



## موقف القضاء الدستوري العراقي من طبيعة مجلس الدولة "دراسة مقارنة"

السيد محمد سامي عطا الله

جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية

د. احمد عودة محمد الدليمي

جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية

## The Attitude of the Iraqi Constitutional judiciary Forward the Belongingness of the State Council

Mohammed Sami Attaullah

Dr. Ahmed Oudah Mohammed AL-Dulaimi

Anbar University / College of Law and Political Science

**المستخلص:** يهدف هذا البحث الى ابراز موقف القضاء الدستوري العراقي والمقارن من موضوع تبعية مجلس الدولة (القضاء الإداري)، اذ تباينت قرارات القضاء الدستوري في معالجة مسألة مدى استقلال مجلس الدولة عن السلطة التنفيذية، فمنهم من ذهب الي عده جهة إدارية، في حين ذهب البعض الى عده جهة مستقلة خاصة، بينما ذهب البعض الى عده جهة قضائية يعمل وفق مبدأ استقلال القضاء، الهدف الأساسي من هذه الدراسة هو تسليط الضوء علي القرارات الدستورية في الدول المقارنة (فرنسا ومصر) ومن ثم بيان موقف المحكمة الاتحادية العليا من بيان تبعيته، ومن اجل الوصول الي تلك النتيجة، اعتمدت هذه الدراسة على المنهج التحليلي والمقارن من خلال تقديم تحليلا لتلك المواقف وبيان عيوبها ومحاسنها ومن ثم إعطاء مقترحات لعلها تساهم في ضمان عمل مجلس الدولة في ضوء المبادئ الحاكمة له لما يمثله ذلك من ضمانات اساسية وفعاله لاحترام حقوق وحريات الافراد من خلال دوره الاساس في حماية مبدأ المشروعية والحفاظ عليه. **الكلمات المفتاحية:** مجلس الدولة، دستور جمهورية العراق، القضاء الدستوري، استقلال القضاء.

### Abstract

This research aims to highlight the position of the constitutional judiciary on the subject of the subordination of the State Council (administrative

judiciary). The decisions of the constitutional courts are varied in dealing with the issue of the independence of the State Council from the executive authority. Some of these decisions considers the State Council as a part of the administrative powers, while others determine it an independent and private body. In contrast, the last position of constitutional judiciary deems it part of the judicial power that operates under the principle of judicial independence. The main aim of this study is to shed light on these decisions in the comparative, and then clarify the decisions of the Iraqi Federal Supreme Court on the statement of its subordination. In order to reach this result, the study relies on the analytical and comparative approach by providing an analysis of these positions and stating their benefits and risks. It also aims to provide suggestions that might contribute to ensuring the operation of the State Council in light of the principles that governing its task. The independence of the State Council contributes to achieve a basic and effective guarantee for respecting the rights and freedoms of individuals through its basic role in protecting and preserving the principle of legality.

**Keywords:** State Council, Constitution of the republic of Iraq, Constitutional judiciary, Judicial independence.

#### المقدمة

مما لا جرم فيه ان اضفاء الصفة القضائية على مجلس الدولة يعد من المواضيع المهمة والحيوية بالنسبة لجميع الانظمة السياسية والميادين القضائية، لما للسلطة القضائية من مكانة متميزة بين سلطات الدولة الاخرى، التشريعية والتنفيذية، من خلال دورها البارز في تحقيق العدالة فهي تمثل الملاذ الآمن للأفراد، فضلاً عن ذلك فان استقلال مجلس الدولة يعد من اهم ركائز مبدأ المشروعية، ومن خلاله يمكن تقدير فيما اذ كانت الدولة قانونية من عدمه.



لذلك تسعى اغلب التشريعات الدستورية الى عد مجلس الدولة احد التشكيلات القضائية التي يجب ان تتمتع بالاستقلال، اسوة ببقية الهيئات القضائية الاخرى. وعليه فأن مسألة بيان طبيعة مجلس الدولة العراقي يحتم علينا البحث في الاحكام الصادرة من القضاء الدستوري في هذا الشأن، والتي تبين فيما اذا كان المجلس جزءاً من السلطة القضائية بعده هيئة قضائية تتولى مهام القضاء الاداري بصورة مستقلة تمام الاستقلال عن السلطة التنفيذية.

**اهمية البحث:** تكمن اهمية البحث في بيان طبيعة مجلس الدولة بعده هيئة قضائية مستقلة، وتحديد موقعه بين سلطات الدولة استناداً لما جاء في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٠١) منه، وكذلك ما تضمنه قانون التعديل السادس رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧. اذ ان اضعاف الصفة القضائية على مجلس الدولة يسهم في اخراجه من هيمنة السلطة التنفيذية، فهو يعد من اهم المؤسسات القانونية في الدولة بالنظر لدوره البارز في مجال القضاء الاداري ومساهمته في حماية الحقوق والحريات العامة، فضلاً عن دوره في اعداد وتدقيق مشروعات القوانين، وابداء المشورة القانونية لسلطات الدولة واجهزتها المختلفة، وهو ما يستوجب ان يكون المجلس جهة قضائية مستقلة.

**اشكالية البحث:** مما لا ريب فيه ان اشكالية البحث تكمن في عدم وضوح موقف القضاء الدستوري في تحديد طبيعة مجلس الدولة، اذ ان الاحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا جاءت متناقضة مع بعضها، وهو ما يدل على ان القاضي الدستوري لم تكن لديه رؤية واضحة وصريحة تجاه طبيعة المجلس.

لذلك فان اشكالية البحث تتمثل في الاجابة على التساؤلات التالية:

١. هل كان القاضي الدستوري موقفاً في انكار الطبيعة القضائية عن مجلس الدولة.
٢. هل ان القاضي الدستوري قد ابتكر لنفسه مبادئ جديدة لمعالجة مسألة الطبيعة القضائية لمجلس الدولة، ام انه استنبط تلك المبادئ من خلال الاطلاع على التشريعات الدستورية في دول محل الدراسة.
٣. هل ان قانون التعديل السادس رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ قد خالف نص المادة (١٠١) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

**منهجية البحث:** سنعمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن، من خلال الوقوف على الاسس الدستورية والقانونية لطبيعة مجلس الدولة، ومن ثم استعراض الاحكام الصادرة عن الجهات التي تمثل القضاء الدستوري في دول محل الدراسة (فرنسا ومصر)، ومقارنتها مع الاحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا في العراق الخاصة بموضوع البحث.

**خطة البحث:** من اجل الالمام بجميع جوانب هذا الموضوع ارتأينا تقسيمه الى مبحثين، نخصص المبحث الاول لدراسة موقف القضاء الدستوري العراقي والمقارن من طبيعة مجلس الدولة، والمبحث الثاني لدراسة موقف المحكمة الاتحادية العليا من طبيعة مجلس الدولة العراقي.

ثم نختم بحثنا بخاتمة تتضمن اهم النتائج والتوصيات وذلك على النحو الاتي:

### المبحث الأول/ موقف القضاء الدستوري العراقي والمقارن من طبيعة مجلس الدولة

ان مسألة اضعاف الطبيعة القضائية على عمل مجلس الدولة<sup>(١)</sup> من عدمه تعد من اكثر المواضيع جدلاً بين اوساط القضاء الدستوري من حيث مدى عد المجلس كإحدى التشكيلات القضائية، ومن اجل الوصول الى فهم واضح لموقف القضاء الدستوري من طبيعة مجلس الدولة، لابد من بيان الاساس الدستوري له للنظر في موقف المشرع الدستوري من طبيعته، ان بيان الاساس الدستوري سواء بالإيجاب او النفي يساهم في ابراز دور القاضي الدستوري في مدى تأثره بالموقف الدستوري من عدمه، ومن اجل الوصول الى هذه النتيجة ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول الاساس الدستوري لمجلس الدولة في العراق والدول المقارنة، اما المطلب الثاني فسوف نتناول فيه موقف القضاء الدستوري المقارن من بيان الطبيعة القضائية لمجلس الدولة، وعلى النحو الاتي:

### المطلب الاول / الاساس الدستوري لطبيعة مجلس الدولة في العراق والدول المقارنة

تباينت الدساتير سواء في العراق او الدول المقارنة في موقفها من حيث مدى عد مجلس الدولة جهة قضائية من عدمه، ومن اجل بيان موقف تلك الدساتير ارتأينا تقسيم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الاول الاساس الدستوري لطبيعة مجلس الدولة في الدول المقارنة، ونخصص الفرع الثاني لبيان الاساس الدستوري والقانوني لهذه الطبيعة في العراق وعلى النحو الاتي:

### الفرع الاول / الاساس الدستوري لطبيعة مجلس الدولة في فرنسا ومصر

(١) عدلت تسمية مجلس شورى الدولة الى "مجلس الدولة" وانفصل عن وزارة العدل وعد هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية بموجب القانون رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٤٥٦ في ٢٠١٧/٨/٧، كون تسميته السابقة تدل على الاختصاص الاستشاري دون القضائي، وانسجاماً مع ما نص عليه دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٠١) منه.



مما لا ريب فيه ان المشرع يتأثر بشكل واضح بالوضع الدستوري للقضاء الاداري من حيث مدى عده داخلاً في السلطة القضائية من عدمه، سواء من حيث اختصاصه او مدى استقلاله سواء جاء ذلك في الوثيقة الدستورية كمصر والعراق، او في الوثائق التي تكون لها قيمة دستورية كفرنسا، وعليه سنتناول هذا الفرع الاساس الدستوري لطبيعة مجلس الدولة الفرنسي (اولاً)، ثم دراسة اساسه الدستوري في مصر (ثانياً) وكما يلي:

**اولاً: الاساس الدستوري لطبيعة مجلس الدولة الفرنسي:** كما هو معلوم ان مجلس الدولة الفرنسي قد نشأ في احضان السلطة التنفيذية، فكان القضاء الاداري يشكل جزءاً من الادارة التي تتكون من القضاء الاداري والادارة العاملة، اذ يصعب في تلك الفترة القول بان مجلس الدولة يشكل جزءاً من السلطة القضائية، بل انه يعد جزءاً من السلطة التنفيذية<sup>(١)</sup>. وذلك يرجع الى التفسير الذي تبناه رجال الثورة، اذ كان هناك تصور لديهم بان خضوع الدعاوى والمنازعات الادارية للمحاكم العادية من شأنه اهدار استقلال الادارة في مواجهة السلطة القضائية، وبالتالي اختلال الحياة الادارية، لذلك فسروا مبدأ الفصل بين السلطات تفسيراً يقوم على الفصل المطلق بينهما ومنع القضاء العادي من النظر في القضايا التي تكون الادارة طرفاً فيها<sup>(٢)</sup>. وكان اعتبار مجلس الدولة جزءاً من السلطة التنفيذية يقوم على اعتباران الاول يعود لأسباب تاريخية خاصة بفرنسا وحدها قبل قيام الثورة، فكان رجالها ينظرون بعين الريبة والشك تجاه المحاكم العادية ويخشون عرقلتها لأهداف الثورة وتعطيلها، لذلك نشأ هذا القضاء في كنف الادارة، والامر الاخر يتمثل في سكوت الدساتير الفرنسية المتعاقبة عن النص على طبيعة مجلس الدولة<sup>(٣)</sup>.

**ثانياً: الاساس الدستوري لطبيعة مجلس الدولة المصري:** اذا كان القضاء الاداري الفرنسي في بداية نشأته يعد جزءاً من الادارة لفترة طويلة من الزمن، قبل ان يتم الاعتراف بانه جزءاً من السلطة القضائية عن طريق الاجتهاد الذي اصدره المجلس الدستوري الفرنسي، فان القضاء

(١) د. عبدالناصر علي عثمان حسين، استقلال القضاء الاداري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٤٣٦.

(٢) د. مهند نوح، القانون الاداري، ط١، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجامعة العربية السورية، ٢٠١٨، ص ٧، متاح على رابط موسوعة الجامعة <https://pedia.svuonline.org> تمت الزيارة بتاريخ ٢٠٢٢/٥/١١.

(٣) د. محمد شيخ العرب المليجي، الموسوعة في تنظيم القضاء الاداري في فرنسا ومصر والكويت (دراسة مقارنة) التنظيم الموضوعي والاجرائي وفقاً لأحدث المستجدات التشريعية والقضائية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢٢، ص ٩٦.

الاداري في مصر ومنذ بداية نشأته في كنف السلطة القضائية يعد جزء لا يتجزأ عنها<sup>(١)</sup>. وقد بدأ ذلك جلياً من خلال مناقشة قانون مجلس الدولة الاول رقم ١١٢ لسنة ١٩٩٤٦ الذي اثار اعتراض بعض اعضاء مجلس النواب بدعوى عدم دستوريته كونه يخالف من وجهة نظرهم نص المادة (٣٠) من الدستور المصري لعام ١٩٢٣ التي كانت تقرر "ان السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها" اذ جعلت هذه المادة الفصل في المنازعات مقتصرأ على المحاكم العادية فقط، في حين ذهب غالبية النواب الى ان نص المادة المشار اليها اعلاه تضمنت في ثناياها بعض المرونة والاتساع ما يسمح باستحداث محاكم جديدة ومنها القضاء الاداري<sup>(٢)</sup>، وهذا ما اكده الذين ذكروا بانه من "تتبع الاعمال التحضيرية لنصوص دستور ١٩٢٣، التي تحدثت عن السلطة القضائية ومنها المادة (٣٠) من الدستور المذكور يؤدي الى القول ان واضعي الدستور لم يكونوا فقط مقدرين امكان انشاء محاكم ادارية في المستقبل، بل انهم كانوا يعتبرون اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي التي كانت موجودة فعلاً وقت وضع الدستور -كلجنة الترع والجسور- من قبيل المحاكم الادارية، واقرروا وجودها"<sup>(٣)</sup>. فضلاً عن ذلك فانه طبقاً لتقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب عن قانون مجلس الدولة الاول فان انشاء القضاء الاداري المصري كان يعد جزءاً من منظومة اصلاح النظام القضائي في مصر خلال تلك الفترة، ومن ثم كان ينظر اليه على انه وسيلة لإعادة تنظيم السلطة القضائية من خلال انشاء هيئة قضائية متخصصة الى جانب المحاكم الاخرى تتولى الفصل في الدعاوى الادارية<sup>(٤)</sup>.

ان القضاء الاداري في مصر ومنذ انشائه كان يعد جزء من السلطة القضائية، فاذا كانت الاسباب التاريخية والسياسية التي مرت بها فرنسا جعلت من القضاء الاداري جزء من السلطة التنفيذية، فكانت الغاية من انشائه خلق نظام قضائي متخصص في نظر منازعات الادارة بشكل يدعم استقلالها في مواجهة القضاء العادي<sup>(٥)</sup>، فان تلك المبررات غير موجودة في النظام المصري اذ ان وجوده كان لغايات تطور النظام القانوني والحرص على تحقيق الاصلاح القضائي من جهة

(١) د. محمود حمدي عطية، استقلال مجلس الدولة وابداء المشورة القانونية لجهات الادارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص٢٢-٢٣.

(٢) د. السيد محمد ابراهيم، مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، السنة(١٥)، العدد(٢)، ١٩٧٢، ص٥١.

(٣) د. عثمان خليل، تطور القضاء الاداري في الجمهورية العربية المتحدة، مطابع اخبار اليوم، القاهرة، بلا سنة نشر، ص٧٨.

(٤) د. السيد محمد ابراهيم، المصدر السابق، ص٥٠.

(٥) د. عبدالناصر علي عثمان حسين، مصدر سابق، ص٤٢٧.



والحفاظ على حقوق وحريات الافراد في مواجهة الادارة من جهة اخرى، وهو ما دفع الموقف المصري الى عدم الاخذ بالمبررات التي تبناها الموقف الفرنسي<sup>(١)</sup>.

وتأكيداً على الموقف ذاته جاء الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ مكرساً الطبيعة القضائية لمجلس الدولة عندما اورد ذات الحكم في المادة (١٩٠) منه والتي نصت على ان "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة..."<sup>(٢)</sup>. وهكذا اعترف المشرع الدستوري ان لمجلس الدولة ولاية قضائية عامة للفصل في منازعات القضاء الاداري، وان اعضائه من درجة مندوب فما فوق يتمتعون بعدم قابليتهم للعزل، ويسري عليهم جميع الضمانات المقررة لرجال القضاء بما يكفل ضمان استقلال مجلس الدولة<sup>(٣)</sup>. ولم يكتفِ المشرع الدستوري المصري عند هذا الحد في دعم مجلس الدولة بل جاوزه الى الغاء كافة القيود التي كانت حاجزاً بينه وبين ممارسة اختصاصاته، والتي كانت تتمثل بتشكيل محاكم استثنائية وتحصين بعض الاعمال والقرارات الادارية من رقابة القضاء، ودفع باتجاه سرعة حسم القضايا، واستحداث محاكم جديدة للقضاء الاداري تكون قريبة من محل اقامة المتنازعين حتى لا يتجشمون معاناة ومخاطر السفر للوصول اليها<sup>(٤)</sup>.

**الفرع الثاني/ الاساس الدستوري والقانوني لطبيعة مجلس الدولة العراقي:** تباينت الدساتير والقوانين العراقية في تحديد طبيعة مجلس الدولة ومدى عده جزءاً من السلطة القضائية بحسب تأثرها بموقف القائمين على السلطة، لذلك ارتأينا تقسيم هذا الفرع الى اولاً: الاساس الدستوري لطبيعة مجلس الدولة العراقي، اما ثانياً سيكون لدراسة الاساس القانوني لهذه الطبيعة في ضوء قانون التعديل الخامس والسادس لقانون مجلس (شورى) الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، والغاية من ابراز الاساس القانوني لطبيعة المجلس هنا هو من اجل الوقوف على صحة قرارات المحكمة الاتحادية العليا بخصوص طبيعته، لاسيما وان قرارها الاخير رقم ٨٥ لسنة ٢٠١٧ الذي عد مجلس الدولة هيئة مستقلة اعتمد في جزء منه على تفسير المادة الاولى من قانون التعديل السادس رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧، وعلى النحو الاتي:

(١) د. وهيب عياد سلامه، مجلس الدولة بين الابقاء والالغاء (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص٢٦.

(٢) ينظر المادة (١٩٠) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤.

(٣) د. الاء محمد الفيلكاوي، دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٨، ص٢٣٢-٢٣٣.

(٤) ينظر المادة (٩٧) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ التي نصت على ان "التقاضي حق مصون ومكفول للكافة، وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل او قرار اداري من رقابة القضاء ولا يحاكم شخص الا امام قاضيه الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة".

أولاً: الأساس الدستوري لطبيعة مجلس الدولة العراقي

منذ قيام الدولة العراقية عام ١٩٢١ صدرت العديد من الدساتير التي تولت تنظيم السلطة السياسية من حيث تكوينها واختصاصاتها والعلاقات فيما بينها، وان كانت تتسم بطابع تركيز السلطة بيد القابضين عليها كونها تمت بطريق القوة، فلم يكن للشعب اي دور حقيقي في اسناد السلطة للقائمين عليها، ولاسيما بعد سقوط النظام الملكي اي الفترة الممتدة من عام ١٩٥٨ لغاية ٢٠٠٣، انعكست اثارها على التنظيم الدستوري بشكل عام وعلى تنظيم القضاء الاداري بشكل خاص، فعلى نحو اكثر من (٩) دساتير اثنان فقط نصت على مجلس الدولة<sup>(١)</sup>. ويعود السبب في ذلك الى عدم رغبة القابضين على السلطة في تلك الفترة بخضوع اعمالهم وتصرفاتهم لرقابة المشروعية وحكم القانون، ودليل ذلك ان الدساتير العراقية بعد القانون الاساسي لعام ١٩٢٥ جاءت خالية من الاشارة الى رقابة دستورية القوانين باستثناء دستور ١٩٦٨ الذي تناولها دون ان يكون لها وجود فعلي.

اما الدستور المؤقت الصادر عام ١٩٦٤ فقد تناول بين نصوصه تنظيم مجلس الدولة باعتباره جهة تمثل القضاء الاداري في العراق، اذ نص في المادة (٩٣) منه "يشكل مجلس دولة بقانون يختص بالقضاء الاداري وصياغة القوانين والانظمة وتدقيقها وتفسيرها" وقد ورد هذا النص في الفصل الرابع الخاص بالسلطة القضائية، وهذا يدل على نية المشرع الدستوري الواضحة بإضفاء الصفة القضائية على مجلس الدولة ولاسيما من خلال ادراج النص اعلاه ضمن السلطة القضائية، ورغم بقاء النص دون تطبيق الا انه كان يعد خطوة بارزة ومهمة بإشارته لأول مرة في صلب الوثيقة الدستورية الى تشكيل مجلس دولة بقانون<sup>(٢)</sup>، ويذهب بعض فقهاء القانون العام في العراق الى انه لو كتب لهذا النص التطبيق لكان العراق من دول القضاء المزدوج من تلك الفترة، ولو تم انشاء المجلس بناءً على هذا النص الدستوري لأصبح يتمتع بحصانة دستورية تحول دون امكانية الغاء المجلس من قبل المشرع العادي الذي يجب عليه عدم مخالفة احكام الدستور<sup>(٣)</sup>.

وفي الدستور المؤقت لعام ١٩٧٠ اشارت المادة (٤٢/أ) منه الى اهمية انشاء مجلس دولة مستقل، وبناءً على ذلك اعدت وزارة العدل مشروع القانون المزمع اصداره غير انه لم ير النور

(١) د. علي سعد عمران، مركز مجلس الدولة في التصورات الدستورية والقضائية (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة(١٢)، العدد(١)، ٢٠٢٠، ص٢١٦.

(٢) د. احمد خورشيد حميدي المفرجي ود. صدام حسين ياسين العبيدي، الوجيز في القضاء الاداري العراقي، الوجيز في القضاء الاداري العراقي، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠١٧، ص٣٥.

(٣) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، تحولات القانون الاداري في ظل العولمة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٩، ص٦٣.



وظل مجرد مشروع لم يكن له اي وجود على صعيد التطبيق<sup>(١)</sup>. ورغم اهمية تلك المحاولات الا ان البعض يرى انها لا تعدو ان تكون مجرد محاولات افتراضية لإسكات رجال القانون المطالبين بضرورة انشاء قضاء اداري متخصص ومستقل، فهي لم تكن سوى تشويه لكل ما كان يرنوا اليه المواطن العراقي وعلى كافة الاصعدة السياسية والاقتصادية<sup>(٢)</sup>.

وفي ظل التغييرات التي طرأت على العراق بعد عام ٢٠٠٣ وإدراكاً من المشرع الدستوري لأهمية القضاء الاداري وتمكينه من ادارة اعماله القضائية بكل حيادية ودقة، كان لابد من اخراجه من نطاق السلطة التنفيذية، فليس من المنطقي ان تتناط مهمة مراقبة مدى مشروعية القرارات الادارية الى جهة تتبع الادارة، لأنه سيكون في هذه الحالة واقعاً تحت سطوتها ورحمتها، وعليه لابد ان يكون مستقلاً عن السلطة حتى يستطيع الفصل في الدعاوى بكل حرية، وان لا يكون مرتبطاً بالسلطة التشريعية حتى يكون بعيداً عن التأثير السياسي<sup>(٣)</sup>. لذلك جاء دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ ليتضمن في ثناياه انشاء مجلس الدولة، فنص على انه "يجوز بقانون انشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الاداري والافتاء والصياغة، وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة امام جهات القضاء الا ما استثنى بقانون"<sup>(٤)</sup>، الا ان معالجة المشرع الدستوري العراقي فيما يتعلق بمجلس الدولة بموجب المادة (١٠١) من دستور عام ٢٠٠٥ قد جاءت معيبة قانونياً وعلمياً، لان المجلس يتولى مهمة ممارسة وظائف القضاء ولا يقتصر على الافتاء والصياغة على غرار جميع الدول التي اخذت بنظام القضاء المزدوج مثل فرنسا ومصر وحتى العراق في الشق المشار اليه من المادة آتفة الذكر<sup>(٥)</sup>. وكان الاجدر بالمشرع النص على الرقابة على مشروعية الاعمال الادارية الصادرة عن السلطة التنفيذية ومدى مطابقتها للدساتير.

اما تمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة امام جهات القضاء فالأجدر بالمشرع حذفها، لان ذلك لا يتم من خلال موظفي المجلس، وانما من قبل الممثلين القانونيين التابعين لدوائر الدولة المختلفة بناءً على وكالة مصادق عليها من الوزير او رئيس الدائرة ماعدا الحالات التي يستلزم قانون

(١) د. صدام حسين ياسين العبيدي، اصول القضاء الاداري في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة زين الحقوقية والادبية، ٢٠١٧، ص٨٠.

(٢) د. فاروق احمد خماس، الرقابة على اعمال الادارة، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٨، ص٩٢.

(٣) حازم محمد حسين، استقلالية القضاء الاداري العراقي في الميزان (دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العدد(١)، ٢٠٢١، ص٥٧٢.

(٤) المادة (١٠١) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٥) د. علي سعد عمران، القضاء الاداري، القضاء الاداري، ط١، دار الرضوان للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٦، ص١٢٥.

المحاماة توكيل محامي ينوب فيها، وكأن المشرع في هذه الحالة يعتبر موظفي الدولة تابعين للمجلس خلافاً للحقيقة<sup>(١)</sup>، ومن ناحية اخرى جاء هذا النص معيياً من حيث الصياغة القانونية اذ انه اجاز انشاء مجلس دولة وهذا يعود للسلطة التقديرية للإدارة ممثلة برئيس الجمهورية ومجلس الوزراء، لان البرلمان لا يملك حق تقديم مشروعات القوانين حسب ما ذهبت اليه المحكمة الاتحادية العليا في احد اتجاهاتها عند تفسيرها لنص المادة (٦٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، وان كل ما يملكه البرلمان يقتصر على تقديم مقترحات القوانين، وبناءً على نص المادة (١٠١) فان الحكومة مخيرة بين تقديم مشروع القانون او غض النظر عنه وبالتالي يبقى النص الدستوري مجرداً من اية فائدة طالما انه جاء بصيغة الجواز اي التخيير بين امرين<sup>(٢)</sup>.

وكذلك يؤخذ على المشرع الدستوري انه اغفل في الاشارة بشكل صريح على تحديد تبعية المجلس، وهل انه يعد جهة قضائية مستقلة ام يرتبط بالسلطة التنفيذية، وكان الاجدر بالمشرع ان يأخذ موقفاً صريحاً بعد المجلس جهة قضائية على غرار نظيره المصري، لان من شأنه تعزيز استقلالية المجلس وحياده في مواجهة الادارة دون الخشية من تعرضه للضغوطات او التأثير من اية جهة كانت.

ثانياً: الاساس القانوني لطبيعة مجلس الدولة العراقي: على الرغم من الجهود الواضحة من قبل المشرع العراقي وعبر فترات زمنية طويلة لتنظيم القضاء الاداري تنظيمياً قانونياً رصيناً من اجل استكمال مقومات وجوده، وذلك من خلال محاولات قانونية عديدة اهمها قانون التعديل الثاني رقم ١٠٨ لسنة ١٩٨٩، الا ان تلك المحاولات لم تصل الى المستوى المطلوب على غرار باقي الدول المقارنة، فبقيت بحاجة الى تبني نظام قانوني اكثر وضوحاً في مجال الحفاظ على استقلال عمل القاضي الاداري<sup>(٣)</sup>.

وبعد تغيير النظام السياسي وصدور دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ كانت الآمال تتطلع صوب اصدار قانون جديد للمجلس يسد النقص الذي شاب القوانين السابقة، ولاسيما انه وضع في المادة (١٠١) منه اسس جديدة لنظام القضاء الاداري، لكن على الرغم من مرور عشر سنوات

(١) د. محمد سليم محمد امين، استقلالية مجلس الدولة العراقي (مظاهر الاستقلال وفاق المستقبل)، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، كلية القانون، جامعة السليمانية، المجلد (٧)، العدد (١)، حزيران ٢٠١٩، ص ١٦٣.  
(٢) مجيد مجهول درويش الزريجاوي، التنظيم القانوني لوظيفة مجلس شوري الدولة العراقي في الافتاء (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٤، ص ١٥٠.  
(٣) حوراء حيدر ابراهيم ونبراس عبد الكاظم وني، التنظيم القانوني للقضاء الاداري العراقي في ظل التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار، المجلد (١٢)، العدد (٣)، ايلول ٢٠١٧، ص ٩٤.



على نفاذ الدستور لم يتبنى المشرع العراقي اصدار قانون جديد لمجلس الدولة واكتفى بإصدار التعديل الخامس لقانون المجلس بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ مع بقاء تبعيته لوزارة العدل<sup>(١)</sup>، وقد حرص المشرع في هذا القانون على اضافة الصفة القضائية على رئيس المجلس ونائبيه والمستشار والمستشار المساعد حسب ما جاءت به المادة (١) البند (ثالثاً) الا انها كانت معالجة متناقضة مع بعضها، اذ ان المشرع اكد في ذات المادة على ارتباطه بوزارة العدل من ناحية، وقصر الصفة القضائية على الاعضاء الذين يمارسون المهام القضائية دون الاستشارية، وكان الاجدر منح كلا الاعضاء ضمانات تكفل حيادهم في مواجهة الادارة<sup>(٢)</sup>. ومما تجدر الاشارة اليه ان كثرة التعديلات القانونية المتعاقبة على قانون مجلس (شورى) الدولة يدل على ضعف نية المشرع العراقي في بيان طبيعة وتبعية مجلس الدولة، ومن ثم عدم اعطائه دور اكبر في فرض الرقابة على اعمال السلطة التنفيذية وجعله مجرد اداة بيدها.

وكذلك كان اتجاه المشرع موقفاً عندما نص في المادة الثانية من قانون المجلس آنف الذكر على انه "... وتحل تسمية مجلس الدولة محل مجلس شورى الدولة اينما وردت في التشريعات" وجاء ذلك النص انسجاماً مع ما نص عليه المشرع الدستوري<sup>(٣)</sup>.

اذ ان تسميته الجديدة اكثر دقة وانسجاماً مع طبيعة اختصاصاته وتشكيلاته لاسيما المستحدثة منها، لان وظيفة المجلس تتحلل الى شقين، الاول يتعلق بإبداء الرأي والمشورة القانونية وهي تتطابق مع تسميته السابقة، اما الشق الثاني فيتعلق بإعداد وصياغة التشريعات وهذه لا تتطابق مع تسميته مجلس (شورى) الدولة، كما انها اصبحت اكثر قصوراً بعد انشاء محكمة القضاء الاداري اذ اصبح يمارس اختصاصاً قضائياً الى جانب اختصاصاته الاخرى<sup>(٤)</sup>.

(١) لم يأتي التعديل الخامس باي تغيرات جديدة لعدم رغبة المشرع في اخراج المجلس من هيمنة السلطة التنفيذية، سوى اعتبار المجلس شخصية معنوية، والتوسع في انشاء محاكم جديدة للقضاء الاداري ومحاكم قضاء الموظفين في اربع مناطق من العراق. ينظر في ذلك د. سامي حسن نجم، القضاء الاداري في العراق بعد التحولات الجديدة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة (٧)، المجلد (١)، العدد (٢٨)، ٢٠١٥، ص ٢٥٢ و ٢٦١.

(٢) مجيد مجهول درويش الزربجاوي، مصدر سابق، ص ١٥٠ ومابعدها.

(٣) د. صعب ناجي عبود، نحو مجلس دولة عراقي متكامل، محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه في كلية القانون، جامعة كربلاء، للعام ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ١٧.

(٤) ينظر د. وسام صبار العاني، القضاء الاداري، القضاء الاداري، ط ١، دار السنهوري، بيروت، بغداد، ٢٠١٥، ص ١٤٣، صادق محمد علي الحسيني، الوظيفة الاستشارية لمجلس شورى الدولة (دراسة مقارنة)، الوظيفة الاستشارية لمجلس شورى الدولة العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اهل البيت، المجلد (١)، العدد (٧)، ٢٠٠٩، ص ١٠٦، او هام علي حبيب، الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الادارية في العراق، مكتبة القانون والقضاء، ٢٠١٥، ص ٥٩.

ولكن يعاب على المشرع العراقي في هذا القانون انه لم ينشئ مجلس دولة جديد وان كان ذلك يبدو ظاهراً من الناحية الشكلية إلا انه في حقيقة الامر خلاف ذلك، اذ اقتصر على تعديل مركز مجلس (شورى) الدولة بما ينسجم وتوجهات المشرع الدستوري، فهو لم يتضمن سوى تغيير تسمية المجلس واعتباره هيئة مستقلة عن السلطة التنفيذية، اما ماعدا ذلك فقد بقيت تشكيلاته واختصاصاته السابقة قائمة في القانون الجديد استناداً لإحكام المادتين (٢) و (٣) منه<sup>(١)</sup>.

**المطلب الثاني: موقف القضاء الدستوري المقارن من طبيعة مجلس الدولة:** بعد ان انتهينا من بيان الاساس الدستوري لمجلس الدولة في العراق والدول المقارنة، حري بنا في هذا المطلب ابراز موقف القاضي الدستوري المقارن من طبيعة مجلس الدولة، وذلك من خلال بيان موقف القضاء الدستوري في دول محل الدراسة. وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الاول موقف القضاء الدستوري الفرنسي من طبيعة مجلس الدولة، اما الفرع الثاني نخصه لدراسة موقف القضاء الدستوري المصري من طبيعة مجلس الدولة، وكما يلي:

**الفرع الاول: موقف القضاء الدستوري الفرنسي من طبيعة مجلس الدولة:** ان الاعتراف بالطبيعة القضائية لمجلس الدولة وانتشاله من احضان السلطة التنفيذية ووضعه ضمن السلطة القضائية جاء عن طريق الاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري الفرنسي<sup>(٢)</sup>. على الرغم من اغفال المشرع الدستوري الفرنسي من تنظيم موضوع طبيعة مجلس الدولة وابرار الصفة القضائية له، الا ان القاضي الدستوري ابتكر لنفسه موقفاً لسد هذا الفراغ التشريعي من خلال حسم موضوع طبيعة المجلس في عدة قرارات.

فبعد ان كان بعض الفقه الفرنسي يرى ان السلطة القضائية التي نصت عليها المواد (٦٤، ٦٥، ٦٦) من دستور عام ١٩٥٨ تقتصر على القضاء العادي ولا تشمل القضاء الاداري، تغيرت هذه النظرة بصدور قرار المجلس الدستوري في ٢٢ يوليو ١٩٨٠ الذي اعترف بالطبيعة القضائية لمجلس الدولة وعده هيئة قضائية الى جانب السلطة القضائية<sup>(٣)</sup>، وقد استند المجلس

(١) د. احمد خورشيد حميدي المفرجي ود. صدام حسين ياسين العبيدي، القضاء الاداري وفق اخر التعديلات التشريعية والتطبيقات القضائية، مصدر سابق، ص ٥٩.

(٢) المجلس الدستوري يعد بمثابة محكمة دستورية تختص بالرقابة السابقة الوقائية على دستورية القوانين، وقد نشأ كغيره من المؤسسات الكبرى عام ١٩٥٨ وكانت الغاية من انشاء محاكمة المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية التي انشئت عام ١٩٠٣، واصبح جامي الحقوق الحريات الاساسية. لمزيد من التفاصيل ينظر د. محمد يوسف محميد، الاشكالية القانونية للمجلس الدستوري الفرنسي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد (١)، العدد (١)، الجزء (١)، السنة (١)، ايلول ٢٠١٦، ص ٣٠١. ود. محمد المساوي، القانون الدستوري والنظم السياسية، ج ١، مطبعة قرطبة، ٢٠١٧، ص ١٢٣. ود. يحيى الجمل و د. انور احمد رسلان، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٢١-١٢٥.

(٣) د. عبدالناصر علي عثمان حسين، مصدر سابق، ص ٤٣٧.



الدستوري في ذلك الاجتهاد على "المبادئ الاساسية التي تعترف بها قوانين الجمهورية" بما لها من قيمة دستورية عليا في فرنسا<sup>(١)</sup>، وجاء في هذا القرار "ومن حيث انه ينتج من احكام المادة ٦٤ من الدستور - فيما يتعلق بالقضاء العادي- ومن المبادئ الاساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية، اعتباراً من قانون ٢٤ ايار ١٨٧٢- فيما يتعلق بالقضاء الاداري- ان استقلال هذه الهيئات وطبيعتها الخاصة -فيما يتعلق بوظائفها - مضمون بحيث لا يستطيع المشرع او الحكومة، ان يراقب اعمال هذه الهيئات، او ان يوجه اليها اوامر، او ان يحل مكانها في اصدار احكام في المنازعات الداخلة في اختصاصها"، ومن خلال هذا الحكم استطاع المجلس الدستوري وضع الاساس الدستوري لعد مجلس الدولة جهة قضائية وانتشاله من ميدان السلطة التنفيذية<sup>(٢)</sup>.

ورغم التكريس الدستوري لمجلس الدولة الذي جاء به قرار المجلس الدستوري فان بعض الفقه يذهب الى ان ذلك الاساس قاصر على استقلال القضاء الاداري ولا يتضمن وجوده، ويرون ان ذلك القرار كرس وجود الازدواج القضائي في فرنسا، الا انه لا يمنع المشرع من توحيد جهات النظام القضائي، غير ان هذا الاتجاه لا يمكن الركون اليه لأنه يخالف قرار المجلس الدستوري، فكيف يمكن الغاء مجلس الدولة من غير المساس باستقلال القضاء الاداري<sup>(٣)</sup>. وهو ما تم دحضه بصور قرار المجلس الدستوري في ٢٣ يناير ١٩٨٧ الذي جاء بمناسبة نظر المجلس الدستوري في مدى دستورية نقل اختصاص النظر في المنازعات المتعلقة بقرارات مجلس المنافسة- باعتباره احدى السلطات الادارية- الى محاكم القضاء العادي، وتتلخص وقائعه في ان القانون ٨٦-٧٩٣ الصادر في ١٩٨٦/٧/٢ كان يسمح للحكومة بتعديل الاحكام المتعلقة بالاسعار والمنافسة، وهو ما تبنته الحكومة فعلاً بموجب الامر ٨٦-١٢٤٣ الصادر في الاول من ديسمبر ١٩٨٦، الخاص بحرية الاسعار والمنافسة، وتضمن انشاء مجلس المنافسة ومنحه اختصاصات استشارية تدخل اصلاً في اختصاص لجنة المنافسة، وسلطة اتخاذ الاجراءات التحفظية، وتوقيع جزاءات، ونص الامر على ان يتم الطعن في الاجراءات التحفظية التي تصدر من مجلس المنافسة امام رئيس القسم القضائي لمجلس الدولة، في حين كان المشروع الاول للأمر ينص على ان يتم

(١) جورج فوديل وديار دلفولفية، القانون الاداري، ج ١، ترجمة منصور القاضي، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بلا سنة نشر، ص ٩٧-٩٨.

(٢) ينظر د. احمد خورشيد حميدي المفرجي ود. محمد سليم محمد امين و قصي احمد فاضل، استقلال مجلس الدولة العراقي عن السلطة التنفيذية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، المجلد (١٠)، العدد (٣٧)، ٢٠٢١، ص ٤٤٤.

(٣) د. عبدالناصر علي عثمان حسين، مصدر سابق، ص ٤٣٩-٤٤٠.

الطعن في تلك الاجراءات امام المحاكم العادية، وقد اعترض مجلس الدولة عند استشارته في ذلك واوصى بان يكون ذلك الاختصاص للقضاء الاداري، وبناءً على ذلك عدلت الحكومة مشروع الامر على وفق توصية مجلس الدولة، لكن بعد مضي يومان على نشر الامر قدم الكثير من نواب البرلمان اقتراحاً بقانون يجعل ذلك الاختصاص للقضاء العادي، وبالفعل تم التصويت عليه في ٢٠ ديسمبر ١٩٨٦، وهو ما اثار انتقاد نواب الحزب الاشتراكي وطالبوا بإحالة القانون للمجلس الدستوري، والذي بحث في قراره الصادر في ٢٣ يناير ١٩٨٧ مدى دستورية مشروع القانون، وخلص الى ان الاقتراح بقانون تحويل الاختصاص من القضاء الاداري الى القضاء العادي مخالف للدستور، وبذلك يكون المجلس الدستوري قد كرس صراحة من الناحية الدستورية وجود القضاء الاداري بعد ان كرسها ضمناً بموجب قراره الصادر في ٢٢ يوليو ١٩٨٠<sup>(١)</sup>.

وكذلك القرار رقم ٨ يوليو ١٩٨٩ الذي عاد المجلس الدستوري واكد فيهما وجود مبدأ معترف به في قوانين الجمهورية ذو مكانة دستورية تكرر وجود القضاء الاداري بجوار القضاء العادي، وقد استند المجلس الدستوري في استخلاص هذا المبدأ على النظرة الفرنسية لمبدأ الفصل بين السلطات<sup>(٢)</sup>.

وتأسيساً على ما تقدم فان استقلال القضاء الاداري وجوده اصبح يستند الان على اساس دستوري باعتباره جزء من السلطة القضائية، وبالتالي الطبيعة الدستورية لوجوده ولاسيما بعد تعديل الدستور الفرنسي عام ٢٠٠٨ وذلك من خلال:

١. تشكيل السلطة القضائية: اشار الدستور الفرنسي على ان المجلس الاعلى للقضاء يتألف من قسم له الولاية القضائية على القضاة، وقسم خاص بالولاية القضائية على النيابة العامة، وفي كلا التشكيلين يلاحظ وجود مستشار دولة يعينه مجلس الدولة، وبناءً على ذلك يعد مجلس الدولة الطرف الاخر للسلطة القضائية الفرنسية بجانب القضاء العادي<sup>(٣)</sup>.

٢. الرقابة على دستورية القوانين: وهي رقابة اختيارية وتكون قبل صدور القانون، مما ادى ذلك الى بقاء العديد من القوانين المخالفة للدستور دون الغاء، بسبب صدورها دون ممارسة الرقابة عليها حسب المادة (٦١) من دستور عام ١٩٥٨ لذلك كانت المحاكم تطبق قوانين وهي على دراية بانها مخالفة للقانون الاساسي، ونتيجة لذلك حاول المشرع ادخال الرقابة اللاحقة عن طريق

(١) ينظر بشأن هذا القرار L.favorean et L. Philip:les grandes deasions du conseil constitutionnel, op.cit. p712 et s. اشار اليه د. عبدالناصر علي عثمان حسين، مصدر سابق، ص ٤٥٥ ومابعداها.

(٢) د. محمد شيخ العرب المليجي، مصدر سابق، ص ٩٧.

(٣) المادة (٦٥) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل عام ٢٠٠٨.



الدفع بعدم الدستورية، الا انه فشل في تعديل عامي ١٩٩٣ و ١٩٩٥ ونجح بإضافتها في تعديل عام ٢٠٠٨<sup>(١)</sup>، اذ اكد المشرع الدستوري على انه "اذا ثبت اثناء النظر في دعوى امام جهة قضائية ان نصاً تشريعياً يخرق الحقوق والحريات التي كفلها الدستور جاز اشعار المجلس الدستوري - بناءً على احالة من مجلس الدولة او من محكمة النقض- بهذه المسألة ضمن اجل محدد"، ومن خلال الاطلاع على هذا النص نلاحظ ان مجلس الدولة هو احدى الجهات التي يحق لها احالة القانون الى المجلس الدستوري بجوار محكمة النقض اذا كان يمس الحقوق والحريات العامة، ويعني ذلك ان مجلس الدولة جزء من السلطة القضائية قياساً على محكمة النقض<sup>(٢)</sup>. ومن خلال ما تقدم يتضح لنا ان القاضي الدستوري الفرنسي كان له دوراً ابتكارياً في حسم موضوع طبيعة مجلس الدولة، اذ بموجب القرارات الصادرة منه تم وضع اساس دستوري قضائي اضى من خلاله الصفة القضائية على مجلس الدولة، كون قرارات القاضي الدستوري والمبادئ التي تستنبط من احكامه تعد مصدراً اساسياً من مصادر الكتلة الدستورية بمعيارها الموضوعي، وعليه يستوجب على المشرع العادي اتخاذ موقف صريح لا يتعارض مع موقف القضاء الدستوري في النص صراحة على عد مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة وفقاً لمبدأ استقلال القضاء.

**الفرع الثاني/ موقف القضاء الدستوري المصري من طبيعة مجلس الدولة:** تواتر قضاء المحكمة الدستورية العليا<sup>(٣)</sup> المصرية في التأكيد على الاصل الدستوري للطبيعة القضائية لمجلس الدولة المصري باعتباره صاحب الولاية العامة للنظر في المنازعات الادارية والتأديبية، اذ يكون قاضي القانون العام في هذه المنازعات ولم يعد اختصاصه محدداً على سبيل الحصر كما كان في بداية نشأته<sup>(٤)</sup>.

(١) د. الاء محمد الفيكاوي، مصدر سابق، ص ٣٠-٣١.

(٢) المادة (١/٦١) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل عام ٢٠٠٨.

(٣) لم تنص الدساتير المصرية قبل عام ١٩٧١ على مسألة انشاء محكمة دستورية متخصصة، ورغم ذلك اصدر الرئيس جمال عبدالناصر قرار بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء المحكمة العليا وعهد اليها دون غيرها الفصل في دستورية القوانين، ويصدر دستور عام ١٩٧١ وهو اول دستور نص صراحة على استحداث المحكمة الدستورية العليا واعتبارها هيئة قضائية مستقلة، وبعد مرور ثماني سنوات على نفاذ الدستور صدر قانون المحكمة رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩. لمزيد من التفاصيل ينظر د. دعاء الصاوي يوسف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٧٧، د. عبدالغني بسيوني عبدالله، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ك١، النظم السياسية، مطابع السعدني، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٨٢٦.

(٤) د. محمود حمدي عطية، استقلال مجلس الدولة وابداء المشورة القانونية لجهات الادارة، مصدر سابق، ص ٥٣-٥٤.

فبعد ان حددت المادة (١٧٢) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ طبيعة مجلس الدولة باعتباره هيئة قضائية مستقلة في التنظيم نصت على انه "يختص بالفصل في المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الاخرى"، فالمشرع الدستوري المصري اولى الحديث عن الوظيفة القضائية لمجلس الدولة اهمية خاصة باعتباره "هيئة قضائية" ويمارس اختصاصاته بصفة العموم لا الحصر واحال الى المشرع العادي تنظيم اختصاصاته الاخرى<sup>(١)</sup>، ويعد هذا النص اول اعتراف دستوري في مصر بنظام القضاء المزدوج، اذ اعاد التأكيد صراحة على ان القضاء الاداري يعتبر جزءاً من السلطة القضائية، وقد انهى بذلك امكانية الغاءه عن طريق قانون يصدره المشرع او اعتباره مجرد محكمة تلحق جهة القضاء العادي كما تضمن تكريماً دستورياً في تحديد اختصاصاته<sup>(٢)</sup>. فقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بانه "وحيث ان الدستور اذ نص في المادة (١٧٢) منه على اختصاص مجلس الدولة - كهيئة قضائية مستقلة- بالفصل في المنازعات الادارية والتأديبية، فقد دل على ان ولاية المجلس في شأنها ولاية عامة، وانه اضحى قاضي القانون العام بالنسبة اليها، وان المسائل التي تدخل في ولايته لم تعد محددة حصراً مثلما كان عليه الامر عند انشائه"<sup>(٣)</sup>. وتكمن اهمية ذلك في ان الدستور والقاضي الدستوري كرس اختصاص هذا القضاء بنظر كافة المنازعات الادارية والتأديبية، بعدما كانت التشريعات التي تنظم القضاء الاداري قبل دستور عام ١٩٧١ تأخذ بالتعداد على سبيل الحصر والتحديد، اذ كان القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة للنظر في سائر المنازعات ويدخل في ذلك الدعاوى الادارية غير المنصوص عليها في تشريعات القضاء الاداري<sup>(٤)</sup>.

ثم جاءت المحكمة الدستورية العليا لتؤكد ذات الحكم السابق في قرار اخر لها نصت فيه بانه "وحيث ان المشرع الدستوري بدءاً من دستور سنة ١٩٧١ قد حرص على دعم مجلس الدولة، الذي اصبح منذ استحداثه نص المادة (١٧٢) منه جهة قضائية قائمة بذاتها محصنة ضد أي

(١) د. محمد فؤاد عبدالباسط، القضاء الاداري مبدأ المشروعية تنظيم واختصاصات مجلس الدولة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٨٧.

(٢) د. عبدالناصر علي عثمان حسين، مصدر سابق، ص ٤٤٧-٤٤٨.

(٣) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا-القضية رقم (٥) لسنة (١٥) قضائية تنازع بجلسة ١٩٩٢/٣/٧ ج ٥ دستورية- المجلد الاول، ص ٤٣٠، اشار اليه د. محمود حمدي عطية، استقلال مجلس الدولة وابداء المشورة القانونية لجهات الادارة، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٤) د. عبدالناصر علي عثمان حسين، مصدر سابق، ص ٤٦٦.



عدوان عليها او على اختصاصها المقرر دستورياً عن طريق المشرع العادي...<sup>(١)</sup>. وتبدو اهمية ذلك في ان اختصاص القضاء الاداري اصبح محدداً في صلب الوثيقة الدستورية ويستمد منه اختصاصاته التي اكدتها المحكمة الدستورية بعد ان كان قانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ هو مصدر اختصاصه، وهذا يعني انها تستمد قوتها من مبدأ سمو الدستور وعلوية احكامه أي ان المشرع العادي لا يستطيع اهدار تلك الاختصاصات او الانتقاص منها بواسطة التشريع العادي والا وقع في نطاق مخالفة احكام الدستور<sup>(٢)</sup>.

**المبحث الثاني/ موقف المحكمة الاتحادية العليا من طبيعة مجلس الدولة العراقي:** ان موقف القاضي الدستوري العراقي قد جاء متبايناً في بيان طبيعة مجلس الدولة، فتارة ذهب الى عده جزء من السلطة التنفيذية بالصفة الادارية، وتارة اخرى ذهب الى عده هيئة مستقلة مستنداً الى عدة حجج، ومن اجل بيان موقف المحكمة ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين وكما يلي:

**المطلب الأول/ طبيعة مجلس الدولة العراقي في ضوء قرارات المحكمة الاتحادية:** ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد جانبت الصواب في قراراتها الخاصة بطبيعة مجلس الدولة، لأنها اعتمدت على مبدأ التحول الدستوري او العدول عن قراراتها لحسم هذه الطبيعة، وهذا يتناقض مع كون قرارات المحكمة باتة وملزمة، وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين هما:

**الفرع الاول / موقف المحكمة الاتحادية العليا من عد مجلس الدولة جهة تنفيذية:** اصدرت المحكمة الاتحادية العليا في العراق قرارها التفسيري رقم ١١٨/اتحادية/اعلام/٢٠١٥ في ٢٠١٥/١١/٣٠ والذي قضت فيه "لا يعد القضاء الاداري جزء من السلطة القضائية الاتحادية المنصوص عليها في الدستور وفي القوانين المشار اليها، سيما وان الذين يمارسون القضاء الاداري هم ليسوا من القضاة المعيّنين وفق قانون التنظيم القضائي والذين جرى تأهيلهم لمهام القضاء...". وبناءً على ذلك يعد مجلس الدولة جزء من السلطة التنفيذية بالصفة الادارية، وهو الذي يمارس القضاء الاداري وفرض الرقابة القضائية على اعمال الادارة، ومن خلالها يمكن اخضاع اعمال السلطة التنفيذية لسيادة القانون.

وكان طلب التفسير مقدم من مجلس النواب/الامانة العامة/الدائرة البرلمانية شؤون اللجان بموجب كتابهم المرقم ش ل/١١٥٩٧/٩/١ في ١١٥٩٧/٩/١ في ٢٠١٥/١١/١٧ بخصوص تفسير المادة (٨٧) من

(١) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا- القضية المرقمة (١٦٢) لسنة (٣١) قضائية دستورية بجلسة ٢٠١٣/٤/٧. اشار اليه د. محمود حمدي عطية، استقلال مجلس الدولة وابداء المشورة القانونية لجهات الادارة، مصدر سابق، ص ٥٤.

(٢) د. عبدالناصر علي عثمان حسين، مصدر سابق، ص ٤٦٥.

الدستور، والتي تنص على ان "السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها وتصدر احكامها وفقاً للقانون" ومدى عد وظائف القضاء الاداري والافتاء الواردين في المادة (١٠١) من الدستور من مظاهر السلطة القضائية الواردة في المادة (٨٧) من الدستور. وقد بنت المحكمة الاتحادية العليا موقفها على اساس ان المادة (٤٧) من الدستور كرست مبدأ الفصل بين السلطات، اذ نصت على انه "تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية تمارس اختصاصاتها ومهامها على اساس مبدأ الفصل بين السلطات"، ويظهر من خلال ذلك ما يلي:

أولاً: التعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات

ان السلطة القضائية تمثل سلطة من سلطات الدولة الثلاث تمارس مهامها على اساس مبدأ الفصل بين السلطات، وانها تستمد خصوصيتها وصلاحياتها من المادة (٨٧) من الدستور، وتنظم اعمالها النصوص الدستورية الواردة في المواد (٨٨ و ٨٩ و ٩٠ و ٩١) من الدستور، ومن القوانين ومنها قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩، حيث ينظم انواع المحاكم ودرجاتها من محكمة البداية والاستئناف والتمييز والجنح والجنايات، وهذه المحاكم هي صاحبة الاختصاص الاصيلي في نظر جميع المنازعات المدنية والجزائية، باستثناء المنازعات الادارية وما استثني بقانون خاص.

ثانياً: الطبيعة الخاصة لعمل المجلس

ان مجلس الدولة هو من يتولى النظر في المنازعات الادارية بسبب طبيعتها الخاصة التي اقتضت وجود قضاء خاص يتولى تطبيق القانون في تلك المنازعات، وهو ليس جزء من السلطة القضائية الاتحادية وانما هو جزء من السلطة التنفيذية بالصفة الادارية.

ثالثاً: توافر الصفة القضائية

ان الذين يمارسون القضاء الاداري ليسوا من القضاة المعينين وفق قانون التنظيم القضائي والذين جرى تأهيلهم لممارسة مهام القضاء<sup>(١)</sup>.

**الفرع الثاني/ موقف المحكمة الاتحادية العليا من عد مجلس الدولة هيئة مستقلة**

بعد صدور الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ اجاز في المادة (١٠١) منه انشاء مجلس للدولة يختص بوظائف القضاء الاداري ويصدر احكاماً قضائية باسم الشعب، وهذا الاختصاص يعد

(١) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ١١٨/اتحادية/اعلام/٢٠١٥ منشور على موقع المحكمة (تفسير دستوري) لعام ٢٠١٥ على الرابط <https://www.iragfsc.ig/ethadai.php> تمت الزيارة بتاريخ ٢٠٢٢/٣/٣١ الساعة ١٠:٢٨ ص.



بالأصل من الاختصاصات التي يتمتع بها مجلس القضاء الاعلى، ولغرض استقلال القضاء الاداري عن السلطة التنفيذية صدر قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧، الذي جعل من المجلس هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية، لكن هذا القانون تم الطعن به امام المحكمة الاتحادية العليا من قبل وزير العدل، على اعتبار ان عمله يتداخل مع عمل مجلس القضاء الاعلى ويقوم بدور القضاء فيما يتعلق بالقضايا الادارية، وكان الطعن يدور حول امكانية ربط مجلس الدولة بمجلس القضاء الاعلى واخراجه من الهيئات المستقلة، الا ان المحكمة الاتحادية العليا رفضت الطلب واصدرت قرارها المرقم ٨٥/اتحادية/٢٠١٧<sup>(١)</sup>. ولغرض الوقوف على مدى صحة قرار المحكمة الاتحادية العليا لابد من الوقوف على اسباب طعن السيد وزير العدل، وحجج اطراف الدعوى وعلى النحو الاتي:

اولاً: اسباب طعن وزير العدل

طعن السيد وزير العدل بدستورية قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ للأسباب التالية:

١. ان مجلس النواب اصدر القرار المرقم ٢٨ لسنة ٢٠١٧ الخاص بقانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ استناداً لإحكام المادة (١٠١) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، وقد تضمنت المادة الاولى من القانون "ينشأ بموجب هذا القانون مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الاداري والافتاء والصياغة، ويعد هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية يمثلها رئيس المجلس، ويتم اختياره من قبل رئاسة المجلس على ان يكون من بين المستشارين فيه ويعين وفقاً للقانون" وحيث ان المادة (١٠١) من الدستور اعلاه نصت على انه "يجوز بقانون انشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الاداري والافتاء والصياغة وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة امام جهات القضاء إلا ما استثنى بقانون" قد جاءت ضمن الفصل الثالث الخاص بالسلطة القضائية والتشكيلات التابعة لها والتي ستشكل في المستقبل، لذلك فان اعتبار مجلس الدولة هيئة مستقلة يعتبر مخالفة صريحة للدستور وتجاوزاً على صلاحيات السلطة القضائية، اذ ان المشرع العراقي افرد الفصل الرابع من الدستور للهيئات المستقلة، وبالتالي لا يمكن قانوناً تشكيل هيئة مستقلة استناداً للفصل الثالث، وطلب المدعي الغاء قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ استناداً لإحكام المادة (ثانياً/٢) من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

(١) زهير كاظم عبود، قانون مجلس الدولة هل يلبي الطموح، مجلة المدى، العدد ٤٣٠٣ في ٤/١١/٢٠١٨، متاح على الرابط <https://almadapaper.net/view> تمت الزيارة بتاريخ ٢٤/٣/٢٠٢٢ الساعة ٩:٤٩ ص.

ثانياً: الحجج القانونية التي استندت عليها السلطة التشريعية بينت اللائحة الجوابية المعدة من قبل السلطة التشريعية الحجج التي استندت عليها في اصدار القانون المذكور وهي:

١. ذهبت الى القول بان قراراً تفسيرياً صدر من المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ١١٨/اتحادية/٢٠١٥ بخصوص تفسير المادة (٨٧) من الدستور، والتي تنص على ان "السلطة القضائية مستقلة تتولاها المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها وتصدر احكامها وفقاً للقانون" ومدى عد وظائف القضاء الاداري والافتاء الواردين في المادة (١٠١) من الدستور من مظاهر السلطة القضائية، ولدى استقراء النصوص الدستورية المتعلقة بالموضوع المستفسر عنه وجدت السلطة التشريعية ان المادة (٤٧) من الدستور نصت على مبدأ الفصل بين السلطات، وانها تستمد خصوصيتها وصلاحياتها من المادة (٨٧) من الدستور وتنظم اعمالها النصوص الدستورية الواردة في المواد (٨٨ و ٨٩ و ٩٠ و ٩١) من الدستور، وان المادة (١٠١) من الدستور اجازت بقانون انشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الاداري والافتاء والصياغة وغيرها وان طبيعة المنازعات والعلاقات الادارية هي التي اقتضت وجود قضاء خاص، وهو ليس جزءاً من السلطة القضائية الاتحادية وانما هو جزء من السلطة التنفيذية بالصفة الادارية، وان مجلس الدولة هو الذي يباشر القضاء الاداري وعن طريقه يمكن اخضاع اعمال الادارة لسيادة القانون.

٢. كما استندت السلطة التشريعية على حجة مفادها ان المادة (١٠٨) من الدستور نصت على انه "يجوز استحداث هيئات مستقلة حسب الحاجة والضرورة بقانون" فأعطت بذلك لمجلس النواب خياراً تشريعياً ويجب ان ينعم بالاستقلال كمثيلاته في مجالس الدول الاخرى، وان الحاق مجلس الدولة بالسلطة التنفيذية سيؤثر سلباً على ادائه في التعيين والانتداب او من خلال الجوانب المالية.

ثالثاً: الحجج المقدمة من قبل وزارة العدل

اجابت وزارة العدل في العريضة المقدمة من قبلها على كافة الحجج التي استندت عليها السلطة التشريعية من حيث:

١. ان الحجة التي استندت عليها السلطة التشريعية بالقول ان السلطة القضائية تمارس مهامها على اساس مبدأ الفصل بين السلطات، وتستمد خصوصيتها وصلاحياتها من المادة (٨٧) من الدستور، وتنظم اعمالها النصوص الدستورية الواردة في المواد (٨٨ و ٨٩ و ٩٠ و ٩١)، في حين تناست بقية المواد (٩٢-١٠١) من الدستور والتي تدخل في صميم عمل السلطة القضائية.



٢. ان عدم اعتبار مجلس الدولة جزءاً من السلطة القضائية لا يعطي الحق للمجلس بمخالفة نصوص الدستور، من خلال تشكيل هيئة مستقلة بالاستناد الى مواد دستورية لا تدخل ضمن الفصل الخاص بالهيئات المستقلة، كون المشرع الدستوري حرص على تخصيص فصل خاص لكل سلطة من السلطات تماشياً مع ما سارت عليه اغلب دساتير العالم.

٣. اجابت وزارة العدل على الحجة المقدمة من قبل السلطة التشريعية والتي كان مفادها ان الحاق مجلس الدولة بالسلطة التنفيذية يؤثر سلباً على ادائه، وكذلك جاء في الاسباب الموجبة لإصدار قانون مجلس الدولة بانه شرع لغرض استقلاله عن السلطة التنفيذية، في حين بينت الامانة العامة لمجلس الوزراء بموجب كتابها (٢٧٣٩٩) في ٢٣/٨/٢٠١٧ في معرض حديثها عن مجلس الدولة "ان مرجعية الهيئات المستقلة التي لم يحدد الدستور بنص صريح ارتباطها بمجلس النواب او مجلس الوزراء يكون مرجعها لمجلس الوزراء دون الحاجة الى النص على ذلك في صلب قوانينها"، وقد استندت في ذلك الى قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٨٨) لسنة ٢٠١٠ مما ينفي صفة الاستقلال عن المجلس موضوع البحث، لكون مجلس الوزراء جزءاً من السلطة التنفيذية استناداً الى المادة (٦٦) من الدستور، وهذا خلاف الغاية من تشريع قانون مجلس الدولة وهي استقلاله عن السلطة التنفيذية.

٤. اكدت وزارة العدل على ان موضوع طلبها يتركز على الغاء القانون المرقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ لعدم دستوريته، وبينت ان موضوع ارتباطه بالسلطة القضائية او غيرها يعود تحديده لمجلس النواب في قانون لاحق، فأما ان يبقى ضمن تشكيلات السلطة التنفيذية متمثلة بوزارة العدل او يرتبط بمجلس القضاء الاعلى.

رابعاً: الحجج الجوابية المقدمة من قبل السلطة التشريعية  
وقد استندت هذه الحجج على ما يلي:

١. ان المادة (١٠١) من الدستور تضمنت اختصاص مجلس الدولة بوظائف القضاء الاداري والافتاء والصياغة وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة امام القضاء، وبالتالي كيف يمكن ان يرتبط بجهة يعمل على تمثيل الدولة امامها، كما ان وجود تشكيل ما في جزء من اجزاء الدستور لا يعد قرينة على ارتباطه بذلك الجزء، بدليل ان الهيئة العامة لاجتثاث البعث وردة في المادة (١٣٥) من الدستور في حين عالجت المواد (١٠٢-١٠٨) من الدستور وضع الهيئات المستقلة، فهل يعد ذلك مسوغاً على عدم اسباغ صفة الاستقلال على الهيئة.

٢. اشارت وزارة العدل الى كتاب الامانة العامة لمجلس الوزراء/الدائرة القانونية ولم تنقل كل الحقيقة التي تضمنها هذا الكتاب، فكان عليها بعد تلقي الكتاب اعلاه العدول عن قرارها وعدم الاستمرار في الدعوى، لان السلطة التنفيذية تتألف من جناحين يتمثلان برئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء ، ووزارة العدل جزء من الاخيرة ومن الاجدر عليها اتباع توجيهاتها. فالقضاء الدستوري سواء تمثل في هيئة قضائية مستقلة تختص بالنظر في مدى دستورية القوانين، او تمثل في اعلى هيئة قضائية داخل القضاء العادي فانه لا بد من وجود وسيلة تمكنها من القيام بهذه المهمة، وهذه الوسيلة هي الدعوى الدستورية التي تعرف بانها "دعوى تقام من بعض الهيئات العامة في الدولة او الافراد على نص في قانون او نظام او لائحة يعتقد انه يناقض او يخالف الدستور" ولها شروطها الخاصة بها التي تختلف عن الشروط العامة في باقي الدعاوى المختلفة، بسبب طبيعتها الخاصة كونها تقام ضد نص تشريعي وليس ضد شخص قانوني<sup>(١)</sup>.

ومن خلال استكمال المحكمة الاتحادية العليا الاجراءات المطلوبة وفقاً لنظامها الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ وحضور اطراف الدعوى قررت المحكمة ما يلي:

"لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان المدعي وزير العدل اضافة لوظيفته قد طعن بدعواه بقانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ وحصر طعنه بقيام المدعى عليه رئيس مجلس النواب اضافة لوظيفته وباعتباره يمثل مجلس النواب من جهة الخصومة وذلك بالنص على جعل (مجلس الدولة) (هيئة مستقلة) ولم يربطه بالسلطة القضائية معتمداً في طعنه على الموضوع الذي ورد ذكر مجلس الدولة فيه من الدستور وهو الفصل الثالث منه، وبالذات في المادة (١٠١) من الدستور. وقد رد المدعى عليه اضافة لوظيفته ان مهام واختصاصات مجلس الدولة وحياده هي التي اعتمدت ذلك، ومن الرجوع الى اختصاصات ومهام مجلس الدولة التي نصت عليه المادة (١) من قانونه نجد انه اختص بالقيام بمهام (القضاء الاداري والافتاء والصياغة)، ويقصد بها صياغة مشروعات القوانين والقرارات التشريعية، وهذه المهام والاختصاصات تختلف عن مهام واختصاصات مكونات السلطة القضائية المنصوص عليها في الدستور وفي مجموعة قوانين تنظيم القضاء، لذا فان ربط مجلس الدولة بالسلطة القضائية لمجرد ورود ذكره في نهاية الفصل الثالث من الدستور الخاص بالسلطة القضائية، مسألة لا تمس جوهر الموضوع، وانما هي مسألة تنظيمية ليس إلا وبالتالي فلا تشكل مخالفة دستورية تبيح الغاء

(١) لمزيد من التفاصيل ينظر د. ناجي هادي محمد السبع، مشروعية القضاء الدستوري تفعيل لمبدأ الرقابة الدستورية الذي تجربته المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١، ص٩٥ وما بعدها.



القانون موضوع الطعن. هذا من جانب ومن جانب آخر فان وصف (مجلس الدولة) لكونه هيئة (مستقلة) كما ورد في قانونه فان ذلك يجد سنده في المادة (١٠٨) من الدستور التي اجازت استحداث هيئات مستقلة اضافة للهيئات المستقلة المنصوص عليها في المواد (١٠٢-١٠٧) من الدستور وبحسب الحاجة والضرورة ويتم ذلك بقانون، وهو ما اجراه مجلس النواب بموجب صلاحيته المنصوص عليها في المادة (٦١/ولاً) من الدستور بإصداره القانون موضوع الطعن (قانون مجلس الدولة) وعدم ربط هذا المجلس بالسلطة القضائية الاتحادية لاختلاف مهامها واختصاصاتها عن مهامه من جهة وعدم ذكره في المادة (٨٩) من الدستور التي عدت مكونات السلطة القضائية الاتحادية وليس من بينها (مجلس الدولة) وكذا الذهاب الى عدم ربطه بالسلطة التنفيذية توخياً لضمان حياده واستقلالته حينما يتصدى قضاؤه الاداري للقرارات والوامر التي تصدرها هذه السلطة، وبناءً عليه تكون دعوى المدعي اضافة لوظيفته فاقدة لسندها الدستوري والقانوني" (١).

**المطلب الثاني/ تقييم موقف المحكمة الاتحادية العليا من طبيعة مجلس الدولة:** بعد عرض قراري المحكمة الاتحادية العليا المرقمين ١١٨/اتحادية/اعلام/٢٠١٥ و ٨٥/اتحادية/اعلام/٢٠١٧، لابد لنا من تقييم الحجج التي اعتمدها المحكمة في اصدار القرارين السابقين، ومدى موافقتها لإحكام الدستور والقانون، لذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الاول تقييم موقف المحكمة الاتحادية العليا من طبيعة مجلس الدولة بعده جزءاً من السلطة التنفيذية كما جاء في قرارها المرقم ١١٨ لسنة ٢٠١٥، ومن ثم تقييم موقفها من طبيعة المجلس بعده هيئة مستقلة كما جاء في قرارها المرقم ٨٥ لسنة ٢٠١٧ وكالاتي:

**الفرع الأول/ تقييم موقف المحكمة الاتحادية من طبيعة المجلس بعده جزءاً من السلطة التنفيذية:** ان ما ذهبت اليه المحكمة الاتحادية العليا في بناء موقفها لطبيعة مجلس الدولة بانه جزء من السلطة التنفيذية وعدم اعتباره هيئة قضائية قد جانب الصواب في متبنااته القانونية للأسباب التالية:

اولاً: الاستناد لمبدأ الفصل بين السلطات لنفي الطبيعة القضائية عن مجلس الدولة ومن ثم اعتباره جزءاً من السلطة التنفيذية: استندت المحكمة الاتحادية العليا في بناء حكمها الى المادة (٤٧) من

(١) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ٨٥/اتحادية/اعلام/٢٠١٧ منشور على موقع المحكمة (تفسير دستوري) لعام ٢٠١٧ على الرابط <https://www.iragfsc.ig/ethadai.php> تمت الزيارة بتاريخ ٢٠٢٢/٣/٣١ الساعة ١٠:٢٨ ص.

الدستور المنظمة لمبدأ الفصل بين السلطات والمواد (٨٧ و ٨٩ و ٩٠ و ٩١) الخاصة بتكوين السلطة القضائية الاتحادية والمادة (١٠١) المتعلقة بمجلس الدولة، وجميع هذه المواد وردت في الباب الثالث الفصل الثالث الخاص بالسلطة القضائية، ومن القواعد المعمول بها في التفسير ان يكون تفسير النص الدستوري وفقاً للسياق الوارد فيه والذي يسمى "تنسيق النصوص"<sup>(١)</sup>.

وهذه الوسيلة التفسيرية تستند الى ان كل نص موجود في الوثيقة الدستورية يعد وثيق الصلة مع نصوص الوثيقة الاخرى، ومن خلالها يمكن توضيح النصوص الغامضة او تفسيرها، وتعرف هذه الوسيلة بانها "تقريب جزئيات النص الواحد او النصوص ذات الصلة في الوثيقة التشريعية ذاتها"<sup>(٢)</sup>. وبالتالي كان على المحكمة الاتحادية عدم تجاهل طريقة التفسير المنطقي عند بناء موقفها والذي يراد به "الوصول الى روح النص من خلال الرجوع الى حكمة التشريع والتقريب بين النصوص القانونية والمصدر التاريخي للنص القانوني المراد تفسيره والاعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية"<sup>(٣)</sup>.

وتأسيساً على ما تقدم فانه طالما ان المشرع الدستوري قد قسم نصوص دستور عام ٢٠٠٥ على شكل ابواب وفصول، يضم كل واحد منها مواد دستورية ذات طبيعة مشتركة او منظمة لموضوع معين، وان مجلس الدولة موضوع البحث قد ورد في الفصل الثالث الذي تولى تنظيم السلطة القضائية الاتحادية فان هذا المجلس يعد جزءاً منها، وليس تابعاً للسلطة التنفيذية بالصفة الادارية<sup>(٤)</sup>. وبالرجوع الى مبدأ الفصل بين السلطات نلاحظ انه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ استقلال القضاء، اذ يجب ان يكون القضاء مستقلاً عن السلطتين التشريعية والتنفيذية حتى يتمكن من ممارسة اختصاصاته في حماية حقوق وحرريات الافراد في اطار سيادة القانون، فلا يجوز لاي سلطة التدخل في اختصاص السلطات الاخرى والاعتداء عليها، وهذا الامر ينطبق كذلك على القضاء الاداري الذي يتولى الفصل في المنازعات الادارية<sup>(٥)</sup>.

(١) د. علي سعد عمران، مركز مجلس الدولة في التصورات الدستورية والقضائية (دراسة تحليلية مقارنة)، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

(٢) د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي – تأصيل وتحليل ومقاربات مع دساتير جنوب افريقيا لسنة ١٩٩٦ والالمانى ١٩٤٩ وغيرها، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص ١٤٤-١٤٥.

(٣) د. عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠١٣، ص ٣٩٥.

(٤) د. عدنان عاجل عبيد، جودة احكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ط١، منشورات مكتبة دار السلام القانونية، النجف الاشرف، ٢٠٢١، ص ٨٨.

(٥) د. براء منذر عبداللطيف وبدر حمادة صالح، نحو تعزيز استقلال القضاء الاداري دراسة قانونية نقدية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد(٣)، السنة(١)، ٢٠٠٩، ص ٢٤٨.



ثانياً: الاستناد الى الاختلاف في هيكلية كل من القضائين العادي والاداري والقوانين المنظمة لهما: جاء في قرار المحكمة الاتحادية ان السلطة القضائية الاتحادية قد تم تنظيمها في المواد الدستورية التي سبق ذكرها بالإضافة الى قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل، بينما نظمت نصوص مجلس الدولة المادة (١٠١) من الدستور الى جانب السلطة القضائية وتمارس محاكم القضاء الاداري مهمة العمل فيه، وهذا توجه غير دقيق من المحكمة للأسباب التالية:

١. استندت المحكمة في قرارها على المادة (٨٧) من الدستور والتي تشير الى ان السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف انواعها، وهذا يعني ان المحاكم القضائية متنوعة وبالتالي ينطبق عليها معيار التقسيم على اساس التخصص الوظيفي، ومن ثم فان مجلس الدولة هو جزء من المحاكم المتخصصة. لذلك فانه من الطبيعي ان القوانين التي تنظم عمل المحاكم القضائية ستتعدد حسب معيار التخصص الوظيفي، كما ان الدستور لا يشترط ضرورة تنظيم عمل جميع المحاكم في الدولة بموجب قانون التنظيم القضائي، لان المشرع الدستوري مهما كان واسع النظر فانه لا يستطيع التنبؤ بكل الوقائع التي تستجد في المستقبل، لذلك جاء نص المادة (٨٩) من الدستور "... والمحاكم الاتحادية الاخرى التي تنظم وفقاً للقانون" أي ان المشرع لم يشترط سوى تنظيم المحاكم بقانون والامر ينطبق كذلك على مجلس الدولة<sup>(١)</sup>، وان سبب عدم ذكر مجلس الدولة العراقي كجزء من السلطة القضائية التي وردت في المادة (٨٩) اعلاه، هو ان من مستلزمات عمل مجلس الدولة كقضاء اداري مستقل ان ينفصل تماماً عن الهيئات التي تتكون منها السلطة القضائية، إلا ان ذلك لا يفي الطبيعة القضائية عن المجلس، لذلك تم ذكره في الفصل الخاص بالسلطة القضائية<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: الاستناد الى الاختلاف في اجراءات الدعاوى المتبعة في كلا القضائين: من حيث المبدأ العام لا تختلف الاجراءات المتبعة في الدعاوى المقامة امام مجلس الدولة ابتداءً برفع الدعوى وانتهاءً بحسمها من خلال صدور الحكم وتنفيذه عن الاجراءات التي تتبعها بقية محاكم السلطة القضائية، اذ نص قانون مجلس (شورى) الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ المعدل على انه "تسري

(١) د. علي سعد عمران، مركز مجلس الدولة في التصورات الدستورية والقضائية (دراسة تحليلية مقارنة)، مصدر سابق، ص ٢٢١.

(٢) د. فارس عبدالرحيم حاتم، مدى فاعلية مجلس الدولة العراقي في ظل قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد (١)، العدد (٥٩)، كانون الاول ٢٠٢٠، ص ٢٠٠.

احكام قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وقانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ وقانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ وقانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨١ في شأن الاجراءات التي تتبعها المحكمة الادارية العليا ومحكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون<sup>(١)</sup>.

رابعاً: الاستناد الى الاختلاف في التكوين العضوي لكلا القضائين: لم توفق المحكمة الاتحادية عندما اتجهت في نهاية قرارها الى القول بان من يمارسون القضاء الاداري هم ليسوا من القضاة المعينين وفق قانون التنظيم القضائي والذين جرى تأهيلهم لمهمة القضاء، لان قانون المجلس اجاز انتداب قضاة من الصنف الاول للقيام بهذه المهمة هذا من جهة<sup>(٢)</sup>، ومن جهة اخرى فانه لا يشترط ان يكون العاملين في المحاكم من فئة القضاة فقط، لان الدستور النافذ اجاز ان يكون ضمن عضوية المحكمة الاتحادية العليا فقهاء القانون وخبراء الفقه الاسلامي الى جانب القضاة<sup>(٣)</sup>. ومن ثم فلو صح هذا المعيار الذي استندت اليه فان ذلك يؤدي الى عدم الاعتراف بالطبيعة القضائية للمحكمة الاتحادية ذاتها والتي تعد جزءاً من السلطة القضائية بملاء السمع والبصر<sup>(٤)</sup>. فضلاً عن ذلك فان قانون مجلس (شورى) الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ قد اشار الى اعتبار اعضاء مجلس الدولة قضاة لأغراض هذا القانون عند قيامهم بوظائف القضاء الاداري<sup>(٥)</sup>.

#### الفرع الثاني/ تقييم موقف المحكمة الاتحادية من طبيعة مجلس الدولة بعده هيئة مستقلة

بنت المحكمة الاتحادية العليا قرارها بان مجلس الدولة هيئة مستقلة على مجموعة من الاسانيد يشوبها القصور وهي مردودة دستورياً وقانونياً لأسباب عديدة منها:  
اولاً: ذهبت المحكمة الاتحادية الى القول "ان وجود تشكيل ما، في مكان معين او جزء ما من الدستور، لا يعد قرينة على ارتباطه بذلك الجزء على اعتبار انها مسألة لا تمس جوهر الموضوع، وانما هي مسألة تنظيمية" وهذا قول غير دقيق، فهل يمكن تنظيم مسائل السلطات الاتحادية في باب الحقوق والحريات، او هل ان ادرج المشرع الدستوري لحق معين كحق الجنسية او غيره مثلاً

(١) ينظر نص المادة (٥/حادي عشر) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ المعدل.  
(٢) نصت المادة (٢٤/اولاً) من قانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل "الرئيس مجلس الدولة انتداب قضاة الصنف الاول والمدراء العامين في دوائر واجهزة مجلس الدولة والمفتشين العدليين ورئيس الادعاء العام والمدعين العامين للعمل في المجلس كمستشارين... لمدة سنتين قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط".  
(٣) نصت المادة (٩٢/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ "تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون...".  
(٤) نصت المادة (٩٢/اولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على ان "المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وادارياً".  
(٥) نصت المادة (١/ثالثاً) من قانون مجلس شوري الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ على انه "يعد كل من رئيس المجلس ونائبيه والمستشار والمستشار المساعد قاضياً لأغراض هذا القانون عند ممارسته مهام القضاء الاداري".



في باب الحقوق والحريات، لا يعد مسألة تنظيمية؟ ويبدو ان المحكمة بنت موقفها ذلك، بناءً على عدم ادراج مجلس الدولة من قبل المشرع الدستوري ضمن الجهات القضائية التي ذكرتها المادة (٨٩) من الدستور، وهو اتجاه غير صائب، لان المشرع الدستوري افرد للمجلس مادة مستقلة بهدف اعطائه اهمية اكبر وموقعاً خاصاً ومميزاً<sup>(١)</sup>.

ثانياً: تجاوز المحكمة للصلاحيات الممنوحة لها: ان ما ذهبت اليه المحكمة الاتحادية بعد القضاء الاداري "هيئة مستقلة" يعد تجاوزاً على اختصاصاتها التي حددتها المادة (٩٣) من الدستور والتي منحتها اختصاص تفسير النصوص الدستورية، اذ ان النصوص التي اشارت الى الهيئات المستقلة كانت تتضمن واحدة من العبارات التالية (المسؤولية او الارتباط او الخضوع)، الا ان المحكمة اصدرت قرارها بتبعيتها لمجلس الوزراء ضماناً لحسن سير اعمالها، فتكون المحكمة قد تجاوزت مرحلة تفسير النص الدستوري الى مرحلة احلال نص مكان نص وتعديل واضافة منطوق جديد لم يرد في الدستور<sup>(٢)</sup>. في حين يتوجب على المحكمة تطبيق النصوص الدستورية استناداً لمبدأ سمو الدستور وعلوية احكامه، وخلافه يكون قرار المحكمة مخالفاً لنص المادة (٩٣) من الدستور<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: استناد المحكمة الى الاختلاف في المهام بين مجلس الدولة والسلطة القضائية: استندت المحكمة في بناء موقفها على ما جاء في المادة الاولى من قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ والتي حددت اختصاصاته بوظائف القضاء الاداري والافتاء والصياغة<sup>(٤)</sup>. وهذا الموقف كان محل انتقاد من عدة نواحي منها:

١. ان الاستناد الى وظيفة "الافتاء" من اجل نفي الطبيعة القضائية عن مجلس الدولة يترتب عليه نفي الطبيعة القضائية عن المحكمة الاتحادية ذاتها التي حولها الدستور مهمة تفسير نصوصه استناداً لإحكام المادة (٩٣/ثانياً) من الدستور النافذ<sup>(٥)</sup>. ويقصد بالتفسير الدستوري "استجلاء معنى

(١) د. محمد سليم محمد امين، مصدر سابق، ص ١٧١.

(٢) هشام جميل كمال ارحيم، الهيئات المستقلة وعلاقتها بالسلطة التشريعية في العراق (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠١٢، ص ٣٥.

(٣) د. مصدق عادل طالب، الاصلاح الدستوري في العراق (المحكمة الاتحادية العليا انموذجاً)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص لبحوث مؤتمر القانون العام المنعقد تحت عنوان "الاصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول" للمدة ١٣-١٤/١١/٢٠١٨، ص ٣٩٧.

(٤) نصت المادة (١) من قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ على ان "... يختص بوظائف القضاء الاداري، والافتاء، والصياغة، ويعد هيئة مستقلة...".

(٥) د. علي سعد عمران، مركز مجلس الدولة في التصورات الدستورية والقضائية (دراسة تحليلية مقارنة)، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

معنى القاعدة الدستورية المدونة برفع الغموض عنها وإزالة التناقض فيها، والتوفيق في مصطلحاتها المتعارضة واستكمال النقص الذي قد يشوبها معانٍ ومباني<sup>(١)</sup>. وبالتالي فإن الفتوى القانونية وإبداء الرأي والمشورة القانونية إنما في حقيقتها تمثل تفسير للنصوص القانونية وهي وظيفة يضطلع بها مجلس الدولة أو أي تشكيل آخر يحل محله<sup>(٢)</sup>.

٢. لم توفق المحكمة الاتحادية في اعتبارها أن وظيفة "الصياغة" هي إحدى الوظائف التي لا تستطيع السلطات القضائية القيام بها، ويقصد بالصياغة التشريعية "تحويل المادة الأولية التي يتكون منها التشريع إلى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي على نحو يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها ويتم ذلك عن طريق اختيار الوسائل والأدوات الكفيلة بالترجمة الصادقة لمضمون القاعدة وإعطائها الشكل العملي الذي تصلح به للتطبيق"، وتكمن أهمية الصياغة في أنها تمكن المشرع القانوني من فهم إرادة المشرع الدستوري وتفسيرها ومعرفة هدف المشرع والغاية التي يتوخاها من التشريع<sup>(٣)</sup>. وقد أقرت المحكمة الاتحادية العليا في أحد اتجاهاتها بأن للسلطة القضائية الحق في المبادرة التشريعية أسوة بالسلطة التشريعية صاحبة الاختصاص في ذلك، إذ فرضت قيوداً على مجلس النواب بعدم سن قانون يتعلق بالسلطة القضائية دون التشاور معها، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ استقلال القضاء الذي نصت عليه المادة (٨٨) من الدستور، فضلاً عن تعارضها مع مبدأ الفصل بين السلطات الذي نصت عليه المادة (٤٧) من الدستور، فإذا كانت وظيفة الصياغة التشريعية لا تتعارض مع اضفاء الطبيعة القضائية لإحكام المحكمة الاتحادية فلماذا تنفيها عن مجلس الدولة<sup>(٤)</sup>. فضلاً عن ذلك فإن مهمة القضاء الإداري في أغلب الدول التي أخذت بنظام القضاء المزدوج تختلف عن مهمة القضاء العادي، وتمارس وظائف أخرى كالإفتاء والصياغة فضلاً عن وظيفتها الأساسية وهي الوظيفة القضائية، ومع ذلك جعلها المشرع الدستوري جهة قضائية بصريح النص ومنها الدستور المصري لعام ٢٠١٤<sup>(٥)</sup>.

رابعاً: استناد المحكمة الاتحادية إلى قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ لتبرير موقفها بعدم قضائية المجلس ودستورية القانون

(١) د. علي يوسف الشكري، المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين عهدين، ط١، الذكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٨، ص١٧٤.

(٢) د. عصمت عبدالمجيد بكر، مجلس الدولة، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، دار الثقافة، الأردن، ٢٠١١-٢٠١٢، ص٢٠٢.

(٣) د. عيسى المرزوق، الصياغة التشريعية، ط١، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٥، ص١٥ ومابعد.

(٤) د. علي سعد عمران، مركز مجلس الدولة في التصورات الدستورية والقضائية (دراسة تحليلية مقارنة)، مصدر سابق، ص٢٢٤.

(٥) نصت المادة (١٩٠) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ على أن "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة...".



استندت المحكمة الاتحادية في بناء قرارها بعد مجلس الدولة هيئة مستقلة الى قانون المجلس ذاته الذي نصت المادة الاولى منه بان المجلس "يعد هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية" ومن خلال هذا النص اعتبرت المحكمة ان المجلس هيئة مستقلة وليس هيئة قضائية وان النص السابق لا يتعارض مع الدستور، وكان الاجدر بالمحكمة البحث في مدى دستورية هذا النص بالاستناد لإحكام الدستور وليس الى قانون هو محل طعن بعدم دستوريته الامر الذي يتنافى مع المنطق القانوني السليم<sup>(١)</sup>. واستناداً الى قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٨٨/اتحادية/٢٠١١ في ٢٠١١/١/١٨ صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٢٧٣٩٩ في ٢٣/٨/٢٠١٧ والذي نص على اعتبار كل هيئة مستقلة لم يحدد الدستور مرجعيتها يكون ارتباطها بمجلس الوزراء، وكان القصد من ذلك مجلس الدولة، وهذا يعني ان عدم اعتبار مجلس الدولة هيئة قضائية يجعل منه جزءاً تابعاً للسلطة التنفيذية، وهذا يثير الاستغراب كونه صادراً عن جهة مختصة بتفسير الدستور، وحسب قرار المحكمة فان مجلس الدولة جزء من السلطة التنفيذية اذ اشارت الى ان سند المشرع في انشائه يعود للمادة (١٠٨) من الدستور الخاصة بإنشاء الهيئات المستقلة، في حين ان المشرع العراقي في قانون رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ لم يذكر هذه المادة ابدأً، بل جاء في الاسباب الموجبة لإصدار القانون بانه تنفيذاً لإحكام المادة (١٠١) من الدستور ولغرض استقلال القضاء الاداري عن السلطة التنفيذية، فكيف اجتهدت المحكمة الاتحادية في تصورها هذا عن مجلس الدولة<sup>(٢)</sup>. كما ان المحكمة الاتحادية اوقعت تصوراتها حول طبيعة مجلس الدولة في اشكالية تتمثل في بيان الجهة التي لها حق الرقابة على اعمال المجلس، فاذا كان هيئة مستقلة فان ارتباطه سيكون بمجلس الوزراء، ويتولى مجلس النواب الرقابة على اعمالها باعتبارها سلطة تنفيذية مع مراعاة استقلالها المالي والاداري، الا ان ذلك يصطدم بقرار المحكمة الاتحادية رقم ٨٥ لسنة ٢٠١٧ موضوع البحث والذي قررت فيه عدم ربط مجلس الدولة بالسلطة التنفيذية من اجل ضمان حياده واستقلاله عندما يتولى النظر في القرارات والوامر التي تصدرها هذه السلطة<sup>(٣)</sup>. فضلاً عن ذلك فإن المحكمة رأّت بان عد مجلس الدولة "هيئة مستقلة" كما جاء في قانونه يجد سنده في المادة (١٠٨) من الدستور، التي سمحت باستحداث هيئات مستقلة جديدة الى جانب الهيئات المذكورة

(١) د. علي سعد عمران، مركز مجلس الدولة في التصورات الدستورية والقضائية (دراسة تحليلية مقارنة)، مصدر سابق، ص ٢٢٥.

(٢) د. فارس عبدالرحيم حاتم، مصدر سابق، ص ٢٠٠-٢٠١.

(٣) د. علي سعد عمران، مركز مجلس الدولة في التصورات الدستورية والقضائية (دراسة تحليلية مقارنة)، مصدر سابق، ص ٢٢٥-٢٢٦.

في المواد (١٠٢-١٠٧) منه، الا ان مجلس الدولة لا يعد جهة مستحدثة، بل هو موجود سابقاً ومنذ عام ١٩٧٩ ومنصوص عليه في مادة دستورية خاصة، وبالتالي كيف يسوغ للمشرع العادي اضافة وصفاً عليه يخالف ما اسبغه الدستور، وهو مالم تنتبه له المحكمة الموقرة<sup>(١)</sup>. لذلك فأن وصف مجلس الدولة بانه هيئة مستقلة ينطوي على مخالفة صريحة لنص المادة (١٠١) من الدستور.

### الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة موضوعنا (موقف القضاء الدستوري العراقي من طبيعة مجلس الدولة "دراسة مقارنة") توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والحقائق المترشحة من هذه الدراسة، وكذلك عدد من المقترحات نرتأي تقديمها بخصوص موضوع الدراسة، لعلها تمثل مساهمة متواضعة في البناء القانوني حول بيان الطبيعة القضائية لمجلس الدولة، والتي نحرص على ذكرها تباعاً:

#### اولاً : الاستنتاجات

١. يرتبط مجلس الدولة ارتباطاً وثيقاً بعدد من المبادئ الحاكمة التي يجب عليه التقيد بها وعدم تجاوزها عند ممارسة مهامه، واهم هذه المبادئ هو مبدأ استقلال القضاء، الذي يقتضي ان يكون مجلس الدولة مستقلاً عن السلطة التنفيذية، حتى يتمكن من حماية حقوق الافراد وحررياتهم ويكون الملاذ الآمن للأفراد في مواجهة الادارة دون خشية التأثير والضغط عليه.
٢. ان عد مجلس الدولة احد مكونات السلطة القضائية الاتحادية في العراق لا يتعارض مع كون المجلس هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية، اذ ان استقلالية المجلس هي صفة اخرى اضافية له بجوار كونه سلطة قضائية اسبغها عليه الدستور.
٣. جاء قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ مخالفاً للدستور النافذ، لان المشرع الدستور اجاز انشاء مجلس دولة في المادة (١٠١) منه والتي وردت تحت عنوان "السلطة القضائية" وهذا يعني ان المشرع الدستوري اراد ان يكون مجلس الدولة جزء منها، في حين جاء قانون المجلس لينص على انه "... ويعد هيئة مستقلة..." في حين ان الهيئات المستقلة مؤسسات لا تتبع السلطات الثلاث ومنها السلطة القضائية، ولو اراد المشرع اعتبار المجلس هيئة مستقلة لنص على

(١) د. محمد سليم محمد امين، مصدر سابق، ص ١٧١-١٧٢.



ذلك صراحة في الفصل الرابع الخاص بالهيئات المستقلة، لذلك ينطوي وصف مجلس الدولة بأنه هيئة مستقلة على مخالفة دستورية واضحة.

٤. ان نص المادة (١٠١) من الدستور العراقي النافذ قد جاء معيياً من حيث الصياغة القانونية لانه اجاز انشاء مجلس دولة من عدمه عندما ذكر عبارة "يجوز" والتي تثير الغموض والاستغراب وكان من الاجدر بالمشرع ان يتحاشاها لأنها تدل على التخيير بين امرين، في حين ان النصوص الدستورية يجب ان تتضمن قواعد ملزمة للمشرع العادي ولا يجوز للأخير مخالفتها.

٥. عدم دقة الاسانيد التي اعتمدت عليها المحكمة الاتحادية العليا في بناء موقفها القاضي بعدم قضائية مجلس الدولة، فاذا كانت المقدمات غير صحيحة فان النتائج حتماً ستكون غير صحيحة، وقد تكون العلة من عدم بيان المركز الدستوري السليم لمجلس الدولة مرجعه سياسي اكثر من كونه قانوني، وهو رغبة القائمين على السلطة في استمرار خضوع مجلس الدولة للسلطة التنفيذية.

٧. ان المحكمة الاتحادية العليا قد تجاوزت صلاحيتها التي حددتها المادة (٩٣) من الدستور - والتي منحها اختصاص تفسير النصوص الدستورية- عندما اعلنت ان مجلس الدولة مجرد هيئة مستقلة، وبذلك تكون المحكمة قد تجاوزت مرحلة تفسير النص الدستوري الى مرحلة احلال نص محل نص اخر وتعديل وازافة منطوق جديد لم يرد في الدستور، في حين كان يجب عليها تطبيق نصوص الدستور استناداً لمبدأ "سمو الدستور".

#### ثانياً: التوصيات

١. نوصي المشرع الدستوري بإدخال تعديل تشريعي على نص المادة (١٠١) من الدستور والتي تنص على انه "يجوز بقانون انشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الاداري، والافتاء، والصياغة، وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة امام جهات القضاء الا ما استثني بقانون" ونقترح ان يكون النص "ينشأ مجلس دولة، يختص بوظائف القضاء الاداري، والافتاء، والصياغة، ويعد هيئة قضائية مستقلة، وينظم عمله بقانون".

٢. نوصي المشرع العراقي ان يعالج الاغفال التشريعي من خلال سد الفراغ الناتج عن عدم وضوح الموقف التشريعي من طبيعة مجلس الدولة، وذلك بإصدار قانون جديد لمجلس الدولة والذي نص على تشكيله الدستور العراقي النافذ في المادة (١٠١) منه، وان يكون هذا المجلس هيئة قضائية مستقلة، واعتبار محاكم القضاء الاداري ومحاكم قضاء الموظفين من المحاكم الاتحادية وفق ما جاءت به المادة (٨٩) من الدستور، ويتولى تنظيم كافة الامور المتعلقة

بالمجلس، ومنح اعضاء المجلس كافة الضمانات القانونية المقررة في قانون التنظيم القضائي لاعضاء السلطة القضائية، والعمل على تلافي عيوب التعديلات السابقة، وعدم الاكتفاء بأجراء تعديلات على قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ - والذي تم اصداره في حقبة السبعينات حتى قبل الاخذ بنظام القضاء المزدوج- لا ترتقي لمكانة المجلس في كونه يراقب عمل السلطة التنفيذية.

٣. نوصي المشرع العراقي الدستوري والعادي ان يحسم الجدل بخصوص الطبيعة القانونية لمجلس الدولة من خلال ادراج نص صريح نافياً للجهالة يبين فيه طبيعة عمله واختصاصاته، فضلاً عن بيان تبعيته من السلطة القضائية او التنفيذية، ومن جانبنا نؤيد ان يتم عده هيئة قضائية تابعة للسلطة القضائية الاتحادية كما فعل المشرع الدستوري المصري في دستور عام ٢٠١٤، ونفتوح ان يكون النص "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة مالياً وادارياً، ينظم القانون طريقة تكوينه واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه، ويعد جزءاً من السلطة القضائية الاتحادية، وتكون قراراته ملزمة للسلطات كافة".

#### قائمة المصادر

#### اولاً: الكتب القانونية

١. د. احمد خورشيد حميدي المفرجي و د. صدام حسين ياسين العبيدي، الوجيز في القضاء الاداري العراقي، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠١٧.
٢. د. الاء محمد الفيلكاوي، دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٨.
٣. اوهام علي حبيب، الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الادارية في العراق، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، ٢٠١٥.
٤. دعاء الصاوي يوسف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.
٥. د. صدام حسين ياسين العبيدي، اصول القضاء الاداري في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة زين الحقوقية والادبية، ٢٠١٧.
٦. د. صعب ناجي عبود، نحو مجلس دولة عراقي متكامل، محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه في كلية القانون جامعة كربلاء للعام ٢٠١٨-٢٠١٩.
٧. د. عبدالغني بيسوني عبدالله، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ك١، النظم السياسية، مطابع السعدني، القاهرة، ٢٠٠٤.
٨. د. عبدالناصر علي عثمان حسين، استقلال القضاء الاداري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٩. د. عثمان خليل، تطور القضاء الاداري في الجمهورية العربية المتحدة، مطابع اخبار اليوم، القاهرة، بلا سنة نشر.
١٠. د. عدنان عاجل عبيد، جودة احكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ط١، منشورات مكتبة دار السلام القانونية، النجف الاشرف، ٢٠٢١.
١١. د. عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية لبنان، ٢٠١٣.
١٢. د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي- تأصيل وتحليل ومقاربات مع دساتير جنوب افريقيا لسنة ١٩٩٦ والالمانى ١٩٤٩ وغيرها، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١.
١٣. د. علي يوسف الشكري، المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين عهدين، ط١، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٨.



١٤. د. عيسى المرازيق، الصياغة التشريعية، ط١، دار زهران للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٥.
١٥. د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الاداري دراسة قانونية حديثة مقارنة بالنظام الفرنسي والمصري والعراقي، ط٤، مكتبة دار السلام القانونية، النجف الاشرف، ٢٠٢٠.
١٦. د. فاروق احمد خماس، الرقابة على اعمال الإدارة، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٨.
١٧. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، تحولات القانون الاداري في ظل العولمة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٩.
١٨. د. محمد شيخ العرب المليجي، الموسوعة في تنظيم القضاء الاداري في فرنسا ومصر والكويت (دراسة مقارنة) التنظيم الموضوعي والاجرائي وفقاً لأحدث المستجدات التشريعية والقضائية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢٢.
١٩. د. محمد فؤاد عبدالباسط، القضاء الاداري مبدأ المشروعية تنظيم واختصاصات مجلس الدولة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٢٠. د. محمد المساوي، القانون الدستوري والنظم السياسية، ج١، مطبعة قرطبة، ٢٠١٧.
٢١. د. محمود حمدي عطية، استقلال مجلس الدولة وابداء المشورة القانونية لجهات الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.
٢٢. د. مهند نوح، القانون الاداري، ج١، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، ٢٠١٨.
٢٣. د. ناجي هادي محمد السبع، مشروعية القضاء الدستوري تفعيل لمبدأ الرقابة الدستورية الذي تجريه المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١.
٢٤. د. وسام صبار العاني، القضاء الاداري، ط١، دار السنهوري، بيروت، بغداد، ٢٠١٥.
٢٥. د. وهيب عياد سلامه، مجلس الدولة بين الابقاء والالغاء (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
٢٦. د. يحيى الجمل ود. انور احمد رسلان، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

#### ثانياً: الكتب المترجمة

١. جورج فؤيد وديار دلفولفية، القانون الاداري، ج١، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، بلا سنة نشر.

#### ثالثاً: الرسائل والاطاريح الجامعية

١. مجيد مجهول درويش الزريجاوي، التنظيم القانوني لوظيفة مجلس شورى الدولة العراقي في الافتاء (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٤.
٢. هشام جميل ارحيم، الهيئات المستقلة وعلاقتها بالسلطة التشريعية في العراق (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة تكريت، ٢٠١٢.

#### رابعاً: البحوث والمقالات

١. د. احمد خورشيد حميدي المفرجي ود. محمد سليم محمد امين و قصي احمد فاضل، استقلال مجلس الدولة العراقي عن السلطة التنفيذية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، المجلد(١٠)، العدد(٣٧)، الجزء الاول، ٢٠٢١.
٢. د. براء منذر عبداللطيف و بدر حماده صالح، نحو تعزيز استقلال القضاء العراقي دراسة قانونية نقدية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد(٣)، السنة(١)، ٢٠٠٩.
٣. حازم محمد حسين، استقلالية القضاء الاداري العراقي في الميزان (دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العدد(١)، ٢٠٢١.
٤. حوراء حيدر ابراهيم و نيراس عبدالكاظم وني، التنظيم القانوني للقضاء الاداري العراقي في ظل التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار، المجلد(١٢)، العدد(٣)، ايلول ٢٠١٧.
٥. زهير كاظم عبود، قانون مجلس الدولة هل يلبي الطموح، مجلة المدى، العدد ٤٣٠٣ في ٢٠١٨/١١/٤، متاح على الرابط <https://almadapaper.net/view> تمت الزيارة بتاريخ ٢٠٢٢/٣/٢٤ الساعة ٩:٤٩ص.
٦. د. سامي حسن نجم، القضاء الاداري في العراق بعد التحولات الجديدة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة(٧)، المجلد(١)، العدد(٢٨)، ٢٠١٥.
٧. د. السيد محمد ابراهيم، مبدأ الفصل بين الهيئات الادارية والقضائية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، السنة(١٥)، العدد(٢)، ١٩٧٠.

٨. د. صادق محمد علي الحسيني، الوظيفة الاستشارية لمجلس شورى الدولة العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اهل البيت، المجلد(١)، العدد(٧)، ٢٠٠٩.
٩. د. علي سعد عمران، مركز مجلس الدولة في التصورات الدستورية والقضائية (دراسة تحليلية نقدية)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الثانية عشر، العدد الاول، ٢٠٢٠.
١٠. د. فارس عبدالرحيم حاتم، مدى فاعلية مجلس الدولة العراقي في ظل قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد (١)، العدد (٥٩)، كانون الاول ٢٠٢٠.
١١. د. محمد سليم محمد امين، استقلالية مجلس الدولة العراقي (مظاهر الاستقلال وفاق المستقبل)، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، كلية القانون، جامعة السليمانية، المجلد(٧)، العدد(١)، حزيران ٢٠١٩.
١٢. د. محمد يوسف محييد، الاشكالية القانونية للمجلس الدستوري الفرنسي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد(١)، العدد(١)، السنة(١)، الجزء(١)، ايلول ٢٠١٦.
١٣. مصدق عادل طالب، الاصلاح الدستوري في العراق (المحكمة الاتحادية العليا انموذجاً)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص لبحوث مؤتمر القانون العام المنعقد تحت عنوان "الاصلاح الدستوري والمؤسستي الواقع والمأمول" للمدة ١٣-١٤/١١/٢٠١٨.

#### خامساً: الدساتير

١. دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.
٢. الدستور المصري لعام ٢٠١٤ النافذ.
٣. الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل عام ٢٠٠٨.

#### سادساً: القوانين

١. قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٢. قانون مجلس شورى الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣.
٣. قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧.

#### سابعاً: قرارات واحكام القضاء

١. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (١١٨/اتحادية/اعلام/٢٠١٥) في ٣٠/١١/٢٠١٥.
٢. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٨٥/اتحادية/اعلام/٢٠١٧) في ١٠/١٠/٢٠١٧.