

## الطبيعة القانونية للمادة (100) من الدستور العراقي لسنة 2005

أ.م.د. حنان محمد القيسي  
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

لا يخفى على احد ان التشريعات العراقية زاخرة بالنصوص التي تمنع المحاكم من بسط رقابتها على هذه المنازعة او تلك - وما الاستثناءات التي ترد على رقابة محكمة القضاء الاداري الا غيظ من فيض ودليل بسيط على ذلك - وقد نادى الفقه في كل المناسبات التي يتم فيها التعرض للقضاء الاداري في العراق بضرورة الغاء مثل هذه النصوص وبسط ولاية المحكمة على جميع المنازعات المتعلقة بالقرارات والوامر الادارية , وكان الدافع الى ذلك تحقيق مبدأ دستوري هام يتعلق بكفالة حق التقاضي الذي ما فتأت الدساتير العراقية تنص عليه منذ دستور 1925 الى دستور 2005 , ومع ذلك ازدهرت الاستثناءات وتوسعت على خلاف المعتاد.

وكررنا في جميع المناسبات ان كل نص يمنع المحاكم من سماع الدعاوى ونظر المنازعات - ايا ما كانت جهة الاصدار - يعد نص غير دستوري , وتباشر البعض لاحتواء دستور 2005 على نص المادة (100) والتي جاءت لتقرر " يحظر النص في القوانين على تحصين اي عمل او قرار اداري من الطعن " وكأنه الحل لمشكلة تشريعية متجذرة. وقد ثار الجدل حول المادة (100) من نواح عدة , ينصب اولها على طبيعة هذه القاعدة الدستورية فهل هي قاعدة تقريرية ام انها مجرد قاعدة توجيهية؟ وهل ان حكم المادة المذكورة يسري على ما يطلق عليه باعمال السيادة؟ وما حكم النصوص التي منعت المحاكم من نظر بعض المنازعات؟ هل اصبحت ملغاة بنفاذ دستور 2005 ام ان هنالك حاجة تشريعية لاقرار ذلك؟

وللبحث في اوجه الخلاف المذكور سوف نتناولها بالايضاح واحدة تلو الاخرى وكما سيأتي بيانه:

اولا - طبيعة المادة (100) من الدستور:

ولابد من الاشارة اولا الى ان القواعد الدستورية عموما ثار بشأنها جدل فقهي واسع , فهل هي قواعد قانونية بالمفهوم الضيق للكلمة؟ أم أن لها طبيعة أخرى غير قانونية، كان تكون سياسية؟

والواقع ان مدارس قد ظهرت وازاء قد تعددت في هذا المجال , اذ أنقسم الفقه الدستوري إلى أكثر من اتجاه ذهب الأول منها إلى أن القواعد الدستورية تعد قواعد قانونية بالمعنى الدقيق للكلمة ، أي أنها لا تختلف من حيث الطبيعة عن غيرها من القواعد القانونية التي تحكم الأنشطة المختلفة في الدولة ، وبرر هذا الاتجاه رأيه بمبدأ سمو الدستور ، اذ طالما تحتل القواعد الدستورية قمة الهرم القانوني في الدولة ، فهي من ثم فهي تعلو على غيرها من القواعد القانونية ، وهي في الوقت عينه مصدر قانونيتها جميعا. وبما أن القواعد الدستورية

هي التي تمنح الصفة القانونية لجميع القواعد المطبقة في الدولة فعليه يجب أن تتمتع القواعد الدستورية بدورها بنفس الصفة التي تتمتع بها تلك القواعد ،اي الصفة القانونية .

في حين أنكر الاتجاه الثاني الطبيعة القانونية للقواعد الدستورية ، مستندا في ذلك الى فقدان عنصر الجزاء ، اذ ذهب البعض من الفقهاء إلى أن القاعدة الدستورية ينقصها عنصر الجزاء، حيث يشترط هؤلاء في الجزاء أن يكون مادياً تتكفل السلطة العامة بتوقيعه بما لديها من وسائل، وقد فات اصحاب هذا الرأي ان من المسلم به أن كل قاعدة قانونية تتعلق بالنظام العام فهي قاعدة أمرة يترتب عن مخالفتها جزاء مادي توقعه السلطة العامة على المخالف، وعلى ذلك فإن القواعد الدستورية ما دامت تمثل إرادة المجتمع العليا وتوجهاته في الجوانب السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فإن تجاوز هذه القواعد يصنف في خاتمة المحرمات، من ناحية أخرى فإنه لا يشترط في الجزاء ان يكون متمثلاً في الإكراه المادي الذي تقوم السلطة العامة بتوقيعه، ويمكن أن يتمثل ذلك الجزاء في رد الفعل الاجتماعي الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية (والذي يتمثل في الضغط الشعبي والاضطرابات والمظاهرات والانتفاضات والثورات ، فضلا عن النص على الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وإعطاء الحق للبرلمان في مسائلة أعضاء السلطة التنفيذية، اضافة الى الرقابة على دستورية القوانين بالنسبة للدول التي تأخذ بها،فإن من حق القضاء الامتناع عن تطبيق أو إلغاء القوانين المخالفة للدستور)، فالجزاء يختلف باختلاف نوع القاعدة ذاتها وتختلف صورته وأنواعه بما يتناسب مع مضمون القاعدة القانونية والمصالح التي تحميها .

أما الاتجاه الفقهي الثالث فيذهب إلى القول بأن للدستور طبيعة سياسية وأن هذه الطبيعة تكمن في إن القواعد الدستورية لا يمكن أن تبين طريقة ممارسة السلطة دون أن تحدد أو تتركس القابضين على هذه السلطة لذلك فإن الدساتير حملت منذ نشأتها معنى ومدلولاً سياسياً حين استعملت كوسيلة لتكريس سلطة فرد أو فئة أو حزب أو طبقة. ومن ثم فإن طبيعة القواعد الدستورية – وفقا لهذا الاتجاه - هي طبيعة سياسية،وللدستور مدلول سياسي وان تضمنت الوثيقة الدستورية قواعد ذات طبيعة قانونية.

وأيا ما كانت طبيعة القواعد الدستورية فإنها تقسم الى نوعين :

- القواعد التقريرية (الوضعية): وهي النصوص التي صيغت بشكل قواعد قانونية محددة تتعلق بمراكز قانونية واضحة المعالم وقابلة للتطبيق المباشر وتكون ملزمة لسلطات الدولة، فهي نصوص محددة تنتمي في مظهرها وجوهرها الى احكام القانون الوضعي.

- القواعد التوجيهية (المنهجية): وهي النصوص التي جاءت بشكل عبارات رثانة، وتحمل مثلاً عليا وتتضمن توجيهات عامة وأمانى وأهدافاً وبرامج عمل تسعى الدولة إلى تحقيقها، أي لا تكون قانونية محددة وقابلة للتطبيق المباشر، ولا تكون ملزمة لسلطات الدولة، فهي بمثابة مبادئ غير محددة النصوص ولا يمكن ان تعتبر من ثم قواعد ملزمة يمكن الاحتجاج بها ، وعليه تتجرد من صفة الالتزام الفوري ويلتزم المشرع ازانها بالتزامين :

1- التزام سياسي يكمن في وجوب تدخله – المشرع – لاصدار التشريعات اللازمة لوضع هذه المبادئ موضع التنفيذ.

2- التزام قانوني يكمن في ان المشرع لا يستطيع مخالفة هذه المبادئ والقواعد فيما يصدره من تشريعات والا فان عمله يعد غير دستوري.

واذا كان كلا نوعي القواعد التقريرية والتوجيهية يتمتعان بذات القيمة القانونية فان للأفراد الحق بالمطالبة بتطبيق النصوص التوجيهية؛ لأنها تمثل توجهات فلسفية عامة لا يمكن تطبيقها من دون تدخل المشرع العادي, وعود الى بدء نقول ان المادة (100) من الدستور تعد في رأينا قاعدة توجيهية تقتضي من مجلس النواب العراقي التدخل من اجل وضعها موضع التطبيق من جهة , وتلزمه – اولا قبل الافراد والسلطات الاخرى في الدولة – بعدم مخالفتها فيما يضع من تشريعات , الا ان الواقع افصح عن مخالفة بينة وقع فيها مجلس النواب وكان اول من انتهك القاعدة القانونية حين وضع بعض القوانين التي اعادت النص على استثناءات ترد على الرقابة القضائية , سنتطرق اليها لاحقا.

ثانيا – المادة (100) واعمال السيادة

تنشأ اعمال السيادة في الدولة اما قضائيا – كما في فرنسا – او تشريعيا – كما في مصر والعراق , اذ نصت المادة (4) من قانون السلطة القضائية الملغى لسنة 1963 على ان ليس للمحاكم ان تنظر في كل ما يعد من اعمال السيادة . ثم جاءت المادة (10) من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 لتقرر بان لاينظر القضاء في كل ما يعد من اعمال السيادة .

اما المادة (7) من قانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل بالقانون 106 لسنة 1989 – والذي انشئ بموجبه القضاء الاداري في العراق – فقد اشارت في فقرتها الخامسة الى " لاتختص محكمة القضاء الاداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما ياتي ا: – اعمال السيادة وتعتبر من اعمال السيادة المراسيم والقرارات التي صدرها رئيس الجمهورية ...."

ولامجال هنا للخوض في كل تفاصيل اعمال السيادة في العراق , لكن نقول ان المشرع العراقي تفرد اولا باضفاء صفة اعمال السيادة على جميع المراسيم والقرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية مخالفا بذلك الاتجاه الفقهي والقضائي بل والتشريعي السائد في معظم دول العالم والذي يدعو الى التضييق من دائرة اعمال السيادة ويسعى حثيثا الى التخلص منها , وثانيا ان المشرع العراقي انما صادر حق التقاضي في مناسبات كثيرة – تعد اعمال السيادة نمطا منها – فقد اورد المشرع العراقي استثناءات كثيرة على الولاية العامة للقضاء. وذلك بالنص في قوانين متفرقة وقرارات صادرة عن مجلس قيادة الثورة المنحل على استبعاد المنازعات الناشئة عن تطبيقها عن ولاية القضاء. ويمكن تصنيف هذه الاستثناءات بصورة تقريبية على النحو الاتي:

1- نصوص قانونية تستبعد بعض المنازعات عن ولاية القضاء دون النص على إنشاء لجنة ادارية او مجلس اداري للنظر فيها. ومن ثم لايبقى امام صاحب العلاقة سوى اللجوء الى التظلمات الادارية. الولاية منها والرئاسية، سواء نص المشرع على ذلك او لم ينص.

2- نصوص قانونية تستبعد بعض النزاعات من الولاية العامة للقضاء وتنشئ بدل ذلك لجانا او مجالس إدارية او شبه قضائية للنظر في هذه المنازعات على خلاف في التفاصيل من حالة الى أخرى.

3- نصوص قانونية تنشئ لجانا إدارية للنظر في بعض المنازعات ابتداء على ان يكون لذوي العلاقة حق الطعن في قرارات هذه اللجان امام محكمة التمييز.

ولاجدال في ان النصوص المتعلقة باعمال السيادة في قانون مجلس شورى الدولة او قوانين التنظيم القضائي تعتبر نصوصا غير دستورية يجب الغاؤها ، وذلك لمخالفتها لنص المادة (19/ ثالثا) من الدستور والتي تنص على ان "التقاضي حق مصون ومكفول للجميع" ، فاذا كان حق التقاضي مكفولا للناس كافة ، وسيادة القانون اساس الحكم في الدولة ، وتخضع الدولة للقانون ، والدستور ينص على عدم جواز تحصين أي قرار اداري من الرقابة القضائية ، وكل ذلك بحكم الدستور فلماذا لا تخضع كل اعمال الدولة للقانون ، ولماذا يقرر المشرع بعد ذلك اعمالا يستثنىها من الخضوع للرقابة القضائية لينتقص بها من مبدأ المشروعية ؟

ويعتقد البعض ان نص المادة (100) سالف الذكر يعد تصحيحا للوضع القائم وايدانا بانتهاء ما يسمى باعمال السيادة او على الاقل لاغيا لكل النصوص التشريعية التي منعت القضاء من نظر بعض المنازعات ، ونحن نعتقد على خلاف ذلك ان المادة (100) لاتدل نهائيا على ما تقدم وندلل على ذلك بالتالي :

1- ان الدستور المصري لسنة 1972 النافذ احتوى على نص المادة (68) التي نصت على منع تحصين اي عمل او قرار اداري من الرقابة القضائية ، الا ان ذلك لم يمنع من ابقاء ما يطلق عليها باعمال السيادة .

2- حاول المشرع العراقي – قبل صدور دستور 2005- التخلص من هذه الاستثناءات بان اصدر القانون رقم 17 لسنة 2005 والذي جاء تحت عنوان " قانون الغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى" ، والذي جاء في مادته الاولى " تلغى النصوص القانونية اينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة المنحل اعتبارا من 17 / 7 / 1968 لغاية 9 / 4 / 2003 التي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل" ، لكن الطريف في الامر ان هذا القانون اورد استثناءا على القاعدة العامة التي قررها تتمثل في المادة الثالثة منه والتي نصت على " تستثنى قوانين وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ووزارة التربية والضرائب وقرارات منع التجاوز على اراضي الدولة من احكام هذا القانون" ، دون بيان لسبب ايراد مثل هذه الاستثناءات ، ولو كان في نية المشرع الغاء كل النصوص التي تحصن اعمال الادارة من الرقابة القضائية فكان من باب اولى الغاء نص المادة (3) من القانون رقم 17 سالف الذكر، وكأن المشرع العراقي يابى الا ان يكون عصيا على بسط الرقابة القضائية على جميع المنازعات.

3- نرى بان نص المادة (100) لايعدو ان يكون نصا توجيها – كما اسلفنا – ومن ثم فلا بد من تدخل تشريعي لالغاء النصوص القانونية التي منعت المحاكم من نظر

بعض المنازعات، فالمادة (100) لاتعدو ان تكون خطوة من بين خطوات لا بد للمشرع العراقي من اتخاذها ضمانا لسيادة القانون واعمالا لمبدأ المشروعية , وعليه ندعوه - المشرع العراقي - الى استكمال هذه الخطوة بخطوات لاحقة تؤكد كتعديل بعض النصوص والغاء اخرى لمنع هذا التناقض الواضح بين النص الدستوري والواقع العملي.

4- لم يمنع نص المادة (100) من صدور بعض التشريعات التي حظرت على المحاكم النظر في منازعات معينة ، مثل قانون التقاعد الموحد رقم ( 27 ) لسنة 2006 المعدل في المادة (20/ ثالثا) ، كما ان محكمة القضاء الاداري- من جهة اخرى - لم تتوانى عن تطبيق التشريعات القديمة – رغم وجود نص المادة (100) - والتي منعت المحاكم من نظر بعض المنازعات مثل القرار الصادر عنها في 2007/12/9 في الدعوى المرقمة 84/قضاء اداري/2007، والذي امتنعت فيه عن نظر الدعوى بسبب المادة (38) من قانون وزارة التربية رقم رقم (34) لسنة 1998 المعدل منعت المحاكم من سماع الدعوى التي تقام على الوزارة أو الدوائر التابعة لها في كل ما يتعلق بالقبول أو الانتقال أو الامتحانات أو العقوبات الانضباطية التي تفرض على التلاميذ والطلاب بسبب الرسوب أو غيره وأعطت للوزارة والدوائر التابعة لها كل حسب اختصاصه حق البت في الشكاوى التي تنشأ عن هذه الأمور، اما مجلس الانضباط العام فقد قرر – هو الآخر - بقراره المرقم 2006/87 المؤرخ في 2006/5/28 رد الدعوى لأن الفقرة (2) من المادة (38) من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم 40 لسنة 1988 المعدل منعت المحاكم من النظر في دعاوي منح الألقاب والشهادات العلمية والفخرية، وتكون الوزارة والجامعة هي المختصة وحدها بالبت في ذلك ، وغيرها من الامثلة كثير.اذ ان القضاء الاداري في العراق وقع هو الآخر في خلط ما بعده خلط حين استند الى نص غير دستوري في تحصين بعض الاعمال واستبعادها من رقابته، اذ انه يستند الى المادة (3) من القانون رقم 17 في عدم نظر بعض المنازعات , وقد فاتته ان القانون المذكور – في حال اعتقاد البعض ان المادة 100 من الدستور تقضي على ظاهرة تحصين قرارات الادارة من الرقابة القضائية – يعد بحد ذاته لاغيا لمخالفته لما ورد في الدستور.