

# الوظيفة الإستشارية لمجلس الدولة ودوره في نطاق العقود الإدارية دراسة تحليلية- مقارنة

أ.د. زانا رؤوف حمه كريم\*، اواز خالد محمد رشيد\*\*

\* قسم القانون/ كلية القانون والسياسة، جامعة التنمية البشرية، السليمانية- اقليم كوردستان العراق.

\*\* قسم القانون/ كلية القانون، جامعة السليمانية- اقليم كوردستان العراق.

## الملخص

تمثل الوظيفة الاستشارية أحد ركيزتي الوظيفة التي اضطلع بها مجالس الدولة في الدول ذات القضاء المزدوج الى جانب الوظيفة القضائية، ومقتضى- هذه الوظيفة يظهر المجلس كمستشار قانوني للدولة يتولى ردها بالآراء القانونية التي تنير طريقها القانوني، وحل ما قد يشكل بين إداراتها من مشاكل، كما يسهم من جانب آخر في إعداد وصياغة مشروعات القوانين ذات العلاقة بالإدارة العامة، ويقصد بالرأي الإستشاري في مجال العقود الإدارية، إجراء تحصل بمقتضاه جهة الإدارة المختصة في إبرام العقد على المشورة والنصح والرأي القانوني من هيئة أو إدارة أخرى، ويقال لها عادة الهيئة الإستشارية أو الإدارة الإستشارية، قبل إبرام العقد، ولاعتبارات فنية أو مالية أو قانونية، قد يفرض المشرع جهة الإدارة الراغبة في الدخول في العملية التعاقدية بطلب الرأي الإستشاري.

## پوخته

ئەركی ڕاویژکاری دادەنرێت بە یه كێك لهو ئەركه سه ره كیه كانه ی كه ئەنجومه نی ده و له ت پیاده ی ده كات له پال ئەركه داده ورییه كه یدا لهو ده و له تانه ی كه خاوه نی سیستمی داده وریی دوانه یین، جا به پێی ئەو ئەركه ڕاویژکارییه ی كه هه یه تی ئەنجومه نه كه وه ك ڕاویژکارییكی

ياسایی بۆ دهولت دهردە که ویت که ریگای یاسایی له بهردەم دهولتە تدا پۆشن ئەکاتە و ههروهها کێشە ی نێوان کارگێڕییه کانیس چارهسەر دهکات، له لایه کی ترهوه ئەنجومه نی دهولت پڕۆژه یاساکانی په یوه نیدیادار به اداره ی گشتییه وه ئاماده دهکات و دووباره دارشتنه وه یان بۆ دهکات، وه مه بهست له رای پراویژکاری له چوارچێوه ی گریبه سته کارگێڕییه کاندایه و پڕۆشوینه یه که لایه نی گارگێڕی تایبه ته مند ده یگریته بهر له ئەنجامدانی گریبه سته که تیایدا پێش ئەنجامدانی گریبه سته که پراویژ و ئامۆژگاری و رای یاسایی له دهزگایه ک یان اداره یه کی تر وه رده گریته که پێی دهوتریت دهزگای پراویژکاری یان اداره ی پراویژکاری، وه به له بهرچا و گرتنی هۆکاری هونهری یان ئابووری یان یاسایی هه ندیك جار یاسادانه ر ئەولایه نه ی کارگێڕییه ی که ده یه ویت گریبه سته یك ئەنجام بدات پابه ند کردووه به وه ی که ده بیته داوای پراویژ بکات به لایه نی تایبه ته مند.

#### Abstract

The advisory position constitutes one of the two essential pillars of function which state councils undertake in countries with dual judiciary in addition to the judicial position, and by virtue of this position the council appears as a legal advisor to the state who provides it with legal opinions that illuminate its legal path, and settle whatever disputes may arise between its departments, it also contributes to draft or enact draft laws related to public administration. Advisory opinion within the context of administrative contracts, is meant to mean any procedures whereby the competent administrative authority is concluding a contract in order to obtain consultation or legal opinion from another agency or administration which is usually called advisory body advisory administration, before concluding the contract, and for the technical, financial or legal considerations, the legislature may impose the administration wishing to enter into the contractual process by requesting an advisory opinion.

## المقدمة

مجالس الدولة في الدول ذات النظام المزدوج، تمارس شتى الإختصاصات والصلاحيات القانونية، فقد تتجسد هذه الاختصاصات أساساً إما في الإختصاص ذات الطابع الإستشاري أو الإختصاص ذات الطابع القضائي، إذ يمارس مجلس الدولة إختصاصاته الإستشارية من خلال إصدار الفتاوي والآراء القانونية للوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة هذا من جانب، ومن جانب آخر يمارس المجلس إختصاصاته في مجال الصياغة التشريعية، وبما أن العقد الإداري في هذا العصر يعد جزءاً أساسياً من أجزاء النشاط الإداري والإقتصادي والإجتماعي للدول، وذلك يعود إلى أمور عدة منها، حيث أن الأسلوب التعاقدية يقوم على التفاهم والتوافق مع جهة الإدارة، وهذا ما جعله الآن الأداة الوحيدة التي ترتب أفضل النتائج المرجوه خصوصاً في المجال المالي لقيامه على مبدأ الرضائية، ولكونه يحقق الأهداف بسرعة، وهذا ما تسعى إليه الدولة لإرتباط خططها وإستراتيجيتها العامة بزمن محدد، لذلك يمارس المجلس إختصاصاته الإستشارية في نطاق العقود الإدارية من خلال مراجعة مشاريع العقود الإدارية التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها العامة طرفاً فيها.

### أهمية موضوع البحث وسبب إختياره

تبرز أهمية الموضوع وسبب إختياره في أن العقود الإدارية كأحدى الأعمال القانونية للإدارة، تتعلق بإدارة الدولة والحياة الإجتماعية للأفراد، وإبرام العقود الإدارية يمثل أحد النشاطات المهمة التي تباشرها الإدارة في تنظيم المرافق العامة وتسييرها، وأن بعضاً من هذه العقود يتطلب إحاطة قانونية من حيث إبرامه وتنفيذه، لذلك فإن الإعتبارات الفنية والإقتصادية والإجتماعية تقتضي الحصول على إستشارات الجهات المختصة، بغية تفادي بعض المخاطر التي قد تنتج من إبرام العقد الإداري وتنفيذه، علماً أن قيام الجهات الإدارية بطلب الإستشارة من الجهات المختصة- وخاصة في التصرفات التي تحتاج إلى آراء الخبراء والمختصين- قبل صدور تصرفاتها القانونية، ضرورة جداً، لأن هذه الإستشارة تؤدي إلى تفادي الكثير من المعوقات التي تعرقل سير أداء العمل الإداري وعدم حصول الأخطاء التي قد تحدث بعد القيام بالعمل أو على الأقل تقليلها.

### إشكالية البحث

أغلب الدول التي تبني نظام القضاء المزدوج، يمارس مجلس الدولة فيها إختصاصها الإستشارية في نطاق العقود الإدارية، فقد يقوم المجلس المذكور بمراجعة مشاريع العقود الإدارية، ويقدم الإستشارة للجهات الإدارية قبل إبرام العقود الإدارية، وتظهر الإشكالية في العراق بسبب عدم الإشارة قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته إلى اختصاص المجلس بتقديم الإستشارة بالنسبة للعقود الإدارية مهما بلغت قيمتها.

### منهجية البحث

في سبيل دراسة هذا الموضوع وللوصول إلى معالجة الإشكالية المطروحة الداخلة فيها سنعتمد على المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المطروحة في هذا المجال وبيان مواقف النظم القانونية على إختلاف مصادرها ومدارسها، وإظهار مجالات التشابه والتضاد بين تلك النظم، بهدف اظهار القصور التشريعي الموجود في النظام القانوني العراقي، وكذلك نتناول الموضوعات المستهدفة للبحث من خلال المقارنة بين موقف التشريع العراقي، والتشريعات المقارنة الأخرى، وخاصة التشريعات الفرنسية والمصرية ذات الصلة بالموضوع بغية الحصول على معالجة الإشكاليات المطروحة في الدراسة.

### خطة البحث

لغرض دراسة موضوع الوظيفة الإستشارية لمجلس الدولة و دوره في نطاق العقود الإدارية، قسمنا هذا البحث إلى المبحثين، نتناول في المبحث الأول إختصاصات مجلس الدولة المتعلقة بالصياغة التشريعية وإبداء الرأي، وذلك من خلال مطلبين نخصص المطلب الأول لإختصاص مجلس الدولة في مجال الصياغة التشريعية، ونبين في المطلب الثاني إختصاص مجلس الدولة في مجال إبداء الرأي. وفي المبحث الثاني نبحث عن الدور الإستشاري لمجلس الدولة في نطاق العقود الإدارية وذلك من خلال مطلبين، في المطلب الأول نسلط الضوء على دور مجلس الدولة في مراجعة مشروعات العقود الإدارية، ونتناول في المطلب الثاني عوارض مراجعة مشروعات العقود الإدارية.

## المبحث الأول

### إختصاصات مجلس الدولة المتعلقة بالصياغة التشريعية وإبداء الرأي

سنبحث في هذا المطلب عن إختصاصات مجلس الدولة في الصياغة التشريعية وإبداء الرأي، وذلك من خلال مطلبين، نخصص المطلب الأول لإختصاص مجلس الدولة في مجال الصياغة التشريعية، ونبين في المطلب الثاني إختصاص مجلس الدولة في مجال إبداء الرأي والمشورة القانونية، وذلك على النحو الآتي:-

## المطلب الأول

### إختصاص مجلس الدولة في مجال الصياغة التشريعية

تعني الصياغة التشريعية تهيئة القواعد القانونية وبناءها على هيئة مخصوصة وفقاً لقواعد مضبوطة وذلك تلبية لحاجة تستدعي التنظيم في سلوك الأفراد والجماعات والهيئات على نحو ملزم<sup>(١)</sup>، وهي أيضاً عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل من خلال الإجراء الدستوري أو الرسمي الذي يهدف إلى سن القوانين حسب قواعد محددة ومعروفة تطبق داخل السلطة المختصة<sup>(٢)</sup>.

إن مهمة الصياغة التشريعية ومراجعة مشروعات القوانين والأنظمة المعدة من وزارات الدولة وهيئاتها المختلفة لا بد أن تعهد إلى جهة تتكون من مختصين من رجال القانون لديهم الخبرة العملية والفنية اللازمة<sup>(٣)</sup>، أي أن الصياغة التشريعية هي أحد مجالات التخصص القانوني التي تفترض الخبرة الميدانية والتدريب المحكم زيادة على حذق المبادئ الأساسية للتراكيب القانونية والتتمكن من القواعد اللغوية والدقة في التخطيط بما يحقق قدرة الصائغين على التعبير عن غاية المشرع بكل أمانة وثبات، لهذا فإن هذه المهمة ليست بالهينة وتقتضي الإستعانة بكفاءات عالية لا تتوفر إلا بالقدر الضئيل وتحتاج لتكوينها وتطويرها إلى سنوات من الممارسة والتدريب<sup>(٤)</sup>.

(١) د. عبد الحافظ عبد العزيز، الصياغة التشريعية، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١، ص ١١.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠١١، ص ١٣٦.

(٣) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مجلس شوري الدولة وميلاد القضاء الإداري في العراق، مجلة العلوم القانونية، المجلد ٩، العدد ١-٢، بغداد، ١٩٩٠، ص ١٢٩.

(٤) د. زهير اسكندر، الصياغة التشريعية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، ٢٠١١، ص ١٢.

إذ لا بد من أن تعمل هذه الجهة على تحقيق الترابط والانسجام بين مختلف القوانين والأنظمة وإذا كان دور الصياغة يتمثل في الإفصاح عن مفهوم معين سبق اختياره فإن مدى دقة تحديد هذا المفهوم تحديداً مانعاً جامعاً كالتعريف المنطقي لا شك له تأثير في هذا المفهوم نفسه<sup>(١)</sup>.

وفي فرنسا يختص القسم الإداري لمجلس الدولة الفرنسي بصياغة مشروعات القوانين المقدمة من الحكومة إلى البرلمان، حيث نصت المادة (٣٩) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على "وجوب إعداد مشروعات القوانين التي تقترحها الحكومة على البرلمان من مجلس الدولة إلا أن القوانين التي يقترحها البرلمان لا يستشار المجلس بشأنها" وكذلك مشروعات المراسيم الجمهورية التي لها قوة القانون، فضلاً عن صياغة مشروعات اللوائح الإدارية المهمة<sup>(٢)</sup>.

وفي مصر أن الدستور جعل من بين إختصاصات مجلس الدولة مراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية<sup>(٣)</sup>، ويتولى هذه المهمة "قسم التشريع" بمجلس الدولة من خلال مجموعة من مستشاري المجلس ويعاونهم في أداء مهمتهم مكتب يتولى إعداد البحوث القانونية المختلفة، كاللائحة الداخلية لمجلس النواب على أن مجلس النواب يرسل مشروعات القوانين، بعد الموافقة عليها في مجموعها، وقبل أخذ الرأي النهائي عليها إلى مجلس الدولة، لمراجعتها وصياغتها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر، ويجوز لرئيس مجلس النواب أن يطلب من مجلس الدولة المراجعة والصياغة بطريق الإستعجال، وفق الأحكام المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة<sup>(٤)</sup>.

(١) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجديدة، الاسكندرية، ١٩٧٧، ص ١٣٤.

(٢) د. نجيب خلف أحمد الجبوري، القضاء الإداري، مطبعة يادكار، السليمانية، ٢٠١٨، ص ٨٧. و د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، مطبعة جامعة دهوك، دهوك، ٢٠١٠، ص ٧٩.

(٣) نص المادة (١٩٠) من الدستور المصري لعام ٢٠١٩ على أن " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، ويختص بالفصل في دعاوى الطعون التأديبية، ويتولى الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، التي تحال إليه ومراجعة مشروعات العقود التي يحددها ويحدد قيمتها القانون، وتكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون إختصاصاته الأخرى".

(٤) المادة (١٧٥) من قانون رقم (١) لعام ٢٠١٦ بإصدار اللائحة الداخلية لمجلس النواب المصري.

ويقوم مجلس الدولة بمراجعة مشروعات القوانين بغية التحقق من مطابقة ما ورد بها من أحكام مع الدستور وكذلك لأغراض ضبط الصياغة بصفة عامة، وبنبي على هذا أنه في العديد من الأحيان يقوم قسم التشريع بمجلس الدولة بإجراء تعديلات في الصياغات بالإضافة أو الحذف أو تبديل موقع مادة أو أكثر بالمشروع المعروض عليه من أجل ضبط صياغتها، أو بغية تفادي ما ارتأى فيه شبهة عدم الدستورية<sup>(١)</sup>.

وكذلك نص قانون مجلس الدولة المصري على إلزامية عرض مشروعات القوانين على مجلس الدولة حيث نص على " كل وزارة أو مصلحة وقبل إصدار أي قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذي الصفة التشريعية أو لائحة أن تعرض المشروع المقترح على قسم التشريع لمراجعة صياغته ويجوز لها أن تعهد إليه بإعداد هذه التشريعات"<sup>(٢)</sup>. أما التشريعات التي يرى رئيس مجلس الوزراء أو أحد الوزراء أو رئيس مجلس الدولة النظر إليها على وجه الاستعجال فتقوم بمراجعتها لجنة تتشكل من رئيس قسم التشريع أو من يقوم مقامه وأحد مستشاري القسم يندبه رئيس المجلس ورئيس إدارة الفتوى المختصة<sup>(٣)</sup>.

من خلال ما تقدم نجد أن المشرع المصري قد فرق بين الصياغة والإعداد إذ جعل الإحالة لصياغة مشروعات القوانين وقرارات رئيس الجمهورية ذات الصلة التشريعية واللوائح يتم على نحو وجوبي، في حين يعد ترك مهمة إعداد مجلس الدولة لهذه المشروعات من الأمور الإختيارية بالنسبة إلى تلك الجهات.

وسبب الفرق بين الصياغة والإعداد هو أن الصياغة هي مجرد إفراغ الحكم المقترح في العبارة السليمة دون لبس أو غموض أو نقص، أما الإعداد فإنه يتعدى إلى تقديم الحلول الموضوعية فهو إسهام في إعداد التشريع وهذا ما دفع المشرع أن يعطي للإدارة الحرية في اللجوء إلى مجلس الدولة في هذه المهمة بخلاف مهمة الصياغة التي ذكرنا أنها إلزامية<sup>(٤)</sup>.

<sup>(١)</sup> ماجد صبحي، دليل جمهورية مصر العربية لإعداد وصياغة مشروعات القوانين، الإصدار الأول، دون مكان نشر، ٢٠١٨، ص ١٠١.

<sup>(٢)</sup> المادة (٦٣) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

<sup>(٣)</sup> المادة (٦٤) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

<sup>(٤)</sup> د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص ١٦١.

أما في العراق، فقد تأسس ديوان التدوين القانوني بموجب القانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٣٣ الملغي، وتولى من بين وظائفه إعداد وتنظيم لوائح القوانين والأنظمة المختصة بالشؤون القضائية، وبالأمر الأخرى المتعلقة بكافة الدوائر التابعة لوزارة العدلية، وتدقيق لوائح قوانين الأنظمة المختصة بالوزارات الأخرى - عدا ما يتعلق بالرسوم الكمركية منها - وإبداء الملاحظات في شأن أسسها وموادها وكيفية تدوينها، وقد أعطى القانون الحق لكل وزارة أن تطلب من الديوان إعداد وتنظيم لائحة قانون أو نظام يختص بها بعد أن ترفق بطلبها تقريراً في شأن أسس اللائحة المطلوبة، وكان المقصود في ذلك هو التشريع الفرعي.

ثم تحول ديوان التدوين القانوني إلى مجلس شورى الدولة، بصدر قانون المجلس رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ ليحدد مهامه وبناء تشكيلاته في ضوء المرحلة التي شرع فيها، فيختص في الصياغة التشريعية، إضافة إلى الإختصاصات الأخرى وقد عبر القانون عن ذلك بوظيفة (التقنين)، وتم بطريقتين:-

أولاً: إعداد وصياغة مشروع التشريعات المتعلقة بالوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة بطلب من الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة بعد أن يرفق به ما يتضمن أسس التشريع المطلوب مع جميع أولياته وآراء الوزارات أو الجهات ذات العلاقة، أي أن هذه الوسيلة من التقنين لا تطلب من الجهة طالبة التشريع وهي دوائر الدولة والقطاع العام تقديم مشروع التشريع بصيغته المقترحة كي يتولى المجلس تدقيقه إنما تقدم الأفكار التي ينصب عليها التشريع وان لم تكن في شكل مواد أو نصوص بل بيان الأسس التي يتعين بالتشريع الإحاطة بها، ويتطلب في هذه الحالة أن ترفق بالطلب آراء الوزارات أو الجهات ذات العلاقة. حيث يقوم المجلس بإعداد التشريع وصياغته بعد ان يحول الفكرة إلى نصوص تشريعية من أقسام أو فصول أو مواد أو بنود أو فقرات أو غيرها.

ثانياً: تدقيق مشروع التشريعات: يتولى المجلس في هذه الحالة تدقيق مشروع التشريعات، المعدة من الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة<sup>(١)</sup>، وقد ألزم القانون

(١) المادة (٥ / ثانياً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة طالبة التشريع إرسال مشروع التشريع إلى الوزارة أو الوزارات ومن ثم يصار إلى الجهات ذات العلاقة لبيان رأيها فيه قبل عرضه على المجلس<sup>(١)</sup>، ويجب أن يتم إرسال مشروع التشريع إلى المجلس بكتاب موقع من الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة مع أسبابه الموجبة واء الوزارات أو الجهات ذات العلاقة، مشفوعاً بجميع الأعمال التحضيرية<sup>(٢)</sup>، وبذلك يتولى المجلس دراسة المشروع وإعادة صياغته عند الإقتضاء وإقتراح البدائل التي يراها ضرورية وإبداء الرأي فيه ورفعها مع توصيات المجلس إلى الأمانة العامة لمجلس الوزراء وإرسال نسخة من المشروع وتوصيات المجلس إلى الوزارة أو الجهة ذات العلاقة<sup>(٣)</sup>. وبدوره يقوم مجلس الوزراء بإحالة المشروع بعد الموافقة عليه إلى مجلس النواب.

ومن خلال ما تقدم نلاحظ أن مجلس الدولة لا يمارس دوره بإعداد التشريعات وصياغتها 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 مشروع التشريع وصياغته أن يزود المجلس بأسس التشريع المطلوب مع جميع الأوليات وآراء الوزارات أو الجهات ذات العلاقة.

والمهام الرئيسية التي يباشرها المجلس في مجال الصياغة التشريعية هو إبداء الرأي في جميع مشروعات القوانين، وتدقيقها من حيث الشكل والموضوع<sup>(٤)</sup>، ويمارس المجلس في سبيل تحقيق ذلك صلاحيات واسعة تفوق كثيراً ما كان يتمتع به ديوان التدوين القانوني (الملغى)، وبعد

(١) المادة (٥ /ثانياً/أ) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٢) المادة (٥ /ثانياً/ب) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) المادة (٥ /ثانياً/ج) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٤) المادة (٥/ثانياً) من قانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.

دراسة مشروع التشريع يستطيع المجلس إعادة صياغته عند الإقتضاء بما يتجاوز الناحية الفنية أو الصياغة اللفظية المجددة بشكل يستطيع إدخال البدائل التي يراها ضرورية وإدخال أحكام جديدة وأخيراً يستطيع المجلس إبداء الرأي في المشروع المراد من حيث تأييد تشريعه أو الإيضاء بعدم تشريعه لمخالفته للسياسة التشريعية للدولة أو لعدم وجود الأسباب التي توجب تشريعه كقصور الأحكام التي يتضمنها عند معالجة المشكلة المعينة بصورة جذرية<sup>(١)</sup>.

ونلاحظ أن قانون مجلس الدولة العراقي قد أوجب عرض جميع مشروعات التشريعات على المجلس لمراجعتها قبل إصدارها، وكذلك منع جميع الوزارات والجهات ذات العلاقة من رفع مشروع أي قانون إلى ديوان الرئاسة مباشرةً إلا في الأحوال التي ينسبها الديوان<sup>(٢)</sup>.

وقد بين المشرع العراقي آلية دراسة مجلس الدولة لمشروعات التشريعات المحالة إليه، وتتمثل هذه الآلية في أن رئيس المجلس يحيل المشروع المرسل من الوزارات أو الجهات الأخرى إلى إحدى الهيئات أو إلى هيئة خاصة تؤلف بموافقة رئيس المجلس<sup>(٣)</sup>، ويحيل رئيس المجلس ما تنجزه إحدى الهيئات أو الهيئة الخاصة من مشروعات القوانين على الهيئة العامة لمناقشة المبادئ التي تضمنها مشروع القانون، بحضور ممثل الجهة أو الجهات ذات الشأن، عند الإقتضاء أو بناء على توصية الهيئة المكلفة بدراسة المشروع وتترك صياغته للهيئة المكلفة به إبتداءً، وتتخذ الهيئة العامة قراراتها بأغلبية عدد الأعضاء الحاضرين وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس<sup>(٤)</sup>.

وكذلك للرئيس أن يطلب من الهيئة العامة إعادة النظر في قرارها مع بيان الأسباب الموجبة لذلك وله في هذه الحالة أن يرأس الهيئة العامة ويتخذ القرار بأغلبية عدد أعضاء الهيئة العامة ويصبح قرار الهيئة نهائياً<sup>(٥)</sup>.

(١) د. منذر الشاوي، وزارة العدل، المسيرة والإنجاز، بغداد، ١٩٨٤، ص ١١٨.

(٢) نص المادة (٥/ثانياً/ب) من قانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ على أنه " يرسل مشروع التشريع إلى المجلس بكتاب موقع من الوزير المختص.. ولا يجوز رفعه إلى ديوان الرئاسة مباشرةً إلا في الأحوال التي ينسبها الديوان".

(٣) المادة (١١/ رابعاً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٤) المادة (١٧/ ثالثاً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٥) المادة (١٨) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

## المطلب الثاني

### إختصاص مجلس الدولة في مجال إبداء الرأي

مجلس الدولة الفرنسي هو الهيئة الاستشارية للحكومة، فهو الذي يقدم لها المشورة سواء في المجال التشريعي أو في المجال الإداري<sup>(١)</sup>، وعند إنشاء مجلس الدولة في فرنسا كان إختصاصه الأصيل هو الإختصاص الاستشاري الذي أشارت إليه معظم الدساتير الفرنسية وتحديداً دستور ١٨٥٢ ودستور ١٩٥٨، ويعد مجلس الدولة مستشاراً للحكومة الفرنسية في مسائل عدة، وبموجب قانون مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٣١ يوليو ١٩٤٥ يجب أن يتم عرض مشروعات القوانين التي تقترحها الحكومة، ومشروعات الأوامر واللوائح على مجلس الدولة الفرنسي- لإبداء الرأي بشأنها، أما الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ لم يشر إلى الإختصاص الاستشاري لمجلس الدولة الفرنسي، فإننا نجد أن الواقع العملي يؤكد مدى رسوخ وظيفة مجلس الدولة الاستشارية التي لم تكن محل نزاع لا بل توسع الدور الاستشاري بشكل واضح<sup>(٢)</sup>.

ونص الدستور الفرنسي النافذ لعام ١٩٥٨ على الإختصاص الإستشاري لمجلس الدولة وتكون استشارة المجلس إلزامية في الحالات الآتية :-

١- يفرض الدستور الفرنسي أخذ رأي مجلس الدولة فيما يتعلق بمشروعات المراسيم التي تعدل النصوص ذات الشكل التشريعي التي تم إقرارها قبل العمل بالدستور الجديد وتتناول موضوعات لائحية بموجب هذا الدستور<sup>(٣)</sup>.

٢- نص الدستور الفرنسي على وجوب التشاور مع مجلس الدولة قبل إصدار المراسيم في مجلس الوزراء، إذ يجوز للحكومة أن تطلب تفويضاً من البرلمان لمدة محددة لاتخاذ إجراءات

(١) كان إختصاص المجلس في نشأته الأولى مهما جدا، إذ كان يقوم بإعداد مشروعات القوانين، إلا ان هذا الإختصاص تضاعف بظهور النظام البرلماني وازدهار مبدأ سيادة الأمة، وهذا ما أدى الى تركيز السلطة التشريعية في يد البرلمان بإعتباره ممثلاً للأمة، فأصبح إسهام مجلس الدولة في الوظيفة التشريعية محدودا في إبداء الراي عند عرض مشروعات القوانين عليه من جانب الحكومة. د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص١٠٧-١١٤.

(٢) شاش جازيه، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق /جامعة الجزائر بن يوسف بن خده، ٢٠٠٨، ص٤٠٦.

(٣) المادة (٣٧) من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ المعدل

بموجب مرسوم وهي التي تدخل عادة في نطاق القانون وذلك من أجل تنفيذ برنامج الحكومة<sup>(١)</sup>.

٣- نص الدستور الفرنسي النافذ على وجوب التشاور مع مجلس الدولة بالنسبة لمشاريع القوانين الحكومية قبل مناقشتها في مجلس الوزراء<sup>(٢)</sup>.

وبشكل عام تعد إستشارة مجلس الدولة إلزامية عندما يقرر القانون ضرورة عرض النص التشريعي أو اللائحي على المجلس، وإن إختصاص مجلس الدولة في هذا الشأن لا يمكن أن يكون مقيداً بالحالات المنصوص عليها في الدستور فحسب، بل نجد في الواقع بأن أكثر آراء مجلس الدولة تصدر بناء على نصوص تشريعية ولائحية، إذ كثيراً ما تنص القوانين على أن المراسيم التنظيمية المطبقة لها تصدر بعد أخذ رأي مجلس الدولة<sup>(٣)</sup>.

وأسهم موقف المجلس الدستوري الفرنسي- من الإختصاص الاستشاري لمجلس الدولة في توسعته حيث جاء في قرار للمجلس الدستوري " أن بعض الإجراءات يكون من شأنها الإضرار بالمبادئ الأساسية المتعلقة بحرية إدارة الهيئات المحلية ونظام الملكية وأن الالتزام باللجوء إلى مرسوم صادر بعد أخذ رأي المجلس الدستوري يجب عده في هذه الحالة ضماناً أساسية للهيئات والأفراد المعنيين بهذه الإجراءات، ويكون لهم الحق بهذا الوضع في الاعتراض عليها، ولهذا السبب فإن هذه النصوص تدخل ضمن اختصاص المشرع فيما إذا نصت على صدور المراسيم بعد أخذ رأي مجلس الدولة وحددت الشروط والأوضاع التي يوجد فيها ما يدعو لإصدار هذه النصوص"<sup>(٤)</sup>، ومن خلال هذا القرار يتبين أن المجلس الدستوري لم يحصر- الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة بالحالات المنصوص عليها في الدستور فقط بل اعترف للمشرع بحقه في منح هذا الإختصاص لمجلس الدولة وتوسيعه، ولم يعد ذلك مساساً بأحكام الدستور وتعديلاً لقواعد الإختصاص المحددة دستورياً والملزمة للسلطات كافة مادام هذا الإجراء اتخذ كضمانة أساسية لحماية حقوق الأفراد.

(١) المادة (٣٨) من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ المعدل.

(٢) المادة (٣٩) من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ المعدل.

(٣) صاش جازيه، مصدر سابق، ص ٤٠٩.

(٤) قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم ٧٣/٧٦ في عام ١٩٧٣ أورده صاش جازيه، مصدر سابق، ص ٤٠٨.

وتكون إستشارة مجلس الدولة إختيارية كمبدأ، في حالة عدم وجود نص يفرض هذه الإستشارة، وذلك لمشاريع المراسيم البسيطة أو أية مسألة قانونية يمكن طلب رأي مجلس الدولة من الحكومة أو أحد الوزراء وخاصة فيما يتعلق بالمشكلات الإدارية المختلف عليها بين عدة جهات، وهذا الإختصاص الإختياري واسع جداً، ويسمح للوزير الأول بطلب الرأي من المجلس، بشرط أن يتم ذلك عن طريق السكرتير العام للحكومة، ويبقى من الممكن بعد ذلك للحكومة أن تعدل النص المعروف على المجلس، دون إلزامها بطلب رأي جديد، وتستطيع الحكومة أن تطلب رأي المجلس في تفسير أو شرح أحكام دستورية أو تشريعية، ويمكن أن تعهد إليه بعمل دراسة بشأن مسألة خاصة<sup>(١)</sup>.

وفتاوى مجلس الدولة الفرنسي لا تتسم بالصفة القضائية، ولا تلزم جهة الإدارة باتباعها، ولها أن لا تتبعها حتى بالنسبة للاستشارة الوجودية<sup>(٢)</sup>.

وفي مصر يعد مجلس الدولة مستشار الحكومة، ويقوم المجلس بدوره الإستشاري في مجال إبداء الرأي والمشورة القانونية عن طريق القسم الإستشاري فيه حيث يتكون من قسم الفتوى والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ويقوم كل منهم بتقديم الرأي في مجالات محددة قانوناً، بالنسبة لقسم الفتوى- كما أشرنا سابقاً- يتكون من مجموعة من الإدارات واللجان، حيث تختص إدارات الفتوى بإبداء الرأي في المسائل التي يطلب فيها رئاسة الجمهورية، ورئاسة مجلس الوزراء، والوزارات، والهيئات العامة<sup>(٣)</sup>، والإستشارة في هذه الحالة إختيارية، لأن طلب الرأي من إدارات الفتوى في هذه الحالات متروك لتقدير الجهة الإدارية، إن شاءت طلبته وإن شاءت لم تطلبه، ولا إلزام عليها في ذلك، ولكن أشار المشرع المصري إلى حالة من حالات الإستشارة الوجودية حيث نص على أنه "ألزم كل وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة ضرورة أخذ رأي الإدارة المختصة مقدماً وذلك قبل أن ترم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه"<sup>(٤)</sup>، وتلتزم هذه الجهات

(١) د. حمدي أبو النور السيد عويس، الإدارة الإستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها، ط١، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ٢٠١٠، ص ٣٤٨.

(٢) د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني ورقابته لأعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٨٦.

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

(٤) المادة (٣/٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

باستشارة الإدارة المختصة فقط، دون الإلتزام بما تسفر عنه هذه الإستشارة، فيبقى الرأي الذي تقدمه غير مقيد لها.

وكذلك تؤدي لجان الفتوى أيضاً باختصاصات إستشارية إختيارية، وأخرى إجبارية، حيث تقرر قانون مجلس الدولة المصري بأن لرئيس إدارة الفتوى أن يحيل إلى اللجنة المختصة ما يرى إحالته إليها، لأهميته من المسائل التي ترد إليه لإبداء الرأي فيه، وهذا يعني أن هذه الإحالة تخضع للسلطة التقديرية لرئيس الإدارة الذي يقدر مدى الحاجة إلى أخذ رأي اللجنة في المسألة المعروضة عليه، ثم إنه من ناحية أخرى لا إلتزام على الجهة الإدارية بالأخذ بما تسفر عنه هذه الإستشارة، مادام القانون لم يقرر ذلك، أما في بعض الحالات فرئيس إدارة الفتوى يلزمه أن يحيل إلى اللجنة المختصة لإبداء الرأي فيها<sup>(١)</sup>، وكذلك بالنسبة لجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - كما بينا فيما سبق - أنه تختص بإبداء الرأي مسبقاً في بعض المسائل<sup>(٢)</sup>.

وقد استقرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع على أن الإختصاص الإستشاري لا ينعقد بالنظر في المسائل التي قررها القانون إلا إذا كان أطراف النزاع من بين الجهات المحددة، على سبيل الحصر، وهي الوزارات والمصالح والهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات المحلية، كالمحافظات والمدن والقرى وغيرها، وبناء على ذلك إنتهت الجمعية إلى عدم إختصاصها بالنظر في النزاع الذي تكون بطيركية الأقباط الأرثوذكس طرفاً فيه، لأنها لا تندرج ضمن الجهات المحددة في المادة (٥/٦٦)<sup>(٣)</sup>، ويتعين أن يقدم طلب الرأي إلى الجمعية بالطريقة التي يرسمها القانون، ولذلك إنتهت إلى عدم إختصاصها بإبداء الرأي في المسائل المتعلقة بالشركات القابضة

<sup>(١)</sup> نصت المادة (٦١) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ على أن "لرئيس إدارة الفتوى أن يحيل إلى اللجنة المختصة ما يرى إحالته إليها لأهميته المسائل التي ترد إليه لإبداء الرأي فيها، وعليه أن يحيل إلى اللجنة المسائل =الآتية : أ- كل =التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة. ب- عقود التوريد والأشغال العامة، وعلى وجه العموم كل عقد يرتب حقوقاً أو التزامات مالية للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو عليها إذا زادت قيمته على خمسين ألف جنيه. ج- الترخيص في تأسيس الشركات التي ينص القانون على أن يكون إنشائها بقرار من رئيس الجمهورية.

د- المسائل التي يرى فيها أحد المستشارين رأياً يخالف فتوى صدرت من أحد الإدارات قسم الفتوى أو لجانها.

<sup>(٢)</sup> المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

<sup>(٣)</sup> فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، رقم ٣٢-٢-١٣٦٩، بتاريخ ١٧/١١/١٩٩٠، أورد د. حمدي أبو النور السيد عويس، مصدر سابق، ص ٤١٨.

والشركات التابعة لها، لأنه ورد إليها بغير الطريق الذي حدده القانون، أي عن طريق وزير قطاع الأعمال، وهو ما تقرره المادة (١١) من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام، والتي تقرر أن "..... للشركات المشار إليها أن تطلب إلى مجلس الدولة، عن طريق الوزير المختص إبداء الرأي مسبقاً في المسائل المتعلقة بشؤون العاملين، أو أعضاء مجالس إدارتها، أو بغير ذلك من المسائل التي تتعلق بأي شأن آخر من شؤونها"<sup>(١)</sup>.

وفي العراق، فقد حصل تطور تشريعي ملحوظ في مجال إبداء الرأي والمشورة القانونية الذي يمارسه مجلس الدولة العراقي وذلك بعد بصدور التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، بالمقارنة مع ما كان ينص عليه قانون التدوين القانوني في هذا الصدد، ذلك لأن قانون التدوين القانوني لم يكن ينص إلا على الاستشارة الاختيارية، وذلك في حالة إقدام الجهات الإدارية على طلب الإستشارة أو فيما يتعلق بتبني الرأي الاستشاري من قبل الجهة المستشيرة، أما في قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس الدولة فإنه ينظم إضافة إلى الاستشارة الاختيارية التي نص عليها قانون التدوين القانوني، استشارة اختيارية من نوع آخر، وبالنسبة لموضوعات أخرى، من حيث إقدام الجهات الإدارية عليها مع الالتزام بالرأي الاستشاري من قبل هذه الجهة المستشيرة، ونظم في الوقت نفسه الاستشارة الإلزامية، بالنسبة لموضوعات محددة و أزام الجهات الإدارية بالإقدام على هذه الاستشارة، مع منح الحرية لها في الالتزام بالرأي الاستشاري أو عدم الالتزام به في بعض منها"<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان الأصل هو حرية الجهات الإدارية في الرجوع إلى المجلس لأخذ رأيه الاستشاري أو عدم الرجوع إليه لاستطلاع رأيه في أمر من الأمور قبل البت فيه ولا تستثنى من ذلك إلا الأمور التي يرد بشأنها نص، وأقر على ذلك كل من قانون مجلس الدولة المصري والفرنسي- حيث إن التجاء الإدارة إلى القسم الإداري في كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري يكون اختيارياً كأصل عام وهذا الأصل يرد عليه إستثناء ولكن بنص خاص في حالة ما إذا أوجب القانون على الإدارة ضرورة أخذ رأي القسم الاستشاري في أمر من الأمور"<sup>(٣)</sup>.

<sup>(١)</sup> فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، رقم ١٦٠/١/٤٧، بتاريخ ١٠/٤/١٩٩٢، أورده د. حمدي أبو النور السيد عويس، المصدر السابق، نفس صفحه أعلاه.

<sup>(٢)</sup> د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري في العراق، مجلة العلوم القانونية، المجلد ٩، العدد ٢-١، بغداد، ١٩٩٠، ص ١٣٥.

<sup>(٣)</sup> د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢-١٩٦٣، ص ٢٧٨.

فإن المشرع العراقي سار على النهج نفسه، ومنح للجهة الإدارية حرية اللجوء إلى مجلس الدولة إبتداءً لأخذ رأيه في مسألة من المسائل مع عدم إلزام الجهة المستشيرة الأخذ بالرأي الاستشاري وإلزامها في حالات محددة أخرى بالأخذ بما رآه المجلس من رأي حيث نص القانون على أن المجلس يمارس في مجال الرأي والمشورة القانونية اختصاصه على النحو الآتي:

١- إبداء المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها عليه الجهات العليا<sup>(١)</sup>.

يختص مجلس الدولة بتقديم المشورة القانونية وتوضيح الأحكام لدوائر الدولة والقطاع العام عن طريق إبداء الرأي في الأمور القانونية والمشورة التي يقدمها المجلس تكون بصدد المسائل التي تعرضها عليها الجهات العليا كالمسائل الدولية والدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية التي تحال إليها بسبب أهميتها من هذه الجهات، ولم يحدد المشرع العراقي المقصود بالجهات العليا في حين أن قانون مجلس الدولة المصري قد حدد الجهات العليا التي تطلب الاستشارة بكل من رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والوزراء<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا ما رجعنا إلى قانون مجلس الدولة العراقي نجد أنه لم يورد نصاً يلزم الإدارة باللجوء إلى المجلس لأخذ رأيه، لأن الأصل كما ذكرنا، حرية الإدارة في اللجوء إلى المجلس لأخذ رأيه في مسألة من المسائل القانونية، لكن باللجوء إلى قانون عقد المعاهدات نجد أن الأمر يختلف تماماً، إذ أن القانون قد نص على أن "تعرض الجهات المختصة مشروع المعاهدة الثنائية قبل التفاوض في شأن عقده بفترة مناسبة على الجهات ذات العلاقة بالمعاهدة و على وزارة الخارجية لدراسته و ابداء الراي فيه و تعرضه مع اراء الجهات ذات العلاقة على مجلس الدولة لابداء المشورة القانونية في شأنه ثم يعرض على مجلس الوزراء للوقوف على رايه، ويسري الحكم المنصوص عليه في البند اولا من هذه المادة على مشروع المعاهدة المتعددة الاطراف قبل التصديق او الانضمام"<sup>(٣)</sup>، في حين نص قانون مجلس الدولة على أن " المجلس يقدم المشورة بصدد عقد الاتفاقيات والمعاهدات الدولية قبل عقدها أو الانضمام إليها فيمدى إنسجام نصوصها مع النظام القانوني للدولة أو تعارضها معه"<sup>(٤)</sup>.

<sup>(١)</sup> المادة (٦/أولاً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(٢)</sup> د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ١٣١.

<sup>(٣)</sup> المادة (١/٤) من قانون عقد المعاهدات رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٥. المنشور في الوقائع العراقية، العدد ٤٣٨٣ في ٢٠١٥/١٠/١٢.

<sup>(٤)</sup> المادة (٦ /ثانياً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٢- إبداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة إذا احتكم أطراف القضية الى المجلس ويكون رأي المجلس ملزماً لها<sup>(١)</sup> أي في بعض الأحيان قد تكون للجهة المستشارة الحرية الكاملة في اللجوء إلى مجلس الدولة لإستشارته مع إلزام الجهة المستشارة بالرأي الاستشاري، ومن أمثلة هذه الحالة الإستشارة التي يقدمها المجلس وتنطوي على حل يحسم النزاع الذي ينشأ بين الوزارات أو هيئاتها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة وذلك في المسائل القانونية التي تتعرض لها في أثناء قيامها بنشاطها.

٣- ما نص عليه القانون من إستشارة المجلس في المسائل القانونية إذا حصل تردد لدى إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة على أن يرفق بطلب الإستشارة رأي الدائرة القانونية في هذه الوزارة وتحدد النقاط المطلوب إبداء الرأي فيها وبيان الأسباب التي أدت إلى عرضها على المجلس<sup>(٢)</sup> ، وهنا يعطي المجلس رأياً إستشارياً لوضع حل لهذا التردد لدى الجهات المذكورة في موافقة القرار الذي تروم إتخاذه للقانون، ولكن قانون مجلس الدولة لم يعالج حالة عدم إلتزام الجهة المستشارة بالرأي الاستشاري الملزم لها.

٤- توضيح الأحكام القانونية عند الإستيضاح عنها من قبل إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة<sup>(٣)</sup>.

ويبدو من النص أن لجوء الإدارة إلى المجلس لطلب توضيح الأحكام القانونية هو إختياري وللإدارة كامل الحرية في اللجوء أو عدم اللجوء اليه من أجل الاستيضاح عن الأحكام القانونية، إما بشأن تفسير هذه الأحكام أو لبيان مدى سريانها فلا يعد رأي المجلس عند توضيح هذه الأحكام ملزماً للجهة المستشارة، لأنه لم يرد في نص المادة المذكورة صيغة هذا الإلزام.

وما يلاحظ على قانون مجلس الدولة أن المشرع لم يذكر مدى إلزام الادارة باللجوء الى المجلس لأخذ رأيه وإثما ذكر دور المجلس حين تلجأ اليه الإدارة بهذا الصدد، وبما أن النص الوارد في قانون عقد المعاهدات هو نص خاص، والنص الوارد في قانون مجلس الدولة هو نص عام ومن الواضح بأن الخاص يقيد العام، لذ فأننا نأخذ بالنص الوارد في قانون عقد المعاهدات الذي يلزم

<sup>(١)</sup> المادة (٦ / ثالثاً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(٢)</sup> المادة (٦ / رابعاً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(٣)</sup> المادة (٦ / خامساً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

الإدارة باللجوء إلى المجلس قبل عقد المعاهدة أو الإنضمام إليها وقبل التفاوض مع إحتفاظها بحرية التصرف إزاء رأي المجلس (بعد الإحالة عليه) وهنا يكون المشرع العراقي قد أورد حالة من حالات الإستشارة الوجوبية ولكن المشرع لم يجعل من رأي المجلس في هذا الخصوص ملزماً للجهة الإدارية المستشارة ونظراً لكون عقد المعاهدات من المسائل المهمة في سياسة الدولة فقد أكد المشرع على وجوب أخذ رأي المجلس في هذا الأمر.

وكذلك يمتنع مجلس الدولة عن إبداء الرأي والمشورة القانونية في القضايا المعروضة على القضاء وفي القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة لإجراءات دراسة مجلس الدولة العراقي للقضايا التي يطلب رأي المجلس أو مشورة المجلس القانوني بشأنها حيث نص القانون على الإجراءات الواجبة الأتباع عند أخذ رأي المجلس بشأنها وتتلخص هذه الإجراءات في أن رئيس المجلس يحيل القضية إلى إحدى الهيئات المتخصصة أو إلى هيئة خاصة تؤلف بموافقة رئيس المجلس لدراستها وإبداء الرأي فيها<sup>(٢)</sup>.

وعندما تفرغ الهيئة من مهمتها يحال ما تنجزه إلى رئيس المجلس وعند موافقته عليه يصبح نهائياً أما إذا كان للرئيس رأي يخالف رأي الهيئة فيعيده إليها وعندئذ تعقد اجتماعها برئاسته فإذا صدر قرارها بالاتفاق يصبح نهائياً والا فللرئيس إحالة القضية على الهيئة العامة أو الهيئة المتخصصة ذات العلاقة وهيئة متخصصة أخرى يعينها الرئيس وتتعقد الهيئات برئاسته ويصدر القرار النهائي بالاتفاق أو الأكثرية وإذا تساوت الأصوات فيرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس<sup>(٣)</sup>، وأن الرئيس قد يحيل القضية إلى الهيئة العامة وذلك في الحالات الآتية<sup>(٤)</sup>:-

- ١- إذا أقرت إحدى الهيئات مبداءً جديداً.
- ٢- إذا كان للمجلس رأي سابق يخالف الرأي الجديد.
- ٣- إذا أوصت الهيئة المكلفة بدراسة القضية بذلك.
- ٤- إذا رأى رئيس المجلس أن القضية ذات أهمية أو تشكل مبداءً مهماً.

<sup>(١)</sup> المادة (٨) من قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(٢)</sup> المادة (١١/ رابعاً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(٣)</sup> المادة (١٥/أولاً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>(٤)</sup> المادة (٩) قانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.

## المبحث الثاني

### الدور الإستشاري لمجلس الدولة في نطاق العقود الإدارية

سنبحث في هذا المبحث عن الدور الإستشاري لمجلس الدولة في العقود الإدارية من خلال مطلبين، نتناول في المطلب الأول دور مجلس الدولة في مراجعة مشروعات العقود الإدارية، وفي المطلب الثاني نبين عوارض مراجعة مشروعات العقود الإدارية، وذلك على النحو الآتي:-

## المطلب الأول

### دور مجلس الدولة في مراجعة مشروعات العقود الإدارية

القاعدة العامة في فرنسا<sup>(١)</sup> - ما لم يوجد نص خاص- هي أن الإستشارات السابقة على إبرام العقود الإدارية تدخل ضمن الإستشارات الإختيارية، لا يوجد في التشريعات المنظمة لمجلس الدولة الفرنسي أي نص يفرض الإستشارة بهذا الخصوص، وكذلك الحال فيما يتعلق بالمجلس الإقتصادي والإجتماعي الذي يعد المستشار الأول للإدارة الفرنسية في المجالين الإقتصادي والإجتماعي وعلى مستوى الإدارة المركزية للدولة<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك توجد في فرنسا لجان خاصة تقوم بمراقبة مشاريع عقود الأشغال والتوريد والخدمات العامة، حيث يمتد عمل تلك اللجان إلى كل وزارات الدولة، وتقوم بتقديم الرأي

---

<sup>(١)</sup> في فرنسا فإن المشرع قد أهتم بالإستشارة السابقة على إتخاذ بعض الأعمال القانونية الإدارية، حيث أنه بموجب أحكام المادة (٣٥) من القانون الصادر في ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣ فإن نظام إستغلال حقوق المكان والتوقف في الأسواق الخاصة والتابعة للبلديات قد تحدد وفقاً للأحكام الواردة في قائمة الشروط أو في الأنظمة التي تضعها سلطة البلدية بعد التشاور مع المنظمات المهنية المعنية، وأن مجلس الدولة الفرنسي بالإستناد إلى القانون المذكور قد رفض في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٨٩/١٠/٤ الدعوى المقامة من قبل الشركة المدعية التي طلبت إلغاء الحكم الذي أصدرته محكمة باريس الإدارية والذي قضى بعدم مشروعية القرارين الصادرين في (١١/١٠/١٩٧٦، ٤/٤/١٩٧٩)، وذلك لعدم إجراء التشاور المشار إليه في القانون المذكور من قبل الإدارة في وضع الملحقين رقم ٩ ورقم ١٠ اللذين كان الهدف منهما التصريح برفع تعريفه حقوق إستغلال المكان، حيث كان يجب أن يسبقه التشاور وأخذ رأي المنظمات المعنية، وأن من الثابت أن هذا التشاور لم يتم، لذا قضى المجلس بأنه ليس من حق الشركة المدعية أن تطلب إلغاء الحكم. د. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ١٢١.

<sup>(٢)</sup> د. حمدي أبو النور السيد عويس، مصدر سابق، ص ٣٥٢.

الإستشاري الإلزامي بالنسبة للعقود التي تتجاوز مبلغاً معيناً يحدد بقرار وزاري، ولكون الجهة الإدارية غير ملزمة بالتعاقد إستناداً إلى رأي اللجنة المعنية، وإذا تعاقدت خلافاً لمضمون الرأي الإستشاري، فإنها يجب أن تسبب قرارها كتابة، وعندئذ على الوزير المختص أن يبلغ رئيس اللجنة بذلك القرار<sup>(١)</sup>.

وفي مصر، نص الدستور المصري على أن " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة،..... ويتولى وحده الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة، وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة، أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى"<sup>(٢)</sup>، وكذلك أهتم المشرع المصري بموضوع طلب الرأي والإستشارة من الإدارة المتعاقدة في بعض العقود الإدارية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين حيث نص قانون مجلس الدولة المصري على أنه "لا يجوز لأية وزارة أو هيئة 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 على خمسة الاف جنيه بغير إستفتاء الإدارة المختصة"<sup>(٣)</sup>، و رسم المشرع بموجب المادة (٦١) من قانون مجلس الدولة، حدود إختصاص لجان الفتوى بمراجعة تصرفات الجهات الإدارية، وكذلك نص القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ على أنه " لا يجوز إبرام عقد تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه دون أخذ رأي الجهة المختصة بمجلس الدولة، إلا إذا أبرم العقد على أساس شروط أخذ فيها رأي الجهة المذكورة أو أبرم العقد على أساسها عقد مماثل، إذا كانت هذه الشروط في الحالتين لم يحصل فيها أي تغيير"<sup>(٤)</sup>، ويتبين من هذا النص أنه يعطى الحق للسلطة الإدارية في عدم طلب الرأي في حالة تكرار إبرام عقد إداري آخر مماثل بنفس الشروط للعقد الذي أخذ رأي الجهة المختصة في المجلس بشأنه، ولكن لم يرد النص بهذا الحكم في قانون المناقصات والمزايدات المرقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولا في لائحته التنفيذية.

(١) د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٢٩٠، ٢٨٩.

(٢) المادة (١٩٠) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

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

(٤) المادة (٣٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ الملغى.

وكذلك جاء في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة والمرقم ب(١٨٢) لسنة ٢٠١٨ أن " تتولى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة مراجعة مشروعات العقود التي تكون الجهة الإدارية طرفاً فيها، ومماذج كراسات الشروط، وأنماط العقود النموذجية والأدلة الإرشادية وغيرها مما هو منصوص عليه في المادة (١٩) من هذا القانون"<sup>(١)</sup>، كذلك جاء في قرار رئيس الجمهورية بشأن استخدام الأجهزة الحكومية والقطاع العام للحاسبات الألكترونية " على جميع الجهات الحكومية والقطاع العام التي ترغب في شراء أو تأجير أو استخدام الحاسبات الألكترونية وحزم البرامج الجاهزة اللازمة لها إستشارة الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء في جميع مراحل دراسة الجدوى والإستخدام والتعاقد على الأنظمة المذكورة وعرض النتيجة على الوزير الذي تتبعه الجهة الطالبة لتقرير ما يراه"<sup>(٢)</sup>.

وإذا كانت هذه المادة الأخيرة تتضمن الإستشارات السابقة على التعاقد فقط، فإننا نرى أن نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المذكور سالفاً يتضمن الإستشارة الملزمة والتصريح بالتعاقد أيضاً، لأن المشرع المصري أكتفى بأخذ رأي قسم الفتوى في إبرام بعض العقود الإدارية، ولكن جانب الإستشارة الملزمة غالب فيه، وجانب الإستشارة والمشورة في النص يتضح عندما نراجع المادة (٦١) من قانون مجلس الدولة، وعلى وجه الخصوص الفقرتين (أ،ب) منها التي تنص على " أ- كل إلتزام موضوعه إستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة.ب- عقود التوريد والأشغال العامة، وعلى وجه العموم كل عقد يرتب حقوقاً أو إلتزامات مالية للدولة وغيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة أو عليها إذا زادت قيمته على خمسين ألف جنيه "

وفي بيان العلة من مراجعة العقود بإدارة الفتوى المختصة أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن " الرقابة التي تتولاها إدارة الفتوى ثم اللجنة المختصة بمجلس الدولة طبقاً للمادتين ( ٥٨، ٦١ ) من قانون مجلس الدولة إنما هي رقابة لمطابقة مشروع العقد للقوانين دون أن تتطرق إلى مسائل الملاءمة والتقدير التي ينفرد القضاء برقابتها في ضوء ما تقدم إليه من أدلة واقعية، وتمتد هذه الرقابة إلى مشروع العقد وكل ما أصبح جزء منه من مستندات سابقة على

<sup>(١)</sup> المادة (٩٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

<sup>(٢)</sup> المادة (١) من قرار رئيس الجمهورية رقم (١١٢) لسنة ١٩٨٢.

إبرامه أدت إليه، وتمتد إلى الإجراءات التي سبقت العقد وأدت إلى إبرامه من حيث مطابقتها لأحكام القانون، فهي رقابة مشروعية لا ملائمة وعلى جهة الإفتاء التي تتولى هذه المراجعة أن تفصل في سلامة كل ذلك وتبدي رأيها في مراجعة نصوص العقد ذاته، ثم تبلغ الجهة طالبة الرأي بكافة ما ارتأته في هذا الشأن سواء ما تعلق بالإجراءات أو بنصوص العقد أو بما أصبح جزءاً منه من مستندات سابقة عليه وبذلك تضع جهة الإدارة المتعاقدة أمام مسئوليتها القانونية الكاملة التي لا يصبح لديها عذر بعد إيضاح الموقف القانوني لها كاملاً ثم تتحمل مسؤوليتها إذا لم تر الأخذ بالرأي القانوني، ومهما بلغت المخالفات التي تشوب الاجراءات السابقة فلا يجوز الامتناع عن المراجعة بسببها، لأن المراجعة هي التي تكشفها<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة للعقود الخاضعة لمراجعة قسم الفتوى في مجلس الدولة، يشترط في العقد محل المراجعة أن يكون مشروعاً لم يتم إبرامه بعد، وهو ما أكدته الدستور المصري<sup>(٢)</sup>.

وكذلك عدم إتباع الإستشارات الملزمة وعرض العقد قبل إبرامه على مجلس الدولة يترتب عليه مسؤولية الإدارة حيال من تقاعس أو تجاهل طلب الإستشارة، بإعتبار أن عرض العقد للمراجعة بعد إبرامه يمثل مخالفة لنص المادتين (٦١،٥٨) من قانون مجلس الدولة، بيد أنه يلاحظ أن مجلس الدولة لا يمتنع عن مراجعة العقد في هذه الحالة ورغم تلك المخالفة المنسوبة للجهة الإدارية الطالبة وذلك بإعتبار العقد قد صار أمراً واقعاً لا سبيل للفكك مما رتبته من التزامات، وفي ذلك ذهب إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى العقد الذي أبرمته وزارة الصناعة في الإقليم السوري مع الهيئة الإتحادية للإستيراد والتصدير بموسكو في ٨ يوليو ١٩٦٠ قد وقع مخالفاً للقانون لعدم عرضه على مجلس الدولة في الوفد الذي أبرم هذا العقد، ولكن لا يسع مجلس الدولة وقد أصبح إبرام هذا العقد أمراً واقعاً إلا أن يراجعه من الناحية القانونية لإبداء ما عساه يوجد فيه من ملاحظات والوزارة بعد ذلك، وشأنها في تدارك إن أمكن مع الطرف الآخر في العقد<sup>(٣)</sup>.

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٢٥٣/١/٥٤، بتاريخ ١٩٨٥/٣/٢٠، منشور على الموقع الإلكتروني : (آخر زيارة ٢٠٢٠/٨/١٧)

[www.mohamah.net/law/](http://www.mohamah.net/law/) الآثار-القانونية-المرتبة-على-عدم-مرا/

(٢) المادة (١٩٠) من دستور المصري لعام ٢٠١٤.

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ١٠٧٥ بتاريخ ١٩٦٠/١٢/١٧ أورده د. محمود حمدي عباس عطية، مجلس الدولة وولاية الإفتاء القانوني لجهات الإدارة، دار الكتب المصرية، مصر، ٢٠١٦، ص٣٧.

ويعنى آخر أن مجلس الدولة في مصر قد أخذ بنظر الإعتبار حالتي الإستعجال والظروف الإستثنائية، عندما تبرم العقود الإدارية في ظلها، وهذا ما نلاحظه في أحد فتاوى مجلس الدولة المصري، حيث يتبين فيها حتى في حالة إلزام الإستشارة لم يكن أمام الإدارة فرصة كافية لطلب الإستشارة دون أن يفوت منها إبرام العقد، لا يؤدي إلى بطلان العقد<sup>(١)</sup>.

وكذلك جاء في فتوى الجمعية العمومية للقسم الإستشاري في مجلس الدولة وجوب مراجعة العقود التي تزيد على خمسة آلاف جنيه من مجلس الدولة في الأحوال العادية-إلا أنه إذا وجدت ظروف إستثنائية تبلغ حد الضرورة الملجئة التي توجب إبرام عقد دون إمكان الرجوع إلى مجلس الدولة مقدماً وكانت المصلحة العامة تقتضي عدم فوات فرصة إبرام العقد فإن أمر هذه الضرورة يكون له وزنه بشكل يعد إبرام العقد في هذه الظروف أمراً إستثنائياً<sup>(٢)</sup>.

ورقابة مجلس الدولة في مراجعة العقد رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة، وأفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة ب" أن الرقابة القانونية التي تتولاها إدارة الفتوى ثم اللجنة المختصة في مجلس الدولة إنما هي رقابة لمطابقة مشروع العقد للقوانين دون أن تتطرق إلى مسائل الملاءمة والتقدير التي ينفرد القضاء برقابتها في ضوء ما تقدم إليه من أدلة واقعية، وتمتد هذه الرقابة القانونية إلى مشروع العقد وكل ما أصبح جزءاً منه من مستندات سابقة على إبرامه أدت إليه، كما تمتد إلى الإجراءات التي سبقت العقد وأدت إلى إبرامه من حيث مطابقتها لأحكام القانون، فهي رقابة مشروعية لا ملاءمة وعلى جهة الإفتاء التي تتولى هذه المراجعة أن تفصل في سلامة كل ذلك وتبدي رأيها في مراجعة نصوص العقد ذاته ثم تبلغ الجهة الإدارية طالبة الرأي، بكافة كارتأته في هذا الشأن سواء ما تعلق بالإجراءات أو بنصوص العقد ، أو بما أصبح جزءاً منه من مستندات سابقة عليه وبذلك تضع جهة الإدارة المتعاقدة أمام مسؤوليتها القانونية كاملة والتي لا يصبح لديها عذر بعد إيضاح الموقف القانوني لها كاملاً، ثم تتحمل مسؤوليتها إذ لم تر الأخذ بالرأي القانوني"<sup>(٣)</sup>.

(١) فتوى الجمعية العامة للقسم الإستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، رقم ١٠٧٥، بتاريخ ١٢/١٧/١٩٦٠، أورده د، عثمان ياسين علي، مصدر سابق، ص١٢٦.

(٢) على الدين زيدان، محمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، ج٦ المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، دون سنة نشر، ص٣٣٤.

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٣٠٨/٦/٨٦- جلسة ١٩٨٥/٦/٢٦، أورده، على الدين زيدان، محمد السيد، المصدر السابق، ص ٣١٦، ٣١٧.

ولكي يدخل العقد في إختصاص مراجعة مجلس الدولة لا بد أن يتوافر فيه وصف العقد الإداري ومقوماته، وهذا ما خلصت إليه اللجنة الثانية للفتوى، حين طلبت لإنعقاد إختصاصها بمراجعة العقد المطروح عليها أن يتوافر لها وصف العقد الإداري ومقوماته، وانتهت إلى عدم إختصاصها بمراجعة مشروع العقد لإنحسار وصف العقد الإداري عنه لكنها إستندت في تأسيس رأيها إلى أسباب أخرى حيث ورد في حيثياتها " كما إستظهرت اللجنة إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المستقر على عدم إختصاصها بنظر المنازعة التي تمثل فيها هيئة الأوقاف بإعتبارها ناظر الوقف على أساس أن نشاط وزير الأوقاف ومن بعده هيئة الأوقاف في قيامها على شئون الأموال الموقوفة إنما هو نشاط ناظر الوقف وهو من أشخاص القانون الخاص.....وقد استبان للجنة من جماع ما تقدم أنه ولما كان الثابت من الإطلاع على مشروع العقد المائل أنه أبرم بين وزير الأوقاف بصفته ناظراً على الأوقاف الخيرية وبين رئيس مجلس إدارة مؤسسة دار الهلال، فمن ثم فإن مشروع العقد المائل لا يعد عقداً إدارياً لأنه يفتقد شرطاً من الشروط الواجب توافرها لكي يصبح العقد عقداً إدارياً بحسبان أن الطرف الأول ( وزير الأوقاف) في قيامه بشؤون الأموال الموقوفة إنما هو نشاط ناظر الوقف وهو من أشخاص القانون الخاص كما أن الطرف الثاني يمثل مؤسسة دار الهلال التي هي إحدى المؤسسات الصحفية والتي تملكها الدولة ملكية خاصة ومن ثم فإن طرفي العقد المشار إليه لا يعدان من الأشخاص الإعتبارية العامة ومن ثم فإن العقد المشار إليه لا يعتبر عقداً إدارياً ومن ثم فإنه يخرج من إختصاص مجلس الدولة. الأمر الذي يتعين معه الإنتهاء إلى عدم الإختصاص بمراجعة مشروع العقد المائل، لذلك إنتهت اللجنة إلى عدم إختصاصها بمراجعة مشروع العقد المائل".

وهنا يثار التساؤل حول ما إذا كان يجوز لقسم الفتوى مراجعة نماذج العقود التي تقوم على إعدادها جهات الإدارة بشأن عمليات متماثلة ومتكررة دأبت على أن تتعاقد عليها؟

لقد أجازت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع مراجعة جهة الفتوى المختصة لنماذج العقود وذلك في فتواها ملف ( ٣٧٦/١/٥٤ جلسة ٢٠٠١/٥/٧ ) مع ملاحظة إنعقاد الإختصاص بأمر مراجعة هذه النماذج للجنة الفتوى المختصة ( بحسبان النماذج غير محددة القيمة وعلى ما سيرد في موضعه)، وقد نهت اللجنة الثالثة لقسم الفتوى في فتواها الصادرة في

الملف رقم (٦٣/٢١٦، بجلسة ٢٠٠٩/١١/٤) بمناسبة مراجعة إحدى نماذج العقود غلى ضرورة الأخذ في الحسبان أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد إنتهت في فتواها رقم (٢٤٧) بتاريخ ٢٠٠١/٥/٧) ملف رقم ٣٧٦/١/٥٤ جلسة ٢٠٠١/٣/٢١ إلى أن المشرع-ع حظر على جميع الجهات الإدارية أن تبرم عقداً تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه بغير إستفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، ومؤدى هذا إلزام هذه الجهات بعرض مشروعات العقود قبل إبرامها على مجلس الدولة ومن هنا يجوز للجهة الإدارية إعتبار هذا النموذج بعد مراجعته وطبقاً للشروط الواردة فيه نهجاً ترسمه عند إبرام باقي العقود مع مراعاة إتباع سائر الإجراءات المقررة، فإذا تراءى لها إجراء تعديل أو تغيير في أي من شروطه فإنه عليها حينئذ الرجوع إلى الأصل العام وهو عرض مشروع العقد محل التعديل أو التغيير على جهة الفتوى المختصة لمراجعته إستقلالاً<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن إختصاص لجان الفتوى قد مدَّ إلى غيره من التصرفات الواردة في المادتين (٦١،٥٨) من قانون مجلس الدولة حين تتحد في علتها مع التصرفات التي أخضعها المشرع لإختصاص اللجنة، لذا كان توسع لجان الفتوى في إختصاصها في هذا الشأن يأتي دوماً في نطاق نوع التصرف المسموح بمراجعته قانوناً حيث مدت اللجنة إختصاصها لتراجع الإتفاقات الممهدة للعقود الخاضعة لمراجعة لجان الفتوى، ومن أمثلة تلك الإتفاقات ( البروتوكولات ومذكرات التفاهم بين أطراف التعاقد المستقبلي) وكذلك مدت اللجنة إختصاصها إلى كراسات الشروط التي تضعها الجهة الإدارية وتعد بمثابة شروط طرح أساسية يتم على أساسها التعاقد مع من يقع عليه الإختيار من راغبي التعاقد مع الإدارة - وبحسبان كراسة الشروط- وكما ذهب إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - أنها تعاقد بحسب المآل محدد القيمة<sup>(٢)</sup>. واستناداً إلى قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ تختص إدارات الفتوى بمراجعة مشروعات العقود التي تبلغ خمسين ألف جنيه أو تقل قيمتها عن ذلك، في حين تختص لجان الفتوى بمراجعة مشروعات عقود الإدارة والتي تزيد قيمتها على خمسين ألف جنيه<sup>(٣)</sup>.

(١) د. محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص٤٣.

(٢) د. محمود حمدي عباس عطية، المصدر السابق، ص٤٤.

(٣) المادتين (٦١،٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

وفي العراق أهتم المشرع العراقي في قانون التدوين القانوني بطلب الرأي والمشورة في عدة مجالات منها مجال عقود المقاولات، حيث نص القانون المذكور على " إبداء الرأي والمشورة في المقاولات والإتفاقيات والمعاهدات التي تعقد مع شخص حقيقي أو حكومي أو دولة وذلك كلما رأته الحكومة وجوب إستشارة الديوان بشأنها"<sup>(١)</sup>، ويبدو في القانون المذكور أن الإستشارة الواردة الواردة بصدد المقاولات غير ملزمة، وقد تركت أمرها للحكومة، إذ كلما رأته الحكومة أن الإستشارة ضرورية في ما في المقاولات، عندئذ تطلب الإستشارة من الديوان.

وفي الحقيقة أن المشرع العراقي قد أولى اهتماماً بالغاً بالإستشارات السابقة على إبرام العقود الإدارية، إلا أنه لم يجعلها إلزامية، حيث سبق وأن أستحدث المركز القومي للإستشارات الهندسية والمعمارية، وإرتبط بمجلس التخطيط بموجب القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٧٢ ولكن تم إلغاء القانون المذكور بموجب المادة (٨) من قانون وزارة الإسكان والتعمير المرقم (٦٢) لسنة ١٩٨٧ و بقي المركز بموجب المادة (٥/ ثالثاً/ب- ١) من القانون الأخير، ضمن المراكز والهيئات التي تتولى تنفيذ الأعمال الإستشارية والمقاولات الإنشائية بموجب القوانين والأنظمة والتعليمات الخاصة، وفقاً للمادة (٤ /أولاً، ثانياً، ثالثاً) من قانون المركز القومي للمختبرات الإنشائية رقم (٦٥) لسنة ١٩٨٧ فإن المركز يختص بتقديم الإستشارات الفنية ضمن إختصاصه، وإجراء البحوث التطبيقية على المواد الإنشائية، وتقديم الإستشارات الفنية لحل المشاكل الإنشائية، وكذلك بموجب تعليمات رقم (١) لسنة ١٩٩٠، الصادرة عن وزارة التخطيط يوجد قسم الإستشارات والعقود في الدائرة القانونية التابعة لوزارة التخطيط ولقد حددت الفقرات (ن،ع،ض) من المادة (٩/أولاً) مهام القسم في مجال العقود الإدارية.

وكذلك نصت المادة (٦) من قانون مجلس الدولة العراقي المرقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل - الذي ألغى قانون التدوين القانوني وحل محله- على إختصاص مجلس الدولة بإبداء الرأي والمشورة، ولكن لم يشر إلى إختصاص المجلس بتقديم الإستشارة بالنسبة للعقود الإدارية، حتى إن كلمة المقاولات التي كانت واردة في قانون التدوين القانوني، لم تتكرر كما تم تكرار الكثير من المسائل التي كان يختص بها ديوان التدوين القانوني، إلا أن المادة (٦) من القانون المذكور قد

(١) المادة (٣/٣) من قانون التدوين القانوني المرقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣ الملغى.

سارت على منوال القانون الملغى بصدد عدم ذكر الإستشارات الإلزامية، وكذا الحال بالنسبة لقانون مجلس الشورى لإقليم كوردستان- العراق المرقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨، الذي تناول في المواد (٨-١٢) إختصاصات المجلس في مجال إبداء الرأي والمشورة القانونية، كما وأن قانون العقود الحكومية وتعليمات التنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ في العراق لم يتناولوا إجراء إبداء الرأي والإستشارة قبل إبرام العقد الإداري، وكذلك الحال في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١١ لإقليم كوردستان العراق.

وفي العراق كان قسم العقود والاتفاقيات التابع للدائرة القانونية في وزارة التخطيط يتولى مهام إعداد الشروط العامة للعقود ودراستها باستمرار والنظر في تعديلها عند الحاجة، والمشاركة في المفاوضات المتعلقة بإبرام العقود لحساب الوزارات المنفذة عند وجود حاجة لذلك، وتدقيق العقود المبرمة من قبل الوزارات والدوائر المنفذة وابداء الملاحظات حولها، والاجابة عن استفسارات الوزارات والدوائر المنفذة والمتعلقة بالشروط العامة للعقود، ودراسة طلبات الشركات والمقاولين المحالة الى الوزارة وابداء الرأي بشأنها<sup>(١)</sup> وظل الامر كذلك لحين صدور قانون العقود الحكومية رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والذي نص على تأسيس دائرة العقود الحكومية بوزارة التخطيط ويرتبط مدير الدائرة مباشرة بوزير التخطيط ونص هذا القانون في المادة (١/٢)- ب/أولاً) على مسؤولية هذه الدائرة عن تنسيق خطة العقود الحكومية في الوزارات والكيانات الحكومية العامة، ويشمل التنسيق على سبيل المثال لا الحصر- إصدار الانظمة والتعليمات الإدارية المتعلقة بتنفيذ العقود، وتطوير معايير شروط العقود الحكومية العامة وتبنيها، وتدريب أفراد التعاقد الحكومي العام لغرض التطبيق المناسب لهذا الأمر وأنظمته التنفيذية إضافة الى التعليمات الإدارية<sup>(٢)</sup>.

وكذلك أوجب أمر سلطة الائتلاف على كل وحدة أو مؤسسة حكومية تشكيل دائرة عقود تكون مسؤولة عن نشاطات التعاقد في تلك الوحدة الإدارية أو المؤسسة الحكومية<sup>(٣)</sup>، ويمكن

<sup>(١)</sup> المادة (١٤/ثانياً)ب) من تعليمات رقم (١) لسنة ١٩٨٤ الصادرة عن مجلس التخطيط الملغى.

<sup>(٢)</sup> المادة (٢٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملغى.

<sup>(٣)</sup> المادة (٢/٢- أ) أمر سلطة الائتلاف رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ المنشور في الوقائع العراقية، العدد (٣٩٨٤).

حزيران، ٢٠٠٤.

لهذه الدائرة أن تبرم العقود لصالح المؤسسة الحكومية التابعة لها، ولها ان تضع شروطاً ومعايير خاصة للعقود التي تتميز بنوع من الخصوصية اضافة الى الشروط العامة للعقود، على ان يتم ذلك بالاتفاق مع دائرة العقود الحكومية العامة في وزارة التخطيط.

ويتم تأسيس تشكيلات العقود ( دوائر أو اقسام أو شعب العقود ) بموجب أمر وزاري لتكون مسؤولة عن إدارة ومتابعة تنفيذ العقود العامة الخاصة بالوزارة او الجهة غير المرتبطة بوزارة، ويكون ارتباطها بالوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة من الناحية الإدارية، وبدائرة العقود الحكومية العامة في وزارة التخطيط من الناحية الفنية وترتبط بها لجان فتح العطاءات وتحليلها<sup>(١)</sup>.

من خلال ما تقدم نرى أن الإستشارة السابقة على إبرام العقد الإداري ومراجعة مشروع العقود الإدارية قد أهتم بها القانونان الفرنسي والمصري، ومع أهمية مراجعة مشروعات العقود الإدارية قبل إبرامها لتلافي الأخطاء التي قد تقع فيها الإدارة في حالة عدم القيام بها، لم ينص عليها في قانون العقود الحكومية وتعليمات تنفيذها، ولا قانون مجلس الدولة العراقي، الإهتمام المطلوب بالإستشارة السابقة ومراجعة مشروعات العقود الإدارية، حتى أن القانون مجلس الدولة العراقي، لم يذكر أصلاً إختصاص مجلس الدولة العراقي بمراجعة مشروعات العقود الإدارية التي تكون الدولة أ و إحدى هيئاتها طرفاً فيه، ولا شك أن إختصاص المجلس في العراق بالإستشارات الإلزامية حول العقود الإدارية ضرورة جداً، وخاصة في بعض العقود الإدارية المهمة التي تحتاج إلى المشورة والتدقيقات القانونية والفنية.

## المطلب الثاني

### عوارض مراجعة مشروعات العقود الإدارية

تتعدد عوارض ممارسة مجلس الدولة لإختصاص المراجعة القانونية لتصرفات الجهات الإدارية، وتتنوع بحسب مرجع العارض، وما إذا كان يوجد في الجهة طالبة المراجعة أو في جهة المتعاقد معها أو يتمثل ظروف موضوع طلب المراجعة، ويمكن تقسيم تلك العوارض من الواقع تطبيقات إفتاء مجلس الدولة إلى الأنواع الآتية:-

<sup>(١)</sup> نبذة عن قسم العقود، منشور على موقع الألكتروني لوزارة التخطيط العراقي. (آخر زيارة ٢٠٢٠/٩/١٥)

## أولاً: عدم مراجعة العقد بسبب النظر إلى طبيعته

قد يرجع إمتناع جهة الفتوى المختصة عن مراجعة ما يعرض عليها من تصرفات الجهات الإدارية، إلى طبيعة هذا التصرف نفسه، فقد يستعصي عليها إتمام مراجعته وبلوغ الفائدة التي إستهدفها المشرع من وراء ذلك، مثلاً طبيعة عقد وفقاً لظروف إعداده والقانون المستند إليه- تحول دون إمكان إدخال تعديلات عليه: مثل عقود الشهر العقاري المعدة على غرار نماذج معدة سلفاً وفقاً لقانون الشهر العقاري والموقع عليها بالفعل من أطرافها، وهذا ما أفتت به اللجنة الثالثة لقسم الفتوى في مجلس الدولة المصري على أنه "... فإنه ونزولاً على هدي ما تقدم، ولما كانت رقابة ومراجعة مجلس الدولة ممثلاً في إدارات ولجان الفتوى به- على العقود التي تبرمها جهة الإدارة، قد وردت- أي هذه الرقابة، عامة شاملة لكل العقود التي تقبل على إبرامها تلك الجهات، فإنه لا مناص من خضوع العقد الماثل لتلك المراجعة المقررة قانوناً في اللجنة الثانية بمجلس الدولة بموجب المادتين ( ٥٨، ٦١) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢، إلا أنه- بخصوص العقود الماثلة- ولما كانت إرادة الأطراف فيها قد توافقت على شروطها الموضحة بها وإنعقدت هذه العقود وأبرمت فعلاً، وكان المتبقي في مراحل هذه العقود هو إجراءات التسجيل والشهر فقط مع سداد باقي الثمن الذي سدد جزء منه ولما كانت هذه العقود الماثلة والحال كذلك قد أبرمت وحررت على نماذج ومحركات الشهر العقاري ووفقاً لقانونه، فإنها تآبى والحال كذلك على إدخال أية تعديلات أو ملاحظات عليها، لذا فقد إنتهت اللجنة إلى عدم جدوى مراجعة العقود المشار إليها بعد أن إكتمل تنفيذها، من أجل ذلك: إنتهت اللجنة الثانية لقسم الفتوى إلى عدم جدوى مراجعة مشروع العقود الماثلة بحسبانها معدة على نماذج الشهر العقاري ووفقاً لقانونه فيمتنع معه إدخال أية تعديلات أو ملاحظات عليه"<sup>(١)</sup>.

## ثانياً: إنقضاء مدة تنفيذ العقد محل المراجعة

دأبت جهة الفتوى المختصة بالتدقيق عند مراجعة ما يعرض عليها من تعاقدات الجهات الإدارية، على مدى إستمرار سريان مدة تنفيذ هذه التعاقدات، والإنتهاء إلى عدم جواز مراجعة العقد إذا كانت مدة تنفيذه قد إنقضت، حيث أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى

<sup>(١)</sup> فتوى اللجنة الثانية بقسم الفتوى مجلس الدولة المصري رقم ٦١/٨٢ ق، بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٩، أورده د. محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص ٩١.

والتشريع بمجلس الدولة بأن " أن هذا الموضوع عرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة في ١٦ / ١ / ١٩٩١ فتبينت أن مجلس إدارة المؤسسة العلاجية لمحافظة الأسكندرية وافقت بالجلسة المنعقدة في ٢٣ / ٨ / ١٩٨٧ على مذكرة الدكتور/ مدير عام مستشفى المواساة في شأن شراء جهاز إختبارات الإيدز والكيمائويات المستخدمة من شركة هوكست ثم صدر قرار مدير عام المؤسسة رقم ٥٢١ لسنة ١٩٨٧ بالموافقة على شراء الجهاز و الكيمائويات طبقاً لعرض الشركة، وقد تم توريد الجهاز، كما إنقضت المدد المحددة في عرض الشركة لتوريد الكيمائويات التي تستخدم في هذا الجهاز وعلى ذلك لا يكون ثمة جدوى من مراجعة العقد بعد إبرامه وإنقضائه بتمام تنفيذه، إذ الغرض من إستلزام القانون هذه المراجعة هو أن تقف الجهة الإدارية على حكم القانون قبل التعهد أو الإلتزام وإذا كانت قد تعاقدت والتزمت وأنقضى العقد بتمام تنفيذه فلا يكون من وجه بعد تمام ذلك لطلب مراجعة ذلك العقد، وبناءً على ذلك إنتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى عدم جدوى طلب المؤسسة العلاجية لمحافظة الأسكندرية مراجعة عقد توريد جهاز إختبارات الإيدز وملحقاته والكيمائويات اللازمة له وقد أشير إليه في الوقائع<sup>(١)</sup>."

### ثالثاً: عدم عرض العقد الأصلي على جهة الفتوى المختصة بحول دون مراجعة ملحقه

عدت لجان الفتوى عدم عرض العقد الأصلي عليها لمراجعته، يمثل مانعاً يحول دون مراجعة ملحقات هذا العقد، باعتبار هذه الملحقات ما هي إلا فروع تتبع الأصل، ويسري عليها ما يسري على الأصل من الحكم، لذلك انتهت بعض لجان الفتوى إلى أن قيام مانع بالعقد الأصلي يحول دون مراجعته، إنما يمتد إلى ملحقات هذا العقد ويحول - بدوره - دون مراجعتها أيضاً. وهذا ما أفقت به اللجنة الثانية لقسم الفتوى في مجلس الدولة المصري وذهبت الى القول "..... نفيد بأن ملحق العقد المشار إليه عرض على هيئة اللجنة الموقرة - للإختصاص - وذلك بجلستها المنعقدة بتاريخ ٢١/٥/٢٠٠٨، وقد استبان للجنة أن العقد الأصلي ملحق العقد محل المراجعة لم يتم مراجعته في اللجنة الثانية المختصة، أو بإدارة الفتوى المختصة، ومن ثم لم تتم مراجعته المراجعة

<sup>(١)</sup> فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٧٧٧/١/٥٤، بتاريخ ١٦/١/١٩٩١، أورده على الدين زيدان، محمد السيد، مصدر سابق، ص ٣١٩.

المطلوبة قانوناً بمجلس الدولة، لذا يتعين القول بعدم جواز مراجعة ملحق العقد المائل لعدم سبق مراجعة العقد الأصلي من أجل ذلك : إنتهت اللجنة الثانية لقسم الفتوى إلى عدم جواز مراجعة ملحق العقد المائل لعدم سبق مراجعة العقد الأصلي<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: مشوبة العقد أو إجراءاته السابقة بمخالفة جسيمة تبطله بطلاناً مطلقاً

لا تقتصر مراجعة قسم الفتوى في مجلس الدولة لمشروع العقد على مراجعة بنوده من الناحية القانونية فحسب، وإنما تمتد لتشمل ما سبقه من إجراءات وموافقات سابقة واجبة الصدور، وتبرز أهمية مراجعة مجلس الدولة للإجراءات والموافقات السابقة للتعاقد، في إنعكاس مخالفة هذه الإجراءات أو الموافقات السابقة على وجود العقد الإداري نفسه<sup>(٢)</sup>، لذلك تتجه لجان الفتوى إلى الإمتناع عن إتمام مراجعة العقد المعروض عليها إذا تبينت لها مشوبة هذا العقد أو إجراءاته السابقة<sup>(٣)</sup> بغيب المخالفة الجسيمة للقانون بما يبطل العقد بطلاناً مطلقاً، مثل ما إذا كانت الإجراءات السابقة من تشكيل لجنة البت والترسية مشوبة بالبطلان (....) ومن حيث أن إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد إستقر على أن المشرع في قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ وهو بصدد تنظيم شئون البيع والشراء والتأجير حيث تكون الدولة طرفاً فيه قد سن من الأحكام التي ترسم طرق التعاقد ما يضمن به تحقيق أفضل صالح مرتجي للدولة في هذا الخصوص وأتى بأحكام أخرى توفر سلامة اتباع هذه الإجراءات وصحة موافقتها للقانون فمن ثم تضحى تلك الأحكام الأخيرة بمثابة الإجراءات الجوهرية التي يلزم من تحقيقها تحقق التعاقد على النحو الموفر للصالح المتبقي من قبل المشرع ومن عدم تحققها عدم تحقق ذلك الصالح، فإذا ما إستلزم المشرع على ما ورد في المادة الثانية عشر من القانون المذكور إشتراك ممثل لوزارة المالية في لجنة البت وعضو إدارة

(١) فتوى اللجنة الثانية لقسم الفتوى مجلس الدولة المصري رقم ٦٢/٢٠ ق، بتاريخ ٢٠٠٨/٥/٢١، أورده د. محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص ١١٢.

(٢) د. محمود حمدي عباس عطية، توازن القوى في مرحلة إبرام العقد الإداري، دار الكتب المصرية، مصر، ٢٠١٢، ص ١٧٢، ١٧٣.

(٣) توجد في المرحلة التمهيدية لإبرام العقد الإداري عدة شروط أو إجراءات لا بد للإدارة من إتباعها، وهذا يعني على الإدارة التقيد بها وهي بمثابة القيود التي تخضع لها الإدارة في إبرامها للعقود وتنصرف إلى جميع عقود الإدارة والتي تتمثل في، تحديد الإحتياجات الفعلية للإدارة، الإعتماد المالي، الحصول على إذن أو تصريح بالتعاقد، الإستشارة السابقة على التعاقد. للمزيد عن الإجراءات السابقة على التعاقد الإداري راجع: د. خالد أحمد حسن، الإجراءات السابقة على العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٤٥ وما بعدها.

الفتوى المختصة يندبه رئيسها في تلك اللجنة إن بلغت قيمة التعاقد نصاباً معيناً، وهذا الوجوب إنما بغية ضمان الإلتزام السليم لإجراءات التعاقد.

وقررها المشرع لما قدره من توفير هذين العنصرين ضمن باقي عناصر لجنة البت لضمان سلامة الإجراءات، وإذا ما ورد الأمر في هذا الشأن منصباً على وجوب إشتراك هذين العنصرين- ممثل وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة- في عضوية لجنة البت ذلك يفصح بجلاء عن رغبة المشرع في توفير ضمانات ذات شأن هي التحقق من صحة إجراءات التعاقد على النحو الذي أراده المشرع، وعلى ذلك فإن عدم حضور أي من ممثلي وزارة المالية أو إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة يترتب عليه الإخلال بضمانه أساسية وإجراء جوهري يترتب عليه بطلان إنعقاد لجنة البت، وأنتهت الجمعية من ذلك إلى بطلان أعمال لجان البت التي تزيد قيمتها على خمسمائة ألف جنيه في حالة عدم حضور عضو إدارة الفتوى المختصة، ومن حيث إنه لما كانت الأوراق المرفقة بمشروع العقد المراد مراجعته قد أجذبت عما يفيد حضور عضو إدارة الفتوى المختصة بوزارة الدفاع أو ممثل وزارة المالية أي من أعمال هذه العملية بإعتبار أن جهاز مشروعات الخدمة الوطنية بوزارة الدفاع هو الذي تولى الإجراءات السابقة على التعاقد نيابة عن الهيئة العامة للرقابة على الصادرات والواردات، ولما كان المشرع قي قانون المناقصات والمزايدات قد قرر في إفصاح جهير وجوب حضور عضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة أعمال لجان البت إذا جاوزت قيمة التعاقد خمسمائة ألف جنيه، فمن ثم يترتب على عدم حضوره بطلان أعمال لجنة البت، ويترتب كذلك على عدم حضور ممثل وزارة المالية طبقاً لما تنص عليه المادة ١٢ من القانون المبين سلفاً والمادة ١٠٨ من اللائحة المبينة سلفاً، وإذا كان ذلك كذلك فإنه يكون هناك مخالفة جسيمة لحكم القانون وبالتالي مخالفة مشروع العقد للإجراءات المنصوص عليها في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية سالف في البيان مما يتعين معه والحالة هذه عدم جواز مراجعة مشروع العقد، لذلك إنتهت اللجنة الثالثة لقسم الفتوى إلى عدم جواز مراجعة مشروع العقد المعروف لبطلان تشكيل لجنة البت وذلك لعدم حضور ممثل وزارة المالية وممثل مجلس الدولة مما يترتب عليه بطلان إجراءات الترسية على الشركة المذكورة وبطلان مشروع العقد المعروض"<sup>(١)</sup>.

<sup>(١)</sup> فتوى اللجنة الثالثة لقسم الفتوى مجلس الدولة المصري رقم ٥٩/٢٥٣، بتاريخ ٢٢/٦/٢٠٠٥، أورده د. محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص ١٠٢.

### خامساً: عرض العقد بعد إبرامه دون تضمينه بنداً بقبول تعديلات مجلس الدولة

ومن ذلك نذكر ما أفتت به اللجنة الثالثة أنه (... نفيده بأن هذا الموضوع عرض على هيئة اللجنة - للإختصاص- وذلك بجلستها المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٥/١٠/٥ فتبين لها أن اتفاق التعاون محل طلب المراجعة المائل ينطبق في شأنه وصف العقد، حيث جرى إبرامه وفقاً لأحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والذي تجريها الجهات الإدارية، كما تضمن في طياته أحكام العقود المتعارف عليها من حيث تحديد إلتزامات طرفيه ومراحل تنفيذه وكيفية الدفع والمحاسبة، وهو ما يتضح معه بجلاء توافر وصف العقد في خصوص الإلتفاق المشار إليه، واستعرضت اللجنة ما استقر عليه إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع من أن المشرع أوجب عرض مشروعات العقود قبل إبرامها وتوقيعها على جهة الفتوى المختصة بمجلس الدولة حتى تجنب الجهات الإدارية مواطن الذلل وتكفل لها من أسباب السلامة في إبرام تلك العقود ما يتحقق به المصلحة العامة، فإذا أبرمت الجهة الإدارية عقداً من هذا القبيل، وقامت بتوقيعه قبل طلب مراجعته فإنها تكون قد خالفت القانون، إلا أن مجلس الدولة ومراعاة لظروف الجهات الإدارية التي تضطر إلى ذلك وتنص في العقود على قبولها والمتعاقد معها على ما عسى أن يدخله مجلس الدولة من تعديلات على العقد، فقد أجاز مجلس السير في مراجعة العقد رغم توقيعه مراعاة لهذه الضرورة وفي حدودها مادام العقد قد تضمن النص المشار إليه، واستظهرت اللجنة ما جرى عليه إفتائها من أنه إذا لم يتضمن العقد بنداً ينص صراحةً على قبول طرفي العقد لأي تعديلات يجريها مجلس الدولة عليه يتعين عدم مراجعته. وترتيباً على ما تقدم، ولما كان العقد المائل أبرم ووقع من طرفيه بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/٣ وورد طلب مراجعته إلى إدارة الفتوى المختصة بتاريخ ٢٠٠٥/٤/٢٤ ولم يتضمن أي بند يفيد قبول طرفيه التعديلات التي يجريها مجلس الدولة حال مراجعة العقد، فمن ثم فإن هذه المراجعة تغدو غير ذات جدوى لكنها ترد على عقد أبرم بالفعل دون أن يكون بإمكانه إدخال تعديلات يقبلها الطرفان، مما يتعين معه عدم جدوى مراجعة العقد لعدم تضمينه نصاً يفيد قبول طرفيه التعديلات التي يجريها مجلس الدولة.

لذلك انتهت اللجنة الثالثة لقسم الفتوى في مجلس الدولة المصري إلى عدم مراجعة العقد لعدم تضمينه نصاً يفيد قبول طرفيه التعديلات التي يجريها مجلس الدولة<sup>(١)</sup>.

<sup>(١)</sup> فتوى اللجنة الثالثة لقسم الفتوى مجلس الدولة المصري رقم ٥٩/٣٢٥، بتاريخ ٢٠٠٥/١٠/٥، أورده د. محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص ١١٧.

## الخاتمة

بعد الإنتهاء من دراستنا لموضوع الوظيفة الإستشارية لمجلس الدولة و دوره في نطاق العقود الإدارية توصلنا إلى جملة من الإستنتاجات والتوصيات، التي نوجزها فيما يأتي :-

### أولاً: الإستنتاجات

- ١- لا يمارس مجلس الدولة العراقي دوره بإعداد التشريعات وصياغتها إلا إذا طلبت إليه الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة.
- ٢- عدم وجود دليل على الصياغة التشريعية المعتمدة من جهة حكومة رسمية، لذلك تعتمد الصياغة التشريعية على مدى الخبرات الفردية لأعضاء مجلس الدولة من المستشارين والمستشارين المساعدين.
- ٣- إن إبداء الرأي والمشورة القانونية للدولة، تمثل وظيفة ذات طبيعة تخصصية أناطها القانون بالجهة المعدة لهذا الغرض وهي مجلس الدولة، وهو إنعكاس للتنظيم الإداري الصحيح الذي تتبعه معظم الدول وتحرص على تكريسه لما يمثل من وحدة في الرأي والمشورة للدولة، وبذلك يكفل القانون لهذا الرأي حسن أدائه في جملة من الضوابط، بل أن تماثل هذا الإختصاص بين الدول جعله يقوم على أسس مشتركة فلا تكاد تختلف طريقة إبداء الرأي والمشورة بالنسبة للجهات المتخصصة وهو ما يعزز أهمية هذا الإختصاص ويبرر وجوده.
- ٤- لم يفرض المشرع العراقي على جهة الإدارة أن تستشير مجلس الدولة قبل إبرام العقد، مهما بلغت قيمة العقد الإداري، ونعتقد أن لهذا الوضع محاذيره، خاصة في العقود الكبيرة التي يترتب عليها إتفاق مبالغ كبيرة من الميزانية العامة، أو التي تمس المصالح الأساسية للبلاد، في حال وقوع جهة الإدارة في الخطأ في مثل هذه العقود.

### ثانياً: التوصيات

بعدما عرضنا أهم الإستنتاجات التي توصلنا إليها، نوصي بما يأتي:-

- ١- نوصي أن يأخذ المشرع العراقي مسار المشرع المصري نفسه في وجوب إلزام جهة الإدارة بأن تستشير مجلس الدولة قبل التعاقد، لما لهذه الإستشارات من أهمية حقيقية، سواء

من الناحية الفنية كاللجوء إلى جهة متخصصة أو من الناحية القانونية من أجل تلافي الإشكالات القانونية، أو من الناحية المالية بهدف الحفاظ على المال العام.

٢- نوصي أن تقوم دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط العراقية بإعداد إستمارة معينة تملأ من قبل الجهات الحكومية، لأجل تقييم أداء الشركات والمؤسسات المتعاقدة مع الجهات الحكومية ثم القيام بموافاة دائرة العقود بها، حتى تتمكن هذه الدائرة بالتعاون مع الجهات الحكومية المتعاقدة من الوقوف على مستوى أداء هذه الشركات والمؤسسات، الأمر الذي يساعد على تفادي المشاكل التعاقدية مستقبلاً.

٣- تقديم الدعم الفني والمالي إلى مجلس الدولة في سبيل تطويره في مجال إعداد مشاريع التشريعات القانونية وصياغتها وذلك في سبيل إعداد كادر متخصص ومتدرب في الأصول والقواعد التشريعية.

## قائمة المصادر

### أولاً/ الكتب القانونية:

- ١- د. حمدي أبو النور السيد عويس، الإدارة الإستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.
- ٢- د. خالد أحمد حسن، الإجراءات السابقة على العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨.
- ٣- د. زهير اسكندر، الصياغة التشريعية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، ٢٠١١.
- ٤- د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦.
- ٥- د. عبد الحافظ عبد العزيز، الصياغة التشريعية، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١.
- ٦- د. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.
- ٧- د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠١١.
- ٨- على الدين زيدان، محمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، ج٦ المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، دون سنة نشر.
- ٩- د. فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢-١٩٦٣.
- ١٠- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ط١، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٧٧.
- ١١- ماجد صبحي، دليل جمهورية مصر العربية لإعداد وصياغة مشروعات القوانين، إصدار الأول، دون مكان نشر، ٢٠١٨.
- ١٢- د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، مطبعة جامعة دهوك، دهوك، ٢٠١٠.
- ١٣- د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني ورقابته لأعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
- ١٤- د. محمود حمدي عباس عطية، توازن القوى في مرحلة إبرام العقد الإداري، دار الكتب المصرية، مصر، ٢٠١٢.

- ١٥- د. محمود حمدي عباس عطية، مجلس الدولة وولاية الإفتاء القانوني لجهات الإدارة، دار الكتب المصرية، مصر، ٢٠١٦.
- ١٦- د. منذر الشاوي، وزارة العدل، المسيرة والإنجاز، بغداد، ١٩٨٤.
- ١٧- د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
- ١٨- د. نجيب خلف أحمد الجبوري، القضاء الإداري، مطبعة يادكار، السليمانية، ٢٠١٨.
- ١٩- د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، ط ١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.

### ثانياً: الأطاريح والرسائل جامعية

- ١- صاش جازيه، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق / جامعة الجزائر بن يوسف بن خده، ٢٠٠٨.

### ثالثاً: البحوث

- ١- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مجلس شوري الدولة وميلاد القضاء الإداري في العراق، مجلة العلوم القانونية، المجلد ٩، العدد ١-٢، بغداد، ١٩٩٠.

### رابعاً: الدساتير والقوانين والتعليمات

#### أ/ الدساتير

- ١- دستور فرنسا لعام ١٩٥٨.
- ٢- دستور المصري لعام ٢٠١٩.
- ٣- الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

#### ب/ القوانين

- ١- قانون التدوين القانوني المرقم (٤٩) لسنة ١٩٣٣ الملغي.
- ٢- قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
- ٣- قانون التعديل الأول لقانون مجلس الدولة العراقي رقم (١٧) لسنة ١٩٨٨.
- ٤- قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة العراقي رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩.

- ٥- قانون العقود الحكومية رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.
- ٦- قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.
- ٧- قرار رئيس الجمهورية المصرية رقم (١١٢) لسنة ١٩٨٢.
- ٨- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ الملغى.
- ٩- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨.

### ج/ الأنظمة والتعليمات

- ١- تعليمات رقم (١) لسنة ١٩٨٤ الصادرة عن مجلس التخطيط الملغى.
- ٢- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨.
- ٣- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

### خامساً: المصادر الإلكترونية

- ١- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٢٥٣/١/٥٤، بتاريخ ١٩٨٥/٣/٢٠، منشور على موقع الألكتروني :

[www.mohamah.net/law/](http://www.mohamah.net/law/) الآثار-القانونية-المرتبة-على-عدم-مرا/

- ٢- نبذة عن قسم العقود، منشور على موقع الألكتروني لوزارة التخطيط العراقي.

<https://mop.gov.iq/>