



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ميسان
كلية القانون - قسم القانون العام
الدراسات العليا / الماجستير

دور مجلس الدولة العراقي في ابداء الرأي في المسائل المختلف فيها "دراسة مقارنة"

رسالة تقدمت بها الطالبة

فاطمة موحان فتيق

إلى مجلس كلية القانون - جامعة ميسان

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

بإشراف

الأستاذ الدكتور

علاء نافع كطافة

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِيهِ

أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾

صدق الله العلي العظيم

الآية (٦٥) من سورة النساء

الاهداء

حين يُولد الحرف من رحم الشغف، لا تنتهي الكلمات إلا وقد تحوّلت إلى إنجاز ملموس، وها نحن اليوم، نقف على أعتاب لحظةٍ لطالما آمنا بها قبل أن تراها أعيننا، لا نُتقدم عملاً وحسب، بل لنحتفي بمحطاتٍ من السهر، وبشكٍ قادنا إلى اليقين، وبجهدٍ أثمر فهماً ونضجاً ولنهدية الى من احببنا. فإلى الذي نعيش من خيره ونفخر بالانتماء إليه، إلى من نبذل من أجله الغالي ليرتقي بين الأمم... وطني الحبيب.

وإلى من أوصى الله بهما، إلى من غرسا في قلبي محبة العلم والعمل، وسقيا روحي بالصبر حتى أقطف ثمار الأمل... والديّ العزيزين، حفظكما الله وأطال في عمركما.

إلى صفوة أيامي وخير سندي، إلى من كانت أيديهم ممدودة لي دائماً، وإيمانهم بي لا يتزعزع، إلى ركني الثابت وأمان عمري... إخوتي الأحبة.

وإلى من رافقتني بروحها وقلبها، إلى الأخت التي لم تُلدها أمي، إلى من كانت نوري في العتمة، ودافعي في لحظات الضعف، إلى من سيظل أثرها في حياتي خالداً... صديقتي الغالية (نور رعد سعدون).

وإلى أولئك الذين يفرحهم نجاحي، وكانوا العون والسند في دربي... إلى أصدقائي الأعزاء، كل الامتتان والحب.

الباحثة

الشكر والعرفان

الحمد لله الذي علم بالقلم علم الانسان مالم يعلم والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين سيدنا محمد وعلى اله الطاهرين اجمعين.

قال رسول الله: «مَنْ لَا يَشْكُرِ النَّاسَ لَا يَشْكُرِ اللَّهَ»

ومن منطلق سنة نبينا الكريم يطيب لي في هذا المقام أن أتقدم بالشكر والعرفان وعظيم الثناء إلى أستاذي ومشرفي الفاضل الأستاذ الدكتور علاء نافع كطافة الذي منحني بقبوله الإشراف على رسالتي شرفاً عظيماً وهياً لي الفرصة، لأنهل من فيض علمه الغزير وعطائه الفكري والمعرفي المتجدد الذي لا يعرف النفاذ، فقد كان مثالا للأب الناصح، والأستاذ المعلم طيلة مدة إعداد الرسالة فشكراً كثيراً لشخصه والعلمه.

ويسرني أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أساتذتي الكرام الافاضل ممن تتلمذت على أيديهم في جامعة ميسان كلية القانون في مرحلتي البكالوريوس والماجستير لما قدموه لي من علم نافع وعطاء دائم لا ينكر فضله في وصولي إلى هذه المرحلة متمنية أن ينعم الله عليهم بالصحة والعمر الطويل وعلماً تنتفع منه الاجيال القادمة.

ولا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر إلى جميع منتسبي مكتبة كلية القانون جامعة ميسان والعاملين في مكتبة العنتبين الحسينية والعباسية في كربلاء المقدسة، والمكتبة الرضوية في النجف الاشرف والى مجلس الدولة العراقي لما أبدوه من مساعدة في تزويدي بالمصادر اللازمة لإتمام هذه الرسالة.

المستخلص

يفرض التنظيم الإداري الحديث في الدولة القانونية المعاصرة أن يتم توزيع الاختصاصات بين الوزارات والدوائر والمؤسسات، بحيث تختص كل جهة بنوع محدد من الأعمال وفقاً لما يقرره القانون، وتقوم هذه الجهات الإدارية بتطبيق القوانين وتنفيذها بما يحقق الحاجات العامة للمواطنين، غير أن أداء هذه المهام قد يشوبه الخطأ أو يسوء فيه فهم النصوص القانونية، وهو ما قد يؤدي إلى نشوء خلافات، لا بين جهة واحدة فحسب، بل بين أكثر من جهة إدارية، وفي مثل هذه الحالات، تلجأ الجهات المعنية إلى مجلس الدولة بوصفه الجهة المختصة بإبداء الرأي القانوني السليم، بما يسهم في إنهاء الخلاف وتجنب تصعيده إلى نزاع قضائي، الأمر الذي يوفر على الإدارة الوقت والجهد، ويضمن التطبيق الصحيح للقانون، ويعزز مبدأ سيادة القانون والمشروعية.

وتتبع أهمية هذه الدراسة من سعيها إلى تحليل الأحكام والفتاوى التي تعكس الواقع العملي لدور مجلس الدولة في تسوية هذه الخلافات، وقد كشفت الدراسة عن إشكالية جوهرية تحدّ من فاعلية المجلس، تتمثل في القصور التشريعي الوارد في الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي، إذ لم يحدد المشرّع أسباب الخلاف التي تصلح أساساً لطلب الرأي، وترك الباب مفتوحاً أمام جميع أنواع الخلافات، كما اشترط القانون موافقة طرفي النزاع على عرض المسألة، وهو ما يمنح الطرف الآخر حق التعطيل غالباً عبر الامتناع عن الموافقة، مما أدى إلى شبه تعطيل لهذه الفقرة، وعزوف الجهات الإدارية عن الاستفادة منها.

ولتحقيق أهداف الدراسة، تم اعتماد المنهج التحليلي المقارن من خلال دراسة وتحليل الأحكام والفتاوى الصادرة في كل من العراق ومصر، بهدف إبراز الواقع العملي لتطبيق الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، وقد تناول الفصل الأول ماهية الرأي الاستشاري في هذه المسائل، بينما خُصص الفصل الثاني لبيان القواعد الحاكمة لاختصاص مجلس الدولة في ابداء الرأي في المسائل المختلف فيها.

وتوصلت الدراسة في ختامها إلى عدة نتائج، أبرزها: أن المشرّع العراقي لم يضع تعريفاً محدداً للرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، ولم يحدد طبيعة هذه المسائل أو أسباب الخلاف أو نطاق المسائل التي يجوز طلب الفتوى بشأنها، بخلاف المشرّع المصري، كما تبين أن أسباب الخلاف غالباً

ما تعود إلى سوء التطبيق العملي للنصوص القانونية أو إلى غموض هذه النصوص وتعدد تأويلاتها، وأن الرأي يصدر عن الأقسام الاستشارية في مجلس الدولة وفق آليات وشروط محددة قانوناً، وأظهرت الدراسة كذلك أن بعض الجهات لا تلتزم بتطبيق الرأي الاستشاري كلياً أو تتباطأ في تنفيذه.

وانطلاقاً من هذه النتائج، أوصت الدراسة بجملة من المقترحات، أهمها: تعديل نص الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي، ووضع ضمانات تشريعية تكفل تنفيذ الآراء الاستشارية الصادرة عن المجلس.

قائمة المحتويات

الصفحة	العنوان
٦-١	المقدمة
٧٥-٧	الفصل الأول: الاطار المفاهيمي لإبداء الرأي في المسائل المختلف فيها
٤٨-٨	المبحث الأول: مفهوم الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها
٣٠-٩	المطلب الأول: تعريف الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها ومصادره
١٧-٩	الفرع الأول: تعريف الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها
٣٠-١٨	الفرع الثاني: مصادر الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها
٤٨-٣٠	المطلب الثاني: اهمية الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وتمييزه عما يشته به
٣٧-٣١	الفرع الأول: أهمية الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها
٤٨-٣٨	الفرع الثاني: تمييز الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها عما يشته به
٧٥-٤٩	المبحث الثاني: التنظيم القانوني لتشكيلات مجلس الدولة المختصة في المجال الاستشاري
٦٠-٤٩	المطلب الأول: نشأة مجلس الدولة وتطوره في مجال الاستشارة
٥٤-٥٠	الفرع الأول: نشأة مجلس الدولة المصري وتطوره في مجال الاستشارة
٦٠-٥٤	الفرع الثاني: نشأة مجلس الدولة العراقي وتطوره في مجال الاستشارة
٧٥-٦٠	المطلب الثاني: الاطار القانوني للهيئات الاستشارية المختصة بإبداء الرأي الاستشاري
٦٨-٦١	الفرع الأول: الإطار القانوني لعمل الهيئات الاستشارية في مجلس الدولة المصري

٧٥-٦٨	الفرع الثاني: الاطار القانوني لعمل الهيئات الاستشارية في مجلس الدولة العراقي
١٤٩-٧٦	الفصل الثاني: القواعد الحاكمة لاختصاص مجلس الدولة في ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها
١٠٧-٧٧	المبحث الأول: التنظيم القانوني للتحكيم امام مجلس الدولة في المسائل المختلف فيها
٩٢-٧٧	المطلب الأول: آلية التحكيم امام مجلس الدولة وطبيعته القانونية
٨٥-٧٨	الفرع الأول: آلية التحكيم امام مجلس الدولة وصوره
٩٢-٨٥	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم امام مجلس الدولة
١٠٧-٩٢	المطلب الثاني: القيود الواردة على تقديم طلب ابداء الرأي امام مجلس الدولة في المسائل المختلف فيها
١٠١-٩٣	الفرع الأول: القيود الشكلية
١٠٧-١٠٢	الفرع الثاني: القيود الموضوعية
١٤٩-١٠٨	المبحث الثاني: إجراءات مجلس الدولة في إبداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وقيمتها القانونية
١٢٧-١٠٩	المطلب الأول: إجراءات ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وضمائنه
١١٨-١٠٩	الفرع الأول: إجراءات ابداء الرأي في المسائل المختلف فيها امام مجلس الدولة
١٢٧-١١٩	الفرع الثاني: ضمانات ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها
١٤٩-١٢٧	المطلب الثاني: القيمة القانونية للرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها

١٣٤-١٢٨	الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء من القيمة القانونية للرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها
١٤٣-١٣٤	الفرع الثاني: فاعلية الرأي الاستشاري الالزامي للجهات طالبة الرأي
١٤٩-١٤٤	الفرع الثالث: سبل ضمان تنفيذ الرأي الاستشاري الملزم في المسائل المختلف فيها
١٥٣-١٥٠	الخاتمة
١٧٢-١٥٤	المصادر والمراجع

المقدمة

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة

نتيجة لاتساع نطاق العمل الإداري للدولة وتدخلها المتزايد في مختلف مجالات الحياة وعلى جميع الأصعدة، واجهت الإدارة تحديات متعددة لم تكن قائمة من قبل، الأمر الذي استدعى مواجهتها ومعالجتها عبر إصدار قرارات مناسبة بشأنها، وقد أدى هذا الاتساع إلى توزيع الاختصاصات بين الوزارات والدوائر والمؤسسات المختلفة، بحيث تفرغت كل جهة لتنفيذ المهام المناطة بها وفقاً لاختصاصها، باعتبارها جزءاً من المنظومة الإدارية التي تتولى تطبيق القوانين وتنفيذها، والسهر على راحة المواطنين وتلبية الحاجات العامة، من خلال أجهزة ودوائر متعددة، غير أن التطبيق العملي للقوانين قد لا يخلو من الإشكالات، إذ قد تصيب بعض الجهات في تنفيذ القانون وقد تخطئ، وقد يشترك أكثر من طرف إداري في تطبيق نص قانوني واحد، مما يؤدي إلى نشوء خلافات في تفسيره أو تطبيقه، ومن هنا برزت الحاجة إلى وجود جهة استشارية عليا تضطلع بدور حاسم في تسوية هذه الخلافات وبيان الرأي القانوني السديد، وانطلاقاً من هذه الضرورة، تم إنشاء مجلس الدولة بوصفه إحدى أبرز المؤسسات التي تتصوي على سمات قضائية وإدارية في الدولة الحديثة، وركيزة أساسية في النظام القانوني والإداري، وقد أنيط بمجلس الدولة دور مزدوج يتمثل في وظيفتين أساسيتين: الوظيفة القضائية، والوظيفة الاستشارية، وعلى الرغم من أن وظيفته القضائية أكثر بروزاً في الممارسة العملية، إلا أن دوره الاستشاري لا يقل أهمية، بل يعد في العديد من الأنظمة القانونية من أبرز وظائفه، وتكمن أهمية هذا الدور في كون المجلس يمثل مرجعية قانونية عليا قادرة على تقديم آراء استشارية دقيقة ومدروسة إلى الجهات الإدارية في المسائل القانونية المختلف فيها، فالآراء التي يصدرها المجلس لا تعد اجتهادات عشوائية، بل نتائج لتحليل قانوني معمق يستند إلى أحكام الدستور والقوانين والأنظمة والتعليمات، إضافة إلى المبادئ القضائية المستقرة والمبادئ العامة للقانون، وتشكل هذه الآراء ضماناً مهماً لحسن سير المرافق العامة، كما تساهم في تجنب الوقوع في المخالفات أو الانحرافات القانونية، وتعزز مبدأ المشروعية الذي يعد من ركائز الدولة القانونية الحديثة، ويعد الرجوع إلى مجلس الدولة في المسائل المختلف فيها دليلاً على ثقة الإدارة في خبرة المجلس وكفاءته القانونية، كما يعبر عن وعيها بحدود اختصاصاتها وضرورة الالتزام بالرأي القانوني الرصين، ويمثل هذا الرأي كذلك وسيلة بديلة عن اللجوء إلى القضاء الإداري، ما يوفر على الإدارة الجهد والوقت، ويساهم في حل النزاعات بأقل كلفة ممكنة، وقد أولت التشريعات كالقانونين المصري والعراقي، عناية خاصة بتنظيم اختصاص مجلس الدولة في إبداء الرأي بشأن المسائل المختلف فيها، حيث حددت

الجهات المخولة بطلب الرأي والشروط اللازمة لذلك، إلى جانب الإجراءات التي يجب اتباعها، كما نصت بعض هذه التشريعات على إلزامية الرأي الصادر عن المجلس، إلا أن الواقع العملي يكشف عن ضعف في تنفيذ تلك الآراء من قبل بعض الجهات الإدارية المعنية، بالرغم من النص القانوني على إلزاميتها، وهو ما يستدعي البحث عن حلول فعالة لمعالجة هذه الظاهرة، من أجل حماية حقوق الجهات المستفيدة من تلك الآراء، وكذلك ضمان صيانة الحقوق والمراكز القانونية للأفراد المستفيدين من خدمات الإدارة العامة.

ثانياً: أهمية الدراسة

تبرز أهمية هذه الدراسة في تناولها لدور مجلس الدولة في إبداء الرأي في المسائل المختلف فيها، من زاويتين: النظرية والعملية، فعلى الصعيد النظري، تتجلى الأهمية في ندرة الدراسات التي تناولت هذا الموضوع بعمق، الأمر الذي يجعل من هذه الدراسة مساهمة فاعلة في إثراء النقاش القانوني حول هذا الدور، وتعزيز الفهم الواضح لوظيفة مجلس الدولة الاستشارية، لا سيما في ما يتعلق بحل الخلافات الإدارية، كما تسعى الدراسة إلى تقديم مرجع قانوني عراقي يسهم في تطوير الدور الاستشاري لمجلس الدولة، ويمهد الطريق أمام دراسات مستقبلية أوسع نطاقاً في هذا المجال.

أما من الناحية العملية، فتتضح أهمية الموضوع في أن إبداء الرأي من قبل مجلس الدولة في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة يعد وسيلة وقائية فعالة، فالرأي الصادر عن المجلس يستند إلى التفسير السليم للقانون، مما يجنب الجهات الإدارية الوقوع في الخطأ، ويعزز من تطبيق القانون بصورة صحيحة، كما يعد هذا الدور بديلاً عن اللجوء إلى القضاء في مثل هذه الخلافات، مما يُخفف العبء عن المحاكم الإدارية، ويوفر الجهد والوقت والنفقات، ويسهم في تسوية النزاعات قبل تفاقمها، وبما يكفل حماية الحقوق والمراكز القانونية للمواطنين المستفيدين من خدمات الجهات الإدارية.

ثالثاً: اشكالية الدراسة

تتجلى اشكالية الدراسة في النقص التشريعي في نص الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، حيث أن المادة اعلاه حددت دور مجلس الدولة في حل الخلافات التي تحصل فيما بين الوزارات او الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، فتطرح اشكالية الدراسة عدد من الاسئلة وهي كالآتي:

١- ماهي المسائل المختلف فيها والتي يجوز طلب الرأي الاستشاري بشأنها هل هي مسائل مادية أم مسائل قانونية؟ وما هو دور المجلس في حلها؟ وهل يتعارض مع دور المحكمة الاتحادية العليا بحل القضايا الناشئة عن تطبيق القوانين الاتحادية؟

٢- هل يتمتع الرأي الاستشاري الصادر عن مجلس الدولة العراقي في المسائل المختلف فيها بحجية الامر المقضي به؟ وهل أن الضمانات التي منحها المشرع الى مجلس الدولة اثناء ابداء الرأي الاستشاري كافية؟ وهل التزمت الجهات الادارية بتنفيذ هذا الرأي؟

رابعاً: منهجية الدراسة

سوف نعتمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي، من خلال تناول وتحليل الفتاوى والآراء الاستشارية الصادرة عن مجلس الدولة، فضلاً عن دراسة الأحكام القضائية والنصوص القانونية ذات الصلة، كما سوف نعتمد على المنهج المقارن، من خلال إجراء مقارنة بين الدور الاستشاري لمجلس الدولة العراقي في تسوية الخلافات الإدارية، ونظيره في مجلس الدولة المصري، مع التركيز على التطبيق العملي لاختصاصات القسم الاستشاري في المجلس الدولة المصري والعراقي، وتهدف هذه المقارنة إلى الوقوف على مدى فعالية كل من المجلسين في دعم الإدارة العامة من الناحية القانونية، وبيان أوجه التباين أو التشابه بين التجريبتين.

خامساً: الدراسات السابقة

للدراسات السابقة أهمية كبيرة في أن تكون حاضرة في موضوع الدراسة، لأنها تسهم في إغناء موضوع الدراسة بالمعلومات الوفيرة وتوضح المبادئ الرئيسية التي توجه الباحث إليها والمراجع والمصادر التي يستعين بها، من خلال توظيف تلك الدراسات لموضوع دراستنا.

١- سناء طارش الزبيدي، مجلس شورى الدولة وتنظيمه وافاق تطوره (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النهدين، كلية الحقوق، ٢٠٠٥، تناولت هذه الدراسة التنظيم القانوني لمجلس شورى الدولة العراقي وفق قانون رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته، وشملت الدراسة جميع اختصاصات مجلس شورى الدولة العراقي القضائية والاستشارية مع بيان التطور التاريخي لمجلس شورى الدولة، وانتهت الباحثة الى أن الهيكل الوظيفي لمجلس شورى الدولة لا يماثل الهيكل الوظيفي لكل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري.

بينما تناولت دراستنا بيان دور مجلس الدولة العراقي في ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها بين الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، من دون التطرق الى بيان الاختصاصات

القضائية للمجلس، كما تناولت الدراسة بيان مدى التزام الجهات الإدارية بالأراء الاستشارية الصادرة عن مجلس الدولة، مع اقتراح ضمانات تكفل التزام الإدارة بتنفيذ هذه الأراء.

٢- محمد سحن زينهم حسن، الفصل في المنازعات بين الجهات الادارية على ضوء افتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٩، تناول الباحث في هذه الدراسة دور الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بحل المنازعات بين جهات الإدارة من خلال شرح تفصيلي لكل نوع من أنواع المنازعات التي تختص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بالفصل فيها، وتوصلت الدراسة الى العمل على تفعيل دور الجمعية العمومية في مجال المنازعات واعتبارها بمثابة القاضي الطبيعي لكافة أنواع المنازعات التي تثور بين فروع السلطة التنفيذية وهيئاتها، كذلك اوصت الدراسة بضبط معيار اختصاص الجمعية من حيث موضوع المنازعة التي تنظرها وتحديد هذ المعيار تشريعيا بالنص صراحة على اختصاصها بالفصل في كافة المنازعات المدنية والإدارية التي تثور بين الجهات الإدارية.

أما دراستنا فقد اقتصت بيان الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها والمصادر التي يعتمد عليها المستشار لإصدار الرأي، والتفريق بين ما يعد خلاف إداري ومنازعة إدارية كذلك بيان طبيعة الاحتكام امام مجلس الدولة العراقي في المسائل المختلف فيها، وتقديم مقترحات لضمان تنفيذ الرأي الاستشاري الملزم في المسائل المختلف فيها بين جهات الادارة.

٣- مجيد مجهول درويش، التنظيم القانوني لوظيفة مجلس شورى الدولة العراقي في الافتاء، اطروحة دكتوراه، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠١٤، تناول الباحث في هذه الدراسة التنظيم القانوني لدور مجلس شورى الدولة العراقي في الافتاء القانوني الى جهات الإدارة وذلك بشكل مفصل وفق قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣، واعتمد الباحث على المنهج التحليلي المقارن من خلال المقارنة مع ثلاثة دول وهي فرنسا ومصر ولبنان وتوصلت الدراسة الى أن المشرع العراقي في قانون مجلس شورى الدولة لم يلزم الادارة بطلب الرأي والمشورة القانونية من المجلس وإنما جعل ذلك متروكا للسلطة التقديرية للإدارة.

بينما تناولت دراستنا دور مجلس الدولة العراقي في ابداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة استناداً الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، وكانت الدراسة أكثر تركيزاً على طبيعة الاحتكام امام مجلس

الدولة العراقي وبيان طبيعة الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، وبيان مدى التزام الجهات الإدارية بهذا الرأي مع اقتراح ضمانات لتنفيذ الآراء الاستشارية الملزمة من قبل الإدارة.

٤- د. محمود حمدي عطية، استقلال مجلس الدولة وابداء المشورة القانونية لجهات الادارة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، تناول الباحث في هذا الكتاب استقلال مجلس الدولة المصري ونشأته التاريخية، كما تناول موضوع ابداء الرأي الاستشاري لجهات الإدارة عن طريق بيان اختصاصات الاقسام الاستشارية في مجلس الدولة المصري الممثلة بقسم الفتوى والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وشروط وموانع ابداء الرأي، بينما تناولت دراستنا التعريف بالرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وبيان الاسباب التي تؤدي الى الخلاف بين جهات الادارة، وكذلك بيان اهمية الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وتمييزه عما يشته به من آراء، كما اعتمدنا على المنهج التحليلي المقارن، وايضاً تطرقت الرسالة الى بيان مدى التزام الجهات الادارية بالرأي الاستشاري وقدمت مقترحات حول ضمان تنفيذ هذا الرأي.

٥- سادساً: هيكلية الدراسة

لغرض الإحاطة بموضوع (دور مجلس الدولة العراقي في ابداء الرأي في المسائل المختلف فيها) سنعمل على تقسيم هذه الدراسة على فصلين، إذ يخصص الفصل الأول للاطار المفاهيمي لابداء الرأي في المسائل المختلف فيها، والذي بدوره سيقسم على مبحثين، يتناول المبحث الأول مفهوم الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، والذي يتفرع إلى مطلبين نبحت في المطلب الأول تعريف الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها ومصادره، وفي المطلب الثاني أهمية الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وتمييز الرأي الاستشاري عما يشته به، أما في المبحث الثاني فنشرع بدراسة التنظيم القانوني لتشكيلات مجلس الدولة المختصة في المجال الاستشاري من خلال بيان نشأة مجلس الدولة وتطوره في مجال الاستشارة في المطلب الأول وبيان الاطار القانوني للهيئات الاستشارية المختصة بإعطاء الرأي الاستشاري في المطلب الثاني، في حين نفرد الفصل الثاني القواعد الحاكمة لاختصاص مجلس الدولة في ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، والذي قسمناه على مبحثين، إذ تم بيان التنظيم القانوني للاحتكام امام مجلس الدولة في المسائل المختلف فيها في المبحث الأول، من خلال التطرق الى آلية الاحتكام امام مجلس الدولة وطبيعته القانونية في المطلب الأول، والى شروط تقديم طلب الاحتكام امام مجلس الدولة في المسائل المختلف فيها في المطلب الثاني، واستكمالاً لموضوع

الدراسة سنبحث إجراءات مجلس الدولة في إبداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وقيمتها القانونية في المبحث الثاني، لذا نتناول في المطلب الأول إجراءات ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وضمائانه، ونخصص المطلب الثاني لبيان القيمة القانونية للرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها ثم نردفها بخاتمة يتم فيها بيان ما توصلت إليه الباحثة من استنتاجات ومقترحات.

الفصل الأول

الاطار المفاهيمي لآبءاء الرأى

فى المسائل المآآلف فىها

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لإبداء الرأي في المسائل المختلف فيها

يفرض التنظيم الإداري الحديث في الدولة القانونية المعاصرة أن يتم توزيع الاختصاصات بين الوزارات والدوائر والمؤسسات، بحيث تختص كل جهة بنوع محدد من الأعمال وفقاً لما يقرره القانون، وتعمل هذه الجهات الإدارية على تطبيق القانون وتنفيذه لتلبية حاجات المواطنين العامة، غير أنها قد تصيب أو تخطئ أثناء أداء مهامها، أو تواجه سوء فهم للنصوص القانونية وقد لا يقتصر هذا الإشكال على جهة إدارية واحدة، بل قد ينشأ بين جهتين أو أكثر، مما يؤدي إلى حدوث خلافات فيما بينها، ولمعالجة هذه الإشكالات، ظهرت الحاجة إلى إنشاء هيئة متخصصة تتولى الفصل في الخلافات الناشئة عن سوء فهم القواعد القانونية أو الأوامر الإدارية، وهو ما دفع العديد من الدول إلى إنشاء مجلس الدولة للاضطلاع بهذه المهمة عبر أقسامه الاستشارية، ويُعد مجلس الدولة أحد الركائز الأساسية للنظامين الإداري والقانوني، لما يؤديه من دور محوري يجمع بين الوظيفة القضائية والوظيفة الاستشارية، وتبرز أهمية دوره الاستشاري في كونه مرجعية قانونية قادرة على تقديم مشورة دقيقة للجهات الحكومية بشأن المسائل القانونية المثارة أو المختلف فيها قبل اتخاذ القرار، حيث لا يُعد الرأي الاستشاري مجرد اجتهاد قانوني، بل يمثل بديلاً عن اللجوء إلى القضاء لحسم النزاع، وذلك من خلال تحليل معمق لأبعاد المسألة المعروضة، استناداً إلى التشريعات النافذة، والأحكام القضائية المستقرة، والمبادئ القانونية العامة، ويسهم هذا الدور في تجنب الجهات الإدارية سلوك طريق القضاء، بما يوفر عليها الوقت والجهد والنفقات، ويخفف العبء عن المحاكم.

وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل على مبحثين، نبين في المبحث الأول، مفهوم الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، وفي المبحث الثاني نبين التنظيم القانوني لتشكيلات مجلس الدولة المختصة في المجال الاستشاري.

المبحث الأول

مفهوم الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها

يأتي الرأي الاستشاري كوسيلة مرنة وفعالة، تتيح للجهات الادارية الحصول على رأي قانوني سليم يسهم في فهم اسباب الخلاف وحلها، ويساعد على اتخاذ القرار الصحيح في ضوء ذلك^(١).

وأن الرأي الاستشاري في كثير من الاحيان يحظى بتقل عملي كبير، حيث يعول عليه في دعم القرار الاداري، وتعزيز الثقة في مساره القانوني، لا سيما عند وجود تباين أو اختلاف في تأويل أو تفسير النص الغامض، حيث تتبع أهمية الرأي الاستشاري من قدرته على تحقيق التوازن بين متطلبات الحسم القانوني وحاجة الادارة الى المرونة، فهو يتيح للجهات المعنية تجاوز الخلاف دون تصعيد، وبعد أداة وقائية تحول دون الوصول الى مراحل التقاضي، كما يسهم في تعزيز مبدأ حماية الحقوق والحريات واستقرار المراكز القانونية المكتسبة، وايضاً يدعم بناء قرارات مدروسة، قائمة على فهم عميق للنصوص القانونية، ويتميز الرأي الاستشاري عن غيره من الوسائل البديلة لحل الخلاف، كالصلح أو الوساطة الادارية.

وعليه سوف نقوم بتقسيم هذه المبحث على مطلبين، نبين في المطلب الأول مفهوم الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، أما في المطلب الثاني، نوضح أهمية الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وتمييزه عما يشته به.

(١) د. عصمت عبد المجيد البكر، مشكلات التشريع، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣، ص٥٢٨.

المطلب الاول

تعريف الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها ومصادره

لقد ادى التطور في العمل الاداري وتوسع أنشطة الإدارة في شتى الميادين الخدمية نتيجة لتطور البناء المؤسساتي في الدول الى أن تتداخل فيما بينها في ذات الاعمال وهنا ظهرت الحاجة لوجود جهة ذات معرفة وخبرة في العمل الاداري لتقدم للإدارة الراي والمشورة القانونية التي تحتاج اليها لتجنب التداخل والالتباس في عملها مع جهات ادارية اخرى مما يؤدي الى تتم الإدارة اعمالها بصورة صحيحة ووفقا للقانون، كما وأن الاستشارة تعدّ من المظاهر الحديثة للدول العريقة في الحضارة والتقدم العلمي والاداري وأن موضوع الاستشارة له اهمية خاصة في دراسة التنظيم الاداري والسياسي لأي دولة من الدول^(١).

ويلاحظ أن هذه المهمة عادة ما يتولاها مجلس الدولة عبر هيئاته الاستشارية المختصة بتقديم الراي والمشورة القانونية للجهات الادارية عند التجائها اليه، لذلك سوف نبين في هذا المطلب في فرعه الأول تعريف الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها أما فرعه الثاني سوف نبين مصادر الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها.

الفرع الأول

تعريف الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها

من اجل الوصول الى تعريف دقيق وشامل للرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، فأننا سوف نقوم بفصله الى قسمين وذلك من خلال تعريف الرأي الاستشاري لغة واصطلاحا اولاً ثم تعريف المسائل المختلف فيها لغة واصطلاحا ثانياً.

اولاً: تعريف الرأي الاستشاري لغة واصطلاحاً:

(١) د. احمد بوضيف، الهيئات الاستشارية في الادارة الجزائرية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١١، ص٨٩.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

١- الرأي لغةً: الرأي (اسم) والجمع (اراء) يأتي من الفعل الثلاثي (رأى)^(١)، ويأتي بمعنى الاعتقاد والعقل، والتدبير، أي النظر الى الأمور بالعين او العقل^(٢)، وتتصرف عبارة الرأي الى ما ارتاه الانسان واعتقده كون يجسد خصائص ذهنية^(٣) .

٢- الرأي اصطلاحاً: عرف الرأي اصطلاحاً بأنه اعتقاد ادراك الصواب للحكم الذي لم ينص عليه، وقيل ايضاً بأنه ما يترجح للإنسان بعد التأمل والتفكير^(٤).

الاستشارة لغةً: الاستشارة اسم جمعها استشارات وهي من الفعل الرباعي (شاور) مصدر (شاور)، ويقال اشار عليه بمعنى امره ونصحه ودله على الصواب، وشاوره في الامر مشاوره أي طلب ما عنده من رأي فيه المشورة^(٥)، والمستشار هو العليم الذي يؤخذ رايه في امر مهم عملي أو فني أو سياسي أو قضائي أو نحوه^(٦).

٢- الاستشارة اصطلاحاً: هناك تعاريف كثيرة ذكرها العلماء للاستشارة باعتبارها من العلوم البشرية الانسانية، حيث انها تشمل النشاطات التي يقوم في ظلها الفرد بمساعدة فرد اخر على التغلب على مشاكله^(٧)، باعتبار أن الانسان لا يستطيع ان يلم بكل المعارف والعلوم وجميع انواع المهن والاختصاصات، أن هذا النقص يمكن تفاديه باللجوء الى الاستشارة والاستعانة بالمتخصصين في شتى مجالات المعرفة والمهارات الفنية المختلفة^(٨).

وقد عرفت الاستشارة على انها خدمة تقدم من قبل شخص أو عدة اشخاص طبيعيين مؤهلين سواء كانوا محليين أم دوليين وذلك أما عن طريق تقديم طلب أو اخطار وتكون هذه الخدمة على شكل

- (١) احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصر، ط١، دار عالم الكتب، ٢٠٠٨، ص ١٢٠.
- (٢) معجم لسان العرب لابن منظور، الجزء ٣، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٥٤٣ ومعجم الوسيط، الجزء ١، دار المعارف، بدون سنة نشر، ص ٣٢٠.
- (٣) العلامة احمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، القاهرة، دار الحديث، ٢٠٠٣، ص ٩٨٨-٩٨٩.
- (٤) الحدود لابي الوليد الباجي، تحقيق د. نزيه حماد، ط١، مؤسسة الزعبي للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٣، ص ٦٣.
- (٥) لسان العرب لابن منظور، الجزء ٤، دار المعارف، القاهرة، ص ٢٣٥٨؛ والمنجد في اللغة والاعلام، ط٢، دار الشروق، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٦١١.
- (٦) د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٢، ص ١٧٥.
- (٧) د. علي قائمي، الاستشارة والارشاد في المنظار الاسلامي، ط١، دار النبلاء، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٤٨.
- (٨) د. عمار بوحوش، الاتجاهات الحديثة في علم الاستشارة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٩٨٤، ص ٢٢٥.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

دراسات و آراء وتوصيات تمثل في اصلها معلومات في شكل بدائل أو حلول لمشاكل قائمة أو متوقعة، تتعلق بصنع أو تطوير أو تقييم السياسات العامة^(١).

وعرفت أيضاً بأنها (عملية الاعداد والتحضير والبحث ثم تقديم النصح للجهة الادارية التي تملك سلطة اصدار القرار وتصدرها هيئات ادارية تقوم بتقديم المعونة للجهات التنفيذية)^(٢).

في حين قيل بأنها (تلك الآراء الفنية المدروسة في المسائل الادارية التي تقدمها الهيئات الاستشارية التي تعاون السلطات الادارية في مجال اختصاصاتهم، وتتكون هذه الهيئات من عدد من الافراد المختصين في فرع معين من فروع المعرفة)^(٣)، كما عرفت بأنها اجراء سابق على صدور بعض القرارات من جانب واحد^(٤).

وعرفت الاستشارة على الصعيد القانوني بأنها (عملية تتمثل بالنسبة للمستشار في تقديم الرأي واحيانا النصيحة حول مسألة معروضة عليه ، وهذا الرأي يقدم لطالب الاستشارة العناصر كافة لاتخاذ قرار عند الاقتضاء)^(٥) .

وعرفت الاستشارة ايضاً في النشاط الاداري بأنها اجراء شكلي يجب اتباعه قبل قيام الادارة بإصدار قراراتها الادارية وقد تكون الاستشارة اختيارية في طلبها واتباعها والزامية في طلبها واختيارية في اتباعها وقد تكون واجبة على الادارة في طلبها واتباعها^(٦).

(١) براح جميلة، الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة في ظل تعديل دستور ٢٠١٦، مذكرة ماستر، ٢٠١٨، الجزائر، ص ١٠.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ علم الادارة العامة، ط٤، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٩، ص ١٠٣.

(٣) د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الاداري في جمهورية مصر العربية، مطبعة الشاعر، الاسكندرية، ١٩٧٣، ص ٤٥٣.

(٤) عليان ملك، الدور الاستشاري لمجلس المنافسة (دراسة تطبيقية)، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٣، ص ٢١.

(٥) محمد ياسر الخواجة ، الاستشارة القانونية على الصعيد المهني ، مجلة المحامين السورية ، العددان (٤٣) ، السنة ٢٠٠٦، ص ٤٧.

(٦) د. محمد علي جواد، القضاء الإداري، دار السنهوري،، بغداد، بدون سنة نشر، ص ٨١.

ونلاحظ من خلال هذه التعاريف أن هناك أنواع للاستشارة فهي ليست على وتيرة واحدة، فمن حيث مدى التزام الجهات الادارية بالاستشارة فهي تقسم الى ثلاثة انواع كالآتي:

١- الاستشارة الاختيارية: ويقصد بها طلب الجهة الإدارية للرأي من الجهات الاستشارية المختصة عند رغبتها في إصدار قرار معين، دون أن يكون هناك نص قانوني يلزمها بذلك^(١). في هذه الحالة، تكون الإدارة حرة في اللجوء إلى الهيئة أو اللجنة الاستشارية إذا رأت أن الأمر مناسب، كما تكون حرة في الأخذ بمضمون الرأي أو إهماله بعد الاطلاع عليه، ومع ذلك فإن الفائدة المرجوة من الاستشارة تتحقق بمجرد إطلاع الإدارة على مختلف الجوانب القانونية والفنية المتصلة بالقرار المزمع اتخاذه، وبالتالي فإن طلب الاستشارة وتطبيقها في هذا النوع يخضعان بالكامل لتقدير الإدارة^(٢). فالاستشارة هنا تكون اختيارية في طلبها وفي تطبيقها من قبل الجهة الادارية، حيث لا يوجد أي إلزام قانوني على الادارة بطلب الاستشارة قبل اصدارها العمل الإداري فهي حرة بطلب الاستشارة وايضاً في تطبيقها من عدمه.

٢- الاستشارة الالزامية: ويقصد بها تلك الاستشارة التي يفرض النص القانوني القيام بها قبل إصدار القرار أو العمل الإداري، مع بقاء الإدارة حرة في الالتزام بمضمون الرأي أو عدمه في قرارها النهائي، ويُعد القرار الذي تتجاهل فيه الإدارة هذا الإجراء مسبقاً معيباً من حيث الشكل والإجراءات، حتى لو لم تكن ملزمة باتباع محتوى الرأي^(٣).

فهنا الاستشارة تعتبر من الاجراءات الشكلية الجوهرية التي تسبق اتخاذ القرار الاداري، والتي تفرض على الادارة اتباعها والا عد القرار معيباً بعبب الشكل والاجراء وبالتالي يحكم بإلغائه، ففي هذا النوع من الاستشارة لا تكون الادارة حرة في طلبها إنما يفرض عليها ذلك، ولكن لها حرية تطبيق مضمون الرأي الاستشاري من عدمه.

(١) عبد الرزاق عبد الجليل الدراجي، الدور الاستشاري لمجلس الدولة، هاتريك للنشر والتوزيع، اربيل، ٢٠٢٣، ص ٧٩.

(٢) ياسين كريم محمد الحلفي، الهيئات الاستشارية ودورها في اتخاذ القرار ، رسالة ماجستير، جامعة بغداد ، كلية القانون، ١٩٩٠، ص ١٥٤.

(٣) عبد الرزاق عبد الجليل الدراجي، الدور الاستشاري لمجلس الدولة، مصدر سابق، ص ٨٨.

٣- الاستشارة المقيدة: هذا النوع من الاستشارة يختلف عن النوعين السابقين ففيها تكون السلطة الادارية ملتزمة باستشارة جهة استشارية معينة قبل اصدارها القرار الذي تنوي اصداره، ثم تنقيد بما يصدر عن هذه الاستشارة من رأي، ولا يكون ذلك الا بنص قانوني يقرره^(١).

فالاستشارة في هذا النوع، يكون طلبها وتطبيق مضمونها إلزامياً على الجهة الإدارية بموجب أحكام القانون، بحيث تنتفي سلطة الإدارة في الامتناع عن الأخذ بمحتوى الرأي الاستشاري الصادر عن الجهة المختصة، كما أن الهيئة الاستشارية المحددة لتقديم هذا الرأي تكون منصوصاً عليها قانوناً، إذ يتمثل ذلك في مصر بمجلس الدولة من خلال قسمه الاستشاري، وفي العراق بمجلس الدولة عبر قسمه الاستشاري كذلك، ويُدرج الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها ضمن هذا النوع من الاستشارات الإلزامية^(٢).

ثانياً: التعريف اللغوي والاصطلاحي للمسائل المختلف فيها

في الشق الثاني من تعريف الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها سوف نعمل على تعريفها لغوياً وذلك من خلال تفكيكها وارجاع كل كلمة الى معناها اللغوي لبيان معناها وذلك بدءاً بكلمة (مسائل) ثم بعدها (المختلف فيها) .

- ١- المسائل: مسائل اسم جمع في صورة جمع تكسير مفردها مسالة وجذرها (سئل)، وجمع المسألة مسائل بالهمز، فاذا حذفوا الهمزة قالوا مسلة، وقوله قال ابو ذؤيب أسالت رسم الدار، أم لم تساعل، ام عن عهده بالأوائل ؟، والرجلان يتساءلان، وتساءلوا: سأل بعضهم بعضاً^(٣).
- ٢- المختلف: اسم فاعل من اختلف/ اختلفت الى/ اختلف على/ اختلف عن/ اختلف في، والفعل (خلف)، وامر مختلف فيه: فيه جدال ونزاع، أمر مختلف عليه، اختلفت في فيقال اختلف القوم، اي تباينوا في اقوالهم او افعالهم^(٤)، وما جاء في قوله تعالى "وَالسَّمَاءِ ذَاتِ الْحُبُكِ إِنَّكُمْ لَفِي قَوْلٍ مُخْتَلِفٍ"^(٥).

(١) مروه عبد الحسين حمزة، الدور الافتائي لمجلس الدولة في فض المنازعات ذات الطبيعة المالية وفقاً لاحكام التشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٢٣، ص ٢٢.

(٢) تنص الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي على أن "بدء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات او بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة اذا احتكم اطراف القضية الى المجلس ويكون ملزماً لها".

(٣) معجم لسان العرب لابن منظور، الجزء ١١، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٣١٨.

(٤) معجم لسان العرب لابن منظور، الجزء ٩، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٧٣.

(٥) الآية (٨) من سورة الذاريات.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

٣- فيها: في حرف جر، وتأتي للظرفين المكاني والزمني، والمصاحبة، والتعليل، والاستعلاء، ومرادفة الباء، وهي الداخلة بين مفصول سابق وفاضل لاحق^(١)، "فما متاعُ الحياةِ الدُّنيا في الآخِرَةِ إِلَّا قَلِيلٌ"^(٢) وللتوكيد: "وقال اركبوا فيها"^(٣).

٢- التعريف الاصطلاحي للمسائل المختلف فيها:

فالمسائل الخلافية (هي كل مسألة اختلف فيها العلماء سواء كان فيها دليل يجب العمل به وجوباً ظاهراً ام لا) فتسمى مسألة مختلف فيها او خلافية في حال برز فيه الخلاف ولو لم يكن سائغاً فقد يكون ضعيفاً أو شاذاً لا عبرة به، فالمسألة الخلافية هي التي يظهر فيها النص أو نصوص تدل على صحة احد الآراء، على العكس من المسائل الاجتهادية التي ليس فيها دليل أو نص صريح يجب العمل به وجوباً ظاهراً، فيسوغ فيها الاجتهاد لتعارض الأدلة أو لخباء الأدلة فيها وتسمى اجتهادية لتسويغ الاجتهاد فيها وذلك لعدم غلبة ترجيح احد الاقوال غلبة ظاهرة وتعتبر المسائل الخلافية أو المختلف فيها اعم من المسائل الاجتهادية، ففي كل مسألة اجتهادية هي مسألة مختلف فيها وليس كل مسألة مختلف فيها هي مسألة اجتهادية^(٤).

ثانياً: التعريف الفقهي للرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها:

أن الاغلب من الفقه العربي لم يعنى بتعريف المسائل المختلف فيها التي تحدث بين الجهات الادارية وإنما اولى عناية كبيرة بتعريف المنازعة الادارية وتحديد معيارها الذي أثار جدلاً كبيراً بين صفوف الفقهاء، فقد عُرِفَت المنازعة الادارية بأنها (مجموعة من الدعوى الناجمة عن نشاط الادارة واعوانها اثناء قيامهم بوظائفهم)^(٥)، في حين عُرِفَت ايضاً بأنها (تلك المنازعات التي تكون الادارة طرفاً فيها، وتختلف في طبيعتها وظروفها عن المنازعات التي تحدث بين الافراد او اشخاص القانون الخاص بصفة عامة)^(٦).

(١) معجم القاموس المحيط، منشور على الموقع الالكتروني <https://www.almaany.com> تاريخ الزيارة ١٢/١٥
٢٠٢٤/، وقت الزيارة الساعة ١٥:٠٩م.

(٢) الآية (٣٨) من سورة التوبة.

(٣) الآية (٤١) من سورة هود.

(٤) د. هدى عبد العزيز الموسى، الفرق بين المسائل الخلافية والمسائل الاجتهادية (جمعاً ودراسة وتطبيقاً)، بحث منشور في مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم - جامعة المنيا، ص ١٠١٨-١٠١٩.

(٥) د. احمد محيو، المنازعة الإدارية، ديوان المطبوعات، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ٥.

(٦) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٩٦.

فيلاحظ أن الاختلاف الواقع بين الطرفين هو حول المعيار الذي يحدد كون أن المنازعة الواقعة هي منازعة إدارية أم منازعة عادية، فذهب البعض الى معيار السلطة العامة حيث لا تكون المنازعة إدارية الا إذا كان محلها تصرف صادر عن الإدارة، في حين ذهب البعض الاخر الى معيار المرفق العام حيث اعتبر أن المنازعة تعتبر إدارية إذا تعلق بمرفق عام^(١).

وفي خضم هذا الجدل الحاصل حول المعيار الصحيح لتحديد المنازعة الإدارية، لم يتطرق الفقه الى تعريف مسائل الخلاف بين الجهات الإدارية الا بصورة ضئيلة جداً ومن خلال اشارات ضمنية، فقد اشار اليها احد الفقهاء بأنها (الخلاف الذي ينشأ بين الهيئات الإدارية حول تفسير بعض النصوص القانونية، وأن هذا الخلاف لم تكتمل له عناصر المنازعة الادارية)^(٢).

وفي رأي آخر عرف فيه المسائل المختلف فيها بتعريفين أحدهما سلبي والذي جاء فيه (هو كل خلاف لا يصل الى مستوى منازعة إدارية والذي لا يرقى الى مستوى منازعة قائمة على سبب مالي أو حق عيني أو مركز قانوني)، والأخر إيجابي للمسائل جاء بالشكل الآتي (هي كل الامور التي تنثير الخلاف في وجهات النظر بسبب وجود مشكلة ترتب عليها عدم تطبيق نص قانوني قائم بين اكثر من جهة إدارية)^(٣)، ونحن نتفق مع هذا التعريف وذلك لكونه أقرب لبيان سبب الخلاف.

ثالثاً: التعريف القانوني للرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها:

أن التشريع في الغالب لا يعنى بوضع التعريفات للأمور التي ينظمها كونه غير معني بأدراج التعريفات الا للضرورة المطلوبة، ولذلك فأن المشرع في قانون مجلس الدولة المصري والعراقي لم يعرف مفهوم الرأي في المسائل المختلف فيها بين الجهات الادارية، ولكن يلاحظ أن الدستور المصري وفي المادة (١٩٠) منه قد حدد طبيعة هذه المسائل عند تحديد الجهة المختصة بتقديم الرأي الاستشاري،

(١) د. صبري جليبي عبد العال، مجلس الدولة القاضي العام للمنازعات الإدارية، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٥، ص ٨٥.

(٢) د. شمس مرغنى علي، التحكيم في منازعات المشروع العام، ١٩٧٤، ص ٤٨٠، نقلا عن د. يسرى محمد العصار، التحكيم في المنازعات الادارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٣٥.

(٣) مقابلة شخصية مع دكتور عامر زغير محيسن، مستشار مجلس الدولة العراقي، بتاريخ ١٠/٢/٢٠٢٥.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

حيث نصت هذه المادة على أن "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة يختص...، يتولى وحده الافتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون.."^(١).

فيلاحظ هنا أن الدستور قد حدد وبشكل صريح اختصاص مجلس الدولة في الافتاء وابداء الرأي في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، والتي هي وبحسب نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة (١٩٧٢) "يتكون قسم الفتوى من ادارات مختصة لرئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة...، وتختص الادارات المذكورة بأبداء الرأي في المسائل التي يطلب الرأي فيها من الجهات المبينة في الفقرة الاولى وبفحص التظلمات"^(٢)، ايضاً جاءت المادة (٦٦) من القانون اعلاه لتبين المسائل التي يجوز طلب الرأي فيها وهي المسائل الدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية^(٣).

وعليه فإن مجلس الدولة المصري لم يعرف المسائل المختلف فيها بين الجهات الادارية والتي يجوز طلب الرأي الاستشاري بشأنها ولكنه قد حدد بنص صريح طبيعة المسائل التي يجوز طلب الرأي فيها وهي المسائل القانونية وكذلك المنازعات التي تحدث بين الجهات الادارية، وبما أنها مسائل قانونية فإن اسباب الخلاف أو النزاع قد تكون ناشئة عن تطبيق أو تفسير النصوص القانونية الغامضة أو التي تحتوي على عدة تأويلات أو بسبب القرارات الادارية.

أما مجلس الدولة العراقي فهو كذلك لم يعرف ماهية هذه المسائل ولم يحدد طبيعتها وإنما اكتفى ببيان الجهات التي يجوز لها طلب الرأي، وذلك بحسب نص الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل والتي نصت "يمارس المجلس في مجال الرأي والمشورة القانونية اختصاصاته على النحو الاتي، ثالثاً: ابداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات او بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة إذا احتكم اطراف القضية الى المجلس ويكون ملزماً لها"^(٤)، ويلاحظ ايضاً أن الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ لم يحدد طبيعة المسائل التي يجوز فيها طلب

(١) ينظر المادة (١٩٠) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ المعدل.

(٢) ينظر المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

(٣) ينظر المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

(٤) ينظر المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

الرأي حيث نصت المادة (١٠١) منه على أن "يجوز بقانون، انشاء مجلس دولة، يختص بوظائف القضاء الاداري، والافتاء.."^(١).

وبهذا نجد أنه على خلاف الدستور المصري لم يرد في الدستور العراقي تحديد لطبيعة المسائل التي يجوز طلب الرأي فيها، ونلاحظ أيضاً من خلال النصوص الوارد ذكرها في هذا السياق عدم توحيد المصطلحات بشأن طلب الرأي، احيانا تذكر كلمة فتوى او الافتاء وأحياناً المشورة القانونية، فاصبح معتاداً أن يقال فتوى قانونية او استشارة قانونية والذي يقصده به ابداء الرأي في مسألة معينة لبيان الحكم القانوني الصحيح، فيتضح أن المشرع الدستوري استخدم مصطلح الافتاء ليشمل كلا من ابداء الرأي والمشورة القانونية في حين أن ابداء الرأي يدخل ضمن مفهوم الإفتاء وليس منفصلاً عنه أي أن المشرع استخدم مصطلحين (الافتاء وابداء الرأي) في نصاً واحد مبادئ الى عدم توحيد المصطلحات وهو ما يعد توجه منتقد.

وعليه نستنتج مما تقدم ذكره أن الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها بين الجهات الادارية لم يتم تعريفه من قبل المشرع وايضاً لم يتم تحديد طبيعة هذه المسائل ولا اسباب الخلاف التي تستوجب طلب الرأي بشأنها من قبل المشرع العراقي في قانون مجلس الدولة العراقي مما يشكل نقصاً تشريعياً يستوجب الانتباه اليه ومعالجته.

ومن خلال ما توصلنا اليه يمكننا تعريف الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها بأنه (الرأي الصادر عن مجلس الدولة في المسائل القانونية الناشئة عن تطبيق أو تفسير النصوص القانونية القائمة او القرارات الادارية التي تحمل عدة تأويلات بسبب غموضها مؤدية الى اختلاف وجهات النظر بشأنها فيما بين الوزارات أو الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة).

(١) ينظر المادة (١٠١) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

الفرع الثاني

مصادر الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها

أن ابداء الرأي الاستشاري لا يستند الى اراء شخصية للأعضاء الذين يسهمون في اعداده، بل يتم الرجوع الى جميع مصادر المشروعية^(١)، التي تخضع لها الادارة والتي تتعلق بالمسائل موضوع الفتوى، حيث أن القانون الذي تخضع له الادارة لا يقتصر على القواعد التي تضعها السلطة التشريعية، وإنما يشمل كل قواعد القانون الوضعي أيأ كان مصدرها وأياً كان شكلها مدونة أم غير مدونة، ومن بينها ما تصدره الهيئات الأخرى كالسلطة التنفيذية والقضائية ومنها ما تضعه الادارة نفسها^(٢) لذا فأن للمشروعية عدة مصادر متنوعة، منها مصادر مكتوبة ومصادر غير مكتوبة^(٣).

وعليه سوف نبين اولاً المصادر المدونة التي يرجع اليها المستشار في مجلس الدولة والمصادر غير المدونة.

اولاً: المصادر المدونة: ويقصد بالمصادر المكتوبة بأنها القواعد المثبتة في الوثائق والمدونة في مستندات، ويمكن استعراض هذه المصادر كالآتي:

١ - الدستور

يأتي الدستور في مقدمة مصادر المشروعية وذلك لان القواعد الدستورية تعد اسمى من جميع القواعد القانونية الأخرى^(٤)، فيعرف على أنه (مجموعة القواعد المتعلقة بتبيان مصدر السلطة وتنظيم ممارستها وانتقالها والعلاقة بين القابضين عليها وكذلك تلك المتعلقة بالحقوق والحريات العامة في الدولة سواء وجدت في صلب الوثيقة الدستورية إم خارجها)^(٥).

(١) أن متقضى مبدأ المشروعية أن تخضع الدول في تصرفاتها للقانون القائم، أنه يمكن للأفراد عبر وسائل مشروعة الرقابة على اداء الدولة لوظيفتها، حيث يمكن أن يردوها الى جادة الصواب كلما عن لها ان تخرج على حدود القانون عن عمد أو اهمال، ينظر د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري ورقابة على اعمال الإدارة (دراسة مقارنة)، ط٣، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦١، ص١٣.

(٢) د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٢٠، ص١١.

(٣) د. جورج شفيق ساري، قواعد واحكام القضاء الإداري، ط ٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٢١.

(٤) د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص١٣.

(٥) د. إحسان المفرجي، وآخرون، النظرية العامة في القانون الدستوري، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٠، ص١٦١.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

فالدستور هو القانون الاسمي والقاعدة الاعلى التي تحتل قمة الهرم في النظام القانوني داخل الدولة، والدستور باعتباره الوثيقة الاساسية التي تنظم السلطات العامة في الدولة، فإن هذه السلطات جميعا يجب أن تحترم احكامه ونصوصه في كل تصرفاتها^(١).

لذلك تحرص الادارة على تجنب ارتكاب أي مخالفة لأحكام الدستور، فتتريث قبل اصدار قرارات في بعض المسائل التي لم يتحقق لها اليقين القانوني^(٢)، أو تلك التي يشوب نصوصها التشريعية الغموض وعدم الوضوح فتلجأ الى طلب الرأي وابداء المشورة القانونية من مجلس الدولة الذي يحرص بدوره عند ابداء الرأي أن يكون متقفاً وأحكام القواعد الدستورية.

ومثال ذلك ما صدر من رأي استشاري عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بصدد الاجابة حول مدى مشروعية استمرار النذب الجزئي لبعض اعضاء مجلس الدولة لدى جهات الادارة وفقا للمادة (٨٨) من قانون مجلس الدولة المصري التي تجيز النذب الجزئي للجهات الادارية، وذلك بعد صدور الدستور المصري لسنة ٢٠١٢ الملغى، الذي نص في المادة (١٧٠) منه على أن "القضاة مستقلون وغير قابلين للعزل....، ولا يجوز نذبهم الا نذباً كاملاً، وللجهات وفي الاعمال التي يحددها القانون، وذلك كله بما يحفظ استقلال القضاء وانجاز اعماله "فانتهت الجمعية العمومي لقسمي الفتوى والتشريع الى "استمرار العمل بحكم المادة (٨٨) من قانون مجلس الدولة المصري وعدم جواز الامتناع عن تطبيقها اعمالا لصريح نص المادة (٢٢٢) من دستور سنة ٢٠١٢ والتي تنص على أن كل ما قرره القوانين واللوائح من احكام قبل صدور الدستور يبقى نافذا"^(٣).

(١) د. محمد عبد الوهاب، القضاء الإداري (مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الاداري، الاختصاص القضائي لمجلس الدولة)، الجزء الاول، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٢٠.

(٢) يعرف اليقين القانوني بأنه : حالة من الوضوح والانسجام في القاعدة القانونية تجعلها قابلة للفهم والتطبيق، وتُمكن المخاطبين بها من توقع نتائج أفعالهم القانونية، بما يضمن استقرار المعاملات وتحقيق الثقة في النظام القانوني ، او هو وضوح القاعدة القانونية ودقتها من ناحية ، وامكانية التنبؤ بها من ناحية اخرى . ينظر احمد جابر صالح احمد ، اليقين القانوني الجنائي (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه ، جامعة كربلاء ، كلية القانون ، ٢٠١٩، ص ٢٠.

(٣) ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٥١ بتاريخ ٢٨/١/٢٠١٣، ملف رقم ٢٧٦/١/٥٨ جلسة ٢٣/١/٢٠١٣، على الموقع الالكتروني <https://manshurat.org/node/14116>، تاريخ الزيارة ٢٥/٣/٢٠٢٥ وقت الزيارة الساعة ١٢:٤٥ م.

ومن تطبيقات ذلك في مجلس الدولة العراقي عندما احتكمت كل من الامانة العامة لمجلس الوزراء ومجلس النواب في شأن الخلاف الذي نشأ بينهما حول القانونين الجديدين لكل من ديوان الوقف الشيعي والوقف السني وما يتعلق بآلية تعيين كل من رئيس الديوان ونائبة، حيث أن المجلس أستند عند اصداره الرأي الى النصوص الدستورية ذات العلاقة بالمسألة المعروضة وذهب الى أن " .. وحيث أن البند (رابعا) من المادة (٧٦) من الدستور قضت بأن (يصدر رئيس الجمهورية المراسيم الجمهورية) "(١).

٢- القوانين

يعرف القانون أو التشريع بأنه مجموعة من القواعد القانونية التي تقوم السلطة التشريعية بوضعها في حدود اختصاصها الذي بينه الدستور^(٢)، ويأتي هذا التشريع في المرتبة الثانية بعد التشريع الدستوري من حيث تدرج القواعد القانونية، هو أيضاً ملزم لسلطات الدولة الثلاثة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) مالم يلغ أو يعدل حسب احكام الدستور^(٣)، وبالتالي يجب على الإدارة أن تباشر اعمالها القانونية طبقاً لا احكام القوانين حتى لا تكون معرضة للطعن بعدم مشروعيتها ومن ثم الغائها^(٤).

وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة لا تلزم باتباع جميع القواعد القانونية بشكل مطلق، بل تلتزم فقط بتلك التي تتلاءم مع طبيعة وظيفتها وتوجه إليها بشكل مباشر^(٥) ولهذا السبب، تلجأ الجهات الإدارية في كثير من الأحيان إلى مجلس الدولة لطلب رأي استشاري بشأن مسائل قانونية غامضة أو متشابكة،

(١) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم ٢٠١٦/٦ بتاريخ ٢٠١٦/١/١٤، قرارات مجلس شوري الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٦

الصادرة عن مجلس شوري الدولة (مجلس الدولة حالياً)، منشورات وزارة العدل، بغداد، ٢٠١٧، ص ٤١.

(٢) د. ناصر لباد، الاساسي في القانون الإداري، ط ١، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، الجزائر، ٢٠١١، ص ٣٦.

(٣) د. رائد المالكي، الوجيز في القضاء الإداري، ط ١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ٢٠١٤، ص ٢٠.

(٤) مع ملاحظة أن هناك بعضاً من الدساتير تجيز لسلطات غير البرلمان في اصدار قرارات لها قوة القانون، ومنها الدستور المصري الذي يجيز في المادة (١٠٨) منه لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الاحوال الاستثنائية وبناء على تفويض مجلس الشعب اغلبية الثلثين من اعضائه اصدار قرارات لها قوة القانون، وقد حدد الدستور المواضيع التي تصدر فيها وكذلك مدة التفويض والأسس التي يقوم عليها، لذلك فأن صدرت هذه القرارات بقوانين وفق ما هو محدد لها كانت لها نفس مرتبة القوانين التي تصدر من البرلمان نفسه، وبالتالي يجب احترامها والالتزام بها لان مخالفتها تعتبر مخالفة للقانون وخروجاً على مبدأ المشروعية د وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ١٧ ود. جورج شفيق ساري، قواعد واحكام القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٥) د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ١٨.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

بههدف تجنب الوقوع في مخالفة صريحة لأحكام القانون، ولإيجاد حلول مناسبة للخلافات الناتجة عن تعارض أو تداخل النصوص القانونية.

وفي هذا السياق، يعمد المستشار إلى استعراض النصوص ذات الصلة وتفسيرها للوصول إلى رأي قانوني يسهم في إنهاء الخلاف، ومن الأمثلة على ذلك، ما صدر عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، التي أصدرت رأياً يقضي بعدم جواز عمل بعض الأطباء والموظفين الحكوميين في مستشفى الجمهورية المنشأ بموجب القانون رقم (١٦٦) لسنة ١٩٥٥، إلى جانب عملهم الأصلي، سواء مقابل مكافأة أو نسبة من أجر المريض، وذلك لأن العمل في هذا المستشفى يعد دائماً ومستقراً، ويعامل كالتعيين، مما يشكل مخالفة لحكم القانون رقم (١٢٥) لسنة ١٩٦١ الذي يحظر الجمع بين وظيفتين^(١).

أما عن تطبيق هذه الحالة في مجلس الدولة العراقي، فقد صدر عن مجلس الدولة رأي استشاري حين احتكمت كل من وزارة التخطيط ووزارة الشؤون الاجتماعية حول قانون تنظيم الخدمات الاجتماعية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٠ على مهنة الصياغة ومطالبة وزارة العمل والشؤون الاجتماعية بالحصول على الاجازة المنصوص عليها في هذا القانون، حيث تم الرجوع الى المواد القانونية في القانون موضوع طلب الرأي وتفسيره للوصول الى رأي سليم، ومن هذه المواد التي أستند عليها لا صدار الرأي هي كل من المادة الاولى التي نصت على أن (تسري أحكام هذا القانون على مشاريع الخدمات الصناعية في القطاع الخاص التي تقدم خدمات التصليح والصيانة للأجهزة والمعدات والمكائن والمركبات وما يرتبط بها من افعال من اعمال)، وكذلك كل من المادة الثانية والفقرة الثالثة من المادة (٣)، وايضاً قد تم الرجوع الى قانون وسم المصوغات رقم (٨٣) لسنة ١٩٧٦، حيث ان البند (أ) من الفقرة (اولا) من المادة الاولى عرفت الصائغ بأنه " كل من امتهن صناعة المصوغات الذهبية أو الفضية أو البلاطينية ويتعاطى بيعها وشراءها سواء كان صاحب عمل أو كان يعمل لحسابه"، وكذلك الفقرات (اولا وثانيا ورابعا) من المادة الثانية من القانون المذكور انفا^(٢).

(١) ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم (٨٧٣) بتاريخ ٢٣/١١/١٩٦٢، اشار لها د. حامد الشريف، مبادئ الفتاوى الادارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ٢٨٦.
(٢) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي (مجلس شورى الدولة سابقا) رقم ٢٠١٢/١/١٢ في ٢٠١٢/٦/٣١، قرارات مجلس شورى الدولة وفتاواه الصادرة عن مجلس الدولة (مجلس شورى الدولة سابقا) لعام ٢٠١٢، منشورات وزارة العدل، بغداد، ص ٤١.

وتبين لنا من خلال ما عرض من أن مجلس الدولة وعند نظره للمسألة المطلوب ابداء الرأي فيها فهو يستند وبشكل اساسي على ما يصدر المشرع من نصوص قانونية تتعلق بالمسألة المعروضة لإصدار رأيه في ضوءها.

٣- المعاهدات الدولية

تُعرف المعاهدات الدولية بأنها (اتفاق مكتوب يتم عقده بإجراءات رسمية خاصة، وتنشئ الاطراف المتعاقدة من اشخاص القانون الدولي العام بمقتضى علاقات قانونية دولية في ميدان معين او لغرض معين يلزمون انفسهم بتحقيقه وفقا للقانون الدولي)^(١).

وتختلف القيمة القانونية للمعاهدات والاتفاقيات الدولية حسب دستور كل دولة، حيث أنها في مصر تعد في مرتبة القوانين العادية، أما الوضع في العراق فان سطور ٢٠٠٥ وكذلك ما سبقه من دساتير لم تتضمن نصاً صريحاً يحدد القيمة القانونية للمعاهدة الدولية، إنما اكتفى ببيان آلية التصديق عليها والجهة التي تملك صلاحية التصديق^(٢).

وعلى الرغم من عدم وجود نص في الدساتير العراقية يحدد القيمة القانونية للمعاهدات الا أنه يُلاحظ اتجاه المشرع الدستوري لوضعها في منزلة القوانين العادية وذلك من خلال بيان آلية التصديق عليها وكذلك الجهة المخولة بالتصديق^(٣).

وهي بهذا تعد من المصدر التي يستند اليها مجلس الدولة فيما يصدره من اراء استشارية، ومن ذلك الرأي الاستشاري الصادر عن قسم الرأي في مجلس الدولة المصري بناء على الطلب المقدم من قبل رئيس ادارة الفتوى لوزارة المواصلات ومصلاحة السكك الحديدية بشأن حق الحكومة المصرية في الامتناع عن تقديم خدمات السكك الحديدية والتلغرافات والتليفونات للسلطات البريطانية عند عدم قيامها بدفع الزيادة في الاجور اذ ذهب القسم المذكور في تأييد حق الحكومة المصرية في ذلك التي ذهب فيها الى أن "بالرجوع إلى هذه المعاهدة تبين انه جاء في المادة الخامسة فقرة (٥) من الاتفاق المبرم بين مصر وبريطانيا في شأن الإعفاءات والمزايا التي تتمتع بها القوات البريطانية في مصر والملحق

(١) د. علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٥٢١.

(٢) د. رائد المالكي، الوجيزة في القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٢١.

(٣) د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ١٧.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

بالمعاهدة إن القوات البريطانية تتمتع باستعمال خطير سلك حديد الحكومة المصرية طبقاً للقواعد النافذة الآن وليس الغرض من هذا النص منع استبيان جديدة في استمرار تلك القوات في استعمال السكك الحديدية حسب الشروط القائمة...، لذلك انتهى رأي القسم إلى أن من حق الحكومة المصرية الامتناع عن تقديم خدمات السكك الحديدية والتلغرافات والتليفونات للسلطات البريطانية^(١).

فيلاحظ أن المعاهدة المبرمة بين مصر وبريطانيا قد اعتمدها مجلس الدولة المصري كمصدر رئيسي لا صدار رأيه الاستشاري بخصوص المسألة المعروضة عليه.

ومثال ذلك في العراق أيضاً الرأي الصادر عن مجلس الدولة العراقي بشأن الاجابة عن طلب المشورة القانونية المقدم من وزارة الخارجية في شأن مشروع اتفاق الشراكة والتعاون بين حكومة جمهورية العراق وحكومة المملكة المتحدة، حيث يهدف مشروع الاتفاق الى تشجيع التجارة والاستثمار بين الجانبين، فذهب المجلس وبعد اخذ الملاحظات من الجهات ذات العلاقة بمشروع الاتفاق الى أن "دقق المجلس مشروع الاتفاق ووجد ما يأتي:

١. ان مشروع الاتفاق تضمن في بعض احكامه نصوص اتفاقيات ومن اهمها اتفاقية منظمة التجارة العالمية والاتفاقية العامة للتعرفة الجمركية والتجارة العامة لعام ١٩٩٤ بالإضافة الى اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ والمتعلقة بوضع اللاجئين وان العراق لم ينضم لتلك الاتفاقيات..."^(٢)، وبالاستناد الى ما تم رجوع اليه من اتفاقيات من قبل المجلس فقد صدر رأيه كالآتي "وتأسيسا على ما تقدم من اسباب يرى المجلس: أن مشروع اتفاق الشراكة والتعاون بين حكومة جمهورية العراق وحكومة المملكة المتحدة وفق النسخة المدققة يصلح اساسا للتفاوض تمهيدا لا برامه بعد الاخذ بنظر الاعتبار الملاحظات المذكورة انفا"^(٣).

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، رقم الملف (٧٧٥) بتاريخ نقلا عن د. محمد احمد عطية، مجلس الدولة تشكيله واختصاصاته، ط٢، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٢، ص٥١٥-٥١٦.

(٢) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم ٢٠٢٣/١٣٠ بتاريخ ٢٠٢٣/١٢/٢١، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠٢٣، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠٢٤، ص ٣٧٣-٣٧٦.

(٣) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم ٢٠٢٣/١٣٠ بتاريخ ٢٠٢٣/١٢/٢١، مصدر سابق، ص ٣٧٣-٣٧٦.

نستنتج ومن خلال ذلك أن مجلس الدولة عند اصداره الآراء الاستشارية فإنه يرجع الى المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بموضوع المسألة المعروضة امامه ويعتبرها كمصدر اساس يستند عليه لإصدار رأيه.

٢- الانظمة والتعليمات (التشريع الفرعي)

أن من القواعد الثابتة في فقه القانون العام أن السلطة التشريعية تعد صاحبة الاختصاص الاصيل في سن القوانين ولكن مع ذلك فقد انيطت الى السلطة التنفيذية حق التشريع الفرعي في بعض المسائل استثناء اصدار بواسطة ما يعرف بالأنظمة والتعليمات كما في العراق واللوائح كما في مصر^(١).

فتعرف الانظمة بأنها قواعد عامة مجردة تسنها السلطة التنفيذية لتنفيذ التشريع الصادر عن السلطة التشريعية، تلي التشريع من حيث المرتبة في سلم التدرج القانوني، وهي تشمل ايضاً القواعد التي تصدرها السلطة التنفيذية لتنظيم مرفق معين^(٢).

أما التعليمات فهي القواعد التي تصدرها الوزارات أو الادارات لتسهيل تنفيذ تشريع أو نظام ما أو الاوامر التي يوجهها الرئيس الاداري الى موظفيه والتي تهدف الى حسن اداءهم لا عمالهم، وهي على اربعة انواع (تعليمات شارحة وتعليمات امره وتعليمات ناصحة وتعليمات مقررة ومؤكده)^(٣).

فهي بذلك تعتبر عملاً قانونياً يعبر عن ارادة الادارة في احداث أثر قانوني أو تعديل المراكز القانونية القائمة، وبالتالي تعتبر ملزمة للأفراد والادارة باعتبارها مصدراً من مصادر المشروعية، والادارة باعتبارها هي الواضعة لها فهي تلتزم بما تتضمنه هذه الانظمة واللوائح من قواعد ولا يجوز لها مخالفتها أو الخروج عليها بقرارات ادارية فردية مادامت نافذه الا أن ذلك لا يعني أن الادارة لا تستطيع التعديل عليها أو تبديلها فهي تستطيع تعديلها أو الغائها أو سحبها طالما اقتضت المصلحة العامة ذلك^(٤).

(١) د. خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠٠٩، ص٣٦.

(٢) د مازن ليلو راضي، حماية الامن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠، ص٨٤.

(٣) د مازن ليلو راضي، حماية النظم القانونية في النظم القانونية المعاصرة، مصدر سابق، ص٨٤.

(٤) والإدارة هنا يقصد بها بمعناها الواسع بحيث تشمل الادارة مصدرة اللائحة والادارات والمصالح والاجهزة التابعة والمرؤوسة لها وايضا الادارات العليا الرئاسية للإدارة مصدرة اللائحة طالما قد اصدرتها طبقاً للقانون أو الدستور

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

وقد نص دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ في الفقرة (ثالثاً) من المادة (٨٠) منه على اختصاص مجلس الوزراء بإصدار الانظمة التنفيذية التي تضع القانون موضع التنفيذ، وهي تنقيد بالقانون وتتبعه ولا تملك أن تعدل فيه او تضيف اليه أو تعطل تنفيذه^(١).

وقد أستند مجلس الدولة في كثيراً من فتاواه وارهه الاستشارية الى ما تصدره الادارة من انظمة وتعليمات والوامر التي تسهل تنفيذ وتطبيق القانون، ففي رأي الاستشاري صادر عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري في معرض الاجابة حول طلب الرأي المقدم من قبل وزير التعليم العالي والبحث العلمي حول كيفية تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة القضاء الاداري بخصوص احقية السيدة (ع. غ. غ) بصرف حافز الاداء المتميز المقرر بقرار رئيس مجلس الوزراء واحقيتها بصرف حافز الاداء العلمي المقرر وفقاً لنص المادة (٣٩) من قانون الخدمة المدنية رقم (٨١) لسنة ٢٠١٦ مخصصاً منه قيمة حافز الاداء المتميز، فقد أستندت الجمعية العمومية الى اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية والتي جاء فيها "ونالت باللائحة التنفيذية تحديد شروط وضوابط منح الحافز، وقد جاءت المادة (١٢٤) من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور مبينة الشروط الواجب توافرها لمنح هذا الحافز.."^(٢).

أما في العراق وفي معرض ابداء الرأي في الخلاف الحاصل بين وزارة المالية وهيئة النزاهة حول مضاعفة مبلغ التعويض عن الضرر العمدي وفقاً لقانون التضمين رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦، حيث اعتمد المجلس في ابداء الرأي الى تعليمات تسهيل تنفيذ قانون التضمين فقد جاء في رأي المجلس "وحيث إن البند (أولاً) من المادة (٤) من التعليمات رقم (٣) لسنة ٢٠٠٧ تعليمات تسهيل تنفيذ قانون التضمين حدد مهام اللجنة التحقيقية بتحديد المسؤول عن إحداث الضرر وجسامة الخطأ وما إذا كان عمدياً أو غير عمدي وتحديد مبلغ الضرر

وإذا لم تراعي الإدارة في اعمالها وقراراتها ما صدر عنها من لوائح وانظمة طبقاً للقانون أو الدستور تكون بذلك مخالفة لمبدأ المشروعية مما يعرض اعمالها وقراراتها للبطان. ينظر د. علي سعد عمران، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٣٠ و٣٥.

(١) نصت الفقرة (ثالثاً) من المادة (٨٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على أن "إصدار الانظمة والتعليمات والقرارات، بهدف تنفيذ القوانين".

(٢) ينظر الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع مجلس الدولة المصري المرقمة بالعدد (١٦٠٥) بتاريخ (٢٤/١٠/٢٠٢١)، رقم الملف (٢١٥٤/٤/٨٦)، منشورة على الموقع الالكتروني، <https://manshurat.org/node/14116>، تاريخ الزيارة ٢٥/٣/٢٠٢٥، وقت الزيارة ١٠:٢١ م.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

حسب الأسعار السائدة وقت وقوع الضرر، وحيث إن الفقرة (ج) من البند (أولاً) من المادة (٤) من التعليمات المذكورة نصت على التوصية بتضمين المتسبب في إحداث الضرر مبلغ التعويض عنه حسب الأسعار السائدة وقت حصول الضرر إذا كان الخطأ غير عمدي وبضعف المبلغ المذكور إذا كان الخطأ عمدياً^(١).

ونلاحظ أن مجلس الدولة عند إصداره الرأي في هذه المسألة قد اعتمد بشكل اساس على تعليمات تنفيذ قانون التضمين رقم ٣ لسنة ٢٠٠٧، وحيث انتهى المجلس الى أن "وهي تعليمات لتسهيل تنفيذ القانون وتختلف في موضوعها عن تنظيم هيكل الوزارة ومهام التشكيلات فيها"^(٢).

ثانياً: المصادر غير المدونة

١- العرف

يمكن تعريف العرف الإداري بأنه سلوك الإدارة المطرد في مسألة معينة على نحو معين لفترة من الزمن بحيث تصبح الادارة والمتعاملون معها ملزمين باحترام القاعدة المتولدة عن ذلك السلوك^(٣).

ولكي يصبح العرف ملزماً للإدارة فإنه يشترط فيه وجود شرطان وهما أن يكون عاماً وتطبقه الإدارة بصورة منتظمة والشرط الثاني هو أن لا يكون العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم أي بأن لا يخالف نصاً قانونياً قائماً اعلى منه حيث أن العرف يأتي في مرتبة ادنى من النصوص القانونية المكتوبة وبالتالي فلا يجوز للعرف الخروج عليها، وأن لا يكون مخالفاً للنظام العام^(٤).

وأن التزام الادارة باحترام القواعد العرفية التي تضعها لا يعني أن هذه القواعد ابدية التطبيق، بل أن الإدارة تملك تعديلها أو العدول عنها كلما تطلبت دواعي التطور والمصلحة العامة^(٥).

(١) ينظر رأي مجلس شورى الدولة العراقي (مجلس الدولة حالياً) رقم (٢٠٠٩/١٦) بتاريخ (٢٩/٣/٢٠٠٩)، قرارات مجلس شورى الدولة وفتاواه لعام ٢٠٠٩، منشورات وزارة العدل، بغداد، ٢٠١٠، ص ٦٩-٧١.

(٢) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم (٤٢ / ٢٠٢٠) بتاريخ، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠٢٠، اصدارات مجلس الدولة، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠٢١، ص ١٣٥-١٣٧.

(٣) د. علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣٨.

(٤) د. عبد الله طلبه، القانون الإداري (الرقابة القضائية على اعمال الإدارة، القضاء الإداري)، ط ٢، منشورات جامعة حلب، ١٩٩٧، ص ٢٢ و ٢٣.

(٥) د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٢٣.

ومن امثلة القواعد العرفية التي اسهم العرف في استحداثها في مجال العمل الإداري هي عقوبة لفت النظر، فهذه العقوبة لم تكن موجودة في قانون انضباط موظفي الدولة الملغى لعام ١٩٣٦، وإنما استحدثت في ظل قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١، وايضاً قاعدة عدم التصرف في المال العام، حيث أنها قاعدة عرفية الاصل لم ترد بنص تشريعي، اخذ بها القضاء من اعراف درجت عليها الادارة الفرنسية قديماً، بهدف حماية المال العامة من تبديد الملوك لها^(١).

لذلك يعد العرف أحد المصادر التي يرجع اليها المستشار في اداء وظيفته الاستشارية.

٢- الاحكام القضائية

ويقصد بالأحكام القضائية هي (ما استقرت عليه احكام المحاكم في شأن مسألة معينة)^(٢).

تعد أحكام القضاء الإداري والقضاء العادي وايضاً ما يصدر من أحكام عن المحاكم الدستورية والتمييز مصدراً يلجأ اليه مجلس الدولة فيما يصدره اراء استشارية، ومثال ذلك الرأي الاستشاري الصادر عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بخصوص طلب الرأي المقدم من قبل وزير الداخلية حول ما يتبع من ثبات الحالة الاجتماعية ومدى جواز تصحيح الجنس من اثى الى ذكر حيث استند عند اصدارها الرأي الى حكم المحكمة الإدارية العليا بصدد عمليات تغير الجنس والصادر عنها في ٢٠٢٠/٦/١٣ والذي قضت فيه "بأن هناك فرقا بين عمليات تصحيح الجنس وعمليات تغيير الجنس، فعمليات تصحيح الجنس مباحة شرعاً....، اما عمليات تغيير الجنس فتتم للمرضى الذين يعانون من اضطراب الهوية الجنسية وهو الاحساس الداخلي بالأنوثة او الذكورة وهو ما يسمى بالجنس العقلي وهو في حقيقته تغيير وضع سليم الى خاطي،..."^(٣)، وانتهت الجمعية العمومية بشأن هذه المسألة وبعد استعراض جميع ما يتصل بها من امور ومستندة الى حكم المحكمة الادارية العليا الى "عدم صحة تغيير جنس

(١) د. حسين عثمان محمد عثمان، اصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٢١٠،

ومجيد مجهول درويش، التنظيم القانوني للوظيفة مجلس شورى الدولة العراقي في الافتاء، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٢) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي واخرون، مبادئ واحكام القانون الإداري، مصدر سابق، ص ٥٠.

(٣) ينظر الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع مجلس الدولة المصري المرقمة بالعدد ٩٩٧ بتاريخ (٢٠٢٤/٧/٢)، رقم الملف (٧٧٦/١/٥٨)، منشورة على الموقع الالكتروني

<https://manshurat.org/node/14116>، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٣/٢ وقت الزيارة الساعة ١٢:٣٠ م.

المعروضة حالتها من (انثى) الى (ذكر) وعدم ترتيب اثار قانونية لهذا التغيير وعلى الاخص بياناتها المدنية وبيانات طفلها فيما يتعلق ببيانات الام، وذلك على الوجه المبين بالأسباب^(١).

أما عن تطبيق ذلك في العراق ففي الرأي الاستشاري الصادر عن مجلس الدولة العراقي حول طبيعة العقود التي تبرمها امانة بغداد مع اشخاص غير اجانب وفق قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ الملغى لا دارة المسابح ومواقف السيارات ومدى امكانية عدها عقوداً إدارية، فقد اعتمد المجلس على ما استقر عليه القضاء حيث ذهب الى أن "حيث أن الفقه والقضاء قد استقرا على أن ما يميز العقد الاداري عن عقد القانون الخاص ليس فقط المعيار الشكلي المتمثل في كون احد اشخاص القانون العام طرفا فيه بل يلزم بالإضافة الى ذلك توافر عنصرين اساسيين يتصلان بموضوع العقد من حيث وجوب اتصال العقد بمرفق عام وان تستخدم الادارة وسائل القانون العام"^(٢) فلنلاحظ أن المجلس وعند بحثه في موضوع المسألة المعروضة امامه قد استعان بما استقر عليه الفقه والقضاء بصددتها واعتبرهما كمصدر أساسي يستند عليه لا صدار رأي قانوني سليم.

٣- المبادئ العامة للقانون

تُعرف المبادئ العامة للقانون بأنها مجموعة من القواعد القانونية المستلهمة من مبادئ القانون الطبيعي واعلانات حقوق الانسان ومقدمات الدساتير ومن بعض المصادر الروحية للمجتمع^(٣).

وتُعرف ايضاً بأنها القواعد القانونية غير المكتوبة التي يستخلصها القاضي وكشف عنها بالرجوع الى روح التشريع وظروف المجتمع الاجتماعية والسياسية فيعلنها في احكامه فتكتسب قوة الزامية وتصبح بذلك مصدرا من مصادر المشروعية^(٤).

(١) ينظر الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع مجلس الدولة المصري المرقمة بالعدد ٩٩٧ بتاريخ (٢٠٢٤/٧/٢)، رقم الملف (٧٧٦/١/٥٨)، مصدر سابق.

(٢) ينظر رأي مجلس شوري الدولة العراقي (مجلس الدولة حاليا) رقم (٢٠٠٦/٣١) بتاريخ (٢٠٠٦/٥/٣)، قرارات مجلس شوري الدولة وفتاواه لعام ٢٠٠٦، منشورات وزارة العدل، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٠٠.

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ط١، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣٠.

(٤) يعود الفضل في ابراز هذه المبادئ الى قضاء مجلس الدولة الفرنسي، الذي عمل استنباطها والكشف عنها وعلان الزاميتها من خلال ما يصدره من أحكام وخصوصاً في الفترة التي اعقبت الحرب العالمية الثانية، ومن أمثلة هذه المبادئ العامة للقانون (مبدأ المساواة امام القانون، مبدأ المساواة امام تولي الوظائف العامة، مبدأ المساواة في الانتفاع بخدمات المرافق العامة، مبدأ عدم رجعية القرارات الادارية) ينظر د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٢٦.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

فأن هذه المبادئ لا تستند الي أي نص مكتوب وإنما يستخلصها القاضي من مجموعة القواعد والتي تحكم المجتمع في زمان ومكان معينين ويجبر الإدارة على احترامها وذلك من خلال الحكم بإلغاء كل عمل صدر منها مخالف لهذه المبادئ، لذلك فأن القضاء الاداري لا يخلق مبادئ عامة للقانون وإنما يقتصر دوره على كشفها والتحقق من جودها في الثقافة القانونية السائدة في المجتمع، لذلك فأن الادارة ملزمة على احترامها والتقيدها باعتبارها قواعد ملزمة شأنها شأن القواعد القانونية المكتوبة^(١).

وفي كثير من الاحيان ما تستند مجالس الدولة في مصر والعراق عند اصدارها اراء استشارية الى المبادئ العامة للقانون، ومن ذلك الرأي الاستشاري الصادر عن الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري والذي جاء فيه " استظهرت الجمعية العمومية مما تقدم أن المشرع وضع اصلا عاما من اصول القانون ينطبق على العقود المدنية والادارية على حد سواء مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق الطرفين وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقا لما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية.."^(٢).

أما في العراق ففي فتوى لمجلس الدولة العراقي اشار فيها الى أن مبدأ العدالة يقتضي إعادة التحقيق الاداري في حال ظهور ادلة جديدة أو تبين ان هناك شهادة زور أو مستندات مزورة تؤدي الى أن يكون التحقيق فيه خلل مما يستوجب معالجته بإعادة التحقيق^(٣).

فنستنتج مما تقدم ذكره أن مجلس الدولة سواء في مصر أم العراق حينما يعرض عليه مسألة ما لا بداء الرأي القانوني السليم فيها، فإنه وفي صدد الاجابة عليها ينظر اولاً فيما اذا كانت هذه الادارة في هذه المسألة قد راعت مبدأ المشروعية ثم بعد ذلك فان المجلس يبحث فيما يتعلق بهذه المسألة في جميع مصادر المشروعية بداءً من الوثيقة الدستورية وانتهاءً بالمبادئ القانونية وذلك للوصول الى رأي سليم يحل به الخلاف القانوني، فالمستشار في مجلس الدولة لا يصدر رأياً استشارياً بناء على اهواء الشخصية ودون الرجوع الى مصادر المشروعية للتحقق من انطباق الواقع عليها والوقوف على موضع الخطأ الحاصل في تفسير النصوص القانونية أو القرارات أو الاحكام القضائية، فهو يستعين في كل ما

(١) د. رائد المالكي، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٣٠ و ٣١.

(٢) ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، في الملف ٢٧/١/٢٥٠ في ١٩/٤/٢٠٠٦، نقلا عن د. محمود حمدي، المرجع في شرح اختصاص لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة، مصدر سابق، ص ١٤٥.

(٣) ينظر رأي مجلس شورى الدولة العراقي (مجلس الدولة حاليا) رقم (٢٠٠٦/٣١) بتاريخ (٢٠٠٦/٥/٣)، قرارات مجلس شورى الدولة وفتاواه لعام ٢٠٠٦، مصدر سابق، ص ٥٥.

له صلة بموضوع المسألة المعروضة لحلها بشكل سليم، فأحيانا نجده يستعين بنصوص الدستور أو نصوص القانون والانظمة والتعليمات المسهلة لتنفيذها، وكذلك يستعين بما تصدره المحاكم وبجميع درجاتها وانواعها من احكام لها علاقة بالمسألة المطلوب ابداء الرأي فيها، وايضاً ما استقر عليه العرف سواء كان عرفاً ادارياً أم عرفاً عاماً مع ملاحظة اننا وخلال بحثنا لم نجد تطبيقاً واضحاً يبين استعانة المجلس بالعرف كمصدر لا صدار الرأي الاستشاري، الا أن ذلك لا يمنع من الرجوع عليه في حالة وجد عرف يتعلق في المسألة المعروضة كونه مصدراً من مصادر المشروعية وكذلك الامر بالنسبة للمبادئ القانونية فإن الاستعانة بها تعتبر قليلة مقارنة مع مصادر المشروعية الأخرى.

المطلب الثاني

اهمية الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وتمييزه عما يشته به

يمارس مجلس الدولة، من خلال اختصاصه الاستشاري، دوراً محورياً في ترسيخ مبدأ المشروعية وتعزيز سيادة القانون، فهو يُمثل ضمير الإدارة الذي يراقب تصرفاتها ويوجهها عبر تقديم المشورة، كما يعد حامياً للحريات، يستخلص حقوق الإنسان ويصونها في مختلف المجالات، سواء تعلق الأمر بالفرد أم الجماعة أم الموظف العام أم المتعاقد مع الإدارة، وذلك دعماً لها في أداء مهامها على نحو قانوني سليم^(١).

ولذلك سوف نبين في الفرع الاول من هذا المطلب أهمية الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، أما في الفرع الثاني فسوف نتناول تمييز الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها عما يشته به.

(١) د. محمود حمدي عطية، استقلال مجلس الدولة وابداء المشورة القانونية لجهات الإدارة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص٧٥.

الفرع الاول

أهمية الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها

لا شك أن مجلس الدولة يضطلع بدور بالغ الأهمية في تنظيم العلاقة بين الدولة، ممثلةً في مصالحها ومرافقها العامة، وبين المواطنين، وذلك من خلال رسالته السامية في تحقيق العدالة الإدارية^(١).

فهو يثبت على الدوام أنه المستشار الأمين لجهات الإدارة فيما يستجد من مسائل، إذ يُحاط علمًا بكافة الصعوبات التي تعترضها عند تطبيق النصوص القانونية^(٢)، ليقدم تصورًا واضحًا للجهة طالبة الرأي قبل مباشرتها اختصاصها، سواء تعلق الأمر بإصدار قرار أم اتخاذ إجراء مناسب بشأن المسائل المعروضة، بما يضمن تلافي أوجه الخلل وتجنب الإدارة مسؤولية إصدار قرارات غير مشروعة^(٣).

وبشكل عام يمكن أن نوجز أهمية الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها من خلال ما يأتي:

اولاً: تكريس سيادة القانون وأعلاء مبدأ المشروعية

تلتزم الإدارة، بوصفها جزءًا من السلطة التنفيذية، عند ممارستها لمهامها باحترام سيادة القانون وتكريس مبدأ المشروعية، الذي يقصد به خضوع جميع الأشخاص والأعمال لأحكام القانون بمعناه الواسع، ويؤدي الرأي الاستشاري دورًا محوريًا في تعزيز سيادة القانون، إذ يسهم في تفسير النصوص الغامضة وتوضيح أحكام القوانين، موجِّهًا قرارات الإدارة نحو التطبيق السليم لمبدأ المشروعية.

وفي هذا الإطار، يباشر مجلس الدولة، من خلال وظيفته الاستشارية، رقابة سابقة على توجهات الإدارة، مستهدفًا مساعدة الجهات الإدارية وإرشادها إلى واجباتها، وتوجيهها إلى اتباع صحيح حكم القانون في تصرفاتها، وضمان سلامة تفسير وتطبيق النصوص التشريعية، وبذلك يضطلع بدور أساسي في ترسيخ المشروعية الإدارية وإعلاء سيادة القانون، عبر كشف صحيح الأحكام القانونية وتوجيه الجهات الإدارية إلى التطبيق الأمثل لها، وتوضيح التزاماتها القانونية^(٤).

(١) عمر حماد صالح، أهمية استقلال مجلس الدولة العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد ٣٧، العدد ١، ٢٠٢٢، ص ٤١٢.

(٢) عمر حماد صالح، أهمية استقلال مجلس الدولة العراقي، مصدر سابق، ص ٨١.

(٣) مجيد مجهول، التنظيم القانوني لوظيفة مجلس شورى الدولة العراقي في الافتاء، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٤) د. محمود حمدي عطية، استقلال مجلس الدولة وابداء المشورة القانونية لجهات الإدارة، مصدر سابق، ص ٨٨.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

كما أن المجلس، من خلال عمله اليومي في مجالي القضاء والإفتاء، يمارس رقابة دقيقة على الإدارة قد تفوق في فعاليتها رقابة البرلمان، إذ يتعمق في دراسة ملفاتها، ويكشف ما قد يخفى من مشروعاتها ونواياها، ويسلط عليها رقابة تحول دون الانحراف بالسلطة أو مخالفة القانون^(١).

يؤكد ذلك ما صدر عن مجلس الدولة من آراء استشارية في هذا الصدد، ومنها الرأي الاستشاري الصادر عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بشأن النزاع بين وزارة المالية ووزارة الاستثمار حول أحقية التصرف في بعض الأصول المملوكة للدولة ومدى خضوعها لقواعد إدارة المال العام، فقد انتهت الجمعية العمومية إلى إلزام الوزارتين بأحكام القانون رقم (١٢٧) لسنة ١٩٨١ بشأن المحاسبة الحكومية، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، ضماناً للشفافية وصون المال العام، مؤكدةً أن جميع الوزارات والهيئات تخضع لأحكام الدستور والقانون، ولا يجوز لها التذرع بالسلطة التقديرية لمخالفة القواعد القانونية الملزمة، وأن سيادة القانون تلو على كافة الاعتبارات، ولا يجوز لأي جهة إدارية التصرف في الأموال العامة إلا وفقاً للأحكام المنظمة لذلك^(٢).

أما في العراق فقد انتهى مجلس الدولة العراقي بصدده ما صدر عنه في شأن أمكانية اعمام الأمانة العامة لمجلس الوزراء قرارات مجلس الدولة على الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة للعمل بموجبه على الرغم من صدورها بناء على استيضاح من وزارات وجهات أخرى، إلى (أن الرأي الصادر عن المجلس يعد تفسيراً رسمياً صادر عن جهة قانونية متخصصة وذات ولاية عامة في تقديم الرأي، وحيث أن الاخذ بأراء المجلس وقراراته يمثل التطبيق السليم لحكم القانون، وحيث أن التعدد في تفسير احكام القانون يسبب تضارباً في تطبيق القانون ويمس بمبدأ المساواة بين المواطنين ويؤثر سلباً في سيادة القانون، وحيث أن اعمام آراء مجلس الدولة على الوزارات والجهات ذات العلاقة في المسائل المماثلة يعد ممارسة إدارية رشيدة، ويساهم في عملية الإصلاح الإداري والمالي، وتأسيساً على ما تقدم من أسباب، يرى المجلس،...، ٢. الآراء الصادرة عن مجلس الدولة تعد مرجعاً رسمياً لتفسير القانون، وهي

(١) محمد سحن زينهم حسن، الفصل في المنازعات بين الجهات الإدارية على ضوء افتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٩، ص ٣٢.

(٢) ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، رقم الملف (٢٠١٠/٣/٨٦) بتاريخ (٢٠١٠/٣/١)، مصدر سابق.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

واجبة الاتباع كونها التطبيق السليم لحكم القانون ويمكن للأمانة العامة لمجلس الوزراء اعمامها تحقيقاً لمبدأ توحيد الاجتهاد القانوني والإداري داخل مؤسسات الدولة (^١).

ويلاحظ أيضاً أن أهمية الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها في تكريس سيادة القانون ومبدأ المشروعية تبرز من خلال ما يقوم به المجلس من اعطاء التفسير الصحيح للنص القانوني وكذلك حل مشكلة التداخل بين القوانين، فأن ذلك يؤدي بالتالي الى استقرار المراكز القانونية التي يمنحها القانون للأفراد والجهات التي صدر بمواجهتها، من ذلك ما جاء عن مجلس الدولة العراقي عندما احتكمت كل من الامانة العامة لمجلس الوزراء ومجلس النواب في شأن الخلاف الذي نشأ بينهما حول القانونين الجديدين لكل من ديوان الوقف الشيعي والوقف السني وما يتعلق بآلية تعيين كل من رئيس الديوان ونائبة^(٢)، وأيضاً طلب الاحتكام المقدم من قبل وزارة الصناعة والمعادن ووزارة الزراعة حول تحديد من هي الجهة المختصة بمنح اجازة انشاء معامل تنقية البذور والتقاوي، حيث انتهى المجلس الى أن "أن الجهة المختصة بمنح اجازة انشاء ونصب وتشغيل معامل تنقية البذور والتقاوي هي المجلس الوطني للبذور"^(٣).

ثانياً: الحد من المنازعات الإدارية وتخفيف العبء عن القضاء الإداري

تُعد الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة أيضاً وظيفة وقائية، تلجأ إليها الإدارة لطلب الرأي القانوني في المشكلات التي تعترضها أثناء ممارستها لأنشطتها التي نص عليها القانون، أو فيما قد يعترضها من لبس وغموض، ويسهم الرأي الاستشاري في توضيح التطبيق السليم والصحيح لأحكام القانون، وتبصير الجهة الإدارية بسلامة تصرفاتها ومشروعيتها^(٤).

وبممارسة المجلس هذا الدور من خلال ما يصدره من آراء استشارية بشأن المسائل الخلافية الناشئة عن ممارسة الجهات الإدارية لمهامها، الأمر الذي من شأنه تلافي المنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً، وذلك

(١) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم (٢٠٢٥/١١٥٧)، بتاريخ (٢٠٢٥/٩/٢٢)، قرار منشور.

(٢) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم (٢٠١٦ / ٦) بتاريخ (٢٠١٦/١/١٤)، قرارات مجلس شوري الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٦ الصادرة عن مجلس شوري الدولة (مجلس الدولة حالياً)، منشورات وزارة العدل، بغداد، ٢٠١٧، ص ٤١.

(٣) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم (٢٠٢٣/١٠٧) بتاريخ (٢٠٢٣/١٠/٢٦)، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠٢٣، مصدر سابق، ص ٣١٥.

(٤) د. محمود حمدي عطيه، مجلس الدولة وولاية الافتاء القانوني لجهات الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٧٧.

عبر تقديم الرأي القانوني السديد الذي يحول دون تحول مجرد اختلاف وجهات النظر إلى منازعة إدارية مكتملة الأركان، ويسهم ذلك في توفير الكثير من الوقت والجهد على الجهات الإدارية، إذ يجنبها الانخراط في دعاوى قضائية تتسم بإجراءات معقدة وطويلة، قد تشغلها عن أداء واجباتها القانونية^(١).

ومثال ذلك ما افتتت به الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري من أنه "أن المشرع اختص الجمعية العمومية ببدء الرأي مسبباً في الانزعة التي تنشبت بين الجهات الادارية بعضها البعض وذلك بديلا عن استعمال الدعوى كوسيلة لحماية الحقوق وفض المنازعات"^(٢).

فالرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها إذاً يجنب الادارة اللجوء الى اسلوب الدعوى القضائية التي تصطدم بظاهرة (بطء الفصل في الدعوى الإدارية) وهي ظاهرة عامة وشاملة لا تقتصر على نوع معين من الدعاوى ولا تنحصر في محكمة معينة كالقضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين، بل تمتد لتشمل جميع انواع الدعوى التي ترفع امام محاكم مجلس الدولة، وأن اسباب هذه الظاهرة متنوعة وعديدة، منها ما هو اجرائي يتعلق بإجراءات الدعوى ومنها ما هو غير اجرائي يتعلق بالمنظومة القضائية كلها ومنها ما يتعلق بأطراف الخصومة انفسهم كما في مصر^(٣)، ومنها ما يتمثل بقلّة اعداد المستشارين كما هو واقع الحال في مجلس الدولة العراقي وايضاً عدم تطبيق النصوص المتعلقة بتشكيل محاكم متعددة للقضاء الاداري وقضاء الموظفين في اربع مناطق ادارية في العراق فهي ماتزال معطلة ولم يتم انشاء اي محكمة ماعدا (محكمة القضاء الاداري وقضاء الموظفين في بغداد) الى الان على الرغم من مرور اكثر من عشر سنوات على النص عليها في قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣^(٤).

(١) مجيد مجهول درويش، التنظيم القانوني للوظيفة لمجلس شوري الدولة العراقي في الافتاء، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٢) ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم (٣٧٩) بتاريخ (٢٠١٠/٦/٣٠)، ملف رقم (٣٩٧٦ / ٢ / ٢٣)، منشورة على الموقع الالكتروني، مصدر سابق.

(٣) د. محمود حمدي احمد مرعي، ظاهرة البطء الفصل في الدعاوى الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٦، ص ٤٨٤.

(٤) د. صالح عبد عايد صالح، رقابة القضاء الإداري على الضبط الإداري وإثره في تكريس التعايش السلمي، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة، المجلد ١، العدد (صفر)، السنة الاولى، ٢٠٢٤، ص ٢٠٤، ينظر ايضاً نص المادة (٥) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ التي نصت على (نصت على: يلغى نص المادة (٧) من القانون ويحل محله ما يأتي: المادة (٧) أولاً: تشكل محكمة للقضاء الإداري ومحكمة لقضاء الموظفين برئاسة نائب الرئيس لشؤون القضاء الإداري أو مستشار وعضوين من المستشارين أو المستشارين المساعدين

ثالثاً: حماية الحقوق والحريات واستقرار المراكز القانونية

تحظى الوظيفة الاستشارية بأهمية كبيرة في الدستور حيث نص الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ في المادة (١٩٠) منه على اختصاص مجلس الدولة المصري وحده دون غيره بالقيام بوظيفة الافتاء في المسائل القانونية التي تعرض عليه من الجهات الادارية التي حددها القانون^(١)، حيث نصت على ان (مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية ويتولى الافتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون،.. ويحدد القانون اختصاصاته الاخرى)^(٢).

وفي العراق قد نصت المادة(١٠١) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ على أن (يجوز بقانون، انشاء مجلس دولة، يختص بوظائف القضاء الاداري، والافتاء، والصياغة، وتمثيل الدولة، وسائر الهيئات العامة، امام جهات القضاء، الا ما استثني منها بقانون)^(٣).

وقد كانت المادة (٤) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل كذلك تنص على أن (يختص المجلس بوظائف القضاء الإداري والافتاء والصياغة وتدقيق المشروعات وابداء الرأي في الامور القانونية لدوائر الدولة والقطاع العام)^(٤).

وايضاً ما جاء بنص المادة (١) من قانون مجلس الدولة (٧١) لسنة ٢٠١٧ التي نصت على أن (ينشأ بموجب هذا القانون مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والافتاء والصياغة و يعد هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية)^(٥)، حيث فك هذا القانون ارتباط مجلس الدولة بوزارة العدل.

في المناطق الآتية: المنطقة الشمالية وتشمل المحافظات نينوى وكركوك وصلاح الدين ويكون مركزها في مدينة الموصل. منطقة الوسط وتشمل محافظات بغداد والأنبار وديالى وواسط ويكون مركزها في مدينة بغداد، منطقة الفرات الأوسط وتشمل محافظات كربلاء والنجف وبابل والقادسية ويكون مركزها في الحلة، المنطقة الجنوبية وتشمل محافظات ذي قار والمثنى والبصرة وميسان ويكون مركزها في مدينة البصرة.

ثانياً: يجوز عند الاقتضاء تشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري ولقضاء الموظفين في مراكز المحافظات ببيان يصدره وزير العدل، بناء على اقتراح من هيئة الرئاسة).

- (١) ينظر نص المادة (١٩٠) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ المعدل.
- (٢) ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ١٢٠ بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٤ ملف رقم ٤٢٧/١/٥٨، نقلا عن د. محمود حمدي عطية، استقلال مجلس الدولة وابداء المشورة القانونية لجهات الادارة مصدر سابق، ٨٢.
- (٣) ينظر المادة (١٠١) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.
- (٤) ينظر المادة (٤) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
- (٥) ينظر المادة (١) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧.

وعلى هذا الأساس فإن مجلس الدولة ومن خلال أداء وظيفته الاستشارية يمارس دوراً مهماً وحيوياً في حماية حقوق وحريات الافراد الاساسية والتي تكفلتها الاعلانات العالمية والاقليمية والوطنية، ونظراً لأهميتها ذهبت معظم الدساتير على تكريسها بنصوص توفر ضمانات كافية لممارستها وحمايتها^(١) من المساس بها وايضاً المراكز القانونية التي يمنحها القانون لهم، وذلك من خلال توضيح وتفسير النصوص القانونية وحل الخلافات ما بين الجهات الادارية لكي تقوم بأعمالها على افضل وجه.

وتطبيقاً لما تقدم نجد أن ما صدر عن اللجنة الثالثة من لجان قسم الفتوى في مجلس الدولة المصري من رأي يكشف عن بالغ الحرص على عدم زعزعة المراكز القانونية الذاتية المستقرة التي اكتسبها أربابها بمقتضى تسويات وظيفية انقضى على إجرائها خمسة عشر سنة، حيث ذهب الى أن "لاحظت اللجنة أن إجراءات التسوية الوظيفية ولئن تجردت من خصائص القرارات الإدارية، إلا أنها لم تنزل تحتفظ وعلى أقل تقدير بصفة العمل أو الإجراء التنفيذي والذي تتخذه الإدارة تنفيذاً لإرادة المشرع، ولا يحولن دون ذلك ما عساه يشوبها من عيب مخالفة القانون، طالما لم يبلغ هذا العيب الذي لحقها حداً من الجسامة يهوى بها إلى درك الانعدام فيجعلها محض عملاً مادياً لا عاصم له من السحب في أي وقت كان، وعلى ذلك فإنه لا يجوز المساس بالتسوية التي اجرتها الجهة الادارية في كل الاحوال ولو خالفت القانون طالما انقضت مدة خمسة عشرة على اجرائها وكان ما لحقها من عيب يجردها من كل صفة قانونية لها، والحكمة من ذلك تجد تبريرها في الحرص على عدم زعزعة المراكز القانونية الذاتية المستقرة التي اكتسبها اربابها بمقتضى تلك التسويات حتى لا يكون من شأن ذلك تعليقها امداً لا نهاية له"^(٢).

أما في العراق فإن مجلس الدولة العراقي يعمل من خلال ما يصدره من اراء استشارية على حماية الحقوق والحريات الاساسية للأفراد وايضاً ضمان الحفاظ على مراكزهم القانونية الممنوحة لهم وفق القانون، ومن ذلك ما ذهب اليه المجلس عند ابداء الرأي في الخلاف الحاصل ما بين وزارة المالية وهيئة النزاهة حول

(١) د. مها بهجت بونس الصالحي و جهاد علي جمعة، الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة العراقي ودوره في حماية الحقوق والحريات العامة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الرابع لبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات، ٢٠١٨، ص ١٢٤.

(٢) ينظر فتوى اللجنة الثالثة رقم (٦٩/٨٦)، بتاريخ ٢٠١٥/٣/٤، نقلاً عن د. محمود حمدي عطية، استقلال مجلس الدولة وابداء لمشورة القانونية لجهات الادارة، مصدر سابق، ص ١٦٤-١٦٥.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

مضاعفة مبلغ التعويض عن الضرر العمدي وفق احكام قانون التأمين رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦، حيث انتهى رأي المجلس الى "أن مضاعفة مبلغ التضمين اذا كان الخطأ عمديا موافق للقانون"^(١).

وفي رأي اخر صادر بصدد طلب الاحتكام المقدم من قبل امانة بغداد وديوان الرقابة المالية حول مدى استمرار شركة ابن رشد بتوزيع الفائض استنادا الى نص المادة (١١/١١/٢) من قانون الشركات العامة رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وذلك بعد فك ارتباطها من هيئة التصنيع العسكري والحاقه بأمانة بغداد، حيث انتهى المجلس الى أن "الشركة المذكورة لا تزال تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والاداري وتعتمد على نشاطها في تمويل انفاقها تمويلا ذاتيا بالرغم من فك ارتباطها من هيئة التصنيع العسكرية (المنحلة) والحاقه بأمانة بغداد سنة ٢٠٠٥، وتأسيسا على ما تقدم من اسباب، يرى المجلس أن تستمر شركة ابن رشد العامة بتوزيع الفائض عن الربح استنادا الى الفقرة (٢) من البند (ثالثا) من المادة (١١) من قانون الشركات العامة رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧"^(٢).

يتضح مما تقدم أن الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها له دورا مهم وفاعل في تطبيق القانون وتكريس مبدا المشروعية من خلال ايضاح صحيح حكم القانون وتوجيه الادارة نحو السلوك القويم، وايضاً له دور اساسي ومهم في حل الخلافات التي تنشئ عن تطبيق النصوص القانونية فيما بين الجهات الادارية وبالتالي يجنبها الوصول الى سلوك الطرق القضائية لحل هذه الخلافات، فأذن يعتبر الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وكما اكدته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع من الوسائل التي تغني عن استخدام اسلوب الدعوى القضائية والتي تتميز بإجراءاتها الطويلة مما يقلل الجهد والوقت على الادارة، كذلك أن للرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها دور حيوي في حماية الحقوق والحريات والمراكز القانونية من خلال تفسير النصوص القانونية بصورة صحيحة متبعا في ذلك الحكمة من التشريع وغايته.

(١) ينظر رأي مجلس شورى الدولة العراقي (مجلس الدولة حاليا) رقم (٢٠٠٩/١٦) بتاريخ (٢٩/٣/٢٠٠٩)، قرارات مجلس شورى الدولة وفتاواه لعام ٢٠٠٩، منشورات وزارة العدل، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠١٠، ص ٦٩-٧١.
(٢) ينظر رأي مجلس شورى الدولة العراقي (مجلس الدولة حاليا) رقم (٢٠١٥/١٢١)، بتاريخ (١٨/١١/٢٠١٥)، قرارات مجلس شورى الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٥، منشورات وزارة العدل، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠١٦، ص ٢٣٦-٢٣٧.

الفرع الثاني

تمييز الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها عما يشته به

يختلف الرأي الاستشاري عن غيره من الآراء والوسائل البديلة لفض المنازعات التي من الممكن أن يختلط بها، فهو يختلف عن المشورة القانونية وكذلك عما يصدر عن الخبير القانوني من آراء وايضاً يختلف عن القرار الإداري والوساطة الإدارية، والتي سنوضحها فيما يأتي:

اولاً - التمييز بين الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وبين المشورة القانونية :

تأتي المشورة في اللغة العربية من لفظ (شاورة) ، من ذلك؛ شاورته في الأمر واستشرته أي طلب المشورة ، وأشار يُشير إذا ما وجه الرأي^(١)، كما ورد في بعض التفاسير بمعنى تقلب أوجه الرأي ، بدلالة قوله تعالى (فَإِنْ أَزَادَا فَصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا)^(٢)، اما الرأي تأتي من لفظة (الرأي) مفردة وجمعها (آراء) ، يُراد بها لغة؛ مصدر مشتق من مصدر رأى، أي النظر إلى الأمور بالعين أو بالعقل^(٣) ، كما يُراد به أسداء النصيحة بعد تمعن عقلي ، والرأي ؛ حكم وتقدير لعمل أو موقف مُعَيَّن من ذلك قَدَمَ رَأياً صريحاً في المَوْضُوعِ" ، وهو مَا يَعْتَقِدُهُ الْإِنْسَانُ وَيَرَاهُ صَحِيحاً، والرأي: استرأيته، استشرته، ورأيتَه: شاورته ، وتتصرف عبارة الرأي إلى ما أرتاه الإنسان وأعتقد كونه يجسد خصائص ذهنية^(٤) ، وعلى ذلك فتظهر المشورة من المشاورة بمعنى تقلب أوجه الرأي في حالة الاختلاف أو تأرجح المفهوم أو عدم وضوحه مما يتطلب دراسته قانونياً من عدة أوجه، أو استعراض وجهات النظر القانونية المختلفة المقدمة من الجهات الأخرى^(٥).

فالرأي الاستشاري يعرف بأنه بيان حكم القانون في مسألة معينة، سواء كان ذلك الحكم يرتد إلى القانون بمعناه الواسع، أو وقائع وأحداث معينة وبيان النص القانوني الذي يحكمها وتفسير معناها أو مدى تطابقها مع القانون، وعلى ذلك فإن الرأي الاستشاري يتضمن معنى الاستشارة والمشورة ببيان حكم القانون بصدد قضية معينة، ومع ذلك ثمة تشابه بين الرأي والمشورة القانونية، فهما يتشابهان من

(١) ابراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج١، بيروت ، بدون دار نشر ، ١٨٨٩ ، ص٣٤١.

(٢) ينظر سورة البقرة الآية (٢٣٣) .

(٣) لسان العرب لابن منظور ، مصدر سابق ، ص١٥٤٣.

(٤) احمد بن علي الفيومي المقري ، المصدر السابق ، ص٩٨٨-٩٨٩.

(٥) د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، مهارات تقديم الاستشارات القانونية وصياغة مذكراتها ، مكتبة القانون والقضاء ، بغداد، ٢٠٢٠، ص١٤.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

حيث صدورهما من جهة قانونية مختصة بالشؤون القانونية، يقدمان للإدارة بغية إتخاذ القرار بشأن الوقائع والأحداث اليومية^(١) .

اما أوجه الاختلاف بين الرأي الاستشاري والمشورة القانونية فتزد أساساً في المادة (٦) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، معتمدة على الجهة المقدمة إليها، فأن كان الرأي مقدماً إلى الجهات العليا أو متعلقاً بمشروعات الإتفاقيات والمعاهدات الدولية عدت مشورة قانونية، أما إذا كان الرأي مقدم إلى الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة بشأن المسائل المختلفة في حالة الاحتكام او المسائل المتردد فيها ، وأيضا من أوجه الاختلاف أن المشورة القانونية حسب المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، تكون غير ملزمة للجهة طالبة المشورة على العكس من الرأي الاستشاري الذي يكون ملزم في حالة الاحتكام في المسائل المختلف فيها وغير ملزم في حالة المسائل المتردد فيها او في طلب الاستيضاح^(٢) .

ثانياً- تمييز الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها عن رأي الخبير:

تُعرف الخبرة بأنها تلك الاجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي الى شخص ما مهمة ابداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي قد تكون طبية أو هندسية أو حسابية التي يكون على دراية بها من غير الزام القاضي أو الخصوم بهذا الرأي^(٣)، وأن مجال الخبرة يتركز في المسائل الواقعية التي تتطوي على الجانب الفني^(٤)، كالخبير النفقات في مسائل الاحوال الشخصية وخبير المساحة في مسائل البدأة، والخبير في امور الحاسوب والتكنولوجيا، فالخبرة يقوم بها اشخاص ذو علم ودراية وكفاءة في اختصاصاتهم نتيجة الممارسة العملية الطويلة لهم في مجالاتهم^(٥).

وأن من اجه الشبه بينها وبين الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها أن كلا منها يقدم بطلب الى الجهة المختصة لغرض ائارة الطريق امام الجهة طالبة الرأي أو الخبرة للوصول الى حل للمسألة المعروضة.

(١) د. عثمان سلمان غيلان العبودي ، مهارات تقديم الاستشارات القانونية وصياغة مذكراتها، مصدر سابق ، ص ١٤ .

(٢) ينظر نص المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

(٣) د. بهمن احمد محمد، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية، ط ١، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، اربيل، ٢٠٢٣، ص ٢٤١ .

(٤) د. علي خطار شنتاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الاول، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١١، ص ٦٥٩ .

(٥) د. حميد الشواربي، الخبرة الجنائية في مسائل الطب الشرعي، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٣٨٤ .

أما اوجه الاختلاف بين رأي الخبير والرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها يمكن ايجازها كالآتي:

١- إن رأي الخبير يصدر عن شخص مسجّل مسبقاً في السجل الخاص بالخبراء وفقاً لقانون الخبراء أمام القضاء رقم (١٦٣) لسنة ١٩٦٤، ويلتزم بالشروط والضوابط المحددة لإبداء الخبرة، ومنها أداء اليمين أمام المحكمة بأن يؤدي مهمته بأمانة وإخلاص، وأن يكون رأيه حيادياً وغير منحاز لأي طرف^(١)، أما الرأي الاستشاري فيصدر عن المستشارين المعيّنين في مجلس الدولة، الذين يخضعون لأحكام قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٢- إن تقرير الخبير غير ملزم للجهة طالبة الخبرة، كما تملك المحكمة إعادة التقرير إليه لاستكمال ما قد ترى فيه من نقص أو غموض^(٢)، أما الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها فهو ملزم بنص القانون ولا يجوز تعديله.

٣- يصدر الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها عن هيئات استشارية مقررة قانوناً، تُلزم الجهات الإدارية بطلب رأيها في مسائل معينة أو الاحتكام إليها لحسم الخلافات الإدارية، في مصر يتولى ذلك قسم الفتوى والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، وفي العراق يتولاه القسم الاستشاري في مجلس الدولة وتتكون هذه الهيئات من مستشارين متخصصين في القانون ذوي خبرة طويلة في العمل الإداري والقضائي، ويُصدر الرأي بالأغلبية أو بالإجماع وفق ما يحدده القانون، ولا يصدر عن مستشار منفرد، بل بعد تصويت أعضاء الهيئة، أما الخبرة فتصدر عن خبير واحد أو عدة خبراء، وتكون آراؤهم مستقلة في الموضوع محل الخبرة، وقد يصل عدد الخبراء المنتدبين في مسألة واحدة إلى أحد عشر خبيراً وفقاً لقانون الخبراء، وذلك بطلب من أطراف الدعوى، ويعبّر كل خبير عن رأيه وفق خبرته وقدراته الفنية والفكرية.

٤- تقتصر مهمة الخبير عند إبداء رأيه على التحقق من وقائع الدعوى ذات الطابع الفني التي يصعب على القاضي تحريها بنفسه ويقوم بتلاوة هذا الرأي على أطراف النزاع لاستجلاء عناصره والوصول الى

(١) تنص المادة (١٠) من قانون الخبراء امام القضاء رقم ١٦٣ لسنة ١٩٦٤ على أن "يؤدي الخبير امام اللجنة قبل ممارسة عمله اليمين الاتية: " اقسام بالله ان اؤدي عملي بالصدق والامانة".

وتعني هذه اليمين عن اليمين المنصوص عليها في المادة /١١٩/ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية".

(٢) د. علي خطار شنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٦٦٠.

اسبابه، دون الخوض في المسائل القانونية،^(١) أما في الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، فإن المستشار يبحث في كافة عناصر المسألة المعروضة، سواء كانت وقائع قانونية أو مادية، وصولاً إلى رأي قانوني سليم.

ثالثاً- تمييز الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها عن الموافقة على القرار الإداري:

تُعرف الموافقة على القرار بأنها الزام الجهة الادارية عندما تروم اتخاذ قرار معين، بعرض مشروعها قرارها على جهة أو شخص ذو صفة وظيفية معينة لا خذ الرأي المصادقة على اتخاذه أو رفضه^(٢).

مما يعني أن نفاذ القرار الإداري المزمع اتخاذه يتوقف على تلك المصادقة، وبالتالي فإن هذه المصادقة تؤدي الى احداث تغيير في الاوضاع القانونية القائمة، وأن الجهة المطلوب مصادقتها تستطيع أن تشترط اجراء تعديلات معينة على مشروع القرار بالشكل الذي تراه مناسباً ومطابقاً للقانون قبل أن تبدي موافقتها ومن ثم يتوقف اصدار القرار ونفاذه على اجراء وتطبيق هذه التعديلات^(٣).

في حين أن الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها هو طلب اجراء تحكيم بين جهتين ادارتين بسبب خلاف دب بينهما عند قيامهما بأنشطتهما الادارية، وذلك للوصول الى حل هذا الخلاف وتطبيق القانون بصورة صحيحة وسليمة، واحياناً يكون هذا الرأي تفسير قانوني لنص معين أو قرار اداري معين بسبب غموضه مما ادى الى أن تفسره كل جهة بحسب وجهة نظرها.

وأن نقطة التشابه بين الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها الموافقة على القرار الإداري هي الالزامية، حيث أن الرأي الاستشاري يكون ملزماً للجهتين المتحكمتين بنص القانون، في حين أن الامر كذلك ملزم للجهة التي تروم اصدار القرار إذا اشترطت الجهة اجراء تعديلات على مشروع القرار للحصول على موافقتها وخاصة في حالة الاستشارة المقيدة^(٤).

(١) د. شهاب فاروق عبد المحي عزيت، التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٤، ص١٦٥.

(٢) حمدي ابو النور سيد، الادارة الاستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة حلوان، كلية الحقوق، ٢٠٠٣، ص٣١٥.

(٣) مجيد مجهول درويش، التنظيم القانوني لوظيفة مجلس شورى الدولة العراقي في الافتاء، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٤) حمدي ابو النور السيد، الادارة الاستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ٣١٦.

أما نقاط الاختلاف بين الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وطلب الموافقة على القرار الإداري، يمكن إيجازها على النحو الآتي:

١- يصدر الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها عن جهة واحدة فقط، هي الهيئات الاستشارية في مجلس الدولة، بينما تصدر الموافقة على القرار الإداري من جهات متعددة بحسب طبيعة الجهة التي تسعى لإصداره، فقد تكون الجهة المصدّقة هي السلطة الأعلى للجهة طالبة الموافقة، أو جهة أخرى تابعة لأشخاص القانون العام الداخلي، مثل السلطات المنبثقة عن السلطة التنفيذية، أو الأشخاص المعنوية المحلية، أو الأشخاص المرفقية^(١).

٢- كما أن إصدار الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها يكون مشروطاً بتوافر جميع الضوابط المنصوص عليها للاحتكام أمام مجلس الدولة، ولا يملك المجلس رفض طلب التحكيم متى استوفت هذه الشروط، أما في حالة الموافقة على القرار الإداري، فإن للجهة المختصة سلطة تقديرية في القبول أو الرفض، وفقاً للأحكام القانونية المنظمة لذلك^(٢).

٣- وتُعد الموافقة على اتخاذ القرار من التصرفات الإنشائية، لأنها تُحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة، إذ لا يصبح القرار نافذاً إلا بعد المصادقة عليه، كما قد تشترط الجهة المصدّقة إجراء تعديلات معينة على مشروع القرار قبل الموافقة، وعلى الجهة طالبة المصادقة تنفيذ هذه التعديلات إذا رغبت في إصداره وتطبيقه، مما يعني أن الموافقة تُنشئ أحكاماً جديدة تتمثل في ما تحمله التعديلات المطلوبة^(٣)، أما الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، فيُعد عملاً كاشفاً يبيّن الحكم الصحيح للقانون دون أن ينشئ مركزاً قانونياً جديداً، فهو يكشف عن الحقيقة الغامضة ويزيل ما هو مبهم وملتبس الفهم على الجهات ذات العلاقة، ولا يمكن أن يضاف إليه أو يعدل عليه بعد إصداره.

رابعاً- تمييز الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها عن الوساطة الإدارية:

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الجزء الثاني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص٢٧-٣٠.

(٢) د. محمد الجبوري، القضاء الإداري، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ص ٢٧.

(٣) حمدي ابو النور سيد، الإدارة الاستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها، مصدر سابق، ص ٣١٥.

تُعد الوساطة في أصلها ظاهرة اجتماعية قبل أن تكون وسيلة قانونية لتسوية المنازعات، فهي من أقدم الأساليب التي لجأت إليها المجتمعات لحل خلافاتها، سواء على مستوى الأسرة أو القبيلة أو الدولة، وكان لها دور بالغ الأهمية في تنظيم العلاقات الاجتماعية في المجتمعات القديمة^(١)، أما في العصر الحديث، فقد أصبحت الوساطة تحتل مكانة بارزة بين وسائل تسوية المنازعات البديلة، خاصة مع تزايد رغبة الأطراف في إيجاد حلول ودية لإنهاء خلافاتهم بعيداً عن إجراءات التقاضي التقليدية التي كثيراً ما عجزت عن تلبية تطلعاتهم في تحقيق عدالة سريعة وفعّالة، في ظل تراكم القضايا أمام المحاكم^(٢).

ويُعرّف مفهوم الوساطة بوجه عام بأنها أسلوب بديل لفض النزاعات خارج نطاق القضاء، يقوم فيه طرفان متنازعان باللجوء إلى طرف ثالث محايد لمساعدتهما في حل النزاع والتوصل إلى اتفاق^(٣)، أما الوساطة الإدارية فتعرف بأنها "أي عملية منظمة، أيا كان اسمها والتي من خلالها يحاول طرفان أو أكثر التوصل إلى اتفاق لحل ودي لنزاعاتهم، بمساعدة طرف ثالث (الغير) الوسيط الذي اختاره الطرفان أو تم تعيينه من قبل المحكمة، بموافقة الأطراف"^(٤).

ومن خلال هذه التعاريف، يمكن ملاحظة أوجه التشابه بين الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها والوساطة الإدارية؛ فكلاهما يُعد وسيلة بديلة لإنهاء الخلافات بين الجهات الإدارية دون اللجوء للمسار القضائي^(٥)، كلاهما يقوم على الإرادة الطوعية للأطراف، إذ لا يمكن إلزام أي طرف باللجوء إليهما ما لم يوافق طوعاً، كما يشتركان في ميزة السرعة في حسم النزاع، مما يوفر الوقت والجهد، نظراً لمرونة إجراءاتهما وغياب القواعد الصارمة الملزمة مسبقاً^(٦).

(١) محمد الأمين حمدادو، مكانة الوسيط القضائي في تفعيل الوساطة لتسوية النزاع الإداري، بحث منشور في المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقضائية، المجلد ٥، العدد ٩، ٢٠٢٠، ص ٦٠.

(٢) خلاف فاتح، الوساطة لحل النزاعات الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحث منشور في مجلة الفكر، العدد ١١، ص ٤٣٠.

(٣) د. بهمن احمد محمد، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإدارية، مصدر سابق، ص ٢٩٦.

(4) Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO، Médiation، Répertoire de droit européen، Juin 2013، p5.

(٥) د. سفيان سوالييم، المركز القانوني للوسيط القضائي، بحث منشور في مجلة الفكر القانوني، العدد ١٠، ٢٠١٤، ص ٤٨٥.

(٦) عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجزء الأول، ط ١، دار بغدادي للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٥٢٢.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لإبداء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

وبما أن هنالك أوجه شبه ما بين الوساطة الإدارية والرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها فإن هنالك أيضاً أوجه اختلاف فيما بينهما ويمكن اظهارها كالآتي:

١- يتطلب حسم النزاع في الوساطة الإدارية وجود طرف ثالث هو الوسيط، وهذا الوسيط غير محدد مسبقاً، إذ قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً أو هيئة مختصة، ويتم اختياره إما من قبل الأطراف المتنازعة أنفسهم أو من قبل القاضي^(١)، أما في حالة طلب الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، فإن الجهة المختصة بالنظر في الخلاف أو النزاع محددة قانوناً، وهي مجلس الدولة بقسمه الاستشاري، وذلك استناداً إلى النصوص القانونية النافذة^(٢).

٢- تتمثل مهمة الوسيط في الوساطة الإدارية في طرح مقترحات للحلول ومساعدة الأطراف على إنهاء النزاع بالطرق الودية، في المقابل فإن مجلس الدولة عند إبداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها ينظر إلى النزاع من زاويتيته القانونية والموضوعية، ويطبّق أحكام القواعد القانونية للوصول إلى حل للنزاع القائم بين الأطراف، حيث يصدر رأياً قانونياً يُعد بمثابة حكم قضائي لا يتوقف على موافقة الأطراف المعنية^(٣).

٣- يُعد الحل الذي يقدمه الوسيط في الوساطة الإدارية غير ملزم، فإذا نال رضا الأطراف انتهى به النزاع، أما إذا لم يحظ بقبولهم، جاز لهم رفضه واللجوء مجدداً إلى القضاء لحسم النزاع، وعلى النقيض من ذلك، فإن الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها يكون ملزماً لأطراف النزاع بموجب نص القانون^(٤).

٤- أن الوساطة الإدارية غير مقيدة بوقت محدد للجوء إليها، إذ يمكن استخدامها في أي مرحلة، سواء قبل عرض النزاع على القضاء وتعرف حينها بالوساطة الاتفاقية أو أثناء نظر الدعوى أمام القضاء وتسمى الوساطة القضائية، ومع ذلك، فإن الإجراءات الخاصة بالوساطة تخضع لمدة زمنية يحددها القانون، فإذا

(١) عدي علي خزل، دور الوساطة في تسوية المنازعات الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة ميسان، كلية القانون، ٢٠٢٢، ص ٤٠.

(٢) ينظر الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل وكذلك الفقرة (٦٦/د) والمادة (٥٧) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

(٣) سهاد بن عمارة مسعودة، دور الوساطة في حل النزاع الإداري، مذكرة ماستر، جامعة محمد خضير بسكرة، قسم الحقوق، الجزائر، ٢٠٢١، ص ١٩.

(٤) ينظر الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

انتهت هذه المدة دون التوصل إلى حل نهائي، يتم الرجوع إلى القضاء لمواصلة نظر الدعوى^(١)، أما الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، فمرتبط بشرط أساسي هو ألا تكون المسألة محل نزاع معروضة أمام القضاء، إذ يتمتع المجلس عن إبداء الرأي في أي قضية منظورة قضائياً^(٢).

٥- يجوز أن تشمل الوساطة الإدارية أطرافاً من أشخاص القانون العام فقط، أو بين أشخاص القانون العام والخاص، أو بين جهة إدارية وشخص طبيعي، بينما يشترط في الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها أن يكون الخلاف قائماً حصرياً بين أشخاص القانون العام دون غيرهم، فلا يجوز إبداء الرأي في خلاف حاصل بين جهة إدارية وشخص طبيعي أو حتى بين جهة إدارية وشخص معنوي خاص^(٣).

خامساً- تمييز الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها عن القرار الإداري:

عُرف القرار الإداري بأنه (كل عمل اداري يصدر بقصد تعديل الاوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما ستكون في لحظة مستقبلية)^(٤) كما عُرِف أيضاً بأنه (افصاح الادارة عن ارادتها الملزمة، بقصد احداث أثر قانوني، يكون جائزاً وممكناً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة)^(٥)، وهنالك أيضاً من يعرفه بأنه (افصاح عن ادارة منفردة يصدر من سلطة إدارية ويرتب آثار قانونية)^(٦).

(١) قد حددت المادة (٣/١٣١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية و المادة ٦/٢١٣ من قانون العدالة الإدارية على أنه لا يجوز ان تزيد فترة الوساطة عن ثلاثة اشهر، ويجوز تجديدها لمرة واحدة فقط بناء على طلب الوسيط، وأن الحكمة من ذلك أن المشرع لم يشاء أن يكون النزاع المعروض للوساطة مفتوح الامد، بما يتنافى مع الهدف الذي شرعت من اجله طرق التسوية الودية، اسامة محمود محمد عبد الجواد عبد الواحد، طرح الوساطة كوسيلة لتسوية النزاع الإداري، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المنوفية، المجلد ٥٨، العدد ٤،، ٢٠٢٣، ص ٦٥٩.

(٢) نصت المادة (٨) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أن "يمتتع المجلس عن ابداء الرأي والمشورة القانونية في القضايا المعروضة على القضاء وفي القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن".

(٣) ينظر الفقرة (رابعاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة (١٩٧٩) المعدل والمادة (٦٦/د) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة (١٩٧٢)، حيث خص المجلسين طلب الرأي الاستشاري بأشخاص القانون العام فقط.

(٤) د.حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مصدر سابق، ص ١٧.

(٥) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط ٤، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، القاهرة، ص ١٨٣.

(٦) د. غازي فيصل، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الإداري في العراق، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد ٢، ٢٠٠١، ص ٧٨.

من خلال التعريفات السابقة للقرار الإداري، يتضح وجود نقطة تشابه أساسية بينه وبين الرأي الاستشاري، إذ يُستخدم كل منهما لتوجيه السياسات والإجراءات داخل الجهاز الإداري، بما يسهم في تحسين جودة الأداء الإداري وتحقيق إدارة فعّالة تعتمد على الخبرات والمعايير القانونية والفنية.

ومع ذلك، فهناك فروق جوهرية بين الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها والقرار الإداري، يمكن بيانها على النحو الآتي:

١- يصدر القرار الإداري عن إحدى الجهات الإدارية التي تملك قانونًا سلطة إصداره^(١) بينما يصدر الرأي الاستشاري عن مجلس الدولة، الذي يُعد هيئة قضائية مستقلة في مصر، وكذلك في العراق بعد صدور قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ الذي أنهى ارتباطه بوزارة العدل.

٢- آلية الإصدار والقوة التنفيذية: يصدر القرار الإداري بإرادة مفردة من الإدارة ويتمتع بالقوة التنفيذية بمجرد استكمال مراحلها، فضلًا عن تمتعه بقرينة المشروعية^(٢)، أما الرأي الاستشاري فلا يصدر بإرادة فردية من المستشار، بل يتطلب تقديم طلب إلى المجلس، ويصدر بموافقة الأغلبية عند التصويت، وفيما يتعلق بالإلزام، نص قانون مجلس الدولة المصري في المادة (٦٦/د) على أن رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في المنازعات الإدارية ملزم للطرفين^(٣)، كما نصت الفقرة (ثالثًا) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أن الرأي الاستشاري الصادر في المسائل المختلف فيها بين الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة يكون ملزمًا للطرفين المحتكمين بان الرأي الاستشاري الصادر عن المجلس في المسائل المختلف فيها بين الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة يكون ملزمًا للطرفين المحتكمين^(٤).

(١) د. محمد بكر حسين، الوجيز في القانون الإداري، مكتبة الاندلس، طنطا، مصر، ٢٠٠٥، ص ٥٢٣.
(٢) تعني قرينة المشروعية أن القرارات الإدارية تصدر صحيحة ومشروعة، ما لم يتم أثبات عكس ذلك، ينظر د. عاطف عبد الله المكاوي، القرار الإداري، ط ١، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٦١.
(٣) ينظر المادة (٦٦/د) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة (١٩٧٢).
(٤) ينظر الفقرة (ثالثًا) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

٣- من حيث طرق الطعن: يمكن التظلم من القرار الإداري أمام الجهة المصدرة له، كما يجوز الطعن فيه أمام محاكم القضاء الإداري^(١)، أما الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها فلا يجوز التظلم منه أو الطعن فيه.

٤- القرار الإداري قرار منشى حيث يقوم بترتيب اثار قانونية منذ لحظة صدوره وذلك أما بتعديل مركز قانوني قائم او الغائه^(٢)، أما الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها فيعتبر كاشف حيث أنه يقوم بتوضيح اسباب الخلاف وحلها الذي يكون موجوداً بالفعل لكن غير واضح وقابل للتطبيق من قبل الجهات الادارية المعنية.

يتضح مما تقدم أن الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها يصدر عن هيئة استشارية متخصصة تمتلك الكفاءة والخبرة القانونية، نظراً لأن هذه المسائل تنشأ غالباً عن تطبيق النصوص القانونية أو تفسيرها على نحو يخالف مقاصدها، سواء بسبب تعدد التأويلات الممكنة أو لغموض النص، وهو ما يؤدي إلى تباين وجهات النظر بين الجهات الإدارية عند التطبيق العملي، ولا يقتصر هذا الأمر على النصوص القانونية وحدها، بل قد يشمل أيضاً القرارات الإدارية التنظيمية أو غيرها من القرارات التي قد يشوبها الغموض^(٣)، مما يدفع الجهات الإدارية المعنية إلى طلب الرأي بشأنها عند التطبيق الفعلي.

كما استنتجنا أن المشرع العراقي، في قانون مجلس الدولة، لم يحدد طبيعة هذه المسائل أو أسباب الخلاف، ولم يضع تعريفاً لها، على عكس المشرع المصري الذي بين طبيعتها وحدد أسبابها وأجاز طلب الرأي بشأنها، وهذا النقص التشريعي يستوجب المعالجة، نظراً لأن الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها يُعد بديلاً عن القضاء في حسم الخلافات، بما يوفر الوقت والجهد على الجهات الإدارية ويخفف العبء عن القضاء إذا لجأت إليه الإدارة.

(١) يقصد بالتظلم الإداري أن يقدم صاحب الشأن الذي صدر القرار في مواجهته التماساً الى الادارة بإعادة النظر في قرارها الذي أحدث اضراراً بمركزه القانوني لكي تقوم بتعديله او الغائه، ينظر د. شريف احمد بعلوشه، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري (دراسة تحليلية مقارنة)، ط١، مركز الدراسات العربية، الجيزة، مصر، ٢٠١٦، ص ٢٩٠.

(٢) د. رايح سرير عبد الله، القرار الإداري، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٢، ص ٢٢.

(٣) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم(٢٠١٢/١٢/٣١)، وذلك عندما احتكمت كل من هيئة الاستثمار الوطنية ودائرة التسجيل العقاري لدى مجلس الدولة من اجل توضيح قرار مجلس الدولة المرقم بالعدد (١٤٤/٢٠١٠) الصادر بموجب كتابة المرقم (٢٢٦٢) في ٣٠/١١/٢٠١٠، قرار غير منشور.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

ويُعد هذا الرأي من الوسائل البديلة عن الدعوى القضائية، لكنه يختلف عنها في طبيعته من حيث الإلزام، إذ إن صدوره ينهي النزاع ويكون ملزماً للطرفين، ومن ثم فإن من الضروري أن يحظى بالتنظيم القانوني اللازم وبالاهتمام المماثل لغيره من الوسائل البديلة، لما له من دور مهم في حماية الحقوق والمراكز القانونية، وترسيخ سيادة القانون، وتكريس مبدأ المشروعية، من خلال توضيح صحيح حكم القانون وتوجيه الإدارة إلى المسار القانوني السليم الذي يجنبها مواطن الخطأ ويبعدها عن مخالفة القانون.

المبحث الثاني

التنظيم القانوني لتشكيلات مجلس الدولة المختصة في المجال الاستشاري

يُعد مجلس الدولة من المؤسسات التي تتضوي على سمات قضائية وإدارية، أي ذات الطبيعة الخاصة، فنشأة مجلس الدولة كانت لتأمين رقابة قانونية على أعمال الإدارة العامة، وضمان احترام مبدأ المشروعية في تصرفات السلطة التنفيذية، وقد تأسس مجلس الدولة في العديد من الدول كنموذج مستوحى من النظام الفرنسي، حيث تمثل الهدف الأساسي من إنشائه في الفصل بين السلطات، وتوفير آلية قضائية مستقلة للفصل في المنازعات الإدارية.

ويتميز مجلس الدولة بكونه ليس مجرد جهة قضائية فقط، بل له أيضا كما ذكرنا دور استشاري بالغ الأهمية، حيث يناط به إبداء الرأي القانوني في مشروعات القوانين واللوائح والقرارات ذات الطابع العام التي تُعرض عليه من قبل الحكومة أو الجهات الإدارية، ويُعد هذا الاختصاص الاستشاري أحد أبرز وظائف المجلس، إذ يسهم في دعم اتخاذ القرار الإداري على أسس قانونية سليمة، ويمنع الوقوع في مخالفات قانونية قد تترتب عليها آثار باهظة لاحقا.

لذا سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، نبين في المطلب الأول نشأة مجلس الدولة وتطوره في مجال الاستشارة في مصر والعراق، أما في المطلب الثاني سوف نبين التشكيلات الاستشارية المختصة بإعطاء الرأي الاستشاري في مجلسي الدولة المصري والعراقي.

المطلب الأول

نشأة مجلس الدولة وتطوره في مجال الاستشارة

أن الأصل في نظم التقاضي في العالم هي القضاء الموحد، وذلك وحسب ما هو متعارف أن الدول لم تعرف غير هذا النظام لقرون طويلة، لذلك فالقضاء المزدوج هو مرحلة من مراحل التطور القضائي، حيث أن القضاء مر بعدة مراحل إلى أن تمكن من اكتشاف هذا النوع من القضاء والاختصاص به، وبعد ذلك اتضحت معالم القضاء المزدوج ومميزاته للعالم فسعت العديد من الدول لتبنيه ولكنها تفاوتت من حيث الزمن والتنظيم، وأن أغلب الدول التي أخذت به قامت بتعديل انظمتها القضائية لتوافق معه، ومن هذه الدول التي أخذت به هي مصر والعراق^(١).

(١) د. محمد طه حسين الحسني، الوسيط في القضاء الإداري، ط١، الجزء الأول، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص ٤٥٩.

فبعد محاولات عديدة تم انشاء مجلس الدولة في مصر والعراق على غرار التجربة الفرنسية والذي يختص بتقديم المشورة القانونية والفتاوى للجهات الادارية التي تحتاج الى رأي قانوني في بعض المسائل التي ولا تهدي اليه من تلقاء نفسها، بالإضافة الى دوره في فض المنازعات الادارية عن طريق المحاكم الإدارية التي تشكل القسم القضائي منه.

وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين نبين في الفرع الأول نشأة مجلس الدولة المصري وتطوره في مجال الاستشارة، وفي الفرع الثاني نبين نشأة مجلس الدولة العراقي وتطوره في مجال الاستشارة.

الفرع الاول

نشأة مجلس الدولة المصري وتطوره في مجال الاستشارة

أن الجذور التاريخية لنشأة مجلس الدول في مصر كانت تعود لزمان محمد علي الذي انشأ بعض المجالس في سنة ١٨٠٥ والتي اعطاها اختصاصات ادارية وقضائية واستشارية وتشريعية، وكانت تعد بمثابة سلطة قضائية^(١).

وفي تلك المرحلة كانت الوزارات والوحدات الادارية تعد بمثابة ادارات استشارية للوالي الذي كان بيده السلطة الفعلية، وخلال هذه المرحلة عرفت مصر نظام الادارة القاضية، فقد كان الافراد يلجأون الى الادارة للشكوى من اعمال وتصرفات الادارات الحكومية فأصبحت الادارة خصماً وحكماً في ان واحد^(٢).

وأن فكرة انشأ مجلس الدولة في مصر، تزامنت مع البدء بتنظيم المحاكم المختلطة، حيث اعطيت المحاكم الاهلية التي انشئت بين ١٨٧٥ و١٨٧٦ ولاية الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الحكومة أو المصالح أو دائرة خديوي مصر أو اعضاء اسرته وبين الاجانب^(٣)، وفي سنة ١٨٦٥ انشئت لجنة قضايا الحكومة وهي لجنة تتألف من اربعة مستشارين من رجال القانون الاوربيين اثنان منهم ايطاليان والاخران فرنسيان، وكانت مهمة هذه اللجنة هي الدفاع عن الحكومة امام المحاكم المختلطة، وابداء الرأي

(١) د. ياسر سيد حسين سيد، مدى مشروعية القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية التي لم تعرض على مجلس الدولة _قسم التشريع (دراسة مقارنة)، بحث منشور في المجلة القانونية للدراسات والبحوث القانونية، ٢٠١٧، ص١٩٧.

(٢) د. محمد احمد ابراهيم، موسوعة القضاء الإداري، ط١، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٨، ص١٠٥.

(٣) د. سعيد السيد علي، أسس وقواعد القانون الإداري، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٢١.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

من الناحية القانونية فيما تباشره الحكومة من اعمال وتصرفات وما يجري بينها وبين الافراد من العلاقات دفعا للمسؤولية عن الحكومة وتجنباً لمقاضاتها^(١).

وقد الغي هذا المجلس واصدر مرسوماً من قبل الخديوي اسماعيل وعمر شريف في نيسان ١٨٧٩ يقضي بإنشاء مجلس الدولة، على غرار مجلس الدولة الفرنسي، وأن العلة والدافع وراء هذا الامر ظروف سياسية، وكان يتكون مجلس شورى الحكومة من رئيس ووكيلين اجنبيين وثمانية مستشارين اربعة مصريين واربعة من الاجانب واربعة من نواب العرائض مناصفة ايضاً بين الوطنيين والاجانب ويكون برئاسة رئيس مجلس النظار، وتتمثل اختصاصاته هذا المجلس وفقاً للمرسوم بتقديم المشورة القانونية بشأن مشروعات القوانين الواجب تقديمها من النظار الى مجلس شورى النواب والتصديق عليها، وما يحدث من مشاكل بناء على طلب الخديوي أو نظار الدواوين بخصوص مهام وظائفهم وايضاً ما يتعلق بتنفيذ القوانين والاجراءات ويكون ما يصدر عن المجلس ملزماً في المنازعات التي تنشأ بين اجهزة الحكومة^(٢) ولكن لم يتحقق وجود هذا المجلس على ارض الواقع بسبب الظروف المالية التي مرت بها الدولة المصرية^(٣).

وبعد فترة الاحتلال البريطاني لمصر عادت فكرة انشاء مجلس الدولة الى الظهور مجدداً في ٢٢ سبتمبر سنة ١٨٨٣ حيث صدر امر عال بتنظيم (مجلس شورى الحكومة)، وقد ترك الامر العالي المذكور الاختصاص القضائي الذي كان مخولاً الى المجلس جانباً وقصر اختصاصه على قسمي التشريع والادارة، فكان مهام مجلس شورى الحكومة في قسم التشريع تتمثل بوضع مشروعات القوانين وصياغتها وايضاً الاوامر العالية الصادرة باللوائح العامة، أما قسم الادارة فكانت تتمثل مهام المجلس بأبداء الرأي في كل المسائل العامة بالمصلحة وغيرها مما يعرضه عليه النظار^(٤).

ولكن تم ايقاف العمل بمجلس شورى الحكومة في ١٣ فبراير من سنة ١٨٨٤، وذلك بسبب اعتراض الخارجية البريطانية على تشكيله، فأسندت اختصاصاته الادارية الى لجنة قضايا الحكومة، أما

(١) د. محمود حمدي عطيه، استقلال مجلس الدولة وابداء المشورة القانونية لجهات الادارة، مصدر سابق، ص ٢٥.

(٢) د. محمد احمد ابراهيم، موسوعة القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ١٠٧.

(٣) د. انور احمد رسلان، وسيط القضاء الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٤١.

(٤) د. محمود حمدي عطيه، مجلس الدولة وولاية الافتاء القانوني لجهات الادارة، مصدر سابق، ص ٣٠.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

اختصاصاته التشريعية فقد اسندت الى مستشار الحق بمجلس النظار، وبعد مرور شهرين احيل الاختصاص التشريعي الى لجنة قضايا الحكومة ايضاً^(١).

وكانت ادارة قضايا الحكومة في هذا الوقت تمارس الاختصاصات التي نص قانون تنظيم ادارة قضايا الحكومة الذي صدر في كانون الثاني ١٩٢٣، والذي تم بموجبه تعديل نظام ادارة قضايا الحكومة، فأصبحت تتمثل بثلاثة اختصاصات كالآتي:

١- تمثيل الحكومة والمصالح القومية امام القضاء.

٢- اعطاء فتاوى واستشارات للوزارات والمصالح بناء على طلب هذه الاخيرة.

٣- القيام بالصياغة القانونية لمشروعات القوانين والمراسيم واللوائح والوثائق والعقود^(٢).

وفي سنة ١٩٤٦ صدر اول قانون لتنظيم مجلس الدولة المصري، والذي عُد كأول قانون حقيقي لإنشاء مجلس الدولة والقضاء الاداري واستقلاله ببعض الاختصاصات الادارية والافتائية والتشريعية، وفي ظل هذا القانون عرفت مصر نظام القضاء المزدوج^(٣)، وحيث تكون المجلس من محكمة القضاء الاداري وقسم التشريع وقسم الرأي بالإضافة الى الجمعية العمومية للمجلس^(٤).

وقد تدرج المشرع بتوسيع اختصاصات المجلس القضائية، إذ صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي منحه اختصاصاً مشتركاً مع القضاء العادي في نظر منازعات العقود الإدارية^(٥)، وانشئت جمعية عمومية لمحكمة القضاء الإداري وجعل لكل من قسمي الرأي والتشريع جمعية عمومية خاصة به، بالإضافة الى بقاء الجمعية العمومية للمجلس^(٦).

-
- (١) د. محمود حمدي عطية، مجلس الدولة وولاية الافتاء القانوني لجهات الادارة، مصدر سابق، ص ٣١.
- (٢) سناء طارش الزبيدي، مجلس شورى الدولة وتنظيمه وافاق تطوره (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النهريين، كلية الحقوق، ٢٠٠٥، ص ٢٥.
- (٣) د. ياسر سيد حسين سيد، مدى مشروعية القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية التي لم تعرض على مجلس الدولة، مصدر سابق، ص ١٩٩.
- (٤) د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٣٤٣.
- (٥) د. محمد احمد ابراهيم المسلماني، موسوعة القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ١٠٩.
- (٦) د. محمود حمدي عطية، استقلال مجلس الدولة وابداء المشورة القانونية لجهات الادارة، مصدر سابق، ص ٤٢.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

أما اختصاصات المجلس في مجال الاستشارة فقد كانت تمارس من قسم الرأي اذ يتكون من عدة ادارات للرأي وفي عام ١٩٥٢ صدر قانون رقم (١١٥) وبموجبه تم دمج الادارات في ثلاث شعب تختص كل منها بوظيفة الاستشارة والافتاء لعدد من الوزارات، ثم بعد صدور القانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ عاد العمل بنظام الادارات وهو ما جعل تلك الادارات اضعف في مواجهة رئاسة المجلس^(١).

كما الغي بموجب هذا القانون قسم التشريع وتم دمج مع ادارات الرأي في قسم واحد واصبحت هذه الاختصاصات تمارس من قبل القسم الاستشاري للفتوى والتشريع الى أن استقل قسم الفتوى عن قسم التشريع بموجب القانون رقم ٦٨ لعام ١٩٥٩، اذ اصبحت وظيفة الافتاء من اختصاص قسم الفتوى في حين يختص قسم التشريع بممارسة المهام المتعلقة بالجوانب التشريعية^(٢).

وأما عن تبعية مجلس الدولة المصري، فقد كان في بداية الامر يتبع من الناحية التنظيمية وزارة العدل، وذلك حسب ما نصت عليه المادة الاولى من قانون انشاء مجلس الدولة عام ١٩٤٦، وايضا ما جاء بنص المادة الاولى من قانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ حيث نصت على (مجلس الدولة هيئة قائمة بذاتها، ويلحق بوزارة العدل)، الا أن توجه المشرع بهذا الخصوص كان محط انتقاد من قبل اعضاء المجلس انفسهم، الذين كانوا يفضلون أن تكون تبعية المجلس لرئاسة مجلس الوزراء تعبيراً عن قيمة المجلس^(٣).

الا أنه واخيراً اصبح مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة وذلك وفقا للقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته، الذي طبق العمل بما جاء بنص المادة ١٧٢ من دستور ١٩٧١، حيث أن تحديد طبيعة مجلس الدولة المصري كهيئة قضائية مستقلة لم ترد في نصوص القوانين الا بعد النص عليها صراحة في المادة ١٧٢ من دستور ١٩٧١^(٤).

ويتكون مجلس الدولة وفقا للقانون الحالي من ثلاثة اقسام وهي كل من القسم القضائي وقسم الفتوى وقسم التشريع بالإضافة الى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، وأن الجهات المختصة

(١) د. محمد احمد ابراهيم المسلماني، موسوعة القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ١١٠.

(٢) مجيد مجهول درويش، التنظيم القانوني لوظيفة مجلس شورى الدولة العراقي في الافتاء، مصدر سابق، ص ٣٥.

(٣) سامي سليمان مريز سنوسي، دور مجلس الدولة في مجال التشريع، اطروحة دكتوراه، جامعة بني سويف، كلية الحقوق، مصر، ٢٠١٨، ص ٤٧.

(٤) د. سامي جمال الدين، القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٣٥١.

بتقديم الاستشارة والفتوى هي كلاً من قسم الفتوى والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، والذي حدد القانون اختصاص كل منها في مجال الاستشارة القانونية.

فنلاحظ وفقاً لما تقدم أن مجلس الدولة في مصر لم يعرف إلا بعد صدور قانون رقم (١١٢) لسنة ١٩٤٦ كمجلس دولة حقيقي على غرار مجلس الدولة الفرنسي والدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وتدرج طبقاً لذلك دوره في مجال الاستشارة والافتاء إلى أن أصبحت توجد أقسام محددة لإعطاء الفتوى والاستشارة القانونية للجهات الإدارية.

الفرع الثاني

نشأة مجلس الدولة العراقي وتطوره في مجال الاستشارة

أن نشأة مجلس الدولة في العراق مرت كذلك بعدة مراحل، حيث أن فكرة إنشاء مجلس دولة (مجلس الشورى سابقاً) تعود إلى سنة ١٨٦٥ حيث كان العراق في تلك الفترة خاضعاً للاحتلال العثماني وجزءاً من الدولة العثمانية، والتي أسست عام ١٨٦٥ مجلس شورى الدولة والذي كان يعرف (مجلس شورى الدولت)، والذي كان يختص بأبداء لرأي بجميع المنازعات والدعاوى التي كانت ترفع إليه من قبل الطرفين المتنازعين سواء كان أحدهما جهة إدارية أم غيرها، إذا كان الدولة العثمانية تعمل بموجب نظام القضاء الموحد^(١).

وبموجب القانون الأساسي، اعتبرت سلطات الاحتلال البريطانية أن جميع التشريعات والأنظمة الصادرة عن السلطات العثمانية، سواء المدنية أم العسكرية، تظل نافذة المفعول، غير أن الواقع العملي أثبت خلاف ذلك، إذ لم يُطبَّق قانون مجلس شورى الدولة العثماني في العراق، وقد عزى بعض الفقهاء

(١) وبعد ما خلفته الحرب العالمية الأولى وتحرر العراق من الاحتلال العثماني بموجب معاهدة لوزان عام ١٩٢٤ التي حصل بموجبها العراق على استقلاله، بقيت القوانين العثمانية نافذة في الدولة العراقية الجديدة وفقاً للقواعد العامة للقانون الدولي العام في الوراثة الدولية حتى بعد احتلال العراق من قبل بريطانيا وهذا ما اقره البيان الصادر عن القائد العام للقوات البريطانية و أكده القانون الأساسي العراقي الذي تضمن النص على أن " القوانين العثمانية التي كانت قد نشرت قبل تاريخ ٥ تشرين الثاني سنة ١٩١٤ والقوانين التي نشرت قبل هذا التاريخ أو بعده وبقيت مرعية في العراق إلى حين نشر هذا القانون تبقى نافذة بقدر ما تسمح به الظروف...". ينظر ، د. عبد الرحمن نورجان الابويي، القضاء الإداري في العراق، حاضره ومستقبله (دراسة مقارنة)، دار ومطابع الشعب، العراق، ١٩٦٥، ص ٢٥٢.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لإبداء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

سبب ذلك إلى أن النظام القضائي الإنجليزي الموحد لا يقرّ بفكرة تطبيق النظام القضائي المزدوج المعمول به في بعض الدول، بخلاف ما جرى في لبنان، حيث أبقّت سلطات الاحتلال الفرنسية على نظام مجلس شورى الدولة العثماني بموجب قرار عسكري، وذلك لأن فرنسا من الدول التي تتبنى نظام القضاء المزدوج^(١).

ولكن بعد مجيء الحكم الوطني في العراق قد حاول محاكاة التجربة العثمانية التي سبقتها بإنشاء جهاز مماثل لمجلس شورى الدولة، إذ قامت محاولة بتوجيه من الملك فيصل الأول بتأليف هيئة حقوقية تحت مسمى (شورى الدولة) وتم اعداد لائحة تنظم عملها الا أن المستشار البريطاني تسبب في افسالها^(٢).

وفي سنة ١٩٣١ وضعت النواة الأولى لتشكيل ديوان التدوين القانوني وأسندت رئاسته إلى السيد نصره الفارسي، غير أن وظائف هذا المجلس بقيت غير محددة وصلاحياته غير منسقة وليس له ملك ثابت وإدارة معينة، فسنت الحكومة قانون ديوان التدوين القانوني رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣ الذي اصبح نافذاً في ١٩٣٣/٨/٣ وهو تاريخ نشره في جريدة الوقائع العراقية الرسمية، ليكون مستشاراً للحكومة في مجال التقنين وابداء الرأي فيما يعرض عليه من مسائل^(٣).

وأن اختصاص ديوان التدوين القانوني ابداء الرأي الاستشاري منصوص عليه في الفقرات الثالثة والرابعة والخامسة من المادة (٣) من قانون ديوان التدوين، فقد اعطى القانون الحق للوزارات وجميع الدوائر الحكومية استشارة ديوان التدوين^(٤) في المسائل الاتية:

١- إبداء الرأي والمشورة القانونية في المقاولات والاتفاقيات والمعاهدات التي تعقد مع شخص حقيقي أو حكومي أو دولة كلما رأّت الحكومة وجوب استشارة الديوان بشأنها.

(١) خلدون ابراهيم نوري سعيد، مدى سلطة القاضي الاداري بتوجيه اوامر الى الادارة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٣، ص ١٠١.

(٢) د. محمد علي جواد، د. نجيب خلف احمد، القضاء الاداري، مكتب الغفران للخدمات الطباعية، بغداد، ٢٠١٠، ص ٨٣.

(٣) عبد الامير حسون مسلماني، الاتجاهات الحديثة في القضاء الاداري، ط١، مكتبة زين الحقوقية والادبية، صيدا، لبنان، ٢٠١٦، ص ٢١.

(٤) د. عبد الرحمن نورجان الايوبي، القضاء الاداري في العراق حاضره ومستقبله، مصدر سابق، ص ٢٩٢.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لإبداء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

٢- إبداء الرأي والمشورة القانونية في المواضيع والمعاملات القانونية المختلف فيها بين وزارتين فاكثراً أو التي حصل تردد فيها لدى الوزارات، سواء حصل الخلاف على مفهوم النص أو على الاختصاص أو على صحة التصرف أو على شيء آخر أثار الخلاف^(١).

٣- توضيح الأحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من إحدى الوزارات أو الدوائر التابعة لها^(٢).

كذلك يُمارس إلى جانب وظيفته في المشورة القانونية والافتاء مهام أخرى في مجال التقنين^(٣)، وإلى جانب الوظيفة الاستشارية التي كانت تمثل محور عمل ديوان التدوين القانوني فقد اناط إليه القانون مهام مجلس الانضباط العام المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة رقم ٤١ لسنة ١٩٢٩ الملغى، على أن يضاف إليه عضوان من رؤساء الدوائر بقرار من مجلس الوزراء على أن يكون رئيس الديوان رئيساً للمجلس وعضاء الديوان اعضاء طبيعيين فيه^(٤).

فيلاحظ أن الطابع الاستشاري كان طاعياً بشكل واضح على عمل ديوان التدوين القانوني حيث الاختصاصات الاستشارية التي يمارسها كانت تمثل جوهره اختصاصاته، أما الجانب القضائي فيه فقد كان محدوداً جداً مقتصر على المهام المتعلقة بمجلس الانضباط العام^(٥).

الا أن ديوان التدوين القانوني شهد عدة محاولات للإلغاء بسبب ما شابته من قصور في عدة مواضع، وبعد ذلك جرت عدة محاولات لتحويل ديوان التدوين القانوني الى مجلس دولة لغرض الارتقاء الى ما وصلت اليه مصر التي تأخذ بنظام القضائي المزدوج، وكان من ابرز هذه المحاولات واهمها التي حصلت في العهد الجمهوري مشروع قانون مجلس الدولة لعام ١٩٦٣ الذي اعدته لجنة مشكلة من وزارة العدل، وأن المشروع قد نص على عد مجلس الدولة هيئة مستقلة ترتبط اداريا بوزارة العدل، ويتكون

(١) د. عبد الرحمن نورجان الايوبي، القضاء الاداري في العراق حاضره ومستقبله، مصدر سابق، ص ٢٩٣.

(٢) تنظر الفقرة (سادسا) من المادة (٣) والمادة (٧) من قانون التدوين القانوني رقم (٤٩) لسنة ١٩٣٣.

(٣) تنظر الفقرة (اولا وثانيا) من المادة (٣) والمادة (٤) والمادة (١٠) من قانون ديوان التدوين القانوني رقم (٤٩) لسنة ١٩٣٣.

(٤) تنظر الفقرة (اولا) من المادة (٦) قانون ديوان التدوين القانوني رقم (٤٩) لسنة ١٩٣٣ الملغى.

(٥) هبة خالد نجم الموسومي، المنازعات الإدارية ومدى اختصاص القضاء الإداري في الفصل فيها في العراق (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، ٢٠٢١، ص ٣٦.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

المجلس من محكمة القضاء الاداري وقسم الرأي والتشريع والهيئة العامة لمجلس الدولة، ونص المشرع على أن تتمتع محكمة القضاء الاداري بولاية القضاء الكامل في بعض المسائل^(١).

وأما فيما يخص الجانب الاستشاري من عمل مجلس الدولة فقد اعطى المشرع في مشروع قانون مجلس الدولة صلاحيات واسعة في مجال الاستشارة والتشريع، وفيما يخص مجال الاستشارة فقد نص على أن "لا يجوز لأي جهة، وزارة أو مصلحة من مصالح الدولة الرسمية وشبه الرسمية أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة الاف دينار بغير استفتاء هيئة الراي المختصة"^(٢).

وايضاً يختص قسم الرأي والتشريع بأبداء رأيه مجتمعاً في المسائل الالية:

- ١- أي احتكار او التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد.
- ٢- صفقات التوريد او الاشغال العامة وكل عقد يترتب التزامات مالية للدولة او عليها.
- ٣- الترخيص بتأسيس الشركات التي ينص عليها القانون على أن يكون تأسيسها بمرسوم جمهوري.
- ٤- المسائل التي تحال اليه بسبب اهميتها.
- ٥- المنازعات التي تنشئ بين الوزارات والمصالح المختلفة أو بين المصالح والوزارات^(٣).

وعلى هذا الاساس تم تحويل ديوان التدوين القانوني إلى مجلس شورى الدولة وتحديد اختصاصاته بدقة وإعادة النظر في هيكله واصدر المشرع قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩^(٤).

ويلاحظ أن قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ في بداية نشأته اقتصر عمله على الوظيفة الاستشارية، أما الجانب القضائي فقد كان من اختصاص مجلس الانضباط العام، الا أن بعد صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم(١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قد احدث تغييراً كبيراً،

(١) د. عصمت عبد المجيد البكر، مجلس شورى الدولة (الماضي - الحاضر - المستقبل)، بحث منشور في مجلة الفقه والقضاء، ٢٠٠٩، ص ٢٨.

(٢) ينظر المادة (٢٢) من مشروع قانون استحداث مجلس الدولة لسنة ١٩٦٣.

(٣) ينظر المادة (٢٣) من مشروع قانون استحداث مجلس الدولة لسنة ١٩٦٣.

(٤) د. عصمت عبد المجيد البكر، مجلس شورى الدولة (الماضي - الحاضر - المستقبل)، مصدر سابق، ص ٣٢.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

فقد تم ارتباط مجلس الانضباط بمجلس شورى الدولة، وكذلك تم استحداث محكمة القضاء الاداري والتي كانت ذات اختصاصات محدودة^(١).

أما الجانب الاستشاري فقد نصت المادة السادسة من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ على أن يختص المجلس بأبداء الرأي في المسائل الآتية:

"أولاً- ابداء المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها عليه الجهات العليا.

ثانياً- ابداء المشورة في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية قبل عقدها أو الانضمام اليها.

ثالثاً- ابداء الرأي في المسائل المختلف فيها بيم الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة إذا احتكم اطراف القضية الى المجلس ويكون الرأي ملزماً لها.

رابعاً- ابداء الرأي في المسائل القانونية إذا حصل تردد لدى احدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة على أن تشفع براي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوب ابداء الرأي بشأنها والأسباب التي دعت الى عرضها على المجلس ويكون رأيه ملزماً للوزارة أو للجهة طالبة الرأي.

خامساً- توضيح الاحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من احدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة....."^(٢).

وبقي العمل بما جاء به قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ حتى بعد صدور دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

وبعد صدور قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ فقد ظل مجلس شورى الدولة مرتبطاً بوزارة العدل فقد نصت المادة الاولى منه على أن "يؤسس مجلس يسمى مجلس شورى الدولة يتمتع بالشخصية المعنوية ويرتبط إدارياً بوزارة العدل ويكون مقره في بغداد ويتألف من رئيس ونائبين للرئيس أحدهما لشؤون التشريع والرأي والفتوى، والآخر لشؤون القضاء الإداري وعدد من المستشارين لا يقل عن خمسين مستشاراً وعدد من المستشارين المساعدين لا يقل عن ٢٥ خمسة وعشرين مستشاراً مساعداً ولا يزيد على نصف عدد المستشارين"^(٣)، ولكن هذا التعديل قد احدث تغيرات كبيرة على مستوى الاختصاصات القضائية فقد تم استحداث المحكمة الادارية العليا والتي تعتبر بمثابة

(١) ينظر الفقرة (ثانيا) من المادة (٧) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩.

(٢) ينظر المادة (٦) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩.

(٣) ينظر الفقرة (اولا) من المادة (١) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي المعدل رقم(١٧) لسنة ٢٠١٣.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

محكمة التمييز الاتحادية بالنسبة للطعن بالأحكام القضائية وايضا تم استحداث محكمة قضاء الموظفين والتي حلت محل مجلس الانضباط العام^(١).

أما فيما يخص الجانب الاستشاري فلم يطرا عليه أي تغيير فبعد صدور القانون اعلاه بقيت الاختصاصات الاستشارية كما هي.

واخيراً وفي عام ٢٠١٧ صدر قانون مجلس الدولة رقم (٧١) مطبقاً لما جاء بنص المادة (١٠١) من الدستور العراقي^(٢)، حيث تم تغيير تسمية (مجلس شورى الدولة) الى (مجلس الدولة)، وايضاً فك ارتباط مجلس الدولة بوزارة العدل حيث اصبح مجلس الدولة هيئة مستقلة غير تابعة للسلطة التنفيذية^(٣).

ولكن هذا القانون لم يجري تغييراً فيما يخص الاختصاصات القضائية، على العكس من الاختصاصات الاستشارية، فقد نصت المادة الثانية من قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ على ابقاء العمل بما جاء به قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، ماعدا الفقرة الرابعة من المادة (٦) منه، حيث الغاء القانون الصفة الالزامية لرأي مجلس الدولة فيما يعرض عليه من مسائل قانونية متردد فيها بين الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة، وبالتالي فقد تم الغاء العمل بهذه الفقرة، وقد ادى هذا الالغاء قد اضعف من الدور الاستشاري الذي يمارسه مجلس الدولة العراقي، فهو توجه سلبي ومؤثر في قيمة الدور الاستشاري لمجلس الدولة لذا نرجو من المشرع اعادة العمل بهذه الفقرة.

وبناءً على ما تقدم، يتضح أن مجلس الدولة العراقي قد بدأ كهيئة استشارية في مراحلها الأولى، ثم جرى تأسيس ديوان التدوين القانوني الذي تمحورت مهامه حول تقديم المشورة القانونية في مختلف المجالات، بالإضافة إلى صياغة مشاريع القوانين، لاحقاً، أُضيف إلى هيكله مجلس الانضباط العام، مما عزز من دوره الاستشاري، غير أن العمل بهذا التشكيل ألغي لاحقاً لأسباب متعددة، ليُعاد تنظيمه تحت اسم "مجلس شورى الدولة" عام ١٩٧٩، بعد عدة محاولات لتأسيسه رسمياً، وقد ظل الطابع

(١) ينظر المادة (١) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧.

(٢) نصت المادة (١٠١) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على أن "يجوز بقانون انشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة وتمثيل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام جهات القضاء إلا ما أستثني منها بقانون".

(٣) ينظر المادة (٢) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧.

الاستشاري هو الغالب على أعمال المجلس حتى أُضيفت إليه محاكم القضاء الإداري، وهو ما أدى إلى تراجع نسبي لدوره الاستشاري لصالح العمل القضائي، واستمر هذا الاتجاه حتى التعديل الأخير في عام ٢٠١٧، الذي ألغى بموجبه إحدى المهام الاستشارية للمجلس، مما أسهم في تضيق نطاق هذه الوظيفة بشكل أكبر، ونرى أن هذا التوجه التشريعي بتقليص الدور الاستشاري لمجلس الدولة لا يصب في المصلحة العامة، لأسباب عدة، أهمها أن ذلك من شأنه أن يزيد العبء على القسم القضائي للمجلس، فكما بينا فإن الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة تُعد وظيفة وقائية، تهدف إلى توجيه الإدارة نحو الالتزام بالقانون وتجنب الانحراف في استخدام السلطة، مما يقيها من الوقوع في أخطاء تؤدي إلى رفع الدعاوى أمام محاكم القضاء الإداري.

وعليه نأمل من المشرع العراقي أن يعيد النظر في توسيع نطاق الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة، ومنح الآراء الصادرة عنه قوة إلزامية أكبر، بما يعزز من دور المجلس في ترسيخ الشرعية وسيادة القانون.

المطلب الثاني

الإطار القانوني للهيئات الاستشارية المختصة بأبداء الرأي الاستشاري

أن التنظيم الحديث للدولة المعاصرة يتطلب توزيع الاختصاصات بين الوزارات والدوائر والمؤسسات وتفرغ كل جهة لإنجاز المهام الاعمال الموكلة اليها، ومن ثم حشد الكفاءات والامكانيات الفنية والعلمية لإنجاز هذه المهام لدى الجهات المعنية، وقد تتعرض هذه الجهات الادارية اثناء قيامها بأعمالها الى مشاكل قانونية فتحتاج الى جهة مختصة لمساعدتها في حل مشاكلها، ولهذا تم انشاء مجلس الدولة الذي يتولى اعداد التشريعات وصياغتها وتفسيرها وابداء المشورة القانونية للدولة في كل ما يعترضها من مشاكل قانونية فضلا عن ممارسة وظائفه في القضاء الاداري^(١).

ولأهمية المسائل التي تعرض على مجلس الدولة باعتباره مستشار الادارة وامينها، فأن هذا الامر دفعه الى ايجاد آليه معينة لممارسة وظيفة الاستشارة والافتاء وتوزيعها داخل المجلس بين هيئاته المتعددة حسب اهمية المسألة المعروضة، وتختلف تلك الهيئات ومهامها المناطة بها وتنظيمها القانوني من دولة لأخرى، ولذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الاول منه الاطار القانوني لعمل

(١) د. عصمت عبد المجيد البكر، مجلس شوري الدولة، مصدر سابق، ص ٧.

الهيئات الاستشارية في مجلس الدولة المصري، وفي الفرع الثاني نوضح الاطار القانوني لعمل الهيئات الاستشارية المختصة مجلس الدولة العراقي.

الفرع الاول

الإطار القانوني لعمل الهيئات الاستشارية في مجلس الدولة المصري

بموجب القانوني الحالي لمجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل فإن كل من قسم الفتوى والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تعد من الهيئات المختصة بأبداء الرأي الاستشاري في مجلس الدولة المصري، وعليه سنبين أولاً تنظيم واختصاصات قسم الفتوى وثانياً تنظيم واختصاصات قسم الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع.

اولاً: تنظيم واختصاصات قسم الفتوى

قسم الفتوى هو ثاني أقسام مجلس الدولة المصري، يتكون قسم الفتوى من ادارت الفتوى ولجان الفتوى ومفوضي مجلس الدولة لدى الجهات الادارية التي تمارس مهامها الاستشارية المنصوص عليها في القانون^(١) وهي على النحو الاتي:

أ- تكوين واختصاص ادارات الفتوى:

نصت المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المعدل على أن "يتكون قسم الفتوى من ادارات مختصة لرئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة ويرأس كل ادارة منها مستشار أو مستشار مساعد، ويعين عدد الادارات وتحدد دوائر اختصاصها بقرار من الجمعية العمومية للمجلس، وتختص الادارات المذكورة بأبداء الرأي في المسائل التي يطلب الرأي فيها من الجهات المبينة في الفقرة الاولى وبفحص التظلمات الادارية.." ^(٢).

(١) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٢) وهذه الادارات حسب نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ هي كل من:

١- إدارة الفتوى لرئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء ووزارة الدولة لشؤون البيئة وجهاز المخابرات العامة وهيأة الرقابة الإدارية ومجلسا الشعب والشورى ووزارة الدولة للشؤون القانونية والنيابية.

٢- إدارة الفتوى لوزارات الخارجية والعدل والتعاون الدولي.

٣- إدارة الفتوى لوزارة التجارة والصناعة.=

٤- إدارة الفتوى لوزارة الإسكان والمرافق والتنمية العمرانية

وتختص هذه الإدارات ببدء الرأي في المسائل القانونية التي يطلب الرأي فيها من الوزارات والجهات المشار إليها، بالإضافة إلى فحص التظلمات الإدارية، كما وأن طلب الرأي الاستشاري يكون على نوعين ملزم وغير ملزم، وأن الإدارة في الأصل غير ملزمة بطلب الرأي من إدارة الفتوى بكل مسألة تعرض عليها، ولكن هناك عدد محدد من المسائل حددها المشرع حصراً، أوجب على الإدارة العامة طلب رأي إدارة الفتوى المختصة حولها، ففي هذه الحالة أن الإدارة تكون ملزمة إجبارياً بطلب الرأي والا عد قرارها الذي تتخذه بدون استشارة مشوياً يعيب الشكل والاجراء^(١).

وهذه المسائل هي كل من (إبرام أو اجازة أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار المحكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة الاف جنية)^(٢).

ب- تكوين واختصاص لجان الفتوى

استحدث المشرع المصري لجان الفتوى لأول مرة في قانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥، وقد نظمت المادتان (٣٨) و(٤٣) من هذا القانون لجان الفتوى، حيث نصت المادة (٣٨) منه على أن "يجتمع

٥ - إدارة الفتوى لوزارتي التعليم العالي والبحث العلمي.

٦ - إدارة الفتوى لوزارتي الكهرباء والطاقة والبتترول.

٧ - إدارة الفتوى لوزارتي المالية والتنمية الاقتصادية.

٨ - إدارة الفتوى لوزارة الزراعة واستصلاح الأراضي.

٩ - إدارة الفتوى لوزارات الثقافة والسياحة والإعلام.

١٠ - إدارة الفتوى لوزارة الموارد المائية والري.

١١ - إدارة الفتوى لوزارات الصحة والأسرة والسكان.

١٢ - إدارة الفتوى لوزارة النقل والطيران المدني والاتصالات وتكنولوجيا المعلومات.

١٣ - إدارة الفتوى للوزارات والمصالح العامة بالإسكندرية.

١٤ - إدارة الفتوى لوزارة الداخلية.

١٥ - إدارة الفتوى لوزارة الأوقاف وشؤون الأزهر.

١٦ - إدارة الفتوى لوزارة الاستثمار.

١٧ - إدارة الفتوى لوزارة التربية والتعليم.

١٨ - إدارة الفتوى لوزارة الدفاع والإنتاج الحربي.

١٩ - إدارة الفتوى لوزارتي التنمية المحلية والتضامن الاجتماعي.

٢٠ - إدارة الفتوى لوزارتي الدولة للتنمية الإدارية والقوى العاملة والهجرة.

(١) د. محمد طه حسين الحسني، الوسيط في القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٤٣١.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ١٦٣، وينظر المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لأبداء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

رؤساء الإدارات ذات الاختصاصات المتجانسة بهيئة لجان يرأسها الوكيل المساعد المختص ويعين عدد الإدارات وتحدد دوائر اختصاصها في اللائحة الداخلية^(١).

أما القانون الحالي لمجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة (١٩٧٢) فقد تناول تنظيم هذه الجان في المادتين (٦٠) و(٦١)، وبينتها تفصيلا المواد من (٨٦) الى (٩٤) من قانون النظام الداخلي للمجلس والصادر بقرار الجمعية العمومية رقم (١) لسنة ٢٠١١^(٢).

وهذه الجان هي ثلاث لجان وذلك بحسب ما جاء بقرار الجمعية العمومية لمجلس الدولة في ١٩٧٢/١٠/٥، بعد التعديل الذي ادخلته على لائحتها الداخلية المنشورة في الواقع المصرية في ١٩٥٥/٤/٢٣، وقد تضمن هذا التعديل بيانا بتشكيل لجان الفتوى في المادة (٢١) من اللائحة الداخلية للجمعية^(٣).

أما اختصاصاتها بموجب القانون الحالي فقد منح القانون بموجب المادة ٦٠ منه لرئيس ادارة الفتوى صلاحية احالة ما يرى أهمية من المسائل الى اللجنة المختصة لأبداء الرأي فيها حين الزمه بأن يحيل على اللجنة المسائل الآتية:

- كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد او مصلحة من مصالح الجمهور العامة.
- عقود التوريد والاشغال العامة، وعلى وجه العموم كل عقد يرتب حقوقا أو التزامات مالية للدولة وغيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة، أو عليها، إذا زادت قيمته على خمسين ألف جنيه.
- الترخيص في تأسيس الشركات التي ينص القانون على ان يكون انشاؤها بقرار من رئيس الجمهورية.

(١) ينظر المادة (٣٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ الملغى.

(٢) د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الاداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١١١.

(٣) اللجنة الاولى: رؤساء إدارات رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والمحافظات المجالس قرار المحلية)، ووزارات التخطيط، والداخلية، والخارجية، والعدل، والحربية، والإنتاج الحربي والنقل البحري والمصالح العامة بمدينة الإسكندرية. وتشكل اللجنة الثانية من: رؤساء إدارات وزارات التعليم العالي والتربية والتعليم، والأوقاف وشئون الأزهر، والشئون الاجتماعية والصحة والقوى العاملة والثقافة والإعلام، والسياحة والإسكان والتشييد.

وتشكل اللجنة الثالثة من: رؤساء إدارات وزارات الخزانة، والاقتصاد والتجارة الخارجية، والتموين والتجارة الداخلية والزراعة واستصلاح الأراضي والإصلاح الزراعي، والري، والصناعة والبتترول والثروة المعدنية، والكهرباء، والنقل والمواصلات.

- المسائل التي يرى فيها أحد المستشارين رأياً يخالف فتوى صدرت من إحدى إدارات قسم الفتوى أو لجانها^(١).

وقد حدد المشرع هذه الاختصاصات على سبيل الحصر، غير أن المنتبع لعمل لجان الفتوى يلاحظ التوسع الذي انتهجته هذه اللجان في نطاق ما تراجعته من تصرفات الجهات الإدارية، فلم تقتصر على التصرفات المنصوص عليها في المادة (٦١) من قانون مجلس الدولة، بل امتد اختصاصها ليشمل تصرفات إدارية أخرى تتحد في علتها مع ما نص عليه المشرع، ومن ثم فإن هذا التوسع جاء دائماً في إطار نوع التصرف المسموح بمراجعته قانوناً، حيث امتد اختصاص اللجنة ليشمل مراجعة الاتفاقات الممهدة للعقود الخاضعة لمراجعة لجان الفتوى، مثل البروتوكولات ومذكرات التفاهم بين أطراف التعاقد المستقبلي، كما شمل التوسع مراجعة كراسات الشروط التي تضعها الجهة الإدارية باعتبارها شروط طرح أساسية يتم بناءً عليها اختيار المتعاقد مع الإدارة^(٢).

ج- تشكيل وتنظيم عمل مفوضي مجلس لدى الجهات الإدارية:

لقد أجاز القانون الحالي لمجلس الدولة المصري نواب أعضاء من مجلس الدولة للعمل كموظفين لدى كلاً من رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة، وأن هؤلاء المفوضين يتم اختيارهم من بين المستشارين المساعدين والنواب، وأن أعمالهم على وفق ما جاء بنص المادة ٥٨ من قانون الحالي هي الاستعانة بهم لدراسة الشؤون القانونية وكذلك فحص التظلمات الإدارية^(٣).

(١) ينظر (الفقرتان الأولى والثانية) من المادة (٦١) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.
(٢) إلا أن ذلك الامتداد لم يصل إلى حد الفصل في نزاع إداري بين جهتين إداريتين وذلك حفاظاً على اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بالفصل في النزاع بين جهتين إداريتين، إلا أن ثمة اتجاه ظهر في اللجنة الثالثة لقسم الفتوى يذهب فيه إلى عدم اعتبار وجود بؤادر نزاع بين جهتين إداريتين بمانع من مباشرة اللجنة اختصاصها بنظر طلب الرأي، فذهبت اللجنة إلى "أن ما تباشره لجان قسم الفتوى من اختصاص مرسوم لها قانوناً في هذا الشأن، يقف عند حد ابداء الرأي القانوني لجهات الإدارة دون أن يتجاوز بحال إلى اختصاص آخر قرره المشرع لهيئة الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية وبعضها البعض وفقاً لحكم المادة (٦١/د) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢، وعلى ذلك فإن ما تبديه هذه اللجنة من رأي في المسألة المعروضة، لا يستوي حسماً لمنازعة قد تلوح في الأفق بين الجهة طالبة الرأي وجهة إدارية أخرى (مصلحة الجمارك)، وإنما هو مجرد تبيان لصحيح حكم القانون للجهة طالبة الرأي، حتى تستوثق من مدى سلامة موقفها القانوني، فيأتي تصرفها على هدى من ذلك، ينظر د. محمود حمدي عطية، مجلس الدولة وولاية الافتاء القانوني لجهات الإدارة، مصدر سابق، ص ٤٤.
(٣) ينظر نص المادة (٥٩) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لإبداء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

أن هذا النظام لم يأتي مع القانون الحالي وإنما قد تم استحداثه لأول مرة منذ صدور قانون مجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥، وكان سبب استحداثه لتقوية الصلة بين جهات الإدارة ومجلس الدولة، حيث يعمل على تسهيل التواصل والتفاهم بينهما وبالتالي يعود بالفائدة على الإدارة من خلال سرعة ودقة أعمالها، كما يكسب المفوضين الخبرة الإدارية والمعرفة القانونية مما يساهم في تأديتهم أعمالهم بكفاءة^(١).

وينقسم المفوضون إلى قسمين، القسم الأول يضم مفوضي مجلس الدولة في المحافظات، وهم يتبعون لإدارة الفتوى في رئاسة الجمهورية وملحقاتها، أما القسم الثاني فيضم بقية مفوضي الدولة في الوزارات والهيئات والمصالح العامة ويتبعون إدارات الفتوى المختصة، ويتم إحاق مفوضي مجلس الدولة بالجهات الإدارية بقرار من المجلس الخاص للشؤون الإدارية لمدة عام قابل للتجديد بناءً على طلب من الجهة المعنية^(٢).

ويختص هؤلاء المفوضون بدراسة الشؤون القانونية وإبداء الرأي وفق القواعد المستخلصة من النصوص أو ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري، ويكون رأيهم استشارياً غير ملزم^(٣).

ثانياً: التنظيم القانوني لتشكيل واختصاصات الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

وفقاً لما جاء في نص الفقرة الأولى من المادة (٢) من قانون مجلس الدولة الحالي، فإن المجلس يتكون من ثلاثة أقسام القسم الاستشاري وقسم التشريع والقسم القضائي^(٤)، وقد قرر المشرع إنشاء هيئة استشارية عليا للتنسيق بين القسم الاستشاري وقسم التشريع وذلك لتوحيد الرؤى بينهما واعتبرها الملاذ الأخير في الافتاء والصيغة التشريعية، وهذه الهيئة هي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع^(٥).

(١) ومع هذا فإن البعض ينتقد هذا النظام ويرون بأنه يؤدي الى الاخلال بميزة الحياد والاستقلال التي يجب أن تتوفر في العاملين في مجلس الدولة وذلك بوصفها من الضمانات الاساسية لأداء مهامهم بدون الانحياز لأحدى الجهات الادارية على حساب الاخرى، ينظر، د. سالم بن راشد العلوي، القضاء الاداري دراسة مقارنة، ط١، الجزء الاول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سلطنة عمان، ٢٠٠٩، ص١١٣، و د. عبد الناصر علي، استقلال القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٢١٩.

(٢) د. محمد احمد ابراهيم، موسوعة القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٣) د. محمد جابر عبد العليم، مفوض الدولة في القضاء الاداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٤٤.

(٤) ينظر الفقرة (اولا) من المادة (٢) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل.

(٥) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القضاء الاداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٥٧.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

أما كيفية تشكيل هذه الهيئة فقد حددتها المادة (٦٥) من قانون مجلس الدولة المصري، فقد نصت على أن تتشكل برئاسة رئيس مجلس الدولة وعضوية نواب رئيس مجلس الدولة بقسمي الفتوى والتشريع ومستشاري قسم التشريع وإدارات الفتوى^(١).

كما حددت المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة اختصاصات الجمعية العمومية، والتي تتمثل ببدء الرأي مسبقاً في المسائل والموضوعات الآتية:

أ - المسائل الدولية والدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية التي تحال إليها بسبب أهميتها من رئيس الجمهورية أو من رئيس الهيئة التشريعية أو من رئيس مجلس الوزراء أو من أحد الوزراء أو من رئيس مجلس الدولة.

ب - المسائل التي تترى فيها إحدى لجان قسم الفتوى رأياً يخالف فتوى صدرت من لجنة أخرى أو من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع.

ج - المسائل التي تترى إحدى لجان قسم الفتوى إحالتها إليها لأهميتها.

د - المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض ويكون رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذه المنازعات ملزماً للجانبين^(٢).

والقاعدة العامة هنا هي أن التجاء الإدارة لطلب الرأي الاستشاري من مجلس الدولة وإيضاً اتباع ما جاء بفتواه إنما هو أمر اختياري للإدارة، ماعدا استثناء واحد وهو رأي المجلس في المنازعات الواردة في الفقرة (د) من المادة (٦٦) فيكون فيها طلب الرأي اختياريًا للإدارة وإبناعه الزامياً عليها^(٣).

حيث أن قانون مجلس الدولة المصري فرق بين ما يُعد خلافاً في الرأي بين الجهات الإدارية، الذي تنظره لجان ودوائر الفتوى، وبين المنازعات التي تنشأ بين جهات الإدارة، والتي تنظرها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ويعود السبب في ذلك إلى استحالة عرض بعض المنازعات، مثل تلك التي تنشأ بين وزارة وأخرى، على القضاء، إذ تُعد الوزارتان فرعين لشخص قانوني واحد هو الدولة، ولا

(١) ينظر المادة (٦٥) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل.

(٢) ينظر نص المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل.

(٣) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٨٢.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

يمكن للشخص القانوني أن يقاضي نفسه أمام القضاء، ومن ثم، فإن هذه المنازعات لا سبيل لحلها إلا من خلال هذه الوسيلة، ولهذا يكون الرأي الصادر فيها ملزماً للطرفين^(١).

لكن السؤال المطروح هنا هو، ما هو الحد الفاصل أو المعيار الذي يحدد ما إذا كانت المسألة المعروضة قد وصلت إلى حد المنازعة الإدارية أم أنها لا تزال في طور الخلاف ولم تصل إلى النزاع؟

تكمن الإجابة في تحقق شروط المنازعة الإدارية، والتي تعني وجود منازعة حقيقية بين أطراف القضية، أساسها مساس إحدى الهيئات الإدارية بحق مالي أو مركز قانوني أو امتياز ممنوح بموجب القانون لجهة إدارية أخرى، ويشمل ذلك المساس سواء كان نتيجة نص قانوني، أو عقد، أو إرادة منفردة، أو فعل غير مشروع، أو إثراء بلا سبب، بمعنى آخر تتحقق المنازعة حين توجد علاقة بين الطرفين يحكمها مصدر التزام قانوني، أما إذا انتفى هذا المصدر، فلا يمكن اعتبار الأمر نزاعاً، بل مجرد اختلاف في وجهات النظر أو تباين في تفسير نص قانوني أو قرار إداري^(٢)، يُعد هذا الخلاف بمثابة المرحلة الأولى لبدايات النزاع وهذا ما ذهبت اليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في إحدى فتاواها والتي جاء فيها "كما قد يصور الأمر على أنه نزاع بين جهتين إداريتين، ولا يعدو في حقيقته أن يكون خلافاً في الرأي ولا يتمخض عن منازعة وإنما طلباً للرأي في مسألة قانونية"^(٣).

نستنتج مما سبق أن القسم الاستشاري في مجلس الدولة المصري يتألف من قسمين رئيسيين، الأول يشمل إدارات ولجان الفتوى بالإضافة إلى المفوضين الملحقين بالجهات الإدارية، وقد حدد القانون عدد هذه الإدارات واللجان، وطريقة تشكيلها، وأعضاءها، واختصاصاتها، كما لوحظ أن الآراء الاستشارية الصادرة عنها غير ملزمة في طلبها أو اتباعها، إلا إذا نص القانون على ضرورة طلب الرأي قبل إصدار القرار، حيث تُعد مخالفة ذلك عيباً في الشكل أو الإجراءات، ولا تُعد هذه

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٢) د. عامر زغير محيسن، الفصل في المنازعات الإدارية بين أشخاص القانون العام (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٦٢، ٢٠٢٥، ص ١٧١١.

(٣) ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، رقم (٤٧٣) بتاريخ ٢٠١٤/٦/٣٠، ملف رقم ٤٠٨٠/٢/٣٢، متوفرة على الموقع الإلكتروني <https://manshurat.org/node/14116>، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٤/٨.

الآراء نهائية، إذ يجوز إعادة النظر فيها أمام الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، التي تمثل القسم الثاني من القسم الاستشاري وتشكل أعلى سلطة استشارية في مجلس الدولة، وقد نظم القانون تشكيل هذه الجمعية وطريقة عملها واختصاصاتها، ويُعتبر الرأي الصادر عنها ذا قيمة قانونية عالية ويحظى بصفة شبه ملزمة نظراً لصدوره عن أعلى جهة استشارية، ويكون هذا الرأي ملزماً في حالة واحدة فقط، وهي نظر الجمعية للنزاعات الإدارية التي تنشأ بين الجهات الإدارية، حيث يكون رأيها كحكم قضائي فاصلاً للنزاع وملزماً للطرفين.

الفرع الثاني

الإطار القانوني لعمل الهيئات الاستشارية في مجلس الدولة العراقي

كان ديوان التدوين قبل انشاء مجلس شورى الدولة يمارس وظيفة الافتاء والمشورة القانونية الى جهات الادارة، ولكن وبعد انشاء مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ وماجري عليه من تعديلات فقد اصبح مجلس شورى الدولة وفقاً لقانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ يتكون من قسمين قسم قضائي متمثلاً بالمحاكم الادارية وقسم استشاري متمثلاً بالهيئات الاستشارية التي تقوم بوظيفة الافتاء والمشورة الى جهات الادارة عند طلبها^(١).

ووفقاً للمادة (٢/ الفقرة ثانياً/ أ) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة فإن الهيئات الاستشارية في المجلس هي ثلاث هيئات رئيسية وهي كل من الهيئة العامة وهيئة الرئاسة والهيئات المتخصصة وايضاً الهيئة الموسعة^(٢)، الا أن قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ النافذ قد الغى الهيئة الموسعة كهيئة استشارية في مجلس الدولة.

أن هذه الهيئات تقوم بوظيفتها الاستشارية من خلال ابداء الرأي والمشورة القانونية للجهات الادارية عند التجاء الاخيرة اليها وايضاً لها دور اخر في مجال الصياغة والتقنين، وما يهمنها هو دورها في ابداء الرأي والمشورة القانونية، وسنوضح فيما يأتي تشكيل هذه الهيئات الاستشارية واختصاصاتها ونطاق عملها.

اولاً: الهيئة العامة

(١) ينظر المادة (الفقرة اولاً) من المادة (٢) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٢) ينظر المادة (٢/ ثانياً/ أ) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لإبداء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

تعد الهيئة العامة هي أعلى هيئة يتألف منها مجلس الدولة حيث أنها تتألف من أعضاء المجلس جمعياً تقريباً^(١)، حيث تتألف من رئيس المجلس ونائبيه والمستشارين وتعد جلساتها برئاسة الرئيس أو من يخوله من نائبيه عند غيابه^(٢).

كما أنه يشترط لصحة انعقاد جلسات الهيئة العامة حضور أكثرية أعضائها وهي نفس الاكثورية المطلوبة لاتخاذها قراراتها أي بأكثرية عدد أعضائها وإذا تساوت الاصوات يرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس^(٣)، وأن المستشارون المساعدون لهم الحق ايضاً يحضرون في اجتماعات الهيئة العامة ويشتركون في النقاش دون حق التصويت حيث أن الحضور لا يتوقف على رئيس المجلس ونائبيه والمستشارين^(٤).

تختص الهيئة العامة، باعتبارها أعلى هيئة في مجلس الدولة، بتوحيد المبادئ والأحكام واستقرارها في المجالات التي يختص بها المجلس، خاصة في مجال التقنين وإبداء الرأي في المسائل القانونية^(٥)، فعلى سبيل المثال، عندما تقدم إحدى هيئات المجلس مشروع قرار، يتم إحالته إلى رئيس المجلس، فإذا وافق عليه أصبح القرار نهائياً، أما إذا اختلف مع رأي الهيئة، فيُعاد إليها لإعادة النظر، في هذه الحالة تعقد الهيئة العامة اجتماعاً برئاسة رئيس المجلس لمناقشة المسألة، فإذا صدر قرار بالاتفاق يصبح نهائياً^(٦).

وايضاً هنالك بعض الامور التي تختص بها الهيئة العامة والتي يرى رئيس المجلس احوالها اليها، "ويحيل الرئيس هذه المسائل في الاحوال الاتية:

- ١- إذا اقرت احدى الهيئات مبداً جديداً.
- ٢- إذا كان للمجلس رأي سابق يخالف الرأي الجديد.
- ٣- إذا اوصت الهيئة المكلفة بدراسة القضية بإحالتها الى الهيئة العامة.

(١) د. محمد طه الحسيني، القضاء الاداري، المصدر سابق، ص ٤٦٩.

(٢) ينظر المادة (٢/ ثانياً/ أ) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) د. محمد علي جواد، القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٢٨.

(٤) ينظر المادة (٢/ ثانياً/ ج) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٥) د. عبد المنعم الضوى، القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٨٩.

(٦) د. محمد ط الحسيني، القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٤٧٠ و٤٧١.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

٤- اذا رأى رئيس المجلس أن القضية ذات اهمية أو تشكل مبدا مهما" (١).

وفي جميع الاحوال فإن الهيئة العامة تتخذ قراراتها بأغلبية عدد الاعضاء الحاضرين، واذا تساوت الاصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس (٢).

ثانياً: هيئة الرئاسة

تمثل هيئة الرئاسة ثاني اهم هيئة في مجلس الدولة فهي تتعد برئاسة رئيس المجلس وعضوية نائبيه ورؤساء الهيئات لأخرى في المجلس ورئيس المحكمة الادارية العليا (٣)، وأن الفقرة (ب) من المادة (٢/ ثالثا) من قانون مجلس شورى الدولة بينت اختصاصات هذه الهيئة وهي كالاتي:

"١- تقديم تقرير سنوي، أو كلما رأيت ذلك، إلى الأمانة العامة لمجلس الوزراء، يتضمن ما أظهرته الأحكام، أو البحوث، من نقص في التشريع النافذ، أو غموض فيه، أو حالات إساءة استعمال السلطة من أية جهة من جهات الإدارة، أو تجاوز تلك الجهة أو الجهات لسلطاتها، أو اقتراح بأعداد تشريع جديد.

٢- إعادة النظر في زيادة عدد الهيئات المتخصصة في مجلس شورى الدولة أو في دمجها.

٣- اقتراح تشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري، أو قضاء الموظفين، في مراكز المحافظات، عند الاقتضاء.

٤- اختيار نائبي رئيس المجلس من بين المستشارين.

٥- التوصية بتعيين المستشار وكذلك التوصية بتعيين المستشار المساعد من الأصل أو التوصية بترقيته إلى وظيفة مستشار مع توافر الشروط التي أوجبهها القانون لاستحقاق هذه الترقية.

٦- "التوصية بانتداب المنصوص عليهم في المادتين (٢٤) و(٢٥) من هذا القانون في المجلس وفق الشروط المنصوص عليها فيه من قضاة الصنف الاول والمدراء العاميين واعضاء الادعاء العام واساتذة الجامعات والخبراء ومن في حكمهم.

٧- التوصية بتعيين سكرتير عام للمجلس من بين موظفي المجلس" (٤).

(١) ينظر نص المادة (١٧/ ثانيا) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٢) ينظر المادة (١٧/ ثالثا) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) ينظر المادة (٢/ ثالثا/ أ) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٤) ينظر المادة (٢/ ثالثا/ ب) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

ثالثاً: الهيئات المتخصصة

أن للهيئات المتخصصة أهمية كبيرة وذلك لأنها تقوم بالعمل التفصيلي على ما يرد الى المجلس من طلبات رأي وفتاوى وكذلك مشاريع القوانين^(١)، وينعقد اجتماع كل هيئة من هذه الهيئات برئاسة نائب الرئيس لشؤون التشريع والرأي والفتوى أو اقدم المستشارين وعدد من المستشارين والمستشارين المساعدين شرط أن لا تزيد نسبتهم على ثلث عدد المستشارين^(٢)، وكذلك أن لرئيس المجلس وفي حالة الضرورة ترشيح من يراه من المستشارين لرئاسة الهيئة المتخصصة^(٣).

وايضاً نص القانون على أن يكون لكل هيئة من الهيئات المتخصصة سكرتير لا تقل درجته عن درجة مدير حاصل على شهادة جامعية اولية في القانون ويعاونه عدد من الموظفين^(٤)، وذلك لتنظيم العمل داخل الهيئات المتخصصة لترتيب شؤونها الادارية كتنظيم المراسلات ومتابعة المواضيع الداخلة في اختصاصها وايضاً الاشراف على قراراتها وتهيئة اوليات المسائل المعروضة عليها^(٥).

ويلاحظ من خلال النصوص الواردة أن المشرع لم يحدد هذه الهيئات على سبيل الحصر وإنما ترك إنشائها للحاجة والضرورة.

وفيما يخص الهيئة الموسعة فهي هيئة مؤقتة وليست دائمية تتشكل بحضور اعضاء هيئتين متخصصتين وتحل عند انتهاء العمل الذي انشأت لأجله، وكانت هذه الهيئة تذكر عند تعداد الهيئات الاستشارية في مجلس الدولة ولكن عند صدور قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة قد قام المشرع بإلغائها وذلك برفعها من نص الفقرة (اولا) من المادة (٢) منه^(٦).

نلاحظ أن الهيئات الاستشارية تمارس دورها في مجالين رئيسيين، التشريع والاستشارة القانونية، دون وجود استقلالية بين هذين المجالين، إذ يعمل نفس المستشارين في قسم التشريع وقسم إبداء الاستشارة

(١) د. محمد طه الحسيني، القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٤٧٣.

(٢) ينظر المادة (٢/ خامسا/ أ) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) ينظر المادة (٢/ خامسا/ ب) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

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

(٥) ينظر المادة (٣) من قانون مجلس الدولة من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.

(٦) د. اقبال نعمت درويش كريم، الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة العراقي والقيود الواردة عليه، بحث منشور في

مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد ٧، العدد ٢، الجزء ١، ٢٠٢٢، ص ٨٧.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

القانونية، وهو ما يعد توجهاً غير مناسب، لأنه يسبب ارتباكاً في سير العمل الاستشاري ويزيد العبء على المستشارين، لذا نقترح المشرع العراقي في قانون مجلس الدولة على منح كل قسم استقلالية أكبر وتحديد أعضاء مستقلين لكل منهما.

وفي مجال دراستنا فإن ما يخصنا هو الدور الاستشاري لمجلس الدولة في مجال الاستشارة القانونية، أن المجلس يؤدي دوراً مهماً لا يقل عن أهمية في مجال التقنين الا وهو ابداء الرأي وتقديم الاستشارة القانونية للجهات الادارية التي تطلبها، حيث انه يعد ضرورياً لحسن تنظيم وسير العمل الاداري في الدولة^(١).

وقد حددت المادة (٦) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل نطاق الاختصاصات الاستشارية في مجال ابداء الرأي والاستشارة القانونية وهي كالآتي:

١- ابداء المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها عليها الجهات العليا.

قد نصت الفقرة الاولى من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على اختصاص المجلس الاستشاري بإعطاء المشورة القانونية فيما تعرضه عليه الجهات العليا من مسائل.

٢- المشورة القانونية في الاتفاقات والمعاهدات الدولية.

يقدم مجلس الدولة المشورة القانونية في المعاهدات والاتفاقات الدولية بناء على طلب مقدم من الامانة العامة لمجلس الوزراء أو إحدى الوزارات ذات العلاقة، وهو اجراء مهم وضروري حيث يقوم المجلس بدراسة الاتفاقية والطلب من الجهات ذات العلاقة ابداء ملاحظاتها حول الاتفاقية المراد الانضمام اليها وذلك لبيان مدى انسجامها او تعارضها مع احكام الدستور أو التشريعات العراقية ذات العلاقة بالاتفاقية المراد الانضمام لها، فيصدر الرأي عن المجلس أما بالتصديق والانضمام أو عدمه مع ذكر السبب أو يوصي بالتصديق أو الانضمام مع التحفظ^(٢).

(١) د. احمد نجيب خلف و د. محمد علي جواد كاظم، القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٦٣.

(٢) د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شورى الدولة العراقي في ابداء الرأي والمشورة القانونية، بحث منشور في مجلة الفقه والقضاء، العدد، ٢٠١٢، ص ٧٥.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبدء الرأي في المسائل المختلف فيها.....

ويلاحظ أن الرأي الاستشاري وفقاً لهذه الفقرة يبدأ دائماً بكلمة المشورة القانونية كعنوان تعريفي لنوع الرأي الاستشاري تمييزاً عن غيرها من الفقرات الأخرى.

٣- ابداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة إذا احتكم اطراف القضية الى المجلس ويكون الرأي فيها ملزماً.

٤- ابداء الرأي في المسائل القانونية المتردد فيها من إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة على أن تشفع برأي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوب ابداء الرأي بشأنها والاسباب التي دعت الى عرضها على المجلس ويكون رأيه غير ملزم للوزارة أو للجهة طالبة الرأي^(١).

٥- توضيح الاحكام القانونية: لقد اجاز قانون مجلس الدولة للوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة أن تطلب من المجلس الاستيضاح بشأن الاحكام القانونية التي تكون غير واضحة بالنسبة اليها وذلك استناداً للفقرة (خامساً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة^(٢).

٦- طلب الرأي من قبل رئيس مجلس الدولة: لقد كان هذا الاختصاص بطلب لرأي منوطاً الى وزير العدل وذلك وفقاً لنص المادة ٩ من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ والتي نصت على أن (لوزير العدل ان يحيل على المجلس القضايا التي يرثي احوالها عليها، أو أن يكلف عضواً أو اكثر من اعضائه بدراستها وابداء الرأي فيها..)^(٣)، ولكن قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة لسنة ٢٠١٣ قد فك ارتباط مجلس شورى الدولة بوزارة العدل وقد حل رئيس مجلس الدولة محل وزير العدل وانتقلت اختصاصات وزير العدل جميعها الى رئيس مجلس الدولة من ضمنها طلب الرأي^(٤).

كما اوضحنا سابقاً أن المشرع لم بين طبيعة المسائل التي يجوز طلب الرأي الاستشاري بشأنها، وايضاً لم يحدد الاسباب التي ينشأ عنها الخلاف، لذا فان السؤال المطروح هنا بما أن المشرع حدد الاختصاصات القضائية للمحاكم الإدارية بنظر المنازعات الإدارية واسبابها، كما وحدد نطاق الاختصاصات الاستشارية للهيئات الاستشارية، فما هو المعيار الفاصل بين أن المسألة المعروضة على المجلس هي منازعة إدارية فيما بين الجهات الإدارية أم مسألة مختلف فيها؟

(١) ينظر (الفقرة رابعا) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٢) ينظر الفقرة (خامساً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) ينظر المادة (٩) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.

(٤) ينظر المادة (١) والمادة (٩) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣.

المعيار الأول: يتمثل في محل الطعن، أي أن تحقق المنازعة الإدارية بين أشخاص القانون العام يتطلب وجود قرار إداري صادر عن جهة إدارية مختصة، سواء أكان هذا القرار صريحاً أو ضمناً، أو حتى سلبياً (بالامتناع عن إصدار قرار يفرض القانون عليها اتخاذه)، كما قد يكون محل الطعن قراراً تنظيمياً صدر من جهة إدارية بشكل مخالف للقانون، ويُستند في ذلك إلى ما نصت عليه الفقرة (رابعا) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل^(١)، والتي تشترط أن يكون هناك قرار إداري مطعون فيه، وبالتالي فإن مجرد وجود اختلاف في وجهات النظر أو تباين في تفسير أو تطبيق نص قانوني، دون أن يتجسد ذلك في صورة قرار إداري فعلي، لا يرتقي إلى مرتبة "منازعة إدارية" يمكن عرضها على القضاء الإداري، إذ ما زال الخلاف في طوره الأولي ولم يتحول إلى نزاع قانوني مكتمل الأركان^(٢).

أما المعيار الثاني، يتصل بوجود حق متنازع عليه، إذ أن اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل بين الجهات الإدارية يستلزم قيام نزاع فعلي بين جهتين أو أكثر، بحيث تكون إحدهما دائنة تطالب بحقوقها المترتبة في ذمة الجهة الأخرى، ويُفترض بالنزاع هنا أن يكون قد وقع مساس بحق مالي أو مركز قانوني لجهة إدارية نتيجة تصرف جهة إدارية أخرى، ومثال ذلك، عندما تطالب إحدى الوزارات وزارة المالية بصرف مبالغ مستحقة لها بموجب قانون الموازنة العامة^(٣).

وعليه، نستخلص مما سبق أن الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها هو وسيلة لحل الخلافات الإدارية الناتجة عن تطبيق النصوص القانونية أو القرارات على أرض الواقع، وذلك لما تتسم به هذه النصوص من غموض وعدم وضوح، حيث قد تحمل نفس المادة عدة تأويلات تختلف وجهات النظر بشأنها بين الجهات الإدارية، مما يؤدي إلى خلافات في التطبيق لا ترتقي إلى حد المنازعة، وبناءً

(١) نصت الفقرة (رابعا) من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أن " تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناءً على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن " .

(٢) د. عامر زغير محيسن، الفصل في المنازعات الادارية بين اشخاص القانون العام (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص١٦٩٦.

(٣) د. عامر زغير محيسن، الفصل في المنازعات الادارية بين اشخاص القانون العام (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص١٦٩٧.

عليه فقد منح مجلس الدولة المصري لجان ودوائر الفتوى صلاحية إصدار الرأي الاستشاري في المسائل الخلافية التي لا تصل إلى درجة النزاع، اعتمادًا على معايير واضحة تميز بين المنازعة والاختلاف في وجهات النظر، ويكون هذا الرأي غير ملزم للجهات طالبة الرأي، أما الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، فقد منحها المجلس سلطة إصدار رأي استشاري ملزم في المسائل التي تحال إليها من لجان الفتوى، وكذلك في المنازعات القائمة بين أشخاص القانون العام فقط، على النقيض من ذلك، فإن المشرع العراقي لم يحدد معيارًا واضحًا يميز بين الخلاف في الرأي والمنازعة القائمة، كما لم يوضح طبيعة المسائل الخلافية التي يجوز طلب الرأي بشأنها، ولا الأسباب التي تؤدي إلى حدوث هذه الخلافات، مما يشكل نقصًا تشريعيًا يستوجب معالجته من خلال إعادة صياغة الفقرة (ثالثًا) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، لتحديد طبيعة المسائل المختلف فيها والأسباب المؤدية للخلاف بين الجهات الإدارية، قد منحت الهيئات الاستشارية في المجلس مهمة إبداء الرأي الاستشاري في المسائل المعروضة عليها من الجهات الإدارية، ليعتبر بذلك الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وسيلة وقائية لتجنب حدوث المنازعات الإدارية، وبديلًا عن اللجوء إلى القضاء لحل الخلافات.

الفصل الثاني

**القواعد الحاكمة لاختصاص مجلس الدولة في ابداء الرأي
الاستشاري في المسائل المختلف فيها**

الفصل الثاني

القواعد الحاكمة لاختصاص مجلس الدولة في ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها

أدت التحولات السياسية والقانونية مر بها العراق التي بعد عام ٢٠٠٣، في تعزيز أهمية الدور الذي يضطلع به مجلس الدولة، سواء في المجال الاستشاري أو القضائي، فبينما كانت المحاكم الإدارية قبل هذا التاريخ تنظر عشرات الدعاوى سنويًا، أصبحت اليوم تفصل في آلاف القضايا سنويًا، بفعل ترسيخ مبادئ الديمقراطية، وانتفاء الخشية من السلطة، وانتشار ثقافة التقاضي ضد الإدارة^(١)، ويُعد إخضاع أعمال الإدارة للرقابة أحد أبرز سمات الدولة القانونية، على خلاف الدولة البوليسية أو الاستبدادية، إذ يهدف ذلك إلى ضمان عدم تجاوز أحكام القانون، تطبيقًا لمبدأ المشروعية أو سيادة القانون، الذي يعني خضوع جميع سلطات الدولة لقواعده بمفهومها الواسع، بدءًا من الدستور وصولًا إلى اللوائح، فضلًا عن القواعد غير المكتوبة كالمبادئ العامة والعرف الإداري^(٢)، وفي هذا السياق، يبرز مجلس الدولة كإحدى أهم المؤسسات القانونية في الدولة، نظرًا لدوره المزدوج في الحياة الإدارية والقانونية، إذ يجمع بين الاختصاصين القضائي والاستشاري، ويسهم في ترسيخ مبدأ المشروعية وضمان حسن سير المرافق العامة، كما يمارس رقابة صارمة على الإدارة قد تفوق في فعاليتها رقابة البرلمان، لكونه يطلع على ما تتضمنه سجلاتها، ويحيط علمًا بمشاريعها ونواياها، فيمارس عليها رقابة سابقة من خلال إبداء الرأي والمشورة القانونية، ورقابة لاحقة عبر الأحكام القضائية، منعًا لمخالفة القانون أو الانحراف بالسلطة.

ولتسليط الضوء على القواعد الحاكمة لاختصاص مجلس الدولة في ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل على مبحثين، نبين في المبحث الأول التنظيم القانوني للتحكيم امام مجلس الدولة في المسائل المختلف فيها، أما في المبحث الثاني نبين إجراءات ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وقيمتها القانوني.

(١) قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠٢٠، إصدارات مجلس الدولة، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠٢١، ص ٣.

(٢) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٦٦.

المبحث الأول

التنظيم القانوني للتحكيم امام مجلس الدولة في المسائل المختلف فيها

يؤدي مجلس الدولة دوراً مهماً في حل الخلافات الناشئة بين الجهات الادارية والتي تكون تابعة للسلطة التنفيذية من خلال ايضاح صريح حكم القانون في القاعدة القانونية المختلف فيها بين هذه الجهات، يُعد دور المجلس في حل الخلاف بناء على طلب الجهات الادارية بديلاً للاختصاص القضائي المقرر الى محاكم القضاء الاداري والذي يتسم بالسرعة في حل الخلافات فضلاً عن بساطة الاجراءات والذي يعمل في النهاية على تخفيف الضغط عن المحاكم الادارية، الا أن هذا الدور منوط بتوافر الشروط التي نص عليها المشرع في قانون مجلس الدولة سواء في مصر أم في العراق.

وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، نبين في المطلب الاول آلية التحكيم امام مجلس الدولة وطبيعته القانونية، أما في المطلب الثاني سوف نبين القيود الواردة على ابداء الرأي في المسائل المختلف فيها .

المطلب الأول

آلية التحكيم امام مجلس الدولة وطبيعته القانونية

يعدُّ التحكيم من أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات حيث عرفته غالبية فروع القانون المختلفة واخذت به وإن كان على درجات متفاوتة، فهو طريق معروف ومأخوذ به في القانون المدني والتجاري والقانون الدولي العام وعرفه الانسان منذ القدم قبل ظهور الدولة الحديثة، لما له من مزايا كثيرة في تقليل الوقت والجهد والمال في حل المنازعات^(١)، وأخذ القانون الإداري في الدول ذات القضاء المزدوج بنظام التحكيم، ويلاحظ إن غالبية المنازعات التي يلجأ الى اسلوب التحكيم الإداري في حلها هي منازعات العقود التي تيرمها الدولة، الا أن قانون مجلس الدولة العراقي أخذ بالاحتكام لحل الخلافات ما بين الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة.

(١) د. شهاب فاروق عبد الحي عزت، التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مصدر سابق، ص ٢٤.

وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول آلية التحكيم امام مجلس الدولة، أما في الفرع الثاني نبين الطبيعة القانونية للتحكيم امام مجلس الدولة في المسائل المختلف فيها.

الفرع الأول

آلية التحكيم امام مجلس الدولة وصوره

يُثار تساؤل مهم حول ما إذا كان احتكام الجهات الإدارية أمام مجلس الدولة يُعدُّ صورةً من صور التحكيم ، الأمر الذي يستدعي الوقوف على مدلول هذا المفهوم، ثم بيان آلية تطبيقه في الواقع العملي.

أن التحكيم في أصل استعماله اللغوي، مشتق من الفعل الثلاثي (حكم) من باب التفعيل، ويعني جعل شخصٍ ما حكماً للفصل بين طرفين متنازعين، ويُقال: حكم بين القوم أي فصل بينهم، واحتكموا إلى فلان أي جعلوه حكماً بينهم، وقد ورد في الحديث: "إذا تحاكم إليك رجلان، فلا تقض لأول حتى تسمع من الآخر، فذلك أجدر أن يتبين لك القضاء" ^(١)، ومن الناحية اللغوية، فإن كلاً من مصطلحي الاحتكام والتحكيم يرتدان إلى الجذر اللغوي ذاته، ويُفيدان معنى واحداً وهو جعل شخصٍ حكماً للفصل في النزاع ^(٢)، لذا نستنتج أن الاحتكام له نفس معنى التحكيم.

أما التحكيم اصطلاحاً عرفه بأنه "وسيلة للفصل في المنازعات بين الافراد والجماعات أو نظاماً خاصاً للتقاضي في نزاعات معينة" ^(٣)، وعرف أيضاً "وسيلة لفض نزاع قائم أو مستقبل، بعيد عن ولاية القضاء المختص مع التزام اطراف النزاع بعرض النزاع على كله أو بعضه على محكم أو ثلاث للفصل فيه بحكم لازم لهم" ^(٤)، وهناك من اعطى صفة الاتفاق حيث عرف بأنه "اتفاق على اناطة حل ما ينشأ بين الافراد على محكمين ليفصلوا فيه بعيد عن اجراءات القضاء الاعتيادي" ^(٥).

(١) لسان العرب لابن منظور، الجزء ١٢، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٩٩٤، ص ١٤٥.

(٢) لسان العرب لابن منظور، مصدر سابق، ص ١٤٥-١٤٨.

(٣) د. محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٦٢.

(٤) د. منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٢.

(٥) د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٩٠.

وان للتحكيم التقليدي انواع عدة منها تحكيم داخلي ودولي وتحكيم تجاري..، الا أن هناك تحكيم من نوع خاص الا وهو التحكيم الاداري والذي لم يحظ باهتمام فقهي أو قضائي في مصر أو العراق حيث اقتصر الامر على وضع تعرف عام يشمل سائر انواع التحكيم، الا أن هذه المسألة لم تحل دون قيام بعض الفقه من محاولة وضع تعريف للتحكيم الاداري، حيث عرف بأنه "الوسيلة القانونية التي تلجا اليها الدولة و احد الاشخاص القانونية الاخرى لتسوية كل أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقة قانونية ذات طابع اداري عقدي أو غير عقدي فيما بينها أو بين احداها و احد اشخاص القانون الخاص الوطنية أو الاجنبية سواء كان اللجوء الى التحكيم اختياريا أم اجباريا وفقا لقواعد القانون الامر"^(١).

كما عرف ايضاً بأنه حق يقرره القانون وبمقتضاه يحق لأطراف الخلاف عرض ما ينشأ من خلافات على شخص أو اكثر يختارونه للفصل في الخلاف بدلاً من القضاء المختص والذي قد تلجأ اليه الدولة في حل منازعاتها الخاصة بعقودها الادارية^(٢).

ويلحظ أن التحكيم الاداري يختلف عن التحكيم بصفة عامة وذلك لكونه يتطلب أن يكون أحد طرفي الخلاف الدولة أو أحد اشخاص القانون العام على الاقل، وايضاً أن نطاق التحكيم الاداري لا ينحصر في مجال العقود الادارية وإنما يجوز اللجوء الى التحكيم الاداري في غير مسائل العقود الادارية وقد حدد المشرع المصري هذه المسائل^(٣).

أما في العراق فإن المشرع العراقي لم يتطرق الى تعريف التحكيم ولكنه اجاز الاتفاق باللجوء اليه وذلك في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، وكذلك قانون الاستثمار العراقي رقم

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية والدولية، ط١، مطابع الولاة الحديثة، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٤.

(٢) د. احمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٧١.

(٣) قد جمع المشرع المصري المنازعات التي يجوز فيها اللجوء الى التحكيم وذلك في نص المادة (١١) من قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤، حيث وضع معيارا عاما للمنازعات التي تقبل التحكيم وهو ان تكون هذه المنازعة متعلقة بحق من الحقوق التي يجوز أن تكون محلا للصلح والتصرف سواء كانت ناشئة عن رابطة عقدي أم غير عقدي، في حين أن المشرع قد حظر اللجوء الى التحكيم في المنازعات التي تحدث بين اشخاص القانون العام حصراً، واعطى النظر فيها الى قسم الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بموجب المادة (٦٦/د) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، ينظر د. يسرى محمد العصار، التحكيم في المنازعات الادارية العقدية وغير العقدية، مصدر سابق، ص ١٧٦-١٧٨.

(١٣) لسنة ٢٠١٤، وايضاً تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨^(١)، فهذه التشريعات اشارت الى جواز اللجوء الى التحكيم كطريق بديل لحل الخلافات ولكنها لم تعرف التحكيم سواء بصورة عامة أم التحكيم الاداري خاصة، وايضاً لم يضع معياراً للخلافات أو المنازعات التي تقبل التحكيم أو الاشخاص الذين يحظر عليهم الذهاب الى التحكيم على العكس من المشرع المصري، وهنالك صور للتحكيم الاداري.

ثانياً : صور التحكيم

يُعد التحكيم وسيلة مهمة لتسوية الخلافات خارج نطاق القضاء وقد لاقى اهتماماً واسعاً سواء على الصعيد التجاري أم الاداري نظراً لما يوفره من سرعة ومرونة في الاجراءات، ولقيام التحكيم لا بد من وجود اتفاق بين الاطراف على اللجوء اليه، حيث يأخذ هذه الاتفاق صورتين اساسيتين هما اولاً (شرط التحكيم) وثانياً (مشاركة التحكيم)، ولكن السؤال المطروح هنا هل أن التحكيم امام مجلس الدولة يعد من قبيل شرط التحكيم او مشاركة التحكيم؟ الاجابة على هذا السؤال تتطلب البحث في ماهية هاتين الصورتين اولاً.

١ - شرط التحكيم

(١) نصت المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين. كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين" ووضحت المواد من (٢٥١-٢٧٦) جميع القواعد الخاصة بالتحكيم ولا ينطبق على التحكيم امام مجلس الدولة أي من هذه القواعد، وايضا نصت الفقرة (اولا) من المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ على ان "تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون الى القانون العراقي و ولاية القضاء العراقي، و يجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني او الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته و القانون الواجب التطبيق، نصت الفقرة (ثانيا) من المادة (٨) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على أن "عند عدم التوصل الى اتفاق ودي يتم اللجوء الى احد الاساليب التي يجب ان ينص عليها في العقد وهي كالاتي:-

أ- التحكيم ويكون وفقا لما يأتي:

١- التحكيم الوطني: يكون وفقا للإجراءات المحددة في شروط المناقصة او بقانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٢- التحكيم الدولي: لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى".

يُعرف شرط التحكيم بأنه نص وارد ضمن نصوص العقد يقر فيه الاطراف اللجوء الي التحكيم كأسلوب لحل النزعات المستقبلية التي قد تثور بينهما حول تفسير العقد او تنفيذه^(١).

يُدرج اتفاق اللجوء إلى التحكيم ضمن شروط العقد، حيث يُقر الطرفان مسبقاً بإحالة أي نزاع أو خلاف قد ينشأ مستقبلاً، سواء نتيجة لتفسير بنود العقد أو تنفيذها، إلى هيئة تحكيم، وقد تتكوّن هذه الهيئة من أشخاص عاديين أو جهات غير قضائية، ولا يقتصر التحكيم على نوع محدد من المنازعات، بل يمتد ليشمل جميع الخلافات المحتملة التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد عملياً، أو نتيجة لاختلاف وجهات النظر بشأن تفسير نصوصه^(٢).

ويمثّل هذا النمط من الاتفاق الصورة الأولى لشرط التحكيم، حيث يُدرج ضمن بنود العقد الأصلي، في المقابل تظهر صورة ثانية لهذا الشرط، تتمثّل في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم من خلال محرر مستقل يُلحق بالعقد، ولا يكون ضمن الشروط الأصلية الواردة فيه، ويُعد هذا الملحق اتفاقاً مكتوباً لاحقاً، يتضمّن تنظيمًا خاصًا بآلية تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، دون أن يُدمج صراحة ضمن نصوص العقد الأساسية^(٣).

٢- مشاركة التحكيم

تعرف مشاركة التحكيم بأنها "اتفاق خاص تبرمه الاطراف بعد قيام النزاع وبمقتضاه يتم تحديد موضوع النزاع واسماء المحكمين ومكان وإجراءات التحكيم وقد يحدد كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون"^(٤)، وقد عرف أيضاً بأنه " اتفاق لاحق على ابرام العقد الاصيلي، ويتفق فيه الطرفان على الالتجاء الى التحكيم لفض نزاع معين بذاته قام بينهما اثناء تنفيذ العقد"^(٥).

(١) د. محمد عبد الوهاب، التحكيم في العقود الادارية، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الاسكندرية، العدد ٢، ٢٠١٠، ص٤٦٨.

(٢) د. محمود السيد عمر التحيوي، التّجاء جهات الإدارة للتحكيم الاختياري في العقود الادارية، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص٢٣١.

(٣) د. ابراهيم حسين عبادة، الاسلوب غير القضائي في حل المنازعات الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٨، ص٢٢١.

(٤) د. علي محمد علي بني مقداد، الطريق القويم للاتفاق على التحكيم، ط١، دار الكتب الجامعية للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٣، ص١١٦.

(٥) د. محمد رفعت عبد الوهاب، التحكيم في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص٤٦٨.

يُلاحظ أن مشاركة التحكيم لا تُبرم إلا بعد نشوء النزاع بين الطرفين أثناء تنفيذ العقد على أرض الواقع، وتقتصر عادةً على مسألة محددة بذاتها تكون محل الخلاف، ولا يُتصور قانونًا إبرام مشاركة التحكيم قبل ظهور النزاع فعليًا بين الأطراف، إذ يُعدّ مثل هذا الاتفاق باطلًا لافتقاره إلى محل قائم وقت الإبرام، كما يُشترط أن يكون النزاع قائمًا وحقيقيًا، فلا يكفي مجرد وجود اعتراض أو عدم اتفاق عام، بل يجب أن يتجسّد الخلاف في ادعاءات محددة ومتنازع عليها، يُعهد إلى المحكم الفصل فيها بقرار نهائي ملزم^(١).

ويمكن الفرق الجوهرية بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في توقيت نشوء النزاع، فشرط التحكيم يُدرج ضمن العقد قبل وقوع النزاع، ويُعد اتفاقًا احتياطيًا احتمالي التنفيذ، لتوقّفه على قيام النزاع بين أطراف العقد من عدمه، أما مشاركة التحكيم، فلا تنشأ إلا بعد تحقق النزاع فعليًا، حيث يتفق الأطراف، في ضوء الخلاف القائم بينهم، على إحالة النزاع إلى التحكيم، وبناءً عليه، تُعد مشاركة التحكيم عقدًا مستقلًا بذاته، يتناول نزاعًا محددًا، ويُبرم بإرادة الأطراف بعد قيام الخلاف، خلافًا لشرط التحكيم الذي يُصاغ في مرحلة سابقة على النزاع المحتمل^(٢).

ويلحظ أن كلاً من الصورتين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم قد نص عليهما المشرع المصري في قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤ النافذ، حيث نص في المادة (١٠) "أن اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت، ويمكن اللجوء إلى مشاركة التحكيم حتى ولو كان النزاع قد اقيم بشأنه دعوى قضائية أمام القضاء العادي أو الإداري، ولو كانت الدعوى في مرحلة المداولة لأصدار الحكم، سواء أمام أول درجة أم أمام الاستئناف طالما لم يصدر حكم نهائي فيها"^(٣).

ولم يُميز المشرع العراقي بين صورتَي التحكيم، أي بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، بل اكتفى بإجازة الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بوجه عام، وذلك في إطار قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ النافذ، وقد بيّنت المادة (٢٥٢) من هذا القانون الشروط الشكلية اللازمة لإثبات اتفاق

(١) د. أبراهيم حسين عبادة، الأسلوب غير القضائي في حل المنازعات الإدارية، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

(٢) د. علي سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ١٤٧.

(٣) ينظر المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ النافذ.

التحكيم، حيث نصّت صراحة على أن الاتفاق لا يُعتمد به ما لم يكن مكتوباً، كما أجازت ذات المادة إبرام اتفاق التحكيم أثناء سير الدعوى القضائية، ما يُفهم منه قبول المشرّع بإمكانية اللجوء إلى التحكيم حتى بعد نشوء النزاع وبدء المرافعة، دون تفرقة بين ما إذا كان الاتفاق مسبقاً ضمن العقد أو لاحقاً في صورة مشاركة^(١).

ولكن محكمة التمييز الاتحادية قد اشارت الى صور التحكيم في إحدى قراراتها بصورة ضمنية حيث جاء في حيثيات القرار "أن التحكيم في القانون نوع واحد حسب المادة (٢٥١)، وأن الشرط الوحيد لوجوده وترتيب اثره هو أن يكون ثابتاً بالكتابة حسب المادة (٢٥٢) المعدلة من قانون المرافعات، ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق عليه، قد تم وقت التعاقد أو تم باتفاق مكتوب مستقل أو تم الاتفاق عليه اثناء المرافعة"^(٢).

ويتضح من ذلك أن المشرّع العراقي قد أقرّ بصحة الاتفاق على التحكيم سواء تم ذلك وقت إبرام العقد، على شكل شرط يُدرج ضمن بنوده وهو ما يُعرف بشرط التحكيم أو تم لاحقاً عند نشوء النزاع بين الأطراف، فيما يُعرف بمشارطة التحكيم، وهذا يدل على أن القانون العراقي، رغم عدم تفريقه الصريح بين الصورتين، قد اعترف بهما من خلال إجازته الاتفاق على التحكيم سواء ضمن العقد الأصلي أو أثناء المرافعة، شريطة أن يكون الاتفاق مكتوباً وفقاً لما نصّت عليه المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية^(٣).

(١) نصت المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على أن "لا يثبت الاتفاق على التحكيم الا بالكتابة، ويجوز الاتفاق عليه اثناء المرافعة، فاذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم أو اذا اقرت اتفاق الطرفين عليه اثناء المرافعة، فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة الى أن يصدر قرار التحكيم.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم بالعدد (٣٦٣/ مدنية اولى) بتاريخ (١٩٧٥/٢/٥) نقلا عن د. ابراهيم حسين عبادة، الأسلوب غير القضائي في حل المنازعات الإدارية، مصدر سابق، ص ٢٢٥-٢٢٦.

(٣) لذلك يمكن القول بأن اللجوء الى التحكيم في العراق قد يجري في مجال عقد الاشغال العامة سواء الداخلي ام الدولي داخل العراق وفقاً للإجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية الا أن هناك بعض من الفقهاء لا يجيز اللجوء الى التحكيم في العقود الادارية التي تبرمها الحكومة على اعتبار ان المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المجنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ لا تصلح اساسا لإجازة التحكيم في العقود الادارية لان المشرع جعل من اختصاص القضاء في نظرها هو الاصل وكل شيء خلاف ذلك يتطلب نصاً خاصاً، ينظر د. مازن ليلو راضي، الوسائل البديلة في تسوية المنازعات الإدارية، ط ١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠٢٣، ص ١٧٣ و ١٨٠.

وعلى الرغم من أن هاتين الصورتين للاتفاق على التحكيم تعدُّ الأكثر شيوعاً إلا إن هنالك صورة ثالثة حديثة من صور الاتفاق على التحكيم وتعرف هذه الصورة (التحكيم بالإحالة) وهي ما يمكن بيانها في النقطة التالية.

٣- التحكيم بالإحالة: تعد هذه الصورة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم والتي تعني إحالة المتعاقدين في عقد من العقود الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم وعدّها جزءاً لا يتجزأ من العقد، ويحيل هذا الشرط اطراف النزاع في العقد الاصلي الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، ويشترط في هذه الاحالة ان تكون واضحة وان يكون شرط التحكيم المذكور في هذه الوثيقة جزءاً من الاتفاق المبرم بين الاطراف^(١).

وعليه ففي هذه الصور يتطلب أن يكون العقد الاصلي بين الطرفين متضمن لشرط التحكيم، واتفاق الطرفين على الاحالة الى عقد سابق بينهم أو عقد نموذجي أو شروط عامة معروفة في مجال التعامل بينهم ويشترط أن تكون متضمنة صراحة الاتفاق على التحكيم، ففي هذه الحالة يطبق هذا الشرط على العقد الاصلي ويلزم اطرافه بحيث تصبح وسيلة تسوية النزعات الناشئة عن العقد الاصلي هي التحكيم^(٢).

والان ومن خلال ما تم ذكره عن صور التحكيم، يمكن لنا الاجابة عن السؤال المطروح حول ما إذا كان التحكيم امام مجلس الدولة العراقي ينطوي على صورة شرط تحكيم أم مشاركة تحكيم أم إحالة للتحكيم؟ والاجابة في تقديرنا هي إن الاحتكام إلى مجلس الدولة العراقي استناداً إلى نص الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة لا يندرج ضمن أي من صور التحكيم الثلاث المذكورة، وذلك لأسباب عدة، من أهمها:

اولاً- أن جميع صور التحكيم تفترض وجود عقد مبرم بين الأطراف المتنازعة، ينشأ عنه خلاف نتيجة تنفيذه أو تفسيره، أما في حال الاحتكام أمام مجلس الدولة، فإن النزاع لا يكون ناشئاً عن عقد، وإنما يدور غالباً حول تفسير أو تطبيق نص قانوني أو قرار إداري، أي أن محل النزاع يختلف، إذ تقوم علاقة التحكيم التقليدية على إرادة الأطراف الحرة التي أبرمت العقد، في حين أن المسائل المعروضة على مجلس الدولة ترتبط بقواعد قانونية أمره تجمع الأطراف بحكم القانون لا بإرادتهم.

(١) د. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٧٥.

(٢) د عبد الرحيم حاتم حسن، التحكيم، ط ١، مطبعة النبراس للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، ٢٠١٠، ص ٧٢.

ثانياً- ومن الأسباب الأخرى التي تدعم هذا الرأي، أن الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) المذكورة قد حددت مسبقاً الهيئة التحكيمية وأعضاؤها، مما لا يترك للوزارات أو الجهات الإدارية حرية اختيار هيئة التحكيم أو تحديد القانون الواجب التطبيق، على خلاف ما هو مألوف في صور التحكيم التقليدي.

ثالثاً- أن اللجوء إلى مجلس الدولة في المسائل الخلافية مقيد بعدم عرض النزاع أمام القضاء، أو عدم سبق الفصل فيه، أو عدم وجود جهة أخرى مختصة بالنظر فيه، بينما يجيز التحكيم في عمومه أن يلجأ إليه في أي مرحلة، حتى لو كان النزاع منظوراً أمام القضاء.

لذلك ترى الباحثة أن التحكيم أمام مجلس الدولة العراقي في المسائل الخلافية لا يشكل صورة من صور التحكيم الإداري المعروفة، وإنما يعد طريقاً خاصاً ومستقلاً في تسوية الخلافات بين الجهات الإدارية.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم امام مجلس الدولة

أن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم الاداري قد أثاراً جدلاً واسعاً بين صفوف الفقه القديم والحديث، فمنهم من يرى بأن التحكيم الاداري ذو طبيعة عقدية، والآخرين يرون بأنه ذو طبيعة قضائية، والبعض الآخر من يرى بأنه ذو طبيعة مختلطة أو مزدوجة والقسم الاخير يرى بانه ذو طبيعة مستقلة، وفي هذا الشأن يمكن طرح تساؤل حول الطبيعة القانونية للتحكيم امام مجلس الدولة فهل يمكن أن يتداخل مع الطبيعة القانونية التي قيلت بشأن التحكيم إم أنه يتخذ طبيعة مختلفة ومميزة ومستقلة عن طبيعة التحكيم؟ ولذلك سوف نبحث في كل اتجاه لتحديد طبيعة التحكيم الاداري، لأجل تحديد طبيعة الاحتكام امام مجلس الدولة وكما يأتي:

اولاً: الطبيعة العقدية لتحكيم الاداري

يرى اصحاب هذا الاتجاه بأن الأساس الجوهرى للتحكيم يكمن في اتفاق الإرادتين داخل العقد على اعتماد التحكيم كوسيلة لحل النزاعات، فهم يُركّزون على الطبيعة التعاقدية التي تُنشئ التحكيم وتمنحه وجوده القانوني، مؤكدين أنه لولا توافق الإرادات بين الأطراف، لما وُجد التحكيم من الأساس^(١)، فالتحكيم يقوم في جوهره على الاتفاق بين الأطراف، سواء تم تضمينه كشرط ضمن بنود العقد، أو تم

(١) حسين فاهم هادي شمخي، الاطار القانوني لدور التحكيم في العقود الادارية، ط١، مكتبة زين الحقوقية، صيدا، لبنان، ٢٠٢٣، ص١٥٧.

إبرامه باتفاق لاحق عند نشوء النزاع^(١)، إن مقومات التحكيم، سواء من حيث القانون الواجب التطبيق أو الإجراءات المتبعة، وكذلك الحكم الملزم الذي يصدره المحكم لحسم النزاع، تستمد جميعها قوتها القانونية والإلزامية من اتفاق التحكيم ذاته، وبذلك يُعد كلُّ من اتفاق التحكيم والحكم الصادر بموجبه جزءاً لا يتجزأ من الإطار التعاقدية الذي تم بين أطراف النزاع، مما يجعله ملزماً لهما^(٢).

ويؤيد اصحاب هذا الاتجاه رأيهم بعدة حجج منها:

١- يقوم التحكيم على أساس ضمني يتمثل في تخلي الأطراف عن اللجوء إلى القضاء، إذ يستمد المحكم سلطته من إرادة الأطراف واتفاقهم، مما يمنحه ولاية خاصة ومحددة بالفصل في النزاع الموكول إليه، بخلاف القاضي الذي يمارس سلطة عامة مستمدة من الدولة^(٣).

٢- تتكوّن هيئة التحكيم بناءً على إرادة الأطراف المتنازعين، مما ينفي عنها صفة الموظف العام، في حين تتشكّل الهيئة القضائية بموجب القانون، ويُعد أعضاؤها موظفين عموميين^(٤).

٣- ونظراً للطبيعة العقدية التي يتسم بها التحكيم، فإنه يسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة لطرفي الاتفاق، بينما يهدف القضاء إلى تحقيق مصلحة عامة تتمثل في إقامة العدالة بين أفراد المجتمع^(٥).

وقد أيدّ القضاء المصري هذا الاتجاه وتبناه في بعض أحكامه، إذ قررت محكمة النقض المصرية أن التحكيم يُعد طريقاً استثنائياً أقره المشرع لفضّ الخصومات، يقوم على الخروج عن وسائل التقاضي العادية^(٦).

وكما هو الحال مع أي نظرية، فإن لها مؤيدين كما لها منتقدين، ومن أبرز الانتقادات الموجهة لهذه النظرية، أنها بالغت في الاعتماد على العنصر الإرادي للأطراف، إذ منحت الإرادة دوراً رئيسياً في

(١) د. ابراهيم حسين عبادة، الاسلوب غير القضائي في حل المنازعات الادارية، مصدر سابق، ص ٢٣٤.

(٢) د. احمد محمد بديع، شرح قانون التحكيم المصري (دراسة مقارنة)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٢.

(٣) د. جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه في لفض المنازعات في مجال العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٦.

(٤) د. شاكر عبد الله العبادي، التحكيم بالعقود الادارية (التحكيم بعقود الدولة)، ط١، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، الاردن، ٢٠١٩، ص ٧٦.

(٥) د. سيد احمد محمود، نظام التحكيم (دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري)، بدون مكان نشر، ٢٠٠٤، ص ٤٠.

(٦) زياد رائد القره غولى، اثر التحكيم على النظام القانوني لنظرية العقد الإداري (دراسة مقارنة)، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٩، ص ٦٧.

تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم ونفي الصبغة القضائية عنه بالكامل^(١)، رغم أن وظيفة التحكيم لا تقتصر على الكشف عن إرادة الخصوم، بل تتمثل في الكشف عن إرادة القانون وتطبيقه على النزاع، كما أخذ عليها تركيزها المفرط على دور اتفاق الأطراف في تكييف طبيعة التحكيم، متجاهلة العديد من الجوانب الأخرى، لا سيما أن أساس التحكيم يقوم على ركنين أساسيين هما رادة الأطراف، وموافقة المشرع على هذه الإرادة، فلولاً إجازة المشرع للجوء إلى التحكيم، لما كانت إرادة الخصوم وحدها كافية لإنشاء هذا النظام، فضلاً عن أن دور الإرادة قد يختفي أو يضعف في حالات التحكيم الإجمالي، أو عندما يتم تعيين المحكمين من قبل المحكمة المختصة^(٢)، وعليه نرى أن هذه النظرية غير كافية لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، للأسباب المذكورة.

وعند تطبيق هذه النظرية على التحكيم امام مجلس الدولة في المسائل المختلف فيها نجد انها تنطبق في جزء معين وهو أن ابداء الرأي في المسألة المعروضة لا يتم الا بناء على موافقة الطرفين، الا أن المجلس عند ابداء رأيه لا يعتد بهذا الاتفاق وإنما يستند الى ما يقضي به القانون في المسألة موضوع الخلاف بدون ان يتأثر بإرادة الاطراف.

وبالتالي ترى الباحثة أن هذه النظرية لا تصلح لتحديد طبيعة التحكيم امام مجلس الدولة العراقي لما ذكر من أسباب.

ثانياً: الطبيعة القضائية للتحكيم

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم يقوم على أساس عقدي في بدايته وينتهي بصور حكم يُعد من أعمال القضاء أي أنهم يعتقدون بأنه، رغم استناد مهمة المحكم إلى اتفاق التحكيم المدرج في العقد، فإن طبيعة التحكيم تظل قضاءً ملزماً وإجبارياً بمجرد اتفاق الأطراف على اللجوء إليه كوسيلة لحل نزاعاتهم^(٣).

يُعد جوهر القضاء هو تطبيق حكم القانون على حالة معينة من قبل شخص لا تُخاطبه القاعدة القانونية المطبقة، وعندما يتفق الأفراد على اللجوء إلى التحكيم، فإنهم لا يتنازلون عن حقهم في إقامة

(١) د. محمود علي عبد السلام وافي، خصوصية إجراءات التحكيم في كل من مصر ودول الخليج العربي، ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٦، ص ٢٥.

(٢) د. بهمن احمد محمد، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الادارية، مصدر سابق، ص ١٢٧.

(٣) د. شاكر عبد الله العبادي، التحكيم بالعقود الادارية، مصدر سابق، ص ٧٥.

الدعوى، بل يتخلّون فقط عن اللجوء إلى القضاء الرسمي الذي تنظمه الدولة، لصالح نوع آخر من القضاء يختارون فيه قضائهم بموافقتهم وتقرّره الدولة^(١)، ومن هذا المنطلق، يُعد التحكيم شكلاً من أشكال القضاء يُضاف إلى قضاء الدولة، ورغم أن القضاء يُعد أحد مظاهر السيادة التي يُفترض ألا تمارسها إلا الدولة، إلا أن هذه الأخيرة، وبموجب سلطتها، تملك أن تُفوض بعض الأشخاص للقيام بهذه المهمة في إطار محدود، وذلك من خلال نظام التحكيم^(٢).

وقد ايد اصحاب هذه النظرية رأيهم بعدة حجج منها:

- ١- أن القرار الصادر عن المحكم والذي ينهي به النزاع، يحوز على حجية الشيء المقضي به، ومن المعروف أن هذه الحجية تتمتع بها الاحكام القضائية^(٣).
- ٢- أن وجود بعض الفوارق بين القضاء والتحكيم لا يحول دون الاعتراف بالصفة القضائية للتحكيم، كون المحكم لا يستطيع استدعاء شاهد والزامه بالحضور ولا يستطيع الزام الخصم بتقديم المستندات، فهذا لا يعد دليلاً او سنداً على انكار الصفة القضائية للتحكيم^(٤).

وقد ايدت اغلب الاحكام القضائية في القضاء المصري هذا الاتجاه، ففي حكم للمحكمة الدستورية العليا جاء فيه "أن احكام هيئات التحكيم الصادرة طبقاً لقانون هيئات القطاع العام وشركاته رقم (٩٧) لسنة (١٩٨٣) هي احكام لها حجية، وهي نافذة شأنها في ذلك شأن احكام هيئات التحكيم التي تصدر في منازعات التحكيم المبني على اتفاق الخصوم، فكلاهما يعد عملاً قضائياً يفصل في الخصومة، الامر الذي يعني بضرورة وجوب تقيدهما معا بالمبادئ الاساسية لضمان التقاضي^(٥).

أما في العراق فعلى الرغم من غياب نص صريح يوضح موقف المشرع العراقي بشكل مباشر، إلا أنه يمكن استنتاج هذا الموقف من خلال مضمون المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية رقم

(١) د. محمد داود الزغبى، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، ط١، دار الثقافة للنشر، الاردن، عمان، ٢٠١١، ص ٣٥.

(٢) د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٦، ص ٣٠.

(٣) د. جورجى شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه في لفض المنازعات في مجال العقود الادارية، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٤) د. احمد ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، ط٥، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٨، ص ٢٠.

(٥) د. بهمن احمد، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الادارية، مصدر سابق، ص ١٢٩.

(٨٣) لسنة ١٩٦٩ والتي تنص على أن "١- لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاء او اتفاقا ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة.

٢- لا ينفذ قرار المحكمين الا في حق الخصوم الذين حكموهم وفي الخصوص الذي جرى التحكيم من اجله"^(١)، يلاحظ ميل المشرع الى تبني النظرية القضائية للتحكيم.

وكما هو شأن سائر النظريات، لم تسلم هذه النظرية من النقد، إذ ذهب بعض الفقهاء إلى أنها لا تتسجم مع الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم، مستندين في ذلك إلى أن المحكم لا يتمتع بالضمانات والمزايا التي يخولها القانون للقاضي، كالحصانة والاستقلال الوظيفي، باعتبار أن وظيفة القاضي قانونية بحتة تقوم على حماية الحقوق والمراكز القانونية، سواء وُجد نزاع أم لم يوجد، هذا بالإضافة إلى أن المحكم لا يملك السلطة الجبرية التي يتمتع بها القاضي^(٢).

ومن الانتقادات الأخرى التي وُجّهت إلى هذه النظرية، أنها تغفل الفارق الجوهرية في أساس المسؤولية بين القاضي والمحكم؛ إذ إن المحكم يتم اختياره من قبل الأطراف، وبالتالي فإن مخالفته لشروط العقد تُعد إخلالاً بالتزام تعاقدي، ما يترتب عليه قيام مسؤولية عقدية، أما القاضي فهو مُعيّن من قبل الدولة، وإذا خالف القانون فإن ذلك يُعد إنكاراً للعدالة، وتترتب عليه مسؤولية ذات طبيعة مختلفة^(٣).

لذا ترى الباحثة أن هذه النظرية غير ملائمة لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم أمام مجلس الدولة، وذلك لأن أعضاء المجلس يتم تعيينهم من قبل الدولة، دون أن يكون للأطراف المحتكمة دور في اختيار أعضاء الهيئة التي تنظر في طلب الرأي، كما أن القرار الصادر عن المجلس لا يحتاج إلى تصديق من جهة قضائية أخرى، بل يُوجّه مباشرة إلى الجهة المعنية، ويُعد ملزماً لها بالتنفيذ دون الحاجة إلى إجراءات تصديقية إضافية.

ثالثاً- النظرية المختلطة للتحكيم

(١) ينظر المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٢) د. ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الاسباب والنتائج، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٢١.

(٣) حسين فاهم هادي الشمخي، الاطار القانوني لدور التحكيم في العقود الادارية، مصدر سابق، ص ١٧١.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن كلا من أصحاب النظريتين السابقتين يتبنيان مواقف متشددة، في حين أن التحكيم يُعد نتاجًا للتوازن بين مبدئين متعارضين: احترام إرادة الأفراد من جهة، والالتزام بأحكام القانون من جهة أخرى، فهو يعكس من جانب مفهوم العقد الذي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، ومن جانب آخر يتصل بفكرة القضاء التي تقوم على المطالبة بالحق عند وقوع النزاع والخضوع لما يقرره القانون والعدالة^(١).

حيث يقوم هذا الاتجاه على تقسيم العملية التحكيمية إلى مرحلتين متميزتين، تتجلى المرحلة الأولى في الطبيعة العقدية للتحكيم، إذ تتمثل في اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم استنادًا إلى هذا الاتفاق، حيث تلعب إرادة الأطراف الدور المحوري، مما يضيف على هذه المرحلة طابعًا عقديًا بحتًا، أما المرحلة الثانية، فتتمثل في مباشرة إجراءات التحكيم وإصدار الحكم، وما يترتب على هذا الحكم من حجية وقوة إلزامية تفوق تلك التي يتمتع بها العقد، مما يمنح هذه المرحلة طبيعة قضائية واضحة^(٢).

رابعاً: الطبيعة المستقلة للتحكيم

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن التحكيم يتمتع بنظام مستقل وطبيعة ذاتية متميزة، تجعله كياناً قانونياً خاصاً يختلف جوهرياً عن كل من النظام العقدي وأحكام القضاء التقليدي في الدولة، رغم وجود بعض أوجه الشبه بينهما، ويرى هؤلاء أنه لا يصح إخضاع نظام التحكيم أو دمجها ضمن أي من النظامين سواء العقدي أم القضائي لما في ذلك من إخلال بطبيعته الخاصة^(٣)، فلا جدوى من ربط التحكيم بأي منهما، وفقاً لهذا الاتجاه، يستمد التحكيم مقوماته من مصادر متعددة، تشمل التشريعات الوطنية للدول، والاتفاقيات والمعاهدات الدولية، فضلاً عن القواعد النموذجية والأنظمة المعتمدة من قبل هيئات التحكيم الدولية، مما يمنحه استقلالاً قانونياً وتنظيمياً متفرداً^(٤).

(١) فهد حطمان العبدلي، التحكيم في منازعات العقود الادارية في المملكة العربية السعودية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الازهر، العدد ٤٨، سنة ٢٠٢٥، ص ٦٠١٥.

(٢) د. شاكِر عبد الله العبادي، التحكيم بالعقود الادارية، مصدر سابق، ص ٨٠.

(٣) د. فتحي رياض ابو زيد، التمييز بين الصلح والتحكيم في انقضاء الدعوى الادارية، ط ١، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ٢٠١٦، ص ١٤٩.

(٤) د. شاكِر عبد الله العبادي، التحكيم بالعقود الادارية، مصدر سابق، ص ٨٠.

ونحن نؤيد هذا الاتجاه باعتباره الأقرب إلى تحديد الطبيعة القانونية للاحتكام أمام مجلس الدولة، بعيداً عن فكرتي العقد أو القضاء، وذلك لأن العلاقة بين الطرفين المحتكمين لا تقوم على وجود عقد، كما أن الرأي الاستشاري الصادر عن المجلس لا يُعد حكماً قضائياً بالمعنى الدقيق، ولا يتطلب تصديقه من جهة قضائية أخرى، بل يُعامل معاملة الأحكام القضائية من حيث قوته الإلزامية تجاه الجهات الإدارية، وهي قوة تستند إلى نص قانوني صريح.

وعليه، يمكننا أن نستنتج أن الاحتكام أمام مجلس الدولة العراقي في المسائل الخلافية يختلف اختلافاً جوهرياً عن التحكيم في العقود الإدارية، سواء من حيث أطراف النزاع، أو الجهة التي تنتظر فيه، أو حتى من حيث طبيعة الموضوع محل الاحتكام.

وعلى هذا الأساس نرى أن الرابط بين التحكيم أمام مجلس الدولة في المسائل الخلافية لا يتعدى مجرد استخدام مصطلح "الاحتكام"، إذ لا تنطبق أي من قواعد التحكيم المعروفة على هذه الحالة، ونعتقد أن استعمال لفظ "إذا احتكم الأطراف" قد يؤدي في الواقع العملي إلى إحداث ضرر، لا سيما في حال رفض أحد الأطراف اللجوء إلى مجلس الدولة رغم تقديم الطرف الآخر المتضرر لطلب الاحتكام، وقد أثبت الواقع العملي هذه الإشكالية، حيث تعتمد بعض الوزارات، وخصوصاً وزارة المالية، إلى الامتناع عن الذهاب إلى الاحتكام أمام مجلس الدولة، ما يضطر الوزارة المتضررة إلى تقديم طلب "الاستيضاح"، وهو إجراء لا يُنتج رأياً ملزماً من مجلس الدولة، وكنتيجة لذلك، يستمر الضرر، وقد يتطور مع مرور الوقت إلى نزاع إداري يُعرض لاحقاً أمام القضاء^(١)، لذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل نص الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة، وذلك بحذف عبارة "إذا احتكم الأطراف"، واستبدالها

(١) ومثال على ذلك في سنة ٢٠١٦ قدمت وزارة البيئة طلب احتكام إلى مجلس شورى الدولة (مجلس الدولة) حول إضافة نسبة من خدمات العاملين في الإشعاع لغرض التقاعد وفق احكام المادة (١٦) من قانون الوقاية من الإشعاع رقم (٩٩) لسنة ١٩٨٠، إلا أن وزارة المالية /هيئة التقاعد الوطنية بينت عدم موافقتها على الاحتكام لدى مجلس شورى الدولة، وحيث ان الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) يشترط موافقة الطرفين نص مجلس الدولة على مبدأ قانوني يقضي بأن "لا يكون الاحتكام لدى مجلس شورى الدولة في المسائل المختلف بشأنها الا بموافقة اطراف القضية"، مما اضطر وزارة البيئة في سنة ٢٠٢٢ الى أن تقدم طلب استيضاح استناداً الى نص الفقرة (خامساً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة في ذات موضوع طلب الاحتكام الا وهو امكانية إضافة خدمة العامل في الإشعاع ممن قضى (٥) سنوات في خدمة فعلية لأغراض التقاعد. ينظر الرأي الصادر عن مجلس شورى الدولة رقم (٢٠١٦/٧٥) بتاريخ (٢٠١٦/٨/٧)، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لسنة ٢٠١٦، مصدر سابق، ص ٢٠٠، وايضا الرأي الصادرة عن مجلس الدولة العراقي رقم (٢٠٢٣/٣٠) بتاريخ (٢٠٢٣/٤/٦)، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠٢٣، مصدر سابق، ص ١٠٣-١٠٥.

بعبارة "طلب الرأي"، بحيث لا يكون نظر الطلب وإصدار الرأي مشروطاً بموافقة الطرف الآخر في الخلاف، ويهدف هذا التعديل إلى تحقيق المصلحة العامة، ومنع تعطيل سبل حل الخلافات بسبب تعنت أحد الأطراف، وتجنب تحول الخلاف إلى نزاع قضائي أمام محاكم القضاء الإداري.

المطلب الثاني

القيود الواردة على تقديم طلب ابداء الرأي امام مجلس الدولة في المسائل المختلف

فيها

يعد طلب الرأي الاستشاري أحد الآليات القانونية التي تهدف إلى تفسير النصوص القانونية أو توضيح المسائل القانونية الغامضة التي قد تسبب خلافات أو حتى منازعات فيما بين الجهات الادارية، وتتمثل أهمية هذا الإجراء في تمكين الجهات الإدارية من الحصول على رأي قانوني ملزم أو غير ملزم (حسب النظام القانوني لكل دولة) يساعد على تسوية النزاعات أو الوقاية منها.

في العراق يجيز قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ (المعدل) للجهات الإدارية أو الوزارات تقديم طلبات استشارية إلى المجلس، وتتم معالجة هذه الطلبات من خلال الدوائر القانونية المختصة في المجلس، وفق إجراءات محددة تضمن حيادية واستقلالية الرأي الصادر.

أما في مصر فينظم قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ هذه المسألة، حيث تتولى إدارة الفتوى والتشريع إصدار آراء قانونية في النزاعات التي قد تنشأ بين الجهات الحكومية أو في تفسير العقود الإدارية، وذلك بطلب يُقدّم من الجهات المعنية، ويُشترط أن يكون النزاع جدياً وأن تكون الجهة مقدمة الطلب ذات صفة ومصلحة.

وتتفاوت درجة إلزامية هذه الآراء بين البلدين، كما تختلف إجراءات تقديم الطلب، من حيث المستندات المطلوبة، والجهة المختصة داخل مجلس الدولة، ومدى قبول الطلبات المقدمة من الأفراد أو من الجهات غير الحكومية، ولذلك فإن قيود تفرض عند تقديم طلب الاحتكام لمجلس الدولة تكون شكلية وموضوعية وهو ما سوف نبحث فيه من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين نبحت في الفرع الاول القيود الشكلية وفي الفرع الثاني القيود الموضوعية.

الفرع الاول

القيود الشكلية

هناك قيود شكلية تفرض عند تقديم الطلب الاستشاري المقدم بشأن المسائل المختلف فيها أو المنازعات بين جهات القانون العام، حيث يجب ان يكون الطلب المقدم مستوفيا للقيود التي نص عليها المشرع في قانون مجلس الدولة في كل من مصر والعراق، وتُعد من أهم هذه القيود أن يُقدّم الطلب من الجهة المختصة قانوناً بتقديمه، ففي مصر حدّد قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ في المادة (٥٨) الجهات التي تملك صلاحية تقديم طلب الرأي الاستشاري، وذلك في الحالات التي لا يبلغ فيها الخلاف بين هذه الجهات حدّ النزاع، حيث يُحال الطلب حينها إلى لجان وإدارات الفتوى المختصة^(١)، اما إذا وصل الامر المختلف فيه الى حالة نزاع قائم فقدت المادة (٦٦/د) الجهات التي يمكنها طلب الرأي الاستشاري بشأنه حيث نصت المادة " المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذا الجهات وبعضها البعض"^(٢).

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع المصري قد حدد على سبيل الحصر الجهات المخولة بطلب الرأي الاستشاري من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، وذلك في ما يتعلق بالمنازعات التي قد تنشأ فيما بينها، وتشمل هذه المنازعات تلك التي تقع بين وزارتين، أو بين مصلحتين عامتين، أو بين مؤسستين عامتين، أو بين هيئتين محليتين، أو بين أي من هذه الجهات وبعضها البعض، كأن يكون النزاع بين وزارة ومصلحة عامة، أو بين مؤسسة عامة وهيئة محلية، أو غيرها من التكوينات الإدارية العامة، كما يدخل ضمن اختصاص الجمعية العمومية النظر في المنازعات التي تنشأ بين جهتين إداريتين تربطهما علاقة تدرج إداري، وذلك عندما يمارس الرئيس الإداري سلطته الرئاسية على الأشخاص أو الموظفين التابعين له، في حال تمتع المرؤوس ببعض الاختصاصات الذاتية التي لا تخضع لرقابة السلطة الرئاسية في ممارستها، وفي هذه الحالة، يجوز للرئيس الإداري أن يتقدم بطلب إلى الجمعية العمومية للفصل في هذا النزاع^(٣)، وما عدا هذه الجهات المحددة فان الطلب يرفض من قبل

(١) أن المراد بالجهات التي يحصل بينها اختلاف هي جميع الجهات التي حددتها المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٩ والمذكورة مسبقاً في الفصل الأول ص ٦٥ و٦٦.

(٢) ينظر نص الفقرة (د) من المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٩.

(٣) د. عامر زغير محيسن، الفصل في المنازعات الادارية بين اشخاص القانون العام (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ١٧١٥.

المجلس وذلك لتقديمه من جهة غير مختصة، وايضاً يشترط أن يكون الطلب موقعاً مباشرة من قبل رئيس الجهة المحددة حيث أن المادة (١١٨) من اللائحة الداخلية لمجلس الدولة والصادرة بقرار الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (١) لسنة ٢٠١١ نصت على أن "يتعين أن يكون طلب ابداء الرأي من الجمعية العمومية مباشرة بكتاب رسمي موقع ممن لهم حق طلب الرأي طبقاً لنص المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة"^(١).

أما في العراق فقد حدد المشرع العراقي في قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل في نص المادة (٦) الفقرة (ثالثاً) الجهات التي يحق لها طلب الاحتكام لدى المجلس وهي كل الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة^(٢)، ومن ثم منع القانون غير الوزير المختص أو الرئيس الاعلى للجهات غير المرتبطة بوزارة^(٣)، أي أن السلطات الاتحادية والمقصود بها السلطات الثلاثة (السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية)، لا يشملها نص الفقرة (ثالثاً) بمعنى لا يجوز لها أن تحتمك امام مجلس الدولة بسبب الخلاف حول تطبيق أو تفسير نص قانوني غامض أو قرار اداري، حيث أن الجهة المختصة بنظر القضايا الناتجة عن تفسير او التطبيق الفعلي للنصوص القانونية وخاصة القوانين الاتحادية، هي المحكمة الاتحادية العليا وذلك بحسب نص المادة (٩٣) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ والتي جاء فيها " تختص المحكمة الاتحادية العليا بالاتي:.. ثالثاً:- الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية، والقرارات والانظمة والتعليمات، والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء، وذوي الشأن، من الافراد وغيرهم، حق الطعن المباشر لدى المحكمة"^(٤).

يُلاحظ أن نص الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) قد حدد حصراً الجهات التي يجوز لها تقديم طلب الاحتكام وهي الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، فإذاً يجب أن يكون طلب الاحتكام موقعاً من قبل الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة^(٥)، لكن من هو الوزير، وما هو منصب رئيس الجهة المرتبطة بوزارة؟

(١) ينظر نص المادة (١١٨) من اللائحة الداخلية لمجلس الدولة المصري رقم (١) لسنة ٢٠١١.
(٢) ينظر نص الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
(٣) نصت المادة (٨) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
(٤) ينظر نص الفقرة (ثالثاً) من المادة (٩٣) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥، وينظر ايضا د. سمير داود، الاختلاف في تطبيق القانون كشرط لاختصاص المحكمة الاتحادية العليا في التفسير، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلد ١٨، العدد ٣٥-٣٦، ٢٠١٨.

(٥) ولكن في الواقع العملي لم يلتزم مجلس الدولة بذلك وقبل طلب الاحتكام المقدم من قبل أمانة مجلس الوزراء ومجلس النواب ايضا بشأن الخلاف الذي نشأ بينهما حول القانونين الجديدين لكل من ديوان الوقف الشيعي والوقف

للإجابة عن هذه التساؤلات، سنشرع أولاً بتعريف الوزير

أن الوزير يُعرف بأنه (الرئيس الإداري الأعلى، ونهاية السلم الإداري في وزارته، وبهذه الصفة يشرف على جميع المصالح والمرافق التابعة لوزارته، وبالتالي يتمتع بكل مظاهر السلطة الرئاسية على جميع موظفي وزارته)^(١).

ويلاحظ أن الدستور المصري النافذ في نص المادة (١٥٨) منه عرف الوزير بأنه "الرئيس الإداري الأعلى لوزارته ويتولى رسم سياسة الوزارة في حدود السياسة العامة"^(٢).

أما بالنسبة إلى الدستور العراقي فهو لم يعرف الوزير ولكن هناك بعض القوانين التي عرفته منها، قانون وزارة السياحة والآثار رقم (١٣) لسنة ٢٠١٢ الذي اعتنق المعيار الوظيفي في تعريف الوزير إذ عرفه بأنه "الرئيس الأعلى للوزارة والمسؤول عن تنفيذ سياستها ومهامها، ويمارس الرقابة والأشراف على أنشطتها وفعاليتها وحسن أدائها، وتصدر عنه التعليمات والقرارات والأوامر في كل ما يتعلق بتشكيلاتها ومهامها وسائر شؤونها الفنية والمالية والإدارية والقانونية ضمن الحدود المبينة في هذا القانون والتشريعات النافذة"^(٣).

وايضاً عُرِفَ قانون وزارة التجارة رقم (٣٧) لسنة (٢٠١١) في الفقرة (أولاً) من المادة (٤) منه والتي جاءت كالاتي "الوزير هو الرئيس الإداري الأعلى للوزارة وتصدر عنه القرارات والتعليمات والانظمة الداخلية والاوامر المتعلقة بتنفيذ مهام الوزارة وتشكيلاتها وصلاحياتها وادارة شؤونها الادارية والفنية ضمن حدود هذا القانون والقوانين الاخرى وله تخويل أي من موظفي الوزارة كلاً أو جزء من صلاحياته باستثناء ما خول به شخصياً"^(٤).

ويفهم مما تقدم بأن الوزير هو الرئيس الأعلى في الوزارة وصاحب أعلى منصب إداري فيها وهو مسؤول عن أعمالها وتوجيه سياستها ومهامها وايضاً يمارس الرقابة على أنشطتها وحسن أدائها وفعاليتها،

السني وما يتعلق بألية تعيين كل من رئيس الديوان ونائبة، ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم (٢٠١٦/٦) بتاريخ (٢٠١٤/١١/١٤)، قرارات مجلس شوري الدولة وفتاواه لسنة ٢٠١٦، مصدر سابق، ص ١٤.

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢، ص ١١٨.

(٢) ينظر نص المادة (١٥٨) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ المعدل النافذ.

(٣) ينظر نص الفقرة (أولاً) من المادة (٥) من قانون وزارة السياحة والآثار رقم (١٣) لسنة ٢٠١٢.

(٤) ينظر نص الفقرة (أولاً) من المادة (٤) من قانون وزارة التجارة رقم (٣٧) لسنة ٢٠١١.

ومن صلاحياته اصدار الانظمة الداخلية والتعليمات التي تنظم سير العمل داخل الوزارة وكذلك اصدار القرارات والوامر في كل ما يتعلق بمهامها^(١).

والبحث في مفهوم الوزير المنصوص عليه في الفقرة (ثالثا) من المادة (٦) من قانون المجلس العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل والذي يحق له تقديم طلب الاحتكام، يقتضى التفريق بين أنواع الوزير والتي هي كالآتي:

١- **الوزير الاصيل:** يُطلق على الوزير الذي يتولى إدارة إحدى الوزارات الحكومية في التشكيل الوزاري اسم "الوزير في الوزارة" أو "الوزير ذو الحقيبة الوزارية"، ويُقصد به ذلك الوزير الذي يرأس وزارة معينة ويتولى الإشراف الكامل عليها، مع مسؤولية تنفيذ السياسة العامة التي يحددها مجلس الوزراء ضمن نطاق اختصاص وزارته ويتمتع الوزير، في هذا الإطار، بصلاحيات سياسية وإدارية واسعة تشمل جميع شؤون الوزارة التي يتولى إدارته^(٢).

٢- **وزير الدولة:** يُعد وزير الدولة أحد أعضاء التشكيل الوزاري الذي يُعينه رئيس الوزراء أو رئيس الدولة دون أن يُسند إليه الإشراف على وزارة محددة، أي أنه وزير بلا حقيبة وزارية، ومع ذلك يشارك وزير الدولة في اجتماعات مجلس الوزراء، وذلك للاستفادة من خبراته في مهام متعددة، وغالبًا ما يُحدد رئيس الدولة اختصاصاته، إما بتكليفه بمتابعة ملفات معينة وإعداد دراسات بشأنها، أو بإسناد مهام تنسيقية إليه لا تتدرج ضمن اختصاصات الوزارات القائمة، ولكنها تقع ضمن اختصاصات مجلس الوزراء، ويُسأل وزير الدولة ضمن حدود الاختصاصات التي تُحدد له^(٣).

٣- **الوزير بالوكالة:** قد يطرأ في العمل الوزاري أن يتغيب أحد الوزراء عن البلاد لأسباب معينة، مما يؤدي إلى توقفه المؤقت عن ممارسة مهامه، ويبقى منصبه شاغراً، كما هو الحال في حالات الاستقالة أو الوفاة أو الإقالة أو سحب الثقة، وفي مثل هذه الحالات، وحرصاً على ضمان استمرارية العمل داخل الوزارة وعدم تعطيله، يتم تكليف أحد الوزراء بتولي مهام الوزير الغائب، وتُعرف هذه

(١) د. يوسف سعد الله خوري، القانون الإداري العام، الجزء الاول، ط٤، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٦٨.

(٢) د. شذى غائب عز الدين، فراس عبد الرزاق حمزة، ماهية التدقيق الموضوعي لمشروعات التشريعات في مجلس الدولة العراقي، بحث منشور في مجلة النهرين للعلوم القانونية، المجلد ٢١، العدد ٣، ٢٠١٩، سبتمبر، ص ١٣.

(٣) د. مصدق عادل طالب، الوزير في الدساتير العراقية (دراسة تحليلية)، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص٧٨.

الحالة بالإنابة، وهي شكل من أشكال التكليف الإداري تُعهد بموجبه السلطة العليا إلى أحد الموظفين بممارسة جميع الاختصاصات المقررة لصاحب الاختصاص الأصلي، سواء لحين عودته من غيابه أم إلى حين تعيين خلف له، وتُعد الإنابة وسيلة لمعالجة الفراغ الإداري المؤقت، وفي العراق يُطلق على هذه الحالة مصطلح "الوكالة"، فيقال "الوزير بالوكالة"، ويُقصد به الوزير الذي صدر قرار بتكليفه للقيام بمهام حقيبة وزارية أخرى، إلى جانب منصبه الوزاري الأصلي^(١).

ويمكن لرئيس الوزراء أن ينقل أي وزارة بالوكالة طيلة غياب الوزير الاصيل سواء كانت وزارة حقيبة ام وزارة دولة^(٢)، يتبين مما سبق أن الوزير الاصيل هو من يتولى حقيبة وزارية، ويُعد أعلى سلطة إدارية في وزارته، ويملك صلاحية ممارسة جميع الاختصاصات الوزارية والإدارية المقررة، أما الوزير دون حقيبة وزارية، فإن صلاحياته تكون محددة حصراً بما يُسند إليه من مهام من قبل رئيس الدولة، ولا يتجاوز نطاقها، في حين أن الوزير بالوكالة هو من يُكَلَّف بممارسة مهام الوزير الاصيل أثناء غيابه، ويتولى إدارة شؤون الوزارة بصورة مؤقتة، حيث تنتقل إليه اختصاصات الوزير الاصيل لضمان استمرارية العمل الإداري داخل الوزارة.

٢- الرئيس الاعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة

قبل تعريف الرئيس الاعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة، يجب اولا معرفة ماهية الجهة غير المرتبطة بوزارة وهل تشمل مجالس المحافظات؟

تعرفُ الجهة غير المرتبطة بوزارة بأنها (هي اجهزة أو هيئات تنشأ بموجب الدستور وتمنح الشخصية المعنوية والاستقلال المالي والاداري بهدف ضمان سلامة التصرفات الادارية والتأكد من شرعيتها واتفاقها مع احكام التشريعات النافذة، ولها في سبيل تحقيق ذلك اصدار القرارات المناسبة بقصد المحافظة على المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة)^(٣).

وأفرد الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ فصلاً خاصاً لتحديد الهيئات المستقلة، مبيئاً الجهات التي ترتبط بها وتخضع لرقابتها ومن بين الهيئات القائمة حالياً، المفوضية العليا المستقلة للانتخابات، وهيئة النزاهة، والبنك المركزي، ودواوين الأوقاف، وديوان الرقابة المالية، وهيئة الإعلام والاتصالات، ومؤسسة الشهداء،

(١) د. مصدق عادل طالب، الوزير في الدساتير العراقية (دراسة تحليلية)، مصدر سابق، ص ٧٨.

(٢) د. عصام الدبس، النظم السياسية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١١، ص ٢٤٥.

(٣) د. حنان محمد القيسي، مفهوم الاستقلال والهيئات المستقلة في دستور ٢٠٠٥، بحث منشور في الحقوق، المجلد ٥، العدد ٢٣-٢٤، ٢٠١٤، ص ٥.

ومجلس الخدمة الاتحادي، في المقابل لا تزال بعض الهيئات التي نص عليها الدستور دون تشكيل فعلي، لعدم صدور قوانين تنظم عملها حتى الآن، ومنها الهيئة العامة لضمان حقوق الأقاليم والمحافظات في المشاركة العادلة بإدارة مؤسسات الدولة الاتحادية، والهيئة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية، واللذان ورد النص عليهما في المادة (١٠٥) و(١٠٦) من الدستور^(١).

وعلى الرغم من الأهمية الدستورية التي تتمتع بها هذه الهيئات، إلا أن الدستور لم يضع تعريفاً دقيقاً لمفهوم "الهيئات المستقلة"، بل اكتفى بوصفها بأنها هيئات تتمتع بالاستقلال المالي والإداري، تخضع في رقابتها إما لمجلس النواب أو لمجلس الوزراء، ويتم تنظيم شؤونها واختصاصاتها بقوانين يصدرها المشرع^(٢).

أما رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة فيعرف بأنه الموظف الذي يرأس الجهة غير المرتبطة بوزارة والذي يكون بدرجة وزير، وقد أشار الى تعريفه قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء رقم (٢٧) لسنة ٢٠١١ في الفقرة (ثانياً) من المادة (٣) بأنه "كل من يشغل وظيفة واردة في قانون نافذ بكونه بدرجة وزير وعين فيها وفق احكام القانون"^(٣)، كما أشار اليه قانون المفوضية العليا لحقوق الانسان رقم (٥٣) لسنة ٢٠٠٨ في المادة (١٦) الفقرة (اولاً) حيث نصت على أن " يرأس المفوضية رئيس بدرجة وزير"^(٤).

وعلى هذا الاساس لا تعدُّ مجالس المحافظات هيئات مستقلة أو جهات غير مرتبطة بوزارة، لذلك لا يجوز للمحافظ تقديم طلب للاحتكام امام مجلس الدولة أو طلب الاستيضاح منه، لان المحافظ لا يعدُّ وزير أو رئيس جهة غير مرتبطة بوزارة و إنما يعدُّ بمثابة وكيل وزير فيما يخص الحقوق والخدمة الوظيفية وذلك وفقاً لنص المادة (٢٤) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ التي عرفته بأنه الرئيس التنفيذي الاعلى في المحافظة^(٥).

(١) خصص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ الفصل الرابع من الباب الثالث للهيئات المستقلة ويضم هذا الفصل المواد من ١٠٢-١٠٨.

(٢) عقيل نكي صالح العارضي، مجلس الدولة والرقابة على قرارات المفوضية العليا المستقلة للانتخابات في العراق (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة، كلية القانون، ٢٠٢١، ص ٩.

(٣) ينظر نص الفقرة (ثانياً) المادة (٣) من قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء رقم (٢٧) لسنة ٢٠١١.

(٤) ينظر نص الفقرة (اولاً) المادة (١٦) من قانون المفوضية العليا لحقوق الانسان رقم (٥٣) لسنة ٢٠٠٨.

(٥) نصت المادة (٢٤) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ على أن "يعد المحافظ الرئيس التنفيذي الاعلى في المحافظة وهو بدرجة وكيل وزير فيما يخص الحقوق والخدمة الوظيفية"، وينظر ايضاً قرار الرأي الاستشاري الصادر عن مجلس الدولة حول طلب الاستيضاح المقدم من قبل محافظة الديوانية الذي تم رفضه من قبل المجلس كون المحافظة لا تعد جهة غير مرتبطة بوزارة.

ولكن يمكن للمحافظ تقديم طلب الرأي والمشورة القانونية بشكل عام عن طريق رئيس مجلس الدولة والذي له صلاحية احالة الطلب الى احدى الهيئات المتخصصة أو الامتناع عن ذلك^(١).

ونرى بأن هذا الاتجاه يضيق من نطاق الجهات التي يجوز لها اللجوء الى مجلس الدولة لحل ما ينشأ بينها من خلاف، لذا ندعو المشرع العراقي الى تضمين المحافظات من ضمن الجهات التي يجوز لها تقديم طلب الرأي الى مجلس الدولة مباشرة.

لذا يتضح أن طلب الاحتكام يكون محصوراً فقط بالوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة، ولكن السؤال هنا هل يجوز للوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة تفويض هذا الاختصاص الى شخص آخر؟

فالبدء يلاحظ أن بالاختصاص يعني أن يقوم المشرع بتحديد مجموعة من الأعمال والتصرفات التي يجوز للجهات الإدارية أو الأشخاص المعنوية العامة ممارستها بصورة مشروعة، وبما يُعتد به قانوناً وشرعاً، أما التفويض، فيُراد به أن يُعهد صاحب الاختصاص الأصيل بجزء من صلاحياته إلى أحد مرؤوسيه، شريطة أن يكون القانون قد أجاز ذلك صراحة، وأن تتم ممارسة هذا الاختصاص المفوض تحت إشراف ورقابة الجهة أو الشخص صاحب الاختصاص الأصيل^(٢).

وعندما يمنح القانون الجهات الإدارية سلطات وصلاحيات معينة، فإن ذلك لا يُعد تمكيناً لها من حق تتصرف فيه وفقاً لمحض إرادتها، بل هو تكليف بوظيفة محددة تلتزم تلك الجهات بأدائها بنفسها، ويُعد تجاوزها لهذا الالتزام خرقاً لأحكام القانون، ومع ذلك قد تفرض بعض الضرورات الملحة والظروف الاستثنائية ممارسة الاختصاص من قبل جهة غير صاحبة الاختصاص الأصيل، كأن يتعذر على الأخير مباشرة مهامه لأي سبب من الأسباب، مما يستدعي (تفادياً لحصول فراغ إداري) اللجوء إلى تفويض تلك الاختصاصات إلى جهة أخرى^(٣).

(١) نصت المادة (٩) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أن " لرئيس مجلس الدولة ان يحيل على المجلس القضايا التي يرثي احوالها عليه ، او أن يكلف عضوا او اكثر من اعضائه بدراستها وابداء الرأي فيها او اعداد مشروعات التشريعات في المسائل التي يحيلها " .

(٢) د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، دار المسلة للطباعة القانونية والنشر، بغداد، ٢٠١٧، ص ٥٩.

(٣) د. برهان زريق، التفويض في القانون الإداري، ط ١، بدون مكان نشر، ٢٠١٧، ص ٦.

ولا يكون التفويض مشروعاً إلا إذا كان مستنداً إلى نص قانوني صريح يُجيزه في نطاق محدد، إذ يشترط لصحة التفويض أن يستند إلى سند تشريعي يُبيح صراحة منح بعض الصلاحيات لجهة أو شخص معين، وإذا صدر التفويض دون وجود سند قانوني يجيزه، فإنه يُعد باطلاً ويجوز الطعن فيه بالإلغاء^(١)، كما أنه إذا أجاز القانون لأحد الرؤساء الإداريين تفويض جزء من اختصاصاته إلى شخص محدد بالاسم أو بالوصف، فلا يجوز تجاوز هذا التحديد إلى غيره، وإلا عُد التفويض باطلاً لمخالفته النصوص القانونية النافذة^(٢)، ومن الشروط الأساسية لمشروعية التفويض أن يكون تفويضاً جزئياً، إذ لا يجوز لصاحب الاختصاص الأصيل أن يفوض جميع صلاحياته، لأن ذلك يُعد بمثابة تنازل عن الوظيفة ذاتها، مما يفقد وجوده في المنصب معناه القانوني والوظيفي، ولهذا السبب تحرص النصوص التشريعية التي تُجيز التفويض على استخدام لفظ "بعض" الصلاحيات، للدلالة الصريحة على أن التفويض يجب أن يكون جزئياً ومحدداً، دون أن يشمل الاختصاصات كافة^(٣).

ولذلك وبالعودة الى نص الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل^(٤)، يتضح أنها حددت على سبيل الحصر الجهات المخولة بتقديم طلب الاحتكام، دون أن تُجيز تفويض هذا الاختصاص إلى غير تلك الجهات، وبناءً عليه لا يُقبل تقديم طلب الاحتكام إذا كان مقدماً من شخص مفوض، كما لا يُعتد به إذا لم يكن موقعاً من الوزير المختص أو من رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة.

ويُعد هذا النهج الذي تبناه المشرع العراقي مماثلاً لما قرره نظيره المصري في اللائحة الداخلية لمجلس الدولة، وهو في نظرنا مسلك تشريعي موفق؛ إذ يضمن أن يكون الوزير أو رئيس الجهة الإدارية على اطلاع مباشر بجوانب الخلاف محل الاحتكام، مما يُضفي قدرًا أكبر من الجدية والدقة في عرض الخلاف أمام المجلس.

-
- (١) د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الثاني، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ص ٤٠.
(٢) هبه هاشم محمد الفتلاوي، التنظيم القانوني لاختصاص مجلس الدولة العراقي في مجال التقنين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة، كلية القانون، ٢٠٢٠، ص ٧٠.
(٣) د. عادل السيد أبو الخير، القانون الإداري، بدون طبعة، بدون مكان نشر، ٢٠٠٧، ص ١٠٨.
(٤) نصت الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أن "ابداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة اذا احتكم اطراف القضية الى المجلس ويكون رأي المجلس ملزماً لها".

ومن التطبيقات على ذلك الرأي الصادر عن مجلس الدولة المصري في هذا الصدد طلب الرأي المقدم من قبل وزيرة التجارة حول مدى قانونية ما قامت به شركة ثلاثين للثروة المعدنية من اسناد اعمال استغلال المعادن والذهب المكتشف في نطاق الممنوح لها امتياز عليها الى افراد وشركات بالمخالفة لإحكام القانون والاتفاقية المرفقة بالقرار بالقانون رقم (٤٣) لسنة ٢٠١٤، وثانياً....، وانتهت الجمعية بصدد الاجابة على المسائل المطروحة بعدم قبول الطلب وذلك حسب ما جاء في نص " وأذ نلاحظ أن طلب الرأي المائل قد تم توقيعه من غير السيدة الدكتورة وزير البيئة، وذلك بأن تم استباق موضع التوقيع المذيل للطلب بحرف "ع" دون أن يكون للموقع على الطلب أي اختصاص في هذا الشأن، لاسيما أن المستقر عليه في افتاء الجمعية العمومية عدم جواز التفويض في الاختصاص في هذا الامر، فمن ثم يكون طلب ابداء الرأي قد ورد من غير ذي صفة^(١).

وفي العراق لم نجد تطبيقاً واقعياً حول تقديم طلب الاحتكام من غير الجهات التي حددها القانون، لكن في حالات أخرى مقارنة كما في حالة طلب الاستيضاح نجد عدة تطبيقات منها تقديم طلب الاستيضاح المقدم من قبل محافظة الديوانية حول إقالة السيد (ع. ع. أ. ع) قائم مقام عفك بسبب ارتكابه جريمة مشمولة بقانون العفو العام رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٨ وهل أن العفو هذا يلغي جميع الآثار المترتبة على الجريمة والعقوبة، فذهب المجلس الى " حيث أن البند (خامساً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ قضى بأن يختص مجلس الدولة بتوضيح الاحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من قبل احدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة"قانتهى المجلس الى "للأسباب المذكورة لا يختص مجلس الدولة بالنظر في الموضوع المستوضح فيه"^(٢)، نلاحظ ايضاً هنا بأن المجلس قد رفض النظر في المسألة موضوع الرأي لعدة اسباب منها كون الطلب مقدم من قبل محافظة الديوانية وهي لا يعد من قبل الهيئات غير المرتبطة بوزارة^(٣)، لذلك يعد بأن الطلب مقدم من قبل غير ذي صفة. صفة

(١) ينظر فتوى الجمعية العمومية لاسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، ملف رقم (١٨٣/٢/٧٨)، بتاريخ (٢٠٢١/١١/٢)، منشور على الموقع الالكتروني <https://manshurat.org/node/14116>، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٥/١٩، الساعة ١١:٣٠ م.

(٢) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم (٢٠١٩/٥) بتاريخ (٢٠١٩/١/١٥)، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لسنة ٢٠١٩، اصدارات مجلس الدولة، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ص ٣١.

(٣) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم (٢٠١٩/٥) بتاريخ (٢٠١٩/١/١٥)، مصدر سابق.

الفرع الثاني

القيود الموضوعية

من القيود الموضوعية المفروضة على تقديم طلب الاحتكام في المسائل المختلف فيها هو أن يتحقق وجود الخلاف أو النزاع بين الجهات الادارية.

اولاً: تحقق وجود الخلاف أو النزاع

في قانون مجلس الدولة المصري تختلف درجة الخلاف أو النزاع بين الجهات الإدارية بحسب طبيعة العلاقة والموضوع، فمجرد تباين وجهات النظر الناتج عن الأنشطة اليومية لتلك الجهات لا يُعد في حد ذاته منازعة إدارية بالمعنى القانوني، وإنما يُعد خلافاً إدارياً بسيطاً، يُقدّم بشأنه طلب الرأي الاستشاري إلى إدارات ولجان الفتوى المختصة، التي تتولى بدورها التحقق من مدى جدية هذا الخلاف.

أما المنازعة الإدارية فيتحقق وجودها بشكل عام عندما تقوم إحدى الجهات الإدارية بالمساس بحق مالي أو مركز قانوني أو امتياز مقرر قانوناً لجهة إدارية أخرى، وفي مثل هذه الحالات، تتولى الجهة الإدارية المتضررة عرض النزاع على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، باعتبارها الجهة المختصة بالفصل في هذا النوع من المنازعات الإدارية^(١).

ومثال على ذلك ما ذهبت اليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري حيث ذهبت الى "وان اختصاصها بالفصل في المنازعات بين الجهات المشار اليها يفترض وجود حق مالي بين جهتين او اكثر من هذه الجهات...."، ولاحظت الجمعية العمومية أن الثابت من الاوراق أن الموضوع المعروض لا يعدو ان يكون خلافا في الرأي نشأ بين محافظة الاسكندرية (ادارة الرخص) ووزارة السياحة (ادارة الرقابة على الشركات السياحية) حول تحديد الجهة الادارية المختصة بإغلاق الشركات السياحية التي تدار بالمخالفة للقانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٧ بتنظيم الشركات السياحية، ومن ثم تكتمل لهذا الموضوع عناصر المنازعة ومن ثم يظل مجرد طلب رأي،....، ومن ثم يتعين عدم قبول هذا الطلب"^(٢).

(١) د. عامر زغير محيسن، الفصل في المنازعات الادارية بين اشخاص القانون العام (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ١٧١٥.
(٢) ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، رقم (١٩٧) بتاريخ (١٨/٤/٢٠١٠) ملف رقم ٣٢/٢/٣٩٦٤، منشور على الموقع الالكتروني <https://manshurat.org/node/14116> تاريخ الزيارة (٢٥/٣/٢٠٢٥).

فالعبرة تكمن في تحقق وجود نزاع حقيقي بين الجهات الإدارية، ويُشترط بالإضافة إلى ذلك أن يكون هذا النزاع قائماً ومستمراً حتى تاريخ صدور الرأي، لا أن يكون قد زال أو تم تسويته قبل ذلك، فإذا كان النزاع قد نشأ فعلاً في وقت سابق لتقديم الطلب، لكنه انتهى أو زال أثره قبل أن تُبدي الجمعية العمومية رأيها، فإن المجلس يمتنع عن إبداء الرأي لانقضاء الجدوى منه.

وقد تبنت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع هذا الاتجاه في أحد آرائها المتعلقة بالنزاع القائم بين الهيئة العامة للتأمين الصحي ووزارة المالية بشأن مدى التزام الوزارة بسداد مبلغ مالي يمثل قيمة الاشتراكات التي وردتها مديرية التربية والتعليم بمحافظة الجيزة عن الطلاب للعام الدراسي ٢٠١٢/٢٠١٣، حيث انتهت الجمعية العمومية إلى عدم إبداء الرأي، نظراً لزوال النزاع قبل الفصل فيه، "لما كان ذلك، وكان النطاق الزمني للعمل بالمرسوم بقانون رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٣ يربط الموازنة العامة للدولة عن السنة المالية ٢٠١٢/٢٠١٣ انتهى بنهاية تلك السنة المالية في ٢٠١٣/٦/٣٠، وتلا ذلك صدور القانون رقم (١٠٨) لسنة ٢٠١٣ يربط حساب ختامي الموازنة العامة للدولة للسنة المالية ٢٠١٢/٢٠١٣ الأمر الذي لم تعد معه اية جدوى ترجى من ابداء الرأي في طلب الهيئة العامة للتأمين الصحي الزام وزارة المالية اداء المبلغ محل النزاع"^(١).

فيلاحظ هنا أن الجمعية العمومية تنتظر في مدى توافر النزاع وهل هو قائم وقت الطلب أم لا، فانتهت الجمعية العمومية الى عدم الجدوى من ابداء الرأي لانتهاء محل النزاع.

أما في العراق، فإن مجلس الدولة يشترط بدوره وجود خلاف فعلي لإبداء الرأي فيه، إذ لا يُتصور تقديم طلب رأي بشأن خلاف غير قائم، غير أننا لم نعثر على نص أو اجتهاد يشير إلى اشتراط استمرار الخلاف من عدمه كما هو الحال في مصر، ولم نقف كذلك على أي تطبيق عملي مباشر لهذا الشرط، استناداً إلى الفقرة الثالثة من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي، ومع ذلك يمكن الإشارة إلى تطبيق مقارب استناداً إلى الفقرة الخامسة من المادة ذاتها، فيما يتعلق بموضوع النزاع أو الخلاف، ومن الأمثلة على ذلك ما انتهى إليه المجلس عند إجابته عن طلب الاستيضاح المقدم من وزارة الزراعة بشأن مدى إمكانية الاستمرار في العمل بأعمال ديوان الرئاسة المنحل الصادر عام ١٩٩٦، والذي نص على عدم جواز استعادة

(١) ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم (١٦٧٤) بتاريخ ٢٠٢١/١١/٦، ملف رقم (٥٤٢٠/٢/٣٢)، منشور على الموقع الالكتروني <https://manshurat.org/node/14116>، تاريخ الزيارة (٢٠٢٥/٣/٢٥).

المواطن من قوانين الإصلاح الزراعي أكثر من مرة، فذهب المجلس الى ان " حيث أن الاستيضاح يتعلق بمدى استمرار نفاذ أعمام ديوان الرئاسة (المنحل) رقم (ق/ ٩٦١٣) في ١٩٩٦/٥/٨٩، وهو يعد من قبيل القرارات الإدارية التنظيمية، وحيث ان المادة (٦) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ نصت على يمارس المجلس في مجال الرأي والمشورة القانونية اختصاصاته على النحو الآتي:-... خامساً:- توضيح الأحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من احدى الوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارة)، فأنتهى المجلس الى أن الموضوع المستوضح عنه لا يعد من الأحكام القانونية"^(١).

فيلاحظ هنا أن المجلس أمتنع عن ابداء الرأي في المسألة المعروضة كونها لا تعد من المسائل التي يجوز طلب الاستيضاح فيها.

ثانياً: عدم وجود طرق طعن اخرى

أن تقديم طلب الرأي الاستشاري محكوم بشرط واضح وصريح الا هو عدم وجود مرجع للطعن، بمعنى أن لا توجد طريقة اخرى للفصل في الخلاف أو المنازعة وبالتالي يتم اللجوء الى طلب الرأي الاستشاري لحلها، ففي مصر وعلى الرغم من الاختصاص الحصري للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بالفصل في المنازعات الادارية وذلك حسب ما نصت عليه المادة (د/٦٦) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٧٢)^(٢)، الا أن هناك استثناءات نصت عليها بعض القوانين حدت من الاختصاص الحصري للجمعية العمومية في نظر المنازعات الإدارية، ومن ذلك على سبيل المثال، المنازعات التأجيرية الخاضعة لأحكام القانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧، الناشئة بين الجهات الإدارية، حيث أسند المشرع الفصل في المنازعات المتعلقة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر إلى القضاء العادي، كما يُستثنى من اختصاص الجمعية العمومية كذلك المنازعات المتعلقة بالرسوم القضائية، والمنازعات الناشئة عن ضريبة الدخل، وبوجه عام، فإن أي مسألة يُخرجها المشرع بنص صريح من نطاق اختصاص الجمعية العمومية، لا يجوز لها الفصل فيها لوجود جهة قضائية مختصة بنظرها والطعن عليها^(٣).

(١) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم (٢٠٢٠/٧٥) بتاريخ (٢٠٢٠/١٢/٨)، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لسنة

٢٠١٩، اصدارات مجلس الدولة، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠٢١، ص ٢٣١.

(٢) ينظر نص المادة (د/٦٦) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل.

(٣) د. عثمان حسين عثمان، قانون القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٢٥٣.

وايضاً يدخل من ضمن هذا الشرط عدم جواز ابداء الرأي في المسائل المعروضة على القضاء، حيث تمتنع الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع عن ابداء الرأي في المسائل التي سبق وأن تم عرضها على القضاء أو المعروضة على القضاء وقت تقديم الطلب، ومثال على ذلك ما ذهبت اليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حول طلب الرأي المقدم من رئيس الغرفة التجارية المصرية بالقيلوبية بشأن النزاع القائم بين الغرفة التجارية المصرية والوحدة المحلية لمركز ومدينة بنها بخصوص مشروعية قرار محافظ القيلوبية رقم (١٤) لسنة ٢٠١٥، حيث ذهبت الجمعية العمومية الى " وكان الثابت من الاوراق ان النزاع المائل اقيمت بشأنه الدعوى رقم (٩٥٤٥) لسنة ١٦ ق امام محكمة القضاء الاداري بطلب الغاء القرار رقم (١٤) لسنة ٢٠١٥ المشار اليه، فمن ثم يغدو من غير الملائم _ والحال كذلك _ ابداء الرأي فيه؛ لتعلقه بنزاع مال زال مطروحا على القضاء"، فانتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الى "عدم ملاءمة ابداء الراي في النزاع المائل"^(١)، فيلاحظ أن الجمعية العمومية قد امتنعت عن ابداء الرأي كون أن المسألة المعروضة مازالت قائمة امام القضاء ولم تحسم بعد.

أما في العراق فقد نص قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل في المادة (٨) منه على أن "يمنتع المجلس عن ابداء الراي والمشورة القانونية في القضايا المعروضة على القضاء، وفي القرارات التي لها مرجع للطعن"^(٢)، فحسب نص المادة يمنتع المجلس عن ابداء الرأي فيما لو كانت المسألة معروضة سابقا على القضاء أو أنها مازالت مطروحة امام القضاء وكذلك يمنتع المجلس عن ابداء الرأي في القرارات التي حدد لها المشرع مرجعا للطعن.

وتطبيقا لذلك ما جاء بإحدى الآراء الاستشارية لمجلس الدولة بصدد الاجابة عن الاستيضاح المقدم من قبل وزارة الخارجية، حول مدى استحقاق اعضاء مجلس النواب السابقين لجوازات السفر الدبلوماسية، فانتهى المجلس الى " حيث أن الموضوع المستوضح عنه يتعلق بدعوى معروضة امام محكمة القضاء الاداري بالرقم (٣١٧٢ق١٢٠٢٣)، وحيث أن المادة (٨) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل نصت على (يمنتع المجلس عن ابداء الرأي والمشورة القانونية في القضايا

(١) ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم (٦٥٣) بتاريخ (٣/٤/٢٠١٧)، رقم الملف (٤٣٩٧/٢/٣٢)، منشور على الموقع الالكتروني، <https://manshurat.org/node/14116> تاريخ الزيارة ٢٧/٥/٢٠٢٥، وقت الزيارة ١١:١٨ مساء.

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

المعروضة على القضاء، وفي القرارات التي لها مرجع للطعن)، وتأسيساً على ما تقدم من اسباب، يرى المجلس: يمتنع المجلس عن ابداء الري في الموضوع المستوضح عنه _ انتهى^(١).

كما يمتنع المجلس عن ابداء الرأي في القضايا التي صدر فيها حكم من القضاء وتم الطعن فيه بأية طريقة من طرق الطعن المقررة قانوناً، أي أنها ما زالت في مرحلة الطعن امام القضاء ولم يصدر فيها حكم بات، كذلك يمتنع المجلس عن ابداء الرأي في القضايا التي سبق الفصل فيها من قبل القضاء بحكم اكتساب الدرجة القطعية^(٢).

مما سبق يتضح أن طلب الرأي الاستشاري، سواء في المسائل المختلف فيها أو في المنازعات الإدارية، يستلزم توافر ثلاثة شروط أساسية، هي أن يُقدّم الطلب ويوقع من الجهة المختصة بتقديمه، وأن يكون موضوع الخلاف أو النزاع قائماً حال تقديم الطلب، إذ لا جدوى من إبداء الرأي في خلاف أو نزاع زال محله، وأخيراً أن لا يوجد طريق آخر لحل هذا الخلاف أو النزاع بين الجهات الإدارية، وإلا امتنعت الجهة المختصة عن النظر في الطلب لفقدانه أحد هذه الشروط الجوهرية، وايضاً يلاحظ عدم وجود أي تطبيق عملي لهذه الشروط الثلاثة فيما يتعلق بطلب الرأي في المسائل المختلف فيها أمام مجلس الدولة العراقي، ويُعزى ذلك أساساً إلى إحجام الجهات الإدارية عن اللجوء لطلب الرأي في مثل هذه المسائل، وتركها تتطور إلى نزاع إداري يُفصل فيه عن طريق محاكم القضاء الإداري، وبناءً على ذلك، تم الاتجاه إلى الاستعانة بالتطبيقات المتعلقة بالفقرة (خامساً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة لتوضيح هذه القيود .

رابعاً: الا يكون الخلاف متعلق بحالة فردية

من القيود الواردة على تقديم طلب الرأي في المسائل المختلف فيها هو الا يكون الخلاف متعلق بحالة فردية او شخصية ، وإنما يكون الخلاف متعلق بأمر تنظيمي ، مثال على ذلك الخلاف الناشئ حول بين وزارة التربية والمالية حول مخصصات معلم معين ، او قائم مقام مثلاً ، فهنا المجلس لا يبدي الرأي كون الامر متعلق بحالة فردية ، وهذا يكشفه الواقع العملي في تطبيقات مجلس الدولة العراقي ، من ذلك

(١) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم (٢٠٢٣/١٢٤) بتاريخ (٢٠٢٣/١١/١٩)، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لسنة ٢٠٢٣، اصدارات مجلس الدولة، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠٢٤، ص٣٦٢.

(٢) مجيد مجهول درويش، ود. اسماعيل صعصاع غيدان البديري، دور الهيئات الاستشارية بمجلس شوري الدولة في دعم الاختصاص القضائي، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد ١٠، لسنة ٢٠١٥، ص٧.

الفصل الثاني: القواعد الحاكمة لاختصاص مجلس الدولة في ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها....

الرأي الصادر عن مجلس الدولة حول طلب الرأي المقدم من قبل امانة بغداد حول مدى شمول المتوفي (م.ش.ي) باحكام قانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٩ قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والاطعاء العسكرية والعمليات الارهابية ، فانتهى المجلس الى (وحيث أن الموضوع المستوضح عنه يتعلق بحالة فردية لمستوضح عنه يتعلق بحالة فردية ومدى شموله باحكام قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والاطعاء العسكرية والعمليات الارهابية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٩ ، وحيث ان القانون المذكور آنفاً نظم كيفية شمول المتضررين جراء العمليات الحربية والاطعاء العسكرية والعمليات الارهابية بأحكام القانون واجراءات الطعن بقرارات اللجان المختصة امام محكمة القضاء الاداري .

وحيث ان المادة (٨) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ نصت على ان يمتنع المجلس عن ابداء الرأي والمشورة القانونية في القضايا المعروضة على القضاء ، وفي القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن .

وتأسيساً على ما تقدم من أسباب ، يرى المجلس: يمتنع المجلس عن ابداء الرأي في الموضوع المستوضح عنه - انتهى) (١) .

(١) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم (٢٠٢٣١٨) الصادر بتاريخ (٢٠٢٣١١٢٢) ، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لسنة ٢٠٢٣ ، مصدر سابق ، ص ٥٠ .

المبحث الثاني

إجراءات مجلس الدولة في إبداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وقيمتها القانونية

يعدُّ الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها أحد الوسائل القانونية غير القضائية التي اتاحها المشرع لجهات الادارة وذلك بهدف حسم الخلافات امام مجلس الدولة بطريقة سريعة واختصاراً للجهد والوقت دون اللجوء الى سوح القضاء، لذلك نظم المشرع سواء في مصر أم العراق آلية تقديم طلب الرأي في المسائل الخلافية أو في المنازعات الادارية في قانون مجلس الدولة بدءاً من تقديم الطلب من قبل الجهة الادارية طالبة الراي وانتهاءً بصدر الرأي الاستشاري الملزم في المسألة المعروضة.

ونظراً لأهمية هذا الرأي في حسم الخلافات والمنازعات الادارية وما يؤديه في الوقت ذاته من تصويب عمل الادارة، فإن ذلك يقتضي احاطته بضمانات تكفل صدوره بالشكل المطلوب والذي ينسجم مع احكام القانون وايضاً تمنع كلا من الادارة والافراد من التأثير بعمل مجلس الدولة وذلك لكي يؤدي تضمن ادائه لمهامه بحيادية واستقلال.

الا أن حسم المنازعة او الخلاف أمام مجلس الدولة بصدر رأى ملزم في موضوعها لا يعني نهاية المطاف، فبعد صدور هذا الرأي وتبلور حقوق والتزامات كل طرف من أطراف المنازعة تظهر ويجلاء إشكالية هامة لا تقل في خطورتها عن مسألة حسم النزاع، الا وهي مسألة تنفيذ الرأي الملزم الصادر بشأنه^(١).

وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، نبين في المطلب الأول إجراءات ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وضماناته، ونبين في المطلب الثاني القيمة القانونية للرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها.

(١) محمد حسن زيهم، الفصل في المنازعات بين الجهات الادارية في ضوء إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، مصدر سابق، ص ٧٥٤.

المطلب الأول

إجراءات ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها وضماناته

يمارس مجلس الدولة في مصر والعراق دوره الاستشاري في حل الخلافات والمنازعات الإدارية من خلال تقديم طلب ابداء الرأي في المسألة موضوع الخلاف أو النزاع من قبل الجهة الإدارية المتضررة من ذلك، وقد نظم مجلس الدولة في مصر الاجراءات المتبعة في إصدار الرأي الاستشاري سواء من قبل قسم الفتوى أم من قبل الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في اللائحة الداخلية لقانون مجلس الدولة المصري رقم (١) لسنة ٢٠١١^(١).

أما في العراق فإن المشرع العراقي قد نظم اجراءات تقديم طلب ابداء الرأي الاستشاري والصياغة التشريعية معا في المواد (١١-١٥) في قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل. وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول إجراءات ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف امام مجلس الدولة، أما في الفرع الثاني نبين ضمانات الرأي في قانون مجلس الدولة.

الفرع الأول

إجراءات ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها امام مجلس الدولة

تتباين الإجراءات المتبعة في أداء الدور الاستشاري لمجالس الدولة في كل من مصر والعراق، ففي مصر توجد جهتان مختصتان بإبداء الرأي الاستشاري، كما أوضحنا سابقاً، هما قسم الفتوى التي تختص بالنظر في المسائل التي يقتصر فيها الأمر على مجرد اختلاف في الرأي، والجمعية العمومية التي تتولى النظر في المنازعات الادارية، وبطبيعة الحال تختلف الإجراءات المتبعة في كل من الحالتين، وسنبداً أولاً ببيان الإجراءات المتبعة عند إحالة طلب الرأي إلى قسم الفتوى بفرعيه أدارات الفتوى ولجان الفتوى.

(١) صدرت اللائحة الداخلية لمجلس الدولة المصري بقرار من رئيس المجلس ونُشرت في جريدة الوقائع المصرية، ودخلت حيز التنفيذ في ١ يوليو ٢٠١١، وتهدف اللائحة إلى تنظيم العمل داخل القسم القضائي، مع التركيز على بنية المحكمة الإدارية العليا مثل تكوين الدوائر واختصاصاتها، وآلية فحص الطعون، وتوزيع العمل القضائي، كما تحدد اللائحة نظام العمل في قسم الفتوى واللجان التابعة له وكذلك قسم التشريع، وتوضح اختصاص كل عضو من أعضاء تلك الأقسام واللجان، متوفر على الموقع الالكتروني منشورات قانونية <https://manshurat.org/node/3038>، تاريخ الزيارة ١/٥/٢٠٢٥، وقت الزيارة ١٢:٣٠ م.

بالنسبة الى أدارات الفتوى، تتلقى إدارات الفتوى طلبات الرأي من الجهات التي حددها القانون، ولا يُقبل طلب الرأي إلا بعد التأكد من هوية الجهة المقدمة والتي تشمل الوزير أو المحافظ أو رئيس الجهة أو الهيئة المختصة أو من يفوضهم^(١)، و يجب أن يكون طلب الرأي مصحوباً بعرض شامل ومفصل للوقائع، مع إرفاق المستندات المتعلقة بموضوع المسألة قيد البحث، لرئيس إدارة الفتوى التواصل مع الجهة طالبة الرأي للحصول على البيانات والأوراق اللازمة، كما يمكنه طلب حضور مندوب عنها لمناقشته والحصول على التوضيحات المطلوبة، ويُحرر عن ذلك محضر يُوقع من المندوب ويعتمد من قبل رئيس الإدارة، تُحدد مهلة زمنية للجهة طالبة الرأي لاستكمال البيانات والمستندات والتوضيحات المطلوبة، فإذا انقضت هذه المهلة دون رد يعد عدولاً من قبل الجهة طالبة الرأي ويتم حفظ الملف^(٢)، تتضمن الفتوى بياناً مفصلاً بالوقائع والأسباب التي استند إليها الرأي، وتقوم كل إدارة فتوى بإبلاغ الفتاوى والآراء الصادرة عنها إلى رئيس اللجنة التابعة لها^(٣)، ويتولى رئيس الإدارة تبليغ الفتوى إلى الجهة طالبة الرأي^(٤).

أما بالنسبة الى لجان الفتوى فيقوم رئيس الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، باعتبارها الجهة العليا في القسم الاستشاري لمجلس الدولة المصري، بتحديد موعد انعقاد لجان الفتوى بالتنسيق مع رؤساء تلك اللجان، وتُحال الموضوعات الداخلة في اختصاص اللجنة مرفقة بتقرير يعده العضو المختص، يتبعه تعقيب من رئيس الإدارة يوضح فيه رأيه وأسانيده، كما يقوم رئيس الجمعية بتعيين رئيس اللجنة التي ستنظر في الطلبات المقدمة، مع إخطار أعضاء اللجان بجدول الأعمال والتقارير المعروضة قبل موعد الجلسة الأولى بما لا يقل عن عشرة أيام، ما لم تكن هناك حالة استعجال، إذ يُستثنى حينها من التقيد بهذه المدة^(٥).

لصحة انعقاد جلسات لجان الفتوى، يشترط حضور أغلبية أعضائها، وتصدر الآراء بأغلبية الحاضرين وفي حال تساوي الأصوات، يُعاد التصويت في جلسة لاحقة، فإذا استمر تساوي الأصوات

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ١٥١ وينظر المادة (٧٢) من اللائحة الداخلية لمجلس الدولة المصري رقم (١) لسنة ٢٠١١.

(٢) ينظر المادة (٧٣) من اللائحة الداخلية لمجلس الدولة المصري رقم (١) لسنة ٢٠١١.

(٣) ينظر المادة (٧٤) من اللائحة الداخلية لمجلس الدولة المصري رقم (١) لسنة ٢٠١١.

(٤) ينظر المادة (٧٠) من اللائحة الداخلية لمجلس الدولة المصري رقم (١) لسنة ٢٠١١.

(٥) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ١٦٤، وايضاً ينظر نص المادة (٨٨) من اللائحة الداخلية لمجلس الدولة المصري رقم (١) لسنة ٢٠١١.

في هذه الجلسة أيضاً، يُرجح الجانب الذي صوّت معه رئيس اللجنة ويتحمل رئيس اللجنة مسؤولية تفادي تضارب الآراء في الحالات المماثلة^(١).

أما فيما يتعلق بطلبات الرأي المقدمة إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، تُحال إليها الموضوعات الداخلة في اختصاصها مرفقة بتقرير أعده العضو المختص، متبوعاً بتعقيب من رئيس الإدارة يوضح فيه رأيه وأسانيده^(٢)، وبعد استلام ملف الموضوع المطلوب إبداء الرأي فيه، يقوم رئيس الجمعية العمومية بتحديد موعد الجلسة، ويتم إخطار الأعضاء قبل عشرة أيام على الأقل من موعدها، باستثناء الحالات المستعجلة^(٣) وتنعقد جلسات الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بحضور أغلبية أعضائها، وتصدر الآراء بأغلبية أصوات الحاضرين وفي حال تساوي الأصوات، يُعاد التصويت في جلسة ثانية، فإذا استمر التساوي، يُرجح الجانب الذي صوّت معه الرئيس^(٤).

وفي كثير من الأحيان، ترد طلبات الرأي إلى الأقسام الاستشارية بمجلس الدولة المصري من الجهات الإدارية، إلا أن هذه الطلبات تكون ناقصة من حيث المستندات اللازمة لإبداء الرأي، وفي هذه الحالات تقوم الجهة المختصة بإبداء الرأي بمخاطبة الجهة طالبة الرأي لاستكمال المستندات والبيانات الضرورية لدراسة الموضوع وإصدار الرأي بشأنه، ومع ذلك قد تختار الجهة طالبة الرأي عدم إرسال المستندات المطلوبة رغم التنبيه أكثر من مرة، مما يدفع الجهة المختصة، سواء كانت لجان وإدارات الفتوى أم الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، إلى حفظ الطلب واعتباره عدولاً صريحاً من الجهة الإدارية عن المضي فيه، أي عدولاً اختيارياً.

مثال ذلك ما ذهب إليه اللجنة الثانية للفتوى بأن " وإذا تبين من الأوراق أن ادارة فتوى التعليم قد خاطبت الجهة الادارية طالبة الرأي (الهيئة القومية للاستشعار من بعد وعلوم الفضاء) اكثر من مرة لاستيفاء بعض المستندات اللازمة لمراجعة مشروع العقد المائل، وهي صورة ضوئية كاملة من ملف العملية التي اسفر عنها اعداد مشروع العقد المراد مراجعته ابتداء من مذكرة طرح العملية وانتهاء بمحضر الترسية على الشركة المذكورة، واية مستندات اخرى مرتبطة بالعملية، الا أن هذه الجهة لم توافي هذه

(١) ينظر نص المادة (٩١) من اللائحة الداخلية لمجلس الدولة المصري رقم (١) لسنة ٢٠١١.

(٢) ينظر نص المادة (١١٤) من اللائحة الداخلية لمجلس الدولة المصري رقم (١) لسنة ٢٠١١.

(٣) ينظر نص المادة (١١٥ و ١١٦) من اللائحة الداخلية لمجلس الدولة المصري رقم (١) لسنة ٢٠١١.

(٤) ينظر نص المادة (١١٩) من اللائحة الداخلية لمجلس الدولة المصري رقم (١) لسنة ٢٠١١.

الإدارة بتلك المستندات رغم حثها على ذلك أكثر من مرة بموجب الكتابين رقمي ١٧٦ صادر ومؤرخ ٢٠٠٧/٣/٣١ و ٢٢٢ صار المؤرخ ٢٠٠٥/٥/١٢ ورغم التنبيه عليها - أي الجهة الإدارية في المرة الثانية ان عدم ارسالها للمستندات المطلوبة سيعد عدولا عن طلب الرأي، مما يعد معه ذلك عدولا من جانب الجهة الإدارية عن طلبها بمراجعة ذلك العقد، الامر الذي يتعين معه حفظ الموضوع^(١).

وايضاً ما استقر عليه افتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع اعتبار نكول الجهة الإدارية طالبة الرأي أو عرض النزاع عن تزويد ادارة الفتوى المختصة بما طلبته من بيانات ضرورية للفصل في الموضوع رغم حثها على ذلك أكثر من مرة إنما ينبى عن عدولها عن طلب الرأي أو عرض النزاع على الجمعية العمومية الامر الذي يقتضي حفظ الموضوع^(٢).

من الامور التي قد تطرأ أثناء نظر قسم الفتوى في طلبات الرأي، انتهاء الحالة الواقعية للموضوع محل الخلاف، ففي مثل هذه الحالات، ينتهي الفتوى إلى عدم إبداء الرأي لانقضاء الجدوى من الاستمرار فيه، ومثال ذلك ما ورد في طلب الرأي المقدم من وزير التموين والتجارة الداخلية بشأن امتناع المختصين بمديرية التموين في محافظة سوهاج عن تطبيق بنود العقد المبرم بين الوزارة وشركات المطاحن التموينية، وكل من رُخص له بتشغيل وإدارة مخبز بلدي، الى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، فذهبت الجمعية الى "ونفيد أن الموضوع عرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة بتاريخ ٢٨ من فبراير عام ٢٠١٨، الموافق ١٢ من شهر جمادى الآخرة عام ١٤٣٩هـ، فاستعرضت إفتاءها المطرد بشأن عدم ملاءمة التصدي لأي موضوع لدى زوال، أو انتهاء الحالة الواقعية محل طلب الرأي باعتبار أن الفتوى ليست مجرد بحث نظري، وإنما يجب أن تصدر في حالة واقعية محددة بذاتها مشفوعة بأوراقها تثير مشكلة معينة لحسمها... وترتيباً على ما تقدم، ولما كان طلب ابداء الرأي يتعلق بتنفيذ البند التاسع من العقود المبرمة بين كل من وزارة التموين والتجارة الداخلية وشركات المطاحن التموينية وكل من له رخصة بتشغيل وإدارة مخبز بلدي وإذ تبين من الأوراق أن هذه العقود وضعت بمعرفة الوزارة منذ عام ٢٠١٣ خلال منظومة الخبز السابقة التي انتهت بتاريخ ٢٠١٥/٤/٤، وبذلك لا

(١) ينظر فتوى اللجنة الثانية لقسم الفتوى في مجلس الدولة المصري، فتوى رقم (٦١/١٣١)، بتاريخ ٢٠٠٧/٩/٦، نقلا عن، د. محمود حمدي عطية، استقلال مجلس الدولة وابداء المشورة القانونية لجهات الإدارة، مصدر سابق، ص ١٣٤-١٣٥.
(٢) ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بالملف رقم ٥١٠٠/٢/٣٢، بتاريخ ٢٠٢١/١١/٧، منشور على الموقع الالكتروني، <https://manshurat.org/node/14116>، وقت الزيارة (٢٠٢٥/٣/٢٥).

توجد جدوى حالياً لبحث الموضوع المعروض، وإبداء الرأي فيه لانتهاه العمل بالعقود محل طلب الرأي، ومن ثم لا يكون ثمة جدوى لإبداء الرأي في الموضوع المائل^(١).

أما في العراق، نظم مجلس الدولة إجراءات العمل الاستشاري، سواء في مجال الصياغة التشريعية أم في مجال إبداء الرأي والمشورة القانونية، وما يهمننا هنا هو الإجراءات المتبعة لإصدار الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها بين الجهات الإدارية عند احتكامها إلى المجلس.

في بادئ الأمر، يُقدّم طلب الاحتكام إلى مجلس الدولة، حيث يتولى السكرتير العام للمجلس استلام الطلب وتسجيله في سجل خاص أُعد لهذا الغرض^(٢)، بعد ذلك يقوم السكرتير العام بمراجعة الطلب والتأكد من توافر الشروط القانونية لقبوله، سواء من حيث دخول الموضوع ضمن اختصاص المجلس أو من حيث توقيعه من الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة، ليعرض بعد ذلك ملاحظاته على الرئيس، ومن ثم يدقق السكرتير العام ويتأكد من توفر الشروط المنصوص عليها في القانون لقبول طلب الرأي، سواء من حيث دخول الموضوع في اختصاص المجلس أم تقديمه موقعا من قبل الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة، ليبيّن الرئيس ملاحظاته^(٣)، ونود ان بين هنا من خلال الاطلاع المباشر على سير العمل في مجلس الدولة، يتضح أن هناك الكثير من حالات الخلط أو سوء الفهم لدى بعض الجهات الإدارية عند تقديم طلب الاحتكام وفق المادة (٦/ثالثاً) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، إذ قد تتقدم الجهة بالطلب لا لوجود خلاف حقيقي، وإنما بغرض الاستيضاح حول مسألة معينة، وهنا يتولى السكرتير العام لمجلس الدولة توضيح مضمون المادة المذكورة وشرحها للممثل القانوني للجهة طالبة الرأي، حتى يتم تعديل صيغة الطلب بما يتوافق مع الغرض الفعلي للجهة طالبة الرأي^(٤).

أما إذا كان طلب الاحتكام مستوفياً للشروط القانونية، فإن السكرتير العام يقوم بمخاطبة الجهة الأخرى، باعتبارها الطرف الثاني في النزاع، عبر كتاب رسمي يطلب فيه بيان موقفها من طلب الاحتكام المقدم من الجهة الأولى، سواء بالموافقة أو الرفض، وبذلك

(١) ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، رقم (٣٥٨)، بتاريخ ٢٠١٨/٣/١٢ ملف رقم ٥٧٧/١/٥٤، منشور على الموقع الإلكتروني <https://manshurat.org/node/14116>، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٥/٣٠، وقت الزيارة ٦:٣٠ مساءً

(٢) ينظر نص الفقرة (أولاً) من المادة (١١) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) ينظر نص الفقرة (ثانياً) من المادة (١١) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٤) مقابلة شخصية مع السكرتير العام لمجلس الدولة العراقي، بتاريخ ٢٠٢٥/٢/١٠.

يختلف طلب الاحتكام أمام مجلس الدولة عن التحكيم الإداري، إذ لا يُقدّم الطلب من الطرفين معاً، بل من الجهة المتضررة وحدها، ليقوم المجلس لاحقاً بمخاطبة الجهة الأخرى لمعرفة ما إذا كانت تقبل الاحتكام أم لا.

في حال موافقة الجهة الأخرى على الاحتكام، تقوم رئاسة المجلس بطلب استكمال أي نقص في مسودة طلب الاحتكام إذا كانت تفتقر إلى بعض المعلومات أو البيانات اللازمة لإبداء الرأي، وبعد التأكد من اكتمال الطلب وحصول الموافقة من الطرف الثاني، يحيل رئيس المجلس القضية إلى إحدى الهيئات المختصة أو إلى هيئة خاصة تُشكّل بموافقته لدراسة الموضوع وإبداء الرأي فيه^(١)، وعند ورود القضية إلى الهيئة المختصة يتولى سكرتيرها تسجيل القضية في سجل خاص معد لهذا الغرض، وذلك قبل قيامه برفع المشروع إلى رئيس الهيئة^(٢)، الذي يحيله مع الأوليات إلى عضو أو أكثر من أعضاء الهيئة (مستشارين أو المستشارين المساعدين) لدراستها واعداد تقرير عن الاحتكام مع الرأي^(٣).

ويُقصد بالأوليات هنا ليس فقط الأوراق المرفقة بالطلب، بل يشمل المصطلح جميع المصادر والمستندات ذات الصلة، مثل التشريعات المرتبطة بالموضوع، أو السوابق القضائية، أو الآراء السابقة الصادرة في شأن مماثل وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة يضم شعبة متخصصة تُعرف بشعبة التشريعات، تحتوي على جميع التشريعات العراقية، بالإضافة إلى اضايير المشاريع التي نظرها المجلس سابقاً، والتي يمكن الرجوع إليها عند الحاجة^(٤).

بعد ذلك، يتولى العضو الذي أُحيل إليه مشروع الرأي، ويُطلق عليه مقرر المشروع، دراسة الطلب وإعداد الرأي بشأنه^(٥)، وله في سبيل استكمال المعلومات، أن يطلب حضور ممثلي عن الطرفين ويستمع إلى أقوالهم ثم يُثبت ذلك في محضر^(٦)، شريطة أن لا تقل درجة الممثل عن مدير على الأقل^(٧)، ثم له

(١) ينظر نص الفقرة (رابعا) من المادة (١١) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
(٢) ينظر نص الفقرة (اولا) من المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
(٣) ينظر نص الفقرة (ثانيا) من المادة (١٢) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
(٤) عبد الرزاق عبد الجليل الدراجي، الدور الاستشاري لمجلس الدولة، مصدر سابق، ص ١٤٢.
(٥) د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شورى الدولة العراقي في ابداء الراي والمشورة القانونية، مصدر سابق، ص ٨١.
(٦) د. حنان محمد القبسي، مفهوم الاستقلال والهيئات المستقلة في دستور ٢٠٠٥، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد ٥، العدد ٢٣-٢٤، ٢٠١٤، ص ١٨.
(٧) ينظر نص المادة (١٣) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

في سبيل ذلك الرجوع الى جميع اوليات الموضوع محل الرأي والوثائق المتعلقة به والاراء الاخرى المقدمة من الجهات ذات العلاقة وتحليل الواقعة واعطاءها الوصف القانوني الدقيق وتقديم التوصية المتعلقة بها او تفسير حكمها القانوني على وفق الاصول ، وبعد الانتهاء من كتابة الرأي بمذكرة اولية ومراجعتها يجب على العضو المكلف أن يضع مسودة الرأي بصورته النهائية مراعيًا في ذلك استخدام لغة قانونية واضحة وبسيطة تخلو من التعقيد، ثم يقوم بطباعتها بالآلة الطابعة أو الحاسبة الالكترونية ومراعيًا العديد من القواعد الفنية^(١)، وبعدها يُوزع العضو المقرر تقريره على الهيئة، مرفقًا بمشروع الرأي، على الأعضاء لمناقشته واتخاذ القرار^(٢)، يُحال ما تنتجته الهيئة إلى رئيس المجلس، فإذا وافق على مشروع الرأي أصبح نهائيًا، أما إذا خالف رأيه ما انتهت إليه الهيئة، فيعيده إليها، وعندئذ تعقد الهيئة اجتماعًا برئاسته لإجراء التعديل (وفي حالة كان احد الاعضاء قد صوت بالموافقة على مشروع الرأي ثم عدل عن ذلك ، يكلف رئيس الهيئة العضو الذي عدل عن التصويت بتقديم دراسة عن سبب عدوله عن التصويت والرأي الذي توصل اليه مع الاسباب ، ثم يطرح الرأي الاولي والرأي الذي قدمه العضو الذي عدل عن التصويت ، لاجراء التصويت النهائي على احدهما) ، فإذا صدر القرار بالاتفاق، اعتمد الرأي نهائيًا، أما إذا لم يتم الاتفاق، فلرئيس المجلس إحالة القضية إلى الهيئة العامة أو إلى هيئة موسعة تتألف من الهيئة المختصة وهيئة أخرى يختارها هو، وتتعقد الهيئتان برئاسته، ويصدر القرار النهائي إما بالإجماع أو بالأغلبية، وفي حالة تساوي الأصوات يُرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس، وفي النهاية يقوم عضو الهيئة بإعداد خلاصة بالمبدأ الذي تضمنه القرار^(٣)، واخيرًا يقوم عضو الهيئة بأعداد خلاصة المبدأ الذي تضمنه القرار^(٤).

(١) ينظر د. عثمان سلمان غيلان ، مهارات تقديم الاستشارات القانونية وصياغة مذكراتها ، مصدر سابق ، من ص ٨٨-١١٠ .

(٢) ينظر نص الفقرة (اولا) من المادة (١٤) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) ينظر نص الفقرة (اولا) من المادة (١٥) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٤) د. اقبال نعمت درويش كريم، الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة العراقي والقيود الواردة عليه، مصدر سابق، ص ٨٧، وينظر نص الفقرة (ثانيا) من المادة (١٥) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

أما إذا رفضت الجهة الأخرى، أي الطرف الثاني في القضية، عرض المسألة المختلف عليها أمام مجلس الدولة وفق الطلب المقدم من الجهة المتضررة، فإن المجلس يرد طلب الاحتكام مبيّنًا سبب الرفض، استنادًا إلى الكتاب الرسمي الصادر من الجهة الراضية، إذ تشترط الفقرة الثالثة من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل موافقة طرفي القضية معًا على الاحتكام، وبناءً عليه، فإن رفض أحد الأطراف، يحول دون المضي في إجراءات الاحتكام.

وترى الباحثة أن موقف المشرع في هذا الشأن غير موفق، إذ أن الجهة المتسببة بالضرر والتي كثيرًا ما ترفض طلب الاحتكام، مما يلحق الضرر بالجهة الطالبة ويُبقي الخلاف قائمًا، وقد يتطور لاحقًا إلى نزاع إداري يستلزم عرضه على القضاء الإداري، وعندها تنتفي الفائدة من وجود جهاز استشاري في مجلس الدولة والذي كما هو معلوم يلعب دورًا وقائيًا يتمثل بعدم وصول الخلافات الناتجة من عدم فهم النصوص القانونية إلى نزاعات إدارية يطول حلها، لذا ندعوا المشرع العراقي في قانون مجلس الدولة العراقي إلى إلزام الأطراف جميعًا بالذهاب إلى الاحتكام في حالة تم تقديم طلب الاحتكام من قبل إحدى الجهات الإدارية المتضررة.

أما عن الشكلية التي يصدر بها الرأي الاستشاري عن مجلس الدولة العراقي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة، فهي شكلية خاصة يمكن استخلاصها من خلال تحليل مضمون الرأي نفسه، إذ تتكون من مجموعة قواعد تحكم إصداره، وتنقسم إلى أربعة أجزاء رئيسية: المقدمة، والأسباب، والنتيجة، والمبدأ^(١).

١- المقدمة: تتضمن بيان الجهة أو الجهات التي طلبت الرأي أو الاحتكام، حيث يبدأ النص غالبًا بكلمة "تحتكم"، يليها اسم الجهة طالبة الاحتكام، مع الإشارة إلى الفقرة الثالثة من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، التي تجعل الرأي ملزمًا لأطراف القضية كما تبين الدائرة القانونية في الجهة طالبة الاحتكام سبب تقديم الطلب، مع ذكر النص القانوني أو القرار الذي نشأ الخلاف بشأنه.

٢- الأسباب: تشمل مجموعة الواقعية والقانونية من نصوص تشريعية أو غيرها، التي استند إليها الرأي في التدليل على النتيجة التي خلص إليها، وتُعرف في مجلس الدولة باسم "الحيثيات"^(٢).

(١) د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شورى الدولة العراقي في ابداء الرأي والمشورة القانونية، مصدر سابق، ص ٨١.

(٢) د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شورى الدولة العراقي في ابداء الرأي والمشورة القانونية، مصدر سابق، ص ٨٢.

فيتم تحديد جميع العناصر الواقعية ذات الصلة بالموضوع محل الرأي دون اغفال لاي واقعة مهما كانت غير مهمة في نظر المستشار، وأن يطلع على جميع المستندات والوثائق والاوراق ذات العلاقة، ويتم عرضها بصورة واضحة وصريحة دون خالية من اللبس والغموض والاحتمال، وان تكون حقيقية مهما تقوي او تضعف الموقف القانوني لاحدى الجهات الادارية، وان يكون معيار تحديد الوقائع هو كتاب أو مذكرة من الجهات الادارية سواء كان واحدا أو مجموعة من الاسئلة المرتبطة (١).

ومن المعتاد أن يشير المجلس في ذكره للأسباب أو الأسانيد القانونية إلى ترتيبها وفقاً لقوتها القانونية ومراتبها ضمن هرم النظام القانوني للدولة، يبدأ عادةً بإيراد القواعد المستمدة من الوثيقة الدستورية، ثم القوانين العادية الصادرة عن المشرع، يليها الأنظمة والتعليمات مصنفة حسب جهة صدورها، وفي بعض الأحيان، يُشير أيضاً إلى المبادئ العامة المستقرة في القانون، قد يقتصر المجلس في بعض الحالات على ذكر جزء من نص المادة القانونية، شريطة أن يكون هذا الجزء كافياً لتوضيح حكم القانون في المسألة المطروحة ويعزز الرأي القانوني الذي يتبناه، مما يُسهم في تكوين قناعة بسلامة الرأي الصادر عن المجلس، بعد ذلك يورد المجلس النتيجة التي استند إليها والتي يجب أن تكون مبنية على تلك الأسباب دون احتواء على أي عنصر غير مدعوم قانونياً كما ينبغي أن تكون الأسباب المستخدمة ذات تأثير فعلي في النتيجة التي توصل إليها المجلس، حتى وإن اختلفت أهمية (٢).

ويُشار إلى النصوص القانونية بالطريقة التي وردت بها، فإذا تم الاقتباس حرفياً يوضع النص بين قوسين مسبوقةً بكلمة "نص" أو "نصت"، أما إذا كانت الإشارة غير حرفية، فتسبق النصوص كلمات مثل "قضى" أو "تضمن"، ويجب أن تكون الإشارة واضحة ودقيقة بحيث تتيح للقارئ التعرف على النص المشار إليه بسهولة. كما ينبغي تجنب التكرار في الحثييات، إلا أنه يُسمح بذكر النصوص المتشابهة التي تدعم الفكرة وتتسجم معها عند الضرورة، ويجب أن يستعرض الرأي جميع الحجج التي استندت إليها النتيجة (٣).

(١) د. عثمان سلمان غيلان، مهارات تقديم الاستشارات القانونية وصياغة مذكراتها، مصدر سابق، ص ٦٤.
(٢) مجيد مجهول درويش، التنظيم القانوني لوظيفة مجلس شوري الدولة العراقي في الافتاء، مصدر سابق، ص ٢٠٦.
(٣) د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شوري الدولة العراقي في ابداء الرأي والمشورة القانونية، مصدر سابق، ص ٨٢.

٣- النتيجة: تُعرّف النتيجة بأنها الجزء من الرأي الذي يتضمن الالتزام في حال وجوده، وهي التعبير المنطقي عن الحجج التي وردت في الحثيات، لذا يجب أن يتسم التابع المنطقي بين الحثيات والنتيجة، بحيث تؤدي الحثيات في نهايتها إلى تلك النتيجة بشكل متسلسل، مع خلو النتيجة من الشرح أو التسبيب^(١).

٤-المبداء: في نهاية الرأي الاستشاري الصادر عن مجلس الدولة العراقي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات او بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة، يأتي المبدأ القانوني الذي تبناه المجلس والذي يقوم بأعداده احد اعضاء مجلس المكلفين وذلك طبقا لنص الفقرة (ثانيا) من المادة (١٥) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل^(٢).

يُلاحظ أهمية اتباع منهجية التسبيب في إصدار الرأي الاستشاري لمجلس الدولة، حيث يُعتبر ذكر الأسباب والحثيات التي استند إليها الرأي أمراً جوهرياً، فمبدأ التسبيب يعني الإفصاح عن الأسباب الواقعية والقانونية التي تبرر إصدار الرأي^(٣)، ويُعد الرأي مسبباً حينما يوضح هذه الأسباب عند صدوره، يُعتبر التسبيب من أبرز سمات سياسة الوضوح الإداري، إذ أن المجلس عند إصدار الرأي الاستشاري يتضمن في نصه الأسباب القانونية والواقعية، مما يتيح لأصحاب الشأن الاطلاع عليها، وهذا بدوره يعزز الجانب الإقناعي للرأي ويقوي أواصر الثقة بين الأطراف، مما يسهل على الإدارة الاستشارية أداء مهمتها في خدمة الصالح العام^(٤).

(١) د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شورى الدولة العراقي في ابداء الرأي والمشورة القانونية، مصدر سابق، ص ٨٢.
(٢) ينظر نص الفقرة (ثانياً) من المادة (١٥) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ على أن يقوم عضو المجلس المكلف بالرأي بأعداد خلاصة المبدأ الذي تضمنه القرار.

(٣) د. محمد عبد اللطيف، تسبيب القرارات الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٦، ص ٦.

(٤) مروه محمد فارس، الاختصاص التفسيري لمجلس الدولة العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، ٢٠٢٠، ص ٧١.

الفرع الثاني

ضمانات ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها

يعدُّ الرأي الاستشاري أداة أساسية في العمل الإداري، إذ يوجّه الجهات الحكومية نحو التطبيق السليم للقانون، ولتحقيق الغاية المرجوة منه، أُحيط بعدد من الضمانات القانونية والإجرائية التي تكفل صدوره عن جهة مختصة، ووفق أسس علمية وحيادية، وتساهم هذه الضمانات في ترسيخ الثقة بالرأي الصادر ومنحه مصداقية عالية لدى الأوساط الإدارية والهيئات القضائية، وأهم هذه الضمانات هي كالاتي.

أولاً- التشكيل القانوني: ويقصد به توافر النصاب القانوني لعدد الأعضاء الذي يحدده المشرع في قانون مجلس الدولة، بحيث يتعين أن يكون تشكيل الجهاز الاستشاري من الأعضاء المنصوص عليهم قانوناً، ولا يجوز استبدال أي عضو بآخر إلا إذا أجاز القانون ذلك^(١)، ويستوي سواء كان العضو أصلياً أو احتياطياً، ففي كلتا الحالتين يجب أن يكون ممن نص عليهم القانون^(٢).

في مصر، يتألف مجلس الدولة من رئيس المجلس، وعدد كافٍ من نواب الرئيس، والمستشارين، والمستشارين المساعدين، والنواب، والمندوبين المساعدين، ومن يُعيّنون في وظائف قانونية أخرى^(٣).

أما في العراق، فيتألف مجلس الدولة من رئيس للمجلس ونائبين له، وعدد من المستشارين لا يقل عن (٥٠) مستشاراً، إضافةً إلى عدد من المستشارين المساعدين لا يقل عن (٢٥) مستشاراً مساعداً ولا يزيد عن نصف عدد المستشارين^(٤)، قد اعتمد المشرع العراقي في هذا التشكيل نظام الهيئة لا نظام الفرد، أي أن الرأي يصدر عن مجموعة من أعضاء الهيئة مجتمعين، وليس عن عضو واحد، وبالنصاب المحدد قانوناً، ويسهم هذا الأسلوب في الحد من احتمالية وقوع العيوب التي قد تطرأ على الرأي إذا صدر عن فرد منفرد^(٥).

(١) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، صدر سابق، ص ٢٧١.

(٢) حمدي ابو النور السيد عويس، الادارة الاستشارية، مصدر سابق، ص ١٨٣.

(٣) ينظر نص المادة (٢) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

(٤) ينظر نص المادة (١) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٥) د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شورى الدولة العراقي في ابداء الرأي والمشورة القانونية، مصدر سابق، ص ٨٤.

ثانياً: التصويت

يُعد التصويت من أهم الضمانات الإجرائية التي تكفل نزاهة ومصداقية الآراء الاستشارية، إذ يمثل المرحلة الأخيرة في إجراءات إصدارها^(١)، وقد اتبع مجلس الدولة نظام التصويت في جميع آرائه الاستشارية، حيث يشترط لصحة انعقاد جلسات لجان الفتوى حضور أغلبية الأعضاء، وتصدر الآراء بأغلبية الحاضرين وإذا تساوت الأصوات، يُعاد التصويت في جلسة لاحقة، فإن تساوت مرة أخرى يُرجَّح الجانب الذي صوت معه الرئيس^(٢).

الأمر ذاته ينطبق على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، إذ تعتمد نظام التصويت في جلساتها، حيث تُعقد بحضور أغلبية أعضائها، وتصدر الآراء بأغلبية الحاضرين، تصدر الآراء بأغلبية أصوات الحاضرين، وفي حال تساوي الأصوات يُعاد التصويت في جلسة ثانية، فإذا تساوت الأصوات مرة أخرى يُرجَّح الجانب الذي صوت معه الرئيس^(٣).

كما أن المشرع العراقي، في قانون مجلس الدولة، قد أخذ أيضاً بنظام التصويت في جلسات الهيئات الاستشارية عند ممارستها لاختصاصاته^(٤).

ثالثاً- أسلوب اختيار المستشار:

عد أسلوب اختيار المستشار في مجلس الدولة من أهم الضمانات القانونية التي تكفل نزاهة ومصداقية الآراء الاستشارية، نظراً لما يمثله من ارتباط مباشر بأهمية الدور الذي يضطلع به المجلس، وما يتطلبه من توافر شروط في من يقدم الرأي والمشورة القانونية، تشمل الكفاءة المهنية، والمعرفة العميقة بالقانون، والخبرة القانونية والفنية في تطبيقه^(٥).

فإذا لم يُجرِ اختيار العضو في مجلس الدولة وفق الأسلوب الذي حدده القانون والإجراءات المقررة لذلك، فإن الآراء الصادرة عنه تفقد مشروعيتها^(٦)، وتتحقق العضوية في مجلس الدولة العراقي

(١) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط١، دار الثقافة للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠١١، ص ٢١٩.

(٢) ينظر نص المادة (٩٠) من اللائحة الداخلية لمجلس الدولة المصري رقم (١) لسنة ٢٠١١.

(٣) ينظر نص المادة (١١٩) من اللائحة الداخلية لمجلس الدولة المصري رقم (١) لسنة ٢٠١١.

(٤) نصت المادة (١٧) فقرة (ثالثاً) على أن "تتخذ الهيئة العامة قراراتها بأغلبية عدد الاعضاء الحاضرين وإذا تساوت الاصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس".

(٥) حمدي ابو النور السيد عويس، الادارة الاستشارية، مصدر سابق، ص ١٨٤.

(٦) ابتهاج ضياء ناصر، الدور الاستشاري لمجلس شورى الدولة في العراق (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة المستنصرية، كلية القانون، ٢٠١٣، ص ١٧٠.

إما عن طريق التعيين وإما عن طريق الندب^(١)، يُقصد بالتعيين أنه القرار الإداري الذي تُسند بموجبه الوظيفة العامة إلى طالب التعيين^(٢)، وتشمل طريقة التعيين في المجلس كلاً من المستشار والمستشار المساعد، حيث يتم التعيين عن طريق مرسوم جمهوري^(٣)، حيث يتم الترشيح للتعيين في مجلس الدولة عن طريق المجلس نفسه، حيث يملك رئيس المجلس صلاحية الموافقة على ترشيح أعضاء المجلس للتعيين بعد توصية هيئة الرئاسة، ومن ثم موافقة مجلس الوزراء فيما يخص المستشار المساعد، أما تعيين رئيس المجلس ونائبيه والمستشارين، فيخضع للإجراءات الدستورية، إذ يتطلب موافقة مجلس النواب على توصية مجلس الوزراء، ليصدر بعد ذلك رئيس الجمهورية مرسوماً بتعيينهم عقب استكمال الإجراءات اللازمة، ولم يحدد المشرع ما إذا كان لرئيس الجمهورية حق الاعتراض على هذا التعيين أم لا^(٤).

ويشترط في تعيينهم الشروط العامة المنصوص عليها في الوظيفة العامة فضلاً عن الشروط الخاصة في قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل^(٥).

(١) د. سامي حسن نجم، التنظيم القانوني لأعضاء مجلس الدولة العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد ٩، العدد ٣٣، سنة ٢٠٢٠، ص ٣١٥.

(٢) د. فلاح حسن عطية، القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٣، العدد ١، سنة ٢٠٢٣، ص ٤٤٨.

(٣) نصت المادة (٢٢/أولاً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على ان "يعين الرئيس ونائب الرئيس والمستشار المساعد بمرسوم جمهوري بصورة مباشرة".

(٤) د. فلاح حسن عطية، القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧، مصدر سابق، ص ٤٤٨.

(٥) نصت المادة (٢٠) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على ان يشترط في من يعين بوظيفة مستشار ما يأتي:

أولاً- عراقياً بالولادة ومن ابوين عراقيين.

ثانياً- لا يزيد عمره على (٥٥) خمسة وخمسين سنة.

ثالثاً- حاصل على شهادة جامعية اولية في الاقل في القانون.

رابعاً- أ- له خدمة فعلية بعد التخرج من الكلية مدة لا تقل عن (١٨) ثماني عشرة سنة في وظيفة قضائية او قانونية في دوائر الدولة والقطاع العام.

ب- تكون مدة الخدمة المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذا البند (١٦) ست عشرة سنة للحصول على شهادة الماجستير في القانون و (١٤) اربع عشرة سنة للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون سواء اكانت هذه الخدمة قبل ام بعد حصوله على احدى هاتين الشهادتين وتعد مدة الدراسة الأصغرية للحصول على احدى هاتين الشهادتين خدمة لأغراض هذا القانون.

ومن بين هذه الشروط أن يمتلك المرشح للتعيين خدمة فعلية في دوائر الدولة أو القطاع العام، وبذلك تم استبعاد المحامين من الترشح للتعيين في مجلس الدولة، على خلاف ما قرره المشرع عند التقديم للمعهد القضائي، رغم أن ممارسة مهنة المحاماة تُعد خدمة فعلية لأغراض التعيين والخدمة والتقاعد.

أما العضوية عن طريق الندب، فنتم بانتداب فئة من الموظفين العموميين لمدة محددة، نظرًا لأن طبيعة الندب تقتضي تحديد مدة لا يجوز أن يتجاوز خلالها عدد المستشارين المنتدبين ثلث عدد المستشارين^(١)، ومن أهم أصناف الاعضاء المنتدبين للمجلس القضاة من الصنف الاول، المفتشين

ج - تضم مدة الخدمة في الوظائف المنصوص عليها في الفقرة (ا) من هذا البند بعضها الى بعض لغرض التعيين " اما المستشار المساعد يشترط في من يعين بوظيفة مستشار مساعد ما يأتي:

اولا : عراقيا بالولادة ومن ابوين عراقيين .

"ثانيا : لا يزيد عمره على (٥٠) خمسين سنة.

ثالثاً: حاصلًا على شهادة جامعية اولية في الاقل في القانون

رابعاً: أ- له خدمة فعلية بعد التخرج من الكلية مدة لا تقل عن (١٤) أربع عشرة سنة في وظيفة قضائية أو قانونية في دوائر الدولة والقطاع العام.

ب- تكون مدة الخدمة المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذا البند (١٢) اثني عشرة سنة للحصول على شهادة الماجستير في القانون و ١٠ عشر سنوات للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون سواء اكانت هذه الخدمة قبل ام بعد حصوله على احدى هاتين الشهادتين وتعد مدة الدراسة الأصغرية للحصول على احدى هاتين الشهادتين خدمة لأغراض هذا القانون.

ج- تضم مدة الخدمة في الوظائف المنصوص عليها في الفقرة (ا) من هذا البند بعضها الى بعض لغرض التعيين "

(١) د. فلاح حسن عطية، القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧، مصدر سابق، ص ٤٤٩.

العدليين ورئيس الادعاء العام والمدعين العامين للعمل في المجلس كمستشارين، المدراء العامين^(١)،
اعضاء الهيئة التدريسية في كليات القانون^(٢).

وتكون العضوية بالندب محددة المدة وتنتهي بانقضائها، وقد حدد المشرع هذه المدة بسنتين قابلة
للتجديد مرة واحدة بناءً على توصية.

رابعاً- الاستقلال:

حتى يتمكن أعضاء مجلس الدولة من أداء دورهم الاستشاري بحياد، يجب أن يتوافر لهم قدر
كافٍ من الاستقلال يمنحهم الاطمئنان أثناء ممارسة مهامهم، بما يضمن عدم تعرضهم لأي ضغط من
قبل الجهات الإدارية التي قد تتأثر بالآراء الصادرة عن المجلس.

وفي العراق بعد صدور قانون مجلس الدولة رقم (١٧) لسنة ٢٠١٧ الذي أنهى ارتباط المجلس
بوزارة العدل، أصبح أعضاء المجلس يتمتعون بقدر أكبر من الاستقلال، ومن الضمانات التي أوردها
المشرع لتعزيز استقلالية رأي عضو المجلس، أن العضو لا يخضع في رأيه لرئيس المجلس، إذ ساوى
المشرع بين صوت الرئيس وصوت المستشار، باستثناء حالة الترشيح عند تساوي الأصوات^(٣).

كما يُعد من أهم ضمانات استقلال عضو المجلس أثناء عمله إقرار مبدأ عدم القابلية للعزل،
والذي يعني عدم جواز إبعاد من يشغل منصباً أو وظيفة معينة عن موقعه، سواء عن طريق الفصل أو

(١) نصت المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

"اولاً - لرئيس المجلس انتداب قضاة الصنف الاول والمدراء العامين في دوائر واهزة الوزارة والمفتشين العدليين ورئيس
الادعاء العام والمدعين العامين للعمل في المجلس كمستشارين حسب الشروط المنصوص عليها في المواد المتقدمة لمدة
سنتين قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط.

ثانياً- يجوز انتداب المدراء العامين في دوائر الدولة ممن لهم خبرة في الامور القانونية او الادارية او الاقتصادية وتتوافر
فيهم الشروط المنصوص عليها في المواد المتقدمة للعمل في المجلس كمستشارين لمدة سنتين قابلة للتجديد لمرة واحدة
فقط وذلك بمرسوم جمهوري بناء على اقتراح وزير العدل وموافقة الوزير المختص".

(٢) "ثانياً- أ- يجوز انتداب عضو الهيئة التدريسية في كلية القانون ممن تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المواد
المتقدمة للعمل كمستشار في المجلس لمدة سنتين قابلة للتجديد مرة واحدة فقط وذلك بمرسوم جمهوري بناء على اقتراح
رئيس المجلس وموافقة وزير التعليم العالي والبحث العلمي".

(٣) نصت المادة (١٧) فقرة (ثالثاً) على أن "تتخذ الهيئة العامة قراراتها بأغلبية عدد الاعضاء الحاضرين واذا تساوت
الاصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس".

الإحالة على التقاعد أو النقل إلى وظيفة أخرى أو أي إجراء مماثل، إلا في حالات استثنائية محددة، ووفق ضوابط تضمن عدم المساس باستقلاليتته وقدرته على أداء مهامه بحياد كامل^(١).

وفي نطاق القضاء الإداري، يُعرف هذا المبدأ بأنه عدم جواز إبعاد القاضي الإداري أو عضو مجلس الدولة عن وظيفته، سواء بالإحالة على التقاعد أو الفصل أو الوقف عن العمل أو النقل إلى وظيفة أخرى، إلا وفق الضوابط والضمانات التي يقرها الدستور، وفي حدود استثنائية تحددها الوثائق ذات القيمة الدستورية أو ما نص عليه العرف الدستوري، كما في الحالات التي تستدعي ذلك بسبب القيام بأعمال معينة^(٢).

في مصر، أكدت الدساتير المصرية على مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل^(٣)، إلا أن مدى شمول أعضاء مجلس الدولة بهذا المبدأ كان يختلف من قانون لآخر غير أن القانون الحالي لمجلس الدولة منح أعضاء المجلس ذات الضمانات المقررة للقضاة، فأصبح أعضاء مجلس الدولة من درجة مندوب فما فوق غير قابلين للعزل^(٤).

أما في العراق، فإن قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ لم يتطرق إلى مبدأ عدم قابلية العزل، وجاء خاليًا من أي نص ينظم هذا الأمر، شأنه في ذلك شأن قانون مجلس الدولة رقم (٦٥)

(١) د. فاخر صابر بايز، استقلال القضاء بين الشريعة والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٢، ص ٢٠٣.
(٢) د. احمد خورشيد حميد الفرجي ود. محمد سليم محمد امين، استقلال مجلس الدولة العراقي عن السلطة التنفيذية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١٠) العدد (٣٧) لسنة ٢٠٢١، ص ٤٥١.

(٣) نصت المادة (١٨٦) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤ على أن "القضاة مستقلون، غير قابلين للعزل، ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة." وكذلك نصت المادة (١٧٠) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٢ الملغى على أن " القضاة مستقلون وغير قابلين للعزل.. وينظر نجاد البرعي، استقلال القضاء في مصر الحقيقة كما هي، بحث منشور ومتوفر على الموقع الالكتروني <https://www.ug-law.com/downloads/independence-of-the-judiciary-in-egypt-ar.pdf> تاريخ

الزيارة ٢٠٢٥/٦/١٥، وقت الزيارة ١٠:٣٠ مساء.

(٤) نصت المادة (٩١) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل على ان "أعضاء مجلس الدولة من درجة مندوب فما فوقها غير قابلين للعزل، ويسرى بالنسبة لهؤلاء جميع الضمانات التي يتمتع بها رجال القضاء، وتكون الهيئة المشكلة منها مجلس التأديب هي الجهة المختصة في كل ما يتصل بها بهذا الشأن، ومع ذلك إذا اتضح أن أحدهم فقد الثقة والاعتبار الذين تتطلبهما الوظيفة أو فقد أسباب الصلاحية لأدائها لغير الأسباب الصحية، أُحيل إلى المعاش أو نُقل إلى وظيفة معادلة غير قضائية بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس التأديب".

لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته، على الرغم من أن المادة (٩٧) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نصت صراحة على عدم قابلية القضاة للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون^(١).

كما خلا القانون من أي نص يتعلق بألية مساءلة أعضاء المجلس أو بالأحكام الانضباطية الخاصة بهم، على خلاف ما قرره المشرع المصري، واكتفى بالإحالة إلى قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل، الذي يسري على جميع الموظفين، بما فيهم ذوو الدرجات الخاصة، باستثناء القضاة وأعضاء الادعاء العام^(٢).

كذلك لم يبيّن القانون الحالات التي تنتهي بها خدمة عضو مجلس الدولة، باستثناء ما ورد بشأن الإحالة على التقاعد، وهو النص الذي أُلغي بموجب قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣، حيث أُعيد تنظيم كل ما يتعلق بالخدمة الوظيفية وفق أحكام قانون الخدمة المدنية، ويُعد هذا فراغاً تشريعياً ينتقص من الضمانات التي يفترض أن يتمتع بها أعضاء المجلس، في الوقت الذي ينبغي فيه تعزيزها^(٣)، لذلك، نقترح على المشرع العراقي العمل على تعزيز ضمانات أعضاء مجلس الدولة، بما يتوافق مع الضمانات الممنوحة لأعضاء الهيئة القضائية في مجلس القضاء الأعلى، نظراً لأن المجلس أصبح جهة قضائية مستقلة، ومن العدل أن يتمتع أعضاؤه بما يتمتع به القضاة، كما ندعو المشرع إلى النص صراحة على مبدأ عدم قابلية أعضاء المجلس للعزل.

٥ - السرية:

يعدُّ مبدأ سرية الإجراءات من الأسس الراسخة التي ارتبطت بنشأة نظام التحكيم تاريخياً، ولا يزال ملازماً له بشكل عام، إذ أن التحكيم في جوهره يمثل نوعاً من القضاء الذي يلجأ إليه الخصوم لعرض نزاعهم، مع رغبتهم في إبقائه طي الكتمان، وعليه يلتزم المحكمون بالحفاظ على سرية جميع المعلومات التي تصل إليهم بشأن أطراف التحكيم وجوانبه المختلفة، ويُعد هذا الالتزام من أهم الواجبات الجوهرية الملقاة على عاتق هيئة التحكيم، ويمتد نطاق السرية ليشمل عدم إفشاء أسرار المرافعات والجلسات، أو ما يُدلى فيها من أقوال،

(١) د. احمد خورشيد حميد الفريجي ود. محمد سليم محمد امين، استقلال مجلس الدولة العراقي عن السلطة التنفيذية (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ٤٥٤.

(٢) د. صادق محمد علي، سلطة فرض العقوبة الانضباطية على اعضاء مجلس الدولة " بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ١٣، العدد ١٥٦، ٢٠٢١، ص ١٧٦.

(٣) نصت المادة (٣٠) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أن "يطبق قانون الخدمة المدنية فيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون".

وكذلك عدم تسريب أو نسخ الوثائق والمستندات الخاصة بالدعوى التحكيمية، كما يُحظر على المحكم الاستفادة من هذه المعلومات لأي غرض شخصي^(١).

أما فيما يتعلق بسرية الاحتكام أمام مجلس الدولة، فإن التشريعات المنظمة لعمل مجالس الدولة في الدول التي تتبنى نظام القضاء المزدوج تحرص على إحاطة أعمال المجلس في مجال إبداء الرأي والمشورة القانونية بطابع السرية، ويأتي ذلك حرصاً على تمكين أعضاء المجلس من الوصول إلى الرأي القانوني السليم المتوافق مع روح القانون، وبما يحقق المصلحة العامة، ويحول في الوقت نفسه دون تدخل الجهات الإدارية في عمل المجلس أو محاولة التأثير على ما يصدر عنه من آراء^(٢).

بذلك تصبح السرية سمة ملازمة لأعمال المجلس، ويترتب على ذلك عدم جواز إفشاء ما يدور في مناقشات المجلس أو ما يتعلق بمحاضر جلساته أو إجراءات التصويت فيه، كما أن المجلس قد يستمع أو يناقش من يرى ضرورة مناقشته، أو يطلب حضور ممثل عن الجهة طالبة الرأي، إلا أن التصويت لا يتم أمامه، ولا يُفصح له عن فحوى القرار، وذلك صوتاً لقرارات المجلس من أي تأثير محتمل، وحمايةً لأعضائه^(٣).

من الدول التي نصت قوانينها على هذا المبدأ مصر، إذ نص قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ على حظر مخالفة مبدأ السرية في المداولات، حيث نص على أن "لا يجوز لأعضاء مجلس الدولة إفشاء سر المداولات"^(٤)، ونص أيضاً على أن تكون مداولات المجلس الخاصة للشؤون الإدارية سرية^(٥)، ونص كذلك على أن "تكون جلسات المحاكمة التأديبية سرية...". بالنسبة فيما يتعلق بشؤون أعضائه^(٦).

في العراق لم يتضمن قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل نصاً صريحاً يقر مبدأ السرية في أعمال المجلس أو في شؤون أعضائه، وإنما أحال كل ما لم يرد بشأنه نص إلى أحكام قانون

(١) د. علاء النار حسانين احمد، نطاق الالتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار التعليم الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، ٢٠١٩، ص ٦٤ و٦٥.

(٢) مجيد مجهول درويش، التنظيم القانوني للوظيفة لمجلس شوري الدولة في الاقتاء، مصدر سابق، ص ٢٠١.

(٣) ابتهاج ضياء ناصر، الدور الاستشاري لمجلس شوري الدولة في العراق (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ١٧٢.

(٤) ينظر نص المادة (٩٦) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

(٥) ينظر المادة (٦٨) مكررة من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

(٦) ينظر نص المادة (١١٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

المرافعات المدنية وقانون أصول المحاكمات الجزائية^(١)، وترى الباحثة أن غياب النص على مبدأ سرية الجلسات والمداولات، خاصة فيما يتعلق بالاختصاص الاستشاري، قد يؤدي إلى تردد أعضاء المجلس في إصدار آراء استشارية حاسمة وجريئة في القضايا ذات الأهمية الكبيرة أو الحساسية العالية، إذا كانت لا تتسجم مع توجهات الإدارة.

لذلك ندعو المشرع العراقي إلى تضمين قانون مجلس الدولة نصاً يقر مبدأ السرية في الأعمال الاستشارية للمجلس على وجه الخصوص، مع قصر حضور الممثل القانوني للجهات الإدارية على تقديم الإيضاحات اللازمة فقط، دون المشاركة في جلسات المداولة أو التصويت.

المطلب الثاني

القيمة القانونية للرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها

الأصل ان الآراء الاستشارية لمجلس الدولة غير ملزمة الا في الحالات التي حددها القانون، وهي في مجلس الدولة المصري تتمثل بالرأي الاستشاري الصادر عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في المنازعات بين الجهات الادارية والتي يكون الرأي فيها ملزم للطرفين^(٢)، وفي العراق فتتمثل بالرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة^(٣).

وأن حسم المنازعة أو الخلاف أمام مجلس الدولة بصدور رأي ملزم في موضوعها لا يعنى نهاية المطاف، فبعد صدور هذا الرأي وتبلور حقوق والتزامات كل طرف من أطراف المنازعة تظهر وبجلاء مشكلة هامة لا تقل في خطورتها عن مسألة حسم النزاع، الا وهي مسألة تنفيذ الرأي الملزم الصادر بشأنه، حيث تظهر خطورة مرحلة التنفيذ في أن الجهات الإدارية قد تمتنع عن تنفيذ ما انتهى إليه رأي المجلس، وبالتالي يذهب كل ما انفق من وقت وجهد ومال في سبيل حسم النزاع سدا، خاصة وأن المشرع في مصر والعراق لم يضع ضمانات لتنفيذ هذا الرأي وجعل الأمر كله متروك في يد الجهة الصادر

(١) نص قانون مجلس الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني في المادة (٤) منه على أن يختص المجلس بالتقنين والقضاء الاداري وابداء الرأي في الامور القانونية للدولة والقطاع العام في ضوء السياسة التشريعية للدولة في مرحلة البناء العام وتكون اعمال المجلس سرية عدا ما يتعلق بالقضاء الاداري". فيلاحظ أن قانون مجلس الدولة قيل التعديل الخامس كان ينص على مبدأ السرية ماعدا ما يتعلق بجلسات ومرافعات المتعلقة بمحاكم القضاء الإداري.

(٢) ينظر نص المادة (٦٦/د) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل.

(٣) ينظر نص الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

ضدها هذا الرأي إن شاعت عملت بمقتضاه وإن شاعت أهملته، فمجلس الدولة في مصر والعراق لا يملك أيضا جهازاً تنفيذياً مستقلاً بذاته ينفذ احكامه أو آرائه الملزمة بل يعتمد في تنفيذها على أدوات التنفيذ التي تملكها ذات الجهة التي يراقب نشاطها^(١).

وعليه سوف نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع، نبين في الفرع الاول موقف الفقه والقضاء من القيمة القانونية للرأي الاستشاري لمجلس الدولة في المسائل المختلف فيها، وفي الفرع الثاني، نبين مدى التزام الادارة بالرأي الاستشاري الملزم، وفي الفرع الثالث، نستعرض سبل ضمان تنفيذ الرأي الاستشاري الملزم في المسائل المختلف فيها.

الفرع الاول

موقف الفقه والقضاء من القيمة القانونية للرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها

تباينت الآراء بخصوص القيمة القانونية للرأي الاستشاري فهناك من يذهب بالقول أن الرأي الاستشاري في المسائل الخلافية يعد مجرد فتوى في حين يذهب البعض الاخر الى اعتبار الرأي الاستشاري في المسائل الخلافية او في النزاعات بين الجهات الادارية بمثابة حكم قضائي يحوز حجية الشيء المقضية فيه.

اولاً: موقف الفقه بشأن القيمة القانونية للرأي الاستشاري

اتفق الفقه المصري على أن الرأي الاستشاري الصادر عن لجان وادارات الفتوى مجرد رأي استشاري غير ملزم في المسائل التي يحصل فيها اختلاف في الرأي القانوني، لكن الخلاف الحاصل في الفقه المصري هو حول تحديد الطبيعة القانونية للرأي الصادر عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في المنازعات الادارية، حيث انقسم الفقه الى قسمين.

يرى الفريق الأول أن اختصاص الجمعية العمومية عند تطبيقها للمادة (٦٦/د) من قانون مجلس الدولة المصري يقتصر على الجانب الاستشاري، وبالتالي فإن ما يصدر عنها في هذا الإطار لا يعدو كونه رأياً استشارياً وليس حكماً قضائياً، ورغم ما قد يتمتع به هذا الرأي من قوة والإلزام المنصوص عليه قانوناً، إلا أنه لا يكتسب قوة الشيء المقضي فيه^(٢)، فالتزام طرفي النزاع برأي مجلس الدولة يعد التزاماً

(١) محمد حسن زيهم، الفصل في المنازعات بين الجهات الادارية في ضوء إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، مصدر سابق، ص ٧٥٥.

(٢) د. زكي محمد النجار، الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٤١٢.

إداريًا لا قضائيًا، أي أنه يحظر عليهما اتخاذ أي إجراء إداري مخالف أو مناقض لمقتضاه، إلا إذا لجأ أحدهما إلى الطعن فيه أمام القضاء، وذلك على نحو مماثل للقرارات الإدارية النهائية التي يختص القضاء الإداري بالنظر في طلب إلغائها^(١).

وتقوم حجتهم في ذلك على أن ظاهر نص المادة (٦٦/د) لا ينزع حق التقاضي عن الجهات العامة في النزاعات القائمة بينها، إذ لا شك في أن المشرع لم يمنح الجمعية العمومية ولاية قضائية للفصل في المنازعات التي تنشأ بين فروع السلطة التنفيذية وهيئاتها، وإنما كلفها بمهمة استشارية تتمثل في إبداء الرأي المسبب، كما هو واضح من النص المذكور، ولا تؤثر صفة الإلزام التي أضافها المشرع لرأي الجمعية تجاه الطرفين على طبيعته، إذ يظل هذا الرأي بمثابة فتوى لا ترقى إلى مرتبة الأحكام القضائية، خاصة وأن الجمعية ليست جزءًا من القسم القضائي لمجلس الدولة، ولا تُطبق عليها قواعد أو إجراءات المرافعات أو أية قواعد أخرى بديلة تضمن إجراءات التقاضي وضماناته^(٢).

كما أن الجمعية لا تملك سلطة إجرائية تساعدها في تحقيق الدعوى والوصول إلى الحقيقة، إذ لا يمكنها إجبار الإدارة المعنية بالنزاع على التعاون أو الاستجابة، ولا تملك صلاحية إجراء التحقيقات أو استخدام وسائل الإثبات القانونية كالمعاينة الميدانية، لذلك لا يكون الرأي الصادر عنها مقنعًا للمعنيين بالنزاع، لأن مصدره لا يمتلك الوسائل اللازمة للتحقق من الوقائع، ومن ثم لا يتمتع هذا الرأي بقوة الحكم القضائي ولا يحل محله^(٣).

أما الفريق الآخر، فقد ذهب إلى أن ما تصدره الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، استنادًا إلى نص المادة (٦٦/د)، يُعد في حكم الأحكام القضائية، مستمداً هذه الصفة من إلزاميته بنص القانون، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن اختصاص الجمعية في الفصل بالمنازعات الإدارية هو اختصاص حصري لا تشاركها فيه أي جهة أخرى، إذ إن الغاية من إقراره تتمثل في تجنب إشغال القضاء بمنازعات تنشأ بين ممثلي شخص واحد هو الدولة، وبذلك يصبح الرأي الصادر عن الجمعية في هذه المنازعات أقرب

(١) د. مصطفى كمال وضعي، أصول إجراءات القضاء الإداري، ط٢، مطبعة الامانة، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٨٦.

(٢) د. زكي محمد النجار، الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الادارية، مصدر سابق، ص ٤١٢.

(٣) د. مصطفى كمال وضعي، أصول إجراءات القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٨٦.

إلى الحكم القضائي منه إلى الفتوى، التي تتسم بطبيعتها بعدم الإلزام، الأمر الذي يحول دون إعادة عرض النزاع مرة أخرى أمام القضاء^(١).

خلص أصحاب هذا الرأي إلى أن الأشخاص المعنوية العامة لا يجوز لها رفع الدعاوى أمام القضاء بشأن المنازعات التي تنشأ فيما بينها والتي حددها القانون، كما لا يحق لها اللجوء إلى التحكيم لحسم هذه المنازعات، وذلك لأن المشرع قد رسم طريقاً محدداً لحلها، وفقاً لقاعدة أن الخاص يقيد العام، واستندوا في ذلك إلى ما استقر عليه إفتاء الجمعية العمومية من أن اختصاصها بنظر المنازعات بين الجهات الإدارية يُعد بديلاً عن اللجوء إلى الدعوى كوسيلة لحماية الحقوق وفض المنازعات^(٢).

أما في العراق، فلم يتناول الفقه الإداري هذا الموضوع، وانساق في ذلك مع نهج المشرع، إذ إن الآراء الاستشارية الصادرة عن مجلس الدولة، وفقاً للنصوص القانونية، غير ملزمة ولا تكتسب صفة الحكم القضائي، باستثناء ما نصت عليه الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، حيث إن احتكام الجهات الإدارية إلى مجلس الدولة بشأن مسألة خلافية يجعل الرأي الصادر عنه ملزماً للطرفين، وبذلك يُعد بمثابة حكم قضائي يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه^(٣).

(١) د. محمد ماهر ابو العينين، اختصاص مجلس الدولة وفقاً لأحكام القسم القضائي حتى عام ١٩٩٢، ط١، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٥٢٣، ود. مصطفى ابو زيد فهمي، القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٢١٦.

(٢) د. يسرى محمد العصار، التحكيم في المنازعات الادارية العقدية وغير العقدية، مصدر سابق، ص ٣٥.

(٣) تعرف حجية الامر المقضي فيه بانها "صفة تلحق بالحكم القضائي القطعي الصادر من محكمة مختصة ويترتب على توافر هذه الصفة احترام المحاكم له بعدم البحث في الموضوع نفسه من جديد والتسليم بما قضى به الحكم بين الخصوم"، نقلاً عن عبد الحكم فودة: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى المدنية لسابقة الفصل فيها، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٦.

وحجية الامر المقضي فيه لكي يكتسبها الحكم يجب أن تتوافر فيها ثلاثة شروط وهي اتحاد الخصوم، اتحاد المحل، اتحاد السبب، ومن آثار حجية الامر المقضي فيه هو عدم جواز اعادة طرح النزاع، الالزام بحجية الحكم اما المحاكم والجهات الرسمية، وعدم جواز تقديم دليل جديد لنقض الحكم لكن باستثناء من ذلك حالات الطعن المقررة قانوناً سواء الطرق العادية أم الاستئناف، وتختلف حجية الامر المقضي فيه عن قوة الامر المقضي فيه، هي أن الاولى تعني بأن الحكم الزم به الاطراف ولا يجوز اعادة طرح النزاع نفسه مجدداً، أما قوة الامر المقضي فيه تعني بأن الحكم اصبح نهائياً ولا يجوز الطعن به بطرق الطعن المقررة قانوناً، مما يجعله قابلاً للتنفيذ الجبري. نقلاً عن المحامي محمد منيب، حجية الامر المقضي فيه قانون الاثبات المصري، مقال منشور على موقع محامي مصر، متوفر على الموقع الالكتروني <https://mohamymasr.com>، تاريخ الزيارة ٢٨/٦/٢٠٢٥، الساعة ٩:٣٠ مساءً.

ويرى البعض أن هذا الرأي يحول دون إقامة دعوى قضائية في الموضوع ذاته، استناداً إلى القواعد الخاصة بالتحكيم، فضلاً عن أن هذه الخلافات تنشأ بين جهات إدارية تمثل فروعاً لشخص معنوي واحد، مما يفقد شرط الخصومة اللازمة لرفع الدعوى أمام القضاء الإداري، إذ لا يمكن للشخص أن يقاضي نفسه في المقابل^(١)، إلى أن الطبيعة القانونية للرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها تُعد بمثابة قرار إداري، وبالتالي يجوز الطعن فيه أمام محاكم مجلس الدولة المختصة، نظراً لأن المشرع لم يحدد جهة بعينها للطعن في هذا القرار الاستشاري^(٢).

إلا أن الباحثة تخالف هذا الرأي لعدة أسباب، من أبرزها أن الخلاف بين الجهات الإدارية حول المسائل المختلف فيها لا يرتقي إلى مستوى النزاع القضائي، نظراً لعدم صدور قرار إداري من إحدى تلك الجهات يمكن أن يُشكل أساساً مقبولاً لإقامة دعوى قضائية، وعليه فإن القول بأن الخصومة غير متوفرة بسبب انتماء هذه الجهات إلى شخص معنوي واحد لا يُعد مبرراً مقبولاً، إذ إن الخصومة قائمة بالفعل، وإن كانت بين جهتين إداريتين، فإنها تظل خصومة قانونية مشروعة.

كما ترى الباحثة أن محاولة إضفاء طابع التحكيم على الرأي الاستشاري الصادر عن مجلس الدولة لا تعد موفقة، وذلك لأن طبيعة التحكيم أمام مجلس الدولة، وفق ما تم التوصل إليه، لا تنطبق عليها قواعد التحكيم المعروفة، إذ يفتقر هذا النوع من التحكيم إلى الخصائص الأساسية للتحكيم التقليدي، ومنها حرية الأطراف في اختيار المحكمين، وكذلك حرية اختيار القانون الذي يُطبق في تسوية النزاع، وعليه فإن الباحثة ترى أن الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها لا يُعد حكماً تحكيمياً بالمعنى الدقيق، ولا يصدر عن هيئة تحكيمية تنطبق عليها قواعد التحكيم التقليدية.

ثانياً: موقف القضاء من طبيعة الرأي الاستشاري في المنازعات الإدارية

في مصر ذهب محكمة النقض المصرية إلى أن "الجمعية العمومية لا تعد من جهات القضاء أو الجهات ذات الاختصاص القضائي وإنما تختص فقط كجهة افتائية في النزاعات ولا يؤثر في ذلك ما اضفاء المشرع على رأيها من صفة الالتزام للجانبين لان هذا الرأي الملزم لا يتجاوز حد الفتوى ولا

(١) مجيد مجهول درويش، التنظيم القانوني لوظيفة مجلس شورى الدولة في الافتاء، مصدر سابق، ص ٢١٠ و ٢١١، ود.

حنان محمد القيسي، نطاق الاختصاص الإفتائي لمجلس شورى الدولة، مصدر سابق، ص ١٨.

(٢) د. قيدار عبد القادر صالح، الطبيعة القانونية للقرارات الاستشارية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١١)، العدد (٤٣)، سنة ٢٠٢٢، ص ٤٤.

يرقى به نص المادة (٦٦) الى مرتبة الاحكام، فلا يحوز الرأي الذي تبديه بشأن ما يطرح عليها حجية الامر المقضي فيه، لما كان ذلك وكان المشرع لم يضع على أي وجه قيودا يحول بين هذه الجهات وبين اللجوء مباشرة الى القضاء... فأن الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض الدفع بعدم الاختصاص الولائي يكون قد انتهى الى نتيجة صحيحة^(١).

أما فيما يخص القضاء الاداري فقد ذهب المحكمة الادارية العليا الى اضافة طابع الحكم القضائي على الرأي الاستشاري في المنازعات بين الجهات الإدارية، وفي احد احكامها ذهبت الى "حيث إن مفاد ما تقدم من النصوص، إن الشارع في إطار تعيين الاختصاص القضائي (الولائي أو الوظيفي) لمجلس الدولة بنظر المنازعات الإدارية بحسبانه صاحب الولاية العامة في هذا الشأن، وبوصفه قاضي القانون العام في المنازعات الإدارية، عهد إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع اختصاص نظر النزاعات بين الجهات الإدارية التي عناها المشرع في نص الفقرة (د) من المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة، والفصل فيها برأي ملزم والاختصاص المعقود للجمعية العمومية بالفصل في تلك المنازعات هو اختصاص ولائي، أو ما يعرف بالاختصاص المحجوز أو الاختصاص الحصري"^(٢).

وفي حكم آخر ذهبت المحكمة الادارية العليا المصرية في إحدى أحكامها "امتناع احدى الجهتين المتنازعتين عن تنفيذ ما انتهت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع برأي ملزم واجب التنفيذ، ومن نافلة القول بالإشارة إلى أن سيادة القانون أساس الحكم وتقوم به الدولة القانونية ومظهرة الاحترام الكامل لما يصدر عن المحاكم والجهات التي وسد لها المشرع ولاية الفصل في الأنزعة سواء في صورة أحكام أو قرارات أو آراء ملزمة وجوهره تنفيذ آليات تنفيذ الأحكام وغيرها من صور الفصل في المنازعات على وجه يكون معه واجب تنفيذ الأحكام من الواجبات الدستورية خاصة إذا كانت الدولة أو أحد الهيئات

(١) ينظر حكم محكمة النقض المصرية رقم (١١٠٧) في ١٩٨٤/٣/٢٠، نقلا د. محمد ماهر ابو العينين، اختصاص مجلس الدولة وفقا لأحكام القسم القضائي حتى عام ١٩٩٢، مصدر سابق، ص ٥٢٠.

(٢) ينظر حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٥٧٨١٨ لسنة ٦٠، منشور ومتوفر على الموقع الالكتروني، تاريخ الزيارة <https://m-youm7-com.cdn.ampproject.org/v/s/m.youm7.com/amp/2019/5/26>

٢٠٢٥/٦/٣٠، وقت الزيارة ١٢:٣٠ م.

التابعة لها طرفاً في التنفيذ، ولا يستساغ واقعا مقبولاً أن تكون أي من الجهات الإدارية في حل من واجب تنفيذ ما يلزمها به القانون بتنفيذه لما يمثله ذلك من عصف بمبدأ سيادة القانون...^(١).

وعليه يتضح أن الاتجاه القضائي في مصر قد ساوى بين الرأي الاستشاري الملزم والحكم القضائي، باعتباره صادراً عن جهة مخولة قانوناً للفصل في المنازعات الإدارية، فلا يختلف عنه في المرتبة، إذ إنه يفصل في نزاع ويصدر عن هيئة منحها المشرع صلاحية الحسم فيه، وبذلك يتمتع الرأي الاستشاري الملزم الصادر عن الجمعية العمومية بالقيمة القانونية ذاتها التي للحكم القضائي الصادر عن المحاكم الإدارية، والقول بغير ذلك من شأنه الإضرار بمبدأ سيادة القانون، لكون هذا الرأي يمثل تطبيقاً صريحاً لحكم القانون.

وفي العراق فإن موقف القضاء في هذا الصدد نادر جداً، حيث ذهبت المحكمة الاتحادية العليا عند النظر في طعن مقدم ضد حكم صادر من محكمة القضاء الإداري إلى أن "قرار مجلس شورى الدولة ملزم للوزارة أو الجهة طالبة الرأي" ^(٢)، وفي حكم آخر أيضاً للمحكمة الاتحادية ذهبت فيه إلى أن الرأي الصادر عن المجلس هو رأي استشاري غير ملزم للمدعي خلافاً للرأي الاستشاري الذي يصدره المجلس وفقاً للبند (رابعاً) من المادة ذاتها التي تلتزم الإدارة باتباعه ^(٣)، (هذا عندما كان الرأي الصادر عن مجلس الدولة وفقاً للفقرة (رابعاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة ملزم للجهة الإدارية)، ولهذا يعد عدم التزام الإدارة بالرأي الاستشاري الملزم وإصدارها قرارها بالخلاف لرأي مجلس الدولة قراراً معيباً ومخالفاً لمبدأ المشروعية مما يجعله قابلاً للطعن.

وفي رأي حديث لمجلس الدولة العراقي حول امكانية اعمام الآراء الصادرة عن مجلس الدولة على الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، انتهى المجلس إلى "وتأسيساً على ما تقدم من أسباب، يرى المجلس، ١- الاحكام الصادرة عن المحكمة الادارية العليا والتي حسمت موضوعاً تتمتع بحجية الاحكام القضائية وهي ملزمة وواجبة الاتباع من اطراف الدعوى، ويمكن للوزارات الاخذ بما استقر

(١) ينظر حكم المحكمة الادارية العليا في مصر، الطعن رقم (٥٥٨٢) لسنة ٤٨، بتاريخ ٢٥/٥/٢٠١٣، منشور على الموقع الالكتروني <https://www.facebook.com/share/p/16oy8nwp3B>. تاريخ الزيارة ٢٥/٧/٢٠٢٥، وقت الزيارة ١٥:٣ م.

(٢) ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٥ / اتحادية / تمييز، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢، مجلة التشريع والقضاء، المجلد ٥، آذار، ٢٠١٣، ص ١٧٦.

(٣) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٦ / اتحادية / ٢٠٠٨، أشار له جعفر كاظم المالكي، المرجع في قضاء المحكمة الاتحادية العليا، العاتك لصناعة الكتب، ط ١، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٠١.

عليه القضاء الاداري من مبادئ قضائية في الحالات المماثلة، ٢- الآراء الصادرة عن المجلس تعد مرجعا رسميا لتفسير القانون، وهي واجبة الاتباع كونها التطبيق السليم لحكم القانون ويمكن للأمانة العامة لمجلس الوزراء اعمامها تحقيقا لمبدأ توحيد الاجتهاد القانوني والاداري داخل مؤسسات الدولة^(١).

لذلك ترى الباحثة بأن الرأي الاستشاري الملزم بالخصوص يعد مساويا من حيث القيمة القانونية للحكم القضائي فهو واجب الاتباع كونه التطبيق السليم لحكم القانون.

الفرع الثاني

فاعلية الرأي الاستشاري الالزامي للجهات طالبة الرأي

الأصل العام أن الادارة غير ملزمة بتنفيذ الاستشارية الا في حال نص القانون على الزاميتها والذي يحصل في حالات محددة، إلا أن الإدارة قد تمتنع أحيانا عن تنفيذ الآراء الاستشارية الملزمة الصادرة ضدها، سواء عن طريق الامتناع الكلي عن التنفيذ أو من خلال التسويف والمماطلة، كما هو الحال مع حكم الأحكام القضائية، والذي يقتضي الاصل العام أن تلتزم الإدارة بتنفيذها استنادا إلى حكم القانون، إذ إن الحكم بمجرد صدوره يكتسب قرينة قانونية قاطعة على صحة ما قضى به^(٢)، وهي ما يُعرف

(١) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم (٢٠٢٥١١٥٧)، بتاريخ ٢٠٢٥/١٩/٢٢، قرار منشور.

(٢) مثال على ذلك، عدم التزام المدعى عليه بالحكم الصادر عن محكمة القضاء الاداري المؤرخ في ٢٠٢١/١٠/٢٥، في الدعوى المرقمة (٢٢٣٦، ق، ٢٠٢١)، والمتضمن الغاء الامر المطعون فيه لعدم تدوين افادة المدعي امام لجنة التضمين واعتماد اللجنة على افادات قدمت امام لجان اخرى، وقد صدق الحكم من قبل المحكمة الادارية العليا بحكمها المؤرخ في ٢٠٢٢/١٨/١٠ الصادر في الدعوى المرقمة (٤٦٥٩ اقضاء اداري - تمييز ٢٠٢١)، الا أن المدعى عليه قد شكل لجنة تحقيقية بالأمر الوزاري المرقم (١٤٠٣٣) في ٢٠٢١/٩/١٢ للتحقيق في موضوع المخالفات المتعلقة بفيلم محمد رسول الله وتقرير المسؤولية الإدارية، وقد أوصت اللجنة بالاستمرار بتنفيذ مضمون الأمر الوزاري المرقم (٤٥٤٦) في ٢٠٢١/٣/١٥، فصدر المدعى عليه الامر الوزاري المطعون فيه في هذه الدعوى المتضمن في الفقرة (٢) منه الاستمرار بتنفيذ الأمر الوزاري المرقم (٤٥٤٦) في ٢٠٢١/٣/١٥ بتضمين المدعي مع موظف اخر بالتكافل والتضامن مبلغاً قدره (٨٥٥٩٥٠٠٠) خمسة وثمانون مليوناً وخمسمائة وخمسة وتسعون الف دينار، وتجد المحكمة الإدارية العليا ان مسلك المدعى عليه بإصدار امر وزاري بالاستمرار في تنفيذ امر تم الغاؤه بحكم قضائي اكتسب درجة البتات يخالف احكام المادة (١٠٥) من قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ التي تنص على (للأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق اذا اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا)، ووفقا لمبدأ " لا يجوز للدائرة الاستمرار بتنفيذ امر اداري سبق الغاءه قضائيا "، ينظر حكم

بحجية الشيء المقضي به، وبموجب هذا المبدأ القانوني، فإن الجهات المكلفة بالتنفيذ ملزمة بتنفيذ الحكم تنفيذاً كاملاً وصحيحاً، احتراماً للقانون الذي صدر الحكم على أساسه^(١).

فإن الأمر ذاته ينطبق على الآراء الاستشارية الملزمة، لا سيما تلك الصادرة عن الهيئات الاستشارية في النزاعات الإدارية، وقد كشف الواقع العملي لتطبيق الرأي الاستشاري الملزم عن هذه المشكلة، إذ امتعت بعض الجهات الإدارية عن تنفيذ ما ورد فيه، ومن الأمثلة العملية على ذلك، عدم التزام بنك ناصر الاجتماعي بتطبيق الرأي الذي انتهت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في النزاع القائم بين بنك ناصر الاجتماعي وجامعة الزقازيق، وحيث انتهت الجمعية العمومية في رأيها الى الزام بنك ناصر الاجتماعي بدفع مبلغ ٣٥، ٦٣٤٨١ جنيه لجامعة الزقازيق، الا ان بنك ناصر الاجتماعي لم يقم بتنفيذ هذا الرأي على الرغم من النص على الزاميته^(٢).

وفي فتوى عن الجمعية العمومية حول طلب اعادة النظر عرض بالنزاع القائم بين الهيئة العامة للمساحة والهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة بخصوص الزام الاخيرة بأداء مبلغ معين من المال، والمقدم من الرئيس التنفيذي للهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة، فانتهت الجمعية الى " أن النزاع الماثل سبق أن حسمته الجمعية العمومية برأي ملزم بجلستها المعقودة بتاريخ ١٣ من يوليو ٢٠١٧..، التي خلصت فيها الى إلزام الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة أن تؤدي الى الهيئة العامة للمساحة مبلغاً..، ومن ثم لا يجوز معاودة طرح النزاع على الجمعية العمومية مرة اخرى بحسبان الرأي الصادر عنها في مجال المنازعات هو رأي نهائي حاسم ومه لأوجه النزاع تستند به الجمعية ولايتها ولا يجوز لها معاودة نظره من جديد حتى لا يظل مطروحاً الى ما لا نهاية... فهو محض التفاف حول تنفيذ إفتاء الجمعية العمومية للمشار اليه بالمطالبة بالمبلغ ذاته

المحكمة الادارية العليا المرقم بالعدد ٢٣ اقضاء اداري - تمييز ٢٠٢٣١، الصادر بتاريخ (٢٠٢٣/٣١١)، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠٢٣، مصدر سابق، ص ٤٦٣ - ٤٦٥.

(١) د. مازن ليلو راضي ود. حنان محمد القيسي، امتناع الادارة عن تنفيذ احكام القضاء، دار المسلة للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠١٨، ٧٩.

(٢) ينظر الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (٤٩٧)، بتاريخ ٢٠٠١/٨/٣ منشور على موقع منشورات قانونية، مصدر سابق.

المنتهي الرأي الى إلزامها به، ولذلك انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الى عدم جواز نظر النزاع المائل لسابقة الفصل فيه^(١).

فيلاحظ عدم التزام الجهة الصادر ضدها إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأداء المبلغ المقرر عليها على الرغم من الزامية الرأي، وذهبها الى الالتفاف والمماطلة بعدم تنفيذ الرأي.

ومن تطبيقات ذلك في العراق طلب هيئة رئاسة مجلس النواب الرأي من مجلس الدولة حول مدى قانونية ترشيح وزير الشباب والرياضة الى رئاسة الاتحاد العراقي وتعارضه مع استقلال الاتحاد الرياضية، فصدر رأي المجلس على أن لا يجوز ترشيح وزير الشباب والرياضة نفسه لرئاسة الاتحاد العراقي لكرة القدم لان ذلك يتعارض مع مهام وواجبات مركزة القانوني ويؤثر على استقلال الاندية والاتحادات الرياضية^(٢)، الا أن اللجنة القانونية في رئاسة المجلس لم تلتزم بهذا الرأي وقررت جواز ترشيح وزير الشباب والرياضة نفسه لرئاسة الاتحاد، وعللت ذلك بأن الاتحادات والنفقات منظمات غير حكومية^(٣).

لذلك فإن الرأي الاستشاري الصادر في المنازعات الادارية يجب ألا يكون محلاً للامتناع عن التنفيذ، باعتباره التطبيق الصحيح لحكم القانون، وبحسبان أن الخصومة التي يفصل فيها إنما تكون بين خصوم شرفاء وفروع الأصل واحد ضد فروع السلطة العامة وهيئاتها.

وهذا ما انتهت الية المحكمة الادارية العليا في مصر حيث نصت في إحدى الطعون على أن "الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع يكون لها دون غيرها الفصل فيه كشافاً لصحيح حكم القانون وهي تختلف عن حالة الطعن المائل الذي ينصرف إلى امتناع إحدى الجهتين المتنازعتين عن تنفيذ ما انتهت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع برأي ملزم واجب التنفيذ، ومن نافلة القول الإشارة إلى أن سيادة القانون أساس الحكم وتقوم به الدولة القانونية ومظهرة الاحترام الكامل لما يصدر عن المحاكم والجهات التي وسد لها المشروع ولاية الفصل في الأنزعة سواء في

(١) ينظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ملف رقم (٤٥٠٣ / ٢ / ٣٢)، بتاريخ ٢٧ / ٧ / ٢٠١٩، منشور على موقع منشورات قانونية، مصدر سابق.

(٢) ينظر رأي مجلس الدولة العراقي رقم (٢٠٢١ / ٦ / ٦٢) بتاريخ ١٢ / ٦ / ٢٠٢١، قرارات وفتاواه مجلس الدولة العراقي لسنة ٢٠٢١، مطبعة الوقف الحديث، بغداد، ٢٠٢٢.

(٣) نقلا عن احمد عباس كريم الفتلاوي، مدى فاعلية مجلس الدولة في اداء وظيفته الاستشارية والقضائية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة، كلية القانون، ٢٠٢٣، ص ٩٦.

صورة أحكام أو قرارات أو آراء ملزمة وجوهره تنفيذ آليات تنفيذ الأحكام وغيرها من صور الفصل في المنازعات على وجه يكون معه واجب تنفيذ الأحكام من الواجبات الدستورية خاصة إذا كانت الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها طرفاً في التنفيذ، ولا يستساغ واقعاً مقبولاً أن تكون أي من الجهات الإدارية في حل من واجب تنفيذ ما يلزمها به القانون بتنفيذه لما يمثله ذلك من عصف بمبدأ سيادة القانون...^(١).

ونستنتج من ذلك أن الإدارة لا تطبق ما يصدر ضدها من آراء على الرغم من الزاميتها، لذلك اعتبر القضاء عدم تنفيذ الرأي الاستشاري الملزم، يجعل من تصرف الإدارة غير مشروع، مما يرتب على الجهة الصادر ضدها التزاماً إيجابياً بالعمل على تنفيذه متى طُلب منها ذلك، والتزاماً سلبياً بالامتناع عن القيام بأي إجراء من شأنه عرقلة عملية التنفيذ، احتراماً لسيادة القانون، ومع ذلك فإن تنفيذ هذا الرأي لا يمكن أن يتم عن طريق إلزام الجهة الصادر ضدها به تنفيذاً جبرياً، إذ استقر القضاء على عدم جواز استخدام وسائل التنفيذ الجبري في مواجهة الإدارة^(٢)، باعتبار أن الأصل هو أن الإدارة لا تخضع لتلك الوسائل في تنفيذ الأحكام الصادرة بحقها، وإنما يتم التنفيذ استناداً إلى حسن نيتها^(٣) حيث يقتصر دور القاضي الإداري على إصدار الحكم دون تجاوزه إلى إصدار أوامر مباشرة للإدارة بتنفيذه أو الحلول محلها، وذلك التزاماً بمبدأ الفصل بين السلطات، أي بين الإدارة والقضاء، ومن ثم، فإن فكرة التنفيذ الجبري للآراء الاستشارية الملزمة غير واردة، ليبقى التساؤل المطروح، ما مدى إمكانية تطبيق الوسائل التقليدية لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية على الآراء الاستشارية الملزمة؟

للإجابة على هذا السؤال يستلزم أولاً بيان الوسائل التقليدية لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية في كل من مصر والعراق.

أولاً: الوسائل التقليدية لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية

١- دعوى الإلغاء:

(١) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم (٥٥٨٢) لسنة ٤٨، مصدر سابق.
(٢) د. يسرى محمد العصار، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٣.
(٣) محمد حسن زيهم، الفصل في المنازعات بين الجهات الإدارية في ضوء إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، مصدر سابق، ص ٧٥٥.

من أبرز الوسائل التي أقرها المشرع كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية، منح المتضرر من عدم تنفيذ الحكم صلاحية إقامة دعوى إلغاء جديدة ضد الجهة الإدارية الممتنعة عن التنفيذ، ذلك أن امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم الإلغاء يُعد قرارًا مخالفًا لحجيته، التي تمثل قاعدة قانونية ملزمة، ولا فرق في هذا الصدد بين أن يكون القرار المطعون فيه بالإلغاء قرارًا إيجابيًا أو سلبياً^(١).

وفي هذا الإطار، قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن امتناع الجهة الإدارية عن تنفيذ الرأي الاستشاري الملزم في المنازعات الإدارية يُعد قرارًا سلبياً بالامتناع عن التنفيذ.

وبناءً على ذلك، فإن امتناع الإدارة عن إصدار قرار كان ينبغي عليها إصداره استناداً إلى الرأي الاستشاري يشكل مخالفة لمبدأ المشروعية وقراراً سلبياً بالمعنى القانوني، وعلى هذا الأساس، يمكن الطعن في القرار الصادر بالمخالفة للرأي الاستشاري الصادر عن مجلس الدولة، خاصة وأن قانون مجلس الدولة العراقي قد نص في المادة (٧/ثانياً/هـ/٣) على أن "يعد في حكم القرارات والامور التي يجوز الطعن فيها رفض او امتناع الموظف او الهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام عن اتخاذ قرار او امر كان من الواجب عليها اتخاذه قانوناً"^(٢).

٢- دعوى التعويض

إن امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم الإلغاء يُعد خطأً من جانبها يُنشئ مسؤوليتها المدنية، وتتعقد هذه المسؤولية بتوافر أركانها الثلاثة: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية، ويُعد القرار السلبى الصادر عن الإدارة بالمخالفة لحجية الأمر المقضى به، والمتمثل في امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية تنفيذاً تاماً وصحيحاً، خطأً يستوجب التعويض عما سببه من ضرر لصاحب الشأن، سواء كان الامتناع كلياً أو كان التنفيذ معيباً أو ناقصاً^(٣).

(١) د. مازن ليلو راضي ود. حنان محمد القيسي، امتناع الادارة عن تنفيذ احكام القضاء، مصدر سابق، ص ٢١ و١٢٢.
(٢) ينظر نص المادة (٧/ثانياً/هـ/٣) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
(٣) عصام حاتم حسين السعدي، وسائل اجبار الادارة على تنفيد الاحكام القضائية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة المستنصرية، كلية القانون، ٢٠١٢، ص ٩٧.

وقد استقر القضاء الإداري في العديد من أحكامه على أن عدم تنفيذ الشيء المقضي به هو دائماً خطأ سلبياً، باعتبار أن امتناع الإدارة عن التنفيذ يشكل مخالفة صريحة للقاعدة القانونية التي تلزم باحترام حجية الأحكام والقرارات، وهو ما يؤدي إلى إشاعة الفوضى وتقويض الثقة في سيادة القانون^(١).

أما الضرر فيمثل الركن الثاني من أركان المسؤولية التقصيرية الناشئة عن أعمال الإدارة القائمة على أساس الخطأ، ويُشترط فيه أن يكون ضرراً محققاً وحاصلاً بالفعل، إذ لا يجوز التعويض عن الضرر المحتمل وفقاً لما قرره القانون. وبالتالي، إذا لم يتحقق الضرر، فلا محل للتعويض^(٢).

أخيراً، حتى تقوم المسؤولية التقصيرية في مواجهة الإدارة أو الموظف العام، يجب توافر علاقة سببية بين الخطأ والضرر، بحيث يكون الضرر نتيجة مباشرة لخطأ الإدارة، وعندها فقط يُستحق التعويض.

يقصد بالتعويض الأثر المترتب على امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم الصادر ضدها، بحيث يكون التعويض متناسباً مع الضرر الذي لحق بمن صدر الحكم لصالحه، وقد يكون التعويض تعويضاً عينياً، ويُقصد به الوفاء بذات الالتزام محل الحكم، أو تعويضاً بمقابل، سواء كان نقدياً أو غير نقدي، ويهدف في هذه الحالة إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر^(٣).

والمقصود بالتعويض هنا هو التعويض النقدي، وذلك في حالة امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم، إذ إن التعويض العيني يلزم الإدارة بتنفيذ الحكم ذاته الذي امتنعت عن تنفيذه، وهو ما يُعد في الأصل سبباً لقيام دعوى المسؤولية ضدها^(٤).

بذلك، فإن دعوى التعويض تصلح في حالات التأخير عن التنفيذ أكثر من حالات الامتناع الكلي عنه، لأنها في هذه الحالة لا تحقق تنفيذاً فعلياً للحكم، بقدر ما تُعد وسيلة لجبر الأضرار الناجمة عن

(١) شيماء حاتم رشيد، وسائل اجبار الادارة تنفيذ القرارات التحكيمية، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، العدد ٥٨، الجزء الاول، ٢٠٢٢، ص ٤٧٩.

(٢) د. محمد طه حسين الحسيني، الوسيط في القضاء الإداري، الجزء الثاني، ط ١، مكتبة زين الحقوقية والادبية، لبنان، ٢٠١٨، ص ٢٨٣.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ الاحكام الادارية واشكالاته الوقتية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٨٨.

(٤) عصام حاتم حسين السعدي، وسائل اجبار الادارة على تنفيذ الاحكام القضائية (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ١٠١.

عدم التنفيذ، ومن ثم فإن هذه الوسيلة لا تعتبر كافية لإجبار الإدارة على التنفيذ، وذلك لعدة أسباب، منها:

١. أن الإدارة قد تتمكن من "شراء حريتها" بالامتناع عن التنفيذ والخروج على مبدأ المشروعية مقابل دفع التعويض المقرر.

٢. أن إجراءات دعوى التعويض غالباً ما تكون مطولة ومعقدة، الأمر الذي يطيل المدى الزمني لتنفيذ الحكم، وقد يفقده قيمته العملية حتى مع صرف التعويض.

٣. أن احتمال رفض طلب التعويض وارد، لكونه خاضعاً لتقدير القضاء^(١).

وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة للأحكام القضائية، فإن الوضع بالنسبة للآراء الاستشارية الملزمة يبدو أضيق نطاقاً، إذ لا تضمن هذه الوسيلة بأي حال تنفيذاً فعالاً من قبل الإدارة لتلك الآراء.

٣- المسؤولية التأديبية تجاه الموظف

تقوم المسؤولية التأديبية للموظف العام على أساس الخطأ المنسوب إليه، وذلك نتيجة إخلاله بواجبات وظيفته ومخالفته للأنظمة والقوانين وقواعد السلوك الوظيفي التي يجب عليه الالتزام بها بوصفه موظفاً عاماً^(٢).

وحيث إن احترام أحكام القضاء، لحيازتها على قوة الشيء المقضي به، يفرض على الموظف العام تحقيق أمرين: الأول إيجابي، وهو العمل على تنفيذ الحكم، والثاني سلبي، ويتمثل في الامتناع عن أي عمل أو إجراء من شأنه عرقلة تنفيذ الحكم، وعليه تثار المسؤولية التأديبية في الحالات التي لا يشكل فيها الامتناع جريمة جنائية، لكنه يعد إخلالاً بالنظام العام وعرقلة لسير المصالح العامة^(٣).

وهذا ما نصت عليه المادة (٨٧) من قانون العاملين بالمدنيين بالدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ " كل عامل يخرج عن مقتضى الواجب في اعمال وظيفته.. يجازي تأديبياً"^(٤).

(١) محمد حسن زيهم، الفصل في المنازعات بين الجهات الادارية في ضوء إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، مصدر سابق، ص ٧٠٨ و٧٠٩.

(٢) ينظر نص المادة (٨٧) من قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨.

(٣) د. مازن ليلو راضي ود. حنان محمد القيسي، امتناع الادارة عن تنفيذ احكام القضاء، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٤) ينظر نص المادة (٨٧) من قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨.

أما في العراق فأن قانون انضباطي موظفي الدولة والقطاع العام العراقي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل قد اشار ومن خلال نصوص كثيرة على التزام الموظف بواجب احترام القانون بمعناه الواسع وأن يمتنع بالذات أو بالواسطة عن أن يقوم باي عمل من الاعمال المحظورة أو المحرمة بمقتضى القوانين أو اللوائح أو الانظمة المعمول بها ومن ذلك تعطيل أو الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية^(١).

وأخيراً، عند تقييم مدى فاعلية هذه الوسيلة في حث الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية، نجدها غير فعالة إلى حد ما، وذلك لأسباب عدة منها:

١. أن الجزاءات التأديبية تقل في ردعها العام والخاص مقارنة بالعقوبات الجنائية، مما يزيد احتمال تكرار المخالفة عند توافر ظروفها.

٢. صعوبة قدرة الإدارة على معاقبة موظفيها الممتنعين عن التنفيذ، وقد تكون هي نفسها من حثتهم على ذلك.

٣. في كثير من الأحيان، يكون الوزير المسؤول عن عدم التنفيذ من الأشخاص الذين لا يجوز مساءلتهم تأديبياً، وإن جاز مساءلته سياسياً، فإن هذه المسألة محل شك خاصة إذا كان الوزير ينتمي إلى الحزب السياسي الحاكم ويتمتع بالحصانة البرلمانية^(٢).

لذلك نستنتج صعوبة اقرار هذه الوسيلة لاجبار الادارة على تنفيذ الرأي الاستشاري الملزم.

٤ - المسؤولية الجزائية للموظف

يعد امتناع الموظف عن تنفيذ الحكم القضائي الصادر نتيجة الدعوى الادارية بعد اكتسابه الدرجة القطعية جريمة جزائية تثير مسؤوليته الجنائية، ويحق للمحكوم له في هذه الحالة رفع شكوى جزائية الى المحكمة المختصة.

وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٣) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٢ على أن "يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من

(١) د. مازن ليلو راضي ود. حنان محمد القيسي، امتناع الادارة عن تنفيذ احكام القضاء مصدر سابق، ص ١٤٥.

(٢) د. محمد باهي أبو بونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الادارة على تنفيذ الأحكام الادارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣٦.

الحكومة أو أحكام القوانين أو اللوائح، أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم، أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة.

ويعاقب بالعقوبة نفسها كل موظف امتنع عمدًا عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلًا في اختصاص الموظف^(١).

وهو ذات المسلك الذي اتخذه المشرع العراقي في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩، حيث جاء نص المادة (٣٢٩) منه على ان "يعاقب بالحبس وبالغرامة او بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف او مكلف بخدمة عامة استغل وظيفته في وقف او تعطيل تنفيذ الاوامر الصادرة من الحكومة او احكام القوانين والانظمة او اي حكم او امر صادر من احدى المحاكم او اية سلطة عامة مختصة او في تأخير تحصيل الاموال او الرسوم ونحوها المقررة قانونا.

٢ - يعاقب بالعقوبة ذاتها كل موظف او مكلف بخدمة عامة امتنع عن تنفيذ حكم او امر صادر من احدى المحاكم او من اية سلطة عامة مختصة بعد مضي ثمانية ايام من انذاره رسميا بالتنفيذ متى كان تنفيذ الحكم او الامر داخلًا في اختصاصه^(٢).

ويلاحظ أن جريمة امتناع الموظف عن تنفيذ الحكم القضائي تظهر في صورتين، الاولى هي استعمال الموظف لسلطته الوظيفية لوقف تنفيذ الحكم القضائي، أما الصورة الثانية تتمثل بامتناع الموظف المختص عن تنفيذ الحكم.

وكذلك يظهر أن المشرع المصري قد نص على عقوبة الحبس والعزل، بينما المشرع العراقي قد نص على عقوبة الحبس والغرامة او إحدى هاتين العقوبتين.

وعليه اذا كان الهدف المراد من تجريم امتناع الموظف عن تنفيذ الحكم القضائي يفترض أن يعتبر بحد ذاته رادعاً لكل موظف ينوي ارتكاب ذات الفعل، بالتالي فأن اتجاه المشرع المصري في العقوبة المفروضة هو اكثر فاعلية في تحقيق الهدف المرجو منه، اذا أن النص على عقوبة الحبس مع العزل من الوظيفة لا تترك للقاضي الخيار في اختيار أحدهما دون الاخرى، مما يجعله اقوى من اتجاه المشرع العراقي في العقاب المفروض لهذه الجريمة حيث أن عقوبة العزل هي اكثر ما يخشاه الموظف على

(١) ينظر نص المادة (١٢٣) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٧٢.

(٢) ينظر نص المادة (٣٢٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

اعتبار أن العقوبات الاخرى سوى الغرامة أو الحبس قد تكون يسيرة سوى من حيث المبلغ المفروض او مدة الحبس والتي تكون احيانا لعدة ايام^(١).

الا أن هذه الوسيلة في نظرنا لا تصلح لتطبيق على حث الادارة لتنفيذ الآراء الاستشارية لأسباب منها، أن الرأي الاستشاري الملزم لم يرد ضمن النصوص الجزائية لتطبيق على الموظف الممتنع عن تنفيذ الراي الاستشاري أياً من هذه العقوبات بالتالي لا يعدُ عدم تنفيذ الرأي او التراخي في تنفيذه جريمة شأنه في ذلك شأن الامتناع عن الحكم القضائي، وخاصةً أن النصوص الجنائية لا يجوز استخدام القياس فيها طبقاً لنص لا عقوبة ولا جريمة الا بنص^(٢).

وايضاً أنه من غير المتصور أو الملائم أن يوجه أحد الوزراء شكوى جزائية ضد وزير آخر في الحكومة على اعتبار أن كلاً منها ضامناً ومتضامناً مع الاخر ومسؤولين عن أعمال الحكومة امام مجلس الوزراء ومجلس النواب، كذلك أن من الاسباب التي تقلل فاعلية هذه الوسيلة هي صعوبة اثبات فعل الامتناع باعتبار أن جريمة الامتناع عن التنفيذ من الجرائم العميقة التي تتطلب توافر القصد الجرمي بعنصرية العلم والارادة وحيث أن ها القصد ينتفي اذا شاب الحكم غموض من شأنه أن يجعل الموظف يمتنع عن التنفيذ مؤقتاً، وايضاً مما يقلل فاعلية هذه الوسيلة هي الحصانة التي يتمتع بها الوزراء^(٣).

بالتالي نرى أنه من العسير استخدام هذه الوسيلة لحث الادارة على تنفيذ الرأي الاستشاري الملزم ما لم يشمل النص العقابي بجريمة الامتناع عن التنفيذ لذلك نقترح على كل من المشرع المصري والعراقي اضافة الآراء الاستشارية الملزمة الصادرة عن مجلس الدولة من ضمن الاحكام القضائية والوامر التي لا يجوز للموظف الامتناع عن تنفيذها.

لذا نستنتج أن الوسائل التقليدية لإجبار الادارة على تنفيذ الاحكام الإدارية القضائية لا تصلح لاستخدامها لجبر الادارة على تنفيذ الراي الاستشاري الصادر ضدها.

(١) د. فارس عبد الحليم حاتم، حدود فاعلية اساليب اجبار الادارة على تنفيذ القرارات القضائية دراسة مقارنة، بحث منشور في، مجلة جامعة الكوفة، العدد ٦٩، الجزء الاول، ٢٠٢٣، ص ١٦٨.

(٢) محمد حسن زيهم، الفصل في المنازعات بين الجهات الادارية في ضوء إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، مصدر سابق، ص ٧١١.

(٣) د. ابراهيم المنجي، التعليق على نصوص قانون مجلس الدولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص ٨٨٨.

الفرع الثالث

سبل ضمان تنفيذ الرأي الاستشاري الملزم في المسائل المختلف فيها

لضمان حقوق المتقاضين وتطبيقاً لمبدأ المساواة أمام القضاء، استحدثت بعض الدول ومنها (فرنسا والجزائر على سبيل المثال) وسائل قانونية جديدة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية، مثل الأمر القضائي بتنفيذ حكم الإلغاء، وأسلوب الضغط المالي (الغرامة التهديدية)، غير أنّ السؤال المطروح هنا، هل يمكن تكييف هذه الوسائل لتُطبق على الإدارة لإلزامها بتنفيذ الآراء الاستشارية الملزمة الصادرة عن الجهات المختصة؟

للإجابة عن هذا السؤال يجب علينا أن نبين أولاً ماهية هذه الوسائل:

أولاً- سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر إلى الإدارة (الأمر القضائي)

يُعرّف الأمر القضائي بأنه توجيه يصدر إلى الإدارة للقيام بعمل محدد أو الامتناع عن القيام بعمل من هذا النوع، وهو بطبيعته لا يُعد قراراً إدارياً، وإنما يُصنف كإجراء تمهيدي^(١).

وقد كان إصدار الأوامر القضائية من المسائل المحظورة على القاضي الإداري، استناداً إلى مبدأ استقلال الإدارة، الذي يقتضي عدم جواز أن يوجّه القاضي الإداري أثناء نظره النزاع المعروف أمامه أمراً إلى الجهة الإدارية بإلزامها باتخاذ إجراء أو الامتناع عن إجراء، سواء في إطار دعوى الإلغاء أو غيرها من الدعاوى، كما لا يجوز له الحكم عليها بغرامة تهديدية أو أن يحل محلها في إصدار ما كان يتعين عليها إصداره^(٢).

غير أن القضاء الإداري سعى إلى التخفيف من صرامة هذا الحظر، كما ارتفعت أصوات الفقه الفرنسي للمطالبة بإلغائه، إلى أن تدخل المشرع الفرنسي وأقرّ تعديلات تشريعية مهمة، بدءاً بالقانون رقم ٥٣٩ لسنة ١٩٨٠، ثم القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥، اللذين أجازا للقاضي الإداري - ضمن قيود محددة - إصدار أوامر للإدارة باتخاذ سلوكيات معينة، وكان لذلك أثر بالغ في تعزيز تنفيذ الأحكام القضائية، كما ظهر في قضية Menneret^(٣).

(١) جلال قادر احمد، اشكليات تنفيذ احكام القضاء الاداري في العراق، رسالة ماجستير، جامعة السليمانية، كلية القانون والسياسة، ٢٠١٦، ص ١٣٤.

(٢) د. عبد المجيد محجوب جوهر، سلطة القاضي الاداري في توجيه اوامر الى الادارة لتنفيذ حكمه، ط ١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص ١١.

(٣) حيث قرره مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٧/ مايو/ ١٩٨٥ فرض غرامة ضد الإدارة تقدر ٢٠٠ فرنك يوميا طالبت بها السيدة انطلاقاً من فعل الامتناع الذي أنت به الإدارة فيما يتعلق بالحكم الصادر لصالحها من محكمة Limoge

مع ذلك، فإن نطاق الأمر القضائي يظل مقصوراً على الحالات التي يطلب فيها القاضي من الإدارة اتخاذ وضع محدد، دون أن يمتد إلى حد الحول محلها في اتخاذ القرار بدلاً عنها^(١).

ولكن يُلاحظ ان سلطة القاضي في توجيه الاوامر الى الادارة تتسع في ثلاثة أبعاد أساسية:

١. من حيث الأشخاص المخاطبين بها: تشمل جميع الأشخاص المعنويين من الهيئات العامة، وكافة الجهات التي تخضع منازعاتها لاختصاص القضاء الإداري، بما في ذلك التنظيمات الخاصة المكلفة بتسيير المرافق العامة.

٢. من حيث الجهات القضائية المختصة: تشمل جميع المحاكم الإدارية، ومحاكم الاستئناف الإدارية، ومجلس الدولة، في إطار التنظيم القضائي الفرنسي.

٣. من حيث نطاق الأحكام المشمولة: تمتد هذه السلطة لتغطي الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، والقرارات الصادرة عن مجلس الدولة، وكذلك الأوامر التي يصدرها القاضي الإداري في إطار سلطاته التحقيقية أو ضمن القضاء الاستعجالي^(٢).

تنقسم الأوامر القضائية التي يوجهها القاضي الإداري، بموجب القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥، لضمان تنفيذ الأحكام القضائية إلى نوعين رئيسيين: النوع الأول أوامر تصدر في المرحلة السابقة على التنفيذ، أي ضمن منطوق الحكم الأصلي، والنوع الثاني أوامر تصدر في المرحلة اللاحقة على الحكم، إذا ثبت امتناع الإدارة أو الجهة المكلفة بتسيير المرفق العام عن تنفيذ الحكم القضائي.

فيما يخص النوع الأول، نصّ القانون الفرنسي على منح القاضي الإداري صلاحية تضمين حكمه أمراً يلزم الإدارة باتخاذ قرار معين أو القيام بإجراء محدد، استناداً إلى المادتين (١١٩-١) و(١١٩-٢) من

المتعلق بتسجيل والدها اللوحة التذكارية لشهداء فرنسا، والذي كان محل قبول في مداولة أولى من طرف البلدية ثم تم التراجع عنه بعد ذلك بموجب مداولة ثانية، ينظر، الاء محمود حسين السحتوت، ضمانات تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الادارية -دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠٢٢، ص ٩٩.

(١) هورمان محمد سعيد، توجيه الاوامر القضائية للإدارة واستخدام الغرامة التهديدية في مواجهتها كضمانة لتنفيذ احكام القضاء الاداري وامكانية تطبيق ذلك في القانون الاردني والعراقي، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الاردن، ٢٠١١، ص ٥٧.

(٢) عماد محمد شاطي هندي، تطور مبدا توجيه الاوامر من القاضي الاداري الى الادارة، بحث منشور مجلة النهرين للعلوم القانونية، العدد ٣، ٢٠١٥، ص ١٣٣.

قانون المرافعات الإدارية الفرنسي، اللتين تشكلان الأساس التشريعي لهذه السلطة^(١)، يُشترط أن يكون هذا الإجراء مترتباً على مقتضيات الحكم القضائي ومتطلباته، وبناءً على طلب يقدمه صاحب الشأن، كما يجوز للقاضي، في هذا السياق، أن يحدد للإدارة إطاراً زمنياً ملزماً لتنفيذ الإجراء المطلوب، الأمر الذي يعزز فعالية الأمر القضائي، إذ يحد من إمكانية لجوء الإدارة إلى أسلوب المماطلة في التنفيذ^(٢).

أما النوع الثاني، فلا ينهض إلا بعد صدور الحكم القضائي وامتناع الإدارة عن تنفيذه أو إهماله، سواء كان ذلك الامتناع صريحاً أو عن طريق التعنت بوضع عراقيل تحول دون التنفيذ، وفي هذه الحالة، ولتلافي إغفال توجيه أوامر إلى الإدارة ضمن الحكم القضائي ذاته، منح المشرع للقاضي سلطة إصدار أمر للإدارة باتخاذ قرار إداري جديد خلال أجل محدد، وذلك بإعادة الملف إليها لفحصه مجدداً ضمن الإطار الزمني المقرر، دون أن يحدد القاضي طبيعة الإجراء الواجب اتخاذه، على أن تصدر الإدارة قراراً جديداً يتدارك وجه عدم المشروعية الذي شاب القرار الأول الملغى محل النزاع^(٣).

ويلاحظ أن النوع الثاني من الأوامر القضائية يمكن أن يكون ملائماً بدرجة كبيرة لإجبار الإدارة على تنفيذ الرأي الاستشاري الإلزامي، وذلك من خلال تمكين صاحب الشأن من طلب إصدار المستشار أمراً إلى الجهة الإدارية المعنية بتنفيذه خلال مدة زمنية محددة.

ثانياً- الغرامة التهديدية

نظراً لقصور الوسائل التقليدية في إجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، اتجه المشرع الفرنسي إلى تبني فكرة الغرامة التهديدية^(٤)، وهي مبلغ مالي يفرضه القضاء على المدين، يُحتسب عن كل يوم

(١) علي احمد علي الطويل، سلطة القاضي في مواجهة الادارة عن تنفيذ الاحكام الادارية -دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث)، المجلد ٢٣، العدد ٣، ٢٠٢٥، ص ١٣٨٦، منشورة على الموقع الالكتروني تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٧/١، وقت الزيارة ٤:٣٠ مساء.

<https://share.google/86zC5gRrL06FLq86>

(٢) د. مازن ليلو راضي، وسائل تنفيذ احكام القضاء الاداري، بحث منشور في مجلة الحقوق _جامعة المستنصرية، مجلد ١٢، عدد ١٢، ٢٠١٨، ص ١٩.

(٣) د. مازن ليلو راضي ود. حنان محمد القيسي، امتناع الادارة عن تنفيذ احكام القضاء، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٤) مرت الغرامة التهديدية على غرار الأمر القضائي، كطريق لتنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادر ضد الإدارة بمرحلتين، الأولى حظر القضاء الإداري على نفسه صلاحية إتخاذها، ليتدخل المشرع للاعتراف بها فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي توقيع الغرامة التهديدية في المنازعات الإدارية، واستند في ذلك إلى مبدأ حظر توجيه الأوامر القضائية للإدارة، فالغرامة

أو أسبوع أو أي وحدة زمنية أخرى، أو عن كل مرة يقوم فيها بعمل يخل بالتزامه، وذلك بهدف حمله على تنفيذ التزاماته عيناً خلال مدة معينة، وتستمر هذه الغرامة إلى أن يقوم المدين بالتنفيذ الفعلي أو يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام^(١).

إذا كانت الأوامر التنفيذية تهدف إلى بيان ما يقع على عاتق الإدارة من التزام بتنفيذ الحكم القضائي، فإن الغرامة التهديدية تستهدف بصورة مباشرة حمل الإدارة على تنفيذ تلك الأوامر^(٢)، والغرامة التهديدية هي وسيلة ضغط مالي، لكنها لا تُعد تعويضاً، إذ إنها إجراء وقائي وتهديدي لا يُقاس بمدى الضرر ولا يتوقف عليه^(٣)، كما أنها لا تُعد عقوبة، لعدم وجود نص جنائي يمنحها هذه الصفة، وإنما هي أداة لإجبار الإدارة على التنفيذ، لا لمعاقبتها^(٤).

وبناءً على ذلك، فإن الحكم بالغرامة التهديدية لا يُعتبر حكماً بالتعويض، وإنما وسيلة تهديدية للتغلب على مماطلة الإدارة وحملها على التنفيذ، ويُشترط لصدوره أن يكون التنفيذ العيني ممكناً، وأن يكون تدخل المدين (أي الإدارة) ضرورياً لإتمام هذا التنفيذ^(٥).

وتُفرض الغرامة التهديدية في حالتين أساسيتين، الحالة الأولى: أن تكون سابقة على مرحلة التنفيذ، وذلك باقترانها بالأمر القضائي الموجه للإدارة لاتخاذ إجراء أو تدبير محدد، بناءً على طلب ذي الشأن،

التهديدية على حد تعبير أحد مفوضي الحكومة هي أكثر من أمر، ومرد ذلك أنها تتضمن جزاء يبقى قائماً إلى غاية التنفيذ الكلي للحكم القضائي.

غير أن هذا الوضع انتهى بتدخل المشرع الفرنسي، وأصدر القانون رقم ٨٠ ٥٣٩ الصادر في ١٦/٧/١٩٨٠، والذي اعتبره فقه القانون العام أحد القوانين الإدارية الجريئة بصورة كبيرة، إذ أنه أطاح بالمحظورات القديمة، فيما يتعلق باستحالة ضمان قوة الشيء المقضي فيه في المجال الإداري. نقلاً عن جلال قادر احمد، إشكاليات تنفيذ احكام القضاء الاداري في العراق، رسالة ماجستير، جامعة السليمانية، كلية القانون والسياسة، ٢٠١٦، ص ١٥٠.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٨٠٧.

(٢) د. يسرى محمد العصار، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراتها الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٧.

(٣) د. عصام الصادق عبد الله الفيرس، آلية تنفيذ احكام القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٢٧٨.

(٤) سيف الدين جرمان، ضمانات تنفيذ الاحكام والقرارات القضائية الادارية، مذكرة ماستر، جامعة العربي بم هبيدي، ام البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ٥٦.

(٥) محمود انيس بكر عمر، الحكم في الدعوى الادارية وتنفيذه، ط ٢، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ٧٥٣.

ويبدأ سريانها من تاريخ تبليغ الحكم، والحالة الثانية: أن تكون لاحقة لصدور الحكم الأصلي، وذلك في حال امتناع الإدارة عن تنفيذه^(١).

ويمتلك القاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد قيمة الغرامة التهديدية، حيث يمكنه تحديد معدلها وفق ما يراه مناسباً، دون ارتباط بطلب صاحب الشأن أو بمدى الضرر الناتج عن عدم التنفيذ، والذي قد لا يكون موجوداً أصلاً، فالغاية الجوهرية من الغرامة التهديدية هي ضمان تنفيذ الحكم الصادر ضد الإدارة^(٢).

فيما يتعلق بموقف كل من المشرّع المصري والعراقي من الوسائل الحديثة لحث الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، فإن مجلس الدولة المصري، ومنذ نشأته، التزم بمبدأ حظر توجيه الأوامر إلى الإدارة من قبل القاضي الإداري، ونتيجة لتطبيق هذا المبدأ، تستطيع الإدارة الامتناع عن تنفيذ الأحكام الإدارية دون وجود وسيلة مباشرة لإجبارها على التنفيذ، فلا يبقى أمام المحكوم له سوى إعادة اللجوء إلى القضاء مرة أو أكثر، ورفع دعوى التعويض عند استحالة التنفيذ^(٣).

أما في العراق، فالوضع يختلف عن كل من مصر وفرنسا، إذ يتمتع مجلس الدولة العراقي، منذ تأسيسه، بسلطات أوسع عند إصداره أحكام الإلغاء، حيث استقر قضاؤه على تقرير حق القاضي الإداري في دعوى الإلغاء بتوجيه أوامر إلى الإدارة، دون التقيد بالقيود التقليدية التي التزم بها القاضي الإداري في فرنسا ومصر، ومع ذلك لم يُمارس القاضي الإداري في العراق سلطة فرض الغرامة التهديدية كما هو الحال في فرنسا، كما أن سلطته في توجيه الأوامر إلى الإدارة لا تستند إلى نص تشريعي صريح يمنحه هذا الحق^(٤).

ورغم غياب السند التشريعي، أثبت الواقع العملي لجوء القاضي الإداري في العراق إلى ممارسة هذه السلطة، ومن تطبيقات ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها من إلغاء الأمر

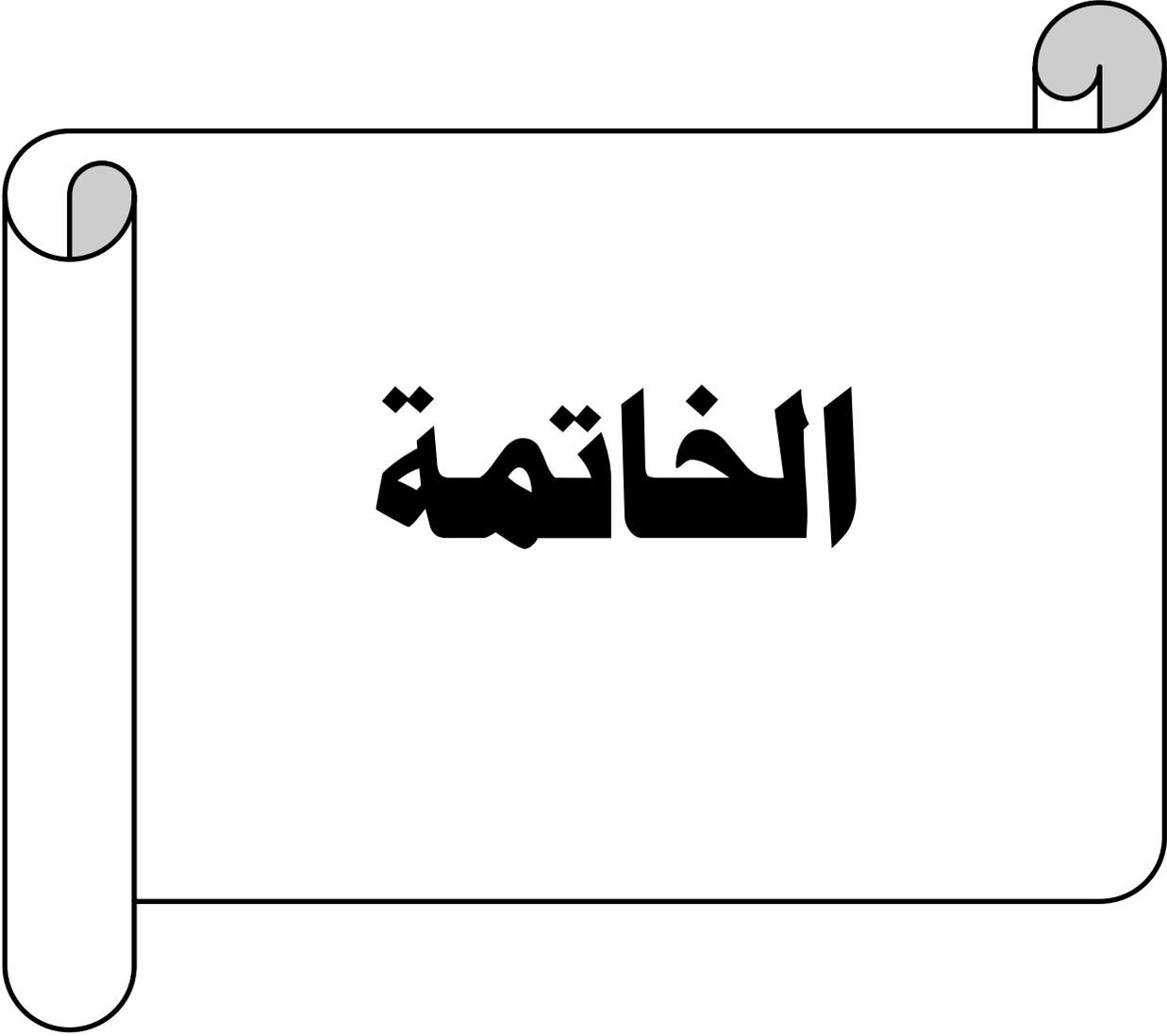
(١) د. مازن ليلو، د. حنان القيسي، امتناع الإدارة عن تنفيذ احكام القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٢١٢.
(٢) د. منصور محمد احمد، الغرامة التهديدية كجزء لعد تنفيذ الاحكام الادارية الصادرة ضد الادارة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٤٤.
(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الادارية في فقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١١٧.
(٤) ساكار كاكه د حسين، و د. زانا رؤوف حمه كريم، دور القضاء الاداري في تنفيذ الاحكام القضائية من قبل الموظف العام، بحث منشور في مجلة جامعة التنمية البشرية، المجلد ٣، العدد ٤، كانون الاول ٢٠١٧، ص ٥٨.

الفصل الثاني: القواعد الحاكمة لاختصاص مجلس الدولة في ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها...

محل الطعن، وإلزام المدعى عليه - إضافة لوظيفته - بشمول المدعي بأحكام قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية^(١).

وعليه، ترى الباحثة إمكانية تطبيق هذه الوسائل، المتمثلة في توجيه الأوامر إلى الإدارة وفرض الغرامة التهديدية، لضمان تنفيذ الرأي الاستشاري الملزم، خاصة أنه لا يوجد ما يمنع ذلك في حال النص عليها تشريعياً في قانون مجلس الدولة المصري والعراقي، كما نقترح إنشاء جهاز تنفيذي خاص يتولى تنفيذ قرارات وآراء مجلس الدولة في كلا البلدين.

(١) قرار محكمة القضاء الاداري في العراق رقم (٢٣٥٤/ق/٢٠٢٢) بتاريخ ٢٠٢٣/٣/٨، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠٢٣، مصدر سابق، ص ٤٧٣.



الخاتمة

الخاتمة

وفي نهاية دراستنا حول موضوع دور مجلس الدولة في ابدأ الرأي في المسائل المختلف فيها انتهينا الى جملة من النتائج فضلا عن بعض المقترحات وعلى النحو الآتي:

١- توصلت الدراسة الى أن المشرع العراقي لم يعرف الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها، ولم يحدد طبيعة هذه المسائل أو أسباب الخلاف، أو طبيعة المسائل التي يجوز طلب الفتوى بشأنها بشكل عام على عكس المشرع المصري الذي حدّد ذلك بشكل دقيق في المادة ١٩٠ من الدستور.

٢- تبين من خلال الدراسة أن الرأي الاستشاري يُعد رأياً قانونياً يصدر عن مجلس الدولة لحسم الخلافات الناتجة عن تفسير النصوص القانونية الغامضة وتعدد تأويلاتها أو القرارات غير الواضحة بين الجهات الإدارية، حيث يعتبر وسيلة وقائية لحل الخلافات الإدارية والحيلولة دون وصولها إلى حد النزاع القضائي، وهو ملزم ويستند إلى جميع مصادر المشروعية (الدستور، القوانين، المبادئ القانونية)، كما يهدف هذا الرأي إلى ضمان التطبيق صحيح للقانون، وتكريس مبدأ المشروعية، وتوجيه الإدارة بعيداً عن اللجوء للقضاء.

٣- أوضحت الدراسة أن مجلس الدولة العراقي بدأ كهيئة استشارية وتطور عبر مراحل حتى أصبح "مجلس شورى الدولة" عام ١٩٧٩، ثم أضيف إليه القضاء الإداري وبعدها مجلس الدولة في ٢٠١٧ وادى هذا التطور الى التقليل من فاعلية الدور الاستشاري للمجلس، أما مجلس الدولة المصري فقد تأسس كمؤسسة مستقلة عام ١٩٤٦، وتدرّج في تطوير أقسام متخصصة للإفتاء والاستشارة.

٤- لوحظ من خلال الدراسة أن القسم الاستشاري في مجلس الدولة المصري يتألف قسم الفتوى والذي يتكون من إدارات ولجان الفتوى، إضافة إلى المفوضين لدى الجهات الإدارية، وقد حدد القانون تنظيمها واختصاصها، وايضاً الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، وهي الجهة الأعلى في الهيكل الافتائي، والتي تعتبر القسم الثاني من الاقسام الاستشارية وتكتسب آراؤها طابع الإلزام في حال نظرها في نزاع بين جهتين إداريتين، حيث ميز المشرع المصري بين ما يعتبر مجرد خلاف في وجهات النظر تنظره لجان وادارات الفتوى ويكون رايها غير ملزم، وبين المنازعة الإدارية بين جهتين إداريتين والتي تنظرها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ويكون رايها ملزم للطرفين.

٥- اوضحت الدراسة أن القسم الاستشاري في مجلس الدولة العراقي يتألف من الهيئات الاستشارية والتي هي كلا من الهيئة العامة وهيئة الرئاسة والهيئات المتخصصة وقد حدد المشرع في قانون مجلس الدولة

العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل اختصاصات كل هيئة، وتحديد نطاق عملها الاستشاري وذلك في المادة (٦) من القانون اعلاه، الا أن المشرع العراقي الذي لم يحدد معياراً لتمييز ما يكون مجرد اختلاف في الرأي وبين ما يعد منازعة إدارية قائمة على العكس من المشرع الصري.

٦- تبين من خلال الدراسة أن المشرع المصري في المادة (١١) من قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤ حدد نطاق المنازعات التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم، واشترط أن تكون متعلقة بحق يقبل الصلح والتصرف فيه، سواء أكان ناتجاً عن علاقة عقدية أو غير عقدية، كما منع اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تحدث بين أشخاص القانون العام، مسنداً الفصل فيها إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة، وفقاً للمادة (٦٦/د) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، على العكس من المشرع العراقي، فلم يصدر حتى الآن قانون خاص بالتحكيم، كما لم يحدد اختصاص الهيئات الاستشارية بشكل حصري في نظر الخلافات الإدارية أو يحظر عرضها على هيئات التحكيم العامة.

٧- توصلت الدراسة إلى أن الاحتكام أمام مجلس الدولة العراقي في المسائل المختلف فيها يتميز بطبيعة خاصة، إذ لا تُطبق عليه قواعد التحكيم المعروفة، كما أن اشتراط موافقة الطرفين للنظر في المسألة المختلف فيها يحد من إمكانية تطبيق أحكام الفقرة الثالثة من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، الأمر الذي يضعف من فاعلية الدور الاستشاري لمجلس الدولة في تسوية الخلافات بين الجهات الإدارية ومنع تطورها إلى منازعات إدارية.

٨- أوضحت الدراسة أن طلب الرأي الاستشاري سواء في المسائل المختلف فيها أم المنازعات الادارية يتطلب ثلاثة شروط اساسية الا وهي أن يقدم طلب الرأي ويوقع من الجهة المختصة بتقديمه وأن يكون موضوع الخلاف أو النزاع قائماً فلا جدوى في ابداء الرأي في خلاف أو نزاع انتهى محله، واخيراً يجب أن الا يكون هناك طريق اخر لحل هذا الخلاف أو النزاع بين الجهات الادارية والا تمتنع الجهة المختصة بتقديم الرأي عن النظر في الطلب المقدم لفقده احدى تلك الشروط الاساسية.

٩- لوحظ من خلال الدراسة أن المشرع العراقي في قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل لم يتطرق إلى مبدأ عدم قابلية أعضاء المجلس للعزل، كما لم يحدد الحالات التي تنتهي فيها خدمتهم بالإضافة إلى ذلك، أغفل النص على مبدأ السرية في أعمال المجلس وفي ما يتعلق بشؤون أعضائه، واكتفى بإحالة المسائل غير المنصوص عليها إلى قانون المرافعات المدنية وقانون أصول المحاكمات الجزائية، ويعد هذا نهجاً مغايراً لما تبناه المشرع المصري، الذي نظم هذه المسائل بشكل صريح ومفصل.

١٠- توصلت الدراسة الى أن الرأي الاستشاري الملزم في المسائل المختلف فيها يُعد بمثابة حكم قضائي من حيث طبيعته القانونية، ويعادل الحكم من حيث أثره وقيمته، إذ يتمتع بحجية الأمر المقضي به ومع ذلك فإن الجهات الإدارية قد تمتنع أحيانا عن تنفيذ هذه الآراء أو تلجأ إلى التأخير والمماطلة في تنفيذها.

ثانياً: المقترحات

١- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص الفقرة (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، وذلك من خلال إزالة القيد المتعلق باشتراط موافقة أحد أطراف النزاع لتقديم طلب الاحتكام في المسائل المختلف فيها، مع ضرورة تحديد أسباب الخلاف بصورة دقيقة، ونقترح أن تعاد صياغة الفقرة على النحو الآتي:

"إبداء الرأي في المسائل القانونية المختلف فيها الناتجة عن تطبيق أو تفسير النصوص القانونية الغامضة أو القرارات الإدارية غير الواضحة، عند طلب الرأي من قبل إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة، ويكون الرأي ملزماً لجميع الأطراف"، ويهدف هذا التعديل إلى تفعيل الدور الوقائي لمجلس الدولة في تسوية الخلافات الإدارية قبل تفاقمها.

٢- نقترح على المشرع العراقي إصدار لائحة داخلية خاصة بمجلس الدولة العراقي، تتولى تنظيم أعمال المجلس وشؤونه الداخلية، بما في ذلك تنظيم الخدمة الوظيفية لأعضائه، وتحديد حالات انتهاء الخدمة، كالعزل والإحالة إلى التقاعد، وذلك على غرار ما نص عليه المشرع المصري في تنظيم مجلس الدولة.

٣- نقترح على المشرع العراقي النص صراحة على مبدأ سرية المداولات والجلسات التي يجريها القسم الاستشاري في مجلس الدولة العراقي، إلى جانب النص على مبدأ عدم قابلية أعضاء المجلس للعزل، تعزيزاً لاستقلال مجلس الدولة والذي يشكل ضماناً جوهرية لأداء الوظيفة الاستشارية بمهنية وحيادية، أسوة بالمشرع المصري.

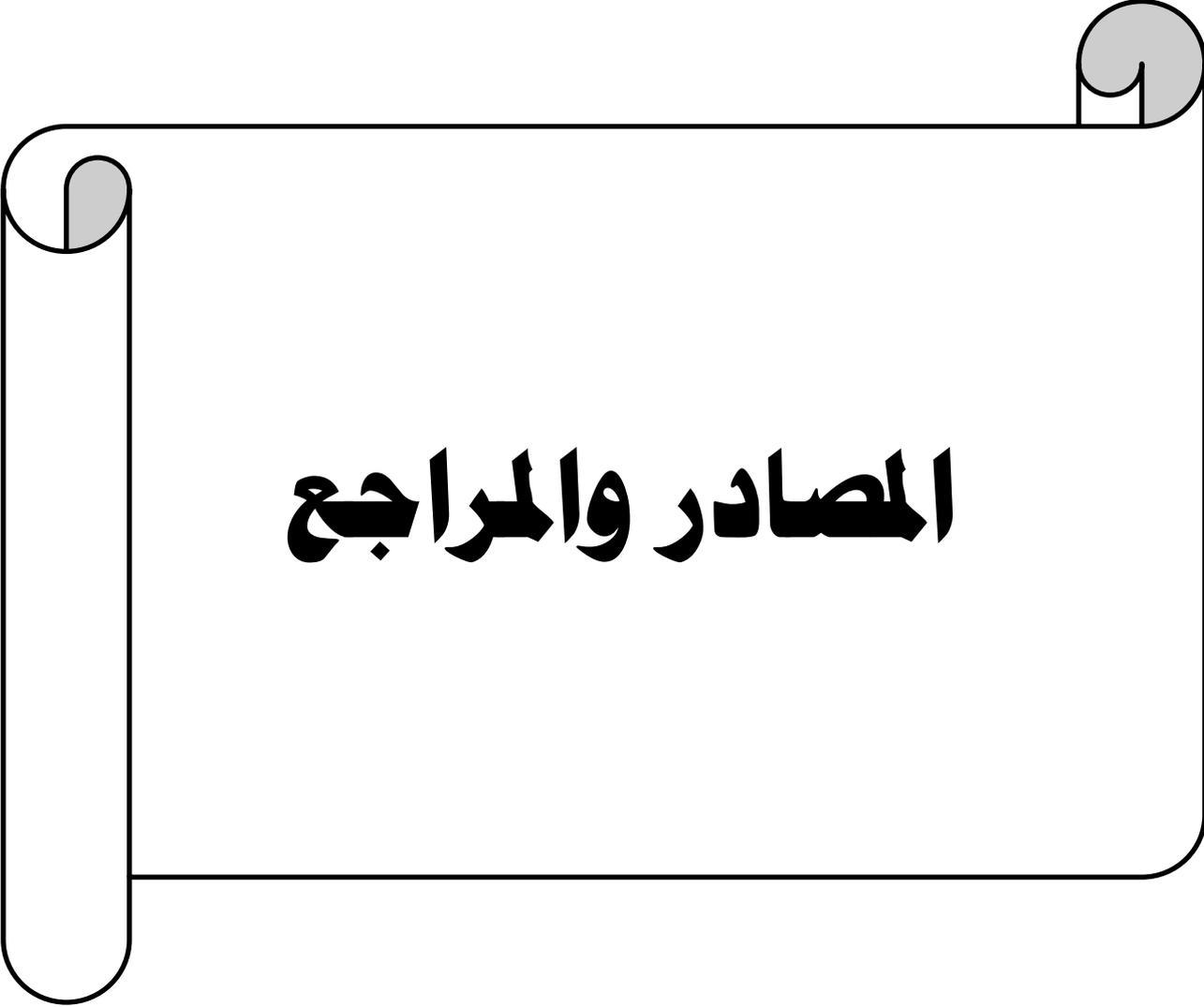
٤- نقترح على المشرع العراقي منح مستشاري مجلس الدولة صلاحيات تنفيذية، تشمل توجيه أوامر صريحة إلى الجهات الإدارية لضمان تنفيذ الآراء الاستشارية الملزمة، مع تمكينهم من فرض غرامات تهديدية على الجهات التي تماطل أو تمتنع عن التنفيذ، بما يعزز من فعالية العمل الاستشاري، ويقلل من حالات التهرب الإداري من الالتزام بالرأي الاستشاري القانوني.

٥- نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (٢٣٩) من قانون العقوبات العراقي، وذلك بإضافة نص يقضي باعتبار الامتناع عن تنفيذ الآراء الاستشارية الملزمة الصادرة عن مجلس الدولة جريمة تستوجب المساءلة القانونية، على غرار الامتناع عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية.

٦- نقترح على المشرع العراقي إنشاء هيئة خاصة ضمن هيكل مجلس الدولة العراقي، تكون برئاسة رئيس المجلس وبتنسيق مباشر مع هيئة النزاهة، تتولى مهمة متابعة تنفيذ الآراء الاستشارية الملزمة، وتقوم بإعداد تقرير سنوي يتضمن قائمة بالآراء التي لم تُنفذ من قبل الجهات الإدارية، مع تحليل أسباب الامتناع واقتراح المعالجات المناسبة لها.

٧- نقترح على المشرع العراقي انشاء جهاز تنفيذي خاص بمجلس الدولة العراقي لضمان تنفيذ الاحكام والقرارات الإدارية والآراء الاستشارية الملزمة.

٨- نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة (ثالثا) من المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي، وذلك من خلال إضافة المحافظات الى ضمن الجهات التي يجوز لها تقديم طلب ابداء الرأي الاستشاري في المسائل المختلف فيها الى جنب الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة.



المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

١. د. ابراهيم حسين عبادة، الاسلوب غير القضائي في حل المنازعات الادارية، دار الجامعة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٨.
٢. د. إحسان المبرجى، وآخرون، النظرية العامة في القانون الدستوري، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٠.
٣. د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، ط٥، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٨.
٤. د. احمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٥. د. احمد محمد بديع، شرح قانون التحكيم المصري (دراسة مقارنة)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٦. د. احمد محيو، المنازعة الادارية، ديوان المطبوعات، الجزائر، ٢٠٠٥.
٧. د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠١١.
٨. د. أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
٩. د. بهمن احمد محمد، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الادارية، ط ١، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، أبريل، ٢٠٢٣.
١٠. د. جورجى شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه في لفض المنازعات في مجال العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
١١. _____، قواعد واحكام القضاء الاداري، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٦.
١٢. د. حامد الشريف: مبادئ الفتاوى الادارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١.

١٣. د. حسين عثمان محمد عثمان، اصول القانون الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
١٤. _____، قانون القضاء الاداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
١٥. حسين فاهم هادي شمخي، الاطار القانوني لدور التحكيم في العقود الادارية، ط١، مكتبة زين الحقوقية والادبية، صيدا، لبنان، ٢٠٢٣.
١٦. د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الثاني، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٠.
١٧. د. حميد الشواربي، الخبرة الجنائية في مسائل الطب الشرعي، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر.
١٨. د. خالد خليل الظاهر، القضاء الاداري، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠٠٩.
١٩. د. رابح سرير عبد الله، القرار الإداري، ط١، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٢.
٢٠. د. رائد المالكي، الوجيز في القضاء الاداري، الطبعة الاولى، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٠١٤.
٢١. د. زكي محمد النجار، الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الادارية، دار النهضة، القاهرة، مصر، ١٩٩٣.
٢٢. زياد رائد، القره غولي، اثر التحكيم على النظام القانوني لنظرية العقد الإداري (دراسة مقارنة)، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٩.
٢٣. زينب وحيد دحام الوسائل البديلة عن القضاء، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، بدون مكان نشر، ٢٠١٧.
٢٤. د. سالم بن راشد العلوي، القضاء الاداري دراسة مقارنة، ط١، الجزء الاول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سلطنة عمان، ٢٠٠٩.

٢٥. د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٣.
٢٦. د. سعيد السيد علي، أسس وقواعد القانون الإداري، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠٠٩.
٢٧. د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري ورقابة على أعمال الإدارة (دراسة مقارنة)، ط٣، دار الفكر العربي، ١٩٦١.
٢٨. _____، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط٤، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٧٦.
٢٩. _____، الوجيز في القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٧٢.
٣٠. _____، مبادئ علم الإدارة العامة، ط٤، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٩.
٣١. د. سيد احمد محمود، نظام التحكيم (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري)، بدون مكان نشر، ٢٠٠٤.
٣٢. د. شاكر عبد الله العبادي، التحكيم بالعقود الإدارية (التحكيم بعقود الدولة)، ط١، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، الاردن، ٢٠١٩.
٣٣. د. شريف احمد بعلوشه، اجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري (دراسة تحليلية مقارنة)، ط١، مركز الدراسات العربية، الجيزة، مصر، ٢٠١٦.
٣٤. د. شهاب فاروق عبد المحي عزت، التحكيم في منازعات المشروعات المقامة بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.
٣٥. د. صبري جلبي عبد العال، مجلس الدولة القاضي العام للمنازعات الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥.
٣٦. د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧٣.
٣٧. د. عادل السيد أبو الخير، القانون الإداري، بدون طبعة، بدون مكان نشر، ٢٠٠٧.

٣٨. د. عاطف عبد الله المكاوي، القرار الإداري، ط ١، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٢.
٣٩. د. عبد الأمير حسون مسلماني، الاتجاهات الحديثة في القضاء الإداري، ط ١، مكتبة زين الحقوقية والادبية، صيدا، لبنان، ٢٠١٦.
٤٠. د. عبد الحكم فودة، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى المدنية لسابقة الفصل فيها، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٤١. د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦.
٤٢. د. عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، الجزء الاول، ط ١، دار بغدادي للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٩.
٤٣. د. عبد الرحمن نورجان الايوبي، القضاء الإداري في العراق، حاضره ومستقبله (دراسة مقارنة)، دار ومطابع الشعب، بغداد، ١٩٦٥.
٤٤. د. عبد الرحيم حاتم حسن، التحكيم، ط ١، مطبعة النبراس للطباعة والنشر، ٢٠١٠.
٤٥. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥.
٤٦. د. عبد الرزاق عبد الجليل الدراجي، الدور الاستشاري لمجلس الدولة، هاتريك للنشر والتوزيع، اربيل، ٢٠٢٣.
٤٧. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية والدولية، ط ١، مطابع الولاء الحديثة، المنوفية، مصر، ٢٠٠٦.
٤٨. _____، القرارات الادارية في فقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
٤٩. _____، تنفيذ الاحكام الادارية واشكالاته الوقتية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨.

٥٠. د. عبد الله طلبه، القانون الاداري - الرقابة القضائية على اعمال الادارة، القضاء الاداري، ط٢، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٧.
٥١. د. عبد المجيد محجوب جوهر، سلطة القاضي الاداري في توجيه اوامر الى الادارة لتنفيذ حكمه، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧.
٥٢. د. عبد الناصر علي عثمان حسين، استقلال القضاء الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٥٣. د. عثمان سلمان غيلان العبودي، الاحكام القانونية في الدعاوى الادارية، ط١، مكتبة القانون والتشريع، بغداد، ٢٠٢٠.
٥٤. _____، مهارات تقديم الاستشارات القانونية، ط١، مكتبة القانون والتشريع، بغداد، ٢٠٢٠.
٥٥. د. عصام الدبس، النظم السياسية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١١.
٥٦. د. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
٥٧. د. عصمت عبد المجيد البكر، مشكلات التشريع، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣.
٥٨. _____، مجلس الدولة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٢.
٥٩. د. علاء النار حسانين احمد، نطاق الالتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار التعليم الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، ٢٠١٩.
٦٠. د. علي خطار شنتاوي، موسوعة القضاء الاداري، الجزء الاول، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١١.
٦١. د. علي سعد عمران، القضاء الاداري، ط١، دار الرضوان للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٦.
٦٢. د. علي سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الادارية في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.

٦٣. د. علي صادق ابو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، دون سنة نشر.
٦٤. د. علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الاداري (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
٦٥. د. علي قاضي، الاستشارة والارشاد في المنظار الاسلامي، الطبعة الاولى، دار النبلاء، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢.
٦٦. د. علي محمد علي بني مقداد، الطريق القويم للاتفاق على التحكيم، ط١، دار الكتب الجامعية للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٣.
٦٧. د. عمار بوحوش، الاتجاهات الحديثة في علم الاستشارة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٩٨٤.
٦٨. د. عيد قريطم، التفويض في الاختصاصات الادارية (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
٦٩. د. فاخر صابر بايز، استقلال القضاء بين الشريعة والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٢.
٧٠. د. فتحي رياض ابو زيد، التمييز بين الصلح والتحكيم في انقضاء الدعوى الادارية، ط١، المكتب الجامعي الحديث، مصر ٢٠١٦.
٧١. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
٧٢. _____، القضاء الاداري، ط١، دار النهضة، القاهرة، مصر، ١٩٩٥.
٧٣. د. مازن ليلو راضي ود. حنان محمد القيسي، امتناع الادارة عن تنفيذ احكام القضاء، دار المسلة للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠١٨.
٧٤. _____، دار المسلة للطباعة القانونية والنشر، بغداد، ٢٠١٧.
٧٥. _____، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٣.

٧٦. _____، الوسائل البديلة في تسوية المنازعات الادارية، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠٢٣.
٧٧. _____، حماية الامن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، ط١، المركز العربي، ٢٠٢٠.
٧٨. د. محمد احمد ابراهيم، موسوعة القضاء الاداري، ط١، دار الفكر والقانون، ٢٠١٨.
٧٩. د. محمد الجبوري، القضاء الاداري، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٨.
٨٠. د. محمد باهي ابو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الادارة على تنفيذ الاحكام الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠١.
٨١. د. محمد بكر حسين، الوجيز في القانون الاداري، مكتبة الاندلس، طنطا، مصر، ٢٠٠٥.
٨٢. د. محمد جابر عبد العليم، مفوض الدولة في القضاء الاداري، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، القاهرة، ٢٠٠٧.
٨٣. د. محمد داود الزغبي، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، ط١، دار الثقافة للنشر، عمان، الاردن، ٢٠١١.
٨٤. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الاداري، الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
٨٥. _____، القضاء الاداري، الجزء الثاني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
٨٦. _____، القضاء الاداري، ط١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
٨٧. د. محمد طه الحسني، د. محمد طه حسين الحسني، الوسيط في القضاء الاداري، ط١، الجزء الاول، مكتبة زين الحقوقية والادبية، لبنان، ٢٠١٨.

٨٨. _____، الوسيط في القضاء الاداري، الجزء الثاني، ط١، مكتبة زين الحقوقية والادبية، لبنان، ٢٠١٨.
٨٩. د. محمد عبد اللطيف، تسبيب القرارات الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
٩٠. د. محمد علي جواد، القضاء الاداري، دار السنهوري، بغداد، دون سنة نشر.
٩١. د. محمد علي جواد، د. نجيب خلف احمد، القضاء الاداري، مكتب الغفران للخدمات الطباعية، بغداد، ٢٠١٠.
٩٢. د. محمد فؤاد عبد الباسط، القضاء الاداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٩٣. د. محمد ماهر ابو العينين، اختصاص مجلس الدولة وفقا لأحكام القسم القضائي حتى عام ١٩٩٢، ط١، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ١٩٩٣.
٩٤. د. محمود السيد عمر التحيوي، التجاء جهات الادارة للتحكيم الاختياري في العقود الادارية، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
٩٥. _____، التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢.
٩٦. د. محمود انيس بكر، الحكم في الدعوى الادارية وتنفيذه، ط٢، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤.
٩٧. د. محمود حمدي احمد مرعى، ظاهرة البطء الفصل في الدعاوى الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٦.
٩٨. د. محمود حمدي عطية، استقلال مجلس الدولة وابداء المشورة القانونية لجهات الادارة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.
٩٩. _____، مجلس الدولة وولاية الافتاء القانوني لجهات الادارة، دار ابو المجد للطباعة، مصر، ٢٠١٦.
١٠٠. _____، المرجع في شرح اختصاص لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.

١٠١. د. محمود علي عبد السلام وافي، خصوصية إجراءات التحكيم في كل من مصر ودول الخليج العربي، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٦.
١٠٢. د. مصدق عادل طالب، الوزير في الدساتير العراقية (دراسة تحليلية)، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.
١٠٣. د. مصطفى كمال وضعي، اصول اجراءات القضاء الإداري، ط٢، مطبعة الامانة، القاهرة، ١٩٧٨.
١٠٤. د. ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الاسباب والنتائج، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية للنشر، بيروت، ٢٠٠٦.
١٠٥. د. منصور محمد احمد، الغرامة التهديدية كجزء لعد تنفيذ الاحكام الادارية الصادرة ضد الادارة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٢.
١٠٦. د. منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
١٠٧. د. ناصر لباد، الاساسي في القانون الاداري، ط١، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، الجزائر، ٢٠١١.
١٠٨. د. نائلة محمد إبراهيم البسيوني، الطرق غير القضائية لحل النزاعات الإدارية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٠.
١٠٩. د. وسام صبار العاني، القضاء الاداري، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٢٠.
١١٠. د. يسرى محمد العصار، التحكيم في المنازعات الادارية العقدية وغير العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
١١١. _____، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
١١٢. د. يوسف سعد الله خوري، القانون الاداري العام، الجزء الاول، ط٤، منشورات الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.

ثانياً: الاطاريح والرسائل الجامعية

أ- الاطاريح

- ١- حمدي ابو النور سيد، الادارة الاستشارية ودور القضاء الاداري في الرقابة عليها (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة حلوان، كلية الحقوق، ٢٠٠٣.
- ٢- سامي سليمان مريز سنوسي، دور مجلس الدولة في مجال التشريع، اطروحة دكتوراه، جامعة بني سويف، كلية الحقوق، مصر، ٢٠١٨.
- ٣- مجيد مجهول درويش، التنظيم القانوني لوظيفة مجلس شورى الدولة العراقي في الإفتاء ، اطروحة دكتوراه، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠١٤.
- ٤- محمد سحن زينهم حسن، الفصل في المنازعات بين الجهات الادارية على ضوء افتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٩.
- ٥- هبة خالد نجم الموسومي، المنازعات الادارية ومدى اختصاص القضاء الاداري في الفصل فيها في العراق (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، ٢٠٢١.

ب: الرسائل الجامعية

١. الاء محمود حسين السحتوت، ضمانات تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الادارية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠٢٢.
٢. ابتهاج ضياء ناصر، الدور الاستشاري لمجلس شورى الدولة في العراق (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير الجامعة المستنصرية، كلية القانون، ٢٠١٣.
٣. احمد عباس كريم الفتلاوي، مدى فاعلية مجلس الدولة في اداء وظيفته الاستشارية والقضائية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة، كلية القانون، ٢٠٢٣.

٤. براح جميلة، الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة في ظل تعديل دستور ٢٠١٦، مذكرة ماستر، الجزائر ٢٠١٨.
٥. جلال قادر احمد، اشكليات تنفيذ احكام القضاء الاداري في العراق، رسالة ماجستير، جامعة السليمانية، كلية القانون والسياسة، ٢٠١٦.
٦. خلدون ابراهيم نوري سعيد، مدى سلطة القاضي الاداري بتوجيه اوامر الى الادارة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٣.
٧. سناء طارش الزبيدي، مجلس شورى الدولة وتنظيمه وافاق تطوره (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النهريين، كلية الحقوق، ٢٠٠٥.
٨. سهاد بن عمارة مسعودة، دور الوساطة في حل النزاع الاداري، مذكرة ماستر، جامعة محمد خضير بسكرة، قسم الحقوق، ٢٠٢١، الجزائر، ٢٠١٤.
٩. سيف الدين جرمان، ضمانات تنفيذ الاحكام والقرارات القضائية الادارية، مذكرة ماستر، جامعة العربي بم هبيدي، ام البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠٢٠.
١٠. عبد الله علي عبد الامير عباس، الصلح لانهاء الدعوى الادارية، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠٢٣.
١١. عدي علي خزل، دور الوساطة في تسوية المنازعات الادارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة ميسان، كلية القانون، ٢٠٢٢.
١٢. عصام حاتم حسين السعدي، وسائل اجبار الادارة على تنفيذ الاحكام القضائية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٢.
١٣. عقيل تكي صالح العارضي، مجلس الدولة والرقابة على قرارات المفوضية العليا المستقلة للانتخابات في العراق (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة، كلية القانون، ٢٠٢١.
١٤. عليان ملك، الدور الاستشاري لمجلس المنافسة (دراسة تطبيقية)، مذكرة ماستر في، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٣.

١٥. مروة محمد فارس، الاختصاص التفسيري لمجلس الدولة العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، ٢٠٢٠.
١٦. مروه عبد الحسين حمزة، الدور الافتائي لمجلس الدولة في فض المنازعات ذات الطبيعة المالية وفقا لحكام التشريع العراقي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٢٣.
١٧. هبه هاشم محمد الفتلاوي، التنظيم القانوني لاختصاص مجلس الدولة العراقي في مجال التقنين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة، كلية القانون، ٢٠٢٠.
١٨. هورامان محمد سعيد، توجيه الاوامر القضائية للادارة واستخدام الغرامة التهديدية في مواجهتها كضمانة لتنفيذ احكام القضاء الاداري وامكانية تطبيق ذلك في القانون الاردني والعراقي، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الاردن، ٢٠١١.
١٩. ياسين كريم محمد الحلفي، الهيئات الاستشارية ودورها في اتخاذ القرار ، رسالة ماجستير، جامعة بغداد ، كلية القانون، ١٩٩٠.

ثالثاً: البحوث

١. د. احمد خورشيد حميد الفريجي ود.محمد سليم محمد امين، استقلال مجلس الدولة العراقي عن السلطة التنفيذية -دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١٠) العدد (٣٧) لسنة ٢٠٢١.
٢. اسامة كريم بدن، دور الصلح في تسوية المنازعات الادارية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اباحات ميسان، المجلد ١٥، العدد ٣١، حزيران، ٢٠٢٠.
٣. اسامة محمود محمد عبد الجواد عبد الواحد، طرح الوساطة كوسيلة لتسوية النزاع الاداري، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المنوفية، المجلد ٥٨، العدد ٤، اكتوبر، ٢٠٢٣.
٤. د. اقبال نعمت درويش كريم، الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة العراقي والقيود الواردة عليه، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد ٧، العدد ٢، الجزء ١، ٢٠٢٢.
٥. د. حنان محمد القيسي، مفهوم الاستقلال والهيئات المستقلة في دستور ٢٠٠٥، بحث منشور في الحقوق، المجلد ٥، العدد ٢٣-٢٤، ٢٠١٤.

٦. خلاف فاتح، الوساطة لحل النزاعات الادارية في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية، بحث منشور في مجلة الفكر، العدد الحادي عشر.
٧. ساكار كاكه د حسين، و د. زانا رؤوف حمه كريم، دور القضاء الاداري في تنفيذ الاحكام القضائية من قبل الموظف العام، بحث منشور في مجلة جامعة التنمية البشرية، المجلد ٣، العدد ٤، كانون الاول ٢٠١٧.
٨. د. سامي حسن نجم، التنظيم القانوني لاعضاء مجلس الدولة العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد ٩، العدد ٣٣، سنة ٢٠٢٠.
٩. د. سامي حسن نجم، القضاء الاداري في العراق بعد التحولات الجديدة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، المجلد ١، العدد ٢٨، السنة ٧، كانون الاول، ٢٠١٥.
١٠. سفيان سوالي، المركز القانوني للوسيط القضائي، بحث منشور في مجلة الفكر القانوني، بدون مجلد، العدد ١٠، ٢٠١٤.
١١. د. شذى غائب عز الدين، فراس عبد الرزاق حمزة ماهية التدقيق الموضوعي لمشروعات التشريعات في مجلس الدولة العراقي، بحث منشور في مجلة النهرين للعلوم القانونية، المجلد ٢١، العدد ٣، ٢٠١٩ سبتمبر.
١٢. شيما حاتم رشيد، وسائل اجبار الادارة تنفيذ القرارات التحكيمية، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، العدد ٥٨، الجزء الاول، ٢٠٢٢.
١٣. د. صادق محمد علي، سلطة فرض العقوبة الانضباطية على اعضاء مجلس الدولة " بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ١٣، العدد ١٥٦، ٢٠٢١.
١٤. د. صالح عبد عايد صالح، رقابة القضاء الاداري على الضبط الاداري واثره في تكريس التعايش السلمي، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة، المجلد الاول، العدد (صفر)، السنة الاولى، ٢٠٢٤.
١٥. د. عادل الطبطبائي، المسؤولية السياسية للوزير بالانابة، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد ١، السنة ٣٢، ربيع الاول، مارس، ٢٠٠٨.
١٦. د. عامر زغير محيسن، الفصل في المنازعات الادارية بين اشخاص القانون العام (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الكوفة، العدد ٦٢، ٢٠٢٥.
١٧. د. عصمت عبد المجيد البكر، مجلس الدولة (الماضي - الحاضر - المستقبل)، بحث منشور في مجلة الفقه والقضاء، ٢٠٠٩.

١٨. علي احمد حسن، وذكرى عباس علي، الرأي الاستشاري وأثره في مشروعية القرار الإداري (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد ٥، العدد ٢١-٢٢، ٢٠١٣.
١٩. علي احمد علي الطويل، سلطة القاضي في مواجهة الادارة عن تنفيذ الاحكام الادارية -دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث)، المجلد ٢٣، العدد ٣، ٢٠٢٥.
٢٠. عماد محمد شاطي هندي، تطور مباد توجيه الاوامر من القاضي الاداري الى الادارة، بحث منشور مجلة النهرين للعلوم القانونية، العدد ٣، ٢٠١٥.
٢١. عمر حماد صالح، اهمية استقلال مجلس الدولة العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد ٣٧، العدد الاول، ٢٠٢٢.
٢٢. د. غازي فيصل، الحدود القانونية لسلطات محكمة القضاء الاداري في العراق، بحث منشور في مجلة العدالة، العدد ٢، ٢٠٠١.
٢٣. د. فارس عبد الحليم حاتم، حدود فاعلية اساليب اجبار الادارة على تنفيذ القرارات القضائية دراسة مقارنة، بحث منشور في، مجلة جامعة الكوفة، العدد ٦٩، الجزء الاول، ٢٠٢٣.
٢٤. د. فلاح حسن عطية، القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٣، العدد ١، سنة ٢٠٢٣.
٢٥. فهد حطمان العبدلي، التحكيم في منازعات العقود الادارية في المملكة العربية السعودية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الازهر، العدد ٤٨، سنة ٢٠٢٥.
٢٦. د. قيدار عبد القادر صالح، الطبيعة القانونية لقرارات الاستشارية _ دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١١)، العدد (٤٣)، سنة ٢٠٢٢.
٢٧. د. مازن ليلو راضي، وسائل تنفيذ احكام القضاء الاداري، بحث منشور في مجلة الحقوق _جامعة المستنصرية، مجلد ١٢، عدد ١٢، ٢٠١٨.
٢٨. مجيد مجهول درويش، ود. اسماعيل صعصاع غيدان البديري، دور الهيئات الاستشارية بمجلس شورى الدولة في دعم الاختصاص القضائي، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد ١٠، لسنة ٢٠١٥.
٢٩. محمد الامين حمدادو، مكانة الوسيط القضائي في تفعيل الوساطة لتسوية النزاع الاداري، بحث منشور في المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقضائية، المجلد ٥، العدد ٩، ٢٠٢٠.

- ٣٠.د. محمد عبد الوهاب، التحكيم في العقود الادارية، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الاسكندرية، العدد ٢، ٢٠١٠.
- ٣١.د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شورى الدولة (العراقي) في ابداء الرأي والمشورة القانونية، مجلة الفقه والقضاء، المجلد ١٠، العدد ٤٣، ٢٠١٢.
٣٢. _____، الحماية الجزائية لتنفيذ احكام وقرارات القضاء الاداري، مجلة مجلس الدولة، المجلد الاول، العدد (صفر)، السنة الاولى، ٢٠٢٣.
- ٣٣.د. مها بهجت يونس الصالحي وجهاد علي جمعة، الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة العراقي ودوره في حماية الحقوق والحريات العامة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الرابع لبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات، ٢٠١٨.
- ٣٤.د. حنان محمد القيسي، نطاق الاختصاص الافتائي لمجلس شورى الدولة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد ١٧، ٢٠١٨.
٣٥. هدى عب العزيز موسى، الفرق بين المسائل الخلافية والمسائل الاجتهادية (جمعا ودراسة وتطبيقا)، بحث منشور في مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم -جامعة المنيا.
- ٣٦.ياسر سيد حسين سيد، مدى مشروعية القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية التي لم تعرض على مجلس الدولة _قسم التشريع (دراسة مقارنة)، بحث منشور في المجلة القانونية للدراسات والبحوث القانونية، ٢٠١٧.

رابعاً: الدساتير والقوانين

أ: الدساتير

١. دستور جمهورية مصر لسنة ١٩٧١.
٢. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٣. دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٢ المعدل.

ب: القوانين

١. قانون ديوان التدوين القانوني رقم (٤٩) لسنة (١٩٣٣) الملغى.
٢. مشروع قانون استحداث مجلس الدولة لسنة ١٩٦٣.
٣. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٤. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٥. قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.
٦. قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٧٢.
٧. قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨.
٨. قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.
٩. قانون مجلس الدولة العراقي رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩.
١٠. قانون المفوضية العليا لحقوق الانسان رقم (٥٣) لسنة ٢٠٠٨.
١١. قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨.
١٢. قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء رقم (٢٧) لسنة ٢٠١١.
١٣. قانون وزارة التجارة العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١١.
١٤. قانون وزارة السياحة والاثار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠١٢.
١٥. قانون مجلس الدولة العراقي رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣.
١٦. قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧.

خامسا: الأحكام القضائية

أ- القرارات والاحكام القضائية العراقية

- ١- جعفر كاظم المالكي، المرجع في قضاء المحكمة الاتحادية العليا، العاتك لصناعة الكتب، ط١، القاهرة، ٢٠١١.
- ٢- أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢، مجلة التشريع والقضاء، المجلد ٥، آذار، ٢٠١٣.
- ٣- حكم محكمة القضاء الاداري في العراق رقم (٢٣٥٤/ق/٢٠٢٢) بتاريخ ٢٠٢٣/٣/٨، منشور.
- ٤- رأي مجلس الدولة العراقي رقم (٢٠٢٥/١١٥٧)، بتاريخ ٢٠٢٥/١١/٢٢، منشور.

ب- فتاوى مجلس الدولة العراقي

- ١- قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لعام ٢٠٠٦، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٢- قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لعام ٢٠٠٩، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠١٠.
- ٣- قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لعام ٢٠١٢، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠١٣.

- ٤- قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لعام ٢٠١٥، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠١٦.
- ٥- قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لعام ٢٠١٧، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠١٨.
- ٦- قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لعام ٢٠١٩، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠٢٠.
- ٧- قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لعام ٢٠٢٠، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠٢١.
- ٨- قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لسنة ٢٠٢١، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠٢٢.
- ٩- قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لعام ٢٠٢٣، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، ٢٠٢٤.

ثانياً: الاحكام القضائية المصرية

أ- الاحكام القضائية المصرية

- ١- حكم محكمة الادارية العليا في مصر، الطعن رقم (٥٥٨٢) لسنة ٤٨، بتاريخ ٢٥/٥/٢٠١٣، منشور.
- ٢- د. محمد ماهر ابو العينين، اختصاص مجلس الدولة وفقاً لأحكام القسم القضائي حتى عام ١٩٩٢، ط١، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٣- د. حامد الشريف، مبادئ الفتوى الإدارية دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١.

ب- الفتاوى المصرية

١. فتوى اللجنة الثانية لقسم الفتوى في مجلس الدولة المصري، فتوى رقم (٦١/١٣١)، بتاريخ ٦/٩/٢٠٠٧.
٢. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، رقم الملف (٢٠١٠/٣/٨٦) بتاريخ (٢٠١٠/٣/١).
٣. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، رقم (١٩٧) بتاريخ (٢٠١٠/٤/١٨) ملف رقم ٣٢/٢/٣٩٦٤.
٤. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم (٣٧٩) بتاريخ (٢٠١٠/٦/٣٠)، ملف رقم (٣٩٧٦ / ٢/٢٣).
٥. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، رقم (٤٧٣) بتاريخ ٣٠/٦/٢٠١٤، ملف رقم ٣٢/٢/٤٠٨٠.
٦. فتوى اللجنة الثالثة رقم (٦٩/٨٦)، بتاريخ ٤/٣/٢٠١٥.

٧. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (١٢٠)، ملف رقم ٤٢٧/١/٥٨، بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٤.
٨. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم (٦٥٣) بتاريخ (٢٠١٧ /٤/٣)، رقم الملف (٤٣٩٧/٢/٣٢).
٩. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، رقم (٣٥٨)، بتاريخ ٢٠١٨/٣/١٢ ملف رقم ٥٧٧/١/٥٤.
١٠. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ملف رقم (٤٥٠٣ /٢/٣٢)، بتاريخ ٧/٢٧/٢٠١٩.
١١. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع مجلس الدولة المصري المرقمة بالعدد (١٦٠٥) بتاريخ (٢٠٢١/١٠/٢٤)، رقم الملف (٢١٥٤/٤/٨٦).
١٢. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، ملف رقم (٧٨/٢/١٨٣)، بتاريخ (٢٠٢١/١١/٢).
١٣. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم (١٦٧٤) بتاريخ ٢٠٢١/١١/٦، ملف رقم (٥٤٢٠/٢/٣٢).
١٤. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بالملف رقم ٥١٠٠/٢/٣٢، بتاريخ ٢٠٢١/١١/٧.
١٥. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع مجلس الدولة المصري المرقمة بالعدد ٩٩٧ بتاريخ (٢٠٢٤/٧/٢)، رقم الملف (٧٧٦/١/٥٨).

سادسا: المواقع الالكترونية

<https://manshurat.org/node/14116>-١

<https://www.ug-law.com/downloads/independence-of-the-judiciary-in-egypt-ar.pdf>-٢

<https://mohamymasr.com>-٣

<https://m-youm7-com.cdn.ampproject.org/v/s/m.youm7.com/amp/2019/5/26>-٤

<https://www.facebook.com/share/p/16ov8nwp3B>

<https://share.google/86zC5gRrL06FLq86>-٥

سابعا: المصادر الاجنبية

1. Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO ،Médiation ،Répertoire de droit européen ،Juin 2013.

Abstract

The modern administrative organization in the contemporary legal state requires the executive authority to distribute responsibilities among ministries, departments, and institutions, with each entity responsible for a specific type of work in accordance with the law. These administrative entities implement and enforce laws to meet the general needs of citizens. However, the performance of these tasks may be marred by errors or misunderstandings of legal texts, which may lead to disputes not only between one entity, but also between multiple administrative entities. In such cases, the relevant authorities resort to the Council of State, as the body authorized to provide sound legal advice. This helps resolve the dispute and prevent it from escalating into a legal dispute. This saves the administration time and effort, ensures the proper application of the law, and reinforces the principle of the rule of law and legitimacy. The importance of this study stems from its attempt to analyze the rulings and fatwas that reflect the practical reality of the State Council's role in settling these disputes. The study revealed a fundamental problem that limits the Council's effectiveness, namely the legislative shortcomings contained in Paragraph (Third) of Article (6) of the Iraqi State Council Law. The legislator did not specify the grounds for dispute that constitute a basis for requesting an opinion, leaving the door open to all types of disputes. The law also required the consent of both parties to the dispute to present the matter, which often grants the other party the right to obstruct it by withholding consent. This has led to a near-obstruction of this paragraph and the reluctance of administrative bodies to benefit from it.

To achieve the study's objectives, a comparative analytical approach was adopted by studying and analyzing the rulings and fatwas issued in both Iraq and Egypt, with the aim of highlighting the practical reality of applying advisory opinions in disputed matters. The first chapter addresses the nature of advisory

opinions in these matters, while the second chapter is devoted to explaining the role of the Iraqi State Council in providing them. The study concluded with several findings, most notably: The Iraqi legislator did not establish a specific definition of advisory opinion on disputed issues, nor did it specify the nature of these issues, the reasons for the dispute, or the scope of issues for which a fatwa may be requested, unlike the Egyptian legislator. It also revealed that the causes of disputes often stem from poor practical application of legal texts or the ambiguity and multiple interpretations of these texts. The study also revealed that advisory opinions are issued by the State Council's advisory divisions in accordance with legally defined mechanisms and conditions. The study also revealed that some entities do not fully implement advisory opinions or are slow to implement them. Based on these findings, the study recommended a number of proposals, the most important of which are: amending the text of Paragraph (Third) of Article (6) of the Iraqi State Council Law and establishing legislative guarantees to ensure the implementation of advisory opinions issued by the Council.

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Maysan / College of Law

Department of Public Law



**The role of the Iraqi Council of State in expressing
an opinion on disputed issues
"A Comparative Study"**

A thesis submitted by the student:

Fatima Mohan Fatin

To:

the Council of College of Law – University of Miss an

as part of the requirements for obtaining a master's degree in public law

supervised by:

Dr. Alaa Nafeh Katafa

2025

1447