الاتجاهات الحديثة للقضاء الاداري دراسة مقارنة

م.م.اسعد دخيل هادي
م.نغم عبدالحسين خليل
جامعة الفرات الاوسط التقنية / المعهد التقني بابل/ قسم تقنيات الادارة القانونية

Modern trends of the administrative judiciary, a comparative study.

Assist.Lec.Asead Dakhil Hadi
Lec.Nagham Abd Al-Hussein
Al-Furat Al-Awsat Technical University / Technical Institute of Babylon/ Department of Legal Management Techniques
asaad.hadi@atu,edu.iq
naghamalrubaiey@gmail.com

Abstract

The Normal control of the annulment judge on the discretion authority of the administration, in which traditional methods are used, such as monitoring the physical and legal existence of facts, and the correctness of their proper adaptation, has become insufficient to limit the administration's attempt to abuse its right to discretion authority regarding the rights and freedoms of individuals, which prompted the annulment judiciary to Creating modern methods of controlling the authority with the aim of restricting the administration, by relying on the theory of Obvious error in estimation and balancing between benefits and harms, and this is what we will cover in the framework of this research.

Keywords: Obvious error, budget, discretion Authority.

ملخص

الرقابة العادية لقاضي الإلغاء على السلطة التقديرية للإدارة, والتي تستخدم فيها الاساليب التقليدية، كمراقبة الوجود المادي والقانوني للوقائع, وصحة التكييف السليم لها, اصبحت غير كافية للحد من محاولة الادارة للتعسف في استخدام حقها في السلطة التقديرية ازاء حقوق الافراد وحرياتهم, مما دفع قضاء الإلغاء إلى خلق أساليب حديثة في الرقابة على السلطة بهدف التضييق على الادارة, وذلك من خلال الاعتماد على نظرية الخطأ البين في التقدير والموازنة بين المنافع والاضرار , وهذا ما سوف نتناوله في اطار هذا البحث.

الكلمات المفتاحية : الخطأ البين, الموازنة, السلطة التقديرية.

المقدمة

ان الرقابة القضائية على الوقائع في دعوى الإلغاء، تعدّ الضمانة الأساسية لمعرفة مشروعية تصرفات الإدارة ومدى خضوعها لسلطان القانون، لأن رجل الإدارة، يجب أن لا يخضع في تصرفاته و قراراته وأعماله 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، وحولها يدور مدار الرقابة القضائية على القرار الإداري, إلا أن الرقابة على القرار الإداري لا تكون كافية ولا فعالة, إن اقتصرت 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 للنص القانوني حتى تصلح سبب لحمل قرارها, وسرعان ما تطورت تلك الرقابة القضائية واصبح القاضي الاداري لايكتفي برقابة التكييف القانوني للوقائع

فقط, بل مد رقابته الى ما بعد ذلك من تقدير لخطورة و أهمية الوقائع التي تدعيها الادارة, ومدى تناسب الإجراءات التي اتخذتها مع هذه الخطورة أو تلك الأهمية، لدرجة أنه وصل به الحال إلى أن يحل تقديره أو تَقييمه هو للوقائع بدلا من تقدير و تقييم رجل الإدارة, واجراء الموازنة بين قيمة المنافع التي تحققها تصرفات الادارة في موضوع معين قياسا" بالأضرار الناتجة عنه.

وامام احساس القضاء بعدم كفاية الاتجاهات التقليدية, او عدم كفاية ما تنطوي عليه من اساليب رقابة, لما تشتمل عليه من نقاط ضعف او من ثغرات تسمح للإدارة في بعض الاحيان بان تباشر سلطتها التقديرية بشكل تعسفي, خاصة في المجالات الحديثة للدولة المعاصرة, فقد خطا القضاء خطوات هامة في هذا المجال, وتمثلت اولى تلك الخطوات, فيما يعرف برقابة الخطأ البين في التقدير, اما الخطوة الثانية فتمثلت في انتهاجه اسلوب الموازنة بين المنافع والاضرار في الرقابة

وسوف نتناول الاساليب الحديثة في الرقابة القضائية على سلطة الادارة في هذه الدراسة.

مشكلة البحث

ان ما تتمتع به الادارة من سلطة تقديرية قد يساء استخدامه وقد تنقلب إلى هوى و تحكم إن لم ترسم لها حدود وتوضع لها قيود، ولا يقصد بالحدود والقيود هو وضع العراقيل امام الادارة وشل هذه السلطة, وإنما هو تجنب وتلافى التحكم الاداري الذي يشوب ممارساتها، ذلك أنه كلما كانت الإدارة إيجابية و موضوعية بعيدةً عن الهوى والتحكم كان ذلك أكثر عدلاً و إنصافًا .

هدف البحث.

يهدف البحث الى بيان نظرية الخطأ البين, من حيث مفهوم الخطأ البين وتطبيقاته في القضاء الفرنسي والمصري والقضاء الاداري العراقي, وكذلك يهدف البحث الى شرح وبيان نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار وتطبيقاتها في القضاء الاداري الفرنسي والمصري والعراقي.

منهجية البحث.

لكي نصل الى الحلول التي وضعتها الدراسة, لابد من اعمال منهج تركيبي يجمع بين المنهج الوصفي والمنهج التحليلي.

خطة البحث.

يمكن تقسيم البحث الى مبحثين نتناول في المبحث الاول مفهوم الخطأ البين والذي سيقسم على مطلبين يكون المطلب الاول لتعريف الخطأ البين , في حين يترك المطلب الثاني لمعيار الخطأ البين, ام المبحث الثاني فيخصص الى البحث في نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار ويتكون من ثلاث مطالب ايضا, المطلب الاول يخصص للتعريف مضمون النظرية, واما المطلب الثاني فيكون لمجالات تطبيق النظرية, واخيرا" المطلب الثالث سيخصص للمقارنة بين نظرية الخطأ البين ونظرية الموازنة.

المبحث الاول

مفهوم الخطأ البين

تعد الاخطاء المرتكبة من قبل الادارة في المجال الذي لا يمكن لرقابة الالغاء ان تتدخل فيه, الاساس الذي تقوم عليه نظرية الخطأ البين, اما اذا كان الخطأ جسيما وظاهرا فان تقدير الادارة في هذه الحالة يكون خاضعا للرقابة.

وتعد نظرية الخطأ البين من اهم النظريات التي ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي في مجال الحد من سلطة الادارة التقديرية, بغرض تحقيق التوازن بين تمكين الادارة من ادارة مرافقها بما يحقق صالح المجتمع ويصون النظام العام فيه, وبين حماية وضمان حقوق الافراد وحرياتهم[١].

وبما ان مفهوم هذه النظرية يرتبط بمفهوم الخطأ البين لذا نرى من الاهمية بمكان بيان مفهوم الخطأ البين, لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين, يخص المطلب الاول مفهوم الخطأ البين واما المطلب الثاني فنتناول فيه معيار الخطأ البين وطبيعة الرقابة على الخطأ البين في التقدير, وكما يأتي:

المطلب الاول

مفهوم الخطأ البين.

ان مجلس الدولة الفرنسي على الرغم من كونه قد اوجد هذه النظرية وطورها وعممها لتصبح نظرية عامة في فقه القانون العام, الا انه لم يضع تعريفا محددا لهذه النظرية, كما لم يضع معيارا محددا لها, كما سلك اغلب القضاء الاداري في اغلب الدول هذا المسلك, لذلك وضع الفقه معيارين لتمييز وتحديد الخطأ البين وهما المعيار اللغوي والمعيار الموضوعي, وقبل البدء في استعراض وبيان هذين المعيارين, لابد من استعرض موقف التشريع الوضعي من تعريف الخطأ البين من عدمه. وكذلك موقف الفقه من تعريف الخطأ البين, ونخصص مطلب مستقل لمعيار الخطأ البين وعليه سوف نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع.

الفرع الاول: التعريف التشريعي.

لم يعرف التشريع الوضعي نظرية الخطأ البين، وهذا موقفا محموداً، إذ لا يمكن الركون الى التعريفات التشريعية خشية من الجمود وعدم مواكبة التطورات، والملاحظ بهذا الصدد ان المشرع العراقي وفي القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة1951، اشار الى نظرية الخطأ المفترض بقولة في نص المادة (219) الى ان "الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احدى المؤسسات التجارية او الصناعية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم اذا كان الضرر ناشئا عن تعد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم", كدلالة على مسؤولية الدولة عن اعمال موظفيها.

---

(١) نويري سامية, الرقابة القضائية على سلطة الادارة, اطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة العربي بن مهيدي – ام البواقي, الجزائر, ٢٠١٣, ص١٧٥.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي .

أن فقهاء القانون قد وضعوا عدة تعريفات للخطأ الظاهر او البين ، وتعتبر أول محاولة لتعريفه هي التي قال بها (بروباست) عام ١٩٦٥ بانه "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 تتهرب بها من الرقابة القضائية"(١).

يتضح من التعريف اعلاه, انه يمكن للقضاء الاداري ومن خلال الرقابة على اعمال الادارة وقراراتها من تحليل تلك الاعمال والتأكيد على المسائل الفنية الدقيقة للقرارات الادارية, للبحث في مدى توافق استخدام السلطة التقديرية للإدارة مع حيثيات قراراتها.

وهناك تعريف اخر ينظر الى الجانب الموضوعي، اذ ذهب مفوض الحكومة (بروبانت) الى ان:"... يظهر 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 المعقولية التي عرفها رجال القانون، والتي ترتب جزاء عدم المشروعية على كل تصرف للإدارة يتجاوز حدود المعقول (لا ينبغي البحث عن معيار الخطأ الظاهر، في مدى هذا الخطأ أو فيً خطورته بل ولا حتى في كونه حدثاً بارزا، 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) (٢).

وذهب جانب من الفقه إلى صياغة تعريف للخطأ البين يتسم بالمرونة والموضوعية، حيث عرفه البعض بأنه: "الخطأ الذي يرى فيه القاضي من خلال بحثه لملف الدعوى ولمختلف الظروف التي جرى فيها هذا التقدير تجاوزا لحدود المعقولية ووضوحا لدرجة البداهة"(٣), كما عرفه الدكتور يحيى الجمل بأنه:"الغلط هو كل تصور لا يطابق حقيقة الواقع أو هو إدراك الأمور على نحو يخالف حقيقتها"، 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 (٤).

ومن خلال كل هذه التعريفات للخطأ البين, نستنتج انها تشترك في ان الخطأ المرتكب من الادارة يكون واضحا وجسيما, بدون ان تكون هناك حاجة لبذل جهد في البحث عنه, وهو عنوان لانحراف الادارة عن ضالتها وهي المصلحة العامة, ومن ثم لا يمكن السماح به في دولة القانون(٥).

---

(١) د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، دار ابو المجد للطباعة بالهرم, مصر, الطبعة الثانية , ٢٠١٣، ص٧١٤.

(٢) د.عبد الله حجازي، الرقابة القضائية على ركن السبب في اجراءات الضبط الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق , مصر, القاهرة ٢٠٠١ ، ص١٩١

(٣) د رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية , القاهرة ,١٩٩٤ , ص٢٢٥، ص٢٣٢.

(٤) المصدر نفسه , ص٤٤٤.

(٥) أفارة سماح, رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي, مجلة الحقيقة, الجزائر, العدد ٤٢, ١٨/١/ ٢٠١٨, ص٣٧٩.

واما عن موقف الفقه العراقي فلم نجد سوى اشارات بسيطة لفكرة غلط الادارة البين في التقدير وتكييف الوقائع, وقد ارجعوا سبب ذلك لعدم وجود قضاء اداري متخصص وقت ظهور هذه النظرية [١] , وعدم التفات القاضي العادي لها من جانب اخر [٢] , وبالرغم من ان القضاء الاداري في العراق لم يأخذ بنظرية الخطأ البين في التقدير صراحة, الا انه قد طبق مضمونها ضمنا" من خلال مبدأ التناسب والملائمة في مجال التأديب الوظيفي, فالتناسب اصطلاحاً هو التوافق والتوازن بين شيئين في اطار العلاقات القانونية, ويعني التوافق بين حالة قانونية وحالة مناضرة لها, فالتناسب في اصدار القرار الاداري هو تحقيق الملائمة بين القرار ومحله وكذلك التكييف بين الوقائع والاجراءات المتخذة بخصوصها[٣], ويذهب الدكتور البرزنجي في هذا الاطار الى اختلاط سلطة الادارة المقيدة والتقديرية فيما يتعلق بقرارات التأديب التي تتخذها الادارة بحق موظفيها, فالرئيس الاداري مقيد من جانب في فرض واحدة من العقوبات المنصوص عليها في القانون وله من ناحية اخرى حرية اختيار أي من العقوبات المحددة بالنص حسب تقديره لخطورة الذنب المرتكب [٤], وبالتالي فان القاضي الاداري يبحث في تقييم القرار الاداري من خارجه وتقييمه على اساس ما يتحقق منه من مصالح الافراد او القانون ويتشابه هذا الهدف الى حد ما مع اهداف نظرية الخطأ البين موضوع البحث .

المطلب الثاني: معيار الخطأ البين.

يقصد بمعيار الخطأ البين هو الضابط الذي يستعين به القاضي الاداري كي يتحقق من وجود الخطأ البين في اعمال الادارة وقراراتها, والذي يخضع لرقابته لمنع كل تعسف ينتج عن تجاوز الادارة لسلطاتها التقديرية, وعموما هناك ثلاثة معايير للخطأ البين, لذا سنخصص ثلاثة فروع لهذه المعايير الثلاث, ونخصص الفرع الرابع لطبيعة الرقابة القضائية على الخطأ البين .

الفرع الاول: المعيار اللغوي .

يشير هذا المعيار الى المعنى اللغوي او الاصطلاحي لصفة "البين" او "الظاهر" التي يوصف بها الخطأ الذي ترتكبه الادارة في تقدير الوقائع التي تستند اليها في قراراتها[٥].

فالخطأ البين طبقا لهذا المعيار هو "الخطأ البديهي او الجسيم او الصارخ او الخطير او الجلي او الفاحش. فاذا تحقق وصف واحد من تلك الاوصاف في الخطأ, اصبح بينا ومن ثم يكون القرار المشتمل عليه جديرا بالإلغاء"[٦].

ولهذا يعرف الاستاذ "أوبي" و "دراجو" الخطأ البين على انه: " الخطأ الواضح والجسيم الذي يكون مرئيا حتى بالنسبة لغير المختصين من رجال القانون. او كما يقول الاستاذ "فوديل" هو: "الخطأ الذي يقفز امامنا بحيث يمكن ملاحظته

---

(١) اذ لم يعرف العراق القضاء المزدوج, الا بعد التعديل الثاني رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩.

(٢) د. ماجد راغب الحلو, نظرية الظاهر في القانون الاداري, مجلة الحقوق والشريعة, الكويت, السنة الرابعة, العدد١, ٢٠٠٨, ص٥٨.

(٣) وللمزيد حول الموضوع ينظر, د. علي حسين احمد الفهداوي, الرقابة القضائية على الغلط البين في التقدير من قبل الادارة, مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية, العدد الخامس , ص٤٩ وما بعدها.

(٤) د. عصام البرزنجي, الرقابة على اعمال الادارة, كلية القانون – جامعة بغداد , ١٩٨٨,ص٦٠.

(٥) رمضان محمد بطيخ, المصدر السابق, ص٢٢٥.

(٦) خلفة سالم الجهمي, الرقابة القضائية على التناسب, دار الجامعة الجديدة للنشر, الاسكندرية, ص١٣٥.

بمجرد النظر اليه ومن اول وهلة دون الحاجة الى الاستعانة باهل الخبرة والتخصص في اكتشافه. اما الاستاذ ريفيرو" فيرى ان الخطأ البين هو : "الغلط ويتعارض والمنطق السليم"(١).

فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الخطأ البديهي أو الظاهر هو الخطأ الذي يدركه غير المختصين في تلك المجالات، وقد سار مجلس الدولة الفرنسي 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 وبين ما أصبغته الإدارة على تلك الوقائع من تقدير أو تقييم سواء في مجال مبادلة الأراضي الزراعية، أو في مجال تعادل الوظائف، يعد بمثابة خطا بين، أو كما يقول مفوض الحكومة(بروبانت) هو الخطأ الذي يمكن التعرف عليه حتى من قبل جاهل (٢).

اما مجلس الدولة المصري فقد اعتمد معيار الجاسمة كمعيار مميز للخطأ البين في التقدير فعنبر الخطأ البين هو: "الخطأ الذي يكون مرئيا لغير المختصين, او هو الخطأ الذي يجري على عكس ما تقتضيه طبيعة الاشياء او الذي لا تخطئه العين" (٣).

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي للخطأ الظاهر.

في ظل قصور المعيار اللغوي, كمعيار لمعرفة الخطأ الظاهر, والذي لم يرتكز عليه العمل القضائي للدولة، ولم يكن محل إجماع جانب من الفقه، فقد ظهر اتجاه فقهي اخر يذهب الى ان معيار الخطأ الظاهر لا يكفي فيه ان يكون ظاهرا وبارزا", بل لابد من ان تتحقق عناصر تقييم موضوعية, مما يعني أن معيار الخطأ الظاهر يجب أن يكون معياراً موضوعياً لا معياراً لغويا, قد أيد هذا الاتجاه بعض من الفقه المصري كذلك، من بينهم **الدكتور يحي الجمل** عند محاولته لوضع تعريف للخطأ الظاهر بالقول: "إنما يقوم الخطأ البين حيث يقوم على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير", وبالتالي فإن مجلس الدولة الفرنسي عند استخدامه لهذه النظرية أضفى طابعاً موضوعياً على تلك النظرية كقضائه في قضية جامعة باريس"عندما ألغي بمقتضى هذا الحكم قرارين من وزير الدولة للجامعات بنقل بعض أعضاء هيئة التدريس من جامعة نانتير إلى جامعة باريس تأسيسا على أنهما مشوبين بخطأ بين في التقدير، وذلك على الرغم من عدم وضوح هذا الخطأ في تقدير الإدارة لاحتياجات كل من الجامعتين المذكورتين, ومن هنا يمكن القول بأن مجلس الدولة الفرنسي كان يراقب التقدير الموضوعي المشوب بالخطأ، دون ضرورة لتلازم بين وصف الظاهر أو البين ووصف الجسيم 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 وحمايتها (٤).

ونعتقد ان القضاء الاداري العراقي متمثلا بالمحكمة الادارية العليا قد طبق هذه النظرية في مناسبات عدة وان لم ينص عليها, وخاصة اذا رأى القاضي الاداري ان الادارة غالة في الشدة او افرطة في الشفقة, اذ قررت محكمة قضاء الموظفين في احد قراراتها تخفيض العقوبة اذ كانت شديدة لا تتناسب مع المخالفة المرتكبة اذ جاء في

---

(١) نويري سامية, المصدر السابق, ص١٨٧.

(٢) د. رمضان محمد بطيخ , وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية , القاهرة ,١٩٩٤ , مصدر سابق , ص٢٢٥.

(٣) زكي محمود النجار, فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٧, ص٤٩.

(٤) د. ثروت عيد العال , الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ١٩٩٢, ص٣٦٨.

حيثيات القرار " ... ان عقوبة انقاص الراتب بنسبة ١٠% ولمدة ستة اشهر المفروضة بحق المميز جاءت جسيمة ولا تتناسب مع ما نسب اليه من مخالفات ..."[١], كما اوجبت في قرار اخر ان الحكم على الموظف عن جريمة الرشوة يستتبعه عزله عن الوظيفة بحكم القانون[٢].

الفرع الثالث: المعيار المختلط لرقابة الخطأ الظاهر.

على الرغم من ان جانب من الفقه يرى بان معيار الخطأ الظاهر إنما هو معيار لغوي، فيما يرى فريق اخر أن معياره موضوعي، إلا أن جانب من الفقه 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 ظاهر في وقت معين، قد لا يعتبر كذلك في وقت آخر كذلك, ونتيجة 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 الى هذين المعيارين، ومن هنا فقد حاول أنصار هذا الاتجاه الجمع بين المعيارين اللغوي و الموضوعي في تعريف الخطأ الظاهر وهو ما يعرف بالمعيار المختلط [٣].

الفرع الرابع: طبيعة الرقابة القضائية على الخطأ البين في التقدير.

ان رقابة الخطأ البين تنصب على ملائمة القرار الاداري وليس على مشروعيته, أي انها تهدف الى تصحيح كل ما تنطوي عليه نظرية السلطة التقديرية للإدارة من امكانية للتجاوز او التعسف.

ولهذا فان القاضي الاداري يقوم من خلال هذه النظرية بإحلال تقديره الشخصي محل تقدير رجل الادارة في حالة ما اذا كان تقدير الادارة مشوبا بخطأ بين[٤].

المبحث الثاني

نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار

أثمرت مطالبة فقهاء القانون بتبني وسيلة جديدة للحد من السلطة التقديرية للإدارة في المجالات ذات الصلة بالأموال والعقارات قائمة على التقدير بين كمية المنافع التي يحققها مشروع معين بالمقارنة مع اضراره, وللإحاطة بهذا المبحث لابد من تقسيمه الى مطلبين, نتناول في المطلب الاول مضمون نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار ومعيارها, في حين يخصص المطلب الثاني الى التطبيقات العملية للنظرية, و للمقارنة بين نظرية الخطأ البين ونظرية الموازنة بين المنافع والاضرار وكما يأتي:

---

(١) انظر القرار رقم ٧٠٣/ قضاء موظفين– تمييز/ ٢٠١٥في ٤/٦/ ٢٠١٧م, منشور ضمن قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٧, ص٤٣٩.

(٢)انظر القرار رقم ٧٣٥/ قضاء موظفين – تمييز/ ٢٠١٧ في ٤/٣٠/ ٢٠١٧, منشور ضمن قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٧, ص٤٤٣.

(٣) بوزيان نور الدين , رقابة القاضي الاداري للخطأ الظاهر , رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة الجيلاني اليابس , الجزائر ٢٠١٧,

(٤) نويري سامية, المصدر السابق, ص١٨٨.

المطلب الاول
مضمون نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار ومعيار اعمالها

لفهم هذا المطلب لابد من تقسيمة على فرعين , نتناول في الفرع الاول مضمون النظرية ويخصص الفرع الثاني الى تحديد معيار اعتماد هذه النظرية وكما يأتي :

الفرع الاول: مضمون نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار.

اقتصرت رقابة مجلس الدولة الفرنسي في قضائه التقليدي بشأن قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة في مدى تحقق المنفعة العامة أم لا، ولهذا فإن تقدير المجلس لتحقق 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 اخرى , او بتكاليف المشروع وأعبائه المالية، وذلك لتعلق هذه الأمور بالملائمة المتروكة لتقدير الإدارة, 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 العقارية، وكان من ثمرة ذلك ظهور نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار[١].

ان نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار ينصب تطبيقها عل محل القرار الاداري, أي على موضوع او مضمون القرار الاداري, وبمعنى ادق ينصب على الاثر القانوني الذي تتجه الادارة الى احداثه مع ملاحظة ان تطبيق هذه النظرية يقتصر على الحالات التي تتمتع فيها الادارة بسلطة تقديرية, ولقد ظهرت هذه النظرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في ميدان نزع الملكية من اجل المنفعة العامة ثم تم تعميمها فيما بعد لتشمل جميع المجالات[٢].

ويعد الحكم الصادر عن الجمعية العمومية لمجلس الدولة الفرنسي في عام ١٩٧١ في قضية المدينة الشرقية الجديدة, 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 حوالي٩٠٠٠ ألاف من السكان للإسهام في حل أزمة السكن، وتوافق ذلك مع رغبة التعليم الجامعي في إقامة مجمع جامعي خارج المدينة يستقبل أكثر من١١ ألف طالب، واحتاج المشروع ما يقارب ٥٠٠هكتار, وقدرت تكاليفه بمليار فرنك فرنسي، نزع ملكية وهدم٢٥٠ منزلا، منها حوالي مائة منزل تم إنشاؤها حديثا، وأمام الاحتجاجات القوية التي أثيرت حول هدم تلك المنازل عدلت الإدارة مشروعها حيث اقتصر الهدم على هدم ٨٨ منزلا"، واستبعدتً مقترح اكانت قد قدمته جمعية الدفاع عن حقوق أصحاب المنازل ويستهدف إنقاذ٨٠ منزلا آخر من الهدم على أساس نقل محور الطريق الشمال الجنوب الوارد في المشروع، وإذ تقرر للعملية صفة المنفعة العامة بقرار وزير التعمير والإسكان ، فقد طعنت جمعية الدفاع على هذا القرار بدعوى تجاوز السلطة, لقد بحث مجلس الدولة الفرنسي المنعقد بهيئة جمعية عمومية كافة الجوانب المتعلقة بموضوع النزاع وقام بالموازنة بين المنافع والمزايا التي ستترتب على المشروع من ناحية (إقامة تجمع سكني ومجمع جامعي) وبين المضار والتكاليف التي ستنجم عنه من ناحية أخرى(هدم مجموعة منازل والأضرار الاجتماعية المحتملة) وخلص من خلال هذه الموازنة إلى ترجيح كفة المنافع والمزايا على

---

(١) د.أحمد احمد الموافي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية , دار النهضة العربية, ٢٠٠٨, ص٣٤.

(٢) جمال قروف, الاساليب الحديثة لقاضي الالغاء في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة, مجلة الدراسات والبحوث القانونية, الجزائر, العدد السابع, ص١٤٤.

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 العامة [١].

ومن الجدير بالذكر ان القضاء الاداري المصري قد طبق مبدأ الموازنة بين المنافع والاضرار في مجال رفع التعدي على املاك الدولة, ولم يطبق هذا المبدأ في مجال نزع الملكية من اجل المنفعة العامة[٢].

الفرع الثاني: معيار نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار.

يقصد بمعيار الموازنة بين المنافع والاضرار هو الضابط الذي يستعين به القاضي الاداري لكي يتمكن من تحديد مزايا ومضار تصرف اداري معين, وعموما تنحصر معايير تقدير مزايا ومضار تصرفات الادارة بثلاثة معايير اساسية [٣], وكما يأتي:

اولا" : معيار الموازنة بين التكاليف والمزايا :

يقصد بهذا المعيار: "ما يستعين به القاضي الاداري ليتمكن من التحقق من مزايا وعيوب عملية ما, او نتائج تصرف اداري"[٤].

ووفقا "لهذا المعيار يجب على القاضي الاداري ان يراعي عند تقييم عملية ما التكاليف التي ستتحملها الجهة المنفذة للمشروع, وما اذا كانت هذه الجهة قادرة على التنفيذ من عدمه, اضافة الى تقدير المبالغ المالية التي ستصرف لتنفيذ هذا المشروع قياسا" بمقدار المنفعة التي يتم تحقيقها منه, ولذا فالقاضي الاداري لا يكتفي عند تقييم التكاليف المالية للمشروع بما قد ينفق على انشائه فقط وانما يأخذ في حسبانه ايضا" المقدرة المالية للجهة المنفذة للمشروع [٥] .

وقد وضع مفوض الحكومة(Braiban) من خلال تعليقه على الحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي المعروف باسم "المدينة الجديدة الشرقية", مجموعة من المعايير لابد من اخذها بعين الاعتبار عند تقدير الموازنة بين المنافع والاضرار الناجمة عن العملية التي تطالب الادارة بإجرائها ومما جاء في هذا القرار"... أي مشروع لا يمكن ان تتوافر فيه صفة المنفعة العامة, الا اذا كانت الاضرار التي يلحقها بالملكية الخاصة والتكاليف المالية التي تقتضيها, والاثار الاجتماعية الناشئة عنه متوازية مع ما ينشأ عنه من منفعة"[٦].

ثانيا": معيار حق الملكية الخاصة.

وفقا لهذا المعيار فان القاضي الاداري يقارن مابين الاضرار التي يمكن ان تصيب الملكية الخاصة نتيجة نزع الملكية وبين الفوائد المتحصلة من المشروع المزمع اقامته, وعلى اساس ذلك يصدر القاضي الاداري حكمه في الدعوى المنظورة امامه, فقد اعتبر القضاء الفرنسي في بعض الحالات ان المساس بالملكية الخاصة مبالغ فيه, وذلك مثلا في حالة نزع الملكية لمساحة تقدر ١٧٣٣ من اجل انجاز موقف للسيارات, او حالة الاستيلاء على ارض

---

(١) د.أحمد احمد الموافي، المصدر السابق, ص٣٤.

(٢) جمال قروف, المصدر السابق, ص١٤٥.

(٣) د. رمضان محمد بطيخ , وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية , القاهرة ,١٩٩٤ , مصدر سابق , ص٣١٢.

(٤) نويري سامية, المصدر السابق, ص٢٠١.

(٥) مرخوفي جمال , رقابة القاضي الاداري على السلطة التقديرية للادارة, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة قاصدي مرباج , الجزائر , ٢٠١٥, ص٤٨.

(٦) نويري سامية, المصدر السابق, ص٢٠١.

مجاورة لمنتزه من اجل تصحيح حدوده وتنظيم اماكن الالعاب بشكل افضل, اذ عبر مجلس الدولة الفرنسي عن هذه المنفعة العمومية "بالمنفعة جدا محدودة"[١].

وكذلك ما قضى به في قضية "المدينة الجديدة" اذ اعتبر بان الفوائد التي تترتب عن اقامة هذا المشروع تفوق الاضرار التي ستصيب اصحابها[٢].

ثالثا": معيار الاثار الاجتماعية والبيئية المترتبة على القرار.

ان هذا المعيار لا يقل اهمية عن المعايير السابقة والمتمثل في الاثار الاجتماعية التي قد يتسبب هذا المشروع بألحاقها سواء بالأفراد او البيئة[٣].

ينبغي على القاضي الاداري حال قيامه بالترجيح والموازنة بين المنافع والاضرار المترتبة على القرار, ان يراعي الآثار الاجتماعية التي قد تترتب على صدوره او تنفيذه سواء على الافراد او البيئة او غيرهما, ففي قضية تتلخص وقائعها بإنشاء طريق سريع شمال مدينة نيس لربط هذه المدينة وما يحيط بها من مناطق بدولة ايطاليا, وكان من شأن هذا الطريق المقترح ازالة جزء من مستشفى للأمراض النفسية أو العصبية, وكان المستشفى الوحيد المتخصصة في هذه المنطقة بالتالي فان مجلس الدولة الفرنسي كان بين مصلحتين, الاولى هو انشاء طريق سريع يربط فرنسا مع ايطاليا ومصلحة اخرى تتمثل في المحافظة على مستشفى وحيد متخصص بالأمراض النفسية والعصبية, ولذا فقد انتهى الى ترجيح المصلحة الثانية وقرر الغاء اقامة الطريق السريع نظرا" لما يحدثه من اضرار صحية وبيئية للمجتمع [٤].

المطلب الثاني

مجالات تطبيق نظرية المقارنة بين المنافع و الاضرار

يمكن تقسيم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول مجالات تطبيق النظرية في كلا" من فرنسا والعراق, ونخصص الفرع الثاني للمقارنة بين النظريتين وكما يأتي:

الفرع الاول: مجالات تطبيق النظرية في فرنسا والعراق.

اولا: مجالات تطبيق النظرية في فرنسا.

اذا كان القاضي يمارس الرقابة العادية كأصل عام، إلا أنه يمكن ان يلجأ أحيانا إلى استخدام أساليب خاصة لرقابة المشروعية للحد من السلطة التقديرية للإدارة ، ويمكن في هذا الشأن ان نشير الى نظرية الموازنة , والتي تعتبر احد الوسائل الهامة التي تمنح الادارة وسيلة مراقبة السلطة التقديرية للإدارة في تصرفاتها والحد من تعسفها ولا يقتصر تطبيقها على الامور الاقتصادية فقط وانا تعدى ذلك الى المصالح المالية ايضا" كممارسة مهنة معينة أو نشاط تجاري أو صناعي يكون من شأن قرار نزع الملكية الاضرار بها, واعتبارا" من تاريخ اصدار مجلس الدولة الفرنسي قراره بشأن انشاء الطريق السريع الذي يربط مدينة نيس الفرنسية بدولة ايطاليا لعام ١٩٧٢ والذي مر ذكره

---

(١) المصدر نفسه, ص٢٠٢.

(٢) رمضان بطيخ, المصدر السابق, ص٣١٣.

(٣) العربي زروق, مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والاضرار) : النظرية التقييمية كاسلوب حديث لمراقبة ملائمة القرارات الادارية, بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية, المجلد ٤٤, العدد ١, ١٢/١٥/ ٢٠٠٧, ص١٤٣.

(٤) نبيلة كامل عبد الحليم، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية (الإتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا), دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣, ص٢٤-٢٥.

سابقا" فقد توالت الاحكام التي اكدت المبدأ الذي وضعه مجلس الدولة الفرنسي, فامتد تطيق النظرية الى اعمال تخطيط وتنظيم المدن, اذ جاء قرار مجلس الدولة الفرنسي وفي قضية مدينة (ليموج) الصادر في ١٨ ايلول ١٩٧٣, حتى يكون الاستناد على قواعد التخطيط العمراني (ترك مساحات, او افتراض اشتراطات معينة في البناء) مشروعا" ومحققا" للمنفعة العامة الا تكون الاضرار الناجمة عنه لمصلحة التخطيط العمراني مفرطة بالنسبة للمنفعة التي يحققها هذا الاستثناء , هذا التطور لحق كذلك مجال تسريح العمال بفصلهم عن العمل في بعض الوظائف، وبموجب هذا يبحث القاضي ما إذا كانت الافعال المنسوب ارتكابها إلى العامل من الشدة بحيث تبرر التسريح، ويحكم المجلس برفض التسريح اذا كانت الاضرار المترتبة مجحفة بالنسبة للمنفعة العامة التي يحققها [١].

ثانيا: مجالات تطبيق نظرية الموازنة في العراق.

عند الرجوع الى قرارات مجلس الدولة لم نلحظ أي اجتهاد له فيما يتعلق بنظرية الموازنة ذلك لان المحاكم المدنية هي من تنظر في نزع الملكية, بدءا بالطلب المقدم من الجهة المخولة بالاستملاك الى حين نقل الملكية الى الجهة طالبة الاستملاك, وان الطعن بقرار التعويض يكون امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية[٢].

اما في مجال العقوبات التأديبية للموظف فبالإمكان ايجاد نوع من المقاربة بين ما تفرضه الادارة على موظفيها من عقوبات تأديبية وبين نظرية الموازنة, اذ قضت المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة العراقي "... ان نقل الموظف من محافظة البصرة الى محافظة بغداد يترتب عليه ضررا به وذلك لا يجوز قانونا كما ان مقتضيات المصلحة العامة تقدر من قبل الادارة العامة بقدرها ولايجوز ان تتعدى تلك السلطة التقديرية الى الحاق ضرر بالموظف ..."[٣].

---

(١) د. احمد أحمد الموافي, المصدر السابق ص٤٣, ص٤٥.

(٢) انظر المادة (٦١) من قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١. ومن الجدير بالذكر ان قانون الاستملاك النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١قد نظم آلية الاستملاك للمنفعة العامة, حيث جعل للاستملاك بثلاث طرق, وهي طريقة الاستملاك الرضائي والتي تتم بالتراضي بين الادارة ومالك العقار وفقا للتعويض اما نقديا أو عينيا وذلك بتمليكه عقار غيره, اما الاستملاك القضائي فإنه قد ورد في نصوص المواد, (٩- ٢١) من قانون الاستملاك العراقي عن طريقة الاستملاك للمنفعة العامة, حيث ان في حالة الاستملاك القضائي, فأن دوائر الدولة في العراق تقوم بنزع الملكية من خلال تقديمها طلب الى محكمة بداءة موقع العقار (الاختصاص المكاني), ويتم دعوة الطرفين للحضور خلال عشرة أيام وبعد ذلك يتم تقدير قيمة العقار من قبل هيئة تسمى هيئة التقدير والتي تكون تشكيلتها من قبل القاضي لمحكمة البداءة رئيسا ورئيس دائرة التسجيل العقاري عضوا ورئيس دائرة الضريبة عضوا, هذا وان المشرع العراقي قد ابتدع وانفرد بطريقة ثالثة للاستملاك أسماها طريقة الاستملاك الاداري وذلك عندما تكون عائديه العقار الى احدى الوزارات فيتم الاتفاق على نقل ملكية العقار المراد استملاكه للنفع العام بموافقة الوزير المختص, واذا كان العقار عائدا الى وزارتين مختلفتين فعند ذلك يكون الفصل من قبل مجلس الوزراء, ونلاحظ ان طريقة الاستملاك في العراق تختلف عما هو عليه في مصر ولبنان حيث ان الاستملاك لا يصدر في العراق بمرسوم جمهوري في حين ان قرار الاستملاك في مصر ولبنان يصدر بمرسوم جمهوري.

(٣) انظر القرار رقم ٣٣١/ قضاء موظفين – تمييز/٢٠١٩, الصادر بتاريخ ٢٠١٩/٢/٢٥ .

الفرع الثاني : المقارنة ما بين نظرية الخطأ البين ونظرية الموازنة ما بين المنافع والاضرار.

سنتناول في هذا المطلب اوجه الشبه والاختلاف بين كلا من نظرية الخطأ البين في التقدير ونظرية الموازنة بين المنافع والاضرار وكما يأتي:

اولا: اوجه الشبه بين النظريتين

يرى جانب من الفقه ان هناك تطابقا بين النظريتين, حيث ان نظرية الموازنة نشأة في الاصل من نظرية الخطأ الظاهر, وذلك ان مفوض الحكومة (باربانت) في تقديره المقدم في قضية المدينة الجديدة كان قد وضع نفسه اولا" في مجال نظرية الخطأ الظاهر, وبالتالي فان نظرية الموازنة تمثل نموذجا" لنظرية الخطأ الظاهر[١], كما تشترك النظريتان في انهما يواجهان التقديرات المفرطة او غير المعقولة للسلطة التقديرية للإدارة , وينصب كل منهما على مظهر من مظاهر هذه السلطة او على جانب من جوانب التقدير في القرار الاداري, اضافة الى انهما لا يقضيان بإلغاء القرار الا اذا كان الاختلال الواقع في تقدير الادارة قد بلغ حدا" جسيما" او درجة كبيرة, وهو ما دفع بأصحاب هذا الاتجاه الفقهي بالقول بانه يتعين النظر الى هاتين النظريتين على انهما من طبيعة واحدة ويقومان على اساس واحد ويؤديان وظيفة مشتركة للدرجة التي يمكن ان تحل احداهما محل الاخرى أو يستعان بهما معا", وذلك للحد من تجاوزات السلطة الادارية في ممارسة انشطتها الادارية[٢], ذلك ان رقابة القاضي الاداري في كلتا النظريتين تتجسد في البحث عن السلوك المعقول او الرشيد في تصرفات الادارة , وما يعزز راي هذا الاتجاه ما حصل في قضية (Ville Nouvlle) , حيث كان مفوض الحكومة قد اقترح ان يطبق بشأنها نظرية الخطأ الظاهر في التقدير, بينما قام مجلس الدولة بتطبيق نظرية الموازنة بدلا" من ذلك, اضافة الى ذلك فان مجلس الدولة يلجأ احيانا الى تطبيق نظرية الخطأ الظاهر واحيانا نظرية الموازنة في منازعات مماثلة, كما في المنازعات المتعلقة بتسريح العمال, وفي قرارات اخرى قام مجلس الدولة بتطبيق نظرية الخطأ الظاهر في مجال قرارات نزع الملكية رغم انها الميدان الرئيسي لنظرية الموازنة[٣] .

ثانيا: اوجه الاختلاف بين النظريتين.

يذهب انصار هذا الاتجاه الى انه اذا كان هناك اوجه تشابه بين النظريتين , فان ذلك لا يمنع من وجود اختلافات جوهرية بينهما يمكن ايجازها بما يأتي:

١- اختلاف النظريتين من حيث طبيعة الرقابة

يرى انصار هذا الاتجاه ان نظرية الموازنة تندرج في رقابة المشروعية, حيث ينصرف دور القاضي فيها الى رقابة التكييف القانوني للمنفعة العامة عن طريق تحيد او ضبط مفهوم المنفعة العامة, تلك المنفعة التي تعد معيارا" لشرعية كافة الاعمال الادارية المستندة اليها, كإعلان المنفعة العامة والاستثناء من قواعد التخطيط العمراني واعمال الاستيلاء وغيرها, في حين ان نظرية الخطأ الظاهر تتعلق برقابة الملائمة, حيث تنصب على تقدير الوقائع وذلك لمواجهة التقديرات غير المعقولة التي تقوم بها الادارة [٤].

---

(١) بوزيان نور الدين, المصدر السابق, ص٦٩.

(٢) رمضان محمد بطيخ, المصدر السابق, ص٣٣٤.

(٣) بوزيان نور الدين, المصدر السابق, ص٧٠.

(٤) محمد رمضان بطيخ, المصدر السابق, ص٣٣٨.

٢- اختلاف النظريتين من حيث النطاق

يذهب الاستاذ (لوبادير) الى ان الخطأ الظاهر قد نشأ بداية في نطاق السلطة المقيدة للإدارة (تعادل الوظائف, عمليات التجميع الزراعي) ثم امتد الى نطاق السلطة التقديرية للإدارة (رخص البناء) , وقد ادرجة مجلس الدولة في نطاق الرقابة الادنى , اما نظرية الموازنة فقد نشأة في نطاق السلطة التقديرية للإدارة (عمليات نزع الملكية للمنفعة العامة) ثم امتدت الى نطاق اخر يجمع بين السلطة التقديرية وضرورة توافر شروط معينة (كالاستثناء من قواعد التخطيط العمراني) .

٣- اختلاف النظريتين من حيث عنصر القرار.

تنصب نظرية الخطأ الظاهر على التكيف القانوني للوقائع وتقديرها اي على عنصر السبب, في حين ان نظرية الموازنة تقع على مضمون القرار ومدى مطابقته للصالح العام, اي على عنصر المحل [١] .

الخاتمة

يمكن تقسيم الخاتمة الى قسمين وكما يأتي:

اولا: النتائج

١- ان الرقابة القاضية على السلطة التقديرية قد مرت بتطورات حديثة وقد كان الهدف منها بالدرجة الاساس هو منع تقييد الادارة من التعسف في استعمال السلطة التقديرية الممنوحة لها.

٢- كان من ابرز تلك الوسائل للرقابة القضائية على تصرفات الادارة هو نظرية الخطأ البين في التقدير ونظرية الموازنة بين المنافع والاضرار, وان كلتا النظريتين من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي.

٣- تقوم نظرية الخطأ البين على البحث عن الافعال والتصرفات التي تقوم بها الادارة والتي تعد تعسفا في استعمال سلطتها التقديرية ولا تتناسب مع الاهداف المعانة لتلك الاعمال والتصرفات.

٤- يلجأ القضاء الاداري عند النظر في دعوى معينة الى الاستعانة بجميع الوسائل التي تمكن من تقدير قانونية اعمال الادارة من عدمها ويصل الحال الى يحل القاضي الاداري محل الادارة في تقدير نتائج واهداف تلك الاعمال والقرارات الادارية.

٥- اما في نظرية الموازنة بين المنافع والاضرار فان القاضي الاداري يعمد الى القيام بعملية موازنة ما بين المنافع التي يحققها ذلك القرار الاداري والاضرار الناتجة عنه , فاذا كانت نسبة المنافع التي تتحقق اكبر يرفض الطعن بالدعوى المعروضة امامه ويعد ذلك تأييدا" للقرار , اما اذا كانت نسبة الاضرار المتحققة والتي تصيب الملكية الخاصة أو الاضرار الاجتماعية أو البيئية أو الصحية أو غيرها اكبر عند ذاك يعمد الى الغاء ذلك القرار الاداري.

٦- في العراق لم يأخذ القضاء الاداري العراقي في كلا النظريتين بعنوانهما الصريح , وذلك لحداثة القضاء الاداري في العراق وكذلك اعتماد القضاء الاداري العراقي على النصوص القانونية التي نظمت اعمال الادارة وتصرفاتها واعطت للقضاء الاداري حق مراقبتها من خلال مبدأ التناسب والملائمة وغيرها.

---

(١) بوزيان نور الدين , المصدر السابق, ص٦٩-٧١.

ثانيا: التوصيات

١. بالرغم من وجود تلك النظريات والتي تعطي للقاضي الاداري مساحة واسعة للرقابة على السلطة التقديرية للإدارة , الا ان اتساع وتطور النشاط الاداري يجعل من الرقابة القضائية التقليدية غير ذي جدوى , ولذا ندعو المشرع العراقي الى الاخذ بوسائل الرقابة القضائية الحديثة من خلال تقنين تلك الاساليب لمواكبة تلك التطورات.

٢. ينبغي على القضاء الاداري العراقي الاستفادة من النماذج الناجحة, ومنها القضاء الاداري الفرنسي باعتباره الاصل التاريخي للقضاء الاداري في العالم, مسايرة لتطور نشاط الادارة, وتحقيقا للعدالة التي تخدم الافراد وتحقق الطمأنينة لديهم.

٣. ينبغي على القضاء الاداري في العراق, الاجتهاد باستحداث وسائل رقابية تتلاءم والمجتمع العراقي من خلال تكييف ما هو موجود على ساحة القضاء المقارن.

المصادر.

اولا: الكتب

١- د.أحمد احمد الموافي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية , دار النهضة العربية ٢٠٠٨.

٢- د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، الطبعة الثانية , ٢٠١٣، دار أبو المجد للطباعة بالهرم.

٣- خلفة سالم الجهمي, الرقابة القضائية على التناسب, دار الجامعة الجديدة للنشر, الاسكندرية.

٤- د. عصام البرزنجي , الرقابة على اعمال الادارة , كلية القانون – جامعة بغداد , ١٩٨٨.

٥- د رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية , القاهرة ,١٩٩٤ .

٦- زكي محمود النجار, فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٧.

٧- نبيلة كامل عبد الحليم، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية (الإتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا), دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

ثانيا الرسائل والاطاريح.

١- بوزيان نور الدين , رقابة القاضي الاداري للخطأ الظاهر , رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة الجيلاني اليابس , الجزائر ٢٠١٧.

٢- مرخوفي جمال , رقابة القاضي الاداري على السلطة التقديرية للادارة, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة قاصدي مرباج , الجزائر , ٢٠١٥.

٣- د.عبد الله حجازي، الرقابة القضائية على ركن السبب في اجراءات الضبط الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق , مصر, القاهرة ٢٠٠١.

٤- – د. ثروت عيد العال , الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ١٩٩٢ .

٥- نويري سامية, الرقابة القضائية على سلطة الادارة, اطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة العربي بن مهيدي – ام البواقي, الجزائر, ٢٠١٣.

ثالثا: البحوث.

١. أفارة سماح, رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي, مجلة الحقيقة, الجزائر, العدد ٤٢, ١٨/١/ ٢٠١٨.
٢. العربي زروق, مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والاضرار) : النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملائمة القرارات الادارية, بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية, المجلد ٤٤, العدد ١, ١٥/١٢/ ٢٠٠٧.
٣. د. علي حسين احمد الفهداوي, الرقابة القضائية على الغلط البين في التقدير من قبل الادارة, مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية , العدد الخامس.
٤. جمال قروف, الاساليب الحديثة لقاضي الالغاء في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة, مجلة الدراسات والبحوث القانونية, الجزائر, العدد السابع.
٥. د. ماجد راغب الحلو , نظرية الظاهر في القانون الاداري , مجلة الحقوق والشريعة , الكويت , السنة الرابعة , العدد١ , ٢٠٠٨.

رابعا: القوانين والقرارات.

١. التعديل الثاني رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩.
٢. قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ – العدد ٢٨١٧– التأريخ ١٢/١٦ / ١٩٨١ .
٣. انظر القرار رقم ٧٠٣/ قضاء موظفين– تمييز/ ٢٠١٥في ٤/٦/ ٢٠١٧م, منشور ضمن قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٧.
٤. انظر القرار رقم ٧٣٥/ قضاء موظفين – تمييز/ ٢٠١٧ في ٤/٣٠/ ٢٠١٧, منشور ضمن قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٧.
٥. انظر القرار رقم ٣٣١/ قضاء موظفين – تمييز/٢٠١٩, الصادر بتاريخ ٢٠١٩/٢/٢٥ .

References

First: Books

1- Dr. Ahmed Ahmed Almowafi, Some Modern Judicial Attitudes Features on Controlling Discretion Authority, Arabian Daar Al-Nahdah 2008.
2- Dr. Khalid Mohammed Ahmed Hammad, The Barriers Judicial Controlling on administration Discretion Authority, 2nd Edition, 2013, Daar Abo Almajad Printing in Pyramid.
3- Kolfah Salim Aljahmi, Judicial Control on Proportion, Modern Daar Aljamiaa for Publishing, Al-Exandria.
4- Dr. Osam Albarazanchi, Controlling on Management Issues, College of Law, Baghdad University, 1988.
5- Dr. Ramadan Mohammed Bateek, The Developments Attitudes in Judicial French State Council for limiting Management Discretion, and Position of Egyptian State Council on it. Daar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo, 1994.
6- Zeki Mahmood Al-Najar, The observed Mistaken Idea in Constitutional Eradication, Daar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo, 1997.

7- Nabila Kamil Abdulhaleem, The Role of Administrative Judge in Control on Condition of Public Benefits in the case of expropriation(Modern Attitude for Egyptian and French State Council, Daar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo, 1993.

Secondly: Thesis and Dissertations

1. Bozian Noorulddin, The Administrative Judge Control on the observed Mistake, Master Thesis Progress to College of Rights and Political Sciences, Al-Gilani Al-Yabis University, Algeria, 2017.
2. Merkofi Jamal, The Administrative Judge Control on Management Discretion Authority, Master Thesis Progress to College of Rights and Political Sciences, Merbage University, Algeria, 2015.
3. Dr. Abdullah Higazi, Judicial Controlling on the Reason side in Administrative Adjustment Procedures, Comparative Study, Doctorate Dissertation, Rights College, Egypt, Cairo, 2001.
4. Dr. Tharwat Abdulaal, Judicial Controlling on compromising Administrative Decisions, Doctorate Dissertation, Rights College, Asuit University, 1992.
5. Nweiri Samia, Judicial Controlling on Management Authority, Doctorate Dissertation College of Rights and Political Sciences, Al-Arabi Bin Mahdi- Om Al-Bawaqi, Algeria, 2013.

Third: Researches.

1. Afarah Samah, Observed Mistake Control in Discretion in Jurisprudence of the French Council of State. Al-Haqiqa Journal, Algeria, No. 42, 18/1/2018.
2. Al-Arabi Zarooq, Balancing Principle between Costs and Benefits(between Profits and harms): Evaluating Theory as Modern Style for Controlling Suitable Administrative Decisions, Published Research in Algerian Journal for Legal, Economic and Political Sciences, Volume 44, No.1, 15/12/2007.
3. Dr. Ali Hussein Ahmed Al-Fahdawi, Judicial Control of the Apparent Error in Estimation by The Administration, Al-Anbar University journal for Legal and Political Sciences, No. Fifth.
4. Jamal Qaroof, Modern Methods of the annulment Judge in controlling the Discretionary Power of the Administration, Journal of Studies and Legal Researches, Algeria, No. Seventh.
5. Dr. Majid Ragib Al-Helo, Al-Dahir Theory in Administrative Law, Rights and Legislative Journal, Kuwait, Fourth Year, No.1, 2008.

Fourth: Law and Decisions.

1. 2nd Amendment No. 106 of 1989 to the State Shura Council Law No.65 of 1979.
2. Appropriation Law No.12 of 1981- No.2817-16/12/1981.
3. See Decision No.703/Employees Judiciary-Discrimination, 2015 in 6/4/2017. Published in the Decisions and Fatwa of State Council 2017.
4. See Decision No.735/Employees Judiciary-Discrimination 2017 in 30/4/2018. Published in the Decisions and Fatwa of State Council 2017.
5. See Decision No.331/Employees Judiciary-Discrimination 2019, issued date 25/2/2019.