

الوظيفة الاستشارية
لمجلس شورى الدولة العراقي
((دراسة مقارنة))

المدرس المساعد صادق محمد علي الحسيني
محاضر في جامعة اهل البيت عليه السلام

الوظيفة الاستشارية لمجلس شورى الدولة العراقي

((دراسة مقارنة))

م.م. صادق محمد علي الحسيني

المقدمة:

تمثل الوظيفة الاستشارية احد ركيزتي الوظيفة التي اضطلع بها مجلس شورى الدولة في العراق إلى جانب الوظيفة القضائية المستحدثة بالقانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ ، وبمقتضى هذه الوظيفة يظهر المجلس كمستشار قانوني للدولة يتولى ردها بالأراء القانونية التي تنير طريقها القانوني ، وحل ما قد يشكل بين إدارتها من مشاكل ، كما يسهم من جانب آخر في إعداد وصياغة مشروعات القوانين ذات العلاقة بالإدارة العامة ، إذ تفترض هذه الوظيفة وجود جهة تمتلك الخبرة العلمية والفنية بأدائها .

ومن هنا تظهر أهمية الوظيفة الاستشارية في حياة الدولة القانونية مما يجعلها وبحق كما عبر الأستاذ المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري (...الحليف الطبيعي للإدارة وصديقها الأمين يسمع لها ويشير عليها ويفتيها....) وتبعاً لهذه الأهمية ولعدم وجود دراسة متخصصة تناولها (حسب إطلاعنا) فضلنا تخصيص بحثنا هذا لدراستنا .

خطة الدراسة:

لغرض محاولة الاحاطة بدراسة الوظيفة الاستشارية فضلنا دراستها في خمس مطالب يسبقها تمهيد وعلى وفق الآتي :

- تمهيد : تطور دور الوظيفة الاستشارية في المجالس .
- المطلب الأول : التعريف بالوظيفة الاستشارية .
- المطلب الثاني : الهيئات التي تمارس الوظيفة الاستشارية .
- المطلب الثالث : محل الوظيفة الاستشارية والقيود التي ترد لها .
- المطلب الرابع : كيفية ممارسة الوظيفة الاستشارية .
- المطلب الخامس : القيمة القانونية لما يبيده المجلس في المجال الاستشاري .

تمهيد: تطور دور الوظيفة الاستشارية في المجالس

عند إمعان النظر في التطور التاريخي للوظيفة الاستشارية، لاسيما في فرنسا والعراق يلاحظ ان أهمية الوظيفة الاستشارية قد اختلفت بتطور الزمن. ففي فرنسا نجد ان مجلس الدولة الفرنسي عندما انشأ في السنة الثامنة للثورة الفرنسية لم يرافق ذلك منحه صلاحية القضاء، وإنما كان يمارس دوراً استشارياً للإدارة التي وصفت بأنها قاضية آنذاك (لظروف تاريخية تتعلق بفرنسا)^(١). واستمر هذا الحال حتى صدور قانون (٢٤) أيار ١٨٧٢ الذي بموجبه منح مجلس الدولة الفرنسي صلاحية القضاء المفوض، وأصبح ولأول مرة قاضي القانون العام في المنازعات الإدارية ومنذ ذلك الوقت بدأت الوظيفة القضائية تشاطر الوظيفة الاستشارية المهام، لا بل وتتفوق عليها في الأهمية إذ أصبحت الوظيفة القضائية هي العلاقة المميزة للمجلس في فرنسا. وفي العراق فنلاحظ ايضا ان المجلس في العراق أنشأ في بادئ الأمر ليمارس وظيفة استشارية اذ لم يكن هنالك وجود لمحكمة القضاء الإداري كما ان مجلس الانضباط العام لم يكن يخرج عن كونه هيئة شبه قضائية تختص بالفصل في قضايا الموظفين الناشئة عن تطبيق قانوني الخدمة المدنية وقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي، لكن مما يلاحظ بهذا الصدد في العراق ان ظهور الوظيفة القضائية لم يؤثر على دور الوظيفة الاستشارية، وذلك بسبب العيوب التي رافقت اختصاص القضاء، وكثرة القيود الواردة على اختصاص هذا القضاء.

أما بالنسبة لمصر فالأمر يختلف إذ لم يكن مجلس الدولة المصري في أي وقت من الأوقات مجرد جهة استشارية، إذ اعترف له المشرع ومنذ ولادته بالقانون رقم (١١٢) لسنة ١٩٤٦ بولايته الإلغاء والتعويض^(٢).

وللحقيقة نقول ان احداً لا ينكر الدور المهم للوظيفة الاستشارية في المجالس في حياة الدول، والواقع هو خير مصداق على ذلك، ففي العراق ورغم الحداثة النسبية لهذا المجلس، وكثرة القيود الواردة على وظائفه بلغ عدد القوانين التي دققها وصاغها المجلس خلال الخمس سنوات الأولى من عمره (٣٣٨) مشروعاً كما بلغ عدد الاستشارات التي قدمها (٣١٤) موزعة على (١٠٠) مشورة قانونية و (٢١٤) فتوى^(٣).

المطلب الأول: التعريف بالوظيفة الاستشارية

الشورى لغة اسم بمعنى التشاور او الاسم من أشار عليه ومجلس الشورى هو المجلس المؤلف لاستماع الدعاوي عرفياً او للتداول في شؤون البلاد ويقال شاوره في الأمر أي طلب منه المشورة وإستشار الأمر تعني بين وإستشار^(٤).

(١) ان الدور السيئ الذي مارسه القضاء العادي تجاه الادارة قبل الثورة الفرنسية ادى بقيام هذه الثورة الى تبني مفهوماً ضيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، يقوم على اساس الفصل التام بين السلطتين التنفيذية والقضائية وذلك بغية ابعاد القضاء عن الادارة وسعى الثوار الفرنسيون الى تضمين ذلك في قانون ٢٤/١٦ آب ١٧٩٠، وفي ظل ذلك اوضحت الادارة تراقب اعمالها بنفسها فوصفت بانها قاضيا في منازعاتها.

راجع بهذا الشأن د. ثروت بدوي مبادئ القانون الاداري، المجلد الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٥٤ - ٦٠ و د. سليمان طماوي، الوجيز في القضاء الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٢٩ - ٣١.

(٢) ينظر: د. فاروق احمد خماس، الرقابة على اعمال الادارة، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٨، ص ١١٨.

(٣) د. عبد الرسول الجصاني، منشورات مركز البحوث القانونية، مطبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٧، ص ٥.

(٤) ينظر المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق، بيروت، ١٩٧٥، ص ٤٠٧ - ٤٠٨.

أما بالنسبة للوجهة الاصطلاحية فيلاحظ انها لا تشذ عن هذا التحليل اذ يتلخص مضمون الوظيفة الاستشارية في إبداء الرأي والمشورة القانونية للدولة وإداراتها، وكذلك إعداد وصياغة مشروعات القوانين المحالة إليها من جهات الإدارة العامة.

لذا فان هذه الوظيفة تتحلل إلى شقين: الأول يتعلق بمجرد إبداء الرأي والمشورة القانونية، والثاني بإعداد وصياغة مشروعات القوانين.

وبالنسبة للشق الأول يمارس المجلس دوراً مهماً في إبداء المشورة القانونية فيما ينشأ داخل الوزارة من تردد حيال مسألة قانونية معينة، وكذلك بما ينشأ من خلاف بين الوزارات او بين الجهات غير المرتبطة بوزارة، ويكون طلب الرأي في الفرضين السابقين مشغولاً برأي الدائرة القانونية متضمناً تحديد النقاط المطلوب إبداء الرأي بشأنها.

كما يبدي المجلس الرأي والمشورة القانونية في المعاهدات والاتفاقيات الدولية قبل عقدها والانضمام إليها، وبهذا الصدد يبدي المجلس رأيه في مدى انسجام بنودها مع النظام القانوني للدولة او تعارضها معه وكذلك وحسب ما نعتقد في مدى جدواها ويكون الرأي الذي يقدمه المجلس بهذا الصدد غير ملزم^(٥). من ذلك فالفتاوى التي يصدرها المجلس اما ان تنطوي على حسم خلاف ينشأ بين الإدارات العامة، او تتضمن حداً لما قد ينشأ من تردد لدى هذه الجهات كما يتضمن من جانب آخر تفسيراً او إيضاح لحكم نص في القانون التمس لدى جهات الإدارة او اشكل عليها تفسيره.

يضاف إلى ما تقدم يتولى المجلس توضيح الأحكام القانونية للإدارات بغية تفسيرها وتحديد نطاق سريانها، واخيراً يقوم المجلس بإبداء الرأي والمشورة القانونية في المسائل المعروضة اليه من الجهات العليا^(٦). وفيما يتعلق بالتقنين فيمارس المجلس بهذا الشأن اما إعداد وصياغة مشروعات القوانين المعدة من الوزارات او تدقيق مشروعات القوانين في حال قيام الوزارات بإعدادها، كما يساهم في ضمان وحدة التشريع وتوحيد أسس الصياغة القانونية، وتوحيد المصطلحات القانونية ويلاحظ ان من الأهمية ان يناط أمر إعداد مشروعات القوانين والأنظمة ومراجعتها لجهة تمتلك الخبرة العملية والفنية. ويلاحظ بصورة عامة ان دور مجلسي الدولة في فرنسا ومصر بهذا الصدد لا يخرج عن هذا التحليل^(٧) وإذا كان هنالك ثمة اختلاف فهو يظهر في التفاصيل وكيفية التشكيل كما سنلاحظ.

المطلب الثاني: الهيئات التي تمارس الوظيفة الاستشارية

يتكون مجلس شورى الدولة العراقي من مجموعة من الهيئات تتوزع على ممارسة وظائف المجلس بصورة عامة، ففيما يتعلق بأداء الوظيفة الاستشارية تمارس هذه الوظيفة عدد من الهيئات، تتمثل بموجب القانون بالهيئة العامة والهيئة الموسعة والهيئة المتخصصة وهيئة الرئاسة^(٨).

وبدءاً بالهيئة العامة نستطيع القول انها تعد أهم الهيئات التي يتكون منها المجلس، ذلك انها تجمع بين وظائف هذا المجلس الاستشارية والقضائية، وتتعقد برئاسة الرئيس او اقدم نائبيه في حالة غيابه، ويحضر فيها المستشارون والمستشارون المساعدون لكن الأخيرين يشتركون في النقاش دون التصويت وبالنسبة لهيئة الرئاسة فهي هيئة استحدثت في التعديل الثاني لهذا القانون، وتتألف من الرئيس ونائبيه ورؤساء الهيئات

(٥) ينظر المادة (٦) قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (١٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٦) ينظر المواد (٥) و (٩) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي.

(٧) ينظر د. عبد الغني بسيوني، القضاء الاداري ومجلس الدولة اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٩، ص ٨٨.

(٨) ينظر المادة (٢/٢) اولاً قانون مجلس شورى الدولة العراقي.

المتخصصة، واهم ما يذكر لدورها في هذا المجال ان المشرع أناط بها حق اقتراح تشكيل محاكم للقضاء الإداري في المناطق الاستثنائية كما تقدم التوصية بترقية المستشار إلى مستشار مساعد إذا ما استوفى الشروط المنصوص عليها في القانون، ويلاحظ ان هذا الدور يبدو احتل أهمية متميزة في الوقت الحاضر ذلك ان تعليمات وزارة العدل رقم (٢) لعام ٢٠٠٥ قررت عدم تعيين المستشار الا عن طريق الترقية من وظيفة درجة مستشار مساعد^(٩).

كما يوجد أيضا الهيئة المتخصصة وتتألف من رئيس بعنوان مستشار وعدد من المستشارين والمستشارين المساعدين لا تزيد نسبتهم على ثلث عدد المستشارين، وللهيئة المتخصصة سكرتير ذو شهادة جامعية أولية في القانون يرتبط برئيس الهيئة، وتلعب هذه الهيئة (وكما سنلاحظ) دوراً محورياً في المجال الاستشاري، ومما تجدر الإشارة إليه ان القانون لم يحدد عدد الهيئات المتخصصة اذ ترك ذلك لمقتضيات الحاجة.

وأخيراً توجد الهيئة الموسعة التي تتشكل وفقاً لمقتضيات الحاجة من هيئتين متخصصتين يعينها رئيس المجلس وتنعقد برئاسته او برئاسة احد نائبيه، وتتشكل عندما تحيل إحدى الهيئات المتخصصة ما تنجزه في مجال الرأي والمشورة القانونية إلى رئيس المجلس فإذا لم يوافق يعيده الى الهيئة المتخصصة وتجتمع برئاسته فإذا لم يتحقق الاتفاق مجدداً على موضوع الرأي فيحيل الرئيس الأمر الى الهيئة العامة او هيئة متخصصة أخرى يعينها الرئيس لتكوين هيئة موسعة.

وفي مصر يوجد القسم الاستشاري للفتوى والتشريع^(١٠) الذي يتكون من إدارات متخصصة لجهات الإدارة المختلفة ولجان مثل إدارة رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والوزارات والمحافظات والهيئات العامة وقد حددت المادة (١) من اللائحة الداخلية هذه الإدارات ويرأس كل منها مستشار او مستشار مساعد^(١١).

وأخيراً في فرنسا يوجد القسم الإداري للفتوى والتشريع الذي يتكون من مجموعة من الهيئات تتمثل بغرف أربعة للمالية والداخلية والأشغال العامة والغرفة الاجتماعية وقد تكفل مرسوم (٩) سبتمبر الصادر ١٩٦٣ في مادته الخامسة بتوزيع الاختصاصات بين هذه الغرف بحيث تختص كل غرفة بأمر عدد من الوزارات من حيث الإفتاء، فعلى سبيل المثال تختص غرفة الداخلية بالأمر الخاصة بوزارة الداخلية والتعليم الوطني والعدل ورئاسة الوزراء.

ويضاف الى هذه الغرف الأربعة الجمعية العمومية لمجلس الدولة للمسائل الإدارية^(١٢)، واللجنة الدائمة التي تختص بالنظر في مشروعات القوانين والأنظمة التي تتسم وفق ما يقدره رئيس الوزراء بأنها ذات طابع مستعجل ولا تتحمل التأخير^(١٣).

(٩) كما تقدم الهيئة كل ستة اشهر وكلما رأت ذلك تقريراً الى ديوان الرئاسة يتضمن ما أظهرته الأحكام والبحوث من نقص بالتشريع القائم او غموض فيه او حالات أساءت استعمال السلطة من أي جهة من جهات الإدارة.

(١٠) كان القسم الاستشاري في مجلس الدولة المصري ولغاية صدور القانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٩ يتكون من قسمين احدهما للفتوى واخر للتشريع، وقيل في تبرير ذلك ان الفتوى هي تطبيق للتشريع ومن ممارستها يكون اقدر على معرفة عيوب التشريع، كما ان التشريع لا يكون كاملاً اذا لم تشترك فيه خبرتي الرأي والصياغة، غير ان القانون رقم (٦٨) لسنة ١٩٦٩ وتبعه في ذلك القانون الحالي لمجلس الدولة المصري عاداً ليفصلاً بين القسمين. ينظر د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، دار المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٦٨ - ١٦٩.

(١١) ينظر بهذا الخصوص د. مصطفى ابو زيد فهمي، القضاء الاداري، مطابع الثقافة، الاسكندرية، ١٩٧٩، ص١٨٦، د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القضاء الاداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص٦٣.

(١٢) ينظر د. محسن خليل، القانون الاداري اللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٢، ص١٦٨.

(١٣) ينظر د. فاروق احمد خماس، مصدر سابق، ١٩٨٨، ص١٠٥.

المطلب الثالث: محل الوظيفة الاستشارية والقيود التي ترد عليها

ان دراسة موضوع هذا المطلب تقتضي تقسيمه إلى فرعين يتضمن الأول محل الوظيفة الاستشارية أما الثاني فينصرف إلى القيود التي ترد على ممارسة المجلس لوظيفته الاستشارية.

الفرع الأول: محل الوظيفة الاستشارية

ان وظيفة المجالس بصورة عامة في الجانب الاستشاري تنصب على المشروعية دون الملائمة، ذلك ان ملائمة النصوص وجدواها وتحقيق الأهداف المرجوة منها تخرج من إطار الاختصاص الاستشاري، لكن هذا لا يمنع من إبداء الملاحظات بشأن مدى توافقها علماً ان الملائمة في بعض الأحيان تكون عنصراً من عناصر المشروعية.

لذا وتبعاً لما تقدم تنصب رقابة المجلس على ما إذا كان التشريع المعروض قد راعى تدرج القوانين، والا يكون هنالك تعارضاً غير مقصود مع النصوص المساوية له في القوة، والا تتعارض نصوص التشريع المعروض بعضها مع البعض الآخر، وان تكون العبارات واضحة من ناحية الفهم ومن ناحية الفن القانوني^(١٤). ومما يلاحظ بهذا الصدد ان المجلس في العراق يمارس صلاحيات واسعة تفوق كثيراً ما كان يتمتع به ديوان التدوين القانوني الملغى لاسيما فيما يتعلق بالتقنين، إذ يستطيع المجلس إعادة صياغة المشروع عند الاقتضاء، كما يستطيع إدخال البدائل التي يراها ضرورية، وأخيراً يستطيع إبداء الرأي من حيث تأييد التشريع او الايحاء بعدم التشريع لمخالفة ذلك السياسة العامة او لعدم وجود الأسباب الموجبة^(١٥).

الفرع الثاني: القيود التي ترد على ممارسة المجلس لوظيفته الاستشارية

عند إمعان النظر في قانون مجلس شورى الدولة العراقي يلاحظ ان المشرع العراقي أورد قيوداً على ممارسة المجلس لوظيفته الاستشارية، وتتلخص هذه القيود في منع المجلس من إبداء الرأي والمشورة القانونية في المسائل المطروحة أمام القضاء، وفي الأمور التي حدد القانون مرجعاً قانونياً للطعن فيها^(١٦) (كما هو الحال في المنازعات المتعلقة بتقدير الضريبة وجبايتها بموجب قانون ضريبة الدخل لعام ١٩٨٢) ويقاس على ذلك ومن باب أولى المنازعات التي استبعدها المشرع من ولاية القضاء دون ان يحدد مرجعاً قانونياً للطعن فيها (كما هو الحال في أعمال السيادة والمنازعات الناشئة عن تطبيق قانون الجنسية الملغى)^(١٧).

(١٤) د. مصطفى ابو زيد فهمي، المصدر السابق، ص ٧٤.

(١٥) د. منذر الشاوي، وزارة العدل، المسيرة والانجاز، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٤، ص ١١٨.

(١٦) ينظر المادة (٨) قانون مجلس شورى الدولة العراقي.

(١٧) يلاحظ بهذا الشأن ان المشرع العراقي اتجه وفي التشريعات الاخيرة خطوات مهمة نحو تأكيد مبدأ الولاية العامة للقضاء، ويمكننا تلخيص هذا الاتجاه بما يلي: أ- في الدستور:

- نصت المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ (يخضع النص في القوانين على تحصيل أي عمل او قرار اداري من الطعن. ب- في القوانين: - في عام ٢٠٠٥ صدر عن المشرع العراقي قانون مهم حمل اسم (قانون الغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى)، واحتوى هذا القانون على عدد من المواد المهمة نذكر منها ما جاء في المادة الاولى التي نصت على (الغاء النصوص القانونية اينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة عن مجلس قيادة الثورة المنحل اعتباراً من ١٧ - ٧ - ١٩٦٨ لغاية ٩ - ٤ - ٢٠٠٣ التي تقضي بمنع المحاكم عن سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل) كما جاء في المادة (٣). من نفس القانون استثناء قوانين وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ووزارة التربية والضرائب وقرارات منع التجاوز على اراضي الدولة من احكام هذا القانون.

٣- وفي عام ٢٠٠٦ صدر عن المشرع العراقي قانون الجنسية العراقي رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ ونص في المادة (١٩) منه على ان تختص المحاكم الادارية في الدعاوى الناشئة عن تطبيق احكام هذا القانون وتجدر الاشارة الى ان منازعات الجنسية وفقاً للقانون الملغى كانت مستبعدة من الطعن قضائياً ام ادارياً.

يراجع بهذا الشأن دستور جمهورية العراق عام ٢٠٠٥، منشور في الوقائع العراقية، العدد (٢)، قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، قانون الغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم عن سماع الدعاوى الناشئة عن تطبيق القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة، منشور بالوقائع العراقية، العدد ٤٠١١، ٢٢ كانون الاول ٢٠٠٥.

وفيما يتعلق بالتقنين جرى العمل على ان لا تستشار مجالس الدولة بصدد مشروعات القوانين التي يقترحها البرلمان او المنبثقة من البرلمان^(١٨)، وفي ذلك نصت المادة (٣٩) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على وجوب إعداد مشروعات القوانين التي تقترحها الحكومة على البرلمان من مجلس الدولة الا ان القوانين التي يقترحها البرلمان لا يشارك المجلس بشأنها.

المطلب الرابع: كيفية ممارسة الوظيفة الاستشارية

ان ممارسة الوظيفة الاستشارية في كلا جانبيها (التقنين، الرأي والمشورة القانونية) تتضمن جانباً موضوعياً وجانباً اجرائياً، وحيث سبق لنا دراسة الجانب الموضوعي لهذه الوظيفة بصدد الكلام عن تعريف الوظيفة الاستشارية في المطلب الأول من هذه الدراسة بقي الكلام عن الجانب الإجرائي لهذه الوظيفة والذي سنقسم دراستها إلى فرعين:

الفرع الأول: ممارسة الوظيفة الاستشارية في مجال الرأي والمشورة القانونية.

الفرع الثاني: ممارسة الوظيفة الاستشارية في مجال التقنين.

الفرع الأول: الوظيفة الاستشارية في مجال التقنين

عالج هذا الجانب الباب الثالث من قانون مجلس شوري الدولة العراقي وذلك بان يرسل مشروع التشريع إلى المجلس بكتاب موقع من الوزير او رئيس الجهة غير مرتبطة بوزارة ثم يتم تسجيل مشروع التشريع في سجل خاص لدى السكرتير العام للمجلس الذي يتولى تدقيق الشروط المنصوص عليها في القانون ويراد تحديداً بذلك ما يتعلق بضرورة ان يرسل المشروع بكتاب موقع قبل الوزير وقيام الجهة بإرسال المشروع إلى الوزارة او الجهة ذات العلاقة لبيان رأيه فيه^(١٩).

واخيراً ان يتضمن الأسباب الموجبة وجميع الأعمال التحضيرية، وهنا إذا وجد نقص في مشروع التشريع تطلب رئاسة المجلس من الوزارة او الجهة ذات العلاقة استكمال النواقص وبعد ذلك يتولى الرئيس إحالة مشروعات التشريعات الى إحدى الهيئات المتخصصة او هيئة خاصة تشكل بموافقة وزير العدل لدراسته وإبداء الرأي فيه وإعداد تقرير عنه، ويتضمن العمل هنا اما إعداد وصياغة مشروع القانون أو صياغته فقط، وللهيئة في سبيل ذلك طلب حضور ممثل من الجهة ذات الشأن لاستكمال المعلومات ثم يحال من الهيئة المكلفة بالدراسة إلى الرئيس الذي يقوم بإحالة المشروع إلى الهيئة العامة لمناقشة المبادئ التي يتضمنها بحضور ممثل الجهة أو الجهات صاحب الشأن عند الاقتضاء، وتتخذ الهيئة العامة قراراتها بأغلبية عدد الأعضاء الحاضرين، وإذا تساوت الأصوات فيرجح الجانب الذي فيه الرئيس.

وأخيراً يكون للوزير وخلال ثلاثين يوماً ان يطلب من الهيئة العامة إعادة النظر في قرارها مع بيان الأسباب الموجبة لذلك، وله في هذه الحالة ان يرأس الهيئة العامة ويتخذ القرار بأغلبية عدد أعضاء الهيئة العامة ويكون هذا القرار باتاً.

ونرى بهذا الصدد لا مبرر لإشراك وزير العدل في صلب الاختصاص الأصيل للمجلس فممارسة الوظائف في المجلس هي من اختصاص المجلس وأعضاءه، الذين تطلب فيهم القانون شروطاً خاصة للتعين

(١٨) ينظر د. سليمان طماوي، مصدر السابق، ص ٦٨، وبنفس المعنى د. محسن خليل، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(١٩) ينظر المواد (٦) /سادساً، (١١)، (١٢) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي.

وأداء تلك الوظائف، فارتباط المجلس بوزير العدل ينبغي حسب وجهة نظرنا ان لا ينصرف إلى الارتباط الوظيفي ويبقى مقتصرًا على الارتباط الإداري^(٢٠).^(٢١)

وفي فرنسا نلاحظ عموماً ان آلية ممارسة هذه الوظيفة تبدأ بقيام الهيئة التي ترتبط بها الوزارة بإبداء المشورة المطلوبة في تلك الوزارة، فالهيئات الاستشارية في فرنسا وكما لاحظنا يختص كل منها بشؤون عدد من الوزارات، وقد يتطلب الأمر في بعض الأحيان اجتماع الهيئات الأربع لإبداء المشورة، أما في مجال التقنين (مشروعات القوانين ومشاريع أنظمة الإدارة العامة والأمور ذات الأهمية) تتشكل من الهيئات الاستشارية جمعية عمومية تتألف من نائب رئيس المجلس ورؤساء الهيئات، إضافة إلى رئيس لجنة البحث والدراسة واحد الرؤساء المساعدين لرئيس الهيئة القضائية وكذلك اثنا عشر مستشار دولة من بين مستشاري الهيئة القضائية وثلاثة مستشاري دولة من كل هيئة إدارية وثلاثة مستشاري دولة من لجنة العلاقات والدراسات^(٢٢).

الفرع الثاني: المشورة القانونية في مجال الرأي والمشورة القانونية

يبدأ الجانب الإجرائي في هذا المجال بعرض القضية من قبل الوزير او الجهة غير المرتبطة بوزارة، ويتضمن ذلك تحديد النقاط المطلوب إبداء الرأي بشأنها والأسباب التي دعت إلى عرضها مشغولاً برأي الدائرة القانونية^(٢٣).

وهنا أيضاً يتولى السكرتير العام تدقيق الموضوع ويبين ملاحظاته بهذا الصدد إلى الرئيس، وقد تطلب رئاسة المجلس استكمال النواقص قبل إحالة الأمر إلى احد الهيئات^(٢٤).

ويحيل الرئيس القضية إلى إحدى الهيئات المتخصصة او هيئة خاصة تؤلف بموافقة وزير العدل، ثم يسجل سكرتير الهيئة المتخصصة مشروع القضية المحالة على الهيئة وينظم بها اضبارة ومن ثم يرفعها إلى رئيس الهيئة المتخصصة الذي يعهد بها إلى عضو او أكثر من أعضاء الهيئة لدراستها وإبداء الرأي فيها.

ويلاحظ بهذا الصدد ان رأي الهيئة يعتبر نهائياً إذا وافق عليه الرئيس، أما إذا كان له رأي مخالف فيعيده إليها وعند ذلك يعقد اجتماعاً برئاسة صدر القرار بالاتفاق يغدو نهائياً، والا فالرئيس إحالة القضية إلى الهيئة العامة^(٢٥) او الهيئة الموسعة التي تتكون من الهيئة المتخصصة التي قامت بالعمل وهيئة متخصصة أخرى يعينها الرئيس، وتنعقد الهيئة الموسعة برئاسته وعندئذ يصدر القرار بالاتفاق او الأكثرية وإذا تساوت الأصوات فيرجح الجانب الذي فيه الرئيس وبعد ذلك يتولى عضو الهيئة إعداد خلاصة بالمبدأ الذي يتضمن القرار^(٢٦).

غير ان رئيس المجلس قد لا يحيل القضية إلى الهيئة الموسعة وإنما يحيلها إلى الهيئة العامة ويحصل ذلك في فروض حددها القانون، وتتمثل هذه الفروض بما يلي:

- أ- إذا أقرت إحدى الهيئات مبدأ جديداً.
- ب- إذا كان للمجلس رأي سابق يخالف الرأي الجديد.

(٢٠) ينظر المادة (٥ / ثانيا / ج) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي.

(٢١) ينظر المادة (١١ / ثانيا، ثالثاً)، والمواد (١٥، ١٧) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي.

(٢٢) ينظر د. فاروق احمد خماس، ص ١٠٤ - ١٠٥.

(٢٣) ينظر المادة (٦ / رابعا)، المادة (١١ / اولاً، ثانياً / رابعا)، المادة (١٥ / اولاً) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي.

(٢٤) نصت المادة (٦) من قانون مجلس شوري الدولة (لا يجوز لغير الوزير المختص او الرئيس الاعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة عرض القضايا على المجلس).

(٢٥) ينظر المادة (١٧ / ثانيا) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي المعدل.

(٢٦) ينظر المادة (١٥ / اولاً)، ثانياً من قانون شوري الدولة العراقي.

- ج- إذا أوصت الهيئة المكلفة بدراسة القضية بذلك.
د- إذا رأى رئيس المجلس ان القضية ذات أهمية او تشكل مبدءاً مهماً.

المطلب الخامس: القيمة القانونية لما يبيديه المجلس في المجال الاستشاري

بادئ ذي بدء يقتضي القول ان ما يصدر عن المجلس في الجانب الاستشاري لا يتصف بالصفة القضائية، ومن ثم لا يتمتع بالحجية المقررة للأحكام القضائية، ويترتب على ذلك يكون للهيئات القضائية ان تخالف آراء الأقسام الاستشارية بان تقرر في أحكامها مبادئ قانونية تخالف ما سبق للأقسام الاستشارية وان أبدته من آراء^(٢٧).

اما عن مدى إلزام الإدارة بطلب الاستشارة وإتباعها تقول ان المجالس تميز في هذا المجال بين الاستشارة في مجال مجرد الرأي والمشورة القانونية وفي مجال التقنين.

ففي مجال الرأي والمشورة القانونية وبدء في العراق نلاحظ ان المشرع العراقي لم يلزم الجهات بطلب الرأي من مجلس شورى الدولة لكنه في المقابل نجد انه الزم الإدارة بإتباع الآراء الاستشارية التي يبيدها المجلس في اغلب الأحيان^(٢٨).

وفي مصر نجد ان القاعدة في طلب الفتوى أنها اختيارية اي ان الإدارة غير ملزمة بطلبها الا اذا نص القانون على خلاف ذلك^(٢٩)، كما هو الحال في نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري التي قررت (بأنه لا يجوز لأية وزارة او هيئة عامة او مصلحة من مصالح الدولة ان تبرم او تقبل او تجيز اي عقد او صلح او تحكيم او تنفيذ قرار محكمين في مادة لا تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة)^(٣٠).

وأخيراً بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي نرى التجاء الإدارة إلى مجلس الدولة يكون اختيارياً ووجوبياً، وتظهر حالات الاستشارة الوجوبية في لوائح الإدارة العامة وبعض القرارات الإدارية الفردية كقرار نزع الملكية والاعتراف للهيئات بصفة النفع العام والأشغال العامة^(٣١).

ومن الجدير بالإشارة إليه بهذا الصدد ان مجالس الدولة يحق لها ان تتدخل تلقائياً لإثارة انتباه السلطات العامة إلى الإصلاحات التي تراها ضرورية في المجالين الإداري والتشريعي^(٣٢)، ومن ملامح هذا الدور في قانون مجلس شورى الدولة العراقي ما جاء في المادة ٥ / رابعا التي نصت على (تقدم هيئة الرئاسة في المجلس كل ستة اشهر وكلما رأت ذلك الى ديوان الرئاسة تقريراً متضمناً ما أظهرته الأحكام والبحوث من نقص في التشريع القائم او غموض فيه او حالات إساءة استعمال السلطة من أية جهة من جهات الإدارة او مجاوزة تلك الجهات لسلطتها)^(٣٣).

وفي فرنسا وبعد صدور قانون عام ١٩٦٣ أصبح من الواجب على المجلس ان يقدم تقريراً للحكومة بشأن الإصلاحات التي يراها ضرورية^(٣٤).

(٢٧) ينظر د. محسن خليل، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الاداري، القاهرة، سنة الطبع بلا، ص ١٥٧.
(٢٨) ينظر المادة (٦/ثالثاً)، رابعا من قانون مجلس شورى الدولة العراقي.
(٢٩) د. مازن ليلو راضي، مصدر سابق، ص ٦٨.
(٣٠) ينظر المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري.
(٣١) ينظر د. محسن خليل، مبدأ المشروعية، مصدر سابق، ص ١٥٦، وكذلك د. مازن ليلو راضي، مصدر سابق، ص ٦٠.
(٣٢) ينظر د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ٦٠.
(٣٣) ينظر قانون مجلس شورى الدولة العراقي.
(٣٤) ينظر د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ٦٠.

أما في مجال التقنين فان المجالس بصورة عامة تميز ضمن هذا الإطار بين الإعداد والصياغة، فالإدارات ملزمة بإرسال مشروعات القوانين إلى المجلس لصياغتها وهذا الإلزام يتأتى من فهم الحكمة التشريعية من النص على تولي المجلس مهمة الصياغة^(٣٥)، لكن وفيما يتعلق بعملية الإعداد فهي غير ملزمة فلها ان تتولاها او تحيلها إلى المجلس، وفي ذلك نصت المادة (٥) من قانون المجلس في العراق (يمارس المجلس في مجال التقنين. أولاً: إعداد وصياغة مشروعات التشريعات المتعلقة بالوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارات...).

ثانياً: تدقيق جميع التشريعات المعدة من الوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارة من حيث الشكل والموضوع^(٣٦).

لكن إذا كانت الإدارة ملزمة بالرجوع إلى المجلس في الصياغة فهل تلزم بإتباع ما ينتهي إليه المجلس بهذا الصدد؟

يجيب عن هذا التساؤل الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي بالقول ان الإدارة وكقاعدة عامة تكون حرة في ان تأخذ بما قام به المجلس او لا، لكن اذا ما قررت ان ترفض صياغة المجلس فعليها ان تصدر مشروعها الأول دون أي تعديل فيه لأنها اذا عدلته وأصدرته فهذا يعني أنها لم تعرض النصوص المعدلة على المجلس وتكون قد أخلت بإجراء جوهرى يؤدي إلى بطلان هذه النصوص^(٣٧).

ويلاحظ ان التحليل المتقدم ينطبق على واقع المجلس في العراق ويبدو ذلك واضحاً من نص المادة الخامسة من قانون مجلس شورى الدولة العراقي وتحديداً في الفقرة (ج) من ثانياً التي قررت (يتولى المجلس دراسة المشروع وإعادة صياغته عند الاقتضاء واقتراح البدائل التي يراها ضرورية وإبداء الرأي فيه ورفع مع توصيات المجلس الى ديوان الرئاسة وإرسال نسخة من المشروع وتوصيات المجلس الى الوزارة او الجهة ذات العلاقة)^(٣٨).

الختام

أما وقد انتهينا من دراسة الوظيفة الاستشارية في العراق، بقي لنا ان نسجل أهم ما توصلنا إليه من مقترحات وكما يلي:

١. من خلال دراسة النصوص القانونية التي تعالج الوظيفة الاستشارية لاحظنا إنها تُشرك وزير العدل في صلب الاختصاص أصيل للمجلس، ومن قبالة ذلك ما جاء بنص المادة ١١/رابعاً من قانون مجلس شورى الدولة العراقي التي قررت (يحيل الرئيس مشروعات التشريعات والقضايا المعروضة إلى إحدى الهيئات أو هيئة خاصة تؤلف بموافقة وزير العدل...).

وكذلك ما جاء بنص المادة (١٨) (للووزير ان يطلب من الهيئة العامة إعادة النظر في قرارها...). ونرى بهذا الصدد ضرورة اتجاه المشرع إلى إزالة النصوص القانونية التي تعطي لوزير العدل دوراً في ممارسة المجلس لوظيفته الفنية ذلك ان ممارسة هذه الوظيفة هي اختصاص أصيل للمجلس وأعضاءه الذين تطلب فيهم القانون شروطاً خاصة لأدائها.

(٣٥) ينظر د. مصطفى أبو زيد فهمي، مصدر السابق، ص ٧٣.

(٣٦) ينظر قانون مجلس شورى الدولة العراقي.

(٣٧) ينظر د. مصطفى أبو زيد فهمي، مصدر سابق، ص ٧٣.

(٣٨) ينظر قانون مجلس شورى الدولة العراقي.

٢. نرى ضرورة اتجاه المشرع إلى إعطاء المستشارين المساعدين حق التصويت الأمر الذي يوفر فاعلية أكثر في ممارسة الأعمال في المجلس.
٣. قررت المادة (١٥/أولاً) من قانون مجلس شورى الدولة عند عدم موافقة الرئيس على الرأي الذي يصدر عن الهيئة المتخصصة للرئيس إحالة الهيئة العامة او الموسعة، وهنا لا نرى ضرورة لعبارة الهيئة العامة خاصة وان الأمر هنا يتعلق بمجرد رأي ومشورة قانونية سيما وان الهيئة الموسعة تتكون من الهيئة التي يشكلها الرئيس ومن الهيئة التي قامت بدراسة القضية ابتداءً.
٤. نرى ضرورة اتجاه المشرع إلى وضع النصوص القانونية الملزمة للإدارة بصدد إتباع ما ينتهي إليه المجلس في مجال صياغة مشروعات القوانين، ذلك ان هذا من شأنه ان يحقق الغاية الحقيقية من وجود جهة تمتلك الخبرة العملية والفنية في إعداد وصياغة مشروعات القوانين خاصة، إذا ما عرفنا ان المجلس في إطار ممارسته هذا الدور لا يتجاوز حدود الصياغة إلى وضع مواد جديدة.
٥. نرى ضرورة اتجاه المشرع إلى تقسيم القسم الاستشاري في مجلس شورى الدولة الى قسمين، وبما يتفق مع جوانب هذه الوظيفة فيكون هنالك قسم للفتوى وآخر للتشريع، وذلك لما ينهض بين هذين الجانبين من فارق يستدعي إضافة الى تقسيمهما ان يراعي المشرع طبيعة تشكيلهما بان يجعل اغلب العاملين في قسم التشريع من الأساتذة في كليات القانون.

المصادر

أولاً: المعاجم:

١. المنجد في اللغة والاعلام، دار المشرق، بيروت، ١٩٧٥.
- الكتب القانونية:
١. د. ثروت بدري، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.
٢. د. سليمان طماوي، الوجيز في القضاء الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٠.
٣. د. عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٩.
٤. د. عصام البرزنجي وآخرون، مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٧.
٥. د. فاروق احمد خماس، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٨.
٦. د. ماجد راغب الحلوي، القضاء الإداري، دار المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٧. د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القضاء الإداري الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
٨. د. محسن خليل، القانون الإداري اللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٢.
٩. د. محسن خليل، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، القاهرة، سنة الطبع بلا.
١٠. د. محمد علي آل ياسين، القانون الإداري، ط ١، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر، بيروت، سنة الطبع بلا.
١١. د. مصطفى ابو زيد فهمي، القضاء الاداري، مطابع الثقافة، الاسكندرية، ١٩٧٩.

ثانياً: البحوث القانونية:

١. د. ابراهيم طه الفياض، اجراءات وصياغة الاحكام لدى القضاء الاداري، بيت الحكمة، سلسلة المائدة الحرة، بغداد، ١٩٩٩.
٢. د. عبد الرسول الجصاني، فتاوى مجلس شورى الدولة (١٩٨٠ - ١٩٨٤)، منشورات مركز البحوث القانونية، مطبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٧.
٣. د. عصام البرزنجي، مجلس شورى الدولة، وميلاد القضاء الإداري العراقي، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد ١، ٢، ١٩٩٠.
٤. د. منذر الشاوي، وزارة العدل (المسيرة والإنجاز)، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٤.

ثالثاً: الدساتير:

- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

رابعاً: القوانين:

١. قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٢. قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.
٣. قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ المعدل.

خامساً: الأنظمة والتعليمات:

- تعليمات وزارة العدل عدد (٢) لسنة ٢٠٠٥ منشور في الوقائع العراقية العدد (٤٠٠٧) في ٢٥/١٠/٢٠٠٥.