



Tikrit University Journal for Rights

Journal Homepage : <http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t>

The advisory competence of the Iraqi State Council and the restrictions imposed on it

Assist. Prof. Iqbal Nimaat Darweesh

College of Arts, Samarra University, Salahaddin, Iraq

aqbalqanoon@tu.edu.iq

Article info.

Article history:

- Received 6 Mar 2022
- Accepted 5 June 2022
- Available online 1 Dec 2022

Keywords:

- Legal advice.
- consultant specialization.
- Council of State.
- Rationing.
- Specialized bodies.

Abstract: One of the requirements for building and developing the legal system in Iraq was the establishment of the State Council, which passed through developmental stages until it reached its current stage, imitating what is familiar in similar countries such as France and Egypt. Given the dual function of state councils in general, as well as the case in Iraq, it represents an important aspect of the state as it represents an application of legitimacy.

Reaching accuracy and perfection in drafting legislation may not be realized sometimes, but rather it appears when it is applied in practice, and then it contradicts the interests of individuals, and this is contrary to the purpose of the legislation. Therefore, the State Council, since its establishment, has been practicing giving legal advice to public administrative bodies represented by ministries and agencies not associated with a ministry in order to avoid What errors may occur in the application of the law when it is ambiguous or not clear about the meaning and purpose of its texts. And that the Council's exercise of its advisory competence is through special bodies within its formations, but at the same time there may be constitutional, legal or practical restrictions on the role that the Council plays in this field, and these restrictions somewhat limit the freedom of the Council to exercise its jurisdiction in this aspect.

In all cases, the advisory competence of the Council consists in expressing the legal opinion, the process of legalization and legislative drafting, even though the advisory opinion presented by the Council in most cases does not enjoy the mandatory status of those bodies that request it, except in specific legal cases.

الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة العراقي والقيود الواردة عليه

أ.م. إقبال نعمت درويش كريم
كلية الآداب، جامعة سامراء، صلاح الدين، العراق
aqbalqanoon@tu.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:

- الاستلام : ٦ / اذار / ٢٠٢٢
- القبول : ٥ / حزيران / ٢٠٢٢
- النشر المباشر : ١ / كانون الأول / ٢٠٢٢

الكلمات المفتاحية :

- المشورة القانونية.
- الاختصاص الاستشاري.
- مجلس الدولة.
- التقنين.
- الهيئات المتخصصة.

الخلاصة: ان انشاء مجلس الدولة والذي مرّ بمراحل تطويرية الى ان وصل الى مرحلته الحالية قد جاء محاكاةً للمألوف في الدول المماثلة كفرنسا ومصر، و تحقيقاً لمتطلبات بناء وتطوير النظام القانوني في العراق. ونظراً لازدواجية الوظيفة التي يقوم بها مجالس الدولة عموماً وكذا الحال في العراق، فهو يمثل جانباً مهماً في الدولة كونه يمثل تطبيقاً للمشروعية؛ من خلال ما يمارسه من دور استشاري وافتائي لدوائر الدولة ذات العلاقة الى جانب الدور القضائي له.. فهو يعد هيئة مستقلة قانوناً تتمتع بالشخصية المعنوية المؤهلة لأداء المهام المعهود بها اليه.

ان الوصول الى الدقة والانتقان في صياغة التشريعات قد لا تُدرك احياناً وانما تظهر عند تطبيقها عملياً وعندها تتعارض مع مصالح الافراد وهذا ما يتنافى مع الغاية من التشريعات، لذلك كان مجلس الدولة منذ انشائه يمارس منح الاستشارة القانونية للجهات الادارية العامة متمثلة بالوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة لتتلافى ما قد تقع فيه من أخطاء في تطبيق القانون عند غموضه او عدم وضوح معناه والغرض من نصوصه. وان ممارسة المجلس لاختصاصه الاستشاري يكون من خلال هيئات خاصة ضمن تشكيلاته، ولكن في ذات الوقت قد ترد قيود دستورية او قانونية او عملية على الدور الذي يمارسه المجلس في هذا المجال، وهذه القيود تحدّ نوعاً ما من حرية المجلس في ممارسة اختصاصه في هذا الجانب.

وفي كل الاحوال يتضمن الاختصاص الاستشاري للمجلس بإبداء الرأي القانوني وعملية التقنين والصياغة التشريعية، وان كان الرأي الاستشاري الذي يقدمه المجلس في الغالب لا يتمتع بالصفة الالزامية لتلك الجهات التي تطلبه الا في حالات محددة قانوناً.

© ٢٠٢٢، كلية الحقوق، جامعة تكريت

المقدمة :

إن الاختصاص الاستشاري في مجالس الدولة عموماً يلعب دوراً كبيراً في تطور عمل القضاء الإداري بالنظر للارتباط الوثيق بينهما، وهذا مما ادى الى تطور القضاء الاداري في العراق؛ كون المجلس منذ نشأته الاولى كان عمله استشارياً في الجانب الاكبر، الا انه مع التطور فيه ونشوء محكمة القضاء الاداري والمحاكم الادارية الاخرى، استمر المجلس في تقديم رأيه الاستشاري داعماً جانب

الاختصاص القضائي فيه. فبمقتضى الدور الاستشاري للمجلس أصبح الجهة التي ترفد دوائر الدولة بالآراء القانونية التي تدعم تطبيق وتعزيز المشروعية في الدولة؛ من خلال بيان وإيضاح غموض النصوص القانونية وتحديد المقصود منها.

اولا: اهمية الموضوع: تبرز الأهمية من خلال ان استشارة المجلس في الجوانب القانونية يحل كثيرا من المشاكل التي تعاني منها دوائر الدولة العامة، فالآراء القانونية تعد حليف الادارة وهي تؤدي مسرتها الادارية وصولا الى تحقيق ما تنشدها الدولة من حماية المصلحة العامة اولا، خاصة وان هناك عددا كبيرا من القوانين التي صاغها المجلس ودققها او ساهم في ذلك في السنوات الاخيرة، وهو ما يبرز الجانب المهم له في الدولة.

ثانيا: مشكلة الموضوع: تدور المشكلة حول عدة تساؤلات: ١- هل ان طلب الاستشارة من المجلس محدد لجهاات معينة؟

٢- وهل توجد قيود قانونية على الاختصاص الاستشاري للمجلس؟

٣- وما هي الصفة التي يتمتع بها الرأي الاستشاري للمجلس؟

هذه التساؤلات سنحاول ايجاد الرد عليها من خلال التعمق في تفاصيل عنوان دراستنا.

ثالثا: منهجية البحث: نعتد لدراسة الموضوع المنهج التحليلي الاستقرائي؛ بتحليل نصوص قانون مجلس الدولة العراقي ونصوص القوانين الاخرى ذات العلاقة بالموضوع وصولا الى تحديد النطاق القانوني للاستشارة القانونية التي يقدمها المجلس وطبيعته، ونحاول من خلال استقرائنا لتلك النصوص معرفة القيود التي ترد على هذا الاختصاص.

رابعا: هيكلية الدراسة: نعتد تقسيم الدراسة الى مطلبين، يكون المطلب الاول بعنوان طبيعة الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة والهيئات التي تمارسه، وذلك من خلال فرعين، يكون الفرع الاول عن تعريف طبيعة الاختصاص الاستشاري للمجلس، والفرع الثاني لتحديد الهيئات التي تمارس هذا الاختصاص. أما المطلب الثاني فيكون تحت عنوان نطاق الاختصاص الاستشاري للمجلس، وذلك ضمن فرعين، الفرع الاول لتحديد حالات الاستشارة التي يمارسها المجلس، والفرع الثاني عن القيود الواردة على الاختصاص الاستشاري للمجلس.. خاتمين ذلك بما نتوصل اليه من أهم النتائج ومقترحات متواضعة عسى ان تكون نافعة... **ومن الله التوفيق..**

المطلب الاول

طبيعة الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة العراقي والهيئات التي تمارسه

يمارس مجلس الدولة في العراق وظيفة ذو جانبيين؛ الجانب الاستشاري والجانب القضائي. وان الجانب الاستشاري يمثل الرأي القانوني للمجلس عندما تطلبها منه الجهات الادارية العامة في الدولة وهي بصدد تطبيق القانون في انجاز اعمالها اليومية... من هذا المنطلق سنتناول المقصود بالاختصاص الاستشاري للمجلس في العراق، وتحديد الجهات التي تمارس هذا الاختصاص، وذلك بتقسيم هذا المطلب على فرعين وكالاتي:

الفرع الاول / تعريف طبيعة الاختصاص الاستشاري للمجلس

يقصد بالاختصاص الاستشاري بصورة عامة "إفصاح الجهة المختصة به عن رأيها الاستشاري للجهة الادارية طالبة الاستشارة سواء كانت ملزمة قانوناً بهذا الطلب ام لا وسواء كان هذا الرأي مقيداً لها ام لا"^(١). ومن الناحية الاصطلاحية فإن الاختصاص الاستشاري يعني ابداء الرأي القانوني للإدارات في الدولة، واعداد وصياغة مشروعات القوانين المحالة الى المجلس من الادارات التابعة للدولة^(٢). وان الرأي القانوني يعني طلب المشورة وفق القانون حول مسألة معينة سواء كانت موضوع نزاع ام لا، ويسعى من خلالها الجهة الخاصة ببيان الرأي إلى إبراز موقف القانون بخصوص تلك المسألة بعد اعمال خبرتها القانونية والعملية للوصول الى الحل القانوني الذي يجب إتباعه لتحقيق الغاية المنشودة من الاستشارة^(٣). وبمقدار تدخل المشرع من طلب الاستشارة او عدم تدخله يتحدد نوعاها؛ فالاستشارة قد تكون الزامية وقد تكون اختيارية، فالأولى تكون حينما يلزم القانون الجهة الادارية قبل اتخاذها القرار ان تستشير الجهة المختصة في هذا المجال، لكن تتحول هذه الى استشارة غير ملزمة اذا ترك لها المشرع الحرية في طلب الاستشارة والاخذ بها من عدمه عند اتخاذها القرار عند الضرورة، اما الاستشارة الاختيارية فتكون حينما

(١) ينظر: د. حنان محمد القيسي، نطاق الاختصاص الافتائي لمجلس شورى الدولة العراقي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد ١، مجلد ٩، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّـة لخضر بالوادي، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ٣.

(٢) ينظر: صادق محمد علي الحسيني، الوظيفة الاستشارية لمجلس شورى الدولة العراقي، مجلة اهل البيت، العدد ٧، مجلد ١، جامعة اهل البيت، ٢٠٠٩، ص ١٠٦.

(٣) ينظر: محمد حاتم البيات، المشورة القانونية كعمل من اعمال المحاماة -دراسة مقارنة-، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٣، العدد الاول، ٢٠٠٧، ص ٢٥٦.

تطلبها الادارة من الجهات المختصة دون وجود نص يلزمها بها، فالإدارة هنا مطلقة الحرية في طلب الاستشارة من عدمه^(١).

ونظرا لأهمية العمل الاستشاري للجهات الادارية وهي تؤدي اعمالها، مما أدى بالدول الى انشاء هيئات استشارية متنوعة، سواء داخل الوزارات او تلك التي تدخل ضمن تشكيلات مجالس الدولة في الدول ذات النظام القضائي المزدوج كما هو الحال لتلك الهيئات داخل مجلس الدولة العراقي -كما سنأتي لتفصيلها-.

وتعرف الهيئة الاستشارية بأنها "هيئة فنية تُعاون أعضاء السلطة الادارية بآراء فنية بشأن المسائل التي تدخل في اختصاصها، وتتكون من عدد من الافراد مختصين بفرع من فروع المعرفة يجتمعون في هيئة مجلس للمداولة والمناقشة والبحث وإبداء الرأي في المسائل التي تعرض عليها"^(٢). هذا التعريف يوضح انها جهة عون للادارة تدعمها بالآراء الفنية التي لا تتمكن الادارة من التصرف بشأنها الا بأخذ رأي مثل هذه الهيئة، كون الاخيرة مختصة بتلك المسائل لأن اعضائها مختصين بالشؤون التي وجدت لأجلها مثل هذه الهيئات.... وعرفت كذلك بأنها "هيئات ادارية تقوم بمعاونة الهيئات التنفيذية الرئيسية، وبهذا تكون شبيهة بالهيئات الفنية للمساعدة، ومن ثم وظيفتها تكون الاعداد والتحضير و تقديم النصح للجهة الادارية التي تملك حق إصدار القرار"^(٣). وهي بهذا التعريف جهة ادارية ذات اختصاص فني ومرتبطة بالجهة التنفيذية العليا في الدولة، تكون مساندة للجهات الادارية التنفيذية للقيام بأداء نشاطاتها بالشكل الذي يحقق الصالح العام؛ فالهيئات الاستشارية تمارس اختصاصها في الجانب الفني فقط دون ان تتدخل في عمل الجهات الادارية التي تستشيرها، لأن اختصاصها هذا محدد قانونا وهي مقيدة به.. وبهذا يكون ممارسة الاختصاص الاستشاري ذات طبيعة اجرائية من خلال العمليات التي يقوم بها المجلس.

ويدخل ضمن الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة دوره في مجال التقنين - وان كانت هناك قيود واردة على ممارسة هذا الاختصاص سنبينها لاحقا-، فقد نصت المادة ٥ من قانون المجلس رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل على هذا الدور كالآتي:

(١) ينظر: مريم أو شبر و سعيدة عبد السلام، الهيئات الاستشارية المركزية و دورها في اتخاذ القرار الاداري، رسالة ماجستير، جامعة الجليلي بونعامة، الجزائر، ٢٠١٩، ص٣.

(٢) ينظر: د. فؤاد مهنا، القانون الاداري في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، دار النهضة، القاهرة، ١٩٦٧، ص٦٥٣.

(٣) ينظر: سليمان محمد الطماوي، الوجيز في الادارة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٠٣.

"أولاً: اعداد وصياغة مشروعات التشريعات المتعلقة بالوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارة بطلب من الوزير المختص او الرئيس الاعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة بعد ان يرفق بها ما يتضمن أسس التشريع المطلوب مع جميع أولياته وآراء الوزارات او الجهات ذات العلاقة.

ثانياً: تدقيق جميع مشروعات التشريعات المعدة من قبل الوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارة، من حيث الشكل والموضوع وعلى النحو الاتي:

- أ- تلتزم الوزارة المختصة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة بإرسال مشروع التشريع إلى الوزارة أو الوزارات أو الجهات ذات العلاقة لبيان رأيها فيه قبل عرضه على المجلس.
- ب- يرسل مشروع التشريع إلى المجلس بكتاب موقع من الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة مع أسبابه الموجبة وآراء الوزارات أو الجهات ذات العلاقة مشفوعاً بجميع الأعمال التحضيرية، ولا يجوز رفعه إلى ديوان الرئاسة مباشرة إلا في الأحوال التي ينسبها الديوان.

ج - يتولى المجلس دراسة المشروع وإعادة صياغته عند الاقتضاء واقتراح البدائل التي يراها ضرورية وإبداء الرأي فيه ورفعته مع توصيات المجلس إلى ديوان الرئاسة وإرسال نسخة من المشروع وتوصيات المجلس إلى الوزارة أو الجهة ذات العلاقة.

ثالثاً: الإسهام في ضمان وحدة التشريع وتوحيد أسس الصياغة التشريعية وتوحيد المصطلحات والتعبير القانونية.

رابعاً : تقدم هيئة الرئاسة في المجلس كل ستة أشهر وكلما رأت ذلك إلى ديوان الرئاسة تقرير متضمناً ما أظهرته الأحكام أو البحوث من نقص في التشريع القائم أو غموض فيه أو حالات إساءة إستعمال السلطة من أية جهة من جهات الإدارة أو مجاوزة تلك الجهات لسلطتها".

وبهذا نرى ان المجلس يمارس اختصاصه الاستشاري بنوعين؛ اختصاصات استشارية بحتة تتمثل بدوره في مجال التقنين وكذلك ابداء الرأي القانوني، كلما طلبت منها ذلك الجهات الادارية ^(١)؛ وهذا مما يمنع وقوع التعارض والتناقض بين التشريعات مع ضمان الجودة في صياغتها من خلال التقاضي في وقوع اخطاء تؤثر في فحوى ومضمون هذه التشريعات.. واخرى اختصاصات استشارية مختلطة تجمع بين الجانبين الاستشاري والاداري وتمارسها هيئة الرئاسة حصراً، وضمن هذا النوع يكون للمجلس التدخل

(١) المادة ٥ من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

من نفسه وإشارة انتباه السلطات العامة الى التعديلات الضرورية التي تكون مهمة في الجانبين الاداري والتشريعي^(١).

ان الاختصاص الاستشاري للمجلس ينصب على عنصر المشروعية؛ من خلال التأكد من مدى مطابقة التشريع المعروض عليه لأخذ رأيه فيه مع مبدأ تدرج القوانين، وعدم تعارضه مع النصوص القانونية الاخرى المساوية له في القوة، لكون المجلس جهة تطبيق لتلك النصوص القانونية فيما بعد و التي يساهم في اعدادها و ابداء الرأي بشأنها حينما يفصل في المنازعات المعروضة امامه كجهة قضائية. فضلا عن التأكد من عدم تعارض نصوص التشريع مع بعضها، وعدم غموض عباراته من الناحية القانونية ومن ناحية فهم المقصود منها^(٢). فممارسة المجلس للاختصاص الاستشاري يمكنه من اداء وظيفته القضائية بتبصر و رؤية مما يمنع الوقوع في الاخطاء عند تطبيق القوانين من قبل الجهات الادارية العامة كافة. حيث ان ممارسة مجلس الدولة العراقي الوظيفة الاستشارية الى جانب الوظيفة القضائية جعلته يلعب دوراً أساسياً و مهماً في فض المنازعات الادارية الى جانب مساهمته في صياغة التشريعات، وبهذا فهو في حدود اختصاصه الاستشاري يمثل المستشار للسلطة التنفيذية بما يمارسه من ابداء استشارات قد تكون اجبارية وقد تكون اختيارية - كما سنفصله لاحقاً-.

الفرع الثاني / الهيئات المختصة في مجلس الدولة العراقي بممارسة الاختصاص الاستشاري

نصت الفقرة (اولا) من المادة الثانية من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل على ان المجلس يتكون من الاتي^٣:

"اولا: الهيئة العامة:- وتتألف من الرئيس ونائبيه والمستشارين، وتعد جلساتها برئاسة الرئيس، او من يخوله من نائبيه عند غيابه. ويحضر المستشارون المساعدون مناقشات الهيئة ويشتركون في النقاش دون ان يكون لهم حق التصويت. وتتعقد الهيئة بحضور اكثرية عدد اعضائها، كما وتتخذ قراراتها بأكثرية عدد الاعضاء الحاضرين واذا تساوت الاصوات يرجح الجانب الذي يصوت معه الرئيس^(٤).

(١) وهي اختصاصات اشارت اليها المادة (٢/ثالثا/ب) من قانون مجلس الدولة المعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ (قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩).

(٢) لمزيد من التفصيل ينظر: د. مصطفى ابو زيد فهمي، القضاء الاداري، مطابع الثقافة، الاسكندرية، ١٩٧٩، ص ٧٤.

(٣) ان المشرع العراقي قد ألغى الهيئة الموسعة بموجب قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ (قانون تعديل قانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩).

(٤) المادة (٢/ ثانيا) من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

ان الهيئة العامة تختص بمهمة توحيد المبادئ والاحكام واستقرارها فيما يختص به المجلس في مجال التقنين وابداء الرأي في الامور القانونية، هذا فضلاً عن المراجعة النهائية لمشروعات القوانين التي تتخذها الهيئات المتخصصة من خلال نظرها فيما يحيل اليها الرئيس من القضايا التي تنجزها هذه الهيئات^(١).

ثانياً: هيئة الرئاسة:- تتعقد برئاسة الرئيس ونائبيه ورؤساء الهيئات ورئيس المحكمة الادارية العليا، وتختص بالنظر فيما يلي^(٢):

١- تقديم تقرير سنوي او كلما دعت الحاجة الى ذلك، الى الامانة العامة لمجلس الوزراء مضمونه ما أظهرته الاحكام او البحوث من نقص في التشريع النافذ او غموض فيه او حالات اساءة استعمال السلطة من أي جهة ادارية او تجاوز لتلك السلطات او اقتراح بإعداد تشريع جديد.

٢- اعادة النظر في زيادة عدد الهيئات المتخصصة في المجلس او دمجها.

٣- اقتراح تشكيل محاكم اخرى للقضاء الاداري او قضاء الموظفين في مراكز المحافظات عند الاقتضاء.

٤- اختيار نائبي رئيس المجلس من بين المستشارين.

٥- التوصية بتعيين المستشار والمستشار المساعد في المجلس او ترقية الى مستشار.

٦- التوصية بانتداب المنصوص عليهم في المادتين (٢٤ و ٢٥) من هذا القانون.

٧- التوصية بتعيين سكرتير عام المجلس من بين موظفي المجلس.

ثالثاً: الهيئات المتخصصة:- يتألف المجلس من عدد من الهيئات المتخصصة وتتعدد كل هيئة برئاسة نائب الرئيس لشؤون التشريع والرأي والفتوى، او اقدم المستشارين وعدد من المستشارين والمستشارين المساعدين شرط إن لا تزيد نسبتهم على ثلث عدد المستشارين، كما ان لرئيس المجلس ترشيح من يراه من المستشارين لرئاسة الهيئة المتخصصة عند الضرورة، كما يكون لكل هيئة من هذه الهيئات سكرتير لا تقل درجته عن درجة مدير حاصل على شهادة جامعية اولية في القانون ويعاونه عدد من الموظفين^(٣).

ان الهيئات المتخصصة تمارس وظيفتها في مجالي التقنين والمشورة القانونية وهو اختصاص اجرائي؛ ففي مجال التقنين يحيل رئيس المجلس مشروعات القوانين بعد إكمال النواقص فيها الى احدى الهيئات

(١) ينظر: د.صعب ناجي عبود الدليمي، الدفوع الشكلية أمام القضاء الاداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٠، ص ٣١.

(٢) المادة (٢/ثالثاً/ب) من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل

(٣) المادة (٢/خامساً وسادساً) من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

المتخصصة لإبداء الرأي فيها وإعداد تقرير عنها، وللهيئة في سبيل اداء عملها ان تطلب من الجهة ذات العلاقة حضور ممثلها لإستكمال المعلومات، أما في مجال المشورة القانونية؛ حيث يحيل رئيس المجلس القضية الى احدى الهيئات المتخصصة، فيقوم سكرتير الهيئة بتسجيل القضية وتنظيم اضبارة خاصة بها ومن ثم رفعها الى رئيس الهيئة الذي يعهد بها الى عضو أو اكثر فيها لدراستها وإبداء الرأي بشأنها^(١)، مع ملاحظة ان رأي الهيئة يكون نهائياً اذا وافقه رئيس المجلس أما اذا لم يوافقه فيعيده اليها لعقد اجتماع برئاسته ليغدو رأياً نهائياً اذا صدر القرار بالاتفاق^(٢).

ان مجلس الدولة بالهيئات المشار اليها يمارس اختصاص الاستشارة القانونية والفتوى لدوائر الدولة والقطاع العام وفق القانون وكلما طلبت منها هذه الجهات المشورة، الا ان المشرع لم يضيف الصفة الالزامية على هذه المشورة للجهات التي تطلبها، كما انه لم يقيد تلك الجهات بحالات معينة لطلب المشورة من المجلس وانما ترك ذلك لتقديرها^(٣).

وعلى كل حال لا يخل بممارسة هذا الاختصاص ما نص عليه المشرع بتوكيل مهمة تقديم المشورة لوزارة أو جهة غير مرتبطة بوزارة في مجال اختصاصها كنص البند "رابعاً" من المادة (٧) من قانون وزارة المالية رقم (٩٢) لسنة ١٩٨١، الذي أوكل مهمة تقديم المشورة في المسائل المالية للوزارة نفسها من خلال تحديد جهة مختصة فيها بذلك.

المطلب الثاني

نطاق الاختصاص الاستشاري للمجلس

ان ممارسة المجلس لصلاحياته في مجال ابداء الرأي والمشورة القانونية يكون وفق قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته، مع بعض القيود -القانونية وغير القانونية- الواردة عليه الا انها لا توقف او تعيق هذا الاختصاص بشكل كلي... لذلك نحاول تحديد نطاق ما يمارسه المجلس من استشارات قانونية، مع بيان القيود التي ترد عليها، وذلك في فرعين كالآتي:

الفرع الاول / حالات الاستشارة التي يمارسها المجلس

يتحدد الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة العراقي بإبداء الرأي والمشورة القانونية في الحالات التي نصت عليها المادة ٦ من القانون، وهي:

(١) ينظر: محمد صادق علي الحسيني، مصدر سابق، ص ١٠١.

(٢) المادة (١٧/ثانياً) من قانون مجلس الدولة العراقي النافذ.

(٣) المادة ٦ من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

أولاً: المسائل التي تطلب فيها الجهات العليا بيان الرأي القانوني حولها من المجلس، الملاحظ على ما نص عليه البند أولاً من المادة أعلاه انه جاء عاماً مطلقاً من جانبين؛ **أولهما** ما يتعلق بالمسائل المطلوب اخذ استشارة المجلس فيها، وهذا ربما راجع الى الثقة من عمل المجلس ورأيه في هذا الشأن، وهو ما يطبع الصفة الايجابية على الآراء الاستشارية التي يقدمها المجلس. **وثانيهما** عدم تحديد الجهات العليا التي تطلب المشورة من المجلس، الا اننا نرى انها بالتأكيد تشمل السلطات العامة الاتحادية في الدولة؛ وهي تلك التي حددتها المادة (٤٧) من الدستور النافذ لسنة ٢٠٠٥ والتي نصت على: "تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات"، فالسلطة التشريعية وان كان اختصاصها الاصيل هو التشريع وسن القوانين الا ان هذا لا يمنع من التجائها بطلب الاستشارة من المجلس كلما تطلب عملها ذلك، مع الاخذ بنظر الاعتبار الاجراءات المتعلقة بعملية التشريع المغايرة لإجراءات الاستشارة التي يقوم بها مجلس الدولة^(١). اما السلطة التنفيذية وهي الجهة المختصة بتنفيذ القوانين بتشكيلاتها المتعددة من حكومة ووزارات وادارات والتي حددتها المادة ٦٦ من الدستور النافذ: "تتكون السلطة التنفيذية الاتحادية من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء، تمارس صلاحيتها وفقاً للدستور والقانون"، فوفقاً لهذا النص فإن جميع الجهات الادارية التابعة لرئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء لها الحق في طلب الرأي القانوني والمشورة من المجلس كلما تطلب اداء عملها التوضيح في المسائل القانونية. الا ان الامر يختلف بالنسبة للسلطة القضائية التي تكون سلطة مستقلة، يتمتع عليها طلب المشورة من المجلس لئلا يتداخل مع اختصاصها في تكوين رأيها وقناعتها وفقاً للقانون، فعمل القضاء وضع القوانين موضع التنفيذ بشكل مستقل عن أي تدخل من الجهات الاخرى مهما علت^(٢)، وبهذا تتعارض الوظيفة القضائية مع طلب المشورة القانونية من المجلس في الوقت الذي منع فيه المشرع المجلس من ابداء الرأي القانوني في المسائل المعروضة على القضاء^(٣). ونستنتج من هذا ان السلطة القضائية لا تدخل ضمن الجهات العليا التي لها الحق في طلب الرأي القانوني والمشورة من مجلس الدولة.

ثانياً: في مجال الاتفاقيات والمعاهدات الدولية قبل عقدها، وذلك من خلال ابداء المجلس رأيه القانوني حول بنود المعاهدة ومدى انسجامها مع النظام القانوني الداخلي للدولة وفق القانون؛ حيث نصت

(١) ينظر: د. حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص ٤.

(٢) ينظر: انتصار حسن عبدالله، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية دراسة دستورية مقارنة، رسالة ماجستير،

كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٩، ص ٦٣.

(٣) المادة من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

المادة (٤/أولاً) من قانون عقد المعاهدات رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٥ على: "تعرض الجهات المختصة مشروع المعاهدة الثنائية قبل التفاوض في شأن عقده بفترة مناسبة على الجهات ذات العلاقة بالمعاهدة وعلى وزارة الخارجية لدراسته وإبداء الرأي فيه وتعرضه مع آراء الجهات ذات العلاقة على مجلس شورى الدولة لإبداء المشورة القانونية بشأنه ثم يعرض على مجلس الوزراء للوقوف على رأيه." ويسري حكم هذا النص على المعاهدات الجماعية-المتعددة الاطراف- كذلك^(١). ان هذا النص يشير الى امتداد دور مجلس الدولة الى الجانب الدولي، فالمعاهدة اجراء دولي اذا تمت الموافقة عليها تصبح كالقانون الداخلي تلزم الدولة وهيئاتها العامة، لذلك نص مشرع قانون المعاهدات على تجسيد وتعظيم الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة والحرص على مبدأ المشروعية بعد المعاهدات كالقوانين الداخلية من خلال عرضها على الجهات المختصة في المجلس لإبداء الرأي القانوني بشأنها. وهذا ما نلاحظه واضحاً في قرار لمجلس شورى الدولة المرقم (٤٨ / ٢٠١٢ في ٨ / ٧ / ٢٠١٢ حيث جاء فيه: (تطلب وزارة الخارجية بكتابها المرقم ب م.خ ١ / ٢٣ / ١٠٠ في ٩ / ١ / ٢٠١٢ المشورة القانونية من مجلس شورى الدولة استناداً الى احكام البند (ثانياً من المادة ٦ من قانون المجلس رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ في شأن مشروع اتفاقية اعفاء حاملي جوازات السفر الدبلوماسية او الخاصة او الخدمة من سمة الدخول بين حكومة جمهورية العراق وحكومة جمهورية اذربيجان . تهدف الاتفاقية الى تعزيز العلاقات الثنائية بين الطرفين المتعاقدين وتسهيل سفر مواطني البلدين من حاملي جوازات سفر الدبلوماسية او الخاصة او الخدمة . بينت وزارة المالية بكتابها المرقم ب ٨٠١ / ١٠ / اتفاقيات/ ٤٠١٦٩ في ١٣ / ٧ / ٢٠١١ انها لا توجد لديها ملاحظات في شأن مشروع الاتفاقية المذكورة . وبين جهاز المخابرات الوطني العراقي بكتاب المرقم ب خ/ ١١٨ / ٣٧٩٣ في ٦ / ٧ / ٢٠١١ ملاحظاته في شأن مشروع الاتفاقية تم الاخذ بها . دقق المجلس مشروع اتفاقية اعفاء حاملي جوازات السفر الدبلوماسية او الخاصة او الخدمة من سمة الدخول بين حكومة جمهورية العراق وحكومة جمهورية اذربيجان ووجد انه لا يتعارض مع احكام الدستور والتشريعات ذات العلاقة . وتأسيساً على ما تقدم ، يرى المجلس : ان مشروع اتفاقية اعفاء حاملي جوازات السفر الدبلوماسية او الخاصة او الخدمة من سمة الدخول بين حكومة جمهورية العراق وحكومة جمهورية اذربيجان بصيغته المعدلة يصلح اساساً للتفاوض تمهيداً لإبرامه)^(٢).

(١) المادة (رابعاً/ثانياً) من قانون عقد المعاهدات رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٥.

(٢) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٢ ، جمهورية العراق، وزارة العدل، مجلس شورى الدولة، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، العراق، ٢٠١٢ ، ص ١٠٣

ثالثاً: التحكيم الى المجلس مع الزامية رأيه، يعرف التحكيم من ناحية كونه وسيلة لفض النزاع على انه "اتفاق على اناطة حل النزاعات الناشئة بين الافراد الى محكمين ليفصلوا فيها بعيدا عن اجراءات التقاضي"^(١). يشير هذا التعريف الى ان التحكيم وسيلة ايسر لفض النزاع بدلا من الاجراءات الطويلة امام جهة القضاء، وانه يتم باتفاق الاطراف اختيار المحكمين^(٢)، وهو ما يدل ان رأي المحكمين ملزم للأطراف، فالتحكيم هنا يمثل استثناء يلجأ اليه اطراف النزاع بعيدا عن سلوك سبيل القضاء؛ وهو ما يتطلب حسبما نص عليه المشرع في (البند ثالثا من المادة ٦) من القانون ان يكون باتفاق الاطراف بالاحتكام الى المجلس^(٣). وكنموذج تطبيقي هنا نورد حيثيات مضمون القرار الصادر عن مجلس شورى الدولة: (تحتكم هيئة النزاهة ووزارة المالية الى مجلس شورى الدولة استناداً الى احكام البند (ثالثاً) من المادة ٦ من قانون المجلس رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخلاف الناشئ بينهما حول مضاعفة مبلغ التعويض عن الضرر العمدي وفقا لقانون التضمين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ وترى هيئة النزاهة بكتابها المرقم (١٢ / ٢٢١٩) في ٢٨ / ٦ / ٢٠٠٨ ان قانون التضمين خلا من النص على مضاعفة مبلغ التعويض اذا كان الضرر عمداً ذلك ان القانون المذكور قضى في المادة (٢) منه تشكيل لجنة تحقيقية لتحديد جسامه الخطأ المرتكب وما اذا كان عمديا او غير عمدي وان المادة (٤) من القانون المذكور قضت ان الموظف يسدد مبلغ التضمين صفقة واحدة وللوزير الموافقة على تقسيطه ولم يرد نص في القانون على مضاعفة مبلغ التعويض في حالة الخطأ العمدي وان التعليمات عدد (٣) لسنة ٢٠٠٧ هي لتفسير احكام القانون وليس اضافة احكام عليها او تعديلها وان ما ورد في التعليمات في الفقرة (ج) من البند (أولاً) من المادة (٤) من ان التضمين يكون بضعف المبلغ حسب الاسعار السائدة اذا كان الخطأ عمديا هو اضافة لم يأت بها نص القانون ولا يجوز بالتعليمات فرض مضاعفة مبلغ التعويض وان مضاعفة التضمين يتعارض مع المبادئ العامة ومع النص الدستوري والمبادئ الاسلامية ويعد إثراء بلا سبب . ترى وزارة المالية بكتابها المرقم ب(٨٠٣ / م / ٢٠١٠٩ في ١٥ / ٦ / ٢٠٠٨ ان المادة ٢ من قانون التضمين قضت ان مهام اللجنة التحقيقية هي تحديد جسامه الخطأ المرتكب وما اذا كان عمديا او

(١) ينظر: د. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، ط٣، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٧٥.

(٢) ينظر: رامي احمد الغالبي، التحكيم في المنازعات الادارية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية السياسية، عدد ٣٣، مجلد ٩، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، ٢٠٢٠، ص ١١٣.

(٣) نصت المادة (٦/ثالثا) من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل على: "إبداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بينهما وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة إذا إحتكم أطراف القضية الى المجلس ويكون رأي المجلس ملزماً لها"

غير عمدي وان المشرع وان المشرع لو اراد المساواة بين المتعمد وغير المتعمد لما نص على التفرقة بين الضرر العمدي وغير العمدي عن التعويض وان نص الفقرة ج من البند أولاً من المادة ٤ من التعليمات لا تعتبر اجتهاداً من الوزارة المذكورة وانما اشتقت من روح وحرفية نص المادة ٢ من القانون المذكور وبينت ان الامانة العامة لمجلس الوزراء بكتابها المرقم ب ٩٠٠٥ في ١١ / ٨ / ٢٠٠٥ وجهت ان يكون التعويض من المتسبب وفقاً للأسعار السائدة وقت حدوث الضرر بالخزينة اذا كان الخطأ غير عمدي وبضعف الاسعار اذا كان الخطأ عمدياً . وحيث ان المادة ١ من قانون التضمنين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ قضت ان يتحمل الموظف مسؤولية التعويض عن الاضرار التي تكبدها المال العام بسبب اهماله او تقصيره او مخالفته للقانون . وحيث ان المادة ٢ من القانون المذكور قضت ان يشكل الوزير المختص لجنة تحقيقية لتحديد مبلغ التضمنين والمسؤول عن احداث الضرر وجسامة الخطأ المرتكب وما اذا كان عمدياً او غير عمدي . وحيث ان المادة (٣) من القانون آنف الذكر قضت ان يصدر الوزير المختص قراره بالتضمنين بناءً على توصيات اللجنة المشكلة في المادة ٢ من القانون . وحيث ان المادة ٩ من القانون آنف الذكر خولت وزير المالية اصدار تعليمات لتسهيل تنفيذ احكامه . وحيث ان القانون المذكور لم يحدد ما اذا كان التضمنين بقيمة المال المتضرر او بالأسعار السائدة وقت التسديد وانما ترك ذلك للجنة التحقيقية عند تحديد مبلغ التضمنين . وحيث ان البند أولاً من المادة ٤ من التعليمات رقم ٣ لسنة ٢٠٠٧ تعليمات تسهيل تنفيذ قانون التضمنين حدد مهام اللجنة التحقيقية بتحديد المسؤول عن احداث الضرر وجسامة الخطأ وما اذا كان عمدياً او غير عمدي وتحديد مبلغ الضرر حسب الاسعار السائدة وقت وقوع الضرر . وحيث ان الفقرة ج من البند أولاً من المادة ٤ من التعليمات المذكورة نصت على التوصية بتضمنين المتسبب في احداث الضرر بمبلغ التعويض عنه حسب الاسعار السائدة وقت حصول الضرر اذا كان الخطأ غير عمدي وبضعف المبلغ المذكور اذا كان الخطأ عمدياً . وحيث ان القانون المذكور قد فرق بين الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي وخول اللجنة التحقيقية تحديد ما اذا كان الخطأ عمدياً او غير عمدي . وحيث لا يمكن المساواة بين الضرر المتعمد وغير المتعمد عند النظر في موضوع التضمنين . وحيث ان الشريعة الاسلامية والتشريعات المعنية فرقت بين الضرر المتعمد والضرر غير المتعمد وشددت على المتعمد في احداث الضرر . وتأسيساً على ما تقدم من اسباب يرى المجلس : - ان مضاعفة مبلغ التضمنين اذا كان الخطأ عمدياً موافق للقانون انتهى^(١).

(١) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩، جمهورية العراق، وزارة العدل، مجلس شورى الدولة، ٢٠٠٩، ص

نرى ان مسلك مشرنا بالتحكيم الى مجلس الدولة وان لم يكن صريحا الا انه جائز قانونا طالما أشار اليه المشرع، وهذا واضح من مضمون النص وتفسيره، الا ان النص لم يحدد المسائل التي بالإمكان الاحتكام فيها الى المجلس، وهو ما يعني الحرية للجهات الادارية في عرض أية مسألة يحصل نزاع حولها امام المجلس، على ان دور المجلس يقتصر فقط على موضوع الخلاف المُحتكم اليه من قبل الاطراف دون ان يتعداه الى جوانب اخرى تهمهم، وهو ما أشار اليه المشرع بعبارة: " المسائل المختلف فيها..."^(١). هذه العبارة تشير الى الصفة الاختيارية للتحكيم امام المجلس، على انه يكون في كافة القضايا مهما كان وجه الخلاف مع اقتضائه على المسائل القانونية منها دون الوقائع.

رابعا: ابداء الرأي القانوني من المجلس، وذلك عندما تكون الادارة بصدد تطبيق القانون على مسألة ويحصل الخلاف حول تطبيقها، على ان رأي المجلس هنا لا يكون قاصرا على القانون فقط وانما يشمل الانظمة والتعليمات كذلك كونها تصدر بالاستناد الى القانون، حيث نص البند رابعا من المادة ٦ من القانون على: "... ابداء الرأي في المسائل القانونية إذا حصل تردد لدى إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة على أن يُشفع برأي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوب ابداء الرأي بشأنها والأسباب التي دعت إلى عرضها على المجلس ويكون رأيه ملزماً للوزارة أو للجهة طالبة الرأي"، دون ان يشمل ذلك الدستور لأن تفسير الدستور يكون من صلاحيات المحكمة الاتحادية العليا حصراً^(٢).

يلاحظ من النص المذكور انه يشترط لإبداء الرأي القانوني من المجلس، حصول تردد لدى الجهة الادارية؛ وهذا التردد هو السبب الاساس لطلب الرأي القانوني من المجلس، فالادارة وهي تمارس اعمالها و نشاطاتها قد تقع في الحيرة عند تطبيق بعض النصوص القانونية بغية اتخاذ القرار الاداري، لذلك تجد نفسها في الزام اخذ الرأي حول بيان وتوضيح القصد الحقيقي للمشرع بشأن ذلك التشريع بالشكل الذي يحقق الغاية منه و المصلحة العامة وإحاطة المجلس علماً بالقضية التي حصل التردد حولها مرفقاً برأي الدائرة القانونية للجهة طالبة الاستشارة، فضلا عن تحديد الاسباب التي دعتها الى طلب المشورة. وبذلك تقوم الجهة طالبة الرأي القانوني بتقديم طلبها مرفقاً بها كافة الآراء المقدّمة من الجهات الخاصة لديها لحل الاشكالية المثارة التماسا للرأي القانوني السليم الذي يتسم بالإلزام القانوني في التطبيق^(٣). وهذا ما ورد في قرار لمجلس شوري الدولة رقم ١٠٤ / ٢٠١٣ تاريخ ٤ / ١١ / ٢٠١٣ حيث جاء فيه: ان

(١) المادة (٦/ثالثا) من قانون المجلس رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٢) المادة ٩٣ من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥.

(٣) ينظر: د.مازن ليلو راضي، القضاء الاداري، منشورات جامعة دهوك، ٢٠١٠، ص ١٠١.

وزارة التخطيط تطلب بكتابها المرقم ب م/ ٣٢ / ٢١٥١ (في ٢ / ٩ / ٢٠١٢ ، الرأي من مجلس شورى الدولة استناداً الى احكام البند (رابعا من المادة ٦ من قانون المجلس رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩) في شأن الطلب الذي تقدم به احد منتسبي الوزارة لغرض صرف مخصصات شهادة الماجستير وخضوع هذه الشهادة لإجراءات المعادلة المعتمدة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي وهل يكون احتسابها من تاريخ الحصول عليها ام من تاريخ صدور المعادلة.. وحيث ان قرار معادلة الشهادة هو قرار كاشف للشهادة التي حصل عليها الموظف وليس مُنشأ لها . وتأسيسا على ما تقدم من اسباب، يرى المجلس: يستحق الموظف مخصصات الشهادة اعتباراً من تاريخ مباشرته بالوظيفة بعد حصوله على-الشهادة الدراسية- انتهى)^(١).

وان الرأي الاستشاري الذي يقدمه المجلس في هذا المجال يكون ملزماً للجهة طالبة الاستشارة، فإذا خالفته او لم تلتزم به عدّ ذلك مخالفة صريحة للقانون حسبما نص عليه المشرع في البند رابعا من المادة ٦ من القانون.

ويجدر بنا ان نذكر في هذا الشأن ان القانون رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ -قانون تعديل قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ - استثنى النص اعلاه من التطبيق، دون ذكر الاسباب^(٢)، و لا نعلم ما الحكمة من ذلك هل هو تقييد للاختصاص الاستشاري و ترك الحرية للجهات الادارية في اتخاذ رأيها بنفسها ام انه تدعيم لإستقلالية المجلس عن الوزارات، وكان الاجدر بالمشرع ان يضع تبريراً قانونياً بما لا يدع الى اعاقا عمل المجلس والجهات الادارية في هذه الحدود.

خامساً: توضيح الاحكام القانونية، وذلك اذا طلبت احدى الجهات الادارية الاستيضاح عن تلك الاحكام من المجلس بحسب نص البند خامسا من المادة ٦ من القانون الذي نص على: " توضيح الاحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من قبل إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة ". وطلب الاستيضاح هذا يشمل حالات متعددة، كتلك التي تتعلق بتفسير القوانين او ازالة الغموض والتعارض حول معناها.

(١) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠١٣ ، جمهورية العراق، وزارة العدل، مجلس شورى الدولة، ٢٠١٣، ص ٢٣٢.

(٢) المادة ٢ من القانون رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ .

الا ان اختصاص المجلس في هذا المجال يكون مقيدا؛ بحيث لا يمكنه ابداء الرأي عند حدوث تعارض ما بين القوانين واحكام الدستور، لأن ذلك يكون من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا^(١). وكذلك يتقيد المجلس بتفسير القرارات الصادرة عن مجلس الوزراء لأن ذلك من اختصاص الامانة العامة لمجلس الوزراء، وايضا لا يمكن للمجلس ابداء المشورة والاستيضاح في القضايا المرفوعة امام القضاء او التي حدد المشرع لها مرجعا قانونيا للطعن^(٢).

سادسا: طلب الرأي من وزير العدل وفق المادة ٩ من القانون، اضافة الى ما سبق، فإن المجلس له صلاحية النظر فيما يقدمه وزير العدل من طلب لإبداء الرأي وهو ما نصت عليه المادة ٩ من القانون: "لوزير العدل أن يُحيل على المجلس القضايا التي يرتئي إحالتها عليه، أو أن يُكلف عضواً أو أكثر من أعضائه بدراسة وإبداء الرأي فيها أو إعداد مشروعات التشريعات في المسائل التي يُحيلها". الا ان ما يبدو ان هذه المادة لم تعد سارية على أثر صدور القانون رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ الذي كان من اسبابه الموجبة هو استقلال مجلس الدولة وفك ارتباطه بوزير العدل ليحل محل الاخير رئيس مجلس الدولة^(٣).

ويجدر بنا ان نذكر في هذا المقام ان الاستشارة التي يقدمها المجلس ليس لها صفة الالتزام؛ فكونها مجرد رأي استشاري فإنها تفتقر الى الصفة القضائية، وبهذا لا تحوز الحجية المقررة للأحكام القضائية، وهو ما يعني امكانية اهمالها من قبل الجهات القضائية واصدار احكام قضائية متضمنة مبادئ قانونية تتعارض معها^(٤). واما الزاميتها للإدارة، فالمشرع العراقي لم يلزم الجهات الادارية بطلب الرأي القانوني من المجلس، لكنه في المقابل الزم تلك الجهات طالبة المشورة القانونية اتباع آراء المجلس في بعض الحالات^(٥).

الفرع الثاني / القيود الواردة على الاختصاص الاستشاري للمجلس

وهي قيود متنوعة، والغالب منها وردت بنص قانوني صريح، والآخر منها استخلصها الفقه من موقف المشرع سواء في الدستور او القوانين. لذلك فهي قد تكون قيود دستورية او قانونية او مستخلصة من الواقع العملي للمجلس وتطبيق قانونه.

(١) المادة ٩٣ من الدستور النافذ لعام ٢٠٠٥.

(٢) المادة ٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) ينظر: المادة ١ والاسباب الموجبة للقانون رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ (قانون تعديل قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩).

(٤) ينظر: د. محسن خليل، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الاداري، القاهرة، بلا سنة نشر، ص ١٥٧.

(٥) المادة (٦/ثالثا ورابعا) من قانون المجلس رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

١- سحب القوة الملزمة من الاراء الاستشارية للمجلس:

من المعلوم ان مجلس الدولة هو جهة قضائية متخصصة لمراقبة اعمال السلطة الإدارية واحترام المشروعية، مثلما هو حال المحكمة الاتحادية العليا كجهة قضائية مختصة بمراقبة اعمال السلطة التشريعية ومدى احترامها لتطبيق نصوص الدستور. ولكن اذا قارننا الأول بالأخير لوجدنا التناقض بين؛ ففي الوقت الذي تكون فيه القرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا بما فيها القرارات الاستشارية- التفسيرية- ذات قوة ملزمة لجميع السلطات في الدولة^(١)، نجد ان قرارات مجلس الدولة وهو يؤدي اختصاصه الاستشاري تكون مجردة من القوة الملزمة، فبعد ان كانت تُلزم الجهة الطالبة للاستشارة والذي حكمت به الفقرة الرابعة من المادة السادسة من قانون المجلس رقم (٦٥ لسنة ١٩٧٩) المعدل، الا ان هذه القوة تجردت بموجب القانون رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧^(٢). وهذا مما يدل على عدم رغبة المشرع في توسيع سلطات المجلس الاستشارية من خلال منحها القوة والدعم والابقاء فقط على ان تكون هذه السلطات في حدود اخذ رأيها للاستئناس وعدم تقيد تلك الجهات الطالبة بها. وهذا اتجاه يترتب عليه ارباك لعمل السلطات الادارية من خلال لجوئها الى الاجتهاد في تفسير النصوص القانونية المتعلقة بأعمالها وبالتالي التطبيق المخالف لها او مخالفة رأي المجلس وفتاواه في هذا الشأن.

٢- القيد الوارد على صياغة النصوص القانونية (عدم تعاون السلطة التشريعية مع المجلس عند الصياغة القانونية):

حيث ان النظام الداخلي لمجلس النواب يشير الى ان مشاريع القوانين المقدمة من المجلس والحكومة تتم صياغتها من اللجنة القانونية في المجلس وهذا امر يتعارض مع ما نص عليه قانون مجلس الدولة بكونه المسؤول عن التقنين، حيث نصت المادة الخامسة من قانون مجلس الدولة على "الإسهام في ضمان وحدة وتوحيد أسس الصياغة التشريعية وتوحيد المصطلحات والتعابير القانونية"، الا ان ما يحدث هو ان مجلس النواب يقوم بتعديل مشاريع القوانين دون اخذ رأي مجلس الدولة وهذا ما أحدث مشاكل عملية.

فمن الواضح من نص المشرع في قانون مجلس الدولة اختصاص الاخير بالتقنين، فيمارس المجلس بهذا الشأن اما اعداد وصياغة مشروعات القوانين المعدة من الوزارات أو تدقيق مشروعات القوانين في

(١) فقد نصت المادة ٩٤ من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ على: "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة".

(٢) فقد نصت المادة ٢ من القانون رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ على استثناء سريان الفقرة رابعا من المادة ٦ من القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

حال قيام الوزارة بإعدادها، وكل ذلك في سبيل ضمان وحدة التشريع وتوحيد أسس الصياغة القانونية وتوحيد المصطلحات القانونية^(١).

٣- القيد القانوني بمنع المجلس من ابداء الرأي في المسائل المعروضة على القضاء:

يجد هذا القيد مصدره من ضرورات احترام مبدأ حجية الأمر المقضي به الذي تتمتع به الاحكام القضائية حسماً للنزاع، لذلك تلتزم الهيئات الاستشارية بالامتناع عن ابداء رأيها في المسائل التي سبق للقضاء الفصل فيها^(٢).

ان السبب في هذا القيد هو منع تناقض الآراء القانونية الصادرة عن المجلس مع ما يصدر من القضاء في ذات المسائل، وهو ما يؤدي الى التعارض مع مبدأ الحجية، وهذا ما يدل على ان ولاية القضاء تعلو في هذا الشأن على استشارة المجلس، ويشمل هذا القيد جميع القضايا امام القضاء سواء تم الفصل فيها او لم يتم بعد وأياً كان نوعها^(٣). ويثور التساؤل في هذا الموضوع حول اذا ما طلبت جهة ادارية معينة الاستشارة الملزمة من المجلس في مسألة معينة وتبين ان هذه المسألة قد سبق للقضاء الفصل فيها، فهل تلتزم الجهة الادارية بحكم القضاء ام انها تأخذ برأي المجلس -كونه ملزم- وتهمل حكم القضاء؟

نقول ان نص المادة ٨ من قانون المجلس صريح وواضح، وبهذا فلا يمكن اهمال حكم القضاء الفاصل في المسألة المطلوب رأي المجلس فيها احتراماً لمبدأ حجية الاحكام القضائية، فضلاً عن عدم مخالفة القانون لأجل رأي المجلس الذي يتصف كأصل عام بصفة استشارية.

وينطبق مع هذا القيد ما ذهب اليه المشرع في قانون المرافعات المدنية رقم ٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل من ان الدعوى تعد قائمة من تاريخ دفع الرسم عنها حسبما نص عليه في المادة (٢/٤٨) منه على: "تعتبر الدعوى قائمة من تاريخ دفع الرسوم القضائية أو من تاريخ صدور قرار القاضي بالإعفاء من الرسوم القضائية أو تأجيلها". وينطبق هذا القيد لمجرد وجود دعوى مرفوعة امام القضاء في أية مرحلة كانت. ويتفق مع هذا القيد قرار المجلس الذي قضى فيه "بإمتهاعه عن ابداء الرأي في شأن العنوان الوظيفي الذي يستحقه ج . ح . ز بعد سحب يده من الوظيفة وذلك لوجود دعوى في الموضوع أمام

(١) المادتان (٤ و ٥) من القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٢) ينظر د. إبراهيم المنجي: التعليق على قانون مجلس الدولة في ضوء آراء الفقه وأحكام وفتاوى القضاء الإداري، ط ٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٣٩٩١، ص ٨٤٧.

(٣) ينظر: مجيد مجهول درويش و د. إسماعيل الصعصاع، دور الهيئات الاستشارية بمجلس شورى الدولة في دعم الاختصاص القضائي، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٤، ص ٥.

مجلس الانضباط العام^(١). كما "امتنع المجلس عن إبداء الرأي في شأن الغاء ترقية السيد (ب . ي . أ) الموظف سابقاً" في وزارة الخارجية والمحال حالياً" على التقاعد من مدير إلى خبير وذلك لوجود دعوى بالموضوع ذاته أمام مجلس الانضباط العام^(٢).

نستنتج من هذا القيد استقلال مجلس الدولة عن القضاء، حتى وإن كانت الوظيفة القضائية جزءاً من اختصاص المجلس، إلا أن الجانب الاستشاري للمجلس له حدوده الواضحة عن الجانب القضائي فيه، فهناك استقلال في الجهات التي تمارس كلا الوظيفتين الاستشارية والقضائية، وهذا مما يعني عدم التداخل بينهما، فلكل من الوظيفتين جهات مختصة بها مكانياً وموضوعياً.. وكذا الحال يجسد هذا القيد الاستقلال التام لمجلس الدولة عن القضاء العادي بمحاكمه المتنوعة والمتعددة وهذا بدليل التعديل الأخير على قانون المجلس بالقانون رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ الذي منح المجلس الشخصية المعنوية المستقلة، هذا إضافة إلى الاستقلال المالي.

٤- **القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن^(٣):** حيث أن اختصاص المجلس بإبداء الرأي والمشورة القانونية يتقيد كلما كان هناك مرجعاً قانونياً خاصاً بالنظر في القرارات محل الطعن. وينطبق مع هذا الحكم ما نصت عليه المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩) المعدل على: "تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص"، وكذلك نص المادة (٣٠) منه: "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتنعاً عن احقاق الحق..."، وبهذا فإنه لا يجوز لأية محكمة أن تخرج عن اختصاصها المحدد لها قانوناً ومنها محاكم مجلس الدولة، كون النص المذكور جاء عاماً لجميع المحاكم المدنية، إلا أنه ينطبق على المحاكم الإدارية كذلك لكون قانون المرافعات هو القاعدة العامة و المرجع لمجلس الدولة فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون مجلس الدولة بشأن إجراءات عمل المحاكم. ولهذا نجد "امتناع المجلس عن إبداء الرأي في شأن استمرار الهيئة الوطنية العليا للمساءلة والعدالة بممارسة مهامها وفقاً للقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨ باعتبارها حلت محل الهيئة الوطنية العليا لاجتثاث

(١) قرار مجلس شورى الدولة رقم ١٢٣/٥ في ١٨/١٠/٢٠١١.

(٢) قرار مجلس شورى الدولة رقم ٢٠٠٨/٥ في ٧/٥/٢٠٠٨.

(٣) المادة ٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

البعث^(١). كما "امتنع المجلس عن أبداء الرأي في شأن موافقة الوزير على تضمين الموظف عن الأضرار التي لحقت بالمال العام جراء إهماله"^(٢). كما "امتنع المجلس عن إبداء الرأي في شأن تنزيل درجات موظفي وزارة الدفاع في ضوء اعمام الأمانة العامة لمجلس الوزراء المتضمن ضرورة إعادة النظر برواتب موظفي الوزارات في ضوء أحكام قانون الخدمة المدنية وقانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٨^(٣).

نستنتج من هذا القيد ان مجلس الدولة ملزم بمنح الرأي القانوني والافتاء للجهات الادارية كلما طلبت منها ذلك، ولا يحده من ممارسة هذا الاختصاص سوى النص القانوني الذي يحدد اختصاص جهة معينة سواء كانت قضائية ام ادارية كمرجع للطعن لتلك الجهات الادارية، وهذا ما يجسد برأينا قاعدة (الخاص يقيد العام). كما ان المادة (٣٠) اعلاه تلقي بالمحاكم في جادة الخطأ فيما لو امتنعت عن الحكم في الدعاوى المرفوعة امامها لمجرد غموض او نقص في النصوص القانونية، فهذا لا يعد مبررا لها في الامتناع عن حسم المنازعات و رد الحقوق الى اصحابها.

خاتمة:

ننهي الدراسة بما توصلنا اليه من استنتاجات ومقترحات وكالاتي:

اولا: الاستنتاجات:

- ١- يمارس مجلس الدولة العراقي الاختصاص الاستشاري الى جانب اختصاصه القضائي في ضوء قانونه المرقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته، مع تحديد الهيئات التي تمارس هذا الاختصاص.
- ٢- هناك قيود متنوعة - دستورية وقانونية وعملية - ترد على ما يمارسه المجلس من الاختصاص الاستشاري الا انها لا تعيق هذا الجانب من وظيفته.
- ٣- التذبذب والمرونة من ناحية الصفة الالزامية لما يقدمه المجلس من استشارات قانونية حسبما نص عليه المشرع. فبعض ارائها القانونية تكون ملزمة للجهات الطالبة وبعضها الاخر تكون ذات صفة استشارية لا أكثر.

(١) قرار مجلس شورى الدولة رقم ٢٠١٠/٩٠ في ٢٠١٠/٨/١٥.

(٢) قرار مجلس شورى الدولة رقم ٢٠١٠/١٠٩ في ٢٠١٠/٩/٦.

(٣) قرار مجلس شورى الدولة رقم ٢٠١٠/١٥٦ في ٢٠١٠/١٢/١٩.

ثانياً: المقترحات:

- ١- لكون مجلس الدولة جهة رقابية لضمان المشروعية؛ لابد من المشرع ان يذلل العراقيل التي قد تعرض ممارسته لإختصاصاته ومنها جانب الاستشارة القانونية التي يقدمها لدوائر الدولة. ومن ذلك منحه الحق في عملية تدقيق التشريعات والصياغة القانونية الى جانب مجلس النواب.
- ٢- التحديد صراحة في قانون المجلس للسلطات العامة او الجهات التابعة لها والتي بإمكانها طلب الاستشارة من المجلس؛ لتتلافى التداخل في هذا الجانب بينه وبين جهات اخرى تابعة لوزارات معينة.
- ٣- منح صفة الالتزام على الآراء الاستشارية للمجلس كونه جهة قضائية عليا للرقابة على الدوائر التي تتبعه، وان هيئاته الاستشارية تتصف بالكفاءة والقدرة القانونية.

المصادر:

أولاً: الكتب:

- ١- د. إبراهيم المنجي: التعليق على قانون مجلس الدولة في ضوء آراء الفقه وأحكام وفتاوى القضاء الإداري، ط ٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣.
- ٢- د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، ط ٣، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١.
- ٣- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في الإدارة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٤- د. صعب ناجي عبود الدليمي، الدفوع الشكلية أمام القضاء الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٠.
- ٥- د. فؤاد مهناء، القانون الإداري في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، دار النهضة، القاهرة، ١٩٦٧.
- ٦- د. محسن خليل، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، القاهرة، بلا سنة نشر.
- ٧- د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري، مطابع الثقافة، الاسكندرية، ١٩٧٩.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

- ١- انتصار حسن عبدالله، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية دراسة دستورية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٩.
- ٢- مريم أوشبر وسعيدة عبد السلام، الهيئات الاستشارية المركزية و دورها في اتخاذ القرار الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الجبيلي بونعامة، الجزائر، ٢٠١٩.

ثالثاً: البحوث المنشورة:

- ١- د.حنان محمد القيسي، نطاق الاختصاص الافتائي لمجلس شورى الدولة العراقي، مجلة العلوم القانونية والسياسي، عدد ١، مجلد ٩، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّه لخضر بالوادي، الجزائر، ٢٠٢٠.
- ٢- رامي احمد الغالي، التحكيم في المنازعات الادارية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية السياسية، عدد ٣٣، مجلد ٩، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، ٢٠٢٠.
- ٣- صادق محمد علي الحسيني، الوظيفة الاستشارية لمجلس شورى الدولة العراقي، مجلة اهل البيت، العدد ٧، مجلد ١، جامعة اهل البيت، ٢٠٠٩.
- ٤- مجيد مجهول درويش و د. إسماعيل الصعصاع، دور الهيئات الاستشارية بمجلس شورى الدولة في دعم الاختصاص القضائي، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٤.
- ٥- محمد حاتم البيات، المشورة القانونية كعمل من اعمال المحاماة -دراسة مقارنة-، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٣، العدد الاول، ٢٠٠٧.

رابعاً: القوانين:

- ١- قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.
- ٢- الدستور النافذ لعام ٢٠٠٥.
- ٣- القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ (قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة). قانون عقد المعاهدات رقم ٣٥ لسنة ٢٠١٥.

خامساً: قرارات مجلس الدولة:

- ١- قرار مجلس شورى الدولة رقم ١٢٣/٥ في ١٨/١٠/٢٠١١.
- ٢- قرار مجلس شورى الدولة رقم ٢٠٠٨/٥ في ٧/٥/٢٠٠٨.
- ٣- قرار مجلس شورى الدولة رقم ٢٠١٠/٩٠ في ١٥/٨/٢٠١٠.
- ٤- قرار مجلس شورى الدولة رقم ٢٠١٠/١٠٩ في ٦/٩/٢٠١٠.
- ٥- قرار مجلس شورى الدولة رقم ٢٠١٠/١٥٦ في ١٩/١٢/٢٠١٠.

Sources:

First, the books:-

- 1-Dr. Ibrahim Al-Manji: Commenting on the State Council Law in the Light of Jurisprudence, Judgments and Fatwas of the Administrative Judiciary, Edition 2, Mansha'at Al-Maaref, Alexandria, 1993..
- 2-Dr. Adam Wahib Al-Nadawy, Civil Procedures, 3rd Edition, Al-Atak Book Industry, Cairo, 2011
- 3-Suleiman Muhammad Al-Tamawi, Al-Wajeez in Public Administration, Dar Al-Fikr Al-Arabi, Cairo, 2000..
- 4-Dr. Fouad Muhanna, Administrative Law under the Social Democratic Cooperative System, Dar Al-Nahda, Cairo, 1967..
- 5-Dr. Mohsen Khalil, The principle of legality and the organization of the administrative judiciary, Cairo, no publication year..
- 6-Dr. Mustafa Abu Zaid Fahmy, Administrative Judiciary, Culture Press, Alexandria, 1979

-Second: Published Research

- 1-Dr. Hanan Muhammad al-Qaisi, The scope of the fatwa jurisdiction of the Iraqi State Shura Council, Journal of Legal and Political Sciences, Number 1, Volume 9, Faculty of Law and Political Science, University of Martyr Hama Lakhdar in the Valley, Algeria, 2020..
- 2-Rami Ahmed Al-Ghalbi, Arbitration in Administrative Disputes, Journal of the College of Law for Political Legal Sciences, No. 33, Volume 9, College of Law and Political Science, University of Kirkuk, 2020.
- 3-Sadiq Muhammad Ali Al-Husseini, the advisory function of the Iraqi State Shura Council, Ahl al-Bayt Magazine, Issue 7, Volume 1, Ahl al-Bayt University, 2009.
- 4-Majeed Maghul Darwish and Dr. Ismail Al-Sasa', The Role of Advisory Bodies in the State Consultative Council in Supporting Jurisdiction, College of Law, University of Babylon, 2014..

5-Muhammad Hatem Al-Bayat, Legal Advice as a Lawyer's Work - A Comparative Study -, Damascus University Journal of Economic and Legal Sciences, Volume 23, Number One, 2007..

Third: Undergraduate Theses-

1--Intisar Hassan Abdullah, Constitutional Protection of the Independence of the Judiciary, A Comparative Constitutional Study, Master Thesis, College of Law, Al-Mustansiriya University, 2009.

2-Maryam Ochbar and Saida Abdel Salam, the central advisory bodies and their role in administrative decision-making, Master's thesis, University of Djilali Bounama, Algeria, 2019.

-Fourth: Laws

1-State Council Law No. 65 of 1979 as amended

2- The effective constitution of 2005.

3- -Law No. 17 of 2013 (the Fifth Amendment Law to the State

4-Consultative Council Law). Treaty Contracting Law No. 35 of 2015.

-Fifth: Resolutions of the State Council

1-State Consultative Council Resolution No. 5/123 of 10/18/2011.

2-State Consultative Council Resolution No. 5/2008 of 7/5/2008.

State Council Decision No. 90/2010 of 15/8/2010

State Consultative Council Resolution No. 109/2010 on 6/9/2010.

State Council Decision No. 156/2010 of 12/19/2010.