ضوابط السلطة التقديرية للأدارة

ثاري فاروق حسن

مقدمة :

تقوم الدول بمهام متعددة من اجل توفير المستلزمات الرئيسة للمجتمع، وقد اتسع دورها لتدخل ميادين لم تكن من قبل قد وطأتها، وهذا ما يتضح بجلاء عند مقارنة المهام التي تضطلع بها الدولة قبل الحرب العالمية الثانية ،وبعدها، ولذا لم يقتصر دورها على الوظائف التقليدية من الحفاظ على الامن الداخلي والخارجي وحماية النظام العام وتطبيق القانون بين المتخاصمين أمام القضاء فقط بل شمل الميادين الاقتصادية والتجارية والصناعية، ولم تعد إدارتها محصورة في المرافق الخدمية وإنما تجاوزتها إلى العديد من المرافق الأخرى، ومن اجل أنَّ تدير هذه المرافق بكفاءة وقدرة تمكنها من انجاز متطلبات المرفق العام وتحقيق الاهداف المتوخاة من انشاءه تحتاج إلى جملة من الوسائل التي تمكنها من ذلك، ومن اهم هذه الوسائل منحها سلطة واسعة تستطيع من خلالها تقدير ما هو الملاءم من التصرافات التي ينبغي أن تصدر عنها، وهي ما يصطلح عليه في القانون الإداري بالسلطة التقديرية للإدارة في مقابل السلطة المقيدة، فالإدارة عندما تكون أمام واقعة معينة سواء اكانت تلك الواقعة مادية أم قانونية ويفترض أن تتخذ بشأنها قرارا ما يجب أن تعرف هل أنها تتمتع بسلطة مقيدة أم تقديرية من اجل أن يصدر قرارها وفقا لتلك السلطة، وهنا يبرز سؤال مفاده كيف للإدارة أن تميز وهي تواجه واقعة ما وتنوي التصرف بشأنها أنها تتمتع بسلطة تقديرية أم مقيدة؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فما هو نطاق سلطتها هذه ؟ وهذا ما سنحاول الاجابة عنه في بحثنا من خلال مبحثين خصصنا احدهما لمعايير تمييز السلطة التقديرية للإدارة، والأخر نستعرض فيه نطاق هذه السلطة، وسنسبقهما بتعريف السلطة التقديرية للإدارة.

أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث في السلطة التقديرية للإدارة، وذلك للأثر المباشر لهذه السلطة في إصدار القرار الإداري، الذي يعد الأداة القانونية الأكثر فاعلية، في أعمال الإدارة، إذ يعد القرار الإداري أحد أهم الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد، وتتميز أعمال الإدارة بموجبه

مجلّة پوليتكنيك للعلوم الإنسانية والإجتماعية
المجلد 4 ، العدد 2 (2023)
أُستلم البحث في 21 ابريل 2023؛ قُبل في 15يونيه 2023
ورقة بحث منتظمة: نُشرت في 9 اغسطس 2023
حقوق الطبع والنشر © 2023 اري. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الإبداعي النسبية - CC BY-NC-ND 4.0

- بعدها شخصاً من أشخاص القانون العام فضلًا عما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، عن أعمال الأشخاص الخاصة (الطبيعية والمعنوية، فسوء استخدام الإدارة لهذه السلطة ينعكس بشكل مباشر على حقوق الأفراد وحرياتهم، وحسن استخدامها – أي: السلطة التقديرية - يصب مباشرة في الحفاظ على هذه الحقوق والحريات، التي تتمتع بحماية دستورية عادةً.

مشكلة البحث :

مناقشة القرارات التي تتخذها الإدارة في موضوع السلطتها التقديرية ، ومدى خضوع تلك القرارات لرقابة قضاء الإلغاء ، كما يوضح البحث النقص والقصور اللذان يعتريان التشريعات العراقية المنظمة لموضوع المناقصات قياساً بالقانون المقارن .

ولا تقتصر على الاركان الداخلية للقرار الاداري (السبب، المحل، الشكل والاجراء)، ومن أجل الوقوف بشكل دقيق على وجود، أو انعدام سلطة التقدير في ذا الركن، تصدى ذا البحث المتواضع لهذه المشكلة.

هدف البحث:

إنَّ الهدف الرئيس لهذا البحث هو توضيح مدى توافر سلطة التقدير في ركن: الاختصاص، وبيان أثر سلطة الإدارة التقديرية في هذا الركن ومدى انعكاس ذلك على القرار الإداري الصادر بناءً على ذلك.

منهج البحث:

استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على وصف وتحليل النصوص القانونية، وعرض الآراء الفقيه التي تناولت الموضوع، مع بيان موقف الباحث منها، كلما كان لذلك مبرر.

المبحث الاول

مفهم السلطة التقديرية للأدارة

قبل الخوض في خضم السلطة التقديرية للإدارة وبيان مدى العلاقة بينهما من حيث أثرهما على النشاط الإداري في المؤسسات والدوائر الحكومية من حيث ما يتيح للإدارة من التصرف في حدود القانون والطريق الذي رسمه لها وهي سائرة في تحقيق هدفها الأعم والأشمل إلا وهو تحقيق الصالح العام وعدم التعسف في استعمال سلطاتها لا بد أولاً من بيان مفهوم كل من السلطة التقديرية للإدارة ومبدأ المشروعية.

المطلب الاول: تعريف السلطة التقديرية اللأدارة

فرع الأول : تعريف السلطة في اللغة

مصدر "سلط السين واللام والطاء أصل واحد بمعان لغوية متعددة منها القهر ومن ذلك السلطان سمي سلطانا، والسلطان الحجة والبرهان والسليط من الرجال الفصيح اللسان الذرب والسليطة المرأة الصحابة[1]، وتأتي بمعنى القدرة والملك ومنه قوله تعالى (هَلَكَ عَنِّي سُلطانِيَة)، أي لا سلطان ولا جاه ولا سلطة ولا قدرة ولا ملك لأحد في ذلك اليوم وهو يوم القيامة"[2]

الفرع الثاني : تعريف التقدير في اللغة

قذر الشيء مبلغه والتقدير التهذيب ومقدار الشيء مقياسه والتقدير" يأتي على ثلاثة وجوه من المعاني أحدها التروي

[1] - ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا الرازي - معجم مقاييس اللغة - ط١ - دار الكتب العلمية - ج ١ - ١٩٩٠- ص ٥٦٧.

2 - محمد الامين محمد المختار الشنقيطي - اضواء البيان في ايضاح القرآن بالقرآن - دار الفكر - بيروت - ج ٨ - ١٩٩٥- ص ٢٠٦.

والتفكير في تسوية أمر وتهيئته والثاني تقديره بعلامات يقطعه عليها، والثالث أن تنوي أمرا بعقدك تقول قدرت أمر كذا وكذا أي نويته وعقدت عليه ويقال قدرت لأمر كذا أقدر له و أقدر قدرا إذا نظرت فيه ودبرته وقايسته. [3]

الفرع الثالث : تعريف الإدارة في اللغة

يُعبّر مصطلح الإدارة عن مجموعة المبادئ المتعلقة بالتخطيط، والتنظيم، والتوجيه، والمراقبة، وآلية تطبيقها، وتسخير الموارد المالية، والمادية، والبشرية، والمعلوماتية بكفاءة وفعالية لتحقيق الأهداف التنظيمية لمؤسسة ما، ويُمكن تعريف الإدارة أيضاً على أنّها عملية إدارة ومراقبة شؤون المؤسسة بغض النظر عن طبيعة عملها، وهيكل المؤسسة، وحجمها.[4]

الفرع الرابع : تعريف السلطة التقديرية في الفقه العراقي

عرفها الدكتور مازن ليلو بأنه "يقصد بالسلطة التقديرية أن تكون الادارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه، أو في اختيار القرار الذي تراه، أي أنَّ المشرع يترك للإدارة حرية اختيار وقت واسلوب التدخل في إصدار قرارها تبعا للظروف"، وينبغي أن لا يفهم من تلخيصه الأخير للسلطة التقديرية بقوله تبعا للظروف، انه ينحى بالسلطة التقدير أو يقصرها على نظرية الظروف الاستثنائية، بل يعنيه ما عناه الكتاب في تعريفهم للسلطة التقديرية، ومما يزيل ما قد يحصل من لبس جراء عبارته الاخيرة قوله والذي يوافق به ما ذكره الدكتور الحكيم فالمشرع" يكتفي بوضع القاعدة العامة التي تتصف بالمرونة تاركا للإدارة تقدير ملائمة التصرف، شريطة أن تتوخى الصالح العام في أي قرار تتخذه، وان لا تنحرف عن هذه الغاية، وإلا كان قرارها مشوبا بعيب اساءة استعمال السلطة، كما يرى بان السلطة التقديرية تتجلى "في عنصر السبب وهو الحالة الواقعية والقانونية التي تبرر اتخاذ القرار والمحل وهو الاثر القانوني المترتب عنه حالا ومباشرة إما بقية عناصر القرار الإداري وهي الاختصاص والشكل والغاية فإنها تصدر بناء على اختصاص مقيد[5]

ويظهر رأيه في السلطة التقديرية بشكل اوضح بقوله تمارس الادارة اختصاصا تقديريا، إذ يترك المشرع للإدارة حرية اختيار وقت واسلوب التدخل في إصدار قراراتها تبعا للظروف، ومن دون أن تخضع للرقابة(4) باعتبار أنَّ رقابة القضاء على اعمال الادارة رقابة مشروعية لا رقابة ملائمة، فتخرج - على رايه - السلطة التقديرية عن رقابة القضاء.

الفرع الخامس: تعريف القضاء للسلطة التقديرية

لقد وضع القضاء المصري حدا للسلطة التقديرية بقوله "تجد - السلطة التقديرية - حدّها الطبيعي في المعاملة القانونية التي أهلتها، وهي المصلحة العامة ، فيرى القضاء المصري أن حرية الادارة في مجال السلطة التقديرية تقف عند المصلحة العامة وهذا ما التزم به القضاء الاماراتي حيث عرف السلطة التقديرية بأنها "افصاح الإدارة بالشكل الذي يتطلبه القانون عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك

3 - محمد بن مكرم ابن منظور - لسان العرب المحيط - اعاد بناؤه يوسف خياط - دار الجيل بيروت - ١٩٨٨- ج٣ – ص ١٨٠

4 - حمد عمر حمد - السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها - ط -١- اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية الرياض - ١٤٢٣ ، ٢٠٠٣ - ص ٩٥

5 - د. مازن راضي ليلو - القضاء الإداري (دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في (العراق) - الاكاديمية العربي في الدنمارك - لا توجد سنة طبع - ص ٦.

بقصد احداث أمر قانوني معين متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة[6].

وقد جاء في قرار لمحكمة العدل العليا تعريفا للسلطة التقديرية حيث نص على ان معنى السلطة التقديرية المعطاة للإدارة هو أن يكون للإدارة سلطة اتخاذ الموقف الذي تراه مناسبا عند تحقق الغرض الذي هدف إليه القانون [7]، وقد جاء تعبير اتخاذ الموقف الذي تراه مناسبا، جاء مطلقا والمطلق يؤخذ على اطلاقه، لذا بالامكان القول أنَّ المحكمة تدرج تحت السلطة التقديرية للإدارة أن تتخذ القرار الذي تراه مناسبا من حيث المضمون والوقت، إما الهدف الذي ينبغي على الادارة السعي إلى تحقيقه من خلال قرارها فهو المصلحة العامة، ولذا نلاحظ أن المحكمة لم تحدد السلطة التقديرية للإدارة بحدّ سوى المصلحة العامة، وقد تكرر هذا المعنى في أحكامها حيث جاء في حكم لها ما نصه ان وجود سلطة تقديرية للإدارة ليس معناه ترك الافراد لمحض رغبات الادارة دونما حد لسلطتها في التقدير وانما معناه ان يكون للادارة سلطة اتخاذ الموقف الذي تراه مناسباً عند تحقق الحالة التي هدف اليها القانون[8].

المطلب الثاني : المعنى الاصطلاحي للسلطة التقديرية للإدارة

أختلف الفقه حول تعريف السلطة التقديرية للإدارة أو بعبارة أخرى حول المعيار المميز لهذه السلطة أي أنها أي السلطة التقديرية تعني تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف وهي تمارس اختصاصاتها القانونية وإن السلطة بمعناها هذا لا يمكن أن تظهر في نظام لا يأخذ بنظام دولة القانون[9]

وهنالك مفهومان للسلطة التقديرية

فرع الأول : المفهوم الايجابي للسلطة التقديرية.

لقد ذهب جانب من الفقه بأن السلطة التقديرية للإدارة أو حركتها في ممارسة نشاطها الإداري وهي تسير مؤسسات الدولة أو المرافق العامة إنما يكمن في إرادة المشرع وحده أي إن له القول الفصل في هذا الموضوع بعبارة أخرى إنه من يحدد إن للإرادة حرية التقرير في محلها من عدمه لذلك لقد ربط هذا الموضوع الايجابي أو الواسع لهذه السلطة وبين مبدأ المشروعية مقررة إن هذه السلطة لا توجد إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي بحكم عمل الإدارة وهذا الموضوع يوجد في عدم التحديد الدقيق لكثير من المسائل التي يعمل النشاط الإرادي في اختيارها مثل المصلحة العامة - المنفعة العامة - النظام العام [10] . وبهذا المفهوم أخذ أغلب فقهاء القانون العام لهذا فإن مفهومهم للسلطة التقديرية عندما ترك القانون للإرادة العامة الحرية في مباشرة نشاطها دون أن يفرض عليها وجوب التصرف

6 - د. محمد علي بدير، ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي، ود. مهدي ياسين السلامي - مبادئ وأحكام القانون الإداري- المكتبة القانونية - بغداد - ٢٠٠٨ - ص ٤٤٠.

7 - مجموعة عاصم للأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن مجلس الدولة - المجموعة الثالثة والرابعة - لسنتي ١٩٤٩ و ١٩٥٠ - القاهرة - ص ٢٦٣

8 - قرار محكمة العدل العليا الموريتانية رقم ٥٩/١٩٦٧ - الصادر بتاريخ ١/١/١٩٦٧.

9 - د. عصام عبد الوهاب البرزنجي / السلطة التقديرية للادارة والرقابة الادارية/ المطبعة العالمية/ 1971 ص١.

10 - أ. د. رمضان محمد بطيخ - مفهوم السلطة التقديرية للإدارة وموقعها في القرار الإداري. مقارنة مع الشريعة الإسلامية. بحث منشور في مجلة - تطوير العلاقة بين القانونيين والإداريين – المنظمة العربية للتنمية الإدارية المنعقد من ١٩-٢٣ مارس آذار القاهرة ٢٠٠٦ ص٢

على نحو إلزامي معين أي عندما لا تكون هنالك قواعد قانونية محددة تلتزم الإدارة بوجوب الالتزام بها والسير على طريقها أي أن يترك للإدارة وحدها ملائمة قراراتها للظروف الواقعية) .[11]

فرع الثاني : التعريف السلبي للسلطة التقديرية للإدارة.

أو ما يعرفه بعض الفقه بمصطلح المعنى الضيق للسلطة التقديرية للإرادة أو نظام الإرادة المحجوزة وهذا المفهوم كان سائداً في الفترة الأولى من اندلاع الثورة الفرنسية حيث منع عن الإدارة أي حرية في ممارسة نشاطها بل يجيب عليها أن تخضع خضوعاً تاماً لإرادة القانون[12] . أي إن السلطة التقديرية في ظل هذا المفهوم يرتبط أساساً بالقيود التي يضعها القضاء الإداري على نشاط الإدارة أي إنه هذا لا يظهر بصورة جلية وواضحة إلا فيما لا يخضع من تصرفاتها لرقابة القضاء ويربط أنصار هذا الاتجاه وجود أو عدم وجود سلطة تقريرية للإدارة بوجود أو عدم وجود رقابة قضائية أي إن السلطة التقديرية لا توجد إلا فيما لا يراقب القاضي من اختصاصات فالقاضي لا يراقب إلا الاختصاصات المقيدة للإدارة وفيما عدا ذلك فتكون ضمن السلطة التقديرية للإدارة . ولا نتفق مع كلا المفهومين للسلطة التقديرية حيث إن الأخيرة تعني أن المشرع قد ترك حرية واسعة للإدارة للتقرير في مسألة معينة فلها الحرية في الأخذ بها من عدمه كما هو الحال في مادة (8) من قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 المعدل التي عددت العقوبات الانضباطية إلا أنها تركت للإدارة حرية الاختيار[13].

المطلب الثاني : معيار السلطة التقديرية

اختلف الفقهاء في المعيار الواجب اتخاذه في قيام السلطة التقديرية أو عدم قيامها، وكان اختلافهم هذا ناشئا عن اختلافهم في مصدر التقدير، حيث ذهب البعض إلى أنَّ مصدر التقدير ينحصر في القواعد التشريعية، بينما ذهب آخرون إلى أنَّ مصدر التقدير ينبع من القواعد التشريعية بالإضافة إلى القواعد القضائية، ولذا علينا أنَّ نبين رأي كل من الفريقين.

أولا : معيار السلطة التقديرية وفقا لمصدرية القواعد التشريعية لها

سنستعرض في هذا البحث المعيار الذي طرحه كل من الفقه الغربي والفقه العربي وكما يأتي:

١ -عند فقهاء الغرب

اعتنق عدد من الفقهاء الغربيين النظرية القائلة بانحصار مصدر السلطة التشريعية في القانون أي القواعد التشريعية فحسب، ومن هؤلاء الفقهاء ،لون وبونار وشاتيلان ولو دي بادير ولو دوفيتش وفالين، وربما اهم المعايير هي التي تقدم بها الفقيهان لون وبونار لذا سنتعرض فيما يأتي لبيان رأييهما.

ا - رأي الفقيه الالماني لون

11 - (الدكتور بكر القباني / محمد عاطف البنا / الرقابة القضائية لأعمال الإدارة -- المجلد الأول - الطبعة الأولى - مكتبة القاهرة الحديثة - ١٩٧٠ - ص ٥٨

12 - د. عصام عبد الوهاب البرزنجي / السلطة التقديرية للادارة والرقابة الادارية/ المطبعة العالمية/ ١٩٧١ ص١

13 - أ. د. رمضان محمد بطيخ - مفهوم السلطة التقديرية للإدارة وموقعها في القرار الإداري. مقارنة مع الشريعة الإسلامية. بحث منشور في مجلة - تطوير العلاقة بين القانونيين والإداريين - المنظمة العربية للتنمية الإدارية المنعقد من ١٩-٢٣ مارس آذار القاهرة ٢٠٠٦ ص٢

يخلص هذا الرأي إلى القول بأنَّ جوهر السلطة التقديرية ينحصر في حق الادارة في الاختيار بين عدة حلول كلها مشروعة (٢١) فمتى كانت الادارة غير ملزمة بإتباع خيار بعينه وأتيح لها الاخذ بخيار معين من بين خيارات متعددة نكون أمام سلطة تقديرية للإدارة، وهذا هو مقتضى القاعدة الجوازية التي ذكرها لون حيث أنها تترك للعضو الذي يخضع لحكمها حرية الاختيار بين اعمال متعددة يعتبر كلا منها عملا من اعمال الدولة"، ومن الجدير بالقول انه قسم القواعد إلى قسمين وهما القاعدة الحاسمة أو القاطعة (وهي التي لا تترك لمن يخضع لحكمها أي حرية في تحديد المسلك الذي يتخذه)، والقاعدة الجوازية[14].

ب - رأي العميد بونار

يذهب العميد بونار إلى "أنَّ هناك سلطة تقديرية للإدارة في حالة ما إذا كانت القوانين أو اللوائح قد نصت على اختصاص الادارة بمناسبة علاقة قانونية لها مع الأفراد وتركت لها سلطة التقدير الحر لملاءمة اقدامها على التصرف أو عدم اقدامها عليه، وفي حالة اقدامها على التصرف تركت لها تقدير مضمون قرارها المتخذ (٢٣)، ويخلص بونار إلى أنَّ المعيار يكمن في تحليل القرار الإداري والتعرف على اركانه ومن خلال هذه الاركان يتم التمييز بين الجانب التقديري والتقييدي في تلك الاركان.

2- المعيار عند الفقهاء العرب

انقسم الفقه العربي تبعا لانقسام الفقه الغربي في مجال معيار السلطة التقديرية، وقد التزم بعض الفقه العربي بأنَّ مصدر السلطة التقديرية هو القانون، في حين ذهب البعض الأخر إلى القول بأنَّ المصدر يجمع بين القواعد التشريعية والقواعد القضائية، ومن هؤلاء الدكتور الطماوي حيث ذهب إلى أنَّ المصدر هو الأول، ورجح ما ذهب إليه بونار في معياره للسلطة التقديرية ، ويقوم هذا الرأي على اساسين الأول لا يوجد قرار تقديري ،صرف والثاني أنَّ التقدير والتقييد في القرار الإداري يرد على عنصر من العناصر التي يتكون منها القرار الإداري ومن هنا تظهر الحاجة في تشخيص التقدير في القرار الإداري إلى تحليله والتعرف على اركانه ومن خلالها يحدد التقدير أو التقييد فيه.

اثانيا : معيار السلطة التقديرية وفقا لمصدرية القواعد التشريعية والقضائية

لاحظنا فيما تقدم أنَّ بعض الفقه يذهب إلى توقف تحديد معيار السلطة التقديرية على مصدرها، وحددوا ذلك المصدر بالقواعد التشريعية، أي بالقواعد القانونية، أما الفريق الثاني والذي سنبحث اتجاهاته في هذا المطلب يرى أنَّ قواعد القانون الإداري لا تنحصر في القواعد التشريعية، إذ من المعلوم أنَّ من خصائص هذا القانون المهمة كونه قضائيا، بمعنى أنَّ القضاء ساهم مساهمة فعالة في وضع قواعده، فكان للقضاء دورا منشئا وليس دورا كاشفا فحسب، وعليه اعتبروا أنَّ مصادره تشمل بالإضافة إلى القواعد التشريعية القواعد القضائية أيضا، وفيما يأتي سنستعرض بعض النظريات التي سعت إلى وضع معيار للسلطة التقديرية على أساس مصدريته هذه[15].

المبحث الثاني

14 - د. عصام عبد الوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - اطروحة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٧١ - ص٧٠

15 - د. محمود سامي جمال الدين - القرارات الإدارية والسلطة التقديرية (دراسة مقارنة بين دولة الامارات ومصر وفرنسا) - مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات - ع ٣ (١٩٨٩) . - ص ٣٢٩

موقف القضاء الإداري من السلطة التقديرية للإدارة

المطلب الاول: موقف القضاء الإداري الفرنسي والمصري من الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية

استقر القضاء الإداري على بسط رقابته على قرارات الإدارة في مجال سلطاتها التقديرية إلا إن هذه الرقابة لا تتعدى رقابة وجود السبب مادياً وصحته من الناحية القانونية و إن لا يشوب القرار عيب الانحراف بالسلطة أي أن تكون غايته تحقيق المصلحة العامة . ولا تدخل في هذه الرقابة رقابة الغلط البين في التقدير ولا نظرية الموازنة التي ابتكرها القضاء الإداري الفرنسي عام 1961 الا إن القضاء الإداري المصري كان قد سبق القضاء الفرنسي في مجال العقوبات التأديبية فأنشأ) عام (1961) فكرة جديدة يراقب من خلالها ملائمة (القرار الاداري في المجال التأديبي وهي فكرة الغلو إلا أنه لم يتعرض لسلطة الإدارة التقديرية خارج نطاق العقوبات التأديبية. حيث لم تكن المحكمة الإدارية العليا قبل حكمها الصادر في 11 تشرين الثاني عام 1961 تقرر في تدخل القضاء في تقدير الادارة قيمه الأسباب التي استندت عليها في قرارها الإداري وتقيم مدى خطورة وملائمة القرار المتخذ[16] لتلك الأسباب حيث قضت في حكمها المشار إليه . ((ولئن كانت السلطات التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبها من جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها الغلو)) . فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي الى احجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة الممعنة في الشدة والافراط المسرف في الشفقة يؤدي الى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعاً في هذه الشفقة المفرطة في اللين و إن القضاء الرحب لهذا التطبيق يجد مجاله في مجال السلطة التأديبية للإدارة ومثال ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في (1983/6/25) والذي قضى) بقيام موظف بالغناء في احدى الفرق الغنائية مقابل أجر والذي اعتبرته الجهة الإدارية بمثابة سلوك يجسد جريمة تأديبية تستوجب فصله من الوظيفة ليس فيه شبهة المساس بكرامة الوظيفة التي يشغلها ولا يحط من قدرها وعليه يكون قرار فصله من الوظيفة غير مشروع . أما عن فكرة الغلط البين في التعذير فإنها واحدة من الافكار الاساسية التي انشأها مجلس الدولة الفرنسي في مسعاه الى تضييق نطاق السلطة التقديرية للإدارة وبسط رقابته على أعمالها لا بل إن مجلس الدولة الفرنسي كان متردداً بادئ ذي بدء من الاخذ بفكرة الغلط البين وذلك لوجود اتجاهات داخل المجلس عارضت الاخذ بها وإلى الغموض الذي ينطوي عليه هذه الفكرة تتمثل في وضع المعايير التي تحدد مفهوم الغلط البين في التقدير وتحديد صوره وإنها أي فكرة الغلط البين تسمح بتقيد السلطة التقديرية للإدارة والحد منها والفقهاء يلاحظون تدره الاحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد[17].

16 - أ. د. رمضان محمد بطيخ - الرقابة على أداء الجهاز الإداري - في النظم الوضعية والإسلامية- - دار النهضة العربية - ١٩٩٨ ص ١٤٣ وما بعدها

17 -أ. د. ماهر صالح علاوي الجبوري - حدود السلطة التقديرية - بحث منشور في مجلة - تطوير العلاقة بين القانونيين والإداريين - المنظة العربية للتنمية الإدارية المنعقد من ١٩-٢٣ مارس آذار - القاهرة - ٢٠٠٦ ص ٥

أما عن نظرية الموازنة بين المنافع والتكاليف فإن هذه النظرية من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي وكانت قد ظهرت نتيجة استملاك عقارات للنفع العام وبسط القضاء الفرنسي رقابته على الموازنة بين منافع القرار وبين ما يمكن إن يترتب عليه من اضرار وظهرت هذه النظرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي عام (1971) في رقابته على تحقيق النفع العام في عمليات الاستملاك فبعد إن كان القاضي الإداري الفرنسي يراقب هدف الاستملاك دون التدخل في تقييم مضمون المشروع وملائمته بدأت.

الخطوة الاولى عن طريق خلق نظريته الجديدة عام (1970) بمناسبة خطبة (Epoux neel) إذ اكد مجلس الدولة الفرنسي وجوب تضمين الدراسة المعدة حول الاستملاك تقديراً اجماليا للمبالغ لتطمئن قلوب ذوي العلاقة إلى إن العملية تكتسب صفة النفع العام

المطلب الثاني: موقف القضاء الإداري العراقي من السلطة التقديرية للإدرة

إن موقف القضاء الاداري العراقي غير مستقر من حيث بسط رقابته على أعمال السلطة التقديرية فقد كانت لديه ثلاثة اتجاهات في هذا المجال الاتجاه الاول وتمثل بامتناعه بادئ الأمر عن مراقبة اعمال السلطة التقديرية والثاني تمثل بمراقبة السلطة المذكورة من زاوية عيب الانحراف في استعمال سلطاتها والاتجاه الثالث تمثل بمراقبة القرارات الإدارية السلبية المتعلقة بالسلطة التقديرية للإدارة [18]

أولا : الامتناع عن مراقبة السلطة التقديرية

وقد جاء بقرار المحكمة الاتحادية المرقم (455/ ق/2013) في 29 / 4 /2013 (ان السلطة تقديرية للإدارة هي سلطة ليست مطلقة وان من واجب المحكمة ان تراقب عدم انحراف الادارة في استعمال السلطة التقديرية او اساءة استعمالها او التعسف في استعمالها وحيث ان المدعى عليه قد استند الى اسباب لم يرتب القانون اثرا" عليها في استحقاق المدعى للترقية وانه قد فسر النصوص القانونية خلافا" لما اورده المشرع من احكام، عليه يكون المدعى عليه قد تعسف في استخدام السلطة التقديريـــة الممنوحة).

قانوني صريح يلاحظ إن القضاء الإداري في العراق قد ساير موقف القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا بامتناعها بادئ ألامر عن مراقبة أعمال السلطة التقديرية للإدارة بحجة إن ذلك يقع ضمن اختصاصات الإدارة دون وجود سند لهذه المسألة فقد اعتبر مجلس الانضباط العام إن التوصيه بحجب العلاوة السنوية عن الموظف من قبل رئيس الدائرة من الأعمال التقديرية للسلطة ولا يدخل تحت رقابة المجلس كما رأى مجلس الانضباط العام إن موضوع ترفيع الموظف يقع ضمن السلطة التقديرية للإدارة وإنه موضوع جوازي أي ترفيعه من عدمه في ضوء مسيرة الموظف وخدمته والعقوبات السابقة عليه (٥٣)

مع العرض إن المادة (19) من قانون الخدمة المدنية رقم (24) لسنة (1960) المعدل حددت الشروط العامة للترفيع والمتمثلة بوجود درجة شاغرة في الملاك تعادل أو تفوق الوظيفة المراد ترفيعه إليها وبثبوت مقدرة الموظف على اشغال الوظيفة وتفوقه على غيره من الموظفين وأكمال المدة القانونية للترفيع من درجة الى درجة أعلى منها (٥٤

18 - د. محمد علي جواد - القضاء الإداري - مطبعة بغداد - ط ٢ ص

ثانيا: مراقبة السلطة التقديرية للإدارة

كما رأينا إن اتجاه القضاء الإداري في العراق قد رفض بادئ الأمر فرض رقابته على أعمال السلطة التقديرية للإدارة إلا أنه لم يبق على هذا الاتجاه بل تحول إلى فرض رقابة عليها خاصة إذا ما رأى إن هنالك تعسفاً من جانب السلطة في استعمال صلاحياتها وبذلك قضت الهيئة العامة لمجلس الانضباط العام إن سلطة الإدارة التقديرية في نقل الموظف الذي لا يلتزم بالأوامر والتعليمات الصادرة إليه يقلل من قيمة واحترام رؤسائه وتلتزم الإدارة بأبعاده عن الدائرة التي يعمل بها بغرض تنظيم سير العمل في تلك الدائرة كما إن اشغال الموظف بعد أوقات الدوام الرسمي أمر في غاية الخطورة وعليه تكون اجراءات الإدارة بالنقل صحيحة ما دام لم تتعسف في استعمال سلطاتها[19]

ثالثا : مراقبة القرار الإداري السلبي في السلطة التقديرية للإدارة

إن القرار الإداري يمثل افصاح من جهة الإدارة بقصد احداث آثار قانونية جديدة أو تعديل في آثار قانونية قائمة والقرار الإداري السلبي يمثل سكوت الإدارة عن الافصاح عن رغبتها وهو بذلك يتفق مع القرارات الإداري الضمني إلا أنه يخالفه ليكون الأخير مصحوب بأجل يحدده القانون ويتميز

القرار السلبي عن الضمني بما يأتي: . أن سكوت الإدارة في القرار الضمني مشرع وبحكم القانون أما سكوت الإدارة أو امتناعها في القرار سلبي فهو غير مشرع.

.إن سكوت الإدارة في القرار الضمني يتمخض عن سلطة تقديرية دائماً في حين أن امتناع الإدارة في القرار السلبي يتمخض عن سلطة مقيدة. . إن الطعن في القرار الإداري الضمني يخضع لمعيار دعوى الإلغاء في حين إن الطعن في القرار السلبي مفتوح لا يتقيد بموعد محدد .

وعليه فأذا ما ثار السؤال هل إن القرار السلبي يخضع لرقابة القضاء؟ فإن المادة (1/95) من قانون الخدمة المدنية رقم (42) لسنة 1960 المعدل حددت اختصاص مجلس الانظباط العام بالنظر في الدعاوى التي يقيمها الموظف والذي يدعى بحقوق نشأته له من هذا القانون أو التعليمات النافذة بموجبه ولم تشر إلى القرار السلبي أما بالنسبة لمحكمة القضاء الإداري فإن المادة (7) ثانياً - هـ (3) - من قانون مجلس الشورى الدولة لسنة (1979) المعدل اعتبر بحكم القرارات التي يجوز الطعن بها رفض أو امتناع الموظف أو الهيئات في دوائر الدولة او القطاع الاشتراكي عن اتخاذ قرار أو أمر كان.

من الواجب عليها اتخاذه ومثال ذلك فقد فرض مجلس الانضباط العام بأن منح الاجازة المرضية للموظف خارج القطر تقع ضمن السلطة التقديرية للإدارة في ضوء مقتضيات العمل والمصلحة العامة شرط عدم وجود التعسف من استعمال السلطة.

وعليه نرى أن فرض القضاء الإداري رقابة على السلطة التقديرية للإدارة اتجاه جيد وذلك لصيانة مبدأ المشروعية وحماية لحقوق الأفراد وضماناتها[20].

الخاتمة

19 - د. عصام عبد الوهاب البرزنجي وعلي البدري ومهدي السلامي وآخرون - مبادئ وإحكام القانون الإداري توزيع المكتبة القانونية - بغداد شارع المتنبي - ١٩٩٣ ص ٥١٢

20 - د. جورج سعد - القضاء الإداري والمنازعات الإدارية - مطبعة بيروت ط ١ - سنة ٢٠٠٦ . - ص 95

أولاً : النتائج الاستنتاجات

- أن الجهة الإدارية المختصة لا تستطيع تجاوز من أوصت لجنة تحليل وتقويم العطاءات بالإحالة عليه ، بإن تحيل على غيره ، لكن في مقابل هذه السلطة المقيدة فأن لها سلطة تقديرية هي حق هذه الجهة في عدم إتمام العقد بأن تلغي المناقصة و أن لا تتعاقد مع أي شخص، إذا أرتأت ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ، ولها في بعض الحالات حرمان بعض الأشخاص أو إستبعاد بعض العطاءات من الأشتراك في المناقصة أو إحالة المناقصة على مناقص آخر
- أستقر مجلس الدولة الفرنسي على أن يكون قرار إستبعاد العطاءات قبل فتح المظاريف ، ويجيز القضاء المصري إصدار قرار الإستبعاد بعد فتح المظاريف ، أما في العراق فأن إستبعاد العطاءات تقوم بها لجان تحليل وتقويم العطاءات.

ثانياً : التوصيات

- إن ما تتمتع به الإدارة من سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها تستهدف تمكينها من القيام بدورها في تسيير المرفق العام بإنتظام وإطراد ولتحقيق التوازن بين مصلحتي الإدارة والمتعاقد معها نقترح تفعيل دور القضاء الإداري وخصوصاً في العراق ليكون ضمانة حقيقية لحقوق الأفراد ضد تسلط الإدارة.
- نقترح تشكيل لجان خاصة تتولى مهمة التفاوض مع أصحاب العطاءات المقترنة بتحفظات ، مع ضرورة تأهيل أعضاء تلك اللجان ، من خلال إقامة الدورات التدريبية الخاصة في هذا المجال سواء في داخل القطر أم خارجه ، مع ضرورة الأخذ بالحسبان الأسس الموضوعية والذاتية في إختيارهم ومؤهلاتهم الأكاديمية
- والوظيفية.
- إن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2008 (المعدلة) يشوبها النقص والقصور إضافة إلى عدم وضوح كثير من موادها ، الأمر الذي جعلها عرضة للتفسير والتأويل ، لذا نقترح إعادة صياغتها بدقة أكثر ، كإجراء مؤقت إلى حين وضع قانون متكامل يخصص للمناقصات والمزايدات على نحو ما هو موجود في دول القانون المقارن.
- نقترح أن يسمح المشرع بأجراء التفاوض في الحالات الأخرى وأن لا يجعله مقتصراً على أسلوب العطاء الواحد ، لأن التفاوض أفضل من إعادة إجراءات المناقصة من جديد الأمر الذي يكلف الخزينة العامة مصاريف باهظة أضافه لأضاعه الكثير من الوقت
- نقترح أن يتدخل المشرع في العراق أسوة بالمشرع في القانون المقارن لتحديد الحالات التي يجوز فيها للإدارة إلغاء المناقصات أو إحالتها على مناقص آخر أو إستبعاد العطاءات أو حرمان الأشخاص من الأشتراك في المناقصة وعدم ترك ذلك لتقديرات الإدارة ، حفاظاً على مبدأ حرية المنافسة في المناقصات، ولنزاهة إجراءات المناقصة.

المصادر

1. ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا الرازي - معجم مقاييس اللغة - ط١ - دار الكتب العلمية - ج ١ - ١٩٩٠- ص ٥٦٧.

2. حمد عمر حمد - السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها - ط -١- اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية الرياض - ١٤٢٣ ، ٢٠٠٣ - ص ٩٥
3. د. جورج سعد - القضاء الإداري والمنازعات الإدارية - مطبعة بيروت ط ١ - سنة ٢٠٠٦ . - ص 95
4. د. رمضان محمد بطيخ - الرقابة على أداء الجهاز الإداري - في النظم الوضعية والإسلامية- - دار النهضة العربية - ١٩٩٨ ص ١٤٣ وما بعدها
5. د. رمضان محمد بطيخ - مفهوم السلطة التقديرية للإدارة وموقعها في القرار الإداري. مقارنة مع الشريعة الإسلامية. بحث منشور في مجلة - تطوير العلاقة بين القانونيين والإداريين – المنظمة العربية للتنمية الإدارية المنعقد من ١٩-٢٣ مارس آذار القاهرة ٢٠٠٦ ص٢
6. د. رمضان محمد بطيخ - مفهوم السلطة التقديرية للإدارة وموقعها في القرار الإداري. مقارنة مع الشريعة الإسلامية. بحث منشور في مجلة - تطوير العلاقة بين القانونيين والإداريين - المنظمة العربية للتنمية الإدارية المنعقد من ١٩-٢٣ مارس آذار القاهرة ٢٠٠٦ ص٢
7. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - اطروحة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٧١ - ص٧٠
8. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي / السلطة التقديرية للادارة والرقابة الادارية/ المطبعة العالمية/ 1971 ص١.
9. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي وعلي البدري ومهدي السلامي وآخرون - مبادئ وإحكام القانون الإداري توزيع المكتبة القانونية - بغداد شارع المتنبي - ١٩٩٣ ص ٥١٢
10. د. مازن راضي ليلو - القضاء الإداري (دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في (العراق) - الاكاديمية العربي في الدنمارك - لا توجد سنة طبع - ص ٦.
11. د. ماهر صالح علاوي الجبوري - حدود السلطة التقديرية - بحث منشور في مجلة - تطوير العلاقة بين القانونيين والإداريين - المنظة العربية للتنمية الإدارية المنعقد من ١٩-٢٣ مارس آذار - القاهرة - ٢٠٠٦ ص ٥
12. د. محمد علي بدير، ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي، ود. مهدي ياسين السلامي - مبادئ وأحكام القانون الإداري-
13. د. محمد علي جواد - القضاء الإداري - مطبعة بغداد - ط ٢ ص
14. د. محمود سامي جمال الدين - القرارات الإدارية والسلطة التقديرية (دراسة مقارنة بين دولة الامارات ومصر وفرنسا) - مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات - ع ٣ (١٩٨٩) . - ص ٣٢٩
15. الدكتور بكر القباني / محمد عاطف البنا / الرقابة القضائية لأعمال الإدارة -- المجلد الأول - الطبعة الأولى - مكتبة القاهرة الحديثة - ١٩٧٠ - ص ٥٨
16. قرار محكمة العدل العليا الموريتانية رقم ٥٩/١٩٦٧ - الصادر بتاريخ ١/١/١٩٦٧.
17. مجموعة عاصم للأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن مجلس الدولة - المجموعة الثالثة والرابعة - لسنتي ١٩٤٩ و ١٩٥٠ - القاهرة - ص ٢٦٣

18.محمد الامين محمد المختار الشنقيطي - اضواء البيان في ايضاح القرآن بالقرآن - دار الفكر - بيروت - ج ٨ - ١٩٩٥- ص ٢٠٦.
19.محمد بن مكرم ابن منظور - لسان العرب المحيط - اعاد بناؤه يوسف خياط - دار الجيل بيروت - ١٩٨٨- ج٣ – ص ١٨٠
20.المكتبة القانونية - بغداد - ٢٠٠٨ - ص ٤٤٠.

.1