السلطة التقديرية للادارة ومبدأ المشروعية

المدرس المساعد
هناء عباس كاظم
الدائرة القانونية والإدارية

المدرس الدكتور
صعب ناجي عبود
مدير قسم التحقيق/مكتب المفتش العام

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

السلطة التقديرية للادارة ومبدأ المشروعية

المدرس المساعد
هناء عباس كاظم

المدرس الدكتور
صعب ناجي عبود

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

الدائرة القانونية والإدارية

مدير قسم التحقيق/مكتب المفتش العام

المقدمة :

تمارس الادارة نشاطها من خلال قيامها بنوعين من الاعمال الا وهي الاعمال المادية والاعمال القانونية وغالبا ما يشار الى ان الاعمال المادية هي الاعمال التي لا يترتب عليها اثار قانونية على العكس من الاعمال القانونية التي يترتب عليها اثراً قانونيا كالقرار الاداري والعقد الاداري ولكن ما يجب ذكره انه حتى الاعمال المادية التي تمارسها الادارة لا تستطيع ان تمارسها دون ان يسبقها قرارات ادارية يتم اتخاذها للقيام بهذه الاعمال وعند اصدار هذه القرارات فان الادارة اما ان تكون لها سلطة تقديرية باتخاذ القرار المناسب على ان لا يخرج عن الاطار القانوني العام او انها تكون ذات سلطة مقيدة اي انها لا تستطيع ان تخرج عن النص القانوني فهي مقيدة باحكامه وان اي توسع في التفسير او الخروج عن النص يجعل الادارة تحت طائلة الخروج عن قواعد المشروعية ومما تجدر الاشارة اليه اننا قد نجد في ذات الوقت وفي حالة معينة ان الادارة تملك السلطتين التقديرية والمقيدة في ذات الوقت فهي تمتلك السلطة التقديرية من جانب ومقيدة من جانب آخر كما هو الحال في فرض العقوبات الانضباطية الواردة في المادة الثامنة من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل، وعلى اية حال سواء أكانت الادارة لها السلطة التقديرية او السلطة المقيدة فيجب ان لا تخرج عن قواعد المشروعية ولكن ماهي الحالات

التي تكون فيها للادارة سلطة تقديرية وحتى تكون لها سلطة تقديرية وما هي النتائج التي يترتب على امتلاك الادارة للسلطة التقديرية وما هي النتائج التي على السلطة المقيدة وهذا ما سوف نبحثه في هذا البحث معززين ذلك بالقرارات القضائية التي تعكس الواقع العملي والنصوص القانونية وذلك وفقاً للاتي:

المبحث الاول: مفهوم السلطة التقديرية للادارة ومبدأ المشروعية

المطلب الاول: المعنى اللغوي للسلطة التقديرية

المطلب الثاني:المعنى الاصطلاحي للسلطة التقديرية

المطلب الثالث: موقف الشريعة الاسلامية من السلطة التقديرية

المطلب الرابع: مفهوم مبدأ المشروعية

الفرع الاول: المعنى اللغوي

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي لمبدأ المشروعية

الفرع الثالث: موازنة مبدأ المشروعية

المبحث الثاني: حدود السلطة التقديرية

المطلب الاول: ركن الاختصاص في القرار الاداري

المطلب الثاني: ركن السبب في القرار الاداري

المطلب الثالث: ركن الشكل والاجراءات في القرار الاداري

المطلب الرابع: ركن المحل في القرار الاداري

المطاب الخامس: ركن الغرض والغاية في القرار الاداري

المبحث الثالث: موقف القضاء الاداري من السلطة التقديرية للادارة

المطلب الاول: موقف القضاء الاداري الفرنسي والمصري من السلطة التقديرية للادارة

المطلب الثاني: موقف القضاء الاداري العراقي من السلطة التقديرية للادارة.

معتمدين على عدد من المصادر والمراجع العراقية والعربية التي بحثت في هذا المجال. ومن الله التوفيق.

المبحث الأول

مفهوم السلطة التقديرية للإدارة ومبدأ المشروعية

قبل الخوض في خضم السلطة التقديرية للإدارة وعلاقتها بمبدأ المشروعية 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 الأول

المعنى اللغوي للسلطة التقديرية

السلطة تعني السيطرة على الشيء وإطلاق القدرة عليه[١] أما التقديرية فهو بيان مقدار الشيء ومن ذلك قوله تعالى) وقدر في السرد[٢] (وقدر الشيء بين مقداره وعرف قيمته ومن ذلك قوله تعالى) : قوارير من فضةٍ قدروها تقديراً[٣] .

ومما تقدم يتضح إن الذي يميز السلطة التقديرية عن السلطة المقيدة هو إن كل قاعدة قانونية تتحلل إلى عنصرين -1) الغرض -2 الحل (والأخير يتحلل إلى عنصرين -1) المعاينه -2 إصدار القرار

المعاينة تكييف الحالة الواقعة من أجل إدخالها في الغرض الخاص بالقاعدة القانونية فإذا كان القرار الإداري نتيجة منطقية للمعاينة فأن سلطة الإدارة

تكون مقيدة أما إذا لم ينطبق القرار على المعاينة لا ضرورة ولا منطق بل هو وليد إرادة الإدارة فيها تكون السلطة التقديرية.

وتطبيقا لما تقدم المادة (405) ق.ع[٤] الغرض هو جريمة القتل الحل هو العقوبة أما السجن مؤبد أو مؤقت والسلطة التقديرية للقاضي في العرض والحل وكذلك في المعاينة لكن وجود النص القانوني الذي وجب إن كل من قتل نفساً عمداً يعاقب بالإعدام فهنالك سلطة تقريرية بالغرض وليس في الحل لأن العقوبة موجودة بنص.

المطلب الثاني

المعنى الاصطلاحي للسلطة التقديرية للإدارة

أختلف الفقه حول تعريف السلطة التقديرية للإدارة أو بعبارة أخرى حول المعيار المميز لهذهِ 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[٥] .

وهنالك مفهومان للسلطة التقديرية

أولاً :المفهوم الايجابي

ثانياً :المفهوم السلبي

أولا :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 لهذهِ 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[٦] .

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 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[٧] .

ثانيا : 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[٨] .

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[٩] .

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.

المطلب الثالث

موقف الشريعة الإسلامية من السلطة التقديرية

إن من مزايا التشريع الإسلامي إنه صالح للتطبيق في كل زمان ومكان وذلك لأنه يتكيف مع كل جديد وأن يتلائم مع كل تطور إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

ومن المعروف عن جمهور الاصولين إن الحكم التكليفي يتقسم إلى خمسة أنواع هي: (الإيجاب، الندب، التحريم، الكراهة، الإباحة).

أولا :الواجب

هو ما طلب الشارع فعله من المكلف على درجة ألحتم والالزام ومثال ذلك إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة وهنا تكون أمام صورة جلية للسلطة المفيدة.

ثانيا :الندب

هو ما طلب الشارع فعله من غير التزام بحيث يحمد فاعله ولا يذم تاركه مثال ذلك قوله تعالى :((والذين يبتغون الكتاب مما ملكت إيمانهم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خير))[١٠] .

ثالثا :الحرام

هو ما طلب الشارع تركه على وجه الالزام مثال على ذلك تحريم أكل الميتة وشرب الخمر وقتل النفس دون حق وهنا تكون أمام سلطة مقيدة.

رابعا :المكروه

هو ما طلب الشارع بتركه ولكن ليس على وجه ألحتم والالتزام وهنا يمكن القول إن المكلف وإن كان لإرادته دور في الاختيار إلا إنها ليست منحدرة من

هذا الشأن بل قد تكون مقيدة إلى حدٍ ما لوجود شبهه.

خامسا :المباح

هو ما خير الشارع المكلف من حيث الفعل والترك وهنا يكون مجال رحب للسلطة التقديرية وهنا يتضح إن السلطة التقديرية عرفت في الشريعة الإسلامية حيث لا يوجد في المسالة حكم شرعي في الترك ولكنها ليست سائبة إذ يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيق الصالح العام في كل قراراتها فلا يحل لها ان تتصرف إلا بما يجيب منفعة ويدرء ومفسده[١١] .

المطلب الرابع

مفهوم مبدأ المشروعية

الفرع الأول : المعنى اللغوي

إنها لفظة مشتقة من أصل واحد من الشرع أو الشريعة وهي السنة أو المنهاج وهذا ما عبر عنه القرآن الكريم بقوله تعالى ((لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً))[١٢] وتوجد بها الطريقة المثلى التي ينظم عليها سلوك الإنسان فأن الفقهاء اعتبروا لفظة المشروعية أدق وأشمل من لفظة الشرعية لأن الأخيرة تعني موافقة الشرع أما المشروعية فمعناها محاولة موافقة الشرع وأحكام القانون فالمشروعية وضعية وهذا خلاف على مستوى الفقه.

الفرع الثاني : المعنى الاصطلاحي لمبدأ المشروعية

وميز الفقه بين المعنى الضيق لمبدأ المشروعية والمعنى الواسع

أ - المعنى الضيق لمبدأ المشروعية

وهو الذي تلزم به الإدارة لأحكام القانون أي أنه استناداً إلى هذا المعنى إن الإدارة ملزمة بإحترام القانون بأعمالها الايجابية والسلبية فعليها ألالتزام

بالأعمال التي أوجبها القانون والامتناع عن الأعمال التي منعها لكي لا تعارض أحكامه.

ب -المعنى الواسع لمبدأ المشروعية

يعني خضوع الدولة حكام ومحكومين لأحكام القانون فالدولة فيها ثلاث سلطات تشريعية تعمل في حدود الدستور وتنفيذية تنفذ أحكام القانون وقضائية مهمتها تطبيق القانون على المنازعات المعروضة عليها[١٣] .

الفرع الثالث : موازنة مبدأ المشروعية

إن التزام الإدارة فيما تباشره من أعمال وهي تحت مظلة القانون يؤدي حتماً ودون أدنى شك إلى نتائج ايجابية في مجال حقوق الأفراد وحرياتهم أي إن هذا الالتزام يمنع الإدارة من التعسف في علاقاتها بالأفراد ويجعلها دوماً تعمل في أطار القانون.

إلا أنها وفي بعض الأحيان تتحرر في تصرفاتها وتتخذ قراراتها دون ضغط القواعد القانونية وذلك لأنها تتمتع بسلطة تقديرية بحيث تخرج عن أحكام القانون في الظروف الاستثنائية ذلك لان التزام الإدارة بمبدأ المشروعية قد يؤدي إلى عرقلة النشاط الإداري والتضحية بالصالح العام من اجل الصالح الفردي أو الخاص بل يجب إن يترك للإدارة قسط من الحرية في العمل تضمن به سير المرافق العامة بانتظام واضطراب ويبعدها عن أعمال النمطية والروتين ليبعث روح التطور والابتكار وهذه كلها تعود إلى صالح الأفراد أنفسهم[١٤].

ومع ذلك يقرر القضاء مشروعية هذا الخروج من مبدأ المشروعية الذي يجب احترامه والالتزام به إلا إنها في تلك الظروف لا تصدر قرارات لا تخضع لرقابة القضاء بكل صورها ومظاهرها وهذا يظهر بصورة جلية في أعمال السيادة[١٥].

أولا : نظرية الظروف الاستثنائية

ما من مجتمع في العالم إلا ويمر خلال مراحل تطوره بفترات عصبية تسيرها ظروف استثنائية أو غير عادية مثل الفيضانات أو الزلازل أو البراكين أو الأوبئة ..الخ، وغالباً ما وجدت القواعد القانونية السائدة لتسيير الدولة في الظروف العادية إلا أنها تقف عاجزة وصماء أمام الظروف الاستثنائية ومن هنا لابد للإدارة إن تجد الحلول أمام هذه الظروف فلا يمكن أن تقف مكتوفة الأيدي ومن هنا وجدت نظرية الظروف الاستثنائية.

أ - شروط نظرية الظروف الاستثنائية

- وجود ظرف استثنائي :أي وجود حالة واقعية تشكل خطر يهدد قيام الإدارة بوظائفها سواء تمثل ذلك في إدارة المرافق العامة أو المحافظة على النظام العام في الدولة فالظرف الاستثنائي لا يتمثل بحالة الحرب فقط بل يمتد إلى كل أزمة كالتهديد العام للسلطات اضراب عام يوقف مرفق عام والظرف يكون حال وشيك الوقوع أما إذا تحقق وانتهى فلا يكون ظرفاً استثنائياً.
- صعوبة مواجهة الظروف بالوسائل العادية :أي إن الإدارة تكون مضطرة إلى الخروج على قواعد المشروعية والاضطرار هنا لا يستوجب وجود الاستحالة المطلقة بل يكفي وجود الصعوبة الشديدة بالتعرف طبقاً لمبدأ المشروعية العادية حيث يكتفي القضاء الإداري بمجرد وجود الخطر المحتمل الوقوع على نحو وشيك دون تحقق حالات القوة القاهرة فعدم إمكانية التصرف تندرج في حد أدنى وأقصى حيث إن الحد الأدنى يمثل الصعوبة البالغة في التصرف أما الأقصى فيكون في استحالة التصرف وفقاً لهذه القواعد(١٦) .
- تناسب الأجراء المتخذ مع الظرف الاستثنائي :لا يجوز للادارة إن تتصرف الا بالقدر الذي يميله الظرف فلا يضحى بمصالح الأفراد في

سبيل المصلحة العامة الا بقدر ما تقتضيه الضرورة فعليها أي الإدارة إن تراعى الحد من الحذر وتختار انسب الوسائل وأقلها اضراراً بالأفراد.

- انتهاء سلطة الإدارة الاستثنائية بانهاء الظرف الأخير أي إذا انتهى الظرف الاستثنائي توجب على الإدارة اتباع قواعد المشروعية العادية[١٧].

ب - رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية

إن أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية وما قامت به من استثناءات من مبدأ المشروعية ليس بحصن من الرقابة القضائية وإنما تخضع في ذلك لرقابة القضاء الذي يرى فيها اذا كانت اركان الضرورة متوافرة فتكون الرقابة القضائية هنا أولاً على عنصر السبب أي التحقق من مبدأ الظرف الاستثنائي والتأكد من صحة الحالة الواقعية إلى دفعت الإدارة إلى استخدام سلطاتها الاستثنائية وتنصب الرقابة على تحقق مدى تناسب الأجراء المتخذ والظرف الاستثنائي كما تنصب الرقابة على عنصر الغاية في القرار الصادر في الظروف الاستثنائية وبعكسه أي في الظروف العادية أي إن تخضع قرارات الإدارة في الظروف الاستثنائية إلى مبدأ تخصيص الهدف[١٨].

ثانيا: أعمال السيادة.

أ. تعرف أعمال السيادة بأنها طائفة من الأعمال التي تمارسها السلطة التنفيذية ولا تخضع هذه الأعمال لرقابة القضاء سواء أكان القضاء الإداري أم العادي، وهي لا تكون محلاً للطعن بألالغاء أو التعويض ولا حتى وقف التنفيذ أي إن نظرية أعمال السيادة تمثل خروجاً صريحاً على مبدأ المشروعية.

ب. مصدر أعمال السيادة:

تعد نظرية أعمال السيادة نظرية قضائية من خلق مجلس الدولة الفرنسي لأسباب تاريخية تعود الى النظام الملكي الجديد الذي جاء بعد سقوط

نابليون الذي عمل على إنهاء وجود هذا المجلس بنهج سياسة يهدف بها الى عدم الاصطدام بنظام الحكم للحفاظ على بقائه لذا إن فكرة أعمال السيادة التي وجدت فيها الحكومة اساساً لتحصين بعض أعمالها من الرقابة القضائية بحيث تكون بمنائ عن أي طعن بألالغاء أو التعويض[١٩].

ج. معيار تمييز أعمال السيادة:

إن سلطة الإدارة تصدر أعمالاً غير أعمال السيادة وهي خاضعة بطبيعة الحال إلى رقابة القضاء الإداري سواء بالتعويض أو الالغاء إلا أن المعيار الذي يميز هذه الأعمال عن أعمال السيادة فهي ثلاث معايير.

١- معيارالباعث السياسي:

المعيار الأول الذي اعتمده الفقه والفقهاء الإداري الفرنسي لتحديد أعمال السيادة وتبعاً له يعتبر العمل الذي قامت به الحكومة عملاً من أعمال السيادة إذا كان الباعث عليه سياسياً وإن كان غير ذلك يعتبر العمل إدارياً وبالتالي يخضع لرقابة القضاء ويكون قابلاً للطعن بالإلغاء أو التعويض ومفهوم الباعث السياسي يتمثل في كل عمل يقصد به حماية الجماعة في ذاتها متمثلة في شخص الحكومة ضد اعدائها في الداخل والخارج ولقد وجه الفقهاء النقد لهذا المعيار بكونه غير محدد وغير مرن مما ادى الى هجره[٢٠].

٢- معيارطبيعة العمل الذاتية-:

ومؤدى هذا المعيار هو النظر في طبيعة أعمال السلطة التنفيذية وما إذا كانت من أعمال السيادة أو أعمال الإدارية، النظر الى العمل في ذاته وموضوعه دون اعتداء بالدافع أو الباعث فهناك أعمال تعد بحكم موضوعها أعمال ذات سيادة وأخرى لا تعد طبقاً لنظر أنصار هذا المعيار سوى أعمال إدارية فأعمال السيادة هي تلك التي تتعلق بالمسائل السياسية المؤثرة في

مستقبل الدولة كإعلان الحرب والانضمام الى حلف .

وتعرض هذا المفهوم إلى النقد اللاذع كونه يحمل قدر كبير من الغموض فلا يمكن وضع حد فاصل بين الأعمال الحكومية والأعمال الإدارية[٢١].

٣- معيار القائمة القضائية:

نظراً إلى عدم كفاية المعيارين السابقين ذهب اتجاه من الفقه إلى الأحكام القضائية لإستقرائها وذلك من أجل معرفة أعمال السيادة واستطاع أن يضع قائمة بتلك الأعمال وهي عبارة عن تجميع الأحكام القضائية الخاصة بأعمال السيادة وتصنيفها في مجموعات محددة على سبيل الحصر ولكن هذا التحديد يصطدم بالتحديد في أعمال القضاء الإداري وتبعاً لتغير الظروف والأحوال لذلك فالقائمة القضائية خاضعة للتطور المستمر وتتمثل بالمجاميع المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان والأعمال التي تتصل بالظروف الخارجية المجموعة الثالثة أعمال المتعلقة بشؤون الحرب الأعمال الخاصة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي[٢٢] ومن المتعارف عليه القرارات التي يضعها رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية تكون بمنائ من الرقابة القضائية.

ومن وجهة نظرنا إن معيار العمل الذاتية هو المعيار الواجب الاتباع وهو المعيار الذي يتلائم واسناد هذه المهمة للقضاء إذ يستطيع القاضي عن طريق هذا المعيار وبحكم تكوينه القانوني ونظرته المجردة للامور إن يعتبر عمل ما على إنه من أعمال السيادة أو ليس كذلك.

المبحث الثاني

حدود السلطة التقديرية

استقر الفكر القانوني إن الإدارة تتطلع دائماً بمهام وأنشطة مختلفة مثل تسيير المرافق العامة حماية الأمن العام وهي بهذه الوظيفة لا بد من أن تفرغ

أرادتها عن طريق أعمالها القانونية المتمثلة بالعقود أو القرارات الادارية و في حدود سلطاتها الممنوحة لها سواء أكانت سلطات مقيدة و محددة لها سلفاً بحيث لا يجوز لها تجاوزها أو سلطات تقديرية وإن الميدان الرحب للسلطة التقديرية للإدارة ينصب في مجال القرارات الادارية .حيث إن الإدارة ليست آله صماء أو جهاز حاسوب يعتمد على ما يرفد به من معلومات لتظهر لنا النتائج الحسابية فيما بعد إلا أن الإدارة مجموعة من البشر يعملون بأسمها و لحسابها و يعبرون عن إرادتها[٢٣] .

وإن ميدان السلطة التقديرية للإدارة ومجالها يتمثل في القرار الإداري[٢٤] وأركانه وهذا ما سنتعرف عليه في هذا المبحث لنرى مدى إمكانية التقيد أو التقدير فيه.

المطلب الأول

ركن الاختصاص في القرار الإداري

تتطلب فاعلية الإدارة العامة وحسن التنظيم فيها القائم على توزيع الأعمال بين الهيئتان والموظفين كل حسب مؤهلاته وكفاءته وموقعه ويراد بالاختصاص المكنه أو الصلاحية التي يمنحها القانون لهيئة عامة أو موظف عام للقيام بعمل من الأعمال القانونية ولا مجال لاي تقدير أو اجتهاد فيها فالمشرع هنا هو الذي حدد اختصاص الهيئة الادارية أو الموظف العام ولا مجال للخروج عليه[٢٥] .

وبالتالي ليس هناك أي مجال للسلطة التقديرية للإدارة في ركن الاختصاص في القرار الاداري أي يجب أن يتخذ الاخير من قبل الموظف المختص و في الزمان المحدد له في المواضيع المحددة له سلفاًويفرض القضاء رقابة حادة على ركن الاختصاص في القرار الإداري.

ويميز الفقه عادة بين صورتين لعيب عدم الاختصاص وذلك بالنظر إلى

جسامة ذلك العيب.

أولا : عيب عدم الاختصاص البسيط .

ويتكون إذا تمت مخالفة قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية التي تباشرها السلطة التنفيذية و قد يكون عيب عدم الاختصاص سلبياً اذا ما امتنعت الإدارة عن اتخاذ القرارات الإدارية أو السلطات المحددة لها مسبقاً وقد يقوم عيب عدم الاختصاص ايجابياً اذا ما قامت جهة إدارية عن اتخاذ أعمال قانونية أو قرارات إدارية جعلها القانون من اختصاص جهة إدارية أخرى[٢٦] .

وعيب عدم الاختصاص الإيجابي قد يكون موضوعي ويراد به تجاوز أحد أعضاء السلطة الإدارية للموضوعات التي أتاحها به القانون أي تجاوز سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية موازية لها أو يتجاوز سلطة إدارية أدنى على اختصاص سلطة أعلى أو بالعكس وقد يكون عيب عدم الاختصاص الإيجابي زمني ويتمثل بمباشرة الموظف للاختصاصات المتاحة له في غير الاوقات المحددة لها وقد يكون عيب عدم الاختصاص مكاني .يتمثل بإتخاذ القرار الإداري في غير المكان المحدد له مثال ذلك، سلطة المحافظين الذين تنحصر سلطاتهم في حدود محافظاتهم فقط[٢٧] .

ثانيا : عيب عدم الاختصاص الجسيم.

وهو ما يُعرف أيضاً بإغتصاب السلطة ويترتب عليه أن يصبح القرار المعيب باطلاً بطلاناً مطلقاً وبالتالي يعد قراراً معدوماً لا أثر له ومن حالات إغتصاب السلطة او عيب عدم الاختصاص الجسيم.

- صدور القرار من شخص لايتصف بصفة الموظف العام ومثال ذلك صدور القرار من شخص لم يعين في الوظيفة العامة أو عين بموجب قرار أو تعيين غير صحيح قانوني.
- الاعتداء على اختصاص السلطتين التشريعية أو القضائية .وتتمثل هذه

الحالة باتخاذ رجل الإدارة لقرارات تدخل في اختصاصات السلطتين أعلاه وهنا يكون القرار معدوماً لا أثر له[٢٨] .

وإن الذي يميز عيب عدم الاختصاص البسيط عن الجسيم من حيث الآثار القانونية هو كون عيب عدم الاختصاص الجسيم يعدم القرار الإداري ويجعله كأنه لم يكن ام البسيط فيكون عرضه للالغاء من قبل القاضي المختص في حالة الطعن به[٢٩] .

المطلب الثاني

ركن السبب في القرار الإداري

يعرف السبب في القرار الإداري :بأنه مجموعة من العناصر الموضوعية القانونية والواقعية التي يقوم عليها الظرف وتكون مستقلة عن المشاعر النفسية والذاتية لمن يصدر عنه القرار أو التصرف القانون.

ويختلف السبب من حيث السلطة التقديرية للإدارة بإختلاف فيما إذا كانت الاسباب المسند عليها في القرارات الإدارية أسباب قانونية أم واقعية فإذا كانت الاسباب قانونية فهنا على الإدارة الالتزام بها ولا يجوز لها الخروج عليها فهنا تكون أمام صورة جلية للسلطة التقديرية فإذا ما الزم المشرع توافر شروط محددة لمنح تراخيص معينة فوجب على الإدارة أن تمنح هذه التراخيص عند توافر الشروط وإن كانت الاسباب واقعية أي إذا ما تخلى المشرع عن فرض قيود أو شروط محددة على الإدارة تجاه تصرف معين يجب إن تكون حر في اختيار أي من الاسباب التي تبرر تدخلها[٣٠] .

المطلب الثالث

ركن الشكل والاجراءات في القرار الإداري

إذ إن القرار الإداري الذي يمثل إفصاحاً عن إرادة الإدارة لإنشاء آثار

قانونية جديدة أو تغير بأوضاع قانونية قائمة فلا بد من أن يكون ذلك الإفصاح بشكل معين يسهل على المخاطبين به التعرف عليه وهذا ما تعرف بقواعد الشكل والإجراءات وإحترام هذه القواعد ضرورية لصحة القرار الإداري والا كان معيباً بعيب الشكل[٣١] .

فقد ألزم المشرع العراقي بالتحقق مع الموظف واصدار العقوبة الانضباطية كتابة[٣٢] .

ويلاحظ إنه في سبيل حماية الأفراد بتعبير إن الإدارة قد أعلنت عن إرادتها حتى لو التزمت الصمت[٣٣] .

أما الاجراءات فهو خطوات تسبق اتخاذ القرار وهذه لها أهمية كبيرة لحمايته من التسرع وانسياقه وراء عواطف أو هو وهذا ما يتمثل بسلسلة المراجع التي يمر بها القرار الإداري من حيث إعداده من قبل الموظف المختص حتى توقيعه وإصداره بشكله النهائي.

ومن كل ما تقدم يتضح أنه إذا ما الزم المشرع الإدارة اتباع شكليات معينة في القرار الإداري فهنا تكون أمام سلطة تقديرية للإدارة ولا يجوز لها الخروج عليها وإلا كانت قرارات الإدارة معيبة بعيب الشكل.

أما اذا لم يلزم المشرع الإدارة بإتباع شكلية معينة بل ترك لها حرية الافصاح عن إرادتها فهنا تكون أمام سلطة تقديرية للادارة.

المطلب الرابع

ركن المحل في القرار الإداري

إن المحل في القرار الإداري يمثل الاثر المترتب على القرار الإداري أي ما يستنتج عنه من آثار قانونية والمتمثلة بالمراكز القانونية الناشئة نتيجة القرار الإداري أو التغير في تلك المراكز القانونية والآثار القانونية المترتبة على إرادة الإدارة تختلف فيما إذا كانت تنشيء أو تعديل حالة قانونية عامة وموضوعية

وهذا ما يعرف بقراراتها اللائحية أو أن تنشأ أو تغير مراكز فردية خاصة بأفراد معينين أو فرد وهذه هي القرارات الفردية[٣٤] .

وإن السلطة التقديرية للإدارة تظهر بصورة جلية وماثلة للعيان في ركن المحل وذلك بتخيير الإدارة بين عدة حلول فيختار التغيير الذي يراه مناسباً في ظل الظروف التي تستوجبه لإتخاذ القرار والصورة الجلية لذلك هو في مجال القرارات التأديبية حيث خولت الإدارة سلطة تقديرية في هذا المجال من حيث اختيار العقوبة التي تراها مناسبة بالنسبة للفعل المرتكب من قبل الموظف[٣٥] فالقاضي في مجال التأديب صحة قيام السبب وصحة تكييفه القانوني ولا ينظر الى ملائمة العقوبة التأديبية إلا إذا لاحظ عدم ملائمة بُينة وواضحة فهنا يحكم بإلغاء العقوبة وهنا تفقد السلطة التقديرية للإدارة في مجال التأديب[٣٦] .

وإن قيد المشرع الإدارة من حيث المحل بأن أوجب عليها أن تتخذ إجراءاً محدداً دون غيرة فهنا تكون أمام سلطة مقيدة للإدارة وفي حالة مخالفتها لهذا الأثر القانوني أو المحل للقرار الإداري فهنا تكون قراراتها مشوبة بعيب مخالفة القانون .ويتخذ الأخير ثلاثة صور:

أولا :مخالفة نصوص القوانين

وذلك بأن تتخذ الإدارة قراراً يتنافى في مضمونه أو محله مع مضمون القوانين واللوائح مثال ذلك بأن تحرم موظف استوفى شروط الترقية إلى درجة أعلى وتتخذ قرار يزعم بعدم أحقية هذا الموظف بالترقية أو أن تتجاهل ذلك أو قد تكون صور تجاهل أو امتناع غير عمدي كأن تتخذ الإدارة قراراً في خصوص ما دون أن تتنبه إلى أن قانون جديد قد صدر بقيد الإدارة بإتخاذ القرارات بقيود جديد.

ثانيا :الخطأ في تفسير القاعدة القانونية

وهذه الحالة تظهر بصورة واضحة عندما تكون النصوص القانونية غامضة

بأن تعطي الإدارة تفسيراً لهذه النصوص بتعابير القصد الحقيقي للمشرع وتكون بسوء نية من قبل الإدارة إذا كانت القاعدة القانونية واضحة وجلية واتخذت الإدارة قرارات تخالف هذه القاعدة الجلية[٣٧] .

ثالثا :الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية

وهنا تظهر الحالة عندما تخطأ الإدارة في تطبيقها للقواعد القانونية على الوقائع المادية والقانونية التي يقوم عليها القرار الإداري أي أن تطبيق القاعدة القانونية على حالة غير الحالة التي قصدها المشرع وإن مخالفة الإدارة للقانون يؤدي الى بطلان القرارات الصادرة عنها وقد يكون البطلان هنا نسبياً إذا ما كانت المخالفة يسيرة أي أن يحتفظ القرار الإداري بمقوماته ويكون قابلاً للطعن به بالإلغاء.

وقد يكون البطلان مطلقاً كان يكون في الظروف الاستثنائية حق لرئيس الجمهورية فرض الحراسة على الشركات والمؤسسات ولكن تكون الحراسة قد فرضت على شخص ما فهنا يكون القرار معدوماً[٣٨] .

المطلب الخامس

ركن الغرض والغاية في القرار الإداري

إن الغرض أو الغاية في القرار الإداري هي المحصلة النهائية التي يهدف رجل الإدارة إلى تحقيقها وهو أي الغرض يعرف كذلك بأنه النتيجة النهائية من وراء القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة فالقرار الإداري الذي يتخذ بتعيين موظف في وظيفة عامة يهدف من ورائها حسن سير المرافق العامة والقرار الذي يتخذ بمنح راتب الرعاية الاجتماعية هو تحاشي الأخطار الاجتماعية التي يمكن أن يتعرض لها المستفيدون من هذا القرار[٣٩] .

وإن الإدارة ملزمة في جميع القرارات التي تتخذها أن تهدف من وراءها تحقيق الصالح العام أو النفع العام وإذا ما خرج مصدر القرار عن هذا الهدف

فقد يعاب هذا القرار بعيب الانحراف بإستخدام السلطة.

ويعرف هذا العيب بأن يسعى مصدر القرار من وراءه غير الهدف الذي حدده له القانون سلفاً ذلك لأن القانون وإن لم يحدد غرض أو هدف مسبقاً فسيجب على رجل الإدارة أن يسعى دائماً إلى تحقيق النفع أو الصالح العام[٤٠] .

يتسم عيب انحراف استخدام السلطة بأنه لا يتعلق بأمر مادي أو موضوعي وإنما يتعلق ببواعث مصدر القرار وهنا تكمن خطورته فقد يكون القرار الإداري سليماً من كل عناصره وإجراءاته إلا إن مصدره لا يسعى من اتخاذه الصالح العام وهنا يكون القاضي أمام مهمة شاقة وعسيرة الاثبات وان القاضي الإداري لا يلجأ الى التحري عن هذا العيب إلا بعد التأكد إن القرار الإداري خالي وعدم توافر فيه بقية العيوب هذا بالإضافة إلى إن متخذ القرار يجب أن يكون قصده عمدي أي تعمد بالوصول إلى نتائج وأهداف غير التي أمر بها القانون فضلاً عن ان إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها تتجسد في القرار الإداري ذاته لا في وقائع خارجة عنه[٤١] .

ومما تقدم يتضح إنه لا مجال للسلطة التقديرية في ركن الغرض في القرار الإداري فالإدارة وفي جميع الأحوال يجب أن تسعى إلى تحقيق النفع والصالح العام .أي إن أساس نظرية الانحراف بالسلطة وتحديد غرض العمل الإداري هو عمل المشرع لا رجل الإدارة وهو بذلك يدخل في مجال السلطة المقيدة لا السلطة التقديرية[٤٢] .

قد يتخذ هذا العيب الصور الأتية :

مجانبة المصلحة العامة :أي أن يتخذ رجل الإدارة قراراً يسعى من وراءه تحقيق هدف أو أهداف غير الصالح العام مثال ذلك استخدام السلطة بقصد الانتقام الشخصي أو استخدام السلطة لتحقيق النفع الشخصي لمصدر القرار أو استخدام السلطة لمحاباة الغير مثال ذلك صدور قرار بنقل موظف ما و إن

الغاية منه ليس المصلحة العامة بل استفادة شخص آخر وهو الذي سيحل محل الموظف المنقول في وظيفة أو استخدام السلطة لغاية حزبية أو سياسية[٤٣] .

ولعل إن الصورة الأخيرة تظهر بصورة ماثلة للعيان في المرحلة التي يمر بها العراق وذلك بأن أي حزب أو كتلة سياسية تتسلم السلطة فإن مصلحة أحزابهم المنتمون اليها تقع في قمة الهرم ويسعون إلى تحقيقها.

- مجانبة تخصيص الأهداف :فلا يكفي أن يهدف القرار الإداري تحقيق الصالح العام بل يجب أن يحقق الهدف الذي حدده له القانون ومثال ذلك سلطات الضبط الإداري فمثلاً غاياتها بأنها محددة بالأمن العام ـ الصحة العامة ـ السكينة العامة ـ الآداب العامة ـ فالإدارة تكون ملزمة بتحقيق تلك الأهداف والغايات وإلا كانت قراراتها معيبة بعيب الانحراف باستخدام السلطة.
- مجانبة الإجراءات الإدارية واجبة الاتباع :مثال ذلك أن تباشر الإدارة سلطاتها واختصاصاتها وتجنب كثير من الإجراءات الإدارية التي نرى أنها تتسم بشيء من الدقة والطول أو أنها تحوي على ضمانات فردية مستخدمة إجراءات أخرى بغية الوصول إلى الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها مثال ذلك ان تلجئ الإدارة إلى الإستيلاء المؤقت بدلاً من نزع الملكية للمنفعة العامة أو في مجال التأديب حيث يتضح إن الإدارة قد خرجت عن الطريق الذي رسمه لها القانون وتبع أساليب أخرى فهنا يعاب قرارها بعيب الانحراف في استخدام السلطة[٤٤] .

المبحث الثالث

موقف القضء الإداري من السلطة التقديرية للإدارة

إن السلطة التقديرية للإدارة تتميز بحريتها في التصرف وهي تمارس اختصاصاتها القانونية بحيث تستطيع إتخاذ القرار الإداري من عدمه إلا أن

سلطتها هذهِ لا تكون محصنة من الرقابة القضائية عليها بل تخضع لها وذلك بحكم تطور نشاطات الدولة والاهتمام الكبير بحقوق الإنسان وضماناتها مما أدى الى تطور مفهوم المرفق العام وتوسيعه كل ذلك حذا بالقضاء الإداري إلى بسط رقابته على أعمال السلطة التقديرية للإدارة بغيت عدم التعسف في استعمال سلطاتها.

فبعد أن كانت نظرية الأعمال التقديرية للإدارة في مطلع القرن العشرين غير خاضعة لرقابة القضاء الإداري باعتبارها استثناء من مبدأ المشروعية إلا أنه أي القضاء الإداري خطى في النصف الثاني من القرن العشرين خطوات واسعة لبسط رقابته على القرارات الداخلة في المجال المتروك لتقدير الإدارة(٤٥).

وسيقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

الاول: موقف القضاء الإداري الفرنسي والمصري من السلطة التقديرية للإدارة.

الثاني: موقف القضاء الإداري العراقي 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 1961الا 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[٤٦] .

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 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 ـ 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[٤٧] و إن القضاء الرحب لهذا التطبيق يجد مجاله في مجال السلطة التأديبية للإدارة ومثال ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في (25/6/1983) 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[٤٨] .

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[٤٩] .

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[٥٠] .

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[٥١] .

أولا :الامتناع عن مراقبة السلطة التقديرية

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 قانوني صريح 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(٥٢) .

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) .

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[٥٥] .

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[٥٦] 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[٥٧] .

وعليه فأذا ما ثار السؤال هل إن القرار السلبي يخضع لرقابة القضاء؟

فإن المادة (95/1) 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[٥٨] .

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

الخاتمة :

لا نريد في الخاتمة التكرار لما ورد في صفحات البحث ولكن يجب ان تعرض النتائج التي تم التوصل اليها في هذا البحث واهم هذه النتائج.

١. وان اختلفت تعاريف المشروعية ومصادرها الا انها تعني ضرورة احترام القانون وسيادة حكم القانون.
٢. لا يوجد تصرف او قرار للادارة مقيدة في كل عناصره او تقديرية في كل هذه العناصر وكل قرار اداري يدور بين التقيد والتقرير.
٣. الاختصاص يجب ان يمارس من قبل الهيئة او الشخص الذي تحدده القواعد القانونية المعدة سلفاً في هذاالشأن والتي لا يكون للادارة في خصوصها اي مجال للتقدير.
٤. على الادارة ان تلتزم عند مباشرة سلطاتها في اصدار القرارات الادارية الشكل الذي يحددة القانون لهذا الغرض.
٥. ان السلطة التقديرية تبرز بشكل كبير في عنصر السبب والمحل اما بالنسبة الى الغاية والهدف فهو الجمع بين السلطتين فهو مقيد اذا حدد هدف الادارة وتقديري اذا لم يكن لها هدفا معنيا وانما نبتغي المصلحة العامة.
٦. اتساع نطاق السطة التقديرية في الوقت الحاضر في ضوء اتساع نشاط الادارة وسلطاتها وصلاحياتها.

٧. ان السلطة التقديرية ترتبط اساساً بالقيود التي يضعها القضاء الإداري على نشاط الادارة بصدد رقابته لهذاالنشاط.

٨. لقد اعترفت الشريعة الاسلامية بالسلطة التقديرية من خلال تقسيمها لتكالف الحكم الشرعي وايرادها الفعل المباح والذي يعني التخيير بين الفعل والترك بحبث لايذم تاركه ولا يمدح فاعله.

٩. وفي الختام سواء اكانت سلطة الادارة مقيدة او تقديرية فانها لا تخرج من قواعد المشروعية وسيادة القانون والذي يجب على الادارة احترامه وعدم الخروج عنه في تصرفاتها.

الهوامش

(١) المعجم الوسيط ج١-١٩٦٠-ص٣٧٩-٤٤١

(٢) سورة سبأ / اية ١١

(٣) سورة النساء / أية ١٦

(٤) قانون العقوبات العراقي رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩.

(٥) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي/السلطة التقديرية للادارة والرقابة الادارية/المطبعة العالمية / ١٩٧١ ص١.

(٦) 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 من١٩-٢٣ مارس آذار القاهرة ٢٠٠٦ ص٢

(٧) الدكتور بكر القباني/ محمد عاطف البنا / الرقابة القضائية لأعمال الإدارة-- المجلد الأول – الطبعة الأولى – مكتبة القاهرة الحديثة – ١٩٧٠ – ص٥٨

(٨) د.عصام عبد الوهاب البر زنجي – مصدر سابق ص٥

(٩) أ.د رمضان محمد بطيخ مصدر سابق ص٤.

(١٠) سورة النور / الآية ٣٣

(١١) أ.د.العبد خليل ابو عيد - مباحث في أصول الفقه الإسلامي – دار الفرقان الأردن- ١٩٨٣- ص٥٥ – وما بعدها

(١٢) سورة المائدة /الآية ٤٨

(١٣) د.جورج سعد – القضاء الإداري والمنازعات الإدارية - مطبعة بيروت ط ١ – سنة ٢٠٠٦ – ص٩٥

(١٤) د.محمد كامل ليله – مبادئ القانون الإداري – الكتاب الأول - مقدمة القانون الإداري – مطبعة بيروت ١٩٦٨ ص١٠٩ – وكذلك محاضرات للدكتور غازي فيصل مهدي. في القضاء الإداري ألقيت على طلبة المرحلة الثالثة في كلية مدينة العلم الجامعية سنة ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩

(١٥) د.محمد علي جواد – القضاء الإداري – مطبعة بغداد – ط ٢ ص٤٩ انظر كذلك د.عصام عبد الوهاب البر زنجي وعلي البدري ومهدي السلامي وآخرون – مبادئ وإحكام القانون الإداري توزيع المكتبة القانونية – بغداد شارع المتنبي – ١٩٩٣ ص٥١٢

(١٦) د. محمد علي جواد – مصدر سابق – ص٥٠

(١٧) أ.د. رمضان محمد بطيخ – مصدر سابق – ص٢٧

(١٨) أ.د. محمد علي جواد – مصدر سابق ص ٥١

(١٩) د. جورج سعد – مصدر سابق – ص ٩٨

(٢٠) د. محمد علي جواد – مصدر سابق – ص ٥٢

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

(٢٢) أ.د. ماهر صالح علاوي الجبوري – إدارة الإدارة العامة وطرق التعبير عنها – بحث منشور في مجلة تكريت للعلوم الإنسانية ٢٠٠٦

(٢٣) الذي عرفه العميد – دوكي – بأنه (كل عمل إداري يتدخل قصداً لإحداث تعديل في الأوضاع القانونية الموجودة في لحظة اتخاذه أو التي موجودة في لحظة مستقبلية)

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

(٢٥) د. عصام عبد الوهاب البر زنجي وآخرون – مصدر سابق – ص ٤٢٠ وما بعدها

(٢٦) أ.د. رمضان محمد بطيخ – أوجه إلغاء القرار الإداري في إطار السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة – بحث منشور في مجلة تطوير العلاقة بين الإداريين والقانونيين – المنظمة العربية للتنمية الإدارية المنعقد من ١٩-٢٣ مارس اذار – القاهرة – ٢٠٠٦ ص ٦.

(٢٧) أ.د. رمضان محمد بطيخ – أوجه إلغاء القرار الإداري في إطار السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة – مصدر سابق ص ٨.

(٢٨) أ.د. ماهر صالح علاوي الجبوري – حدود السلطة التقديرية – مصدر سابق – ص٥

(٢٩) د. عصام عبد الوهاب البر زنجي – مصدر سابق – ص ٢٣٥.

(٣٠) أ.د. رمضان محمد بطيخ – أوجه إلغاء القرار الإداري – مصدر سابق – ص ٢٦.

(٣١) د. عصام عبد الوهاب البر زنجي وآخرون – مصدر سابق – ص ٣٢٨.- ٣١

(٣٢) انظر المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

(٣٣) حيث أوجبت المادة (١٤) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل (بأن يكون الموظف عند أول تعيينه تحت التجربة لمدة سنة واحدة في خدمة فعله ويجب إصدار أمر تثبيته في درجته إذا ما تأكدت كفاءته والا فتمدد تجربته ستة أشهر اخرى فأنتهاء السنة الفعلية الأولى دون افصاح الإدارة عن كفاءة الموظف من عدمها تكون بمثابة قرينه على كونه مثبت بحكم القانون بوظيفته المعين فيها – انظر في هذا الموضوع – هناء عباس كاظم. وضع الموظف تحت التجربة – دراسة مقارنة رسالة ماجستير – جامعة النهرين – ٢٠٠٣ – ص ٦٣ -٦٤.

(٢٤) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي – مصدر سابق – ص ٣٥٩ وما بعدها.

(٣٥) انظر في هذا المجال المادة (٨) من قانون انظباط موظفي والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل من حيث تخيير الإدارة بين عدة عقوبات انضباطية بإمكانها فرضها على الموظف في ضوء تقديرها مدى الخطأ المرتكب من قبله.

(٣٦) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي – مصدر سابق – ص ٤٦٥.

(٣٧) أ.د رمضان محمد بطيخ – أوجه الغاء القرار الإداري – مصدر سابق – ص (١٥-١٦)

(٣٨) أ.د. عصام عبد البرزنجي وآخرون – مصدر سابق – ص ٤٣٩

وانظر كذلك د.عصام عبد الوهاب البرزنجي – مصدر سابق – ص ٤٧٠ وما بعدها .

(٣٩) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي – مصدر سابق – ص ٤٤٠.- ٣٩

(٤٠) أ.د. رمضان محمد بطيخ – أوجه إلغاء القرار الإداري – مصدر سابق – ص ١٨.

(٤١) أ.د. رمضان محمد بطيخ – أوجه إلغاء القرار الإداري – مصدر سابق – ص١٩.

(٤٢) د. سليمان محمد الطماوي- نظرية التعسف في استعمال السلطة – ط٢ – ١٩٦٦ – ص٧٣.

(٤٣) د. سليمان محمد الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الإداري – قضاء الإلغاء – طبعة ١٩٧٦ – ص ٧٩٦.

(٤٤)أ.د. رمضان محمد بطيخ – أوجه إلغاء القرار الإداري – مصدر سابق – ص ٢٣.

(٤٥) د. سعاد الشرقاوي – الوجيز في القضاء الإداري – الجزء الأول – مبدأ المشروعية – مجلس الدولة – دار النهضة العربية – ١٩٨١ – ص ٩٦.

(٤٦) أ.د. ماهر صالح علاوي الجبوري – حدود السلطة التقديرية – مصدر سابق – ص (٩-١٠).

(٤٧) أ.د. ماهر صالح علاوي الجبوري/مصدر سابق/ص١٠.

(٤٨) الحكم نقلاً عن الأستاذ الدكتور أحمد عبد اللطيف إبراهيم – مبدأ المشروعية والسلطة التقديرية للإدارة – بحث منشور في مجلة تطوير العلاقة بين القانونيين والإداريين – المنظمة العربية للتنمية الإدارية المنعقد من ١٩٠٢٣ مارس آذار – القاهرة ٢٠٠٦ – ص٥

(٤٩) د. سلمان محمد الطماوي – الوجيز في القضاء الإداري – مصدر سابق – ص ٧٨.

(٥٠) أ.د. ماهر صالح علاوي الجبوري – حدود السلطة التقديرية – مصدر سابق – ص ٢٣.

(٥١) د. غازي فيصل مهدي – موقف القضاء الإداري العراقي من السلطة التقديرية للإدارة – بحث منشور في مجلة دراسات قانونية – العدد الأول – السنة الرابعة – ٢٠٠٢ – ص ٧٣.

(٥٢) انظر قرار مجلس الانضباط العام رقم (١٩٧٢/٧١) في (١٩٧٢/٥/٢٠) نقلاً عن د. غازي فيصل مهدي – مصدر سابق – ص ٧٤.

(٥٣) انظر قرار مجلس الانضباط العام (١/٢٧/ عدليه / ٨٤ – ٨٥) في (١٩٨٥/٣/٣١) منشور في مجموعة الأحكام العدلية عدد ١ و ٢ – ١٩٨٥ – ص ١٤٢.

(٥٤) اعتمد مبدأ التقرير السري الذي تعده الدائرة التي ينتمي لها الموظف كأسلوب لتقدير كفاءة الموظف للترفيع ويحتوي على حقول حول كفاءة الموظف وتصرفاته من مدة سنة وشعوره بالمسؤولية ومحافظته على أوقات الدوام الرسمي وهل يصلح للوظيفة الحالية وأن يتولى وظيفة أعلى..

(٥٥) انظر قرار مجلس الانضباط العام رقم (٢٤/انضباط/تمييز/٢٠٠٦) والمتضمن إن مدير أقدم في مصرف العراق فرع الكرادة تم نقلها إلى قسم الرقابة في والتدقيق في الإدارة العامة للمصرف ومن ثم إلى دائرة التقاعد العامة وكان النقل بناءً على مقتضيات العمل – وهو غير منشور.

(٥٦) أ.د. ماهر صالح علاوي الجبوري – القرار الإداري – بغداد -١٩٩١ – ص ١٦.

(٥٧) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - القضاء الإداري - منشأه المعارف بالإسكندرية - ١٩٩٦ - ٥٦٢.

(٥٨) قرار مجلس الانضباط العام رقم (١٩٧٢/٥٣) في ١٩٧٢/٤/٢٢ نقلاً عن د. غازي فيصل مهدي موقف القضاء الإداري العراقي – مصدر سابق – ص ٧٧.

المصادر

أ- الكتب

١- القرآن الكريم

٢- أ. د العبد خليل ابو عبيد- مباحث في اصول الفقه الاسلامي دار الفرقان – الاردن- ١٩٨٣.

٣- المعجم الوسيط- الجزء الاول- ١٩٦٠.

٤- د.بكر قباني/محمد عاطف البنا/ الرقابة القضائية واعمال الادارة . المجلد الاول- الطبعة الاولى- مكتبه القاهرة الحديثة – ١٩٧٠.

٥- د. جورج سعد – القضاء الاداري والمنازعات الادارية – مطبعة بيروت – الطبعة الاولى-٢٠٠٦.

٦- أ.د رمضان محمد بطيخ . الرقابة على اداء الجهاز الاداري في النظم الوضعية والاسلامية- دار النهضة العربية -١٩٩٨.

٧- د. سعاد الشرقاوي – الوجيز في القضاء الاداري، الجزء الاول مبدا المشروعية، مجلس الدولة – دار النهضة العربية -١٩٨١.
٨- د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة الطبعة الثانية -١٩٦٦.
٩- د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الاداري - الكتاب الاول قضاء الالغاء - الطبعة ١٩٧٦.
١٠- د.عصام عبد الوهاب البرزنجي- السلطة التقديرية للادارة والرقابة القضائية – المطبعة العالمية-١٩٧١.
١١- د.عصام عبد الوهاب البرزنجي وعلي البديري ومهدي السلامي مبادئ واحكام القانون الاداري- توزيع المكتبة القانونية بغداد شارع المتنبي ١٩٩٣.
١٢- د. عبد الغني بسيوني عبد الله - القضاء الاداري - منشاة المعارف بالاسكندرية -١٩٩٦.
١٣- د. محمد كمال ليلة – مبادئ القانون الاداري – الكتاب الاول مقدمة القانون الاداري – مطبعة بيروت ١٩٦٨.
١٤- د. محمد علي جواد – القضاء الاداري- مطبعة بغداد- الطبعة الثانية .
١٥- أ.د ماهر صالح علاوي الجبوري – القرار الاداري – بغداد -١٩٩١.

ب ـ البحوث والمحاضرات

١- د .احمد عبد اللطيف ابراهيم . مبدا المشروعية والسلطة التقديرية للادارة- بحث منشور في مجلة تطوير العلاقات بين القانونيين والاداريين - المنظمة العربية للتنمية الادارية والمنعقد في القاهرة من ١٩- ٢٣- مارس – اذار -٢٠٠٦.
٢- أ.د رمضان محمد بطيخ – مفهوم السلطة التقديرية للادارة وموقعها في القرار الاداري – مقارنة الشريعة الاسلامية – بحث منشور في مجلة تطوير العلاقة بين القانونيين والاداريين – المنظمة العربية للتنمية الادارية المنعقد في القاهرة من ١٩-٢٣مارس اذار -٢٠٠٦.
٣- أ.د رمضان محمد بطيخ اوجه الغاء القرار الاداري في اطار السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للادارة بحث منشور في مجلة تطوير العلاقات بين القانونيين والاداريين المنظمة العربية للتنمية الادارية المنعقد في القاهر من١٩-٢٣مارس اذار -٢٠٠٦.
٤- د.غازي فيصل مهدي- موقف القضاء الاداري العراقي من السلطةالتقديرية للادارة بحث منشور في مجلة دراسات قانونية – العدد الاول- السنة الرابعة -٢٠٠٢.
٥- د. غازي فيصل مهدي- محاضرات في القضاء الاداري القيت على طلبة المرحلة الثالثة في كلية مدينة العلم الجامعة سنة ٢٠٠٨-٢٠٠٩.

٦- أ.د ماهر صالح علاوي الجبوري ادارة الادارة العامة وطرق التعبير عنها بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية ٢٠٠٦.
٧- أ.د ماهر صالح علاوي الجبوري، حدود السلطة التقديرية بحث منشور في مجلة تطوير العلاقة بين القانونيين والاداريين- المنظمة العربية تنمية الادارية – المنعقد في القاهرة من ١٩- ٢٣ مارس اذار -٢٠٠٦.

ج ـ الرسائل

١. هناء عباس كاظم وضع الموظف تحت التجربة – دراسة مقارنة رسالة ماجستير - جامعة النهرين - ٢٠٠٣.

د ـ المجلات

١. مجموعة الاحكام العدلية العدد /٢-١٩٨٥.

هـ ـ القوانيين.

١- قانون العقوبات العراقي رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
٢- قانون الخدمة المرقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل
٣- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.