

# نطاق الاختصاص الافتائي لمجلس شوري الدولة

د. حنان محمد القيسي

كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

مشرف قسم الدراسات القانونية/ بيت الحكمة

## الملخص

تُشير أحوال الإستشارة التي يُقدمها مجلس شوري الدولة العراقي للإدارة وطبيعتها ونطاقها عدداً من الإشكالات القانونية، على الرغم من الاتفاق على أهميتها، سواء في ذلك لمشروعية العمل الإداري وفعاليتها، أم لحماية حقوق الأفراد من خلال تبصير الإدارة بمشروعية وعواقب أفعالها. ولا يقف دور المجلس عند تقديم الاستشارة للإدارة بل أنه يُعدّ مُستشاراً أميناً للجهات العليا في الدولة. وإذا كان تدخل المشرع يؤثر حتماً في طبيعة الإستشارة التي يُقدمها المجلس للإدارة، إلا أنّ الثقة والإستقلالية التي يتمتع بها المجلس واختصاصه يجعل لآرائه حُجبة أدبية، تدفع الإدارة الى وضعها في الحسبان، بل وغالباً ما تلتزم بها، عند قيامها بالتصرف.

ويُمارس مجلس شوري الدولة تقديم جميع أنواع الاستشارة، سواء أكانت إلزامية أم اختيارية أم مُقيدة. وللمجلس إبداء الرأي في جميع الموضوعات التي تُعرض عليه ما عدا القيود التي نص عليها القانون، مع ملاحظة أنّ المجلس قد وسّع من هذه القيود.

## Abstract

The Iraqi State Consultative Council gives consultations in several statuses, with various natures, and scopes, all of which raises many legal problems. In addition, it is agreed on their importance, whether for the legitimacy and effectiveness of administrative work or for the protection of the rights of individuals, by clarifying the legitimacy of administration actions and their consequences.

Noticing that the role of the Iraqi Council does not stop at the verge of administrative field, but it is considered as a trusted adviser to the highest authorities in the state. And despite the effect of the legislator's intervention on the nature of the advice the Council gives to the administration, but, its independence, and its competence make its consultations of a literary

binding authority that oblige the administration to consider them, and often abide by them when acting.

Moreover, the Iraqi State Consultative Council exercises all types of counseling, whether compulsory, optional, or restricted. The council may express its views on all subjects presented to it, except for the restrictions stipulated by the law, noting that the Council itself has expanded these restrictions.

## المقدمة

تُعدّ الاستشارة أحد الأشكال التي نص عليها القانون في مناسبات عديدة تقديراً من المشرع لاعتباري العمل الإداري الأساسية، وهما اعتبار الفاعلية واعتبار الضمان، إذ يُدرك المشرع في أولهما - اعتبار الفاعلية - أنّ العمل الإداري المتسارع التطور يقتضي تطور وتنامي التخصص الدقيق الذي قد لا يتوافر عليه موظفي الإدارة مما يتطلب استعانة الإدارة بمختصين على مستوى عال من التأهيل والخبرة، أما من حيث الضمان فإنّ القانون قد يلزم الجهة الإدارية - أحياناً - بأخذ رأي جهة استشارية محددة قبل أنّ تُصدر قرارها الإداري في مسألة معينة باعتبار ذلك من الضمانات الأساسية اللازمة لحماية الأفراد من تعسف السلطة الإدارية.

وتلجأ الإدارة إلى الاستشارة اختياراً أو إلزاماً على وفق تدخل المشرع من جهة ومقدار الثقة والاستقلالية اللتان تتمتع بهما الجهة الاستشارية من جهة أخرى. لذا اتجهت أكثر الدول إلى إنشاء مجلس الدولة (مجلس شوري الدولة في العراق ولبنان) لممارسة هذا الاختصاص.

وإذا كان مجلس شوري الدولة العراقي يختص - بموجب قانونه ذي الرقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل - بإبداء الرأي والمشورة القانونية لدوائر الدولة والقطاع العام، فإنّه لا يخل بممارسة هذا الاختصاص أنّ يوكل المشرع لوزارة أو جهة غير مرتبطة بوزارة مهمة تقديم المشورة في مجال اختصاصها، مثل نص البند (رابعاً) من المادة (٧) من قانون وزارة المالية رقم (٩٢) لسنة ١٩٨١، الذي قضى بتولي الوزارة مهمة تقديم المشورة في المسائل المالية<sup>(١)</sup>.

ويثير الاختصاص الإفتائي لمجلس شوري الدولة بعضاً من الإشكاليات، التي تتمثل في أحوال الفتوى، وأنواعها ونطاقها وقيمتها القانونية، مما دفعنا إلى تقسيم الدراسة على مطلبين نتناول

---

<sup>١</sup> - د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شوري الدولة في أبداء الرأي والمشورة القانونية، مجلة التشريع والقضاء، العراق، منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.tqmag.net>

في الأول أحوال إبداء الرأي والمشورة القانونية غير الملزمتان، على أن نتناول في الثاني أحوال إبداء الرأي والمشورة القانونية الملزمتان، وعلى النحو الآتي:

## المطلب الأول

### أحوال إبداء الرأي والمشورة القانونية غير الملزمتان في مجلس شوري الدولة

ويُعرّف العمل الاستشاري بأنه إفصاح الجهة الاستشارية بعد المداولة والتصويت عن رأيها الاستشاري بناء على طلب من السلطة الإدارية سواء ألزمها القانون بذلك الطلب أم لم يلزمها وسواء كان هذا الرأي مقيداً لها أم لم يكن كذلك<sup>(١)</sup>. وأسلفنا أن الإدارة قد تلجأ إلى طلب الاستشارة في المجالات التي تجد نفسها بحاجة إلى خبرة مؤهلة بدرجة عالية من الكفاية واستقلال الرأي في مواجهة موقف معين<sup>(٢)</sup>.

والاستشارة قد تكون اختيارية أو إلزامية، على وفق تدخل المشرع. فالاستشارة الاختيارية هي الاستشارة التي تطلبها السلطة الإدارية من الجهات الاستشارية المختصة، عندما تزمع إصدار قرار معين، من دون وجود التزام قانوني، سواء أكان ذلك الالتزام باللجوء للاستشارة أم بالرأي الاستشاري المقدم لها. وذلك رغبة من الإدارة بإشراك أصحاب الخبرة والرأي لضمان اتخاذ القرار السليم. ويرى البعض أن الفائدة التي توختها الإدارة من الرأي الاستشاري قد تحققت حتماً من خلال تبصيرها بمختلف الاحتمالات المتعلقة باتخاذ القرار<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان الرأي الاستشاري غير ملزم للسلطة الإدارية، إلا أنه قد يكون ذا تأثير فعال عليها، وهي تأخذ به بعين الاعتبار دائماً في إصدار قرارها وفي كثير من الأحيان تلتزم به أدبياً، باعتباره مبنياً على أسس علمية، وصادراً عن أهل الخبرة، والاختصاص<sup>(٤)</sup>. من جهة أخرى إن عدم إلزام

---

١ - د. حمدي أبو النور السيد عويس، الإدارة الاستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٢٤٠.

٢ - د. نجيب إسكندر، الاستشارات الإدارية في المجتمع العربي، المنظمة العربية للعلوم الإدارية/ إدارة البحوث والدراسات، ١٩٨٥، ص ١٧.

٣ - ياسين كريم، الهيئات الاستشارية ودورها في اتخاذ القرار، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص ١٥٤.

٤ - د. حمدي أبو النور السيد عويس، المرجع السابق، ص ١٢٣.

الرأي الاستشاري للإدارة يقابله التزام الهيئة الاستشارية بدراسة الموضوع وإبداء ما يكون لديها من آراء تتعلق به، من دون النظر إلى مدى أخذ الإدارة بذلك الرأي من عدمه<sup>(١)</sup>.

غير أنّ القانون قد يُلزم الإدارة أحياناً بطلب الاستشارة قبل إصدار القرار، بحيث يكون تصرفها معيماً إذا هي تجاهلت استطلاع الرأي قبل التصرف<sup>(٢)</sup>. هذا بالإضافة إلى ما يتمتع به غالباً أعضاء الهيئات الاستشارية من مهارة في الإقناع ودراية فنية ومكانة وتقدير، وكلها تُشكل في الواقع عناصر تُساعد على إعطاء تأثير كبير لعملهم، لدرجة أنّ الرؤساء الإداريين قد يجدون أنفسهم في أغلب الحالات مرغمين بصورة أو بأخرى على قبول الرأي الاستشاري، حتى لو تعارض مع اتجاهاتهم أو وجهات نظرهم، هذا فضلاً عن تخوفهم من المساءلة، واتكالهم في أداء أعمالهم، وفيما يتخذونه من قرارات، على الاستشارة الفنية التي تُقدمها لهم تلك الهيئات<sup>(٣)</sup>. ويمارس مجلس شورى الدولة الاستشارة الاختيارية في أحوال أربعة سوف نحاول تبيانها فيما سيأتي:

#### **الفرع الأول: المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها عليه الجهات العليا:**

يدخل في اختصاص مجلس شورى الدولة بيان الرأي وتقديم المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها عليه الجهات العليا، وفقاً لأحكام المادة (٦/أولاً) من قانون مجلس شورى الدولة. مع ملاحظة أنّ القانون المذكور لم يحدد الجهات العليا. وإذا كانت المادة (٤٧) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ تنص على "تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تُمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات"، فهل تلك هي الجهات العليا التي يحق لها طلب الفتوى؟ للإجابة عن السؤال المتقدم نقول:

**أولاً: السلطة التشريعية:** تنص المادة (٤٨) من دستور جمهورية العراق النافذ على "تتكون السلطة التشريعية الاتحادية من مجلس النواب ومجلس الاتحاد". ولما كان مجلس الاتحاد ما زال حبيس النص الدستوري، فلا ريب في أنّ ينطبق على مجلس النواب وصف الجهة العليا، ومن ثم يحق لمجلس النواب - برأينا - طلب الفتوى من مجلس شورى الدولة، في الأحوال الآتية:

أ. الاستفسار عن أوضاع إدارية مختلفة تتطلب رأياً مختصاً، سواء أكانت تتعلق بالنواب أم بالموظفين العاملين في المجلس، كما في رأي مجلس شورى الدولة "لا يستحق النائب المستوضح

١ - د. عاصم احمد عجلية، طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة، بدون سنة أو مكان طبع، ص ٢١.

٢ - د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، بدون مكان نشر، ١٩٨٣، ص ١٤١.

٣ - د. رمضان محمد بطيخ، الوسيط في القانون الإداري، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٣٧١.

عنه لرواتبه من تأريخ صدور حكم المحكمة الاتحادية بعدم صحة عضويته. تنتهي عضوية عضو مجلس النواب عند صدور قرار المحكمة الاتحادية بعدم صحة عضويته<sup>(١)</sup>.

ب. تفسير النصوص القانونية، ومن ذلك رأي مجلس شورى الدولة الذي جاء فيه "أنّ اتخاذ القرارات الإدارية بما يتعلق بموظفي مجلس النواب وشؤون خدمتهم وملاكهم وانضباطهم وإحالتهم إلى التقاعد يتم بالتوافق بين هيئة الرئاسة، ولا يوجد تقاطع بين أحكام البند (ثاني عشر) من المادة (٩) والمادة (٣٤) من النظام الداخلي لمجلس النواب وبين قوانين الخدمة والتقاعد والانضباط والملاك، وأنّ الإشراف والرقابة التي يتولاها رئيس المجلس تنحصر في تأمين أداء الموظفين لأعمالهم بما يؤمن انتظام سير العمل في المجلس، وعند رؤيته اتخاذ قرار ما يتعلق بشؤون الخدمة والملاك والانضباط فيصار إلى التشاور مع نائبيه لإصدار ذلك القرار"<sup>(٢)</sup>.

ولعل ما تقدم يُثير تساؤلاً حول مدى حاجة مجلس النواب إلى مشورة مجلس شورى الدولة، خاصة مع اختصاص المشرع بالتفسير أصلاً؟ إذ يُمارس المشرع تفسيراً تشريعياً بهدف إزالة النقص الذي شاب نص القانون الذي تعذر تطبيقه. والتفسير التشريعي قد يكون في نفس الأداة التشريعية، وذلك بإيراد التشريع تعريفات لمصطلحات أو تعابير في صلب التشريع، وقد يكون في صورة تشريع لاحق للتشريع المراد تفسيره، بهدف إجلاء الغامض والمبهم في التشريع السابق المراد تفسيره وحسم الخلاف الذي نشأ بصدده<sup>(٣)</sup>. ونرى عدم التعارض ما بين اختصاص مجلس النواب بالتفسير ولجؤه إلى مجلس شورى الدولة لطلب المشورة القانونية، خاصة إذا ما وضعنا في الحسبان الإجراءات التشريعية المطولة مقارنة بإجراءات مجلس شورى الدولة ببيان الرأي.

والمشورة القانونية التي يُقدمها مجلس شورى الدولة لمجلس النواب ليست ملزمة، لا من حيث طلب المشورة احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات، ولا من حيث الالتزام بالمشورة نفسها، إلا أنّ هنالك التزام أدبي ومعرفة ضمنية لمجلس النواب بقدره مجلس شورى الدولة وتخصصه، ما يدفعه إلى احترامها والالتزام بما يرد فيها.

**ثانياً: السلطة التنفيذية:** تظهر السلطة التنفيذية بمظهرين، فهي إدارة وحكومة، وإذا كان تقديم المشورة القانونية للإدارة - الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة - اختصاص أصيل للمجلس، فإنّ

١ - القرار رقم ٢٠١٦/١٣١ في ٢٠١٦/١٢/١٢، غير منشور.

٢ - القرار رقم ٢٠٠٦/٧٩ بتاريخ ٢٠٠٦/١١/٢، غير منشور.

٣ - د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، بغداد، ٢٠٠٤، ص ٢٢.

الحكومة بلا ريب تدخل في وصف الجهات العليا، مثل ديوان رئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء والأمانة العامة لمجلس الوزراء. ويحق لهذه الجهات طلب المشورة القانونية من مجلس شورى الدولة. وهذه المشورة القانونية ليست ملزمة نظرياً، إلا أن الواقع يُظهر التزام تلك الجهات في أغلب الأحوال بها نتيجة للثقة في المجلس.

ومن أمثلة ذلك رأي المجلس في طلب رئاسة الجمهورية/ديوان الرئاسة الذ جاء فيه "ليس من صلاحية مجلس الرئاسة إصدار نظام داخلي ينظم عمل المجلس ويتطلب ذلك إصدار قانون خاص يُنظم عمل مجلس الرئاسة"<sup>(١)</sup>. ورأيه المقدم إلى الأمانة العامة لمجلس الوزراء/الدائرة القانونية الذي جاء فيه "تُعدّ مدة الخدمة للمستوضح عنهم (١٥) خمسة عشرة سنة إذا كانت تقل عن ذلك لأغراض التقاعد، ويحال أعضاء المجالس الذين يُتوفون أو يُستشهدون أثناء دورتهم الانتخابية إلى أحكام قانون التقاعد النافذ وقت الوفاة أو الاستشهاد"<sup>(٢)</sup>.

**ثالثاً: السلطة القضائية:** وهي سلطة مستقلة لا سلطان لأحد عليها غير القانون، وهي تُمارس مهمتها في وضع القوانين موضع التنفيذ من خلال تفسيرها وتكييفها للوقائع التي تُعرض عليها، ولا ريب أن وظيفتها السابقة تتعارض مع طلب الرأي والفتوى من مجلس شورى الدولة، خاصة إذا ما وضعنا في الاعتبار أن قانون مجلس شورى الدولة يمنع المجلس من إبداء الرأي في القضايا المعروضة على القضاء، كما سنبين لاحقاً، ومن ثم لا تدخل المحاكم بكل أنواعها ودرجاتها في وصف الجهات العليا.

### الفرع الثاني: إبداء المشورة القانونية في الاتفاقات والمعاهدات الدولية:

يُقدم مجلس شورى الدولة المشورة القانونية في الاتفاقات والمعاهدات الدولية قبل عقدها أو الانضمام إليها وذلك استناداً إلى حكم المادة (٦/ثانياً) من القانون، بناء على طلب يقدم من الأمانة العامة لمجلس الوزراء، وقد يقترن بإعداد مشروع التصديق أو الانضمام في حالة الإيجاب. إذ يطلب المجلس من الجهات ذات العلاقة بالاتفاقية ومنها وزارة الخارجية بيان الرأي فيها، ومن ثم يتولى دراستها ويُبدي رأيه في مدى انسجام نصوصها مع النظام القانوني للدولة أو تعارضها معه<sup>(٣)</sup>.

<sup>١</sup> - قرار المجلس رقم ٢٠٠٦/٩٢ بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/١٢، غير منشور.

<sup>٢</sup> - القرار رقم ٢٠١٦/١٠٥ في ٢٠١٦/٩/٢٩، غير منشور.

<sup>٣</sup> - د. منذر الشاوي، وزارة العدل، المسيرة والإنجاز، مركز البحوث القانونية، العدد (١٨)، ١٩٨٤، ص ١١٩.

ولا يُلزم قانون مجلس شورى الدولة الحكومة بتقديم طلب المشورة القانونية بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية، مما يجعل الحكومة حرة في اللجوء إلى المجلس أو عدمها، في حين نجد أنّ قانون عقد المعاهدات رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٥ ألزم الحكومة بطلب المشورة القانونية بشأن الاتفاقيات الدولية، أي عليها عرض جميع الاتفاقيات الدولية المزمع إبرامها أو الانضمام إليها على مجلس شورى الدولة<sup>(١)</sup>.

ولما كان قانون مجلس شورى الدولة قانون عام بالنسبة لقانون عقد المعاهدات، ولما كانت القاعدة أنّ الخاص يُقيد العام، ومن ثم تُلزم الإدارة باللجوء إلى المجلس قبل عقد المعاهدة أو الانضمام إليها وقبل التفاوض مع احتفاظها - أي الإدارة - بحرية الالتزام برأي المجلس لاحقاً، لسببين، أولهما أنّ عقد المعاهدات من موضوعات السياسة العامة للدولة التي يُترك أمر تقديرها للحكومة، وثانيهما لا تعارض بين لزوم تقديم المشورة وسلطة عدم الالتزام بها، لأنّ القانون ألزم الحكومة أنّ تستطلع رأي الجهة المختصة كي لا تنظم الدولة أو تُصدق على الاتفاقية من دون التبصر فيها واستطلاع مزاياها وعيوبها.

وعلى أية حال يُقدم مجلس شورى الدولة المشورة القانونية بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية في حالتين، هما:

**أولاً: قبل عقد المعاهدة أو الاتفاقية:** ويتعلق ذلك بالمعاهدات العقدية، والتي تُنظم أموراً خاصة بين الدول المتعاقدة، سواء أكانت ثنائية أم جماعية، ولا تسمح عادة بالانضمام إليها، ومن أمثلتها معاهدات الحدود، التجارة. ويكون تدخل المجلس سابقاً على الاتفاق على مضمون الاتفاقية من خلال بيان رأيه في محتواها والتأكد من اتفاقها مع الدستور والتشريعات النافذة.

ومن أمثلة ذلك رأي المجلس بأنّ مشروع اتفاقية تجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب من دفع الضرائب المفروضة على الدخل ورأس المال بين حكومة جمهورية العراق وحكومة دولة جورجيا

---

١ - إذ تنص المادة (٤) منه على "أولاً: تعرض الجهات المختصة مشروع المعاهدة الثنائية قبل التفاوض في شأن عقده بفترة مناسبة على الجهات ذات العلاقة بالمعاهدة وعلى وزارة الخارجية لدراسته وإبداء الرأي فيه وتعرضه مع آراء الجهات ذات العلاقة على مجلس شورى الدولة لإبداء المشورة القانونية في شأنه ثم يُعرض على مجلس الوزراء للوقوف على رأيه. ثانياً: يسري الحكم المنصوص عليه في البند أولاً من هذه المادة على مشروع المعاهدة المتعددة الأطراف قبل التصديق أو الانضمام".

بصيغته المعدلة يصلح أساساً للتفاوض تمهيداً لإبرامه"<sup>(١)</sup>. ورأيه في أنّ مشروع اتفاقية النقل الجوي بين حكومة جمهورية العراق وحكومة جمهورية أفغانستان الإسلامية بصيغته المعدلة يصلح أساساً للتفاوض تمهيداً لإبرامه"<sup>(٢)</sup>.

وقد يتدخل المجلس ليضع بعض الملاحظات مثل قرار المجلس الذي جاء فيه " أنّ مشروع اتفاقية إطار شراكة بين حكومة جمهورية العراق وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي يصلح أساساً للتفاوض تمهيداً لإبرامه، مع مراعاة الملاحظات التي أبدتها بعض الجهات ذات العلاقة بشأن الالتزامات المالية التي يُمكن أنّ تُرتبها الاتفاقية على العراق"<sup>(٣)</sup>.

**ثانياً: قبل الانضمام إليها:** وفي هذه الحالة لا تكون الدولة طرفاً في عقد المعاهدة، وذلك في المعاهدات الشارعة في أغلب الأحوال، وهي تلك المعاهدات المنشئة للقانون ويُقصد بها تلك التي يكون الهدف من إبرامها تنظيم العلاقة بين الأطراف من خلال وضع قواعد قانونية تتسم بالعمومية والتجريد على عكس المعاهدات العقدية التي يكون الهدف من إبرامها هو تنظيم العلاقة بين أطرافها بشكل شخصي. والمعاهدات الشارعة عادة ما تُبرم في إطار منظمة دولية أو في مؤتمر دولي. فإذا ما رغبت الحكومة العراقية في الانضمام إلى معاهدة من هذا النوع فإنّ لها أنّ تطلب المشورة القانونية من مجلس شورى الدولة.

والانضمام قد يكون لاتفاقيات دولية وسواء أكانت الاتفاقية قديمة أم حديثة، مثل قرار المجلس بشأن انضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية اللوائح الدولية لمنع التصادم في البحار لعام ١٩٧٢ والتي دخلت حيز النفاذ في عام ١٩٧٧<sup>(٤)</sup>. وقراره بشأن انضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية اتحاد النقل البري الدولي والتي دخلت حيز النفاذ في ٢٣/٣/١٩٤٨<sup>(٥)</sup>. وقد يكون الانضمام لبروتوكولات دولية، مثل قرار المجلس بشأن بروتوكول عام ١٩٨٨ المتعلق بالاتفاقية الدولية لسلامة الأرواح في البحار

١ - القرار رقم ٢٠١٤/٣١ في ٢٠١٤/٣/٢٠، غير منشور.

٢ - القرار رقم ٢٠١٤/٢١ في ٢٠١٤/٣/١١، غير منشور.

٣ - القرار رقم ٢٠١٤/١٤٠ في ٢٠١٤/١٢/١٧، غير منشور.

٤ - القرار رقم ٢٠١٥ /١٠ في ٢٠١٥/١/٢٨، غير منشور.

٥ - القرار رقم ٢٠١٥/٤٧ في ٢٠١٥/٤/٣٠، غير منشور.



لعام ١٩٧٤<sup>(١)</sup>، وقد تتعلق بمذكرات تفاهم، مثل قرار المجلس بعدم وجود مانع من التوقيع على مشروع مذكرة تفاهم لإنشاء سوق عربية مشتركة للكهرباء<sup>(٢)</sup>.

وقد يؤيد المجلس الانضمام للاتفاقية الدولية، وقد يرفض ذلك كلما كان هنالك تعارضاً ما بينها وبين التشريعات العراقية، إذ لم يؤيد المجلس الانضمام إلى الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم في الوقت الحاضر، بسبب تعارضها مع التشريعات ذات العلاقة، ولعدم إدماج معايير الاتفاقية مع النصوص التشريعية وخاصة قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال وقانون العمل وقانون التنظيم النقابي وقانون الحماية الاجتماعية والتعليمات الصادرة بموجبها ومنها تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق وكذلك عدم إدماج هذه المعايير مع الآليات الوطنية<sup>(٣)</sup>.

وقد يُترك تقدير ذلك إلى الجهات ذات العلاقة مع بيان أوجه التعارض، كما في قرار المجلس الذي جاء فيه ". حيث أنّ أحكام الاتفاقية تتعارض مع أحكام قانون المصارف وقانون الهيئة العامة للضرائب في شأن الحفاظ على سرية المعلومات. وحيث أنّ عدم التوقيع على الاتفاقية يؤدي إلى تطبيق القسمين (١٤٧١) و(١٤٧٢) من قانون ضريبة الدخل الأمريكي على المؤسسات المالية غير الممتثلة أو الممتتعة عن الامتثال لأحكام قانون الامتثال الضريبي (فاتكا) التي مؤداها فرض عقوبات على المؤسسات المالية العراقية. وتأسيساً على ما تقدم، يرى المجلس: أنّ التوقيع على اتفاقية التعاون من أجل تسهيل تطبيق قانون الامتثال الضريبي الأمريكي للحسابات الأجنبية بين حكومة جمهورية العراق وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية يعود تقديره إلى الجهات العليا المسؤولة عن رسم السياسة العامة للدولة"<sup>(٤)</sup>.

### الفرع الثالث: توضيح الأحكام القانونية للوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة:

أجاز قانون مجلس شورى الدولة للوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة أنّ تطلب من المجلس الاستيضاح في شأن الأحكام القانونية على وفق المادة (٦/خامساً) من قانون المجلس

١ - القرار رقم ٢٠١٤/٥ في ٢٠١٤/١/٢١، غير منشور.

٢ - القرار رقم ٢٠١٥/٥٩ في ٢٠١٥/٦/٨، غير منشور.

٣ - القرار رقم ٢٠١٥/٨٧ في ٢٠١٥/٨/٣٠، غير منشور.

٤ - القرار رقم ٢٠١٥/١٠٧ في ٢٠١٥/٩/٣٠، غير منشور.

وينصرف ذلك إلى تطبيق القواعد القانونية. أي أنه منح المجلس اختصاصاً في تفسير النصوص القانونية التي تتسم بالغموض وتحتمل التأويل والتفسير، ولنا على ما تقدم ملاحظتان:  
أولاً: فيما يتعلق بجهة الإدارة التي تستوضح الأحكام القانونية، فإذا كان اختصاص الإدارة الأصيل هو تنفيذ القانون، فإنّ وضوح القاعدة القانونية ركن أساس في التنفيذ الصحيح لها، ولما لم تكن القواعد القانونية على درجة واحدة من الوضوح من جهة، ومن جهة ثانية أنّ جهات الإدارة نفسها قد تتباين في فهم النص الواحد خاصة إذا ما كان قابلاً للتأويل والتفسير، فقد كان طلب الرأي أمر لا مناص منه لجهة الإدارة من الناحية العملية. إلا أنّها من الناحية القانونية غير ملزمة لجهة الإدارة، فلها إن شاءت اللجوء إلى المجلس لطلب الرأي منه ولها الامتناع عن ذلك.  
ثانياً: فيما يتعلق بدور المجلس نفسه، فهل يملك تفسير النصوص القانونية أم لا؟ وما هو نوع التفسير الصادر عن مجلس شورى الدولة؟

المراد من التفسير هو بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يُفهم من النص<sup>(١)</sup>، أي أنه توضيح ما أبهم من ألفاظ التشريع وتكميل ما إقتضت من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه وهو البحث بين أجزاء الناقصة<sup>(٢)</sup>. وهو من نوع واحد، إلا أنّ القائمين به يتعددون، لذا ينقسم التفسير من حيث مصدره أو الجهة التي تقوم به على أربعة أنواع هي التفسير التشريعي والتفسير الرسمي والتفسير الفقهي والتفسير القضائي.

وقد اختلف الفقه بشأن طبيعة اختصاص المجلس بالتفسير إلى اتجاهين:

أ- يرى الاتجاه الأول أنّ التفسير الذي يُمارسه مجلس شورى الدولة تفسير رسمي، فعندما تتولى الجهات الرسمية في الدولة تطبيق قانون ما، قد يظهر اختلاف في وجهات النظر بين الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، أو بين دائرة وأخرى ضمن الوزارة أو الجهة الرسمية الواحدة<sup>(٣)</sup>، مما قد يستدعي البحث عن تفسير رسمي لنص من نصوص هذا القانون، فتلجأ إلى طلب تفسير هذا القانون أو أحد نصوصه بغية الاطمئنان إلى تطبيقه بشكل سليم، ولتجنب الآثار غير الحميدة للتطبيق غير السليم للقانون المراد تفسيره. والأصل أنّ يكون هذا التفسير ملزماً

١ - د. محمد أديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، ط٣، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٨٤، ص٥٩.

٢ - د. عبد الرزاق احمد السنهوري و د. احمد حشمت أبو شيت، أصول القانون، القاهرة، ١٩٤٦، ص ١٦٣.

٣ - د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، المرجع السابق، ص٢٦.

للجهات طالبة التفسير الرسمي، إلا أنّ قوانين بعض الدول - وفي حالات معينة - تنص على أنّ يكون هذا التفسير على سبيل الاستيضاح فيمكن الاسترشاد به أي يكون غير ملزم للجهة طالبة الرأي والمشورة<sup>(١)</sup>.

ب- يرى الاتجاه الثاني أنّ الرأي الذي يُعطيه المجلس بناء على طلب الإدارة لا يُعدّ تفسيراً رسمياً للقانون، بل هو نوع من الاستشارة الفقهية من دون أي قيمة رسمية، فلا يُلزم المحاكم القضائية ولا يُقيد المجلس نفسه حين يُعرض عليه النزاع بصفته قضاء إداري، فيستطيع أنّ يُلغي الإجراءات التي تتخذها الإدارة لتنفيذ الشيء المقضي تطبيقاً لرأي أو فتوى مجلس الدولة<sup>(٢)</sup>.

ومجلس شورى الدولة يُمارس في ذات عملية التفسير دورين متميزين، فهو في الفرض الحالي يقدم تفسيراً من دون أية قيمة رسمية، ولا يعدو رأيه أنّ يكون استشارة فقهية غير ملزمة للجهة الإدارية، وله اختصاص تفسيري مماثل مع إلزام جهة الإدارة بالرأي، كما سنبين لاحقاً. مثل قرار المجلس "عدم جواز اشتغال المتقاعد المتقاعد مع الأعمال التجارية خارج أوقات الدوام الرسمي إلاّ بموافقة الوزارة أو الجهة التي يعمل فيها وبما لا يتعارض مع مهام واختصاصات تلك الجهة وفق أحكام المادة (٦) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١"<sup>(٣)</sup>. وقرار المجلس بعدم وجود سند قانوني لتحويل عضو مجلس الناحية إلى عضو مجلس قضاء أو تحويل مدير الناحية إلى قائمقام<sup>(٤)</sup>.

إلاّ أنّ اختصاص المجلس في هذا المجال ليس مطلقاً، إذ امتنع المجلس عن إبداء الرأي في مدى تعارض القوانين مع الدستور لاختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القوانين، كما وجد المجلس أنّ تفسير قرارات مجلس الوزراء يخرج عن اختصاص مجلس شورى الدولة، حيث أنّ بإمكان الجهة المستوضحة مفاتحة الأمانة العامة لمجلس الوزراء في شأن

---

١ - د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة فقه مقارن، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠١١، ص ٢٠٨.

٢ - د. حسني سعد عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٤٦٥.

٣ - القرار رقم ٢٠٠٦/١١ بتاريخ القرار ٢٠٠٦/٢/٢، غير منشور.

٤ - القرار رقم ٢٠١٦/٦٥ في ٢٠١٦/٧/١٩، غير منشور.

الموضوع.<sup>(١)</sup> فضلاً عن امتناع المجلس عن إبداء الرأي في القضايا المعروضة على القضاء وفي القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن كما سنوضح لاحقاً.

#### الفرع الرابع: الرأي الذي يطلبه وزير العدل:

يُمارس المجلس وظيفة إبداء الرأي في الموضوعات التي يُحيلها عليه وزير العدل، أو مما يرى الوزير المذكور إحالته وذلك وفقاً لأحكام المادة (٩) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل. وإبداء الرأي هنا يكون بنوعين، فأما أنّ تكون الإحالة للمجلس عامة أو لعضو أو أكثر معينين بالذات.

وقد جرى المجلس على قبول إبداء الرأي فيما يطلبه الوزير وإن لم يكن من اختصاص المجلس أو يُمنع المجلس النظر فيه، مستنداً في ذلك إلى أنّ القانون لم يساوِ في الطلب بين وزير العدل وبقية الوزراء من جهة، فضلاً عن أنّ النص على إحالة وزير العدل للطلب ورد بحكم المادة (٩) من القانون وهي مادة لاحقة من حيث التسلسل على المادة التي ورد فيها ما يمتنع على المجلس النظر فيه، وهي المادة (٨) فلا يسري نص المنع على ما يليه ولو أريد غير ذلك لما كان كذلك موضعه وقد يرى المجلس في سوابقه ما يُعزز هذا النظر<sup>(٢)</sup>. ونحن لا نؤيد وجهة النظر المتقدمة، للأسباب الآتية:

١. إنّ تقييد النصوص لا يكون من ناحية الأصل وفقاً لتسلسل المواد الواردة في القانون، بل يكون بنصوص صريحة وواضحة ترد في القانون نفسه، وليس هنالك ما يمنع المشرع من ذلك طالما أن بإمكانه وضع مثل تلك النصوص التي لا تقبل التفسير والتأويل حال سنّ القانون.
٢. إن ذكر وزير العدل في المادة (٩) جاء على سبيل التوكيد ونتيجة لتبعية المجلس لوزارة العدل ابتداء والتي تأكدت في أكثر من موضع من قانون المجلس<sup>(٣)</sup>، فالمجلس بالنسبة إلى وزير

١ - رقم القرار ٢٠١٦/٤٦ في ٢٠١٦/٥/٢٢، غير منشور.

٢ - د. محمد ماضي، اختصاصات مجلس شورى الدولة في إبداء الرأي والمشورة القانونية، المرجع السابق.

٣ - تنص المادة (١/أولاً) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل على "يؤسس مجلس يسمى (مجلس شورى الدولة) يتمتع بالشخصية المعنوية ويرتبط بوزارة العدل..."، كما تنص الفقرة (ثالثاً) من نفس المادة على " للمجلس وحدة حسابية مستقلة ضمن موازنة وزارة العدل"، كما يحدد وزير العدل وفقاً لأحكام المادة (٣/خامساً) من نفس القانون

العدل يُعدّ جهة المشورة الأقرب، ومن ثم يكون لوزير العدل أن يطلب الاستشارة بشكل مباشر من المجلس أو من أحد أعضائه، من دون المرور بالشكليات التي تلتزم بها الوزارات الأخرى، لذا كان تفريد وزير العدل بمادة مستقلة. على أن ذلك لا يمنع من لجوئه إلى المادة (٦) من القانون لطلب الرأي، ويعود تقدير ذلك إلى الوزير، وفي تطبيقات المجلس ما يدل على ذلك أيضاً.

ومن ثم نرى أنه يجب ألا تتعارض تلك الميزة الممنوحة لوزير العدل مع القيود التي تُحدد عمل المجلس. خاصة إذا ما وضعنا في الاعتبار أمران، أولهما أن مبررات القيود التي نص عليها قانون المجلس تبقى قائمة أياً ما كانت الجهة طالبة الرأي، وثانيهما أن منح وزير العدل تلك الميزة، أي استثنائه من القيود على إبداء الرأي والاستشارة القانونية لا يُغير من طبيعة رأي المجلس بالنسبة للوزير، إذ يبقى رأي المجلس غير ملزم للوزير قانوناً.

ويلجا وزير العدل لطلب الاستشارة من المجلس على وفق حكم المادة (٩) من القانون غالباً، ومن ذلك رأي المجلس بأن "التعيين في وظيفة وكيل وزارة أو مستشار أو بدرجة خاصة، يتطلب ترشيحاً من الوزارة المعنية وموافقة مجلس الوزراء وإقراراً من مجلس الرئاسة وصدور مرسوم جمهوري بذلك"<sup>(١)</sup>، ورأيه بأن امتناع دائرة الوقائع العراقية عن نشر قرار تأسيس رابطة الصداقة الإسلامية للمشاريع الخيرية ونظامها الداخلي في جريدة الوقائع العراقية ينسجم وحكم قانون النشر في الجريدة الرسمية إذ "لا يُنشر في جريدة الوقائع العراقية غير ما نص عليه في الفقرة (أولاً) من المادة (الثانية) من قانون النشر في الجريدة الرسمية رقم (٧٨) لسنة ١٩٧٧"<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### أحوال إبداء الرأي والمشورة القانونية الملزمتان في مجلس شورى الدولة

---

مهام تشكيلات المجلس وتقسيماتها، كما تنص المادة (١٠) من القانون على " لوزير العدل تكليف عضو المجلس تمثيل الوزارة أو المجلس في اللجان المشكلة خارج الوزارة". وغيرها عديد من المواد.

١ - رقم القرار ٢٠٠٦/١٨ بتاريخ القرار ٢٠٠٦/٢/٢٠، غير منشور.

٢ - رقم القرار ٢٠٠٦/٣٣ بتاريخ القرار ٢٠٠٦/٥/٣، غير منشور.

تثير الاستشارة أو الفتوى القانونية مسألتين أساسيتين، يتباين بشأنهما دور المشرع فقد يتدخل في تحديدهما وقد يتركهما لتقدير الجهة الإدارية وعلى النحو الآتي:

أولاً: مدى إلزام المشرع للجهة الإدارية بطلب الاستشارة: وتكون الاستشارة هنا على نوعين:

١. الاستشارة الاختيارية: وتكون الاستشارة اختيارية (غير إلزامية) في حال لم يفرض المشرع على جهة الإدارة طلب الرأي أو المشورة من جهة أخرى يُحددها، مما يترك للإدارة سلطة تقديرية واسعة.

٢. الاستشارة الإلزامية: وتكون الاستشارة إلزامية عندما تفرضها النصوص القانونية، أي يفرض المشرع على الإدارة القيام بها قبل إصدار القرار، ومن ثم يكون القرار الإداري معيباً في الشكل والإجراءات إذا تجاهلت الإدارة هذا الإلزام وأصدرت قرارها قبل أخذ الرأي مقدماً، سواء في ذلك التزم بهذا الرأي أم لم تلتزم به<sup>(١)</sup>. فعنصر الإلزام إذاً يتعلق باللجوء إلى الاستشارة ابتداءً قبل إصدار القرار ولكن الإدارة تبقى حرة في إتباعها أو عدم اتباعها في قرارها النهائي. ثانياً: مدى إلزام الرأي الاستشاري نفسه: الأصل أنّ الرأي الاستشاري يكون غير ملزماً للجهة الإدارية، إلا أنّ الإدارة قد تلتزم أديباً بالرأي الاستشاري لاعتبارات أسلفنا ذكرها، ومع ذلك فقد ظهر نوع آخر من الاستشارة يُطلق عليه (الاستشارة المقيدة)، وذلك حينما تكون جهة الإدارة ملتزمة باستشارة جهة معينة قبل إتخاذها قرار ما، ثم تتقيد بعد ذلك بما تُسفر عنه هذه الاستشارة من رأي، ولا يكون ذلك إلاّ بنص قانوني يُقرره<sup>(٢)</sup>. وتلتزم الإدارة المستشيرة في حالة الاستشارة المقيدة بالرأي المقدم اليها عندما تصدر قرارها، وليس لها أنّ تُخالف محتواه أو تتحايل على تنفيذه، وإلاّ عُدّ قرارها غير مشروع وأمكن الطعن فيه بالإلغاء، وليس أمام الإدارة التي لا ترغب بإتباع الرأي الاستشاري إلاّ التخلي عن إصدار القرار محل الرأي. كما لا يُمكنها الطلب من الجهة المُستشيرة تقديم رأي جديد بدلاً عن الرأي الذي لا ترغب في تنفيذه، إلاّ إذا أجاز القانون ذلك. ويُمارس مجلس شورى الدولة تقديم الاستشارة القانونية المقيدة في حالتين أشارت اليهما المادة (٦) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل، وكما سيأتي بيانه:

**الفرع الأول: التحكيم بين الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة:**

١ - د. ادور عيد، القضاء الإداري، الجزء الثاني، بيروت، ١٩٧٥، ص ١٧١.

٢ - د. حمدي أبو النور السيد عويس، المرجع السابق، ص ١٢٤.

الأصل أنّ يكون القضاء هو المرجع وصاحب الاختصاص الأصلي الذي يلجأ اليه المتخاصمان عندما ينشأ خلاف ما، وعلى الرغم من المزايا البيّنة للتقاضي أمام القضاء، إلا أنّ اللجوء إلى القضاء يحتاج إلى كثير من الوقت والجهد والمال، مما دعا إلى التفكير في انتهاج سبل أخرى بديلة عن القضاء، مثل التحكيم.

والتحكيم وسيلة فعالة وسريعة وبديلة عن القضاء لحل المنازعات التي تُثار بين الخصوم، ويُعدّ نوعاً من القضاء الخاص، يقوم فيه أطراف النزاع بمحض إرادتهم الحرة باللجوء إلى التحكيم فيما يثور بينهم من نزاعات بمقتضى قرار له قيمة قضائية. فالتحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور على ما تتصرف إرادة المحكّمين في عرضه على هيئة تحكيم<sup>(١)</sup>.

ويُمارس المجلس، على سبيل الانفراد، وفقاً لأحكام المادة (٦/٦) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل نمطاً خاصاً من التحكيم، يختلف عن التحكيم الذي تُمارسه الجهات الأخرى وفقاً لقانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، إذ يتعلق موضوع التحكيم أمام المجلس بالمسائل المختلف فيها بين الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة حصراً إذا احتكم أطراف القضية إليه.

أي لا يلجأ الأطراف إلى المجلس للتحكيم إلا بخصوص مسألة هي محل نزاع أو خلاف<sup>(٢)</sup>. ومن حيث الأصل لا ترد أية قيود على موضوع النزاع الذي يُمكن أنّ يُحتكم فيه إلى المجلس، عندما يثور الخلاف بين الوزارات أو بين الجهات غير المرتبطة بوزارة، فقد ينشأ الخلاف بشأن المنازعات التي تتعلق بتطبيق القانون، أو بشأن استحداث دوائر إدارية جديدة.

ويتم اللجوء إلى المجلس لفصل في الخلاف (النزاع) بناء على إرادة الخصوم<sup>(٣)</sup>، ومن ثم لا بد أنّ يكون طرفاً التحكيم جهات إدارية حددها القانون على سبيل الحصر، أي الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة. ويجوز الاتفاق على التحكيم بعد لجوء أحد الطرفين إلى المجلس وطلبه التحكيم مع الطرف الآخر إذ يتم مفاتحة الطرف الثاني فإذا لم يوافق على ذلك جاز لهما بالاتفاق سحبه،

١ - احمد المهدي وأشرف شافعي، التعليق على قانون فض المنازعات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦، ص ٧٤.

٢ - . جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٦٠.

٣ - أحلام إبراهيم محمد، ماهية التحكيم الدولي، مجلة القانون والقضاء، العدد الرابع، ٢٠١٠، ص ٤٢.

حيث يُقرر المجلس غلق الإضبارة ولا يجوز لأحد الطرفين العدول عن التحكيم بعد موافقته واتصال علم المجلس فيه.

ومن ذلك قرار المجلس الذي جاء فيها " حيث أنّ وزارة التعليم العالي والبحث العلمي تطلب الاحتكام لدى المجلس وفق أحكام البند (ثالثاً) من المادة (٦) من قانون المجلس والذي يتطلب موافقة الطرفين على الاحتكام. وحيث أنّ وزارة المالية بكتابها المذكور آنفاً لا ترى مبرراً للاحتكام وترى أنّ الموضوع مرجعاً قانونياً للطعن. وحيث أنّ الموضوع المستوضح عنه سبق وتم عرضه على المجلس وأبدى الرأي فيه بقراره المرقم (٢٠٠٦/٦٧) في ١٠/٩/٢٠٠٦. وعليه يمتنع المجلس عن الاحتكام إذا لم تتوفر شروطه. كما يمتنع المجلس عن إبداء الرأي في القضايا التي لها مرجع قانوني للطعن"<sup>(١)</sup>. وجاء في قرار آخر للمجلس "يمتنع المجلس عن إبداء الرأي في الموضوع المختلف في شأنه لعدم موافقة وزارة المالية على الاحتكام لدى المجلس"<sup>(٢)</sup>.

فإذا انعقد الاختصاص للمجلس بالتحكيم فيُحيل المجلس الموضوع إلى إحدى الهيئات المتخصصة، ثم يُحال إلى أحد أعضاء المجلس ليكون مقرراً، فيستمع إلى أقوال ممثلي الطرفين ويطلع على المستندات ويثبت محضراً بذلك ويقدم الرأي الذي انتهى إليه للهيئة المتخصصة ويسري عليه فيما بعد ما يسري على الرأي من إجراءات.

ورأي المجلس في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة يكون ملزماً لها، ويتمتع بحجية الأمر المقضي به ولا يجوز الخوض في موضوعه بدعوى وتقرير خلافه وذلك استناداً إلى القواعد الخاصة بالتحكيم. بعبارة أخرى إذا كان للوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة الحرية الكاملة في اللجوء إلى مجلس شورى الدولة للتحكيم فيما ينشأ بينها من خلافات، إلا أنّ هذه الجهات تكون ملزمة بالنتيجة التي يتوصل إليها المجلس بشأن الموضوع محل الخلاف.

---

١ - القرار رقم ٢٠٠٧/٩٣ بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/٣١. إذ طلبت وزارة التعليم العالي والبحث العلمي الاحتكام إلى مجلس شورى الدولة بشأن منح موظف الخدمة الجامعية راتباً تقاعدياً مقداره ما يتقاضاه اقرانه ممن هم في الخدمة، وهل يشمل الراتب التقاعدي مخصصات الخدمة الجامعية المقررة بالأمر (٦) لسنة ٢٠٠٥ أم يقتصر على الراتب فقط. إلا أنّ وزارة المالية رفضت التحكيم ولم تجد مبرراً للاحتكام لدى المجلس لوجود مرجع قانوني للطعن.

٢ - القرار رقم ٢٠١٦/٧٥ في ٢٠١٦/٨/٧، غير منشور.



وعلى الرغم من أنّ قانون مجلس شورى الدولة لم يعالج حالة عدم التزام الجهة المُستشيرة بالرأي الاستشاري الملزم لها، إلاّ أنّه وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنّ على الإدارة احترام حكم القانون، لأنّ سلطتها في مواجهة أحكام القانوني سلطة مقيدة لا تقديرية، ويعني عدم التزام أي من جهتي الإدارة - أطراف التحكيم - بحكم التحكيم الصادر عن المجلس إرتكابها مخالفة قانونية، تُتيح للطرف الآخر اللجوء إلى القضاء للطعن في امتناع الخصم عن الأخذ برأي المجلس.

### الفرع الثاني: إبداء الرأي في المسائل القانونية:

يُبدى المجلس الرأي بشأن المسائل القانونية التي تتردد الإدارات بشأنها، ويُقدم المجلس في هذا المجال تفسيرات رسمية ملزمة لجهة الإدارة، وفقاً لنص المادة (٦/رابعاً) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل والتي جاء فيها "إبداء الرأي في المسائل القانونية إذا حصل تردد لدى إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة على أنّ تُشفع برأي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوب إبداء الرأي بشأنها، والأسباب التي دعت إلى عرضها على المجلس ويكون رأيه ملزماً للوزارة أو للجهة طالبة الرأي".

وللإدارة أنّ تلجأ إلى المجلس طالبة الرأي منه فيما يُحيطها من صعوبات تتعلق بتنفيذ القوانين، واختصاص المجلس بإبداء الرأي في هذا المجال اختصاص أصيل. ومن ذلك فتوى المجلس أنّ الوزير لا يستحق مخصصات الخدمة الجامعية واللقب العلمي المقررة بموجب قانون الخدمة الجامعية رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٨، لأنّ الوزير لا يُعدّ موظفاً بل مكلفاً بخدمة عامة<sup>(١)</sup>.

ولنا على اختصاص المجلس المتقدم الملاحظات الآتية:

أولاً: يُمارس مجلس شورى الدولة - كما أسلفنا - اختصاصاً تفسيرياً ذا طبيعة مزدوجة، فهو من يُمارس دوراً إفتائياً إستشارياً لجهة الإدارة، والأخيرة غير ملزمة بإتباع الرأي الصادر عن المجلس. إلاّ أنّ تفسيراته تأخذ طبيعة مُلزمة في الحالة أعلاه، أي أنّ تفسير المجلس من حيث الأصل استشاري غير ملزم، إلاّ أنّه يتحول إلى تفسير رسمي ملزم بموجب النص القانوني.

<sup>١</sup> - القرار رقم ٢٠١٦/٩٤ في ٢٠١٦/٩/٧، غير منشور.

مع عدم وجود مبرر برأينا لمثل هذه التفرقة بين الفرضين المتماثلين، بل طالما أنّ وظيفة الإدارة تبقى عينها، وهو تنفيذ القوانين، ومن ثم فلا جدوى من التفرقة بين مسائل قانونية وأحكام قانونية طالما أنّ الاثنان ينطلقان من أصل واحد وهو غموض النص والحاجة إلى التفسير.

ثانياً: لا يقدم المجلس هذه الاستشارة إلاّ لجهات الإدارة حصراً، أي الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، ومن ثم امتنع المجلس عن إبداء الرأي "لأنّ المفوضية المستقلة للانتخابات لا تنضوي تحت مفهوم دوائر الدولة والقطاع العام. إذ أنّ المجلس يختص بإبداء الرأي في الأمور القانونية للدولة والقطاع العام"<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: أنّ الاختصاص التفسيري للمجلس لا ينصرف بطبيعة الحال إلى تفسير النصوص الدستورية، لأنّ الاختصاص في تفسيرها ينعقد للمحكمة الاتحادية العليا وفقاً لنص المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق النافذ، والتي تنص على "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: ثانياً: تفسير نصوص الدستور".

رابعاً: لا يتقيد المجلس وهو في صدد ممارسة هذا الاختصاص بما يتصل تطبيقه بتفسير القانون فحسب، إنما يمتد بمعناه إلى الأنظمة والتعليمات لأنها تستند إلى قانون، وكذلك قرارات مجلس الوزراء، إلا أنّ المجلس منع نفسه من تفسير قرارات مجلس الوزراء، من دون مبرر حقيقي، بدعوى أنّ بإمكان الجهة طالبة الرأي مفاتحة الأمانة العامة لمجلس الوزراء في شأن الموضوع، ومن ثم لا يختص مجلس شورى الدولة بتفسير قرارات مجلس الوزراء.

فقد امتنع المجلس عن إبداء الرأي في شأن مدى إمكانية تثبيت المواطنين المتوفين ممن تم تعيينهم خلال المدة من ٢٠٠٣/٤/٩ ولغاية ٢٠٠٩ من سلطة الاحتلال أو المحافظين أو مدراء شرطة المحافظات وذلك في ضوء قرار مجلس الوزراء المرقم (١١٣) لسنة ٢٠١١<sup>(٢)</sup>. كما إمتنع المجلس عن إبداء الرأي في شأن مدى تعارض قرار مجلس الوزراء رقم (٩٤) لسنة ٢٠١٠ مع قانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٨ بخصوص جواز ترفيع الحاصلين على شهادة الدبلوم من الدرجة الثالثة إلى الدرجة الثانية<sup>(٣)</sup>.

١ - رقم القرار ٢٠٠٦/٣ بتاريخ القرار ٢٠٠٦/١/٨، غير منشور.

٢ - القرار رقم ٢٠١٦/٤٤ في ٢٠١٦/٥/٩، غير منشور.

٣ - رقم القرار ٢٠١٦/٤٧ في ٢٠١٦/٥/٢٢، غير منشور.

خامساً: يتمتع المجلس عن إبداء الرأي في القضايا المعروضة على القضاء، وكلمة (القضايا) تستوعب (الدعاوى) بأنواعها، المدنية - بمفهومها الواسع - والجزائية. وتعد الدعوى المدنية قائمة من تأريخ دفع الرسم عنها<sup>(١)</sup>، وتستمر الدعوى المدنية بدلالة عرضها أمام القضاء سواء أكانت أمام محكمة الموضوع أم المحكمة العليا كالتمييز أو الاستئناف إلى حين صدور الحكم البات في موضوعها. أما الدعوى الجزائية فتكون قائمة من تحريكها بالشكوى أو الإخبار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك<sup>(٢)</sup>.

كما يتمتع المجلس عن إبداء الرأي في القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن، على وفق أحكام المادة (٨) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، ومن ثم امتنع المجلس عن إبداء الرأي في نزاع على أراضي زراعية تم الاستيلاء عليها عند تطبيق القانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٨٧ قانون إعادة تنظيم الملكية الزراعية في مشاريع الاستصلاح رقم (٤٢) لسنة ١٩٨٧ لشمولها بالاستصلاح الزراعي. الذي تنص المادة (العاشرة/أولاً) منه على (تتولى لجان الأراضي والاستيلاء إصدار قرارات موحدة في كل ما يتعلق بالأراضي المستولى عليها بموجب أحكام هذا القانون...)<sup>(٣)</sup>. كما امتنع المجلس عن إبداء الرأي في شأن شمول كفالة الطالب المُجاز دراسياً، لضمان المبالغ المترتبة على إخلاله بشرط الخدمة في دائرته ضعف مدة الدراسة، لأنّ الكفالة اتفاق بين طرفين. وحيث أنّ المحاكم تختص بالنظر في النزاعات الناشئة على العقود. يتمتع المجلس عن إبداء الرأي في الموضوع المستوضح عنه<sup>(٤)</sup>.

---

١ - تنص المادة (٢/٤٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ على " تعتبر الدعوى قائمة من تاريخ دفع الرسوم القضائية أو من تاريخ صدور قرار القاضي بالإعفاء من الرسوم القضائية أو تأجيلها".

٢ - تنص المادة (١/أولاً) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ على "أ- تحرك الدعوى الجزائية بشكوى شفهية أو تحريرية تقدم الى قاضي التحقيق أو المحقق أو اي مسؤول في مركز الشرطة أو اي من اعضاء الضبط القضائي من المتضرر من الجريمة أو من يقوم مقامه قانوناً أو اي شخص علم بوقوعها أو بإخبار يقدم الى اي منهم من الادعاء العام ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. ويجوز تقديم الشكوى في حالة الجرم المشهود الى من يكون حاضراً من ضباط الشرطة ومفوضيها".

٣ - القرار رقم ٢٦/٢٠١٦ في ١٠/٣/٢٠١٦، غير منشور.

٤ - القرار رقم ٣٤/٢٠١٦ في ٣٠/٣/٢٠١٦، غير منشور.

## الخاتمة

لا يخفى على أحد أهمية الاستشارة في العمل الإداري، ومن خلال بحثنا في نطاق الاختصاص الاستشاري لمجلس شورى الدولة نود بيان الآتي:

أولاً: من الناحية النظرية يتأثر مدى إلزام الاستشارة بتدخل المشرع من جهة ومقدار الثقة والاستقلالية اللتان تتمتع بهما الجهة الاستشارية من جهة أخرى.

ثانياً: تُقسم الاستشارة من حيث مدى إلزامية اللجوء إليها على نوعين، إلزامية واختيارية، ومن حيث إلزام الرأي الاستشاري نفسه، تُقسم على ثلاثة أنواع مُلزِمة واختيارية ومُقيدة. ويُمارس مجلس شورى الدولة العراقي جميع هذه الأنواع.

ثالثاً: من الناحية الواقعية تضع الإدارة الرأي الاستشارة في اعتبارها، أياً كانت حجيتها، عند قيامها بالتصرف، وغالباً ما تلتزم به لأنه قائم على أسس علمية رصينة من جهة ولصدوره من جهات تتمتع بالاختصاص والاستقلالية.

رابعاً: من حيث الجهة طالبة الاستشارة: يستطيع مجلس النواب وجهات الحكومة والإدارات المختلفة طلب الفتوى من مجلس شورى الدولة في حين يتمتع ذلك عن السلطة القضائية مطلقاً، وعن الهيئات المستقلة في أحيان محددة، على وفق ما بينا.

خامساً: من حيث الموضوعات: تدخل جميع الموضوعات ضمن اختصاص المجلس بالتفسير إلا ما قيده به القانون، كالمسائل المعروضة على القضاء أو التي لها مرجع للطعن، فضلاً عن عدم إختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين أو تفسير النصوص الدستورية لأنهما يدخلان حصراً ضمن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا، وقد وسَّع المجلس من هذه القيود فأصبح يتمتع عن تفسير قرارات مجلس الوزراء، كما تغاضى عن الاستثناءات السابقة جميعاً إن كان طلب المشورة مقدماً من وزير العدل.

سادساً: رسم القانون لمجلس شورى الدولة اختصاصاً تفسيرياً ذا طبيعة مزدوجة، ما بين تفسيرات ملزمة وأخرى استشارية، من دون وجود مبرر لمثل هذه التفرقة، مما يقتضي التعديل.

سادساً: ربما لا تأتي بجديد بالتأكيد على أهمية إنشاء مجلس الدولة في العراق وفقاً لأحكام المادة (١٠١) من الدستور، إذ أنّ الاستمرار بتعديل قانون مجلس شورى الدولة، ومحاولة نفخ الروح فيه لمرات ومرات ليس بالحل الناجع.

## المراجع

### أولاً: المراجع العامة:

١. د. إدور عيد، القضاء الإداري، الجزء الثاني، بيروت، ١٩٧٥.
٢. أحمد المهدي وأشرف شافعي، التعليق على قانون فض المنازعات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.
٣. أحلام إبراهيم محمد، ماهية التحكيم الدولي، مجلة القانون والقضاء، العدد الرابع، ٢٠١٠.
٤. د. حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية، مطابع مجلس الدفاع الوطني، ١٩٨٤.
٥. د. حمدي أبو النور السيد عويس، الإدارة الاستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.
٦. د. جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
٧. د. رمضان محمد بطيخ، الوسيط في القانون الإداري، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
٨. د. عاصم احمد عجلية، طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة، بدون سنة أو مكان طبع.
٩. د. عبد الرزاق احمد السنهوري و د. احمد حشمت أبو شيت، أصول القانون، القاهرة، ١٩٤٦.
١٠. د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، بغداد، 2004.
١١. د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة فقه مقارن، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠١١.
١٢. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري - بدون مكان نشر - ١٩٨٣.
١٣. د. منذر الشاوي، وزارة العدل، المسيرة والإنجاز، مركز البحوث القانونية، العدد (١٨)، ١٩٨٤.
١٤. د. محمد أديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، ط٣، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٨٤.
١٥. د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شورى الدولة في إبداء الرأي والمشورة القانونية، مجلة التشريع والقضاء، منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.tqmag.net>

١٦. د. نجيب إسكندر، الاستشارات الادارية في المجتمع العربي، المنظمة العربية للعلوم الإدارية/ إدارة البحوث والدراسات، ١٩٨٥.
١٧. ياسين كريم، الهيئات الاستشارية ودورها في اتخاذ القرار، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠.

#### ثانياً: التشريعات:

١. قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٢. قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٣. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.