www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/796 الصفحة الرئيسية للمجلة: PISSN : 2477-9970 - EISSN : 2822-1540

الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة ودورها في توجيه عمل الإدارة (دراسة مقارنة)

The advisory function of the State Council and its role in directing the work of the administration (A Comparative Study)

حسين جاسم شاتي *

جامعة البصرة-كلية الهندسة

العراق-البصرة

hussain.shati@uobasrah.edu.iq

تاريخ الاستلام: 2025/07/26 **تاريخ القبول: 2025/09/07** **تاريخ النشر: 2025/12/15**

ملخص:

الملخص: نظرا للأهمية القانونية لمجلس الدولة في الجانب غير القضائي (الاستشاري)، ضمن المؤسسات الدستورية، اقتضى الموضوع البحث في احدى الجوانب المهمة من اختصاصات هذا المجلس، إذ تناولت الدراسة البحث في دور الوظيفة الاستشارية لمجالس الدولة وما لها من أثر في توجيه عمل الادارة، لاسيما في ضوء التعديلات الجديدة لقانون مجلس الدولة في العراق.

الكلمات المفتاحية : مجلس الدولة، الراي، الفتوى، الاستشارة، الادارة.

Abstract:

Given the legal importance of the State Council in the non-judicial aspect (consultative), within the constitutional institutions, the topic necessitated research in one of the important aspects of this council's competencies, as the study dealt with research on the role of the advisory function of state councils and its impact in guiding the work of the administration, especially in In light of the new amendments to the law of the State Council in Iraq.

Keywords: *State Council, opinion, fatwa, consultation, administration.*

* المؤلف المرسل: حسين جاسم شاتي حسين

مقدمة:

المتسالم عليه لدى الأوساط العامة من الناس، أن مجلس الدولة ينفرد بالوظيفة القضائية، لأنها المهمة الأساسية والمميزة له، إلا أن الواقع غير ذلك، لأن المجلس يتمتع باختصاص استشاري لا يقل أهمية عن الاختصاص القضائي، لوروده وتأكيده من المشرع الدستوري في نص المادة (101) (يجوز بقانون، إنشاء مجلس الدولة، يختص بوظائف القضاء الاداري والإفتاء..). فنظرا لكون الدولة المعاصرة دولة متدخلة يشمل نشاطها مختلف المجالات إن السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، أفضى ذلك إلى تشعب و تنوع مهامها و اختصاصاتها، الأمر الذي أدى إلى تعقيد صعوبة أداءها لكل هذه المهام، فكان لزاما أمام هذا الوضع أن تلجأ إلى استحداث آليات قانونية تساعدها في التخفيف من حدة الأعباء الملقاة على عاتقها. ومن بين هذه الآليات آلية الاستشارة باعتبارها دعامة أساسية لاتخاذ قرارات مدروسة و موضوعية، فأصبحت الاستشارة أمام تزايد نشاط الدولة اجراء ضروريا تقوم به عند ممارسة أي نشاط اداري أو سياسي أو اقتصادي أو قانوني. إذ تعتبر الاستشارة اجراء جوهري في العديد من العمليات القانونية، و تقوم الوظيفة الاستشارية بدور فاعل على مستوى الجهاز التنفيذي، من خلال تقديم الآراء الفنية التي من شأنها أن تدعم الحكومة في صنع السياسات العامة و اتخاذ القرارات القضاء الاداري يُعد مرشداً لعمل الادارة (السلطة التنفيذية) فهو مرشدا لعمل السلطة التنفيذية وموجها لمسارها الصحيح، إذ أن القضاء الاداري لا يقتصر دوره في الغاء القرارات الادارية فحسب، وانما يوجه الادارة في اتباع الطريق القانوني السليم والامثل، وهذا يبدو جليا في احكام وقرارات القضاء الاداري.

تساؤولات البحث واشكالية الدراسة

يبقى التساؤل يبقى قائما حول حدود هذا الدور، ومدى تأثير هذه الوظيفة في توجيه وبيان مسار عمل الادارة العامة، وهل يعد هذا الدور هو ضمانة فعالة لمنع الانحراف في السلطة او هو مجرد اجراء شكلي لايحقق الغرض المنشود. وهذا مايستدعي تقسيم هذه الدراسة على محورين، نخصص الاول لبيان تنظيم الوظيفة الاستشارية، في حين نخصص الثاني للحديث أثر الوظيفة الاستشارية في تصويب عمل الادارة.

1. تنظيم الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة

تستعين الإدارة في أغلب الدول بعدد من الهيئات الاستشارية التي يقتصر دورها على تقديم المشورة حول التصرفات الإدارية التي تدخل ضمن اختصاصها. إذ توجد هيئات استشارية، بموجب القانون، لتوجيه الإدارة بالمشورة والرأي فيما تقوم به من أعمال وتصرفات وما تباشرهُ من إجراءات. هذه الأجهزة تتمثل ببعض الهيئات في مجلس الدولة في فرنسا ومصر والعراق، إذ أن المجلس يمارس نوعان من الاختصاصات، اختصاصات استشارية تتعلق بالإفتاء والصياغة، واختصاص قضائي يقوم على أساس الفصل في المنازعات الإدارية. وعلى هذا الاساس سوف نسلط الضوء حول مفهوم الاستشارة في مطلب، وبيان الهيئات التي تمارس هذا الاختصاص في مطلب آخر.

1.1 مفهوم الوظيفة الاستشارية

العمل الاستشاري الذي تقوم به الادارة أو الهيئة الاستشارية يتمثل في قيامها بتقديم الرأي المطلوب منها من جانب السلطة الادارية طالبة الرأي، عندما تزمع إصدار قرار معين لكن يحول دون ذلك غموض النص او تعارضه، سواء ألزَمها القانون بطلب الاستشارة ام لم يلزمها وانما لجأت للاستئناس برأيها للوصول إلى قرار مناسب في أمر معين. ومن أجل الوقوف حول مفهوم الاستشارة نقسم هذا المطلب وفقا للفروع الاتية.

1.1.1 تعريف الوظيفة الاستشارية

القانون قد يلزم الجهة الادارية بأخذ رأي جهة استشارية محددة قبل ان تصدر قرارها الاداري في مسألة معينة باعتبار ذلك من الضمانات الاساسية اللازمة لحماية الافراد من تعسف السلطة الادارية(1). لذا تعرف الوظيفة الاستشارية بأنهُ افصاح الجهة الاستشارية بعد المداولة والتصويت عن رأيها الاستشاري بناء على طلب من السلطة الادارية سواء ألزَمها القانون بذلك الطلب ام لم يلزمها وسواء كان هذا الرأي مقيداً لها أم لم يكن كذلك .

وقد تلجأ السلطة الادارية الى الجهة الاستشارية مختارة لطلب رأيها بشأن مشروع قرار معين تزمع اصداره ِأي دون الزام قانوني بطلب هذا الرأي، وذلك اذا رأت وجهاً لذلك، وتحقيقاً من جانبها للصـــالح العام وتدعيماً للقرار الصادر في هذا الشأن.

ومن ثم فالاستشارة هي اجراء شكلي يجب اتباعهُ قبل قيام الادارة بإصدار قرارتها الادارية وقد تكون الاستشارة اختيارية في طلبها واتباعها والزامية في طلبها واختيارية في اتباعها وقد تكون واجبة على الادارة في طلبها واتباعها.

2.1.1 الطبيعة القانونية للوظيفة الاستشارية

القاعدة العامة أن الآراء التي تصدر عن مجالس الدولة في إطار أدائها لوظيفتها الإستشارية لا تتمتع بحجية الأمر المقضي به ولا تتمتع بأية صفة قضائية, ومن ثم لا تمنع المحاكم من النظر في المسائل التي سبق لمجلس الدولة إصدار آراء بشأنها ,كما إن الأقسام القضائية في مجالس الدولة ذاتها لا تتقيد من حيث المبدأ بما يصدر من آراء عن الأقسام الإستشارية وإنما يمكن أن تنظر في المسائل ذاتها وتقر أحكاماً تخالف ما تتضمنه تلك الآراء إلا أن ذلك لا ينفي غير إن البحث في الوضع القانوني لتلك الآراء يأتي في الغالب في مواجهة الإدارة ذاتها سواء من حيث مدى حرية الإدارة في طلب الرأي الاستشاري من عدمه، أم في مدى التزام الإدارة بإتباع الرأي الصادر عن المجلس أم تركه جانباً.

أولاً_الإستشارة الاختيارية: هي تلك الاستشارة التي يكون للإدارة حرية مطلقة وسلطة تقديرية في اللجوء إليها من عدمه قبل مباشرة التصرف ولا يترتب على عدم طلب الرأي أي أثر قانوني, وفي الغالب فإن الإدارة تلجأ إلى هذا النوع من الإستشارة إستناداً إلى نص قانوني يجيز لها ذلك ويترك لها سلطة تقديرية في أن تطلب الرأي أو أن تمضي في اتخاذ القرار من دون طلبه ,وفي حالة عدم وجود هذا النص القانوني فإنه لا يوجد ما يمنع الإدارة من طلب الرأي القانوني من الجهة المختصة بشأن ما تنوي اتخاذه من قرارات لغرض الاسترشاد بما يصدر عنها من آراء نظراً لما تملكه من خبرة قانونية تؤهلها لتقديم الرأي الذي يسهم في توجيه الإدارة لإصدار القرار الملائم. والإستشارة الاختيارية، قد تكون مع الالتزام بالراي، أو من دون الالتزام به وذلك وفقا للاتي:

- الإستشارة من دون الالتزام بالرأي : المقصود بها هي الإستشارة التي تكون فيها الإدارة في غير ملزمة بما يصدر عن المجلس من فتوى أو رأي بشأن تلك المسألة, فلها أن تأخذ بمضمونها أو تعرض عنها، ومن ثم وتتخذ قرارها على خلاف تلك الفتوى على وفق ما ينسجم مع قناعتها من دون أن يترتب عليها أية مسؤولية من جراء مخالفتها لرأي المجلس, طالما أن القانون لا ينص على إلزام الإدارة بالتصرف على وفقً ما جاء في الرأي الصادر عن المجلس .
- الإستشارة مع الالتزام بالرأي: يقصد بها أن تكون للإدارة حرية طلب الرأي والمشورة القانونية من المجلس من عدمه , فإذا قررت طلب الرأي من المجلس فإنها تكون ملزمة بإتباع ما يصدره من فتاوى ولا يجوز لها أن تصدر قرارها على وجه يخالف الرأي الصادر عن المجلس, فإن فعلت ذلك فإن قرارها يكون معيباً.

وهذا ما نص عليه قانون مجلس الدولة في العراق من إختصاص المجلس في (إبداء الرأي في المسائل القانونية إذا حصل تردد لدى إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة ..... ويكون رأيه ملزماً للوزارة أو للجهة طالبة الرأي) ، وكم ثم أن مسألة طلب الرأي في هذه الحالة هي مسألة جوازيه للإدارة، إذ تستطيع اتخاذ القرار دون أن تكون ملزمة باللجوء إلى المجلس لمعرفة رأيه بشأنها, إلا إنها ملزمة في حالة لجوؤها بأتباع الفتوى الصادرة عن المجلس. وإذا كانت القاعدة أن فتاوى المجلس لا تتمتع بصفة إلزامية، إلا في الحالات التي ينص فيها القانون على ذلك, إلا أننا نلاحظ التزام الإدارة في أكثر الأحيان بالآراء الصادرة عن المجلس من تلقاء نفسها , وفي ذلك ضمان لاتفاق القرارات الصادرة عنها مع أحكام القانون.

ثانياً_ الإستشارة الوجوبية: ويقصد بها الزام الجهة الادارية بطلب الاستشارة في حال التصرف أو اتخاذ القرار الإداري، وبخلافه يكون التصرف معيباً وقابلاً للإلغاء. والإستشارة الوجوبية على نوعين بحسب ما يصدر من آراء في مواجهة الإدارة, فقد تكون الإدارة ملزمة باتباع الرأي الصادر عن المجلس وهو ما يطلق عليه بالإستشارة الوجوبية مع الالتزام بالرأي,

وقد تكون للإدارة حرية إتباع رأي المجلس أو التصرف على خلافه, وهو ما يطلق عليه الإستشارة الوجوبية مع عدم الالتزام بالرأي وكما يأتي:

- الإستشارة الوجوبية من حيث الطلب والنتيجة: ويقصد بها الزام الإدارة بطلب الرأي إلى جانب الالتزام باتباع الرأي الصادر في المسألة المطلوب الرأي بشأنها، ولذلك فلا يمكن صدور القرار الإداري إلا إذا كان موافقاً له, ويعد الرأي الصادر بهذا الشأن بمثابة مشاركة من المجلس في اتخاذ القرار . إلا إن الإدارة إذا أرادت عدم الأخذ بالرأي الصادر عن المجلس، فيتعين عليها الامتناع عن إصدار القرار، أي إن للإدارة حرية إصدار القرار من عدمه، فإذا عزمت على اتخاذ القرار فإنها تلتزم بإصداره على وفق النص الذي عرضه المجلس.

ومن الجدير بالذكر إن إلزام الإدارة بطلب رأي المجلس وبنتيجة الرأي يتطلب وجود نص صريح بذلك لأنه يعد استثناء على القاعدة العامة التي تتمثل في حرية الإدارة في إتباع الرأي من عدمه هذا النوع من الإستشارة قد وجد تطبيقاته في فرنسا, بخلاف المشرع العراقي وكذلك المصري وأهم الحالات التي ألزم المشرع فيها الإدارة بطلب رأي مطابق من مجلس الدولة هي الترخيص لبناء خطوط أنابيب لنقل المواد الهايدروكاربونية والإذن بالاستيلاء الفوري على الملكية الخاصة في حالات المصادرة المستعجلة , وبعض القرارات المتعلقة بمسائل الجنسية والتجنس مثل سحب مرسوم التجنس أو إسقاط الجنسية وقرارات حل الهيآت التعاونية مثل نقابة الخدمات المشتركة ,اتحاد البلديات ,مؤسسة مشتركة بين المحافظات , مؤسسة التعاون الثقافي وكذلك قرارات تصنيف المحفوظات الخاصة كمحفوظات تاريخية من دون موافقة المالك وقرارات اللجوء للتعويض عند وقف تشغيل موقع , كذلك قرار تحديد أسعار بعض الضرائب وقرارات إسقاط بعض أنواع الالتزام والقرارات الخاصة بمنع بعض الموظفين من الترشح للانتخابات ويتعين على الإدارة في مثل تلك المسائل طلب رأي مجلس الدولة قبل اتخاذ القرار بشأنها , كما يجب عليها إذا أرادت اتخاذ القرار أن تلتزم بالرأي الصادر عن المجلس وإلا صدر القرار معيباً بعيب عدم الإختصاص وإن كان للإدارة العدول عن إصدار القرار إذا لم تقتنع برأي المجلس . إن

اشتراط طلب رأي مطابق من مجلس الدولة في الحالات المذكورة هذه القرارات يمكن وضع معيار عام لتبرير اشتراط رأي مطابق من مجلس الدولة لإصدارها وهو مواجهة تعسف الإدارة ,إذ أن تلك الموافقة يمكن أن تعد حصناً ضد تعسف الإدارة يضمن المشرع من خلاله الحد من إساءة استعمال الإدارة للسلطة الممنوحة لها بموجب القانون.

- الإستشارة الوجوبية من حيث الطلب فقط: ويقصد بها الزام الإدارة بطلب رأي مجلس الدولة قبل مباشرة التصرف أو اتخاذ القرار، إذ يقتصر التزام الإدارة على طلب رأي المجلس بشأن مسائل معينة قبل اتخاذ القرار من دون أن تكون ملزمة بأتباع الرأي الصادر عن المجلس بشأن المسألة المعروضة. وفي مصر فقد ألزم المشرع الإدارة بالرجوع إلى مجلس الدولة لمعرفة رأيه في عدد من المسائل المهمة مع حريتها في الأخذ برأي المجلس أو عدم الأخذ به ,إذ لا يجوز لأية وزارة أو هيأة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة . أما بالنسبة للمشرع العراقي، فقد نصت المادة (6) من قانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل على انه (يمارس المجلس إختصاصاته في مجال المشورة القانونية على النحو الآتي:

إبداء المشورة القانونية في الاتفاقات والمعاهدات الدولية قبل عقدها أو الانضمام إليها، لكن عند النظر للنص أعلاه لا يمكن الجزم بإلزامية اللجوء لمجلس الدولة، لكون النص لم يكن واضحا بشأن ذلك، الا أنه وبالرجوع إلى أحكام قانون عقد المعاهدات رقم(35) لسنة 2015، نلاحظ بأن إلزام الإدارة بطلب المشورة القانونية في هذه الحالة يجد أساسه في هذا القانون، إذ الزم المشرع العراقي الجهات المعنية بطلب الرأي قبل التفاوض.

2.1 الهيئات الاستشارية في مجلس الدولة ونطاق اختصاصها

أنشئ ديوان التفسير الخاص بموجب القانون رقم 87 لسنة ١٩٢٦ وهو عبارة عن هيئة رسمية تتبع مجلس الوزراء مهمتها تفسير الأحكام والقوانين وينعقد بدعوى من مجلس الوزراء. وفي عام 1933 أنشئ ديوان التدوين القانوني بالقانون رقم 49 لسنة 1933 وفي عام 1979 أنشئ مجلس شورى الدولة بالقانون رقم 65 لسنة 1979، ثم توالت التعديلات على القانون بواقع خمسة تعديلات، أهمها: الثاني رقم 106 لسنة 1989 الذي أنشأ محكمة القضاء الإداري والخامس رقم 17 لسنة 2014 الذي أنشأ المحكمة الإدارية العليا، وصولا الى قانون مجلس الدولة العراقي رقم(71) لسنة 2017، الذي نص على فك ارتباط مجلس الدولة عن وزارة العدل وجعله هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية. وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول نخصصه حول تكوين الهيئات الاستشارية لمجلس الدولة، بينما الفرع الثاني لمناقشة اختصاصات الهيئات الاستشارية لمجلس الدولة.

1.2.1 تشكيل الهيئات الاستشارية لمجلس الدولة

قبل تحديد مكونات الهيئات الاستشارية لمجلس الدولة يجب تحديد أهم الفئات العاملة في المجلس، إذ أن بعض الهيئات تمارس الوظيفة الاستشارية، والبعض الاخر منها يمارس وظائف اخرى. ففي اطار المشرع الفرنسي، نجد أن مجلس الدولة الفرنسي والمحاكم الادارية، يمارسون اختصاصا استشاريا الى جانب الاختصاص القضائي ، اما بالنسبة لمجلس الدولة المصري فهو يمارس دوره الاستشاري وفقا للتشكيلات المحدد بها ممارسة ذلك، اما بالنسبة للمشرع العراقي، إذ يتكون مجلس الدولة العراقي من رئيس المجلس الذي يتم اختياره من قبل رئاسة المجلس، شريطة ان يكون مستشارا في المجلس ، ونواب الرئيس ، والمستشارون والمستشارون المساعدون.

بالإضافة إلى ذلك وجود مستشارين منتدبين في مجلس الدولة.

أما بالنسبة للهيئات التي تمارس الوظيفة الاستشارية فالأمر يختلف في التشريع الفرنسي عنه في التشريع المصري والعراقي، فبالنسبة للمشرع الفرنسي نجد بالإضافة الى دور مجلس الدولة الفرنسي في الجانب الاستشاري، ايضا هنالك دور للمحاكم الادارية، إذ تختص هذه

الاخيرة منذ عام 1953 وما قبل ذلك بالجانب الاستشاري في اعطاء المشورة للمديريات التابعة لها ضمن الاختصاص المكاني، في حين ان المشرع المصري قسم الامر الى قسمين: الاول هو القسم القضائي، واما الثاني فأسماه بقسم الفتوى والتشريع والتي يناط ادارة ذلك بالجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع وبحسب المادة(65) من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 المعدل، والتي يترأسها نائب رئيس المجلس وعضوية نواب رئيس المجلس لقسمي الفتوى والتشريع ومستشاري ورؤساء ادارة الفتوى . اما بالنسبة لمجلس الدولة العراقي المناط بها الوظيفة الاستشارية فهي على النحو الاتي:-

- **الهيئة العامة:** تتألف من رئيس مجلس الدولة وعضوية نائبيه والمستشارين، وتعقد جلساتها برئاسة الرئيس أو من يخوله من نائبيه عند غيابه، وتنعقد الهيئة العامة بحضور أكثرية عدد أعضائها، وتتخذ قراراتها بأكثرية عدد الأعضاء الحاضرين، وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي صوت مع الرئيس ويحضر المستشارون المساعدون اجتماعات الهيئة العامة ويشتركون في النقاش من غير حق التصويت .

- **هيئة الرئاسة:** تنعقد هيئة الرئاسة برئاسة رئيس مجلس شورى الدولة وعضوية نائبيه ورؤساء الهيئات، ورئيس المحكمة الإدارية العليا، وتعد هيئة الرئاسة الجهة المختصة في المجلس باستلام طلبات الوزارات بحسب موضوعاتها وهي المختصة بمخاطبة الجهات الرسمية الأخرى كافة .

- **الهيئة المتخصصة:** تنعقد الهيئة المتخصصة برئاسة نائب رئيس مجلس شورى الدولة لشؤون التشريع والرأي والفتوى أو أقدم المستشارين وعدد من المستشارين والمستشارين المساعدين شرط أن لا تزيد نسبتهم عن ثلث المستشارين ولرئيس مجلس شورى الدولة عند الضرورة ترشيح من يراه من المستشارين لرئاسة الهيئة المتخصصة وإن المقارنة بين تكوين الهيئات الاستشارية في العراق ونظم المقارنة يوصلنا إلى أن العراق اقترب من النموذج الفرنسي، إذ إن الوحدة الرئيسة للعمل الاستشاري في العراق هي الهيئة المتخصصة ويقابلها في فرنسا اللجان الدائمة التي تعمل في مجال التقنين والإفتاء بخلاف النموذج المصري الذي أفرد قسماً خاصاً بالفتوى يدعى قسم الفتوى وقسماً خاصاً

بالتقنين يدعى قسم التشريع، وتوجد جمعية عمومية للقسمين تقابلها الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة في العراق والجمعية العمومية لمجلس الدولة في فرنسا. ونؤيد موقف المشرع العراقي، وذلك لأن كلا من أعمال التقنين والإفتاء لا تخرج عن نطاق العمل الاستشاري الذي يفضل أن تمارسه جهة واحدة من أجل توحيد الاتجاهات القانونية .

2.2.1 نطاق اختصاص الهيئات الاستشارية لمجلس الدولة

أن النطاق الذي تمارس من خلاله الهيئات الاستشارية في مجلس الدولة عدة اختصاصات، منها ما هو ذو طبيعة استشارية بحتة، ومنها اختصاصات مختلطة استشارية وإدارية ، وعلى النحو الاتي:

- الاختصاصات المختلطة: وهي اختصاصات، منها ذو طبيعة استشارية ومنها ما هو ذو طبيعة إدارية :

أولا- تقديم تقرير سنوي أو كلما رأت 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 أي جهة من جهات الإدارة أو تجاوز تلك لسلطاتها أو اقتراح بإعداد تشريع جديد، ولعل هذا الاختصاص هو أهم اختصاص استشاري لمجلس شورى الدولة يجسد مقولة أن مجلس شورى الدولة هو مستشار الدولة، ونرى من أجل تفعيل هذا الاختصاص أن يتم إنشاء قسم خاص للبحوث القانونية في المجلس. ثانيا- إعادة النظر في زيادة عدد الهيئات المتخصصة في المجلس أو دمجها. ثالثا- اختيار نائبي رئيس المجلس من بين المستشارين. رابعا- التوصية بتعيين المستشار والمستشار المساعد في المجلس أو ترقيته إلى مستشار. خامسا- التوصية بانتداب المنصوص عليهم في المادتين ٢٤ ، ٢٥ من هذا القانون .

- **الاختصاصات الاستشارية البحتة:** تتوزع الاختصاصات الاستشارية لمجلس الدولة إلى اختصاصات في مجال التقنين وأخرى في مجال إبداء الرأي والمشورة القانونية وهي كما يأتي:

أولا- مجال التقنين: إعداد وصياغة مشروعات التشريعات المتعلقة بالوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة بطلب من الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة بعد أن يرفق بها ما يتضمن أسس التشريع المطلوب مع أولياته جميعها وآراء الوزارات أو الجهات ذات العلاقة. تدقيق مشروعات التشريعات المعدة من الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة من حيث الشكل والموضوع جميعاً. الإسهام في ضمان وحدة التشريع وتوحيد أسس الصياغة التشريعية وتوحيد المصطلحات والتعابير القانونية. ومن خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المجلس لا يمارس دوره بإعداد وصياغة التشريعات إلا إذا طلبت إليه الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة، على أن تعمل هذه الجهات على تزويد المجلس بأسس التشريع المطلوب مع جميع الأوليات وآراء الوزراء أو الجهات ذات العلاقة حيث يفترض إنها أعرف من غيرها بالغايات التي يستهدفها المشرع وألصق بالمشاكل المعينة بالحل وبالفراغ الذي أظهره التطبيق العملي للتشريع النافذ، لذلك ألزم القانون الجهات التي تطلب من المجلس إعداد وصياغة مشروع التشريع أن يزود المجلس بأسس التشريع المطلوب مع جميع الأوليات وآراء الوزارات أو الجهات ذات العلاقة .

ثانيا - اختصاصات في مجال الرأي والمشورة القانونية: بصدور قانون مجلس الدولة العراقي، أصبح الجهة المناط بها هذا الاختصاص، بعد ما كان من اختصاص ديوان التدوين القانوني(الملغى) . عندما تتولى الجهات الرسمية في الدولة تطبيق قانون ما قد تحتاج إلى تفسير رسمي لنص من نصوص هذا القانون , فتلجأ إلى طلب تفسير هذا القانون أو نص من نصوصه بغية الاطمئنان إلى تطبيقه بشكل سليم ، ولتجنب الآثار غير الحميدة للتطبيق غير السليم للقانون المراد تفسيره.

أ. إبداء المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها عليه الجهات العليا.

ب. إبداء المشورة القانونية في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية قبل عقدها أو الانضمام إليها.

واذا ما تمعنا في الفقرة اعلاه، نجد أنها لم يلزم الادارة باللجوء الى المجلس لأخذ رأيه، ألا ان

الاصل حرية الادارة في اللجوء الى المجلس لأخذ رأيه في مسألة من المسائل القانونية ألا ان قانون عقد المعاهدات أعطى صفة الالزام كما ذكرنا سابقا.

ج. إبداء الرأي في المسائل المختلف عليها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة إذا احتكم أطراف القضية إلى المجلس، ويكون رأي المجلس ملزماً لها.

د. إبداء الرأي في المسائل القانونية إذا حصل تردد لدى إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة على أن تشفع برأي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوب إبداء الرأي بشأنها، والأسباب التي دعت إلى عرضها على المجلس ويكون رأيه ملزماً للوزارة أو الجهة طالبة الرأي.

هـ. توضيح الأحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من قبل إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة.

وباستثناء التقرير السنوي الذي تقدمه هيئة الرئاسة إلى الأمانة العامة لمجلس الوزراء أو كلما رأت ذلك فإن مجلس الدولة، لا يملك حق المبادرة بتقديم آرائه وفتاويه للوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة إلا بعد أن يطلب منه ذلك. هذا من جانب ومن جانب آخر اختصاص مجلس الدولة في مجال إبداء الرأي والمشورة القانونية ليس مطلقاً وإنما مقيد بقيدين: يمتنع المجلس عن إبداء الرأي والمشورة القانونية في القضايا المعروضة على القضاء.

كما يمتنع المجلس عن إبداء الرأي والمشورة القانونية في القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن. إن إجراء مقارنة بين الاختصاصات الاستشارية لمجلس (شورى) الدولة في فرنسا ومصر والعراق يوصلنا إلى نتيجة أن هناك تقارباً واضحاً في تحديد طبيعة هذه الاختصاصات الاستشارية في جميع النظم المقارنة، حيث تعمل لحد التطابق في بعض الحالات مثل تدقيق مشروعات القوانين، ولعل ذلك يعود إلى رسوخ الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة واستقراره كونه أول اختصاص له ومنذ تأسيس المجلس في النظم المقارنة كافة، إلا أن المشرع المصري في مجال تحديد إدارات الفتوى بأن يتم تخصيص إدارة فتوى لكل وزارة أو مجموعة وزارات متقاربة النشاط من أجل تحقيق نوع من التخصص في الإفتاء والمشورة القانونية وهو موقف يستحق الإشادة، ونأمل من المشرع العراقي أن يحذو حذو نظيره المصري.

2. المبحث الثاني: أثر الوظيفة الاستشارية في تصويب عمل الادارة

3. لما كان العمل الاداري من أكثر الاعمال مشقة وخطورة، لاتصاله بحقوق الافراد وحرياتهم، فالأجهزة التي تمارس هذا العمل قد تصيب في تنفيذ القانون وقد تخطيء، فعند ذلك تظهر الحاجة لمن يصحح هذا الخطأ. وهنا تأتي اهمية الوظيفة الاستشارية ، إذ أضحت اليوم منوطة بجهاز واحد سميَّ بمجلس الدولة، وعلى هذا الاساس نقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص الاول لبيان اثر الوظيفة الاستشارية في العمل التشريعي، بينما نناقش في المطلب الثاني دورها في اطار الحقوق والحريات.

2 أثر الوظيفة الاستشارية في العمل التشريعي

تتطلب العملية التشريعية توفير جملة من المتطلبات ومن اهمها وجود هيئة متخصصة تقوم باستخدام قواعد الصياغة في اعداد المشاريع وتتمثل هذهِ الهيئة في مجلس شورى الدولة المشكل وفقاً للقانون مجلس الدولة العراقي المعدل. ويمارس المجلس طبقاً للمادة الخامسة من القانون اعلاه هذا الاختصاص. لذا نتاول هذا المطلب وفقا للاتي.

1.2 أثر الوظيفة الاستشارية في تفسير النصوص القانونية

عندما تتولى الادارة تطبيق قانون معين، قد تحتاج في بعض الاحيان إلى تفسير رسمي لنص من نصوص هذا القانون, فتلجأ إلى طلب تفسير هذا القانون بغية تطبيقه بشكل سليم، ولتجنب الآثار غير الحميدة للتطبيق غير السليم للقانون المراد تفسيره . فمجلس الدولة الفرنسي يبدي رأيه بصفة عامة في كل مسألة تقضي القوانين أو اللوائح بأخذ رأيه فيها فإن باستطاعة أي وزير أن يطلب إلى مجلس الدولة نوعاً من الاستشارة القانونية بالاستفسار منه عن مسألة تفسير نص ما أو معرفة كيفية التوفيق بين نصين يبدوان متناقضين في الظاهر.

بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي الذي يعد هو الهيئة الاستشارية للحكومة فهو يمارس ذلك في مجالين الاول في اطار التشريعات والاخر في اطار العمل الاداري، وقدر تعلق الامر بالجانب التشريعي، فقد كان هذا الاختصاص في نشأته الاولى هاما جدا بالنسبة للمجلس، إذ

يقوم بإعداد مشروعات القوانين، الا ان ذلك تضاءل بظهور النظام البرلماني وازدهار مبدا سيادة الامة مما ادى ذلك الى تركيز السلطة التشريعية بيد البرلمان بعده ممثلا عن الامة، فاصبح اسهام مجلس الدولة في الجانب التشريعي محدود جدا، اما بالنسبة للمشرع المصري فان قسم التشريع يناط به ذلك، ومن ثم يلزم رئيس القسم بدعوة رئيس ادارة الفتوى المختصة عند النظر بالتشريعات الخاصة، وتلزم كل وزارة او مصلحة قبل اصدار اي قانون او قرار ذي صفة تشريعية او تشريع تفسيري، او لائحة او قرار تنفيذي للقوانين واللوائح والقرارات ان تعرض المشروع المقترح على قسم التشريع لصياغته، والحال يختلف بالنسبة للتشريعات التي تتسم بطابع الاستعجال، إذ تختص بصياغتها لجنة من رئيس قسم التشريع او من يقوم مقامه واحد مستشاري القسم ورئيس ادارة الفتوى المختصة.

أما بالنسبة لمجلس الدولة العراقي فهذا من نطاق اختصاصه بتفسير النصوص القانونية بموجب المادة السادسة من القانون رقم 65 لسنة 1979 المعدل، ابداء الراي في المسائل القانونية اذا حصل تردد لدى احدى الوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارة على ان تشفع براي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوب ابداء الراي بشأنها، والاسباب التي دعت الى عرضها على المجلس ويكون رايه ملزما للوزارة او للجهة الطالبة الراي. توضيح الاحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من قبل احدى الوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارة.

وتماشيا مع ما تم ذكره مارس المجلس هذا الاختصاص، ففي قرار لمجلس الدولة بصدد تحديد المدلول القانوني (للبدل المناسب) الوارد في نص المادة (الحادية والعشرين) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986، جاء أن البدل المناسب هو الذي تقدره لجنة التقدير عند بيع الأراضي والعقارات بدون مزايدة علنية بقرار من وزير المالية إلى دوائر الدولة والقطاع العام والجمعيات التعاونية للإسكان ,بعد أن يراعى فيه انسجامه مع الهدف الذي من اجله سيباع العقار أو الجهة التي سيباع له.

فإذا حصل تردد لدى أحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة على أن تشفع برأي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوبة أبداء الرأي بشأنها و الأسباب التي دعت إلى

عرضها على المجلس ويكون رأي المجلس ملزماً للوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة طالبة الرأي، وكذلك التعليمات والبيانات الصادرة من الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة أو يكون ملزماً للجهات المرتبطة بهذه الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة أو يكون للتفسير أثره غير الملزم للجهات المستفسرة كما في حالة الاستيضاح المنصوص عليها في البند خامساً من المادة (6) من قانون المجلس الحالي. ففي قرار لمجلس الدولة في شأن تحديد المناصب العليا الخاصة برؤساء الأجهزة الأمنية التي يحق لمجلس المحافظة إعفاؤهم من مناصبهم ذلك أن قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة 2008 لم يحدد بصورة واضحة المقصود برؤساء الأجهزة الأمنية وبينت أن رؤساء الأجهزة الأمنية يشمل المديرين العامين في المحافظة ولا يشمل من هو دون ذلك.

- أن المقصود برؤساء الأجهزة الأمنية في المحافظة المنصوص عليهم في المادة (1) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة 2008 تعني من هو بدرجة مدير عام من رؤساء الأجهزة الأمنية في المحافظة.
- أن الوظائف الأخرى في الأجهزة الأمنية في المحافظة تخضع لصلاحيات رئيسها المباشر، لذا رسم المشرع لذلك طريقاً قانونيا واضحاً فلا تملك أي جهة صلاحية النظر في تفسير القانون أو مادة من مواده، عدا مجلس الدولة وفقاً لاختصاصه الاستشاري أو تتصدى محكمة الموضوع إلى تفسير القانون عند رفع دعوى متعلقة بها.

1.1.2 أثر الوظيفة الاستشارية في تدقيق مشروعات القوانين

قد تطلب الادارة من الجهات ذات الاختصاص مراجعة موضوع ما، او تقديم الرأي بشأنهِ، او يتطلب الامر اجراء عملية تقييم لنشاط اداري معين.

الا بعد التدقيق النص في نظام قواعد متكاملة. اذ يجب أن تبدأ صياغة التشريع المقترح بنصوصهِ الاساس والتي ينبغي ان تستند الى غاية مفهومة بشكل واضح، وان تنسجم النصوص الاساس لنص التشريع المقترح مع بعضها بعضاً، ويجب إدخال النصوص النهائية والتكميلية والتحضيرية في المسودة فقط بعد استكمال النصوص الاساس.

إذ ان المراجعة تتمثل بإعادة قراءة النصوص التي صيغت من نفس الجهة التي تولت الصياغة او جهة اخرى ذات تخصص وإلمام بموضوع التشريع وتعديل الصياغة ومن المفضل يتم الاستعانة بمدقق لغوي في قراءة المشروع وتدقيقهُ من الناحية اللغوية.

ففي فرنسا نجد مجلس الدولة الفرنسي يناط به إعادة قراءة المشروعات المقترحة من الحكومة للبرلمان الفرنسي ويشرف على الاعداد الفني لهذهِ النصوص وتدقيقها من الناحية اللغوية القانونية الدقيقة ومدى اتفاق المشروع مع الدستور.

وعلى المجلس ان يعد مذكرة للحكومة يشرح فيها اسباب رأيه عندما يعدل نصاً تعديلاً اساسياً او يرفضهُ، ويقوم ايضاً بالنظر في شرعية النصوص المقدمة اليهِ وبطبيعة الحال فان هذا النظر هو اكثر صلاحيات المجلس اختصاصاً ويدخل في صميم دورهُ، فلو قدم للمجلس مشروع نظام فانهُ ينظر ما اذا كان هذا النظام لا يخالف القوانين، او اذا قدم لهُ مشروع قانون فانهُ يقرر ما اذا كان مشروع القانون مطابقاً للدستور فان المجلس يرد بعض النصوص الى الحكومة بسبب عدم الشرعية عندما يثبت بان النص لا يطابق القانون او الدستور.

والحكومة اما ان تأخذ بالتعديلات التي يقترحها المجلس على المشروع او ترفضها الا انها مقيدة بعرض المشروعات، وهذا يعني ان على الحكومة ان تعرض المشروع النهائي على مجلس الدولة واخذ رأيهِ فيه وانها حرة بالأخذ بالتعديلات او بالتحفظ على المشروع بصورتهِ الاصلية ، ولكن لا يجوز للحكومة وضع نصوص جديدة لم تظهر في مشروعها الاصلي (الأول).

اصبح مجلس الدولة مستشار للسلطة التشريعية بموجب التعديل الدستوري الذي تم سنة 2008 حيث قامت المادة (15) من القانون الدستوري رقم 2008- 724 الصادر2008المتعلق بتحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة، بتعديل نص المادة 39 من الدستور حيث اصبحت الفقرة الاخيرة منها تنص على انهُ ضمن الشروط المحددة في القانون يمكن لرئيس جمعية برلمانية ان يرفع اقتراح قانون خدمة احد اعضاء هذهِ الجمعية لمجلس الدولة لكي يبدي رأيهُ قبل ان يتم فحصهُ في اللجنة، وبهذا التعديل اصبح المجلس مستشاراً للسلطتين التشريعية والتنفيذية.

أما بالنسبة لمجلس الدولة العراقي، فهو الجهة المختصة بتدقيق مسودات القوانين المقترحة في بما يضمن كمالها من خلال صياغتها بأسلوب يجعل منها سهلة الجمل واضحة المعاني قريبة إلى التطبيق بعيدة عن الاجتهاد والتأويل اضافة الى عدالة النص ليشمل اكبر فئة ممكنة من الناس لان النصوص الوضعية، يفترض بها ان تكون مجردة وعادلة وقريبة الى العدالة، على الرغم من ان قانون مجلس شورى الدولة يلزم الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة بعرض مشروعات التشريعات التي تعدها على المجلس لغرض تدقيقها من حيث الشكل والموضوع. ويعد هذا الاختصاص من المهام الاساسية للمجلس.

2.1.2 أثر الوظيفة الاستشارية في تحديد سلطة النشاط الضبطي للإدارة

مما لاشك فيه ممارسة الإدارة لوظيفة الضبط الإداري تنعكس آثارها بطريقة أو بأخرى على الحريات العامة للأفراد، لوجود صلة وثيقة بين الضبط الإداري والحريات العامة، فلا يمكن الوقوف على سلطة الضبط من واقع طبيعة الحرية ذاتها وكيفية حمايتها، وفي هذه الحالة لا مناص من أن تتدخل سلطات الضبط الإداري لحماية النظام العام أو إعادته إلى نصابه، وهذا التدخل من جانب سلطات الضبط الإداري يؤدي من دون شك إلى المساس بحريات الأفراد بصورة أو بأخرى ويتمثل هذا المساس في قيام سلطات الضبط الإداري بفرض قيود عديدة على ممارسة الأفراد لحرياتهم، ويختلف نشاط الإدارة في أسلوبه وفي مداه من مجتمع لآخر ومن وقت لآخر تبعاً للنظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي السائد في المجتمع.

2.2 أثر الوظيفة الاستشارية في حماية الحقوق العامة

اتسع نشاط الضبط الإداري ليشمل مختلف نواحي النشاط، إذ لم يعد يقتصر على مفهوم حفظ النظام العام التقليدي بل امتد ليشمل المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بهدف تحقيق الصالح العام، ومن هنا ازدادت أهمية الضبط الإداري، حيث يهدف إلى تنظيم ممارسة الأفراد لحروقهم وأوجه نشاطهم فتحدد مجالات هذا النشاط وتورد عليها من القيود، فإذا ما خرجت سلطات الضبط الإداري عن الحدود المرسومة قانوناً فإن أعمالها في هذا الشأن تكون غير مشروعة وتثار هنا مسؤولية الإدارة عن أعمالها الضبطية وتكون جديرة بالإلغاء والتعويض إذا كان لذلك مقتضى . وهنا يأتي دور مجلس الدولة في إطار

ممارسته لوظيفته الاستشارية بعده مستشارا للإدارة، من أجل تصويب نشاطها وعدم مساسه بحقوق الافراد.

واستنادا لما تقدم فأن مجلس الدولة الفرنسي قد اضفى حماية فعالة ومستحدثة في اطار مفهوم جديد في الحريات العامة وهو ما أسماه ب(كرامة الانسان البشري) ففي قراره : **Morsang-sur-Orge** صادر في 27 /10/ 1995، في هذا القرار رأى مجلس الدولة ان مبدأ احترام كرامة الإنسان البشري يجب أن ينظر إليه بما هو أحد مكونات الانتظام العام. كان رئيس بلدية مورسان سور أورج قد منع لعبة تقاذف الأقزام (**lancer les nains**) في مراقص البلدة. ولم يسند قراره إلى سلطة الضبط الخاصة التي يتمتع بها ضبط الملاهى والحفلات .. بل إلى سلطة الضبط العامة، أي الحفاظ على النظام الحسن والصحة والسلامة والأمن , **le bon ordre** ولكن في وقائع هذه القضية ليس**la salubrité la tranquillité et la sécurité**. من خطورة مهددة للأمن أو السلامة أو الصحة العامة أو النظام الحسن.

استند رئيس البلدية إلى مفهوم كرامة الإنسان البشري معتبراً الضبط الإداري مشتملاً على مكون خامس هو كرامة الإنسان البشري) . رأى مجلس الشورى إذن هذه اللعبة مُحِطةً للكرامة بصرف النظر عن قبول الشخص المعني أي القزم. وهذا الأمر يبرز أن القاضي الإداري يمكنه أن يقوم بدور مهم من أجل كبح جماح تسلط السلطات العامة، عبر الرقابة التي يمارسها على أعمال الضبط الإداري في شتى المواضيع المرتبطة بالنظام والأمن والسلامة العامة والصحة.

ففي إطار أهم الحقوق اتجه مجلس الدولة العراقي إلى حماية حق الحياة في فتوى ترفض تطبيق عقوبة الإعدام من غير استكمال الإجراءات القانونية الخاصة بها(إصدار مرسوم جمهوري) بالتنفيذ وكذلك اتجه المجلس إلى طلب إلغاء القرارات التي تنص على عقوبة الإعدام لأفعال جرمية لا تستحق هذا العقاب كجرائم التهريب ، إذ يطلب السيد نائب رئيس الجمهورية الرأي من المجلس في شأن مدى لزوم إصدار مرسوم جمهوري بأحكام الإعدام الصادرة من المحكمة الجنائية العراقية العليا، يرى المجلس أن لا تنفذ أحكام الإعدام بعد تاريخ نشر تعديل قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 13 لسنة 2008 في 418/2008 إلا

بمرسوم جمهوري) لكون عقوبة الإعدام هي أشد العقوبات التي تفرض على الفرد والتي تؤدي إلى إنهاء حياته نجد أن المشرع أحاط هذه العقوبة بمجموعة من الإجراءات من التحقيق والمحاكمة العادلة وصولاً على إصدار مرسوم جمهوري بالتنفيذ، وهذه الإجراءات تمثل ضمانة من ضمانات حقوق الإنسان، وتوافر مزيداً من ضمانات المتهم بتحقيق العدالة لأننا لا نعتقد بوجود رئيس جمهورية يوقع على حكم إعدام دون دراسته من قبل المستشارين القانونيين له رغم اكتساب الدرجة القطعية ومن ثم يكون المجلس قد وفق في حماية حق الحياة وتوافر ضمانات العدالة للمتهم .

وفي قرار إفتائي للمجلس يتعلق بحق الحياة أيضاً تستوضح وزارة حقوق الإنسان الرأي من المجلس بخصوص قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (95) لسنة 1994 الذي يعاقب بالإعدام كل من هرب سيارة أو شاحنة أو إحدى المكائن أو الآلات المستعملة لأغراض الحفر أو السداد أو لأي أعراض مشابهة إلى خارج العراق أو إلى جهة معادية بشأن إبقاء العمل بهذا القرار أو إلغائه أو تعديله في ضوء المرحلة الحالية وأحكام الدستور. وكان الرأي(وتأسيساً على ما تقدم من أسباب يرى المجلس أن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 95 الصادر في 28/8/1994 ذو طبيعة مؤقتة مما يتعين إلغاؤه)) لذا يكون مجلس الدولة موفقا في تكييف القرار بأنه ذو طبيعة مؤقتة ليواجه ظروفاً طارئة ولا يمكن الاستمرار بالعمل به وما يميز قرار المجلس هنا هو الدعوة الصريحة لإلغاء القرار على الرغم من كونه عملا تشريعياً لا يلغي إلا بعمل تشريعي مماثل. وفي إطار الحقوق الثقافية والاجتماعية للمواطن اتجه مجلس الدولة إلى ضمان تمتع أكبر عدد ممكن بحق التعليم، ولاسيما لشريحة الموظفين من إفتائه بجواز منح الإجازة الدراسية للموظفين سواء كانت الدراسة صباحية أو مسائية على الرغم من أن التشريع المتعلق بالإجازة الدراسية لم ينص على منحها للدراسة المسائية. وتطلب الأمانة العامة لمجلس الوزراء الرأي من مجلس الدولة في بيان مدى إمكانية منح طلبه الدراسات المسائية داخل العراق من الموظفين الإجازة الدراسية وأصدر المجلس قراراً جاء فيه (أن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم 930 في 11/6/1980 جاء فيه أن للوزير المختص منح

الموظف الذي أكمل سنتين في خدمة وظيفية إجازة دراسية داخل القطر براتب تام للحصول على الشهادة العليا والدبلوم والشهادة الجامعية الأولية وحسب الشروط المطلوبة فيه.

وإن النص المذكور أعلاه قد جاء مطلقاً ولم يشترط لمنح الإجازة الدراسية أن تكون صباحية. وإن الهدف من منحها تحقيق التفرغ للموظف للانصراف إلى الدراسة والبحث سواء كانت صباحية أو مسائية، وتأسيساً على ما تقدم من أسباب يرى المجلس: يجوز منح الموظف الذي أكمل سنتين في خدمة وظيفية فعلية إجازة دراسية داخل العراق براتب تام للحصول على الشهادات الدراسية المنصوص عليها.. سواء كانت الدراسة صباحية أم مسائية...]. إن قرار مجلس الثورة المنحل رقم ٩٣٠ اقتصر على الدراسة الصباحية منذ تاريخ القرار في 1980 ولغاية تاريخ صدور فتوى المجلس ، الأمر الذي حرم عدداً كبيراً من الموظفين من ممارسة حقهم بالتعليم، إلا أن قرار المجلس المذكور أعاد لهم هذا الحق الدستوري لكي يتمتعوا به وأن اجتهاد المجلس كان موفقاً لكن يؤخذ عليه عدم تسبيب القرار بالنص الدستوري الذي يكفل حق التعليم للعراقيين.

1.2.2 أثر الوظيفة الاستشارية في حماية الحريات العامة

في اطار حماية الحريات العامة كان لمجلس الدولة الفرنسي من خلال وظيفته الاستشارية دورا فعالا ومؤسسا لحماية الحريات العامة ومن ذلك حرية الجمعيات، يُعد قرار أميكال دي انااميت القرار الأول الذي يقرر فيه الشورى أن مبدأ حرية الجمعيات هو من بين المبادئ الجوهرية التي تقر بها الجمهورية الفرنسية، ولذا فقد أبطل قرار وزير الداخلية القاضي ببطلان هذه الجمعية، لذلك اشار مجلس الدولة الفرنسي في اطار هذا الموضوع ان الادارة لاتملك الحق في تقييد سلطة الافراد في تأسيس الجمعيات، إذ ان حرية تأسيس الجمعيات هي حجر الزاوية في تكريس الحريات العامة ، اما بالنسبة لمجلس الدولة المصري وفي مصر، فلمحكمة القضاء الإدارى منذ إنشائها عام 1946 فضل السبق في هذا المضمار وذلك بما أرسته من مبادئ تترجم ما ينطوى عليه ضمير القاضى من رغبة فى حماية حقوق الأفراد وحرياتهم وعدم التحيف بها إلا بقدر يتلاءم ويتناسب مع ما يقتضيه الحفاظ على النظام العام، فقد أخضعت تلك المحكمة قرارات الضبط الإدارى الماسة بهذه الحقوق والحريات

الرقابة الملاءمة للوقوف على التناسب بين أهمية وخطورة الوقائع التي تدعيها الإدارة وبين مضمون تلك القرارات، فحرية الاجتماع إذن حرية أصيلة لا يملك المشرع أن ينكرها وإن ساغ له أن ينظم استعمالها في حدود الدستور. وقد أكدت الدساتير المصرية المتعاقبة على حرية تكوين الجمعيات، حيث أن المادة 21 من دستور (1923) نصت على أن للمصريين حق الاجتماع في هدوء وسكينة غير حاملين سلاحاً، وليس لأحد من رجال البوليس أن يحضر اجتماعهم ولا حاجة بهم إلى إشعاره "، وتردد المبدأ ذاته في الدساتير اللاحقة (1956)، و (1964)، و (1971) وأخيراً في المادة 73 من دستور عام (2014)" للمواطنين حق تنظيم الاجتماعات العامة، والمواكب والتظاهرات، وجميع أشكال الاحتجاجات السلمية غير حاملين سلاحاً من أي نوع، بإخطار على النحو الذي ينظمه القانون كذلك حمت المادة 75 من الدستور الأخير "حق تكوين الجمعيات شرط أن لا يكون نشاطها سرياً.

ومن المتسالم عليه أن للإدارة سلطة واسعة في فرض جزاءات على المتعاقد معها في حالة اخلاله بالالتزامات، وتختلف الجزاءات المفروضة من قبل الادارة منها، مالية ومنها جنائية ومنها وسائل ضغط، ما يهمنا في هذا الشأن الجزاءات الجنائية لما لها من مساس بحريات الافراد، قبل عام 2003 صدر في العراق تشريعات عدة تمنح أعضاء في السلطة التنفيذية كالوزراء ومن هم بدرجتهم والمحافظين سلطة حجز الأفراد وتقييد حريتهم بقرارات إدارية من غير اللجوء إلى القضاء لإصدار حكم بذلك، وقد اتجه المجلس بعد عام 2003 إلى رفض تطبيق هذه التشريعات لتعارضها مع الحقوق والحريات الواردة في دستور جمهورية العراق لعام 2005، لذا تستوضح وزارة الداخلية رأي مجلس شورى الدولة بشأن مدى سريان قرار مجلس قيادة الثورة(المنحل) رقم (1333) لسنة 1984 والخاص بتخويل الوزراء ومن هم بدرجتهم والمحافظين سلطة حجز المقاولين العراقيين لمدة لا تزيد على أسبوعين عند ثبوت تقصيرهم في تنفيذ المشاريع وكذلك تخويل المذكورين سلطة حجز أي موظف أو مكلف بخدمة عامة للمدة ذاتها عند ثبوت تقصيره في أداء واجباته. لذا كان رأي المجلس(أن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (1333) في 1984/12/4 يعد معلقاً حكماً استناداً إلى ما ورد بقانون إدارة الدولة العراقية وأمر سلطة الائتلاف رقم (87) في 2004).

وفي سياق ما تقدم نلاحظ أن مجلس الدولة كان موفقا في القرار المذكور في حماية الحرية الشخصية للفرد وعدم جواز حجزه من غير قرار قضائي، وذلك تماشيا مع الفلسفة التشريعية في نصوص قانون إدارة الدولة التي يعد دستور العراق للمرحلة الانتقالية منها؛ كون الدستور هو المصدر الاساس لحقوق الإنسان وحرياته العامة وأن تعليق العمل بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل الذي منح أعضاء في السلطة التنفيذية صلاحية حجز المقاولين والموظفين له دور كبير في حماية الحقوق والحريات.

وفي إطار حرية التنقل والاقامة ولاسيما بشأن سفر الموظفين والقيود الواردة عليه تستوضح أمانة بغداد الرأي من المجلس في شأن مدى انطباق ما نص عليه الدستور على حالة سفر موظفي الدولة عموماً وهل أن النص المذكور يعد ناسخاً لتعليمات الخدمة المدنية، ومن ثم عدم اشتراط أخذ موافقة تحريرية للرئيس الأعلى في حالة رغبة الموظف بالسفر خارج العراق؟.

بينت وزارة المالية بكتابها أن ممارسة المواطن للحقوق والحريات التي كفلها له الدستور يقتضي أن يكون منسجماً ولا يتعارض مع النصوص القانونية التي تنظم مركزه القانوني ومنها تعليمات الصادرة استناداً إلى قانون الخدمة المدنية، لا يعد تقييداً للحرية وإنما ضمانة له ولحقوقه عند حصول أي طارئ أو حادث أثناء السفر، لذا فإن التعليمات آنفاً لا تتعارض مع الدستور. لذا يرى مجلس الدولة العراقي في رأيه الإفتائي (وتأسيساً على ما تقدم من أسباب يرى المجلس أعلى الموظف أخذ موافقة الرئيس الأعلى إذا رغب بالسفر خارج العراق عند تمتعه بالإجازة). وعلى الرغم من أن مجلس الشورى راعي الجانب التنظيمي لعلاقة الموظف بالإدارة ولمبدأ ضمان استمرار المرافق العامة، وهو أمر مهم لموضوع منح إجازة للموظفين. لكن دستور العراق لسنة 2005 نص بصراحة على حرية السفر، وأن جواز تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات بقانون أو بناء عليه يعني يكون هناك قانون ينظم الحرية وتصدر تعليمات بناء عليه مثل قانون النشر أو قانون الصحافة أما قانون الخدمة المدنية فهو لا يندرج ضمن القوانين المنظمة للحقوق والحريات ، لذا فإن قياس المجلس غير موفق لأن المادة اعلاه استثناء، لا يجوز التوسع في تفسيره فضلاً عن أن الحرية هي الأصل والتقييد هو الاستثناء.

الخاتمة:

بعد أن مَنَّ الله سبحانه وتعالى علينا بفضله ونعمه ونحن نصل الى نهاية المطاف في هذه الدراسة، اتضح لنا من خلال استعراضنا للموضوع، جملة من النتائج والمقترحات نوردها وفقا للاتي:

النتائج

- هنالك بون شاسع في اداء هذه الوظيفة بين مجلس الدولة الفرنسي و المصري والعراقي، إذ إن

تجارب مجلس الدولة الفرنسي وقراراته في الجانب الاستشاري تبين مدى اهمية ومكانة هذه الوظيفة

بينما الحال مختلف في مصر والعراق، إذ يلاحظ الدور الاستشاري لهما اقل بكثير بالنسبة للنموذج الفرنسي.

- قيد القانون الحق في طلب الرأي من مجلس شورى الدولة على الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة , وإذا كان ذلك ينطوي على بعض الايجابيات فإنه في الوقت ذاته يشكل قيداً من شأنه أن يمنع بعض الجهات من طلب الرأي.
- وجود الجانب الاستشاري في مجلس الدولة يعزز من المشروعية الادارية، إذ يعد ضمانة فعالة لالتزام الادارة بالقانون قبل اصدار القرارات الادارية.
- الاهمية العلمية والعملية للوظيفة الاستشارية لايقتصر على عمل الادارة فقط بل يتعدى ذلك من خلال تقليل الطعون المقدمة امام القضاء الاداري، لأنها سوف تكشف مقدما العيوب القانونية في اي تصرف معين مسبقا وهذا ما يستدعي الادارة تلافيه وعدم الخوض به.

- اختلاف القيمة القانونية للراي الاستشاري، إذ تباينت المكانة او الوظيفة الاستشارية في الدول المقارنة بين الالزام بالرأي الاستشاري والاستئناس به، وهذا ماينعكس سلبا على اداء هذه الوظيفة.
- توحيد التفسير القانوني والاداري في كافة الاجراءات والاعمال التي تقوم بها الادارة، إذ أن وجود هذه الوظيفة وتفعليها بالطريق الانسب يودي ذلك الى توحيد الفهم لدى الجهات الادارية كافة في القوانين واللوائح، ومن ثم يمنع التشتت والاجتهادات المختلفة بين اجهزة الادارة وتشكيلاتها المختلفة وما لذلك من اثر في تحقيق المساواة بين المتعاملين مع الادارة.

3.2 المقترحات

- توسيع دائرة طلب الرأي وعدم تقييده بجهات معينة بما ينسجم مع أهمية الدور المناط بها واتساع صلاحياتها(الادارة)، وذلك لافتقار بعض الدوائر للخبرة القانونية التي تمكنها من مواجهة ما يعترض عملها من صعوبات مما يجعلها أحوج من غيرها للإستعانة برأي المجلس .
- ضرورة ان يراعي المشرع في زيادة العددية لأعضاء المجلس، وذلك لتوزيع العمل بين عدد اكبر من الاعضاء ومن ثم تخفيف الاعباء والاسراع بالإجراءات، وهذا ينعكس في سرعة المجلس بالبت في الآراء المقدمة، لاسيما ان بعض المسائل تتسم بطابع الاهمية والخطورة ولاتقبل التأجيل.
- ضرورة أن تكون القاعدة العامة هي التزام الجهات طالبة الرأي برأي المجلس دون تركه الى سلطتها التقديرية، وذلك لسد الباب حول الاجتهاد الذي يمارس من قبل بعض الدوائر.
- تعزيز الزامية الدور الاستشاري لمجلس الدولة ليشمل كافة التصرفات الادارية، وعدم اقتصاره على مواضيع محددة.
- توسيع نطاق الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة لاسيما أن احد ابرز الاهداف من انشاء مجلس للدولة هو استشاري في المجال التشريعي والاداري، ومن ثم ضرورة ان يكون هذا الدور مستقبلي، وعدم الاكتفاء بمراجعة النصوص والقرارات النافذة.

- ضرورة ان يشمل الزامية اللجوء للراي الاستشاري بالإضافة للقطاع العام وكذلك القطاع الخاص ايضا، بحيث يصبح المجلس مرجعا قانونيا لكافة انشطة القطاع الخاص، إذ من الممكن ان يراعي المشرع في تنظيم هذا الاختصاص بضرورة جعل استشارة المجلس للقطاع العام والخاص بالنسبة للقضايا المهمة.

5. قائمة المصادروالمراجع:

أولا– القوانين:

أ- التشريعات

1. قانون رقم (71) لسنة 2017.
2. قانون عقد المعاهدات لسنة 2015.
3. دستور جمهورية العراق لعام 2005
4. قانون المحكمة الدستورية العليا _رقم 48 لسنة 1979 المصري .
5. قانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل.
6. قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972.

ب- الاعمامات

1- استيضاح وزارة الداخلية بكتابها المرقم بـ(ح1622/ في 2010/2/14).
2- كتابه المرقم بـ (17/أ/2309) في 2009/7/20
3- اعمام الأمانة العامة لمجلس الوزراء رقم(16930) في 2005/12/5.

ت- الاحكام والمبادئ القضائية

1- قرار مجلس الدولة رقم ١٨/٢٠٠٤ في ٢/١١/٢٠٠٤
2- قرار مجلس الدولة رقم 50/٢٠١٣ في ٢٢/٥/٢٠١٣
3- قرار مجلس الدولة 2010/1 _تاريخ القرار 2010/1/5
4- قرار مجلس الدولة 2010/49 _تاريخ القرار 2010/4/29
5- قرار مجلس الدولة رقم ١٨/٢٠٠٤ في ٢/١١/٢٠٠٤ .

6- قرار مجلس الدولة بالعدد ٦٤/٢٠٠٦ في ٣٠/٨/٢٠٠٦.

7- قرار مجلس الدولة رقم ٥٥/٢٠١٥ في ٢٦/٥/٢٠١٥.

8- قرار مجلس الدولة رقم ١٧/٢٠٠٨ في ٤/٢/٢٠٠٨.

ثانيا– توثيق الكتب:

1- أبن منظور، لسان العرب - طبعة دار المعارف- ج4.

2- أبو الثناء الالوسي- روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني- طبعة المطبعة النبوية - 1345 .

3- د. حمدي ابو النور السيد عويس - الادارة الاستشارية ودور القضاء الاداري في الرقابة عليها (دراسة مقارنة) - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية – 2011.

4- د. غازي ابراهيم الجنابي - كلمة ترحيبية - مجلة التشريع والقضاء - العدد الاول – 2009.

5- غراهام هارت - اصول الكتابة العلمية - ط1 - ترجمة مركز التوبيب والبرمجة - بيروت - الدار العربية للعلوم – 1999

6- د. فوزي حبيش :القانون الإداري العام ,المؤسسة الحديثة للكتاب ,بيروت ,2011.

7- د. فارس علي جانكير، الطعن في القرارات الادارية ودوره في حماية الحقوق والحريات،منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان،2020.

8- كيث باتشت - تحضير وصياغة وادارة مشاريع التشريعات - ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية - بيروت - ترجمة عزيز ناصر اسماعيل - شيكاغو - الولايات المتحدة الامريكية – 2003.

9- د. ماهر الجبوري، القانون الاداري، بيروت،بدون سنة طبع.

10- د. محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري في العراق، دار المرتضى، ط٢، بغداد، ٢٠١٤

11- د.مجدي القبيلات - الوجز في القضاء الاداري - دائر وائل للنشر - ط1 – 2011.

12- د.محمد علي جواد - القضاء الاداري - العاتك لصناعة الكتاب – بلا سنة طبع او نشر

13- محمود صبري، مشروعية الضبط الاداري، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، 2018.

14- د. وسام العاني، القضاء الاداري، مكتبة السنهوري، بيروت، 2020، ص151.

القانون رقم 17 لسنة ٢٠١٣.

ثالثا- الرسائل والأطاريح الجامعية

1- جهاد علي جمعة، دور مجلس شورى الدولة في حماية الحقوق والحريات، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد،2017.

2- حسين جاسم شاتي، استقلال القضاء الاداري، ماجستير، جامعة البصرة،2017.

3- سناء عبد طارش الزبيدي، مجلس شورى الدولة، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، 2005.

4- مجيد مجهول درويش الزريجاوي، التنظيم القانوني لوظيفة مجلس شورى الدولة العراقي في الإفتاء، اطروحة دكتوراه، بابل،2014..