جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون/الدراسات العليا
الدكتوراه

القصور التشريعي
في قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧

أطروحة مقدمة إلى
إلى معهد العلمين للدراسات العليا
كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون العام

من قبل الطالب
علي إبراهيم جهاد

بإشراف
أ.د. ماهر صالح علاوي
أستاذ القانون العام

١٤٤٨هـ ٢٠٢٦ م

بسم الله الرحمن الرحيم



﴿ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا ﴾

صَدَقَ اللهُ العَلِيُّ العَظِيمْ

النساء/٨٢

الإهداء

إلى نبي الرحمة محمد (صلى الله عليه وآله وسلم)

إلى آله الغُر الميامين (عليهم السلام)

إلى شهداء العراق.....

إلى من أحمل أسمهُ بكل فخر..... أبي (الشهيد) (رحمَهُ اللهُ)

إلى من تحملت مصاعب الحياة بثقانٍ وإخلاص

وكان دعاؤها مستمراً لنا بالتوفيق

والدتي العزيزة الغالية أدام الله ظلها

إلى إخوتي وأخواتي ملاذيَّ في ضيقي وشدتي

إلى عائلتي زوجتي وابنتي حفظهم الله

إلى كل من كان سنداً لي في إكمال بحثي

الباحث

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وسيد المرسلين وآلهِ الطيبين الطاهرين، أحمدُ الله الذي وفقني لإنجاز هذه الأطروحة وإتمامها بصورتها النهائية، ويُفرض عليَّ واجب الوفاء والعرفان أنْ أُقدم شكري وتقديري إلى أستاذي الفاضل الدكتور ماهر صالح علاوي لتفضله بالإشراف على هذه الاطروحة، ولجهوده الكبيرة وإرشاداته المستمرة ومتابعته الدائمة وملاحظاته القيمة التي كان لها الأثر الفعال والمؤثر في تخطي العقبات والصعاب والتي واجهتني وساعدتني كثيراً في إغناء مادة البحث وإظهار الأطروحة بالصورة اللائقة في الجوانب الشكلية والموضوعية، فجزاه الله تعالى خير جزاء.

وأتقدم بالشكر الوافر لعمادة معهد العلمين للدراسات العليا والأساتذة التدريسيين جميعاً لما بذلوه من جهود قيمة في نشر العلوم القانونية في هذه المؤسسة الرصينة والى قسم قانون العام المتمثل بالأستاذ الدكتور صعب ناجي عبود والاستاذة الافاضل في المرحلة التحضيرية كل من الأستاذ الدكتور خالد خضير دحام، والأستاذ الدكتور سناء محمد سدخان، والأستاذ الدكتور سعيد علي، والأستاذ الدكتور احمد عبيس الفتلاوي، والأستاذ الدكتور الشيخ صاحب نصا، والأستاذ الدكتور كاظم كريم.

وأتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ إسماعيل الموظف في مكتبة العتبة العلوية المقدسة، والأستاذ أحمد الساعدي الموظف في مكتبة معهد العلمين للدراسات العليا، وأخي وسندي أثير إبراهيم البياتي.

وأتقدم بالشكر إلى جميع العاملين في مكتبات العتبات العلوية والحسينية والعباسية. ومكتبات كليات القانون وكل من قدم لي يد العون والمساندة وشد من أزري.

المستخلص

القصور التشريعي هو ظاهرة قانونية عامة قد يصيب أي قانون وضعي ضمن النظام القانوني للدولة، ولان التشريع عمل الانسان، وما ينسب اليه لا يخلو من نقص، فلا يمكن لهذا العمل أن يبلغ درجة الكمال في جميع جوانبه. فالنقص قد يظهر في جوانب عدة، منها الصياغة، أو الالمام الشامل بفروع العلم ومتطلبات الافراد المستقبلية، ونتيجة لذلك، تتعرض النصوص التشريعية لعيوب تحد من فعاليتها أو تؤثر على تطبيقها لفترة زمنية محدودة لا تمتد الى الابد. ومن بين هذه القوانين قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧، موضوع دراستنا، الذي تخللته عدة أوجه من القصور التشريعي في جانبيه: الجانب القضائي المتصل بالقضاء الاداري، والجانب الثاني المتعلق بالإفتاء والصياغة القانونية.

بناءً عليه بحثنا في طيات دراستنا عيوب الصياغة التشريعية في قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ بشقيها: العيوب الشكلية التي تتمثل في مخالفة قواعد وإجراءات صياغة قانون مجلس الدولة، إذ إنه يعد ضمناً تعديلاً لقانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة١٩٧٩ وتعديلاته حسب المادة (٢) منه. العيوب الموضوعية التي تتمثل بالغموض والتعارض الذي أصاب بعض نصوصه.

وللدراسة أهمية تبرز بشكل واضح عند الإشارة إلى الحلول القضائية وغير القضائية لسد هذا القصور التشريعي في نصوص قانون مجلس الدولة ذلك من خلال بيان دور سلطات الدولة في سد قصور التشريعي لقانون مجلس، والتي تمثلت بالسلطة التشريعية من خلال إصدار قانون جديد يحتوي على المواد من قانون رقم(٦٥) لسنة ١٩٧٩ والتعديلات المتتالية لغاية قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة٢٠١٧، والسلطة التنفيذية من خلال اقتراح مشروعات التشريعات والتي تمثل اختصاص أساسي حسب المادة (٨٠) من الدستور إذ له الدور الأساسي في معالجة القصور التشريعي لقانون مجلس

الدولة، وللسلطة القضائية دور مهم في الرقابة والاجتهاد الذي يقوم به القاضي عند النظر في القضية وتفسير النص لكشف الغموض والتعارض فيه، وإكمال بعض النصوص أو إزالة الغموض فيها.

وفي نهاية الدراسة توصلنا إلى أهم الاستنتاجات وقدما مجموعة مقترحات كانت بمثابة إجابة عن الأسئلة التي يثيرها موضوع القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة٢٠١٧.

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١ ـ ٥
الفصل الأول: التعريف بالقصور التشريعي في قانون مجلس الدولة	٦ ـ ٥٦
المبحث الأول: مفهوم القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة	٧ ـ ٢٧
المطلب الأول: مفهوم القصور التشريعي	٨ ـ ١٨
الفرع الأول: تعريف القصور التشريعي لغة واصطلاحاً	٨ ـ ١٢
الفرع الثاني: أنواع القصور التشريعي وأسبابه	١٣ ـ ١٨
المطلب الثاني: ذاتية القصور التشريعي	١٩ ـ ٢٧
الفرع الأول: خصائص القصور التشريعي	٢٠ ـ ٢٣
الفرع الثاني: تمييز القصور التشريعي من غيره	٢٤ ـ ٢٧
المبحث الثاني: مفهوم القضاء الإداري	٢٨ ـ ٥٦
المطلب الأول: التعريف بالقضاء الإداري	٢٩ ـ ٤٨
الفرع الأول: نشأة وتطور القضاء الإداري في العراق	٢٩ ـ ٣٤
الفرع الثاني: اختصاصات مجلس الدولة العراقي	٣٥ ـ ٤٨
المطلب الثاني: ذاتية مجلس الدولة العراقي	٤٩ ـ ٥٦
الفرع الأول: خصائص مجلس الدولة	٤٩ ـ ٥٣
الفرع الثاني: تميز مجلس الدولة عن غيره	٥٤ ـ ٥٦
الفصل الثاني: أحكام القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة العراقي	٥٧ ـ ١٠٤
المبحث الأول: عيوب الصياغة التشريعية في قانون مجلس الدولة	٥٨ ـ ٨٠
المطلب الأول: العيوب الشكلية للصياغة التشريعية في قانون مجلس الدولة	٥٩ ـ ٧٠
الفرع الأول: مخالفة قواعد وإجراءات صياغة قانون مجلس الدولة	٦٠ ـ ٦٥
الفرع الثاني: التكرار والخطأ المادي في قانون مجلس الدولة	٦٦- ٧٠
المطلب الثاني: القصور الموضوعي في صياغة نصوص قانون مجلس الدولة	٧١ ـ ٨٠
الفرع الأول: الخطأ القانوني والغموض في صياغة نصوص قانون مجلس الدولة	٧٢ ـ ٧٨
الفرع الثاني: تعارض نصوص قانون مجلس الدولة	٧٩ ـ ٨٠

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني: مواضع القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة	٨١ – ١٠٤
المطلب الأول: القصور التشريعي في الجانب الموضوعي	٨١ – ٩٠
الفرع الأول: القصور المتصل بطبيعة المجلس ذاته وتنظيم الموضوعات الداخلة في اختصاصه	٨٢ – ٨٥
الفرع الثاني: القصور المتصل بهيكلية تنظيم القسم القضائي	٨٦ – ٩٠
المطلب الثاني: القصور في الجانب الإجرائي	٩١ – ١٠٤
الفرع الأول: القصور المتصل بتنظيم إجراءات الطعن القضائي في مجلس الدولة	٩١ – ٩٤
الفرع الثاني: القصور المتعلق بوقف تنفيذ القرار الإداري والحكم القضائي	٩٤ – ١٠٤
الفصل الثالث: آثار القصور التشريعي على عمل المجلس والغير	١٠٥ – ١٤٣
المبحث الأول: آثار القصور التشريعي في مبدأ الأمن القانوني لقانون مجلس الدولة	١٠٦ – ١٢٣
المطلب الأول: أثر قصور نصوص قانون مجلس الدولة بالنسبة للمخاطبين بأحكامه	١٠٧ – ١١٥
الفرع الأول: آثار وضوح النصوص القانونية على المخاطبين بها	١٠٧ – ١١١
الفرع الثاني: أثر قصور نصوص قانون مجلس الدولة في حقوق المخاطبين بأحكامه	١١٢ – ١١٥
المطلب الثاني: أثر قصور نصوص قانون مجلس الدولة في أعمال السلطات العامة	١١٦- ١٢٣
الفرع الأول: أثر قصور نصوص قانون مجلس الدولة في عمل السلطة التنفيذية	١١٦- ١٢١
الفرع الثاني: أثر قصور نصوص قانون مجلس الدولة على عمل السلطة التشريعية	١٢١- ١٢٣
المبحث الثاني: أساليب معالجة القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة	١٢٤- ١٤٣
المطلب الأول: المعالجات غير القضائية لقصور نصوص قانون مجلس الدولة	١٢٤- ١٣٦
الفرع الأول: دور السلطة التشريعية في معالجة قصور نصوص قانون مجلس الدولة	١٢٥- ١٢٧
الفرع الثاني: دور السلطة التنفيذية في معالجة قصور نصوص قانون مجلس الدولة	١٢٨- ١٣١
المطلب الثاني: المعالجات القضائية لقصور نصوص قانون مجلس الدولة	١٣٢- ١٤٣
الفرع الأول: دور المحكمة الاتحادية العليا في سد قصور نصوص قانون مجلس الدولة	١٣٢- ١٣٨
الفرع الثاني: دور المحكمة الإدارية العليا في سد قصور نصوص قانون مجلس الدولة	١٣٩- ١٤٣
الخاتمة	١٤٤- ١٤٨
المصادر والمراجع	١٤٩-١٦٦
المستخلص إنكليزي	a- b

المقدمة

أولاً: موضوع البحث.

إن وجود الإدارة طرفاً في العلاقة القانونية مع الأفراد، بما تتمتع به من سلطات وامتيازات كثيرة، لا شك يؤدي في كثير من الأحيان إلى ارتكاب الإدارة بعض الأخطاء عندما تصدر قراراتها دون تدقيق أو على استعجال، وقد يحدث أن تتجاهل الإدارة بعض القواعد القانونية التي سنها المشرع حفاظاً على مصلحة الأفراد.

وبما أن الإدارة على اتصال مباشر ومستمر مع الأفراد فقد تؤدي هذه الأخطاء إلى الإضرار بهم، ومن مقتضيات العدالة ومقوماتها أن تخضع الإدارة لحكم القانون، وأن تكون كلمة القانون هي العليا.

ولا بد من وجود جهة تراقب التزام الإدارة بحكم القانون، وأفضل جهة تقوم بهذا الدور هي القضاء، وقد نظم المشرع العراقي القضاء الإداري بعدد من التشريعات، آخرها قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧، ولأهمية التشريع الذي ينظم القضاء الإداري، لا بد من ضبط الجوانب الشكلية والموضوعية للقانون (قانون مجلس الدولة) والتي تتمثل بالصياغة التشريعية إذ تعتبر جوهر النص القانوني إذ يتوقف نجاح أو فشل النص القانوني وتحقيق الغاية من التشريع على مدى دقة صياغة نصوص القانون.

من هنا فإن الصياغة التشريعية تعد من الأمور البالغة الأهمية لاستمرار تطبيقه لمدى طويل من دون أن يتعرض لتعديل في نصوصه أو لتشريع نصوص كبديل عن النصوص المشرعة.

ثانياً: أهمية البحث.

تبرز أهمية دراسة موضوع القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة٢٠١٧ في كثير من المجالات منها:

١- كشف أوجه القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة، والتي تتمثل بالغموض أو التعارض أو عدم مواكبتها لتطور احتياجات الأفراد، بما يسهم في تحديد مواضع القصور التشريعي التي تؤثر في تطبيق القانون.

٢- تعزيز كفاءة القضاء الإداري من خلال اقتراح معالجات تشريعية تكفل سرعة الفصل في المنازعات الإدارية، وتوحيد المبادئ القضائية، وتحقيق الأمن القانوني وأيضاً استقرار المراكز القانونية.

٣- دعم مبدأ سيادة القانون والمشروعية، إذ إن وجود نصوص تشريعية واضحة ومتكاملة يحد من تضارب الاجتهادات القضائية ويعزز الثقة بالقضاء الإداري ويضمن خضوع الإدارة للقانون.

ثالثاً: إشكالية البحث.

تتمثل إشكالية الدراسة في أن قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة٢٠١٧ الذي يعد امتداداً لقانون رقم (٦٥) لسنة١٩٧٩. على الرغم مما شهده من تعديلات كانت الغاية منها تطوير القضاء الإداري وتعزيز استقلال مجلس الدولة مازال يتضمن العديد من أوجه القصور التشريعي التي تحد من قدرته على تحقيق الحماية القضائية الفعالة للحقوق والحريات، وتؤثر في كفاءة القضاء الإداري في الفصل في المنازعات الإدارية، ويظهر هذا القصور التشريعي في عدة جوانب منها عدم اكتمال التنظيم الإجرائي للدعوى الإدارية والإحالة الواسعة إلى قانون المرافعات المدنية، وعدم شمول ولاية القضاء الإداري لجميع منازعات الإدارية. وبناء عليه يمكن صياغة عدة أسئلة يُثيرها موضوع القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة والتي تتمثل بالآتي:

١- ما المقصود بالقصور التشريعي وما صوره في قانون مجلس الدولة؟

٢- ما أثر هذا القصور في عمل السلطات العامة، لا سيما السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية؟

٣- ما دور المحكمة الاتحادية العليا والمحكمة الإدارية العليا في معالجة آثار القصور التشريعي لقانون مجلس الدولة؟

٤- ما دور السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في استكمال النقص التشريعي لقانون مجلس الدولة.

رابعاً: أهداف البحث.

تتمثل أهداف الدراسة في موضوع القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة بالآتي: -

١- الكشف عن أوجه القصور التشريعي في النصوص القانونية التي تنظم قانون مجلس الدولة العراقي من حيث اختصاصاته أو إجراءات التقاضي أمام محاكمه.

٢- تقييم مدى كفاءة النصوص الحالية في تنظيم اختصاصات مجلس الدولة وإجراءات التقاضي الإداري وقياس مدى وملاءمتها للتطورات الدستورية والإدارية الحديثة.

٣- بيان مدى فاعلية النصوص الحالية في ضمان الرقابة القضائية على أعمال الإدارة.

٤- اقتراح معالجات تشريعية وتوصيات عملية لتعديل قانون مجلس الدولة بما يسهم في سد القصور التشريعي. وتعزيز كفاءة القضاء الإداري وتحقيق مبدأ الأمن القانوني وحماية الحقوق والحريات.

٥- تحليل دور المحكمة الإدارية العليا في تفسير النصوص القانونية وسد النقص التشريعي من خلال المبادئ القضائية التي تقررها، ومدى إسهامها في تحقيق استقرار الاجتهاد القضائي.

خامساً: الدراسات السابقة.

تناولت الدراسات السابقة موضوعات ذات صلة بالقضاء الإداري و مجلس الدولة و القصور التشريعي، بحوث ركزت على اختصاصات مجلس الدولة، وتنظيم القضاء الإداري، ودور القضاء في تفسير النصوص القانونية وسد النقص التشريعي، كذلك بحثت بعض الدراسات

مفهوم القصور التشريعي وآليات معالجته من خلال التدخل التشريعي، و بحثت بعض الدراسات مفهوم القصور التشريعي ومعالجته من خلال التدخل التشريعي أو الاجتهاد القضائي، إلا أنها لم تتناول القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة العراقي بصورة مستقلة، لذلك تتميز هذه الدراسة بتركيزها على تحليل أوجه القصور في نصوص قانون مجلس الدولة العراقي، وبيان آثارها، واقتراح المعالجات التشريعية والقضائية و الإدارية المناسبة.

سادساً: منهج الدراسة.

تم اتباع المنهج الاستقرائي وذلك من خلال استقراء عموميات نصوص قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧. بهدف الوصول إلى الجزيئيات الدقيقة لبيان مواطن القصور التشريعي في هذا القانون، فضلاً عن ذلك تم تحليل الآراء القانونية والأحكام القضائية التي تمت الاستعانة بها.

سابعاً: خطة الدراسة.

للإحاطة بموضوع الدراسة تم تقسيمها إلى ثلاثة فصول، في الفصل الأول نبحث في ماهية القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة في قانون مجلس الدولة العراقي، وفي الفصل الثاني ندرس احكام القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة العراقي، وفي الفصل الثالث نبحث آثار القصور التشريعي في قانون مجلس الدولة وأساليب المعالجة.