مجلة

كلية التـــراث الجامعة

مجلة علمية محكمة

متعددة التخصصات نصف سنوية

العدد التاسع والثلاثون

عدد خاص بوقائع المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر (الدولي الخامس)

18 نيسان 2024

ISSN 2074-5621

رئيس هيئة التحرير

أ.د. جعفر جابر جواد

مدير التحرير

أ.م. د. حيدر محمود سلمان

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق 719 لسنة 2011

مجلة كلية التراث الجامعة معترف بها من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بكتابها المرقم (ب 3059/4) والمؤرخ في (2014/ 4/7)

تأسيس التعليم العالي الأهلي والتحديات الدستورية والقانونية المعاصرة (دراسة تحليلية تقويمية)

أ.د. علي سعد عمران عبيد القيسي

كلية القانون/جامعة التراث

مقدمة عامة

أولاً : فكرة موضوع البحث : يتعامل القانون مع الاشخاص الطبيعية بصفتهم الادمية تعاملاً مباشراً في جوانب الحياة المتعددة، فينظم تصرفاتهم ويقيد بعض حرياتهم حماية للمصلحة العامة، لذا فكل نشاط يروم الافراد أن يقوموا به نجد ان له أسساً قانونية هدفها تنظيم هذا النشاط لان تركه دون تنظيم قد يضر بالعلاقات القانونية بين الافراد انفسهم كما انه قد يضر بالمصلحة العامة التي من واجب الدولة حمايتها، لذا نجد ان النشاط الفردي سواء أكان في الجانب المدني أم التجاري أم الاسري أم الاداري أم الجنائي، دائماً ما يتناوله التنظيم القانوني حفاظاً على سير الحياة بشكل سليم لا فوضوي.

واذا كان القانون يتعامل مع الافراد "الاشخاص الطبيعية" بهذه الطريقة فان الاشخاص المعنوية ايضاً تخضع للنظام القانوني للدولة فبعد ان تمنح الصفة القانونية وتترتب نتائجها بصورة سليمة، نجد ان القواعد القانونية تنطبق عليها أيضاً بوصفها وحدة قانونية متكاملة بغض النظر عن مؤسسيها. وفي سياق البحث قد تقوم هذه الاشخاص المعنوية بتأسيس بعض المؤسسات التعليمية في نطاق القطاع الخاص ، فان هذا الحال يلقي بظلاله على جانب التنظيم القانوني ، فهي ستخضع للنظام القانوني ذاته المطلوب لتأسيس أي مؤسسة تعليمية خاصة اذا قام به الشخص الطبيعي مع وجود بعض الاشتراطات القانونية المختلفة بحسب النصوص القانونية المطبقة، هذه النصوص التي يجب أن تكون متفقة في مبناها مع أحكام الدستور شكلاً وموضوعاً والا عد النص مشوباً بعدم الدستورية وهو ما يلقي بضلاله على عدم دستورية تأسيس المؤسسة التعليمية الأهلية, الامر الذي يستلزم ان يكون تشريع القانون مستوعباً للفلسفة الدستورية المحيطة بالنص المنظم للتعليم الخاص سواء أكانت تلك الفلسفة ذات صلة مباشرة بالتعليم الاهلي أم غير مباشرة, إضافةً الى ذلك فان هذا الحق المقرر باستحداث المؤسسات التعليمية بالنسبة لأشخاص القانون الخاص قد يواجه في ميدان التطبيق العملي وجود اكثر من نص ينظمه مما قد يثير بعض الاشكاليات في التطبيق, ومعه نحتاج الى معرفة القانون الواجب التطبيق واليات التعامل مع هكذا حالات عملية ليتحقق مبدأ الشرعية الدستورية والمشروعية القانونية , اللذان يمثلان أُسس الدولة القانونية التي يسود فيها حكم القانون على مختلف الاصعدة , سيما وان الموضوع بمؤسسات تعليمية يفترض فيها انها تنير الدرب لأبناء المجتمع , وتعمل على احترام سيادة أحكام القانون وتربي الاجيال على ذلك.

ثانياً : فرضية البحث : يسعى هذا البحث الى إثبات فرضية مفادها ان الجهات التي تقوم بتقديم طلب تأسيس إحدى مؤسسات التعليم العالي الخاص "جامعة أو كلية أو معهد" لابد ان تستوفي الاشتراطات والاجراءات المطلوبة للتأسيس التي تنص عليها القواعد القانونية, لكي تستطيع ان تنهض بالمهمة الملقاة على عاتقها ولتحقيق اهدافها المثبتة في أنظمتها الداخلية والتي يجب أن تكون متفقة وتلك التي توخاها المشرع الدستوري صاحب الارادة التأسيسية, والمشرع العادي بان يكون وضعه للقانون مستوعباً للغايات الدستورية التي ارادها واضعوه.

ثالثاً : نطاق البحث : سيتجه بحثنا إلى التركيز على بحث تأسيس مؤسسات التعليم العالي الأهلية العراقية **حصراً** دون الاجنبية لوجود بعض الاشكاليات القانونية والعملية المتعلقة بها أكثر من الاجنبية. إضافة الى الرغبة في معرفة الحلول الدستورية والقانونية لتلك المشاكل. مع الاشارة الى ان التعليم العالي الأهلي لم تكن التجربة الاولى له في العراق بموجب دستور 2005 بل سبقته تجارب عديدة, ولكن الدستور المذكور يتميز بكونه أول وثيقة تتبنى هذا النوع من التعليم مع ما يقتضيه ذلك من اثار قانونية تترتب على سلطات الدولة المعنية.

رابعاً : مشكلة البحث : تظهر مشكلة بحثنا في استظهار المشاكل التي تعلقت بالنظام القانوني لتأسيس التعليم العالي الخاص لاسيما وان الدستور لعام 2005 أوجد له أساساً بأن نص على التعليم الأهلي -بمختلف مستوياته- صراحة, واولى مراحل هذا التأسيس هو مجموعة المتطلبات الواجب الايفاء بها لإيجاد أي مؤسسة تعليم عالي خاصة, ومدى اتفاق هذا التنظيم القانوني

مع المبادئ الواردة في صلب الوثيقة الدستورية, والتي تمثل تحديات دستورية، فهل استطاع المشرع العادي فهم تلك الرؤى والافكار التي ارادها واضعوا الدستور؟ هذا من **ناحية أولى** , ومن **ناحية ثانية** فأن القانون المنظم لتأسيس التعليم العالي الأهلي سُن بعد مايزيد عن العشر سنوات من صدور الدستور ونفاذه فما هو الحكم القانوني لتلك المؤسسات التعليمية الخاصة التي أُقيمت خلال هذه المدة الزمنية مع وجود قانون ينظم اجراءاتها سابقاً وهو ذي الرقم 13 لسنة 1996؟ وهل من سند دستوري لتلك الحلول التي من الممكن ان يضعها القانون الجديد ذي الرقم 25 لسنة 2016؟. ومن **ناحية ثالثة** الحاجة الى استظهار قدرة المشرع العادي في تنظيم اجراءات تأسيس التعليم العالي الأهلي بما يتناسب مع النظام القانوني العراقي من جهة ومع معطيات الواقع من جهة ثانية.

خامساً : تقسيم البحث : سنعمد الى تقسيم بحثنا هذا على مبحثين وكالاتي :

المبحث الاول: التحديد القانوني لتأسيس مؤسسات التعليم العالي الأهلي.

المقصد الاول : شروط تأسيس مؤسسات التعليم العالي الأهلي .

المقصد الثاني : إجراءات تأسيس مؤسسات التعليم العالي الأهلي.

المبحث الثاني: تأسيس مؤسسات التعليم العالي الأهلي في مواجهة التحديات الدستورية والقانونية.

المقصد الاول : مدى القدرة على تحقيق المبادئ الدستورية والقانونية.

المقصد الثاني: الوضع الدستوري والقانوني للمؤسسات السابقة على قانون 25 لسنة 2016.

ثم ننهي بحثنا هذا بخاتمة نسطر فيها أهم النتائج التي توصلنا اليها من خلال البحث وأهم التوصيات التي نراها .

المبحث الاول

التحديد القانوني لتأسيس مؤسسات التعليم العالي الأهلي

يعد الحق في التعليم من حقوق الانسان الاساسية الثابتة والتي نالت اهتماماً دولياً لما للتعليم من دور في بناء وتطوير الانسان وملكاته العقلية, وهذا الاهتمام لم يكن غائبا عن الانظمة القانونية الداخلية لدول العالم على اختلاف انظمتها السياسية إذ سعت الى ذكر هذا الحق وانفاذه في مجتمعاتها وابتدأت بالنص عليه في صلب الدستور واحاطته بمجموعة من الضمانات التي تكفل تنفيذه[1], **فالدستور** هو جزء من النظام القانوني للدولة وان تميزت أحكامه بالعلو على بقية النصوص الاخرى, غير ان أحكامه وقواعده تمثل مع غيرها من النصوص النظام القانوني للدولة[2].

وهو ماسار عليه مشرعي الدستور العراقي لعام 2005 إذ ورد في المادة (34) منه بأن "**أولاً: التعليم عامل أساس لتقدم المجتمع وحق تكفله الدولة...رابعاً: التعليم الخاص والاهلي مكفول وينظم بقانون**.."، وذلك لما للتعليم من دور هام في بناء شخصية الانسان والمجتمع وبالتالي الدولة. ولقد وضع المشرع الدستوري واجباً على مجلس النواب العراقي ، بوصفه السلطة المختصة بتشريع القوانين الاتحادية[3]، بأن يصدر قانوناً ينظم به هذا الحق المذكور في أعلاه ، وفي نطاق التعليم العالي وجد النص الدستوري في أعلاه تطبيقاً له –وان كان متأخراً بعض الشيء- فقد صدر قانون التعليم العالي الاهلي بالرقم 26 لسنة 2016[4].

والنقطة الجوهرية هنا تتمثل **بالتساؤل عن المتطلبات** القانونية كما سماها القانون لتأسيس هكذا مؤسسات تعليمية؟

ان استقراء نصوص القانون تلزمنا بالقول بأن هناك شروطاً واجراءات لتأسيس هذه المؤسسات غير ان القانون اطلق عليها تسمية "**متطلبات**" والاولى لو انه نظمها تحت عناوين "**الشروط**" و "**الاجراءات**" مراعاة لدقة الصياغة التشريعية , ذلك لان **الشرط** "عبارة عن تعليق حكم على شيء" وهو مايظهر من النص وصياغته[5], والشرط ليس علة وجود المشروط وانما

1) د. عيد أحمد الحسبان , حق التعليم في النظم الدستورية المعاصرة –دراسة تحليلية مقارنة-, مجلة علوم الشريعة والقانون , المجلد 39, العدد1, 2012, ص 365 , 371-375.

2 (Francis Hamon, Michel Troper, Droit Constitutionnel, 35e edition, LGDJ,2014, P.25.

3) تنص المادة "**61**" من الدستور العراقي على ان "يختص مجلس النواب بما يأتي: أولاً: تشريع القوانين الاتحادية".

4) ففي يوم 2016/9/1 أصدر رئيس الجمهورية قراره بالرقم 28 بإصدار القانون أعلاه ، والذي نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4416) في 2016/9/19 لينفذ بهذا التاريخ وفق نص المادة "**58**" منه على أن "ينفذ هذا القانون من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية" , وليحل بذلك محل قانون الجامعات والكليات الاهلية رقم 13 لسنة 1996 وليلغي ايضاً قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 17 لسنة 1997 ، كما صرحت بذلك المادة "**56**" من القانون الجديد .

5) د. عبد السلام عبد الفتاح محمد , مفهوم الشرط عند الاصوليين واثره في الفروع الفقهية , مجلة كلية الشريعة والقانون , المجلد 31, العدد 1, جامعة طنطا , 2016, ص 1943.

علة ثبوته لأنه ملازم له[6], أما **الإجراءات** فهي "سلسلة من الخطوات التي تتخذ لتنفيذ عمل ما فهي مجموعة الانشطة التي تمثل الطريقة الرسمية أو المقبولة للقيام بشيء ما"[7], ولذا فإننا سنعمد الى دراسة هذا المبحث في مقصدين الاول يتناول الشروط الواجب توافرها لتأسيس مؤسسات التعليم العالي الأهلي والثاني نخصصه لبحث الاجراءات المطلوبة لتأسيس المؤسسات المذكورة.

المقصد الاول

شروط تأسيس مؤسسات التعليم العالي الأهلي

بينت المادة الرابعة من قانون التعليم العالي الاهلي لسنة 2016 الشروط الواجب توافرها في من يقدمون طلب تأسيس أي مؤسسة تعليمية خاصة بالقول "**أولاً**- لمجلس الوزراء بناء على اقتراح من وزير التعليم العالي والبحث العلمي وبعد استكمال كافة **متطلبات** التأسيس منح اجازة تأسيس الجامعة أو الكلية أو المعهد الاهلي لأي من **الجهات** الاتية :

أ-حملة شهادة الدكتوراه أو الماجستير من المتقاعدين أو من غير الموظفين ممن هم بمرتبة أستاذ مساعد على الاقل على أن لايقل عددهم عن (9) تسعة أعضاء لتأسيس الجامعة الاهلية و(7) سبعة أعضاء لتأسيس الكلية الاهلية و(5) خمسة أعضاء لتأسيس المعهد الاهلي.

ب-الجمعيات العلمية أو النقابات المهنية ذات الاختصاصات العلمية والتربوية والثقافية على ان تستوفي الشروط المذكورة في الفقرة (أ) من البند (اولا) من هذه المادة.".

ويلاحظ على النص المتقدم في معرض تحديده للجهات التي يمكن ان تتقدم بطلب التأسيس مايأتي :

1.ان النص جاء مفصلا في نطاق كون المؤسسين من الاشخاص الطبيعية الذين ذكروا في البند (أولا) ، كما انه لم يستوجب أن يكون جميعهم من المتقاعدين بل يمكن أن يكونوا من غير الموظفين أصلا أو من الموظفين ولكن استقالوا من وظائفهم, بشرط ان يكونوا من حملة شهادة الدكتوراه أو لديهم لقب علمي أستاذ مساعد في الاقل .

ولكن مما يلاحظ على النص انه قد اجاز فقط لخمسة أعضاء أن يؤسسوا المعهد وهنا نتساءل ما مستوى الدراسة في المعهد الوارد في هذا القانون ليتفق مع أقل عدد من المؤسسين؟.

بمطالعة نصوص القانون يتضح لنا ان المعهد قد يكون للدراسات العليا فقط وهذا مايفهم من نص المادتين "8/ثالثاً" و"9"[8] وقد يكون للدراسة المهنية وهو ماجرى عليه نص المادة "8/رابعاً"[9], وهذا يعني ان مستوى الدراسة في المعهدين ستكون مختلفة النوع ولكن كيف امكن للمشرع المساواة بينهما في عدد المؤسسين لكل منها؟ وهذا بنظري يعد مصداقاً للارتباك التشريعي الذي يشهده هذا القانون. هذا من جهة أولى, ومن جهة ثانية اذا اخذنا عدد المؤسسين لمعهد دراسات عليا وقارناه مع عدد المؤسسين لكلية تقتصر في كثير من الاحيان على الدراسة الاولية فان العدد هو(7) من المؤسسين وكذلك الجامعة التي هي بدورها قد تقتصر أيضاً على الدراسة الاولية فإنها تحتاج إلى (9) من المؤسسين!!!.

وارى ان هذا المنهج التشريعي المتقدم غير دقيق من الناحيتين التشريعية والعلمية , وآية ذلك ان القانون نفسه عامل المعهد بانه كلية غير مرتبطة بجامعة حينما اشار في المادة "28" بان "تسري أحكام المادة -25- من هذا القانون على تأسيس المعاهد الاهلية" وبالرجوع الى المادة "25" نجدها تتحدث عن الكلية غير المرتبطة بجامعة والتي عاملها المشرع كجامعة من حيث المهام والاختصاصات وتعيين عميدها واختصاصاته[10]. وعليه فان المعهد عمادة ومجلساً انما سيعامل كجامعة أهلية فلماذا التمايز في عدد المؤسسين بصورة ملحوظة ؟. لاسيما اذا علمنا ان مهمة معاهد الدراسات العليا هي اصعب بكثير علميا وإداريا من مهمة الكليات والجامعات الاهلية الاخرى.

---

6) وعند عدمه ينعدم المشروط ولكن لا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط وبهذا يفترق "**الشرط** "عن "**العلة**" في ذلك ينظر: فاضل الصفار , المهذب في أُصول الفقه , بيروت , مؤسسة الفكر الاسلامي للطباعة والنشر والتوزيع , 2010 , ص 241-242.

7) حول مفهوم الاجراءات ينظر: د. صالح مهدي العامري , د. طاهر محسن الغالبي , الإدارة والاعمال, ط3, عمان, دار وائل للنشر, 2011, ص 280.

8) نصت المادة "8/ثالثاً "مدة الدراسة للدراسات العليا في ..المعاهد الاهلية لاتقل عن.." وقضت المادة "9" بأن "للوزارة الموافقة على استحداث برامج الدراسات **العليا** في ..أو معهد وذلك بعد توافر المتطلبات..".

9) نصت المادة "8/رابعاً " على ان "تكون الدراسة في المعهد سنتان في الاقل ويمنح المتخرج فيها **دبلوم** مهني أو تقني في اختصاصه".

10) تنظر المادتان "26-27" من القانون .

أما من الناحية العلمية فان هذا التمايز يؤثر على المستوى العلمي والتعليمي في نطاق الدراسات العليا لاسيما اذا كان المؤسسون جميعهم من حملة شهادة الماجستير-وان كان حاملاً للقب علمي- وقام بعضهم بالتدريس في الدراسات العليا التي يفترض فيها الخبرة والكفاءة والمقدرة العلمية لإنتاج علمي رصين .

اتجه القانون إلى الاعتراف لأي من الجمعيات العلمية والنقابات المهنية ذات الاختصاصات العلمية والتربوية والثقافية ان تطلب تأسيس جامعة أو كلية أو معهد أهلي بشرط مهم وهو ان تستوفي الشروط المذكورة في الفقرة (أ) من البند (اولا) من المادة ذاتها ، أي يجب أن يتوفر فيها النصاب المطلوب من حملة الشهادات والالقاب العلمية المنوه عنها سلفاً . ووفقاً للنص أعلاه فان الجهات التي لها حق تأسيس أية مؤسسة تعليمية أهلية تكون واحدة من تلك المحددة بالنص أعلاه ، فيجوز ان تكون أياً من الجمعيات العلمية أو النقابات المهنية هيئات مؤسسة.

وقد حدد القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل مفهوم الجمعية بالقول "1-الجمعية جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو معنوية لغرض غير الربح المادي."[11]. فالجمعية العلمية اذن هي شخص معنوي ذي طابع علمي لا تستهدف الربح المادي يكون بإمكانها ان تتقدم بطلب التأسيس وتكون جهة مؤسسة لإحدى المؤسسات التعليمية في مستوى التعليم العالي. كما ان للنقابات المهنية "بوصفها شخصاً معنوياً عاما"[12] ان تتقدم بطلب التأسيس ولتكن هيأة مؤسِسِة لمؤسسة تعليمية خاصة كنقابة المعلمين ونقابة الصيادلة ونقابة المهندسين وغيرها.

ولكن السؤال الذي يتبادر الى الذهن عن أهمية اشتراط أن تتوفر في الجمعيات العلمية والنقابات المهنية النصاب المطلوب من حملة الشهادات والالقاب العلمية المنوه عنها سلفاً وهل له صلة بالمستوى التعليمي الاكاديمي ؟ .

لا نعتقد بأن لهذا الشرط أية أهمية على المستوى العلمي والتعليمي داخل المؤسسات التعليمية المذكورة، ذلك ان هذه الجمعيات والنقابات ماهي الا هيئات مؤسسة للجامعات والكليات والمعاهد الاهلية اذ انها تلتزم بالدرجة الاولى بتوفير الامكانيات البشرية "كادر وظيفي متكامل من تدريسيين واداريين" والمادية "البنايات والمختبرات... الخ" والانفاق على المؤسسة التعليمية وهو ما صرح به القانون ذاته في المادة ذاتها البند "ثانياً-رابعاً" والمادة "6/أولاً وثانياً" وفي مواضع اخرى من القانون، ولذا لم يشترط القانون أن يكون أعضاء الهيئة المؤسسة هم من كادر الهيأة التدريسية، فالقانون حدد من هم أعضاء الهيئة التدريسية في "الفصل الخامس /الفرع الخامس" منه الموسوم "الهيئة التدريسية" اذ نصت المادة "33" على ان "تتألف الهيأة التدريسية من : أولاً: الاساتذة . ثانياً: الاساتذة المساعدين . ثالثاً: المدرسين. رابعاً: المدرسين المساعدين. خامساً: مايعادل الالقاب العلمية أعلاه في الجامعات العالمية.".

وعليه لا يشترط ان يكون أعضاء الهيئة المؤسسة أعضاء في الهيئة التدريسية، وبالتالي يكون هذا الشرط غير ذي فائدة علمية ولا بذي أثر على المستوى التعليمي والخدمة الاكاديمية المقدمة للطلبة في المؤسسات التعليمية الخاصة، بل قد يصار الى ان تكون الهيئة المؤسسة من حملة شهادة الدكتوراه فقط أو من حملة الماجستير وأعضاء الهيأة التدريسية هم من حملة الشهادات والالقاب العلمية العالية (أستاذ دكتور، أستاذ مساعد دكتور) فهؤلاء هم من يشترط فيهم تحقق شرط الشهادة واللقب العلمي لكونهم هم من سيتولون إدارة العملية التعليمية والتربوية في داخل المؤسسة الاهلية وسيضعون كل خبراتهم أمام انظار الطلبة تدريساً وإشرافاً وتعليماً ولاسيما في معاهد الدراسات العليا.

2. لقد حدد المشرع وعلى سبيل الحصر الجهات التي من الممكن أن تكون من ضمن الهيئات المؤسسة لأي مؤسسة تعليمية خاصة ويفهم من ذلك انه لم يجز للمؤسسات الخاصة ذات النفع العام المعروفة باهتمامها العلمي أو الثقافي أو التربوي من تقديم طلبات التأسيس لجامعات أو كليات أو معاهد. بخلاف القانون السابق الذي أجاز ذلك[13]. وفي الحقيقة لانعلم ماهي الحكمة التشريعية التي وضعها المشرع نصب عينيه وهو يشرع القانون ويورد هذا النص .

---

[11]) المادة "2/4" من القانون المدني .

[12]) وهي التي تنشأ بقصد توجيه النشاط المهني ورعاية المصالح الخاصة بمهنة معينة لذا تعد النقابات المهنية اشخاصا معنوية عامة أي انها تعد من اشخاص القانون العام وذلك لأنها تباشر نشاطا مشابها لنشاط السلطات العامة فهي تسهم في إدارة مرفق من مرافق الدولة لذا فهي تعد من الاشخاص الادارية المهنية . غير انها قد تخضع الى نظام قانوني مختلط يجمع بين القانون العام والخاص. للتفاصيل ينظر: د. مازن ليلو راضي , القانون الاداري , بغداد ، دار المسلة ، 2017 ، ص 120-121.

13) في المادة "**5**" التي قضت بأن "**أولاً**: يمنح مجلس الوزراء ..إجازة تأسيس ...3-المؤسسات الخاصة ذات النفع العام المعروفة باهتمامها العلمي أو الثقافي أو التربوي.". وبالنسبة للمؤسسات الخاصة ذات النفع العام فقد جرى القانون المدني العراقي على تعريفها في المادة (3/49) بأنها "شخص

واستطردت المادة الرابعة تبين بقية الشروط الواجب توافرها فقضت بالبند "ثانياً" بأنه "يشترط في الجهتين المنصوص عليهما في الفقرة (ب) من البند (اولا) من هذه المادة ان يكون :
أ-مركزها في العراق وغير مرتبطة بجهات أجنبية خارج العراق. ب-مضى على تأسيسها مدة لاتقل عن (5) خمس سنوات. ج-ذات نشاط ملحوظ في مجال النشر والتأليف. د-لها اسهامات واضحة وايجابية في تطوير التعليم العالي والبحث العلمي من خلال مشاركتها الجادة والمستمرة في المؤتمرات والندوات العلمية والتربوية داخل العراق وخارجه. هـــ-ذات قدرة مالية على تهيئة متطلبات الجامعة أو الكلية والانفاق عليها ويجوز الاتفاق مع الغير على تهيئة المتطلبات بما لايتعارض مع التشريعات الداخلية..". ويلاحظ على نص هذا البند وهو يحدد شرط القدرة المالية للجمعية أو النقابة في الفقرة "هـــ" انه لم يذكر "المعهد", وهذا مانراه قصور تشريعي على المشرع تداركه.
ثم أكد البند "ثالثاً" من المادة ذاتها شرط القدرة المالية للمؤسسة التعليمية المراد اقامتها بالقول "ان تكون للجامعة أو الكلية أو المعهد قدرة مالية لتهيئة المتطلبات كافة وتحدد بتعليمات تصدرها الوزارة". وأردف البند "رابعاً" بالقول بأن "لايجوز استئجار او استخدام مباني مؤقتة من قبل الجامعة أو الكلية أو المعهد.".
ومن الشروط الاخرى التي استلزمه القانون تحققها هي ما ذُكرت في المادة "6" من القانون بالقول " أولاً-يقدم طلب تأسيس ... الى الوزير[14] ... بعد تأمين المتطلبات المالية والبشرية والعلمية بضمنها البناية والمكتبات والمختبرات وغيرها من المتطلبات الضرورية وفق الشروط التي تحددها الوزارة وعلى أن لاتقل مساحة الكلية عن (7500) سبعة الاف وخمسمائة متر مربع ولكل قسم علمي (2500) الفين وخمسمائة متر مربع".
ونلاحظ على النص المتقدم الامور الاتية:
1.اطلاق المشرع على "**شروط**" التأسيس تسمية "**المتطلبات**" وكما أشرنا الى ذلك سلفاً.
2.منح وزارة التعليم العالي والبحث العلمي سلطة تقديرية واسعة في تحديد ماتراه مناسباً من شروط لإكمال تأسيس المؤسسة التعليمية الخاصة.
3.النقص التشريعي الواضح عند تحديد المشرع لمساحة المؤسسة التعليمية الخاصة, إذ اكتفى بذكر مساحة "الكلية" والقسم فقط دون الجامعة والمعهد, مع العلم بأن القسم هو جزء من المؤسسة التعليمية وليس مؤسسة مستقلة بذاته ليتم ذكره مع الاعراض عن ذكر المؤسسة ذاتها.
ثم أوجب البند "**ثانياً**" إرفاق "**نظام داخلي**" مع طلب التأسيس يتضمن " أ-اسم الجامعة أو الكلية أو المعهد ومقرها وأهدافها. ب-الموارد المالية للجامعة أو الكلية أو المعهد. ج-الهيكل التنظيمي للجامعة أو الكلية أو المعهد. د-الكلية الاهلية والاقسام أو الفروع العلمية فيها. هـــ-المعهد الاهلي والاقسام أو الفروع العلمية فيه. و-عدد أعضاء الهيئة التدريسية على الملاك الدائم في كل كلية أو معهد وكل قسم وفرع وشهاداتهم ومؤهلاتهم وخدماتهم السابقة. ز- هيكل عمل أعضاء الهيئة التدريسية . ح- أية أمور أخرى تنظم عمل الجامعة أو الكلية أو المعهد .
ويتبدى لنا من النص الملاحظات الاتية :
1.ان النص فيه **تزيد** لا مبرر له فهو قد أوجب ضرورة ان يتضمن "النظام الداخلي" "الهيكل التنظيمي للجامعة أو الكلية أو المعهد" وذلك في الفقرة "ج" ثم كرر المشرع المعنى ذاته في الفقرتين "د,هـ" ولكن بأسلوب مغاير.
2.أغفل النص ذكر "الجامعة" في الفقرة "و" عند تطلب ذكر أعضاء الهيئة التدريسية ممن هم على الملاك الدائم للمؤسسة التعليمية الخاصة.

المقصد الثاني

إجراءات تأسيس مؤسسات التعليم العالي الأهلي

اتجه القانون الى رسم الاجراءات الواجبة الاتباع من الهيئات المؤسِسة المذكورة في أعلاه وذلك من أجل البدء بالإجراءات الرسمية للحصول على إجازة تأسيس المؤسسة التعليمية، وورد ذلك في المادة السادسة منه التي قضت بأن " أولاً-يقدم طلب تأسيس الجامعة أو الكلية أو المعهد الى الوزير مشفوعاً بتقرير بعد تأمين المتطلبات الضرورية..".

معنوي ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذي صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية دون قصد الى أي ربح." ونص في المادة (1/56) على ان "**المؤسسات** التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يجوز بناء على طلبها ان تعتبر من المنافع العامة..".
14) المقصود به "وزير التعليم العالي والبحث العلمي" وفقاً لصراحة المادة الاولى من القانون.

يتضح من النص الاتي:

1. ان الخطوة الاولى للشروع بالإجراءات الرسمية للتأسيس هي تقديم **طلب** التأسيس من إحدى الجهات المحددة سلفاً.

2.يكون هذا الطلب متضمناً شروط التأسيس التي أوضحناها في أعلاه, ومشفوعاً بتقرير, ولكن من الجهة التي ستقدم هذا التقرير بعد ورود الطلب اليها؟ هذه المسالة التي **أغفل عن ذكرها** المشرع وكان الاولى ذكرها بالنص, وهي "دائرة التعليم الاهلي".

ثم استطرد النص بالقول "ثالثاً-أ- يحيل الوزير طلب التأسيس المستوفي المتطلبات المنصوص عليها في البندين (أولا) و(ثانيا) من هذه المادة مشفوعاً برأيه الى مجلس الوزراء خلال (60) ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب. **ب**-يبت مجلس الوزراء بطلب تأسيس الجامعة أو الكلية أو المعهد من عدمه خلال (90) تسعين يوماً من تاريخ تسجيل الطلب, وفي حالة عدم البت في طلب التأسيس خلال المدة المذكورة يعد **الطلب مقبولاً** ضمنياً. ج- في حالة رفض طلب التأسيس من قبل مجلس الوزراء فلطالب التأسيس حق التظلم لدى محكمة القضاء الاداري خلال (30) يوماً من تاريخ رفض الطلب.".

من مطالعة النص المتقدم يتضح من النص الآتي :

1. الجهة المختصة بالموافقة على استحداث وتأسيس أي مؤسسة تعليمية خاصة هو **"مجلس الوزراء"** وهو ماأشارت اليه ايضاً المادة **الرابعة** من القانون بالقول **"أولاً**-لمجلس الوزراء بناء على اقتراح من وزير التعليم العالي والبحث العلمي وبعد استكمال كافة متطلبات التأسيس منح اجازة تأسيس الجامعة أو الكلية أو المعهد الاهلي..". وهذا النص مما لايمكن مخالفته أو الاتفاق على خلافه لان قواعد الاختصاص التشريعي من النظام العام[15].
2. من خلال استقراء نص الفقرتين "ب,ج" أعلاه يتضح ان المشرع قرن كلمة **"بت"** بـــ **"الموافقة"** وهذه صياغة تشريعية غير سليمة في استخدام المفردات اللغوية لان **"بت"** تعني قطع بالأمر أو حسمه سواء أكان هذا القطع بالموافقة أم الرفض[16], وهو مايقتضي أن تعاد صياغة النص المذكور.
3. أقام المشرع قرينة قانونية مقتضاها ان انقضاء مدة الـــ "90 يوما" دون رد صريح من مجلس الوزراء يعد **قبولا** لطلب التأسيس.
4. اتجه المشرع الى تفعيل **حق التقاضي** والطعن بالقرارات الادارية التي يعتقد الافراد انهم قد تضرروا منها, ولذا نجده أوضح في المادة أعلاه بان لمن رفض طلبه بتأسيس المؤسسة التعليمية الخاصة التوجه الى **"محكمة القضاء الاداري"** للطعن بعدم قانونية او مشروعية القرار الصادر عن مجلس الوزراء لأسباب يعتقدها المتضرر والتي سيبقى للمحكمة التأكد منها في ضوء الادلة التي ستتوافر امامها.

إذا صدر قرار مجلس الوزراء بالموافقة على منح إجازة التأسيس لإحدى تلك الجهات المحددة قانوناً فهنا يتوجب عليها القيام بإجراء اخر ذو **طبيعة مالية** وهو دفع رسم منح الاجازة , وهو ما حددته المادة السابعة من القانون بالقول "تستوفي الوزارة من الجامعة أو الكلية أو المعهد الاهلي رسم منح إجازة التأسيس الذي يحدد مقداره بقرار من مجلس الوزراء ويؤول الى الخزينة العامة للدولة.".

المبحث الثاني

تأسيس مؤسسات التعليم العالي الأهلي في مواجهة التحديات الدستورية والقانونية

يتضمن النظام القانوني للدولة مجموعة قواعد قانونية، وهذه القواعد ليست في مرتبة واحدة متساوي ، وإنما تكون على مراتب متدرجة، مما يترتب معه إن كل قاعدة يجب أن لا تخالف القاعدة التي تعلوها في المرتبة، وعلى هذا النحو يتشكل النظام القانوني في الدولة على شكل هرم، وتأتي القواعد الدستورية في قمة هذا الهرم لذا فان أي تصرف تقوم به أي من سلطات الدولة ينبغي أن يجد له أساساً في الدستور وأن يكون متناغماً وتلك المبادئ والاهداف المسطرة فيه[17], ذلك ان الدستور لم يعد تلك الوثيقة المنظمة للسلطة السياسية داخل الدولة فقط بل امتد نطاق تنظيمه لمبادئ حقوقية أخرى ذات أهمية

15) ولكون هذه القواعد من النظام العام فانه يتطلب أن تكون صياغتها دقيقة في تحديد الجهات المختصة بإصدار القرار , كما ان لقواعد الاختصاص مصدر اخر غير القانون وهو الاجتهاد القضائي ومن ابرز تلك القواعد "توازي الاختصاصات" و "توازي الاشكال". للتفاصيل ينظر :
Jean Claude Ricci , Droit Administratif General ,5ed , Paris, hachtte supereur, 2013 , P.194,195.

16) في معنى **"بت"** ينظر : صالح العلي الصالح , أمينة الشيخ سليمان الاحمد , المعجم الصافي في اللغة العربية , الرياض , 1441هـ , ص27.

17) د. عوض الليمون , الوجيز في النظم السياسية ومبادئ القانون الدستوري , ط2, عمان, دار وائل للنشر, 2016, ص 310.

داخل مجتمع الدولة, فأضحت تلك النصوص معبرة عن قيم معينة داخل المجتمع والية لتحقيق أهداف معينة, وعليه لم يعد للدستور مفهوم قانوني محض بل نصوص لها علاقة بالنظام الاجتماعي وقيمه المعبر عنها فيه[18]. وان احترام النصوص الدستورية عند ممارسة هيئات الدولة للاختصاصات المناطة بها من "تشريعية وتنفيذية وقضائية" يعد محققاً لمبدأ المشروعية الدستورية[19]. كما ان على المشرع وهو يضع النصوص القانونية أن لا يأتي في تشريعه تناقض أو تعارض مع نصوص القوانين الاخرى المتساوية معه في المرتبة القانونية لئلا تكون التشريعات مصدر اختلاف في التفسير والتنفيذ, كما يفترض فيه أن يكون متناسق الاجزاء ومحققاً للأهداف المرجوة منه ومتفقاً مع الواقع الذي يراد له ان يطبق فيه, وأن يمتاز بحسن الصياغة التشريعية[20].

وانطلاقاً مما تقدم **فإننا** سنبحث في مدى قدرة **"قانون التعليم الاهلي"** على تحقيق ماتقدم من مفاهيم وأفكار وذلك في مقصدين نخصص الاول منهما الى بيان مدى قدرة القانون على تحقيق المبادئ الدستورية في ميدان تأسيس مؤسسات التعليم العالي الخاص وفي الثاني نبحث في مشكلة المؤسسات المقامة قبل نفاذه وحل مشكلة شرعية وجودها دستورياً وقانونياً.

المقصد الاول

مدى القدرة على تحقيق المبادئ الدستورية والقانونية

عديدة تلك المبادئ الدستورية التي يتوجب على المشرع العادي احترامها عند سن القانون, من أجل ان لا تنهض شكوك عدم الدستورية تجاهه, غير ان بحثنا يقتصر على التحقق من مرحلة أولى من مراحل إيجاد التعليم العالي الخاص وهي مرحلة التأسيس والتي نبدئ بها من وضع القانون محل الدراسة, بوصفه جاء تنفيذاً للنص الدستور, وهو السند القانوني لعملية تأسيس المؤسسات التعليمية الخاصة بعد نفاذه, وحتى تلك التي أُقيمت قبل نفاذه, ولهذا الاهمية فإننا سنبتدئ من لبناته الاولى.

الغصن الاول : تشريع القانون وتسميته : اتجه الدستور العراقي الى وصف جمهورية العراق بأنها **"دولة اتحادية"**[21] وهو ما اقتضى توزيع مجموعة من الاختصاصات المتعلقة بممارسة السلطة السياسية وكذلك الادارية بين السلطات الاتحادية ونظيراتها المحلية إضافة الى وجود "الاختصاصات المشتركة" بينها, وكانت حصة **"التعليم"** بأنه من الاختصاصات المشتركة, وهو ماصرح به البند **"سادساً"** من المادة **"114"** بالقول بأن يتم "رسم السياسة التعليمية والتربوية العامة بالتشاور مع الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم" ومقتضى هذا النص بأن كل مايتعلق بالسياسة التعليمية –مناهج واقامة مؤسسات- يكون مشتركا بين السلطات الاتحادية والمحلية وهو ما يفترض أن يكون انشاء مؤسسات **"التعليم العالي الخاص"** والقواعد القانونية المنظمة لها من الاختصاصات المشتركة, فلا يحق لإحدى السلطات الاتحادية أو المحلية أن تنفرد بممارسة هذا الاختصاص والا كان مايصدر عنها غير متفق وأحكام الدستور والقانون[22], غير انه مما يلاحظ بصدد تشريع القانون محل الدراسة, بأنه لم يتم إشراك الاقليم الموجود حالياً ولا المحافظات غير المنتظمة في إقليم بهذا الموضوع , بل لم يؤخذ رأيهم بأي من نصوصه, رغم انه قانون يتعلق بوضع مبادئ عامة ستطبق على مسألة إنشاء مؤسسات تعليمية خاصة وفي أرجاء العراق كدولة اتحادية -وهو ماحصل بالفعل في الوقت الحاضر- , لذا فقد انفرد مجلس النواب العراقي بوضع نصوص هذا القانون[23], وهو ما يلقي بضلاله على القول بمخالفة إجراءات تشريعه لنصوص الدستور وتحديداً نص المادة "114/سادساً". هذا من **جهة تشريع القانون**.

أما من جهة تسميته فقد صدر القانون وهو يحمل الاسم "قانون التعليم العالي الاهلي بالرقم 26 لسنة 2016" ومن ينظر اليه فسيراه ولأول وهلة يحمل شبهة عدم دستورية واضحة , فالدستور وفي المادة "34/رابعاً" أشار الى " **التعليم الخاص والاهلي**" وعلى القانون أن يأخذ في نصوصه تلك الاسماء الواردة في القانون , ومع ذلك **فإننا نرى** ان النص الدستوري غير دقيق وهو ماأثر بدوره على المشرع العادي , إذ كان على المشرع الاول أن يورد نعت واحد لهذا النوع من التعليم دون أن

18) د. محمد المساوي, القانون الدستوري والنظم السياسية , ج1, المغرب , 2017, ص11-12.
19) د. سامي جمال الدين , القانون الدستوري والشرعية الدستورية , ط2, الاسكندرية , منشأة المعارف, 2005, ص 12 , 142.
20) في ذلك ينظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , د. أحمد حشمت أبو ستيت, أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون , القاهرة , مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر , 1950 , ص 13 , 25 , 75 ومابعدها.
21) وذلك بحسب نص المادة الاولى من الدستور.
22) بهذا المعنى د. علي سعد عمران , القضاء الاداري , عمان , دار الرضوان للنشر والتوزيع , 2016 , ص 232.
23) ينظر في ذلك : التقرير الذي أعدته دائرة البحوث في مجلس النواب العراقي الموسوم بـــ "قياس الاثر التشريعي لمشروع قانون الجامعات والكليات الاهلية" والمنشور على الموقع الرسمي للمجلس :
http://ar.parliment.Iq

يورد نعتين يدلان على معنىً واحد[24], وهو ما أوقع المشرع العادي بحيرةٍ من أمره فاستخدم أحد النعتين وضرب صفحاً عن الاخر فوقع بذلك بحومة عدم الدستورية. هذا من **ناحية** أولى. ومن **ناحية** ثانية فيلاحظ ان اتجاه المشرع في ذكر مؤسسات التعليم العالي الخاص في ثنايا القانون جاءت مشوبة بعيب الصياغة القانونية في كثير من الحالات فنراه تارة يذكر صفة كونها "**اهلية**" بعدها وتارةً ثانية لا يفعل ذلك وهذا منهج غير دقيق **اولاً** وهذا الذكر للصفة بعد الموصوف "المؤسسات التعليمية" فيه تزيد **ثانياً**، ذلك لان المادة الاولى وهي في ميدان ذكرها للتعاريف بينت صفة هذه المؤسسات بأنها "**أهلية**"[25]. فلا موجب لهذا التكرار في الصفات داخل النصوص القانونية.

الغصن الثاني : كفالة حق التقاضي : يعد حق التقاضي من الحقوق الاصيلة المستمدة من الاصول والمبادئ الدستورية العامة وهو يهدف الى حماية حقوق الافراد ورعاية المصلحة العامة عن طريق تقويم عمل السلطتين "التشريعية والتنفيذية" عند ممارسة اختصاصاتهما المخولة لهما بنص الدستور والقانون واجبارهما على احترام تلك النصوص وهو مايعزز مبدأ "سيادة القانون" و"علو الدستور"[26], وإعمال هذا الحق يقتضي إتاحة طرق الطعن والولوج الى ساحات القضاء دون عوائق أو قيود تنال من جوهره, وذلك لتمكينهم من الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم لاسيما إزاء سلطات الدولة الاخرى, ويكون ذلك أمام جهة قضائية مستقلة[27].

وإزاء ذلك اتجه المشرع الدستوري العراقي الى النص على هذا **الحق** في ثناياه بالقول "**التقاضي** حق مصون ومكفول للجميع"[28]. وحماية لهذا **الحق** نجد ان الدستور أورد نصاً **نعتقده** يمثل ضمانة مهمة لتفعيل الحق في التقاضي وهو نص المادة "100" الذي يقضي بان "يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن"[29], ويعد هذا النص من النصوص الدستورية الهامة التي تضفي حماية خاصة على حق التقاضي, **وان كنا نُفضل** لو أن المؤسس الدستوري قد أشار في المادة "100"" أعلاه الى الطعن القضائي لنتجنب الاختلاف في تحديد مفهوم "**الطعن**" الذي قد تتجه بعض التفسيرات الى قصره على الطعن الاداري أي التظلمات الادارية فقط دون الطعون القضائية, وهذا **مانراه مخالفاً** لإرادة المؤسس الدستوري الذي أورد نص هذه المادة في الفصل الثالث الموسوم بـــ "السلطة القضائية" والذي جاء في المواد "87-101", ومن قواعد تفسير النصوص الدستورية نجد قاعدة "التفسير بتنسيق النصوص" أي تفسير النص ضمن سياق النصوص المحيطة به وبحسب موضعه بينها للوصول الى إرادة المشرع من وضعه لهذا النص في هذا المكان[30] , وبتطبيق هذه القاعدة على النص المتقدم نصل الى نتيجة مفادها ان الطعن الوارد فيه يقصد به "**القضائي**" وليس "**الاداري**" .

لقد اتجه القانون -محل الدراسة- الى تطبيق هذه المبادئ الدستورية من خلال إتاحته لطريق الطعن بقرار "مجلس الوزراء" القاضي برفض طلب التأسيس من مقدميه, فسلطة المجلس المذكور -بوصفه الادارة- في هذا الموضوع هي سلطة تقديرية ، ذلك ان الفيصل في بيان سلطة الادارة هو نص القانون، الذي يحدد لنا نطاق هذه السلطة[31]، وعند الرجوع الى نص القانون نلحظ ان المشرع قد منح الادارة "وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ومجلس الوزراء أيضاً" سلطة تقديرية في هذا المجال, وهذا واضح في مجال تقديم طلب التأسيس، فالمادة **الرابعة** تشير بوضوح الى هذه السلطة بالقول "لمجلس الوزراء بناء على اقتراح من وزير التعليم العالي والبحث العلمي وبعد استكمال كافة متطلبات التأسيس **منح** اجازة تأسيس الجامعة أو الكلية أو

---

24) حول المعنى اللغوي لـــ "**أهلي**" و "**خاص**" ينظر: صالح العلي الصالح , أمينة الشيخ سليمان الاحمد , مصدر سبق ذكره , ص22 , 148 .

25) والتي نصت على أن "يقصد بالتعابير الواردة في هذا القانون المعاني المبينة ازاءها : ... الجامعة أو الكلية أو المعهد : أي جامعة أهلية أو كلية أهلية غير مرتبطة بجامعة أو معهد أهلي وفق أحكام هذا القانون."

26) د. فؤاد العطار , كفالة حق التقاضي, مجلة العلوم القانونية والاقتصادية , السنة الاولى , العدد1-2 , جامعة عين شمس-كلية الحقوق , 1959 ,ص 623 ,626.

27) د. سامي جمال الدين , المصدر السابق , ص12.

28) وفقاً لنص المادة "19/ثالثاً" منه.

29) مع منظومة من النصوص الاخرى التي تسانده وتدعمه ومنها ماورد في المادة "87" الخاصة بـــ "استقلال السلطة القضائية", وكذلك المادة "88" التي اقرت "مبدأ استقلال القضاة" و"عدم جواز التدخل في القضاء أو شؤون العدالة".

30) ينظر في ذلك : د. أحمد سلامة بدر , دور المحكمة الدستورية في تفسير النصوص القانونية , القاهرة , دار النهضة العربية , 2016 , ص101 – 102 . د. محمد باهي أبو يونس , الاختصاص الاصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في النظام الدستوري الكويتي , الاسكندرية , دار الجامعة الجديدة , 2008 , ص102 –ومابعدها .

(31) على انه يجب التنبيه بانه لاتوجد سلطة تقديرية للإدارة مطلقة ولا مقيدة بصورة مطلقة غير ان الاحكام تبنى على الغالب من الحالات . لمزيد من التفاصيل حول موضوع السلطة التقديرية والمقيدة للإدارة ينظر : د. عصام عبد الوهاب البرزنجي , السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية , القاهرة , 1971 , ص أ ومابعدها .

المعهد الاهلي لأي من الجهات الاتية..." وكذلك المادة (6/أولاً) تشير الى ان "يقدم طلب تأسيس الجامعة أو الكلية أو المعهد الى الوزير مشفوعاً بتقرير بعد تأمين المتطلبات المادية والبشرية والعلمية ....ثالثاً-أ- يحيل الوزير طلب التأسيس المستوفي المتطلبات ... مشفوعاً برأيه الى مجلس الوزراء.."، وهذا يعني ان القانون لم يشترط على **وزير التعليم العالي والبحث العلمي** الموافقة مباشرة وان يكون رأيه لمصلحة الجهة طالبة التأسيس, اذ له سلطة تقديرية في ذلك . فله ان يرفض الطلب اذا لاحظ مثلاً ان تأسيس هذه الجامعة او الكلية او المعهد لايحقق أهداف القانون المنصوص عليها في المادة الثانية منه، وكذا الحال بالنسبة **لمجلس الوزراء** حين ورود الطلب إليه فلن يكون **ملزما** لا بطلب الجهة المؤسسة ولا برأي الوزير.

غير ان السلطة التقديرية هذه لا تعد سلطة مطلقة غير خاضعة لرقابة القضاء، بل هي تخضع له بوصف الاخير حصن الحريات العامة وملجأ الافراد من تعسف الادارة[32]، ولذا نجد ان المشرع قد بين في المادة "6/ثالثاً-ج" بانه "في حالة **رفض** طلب التأسيس من قبل مجلس الوزراء فلطالب التأسيس حق **التظلم** لدى محكمة القضاء الاداري خلال (30) ثلاثين يوما من تاريخ رفض الطلب".

وحسناً فعل المشرع بإباحة طريق الطعن القضائي في قرار رفض طلب التأسيس المقدم من إحدى الجهات المؤسسة التي حددها القانون ، ليتفق مسلكه بذلك مع نصوص الدستور العراقي لعام 2005.

غير اننا نرى ان المشرع قد **أخطأ** حينما اشار الى حق **التظلم** أمام محكمة القضاء الاداري ، ذلك ان التظلم لا يقدم أمام الجهات القضائية بل يقدم أمام الجهات الادارية التي أصدرت القرار أو الجهات الرئاسية لها ، يطلب فيه صاحب الشأن إعادة النظر بالقرار الاداري الصادر بحقه بسحبه او تعديله وذلك قبل الالتجاء الى القضاء[33]، أما الاخير فتقام أمامه **دعوى** وليس تظلم ، وقد عرف قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل الدعوى بانها "طلب شخص حقه من اخر أمام القضاء"[34]. لذا **نقترح على** المشرع أن يسارع الى تعديل النص بما يضمن حق التظلم وحق رفع الدعوى أمام محكمة القضاء الاداري, لكون النص في حالته الاولى فيه تعارضاً في المفاهيم القانونية داخل النظام القانوني العراقي.

المقصد الثاني

الوضع الدستوري والقانوني للمؤسسات السابقة على قانون 25 لسنة 2016

سبق وان اشرنا بوجود مؤسسات تعليم عالٍ خاصة سابقة على نفاذ القانون -محل الدراسة- والتي نُظمت شروط واجراءات تأسيسها وفق القانون القديم, كما ان هناك من مؤسسات التعليم العالي الأهلي، ممن أُنشأت بعد نفاذ دستور 2005 ولكن بسبب تأخر إعمال نص المادة "34/رابعاً" فان اجراءات وشروط تأسيسها قد تمت على منحها إجازة التأسيس وفق ذلك القانون المرقم 13 لسنة 1996, **والسؤال الذي يطرح هنا هو : ان هذه المؤسسات التعليمية الخاصة كانت قد حصلت على اجازة مجلس الوزراء قبل صدور القانون الجديد فما هو الحل السليم لإدخال تأسيسها ضمن المشروعية القانونية؟ .**

لابد لنا من القول بان القاعدة العامة المسلم بها في علم القانون تتمثل بان القانون لا يسري الا باثر مباشر أي من تاريخ صدوره ، فالقانون لا يسري باثر رجعي، فهو لا يحكم ولا يطبق الا على الوقائع التي ستقع بعد نفاذه[35]. والقاعدة المتقدمة نص عليها دستورنا الحالي في المادة "19/تاسعاً" بالقول "ليس للقوانين اثر رجعي..."، وكذلك في المادة "129" التي نصت على أن "تنشر القوانين في الجريدة الرسمية، ويعمل بها من تاريخ نشرها..".

وعلى ذلك فان عدم النص على ان تكون **المؤسسات الخاصة ذات النفع العام** من ضمن جهات التأسيس لأي مؤسسة تعليمية أهلية الوارد في نص المادة الرابعة من القانون رقم 25 لسنة 2016 **لن يسري** على المؤسسات الخاصة التي كانت قد حصلت على اجازة مجلس الوزراء لتأسيس "جامعات أو كليات أو معاهد دراسات عليا اهلية". فهذه تبقى محتفظة بحقها المكتسب في ظل القانون القديم رقم 13 لسنة 1996 . وقاعدة عدم سريان القانون الجديد على مثل هكذا مؤسسات من حيث جهات التأسيس اكدها القانون ذاته في المادة "**58**" التي نصت على ان "ينفذ هذا القانون من **تاريخ** نشره في الجريدة الرسمية" .

وهنا نتساءل ايضاً عن الالية القانونية التي يجب ان تتبعها وزارة التعليم العالي والبحث العلمي للتعامل مع هذه المؤسسات الخاصة التي لها حق مكتسب, في ظل أحكام القانون الجديد؟ .

---

[32]) للتفاصيل ينظر د. علي سعد عمران , المصدر السابق, ص 50 – 54 .

[33]) د. محسن خليل , القضاء الاداري اللبناني ورقابته لإعمال الإدارة –دراسة مقارنة ، بيروت ، دار النهضة العربية ، 1972 ، ص 388 .

[34]) بحسب المادة (2) من القانون أعلاه .

35) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , د. أحمد حشمت أبو ستيت , المصدر السابق , ص221.

أوضحت المادة "**57/ثانيا**" من القانون الجديد حل السؤال المتقدم بالنص على ان "تتولى الوزارة اصدار تعليمات لتكييف أوضاع الجامعات والكليات ومعاهد الدراسات العليا والمجازة بقرار من مجلس الوزراء **قبل صدور هذا القانون.**".
وهذا يعني ان الوزارة هي المسؤولة قانونا عن تكييف (تصحيح) أوضاع الجامعات والكليات ومعاهد الدراسات العليا **أياً كانت الجهة المؤسسة لها** ومنها تلك التي اسستها هذه **المؤسسات الخاصة** ذات النفع العام وذلك تأكيداً لحقها المكتسب في ظل أحكام القانون القديم, الذي لم تلجأ الى الغش والتدليس في سبيل الحصول عليه والذي سيظل سارياً في ظل احكام القانون الجديد ، وهذا هو الحل القانوني السليم والذي يتفق مع روح العدالة .
وقد يثور في الذهن سؤالاً مفاده : **كيف يحق لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي ان ترجع بتكييف وتصحيح وضع حدث في الزمن الماضي وقبل نفاذ القانون الجديد، فكيف يتسنى للوزارة ان ترجع باثر القانون على الماضي وبقرار منها[36]؟**
.
في معرض **الاجابة نقول** بان الادارة (وزارة التعليم العالي والبحث العلمي) يجب ان تعمل وفق حدود القانون ولا يجوز لها ان تتجاوزه أو تتعداه والا كان قراراها خاطئ مستحق الالغاء ومثيراً لمسؤوليتها **القانونية وحتى السياسية**، لكن قيام الوزارة بتكييف الاوضاع المنوه عنها يعد صحيحاً ومشروعاً لا غبار عليه ولا يثير مسؤوليتها القانونية ولا السياسية حتى وان عالجت اوضاع ومراكز قانونية سابقة وباثر رجعي وذلك لوجود سندين هامين وهما :
الاول الدستور نفسه الذي قضى بجواز ان يرجع اثر القانون الى الماضي ليحكم وقائع وحوادث قبل نفاذه، فالمادة "19/تاسعا" مارة الذكر تشير وبوضوح الى ان "ليس للقوانين اثر رجعي **مالم ينص على خلاف ذلك.**" وكذلك في المادة "129" التي نصت على أن "تنشر القوانين في الجريدة الرسمية، ويعمل بها من تاريخ نشرها، **مالم ينص على خلاف ذلك**.". وهذا يعني انه من الممكن ان يرجع اثر القانون الى الماضي وذلك في الحالة التي ينص فيها القانون على جواز ذلك.
الثاني يتمثل بنص المادة "57/ثانياً" ذاتها التي تشير وبوضوح الى وجود إلزام قانوني على الوزارة بتكييف أوضاع "الجامعات والكليات ومعاهد الدراسات العليا" التي تأسست سابقا ومنها تلك التي اسستها **المؤسسات الخاصة ذات النفع العام** والتي حصلت على اجازة تأسيس بقرار من مجلس الوزراء وذلك قبل صدور القانون الجديد رقم 25 لسنة 2016 . وعلى ما يبدو بان سلطة الادارة هنا مقيدة إلى حد كبير احتراماً وتقديراً من المشرع للحق المكتسب لهذه المؤسسات الخاصة ذات النفع العام.
يترتب على ما تقدم بان وجود مؤسسات تعليمية عليا أهلية في العراق أُقيمت وأُنشئت من قبل مؤسسات خاصة ذات نفع عام وحصلت على اجازة مجلس الوزراء في ظل أحكام قانون 13 لسنة 1996 الملغي ، يعد وضعا قانونيا سليما وما على وزارة التعليم العالي والبحث العلمي سوى تكييف أوضاعها لتتماشى مع التنظيم القانوني الجديد .

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحثنا هذا يتوجب علينا ان نثبت أهم النتائج المستخلصة والتوصيات التي نراها ضرورية وكالاتي :

أولاً: النتائج:

1. تقضي القواعد القانونية بأن على المشرع العادي وهو يمارس اختصاصه التشريعي أن يكون في حدود تلك المبادئ الدستورية الصريحة, فيكون إزاء التزام بان لا يخالف تلك القواعد في عملية التشريع, والتزام ثانٍ يتمثل بتضمين التشريع المزمع إصداره تلك المبادئ, ليكون ذلك التشريع منسجماً والمبادئ الدستورية التي تعد أعلى واسمى من نصوص القانون العادي.
2. لقد حاول المشرع أن يأتي بتنظيم قانوني في ميدان تأسيس الجامعات والكليات والمعاهد الأهلية والتي تعد التأسيس الاول لها في القانون العراقي وفق أحكام القانون رقم 25 لسنة 2016, الذي تضمن رؤية جديدة تعكس الى حد ما الرغبة المتولدة لدى مشرعي القانون بوضع أسس جديدة للتعليم العالي الأهلي تتفق والمتغيرات المعاصرة التي شهدها العراق والدول الاخرى.
3. كل تنظيم قانوني وضعي يمكن أن يولد أثاراً ايجابية أو سلبية على الموضوع محل التنظيم وبما ان فلسفة التشريع يجب ان تكون حاضرة عند المشرع ليدرأ قدر الامكان الاثار السلبية لأنه ليس بالمنزه عن الخطأ، لذا كان لابد أن يأتي التنظيم القانوني

[36]) تعد التعليمات من القرارات الادارية التنظيمية التي تسعى الادارة من ورائها الى وضع قواعد قانونية عامة تخاطب عدد غير محدود من الافراد والحالات التي تنظمها وهذه التعليمات مهمتها وضع القانون الصادر عن السلطة التشريعية موضع التطبيق بما ليس فيه مخالفة للنص القانوني أو اضافة أو حذف منه . للتفاصيل ينظر: د. علي محمد بدير ، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، د. مهدي ياسين السلامي , مبادئ وأحكام القانون الاداري ، بغداد ، 1993 ، ص 453 .

للجهات المؤسسة للجامعات والكليات والمعاهد الأهلية، دقيقاً ومؤثراً بشكل ايجابي على الواقع التعليمي، بحيث يمكن من خلاله ان يحدث تغييراً ملحوظاً في المستوى التعليمي العراقي.

4. طغى جانب عدم الدقة العلمية والقانونية والقصور التشريعي على القانون محل البحث، عند تنظيمه لمتطلبات تأسيس المؤسسات التعليمية الأهلية، وقد ظهر ذلك واضحاً من خلال عدم الدقة في التقسيم السليم للموضوعات التي تتناولها النصوص بالتنظيم، وكذلك من عدم دقة صياغة النصوص، ومن الارباك الواضح في كيفية استخدام المفردات بما يتناسب ومعناها اللغوي والاصطلاحي. فضلاً عن اللغو التشريعي الذي بدا واضحا في بعض المواضع, كما ان تنظيمه لاشتراطات معينة في الجهة المؤسسة لم نجد لها اثراً علمياً على المستوى الاكاديمي.
5. قُدر للقانون أن يعالج بصورة منطقية وضع المؤسسات التعليمية الأهلية، التي كانت قد أُقيمت بعد نفاذ الدستور وقبل نفاذ القانون، وجاءت هذه المعالجة وهي مؤسسة على أُسس وقواعد دستورية سليمة تحفظ لها مشروعيتها وتحفظ الحقوق المكتسبة التي تمتعت بها في ظل نصوص سابقة, والعمل على جعل وضعها القانوني منسجماً والمتطلبات القانونية الجديدة.

ثانياً: التوصيات:

1. تعديل نص المادة "34/رابعاً" من دستور جمهورية العراق لعام 2005 بحذف كلمة "**الاهلي**" منه والابقاء على كلمة "**الخاص**".
2. تعديل نص المادة "100" من الدستور أعلاه بإضافة كلمة "**القضائي**" في نهايتها لتقرأ كالاتي "يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن **القضائي**".
3. انسجاماً والمقترح رقم "1" في أعلاه نرى ضرورة تعديل أسم القانون ليكون "**قانون التعليم العالي الخاص**", وهذا التعديل يشمل بقية نصوص القانون, وذلك بحذف كلمة "الاهلي" أينما وردت في القانون واحلال تسمية الخاص محلها.
4. من أساليب الصياغة التشريعية السليمة هو الاختصار وترشيد استخدام الالفاظ لغرض تبسيط القاعدة القانونية, وانسجاماً مع هذا الحال نوصي المشرع بترشيد استخدام وصف التعليم بـــ "**الخاص**" في الحالات التي تطلب ذلك مع حذفها من النصوص جميعها التي لا تتطلب هذه الصفة ويتم الاكتفاء بنص المادة الاولى من القانون، التي بينت هذه الصفة وحددتها بتلك المؤسسات المشمولة بأحكام هذا القانون محل الدراسة.
5. إعادة تقسيم الفصل الثاني من القانون محل الدراسة الموسوم بـــ "التأسيس" -وهو موضوع البحث- على فرعين يخصص الاول إلى تنظيم الاحكام الخاصة بـــ "**شروط التأسيس**" والثاني منهما الى "**إجراءات التأسيس**".
6. إزالة اللبس الحاصل في القانون فيما يتعلق بـــ "المعاهد" بان تعاد ترتيب الاحكام الخاصة بها وتكون منها الاحكام الخاصة بـــ "**معاهد الدراسات العليا**" و "**معاهد الدراسات الاولية**" ابتداءً من المادة الاولى المتعلقة بـــ "التعريفات والاهداف والوسائل" ومروراً بأحكام "التأسيس".
7. تعديل نص المادة "4/أولاً بإضافة فقرة "ب" والتي نصها الآتي "**ب- يكون مؤسسي معهد الدراسات العليا من المتقاعدين أو من غير الموظفين الحاصلين على شهادة الدكتوراه وممن لديهم لقب علمي أستاذ مساعد في الاقل ولا يقل عددهم عن (11) أحد عشر عضواً.**" . وذلك لخصوصية معاهد الدراسات العليا، ويعاد ترتيب الفقرة التي تليها لتكون "ج".
8. تعديل الفقرة "ب" من المادة "4/أولاً" والتي ستضحى الفقرة "ج" بحذف الشطر الاخير منها لتقرأ كالآتي "**الجمعيات العلمية أو النقابات المهنية ذات الاختصاصات العلمية والتربوية والثقافية.**".
9. تعديل نص المادة "6" البند "أولاً" بتحديد مساحة "**الجامعة والمعهد**" لتدارك القصور التشريعي وعدم الاكتفاء بتحديد مساحة الكلية فقط, مع ذكر الجهة الادارية التي تتولى تقديم طلب التأسيس الى الوزير المختص وهي "**دائرة التعليم الجامعي الاهلي**". وتعديل البند "ثانياً" بحذف الفقرتين "د,هـ" لكون الفقرة "ج" تستوعب مضمونهما, وفي ذلك ترشيد للصياغة التشريعية.
10. تعديل نص المادة "6/ثالثاً" بإعادة صياغتها مع إعادة ترتيب فقراتها لتقرأ كالآتي (ب-يبت مجلس الوزراء بطلب تأسيس الجامعة أو الكلية أو المعهد بالموافقة أو الرفض خلال (90) تسعين يوماً من تاريخ تسجيل الطلب, وفي حالة عدم البت في طلب التأسيس خلال المدة المذكورة يعد الطلب مقبولاً ضمنياً. ج- في حالة رفض طلب التأسيس من قبل مجلس الوزراء فلطالب التأسيس حق التظلم لدى مجلس الوزراء خلال (15) خمسة عشر يوماً من تاريخ رفض الطلب ، وعلى المجلس

الاجابة على التظلم خلال (15) خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيله ، فان مضت المدة دون اجابة عد ذلك رفضاً للتظلم . د- لطالب التأسيس الطعن أمام محكمة القضاء الإداري خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ رفض التظلم حقيقةً أو حكماً."

المصـــادر

أولاً الكتـــب :

1.د. أحمد سلامة بدر , دور المحكمة الدستورية في تفسير النصوص القانونية , القاهرة , دار النهضة العربية , 2016.
2.د. سامي جمال الدين , القانون الدستوري والشرعية الدستورية , ط2, الاسكندرية , منشأة المعارف, 2005.
3.صالح العلي الصالح , أمينة الشيخ سليمان الاحمد , المعجم الصافي في اللغة العربية , الرياض , 1441هـ.
4.د. صالح مهدي العامري , د. طاهر محسن الغالبي , الإدارة والاعمال, ط3, عمان, دار وائل للنشر, 2011.
5.د. عبد الرزاق أحمد السنهوري, د. أحمد حشمت أبو ستيت, أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون, القاهرة , مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر, 1950.
6.د. عصام عبد الوهاب البرزنجي, السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية, القاهرة , 1971 .
7.د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، د. مهدي ياسين السلامي, مبادئ وأحكام القانون الاداري ، بغداد ، 1993.
8.د. علي سعد عمران , القضاء الاداري, عمان , دار الرضوان للنشر والتوزيع , 2016.
9.د. عوض الليمون, الوجيز في النظم السياسية ومبادئ القانون الدستوري, ط2, عمان, دار وائل للنشر, 2016.
10. فاضل الصفار, المهذب في أصول الفقه, بيروت, مؤسسة الفكر الاسلامي للطباعة والنشر والتوزيع, 2010.
11. د. مازن ليلو راضي , القانون الاداري , بغداد ، دار المسلة ، 2017.
12. د. محسن خليل, القضاء الاداري اللبناني ورقابته لإعمال الإدارة –دراسة مقارنة، بيروت ، دار النهضة العربية، 1972.
13. د. محمد المساوي, القانون الدستوري والنظم السياسية , ج1, المغرب , 2017.
14. د. محمد باهي أبو يونس, الاختصاص الاصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في النظام الدستوري الكويتي , الاسكندرية , دار الجامعة الجديدة , 2008 .

ثانياً : الابحـاث :

1.د. عبد السلام عبد الفتاح محمد, مفهوم الشرط عند الاصوليين واثره في الفروع الفقهية, مجلة كلية الشريعة والقانون, المجلد 31, العدد 1, جامعة طنطا , 2016.

2.د. عيد أحمد الحسبان, حق التعليم في النظم الدستورية المعاصرة –دراسة تحليلية مقارنة-, مجلة علوم الشريعة والقانون, المجلد 39, العدد1, 2012.
3.د. فؤاد العطار, كفالة حق التقاضي, مجلة العلوم القانونية والاقتصادية , السنة الاولى , العدد1-2 , جامعة عين شمس-كلية الحقوق , 1959.

ثالثاً : الدساتير:

-دستور العراق لعام 2005 النافذ .

رابعاً: القوانين العراقية:

1.القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 النافذ .
2.قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 النافذ .
3.قانون الجامعات والكليات الاهلية رقم 13 لسنة 1996 الملغي .
4.قانون التعليم العالي الاهلي رقم 25 لسنة 2016 النافذ .

خامساً : المصادر الفرنسية :

1-Jean Claude Ricci , Droit Administratif General ,5ed , Paris, hachtte supereur, 2013.
2-Francis Hamon, Michel Troper, Droit Constitutionnel, 35e edition, LGDJ,2014.

سادساً: المصادر المستقاة من الانترنت :

التقرير الذي أعدته دائرة البحوث في مجلس النواب العراقي الموسوم بـــ "قياس الاثر التشريعي لمشروع قانون الجامعات والكليات الاهلية" والمنشور على الموقع الرسمي للمجلس :

http://ar.parliment.Iq