنة 1992.
- 12- المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1989.
- 13- المجلة القضائية، العدد الرابع، سنة 1989.
- 14- المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1990.
- 15- مجلة مجلس الدولة العدد تسعة سنة 2009.
- 16- مجلة مجلس الدولة العدد 08 سنة 2006.
- 17- مجلة نشرة القضاة، العدد الأول، سنة 1987

ك ☆ القوانين:

- 1-قانون رقم 78-12 المؤرخ في 05/08/1978، المتضمن القانون الأساسي العام للعامل جريدة رسمية ،العدد 32 الصادر في 08-08-1978.
- 2-قانون رقم 02/82 المؤرخ في 06 فبراير 1982 المتعلق برخصة البناء ورخصة تجزئة أراضي البناء الجريدة الرسمية رقم 06 الصادرة بتاريخ 09/02/1982.
- 3 -قانون رقم 82-06 المؤرخ في 27 فبراير 1982 المتعلق بعلاقات العمل الفردية، جريدة رسمية العدد رقم 05 الصادرة في 02 مارس 1982.
- 4-قانون رقم 87-19 مؤرخ في 08 ديسمبر سنة 1987 يتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الوطنية ، جريدة رسمية رقم 50 صادرة بتاريخ 09 ديسمبر سنة 1987.
- 5-قانون رقم 11/91 المؤرخ في 27/04/1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة ، الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة بتاريخ 08/05/1991.
- 6-قانون رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25/02/2008، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية رقم 21 صادرة بتاريخ 23 افريل سنة 2008.
- ل*قوانين عضوية
- 1-القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30/05/1998 المحدد لاختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية رقم 37 لسنة 1998.

م ☆ الأوامر:

- 1-أمر رقم 66-154 المؤرخ في 12 صفر عام 1386 الموافق ل08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل جريدة رسمية رقم 108 صادرة بتاريخ 06 مايو سنة 1966.

ن ☆ المراسيم التنظيمية:

- 1-مرسوم رقم 63-388 مؤرخ في 01/10/1963 المتعلق بتأميم المستثمرات الفلاحية التابعة للأشخاص المعنوية والطبيعية ، جريدة رسمية رقم 73 صادرة بتاريخ 04 أكتوبر سنة 1963.
- 2-مرسوم 59/85 المؤرخ في 23/03/1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والادارات العمومية ج.رج.ج، العدد 13 الصادر في 14/03/1989.
- ه* مراجع مترجمة للغة العربية:

- 1-د.أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، منشأة المعارف الإسكندرية، 1991.

خامسا: المراجع باللغة الفرنسية:

(A) Les ouvrages Généraux :

- 1-Auby Jean Marie et Drago (R.) : Traite de contentieux administratif, L.G.D.J, 1975
2vol.
 - 2-Chapus René : Droit administratif général, édition Montchrestien, Paris, 09 édition, 1995.
 - 3-Christine Roualt Marie : droit administratif, Gualion éditeur, Paris, 2001.
 - 4-De Laubadere André, Goudement Yves : Traite de droit administratif, Tome 01, Droit administratif général, 16éd, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.
 - 5-De Laubadere André, Veniza Jean Claude, et Gaudemet Yves : Manuel droit administratif, L.G.D.J, 15éd, 1995.
- *De Laubadere André :
- 6- Traite de droit administratif, Paris, L.G.D.J, 10éd, 1988.
 - 7- Le control juridictionnel du pouvoir discrétionnaire da la jurisprudence récente d'État, in mélanges Waline,L .G .D.J.1974 .
 - 8-H. Bouchahda, R. Khelloufi : Recueil d'arrêts jurisprudence administrative, Office publication Universitaire, Alger, 1979.
 - 9-Lombard Martine : Droit administratif, Dalloz ,02 éd, Paris, 1998.
 - 10-Morand Alain : L'essentiel sur le droit administratif, L'hermès, Lyon, 1992.
 - 11-Morand Jacqueline, Deviller : Cours de droit administratif, Montchrestien, 06 éd, Paris ,1999.

(B) THESES :

- 12-Dubisson(M) : La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès, de pouvoir, thèse, Paris, L.G.D.J, 1958.
- 13-Jeanneau (B) : Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Thèse, Paris, 1954.
- 14-Philippe (X) : Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative Françaises, thèse, Aix-Marseille, Economica, 1990.

15–Vedel George : Essai sur la nation de cause en droit administratif, Française, thèse, Toulouse, 1934.

(C) Articles :

1–Auby (J–M) : Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire, note sur C.E ,09 juin 1976, Lebon, R.D.P 1–1979.

2–Braibant Guy Maurice : Le principe de proportionnalité, Mélanges Waline, Paris, L.G.D.J, 1974.

3–Guibal (M) : De la proportionnalité, A.G.D.J, 1978.

4–Moderne(F) : L'extension du contrôle juridictionnel à la corrélation, faute disciplinaire, mesure disciplinaire dans le droit de la fonction publique, Rev, adm, 1978.

5–Waline (J) : Le rôle de juge administratif dans l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, R.D.P, 1930.

Dictionnaire Littré, Monte Carlo, 1968, T. 3 –

ts de la couré (D) Arr

*C.E 2 Mars 1960 Gesbert, Rec, p162.

*C.E 2 Mars 1960 Secrétaire d'Etat à l'agriculture c. Gesbert, Rec, p62.

*C.E 13 juil 1961 Delle Achart, Rec, p 476, A.J.D.A, 1982, p552.

*C.E 20 Déc 1968 Gindre, Rec, p 669, C.E 6 Nov 1970, Guye, Rec.

*C.E 28 Mai 1971, Langlais, Rec, p 416.

TABLE DES ABREVIATIONS

*A.J.D.A L'Actualité juridique droit administrative.

*C.C Conseil Constitutionnel.

*C.E Conseil d'Etat.

*E.D.C.E Etudes et Document du Conseil d'Etat.

*D Recueil Dalloz.

*Rec Recueil des arrêts du Conseil d'Etat.

*J.C.P Jurisclasseur Périodique.

*R.D.P Revue du droit public et de la science politique.

*G.P Gazette du Palais.

*J.O Journal Officiel.

*P.U.F Presses Universitaires de France.

*L.G.D.J Librairie générale de droit et de Jurisprudence.

- *éd édition.
- *Ref, adm La Revue administrative.
- *Op, cit Ouvrage précite.
- *ets Et suivants.

الفهرس

المقدمة.....	أ-ح
الفصل الأول: رقابة القاضي الإداري للخطأ الظاهر وتمييزها عن النظريات المستحدثة للحد من سلطة الإدارة	
التقدير.....	1
المبحث الأول: نظرية رقابة الخطأ الظاهر.....	2
المطلب الأول: ماهية نظرية الخطأ الظاهر.....	2
الفرع الأول: تعريف الخطأ الظاهر.....	3
تعريفه لغة.....	3
معنى الخطأ لغة.....	3
معنى الظاهر لغة.....	4
تعريفه في الاصطلاح العلمي.....	4
تعريفه في الاصطلاح القانوني.....	4
الخطأ المادي.....	5
الخطأ في القانون.....	6
الفرع الثاني: نشأة الخطأ الظاهر.....	12
كيفية نشأة الخطأ الظاهر.....	14
الفرع الثالث: مراحل ظهور رقابة الخطأ الظاهر.....	16
المطلب الثاني: معايير و خصائص نظرية رقابة الخطأ الظاهر.....	28
الفرع الأول: معايير رقابة الخطأ الظاهر.....	28
المعيار اللغوي لرقابة للخطأ الظاهر.....	31
المعيار الموضوعي للخطأ الظاهر.....	32
المعيار المختلط الرقابة الخطأ الظاهر.....	34
الفرع الثاني: خصائص الخطأ الظاهر في التقدير.....	36
خاصية التفاوت الصارخ أو الجسيم.....	37
خاصية الظهور والوضوح.....	38
المطلب الثالث: مصدر ومضمون نظرية الخطأ الظاهر.....	39
الفرع الأول: مصدر نظرية الخطأ الظاهر.....	39
القضاء الإداري كمصدر لنظرية الخطأ الظاهر.....	39
المبادئ العامة كمصدر لنظرية الخطأ الظاهر.....	45
أولا مبدأ التناسب.....	45
تعريف التناسب.....	45
معنى التناسب في الاصطلاح القانوني.....	45
جوهر فكرة التناسب.....	48

50.....	ثانيا: مبدأ الملائمة.....
53.....	ثالثا: رقابة الخطأ الظاهر بين المشروعية والملائمة.....
58.....	الفرع الثاني: مضمون نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.....
الإدارة	المبحث الثاني: التمييز بين نظرية الخطأ الظاهر والنظريات المستحدثة للحد من السلطة الإدارية
61.....	التقديرية.....
61.....	المطلب الأول: نظرية الموازنة بين المنافع والمضار.....
61.....	الفرع الأول: مضمون نظرية الموازنة بين المنافع والمضار.....
61.....	الفرع الثاني: أوجه التشابه والاختلاف بين نظرية رقابة الخطأ الظاهر ونظرية الموازنة بين المنافع
69.....	والمضار.....
69.....	أولا: أوجه التشابه أو التطابق بين النظريتين.....
69.....	ثانيا: أوجه الاختلاف بين نظرية رقابة الخطأ الظاهر ونظرية الموازنة بين المنافع
71.....	والمضار.....
72.....	اختلاف النظريتين من حيث طبيعة الرقابة.....
72.....	اختلاف النظريتين من حيث النطاق.....
72.....	اختلاف النظريتين من حيث عنصر القرار.....
73.....	تقديرنا الخاص في تحديد العلاقة بين النظريتين.....
74.....	المطلب الثاني: التمييز بين نظرية رقابة الخطأ الظاهر ونظرية الغلو.....
74.....	الفرع الأول: مضمون نظرية الغلو.....
74.....	أولا: تعريف الغلو.....
74.....	تعريفه لغة.....
75.....	تعريفه في الاصطلاح القانوني.....
76.....	الفرع الثاني: أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية الغلو ونظرية الخطأ الظاهر.....
76.....	أولا: أوجه الشبه بين نظرية الغلو ونظرية الغلط البين.....
76.....	من حيث المضمون.....
77.....	من حيث الخصائص.....
78.....	من حيث الآثار المترتبة عليهما.....
78.....	من حيث نطاق النظريتين.....
79.....	من حيث المعيار.....
79.....	من حيث الإثبات.....
82.....	ثانيا: أوجه الاختلاف بين نظرية الغلو ونظرية الغلط البين.....
82.....	من حيث النشأة.....
83.....	من حيث مدى التطبيق.....
83.....	من حيث حدود سلطات القاضي الإداري بالنسبة لقرار الإلغاء.....

84	بها.....
85	المبحث الأول: الأساليب التقليدية للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.....
86	المطلب الأول: الرقابة على الوجود المادي للوقائع.....
88	الفرع الأول: مفهوم الرقابة على الوجود المادي للوقائع.....
89	الفرع الثاني: تطور الرقابة على الوجود المادي للوقائع.....
91	الفرع الثالث: موقف القضاء المقارن والقضاء الجزائري من الرقابة على الوجود المادي للوقائع.....
91	أولاً: موقف القضاء المقارن من الرقابة على الوجود المادي للوقائع.....
93	ثانياً: موقف القضاء الجزائري من الرقابة على الوجود المادي للوقائع.....
100	المطلب الثاني: الرقابة على التكييف القانوني للوقائع.....
101	الفرع الأول: مفهوم الرقابة على تكييف القانون للوقائع.....
102	الفرع الثاني: تطور الرقابة على التكييف القانوني للوقائع.....
104	الفرع الثالث: موقف القضاء المقارن والقضاء الجزائري في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع.....
105	أولاً: موقف القضاء المقارن في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع.....
105	ثانياً: موقف القضاء الجزائري في الرقابة على التكييف القانوني للوقائع.....
105	أ-قرارات المتعلقة بالتأميم.....
106	ب - القرارات المتعلقة بنزع الملكية.....
106	ج- القرارات المتعلقة بمنح وسحب جوازات السفر.....
107	د- القرارات المتعلقة بمنح وسحب رخص الاستغلال.....
107	الفرع الرابع: استثناءات الرقابة على التكييف القانوني للوقائع.....
108	1.القرارات ذات الطابع الفني.....
109	2. قرارات الضبط الخاصة بالإدارة.....
112	المبحث الثاني: التطبيقات العملية لبعض مجالات نظرية الخطأ الظاهر في فرنسا ومصر والجزائر وتقييمها.....
113	المطلب الأول: التطبيقات العملية لبعض مجالات نظرية الخطأ الظاهر في فرنسا.....
113	الفرع الأول: رقابة الخطأ الظاهر في مجال الوظيفة العامة.....
114	1: رقابة الخطأ الظاهر في مجال التعيين في الوظائف.....
116	2: رقابة الخطأ الظاهر في مجال الترقية.....
118	3: رقابة الخطأ الظاهر في مجال نقل الموظفين وفصلهم.....
120	4: رقابة الخطأ الظاهر في مجال معادلة الوظائف والكادرات.....
121	أولاً: رقابة الخطأ الظاهر بشأن تعادل الوظائف.....
124	ثانياً: رقابة الخطأ الظاهر بشأن التعادل بين الكادرات.....
124	الفرع الثاني: رقابة الخطأ البين في مجال تراخيص البناء.....
131	الفرع الثالث: رقابة الخطأ الظاهر في مجال الضبط الإداري.....
134	رقابة الخطأ الظاهر في شأن قرارات إبعاد الأجانب.....

- أولاً: الحالات التي اعتبرها مجلس الدولة تتضمن خطأ ظاهراً في التقدير.....136
- أسباب الإبعاد المبنية على شرط دخول والإقامة غير الشرعية وعدم ممارسة نشاط مهني.....136
- ب-الالتزام بالحياد السياسي وبياعاد الأجانب.....137
- ثانياً: الحالات التي اعتبرها مجلس الدولة لا تتضمن خطأ ظاهراً في التقدير.....138
- ثالثاً: أسلوب مجلس الدولة في ممارسة الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير.....142
- 2: رقابة الخطأ الظاهر في شأن قرارات الاقتياد إلى الحدود143
- أولاً: الحالات التي تتضمن خطأ ظاهراً في التقدير"القرار المعيب وقضي بإلغائه.....145
- أ-وجود روابط شخصية أو تاريخية للأجنبي بفرنسا145
- ب-التواجد في فرنسا لظروف عائلية خاصة146
- ج-تعرض أحد من عائلة الأجنبي لمرض خطير لا يمكن علاجه إلا في فرنسا.....147
- د-الأجانب الدارسين في البلاد دراسة خاصة148
- هـ-إتقان إحدى المهن والتفوق في أحد المجالات الإنتاجية.....149
- ثانياً: الحالات التي لا تتضمن خطأ ظاهراً في التقدير" القرار سليم وقضى برفض الدعوى.....149
- ثالثاً: تقدير رقابة مجلس الدولة الفرنسي للخطأ الظاهر في مجال الاقتياد للحدود.....150
- 3: رقابة الخطأ الظاهر في شأن قرارات منح تأشيرات الدخول ومنح تصاريح الإقامة للأجانب.....151
- أولاً: رقابة الخطأ البين في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في شأن قرارات منح تأشيرات الدخول للأجانب.....153
- ثانياً: رقابة الخطأ الظاهر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في شأن منح تصاريح الإقامة للأجانب.....154
- أ-مواجهة الأجنبي مخاطر جسيمة في بلده الأصلي.....154
- ب-الأضرار المؤكدة على صحة الأجنبي حال إجباره على الخروج من فرنسا.....154
- ج-مدى مشروعية تواجد الأجنبي في فرنسا وانقطاع صلته ببلده الأصلي.....155
- 4: رقابة الخطأ الظاهر في شأن قرارات الضبط المتعلقة بالمنشورات الأجنبية.....156
- الفرع الرابع: رقابة الخطأ الظاهر في مجال القرارات الصادرة في المسائل العلمية والفنية.....161
- الرقابة التقليدية لمجلس الدولة الفرنسي161
- 1: رقابة الخطأ الظاهر في شأن القرارات المتعلقة بالمسائل العلمية.....163
- 2: رقابة الخطأ الظاهر في شأن القرارات المتعلقة بالمسائل الفنية.....165
- أولاً: قرارات لجان الامتحان ومنح الدرجات العلمية.....165
- ثانياً: القرارات المتعلقة بالقيود في قائمة الشهرة الطبية.....169
- ثالثاً: القرارات المتعلقة بالقيود في قائمة الخبراء المحاسبين.....171
- المطلب الثاني: التطبيقات العملية لبعض مجالات نظرية الخطأ الظاهر في قضاء مجلس الدولة المصري.....175
- الفرع الأول: المجالات التقليدية التي يطبق فيها مجلس الدولة المصري نظرية الخطأ الظاهر.....176
- الفرع الثاني: المجالات الحديثة لتطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في قضاء مجلس الدولة المصري.....182
- المطلب الثالث: موقف القضاء الإداري الجزائري من نظرية الخطأ الظاهر وتقييمها.....184
- الفرع الأول: موقف القضاء الجزائري من نظرية الخطأ الظاهر.....184
- أ: حالات لتطبيق القضاء الإداري الجزائري لنظرية الخطأ الظاهر.....185

189 بعض الحالات التي لم يطبق فيها القضاء الإداري الخطأ الظاهر
191 ج- موقف القضاء الإداري الجزائي من الخطأ الظاهر في التقدير في مجال القرارات الضبط
192 الفرع الثاني: تقدير نظرية الخطأ الظاهر
195 النقد الموجه لنظرية الخطأ الظاهر
195 الرد عن أوجه النقد
198 الخاتمة
204 قائمة المراجع
213 قائمة المختصرات باللغة الفرنسية
214 الفهرس



ملخص

تعد نظرية الخطأ الظاهر من النظريات القانونية الحديثة التي ابتكرها القضاء الإداري الفرنسي وسعى من اجل تكريسها، نتيجة اتساع السلطة التقديرية للإدارة وتدخّلها في كافة المجالات، الشيء الذي أدى إلى المساس بالحقوق والحريات الفردية، وقد كان لهذا المبدأ الدور الرائد في الحد من السلطة التقديرية المتزايدة من دون السعي للقضاء عليها، وذلك بعقلنة اختيارات الإدارة عند قيامها بنشاطات وإرجاعها إلى حضيرة المشروعية إن هي جانبت هذا الهدف.

وقد طبق القضاء الإداري نظرية الخطأ الظاهر خلال مسيرته هذه للحد لمواجهة تعسف الإدارة عند استعمالها لسلطتها التقديرية، باستعمال فكرة الخطأ الظاهر في التقدير التي طورها مجلس الدولة الفرنسي عن نظيره المصري، وكان مجال الوظيفة العامة أخصب مجال تطبق فيه، بالإضافة إلى فكرة الموازنة بين المنافع والتكاليف، وكان مجال نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة أهم مجال طبقت فيه، حيث يقوم القضاء بوضع منافع المشروع في كفة ومضاره في الكفة الأخرى، ليزن بعدها إن كانت منافعه أكبر من مضاره حكم بمشروعية القرار، وان وجد العكس حكم بعدم مشروعية التصرف.

لقد ساهمت هذه نظرية إلى حد ما من الحد من تعسف الإدارة في استعمالها لسلطتها التقديرية، حيث أن الإدارة استسلمت لهذا الواقع الذي فرضه عليها القضاء الإداري، وصارت تراعي عند قيامها بأي تصرفات خاصة في المجالات المذكورة هاتين لفكرتين حتى لا تصطدم هذه التصرفات بإلغاء من جهة القضاء الإداري.

Le principe de théorie de l'erreur manifeste est des nouveaux théorie élaboré par la juridiction française suite à l'élargissement du pouvoir d'appréciation de l'administration et son ingérence dans tous les domaines, ce qui a une incidence directe sur la liberté individuelle, ce nouveau système a eu le grand mérite de limiter ce pouvoir appréciatif sans pour autant le faire disparaître, en rationalisant seulement les choix adoptés par l'administration lors de la prononciation de l'injonction

La juridiction administrative avait adopté cette théorie pour limiter les excès de pouvoir appréciatif des administrations, et ce en utilisant l'idée de l'erreur manifeste dans l'appréciation d'un fait, cette idée était suivie par le conseil de l'État français, et surtout reproduite du conseil de l'État Égyptien, la fonction publique est d'ailleurs son terrain de prédilection, en plus l'idée de dualité entre les avantages et les inconvénients, le domaine de l'extinction du droit de propriété à caractère publique est le plus approprié à l'application de cette idée, cette théorie abordera les inconvénients et les avantages relatifs à la légalité des décisions prises.

Ces deux idées ont énormément participé à la limitation du pouvoir appréciatif des administrations, qui du coup prennent en considération ces deux idées avant d'entamer quoi que ce soit afin qu'elle ne soit pas confrontées à l'annulation par les parties juridiques administratives.