

*Iraqi Constitutional Studies:  
Basic Principles for the New Iraqi Constitution*

**Table of Contents**

*Introduction (Arabic)*..... 1  
*Introduction (English)*..... 534

**1. Toward a Universal Declaration on the  
Basic Principles of Democracy: From  
Principles to Realization** ..... 9  
Professor M. Cherif Bassiouni, Distinguished  
Research Professor of Law, President,  
International Human Rights Law Institute,  
DePaul University College of Law

*Section 1: Principles of Constitutional Law*

**2. The Concept of the Constitution**..... 49  
Assistant Professor Hameed Hanoun Khaled,  
Chair of the Public Law Department,  
Baghdad University Faculty of Law

**3. Exceptional Circumstances in  
Constitutions** ..... 67  
Assistant Professor Sajed Ahmeed Abl, Basra  
University Faculty of Law

**4. Separations of Powers in Iraqi and  
Comparative Constitutions**..... 97  
Professor Ibrahim Al Fayyad, Nahrain  
University Faculty of Law

- 5. Towards the Constitutional Future.....113**  
Professor Samer El Nasir, University of  
San Pablo Faculty of Law, Madrid, Spain

*Section 2: Human Rights and Constitutional Law*

Subsection 1: General Principles

- 6. Protection of Rights of Individuals.....171**  
Professor Hassan Mohamed Shafeek Al  
Ani, Professor of Political Science,  
Baghdad University Faculty of Political  
Sciences
- 7. The New Iraqi Constitution and Human  
Rights .....177**  
Judge Akram Al Wetry

Subsection 2: Rights of Women

- 8. Constitutional Guarantees for Women .....193**  
Dr. Bushra Al-Ubaidi

Subsection 3: Rights of Minorities

- 9. Constitutional and Political Guarantees  
for Minority Rights.....199**  
Professor Riad Aziz Hadi, Dean of School  
of Political Sciences
- 10. The Effect of Minorities on National  
Unity.....211**  
Professor Hassan Shafik, Baghdad  
University Faculty of Law

Subsection 4: Citizenship Rights

- 11. Citizenship: An Overview.....223**  
Dr. Reyad Al Kabban

*Section 3: Constitutional Guarantees to Judicial Independence*

- 12. The Independence of the Judiciary in Iraq and the Role of the New Constitution .....249**  
Chief Justice Madhat Al Mahmood,  
President, Judicial Council
- 13. The Role of the New Constitution in Ensuring Judicial Impartiality and means to Combat Judicial Corruption.....257**  
Judge Dara Nour Al-Din, Member of the  
Supreme Court, and Former Member of  
the Governing Council
- 14. The Judicial Review of the Constitutionality of Laws .....263**  
Professor Sa'ad Al Alwash, Chair of  
Public Law Department, Nahrain  
University Faculty of Law

*Section 4: Islamic Law and the Constitution*

- 15. Implications of the Shari'a Being the Supreme Law .....291**  
Professor Farouk Abdulkarim, Dean of  
Sulaimaniya Faculty of Law
- 16. The Compatibility of the *Shari'a* as a Primary Source of Law for the Constitution and Positive Law .....319**  
Judge Khaled Ahmed, Egyptian Ministry  
of Justice
- 17. The Regulation of Islamic Banks in Iraq .....355**  
Walid Hegazy, Attorney at Law, Fulbright  
and Jaworski, Huston, Texas, USA

*Section 5: Federalism*

- 18. Federal and Non-Federal States** .....371  
Professor Sa'ad Al Alwash, Chair of the  
Public Law Department, Nahrain University  
Faculty of Law
- 19. Federalism as a Political System  
in the New Iraq** .....407  
Judge Fathy Al Jawary

*Section 6: The Transitional Administrative Law*

- 20. Assessing the Iraqi Transitional  
Administrative Law** .....421  
Assistant Professor Hameed Hanoun  
Khaled, Chair of Public Law Department,  
Baghdad University Faculty of Law
- 21. Positive Elements of The Iraqi  
Transitional Administrative Law** .....461  
Professor Ghazi Faisal Mahdi, Dean,  
Nahrain University Faculty of Law
- 22. The Past and the Present of Iraqi  
Constitutional Thought** .....469  
Professor Samer El Nasir, University of San  
Pablo Faculty of Law Madrid
- 23. Recommendations of the Seminar on the  
New Iraqi Constitution held at Baghdad  
University Faculty of Political Sciences  
(9-11 October 2004), with an  
introduction by Assistant Professor  
Hameed Hanoun Khaled, Chair of Public  
Law Department, Baghdad University  
Faculty of Law** .....519

## تقديم

تشهد العراق اليوم واقع جديد بعد انقشاع حقبة الحكم الشمولي بها، فالعراق يتطلع إلى مستقبل جديد قائم على الديمقراطية، والحرية، وسيادة القانون واحترام حقوق الإنسان. ومن أجل الوصول إلى تلك الغاية فعلى العراق البدء في وضع اللبنة الأولى من هذا الصرح المستقبلي ألا وهي صياغة دستور وطني معبر عن تراث العراق العريق، ومعضد لتطلعات الشعب العراقي. تلك اللبنة يتم تشكيلها لكي تعبر عن كافة طوائف وأعراق الشعب العراقي، في إطار وطني موحد يكفل لكل مواطن حقوقه الأساسية التي يضمنها نظام قانوني عادل ويشرف عليها قضاء مستقل.

ويأتي هذا الدستور المنتظر كخطوة إجرائية نص عليها قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية والذي نص على إجراء انتخابات يتم بمقتضاها انتخاب جمعية وطنية والتي قامت بانتخاب مجلس الرئاسة المكون من رئيس ونائبين للرئيس ويقوم المجلس بتسمية رئيس الوزراء والذي يقوم بدوره بتشكيل الوزارة. كما تقوم الجمعية الوطنية بتشكيل لجنة لصياغة الدستور وعرض مشروع ذلك الدستور على الجمعية الوطنية قبل ٣١ أغسطس ٢٠٠٥ على أن يطرح هذا المشروع على الشعب العراقي قبل نهاية عام ٢٠٠٥، وبالتالي تنتهي الفترة الإنتقالية التي اعقبت الإطاحة بالحكم البعثي وتأسيس الحكم الديمقراطي.

ولما كانت إجراءات صياغة دستور عراقي جديد تتطلب المعرفة الوافية بالخلفية التاريخية للدساتير العراقية المختلفة والتي صدرت منذ عام ١٩٢٥ إلى عام ١٩٩٠، وكذلك بالدساتير العربية الواردة في ٢٢ دولة عربية، ومقارنتها بالمعايير الدولية لحقوق الإنسان التي وردت في الاتفاقيات الدولية. فقد أصدر المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان بجامعة دي بول بالتعاون مع المعهد الوطني الديمقراطي (NDI)، ونقابة المحامين الأمريكية (ABA) عدة مطبوعات من أجل تعزيز العمل الجليل الذي تقوم به لجنة صياغة الدستور. وقد أشتملت سلسلة تلك المطبوعات على الكتب التالية:

١. دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد؛

٢. الدساتير العراقية ودراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية؛
٣. الدساتير العربية ودراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية؛
٤. مجموعة قوانين ولوائح السلطة التشريعية في بعض الدول العربية، فضلاً عن الإعداد لكتابين آخرين يتناول الأول موضوع الحريات العامة والثاني حقوق المرأة في العراق والوطن العربي.

والجدير بالذكر ان مشروع تطوير التعليم في كليات القانون بالجامعات العراقية الذي يقوم به المعهد الدولي لقانون حقوق الانسان بجامعة دي بول يعتبر من اول المشروعات التي عملت على اعادة بناء العراق، فقد بدأ العمل في هذا المشروع في نهاية عام ٢٠٠٣ بتمويل من الهيئة الامريكية للتنمية الدولية. ويقوم هذا المشروع على اربعة محاور رئيسية:

١. المحور الاول: برنامج سيادة القانون
٢. المحور الثاني: برنامج اعادة هيكلة المواد الدراسية في كليات القانون
٣. المحور الثالث: برنامج اعادة بناء مكتبات كليات القانون وادخال التقنية الحديثة بها

٤. المحور الرابع: برنامج التدريب العملي لطلبة كليات القانون

في اطار هذا المشروع قام المعهد بتنظيم اربعة ندوات علمية عن الدستور العراقي الجديد و نزاعات الملكية و اخلاقيات المهن القانونية و تطبيق مبادئ العدالة الجنائية الدولية، فضلاً عن قيام المعهد بإعادة بناء مكتبات كليات القانون بجامعات السليمانية والبصرة وبغداد وتزويدها بالكتب والدوريات القانونية و اجهزة الحاسب الآلي وشبكات الانترنت. وفي هذا الاطار ايضاً قام المعهد بالتعاون مع المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية (ISISC) بسيراكوزا-ايطاليا بتنظيم العديد من الدورات التدريبية لرجال القانون و اساتذة الجامعات العراقية و اعضاء الهيئة القضائية.

وختاماً نأمل أن تلقى تلك الأوراق وما احتوته من أفكار صدى جيد لدى ذوي الأمر بالعراق ولدى القارئ العراقي، ولا نجد خير من كلام المولى عز وجل في محكم آيات القرآن ما نختم به هذه المقدمة.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

بسم الله الرحمن الرحيم  
"وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى  
كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا"<sup>١</sup>  
"يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ  
اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ"<sup>٢</sup>  
"وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ"<sup>٣</sup>  
"والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون"<sup>٤</sup>  
صدق الله العظيم

أ.د. محمود شريف بسيوني\*

أستاذ القانون ورئيس المعهد الدولي

لقانون حقوق الإنسان بجامعة دي بول بشيكاغو،

أستاذ غير متفرغ بكلية الحقوق بجامعة القاهرة،

رئيس المعهد الدولي للدراسات

العليا في العلوم الجنائية،

الرئيس الفخري للجمعية الدولية لقانون العقوبات.

<sup>١</sup> القرآن الكريم ، سورة الإسراء رقم ١٧ ، الآية رقم ٧٠ .

<sup>٢</sup> القرآن الكريم ، سورة الحجرات رقم ٤٩ ، الآية رقم ١٣ .

<sup>٣</sup> القرآن الكريم ، سورة آل عمران رقم ٣ ، الآية رقم ١٥٩ .

<sup>٤</sup> القرآن الكريم، سورة الشورى رقم ٤٢ ، الآية رقم ٣٨ .

\* لمزيد من التفصيل أنظر المواقع التالية على الشبكة الدولية للمعلومات: المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان بكلية الحقوق ، جامعة دي بول بشيكاغو، الولايات المتحدة الأمريكية [www.ihri.org](http://www.ihri.org)؛ المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية، بسيراكوزا، إيطاليا <http://www.isisc.org>؛ للجمعية الدولية للقانون الجنائي <http://www.penal.org>.

## تقسيم

هذا الكتاب يتناول بالشرح أهم القضايا الدستورية التي تواجه العراق في الوقت الراهن وقد قام الأستاذ نهاد الجمل، الباحث والمنسق الإداري لمشروع تطوير التعليم القانوني بالجامعات العراقية والباحث القانوني بمعهد القانون الدولي لحقوق الإنسان بجامعة دي بول بشيكاغو، بجمع المادة العلمية التي بين يدي القارئ والتي أشتملت على مجموعة منتقاة من الأفكار القانونية التي تتناول القضايا الدستورية في العراق، وقام الأستاذ محمد هلال، الباحث القانوني بالمعهد، بمراجعة هذه المقالات وإعدادها للإصدار.

وحتى يكون هذا الطرح يمثل وبحق كافة آراء الشعب العراقي فقد رأينا ضرورة تمثيل معظم أساتذة القانون بالجامعات وكذا رجال القانون سواء القضاء الجالس أو الواقف بالعراق في هذا المؤلف. وكما ضم الكتاب بين صحائفه دراسات أكاديمية متعمقة فقد رأينا إضافة خلاصة فكر نخبة من أساتذة القانون ورجال القضاء الذين شاركوا في ندوة الدستور العراقي الجديد التي اقيمت بكلية العلوم السياسية بجامعة بغداد من ٩-١١ أكتوبر ٢٠٠٤، والتي قام بالإعداد لها وتنظيمها القاضي خالد محي الدين أحمد، مدير برنامج المعهد الخاص بسيادة القانون في العراق، وذلك بإضافة التوصيات الختامية الناتجة عن تلك الندوة مع مقدمة بقلم الأستاذ المساعد الدكتور حميد حنون خالد رئيس اللجنة التحضيرية ورئيس قسم القانون العام بكلية القانون جامعة بغداد.

ولذا فقد رأينا أنه من الأوفق أن يقوم المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان بجامعة دي بول بشيكاغو بإصدار هذا المؤلف الذي يحتوي على مجموعة منتقاة من الأوراق الدستورية التي قام بكتابتها نخبة من أساتذة القانون الدستوري العراقيين وكذا بعض رجال القانون في كل من العراق ومصر، وذلك بهدف التيسير على واضعي نصوص مسودة الدستور العراقي المنتظر عملية صياغة تلك النصوص من خلال طرح العديد من الأفكار التي تدور بخلد خيرة فقهاء القانون الدستوري العراقي.

وكما يقال في المثل العربي أن أهل مكة أدرى بشعابها، فإننا على قناعة تامة بأن فقهاء القانون في العراق والعالم العربي أكثر قدرة وفهماً لمشاكل العراق ومن ثم فهم الأجدر على وضع يدهم على الداء من أجل توصيف الدواء اللازم له. ولذا فإننا نأمل من وراء



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

هذا الإصدار أن يكون في متناول يد اللجنة التي سوف تقوم بصياغة الدستور العراقي الجديد وكذا في متناول يد المواطن العراقي البسيط حتى يتسنى لكلا الطرفين الاستفادة مما ورد بين دفتي هذا المؤلف القيم.

تلك الأوراق الدستورية يمكن سردها حسب ترتيب ورودها وتصنيفها في هذا المؤلف، وقبل التطرق لمباحث الكتاب تناول الأستاذ الدكتور محمود شريف بسيوني رئيس المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان بكلية القانون جامعة دي بول موضوع المبادئ الأساسية للديموقراطية من خلال مقال بعنوان " نحو إعلان عالمي للمبادئ الأساسية للديموقراطية: من المبادئ إلى الاعتراف" وفي هذا الصدد أيضاً تم وضع " الإعلان العالمي للديموقراطية" كوثيقة هامة كملحق لهذا المقال. وقد صدر هذا الإعلان عن الاتحاد البرلماني الدولي خلال الدورة ١٦١ التي انعقدت في القاهرة في سبتمبر ١٩٩٧ والتي ترأسها الدكتور فتحي سرور رئيس مجلس الشعب المصري ورئيس الاتحاد البرلماني الدولي آن ذاك.

وقد قمنا بتقسيم تلك الأوراق الدستورية في ستة مباحث وفقاً لموضوعاتها، استعرض المبحث الأول المبادئ الدستورية من خلال مداخلات أربعة من أساتذة القانون فقد طرح الدكتور حميد حنون خالد، رئيس قسم القانون العام بكلية القانون جامعة بغداد " فكرة الدستور" في بحثه؛ وتناول الدكتور ساجد أحمد عيل، أستاذ مساعد بكلية القانون، جامعة البصرة ورقة بعنوان " حوار حول فكرة المشروعية الاستثنائية في الدستور"؛ ومن كلية الحقوق بجامعة النهريين شرح الأستاذ الدكتور إبراهيم الفياض "مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير العراقية والدساتير المقارنة"؛ والدكتور سامر الناصر استاذ القانون بجامعة القديس بطرس بمدريد والذي طرح موضوع " في سبيل المستقبل الدستوري".

المبحث الثاني تناول الدستور وما يحتويه من ضمانات لحقوق الإنسان، وقد تم تقسيم هذا المبحث إلى أربعة أقسام، عني الأول ببعض القواعد العامة من خلال كتابات كل من الدكتور حسان محمد شفيق العاني أستاذ النظم السياسية والدستورية بكلية العلوم السياسية بجامعة بغداد والذي شرح موضوع " الدستور وكفالة حقوق الأفراد"؛ والقاضي اكرم الوتري الذي تطرق إلى موضوع "الدستور الدائم المرتقب وحقوق الإنسان"؛ وتفرد القسم الثاني بالحديث عن حقوق المرأة من خلال موضوع " الضمانات الدستورية للمرأة" الذي تناولته الدكتورة بشرى سلمان حسين العبيدي؛ وتم تخصيص القسم الثالث لموضوع

الأقليات في بحثين مقدمين من ا.د رياض عزيز هادي عميد كلية العلوم السياسية بجامعة بغداد والذي كتب في موضوع "حقوق الاقليات وضماناتها السياسية والدستورية"؛ وتناول الأستاذ الدكتور حسان محمد شفيق العاني أستاذ النظم السياسية والدستورية بكلية العلوم السياسية بجامعة بغداد موضوع " اثر الاقليات على الوحدة الوطنية والصراعات السياسية التاطير القانوني لها"؛ من ومن الموضوعات الهامة الأخرى التي تناولها الكتاب هو موضوع الجنسية نظراً للتجربة المريرة التي عانى منها شعب العراق خلال فترة الحكم البعثي من إسقاط الجنسية عن معارضي النظام ومن ثم وجب طرح هذا الموضوع على بساط البحث في القسم الرابع والأخير في المبحث الثاني والذي تناول موضوع الجنسية كحق من حقوق الإنسان من خلال ورقة بعنوان " نظرة عامة على مسائل الجنسية" بقلم الدكتور رياض الكبان المحامي.

المبحث الثالث خصص للدستور واستقلال القضاء وذلك من خلال ثلاث ورقات عنيت الأولى منها بموضوع "استقلال القضاء في العراق ودور الدستور الدائم في حماية استقلال القضاء" وقد تناوله بالشرح المستفيض قاض قضاة العراق السيد مدحت المحمود رئيس المجلس الاعلى للقضاء؛ ثم ننتقل إلى موضوع "دور الدستور في حماية إستقلال قرار القاضي في اصدار الحكم والعوامل الخارجية التي تؤثر في قراره وسبل مكافحة الفساد الإداري في النظام القضائي" وقد تفضل بكتابته السيد المستشار داره نور الدين بهاء الدين عضو المحكمة العليا وعضو مجلس الحكم سابقاً؛ كما طرح الأستاذ الدكتور سعد عبدالجبار العلوش أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة النهرين بغداد موضوع " مثاقفة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين".

ومن القضايا الهامة التي تناولها هذا المؤلف في المبحث الرابع ثلاث أبحاث حول موضوع الشريعة الإسلامية وقد اختص بالورقة الأولى في هذا الموضوع الاستاذ الدكتور فاروق عبد الكريم عميد كلية القانون بجامعة السليمانية وكان عنوان الورقة " الآثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع"؛ ومن مصر فقد شارك القاضي خالد محي الدين رئيس محكمة بمحكمة شمال القاهرة الإبتدائية بموضوع عنوانه "مدى ملاءمة الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور والقوانين الوضعية" ويستعرض

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

من خلاله تجربة مصر في تطبيق الشريعة الإسلامية؛ وفي دراسته تناولت الشريعة الإسلامية ولكن من منظور خاص بالتمويل الإسلامي كتب الدكتور وليد حجازي المحامي بمكتب فولبريت وجورسكي بهيوستن تكساس موضوع بعنوان "التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية في العراق الجديد".

أما المبحث الخامس فقد تناول موضوع الفيدرالية من زوايا متعددة، مثل الفارق بين كل من الدولة الموحدة والدولة الفيدرالية والذي استعرضه الأستاذ الدكتور سعد عبد الجبار العلوش أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة النهريين بغداد؛ كما قام القاضي فتحي الجواري بطرح موضوع "الفيدرالية، كنظام سياسي، ومدى ملاءمتها للعراق الجديد".

فيما يتعلق بالمبحث السادس والأخير فقد تناول بالشرح والتحليل لقانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية وذلك من خلال الأستاذ المساعد الدكتور حميد حنون خالد رئيس قسم القانون العام بكلية القانون بجامعة بغداد في موضوع معنون "قراءة في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية"؛ وفي ذات القانون ولكن من زاوية أخرى بعنوان "مزايا قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية" بقلم الأستاذ الدكتور غازي فيصل مهدي عميد كلية الحقوق، جامعة النهريين؛ وكما ادلى فقهاء القانون بدلوهم فقد رأينا أن رجال القانون العراقيين بالمهجر يجب أن يكون لهم منبر في ذات الكتاب، وهو ما أفردنا له الدكتور سامر الناصر استاذ القانون بجامعة القديس بطرس بمدريد والذي طرح موضوع " الفكر الدستوري العراقي بين الماضي والمستقبل".

أ.د. محمود شريف بسبوني

١٨ يونيو ٢٠٠٥

## ١ - الديمقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

### الاستاذ الدكتور محمود شريف بسيوني\*

"في الديمقراطية، الحرية شيء مفترض لأن من المتعارف أن لا أحد حر في أية حكومة"  
أرسطو، السياسة (الكتاب السادس، الفصل الثاني، عام ٣٥٠ قبل الميلاد)

بسم الله الرحمن الرحيم

"...وأمرهم شورى بينهم"

صدق الله العظيم

القرآن الكريم (سورة الشورى، السورة ٤٢، الآية ٣٨) (٦٢٢)

"تقول إن الدولة تتأسس عندما يتفق جمع كثير من الناس ويعاهد بعضهم البعض على أن يمنح الجانب الأكبر منهم شخصا معينا، أيا كان، أو جمعية من الأشخاص، الحق في تمثيل الحاضر منهم جميعا، أي أن يكون ممثلهم؛ وكل شخص، وكذلك من أدلى بصوته له أو ضده، سيفوض هذا الشخص أو جمعية الأشخاص في كل الأفعال والأحكام وكأنها صدرت عنه، وذلك بهدف العيش في سلام مع بعضهم البعض وحماية أنفسهم ضد آخرين"

توماس هوبس، الدولة الديكتاتورية (الدولة، الفصل السابع عشر، "حقوق الملوك المفوضين" (١٦٥١)

---

\* أستاذ القانون، ورئيس معهد حقوق الإنسان الدولي، جامعة دي بول، شيكاغو (الولايات المتحدة الأمريكية)؛  
الرئيس الفخري للجمعية الدولية للقانون الجنائي؛ رئيس المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية.

الديموقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

"إن هذا البلد، بمؤسساته، ينتمي إلى الناس الذين يقطنوه. وعندما يزداد تيقظهم للحكومة القائمة، يستطيعون ممارسة حقهم الدستوري في تعديلها أو حقهم الثوري في تفتيتها".  
أبراهام لنكولن، كلمة افتتاحية، ١٨٦١.

"تم تجريب كثير من أشكال الحكومات، وسيتم تجربتها في هذا العالم من الأثام والمحن. لا أحد يدعي أن الديمقراطية مثالية أو أنها كلها أكاذيب. لقد قيل في الواقع إن الديمقراطية هي أسوأ شكل للحكومة باستثناء سائر الأشكال الأخرى التي تم تجربتها من حين لآخر".  
ونستون تشرشل، مجلس العموم، ١١ نوفمبر ١٩٤٧.

### من المبادئ إلى الواقع الحي: بعض الاعتبارات العامة

#### أ- المعنى والمحتوى:

إن مصطلح "الديموقراطية"<sup>١</sup> يعني أشياء مختلفة لأناس مختلفين وهذه الخلاصة مقبولة من معظم المعلقين<sup>٢</sup>. هناك بالتأكيد طائفة كبيرة من وجهات النظر بالنسبة لمعنى ومحتوى الديمقراطية وكذلك بالنسبة لشروط تحققها، وكلها تتباين تبعاً لوجهات النظر الفلسفية

<sup>١</sup> قاموس Random House Dictionary (كامل، طبعة ١٩٦٧) يعرف الديمقراطية بأنها ١. الشعب هو الذي يحكم؛ شكل للحكومة يخول فيه الشعب السلطة العليا التي يمارسها بنفسه أو من خلال وكلائه المنتخبين في ظل نظام انتخابي حر. ٢. حالة يوجد فيها هذا الشكل للحكومة. ٣. الحالة التي يخول فيها الشعب السلطة العليا التي يمارسها مباشرة وليس من خلال نواب منتخبين. ٤. حالة مجتمع يتصف بالمساواة الرسمية في الحقوق والامتيازات. ٥. المساواة السياسية أو الاجتماعية؛ الروح الديمقراطية. ٦. عامة الناس فس مجتمع تمييزاً لهم عن طبقة مميزة؛ عامة الشعب فيما يتصل بسلطته السياسية. ٧. وفي الولايات المتحدة، أ. مبادئ الحزب الديمقراطي. ب. الحزب الديمقراطي أو أعضاؤه. ( < بالفرنسية: démocratie ، باللاتينية المحدثة Democratia ، < باليونانية d\_mokratia حكومة الشعب، تعادل -kratic - d\_mo-demo + cracy ) أسس كليثينيس الديمقراطية في أثينا في القرن الخامس عندما أدخل مجلس الخمسمائة (أو المجلس النيابي). ولقراءة تاريخ الديمقراطية في اليونان، أنظر رافائيل سيالي Raphael Sealy ، "أصول الديمقراطية"، ٦ دراسات كاليفورنيا في العصور القديمة ٢٥٣ (١٩٧٣) ؛ أنظر أيضاً رافائيل سيالي ، "تاريخ المدن الإغريقية" (مطبوعة جامعة كاليفورنيا، بيركلي، كاليفورنيا، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٧٦)؛ وجاكوب أول أوتيسن لارسن Jakob Aall Ottesen Larsen ، "الحكومة التمثيلية في التاريخ اليوناني والروماني" (مطبوعة جامعة كاليفورنيا، بيركلي، كاليفورنيا، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٥٥).  
<sup>٢</sup> حتى هيرودوت قال "إن الديمقراطية لها انعكاسات معقدة"، أنظر سيالي، الحاشية ١ أعلاه، ٣٧١. اعتبر هيرودوت أن الديمقراطية هي سيادة القانون في مقابلة الحكم التعسفي للطغاة. لقراءة تاريخ المؤسسات السياسية، أنظر مثلاً أندريه أيمار وجينين أوبوايه André Aymard & Jeannine Auboyer ، "الشرق وبلاد الإغريق" (مطابع الجامعات الفرنسية، باريس، فرنسا، ١٩٥٣). جان امبير، جيرار سوتيل ومارجريت بوليه-سوتيل Jean Imbert, Gerard Sautel & Marguerite Boulet-Sautel "تاريخ المؤسسات والوقائع الاجتماعية" (مطابع الجامعات الفرنسية، باريس، فرنسا، المجلد الأول، ١٩٥٧، المجلد الثاني، ١٩٦١).

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

والأيدولوجية والسياسية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية للمؤيدين. وهذه الطائفة من وجهات النظر تبدأ من أعلى مستوى تصوري يتم التعبير عنه، مثلاً من جانب كبار مفكري الحضارة الغربية<sup>٣</sup> وفلاسفة السياسة العظام الآخرين من غير الغربيين<sup>٤</sup>، وحتى

<sup>٣</sup> أنظر توماس الأكويني، "الكتابات الأساسية للقديس توماس الأكويني" ( منشورات Anton C. Pegis, Random House، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٨٨) (كتب عام ٣٥٠ قبل الميلاد)؛ ارنست باركر Ernest Barker "الفكر السياسي لأفلاطون وأرسطو" (إصدارات دوفر Dover Publications، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٥٩)؛ جون بودين Jean Bodin "الكتب الستة للجمهورية" ( سيبيريو Marcus Tullius Cicero، Apud Iacobum Du Puys Sub Signo Samaritanæ، مطبعة جامعة هارفارد، كامبريدج، ماساشوسيتس، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٦٦) (نشر الأصل عام ١٦٧٠)، كوندورسيت Condorcet "رؤية تاريخية عامة لتقدم الإنسان" ( Lang and Ustick، فيلادلفيا، بنسلفانيا، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٥٦) (الطبعة الثانية صدرت عام ١٨٥٧)؛ Thomas Hobbes, Leviathan ( طبعة A. R. Waller، مطبعة جامعة كامبريدج، المملكة المتحدة، ١٩٠٤) (صدر الأصل عام ١٦٥١)؛ ديفيد هيوم David Hume، "مقالات سياسية" (منشورات Charles W. Handel، Bobbs-Merrill، انديانابوليس، انديانا، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٥٣)؛ إيمانويل كانت Emmanuel Kant، "الحمية الطبيعية" ( Communican، هيوستون، تكساس، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٩٠) (صدر الأصل عام ١٧٩٧)؛ جون لوك John Locke، "بحث في الحكومة المدنية" (مطبوعات Charles L. Sherman، شركة D. Appleton-Century Co.، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٦٥)؛ جون ستوارت ميل John Stuart Mill، "عن الحرية" (منشورات R.B. McCallum، شركة Macmillan Co.، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٤٦) (صدر الأصل في لندن عام ١٨٥٩)؛ توماس باين Thomas Paine، "حقوق الإنسان" (ايكلز، لندن، المملكة المتحدة، ١٧٩٢)؛ أفلاطون "الجمهورية" (Penguin Books، لندن، المملكة المتحدة، ١٩٧٠)؛ مونتسكيو Baron de Montesquieu "روح القانون" (مطبعة جامعة كامبريدج، كامبريدج، المملكة المتحدة، ١٩٨٩)؛ "الفلاسفة الرواقيون والأبيقوريون : الكتابات الموسعة الكاملة (للفلاسفة) أبيقور وبيكتيتوس ولوكريتيوس (و) ماركوس أوريليوس (مطبوعات Whitney Jennings Oates، Random House، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٤٠). ولقراءة مقتطفات أدبية مختارة حديثة تتضمن معظم النظريات السياسية الحديثة الكبرى، أنظر "كلاسيكيات النظرية السياسية الحديثة" (مطبوعات Steven M. Cahn، مطبعة جامعة أكسفورد، أكسفورد، المملكة المتحدة، ١٩٩٦).

<sup>٤</sup> أنظر مثلاً "تاريخ الطبري: (ترجمة اسماعيل كو بوناوالا Ismail K. Poonawala (قسم النشر في جامعة ولاية نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٢ مجلداً، ١٩٩٠)؛ ابن خلدون "المقدمة" (ترجمة فراي روزنتال Fray Rosenthal، Bollenger Series، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ثلاثة مجلدات، ١٩٥٨)؛ هاملتون أ.ر. جيب Hamilton A.R. Gibb "بعض الاعتبارات بشأن النظرية السنوية للخلافة"، في محفوظات تاريخ القانون الشرقي، ٤١٠-٤٠١ (Wetteren، باريس، فرنسا، ١٩٣٩)؛ هاملتون أ.ر. جيب "تطور الحكم في صدر الإسلام" ٤ مجلة Studia Islamica، ١٧-١ (١٩٣٣). يوجد في الإسلام ثلاثة مبادئ في هذا الخصوص: الأول هو البيعة الذي يعتبر شكلاً للانتخاب الشعبي؛ والثاني الشورى المنصوص عليها في القرآن وتعادل الاستفتاء الشعبي أو العملية التشريعية؛ والثالث الإجماع الذي يعني الإجماع الشعبي، أنظر محمود شريف بسبوني، "مصادر الشريعة الإسلامية وحماية حقوق الإنسان في نظام القضاء الجنائي الإسلامي"، في "نظام القضاء الجنائي الإسلامي" ٣-٥٤ (محمود شريف بسبوني، إصدارات Dobbs Ferry، Oceans Publications، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٨٢).

الديموقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

الوسائل العملية للتطبيق التي يعبر عنها الخبراء المعاصرون<sup>٥</sup>. ولكن بالتأكيد أن نقبض الديموقراطية الذي يعترف به جميع المفكرين السياسيين تقريبا منذ بداية القرن العشرين هو أيديولوجيات الفاشية والشيوعية والشمولية<sup>٦</sup>.

ومن الناحية التصورية، هناك ثلاثة نماذج أساسية يتناولها المعلقون المعاصرون. وهي (١) عالمية أو نسبية الديموقراطية، (٢) الديموقراطية كعملية أو كحالة، (٣) الديموقراطية كمنهج ووسائل أو كجوهر ونتائج موضوعية. غير أن التجربة التاريخية تظهر أن كل هذه النماذج تصلح بلا مفاضلة بينها لأن الديموقراطية يمكن أن تكون كل ما ذكر أعلاه. ولكن الدارسين والخبراء والمناضلين يتفقون في الرأي في أن السلطة هي محور الديموقراطية بصفة أساسية، بغض النظر عما إذا كانت تعني استعمال أو تقاسم السلطة أو التحكم فيها أو نقلها، أو محاسبة ومساءلة الذين يتولونها وأولئك الذين يسعون إليها. وتختلف أيضا النظرة إلى هذه المسائل التي تتعلق بالسلطة تبعا لوجهات النظر الفلسفية والأيديولوجية، وهذا يتراوح بين المفاهيم الأخلاقية لأفلاطون<sup>٧</sup> وأرسطو<sup>٨</sup> من جانب، والمجردين من المضمون الأدبي والأخلاقي مثل كارل ماركس وفريدريك أنجيلز<sup>٩</sup> وفلاديمير لينين<sup>١٠</sup>.

<sup>٥</sup> انظر مثلا جون باثشر Jean Baechler، "الديموقراطية: نظرة عامة تحليلية" (اليونسكو)، باريس، فرنسا، (١٩٩٥)؛ ديفيد بيتام وكيفين بويل David Beetham and Keven Boyle : "الديموقراطية: أسئلة وأجوبة" (اليونسكو، باريس، فرنسا، ١٩٩٥).

<sup>٦</sup> إذا لم يتسن الوصول إلى إجماع في الرأي عما تعني الديموقراطية أو "الديموقراطية الحقيقية"، وهو مصطلح أصبح منذ عهد قريب جانبا من الحديث والكتابة في الموضوع، فمن الواضح أن هناك إجماعا واسعا على ما يخرج عن نطاق الديموقراطية.

<sup>٧</sup> أفلاطون، الحاشية ٣ أعلاه.

<sup>٨</sup> أرسطو، الحاشية ٣ أعلاه.

<sup>٩</sup> كارل ماركس وفريدريك أنجيلز "البيان الشيوعي" (بانتام، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية ١٩٩٢) (صدر الأصل عام ١٨٤٨) حيث يرى ماركس السلطة من وجهة الصراع الطبقي ومن وجهة الشرعية.

<sup>١٠</sup> فلاديمير ايليتش لينين، "ثورة البروليتاريا" (مكتبة البلدية، باريس، فرنسا، ١٩٢١) حيث يقول في صفحة ١٨ "إن الديكتاتورية سلطة تعتمد على القوة ولا تخضع لأي قانون". وفي عام ١٩٤٨، ردد ماوتسي تونج هذه الفكرة في كتابه الأحمر الذي يقول فيه "إن الحقيقة تظهر بالحديد والنار". لقراءة عهد لينين وستالين من تطبيق نظرية القوة هذه، انظر ليونار شابيرو Leonard Shapiro، "من لينين إلى ستالين: تاريخ الحزب الشيوعي في الاتحاد السوفيتي" (دار نشر Gallimard، باريس، فرنسا، ١٩٩٥). لقراءة عمليات التطهير في عهد ستالين، انظر روبرت كونكويست Robert Conquest "الفرع الأكبر" (إصدارات ماكميلان MacMillan Pub، لندن، المملكة المتحدة، ١٩٦٨). لقراءة الحق في الانشقاق عن النظام السياسي الدستوري، اقرأ مثلا محمود شريف بيسيوني "قانون الانشقاق والقلقل" (الناشرون Charles C. Thomas، سبرينجفيلد، ايلينوي، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٧١)؛ وهنري ديفيد ثورو Henri David

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ويرى الواقعيون السياسيون المعاصرون في تفتيت السلطة قضية جوهرية<sup>١١</sup>، بينما الأخلاقيون يرون ذلك من وجهة الوسائل والنتائج<sup>١٢</sup>. ولكن معظم المحدثين المعاصرين يرون أن الديمقراطية لها عناصر من الواقعية السياسية وعلم الأخلاق؛ ويركز بعضهم عليها بوصفها الصراع المتواصل بين الذين يملكون السلطة والذين يسعون إليها أو بين أنظمة السلطة والشخصية الفردية<sup>١٣</sup>. ورغم أن هذه المفاهيم يمكن أن توجد كلها سوياً، فهي تعكس وجهات نظر فلسفية مختلفة تعكس طبيعة "الإنسان" وطبيعة المجتمع. وفي بعض الديانات، تكون السيادة لله وليس "للإنسان"، ومن ثم، يجب أن يوجه الوحي الإلهي المجتمع البشري، وإن كانت الديمقراطية يمكن أن توجد في هذا الإطار<sup>١٤</sup>. وعلى العكس، تضع الفلسفات الدنيوية السيادة بين يدي الناس الذين يفترض أن من حقهم إنشاء وحل الحكومة، لأن الحكومة هي كما قال أبراهام لنكولن ذات يوم "من الشعب وللشعب"<sup>١٥</sup>.

وهناك مفكرون سياسيون معاصرون أقل مثالية بكثير وأكثر براجماتية بكثير من أسلافهم في القرن الماضي. ولذلك ينظر هؤلاء المحدثون إلى الديمقراطية بصفة أساسية بوصفها عملية تقوم على أساس بعض المبادئ، وإن كانوا يعترفون بأن مجرد وجود عملية رسمية ليس ضماناً كافياً لتحقيق ديمقراطية جوهرية<sup>١٦</sup>. وهذا المنهج يطرح نموذجاً آخر هو: ما إذا كانت الديمقراطية وسيلة تفوض من خلالها السلطة من جانب الجماهير

---

Thoreau "العصيان المدني" (D.R. Godine)، بوسطن، ماساشوسيتس، الولايات المتحدة الأمريكية، (١٩٦٩).

<sup>١١</sup> أنظر عبد القادر بواي Abdel Kader Boye "عن بعض المشاكل والجوانب الهامة للديمقراطية في سياق دول إفريقيا السوداء"، أنظر أدناه صفحة ٣٧ عن وجهة النظر القائلة بأن نزع حقوق وامتيازات السلطة هو إحدى القضايا الأساسية للديمقراطية.

<sup>١٢</sup> أنظر آلان توران Alain Touraine "شروط وأعداء وفرص الديمقراطية"، أنظر أدناه صفحة ٨٧، تطرح أسئلة أدبية وأخلاقية عن سلوك الدول ونفاق الحكومات.

<sup>١٣</sup> أنظر هيرونيم كوبياك Hieronim Kubiak "الديمقراطية وإرادة الفرد"، أنظر أدناه صفحة ٥٧. أنظر أيضاً "مذهب تغليب مصلحة الدولة ومذهب تغليب مصلحة الفرد Communitarianism and Individualism (منشورات Shlomo Avineri and Avner De-Shalit، قسم النشر في جامعة أوكسفورد، المملكة المتحدة، ١٩٩٢).

<sup>١٤</sup> أنظر الحاشية ٤ أعلاه.

<sup>١٥</sup> أبراهام لنكولن، خطبة بيتيسبيرج، ١٩ نوفمبر ١٨٦٣. تبدأ ديباجة دستور الولايات المتحدة "نحن الشعب...". كما تبدأ ديباجة ميثاق الأمم المتحدة "نحن الشعوب...".

<sup>١٦</sup> أنظر ديفيد بيتام "الديمقراطية: المبادئ الأساسية والمؤسسات والمشاكل"، أنظر أدناه صفحة ٢١. يبدأ بيتام من هذه المقدمة "إن الديمقراطية تعرف بالمبادئ وبمجموعة من المؤسسات والممارسات التي تتحقق من خلالها هذه المبادئ".



الديموقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

لشخص واحد أو لقلّة تمارس عليهم بعض الصلاحيات (المحددة أو المحدودة أو غير المحددة أو غير المحدودة) على أساس هذا التفويض للسلطة، أو ما إذا كانت سلسلة من العمليات المتفاعلة بحيث تؤدي الرقابة المتبادلة المطردة أو الدورية إلى تصحيح أو ضبط موازين القوة بين الحكام وبين المحكومين.<sup>١٧</sup> وبالنسبة لتحويل الصلاحيات والرقابة المتبادلة، فإن التحكم في الآليات وتصحيحها يفترض مسبقاً اختياراً في مؤسسات الحكومة، أي ثلاثة فروع للحكومة: السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية. ويثور الجدل بشأن الحكم الدستوري في هذا السياق<sup>١٨</sup>؛ وما إذا كان الحكم الدستوري أصبح المعادل المعاصر " للعقد الاجتماعي"<sup>١٩</sup>.

تظهر التجربة التاريخية أنه لا يمكن الوصول إلى الديموقراطية بدون نظام للحكومة يقسم السلطة بين ثلاثة فروع متساوية فيما بينها تملك كل منها صلاحيات لممارسة السلطة، ويكون دور القضاء توجيه التنازع والتعارض اللذين يتعلقان بالسلطة من خلال

<sup>١٧</sup> جون ستيوارت ميل "عن الحكومات التمثيلية" (دار نشر Longmans, Green and Co. Ltd. ، لندن، المملكة المتحدة، ١٩٢٦).

<sup>١٨</sup> أنظر تشارلز هوارد مكلوين Charles Howard McLwain "الدستورية، قديماً وحديثاً" (قسم النشر في جامعة كورنيل، إيثاكا، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، طبعة ١٩٤٧)؛ آرثر ادوين سودرلاند Arthur Edwin Sutherland "الحكم الدستوري في أمريكا: الأصول والتطور في أفكاره الأساسية (دار نشر Blaisdell Pub. Co. ، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٦٥). أنظر أيضاً لويس هنكين Louis Henkin "الدستورية والديموقراطية والشؤون الخارجية" (قسم النشر في جامعة كولومبيا، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٩٠). قبل القرن التاسع عشر، المسألة تعلقت بصلاحيات القضاء التي تمثلت في إعادة النظر في القرارات بموجب القواعد والعمل كهيئات تشريعية. أنظر على سبيل المثال صمويل بوفندورف Samuel Pufendorf "مبادئ الفقه القانوني العالمي" Elementorum Jurisprudentiae Universalis (ترجمة William Abbott Oldfather، أوشيانا، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٦٤) (صدر الأصل عام ١٦٦٠)؛ جيريمي بنتام Jeremy Bentham "المدخل إلى مبادئ الأخلاقيات والتشريع" (دوبلداي، جاردن سيتي، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٦١) (صدر الأصل عام ١٧٨٠)؛ وأيضاً على سبيل المثال س.ج. فريدريك C.J. Friedrich "فلسفة القانون في منظور تاريخي" (قسم النشر في جامعة شيكاغو، إيلينوي، الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الثانية، ١٩٦٣)؛ وجورج ويلهيلم Georg Wilhelm Hegel ، فريدريك هيجل Friedrich Hegel "مبادئ فلسفة الحق" (منشورات Allen Wood ، ترجمة H. Nisbet ، قسم النشر في جامعة كامبريدج، كامبريدج، المملكة المتحدة، ١٩٩١).

<sup>١٩</sup> جان جاك روسو Jean-Jacques Rousseau "العقد الاجتماعي" (منشورات Ronald Gimsley ، مطبعة كلارندون، أوكسفورد، المملكة المتحدة، ١٩٧٢) (صدر الأصل في أمستردام عام ١٧٦٢).

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

عملية قانونية تستخدم فيها أسانيد قانونية متفق عليها لتفسير وتطبيق القانون المسبق الوجود.<sup>٢٠</sup>

والعوامل التي يأخذها في الاعتبار المعلقون المعاصرون والمؤيدون لمختلف وجهات النظر بشأن الديمقراطية ليست دائما واضحة أو يسهل التعرف عليها؛ وعندما تكون كذلك، لا يظهر دائما أن مختلف الحجج التي يسوقونها تتبع بانسجام أو بمنطقية.<sup>٢١</sup> وهذا واضح في أدب الفكر السياسي المعاصر، ولكنه أوضح في الجدل العام بشأن الديمقراطية. ومن ضمن مصادر هذا اللبس الفكري والسياسي أن مصطلح الديمقراطية غالبا ما يستخدم بالتبادل وبدون تمييز فيما يتعلق بمفاهيم ثلاثة مختلفة يستخدم فيها هذا المصطلح:

١. الديمقراطية كعملية: مع كل ما يتضمنه ذلك من آليات وإجراءات وشكليات - بدءا من التنظيم السياسي وحتى الانتخابات.

<sup>٢٠</sup> يفهم ضمنا في هذا الجدل ما يتعلق بدور القضاء الدستوري ونتاجه. أنظر روسكو باوند Roscoe Pound "تطور الضمانات الدستورية للحرية" (قسم النشر في جامعة يال، نيو هافن، كانكتيكت، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٥٧). أنظر أيضا أولريك ك. بروس Ulrich K. Preuss "الثورة الدستورية: الصلة بين الدستورية وبين التقدم" (ترجمة Deborah Lucas Schneider ، دار نشر Humanities Press International, Inc. ، أتلانتيك هابتنس، نيوجيرسي، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٩٥). وجهة النظر هذه يجسدها عوض المر ، "نحو إعلان عالمي بشأن الديمقراطية"، أنظر أدناه صفحة ٤٧؛ والسيدة فاطمة البيوي "القضاء في الحكم الديمقراطي"، أنظر أدناه صفحة ٣١، حيث يشدد الكاتب على دور القضاء. إن تاريخ نظام الحكم الدستوري يبني على فكرة أن السلطة بلا حدود تؤدي إلى إساءة استعمالها وأن الدساتير والقوانين تراقب سلطة الحكام. أنظر على سبيل المثال توماس باين "حقوق الإنسان" (مطبعة Heritage Press ، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٦١) (صدر الأصل عام ١٧٩١) ؛ الكسندر هاملتون وجون جاي وجيمس ماديسون Alexander Hamilton, John Jay & James Madison ، "الأوراق الفيدرالية" (بانام، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٨٢)؛ أنظر أيضا فريدريك، الحاشية ١٦ أعلاه. ويعبر توماس هوبز عن وجهة نظر عكسية في مؤلفه "الدولة الديكتاتورية" The Leviathan . نصت النسخة اللاتينية لعام ١٦٧٠ " ... إن السلطة، وليس الحقيقة، هي التي تصنع القانون". توماس هوبز، "الدولة الديكتاتورية": Sive De Materia, Forma, Et Poestate Civitatis Ecclesiasticae et Civilis III (لندن، المملكة المتحدة، ١٨٤١).

<sup>٢١</sup> أنظر رينيه ديكارت Rene Descartes "قواعد توجيه العقل" (ترجمة Elizabeth S. Haldane & G.R.T. Ross ، الموسوعة البريطانية، شيكاغو، ايلينوي، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٥٣) (صدر الأصل عام ١٦٢٩) ، وديكارت "مقالة في المنهج" (ترجمة Laurence J. Lafleur ، مطبعة Arts Press ، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٦٠) (صدر الأصل عام ١٦٣٧) ، كانت كتاباته عن التفكير والمنهج المنطقي في التعبير عن الحجج أكثر الكتابات تأثيرا منذ عهد مفكري عصر النهضة.

الديموقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

٢. الديموقراطية كحالة: مع كل ما ينطوي عليه هذا الوضع بالنسبة لمجتمع مدني معين وحكمه، بما في ذلك عمليات الديموقراطية وربما أيضا النتائج الديموقراطية.

٣. الديموقراطية كنتيجة: أي تنفيذًا لسياسات وممارسات يتفق عليها المحكومون بصفة عامة. ومثل هذه النتيجة قد تكون وقد لا تكون نتيجة حالة، وقد تكون وقد لا تكون نتاج عمليات ديموقراطية.

وهذه المفاهيم الثلاثة يمكن استخدامها سويا ولا يناقض أحدها الآخر، بل على العكس، هي على خط متصل. ولكن يلزم التمييز بينها لأنها تمثل إلى حد ما ثلاثة مستويات أو ثلاث مراحل من الديموقراطية.<sup>٢٢</sup> وأيا كان المعنى والمضمون اللذان يسبغان على مصطلح الديموقراطية، فإن ما يميزها جوهريا عن نظم أخرى للحكومة هو حق المشاركة الشعبية في الحكم، والشرعية وإضفاء الشرعية على الحكومة والحكم. جاء في إعلان فيينا لحقوق الإنسان: "إن الديموقراطية تقوم على أساس إرادة الشعب التي يعبر عنها بحرية في أن يقرر أنظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ومشاركته الكاملة في كل جانب من جوانب حياته".<sup>٢٣</sup> ولكن قراءة هذه التأكيدات على ضوء التجارب الاجتماعية والسياسية والثقافية الغربية تحمل تضليلا وخداعا. وكما قال الأمين العام السابق للأمم المتحدة بطرس غالي في تقريره للجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٩٥ "إن الديموقراطية ليست نمطا ينقل حرفيا من بعض الدول، وإنما هي هدف يجب أن تحققه جميع الشعوب وتستوعبه جميع الثقافات. وقد يأخذ أشكالا كثيرة تبعا لخصائص وظروف المجتمعات".<sup>٢٤</sup>

#### ب- التحول الديموقراطي:

<sup>٢٢</sup> هي تعكس بذلك إلى أي حد يمكن اعتبار الديموقراطية "حقيقية"، وهو مصطلح يستخدمه الكاتب ليعني به "جوهرية".

<sup>٢٣</sup> إعلان فيينا لحقوق الإنسان، الجزء الأول، الفقرة ٨، الأمم المتحدة UN GAOR، وثيقة الأمم المتحدة رقم UN Doc. A/CONF. 157/23 (١٩٩٣).

<sup>٢٤</sup> تقرير الأمين العام للأمم المتحدة عن الديموقراطيات الجديدة أو التي تم إحيائها، الفقرة ٥، UN GAOR، الجلسة الخمسون. وثيقة الأمم المتحدة رقم UN Doc. A/50/332 (١٩٩٥).

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ظهر مصطلح قرين هو التحول الديمقراطي، وقد ظهر مؤخرا في الجدل بشأن الديمقراطية. وهو يستخدم حيناً ليعني عمليات الديمقراطية، وحيناً آخر ليعني "المرحلة الانتقالية" للحكومة من حكومة غير ديمقراطية إلى مختلف أشكال تقاسم السلطة والحكم والمساءلة العامة في أنظمة حكم جديدة<sup>٢٥</sup>. ولكن في الحالتين، يميل مصطلح التحول

<sup>٢٥</sup> أنظر المجلس الأوروبي، الجمعية البرلمانية، "تقرير عن تدابير تصفية تركة أنظمة الحكم الشمولية الشيوعية السابقة"، A/DOC/7568، ٣ يونيو ١٩٩٦، ينص التقرير على ما يلي:

١- إن تركة أنظمة الحكم الشمولية الشيوعية السابقة ليست من التركات التي يسهل التعامل معها. وعلى الصعيد المؤسسي، تشمل هذه التركة المركزية (الفائقة الحد) وإضفاء الطابع العسكري على المؤسسات المدنية وفرض البيروقراطية والاحتكار وأنظمة وقوانين مفترطة؛ وعلى صعيد المجتمع، بدءاً من سيطرة الدولة على كل وسائل الإنتاج والنشاطات الاقتصادية والانسحاق، وحتى الطاعة العمياء ونماذج فكرية شمولية أخرى. ومن الصعب إعادة تأسيس دولة متحضرة وليبرالية في ظل سيادة القانون - ولذلك يتعين تصفية الهياكل والنماذج الفكرية القديمة والتغلب عليها.

٢- إن أهداف هذه العملية الانتقالية واضحة: استحداث ديمقراطيات تعددية تقوم على أساس سيادة القانون واحترام حقوق الإنسان والتنوع. إن مبادئ اتخاذ القرارات على مستوى القاعدة وحرية الاختيار وتكافؤ الفرص والتعددية الاقتصادية وشفافية عملية صنع القرار أمامها يجب أن تلعب دوراً في هذه العملية. إن فصل صلاحيات وسائل الإعلام وحماية الملكية الخاصة وتنمية مجتمع مدني تعد من ضمن الوسائل التي تؤدي إلى بلوغ الهدف، مثل اللامركزية وعدم إضفاء الطابع العسكري على المؤسسات المدنية والقضاء على الاحتكار والبيروقراطية.

٣- إن أخطار فشل عملية انتقالية متعددة. ففي أحسن الأحوال، سيسود حكم قلة مهيمنة بدلاً من الحكم الديمقراطي، وسيسود الفساد بدلاً من سيادة القانون، والجريمة المنظمة بدلاً من حقوق الإنسان. وفي أسوأ الأحوال، قد تكون النتيجة "إحياء مخملياً" لنظام حكم شمولي، هذا إن لم تحدث إطاحة عنيفة بالديموقراطية الوليدة. والطريق إلى عملية انتقالية ناجحة هو إحداث اتران دقيق يتمثل في توفير العدالة بدون السعي إلى الانتقام.

٤- وهكذا، يجب على دولة ديمقراطية تقوم على أساس سيادة القانون وهي بصدد تصفية تركة أنظمة الحكم الشمولية الشيوعية السابقة أن تطبق الوسائل الإجرائية لمثل هذه الدولة. ولا يمكن أن تطبق وسائل أخرى وإلا لن تصبح أفضل من نظام الحكم الشمولي السابق الذي يتعين هدمه. إن دولة ديمقراطية تقوم على أساس سيادة القانون لديها ما يكفي من الوسائل تحت تصرفها لتعمل على خدمة قضية العدالة ومعاقبة المذنبين - ومع ذلك، لا يجوز ولا ينبغي لها أن تستجيب للرغبة في الانتقام بدلاً من تحقيق العدالة. بل يجب أن تحترم حقوق الإنسان والحريات الأساسية، مثل الحق في الحصول على كل الضمانات القانونية والحق في الإنصاف إليه، ويجب أن تطبق ذلك حتى على أولئك الذين لم يطبقوا هذه الحقوق والحريات عندما كانوا في السلطة. ولكن الدولة القائمة على سيادة القانون تستطيع أيضاً أن تدافع عن نفسها ضد ظهور جديد للتهديد الشمولي الشيوعي بما أن لديها وسائل كثيرة تحت تصرفها لا تتعارض مع حقوق الإنسان وسيادة القانون، بحيث تلجأ إلى القضاء الجنائي والتدابير الإدارية على حد سواء.

وبالمثل صفحة ١، أنظر أيضاً القرار رقم ١٠٩٦ الصادر في ٢٧ يونيو ١٩٩٦ من الجمعية البرلمانية للمجلس الأوروبي. وانظر أيضاً أدريان كويل Adrienne Quill، تعليق، "المحاكمة أو عدم المحاكمة: مشاكل اعترضت محاكمة مسئولين شيوعيين سابقين في ألمانيا وتشيكوسلوفاكيا والجمهورية التشيكية"، ٨ مجلة القانون الدولي والقانون المقارن في انديانا 165 - (١٩٩٦).

الديموقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

الديموقراطي إلى معنى العملية، وهو من ثم يمثل سلسلة من التطورات.<sup>٢٦</sup> وبذلك، فإن مضمون التحول الديموقراطي يعتبر بالضرورة نسبياً ويتوقف على السياق، وبخاصة فيما يتعلق بقضية المحاسبة وتحديد المسؤوليات عن المجاوزات التي ارتكبتها أنظمة حكم سابقة.<sup>٢٧</sup> والتحول الديموقراطي في الدول التي تمر بمرحلة انتقالية يشمل أيضاً المجتمعات التي تدخل في عداد البلاد الأقل نمواً والتي تتمثل أولوياتها في التنمية الاقتصادية والديموقراطية على حد سواء. ولكن بقدر ما يبدو هذان الهدفان غير متسقين، ففي الواقع من الصعوبة بمكان تحقيقهما سوياً. وجاء في إعلان فيينا لحقوق الإنسان في هذا الشأن: "إن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان يؤكد مجدداً أن البلاد الأقل نمواً ملتزمة بعملية التحول الديموقراطي والإصلاحات الاقتصادية، وكثير منها في أفريقيا، يجب أن يساندها المجتمع الدولي كي تنجح في تحولها إلى الديموقراطية والتنمية الاقتصادية".<sup>٢٨</sup>

### ج- الديموقراطية وسيادة القانون وحقوق الإنسان:

إن الديموقراطية في أي معنى من معانيها تتطلب الوجود والممارسة الحرة لبعض حقوق الفرد والجماعة التي لا توجد بدونها الديموقراطية حتى لو كانت لها مظاهر خارجية ندركها. وهذه الحقوق الأساسية هي ضمن أشياء أخرى: الحياة والحرية والملكية والتمتع بحماية القانون والمساواة، وعدم التمييز وحرية التعبير والتجمع والوصول إلى القضاء والمراجعة القضائية. وكل حق من هذه الحقوق الأساسية ينشئ بدوره حقوقاً جوهرية

<sup>٢٦</sup> كان مؤتمر الأمن والتعاون في أوروبا الألية التي أدخلت من خلالها حقوق الإنسان والحريات السياسية إلى أوروبا الشرقية والوسطى اعتباراً من السبعينات. تم توقيع وثيقة هلسنكي الختامية في أول أغسطس عام ١٩٧٥ ومهدت الطريق للتغيرات التي حدثت في أواخر الثمانينات. وأعقب هذه الوثيقة "تنفيذ وثيقة هلسنكي" (١٩٩٢) التي حققت تطورات انتقالية أخرى. أنظر على سبيل المثال توماس بيرجنتال Thomas Buergethal، أبعاد حقوق الإنسان في مؤتمر الأمن والتعاون في أوروبا: مولد نظام، ١٩٩٠ مجموعة محاضرات أكاديمية القانون الأوربي ١٦٣ (منشورات أكاديمية القانون الأوربي، دوردرخت، هولندا، المجلد الأول، الكتاب الثاني، ١٩٩٢). أنظر أيضاً رومان فيروزسكي Roman Wieruszowski "حقوق الإنسان والمناقشات الدستورية الراهنة في دول أوروبا الشرقية والوسطى"، في "قوة التنوع: حقوق الإنسان والديموقراطية التعددية" (منشورات Allan Roses and Jan Melgesen eds، الناشر Martinus Nijhoff، دوردرخت، هولندا، ١٩٩٢). أنظر ميثاق باريس من أجل أوروبا جديدة، 20 I.L.M. 193 (٢١ نوفمبر ١٩٩١). مقتطفات من الموضوع في الملحق ٢.

<sup>٢٧</sup> أنظر العدالة الانتقالية - كيف تتعامل الديموقراطيات الناشئة مع أنظمة الحكم السابقة (ثلاثة مجلدات، منشورات نيل ج. كريترز Neil J. Kritz، معهد السلام الأمريكي، واشنطن، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٩٦) حيث جمع الكاتب سلسلة مبهرة من المقالات عن موضوع العدالة تم فيها تغطية مسالة المحاسبة على جرائم أنظمة حكم سابقة وانتهاكات حقوق الإنسان الأساسية في طائفة واسعة من الأوضاع.

<sup>٢٨</sup> اتفاقية فيينا بشأن حقوق الإنسان، الحاشية ٢٣ أعلاه، الجزء الأول، الفقرة ٩.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

أخرى. ولكن جميع الحقوق الجوهرية تعتمد في التنفيذ العادل والفعال لها على الحقوق الإجرائية.<sup>٢٩</sup> وهذه الحقوق يشتمل عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،<sup>٣٠</sup> والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية،<sup>٣١</sup> والعهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية،<sup>٣٢</sup> وأدوات وقواعد ومعايير أخرى لحقوق الإنسان.<sup>٣٣</sup> والاتفاقيات الإقليمية التي تتضمن آليات للتنفيذ مثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية والبروتوكولات المصاحبة لها،<sup>٣٤</sup> والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان<sup>٣٥</sup> أسهمت بصورة فعالة في تدعيم

<sup>٢٩</sup> أنظر على سبيل المثال "حماية حقوق الإنسان في إقامة العدالة: خلاصة وافية لقواعد ومعايير الأمم المتحدة (محمود شريف بسيوني، دار نشر Transnational Publishers, Inc., Irvington-on-Hudson نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٩٤)؛ ومحمود شريف بسيوني، "حقوق الإنسان في سياق العدالة الجنائية: التعرف على وسائل الحماية الإجرائية الدولية وما يعادلها من وسائل حماية في الدساتير الوطنية"، Duke 3 نشرة القانون المقارن والدولي ٢٣٥ (١٩٩٣).

<sup>٣٠</sup> الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، G.A. Res. 217 A, UN GAOR، الدورة الثالثة، 1، Supp. No. 1، ١٣٥؛ وثيقة الأمم المتحدة رقم U.N. Doc. A/810 (١٩٤٨).

<sup>٣١</sup> العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، فتح باب التوقيع في ١٩ ديسمبر عام ١٩٦٦، 999 U.N.T.S. 171؛ بلورت لجنة حقوق الإنسان التي أسستها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تفسيرات قانونية للاتفاقية توجد في تقاريرها السنوية وفي الكتاب السنوي للجنة حقوق الإنسان (كانت آخر المجلدات في عامي ١٩٩٢ و١٩٩٣).

<sup>٣٢</sup> العهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، فتح باب التوقيع في ١٩ ديسمبر عام ١٩٦٦؛ 993 U.N.T.S. 3

<sup>٣٣</sup> دونا جوميين وديفيد هاريس وليو زواك Donna Gomien, David Harris & Leo Zwaak "قانون وممارسة الميثاق الاجتماعي الأوربي" (١٩٩٦)؛ الاتحاد الأوربي وحقوق الإنسان (منشورات Nanette Neuwahl & Allan Rosas eds.، ١٩٩٥)؛ الأنظمة الأوربية لحماية حقوق الإنسان (منشورات R. ST. J. Macdonald et al. eds.، ١٩٩٣)؛ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: كتاب جامعي (منشورات Asbjorn Eide, Catarina Krause & Allan Rosas، ١٩٩٥)؛ حقوق الإنسان من منظور ثقافات مقارنة: بحث عن إجماع على الرأي (منشورات عبد الله النعيم، ١٩٩٥)؛ جاك دونيللي Jack Donnelly "حقوق الإنسان الدولية" (١٩٩٣)؛ مارك يانيس وريتشارد كاي وأنطوني برادلي Mark Janis, Richard Kay & Anthony Bradley، "قانون حقوق الإنسان الأوربي: النص والمواد؛ د.ج. هاريس وم. أو بويل وس. واربريك D.J. Harris, M. O Boyle & C. Warbrick، "قانون الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان".

<sup>٣٤</sup> الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، فتح باب التوقيع في ٤ نوفمبر عام ١٩٥٠؛ ETS No. 5, 213 U.N.T.S. 221، المعدلة بالبروتوكول رقم ١، ETS 9، ١٨ مايو، ١٩٥٤، والبروتوكول رقم ٢، ETS 44، ٢١ سبتمبر، ١٩٧٠، والبروتوكول رقم ٣، ETS 45، ٢١ سبتمبر، ١٩٧٠، والبروتوكول رقم ٤، ETS 46، ٢ مايو، ١٩٦٨، والبروتوكول رقم ٥، ETS 55، ٢٠ ديسمبر، ١٩٧١، والبروتوكول رقم ٦، ETS 114، أول يناير، ١٩٨٥، والبروتوكول رقم ٧، ETS 117، ١١ يناير، ١٩٨٨، والبروتوكول رقم ٨، ETS 118، أول يناير، ١٩٩٠، والبروتوكول رقم ٩، ETS 140، ١٠ يناير، ١٩٩٤، والبروتوكول رقم ١٠، ETS 146، فتح باب التوقيع في ٢٥ مارس عام ١٩٩٢، والبروتوكول رقم ١١، ETS 155، فتح باب التوقيع في ١١ مايو عام ١٩٩٤؛ بلورت المفوضية الأوربية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فقها قانونيا تفسيريا للاتفاقية الأوربية، وتم تغطية كل سمات الحقوق والحريات الأساسية، وكذلك حقوق معينة تتعلق بالانتخابات، طبقا للبروتوكول الأول. وتوجد

الديموقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

نسيج الديمقراطية. ويتحرك نظام تنفيذ الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب<sup>٣٦</sup> في نفس الاتجاه الذي تسير فيه الاتفاقيات المناظرة له في أوروبا والأمريكيتين، ولكن بمعدل أبطأ<sup>٣٧</sup>؛ هذا بينما جهود أخرى تتباطأ<sup>٣٨</sup>. ولكن التقدم على المستوى الدولي والإقليمي متنسق ومطرد؛ وهو يشهد أيضا على العلاقة المتبادلة بين القواعد الدولية والإقليمية والوطنية بشأن حقوق الإنسان (التي تعتبر الأساس الضروري للديموقراطية بغض النظر عن كيفية تصوره).

إن الصلة بين الديمقراطية وحقوق الإنسان وسيادة القانون يقوم عليها الدليل في ميثاق باريس من أجل أوروبا جديدة الذي جاء فيه:<sup>٣٩</sup>

#### "عهد جديد من الديمقراطية والسلام والوحدة"

نحن، رؤساء دول وحكومات الدول التي تشارك في مؤتمر الأمن والتعاون في أوروبا، اجتمعنا في باريس في مرحلة من التغيير العميق والتطلعات التاريخية. لقد انتهى عهد المواجهة والانقسام في أوروبا. نعلن أن العلاقات بيننا ستقوم منذ الآن فصاعدا على أساس الاحترام والتعاون.

---

هذه القرارات ، ضمن قرارات اخرى، في تقارير حقوق الإنسان الأوروبية. أنظر أيضا الميثاق الاجتماعي الأوروبي، 89 U.N.T.S. 529 (١٨ أكتوبر ١٩٦١).

<sup>٣٥</sup> الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، فتح باب التوقيع في ٢٢ نوفمبر عام ١٩٦٩؛ 36 O.A.C.T.S. 1, 114 U.N.T.S. 123 - توماس بيرجنتال ودينا شلتون - "حماية حقوق الإنسان في الأمريكتين" (منشورات N.P. Eugel، المعهد الوطني لحقوق الإنسان، كهل، ألمانيا، ستراسبورج، فرنسا، الطبعة الرابعة المعدلة ١٩٩٥).

<sup>٣٦</sup> الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، 59 I.L.M. 21، تم تبنيه في ٢٧ يونيو عام ١٩٨١، وبدأ سريانه في ٢١ أكتوبر ١٩٨٦.

<sup>٣٧</sup> فاتسا أوجر جوز Fatsab Ougergouz "الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب: نهج قانوني لحقوق الإنسان بين القديم والجديد" (المطابع الجامعية الفرنسية، باريس، فرنسا، ١٩٩٣)، كيبا مباي Keba M Baye "حقوق الإنسان في أفريقيا" (بيدون، باريس، فرنسا، ١٩٩٢)، أنظر أيضا "حماية حقوق الإنسان في سير دعاوى الجنائية الأفريقية" (منشورات محمود شريف بسبوني وزباد موتالا، الناشرون Martinus Nijhoff Publishers، دوردرخت، هولندا، ١٩٩٥).

<sup>٣٨</sup> أعدت منظمة المؤتمر الإسلامي ميثاقا إسلاميا لحقوق الإنسان، ولكن بقي عديم الأثر. وأعدت جامعة الدول العربية مشروع ميثاق عربي لحقوق الإنسان على غرار مشروع أعدته مجموعة من الخبراء اجتمعت في ديسمبر ١٩٨٥ في سيراكوزا بإيطاليا وتبناه اتحاد المحامين العرب. أنظر على سبيل المثال محمود شريف بسبوني، "برنامج حقوق الإنسان العربي للمعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية" سيراكوزا، إيطاليا، ١٢ مجلة عن حقوق الإنسان تصدر أربع مرات في العام (١٩٩٠).

<sup>٣٩</sup> ميثاق باريس من أجل أوروبا جديدة، ٣٠ حزيران/ز'ز (٢١ نوفمبر ١٩٩١).

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

إن أوروباً تتحرر من تركة الماضي: شجاعة الرجال والنساء وقوة إرادة الشعوب وقوة أفكار وثيقة هلسنكي الختامية كانت بداية عهد جديد من الديمقراطية والسلام والوحدة في أوروبا.

إن زماننا هو زمان تحقيق الآمال والأمان التي راودت شعوبنا على مدى عقود: الالتزام الثابت بالديموقراطية على أساس حقوق الإنسان والحريات الأساسية؛ والازدهار من خلال الحرية الاقتصادية والعدالة الاجتماعية، والأمن المتساوي لكل شعوبنا.

إن المبادئ العشرة للوثيقة الختامية ستسد خطانا نحو هذا المستقبل الطموح، تماماً كما أضاعت لنا الطريق نحو علاقات أفضل في السنوات الخمس عشرة الأخيرة. إن التنفيذ الكامل لتعهدات مؤتمر الأمن والتعاون في أوروبا يجب أن يشكل أساساً للمبادرات التي نقوم بها حالياً لتمكين شعوبنا من الحياة بما يتفق مع تطلعاتها.

#### **حقوق الإنسان والديموقراطية وسيادة القانون**

نتعهد بأن نبني وندعم ونعزز الديمقراطية بوصفها النظام الوحيد للحكومة في دولنا.

وسنلتزم في هذا السبيل بما يلي :

إن حقوق الإنسان والحريات الأساسية هي الحق الأصيل لجميع البشر، وهي حقوق لا تمس وبضمنها القانون. إن حماية هذه الحقوق ودعمها هما المسئولية الأولى للحكومة.

واحترامها هو صمام الأمان الرئيسي في مواجهة دولة جبارة. والالتزام بهذه الحقوق والممارسة الكاملة لها هما أساس الحرية والعدالة والسلام.

إن الحكم الديمقراطي يقوم على أساس إرادة الشعب التي يعبر عنها بانتظام من خلال انتخابات حرة ونزيهة. إن أساس الديمقراطية هو احترام شخص الإنسان وسيادة القانون. والديموقراطية هي أفضل صمام أمان لحرية التعبير وسماحة كل فئات المجتمع وتكافؤ الفرص أمام كل شخص.



الديموقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

والديموقراطية مع كل ما تتسم به من طابع تمثيلي وتعددي تستتبع المحاسبة وتحديد المسؤوليات أمام الناخبين والتزام السلطات العامة باتباع القانون وإقامة العدل بحيدة ونزاهة. لا أحد فوق القانون.

ونؤكد ما يلي بلا تمييز:

١. كل فرد له الحق فيما يلي:
٢. حرية الفكر والضمير والدين أو المعتقد.
٣. حرية التعبير
٤. حرية تكوين تجمعات والتجمع السلمي.
٥. حرية الحركة.
٦. ولا يجوز أن يتعرض أحد لما يلي:
٧. الاعتقال أو الحبس التعسفي التعذيب أو أي شكل آخر من أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

كما أن من حق كل فرد ما يلي:

١. أن يعرف حقوقه وأن يتصرف على أساسها.
  ٢. أن يشارك في انتخابات حرة ونزيهة.
  ٣. الحق في محاكمة نزيهة وعلنية إذا وجهت له تهمة.
  ٤. أن يمتلك بمفرده أو مع جماعة وأن يمارس مشروعاً فردياً.
  ٥. أن يتمتع بحقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.
- ونؤكد أن الهوية الأخلاقية والثقافية واللغوية والدينية للأقليات القومية ستكون مشمولة بالحماية وأن الأشخاص الذين ينتمون إلى الأقليات القومية يملكون الحق في التعبير عن هذه الهوية والحفاظ عليها وتنميتها بحرية بلا تفرقة وبمساواة كاملة أمام القانون.
- سنعمل على أن يتمتع كل شخص بالحق في اللجوء إلى أية وسيلة للمطالبة بحقوقه على الصعيد الوطني أو الدولي في مواجهة أي انتهاك لهذه الحقوق.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

إن الاحترام الكامل لهذه المبادئ هي الأساس الوطني الذي سنسعى إلى بناء أوريا الجديدة عليه.

إن دولنا ستتعاون وستتكاتف بهدف تثبيت المكاسب الديمقراطية".<sup>٤٠</sup>  
كما أن إعلان فيينا لحقوق الإنسان ينص على ما يلي: "إن الديمقراطية والتنمية واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية يكمل بعضها البعض ويدعم بعضها البعض .. إن المجتمع الدولي يجب أن يساند تعزيز وتكوين الديمقراطية والتنمية واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية في العالم أجمع".<sup>٤١</sup>

#### د - العمليات الديمقراطية والمجتمع المدني:

إن الديمقراطية سنظل هدفا يتمثل في التحسين المستمر وقابلا للتحسين بلا توقف عند حد ، فلا يمكن بلوغه أبداً، ولكنه يبقى جديراً بالاتباع بالتزام وحسن نية. ولكن فهم ما يسعى الإنسان إلى تحقيقه لا يكفي، لأن بدون العمليات الديمقراطية التي تحتاج إلى تعزيز دائم لفعاليتها ونزاهتها، لن يتسنى أبداً تحقيق الديمقراطية كهدف.

إن العمليات الديمقراطية لا ينبغي قياسها بمقياس ما تهدف هذه العمليات إلى تحقيقه، ولكن بمقياس ما تحققه فعلياً. وهذا يعني أن بعض الظروف العملاية يفترض أن تكون جزءاً وقطعة من هذه العمليات. وهي تشمل: (١) فتح وانفتاح المؤسسات العامة أمام المواطنين بدون تفرقة ولا ترهيب؛ (٢) الشفافية في أعمال المؤسسات العامة؛ (٣) نزاهة العمليات؛ (٤) آليات المحاسبة والمساءلة القادرة على تحقيق النتائج وتصحيح الأخطاء فعلياً. ولكن المؤسسات العامة تحكمها الوسائل البيروقراطية التي يمكن أن تعوق الديمقراطية وأن تصبح وسيلة يؤدي من خلالها الفساد العام إلى تخريب الديمقراطية.<sup>٤٢</sup>

<sup>٤٠</sup> نفس ما ذكر أعلاه.

<sup>٤١</sup> إعلان فيينا لحقوق الإنسان، الحاشية ٢٣ أعلاه، الجزء الأول، الفقرة ٨.

<sup>٤٢</sup> تعاني جميع المجتمعات بعض أشكال الفساد، ولكن منها ما يعاني أكثر من غيرها. الفساد هو لعنة المجتمعات الأخذة في النمو، حيث تستفيد القلة الحاكمة في الجيش أو في تنظيم مثل الأحزاب بوقاحة من المواطنين وتدمر الاقتصاد الوطني. والمجتمع المدني يستطيع أن يوقف ذلك، والديمقراطيات يمكنها في نهاية الأمر أن تجد سبيلاً إلى تصحيح هذه المجاوزات. الاتفاقية الأمريكية لمكافحة الفساد، OEA/Ser.K.xxxiv. I ، UN Doc. A/51/3/RCV. 1 ، فيكتور ماسو Victor Masshu ، "الديمقراطية: الاتزان الدقيق والأممية"، أنظر أدناه صفحة ٦٧. يركز الكاتب على أهمية المجتمع المدني والحقوق الجوهرية بالنسبة للعمليات التي يمكن تخريبها من أجل المصلحة الشخصية والفساد.

الديموقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

البيروقراطية توجد في جميع الحكومات، ولكن معظم النظم الروتينية البيروقراطية تبدو كجدار هائل من المطاط لا يعكس سوى القليل، ولكنه على ما بيده قادر على أن تمتص الكثير<sup>٤٣</sup>. ومن ثم، فالبيروقراطيات تعتبر الوسيلة المثلى التي يمكن لمن يتولون السلطة من خلالها خنق الديمقراطية ما لم يمنعوا من ذلك أو يتم التصدي لهم بالمحاسبة والمساءلة وآليات تصحيح الأوضاع. ولذلك فهذه الآليات للمحاسبة والتصحيح لازمة لصيانة الديمقراطية والعمليات الديمقراطية والعدالة. ومع ذلك، فالعمليات الديمقراطية يجب أيضا صيانتها من خلال تطبيق سيادة القانون الذي لا ينبغي أن يتوقف أبدا<sup>٤٤</sup>.

ومن ضمن القضايا الاجتماعية والسياسية الكثيرة التي تواجه الديمقراطية هناك قضايا الدول التي تتكون من جماعات متعددة الأعراق والديانات. وهذه الدول تواجه المشاكل الصعبة وأحيانا العسيرة التي تتعلق بتحقيق تعددية اجتماعية سياسية متزنة في الوقت الذي تحتفظ بهوية الجماعة في إطار اندماج اجتماعي كامل. وكانت النتائج منذ الحرب العالمية الثانية أفدح مما لوحظ بصفة عامة. فالنزاعات الداخلية وحروب الانفصال والأنظمة الاستبدادية أوقعت ضحايا أكثر من ضحايا النزاعات ذات الطابع الدولي<sup>٤٥</sup>. إن وجود ديمقراطية وعمليات ديمقراطية كان يمكن أن ينقذ التكامل السياسي لهذه الدول؛ فضلا عن إنقاذ ملايين الأرواح وأن يوفر أضرارا بشرية ومادية لا حصر لها. وهنا يمكن أن تقدم الديمقراطية أكبر إسهام للبشرية وللحضارة.

<sup>٤٣</sup> إن مشاكل المؤسسات والبيروقراطيات أكثر حدة في الدول الأخذة في النمو أكثر مما هي في الدول المتقدمة بسبب الافتقار إلى الموارد والموظفين والمهارات وبسبب غياب محاسبة فعالة وآليات للرقابة. ولكن في الدول الأخذة في النمو تعد الرقابة الدقيقة التي يمارسها الصفوة الاقتصادية على المؤسسات أكبر من الرقابة في الدول المتقدمة وهذا أيضا يمثل تهديدا للديموقراطية. ومع ذلك، فجميع المجتمعات لديها بيروقراطيات تعيش حياة مختلفة ويمكن أن يحققوا نتائج غير قانونية أو غير أخلاقية بدون أية مناورات من نفوذ خارجي. وهذا يصدق أيضا على المنظمات الدولية. وهذا من ضمن الأسباب التي جعلت مصطلح "الديموقراطية الحقيقية" أكثر استخداما في المناقشات المعاصرة.

<sup>٤٤</sup> أنظر محمود شريف بسيوني، "حالات الطوارئ والأحكام العرفية" في "الحقوق التي لا تمس والأحكام العرفية" (مؤسسات Emile Bruylant، بروكسل، ١٩٩٦).

<sup>٤٥</sup> يؤكد أحد الكتاب أن منذ الحرب العالمية الثانية أسفرت أوضاع النزاع عن وقوع أكثر من ١٥٠ مليون ضحية. أنظر رودي رومل Rudy Rummel، "الموت بيد الحكومة" (دار نشر Transactions Publishers، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٩٤)؛ دانييل شيرو Daniel Chirot، "الطغاة في العصر الحديث" (قسم النشر في جامعة برينستون، برينستون، نيو جيرسي، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٩٤). لراءة المنظور السياسي الإنساني، أنظر حنا أرنت Hannah Arendt "أصول الشمولية" (هاركورت، بريس، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٥١).

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وتجدر الإشارة إلى أن في جميع الأنظمة الاستبدادية التي أسفرت عن وقوع عدد هائل من الضحايا، فهذه الأنظمة دمرت وخربت بادية ذي بدء المجتمع المدني، ثم أسست السلطة على أيديولوجيات تنطوي على التمييز والتعصب، في حين تضع في الوقت نفسه في المناصب أو مواقع النفوذ أشخاصا ارتكبوا الأخطاء التي أوقعت ضحايا<sup>٤٦</sup>. وفي معظم الحالات، كان هؤلاء الأشخاص إما من بين أسوأ العناصر في المجتمع أو اعتمدوا على بعض أسوأ العناصر في المجتمع للقيام بأعمال مريضة. ومن ثم، فإن تضايف غياب المجتمع المدني والافتقار إلى الرقابة الاجتماعية هو الذي خلق الفراغ الذي نفذت فيه السياسات والممارسات التي أوقعت ضحايا. وفي كثير من هذه الحالات، أتاح إهمال المجتمع المدني أيضا تعاطف الفساد الذي حدث في مناخ من إفلات الجناة من العقاب<sup>٤٧</sup> ووسط توقع الإفلات من العقاب في المستقبل، وهو نفس المناخ الذي أحدثت فيه هذه الأنظمة خسائر بشرية، ومن هنا تصبح المحاسبة على الأفعال بعد زوال هذه الأنظمة لازمة وضرورية كي لا تتكرر مثل هذه الأحداث في المستقبل<sup>٤٨</sup>. ومن ثم، فإن عودة المجتمع المدني والديموقراطي يجب أن يكون مصحوبا دائما بالمحاسبة أيما كان الشكل الذي تتخذه على ضوء الأهداف المستقبلية لكل مجتمع. إن الجرائم السابقة لا تترك أبدا معلقة في نمة التاريخ، بل تظل محصورة داخل حاضر مستمر، فإما أن تتأدي بالقصاص أو تأمل في الإصلاح. إن تصفية الماضي عنصر لا غنى عنه في المصالحة المستقبلية. وإذا حدث عكس ذلك فهو يعني كما قال الفيلسوف جورج سانتايانا بعبارة أخرى أن يحكم علينا بتكرار أخطاء الماضي.

الديموقراطية لا يمكن أن توجد بدون المجتمع المدني، والمجتمع المدني لا يمكن أن يوجد بدون سكان يملكون الإرادة والقدرة على التحرك دفاعا عن قيمهم ومؤسساتهم. ولكن في التحليل النهائي، فالشعب هو الذي يصنع ويعيش الديموقراطية وهو أيضا الذي يستطيع

<sup>٤٦</sup> لقراءة مثال يوغوسلافيا السابقة، أنظر التقرير النهائي وملاحق لجنة الخبراء التي تم تأسيسها طبقا لقرار مجلس الأمن رقم ٧٨٠ (١٩٩٢)؛ أنظر أيضا لجنة خبراء الأمم المتحدة التي تم تأسيسها طبقا لقرار مجلس الأمن رقم ٧٨٠ (١٩٩٢) في ٨٨ النشرة الأمريكية للقانون الدولي (١٩٩٤).

<sup>٤٧</sup> أنظر نعومي روت-أريازا و مايكل شارف Naomi Roht-Arriaza & Michael Scharf (الناشرون MCB)

<sup>٤٨</sup> أنظر محمود شريف بيسوني، "من فرساي إلى رواند في خمس وسبعين سنة: ضرورة تأسيس محكمة جنائية دولية دائمة"، 10 Harv. Hum. Rts. J. I – (١٩٩٧).

الديموقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

أن يعطلها وأن يقضي عليها. وهكذا، فالشعب يجب أن تكون لديه المعرفة والقدرة على ممارسة حقوقه الفردية والجماعية لتحقيق الديمقراطية والحفاظ على العمليات الديمقراطية والعمل على أن تسير هذه العمليات بفعالية وبزاهة كي يتسنى الوصول إلى النتائج الديمقراطية - ومن هنا تتعلق مسائل أكبر هي التوعية والموارد بالجدل العام. فالتوعية لا غنى عنها وتتيح للمواطن القدرة على تنمية المجتمع الوطني والتصرف دفاعاً عن قيمه ومؤسسته. إن الافتقار إلى التوعية ربما يكون العامل الوحيد وأكثر العوامل التي تتسبب في التبدل واللامبالاة في أي مجتمع. وهذا التبدل وهذه اللامبالاة هما اللذان يتيحان للقلّة فرصة الحكم السيء والتعدي على حقوق الفرد والجماعة واستغلال أقرانهم من المواطنين. لا يمكن أن تبقى الديمقراطية الحقيقية طويلاً إذا ظل المواطن متبلداً أو لامبالياً تجاه طرق الحكم - إن الالتزام والمشاركة في الحياة العامة وبمساندة المجتمع المدني لا غنى عنهما للديموقراطية.

#### هـ - الديمقراطية والتعددية والتضامن الاجتماعي:

جاء في إعلان فيينا لحقوق الإنسان أن "الديموقراطية" هي أحد "تطلعات جميع الشعوب إلى نظام عالمي يقوم على أساس المبادئ التي يتضمنها ميثاق الأمم المتحدة"<sup>٤٩</sup>. والميثاق يعترف في ديباجته وفي المواد ١ و ٥٥ و ٥٦ بالمساواة بين الدول والشعوب كمبدأً أساسياً، وحق الشعوب المتساوي في تقرير المصير، واحترام حقوق الإنسان الفردية والجماعية. ويمكن القول ضمناً إن مبادئ الميثاق، عندما تقرأ مقترنة بالقواعد الدولية بشأن حقوق الفرد والجماعة، تنص على حقين اجتماعيين أساسيين يعتبران من محاور الديمقراطية، وهما التعددية والتضامن الاجتماعي. والحق الأول يتطلب كفاح المجتمعات غير المتجانسة من أجل التطويع الاجتماعي والسماحة واحترام حقوق الجماعة. ويتطلب الثاني التضامن الاجتماعي والاقتصادي لجميع الجماعات داخل المجتمع. ويتجلى التضامن الاجتماعي والتعددية في مجرد حظر التمييز والأمر بتحقيق المساواة. ولكن خلافاً لبعض الأيديولوجيات مثل الماركسية التي نادى من ضمن أهدافها بتحقيق التعددية والتضامن الاجتماعي، فإن هدف الديمقراطية الذي يتمثل في تحقيق الاثنين يقوم على أساس

<sup>٤٩</sup> إعلان فيينا لحقوق الإنسان، الحاشية ٢٣ أعلاه.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

فلسفة الإنسانية الاجتماعية. وبينما هذه الفلسفة تتوافق مع رأسمالية المشروع الحر فيما يتعلق بالتعددية، لا يتحقق هذا بالضرورة فيما يتعلق بالتضامن الاجتماعي. فهذا التضامن أقرب لما يطلق عليه الديمقراطية الاجتماعية، وهو شكل من أشكال الاشتراكية الليبرالية. يتضح تماما مما ذكر أعلاه أن الحديث عن التعددية والحديث الأكثر عن التضامن الاجتماعي سيدخلان بالضرورة في الجدل العام اعتبارات الاقتصاد السياسي التي تختلف حولها وجهات النظر أشد الاختلاف. ومنذ زوال الماركسية والاشتراكية كشكل من أشكال الحكومة، تراجعت أيضا أفكار التضامن الاجتماعي في سياق المجتمعات الديمقراطية أمام شكل أكثر عدوانية من أشكال رأسمالية المشروع الحر. ومن ثم، سيتعين على المجتمعات الديمقراطية أن تواجه مهمة عسيرة تتمثل في تقرير ما إذا كان التضامن الاجتماعي عنصرا أساسيا في المجتمع الديمقراطي أم لا.

وستواجه المجتمعات الديمقراطية أيضا على امتداد طريق مختلف مسألة ما إذا كانت التعددية عنصرا لازما في الديمقراطية أم لا، وما إذا كانت المجتمعات يمكن أن تكون متفردة سواء على أساس العنصر أم العرق أم الدين ومع ذلك تعتبر ديموقراطية بالنسبة لنفسها ومع استبعاد الآخرين، وهل لا تزال تعتبر ديموقراطية أم أنها تصبح غير ديموقراطية عندما ترفض أو تتفصل عن أولئك الذين لا يدخلون في عداد جماعتها المتجانسة.

#### و- إجماع يتبلور:

ينضح من المناقشة أعلاه أن الصعوبات التي تكتنف موضوع الديمقراطية واللبس الفكري الذي يحيط به يجعلون من الصعوبة بمكان بلورة إجماع على فهم معنى الديمقراطية وكيف ينبغي أو كيف يمكن تحقيقها مع اختلاف السياق الثقافي والسياسي والاجتماعي والاقتصادي<sup>٥٠</sup>. إن بلورة تعريف دولي للديموقراطي أو حتى إجماع على

<sup>٥٠</sup> للقراءة عن موقف الدول الأخذة في النمو وغير الغربية، أنظر لاري دياموند وخوان ل. ليوز وسيمور مارتان ليبسيه Larry Diamond, Juan L. Liuz and Seymour Martin Lipset ، "الدول الأخذة في النمو وتجربة الديمقراطية" (دار نشر Nouveaux Horizons، ١٩٩٠) المشار إليه في عبد القادر بواي، الحاشية ٩ أعلاه، صفحة ٣٧؛ لويس فيورو Luis Villoro ، "مشاعر الديمقراطية"، أنظر أدناه صفحة ٩٥، جونغو سودرسونو Juwono Sudersono ، "مشاكل النموذج الديمقراطي" ، أنظر أدناه صفحة ٨١؛ سيريل رامافوزا Cyril Ramaphosa "العناصر الأساسية للديموقراطية: تجربة من جنوب أفريقيا"، أنظر أدناه صفحة ٧٣.

الديموقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

محتواها وليس من أجل التحدي الفكري الذي يحمله مشروع الديمقراطية تعتبر مهمة عسيرة، ولذلك فما هو أكثر واقعية هو البحث عن القيم والمبادئ والأهداف والوسائل التي يحدث حولها إجماع في صفوف الباحثين والخبراء والمناضلين المدافعين عن الحقوق الذين يمثلون جميع مناطق العالم وثقافته الكبرى. غير أن نقطة البداية هي ضرورة بلورة منهج يمكن بواسطته: (١) التعرف على العوامل والاعتبارات التي تدخل في صنع تصور معين للديموقراطية؛ (٢) التعرف على قيم الديمقراطية والأهداف التي توجهها القيم؛ (٣) تقدير هذه القيم والأهداف التي توجهها القيم بالنسبة لعلاقتها بقيم أخرى منافسة وأهداف أخرى منافسة توجهها القيم؛ (٤) تأمين الحد الأدنى من الشروط اللازمة للديموقراطية كحالة؛ (٥) تحديد الهياكل والمؤسسات اللازمة لتحويل قيم الديمقراطية إلى عمليات يمكن من خلالها تحقيق هذه القيم أو الأهداف التي توجهها القيم والتي تم التعرف عليها، أو على الأقل توجيهها إلى اتجاه التحقيق المتوقع لها؛ (٦) تحديد وسائل رفع درجة نزاهة وفعالية العمليات التي تعتبر لازمة للوصول إلى الأهداف المتبعة. ومثل هذا المنهج من شأنه أن يخدم على الأقل أغراض تسهيل التحليل المقارن وأن يساعد على تقييم الفروق والاختلافات بين وجهات النظر في مختلف ثقافات العالم. ولكن مثل هذا المشروع يجاوز نطاق هذا التقرير الذي يتمثل هدفه في التعرف على الإطار الأساسي لممارسة الديمقراطية. ويبدو في هذا الشأن أن هناك أربع مجموعات من العناصر المشتركة بين وجهات النظر المعاصرة المتنوعة بشأن الديمقراطية، حتى لو كان محتوى ومزيج هذه العناصر يختلفان من منظور إلى آخر<sup>٥١</sup>. والمجموعات الأربع المشتركة من العناصر هي:

١. نظام للحكم يمنح المحكومين الاختيار بشأن من يحكم ومدة حكمه وسياسات وممارسات الحكومة.

٢. الاعتراف ببعض حقوق الجماعة والفرد التي يمكن تنفيذها فعلياً.

٣. تأسيس عمليات نزيهة وحررة وفعالة يمكن من خلالها ممارسة الحكم وحقوق الجماعة والفرد.

<sup>٥١</sup> لا شك أن كلما اتسع التعميم، كلما اتسع الاتفاق في الرأي، وكلما ضاق المحتوى كلما اتسع الخلاف في الرأي.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٤. إعداد آليات للمحاسبة والمساءلة على الصعيدين السياسي والقضائي لضمان شرعية ونزاهة العمليات السياسية والإدارية لمن يملكون النفوذ ولمن يسعون إلى النفوذ.

ولأننا نعيش في عهد من التبسيط الشديد، فالصيغة المختصرة المستخدمة لتعكس أول مجموعة من العناصر متضمنة في مصطلح "الانتخابات الحرة والنزيهة"، بينما المجموعات الثلاث الأخرى من العناصر يطلق عليها في الصيغ المختصرة "سيادة القانون" و"احترام حقوق الإنسان والالتزام بها". ومن الواضح أن هذه الصيغ المختصرة تعني أكثر بكثير مما توحى به العناوين<sup>٥٢</sup>. ولكن الأهم من ذلك هو أن الديمقراطيات والعمليات الديمقراطية يجب أن تعتمد على القدرات الوطنية التي تعتمد بدورها على طائفة متنوعة من العوامل تتراوح بين التوعية والتكنولوجيا - وهي تعتمد جميعا على الموارد المتاحة.<sup>٥٣</sup>

#### ز - تدويل الديمقراطية:

ظهر مفهوم آخر جديد لمد نطاق الديمقراطية إلى المستوى الدولي في السنوات القلائل الماضية. ويطلق عليه "تدويل الديمقراطية" وإن كان لا يزال في بداياته الأولى<sup>٥٤</sup>.

<sup>٥٢</sup> أنظر على سبيل المثال أندريه ريزلر André Reszler ؛ "التعددية : الجوانب النظرية والتاريخية للمجتمعات المنفتحة" (منشورات Georg ed. ، جنيف، سويسرا، ١٩٦٠)، أرند لوهارت Arend Luhart، "الديمقراطيات: نماذج للقدرات الإبداعية والوفاق في الحكومة في إحدى وعشرين دولة" (قسم النشر في جامعة يال، نيو هافن، كوناكتيكوت، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٨٤)؛ أرنت لوهارت، "الديمقراطية في المجتمعات التعددية" استكشاف مقارن (قسم النشر بجامعة يال، نيو هافن، كوناكتيكوت، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٧٧)؛ جيمس فيسكاونت برايس James Viscount Bryce، "الديمقراطيات الحديثة" (دار نشر Macmillan Co. ، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٢٤).

<sup>٥٣</sup> الطائفة الوطنية - بناء الديمقراطية، محاضر جلسات ، ١٢-١٤ فبراير، ١٩٩٦ مؤتمر ستوكهولم لمعهد الديمقراطية والمساعدة الانتخابية.

<sup>٥٤</sup> أنظر بطرس بطرس غالي، "جدول عمل للتحوّل الديمقراطي" (الأمم المتحدة، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٩٦). يتضمن الملحق (١) مقتطفات خاصة بهذا الموضوع. أنظر أيضا الرؤية البرلمانية للتعاون الدولي في القرن الحادي والعشرين؛ إعلان تبنته الدورة الخاصة للمجلس البرلماني (نيويورك، مقر الأمم المتحدة، ٣٠ أغسطس-أول سبتمبر، ١٩٩٥). يركز الإعلان على الصلات بين حقوق الإنسان وبين الديمقراطية. وانظر إعلان فيينا لحقوق الإنسان، الحاشية ٢٣ أعلاه؛ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة عن الديمقراطيات الجديدة والتي تم إحيائها، الحاشية ٢٤ أعلاه.

وجوهر كليهما هو:

١- الديمقراطية مفهوم فريد وعالمي، يقوم على أساس "إرادة الشعب التي يعبر عنها بحرية".

٢- هناك "حد أدنى من الشروط" والسمات المميزة "للديمقراطية".

٣- "الديمقراطية يمكن أن تتخذ أشكالا كثيرة، وشعوب مختلف الدول، وهي تعبر عن إرادتها، يمكن، أن تحدد أنظمة سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية مختلفة، تبعا لخصائص مجتمعاتها.



الديموقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

وهو يستخدم بمعنى تساوي الأصوات والتمثيل المتساوي للدول في المنظمات الدولية. ولكنه ينعكس أحيانا في شكل نهج معدل بصدد تحقيق المساواة في السلطة في عمليات صنع القرارات الدولية. وهذا النهج الأخير هو شكل من أشكال "العمل الإيجابي" الدولي كما يفهم من هذه الاصطلاح في بعض الأنظمة الوطنية حيث يفيد السعي إلى تصحيح أو ضبط بعض أوجه الخلل الاجتماعي بتمييز البعض على البعض الآخر بمعاملة تفضيلية. وعلى الصعيد التمثيلي الدولي، فهذا التصحيح لعدم ائزان القوى بين الدول ينعكس في صيغة "التمثيل الجغرافي العادل" ويمنح الدول الآخذة في النمو تمثيلا عدديا في الهيئات الدولية أكبر من تمثيل الدول المتقدمة. ولكن توسيع نطاق هذا المفهوم واقعا ليمتد إلى المجال الاقتصادي الدولي، مثل نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول الآخذة في النمو وتقاسم الموارد الطبيعية وتحمل المجتمعات الصناعة لبعض التكاليف لا تلتفت إليه الدول المتقدمة رغم إعلان الأمم المتحدة بشأن الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول<sup>٥٥</sup>. إن مسألة "تدويل الديمقراطية" التي تنطبق على الحقوق والواجبات الاقتصادية تزداد مع ذلك تعقيدا لأن الشركات المتعددة الجنسية تهيمن على التجارة والاستثمارات الدولية وتطور التكنولوجيا<sup>٥٦</sup>. وهذه الشركات المتعددة الجنسية يوجهها دافع الربح ولا تخضع لنفس القيود القانونية التي تسري على الدول في علاقاتها المتبادلة. وعلاوة على ذلك، فإن الشركات المتعددة الجنسية لا تهتم بنفس الاعتبارات التي تراعيها بعض الدول طوعا في علاقاتها الخارجية<sup>٥٧</sup>.

ويمكن أيضا النظر إلى "تدويل الديمقراطية" كبديل لمفهوم "النظام العالمي الجديد" القصير الأجل<sup>٥٨</sup>. إن امتداد الحق في الديمقراطية إلى سياق السلام والأمن تجلى عام

<sup>٥٥</sup> أنظر ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول "UN GAOR"، الدورة التاسعة والعشرون، Supp. No. 31، وثيقة الأمم المتحدة رقم UN Doc. 9631 – (1974)، وأعيد طبعها في ١٤ مجلة القانون الدولي ٢٥١ (1975). إلا أن البعد الاقتصادي لتدويل الديمقراطية يجد بعض الاعتراف في التكلفة التي يتم تقاسمها لميزانية الأمم المتحدة، والتي تعتمد على موارد الدول.

<sup>٥٦</sup> حاولت الأمم المتحدة ومنظمة التنمية والتعاون الاقتصادي تنظيم الشركات المتعددة الجنسية خلال الأعوام الثلاثين الأخيرة وكانت النتائج محدودة. ولكن تم ترسيخ بعض المعايير للحد من فساد المسؤولين في الوظائف العامة في الدول، وربما تكون الدول الآخذة في النمو حيث تسعى الشركات المتعددة الجنسية إلى القيام بأعمال تجارية.

<sup>٥٧</sup> وهذا واضح في مختلف برامج المساعدات الأجنبية التي تنفذها بعض الدول المتقدمة.

<sup>٥٨</sup> هذا المصطلح استخدمه الرئيس جورج بوش فيما يتصل بحرب الخليج عام 1991.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

١٩٩٠ عندما سمح القرار رقم ٩٤٠ للجمعية العامة للأمم المتحدة باللجوء إلى "كل القوة اللازمة" لإعادة الحكومة المنتخبة شرعا في هايتي بعد أن أزاحتها القوة العسكرية (عام ١٩٩٦)<sup>٥٩</sup>. وهكذا، وللمرة الأولى منذ تبني ميثاق الأمم المتحدة، كان هناك عمل جماعي يشمل استخدام القوة لإعادة حكومة ديموقراطية<sup>٦٠</sup>.

إن "تدويل الديمقراطية" يمكن أيضا النظر إليه من وجهة نمو وتنمية الحماية الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، وهو المجال الذي يمكن أن يشاهد فيه أكبر تقدم في تأسيس دعائم الديمقراطية<sup>٦١</sup>.

### ح- الديمقراطية والسلام:

وأخيرا، هناك مفهوم آخر جديد يجد سبيلا في المناقشات العامة، وهو أن الديمقراطية كشكل وطني من أشكال الحكومة يعزز السلام والأمن الدوليين<sup>٦٢</sup>. وهذا المفهوم مغري بالتأكيد وله مزاياه. ولكن الشكل الديمقراطي الوطني للحكومة لا يترجم بالضرورة إلى سلوك ديموقراطي دولي أو سلوك في العلاقات الدولية يتوافق مع حفظ السلام أو الالتزام بالشرعية الدولية<sup>٦٣</sup>. والواقع أن سلوك الدول في علاقاتها الدولية، حتى تلك التي لديها حكومات ديموقراطية، لا تزال توجهها بصفة أساسية اعتبارات النفوذ والمصالح الاقتصادية. وهذه الاعتبارات قد لا تنتج بالضرورة ما يعتبر بصفة عامة ديموقراطيا، وبالتحديد السلوك القانوني أو النزيه أو العادل. ومن ثم، هناك خطر في التبسيط الشديد للعلاقة بين الأشكال الديمقراطية الوطنية للحكومة وبين السلام والأمن الدوليين وبالتأكيد هذا ينطبق أكثر على الأمور التي تتعلق بالعدل والإنصاف السياسي والاقتصادي في تقاسم الموارد والتكنولوجيا بين المجتمعات المتقدمة والمجتمعات الآخذة في النمو.

<sup>٥٩</sup> أنظر توماس فرانك Thomas Frank ، "الحق الناشئ في الحكم الديمقراطي في منتدى الديمقراطية ( Broderna Carlssons Boktryckeri AB, Varberg 1996 )

<sup>٦٠</sup> شارف، الحاشية ٤٧ أعلاه.

<sup>٦١</sup> أنظر الحواشي ١٨-٣٢ أعلاه والنص الموافق.

<sup>٦٢</sup> أنظر بطرس بطرس غالي، الحاشية ٥٠ أعلاه. أنظر أيضا إعلان الأمم المتحدة بشأن العلاقات الودية والتعاون بين الدول، قرار الجمعية العامة رقم ٢٦٢٥، UN GAOR، الدورة الخامسة والعشرون، Supp. No. 28، وثيقة الأمم المتحدة رقم UN Doc A/8028 - (١٩٧٠).

<sup>٦٣</sup> أنظر على سبيل المثال قضية نيكاراغوا ضد الجيش الأمريكي والنشاطات العسكرية شبه النظامية (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة)، ١٩٨٤، محكمة العدل الدولية ١٦٩ (أكتوبر).

الديموقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

ومع ذلك، هناك مسار دولي آخر يتقدم ويدعم بالتأكيد فرص تحقيق النظام العالمي<sup>٦٤</sup>، وهو العدالة الدولية. إن القبول الأكبر بسلطة محكمة العدل الدولية<sup>٦٥</sup> وتأسيس محكمتين جنائيتين دوليتين ليوغوسلافيا السابقة<sup>٦٦</sup> ورواندا<sup>٦٧</sup> من الدلائل التي تدعو للتفاؤل. ولكن أهم تلك المراحل كان تأسيس المحكمة الجنائية الدولية بلاهاي لمحكمة مرتكبي الجرائم الدولية مثل العدوان والإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب<sup>٦٨</sup>. وإذا لم يكن هناك يقين، فهناك على الأقل توقع أن يدعم تحقيق العدالة الدولية تدويل الديمقراطية وليس السلام فقط، بمعنى نظام عالمي قانوني وشرعي<sup>٦٩</sup>.

<sup>٦٤</sup> أنظر ميرس مكدوجالاند وفلورنتين ب. فيليسيانو Myres McDougaland & Florentine P. Feliciano ، "القانون والحد الأدنى من النظام العالمي (قسم النشر بجامعة يال، نيو هافن، كوناكتيكوتن الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٦١).

<sup>٦٥</sup> أنظر على سبيل المثال شابتاي روزان Shabtai Rosenne ، "محكمة العالم" (الناشر Martinus Nijhoff Publishers ، دوردريخت، هولندا، الطبعة الخامسة المعدلة، ١٩٩٥). ولكن سلطة محكمة العدل الدولية لها حدودها. أنظر محمد بجاوي ، "النظام العالمي الجديد ومجلس الأمن: اختبار شرعية تصرفاتها (الناشر Martinus Nijhoff ، بوسطن، ماساشوسيتس، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٩٤)؛ والأنظمة السياسية الأفريقية (منشورات E.E. Evans-Pritchard and Fortes eds. ، قسم النشر بجامعة أوكسفورد، أوكسفورد، المملكة المتحدة، ١٩٤٠). لقراءة مفهوم الدولة وتأثيره على مختلف أشكال الحكومات، أنظر ر. أرون R. Aron ، "دراسات سياسية" (دار نشر Gallimard ed. ، باريس، فرنسا، ١٩٧٢).

<sup>٦٦</sup> أنظر محمود شريف بسيوني (بالتعاون مع بيتر مانيكاس Peter Manikas )، "قانون المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة (الناشر Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson ، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٩٦).

<sup>٦٧</sup> لاري جونسون Larry Johnson ، "المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، ٦٧ المجلة الدولية للقانون الجنائي ٢١١ (١٩٩٦).

<sup>٦٨</sup> أنظر قرار الجمعية العامة بشأن تأسيس محكمة جنائية دولية، ١٧ ديسمبر ١٩٩٦، وثيقة الأمم المتحدة رقم UN Doc. A/51/22 (المجلدان الأول والثاني)؛ "المحكمة الجنائية الدولية: ملاحظات وقضايا أمام اللجنة التحضيرية ١٩٩٧-١٩٩٨ (محمود شريف بسيوني، ١٣ دراسة جديدة في المجال الجنائي (١٩٩٣). محمود شريف بسيوني، "أن الأوان لمحكمة جنائية دولية" (مجلة القانون الدولي والقانون المقارن في انديانا) (١٩٩٢)؛ محمود شريف بسيوني وكريستوفر بليكسلي Christopher Blakesley ، "الحاجة إلى محكمة جنائية دولية في النظام العالمي الدولي الجديد"، ٢٥ نشرة فاندربيلت للقانون عبر الوطني ١٥١ (١٩٩٢).

<sup>٦٩</sup> إن تأسيس المحكمة الدولية لقانون البحار حديثاً في ديسمبر ١٩٩٦ يعد تطوراً إيجابياً جديداً.

## المرفق ١

### مقتطفات من "جدول عمل للتحويل الديمقراطي"

#### للأمين العام السابق للأمم المتحدة<sup>٧٠</sup>

١. إن التحول الديمقراطي عملية تؤدي إلى مجتمع أكثر انفتاحاً وأكثر قدرة على المشاركة ويتقلص فيه الحكم المطلق. إن الديمقراطية هي نظام للحكومة يجسد المثل الأعلى لسياسة تقوم على إرادة الشعب، في طائفة متنوعة من المؤسسات والآليات .
٢. في أماكن من أمريكا اللاتينية إلى أفريقيا وأوروبا وآسيا، أفسحت أعداد من أنظمة الحكم المطلق الطريق للقوى الديمقراطية وحكومات تزداد استجابة ومجتمعات تزداد انفتاحاً. سارت دول كثيرة وشعوبها نحو عملية للتحويل الديمقراطي للمرة الأولى. وتحركت أخرى لإحياء جذورها الديمقراطية.
٣. إن الفكرة الأساسية للديمقراطية هي اليوم كسب موالين على خطوط ثقافية واجتماعية واقتصادية. وبينما تعريف الديمقراطية أصبح موضوعاً للمناقشة تزداد أهميته يوماً بعد يوم داخل المجتمعات وفيما بينها، أصبح ينظر إلى ممارسة الديمقراطية بصورة متزايدة على أنها أساسية لإحراز تقدم في طائفة واسعة من الاهتمامات الإنسانية ولحماية حقوق الإنسان.
٤. إن التحول الديمقراطي والديمقراطية يطرحان أسئلة صعبة تتعلق بالأولويات والتوقيت. ومن ثم، فما يثير الدهشة أن يواجه التعجيل بالتحويل الديمقراطي وإحياء فكرة الديمقراطية بعض المقاومة. وعلى الصعيد العملي، شهد العالم بعض التباطؤ والانحسار في عمليات التحول الديمقراطي، وفي بعض

<sup>٧٠</sup> بطرس بطرس غالي، "جدول عمل للتحويل الديمقراطي" (الأمم المتحدة، نيويورك، الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٩٦).

الحالات، شهد ردة في هذه العمليات . وعلى الصعيد المعياري، نشأت مقاومة تسعى في بعض الحالات إلى حجب التفويض بحجة وجود فروق ثقافية وفي البعض الآخر تعكس حقيقة لا تنكر هي أن ليس هناك نموذجا وحيدا للتحول الديموقراطي أو للديموقراطية يناسب جميع المجتمعات. والواقع أن كل مجتمع من المجتمعات على حدة يقرر ما إذا كان سيبدأ في التحول الديموقراطي ومتى يبدأ. ويقرر كل مجتمع على مدى العملية طبيعته ومعدله. والنقطة التي يبدأ منها المجتمع التحول الديموقراطي ستستند إلى حد كبير إلى مثل هذه القرارات. ومثل عملية التحول الديموقراطي، يمكن أن تتخذ الديموقراطية أشكالاً كثيرة وأن تتطور عبر مراحل كثيرة تبعا لخصائص وظروف كل مجتمع. وفي كل مجتمع، يتطلب استمرار الديموقراطية نفسه عملية جارية من التجديد السياسي والتنمية.

٦١. إن التحول الديموقراطي يعتبر على الصعيد الدولي لازما على ثلاث جبهات ترتبط ببعضها البعض. والنظام الراسخ للأمم المتحدة نفسه يجب أن يقطع مراحل كثيرة قبل أن ينفذ بقدر الإمكان تصميمه الراهن للجهد الديموقراطي، وأن يذهب إلى أبعد حد في تغيير هذه الهياكل التي لا تصل إلى قدر كاف من الديموقراطية. إن مشاركة أطراف جدد على الساحة الدولية حقيقة مسلمة؛ وإن تزويدهم بوسائل متفق عليها للمشاركة في النظام الرسمي، وهنا بصفة أساسية مجال الدول، يعد مهمة جديدة في زمننا. والتحدي الثالث سيكون تكوين ثقافة للديموقراطية على الصعيد الدولي. وهذا لن يتطلب فحسب مجتمعا من الدول يلتزم بالمبادئ والعمليات الديموقراطية؛ بل سيتطلب أيضا مجتمعا مدنيا دوليا موسعا يكون ضالعا بعمق في المؤسسات الديموقراطية، سواء كانت دولة أم ولاية أم اتحاد دول، وسواء كانت هذه المؤسسات خاصة أم شبه خاصة؛ وتلتزم بالممارسات الديموقراطية والإجراءات والتعددية السياسية؛ وتتألف من شعوب تمكنت منها عادات الانفتاح والنزاهة والسماحة التي ارتبطت دوما بالديموقراطية منذ العهود القديمة.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٦٢. هناك بالطبع فروق جوهرية بين التحول الديمقراطي على الصعيد الدولي وبين نشر التحول الديمقراطي داخل الدول. وعلى الصعيد الدولي هناك منظمات ومؤسسات دولية، وصنع القرارات الدولية والقانون الدولي، ولكن ليس هناك هيكل دولي يعادل هيكل حكومة الدولة. إن المجتمع الدولي يعتبر مجتمع دول ومجتمع أشخاص منفردين على حد سواء. إلا أن مفهوم التحول الديمقراطي كعملية والذي يمكن أن يخلق مجتمعا أكثر انفتاحا وأكثر مشاركة وينقلص فيه الحكم المطلق يسري على الصعيدين الوطني والدولي على السواء.

٦٣. هناك أيضا فروق جوهرية بين فكرتي الديمقراطية الوطنية والديموقراطية الدولية. إلا أن الاعتراف المتزايد بالأهمية العملية للديموقراطية داخل الدول أسهم مع ذلك في الاعتراف المتزايد بالديموقراطية فيما بين الدول، وولّد مطالبات متزايدة بالتحول الديمقراطي على الصعيد الدولي.

٦٤. إن ضلوع الفرد في العملية السياسية يعزز محاسبة ومساءلة الحكومة وقابليتها للاستجابة. إن الحكومات التي لديها قابلية للاستجابة والتي يمكن محاسبتها يمكن أن تكون مستقرة وأن تدعم السلام. وكثير من النزاعات الداخلية ينشأ عن الاعتقاد - المبرر أو غير المبرر - أن الدولة لا تمثل كل فئات المجتمع أو أنها تسعى إلى فرض أيديولوجية منفردة وحيدة. إن الديمقراطية هي وسيلة التوفيق بين مختلف المصالح الاجتماعية في مجتمع محلي معين. وفي المجتمع الدولي، هي وسيلة لدعم مشاركة جميع الأطراف ولتقديم إمكانية تسوية الخلافات عن طريق الحوار وليس بقوة السلاح. إن عملية التحول الديمقراطي على الصعيد الدولي يمكن من ثم أن تساعد على دعم العلاقات السلمية فيما بين الدول.

٦٥. بفضل المشاركة، تصبح التنمية الاجتماعية والاقتصادية ذات معنى وتؤسس جذورا أعمق. إن بناء مؤسسات ديموقراطية على مستوى الدولة يساعد على أخذ أولويات مختلف الفئات الاجتماعية في الاعتبار عند صياغة استراتيجيات للتنمية. وفي النظام الاقتصادي الدولي، قد تعني الديمقراطية أن العلاقة بين

الدول الآخذة في النمو وبين الدول المتقدمة ليست علاقة مساعدة وإنما علاقة تعاون. وبدلاً من الاعتماد المزمّن على جهود الإغاثة العاجلة، يمكن التوفيق بين هواجس الدول الآخذة في النمو والدول المتقدمة في مؤتمرات ومشاورات بالأمم المتحدة على مستوى الحكومات تشارك فيها أيضاً أطراف من غير الدول. ومن ثم، فالتحول الديموقراطي يمكن أن يسهم في ضمان أن يصبح لأفقر البلاد صوت متزايد باطراد في النظام الدولي من خلال الأمم المتحدة. ويمكن أن يسهم في العمل على ألا يترك النظام الدولي شطراً كبيراً من العالم يناضل بنفسه بل يدعم بحق اندماج ومشاركة جميع الشعوب.

٦٦. إذا كان التحول الديموقراطي هو أقوى وسيلة للقبول بالحكم الوطني ورفع مستواه، فهو أيضاً أقوى وسيلة للقبول بالمنظمة الدولية ورفع مستواها، فهو يجعلها أكثر انفتاحاً وقابلية للاستجابة من خلال زيادة المشاركة وأكثر فعالية من خلال إتاحة تقاسم العبء وأكثر فعالية من خلال إتاحة ميزات نسبية ومزيد من الإبداع. وعلاوة على ذلك، فإن التحول الديموقراطي على الصعيد الدولي، شأنه شأن التحول الديموقراطي داخل الدول، يقوم على أساس ويدعم كرامة واعتبار كل إنسان والمساواة الأساسية بين جميع الأشخاص وجميع الشعوب.

٦٧. إن بيئة العالم الجديد عززت هذه الصلة الأساسية بين التحول الديموقراطي على الصعيدين الوطني والدولي. كان صنع القرار في الشؤون العالمية فيما مضى له أثر محدود على الشؤون الداخلية للدول والحياة اليومية لشعوبها. واليوم، تحمل القرارات التي تتعلق بالأمور العالمية معها نتائج محلية بعيدة المدى، إذ طمست الخطوط بين السياسة الدولية والسياسة المحلية. وبذلك يمكن أن تسيّر القرارات غير التمثيلية بشأن القضايا العالمية في عكس اتجاه التحول الديموقراطي داخل الدول وأن تدمر التزام الشعب به. وهكذا قد لا يتعمق التحول الديموقراطي داخل الدول ما لم يمتد إلى المجال الدولي.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

١٢١. يمكن اعتبار السلام أمراً أساسياً، ذلك لأن بدون قدر من السلام، فلا التنمية ولا الديمقراطية يصبحان ممكنين. إلا أن التنمية والديموقراطية أساسيان إذا قدر للسلام أن يبقى. والارتباط بين التنمية والديموقراطية أكثر تعقيداً. وقد أظهرت التجربة أن التنمية يمكن أن تتحقق بدون الديمقراطية. ومع ذلك، هناك احتمال ضئيل أن تتطلب التنمية نظام حكم مطلق، واحتمال كبير أن تصبح الديمقراطية من المكونات الأساسية لتحقيق تنمية مستدامة على المدى الطويل. وفي الوقت نفسه، تعتبر التنمية من المكونات الأساسية للديموقراطية الحقة بحيث يتم - فيما وراء المساواة الرسمية - تمكين جميع أفراد المجتمع من المشاركة في نظامهم السياسي.

١٢٨. وبينما التحول الديمقراطي يتعين أن يتم على جميع مستويات المجتمع البشري - المحلي والوطني والإقليمي والعالمي - فالقوة التي يتميز بها التحول الديمقراطي تكمن في منطقه الذي ينبع من شخص الإنسان كفرد والكيان الواحد غير المنقوص في الشؤون العالمية والمصدر المنطقي لكل حقوق الإنسان. وفي الوقت الذي يعتمد التحول الديمقراطي على الالتزام الفردي بالأزدهار، سوف يعزز التحول الديمقراطي الأوضاع اللازمة للفرد كي يزدهر. وفيما وراء كل العقبات توجد إمكانيات مشرقة للمستقبل.



## المرفق ٢

### الإعلان العالمي بشأن الديمقراطية

في ٢٦ أيلول/سبتمبر ١٩٩٧، كان عدد البرلمانات الوطنية الأعضاء في الاتحاد البرلماني الدولي يبلغ ١٣٧ برلمانا وطنيا، شارك في أشغال مؤتمر القاهرة ممثلو برلمانات البلدان التالية البالغ عددها ١٢٨ بلدا: الاتحاد الروسي، وإثيوبيا، وأذربيجان، والأرجنتين، والأردن، وأرمينيا، وأسبانيا، واستونيا، وإسرائيل، وإكوادور، وألبانيا، وألمانيا، وأندورا، واندونيسيا، وأنغولا، وأوروغواي، وأوزبكستان، أوغاندا، وإيران (جمهورية-الإسلامية)، وإيرلندا، وأيسلندا، وإيطاليا، وبابوا غينيا الجديدة، وباراغواي، وباكستان، والبرازيل، والبرتغال، وبلجيكا، وبلغاريا، وبنغلاديش، وبنما، وبنن، بوتسوانا، وبوركينا فاسو، وبولندا، وبوليفيا، وبيرو، وبيلاروس، وتايلند، وتركيا، وتوغو، وتونس، والجزائر، والجمهورية العربية الليبية، والجمهورية التشيكية، وجمهورية تانزانيا المتحدة، والجمهورية العربية السورية، وجمهورية كوريا، وجمهورية كوريا الشعبية الديمقراطية، وجمهورية مقدونيا اليوغوسلافية السابقة، وجمهورية مولدوفا، وجنوب أفريقيا، وجورجيا، وجيبوتي، والدانمارك، والرأس الأخضر، ورواندا، ورومانيا، وزامبيا، وزمبابوي، وسان مارينو، وسري لانكا، والسلفادور، وسورينام، والسويد، وسويسرا، وشيلي، والصين، وطاجيكستان، والعراق، وغابون، وغانا، وغواتيمالا، وغينيا، وفرنسا، والفلبين، وفنزويلا، وفنلندا، وفيجي، وفييتنام، وقبرص، وقيرغيزستان، وكازاخستان، والكاميرون، وكرواتيا، وكمبوديا، وكندا، وكوبا، وكوستاريكا، وكولومبيا، والكويت، ولاتفيا، ولبنان، ولكسمبرغ، وليتوانيا، وملايو، ومالطة، ومالي، وماليزيا، ومصر، والمغرب، والمكسيك، والمملكة المتحدة، ومنغوليا، وموريتانيا، وموريشيوس، وموزامبيق، وموناكو، وناميبيا، والنرويج، والنمسا، ونيبال، والنيجر، ونيكاراغوا، ونيوزيلندا، والهند، وهنغاريا، وهولندا، واليابان، واليمن، ويوغوسلافيا، واليونان

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

**الإعلان العالمي بشأن الديمقراطية**  
**أقره\* مجلس الاتحاد البرلماني الدولي**  
**في دورته الحادية والستين بعد المائة في دورته الحادية والستين بعد المائة**  
**(القاهرة، سبتمبر/ أيلول ١٩٩٧)**

**إن مجلس الاتحاد البرلماني الدولي،**

إذ يؤكد من جديد التزام الإتحاد البرلماني الدولي نحو السلام والتنمية واقتناعه بأن تعزيز عملية الديمقراطية والمؤسسات النيابية من شأنه الإسهام بقسط عظيم في تحقيق هذا الهدف،

وإذ يؤكد من جديد أيضا رسالة الإتحاد البرلماني الدولي والتزامه بترسيخ دعائم الديمقراطية وإقامة نظم التعددية للحكم النيابي في العالم، وحرصا منه على تعزيز ما يضطلع به في هذا المجال من عمل متواصل متعدد الأشكال،

وإذ يذكر بأن لكل دولة حقا سياديا في أن تختار وتحدد بحرية نظمها السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية وفقا لإرادة شعبها ودون تدخل دول أخرى، وذلك بما يتفق تماما مع ميثاق الأمم المتحدة،

وإذ يذكر أيضا بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمد في ١٠ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٤٨، وبالعهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اللذين اعتمدا في ١٦ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٦٦، والاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على كافة أشكال التفرقة العنصرية التي اعتمدت في ٢١

\* بعد إقرار الإعلان، أبدى وفد الصين تحفظات على النص.

الديموقراطية: من المبادئ إلى الواقع الحي

كانون الأول/ ديسمبر ١٩٦٥، والاتفاقية الخاصة بالقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة والتي اعتمدت في ١٨ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٧٩،

وإذ يذكر أيضا بالإعلان الخاص بمعايير الانتخابات العادلة والحرية الذي اعتمده في آذار/ مارس ١٩٩٤، وأكد فيه على أن سلطة الحكومة في كل دولة لا يمكن أن تبنى إلا على إرادة الشعب كما تعبر عنها الانتخابات النزيهة الحرة العادلة،

وإذ يشير إلى برنامج إحلال الديمقراطية الذي قدمه الأمين العام للأمم المتحدة إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الحادية والخمسين،

#### مبادئ الديمقراطية

١. الديمقراطية هي مبدأ معترف به عالميا، وهي هدف يقوم على القيم المشتركة للشعوب في المجتمع العالمي بأسره، بغض النظر عن الفروق والاختلافات الثقافية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية، وهي بذلك حق أساسي للمواطن ينبغي أن يمارس في ظل مناخ من الحرية والمساواة والشفافية والمسؤولية، مع احترام التعدد في الآراء ومراعاة المصلحة العامة.

٢. الديمقراطية مثل أعلى يتعين السعي لبلوغه، وأسلوب من أساليب الحكم ينبغي تطبيقه وفقا للأشكال التي تجسد لنوع الخبرات والخصائص الثقافية، دون إخلال بالمبادئ والمعايير والقواعد المعترف بها دوليا. وهي على النحو حالة أو وضع يمكن العمل دوما لاستكمالته وتحسينه، ويتوقف مساره وتطوره على مختلف العوامل السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية.

٣. تهدف الديمقراطية أساسا، باعتبارها مثلا أعلى، إلى صون وتعزيز كرامة الفرد وحقوقه الأساسية، وتحقيق العدالة الاجتماعية، ودعم التنمية الاقتصادية والاجتماعية الجماعية، وتأمين تماسك المجتمع وتلاحمه وتوطيد الاستقرار الوطني والسلام الاجتماعي، فضلا عن تهيئة المناخ المناسب لإرساء دعائم

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

السلام الدولي، وتعد الديمقراطية، بوصفها شكلا من أشكال الحكم، أفضل السبل لتحقيق هذه الأهداف جميعا، كما أنها تعتبر النظام السياسي الوحيد القادر على التصحيح الذاتي.

٤. إن تحقيق الديمقراطية يقتضي شراكة حقيقية بين الرجل والمرأة في إدارة شؤون المجتمع الذي يعملان فيه على قدم المساواة وعلى نحو متكامل، مما يكفل لهما إثراء متبادلا نظرا لما بينهما من اختلاف.

٥. إن عملية الوصول إلى السلطة وممارستها وتداولها تفسح المجال في ظل الديمقراطية لمنافسة سياسية مفتوحة، نابعة من مشاركة شعبية عريضة وحررة ودون تمييز، وتمارس وفقا للقانون نصا وروحا.

٦. إن الديمقراطية لا تنفصم عن الحقوق المنصوص عليها في الوثائق الدولية المذكورة في ديباجة هذا الإعلان، مما ينبغي معه تطبيق هذه الحقوق تطبيقا فعالا، على أن تقتزن ممارستها بالمسؤولية الشخصية والجماعية.

٧. تقوم الديمقراطية على سيادة القانون ومباشرة حقوق الإنسان. وفي الدولة الديمقراطية لا يعلو أحد على القانون والجميع متساوون أمام القانون.

٨. يمثل السلام والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية شرطا للديمقراطية وثمرتها من ثمارها، ومن ثم فإن الترابط الوثيق بين السلام والتنمية واحترام سيادة القانون وحقوق الإنسان.

#### مقومات الحكم الديمقراطي ووسائل ممارسته

٩. تقوم الديمقراطية على توافر مؤسسات محكمة البناء تضطلع بمهامها على نحو مرض، بالإضافة إلى توافر مجموعة من المعايير والقواعد، كما تتوقف أيضا على إرادة المجتمع المدرك تماما لحقوقه ومسؤولياته.

١٠. يتعين على المؤسسات الديمقراطية أن تقوم بدور الوسيط في تخفيف حدة التوتر والحفاظ على التوازن بين التنوع والتوحد، وبين الفردي والجماعي وذلك من أجل دعم الترابط والتضامن على الصعيد الاجتماعي.

١١. تقوم الديمقراطية على حق كل فرد في المشاركة في إدارة الشؤون العامة، الذي يستلزم وجود مؤسسات نيابية على كافة المستويات، وخاصة برلمان يمثل جميع عناصر المجتمع، وتتوافر لديه السلطات والصلاحيات التي تمكنه من التعبير عن إرادة الشعب وذلك عن طريق التشريع ومراقبة أعمال الحكومة.

١٢. إن العنصر الرئيسي في ممارسة الديمقراطية يتمثل في إجراء انتخابات حرة ونزيهة على فترات منتظمة يعبر فيها الشعب عن إرادته. ويجب إجراء انتخابات على أساس الاقتراع العام، والعادل، والسري، حتى يتسنى لكل من يدلي بصوته أن يختار من يمثله في ظل المساواة والحرية والشفافية التي تحفز على المنافسة السياسية. ومن هنا تبرز أهمية الحقوق المدنية والسياسية، ولاسيما الحق في التصويت والانتخابات، والحق في حرية التعبير والتجمع والحصول على المعلومات والحق في تنظيم أحزاب سياسية والقيام بأنشطة سياسية، وينبغي أن يخضع تنظيم الأحزاب وأنشطتها وشؤونها المالية وتمويلها ومبادئها الأخلاقية لنظم سديدة ومحايدة لضمان سلامة الديمقراطية ونزاهتها.

١٣. إن من المهام الأساسية التي تقع على عاتق الدولة ضمان حصول مواطنيها على حقوقهم المدنية والثقافية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية. ومن ثم، فإن الديمقراطية تنمو مع وجود حكومة فعالة تتصف بالأمانة والشفافية، وتقوم على الاختيار الحر، وتحمل المسؤولية عن إدارتها للأمور العامة.

١٤. المساءلة العامة عنصر أساسي من عناصر الديمقراطية ويصدق ذلك على كل من يشغل منصبا عاما، سواء كان منتخبا أو غير منتخب، وعلى كل الأجهزة ذات السلطة العامة، دون استثناء. وتتطلب هذه المساءلة أن يكفل للشعب حق

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الحصول على المعلومات التي تتعلق بأنشطة الحكومة والحق في تقديم الالتماسات إلى الحكومة والمطالبة بالإنصاف من خلال آليات إدارية وقضائية نزيهة.

١٥. ينبغي أن تتحلّى الحياة العامة في مجموعها بالطابع الأخلاقي وأن تتسم بالشفافية، مما يقتضي وضع المعايير والقواعد التي من شأنها أن تكفل ذلك.

١٦. يتعين تنظيم المشاركة الفردية في العملية الديمقراطية والحياة العامة على كل المستويات بصورة عادلة ونزيهة، مع تجنب أي شكل من أشكال التفرقة أو خطر الترويع من قبل العاملين في الحكومة أو غيرهم.

١٧. المؤسسات القضائية وآليات الرقابة المستقلة المحايدة والفعالة هي الأجهزة التي تكفل سيادة القانون، وسيادة القانون هي ركيزة الديمقراطية. ولتتمكن هذه المؤسسات والآليات من تأمين الاحترام الكامل للقانون وتحسين سلامة الإجراءات ورفع المظالم، يعين فتح الطريق أمام الجميع على قدم المساواة التامة لاستخدام الوسائل الإدارية والقضائية التي تكفل لهم حقوقهم، وتضمن احترام أجهزة الدولة وممثلي السلطة العامة وأعضاء المجتمع للقرارات الإدارية والقضائية.

١٨. إن قيام مجتمع مدني نشط هو أحد العناصر اللازمة للديمقراطية، إلا أنه لا يمكن اعتبار قدرة الأفراد واستعدادهم للمشاركة في العملية الديمقراطية واختيار نظام الحكم مسألة مفروغا منها، بل يتعين تهيئة المناخ الفعال لممارسة حقوق المشاركة بصورة فعالة، مع إزالة العقبات التي تحول دون هذه الممارسة أو تعرقها. ولذا، يتعين العمل دوماً على تعزيز المساواة والشفافية والتعليم بوجه خاص، وإزالة المعوقات مثل الجهل واللاتسامح، واللامبالاة، وغيبية الاختيارات والبدائل الحقيقية، وقصور التدابير الرامية إلى معالجة أوجه الخلل والتفرقة ذات

الطبيعية الاجتماعية أو الثقافية أو الدينية أو العرقية أو التي تركز على اختلاف الجنس.

١٩. إن تحقيق استدامة الديمقراطية يتطلب من ثم تهيئة مناخ ديمقراطي وثقافة ديمقراطية ودعمها بالتربية والتعليم، وغير ذلك من وسائل الإعلام والثقافة وبناء على ذلك، يتعين على المجتمع الديمقراطي أن يلتزم بتعزيز التربية، ولاسيما التربية المدنية وتنشئة المواطن الصالح المسؤول.

٢٠. تزدهر العملية الديمقراطية في البيئة الاقتصادية المواتية، الأمر الذي يتطلب من المجتمع أن يركز فيما يبذله من جهود إنمائية على إشباع الاحتياجات الاقتصادية الأساسية للفئات الأقل حظاً، وذلك لضمان اندماجها الكامل في العملية الديمقراطية.

٢١. إن الديمقراطية تفترض توافر حرية الرأي والتعبير بما ينطوي عليه ذلك من الحق في اعتناق الرأي دون تدخل أو عائق، وتلمس المعلومات والأفكار وتلقيها ونشرها من خلال أي وسيلة من وسائل الإعلام بغض النظر عن الحواجز أو الحدود.

٢٢. يتعين على المؤسسات والعمليات الديمقراطية أن تكفل مشاركة الجميع في المجتمعات المتجانسة وغير المتجانسة على السواء، وذلك من أجل الحفاظ على التنوع والتعددية والحق في الاختلاف في ظل مناخ من التسامح.

٢٣. يتعين على المؤسسات والعمليات الديمقراطية أن تعزز الطابع اللامركزي للحكومة والإدارة، سواء على الصعيد المحلي أو الإقليمي، وهو ما يعتبر حقا وأمرًا ضروريًا من شأنه توسيع قاعدة المشاركة العامة.

### البعد الدولي للديمقراطية

٢٤. يتعين أيضا الاعتراف بالديمقراطية كمبدأ دولي، يجب تطبيقه في المنظمات الدولية وفي العلاقات الدولية للدول. ومبدأ الديمقراطية الدولية لا يعني التمثيل المتكافئ أو العادل للدول فحسب، وإنما يشمل حقوقها وواجباتها الاقتصادية أيضا.

٢٥. يتعين تطبيق مبادئ الديمقراطية في مجال الإدارة الدولية للقضايا ذات الأهمية العالمية والتراث المشترك للإنسانية، ولاسيما بيئة الإنسان.

٢٦. يتعين على الدول، من أجل الحفاظ على أسس الديمقراطية الدولية، الالتزام بقواعد القانون الدولي والإحجام عن استخدام القوة والتهديد باستخدام القوة وكل ما من شأنه انتهاك أو تعريض سيادة الدول وسلامتها السياسية أو الإقليمية للخطر، واتخاذ الخطوات اللازمة لتسوية خلافاتها بالطرق السلمية.

٢٧. ينبغي للديمقراطية أن تدعم المبادئ الديمقراطية في العلاقات الدولية. وفي هذا المقام، يتعين على الأنظمة الديمقراطية أن تكف عن أي سلوك لا ديمقراطي وان تعبر عن تضامنها مع الحكومات الديمقراطية والأطراف غير الحكومية العاملة في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان مثل المنظمات غير الحكومية، وان تتضامن مع ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان التي تقترفها الأنظمة غير الديمقراطية. وعلى الأنظمة الديمقراطية، ومن أجل تقوية العدالة الدولية الجنائية ألا تعرض الطرف عن معاقبة المسؤولين عن الجرائم الدولية والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان الأساسية وأن تساند إنشاء محكمة دولية جنائية دائمة.



## ٢ - فكرة الدستور

الأستاذ المساعد الدكتور حميد حنون خالد\*

### المقدمة:

ترتبط فكرة الدستور بفكرة القانون، فإذا اتفقنا أن لكل جماعة منظمة قواعد سلوك، تنظم العلاقة بين أفرادها، (صغرت أم كبرت تلك الجماعة) لا بد وان نسلم أيضاً بضرورة وجود قاعدة قانونية تنظم عمل اكبر مؤسسة في المجتمع إلا وهي الدولة، وعلينا إلا ننشغل كثيراً بالتسمية، فقد تسمى هذه القاعدة "دستور" أو "قانون أساسي" أو "قانون نظامي"، وإنما علينا أن نهتم بأهداف هذه القاعدة، والغاية من سننها، فالقواعد الدستورية، تشرع من أجل بيان بناء الدولة وتكوينها وتشخيص المؤسسات الدستورية فيها، واختصاصات تلك المؤسسات، والعلاقة فيما بينها، وكذلك بيان حقوق الأفراد وحررياتهم وما يقابلها من واجبات وابعاء لغرض خلق توازن بين الحقوق والواجبات، ولا توجد حقوق دون واجبات ولا واجبات دون حقوق، لان القول بوجود أحدهما دون الآخر، إقرار بالفوضى في الصورة الأولى، وبالاستبداد في الصورة الثانية. ولذلك يرى الفقه المعاصر إلى ضرورة أن يوازن المشرع الدستوري بين اختصاصات الحكام واحترام الحريات العامة للأفراد.

---

\* رئيس قسم القانون العام - كلية القانون، جامعة بغداد  
١ اقصد في هذا المقام الدولة القانونية وفقاً للمفهوم الحديث

وانسجاماً مع ما تقدم سنعتمد تعريف الدستور وفقاً للمدلول الموضوعي وهو اتجاه يؤيده غالبية الفقه الدستوري وهذا المدلول ينظر إلى مضمون أو جوهر القاعدة القانونية بصرف النظر عن إجراءات إقامتها أو الشكل الذي اسبغ عليها، وتأسيساً على ذلك يكون القانون الدستوري شاملاً لكل الموضوعات ذات الطبيعة الدستوري أو كونها من حيث الجوهر والموضوع دستورية، وبصرف النظر أن كانت هذه الموضوعات دونت في وثيقة دستورية أو في قوانين عادية أو بمقتضى عرف دستوري. لان العبرة بالمضمون والجوهر وليس بالشكل أو الأجراء الذي اتبع في سننها.

وعليه يمكن تعريف القانون الدستوري بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تبين وضع الدولة، وتنظم السلطات فيها من حيث التكوين والاختصاص، والعلاقة بينها، فضلاً عن تقرير ما للفرد من حقوق وما عليه من واجبات.

ونحن في هذا التعريف نتفق مع الرأي القائل بان القواعد الدستورية ذات طبيعة قانونية وليست سياسية لان الأخذ بمفهوم الدولة القانونية، يستلزم وجود قواعد تنظيمية يخضع لها الحكام والمحكومين، ولا يجوز إعفاء الحكام من أية مخالفة للقانون، سواء كان قانوناً عادياً أم دستورياً، لأنهم موظفون في الدولة، وان اختلفت عناوين وظائفهم، فهناك رئيس الدولة، رئيس الوزراء، الوزير... الخ، وكلهم مسئولون أمام الشعب سواء كانت هذه المسؤولية مقررّة بنص دستوري أو بنص قانوني عادي. ومعظم الدساتير الحديثة تقرر المسؤولية الجنائية لرئيس الدولة دون المسؤولية السياسية. وتشتترط على رئيس الدولة أن يؤدي اليمين الدستورية أمام السلطة التشريعية وينص هذا القسم على احترام الرئيس للدستور والقانون. أما التساؤل الذي يثار من قبل البعض والقائل من يحاسب الحكام إذا ما خرقوا أحكام الدستور؟.

الجواب على ذلك يتلخص بالقول، بضرورة نهوض المؤسسات الدستورية بالمسؤولية الملقاة على عاتقها... وفي حالة تخاذلها أو تواطؤها، فتعتقد أن كلمة الشعب هي الفيصل في هذا المقام- ولن يفلت حاكماً متهماً يخرق القانون من المسألة إلا في حالة الوفاة، وهذا ما ينطبق على القوانين الأخرى- القانون الجنائي مثلاً- حيث تنقضي الدعوة الجنائية بوفاة المتهم.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وإذا كانت أحكام الدستور ذات طبيعة قانونية<sup>٢</sup>، وهي القواعد العليا في الدولة، فكيف تقام هذه القواعد؟ وهل تنشأ بذات الطريقة التي تتبع في إقامة القانون العادي؟ وكيف يتم تعديلها، وما هي أشكال الدساتير وهذا ما سنحاول أن نوضحه بتركيز.

### المطلب الأول: نشأة الدساتير

إن القواعد القانونية تسن وفقاً للأسلوب الذي يحدده الدستور، فقد تشترك السلطات التشريعية والتنفيذية في إقامة القانون من خلال المراحل التي يجتازها مشروع القانون قبل صيرورته قانوناً، حيث يبدأ بالاقتراح، ثم المناقشة والتصويت من قبل البرلمان، وأخيراً مصادقة رئيس الدولة وإصدار القانون.

وهذه المراحل التي يمر بها مشروع القانون في الوقت الحاضر، لم تكن موجودة سابقاً قبل ظهور مفهوم الدولة القانونية، لأن القانون كان يمثل إرادة الحاكم الفرد وتوجهه، وهذا القول ينطبق على طرق إقامة الدساتير، حيث يلاحظ أن هذه الطرق تغيرت مع التغيير الذي لحق مفهوم الدولة والسيادة، ومن ثم تحديد صاحب السيادة، فهل السيادة للحكام أم للشعب؟ إذ كان الحكام يدعون بأنهم أصحاب السيادة ولا يشاركونهم في ذلك أحد، ثم ظهر رأي آخر يقول بان السيادة للشعب وتأسيساً على ما تقدم ذهب الفقه الدستوري إلى التفريق في طرق إقامة الدساتير بين الأساليب غير الديمقراطية والأساليب الديمقراطية<sup>٣</sup>... وقد تأثر هذا التقسيم إلى حد ما بالتطور التاريخي لنشأة الدساتير.

<sup>٢</sup> الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦ المادة ٧٦ (... اقسام بالله العلي العظيم، ان احترم الدين الإسلامي، أمجده، أدافع عن الدستور، ...)، والدستور التونسي لسنة ١٩٥٩ المعدل سنة ١٩٩٧ (الفصل ٤٢).  
يذهب الدكتور منذر الشاوي إلى القول بأنه (من الصعب التسليم بالصيغة القانونية للقواعد الدستورية) ويبرر ذلك بان (هذه القواعد توجه إلى الحكام وهي وان تضمنت امراً (وهذا ليس في الغالب) من حيث الصياغة فهو مع ذلك موجه لمعطي هذا الأمر أي إلى الحكام وبالتالي لا يمكن اعتبار القواعد الدستورية قواعد قانونية). انظر تفاصيل ذلك في كتابه القانون الدستوري، ١٩٨١ ص ١١٤ وما بعدها

<sup>٣</sup> انظر في تفاصيل ذلك: د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري - الأنظمة السياسية، دار المعارف بمصر، ١٩٦١ ص ٤٤ وما بعدها.

د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، دار النهضة العربية/القاهرة ١٩٧١، ص ٤٥ وما بعدها. و د. حميد الساعدي، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، دار للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٠، ص ١٠٤ وما بعدها، و د. يحيى الجمل - النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، ص ٤٥ وما بعدها.

ولابد لنا أن نشير في هذا المقام إن ذكر هذه الطرق لا يعني الحصر والتحديد سلفاً، وان هذه الطرق ليست نماذج ثابتة يتوجب التقيد بالنموذج المختار كلياً، فقد توجد طرق أخرى وقد يتم مزج أكثر من طريقة في إقامة دستور ما.

#### أولاً: الأساليب غير الديمقراطية

ولها صورتان هما المنحة والعقد.

#### أ- المنحة:

يصدر الدستور بهذا الأسلوب إذا كان نظام الحكم في الدولة، يقوم على أساس الحكم المطلق، ومعنى ذلك أن الحاكم هو صاحب السيادة، ولا ينازعه في ذلك أحد، إلا أن هذا الحاكم يرغب في إصدار دستور يتنازل بموجبه عن جزء من سلطاته إلى الشعب، ولذلك سمي هذا الأسلوب "بالمنحة"، إذ أن الحاكم يمنح الشعب دستور يبين فيه الامتيازات التي تنازل عنها لرعاياه<sup>٤</sup>، وكذلك ينظم طريقة مزاوله مظاهر السلطة في الدولة.

هذا ويذهب معظم الفقه الدستوري إلى القول بأن الحكام الذين اصدروا دساتيراً بهذا الأسلوب لم يصدروها مختارين وإنما معارضين إذ "إن التاريخ لا يعرف حاكماً مطلقاً تنازل عن سلطته، بمحض اختياره وإرادته"<sup>٥</sup> وان نتيجة لضغط الرأي العام، وخشية من حدوث انفجار يؤدي إلى خسارته كل سلطاته، مما يدفعه إلى التضحية بجزء من هذا السلطان<sup>٦</sup>.

هذا وقد صدرت دساتير عديدة بهذا الأسلوب في القرنين السابقين منها الدستور الفرنسي لسنة ١٨١٤، الدستور الإيطالي لسنة ١٨٤٨ والدستور الياباني لسنة ١٨٨٩،

<sup>٤</sup> د. ثروت بدوي، القانون الدستوري، دار النهضة العربية/القاهرة ١٩٧١، ص ٤٥ وما بعدها. و د. حميد الساعدي، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، دار للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٠، ص ١٠٤ وما بعدها، و د. يحيى الجمل - النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، ص ٤٥ وما بعدها.

<sup>٥</sup> د. ثروت بدوي، المصدر السابق ص ٤٩.

<sup>٦</sup> د. يحيى الجمل، المصدر السابق ص ٤٩، و د. ثروت بدوي، المصدر السابق، ص ٤٩، و د. حميد الساعدي، مصدر سابق ص ١٠٤.

<sup>٧</sup> هذا ويرى بعض الحكام الذين اصدروا دستوراً بهذا الاسلوب ان باستطاعتهم العدول عنه او تعديله حتى ما شاءوا ذلك. وهذا ما قام به الملك شارل العاشر عندما الغي دستور ١٨١٤ بزريعة ان الشعب كان ناكراً للجميل وجاحداً. هذا وقد ثار خلاف فقهي بهذا الصدد، انظر، تفاصيل.

ذلك، د. ثروت بدوي، مصدر سابق ص ٥٠، و د. يحيى الجمل مصدر سابق ص ٥١.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الدستور الروسي سنة ١٩٠٦، الدستور المصري سنة ١٩٢٣، الدستور الأثيوبي سنة ١٩٣١ والدستور اليوغسلافي سنة ١٩٣١.

ومن الجدير بالملاحظة إن هذا الأسلوب أصبح من تركة الماضي ومن الصعب في الوقت الحاضر أن يقبل شعب حر ادعاء كائن من كان بأنه صاحب السيادة وله أن يتنازل أو لا يتنازل عن بعض هذا السلطان للشعب.

#### ب- العقد:

ويعد هذا الأسلوب أكثر تطوراً من الأسلوب الأول، حيث تظهر على المسرح السياسي ارادتان تدعيان تقاسمهما مظاهر السيادة والسلطات، وهما إرادة الحاكم والإرادة الشعبية، ولا تتفرد أيّاً منهما بوضع الدستور، إذ لا بد من توافقهما، ولذلك سمي هذا الأسلوب بأسلوب التعاقد أو العقد.

ويلاحظ وفقاً لهذا الأسلوب أن مشروع الدستور يوضع من قبل جمعية أو مجلس يمثل الشعب، وبعد ذلك يعرض على الحاكم فإذا وافق عليه أصبح دستوراً.

وهذا الأسلوب قريب إلى حد ما إلى نظرية العقد الاجتماعي وفقاً لتصور "لوك" الذي جعل العقد وليد ارادتين، إرادة الحاكم وإرادة المحكومين، والزم الحاكم بما ورد في العقد، وفي حالة مخالفته ذلك أجاز للشعب عزله<sup>٩</sup>. ومن الدساتير التي وضعت بهذا الأسلوب<sup>٩</sup> دستور فرنسا لسنة ١٨٣٠، اليونان لسنة ١٨٤٤، رومانيا لسنة ١٨٦٤، بلغاريا لسنة ١٨٧٩. ومن الدساتير التي وضعت بهذا الأسلوب ولا زالت قائمة الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢ حيث ورد في مقدمته "بناء على ما قرره المجلس التأسيسي صدقنا على هذا الدستور وأصدرناه".

<sup>٩</sup> انظر في تفاصيل نظرية العقد الاجتماعي، د. حميد الساعدي، مصدر سابق، ص ٢١ وما بعدها.  
<sup>٩</sup> مع ملاحظة ان معظم الدساتير التي وضعت وفقاً لهذا ان الاسلوب كانت نتيجة اضطرابات او ضغوط ضد الحكام، فدستور فرنسا لسنة ١٨٣٠ صدر في اعقاب الثورة ضد الملك شارل العاشر، وقد يكون سبب اعتماد هذا الاسلوب قيام دول حديثة كما هو حال دستور اليونان لسنة ١٨٤٤، رومانيا لسنة ١٨٦٤، بلغاريا لسنة ١٨٦٩، حيث انفصلت هذه الدولة عن الدولة العثمانية، وقامت المجالس الشعبية فيها بعرض التاج على امراء اجانب، شريطة ان يوافقوا على الدستور الذي تضعه المجالس وان يقسم المرشح على الاخلاص. انظر د. كمال الغالي، مبادئ القانون الدستوري، دمشق ١٩٧٢ ص ١٤٠.

هذا ويرى البعض من الفقه أن دستور العراق لسنة ١٩٢٥ صدر بأسلوب العقد<sup>١٠</sup>، ونحن نرى أن الدستور المذكور صدر بهذا الأسلوب من الناحية الشكلية وكما يظهر في ديباجته "نحن ملك العراق، بناء على ما قرره المجلس التأسيسي صادقاً على قانوننا الأساسي وامرنا بوضعه موضع التنفيذ".

أما من الناحية الفعلية، فإن الدستور وضع من قبل السلطات البريطانية التي كانت هي صاحبة السيادة والسلطة في الواقع. ولم يكن للملك أو للمجلس التأسيسي إرادة حرة في ظل الاحتلال ولم يكن للدولة سيادة كاملة، حيث لم يعلن استقلالها إلا في الثالث من تشرين الأول سنة ١٩٣٢، وهو تاريخ قبولها عضواً في عصبة الأمم<sup>١١</sup>.

إن أسلوب العقد وإن كان متقدماً بشكل واضح على أسلوب المنحة، إلا أنه مع ذلك يتنافى مع المبادئ الديمقراطية التي تقرر بان السيادة للشعب وحده، وإن حكومة الشعب بالشعب وللشعب؛ لذلك نرى أن هذه الطريقة تنتقص من قيمة الشعب، وتجعل فرداً منه نداً له وهذا ما يجافي المنطق القويم، وإذا كان لهذه الطريقة ما يبررها عند ظهور مفهوم الدولة القانوني وبداية البناء الدستوري السليم للنظم السياسية في القرن السادس عشر وما تلاه، فإن القول بصحة ذلك في الوقت الحاضر، لا يلاقي قبولاً من معظم الفقه الدستوري<sup>١٢</sup>.

#### ثانياً: الأساليب الديمقراطية

ولها صورتان هما الجمعية التأسيسية، والاستفتاء الدستوري، ويظهر دور الشعب واضحاً في هذه الأساليب باعتباره صاحب السيادة الوحيد.

##### أ- الجمعية التأسيسية:

تنولى هذه الجمعية مهمة وضع الدستور بعد انتخابها من قبل الشعب، وتعد الجمعية وفقاً لهذا الأسلوب، سلطة تأسيسية، فوضت من قبل الشعب بصياغة الدستور وإقراره ولا تشاركها جهة أخرى في ذلك.

<sup>١٠</sup> انظر د. يحيى الجمل - المصدر السابق ص ٥٤ و د. ثروت بدوي- المصدر السابق ص ٥٢.

<sup>١١</sup> انظر في هذا التباين، د. نوري لطيف، القانون الدستوري، بغداد، ١٩٧٦، ص ٢٤٤.

<sup>١٢</sup> هذا وقد لاحظنا صدور الدستور السوداني لسنة ١٩٧٣ بأسلوب التعاقد مع ان شكل الحكومة فيها جمهوري.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وهذا ما يتفق مع الأخذ بمبدأ سيادة الشعب، حيث أن الشعب هو صاحب السيادة ومن ثم السلطة التأسيسية التي لها وضع الدستور والمراد بالشعب في هذا المقام الشعب بمفهومه السياسي وليس الاجتماعي.

ومن الجدير بالذكر أن الرأي الغالب من الفقه يذهب إلى ضرورة أن تكون الجمعية التأسيسية منتخبة انتخاباً مباشراً، ومن ثم لا يصح اعتبار مجلس نيابي بمثابة جمعية تأسيسية للقيام بمهمة وضع الدستور. ويرون بأن مهمة الجمعية تنحصر بصياغة الدستور وإقراره ومن ثم إصداره، ولا يجوز لها مباشرة سن القوانين العادية<sup>١٣</sup>.

ويمكن القول إن بدء تطبيق هذه الطريقة كان في دول أمريكا الشمالية بعد حصولها على الاستقلال عام ١٧٧٦- ويذهب البعض إلى أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٧ صدر بهذه الطريقة<sup>١٤</sup>.

وفي اعتقادنا أن الدستور الاتحادي الأمريكي صدر بطريقة أقرب إلى الجمعية التأسيسية، حيث وضع من قبل مندوبين منتخبين لهذه المهمة. إلا أن نفاذ الدستور كان مشروطاً بموافقة تسع ولايات عليه من مجموع ثلاثة عشر ولاية<sup>١٥</sup>، حيث نصت المادة السابعة منه على أن "موافقة تسع ولايات تكفي لإقامة هذا الدستور بين الولايات التي تقره، وقد تم وضع هذا الدستور بالموافقة الإجماعية للولايات المشتركة في الاجتماع في السابع عشر من شهر سبتمبر من عام ١٧٨٧".

وإذا كانت هذه الطريقة ولدت في أمريكا إلا أنها وجدت لها صدى في دول أخرى، حيث صدر عدد من الدساتير الفرنسية وفقاً لهذا الأسلوب، دساتير سنة ١٧٩١، سنة ١٨٤٨، سنة ١٨٧٥، وكذلك دستور بلجيكا سنة ١٨٣١، ودستور رومانيا سنة ١٩٤٨، والهند سنة ١٩٤٩، سوريا سنة ١٩٥٠، ليبيا سنة ١٩٥١، المجر سنة ١٩٤٩، باكستان سنة ١٩٤٩<sup>١٦</sup>، إيطاليا سنة ١٩٤٨.

#### ب- الاستفتاء الدستوري:

<sup>١٣</sup> انظر د. يحيى الجمل، المصدر السابق، ص ٥٥.

<sup>١٤</sup> انظر د. ثروت بدوي، المصدر السابق ص ٥٥. ويخالف هذا الرأي د. يحيى الجمل، المصدر السابق ص ٥٦.

<sup>١٥</sup> انظر تفاصيل ذلك، د. محمد انور عبدالسلام، التجربة الاتحادية الأمريكية، وقيمتها للوحدة العربية، كاتبة الانجلوا، المصرية، القاهرة، ١٩٧٤- ص ٧٩ وما بعدها.

<sup>١٦</sup> انظر د. طعمة الجرف. القانون الدستوري- القاهرة، ١٩٦٤، ص ٩٢.

وفقاً لهذه الطريقة يكون الرأي الفاصل في إقرار الدستور للشعب باعتباره صاحب السيادة، وقد تصدى لهذه المهمة مباشرة ولم يستعمل أسلوب الإنابة كما في الطريقة السابقة.

إلا أن التساؤل الذي يثار، من الذي يضع مسودة الدستور التي ستطرح على الشعب؟ هل هي جمعية منتخبة أم لجنة فنية معينة؟ لقد اختلفت الدساتير التي صدرت بهذه الطريقة فمنها من أعدته لجنة فنية- كدساتير مصر لسنة ١٩٥٦، سنة ١٩٧١، والدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨، والدستور السوري لسنة ١٩٧٣ ودستور اليمن لسنة ١٩٩٠ وموريتانيا لسنة ١٩٩١.

وهناك دساتير أخرى أعدت من قبل جمعية منتخبة ومن ثم طرحت على الشعب لتقرير مصيرها. ومثالها الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦<sup>١٧</sup>.

هذا وتعتبر طريقة الاستفتاء الدستوري، أكثر الطرق شيوعاً في إقامة الدساتير في الوقت الحاضر لقربها من فكرة الديمقراطية المباشرة التي يكون فيها للشعب دور مؤثر وكبير في مجال السلطة. وكذلك يؤدي الأخذ بها إلى التخفيف من حدة الصراع الحزبي، حيث يضعف إلى حد كبير من سيطرة الأحزاب السياسية على هيئة الناخبين. ومع مزايا هذه الطريقة سألها الذكر إلا أنها لم تسلم من النقد حيث يرى البعض أن القول بأنها تخفف من سيطرة الأحزاب السياسية على هيئة الناخبين يتعارض مع أهم خصائص الديمقراطية التقليدية التي تقوم على حرية الرأي والاعتراف بحق المعارضة، أي الاعتراف بوجود الاختلاف والتباين بين الاتجاهات السياسية المختلفة. وانه من دون هذا الصراع والاختلاف

<sup>١٧</sup> مع الإشارة الى ان مشروع دستور سنة ١٩٤٦ رفض من قبل الناخبين في استفتاء ٥ مايس سنة ١٩٤٦، ولذلك انتخبت جمعية جديدة واعدت مشروع دستور جديد حصل على اغلبيه الأصوات في استفتاء ١٣ تشرين الاول لسنة ١٩٤٦.

انظر تفاصيل ذلك- موريس دوفرليه- دساتير فرنسا، ترجمة احمد حسيب عباس، القاهرة، ص١١٩.

(١) ونحن نؤيد الرأي المستقر لدى اغلب الفقه بان طريقة الاستفتاء الدستوري لا تختلط بطريقة الجمعية التأسيسية، وهي ليست حلقة مكملة لها، لان الدساتير التي توضع باسلوب الاستفتاء الدستوري قد تعد من قبل لجنة حكومية او فرد قبل عرضها على الاستفتاء، او حتى وان وضعت من قبل جمعية منتخبة فان الشعب غير ملزم ببراياها وله رفض مشروع الدستور وانتخاب جمعية جديدة. هذا ما حصل لمشروع دستور فرنسا لسنة ١٩٤٦. انظر د. طعيمة الجرف، المصدر السابق ص٩٤، و د. ثروت بدوي، المصدر السابق ص٥٧.

(٢) انظر د. ثروت بدوي، مصدر سابق ص ٦٠

(٣) انظر د. طعيمة الجرف، مصدر سابق ص ٩٧



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

من الصعب تحديد الأغلبية التي يجب رجحان رأيها في الشؤون العامة. والرد الذي يقال على هذه الحجة أن الاستفتاء بكافة صورته لا يتعارض مع المبادئ الديمقراطية ولا ينكر حق الأحزاب السياسية في الاختلاف، وإذا كان الاستفتاء يضعف من سيطرة الأحزاب على هيئة الناخبين، فإنه لا يلغيها ولا ينكر حرية الرأي على أحد سواء أكان فرد أم حزب ولذلك نلاحظ أن هناك دول عريقة في الديمقراطية تأخذ بالاستفتاء وبكافة صورته وتوجد لديها احزاب كسويسرا، وكذلك فرنسا.

ونحن لا نؤيد ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف<sup>١٨</sup> "بأنه لم يعد مجال لإثارة مثل هذا النقد بعد أن تطورت الديمقراطية واتجهت أخيراً في مجتمع اشتراكي لكي تصبح ديمقراطية لا حزبية".

لأنه حتى في المجتمعات التي تعتنق النظام الاشتراكي توجد أحزاب سياسية، ويكون له دور في صنع القرار وان اختلف عن دور الأحزاب في الديمقراطية التقليدية ومن الانتقادات التي تتأثر ضد الاستفتاء الدستوري، اناطة مهمة إصدار الدستور بالشعب، وهذا يعني ترك مهمة تقدير المسائل القانونية والحكم عليها لهيئة الناخبين والتي لا تملك في الغالب النضج السياسي اللازم لذلك.

وكذلك غالباً ما يجري الاستفتاء على الدستور دون أن تسبقه مناقشات كافية تسمح لهيئة الناخبين بالاطلاع على مختلف وجهات النظر.

ويمكن تجاوز هذه الانتقادات في حالة اتباع الخطوات التالية<sup>١٩</sup>:

١. قيام جمعية منتخبة من قبل الشعب بوضع الدستور مع ضرورة أن تستعين بأهل الخبرة من المختصين.
٢. توفير المناخ الديمقراطي بعيداً عن الضغط والتأكيد حتى لا تلتوي إرادة الناخبين ويتم توجيهها نتيجة التظليل والالتواء.
٣. أن يعرض مشروع الدستور قبل فترة مناسبة، للمناقشة العامة الحرة في كافة وسائل الإعلام، حتى يكون الرأي العام على بينة من أمره.

<sup>١٨</sup> انظر د. طعيمة الجرف، مصدر سابق ص ٩٧.

<sup>١٩</sup> انظر في ذلك . د. يحيى الجمل، المصدر السابق، ص ٥٧ و د. احسان المفرجي ، النظرية العامة في القانون الدستوري بغداد ١٩٩٠م، ٢٣٦٥ هـ.

هذا ومن الجدير بالإشارة أن عرض دستور جديد على الاستفتاء الشعبي يتضمن تغيير جوهري في الأطر الدستورية العامة كشكل الدولة موحدة أو مركبة، أو شكل نظام الحكم برلماني أو رئاسي، أو شكل الحكومة، ملكية أم جمهورية. كما هو وضع العراق في الوقت الحاضر، فنعتقد أن من الأفضل استفتاء الشعب ابتداءً حول هذه الأطر الدستورية العامة قبل كتابة الدستور، لأن صياغته ترتبط ارتباطاً جوهرياً بها، فالدستور الملكي غير الدستور الجمهوري ومؤسسات الدولة الاتحادية تختلف عن مؤسسات الدولة الموحدة- وهكذا دواليك- وهذا ما طُبق في إيران بعد سقوط نظام الشاه حيث استفتى الشعب حول شكل الحكومة وأيد الشعب الإيراني قيام الجمهورية الإسلامية<sup>٢٠</sup>. وهذا ما أكدته المادة الأولى من دستور إيران سنة ١٩٧٩ بأن "نظام الحكم في إيران هو الجمهورية الإسلامية الذي صوت عليها الشعب الإيراني بأكثرية ٩٨,٢% فمن كان لهم حق التصويت خلال الاستفتاء العام".

رأينا هذا تولد من خلال رد الفعل من قبل فئات كثيرة من الشعب العراقي حول ما ورد في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ باعتبار العراق دولة اتحادية(فيدرالية) وهو اتجاه جديد لم يتبلور لدى الرأي العام في العراق. وبعد أن انتهينا من عرض طرق إقامة الدساتير لآبد لنا أن نتناول أنواع الدساتير.

#### المطلب الثاني: أنواع الدساتير

تقسم الدساتير من حيث المصدر إلى دساتير مدونة ودساتير عرفية، كذلك يمكن تقسيم الدساتير من حيث طريقة تعديلها إلى دساتير مرنة وأخرى جامدة.

#### أولاً: الدساتير من حيث المصدر(الدساتير العرفية والدساتير المكتوبة)

إن وجود القواعد القانونية في بداية قيامها كان يعتمد على الأعراف والعادات الاجتماعية، وهذا ما ينطبق على القواعد الدستورية أيضاً، وبعد ظهور الكتابة ظهرت القوانين المدونة فيل الميلاد كشرعية حمورابي، وقد كانت هناك دساتير مدونة في المدن الإغريقية فيل الميلاد. إلا أن القاعدة العامة كانت ترد القواعد الدستورية في اغلبها إلى العرف إلا أن هذه القاعدة انقلبت منذ نهاية القرن الثامن عشر، وأصبحت الدساتير المدونة

<sup>٢٠</sup> وطبق ذلك في إيطاليا عام ١٩٤٧، في إنهاء الحكم الملكي وعلان الجمهورية.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

هي القاعدة، والساتير العرفية هي الاستثناء حيث لا يوجد دستور عرفي في الوقت الحاضر سوى الدستور البريطاني ويرى البعض أن حركة تدوين الساتير التي بدأت في الولايات المتحدة الامريكية بعد حرب الاستقلال لسنة ١٧٧١ ومن ثم صدور الدستور الاتحادي سنة ١٧٨٧ تعتبر المصدر التاريخي للساتير المدونة في العالم الحديث<sup>٢١</sup>. والقول بوجود دستور عرفي لا يمنع أن يكون بجانبه وثائق مدونة ذات طبيعة دستورية، وهذا ما يلاحظ في النظام الدستوري البريطاني. حيث يوجد إلى جانب الدستور العرفي بعض الوثائق المدونة، كالعهد الأعظم سنة ١٢١٥ وتأكيد وضع إدوارد الأول سنة ١٢٩٧، وثيقة الحقوق سنة ١٦٨٨ ووثيقة الانضمام بين إنجلترا وإيرلندا سنة ١٨٠٠ لتكوين المملكات المدونة، ووثيقة البرلمان الصادرة سنة ١٩١٧، ووثيقة تنظيم الوصاية على العرق سنة ١٩٣٧<sup>٢٢</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن تقسيم الساتير إلى مدونة وعرفية تقسيم نسبي وليس مطلق، إذ قد يوجد إلى جانب الدستور العرفي وثائق دستورية مدونة وهذا ما لاحظناه في بريطانيا، وكذلك قد يكون للعرف الدستوري دور إلى جانب القواعد الدستورية المكتوبة، ولذلك نرى أن أساس التمييز بين الساتير المدونة وغير المدونة يقوم على أساس العنصر الأغلب الأعم، حيث يعد الدستور مدوناً إذا كانت معظم أحكامه كذلك، والعكس صحيح. مع التأكيد على أن هذا التقسيم قد فقد كثيراً من أهميته بعد أن أصبحت معظم الساتير مكتوبة في الوقت الحاضر.

### ثانياً: الساتير من حيث طريقة التعديل (الساتير المرنة والساتير الجامدة)

#### أ- الساتير المرنة:

وهي الساتير التي يتم تعديل أحكامها أو إلغائها بذات الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية من أي تكون الجهة التي تتولى سلطة التعديل هي سلطة التشريع وفقاً لأحكام

<sup>٢١</sup> مع الإشارة إلى أن أول دستور مكتوب ظهر ولفترة وجيزة في بريطانيا بعد ثورة كرومويل عام ١٦٥٣. وكان دستورا جامداً، حيث نص على بطلان القوانين العادية التي تصدر مخالفة لأحكامه، إلا أن هذا الدستور الغي عام ١٦٦٠ بعد عودة شارل الثاني إلى الحكم ومن ثم رجوع بريطانيا إلى نظام الدستور العرفي.  
<sup>٢٢</sup> انظر: د. فؤاد العطار النظم السياسية والقانون الدستوري. القاهرة ١٩٧٥ ص ٢٢، و د. طعيمة الجرف، القانون الدستوري، مصدر سابق ص ٧٤.

الدستور. والدساتير العرفية تعد دساتير مرنة، ومنها الدستور البريطاني، إذ أن سلطة التعديل مناصرة بالبرلمان، وله أن يعدل أي قانون عادي آخر. ولكن سمة المرونة لا تقتصر على الدساتير العرفية فقط، إذ توجد دساتير مدونة تتسم بالمرونة أيضاً في حالة عدم اشتراطها إجراءات معقدة لتعديل أحكامها، مثال ذلك دستور إيطاليا لسنة ١٨٤٨، ودستور الاتحاد السوفيتي السابق لسنة ١٩١٨.

#### ب- الدساتير الجامدة:

هي الدساتير التي لا تعدل أو تلغى بذات الإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية، وإنما يشترط لتعديلها اتباع إجراءات أكثر تعقيداً من الإجراءات المتبعة في تعديل القوانين العادية، كأن يشترط اجتماع المجلس في هيئة مؤتمر، أو اشتراط أغلبية خاصة، بل قد تذهب بعض الدساتير إلى حل مجلس النواب الذي وافق على اقتراح التعديل وانتخاب مجلس آخر، وهذا ما اخذ به دستور العراق لسنة ١٩٢٥ في المادة ١١٩ منه. إن الهدف من إضفاء صفة الجمود على الدساتير يكمن في حمايتها من العبث وبغية استقرار وثبات أحكامها.

الآن هذا الثبات والاستقرار أمر نسبي إذ إن الدستور قانون، والقانون وجد لتنظيم شؤون المجتمع، وبما أن التطور سنة الحياة، فعلى القانون أن يواكب هذا التطور لأنه أداة الجماعة في ذلك، وهذا ما ينطبق على الدستور باعتباره قانوناً وبالتالي لا يجوز للسلطة التأسيسية أن تمنع تعديل الدستور بشكل مطلق ونهائي حتى وإن كانت هذه السلطة هي الشعب.

أن الدساتير التي اتسمت بصفة الجمود، عرفت نوعين من الحظر، فهناك الحظر الموضوعي الكلي، والذي يراد به منع إدخال أي تعديل على الدستور بأكمله لفترة محددة أو بشكل مطلق، كالدستور اليوناني لسنة ١٨٦٤ الذي منع إدخال أي تعديل عليه، والدستور العراقي لسنة ١٩٢٥ الذي منع إدخال أي تعديل على القانون الأساسي من مدة خمس سنوات من تاريخ ابتداء تنفيذه.

وهناك الحظر الموضوعي الجزئي، والذي يراد به منع تعديل حكم من أحكام الدستور أو بعض أحكامه بشكل مطلق أو لفترة محددة، مثال ذلك ما تنص عليه بعض الدساتير من منع إدخال تعديل على شكل نظام الحكم وهذا ما اخذ به دستور فرنسا لسنة ١٨٧٥ الذي

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

منع اقتراح تعديل النظام الجمهوري وهو ما ورد في الدساتير اللاحقة أيضاً دستور سنة ١٩٤٦، "أن شكل الحكم الجمهوري لا يمكن اقتراح تعديله" ودستور سنة ١٩٥٨ "لا يجوز أن يكون الشكل الجمهوري للحكومة موضع تعديل"

واخذ بذلك الدستور المغربي لسنة ١٩٩٦ الفصل السادس بعد المائة "النظام الملكي للدولة وكذلك النصوص المتعلقة بالدين الإسلامي لا يمكن أن تتناولها المراجعة" وكذلك دستور الجزائر لسنة ١٩٩٦ المادة ١٧٨ لا يمكن لأي تعديل دستوري أن يمس:

١. الطابع الجمهوري للدولة.
٢. النظام الديمقراطي القائم على التعددية الجزئية.
٣. الإسلام باعتباره دين الدولة.
٤. العربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية.
٥. الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطنة.
٦. سلامة التراب الوطني ووحدته.

وقد تذهب بعض الدساتير إلى منع تعديل حكم من احكامها خلال فترة محددة من الزمن مثال ذلك ما ورد في دستور العراق لسنة ١٩٢٥ المادة الثانية والعشرون منه" لا يجوز إدخال أي تعديل ما في القانون الأساسي مدة الوصاية بشأن حقوق الملك وورثته".

### رأي الفقه في حظر التعديل: ٢٣

اختلف الفقه الدستوري في منع تعديل أحكام الدستور، فمنهم من يرى بان هذا الحظر وبكافة أنواعه لا يعتد به من الناحيتين السياسية والقانونية، وسندهم في ذلك، أن الدستور هو القانون الأعلى في الدولة. وبما انه قانون فهو قابل للتعديل والتبديل فضلاً عن ذلك أن القول بالحظر يتعارض ومبدأ سيادة الأمة، إذ انه يصادر حقها في مباشرة عنصر مهم من عناصر السيادة.

بينما يذهب رأي آخر إلى القول بان حظر التعديل جائز إذا كان مؤقتاً أو محدداً لأحكام معينة، وتبرير ذلك يكمن، انه إذا كان صحيحاً أن الأمة مصدر السلطة، إلا أن مباشرة السلطة لا يكون إلا وفقاً لأحكام الدستور، وتأسيساً على ذلك لا يجوز تعديل أحكام الدستور

<sup>٢٥</sup> انظر د. ثروت بدوي، مصدر سابق ص ١١٤، د. طعيمة الجرف، مصدر سابق، ص ١٣٢. د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، لسنة ١٩٧٥، ص ٢٣٢.

إلا وفقاً للإجراءات التي نص عليها، فالقول بجواز تعديل الدستور مع وجود النص بالحظر، يؤدي إلى انتهاك الدستور وإهدار أحكامه، لذا لا يجوز الخروج على الحظر المنصوص عليه دستورياً مادام الدستور قائماً ولم يسقط بالثورة أو يعدل بالانقلاب. والحقيقة أن الرأي القائل بضرورة احترام أحكام الدستور وعدم مخالفتها رأي سليم، لأن أحكام الدستور هي القواعد القانونية العليا ولا يجوز مخالفتها، إلا أن هذا القول لا يفي أن أحكام الدستور هي أحكام قانونية وهي قابلة للتعديل والتبديل وان النصوص الدستورية التي تمنع التعديل هي جزء من الدستور وهي نصوص قانونية يمكن تعديلها مثلما يعدل أي نص آخر، وتأسيساً على ذلك، يمكن تعديل النص الذي يحظر التعديل، ويصبح الحظر لاغياً سواء كان لفترة محددة أو مؤبداً أو كان حظراً موضوعياً كلياً أو جزئياً<sup>٢٤</sup>.

وإذا كان الرأي الغالب في الفقه الدستوري يجيز تعديل الدستور، لكن من هي السلطة المختصة بالتعديل وما هي إجراءات تعديل الدستور.

#### السلطة المختصة بتعديل الدستور

يرى كتاب القانون الطبيعي ومؤيدوهم أن الدستور عقد، منطلقين من نظرية العقد الاجتماعي، ولذلك لا يجوز تعديل أحكامه إلا باجتماع الأمة. وهذا الرأي لا يمكن الأخذ به من الناحية الواقعية لاستحالة إجماع الشعب على أمر معين ومن ثم يستحيل تعديل الدستور في حالة الأخذ بهذا الرأي ولذلك أضطر مؤيدو هذا الرأي إلى القول بوجوب موافقة أغلبية الشعب على التعديل مع إعطاء الأقلية المعارضة حق الانفصال عن الجماعة التي وافقت على تعديل الدستور.

ويذهب رأي آخر إلى منع السلطات المنشأة، (السلطات التي أقامها الدستور) من تعديل أحكام الدستور إلا أنهم أجازوا التعديل للامة صاحبة السيادة، سواء أكان ذلك من قبلها مباشرة (الاستفتاء الشعبي) أو بواسطة ممثلين يختارون من قبلها لهذه المهمة. إلا أن الرأي الغالب في الفقه والذي نؤيده هو الذي يرى ضرورة التقيد عند تعديل الدستور بالطريقة التي نص عليها ومن خلال السلطة التي سماها. وهذا الرأي يفرق بين

<sup>٢٤</sup> انظر د. طعمة الجرف، مصدر سابق ص ١٣٧، و د. ثروت بدوي مصدر سابق ص ١٥٦.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

السلطة التأسيسية(المؤسسة) والسلطات المنشأة (المؤسسة)، إذ على السلطات المنشأة التقيد بما حددته السلطة التأسيسية عند مباشرتها اختصاص التعديل.

أما بالنسبة لإجراءات تعديل الدساتير الجامدة، فيلاحظ أن هناك صورتان طبقت في الميدان العملي، وهما قاعدة توازي الأشكال أو تقابل الأشكال أو إناطة أمر التعديل بالسلطة التشريعية مع تقييدها بإتباع إجراءات خاصة تختلف عن الإجراءات التي تتبع عند تعديل القانون العادي.

ويراد بالصورة الأولى إتباع ذات الإجراءات التي طبقت عند إقامة الدستور فيما إذا أريد تعديله فإذا وضع عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة، فلا يعدل إلا بهذا الأسلوب.

ومن الدساتير التي طبقت هذه القاعدة الدساتير الفرنسية الصادرة سنة ١٧٩٣، سنة ١٨٤٨، وكذلك الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢، والدساتير المصرية لسنة ١٩٥٦، ١٩٧١ أما الصورة الثانية والتي يناط أمر تعديل الدستور فيها إلى السلطة التشريعية مع اشتراط إجراءات خاصة، فقد طبقت في فرنسا دستور سنة ١٨٧٥، مصر دستور ١٩٢٣، العراق دستور ١٩٢٥، حيث اشترط المادة ١١٩ من الدستور إجراءات معقدة لتعديل الدستور.

إذ اشترطت إتباع الإجراءات الآتية:

١. موافقة كل من مجلس النواب والأعيان بأكثرية مؤلفة من ثلثي أعضاء كلا المجلسين.

٢. وبعد الموافقة على التعديل، يحل مجلس النواب وينتخب المجلس الجديد. فيعرض عليه وعلى مجلس الأعيان التعديل المتخذ من المجلس المنحل مرة ثانية، فإذا اقترن بموافقة المجلس بأكثرية مؤلفة من ثلثي أعضاء كليهما أيضا، يعرض على الملك ليصدق وينشر.

ويلاحظ أن دستور سوريا ١٩٥٠ اشترط إجراءات معقدة لتعديله وفقا لما جاء في المادة ١٥٥ منه إذ أوجبت إتباع الآتي:

١. يجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والسبب الداعي إليه.
٢. إذا كان الطلب مقدما من النواب يجب أن يوقعه الثلث فأكثر من مجموعهم.

٣. يناقش المجلس طلب التعديل، ثم يصوت عليه بأكثرية مجموع أعضائه المطلقة، فإذا رفض اعتبر الرفض نهائياً ولا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مرور سنة.
٤. إذا وافقت على التعديل أكثرية مجموع النواب المطلقة، اعتبر ذلك رغبة في التعديل.
٥. يتناقش المجلس بعد ستة أشهر من إقراره رغبة التعديل في المواد المطلوب تعديلها، فإذا وافق ثلثا مجموع أعضائه على التعديل ادخل في صلب الدستور وأصبح نافذاً.
٦. يجب على النواب إعادة القسم على الدستور المعدل خلال أسبوعين من إقراره.

#### الخاتمة:

إن الأفكار التي تم طرحها في هذه الورقة تناولت حياة الدستور إلى حد ما، فهو له بداية ونهاية شأنه شأن أي قانون آخر، وقد لاحظنا التباين في أساليب إقامته، وارتبط ذلك بتطور الدولة ووظيفتها، وتقليص نفوذ الحكام في المجتمع، فقد تنتقل الجماعة من حكم مطلق، إلى حكم مقيد، أو إلى حكم الشعب لنفسه بنفسه، وهذا ما حدث في فرنسا عقب ثورة ١٧٨٩ وصدور الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان ومن ثم شيوع المبادئ الديمقراطية في العالم مما أدى إلى انحسار أساليب إقامة الدساتير عبر الديمقراطية ورجحان كفة الأساليب الديمقراطية، وصاحب ذلك ظهور الدساتير المكتوبة وانتشارها وانحسار الدساتير العرفية وقد اتسمت اغلب الدساتير المدونة بسموها الموضوعي والشكلي، ووجود السمو الشكلي يوجب جمود الدستور، والذي يعني اتباع إجراءات صعبة ومعقدة إذا ما أريد تعديله تختلف عن إجراءات تعديل القوانين العادية وانسجاماً مع الهدف من إعداد هذه الورقة وهو المساهمة في تكوين رؤية واضحة لدى المشرع الدستوري في العراق عند كتابته لمشروع الدستور نقترح اتباع الآلية الآتية في إعداده:

١. نظراً لانتقال العراق من مرحلة ساد فيها الرأي الواحد والفكر الواحد - سواء كان رأي فرد أم حزب - إلى مرحلة جديدة نأمل أن يسود فيها تعدد القوى السياسية والآراء ممثلة بالأحزاب السياسية أو تنظيمات المجتمع المدني لذا



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

نرى من المقيد أن تجرى مناقشات عامة للأطر الدستورية الأساسية التي يراد النص عليها في الدستور - كالفيدرالية - وشكل الحكومة ومن ثم طرحها على الشعب لاستفتاءه فيها قبل كتابة الدستور بغية إبعاد الاستفتاء عن الصورية التي وصم به في كثير من الدول التي استخدمته مما أدى إلى نفور الشعب منه.

٢. نرى أن يتم انتخاب جمعية وطنية مهمتها وضع الدستور فقط يشترط في المرشحين لعضويتها الكفاءة والخبرة.

٣. نقترح أن يطرح مشروع الدستور على الاستفتاء الشعبي العام، ولا يجوز أن يقبل مشروع الدستور إذا لم يحصل على أغلبية المصوتين وشريطة أن يشارك في التصويت أكثر من ٥٠% من المسجلين في الجداول الانتخابية.

٤. نقترح أن يتضمن الدستور نصاً يجعل عدم تقيد الحكام بأحكام الدستور والحنث باليمين الدستورية، جريمة يعاقب عليها القانون.

٥. وأن يتضمن الدستور المبادئ الدستورية الهامة التي لا مناص منها لأي نظام دستوري ديمقراطي، كمبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ الرقابة على دستورية القوانين، وكفالة حق التقاضي للمواطنين، وحق مشاركة المواطنين في الحياة السياسية، والتأكيد على مبدأ سيادة القانون باعتباره أساس الحكم في الدولة.

#### المصادر

١. د. ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر - القاهرة، دار النهضة العربية. سنة ١٩٧١
٢. د. حميد الساعدي: مبادئ القانون الدستوري، الموصل، ١٩٩٠
٣. د. سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، الإسكندرية، ١٩٨٠.
٤. د. طعيمة الجرف: القانون الدستوري، القاهرة، ١٩٦٤.
٥. د. كمال النحالي: مبادئ القانون الدستوري، دمشق، ١٩٧٢.

فكرة الدستور

٦. د. فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٤.
٧. د. عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية، دار المعارف بمصر، ١٩٦١.
٨. الأستاذ موريس دوفرجه: دساتير فرنسا، ترجمة: أحمد حسيب عباس، دون سنة طبع.
٩. د. يحيى الجمل: النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.

### ٣ - حوار حول فكرة المشروعية الاستثنائية في الدستور

الدكتور ساجد أحمد عيل\*

#### مقدمة:

المشروعية واستخدام الدولة وهيئتها التنفيذية لسلطاتها وصلاحياتها الاستثنائية، موضوعان متعارضان ولكل منهما مدلول ومفهوم معين. فالظروف الاستثنائية التي تعصف بدولة ما تستدعي قيام هيئتها التنفيذية أن تمارس سلطات وصلاحيات أكبر وأوسع وقد تؤدي إلى تعطيل العمل بقواعد الدستور كلاً أو جزءاً، وقد تؤثر على حقوق الإنسان وحيواته الأساسية لمواجهة أي تهديد لسيادة الدولة وكيانها كالحرب والتمرد والعصيان والثورات والانقلابات أو الكوارث الطبيعية والأوبئة.

أما مبدأ المشروعية فليس معناه الخضوع للقانون بمعناه الضيق، ولكن يعني الخضوع لكل قاعدة قانونية ملزمة أياً كان مصدر هذه القاعدة<sup>١</sup>. لذلك فإن مدى نفاذ المشروعية يتعرض للتغير بحسب الظروف، فمبدأ المشروعية في الدولة المعاصرة لا ينفي أن يكون للهيئات العامة نصيب من قدرة التصرف الحر يضمن لها حسن قيامها بوظائفها وبحفظ الدولة من أن ينقلب نشاطها ألياً مما يعطل سير المرافق العامة ويصم القانون بالجمود والتخلف عن مقتضيات الحياة اليومية سريعة التطور وذلك في الظروف العادية<sup>٢</sup>.

\* أستاذ مساعد - كلية القانون، جامعة البصرة

<sup>١</sup> د. طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة. القاهرة ١٩٦٣ ص ١٢.

<sup>٢</sup> المصدر السابق: ص ١٢.

القواعد القانونية قواعد عامة ومجردة، ويتعذر عليها أن تواجه جميع الحالات الواقعية في الحاضر والمستقبل وهي ترسم للهيئات الدنيا ما يجب عليها اتخاذه في شأنها من قرارات، وهي لذلك لا تستوعب كل نشاط الدولة، فتقف عند حد رسم البرامج وبيان الاتجاهات العامة وتترك للهيئات حرية التقدير والملائمة لمعالجة الحالات العملية في ظروف كل منها<sup>٣</sup>.

تقتضي الظروف الاستثنائية التي تطرأ على حياة الدولة الإسراع في اتخاذ التدابير اللازمة لحفظ الأمن وحماية النظام ضد ما يهدده من خطر، لذلك فإن إلحاح الضرورة العاجلة في هذه الظروف قد يبرر خروج الدولة وقتياً وطبقاً لشروط خاصة على مبدأ المشروعية العادية حتى تتمكن من مواجهة الأزمة وتلافي الخطر، ولو على حساب القانون<sup>٤</sup>.

حالة الظروف الاستثنائية تفرض مشروعية أخرى، هي المشروعية الاستثنائية القائمة على نظرية الضرورة التي تجد أساسها في القاعدة الرومانية القديمة "سلامة الشعب فوق القانون". وتجيز هذه النظرية، في منطوقها العام، للسلطة التنفيذية إصدار مراسيم لها قوة القانون لمجابهة الظروف الطارئة التي تهدد أمن الدولة وتحتاج إلى معالجة سريعة، بينما البرلمان غير قائم أو متعذر اجتماعه<sup>٥</sup>.

يتبين من ذلك، انه ليس هناك ما يمنع دستوريا السلطة التشريعية بل والسلطة التنفيذية أن توقف نصا تشريعيا إذا دعت الضرورة أو الصالح العام ذلك، على أن يتم هذا الإيقاف لفترة محدودة، وان يخضع لرقابة القضاء للتحقق من توافر شرط الضرورة أو الصالح العام أو عدم توافره، ولكن ليس للمشرع أن يمنع القضاء من نظر منازعة تعلقت بحق اعتدي عليه، فإذا صدر تشريع من هذا القبيل، وجب على القضاء، وهو الممثل للسلطة القضائية، أن يمتنع عن تطبيقه<sup>٦</sup>. ويعني ذلك، أن المشروعية الاستثنائية محددة بحدود، ومقيدة بقيود، وهي وقتية وليست دائمة حتمتها ظروف استثنائية ودعت لها الضرورة. إلا

<sup>٣</sup> المصدر السابق: ص ١٣.

<sup>٤</sup> المصدر السابق: ص ١٣.

<sup>٥</sup> د. إسماعيل مرزة: القانون الدستوري، دراسة مقارنة للدستور الليبي ودساتير الدول العربية الأخرى، منشورات الجامعة الليبية، دار صادر بيروت ١٩٦٩ ص ٢٩٢.

<sup>٦</sup> د. فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٥-١٩٦٦ ص ٣١٣.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

أن المشروعية الاستثنائية استخدمت في أحيان كثيرة استخداماً واسعاً من صلاحيات وسلطات الهيئات التنفيذية في العديد من الدول، ومنها العربية، فأصبحت مشروعية دائمة ومستمرة رتبت آثاراً ونتائج سلبية وأضرت بحقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية، وعززت وجود الأنظمة الاستبدادية والديكتاتورية وقضت على أي مظهر من مظاهر الديمقراطية والمشاركة السياسية وهدمت بنى ومؤسسات المجتمع المدني، وأسهمت في ظهور شخصية السلطة وتركيزها في يد فرد أو فئة سياسية معينة، مما نتج عنها الفوضى وعدم الاستقرار السياسي وفشل تجارب التنمية الوطنية وتعرض النظام السياسي إلى هزات وثورات وانهيارات وتمردات وحروب أهلية.

إن أهمية الموضوع تنبع من كونه الظاهرة المرئية والشائعة على مستوى الممارسة السياسية في أقطار الوطن العربي عموماً والعراق بوجه خاص، تلك الظاهرة التي تحتاج إلى معالجة حقيقية وعلى أسس علمية قانونية لوضع أسس نظام سياسي قائم على سيادة حكم القانون وقيام دولة المؤسسات.

ولغرض تسليط الضوء على "المشروعية الاستثنائية" في الدستور، يجدر أن تتركز الدراسة في المحاور الآتية:

أولاً: شرعية سلطة الدولة وسيادتها.

ثانياً: نظرية الضرورة والمشروعية الاستثنائية.

ثالثاً: المشروعية الاستثنائية في الأنظمة السياسية العربية.

أولاً: شرعية سلطة الدولة وسيادتها

كان المبدأ الذي يسود العالم اليوناني الروماني القديم هو المبدأ القائل بأنه لا حد للسيادة ولحقوق الدولة. فللدولة سلطة قاهرة لا حد لها، وليس للفرد حق خاص يتمكن به من الوقوف حيال الدولة. وعلى عكس ذلك المبدأ الحديث القائل بأن للفرد حقوقاً أقدم من حقوق الدولة وسمى منها، وإن على الدولة أن تحترمها<sup>٧</sup>.

لهذا يسود الدولة المعاصرة مبدأ ذو أهمية خاصة من مقتضاه أن أعمال الهيئات العامة وقراراتها النهائية لا تكون صحيحة ولا منتجة لآثارها القانونية، كما لا تكون ملزمة

<sup>٧</sup> البروفيسور ايسمن: أصول الحقوق الدستورية، ترجمة محمد عادل زعيتر، المطبعة العصرية، القاهرة (د-ت) ص ٢٥، ٢٧٧.

حوار حول فكرة المشروعية الاستثنائية في الدستور

للأفراد المخاطبين بها، إلا بمقدار مطابقتها لقواعد القانون العليا التي تحكمها، بحيث متى صدرت بالمخالفة لهذه القواعد فإنها تكون غير مشروعة، ويكون من حق الأفراد ذوي المصلحة طلب إلغائها والتعويض عنها أمام المحكمة المختصة.

وهذا هو مبدأ المشروعية أو الشرعية، وهو يكفل حماية جديّة للأفراد في مواجهة السلطة العامة، وذلك يحقق قدر آمن من التوازن بين هذه السلطة ومفاهيم الحريات العامة للأفراد حيث يكون هؤلاء في مأمن من اعتداء الهيئات الحكومية على خلاف ما قرره القانون<sup>٨</sup>.

يتبلور مبدأ المشروعية، في النهاية، حول وجوب احترام القواعد المنظمة لسلطات الهيئات العامة، والمنظمة لاختصاصها<sup>٩</sup>.

فحياة الأفراد وحقوقهم وحرياتهم الأساسية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالسلطة السياسية، إلا أن طبيعة ممارسة السلطة من قبل فرد أو جماعة تقتضي التحديد والتقييد للحد من إساءة استخدامها من قبل الحكام.

لقد أكد مونتيسكيو على "إن من التجارب الأزلية، أن كل إنسان ذي سلطان يميل إلى إساءة استعمالها، وهو يسترسل في ذلك حتى يلاقي حدوداً"، ولهذا "لا بد من أن تقف السلطة السلطة عن نظام الأمور لكي لا يساء استعمال السلطة"<sup>١٠</sup>.

السلطة السياسية التي توجد في المجتمعات الحديثة تقوم على مجموعة من القواعد القانونية المبنية على أساس المنطق، وكل من له سلطان يستمد صلاحيته من القواعد الدستورية والقانونية، ومصدر السلطان قائم أساساً في طبيعة النظام الشرعي ذاته<sup>١١</sup>.

كما أن أساس قيام هذه السلطة، وجود عنصر القبول والرضا من قبل أفراد المجتمع لحكامهم، إذ يعين المواطنون حكامهم بصورة دورية ولفترة محدودة<sup>١٢</sup>. وهو ما يطلق عليه السلطة العقلانية – الشرعية "القانونية"، وهو ما أكد عليها "ماكس فيبر" في تقسيمه للسلطة

<sup>٨</sup> د. طعيمة الجرف: مصدر سابق ص ٥.

<sup>٩</sup> المصدر السابق: ص ١١٧.

<sup>١٠</sup> مونتيسكيو: روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتر، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٣ ص ٢٢٦.

<sup>١١</sup> د. صادق الأسود: علم الاجتماع السياسي، أسسه وأبعاده، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٦ ص ٩٧.

<sup>١٢</sup> د. حسان شفيق العاني: الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، دار الحكمة، بغداد، ١٩٨٦ ص ٥٥.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

و أطلق عليها تسمية "العقلانية القانونية"، لأنها مشروطة في أصولها ونتائجها بشبكة من القوانين المعروفة والمتفق عليها<sup>١٣</sup>.

يؤكد ديفيد ايستون على أهمية عملية "المأسسة" وهي عملية بنى عليها "جورج بوردو و صاموئيل هانتنتغتون" تحليلاتهما للنظام السياسي، فالدولة الحديثة دولة حقوقية، ويعني ذلك أن تصرفات الحكومة تخضع لقواعد ثابتة وأكيدة، كما يستطيع الأفراد، من جهة ثانية، المطالبة باحترام هذه القواعد عن طريق إثارتهم أمام قضاة مستقلين، الحقوق التي تمنحهم إياها إزاء الدولة<sup>١٤</sup>.

أما مفهوم المشروعية فان فقهاء القانون الدستوري كانوا قد أعطوا تعاريف تكاد تكون متقاربة لمفهوم الشرعية والمشروعية، فقد عرفها الدكتور سعيد الحكيم بأنها: "الخضوع للقانون بمفهومه العام، خضوع الحكام والمحكومين للقانون، فتخضع سلطات الدولة جميعا للقانون في كل صور نشاطها ومختلف التصرفات والأعمال التي تصدر عنها. باعتبار أن القانون ينشئ حائلا دون كل صورة من صور الاعتداء على حقوق الإنسان وحياته" وهو المفهوم الذي اختلف فيه توسعا أو ضيقا كل من الفقهاء "فيديل ولوبادير وريفيرو ودايسي وديبي"<sup>١٥</sup>. وفي اتجاه آخر أطلق "الدكتور عبد الحميد متولي" على المفهوم ذاته تسمية "مبدأ سيطرة أحكام القانون". ويوضح مضمون هذا المبدأ بأنه: أي سلطة أو هيئة سواء أكانت برلمانا أو "جمعية شعب" أو رئيس دولة أو وزارة .. الخ، ليس لها أن تصدر قرارا فرديا "أي خاصا بحالة فردية معينة" بعبارة أخرى، إن السيطرة والاحترام إنما يكون للقواعد العامة التي يتضمنها القانون لا للأهواء أو الإرادة المتغيرة للحكام، وان ما ينطوي عليه القانون من أحكام يجب أن يكون موضع الاحترام سواء من المحكومين أو الحكام"<sup>١٦</sup>.

<sup>١٣</sup> د. غسان سلامة: نحو عقد اجتماعي عربي جديد (بحث في الشرعية الدستورية)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٨٧ ص ٢٥.

<sup>١٤</sup> Samuel P. Huntington: Political order in Changing Societies (Yale University, Press New Haven, Conn.: 1968). P 24 كذلك: د. غسان سلامة: المصدر السابق ص ٢٥. جاك دونديو

دوفابر: الدولة، ترجمة الدكتور سموي فوق العادة، منشورات عويدات، بيروت ١٩٧٠ ص ١٢.

<sup>١٥</sup> د. سعيد الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ٢ / ١٩٨٧، ص ٩، ١٠، ١١.

<sup>١٦</sup> د. عبد الحميد متولي، الوجيز في النظريات والأنظمة السياسية ومبادئها الدستورية، دار المعارف، القاهرة ١٩٥٩-٥٨ ص ٣٠-٣١.

حوار حول فكرة المشروعية الاستثنائية في الدستور

فيما يرى الدكتور فؤاد العطار أن الشرعية مجسدة بالقاعدة القانونية وهي متى وضعت تمثل قيда على الحاكم والمحكوم على السواء. إلا أن هذه القاعدة القانونية ليست مؤبدة ويجوز تغييرها تبعا للظروف التي أنشئت في ظلها، ويجب أن يكون التغيير والتعديل وفقا للأوضاع والشروط المقررة لذلك وإلا عد ذلك خروجا على القاعدة القانونية لا تعديلا أو تبديلا لها<sup>١٧</sup>.

إن أهم ما يترتب على ذلك من نتائج هي أن السلطة السياسية لم تعد امتيازاً شخصياً للماسكين بها والممارسين لها، فلم يعد الحكام، كما في الماضي يجسدون السلطة ويمارسونها على أنها امتياز شخصي يكتسبونه بفضل مواهبهم أو أشخاصهم فلا يمكن عند ذلك التمييز بين أشخاص الحكام والسلطة<sup>١٨</sup>. وبذلك تحولت السلطة السياسية من امتياز خاص بالحاكم الذي يستعملها إلى شخص مجرد ومستقل عن أشخاص الحكام<sup>١٩</sup>. وبهذا فإن السلطة أضحت وظيفة اجتماعية لا تعهد إلى الرؤساء إلا بصفتهم وكلاء سلطة، وعبر هذه السلطة هم مرتبطون بالجماعة التي أوجدت هذه السلطة<sup>٢٠</sup>. ولكن عندما تسند السلطة إلى الدولة كشخص معنوي عام أو مجرد، فإن الدولة أيضا تكون في مركز قوي يسمح لها بالتهديد والإساءة لحقوق الأفراد وحررياتهم ولا يقف حائلا دون هذا الاستبداد إلا مبدأ الشرعية الذي يكمن في سيادة حكم القانون بين الفرد والدولة<sup>٢١</sup>.

#### عناصر الشرعية:

لكي تكتمل شروط الدولة ومتطلباتها القانونية وتكتسب سلطتها السياسية الشرعية، يجب أن تتضمن عناصر مهمة تؤدي إلى أن تكون تلك السلطة وإجراءاتها قانونية أو شرعية، ولعل ابرز تلك العناصر:

<sup>١٧</sup> د. فؤاد العطار، مصدر سابق ص ٥٨.

<sup>١٨</sup> د. ثروت بدوي، النظم السياسية، الجزء الأول، النظرية العامة للنظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٤ ص ١٦.

<sup>١٩</sup> المصدر السابق: ص ١٦.

<sup>٢٠</sup> جورج بورديو، نقلا عن د. صادق الأسود: مصدر سابق ص ١٠٩.

<sup>٢١</sup> د. عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، دراسة مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٣.



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

١. ضرورة وجود دستور للدولة يحدد نظامها ويبين قواعد ممارسة السلطة فيها ووسائل وشروط استعمالها، سواء أكان هذا الدستور مدوناً أم عرفياً "غير مدون".
  ٢. قيام مبدأ الفصل بين السلطات لمنع تركيز السلطة في يد هيئة واحدة<sup>٢٢</sup>.
  ٣. تدرج القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة، مع ارتباطها ببعضها<sup>٢٣</sup>
  ٤. النص على طريقة خاصة محددة لتعديل الدستور يعد قيدياً على سيادة الدولة وحائلاً دون استبدالها وضماناً من ضمانات وحريات الأفراد، وذلك بإسناد مهمة تعديل الدستور للسلطة التي أناط بها الدستور هذه المهمة وبالطريقة التي يحددها بشرط أن تراعي إجراءات التعديل المنصوص عليها في صلب الدستور<sup>٢٤</sup>
  ٥. خضوع الإدارة للقانون، فلا يتخذ تصرف قانوني أو القيام بعمل مادي إلا بمقتضى القانون وتنفيذاً لأحكامه.
  ٦. ضرورة تنظيم رقابة قضائية تتضمن حماية فعالة للقواعد القانونية المقيدة لنشاط السلطات العامة في الدولة بحيث إذا ما خالفت القواعد القانونية يوقع القضاء الجزاء المقرر في القانون بخصوص التصرف المخالف فتسلم تلك القواعد من محاولات العبث بأحكامها ومن ثم حماية حقوق الأفراد وحرياتهم وتحقيق فكرة الدولة القانونية عملياً<sup>٢٥</sup>.
- ونظراً لأهمية الشرعية فقد أقرت الدول ضمانات تكفل حسن تطبيق قواعد القانون الدستوري والتي تحد من محاولة الخروج عليها من جانب هيئات الدولة، وهي ضمانات

<sup>٢٢</sup> د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، المطبعة العالمية، القاهرة، ط ٤ / ١٩٤٦، ص ٤٣-٤٤ ، د. محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٦٧-١٩٦٨، ص ١٦، ١٧ .

<sup>٢٣</sup> د. السيد صبري، المصدر السابق، ص ٤٣-٤٤ ، د. محمد كامل ليلة، المصدر السابق، ص ١٦-١٧ .

<sup>٢٤</sup> د. محمد كامل ليلة: النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١، ص ٢٥٨ .

<sup>٢٥</sup> د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)، مصدر سابق، ص ١٧، ٤٤. د. السيد صبري، مصدر سابق، ص ٤٤

ذات طبيعة قانونية، تتمثل في ما تضعه الدساتير والتشريعات من نصوص تتضمن كفالة إجراء الرقابة على تصرفات هيئات سلطة الدولة وإجراءاتها، وتتجسد في صور عديدة:

١. الرقابة السياسية: تتضمن الوثيقة الدستورية النص على الرقابة المتبادلة بين السلطين التشريعية والتنفيذية<sup>٢٦</sup>.

٢. الرقابة الإدارية: والمتمثلة في كفالة حق التنظيم وتقديم الشكاوي من قبل المواطنين إلى الهيئة التنفيذية<sup>٢٧</sup>.

٣. الرقابة القضائية: وهي تعني وضع طائفة من القواعد القانونية المعينة لتعريف سلطات الحكام وبيان مداها وتقوم على تطبيقها هيئات قضائية مستقلة، فليس المقصود هنا فصل الحاكم عن الهيئات الأخرى حسب ابتغاء إضعاف السلطة العامة للحكام، وإنما أيضا منحها حق الرقابة، وحق التنظيم على الهيئات السياسية والإدارية مع السهر على كبح جماحها<sup>٢٨</sup>. ويرى موريس دوفرليه في شأن الرقابة القضائية الكاملة بأنها ينبغي أن تكون على درجتين:

الأولى: الرقابة على مشروعية أعمال السلطة التنفيذية لمنع تعسف الإدارة في تنفيذ القوانين التي يقرها البرلمان، والطعن بإساءة استعمال السلطة أمام مجلس الدولة كما هو الحال في فرنسا.

الثانية: الرقابة على دستورية القوانين على نحو يحول دون مخالفة البرلمان لنصوص الدستور وإعلان حقوق الإنسان، وهي رقابة ضرورية فبدونها يفقد مبدأ الدستورية علة وجوده تماما<sup>٢٩</sup>.

٤. علاوة على ذلك تلعب النيابة العمومية دورا مهما في حماية القوانين من أية تجاوزات حيث تقوم بمراقبة تطبيق القوانين من قبل المؤسسات والمنظمات ومواطني الدولة، ومراقبة اتباع الشرعية في أعمال هيئات التحقيق، ومراقبة

<sup>٢٦</sup> د. رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٢٠٠-٢٠١.

<sup>٢٧</sup> د. كطران زغير، نظرية الدولة، وفي: د. إحسان المفرجي واخران، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٠، ص ٦٢.

<sup>٢٨</sup> موريس دوفرليه، النظم السياسية، ترجمة احمد حسيب عباس، مؤسسة كامل مهدي للطباعة والنشر، القاهرة (د-ت) ص ٦١-٦٢.

<sup>٢٩</sup> المصدر السابق، ص ٦٢.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

شرعية وصحة أحكام المحاكم في القضايا الجنائية، وفي القضايا المدنية وقرارات الهيئات العدلية ومراقبة شرعية تنفيذ الأحكام واتباع الشرعية في أماكن الحجز<sup>٣٠</sup>.

إن التأكيد على ضرورة أن تكون سلطة الدولة شرعية نابع من كون هذه السلطة تتمتع بالسيادة على غيرها من التنظيمات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في أية دولة وتتمثل سيادة سلطة الدولة عبر مظهرين هما: احتكارها صنع القاعدة القانونية، واحتكارها قوة القهر واستخدامها عند الضرورة. والمظهر الثاني ضروري لوجود السلطة السياسية، فالسلطة تصبح كلمة بلا معنى إذا لم تقترن هذه السلطة بقوة القهر "الإكراه"<sup>٣١</sup>.

إن احتكار السلطة السياسية للإكراه المنظم يقوي بشكل واسع سلطة الدولة على وضع القواعد القانونية عن طريق التأكيد على طاعتها، كما انه يمكن الدولة من مباشرة اختصاصاتها<sup>٣٢</sup>. إن أحد أسس الدولة هو القدرة التي تنشأ عن احتكارها لاستعمال القوة بطريقة قانونية، لكن القوة يجب أن توجهها إرادة واعية<sup>(٣٣)</sup> فالاستخدام غير المشروع لقوة الإكراه من قبل السلطة السياسية يتحول إلى قمع وللقمع آثار سلبية كبيرة.

لا تتمثل السلطة السياسية في القوة المادية وحدها، إذ أن السلطة ليست مجرد تسلط مادي قاهر، فهي مركب معقد غير بسيط ولا مقتصر على القوة المادية، فالسلطة السياسية تعني المقدرة على حكم الآخرين، إلا أن هذه القدرة تعتمد على عوامل نفسية واقتصادية واجتماعية وتاريخية إلى جانب اعتمادها على القوة المادية<sup>٣٤</sup>.

لذلك فان السلطة السياسية تسعى إلى نيل رضا واستحسان وإيمان أفراد الجماعة بها، أي بعبارة أخرى تسعى إلى طلب الشرعية، فان لم تفلح في ذلك فبوسع أفراد الجماعة أن

<sup>٣٠</sup> د. كطران زغير نعمة، مصدر سابق، ص ٦٢.

<sup>٣١</sup> د. ماهر عبد الهادي، السلطة السياسية في نظرية الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢/ ١٩٨٤، ص ٥٨

<sup>٣٢</sup> اندريه هوريو: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت

ط ٢/ ١٩٧٧، ص ١٢٢.

<sup>٣٣</sup> جاكوبسن ولييمان، العلوم السياسية، ترجمة مهيبه مالكي دسوقي، دار الثقافة، بيروت، ١٩٥٦، ص ٥٧.

<sup>٣٤</sup> د. يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٦٩، ص ٣٨.

حوار حول فكرة المشروعية الاستثنائية في الدستور

يتمردوا عليها وان يثوروا ضدها، وهذا ما يميزها عن السيطرة الناشئة عن التفوق فتفرض بالقوة وليس بالإقناع ولذلك يسعى من يتحمل وطأتها إلى مقاومتها دائماً<sup>٣٥</sup>.

وبهذا تكون السلطة السياسية، كما ذهب إلى تعريفها الأستاذ "جورج بوردو" هي: قوة في خدمة فكرة نابعة من الوعي الاجتماعي ومخصصة لقيادة الجماعة بحثاً عن الخير المشترك.<sup>٣٦</sup>

وهي أيضاً: نوع من أنواع القوة التي تنظم واجبات وحقوق الأفراد، وتكون السلطة فعالة عندما تصدر من أشخاص شرعيين، حسب اعتقاد الأشخاص الخاضعين لمشيئتها<sup>٣٧</sup>. فالسلطة الشرعية هي التي تسعى إلى تحقيق المصالح المشتركة لأفراد المجتمع<sup>٣٨</sup>.

#### ثانياً: نظرية الضرورة والمشروعية الاستثنائية:

قام التساؤل في فقه القانون العام في شأن ما يكون عليه أمر التزام الدولة بالقانون حين تهدد حياتها المخاطر وحين يكون نظامها الاجتماعي معرضاً لأزمة حادة تقتضي عملاً سريعاً. لقد قام خلاف في فقه القانون العام في شأن الأساس الذي تبنى عليه نظرية الضرورة والذي يجوز بسببه تبرير خروج الدولة على القانون في بعض الظروف<sup>٣٩</sup>. فالفقهاء والمفكرين الألمان وفي مقدمتهم هيجل وجيلينك اقرروا حق الدولة في السيادة باعتبارها التشخيص القانوني للشعب، وهي صاحبة السيادة العليا في الداخل والخارج وإنها بحكم حقها في السيادة تصدر القانون على أنه تعبير عن إرادتها الملزمة. إلا أن الدولة حين تصدر القانون لتلتزم به غيرها من التابعين لها والخاضعين لسلطانها فإنها تقدر في نفس الوقت ضرورة احترامها لهذا القانون والتزامها به "التحديد الذاتي للدولة". إلا أنها مع ذلك تملك سلطة التقدير الكاملة في أن تلائم بين هذه المصالح وبين القانون، فإذا قام بينهما تناقض أو عدم انسجام كان لها كل الحق في أن تترك القانون جانباً وتسعى لتحقيق تلك

<sup>٣٥</sup> د. صادق الأسود، مصدر سابق، ص ١٠٤-١٠٥.

<sup>٣٦</sup> نقلاً عن د. عبد الله إبراهيم ناصف: مدى توازن السلطة السياسية مع المسؤولية في الدولة الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٨.

<sup>٣٧</sup> تعريف دينكن ميتشيل نقلاً عن د. علي أسعد وطفة: بنية السلطة وإشكالية التسلط التربوي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٩، ص ١٣٠.

<sup>٣٨</sup> المصدر السابق، ص ١٣٠.

<sup>٣٩</sup> د. طعيمة الجرف، مصدر سابق، ص ١٣٦.

#### المصالح<sup>٤٠</sup>.

وعندما تتعرض الدولة للتهديد الداخلي والخارجي فان عليها أن تحمي كيانها وتدافع عن نظامها العام بكل ما تقدره ضروريا من إجراءات، ولو خرجت في ذلك على مقتضى القانون. لهذا يعتبر الفقه الألماني نظرية الضرورة كحق الدفاع الشرعي نظرية قانونية تبيح ما يتخذ باسمها وتحت إلحاحها من إجراءات غير مشروعة على أساس أن الدولة تمارس في ظلها حقا قانونية<sup>٤١</sup>. ينتهي فقه القانون العام الألماني إلى النتائج الآتية:

١. إن ما تتخذه الدولة من الإجراءات نزولا على حكم الضرورة، يعتبر إجراءات مشروعة بذاتها مهما كانت مخالفتها للدستور والقانون.

٢. وحيث أن هذه الإجراءات مشروعة، فان عمال الحكومة حين يمارسون هذه الإجراءات لا يرتكبون أية مخالفة قانونية، فلا تقوم في مواجهتهم أدنى مسؤولية عن هذه الأعمال مهما سببت للغير من أضرار ومهما كانت جسامة مخالفتها للقانون. أي أن الضرورة تقوم سببا لمنع قيام ركن الخطأ الشخصي لدى أعمال الحكومة وموظفيها المتصرفين.

٣. وحيث أن إجراءات الضرورة هي إجراءات مشروعة، فانه لا محل للقول بقيام خطأ في جانب الدولة لاتخاذها هذه الإجراءات فتنتفي مسؤولية الدولة ولا يحق للأفراد ممن أضرت بهم هذه الإجراءات أن يطالبوها بالتعويض.

أما النظرية الفرنسية، فهي تصدر عن قاعدة أساسية تؤكد أن الدول الديمقراطية ذات الثقافة اللاتينية والانجلو-سكسونية لا تعترف بغير الحكومة الشرعية التي تخضع دائما للقانون حتى في أوقات الأزمات وأحوال الضرورة<sup>٤٢</sup>. ولكن الفقه الفرنسي لم يقف جامدا أمام الضرورات العملية التي كانت تدفع الحكومة إلى التصرف على غير مقتضى الدستور والقانون فانتهى إلى انه وان كانت الضرورة لا تمثل حقا للسلطة التنفيذية فيما تتخذه بسببها من إجراءات غير مشروعة، إلا أنها قد تنهض عذرا سياسيا تعلل به الحكومة سلوكها أمام البرلمان لتستصدر منه قانون التضمنيات بقصد إعفائها من المسؤولية. أي أن

<sup>٤٠</sup> المصدر السابق، ص ١٣٨.

<sup>٤١</sup> المصدر السابق، ص ١٣٩.

<sup>٤٢</sup> المصدر السابق، ص ١٤٢.

الضرورة لا تمثل نظرية قانونية ولكنها محض تبرير سياسي عملي . وهي ليست من أسباب الإباحة وان كانت من موانع العقاب. أي أن كل تصرف تجريه السلطة التنفيذية على خلاف الدستور والقانون باسم الضرورة، إنما تجريه على مسؤوليتها لأنه لا يزال يحكم الأصل فيه تصرفاً غير مشروع<sup>٤٣</sup>.

لقد وصل الفقه الفرنسي في تصويبه لنظرية الضرورة إلى حد اقترب فيه من المدرسة الألمانية فجعل منها نظرية قانونية تأسيساً على حق الدولة في الدفاع الشرعي عن نفسها<sup>٤٤</sup>. وهذه النظرية هي نظرية "سلطات الحرب والظروف الاستثنائية" التي أطلقها قضاء مجلس الدولة الفرنسي وعنه اقتبسها المحاكم القضائية الفرنسية<sup>٤٥</sup>.

ومضمون تلك النظرية هو أن بعض القرارات الإدارية غير المشروعة في الظروف العادية يعتبرها القضاء مشروعة إذا ما ثبت أنها ضرورية لحماية النظام العام لتأمين سير المرفق العام بسبب حدوث ظروف استثنائية. وهكذا تتحلل الإدارة مؤقتاً من قيود المشروعية العامة لتتمتع باختصاص واسع لم يرد به نص<sup>٤٦</sup>. إن هذه النظرية القضائية تبين إلى مدى وصلت حرية مجلس الدولة الفرنسي في تعديل المشروعية خارج نطاق النصوص، بل و ضد النصوص أحياناً<sup>٤٧</sup>.

أما الأساس القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية فإنه يبدو ظاهرياً لا يرجع هذه النظرية إلى هذا الأساس، وإنما إلى أساس آخر، وهو "واجبات السلطة الإدارية". فالإدارة ملزمة بان تعمل على حفظ النظام العام، وسير المرافق العامة سيراً منتظماً، وإذا تبين لها إن تطبيق قواعد المشروعية من شأنه أن يحول دون أدائها واجباتها، فلها أن تتحرر مؤقتاً من تلك القواعد بالقدر الذي يمكنها من أداء واجباتها<sup>٤٨</sup>. إن النتيجة المترتبة على ذلك هو أن بعض القرارات غير المشروعة في الظروف العادية، يعتبرها المجلس مشروعة،

<sup>٤٣</sup> المصدر السابق، ص ١٤٣ .

<sup>٤٤</sup> المصدر السابق، ص ١٤٤ .

<sup>٤٥</sup> د. محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة

ط ١٩٨٤/٥، ص ١١٢-١١٣ .

<sup>٤٦</sup> المصدر السابق، ص ١١٣ .

<sup>٤٧</sup> المصدر السابق، ص ١١٣ .

<sup>٤٨</sup> المصدر السابق، ص ١١٥ .

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وبالتالي يرفض إلغائها إذا كانت لازمة لتأمين النظام العام وسير المرفق العام<sup>٤٩</sup>.

#### حدود نظرية الظروف الاستثنائية:

إن نظرية الظروف الاستثنائية تتضمن مخاطر جسيمة تهدد حريات الأفراد، ويزيد من خطورتها عدم وجود معيار قاطع لما يعتبر ظرفاً استثنائياً ولهذا عمل مجلس الدولة الفرنسي على موازنة هذه السلطات الخطرة للإدارة بحقوق مقابلة للأفراد تؤمنهم من مغبة إشراف الإدارة في استعمال تلك السلطات ولهذا فقد حصر النظرية في قيود ضيقة منها:

١. إن سلطات الظروف الاستثنائية مقصورة على هذه الظروف وحدها وبالقدر الضروري لمواجهتها.

٢. خضوع الإدارة في ممارستها لسلطات الظروف الاستثنائية للقضاء. وبهذا فإن نظرية الظروف الاستثنائية تمتاز عن نظرية أعمال السيادة التي تتجو من كل رقابة قضائية، وعلى هذا يملك الأفراد طلب إلغاء القرارات الإدارية الصادرة بناء على السلطات الاستثنائية. وذلك يدل على أن السلطات الاستثنائية هي سلطات مقيدة دائماً، بل مقيدة إلى حد كبير وبالتالي يملك مجلس الدولة تقدير ملائمة القرار لجسامة الحالة الاستثنائية التي تواجهها الإدارة.

٣. قد يؤدي التجاء الإدارة إلى استخدام "سلطات الظروف الاستثنائية" إلى التزامها بتعويض المتضرر من إجراءاتها التي تتخذها على هذا الأساس، حتى ولو حكم القضاء بسلامة تلك الإجراءات، استناداً إلى قواعد المسؤولية المبنية على المخاطر وتحمل التبعة<sup>٥٠</sup>.

لقد وضع مجلس الدولة الفرنسي أسس هذه النظرية بمناسبة الحرب العالمية الأولى، وطبقها للمرة الثانية أثناء الحرب العالمية الثانية، وسحب مجلس الدولة نظرية الظروف الاستثنائية إلى الفترة العصبية التي أعقبت الحربين العالميتين باعتبارها من آثار الحرب، وطبقها في الأوقات العصبية التي يتعرض لها المجتمع في وقت السلم، أو إذا هددت الدولة بإضراب عام<sup>٥١</sup>. وما لبثت أن أخذت طريقها إلى دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية عبر

<sup>٤٩</sup> المصدر السابق، ص ١١٥.

<sup>٥٠</sup> المصدر السابق، ص ١١٧-١١٨.

<sup>٥١</sup> المصدر السابق، ص ١١٤.

المادة (١٦) وأقامت ما يسمى بالديكتاتورية الدستورية، والتي خولت الجنرال ديغول آنذاك، سلطات واسعة وكبيرة، فقد نصت المادة (١٦) على:

"عندما تصبح مؤسسات الجمهورية واستقلال الأمة وسلامة ارض الوطن وتنفيذ التعهدات الدولية مهددة بشكل خطير واني، وعندما تصبح ممارسة السلطات العامة الدستورية متوقفة، يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي يتطلبها الوضع بعد استشارة رئيس الوزارة ورئيسي المجلسين والمجلس الدستوري، بصورة رسمية، ويوجه رسالة إلى الأمة بهذا الشأن. ويجب أن تكون هذه التدابير مستوحاة من الرغبة في ضمان قيام السلطات العامة الدستورية بمهامها وذلك في اقرب وقت ممكن. ويؤخذ رأي المجلس الدستوري بهذا الشأن. يجتمع البرلمان حكما. لا يمكن أن تحل الجمعية الوطنية خلال تطبيق السلطات الاستثنائية".

لغرض تحديد وتعريف الظروف الاستثنائية وفقا للمادة (١٦) فانه يجب توفر شرطين من اجل تطبيق أحكامها: الشرط الأول وهو غامض جدا، حيث يتعلق بتهديد المؤسسات وباستقلال الوطن .. الخ، أما الآخر فأوضح حيث يتوجب توقف سير العمل المنتظم للسلطات العامة الدستورية، وكلا الشرطين متروك تحققه إلى رئيس الجمهورية.

استعملت المادة (١٦) ودخلت حيز التنفيذ عندما قام عصيان في الجزائر في ٢١ نيسان ١٩٦١، فقرر رئيس الجمهورية في ٢٣ منه اللجوء إلى المادة (١٦)، وبدا القرار شرعيا لعدم وجود شك في وجود أخطار تهدد وجود المؤسسات يتوقف سير العمل العادي في المؤسسات العامة. وابتداءً من ٢٥ نيسان انهار العصيان وعادت المؤسسات العامة إلى عملها ولم يعد هناك من خطر حقيقي بتهديد المؤسسات ولا سلامة الأرض الوطنية. ولكن بعد ذلك، وخلال عدة اشهر اصبح الاستمرار في تمديد تطبيق أحكام المادة (١٦) حتى ٣٠ أيلول ١٩٦١.<sup>٥٢</sup>

لقد رأى الفقه أن اختصاصات رئيس الدولة في هذا المجال مطلقة لا حدود لها حتى وصفت بالديكتاتورية. ذلك أن الرئيس يحل محل السلطات العامة في الدولة من تشريعية وتنفيذية ليتخذ جميع الإجراءات التي يراها ضرورية. ولذلك أعلن الفقه أن الأمة تتجسد

<sup>٥٢</sup> اندريه هوريو: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص ٤٠٣-٤٠٤.



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

في شخصه، فهو وحده الذي يمثلها واليه وحده ترجع أمورها طوال الفترة الاستثنائية. ورغم صلاحياته وسلطاته الواسعة في الظروف العادية والاستثنائية فإن الدستور مع ذلك قد قرر عدم مسؤوليته عن جميع هذه الأعمال، فقررت المادة (٦٨) أن: "رئيس الجمهورية غير مسؤول عن الأعمال التي يقوم بها في مباشرة مهام وظائفه إلا في حالة الخيانة العظمى"، وتقع تلك المسؤولية السياسية على الوزير الأول وعند الاقتضاء على الوزراء المختصين<sup>٥٣</sup>.

### ثالثاً: المشروعية الاستثنائية في الأنظمة السياسية العربية

تسود أقطار الوطن العربي ظاهرة تسلطية الدولة والنظام التي هي الشكل الحديث والمعاصر للدولة المستبدة التي تحتكر مصادر القوة والسلطة في المجتمع لصالح النخبة الحاكمة عن طريق اختراق المجتمع المدني وتحويل مؤسساته إلى تنظيمات تضامنية تعمل كامتداد لأجهزة الدولة. كما أنها تستعمل العنف والقوة والإرهاب كمصدر للشرعية أكثر من اعتمادها على الشرعية القانونية، فتغيب مظاهر الديمقراطية المفترضة فيها. يتعزز ذلك باختراقها النظام الاقتصادي والحاقة بالدولة ويرتب نتيجة أساسية وهي أن بناء أنظمة الحكم في مثل هذه الدول يقوم على شرعية التسلط والإرهاب بدلاً من الشرعية الدستورية أو السياسية التي تحظى برضا أفراد المجتمع، وضمان السلطة الرقابية للشعب وهو أمر يقود إلى مزيد من الاحتكاك والعنف السياسي<sup>٥٤</sup>.

إن تحليل البناء الدستوري للأنظمة السياسية العربية وتحديد العلاقة بين السلطات، يظهر أن الدساتير العربية تعبر عن خلل واضح في إدارة العلاقة بين السلطين التشريعية والتنفيذية لمصلحة الأخيرة مع تركيز خاص على دور رئيس الدولة في إدارة العملية السياسية<sup>٥٥</sup>. إن معظم الدساتير تمت صياغتها بناء على رغبة الحاكم أو من إحدى شرائح

<sup>٥٣</sup> د. محسن خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٩، ص ٣٧١-٣٧٧؛ د. ادمون رباط: الوسيط في القانون الدستوري العام، الجزء الأول، الدول في الماضي والحاضر، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٤، ص ٤٧٤-٤٧٩.

<sup>٥٤</sup> د. خلدون النقيب: المجتمع والدولة في الخليج والجزيرة العربية، من منظور مختلف، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٨٧، ص ١٥٢، ١٤٥، ١٤٤، ١٤٣-١٥٣؛ د. خميس حزام والي: إشكالية الشرعية في الأنظمة السياسية العربية مع إشارة إلى تجربة الجزائر، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٧٦-٧٧.

<sup>٥٥</sup> د. علي الدين هلال، د. نيفين مسعد: النظم السياسية العربية، قضايا الاستمرار والتغيير، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط ٢/٢٠٠٢، ص ١٤٢.

المجتمع أو من الأجنبي، وندرت الدساتير التي تمت صياغتها من مجموعة وإرادة مجموع شرائح المجتمع<sup>٥٦</sup>. على الرغم من أن كل الدساتير العربية تعلن صراحة أن السيادة للشعب أو أن الشعب هو مصدر جميع السلطات إلا أن هذه الدساتير تعطي حاكم الدولة عددا من السلطات فالامتيازات التي تخوله ممارسة التحكم المطلق أو شبه المطلق في شؤون الدولة والمواطنين، وتشمل هذه الصلاحيات سلطات تنفيذية يمارسها بمفرده أو من خلال مجلس وزراء أو لجنة استشارية وزارية التي بدورها تعين وتحل بقرار من الحاكم بإرادته المنفردة. كما انه مشارك للبرلمان في التشريع وله الحق في التشريع وإصدار قرارات لها قوة القانون بالإضافة إلى سلطاته العادية في تعيين وفصل كبار العاملين بالدولة، بمن فيهم من يشغل المناصب الإدارية والقضائية والعسكرية وحتى في بعض الأحيان أعضاء في البرلمان أو مجالس الشورى وغيرها<sup>٥٧</sup>. لعل أهم السلطات والاختصاصات التي يمارسها رئيس الدولة في الأنظمة السياسية العربية سلطة إعلان حالة الطوارئ رسميا مثل سوريا منذ عام ١٩٦٣ ومصر منذ عام ١٩٨١ والجزائر منذ ١٩٩٢. أو فعليا من دون إعلان التزامها بذلك مثل العراق والبحرين. ولا تختلف الممارسات في الحالتين بكل ما تتطوي عليه من توسيع قاعدة الاستثناء، وتشكيل المحاكم الاستثنائية مع عدم توفر ضمانات العدالة لمحاكماتها، وتقيد حريات الرأي والتعبير. إن المبررات المعلنة من قبل الأنظمة السياسية العربية لإصدار قوانين الطوارئ أو العمل بها تستند على أساس هشاشة الوضع الأمني والخوف من شيوع عدم الاستقرار وتقويض أركان الدولة، وان ترسانة القوانين الاستثنائية والعقوبات المشددة في القوانين الجنائية العربية تكفل تحقيق الهدف من فرض حالة الطوارئ سواء بشكل رسمي أو بشكل غير رسمي<sup>٥٨</sup>.

لقد تفشت حالات الطوارئ في البلدان العربية بشكل يسمح بالقول أن هذه الظاهرة التي يجب أن تكون استثنائية قد أصبحت بالفعل وعلى ارض الواقع هي القاعدة والوضع الطبيعي هو الاستثناء . إن حالة الطوارئ في بعض البلدان العربية لم تعلن رسميا بمرسوم رئاسي أو ملكي كي يتعطل الدستور أو بعض فقراته، إنما حتمت ذلك الصراعات المسلحة

<sup>٥٦</sup> فاتح سميح عزام: الحقوق المدنية والسياسية العربية، مجلة (المستقبل العربي)، مركز دراسات الوحدة العربي، بيروت، العدد ٢٧٧، آذار / ٢٠٠٢، ص ٣٠.

<sup>٥٧</sup> المصدر السابق، ص ٣١.

<sup>٥٨</sup> د. علي الدين هلال، مصدر سابق، ص ١٤٧-١٤٨.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

والحروب الأهلية التي نشبت في لبنان والصومال والسودان والعراق والكويت والجزائر واليمن وموريتانيا وجيبوتي. واستمر تعطيل الدستور على ارض الواقع من جراء الانهيار التام في السلطة الحكومية كما حدث في لبنان والصومال على وجه الخصوص. ويمكن القول بان اكثر من نصف الدساتير العربية، أو أجزاء مهمة منها تتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، معطلة كلياً أو جزئياً بسبب حالات الطوارئ المعلنة وغير المعلنة<sup>٥٩</sup>. إن قراءة النصوص الدستورية تفصح حجم الصلاحيات والسلطات الاستثنائية المعطاة لرئيس الدولة في الأنظمة السياسية العربية، ومن هذه النصوص الدستورية، الفصل (٣٢) من الدستور التونسي لعام ١٩٥٩، والمادة (٧٤) من الدستور المصري لعام ١٩٧١، والمادة (١١٣) من الدستور السوري لعام ١٩٧٣، والمادة (١٢١) من الدستور اليمني لعام ١٩٩١، والمادة (٣٩) من الدستور الموريتاني لعام ١٩٩١، والمادة (٩٣) من الدستور الجزائري لعام ١٩٩٦، والمواد (١٣١ و١٣٣ و١٣٤) من الدستور السوداني لعام ١٩٩٨.

إن استخدام السلطات الاستثنائية لرؤساء الجمهوريات في الدساتير العربية تتطلب شروطاً موضوعية وأخرى شكلية. فالموضوعية تتعلق بشرط الضرورة الملحة أو الظروف التي تدفع إلى اتخاذ القرارات السريعة من قبل رئيس الجمهورية والتي قد تعطل عمل المؤسسات الدستورية الأخرى وأحكام الدستور. وهذه الظروف تتمثل في وجود خطر يهدد كيان الجمهورية وأمنها واستقلالها ووحدتها الوطنية واقتصادها أو أي جزء منها، أو يعوق عمل مؤسسات الدولة وسيرها الطبيعي.

أما الشروط الشكلية، فإنها تتضمن عرض رئيس الجمهورية لإعلان حالة الطوارئ، أو الظروف الاستثنائية بإرسال بيان للأمة "الدستور التونسي" أو للشعب واستفتاءه على ما اتخذته من تدابير خلال (٦٠) يوماً من اتخاذ تلك التدابير أو الإجراءات "الدستور المصري". أو استشارة رئيس المجلس الشعب الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء "الدستور الجزائري"، أو دعوة النواب أو المجلس الوطني لغرض إعلان الطوارئ عليه واستشارته خلال مدة معينة وموافقة البرلمان الذي يجتمع وجوباً على ذلك "الدستور اليمني والدستور السوداني"، أو

<sup>٥٩</sup> فاتح سميح عزام، مصدر سابق، ص ٣٢.

الاستشارة الرسمية للوزير الأول ولرئيس المجلسين "الجمعية الوطنية والشيوخ" وللمجلس الدستوري، وان يطلع رئيس الجمهورية الأمة على الحالة عن طريق خطاب، وان يجتمع البرلمان وجوباً، وان يقرر البرلمان الأحكام العرفية خلال مدة أقصاها (٣٠) يوم وللبرلمان أن يحدد هذه الفقرة "الدستور الموريتاني". بينما حول الدستور السوري ممارسة السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية دون اشتراط موافقة مجلس الشعب -البرلمان- أو توجيه رسالة أو خطاب سواء للبرلمان أو الأمة يعلمهم بطبيعة الخطر أو الإجراءات التي ينوي استخدامها، كما إن ليس للبرلمان الحق في مراجعة الإجراءات أو القرارات التي اتخذت خلال تلك الظروف كما هو الحال في المادة (١٦) من الدستور الفرنسي والمادة (٧٤) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ . لرئيس الجمهورية أن يتخذ، في الظروف الاستثنائية، الإجراءات اللازمة للحفاظ على استقلال البلاد وأمنها ووحدة أراضيها الوطنية، إجراءات عديدة كتعليق بعض مواد الدستور أو كلها فيما يتعلق بالحريات والحقوق الدستورية للمواطنين، وان يمارس سلطات واختصاصات الهيئات التشريعية والقضائية أو يقرر الكيفية التي تدار بها وأية تدابير يراها ضرورية لمعالجة حالة الطوارئ.

استخدم رؤساء الجمهوريات العربية سلطاتهم الاستثنائية في إعلان أحكام الطوارئ في أقطارهم إلى حد انه من النادر أن توجد دولة لم تعلنها حتى وان لم تكن وفقاً للحالات الاستثنائية لإعلانها<sup>٦٠</sup>.

ففي الثاني عشر من كانون الأول عام ١٩٩٩ فاجأ الرئيس السوداني الفريق عمر حسن احمد البشير الشعب السوداني بقرارات أعلن فيها حل البرلمان وإعلان حالة الطوارئ وتعليق بعض مواد الدستور الذي أجاز في منتصف عام ١٩٩٨ وكانت هذه القرارات تعبيراً عن صدام وصل إلى حد القطيعة بين رئاسة الجمهورية ممثلة في البشير، والبرلمان الذي يرأسه الدكتور حسن الترابي الذي كان يشغل في الوقت نفسه منصب أمين عام المؤتمر الوطني وهو الحزب الحاكم نظرياً<sup>٦١</sup>.

<sup>٦٠</sup> د. تناء فؤاد عبد الله: آليات التغيير الديمقراطي في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٧، ص ٧٨.

<sup>٦١</sup> عبد الوهاب الافندي: السودان إلى أين حول الممارسات الديمقراطية العربية، دراسة حالات (ملف)، مجلة (المستقبل العربي) مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد ٢٥٧، تموز، ٢٠٠٠، ص ١٧١.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

أما في مصر، فإن حالة الطوارئ لم ينته العمل بها منذ إعلانها عام ١٩٦٧ إلا في ١٤ أيار ١٩٨٠ بقرار رئيس الجمهورية رقم (٢٠٧) لسنة ١٩٨٠. إلا أن انتهاء حالة الطوارئ لم يستمر طويلاً إذ أعلنت حالة الطوارئ، مرة أخرى بمقتضى قرار رئيس الجمهورية رقم (٥٦٠) لسنة ١٩٨١<sup>٦٢</sup> استخدم الرئيس السادات سلطاته الاستثنائية بموجب المادة (٧٤) من الدستور مرتين، الأولى عقب أحداث ١٨ و١٩ يناير كانون الثاني ١٩٧٧، إذ اصدر استناداً إلى سلطاته المستمدة من المادتين (٧٣) و (٧٤) القرار بقانون رقم (٢) لسنة ١٩٧٧. والثانية عام ١٩٨١ إذا اصدر رئيس الجمهورية عدداً من القرارات الإدارية معلناً أن سبب اتخاذ هذه الإجراءات هي وقائع الفتنة الطائفية التي وقعت في ذلك العام<sup>٦٣</sup>.

أما المسؤولية السياسية التي تثار بمناسبة استخدام رئيس الجمهورية لسلطاته الاستثنائية فإنها معدومة، وهي تتناقض مع مبدأ اقتران المسؤولية بممارسة السلطة. وهذا ما أكده الدكتور غبريال في تحليله لآثار تطبيق المادة (٧٤) من الدستور المصري على المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية حين ذكر: "وإذا سلمنا جدلاً بجواز إثارة هذه المسؤولية إذا أساء رئيس استخدام سلطات م ٧٤ وارتكب أمورا تتضمن تقييداً في السيادة أو اعتداءً على المؤسسات الدستورية أو تنكيلاً بالأفراد أو إخلالاً جسيماً بالتزاماته الواردة بالمادة (٧٣) والتي اقسم على مراعاتها في المادة (٧٩)، نقول حتى ولو سلمنا بهذا كله فإن هذه المسؤولية يحول دون تحقيقها في مصر اعتباراً أساساً يتمثل في أن الظروف الموضوعية والمناخ السياسي في مصر لا يسمح -لأسباب عديدة- بوضع رئيس الجمهورية موضع اتهام بتهمة الخيانة العظمى"<sup>٦٤</sup>.

أما في العراق، فإن رئيس الجمهورية مارس سلطات اعتيادية في المجال التنفيذي (المواد ٥٧، ٥٨، ٥٩، ٦٠ من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠) وقرارات مجلس قيادة الثورة (٣٤٩ في ١٩٩١ و ٧٩ و ١١٤ في ١٩٩٢)، وفي المجال التشريعي (المواد ٥٤، ٥٣، ٥٢، ٤٤ من

<sup>٦٢</sup> د. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر، دار

النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٧٥٤.

<sup>٦٣</sup> المصدر السابق، ص ٧٥٩-٧٦٤. كذلك، الطبيعة القانونية لقرارات رئيس الجمهورية طبقاً للمادة (٧٤) من

الدستور المصري، وفي د. وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة (٧٤) من

الدستور المصري والرقابة القضائية عليها، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ٤٢٣-٤٥٢.

<sup>٦٤</sup> المصدر السابق، ص ٣٥٩.

الدستور) كما منحت الفقرة (ج) من المادة (٥٧) رئيس الجمهورية عند الاقتضاء إصدار قرارات لها قوة القانون<sup>٦٥</sup>. وهذه الصلاحية التشريعية غير مقيدة ومحددة بشروط أو قيود وليس هناك رقابة على قراراته، لاسيما وان المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية، والقرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذا لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقا لصلاحياته الدستورية، تعتبر من أعمال السيادة<sup>٦٦</sup>، التي لا تختص محكمة القضاء الإداري في مجلس شورى الدولة بالنظر في الطعون المتعلقة بها، أي لا يجوز الطعن بها أو الرقابة عليها<sup>٦٧</sup>.

أما السلطات الاستثنائية فان رئيس الجمهورية مارس سلطات غير اعتيادية في الظروف الاستثنائية، فرئيس الجمهورية يتولى صلاحية "المحافظة على استقلال وحدة أراضيها وحماية أمنها الداخلي والخارجي ورعاية حقوق المواطنين وحررياتهم"<sup>٦٨</sup>. ولهذا مارس سلطات استثنائية في حالة الضرورة، فباعتراره رئيسا لمجلس قيادة الثورة فان له - عند الاقتضاء- إصدار قرارات لها قوة القانون (فقرة ج م ٥٧). كما أن لرئيس الجمهورية بصفته رئيسا لمجلس الوزراء إعلان حالة الطوارئ الكلية أو الجزئية وإنهاؤها وفقا للقانون (فقرة ز م ٦١). استخدم رئيس الجمهورية صلاحيته المقررة بالفقرة (ج) من المادة (٥٧) بالقرار الجمهورية رقم (٩٨) في ١٦ كانون الأول ١٩٩٨. ورد في مقدمة القرار "تأمين لمستلزمات صد وتدمير العدوان الخارجي وما يتصل به من ذيول في حالة وقوعه"، وتضمن القرار تشكيل أربع قيادات مناطق يتولى قيادة كل منطقة رئيس ونائب رئيس وأعضاء مجلس قيادة الثورة والقادة العسكريون . ويتم "استخدام كافة موارد الدولة المادية

<sup>٦٥</sup> التعديل الثالث والعشرين للدستور بموجب قرار مجلس قيادة الثورة ذي الرقم (١٥) في ١٩٩٣/١/٢٨،

الوقائع العراقية العدد ٣٤٤٣ في ١٩٩٣/٢/١، ص ٣٨ .  
<sup>٦٦</sup> يقصد بعمل السيادة (عمل يصدر من السلطة التنفيذية وتحيط به اعتبارات خاصة، كسلامة الدولة في الخارج أو الداخل، ويخرج عن رقابة المحاكم حتى قرر له القضاء هذه الصفة) إن الإدارة في عمل السيادة تتحرر كلية من قواعد المشروعية وتخضع كل ضمانات للحريات الفردية، د. محمد سليمان الطماوي: مصدر سابق، ص ١٢١، ١٢٧.

<sup>٦٧</sup> الفقرتان (أ) و (ب) من البند (خامسا) من المادة (٧) من قانون التعديل الثالث لقانون مجلس شورى الدولة

رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ ( رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ ؛ قرار مجلس قيادة الثورة ذي الرقم (٧٦٨) في

١٩٨٩/١٢/٢، الوقائع العراقية العدد ٣٢٨٥ في ١٩٨٩/١٢/١١، ص ٧٩٤-٧٩٧ .

<sup>٦٨</sup> فقرة (أ) من المادة (٥٨) من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ قرار مجلس قيادة الثورة ذي الرقم ٧٩٢ في

١٩٧٠/٧/١٦ (الوقائع العراقية)، العدد ١٩٠٠ في ١٩ تموز ١٩٧٠، ص ١-٧.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

والبشرية والتنظيم الحزبي وجماهير الشعب والقطعات العسكرية لمواجهة أي عدوان خارجي يستهدف سيادة العراق واستقلاله وأمنه والمحافظة على الأمن الداخلي"<sup>٦٩</sup>.

وبعد سقوط النظام السياسي في العراق في ٩ نيسان ٢٠٠٣ صدر قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية<sup>٧٠</sup> ولم يتضمن في مواده ما يشير إلى حالة الضرورة والظروف الاستثنائية واكتفى في بابه الثالث "الحكومة العراقية الانتقالية" وفي ما تضمنته المادة الخامسة والعشرون في الشؤون التي تختص بها الحكومة الانتقالية بالنص "وضع وتنفيذ سياسة الأمن الوطني، بما في ذلك إنشاء قوات مسلحة وإدانتها لتأمين وحماية وضمان أمن حدود البلاد والدفاع عن العراق" (فقرة ب).

ثم صدر أمر (الدفاع عن السلامة الوطنية) عام ٢٠٠٤ لمعالجة حالة عدم الاستقرار السياسي والأمني وازدياد وتيرة الإرهاب والعنف في العراق<sup>٧١</sup>. استند الأمر في صدره على أحكام القسم الثاني من ملحق قانون إدارة الدولة العراقية للفترة الانتقالية وأحكام المادة (٢٥) من القانون بالتوافق مع أحكام الباب الثاني من القانون (الحقوق الأساسية) وتضمنت المادة الأولى من الأمر الشروط الموضوعية لإعلان حالة الطوارئ في أية منطقة من العراق "عند تعرض الشعب العراقي لخطر حال جسيم يهدد الأفراد في حياتهم، وناشئ من حملة مستمرة للعنف، من أي عدد من الأشخاص لمنع تشكيل حكومة واسعة التمثيل في العراق وتعطيل المشاركة السياسية السلمية لكل العراقيين أو أي غرض آخر.

كما تضمن الأمر شروطاً شكلية لإعلان حالة الطوارئ في المادة الثانية وهي:

١. إعلان حالة الطوارئ بأمر يتضمن بيان الحالة التي أعلنت حالة الطوارئ بسببها، وتحديد المنطقة التي تشملها.

٢. تحديد بدء سريان حالة الطوارئ ومدتها، على أن لا تمتد حالة الطوارئ أكثر من (٦٠) ستين يوماً أو تنتهي بعد زوال الخطر أو الظرف الذي استدعي قيامها أو أيهما اقل ويجوز تحديد حالة الطوارئ بصورة دورية كل ثلاثين

<sup>٦٩</sup> الوقائع العراقية العدد ٣٧٥٥ في ١٩٩٩/١/٤، ص ٣-٢، أوقف العمل به بالقرار الجمهوري رقم (٤٥) في ٢٥ حزيران ٢٠٠٠، الوقائع العراقية العدد ٣٨٣٣ في ٢٠٠٠/٧/٣، ص ٤١٠.  
<sup>٧٠</sup> الوقائع العراقية العدد ٣٩٨١ المجلد ٢٠٠٤/٤٥، ص ٩٦-١١٦.  
<sup>٧١</sup> صدر الأمر بتاريخ ٢٠٠٤/٧/٣ (الوقائع العراقية)، العدد ٣٩٨٧ أيلول/٢٠٠٤، ص ٤-١.

يوما ببيان تحريري من رئيس الوزراء وهيئة الرئاسة إذا استدعت الضرورة ذلك وينتهي العمل بها تلقائيا إذا لم تمدد تحريريا في نهاية أية فترة تحديد. أما الصلاحيات والسلطات الاستثنائية التي خولتها المادة (٣) من الأمر لرئيس الوزراء فهي:

١. بعد استحصال مذكرة قضائية للتوقيف والتفتيش إلا في حالات ملحة للغاية ومنع قيود على حرية المواطنين أو الأجانب في العراق (فقرة أولا).
  ٢. فرض حظر التجول لفترة قصيرة محددة على المنطقة التي تشهد تفجيرات أو اضطرابات وعمليات مسلحة واسعة معادية، وله عزل تلك المنطقة وتطويقها بقوات مناسبة وتفتيشها واتخاذ الإجراءات اللازمة الأخرى (فقرة ثانيا).
  ٣. فرض قيود على الأموال وعلى حيازة الأشياء الممنوعة، ووضع الحجز الاحتياطي على أموال المتهمين بالتآمر والتمرد (فقرة ثالثا).
  ٤. اتخاذ إجراءات احترازية على الطرود والرسائل البريدية وغيرها (فقرة رابعا).
  ٥. فرض قيود على وسائل النقل والمواصلات (فقرة خامسا).
  ٦. فرض قيود على المحال العامة والتجارية والنوادي والجمعيات والنقابات والشركات والمؤسسات والدوائر (فقرة سادسا).
  ٧. إيقاف العمل مؤقتا أو بصورة دائمة بإجازات الأسلحة والذخيرة والمواد الخطيرة المفترقة وغيرها (فقرة سابعا).
  ٨. اتخاذ قرارات وإجراءات عسكرية وأمنية سريعة تكون محدودة ومناسبة في المناطق التي أعلنت فيها حالة الطوارئ بالتنسيق مع وزير الدفاع والداخلية أو أي وزير آخر ومستشار الأمن الوطني أو أي جهة ذات اختصاص (فقرة ثامنا).
  ٩. الاستعانة بالقوات متعددة الجنسيات (فقرة تاسعا).
- أما الضمانات التي قررها القانون لضمان عدم إساءة استعمال السلطات الاستثنائية:



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

١. ممارسة رئيس الوزراء لتلك السلطات بموجب أوامر أو بلاغات أو بيانات تحريرية تنشر في وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمكتوبة مع تحديد تاريخ سريانها ومدتها (م ٥ فقرة أولاً).
٢. مصادقة هيئة الرئاسة بالإجماع (تتكون من رئيس الجمهورية ونائبيه) على القرارات والإجراءات الاستثنائية، وللجمعية الوطنية الاستشارية المؤقتة الحق في ممارسة الحق في مراقبة تنفيذ هذه الإجراءات (م ٩ فقرة أولاً).
٣. خضوع قرارات وإجراءات رئيس الوزراء لرقابة محكمة التمييز، ومحكمة التمييز في منطقة كردستان فيما يتعلق بإجراءات الطوارئ في الإقليم، وانتهاء بالمحكمة الاتحادية العليا، وللمحاكم المذكورة إلغاء تلك القرارات والإجراءات وتقرير بطلانها وعدم مشروعيتها أو إقرارها، مع مراعاة الظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها تلك القرارات والإجراءات (م ٩ فقرة ثانياً).
٤. عدم جواز إلغاء قانون إدارة الدولة كلياً أو جزئياً أو فرض عقوبات جزائية من قبل رئيس الوزراء (م ١١).
٥. عدم جواز استخدام أي مادة من هذا الأمر لتعطيل الانتخابات في المدة المحددة في قانون إدارة الدولة للفقرة الانتقالية . (م ١٢) .
٦. لم تعلن حالة الطوارئ بموجب هذا القانون بصورة رسمية، رغم اتخاذ إجراءات فعلية من قبل الحكومة في مناطق عديدة من العراق منها النجف والفلوجة وبغداد وسامراء.

#### خاتمة: نحو إطار دستوري وقانوني للمشروعية الاستثنائية:

لا تعارض بين وجود الدولة واستمراريتها وقوتها مع وجود أطر دستورية وقانونية تحفظ حقوق الإنسان وحياته ونقوى مؤسساته المدنية وتدعمها، وتبني أسس حقيقية لبناء ديمقراطي سليم لنظامها السياسي.

إن هذه الأطر القانونية ستحدد سلطات الدولة وتقيدتها بحيث لا تتجاوز حدودها وخاصة في الظروف الاستثنائية.

ولذلك فإن إيجاد إطار دستوري وقانوني خاص بالظروف الاستثنائية التي تمر بها الدولة ممثلة بالتهديدات الخارجية كالحرب أو الداخلية كالثورات والتمردات وعدم الاستقرار السياسي والثورات أو الكوارث الطبيعية هو من قبيل الاحتراز والتحسب من حالات الإساءة من قبل السلطات والهيئات التنفيذية في مثل تلك الظروف، وخاصة رؤساء الدول أو رؤساء حكوماتها

وتتمثل الخطوات العملية في هذا الشأن في جملة من القواعد العامة التي تشكل ملامح هذا الإطار وتتركز في:

أولاً: أن يتضمن الدستور نصوصاً واضحة لمشروعية استثنائية قائمة على حدود لممارستها من قبل الهيئة التنفيذية ورئيسها لا يمكن تخطيها ويجب أن تكون مفصلة ودقيقة لحالات متوقعة تحفظ أمن واستقرار النظام السياسي وسيادة الدولة.

ثانياً: أن تكون المدة السلطات والصلاحيات الممنوحة والمخولة للهيئة التنفيذية لمواجهة الظروف الاستثنائية محددة ومقيدة وتحت إشراف الهيئة التشريعية.

ثالثاً: أن تكون المقررة لمواجهة الظروف الاستثنائية محددة لا تتجاوز الشهر، وفي حالة الحرب أو التهديد الخطير لسيادة الدولة وأمنها واستقرارها يمكن تمديدها لفترات محددة أقصاها (٩٠) تسعون يوماً.

رابعاً: أن يتم إعلان حالة الطوارئ رسمياً وبخطاب أو إعلان من قبل رئيس الدولة، كما يجب أن يتم إعلان انتهاءها أيضاً.

خامساً: تقليص حالات التفويض التشريعي للهيئة التنفيذية في الظروف الاعتيادية والاستثنائية، وقيام الهيئة التشريعية بمراجعة قرارات الهيئة التنفيذية أثناء الظروف الاستثنائية بعد انتهاءها وإلغاء القرارات والأوامر الإدارية التي تتعارض مع أحكام الدستور وتسبب أضراراً كبيرة لحقوق الإنسان وحياته الأساسية.

سادساً: إعطاء دور كبير للقضاء في مراجعة ورقابة الهيئة التنفيذية وقراراتها وإجراءاتها التي تتعارض مع القواعد القانونية المدنية والجنائية والتي ينجم عنها أضراراً تصيب الأفراد وممتلكاتهم.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

سابعاً: تعويض الأضرار الناتجة عن استخدام الهيئة التنفيذية لسلطاتها في الظروف الاستثنائية والتي تصيب الأفراد وممتلكاتهم، وللأفراد الحق في إقامة الدعاوى ضدها أمام القضاء المختص.

ثامناً: تأسيس وإقامة محكمة دستورية عليا أو هيئة قضائية عليا للرقابة على دستورية القوانين في مواجهة الظروف الاستثنائية من قبل الهيئة التنفيذية، وإلغاء القرارات غير الدستورية أو التي تتعارض مع القواعد القانونية المنظمة لحقوق الأفراد وحررياتهم.

تاسعاً: تعزيز الأطر الدستورية والقانونية المؤسسة للمجتمع المدني وتنظيماته مما يجعل مؤسسات المجتمع المدني عامل أساسي في تقويم أداء مؤسسات الهيئة التنفيذية، وإصلاحها في الظروف العادية والاستثنائية ويعزز بناء نظام سياسي ديمقراطي تعددي، يصبح ضمانه لوجود نظام سياسي مستقر تنفي فيه الحاجة لمواجهة ظروف استثنائية ناتجة عن حالات العنف السياسي وعدم الاستقرار والتمردات والثورات والانقلابات. كما أنها تسهم في اتساع دائرة المشاركة السياسية فتحول دون ظهور الأنظمة الاستبدادية التي تستخدم أحكام الطوارئ والأحكام العرفية والاستثنائية لمواجهةها.

حوار حول فكرة المشروعية الاستثنائية في الدستور

### المصادر

أولاً: الدساتير:

١. دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة ١٩٥٨ .
٢. دستور الجمهورية التونسية ١٩٥٩ المعدل.
٣. دستور جمهورية العراق المؤقت ١٩٧٠ .
٤. الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية ١٩٧١ .
٥. دستور الجمهورية العربية السورية الدائم ١٩٧٣ .
٦. دستور الجمهورية اليمنية ١٩٩١ المعدل عام ١٩٩٤ .
٧. دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية ١٩٩١ .
٨. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ١٩٩٦ .
٩. دستور جمهورية السودان ١٩٩٨ .
١٠. قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ٢٠٠٤ .

ثانياً: القوانين والقرارات العراقية:

١. قانون التعديل الثالث ( لقانون مجلس شوري الدولي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ ) رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ .
٢. قرار مجلس قيادة الثورة (التعديل الثالث والعشرين للدستور) رقم (١٥) في ١٩٩٣/١/٢٨ .
٣. القرار الجمهوري رقم (٩٨) في ١٦ كانون الأول ١٩٩٨ .
٤. القرار الجمهوري رقم (٤٥) في ٢٥ حزيران ٢٠٠٠ .
٥. أمر الدفاع عن السلامة الوطنية ٢٠٠٤ .

ثالثاً: الكتب:

١. د. ادمون رباط: الوسيط في القانون الدستوري العام، الجزء الأول، الدول في الماضي والحاضر، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٤ .
٢. د. إسماعيل مرزة: القانون الدستوري، دراسة مقارنة للدستور الليبي ودساتير الدول العربية الأخرى، دار صادر، بيروت، ١٩٦٩ .

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٣. البروفيسور ايمن: أصول الحقوق الدستورية، ترجمة محمد عادل زعيتير، المطبعة العصرية، القاهرة (د-ت).
٤. د. السيد صبري: مبادئ القانون الدستوري، المطبعة العالمية، القاهرة، ط٤/١٩٤٦.
٥. اندريه هوريو: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، الأهلية للنشر، بيروت، ط٢/١٩٧٧.
٦. د. ثروت بدوي: النظم السياسية، الجزء الأول، النظرية العامة للنظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
٧. د. ثناء فؤاد عبد الله: آليات التغيير الديمقراطي في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٧.
٨. جاك دونديو دوفابر: الدولة، ترجمة الدكتور سمحي فوق العادة، منشورات عويدات، بيروت، ١٩٧٠.
٩. جاكوبسن وليمان: العلوم السياسية، ترجمة مهيبه مالكي، دار الثقافة، بيروت، ١٩٥٦.
١٠. د. حسان شفيق العاني: الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، دار الحكمة، بغداد، ١٩٨٦.
١١. د. خلدون النقيب: المجتمع والدولة في الخليج والجزيرة العربية، من منظور مختلف، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٨٧.
١٢. د. خميس حزام والي: إشكالية الشرعية في الأنظمة السياسية العربية، مع إشارة إلى تجربة الجزائر، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠٠٣.
١٣. د. رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.
١٤. د. سعيد الحكيم: الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط٢/١٩٨٧.

١٥. د. صادق الأسود: علم الاجتماع السياسي، أسسه وأبعاده، مديرية دار الكتب للطباعة، جامعة الموصل، ١٩٨٦.
١٦. د. طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٣.
١٧. د. عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام السياسي الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، دراسة مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٤.
١٨. د. عبد الحميد متولي: الوجيز في النظريات والأنظمة السياسية ومبادئها الدستورية، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٩-٥٨.
١٩. د. عبد الله إبراهيم ناصف: مدى توازن السلطة السياسية مع المسؤولية في الدولة الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
٢٠. د. علي اسعد وطفة: بنية السلطة وإشكالية التسلط التربوي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٩.
٢١. د. علي الدين هلال، د. نيفين مسعد: النظم السياسية العربية، قضايا الاستمرار والتغيير، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط٢/٢٠٠٢.
٢٢. د. غسان سلامة: نحو عقد اجتماعي عربي جديد (بحث في الشرعية الدستورية)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٨٧.
٢٣. د. فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥-١٩٦٦.
٢٤. د. ماهر عبد الهادي: السلطة السياسية في نظرية الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢/١٩٨٤.
٢٥. د. محسن خليل: النظم السياسية والدستور اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٩.
٢٦. د. محمد سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة ط٥/١٩٨٤.
٢٧. د. محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٧-١٩٦٨.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٢٨.د. محمد كامل ليلة: النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١.

٢٩.د. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.

٣٠.موريس دوفرجيه: النظم السياسية، ترجمة احمد حسيب عباس، مؤسسة كامل مهدي للطباعة، القاهرة (د-ت).

٣١.مونتيكيو: روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتر، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٣.

٣٢.د. وجدي ثابت غبريال: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقا للمادة (٧٤) من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨.

٣٣.ديحيى الجمل: الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩.

رابعاً: الدراسات:

١. عبد الوهاب الأفندي: السودان إلى أين؟ حول الممارسات الديمقراطية العربية، دراسة حالات (ملف)، مجلة (المستقبل العربي) مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد ٢٥٧ تموز ٢٠٠٠.

٢. فاتح سميح عزام: الحقوق المدنية والسياسة العربية، مجلة (المستقبل العربي)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد ٢٧٧، آذار ٢٠٠٢.

٣. د. كطران زغير: نظرية الدولة، وفي د. إحسان المفرجي واخران: النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٠.

خامساً: المصدر الإنجليزي:

١. Samuel P. Huntington: "Political Order in Changing Societies" (Yale University Press, New Haven, Conn.) 1968.

## ٤ - مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير العراقية والدساتير المقارنة

الأستاذ الدكتور إبراهيم الفياض\*

بسم الله الرحمن الرحيم

### تمهيد:

استقر الأمر في كل دولة من دول العالم اليوم على أن وظيفة الحكومة تنفرع إلى مهمات ثلاث هي التشريع والتنفيذ والقضاء، وقبل ذلك كانت هذه المهمات الثلاث تتجمع في يد واحدة هي يد الحاكم المطلق وما من ضمانات للحكومة في تحديد هذه المهام أو إمكانية التعسف في ممارستها على حساب حقوق المحكومين وحررياتهم حتى بدا مألوفاً أنه يملك سلطة يستبد بها ويسمو في استعمالها فلا معقب أو حسيب أو رقيب، وظل الأمر كذلك إلى أن طلع علينا الفيلسوف "فوسكيو" ببدعته الشهيرة القائمة على الفصل بين السلطات الثلاث أو المهمات الثلاث فصلاً يحول دون الاستئثار بها من قبل شخص واحد ويوفر في الوقت ذاته أن تتوزع هذه المهمات بين جهات ثلاث تستقل الواحدة منها عن الجهتين الأخرتين استقلالاً عضوياً ووظيفياً، وبهذا التوزيع وذلك الفصل يمكن ضمان عدم التعسف أو الاستئثار باستعمال السلطات ومن ثم تكون كل جهة بمثابة الكابح إزاء عدم خروج السلطات أو الجهات الأخرى على ما هو منوط بها فيكون الفصل من أمرين:

---

\* كلية الحقوق، جامعة النهرين.



أ- فصل في الجهات  
ب- فصل في المهمات  
أ- أما الفصل في الجهات فيعني وجود ثلاثة أعضاء في الحكومة يتأسس كل عضو على نحو يتناسب مع طبيعة تكوينه ويمارس اختصاصات تتناسب مع ذلك التكوين فينشأ البرلمان لممارسة مهمة التنفيذ والمحاكم لممارسة مهمة القضاء، وهذا التكوين هو الذي يمكن أن ينصرف إليه الفصل المنشود، وهو المظهر الذي لا زال حاضراً وشاخصاً للدلالة حتى الآن على الأخير بمبدأ الفصل بين السلطات وهو الذي يمكن أن يكون مونتسكو قد قيده عندما ابتدع هذا المبدأ والذي يجب أن يوجد في كل نظام من أنظمة الحكم مع إمكانية أن يوجد تفاوت أو استقلال بين هذه الجهات من دولة إلى أخرى، ومع إمكانية أن تختفي إحدى هذه الجهات، وأعني بها السلطة التشريعية أو البرلمان في بعض البلاد أو أن يكون وجودها مظهرياً.

ب- أما الفصل الوظيفي فيعني أن تمارس كل مهمة من المهمات الثلاث من قبل الجهات المعنية على سبيل الاستقلال أيضاً فيتفرد البرلمان بعملية التشريع، وتتفرد الحكومة بعملية التنفيذ، والمحاكم بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين مختلف الأشخاص .

يبدو من هذا العرض للوهلة الأولى أن الفصل يجب أن يكون مطلقاً وألا تكون هناك تبعية من إحدى تلك الجهات بعضها للبعض الآخر وألا يكون هناك ثمة تدخل أو تعطيل أو تعويق من جانب أية جهة في أعمال الجهات الأخرى أو أن تكون هناك سلطة رئاسية لجهة على أخرى عضواً أو وظيفياً. لكن هذا التصور الذي ساد زمناً لدى الثوار الفرنسيين والأمريكيين لم يكن هو التصور الصحيح للمبدأ، وأهم عيب في هذه الصورة من الفصل المطلق أنها تؤدي إلى العزلة بين السلطات وإلى نشوء نوع من الصدام بينها يؤدي إلى النتائج ذاتها التي تتحقق عن الأنظمة المستبدة .

#### أولاً: التفسير الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات

يقول بعض العلماء أن مونتسكو لم يرفع مبدأ الفصل بين السلطات على أنه مبدأ قانوني، بل هو مبدأ سياسي حيث أن ابتداعه تم في عهد رغب في ضمان تحقق مصالح

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الدولة وحسب سير وظائفها وضمن لحقوق الأفراد.. ومنعاً للتعسف والاستبداد، ومن ثم فلا يجب أن تتجمع هذه السلطات أو المهمات في يد واحدة مباشرة أو غير مباشرة حتى لو كانت تلك اليد هي الشعب بأسره فيما يعرف بالديموقراطية المباشرة أو كانت متمثلة في هيئة نيابية. فالأساس عند مونتسكو عدم الجمع بين السلطات بل توزيعها وتقسيمها بين هيئات متعددة.

(يراجع كتاب "روح القوانين - ترجمة اكرم زعيتر - بيروت ١٩٠٠) و ( عبد الحميد متولي - القانون الدستوري والأنظمة السياسية / الإسكندرية ١٩٦٢ ص ١٦٠) و (التعليق على حكم المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٣ كانون الثاني ١٩٨٧ منشور في ص ٧٠٢ من Grands Arrest de la Jurisprudence Administrative ١٢ سنة ١٩٩٩).

#### ثانياً: كيفية تقسيم السلطة

يمكن لإجراء هذا التقسيم الاعتماد على وظائف الدولة - كما سبق ذكر ذلك - وعندئذ تستند هذه الوظائف إلى ثلاث هيئات متميزة على أن تستطيع كل هيئة من هذه الهيئات أن توقف الهيئات الأخرى ولا سيما الهيئتين التشريعية والتنفيذية عند حدودها. أما الهيئات القضائية فإن دورها يمكن أن يكون أوسع وأقوى في وجه السلطتين التشريعية والتنفيذية عن طريق بسط الرقابة على دستورية القوانين وعلى السلطة التنفيذية عن طريق بسط الرقابة على مشروعية الأعمال الإدارية حيث يتحقق هنا قول مونتسكيو "السلطة توقف السلطة" وبهذا التفسير يمكن الحيلولة بين الالتزام بالمبدأ والعزلة بين السلطات، بل يقوم بدلاً عن ذلك نوع من التوازن بين السلطات.

#### ثالثاً: طرق توزيع السلطات

لم تجرِ الدساتير الحديثة على نمط واحد في طرق توزيع السلطات بين الهيئات الثلاث حيث جرى الأخذ به على أنماط تتناسب والفكرة الدستورية السائدة في كل دولة وحسب ظروفها السياسية والاقتصادية والاجتماعية. وكما أسلفنا في قولنا إن نظام الفصل المطلق القائم على العزلة بين السلطات قد ثبت فشله لاستحالة الأخذ به عملياً وحلت محله صور أخرى تقوم على فكرة التعاون بين السلطات وتمخض ذلك عن مجموعة من الصور الحديثة ندرجها على النحو التالي:

مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير العراقية والدساتير المقارنة

أ- نظام حكومة الجمعية

ب- النظام الرئاسي

ج- النظام البرلماني

د- نظام التعايش بين الحكومة والبرلمان

وقبل بيان ماهية هذه النظم نبدي ملاحظتين عليها:

أولاهما، أنها جميعاً نظم تمثيلية وكل نظام يفصح عن أخذه بالديمقراطية على نحو يتناسب مع الفكرة الدستورية السائدة لدى كل دولة وبحسب ظروفها كما ذكرنا. ثانيهما، أن هذه الأنظمة تتفاوت في إظهار القوة أو التوازن فيما بينها لكن هذا التفاوت لا يعني أن تكون للجهة القوية كأن تكون السلطة التشريعية كما في النظام المحلي (الجمعية) سلطة رئاسية على أعضاء الحكومة أو يكون هؤلاء تابعين لها.

أ- نظام حكومة الجمعية (النظام المجلسي):

في هذا النظام ترجح كفة السلطة التشريعية حيث يجمع البرلمان بين يديه كل سلطة الحكم أي يجمع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ولغرض ممارسة السلطة التنفيذية تنتدب السلطة التشريعية من بين أعضائها عدداً من النواب لممارسة السلطة التنفيذية يطلق عليهم الوزراء أو أعضاء المجلس التنفيذي، ويكونون بمثابة وكلاء عن الهيئة التشريعية ويكون للسلطة التشريعية (البرلمان) على هؤلاء ما للوكيل من سلطات. فأهم ما يلاحظ هنا أن هؤلاء الوكلاء لا يملكون إزاء البرلمان أية سلطات فلا يستطيعون حله أو الدعوة لإجراء انتخابات جديدة بل هذه المهمة يقوم بها البرلمان نفسه، كما أن سلطة رئيس الدولة هي سلطة شرفية. ولقد كان جانب من هذا المبدأ مطبقاً في سويسرا إلا أنه ليس مطبقاً فيها بالكامل على نحو ما ذكرنا.

ب- النظام الرئاسي:

في هذا النظام ترجح كفة رئيس الجمهورية أو رئيس الدولة وهو رئيس الإدارة أو السلطة التنفيذية وتسمى الإدارة باسمه كأن يقال إدارة كلنتون أو إدارة بوش، الخ... وبروز دور رئيس السلطة التنفيذية هو الذي أدى إلى تسمية النظام بالنظام الرئاسي وهو لا يوجد عادة إلا في النظم الجمهورية، ولعل من أهم خصائص هذا النظام من خلال الحديث عن خصائص النظام الرئاسي في الولايات المتحدة الأمريكية.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

١. وضع مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الرئاسي الأمريكي:

يكون الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية شبه تام مع كفالة التوازن بينهما على أن تكون السلطة القضائية مستقلة، وكما ذكرنا فإن الفصل لم يكن مطلقاً لأنه من المستحيل إجراء ذلك الفصل التام، كذلك يمكن القول أن تطبيق دستور الولايات المتحدة قد أفرز نوعاً من المساواة بين السلطتين والتوازن من ثم فيما بينهما بحيث لا تستطيع إحداهما أن تسيطر على الأخرى.

٢. سلطة تنفيذية قوية تتركز في يد رئيس الجمهورية:

أقام واضعو الدستور الأمريكي قوة الرئيس على دعائم:

أ- الرئيس يجمع بين رئاسة الدولة ورئاسة الحكومة.

ب- عدم وجود مجلس للوزراء ومسؤولية الوزراء أمام الرئيس الذي يملك سلطة تعيينهم وعزلهم ولا يملك البرلمان تلك السلطة.

ج- طريقة انتخاب الرئيس: من دلائل قوة الرئيس أن انتخابه يتم من قبل الشعب، على أن واضعي الدستور قرروا أن يكون انتخاب الرئيس بطريق يشترك فيه الشعب مع من ينتخبون لهذا الغرض.

د- اختصاصات واسعة للرئيس إدارياً وعسكرياً.

هـ- استقرار في الحكم حيث ينتخب الرئيس مدة أربع سنوات قابلة للتجديد للمدة ذاتها مرة واحدة.

و- يملك الرئيس - استثناء من مبدأ الفصل بين السلطات - حق الاعتراض veto على القوانين.

٣. رجاحة كفة مجلس الشيوخ:

ينكون الكونغرس الأمريكي من مجلس (النواب) ويمثل مجموعة الشعب الأمريكي و(الشيوخ) ويمثل الولايات على نحو متساوٍ دون مراعاة لتعدد السكان ولعل رجاحة كفة مجلس الشيوخ الذي يعتبر من خصائص النظام الرئاسي راجع إلى أسباب تاريخية أدت إلى تكوين الاتحاد الأمريكي حين انضمت الولايات الصغيرة إلى الاتحاد حيث

سعت تلك الولايات التي كانت دولاً مستقلة ألا تكون طمعاً للولايات الكبيرة فتستمد قوة من ممثليها في مجلس الشيوخ الذي تكون عضوية الولايات فيه على قدم المساواة بين الكبير والصغير دون تمييز ومن ثم يكون مجلس الشيوخ جزءاً قوياً من أجزاء السلطة التشريعية إلى جانب مشاركة الرئيس في بعض المهام التنفيذية ذات الطابع الدبلوماسي وما يتعلق بعقد المعاهدات، فضلاً عن كون عضو مجلس الشيوخ ينتخب مدة ٦ سنوات.

يظهر مما تقدم أن النظام الرئاسي يميل إلى ترجيح كفة السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية استناداً إلى مصدر تلك السلطة ونعني به الشعب الذي يتولى اختيار رئيس الجمهورية، وأن مبدأ الفصل بين السلطات لا يقوم على التوازن التام بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، بل هناك فصل شبه مطلق على أن يكون للسلطة القضائية المستقلة القول الفصل فيما تحادت إحدى السلطتين الأخرتين في الخروج على قواعد الدستور، وهنا نستعير كلمة قالها أحد قضاة المجلسية العليا في الولايات المتحدة مفادها "إن الدستور ما نقوله نحن القضاة وليس ما هو مكتوب".

#### ج- النظام البرلماني:

ترجع هذه التسمية اللفظية إلى وجود برلمان (مجلس نيابي) منتخب، وإن هذا البرلمان هو صاحب الدور الأساسي في الحياة الدستورية والسياسية في نظام الحكم في الدولة التي تأخذ به دون أن ترجح كفة إحدى السلطتين التشريعية على الأخرى التنفيذية فهو نظام وسط كما يبدو من خصائصه وموقفه من مبدأ الفصل بين السلطات التي نعرضها تباعاً.

#### ١. المسؤولية الجماعية للوزارة أمام البرلمان:

في النظام البرلماني تنبثق الوزارة من البرلمان فيتم تشكيلها بناءً على سند من الأكثرية البرلمانية (مجلس النواب) إما استقلالا وانفرادا من قبل الحزب الحائز في مجلس النواب على الأغلبية، أو مؤتلفة تتمكن من تشكيل الوزارة كيما تكون الوزارة في مركز قوي حاصل على ثقة البرلمان وكما تستطيع الوزارة أن ترسم السياسة العامة للدولة وكما تكون إدارة في يد رئيس الدولة إزاء البرلمان على أن يكون الوزراء منفردين ومجتمعين مسؤولين أمام البرلمان مسؤولية فردية بالنسبة للوزراء كل على حدة ومسؤولين مسؤولية جماعية تضامنية فيما يتعلق بتنفيذ السياسة العامة

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

حيث أن الوزراء يكونون وحدة كما أن منصب الوزير غالباً ما يتسم بالطابع السياسي أكثر من سمته بالطابع الإداري، وهنا لا يكون الوزراء أو الوزارة تابعة للرئيس أو خادمة لديه إذ أن وجودها غالباً ما يعلق على الثقة البرلمانية التي يجب أن تحصل عليها، كما أنها ليست تابعة للبرلمان فمعلوم أن الحكومة تملك أن تعمل على تأجيل انعقاد البرلمان كما تملك العمل على حله وتملك حق الاعتراض على القوانين بواسطة رئيس الدولة وهذه هي علامات استقلال الحكومة عن البرلمان في النظام البرلماني.

## ٢. التوازن والتعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية:

إن المفروض من الناحية النظرية أن يعبر عن التوازن بين السلطتين من خلال المساواة فيما بينهما فلا ترجح كفة على أخرى لكن هذه المساواة كما يقول الأستاذ "الدكتور عبد الحميد متولي" تبقى نظرية ليس لها نصيب من الواقع والحقيقة أن إحدى الجهتين كانت ترجح على الجهة الأخرى بقدر ما يتوافر لديها من القوة. فترجح كفة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية عند عدم وجود أغلبية برلمانية وعندما تكون الحكومة من ائتلاف مجموعة من الأحزاب داخل البرلمان . أما إذا كانت هناك أغلبية برلمانية لحزب من الأحزاب فإن الكفة تميل لصالح السلطة التنفيذية هذه الظاهرة نلاحظها في إنجلترا حيث تشكل الحكومة من حزب العمال عندما يحصل على الأغلبية في مجلس العموم أو العكس عندما يفوز حزب المحافظين بذلك.

أ- أما التوازن بين السلطتين فيكون في مجموعة من السلطات يحكمها الطرفان المتقابلان (التشريعية والتنفيذية) فتملك السلطة التنفيذية حق الحل، وفي مقابل ذلك تملك السلطة التشريعية سحب الثقة بالوزارة واستجواب الوزارة أو إجراء التحقيق معهم.

ب- أما التعاون فيبدو من خلال اشتراك الوزارة في جلسات البرلمان وتقديم مشروعات القوانين وإصدار القوانين، ومن جانب السلطة التشريعية عندما يقف البرلمان ويفوض السلطة التنفيذية القيام بمهام تشريعية أو عندما تحيل السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية تنظيم أو تمكين

السلطة التنفيذية من تطبيق القوانين عن طريق الأنظمة والتعليمات وإصدار الأنظمة المستقلة وهي أعمال تشريعية في الأصل.

#### د- نظام التعايش بين الحكومة والبرلمان:

النظام البرلماني-رئاسي (الفرنسي):

إن هذا النظام صورة متطورة عن النظام البرلماني. يكمن التطور في إضافة عنصر جديد إلى عناصر وخصائص النظام البرلماني جعله في موضوع مختلف يتمثل ذلك في إعطاء رئيس الدولة اختصاصات لم تكن موجودة في الأنظمة البرلمانية التقليدية حيث كان منصب رئيس الدولة (ملكاً أو رئيس جمهورية) شرفياً. أما في هذه الصورة فإن رئيس الدولة يتولى مهامه بطريقة الانتخاب المباشر العام، ولقد حددت ذلك المادة السابعة من الدستور الفرنسي الحالي وجعلت مدة الرئاسة خمس سنوات، ولرئيس الجمهورية أن يعين ويقيّل رئيس الوزراء وله أن يرأس مجلس الوزراء. ولقد أعطى الدستور الفرنسي لرئيس الجمهورية صلاحيات أوسع بحيث جعلت منه طرفاً فاعلاً في وظيفة الحكم (راجع المواد من ٨-١٩ من الدستور الفرنسي الحالي) وأهم ما أفرزه هذا الوضع الدستوري الجديد:

١. إن لرئيس الجمهورية أن يقرر أن يناقش قانوناً من القوانين أو بعض مواد مع البرلمان ومثل هذا الطلب غير قابل للرفض.
٢. يمكن أن يقرر انتخاب رئيس الجمهورية وانتخابات الجمعية الوطنية مجيء رئيس إلى السلطة ينتمي إلى حزب ومجيء حكومة تنتمي إلى حزب معارض بعد فوز حزبها في الانتخابات التشريعية، ففي الوقت الراهن نجد أن رئيس الجمهورية "ديغولي" بينما تتألف الحكومة من الاشتراكيين. ذلك أدى إلى ظهور ما يسمى بنظام التعايش co-existence بين رئاسة الجمهورية ورئاسة الحكومة والبرلمان.
٣. إن رئيس الجمهورية لم يعد ذا منصب شرفي بل هو عنصر فعال في الحكم يملك صلاحيات ترقى به إلى اتخاذ القرارات بمفرده منها ما نصت عليه المادة (١٦) من الدستور الفرنسي من إمكانية إعلان حالة الطوارئ في الأزمات. كما أن قراراته يتم التوقيع عليها بمفرده، بينما يصعب التوقيع على البعض الآخر قرارات مجاورة لرئيس الوزراء والوزير المسؤول عند اللزوم. ومن جهة أخرى فقد قلب

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الدستور الفرنسي مبدأ الفصل بين السلطات إلى صورة جديدة من صور التعاون بين السلطتين في مجال التشريع فحددت المادة (٣٤) من الدستور الاختصاص التشريعي للبرلمان على سبيل الحصر وأطلقت المادة (٣٧) الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية فيما لم يرد بشأنه نص في المادة (٣٤) المذكورة.

مما تقدم يمكن القول أن النظام السياسي الفرنسي الذي أرساه دستور فرنسا ١٩٥٨ نظام يجمع بين الرئاسية والبرلمانية.

#### رابعاً . الفصل بين السلطات في الدساتير العراقية:

منذ المناداة بفيصل بن الحسين ملكاً على العراق كان الهاجس الأول بناء عراق ديمقراطي موحد يجمع العراقيين على قلب واحد في ظرف صعب جداً يتمثل في كون العراق بلد عشائري وبلد تتقد فيه الطوائف الدينية والأعراف العنصرية، فالحل إذن أن يبدأ بوضع دستور يستوعب هذا التعدد والتنوع ويجعل من العراقيين نسيجاً متماسكاً وشديداً وليس في غير محاكاة الغرب من سبيل إلى تحقيق هذا الهدف. ولقد دل على ذلك ما يتضمنه الدستور الأول المعطن غداة صيرورة العراق دولة ومما أكد هذه الرغبة في المحاكاة وقوع العراق تحت الانتداب البريطاني. نحن نعتقد أن رجال الحكم في العراق عندما اجتازوا هذه النهج الدستوري قد نجحوا في إرساء دعائم دولة نستطيع بأن نسميها بالحدثة، وقد قيض الله لهذه الدولة رجالاً استطاعوا إلى حد ما أن يقيموا توازناً -رغم إمكانياتهم المتواضعة- بين مصالح العراق ومصالح المستعمرين الجدد وكانت كلمة فيصل بن الحسين في مقدمة الأسباب التي أدت إلى بناء بلد إذا اطلعنا على نظامه الدستوري وإدارته وقضائه لتبين لنا مدى النجاح الذي حققه الحاكمون في تحقيق هذه الرغبة ولو استمر العراق على المنوال المنسوج لما وصل إلى ما وصل إليه الآن.

نستعرض فيما يلي نظام الفصل بين السلطات بحسب التسلسل التاريخي للدساتير العراقية التي صدرت غداة صيرورة العراق دولة استلمت عن الدولة العثمانية اعتباراً من الدستور الأول في عام ١٩٢٥.

أ- دستور ١٩٢٥:



أرسى هذا الدستور نظاماً ملكياً ديموقراطياً وراثياً على غرار النظام الإنجليزي، وأسس نظاماً برلمانياً قائماً على التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية على النحو الذي شرحناه من قبل فيه رئيس دولة مصون غير مسئول يسود ولا يحكم إلا بواسطة وزرائه ومجلسان للنواب يأتي بطريقة الاقتراع العام المباشر، ولأعيان يأتي بطريقة التعيين يتكون منها ما يطلق عليه (مجلس الأمة) الذي يتولى السلطة التشريعية المتمثلة بوضع القوانين وتقديمها وإلغائها (مادة ١٨)، كما أن الوزارة التي تقوم بإدارة الشؤون التي تقوم بها وزاراتهم ويمكن للمجلس أن يطرح الثقة بالوزارة بأكملها أو بأحد الوزراء فإذا لم تحصل ثقة المجلس كان عليها أن تستقيل أو يستقيل الوزير وفي مقابل ذلك تملك الوزارة حل المجلس إذا استفحل الخلاف بين الوزارة والمجلس (المواد ٦٥ ، ٦٦). هكذا ابتكروا نظرياً كفتي الميزان بين الوزارتين لكن الواقع من الأمر لم يكن كذلك خلال المدة التي كان خلالها دستور العراق الملكي نافذاً ما بين ١٩٢٥ - ١٩٥٨.

فلقد كانت كفة الميزان تميل لصالح الوزارة دائماً ولم تظهر الحياة النيابية في العراق كما أراد لها واضعو الدستور فلم ينشأ برلمان قوي بل أن البرلمان كان صدى لما تصرح به الحكومة ويرجع ذلك للأسباب التالية:

١. لم تنشأ في العراق حركة حزبية ذات قواعد جماهيرية على الصعيد الرسمي أو الشعبي فالأحزاب التي نشأت استمدت وجودها وقوتها من أشخاص منشئها وليس من جماهير يمكن أن يتمخض عنها كتل برلمانية أو على الأقل تستطيع أن تحرك الشارع السياسي أو تمتلك خطاباً سياسياً على النحو المألوف لدى دول الغرب وأغلب من كانوا يصلون إلى عضوية مجلس النواب من رجال الأحزاب كانوا يصلون بأوصافهم الشخصية وليس بانتمائهم الحزبي.
٢. دأبت الحكومة على العمل إلى وصول الأشخاص إلى عضوية مجلس النواب عن طريقها ومن بين رجالها بأية وسيلة ممكنة (تزوير - تزكية) فأصبح المجلس يمرر القوانين والقرارات التي تريدها الحكومة.
٣. كان مجلس الأعيان وهو أحد قطبي مجلس الأمة يتشكل بطريقة التعيين وليس الانتخاب وكانت الحكومة تتفرد بتعيين أعضائها من بين رجالها. فالحياة

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

البرلمانية إذا كانت شكلية فكان من نتائج تلك الشكلية أن مبدأ الفصل بين السلطات كان حبراً على ورق.

#### ب- دستور ٢٧ تموز ١٩٥٨:

جاء دستور ١٩٥٨ بعد الحركة الانتقالية التي وقعت صبيحة الرابع عشر من تموز وأطاحت بالنظام الملكي وبـدستور ١٩٢٥ وأقامت بدلاً عنه نظاماً جمهورياً وشرع قانون أطلق عليه الدستور المؤقت. وبقدر ما يتعلق الأمر بنشاط السلطات المختلفة فقد أنط الدستور المزعوم كلاً من العمليتين التشريعية والتنفيذية بمجلس الوزراء على أن تخضع القوانين لتصديق مجلس السيادة (المواد ٢١ و ٢٢) وأشارت المادة ٢٣ إلى أن القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في خدماتهم لغير القانون.

وأهم ما يلاحظ هنا غياب مبدأ الفصل بين السلطات حيث اجتمعت السلطتين التشريعية والتنفيذية في مجلس الوزراء وأبعد من الإشارة إلى إمكانية خضوع مجلس الوزراء في قراراته هنا وهناك لأي نوع من الرقابة بل اعتبر الدستور المزعوم كل ما صدر من قرارات وأوامر وبيانات عن مجلس السيادة والقائد العام للقوات المسلحة ورئيس مجلس الوزراء لها قوة القانون بكل ما تعني هذه الكلمة. ولم يرد في القانون المذكور ما إذا كان مجلس السيادة وهو جهة التصديق وإصدار القوانين يملك حق الاعتراض على القوانين والأنظمة أو القرارات التي يصدرها مجلس الوزراء كما لم ترد إشارة إلى إمكانية قيام حياة نيابية في ظل الحكم الجديد وهو الأمر الذي يعني إقامة نظام دكتاتوري بعيد كل البعد عن النظم الدستورية الديمقراطية.

#### ج- دستور نيسان ١٩٦٣ المؤقت:

على إثر الحركة الانقلابية للقوات المسلحة بالاشتراك مع حزب البعث العربي الاشتراكي في ٨ شباط ١٩٦٣ أصدر المجلس الوطني لقيادة الثورة في ٤ نيسان ١٩٦٣ قانوناً أطلق عليه قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة. وفي هذا القانون حصر المجلس جميع الصلاحيات التشريعية والتنفيذية وبعضاً من الاختصاصات القضائية بين يديه فلا وجود يذكر لمبدأ الفصل بين السلطات. كما لا يمكن وصف النظام رغم إشارته إلى

مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير العراقية والدساتير المقارنة

جماعية القيادة بأنه نظام ديمقراطي أو له أية سمة من سماته ولا يعرف لوناً أو شكلاً للتمثيل الشعبي أو الانتخابات.

د- دستور ٢٢ نيسان ١٩٦٣:

هذا القانون أوكل مهمة سن القوانين إلى مجلس الوزراء (مادة ٨) وتعرض مشروعات القوانين على المجلس الوطني لقيادة الثورة للتصديق عليها، وهنا أيضاً تجتمع المهمات التشريعية والتنفيذية بيد مجلس الوزراء تحت طائلة التصديق أو الاعتراض من قبل المجلس الوطني لقيادة الثورة ورئيس الجمهورية عند التعارض بين مجلس الوزراء والمجلس الوطني إذا أصر مجلس الوزراء على موقفه بعد اعتراض المجلس الوطني على مشروع القانون وهنا أيضاً لا نجد مكاناً لمبدأ الفصل بين السلطات.

هـ- دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ المؤقت:

شرع هذا الدستور في عهد الرئيس الراحل عبد السلام محمد عارف بعد أن استتب له الأمر إثر الحركة الانقلابية التي قادها في الثامن عشر من تشرين الثاني ١٩٦٣ والتي تم بها إبعاد البعثيين عن السلطة، وصاحب انفراد عبد السلام عارف بالسلطة تيارات قومية بين مؤيد ومعارض ودعوة للمصالحة الوطنية تقيم حكماً ديمقراطياً نيابياً حاول من خلاله رجال الحكم العودة بالبلاد إلى الأوضاع التي تحقق الاستقرار والاستمرار على نحو يحتفظ فيه رئيس الجمهورية بقوته ويرسي نظاماً نيابياً يحقق بعضاً من الأمان الوطني والقومية فكان أن خرج دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ بمثابة مرآة لهذه الصورة وعلى النحو التالي

١. رئيس الدولة يتمتع بصلاحيات واسعة
٢. سلطة تشريعية تمثل في مجلس للامة يأتي بطريقة الانتخاب.
٣. سلطة تنفيذية تتألف من رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء يعفيهم من مناصبهم إذا اقتضى الأمر إلى جانب سلطة قضائية مستقلة لا سلطان لقضائها وحكمها عليهم إلا للقانون، يمكن من الناحية النظرية البحتة القول أن هذا الدستور قد أرسى نظاماً ما يقوم على الفصل بين السلطات على نحو متوازن ومتعاون على غرار ما أورده النظام البرلماني التقليدي مع وجود صلاحيات واسعة لرئيس الجمهورية تجعل من هذا النظام وسطاً ما بين النظام الرئاسي المعتمد على قوة رئيس الدولة والسلطة التشريعية التي تقرر لها أن تتفرد بعملية التشريع، لكن الواقع من الأمر

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

لم يكن كذلك فقد بقي الرئيس عبد السلام عارف محتفظاً بقوته ومحاولة انفراده بالسلطة ولم ير مجلس الأمة النور حيث لم تجر أية انتخابات وبقي الأمر على هذا النحو حتى سقوط النظام إثر الانقلاب العسكري الذي أطاح به في ١٧ تموز ١٩٦٨ والذي جاء مرة أخرى بحزب البعث العربي الاشتراكي إلى السلطة.

#### و- دستور أيلول ١٩٦٨:

يبدو أن هذا الدستور قد صيغ على عجل بعد انقلاب ١٧ تموز ١٩٦٨ الذي جاء بحزب البعث إلى السلطة والذي انبثق عنه مجلس قيادة الثورة الذي جمع في يديه السلطتين التشريعية والتنفيذية مع الاعتراف بوجود سلطة قضائية مستقلة وهكذا فإنه لم يكن أي وجود لمبدأ الفصل بين السلطات والديمقراطية التي أشار إليها الدستور المذكور وكانت من النوع الذي شهدته النظم الشمولية في روسيا ودول ما كان يسمى المنظومة الاشتراكية التي تكون فيها الهيمنة لقيادة الحزب الحاكم والتي لا تعترف أبداً بمبدأ الفصل بين السلطات، ولم يدم العمل بهذا الدستور طويلاً فسرعان ما حل محله دستور ١٩٧٠.

#### ز- دستور تموز ١٩٧٠ المؤقت:

اقتضت الأوضاع الشاذة التي مر بها العراق طيلة المدة من ١٤ تموز ١٩٥٨ وتعاقبت الانقلابات العسكرية ومحاولة حل المشكلة الكردية بعد صدور بيان ١١ آذار ١٩٧٠ والاعتراف للأكراد بحقوقهم القومية ومحاولة قيام نظام سياسي مستقر أن يشرع دستور يسعى إلى تحقيق هذه الأهداف ومن ثم تحقيق حياة ديمقراطية نيابية تعيد السلطة إلى الشعب باعتباره مصدر السلطات فجاء هذا الدستور الانتقالي محاولاً بناء نظام يقوم على المؤسسات الدستورية وليس على أشخاص الحكام لكن هذه الأمانى لم يتحقق منها إلا المظاهر فسرعان ما قفز إلى مركز الصدارة في القيادة شخص سخر كل أجهزة الدولة ومؤسساتها ومواردها لمشيئته واستقر به الأمر أن تكون لقراراته وأوامره قوة القانون. أما مجلس قيادة الثورة والوزراء والمجلس الوطني فكانوا أصداء يرددون ما يقوله الحاكم الفرد فلم تكن هناك سلطات بالمعنى الدستوري غير سلطته، ولم يكن من ثم أي تعبير عن وجود فصل بين السلطات أو فائدة من هذا الوجود حتى مع النص على وجود هيئة منتخبة لأن هذه في الحقيقة لم تكن لها اختصاصات حقيقية ولم يكن لها أي فاعلية وعلت إدارة

مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير العراقية والدساتير المقارنة

الحاكم على أنها القول الفصل في كل ما يتعلق بالحكم اعتباراً من تعيين السعاة في القاعدة إلى تصديق المعاهدات بعد عقدها في القمة.

#### الخلاصة:

لقد صاحب العراق سوء الطالع وغرور الحكام وأنانيتهم والسعي إلى تحقيق مصالح فئاتهم وإلى أنظمة لم ترع مصالح الشعب ولم تستثمر ثرواته لتحقيق أمانيه ولم تلتفت إلى رأيه. ومن جانبها فإن الأحزاب التي انبثقت عن الشعب لم يكن لديها خطاب سياسي واضح وعجزت عن تكوين رأي عام قوي، وقامت صراعات بينها أذى العسكريون بإنقلاباتهم وأرادها فلم تنشأ قاعدة شعبية للحكم بل أصبح الطريق ممهداً لدكتاتورية لم تحترم رغبات الشعب ولم تلتفت إلى تحقيق مصالحه فكان همها أن تحكم وتستغل وتقرب المحاسبيين والمناسبين وانقلبت حتى على الحزب الذي جاء بها إلى السلطة وأهدرت ثروات البلاد وزجت بجيشه في حروب لم يكن لها مبرر من السياسة والتاريخ والجغرافيا وناصبت العداة لكل صوت حر أو جهد خلاق فكان ما كان من النتائج التي حصدها النظام في التاسع من نيسان ٢٠٠٣ حيث لم يستجب أحد للنظام بعد أن طوح بالبلاد واعدم الشعور بالوطنية وصرف الناس إلى التكالب على المادة.

#### المطلوب الآن:

١. الدعوة إلى المصالحة على أساس الاعتراف بالمواطنة واعتبار كل ذرة من تراب الوطن بكل ما تحتوي ملكاً للعراقيين والاعتراف للمواطن بصرف النظر عن انتمائه وعرقه وجنسه بالحق في أن يكون له نصيب في الحكم والسيادة والثروة وحرية العمل وممارسة كل الحريات بعيداً عن المخاصمة وفي ظل القانون.
٢. أن يشرع دستور يبنى مؤسسات تقوم على أساس الفصل بين شخص الحاكم ووظيفة الحكم ومبدأ الفصل بين السلطات والتعاون فيها وان تكون السيادة للدستور الذي يشترط أن يكون جامداً غير قابل للمساس به إلا بمقتضى ظروف وحالات تتحدد سابقاً.
٣. الاعتراف بالتعددية الحزبية وإنشاء مؤسسة منتخبة تتولى عملية التشريع وممارسة الرقابة السياسية على أجهزة الحكم.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٤. اللامركزية في الإدارة والحكم فيما يتعلق بإدارة الأقاليم، وإذا كان لا بد من الفيدرالية فعلى أساس جغرافي، وليس على أساس عرقي ولتكن لحكومة الاتحاد الأولوية على أساس من تثبيت عناصر الوحدة وعناصر الاستقلال للوحدات اللامركزية مع إرساء نظام للرقابة.
٥. تعزيز الرقابة القضائية على أجهزة الدولة، فتنشأ محكمة عليا تتولى الرقابة على دستورية القوانين وتتولى حل المشاكل التي قد تنشأ بين دولة الاتحاد وحكومات الولايات تتمتع المحكمة باستقلال كامل ويكون قضاتها غير قابلين للعزل أو الإحالة إلى التقاعد إلا برغبتهم. وإنشاء قضاء إداري في كل ولاية يتولى مراقبة مشروعية أعمال الإدارة بكل صنوفها وأبعادها.
٦. الاعتراف بالحقوق والحريات الفردية وكفالة الدولة لبعض الحقوق الاجتماعية وحقوق الأسرة وإرساء نظام ضريبي متوازن. ودعم القطاع الخاص وحماية الصناعات الوطنية ووضع خطط لتنمية الاقتصاد الوطني على ضوء اقتصاديات السوق وحرية التجارة والصناعة والنشاط المصرفي.
٧. تبني سياسة تعليمية تنكح روح المواطنة وتعمل على تنمية القيم ونشر العلم بأساليب حديثة والأخذ بأسباب الرقي في المجالات التقنية والأخلاقية وحماية حقوق الإنسان والمواطن.

وهكذا يبدو لنا أخيراً عدم استقرار مفهوم محدد لمبدأ الفصل بين السلطات ومنهج الدول في تبنيه على اختلاف في الفكرة الدستورية السائدة يؤكد الطابع السياسي له. ولقد رأينا كيف أن انفراد كل سلطة أو كل جهة من جهات الدولة وقيامها بالضرورة بنشاط يدخل ضمن الاختصاص المفروض للجهات الأخرى يعني أن الفصل بين السلطات غير موجود على نحو مطلق، فإذا كان من اللازم أن يوجد على نحو ما تقتضيه مصلحة الدولة والفكرة الدستورية السائدة فيها على أن يبقى الفصل العضوي هو السائد دون الفصل الوظيفي ونعني بذلك أنه يستمر ويدعم وجود ثلاث سلطات أو جهات تتولى الأولى عملية التشريع وأعمالاً أخرى تتناسب مع أوضاعها وتتولى الثانية عملية التنفيذ هذا التداخل في الوظائف أصبح مفروضاً بحكم طبيعة نشاط الدولة المتنوع وبحكم طبيعة الأشياء و أول

مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير العراقية والدساتير المقارنة

الدساتير الذي نعتبره مستجيباً لهذه الأحكام هو الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ (دستور الجمهورية الخامسة) حيث تبدو فئات الحكم الرئيسية على أنها ممثلة للشعب تمثيلاً حقيقياً قدر الإمكان التي تتناسب مع هذه الطبيعة حيث استطاع النظام السياسي الفرنسي الحالي أن يتجاوز كل الأزمات التي كانت تحدث في الماضي بسبب تطبيق الديمقراطية التقليدية، ففي مثل الحالة يمكن القول أن وجود السلطات في الدولة وممارسة أعمالها قائم على رضا الجميع وقناعتهم بصلاحيته وجدوى النظام الذي وضعه الدستور.

## ٥ - في سبيل المستقبل الدستوري

الدكتور سامر الناصر\*

ليس من مهمة الأكاديمي أن يفرض رأياً، إنما فقط الإشارة والتحليل لهذا وذاك، وليس من المعتاد أن يطرح أكاديمياً مشروع تقنين ولا حتى مشروع دستور إنما فقط الإشارة إلى ما يُفترض الأخذ به والعُزوف عنه من وجهة نظر أكاديمية، مختبريه وموضوعية صرفة. إلا أن كاتب هذه "السطور" تجاوز على المعتاد ليتقدم في المؤتمر الفرنسي الخامس للدستوريين<sup>١</sup> حاملاً نصاً قانونياً كاملاً، مجسماً كمسودة لمشروع دستور للعراق نشرت حينئذٍ بالفرنسية في كتاب جماعي تحت عنوان "العدالة الدستورية في آسيا Justice et Constitution en Asie" ومن ثم بالأسبانية في جامعة فلنسيا<sup>٢</sup>، بالبرتغالية في مجلة العدالة، ومن ثم لتحت الرحال بين صحف الرافدين.

مقترح المشروع ذاك، بالرغم من مرور أكثر من ثلاث سنوات على ختامه إنما غيرت رأبي في الكثير من فصوله، وتعابيره غير الجوهرية، حيث تطرق النص إلى معايير

\*أستاذ مقيم للقانون الدستوري بجامعة القديس بطرس بمديريد.

<sup>١</sup> المنعقد بتولوز للفترة ٦ إلى ٨ حزيران ٢٠٠٢؛ منشور في كتاب Justice et Constitution en Asie، لدى المطبعة الجامعية لجامعة تولوز.

<sup>٢</sup> موجودة على موقع الجامعة بتاريخ ٤ آذار ٢٠٠٥ في

<http://www.uv.es/~tyrum/artcuestionesgenerales5.htm>



في سبيل المستقبل الدستوري

المؤسسات القانونية في الدساتير المقارنة للعراق حالياً وظروفا اجتماعية كدولة متعددة الأعراف، اللغات، الأراضي والألوان. ومن ثم موقع العراق الحيوي بين تكتلات المنطقة السياسية بين مجلس تعاون دول الخليج العربي من جهة، حلف شمال الأطلسي، ومن ثم الاتحاد الأوروبي وإتحاد أوربا من جهة أخرى.

ولهذا سنتطرق في نصنا هذا لمعايرة النصوص التي جاء بها ذلك المشروع فصلاً فصلاً مع شرح الأسباب والدواعي الموجبة لكل منها.

١. المادة الأولى من كل نص دستوري ما لها إلا أن تعرض الأفكار الدستورية العميدة لسياسة الدولة وطبيعتها. ليس الحل بأن تكون الدولة فدرالية دون أن ينظم دستورها حقوق الأراضي بتمثيل برلماني، وليس العبرة بأن تكون الدولة ديمقراطية برلمانية دون أن ينضم دستورها حق المجتمع في طرح مشاريع القوانين عن طريق منظمات المجتمع المدني، النقابات والمؤسسات المهنية المنظمة. ليس العبرة بأن يكون نظام الدولة ديمقراطياً متحرراً دون أن يشمل هيكلها على محكمة دستورية تضمن الفصل بين السلطات من جهة ومن ثم تعمل على وقديسية وهيبة النصوص الدستورية لتكون فعالة في جملة النظام القانوني ولصالح كل فرد وحالة داخل المجتمع. إنما العضة في الأخذ بكل هذه المؤسسات والأفكار لصيها بنص يسير غير قابل للمغالطة والتأويل ضمناً للأمن القانوني ومنعاً للزعزعة عن الإرادة التأسيسية في إقامة النظام الدستوري المزمع عقده.

إنما لتتطرق نص المادة الأولى بالقول إلى أن:

"العراق جمهورية ديمقراطية، شعبية، اشتراكية قائمه على حكم الشعب بالشعب وفي سبيل الشعب، بموجب المشاركة الحرة في السياسة والقيادة المشتركة للأمة عن طريق التمثيل المباشر للمواطنين في الحكومة، الأقاليم في البرلمان والمؤسسات الروحية في السلطة الروحية ذات السيادة الوطنية، بقديسية مبدأ سمو وفعالية القانون، الأمن القانوني، الاستقرار التشريعي، الهيبة الواحدة المستلهمة من الدستور والشعب العراقي. يقوم دستوره على أساس الوحدة الوطنية الواحدة التي لا

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

تتجزأ للشعب العراقي، واستقلالية أقاليمه المتغايرة تحت راية الوحدة الوطنية والدستورية".

العبر في هذا النص إنما لهي عدة، إنما في أن النص عمل على صب فكرة الجمهورية الديمقراطية، طبيعة الديمقراطية هذه شعبية ليست "بيروقراطية" صرفة ولا هي "أرستقراطية"، إنما اشتراكية على أساس حكم الشعب بالشعب وفي سبيل الشعب، أي أن بغية الحكم ليست الحكم، وجود الدولة فيها تال لوجود المجتمع، بغية تنظيم ميكانيكية الحياة الاجتماعية والحيلولة دون النزاع والخلاف الاجتماعي. وإنما فكرة حكم الشعب بالشعب في سبيل الشعب هذه ليست بجديدة على الفكر السياسي، إنما سبقنا فيها دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي في الفرع الخامس من مادته الثانية على أنه مبدأ من مبادئ الجمهورية الفرنسية الخامسة.

تمثيل الشعب المباشر في الحكومة عن طريق البرلمان إنما هو الفكر السياسي الحديث لكل نظرية مشاركة جماعية في الحكم الديمقراطي، بيدما تمثيل الأقاليم في البرلمان لهو فكر حديث صبباً على أساس إيجاد مجلس برلماني مستقل آخر ينظر المعايير المختلفة للأقاليم ليعبر عنها ومن ثم ليساوي بينها كونها أقاليم جزء من الدولة وليست على أساس كونها الشعبي الجماعي. هذا بيدما تمثيل المعايير الروحية في سلطة روحية إنما هي فكرة تقدمنا بها سلفاً ضمناً لتمثيل الطوائف الروحية من جهة ومن ثم الحيلولة دون سيطرة الدين على السياسة ولا السياسة على الدين، أي الفصل بين هذه وذلك دون الإقصاء بهذا عن ذلك. حيث أن مبدأ سمو القانون إنما لهو الشغل الشاغل لكل مشرع بغض النظر عن طبيعة مشروعته التشريعي، فمن سن القانون إنما قصد سموه، هيئته لا خضوعه للإرادات الفردية ولا مغاييرته غير الموضوعية، ولا حتى العزوف عن تطبيقه. إنما مبدأ سمو القانون لهو لصيق بفعاليته فإن لم يكن القانون سامياً من الصعب أن يكون فعالاً، والعكس بالعكس. بيدما الاستقرار التشريعي لمغزاه لصيق بالدولة الشعبية الاشتراكية التي تقصد بتنظيمها لأمر المجتمع الحيلولة دون مغايرة معايير القانون السائدة بين ليلة وضحاها، إنما بالعمل على استقرار التشريع دون انقلابات فجائية غير متدرجة.

وأما الهيئة الواحدة فهي ليست مناقض للمعايير المتغايرة تحت مضلة الجملة القانونية، إنما بغيتها حماية المعايير الفردية المتغايرة دون الضرر بالوحدة الواحدة. إنما هذا المبدأ

ليس بجديد على الفكر الدستوري حيث مرده لأغلب دساتير العالم، بيدما استلهم الهيبة من الدستور لهو مجاز، للخروج من مأزق الدستور الفرنسي بتعبيره على هيبة الشعب، البرلمان ومن ثم مجمل الجمهورية سوية؛ وهو ما أنتقده الفقه على إنها مجرد تعابير ذات طبيعة سياسية غير قابلة للاجتماع قانوناً. فإنما الهيبة تنطفئ بحلول هيبة أخرى تعلوها، هيبة الأفراد وسيادتهم تنطفئ بتعاقدهم الاجتماعي لإقامة الدستور بغية صيرورة الدولة. أي أن الهيبة لتمرر من الأفراد لحساب الدستور لتتصب في هيبة مشتركة مصلحة في التعايش والسمو الدستوري في المجتمع. ما الهيبة بهيبة الدولة، وما السيادة بسيادة الدولة، إنما السيادة لهي سيادة للقانون، فإن سادت الدولة على القانون سطت عليه وخضع القانون لسلطانها، إنما الدولة لهي مجرد خادم لخدمة القانون، خليف للقوانين الاعتيادية التي ما هي إلا مشتقة ومفصلة للدستور الأساسي الخالق للدولة، فلا يمكن لخلق أن يعلو خالقه. بيدما تحت راية الهيبة الدستورية الواحدة تعنى مختلف فصائل المجتمع العراقي بأقوامه المختلفة؛ والعبرة من تعبير أقوام هي ليس عفوية فالشعب السياسي العراقي متغاير الأقوام على أساس القومية، اللغة، العقيدة، التقليد، الانتماء العشائري، الخ مما قد يبلوره الزمن من معايير متغايرة اجتماعية على النص الدستوري تقع مهمة البحث عن مفردة دقيقة تتم عم جملة العوامل، وبنفس الوقت قابلة للتأطر تحت ضلال أي مرحلة زمنية مستقبلية. فالقوانين تكتب للمستقبل، وما من مشروع شرع وهو يقصد الماضي<sup>٣</sup>.

## ٢. المادة الثانية من النص تطرقت إلى أن:

"عاصمة الأمة بغداد، مركزاً لمؤسساتها الدولة الدستورية. حيث يجوز نقلها لأسباب طارئة بقانون. الساعة المحلية المعتبرة هي ساعة بغداد. حيث يجوز للأقاليم اعتبار ساعة مغايرة بناء على معاييرها الجغرافية".

<sup>٣</sup> أنظر بالألمانية Nagler، في Kommentar zum Strafgesetzbuch، سنة ١٩٤٤، صفحة ١٠٣، حيث يقول أن الأمر القانوني يمكنه فقط التعامل مع الحاضر والمستقبل. حيث أن الأوامر القانونية يجب أن تجد الإصغاء الاجتماعي، وهذا لا يمكن أن ينطبق إلا على المستقبل اعتباراً من تاريخ نشر هذه القواعد على أساس كونها قانون، حتى إلغائها أو تعديلها؛ وإنما أي رجعية للقانون لهي رجعية متعثرة مع أبسط تعابير الفكر النفسي للمجتمع التي من المستحيل عليها أن تجد فعالية في تصرفات للأفراد قامت وانتهت... نقلاً عن Kart ENGUISCH، في El Ámbito de lo no Jurídico، مطبعة جامعة قرطبة الوطنية، ١٩٦٠، قرطبة، صفحة ٦٣، ترجمة للأسبانية Garzón Valdés.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ليس من مهمة الدستور الإفصاح عن العاصمة السياسية للبلد، إنما على ذلك جرت العادة على أسس تنظيم الأمر والإفصاح عنه لحظة تأسيس الدولة، فإنما قيام الدستور لهو سالف على قيام الدولة، وهو مدعو حينئذ لتدارك كل فراغ يقوم لحظة البناء هذه، فما لدولة أن تقوم بغير عاصمة تقطنها مؤسساتها السياسية. بيدما راح النص ليعبر عن مفردة "الأمة"، وليس الدولة على أساس الفكرة نفسها، فإنما العاصمة هي عاصمة الأمة لحظة التأسيس، الدولة حينئذ غير موجودة، بيدما الأمة لهي مجتمعة لتتفق على الدستور عن طريق ممثلها، ومن ثم لتستفتى عليه جملة، ولتقيم الدولة فيما بعد.

اعتبار جواز نقل العاصمة من موطنها لآخر إنما هو تفادٍ لأي طارئ وإغلاق دستوري قد يطرأ لحظة الحاجة، فترك أمر النقل المؤقت للقانون إنما لهو تحويل للقانون الذي ينظم الدستور نفسه كيفية قيامه، فما هو بمخالف للدستور، كون المُجاز لهو حصر ينفي عن إطلاق العنان، أو الصمت. بيدما معايرة الساعة فلهو أمر لا بد من التطرق له لاعتبارات جغرافية بالرغم من أن الجغرافية العراقية لم تتقدم بهذه المشكلة كون ساعات الأقاليم لهي واقعة على نفس خطوط الساعات الجغرافية، لذا يمكن ذكر الجواز هذا درءاً للحرَج، ويمكن حذفه لعدم الحاجة، إذا ما إرتأى نو الخبرة ذلك.

٣. بادرت المادة الثالثة لتناول موضوع اللغة الوطنية بقولها أن:

" لغة العراق الرسمية هي العربية. على جميع العراقيين تعلمها. للأقاليم اتخاذ لغات محلية أخرى بناءً على أصولها التاريخية، الثقافية والروحية؛ على السلطات العامة حماية تلك الإرادة والتضامن معها باعتبارها اللغة الرسمية الأولى قبل العربية في ذلك الإقليم".

عبرة تسمية لغة مركزية واحدة إنما تطرقنا لها سلفاً، وتناولها الفكر المقارن مراراً.

<sup>٤</sup> اللغة كمرآة للمجتمع الناطق بها؛ حيث لا يمكن غلق المجتمع بين دهااليز اللغة، إنما اللغة في دهااليز المجتمع. اللغة لهي معيار ثقافي وسفير عقائدي لطبيعة الفكر العائم في المجتمع في حقبة زمنية ما، لتصارح مدى امتداد وتمطط أبناء المجتمع في شعاب الأرض وبين أظهر المجتمعات الأخرى تعبيراً عن طبيعة وحدة هذا المجتمع وتماسك كينونته اللغوية، فوق العقائدية، فوق السياسية وفوق أي اعتبار وضعي آخر. وإنما لغات العراق لدليل على عظمة سكان العراق حملة الأفكار والحضارات في أسفار الزمان وشعاب الأقوام. وإنما بتعددتها وبتفارقها هذا لدليل قاطع ضد كل من يجرم بحق حضارات العراق بالسطو على فكرها بالتعريب، التكريد، التتريك، التفريس، وما إلى آخره من مظاهر طمس لغة بمعالم أخرى؛ إنما الحديث ليس بحروف الألف باء العربية، ولا بغيرها الكردية، ولا بتلك الأثرورية، ولا بشاقة ولمة الكلدانية؛ إنما الحديث عن كل حضارة، كل مجتمع قطن ويقطن العراق، كل مجتمع نزل على غيره بين ضيف وغاز، بين مغزو ومُضيف.

إنما نلاحظ أن للقانون مهمة تنظيم العلاقات بين الأفراد في المجتمع؛ وليقوم بذلك لابد من أن تكون له صفة مميزة في الأمن القانوني لضمان نفاذ قواعده بشكل لا خلاف فيه. لا بد له من الرجوع إلى مبدأ موضوعي، ديناميكي بما ينطوق إلى الأحداث بشكل عادل لا خلل فيه لضمان مبادئه الأساسية بشكل فعال: العدالة والأمن القانوني. حيث كل ذلك إنما يقوم على الوسيلة التي يستخدمها القانون في بلوغ مآربه، الوسيلة التي يستخدمها المشرع في إرسال رسائله إلى المجتمع، عموم المجتمع بمختلف أصنافه، طبقاته، وألوانه المتعلمة وغير المتعلمة ليكن مفهوماً، سلساً، سلباً، مُطبّقاً لا جدل فيه ولا خلاف بين المرسل إليهم؛ كل ذلك إنما يتم باللغة التي يلجأ القانون للاسترسال في معالمها، وإنما هي أصلاً مرآة لثقافة المجتمع، منها تخرج التعبيرات واليها ترد المعاني.

حال التمعن في قانون إدارة الدولة في المرحلة الانتقالية نلاحظ أن المادة التاسعة تنص على أن:

"اللغة العربية واللغة الكردية هما اللغتان الرسميتان للعراق. ويضمن حق العراقيين بتعليم أبنائهم بلغة الأم كالتركمانية أو السورانية أو الأرمنية في المؤسسات التعليمية الحكومية وفق الضوابط التربوية أو بأية لغة أخرى في المؤسسات التعليمية الخاصة. يحدد نطاق المصطلح لغة رسميةً وكيفية تطبيق أحكام هذه المادة بقانون يشمل: ١. إصدار الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) باللغتين. ٢. التكلم والمخاطبة والتعبير في المجالات الرسمية كالجمعية الوطنية، ومجلس الوزراء، والمحاكم، والمؤتمرات الرسمية، بأي من اللغتين. ٣. الاعتراف بالوثائق الرسمية والمراسلات باللغتين وإصدار الوثائق الرسمية بهما. ٤. فتح مدارس باللغتين وفق الضوابط التربوية. ٥. أية مجالات أخرى يحتملها مبدأ المساواة مثل الأوراق النقدية، وجوازات السفر، والطوابع. ٦. تستخدم المؤسسات والأجهزة الاتحادية في إقليم كردستان اللغتين."

لابد من الوقوف عند هذا الموضوع، فبالرغم مما تطرقنا إليه سلفاً، اللغة الرسمية شيء وأن تكون اللغة رسمية شيء آخر. أي أن اللغة الرسمية هي تلك اللغة المركزية على عموم الدولة، وأما أن تكون هناك لغات رسمية أخرى فذلك يعني اعتراف الدولة بها وحمايتها ضمن نطاق المطالبة بالاعتراف بها. أي أن بإقرار القانون قيام اللغتين العربية والكردية كلاهما كلغتان رسميتين إنما يعني وجوب التعامل باللغتين كلاهما في مجمل أرجاء العراق وتعلمهما، وهذا ما يجحف حق المناطق غير الكردية الراضية لتعلم الكردية؛ ومن ثم يلزم المناطق الكردية بالاعتراف وتعلم العربية قسراً وهذا ليجر إلى تعريب المناطق الكردية، وتكريد العربية قسراً وبدون مبرر.

وهنا نجد أن اللغة باعتبارها عامل مهم من عوامل التعامل مع العراق، كدولة تتكلم سبع لغات، أو أكثر، فالدستور يعلن مبدئياً اللغة الرسمية السائدة على الجميع، وهي اللغة العربية اعتباراً من المعطيات التاريخية والاجتماعية.

لكن المشروع ومقارنة بتجارب دستورية أخرى؛ مقارنه وقريبة جداً من التجربة العراقية كالتجربة البلجيكية والتجربة الأسبانية، أخذين بعين الاعتبار أن أسبانيا تتكلم خمس لغات وبلجيكا ثلاثة. بيد أن التجربة البلجيكية بالرغم من مقاومتها للزمن منذ ١٨٣٠ إلا أنها تجربة عويصة وصعب التعامل معها في العراق؛ فالدستور البلجيكي اعترف بأن بلجيكا تقسم إلى ثلاث أقسام على أساس اجتماعي، لغوي، وجغرافي صرف، فترك لكل جزء اختيار لغة فتقسمت بلجيكا بالنتيجة إلى بلجيكا فرنسية، بلجيكا ألمانية وبلجيكا هولندية؛ لكن المشكلة التي تتداعى منها بلجيكا اليوم هي فقدان لغة حوار مشترك بين الشعب، حتى في الحوار البرلماني يترجم من الواحد للآخر، وإنما ليصب هذا بالتداول على حقوق أخرى تقدم الدستور بضماتها كحرية البحث عن العمل. لنقارن هذه التجربة بالأسبانية، حيث أن أسبانيا تتكلم سبع لغات، منها اليوم خمسة رسمية، اثنين آخرين غير رسميتين، وأخرى فقط على نطاق تعليمي، يُشرع بتقنينها قريباً. لكن الدستور الأسباني نص على نفس الأساس (الأسبانية هي اللغة الرسمية، يجب على الجميع تعلمها والحق في استعمالها) - المادة الثالثة أ - في هذا ضمن لغة حوار اجتماعي موحد ومركزي للبلد، وبنفس الوقت ضمن حق التنقل للأفراد بين إقليم وآخر بلغة سائدة، رسمية عمومية للجميع. لكن الفقرة التالية بلور الدستور فكرة اللغات المحلية بقوله (اللغات الرسمية الأخرى هي أيضاً رسمية في الأقاليم التي تتحدث بها)، ذلك أن الفقه القضائي الأسباني أجاز التقنين والقضاء باللغات المحلية، حتى إجراءات التمييز التي ترفع إلى المحكمة العليا، يجوز رفعها بلغة الأطراف المتنازعة ضمناً لحقوق المتقاضين، وضمناً إلى أن التفسير القضائي سيجري بلا ترجمة، والتي ربما ستضيق فحوى التشريع. من الجدير بالذكر أن الفقرة الرابعة عشر من المادة الثامنة، على سبيل المثال تحفظ حق المتهم بطلب

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٤. المادة الرابعة من مسودة المشروع حينئذٍ تناولت التعريف الروحي للمجتمع بقولها أن:

" العراق دولة متعددة الأديان، على السلطات العامة حماية الشخصية الدينية والثقافية للأمة. يمتنع على الدولة تسمية دين مركزي لها، على القانون تنظيم مجالس الإدارة الدينية المستقلة لكل دين من أديان المجتمع، على أساس التراكم الأفقي للسلطة الدينية لتمثل جملة السلطة الروحية في الدولة، على الدولة التعاون معها للقيام بواجباتها الروحية بموجب أحكام الدستور وقانون تنظيمه. على الدولة التعاون مع الدين الإسلامي باعتباره شريعة غالبية المجتمع العراقي".

إنما من غير السليم التسليم بحيثية الإسلام كعقيدة لجملة المجتمع، بل مجرد الاعتراف له كونه عقيدة غالبية المجتمع، ومن ثم إلزام الدولة باحترام ذلك. حيث بذلك أخذ لمفهوم المادة ١٦ من الدستور الأسباني لسنة ١٩٧٨، ومغايرة للأفكار العلمانية الفرنسية القاضية بإقصاء العقيدة عن الدولة، وبنفس الوقت مغايرة أفكار تدين السياسة وتسييس العقيدة كما جرى عليه الحال في غالب الدول العربية والإسلامية ليضيع بنتيجة الحال طبيعة الدولة السياسية، وطبيعة العقيدة الروحية. حيث إقصاء أي من المعايير العائمة في المجتمع إنما لهو مناقض لحيثية المبدأ الديمقراطي الذي جاء نص المادة الأولى ليلوّه كمبدأ عميد من مبادئ الدولة.

ففكرة بناء السلطة الروحية هذه تطرقنا لها سلفاً على أساس أن:

"يقوم القانون، بغض النظر عن نوعه، ضمان حرية قيام المدارس الدينية داخل حلبة كل تيار روحاني – أي المدارس الدينية، المذاهب كل داخل ديانتها – بما يكفل تسجيل هذه المدارس كمؤسسات تمثّل روعي لعدد من السكان داخل حلبة كل دين؛ وبما يضمن لها الحرية في إدارة شؤونها الفكرية والتعبوية ضمن نطاق المعاشية الجماعية التي يكفلها القانون. ومن ثم ضمان مبدأ تمثّل هذه المدارس سوية أمام المجلس الأعلى لحكم كل تيار روحي، أي مجلس أعلى لحكم كل دين بمجموع مذاهبه؛ بغية إيجاد مصالحة في القرار بين مختلف تيارات كل دين داخل

---

مترجم يفهم لغته ذلك أن واجب تعلم العربية هو مفهوم عام، لكن للحفاظ على هوية وحقوق كل فئة داخل المجتمع، فلحق كل مواطن أن يصغى له بلغته التي يختارها، سواء كان في السلك الإداري أم القضاء.

داره. ومن ثم ضمان تمثيل كل دين من هذه الأديان عن طريق عدد من الممثلين بما يتناسب مئوياً وعدد معتقي أو تابعي المذهب، من أفراد الشعب، بعدد محدد من المقاعد في المجلس الأعلى للسلطة الروحية. به يتم ضمان تمثيل خصائصي لكل دين من هذه الأديان بناء على اعتبار حكم ذاتي ويتمثيل ذاتي مباشر من بين منظري كل من هذه التيارات. لاحظ: أن التمثيل الروحي هذا لا يقوم على اعتبار جغرافي مباشر، لا ديمغرافي، ولا قومي ذلك أن كل هذه العوامل باتت ممثلة في مجلس العناصر المختلفة، البرلمان الفدرالي. وإنما لا يجدر أن تمثل هذه العوامل مرتين مما قد يخلق حالة عدم توازن في السلطة.

وإن ما نصبو إليه هنا هو توازن في عوامل التمثيل بما يضمن التمثيل المشترك غير المباشر للسكان، تمثيل كمي على أساس نوعي. حيث نخلق هنا مجلس أعلى للتمثيل الروحي، تشرف عليه الدولة كمقرر بلا صوت، لضمان عدم طغيان التيارات على بعضها من جهة، ومن ثم لضمان عدم تلبس الدولة بتيار معين وطغيانها على الباقي من جهة أخرى، بما يضمن لهذه السلطة من إصدار توصياتها التشريعية مباشرة إلى البرلمان الفيدرالي لتصدر كقوانين، وبما تحول من نفسها من جماعة ضغط سياسي ومراقب على عمل السلطة بمختلف قطاعاتها، بضمنها الحق في اللجوء إلى المحكمة الدستورية مثلها مثل سائر السلطات؛ حيثما سننظر للتوازن بين السلطات والمحكمة الدستورية في مبحث قادم. حيث أن المصلحة من استقلال هذه السلطة عن باقي السلطات وطبيعة قيامها كل على حدة تكمن في ضمان عدم تلبس الدولة، مركزياً، بدين معين وترك لكل إقليم الحق في اعتناق دينه بناء على قرار ذاتي صرف؛ بذلك تضمن فصل مركز الدولة عن الدين لكن تغاير معالم الدين في الأقاليم. عظة ذلك أن القرار المتخذ في المجتمعات الصغيرة ينطبع بطابع أكثر ديمقراطية من المجتمعات الأكبر، حيث أن قاعدة القرار يمكن أن تحتل أكبر حجم في مصدر القرار، ألا وهو إرادة المواطن. ومن جانب آخر ضمان أن الأقلية التي لا توافق قرار الأغلبية في الإقليم المعني يمكن أن تنتقل بين أقاليم الدولة بضمان حرية تنقل المواطن، بذلك تكفل عدم تهجير المواطن عن البلد، ومن ثم حرية تنقل الفرد داخل وطن متعدد المعالم. أضف لذلك الخروج من

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

المأزق الفلسفي MGM القائم على فكرة الأغلبية تحكم الأقلية في القرار (Majority Govern Minority)، بينما الأقلية تحكم الأغلبية في التنفيذ (Minority Govern Majority)؛ ذلك انك بفكرة الخصائصية تختزل الأقلية هذه إلى أصغر حجم ممكن، بينما توسع مساحة الأغلبية إلى أكبر قدر ممكن، فالأقلية السنية في النجف تحتل مساحة لا تعد تذكر؛ بينما الأغلبية السنية في الرمادي تحتل المساحة الأكبر... الخ. عظة ذلك الإجمالية تكمن في نشوب سلطة مزدوجة البعد، أفقي من حيث الحكم في الأقاليم كل بناء على إرادته، وعمودي من حيث الضغط على المركز سياسياً بناء على عوامل الحوار والتكافل. أضف لذلك، عامل مهم، وهو أن نوعية القرار الروحاني الذي قد يؤثر في التشريع الإقليمي سيكون أكثر ديمقراطية بناء على نبوعه عن مصدر أصلي حر وليس مستورد من المركز ولا من أقاليم بعيدة<sup>٥</sup>.

٥. تركت مادة أخرى تنظيم النشيد الوطني، العلم وشعار الدولة للقانون الاعتيادي. فبالرغم من أن بعض الدساتير المقارنة راحت تتناول الأمر فتتظمه شكلاً وتفصيلاً، إلا أن أمر تنظيم العلم والنشيد، وحتى الشعار قد يكون ليس بالأهمية السامية لتناوله في مشروع دستور العراق، الذي يشغل الجمعية الوطنية لبناء جملة الدولة وليس الوقوف عند الثنايا الصغيرة، فترك الأمر للمشروع الاعتيادي أوجه لفسح المجال لمغايرة كون العراق بلد حديث الولادة الديمقراطية الأجيال فيه مازالت تتهافت على السياسة والأجدر فسح المجال لنقاش أكبر وأمرن من أن يقفل الأمر بالنص عليه دستورياً.

<sup>٥</sup> أنظر لسامر الناصر بالعربية في مستقبل الدولة العراقية: في الفدرالية الخصائصية والفدرالية المزدوجة، في صحيفة صوت العراق الالكترونية على الموقع:

متوفرة بتاريخ ٢٤ شباط ٢٠٠٥؛ وبالأسبانية أنظر لسامر الناصر في Representacion

Representatividad Y Federalismo Asimetrico En Sociedades Multiculturales، في الجمعية الأسبانية للدستورية، على موقع جامعة Oviedo

http://www.constitucion.rediris.es/simposium/Propuestas/RRF\_AsimetricoSocMulticultural.html، متوفر بتاريخ ٢٤ شباط ٢٠٠٥.



٦. المادة السادسة التي تفتتح الفصل الثاني تحت راية المبادئ الدستورية والجمهورية، كفصل مستقل يتناول الأسس العميدة للدولة على أساسها الدستوري أسما، والجمهوري لقباً. ليتناول حينئذٍ التكاليف الدستورية للسلطات العامة بغية حماية المصالح الفردية والجماعية للأمة، ولتفتتح المادة جملة التكاليف بقولها حينئذٍ:

" على السلطات العامة حماية المصلحة الفردية والجماعية للأمة ضمن الحدود الدستورية، قدسية الحرية الشخصية في التعبير عن الرأي، الصحافة وتلقي الخبر السليم<sup>٦</sup>، التظاهر والاجتماع، المنبر الجامعي، الملكية الفكرية و الفردية، محافظةً على القيم والتقاليد الاجتماعية والثقافية لكل فئة من فئات المجتمع".

<sup>٦</sup> ما تطرقنا إلى تحليل الحق في تلقي الخبر وعدم الإزعاج في قراءتنا لكتاب "الحق في عدم الإزعاج" ل Marc Carrillo، في العدد الأول من مجلة الحقوق الأوربي بالعربي [www.iurieuroarab.net](http://www.iurieuroarab.net)، بالسرد في أن " ما عدا الحق في الحياة، والحق في عدم الخضوع للضرر الجسدي، كل باقي الحقوق محدودة بحدود، وما من حق مطلق غير ذلك في مجمل الفكر الدستوري الحديث. حيثما الحق في الإعلام ما يتجاوز أن يكون ذلك الحق في نقل وتناقل معلومات، أخبار عن وقائع يجود من نقلها منفعة المواطن سواء كانت تلك المنفعة شخصية في معرفة أحوال العالم، أم كانت بهدف الفضول والتطفل على أحداث الساعة. بيد أن حق الإعلام هذا يعمل بمدار لا مغالطة فيه مع الحق في التعبير عن الرأي وذاك في إطفاء الحكم الشخصي على الحدث أو الشيء محل الجدل. محل المغالطة بين الهن والهن، أن دساتير العالم ما طفقت تسعى إلى موازنة الحق في الحياة الشخصية *privacy* في عدم الإزعاج *to be alone*، أو ذلك الذي عرفه الفرنسيون بأن يترك بسلام تلك التي تحتل الحياة الشخصية، حيث فيه حق المعلومات وتناقل الخبر يحتل جزءاً يكاد يكون معدوماً مقارنة مع مجموعة الحقوق الأخرى التي تتوارى في حلبة الحقوق بين الهنة والهنة؛ حيث أن صاحب الحق يكاد يكون له مالك بمعنى حق الملكية وليس حاملاً كباقي أطراف الحقوق. عليه نجد أن غالبية دساتير العالم تسعى لملاحقة المشرع والسلطات العامة لضمان عدم مساس حق الشرف ولا مغايرة معاييرها على حساب الحقوق الأخرى فيما تكمن به الحياة الخاصة من شرف الفرد.

المعلومات، يقول Marc Carrillo هي وظيفة تجر مجمل المجتمع. التكنولوجيا الحديثة الموضوع في مسرح المجتمع من عولمة الأنترنت، ووسائل الإعلام جعلت من المعلومات نتاج تجاري، شركاتي، وفردية يسرد الخبر والرسائل التي من شأنها مساس معالم الحياة الشخصية وربما حتى نقاط الشرف الفردية. تلك مهمة تسعى الديمقراطية الحديثة لسد ثغراتها بموازنة بين ما هو حق الصحافة في حرية نقل الخبر، معرفة الحقيقة، تحليل الموقف، إبداء الرأي المهني المبني على معيار موضوعي أكاديمي، وبين تلك الحقوق المتطرفة في التحليل الشخصي والحكم بناء على معالم الهواء والإرادة الفردية التي يصعب الوقوف عند معايير صوابها أو خطئها المتغاير من فرد لفرد. إنما التشخيص في هذا المجتمع المتحكم به عن بعد، الذي بمعاييرته تتداخل وسائل الإعلام العامة، حيث نجد بأن التلفزيون قد ساهم بفقر عامل الحكم والتحليل الشخصي للفرد الذي دأب على حقيقة الشاشة نافرماً من حقيقة المجتمع وان يحلل بنفسه ما يراه بغير الشاشة. لاحظ أن المحكمة الدستورية الأسبانية استهلكت الفكرة بقول أن تلك الحقوق هي حقوق شخصية للمواطن، وعوامل أساسية في نظام قانوني ديمقراطي داخل مجموع المجتمع - حكم رقم ٢٥ لسنة ١٩٨١. ذلك أن ضمان توازن مجموع هذه الحقوق الفردية بشكل آلي، على حد قول Carrillo لا يقتصر على مصلحة الفرد فقط، إنما على مصلحة الدولة نفسها بهذا التعايش. حيث يفرق البروفيسور García Pelayo بين ما هي حياة خاصة، شرف، وحياة خصوصية

Intima فيقول أننا "نلمس في مجتمعاتنا من جانب تيار يلجأ من الحياة العامة للحياة الخاصة، كواقعه شخصي بعيد عن الواقع الجماعي، ومن جانب آخر نلمس هروباً من الواقع الشخصي إلى ذلك الأكثر خصوصية وشخصية حيث يسمح بتفديس معالم شخصية سراً عن المجتمع والعموم". في الحق في الحياة الخصوصية يجمل حكم المحكمة الدستورية الأسبانية رقم ٥٧ لسنة ١٩٩٤ أنه حق "معلق بشخصية الفرد، ينبض من حق الفرد في الشرف، المتراوح بين مثاقيل مصونة دستورياً من أن تكشف للعموم بناء على معايير تقاليد المجتمع وبهدف ضمان نوعية في احترام الفرد لنفسه كونه إنسان مقدر ومضان دستورياً". إنما المصلحة في صيانة الحق في الشرف والحياة الخاصة على حساب حقوق دستورية أخرى، يقول Carrillo ينطلق من مبدأ أولي في تقديم ضمان دستوري لصاحب الحق في أن ناقلي الأخبار، الصحفيين، مقبدين بإيجاد توازن منطقي بين طبيعة الخبر، نقله للعموم ورد فعل العموم والخصوص فيه، بحيث أن نقل الخبر هذا لا يمثل نقداً للحدث، إنما مجرد نقل بدون إدخال أي معلم من معالم التقييم. المبدأ الثانوي يكمن في تقديم ضمان موضوعي بموجب الدستور لضمان التطور التام للحياة الخاصة وبشكل مستقل عما قد يجر ذلك من ضرر العموم في النقد، التجريح أو حتى الشعور بالمطاردة. المعزيزي من ذلك هو ضمان أن تعبير وخصوصيات الفرد تبقى ممتنة ومغلقة بمعايير غير قابلة للتأرجح على حساب أي معيار خارجي عن إرادة وحكم الفرد نفسه بالرغم من أن واقع مجتمعاتنا الحديثة، نجد كل تصرف اجتماعي يتأرجح بين العديد من معالم الحكم والتداخل بين العام والخاص.

نجد أن ظهور الحق في عدم الإزعاج، كمصطلح نابع من تقييم الفرد القائم على تحليل معالم رفضه الداخلية لما قد يجر من معرفة العموم لخصوصياته بالرغم من حق العموم في الحصول على المعلومة، والصحفي في نقل الخبر، لكن ذلك الحق يتقدم لضمان استقرار الفرد بشعور داخلي بعدم وجود تلك المطاردة التي قد تجر للإزعاج. حيث أن حقوق الشخصية هذه في بداية قيامها، يقول Carrillo كانت حقوق اعتبارية على أنها قيمة قانونية عديمة القيمة الاقتصادية، استقرت طوال عهود في الطبقة البرجوازية التي كانت تسعى لضمان وجودها في الحياة العامة وابتعاد خصوصها عن العموم؛ حيث لعبت دوراً حيوياً بالوصول لتطور تلك الحقوق من ذلك التقييم وصولاً لإعتبارها كحقوق ملكية فردية ذات قيمة قانونية كغيرها من الحقوق الموجودة على أرض الواقع المرئي. حيث هنا عمل التطور الفكري للمجتمع الإنجليزي في القرن التاسع عشر، لقيادة فكر هذه المرحلة لتستقر في معايير فردية فرضت على الدولة البقاء على سطح وجودها، وتغليفها من الخارج لحمايتها من أي تداخلات أو تبدلات اجتماعية.

الخصوصية Privacy الشخصية والعائلية جاءت لتحتل محل درع أمام الدولة للتدخل، حيث تحولت إلى صفة اجتماعية، جرت إلى تعريف كل ما هو عام اعتباراً مما هو خاص في حياة الفرد. حيث بلور التعديل الرابع لدستور الولايات المتحدة الأمريكية وما تلتها من شروحات لتحديد معالم ما هو عام داخل ما هو خاص في شروح Warren و Brandies في ١٨٩٠. حيث أن الدفاع عن معالم الحياة الخاصة عما كان يعتبر كتدخل في خصائص الحياة الفردية حصل على نصيب الأسد في فكر المحكمة العليا للولايات المتحدة، ينقل Warren تلك المفاهيم على أنها: ١. ضمان الحق في الحياة الشخصية والشرف لا يعتبر عائق أمام نقل ما هو مصلحة للعموم. بناء على ذلك توجد بعض الموضوعات، التي بالرغم من كونها حياة خاصة، لكن لوجود مصلحة عامة في التعرف عليها، خصوصاً إذا ما كان محل الحق محل مسؤولية سياسية قيادية في المجتمع، بناء على وظيفة أو مهنة معينة بحد ذاتها هي وظيفة معروضة على شاشات المجتمع بلا قيود. حيث كل تصرف يقوم به الفرد حينئذٍ يعتبر محل حكم وتعليق وحق في تعرف العموم على حذافير تلك الخصوصية، بينما لا تكمن للعموم أي مصلحة في التعرف على خصوصية أي فرد مجهول داخل مجمل المجتمع؛ هنا يجب التفريق بين مشهوري المجتمع وبين عمومه كمجهول داخل عامة الناس؛ حيث تشغل الحياة الخاصة للفرد المجهول مساحة محدودة جداً بحدود من حوله بينما تتجاوز مساحة غيره من مشهوري المجتمع إلى عموم الحياة الاجتماعية ومصطلحتها في التعرف على دقائق تلك الخصوصيات. ٢. الحق في الحياة الشخصية لا يمنع الحق في تناقل المعلومات، بالرغم من وجود درع الحياة الشخصية، إذا ما كان في نقل الخبر مصلحة عامة، وكان ذلك النقل محدوداً بحدود القانون في نقل المعلومات الحساسة بمصادقية وموضوعية غير قابلة للنقد المسبق لا من قبل الناقل ولا المنقول غيره؛ أي أن نقل تلك المعلومات مباح إذا ما كان ذلك النقل يهدف إلى وضعه أما عموم محدود كالبرلمان، القضاء الخ. ٣. الحق في الحياة الشخصية لا يكمن بمنح أي تعويض مادي لصاحب الحق إذا ما كان نقل ما هو خاص يتم بطريقة شفوية، دون تجريح أو التسبب بضرر خاص. أي أنه لحماية حرية التعبير، التجاوز بطريقة

شفهية يعتبر محدود الاعتبار مقارنة مع غير من وسائل النقل، إلا إذا تسبب بضرر. ٤. حقيقة الخبر المعلن للمعوم حول الحياة الخاصة، من كذبه لا يعتبر ذا أهمية قانونية؛ ذلك أن المسألة لا تكمن في حقيقة أو كذب الخبر المنقول، إنما في مقدار الضرر الناجم عن الإعلان عن ذلك الخبر كونه ماساً بحياة خاصة. بناء على ذلك الحقائق الإعلامية والثاني في نقل المعلومات لا تعفي عن المسؤولية المدنية الناجمة عن نقل خبر بعيد عن مصلحة المعوم، أو يمس حياة فرد مجهول داخل الحياة العامة. ٥. الحق في الحياة الخاصة ينقض بموافقة صاحب الحق. ٦. مجهولية ناقل الخبر الكاذب *animus injuriando* لا تعفي عن المسؤولية.

كل ذلك، ينقل Carrillo يؤسس نفسه في الولايات المتحدة، بينما يتوجب الانتظار إلى أواسط القرن العشرين للعثور على أوائل خيوط النظرية في أوروبا بناء على الاستيراد الأمريكي. حيث بدأت مفاهيم الدولة الاشتراكية، معايير نظير هيغل، ماركس التي ضربت في المجتمع الديمقراطي، ابتكار مفاهيم جديدة للحقوق والحريات كلها جرت إلى بلورت الحق في الحياة الخاصة ليس اعتباراً من الحق في الشرف، ولا الحق في الاستقرار الذاتي إنما اعتباراً من حق الفرد نفسه بصيانة معايير الذاتية.

التغاير الفقهي حول الموضوع نشب فيما إذا أعتبر الحق في الشخصية والحياة الشخصية حقاً شخصياً أم ذا معيار آخر. التيار الراض لذلك أعتبر أن طبيعة الحق في الشرف أو الحق في الحياة الشخصية يقوم على أن هذه الحقوق تنراوح بمعايير علاقة الفرد بالشيء، بيد أن كلاهما يتفق في نفس الشخص صاحب الحق. بنظرة معاكسة إعتبر الحق في الشخصية كحق داخلي للفرد، داخل شخصيته نفسها، وليس خارجي عنها، ولا يمكن نزعه عنها كغيره من الحقوق التي يمكن التلاعب بمسئولتها بموجب التأقلم القانوني. الفكرة تقوم إذا على حق شرط على أساسه تقوم نتيجة التمتع بحقوق أخرى ذات معايير موضوعية؛ إنه حق عديم المعايير الاقتصادية إذاً. ومن معيار آخر في قيامه يكمن معيار التمتع بحقوق اليوم أصبحت أكثر شهرة كحقوق الإنسان، وحقوق الفرد مقابل الدولة؛ حيث أن كلها حقوق تقوم على معايير حقوق الفرد داخل نفسه من أي تغاير أو تنافر خارجي قد يؤثر في طبيعة توازن حق الشرف، الحياة الشخصية والحق في الشخصية حينئذ.

الخلاف الفقهي في معالم وطبيعة حق الشخصية لم توقف عجلة تطور هذا الحق، ولا الوقوف عنده، إنما جرت إلى اعتباره حق أساسي في المجتمع كحق شخصي داخل حيز القانون العام جر الدولة والمجتمع قاطبة للتوقف عند حدوده. بناء على ذلك طبيعة تحليل هذه الحقوق أصبحت معيار لمعايير حقوق أخرى بالرغم من دستوريتها، أو أساسيتها كالحق في الصحافة، إبداء الرأي، الحقوق التجارية والشركائية، العمل؛ الخ؛ مما جر من اعتبار هذا الحق إلى تأسيس معالم ومصالح متداخلة في المجتمع لا بد من فرز هذا الحق قبل غيره عند الرضوخ لأي نزاع ذات طبيعة دستورية. حيث أن طبيعة المصطلح، الحق في الشرف، لا يمكن أن يكون مشار إليه من قبل المشرع بطريقة عشوائية، ولا مطبقة لضمانه؛ ولا يمكن أن يكون كذلك، ذلك لتعلقه بمفهوم مفتوح من جانب وغير قابل للجدل بالتناول عليه من جانب آخر - حكم رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٤، المحكمة الدستورية الأسبانية. ذلك لأن يصل اعتبار الحق في الحياة الشخصية إلى معايير ابعده من المعايير اللغوية المغلقة، مثل " الحق في إقامة وتطوير علاقات مع أفراد آخرين بدون تدخل العموم"؛ الحق بضمان سرية المعلومات الطبية؛ الحق في اختيار الاسم بطريقة مستقلة عن القرار والرأي العام. وبالرغم من وجود بعض المثاقيل القانونية في المثال الأخير، الوارد عن حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان TEDH بتاريخ ١٩٩٤/٠٢/٢٢، فإن بعض القوانين تراعي أن لا يكون في أسم المسمى ما يجر ضرراً ذات طبيعة شخصية على مستقبل الطفل محل التسمية، أو أن يكون معنى الاسم مجهول التعابير، سيء المغزى، أو أن يكون هناك خطأ كتابي، موضوعي في الاسم. أن التطور القانوني الذي قادته المحكمة الدستورية الأسبانية في أسبانيا، وصل إلى درجة تحديد معايير وشروط للحفاظ على الحق في الحياة الخاصة من جهة وتنظيم طرق الدخول إليه من جهة. نلاحظ أن الحكم رقم ١٣٤ لسنة ١٩٩٩، يتطرق إلى شروط التداخل مع هذا الحق في أن تكون أربع- ١. أن يكون التداخل منصوص عليه بموجب القانون بطريقة واضحة، سلبه بحيث يسهل على الأفراد اتخاذ الحيطة والحذر المسبق قبل الشروع بأي تصرف. ٢. أن يكون مغزى التشريع هذا واضحاً. ٣. صلاحية الإنطاط بالتداخل ضد هذا الحق يجب أن تكون محصورة بالقضاء، غير مجازة للإدارة بشكل قطعي، وإجازة القضاء يجب أن تكون مسببه وقابلة للطعن. ٤. أن يكون تطبيق أن مبدأ للتداخل ضد الحق في الحياة الشخصية مبنياً على أساس المقابلة بالمثل والعلاقة السببية.

و في الحق في الإعلام في الدولة الديمقراطية من الملاحظ أن في الدول حديثة الديمقراطية خطوات التطور بدأت من حيث القضاء على الحكم المسبق على الأفكار، نقل المعلومات، برامج التلفزة ووسائل الإعلام؛ بالقضاء على كل تلك السبل القانونية التي كانت الإدارة تسلكها في التقيض من الحقوق والحريات ذات المعالم

الديمقراطية؛ الخطوة بدأت من حيث إلقاء القبض على الإدارة إذًا. لاحظ أن الدستور الأسباني عالج الفكرة في المادة ٢٠,١ بقوله: يُعترف ويُحمى حق التعبير عن الرأي ونشر الأفكار بحرية عن طريق الكلمة، الكتابة أو أي أسلوب نقل فكري للأفكار. هذا بينما تنطرق الفقرة d من نفس المادة إلى انه: يُعترف ويُحمى حق الإعلام وتلقي المعلومات بحرية وصحة بأي وسيلة للنشر والإعلام. القانون ينظم جملة شرف المهنة وسر المهنة في سبيل القيام بتلك الحريات.

كلا المؤسستين يقوم على أساس نقل الأفكار والأحداث، لكن لهذا السبب بعينه نجد أن كل منهم يتمتع بقائمة مستقلة بعينها. حيث الحق في التعبير عن الرأي كما رأينا يسعى لضمان حق التعبير عن الرأي ونشر الأفكار بحرية عن طريق الكلمة، الكتابة أو أي أسلوب نقل فكري للأفكار بينما حق الإعلام يكمن في الإعلام وتلقي المعلومات بحرية وصحة بأي وسيلة للنشر والإعلام. من هنا نفهم بأن الإعلام يكمن في نقل ما حدث على أرض الواقع بمسؤولية حقيقة الخبر، بينما التعبير عن الرأي يتأرجح من فرد لآخر بناء على معيار دليل كل منهما في التعبير عن فكرته ونقل ما يصبو إليه. بينما سكين صحة المعلومات وصدق الخبر يحكم ناقل الخبر تحت المسؤولية المزدوجة بين تأديبية وجنائية؛ بالرغم من أن نقل الخبر قد يتلوث بمعيار النقد مما يحوله إلى تعبير عن رأي، بذلك تنطرق المحكمة الأسبانية لتفويض السلطة القضائية بمتابعة كل حالة على حدة لمعرفة مقدار ومعاينة الشيء بالشيء ولمراجعة ميزان الواحد مقابل الآخر.

هنا بدعة المشرع الأسباني سبقت في الفقرة الثانية من المادة ٢٠ آفة الذكر بمنع أي نوع من أنواع الرقابة المسبقة على المطبوع، وسائل الإعلام، وسائل تناقل الأفكار، وأي من طرق الانتشار داخل المجتمع؛ مهمة جرت إلى إطلاق سراح الأفكار لتتناقل بعد قيود العهود الدكتاتورية التي اعتادت على السطو المسبق على الفكر ومعايرة كل نظرية قبل خروجها للعموم. حيث علل الحكم ١٨٧ لسنة ١٩٩٩ أن كل مداخلة إدارية بأي نوع كانت لمعايرة كل ما يصدر عن الروح بهدف نقله للعموم يعتبر عملاً غير دستورياً مما قد يجر إلى نقد وحكم مبدئي صادر من السلطة على مضمون الفكرة قبل العموم. طبيعة الحق في التعبير عن الرأي، تناقل الأخبار والمعلومات؛ تعتبر في المجتمعات الكلاسيكية من الحقوق الأساسية للحرية؛ ذاك أن الحق في تناقل الأخبار، لا يترك أن يكون حق مزدوج الوجه، فمن جانب هو حق شخصي في الحرية، التعرف على مجريات الأحداث ومعرفة تفاصيل الحقائق ومن جانب آخر أنه حق موضوعي يساعد على بناء مجتمع ديمقراطي ورأي عام ناضج عن طريق هذه الأخبار، الأفكار، النقد والرأي المتناقل؛ لهذا نجد له هذه الوضيفة المزدوجة في المجتمعات الديمقراطية الحديثة، حيث بات يلمس مهمة اجتماعية لتنمية وبناء الدولة أكثر من أن يكون حق شخصي في الحرية الفردية. بينما ترفض المحكمة الدستورية الأسبانية في حكم 6/81 STC أن يكون حق الإعلام حق محصور في فرد معين، حيث تشيع هذا الحق بشكل عام بين فاعل ومفعول به، رافضاً قطعياً حصر حق الإعلام وتناقل المعلومات بالصحفيين بموجب مهنتهم الصحفية واحتكارهم المهني لهذا الحق، حيث تترك عامل تحييد لوجود المهني الصحفي في ناقل الخبر، بينما لا تحصره قسراً؛ به الدستور الأسباني والمحكمة نفسها تترك حق ممارسة الإعلام وتلقي الخبر حق عام يمكن لأي فرد طبيعي أم معنوي في المجتمع ممارسة دون قيد أو شرط؛ بالحدود المحددة دستورياً: صحة الخبر، موضوعيته، وقيمه الفعلية للعموم. حيث تقوم هنا قائمة حقوق مهنية جانبية لحماية حق الإعلام هذا، من جانب ضمان حرية واستقلالية الإعلامي أمام مؤسسته التي يعمل فيها، حيث يمكن له تقديم طلب الاستقالة وإنهاء خدماته حالما تظهر تغيرات موضوعية في منهج المؤسسة الإعلامي وإستراتيجية العمل بما يتعارض مع ميثاق المهنة، وتيار الصحفي الفكري، حيث اعتبرت المحكمة الدستورية الأسبانية هذا التغير كسبب قانوني لإنهاء العقد المهني تحت تعويض قانوني مثله مثل الطرد من العمل بلا سبب. ومن جانب آخر حق الصحفي في سر المهنة؛ حيث فيه يقول المجلس الأوربي سنة ١٩٧٤ إن الحق في سر المهنة الصحفية يكمن في "حق الصحفي في أن يرفض التصريح بأي معلومات عن صاحب الخبر المتناقل، حتى أمام المؤسسة الإعلامية التي يعمل فيها، وأمام آخرين من سلطات عامة وقضائية"، دون حدود لذلك الحق حيث أن الصحفي معفى من المسؤولية الجنائية حالما يرفض الشهادة أمام القضاء حفاظاً على سر مهنته الصحفية.

الأمر أننا نجد أن المشرع لم يكتف بالحديث عن ضمان الحق في التمتع بحياة آمنة، بعيداً عن الإزعاج والتدخل، وفي أن يترك المواطن بسلام؛ إنما راح لأبعد من ذلك بحصر صلاحيات وسلطات القضاء والإدارة أمام تلك الحقوق. حيث نجد أن الفقه الدستوري الأسباني تناول، على سبيل المثال، موضوع الأدلة الجنائية

والإثبات القضائي فيما يتعلق بالحياة الخاصة ومداخلتها. يرد الحكم الدستوري STC 207/1996 في موضوع استئصال بعض من الشعر لأجراء الفحص الطبي العدلي للتأكد من سلامة المتهم من تناول الهيروين المخدر في تهمة الجريمة ضد الصحة العامة؛ والحكم رقم STC 7/1994 في قضية أجراء الفحوصات البيولوجية للتأكد من الأبوة وصحة النسب. ومن ثم راحت المحكمة الدستورية بأجازة استئصال الشعر، ومعطيات أخرى من الجسد البشري لأجراء الفحوصات العدلية اللازمة ضد المتهم بجريمة ضد الصحة العامة، تلك الأجازة بالرغم من تداخلها ضد معطيات المادة ١٥ من الدستور الأسباني بتحريم أي تداخل خارجي ضد الجسد البشري، إلا أن المحكمة اعتبرت من ضرورات الموقف وحاجات القضاء للحصول على الدليل الشرعي القاطع ضد المتهم بجريمة تعاطي وتداول المخدرات المعتبرة كجريمة ضد الصحة العامة. مجيزة بنفس الوقت أجراء كل تلك الفحوصات الطبية، والحصول على العينات اللازمة من إدرار، خروج، شعر، زفير، أظافر... الخ مما من شأنه المساعدة باستئصال الأدلة الجنائية اللازمة في قضية معروضة أمام القضاء. وحتى تلك الإجراءات التفتيشية على جسد الإنسان عن طريق الأشعة التشخيصية، السونار، الفحص المبدائي للأعضاء التناسلية مما يكفل الحصول على الدليل القضائي ويضمن بنفس الوقت عدم التداخل وحرمة الإنسان محل الفحص حيث أجازت تلك الفحوصات، وتناول تلك المعلومات حصراً على القضية المعروضة محل النزاع، محرمة برمجة تلك المعلومات في ملفات الكترونية بهدف استخدامها في قضايا أخرى. على أساس اعتبارات قضائية ضيقة في (١) الحاجة الدستورية في التدخل؛ (٢) ملائمتها مع عنصر المشروعية؛ (٣) الوجود القضائي في التدخل؛ (٤) التصريح القضائي المسبب؛ (٥) توفر عنصر المعايير مع الضرر الناشئ والقضي محل النزاع. بينما نجد في الحكم رقم STC 7/1994 المحكمة الدستورية في تناولها لقضية أجراء الفحوصات البيولوجية للتأكد من النسب وصحة الأبوة، حيث تقيم المحكمة عدة عناصر قانونية لأجازة الفحوصات من حيث (١) لا يعتبر متعارضاً من الحقوق الفردية ولا متضارباً من حرمة الإنسان أجراء تلك الفحوصات الطبية من قبل طبيب شرعي متخصص لهذا الغرض؛ (٢) يجب أن تكون هناك رخصة قانونية وضعية في القانون تجيز النتيجة المتوخاة من ذلك الفحص؛ (٣) وجود مصلحة دستورية واضحة في النتيجة المتوخاة من أجراء تلك الفحوصات والحصول على تلك الأدلة الطبية للقضية المعروضة، بحيث يجب التأكد من استحالة الحصول على تلك الأدلة دون أجراء تلك الفحوصات، وتحريم هذه الفحوصات حال توفر طريق آخر غير ذلك الطريق الذي يتداخل وحرمة الإنسان محل التحليل الشرعي المطلوب؛ (٤) ومن ثم تحريم إجراء تلك الفحوصات حال وجود أدنى مانع طبي أو احتمال ضرر صحي على الشخص محل الفحص حال إستئصال الدم لأجراء ذلك التحليل؛ (٥) وأن تكون تلك الرخصة القضائية مماثلة مع النتيجة العدلية المطلوب الحصول عليها، في القضية محل النزاع.

من جانب آخر يتناول الحكم STC 234/1997 موضوع الرضوخ لإجراءات الإدارة، الشرطة، في تحليل الدم، التنفس للثبوت من تناول الكحول على سائقي السيارات في الطريق العمومي. حيث تعترف المحكمة أن تناول الكحول أو عدمه يعتبر موضوعاً بحثاً من حياة الفرد الشخصية لا يجوز التدخل فيه ولا الإعلان عنه إلا من قبل الفرد نفسه أو بقبوله الصريح، بينما في موضوع سيطرة المركبات، إجراء تلك الفحوصات الطبية على الطريق العام، ومن قبل الشرطة بدون إذن قضائي مسبق يعتبر عملاً قانونياً لا يضر بحرية الفرد ولا طبيعة عدم الإزعاج والحياة الفردية كون تلك الإجراءات تقوم على أساس الحيلولة دون قيادة المركبات تحت ضغط المخدر الممنوع بموجب قوانين المرور، أي وجود هدف قانوني مسبق، ومن ثم لحماية المصلحة الجماعية في أمن الطرق وهي مصلحة أعلى من مصلحة الفرد، لذا تعتبر المحكمة هذا التدخل غير معارضاً مع الحياة الفردية ولا حرية الشخص وسلامته الجسدية.

وبالرغم من الحرية التي أطلقها المشرع الدستوري الأسباني فيما يتعلق بالحياة الاقتصادية، حرية العمل، واستقلالية المؤسسة الاقتصادية؛ إلا أن تلك الحرية لا تعد مطلقة، عندما مقيدة بتلك القيود التي تحتم احترام الفرد، العامل من حيثياته الإنسانية، وملكيته في شخصية إنسانية مستقلة وأمينه بعيدة عن أي تدخل أو إزعاج. ولجد في قمة هذه العوامل استقلالية الفرد العامل وحصانته ضد التحرش الجنسي الذي قد يلقاه من قبل أبواب العمل وزملائه في العمل مما قد يجره إلى القيام بتصرف معين مقابل استقلاليته في العمل، استقرار أو زيادة راتبه، مقابل علاوة معينة، أو عدم إخضاعه التعسفي لعقوبة ما. حيث يشير بيان المجلس الأوربي بتاريخ ٢٩ أيار ١٩٩٠ إلى إن التحرش الجنسي هو كل تصرف "شاذ، غير مرغوب فيه، قد يجر إلى خلق جو متوتر، ساخن في العمل مما قد يضر بشكل وبأخر في هناء الفرد العامل". فيه تشير المحكمة الدستورية الأسبانية بحكم رقم STC 224/1999 إلى انه كل تصرف، معاقبة، إشارة أو تلميح بشكل مباشر أو غير مباشر يجر إلى تأجيج

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

عبرة التمييز في التكليف بين المصلحة الفردية والجماعية هي ليست عفوية ولا لغوية، إنما لها مهمة تقديم الفرد ومصالحته الفردية على المصلحة الجماعية التي تأتي لتصب تفصيلاً في المصلحة الفردية، ومن ثم لتنتج تراكمًا عن الجماعية، أي بالضبط ما هو عكس النظرية الماركسية، وبالأصل ما هي النظرية الناشئة عن Rawls في الحقبة الثانية من القرن العشرين. من ثم ليس لتعترف بحريات أساسية في التعبير عن الرأي، الصحافة، المنبر الجامعي، الملكية الفكرية والفردية، وإنما لتقدس هذه الحقوق، أي اعترافاً بوجود هذه الحقوق بشكل سالف على قيام النص الدستوري، ومن ثم الدولة، وإنما النص الدستوري هنا يعمل فقط على تقديس هذه الحقوق ومن ثم تكليف المؤسسات العامة بتقديسها، وليس فقط حمايتها وضماتها، لكن هذا التقديس يبقى معلقاً على المحافظة على القيم والتقاليد الاجتماعية والثقافية لكل فئة من فئات المجتمع، إعتباراً من أساس قيام الدستور للأعراف بمختلف فصائل المجتمع وتعابيره من فئة لأخرى، لتتغير الأحكام والأعراف من إقليم لآخر، أي أن مبدأ التعليق هذا يحيل الصلاحية للأقاليم، وليس لمركز الدولة. عبرة الإحالة هذه تكمن في حماية المعايير الإقليمية الخاصة والحد من جنوح إقليم على آخر في مركز الدولة أخذاً بفكرة التكوين من الأسفل للأعلى وليس من الأعلى للأسفل، فالدولة تقوم تراكمًا، ولا تقوم دفعة فجائية واحدة لتتهافت تنازلاً.

٧. المادة السابعة راحت تتناول المبادئ الدولية التي تتناول حقوق الإنسان لضمها

للنص الدستوري بالقول:

"الدستور يقوم على المبادئ العامة للقانون الدولي التي تحمي حقوق الأفراد على

أساس إعتبارها حدودها عليا والتي تضمن حقوق فوق المنصوص عليها في هذا

روح الكراهية والشعور بعدم الاطمئنان في متابعة العمل يعتبر تصرفاً مرفوضاً دستورياً يجب الحد منه. حيث كل تصرف يجر الضحية للمثول بأي شكل من الأشكال بدون قبول نفسي ومقاومة داخلية يعتبر تجاوزاً على حرمة الضحية في أدق وأحرج منافذ الاستقلال وعدم الإزعاج إلى وهو الحق في الحرمة الشخصية والجنسية. أضف لذلك عامل حرية أرباب العمل في متابعة وضبط عمالهم، تعتبره المحكمة الأسبانية من التصرفات المحدودة بقانون غير المطلقة، حيث نجد حكم المحكمة الدستورية STC 98/2000 في قضية الميكروفونات وكاميرات المراقبة الأمنية في مقر العمل التي وجهت على موقع المحاسب كأجراء أمني رقابي على الخزينة، اعتبرته المحكمة تصرفاً متجاوزاً لحدود الرقابة بسبب شعور المحاسب برقابة مستمرة مما قد يجره إلى شعور داخلي بعدم الاطمئنان وعدم الحرية الشخصية. بينما يعاير الحكم STC 186/2000 قضية وضع كاميرات مراقبة على عدد معين من جبابه مركز تجاري بسبب وجود عجز نقدي في الحسابات مما جر إلى وجود شبهة في أحد الجبابه؛ المحكمة تجيز التصرف حينئذ لمصلحة الحصول على الدليل اللازم والملائم مقابل لمس هذا العجز من قبل شخص معين من الجبابه ولافتقار وسيلة أخرى للحصول على الدليل.

الفصل، الحقوق المضمونه في هذا الدستور هي حقوق غير منتزعة، منتهكة ولا قابلة للتضييق. المواثيق وإعلانات حقوق الإنسان الدولية المصادق عليها من قبل العراق المنظمة لحقوق الإنسان والمواطن تشكل جزء لا يتجزأ من أجزاء الدستور بعيد إقرارها ونشرها في الجريدة الرسمية".

جدوى وفكرة هذه المادة تكمن في الاعتراف بتلك النصوص والإعلانات الدولية التي تكلف الحكومة بالتوقيع عليها، ومن ثم البرلمان بالمصادقة عليها لتعمل بقوة النص الدستوري، وليس بقوة النص القانوني الإعتيادي، لتتغايير كونها نصوص لمصلحة أعلى من الحقوق المذكورة دستورياً، لكن هذا الضم محصور بأن تكون تلك النصوص ذات ضمانات أعلى من المذكورة دستورياً، تفادياً للتقليل من الحقوق المذكورة دستورياً لحساب الاتفاقات الدولية. ومن ثم ليتدارك النص حماية الحقوق هذه ليس فقط حماية مطلقة جوفاء، وإنما بتفصيل الحماية هذه على إنها غير منتزعة، منتهكة ول قابلة للتضييق. إنما لإيجاد حد دستوري فاصل أمام المشرع ضد نزع الحقوق، وضد السلطة لإنتهاك الحقوق، وضد الغير من التضييق عليها بشكل منفصل ومنفرد. عبرة التمييز هذه تكمن بتكليف المشرع الإعتيادي بالعمل على تجريم كل من هذه التصرفات على حدة، ومن ثم العمل على إيجاد أصول حماية قضائية ذات نطاق خاص لكل منها وبناء على مدى الخطر المحدق بكل حالة من هذه الأحوال.

٨. المادة الثامنة من النص راحت تفهرس جدول الحقوق الأساسية التي يعلن الدستور جدولها ليس حصراً، وإنما قسراً كأسس دنيا للحقوق المشار إليها في المادة السالفة، حيث لم يكتفي الدستور بضم النصوص الدولية وإنما بالإفصاح عنها تفصيلاً بالقول:

أولاً: الدستور يضمن الحقوق الأساسية التالية:

أ- حقوق الأفراد في الحياة والحيلولة دون أي عائق عن أن يلد الإنسان يحيا ويموت حرّاً مكرماً<sup>٧</sup>.

<sup>٧</sup> حق الفرد في الحياة إنما هو غير قابل لأي شكل من أشكال التضييق، ولا حتى القصر كما فعل مقنن قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٣ بالحجر على هذه الحق فقط للعراقيين، إنما حق الأفراد هو مطلق لكل إنسان بحكم كونه إنسان. وإنما إفصاح هذه الحق بأن يلد الإنسان يحيا ويموت مكرماً ليس مجرد نص مطلق، إنما ليحد من مسألة الإجهاض، والموت المعجل، اللتان أتفق الفقه والعرف القائم في العراق على تجريم كل

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ب- حرية إختيار العقيدة وممارسة شعائرها دون أي شكل من أشكال التضييق. يمنع التمييز بين فرد وآخر بسبب جنسه، عقيدته، عرقه، أصله القومي، لونه، لغته، نسبه الاجتماعي، اللغوي، أو إتجاهه الفكري يمنع التحقق من أي مواطن بناءً على ذلك<sup>٨</sup>.

ج- المساواة المطلقة بين الرجل و المرأة.

د- الحق في العدالة واللجوء إلى القضاء، المعرفة الدقيقة بأي تهمة توجه، الحق في الدفاع. لا يجوز الحكم على فعل لحظة وقوعه لم يكن ممنوعاً، يجب على القوانين الإجرائية ضمان عدم وقوع أي حجر على الحق في الدفاع أو تضييع الفرصة في الدفاع و ضمان عدم الإلتفات عن أقوال أي طرف من أطراف النزاع. لا يجبر أحد للإدلاء ضد عقيدته، دينه، أصله الاجتماعي أو نسبه. يمنع الاعتراف ضد النفس<sup>٩</sup>.

هـ- الزمن الأقصى للحجز هو ٤٨ ساعة، مسبقاً بتصريح قضائي مسبب و مطعون فيه في زمن أقصاه ٧ أيام اعتيادية. الحد الأعلى للحجز الاحتياطي لا يجوز أن يتجاوز ٦ أشهر في أي حال من الأحوال<sup>١٠</sup>. الحجز الاحتياطي جائز فقط في الأحوال الجنائية. يمنع الحجز الاحتياطي بسبب الرأي السياسي، الانتماء الحزبي

---

منهما، ومن ثم للحد من إمكانية جنوح المشرع المستقبل على هذه الأفكار بالسماح بالإجهاض أو بالموت المسبق بغير الإرادة السامية.

<sup>٨</sup> حرية العقيدة هذه إنما أتفق الفقه هو الأخر عليها، والتكليف هنا بمنع أي شكل من أشكال التمييز إنما بتجريم حفل الديانة والقومية المذكور في الوثائق العامة العراقية، وحتى أمر تعريف الأفراد على هذا الأساس، بل إنما الحصر يقوم على أسس تعدادية عامة دون إقامة إي تعريف فردي للديانة والقومية بين مواطن وآخر. ولأن بلد ينتظر السلام الاجتماعي والمساواة بين أبنائه يجدر به الوقوف عند هذه المبادئ وتداولها لا أن يقبض حكومات على أسس الإنتماء والتبعية الوثنية.

<sup>٩</sup> الحق في العدالة<sup>١٠</sup> واللجوء إلى أفاض المحدد قانوناً إنما لهو حق أصلي للفرد وسبب أساسي لقيام الدولة، إيجاد العدالة وفض النزاعات التي قد تنشأ عن تضارب المصالح الفردية داخل المجتمع. وإنما ضمانات الإجراءات القضائية لتهيئة لازمة على الدولة لبلوغ عدالة سليمة موضوعية، وما هذه المبدأ بجديد على الفكر العراقي، إنما جاء به حمورابي قبيل ٤٠٠٠ سنة، إنما نسي العراقيون تاريخهم.

<sup>١٠</sup> إنما أمر حرية الأفراد والحيلولة دون التعسف الإداري في النيل من الحرية الفردية وحقوق الموقوف لتهيئة أمور تعارفت عليها قوانين العالم وما هي بجديدة على قوانين الأصول العراقية، إنما تناسى قانون إدارة الدولة الأمر وتجاوز عليه ليتركه بفارغ قانوني بين قانون إدارة الدولة وبين قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي الخالي بحد ذاته من ضمانات الأمن القانون لعدم تحديده مدة دقيقة للحجز الأولي قبل المثول إلى القضاء. لذا وتماشياً مع التجارب المقارنة يجب دستورياً ضمان الحد الأقصى للحجز الأولي ومن ثم الاحتياطي وعدم ترك الأمر للمقتن الاعتيادي في قانون أصول المرافعات مصلحة بحماية الحرية الفردية.



المدني، الديني، الطائفي، الاجتماعي، أو الديون المدنية. الدستور يضمن الحق لكل محجوز للتعرف على أسباب حجزه، إعلام ذويه، والحق بتوكيل محام ومترجم أن لم يفهم اللغة المتعارف عليها خلال أول ساعتين من الحجز<sup>١١</sup>. للجميع الحق في الحرية والأمن. على القانون تنظيم إجراءات حماية الحرية الشخصية بموجب إجراء Habeas Corpus ضماناً للحريات الفردية<sup>١٢</sup>.

و- حرمة المسكن لا تنتهك إلا بموجب إذن قضائي فردي ومسبب أو في حال التلبس في الجرم، للجميع الحق في حرمة المسكن، حرمة النفس، الشرف و المظهر.

ز- نظام الصحة العامة مجاني، لجميع المواطنين الحق فيه. الضمان الاجتماعي عام، مضمون لجميع العراقيين. القانون يحدد السياق الإلزامي للانتماء له.

ثانياً: الدستور يضمن الحقوق المدنية التالية:

- أ- حرية الانضمام للأحزاب السياسية، تكوينها، إدارتها، انتقاد ومعارضة السلطة، ضمن نطاق الدولة القانونية، حماية المصلحة العامة، استخدام الكلمة السلمية، التعبير؛ لا يجوز منع أي اجتماع عام سلمي. يجب على أي من يرغب التظاهر إبلاغ السلطات مسبقاً لحماية مصالح المارة والمتظاهرين. القانون ينظم حق التظاهر والاجتماع العام.
- ب- حق الرجل والمرأة في تكوين العائلة، الزواج، وثمره الحياة في الإنجاب والسعادة العائلية، على الدولة حماية ذلك بكونه إحدى أسباب قيام المجتمع.
- ج- حرية النقابات العمالية، التي تقوم عملية الحوار بين الحكومة، العمال، وأرباب العمل.

<sup>١١</sup> إنما في حق المحجوز في المحامي والمترجم لهي حقوق أصلية لم يبتازع عليها الفقه المقارن قط، وخاصة في الدول متعددة اللغات. فما بال الكوردي المعتقل في المناطق العربية وما بال العربي المعتقل في المناطق الكردية؟ فبالرغم من أن المشروع الحالي تطرق بالنص على لغة وطنية موحدة كواجب للتعرف عليها، ومن ثم للغات محلية كحقوق لممارستها، إنما الأصل للمواطن اللجوء إلى لغته المحلية في أي إجراء يمس ذاته وحرية، وعدم التلاعب بين واجبة بمعرفة اللغة الوطنية وحقه في لغته المحلية. فللكوردي المعتقل في البصرة الحق في مترجم يفهم لغته وينقلها في حال الدفاع، وللعربي في زاخو مثل ذلك.

<sup>١٢</sup> إجراء Habeas Corpus هو إجراء قانوني غير اعتيادي بموجبه يجوز للموقوف بشكل غير قانوني تجاوز الحد الأقصى لتوقيفه دون عرضه على القضاء، أو لذويه باللجوء إلى القضاء بناء على إجراء Habeas Corpus حيث بموجبه يأمر القاضي بالتحري على الموقوف في كافة دوائر الدولة الخاضعة لسلطانه بغية مثول الموقوف أمامه والمسئول عن توقيفه بشكل غير قانوني، وبهذا ضمان إطلاق سراح الموقوف من جانب وخضوع كامل سلطات الدولة للسلطة القضائية وعدم إفلات أي منها في فراغ قانوني قط.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

- د- حرية المواطنين في التنقل، إختيار المسكن، العمل داخل الأراضي الوطنية، الدخول والخروج من البلاد.
- ه- العراقي بالأصل لا يمكن أن يطرد من العراق، منتزع من الجنسية العراقية أو ممنوع من الدخول للعراق لأي سبب كان.
- و- تحرّم مصادرة الأموال والحقوق عشوائياً. على القانون تنظيم التملك القسري لصالح المصلحة العامة مقابل تعويض عادل وتحت إدارة قضائية.
- ز- تحرّم الأوسمة الشرفية، الأنواط التمييزية، للسلطات العامة منح الأنواط والأوسمة العلمية بناء على مبادئ الإعلان المسبق، المساواة في المنافسة.
- ح- للأجانب في العراق الحقوق الطبيعية التي يضمنها الدستور للمواطنين. الدستور يحتكر الحقوق السياسية للمواطنين. القانون ينظم حق الأجانب في العراق، حماية انصهارهم الاجتماعي وحق الجنسية.
- ط- الجنسية العراقية هي الشهادة الفردية لكل عراقي من أبوين عراقيين، بغض النظر عن المولود في العراق أم خارجه. الدستور يحمي حق ازدواج الجنسية إذا سمحت به الجنسية الأخرى بالمثل.
- ي- لا رجعية للقوانين الضرائبية ولا الجزائية.
- ك- سرية الاتصالات البرقية، الهاتفية و الالكترونية. للقضاء الحيلولة دون ذلك في حالات فردية ومحددة.
- ل- تمنع المحاكم الخاصة ومحاكم الشرف<sup>١٣</sup>.
- م- النظام القانوني للإدارات العامة و السياق الإداري الموحد، حماية المصالح الفردية و الجماعية الشرعية مقابل الإدارات العامة و التعسف في السلطات، القوانين

<sup>١٣</sup>المحاكم الخاصة، إنما تعارف الفقه على قبول البعض ورجم الآخر. أي أن المحاكم الخاص مقبول منها ما قام على أساس جسامه الجرم بغض النظر عن المجرم، بل تطبيقاً لنفس القوانين الأصلية والإجرائية النافذة في المحاكم الأخرى قبل قيام الجرم، وحال التحقيق؛ أي بعدم عزل هذه المحاكم الخاصة عن طبيعة التقاضي العام في محاكم العموم. من المحاكم الخاصة ما رجم الفقه هي تلك المحاكم التي تقام بعد وقوع الحدث، على أساس طبيعة الحدث والمجرم، وبإجراءات خاصة ليست تلك المعول بها في جملة المحاكم، وبضمانات غير الضمانات المعتمدة في المحاكم الاعتيادية، لذا رجمها الفقه بسبب خروجها عن القواعد القضائية بالنظر لمصلحة المتهم. أما محاكم الشرف فهي تلك المحاكم الصورية التي تعارف عليها الماضي العراقي التي تقام بشكل مستعجل خارج دار العدالة، وبغير الإجراءات المعتادة في عموم المحاكم، ولتجاوزها على حقوق الأفراد ومصالحهم إنما رجمها الفقه المقارن جملة وتفصيلاً.

الإدارية تنظيم علاقة الأفراد بالإدارات<sup>14</sup>. القضاء الإداري مضمون دستورياً، وسيلة للتحرك من مشروعية الأعمال الإدارية مع القانون والدستور، وحماية المصالح الفردية تجاه ذلك، رادعا ومقوماً<sup>15</sup>.

ن- التعليم الإلزامي على الجميع حتى سن الرشد المحدد بإكمال الثامنة عشر من العمر. التعليم مجاني إلى أقصى المراحل المعترف بها جامعياً. القانون ينظم قطاع التعليم الخاص، بهدف فسخ المجال للمنافسة البناءة للمصلحة العامة. على السلطات العامة مراجعة المناهج الدراسية، والتدقيق منها ومعادلتها بموجب القانون لضمان الحد الأدنى للنوعية<sup>16</sup>.

س- حق جميع العراقيين البالغين سن الرشد، في العمل بشكل متساوٍ لائق بقدرات كل فرد؛ على السلطات العامة ضمان العروض الملائمة للعمل للجميع. القانون ينظم العمل، الاستراحة الاعتيادية، السنوية، سن التقاعد الإجباري، وصندوق الدخل المضمون. للمواطنين الحق في الضمان الاجتماعي في حالة العجز، العوق الدائم

<sup>14</sup> الوضع الإداري للإدارات العامة العراقية والعمل على إصلاح الإدارة بتحويلها إلى سلطة مهنية تقنية ومسح الطابع السياسي عنها، فصل الإدارة المهنية عن السلطة السياسية التنفيذية، ومن ثم العمل على صيرورة نظام إداري موحد تعتمد عليه إدارات الدولة المركزية وإدارات الأقاليم على حد سواء لهي مهمات لا يمكن لأي مشروع دستوري مستقبلي للعراق من التغافل عنها ولو مرحلياً. إنما صيرورة نظام إداري موحد لمجمل الدولة لا يحول دون نظام الحكم الذاتي الإقليمي، إنما لهو ضماناً لا مفر من مساواة المواطنين بين إقليم وآخر.

<sup>15</sup> القضاء الإداري، بالرغم من المحاولات المتعثرة لمشروع العراق السابقين من إقامة نظام قضاء إداري مستقبل إلا أن أمر القضاء الإداري العراقي بقي بين المشروع وإيقاف التنفيذ. بيد أنه من الجدير بالذكر اعتماد مشروع إصلاح جذري للبنية القضائية العراقية جملةً، بإيجاد قضاء إداري مستقل كقيل لفض النزاعات بين إدارات الدولة من جهة، وبين هذه والإدارة الإقليمية المستحدثة من جهة، وبين كل تلك والأفراد من جهات أخرى. مشروع الإصلاح إنما يجب الأخذ بعين الاعتبار إيجاد قضاء إداري على درجات متغايرة بناءً على طبيعة الإدارة المتنازع والمتنازع معها، ومن ثم طبيعة التنظيم الإداري لكل إقليم، ومن ثم ضمان قيا قضاء إداري ذا طابع وطني ينظر بتلك الشؤون الوطنية العليا، مرسوم كله بقضاء إداري ينظر بالطعون المقدمة ضد درجات القضاء السالفة نفسها على وجه الاستئناف والتمييز. إنما محكمة القضاء الإداري الحالية القائمة على أساس محكمة واحدة لهي معارضة أولاً لمبدأ التوزيع الإقليمي للسلطة من جهة، ومن ثم حق المتنازع باللجوء لأكثر من درجة قضائية للنظر بنزاعه من جهة أخرى.

<sup>16</sup> إنما فرض التعليم الإلزامي لحين بلوغ سن الرشد ما هو بجديد لا على العراق ولا على الفكر القانوني، إنما مخلفات الظروف العراقية من حروب وأزمات سياسية سخرت المواطن لخدمة الدولة، وتطور شخصيته على حسابها مما حطت بالنتيجة بالمواطن ومن ثم بالدولة نفسها؛ لذا يجدر بالمؤسس الجديد للدولة العراقية مراعاة النهوض بأزمة الثقافة والأخلاق في المجتمع العراقي عن طريق فرض تعليم إلزامي لحين بلوغ سن الرشد من جانب، ومن ثم الإفراج عن قطاع التعليم الحكومي بجعله مجاناً، وليس التوقف عند هذا فحسب بل بالعمل على فسخ المجال للقطاع الخاص بالدخول ومنافسة القطاع العام بغية الوصول إلى جودة في النوعية التعليمية من جانب، ومن ثم مراعاة المعايير الاجتماعية التي يأتي المؤسس لينصّبها في دولة الأقاليم. وإنما فرض حد أدنى للتعليم تراقبه الدولة ليفتح الباب بمصراعيه لتطور التعليم أفقياً، ومن ثم ضمان أرضي دنيا لمناهج التعليمية.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

أو المؤقت. القانون يحدد الدخل الأدنى المضمون لكافة الأفراد للعيش بكرامة في حالة البطالة أو العجز؛ والمراجعة السنوية لمعاشات العجزة، المعوقين والمتقاعدين لضمان الحياة الكريمة للمواطنين في سن التقاعد و العجز.

ع- الخدمة الاجتماعية مضمونة لكافة أفراد المجتمع.

ف- العراقيون سواء أمام القانون والحقوق في فرص العمل العام، بناء على أسس الكفاءة، الخبرة والأهلية بعد اجتياز الاختبارات اللائقة، العلنية والعادلة؛ ولهم الحق في الترفيع الأصولي لأعلى المناصب المتوفرة بموجب القانون.

٩. مادة أخرى لنتناول التكاليف الدستورية للمواطن حيث تنطرق بالنص على أن: "على العراقيين واجب الدفاع عن حرمة العراق الوطنية، سيادة الدستور و الدولة القانونية. لا يجوز تكليف العراقي بأداء الخدمة العسكرية رغما عنه وقت السلم. تحرّم الخدمة العسكرية الإلزامية. بالغي سن الرشد ممكن أن يكلفوا بأداء خدمات للدفاع المدني لمصلحة المجتمع بمدة زمنية لا تتجاوز في أي حال من الأحوال تسعون يوماً".

حيث هنا تنفادى الخط المسرحي الذي أوجده المؤسس الأسباني بنصه على أن المواطنين "حق وواجب الدفاع"، إنما على المواطن واجب الدفاع إن اقتضت الضرورة، وحق تقديم الخدمة العامة على صفة التطوع. مغزى ربط حق المواطن بالدفاع عن السيادة الوطنية بالدستورية سيجرنا فيما بعد لتناول التكاليف الدستوري بإقامة محكمة دستورية لمقاضاة المشرع وفسح المجال أمام المواطن لمراقبة أعمال السلطة التشريعية بغية الوصول إلى المشروعية التامة، والقدسية غير المتنازع عليها للدستور داخل الدولة القانونية. بيدما مغزى منع التكاليف بالخدمة العسكرية الإلزامية في غير وقت الحرب إنما يجر السلطة فيما بعد إلى إقامة قوات مسلحة مهنية محضة تعمل على صيانة حدود الدولة وعدم التنازع مع الأجيال الجديدة في أن تخدم البلد والمجتمع ليس على أسس عسكرية إستراتيجية كما خلته تجارب الماضي، إنما على معايير أكثر موضوعية وثمرة للبلد نفسه؛ أصل الفكرة هذا موجود في غالب الفكر الدستوري الغربي حالياً إعتباراً من معطيات اقتصادية عملية، ومن ثم اجتماعية موضوعية أكثر جدواً مما عليه النظام السابق بفرض التجنيد الإلزامي.

١٠. ومجارة للخطة السالفة بتناول التكاليف الدستورية يجدر تناول التكاليف ذات الطابع الإقتصادي بالنص على أن:

"على الجميع المساهمة بالمالية العامة لتنمية صندوق التطور الوطني و الاقتصادي. الثروة الوطنية تعبر عن ثروة جميع الشعب لتوجه للمصلحة العامة، المنحة الملائمة للإدارات العامة للقيام بالمهام المناطة بها بناءً على حسن الإدارة والتصرف لضمان التوازن الاقتصادي والمالي للبلاد<sup>١٧</sup>. القانون ينظم الملكية العامة والجماعية بناء على معايير عدم قابليتها للتملك، التحديد، عدم قابلية ملكيتها للسقوط بالتقادم، عدم قابليتها للحجز والمصادرة بضمنها المياه الإقليمية، أراضي الوطن غير المملوكة لأحد، الأجواء الإقليمية، المصادر الطبيعية، التاريخية، المعالم الثقافية، الحضارية والأثرية، وكل ما من شأنه خدمة المصلحة العامة بعين أو بفرض القانون. على القانون حماية الملكية العامة للدولة، التصرف بها، وتداول استخدامها لحساب المصلحة الجماعية. لا يجوز التنازل عن الملكية العامة بغير قانون. على القانون تنظيم الإلتزامات العامة التعاقدية وغير التعاقدية<sup>١٨</sup>. الدستور يقر إمكانية تكوين مؤسسات القطاع المشترك لخدمة للمصلحة العامة ضماناً للمركزية ولتحسين نوعية الخدمة العامة لمصلحة المواطن"<sup>١٩</sup>.

١١. ودون تناسي حرية القطاع الخاص، والحرية المؤسساتية للتجارة وتقرير سبل الإستثمار الإقتصادي بين قطاعات الخدمة العامة والخدمة المشتركة عن طريق

<sup>١٧</sup> عبارة الأمر هنا القول بأن مالية مجمل الدولة من مواردها الطبيعية هو ملكية جملة الدولة العراقية، وليست ملك الأقاليم، حيث أن جميع الأقاليم لتتقاسم حصصها بناء على مشروع الميزانية والمساواة بين مختلف الأقاليم ليس على أساس ما دفعت للميزانية، إنما على أساس حاجاتها الموضوعية، ولتمكين سلطاتها الإقليمية من القيام بمهام عملها على أحسن وجه.

<sup>١٨</sup> إنما إحالة أمر تنظيم الإلتزامات العامة للقانون لهو أمر لا مفر منه في النص التأسيسي، بيدما الإشارة بالقول "الإلتزامات العامة" وليس الإلتزامات الإدارية لمغزاه يلم كل ما صفتها عامة من سلطات قضائية، تشريعية، إدارية وأي سلطة قد توجد في المستقبل تحت نفس ضلال الحكم الدستوري وفي نفس سلة الإلتزامات؛ عبارة الجمع هذه إنما تكمن في توحيد شخصية المسؤولية العامة ونظامها أمام المواطن من جهة، ومن ثم سد باب الإفلات لأي مؤسسة من هذه المؤسسات تحت أي ذريعة من الإلتزام.

<sup>١٩</sup> عبارة النص هنا تكمن بالعمل على إيجاد قطاع خدمات اقتصادية ذا طبيعة مشتركة المالية، لضمان مشاركة القطاع الخاص بإدارة المرافق والخدمات العامة من جهة، ومن ثم سيطرة الدولة على المرافق الحيوية بطبيعة غير احتكارية، ومن ثم فسح مجال المنافسة بين القطاع العام والخاص وليس بفتح الباب على مصراعيه تلافياً لأضرار الخصخصة غير المبرمجة، والاحتكار الحكومي غير المنافس.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

مخصصة كلية أو جزئية لقطاعات الخدمات العامة بناء على أسس ومعايير اقتصادية وطنية لجملة الدولة.

١٢. يجب عدم تناسي التآرجح بين تكليف السلطات العامة مهمة حماية البيئة ومن ثم ضمان أن للجميع الحق بالعيش في بيئة سليمة بقولها:

"على السلطات العامة حماية البيئة، الصحة العامة و نظافة العمل؛ استخدام الوسائل الطبيعية لمنفعة العموم. للجميع الحق بالعيش في بيئة سليمة والعمل بشروط إنسانية".

عبرة الدمج هذه بين تكليف السلطات بحماية البيئة، جعلها حق للمواطن إنما تهدف إلى عدم ترك التكليف هذا بغير مستفيد ولا مطالب، أي إلزام بغير حق. فبهذا يفتح الباب للمواطن بالطعن بتصرفات السلطات العامة، مراقبتها ومطاردتها بغية بلوغ العيش ببيئة سليمة بين إدارة مسئولة عن كفالة ذلك، ومواطن له الحق للمطالبة بذلك؛ أي أن التكليف لهو تكليف للمشرع الاعتيادي للعمل أولاً على إعداد قانون حماية البيئة يفسح للمواطن بنفس الوقت فرصة الطعن بتصرفات السلطات عن عدم القيام بالتكليف، ومن ثم منحه حق المطاردة والمطالبة بالمسؤولية، أي أن أي ترك للإهتمام بالبيئة إنما يحول محل التولي عن المهمة الدستورية، وبالنتيجة تتجاوز على الحكم الدستوري نفسه؛ تكليفه حينئذٍ للإدعاء العام نفسه لمطاردته والحيلولة دون إفلاته من المسائلة.

١٣. العلاج التالي للمشروع لا بد له من تناول الثروة الفكرية، التاريخية والثقافية للمجتمع، ليتطرق حينئذٍ بالقول أن:

"على السلطة العامة حماية الثروة التاريخية، الثقافية و الفنية للعراق مشجعةً على حمايتها، تطورها و صيانتها على أساس كونها حق وملكية لعموم المجتمع".  
ربط أمر الملكية الفكرية والتاريخية بكونها حق للمجتمع إنما يكلف مهمة حمايتها المدعي العام من جهة، والمنظمات المناطة عن المجتمع لحماية الثروة التاريخية والفكرية، وبنفس الوقت ضمان بلوغها لكل فرد من أفراد المجتمع على أساس طبيعة ملكيتها الجماعية. حيث سنرى فيما بعد طبيعة تنظيم هذه الإدارة وتقاسمها بين المركز والأقاليم حيثما سنتطرق لصلاحيات كل منهما في فصل قادم.

١٤. المادة الثالثة عشر، كخاتمة للفصل الثاني هذا راحت تتناول الكفالات الاجتماعية بقولها أن:

"السلطات العامة تعمل على تأهيل الشباب للحياة الاجتماعية، السياسية، الاقتصادية والعملية. السلطات العامة حماية المتخلفين عقلياً تجاه تأهيلهم الاجتماعي والمهني ملفتة لهم عناية خاصة. الدولة تمارس وصاية من لا وصي له".  
وإنما لفي ذلك من دلائل إنسانية وتكاليف من المؤسس للسلطات العامة وللمشرع الاعتيادي أساسها الدولة الاشتراكية وحماية مبادئ السلام والتكافل الاجتماعي التي يصبو المؤسس إقامتها في دولة العراق الجديدة.

١٥. الكتاب الثاني من المشروع إنما يعنون نفسه بعنوان السلطات الدستورية، ومن ثم ليفصل فصله الأول في الدولة. دليل التفصيل هذا كما قلنا سلفاً، إنما المشرع التأسيسي لهو سالف على قيام الدولة، وإنما وجود فصل خاص تحت هذا العنوان لهو ضروري لبلورة الفكرة بالمشروع بتأسيس دولة جديدة بموجب النص الدستوري نفسه؛ أي أن الدولة لهي مجرد خليق من خلائق الدستور، والدستور نتيجة من إرادات المجتمع الذي تقوم على أساسه الدولة نفسها. وعليه تتطرق المادة الأولى من هذا الفصل بالإعراب عن ماهية الدولة من الأسفل للأعلى بقولها أن:

"الدولة تتكون من الولايات، المدن، الأقاليم، والدولة المركزية؛ ضماناً للمشاركة الفعالة للمواطنين في الحكم، قرب السلطات من الشعب، التعاون بين السلطات و اللامركزية".

١٦. بعيد التعريف الأنف تسترسل المادة الخامسة عشر بافتتاح الفصل الثاني تحت عنوان الحكومة والإدارة. إنما لتمييز بين ما هو حكومة وما هو إدارة. فإنما الإدارة لهي مجرد ذراع تنفيذي ذا طابع مهني تحت سيطرة الحكومة المتقلبة سياسياً من عهد لآخر. تصرفات الإدارة مسئولة ومعالجة قضائياً في كل حال من الأحوال، بينما تصرفات الحكومة معالجة سياسياً في البرلمان والانتخاب العام؛ ميدان الحكومة تنظيم الإدارة وبرمجة عملها، بينما ميدان الإدارات

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

مراعاة مصالح الأفراد والقيام بالمهام العامة. ولهذا فإن المادة المعنية تهلل فقرتها الأولى بالنص على أن:

"رئيس الحكومة ينظم بين الإدارات العامة خدماً للمصلحة العامة بفعالية، شرعية، مشروعية، حسن التصرف، لامركزية بهدف سلاسة الخدمات العامة للمواطنين، بطاعة تامة للنظام والقانون. مديراً للسلطات العامة، الإدارة المدنية والعسكرية للدولة المركزية، السياسة الخارجية، حماية الهيئة الوطنية والدستورية، وله صلاحية إصدار الأنظمة بناء على مبادئ القانون والدستور".

بيدما تتناول الفقرة التالية تعريف الإدارة بحد ذاتها بالقول أن:

"الإدارة تقوم على مبدأ السلطات المحصورة بالنظام القانوني المؤسس بموجب الدستور، ليرجح لها المشروعية بناءً على مبدأ المسؤولية المادية والشخصية في عملها. على الدولة توفير الأفراد والمعدات المادية للإدارات العامة للقيام بالواجبات المناطة بها دستورياً. على القانون كفالة حماية الأفراد التامة من تصرفات السلطات العامة التي تسبب لهم أضراراً مادية أو معنوية. القانون ينظم مالية الدولة التي بموجبها تلزم بتعويض الأضرار التي تلحقها بالأفراد. الإدارات العامة في الخارج تعمل بناءً على الصلاحيات المناطة بها دستورياً، بخدمة السلام، تطوير السياسة الخارجية العراقية، التجارة الخارجية، المصالح العراقية في الخارج، تخدم وتحمي مصالح العراقيين في الخارج مرجحاً عودتهم للوطن كهدف مركزي؛ على كافة الإدارات العامة تهيئة الخدمات الأكثر عناية للعراقيين العائدين من الخارج مسهلة انصهارهم الاقتصادي والاجتماعي والعائلي في العراق".

١٧. المادة التالية هي التي تتناول بناء رأس السلطة السياسية في الدولة عن طريق هيكله هيئة أو مجلس رئاسي مكون من أربعة أعضاء نيابة عن الأربعة أحزاب ذات الأغلبية البرلمانية، وبشكل غير مباشر، مستتر، نيابة عن الأربعة أقاليم الأكثر تقلباً في الجملة السياسية للدولة. أي أن الأعضاء الأربعة هؤلاء يمثلون فقط الأحزاب الأربعة ذات الأغلبية البرلمانية المنتالية، لا يمثلون بشكل مباشر إقليم ولا آخر ضمن جملة الدولة على أساس شخصي، وإنما طبيعة التمثيل لهي موضوعية على أساس الأغلبية البرلمانية الديمقراطية. فإنما بالأخذ بفكرة التمثيل



التي إبتكرها مشرع قانون المرحلة الانتقالي لهي جالبة للحرج، فماذا وإن كان ممثل إحدى الأصناف عديم التمثيل البرلماني؟ ومن ثم كيف يمكن التمييز على أسس عرقية وطائفية وبنفس الوقت يسعى المؤسس لإقامة عدالة ومساواة ومسح كل أشكال التمييز الطائفي. فلأن الأخذ بطريق التمثيل هذا لمصلحة جماعية موضوعية تترك باب التطور الديمقراطي مفتوحاً بإيجاد أحزاب وكتل سياسية تمثل مصالح جملة المجتمع، وليس بالعمل على تكثف الجماعات السياسية وتقعورها داخل الأصول العرقية والدينية كما ألزمها مشرع المرحلة الانتقالية، ومن ثم سد الباب أمام أي شكل من أشكال الأحزاب السياسية الوطنية، الموضوعية والتحررية للعمل لصالح المصلحة الواحدة وليست المجزئة الشخصية. بحيث تنتدب هذه الهيئة أحد أعضائها لمدة سنة واحدة غير قابلة للتجديد لمنصب الوزير الأول لممارسة صلاحية رئاسة الوزارة، أي السلطة التنفيذية بعد طرح مشروعه السياسي على مجلس العموم طالباً الثقة فيه، ومن ثم ليمارس صلاحيات الحكومة بالتضامن مع وزرائه المنتدبين من قبله من غير البرلمانيين، وليمارسوا سلطاتهم بمسؤولية مباشرة أمام البرلمان نفسه عن تصرفاتهم السياسية وأمام القضاء جراء تصرفاتهم الإدارية. أي أن مغزى الفكرة هي الفصل بين الوزير الأول كسلطة سياسية مباشرة منتخبة، والوزراء الآخرين كسلطات إدارية منتدبة، تصرفات الوزير الأول هي ذات طبيعة سياسية غير قابلة للمراجعة سوى أمام مجلس الرئاسة والبرلمان، بيدما سلطات الوزراء ملحقة بالإدارات العامة مراجعتها خاضعة لسلطات القضاء والمراقب الشعبي العام، وهو ما سعيماً لإقامته وتحليله في المادة السالفة. بحيث أن الوزير الأول، أو رئيس الحكومة، لنسمة كيفما إتفق، مسمى من قبل رئيس مجلس الأعيان وليس من قبل شخص آخر، كون رئيس مجلس الأعيان يمثل المجلس البرلماني الإقليمي الممثل عن جملة أقاليم البلاد، أي يمثل سمو وحدة الدولة الجغرافية، وإنما تسمية الوزير الأول للدولة يجب أن تصدر عن هذه الشعبة البرلمانية بعد نيله الثقة من قبل عموم الشعب في برلمان العموم؛ فلا يجوز أن تتم تسمية الوزير الأول هذا من قبل الهيئة الرئاسية التي رشحته أصلاً لرئاسة الوزارة،

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ففي ذلك تعارض في الحكم والمنطق، فكيف للهيئة الرئاسية أن ترشح شخصاً، ومن ثم تعود لتعلن تنصيبه؟ وبنفس الطريقة رئيس مجلس الأعيان بموجب حكم القانون الأساسي نفسه هو من يقيل الوزير الأول، يعزله بعد سحب الثقة عنه، أو ينهي مهام عمله بتنصيب آخر بدلاً عنه، فمن يجد السلطة هو نفسه من يستأنفها، أو حتى يلغيها.

١٨. المطرق الآخر من مشروع القانون المؤسس هو ما يقوم على تأسيس المختبر التقني للدولة، مجلس شورى الدولة. على أساس الاستفادة من كل الخبرات التقنية، الأكاديمية، وأعضاء مجلس الرئاسة السابقين بدون صوت، عن طريق هذا المجلس تقدم الإستشارات الأستثنائية للحكومة عن تصرفاتها الإدارية، وللإدارات العامة عن قراراتها الإدارية. آراء هذا المجلس إنما يجب العمل على أن تكون ملزمة لعموم الإدارات في الأمر المعروض، وإستثنائية للحكومة في القضية المرفوعة. طريق التمثيل في هذا المجلس يجب أن تكون متساوية بين مؤسسات الدولة العليا، أي أن ينتخب مجلس الأعيان فئة، النواب أخرى مساوية، ومجلس الرئاسة أخرى مثلها من بين أعضاء الهيئة القضائية، الإدعاء العام العراقي، محامو العراق المتمرسين وأساتذة القانون العراقي بحيث أن يكون هذا المجلس النواة التقنية، الأكاديمية الحقيقية المسندة للهيكل التنفيذي للدولة جراء القيام بمهام الحكم، ومن ثم العمل على الاستفادة من أعضاء مجلس الرئاسة السابقين كأعضاء دائمين بغير صوت يستفاد من خبرتهم السياسية وللحيلولة دون إبعادهم النهائي عن الحياة العامة. وهنا يجب مراعاة أن لا يدور مجلس شورى الدولة مع الدورة البرلمانية نفسها حتى لا يتأثر بالتأثير السياسي المسيطر على الدولة، بل يجب أن تكون مدة التسمية في هذا المجلس مرة ونصف مثل مدة الدورة البرلمانية لضمان مغايرة البرلمان لمجلس شورى الدولة، واستقلال هذا عن ذلك؛ وليرأس المجلس عضواً منتخباً من أعضائه بتسمية الوزير الأول تحت لقب المستشار العام للدولة. عبرة أن يسمى المستشار العام من قبل الوزير الأول تكمن في أن طبيعة عمل هذا المجلس هي مجرد إستثنائية للحكومة، ملزمة للإدارات الخاضعة للحكومة نفسها. وبضمانة قيام

قانون السياق الإداري الموحد لتنظيم أصول رفع الإستشارات الإدارية لهذا المجلس وطبيعة الإجراءات الإستثنائية؛ ومن ثم ضمان قيام مجالس إستثنائية مستقلة داخل الأقاليم بموجب قوانينها الإقليمية على أن تعتمد نفس هيكلية المجلس هذه.

١٩. الفصل الثالث من باب مؤسسات الدولة هذا ماله من مفر إلا بالتطرق إلى المؤسسة التشريعية للدولة، أي السلطة التشريعية. وليستهل نصه بالحكم على عدم إمكانية الجمع مع مهمة أخرى إضافة للبرلمانية بالقول أنه يمنع على البرلماني تولى أي مهمة قضائية، إدارية، عسكرية أو أي كان شكلها في إدارات الدولة والقطاع الخاص مما يتعارض وحيثيته البرلمانية. ومرادفاً لمبدأ المنع هذا يسرد النص طبيعة الحصانة البرلمانية في إمكانية توجيه التهم إلى مختلف سلطات الدولة من مستشارها، وزرائها إلى مختلف قطاعاتها، إلا ما تداخل منها وصلاحيات برلمانات الأقاليم؛ وللتذكير بنفس الوقت بصلاحيات البرلمان التشريعية وخلق مبدأ السلطات المقيدة بالدستور والقانون حصراً وقسراً وللحيلولة دون الصلاحيات التقديرية للإدارات على مختلف أصعدة وقطاعات الإدارات العامة. إنما على المؤسس إقامة غرفة تمثيل شعبي في المجلس على هيئة مجلس العموم لتمثل الشعب العراقي على أساس سكاني، وطني غير مميّز بيه بتحديد مقاعد برلمانية موازية لإمكانية النمو السكاني في العراقي في الحقة القريبة القادمة، فلا ضير من حصر المقاعد في ٢٥٠ إلى ٤٠٠ مقعد برلماني للنياية عن عموم الشعب العراقي. ومن ثم إلى جانب هذه الغرفة القيام على خلق غرفة برلمانية للتمثيل المؤسساتي، الإقليمي والمعايير الوطنية المختلفة؛ غرفة البرلمان الثانية هذه يمكن تسميتها بالأعيان صفة عن النياية العينية فيها. ومن ثم العمل في أن تمثل فيها مختلف المعايير الوطنية بشكل متساوٍ، أي السماح لكل محافظة عراقية أن تبعث عيناً مستقلاً ينوب عنها في المجلس، أي ثماني عشر عيناً؛ ومن ثم فرض التمثيل لكل إقليم من أقاليم البلاد الأربعة التي أعتمدها التقسيم الإداري الحديث للعراق، أي الشمال، الوسط، الفرات والجنوب ليعتد كل إقليم عينان نياية عنه؛ وبالنتيجة الحصول على ثماني أعيان نياية

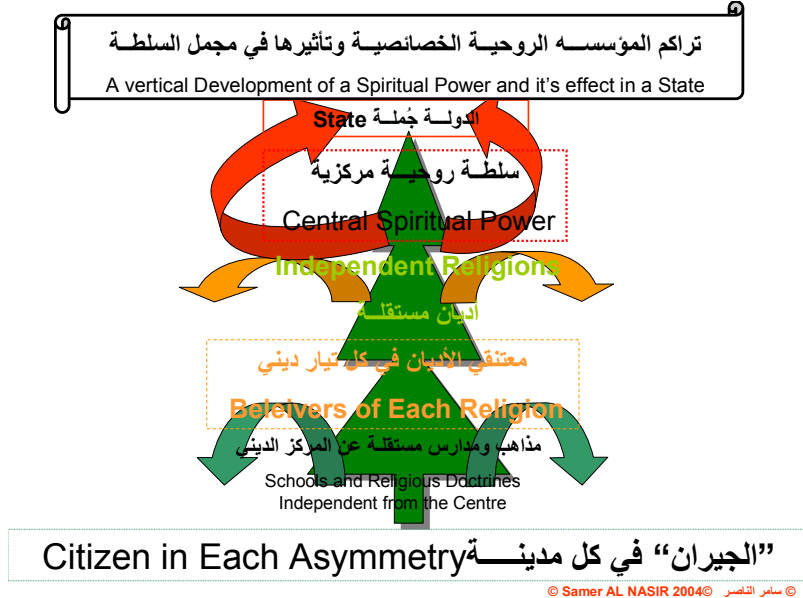
دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

عن الأقاليم الأربعة بالتساوي؛ أضف لذلك أعيان ذا سمة فخرية للمؤسسات الوطنية السامية، أي المجلس العالي للبحث العلمي العراقي، مجلس رؤساء الجامعات العراقية، والأكاديميات الوطنية للغة، الفقه والتشريع، العلوم السياسية و الفنون الجميلة واحداً عن كل من هذه المؤسسات؛ إي المجموع خمسة أعيان عن هذه المؤسسات. عبرة التمثيل الجغرافي المغاير هذه تكمن في أن لا تطغى إرادة مدينة على أخرى بحكم كثافتها السكانية ومن ثم ضغطها التمثيلي في مجلس العموم بالشروع بقرارات قد لا تراعي مصالح مدن أو أقاليم أخرى وإن اتفقت؛ ومن ثم عبرة أن تمثل المحافظات منعزلة، ومن ثم الأقاليم نفسها بغير المحافظات لتكمن في فسح مجال التمثيل لأصغر المصالح الوطنية والأقليات مما قد لا يجد لنفسه محلاً في الأقاليم نفسها، فألوان العراق شتى والنزول عندها، والعمل على تمثيل كل منها بعدالة صعب بغير هذا المفهوم. وأما مبدأ فسح المجال للتمثيل للمؤسسات الأكاديمية غير الشعبية فعبرته إطلاع سمة التقنية والموضوعية على الغرفة البرلمانية العليا، فإنما يخدم وجود ممثل عن الأكاديمية العراقية للتشريع وجود صوت تقني على كل فكرة تشريعية أو سياسية قد تطرح، وممثل الجامعات هو الآخر بنفس المعيار، واللغات، والفنون... الخ.

٢٠. إنما يجدر بمؤسس الدولة العراقية الجديدة الابتعاد عن السمة الروحية في تأسيسه للدولة، لكن بنفس الوقت مراعاة عدم إقصاء العقيدة عن المجتمع، فإنما المجتمع العراقي بمختلف طوائفه لهو مجتمع متمسك بعاداته وتقاليد الروحانية بغض النظر عما كان منها إسلامية، مسيحية، صابئانية، يزيديّة،... الخ. فإنما الخط بين السياسة الدين لهو شتم للدين نفسه فليس مهمة رجال الدين الحكم، وإنما دخل رجال الدين حلبة الصراع السياسي دفاعاً عن المصالح المؤسساتية للعقيدة، ومن ثم غرقوا في السياسة بسبب عدم الدراية. إنما يجدر احتضان العناصر الروحية بغرفة برلمانية ثالثة تمثل المعايير الروحية للمجتمع على أساس التمثيل المباشر للمؤسسة نفسها ومن ثم لمعتني كل عقيدة بطريقة غير مباشرة. أي العمل على بناء سلطة روحية مدرسية من أسف التمثيل الشعبي

لأعلاه تصاعداً للوصول إلى سلطة تمثيل عقائدي مركزية بناء على قاعدة شعبية غير مباشرة، لكن بتمثيل مصلحي للمؤسسة بشكل مستقل تماماً<sup>٢٠</sup>.  
٢١. بعد تفصيل مؤسس الدولة للمؤسسة التشريعية لابد من تناول مؤسسة حماية الحقوق، أي المؤسسة القضائية. بحيث ضمان كون القضاة هم فقط أعضاء السلطة القضائية في العراق، مستقلين عن كل السلطات، خاضعين للدستور والقوانين، مستبدين السلطات من الشعب وباسم الدستور يحكمون القضاء؛ لا يجوز لهم الانتماء لأي حزب سياسي، تولى أعمال الحكم، إقامة المؤسسات التجارية ولا تكوين علاقات ذات طبيعة سياسية. عبرة أن يحكم القضاة مستبدين سلطاتهم من الشعب تكمن في معيار تمرير السلطة من الشعب ومنه للدستور، بيدما الحكم ليصدر باسم الدستور نفسه فما للشعب مغايرة الدستور إلا بالسياق المعتمد في الدستور نفسه. عليه يجب صيانة استبداد السلطة من الشعب، بيدما الحكم باسم الدستور. ولأن حكم القضاء نافذ مستبد من إرادة الشعب المنصبة في

<sup>٢٠</sup> سبق وإن تطرقت لهذه الفكرة، وفي نفس هذا المحل في النقطة الرابعة أعلاه؛ حيث أني جسمت الفكرة في الصورة التوضيحية التالية:



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الدستور، والمشتقة عنه، فإنما الأفكار والإرادات السياسية لهي مشوشة لمعايير الدستور يجب الحيلولة دون تلوث القضاة بالمصالح الحزبية والانتماءات غير المهنية للقضاء نفسه؛ وإنما عبرة صب هذا المعيار في الدستور لتحول دون ترك باب التغيير مفتوحاً للمشرع الإعتيادي ليعايره بإرادات سياسية متضاربة، فإنما استقلال المؤسسات العمودية في الدولة مهمة تأسيسية يجب على المؤسس العمل على معاييرها وعدم مغالطة التجارب التاريخية للعراق وبنفس الوقت من الضروري ضمان كون القضاة، وأعضاء الادعاء العام محصنون دستورياً؛ غير موقوفين عن العمل، منقولين، مقالين، مخفضي المناصب ولا الرواتب مادام حسن سيرهم الوظيفي، أو تحقيق عقابي يمكن أن تقيمه لهم الحكومة القضائية بموجب القانون. وبنفس الحال لهم الحق في أن يخصص لهم راتب لائق بناءً على المسؤولية الملقاة على عاتقهم، هذا إضافة إلى ضمان كون القضاة وأعضاء الادعاء العام مستقلين، غير موجهين من قبل مسئوليتهم رغم إرادتهم إلا بموجب الدستور حيث أن مهمة القضاء حماية المصالح الفردية المتضاربة، الحكم بالعدل والعمل على تنفيذ الأحكام المقضي بها، ومهمة الإدعاء العام السهر على مصلحة القانون والمجتمع. فيجب الحيلولة دون أن يكون الإدعاء العام مجرد سلطة إتهام كما عرفت دكتاتوريات العرب، ومن ثم الحيلولة دون أن يقوم القضاء على تنفيذ أحكامهم، وإنما منع القاضي من العمل على تنفيذ حكمه ليقيد إستقلالية القضاء ويعلقه بقضاء التنفيذ، وإنما قضاء التنفيذ هذا لهُ سم في جسد الإستقلال القضائي. فمهمة القضاء ليست فقط إصدار الأحكام الجرائدية والإعلانات حاوية القدرة التنفيذية الذاتية، إنما يجب ترسيخ مبدأ فعالية القانون على مختلف مستوياته وإنما أحكام القضاء لهُ جزء من القانون بصورته الفردية يجب دعم القضاء على العمل على تنفيذ أحكام القضاء بأنفسهم خدمة لمبدأ القانون نفسه، استقلال القضاء ومن ثم مصلحة المتظلم في أن لا يجعل منه مجرد جامع ورق مبلل بأقوال القضاة.

٢٢. وبنفس وعيار الاستقرار القضائي يجب العمل على قيام محكمة وطنية عليا بصفة محكمة تميز تنظر في قضاء التمييز، قضاء القضاء بصلاحيات مطلقة

على مختلف أقاليم البلاد، مهمتها ليس الفصل في المتنازع عليه، إنما مراجعة نفاذية القانون في المنازعات المعروضة أمام مختلف محاكم الأقاليم. محكمة التمييز هذه يجب ضمان قيام بهيئات يختص منها بالقضاء المدني، الجنائي، العمل والضمان الاجتماعي، الأحوال الشخصية، الإدارية، المالية والمحاسبية تعمل بشعب منعزلة تحت رعاية رئيس الهيئة العليا للقضاء. في تنظيم القضاء العراق بحاجة إلى ثورة جذرية تقلب معاييرها لتنتقله إلى عصر الحضرية التي خلاه العراق على مسافة سنوات ضوئية؛ إنما يجب العمل على إيجاد محاكم إستئنافية إقليمية تحكم في كل ما ينشأ من منازعات على مختلف الأختصاصات بضمنها فيما قام بموجب التشريعات الخاصة لكل إقليم، محاكم الأستئناف هذه كقضاء الدرجة الأولى يعاير النزاعات المرفوعة تدقيقاً إلا ما تعلق منها بالأمر الجنائية مجارة مع حق المتهم في أكثر من درجة واحدة للدفاع كحق منصوص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. محاكم الأستئناف هذه يجب أن تعمل بهيئات قضاء مختصة منعزلة عن بعضها لكل سلك قضائي على حدة تحت طائلة محكمة التمييز في مراجعة سهواتها الإجرائية، وطائلة المحكمة الدستورية لتدقيق مراعاتها لأحكام الدستور الإجرائية وضمائنه الفردية. إنما قضاء العراق ليس فقط بحاجة إلى إعادة نظر أفقية إنما عمودية أخرى، فيجدر مسح كل ما تعارف عليه العرف القضائي الإداري من أوثان التقنين السابق في المحكمة الإدارية التي سماها مجلس قيادة الثورة، المنحل، بقوانينه رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧، المعدل بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٠، المعدل لأحكام مجلس الأنضباط العام القائم بموجب قوانين ديوان التنوين القانوني رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٦، ومن ثم قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩. إنما يجب العمل على هيكلة سلك قضائي ذا إختصاص حصري لينظر كل ما نشأ في أمور الحكم والإدارة سواء كان بين الإدارات نفسها، بين الإدارات وموظفيها، أم كان بين الإدارات ومصالح المواطن بغض النظر عن طبيعة هذه الخلافات إلا ما كان ذا طبيعة مدنية. يجب إقامة القضاء الإداري هذا درجات البداءة في كل مدن العراق، ومن ثم العمل على إقامة هيئة

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

استئناف القضاء الإداري في كل محكمة استئناف إقليمه بصلاحيته الإستئناف القضائي ضد أحكام البدأة الإدارية تلك من جهة، ولتنظر في النزاعات الناشئة على مستوى الإقليم نفسه وبين محافظات الإقليم، ومن ثم بين الأفراد وإدارات الإقليم من جهة أخرى. أحكامها حينئذٍ يجب أن تكون ذات صفة بائنة قابلة للاستئناف لدى هيئة القضاء الإداري في المحكمة المركزية التي يجب منحها صفة مقاضاة أحكام البدأة الناشئة في محاكم استئناف الأقاليم على هيئة المراجعة الإجرائية، ومن ثم الحكم في ما يمكن الطعن به من أحكام استئناف وصلت إليها محاكم الأقاليم على هيئة طعون تمييزية إدارية. يجب منح هيئة القضاء الإداري في المحكمة المركزية هذه صلاحية النظر في النزاعات الناشئة بين إدارات الأقاليم وإدارت الحكومة المركزية من جهة، وبين إدارت المركز من جهة، وبين إدارة المركز ومصالح الأفراد من جهة أخرى، ليعاد النظر بإحكامها هذه لدى محكمة تمييز العراق بهيئتها الإدارية على صفة الإستئناف، وعلى صفة التمييز لدى الهيئة الموسعة لمحكمة تمييز العراق حينئذٍ. إنما بإقامة القضاء الإداري العمودي هذا ضمان لإيجاد قضاء إداري حقيقي أسم على مسمى في العراق والكف عن النصب على إرادة المواطن وأفكاره بتعابير خاوية في مجلس شوري الدولة الذي صنعه مجلس قيادة الثورة المقبور اليوم، وحتى مجلس التدوين القضائي السالف، وإنما أفكار الفقه العراقي لموجودة وغنية بنقد تلك الأفكار وإن لم تتمكن من أن تفصح عن مقاصدها بسبب فقر حرية التعبير والعرض الأكاديمي المستقل<sup>٢١</sup>.

٢٣. جدير بالمؤسس الدستوري الجديد أن يلتفت للإرادة الشعبية وإتاحة الفرصة لها في المشاركة في القضاء عن طريق محاكم المحلفين في القضاء الجنائي وفي الأمور المتعلقة بالتملك القسري لحساب المصلحة العامة في القضاء الإداري ومن ثم تكليف السلطات العامة لتهيئة الوسائل الكفيلة بقيا ذلك.

<sup>٢١</sup> أنظر دراسة الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي المعنونة "مجلس شوري الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي" في مجلة العلوم القانونية، العدد الأول والثاني/ المجلد التاسع لسنة ١٩٩٠، مطبعة جامعة بغداد، صفحة ١١٤ وما بعدها.



٢٤. يجب على المؤسس الدستوري التوقف عند موضوع الإدعاء العام العراقي وإلقاء المسؤولية على عاتقه في أن يمثل مصلحة القانون والمشروعية، بأن يديره احد أعضائه بانتخاب مجلس النواب وتسمية مجلس المستشارين؛ ليحمل لقب المدعي العام للدولة؛ ذا صلاحيات دستورية يجدر بالقانون تنظيمها خدمة للقانون والمجتمع في أن يمثل في كافة النزاعات القضائية كطرف غير منحاى مهمته البحث عن العدالة والمطالبة بها ليدعم القضاء في الكشف عن الحقائق، المظلوم في ظلمه، وينال من المقصر بتقصيره بمبدئية موضوعية وغير انحيازية. يجب منح سلطة الإدعاء التدخل برفع الدعاوى لصالح المجتمع ودفاعاً عن مصالحه القانونية والدستورية؛ أي بجعله ألعام الساهر في محاكم الدولة على القانون وعدالة جميع الأطراف سواء ما عبرَ منها عتبة المحكمة أم من لم يتمكن من ذلك.

٢٥. يجدر بمؤسس الدولة معالجة أمر السلطة القضائية العراقية، كون هذا الأمر ليس بأمر المشرع الاعتيادي، فما يمكن لمشرع ديمقراطي التلاعب بعقاد الدولة التي يقيم تحتها، إنما تلك مهمة المشرع الدستوري، مؤسس الدولة. فيجدر خلق مجلس أعلى للقضاء العراقي يتولى مهمة السهر على الاستقلال القضائي ويمارس مهمة حكومة السلطة القضائية هذه على مختلف مراحلها. يجب منح السلطة القضائية سمة إعداد القضاة، أي إلحاق المعهد القضائي بمجلس القضاء احتراماً لاستقلال هذا ومهمته في إعداد أفراد، فوجود المعهد القضائي تحت طائلة الإدارة كما هو عليه الحال اليوم لهو مجرد شتم في هببة القضاء وبموجب القانون نفسه. السلطة العليا للقضاء هذه يجب تسميتها من عشرين عضواً، خمسة منهم عن طريق الامتحانات العلمية المحضنة، خمسة مسميين من قبل مجلس النواب، خمسة من قبل مجلس الأعيان وخمسة من قبل مجلس الرئاسة؛ من بين قضاة العراق، أعضاء الادعاء العام، موظفي الدولة ذوي الخبرة القانونية والهبية التقنية، أساتذة القانون ومحاميين العراق مما لا يقل عن شهادة كل منهم عن شهادة جامعية عليا في القانون أي الماجستير مع الممارسة أو الدكتوراه. عضة وجود تعددية التمثيل هذه تتم عن مغايرة التمثيل ووجود

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

مشاركة جماعية لمختلف مؤسسات الدولة في هذه السلطة العميدة، الحارس للحقوق في مجمل الدولة العراقية المستقبلية. بيدما يجب العمل على أن يرشح مجلس الأعيان رئيس الهيئة العليا للقضاء وليسميه رئيس مجلس النواب بأمر برلماني؛ عبرة ذلك أنما مجلس الأعيان ينم عن كل أقاليم البلاد بالتساوي فلا جنوح في إرادة إقليم على آخر في الاختيار وإنما ذاك لضمان استقلالية هذا المنصب وابتعاده عن التبعيات غير الموضوعية، وأما أن يسمه رئيس مجلس النواب فإنما صوت ريس هذا المجلس هو صوت المجلس كله الممثل عن عموم الشعب العراقي؛ أي أن في الترشيح إتفاق على جملة الأقاليم على قيام هذا المنصب، ومن ثم تسميته لهي تابعة من إرادة جملة الشعب الممثلة في مجلس النواب. ومن ثم يجب ملاحظة أن من يتولى منصب رئيس السلطة العليا للقضاء، أو ما نسمه اليوم، قبيل التأسيس قاضي قضاة العراق سيتولى بنفسه مهمة رئاسة محكمة تمييز العراق، تلك المحكمة العليا للسلطة القضائية الوطنية. هذا مع ملاحظة التذكير بأنه ليست مهمة المجلس العالي للقضاء العراقي هذا من مهمة قضائية قط، سوى ما ينص عليها بموجب القوانين المنظمة للدستور، أي فقط مهمة الانضباط التأديبي للقضاة أنفسهم وما يتعلق بشؤون السلك القضائي نفسه؛ ومن ثم تكليفه بمهمة إعلام الغرف البرلمانية عن رأيه السنوي بطبيعة الإدارة القضائية وأمور سير العدالة في البلاد.

٢٦. المحكمة الدستورية؛ لا مفر للمشرع من تأسيس محكمة دستورية تعلقو مجمل السلطات المؤسساتية في الدولة. تتصدر السلطات، وتهيمن على مجمل الإرادات المؤسساتية بحكم الدستور وصيانةً لقدسيتها. تكوينها يجب ضمانه من قبل عشرون عضواً، خمسة منهم منتخبين من قبل مجلس النواب، خمسة من قبل مجلس الأعيان، خمسة من قبل المجلس العالي للسلطات القضائية وخمسة أعضاء منتخبين بموجب الامتحانات العلمية المحضنة التي تعني عمل المحكمة؛ جميعهم من بين خيرة قضاة العراق، موظفي السلك القضائي، أساتذة قانون العراق، ومحاميين العراق؛ مسميين من قبل رئيس مجلس الأعيان لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد؛ عضة الست سنوات تلك تكمن في الحيولة دون إتفاق

تكوين المحكمة الدستورية والدورات البرلمانية المتعاقبة كل أربع سنوات؛ ضماناً لإستقلال هذا عن ذلك. بحيث أنه يمكن لمجلس النواب، الأعيان، أو المجلس العالي للسلطات القضائية تجديد ترشيحاتهم كل سنتين مرة. وليرأس المحكمة أحد أعضائها بإختيار مباشر من بينهم وبتسمية مجلس الرئاسة؛ وإنما ذلك لضمان هيئة المحكمة ومركزها في إختيار رئيسها بإرادة مستقلة، وتسمية عليا في الدول، فإنما لتحكم المحكمة مجمل مؤسسة الدول بمهمة موازنة المؤسسات والسهر على توازرها وعدم الخلخلة المؤسساتية في الدولة لا بين مؤسسات المركز نفسه، لا بين المركز والأقاليم، لا بين الأقاليم نفسها، ولا بين تلك ومدنها، ولا بين المدن وتكويناتها المحلية. حيث يجب منح سلطة قضاء الإلغاء لهذه المحكمة في كل أحكامها، أي منحها صلاحية الغاء كل ما تجده في النزاعات المعروضة عليها مغايراً للدستور. إنما عضة منح المحكمة سلطة قضاء الإلغاء وليس القضاء الكامل إنما تكمن في الحيلولة دون تحويل المحكمة إلى غرفة برلمانية إضافية تنازع المشرع الرسمي في مهامه، إنما صلاحيتها لهي مجرد صلاحيات تدقيقية تلغي ما يتعارض مع الدستور لكن ليس لها مهمة الحلول محل المشرع في التشريع ولا تعديل الأحكام التشريعية. ومن ثم منحها ولاية قضاء الإلغاء أيضاً في النظر في دعاوى التظلم المرفوعة من قبل كل ذوي حق في المجتمع دفاعاً عن حقوقه المضمونة دستورياً بعد المطالبة بها أمام القضاء العادي ونفاذ السبل القضائية الاعتيادية، عضة القول هنا تكمن في عزل المحكمة عن المهام القضائية والحيلولة دون أن يحل طلب التظلم الدستوري أمامها محل القضاء الإعتيادي، فللمحكمة سلطة الغاء كل قرار أو تصرف بغض النظر عن السلطة التي أصدرته سواء أكانت سياسية، إدارية، قضائية، عامة أم خاصة يتعارض في جوهره مع أحكام الدستور في ضماناته للحقوق الفردية غير القابلة للنزع، بطريق مباشر أم بطريق التصديق أو محاولة النيل من تلك الحقوق.

أي أنه يجدر العمل على إقامة قضاء دستوري مستقل بصنفيين؛ قضاء القوانين بولاية الإلغاء وقضاء العموم بولاية الإلغاء أيضاً كما سبق ذكره ويلي سرده. يجب منح المحكمة

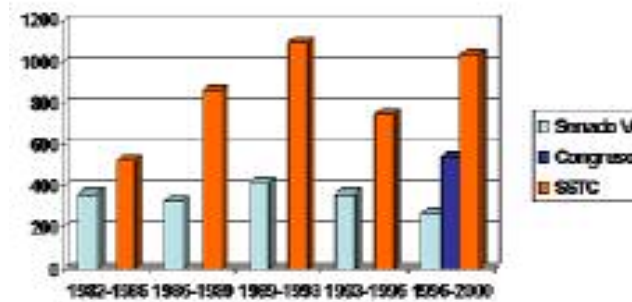
دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الدستورية صلاحية النظر في كل طعن يرفعه رئيس هيئة الإدعاء العام، هيئة من ثلاث النواب، هيئة من خمس الأعيان، عشر نواب العناصر الروحية، أحد أعضاء مجلس الرئاسة، الوزير الأول، محامي المجتمع العام، حكومة أحد الأقاليم المستقلة، حكومة إحدى المحافظات بدعم من ست أعيان في مجلس الأعيان، أو إحدى منظمات المجتمع المدني بلائحة موقعة من قبل مليون مواطن في أي قانون مركزي يصدر عن الدولة يشكك بدستوريته. وعضة منح صلاحية الطعن هذه تكمن في العمل على فسح الباب أمام كل من يدعي الحق أمام المشرع في أن القانون المعني هذا ليضر بمصالح المجتمع والدستور ليلجأ للمحكمة الدستورية طالباً النظر في صحة التشريع وملائمته مع القانون السامي، الدستور. وإنما عنصر المصلحة في مثل من يدعي الحق في هذه الحالة ليس مباشراً، إنما إعتبارياً، جماعياً ليس شخصياً بعده يكمن في عدم اختزال أي عنصر من عناصر المجتمع لأي سبب كان ليطعن بصحة القوانين بطريق مباشر أمام المحكمة في وقت معلوم كأن لا يتجاوز الشهرين أو الثلاثة. وبنفس الوقت منح هيئة من هيئات النواب، الأعيان، أو مجلس التمثيل الروحي صلاحية الطعن بمشاريع القوانين المرفوعة عن مجلس كمشاريع قوانين بسبب عدم صحة آيتها التشريعية طالباً إعادة الحال إلى حيثما قبيل فساده؛ وإنما مغزى ذلك إيجاد حال للرقابة الدستورية القبلية على صحة المشاريع التشريعية قبل تغلغلها في الجسد القانون ودرء الطعن البعدي لها بعد نفوذها كقوانين، لما في تقديم الطعن المباشر من عدم إيقاف العمل بالقانون، وإنما مجرد إنتظار الحكم النهائي به، وبين إصدار القانون والحكم عليه بالسحب لتمر فترة زمنية قد ينفذ فيها القانون بغير حق وليكبل الدولة مسؤولية التعويض التي يمكن تداركها بإسلوب الطعن القبلي هذا.

ومن ثم يجب العمل على إيجاد قضاء دستوري ذا ولاية ناقصة أيضاً لكن ذا طبيعة شخصية، أي ينظر في حقوق كل متضرر على أساس المصلحة الشخصية المتضررة والداعية لتدخل المحكمة لحمايتها. بحيث يجب إفساح المجال في هذا القضاء لكل شخص من أشخاص القانون الخاص معنوياً كان أم طبيعياً في أن يلجأ للقضاء الدستوري بهيئاته الإقليمية التي يجب بنائها في محاكم استئناف الإقليم للتظلم من عدم رد الحق إليه من قبل المحاكم الإعتيادية أو بالصورة المرعية قانوناً لما له من حق دستوري سحب منه، أختزل عنه، أو أعتدي عليه، أو ضد من تهجم عليه بطريق الدفع غير المباشر بالتصرف أو

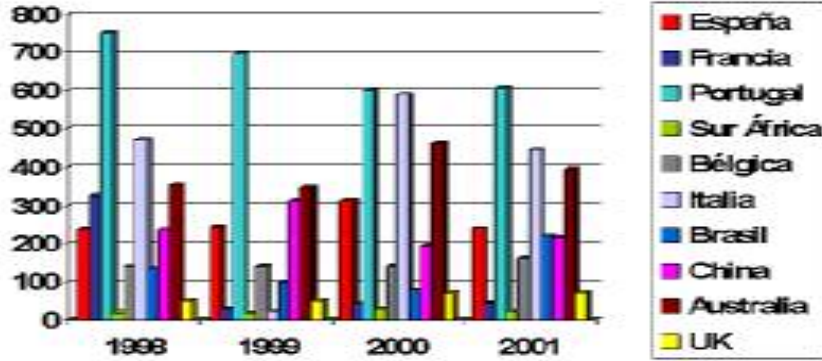
في سبيل المستقبل الدستوري

القرار الفردي بغض النظر عن طبيعته السياسية، الإدارية أم القضائية، كما نوهنا أعلاه، ومن ثم للتظلم لدى الهيئة الدستورية هذه ذات الصلاحيات الأصلية المحصورة في أن ترد له حقه في قرار بداءة يستأنف أمام المحكمة الدستورية بطريق المراجعة على الحكم نفسه لا المرافعة فيه. عبرة مرحلة البداءة القضائية الدستورية هذه إنما تكمن في الحيلولة دون تراكم القضايا في المحكمة الدستورية المكلفة بمهمة الرقابة الأصلية على القوانين، بإضافة مفهوم الرقابة الدستورية لصالح الأفراد ضد الأحكام القضائية والقرارات الفردية، أي بمفهوم التظلم الدستوري الجديد هذا. حيث سبق وأن تطرقت لمفهوم تراكم القضايا في المحاكم الدستورية وزخم المهمة الرقابية في العديد من محاكم العالم الدستورية في محاضرتي الموسومة لدى الجمعية العامة للمؤتمر الحادي والعشرين لفلسفة القانون، المنعقد بلوند والمعنونة أمركة النظام القانوني الأسباني ومفهوم الحكم الدستوري بموجب السابقة القضائية في المحكمة الأسبانية لحقبة ١٩٨١-٢٠٠١. حيث تطرقت إلى مقارنة عدة محاكم عالمية، أنظر الشكل أدناه:

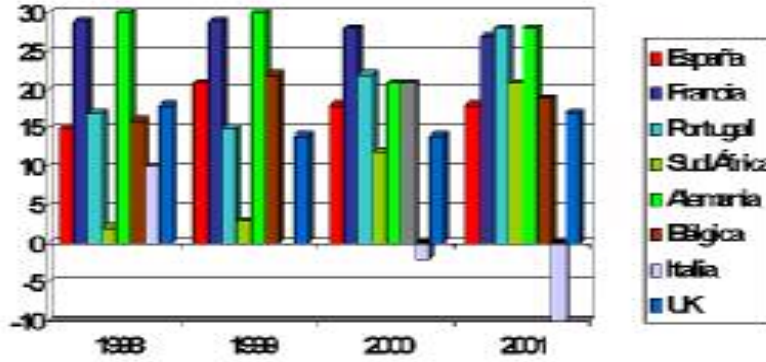


وجدنا حينئذٍ أن المحكمة الدستورية الأسبانية، اللون البرتقالي في الشكل أعلاه، قد تجاوزت في إنتاجها القضائي المشرع نفسه بغرفتيه البرلمانيتين النيلي للأعيان، والسماوي للأعيان في للعموم في الشكل أعلاه، وإنما في جوهر هذه المقارنة لمن خدعة لا يجوز التغاضي عنها ألا وهي زخم النزاعات المعروضة على هيئات المحكمة بسبب مركزية قضاء التظلم الفردي هذا على حساب القضاء الدستوري الأصلي في أسبانيا. وإنما في مقارنة هذا الحال ببلاد أخرى، أنظر الشكل أدناه:

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد



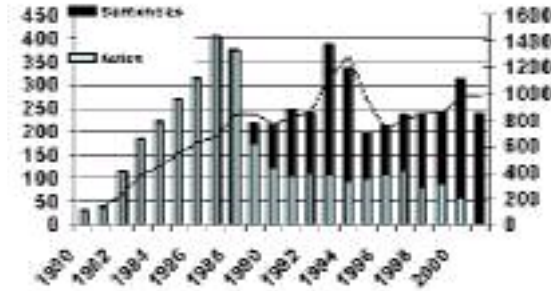
نجد في مقارنتنا بين القضاء الدستوري في أسبانيا اللون الأحمر، فرنسا النيلي، البرتغال السفرجلي، جنوب أفريقيا الفستقي، بلجيكا الرصاصي الغمق، إيطاليا الرصاصي الفاتح، البرازيل الأزرق الفاتح، الصين الوردي، أستراليا الماروني، المملكة المتحدة اللون الأصفر. فبالرغم من تباير طبيعة الرقابة بين هذه الدول بالرقابة الدستورية المستقلة كما هوة الحال في أسبانيا، فرنسا، بلجيكا، وإيطاليا عما هو عليه الحال في باقي الدول نجد ألزم المضاعف موجوداً لدى الدول التي مركزة القضاء في هيئة واحدة لتنتظر منها أحكاماً تفوق طاقتها الإنسانية في البرتغال وإيطاليا مثلا اللتان يتضاعف إنتاج المحكمة الدستورية الوضع في اسبانيا ويتضاعف مرات عدة ما هو عليه الحال في فرنسا وبلجيكا بالرغم من فصل المؤسسة ومنحها صلاحيات حصرية. وإنما في ذلك لحال غير مقبول حيث يحول دون التطور الفقهي تقنياً بإرهاق القضاء أعضاء المحكمة بطريقة غير إنسانية لا يمكن تقبلها قط. فحيثما قارنا ساعات وأيام عمل قضاة المحاكم هذه، أنظر الشكل أدناه:



لنجد أن قضاة المجلس الدستوري الفرنسي والألماني يعملون بساعات أكثر من غيرهم، أي لحد آخر يوم من أيام السنة بينما إنتاجهم الفقهي أقل؛ أي أن هذه الحال تتيح للقضاة البحث والتمعن في كل قضية تعرض لإيجاد حلول دستورية عميقة ودقيقة مقارنة بغيرهم حيث قضاة إيطاليا يبدؤون عطلتهم السنوية منتصف شهر تشرين الثاني، أي بأكثر من شهر قبل زملائهم الفرنسيين لكن إنتاجهم الفقهي يتضاعف، وهو ما يفسر تراكم النقد والأخطاء الفقهية التي ترتكبها المحكمة الإيطالية الناتج عن إرهاق القضاة في جهد يمكن اختزاله في محاكم الأقاليم كما هو عليه الحال في جنوب أفريقيا، اللون السفرجلي في الفسقي الغامق في الشكل أعلاه.

فمن الجدير بالاعتبار أن يتوقف مؤسس المرحلة المقبلة عند هذه المعالم والمفارقات المقارنة ليتعلم مما يجري في العالم ويتدارك هذه الأخطاء لحظة تأسيس الدولة فلا يجوز الحذو بحذو من أخطأ إنما التفقه من أخطائه والاعتبار بتتويبه الفقه والنقد الأكاديمي. خاصة وأن العراق مقبل على مرحلة ينتظر كمنها الديمقراطية لتنتج ثورة ديمغرافية كبيرة يجدر تدارك تضارب المصالح المستقبلية للحيلولة من أن يصير الحال على ما هو عليه في دول الديمقراطية الحديثة في أسبانيا والبرتغال الأوريبيتين أو حتى ما يجري الآن في شيلي. حيث نجد في أسبانيا أن تطور عجباً جرى في تراكم القضايا لدى المحكمة الدستورية الأسبانية حيث راحت تصدر قرارات اليوم تتضاعف مرات عدة قراراتها أول أيام ولادتها قبل ربع قرن؛ أنظر الشكل أدناه:

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد



نجد المقارنة الإحصائية بين قرارات المحكمة باللون الأسود، وأحكامها باللون السمائي، قد تضاعف العدد عدة مرات سنة ١٩٩٤ عما كان عليه الحال سنة ١٩٨٠، سنة ولادة المحكمة، أو سنة ١٩٨٤ أي بعد أربع سنوات على ولادتها؛ آخذين بعين الاعتبار عدم زيادة عدد أعضاء المحكمة تناظراً مع تراكم القضايا؛ فإنما القضاة بشر لا يجوز أن ينتظر منهم ما يستحيل على البشر وتعليق الحقوق والمصالح الفردية المتضررة على هذه الاستحالة.

يجدر بالمؤسس ملاحظة أمر آخر لا مفر له منه ألا وهو احتدام الخلاف بين المحكمة الدستورية والسلطة التشريعية على أمر جوهري يجر الحال إلى الاعتقاد بتعسف المحكمة الدستورية في قراراتها الرقابية على دستورية القوانين، أي صلاحيتها الأساسية. حيث يجدر فتح باب الطعن بقرارات المحكمة لدى المحكمة نفسها من قبل ثلثي أعضاء مجلس النواب مجتمعين، أو نصفهم مع عشرة أعيان، أو هؤلاء مع ثلث أولئك إضافة إلى مجلس المعايير الروحية، أو بإرادة إقليمين مجتمعين. وإنما عبرة فتح باب الاستئناف بهذه الطريقة لتتيح لكل من يعتقد بحق أن يدعمه، ولكل صاحب حق في طريق قانوني يحمي حقوقه في أن لا تنتهك أمام هيئة صلح موضوعية تسهر على حماية الدستور ونظامه في جملة الدولة. وفي هذا خير حل من حل مقنن قانون إدارة الدولة الأنتقالي لسنة ٢٠٠٣ بمادته ٦١. ج وغيرها من سبل النقض السياسي غير الضامنة لا لحقوق الناقض نفسه، لا لرأي من نقض ضده، ولا بإيجاد من نقض إليه، ولا حتى مراعاة في مصالح البلاد العامة في الاستقرار والاطمئنان.



٢٧. وختاماً بمؤسسات الرقابة والحماية غير المنحازة في عماد الدولة، القضاء؛ يجدر بمؤسس الدولة الجديدة خلق محكمة رقابة مالية على حسابات الدولة جملة وتفصيلاً. أي بخلق غرفة خاصة لدى محكمة التمييز بقضاء متخصصين وولاية عليا لمراقبة حسابات الدولة وماليتها، تحت إدارتها غرف رقابة فرعية لدى كل محكمة استئناف إقليمية تعنى بالرقابة المالية الإقليمية على مستوى إقليمها، يطعن بقراراتها لدى هيئة الرقابة المالية في محكمة تمييز العراق استئنافاً، ومن ثم لدى الهيئة الإدارية لنفس المحكمة تمييزاً. وبهذا فصل بين ما هو قضاء إداري بحت وبين ما هو قضاء محاسباتي مالي متخصص وفي ذلك مصالح لا تعد ولا تحصى وهو ما عرفه فقه العالم المتحضر بأسره. لكن بنفس الحال على المحكمة هذه مهمة إعداد تقارير دورية ذات طابع إخباري تعلم البرلمان بمجريات الحال المحاسباتي لمختلف مؤسسات الدولة حتى تتمكن الغرف البرلمانية من بلورة قراراتها وموافقها إزاء كل قضية بناء على تلك المعلومات العملية. ولإنما يجب الفصل بين ما هو عمل قضاء الرقابة المالية هذا عن مهام مجلس شورى الدولة الماطة به هذه المهمة في قانونه الحالي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المخول المجلس صفة إعداد التقارير والدراسات عن الحال الإداري والمالي لمؤسسات الدولة ورفعها للسلطة التنفيذية، والتي ننتظر كونها اليوم سلطة مجلس الوزراء بظهير مجلس الرئاسة نفسه، حيث أن تلك السلطة لهي سلطة رقابة داخلية من قبل الإدارة للإدارة نفسها لا يجوز التعويل عليها في غير ذلك، وإنما فصلها عن الرقابة الخارجية ألا وهي ولاية القضاء المستقل، الموضوعي، النزيه نفسه.

٢٨. ليشرع مؤسس الدولة في جعل كتاب ثالث من الميثاق تحت عنوان فن الحكم؛ فالحكم ما هو بسلطة على الأفراد، إنما فن تدار به مصالحهم. ففي إطار التوزيع الأفقي للسلطة على المشرع التنكيز بتوزيع السلطات العامة أفقياً لضمان التقارب من المواطن، سلامة الخدمات العامة، المشاركة الفعالة في الإدارة والحكم واستقلالية اتخاذ القرار؛ والمحافظة على الهوية الثقافية والحضارية والدينية لكل فئة وجزء من أجزاء الشعب العراقي، بطريقة لا يطغى فيها جزء

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

على آخر، ولا تتناسى فيها معالم شعبية لكل فئة من فئات المجتمع على حساب أخرى بسبب كثرة هذه أو قلة تلك. حيث على المؤسس حال التقسيم العام للأقاليم إلى أربعة: كردستان، بغداد، الفرات الأوسط، والجنوب، التذكير بوجود المحافظات داخل كل إقليم ومن ثم المدن نفسها داخل كل محافظة. فإقليم كردستان يظم محافظة نينوى مثلاً التي يجدر المحافظة على معالمها السكانية كونها ذات الأكثر زخماً سكانياً في الريف العراقي، ومن ثم معالم مدينة الموصل الشرقية في طبيعتها الكردية، والموصل الغربية بطبيعتها العربية، والمسيحية، ومن ثم طبيعة جبل مقلوب، تلعفر، سهل الموصل، وكل بقعة صغيرة تقطنها أصغر عائلة من ألوان العراق. إنما يجدر التذكير في أن حقوق القوميات العراقية لا يجب التعامل معها تعسفاً والحكم بآءة بحقها في الإتحاد فوجود أكراد في الموصل لا يُجيز الحكم عليهم بالخضوع لحكم إقليم كردستان عشوائياً، إنما يجدر ترك العنان لإرادة الشعب نفسه في أن يتحد داخل الإقليم نفسه، أو أن يحكم نفسه بنفسه. إنما يجب ضمان عدم إتحاد إقليم مع آخر مبدئياً، للحيلولة دون التكتل السياسي والديمقراطي على الخارطة الدستورية من جهة، لكن إجازة إتحاد مدينة وأخرى داخل إقليم واحد، أو انقسام مدينة على نفسها بموجب قانون يصادق عليه مجلس الأعيان كونه المجلس الإقليم من جهة، ومن ثم يستفتى فيه الشعب المعني بالإتحاد أو الانقسام من جهة أخرى. فإنما بالاستفتاء الدستوري لتقوم مؤسسات وحقوق لا يجوز التطاول عليها كلياً إلا باستفتاء جملة الشعب، ولا جزئياً إلا باستفتاء الجزء المعني بذلك.

٢٩. وفي إطار التوزيع الإقليمي للسلطة والتقسيم الجغرافي للأقاليم يجدر بالمؤسس الدستوري تكليف المشرع الإعتيادي إنشاء مجلس مؤسسة للمؤازرة الإقليمية تعمل على خلق ميزان من المساواة بين إقليم وآخر على أسس جغرافية، ديمغرافية، مواردية طبيعية، أو صناعية تحت إشراف مجلس الأعيان.

٣٠. لابد من المشرع حصر صلاحيات الدولة المركزية غير القابلة للتنازع من قبل أي مؤسسة إقليمية، حيث يجب حصر الصلاحيات التالية في الدولة:

أ- الإصلاح الدستوري، العدالة: إدارتها وضماداتها الدستورية، شؤون الأمن الوطني.

ب- الهجرة، اللجوء، الجنسية، التسجيل المدني، التجاري، العقاري وشؤون الأجانب.  
ج- السياسة الخارجية فيما يعنى بعلاقات العراق التجارية، السياسية، والمؤسسية. وبنفس الوقت منح الأقاليم حق التمثل الخارجي داخل نطاق التمثيل الدبلوماسي الوطني خدمة لمصالحها الثقافية، السياحية، اللغوية، الزراعية، وكل ما له من شأن يمس شؤونها الإقليمية فيما لا يبعدها عن حلبة التمثيل الجماعي، وإما ليحصن من شخصيتها واقتصادها الإقليمي والذي هو بالنتيجة خير اقتصاد كل العراق. ففي منح الأقاليم فرصة التمثيل عن نفسها على هذه المبادئ لمن عبر لا تعد، حيث تعمل الإدارة المركزية على خدمة المصالح الجماعية، بينما تعمل الإدارات الإقليمية على خدمة مصالحها الخاصة بخصوصية أكثر، ولهذا يحول دون إهمال المركز للإقليم، ولا الضغط على المركز، وبنفس الوقت ليبرهن صورة عمل جماعي خدمة للمصالح العامة فيما فيه خير المجموع. فيجب فتح باب المجال للأقاليم المشاركة في البعثات الدبلوماسية للتعبير عن حاجاتها، تعليم لغتها الإقليمية، خدمة مصالح جاليتها الاجتماعية... الخ.

د- القوات المسلحة، الأمن والنظام العام.

ه- التشريع المدني، الجنائي، التجاري، العمالي، دون الضرر بالميزات الثقافية والحضارية والاجتماعية لكل مقاطعة من مقاطعات العراق التي لا يمكن أن تقلل بأي حال من الأحوال الحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا.

و- تشريع نظام الإدارات العامة والسياق الإداري العام، الإستملاك، العقود العامة، النظام العقابي للسلطات العامة، نظام الخدمة الإدارية مع إمكانية الأقاليم للتقنين الخاص على أن لا يتعارض مع التقنين المركزي روحا، المسؤولية العامة والقضاء الإداري. وإنما عبرة إقامة نظام عام للإدارات العامة يسري على مجمل الدولة من أسفلها لأعلى في حيثية قيام المؤسسات الإدارية، أصول السياق الإداري، التظلم الإداري، القضاء الإداري والرقابة على التصرفات الإدارية بموجب قانون مركزي ليعمل على مساواة الأفراد في الأقاليم والحيلولة دون أن تتغاير سبل التقنين السياقي في إقليم عن آخر، ومن ثم ليتيح إمكانية تنقل المواطن بين أصقاع البلاد وهو يخضع لسياق إداري عالم يوحد جملة الدولة، مفاهيم

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

القضاء وصلاحياته فيها واحدة لا خلاف بينها، طبيعة الإدارة وحكمها واحد لا مغاير فيه؛ ولكن بنفس الوقت العبرة تكمن في إتاحة الفرصة للأقاليم في أن تتسابق سواء مع بعضها أم مع الدولة نفسها في تقنين نظام خدمتها إن شاعت خدمة لطبيعة ونوعية الموظف القائم على إدارتها، وحقوقه المهنية ولفي ذلك من مكسب عمالي مهم يجب عدم الطغيان عليه.

ز- التشريع حول الملكية الفكرية والصناعية.

ح- النظام المالي والاقتصادي، التحويل، العملة الصعبة، البنك المركزي، التامين، البنوك والمصارف، وأوراق المالية.

ط- المالية والقروض العامة.

ي- النظام العام للصحة العامة، التشريع الصيدلي.

ك- المطارات، الموانئ، التشريع البحري والجوي.

ل- السكك الحديدية الوطنية، النقل العام الذي يجول أراضي أكثر من إقليم؛ مع تكليف الأقاليم صلاحية إدارة نقلها المحلي وفيما بين مدنها ومحافظاتها، بعد تغطيتها من قبل الميزانية العامة للدولة تقديراً لحاجات كل إقليم، تفاوضاً معه، ودون الضرر بحق الإقليم بالتصرف في أراضيه وإقامة ما يمكن من رسوم بغية القيام ببناه التحتية.

م- البريد، البرق، الاتصالات الهاتفية والمرئية.

ن- الطاقة المائية الوطنية، ومصادر الطاقة الكهربائية.

س- الثروة المعدنية الوطنية.

ع- المتاحف الوطنية، الثروة التاريخية والحضارية العراقية.

ف- التشريعات المبدئية حول المستهلك، دون الضرر بإمكانية الأقاليم في التشريع.

ص- التشريع حول الصحافة، الراديو، ووسائل الإعلام العامة.

ق- تنظيم وتوحيد نظام التعليم الوطني العام، تعادل الشهادات وخطط الدراسة و التشريع الجامعي.

ر- الإحصاء الوطني العام.

ش- الاستفتاء الشعبي العام والإقليمي.

في سبيل المستقبل الدستوري

ت- الضمان الاجتماعي.

٣١. هذا وبنفس المعيار المرور بذكر صلاحيات الأقاليم على وجه الحصر كحد أدنى وليس على وجه الحصر الأعلى، أي ما للأقاليم صلاحيات غير متنازع فيها، إضافة إلى أخرى قد تنتازل لها الدولة مستقبلاً، فيجب تخويل الأقاليم صلاحيات:

أ- التنظيم المدني الخاص ببناءً على الخصائص الثقافية والمدنية بشأن التشريع العائلي، المدني، والعلاقات الفردية على أن لا تتعارض مع التشريعات المركزة جوهرًا. وبهذا تضمن حقوق كل إقليم في تنظيم علاقاته الاجتماعية، العائلية بناءً على أعرافه المتغايرة من الريف للمدينة، من الصحراء للجبل، من الكنيسة للمسجد... الخ. وإنما ضمان حقوق الأقاليم في تقنين أعرافها المدنية والعائلية لهو أمر إتفق عليه الفقه المقارن في أغلب شعوب العالم التي اعترفت بتغاير ألوانها وأراضيها، فأسبانيا لها قانون مدني وطني يعمل عمل الناموس بين أربع قوانين إقليمية تدور حوله ذهاباً وإياباً لتعترف لمختلف ألوان الشعب بحقوقها الخاصة. الولايات المتحدة هي الأخرى اعترفت بالمبدأ فولت كل ولاية تقيم قانوناً مدنياً يعاير شؤونها الخاصة بغير المساس بالخطى العامة؛ بيدما اتفقت بلجيكا على قانون واحد سنته بلغتين مع بعض.

ب- تنظيم الصحة العامة وحماية المستهلك والبيئة.

ج- تنظيم المؤسسات الإدارية الإقليمية.

د- الثقافة والتعليم المحليين.

ه- الإدارة الدينية والأوقاف الدينية الإقليمية.

و- السياحة، الحرف الإقليمية و النقل الإقليمي.

ز- التنظيم البلدي، الاعماري، والأعمار الإقليمي.

ح- المراكز الرياضية والترفيهية للمجتمع.

ط- الزراعة، والثروة الحيوانية الإقليمية. ضمن نطاق السياسة الاقتصادية الوطنية.

ي- الصيد والإبحار الإقليمي.

ك- الدفاع المدني.

ل- التعاون والبحث الاجتماعي.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

- م- تعليم اللغة الإقليمية.
- ن- وسائل الإعلام، التلفزة والراديو الإقليمية.
- س- استغلال الثروات الطبيعية الإقليمية.
- ع- تسجيل المركبات ضمن النطاق العام المحدد من قبل الدولة.
- ف- الصلاحية التنظيمية للبرلمانات الاقليمية.

هذا مع تكليف المشرع الإعتيادي بضمان حق الأقضية التي يزيد عدد سكانها عن ٥٠ ألف نسمة في أن تتقاسم الصلاحيات الإقليمية مع الأقاليم بناء على أساس نضجها وقدرتها على تحمل عبء إدارة نفسها وتدارك معايير خصوصيتها الذاتية. حيث في ذلك فسخ المجال أمام التطور الديموغرافي لمستقبل العراق وللحيلولة دون غلق أبواب التطور الأقليمي لمستقبل الأقسام العراقية. وبنفس الوقت منح الدولة إمكانية تحويل البعض من صلاحياتها الدستورية غير السيادية لتدار، على وجه الإستثناء، من قبل الأقاليم. حيث في ذلك عبء إمكانية نضج الفكر السياسي في الأقاليم وتحويل الدولة إلى مجرد رمز وحدوي لتخرج زمام السلطات اليومية للحكم الذاتي نفسه ومن ثم تحت رعاية مجلس الأعيان الساهر على تمثيل الأقاليم ومصالحها. ومن ثم ضمان مسؤولية حكام الأقاليم أمام برلماناتهم الإقليمية من جهة من ثم أمام مجلس الأعيان من جهة أخرى عن التصرفات التي يقومون بها أياً كان نوعها دون إستثناء السياسية منها.

ودون الضرر بحق المحافظات، وليس الأقاليم بإمكانية تكوينها قوات أمن محلي تعمل على حفظ النظام الطمأنينة المحليين تحت إدارة قوات الأمن الوطنية في الأمور الكبرى، وبالتعاون مع الشرطة القضائية كل على حد تخصصه. إنما في ذلك لعبرة تكمن في أن النظام المحلي لهو صلاحية تشريعية إقليمية، لكن من يقوم على تنفيذها هي سلطات المحافظات، فليس من المعقول ترك عبء الرقابة على نفاذ القوانين الإقليمية وحماية المصالح الإقليمية في المحافظات على عاتق قوات الأمن الوطنية، إنما يجدر بناء جسد مهني محدود الصلاحيات للسهر على الأمن والنظام داخل كل محافظة كما عرفه التاريخ العراقي في الشرطة المحلية بالضبط.

٣٢. يجدر بالمؤسس الدستوري التوقف عن فصل خاص تحت عنوان السياسة الخارجية. فماضي العراق، وللأسف، قد عهر في السياسة الخارجية في كل ما

هو مغاير لعرف البشر، فيجدر بمؤسس الدولة تكبيل المستقبل العراقي بسياسة خارجية تخدم الشعب العراقي ومصالحه أولاً، تخدم السلام العالمي وحسن الجوار ثانياً، تخدم التعاون مع شعوب العالم خدمة لمصالح العراق ثالثاً، ومن ثم لتخدم مصالح العراق التجارية، السياحية رابعاً. هذا مع عدم تناسي تكليف المشرع بمهمة حماية الجاليات العراقية التي نفتها عهدو الظلم ودهور الشوفينية. ٣٣. في مجال مشاركة العراق في أي منظمة دولية يجدر تكبيل المشرع الإعتيادي الرجوع إلى رأي الشعب العراقي عن طريق الإستفتاء أخذاً برأيه في طبيعة الإنتماء هذه. فإنما وجود العراق اليوم، وقانون إدارة الدولة الإنتقالي لسنة ٢٠٠٣ نافذ المفعول، في جامعة الدول العربية قد يعد تجاوزاً على حقوق الشعب العراقي في إيداء رأيه. فإنما نص المادة بكون الشعب العربي في العراق جزء من الأمة العربية ومن ثم العراق اليوم يجد نفسه في حوض الجامعة العربية رغم أنف الأقوام العراقية غير العربية، وحتى العربية منها ممن يعترض على الفكرة قد يكون متضارباً مع جوهر الفكرة وطبيعة الحكم الديمقراطي. وحتى من راح لفتح أبواب العراق لمنظمة التجارة الدولية، حلف شمال الأطلسي، مجلس التعاون الخليجي، مجلس إتحاد دول أوربا ليعد تجاوزاً سافراً على حق الشعب بغير الرجوع لرأيه في القرار.

٣٤. على مؤسس الدولة، وبناء على فكرة السلم وحسن الصداقة العراقية، تحريم مشاركة العراق في أي منظمة ذا طابع عسكري، عدائي، أو حتى مشاركة القوات المسلحة العراقية في أي أعمال خارج حدود السيادة العراقية. وإنما يجدر بالمستقبل العراقي النظر لتطورات العالم الجديد فعهد الجيوش وسباقات التسلح قد أنقضى، وإنما الشعب العراقي مدعو له اليوم لهو تسخير طاقاته وبلورة طاقات لبناء دولة عصرية سلاحها العلم، وعتادها الوطنية والثقافة، والابتعاد عن كل ما له طبيعة دموية عنفوانية ليس لها إلا أن تشغل العقول وتهدر الدماء والثروات التي تبذرت على عصور وعصور مضت طوال قرون الخمس الأخيرة.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٣٥. يجدر بالمشروع الجديد مراجعة طبيعة الوجود العراقي في الساحة العالمية، فإنما العراق لهو مجرد معروف بحروبه ومشاكله. ما له من تمثيل إلا لما فيه من السأم والسقم. ينتقد مجلس الأمن، يغيب عن المشاركة في مجلس حقوق الإنسان للأمم المتحدة، ولا من يذكر اسمه في مفوضية العلوم والثقافة، اليونسكو. لم يسمع بوجود محكمة حقوق الإنسان الأوروبية التي وصلت حدود ولايتها إلى روسيا وكازاخستان، صارت جنب العراق في مالطا وتركيا؛ فيجدر التمعن في هذه المفاهيم والعمل على ضم العراق إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥١، والخضوع لولاية محكمتها لأن في ذلك خير وأكثر نفاذية قانونية من توقيع العراق الخاوي على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي لا يتجاوز أسمه كونه مجرد إعلان. فإنما العراق بحاجة إلى قواعد قانونية تتفد وتترعرع في حياة وفكر كل مؤسسة مواطن من الضروري بمكان ضم العراق إلى الاتفاقية الأوروبية هذه وإخضاع جميع مؤسسات الدولة لولاية محكمة حقوق الإنسان هذه حماية لحقوق المواطن في المثل أمام هذه المحكمة للتظلم من أي حق سلب منه؛ فإنما حقوق المواطن المسلوقة في الدولة لهي سرطان مؤسسات الرقابة القضائية وولايتها علاج له، ما هي بخطر قط على هيبة الدولة الخائبة التي بناها الفكر القانوني العربي على رمال النيل وما هي بمجرد هلوسة محتها رياح الرماحين وما بقي منها إلا سراب ينشد به دعاة العظمة الخاوية.

٣٦. على القانون الأساسي تنظيم عماد النظام القانوني جملاً، فيجب التوقف عند طبيعة الاتفاقيات والإلتزامات الخارجية سواء ما كان منها ذا طبيعة ثنائية، متعددة، مالية أو متعلقاً بحقوق فردية. فيجب تكبيل الحكومة بمسؤولية إعلام الأعيان عن أي مشروع اتفاقية قد تجر العراق إلى مسؤوليات ذا طبيعة مالية قبيل إبرام التعاقد عليها. ومن ثم إلزام الحكومة بتقديم أي اتفاقية توقع عليها للمصادقة عليها كقانون بمدة أقصاها ستة أشهر من تأريخ التوقيع عليها، أو اعتبار التوقيع الحكومي هذا باطلاً. ولأن عظة ذلك لتكمن في الحيلولة دون تجاوز الحكومة على صلاحياتها، ودون إبقاء التزامات العراق الخارجية مجرد حبر على ورق كما عرفه التاريخ العراقي. بيدما يجب الفصل بين كل ما من



شأنه المساس بحقوق الأفراد المنصوص عليه دستورياً لتكون اتفاقية تقر بقانون تنظيم دستوري، وكل ما كان ذا طبيعة عامة، أي إعلان عالمي، إقليمي... الخ يجب النزول عند إقراره بأغلبية برلمانية ساحقة لصيرورته بمحل النصوص الدستورية وقوتها، بيدما كل ما خرج عن ذلك كفى للمصادقة عليه مجرد الإقرار التشريعي الإعتيادي.

٣٧. جدير بمؤسس الدولة التوقف عن فصل خاص حول الآلية الفن التشريعي، أي آلية التشريع. حيث يجب البدء عند منح الحكومة بناء على مقتضيات الحاجة، إعداد مشاريع القوانين وقوانين التنظيم الدستورية في مجلس الوزراء، الشروع بالتصويت عليها وإقرارها بين المستشارين بأولوية اعتيادية لتقدمها لمجلس النواب كمشروع قانون، إضافة إلى إمكانية هيئة مكونة من خمسون نائبا أو عشرون عينا في الشروع بطرح مشروع قانون؛ طالبين من رئيس مجلس النواب الشروع بالموضوع، أو حق احد الأقاليم المستقلة في تقديم مشروعا تشريعا لمجلس النواب، ومن ثم فسح المجال أمام إحدى النقابات العامة مدعومة بمائتي ألف مواطن في تقديم مشروعا تشريعا للبرلمان كشروع تشريعي شعبي، ومن ثم حق إحدى النقابات المهنية، في تقديم مشروع قانون يخدم مصالحها المهنية النقابية، أو ما ترتئيه للمصلحة العامة. بحيث أن يصار إلى نظام قانوني مكون من قوانين اعتيادية وقوانين تنظيم دستورية، بحيث أن قوانين التنظيم الدستورية، هي تلك التي تنظم الحقوق والحريات المنصوص عليها في الفصل الثاني من الكتاب الأول من الدستور (الحقوق والحريات الفردية الأساسية)، لإقرارها يستلزم الحصول على ثلثي الأصوات في كل غرفة من غرف البرلمان؛ والقوانين الاعتيادية هي تلك التي لا تتعلق بالمبادئ الدستورية المنصوص السابقة وللمصادقة عليها يجوز إستحصال ٥١٪ من عدد الحضور في كل غرفة؛ ومن ثم تكليف المشرّع بسن قانون تنظيم دستوري ينظم التشريع المستعجل، دون الضرر بالسياق التشريعي المنصوص عليه دستوريا. هذا دون الضرر بإمكانية الحكومة في إقرار الأنظمة القانونية في مجلس الوزراء، ثم التصديق عليها في مجلس المستشارين أو مجلس الرئاسة (سمه كيفما شئت)،

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ليمثل صوت مستشار الدولة (الوزير الأول) صوتين حينئذ. ومن ثم إبقاء صلاحية إصدار الأنظمة للحكومة.

٣٨. يجدر بمؤسس المستقبل العراقي أن يرعى موضوع الآلية التشريعية بدقة لتدارك تجارب الماضي والقانون العربي المقارن، فما عرف قانون عربي مقارن ديمقراطية وآلية تشريعية سليمة قط، لذا يجدر التنويه لتفادي الوقوع بنفس المغازل. إنما يجب غزل الآلية التشريعية بداية برئيس مجلس النواب، بعد تقرير مسبق من اللجنة الدستورية في مجلسه، ترويج المشروع التشريعي المقترح خلال شهر واحد من تاريخ استلامه، مرسله إلى الأكاديمية الوطنية العراقية للتشريع للاستئناس برأيه. على الأكاديمية إرسال تقريرها في ظرف سبعة أيام من تاريخه ليعقد الرئيس جلسة نقاش أولية غير رسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ استلام النتيجة من الأكاديمية بحيث أن تعقد جلسة تصويت أولية على المشروع خلال شهر من تاريخ الجلسة السابقة. ولتعقد جلسة تصويت نهائية خلال خمسة عشر يوماً التالية من تاريخ التصويت الأولى ليحيل الرئيس المشروع المقبول حينئذ بأغلبية ساحقة أو اعتيادية؛ حسب سياقه؛ إلى مجلس الأعيان خلال خمسة عشر يوماً من تاريخه بعد نشر في وقائع مجلس العموم رسمياً كمشروع قانون مقر لديه. لدى مجلس العموم يجب العمل على إيجاد آلية جماعية تليق مستوى المجلس كهيئة عليا للتمثيل الإقليمي والمؤسستي للدولة فبعد تقرير سابق من اللجنة الدستورية في مجلس الأعيان، على رئيسه إرسال المشروع إلى المجلس العالي للسلطات القضائية مستأنساً برأيه، ليلزم بإرسال تقريره حول المشروع خلال سبعة أيام من تاريخه وليعقد الرئيس جلسة نقاش أولية حول المشروع المقترح خلال خمسة عشر يوماً التالية من استلام تقرير المجلس العالي للسلطات القضائية، ليعمل حينئذ، خلال خمسة أيام التالية من جلسة النقاش الأولية، على إرسال المشروع إلى الأكاديمية الوطنية العراقية للغة مستأنساً برأيها حول صلاية اللغة القانونية للمشروع وتطابقها مع روح التقنية التشريعية المرجوة ضماناً للأمن القانون الواجب استيفائه في التشريع، ولتلتزم لأكاديمية إرسال تقريرها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تلقي الطلب؛ ليعقد

الرئيس بعدها جلسة تصويت أولية على المشروع خلال ثلاثون يوماً من تاريخ تلقي النص من الأكاديمية، تليها جلسة تصويت نهائية خلال أسبوع من تاريخه؛ ليعمل الرئيس حينئذٍ على نشر المشروع لدى صحيفته الرسمية كمشروع قانون مقر لديه، ليرسله حينئذٍ إلى غرفة العناصر الروحية إذا ما تعلق المشروع بإحكام المواد الخاصة بلغات العراق، عقائده، معاييره الاجتماعية، العلاقات الأسرية، أو ما شاكل مما يمكن أن يمس المصالح الروحية، حيث يجب حصره دون زج كل القوانين لدى هذه الغرفة الثالثة كما سبق وأن نوهنا، بغية الحيولة دون تسييس العقيدة وتعقيد السياسة. فإن كان باستلام المشروع لدى الغرفة الثالثة حينئذٍ يجب على رئيس الغرفة طرحه للنقاش والتصويت عليه مع أولياته التشريعية جلة في مدة أقصاها خمس عشر يوماً من تأريخ استلامه لإرساله حينئذٍ لمجلس الرئاسة للمصادقة عليه وإعلانه من قبل الرئيس كقانون ليدخل حيز التنفيذ بعد مدة لا تقل عن عشرون يوماً من تأريخ نشره في الصحيفة الرسمية العراقية. وأما إن لم يكن الحال بإرسال المشروع إلى الغرفة الثالثة فيجب الصيرورة لإرساله إلى مجلس الرئاسة مباشرة حينئذٍ.

٣٩. يجدر إلزام مجلس الرئاسة استشارة مجلس شورى الدولة لتدقيق دستورية الآلية التشريعية وموازرتها للدستور تلافياً لوقوع خطأ آلي لم يُلْتَمِتْ إليه، فإن كان كذلك فيجب على المجلس إصدار قراراً برفض التصديق على المشروع وإعادته إلى حيث النقطة إلي نتج عنها الخطأ لمتابعة الآلية المعتمدة وتصحيح الخطأ الواقع. وعبرة الاستشارة إلى مجلس شورى الدولة لا غيره إنما لأن هذا المجلس لم يشارك في إعداد المشروع في آليته الداخلية، إنما أعد اللائحة الأولية حيث أرسلته إليه الحكومة قبيل الشروع بالآلية التشريعية المعتمدة. وعظة أن لا تستشير أي من غرف البرلمان هذه المجلس، مجلس شورى الدولة إنما تكمن في إبقاء هذا المجلس ضمن الحلبة الحكومية، أي بعلاقة مباشرة مع الحكومة لا مع البرلمان. بيدما عضة عدم سماع رأي المحكمة الدستورية إنما يكمن في إبقاء هذه المؤسسة بهيبة عليا كمراقب خارجي غير محايد يمكن أن يلجأ إليه أي

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

طرف يدعي أن له من حق قد إقتصم منه، فلا يجوز زجها في أمر، ومن ثم تأهيلها للخصم فيه.

٤٠. يجدر على المشرع التذكير بمنع أي صلاحية لأي سلطة كانت لإسقاط أي مؤسسة من مؤسسات الدولة بسبب رفضها سن قانون ما، أو التصويت عن مشروع ما كما تعود عليه التأريخ الفقهي العراقي والعربي المقارن من بديعة لم يعرفها بشر قط غير العرب.

٤١. من الأهمية بمكان أن يتناول المؤسس أمر الإصلاح الدستوري حيثما ارتأت الحاجة. فإنما لا يوجد من قانون إسمه دائم قط، وإنما من أدعى بذلك فقط إنتهك حرمة القانون. فيجب السماح لفئة برلمانية قبيل ثلثي البرلمان في أي من غرفه، الحكومة بعد إقرار الفكرة في مجلس الرئاسة، أو أحد الأقاليم بدعم من قبل عشرة أعيان أن تتقدم بمشروع إصلاح دستوري يمكنه أن يمس أي من نصوص الدستور إلا شكل الدولة، حقوق الأفراد والأقاليم في الحكم الذاتي، أو صلاحيات المحكمة الدستورية غير القابلة للانتقاص كل منها. فيجب إيجاد آلية بحيث أن يقر المشروع في سلسلته البرلمانية الكاملة لحين إصداره من قبل مجلس الرئاسة كمشروع قانون إصلاح دستوري يحل البرلمان بموجبه، تجرى انتخابات جديدة بغية التصديق على مشروع الإصلاح الدستوري هذا من قبل البرلمان الجديد على هيئة قانون تنظيم دستوري بأغلبية ثلاثة أرباع كل غرفة برلمانية، وإلا يعد مشروع الإصلاح هذا لاغياً غير قابلاً للطرح في حقبة العشر سنوات التالية.

٤٢. لا بد لمؤسس الدولة أن يتطرق إلى حالة الحرب، الطوارئ، قوانين الحكم العرفي، وحالات العزل الجزئي لإقليم أو منطقة معينة عن باقي الأقاليم أو المناطق بشكل مؤقت. إنما ليروج إعلان الحرب من قبل مجلس الرئاسة في حالة وقوع خطر محقق يستلزم الرضوخ لآلية الدفاع المستعجل حيث تجيز تعطيل عدد من نصوص الدستور كاستحداث الخدمة العسكرية الإلزامية، تعطيل عدد من حقوق الصحافة، التظاهر خدمة لمصلحة الدفاع الجماعي. إنما يجدر العمل على عدم تعطيل أي من الحقوق الأساسية الماسة بالحقوق الفردية غير

المنتزعة، ولا تعطيل مبدأ مسؤولية السلطات العامة في التعويض عن أي ضرر فردي يقع حتى وقت تنفيذ هذه الحالات المستعجلة للحيلولة دون إفلات أي مقصر عن مسؤوليته. ومن ثم يجب الحكم باستمرارية انعقاد كامل مؤسسات الدولة وخفارتها لحين انتهاء الحال غير الإعتيادي القائم حتى وإن حال ميقات حل إي منها فيجوز تمديد صلاحيته لمدة ثلاثة أشهر قابلة للتمديد لمرة واحدة، على أن لا يجوز حل أي من مؤسسات الدولة حال قيام هذا الحال غير الإعتيادي. ومن ثم لا يجوز منع قيام أي من مؤسسات الدولة بضمناها القضاء والإدعاء العام عن دخول الأماكن المشمولة بالحكم غير الإعتيادي لممارسة مهماتها الدستورية بدون أي عائق، فلا يجوز إقصاء مؤسسات الرقابة قط.

٤٣. يجدر بمؤسس الدولة عدم تناسي إيجاد المراقب العام للدولة كمؤسسة مستقلة تحت إختيار مجلس العموم، يعمل بشكل مستقل لمراقبة سير مختلف قطاعات الدولة، والإستماع للأفراد ومصالحهم، المثل أمام القضاء حماية للمصالح الفردية التي يعتقد إنتهاكها، منحه صلاحية ملاحقة أي من إدارات الدولة، غير القضائية، عن أي خروج قانوني يعتقده، ومن ثم تقديم البيانات للهيئات البرلمانية لتستفيد من بيانات المراقب هذا لتهيئة الأرضية المناسبة لمسائلة الحكومة أو الشروع بأي مشروع قانون إصلاحي تعتقده ذا محل.

٤٤. للمؤسس تناول موضوع الخيانة على أساس إمكانية ضد الحكومة، مجلس الرئاسة، حكام الأقاليم، أو أي من وزراء الدولة؛ لتكون صلاحية تحريكه من قبل المدعي العام، المراقب العام، نصف أعضاء أي من الغرف البرلمانية. لتتظر في تهمة الخيانة الهيئة العامة لمحكمة تمييز العراق بجلسة موسعة وحكم نافذ قابل للطعن فقط لدى المحكمة الدستورية بموجب السياق الدستوري للدفاع عن الحقوق الفردية للمتهم المدان لتتزع عن المدان بالخيانة الحقوق السياسية لمدة ثلاثون سنة، والمدنية لمدة عشرون سنة من تاريخ إعلان إدانته في الوقائع العراقية، ليس له حق العفو ولا الصفح العام، ويجوز استثنائه من حقه في أملاكه الخاصة وفي التنقل والخروج من العراق.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٤٥. من الجدير بمكان تذكير المؤسس عدم تناسي إيجاب إيجاد استقلال مسهب للجامعة العراقية كمؤسسة بنائه لمستقبل الأمة، وتكليفه للمشرع الإعتيادي والحكومة ضمان قيا جامعة واحدة على الأقل ذات طابع حكومي لدى مركز كل إقليم في الدولة، ورصد الإمكانيات المادية المناسبة لقيام هذه المؤسسة بهمتها المنتظرة في حشد أجيال المستقبل عن طريق ضمها إلى ميزانية الدولة العامة كمؤسسات مستقلة غير خاضعة لوزارة قط، إنما ذات ميزانية وشخصية مستقلة.

٤٦. يجدر بمؤسس الدولة أن لا يتناسى موضوع تكليف الدولة المستقبلية ببناء الأكاديميات العراقية للقانون والتشريع كمؤسسة مسئولة عن البحث العلمي والتحقيق الأكاديمي في عماد الدولة؛ الأكاديمية العراقية للغة كمؤسسة وطنيه تعمل على لم شمل لغات العراق وحماية معالم كل منها تقنياً كونها ثروة وطنية ودستورية يجب رعاية كل منها على حدٍ سواء؛ ومن ثم أكاديمية التاريخ العراقي وأكاديمية الفنون كمؤسسات تستحق أن تقام في بلد ما يملك غير التأريخ والفن.

٤٧. يجب على مؤسس الدولة سن أحكام إنتقالية لصيقة بالنص تكلف الحكومة العمل على:

أ. اتخاذ الإجراءات اللازمة، في مدة أقصاها ستة أشهر، لتشكيل مجلس شورى الدولة، المجلس الأعلى للسلطة القضائية بناءً على مقتضيات الدستور.  
ب. إعداد أنظمة الاستقلال الإقليمي لكل إقليم من أقاليم العراق خلال مدة أقصاها اثني عشر شهراً.

ج. سن قانوناً للإدارات العامة والسياق الإداري الموحد، قانوناً لتنظيم التظلم الإداري بناء على المنصوص عليه دستورياً في زمن أقصاه سنة ونصف.

د. تهيئة السبل الكفيلة بقيام المحكمة المختصة و سن قانون تنظيمها خلال مدة لا تتجاوز الستة أشهر من إصدار الدستور.

هـ. سن قانون جديد للإدعاء العام العراقي يحل محل القانون الحالي بما يتلاءم ومهمة الإدعاء العام المناطة به دستورياً في مدة أقصاها اثني عشر شهراً من صدور الدستور.

٤٨. وأخذاً بمبدأ تغيير الأحكام بتغيير الأزمان يجدر بمؤسس الدولة التذكير بالإنزام طرح الدستور للإستفتاء الشعبي العام كل خمس وعشرين سنة بغية تجديد العقد الشعبي وإتفاق على حيثيته من قبل الأجيال المتعاقبة، فما الدستور إلا بشرية بشر تتغايير من بتغير الأزمان والأجيال.

## اولاً: قواعد العامة

### ٦ - الدستور وكفالة حقوق الأفراد

الأستاذ الدكتور حسان محمد شفيق العاني\*

#### مقدمة:

عندما تشارك أو تساهم السلطات العامة بإقرار مركز قانوني لحقوق أو إحدى الحقوق المتعلقة بالأفراد، فإن كفالة هذه الحقوق يتحول إلى ضمانة لحقوق الأفراد. ذلك أن الحقوق المعلنة في المواثيق المحلية أو الإقليمية وحتى الدولية هي محض حقوق سائبة غير ملزمة للسلطات العامة. أما السلطات العامة المسؤولة قانونياً لإضفاء مركز معترف به في الدولة فهم: إما السلطة التأسيسية الأصلية التي يقع عليها مهام وإختصاص وضع القواعد الدستورية أو السلطة التأسيسية المؤسسة وهي البرلمان أو الجمعية الوطنية، أو كما تسمى مجلس الشعب التي تتولى وضع القوانين الكافلة لحقوق الأفراد من خلال إصدار القوانين ذات العلاقة، أما الطرف الثالث الذي يتولى وضع اللوائح التنظيمية أو الأنظمة لسريان القوانين فهي السلطة التنفيذية ممثلة بمجلس الوزراء وعلى رئيس السلطات العامة الملك أو رئيس الجمهورية أو رئيس الجمعية الفدرالية في نظام حكم الجمعية، أو رئيس الجمهورية في النظام الجمهوري الرئاسي، إضافة إلى أن الملك أو رئيس الجمهورية في النظام البرلماني هو الذي يصادق على الأنظمة لتصدر بإرادة أو بإقرار ملكي أو رئاسي. وطالما أن تدرجة القواعد القانونية تحكم بالقول بأن القاعدة الدستورية تحتل القاعدة

---

\* أستاذ النظم السياسية والدستورية، جامعة بغداد.



في سبيل المستقبل الدستوري

الأسمى في سلم الهرم القانوني للقواعد الدستورية فعليه فإن القاعدة الدستورية هي التي لها الأولوية على بقية القواعد القانونية.

أضف إلى ذلك، فالملاحظ وجود جهات آمرة ساهمت بدورها في رقد الضمانات قوة وفعالية لتسري في النظام القانوني الدولي وفي قواعد القانون الدولي والقضاء.

#### أولاً: في القانون المقارن:

لقد تم تبني حلول بواسطة الدول فيما يخص الإشتراك في الإختصاص بين السلطة المؤسسة والمشرعين الإعتياديين بخصوص الحريات. ففي بريطانيا وحيث أنها تفتقر إلى دستور مكتوب في البرلمان لوحدة إختصاص التشريع للحريات العامة، ترك للفقه القضائي المجال الواسع عن طريق الإشراف لكي يساهم في الحكم وتقرير الحريات العامة.

أما في العالم الأنكلوسكسوني فإن الإتجاه الواسع قد أخذ بإختصاص الدستور بشأن الحريات العامة وضماداتها. فالدستور لا يتحدد بوضع المبادئ العامة للحريات، ولكنه يحددها بوضع الضمانات لها وبصورة أدق يهتم بالإجراءات، وبذلك يحدد عمل البرلمان لها صراحة. وهو ما تم ملاحظته في التعديلات التسع الأول للدستور الذي وضع عام ١٧٨٧. كما أن دولاً آسيوية وإفريقية قد حذت حذو التجربة الأنكلوسكسونية كما في الهند من المادة ٣٥٧/١٢ لدستورها لعام ١٩٥٠. كما أن أغلب دساتير أمريكا اللاتينية وبتأثير من الدستور الأمريكي درجت في عين هذا المعنى. وبهذا المعنى فإن الدستور الإيطالي لعام ١٩٤٧ من المادة الأولى إلى ٥٤ شابه في هذا الخصوص ما أخذ به دستور الولايات المتحدة الأمريكية. وبذلك فإن وضع القواعد الدستورية الضامنة للحقوق في متن الدساتير قطع الطريق أمام الإشكالية التي إستحدثها دستور الجمهورية الرابعة، عند وضع الحقوق في مقدمة الدستور وليس في متن الدستور.

#### ثانياً: في الدساتير الفرنسية:

جاءت الفقرة (١٦) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادرة عام ١٧٨٩ صريحة وواضحة عندما نصت على أن المجتمع الذي لا تضمن فيه حقوق الأفراد ليس فيه دستور. الواقع أن الإعلان كان قد صدر قبل صدور الدستور الملكي عام ١٧٩١ وتضمن إدماج الإعلان بالدستور. ولكن إعلانات اخر ثلاث صدرت أجازت إحداها قيام الثورة مما أفقد الطابع الفردي للحقوق يتحداها إلى الطابع الجمعي للحقوق. إلا أن الدستور الأول بعد

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الثورة الغي ليعلم دستور آخر لم يتم العمل به أصلاً وهو دستور عام ١٧٩٢ لحين صدور دستور عام ١٧٩٥. هذه الدساتير وما بعدها من دساتير نشأت في أوضاع سياسية غير مستقرة ولم يتسنى للنصوص الدستورية أن تأخذ صفة الإلزام خاصة بخصوص ضمانات الحريات الفردية إذ أن الدساتير النابوليونية قد كرس الطابع الفردي للسلطة بعيداً عن أية ضمانات لحقوق الأفراد. وبالتالي يتعدت النصوص الدستورية لتأخذ مكانها السامي في التشريع كقواعد ضامنة لحقوق الأفراد. وواضح أن الإشارة للتشريع أصبحت أكثر وضوحاً لتحديد المركز القانوني لحقوق الأفراد.

#### **إعلان حقوق الإنسان والمواطن:**

واجهت الجمعية الوطنية بعد الثورة الفرنسية مهمة جمع السلطات والعمل كسلطة تأسيسية أصلية وعهدت بدورها للسلطة التنفيذية مهمة تنفيذ سياستها، وذلك من خلال إنشاء الجمعية العامة وحكومة المجلس الوطني، لمواجهة أخطار داخلية وخارجية. لذا فقد تولت تشريع قوانين خاصة لمتابعة مناوئي الثورة ومتابعة المشبوهين. وبذلك فقد تم تعليق أي ضمانات للحقوق الفردية ولفترة تعدت المراحل الأولى للثورة لتتخطى الفترة النابوليونية وإلى ما بعدها.

#### **غياب كفالة الدستور للحقوق الفردية:**

بصدور دستور لفرنسا عام ١٨٧٥ وهو قانون تنظيم السلطات العامة فإنه لم يتبنى إعلان الحقوق ولم يضمنها كنصوص في القوانين الثلاث التي تولت بيان إختصاصات السلطات. وبذلك تم إغفال الطرف الآخر من إهتمامات الدستور الإعتيادية ألا وهو المجتمع وأفراده له.

#### **مركز إعلان الحقوق دستورياً:**

لقد طرحت مشكلة غياب الإعلان دستورياً لكفالة حقوق الأفراد أمام الفقهاء بيان المركز القانوني لهذا الغياب ومدى إستمرارية كفالة الحقوق الفردية في جمهورية عرفت تجربة دستورية هي الأكثر رسوخاً وإستقراراً إضافةً إلى تنامي الطابع الليبرالي لهذه الجمهورية التي وضعت بالليبرالية البرلمانية. فظهرت في هذه الخصوص آراء مؤيدة وآراء مناهضة لوجود مركز دستوري لإعلانات حقوق الإنسان.

في سبيل المستقبل الدستوري

### آراء مؤيدة - آراء مناهضة:

المجموعة الأولى التي ذهبت إلى إضفاء سمة وسلطة للإعلانات تسمو على القانون هي المجموعة التي ضمت الأستاذ دوكي الذي أشار إلى أن قيمة الإعلان تسمو على الدستور، ألا أن الأستاذ أوريد شهد بأن الإعلان له قيمة مبدئية مشابهة لمبادئ الدستور. وهناك رأي يضيف على الإعلان صفة القانون الملزم طالما أن الدساتير قد ضمنها سابقاً.

إلا أن الأستاذين أسما ورايموند كاره ديالمبرغ ذهبا أن الدستور السابق لعام ١٧٩١ قد سقط وسقطت معه الضمانات. فلا قوة قانونية تتمتع بها النصوص، إذ أنه من الناحية الوصفية لا تتمتع الضمانات بأي قوة قانونية.

### المركز الجديد لإعلاني عام ١٩٤٦ - ١٩٥٨:

استمراراً مع التقاليد الدستورية الفرنسية فقد شاء المشرع الدستوري أن يعيد العمل بما كان قد اتبع سابقاً مع إعلان حقوق الأفراد. فجاء دستور الجمهورية الرابعة بديباجة تضمنت مبادئ لحقوق الأفراد معددة لها. وهي ذات طبيعة إيجابية لأنها تضمنت حقوق إجتماعية - إقتصادية لم يعبأ لها إعلان عام ١٧٩١. أما دستور الجمهورية الخامسة الذي صدر عام ١٩٥٨ فقد كرس في مقدمته الإعراف بإعلاني عام ١٧٩١ ومقدمة دستور عام ١٩٤٦.

### موقف المجلس الدستوري:

وقد توضح لدينا الدور المهم والأساس في فقه المجلس الدستوري ومنذ قراره لعام ١٩٧١ في ١٦ تموز حيث أنه شمل بإختصاصه التقريرية جهة الإختصاص بالحكم على ضوء:

— إعلان الحقوق لعام ١٧٨٥.

— مقدمة دستور عام ١٩٤٦.

— المبادئ الأساسية المعترف بها بقوانين الجمهورية.

لذا فإن المجلس لم يشأ أن يتحول إلى حكومة القضاة وهو ما يخشاه إلى أن يتولى الإفصاح والإقرار بحقوق عديدة عليها القيمة الدستورية كموضوع حرية تشكيل الجمعيات، الأحزاب، حرية الضمير، التعليم...

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ولم يشأ المجلس الدستوري في قراره الصادر عام ١٩٨٢ إلا القول بأنه يتوافق مع القوانين الصادرة من قبل البرلمان وهو بفقهاء هذا أراد أن يشير بأن رقابته هي سابقة وليست لاحقة فإذا لم يتحرك المجلس الدستوري وذلك بسبب أنه لم تكن هناك دعوى قد صرحت بعدم دستورية مقترح أو مشروع قانون من قبل السلطات العامة المختصة بالتحريك. وهما السلطان التنفيذية أو التشريعية.

### ثالثاً: الضمانات الدستورية للحريات الفردية في العراق:

لم تغفل الدساتير العراقية منذ القانون الأساسي لعام ١٩٢٥ ذكر الحقوق الفردية إلا أن ضمانات الحقوق أحالتها إلى القوانين مما أدى إلى إفراغ الضمانات من محتواها الدستوري، وقد تولت السلطة التشريعية من خلال مشاريع قوانين قدمت من قبل السلطة التنفيذية إصدار قوانين خاصة مهدت الطريق لكي تتولى السلطة التنفيذية مهمة تحضير أنظمة وتعليمات من شأنها إحكام السلطة من جهة ومن جهة ثانية فقد علقت الحريات الفردية.

كما أن المشرع قد ساوى بين القرار والقانون لذا فقد تولى مجلس قيادة الثورة ومنذ البدء بعمله على تولي التشريع بدوره وهو جهة تنفيذية وتشريعية. إن غياب مؤسسة رقابة على دستورية القانون جعلت من شأن القوانين والقرارات أن تكون حرة في العمل وعلى حساب مبادئ دستورية كانت قد ذكرت الحقوق الفردية المختلفة.

### الخاتمة:

خلال المناقشة لضمائم دستورية لحقوق الأفراد، فقد توقفنا على تجارب عدة، ويبدو أن الضمانات الدستورية للحقوق الفردية ولما تتضمنه من إجراءات قد تكون الوسيلة الأكثر نجاحاً، إذ أنها تحدد المشرع لأن يتصرف كما يشاء على إعتبارات الدستور كقاعدة هو أسمى القواعد القانونية. ويتطلب لكفالة إحترام المشرع للضمانات الدستورية للحقوق أن تتشاطر السلطة التأسيسية الأصلية سلطة أخرى هي القضاء لكي يتولى القضاء دوره ليضمن سريان الإجراءات الدستورية وما إحتوته من ضمانات للحقوق الفردية. كما يتوجب على المشرع الدستوري أن لا يحصن الإدارة أمام القضاء فتدفع بأعمال السيادة.

## ٧ - الدستور الدائم المرتقب وحقوق الإنسان

### القاضي أكرم الوتري

بعد تعدد صدور المعاهدات الدولية لحماية حقوق الإنسان أزيلت على التوالي الفوارق في منظور الدولة بين القانون الدولي والأفراد فخضعت الدول للقانون الدولي بصورة جديدة. بما يعدل القواعد السائدة في المجتمع الدولي حيث أصبحت الدول تلتزم تجاه الأفراد والمجتمع الدولي بمراعاة قاعدة الحد الأولى من الحقوق والحريات للأفراد. إن هدف الدول الأطراف في المعاهدة الدولية لحقوق الإنسان هي أن تؤمن للأفراد الحقوق التي يمكن أن يطالبوا باحترامها أمام المحاكم الداخلية لدولهم. وعليه فقد تطورت مجموعه من القواعد الخاصة التي تتميز عن باقي القواعد الدولية الأخرى من حيث طابعها الخاص ومن حيث قابليتها للتطبيق المباشر في النظام القانوني الداخلي للدولة، أي تطبيقها مباشرة من جانب المحاكم الوطنية. إن هذا المفهوم للتطبيق المباشر لأحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان واجه بعض التردد من خلال عنصرين:

(١)-الصفة الخاصة: التي يمكن استخدامها أمام القاضي الوطني ليس فقط حسب النصوص القياسية للقانون الداخلي، ولكن أيضاً تجاه الأعمال الفردية ذاتها. فلكي يمكن لقاعدة دولية أن تطبق مباشرة فإنها يجب أن تدرج في النظام القانوني الداخلي للدولة، باعتبارها تنشئ حقوقاً لصالح الأفراد بمضمونها أي أن تصادق عليها الدولة.

والمعاهدة ذات التنفيذ الذاتي self-executive هي التي تعتبر بموجب القانون الأساسي للدولة وهو الدستور مدرجة كذلك في النظام القانوني الخاص بالدولة عند التصديق عليها، ونشرها من قبل الدولة في جريدها الرسمية، ودخولها حيز التنفيذ على الصعيد الدولي .

لأجل معرفة كون المعاهدة ذاتية التنفيذ أم لا، يتعين تحديد آليات أو إجراءات تصديق المعاهدة الدولية وأدراجها ضمن النظام الداخلي للدولة وفقاً لقانونها الدستوري.

ولو رجعنا إلى قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية بأعتبره دستوراً مؤقتاً صدر في آذار ٢٠٠٤ نجده ينص في ديباجته على ما يأتي:-

"...أن العراق يؤكد اليوم احترامه للقانون الدولي لاسيما وهو من مؤسسي الأمم المتحدة".

ثم ينص القانون ذاته في المادة السادسة والعشرين منه الفقرة (أ) على ما يأتي "ستبقى القوانين النافذة في العراق في ٣٠ حزيران/٢٠٠٤ سارية المفعول إلا إذا نص هذا القانون على خلاف ذلك والى أن تقوم الحكومة العراقية الانتقالية بإنهائها أو تعديلها وفقاً لهذا القانون".

وحيث أن العراق كان قد انضم إلى ميثاق الأمم المتحدة منذ سنة ١٩٤٥ بعد أن ساهم في مؤتمر سان فرانسيسكو فإنه يلتزم بما التزمت به شعوب الأمم المتحدة في المادة الأولى من الميثاق (الفقرة ٣ و ٤) بأن تحقق الأمم المتحدة التعاون الدولي في حل المشاكل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً بلا تمييز بسبب العنصر أو الجنس أو اللغة أو الدين.

وحيث أن السلطة التشريعية المتمثلة بالمجلس الوطني المنتخب بتاريخ ٣٠ كانون الثاني (يناير) سنة ٢٠٠٥ سوف تتأثر بطبيعة الحال بتعديل القوانين بما يتفق مع الاتجاهات الجديدة الإنسانية فيما يتعلق بحقوق الإنسان وحريات الأفراد.

وبالنظر إلى ظاهرة تدويل الدساتير الوطنية فيما يتعلق بحقوق الإنسان فقد أصبحت تلك الحقوق موضوعاً دولياً ودستورياً في آن واحد.

أنضم العراق إلى ميثاق الأمم المتحدة بموجب القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٤٥ كأحد

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الأعضاء المؤسسين.

وقد صادق العراق على العهد الدولي حول الحقوق الوطنية والسياسية وكذلك صادق على العهد المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وذلك بموجب القانون رقم ١٩٣ لسنة ١٩٧٠. أن هذه الحقوق الأساسية أعتبرت المثل الأعلى المشترك الذي يجب أن تصل إليها جميع الشعوب والأمم. كما يسعى جميع أفراد المجتمع العراقي وهيئاته ومن خلال التعليم والتربية إلى توطيد احترام تلك الحقوق والحريات، وأن يكلفوا الاعتراف الواعي بها ومراعاتها الفعلية فيما بين شعوب جميع الدول.

لقد انضم العراق كذلك إلى اتفاقية إزالة كافة أشكال التمييز العنصري بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٥ وكذلك انضم العراق إلى اتفاقية إلغاء جميع أشكال التمييز العنصري (الأبارتايد) وصادق عليها بالقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٧٥. ولا ننسى أن العراق أصبح عضواً فعالاً في منظمة الأمم المتحدة للأطفال (اليونسيف) بموجب القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٨٦. وكذلك فأن العراق عضو في منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم (اليونسكو) بموجب القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٤٨.

إلا أن انضمام العراق إلى هذه الاتفاقيات الدولية وخاصة العهدين لحقوق الإنسان التي ذكرناها آنفاً لم تصاحبه في حينه ترحيباً من قبل القضاء العراقي حيث لم يهتم القضاء إلا بتطبيق القوانين الداخلية الخاصة مباشرة مثل قانون العقوبات العراقي المرقم ٦١١ لسنة ١٩٦٩ وكذلك فأن المحامين لم يطالبوا المحاكم بتطبيق هذين العهدين في مرافعاتهم من أجل لفت نظر القضاء العراقي إلى حقيقة أن تصديق العراق بقانون على اتفاقيات حقوق الإنسان يجعل تلك الاتفاقيات بمنزلة القوانين الداخلية ويتعين الالتزام بتطبيقها فيما يتعلق بحقوق الأفراد.

كما أن سياسة الحكم في حينه لم تكن تشجع على التوسع في حقوق الإنسان وإنما أتخذت العنف سبيلاً إلى معاملة الأفراد بميلها إلى وضع القوانين المحملة بالعقوبات الشديدة واستخدام الوسائل العقابية الصارمة ذات الأثر المباشر كالإعدام وقطع اليد والأذن وغيرها.

وقد واجهت دعوات المصلحين والقانونيين إلى تخفيض العقوبات وتماشي العقوبات الجسدية كالتشويه والإعدام وعدم تجاهل القانون الدولي لحقوق الإنسان والابتعاد عن

انتهاج الشدة المفرطة من قبل الجهات المنفذة للقانون كالشرطة والمحاكم الخاصة مثل محكمة الثورة وغيرها علاوة على إيقاف الإجراءات القمعية التي كانت تقوم بها السلطة دون التفات إلى مبادئ حقوق الإنسان.

وعليه فإن وجود المحاكم الدستورية قد تؤدي وترجح كفة الالتزام بمقاييس اتفاقيات حقوق الإنسان في العالم. والرقابة على دستورية القوانين أمر هام جداً في هذا المجال. وبناء على ما سبق فإن المقتضي أن تكون هناك ضمانات للدستور إذا اريد تطبيق نصوصه بالنسبة لحقوق الإنسان فعليه يجب تأسيس هيئة مستقلة باسم هيئة الرقابة الدستورية تمثل الرقابة على دستورية القوانين ومشروعيتها وتطبيق روحية النصوص والاتفاقيات والقرارات التي لها قوة القانون كما تتولى تفسير النصوص الدستورية. وتتكون هيئة الرقابة الدستورية من عدد من أعضاء من رجال القانون والقضاة البارزين (تسعة أعضاء مثلاً). ويختار رئيس الجمهورية رئيس هيئة الرقابة الدستورية من بين القضاة، ويعين بمرسوم جمهوري. ولا يجوز الجمع بين عضوية هيئة الرقابة الدستورية وتولي المناصب الوزارية أو عضوية مجلس الجمهورية أو المجلس الوطني أو أية وظيفة في الدولة. وتكون مدة العضوية في هيئة الرقابة الدستورية خمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة ولا يجوز إنهاء خدمة رئيس الهيئة أو أي عضو فيها ما لم يبدد رغبة في ذلك. فإذا قررت هيئة الرقابة الدستورية أن القانون أو القرار الذي له قوة القانون مخالف كلاً أو جزءاً للدستور فيعد ما خالف الدستور ملغياً من تاريخ نشر قرار الهيئة. يحدد قانون أساسي تنظيم مجلس هيئة الرقابة الدستورية ويبين قواعد الإجراءات فيها والشروط الواجب توافرها في أعضائها وحقوقهم وحصاناتهم.

ويلاحظ بصورة عامة أن العديد من اتفاقيات حقوق الإنسان الأساسية لم يدخل فيها العراق. وأخص بالذكر منها اتفاقية مناهضة التعذيب.

وتشير المادة (٤) منها إلى أن:

- أ- تضمن كل دولة طرف أن تعد جميع أعمال التعذيب جرائم بموجب قانونها الجنائي، وتطبيق الأمر ذاته على قيام أي شخص بأية محاولة لممارسة التعذيب وعلى قيامه بأي عمل آخر يشكل تواطؤاً أو مشاركة في التعذيب.



### سمة وإعلانات ومبادئ حقوق الإنسان

أن المسلم به قانوناً خاصة في مجال القانون الدولي أن الإعلانات والمبادئ والقواعد التي تصدر عن الجمعية العامة أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي جميعها لا تنتم بصفة الإلزام القانوني للدول.

على أن لهذه الوثائق قوة معنوية كبيرة، إذ تعطي توجيهاً عملياً في تحديد مسلك الدول، وتتوقف قيمتها على الاعتراف بها فعلاً، وقبولها من جانب الدول، حتى لو لم يكن له لها صفة الإلزام، باعتبارها إعلاناً لمبادئ مقبولة عامة في المجتمع الدولي.

ومصادر القانون الدولي تتمثل في العرف الدولي وفي المعاهدات مهما كانت تسميتها. وينبثق العرف الدولي من الممارسات الدولية المتكررة والمعتادة التي تعتبر بمثابة قانون (المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية). أما القوانين التعاهدية كالاتفاقيات فأنها تتخذ بقبول الدول ومصادقتها القانونية عليها سواء كانت ثنائية أم متعددة الأطراف وتتسم الوثائق الدولية لحقوق الإنسان بصفات قائمة بذاتها فيما يتعلق بالمصادقة عليها والتزام الدول بها.

أما ما نجده منها بصيغة إعلانات أو مبادئ قانونية فالإعلانات والمبادئ القانونية لا تتمتع من حيث الأساس بقوة قانونية ملزمة للدول مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلا أنها لها قوة أدبية وسياسية لأنها:

١. وثائق صادرة وفق أحكام ميثاق الأمم المتحدة التي التزمت بها الدول ومنها العراق حيث أنضم العراق إلى تصريح الأمم المتحدة بالقانون ٢٠٧ في ١٩٤٣ وصادق على الميثاق بالقانون ٢٣١٧ بتاريخ ١١/١/١٩٤٥. تعهدت جميع الدول والأعضاء بموجب المادة ٥٦ من الميثاق بالتعاون مع الأمم المتحدة لتحقيق المقاصد المنصوص عليها في المادة (٥٥) منه ومنها احترام حقوق الإنسان.
٢. أن وثائق حقوق الإنسان هي نتيجة لتوافق عالمي بشأن القيم الإنسانية بما بدأ يشكل قاعدة أمره *Jus Cogens*. ومن ذلك حقوق الإنسان الأساسية.

ما أورده المادة (الرابعة) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وهو الحق في الحياة - وعدم جواز إعدام أي شخص بدون محاكمة. كذلك عدم جواز إخضاع شخص لحالة العبودية وتحريم الرق (صادق العراق على منع الاتجار بالرقيق الأبيض بالقانون

٨٤٦، في ١٤/٦/١٩٥٠) وعدم جواز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بدين أو التزام تعاقدي، وعدم إدانة أي فرد عن فعل لا يشكل جريمة عند وقوعه. وعلى عدم انتهاك حق الفرد في حرية الدين، والفكر، والوجدان. وقد وردت نفس تلك المبادئ في المادة (٣) من اتفاقيات جنيف الأربع حول حماية ضحايا الحرب لعام ١٩٤٩ والتي صادق عليها العراق بقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٥.

أما اتفاقية منع إبادة الجنس البشري فقد صادق عليها العراق بالقانون رقم ١١ في ٣/٢/١٩٥٨. وقد صادق العراق على اتفاقيتي لاهاي للتسوية السلمية للمنازعات بالقانون رقم ١٤٢ بتاريخ ١٠/٩/١٩٧٠. كما صادق العراق على اتفاقية إزالة كافة أشكال التمييز العنصري بالقانون رقم ١٣٥ في ١١/٩/١٩٦٩. كما صادق العراق على العهدين لحقوق الإنسان بالقانون رقم ١٩٣ بتاريخ ٧/١٠/١٩٧٠ وصادق على اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة بالقانون رقم ٦٦ بتاريخ ٢١/٣/١٩٨٦.

تتميز الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان بأن المستفيد من أحكامها هم الأشخاص الموجودون في إقليم الدولة والداخلون في ولايتها. فالالتزام بها ذو طابع وطني تجاه المواطنين والالتزام ذو طابع دولي تجاه المجتمع الدولي.

وأن تصديق المعاهدات يتم حسب دستور العراق. وكذلك فإن قانون عقد المعاهدات رقم ١١١ لسنة ١٩٧٩ يعرف التصديق بأنه "الإجراءات القانونية التي تثبت بموجبها جمهورية العراق على الصعيد الدولي موافقتها النهائية على الالتزام بمعاهدة سبق التوقيع عليها في جمهورية العراق وحكومتها وسبق إقرارها في منظمة دولية أو مؤتمر دولي". أما الانضمام فهو الإجراءات القانونية التي تثبت بموجبها على الصعيد الدولي موافقة العراق النهائية على الالتزام بمعاهدة متعددة الأطراف لم يسبق التوقيع عليها عن جمهورية العراق خلال المدة المقررة لذلك.

وعلى ذلك فإن هناك بعض الأحكام الأساسية في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لا يمكن إعمالها أمام المحاكم ما لم تتدخل الدولة تشريعياً لأنها نصوص غير قابلة للنفذ ذاتياً Non-self-executive. ومثالها الفقرة (٣) من المادة (٢) من العهد المذكور بشأن تعهد الدولة بضمان توفر سبل للتنظيم لأي شخص انتهكت حقوقه، وضمان تنفيذ الأحكام الصادرة لصالح المتظلمين. وكذلك الفقرة (٤) من المادة (٩) منه التي تكرر

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

حق كل شخص حرم من حريته في الرجوع إلى المحكمة لكي تفصل في قانونية اعتقاله وهو الحق المتعارف عليه Habeas Corpus .

ومن الناحية العملية لا يمكن تطبيق هذين النصين إلا بوجود قانون يحمي استقلالية السلطة القضائية أولاً ويلزم السلطة التنفيذية ثانياً بتنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء.

كما تضمنت الفقرة ( ٥ ) من المادة ( ١٤ ) من نفس العهد بأن لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء على القانون إلى محكمة أعلى كي تعيد النظر في قرار أدانته وفي العقاب الذي حكم عليه. ومن المعلوم أن معظم المحاكم الاستثنائية في الدول العربية ولاسيما تلك التي تختص بقضايا أمن الدولة لا تخضع أحكامها للطعن أمام محكمة أعلى وإنما يكون حكم المحكمة (كمحكمة الثورة السابقة في العراق) حكماً قطعياً غير قابل للاستئناف أو التمييز. وعليه فلا يمكن تطبيق الفقرة (٥) من المادة (١٤) أعلاه من دون صدور نص قانوني في الدستور يلزم بذلك. هنا تتأكد ضرورة التدخل التشريعي للدولة من أجل تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.

أن عدم تدخل الدولة، عند الضرورة، يضع الدولة في موقف المنتهك للاتفاقية الدولية، ويجيز لآليات الحماية الدولية مطالبتها بذلك، وهو أمر تعدد الدول مساساً بسيادتها التشريعية وهو في الحقيقة ليس كذلك لأنه يقع في صلب التزامها بتنفيذ الاتفاقيات الدولية التي صادقت أو انضمت إليها فعلاً.

إن واجب القضاء تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان المصادق عليها بقانون من قبل الدولة ذات العلاقة:

أولاً: لأن الاتفاقية الدولية تشكل التزاماً على الدولة وأن القضاء أحد كيانات الدولة المتعلقة بذلك.

ثانياً: أن تطبيق الاتفاقية الدولية جزء من مهمة القاضي العامة عند النطق بالحكم القانوني فأدراج الاتفاقية ضمن النظام القانوني الداخلي يجعلها مثل الدستور والقوانين والنظم جزءاً من البناء القانوني الوطني. ويقع على القضاء واجب طبيعي لضمانه وتطبيقه.

ومن جهة أخرى فإن الالتزام الثاني على عاتق الدولة المصدقة أو المنضمة إعداد تقارير دورية إلى لجان خاصة في الأمم المتحدة تعني برصد تطبيق الاتفاقيات الدولية

الدستور الدائم المرتقب وحقوق الإنسان

لحقوق الإنسان.

فقد أصدرت لجنة حقوق الإنسان في الأمم المتحدة القرار رقم (١) لسنة ١٩٥٦ توصي بموجبه المجلس الاقتصادي والاجتماعي بأن يطلب من الدول الأعضاء والمؤسسات المتخصصة أن ترسل -سنوياً- إلى الأمين العام للأمم المتحدة تقريراً عن التطورات في ميدان حقوق الإنسان والإجراءات المتخذة لحماية الحرية الإنسانية في حدودها الإقليمية. وأعدت المجلس الاقتصادي والاجتماعي هذه التوصية بقرار رقم ٦٢٤ بتاريخ ١٩٩٦/٨/٢١ مع تعديل يتعلق بمدة تقديم التقارير حيث أصبحت ثلاث سنوات بدلاً من سنة واحدة ثم أصبحت هذه المدة سنتين اعتباراً من عام ١٩٧١. وتنتشر هذه التقارير ضمن كتاب سنوي عن حقوق الإنسان Yearbook of Human Rights يستعرض تطبيق الدول لمواد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وقد توقف العمل بذلك بعد عقد الاتفاقيات والعهود الملزمة بذلك.

وباشرت الأمم المتحدة بأعتماد نظام التقارير الدورية في تطبيق اتفاقيات حقوق الإنسان منذ عام ١٩٦٥ وتعد التقارير الدورية الأداة الأساسية في توثيق تجارب الدول لتطبيق اتفاقيات حقوق الإنسان. ونظراً لأنضمام كثير من الدول لعدد من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان فقد بدأت تظهر في النصف الثاني من الثمانينات ظاهرة تأخر الدول في تقديم تقاريرها لمبررات عديدة من بينها عدم توفر الكوادر المؤهلة لأعداد التقارير. (أنظر التقرير المقدم إلى الدورة رقم ٤٦ للجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٩١ بأن هناك دولاً متأخرة عن تقديم التقارير الأولية منذ عام ١٩٨٤ و ١٩٨٧ و ١٩٨٨. وتم توجيه مذكرات عديدة لتذكير الدول بها).

ومما يجدر ذكره بالنسبة للعراق بالذات قرار مجلس الأمن ٦٨٨ (١٩٩١) عن الحالة في العراق. فبعد العمليات الحربية في العراق عام ١٩٩١ من قبل قوات التحالف بقيادة الولايات المتحدة تقدمت تركيا بمذكرة إلى رئيس مجلس الأمن كما تقدمت فرنسا بمذكرة مماثلة. وكذلك إيران بمذكرتين إلى الأمين العام للأمم المتحدة وتشير هذه المذكرات إلى "القمع الذي تعرض له سكان العراق والذي شمل المناطق الكردية مما أدى إلى تدفق اللاجئين على نطاق واسع عبر الحدود الدولية، وإلى حدوث غارات عبر الحدود بما يهدد السلم والأمن الدوليين".

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وكان الأمين العام للأمم المتحدة قد أوفد مندوباً عنه هو السيد مارتي اهتساري لدراسة آثار الحرب على الوضع الإنساني في العراق والذي قدم تقريره عن مهمته. عقد مجلس الأمن جلسة يوم ١٩٩١/٤/٥ حيث ناقش الموضوع وتقدمت فرنسا بمشروع قرار حوله أعتمد بأكثرية عشرة أصوات ضد ثلاثة هم (كوبا واليمن وزيمبابوي) وأمتناع الصين والهند عن التصويت. وقد عد هذا القرار سابقة قانونية مهمة في تاريخ الأمم المتحدة بشأن التدخل الإنساني في البلدان المستقلة. ويتضمن القرار ست فقرات كديباجة وثمان فقرات عاملة.

وتنص الفقرة الثالثة من الديباجة على:

"أن المجلس يساوره قلق شديد إزاء القمع الذي يتعرض له السكان المدنيون العراقيون في أجزاء كثيرة من العراق، والذي شمل مؤخراً المناطق السكانية الكردية وأدى إلى تدفق اللاجئين على نطاق واسع عبر الحدود الدولية والى حدوث غارات عبر الحدود بما يهدد والسلم والأمن الدوليين في المنطقة" وكانت لجنة حقوق الإنسان للأمم المتحدة قد أصدرت بتاريخ ١٩٩١/٣/٦ قراراً بتكليف مقرر خاص عن حقوق الإنسان في العراق، في حين لم تتجح اللجنة في السنوات السابقة بإصدار قرار ضد العراق.

أن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الصادر في آذار ٢٠٠٤ يقضي في المادة الخامسة والعشرين منه بما يأتي:

"تختص الحكومة العراقية الانتقالية بالشؤون التالية حصراً:

أ- رسم السياسة الخارجية والتمثيل الدبلوماسي والتفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتوقيع عليها وإبرامها ورسم السياسة الاقتصادية والتجارية الخارجية وسياسات الاقتراض السيادي".

وتنص المادة التاسعة والثلاثون من نفس القانون على ما يأتي:

"أ- يقوم مجلس الوزراء بموافقة مجلس الرئاسة بتعيين ممثلين لغرض التفاوض على عقد معاهدات واتفاقيات دولية ويقوم مجلس الرئاسة بالتوصية بإصدار قانون من الجمعية الوطنية للمصادقة على هذه المعاهدات والاتفاقيات".

ونصت المادة التاسعة والخمسون منه على ما يأتي:

"ج- حال استلامها السلطة وتماشياً مع مكانة العراق كدولة ذات سيادة ستكون للحكومة العراقية الانتقالية الصلاحية لعقد الاتفاقيات الدولية الملزمة بخصوص نشاطات القوة متعددة الجنسيات العاملة في العراق تحت قيادة موحدة، وطبقاً لشروط قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم ١٥١١ لسنة ٢٠٠٣، وأي قرارات لاحقة صادرة عن مجلس الأمن ذات العلاقة. لن يؤثر أي شيء في هذا القانون على الحقوق والالتزامات المترتبة على هذه الاتفاقيات أو المترتبة على قرار مجلس الأمن رقم ١٥١١ لسنة ٢٠٠٣/ أو أية قرارات أخرى لاحقة لمجلس الأمن بهذا الشأن والتي ستحكم أعمال القوة متعددة الجنسيات إلى حين دخول هذه الاتفاقيات حيز التنفيذ".

ونصت المادة الواحدة والستون على ما يأتي:

"أ- على الجمعية الوطنية كتابة المسودة للدستور الدائم في موعد أقصاه ١٥ آب ٢٠٠٥". قرار مجلس الأمن رقم ١٥١١ (٢٠٠٤).

١. هنا قد يطرح سؤال ما هي آليته الدستورية بالنسبة لاتفاقيات حقوق الإنسان التي سبق أن صادق عليها العراق بقانون وهل تصبح منتهية أم مستمرة في ظل الدستور الدائم وكيف يمكن الإبقاء على انضمامه إليها أو مصادقته عليها؟
  ٢. وما هو الحال بالنسبة لاتفاقيات حقوق الإنسان التي لم ينضم إليها العراق وكيف تتم المصادقة عليها في ظل الدستور الجديد.. الإجابة، أن العراق كان قد أنضم إلى العهدين، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وقد كان انضمامه ذلك إلى العهدين بموجب القانون المرقم ١٩٣ بتاريخ ١٠/٧/١٩٧٠.
- أن الدساتير يجب عادة أن تحتوي على نص يتعلق بأن التشريعات النافذة قبل صدور الدستور تبقى سارية المفعول ويجوز إلغاء تلك التشريعات السابقة أو تعديلها بالطريقة المبينة في الدستور الجديد. فعلى سبيل المثال نصت على هذا المعنى المادة (٢٨) من دستور سنة ١٩٥٨ الذي تم بموجبه إعلان سقوط القانون الأساسي العراقي مع ثلاثة.

## دستور ١٩٢٥

أعتبر دستور سنة ١٩٤٥ "القانون الأساسي العراقي ساقطاً اعتباراً من ١٤ تموز ١٩٥٨ المتضمن سقوط النظام الملكي وبموجب المادة (١) من دستور سنة ١٩٥٨ التي أعلنت الدولة العراقية جمهورية مستقلة ذات سيادة كاملة".

وقد أعلن دستور جمهورية العراق الصادر في ١٦ تموز عام ١٩٧٠ (نشر في الوقائع العراقية العدد ١٩٠٠ في ١٩٧٠) في المادة التاسعة والستين منه أن "تبقى جميع القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المعمول بها قبل صدور هذا الدستور سارية المفعول ولا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا بالطريقة المبينة في هذا الدستور".

ولو راجعنا اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لسنة ١٩٤٩ المصدقة في العراق بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٥ نجدها تقضي في المادة ٦٤ منها بأن التشريعات الجزائية الخاصة بالأراضي المحتلة تبقى نافذة ما لم تلغها دولة الاحتلال أو تعطلها إذا كان فيها ما يهدد أمنها أو يمثل عقبة في تطبيق الاتفاقية. ومع مراعاة الاعتبار الأخير، ولضرورة ضمان تطبيق العدالة على نحو فعال فإن محاكم الأراضي المحتلة تواصل فيما يتعلق بجميع المخالفات المنصوص عليها في تلك التشريعات. فالمبدأ هنا إذن هو استمرار سريان التشريعات الجزائية رغم الاحتلال.

ومن أجل ضمان احترام العدالة والأنصاف نصت المادة السابعة والستين من اتفاقية جنيف الرابعة لسنة ١٩٤٩ على المبدأ القاضي بأن لا تطبق المحاكم سوى أحكام القوانين التي كان جارياً تطبيقها قبل وقوع الذنب والتي تكون مطابقة للمبادئ العامة للقانون وعلى الأخص المبدأ الذي ينص بأن تكون العقوبة على قدر الذنب ويجب أن يوضع محل الاعتبار أن المتهم ليس من رعايا دولة الاحتلال. ويقضي البروتوكول الإضافي الملحق الأول لاتفاقية جنيف ذاتها لسنة ١٩٧٧ في المادة (٧٥) أنه "يجب أن تكون الإجراءات القضائية قانونية أي أن تكفل الضمانات الأساسية على الأقل بإبلاغ المتهم بتفاصيل الجريمة المنسوبة إليه التي يتعين أن تمثل عملاً جنائياً وقت اقترافها، وأفتراض البراءة حتى تثبت الإدانة.. والنطق بالحكم حضورياً وعلنياً من حيث المبدأ وعدم معاقبة المذنب إلا مرة واحدة عن الذنب الواحد. وأن تكفل حقوق الدفاع بحيث يحق للمتهم أن يناقش شهود أو بتكليف الغير بمناقشتهم، وأن يستعين بمحام مؤهل يختاره، وتفيد الاتفاقية لسنة

١٩٤٩ بصرامة شديدة إمكانية إصدار حكم الإعدام، فلا يجوز بأي حال إصدار حكم بالإعدام في شخص محمي إذا كان سنه يقل عن ثمانية عشر عاماً وقت اقتراف الذنب. ولا ينفذ حكم الإعدام بالنساء الحبيليات أو أمهات صغار الأطفال اللواتي يعتمد عليهن أطفالهن ولا ينفذ حكم الإعدام قبل مرور ستة أشهر على الأقل من تاريخ استلام الدولة الحامية للأخطار بهذا الحكم".

وجاء في اتفاقية جنيف الرابعة لسنة ١٩٤٩ المادة (٤١) مبدأ ينص على أن إذا رأت الدولة الحاجزة لأسباب قهرية تتعلق بأمنها ضرورة اتخاذ احتياطات أمن بشأن المدنيين الأعداء بأراضي أحد أطراف النزاع أو الأشخاص المحميين في الأراضي المحتلة، فإن الدولة المحتلة تستطيع في الأكثر تحديد أقالمتهم أو اعتقالهم. وفي هذه الحالة ترى أن الاعتقال لا يمثل عقوبة فكما هو الحال في قانون أسرى الحرب، يجب هنا أيضاً احترام كرامة الفرد. ويمثل نظام الاعتقال صورة طبق الأصل لنظام أسرى الحرب. وفيما يتعلق بالإفراج عن المعتقلين فإن الاتفاقية تنص على أن تفرج الدولة الحاجزة عن كل شخص معتقل بمجرد زوال الأسباب التي أقتضت اعتقاله. أن الاعتقال ينتهي بأسرع مايمكن بعد أنتهاء الأعمال العدائية.

تقضي المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ بأن تعتبر الأعمال التالية محظورة وتبقى معتبرة كذلك في أي وقت وأي مكان بالنسبة للأشخاص الذين لا يشتركون بشكل مباشر في الأعمال العدائية. بما في ذلك أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا السلاح والعاجزين عن القتال لأي سبب آخر.

أن الأعمال المحظورة هي:

أ- أعمال العنف ضد الحياة والشخص وعلى الأخص القتل وبتن الأعضاء والمعاملة القاسية والتعذيب.

ب- أخذ الرهائن.

ج- الاعتداء على الكرامة الشخصية وعلى الأخص التحقير والمعاملة المزرية.

د- إصدار أحكام وتنفيذ عقوبات دون محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة بصفة قانونية تكفل جميع الضمانات القضائية التي تعتبر في نظر الشعوب المتمدنة لا مندوحة عنها.



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وتعلن المادة الثالثة المشتركة أنه يجوز قيام هيئة إنسانية محايدة كاللجنة الدولية للصليب الأحمر أن تقدم خدماتها لأطراف النزاع. وتعلن المادة الثالثة أن تطبيق هذه الأحكام لا يؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع، وكانت المادة التاسعة والستون من دستور جمهورية العراق الصادر في ١٦ تموز ١٩٧٠ (المعدلة) تقضي بأن تبقى جميع القوانين (والقرارات..) قبل صدور هذا الدستور سارية المفعول ولا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا بالطريقة المبينة في هذا الدستور".

يتبين من ذلك أن الدساتير عند تغييرها أو تعديلها يجب أن تذكر فيها آلية أن القوانين الصادرة بموجب النظام السابق تبقى سارية المفعول إلى حين تغييرها بموجب دستور وقوانين جديدة مشرعة بموجب ذلك الدستور.

والخلاصة أنه نظراً لأن العهدين المتعلقين بحقوق الإنسان العهد الأول المتعلق بالحقوق المدنية السياسية. والعهد الثاني المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية كانا قد صودق عليهما بالقانون رقم ١٩٣ لسنة ١٩٧٠ الصادر في ظل الدستور السابق لسنة ١٩٧٠ فأنها تبقى سارية المفعول بموجب الدستور الجديد على أن يحتوي الدستور الجديد على نص مماثل وكذلك الحالة بالنسبة للقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٦ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وتطبق مثل تلك الآلية الدستورية بالنسبة لجميع التشريعات السابقة التي لا يجري تعديلها لمخالفتها للنظام الدستوري الجديد.

أن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الذي صدر في آذار ٢٠٠٤. وقد قضت المادة السادسة والعشرون منه على ما يأتي:

أ- ستنقى القوانين النافذة في العراق في ٣٠ حزيران ٢٠٠٤ سارية المفعول، إلا إذا نص هذا القانون على خلاف ذلك، والى أن تقوم الحكومة العراقية الانتقالية بإلغائها أو تعديلها وفقاً لهذا القانون.

ب- التشريعات الصادرة من قبل السلطة التشريعية الاتحادية ستعلو على أية تشريعات أخرى صادرة من قبل أية سلطة تشريعية أخرى، وذلك في حالة التعارض بينهما، باستثناء ما نص عليه في المادة ٥٤(ب) من هذا القانون.

ج- أن القوانين والأنظمة والتعليمات الصادرة من سلطة الائتلاف المؤقتة، بناءً على سلطتها بموجب القانون الدولي تبقى نافذة المفعول إلى حين إلغائها أو تعديلها

بتشريع يصدر حسب الأصول ويكون لهذا التشريع قوة القانون.

المادة الخمسون:

"تؤسس الحكومة العراقية الانتقالية هيئة وطنية لحقوق الإنسان لغرض تنفيذ التعهدات الخاصة بالحقوق الموضحة في هذا القانون، وللنظر في شكاوي متعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان. تؤسس هذه الهيئة وفقاً لمبادئ باريس الصادرة عن الأمم المتحدة والخاصة بمسؤولية المؤسسات الوطنية. وتضم هذه الهيئة مكتباً للتحقيق في الشكاوي، ولهذا المكتب صلاحية التحقيق بمبادرة منه أو بشكاوى ترفع إليه، في أي إدعاء بأن تصرفات السلطات الحكومية تجري بغير وجه حق وخلافاً للقانون".

**بقاء القوانين العراقية سارية المفعول**

قرار مجلس الأمن الدولي رقم ١٤٨٣ (٢٠٠٣).

"إذ يلاحظ الرسالة المؤرخة ٨ أيار/مايس ٢٠٠٣ الموجهة إلى رئيس مجلس الأمن من الممثلين الدائمين للولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية ، S/٢٠٠٣/٥٣٨ وأذ يسلم بالصلاحيات والمسؤوليات والالتزامات المحددة بموجب القانون الدولي المنطبق على هاتين الدولتين، بوصفها دولتين قائمتين بالأحتلال تحت قيادة موحدة السلطة".

وفي الفقرة الرابعة العاملة من القرار..

"٤. يطلب من السلطة أن تعمل، بما يتفق مع ميثاق الأمم المتحدة والقوانين الدولية الأخرى ذات الصلة، على تحقيق رفاه الشعب العراقي عن طريق الإدارة الفعالة للإقليم، بما في ذلك بصفة خاصة العمل على استعادة الأحوال التي يتوافر فيها الأمن والأستقرار، وتهيئة الظروف التي يمكن فيها للشعب العراقي أن يقرر بحرية مستقبله السياسي.

٥. يطلب من جميع المعنيين أن يتقيدوا تقيداً تاماً بالتزاماتها بموجب القانون الدولي، بما في ذلك بصفة خاصة اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ وقواعد لاهاي لعام ١٩٠٧".

إن هذه المقتبسات معناها وجوب تطبيق اتفاقية جنيف الرابعة لسنة ١٩٤٩ المتعلقة بالأحتلال والبروتوكول المكمل لها لسنة ١٩٧٧.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ولما كان العراق قد صادق على اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة ١٩٤٩ ولم تصادق عليها الولايات المتحدة الأمريكية، فأنها ملزمة مع ذلك باتباع القوانين والأعراف المتبعة في حالة الحرب والأحتلال وفق المادة (٢) من الاتفاقية الرابعة المذكورة. أما المادة (٣) من نفس الاتفاقية فنقضي بإلزام كل طرف في النزاع بحماية الأشخاص الذين لا يشتركون بالأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم والأشخاص العاجزون عن القتال، ويعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية دون أي تمييز ضار. وتحظر تجاههم أعمال الأعتداء على الحياة والسلامة البدنية وخاصة ، القتل والتشويه والمعاملة القاسية والتعذيب وأخذ الرهائن والأعتداء على الكرامة الشخصية وإصدار الأحكام والعقوبات دون إجراء محاكمة وجمع الجرحى والمرضى والعناية بهم..الخ.

وأستناداً إلى حالة الحرب والأحتلال التي أشار إليها قرار مجلس الأمن رقم ١٤٨٣ وكون الدولتين المشار إليهما فيه قد اصبحا يدعوها القرار (السلطة Authority).

فأن المادة (٤) من البروتوكول الأول الإضافي لسنة ١٩٧٧ تقضي بأن هذه الاتفاقيات والمواثيق لا تؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع كما لا يؤثر أحتلال أقليم على الوضع القانوني لهذا الأقليم.

وتشير المادة (٤٨) من البروتوكول إلى التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين وبين الأعيان المدنيين والأهداف العسكرية ومن ثم توجه عملياتها ضد الأهداف العسكرية دون غيرها وذلك من أجل تأمين احترام وحماية السكان المدنيين والأعيان المدنية. ويؤكد البروتوكول على حماية السكان المدنيين (المادة ٥٢) والأعيان المدنية (م٥٢) وحماية الأعيان الثقافية وأماكن العبادة (م٥٣) وحماية الأشغال الهندسية والمنشآت المحتوية على قوى خطرة (م٥٥).

كما نصت اللائحة التنظيمية رقم (١) في الجزء الثاني على ما يأتي:

"تبقى القوانين التي كانت سارية في العراق اعتباراً من تاريخ ١٦ أبريل/ نيسان ٢٠٠٣ سارية المفعول وقابلة للتطبيق بعد هذا التاريخ إلا إذا قررت السلطة الائتلافية المؤقتة تعليقها أو أستبدالها بغيرها أو إذا تم إلغائها وأقرار تشريعات أخرى تحل محلها تصدرها المؤسسات الديمقراطية في العراق، كما تبقى تلك القوانين سارية المفعول وقابلة للتطبيق، طالما أنها لاتحول دون ممارسة السلطة

الدستور الدائم المرتقب وحقوق الإنسان

الأئتلافية المؤقتة لحقوقها والوفاء بالتزاماتها. أو طالما أنها لا تتعارض مع هذه  
اللائحة التنظيمية أو أية لائحة تنظيمية أخرى تصدر عن السلطة الأئتلافية  
المؤقتة" ... الخ.

يظهر من كل ذلك أن التشريعات السابقة ومن ضمنها القوانين بالمصادقة على اتفاقيات  
حقوق الإنسان تبقى نافذة ولا يمكن التغاضي عنها. كما أن الاتفاقيات الأخرى التي لم ينضم  
إليها العراق يجوز للسلطة التشريعية الناشئة عن الانتخابات أن تتضمن إليها ومنها إعلان  
وأتفاقية حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو  
العقوبة القاسية أو الأنسانية أو الإحاطة بالكرامة وكذلك مدونة قواعد سلوك الموظفين  
المكلفين بتنفيذ القوانين.

#### الدستور وحقوق الإنسان

ومن أجل التوجه السليم نحو الأخذ بحقوق الإنسان قانوناً وممارسة والامتثال عن  
عقوبات الإعدام ندرج أدناه صيغة مقترحة لأدراجها في دستور العراق الدائم.

فيما يتعلق بالالتزام بحقوق الإنسان الأساسية

المادة:

"تأكيداً لما جاء في ميثاق الأمم المتحدة من الأيمان بحقوق الإنسان الأساسية  
وبكرامة الفرد وقدره، تلتزم حكومة العراق بالقيام بالتصديق والانضمام إلى  
اتفاقيات حقوق الإنسان المعتمدة في منظمة الأمم المتحدة".

## ثانياً: حقوق المرأة

### ٨ - الضمانات الدستورية للمرأة

بشرى سلمان حسين العبيدي\*

#### مقدمة:

أن أحد أهم ملامح سياسات أواخر القرن العشرين هو احترام حقوق الإنسان، وهو إحدى الرؤى الأخلاقية القليلة التي يسلم بها جميع الناس أو الأمم في أنحاء العالم كافة. أن العالمية هي العنصر الأساسي في الرؤيا المتصلة بحقوق الإنسان ويفترض أن تكون حقوق الإنسان واليات تطبيقها في متناول أيدي النساء والرجال على حد سواء. إلا أن ثمة فجوة كبيرة بين الرؤيا والواقع، ومنذ مطلع العقد الأخير تزايد الاعتراف بان حركة حقوق الإنسان تحابي الرجال على حساب النساء. ونتيجة لذلك، فقد تصاعدت الدعوات لاسيما من المنظمات غير الحكومية، إلى إعادة تعريف معنى حقوق الإنسان ليعكس هذا التعريف خبرات النساء في كل مراحل حياتهن. وقد حقق هذا الجهد تقدماً مميزاً في مجال الحقوق الإنسانية للمرأة.

#### واقع المرأة:

أن الحديث عن حقوق المرأة يطرح مجموعة من التحديات ما زالت قائمة على مستوى العالم، إذ حتى الآن ما زالت حقوق المرأة على الهامش من حقوق الإنسان، وما زالت قضية المرأة على هامش قضايا المجتمع. هذا الوضع يترسخ مع وجود تمييز ضد المرأة في الأسرة وفي المجتمع وفي العمل وفي المجالات كافة. من المهم لنا تحديد أوجه هذا

\* دكتوراه في القانون الجنائي الدولي مع تخصص في قانون حقوق الإنسان الدولي.

التمييز للقضاء عليه وتحقيق المساواة بين الجنسين والحد من انتهاكات حقوق الإنسان للمرأة من أجل تعزيز حقوق المرأة والنهوض بأوضاعها. أن المساواة هي حجر الأساس لكل مجتمع يتوق إلى العدل الاجتماعي وحقوق الإنسان.

هذا ويكثر الكلام عن الخصوصيات الثقافية، وتكثر القضايا التي هي من المحرمات في المجتمع عند الحديث عن حقوق المرأة، وتشتد مقاومة المجتمع للتغيير عندما يتعلق الأمر بالنساء أو بإجراءات تعزز مشاركتهن وتلغي التفاوت بين الجنسين.

ويشمل التمييز ضد النساء كل تفرقة أو إختلاف في المعاملة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه النيل من الاعتراف للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل، بالحقوق الإنسانية أو التأثير على تمتعها بالحقوق السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وأية حقوق أخرى، أو يكون من شأنه أن يمنع النساء من ممارسة الحقوق والحريات الأساسية بغض النظر عن الحالة الزوجية (المادة (1) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة).

كما ويعني التمييز بصورة عامة أن يتلقى فرد ما أو جماعة ما أو جنس ما معاملة مختلفة وغير متساوية مع المعاملة التي يتلقاها الآخرون وينتج هذا التمييز بفعل القانون أو العادات والتقاليد. أن التمييز هو نفي لحق الآخر في أن يكون له حق، انه نفي للإنسانية الكاملة للمرأة وللمبدأ المؤسس للحياة الاجتماعية في عصرنا وهو مبدأ المساواة. لذا لا بد من محاربة التمييز بأشكاله كافة والقضاء عليه لا سيما ضد المرأة وضرورة تحقيق المساواة بين الجنسين في الحقوق والكرامة.

ولابد من الإشارة إلى أن استخدام مصطلح التمييز في الاتفاقيات والنصوص الدولية يفترض وجود معايير معينة لتحديده أهمها:

- ١- الأشخاص أو المجموعات البشرية التي تتعرض إلى تفرقة أو استبعاد أو تقييد على أساس الجنس (أي النساء).
- ٢- مجال حقوق الإنسان والحريات الأساسية.
- ٣- الميادين السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وأية ميادين أخرى.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

فإذا ثبتت كل هذه المعايير ووجدت يمكن التأكيد من وجود تمييز وعده انتهاك وعدم احترام لمبدأ المساواة بين الجنسين يهدف بالأساس إلى تضيق مجال الاعتراف بالحقوق كافة وضمن التمتع بها.

وبصفة عامة وإضافة إلى مبدأ عدم التمييز بين الجنسين، الاعتماد على المبادئ الإنسانية العالمية التي تقوم على الأيمان بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الفرد وقدره وبتساوي الرجل والمرأة في الحقوق فحقوق المرأة هي الحقوق الإنسانية للمرأة.

ففي هذا السياق، تعد حقوق المرأة من مكونات الإنسانية وهي مرتبطة بالمرأة كإنسان متمتع بمجموعة من الحقوق والمسؤوليات، ويعني هذا المفهوم أن حقوق المرأة هي جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان. وهذا ما أقره بيان وبرنامج عمل فيينا لسنة ١٩٩٣ وألقى على عاتق الدولة مسؤولية التكفل بالنهوض بها وب حمايتها. كما أعلن هذا البيان أن هذه الحقوق هي حقوق عالمية وأساسية للإنسان وهي حقوق متكاملة ومرتبطة ببعضها البعض وغير قابلة للانفصال أو التصرف. ويمكن أن يكون هذا الإنسان امرأة أو رجل، أي كائن متمتع بحقوق إنسانية عالمية وبكرامة ترفض الحواجز التي تقف أمام التمتع بكل هذه الحقوق.

الحقوق التي يجب إقرارها في الدستور

- ١- مساواة المرأة مع الرجل في الدستور والقوانين
- ٢- المساواة بين المرأة والرجل في الحياة اليومية
- ٣- المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق السياسية
- ٤- المساواة بين المرأة والرجل في مجال العمل الحكومي والدبلوماسي وفي المنظمات الدولية

- ٥- المساواة بين المرأة والرجل في الحق في الجنسية لها ولأبنائها
- ٦- المساواة بين المرأة والرجل في التربية والتعليم والمنح الدراسية
- ٧- المساواة بين المرأة والرجل في العمل
- ٨- المساواة بين المرأة والرجل أمام القانون
- ٩- القضاء على التمييز ضد المرأة في أي مكان وفي أي مجال

١٠- المساواة بين المرأة والرجل في جميع الأمور المتعلقة بالزواج والطلاق والحياة الأسرية

أما حماية هذه الحقوق فتكون عن طريق لجان تماثل لجان وآليات المنظومة الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان مثل لجنة حقوق الإنسان والتي تكون أحد هيكلياتها مختصة بالمرأة ويتفرع عنها:

١- المقررة الخاصة بالعنف المسلط على النساء

٢- لجنة حقوق النساء

٣- لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة

٤- لجنة الشكاوى والمظالم

ومثل هذه الإجراءات وغيرها، الدولة ملزمة باتخاذها للقضاء على التمييز وذلك بموجب المادة (٢) من الاتفاقية الخاصة بالقضاء على التمييز ضد المرأة إذا كانت الدولة طرف في الاتفاقية إذ عليها القيام بالآتي:

١- تجسيد مبدأ المساواة في الدساتير الوطنية والتشريعات كافة، وكفالة التحقيق العملي لذلك.

٢- اتخاذ التدابير التشريعية وغير التشريعية لحظر كل تمييز ضد المرأة.

٣- إقرار حماية قانونية ضد التمييز عن طريق المحاكم الوطنية المختصة بتقديم الشكاوى.

٤- التزام السلطات العامة في الدول المصادقة بالامتناع عن القيام بالممارسات التي فيها تمييز ضد النساء.

٥- إلغاء القوانين والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزاً ضد المرأة.

٦- إلغاء جميع أحكام قوانين العقوبات الوطنية التي تشكل تمييزاً ضد المرأة.

كما ولا بد من طرح المنظور الجندي في المحاكم كما في القوانين الوطنية، لان ضمان الأهلية الشخصية القانونية لا يعني فقط مراجعة القوانين التمييزية، وإصدار قوانين لوقف هذا التمييز، بل يعني كذلك تبني برامج في التربية الجنديّة موجهة للمشتغلين والمشتغلات في القضاء والمحاكم.



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ولابد من الإشارة بان المؤسسات القانونية التي تضع القوانين والتشريعات وتنفذها ليست حيادية، بل هي نتاج مجتمعات يحكمها الرجال، لذا فهي تعكس مصالحهم وتحيزاتهم، إذ يكون أولئك الذين يضعون التشريعات وينفذونها تحت تأثير الثقافة السائدة والتقاليد، كما تتأثر قراراتهم باتجاهات وتقاليد مجتمعاتهم بما في ذلك الأدوار النمطية للمرأة وطبيعة العلاقات بين الذكور والإناث. وعليه فلا بد أن يكون هناك دور كبير وتمثيل واسع للمرأة في مثل هذه المؤسسات القانونية التي تضع القوانين والتشريعات وتنفذها حتى ينتهي هذا التأثير الذكوري.

أن القانون الدولي والوطني هو أداة فعالة في الصراع لتحقيق العدالة الاجتماعية والاقتصادية. وتؤكد على أهمية اعتماد معيار موحد للمساواة الجنسية (الجندرية) بغض النظر عن الاعتبارات العائلية أو الثقافية أو الوطنية. كما أن تطوير الأهلية القانونية للمرأة على صعيد الواقع كما هو على الصعيد القانوني يتطلب دمج المنظور الجندي في جوانب الحياة اليومية كافة.

هذا ومن المهم لنا كمدافعين عن حقوق الإنسان بشكل عام وحقوق الإنسان للمرأة بشكل خاص، معرفة واقع المرأة في السياسية ، خاصة من ناحية التمييز القائم على أساس الجنس الذي يحرّمها من التمتع بالمساواة مع الرجل في المكانة السياسية أو قوة التأثير السياسي، واثّر ذلك على القوانين والأعراف السائدة في المجتمع بهدف تطويرها وتنزيهها عن كل المواد التي فيها تمييز ضد المرأة وبالتالي الدفع أو الضغط باتجاه مشاركة المرأة أكثر في السياسة مشاركة فعالة.

أن التمييز القائم على أساس الجنس لا يزال يشكل عائقاً إمام مشاركة المرأة رسمياً في عملية اتخاذ القرار وسيطرتها على الموارد المادية والسياسية. ولا تتمتع المرأة حتى الآن في أية دولة من دول العالم - بضمنها العراق - بالمساواة مع الرجل في المكانة السياسية أو في قوة التأثير السياسي، ونحن في القرن الواحد والعشرين نجد أن معظم القرارات التي تؤثر في مصير كوكبنا الأرض لا تزال تتخذ دون مشاركة نصف سكانه وهم النساء. لابد أن يكون للمرأة حق المشاركة في صياغة سياسة الحكومة وتنفيذ هذه السياسية، وفي شغل الوظائف العامة وتأدية جميع المهام العامة على جميع المستويات الحكومية.

وان هذا الحق من الحقوق الإنسانية للمرأة لا يمكن تحقيقه إلا بمراجعة وتعديل التقاليد الاجتماعية التي ترسخ التحيز الجنسوي وان مسألة (الكوتا) النسوية ضرورية في هذه المرحلة ولا بد من النص في الدستور العراقي على ضرورة التمثيل النسوي في كل مجالات الدولة العراقية دون تحديد نسبة معينة لهذا التمثيل ويترك أمر تحديدها للقوانين أو أن تحدد نسبة الحد الأدنى لهذا التمثيل وتفضل أن يكون التمثيل اكبر وأعلى من هذا الحد. أن المشاكل الاجتماعية والاقتصادية والبيئية لا يمكن معالجتها إذا فشلنا في أن نتعرف إلى مواطن قوة المرأة وان نعكس حاجاتها لذا لا بد من وضع موضوع المرأة وقضاياها على الاجندة السياسية وضمان مشاركة المرأة في وضع هذه الأجندة.

أن المساواة هي حجر الأساس لكل مجتمع ديمقراطي يتوق إلى العدل الاجتماعي وحقوق الإنسان. وعلى اللجنة المختصة بكتابة الدستور أن تضمن الدستور باباً خاصاً بالحقوق والحريات الأساسية للإنسان وان تقسم هذا الباب إلى فصل أول خاص بحقوق الإنسان بصورة عامة. وفصل ثاني خاص بحقوق المرأة وهذا يستمد من التشريعات الدولية والوطنية ومن الخبرات الدولية والمحلية من هذا المجال. وأيضاً فصل ثالث خاص بحقوق الطفل أيضاً يستمد من التشريعات الدولية والوطنية والخبرات الدولية والمحلية في مجال الطفل. وفصل رابع خاص بحقوق الاقلييات والجماعات والأديان والطوائف وفصل خامس تقرر فيه آليات حماية وتعزيز وتنفيذ هذه الحقوق.

لا بد من النضال و العمل على تشريع دستور يضمن الحقوق والحريات الأساسية كافة للمواطن لان حقوق الإنسان كل لا يتجزأ يجب تضمينه وحمايته بالضمانات ووسائل الحماية الكافية. على سبيل المثال الفصل بين السلطات واستقلال القضاء فهي تعد من ابرز الضمانات الوطنية وكفالة واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية وذلك من خلال الدور الذي يضطلع به في مجال تطبيق القانون سواء في المحاكم المدنية أم الجزائية أو من خلال المحكمة الدستورية ومراقبة توطيد دولة القانون.

## ثالثاً: حقوق الأقليات

### ٩ - حقوق الأقليات وضماناتها السياسية والدستورية

الأستاذ الدكتور رياض عزيز هادي\*

لم تحظ مسألة الأقليات قبل قيام عصبة الأمم بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى باهتمام كبير... إلا أن الاهتمام الدولي بحقوق الأقليات بدأ مع عصبة الأمم التي شكلت حماية الأقليات جزءاً مهماً من برنامجها. وأوردت معاهدات السلام في ١٩١٩- ١٩٢٠ للمرة الأولى في التاريخ ضمان حقوق الأقليات... لكن هذه الحقوق كانت محدودة من حيث الجوهر بحقوق الأفراد المنتمين للأقليات دون أن يجري الاعتراف السياسي بالأقليات نفسها. كما أن تطور و نمو وسائل حماية الأقليات وحقوقها في ظل عصبة الأمم كان ذو أهداف سياسية أكثر منها لأغراض إنسانية.

وعكست الحركة التي نشأت بعد الحرب العالمية الثانية بحماية حقوق الإنسان باعتبار هذه الحقوق حقوق فردية يتمتع بها كل فرد دون تمييز مبني على العرق أو الجنس أو الدين... وفي هذا المجال يثير ميثاق المم المتحدة في مادته الأولى (فقرة ٤) وضمن مقاصد الهيئة الدولية ومبادئها إلى " تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك إطلاقاً وبلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء"... و بذلك أصبح مبدأ يسمح بحماية ضمنية للأقليات...

وشهدت حماية الأقليات نقلة نوعية عند قيام منظمة الأمم المتحدة عام ١٩٤٥... فحين كانت اللجنة الثالثة التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة تعد النص النهائي للإعلان العالمي

\* عميد كلية العلوم السياسية، جامعة بغداد.

لحقوق الإنسان أبقى عدة وفود الرغبة في تضمين الإعلان المذكور ليس فقط مادة عن عدم التمييز وإنما أيضاً أحكاماً تتعلق بالتدابير الايجابية المتخذة لحماية الاقليات. لكن بعض مندوبي الدول الأعضاء في المنظمة الدولية رأى إن مسألة الأقليات مسألة تتسم بالتعقيد وإن ما يزيد التعقيد فيها تباين الهياكل في مختلف الدول... وذكر آخرون أن بعض الدول قد لا تكون قادرة على الموافقة على تضمين أحكام بشأن الأقليات في إعلان ذي نطاق عالمي، لأنها لو حاولت تطبيق هذه الأحكام قد تعرض وحدتها الوطنية للتمزق. في حين قال ممثلو دول أخرى بأن حقوق جميع القليات مضمونة في الإعلان العالمي وفق مواد الإعلان التي تضمن الحقوق والحريات لكل شخصية كحرية الرأي والاجتماع واختيار نوع التعليم و المعتقد وإن المادة الثانية من الإعلان تحمي جميع الأقليات بنص صريح على عدم التمييز حين تشير إلى أن " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون تمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي وضع آخر، دون تفرقة بين الرجال والنساء".

وقد ورد النص على حقوق الأقليات لأول مرة بشكل صريح في وثائق الأمم المتحدة المعنية بحقوق الإنسان حينما صدر العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٦٦ وذلك في المادة (٢٧) من العهد حينما نصت على أنه " لا يجوز في الدول التي توجد فيها أقليات اثنية أو دينية أو لغوية أن يحرم الأشخاص المنتمون إلى الأقليات المذكورة من حق التمتع بثقافتهم الخاصة أو المجاهرة بدينهم وإقامة شعائرهم أو استخدام لغتهم بالاشتراك مع الأعضاء الآخرين في جماعتهم".

أما مشروع الميثاق الخاص بحقوق الإنسان والشعوب في الوطن العربي فإن معدوا هذا المشروع عام ١٩٨٧ لم يهتموا بالإشارة إلى مسألة الأقليات وكرسوا لذلك المادة (٣٥) منه التي ورد فيها أن " للجماعات الوطنية التي تستشعر بروابط عرقية أو ثقافية تجمع أفرادها الحق في الحفاظ على ثقافتها الخاصة والتمتع بها واستخدام لغتها بين أفرادها".

وكان صدور إعلان حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو اثنية و إلى أقليات دينية و لغوية والذي اعتمد بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٣٥/٤٧ في ١٨ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٢ قد شكّل نقلة نوعية في ميدان الاعتراف بحقوق الأقليات

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

باعتباره أول صك دولي مكرّس لحقوق الأقليات وثمره جهود كبيرة بذلها المجتمع الدولي والمنظمات المعنية بحقوق الإنسان و كثير من الناشطين في ميدان حقوق الإنسان في شتى بقاع العالم.

ويشير هذا الإعلان في ديباجته إلى أن تعزيز وحماية حقوق الناس المنتمين إلى أقليات قومية أو اثنية وإلى أقليات دينية و لغوية يسهمان في الاستقرار السياسي و الاجتماعي للدول التي يعيشون فيها كما يشير إلى أن التعزيز والأعمال المستمرين لحقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات كجزء من تنمية المجتمع بأسره وداخل إطار ديمقراطي يستند إلى حكم القانون شأنهما أن يسهما في تدعيم الصداقة والتعاون فيما بين الشعوب والدول.

ويؤكد إعلان حقوق الأقليات الذي تضمّن تسع مواد في مادته الأولى على قيام الدول بحماية وجود الأقليات وهويتها وهيئة الظروف الكفيلة بتعزيز هذه الهوية واعتماد التدابير التشريعية و التدابير الأخرى لتحقيق ذلك في حين تنص المادة الثانية (الفقرة ١) منه على أن للأشخاص المنتمين إلى أقليات الحق في المشاركة في الحياة الثقافية والدينية والاجتماعية والاقتصادية والعامة مشاركة فعلية وحقهم في المشاركة في القرارات الخاصة بالأقلية التي ينتمون إليها أو بالمناطق التي يعيشون فيها وفي حقهم في إنشاء الروابط الخاصة بهم وإقامة أو الحفاظ على استمرار اتصالات حرة وسليمة مع سائر أفراد جماعتهم ومع الأشخاص المنتمين إلى أقليات أخرى.

أما المادة الثالثة من الإعلان فنها تنص على حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات بممارسة حقوقهم بصفة فردية وبالاشتراك مع سائر أفراد جماعتهم...

وتدعو المادة الرابعة الدول إلى اتخاذ التدابير الضامنة للأشخاص المنتمين إلى أقليات لممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية الخاصة بهم ممارسة تامة وفعالة دون أي تمييز وفي مساواة تامة أمام القانون وهيئة الظروف المواتية للتعبير عن خصائصهم وتطوير ثقافتهم ولغتهم ودينهم وتقاليدهم و عاداتهم والحصول على فرص كافية لتعليم لغتهم الأم أو لتلقي دروس لغتهم الأم. كما دعت الدول إلى اتخاذ تدابير في مجال التعليم من أجل تشجيع المعرفة بتاريخ الأقليات الموجودة داخل الدول وبتقاليدها ولغتها وثقافتها إضافة إلى كفالة مشاركة أبناء الأقليات في التقدم الاقتصادي والتنمية في بلادهم.

وتدعو المادة الخامسة من الإعلان الدول إلى تضع وتنفذ خطط سياساتها وبرامجها

الوطنية مقترنة بإيلاء الاهتمام الواجب للمصالح المشروعة للأشخاص المنتمين إلى أقليات داخل الدول أو بين الدول (للمزيد من التفاصيل بشأن الإعلان انظر الملحق نص الإعلان).

عند عقد المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان في فيينا في حزيران / يونيو ١٩٩٣ كان لحقوق الأقليات مكاناً مناسباً في مداخلات الوفود ومناقشات المؤتمر وفي إعلان وبرنامج عمل فيينا الصادر عن المؤتمر المذكور... فقد أشارت الفقرة ١٩ من الإعلان إلى أهمية تعزيز وحماية الأشخاص المنتمين إلى أقليات. وإلى مساهمة هذا التعزيز وهذه الحماية في الاستقرار السياسي والاجتماعي للدول التي يعيش فيها هؤلاء الأشخاص... كما أكد الإعلان واجب الدول في أن تضمن للأشخاص المنتمين إلى الأقليات ممارسة جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية ممارسة كاملة وفعلية دون أي تمييز وعلى قدم المساواة أمام القانون وفقاً لإعلان حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو اثنية أو دينية أو لغوية... وللأشخاص المنتمين إلى أقليات بالحق في التمتع بثقافتهم الخاصة واعتناق دينهم الخاص وممارسة شعائرهم واستعمال لغتهم الخاصة في السر والعلانية بحرية ودون تدخل أو أي شكل من أشكال التمييز. وينضح لنا هنا أن المؤتمر العالمي قد اعتمد في فقرات أساسية من إعلانه على نصوص الإعلان الخاص بحقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو اثنية وإلى أقليات دينية ولغوية.

أشارت الفقرة (٢٦) من الإعلان إلى حث الدول والمجتمع الدولي على تعزيز وحماية حقوق الأشخاص الذين ينتمون إلى أقليات قومية أو عرقية أو دينية أو لغوية وفقاً للإعلان بشأن حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو عرقية أو دينية أو لغوية. كما أكدت الفقرة (٢٧) من نفس الإعلان فيينا على أن تشمل التدابير المتعين اتخاذها عند الاقتضاء تيسير الاشتراك الكامل للأشخاص الذين ينتمون إلى أقليات في جميع جوانب حياة المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية والثقافية وفي تحقيق التقدم الاقتصادي والتنمية في بلادهم.

وحيثما عقدت قمة الأمم المتحدة للألفية في نيويورك للفترة ٦-٨ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٠ أكد إعلان الألفية الصادر بقرار الجمعية العامة A/RES/55/2 على تقوية قدرات البلدان لاعتماد مبادئ وتطبيقات الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان وضمنها حقوق الأقليات.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ولا يفوتنا أن نذكر أن مسألة الأقليات قد تأثرت سلباً خلال الحرب الباردة وبصورة أكثر تحديداً خلال الفترة ١٩٤٥-١٩٨٩ بالأوضاع الدولية القائمة آنذاك وبشكل خاص التعارض بين الكتلتين الشرقية والغربية. وقد انعكس ذلك على عمل الهيئات الدولية وخاصة الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان عامة وحقوق الأقليات خاصة، إضافة إلى اكتساب مسألة الأقليات طابعاً سياسياً اكتنفه التعقيد واتسم بالحساسية في العديد من دول الكتلة الشيوعية ودول العالم الثالث آنذاك... ويمكن أن يكون ذلك أحد أسباب عدم توصل المجتمع الدولي إلى تعريف لمصطلح الأقلية بالرغم من المحاولات التي جرت في هذا الصدد في إطار عمل لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة. حيث جرت محاولات لتعريف الأقلية. ونشير هنا على سبيل المثال إلى التعريف الذي قدمه السيد جول ديشين عام ١٩٨٥ إلى اللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات في جنيف حيث اعتبر أن مصطلح الأقلية يعني " جماعة هي من ناحية العدد أقل من بقية سكان الدولة وهي في وضع غير مهيمن تتوافر لأفرادها" - وهم من رعايا الدولة - خصائص اثنية أو دينية أو لغوية تختلف عن بقية السكان، ويكون بينهم، ولو بشكل مستتر الإحساس بالتضامن سعياً للحفاظ على ثقافتهم أو تقاليدهم أو دينهم أو لغتهم " وجدير بالذكر أن محاولة التعريف هذه لم تحظ بالموافقة العامة.

وفي ظل الوضع الدولي الجديد وإعادة اكتشاف تضامانات محلية تجاه حركة العولمة وتأثيراتها إلى جانب انبعاث كيانات و أنظمة سياسية قائمة على الرابطة الاثنية - القومية فضلاً عن تزايد الوعي بالخصوصيات والهويات لدى الجماعات القومية والاثنية واللغوية والدينية. اخذ الاهتمام على كافة الأصعدة الدولية والإقليمية والوطنية بمسألة الأقليات وخاصة بالمشاكل الناجمة عن استبعاد القليات وتهميشها يأخذ انطلاقة جديدة ... وهكذا تزايدت الدعوات إلى حماية حقوق الأقليات لوقايتها من ضروب الأذى التي يحتمل أن يعانيتها أبناء هذه الأقليات.

أن توفير الضمانات لحقوق الأقليات يحمي الجماعات من التهديدات التي تواجهها وخاصة تلك النابعة من إجراءات صنع القرار التي تتبعها الأغلبية ... ويشير تقرير التنمية البشرية الصادر عن برنامج الأمم المتحدة لعام الإنمائي لعام ٢٠٠٠ إلى أن أهم هذه التهديدات هي:

١- الاستبعاد من المشاركة: من خلال التلاعب بالحقوق السياسية وبوسائل الإعلام لزيادة نفوذ الأغلبية في المجال السياسي مثلاً من خلال تقسيم الدوائر الانتخابية لصالح الأغلبية.

٢- تجاهل سيادة القانون: عن طريق تحيية سيادة القانون جانباً في أوقات الكرب الاجتماعي الشديد استهدافاً للأقليات في كثير من الأحيان والتي تشكل الأغلبية في ولائها. وعند تقييم حقوق الأقليات في مجتمع ديمقراطي هالحقوق عملياً: ما هي الحقوق المنصوص عليها في الدستور من أجل حماية الأقليات؟ وما هو مدى نجاح النظام السياسي في حماية هذه الحقوق عملياً؟

٣- القمع: بفرض ممارسات اجتماعية على الأقليات وهو ما يتكرر في مجتمعات كثيرة... فغالباً ما كانت لغات الأقليات وثقافتها موضع حظر أو تهيش... ويفرض تصاعد التعصب الديني في بلدان عديدة ممارسات ثقافية على الأقليات غريبة عليها. وفي بعض المجتمعات يكون التعصب إزاء الراغبين في ممارسة ديانتهم إنكاراً للحق في حرية التعبير.

٤- الإفقار: فقد تؤدي أفعال الأغلبية الرامية إلى تعزيز مصالحها الاقتصادية على حساب الأقليات إلى إفقار هذه الأخيرة...

وتواجه العديد من دول العالم الثالث والدول في أوروبا الشرقية خاصة بعد تفكك الاتحاد السوفيتي و يوغوسلافية وانهيار الأنظمة الشيوعية فيها مشاكل الأقليات بشكل واسع اليوم يتعين على حكوماتها إيجاد حلول جذرية وسلمية لها...وفي هذا الإطار ينبغي لهذه الدول، وخاصة تلك التي خرجت من حروب ونزاعات مسلحة الاستفادة من تجارب الدول الأخرى في مجال حل مشاكل الأقليات... وجدير بالذكر أن الدول لا تتماثل في نظرتها وموقفها تجاه مسألة الأقليات وإيجاد الحلول لها... فبعض دول العالم تنظر للأقليات وفقاً لمفهوم الأمة والدولة والمساواة بين جميع المواطنين وبالتالي حظر أية إشارة إلى الاتنيات في دساتيرها وهذا هو الحال في دول كفرنسا واليونان وتركيا وبلغاريا، إذ تم تتضمن دساتيرها نصوصاً خاصة بالأقليات وحقوقها معتبرة إن مبدأ عدم التمييز هو القاعدة الأساسية لنظام حماية الأشخاص المنتمين لأقليات... ففي فرنسا يتكون الشعب الفرنسي من عموم المواطنين الفرنسيين وهو بالتالي موحد بموجب مبدئين جوهريين هما:



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

المساواة وعدم التمييز وعليه فإن حماية حقوق الإنسان في فرنسا يتضمن الحق في الاختلاف وبذلك فإن التوجه الفرنسي هو قائم على عدم الاعتراف الرسمي للأقليات وبعتراف رسمي بالتعددية داخل المجتمع الفرنسي وفي إطار ضمان الحقوق الفردية ... أما في أسبانيا فإن الموقف تجاه الأقليات يتمثل بالاعتراف بحكم ذاتي إقليمي لبعض المناطق في حين تعترف جمهورية استونيا بحكم ذاتي شخصي للأقليات بينما جمعت دولة هنغاريا بين الشكلين: الحكم الذاتي الشخصي والإقليمي في معالجة مسألة الأقليات فيها... أما في كل من كرواتيا وبلغاريا فإن الدستور في كلا البلدين لم يتعرض لمشكلة الأقليات بحد ذاتها واكتفى بالنص على حق كل شخص بالحفاظ على استقلالته الثقافية وتنميتها تبعاً لانتمائه الاثني أو القومي...

وفي سويسرا حاول النظام السياسي الكونفدرالي لهذه الدولة أن يدمج الجماعات العرقية الرئيسية الثلاث والموجودة في البلاد وهي: الجماعة الألمانية والجماعة الإيطالية والجماعة الفرنسية. وأصبحت هذه الجماعات الثلاث كلها ممثلة في المجلس الوطني وهو المجلس الفدرالي منذ عام ١٩٥٩... وبينما كان لدى السويسريين معيار غير رسمي للتمثيل العرقي فإن الدستور البلجيكي لعام ١٩٧٠ تضمن اشتراطاً رسمياً يقضي بتكافؤ تمثيل الجماعتين العرقيتين في بلجيكا وهما: الجماعة الفرنسية والجماعة الهولندية.

وأصبح يتعين احترام هذه القاعدة التنظيمية حتى على مستوى السلطة التنفيذية سواء قام بتشكيل الحكومة حزب واحد حصل على الأغلبية أو قامت بتشكيل الحكومة أحزاب متعددة.

وتتجه دول أخرى لمعالجة مسألة الأقليات ومنحها تمثيل مناسب إلى إعطاء الأقليات تمثيلاً خاصاً لها في البرلمانات كما كان الحال في العراق في ظل النظام الملكي والقانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ حيث منحت بعض الأقليات الدينية تمثيلاً محدداً لها في مجلس النواب آنذاك (انظر المادة ٣٧ منه). كما يخصص الأردن في مجلس النواب تمثيلاً محدداً لبعض الأقليات.

أما في ماليزيا فإن سياسة الدولة سعت إلى خلق بيئة اقتصادية تمكينه ولدت نمواً سريعاً وتقاسماً أكثر إنصافاً للثروة بين الأقلية الصينية في البلاد والتي كانت الأغنى اقتصادياً والأغلبية من المالاي (وهي القومية الرئيسية) والتي تستحوذ على السلطة

السياسية... وبفعل تنمية سريعة وارتفاع متوسط دخل الفرد لدى أبناء كلا المجموعتين (المالاي والأقلية الصينية) ضاقت الفجوة بينهما بعد أن شرعت ماليزيا في تنفيذ برنامج طموح للتصدي لأوجه انعدام المساواة الأفقية داخل المجتمع الماليزي... وهذا المثال يبين لنا أن الحلول لمسألة الأقليات لا تقتصر على الضمانات السياسية والدستورية بل إن انتهاج سياسات تنموية فعالة ومنصفة يمكن أن تقدم علاجاً لبعض مشاكل الأقليات...

وطبيعي أن من المفيد أن تأخذ معالجة مسألة حقوق الأقليات وإيجاد الحلول المناسبة لها بعين الاعتبار أوضاع كل بلد وأوضاع الأقليات فيه مع الالتزام بالمعايير الدولية المعترف بها لحماية و ضمان حقوق الأقليات... فعلى سبيل المثال حين تكون الأقلية في بلد ما مركزة في منطقة جغرافية معينة فإن معالجة حقوق هذه الأقلية منتشرة على مختلف أنحاء الدولة... ففي الحالة الأولى أي حينما تكون الأقلية مركزة في منطقة أو إقليم محدد فإن الحل يمكن توفيره من خلال منحها الحكم الذاتي أو بالفدرالية في حين أن الحل الديمقراطي يمثل الصيغة الأوفق حينما تكون الأقلية متوزعة على مناطق مختلفة من إقليم الدولة ومنتشرة فيه... وقد يوجد في الدولة نفسها أقليات مركزة في إقليم محدد وأخرى موزعة في مناطق متعددة وحينها يمكن للدولة المعنية أن تجمع هنا بين الحل الديمقراطي وبين الفدرالية أو الحكم الذاتي في آن واحد...

إن الديمقراطية هي النظام الأمثل الذي يؤدي إلى تنظيم عادل ومنسجم بين الأغلبية من السكان والأقليات... لكن إقامة نظام ديمقراطي يتطلب خطوات وبناء مؤسسات مناسبة في مقدمتها الاعتراف بالأقليات و ضمان حقوقها واتخاذ تدابير ايجابية لحماية حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات ضد أعمال الدولة نفسها وضد أعمال الأفراد الآخرين على إقليم الدولة فضلاً عن إقامة المؤسسات المحلية والوطنية لترجمة كل ذلك إلى واقع عملي...

ويمكن القول أن ضمان حقوق الأقليات يتطلب توفير ضمانات دستورية وسياسية من قبل الدولة وتنقسم إلى ضمانات عامة و ضمانات خاصة...

والضمانات العامة هي تلك التي تشمل المواطنين بأسرهم وضمنهم أبناء الأقليات وتلك هي ضمانات حقوق الإنسان المعروفة وهذه بدورها تنقسم إلى ضمانات دستورية من خلال النص على حقوق الإنسان في الدستور و ضمان تطبيقها بشكل جدي. فضلاً عن تضمين

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الدساتير مبدأ سيادة القانون وضمن القانون نفسه احترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية... ومن الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان مبدأ الفصل بين السلطات والذي من خلاله يمكن الوقوف بوجه استبداد الحكومات. وإلى جانب الضمانات الدستورية هنالك أيضاً الضمانات القضائية لحقوق الإنسان والتي تتمثل بتوفير الرقابة القضائية على دستورية القوانين والرقابة القضائية على أعمال الإدارة كشكل من أشكال الحماية من التعسف في استعمال السلطة.

والديمقراطية هي الضمان الرئيسي لحقوق الإنسان وضمنها حقوق الأقليات لأنها توفر قيام نظام سياسي واجتماعي واقتصادي يقوم على أركان عدة هي: احترام حقوق الأقليات وحقوق الإنسان عامة، حكم الأغلبية مع حفظ حقوق الأقلية، التعددية واستقلال القضاء وحرية الصحافة...

أما الضمانات الخاصة لحقوق الأقليات فإنها تنتزع على عدة مستويات إذ هنالك الضمانات الدستورية كأن يتم النص في الدساتير على حقوق الأقليات لأن ذلك يجعل من هذه الحقوق مبادئ دستورية وطنية يجب إتباعها واحترامها من قبل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية فضلاً عن أن الدستور يمثل القانون الأعلى الذي يبين القواعد الأساسية لشكل الدولة ونظام الحكم فيها. على سبيل المثال اختارت دول أوروبا الشرقية بعد انهيار الأنظمة الشيوعية فيها ضمان تمثيل الأقليات بنصوص دستورية تعترف للأقليات بحق المساهمة في الشؤون العامة التي تهمها. فالدستور الهنغاري افرد أكثر من نص بحق الأقليات بالمساهمة بالقرارات الجماعية وبأن يمثلوا على الصعيد الوطني وأن يداروا بصورة مستقلة على الصعيد المحلي (المادة ٦٨) وفي جمهورية استونيا اعترف دستورها في مادته الخمسين للأقليات بحق إنشاء مؤسسات مستقلة محلية.

ومن الضمانات الخاصة أيضاً هو توفير حق الأقليات في التمثيل داخل البرلمانات و الحكومات. إذ ينبغي تعزيز مشاركة الأقليات في هياكل صنع القرار عن طريق منح الأقليات وزناً خاصاً في الإجراءات التشريعية وعن طريق جعل ممثلي المعارضة والأقليات يتزأسون لجاناً برلمانية وبعض الدول تقوم بوضع نظام كوتا (حصص) لتمثيل الأقليات وفي حالات أخرى تجمع الأقليات لتحكم نفسها حكماً ذاتياً أو في إطار دولة فيدرالية وفي نماذج أخرى يتم إنشاء مجالس لإدارة شؤون الأقليات...

إن النظرة إلى أبناء الأقليات من قبل الأغلبية يجب أن تكون بأنهم مواطنون متساوون معهم في الحقوق والواجبات وشعور أبناء الأقليات أنفسهم بالمواطنة الكاملة... وذلك لا يمكن أن يتحقق دون تمتع الأقليات بالأمان والثقة بالدولة التي يعيشون في ظلها وفي نفس الوقت الذي يجب أن تكون نظرة السلطة لها مقرونة بالرعاية والاهتمام وعدم التشكيك في ولائها الوطني أو الخوف منها...

وبديهى أن كل التطلعات والآمال المشروعة للأقليات يجب أن تتحقق في أي بلد في ظل دولة موحدة لكنها تعترف بالتنوع والتعددية في داخلها. تنوع يسمح لمختلف المكونات والأقليات بالتعبير عن مشاعرهما والاعتراف بالخصوصيات الثقافية واللغوية والدينية والتاريخية وفرص تطوير وتنمية هذه الخصوصيات وكل ذلك يجب أن يرتكز إلى قاعدة الاحترام المتبادل والتعاون والتنمية الحرة لعناصر المجتمع المختلفة كافة.

ومرة أخرى نؤكد أن الديمقراطية هي النظام الوحيد القادر على معالجة المشاكل الخاصة بالأقليات بصورة سلمية ومنصفة... ويتحقق ذلك من خلال نشر الثقافة والوعي والتعليم لمبادئ التسامح المتبادل بين الأكثرية والأقلية وثقافة الحوار والحق بالاختلاف واحترام الرأي والرأي الآخر والتنوع الثقافي وإقامة مؤسسات سياسية ودستورية قائمة على التمثيل الشعبي والحكم الذاتي أو البناء الفدرالي فضلاً عن توفير الفرص المتكافئة على الصعيد الاقتصادي للجميع إذ لا يكفي أحياناً إعطاء الأقلية أو الأقليات تمثيل سياسي بل يجب أن يقترن ذلك بإسهام اقتصادي. فإدماج الأقليات في الحياة الوطنية يتطلب وجود رؤيا وخطط وسياسات لتقاسم الموارد الاقتصادية والقضاء على أوجه انعدام المساواة الأفقية بتدابير اقتصادية لتكافؤ الفرص وزيادة الدخل لأبناء الأقليات.

وقد تفقد الديمقراطية في بلد توجد فيه أقليات إلى صراعات اثنية بقيام أحزاب أو جمعيات قائمة على أساس اثني أو قبلي لكن بالإمكان تجاوز هذه المشاكل بتراكم الخبرة والتجربة ووضع الضوابط والضمانات وإشاعة ثقافة الديمقراطية داخل الأحزاب السياسية ومؤسسات المجتمع المدني نفسها من خلال إجراء انتخابات مفتوحة وتنافسية لاختيار قياداتها وأن تضرب هذه الأحزاب والمؤسسات مثلاً في سلوكها المتسامح.

وخلاصة القول فإن ضمانات حقوق الأقليات على الصعيد الوطني يتمثل في ثلاث

مراحل أساسية هي:

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

١- احترام حقوق الأقليات: أي الامتناع عن التدخل في سعي أبناء الأقليات إلى نيل حقوقهم.

٢- حماية حقوق الأقليات: أي منع الانتهاكات التي تتعرض لها الأقليات من قبل الدولة أو من عناصر أخرى في المجتمع.

٣- أعمال هذه الحقوق: أي اتخاذ تدابير تشريعية وقضائية واقتصادية وتدابير أخرى لضمان وحماية حقوق الأقليات.

وبالرغم من أولوية الجهود التي يجب أن تبذل على الصعيد الوطني لمعالجة مشاكل الأقليات وتوفير الضمانات السياسية والدستورية وغيرها من الضمانات لحقوق الأقليات فإن الجهود على الصعيد الدولي تتمتع اليوم بأهمية كبيرة لا سيما وان البيئة الدولية أصبحت مواتية أكثر من أي وقت آخر لإيجاد حلول جذرية وفعالة لمشاكل الأقليات... وتقوم منظمة الأمم المتحدة، رغم بقاء آلية الرقابة على حماية حقوق الأقليات غير كافية، بدور بارز في هذا الميدان. إذ تتعهد الدول الأطراف في عدد من الاتفاقيات الدولية بتقديم تقارير دورية إلى اللجان المعنية كلجنة حقوق الإنسان التي تشرف على تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ولجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ولجنة التمييز العنصري التي تشرف على تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، ولجنة حقوق الطفل التي تشرف على تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل. وهذه التقارير الدورية التي تقدمها الدول الأطراف تبين فيها التدابير التي تكون قد اتخذتها لضمان تمتع الأقليات، في جملة أمور، بالحقوق الخاصة في الصكوك ذات الصلة.

وختاماً فإن للمنظمات غير الحكومية وخاصة تلك المعنية بحقوق الإنسان دور كبير في تعزيز وحماية الأشخاص المنتمين إلى أقليات... فهي تقوم أحياناً بدور الوساطة وتتولى التوعية على مستوى الرأي العام العالمي والرأي العام الوطني في الحالات التي تهمل أو تنتهك فيها حقوق الأقليات، كما تتولى هذه المنظمات إجراء البحوث ونشر التقارير وتعمل كقنوات ومنابر لمجموعات الأقليات وتقديم معلومات مناسبة ووقعية إلى الهيئات الحكومية والدولية عن أحوال الأقليات في شتى مناطق العالم.

المصادر:

- ١- الأمم المتحدة - ميثاق الأمم المتحدة - نيويورك ١٩٩٤.
- ٢- الأمم المتحدة - حقوق الإنسان - الوثيقة الدولية لحقوق الإنسان - نيويورك ١٩٩٥.
- ٣- الأمم المتحدة - أعمال الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان - المجلد الثاني - نيويورك ١٩٩٠.
- ٤- برنامج الأمم المتحدة الإنمائي - تقرير التنمية البشرية لعام ٢٠٠٠
- ٥- إعلان وبرنامج عمل فيينا - المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان - حزيران ١٩٩٣ - نيويورك ١٩٩٥
- ٦- د. محمود شريف بسيوني - الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان - المجلد الثاني - دار الشروق - القاهرة ٢٠٠٣.
- ٧- هيلين تورار - تدويل الدساتير الوطنية - ترجمة باسيل يوسف - بيت الحكمة بغداد ٢٠٠٤.
- ٨- Boutros Boutros Ghali: "Integration, Democratie et Development", UNESCO, Paris 2002.

## ١٠ - اثر الأقلية على الوحدة الوطنية والصراعات السياسية

### التأطير القانوني لها

الأستاذ الدكتور حسان محمد شفيق العاني\*

#### مقدمة:

من غير الممكن في عالم اليوم التمسك بثقافة منعزلة. إذ علينا البحث بالإغناء المتبادل. إذ إن لديهم سجايا نحتاجها. وهم في حاجة لفرص بمعاني لتقرير المصير. فإذا تم تنمية "الأسكا" حاليا فسكانها سوف يتقدمون<sup>١</sup> هذا التعبير هو للمدعي العام السابق رامزي كلارك. في رده على مطالب ممثلي سكان الأسكا.

وبطبيعة المجال لا يخلو أي مجتمع من مجتمعات الدولة القومية من جماعات ترتبط فيما بينها بوشائج ثقافية تجعلها بحسب المعتقد أو المذهب أو الجنس أو العرق تختلف عن البقية. لا ضير في ذلك شريطة عدم إشعارهم بالانعزال أو بالتشكيك بهم أو التعامل معهم باختلاف أو بتمييز. لذا يتطلب الأمر في مجال التنمية السياسية أن التأطير القانوني يأخذ مجاله من خلال إقامة التشريعات للمؤسسات خدمة للوظائف المرتقبة في الدولة القومية. وتحافظ المؤسسات على تكامل المجتمع. ذلك أن المؤسسات تواجه بواسطة إدارتها المتنوعة التقسيمات الجغرافية والاجتماعية لمختلف الأجناس والفئات المتحددة أنيا بحيث وحسب قابلية الإدارة أن تستوعب وتواجه بسياساتها الأولويات وتستخدم مصادرها لتضمن

\* أستاذ النظم السياسية والدستورية، كلية العلوم السياسية، جامعة بغداد.  
<sup>١</sup> Cynthia H. Enloe: "Ethnic Conflict and Development", Little Brown, Boston, 1973.

اثر الأقبليات على الوحدة الوطنية والصراعات السياسية التاطير القانوني لها

التنسيق الضروري ضمن الدولة القومية.

فالدولة القومية عليها أن تطالب بالحد الأدنى من التكامل القومي والأمني كمهمة أولية، أو تسمح بالمطالب القادمة من الجماعات الاثنية، ضامنه لهم هوية مناطقهم مقابل اعتراف الجماعات للولاء للدولة. وقد قدم الأوروبيون حلول متنوعة عند قيام دولهم القومية بالمعنى الحديث للكلمة منذ مؤتمر فيستاليا عام ١٦٤٨ الذي كرس وجود الدول القومية الأوروبية، هذه الحلول هي أما إقامة الفيدرالية أو الحكم الإقليمي الذاتي أو النظام الموحد.

**أولاً: الفيدرالية:**

بوجود المجتمعات المتنوعة ثقافياً أو بوجود ثقافات فرعية متحددة، مما يشكل تحدي لوحدة الدولة بالمقابل فقد تم وضع التشريعات الفعلية للحفاظ على التوازن في مجتمعات متعددة.

من خلال إقامة الفيدرالية بعيداً عن شدة الحكم الإمبراطوري التحكيمي. فالأجراء هو توازن غير مخل بالسياسة المتبعة من قبل الدولة الموحدة. فيتقرر عندئذ إقامة مؤسسات رئيسية ومؤسسات فرعية. المؤسسات الرئيسية تتمتع بمركزية وبالمقابل هناك مؤسسات فرعية للمناطق المتنوعة التي تدين بالولاء للمركز وتحافظ في الوقت نفسه على إدارة شؤونها المحلية. ففي أفريقيا على سبيل المثال وعند استقلال نيجيريا عام ١٩٦٠ فقد عرف عن وجود ٢٥٠ لغة مختلفة متداولة فقد عرف عن فيدراليتها بوجود ثلاث أقاليم ذات حكم محلي على أساس قبلي يتبعها وجود ثلاث برلمانات وقوات شرطة خاصة بكل إقليم مع مالية متعددة وجامعات تبع كل إقليم. إلا أن قضائها اخذ الطابع الفيدرالي بدون أن يأخذ أثره وذلك لاندلاع الحرب الأهلية والتي أفضت إلى تقسيم نيجيريا إلى اثني عشر ولاية.

فالحاجة إلى تحديث في مجتمعات تستدعي مركزية ولكن مركزية السلطة لا تستقيم بفعالية كافية خاصة إذا كانت هناك اثنيات ومجاميع ثقافية متنوعة لا يمكن السيطرة عليه مما يجعل السلطة في مواجهة علنية ومنتشدة وهذا مما يضعف استقرار البلد والمشاكل تتصاعد وتأثرها وبدون نهاية فبلاد كأمثلة تشاد والسودان وإثيوبيا والعراق شهدت وتشهد حالة التآرجح غير مستقر لمجتمعاتها وهنا يمكن أن تكون الفيدرالية ذات نصيب من النجاح شريطة أن يعرف المهتمون بالسلام الداخلي أن الفيدرالية هنا هي تقسيم وظيفي ميكانيكي وليس تقسيم عضوي أي أن التقسيم هنا هو لوضع أو إعادة التوازن بين



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الأطراف المختلفة. وتعد سويسرا المثل الناجح في التكامل وطالما يشار إليها إذ أنها استطاعت أن تقسم إدارتها إلى كانتونات وقد ساعد ديمومة هذا التقسيم الإداري ازدهارها الاقتصادي علما أن مركزية السلطة مشهودا لها بالحزم. كما أن الولايات المتحدة الأمريكية كانت قد عرفت نظاما فيدراليا أقدم مما عرفت سويسرا منذ عام ١٧٨٧ ولكن لا يعتقد كثيرا بالولايات المتحدة الأمريكية كنموذج لدولة فيدرالية لأن صورتها تبدو غائبة عن أذهان مفكري دول العالم الثالث وذلك لتمتع الولايات المتحدة الأمريكية بمزية القوة العظمى فلا سبيل إلى الإتيان بها كنموذج مفيد لهم كما هو الحال بالنسبة لهم إلى النموذج السويسري كما إن النموذج الأمريكي يبدو معقدا بعض الشيء إذ إن السلطات تتوزع به أفقيا وهناك سلطات عمودية وقد تمخض عن هذا وخاصة في الآونة الأخيرة ظهور هيمنة السلطات العمودية لصالح السلطة التنفيذية وارجحيتها على بقية السلطات. كما أننا نستطيع أن نشير إلى ألمانيا الاتحادية كنموذج للفيدرالية التي فرضت عليها بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية ويبدو أنها نجحت لحد ما حتى مع وجود ألمانيا موحدة بعد سقوط حائط برلين عام ١٩٨٩ ولا يزال التباين حاصل بين ما عرف سابقا بين الألمانيتين إذ تعاني ألمانيا الشرقية سابقا بتردي أوضاعها الاقتصادية والتي هي دون مستوى ألمانيا الغربية سابقا. ولنا في نموذج الاتحاد السوفييتي شاهد على تراجع الفيدرالية عندما تشكل اتحاد الدول المستقلة وبذلك تحول نظامها الفيدرالي المركزي إلى لامركزية للدول السابقة للاتحاد السوفييتي، وقد يكون مرد ذلك الجانب الاقتصادي الذي لم يسمح للمركز أن يستمر بشكل متوازن بين روسيا الاتحادية وبقية دول الاتحاد.

كما إن تجربة كل من تشكوسلوفاكيا ويوغسلافيا لم تشهدا ألا تراجع واضح لهما. فالأولى تحول نظامها إلى دولتين مستقلتين أما الثانية فانفرط عقد اتحادها إلى خمسة دول لذا يمكن أن نقول وبترجع بان الالتزامات القانونية لا يمكن لوحدتها الضامنة لاستمرار الاتحاد وإنما هو مدى فناعة ممثلي المجموعات الثقافية بجدوى الاستمرار في الاتحاد الذي يتمكن أن يتلاقى مع مصالح الأطراف المتعددة.

أي مدى تمكن النظام السياسي استيعاب الأطراف لكي لا يؤدي أمر الاتحاد إلى انفصال، ولنا في التجربة التركية والإيرانية مثالين قريب علينا في تعاملهما مع القضية الكردية لديهما. ففي تركيا تولى حزب العمال الكردستاني للمطالبة بالانفصال بعد أن وجد

اثر الأقلبيات على الوحدة الوطنية والصراعات السياسية التاطير القانوني لها

إن أوضاعهم لم يعترف بثقافتهم كطرف مختلف يتوجب الاعتراف بمركزهم، ألا أن الجمهورية التركية ولأسباب تتعلق بتعلق آمالها بالانضمام إلى الاتحاد الأوربي فأنها وبعد ملاحقه لحزب العمال الكردستاني وحله فأنها بادرت إلى اتخاذ بعض الإجراءات المخففة من حدة سياستها تجاه الطرف الثقافي الكردي بالاعتراف بلغتهم. أما إيران فأنها كانت قد عرفت تجربة انفصالية بعد الحرب العالمية الثانية تمثلت بقيام جمهورية مهاباد فسارعت بقمعها<sup>٢</sup> والواقع أن التوزيع الثقافي الكردي كقومية لا يقتصر على هذين البلدين وإنما على بلدان آخر في الاتحاد السوفييتي سابقا وفي سوريا كما في العراق الذي عرف أطوارا في الارتباط بينه كنظام مركزي إلى لامركزي تباعا وهو ما سوف ننولى الكتابة عنه تحت عنوان القضية الكردية في التشريعات الدستورية العراقية.

**ثانيا: المنطقة الشمالية للحكم الذاتي - كردستان العراق:**

#### **دستوريا:**

في اجتماع للبرلمان الإقليمي الذي ضم ممثلي الحزبين الرئيسيين الديمقراطي والاتحاد الوطني إلى جانب ممثلي أحزاب متعددة صغيرة جاوز عددها العشرين (٢٢) فان النواب الذين تم انتخابهم صوتوا في الرابع من تشرين الأول لعام ١٩٩٢ بالإجماع على توصية مخاطبين فيها حكومة الإقليم العمل على تحقيق الفيدرالية. وبذلك استدل الستار عن مرحلة لبدء عهد جديد لتاطير العلاقة بين القومية الكردية والحكومة المركزية.

فدستور جمهورية العراق الصادر ١٦ تموز لعام ١٩٧٠ قد نظم العلاقة في المادة الخامسة منه فقرة "ب":

"يتكون الشعب العراقي من قوميتين رئيسيتين، هما القومية العربية والقومية الكردية ويقر هذا الدستور حقوق الشعب الكردي القومية والحقوق المشروعة للأقلبيات كافة ضمن الوحدة العراقية"

ورغم أن الحوار بين الحكومة المركزية مع ممثلي الحزبين الرئيسيين الكرديين لم ينقطع، إلا انه بدأ بان الأطراف الكردية قد اتجهت لعقد حوار واتفاقات مع أطراف ثالثة إقليمية ودولية. فقد تولت أنقرة ترتيب اجتماعات للفرقاء الأكراد كما استضافتهم بريطانيا

<sup>٢</sup> انظر الوحدة الوطنية ومشكلة الأقلبيات في العالم الثالث. مركز دراسات العالم الثالث. ١٩٨٩.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

في دبلن ولكن الاتفاق بين الفرقاء بدأ منعقد بعد اجتماعات عقدت برعاية الخارجية الأمريكية عام ١٩٩٨ بحيث توضح أن التأكيد الرسمي للولايات المتحدة الأمريكية مترسما سياستها تجاه الإقليم من جهة تقوم هذه السياسة على تأكيد وحدة الأراضي العراقية وسيادتها ومراعاة حماية الإقليم كمالاً آمن بحماية القوة الجوية بالولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا. هذه السياسة المعلنة للإدارة الأمريكية قد تعرقل التوصل سريعاً إلى إيجاد صيغة اتفاق سريعة بين الأطراف الكردية والحكومة المركزية. وقد تم تسريب تصريحات لمسؤولين أكراد بأنهم راغبين في التوصل مع اتفاق ولكن المسؤولين في الخارجية الأمريكية لا يحبذوا إتمام هذا الاتفاق لذلك فإن عدم التوصل لاتفاق بسبب وجود أطراف ثالثة توضح لنا إن قضية إقليم كردستان العراق قد تأثرت وتتأثر بأوضاع الإقليم الكردية المجاورة.

#### ١. أوضاع الأقاليم الكردية المجاورة:

لم تحض المناطق الكردية المجاورة لإقليم كردستان العراق بأي مركز دستوري أو قانوني يعترف أو يقر بوجود استقلالية ذاتية للمناطق الكردية في الدول المجاورة وقد أُنكى ذلك صراعات مع الحكومات المجاورة للعراق خاصة مع أنقرة وطهران اللذان قد وطدا علاقتهما مع الحزبين الرئيسيين في كردستان العراق إلا أنهما لم تقرا بوجود شخصية ذاتية للأكراد في كلا البلدين فبالنسبة إلى طهران فإن الكلل منصهر في بودقة الدين واحد للمل ولكن بالنسبة إلى أنقرة ذات الحكم العلماني فأنها لم تعترف بشخصية كردية مستقلة منذ تأسيسها وهذا لم يلغي أو يستبعد وجود حزب كردي ولكن بتوجهات اجتماعية ذات طابع يساري متمثل بحزب العمال الكردستاني برئاسة عبد الله أوجلان الذي بدأ في خوض معركة انفصالية في جنوب شرق تركيا واستطاع أن يوطد علاقته مع حزب الاتحاد الديمقراطي برئاسة جلال الطالباني وهذا ما أدى إلى التوتر بين الحزبين الرئيسيين العراقيين الكرديين فتوجهت قيادة الحزب الديمقراطي هي قصر الاهتمام بالقضية الكردية عبر الحدود. ويبدو إن التوجه الأول هو الذي اخذ طريقه عندما سلم الحزبان بالاتفاق على تولى التعاون بينهما في ظل حكومة إقليمية موحدة وذلك استثماراً للحماية التي وفرت الإدارة الأمريكية لهم.

اثر الأقلبيات على الوحدة الوطنية والصراعات السياسية التاطير القانوني لها

ولا يبدو أن ما تحقق لإقليم كردستان العراق مجال للتحقيق في المناطق المجاورة له. فأغلبية الأكراد قد عرفت موطناً مستقراً لها في الدولة العثمانية سابقاً ورغم قيام أكراد تركيا بانتفاضات عديدة فلم يتحقق لها شيء يذكر وكذا الحال فيما يخص إيران أن تركيا الحالية لم تحقق إلا إنجازاً لصالح تركيا والأترك ولم تقر بخصوصيات قومية لمن عاش في ظلها. أما في العراق فإن قيام حكومة وطنية وهي وان لم تقي الطابع القومي للدولة فإن الإدارة والجيش لم تكن تخلو من شخصيات كردية بارزة أدت مسؤولياتها تجاه العراق غاضبة النظر عن مطالب قومية خاصة بها ما عدا بعض الحركات التي كانت تحصل في الأطراف النائية من كردستان العراق. وقد تمثلت هذه الحركات بقيام مصطفى البرزاني بإسناده بجمهورية ماهاباد القصيرة العمر وقد اختارت النفي الطوعي والعيش لفترة اثنا عشر عاماً في الاتحاد السوفييتي ولم يتسنى له الرجوع إلا بقيام ثورة ١٤ تموز عام ١٩٥٨.

## ٢. التكريس الدستوري الأول للحقوق القومية الكردية:

بقيام الجمهورية عام ١٩٥٨ فإن دستور ٢٧ تموز قد تضمن من جهة وجود قوميتين رئيسيتين هما العرب والكرد، ومن جهة ثانية فقد أشار إلى أن العراق هو جزء من الأمة العربية. هذان النصان يوحيان بأن العراق هو جزء من الأمة العربية وبالتالي فمنهجياً يتطلع إلى تحقيق الوحدة العربية. أما فيما يخص الأكراد فإن الشعور بوجودهم ضمن الكثرة قد لا يحقق مركزهما إلا إذا كان الأمر يتعلق بقيام دولة قومية للعراق فحسب وهو ما يحقق دورهم فيها. وإذا عرفنا أن التوجهات السياسية آنذاك قد تمحورت باتجاهين، اتجاه إقليمي واتجاه قومي. وقد كان من نتائج مجيء النظام الجديد إن تم استدعاء الشخصيات التي كانت قد استبعدت أو لوحقت لمواقف سياسية سابقة وهو ما سمح بمجيء السيد مصطفى البرزاني بعد أن قضى اثنا عشر عاماً في الاتحاد السوفييتي. وبرجوعه فقد أراد أن يضمن له مركزاً يؤهله للتكلم عن الأكراد وتطلعاتهم وقد وجد مساندة له من قبل الاتجاه الذي يعزز استقلالية العراق كدولة وطنية حيث نجد أنه تابع رشيد أوجلان لاتهامه بالرجعية. إلا أن الظروف التي مرت بالعراق آنذاك لم تسمح إلا باشتداد الصراع وقيام ثورة ٨ شباط عام ١٩٦٣ والتي قدمت للعراق حلاً على المستوى الإداري عرف بالحكم المحلي، وفي الوقت نفسه فقد انصرف الحكم آنذاك للقضاء على كل مقاومة لمشروعه

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

لأجل وحدة العراق. إلا أن المقاومة الكردية اكتسبت بعدا جديدا وذلك من خلال العمليات العسكرية الواسعة النطاق والتي شهدت مساندة سورية للحكم لأجل إنهاء حالة التمرد التي شهدتها المنطقة الشمالية. وقد تعين عام ١٩٦٦ أن يكون هناك حالة اتفاق بين الحكومة المركزية والأطراف التي أريد إقصائها وقد تبلور في الحركة الكردية اتجاهين هما اتجاه الحزب الديمقراطي واتجاه حزب الاتحاد حيث مثل الأول البرزاني والثاني جلال الطالباني وهما اتجاهان تمخضا عنه استقطاب عشائري واستقطاب طلابي لم يشأ هذا الاختلاف إلا في الاشتداد لحين قيام ثورة ١٧-٣٠ تموز.

### ٣. مرحلة التهيؤ لتحقيق مركز دستوري ضمن إطار إقرار الحكم الذاتي:

لقد تبلور في هذه المرحلة اتجاه نحو الإقرار بالحكم الذاتي ضمن الوحدة الوطنية وقد نتج عن هذا الاتجاه إعلان ١١ آذار الذي وضع سقفا زمنيا لتحقيق الحكم الذاتي واستدعى ذلك قيام دستور عام ١٩٧٠ تكريسا للوضع الدستوري الجديد. ويبدو أن التسليم بما بدر من إيران من مساندة خارجية للأكراد أن القيادة وظروف التسليح التي أحاطت بإمكاناتها العسكرية حددت للقيادة أن تتوجه باتفاق الجزائر لعام ١٩٧٥ أن تستبعد قيادة البرزاني من مهمة التحدث باسم الأطراف الكردية لذا فإن الاتحاد الذي لم يكن ضمن الاتفاق قد اخذ المبادرة ليستمر في مواجهة السلطة المركزية أما الحزب البارتني (الديمقراطي) فإنه قد لجأ بكوادره إلى طهران ليستقر فيها بعيدا عن مشاركة في الاتفاق لحينما قيام الحرب العراقية الإيرانية.

### ٤. الحرب العراقية الإيرانية والرجوع على اتفاق الجزائر:

لقد وضع من قبل السلطة الجديدة في إيران بعد قيام الثورة عام ١٩٧٩ أن التوجهات هي عدم العمل بمضمون اتفاق عام ١٩٧٥، وبالتالي فإن تطورات اشتداد النزاع لم يعد بين الأطراف الكردية والسلطة المركزية في بغداد وإنما هو بتبلور موقف مع العراق أو مع إيران في خضم الحرب التي شهدتها القطرين المتجاورين. وقد وضح أن طرفي القيادة الكردية كانتا أكثر تعاطفا مع إيران من تعاطفها مع الحكومة المركزية وبنهاية الحرب وإعلان وقف إطلاق النار في ٨ آب عام ١٩٨٨ فإن الحكومة المركزية أرادت أن توطد سلطتها في شمال العراق فكانت عمليات الأنفال التي كانت من نتائجها عمليات الهجرة الواسعة باتجاه إيران واتجاه تركيا من قبل العشائر الكردية وهذا الموقف قد برز كإشكالية

اثر الأقليات على الوحدة الوطنية والصراعات السياسية التاطير القانوني لها

وطنية تخص وضعية الأكراد في شمال العراق وحيث أن أم المعارك قد أظهرت موقفا دوليا تجاه العراق قد تسنى لهذا الموقف الدولي وبرعاية الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا بالذات أن تعمل بإطار سياسة الملاذ الأمن للأكراد وإعلان حضر الطيران العسكري العراقي في شمال العراق حماية للأكراد.

أن القضية لم تعد قضية وطنية ولا إقليمية وإنما دولية خاصة وان القرار المرقم ٦٨٨ أعطى لقوات التحالف وباسم الأمم المتحدة مهمة حماية السكان وهو ما يشكل حاليا نوع من أنواع النزاعات الوطنية المحلية والدولية بخصوص الاختصاصات. فالأمم المتحدة شهدت ولا تزال تشهد صراع بين مفهومين، مفهوم مسؤولية الدولة وسيادتها ومفهوم التدخل في ظل نطاق المنظمات الدولية والذي يدعمه الحقوق الإنسانية كمبدأ يتيح للمجتمع الدولي أن يتدخل في الشؤون الداخلية للدول

#### خلاصة: كل في وكل مع

الخلاصة هنا تصلح لان تكون مقدمة لما سبق وان أردناه بخصوص التاطير الدستوري لكردستان العراق. وهو أن سياسة العراق المركزية ومنذ مواجهتها لقضاياها نحو مجتمعها "الموزاييكي" المتوزع على ملل ونحل قد انصرفت أما من خلال تبني سياسة التذويب أو المماثلة أو من خلال سياسة التكامل والاندماج ولكل منها آثارهم الإيجابية والسلبية. فقد اصطدمت سياسة التذويب مع التيار القومي العربي الذي تصاعدت وتأثره مع القضية الفلسطينية وطروحاتها في إقامة الوحدة العربية. لذا لم يدع الأكراد بدورهم إلا التفتيش عن أقران لهم ليتحدوا معهم، هذا فيما يخص العراق خاصة ففي العهد الملكي لم يجد الأكراد مع سياسة الإذابة إلا أن يخلتوا موقعهم في مؤسسات الدولة الإدارية والعسكرية التي فقدوها نسبيا مع العهد الجمهوري الجديد وحيث إن العهد الجمهوري شهد منذ بدايته احتدام التوجهات نحو الإقرار بوضع العراق كدولة موحدة أو كدولة طرف في تنظيم أوسع، فان التوجه القومي الكردي بدوره أراد تطمين رغباته في حق تقرير المصير، سياسة التكامل لم تكن بعيدة عن التوجهات الجمهورية ولكن على حساب الإقصاء لبعض رموز الحركة الكردية.

وهذه الرموز هي نفسها كانت قد تبلورت بالحزبين الرئيسيين الكرديين الحزب الديمقراطي الكردستاني وحزب الاتحاد الكردستاني، وهما الحزبان اللذان يتطلعان حاليا

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

إلى تحقيق سياسة التكامل وليس التماثل ذلك أن الاعتراف بالعراق ووحدته أوضحت أولاً: جدال عليه وطنيا وإقليميا ودوليا. لذا وعلى غرار الدساتير التي نشأت بفعل اتفاق عدة أطراف: محلية إقليمية، دولية فقد يكرس مركز إقليم كردستان دستوريا بصيغة تختلف عن الصيغة التي وردت في دستور عام ١٩٧٠ على اعتبار أن صيغة الحكم الذاتي قد استنفذت ولم تعد متناسبة مع المستجدات الجديدة في العلاقة بين القوميتين الرئيسيتين زاو الإبقاء دستوريا على الوضع القائم بانتظار (المخرجات) وهنا يكون الدستور قد ابتعد عن صفة التنظيم التي يتمتع بها ويصبح عندها الدستور دستور اسمي وليس فعلي سنني. فالواقع يشير لوجود مؤسسات تنفيذية، تشريعية تتولى إدارة الإقليم بعيدا عن الإدارة المركزية فالإدارة المحلية اكتسبت وسوف تكتسب بمرور الوقت جزءه فعلية للإقليم تؤهلها أن تكون حكومة ذات استقلال فعلي، ولتتكرس حدود داخل العراق وهو ما لم يشهده أو يعرفه شعب واحد لدولة واحدة عرف بها العراق منذ زمن بعيد موغل بالقدم امتداد عمره هو منذ عهد البابليين والآشوريين وعبر العصر العباسي والعثماني والحكم الوطني وصولا للحكم الجمهوري.

## ملحق رقم ١

متضمنا النصوص الدستورية التي عرفها العراق والتي نظمت بشكل غير مباشر أو مباشر الحقوق القومية بدءا من الدستور العثماني لعام ١٨٧٦ حيث كان العراق جزء من الإمبراطورية العثمانية وصولا إلى قانون الحكم الانتقالي وهو دستور صدر عام ٢٠٠٣:

١. الدستور العثماني لعام (١٨٧٦) ليس هناك إشارة إلى ملة أو قومية معينة.
٢. دستور "القانون الأساسي" لعام ١٩٣٥ المادة السادسة منه:  
"لا فرق بين العراقيين في الحقوق أمام القانون وان اختلفوا في القومية والدين واللغة" بمعنى أن الأصل هو المساواة بين الأفراد وهو نص يتصف بالأصالة والأنصاف".

٣. دستور ٢٧ تموز لعام ١٩٥٨:

المادة الثانية: العراق جزء من الأمة العربية

المادة الثالثة: يعتبر العرب والأكراد شركاء في هذا الوطن ويقر هذا الدستور حقوقهم القومية ضمن الوحدة العراقية. هذا النص بحد ذاته أثار تساؤلات من قبل الدكتور عبد الرحمن قاسم إذ فسره بمعنى أن المشاركة بمثابة مناصفا.

٤. دستور ٢٢ نيسان لعام ١٩٦٤ حيث نظم السلطات العامة وتم تبني اعتماد سياسة السلطات المحلية بموجب القانون.

٥. دستور ٢٩ نيسان المادة ١٩ ويقول هذا الدستور الحقوق القومية للأكراد ضمن الشعب العراقي في وحدة وطنية متأخية.

٦. دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ المادة الحادية والعشرون:

العراقيون متساوون في الحقوق والواجبات أمام القانون بما فيهم العرب والأكراد ويقر هذا الدستور حقوقهم القومية ضمن الوحدة العراقية.

٧. دستور ١٦ تموز عام ١٩٧٠ المادة الخامسة:

أ-العراق جزء من الأمة العربية.



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ب- يتكون الشعب العراقي من قوميتين رئيسيتين هما القومية العربية والقومية الكردية ويقر هذا الدستور حقوق الشعب الكردي القومية والحقوق المشروعة للأقليات كافة ضمن الوحدة العراقية<sup>٣</sup>.

٨. (فيدرالي) ديمقراطي تعددي ويجري تقاسم السلطات فيه بين الحكومة الاتحادية والحكومات الإقليمية... المادة التاسعة اللغة العربية واللغة الكردية هما اللغتان الرسميتان أما الفقرة (ب) من المادة السابعة فتشير إلى أن العراق متعدد القوميات والشعب العربي فيه جزء لا يتجزأ من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية المادة الرابعة: النظام في العراق جمهوري اتحادي الأمة العربية.

---

<sup>٣</sup> انظر د. رعد الجدة - التشريعات الدستورية العراقية. بغداد-بيت الحكمة ١٩٩٩ - السلسلة القانونية رقم (١).

## رابعاً: الجنسية

### ١١ - نظرة عامة على مسائل الجنسية

الدكتور رياض الكبان

#### مقدمة:

الجنسية تتبوأ مكانة خاصة في هذا العصر نظراً لكونها أصبحت الأداة الوحيدة لتحديد سمة ونوعية الانتماء إلى الشعب المكون لدولة ما وأن هذا الانتماء تتعاضم أهميته في ظل عالم يموج بحركات الهجرة الدولية بفعل تطور سبل الاتصال والمواصلات والتي جعلت من العالم أشبه بقرية صغيرة الأمر الذي يتعين معه تحديد كنه وطبيعة الصلة التي تربط بين الدولة وبين من ينطلي عليه وصف المواطن.

#### أولاً: تعريف الجنسية وبيان عناصرها:

تعددت التعريفات التي حاولت بيان معنى الجنسية إلا أن الرأي الراجح حول تعريف معنى الجنسية والذي حدد مدلولها نتائج قانونية وتقيد انتماء فرد لعنصر السكان في دولة معينة ويبين لنا هذا التعريف أن الجنسية تتضمن عناصر ثلاثة وهي:

العنصر الأول: الدولة المانحة لها.

العنصر الثاني: الشخص المتلقي لها.

العنصر الثالث: الرابطة التي تقوم بين هذا الشخص وتلك الدولة.

#### العنصر الأول: الدولة المانحة:

ويشترط بالنسبة للعنصر الأول الدولة أن تتمتع الدولة بالشخصية الدولية وقد ذهب

نظرة عامة على مسائل الجنسية

أغلب الفقه بأن لا فرق بين الدولة التي تتمتع بالسيادة الكاملة والدول الأخرى التي تتمتع بسيادة منقوصة وذلك في مجال منح جنسيتها لمواطنيها.

#### **العنصر الثاني: الأشخاص:**

واقع الأمر أن الجنسية صفة لصيقة بشخص الإنسان بل أنها جزء متمم لشخصيته القانونية وهذا يتجسد بحيازته إلى جنسية ولا يجوز سلب أو إسقاط هذا الحق منه وقد أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ على ذلك فقد نصت المادة (٦) منه على أنه "لكل إنسان أينما وجد بان يعترف له بالشخصية القانونية". كما نصت المادة (١٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على: "حق كل فرد في أن يكون له جنسيته وأنه لا يمكن لأحد أن يسلبه - بصفة تحكيمية - هذه الجنسية أو أن يسلبه الحق في تغييرها".

وفي الواقع أن الجنسية في الأصل تمنح للأشخاص الطبيعيين لأنها رابطة اجتماعية وروحية ولا تقوم هذه الرابطة إلا لدى الأشخاص الطبيعيين إلا أن أهمية التفرقة بين الأشخاص المعنوية الوطنية وغيرها من الأشخاص المعنوية الأخرى جعلت هناك ضرورة في منح الجنسية للأشخاص المعنوية الوطنية.

وقد تم تطبيق هذه المبادئ في الدول التي تحترم حقوق وحرية الإنسان والتي تعمل على عدم الجواز بسلب هذا الحق من الإنسان حق حيازة الجنسية أو نزع الجنسية عنه بعد اكتسابها حسب مشيئة السلطات الحاكمة ورغباتها السياسية

#### **العنصر الثالث: الرابطة التي تقوم بين الشخص والدولة:**

في الحقيقة أن هذه الرابطة التي أشار إليها التعريف السابق يمكن أن نسميها بالانتماء وهذا الانتماء ليس إلا الرابطة السياسية والاجتماعية التي تربط بين الشخص ودولته والتي تعرف بالجنسية والتي يترتب عليها جملة من الآثار القانونية والاجتماعية على الصعيد الدولي والداخلي ومن هذا المنطلق فإن الرابطة بين الشخص ودولته تتميز بنوع من السمة التبادلية فلكل منها حقا تجاه الآخر حق لدولة تجاه الفرد الذي يحمل جنسيتها وحق للفرد تجاه الدولة المانحة للجنسية.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

**ثانياً: أسس اكتساب الجنسية وفقدانها واستردادها:**

**أ- الأسس والمبادئ العامة لاكتساب الجنسية:**

هناك نوعان من الجنسية النوع الأول يسمى بالجنسية الأصلية وهي التي يكتسبها الشخص بمجرد الميلاد والنوع الثاني تسمى بالجنسية المكتسبة وهي التي يكتسبها الشخص بعد ميلاده وتسمى بالجنسية الطارئة وعلى ذلك فالواضح أن الجنسية من النوع الأول تفرض على الشخص فرضاً ومنذ ولادته وتحدد أما بالنظر لحق الدم بمعنى أنها تثبت للابن جنسية أبيه أو تحدد بالنظر لحق الإقليم بمعنى أنها تبنى على أساس رابطة الإقليم أو الأرض أي تمنح الجنسية لكل من ولد على أرض الإقليم الوطني.

أما النوع الثاني أي الجنسية المكتسبة بالمقصود بها تلك الجنسية التي يكتسبها الفرد في وقت لاحق للميلاد ولو كان الميلاد ذاته عاملاً في اكتسابها كما أن هذه الجنسية المكتسبة - على عكس الجنسية الأصلية - تطلب ولا تفرض وتتمتع الدولة في الاستجابة لطلب اكتساب الجنسية إلى سلطة تقديرية واسعة.

**ب- الأسس والمبادئ المطبقة في قوانين الجنسية العراقية:**

أن القوانين التي كانت تنظم الجنسية العراقية هما القانون رقم ٤٢ لسنة ٢٤ وتعديلاته والقانون رقم ٤٣ لسنة ٦٣ وتعديلاته الذي الغي القانون السابق ولدى دراسة القانونين المذكورين يبدو بأن القانون الأول كان أكثر إنسانية بالعراقيين من القانون الثاني ماعدا التعديل الذي صدر عام ١٩٣٣ الذي منح بموجبه لمجلس الوزراء حق إسقاط الجنسية عن كل عراقي لم ينتم إلى أسرة ساكنة عادة في العراق قبل الحرب العالمية الأولى إذا أتى أو حاول أن يأتي عملاً يعد خطراً على أمن الدولة وسلامتها مما أعطى للسلطة التنفيذية السلطة الواسعة في تطبيق القانون وقد أدى ذلك إلى أعمال الرغبات والأهواء السياسية في إسقاط الجنسية العراقية بقرار صادر من مجلس الوزراء.

كما أن المأخذ الآخر على القانون سنة ١٩٢٤ ما نص عليه في المادة الثالثة بمنح الجنسية العراقية بصورة أتماتيكية ومباشرة لمن كان يحمل الجنسية العثمانية فقط أو ما أصطلح عليهم (بالتبعية العثمانية) بينما حجب هذا الحق على حاملي الجنسية الفارسية أو ما اصطلح عليهم (بالتبعية الإيرانية) بالرغم من وجود شريحة واسعة من أبناء العراق من اللذين لم يخدموا في الجيش العثماني لأسباب مذهبية أو قريبي أو تجارة بایران أكثر من

تركيا وبسبب التفرقة بين التبعية العثمانية والإيرانية فقد أبتلى العراق والعراقيين بمصائب وحروب عديدة وما ترتب على ذلك من أعمال الرغبات والأهواء السياسية. وأن ما نص عليه القانون الصادر عام ١٩٦٣ الذي أدى إلى انتكاسة بحقوق الإنسان الأساسية في أكثر من مادة وخاصة ما نصت عليه المادتين (١٩ و ٢٠) والمذيلة بقرار مجلس قيادة الثورة رقم ٦٦٦ لسنة ١٩٨٠ وقد نصت الفقرة الأولى منه على ما يلي: "تسقط الجنسية العراقية عن كل عراقي من أصل أجنبي إذا تبين عدم ولائه للوطن والشعب والأهداف القومية والاجتماعية العليا للثورة". وقد نصت الفقرة الثانية على إبعاد من شملتهم الفقرة الأولى من دون تحقيق واثبات لتهمة عدم الولاء وفقا للمعايير الواردة في الفقرة الأولى! وقد أصدرت وزارة الداخلية القرارات الموضحة والمفسرة للقرار المذكور بحيث تؤدي إلى التوسع في تطبيق القرار رقم ٦٦٦ لسنة ١٩٨٠ منها بقرينة وزارة الداخلية المرقمة ٢٨٨٤ بتاريخ ١٠/٤/١٩٨٠ والتي تنص على أنه: "عند ظهور عائلة البعض منها حاصلين على شهادة الجنسية تشملهم الضوابط إلا أن البعض الآخر مشمولين فيعتمد مبدأ - وحدة العائلة خلف الحدود - مع سحب الوثائق أي الجنسية".

وبالتالي فإن القرار رقم ٦٦٦ لسنة ١٩٨٠ قد توسع في حالات إسقاط وسحب الجنسية العراقية ولم يقتصر على عدم الولاء للوطن والشعب والأهداف القومية والاجتماعية للثورة بحيث أصبحت تطبق على أي مواطن عراقي لم ترض عليه السلطة لأية سبب سياسي أو مذهبي أو فكري أو يؤمن بفلسفة تختلف عن الفلسفة والأهداف القومية والاجتماعية للسلطة وما كثرة المدارس والمذاهب الفكرية والفقهية ومعتنقيها من المواطنين العراقيين بحيث إذا رأت السلطة السياسية بأن تلك المذاهب والمدارس الفكرية والفقهية مختلفة بأهدافها القومية والاجتماعية عن تلك المذاهب والمدارس الفكرية والفقهية للسلطة السياسية يترتب عليه إسقاط وسحب وتجريد المواطن العراقي من جنسيته ومن ثم مصادرة أمواله وأبعاده عن الوطن بل أن هذه التجاوزات شملت كل عراقي أقام في الخارج بصورة معتادة.

كما أن القانون لسنة ١٩٦٣ قد سلب القضاء سلطته في الرقابة على قرارات السلطة التنفيذية (وزير الداخلية) في حالة إسقاط وسحب الجنسية والأبعاد إلى الخارج وبالتالي فقد أوقف الولاية العامة للقضاء التي نص عليها في كافة الدساتير العراقية. بالإضافة إلى كل تلك التجاوزات فقد تجاوز قانون سنة ١٩٦٣ على الهوية الوطنية للعراقيين عندما اسقط

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الجنسية العراقية عن شريحة كاملة من أبناء العشائر العراقية كالفيلين والكركش والزرركوش وغيرهم.

أما المادة (٢٠) من قانون سنة ٦٣ فقد أسقطت عن المشمولين بها جميع حقوقهم وسحب منهم جميع الوثائق التي تثبت عراقيتهم ووضعوا خلف الحدود مما خلقت هذه المادة وشكلت حالة "البدون" وبذلك فقط خرقت كافة القوانين والأعراف الدولية التي تؤكد على عدم جواز وجعل أي مواطن عديم الجنسية.

وأن النظام السابق فقد تفنن في حالات إسقاط الجنسية وسحبها بحيث طبق مبدأ (وحدة العائلة خلف الحدود) بمعنى بأنه إذا كان أي فرد من أفراد العائلة يحمل جنسية دولة أخرى يؤدي إلى أبعاد أفراد العائلة اللذين لدى البعض منهم من نفس العائلة أو أقارب في الخارج ولو كانوا حاملين على الجنسية العراقية.

أن كثرة السلبات والاهدارات لحقوق الإنسان الواردة في نصوص قانون عام ١٩٦٣ وتعديلاته بجعل منه قانوناً مخلاً بحقوق وحريات الإنسان والإعلان العالمي لحقوق الإنسان ويقتضي إلغائه وتبني مبادئ وأفكار جديدة تهدف إلى إعطاء الجنسية العراقية لكل من ولد من أب عراقي أو أم عراقية مع تجنب أي نص يؤدي إلى التفرقة بمنح الجنسية العراقية سواء أكان لسبب ديني أو مذهبي أو قومي مع إلغاء قرارات إسقاط الجنسية مع إتاحة الفرصة للعراقيين اللذين أسقطت عنهم الجنسية وهجروا أو هاجروا بالعودة للوطن وإعادة أملاكهم وتعويضهم عن ممتلكاتهم التي تم مصادرتها وتعذر أعادتها إليهم للتصرف بها مع الأخذ بمبدأ الولاية العامة للقضاء في الرقابة على القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية مع الأخذ بنظر الاعتبار عند صياغة القانون الجديد للجنسية الاعتبارية والأسس والمفاهيم الحضارية التي تراعى القوانين والمعاهدات الدولية والإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

### ج- الأسس والمبادئ المقترحة لاكتساب الجنسية العراقية:

امتداداً للأسس العامة لاكتساب الجنسية السابق سرد موجزها فإن طرق اكتساب الجنسية العراقية ستنقسم إلى طريقتين وهما: الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة.

#### ١. الجنسية الأصلية:

أولاً: حق الدم:

ومقتضاه أن تمنح الجنسية العراقية لكل من ولد من شخص عراقي بمعنى أن الجنسية تمنح لمن كان أبوه عراقياً أو أمه عراقية بغض النظر عن قومية الفرد وديانته وطائفته ومذهبه وعرقه واتجاهه السياسي وذلك باعتماد رابطة الدم بمعنى أن يكون أبن العراقي أو العراقية سواء أكان عربي أو كردي أو تركي أو آشوري أو كلداني الخ.. وسيكون جوهر هذه الوسيلة هو ثبوت النسب حيث سيكون النسب الدعامة الأساسية لاكتساب الجنسية وذلك دون الوضع في الاعتبار مكان الميلاد وأن الأساس الذي يبنى عليه حق الدم كوسيلة لاكتساب الجنسية العراقية مبناه التربية العائلية إذ يتلقى الفرد من أبوية شعورهما أو شعور أحدهما بالانتماء والولاء والارتباط بتلك الدولة التي حمل جنسيتها.

#### ثانياً: حق الإقليم:

وباعتماد مبدأ الإقليم سيكتسب الجنسية من ولد على أرض دولة العراق بصرف النظر عن جنسيته أبويه ويقوم هذا المعيار على فكرة الصلة المكانية التي تربط الشخص بالإقليم والتي تكون لها عظيم الأثر في توافر شعوره بالولاء نحو هذه الدولة والأمل في مستقبلها.

ولكن المقصود بحق الإقليم ليس مجرد الميلاد فقط على إقليم الدولة وحتى ولو كان عارضاً وإنما من الواجب أن نجد أن واقعة الميلاد تظهر وتؤكد حقيقة الميلاد التي تربط الفرد بالدولة العراقية بمعنى أنه يجب أن تعزز عوامل أخرى لتظهر العلة التي من أجلها سيأخذ حق الإقليم كوسيلة لاكتساب الجنسية بمعنى أن تظهر واقعة الميلاد مع العوامل الأخرى فكرة الصلة التي ربطت بين الشخص المكتسب للجنسية العراقية وبين دولة.

العراق كأن يكون أبويه مقيمين على إقليم دولة العراق قبل الميلاد بمدة خمس سنوات أو أن يستمر حالة إقامة الوالدين أو وجود الطفل على أرض الوطن وبصفة مستمرة ويمكن أيضاً أن يعتمد على فكرة الميلاد المضاعف في اكتساب الجنسية كأن يكون طالب التجنس وأبوه ولداً على أرض الإقليم العراقي ويجب أن يكون للقضاء دور في تحديد العوامل التي يمكن بواسطتها استنباط واستكشاف الروابط التي تظهر وتؤكد على توافر الصلة بين الشخص والدولة بما يؤكد ويعزز فكرة الانتماء بين حامل الجنسية والدولة المانحة للجنسية.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

### ثالثاً: المفاضلة بين حق الدم وحق الإقليم:

كل من يحمل الجنسية العراقية له نفس الحقوق ونفس الواجبات ومن ثم فلا تغليب ولا تفضيل بين كلا المعيارين من الناحية العملية فمن تتوافر فيه الشروط التي حددها القانون لاكتساب الجنسية بوسيلة حق الدم (أي كل من ولد من أب عراقي أو أم عراقية) تمنح له تلقائياً ومن تتوافر فيه الشروط التي رسمها القانون لاكتساب الجنسية عن طريق حق الإقليم (أي الولادة على إقليم دولة العراق) يجب عليه أن يتقدم بطلب إلى وزير الداخلية للحصول على الجنسية سواء بواسطته أو بواسطة وليه وفي حالة رفض وزير الداخلية أو عدم رده على الطلب خلال (٦٠) يوم فمن حقه اللجوء إلى القضاء للحصول على الجنسية ويصدر حكم من المحكمة بقبول طلب الحصول على الجنسية العراقية أو رفضه مسبباً حتى يمكن فرض الرقابة على حكم المحكمة بواسطة درجات التقاضي الأعلى.

### ٢. الجنسية المكتسبة:

أولاً: نصت المادة (١٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في عام ١٩٤٨ على: "حق كل فرد في أن يكون له جنسية وأنه لا يمكن لأحد أن يسلبه - بصفة تحكيمية - هذه الجنسية أو أن يسلبه الحق في تغييرها". ومن ذلك يظهر أن الأمم المتحدة تعترف بأحقية الفرد في اكتساب جنسية دولة ما بل أن التجنس وسيلة ناجحة لتوزيع سكان المعمورة توزيعاً دولياً بشكل يهدف إلى تحقيق أهداف ومصالح كل دولة بل ويحقق مصالح الأفراد أنفسهم وهذه العوامل أدت إلى أن توجد إلى جانب الجنسية الأصلية نوع آخر يسمى بالجنسية المكتسبة.

والمقصود بالجنسية هي (تلك الجنسية التي يكتسبها الشخص بعد الميلاد ولو كان الميلاد عاملاً في حدوثها لذلك يطلق عليها البعض لفظ الجنسية الطارئة لأن اكتسابها يتم في تاريخ لاحق على ميلاد الشخص ويمثل حدثاً طارئاً في عنصر من عناصر حالته القانونية). فالمعول عليه أذن لثبوت الجنسية الأصلية هو اكتمال عناصرها المختلفة لحظة الميلاد ولو تراخي إثبات أيها منها إلى وقت تالي على عكس الحال بالنسبة للجنسية المكتسبة فثبوتها يكون بعد ميلاد الشخص.



وهذه التفرقة بين الجنسية الأصلية والمكتسبة لها أهميتها العملية التي لا تنكر، فمن ناحية تنازع قوانين الجنسية من حيث الزمان نجد أن القانون الذي يأتي بجديد بخصوص حالات الجنسية أو شروطها لا ينطبق إلا على الذين ولدوا عقب صدوره أما الذين ولدوا قبل ذلك فلا تمتد إليهم أحكام هذا القانون ولو تم إثبات النسب أو واقعة الميلاد على أرض الإقليم في تاريخ لاحق لصدوره أما بالنسبة للقانون الصادر بتعديل حالات الجنسية المكتسبة أو شروطها فإنه لا يسرى إلا على الحالات التي اكتملت عناصرها بعد صدوره حتى ولو ثبت بعض هذه العناصر في ظل القانون القديم.

#### الأسس التي يبني عليها منح الجنسية الطارئة (المكتسبة):

أسس بناء الجنسية الطارئة ليست واحدة في مختلف الدول كما أنها عرضة للتعديل في البلد الواحد حسب متغيرات الظروف إلا أنه يمكن رد الأسس العامة لاكتساب الجنسية الطارئة إلى ثلاث وهم:

١. نص القانون

٢. التجنس

٣. الزواج المختلط

#### أولاً: نص القانون:

يعنى هذا الأساس أن دخول الشخص لجنسية دولة معينة يتوقف على طلب مقدم من قبل ذي الشأن وحده ولا يخضع للسلطة التقديرية لجهة الإدارة فنص القانون هنا يتكفل ببيان حالات الجنسية المكتسبة وشروطها حيث يتم إكتساب الجنسية بقوة القانون بمجرد توافر الشروط التي اشترطها القانون ومنها على سبيل المثال أن يكون للشخص حق الحصول على الجنسية استناداً إلى حق الإقليم كأن يكون مولوداً بإقليم الدولة وأقام بالدولة فترة معينة إقامة عادية فيكون حق الإقليم مدعماً في هذه الحالة بالإقامة العادية كما يمكن أن يتحقق هذا الأساس أيضاً في حالة تغير السيادة أو ضم إقليم.

#### ثانياً: الأساس الثاني التجنس:

يقصد بالتجنس أن يعبر الأجنبي المستوفي للشروط المنصوص عليها قانوناً وطنياً بناء على الاستجابة التقديرية للدولة المعنية للطلب المقدم من جانبه. ويظهر من هذا

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

التعريف أن التجنس عمل من أعمال السيادة فلا تجبر الدولة على الاستجابة لطلب الفرد حتى ولو كان مستوفيا لكل الشروط.

إلا أن بعض التشريعات قد قامت بسن بعض الشروط التي ترمي إلى التحقق من وجود تماثل أو اندماج بين الأجنبي طالب التجنس والجماعة الوطنية ومن أمثلة هذه الدلائل هو إقامة الشخص فترة ممتدة على أرض الإقليم حيث أن الإقامة تجعل الشخص طالب التجنس قريبا من ثقافة وعادات وتقاليد شعب هذه الدولة فيتحقق بذلك الاندماج المنشود كما أن هناك شروط أخرى تتعلق بصيانة المجتمع والدولة ومنها أن لا يكون منح الجنسية لشخص ما سيؤدي إلى أن يكون هذا الشخص عالية على المجتمع أو مهدد لأمنها الاقتصادي والاجتماعي والأمني كما أيضا يجب أن تتوفر شروط في طالب التجنس وهو أن يكون متوافر فيه الأهلية القانونية اللازمة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات والغالب في الفقه أن يكون طالب التجنس متمتع بالأهلية القانونية اللازمة لتحمل الالتزامات واكتساب الحقوق طبقا لقانون الدولة الراغب في الحصول على جنسيتها.

#### ثالثا: الزواج المختلط:

ويقصد بالزواج المختلط هو الزواج الذي تختلف فيه جنسية الأطراف وهذا الاختلاف قد يوجد منذ لحظة إبرام عقد الزواج وقد ينشأ نتيجة اكتساب أحد الزوجين لجنسية دولة أخرى أثناء الزواج.

#### الأسس المقترحة التي يبني عليها منح الجنسية العراقية الطارئة (المكتسبة):

يجب أن تمنح الجنسية الطارئة وفقا للأسس السابق الإشارة إليها تماثيا مع كافة القوانين الدولية في هذا الشأن فيجب أن تمنح الجنسية العراقية على أساس نص القانون أساس التجنس وأساس الزواج المختلط إلا أنه بالنسبة للأساس الثاني وهو التجنس يجب أن يعطي للقضاء دوراً رقابيا على قرار الإدارة المتعلق برفض طلب التجنس للأشخاص الذين تجانسوا مع ظروف المجتمع العراقي والذي يتأكد ذلك من مدة الإقامة والارتباط بالترابط العراقي ومدى الانصهار في الثقافة العراقية وزوال الحواجز بين الأجنبي والمجتمع العراقي فيكون قرار الإدارة برفض الطلب قابل للرقابة القضائية

كسائر القرارات الإدارية وفي حالة إلغائه فإن الشخص يكتسب الجنسية بالاستناد إلى حكم المحكمة.

وبالنسبة للأساس الثالث وهو الزواج المختلط فإن تأثير الزواج المختلط على اكتساب الجنسية لا يجب أن يقتصر على الزوجة الأجنبية التي تتزوج من مواطن عراقي بل يجب أن يكتسب الأجنبي الذي يتزوج من عراقية الجنسية العراقية إذ ثبت انصهاره مع المجتمع العراقي ويكون ذلك بطلب أيضا يقدم إلى وزير الداخلية وفي حالة الرفض يمكن اللجوء إلى القضاء للرقابة على أسباب الرفض إعمالاً لمبدأ الولاية العامة للقضاء.

#### ثالثاً: فقد الجنسية:

##### أولاً: الأسس العامة التي يبني عليها فقد الجنسية:

من الأصول المقررة في مادة الجنسية هو مبدأ حرية الفرد في تغيير جنسيته وأن هذا الحق الذي يتقرر للشخص والذي يحقق مصلحته لا يخلو من مصلحة يحققها أيضاً لدولته حيث أنه ليس من مصلحة الدولة أن تظل محتفظة برابطة أنفصمت عراها ويصبح الأمر من قبيل الاحتفاظ بمظهر لا يطابقه جوهر.

وأن بعض التشريعات تعتبر أن اكتساب الفرد لجنسية جديدة يترتب عليه تغييراً للانتماء أو الولاء قبلها وقد رتب بعض المشرعين على ذلك فقد الجنسية كأثر اكتساب المواطن جنسية دولة أخرى وأعتبر ذلك أمر من الأمور التي تفرضها ضرورة محاربة مشكلة تعدد الجنسيات بالإضافة إلى حماية الأمن الاجتماعي للدولة كما نهجت أيضاً بعض التشريعات - المستهجنة في حقيقة الأمر - مبدأ فقد الجنسية كوسيلة من وسائل العقاب ومن أمثلتها ما نهجته المملكة السعودية في تجريد بعض المعارضين للجنسية السعودية ومن ذلك يظهر أن فقد الجنسية أما أن يكون بالتغيير أو بالتجريد.

##### ١. فقد الجنسية بالتغيير:

والمقصود بذلك الفقد الناجم عن تغيير الفرد لجنسيته واكتسابه لجنسية دولة جديدة ويقتصر دور المشرع الوطني هنا على تنظيم حالات فقد الجنسية ولا دخل له بالأسس التي بنى عليها اكتساب الجنسية الأجنبية ومن ذلك يجب التفريق بين ثلاث حالات من حالات فقد الجنسية بالتغيير وهي:

أولاً: فقد الجنسية المترتب على التجنس بجنسية أجنبية.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ثانياً: فقد الجنسية المترتب على الزواج المختلط.

ثالثاً: فقد الجنسية الوطنية لزوال أسباب اكتسابها.

ويظهر من الحالات السابقة أن جميع الطرق المؤدية لكسب الجنسية تعتبر في ذاتها طرق مؤدية إلى فقد الجنسية بنوعها الأصلية والمكتسبة. وسنوضح كل حالة من الحالات الثلاثة المذكورة بشيء من التفصيل والإيضاح وذلك على النحو التالي:

**أولاً: فقد الجنسية المترتب على التجنس بجنسية أجنبية:**

اجتمعت التشريعات المعاصرة على أحقية الفرد في تغيير جنسيته غير أن مبدأ حرية الفرد في تغيير جنسيته لم يكن مبدأ مطلقاً بل أنه قد ورد عليه في بعض التشريعات قيود وأغلب التشريعات تشترط لصدور موافقة من الدولة بفقد الجنسية أن يكون مقدم الطلب حاصل على جنسية دولة أخرى حتى يمكن تجنب حالة انعدام الجنسية.

ثانياً: فقد الجنسية المترتب على الزواج المختلط:

اختلفت اتجاهات التشريعات للدول بشأن اعتبار الزواج المختلط سبباً من أسباب فقد الجنسية إلا أن قوانين الجنسية في أغلبها اتجهت لثلاثة اتجاهات مختلفة فيما يتعلق بأثر الزواج المختلط على فقد الجنسية وهذه الاتجاهات هي:

**الاتجاه الأول:**

ويأخذ بمبدأ الجنسية في العائلة وعليه تفقد المرأة جنسيتها بمجرد تمام الزواج وأغلب التشريعات التي تأخذ بهذا الاتجاه تعلق مسألة فقد الزوجة لجنسيتها الوطنية على كسبها الجنسية الأجنبية المتعلقة بزوجها.

**الاتجاه الثاني:**

يرى أن الزواج المختلط لا يرتب اثر مباشر وفوري على جنسية الزوجة إذ تظل الزوجة محتفظة بجنسيتها إلا أن لها الحق أن تبدي الرغبة في الحصول على جنسية زوجها فإذا تحققت لها ذلك تفقد جنسيتها الوطنية ومن التشريعات التي تأخذ بهذا المبدأ التشريع المصري والليبي.

**الاتجاه الثالث:**

ويأخذ أنصاره بمبدأ تعدد الجنسية في العائلة لأنه يستبعد اثر الزواج على جنسية المرأة التي تتزوج من أجنبي وتظل محتفظة بجنسيتها وذلك حتى في الفرض

الذي يرتب قانون جنسية الزوج اكتسابها هذه الجنسية. ثالثاً: فقد الجنسية لزوال أسباب اكتسابها أو ما تسمى (باسترداد الجنسية): ويقصد بها استرداد الشخص للجنسية التي فقدها والرجوع فيها مرة أخرى من جديد وفي حقيقة الأمر أن مجال تطبيق هذه الحالة يقتصر على من دخلوا جنسية الدولة بطريق تبعية وهذه الصفة قد تتوافر للزوجة كما تتوافر أيضاً في حق الأولاد القصر كنتيجة لتجنس الأب بهذه الجنسية ويظهر أن سبب اكتساب القصر للجنسية المكتسبة للأب مرجعها ناشئ من قرينة بسيطة مؤداها أن رغبة هؤلاء القصر هي للحاق بجنسية الأب ولكن هذه القرينة تسقط بمجرد أن يتوافر لهؤلاء الأولاد إرادة يعتد بها قانوناً ويعبر من خلالها عن رغبتهم في اختيار العود للجنسية الأصلية. أيضاً فإن إلحاق الزوجة بجنسية زوجها مبناه اعتبارات معينة تدور حول وحدة العائلة وتلك الاعترافات لا محل لها بانحلال هذه الرابطة ويلاحظ أن كل التشريعات التي تشترط لفقد الجنسية لهذه الحالة أن يقرر القانون الأجنبي إمكانية عودة القصر والزوجة للجنسية الأصلية.

## ٢. فقد الجنسية بالتجريد:

هو إجراء تتخذه الدولة لنزع جنسيتها عن حاملها جبراً عنه ويسري التجريد من الجنسية أياً كان سبب الدخول فيها سواء المسمى في كلا الحالتين اسم (إسقاط الجنسية بالنسبة لمن يتمتع بها بصفة أصلية بينما يطلق عليه (سحب الجنسية) بالنسبة لمن يتمتع بها بصفة مكتسبة ونتكلم عن كل حالة منهما بشيء من التفصيل.

### أولاً: سحب الجنسية:

يقصد بسحب الجنسية هو القرار الصادر من الدولة المانحة للجنسية بتجريد الوطني الذي ثبت له الجنسية بغير الطريق الأصل (الميلاد) ولكنه أكتسبها فيما بعد بطريق التجنس مثلاً وقرار السحب هو قرار مقابل للقرار السابق باكتساب الأجنبي الجنسية أي رجوع الدولة عن قرارها وعلى هذا يجب أن يتخذ هذا القرار خلال فترة محددة من تاريخ اكتساب الجنسية وهذه الفترة تسمى فترة الريبة.

والجهة المختصة بإصدار قرار سحب الجنسية هي السلطة التنفيذية في بعض التشريعات مثل التشريع المصري وقد يصدر بمرسوم مثل دولة الكويت والإمارات

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

والمملكة العربية السعودية وفي تشريعات أخرى يصدر من السلطة القضائية كما في سوريا والولايات المتحدة الأمريكية واغلب التشريعات جعلت قرار سحب الجنسية يمكن اتخاذه خلال فترة زمنية محددة من تاريخ اكتساب الجنسية وبعد مرور هذه الفترة لا يجوز استعمال هذه الوسيلة ضد الوطني الذي اكتسب الجنسية بطريق التجنس ويمكن رد الأسباب التي يعتمد عليها في سحب الجنسية إلى صدور تصرفات معينة أو أفعال تدل على خطورة مكتسب الجنسية على أمن الدولة أو عدم التزامه بالأمانة المفترضة في اكتساب الجنسية مثل تقديم أوراق مزورة أو لجوئه إلى الغش في البيانات التي استند إليها في منحه الجنسية أو انقطاع الصلة بالدولة بسبب الإقامة خارجها بصورة مستمرة ودون مبرر معقول وغني عن البيان أن أثر السحب ينحسم على الفرد نفسه الذي صدر بحقه قرار السحب حيث أن معظم التشريعات تعتبر قرار السحب بمثابة العقوبة التي يجب أن توقع على مرتكب الجريمة فقط دون التابعين له.

#### ثانياً: إسقاط الجنسية:

يقصد بإسقاط الجنسية هو قيام الدولة بتجريد الشخص من جنسيته جزاء له على إخلاله بواجباته الوطنية ويوقع على جميع الوطنيين أياً كان نوع جنسيتهم الأصلية سواء أصلية أو مكتسبة ويمكن أن يصدر هذا القرار بحق الوطني في أي وقت ودون تحديد مدة زمنية معينة وتدور أسبابه حول فكرة إخلال الوطني بواجباته الوطنية اللازمة نحو دولته كأن تنقطع صلته بشعب الدولة أو تنازل عن جنسيته دون إذن سابق من دولته أو ترك إقليم دولته أو عمل الوطني وأنخرط في الخدمة العسكرية في جيش دولة أجنبية دون إذن من دولته أو عمل لمصلحة دولة معادية أو قام بأداء يمين الولاء لدولة أجنبية ويحدد المشرع الوطني الجهة المختصة بإصدار قرار إسقاط الجنسية فقد تكون في بعض الدول السلطة التنفيذية وفي بعض الدول الأخرى السلطة القضائية ويقتصر أثر القرار بإسقاط الجنسية على الشخص الصادر بحقه فقط دون التابعين له.

#### ثانياً: الموقف المقترح للقانون العراقي من فقد الجنسية:

لا جدال في ضرورة إتباع القانون العراقي للأسس العامة المتعارف عليها دولياً بشأن فقد الجنسية إلا أننا نود أن نتعرض للرأي المقترح لبعض المسائل التي كانت محلاً للخلاف بشأن مسألة فقد الجنسية وندناؤها بشيء من التفصيل على النحو التالي:

**أولاً: أثر الزواج المختلط على مسألة فقد الجنسية:**

أ- فإن الأخذ بالاتجاه الأول القائل بوحدة العائلة والذي يعلق اكتساب الزوجة لجنسيتها الوطنية على كسبها الجنسية الأجنبية المتعلقة بزوجها يؤدي إلى تضيق من حرية الشخص في الاختيار والمحافظة على جنسيته الأصلية مما يتنافى مع المبادئ السائدة بشأن أحقية الشخص في أن يكون له جنسية أو أن يسلب منه حق تغيير الجنسية وفقاً للمادة (١٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ومن ثم فإن الابتعاد عن هذا الاتجاه يحقق ثلاثم أكبر للقانون العراقي مع المبادئ العالمية بشأن حقوق الإنسان.

ب- وأن الأخذ بالاتجاه الثاني والذي لا يرتب اثر فوري ويجعل لها الحق في الحفاظ على جنسيتها إلا إذا أبدت رغبتها في الحصول على جنسية زوجها فإنها يجب أن تفقد جنسيتها الوطنية هذا الاتجاه أيضا يتناقض مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كما أنه لا ضرورة في أرض الواقع تستلزم فقد الجنسية الوطنية للزوجة مقابل حصولها على جنسية زوجها لأن في الحالة المقابلة أن الزوج لا يفقد جنسيته بزواجه من أجنبية ومن ثم فإن هذا الاتجاه أيضا مشوب بذات العيوب التي شابته الاتجاه الأول.

ج- وأن الأخذ بالاتجاه الثالث بشأن تعدد الجنسية في العائلة الواحدة مع إضافة أحقية المرأة الأجنبية في الحصول على الجنسية العراقية دون فقد لجنسيتها الأصلية فإنه يتلائم مع الفكر العراقي الحديث ومع قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية والذي اقر مبدأ ازدواج الجنسية مما يكون هذا الاتجاه هو المرجح في الأخذ به عند صياغة وسن التشريع العراقي بشأن قوانين الجنسية.

**ثانياً: حالة فقد الجنسية عن طريق سحبها:**

فإن مجال تطبيقها على الأجنبي الذي يكتسب الجنسية الوطنية ويفضل على القانون العراقي المقترح الأخذ بفترة الرتبة على ألا تتعدى مدة خمس سنوات فإذا ثبت أن الوطني الذي اكتسب الجنسية ظهرت به بعض الأسباب التي تجعل للإدارة ممثلة في وزير الداخلية سحب الجنسية منه كان لها ذلك بموجب قرار وزاري على أن يكون

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

للشخص الذي صدر بحقه القرار التظلم منه وفقا للإجراءات المتبعة بشأن التظلم على القرارات الإدارية أمام القضاء المختص الذي يصدر قراره بإلغاء القرار أو تأييده.

#### **ثالثاً: وبالنسبة لإسقاط الجنسية:**

فإنه كما سبق الشرح تتخذ ضد من يحمل الجنسية عن طريق اصلي أو مكتسب بعد فترة الريبة لكن يجدر على القانون العراقي المقترح الابتعاد عن هذا السلوك تماماً الذي يؤدي إلى مشاكل عديدة منها خلق أفراد عديمي الجنسية أو استخدامه كوسيلة تتخلص بها الحكومة من معارضيها فضلاً عن أنه يناقض المادة (١٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ناهيك عن أن الدولة تستطيع أن تنشأ القواعد القانونية الكفيلة التي تجرم الخارجين عن القانون أو النظام فلا تحتاج إلى إسقاط الجنسية كوسيلة عقابية تفرض على الخارجين عن القانون.

#### **رابعاً: مشروع مقترح لقانون الجنسية العراقي:**

يعتمد هذا التصور لقانون الجنسية العراقي على ما هو مقرر من مبادئ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتجاهات الحديثة بشأن تشريعات الجنسية في الدولة المختلفة وقانون الإدارة المؤقت كما يقر حرية الشخص في اكتساب الجنسية أو فقدها ويساوى بين الأب والأم في إكسابها لجنسية الدولة العراقية لأبناء أيا منهما كما يعطى للقضاء دور كبير في الرقابة على قرارات الإدارة فيما يتعلق بمسألة سحب الجنسية ويحترم حق الفرد في عدم جواز إسقاط الجنسية عنه لذا فأنتنا نرى قانون الجنسية العراقي على النحو التالي:



## مشروع مقترح لقانون الجنسية العراقية

قانون رقم ( ) لسنة ٢٠٠

بأسم الشعب،

بناء على تقتضيه المصلحة العامة، واستناداً لأحكام المادة ( ) من الدستور تقرر إصدار

القانون الآتي:

رقم ( ) لسنة

قانون الجنسية العراقية

المادة الأولى:

يقصد بالتعابير التالي التفسير المبينة إزاءها:

١. العراقي - هو الشخص الذي يتمتع بالجنسية العراقية.
٢. المقيم - من دخل العراق بصورة مشروعة بنية الإقامة فيه، أقام فيه لمدة تزيد على سنة متواصلة.
٣. سن الرشد - تمام الثامنة عشرة سنة من العمر بالتقويم الميلادي والبالغ سن الرشد هو من أتمها.
٤. الشعب العراقي - مجموعة الأفراد الذين يتمتعون بالجنسية العراقية.
٥. الوزير - وزير الداخلية.

المادة الثانية:

يعتبر عراقي الجنسية كل من حصل على الجنسية بموجب أحكام هذا القانون وكل من حصل عليها بموجب القوانين السابقة عليه.

المادة الثالثة:

يعتبر عراقياً:-

١. من ولد لأبوين أحدهما عراقي.
٢. من ولد في العراق من أم عراقية وأب مجهول.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٣. من ولد في العراق من أبوين مجهولين، ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق بحكم المولود فيه، ما لم يثبت خلاف ذلك.

#### **المادة الرابعة:**

يحق لمن ولد في العراق لأبوين أجنبيين، الحصول على الجنسية العراقية، على أن يقدم طلباً رسمياً برغبته للوزير المختص مباشرة أن كان داخل العراق وعن طريق القنصليات العراقية إن كان خارج الدولة، وذلك خلال سنة واحدة من تاريخ بلوغه سن الرشد وتوافر الشروط التالية:

١. أن يكون حسن السلوك والسمعة ولم يحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف.
٢. أن لا يشكل خطراً على أمن وسلامة العراق.
٣. أن يكون له وسيلة جلية للعيش.
٤. أن يحسن التحدث بإحدى اللغات المحلية وهي العربية، أو الكردية، أو التركمانية، أو الآشورية.

#### **المادة الخامسة:**

يقبل تجنس الأجنبي إذا ما توفرت فيه الشروط التالية:

١. أن يكون بالغاً سن الرشد.
٢. دخل العراق بصورة مشروعة ومقيماً فيه عند تقديم طلب التجنس.
٣. أقام في العراق بصورة مشروعة ولمدة لا تقل عن سبع سنوات متواصلة.
٤. أن يكون حسن السلوك والسمعة ولم يحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف.
٥. أن تكون له وسيلة جلية للعيش.

#### **المادة السادسة:**

لمجلس الوزراء - بناء على اقتراح الوزير أن يقبل تجنس الأجنبي المتميز من العناصر التي تؤدي خدمة نافعة للبلاد، وتقتضي المصلحة العامة ذلك وحاجة البلاد لخدماته مثل:

١. الكفاءات والاختصاص العالي.
٢. الشهرة العالمية في المجال الرياضي.
٣. الشهرة العالمية في مجالات العلوم والفنون والآداب.

٤. رجال الأعمال الذين يثبتون كفاءة مالية لا تقل عن مبلغ مليون دولار أمريكي لإقامة مشاريع صناعية وتجارية وخدمية.

#### المادة السابعة:

يشترط لتطبيق المادة السادسة أن تتوافر في الشخص الأجنبي ما يلي:

١. أن يكون حسن السلوك والسمعة ولم يسبق أن حكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف.
٢. دخل البلاد بصورة مشروعة، أقام فيها لمدة لا تقل عن سنتين متصلتين بصفة مشروعة.
٣. أن لا يشكل خطراً على أمن وسلامة البلاد.
٤. أن يتكلم إحدى اللغات المحلية وهي العربية أو الكردية أو التركمانية أو الآشورية.

#### المادة الثامنة:

١. إذا اكتسب الأجنبي الجنسية العراقية، يصبح جميع أولاده الصغار عراقيين.
٢. الزوجة الأجنبية لمن اكتسب الجنسية العراقية استناداً للفقرة (١) ولا تكتسب الجنسية العراقية إلا بعد مضي سنة واحدة من الإقامة المشروعة الدائمة مع زوجها في العراق.
٣. تنطبق أحكام الفقرة (٢) على الزوج الأجنبي لزوجة اكتسب الجنسية العراقية.

#### المادة التاسعة:

- يستحق الأولاد البالغون سن الرشد لأبوين أجنبيين – اكتسب أحدهما الجنسية العراقية – التقدم بطلب الحصول على الجنسية العراقية، بعد مضي سبع سنوات على حصول أحد أبويهما على الجنسية العراقية، إذا كانوا من غير المقيمين، وثلاث سنوات متواصلة إذا كانوا من المقيمين في العراق بعد توافر الشروط التالية:
١. أن يكون المتقدم للحصول على الجنسية حسن السلوك والسمعة ولم يحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف.
  ٢. أن تكون له وسيلة جلية للعيش، أو يثبت والداه الكفاءة المالية للأنفاق عليه.
  ٣. أن لا يشكل خطراً على أمن البلاد وسلامته.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٤. أن يتكلم إحدى اللغات المحلية.

#### **المادة العاشرة:**

١. يحق لوالدي الأجنبي المكتسب للجنسية العراقية تقديم طلب الحصول على الجنسية العراقية، بعد مضي خمس سنوات على اكتساب ولدهما للجنسية العراقية إذا كانا من المقيمين في العراق بصورة مشروعة.
٢. يشترط لتطبيق المادة أعلاه أن تتوافر فيهما الشروط الواردة في الفقرات ١ و٢ و٣ و٤ من المادة السابعة.

#### **المادة الحادية عشر:**

إذا فقد الوالدان الجنسية العراقية بناءً على طلبهما يفقدها كذلك أولادهما الصغار، وللآخرين طلب الحصول عليها خلال سنة من بلوغهم سن الرشد أقامتهم في العراق.

#### **المادة الثانية عشر:**

يحظر إسقاط الجنسية العراقية عن اكتسابها بصورة قانونية، أو سحبها منه إلا بناءً على طلبه التخلي عنها وبموافقة مجلس الوزراء.

#### **المادة الثالثة عشر:-**

١. إذا اكتسب العراقي جنسية أجنبية لا يفقد جنسيته العراقية إلا بناءً على طلبه بالتخلي عنها.
٢. يحظر على من اكتسب الجنسية العراقية، التجنس بجنسية تابعة لدولة أخرى في حالة حرب مع العراق خلال فترة قيامها أو بعكسه يعتبر قد تخلى ضمناً عن جنسيته العراقية.

#### **المادة الرابعة عشر:**

لمن فقد جنسيته العراقية طبقاً للمادة السابقة العدول عن تخليه عنها وذلك خلال سنة واحدة من تاريخ فقده للجنسية العراقية، على أن يتنازل ويتخلى عن جنسيته الأجنبية التي اكتسبها طبقاً للفقرة (٢) منها.

#### **المادة الخامسة عشر:**

تعتبر الجنسية العراقية من صنف واحد ومستوى واحد وبدرجة واحدة وقوة قانونية واحدة من حيث المواطنة والحقوق والواجبات والآثار القانونية المترتبة على اكتسابها دونما فرق

نظرة عامة على مسائل الجنسية

أو تمييز بينها وبين التجنس حيثما وردت هذه الكلمة مع مراعاة الشروط والقواعد والأحكام الواردة في القوانين الخاصة بتولي المناصب العليا والحساسة والمتعلقة بسيادة الدولة أمنها الداخلي والخارجي التي تشترط الولادة المضاعفة وبعدم ازدواجية الجنسية.

#### المادة السادسة عشر:

١. لا يكتسب الأجنبي الجنسية العراقية إلا بعد أدائه ليمين الإخلاص لجمهورية العراق أمام مدير الجنسية المختص خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تبليغه بقرار الموافقة ، ويعتبر عراقياً من تاريخ أدائه لهذه اليمين.
٢. صيغة اليمين:-

(أقسم بالله العلي العظيم وبمقدساتي وبشرفي بأن أكون مواطناً صالحاً ومخلصاً ونافعاً لجمهورية العراق مع الولاء التام لها والدفاع عنها وحماية مصالحها والمحافظة على أمنها وسيادتها والله على ما أقول شهيد)

#### المادة السابعة عشر:

١. تختص المحاكم بالفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون.
٢. لكل من ذوي العلاقة ووزير الداخلية - إضافة لوظيفته الطعن في القرارات والأحكام الصادرة من المحاكم لدى محكمة التمييز خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ.

#### المادة الثامنة عشر:

١. تعاد الجنسية العراقية فوراً عند نفاذ هذا القانون إلى جميع الأشخاص المهجرين والمهاجرين والمسافرين اللذين أسقطت عنهم الجنسية العراقية أو سحبت منهم لأسباب قانونية أو سياسية أو عرقية أو طائفية والسماح لهم بالعودة إلى العراق دونما قيد أو شرط، وعلى جميع الدوائر القنصلية في الخارج تسهيل منحهم التأشيرات اللازمة لدخول الأراضي العراقية.
٢. تشكل لجان خاصة مشتركة بين وزارة الداخلية والعدل والصحة والعمل والشؤون الاجتماعية والمالية بغية استقبال العائدين من المصنفين في الفقرة (١) وتوفير ما يحتاجون إليه من مأوى ومأكل وعمل لحين استقرارهم على ما كانوا عليه من أوضاعهم قبل التسفير أو الهجرة.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٣. يعامل أولاد المهجرين والمهاجرين والمسافرين وزوجاتهم ذات المعاملة الواردة في الفقرتين (٢١ و٢) أعلاه.

#### **المادة التاسعة عشر:**

يحق لجميع الأشخاص المهجرين والمسافرين لأسباب سياسية أو عرقية أو طائفية من المقيمين سابقا في العراق ولأسرهم أن يتقدموا بطلباتهم إلى دوائر الجنسية في المحافظات التي كانوا يقيمون فيها عادة قبل تسفيرهم لمنحهم الجنسية العراقية بعد توافر الشروط القانونية لديهم.

#### **المادة العشرون:**

١. يجوز أن تكتسب الزوجة الأجنبية جنسية زوجها العراقي بعد مضي سنتين على زواجها منه وإقامتها معه في العراق، ولها أن ترجع عنها خلال ثلاث سنوات من تاريخ وفاة زوجها أو طلاقها منه أو فسخ النكاح وتفقدها جنسيتها العراقية من تاريخ تقديم الطلب وموافقة الوزير المختص.

٢. يجوز أن يكتسب الأجنبي المتزوج من امرأة عراقية جنسية زوجته العراقية بعد مضي سنتين على زواجه منها وإقامته معها خلال المدة المذكورة في العراق، وله أن يرجع عنها خلال ثلاث سنوات من وفاة زوجته أو طلاقها أو فسخ عقد النكاح بطلب منه وبموافقة الوزير المختص.

٣. أن تتوفر في الشخص ( الزوج أو الزوجة) الشروط الواردة بالمادة الرابعة من هذا القانون (الفقرات ٢١ و٣)

٤. تقدم طلبات اكتساب الجنسية العراقية إلى مديرية الجنسية المختصة وتكون للوزير صلاحيات البت فيها.

#### **المادة الحادية والعشرون:**

لوزير الداخلية إصدار التعليمات اللازمة لتطبيق أو لتنفيذ أحكام هذا القانون.

#### **المادة الثانية والعشرون:**

يلغي قانون منح الجنسية العراقية للعرب رقم (٥) لسنة ١٩٧٥ المعدل.

#### **المادة الثالثة والعشرون:**

يلغي قانون الجنسية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ مع جميع التعديلات الواردة عليه.

نظرة عامة على مسائل الجنسية

**المادة الرابعة والعشرون:**

ينفذ هذا القانون اعتباراً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

## المصادر

١. الدكتور / جابر جاد عبد الرحمن ( القانون الدولي العربي - الجزء الأول )
٢. الدكتور/ فؤاد عبد المنعم رياض ( الوسيط في القانون الدولي الخاص )
٣. الدكتور/ هشام صادق ( الجنسية والوطن ومركز الأجانب المجلد الأول )
٤. الدكتور/ عصام القصبي ( القانون الدولي الخاص المجلد الأول )
٥. الدكتور/ كمال فهمي ( القانون الدولي الخاص )
٦. جمعية الحقوقيين ( مشروع العدالة الانتقالية )
٧. الدكتور / علوي أمجد على عميد كلية شرطة دبي ( القانون الدولي الخاص -  
الجزء الأول )
٨. الدكتور / عز الدين عبد الله ( تنازع القوانين والاختصاص القضائي )



**المبحث الثالث:**  
**الدستور وإستقلال القضاء**



## ١٢ - إستقلال القضاء في العراق ودور الدستور الدائم

### في حماية إستقلال القضاء

#### القاضي مدحت المحمود\*

للقضاء في العراق تأريخ طويل يمتد الى أكثر من أربعة آلاف سنة والشاخص على اصلاته، مسلة حمورابي التي أرتفعت سنة (٢١٠٠) قبل الميلاد تعلن نصوصها العدالة لكل الناس وتوكل تحقيقها الى رئيس الدولة البابلية حمورابي الملك السادس من الأسرة الأمورية، التي حكمت العراق حيث يعلن هذا الملك ... أنا حمورابي الذي يخشى الإله ويعمل على جعل العدالة تعم البلاد وتحطيم الأثم والشرير حتى لا يظلم القوي الضعيف...<sup>١</sup>

وقد اولى العرب قبل الإسلام القضاء منزلة سامية وخصوا بها الكهنة والعرافين كسطيح الذئبي المعروف بسطيح الكاهن وشق أنمار كما عهدوا القضاء الى شيوخ القبائل وحكامها فكان الرجل اذا نبغ في قبيلته تولى حكمها والقضاء فيها ... وفي قبيلة قريش كان هاشم بن عبد مناف وابنه عبد الله وعبد المطلب وولده أبو طالب يتولون القضاء في قبيلتهم ويتولون التحكيم بين القبائل في نزاعاتها، كما تولاه أكنم بن صيفي الذي أعتبر أفضل حاكم في عصره فهذه منزلة القضاء قبل الإسلام.

\* رئيس محكمة تمييز العراق ورئيس مجلس القضاء.  
<sup>١</sup> الأسباب الموجبة لشريعة حمورابي.

إستقلال القضاء في العراق ودور الدستور الدائم في حماية إستقلال القضاء

ويوم بزغت الرسالة الإسلامية، أعطى الدين الجديد للقضاء منزلة رفيعة تفوق ما كانت عليه قبل الإسلام ويكفي القول أن الذي تولى القضاء هو صاحب الرسالة النبي الكريم محمد صلى الله عليه وسلم وبأمر من ربه (فأحكم بينهم بما أنزل الله ...).<sup>٢</sup> فأى منزلة للقضاء اسمى حين يكون نبي الأمة هو قاضي الأمة ... ومن بعده تولى القضاء الخلفاء الراشدون ... العادل عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب الذي قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ... وأفضاهم علي.

وبعدما أتسعت رقعة الدولة الإسلامية أصبح متعزراً على الخليفة أن يتولى القضاء لكثرة مسؤولياته، فأوكل القضاء الى أفضل الصحابة وأعدلهم فقد ولى أبي الدرداء قاض على المدينة وشريح قاض على البصرة وأبو موسى الأشعري قاض على الكوفة وبذا نستطيع القول أن السلطة القضائية انفصلت عن السلطة التنفيذية وكان ذلك في عهد الخليفة الثاني عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

وأستمر القضاء في الدولة الإسلامية وفي مختلف أمصارها عزيزاً مرهوب الجانب ... فقد ذكر أن القاضي في عهد الأمويين وصدر الدولة العباسية كان له مركز هام ولشخصه نفوذ كبير ... ولم يكن أسرع منه في تقديم أستقالته إذا تدخل في أحكامه متدخل.<sup>٣</sup> وحيث كان العراق أحد أمصار الدولة الإسلامية فقد كان شأن القضاء فيه عال، ثم جاء العثمانيون ومن بعدهم البريطانيون وكما هو حال كل محتل يبدأ في إضعاف المواقع الحصينة العصبية عليه لكي لا تكون معارضة لما يهدف للبلد الذي يحتله وكان في مقدمة هذه المواقع الحصينة في العراق ... القضاء، فقد زادت المداخلات في شؤونه وتعرضت صلابته الى الكثير من التتكيل.

ثم جاء الحكم الوطني ورغم مجيئه فقد بقي القضاء في العراق وكما تركه العثمانيون والبريطانيون متمسكاً طريقه في إثبات كيان مستقل له فنجح في أستصدار قانون ينظم شؤونه هو القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٢٩ (قانون الحكام والقضاة) حيث عالج هذا القانون تعيين القضاة وترفيعهم ونقلهم فكان بحق أول مكسب للقضاء عزز مكانته وإستقلاله، ثم توالى القوانين التي تنظم شؤون القضاة جراء الكفاح المستميت من القضاة لتثبيت مكانة

<sup>٢</sup> سورة المائدة - الآية (٤٨).

<sup>٣</sup> محمد شهير أرسلان - القضاء والقضاة - الصفحة (١٤٢).

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

القضاء وإستقلاله ومنها القانون رقم (٣٩) لسنة ١٩٢٩ والقانون رقم (٦٨) لسنة ١٩٤٣ والقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٤٥ وبموجبه بدأت خطوة متواضعة على طريق إستقلال القضاء حيث أخذت بعض شؤون القضاة تدار بواسطة لجنة من القضاة ومن موظفي وزارة العدل، ووضع في القانون بعض الضمانات للقاضي ومنها عدم جواز توقيفه إلا بعد الحصول على إذن من وزير العدل.

بعده صدر القانون رقم (٥٨) لسنة ١٩٥٦ ليعزز بشكل أوسع من إستقلال القضاء ورفع مكانة القضاة الإجتماعية حيث أصبح رئيس محكمة التمييز بدرجة وزير ورفعت رواتب القضاة بشكل ملموس، وفي عام ١٩٦٣ صدر القانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣ قانون السلطة القضائية ولأول مرة يعترف بموجبه بكون القضاء سلطة تقوم الى جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية وتدار هذه السلطة بواسطة مجلس قضاء يرأسه رئيس محكمة التمييز وهذه المحكمة هي أعلى هيئة قضائية في العراق.

ورغم أن مجلس القضاء المشكل بموجب هذا القانون كان يضم من يمثل وزارة العدل التي هي جزء من السلطة التنفيذية إلا أن بقية الأعضاء كانوا من القضاة وهم الأغلبية في المجلس ومن خلال مجلس القضاء أديرت شؤون القضاة بشكل شبه مستقل عن وزارة العدل ...

ولكن الصحوه هذه لم تدم طويلاً حيث تم الغاء مجلس القضاء ليحل محله (مجلس العدل) الذي تولى بديلاً عن مجلس القضاء إدارة شؤون القضاء والقضاة وذلك بموجب القانون رقم (١٠١) لسنة ١٩٧٧ وكان تشكيل مجلس العدل برئاسة وزير العدل أيداناً بإنهاء إستقلال القضاء وأنهاء دوره كسلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية، بالرغم من أن الدستور الذي صدر القانون رقم (١٠١) لسنة ١٩٧٧ في ظله كان لا يزال ينص على إستقلال القضاء ... ولكن هذا الإستقلال أعطي مفهوماً آخر ينسجم مع توجه النظام السابق الذي لم يكن يؤمن بمبدأ فصل السلطات، هذا التوجه الذي كرسه قانون إصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧ (... أنه توجد في الدولة الا سلطة سياسية واحدة تقوم بوضع السياسة العامة أو الأطار العام للمجتمع من خلال التشريع، ثم وظيفة إدارية ووظيفة قضائية، ولما كانت السلطة واحدة في الدولة فمعنى هذا أنتفاء فكرة تعدد السلطات، التشريعية والتنفيذية والقضائية...) وفي ظل هذا المفهوم للقضاء أخذت شؤون القضاة تدار

إستقلال القضاء في العراق ودور الدستور الدائم في حماية إستقلال القضاء

من وزير العدل بحكم رئاسته لمجلس العدل، ووزير العدل جزء من السلطة التنفيذية فهو مهما سما فإنه يمثل تلك السلطة وينفذ سياستها وهي في الغالب تتطوي على خرق للقانون في كثير الاحيان وتتقاطع مع حقوق المواطن وحرية.

وخلال الفترة الممتدة ما بين الغاء مجلس القضاء عام ١٩٧٧ وإعادة تشكيله في ٢٠٠٣/٩/١٨ — بعد زوال النظام السابق — كانت معاناة القضاة في أداء مهامهم كبيرة تدور ما بين التنقلات غير المبررة والأحالة على وظائف مدنية والعزل والحرمان من ممارسة المحاماة والسجن وسد المنافذ على الطاقات القضائية الفاعلة للحيلولة دون وصول اصحابها الى المناصب القضائية المهمة لأنها لا تحمل هوية نظام الحكم وأنتمائه، وخلال تلك الفترة ايضاً فتح الباب واسعاً أمام عناصر غير مؤهلة للدخول الى سلك القضاء لأنها تحمل هوية الحكم وأفكاره وأنتمائه ...

وفي ظل هذه المعاناة أنحسر دور القضاء في تحقيق أهدافه في مجال العدالة وسيادة القانون ... ولكن بقيت في ضمير كل قاض جذوة الأنتصار للحق بوسيله أو بأخرى، ورغبة جامحة في ابعاد أصابع السلطة التنفيذية من التدخل في شؤون القضاء وعملت قدر المستطاع على أبقاء القضاء مستقلاً في أداء مهامه وكافح القضاة في سبيل ذلك بشكل منظور وغير منظور حتى لحظة سقوط النظام في ٢٠٠٣/٤/٩ ... ولحظة سقوطه أرتفع الصوت عالياً بإستقلال القضاء ليأخذ دوره في ترسيخ سلطة القانون وحماية حقوق الإنسان والحريات العامة وقد كان للقضاة ذلك حيث أعيد تأسيس (مجلس القضاء) بالأمر المرقم (٣٥) في ٢٠٠٣/٩/١٨ وجاء في ديباجته (... أن السبيل الى فرض حكم القانون هو نظام قضائي من كادر مؤهل وحر ومستقل من التأثيرات الخارجية).

وبصدور هذا الأمر تحقق للعراق مكسبان الأول هو السعي لاقامة دولة القانون والثاني هو أن شؤون القضاء اصبحت تدار من مجلس شكل حصراً من القضاة وهذا المجلس هو المشرف والمسؤول عن النظام القضائي في العراق مستقلاً عن وزارة العدل وعن السلطة التنفيذية. وعندما نطلق تعبير القضاء هنا فأنا نعني جناحيه القضاة وأعضاء الإدعاء العام. ولكي يكون إستقلال القضاء عن السلطة التنفيذية وعن وزارة العدل بالذات حقيقياً، صدر الأمر المرقم (١٢) في ٢٠٠٤/٥/٨ وقضى بفصل موازنة مجلس القضاء عن وزارة العدل، وكذلك الكوادر الوسطية والحراسات والمباني الخاصة بالمحاكم وما فيها من اثاث

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ومستلزمات وشكل صدور الأمر رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٤ تحولاً جذرياً في مسيرة القضاء العراقي الذي أخذ مكانه في نصوص قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الصادر في ٢٠٠٤/٣/٨ حيث نصت المواد الواردة في الباب السادس منه<sup>٤</sup> على إستقلال القضاء (كسلطة) مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية يمثلها مجلس القضاء وله موازنة مستقلة عن موازنة وزارة العدل، يتمتع قضاته بضمانات تحول دون التأثير عليهم بأي شكل من الأشكال وإستقلال القضاء ليس شكلاً من أشكال الكيانات التي تهدف الى الهيمنة والتحكم ... وإنما مؤسسة من مؤسسات المجتمع المدني يقتضي الوجود الأنساني وجودها لحماية حقوق الإنسان وحرياته عن طريق تطبيق القانون عند الفصل في النزاعات التي تحدث بين أفراد المجتمع أو بينهم وبين السلطة بشكل بعيد عن كل تأثير من السلطين التنفيذية والتشريعية أو من أي مصدر آخر فقد قيل (... أنه لا توجد في الحكومات البشرية سوى قوتين رابطتين قوة السلاح وقوة القوانين، فإذا لم يتول قوة القوانين قضاة فوق الخوف وفوق كل ملامة فأن قوة السلاح هي التي ستسود حتماً وبذلك تؤدي الى سيطرة النظم العسكرية على المدنية).<sup>٥</sup> ومن المؤكد أن وجود سلطة قضائية مستقلة تتيح للفرد مقاضاة السلطات العامة في أي تصرف مخالف للقانون يعني قيام دولة القانون كما يعني حماية حقوق المواطن وحرية وبحول دون قيام نظام دكتاتوري أو لجوء الناس الى أخذ حقوقهم بأيديهم.

وقيام سلطة قضائية مستقلة في الدولة من المبادئ التي كرستها معظم المواثيق والاتفاقات الدولية ومنها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المرقم (٣٢/٤٠) في ٢٩/تشرين الثاني/١٩٨٥ و (١٤٦/٤٠) في ٢٩/كانون الاول/١٩٨٥ الذي أورد المبادئ الأساسية لإستقلال السلطة القضائية والسبل التي تؤدي الى هذا الإستقلال.<sup>٦</sup> ومن نافلة القول أن مبدأ إستقلال السلطة القضائية لم يظهر لنفع شخصي يحققه القضاة لأنفسهم وإنما هو وليد نظرية فصل السلطات التي تهدف لحماية حقوق الإنسان من

<sup>٤</sup> المواد (الثلاثة والأربعون) و (الرابعة والأربعون) و (الخامسة والأربعون) و (السادسة والأربعون) و (السابعة والأربعون).

<sup>٥</sup> د. محمد عصفور - إستقلال السلطة القضائية - الصفحة ٢

<sup>٦</sup> الأستاذ الدكتور محمود شريف بسيوني - الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان - المجلد الأول - الصفحة ٧٤٦ وما بعدها - دار الشروق.

إستقلال القضاء في العراق ودور الدستور الدائم في حماية إستقلال القضاء

تجاوزات السلطة، وأنه في نفس الوقت يرتب التزاماً كبيراً على القضاة في أن لا يتصرفوا بشكل كفي عند الفصل في المنازعات بل بتطبيق القانون تطبيقاً سليماً بعيداً عن كل المؤثرات، فمهمة القضاة كانت ولا تزال وستبقى مهمة ثقيلة تهيّب منها سابقاً ثلاثة من أئمة الشريعة الإسلامية هم سفيان الثوري والامام أبو حنيفة وابن أبي ليلى وأعتدروا، حين كلفهم القضاء الخليفة العباسي المنصور رغم كونهم أعدل وأكفأ الناس في عصرهم لا شيء وإنما لشعورهم بأنه مهمة القضاء مهمة ثقيلة قد لا ينجحون في ادائها في ظل تلك الظروف.<sup>٧</sup>

ولكي تكون هناك سلطة قضائية مستقلة تؤدي مهمتها على الوجه الاكمل لا بد أن تتولى الجمعية الوطنية المنتخبة في العراق الجديد حين وضعها الدستور الدائم تضمين نصوصه مبدأ إستقلال القضاء وكونه سلطة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولا يكفي في ذلك وضع نصوص عامة كما هو الحال في الدساتير السابقة وإنما وضع نصوص ذات محمل يفصح عن المبادئ الأساسية التي تشكل إستقلال القضاء ونذكر من هذه المبادئ:

اولاً: الأقرار بمبدأ إستقلال القضاء وكونه سلطة مستقلة تعمل في مجال اختصاصها الى جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتشكل معهما ركائز الدولة الحديثة، وأستناداً الى ذلك يكون للقضاء حصراً الولاية العامة في نظر المنازعات كافة وأزاء جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة، مع مراعاة الاتفاقات الدولية بهذا الخصوص.

ثانياً: أن السلطة القضائية هي المؤسسة الوحيدة التي تدير شؤون القضاة واعضاء الإدعاء العام والأجهزة القضائية المرتبطة بها ولا يجوز لأي من السلطتين التشريعية والتنفيذية التدخل في شؤونها بأي شكل من الأشكال، ويتعرض المتدخل الى المسائلة القانونية.

ثالثاً: تضم المؤسسة القضائية الأجهزة القضائية وهي المحاكم ودوائر الأعداء العام وهيئة الأشراف القضائي ومعهد أعداد القضاة وأعضاء الأعداء العام والكوادر الوسطية في هذه الأجهزة وكذلك أجهزة الحماية وغيرها.

<sup>٧</sup> عبد الرحمن العلام - قواعد المرافعات العراقية - مقدمة الجزء الأول



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

رابعاً: يرتبط رئيس السلطة القضائية مباشرة برئيس الدولة بأعباءه الرمز الذي يمثل الدولة تأكيداً على إستقلالية السلطة القضائية عن السلطتين التنفيذية والتشريعية.

خامساً: تتمتع السلطة القضائية بالشخصية المعنوية وبالإستقلال المالي والأدري وبموازنة مستقلة تتولى أعدادها بالتنسيق مع الجهات المالية ذات الاختصاص وترفع الموازنة الى رئيس الدولة مباشرة للمصادقة عليها تأكيداً على إستقلالية السلطة القضائية عن سلطته التشريعية والتنفيذية وحتى لا تكون الموازنة سبيلاً للضغط على السلطة القضائية والتأثير عليها أو الحد من نشاطها أو إستقلالها.

سادساً: تكون السلطة القضائية هي المختصة بتحديد وكفالة الإجراءات التي تتبعها المحاكم والأجهزة القضائية في حسم المنازعات وفي أدائها لبقية مهامها.

سابعاً: تكون الأحكام والقرارات التي تصدرها المحاكم وبقية الأجهزة القضائية المرتبطة بالسلطة القضائية ملزمة وواجبة التنفيذ ويتعرض من يمتنع عن تنفيذها الى المسائلة القانونية.

ثامناً: يكون تعيين القضاة وأعضاء الأدياء العام حصراً بالسلطة القضائية ولا تتدخل أي من السلطتين التشريعية والتنفيذية في ذلك.

تاسعاً: تدار شؤون القضاة وأعضاء الأدياء كافة من قبل السلطة القضائية ممثلة بمجلس القضاة بدء من التعيين ومروراً بالترقية والنقل وتأمين والاستقرار في الوظيفة وتحديد الرواتب والمخصصات واتخاذ الإجراءات الأنضباطية وإعطاء الإذن بالمسائلة الجزائية وبأستمرار التأهيل القضائي وتأمين، كفالة التعبير وتكوين الجمعيات المهنية والأقتصادية.

عاشراً: تلتزم السلطة القضائية بوضع قانون ينظم شؤون القضاة وأعضاء الأدياء العام والكوادر الوسطية العاملة في الأجهزة القضائية كافة يراعى فيه تمتع القضاة وأعضاء الأدياء العام بالإستقلال في اداء مهامهم والزامهم بآداء هذه المهام وفق القانون، وأن تتم ترقياتهم على أساس مؤهلاتهم القضائية دون أي اعتبار للجنس أو الطائفة أو الأنتماء الإثني، وتأمين الموارد المالية الكافية لهم ووضع الضمانات التي تحول دون التهديد بالإنتقام أو الإنتقاد جراء قيامهم بمهامهم أو التأثير على أدائهم لهذه المهام عن طريق وسائل الإعلام أو الوعد أو الوعيد، وأن تجري محاسبتهم عن السلوك المهني الخاطيء من

إستقلال القضاء في العراق ودور الدستور الدائم في حماية إستقلال القضاء

هيئة قضائية بمستوى عال، وتأمين موارد مالية كافية لهم عند أحوالهم على التقاعد ولعوائلهم بعد وفاتهم لتأمين الإستقرار والإطمئنان الى المستقبل وللحيلولة دون لجوء أعضاء هذه السلطة لتأمين ذلك بوسائل غير مشروعة.

حادي عشر: أن لا يجري تغيير النصوص الدستورية المتعلقة بالسلطة القضائية الا بأغلبية الثلثين في الجمعية الوطنية.

وبهذا يمكن للدستور ونصوصه تأمين الضمانة الاكيدة في حماية إستقلال القضاء وفي تمكينه من أداء دوره في قيام وترسيخ دولة القانون وفي حماية حقوق الإنسان وحرياته وفي تأمين العدالة للمجتمع.

## ١٣ - دور الدستور في حماية إستقلال قرار القاضي في اصدار الحكم والعوامل الخارجية التي تؤثر في قراره وسبل مكافحة الفساد الإداري في النظام القضائي

المستشار داره نور الدين بهاء الدين\*

بسم الله الرحمن الرحيم

يستند إستقلال قرار القاضي في إصدار الحكم على مبدأ إستقلال القضاء ويتحقق مبدأ إستقلال القضاء بإعمال مبدأ الفصل بين السلطات، لذلك ينبغي بيان مبدأ الفصل بين السلطات أولاً ثم نعرض على مبدأ إستقلال القضاء وصولاً إلى إستقلال قرار القاضي ودور الدستور في حمايته.

**أولاً: مبدأ الفصل بين السلطات:**

لم يكن مبدأ الفصل بين السلطات معروفاً في التشريعات القديمة لذلك لم تكن هناك سلطة قضائية واضحة المعالم. ونتيجةً لتطور المجتمعات ومطالبتها بالحريات والحقوق فقد اقرت معظم الدساتير ومبادئ حقوق الإنسان هذا المبدأ، فنصت المادة (١٦) من مبادئ حقوق الإنسان الذي نادى به الجمعية الوطنية غداة قيام الثورة الفرنسية على "أن كل مجتمع لا يوجد فيه مبدأ الفصل بين السلطات يكون خلواً من الدستور". كما نصت المادة (١٠) من

---

\* عضو المحكمة العليا وعضو مجلس الحكم سابقاً

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ على أن (لجميع الأفراد على السواء الحق في محاكمة عادلة علنية أمام محكمة مستقلة محايدة تقرر حقوق الفرد وواجباته). كما أن الدستور الأمريكي منذ سنة ١٧٨٧ أقام نظاماً للفصل بين السلطات وما يزال. ولذلك نرى أن هذا المبدأ قد إستقر في معظم دساتير العالم، وأصبح القضاء سلطة والنص على مبدأ الفصل بين السلطات أصبح مظهراً من مظاهر السيادة القومية فأصبح القضاء مستقلاً عن السلطتين التشريعية والتنفيذية. وما من شك في أن إعتبار القضاء سلطة مستقلة يحقق ضمان سيادة القانون لعدم صلاحية الجهتين التشريعية والتنفيذية للسهر على سيادة القانون وحسن تطبيقه غير السلطة القضائية.

#### ثانياً: مبدأ إستقلال القضاء:

بيناً أن الأساس لمبدأ إستقلال القضاء هو مبدأ الفصل بين السلطات، فهو لذلك نتيجة من نتائجه وغداً بفعل التطور الحضاري من المبادئ الأساسية التي تضمنتها أغلب دساتير الدول. والعلة في تلك الأهمية تأتي من دور القانون في تنظيم المجتمع في المجالات السياسية والإقتصادية والإجتماعية، والوصول به إلى مجتمع منظم يسود فيه مبدأ سيادة القانون والحرص على تأكيده في الحياة.

ومن أجل سيادة القانون لا بد من إيجاد وسيلة لحماية هذه السيادة، وأهم وسيلة لحماية سيادة القانون هي القضاء المستقل لكونه ضرورة لا يجوز تجاوزها. لأجل أن يكون القضاء فاعلاً وقوياً ومؤدياً لرسالته يجب أن نحيطه بسياج متين من القواعد الدستورية ومن هنا يأتي دور الدستور في ضمان هذا المبدأ وإبعاد شبح تدخل الحكام في القضاء لأن القواعد الدستورية تعتبر أعلى قاعدة قانونية في الدولة بحيث أن من يمارس السلطة في الدولة يخضع لها ويتقيد بها.

وبعبارة أخرى ان الدستور يعلو على الحكام كما أنه يعلو على ما يضعه الحكام من قواعد قانونية عند ممارستهم للسلطة. ولكن يجب أن تتحقق علوية الدستور في الواقع العملي لكي لا تبقى مجرد نصوص نظرية. وضمان علوية الدستور تجاه الحكام تستوجب منع القوانين التي تصدرها من مخالفة الدستور، وهذا يتطلب منا إلغاء القواعد القانونية التي يضعها المشرع بعد التأكد من مخالفتها للدستور وهذا لا يتم إلا من خلال إقامة نظام

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

رقابة على التشريعات التي تصدر عن السلطة التشريعية للتأكد من عدم مخالفتها للدستور وهذا ما يسمى بالرقابة الدستورية.

وضمن هذه الفكرة إتجه قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية. حيث نصت المادة ٤٣/أ منه على أن:

"القضاء مستقل ولا يدار بأي شكل من الأشكال من السلطة التنفيذية وبضمنها وزارة العدل. ويتمتع القضاة بالصلاحية التامة حصراً لتقرير براءة متهم أو إدانته وفقاً للقانون من دون تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية".

#### ثالثاً: الرقابة الدستورية وعلاقتها بالقضاء:<sup>١</sup>

إن مهمة الرقابة على دستورية القوانين تتضمن الغاء القوانين المخالفة للدستور أي اصدار حكم بذلك والقضاء هو المؤهل والمختص أولاً للقيام بهذه المهمة. لأنها مهمة قضائية تمارس من سلطة قضائية وهو ما يسمى بالرقابة القضائية على دستورية القوانين. وحيث أن هذه المهمة كبيرة وخطيرة ويجب ألا تُعطى إلى هيئة قضائية عادية وإنما تمنح إلى هيئة قضائية متخصصة لذلك ينبغي ترجمة هذا المبدأ إلى قواعد قانونية توضع في الدستور تتضمن الرقابة والجهة التي تقوم بهذه الرقابة وآلية عملها.

إن إحلال إرادة المشرع هو خير ضمان لإستقلال القضاء من جهة وضبط إرادة الحاكم (السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية) من التصرف خلافاً لقواعد الدستور وقد إعتد قانون إدارة الدولة هذا المبدأ حين نص على تشكيل محكمة إتحادية عليا ومحاكم إتحادية إقليمية أخرى. ومنح المحكمة الإتحادية العليا سلطة إغناء القوانين والأنظمة والتعليمات الصادرة من الحكومة المخالفة للقانون المذكور (المادتين ٤٣ و٤٤).

#### رابعاً: العوامل الخارجية التي تؤثر في قرار القاضي وسبل الحماية:

إن النتيجة التي يهدف إليها إستقلال القضاء هي أن نجعل من القضاء سلطة وليس وظيفة، ويترتب على ذلك ألا تتمكن السلطة التنفيذية أو التشريعية من عزل القاضي أو نقله أو معاقبته وحصر ذلك بمجلس القضاء لكي تترك أمور القضاء لا إلى غيره من

<sup>١</sup> للدكتور منذر الشاوي - تأملات - مقال منشور في مجلة التجار - العدد الأول / بغداد ١٩٧٠.

دور الدستور في حماية استقلال قرار القاضي

السلطات. وهذا ما يعرف بمبدأ استقرار الوظيفة القضائية. فهو يؤمن للقاضي الحماية الكاملة من المؤثرات الخارجية على قراره.

وقد كرس هذا المبدأ قانون إدارة الدولة في المادة السابعة والأربعون منه فنص على أنه "لا يجوز عزل القاضي أو عضو في مجلس القضاء الأعلى إلا إذا ادين بجريمة مخلّة بالشرف أو بالفساد أو إذا أصيب بعجز دائم" ... وضمن هذا السياق لا بد من تكريس مبدأ عدم جواز مسائلة القاضي أو اتخاذ التعقيبات القانونية أو الإجراءات الجزائية ضده عن الرأي القانوني الذي يبيده ضمن قراراته التي يصدرها في الدعوى التي ينظرها أو ضمن قرار الحكم الحاسم للدعوى هذا إضافة إلى عدم إفساح المجال للسلطة التنفيذية أو جهات الإدارة في الإمتناع عن تنفيذ قرارات الحكم الباتة أو الاعتراض عليها لدى أي جهة بعد اكتسابها الدرجة القطعية.

**وألخص في ادناه أهم العوامل التي تؤثر في قرار القاضي:**

#### ١. تأهيل القضاة وتطويرهم مهنيًا وعمليًا:

من المعلوم أن مستوى القاضي العراقي المهني والعلمي قد تدنى كثيراً بسبب تدخل السلطة في إختياره وتعيينه دون النظر إلى مؤهلاتهم وكفاءتهم وإعتماده على عنصر الولاء لها حصراً. ومن هذا المنطلق أسس المعهد القضائي بموجب القانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل ووضع شروطاً للقبول ومنهج الدراسة ومدتها. وكانت النتيجة وصول عناصر لا تصلح لهذه المهمة الخطرة.

#### ٢. نقل القاضي:

إن تكريس مفهوم كون القضاء وظيفة وليست سلطة، يمنح الحق للإدارة في نقل القاضي واستخدام الإدارة هذا الحق وسيلة تهديد تتعسف في نقل القاضي واستخدام الإدارة هذا الحق وسيلة تهديد تتعسف في استخدامه مما يؤثر سلباً على قرارات القاضي حيث يجعله يسعى إلى رضا الإدارة تحسباً من أن يناله عقابها الذي قد يصل إلى السجن والفصل والإحالة على التقاعد. وقد تم التحسب لهذا الأمر حين الغي مجلس العدل وحل محله مجلس القضاء ليتولى هذا الأمر.

#### ٣. إنتداب القاضي:

إن إنتداب القاضي من وظيفة قضائية الى وظيفة مدنية يشبه النقل وإعطاء هذه

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الصلاحية للإدارة (وزير العدل) يشكل عاملاً آخر من عوامل الضغط والتهديد مما يؤثر سلباً على قرارات القاضي.

ونحن هنا لسنا ضد الإنتداب عموماً وإنما يجب حصره في أضيق نطاق من جهة وحصر صلاحية ذلك بمجلس القضاء وموافقة القاضي وهذا هو الذي جرى عليه العمل في الوقت الحاضر بعد التحرير.

#### ٤. قبول الإدارة للشكوى من القضاة:

ومن العوامل المؤثرة في قرارات القضاة هو قبول الإدارة للشكوى من القضاة وفتح هذا الباب دون ضوابط وهو مما يجعل القاضي متهيّباً ومتحسباً منها عند إصداره القرارات العادلة.

#### خاتمة:

تأسيساً على ما تقدم نرى أن سبل مكافحة الفساد الإداري في النظام القضائي هي:

#### ١- تضمين الدستور

- أ. مبدأ الفصل بين السلطات.
- ب. مبدأ إستقلال القضاء.
- ت. سرية ولابة القضاء على جميع الأشخاص الطبيعيّة والمعنوية والعامّة والخاصة.
- ث. النص على مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

#### ٢- التأهيل

- أ. إعداد كليات القانون إعداداً جيداً تتوزع الدراسة فيها على ثلاثة أقسام، قسم اللغة الفرنسية وقسم اللغة الإنكليزية وقسم اللغة العربية، تدرس موضوعات القانون بإحدى اللغات المذكورة.
- ب. إعادة النظر بقبول خريجي القانون من الطلبة المتفوقين وأرجح أن يكونوا من أقسام اللغتين الفرنسية والإنكليزية.
- ت. تدريب عملي في القضاء لمدة سنة إضافةً إلى السنتين الدراسية في المعهد القضائي ويفضل أن تكون الدراسة في بعض مواد المنهج الدراسي باللغة الإنكليزية.

دور الدستور في حماية إستقلال قرار القاضي

### ٣- القضاء

من أجل إعداد قضاء قادر على إستيعاب التشريعات وتطبيقها مما يحقق العدل بروح تستوعب التحولات الإجتماعية والإقتصادية في مرحلة بناء العراق الجديد، فإن ذلك يتطلب الآتي:

أ. تشكيل المجلس الأعلى للقضاء المنصوص عليه في المادة الخامسة والأربعون من قانون إدارة الدولة.

ب. تشكيل المحكمة الإتحادية العليا المنصوص عليها في المادة الرابعة والأربعون من القانون أعلاه.

وبذلك نكون قد ضمنا إستقلالية السلطات أولاً وإستقلالية القضاء ثانياً ومنحنا القاضي مساحةً واسعةً في مجال إتخاذ قراره بحرية تامة دون ضغط أو تهديد. ومن الله التوفيق.



## ١٤ - مناقفة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين

الأستاذ الدكتور سعد عبدالجبار العلوش\*

بسم الله الرحمن الرحيم

### قبل القصد:

ما إن تراجع دور العرف بوصفه القانون السياسي للمجتمعات السياسية القديمة وما إن برزت الشخصية المستقلة للدولة الموحدة حتى إنبثق تيار فكري يرمي إلى جعل وسائل ممارسة السلطة السياسية وطرق إنتقالها محددة بوثيقة أساسية سميت الدستور، إذ ما دام الحكام لا يمارسون سلطاتهم وإمتيازاتهم بناء على خصائص خاصة بأشخاصهم وإنما بمقتضى تفويض من الدولة فقد تعين أن يكون موضوع هذا التفويض محددًا سلفاً بنظام يتضمن بيان الوسيلة التي تنتقل بها السلطة من صاحبها الشرعي الذي هو الدولة إلى وكلائها الحكام، وفي هذا تتجسد الفكرة المجردة للدستور<sup>١</sup>.

وقد مهد هذا التصور للواقح العقل أن تبني تصوراً لفكرة الدستورية Le Constitutionnalisme سعى أصحابه بمقتضاه إلى الدعوة بوضع:

\* استاذ ورئيس قسم القانون العام - كلية الحقوق، جامعة النهدين.

جورج بيردو George Burdeau

Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques . 20 ed L.G.D.J. Paris- 1984

P. 61

١. قواعد تكون جلية الوضوح لا يعترىها شك أو يشوبها إبهام.
  ٢. قواعد مستمرة لا يمكن المساس بها أو النيل منها ما دام أنها بالأقل لم تكن قد تضمنت إجراءات محددة باهظة لإعادة النظر فيها.
  ٣. قواعد مكتوبة لا يضعها الحكام ولن يكون لإرادتهم عليها من تأني.
- وهذا يعني بتعبير آخر بناء قواعد عامة تحدد شروط شرعية السلطة وسندها في توجيه الأوامر وتطلب الخضوع لها ممن هم في موضع الإلتزام به. وفي هذا يتحدد مفهوم الشرعية الدستورية<sup>٢</sup>.

وهكذا إستقامت الفكرة الدستورية لتكون باعاً على ذبوع حركة الدساتير المكتوبة المعاصرة الراسخة جذورها في تلك المطالب الثلاثة، حيث تلقفتها الشعوب في أوربا بالرضا والقبول خصوصاً بعد صدور أول دستور مكتوب في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٧٨٩ فكان لكل دولة دستور، ثم لتكون في الوقت ذاته أساساً تقوم عليه فكرة الشرعية الدستورية العليا *la super legalite constitutionnelle* التي تقضي بسمو قواعد الدستور على ما سواها من القواعد القانونية وأن يتقرر لها جزاء عندما تصدر مخالفة له توقعه سلطة سياسية أو قضائية عادية كانت أم خاصة. وهكذا تقاسم التطبيق المقارن للرقابة على الدستورية نظامان الأول يأخذ بالرقابة السياسية والآخر يطبق الرقابة القضائية وإذا كانت الرقابة القضائية على الدستورية تشكل دريئة تدرأ عن الحقوق والحريات العامة أخطار الإنحراف في التشريع البرلماني فإن ما تمخض عن تطبيقها في كثير من النظم الدستورية حملت المتشائمين منها على التشكيك في جدواها وإلى صفها في صف الرقابة السياسية على الدستورية حيث يقولون إنها مرتع لتحكم النزعات السياسية والأهواء الحزبية.

ولكن ما دام التشريع البرلماني يمثل إفصاحاً عن الإرادة العامة فإن هذا الإفصاح لا يستقيم تماماً إلا بمقدار إلتزامه بأحكام الدستور وإحترامه لها. وعندئذ تصبح مسألة التثبيت من هذا الإلتزام أمراً ما عنه محيص. وقتذاك أيضاً تبرز فكرة الحكم المحايد القادر على النهوض بهذه المهمة.

<sup>٢</sup> الكسندر باسران دانتريف Alexandre Passerin d'Entreves  
La Nation de l'Etat. Ed. Siney. 1969. P. 177.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وهكذا تبرز على هذا الصعيد مسألتان تتضافران معاً على إستجلاء أهمية موضوع الرقابة القضائية على الدستورية:

الأولى: إن الدولة القانونية إذا كانت تحمي نفسها بالقانون، فإن عليها عند الإقتضاء أن تحمي نفسها من القانون نفسه.

الثانية: إن القضاء يجب أن ينأى في كل الأحوال عن مجارة المشرع عندما يزل أو ينحرف، ذلك أن (في الحكومات البشرية لا توجد سوى قوتين ضابطين، قوة السلاح، وقوة القوانين، وإذا لم يتولَّ قوة القوانين قضاة فوق الخوف وفوق كل لائمة فإن قوة السلاح هي التي ستسود حتماً)<sup>٣</sup>.

ومن هذه المقدمة هناك بيان نتناول تفصيله في الآتي:

المبحث الأول: سمو الدساتير في الدولة القانونية.

المبحث الثاني: هيئة الرقابة القضائية على الدستورية وصورها.

الخاتمة: نظرة ختامية في مستقبل الرقابة القضائية على الدستورية.

#### المبحث الأول: سمو الدساتير في الدولة القانونية

إعتمدت الحركة الدستورية الحديثة نظرية الرقابة على الدستورية وجعلتها عنصراً من عناصر النظام الدستوري الذي تستند عليه الدولة القانونية ولم تعبأ بدعاوى المناهضين لرقابة القضاء من حيث كونها تمثل - في نظرهم - إعتداءً على مبدأ الفصل بين السلطات بإخراج القضاء من مهمته في تطبيق القانون على ما يعرض عليه من أفضية إلى مهمة أخرى هي الحكم على القانون وهو الأمر الذي يمثل تجاوزاً على وظيفة المشرع الممثل الحقيقي للشعب الموكول به وحده سلطة الإفصاح عن الإرادة العامة والمنوط به إختصاص تحديد الإتجاه السياسي للحكم بطريق ما يضعه من تشريعات.

إن عناصر الدولة القانونية تتسم بالتضافر فيما بينها والتكامل بعضها بالآخر، فمن تلكم العناصر - بالإضافة إلى الرقابة القضائية- نجد أن كلاً من الدستور وتدرج القواعد القانونية يحققان معاً هذا التكامل وذاك التضافر.

<sup>٣</sup> القاضي Story أشار إليه الأستاذ الدكتور محمد عصفور في إستقلال السلطة القضائية ص ٢. مطبعة أطلس. القاهرة.

فأما بشأن الدستور الذي يعني- كما ذكرنا- إقامة نظام في الدولة يبين قواعد ممارسة السلطة فيها ووسائل وشروط ممارستها وانتقالها، فهو بهذه المثابة يعلو على السلطات في الدولة لأنه هو منشئها أو خالقها ومحدد اختصاصاتها ومبين علاقاتها بعضها ببعض. وهو الأمر الذي يجعل كل استعمال للإختصاصات على خلاف مقتضى الدستور مجرداً من كل قيمة قانونية. وبالمثل أيضاً فإنه يسمو على أشخاص الحكام لأن هؤلاء لا يمارسون إختصاصاتهم بوصفها حقاً ذاتياً لهم وإنما هم مفوضون بممارستها ولا يملكون لها تفويضاً إلى غيرهم لأن فاقده الشيء لا يعطيه. وكل تفويض على خلاف أحكام الدستور ينطوي على تعديل غير مباشر للشروط الخاصة بتعديله<sup>٤</sup>.

وعلى وفق مبدأ تدرج القواعد القانونية يستقر الدستور في قمة الهرم القانوني للأعمال القانونية فهو بهذا الوصف يعتبر النظام الذي تتجسد فيه فكرة الشرعية الدستورية العليا والأساس الضروري لفكرة المشروعية في الدولة القانونية ولمبدأ خضوع الدولة للقانون. وفي هذا يقول الأستاذ موريس هوريو. (بما أن الدستور بوصفه الإفصاح المباشر للسيادة الوطنية فإنه يصبح القانون الأعلى في البلاد).

إن الشرعية الدستورية العليا la super-legalite constitutionnelle التي تقضي بسمو قواعد الدستور على ما سواها من القواعد القانونية وأن يتقرر لها جزاء عندما تصدر مخالفة له توقعه سلطة سياسية أو قضائية عادية كانت أم خاصة. هذه الشرعية تثير عندنا الملاحظات الآتية:

١. إن سمو الدساتير لا يتميز بالواقعة المادية لتدوينها ولا بالشكل الذي وضعت فيه، وإنما بقوتها القانونية التي تضعها في منزلة تسمو بها على القواعد التشريعية العادية. وعليه فلا يوجد هناك تلازم ضروري بين التدوين وبين الشرعية الدستورية العليا. فالمواضيع ذات الطبيعة الدستورية يمكن أن تتناولها قوانين عادية تكون مكملة للدستور. ولذا فإن الكتابة بدون الشرعية الدستورية العليا لا تحقق للقواعد الدستورية مزاياها المتمثلة في الثبات والإستقرار والسمو. أما الكتابة أو التدوين فيتحدد دوره في صيانة الطبيعة المادية للدستور على

<sup>٤</sup> الأستاذ فيديل : G. Vedel 1949. Sirey P. 118 Droit Constitutionnel

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

النحو الذي يفعله العرف. وهي بالإضافة إلى ذلك تؤمن هيمنة السلطة التشريعية بوجه خاص، وهو الأمر الذي يقتضي أن يكون الدستور من عمل سلطة متميزة عن السلطات الحاكمة في الدولة. ونقصد بذلك السلطة التأسيسية<sup>٥</sup>.

٢. إن مبدأ سمو الدستور يؤمن مبدأ سمو القانون، أو بتعبير آخر إن مبدأ سمو الدستور يتضمن بالنسبة للأفراد مبدأ المشروعية ويعززها. فإذا كان مبدأ سمو القانون بمعناه الدقيق يؤدي إلى بطلان كل عمل يأتيه الحكام مخالف للقانون، فإنه من باب أولى أن تكون النتيجة مماثلة بالنسبة لكل عمل يتضمن إنتهاكاً لأحكام الدستور. فإذا كانت القاعدة القانونية الدنيا في ظل سمو القانون تخضع للقاعدة القانونية الاعلى، فإن هذا المنطق يسوقنا إلى القول بخضوع كل قاعدة دنيا أياً كان مصدرها لقواعد الدستور.

٣. (إن الدستور سواء أكان مكتوباً أم عرفياً يبقى القانون الأعلى في الدولة)، ولكن أي سمو تتمتع به هذه الدساتير وما هي طبيعته. وللإجابة على هذا التساؤل قيل أن الدساتير عموماً تتمتع بسمو موضوعي يتجلى في مضمون القواعد الدستورية وطبيعة ما تتناوله بالتنظيم من موضوعات. فالدستور يتضمن الفكرة القانونية السائدة التي ترسم الإتجاهات السياسية والفلسفية والاجتماعية التي تشكل في مجموعها الإطار العام لنظام الحكم. وعلى هذا الأساس يحدد الدستور السلطات في الدولة وإختصاصات الحكام ويبين العلاقة بينها والهدف الذي عليهم أن يبلغوه.

ولكن هذا السمو الموضوعي المتعلق بجوهر القاعدة الدستورية وطبيعتها يكمله في البلدان ذوات الدساتير المكتوبة سمو آخر هو السمو الشكلي. وهذا ما يتجلى في هذا الضرب من الدساتير التي يضمنها المشرع التأسيسي شروطاً خاصة تتعلق بإجراءات وضعها وتعديلها وإصدارها وإلغائها تكون أشد تعقيداً من تلكم المتبعة بالنسبة للدساتير المرنة أو القوانين العادية.

<sup>٥</sup> Maurice Hauriou, *Precis de droit Constitutionnel*, 2<sup>e</sup> ed., Siney 1929, P. 261؛ للمزيد من مفهوم الشرعية الدستورية العليا يراجع مؤلف الأستاذ موريس هوريو المنوه عنه ص ٢٦١ وما بعدها؛ الأستاذ مارسيل بريلو. المرجع السابق ص ٢٢٦-٢٢٧؛ الأستاذ جورج بيردو - المرجع السابق ص ٨٤

ونتيجة لذلك ظهرت التفرقة التقليدية بين الدساتير الجامدة والدساتير المرنة التي تتساوى والقوانين العادية من حيث إجراءات وضعها وتعديلها. فهذه التفرقة لا تستند إلى معيار موضوعي وإنما على ما رأينا إلى معيار شكلي يتعلق بالأوضاع الخاصة التي توضع بها الدساتير الجامدة وتعديلها. وفي هذا يقول الأستاذ بيردو (إنه لا يمكن الحديث عن سمو الشكلي للدساتير إلا في ظل فكرة الجمود الدستوري الذي يتقرر لها)<sup>٦</sup>.

وعلى وفق هذا البيان يكون سمو الشكلي للدستور هو النتيجة المنطقية لفكرة الجمود الدستوري. وما دام أن العبرة بالسمو الشكلي للدساتير تتعلق بشكل القاعدة الدستورية من حيث طريقة وضعها وتعديلها ولا يمتد إلى موضوعها وجوهرها، فإن ذلك يشمل جميع القواعد الواردة في الدستور من حيث الشكل بصرف النظر عن طبيعتها وجوهرها، وينبغي على هذا أن سمو الشكلي لا يلحق القواعد الدستورية بطبيعتها وجوهرها الواردة في القانون العادي مثل قانون المجلس الوطني رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٥ المتعلق بانتخابات أعضاء المجلس وتنظيمه.

وقد يحصل في بعض الموضوعات إشكال دستوري، كأن يحصل تعارض بين الشكل والموضوع في الوثيقة الدستورية. مثال ذلك القاعدة الدستورية المنصوص عليها في الدستور السويسري السابق الصادر في عام ١٨٧٤ التي تمنع ذبح الماشية قبل إنتزاع الوعي منها، فإلى أي معيار يصار لبيان القيمة القانونية لهذه القاعدة الدستورية، أيسار إلى موضوعها أم إلى الشكل الذي صيغت فيه. يجيب الأستاذ بيردو<sup>٧</sup> على ذلك بقوله (إن القواعد التي وردت في الوثيقة الدستورية وليست متعلقة بقواعد التنظيم السياسي في الدولة لا بد أن تكون لها قوة القاعدة الدستورية وسماتها بجميع ما يترتب على ذلك من نتائج).

وينبغي على ما تقدم أن سمو الشكلي للدساتير لا يتحقق في الدساتير المرنة وإن تحقق لها سمو الموضوعي، ولكن هذا الأخير له طبيعة سياسية وليست قانونية، نظراً لأنه المشرع يستطيع أن يتناول هذه الدساتير بالتعديل بالطريقة ذاتها التي يعدل بها القانون العادي، ولعل هذا ما يفسر لنا كيف أن البرلمان الإنكليزي يملك تعديل قواعد الدستور

<sup>٦</sup> الأستاذ جورج بيردو - المرجع السابق ص ٨٤

<sup>٧</sup> المرجع السابق ص ٨٤

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الانكليزي المرن بالإسلوب ذاته الذي يعدل به قانون تشكيل المجلس البلدي لمدينة لندن. صفوة القول أن سمو الشكلي لا يتحقق إلا إذا كان الدستور في قمة الهرم بالنسبة للأعمال القانونية وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان جامداً.

ويثور التساؤل على هذا الصعيد عما إذا كان مجرد النص على سمو الدستوري في تضاعيف الوثيقة الدستورية<sup>٨</sup> يعد دريئة تكفي دون إقرار سلطة التشريع البرلماني أي تجاوز لأحكام الدستور أو المساس بسموه. يجيب الفقه الدستوري على ذلك بالنفي ويرى أن مجرد النص على سمو الدستور في تضاعيف الوثيقة الدستورية لا قيمة له على صعيد الواقع ما لم تحط به ضمانات تقوية وتدرأ عنه كل إنتهاك محتمل لأحكامه أو تبطله وتزيل آثاره. فالسمو الدستوري بدون هذه الضمانات يغدو مجرد كلمة جوفاء un vain mot ما دام أن إنتهاك هيئات الدولة لأحكام الدستور وافتئاتها على الحقوق والحريات العامة فيه يكون بمنجاة من الجزاء<sup>٩</sup>.

ويمكن القول أن فكرة الضمانات تتجلى من خلال بيان النتائج التي نشأت عن سمو الدستوري، وهي تتحدد في :

أ- ظهور التمييز في النظام الدستوري الفرنسي بين القوانين الدستورية وبين القوانين العادية، وهي تفرقة تعكس عندهم وجود سلطتين الأولى تأسيسية تختص بوضع الدستور وتعديله والآخرى مؤسسة أو تشريعية يناط بها وضع القوانين العادية. وإذا كان هذا التمييز قد نشأ بعد ذبوع الفكرة الدستورية الحديثة فإن المجتمعات السابقة عرفت فكرة إلتسام بعض الأعمال بصفة القدسية من بين الأعمال القانونية أي أنها عرفت فكرة المفارقة بين الشرائع الأساسية التي لا يجوز أن يطالها عبث السلطة الزمنية وبين القواعد الوضعية القابلة للتعديل. وهذه التفرقة لم تنتقل إلى الميدان الدستوري إلا بعد الثورتين الأمريكية والفرنسية مما ترتب عليها إعطاء الدستور شكلاً موصوفاً بمكانته السامية.

<sup>٨</sup> نصت المادة ٦ من دستور الولايات المتحدة على سموه وإعتبرته القانون الأعلى في البلاد. كذلك نصت المادة الثالثة من قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية في العراق على أن هذا القانون يعد القانون الأعلى للبلاد ويكون ملزماً في أنحاء العراق كافة وبدون إستثناء.

<sup>٩</sup> بيردو . المرجع السابق . ص ١٠٢ وما بعدها.

ب- إن القوانين الدستورية لا يمكن أن ينسخها قانون عادي لأنها من عمل السلطة التأسيسية.

ج- وجوب عدم تعارض القوانين العادية مع القوانين الدستورية وإلا كانت غير دستورية مخالفة لأحكامها. وهو الأمر الذي يدعو إلى إثارة مسألة الرقابة على دستوريتها التي تمارسها الهيئة المختصة سياسياً كانت أم قضائية.

#### الفكرة القانونية السائدة والرقابة القضائية على الدستورية:

لما كان الدستور الذي يعد عنصراً من عناصر الدولة القانونية قد أنشأ السلطات المؤسسة الثلاث وحدد لكل واحدة منها إختصاصاتها، فكيف يتأتى للسلطة أن تتجاوز إختصاصها الدستوري وتتصرف عن حدوده وتشرع أعمالاً مخالفة للدستور؟ وهل من الحكمة أو مما يتفق مع مبدأ الفصل بين السلطات أن يقيم المشرع التأسيسي رقيباً على أعمال السلطة التشريعية المعبرة عن الإرادة العامة؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تكمن - في رأينا - في بيان البواعث والأسباب التي دفعت بالمشرع التأسيسي إلى إقامة نظام دستوري للرقابة القضائية لحماية الدستور من خطر الإنحراف التشريعي. والرأي عندنا أن هذه البواعث والأسباب يمكن تلمسها في الفكرة القانونية السائدة *l'idée de droit dominante* أي فكرة القانون الرسمية في الدولة التي تتضمن أحكاماً تبين المذهب السياسي والإجتماعي والإقتصادي فيها. وهذه الفكرة قد تكون جلية لا لبس فيها أو إبهام أو قد تكون غامضة وعندئذ تستخلص من خلال تضاعف الوثيقة الدستورية. والرأي عندنا أن المشرع التأسيسي وهو يستلهم من الفكرة القانونية السائدة ضرورة إقامة نظام لقضاء الرقابة على الدستورية فإن تلكم البواعث والأسباب يمكن إجمالها بشكل عام في الآتي:

١. قيل أن القانون الذي تسنه السلطة التشريعية هو الأداة التي يمكن أن تتصرف فيه عن أحكام الدستور خصوصاً بعد ذبوع فكرة السيادة التمثيلية وتشرب الضمير القانوني الوضعي بنزعة تقديس الإرادة العامة وعبادة التشريع المعبر عنها بعد أن ساد الإعتقاد بكماله وكفايته. ولهذا أصبح فحص الدستورية الذي تضطلع به هيئة قضائية مستقلة ومحيدة أمراً ما عنه محيص.



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٢. وتبرز أهمية القانون في دول الديمقراطيات الغربية التي تعتبر الجمعيات التشريعية فيها المعبر عن الإرادة العامة بحكم تكوينها بالانتخاب الذي يعد ثمرة من ثمار الديمقراطية، ولهذا السبب فكثيراً ما يعتري الجمعيات التشريعية الغرور والتحكم فتسن تشريعات تخالف الدستور والفكرة القانونية السائدة. ولاشك في أن ظهور دكتاتوريات الجمعيات التشريعية التي ظهرت في فرنسا في الأعوام من ١٧٩٢-١٧٩٥، ١٨٤٨ في ظل نظام حكومة الجمعية<sup>١٠</sup> هو على ذلك شهيد.

٣. بعد إنتشار مذهب التدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية وظهور المذاهب الإشتراكية وإنسياق الكثير من الدول في مجرى التيارات التدخلية المعتدلة منها والمتطرفة، إزداد تدخل الدولة في مجالات واسعة من أوجه النشاط التي كانت وفقاً على الحافز الخاص وحده. فخشي أنصار المذهب الفردي من أن تؤدي سياسة التدخل هذه بموروثات المذهب الفردي والإعتداء على حقوق الأفراد وحررياتهم، فدفعتهم هذه الخشية على التفكير في درء هذا الاعتداء المحتمل وقوعه أو ردعه حين يقع، فكان لهذا السبب أن أعطت دساتير ما بعد الحربين الأولى والثانية أهمية ملحوظة لموضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين<sup>١١</sup>.

ليس من شك فيما تتطوي عليه هذه الأسباب والمبررات من دحض لدعاوى المناهضين للرقابة القضائية على الدستورية، المنتسكين في جدواها لضمان حماية سمو الدستور، خصوصاً أولئك الذين إستندوا إلى الإعتبارات التاريخية في فرنسا وأوا في الرقابة القضائية عامل هدم لمبدأ الفصل بين السلطات أو أولئك الذين إستندوا إلى فكرة الإصدار la promulgation في ألمانيا الذين رأوا فيه شهادة من رئيس الدولة بسلامة القانون الذي شرعه البرلمان.

<sup>١٠</sup> جوليان لافيريير Julien laferriere

Manuel de droit constitutionnel 2 ed . 1947. P.85

<sup>١١</sup> انظر مقدمة رسالة الاستاذ الدكتور أحمد كمال ابو المجد في (الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري) القاهرة ١٩٥٨

على أن هناك أسباباً موضوعية أخرى خاصة ببعض الأنظمة السياسية فرضت على واضعي الدساتير أن تكون الرقابة القضائية على الدستورية عندهم انعكاساً لظروفهم ووقائع تاريخهم السياسي والدستوري. وهذا ما نحاول التعرض له في سياق حديثنا عن هيئة الرقابة القضائية على الدستورية في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

**المبحث الثاني: هيئة الرقابة القضائية على الدستورية وصورها**

كما يفصح عنه موضوع هذه الدراسة فإن الجهة التي تتاطب بها ولاية النظر في مسألة الرقابة على الدستورية هي جهة قضائية وليست سياسية.

وإذا كان هناك إعتبار عام مشترك في النظم الدستورية التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية يتمثل فيما يتصف به القضاء من الحياد والإستقلال والتخصص فإن هذه النظم تتفاوت مع ذلك في تنظيمها لهذا الضرب من الرقابة وفقاً للإعتبارات الخاصة بكل منها أو تبعاً للفكرة القانونية السائدة المهيمنة على دساتيرها. وهو الأمر الذي ترتب عليه إختلاف هذه النظم في تنظيمها لصور الرقابة والإجراءات المتعلقة بتحريك دعوى الدستورية والآثار الناشئة عن الحكم القضائي الذي تصدره جهة القضاء الدستوري.

وتعد الولايات المتحدة الأمريكية المصدر الأول الذي نشأت فيه الرقابة القضائية على الدستورية. وتلقي الفكرة القانونية السائدة الضوء على الأسباب التي أملت على آباء الدستور الأخذ بهذا الضرب من الرقابة ويمكن إجمالها في الآتي:

١. عامل تاريخي يتحدد في أن السلطة التشريعية في المستعمرات الإنكليزية في أمريكا كانت مقيدة بالمواثيق أو القوانين التي كانت ترخص بإنشائها وهي قوانين إنكليزية. وقد ترتب على هذا أن التشريعات التي تسنها هذه السلطات كانت قابلة للطعن فيها أمام المجلس الخاص للملك إذا ما صدرت متعارضة وتلك المواثيق أو القوانين الإنكليزية. وقد رسخ هذا الإستقرار في العقلية السياسية الأمريكية فكرة خضوع القانون للدستور وقيام رقابة تفرض ذلك على المشرع العادي<sup>١١</sup>.
٢. عامل موضوعي نابع من طبيعة الأوضاع الخاصة التي نشأ في ظلها الإتحاد، فالشكل الفيدرالي للدولة إقتضى تقسيم الإختصاصات بين دولة المركز وبين

<sup>١١</sup> الأستاذ بيردو . المرجع السابق ص ١٠٨ .

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الدويلات الأعضاء، ومن أجل ضمان إحترام قواعد توزيع الإختصاص هذه فقد تطلب ذلك قيام رقابة فعالة على الدستورية، حتى لقد قيل أن حق القضاء الإتحادي في ممارسة هذه الصورة من صور الرقابة على الدستورية ليس إلا ثمرة من ثمار النظام الإتحادي نفسه<sup>١٣</sup>.

٣. ولكن هناك من يرى أنه لا يوجد إلا أصل أو سبب قضائي لهذا الضرب من الرقابة. ذلك أن سلطات القضاة الامريكان في الرقابة على الدستورية لم تتأكد فعلاً إلا في ذلك الحكم الشهير الذي صاغ عباراته القاضي مارشال Marchalle في قضية ماديسون Marbury v. Madison الصادر عام ١٨٠٣ ، ذلك القرار الذي أقامه القاضي مارشال على مبدأ سمو الدستور والدور الذي يضطلع به القضاة في وجوب تغليب القاعدة الاعلى<sup>١٤</sup> وهذا ما تعززه مذكرة الأستاذ هاملتن Hamilton أحد آباء الدستور الذي ذكر في مذكرته (يجب على القضاة إحترام الدستور بوصفه القانون الأسمى وعليهم تغليبه إن وجد بينه وبين القانون تعارض لا سبيل لإزالته)<sup>١٥</sup>.

هذا عن الرقابة على الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية ، أما تلك التي شيدها القانون الأساسي العراقي الصادر في آذار ١٩٢٥، فقد عهد بها إلى محكمة خاصة سماها المحكمة العليا. غير أن الواقع يفصح عن أن المشرع التأسيسي في بنائه لهذه الرقابة لم يكن يبتغي من ورائها حماية سمو الدستور من غائلة الإنحراف التشريعي بقدر ما كان يهدف إلى تقرير رقابة فعالة للسلطة التنفيذية على السلطة التشريعية.

والرأي عندنا أن هذا الواقع لا يمكن تفسيره بمعزل عن الفكرة المهيمنة على واضعي القانون الأساسي. ويرجع هذا إلى أن الوقائع السياسية التي عاصرت وضع القانون الأساسي في العراق كانت تفصح عن أثر المعاهدة العراقية البريطانية التي أبرمت بين

<sup>١٣</sup> الأستاذ ببيرو المرجع السابق ص ١٠٨.

ويقارن الأستاذ أحمد كمال ابو المجد . المرجع السابق ص ١٠٢ وما بعدها

<sup>١٤</sup> الأستاذ ببيرو – ص ١٠٨ والمراجع التي أشار إليها خصوصاً رأي الأستاذ لاجير

<sup>١٥</sup> ينظر في تفصيل ذلك: الدولة الاتحادية أسسها ودستورها Thae Federalist or the new constitution مقال الأستاذ هاملتن والحادي والثمانون

مناقفة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين

البلدين في ١٠/١٠/١٩٢٢ ودورها كقوة مؤثرة في وضع أحكامه. فقد ورد في مادتها الثالثة النص على (أن يوافق جلالة الملك على وضع مشروع قانون أساسي يعرض على المجلس التأسيسي وعلى تنفيذ هذا القانون الذي لن يتضمن شيئاً مناقضاً لأحكام المعاهدة المذكورة) ولهذا لم تقم المحكمة العليا بدورها في الرقابة على وفق ما يقتضي لها أن تفعله ، فلم يكن دورها فعالاً وكل ما تمخض عنه قضاؤها في حقبة النظام الملكي كلها هو صدور حكم واحد بالإلغاء الذي صدر في شهر أيلول من عام ١٩٣٩. بينما نجد أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ظل دستور الإتحاد الهاشمي بين العراق والاردن والتي عهدت بمقتضى القانون الدستوري للإتحاد الصادر في عام ١٩٥٨ إلى محكمة عليا انشئت لهذا الغرض كانت ثمرة من ثمار النظام الإتحادي الذي نشأ بين الدولتين.

كذلك نجد أن الإعتبارات المتعلقة بالدولة الفيدرالية هي التي أملت على واضعي قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية أن يضموا هذا القانون ذي الطبيعة الدستورية نظاماً خاصاً للرقابة على دستورية القوانين.

وبالمثل أيضاً نجد أن الإعتبارات أو الفكرة الباعثة على إنشاء القضاء الدستوري المتمثل في المحكمة الإتحادية العليا في ظل دستور الإتحاد السويسري الجديد المعمول به منذ الأول من يناير عام ٢٠٠٠ تشمل فيما تشمله الحفاظ على سمو الدستور وحقوق المقاطعات الأعضاء في الإتحاد وحماية الحقوق والحريات العامة.

أما بصدد المسائل التي تثيرها الرقابة القضائية على الدستورية فيمكن التعرض لها في الآتي:

أولاً: تحديد الجهة التي تمارس هذه الرقابة.

ثانياً: تحديد صور الرقابة، أي رقابة الإلغاء ورقابة الإمتناع.

ثالثاً: تحديد الجهات التي لها حق تحريك الرقابة.

ونتعرض لهذه المشاكل تباعاً في الآتي:

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

### أولاً: تحديد الجهة التي تمارس الرقابة القضائية:

لا تتحو الدساتير منحىً واحداً في تحديد الجهة القضائية المنوط بها إختصاص الرقابة على الدستورية. ويرد بعض الفقه موقف الدساتير من هذه المسألة إلى إسلوبين<sup>١٦</sup>:

أ- مركزية الرقابة القضائية على الدستورية.

ب- لا مركزية الرقابة القضائية الدستورية.

فمن مقتضى الإسلوب المركزي في الرقابة أن يعهد بها إلى جهة قضائية واحدة قد تكون المحكمة العليا في النظام القضائي العادي، وقد تكون محكمة دستورية متخصصة. وهذا الإسلوب هو الغالب في معظم النظم السياسية. وقد كانت المفاضلة بين نظامي مركزية الرقابة ولا مركزيتها موضع مناقشات المؤتمر الدولي للقانون العام المنعقد في باريس في ٢٠ من تشرين أول ١٩٢٨ والتي خصصت لمناقشة التقرير المقدم من الفقيه النمساوي هانز كلسن عن مشكلة الرقابة على الدستورية حيث شارك فيه عدد كبير من أكابر فقهاء القانون مثل الاساتذة دوجي وبارتلمي وجيز. وقد أيد الأستاذ دوجي نظام الرقابة على الدستورية في الولايات المتحدة محذراً من خطورة إيلائها إلى محكمة واحدة ربما تتحول غالباً إلى هيئة سياسية فتكون مصدراً لإشكالات سياسية دستورية<sup>١٧</sup>.

وفي ظل هذا الإتجاه تتاط الرقابة على الدستورية بالمحكمة العليا في القضاء العادي كمحكمة التمييز (النقض) أو المحكمة الاتحادية بحيث تقوم هذه برقابة الدستورية إلى جانب ما ينط بها من إختصاصات قضائية أخرى.

ومن الدساتير الذي أخذت بهذا التنظيم نذكر دستور الاتحاد السويسري الصادر عام ١٨٧٤ الذي تولت إختصاص الرقابة على الدستورية فيه المحكمة الفيدرالية إلى جانب إختصاصاتها القضائية الأخرى في المسائل المدنية والتجارية. غير أن إختصاص هذه المحكمة جاء مقصوراً على النظر في الطعون الموجهة ضد قوانين الولايات التي تمس حقوق الأفراد وحررياتهم وتصدر منتهكة الدستور الإتحادي ودساتير الولايات<sup>(٢)</sup>. كذلك ناطت المادة ١٨٩ من الدستور السويسري الجديد إختصاص الرقابة على الدستورية بالمحكمة الاتحادية (أو القضاء الدستوري) Jurisdiction of Federal Court .

<sup>١٦</sup> الدكتور أحمد كمال ابو المجد. المرجع السابق ص ٥٧٧ وما بعدها

<sup>١٧</sup> الدكتور أحمد كمال ابو المجد. المرجع السابق ص ٥٧٧

ويمكن في ظل هذا الإتجاه أيضاً أن يعهد بالرقابة على الدستورية إلى محكمة دستورية خاصة تنشأ لهذا الغرض. ولا تدخل هذه المحكمة في عداد المحاكم القضائية ولهذا يحيطها المشرع التأسيسي بأهمية ملحوظة وقد يدع تنظيمها إلى قوانين خاصة تصدر لاحقاً. ومن الدساتير التي نسجت على هذا المثال نذكر المحكمة العليا التي انشئت بالمادة ٨١ من القانون الأساسي العراقي وناطت بها إختصاص الرقابة على الدستورية وتفسير القانون الأساسي العراقي بالإضافة إلى بعض الإختصاصات الأخرى مثل محاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة المتهمين بجرائم سياسية أو بجرائم أخرى. وقد تضمن القانون الأساسي بيان تكوينها فنص على تأليفها من ثمانية أعضاء عدا الرئيس أربعة ينتخبهم مجلس الأعيان من بين أعضائه وأربعة من بين حكام محكمة التمييز أو غيرهم من كبار الحكام وتتعد المحكمة برئاسة رئيس مجلس الأعيان وإذا تعذر ذلك فبرئاسة نائبه. وهذه المحكمة ليست دائمة ولا تدخل في عداد المحاكم العراقية وإنما تؤلف وتتعد بإرادة ملكية عندما تقوم الحاجة إليها .

كذلك المحكمة الدستورية العليا التي نص على إنشائها دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ وأحال إلى قانون خاص يصدر لاحقاً بتنظيمها وقد صدر هذه القانون فعلاً برقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨.

ثم جاء قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية الذي نصت المادة ٤٤ منه على إنشاء المحكمة الإتحادية العليا التي عهد إليها بممارسة الرقابة على دستورية القوانين. وهناك أيضاً المحكمة الدستورية العليا التي نصت على تأليفها المادة ١٧٤ من دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام ١٩٧١ ووصفتها بأنها هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في البلاد.

أما الإسلوب اللامركزي في الرقابة، فمؤداه أن تتولى الرقابة على الدستورية جميع الهيئات القضائية في البلاد بصرف النظر عن موقع المحكمة في سلم المحاكم القضائية، وهو الأمر الذي يتفق مع مهمة القاضي ويعتبر من صميم وظيفته في تغليب قاعدة القانون الأعلى وإستبعاد القانون الأدنى إذا كان مخالفاً له. وهذا ما هو متبع في الدستور الأمريكي ورسخه قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية من خلال تفسيره لأحكام

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

المادتين الثالثة والسادسة من الدستور وكان ذلك- كما ذكرنا - في ذلك الحكم الشهير الذي صاغ عباراته القاضي مارشال في قضية ماربوري ضد ماديسون. وقد إستقر الامر في الولايات المتحدة بصدد حق القضاء في ممارسة الرقابة على الدستورية على وفق الآتي:

١. قيام المحاكم الإتحادية وعلى رأسها المحكمة العليا بمراقبة الدستورية على القوانين التي تسنها برلمانات الولايات سواء كانت قوانين أساسية أو عادية وذلك من حيث موافقتها للدستور الإتحادي، كما تراقب دستورية القوانين التي يسنها الكونغرس (السلطة التشريعية للإتحاد) من حيث موافقتها لدستور الإتحاد.
٢. قيام محكمة الولايات بممارسة رقابة الدستورية على القوانين التي تسنها السلطات التشريعية في الولايات من حيث موافقتها للدستور الإتحادي ودساتير الولايات.

#### ثانياً: صور الرقابة على الدستورية:

يمكن التمييز بشكل عام بين صورتين رئيسيتين للرقابة القضائية على الدستورية، وهما رقابة الإلغاء ورقابة الامتناع .

#### رقابة الإلغاء بطريقة الدعوى الأصلية:

تعد هذه الطريقة من أقوى الطرائق أثراً في تحديد مصير القانون الذي صدر مخالفاً للدستور. فهي كما وصفت طريقة هجومية offensive تتصدى للقانون موضوع الرقابة فتقوم المحكمة بفحصه والتثبيت من مدى مطابقته للدستور. وقد ترى عند الإقتضاء إلغاءه أو كما جرى التعبير القضائي عليه إبطاله عندما يثبت لها عدم مشروعيتها.

ففي هذه الحالة تتحدد الوقائع في أن قانوناً كان قد صدر ووصل إلى علم الكافة وأن طعناً قدم للمحكمة المختصة يطلب فيه تحريك الرقابة والحكم بإلغاء القانون أو إبطاله. فإذا ما ثبت للمحكمة مخالفة القانون للدستور قضت بإلغائه، ويكون حكمها بالإلغاء ذا حجية على الكافة سواءً بالنسبة للسلطات أم الأفراد، كما أن الأثر المترتب على الحكم هو إلغاء القانون وترقيته من مجموعة القوانين فلا يجوز بعد ذلك العودة إليه والإستناد عليه في القضايا المقبلة. وبالنظر لخطورة هذا الضرب من الرقابة فقد إقتضى النص عليها دستورياً كيما يكون ذلك مبرراً للتصدي لعمل صادر عن السلطة التشريعية المعبرة عن سيادة الأمة

مناقفة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين

والحكم بالغانه.

هذه الصورة الرقابية أخذ بها القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ والقانون الدستوري الصادر في ٢١ أيلول ١٩٦٨ وقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية. وواضح أن هذا الضرب من رقابة الإلغاء يفترض أن تكون الرقابة لاحقة لصدور القانون ونشره ، لكن رقابة الإلغاء قد تكون في بعض الحالات سابقة على صدور القانون ، وقد أخذ دستور إيرلندا الحرة الصادر في الأول من تموز ١٩٣٧ برقابة الإلغاء السابقة التي أجازت لرئيس الدولة أن يحيل أي مشروع قانون إلى المحكمة العليا للنظر في دستوريته بعد الوقوف على رأي مجلس الدولة في ذلك.

ويلاحظ أن غالبية الفقه ترى أن بسبب ما تنطوي عليه رقابة الإلغاء من خطورة الآثار التي تمس كيان القانون من جهة وتهديد لإستقلال السلطة التشريعية من جهة أخرى، فإن هذه الرقابة لم تلق إقبالاً ولم تظهر في التطبيق إلا في نطاق محدود. وقد إتجهت غالبية النظم الدستورية إلى ممارسة رقابة على الدستورية بإسلوب قضائي آخر لا ينطوي على ذات الخطورة والآثار ويحافظ من حيث الظاهر على إستقلال السلطة التشريعية، وهذا ما يتمثل في رقابة الإمتناع<sup>١٨</sup>.

#### رقابة الإمتناع:

إن الدفع الفرعي بعدم الدستورية هو وسيلة هذه الرقابة التي هي على خلاف رقابة الإلغاء وسيلة دفاعية defensive. ففي ظلها يتصدى القضاء بصورة غير مباشرة للقانون أي عندما يثار أمامه نزاع في قضية إدارية أو جنائية أو مدنية فينزع أحد الخصوم بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه فيقدم دعواً بمناسبة الدعوى المرفوعة يطلب فيها إستبعاد القانون الذي يشك في عدم دستوريته. ويتوقع فيما لو طبق عليه إلحاق ضرر به. وفي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يوقف النظر في الدعوى وينظر في الدفع المقدم إليه فإن إقتنع بجديته وقضى بعدم دستورية القانون إستبعده أو أهمله فلا يطبقه على النزاع المعروض عليه. أما إذا وجد القانون موافقاً للدستور قضى برفض الدفع وعاود النظر في

<sup>١٨</sup> الدكتور اسماعيل مرزه . المرجع السابق ٣٩٧ ويراجع في تقدير الرقابة الاستاذ جوليان لاڤيرير. المرجع السابق ص ٥١٣ والاستاذ بيردو. المرجع السابق ص ١٠٥.



## موضوع النزاع<sup>١٩</sup>.

ويلاحظ أن هذا الإسلوب لا يتطلب النص عليه دستورياً لأن الإمتناع عن تطبيق قانون غير دستوري يعتبر من صميم وظيفة القاضي كما قلنا. كما أن قرار القاضي بعدم دستورية القانون لا ينجم عنه إلغاء القانون وإنما إستبعاده فقط أو عدم تطبيقه. ثم أن قرار القاضي لا يكون له حجية على الكافة وإنما الحجية نسبية تشمل أطراف النزاع فقط.

وتعد الولايات المتحدة الأمريكية الموطن التقليدي لنظام الرقابة القضائية على الدستورية بطريق الإمتناع المقرون بنظام السوابق القضائية، ووسيلتها في ذلك الدفع الفرعي<sup>٢٠</sup>، وأوامر المنع (الأمر القضائي) والحكم التقريري<sup>٢١</sup>، ومما يقتضي بيانه في هذا الخصوص أنه إذا كان قضاء رقابة المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية هو مجرد قضاء إمتناع، فإن أثر هذا القضاء يزداد قوة من الناحية العملية بفضل نظام السوابق القضائية المعمول به هناك. فالقاضي ملزم بإتباع السوابق القضائية. ولما كانت المحكمة العليا تقف في القمة بالنسبة للمحاكم الأدنى منها درجة لهذا قيل أن قضاء المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية قضاء إمتناع مقرون بنظام السوابق القضائية. وهذا من شأنه أن يشمل القانون غير الدستوري ويعطله دون أن يلغيه أو يبطله، وهو الأمر الذي دفع بالكثير من الكتاب إلى التصور - خطأ - بأن قضاء الدستورية في الولايات المتحدة هو قضاء إلغاء لا إمتناع، مع أن القانون لم يلغ ولم يرقن قيده من مجموعة القوانين وربما تطورت الظروف وألغت المحكمة السابقة الأولى وعادت إلى القانون غير الدستوري لتضفي عليه صفة الدستورية في سابقة جديدة<sup>٢٢</sup>.

### ثالثاً: الجهات التي لها حق تحريك الرقابة على الدستورية:

تتفاوت الدساتير في تحديد الجهات التي لها حق تحريك رقابة الإلغاء على الدستورية فبعضها يمنح هذا لبعض السلطات العامة في الدولة، وللأفراد أيضاً. ومن المؤكد أن إناطة السلطات العامة حق تحريك الرقابة على الدستورية لا يثير خلافاً كثيراً رغم أن هذه الهيئات تملك موازنة الظروف وتقدير الأمور التي تترخص بموجبها في تحريك الرقابة أو

<sup>١٩</sup> الاستاذ بيردو. المرجع السابق ص ١٠٧.

<sup>٢٠</sup> Le control par voie d'action

<sup>٢١</sup> Declaratory Judgment

<sup>٢٢</sup> الدكتور سعد عصفور - المرجع السابق - ص ١٤٦ وما بعدها، والمراجع التي يشير إليها.

مناقفة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين

الإمتناع عنه. إلا أن الأمر يثير الإعتراض بالنسبة للأفراد. فإذا ما خص الدستور الأفراد بهذا الحق دون شروط فسيحيل هذا الإطلاق دعوى الرقابة إلى ضرب من دعوى الحسبة المعروفة في الشريعة الإسلامية، ويجعل بمقدور كل مواطن واحد وبناءً على رغبته وإرادته المنفردة أن يجند للعمل سلطة عليا -هي المحكمة العليا أو المحكمة الدستورية- لبحث موضوع دعواه والتحقيق فيها. بينما إشتربت بعض الدساتير شروطاً أخرى لإقامتها كأن تكون لرافع الدعوى مصلحة حالة أو مقبلة في إلغاء القانون غير الدستوري. وينتقد بعض الفقه حرمان الأفراد من حق تحريك دعوى الرقابة على الدستورية لما يؤدي إليه ذلك من تجريد هذه الطريقة من صفتها القائمة على كونها أداة لحماية حقوق الأفراد الدستورية وإحالتها إلى مجرد أداة لحل المنازعات بين السلطات وبذلك تفقد هذه الطريقة أهميتها في حماية الدستور.

أما بالنسبة لرقابة الإلغاء السابقة، فيلاحظ أن القانون لم يصدر بعد وهو لما يزل مشروعاً يتطلب موافقة رئيس الدولة عليه، بتعبير آخر أنه لم يصدر ولم ينشر، لذلك يكون من المتعذر منح الأفراد حق تحريك دعوى الدستورية ضده، ولذا يصبح إيلاء هذا الحق إلى إحدى الهيئات العامة أمراً يتفق مع المنطق. وهذا ما أخذ به دستور إيرلندا الحرة كما ذكرنا آنفاً.

أما الدساتير التي سمحت للمواطنين بالطعن في الدستورية فنذكر دستور الإتحاد السويسري السابق الصادر عام ١٨٧٤ الذي أجاز للمواطنين أن يتقدموا -بدون رسم- بطعونهم ضد القوانين التي تصدرها المجالس التشريعية للولايات سواء أكانت لهم مصلحة حالة أو مقبلة.

أما تحريك دعوى رقابة الإلغاء في ظل القانون الأساسي العرفي الصادر عام ١٩٢٥ فمقصود على السلطة التنفيذية وحدها فإن شاعت أعمال قانون معين يكون من صالحها العمل به رغم عدم دستوريته أحجمت عن تحريك دعوى الدستورية، وإن شاعت خلاف ذلك حركتها.

وفي ظل القانون الدستوري الصادر في ٢١ أيلول ١٩٦٨ في العراق نصت المادة الخامسة من قانون المحكمة الدستورية العليا على جعل تحريك دعوى الدستورية مقصوراً

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

على كل من رئيس الجمهورية، رئيس الوزراء، وزير العدل، الوزير المختص، محكمة التمييز عندما تنتظر في القضية المعروضة أمامها. وهذا معناه أن الرقابة لا يثيرها إلا أعضاء السلطة التنفيذية ومحكمة التمييز، دون الأفراد. غير أن رأياً في الفقه<sup>٢٣</sup> - نراه سليماً ونؤيده فيما ذهب إليه - يرى أن بمقدور الأفراد الطعن في دستورية قانون معين أمام المحاكم العادية عن طريق الدفع بعدم الدستورية وإذًاك يتعين على القاضي إذا كان الدفع جدياً أن يرفع الأمر إلى وزير العدل ليطلب هذا بدوره من المحكمة العليا النظر في الموضوع، وللمواطن في حالة رفض القاضي الدفع المقدم إليه أن يطعن في قراره أمام محكمة التمييز التي تستطيع بدورها أن تطلب إلى المحكمة العليا البت في الموضوع.

هذا عن رقابة الإلغاء التي عندما تتولاها محكمة خاصة أو عليا في سلم المحاكم القضائية أما في حالة رقابة الامتناع التي تنهض بها المحاكم عموماً في ظل نظام لا مركزية الرقابة كالذي هو مطبق في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن حق تحريك دعوى الرقابة مكفول لجميع المتداعين في الأفضية التي تنتظر فيها هذه المحاكم. على أنه يقتضي البيان أن هذا الحق لا بد أن تحيط به ضمانات وإجراءات تكفل حسن أدائه وعدم الإسراف في إستعماله. فلا بد مثلاً أن تكون هناك خصومة وأن هناك توقعاً لوقوع الضرر جراء تطبيق القانون غير الدستوري على الطاعن كما هو الحال في أسلوب أوامر المنع وأن تنتهت المحكمة من جدية الطعن. كذلك وضعت شروط لإستعمال أسلوب الحكم التقريري، إذ إشتراط القانون الصادر عام ١٩٣٤ قيام خصومة حقيقية، وتطبيقاً لذلك أصدرت المحكمة العليا لأول مرة في عام ١٩٣٧ حكماً في قضية شركة التأمين منكرةً فيه بضرورة قيام خصومة حقيقية كي ما تتمكن المحكمة من إصدار حكم تقريري فيها، بينما لم يكن يشترط قبل صدور هذا القانون قيام دعوى لتحريك دعوى الدستورية<sup>٢٤</sup>.

ختامة: نظرة في مستقبل الرقابة القضائية على دستورية القوانين:

برغم أن الحركة الدستورية الحديثة قد جعلت من الرقابة على الدستورية ركناً من أركان الدولة القانونية، إلا أن التطبيقات المقارنة لها واجهت نظرات متشائمة لم تكن أقل جذوة من تلك التي واجهتها الرقابة السياسية. وقد تأثر جانب من الفقه الدستوري عندنا في

<sup>٢٣</sup> الدكتور مالك دوهان الحسن. المدخل لدراسة القانون الجزء الأول ١٩٧٢ ص ١٤٥ وما بعدها.  
<sup>٢٤</sup> يراجع في تفصيل ذلك. الدكتور أحمد كمال ابو المجد. المرجع السابق الصفحات ٢٤٥ و ٢٧٣ وما بعدها.

مناقفة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين

العراق بالآثار الناشئة من تلكم التطبيقات -وفي العراق أيضاً- فكانت له نظرة مماثلة ورأي بلغ حد التشكيك في جدوى الرقابة على الدستورية بوجه عام. ولكي تقف على الرأي الأري في مستقبل الرقابة القضائية على الدستورية نورد البيان الآتي:

أولاً: إن من أبرز العوامل التي سببت هذه النظرة المتشائمة حيال الرقابة القضائية على الدستورية، ذلك التطور في قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية وما نشأ عنه من آثار وازمات تناولها العقل السياسي والقانوني بالبحث والتحليل. فمذ أن عرس القاضي مارشال بذرة الرقابة على الدستورية في القضاء الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية وذلك قطوفها في ذلك الحكم الشهير الذي صدر في قضية ماربوري ضد ماديسون عام ١٨٠٣، تحدد نطاق هذه الرقابة ضيقاً مقصوراً على التثبيت من مدى مطابقة القانون للدستور. وتلك كانت رقابة المشروعية التي اقتصر على الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور<sup>٢٥</sup>. وبالنظر إلى أن على القاضي الأمريكي أن يحترم -كما ذكرنا- الأحكام التي تعد سوابق قضائية *Precedent Judiciaire* فقد أضحى والحال هذا قضاء الرقابة على الدستورية قضاء إمتناع مقرون بنظام السوابق القضائية<sup>٢٦</sup>. وعندما تصدت المحكمة العليا لخصوم الرقابة الذين رأوا فيها غصباً للسلطة وضعت المحكمة ضوابط لقضائها تحددت في الاصل في الآتي:

١. وجود قرينة قانونية قوامها أن الأصل في القوانين مطابقتها لأحكام الدستور.
٢. عدم إمتداد الرقابة إلى بواعث التشريع وملائمته.

غير أن وقائع التاريخ القضائي لأحكام المحكمة العليا وتحليلها تفصح عن أن المحكمة لم تتقيد في قضائها بالنطاق الذي رسمته لنفسها، وهو الأمر الذي قادها إلى مراقبتها للسياسة التشريعية والبحث عن الفكرة المهيمنة على الدستور وتمحيص الوضوح التشريعي للقوانين التي يصدرها الكونغرس، فكان أن ظهرت كتابات تتحدث عن حكومة القضاة

<sup>٢٥</sup> جورج جافان George H. Jaffan

Le modes d'introduction du controle judiciaire de la constitutionalite des lois aux Etats-Unis P. 256.

<sup>٢٦</sup> رودني موت Rodeney Motte

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

Gouvernement des juges وحكومة أوامر المنع وغصب المحكمة العليا للسلطة Usurpation de pouvoir. ثم تفاقمت الأزمة بذلك الصراع الشهير بين المحكمة وبين الرئيس روزفلت بخصوص قوانين الإنعاش الإقتصادي The New Deal. وهو الأمر الذي دفع الرئيس روزفلت إلى القول (إن الوقت قد حان لحماية الدستور من المحكمة وحماية المحكمة من نفسها وذلك بإستئناف أحكامها أمام الدستور نفسه إذ أن المحكمة تعمل في ظل الدستور لا فوقه)<sup>٢٧</sup>.

We must take action to save the constitution from the court and the court from itself. We must find a way to take an appeal from the Supreme Court to the constitution itself.

في حين رد رئيس المحكمة العليا القاضي هيوز Hughes قائلاً (نحن نعيش في ظل الدستور، ولكن من أراد أن يفقه الدستور فإنه فيما نقوله نحن)<sup>٢٨</sup>. (We are under a constitution, but the constitution is what we say it is.)

ثانياً: لقد كان لهذا التطور في قضاء المحكمة العليا أثره الكبير على كتابات فقه الرقابة على الدستورية في العراق فكانت لهم حيالها- كما قلنا- نظرة متشائمة ومما قوى في نفاذ نظرتهم هذه ذلك النظام الذي أقامه المشرع التأسيسي للرقابة القضائية على الدستورية في القانون الأساسي الصادر في آذار ١٩٢٥ هذا النظام الذي تخالفت فيه -لبواعث شتى- الصيغتان السياسية والقضائية في تكوين المحكمة العليا التي عهد إليها بممارسة هذا الضرب من الرقابة الدستورية حيث ضمت أعضاء نصفهم من مجلس الأعيان (أحد مجلسي البرلمان) والنصف الآخر من أعضاء محكمة التمييز، ونيطت رئاستها برئيس مجلس الأعيان. إن وقائع التاريخ الدستوري لقضاء هذه المحكمة تؤكد على أن البناء الذي شيده المشرع التأسيسي للرقابة على الدستورية لم يكن يبتغي من ورائه حماية الدستور العراقي الجامد من الإنحراف التشريعي بقدر ما كان يهدف إلى تقرير رقابة فعالة للسلطة التنفيذية على السلطة التشريعية<sup>٢٩</sup>، وقد دفع هذا الواقع بعض الفقه<sup>٣٠</sup> إلى القول (يجب ألا

<sup>٢٧</sup> اشار إليه الاستاذ الدكتور أحمد كمال ابو المجد. المرجع السابق ص ٥٢٩.

<sup>٢٨</sup> اشار إليه الاستاذ الدكتور أحمد كمال ابو المجد في دراسته عن (الدور الإنشائي للقضاء الإداري بين المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية في القانون) ص ٢٥ - العدد الثالث- من مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث ايلول ١٩٦٢.

<sup>٢٩</sup> الدكتور منذر الشاوي. القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية. ص ١٣٠ طبعة ١٩٦٦.

<sup>٣٠</sup> الدكتور إسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ص ٧٦، ٢٥٨ طبعة ٢

يغيب عن نظرنا ذلك الإنحراف السياسي الذي يرافق غالباً الرقابة على دستورية القوانين ويؤثر بوضوح في أساسها المنطقي، ذلك لأن الرقابة على دستورية القوانين مهما إتخذت من أشكال أو أسماء فهي من طبيعة سياسية غير ثابتة حساسة بالإتجاهات السياسية والإجتماعية والإقتصادية في البلد ولا بد أنها تتأثر بها عاجلاً أم آجلاً... فهي لم تكتفي بفحص دستورية القوانين وإنما تعدت تلك المهمة وغلبت بعض الإعتبارات وسيطرت على حق السلطة التشريعية. إن المنطق القائل بضرورة وجودها لضمان إلتزام السلطة التشريعية هو منطق بعيد عن الواقع فوجودها لا يضمن حتماً إلتزام السلطة التشريعية بالحدود قد تتعدى الفائدة المبتغاة من تكوينها).

ثالثاً: إن الحجج التي ساقها أصحاب هذا النظر هي في نظرنا حجج داحضة يتعذر علينا التسليم بها للأسباب الآتية:

١. إن الإنحراف في تطبيق الرقابة على الدستورية لا يبرر مطلقاً التشكيك في جدواها بإعتبارها عنصراً من عناصر الدولة القانونية. فالثابت قطعاً أن القواعد الدستورية تصادف على صعيد الواقع تطبيقات مخالفة لما تضمه من أحكام، ولهذا نشأت إلى جانب الدستور المكتوب أعراف مفسرة وأخرى مكملة وغيرها معدلة. بل أن هناك من الأنظمة السياسية ما بنى نفسه على هامش الوثيقة الدستورية، وهذا حال دستور الجمهورية الفرنسية الثالثة لعام ١٨٧٥، غير أن أحداً لم يشكك بجدوى بقاء الدستور أو يدعو إلى إلغائه<sup>٣١</sup>.
٢. أما الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي شادها المشرع التأسيسي العراقي في دستور آذار ١٩٢٥ فقد أريد لها أن تكون -عن قصد- مهیضة الجناح، وأن تكون -لأسباب شتى- لصالح السلطة التنفيذية كي ما تكون رقيباً على السلطة التشريعية وليست لحماية سمو الدستور. وهذا وضع لا يمكن أن يتخذ منه تعلقة يعول عليها للدعوة إلى نبذ الرقابة على الدستورية. ومع ذلك فإن هذه الرقابة كانت ناشئة وكان يمكن لو طال بها الزمن أن تنمو وتثب وتتنطور ومن ثم لتؤدي دوراً فعالاً في حماية الحقوق والحريات الفردية كما حصل ذلك

<sup>٣١</sup> الدكتور سعد عبدالجبار العلوش. دراسات في العرف الدستوري. للمزيد من البيان تراجع الصفحات من ٩٩ وما بعدها.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

في نشأة وتطور المجلس الدستوري في ظل دستور الجمهورية الخامسة في فرنسا لعام ١٩٥٨.

٣. وبالمثل أيضاً لا يمكن إتخاذ قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية وما نشأ عنه من أزمات سبباً للتقرير بعدم جدوى الرقابة، نظراً لأن المحكمة العليا -شأنها شأن الاقضية الدستورية المقارنة- تملك سلطات واسعة في التفسير حتى أنه لم يعد من المغالاة في القول بأن الأزمة التي إنتابت تاريخ الرقابة على الدستورية في الولايات المتحدة هي في حقيقتها أزمة في التفسير<sup>٣٢</sup> *crise de l'interpretation*. وهذا أمر طبيعي عندما يجهد القاضي الدستوري نفسه في البحث عن الوسيلة التي تحفظ للدستور سموه وتدرأ عنه انحراف التشريع البرلماني. صحيح أنه قد تبلورت على صعيد هذا التطور نظرتان ترى الأولى أن المحكمة أما أن تكون المعقل الأخير الحامي للدستور، فيما ترى الثانية أنها يمكن أن تكون العقبة الكأداء في وجه التقدم الاجتماعي، غير أن رأي المتفائلين بالرقابة كان هو الراجح وحجتهم في ذلك أن النظام السياسي نفسه يقدم العلاج للألام الناشئة عن هذه الأزمات وهذا ما يتضح من أن سلطة القضاة الفيدراليين التي تحولت مرات كثيرة صوب التقدير السياسي كانت في مجموعها مقبولة لأنها إستطاعت أن تتوافق مع الإرادة الشعبية<sup>٣٣</sup>.

٤. وإذا كان قد ارتفع تساؤل على صعيد فقه الرقابة القضائية على الدستورية سواء في الولايات المتحدة الأمريكية أو في خارجها يستفسر فيه أصحابه عما إذا كانت الديمقراطية تسمح بأن تعوق تطورها الأغلبية القضائية المتحررة من القيود التي يضعها قضاء حكيم على حريته في التفسير، القدرة على إحلال إرادتها محل إرادة الذين فوضوا مهمة الإفصاح عن الإرادة العامة؟ فإن الرد لا

<sup>٣٢</sup> هيزر S.P. Haeswert

280. P. La lutte en le 'New deal' et la court supreme aux Etats uni؛ دراسة منشورة في المجموعة المهداة للأستاذ لامبير.

<sup>٣٣</sup> ينظر في تفصيل ذلك الأستاذ اندريه ماتيو Andre Mathiot

Les offensive du congres des Etat Unis contre la duris prudens constitution nelle de le cour supreme 58.

دراسة منشورة في المجموعة المهداة للأستاذ ثالين. الجزء الاول ١٩٧٤.

يعدو عن (أن القول بأن القانون من عمل البرلمان وحده قول تجاوزه الواقع الراهن، لأنه حاصل عمل مؤسسات الدولة كلها فالحكومة تقترح والبرلمان يناقش وهناك قضاء يطبق -بحسب الأحوال- القانون ويراقبه وقد يمتنع عن تطبيقه أو يلغيه إذا كان مخالفاً للدستور أو يوجه النصح لسلطة تشريعه لكي لا تزل)<sup>٣٤</sup> وهكذا إنتهى الفقه في تحليله لنظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية إلى التقرير بما للعرف من دور في تمكين القضاء من ان يكون شريكاً في التشريع.

ان ما تقدم من بيان يقودنا إلى التقرير بالآتي:

١. إن الرقابة القضائية على الدستورية ستبقى عنصراً صلباً لا غنى عنه لقيام الدولة القانونية. ولكن الذي تأكد بعد أكثر من قرنين بأن الدولة لا يجب أن تكون محمية بالقانون وحسب وإنما عند الإقتضاء من القانون نفسه. فالقانون السيء البناء المخالف لأمانى المواطنين هو قانون يتساوى في الدرجة مع القانون المحكم البناء الموافق لتلكم الأمانى. غير أن الخشية تتأنى من أن القوانين السيئة تفسد القوانين الجيدة ولذا يتعين على القاضي أن لا ينساق بأية حال من الأحوال للإحراف التشريعي.

٢. ما دام الدستور في معناه المجرد هو التأييد القانوني للفكر السياسي فلا ضير من قيام قاضي الرقابة على الدستورية من أعمال الفكر في تفسير النصوص الدستورية بغية الكشف عن مقاصدها وتبديد غامضها وإستجلاء الفكرة القانونية السائدة المهيمنة عليها. ولهذا نرى أن الرقابة القضائية على الدستورية لها الدور المعلى في الحفاظ على سمو الدستور وتدعيم نظام الدولة القانونية. ولا نعتقد أن إحباطاً سينتاب عندنا في العراق - شجاعة القضاة العراقيين بعد ان رأوا كيف تغولت السلطة التنفيذية قاضي الرقابة على الدستورية عندما رفض تطبيق قرار لمجلس قيادة الثورة السابق صدر مخالفاً للدستور<sup>٣٥</sup>.

<sup>٣٤</sup> ادِيث جياردون Edith Jaillardon محاضرة القيت في كلية الحقوق بجامعة النهريين يوم الثلاثاء ١٩٩٩/٢/٢٣ عن النظام الدستوري الفرنسي ونشرت في مجلة الكلية - العدد ٣ / ١٩٩٩  
<sup>٣٥</sup> ينظر الحكم الصادر في الدعوى المرقمة ١٠/ب/١٩٩٠ محكمة بداءة الكرخ المؤرخ ١٩٩٠/١٢/٣١.



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ونرى أن الرقابة على الدستورية تعد من صميم وظيفة القاضي، وسواءً أورد النص على تنظيمها في الدستور أم لم يرد، فإننا نرى في كل الأحوال أن حق القضاء العادي ثابت في تفسير الدستور فيما يعرض عليه من أقضية، لأن القضاة (نخبة من رجال الأمة اشربت نفوسهم لإحترام القانون وإنغرس في قلوبهم حب العدل وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ المشروعية ولا يقدر لهذا المبدأ إحترام وإستقرار إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء مستقل حر يحميه من الإعتداء ويدفع عنه الطغيان)<sup>٣٦</sup> ويصد عن الحقوق والحريات العامة غوائل الإنحراف في التشريع البرلماني.

---

<sup>٣٦</sup> الأستاذ الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري. مخالفة التشريع للدستور والانحراف في اسناد السلطة التشريعية. مجلة مجلس الدولة المصري السنة الثالثة ١٩٥٢ ص ٢ وما بعدها.

**المبحث الرابع:**  
**الدستور والشريعة الإسلامية**



## ١٥ - الآثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية

### المصدر الأساسي للتشريع

الاستاذ الدكتور فاروق عبد الكريم\*

بسم الله الرحمن الرحيم

#### مقدمة:

حدد قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية الدين الإسلامي ديناً رسمياً للدولة كما عدّه مصدراً للتشريع، كما منع سن قانون خلال المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت الإسلام المجمع عليها.

فقد نصت الفقرة الاولى من المادة السابعة منه على ما يأتي:

"الإسلام دين الدولة الرسمي ويعد مصدراً للتشريع ولا يجوز سن قانون خلال المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت الإسلام المجمع عليها ولا مع مبادئ الديمقراطية والحقوق الواردة في الباب الثاني من هذا القانون، ويحترم هذا القانون الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسات الدينية".

---

\* عميد كلية القانون، جامعة السليمانية.

الآثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

فهذا نص دستوري يتضمن قواعد ملزمة تحكم جميع فروع القانون ولا بد أن تخضع لها القواعد القانونية الفرعية ولا تخرج عنها. ان هذا النص قد وجه نحو إيجاد توازن بين ثوابت الإسلام المجمع عليها وبين المبادئ الديمقراطية والحقوق الواردة في الباب الثاني من القانون والتي تتعلق بهياكل الحكومة لدولة العراق، والجنسية، والحريات، والمساواة وغيرها من الحقوق الأساسية للفرد، وهذا التوازن ليس بالامر الميسور فانه متوقف على الفهم الصحيح والسليم للدين الإسلامي وثوابته وكذلك على الفهم الصحيح والسليم لمبادئ الديمقراطية.

وسنحاول في هذا البحث تسليط الضوء على مدى تأثير هذا النص على فروع القانون. وهناك عدة أسئلة تطرح بشأن هذا التأثير وهي التالية:

١. ماذا يترتب على كون الإسلام ديناً رسمياً للدولة؟
٢. ماذا يترتب على كون الإسلام مصدراً للتشريع؟
٣. وماهي انعكاسات ذلك على فروع القانون وخاصة أن قانون ادارة الدولة لم يقف عند جعل الإسلام مصدراً للتشريع بل أضاف إليه لزوم عدم الخروج على الثوابت الإسلامية المجمع عليها.

وبما أن هذه القواعد قد وردت ضمن دستور فان ذلك يتطلب القاء الضوء على موضوع الدستور في الشريعة الإسلامية ومن هنا فان هذا البحث يتضمن ثلاثة مباحث و على نحو الآتي:

المبحث الاول: الدستور في الشريعة الإسلامية:

اولا- المقصود بالشريعة الإسلامية

ثانيا- التعريف بالدستور

ثالثا- القران الكريم و الدستور

رابعا- السنة النبوية و الدستور

خامسا- مصادر القانون الدستوري في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: الشريعة الإسلامية في قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية:

اولا: الإسلام باعتباره ديناً رسمياً للدولة

ثانيا: الإسلام باعتباره مصدراً للتشريع

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

المبحث الثالث: الاشكالات القانونية المتوقعة:

اولاً: المراد من ثوابت الإسلام المجمع عليها  
ثانياً: مدى تأثر القوانين بالتمسك بثوابت الإسلام المجمع عليها  
الخاتمة في اهم النتائج

المصادر

المبحث الأول: الدستور في الشريعة الإسلامية:

إن فهم عبارة "الإسلام الواردة في قانون إدارة الدولة يتطلب التعريف بالشريعة الإسلامية ولذلك نذكر بإختصار المقصود بالشريعة الإسلامية، ثم نتكلم عن الدستور في الشريعة الإسلامية.

أولاً: المقصود بالشريعة الإسلامية:

الشريعة في اللغة: الطريقة المستقيمة. وفي الإصطلاح: تطلق على ما شرعه الله تعالى من الأحكام على لسان نبيه محمد صلى الله عليه وسلم. ولقد تضمنت الشريعة الإسلامية ثلاثة أنواع من الأحكام:

النوع الأول: الأحكام الإعتقادية، وهي الأحكام المتعلقة بالعتيدة وبيان صفات الله تعالى، وصفات رسوله، والايان باليوم الآخر وما فيه. والعلم الخاص بدراسة هذا النوع من الأحكام هو علم الكلام.

النوع الثاني: الأحكام الخلقية، وهي الأحكام المتعلقة بالفضائل وتهذيب النفس، وما ينبغي أن يتحلى به الإنسان من كريم الخلال. والعلم الخاص بدراسة هذا النوع من الأحكام هو علم الأخلاق.

النوع الثالث: وهي الأحكام المتعلقة بالأعمال والتصرفات الصادرة من الإنسان وهي تنقسم الى قسمين:

القسم الأول: العبادات، وهي الأحكام المنظمة لعلاقة الإنسان مع ربه وتستهدف التقرب الى الله وتهذيب النفس وتأهيلها للقيام بصالح الأعمال.

القسم الثاني: المعاملات، وهي الأحكام المنظمة لعلاقة الانسان مع غيره من بني جنسه في حياته اليومية من بيع وشراء وهيبة وشركة وكذلك ما يتعلق بالجرائم وعقوباتها وغير ذلك. والعلم الخاص بدراسة هذا النوع من الاحكام بقسميها هو

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

علم الفقه والقسم الثاني من النوع الثالث من الاحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية هو الجانب القانوني للشريعة الإسلامية كونه يتضمن القواعد المنظمة للعلاقات الاجتماعية، وادراج القسم الثاني ضمن الجانب القانوني للشريعة الإسلامية دون القسم الأول إنما كان لأن القوانين الوضعية السائدة لا تعنى بمسائل العبادات.

وما يكون له تأثير مباشر على مختلف فروع القانون بموجب قانون إدارة الدولة هو القسم الثاني المشار اليه لأن القانون المذكور إعتبر الإسلام مصدراً للتشريع، على أن عبارة "ثوابت الاسلام المجمع عليها" الواردة في القانون المذكور تشمل كل ما هو مجمع عليه من الاحكام الاعتقادية والاحكام الخلقية والاحكام العملية.

#### ثانياً: التعريف بالدستور:

يقصد بالقانون الدستوري طبقاً للمعيار الشكلي: القواعد التي تتضمنها الوثيقة المعروفة بإسم الدستور، فالدستور طبقاً لهذا التعريف يطلق على الوثيقة المتضمنة للقواعد الدستورية. وأما بموجب المعيار الموضوعي فقد اختلفت التعريفات نذكر بعضاً منها فيما يأتي:

عرفه الفقيه الفرنسي لافيرير بأنه:

"يتضمن القواعد التي توضح طبيعة الدولة - أي شكلها -، وما إذا كانت موحدة أو فدرالية، ونوع الحكومة من حيث كونها جمهورية أم ملكية، والتي تحدد المبادئ الأساسية الخاصة بنظام واختصاصات ونشاطات السلطات العامة الكبرى".<sup>١</sup>

وعرفه الدكتور عبدالحميد متولي بأنه: "ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يبين نظام الحكم للدولة، وعلى وجه الخصوص يبين كيفية تكوين السلطة التشريعية واختصاصاتها وعلاقتها بغيرها من السلطات".<sup>٢</sup> وعرفه الدكتور وحيد رأفت بأنه: "مجموعة القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها ومدى سلطاتها إزاء الأفراد".<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> Jluin Laferrer , opcit. P 268 نقلاً عن:

الدكتور عبدالغني بسيوني عبدالله، المبادئ العامة للقانون الدستوري، ص ٢١.

<sup>٢</sup> الدكتور عبدالغني بسيوني، المصدر السابق، الإشارة نفسها.

<sup>٣</sup> الدكتور منير حميد البياتي الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي، ص ٦٧.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وهذه التعريفات على إختلاف بينها في التعبير تتفق في أن القانون الدستوري يعني ببيان شكل الدولة وتحديد سلطاتها وبيان نظام الحكم فيها وغيرها من القواعد التي تنظم العلاقة بين الحاكم والمحكوم.

وبالنسبة للفقهاء الإسلاميين فإن الفقهاء لم يستخدموا كلمة "الدستور" بالمفهوم المتعارف عليه اليوم، والفقهاء رغم ذكرهم لكثير من القواعد الدستورية إلا أنهم لم يبحثوا هذه القواعد في موضع واحد تحت أبواب وفصول مستقلة بل جاءت هذه القواعد بصورة متفرقة تحت الأبواب المتعلقة بالامامة، والولاية، والامارة، والسير، والقضاء مثلاً.

ولا بد من الإشارة هنا الى ان بعض الفقهاء المتأخرين قد ألفوا كتباً خاصة بحثوا فيها الكثير من موضوعات القانون الدستوري ككتاب "الأحكام السلطانية والولايات الدينية" للقاضي أبي الحسن الماوردي الشافعي، وكتاب "الأحكام السلطانية" للقاضي أبي يعلى الحنبلي، وكتاب "السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية" لابن تيمية، وكتاب "الخراج" لأبي يوسف.

ومع ذلك فاننا إذا أخذنا بنظر الاعتبار مدى أهمية القواعد الدستورية ومكانتها في تنظيم علاقة الحاكم بالمحكوم وقارننا بين ما ذكره الفقهاء بشأن القواعد الدستورية وبين التفصيل الذي ذكره بشأن قواعد الأحوال الشخصية مثلاً من زواج وطلاق وفرقة ومهر وحضانة ونسب وغيرها، يمكننا القول بان عناية الفقهاء بقواعد القانون الدستوري لم تكن كما ينبغي، فالفقه الدستوري فالفقه الاسلامي لم يرق من حيث الأهمية والتفصيل الى مستوى فقه الأحوال الشخصية وفقه المعاملات وفقه العقوبات وغيرها من فروع الفقه الاسلامي

وهذا على عكس ما يراه بعض الكاتبيين من أن قواعد القانون الدستوري في الشرع الاسلامي قد حظيت بنصيب وافر من العناية والتنظيم من قبل الفقهاء<sup>٤</sup>.

ونرى أن عدم توسع الفقهاء في الفقه الدستوري مقارنة بفروع الفقه الاخرى يعود الى أن الدولة في عصرهم لم ترق الى مستواها الحالي من حيث التطور في التنظيم، كما لانستبعد أن يكون لتحفظهم من سلطان بعض الخلفاء في بعض العصور أثر في ذلك.

<sup>٤</sup> الدكتور سمير عالية، علم القانون و الفقه الاسلامي نظرية القانون والمعاملات الشرعية ص ٢٦٢.



الآثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

### ثالثاً: القرآن الكريم والدستور:

يصف بعض العلماء القرآن الكريم بأنه دستور<sup>٥</sup> وهم لا يقصدون بذلك على ما نرى انه دستور بالمعنى المتعارف عليه في الوقت الحاضر، بل يريدون بذلك أن طريقتة في بيان الاحكام هي طريقة الدستور حيث انه اقتصر غالباً على ذكر المبادئ العامة ولم يتعرض للتفاصيل إلا في حالات قليلة. وعلى فرض أنهم أرادوا به الدستور بالمعنى المتعارف عليه اليوم فإنه لم يتعرض لبيان طبيعة الحكم ولا لطريق نصب الحاكم ولا للشروط التي يجب توافرها في الحاكم ولا لكيفية اختيار أهل الشورى والسبب في ذلك يعود الى ما يأتي:

أولاً: إن الشريعة الإسلامية قد نظمت العلاقة بين الانسان وغيره من بني جنسه وعلى النحو الذي سبقت الإشارة اليه، ووجود تلك الاحكام المنظمة للروابط الاجتماعية يعني بالضرورة وجود قانون، و وجود القانون يستلزم بالضرورة وجود من ينفذ هذا القانون والجهة المنفذة هي الدولة.

ثانياً: ان الهدف الاسمي والغاية الأساسية من النصوص الشرعية هي بناء الانسان وتنشئته تنشئة صالحة لأن ذلك يستلزم وجود أسرة صالحة ومن ثم وجود مجتمع صالح، والمجتمع الصالح لا بد من أنه يختار النظام الصالح والقيادة الصالحة.

وبناء عليه فان القضايا الدستورية وان تم تحويلها وصياغتها الى مواد دستورية مقننة إلا انها في حقيقتها قضايا كبرى لا تنشأ في احضان القانون بل تنشأ قبله، فهي قضايا تسبق مرحلة القانون. ومن هنا فلا ضرورة الى وضع قوالب جاهزة لنظام الحكم. والقرآن الكريم قد سلك في عرضه للاحكام مسلكين:

أولهما وهو الغالب، عبارة عن الاقتصار على ذكر المبادئ العامة والاسس الرئيسية في أكثر المجالات ومن ضمنها المسائل المتعلقة بنظام الحكم ومستلزماته. وثانيهما وهو النادر، الدخول في تفاصيل بعض الاحكام. والقاسم المشترك بين الاختصار والبسط هو أن القرآن الكريم لا ينص بصراحة ولا يعرض إلا ما هو ثابت وغير قابل للتغير.

والمسائل المشار اليها هي التي يمكن أن تتغير بتغير الزمان والمكان ومن هنا فان النص عليها يعطيها صفة الثبات وهذا مما قد يوقع الناس في الحرج والمشقة فما هو صالح

<sup>٥</sup> أستاذنا الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسجه الجديد ٢٥/١.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

في عصر وبلد قد لا يكون صالحا لعصر وبلد آخر، واطافة الى ذلك فان سكوت النصوص عن تحديد المسائل المشار اليها يعني اعطاء قسط من الحرية في التشريع للانسان ضمن الاطر المرنة لمقاصد الشريعة العامة، وهذا مظهر من مظاهر التكريم.

ومن المبادئ الثابتة الواردة في القرآن الكريم بشأن قضايا الدستور ما يأتي:

رعاية العدل والعدالة في كل حكم قضائي واداري وغيرهما في كل ما له صلة بحياة الفرد وكرامته. قال تعالى "وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"<sup>٦</sup>. وقال تعالى "إن الله يأمر بالعدل والاحسان"<sup>٧</sup>.

ضرورة قيام الحكم على اساس الشورى. قال تعالى "وأمرهم شورى بينهم"<sup>٨</sup>. والشورى عبارة عن طرح موضوع لم يرد بشأنه نص قاطع في الكتاب والسنة على الامة ممثلة في علمائها للمناقشة وتبادل وجهات النظر والبراهين بغية التوصل الى الحكم الصحيح والموافق لاحكام الشريعة<sup>٩</sup>. والشورى واجبة على الرأي الراجح في الفقه الاسلامي وهي في حقيقتها رفض للاستبداد بالحكم والرأي، واحتكار التشريع والتصريف والارادة وهي تحقق للفرد كرامته وللشعب حقه في تدبير شؤونه.

الحرية في المعتقد، قال تعالى "لا إكراه في الدين"<sup>١٠</sup>.

حماية حق الحياة، قال تعالى "من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الارض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن احياها فكأنما أحيا الناس جميعاً"<sup>١١</sup>.

اقرار حق الملكية، قال تعالى "فلکم رؤوس اموالکم لانظلمون ولا تظلمون"<sup>١٢</sup>.

اقرار القوميات والمساواة فيها، قال تعالى "ياأيها الناس إنا خلقناکم من ذکر وأنثی وجعلناکم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان اکرکم عند الله اتقاکم"<sup>١٣</sup>.

شخصية العقوبة، قال تعالى "ولاتزر وازرة وزر أخرى"<sup>١٤</sup>.

<sup>٦</sup> سورة النساء، آية ٥٨.

<sup>٧</sup> سورة النحل، آية ٩٠.

<sup>٨</sup> سورة الشورى، آية ٢٨.

<sup>٩</sup> الدكتور ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي بين الانظمة الوضعية والشريعة الاسلامية، ص ١٥٦.

<sup>١٠</sup> سورة البقرة، آية ٢٥٦.

<sup>١١</sup> سورة المائدة، آية ٣٢.

<sup>١٢</sup> سورة البقرة، آية ٢٧٩.

<sup>١٣</sup> سورة الحجرات، آية ١٣.

<sup>١٤</sup> سورة الأنعام، آية ١٦٤.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

الشرعية الجنائية، قال تعالى "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا"<sup>١٥</sup>. وهذا ما يعنيه مبدأ لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص.

اقرار حق الأمن والتنقل، قال تعالى "ياأيها الذين آمنوا ادخلوا في السلم كافة"<sup>١٦</sup>، وقال تعالى "هو الذي جعل لكم الارض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه واليه النشور"<sup>١٧</sup>.

حرمة المسكن، قال تعالى "ياأيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها"<sup>١٨</sup>.

وغير ذلك من القواعد والمبادئ الدستورية.

#### رابعاً: السنة النبوية والدستور:

ان السنة النبوية قد تأتي بأحكام مؤكدة لما هو وارد في القرآن الكريم، وقد تأتي بأحكام شارحة و موضحة لما ورد في القرآن الكريم بصورة مجملة، وقد تستقل بالتشريع.

والمبادئ والقواعد الدستورية الواردة في السنة النبوية لا تخرج عن النوع الاول والثاني المذكورين، و ما سكت عنه القرآن الكريم من مسائل المتعلقة بطبيعة نظام الحكم سكتت عنها السنة أيضاً، بمعنى أنها لم تفرض شكلا معيناً او نظاماً معيناً، وما هو جدير بالذكر هنا هو ذلك الاعلان الدستوري الذي اصدره الرسول صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة الى المدينة حيث قام فيها بوضع وثيقة مكتوبة نظم فيها العلاقات بين المسلمين و أهل المدينة يثرب، كما نظمت شؤون دولة المدينة وقننت العلاقات بين رعيته متضمنة بيان الحقوق والواجبات، وتأمين الحريات، وهذه الحريات لم تكن مقصورة على المسلمين بل شملت غيرهم من اهل المدينة<sup>١٩</sup>. ومما ورد في هذه الوثيقة ما يأتي:

أ. اعتبر جميع المؤمنين والمسلمين من قريش ويثرب "ومن تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم انهم امة واحدة من دون الناس". ان الامة بموجب هذه الوثيقة كما ذكر بعض الشراح لم تعد مقصورة على المهاجرين والانصار وحدهم وانما ضمت

<sup>١٥</sup> سورة الاسراء، آية ١٥.

<sup>١٦</sup> سورة البقرة، آية ٢٠٨.

<sup>١٧</sup> سورة الملك، آية ١٥.

<sup>١٨</sup> سورة النور، آية ٣٧.

<sup>١٩</sup> الدكتور سمير عالية، علم القانون والفقہ الاسلامي، المصدر السابق، ص ٢٦٧.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

فضلاً عنهم كل من ارتضى أن يكون معهم من مشركي الاوس والخزرج والعشائر اليهودية المتحالفة معهم<sup>٢٠</sup>.

ب. اعترفت هذه الوثيقة لليهود بحرية ممارسة عقيدتهم.

ج. عدم السماح بالاعتداء على أحد من يهود المدنية أو حلفائهم، و اذا ارتكب احد اليهود اعتداء او جريمه ضد احد ابناء المجتمع، فمسؤولية ذلك تقع عليه وحده<sup>٢١</sup>.

#### خامساً: مصادر القانون الدستوري في الشرع الاسلامي:

ان القانون الدستوري في الاسلام جزء من قسم المعاملات على ما سبقت الاشارة اليه وحيث كان كذلك فان مصادر القانون الدستوري هي مصادر التشريع الاسلامي بوجه عام والتي تشمل الكتاب والسنة والاجماع والقياس والمصلحة المرسله والاستحسان وسد الذرائع والعرف والاستصحاب وغيرها.

ومع ذلك فقد ذكر بعض الباحثين مصادر خاصة لهذا القانون وهي:<sup>٢٢</sup>

١. القرآن الكريم

٢. السنة النبوية

٣. اعمال الخلفاء الراشدين

٤. مذاهب المجتهدين

٥. العرف الاسلامي

ان القرآن الكريم والسنة النبوية مصدران منشآن للاحكام سواء كانت الاحكام دستورية ام غير دستورية، وهذا مما لايقبل الجدل، وكذلك من الطبيعي اعتبار مذاهب المجتهدين مصدرا لهذا القانون لأن مذاهب المجتهدين لاتخرج عن مصادر الشريعة وهي الكتاب والسنة وماتلتهما من المصادر على النحو الذي سبق ذكره قبل قليل.

<sup>٢٠</sup> الدكتور هاشم يحي الملاح، حكومة الرسول، ص٦٥.

<sup>٢١</sup> المصدر السابق، ص٦٦.

<sup>٢٢</sup> الدكتور سمير عالية، المصدر السابق، ص٢٦٦.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

لكن الذي هو محل نظر على ما نرى هو اعمال الخلفاء الراشدين، والعرف الاسلامي، فاذا كان المقصود بالمصدر هنا هو المصدر الملزم والحجة الملزمة فان اعتبار ذينك الامرين مصدرين للقانون الدستوري موضع نقاش لمايأتي:

اذا كانت اعمال الخلفاء الراشدين في اطار نصوص الكتاب والسنة او الاجماع او القياس على حكم ثابت باحد المصادر المذكورة فان حجية ذلك العمل تكون مستمدة من مصادر تلك الاعمال وليس من الاعمال نفسها، واذا كانت تلك الاعمال مستمدة الى مصدر آخر من المصادر التبعية النقلية او العقلية فان الحجية تكون مستمدة من تلك المصادر لا من الاعمال ذاتها. واذا كانت تلك الاعمال غير مستمدة الى المصادر المذكورة اصلها وتبعها نقلها وعقلها فاننا نكون أمام احتمالين:

الاحتمال الاول: أن يكونوا قد اجمعوا على عمل معين فيكون المصدر اجماع الخلفاء، لكننا لانجد فيما نعلم أنهم قد اجمعوا على مسألة غير مذكورة في النصوص او غير مستمدة الى المصادر الاخرى وذلك فيما يتعلق بالدولة وسلطاتها ونظام الحكم فيها فعلى سبيل المثال ما يتعلق بتنصيب الخليفة، فقد تم تنصيب الخليفة ابي بكر رضى الله عنه عن طريق اختيار اهل الحل والعقد، وتم تنصيب الخليفة عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن طريق الاستخلاف، وهو بدوره قد اختار ستة من الصحابة ليختاروا احدهم للخلافة وهكذا لانجد اجماعا بينهم بهذا الشأن.

الاحتمال الثاني: أن يقال بانه عمل الصحابي وهو حجة عند بعض الفقهاء لكنه ليس حجة عند آخرين كالشافعي، والغزالي يرد الاحتجاج بمذهب الصحابي ويقول "أن من يجوز عليه الغلط او السهو ولم تثبت عصمته عنه فلا حجة في قوله، فكيف يحتج بقولهم مع جواز الخطأ؟ وكيف يتصور عصمة قوم يجوز عليهم الاختلاف؟ وكيف يختلف المعصومان؟ وكيف اتفقت الصحابة على جواز مخالفة الصحابة؟ فلم ينكر ابو بكر على من خالفهم بالاجتهاد، فانثناء الدليل على العصمة، ووقوع الاختلاف بينهم، وتصريحهم لجواز مخالفتهم ثلاثة ادلة قاطعة اي على عدم حجية قول الصحابي"<sup>٢٣</sup>.

<sup>٢٣</sup> المستصفي من علم الاصول، ٢/٢٤٣.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

والذي نراه ان ما سار عليه كل خليفة من الخلفاء الراشدين مما ليس بمنصوص او مجمع عليه انما كان امرا تطلبه عصرهم واوضاعهم السائدة آنذاك فهي تدخل في نطاق المصلحة والمصالح متغيرة عادة في مثل تلك الامور التي هي محور كلامنا. وبالنسبة الى العرف الاسلامي نرى انه اذا امتد الى عصر الرسول (وهذا ما نفيناه في السابق) فانه يكون اجماعا عمليا، واذا كان طارئا فلا يمكن اعتباره ضمن مصادر القانون الدستوري لعدم وجود عرف فيما نحن بصدده فالعرف لا يكون عرفا وبالتالي مصدرا للتشريع الا اذا كان مطردا متكررا متلاحقا ومثل هذا لم يحدث فيما نتكلم عنه. ان الذي يجب الا يغيب عن البال في مجال الاحكام وخاصة في مثل هذه المسائل الدستورية الهامة أن نفرق بين ماهو تأريخ وما هو تشريع، لأننا اذا عدنا الى التأريخ الاسلامي في مجال الدولة والدستور فان هذا التأريخ لايعطينا نموذجا واحدا بل يعطينا نماذج مختلفة بل ومتناقضة فالحل والحال هذه الرجوع الى النصوص والمقاصد العامة للشريعة.

ونخلص بما تقدم الى عدم وجود ثوابت اسلامية مجمع عليها في شكل الدولة وطبيعة نظام الحكم وتحديد السلطات وهيكلها فتبقى هذه المسائل محكومة من جهة المصلحة العامة، والامور المشار اليها امور غير مستقرة تتغير بتغير الزمان والمكان والظروف والاحوال وما هو ثابت لايتغير هو اقامة العدل، وتأمين الحريات، واحترام الانسان وعدم انتهاك حقوقه.

#### المبحث الثاني: الشريعة الاسلامية في قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية:

ان ما ورد في قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية فيما يتعلق بالدين الاسلامي يتلخص في ثلاثة امور.

الاول: ان الاسلام هو دين الدولة الرسمي.

الثاني: أنه مصدر للتشريع.

الثالث: منع سن قانون خلال المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت الاسلام المجمع عليها.

وفيما يتعلق بالامر الثالث فان القانون ربطه بأمر آخر وهو ألا يتعارض القانون الذي يتم سنه في المرحلة الانتقالية مع مبادئ الديمقراطية وكذلك مع الحقوق الواردة في الباب

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

الثاني من القانون نفسه. وسنتكلم في هذا المبحث عن الأمرين الأول والثاني، ونتكلم عن الأمر الثالث في مبحث مستقل.

#### أولاً: الإسلام باعتباره دين الدولة الرسمي:

نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة على أن (الإسلام دين الدولة الرسمي) وهذه العبارة ليست جديدة فقد وردت في الدساتير العراقية جميعها وقبلها في القانون الأساسي العثماني، ونستعرض بإيجاز ماورد في تلك الدساتير بهذا الصدد:

- جاء في البند ١١ من القانون الأساسي العثماني الصادر سنة ١٨٧٦ مياًتي: "ان دين الدولة العثمانية هو الدين الإسلامي".
  - وجاء في المادة ١٣ من القانون الأساسي العراقي الصادر سنة ١٩٢٥ أن: "الإسلام دين الدولة الرسمي".
  - وجاء في الدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٥٨ وفي المادة الرابعة منه أن: "الإسلام دين الدولة".
  - وأضافت المادة الثالثة من الدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٦٤ الى العبارة السابقة عبارة: "والقاعدة الأساسية لدستورها".
  - وعلى مثل ذلك نص الدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٦٨.
- وهكذا نجد الدساتير العراقية المتعاقبة تنص على كون الإسلام ديناً للدولة وما ينبغي الوقوف عليه بشأن هذه العبارة يتلخص في أمرين:
- أولهما: تحديد السبب الداعي الى اعتبار الإسلام ديناً رسمياً للدولة او ديناً للدولة.
- ثانيهما: بيان ما يترتب على هذه العبارة من آثار ونتائج قانونية.
- ففيما يتعلق بالأمر الأول نرى أن السبب هو الآتي:

ان الدولة لا تقوم الا اذا توفرت الاركان الآتية: الاقليم، والشعب، والسلطة، والركن هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان داخلاً في ماهيته. وهذا يعني بأن كلا من الاقليم والشعب والسلطة جزء من أجزاء داخلية في ماهية الدولة، ومعلوم أن الدين الإسلامي هو دين الغالبية العظمى من الشعب العراقي وبهذا الاعتبار يدخل الإسلام ضمن ركن من

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

اركان الدولة وهو الشعب لأنه صفة لهذا الشعب بل هو معتقده، وعلى هذا الاساس تكتسب الدولة الهوية الاسلامية.

وجدير بالذكر أن الدساتير العراقية ومن ضمنها قانون ادارة الدولية للمرحلة الانتقالية لم تنص على ان الاسلام دين رسمي في الدولة وانما نصت على انه دين رسمي للدولة. وذلك للسبب المشار اليه، إذ ان عبارة في الدولة لاتفيد اكثر من الاعتراف بوجود دين هو الاسلام، لكن المقصود أصالة في عبارة "الدولة" هو أن الدين الاسلامي هو هوية الدولة ذاتها، أما الاعتراف بالدين الاسلامي كدين فهو مقصود تبعاً بل هو لازم للمعنى الأول ولاينفك عنه.

وفيما يتعلق بالامر الثاني وهو بيان مايرتب على العبارة المذكورة في آثار قانونية نقول إبتداء بأن ما نذكره لا نقصد به مايجب أن يكون عليه الواقع بالفعل بل نقصد بيان ما تحتمله هذه العبارة من آثار ونتائج طبقاً للتفسير اللفظي والتفسير المنطقي وتتلخص الآثار والنتائج القانونية بما يأتي:

١. انعكاس الاسلام على الدستور نفسه، فاذا كان الاسلام جزءاً من ماهية الدولة، والدستور هو دستور الدولة فان هذا الدين يجب ان يعكس اول ما يعكس على الدستور نفسه، فالدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٦٤ في مادته الثالثة. والدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٦٤ في مادته الرابعة قد نصا على أن "الاسلام دين الدولة والقاعدة الاساسية لدستورها".
٢. اعتبار الشريعة الاسلامية مصدراً للقانون، وسيأتي تفصيل ذلك في المبحث التالي.
٣. لزوم قيام الدولة بتقديم التسهيلات الممكنة لاقامة الشعائر الدينية كبناء المساجد واحترام المناسبات الدينية وتأمين الحرية لممارسة شعائر الدين، ومن هنا نجد القانون الاساسي العراقي الصادر سنة ١٩٢٥ وفي مادته الثالثة عشرة بعد أن نصت على كون الاسلام ديناً رسمياً للدولة ذكرت مباشرة "وحرية القيام بشعائره المألوفة في العراق على اختلاف مذاهبه محترمة لاتمس".
٤. كون رئيس الدولة مسلماً، فاذا كانت السلطة (وهي ركن من اركان الدولة) منبثقة على الشعب (وهو ركن للدولة أيضاً) وكان دين الغالبية العظمى من



الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

الشعب العراقي هو الاسلام، وأصبح الاسلام تبعا لذلك ديناً رسمياً للدولة فان من الطبيعي أن يكون رئيس الدولة مسلماً، وخاصة انه من الثوابت الإسلامية المجمع عليها أنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم.

ونرى أن سكوت أكثر الدساتير العراقية عن هذا الشرط كان على اعتبار أنه الأصل وانه يستتبع كون الاسلام دين الدولة او الدين الرسمي للدولة. على أن ضرورة التمسك بمبادئ الديمقراطية بموجب قانون ادارة الدولة الى جانب التمسك بثوابت الاسلام المجمع عليها قد تجعل هذا الأمر عرضة للتغيير أو عدم التنفيذ.

وتجدر الإشارة الى أن تقييد الدين الإسلامي بكونه ديناً رسمياً لا يترتب عليه اثر زائد على ما تقدم ذكره وانما يؤكد فقط، ولقد وردت عبارة "دينا للدولة" بدون عبارة "رسمياً" في كل من الدستور العثماني الصادر سنة ١٨٧٩ والدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٥٨ والدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٦٤ والدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٦٨.

#### ثانياً: الاسلام كمصدر للتشريع:

كانت الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للقانون في العراق وبلاد الشام ومصر إفريقيا والاندلس وبقية الحال كذلك قروناً عديدة الى أن عمدت الدولة العثمانية في أواخر عهدها وفي القرن التاسع عشر الى اصدار قوانين في فروع القانون المختلفة كقوانين التجارة، وأصول المرافقات، وتنظيم احكام الاراضي، كما أصدر قانون الجزاء العثماني لتنظيم العقوبات ووضعها على أساس حديث.

ولقد استقى المشرع العثماني معظم احكام تلك القوانين من القوانين الغربية وبوجه خاص القانون الفرنسي، وبهذا أصبحت مصادر القانون في الدولة العثمانية ثنائية، فصار قسم من قوانينها مستقاة من القوانين الغربية، وقسم آخر منها مستقاة من الشريعة الإسلامية<sup>٢٤</sup>.

وكان العراق كسائر أنحاء الامبراطورية العثمانية خاضعاً لهذه ثنائية والتي لازالت قائمة في الوقت الحاضر، فالشريعة الإسلامية مصدر مادي وتاريخي لتشريع الاحوال الشخصية كما أنها المصدر الاحتياطي له بعد التشريع. وهي مصدر مادي وتاريخي

<sup>٢٤</sup> عبدالرحمن اليزان، مبادئ اصول القانون ص ١١٠.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

للقانون المدني كما انها مصدر رسمي له تأتي بعد التشريع والعرف. أما قانون العقوبات فهو قانون غير مستمد من الشريعة الاسلامية ولقد جاء قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية بقواعد تميزت عن سابقتها في وضوح تمسكه بالشريعة الاسلامية وجعله لها مصدرا للتشريع فلقد اكتفت الدساتير السابقة بالنص على كون الاسلام الدين الرسمي للدولة دون الاشارة الى كونها مصدرا للتشريع غير ان قانون ادارة الدولة نص على ذلك بل أضاف اليها عبارة اكثر صراحة وهي منع سن قانون في اثناء المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت الاسلام المجمع عليها مما جعلت مصدرية الشريعة الاسلامية للقانون اكثر قوة. وبغية تسليط الضوء على المقصود من مصدرية الشريعة للقانون، نأتي ونبين المقصود بمصادر القانون ومن بعده نبين المراد من التشريع وكالاتي:

#### ١. المقصود بمصدر القانون:

المصدر لغة هو ينبوع أو الأصل. واصطلاحا: فقد ذهب اكثر فقهاء القانون وكتابه الى أن مصدر القانون هو "الأصل أو المنبع الذي يستقى منه جوهر القانون وصفة الزامه"<sup>٢٥</sup>. وقد جمع هذا التعريف بين نوعين من المصادر:

أولهما: المصادر المادية أو الموضوعية، ويقصد بها المصادر التي يستمد منها القانون مضمونه، اي العوامل والمواد الاولية التي تساهم في صنع القاعدة القانونية، وهذه العوامل قد تكون دينية أو اقتصادية أو سياسية أو طبيعية أو خلقية وغيرها من العوامل.

ويندرج ضمن المصادر المادية ما يطلق عليه "المصدر التاريخي" على اعتبار أن المصدر التاريخي هو مصدر يستمد منه القانون مضمونه، وبناء على ذلك فان الشريعة الاسلامية تعد المصدر المادي والتاريخي لقانون الاحوال الشخصية العراقي وكذلك للكثير من قواعد القانون المدني العراقي، كما يعتبر القانون الروماني مصدرا تاريخياً لكثير من قواعد القانون المدني الفرنسي الذي اخذ عنه القانون المدني المصري الكثير من قواعده.

ثانيهما: المصادر الرسمية، او الشكلية ويقصد بها المصادر التي يستمد منها القانون الزاميته، فهذه المصادر توفر للقاعدة القانونية قوة الالزام وصبغة الرسمية فهي رسمية لأنها الطرق المعتمدة رسمياً لجعل القاعدة القانونية نافذة فتعطيها بذلك صفة الالزام كما

<sup>٢٥</sup> الدكتور عوض أحمد الزعبي، المدخل الى علم القانون، ص ١٣٤.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

انها تسمى مصادر شكلية أيضا كونها الشكل أو المظهر الخارجي التي تظهر به ارادة الجماعة<sup>٢٦</sup>.

وتأسيسا على ما تقدم فان لكل قاعدة قانونية مصدران، مصدر مادي تستمد منه مادتها وموضوعها، ومصدر رسمي تستقي منه صفة الالتزام التي تمنحها السلطة للقاعدة لتكفل احترامها، وأن القاعدة القانونية لا تكتمل الا بتوافر هذين العنصرين او المصدرين بالمعنيين المتقدمين. وجدير بالذكر أن هنالك نوعا آخر من المصادر وهي المصادر التفسيرية وهي تلك المصادر التي تساعد على فهم ما ابهم من نصوص القانون ويدخل ضمن هذه المصادر التفسيرية، الفقه والقضاء. وذهب بعض فقهاء القانون الى تحديد المقصود بالمصدر بشكل يختلف عما سبق ذكره، فمصدر القانون في نظرهم يطلق حصرا على الاسباب المنشئة للقواعد القانونية في مجتمع معين، ويرون أن القاعدة القانونية كأى شىء آخر في الوجود لا يمكن أن تنشأ من العدم بل لابد من سبب منشيء لها طبقا لقانون السببية الذي يقرر انه "لا يوجد شىء بلا مصدر ولا توجد نتيجة بلا سبب". فاصطلاح المصدر عند هؤلاء ليس له إلا معنى واحد وهو السبب المنشيء وفقا لمقتضيات مبدأ السببية، وهذا السبب المنشيء هو ما يسمى بالمصدر الرسمي، أي السبب الذي أنشأ القاعدة القانونية كالتشريع والعرف والقضاء. ويرى هؤلاء بناء على مذهبهم انه من الخطأ اطلاق عبارة المصدر الموضوعي ويعتبرون ذلك خطأ بين مصدر القاعدة ومضمونها، فالمشرع قد يستوحى مضمون القاعدة من دين، أو قد ينقل القاعدة من قانون قديم ويعبر عنها في صورة تشريع فان مصدر القانون هنا هو التشريع أما الدين - مثلا - فقد استوحى منه المشرع مضمون القانون، والقانون القديم الذي هو أيضا نقل منه القانون لايعتبر مصدرا للقانون، ومن هنا نفوا اطلاق عبارة "المصدر التاريخي" بأن يطلق ويقصد به أن يكون المشرع قد رجع في وضع القانون الى حقائق تاريخية، وبناء على هذا الرأي لايصح اطلاق اسم المصدر التاريخي على الشريعة الإسلامية بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية او القانون المدني، فما يعبر عنه تحت المصادر التاريخية هو مضمون القاعدة وليس مصدرها.

<sup>٢٦</sup> المصدر السابق، الإشارة نفسها.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وبما أن المصدر عندهم يطلق على السبب المنشيء فإنهم يرفضون إطلاق اسم المصدر على المصادر التفسيرية أيضاً، لأن المصدر يتعلق بالخلق والانشاء ولكن التفسير يرد على قاعدة سبق وجودها<sup>٢٧</sup>. وخلاصة ما تقدم أن هناك اتجاهان بشأن المقصود بإطلاق عبارة مصدر أو مصادر القانون:

الاتجاه الأول: وهو الأكثر شيوعاً أن عبارة المصادر تطلق ويقصد بها المصادر المادية والموضوعية، ويندرج ضمنها ما يطلق عليه المصادر التاريخية وقد تطلق ويقصد بها المصادر الرسمية أو الشكلية.

والإتجاه الثاني: يرى أن عبارة المصدر أو المصادر للقانون إذا أطلقت فإنها تعني المصادر الرسمية أو الشكلية.

وما يعيننا هنا هو المقصود بالمصدر الوارد في قانون إدارة الدولة هل هو المصدر المادي والموضوعي، أو المصدر الرسمي، أو الأثنين معاً؟ إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب تحديد المقصود بعبارة "التشريع" الواردة في قانون إدارة الدولة، إذ إن هذا القانون قد جعل الإسلام مصدراً للتشريع ولم ينص على كونه مصدراً للقانون.

## ٢. المقصود بالتشريع:

إن مصطلح "التشريع" بأعتباره مصدراً رسمياً للقانون يطلق على معنيين: المعنى الأول: سن قواعد قانونية بصورة مكتوبة واعطائها قوة الإلزام بواسطة السلطة التي يمنحها الدستور الاختصاص بذلك وهي السلطة التشريعية التي تكون البرلمان عادة، على أن هنالك سلطات أخرى يكون لها حق التشريع، فالدستور الذي هو التشريع الأساسي يصدر عادة عن السلطة التأسيسية وهي أعلى من السلطة التشريعية، واللوائح والقرارات بقوانين تصدر عن السلطة التنفيذية وهي غير مختصة أصلاً بالتشريع.

المعنى الثاني: القاعدة القانونية المكتوبة ذاتها<sup>٢٨</sup>.

وبعد أن بيننا معنى كل من المصدر والتشريع يمكن القول بأن المراد من المصدر الوارد في قانون إدارة الدولة هو المصدر المادي أو الموضوعي وأن المراد من عبارة "التشريع" الواردة في القانون نفسه هو سن قواعد قانونية مكتوبة، وهذا يعني، أن السلطة

<sup>٢٧</sup> سمير عبد السيد تناغو النظرية العامة للقانون ص ٢٣٩.

<sup>٢٨</sup> المصدر السابق ص ٢٩٣.

الآثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

المختصة في الدولة تكون - ملزمة بموجب القانون المذكور - باتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً في سننها للقوانين.

ولا يصح على ما نرى أن يفسر بالمصدر الرسمي لأن كون الإسلام مصدراً للتشريع يأتي في مرحلة ما قبل التدوين والمصدر الرسمي وهو التشريع هو القانون المدون نفسه. كان بالإمكان تفسير المصدر في قانون إدارة الدولة بالمصدر الرسمي فيما لو وردت فيه عبارة "ويعد مصدراً للقانون" بدلاً من "مصدراً للتشريع"، لأن القانون بمعناه العام يعرف بأنه:

"مجموعة القواعد العامة المجردة التي تحكم سلوك الأفراد في المجتمع والمقتزنة

بجزء دنيوي، والتي تلزم السلطة العامة باحترامها ولو بالقوة إذا لزم الأمر"<sup>٢٩</sup>.

والقانون بمعناه العام يشمل التشريع والعرف وكل ما يحدده القانون مصدراً رسمياً، فالقانون المدني يطلق ويقصد به في العراق القواعد المكتوبة، والعرف، والشريعة الإسلامية، ومبادئ العدالة لأن التشريع المدني قد حدد هذه كمصادر احتياطية يرجع إليها وحسب الترتيب الوارد في حالة فقد النص، غير أن التشريع لم يرد بمعنى القانون بمعناه العام الواسع.

وإذا كان المقصود بعبارة "ويعد الإسلام مصدراً للتشريع" المصدر المادي والموضوعي، فإن هذا لا يمنع من أن تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً في القانون المدني - مثلاً - بل نرى أن هذا هو من لوازم كون الشريعة مصدراً مادياً للتشريع لأن الشريعة تمثل إرادة الدولة - باعتبارها تمثل الشعب - وهذه الإرادة قد تظهر على شكل مصدر رسمي أيضاً.

ومن الجدير بالذكر أن مصطلح التشريع يطلق في الفقه على (بناء الأحكام) فيقال مثلاً مصادر التشريع الإسلامي أي المصادر التي تستقى منها الأحكام، غير أن هذا التشريع قد يكون إيجاباً لشرع مبتدأ وهذا شأن الكتاب والسنة، وقد يكون بناء لحكم تقتضيه شريعة قائمة وهذا شأن المصادر الأخرى التبعية العقلية والنقلية، ولهذا لا نستبعد أن تكون عبارة "التشريع" الواردة في قانون إدارة الدولة قد أطلقت بمعناها المتعارف عليه في الفقه

<sup>٢٩</sup> الدكتور عوض أحمد الزعبي، المدخل إلى علم القانون، ص ٨.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الاسلامي، وان كان ورودها ضمن قانون يحتم ورودها بالمعنى المصطلح عليه في القانون على ماسبق بيانه.

وبما أن قانون ادارة الدولة لم ينص على اعتبار الاسلام مصدرا وحيدا للتشريع فانه يكون مصدرا من بين المصادر، غير أن النص على كون الاسلام مصدرا للتشريع يعطيه الأولوية من بين المصادر بمعنى ان السلطة المختصة اذا وجدت مسألة لها حلول مختلفة من عوامل ومؤثرات مختلفة ومصادر تأريخية مختلفة فان حل الشرع الاسلامي يؤخذ بالحسبان اولاً، وهذا مايؤخذ من اشارة النص لا من عبارته، و اشارة النص: دلالة عقلية التزامية على حكم تابع لمنطوقه الصريح ولازم له<sup>٣٠</sup>.

وفي اعتقادنا ان ذلك لا يسبب اشكالا من حيث الواقع ذلك لأن العوامل التي تساهم في صنع القانون هي التي ساهمت في بناء الكثير من الاحكام الشرعية والدليل على ذلك هو المصادر التبعية النقلية والعقلية والتي منها المصلحة، والاستحسان، وسد الذرائع، والعرف، ومن هنا فانه الحلول المختلفة التي اشرنا اليها غالبا ما يوجد لها مؤيد ومساند في مذهب فقهي او رأي لفقهي.

#### المبحث الثالث: الإشكالات القانونية المتوقعة:

ان ما يتعلق بمصدر في قانون ادارة الدولة قد جاء بصيغة تبدو عليها بوضوح محاولة ارضاء طرفين أو عدة أطراف مختلفة من الناحية الفكرية حيث جمعت الفقرة الاولى من المادة السابعة منه بين امور يصعب الجمع بينها وذلك لأن الجمع بين ثوابت الاسلام المجمع عليها وبين مبادئ الديمقراطية ليس بالامر اليسير.

ان ماتجب الاشارة اليه بادىء الامر هو أن قانون ادارة الدولة كما هو معلوم يخص المرحلة الانتقالية، واذا اخذنا ذلك بنظر الاعتبار ونظرنا الى ماهو وارد بشأن مصدر القانون نجد أن قانون ادارة الدولة لايشير الى وجوب اجراء تغيير في القوانين الحالية، ومن هنا فإن التقيد بثوابت الاسلام المجمع عليها وعدم الخروج عنها يخص مايسن من قانون لاحقا، غير أن توقع الاشكال قائم فيما لو تم سن قانون مستقبلا.

<sup>٣٠</sup> استاذنا الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسجه الجديد، ٣٩٩/٢.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

نرى أن اعتبار الإسلام مصدراً للتشريع لا يثير بحد ذاته إشكالا لأنه يكون مصدراً من بين عدة مصادر وليس المصدر الوحيد، لكن العبارة التي تلى ذلك جاءت صريحة في أن القوانين التي تشرع في اثناء المرحلة الانتقالية لابد من أن تراعي ثوابت الإسلام المجمع عليها ولا تخرج عنها، وبالرغم من أن مبادئ الديمقراطية جاءت على أساس كونها مقيدة للثوابت المشار إليها، إلا أن ذلك لا يزيح الإشكالات المتوقعة. والذي يعيننا هنا هو اعطاء فكرة واضحة عن تلك الإشكالات التي قد تنثور مستقبلا نتيجة صعوبة الجمع بين ماسبقت الإشارة إليه، وقبل ذلك لابد من توضيح المراد من ثوابت الإسلام المجمع عليها.

#### أولاً: المراد بثوابت الإسلام المجمع عليها:

ليس بالإمكان حصر ما يعد من ثوابت الإسلام المجمع عليها في هذا البحث غير أنه بالإمكان تقريبها الى الذهن بالقول بانها عبارة عن: "الاحكام الاعتقادية والخلقية والعملية التي ثبتت بنصوص قطعية الثبوت وقطعية الدلالة او ثبتت بنصوص ظنية الثبوت وانعقد الاجماع عليها".

والنصوص قطعية الثبوت تشمل حصراً جميع نصوص القرآن الكريم والسنة المتواترة<sup>٣١</sup> والنصوص ظنية الثبوت عبارة عن أحاديث الآحاد<sup>٣٢</sup>. وكون النصوص قطعية الثبوت لا يكفي لوحدها في بناء الثوابت بل لابد من أن تكون قطعية في دلالتها بأن لا تحتمل إلا معنى واحداً وحكماً واحداً، فقوله تعالى "ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق"<sup>٣٣</sup> نص قطعي الثبوت لأن وروده من مصدره أمر متيقن منه، وهو كذلك قطعي الدلالة لأنه لا يحتمل أكثر من معنى واحد وحكم واحد وهو تحريم القتل بدون وجه حق. وقد يكون الحكم ثابتاً بنص ظني الثبوت ولكن حصول الاجماع عليه يجعله من الثوابت كقتل المرتد مثلاً. وبما أن الاجماع يصنع الثوابت فانا نميل الى تفسير عبارة "المجمع عليها" الواردة مع ثوابت الإسلام على النحو الآتي:

<sup>٣١</sup> السنة المتواترة: هي ما رواه في جميع الطبقات الثلاث: الصحابة، والتابعين وتابع التابعين جمع يستحيل اتفاقهم على الكذب، وذلك لكثرة الرواة وصدقهم وامانتهم الى جانب الكثرة العددية.

<sup>٣٢</sup> حديث الآحاد: هو ما رواه عن الرسول صلى الله عليه وسلم واحد أو اثنان أو عدد لم يبلغ حد التواتر، وأكثر الأحاديث من هذا النوع.

<sup>٣٣</sup> سورة الإسراء، آية ٣٣.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ان الثوابت المأخوذة بنظر الاعتبار في سن القوانين هي الثوابت المتفق عليها بين مذهبي اهل السنة والجعفرية، فما يعد من الثوابت عند أهل السنة لا يؤخذ بنظر الاعتبار ما لم يكن من الثوابت في المذهب الجعفري، فالمراد بعبارة المجمع عليها، هو ما اتفق فيه المذهبان السني والشيوعي على كونه من الثوابت. ومن الامثلة على ما يعد من الثوابت:

أ- ما يتعلق باصول الدين (الاحكام الاعتقادية) كالايمان بالله والايمان بوحديته، والايمان برسله وباليوم الآخر، والاعتقاد بوجود الصلاة والزكاة والصوم والحج، وضرورة رعاية قدسية هذه العقائد ومنع كل ما فيه مساس بها.

ب- تحريم الربا والميسر.

ج- عدم جواز ولاية غير المسلم على المسلم.

د- الجرائم الحدية وعقوباتها المقدره تجريما وعقبا على ماسياتي تفصيله لاحقا.

**ثانيا: مدى تأثر القوانين بالتمسك بثوابت الاسلام المجمع عليها:**

ابتداء لابد من القول بأن الاستقراء التام لجميع قواعد القانون بمختلف فروعه لتحديد ماهو متعارض مع الشريعة الاسلامية وثوابتها المجمع عليها وما ليس بمتعارض امر في غاية الصعوبة بل هو ضرب من المستحيل في مثل هذا البحث وما هو ممكن هو بيان انعكاسات العبارة المذكورة على القوانين بوجه عام مقتصرين على ماهو هام وعرضة للجدل والنقاش مستقبلا. ينقسم القوانين بحسب تأثيرها بالعبارة المذكورة قلة وكثرة وعدم تأثرها الى ثلاثة اقسام وهي الآتية:

أ- قسم يبقى دون ان تطاله يد التغيير بموجب العبارة المذكورة ومن هذا القسم قانون الاحوال الشخصية لأنه قانون مستمد اساسا من الشريعة والاسلامية اضافة الى كون الشريعة مصدره الاحتياطي الأول، فاذا عرضت مسألة امام القاضي ولم يجد حكمه في التشريع فعليه الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص القانون.

ومن القوانين التي لاتتأثر بتحكيم الثوابت الاسلامية القانون الاداري لأن احكام هذا القانون تتعلق بالمسائل التنظيمية غالبا، ولايتصور وجود حكم في هذا القانون يتعارض مع تلك الثوابت.



الآثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

ومن تلك القوانين أيضاً القوانين الاجرائية كقانون المرافعات المدنية، وقانون اصول المحاكمات الجزائية وقانون التنفيذ واذا كان فيها ما يتنافى مع ثوابت الاسلام فان ذلك يعود الى القوانين الموضوعية كالقانون المدني والقانون التجاري بالنسبة لقانون المرافعات المدنية وقانون التنفيذ، و قانون العقوبات بالنسبة لقانون اصول المحاكمات الجزائية.

ب- قسم ثان وهو يخص القوانين التي تتأثر بالثوابت الاسلامية بشكل محدود ومن تلك القوانين التشريعات المالية اذ لا بد فيها من الغاء الاحكام المجيزة او المنظمة للربا.

وتجب الاشارة الى أن الجزية التي كانت تؤخذ من اهل الكتاب فقد جاء النص القرآني عليها مجملاً وهو قوله تعالى "حتى يعطوا الجزية"<sup>(٣٤)</sup> وفي عهد عمر بن الخطاب (رضى الله عنه) طلب نصارى العرب منه أن يطبق عليهم ضريبة الزكاة بدلا من الجزية لأن الجزية تجعلهم يشعرون انهم في منزلة أقل من المسلمين فأجابهم الى ذلك<sup>(٣٥)</sup>.

وبوجه عام فان المبادئ والاصول المالية التي وردت في النصوص هي مبادئ عامة ومجملة ومن ثم يمكن الاجتهاد فيها بالرأي في تطبيقها بما لا يخالف الكتاب والسنة كما يمكن العمل على ملائمة تطبيقها باختلاف الزمان والمكان<sup>(٣٦)</sup>.

ومن القوانين التي تتأثر بشكل محدود أيضاً القانون المدني والقانون التجاري وذلك لأن القانون المدني العراقي قد استمد كثيراً من قواعده من الشريعة الاسلامية وهو بمثابة الشريعة العامة للقانون التجاري، وموضع التعارض بين هذين القانونين وبين ثوابت الشريعة ينحصر في الفوائد الربوية التي يجيزها هذين القانونين وتمنعها الشريعة الاسلامية.

ج- قسم ثالث ويضم قانون العقوبات الذي يتأثر كثيراً بثوابت الاسلام المجمع عليها، وبغية القاء الضوء على محال التعارض نقدم بداية نبذة مختصرة عن تقسيمات الجرائم في الشريعة الاسلامية.

تنقسم الجرائم في الفقه الاسلامي الى ثلاثة اقسام:

<sup>٣٤</sup> سورة التوبة، آية ٢٩.

<sup>٣٥</sup> قطب ابراهيم محمد، النظم المالية في الاسلام، ص ٢٣.

<sup>٣٦</sup> الدكتور سمير عالية، علم القانون والفقه الاسلامي، ص ٢٧٧.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

القسم الأول: جرائم القصاص والدية.

القسم الثاني: جرائم الحدود.

القسم الثالث: جرائم التعزير.

وجرائم القصاص والدية: وهي جرائم الاعتداء على النفس بإزهاقها او على ما دون النفس كالجروح وقطع الاطراف. والقصاص هو أن يفعل بالفاعل مثلما فعل كأن يقتل القاتل ويجرح الجرح وهو ثابت في حالة العمد فقط بقوله تعالى: "كتب عليكم القصاص في القتلى"<sup>٣٧</sup>.

وفي قانون العقوبات العراقي فان عقوبة القاتل عمدا قد تصل حد الاعدام فيما لو تمت الجريمة مع سبق الاصرار (المواد ٤٠٥ - ٤٠٦). أما بالنسبة للجروح فان العقوبة تتراوح بين الحبس لمدة لاتزيد على سنة الى السجن مدة لاتزيد عن ١٥ سنة اذا قصد الجرح احداث عاهة مستديمة. والجدير بالذكر أن القصاص يسقط بالعفو من قبل اولياء المقتول او الجاني وتحل الدية محله، وذهب بعض الفقهاء الى أن القاتل عمدا يعاقب بعقوبة تعزيرية في حالة سقوط القصاص بالعفو جزاء للحق العام.

وفيما يتعلق بجرائم الحدود: فهي الجرائم التي حددت عقوباتها بالنص وعرفها الفقهاء بأنها "عقوبة مقدرة وجبت حقا الله تعالى" أي انها جرائم وعقوبات محددة بالنص حماية للحق العام. وجرائم الحدود: هي الزنا، والقذف بالزنا، وشرب المسكرات، والسرقه والحراية، والردة<sup>٣٨</sup>. فالزنا في الشريعة الاسلامية جريمة معاقب عليها بضرب مائة جلدة بالنسبة لغير المتزوج والقتل بالنسبة للمتزوج<sup>٣٩</sup> دون نظر الى الرضا وعدمه. اما في القانون فلا يعتبر الزنا جريمة اذا وقعت برضا الطرفين، وفي الخيانة الزوجية لاتحرك الدعوى الجزائية الأ بناء على شكوى الزوج الآخر. والقذف بالزنا في الشريعة الاسلامية جنائية معاقب عليها بجلد مائة جلدة والقذف بغير الزنا مما يشين وفيه عقوبة تعزيرية. اما في القانون فالقذف بالزنا وغيره مما يشين يعد جنحه. وبالنسبة الى شرب الخمر فان الاجماع قد حصل على تحريمه وتجريمه ومحل الاختلاف هو في العقوبة، فحددها اكثر

<sup>٣٧</sup> سورة البقرة ١٧٨.

<sup>٣٨</sup> الدكتور أمير عبدالعزيز، الفقه الجنائي في الاسلام، ص٧.

<sup>٣٩</sup> المصدر السابق، ص٢٧٢.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

الفقهاء بثمانين جلدة وحددها بعضهم باربعين جلدة. ويقصد بالخمير مايتخذ من ماء العنب اذا طبخ وجلي حتى اشدت وقذف بالزبد، والفقهاء لايفرقون بين شرب القليل أو الكثير منه في التجريم والعقاب أما مايتخذ من غير العنب كالتمر مثلا فان الغالبية العظمى من الفقهاء يعدونه جريمة شأنها شأن شرب الخمر، ولكن بعض الفقهاء منهم جمهور الحنفية ذهبوا الى أن الحد لايجب إلا اذا بلغ حد السكر، وهناك تفاصيل أخرى لا مجال لذكرها هنا<sup>٤٠</sup>. والسرقعة عند تحقق شروطها ومن ضمنها النصاب يعاقب مرتكبها بقطع اليد، و القانون العراقي وان اعتبر السرقعة جريمة إلا انه يعاقب السارق بالسجن المؤبد او المؤقت تبعا لظروف واحوال مختلفة. والحراية هي الخروج على المارة لأخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمنع المارة عن المرور وتنقطع الطريق سواء كان القطع من جماعة أو من واحد بعد أن يكون له قوة القطع، سواء كان القطع بسلاح أو غيره وسواء كان انقطاع الطريق بمباشرة الكل أو التسبب من البعض بالاعانة والأخذ<sup>٤١</sup>. فالحراية هي قطع الطريق. وتختلف عقوبة المحارب تبعا لنوع جريمته بان يخيف الناس فقط، أو يسرق فقط أو يقتل ويسرق في آن واحد وهذه العقوبة ادناها (على مايرى بعض الفقهاء) السجن، واعلاها القتل والصلب. وما سبق ذكره يعد ظرفا مشددا للسرقعة في القانون. والردة عبارة عن الرجوع عن دين الاسلام اما بالتصريح بالكفر واما بلفظ يقتضيه او بفعل يتضمنه. ولقد اجمع العلماء على قتل المرتد (بعد امتناعه عن التوبة مدة ثلاثة ايام على الرأي الراجح) لكن الحنفية استثنوا المرأة المرتدة وقالوا انها تحبس حتى ترجع الى الاسلام. وعلى الرغم من اجماع الفقهاء إلا ان كون الردة من الجرائم الحدية وقتل المرتد قد نوقش من قبل بعض العلماء المعاصرين لا مجال لتفصيل الكلام فيه هنا<sup>٤٢</sup> فهذه نبذة مختصرة عن جرائم القصاص وجرائم الحدود وهي تعد في الفقه الاسلامي من الثوابت المجمع عليها.

<sup>٤٠</sup> ينظر، السمرقندي، تحفة الفقهاء ٤٦٤/٣، وبدر الدين العيني، البناية في شرح الهداية ٤٦٨/٥، وعلاء الدين الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، نقلا عن الدكتور أمير عبدالعزيز، الفقه الجنائي في الاسلام، ص ٣٢٢.

<sup>٤١</sup> علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٩٠/٧، ٩١.

<sup>٤٢</sup> ينظر مثلا الدكتور محمد سليم العوا. في اصول النظام الجنائي الاسلامي، ص ١٤٦، و ص ١٥٦ وما بعدها.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ولكن تجب الإشارة هنا الى ان بعض الباحثين المعاصرين قد شككت في كون شرب الخمر جريمة حدية مع اقراره بكونه جريمة معاقب عليها، كما شكك بأن يكون القتل عقوبة حدية للمرتد مع الاقرار بكون الردة جريمة يجب معاقبة مرتكبها<sup>٤٣</sup>. وهذا التشكيك قائم على اساس عدم وجود نص وارد في القرآن الكريم بشأن عقوبة شارب الخمر أو المرتد وعلى تأويل الاحاديث الواردة بشأن عقوبتهما.

ومع ملاحظة ما ورد في قانون ادارة الدولة حول التمسك بالثوابت الاسلامية فإنه القانون المذكور قد اورد إلى جانب ذلك عدم جواز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية والحقوق الواردة في الباب الثاني من القانون نفسه ومعلوم أن حرية المعتقد في مقدمة المبادئ الديمقراطية، فكيف يمكن الجمع بين هذين الاتجاهين الذين يتعارضان في الموضوع المشار اليه وفي غيره من المواضع، ونرى أن ذلك لا يمكن تحققه إلا بفهم سليم وعميق لمبادئ الشريعة الاسلامية ومقاصدها العامة ولمبادئ الديمقراطية في آن واحد.

وبالنسبة الى جرائم التعزير (وهي الافعال والاقوال التي نهت عنها الشريعة الاسلامية دون أن تضع لها عقاباً مقدراً) فإننا نرى أن كل ما هو وارد في قانون العقوبات - فيما عدا الجرائم الحدية التي سبق ذكرها - لا تخرج عن نطاق العقوبات التعزيرية، بمعنى أن العقوبات التعزيرية لا تدخل ضمن الثوابت فهي عقوبات موكولة الى ولي الامر يحددها تبعاً لمتطلبات واطواع كل بلد وعصر.

ولقد ورد بهذا الشأن في المذكرة التفسيرية لقانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦١ ما يأتي:

ليس هنالك اي تعارض بين قانون الجزاء الذي يصدر اليوم في الكويت واحكام الفقه الاسلامي، ذلك ان الفقه الاسلامي فيما عدا الحدود فتح باب التعزير واسعا للقاضي يدخل منه الى تحديد الاعمال المعاقب عليها والى تقدير العقوبة في كل عمل، فاذا جاء ولي الأمر ورسم للقاضي حدوداً واضحة لهذه الاعمال وتقديراً مرناً للعقوبات فإنه لا يخرج عن المبادئ المسلم بها في الفقه الاسلامي، ويكون هذا من

<sup>٤٣</sup> المصدر السابق، ص ١٤٦، وص ١٥٦ وما بعدها

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

باب تخصص القضاء، والقضاء يتخصص بالمكان والزمان وبالموضوع  
وبالأشخاص كما هو معروف عند الفقهاء".

وجاء في ذيل المذكرة ما يأتي:

"كل الجرائم الواردة في هذا القانون انما هي من ضروب التعزير، خصص ولي الامر فيها القضاء من حيث الموضوع فوجب عليه أن يحكم في هذه الجرائم دون غيرها وان يحكم بعقوبات عين له حدودها القصوى فلا يجاوزها ولكن يجوز له أن ينزل عنها الى الحد الذي يراه، ناظرا في ذلك الى ظروف كل قضية وما يحيط بالجاني من ملابسات شخصية وليس في ذلك الا مسايرة للمبادئ المقررة من باب التعزير كما دونها فقهاء الشريعة"<sup>٤٤</sup>.

والذي نراه أن عدم النص على عقوبات جرائم التعزير وعدم جعلها جرائم حدية انما كان لرعاية الأزمنة والامكنة والاضاع المختلفة ولا يعني ذلك عدم جواز تقنين جرائم التعزير وتحديد عقوباتها، بل كل ما في الأمر أن الشارع ترك تحديد العقوبة للإنسان، وينبغي هنا أن نفرق بين امرين:

أولهما: ترك تحديد العقوبة لولي الأمر.

ثانيهما: ترك تحديد العقوبة للقاضي.

وفي نظرنا أن العقوبة اذا كانت متروكة للقاضي في الماضي او له ولولي الأمر معا طبقا لتنظيم معين فان مبدأ الشرعية الجنائية الذي جاءت به الشريعة الإسلامية قبل غيرها من الشرائع يقضي بأن تترك العقوبة لولي الأمر وليس للقاضي، بمعنى أن ولي الأمر يقنن جرائم التعزير وعقوباتها ضمن تشريع ولا يبقى على القاضي الا تطبيق ما هو ملزم بتطبيقه كما هو الحال بالنسبة الى قانون العقوبات في الوقت الحاضر.

وتقنين جرائم التعزير على النحو المشار اليه لا يحول الجرائم التعزيرية الى جرائم حدية لأن التحديد ليس من الشارع وبالا مكان تغيير تلك العقوبات اذا اقتضت الظروف ذلك فمثل هذا التغيير يحصل في القوانين العقابية وغيرها في الوقت الحاضر ومستقبلا، فبقاء جرائم التعزير جرائم تعزيرية موكولة عقوباتها الى القاضي ليس من ثوابت الاسلام

<sup>٤٤</sup> الدكتور سمير عالية، علم القانون والفقاه الاسلامي، ص ٢٨.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

المجمع عليها، وعليه اذا وجدنا التجريم والعقاب يؤديان وظيفتهما في حماية المجتمع وحققا الزجر والردع فان هذا القانون يؤدي وظيفة التعزيز كما هو مطلوب.

#### الخاتمة: اهم النتائج المستخلصة:

- أ- لا توجد ثوابت إسلامية مجمع عليها فيما يتعلق بشكل الدولة ونظام الحكم.
- ب- ان المجمع بين ثوابت الإسلام المجمع عليها وبين مبادئ الديمقراطية في أن واحد ليس امرا يسرا، فالمشرع ملزم بعد الخروج على تلك الثوابت كما أنه ملزم بعدم الخروج على مبادئ الديمقراطية والحقوق الواردة في الباب الثاني من القانون نفسه.

و اذا كان من الخطأ القول بوجود تعارض تام وكلي بين ثوابت الإسلام ومبادئ الديمقراطية، فان القول بوجود توافق تام وكلي بينهما ليس صحيحا هو أيضا، اذ ان هنالك عدة احكام هي موضع تعارض.

ونرى أن مجال التعارض يضيق فيما لو وسعنا مجال الفقه الإسلامي ليشمل المذاهب المعروفة والمذاهب المندرسه ويشمل رأي كل فقيه يستند في رأيه الى دليل شرعي معتبر ولوكان ذلك الفقيه من أبناء عصرنا، إذ أنه ليس هنالك دليل على أن الاجتهاد قد اختص بعصر دون عصر، وينبغي أن يتم التعامل مع مايعد من الثوابت على هذا الأساس، لان الثوابت انما تصبح ثوابت بموجب الأدلة المستندة اليها لا على اساس من قالها من المجتهدين أو عدد من قالها. كما أن دقة النظر والتعامل بحكمه مع ما يعد من مبادئ الديمقراطية وفهمه على الوجه الصحيح قد يضيق هو أيضا من نطاق التعارض.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الاسلامية المصدر الاساسي للتشريع

المصادر

١. اليزاز (عبدالرحمن)، مبادئ أصول القانون، بغداد، الطبعة الثانية، ١٩٥٨.
٢. البياتي، الدكتور منير حميد، الدولة القانونية والنظام السياسي الاسلامي، بغداد، دار العربية للطباعة، الطبعة الأولى ١٩٧٩.
٣. تناغو، الدكتور سمير عبدالسيد، النظرية العامة، للقانون، الاسكندرية، دار المعارف ١٩٨٦.
٤. الحلو، الدكتور ماجد راغب، الاستفتاء الشعبي بين الانظمة الوضعية والشريعة الاسلامية، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٠.
٥. الزعبي، الدكتور عوض أحمد، المدخل الى علم القانون، عمان، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.
٦. الزلمي، الأستاذ الدكتور مصطفى ابراهيم، أصول الفقه في نسيجه الجديد، بغداد، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، الطبعة التاسعة، ٢٠٠٢.
٧. عالية، الدكتور سمير، علم القانون والفقه الاسلامي (نظرية القانون والمعاملات الشرعية، دراسة مقارنة)، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٩٩٦.
٨. عبدالعزيز، الدكتور أمير، الفقه الجنائي في الاسلام، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.
٩. عبدالله، الدكتور عبدالغني بسيوني، المبادئ العامة للقانون الدستوري، بيروت، دار الجامعية، ١٩٨٥.
١٠. العواء، الدكتور محمد سليم، في اصول النظام الجنائي الاسلامي، مصر، دار المعارف، الطبعة الثانية، ١٩٨٣.
١١. الغزالي، محمد بن محمد، المستصفي من علم الاصول، مصر، المطبعة الاميرية، الطبعة الاولى، ١٣٢٤هـ.
١٢. الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار احياء التراث العربي، الطبعة الثانية، ١٩٩٨.
١٣. محمد، قطب ابراهيم، النظم المالية في الاسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠.

## ١٦ - مدى ملاءمة الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور والقوانين الوضعية

القاضي خالد محي الدين أحمد\*

إن الله عز وجل ما شرع حكماً إلا لتحقيق مصالح العباد، وما أهمل مصلحة اقتضتها أحوالهم دون أن يورد في شأنها حكماً يكفلها، وكان ما عداها من المصالح التي تُناقضها ليس إلا مصلحة متوهمة لا اعتبار لها أدخل إلى أن تكون تشهياً أو إنحرافاً فلا يجوز تحكيمها، وبالتالي فإن إختيار السير على هدي الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة وتحتية كل ما يُناقضها يكون هو المحقق لسُلطة المُشرع في التنظيم وإهدارها يكونُ خروجاً عن حدود تلك السُلطة.

أما عن القانون الوضعي فهو في الأصل يوضع لمصلحة الجماعة، ولكنه حتماً يأخذ في ذلك بنظرية الشريعة الإسلامية التي تجعل الأصل في التشريع أن يصنع الجماعة ويوجهها ثم ينظمها، وإتساقاً مع هذا الإتجاه فقد صدّر تعديل الدستور المصري عام ١٩٨٠ بجعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، ومن ثم فإن ما عداها من مصادر يُعد ثانوياً بالضرورة، وهذه النتيجة لا محيص عنها لأن الأصل أنه لا تدرج بين المصادر الموضوعية أو المادية، بل الأصل تكافؤها، فإذا وصّفَ الدستور واحداً منها بأنه مصدر

---

\* رئيس محكمة بمحكمة شمال القاهرة الابتدائية.



الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

رئيسي فقد دلّ بذلك على أنه يعتبره المصدر الوحيد، ولو قيل بغير ذلك لكان التخصيص عديم الجدوى.<sup>1</sup>

ونحن هنا نؤيد هذا الرأي ونضيفُ إليه أن ذلك التعديل يجعل الشريعة الإسلامية هي "المصدر الرئيسي للتشريع" بدلاً من "مصدر رئيسي للتشريع" لم يضيف جديداً لواقع الأمر إذ أن الدستور لم ينص قبل أو بعد تعديله على أية مصادر أخرى بجانب الشريعة الإسلامية، ومن ثم فهي وحدها المصدر الرئيسي ذو المرتبة الأعلى، بينما تُعد المصادر الأخرى ذات مرتبة أدنى لا يُدّ وأن تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا هذا الرأي مؤكدةً أن:

"حكم المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها في ٢٢ مايو ١٩٨٠ باعتباره الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع من شأنه تقييد السلطة التشريعية اعتباراً من تاريخ العمل بهذا التعديل بحيث يجب ان تكون متفقة ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء التي لا يجوز الإجتهااد فيها"

وقد أضاف ذات الحكم أنه:

"مع مراعاة أن ذلك التعديل لا ينصرف إلا إلى التشريعات اللاحقة له دون السابقة عليه بما مؤداه أن الدستور قَصَدَ بإقراره لهذا القيد أن يكون مداه من حيث الزمان مُنصرفاً إلى فئة من النصوص التشريعية دون سواها بحيث إذا انطو أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في مخالفة دستورية أما التشريعات السابقة عليه فلا يتأتى إنفاذ ذلك لصدورها قبله أي في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائماً واجب الأعمال فتكون من ثم بمنأى من هذا القيد".<sup>2</sup>

وإتساقاً مع هذا الرأي فنحن نرى ونؤكدُ أن الشريعة الإسلامية قد جاءت مُعبّرةً عن حكمة الخالق عز وجل في وضع المبادئ الأساسية لتنظيم كافة مسائل الحياة على إختلاف العصور، مع فتح باب الإجتهااد لأولي الأمر والفقهاء لتفسير ما يجد من مسائل، ومن ثم فنحن لا ننتفق مع الرأي القائل بأن النص على أن الشريعة الإسلامية هي "المصدر الرئيسي

<sup>1</sup> القانون الدستوري، دكتور فتحي فكري، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٤، ص ٤٢٦.

<sup>2</sup> راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠١ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية"، ص ٤.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

للتشريع" يؤدي إلى منع المُشرع من استحداث أحكام من مصادر أُخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكماً لها.<sup>٣</sup>

ولبيان كيفية وصولنا إلى هذه النتيجة ينبغي أولاً بيان أنواع المصادر وموقع الشريعة الإسلامية منها، ثم نتعرض للآراء القائلة بعدم صلاحية الشريعة الإسلامية كمصدر للدستور، والآراء المناهضة لها، وحُجج كل منهم.

#### المبحث الأول: أنواع المصادر:

إن مصادر القانون ذات أنواع مُختلفة، تختلف سماتها باختلاف مُسمياتها، فهي تشمل المصادر المادية -أو الموضوعية-، والمصادر الرسمية، وأخيراً المصادر التفسيرية. والمصادر المادية هي التي يستمد منها المُشرع مادة القاعدة القانونية ومضمونها، وبعبارة أُخرى تلك المصادر هي المادة الأولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية. وهذه المصادر تتكون في الواقع من عناصر مُختلفة تكون ما نُسَميه "ظروف البيئة" من نواحيها الاجتماعية والسياسية والعقائدية والتاريخية والجغرافية.

أما المصادر الرسمية فهي تختلف من جماعة إلى أُخرى، ولكن يُمكن القول بأن التشريع والعرف يُعتبران كقاعدة عامة أهم المصادر الرسمية للقانون في العصر الحديث. أما المصادر التفسيرية فهي مُتمثلة في القضاء والفقه لما يقع عليهما من عبء التفسير وترجيح رأي على آخر.

وبناءً على ذلك يُمكننا القول بأن الشريعة الإسلامية تُمثل نوعين من المصادر، فهي تُعدّ أولاً مصدراً مادياً وموضوعياً لاحتوائها على المواد الأولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية، كما أنها مصدراً رسمياً حيث أن النص عليها في الدستور كمصدر للتشريع قد أسبغ على مبادئها صفة الإلزام فلا ينبغي أن يتعارض أي تشريع - أو قانون - مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

#### المبحث الثاني: الرأي القائل بعدم صلاحية الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور:

وُجّهت انتقادات عديدة إلى الشريعة الإسلامية ومدى صلاحيتها كمصدر أساسي للدستور، ويُمكن إيجاز تلك الانتقادات في المسائل الآتية:

<sup>٣</sup> الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، الدكتور عبد الحميد متولي، منشأة المعارف بالأسكندرية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٠، ص ١٧.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

أولاً: قال البعض أن الشريعة الإسلامية مرت بمرحلة طويلة من الجمود نتيجة قفل باب الإجتهد في أواخر القرن الرابع الهجري عندما سادت الفوضى والفساد في أنحاء الدولة العباسية، وتصدى للإفتاء والاجتهاد من لم يصل إلى مرتبة الفقهاء والمُجتهدين فاقتصر الأمر منذ تلك الفترة على مجرد اتباع الأئمة الأربعة المُجتهدين الكبار، وكان على رجال القضاء الأخذ بأرائهم، وهو الأمر الذي أدى إلى مُعالجة الفوضى والفساد بالجمود لا بالتنظيم القويم والتصدي للمسائل الجديدة مما أثار في نهضتهم ونشاطهم الفكري والفقهي.<sup>٤</sup> ثانياً: الإسلام دين وحسب، أي أنه يُنظم العلاقة بين الفرد وربّه بما مفاده أن أحكام الدين لا تتداخل مع التشريعات المعنية بتنظيم الحياة في المجتمع. وأبرز القائلين بهذا في الفقه المعاصر هو الشيخ على عبد الرازق وزير الأوقاف الأسبق حيث قال أن الرسول صلى الله عليه وسلم ما كان إلا رسولاً لدعوة دينية خالصة للدين لا تشوبها نزعة ملك و لا دعوة لدولة " ودليله في هذا من القرآن قوله تعالى " وما أرسلناك إلا وكليلاً " وقوله " إن عليك إلا البلاغ " وكذلك " و ما أرسلناك إلا مبشراً ونذيراً " .<sup>٥</sup>

ثالثاً: اتفق علماء المسلمين على أن الخلافة -أو الإمامة- أصل من أصول الحكم في الإسلام، وهو رأي أهل السنة جميعاً فيستدلون على ذلك من القرآن الكريم بقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم"<sup>٦</sup> كما يستدلون على ذلك من السنة النبوية الشريفة بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "من أطاعني فقد أطاع الله ومن عصاني فقد عصى الله، ومن يُطع الأمير فقد أطاعني، ومن يعص الأمير فقد عصاني"<sup>٧</sup>. أما الشيعة فقالوا بداءة أن الخلافة ميراث أدبي ثم تطورت عندهم فقالوا ان الإمامة ليست من المصالح العامة التي تُفوض للأمة بل هي ركن الدين وقاعدة الإسلام، ولا يجوز لنبي إغفالها و لا تفويضها للأمة، بل يجب تعيين الإمام، وأن الإمام على هو الذي عينه الرسول الكريم، واستندوا في ذلك إلى أحاديث ينسبون صدورها إلى الرسول،

<sup>٤</sup> المرجع السابق، ص ٥١ وما بعدها.

<sup>٥</sup> الآية رقم ٥٤ من سورة الإسراء.

<sup>٦</sup> الآية رقم ٨ من سورة الشورى .

<sup>٧</sup> الآية ١٠٥ من سورة الإسراء.

<sup>٨</sup> الآية ٥٩ من سورة النساء.

<sup>٩</sup> الأحكام السلطانية للماوردي، ص ٣ (حاشية رقم ٢٢ في الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، حاشية رقم ٣).

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وأبرزها "من كنت مولاه فعلى مولاه، اللهم وال من والاه وعاد من عاداه" وكذلك حديث ينسب إلى الرسول أيضاً أنه قال مخاطباً الإمام على "أنت الخليفة من بعدي".

وعلى الرغم من خلاف هذين الرأيين حول مفهوم الخلافة إلا أن كلاهما ينظر إليها على أنها أصل من أصول الحكم في الإسلام. ولكن هذا لم يمنع من انتقاد نظام الخلافة الإسلامية لدى البعض الآخرين على سند من أنه نظام إسلامي لا يتفق مع سنة التطور ولا مع روح هذا العصر حيث أن إتياعه بالصورة التي اتفق عليها علماء الفقه الإسلامي وبالشروط التي يشترطونها هو أمر عسير في عصرنا هذا نظراً لأن الجمع في فرد واحد بين المؤهلات والصفات ذات الصبغة الدينية وبين المؤهلات والصفات ذات الصبغة السياسية التي تتطلبها مهام الحكم يُعدُّ أمراً مُستحيلاً.<sup>١٠</sup>

رابعاً: بالنسبة لتطبيق عقوبات جرائم الحدود، وبخاصة حد السرقة وحد الخمر فيرى البعض أن تطبيق عقوبة قطع اليد بالنسبة للسارق -حد السرقة- غير جائز في هذا العصر في الدول الإسلامية لاسيما أنه يوجد في غالبيتها الكثيرون من غير المسلمين سواء كانوا من الأجانب أو من المواطنين. كذلك يرى ذلك الفريق أن تطبيق عقوبة الجلد على شارب الخمر -حد الخمر- يحول دون تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وجعلها أساساً للتشريع في البلاد الإسلامية في عصرنا هذا نظراً لأن العديد من الأجانب وغير المسلمين ممن جرت عاداتهم على شرب الخمر يقيمون في كل البلاد الإسلامية.

خامساً: يقول البعض أن غير المسلمين من رعايا الدولة الإسلامية -أهل الذمة- لا يقفون إلى جانب المسلمين موقف المساواة التامة فيما يتعلق بالحريات ودليلهم على ذلك أن هناك تفاوت كبير بين حقوق المسلمين وحقوق أهل الذمة، كما أنه ليس لهؤلاء مكان بين أعضاء الهيئات النيابية التشريعية، ولا يجوز لأي منهم تولي القضاء.

**المبحث الثالث: الرأي القائل بصلاحيّة الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور:**

تولى أنصار هذا الإتجاه الرد على النقاط الخمس السابق الإشارة إليها في المطلب السابق، ويُمكن إيجاز دفاعهم في الآتي:

<sup>١٠</sup> الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، حاشية رقم ٣، ص ٣٤.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

أولاً: الجمود ليس من طبيعة الشريعة الإسلامية وإنما حَدَّتْ نوع من الجمود -أو التقليد لكبار الأئمة- عقب قفل باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع الهجري لظروف خاصة بذلك العهد، وأضافوا أن الشريعة على العكس من ذلك فهي تتسم بالمرونة والقابلية على التطور ومُسايرة مصالح الناس وحاجياتهم، ومن ثم لم يكن الجمود صادراً عن الشريعة ذاتها، ولم يكن صفة من صفاتها، وإنما كان مصدره بعض رجالها وبعض الظروف التاريخية التي أحاطت بها وتطبيقاتها، أو بعبارة أخرى كانت بعض عوامل خارجة عنها.<sup>١١</sup> ثانياً: الإسلام دين ودولة لا شك في ذلك، فالإسلام لا يعني فحسب بشئون الآخرة، وإنما يعني كذلك بشئون الدنيا. كما أن الإسلام جاء بشريعة أي بعدة أحكام قانونية تُنظم شئون الحياة الدنيا سواء كانت مدنية أم جنائية أم في الأحوال الشخصية أو غيرها من أفرع القانون التي تُنظم شئون الحياة، لذلك كان طبيعياً أن يعني الإسلام بإقامة دولة وحكومة تعني بتنفيذ تلك الأحكام القانونية. ويستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى "أفحكم الجاهلية يبغون، ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون"<sup>١٢</sup> وقوله "إنا أنزلنا إليك الكتاب لتحكم بين الناس بما أراك الله"<sup>١٣</sup>. كما يستدلون على ذلك من السيرة النبوية الشريفة بأن الرسول الكريم بدأ بمكة هادياً وبشيراً ونذيراً، أي أنه عليه السلام كان بمكة رسولاً فحسب، ولكنه قام بتأسيس دولة بعد أن هاجرَ إلى المدينة وأصبحَ رئيساً لها، وقد تبعه أبو بكر و من تبعه من الخلفاء في رئاسة الدولة الإسلامية، ثم العمل على توسيع نطاقها.

ثالثاً: يقول أصحاب هذا الرأي، ومن بينهم في العصر الحديث الشيخ علي عبد الرزاق- أن الخلافة ليست في الواقع -طيفاً للرأي السائد لدى علماء السنة- أصلاً من أصول الحكم في الإسلام، كما أنها ليست -كما يرى الشيعة- رُكناً من أركان الدين، وإنما هي من المصالح العامة المفوضة إلى نظر الأمة، وأن إقامتها ليست من الأمور التي يفرضها الإسلام على المسلمين، ويستدلون على هذا بأنه لو صحَّ اعتبار الخلافة من أركان الدين لكان الرسول قد اختار خليفةً له، كما يردُّون على الشيعة بأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم ينص على إمامة أحد ودليلهم في ذلك أن على رضي الله عنه امتنع في بداية

<sup>١١</sup> الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، حاشية رقم ٣، ص ٥٤-٥٥.

<sup>١٢</sup> الآية رقم ٥٠ من سورة المائدة.

<sup>١٣</sup> الآية رقم ١٠٥ من سورة النساء.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الأمر عن مبايعة أبي بكر، وكانت حُجته الوحيدة في ذلك قرابته للرسول، ومن ثم فلو كان الرسول قد أوصى بخلافة على لكان على أول من علم بتلك الوصية واستند إليها في تخلفه عن مبايعة أبي بكر. كما يقول أصحاب هذا الرأي أيضاً أن هناك أحاديث تُنسب لرسول الله صلى الله عليه وسلم يُفهم منها أنه كان يتنبأ بأن أبا بكر هو الذي سيخلفه، كما أنه أنابه في إمامة الصلاة.<sup>١٤</sup>

رابعاً: أما عن الرأي القائل بأن عقوبات جرائم الحدود وبخاصة حد السرقة وحد الخمر لا تتفق مع روح هذا العصر ويتعدّر تطبيقها فهذا الرأي أيضاً غير سديد عند الكثير من الفقهاء، فيقولون في تطبيق حد السرقة أنه من العقوبات التهديدية التي تهدف إلى الردع في قوة بحيث لا يُقدم على ارتكاب هذا الجرم اللهم إلا القليل بل النادر من الأفراد، وهو ما يحدث الآن في المملكة العربية السعودية.<sup>١٥</sup>

أما عن شروط تطبيق حد السرقة فهي:

١. أن يبلغ المال المسروق نصاباً معيناً فلا يكون من الأموال التافهة مع مراعاة اختلاف الزمان والمكان عند تقديره.
٢. أن يكون المال المسروق في حوزة أي موضع حصين، وأن يُخرجه السارق منه، ومن ثم فلا يقع حد السرقة إذا كان المال المسروق ضائعاً أو ثمر فوق شجر لا يُحيطه سور.
٣. أن تتم الجريمة بالفعل وتنتقل حيازة المال المسروق إلى السارق.
٤. أن تحدث السرقة خفية وليس مجاهرة.
٥. أن يسرق السارق لغير حاجة أو ضرورة، وقد أوقف عُمر حد السرقة في عام المجاعة نزولاً على حكمة مبدأ الضرورة أو مبدأ الحرج العام الذي اتفق العلماء أنه مُسقط للأحكام.
٦. ألا تكون هناك شبهة ضماناً للعدل والتأكد من ثبوت الجريمة قبل الحكم بالعقوبة وتنفيذها إعمالاً بالحديث المعروف " إدرعوا الحدود بالشبهات ادفعوا القتل عن

<sup>١٤</sup> الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، حاشية رقم ٣، ص ٧٠-٧٣.

<sup>١٥</sup> التشريع الجنائي الإسلامي مُقارناً بالقانون الوضعي، الدكتور عبد القادر عودة، دار التراث للطبع والنشر، طبعة ١٩٤٩، ص ٦٥٢ وما بعدها.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

المسلمين ما استطعتم " وقوله صلى الله عليه وسلم "إدعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلمين مخرجاً فخلوا سبيلهم، فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة".<sup>١٦</sup>

٧. يشترط التكرار لايقاع حد السرقة، ومن ثم فلا يطبق الحد على من سرق مرة واحدة، ودليل ذلك استخدام لفظي السارق والسارقة في الآية الكريمة باعتبارهما وصفان لا فعلان، والوصف لا يتحقق في الشخص إلا بالتكرار.<sup>١٧</sup>

أما عن حد الخمر فيقول أصحاب هذا الرأي أن الآيات الثلاث التي جاءت في موضوع تحريم الخمر لم تفرض عقوبة دنيوية إذ لم يرد بشأنها في القرآن الكريم عقوبة دنيوية مثل السرقة مثلاً، ومن ثم فهي ليست حد من الحدود. أما بالنسبة للأحاديث التي تُشير إلى توقيع الرسول حد الجلد على شارب الخمر فيقول أصحاب هذا الرأي أيضاً أن تلك الأحاديث كانت أحاديث آحاد، وهي ظنية غير يقينية فلا يجوز أن يُستند إليها في تقرير عقوبات الحدود طبقاً للمبدأ المعروف درء الحدود بالشبهات، وعلاوة على ذلك لم تكن هناك عقوبة مُقدرة ومُحددة توقع على شارب الخمر - وكل عقوبة غير مُقدرة تُسمى في الشريعة تعزيراً - كما أنه ليس من الثابت أن العقوبة هي على مُجرد شاربه، لا على الإسكار، ولما كان في الأمرين شبهة، والحدود تُدرأ بالشبهات فالعقوبة إذا تعزيرية يترك تقديرها للمُشرع أو القاضي.

خامساً: ينفي أصحاب هذا الإتجاه إتهام الشريعة الإسلامية - أو الإسلام - بعدم المساواة بين المسلمين وغير المسلمين - أهل الذمة - فيقولون أن الإسلام قد ساوى بينهم في كثير من الشؤون فقد كَفَلَ للجميع الحرية الشخصية وحرية الرأي وحرية العقيدة وإقامة الشعائر الدينية، كما كَفَلَ لهم حماية أموالهم وأنفسهم وأعراضهم. ويستدل أصحاب هذا الرأي على كفالة الإسلام للحرية بالعديد من الآيات الكريمة والسنة النبوية الشريفة، ونوجزُ منها استدلالهم على كفالة حرية العقيدة بقول المولى عز وجل تعالى " لا إكراه في الدين"<sup>١٨</sup> وقوله " ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعاً أفأنت تُكره الناس حتى

<sup>١٦</sup> الإسلام عقيدة وشريعة، فضيلة الأستاذ الأكبر شيخ الجامع الأزهر محمود شلتوت، مطبوعات الإدارة العامة للثقافة الإسلامية بالأزهر، طبعة ١٩٥٩، ص ٢٦٠.

<sup>١٧</sup> فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي، الشيخ محمد أبو زهرة، القسم الثاني، طبعة ١٩٦٦، ص ١٤٧.

<sup>١٨</sup> الآية ٢٦٥ من سورة البقرة.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

يكونوا مؤمنين<sup>١٩</sup>. كما يستدلون على كفالة الإسلام لحق الملكية برواية الإمام محمد عبده أن التاريخ يروي أن امرأة فقيرة غير مسلمة رفضت أن تبيع بيتاً صغيراً للأمير عظيم كان يُريد شراء البيت ليوسع به مسجداً فقدمت تلك المرأة شكوى إلى الخليفة فأمر برد بيتها إليها مع توجيه اللوم إلى الأمير على ما حدث منه<sup>٢٠</sup>. وعلاوة على ما تقدم، فالقاعدة العامة المنفق عليها لدى رجال الفقه الإسلامي -والتي تُعبر عن حكم الإسلام- فيما يتعلق بالعلاقات مع أهل الذمة تتلخص في العبارة الشهيرة "لهم ما لنا وعليهم ما علينا"<sup>٢١</sup>.

أما عن المساواة أمام القانون فيقول أنصار هذا الرأي أن المسلمون وأهل الذمة مُتساوون أمام أحكام الشريعة الإسلامية، ويستدلون على هذا بقول المولى عز وجل "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون"<sup>٢٢</sup> وقوله "وأن احكم بينهم بما أنزل الله"<sup>٢٣</sup>، كما يؤكدون المساواة بينهم في شغل الوظائف الرسمية إلا ما كان منها ذا صبغة دينية إسلامية أو كان من مهام صاحبها الدفاع عن الإسلام، ويستدلون على ذلك بالآية الكريمة "يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا بطانة من دُونِكُمْ لا يَأْلُونَكُمْ خَبَالاً وَدُؤَا مَا عَنِتُّمْ قَد بَدَتِ الْبَغْضَاءُ مِنْ أَفْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ بَيَّنَّا لَكُمُ الْآيَاتِ إِنْ كُنْتُمْ تَعْقِلُونَ"<sup>٢٤</sup>.

وعلى الرغم مما تقدم، يقول أنصار هذا الرأي بأن غير المسلمين لم يكونوا يقفون إلى جانب المسلمين على قدم المساواة التامة نظراً لأن الدول الإسلامية تقوم على أساس عقيدة دينية في ظل تواجد أقلية غير مسلمة تعيش على أراضيها فتتضرر لهم نظرة تسامح، وليس لأحد أن يتعدى على حرياتهم الشخصية وأموالهم وأعراضهم وشعائيرهم الدينية الخاصة، ومن ثم فهم مُتساوون مع المسلمين في الواجبات وأغلب الحقوق ما عدا ما يتعلق منها بالإسلام.

**المبحث الرابع: المميزات الجوهرية التي تميز الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي:**

<sup>١٩</sup> الآية ٩٩ من سورة يونس.

<sup>٢٠</sup> رسالة التوحيد، الإمام محمد عبده، الطبعة السادسة عشر ١٩٥٦، ص ١٨٨.

<sup>٢١</sup> الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، حاشية رقم ٣، ص ٨٤ وما بعدها.

<sup>٢٢</sup> الآية ٤٤ من سورة المائدة.

<sup>٢٣</sup> الآية ٤٩ من سورة المائدة.

<sup>٢٤</sup> الآية ١١٨ من سورة آل عمران.



الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

نستطيع بعد أن عرضنا للآراء المؤيدة والمعارضة لمدى صلاحية الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور أن نبرز المميزات الجوهرية التي تميزها عن القانون الوضعي، ونلخصها في النقاط الثلاث الآتية:

أولاً: الكمال: تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بالكمال، أي أنها جاءت بكل ما تحتاجه الشريعة الكاملة من قواعد ومبادئ ونظريات، كما أنها عنيت بالمبادئ والنظريات التي تكفل سد حاجات الجماعة في الحاضر القريب والمستقبل البعيد. وهنا يجدر القول بأن الأحكام الشرعية في القرآن قد جاءت بصفة عامة أي بصورة كلية فهي لا تعني إلا بالكليات دون الجزئيات اللهم إلا في القليل النادر، وبعبارة أخرى فقد جاءت الشريعة الإسلامية بأحكام قاطعة الدلالة والثبوت في مسائل العبادات وما يلحق بها من الأحوال الشخصية والمواريث وذلك لأن أغلب أحكام هذا النوع تعبدية ولا مجال للعقل فيه. أما في مسائل المعاملات - بما عدا الأحوال الشخصية والمواريث - فالأحكام الشرعية فيها قليلة لأن الأحكام الشرعية الخاصة بتلك الجزئيات - من بينها مختلف أفرع القانون العام والقانون الخاص - تتغير بتغير ظروف البيئة والمكان وتتطور بتطور الزمان فاقتصر القرآن فيها على المبادئ والقواعد العامة التي تقتضيها العدالة.<sup>٢٥</sup> أما عن التفاصيل فقد تركت لولاة الأمر في كل عصر ليفصلوا في قوانينهم حسب مصالحهم في حدود أسس القرآن.<sup>٢٦</sup> وقد عبّر الشيخ شلتوت شيخ الأزهر عن هذا الأمر بقوله "تفصيل ما لا يتغير، وإجمال ما يتغير أحد الضرورات التي تقضي بها ويتطلبها خلود الشريعة ودوامها".<sup>٢٧</sup>

ثانياً: السمو: تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بالسمو، أي أن قواعدها ومبادئها أسمى دائماً من مستوى الجماعة، وأن فيها من المبادئ والنظريات ما يحفظ لها هذا المستوى السامي مهما ارتفع مستوى الجماعة. ومن أهم مظاهر هذا السمو فرض العدالة والتسامح والمحبة والتعاون في كل الأمور ومع كل الأفراد حتى مع الأعداء، فالشريعة الإسلامية معروفة عنها العدل والرحمة والتسامح، وقد بلغت في ذلك مبلغاً لم ترتق إليه أية شريعة أخرى.

<sup>٢٥</sup> الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، حاشية رقم ٣، ص ٩٧-٩٨.

<sup>٢٦</sup> مصادر التشريع الإسلامي مرنة، الأستاذ الشيخ خلاف، مقال منشور بمجلة القانون والإقتصاد، عدد أبريل - مايو ١٩٤٥، ص ٢٥٣-٢٥٨.

<sup>٢٧</sup> الإسلام عقيدة وشريعة، حاشية رقم ١٦، ص ٤١٧.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

أما عن مظاهر ذلك السمو من الناحية الجنائية فتبرزُ في العقوبات التي أقرتها الشريعة الإسلامية على مرتكبي الجرائم -عدا جرائم الحدود- ويطلقُ عليها التعازير فقد تُركَ تحديدها من حيث الكم والكيفية إلى القاضي، فالشريعة الإسلامية هنا تُفوضُ القاضي في الحكم على كل حالة تُعرض عليه طبقاً للظروف المُحيطة بكل جريمة، وطبقاً لحالة المُجرم ومدى نزعتة نحو الإجمام، وهنا ينبغي التنويه إلى أن التشريعات الجنائية الحديثة تتجّه نحو الأخذ بهذا النظام.<sup>٢٨</sup>

ثالثاً: الدوام: تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بالدوام، أي الثبات والاستقرار، فنصوصها لا تقبل التعديل والتبديل مهما مرت الأعوام وطالت الأزمان وهي مع ذلك تظل حافظة لصلاحيتها في كل زمان ومكان. وإتساقاً مع هذا فالكثير من الأحكام الشرعية التي جاء بها الإسلام تصلح لكل زمان ومكان، مثل مبادئ الشورى والحريّة والمساواة والعدالة والتعاون.

هذه هي المميزات الجوهرية الأساسية للشريعة الإسلامية، وهي على تعددها وتباينها ترجع إلى أصل واحد نشأت عنه جميعاً بحيث يُعتبر كل منها أثراً من آثاره، وهذا الأصل هو أن الشريعة الإسلامية من عند الله ومن صنعه، ولولا أن الشريعة من عند الله لما توافرت فيها صفات الكمال والسمو والدوام تلك الصفات التي تتوفر دائماً فيما يصنعه الخالق ولا يتوفر شئ منها فيما يصنعه المخلوق.<sup>٢٩</sup> أما عن الدلائل على هذه المميزات فهي كثيرة ومتوفرة في كل مبدأ أو قاعدة قانونية أو نظرية جاءت بها الشريعة الإسلامية، وأبرز تلك النظريات هي:

أولاً: نظرية المساواة: الشريعة الإسلامية جاءت حافلة منذ مهبداً بنصوص صريحة تحث على المساواة بين العباد أمام المولى عز وجل، وفي كل العبادات والواجبات والحقوق، فيقول تعالى " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكرٍ وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم "<sup>٣٠</sup> ويقول الرسول الكريم " الناس سواسية كأسنان المشط الواحد لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى " ثم أكد عليه السلام ذلك في قوله

<sup>٢٨</sup> الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، حاشية رقم ٣، ص ٢٥٦ وما بعدها.

<sup>٢٩</sup> التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، حاشية رقم ١٥، ص ٢٤.

<sup>٣٠</sup> الآية ١٣ من سورة الحجرات.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

"إن الله قد أذهبَ بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بأبائهم لأن الناس من آدم و آدم من تراب وأكرمهم عند الله أتقاهم".

ولقد ضربَ لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم المثل والقُدوة في ذلك بما روتهُ عنهُ عائشة رضي الله عنها في شأن المخزومية التي سرقت فذهب أسامة بن زيد يشفع لها عند رسول الله فقال له: " يا أسامة أتشفعُ في حدٍ من حُدود الله، ثم قام خطيباً فقال: إنما أهلك الذين من قبلكم انهم كانوا إن سرقت فيهم الشريف تركوه، وإذا سرقت فيهم الضعيف اقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنتي محمد سرقت لقطعتُ يدها".

كما ضربَ لنا على ابن أبي طالب مثلاً نادراً في المساواة بين المسلمين وأهل الذمة عندما ذهبَ أحد اليهود إلى عمر بن الخطاب شاكياً علياً ابن ابي طالب، فوجهَ عمر كلامهُ إلى علياً قائلاً: يا أبا الحسين قم واجلس بجوار خصمك فسوى بين اليهودي وبين ابن عم الرسول عليه الصلاة والسلام في مجلس القضاء، ولكن علياً غضبَ لأن أمير المؤمنين دعاهُ بكنيته ودعا اليهودي باسمه المجرد فخشى على رضي الله عنه أن يدخل ذلك شئياً في نفس اليهودي، فقام عمر وقبلاً علياً بين عينيه وقال (بكم أكرمنا الله أهل البيت). ويلاحظ على هذه النصوص أنها قد فرضت المساواة بصفةٍ مطلقة فلا قيود على تطبيقها أو أية استثناءات، فلا فضلَ لفردٍ على فرد، ولا جماعة على جماعة، و لا لحاكمٍ على محكوم و لا لجنس على جنس فالجميع سواسية.<sup>٣١</sup>

وبناءً على ذلك فإذا كانت نظرية المساواة قد عُرِفَت في الشريعة الإسلامية من ما يزيد على ثلاثة عشر قرناً فإن القوانين الوضعية لم تعرفها إلا في أوائل القرن التاسع عشر، إذن فقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير المساواة المطلقة بما يزيد على أحد عشر قرناً، ولم تأت القوانين الوضعية بجديد حين قررت المساواة، وإنما سارت في أثر الشريعة واهتدت بهداها.

ثانياً: نظرية الحرية: هي من أهم المبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية حيث تضمنت كافة مظاهر الحرية مثل حرية التفكير، حرية الاعتقاد و حرية القول. أما عن حرية التفكير فقد حررت الشريعة الإسلامية عقل المسلم من الأوهام والخرافات والتقاليد

<sup>٣١</sup> التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، حاشية رقم ١٥، ص ٨٤.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

والعادات التي كانت شائعة قبل ظهور الإسلام، كما دعت إلى نبذ كل ما لا يقبله العقل. وأما عن حرية الاعتقاد فالشريعة الإسلامية هي أول شريعة أباحت حرية الاعتقاد وحرصت على صيانة هذه الحرية وحمايتها، فكل إنسان طبقاً للشريعة الإسلامية أن يعتنق من العقائد ما شاء وليس لأحد أن يحمله على ترك عقيدته أو اعتناق غيرها أو يمنعه من إظهار عقيدته، وقد اتخذت الشريعة الإسلامية التدابير الآتية لضمان تفعيل هذه الحرية وحمايتها: أولاً: إلزام الناس أن يحترموا حق الغير في اعتقاد ما يشاء وفي تركه يعمل طبقاً لعقيدته، فليس لأحد أن يكره آخر على اعتناق عقيدة ما أو ترك أخرى، وهذه المعاني واضحة وصريحة في قوله تعالى " لا إكراه في الدين " <sup>٣٢</sup> وقوله " ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعاً أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين " <sup>٣٣</sup>. أما عن ثاني تلك التدابير فهي إلزام صاحب العقيدة نفسه أن يعمل على حماية عقيدته، وألا يقف موقفاً سلبياً إذا عجز عن حماية نفسه. أما عن حرية القول فقد أباحتها الشريعة الإسلامية وجعلتها حقاً لكل إنسان، بل جعلت القول واجباً على الإنسان في كل ما يمس الأخلاق والمصالح العامة والنظام العام، وفي كل ما تعتبره الشريعة الإسلامية منكراً، ويقول المولى عز وجل في ذلك " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر " <sup>٣٤</sup>

ثالثاً: نظرية الشورى: جاءت الشريعة الإسلامية مقررة لمبدأ الشورى في قوله تعالى " وأمرهم شورى بينهم " <sup>٣٥</sup> وقوله " وشاورهم في الأمر " <sup>٣٦</sup> ومن ثم يتضح من هذين النصين عموميتها المطلقة بحيث لا يمكن تعديلها أو تبديلها في المستقبل، وفي هذا بيان أيضاً لما أوضحناه بشأن أن الشريعة تتسم بالدوام ولا تقبل التعديل. وهنا نذكر بأن التجارب العملية - وللأسف - قد أثبتت أن الأنظمة الوضعية غالباً ما اعتنق ولاتها مبدأ الدكتاتورية

<sup>٣٢</sup> الآية ٢٦٥ من سورة البقرة.

<sup>٣٣</sup> الآية ٩٩ من سورة يونس.

<sup>٣٤</sup> الآية ١٠٤ من سورة آل عمران.

<sup>٣٥</sup> الآية ٣٨ من سورة الشورى.

<sup>٣٦</sup> الآية ١٥٩ من سورة آل عمران.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

مما أدى إلى كم الأفواه وتعطيل الحُرَيَات ومنها حرية الرأي وحرية الإختيار وانعدام الثقة بين الشعوب والحُكُام.<sup>٣٧</sup>

#### المبحث الخامس: رقابة دستورية القوانين في الشريعة الإسلامية:

الأصلُ أنه يجب على السُلطة التشريعية في الدولة الإسلامية ألا تُخالف أحكام الدستور الإسلامي، وألا تُخرُج عن قواعده، وألا تحيد عن منهجه، فإذا خالفت أحكامه ونظامه وحادت عن قواعده ومبادئه خضعت لرقابة الأمة الإسلامية التي هي مصدر السُلطات، والسُلطات في الدولة الإسلامية تُعتبر نائبة عن الأمة ووكيلة عنها، وتستمد سلطاتها منها، وليس لها من الأمور إلا ما تريده الأمة، فهي التي تُقيم الدولة، وهي التي تُنظّمها، وهي التي تُقَدِّر مصالحها، وتدرأ عنها مفسداتها.<sup>٣٨</sup>

وتُعتبر رقابة دستورية القوانين في الشريعة الإسلامية رقابة سابقة ولاحقة: تتمثل الرقابة السابقة في إيجاب مبدأ الشورى، فإله سبحانه وتعالى شرع الشورى ليتمكن الناس من إدارة شئونهم، وحتى يستطيعوا الإشراف على أمورهم، ويُراقبوا سُلطات الدولة في أعمالها. والشورى ضمانة أساسية تحول دون إقدام السُلطات على مخالفة الأحكام الشرعية، أو الإتحراف في استعمال حقوقها لأن القوانين التي سنينها السُلطة التشريعية لن تُصبح نافذة إلا إذا كانت مُتفقة مع الدستور.

أما الرقابة اللاحقة فتتمثل في رقابة الأمة على أعمال سُلطات الدولة، فالشريعة الإسلامية كفلت وجود رقابة دائمة ومستمرة على أعمال أولي الأمر بالدولة للحيلولة بينهم وبين مخالفة أحكام الشرع في التطبيق فأوجب على الأمة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ونصح أولي الأمر، ولا يجوز للأمة أن تتخلى عن أداء هذا الواجب أو تتهاون فيه.<sup>٣٩</sup>

#### المبحث السادس: رقابة دستورية القوانين في النظام المصري:

تُسيطر أحكام القانون على الدولة القانونية، وهذه السيطرة تُسمى "مبدأ المشروعية"، ويتحقق هذا المبدأ بتحقق "مبدأ سيمو الدستور" باعتبار أن الدستور هو التشريع الأعلى في

<sup>٣٧</sup> التشريع الجنائي الإسلامي مُقارناً بالقانون الوضعي، حاشية رقم ١٥، ص ٣٤.

<sup>٣٨</sup> نظام الحكم الإسلامي، الدكتور محمود حلمي، ص ٣٩-٤٠.

<sup>٣٩</sup> مبادئ القانون الدستوري دراسة مُقارنة بالشريعة الإسلامية، الدكتور إسماعيل البدوي، دار الكتاب الجامعي، طبعة ١٩٧٩، ص ٢٠٢ وما بعدها.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الدولة فيجب أن تخضع له جميع سلطات الدولة، ومن ثم فإنه ينبغي ألا تتعارض التشريعات الأخرى في الدولة مع الدستور، وأن تتدرج تبعاً لتدرج الجهة التي تُصدرها، وفي ذلك ضمان للحريات والحقوق الفردية التي يكفلها الدستور.<sup>٤٠</sup>

أما عن رقابة دستورية القوانين في مصر، فينبغي التنويه بداءة أن الدستور المصري من الدساتير الجامدة التي يستلزم تعديل أحكامها قواعد وإجراءات أشد من تلك التي يُعدل بها القانون العادي، بيد أن صاحبي الحق في طلب التعديل هما رئيس الجمهورية ومجلس الشعب فقط.<sup>٤١</sup> أما عن تطور تلك الرقابة في مصر فقد كانت المحاكم المصرية -قبل إنشاء المحكمة العليا- تتمتع عن تطبيق القانون المخالف للدستور إمتثالاً لحكم القاعدة الأعلى، وهي القاعدة الدستورية.<sup>٤٢</sup> وفي مايو ١٩٦٩ صدر القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء المحكمة العليا وجعل من بين اختصاصاتها الرقابة على دستورية القوانين، ثم صدرَ دستور ١٩٧١ حيث نصَّ في المادة ١٩٢ منه على أن "تُمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المُبينة في القانون الصادر بإنشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا". وأخيراً صدرَ القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، وقد نص الدستور على اعتبارها هيئة قضائية مُستقلة بذاتها في جمهورية مصر العربية مقرها مدينة القاهرة.<sup>٤٣</sup>

أما عن اختصاصات المحكمة الدستورية العليا فقد أوردتها المادة ١٧٥ من دستور جمهورية مصر العربية بأنها تتولى الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية. كما حدّدَ قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ اختصاصاتها على سبيل الحصر، وهي:

١. الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح.
٢. الفصل في تنازُع الاختصاص القضائي.
٣. الفصل في المنازعات المُتصلة بتنفيذ الأحكام القضائية النهائية المُتناقضة.

<sup>٤٠</sup> أزمة الأنظمة الديمقراطية، الدكتور عبد الحميد متولي، طبعة ١٩٥٤، ص ١٩١.

<sup>٤١</sup> المادة ١٨٩ من دستور جمهورية مصر العربية.

<sup>٤٢</sup> النظم السياسية والقانون الدستوري، الدكتور ماجد راغب الحلو، منشأة دار المعارف، طبعة ٢٠٠٥، ص ٧٩٣.

<sup>٤٣</sup> المادة ١٧٤ من دستور جمهورية مصر العربية.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

٤. تفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين وفقاً لأحكام الدستور.

وإذا كان دستور ١٩٧١ هو أول دستور في تاريخنا الحديث ينص صراحةً على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، ثم عدل الدستور عام ١٩٨٠ لتكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، وهذا يعني عدم جواز إصدار أي تشريع في المستقبل يخالف أحكام الشريعة الإسلامية كما يعني ضرورة إعادة النظر في القوانين القائمة قبل العمل بدستور ١٩٧١ وتعديلها بما يجعلها متنتفة مع أحكام الشريعة، وبهذا النص الدستوري أكدّت مصر وجهها الإسلامي في جميع أوجه النشاط الإنساني وأقفلت الباب أمام استعارة أي نظام لا يتفق وأحكام الشريعة الغراء. ولفاً لذلك فقد بدأ العمل في مصر على تنقية التشريعات القائمة تدريجياً للتأكد من عدم مخالفتها للشريعة الإسلامية، وقد أخذت المحكمة الدستورية على عاتقها جانباً كبيراً وأساسياً في هذه المهمة الصعبة، ونعرض في الجزء التالي أهم الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا في بعض المسائل التي أثير حولها التساؤل بمدى اتفاقها مع الشريعة الإسلامية من عدمه.

#### المطلب الأول: الخلع

الخلع لغة هو النزاع... يُقال المرأة خالعت زوجها مُخالعةً إذا إفتدت منه... والإسم الخلع بالضم، وهو كما جاء في المصباح المنير<sup>٤٤</sup> استعارة من خلع اللباس لأن كل واحدٍ منهما لباساً للآخر، أما عن التعريف الشرعي فللشافعية عدة تعاريف تدور كلها حول معنى واحد أهمها قولهم "الخلع فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج ولو كان العوض مُقدراً بلفظ طلاق أو خلع"<sup>٤٥</sup>.

أما عند الحنفية فعرفه صاحب اللباب بأنه هو "إزالة علاقة النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه"<sup>٤٦</sup>. أما عند المالكية فالخلع هو "إزالة عصمة الزوج بصريح لفظ أو كتابة ظاهرة أو بلفظ ما مع النية"<sup>٤٧</sup>، كما عرفه صاحب بداية المُجتهد بقوله "الخلع هو بذل المرأة العوض عن طلاقها"<sup>٤٨</sup>.

<sup>٤٤</sup> المصباح المنير، كتاب الخاء، ص ٢١٣.

<sup>٤٥</sup> الباجوري على ابن قاسم، الجزء الثاني، ص ١٣٥.

<sup>٤٦</sup> اللباب، الجزء الثاني، ص ٢٧. انظر أيضاً فتاوى المذهب الحنفي، الجزء الأول، ص ٥٩.

<sup>٤٧</sup> أنظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، ص ٣٤٧.

<sup>٤٨</sup> بداية المجتهد، الجزء الثاني، ص ٥٧. انظر أيضاً كفاية الطالب، الجزء الثاني، ص ٩٢.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

أما الحنايلة فعرفوه بأنه فراق زوج لزوجته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظٍ مخصوصة "٤٩"، أما الشيعة الجعفرية فعرفوه بأنه "إزالة قيد النكاح بفدية من الزوجة على إنفرادها بكرهيتها للزوج فإن كانت الكراهية من الجانبين فالفرقة بينهما حينئذٍ بفدية تسمى عندهم المبرأة" وللشيعة في وقوع الخلع رأيان أولهما أنه لا يقع بلفظ الخلع وحده وإنما يتبعه لفظ الطلاق، بينما يخالف الرأي الآخر ذلك إذا كان الخلع مصحوباً بذكر البذل الذي يتم به الخلع، والرأيان يشترطان القبول في مجلس الإيجاب ليعتد على الخلع أثره.<sup>٥٠</sup>

أما في الفقه الإسلامي المعاصر فالرأي الراجح يرى أن الخلع هو إزالة الزواج مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها<sup>٥١</sup>، كما يرون أن الأصل فيه قوله تعالى "و لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به".<sup>٥٢</sup>

وعلى هدي من تلك التعريفات فقد نظم المشرع المصري الخلع بموجب المادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والتي تنص على أنه "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه". وقد أخذ على ذلك النص أمران: أولهما مناقضته لأحكام الشريعة الإسلامية التي تشترط قبول الزوج للخلع، وثانيهما عدم قابلية الحكم الصادر بالخلع للطعن بأي طرق مما يُعد إهداراً لحق التقاضي الذي كفلته الدستور للناس كافة.

من الجدير بالذكر قبل التعرض لمدي مشروع الخلع التنوية بأن نظام الخلع ليس جديداً وإنما سبق وأن أشار إليه المشرع ضمناً في المواد ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ حينما أكد على حق الزوجة في التطليق من زوجها عند عدم ثبوت الضرر مقابل بدل مناسب تلتزم به،

<sup>٤٩</sup> الفقرة بين الزوجين بالخلع وعلاقته باحترام المرأة، رسالة دكتوراه من الباحث محمد عبد الهادي بجامعة الأزهر الشريف، ١٩٧٩، ص ٣٨.

<sup>٥٠</sup> الحاشية السابقة ص ٤٥.

<sup>٥١</sup> الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، الدكتور عبد المجيد محمود مطلوب، دار النهضة العربية، ١٩٩٣ - ١٩٩٤، ص ٣٤٥.

<sup>٥٢</sup> الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.



الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

كما ورد ذكره في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في موضعين هما المادتان ٦ و ٢٤، وهو الأمر الذي أكدّه المُشرع في المُذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ حينما أوضح أن الإسلام يُقر الخلع إيساقاً مع مبادئه الكلية العادلة التي تركز على رفع الحرج وإزالة الضرر. وقد أشارت المُذكرة إلى الهدف من تنظيم الخلع تشريعاً حين أوردت أنه "وبالرغم من أن هذا النظام الذي تُقره الشريعة الإسلامية قد ورد ذكره في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في موضعين هما المادتان ٦ و ٢٤ إلا أنه لم يُقنن في تنظيم تشريعي يبين كيفية تطبيقه حتى رأي المُشرع تقنيته لأنه يؤدي إلى تطبيق يسترد به الزوج ما دفعه ويرفع عن كاهله عبء أداء أي من الحقوق المالية الشرعية للزوجة من بعد ذلك، فيزول عنه بذلك أي ضرر مما يجعل إمساكه للزوجة بعد أن تقرر مُخالعته إضراراً خالصاً بها. والقاعدة الشرعية أنه لا ضرر ولا ضرار. كما أنه يعفي الزوجة إن ضاق بها الحال من إشاعة أسرار حياتها الزوجية وقد يحول الحياء بينها وبين أن تفعل، وقد تكون قادرة على أن تفعل ولكنها تأبى لأنها ترى في هذه الأسرار ما يؤدي أولادها في أبيهم، وخاصة حينما يُسجل ما تبوح به في أحكام قضائية"<sup>٥٢</sup>.

وحيث أنه وعن النعي بمخالفة النص الطعين لأحكام الشريعة الإسلامية فقد تصدت المحكمة الدستورية العليا لهذه المسألة فقالت في بيان عرضها لأسباب قضائها أن "المادة الثانية من الدستور -بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠- إذ نصت على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع فإن مقتضى ذلك أنه لا يجوز لنص تشريعي يصدر في ظلّه أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلائلها باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يمتنع الاجتهاد فيها لأنها تُمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التي لا تحتمل تأويلًا أو تبديلاً، وليست كذلك الأحكام الظنية في ثبوتها أو دلائلها أو فيهما معاً فهذه تتسع دائرة الاجتهاد فيها تنظيمًا لشؤون العباد وضماناً لمصالحهم التي تتغير وتتعدد مع تطور الحياة وتغير الزمان والمكان، وهو اجتهاد وإن كان جائزاً ومنذوباً من أهل الفقه فهو في ذلك أوجب، وأولى لولي الأمر أن يبذل جهده في استنباط الحكم الشرعي من الدليل التفصيلي، ويُعمل حكم العقل فيما لا نص فيه توصلًا لتقرير قواعد عملية يقتضيها

<sup>٥٢</sup> المُذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، المطابع الأميرية، طبعة ٢٠٠٢، ص ٣٩.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

عدل الله ورحمته بعباده وتسعه الشريعة الإسلامية التي لا تُضفي قُدسية على آراء أحد الفقهاء في شأن من شئونها، و لا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدال غيرها بها بمراعاة المصلحة الحقيقية للجماعة التي لا تتناقض المقاصد العليا للشريعة"<sup>٥٤</sup>

ومفاد ذلك القضاء أن لولي الأمر الحق في الاجتهاد في المسائل الخلافية إذا ما ثار لبسُ بشأنها أو إنهاء لنزاع أو تناحر، وله في ذلك الاستعانة بأهل الفقه والرأي دون التقيد برأي أحدُهم، ومن ثم فله أيضاً أن يُشرع خلافاً لما أفتوا له به إذا كانت مصلحة العباد تقتضي ذلك، بيد أنه لا بُد دائماً وأن يكون ما شرعه في نطاق حدود الله وسنة رسوله و لا يخرج عنهما جهاراً، وإن لم يجد فعلية ألا يشرع إنمأ و لا يُضيق على الناس أو يرهقهم. أما وعن إعطاء الحق للمرأة في طلب الخلع من زوجها فهذه صورة من صور إنحلال الزوجية التي ذهب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي إلى تأييد الحنفية"<sup>٥٥</sup> في أن الشريعة الإسلامية قد نظمتها في الأحكام الآتية:

أولاً: أن الطلاق - بحسب الأصل - مُقرر للزوج بوقعه هو وليس غيره.  
ثانياً: أن هناك حالات يُسمح فيها للفاضي بتطبيق الزوجة من زوجها طلاقاً بئنة رفعاً للضرر وإنهاء للشقاق.

ثالثاً: أن الزوجة لها أن تفتدي نفسها وتحصل على الطلاق خلعاً نظير المبرأة."<sup>٥٦</sup>  
والحكمة من ذلك أن الزواج رابطة مقدسة بين طرفيه شرعاً سبحانه وتعالى رحمة بالعالمين فيقول المولى عز وجل في كتابه الحكيم "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة"<sup>٥٧</sup> ومن ثم فالصلة بين الزوجين لا يبد وأن تكون صالحة قائمة على المودة والتراحم، ولكن إذا اتسمت هذه العلاقة بالكرهية والبغضاء والشقاق فلقد رخص المولى عز وجل الطلاق ونظم ذلك تنظيمًا دقيقاً قائماً على

<sup>٥٤</sup> راجع الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠١ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية"، حاشية رقم ٢، ص ٣١.  
<sup>٥٥</sup> الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، الشيخ زكي الدين شعبان، طبعة عام ١٩٦٤، مطبعة دار التأليف، ص ٣٣٧.

<sup>٥٦</sup> الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠١ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" حاشية رقم ٢، ص ٢١.  
<sup>٥٧</sup> الآية ٢١ من سورة الروم.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

مصلحة الزوجين فيقول سبحانه وتعالى في سورة الطلاق "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن"<sup>٥٨</sup>.

كما ذهب المحكمة الدستورية العليا في قضائها إلى أن المفهوم الراجح للخلع عرفاً أنه حل لرابطة الزوجية نظير عوض عن الزوجة تؤديه للزوج نظير الخلاص من الزوجية، وهو جائز في حالتي الثيق والوفاق على السواء. والأصل فيه أنه رضاً أي بموافقة الزوجين، إلا أنه قد يقع بحكم القاضي إذا ما استحالت العشرة بين الزوجين ورغبت المرأة في الطلاق ورغبت معاشرته في ذات الوقت الذي يرفض الزوج طلاقها لأي سبب كان، وهنا يجوز للمرأة أن تفتدي نفسها بمال أو بدل تؤديه للرجل لتفتدي به نفسها وتتخلص من رابطة الزوجية.<sup>٥٩</sup>

أما وعن مدى شرعية الخلع وجوازه فهو ثابت بنص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، والإجماع أيضاً، وسندنا في ذلك من القرآن قوله تعالى "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً . وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً"<sup>٦٠</sup>. كما يقول المولى عز وجل "و لا تمسكوهن ضراراً لعتدنوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه"<sup>٦١</sup> والمقصود هنا ترك النساء حتى تنقضي عدتهن وعدم التضيق عليهن لاجبارهن على اللجوء إلى الافتداء والتطليق وتطويل الحبس، ومن يفعل ذلك يعرض نفسه إلى عذاب الله.<sup>٦٢</sup>

أما وعن تأصيل الخلع في السنة النبوية الشريفة فالسند فيها قوي أيضاً فقد روي البخاري وابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس ذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم شاكية زوجها وقالت: يا رسول الله، اني ما أعيب عليه في خلق ولا في دين إلا أني أخاف الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم- أفتردين عليه حديقته؟ فقالت نعم ، فقال صلى الله عليه وسلم لثابت اقبل الحديقة وطلقها تطليقه"<sup>٦٣</sup>.

<sup>٥٨</sup> الآية الأولى من سورة الطلاق.

<sup>٥٩</sup> الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠١ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية، حاشية رقم ٢، ص ٢١.

<sup>٦٠</sup> الآيتان ٢٠ و ٢١ من سورة النساء.

<sup>٦١</sup> الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

<sup>٦٢</sup> تفسير الامامين الجليلين للعلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلي و الحبر جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، المكتبة الشعبية ببيروت، ص ٤٩.

<sup>٦٣</sup> نيل الأوطار، الجزء السادس، ص ٢٤٦.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

أما وعن فقهاء المسلمين فيرى فضيلة الشيخ ثلثوت شيخ الأزهر الأسبق أن الخلع شرع وأبيح للمرأة بأن تُقدِّم لزوجها من مالها ما تُخلص به نفسها منه حينما لا تطيقه بُغضاً، دون إيذاء أو ضرر، أما إذا ضيق الرجل عليها ودفعها بظلمه إياها والإضرار بها إلى طلب الطلاق والإفئداء بمال تدفعه إليه كارهة غير راضية فإنه يكون ظالماً لها بأخذ الفداء، ولا يكون هو الخلع المشروع.<sup>٦٤</sup> كما يرى جمهور الفقهاء أن الخلع يجوز بحاكم وبدون حاكم، وحيث هو كذلك فلا يتوقف على حكم الحاكم، وصرحوا بذلك لكي لا يتوهم أن الطلاق لما كان على عوض كان مظنه للجور فلا يُباشره إلا الحاكم. أما إذا ثبتت إضرار الرجل بالمرأة كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليطلقها بعد أن يزرع الزوج بكلام أو حبس أو ضرب، ووجهة الجمهور في ذلك أن عقد الخلع إن قيل أنه عقد معاوضة كان كالبيع وإن قيل أنه قطع عقد بالتراضي كان كالإقالة وكُل من البيع أو الإقالة لا يحتاج إلى حكم حاكم.<sup>٦٥</sup> وعلاوة على ذلك فالحق في طلب التفريق مكفول للمرأة إذا تضررت من زوجها وثبت أنه يؤذيها، بل أجاز مالك -إذا ثبتت النشوز من قبلها- وقالت أنها لا تطيقه - أن يخلعها القاضي من زوجها بإشارة الحكيم على أن تدفع إليه ما قدمه في هذا الزواج من مال.<sup>٦٦</sup> وبهذا يبين أن المشرع المصري قد أخذ بمذهب الإمام مالك حينما نظم أحكام التفريق بين الزوجين للضرر والخلع.

هذا عن المشروعية، أما وعن مسألة وقوعه رضاءً من عدمه فلقد ذهب البعض إلى أنه لا بد من موافقة الزوج على الخلع حتى يقع شرعاً مُسترشدين في ذلك بأن ما ورد في الحديث الشريف من رد الحديقة والأمر بالمفارقة كان من قبيل الندب والإرشاد فلا يقع الخلع إلا بموافقة الزوج لاسيما وأنه لم يرد في هذا الشأن حكم قطعي في الثبوت والدلالة أو أيهما. وقد تعددت الآراء في هذه المسألة ولكننا نؤيد ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من الأخذ برأي هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية -إجماعاً- إلى إمكان التطبيق خلعاً دون موافقة الزوج<sup>٦٧</sup> إذ قرر المجلس في شأن مسألة النشوز والخلع أن " يبدأ

<sup>٦٤</sup> الإسلام عقيدة وشريعة، حاشية رقم ١٦، ص ١٦٢.

<sup>٦٥</sup> تفسير القرطبي، طبعة دار الشعب، ص ١٤٦، حاشية رقم ١ ص ١٤٧ من رسالة ماجستير مقدمة من الباحث منصور نصر عبد الحميد بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٧٩.

<sup>٦٦</sup> الأحوال الشخصية، فضيلة الإمام أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٥٧، ص ٣٣٠.

<sup>٦٧</sup> راجع تقرير هيئة المفوضين في الدعوى رقم ٢٠١ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" ص ٣٦.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

القاضي بنصح الزوجة وترغيبها في الإنقياد لزوجها وطاعته وتخويفها من إثم النشوز وعقوبته، وأنها إذا أصرت فلا نفقة لها عليه، ولا كسوة، ولا سكنى، ونحو ذلك من الأمور التي يرى أنها تكون دافعة للزوجة إلى العودة لزوجها وراعاة من الاستمرار في نشوزها، فإن استمرت على نفرتها وعدم الاستجابة عرضاً عليهما الصلح، فإن لم يقبلا ذلك نصح الزوج بمفارقتها وبين له أن عودتها أمر بعيد، ولعل الخير في غيرها ونحو ذلك مما يدفع الزوج إلى مفارقتها، فإن أصر على إمساكها وامتنع عن مفارقتها وإستمر الشقاق بينهما بحث القاضي حكيم عدلين ممن يعرف حالة الزوجين من أهلهما حيث أمكن ذلك، فإن لم يتيسر فمن غير أهلهما ممن يصلح لهذا الشأن فإن تيسر الصلح بين الزوجين على أيديهما فبها، وإلا أفهم القاضي الزوج أنه يجب عليه مخالعتها على أن تسلمه الزوجة ما أصدقها، فإن أبى أن يطلق حكم القاضي بما رآه الحكمان من التفريق بعوض أو بغير عوض، فإن لم يتفق الحكمان أو لم يوجدوا وتعذرت العشرة بالمعروف بين الزوجين نظراً القاضي في أمرهما وفسخ النكاح حسبما يراه شرعاً بعوض أو بغير عوض<sup>٦٨</sup>. وبذلك يبين أن الرأي الراجح هو تخويل القاضي سلطة تطبيق الزوجة من زوجها إذا لم يقيم الزوج بتطبيقها رضاءً، وهذا هو ما ذهب إليه المالكية،<sup>٦٩</sup> والعلّة في ذلك أن التفريق بينهما عند إستحالة العشرة من شأنه تحقيق مصلحة الزوجين إذ لا يتصور إكراه الزوجة على معاشرته زوجها وهي كارهة مما يخرج بهذه العلاقة عن الأصل المفروض لها وهو المودة والتراحم.

ومن جماع ما تقدم يتضح جلياً أن الخلع ليس مخالفاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، بل أن له أصوله الثابتة في القرآن الكريم والسيرة النبوية الشريفة والفقهاء، ومن ثم فهو يرقى إلى مرتبة الأحكام القطعية في الشريعة الإسلامية لوروده صراحةً في القرآن والسنة.

#### المطلب الثاني: الإرث:

تنص المادة ١/٨٧٥ من القانون المدني المصري على أن " تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية

<sup>٦٨</sup> أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، المجلد الأول، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٩ هجرية ١٩٨٨ ميلادية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، ص ٤٩٢-٤٩٣.

<sup>٦٩</sup> أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، الدكتور محمد محمد فرحات، طبعة سنة ١٩٩٢/٩١، دار النهضة العربية، ص ٣١١.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

والقوانين الصادرة في شأنها " ومن ثم فإن أعمال هذه المبادئ في شأن النصوص التشريعية المنظمة لحق الإرث يكون أمراً لازماً بغض النظر عن القيد الزمني الخاص بالمادة الثانية من الدستور لاسيما وأن الأخير قد كفل حق الإرث بنص صريح مما أضفي عليه حماية دستورية بيد أنها تتقيد بمبادئ الشريعة الإسلامية التي هي جوهر و مصدر هذا الحق وأساس تنظيمه.

ومن هذا المنطلق فإن أي تشريع يتناول -من قريب أو بعيد- حق الإرث يتعين أن يكون متفقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ليس فقط لأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع وإنما -وبصفة أساسية- لأن كفالة الدستور لهذا الحق لا تتحقق إلا بإعمال مبادئ الشريعة الإسلامية في شأنه باعتبارها أساس قاعدته ومحور نظامه.<sup>٧٠</sup> وإعمالاً لذلك فقد تصدت المحكمة الدستورية العليا للعديد من النصوص الوضعية التي طعن بعدم اتفاقها مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية بشأن الإرث، ومن بينها المادة ١٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بإصدار قانون حماية حق المؤلف والتي تقضي بأنه " بعد وفاة المؤلف يكون لورثته وحدهم الحق في مباشرة حقوق الإستغلال المالي المنصوص عليها في المواد ٥ و ٦ و ٧ فإذا كان المصنف عملاً مشتركاً وفقاً لأحكام هذا القانون ومات المؤلف بلا وارث فإن نصيبه يؤول إلى المؤلفين المشتركين وخلفهم ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك. ومع ذلك يجوز للمؤلف أن يعين أشخاصاً بالذات من الورثة أو غيرهم ليكون لهم حقوق الإستغلال المالي المشار إليه في الفقرة السابقة ولو جاوز المؤلف في ذلك القدر الذي يجوز فيه الوصية "

وإذا كنا قد انتهينا سابقاً إلى أن سلطة المشرع في تنظيم الحقوق هي سلطة تقديرية يُفاضل المشرع من خلالها بين بدائل متعددة مرجحاً من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها بشرط ألا تنفصل النصوص القانونية عن أهدافها، بيد أن الوضع مختلف بالنسبة لنص هذه المادة إذ يتعين على المشرع هنا التصدي للنص من خلال تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية التي هي مصدر أحكامه في هذا المجال بموجب نص المادة ١/٨٧٥ من القانون المدني المصري التي تنص على أعمال أحكام

<sup>٧٠</sup> تقرير هيئة المفوضين في الدعوى رقم ١٢٢ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية"، المحكمة الدستورية العليا، ص ٢٢.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها عند النظر في مسائل تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة.

أما عن أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للإرث فلقد نظم القرآن الكريم حق الإرث في مُحكم آياته وشرحتها السنة النبوية فجاء نظامه مُحكماً ذو أسس ثابتة يقوم عليها ويتميز بها، وتلك الأسس نُجملها في خمسة أمور:

١. أنه يقوم على الولاية والنصرة.
٢. أنه إجباري لا يخضع لإرادة المورث أو الوارث.
٣. أنه يكون للأقرب فالأقرب من المورث.
٤. أنه يُراعي مظنة الحاجة.
٥. أنه يُراعي العدالة في التوزيع وعدم المُحاباة.

أما عن حكمة الشارع في التفرقة بين الرجل والمرأة في الإرث، فقد نظّر الإسلام إلى أن أعباء المرأة في حياتها ونفقة أولادها وتكاليف زواجها محمولة عن كاهلها، و موضوعة على الرجل، فكان من العدل بينهما أن يكون للرجل ضعف نصيبها ليتمكن من القيام بأعباء حياتها وحياته و حياة الأولاد، وكان إعطاؤها النصف مُجرد احتياط للوقاية مما تصير إليه، وتقع فيه من فقد مصدر الإنفاق عليها.<sup>٧١</sup>

أما عن أسباب الإرث في الإسلام فيمكن حصرها في الآتي:

أولاً: القرابة: والمراد بها رابطة النسب الحقيقية، وهي تشمل قرابة الولادة (الآباء والأبناء) وقرابة الأخوة بجهاتها الثلاثة: للأب والأم معاً، وللأب فقط، وللأم فقط.<sup>٧٢</sup> وللإرث بناءً على تحقق القرابة ثلاثة أنواع: أصحاب فروض، وعصبات نسبية، وذوو أرحام.

ثانياً: الزوجية: والمراد هنا هو الزوجية الصحيحة التي بُنيت على عقد زواج صحيح غير فاسد وإن لم يدخل الزوج بالزوجة أو يختلي بها، وهي هنا تشكل الزوج والزوجة.<sup>٧٣</sup>

<sup>٧١</sup> الإسلام عقيدة وشريعة، حاشية رقم ١٦، ص ١٦٢.

<sup>٧٢</sup> المرجع السابق، ص ٢١٤.

<sup>٧٣</sup> المرجع السابق، ص ٢١٥.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وشرط الإرث بالزوجية أن تكون باقية حتى الممات ولو حكماً كما لو مات الزوج وكانت الزوجة في عدة من طلاق رجعي.<sup>٧٤</sup>

ثالثاً: الولاء: وهو سبب من أسباب الماضي ليس له قيمة في الوقت الحاضر، وكان ينحصر في نوعان: ولاء العتاقة، ويسمى ولاء النعمة، وهو قرابة حكومية حاصلية بسبب العتق، وقد اتفق الفقهاء على أن هذا الولاء مثبت للإرث. أما النوع الثاني من الولاء فهو ولاء الموالاة، وهو أن يسلم رجل على يد مسلم آخر و يواليه على أن يرثه إذا مات، أو يتفق اثنان باختيارهما على ذلك فإذا مات أحدهما وليس له وارث من ذوي الفروض أو العصبية أو ذوي الأرحام ورثته الآخر.<sup>٧٥</sup>

وقد جاء قانون الميراث مُستبعداً ولاء الموالاة من أسباب الإرث جرياً على مذهب جمهور الأئمة موقفاً سببية ولاء العتاقة فقد نصت المادة السابعة منه على أن " أسباب الإرث ثلاثة: الزوجية، والقرابة، والعصوبة السببية" وهي هنا ولاء العتاقة، وقد علّلت المُذكرة الإيضاحية هذا الاستبعاد لولاء الموالاة بأن هذا النوع من الولاء لا وجود له من زمن بعيد فلا حاجة إليه.

أما عن الوصية فهي تصرف مُضاف إلى ما بعد الموت، وقد حدّد المولى عز وجل حدوداً للخلافة الاختيارية في القدر الذي تجوز فيه و في صفة الموصى له وفي الباعث على تلك الخلافة، وفي الشروط المُقترنه بها، ولم يُترك الأمر فيها لإرادة الموصي لأن الأصل عند فقهاء المسلمين أن الشارع هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت ولكن لكي يتدارك الشخص ما عساه قد يكون فاتته في حياته من واجبات، ولذلك أجاز له الشارع الإسلامي أن يختار خليفته في قدر مُعين من تركته وهو الثلث على أن يكون غير مُتجانف لإثم، و لا قاصد أمر مُحرم إذ قال صلى الله عليه وسلم " إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم " كما روي أن سعد بن أبي وقاص كان مريضاً فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أوصي بجميع مالي؟ فقال لا، فقال فبئلثي مالي؟ قال: لا، فقال فببئلثي مالي؟ فقال: لا،

<sup>٧٤</sup> أحكام التركات والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون، الدكتور بدران أبو العينين بدران، مؤسسة شباب الجامعة، طبعة ١٩٨١، ص ٧٤.  
<sup>٧٥</sup> المرجع السابق، ص ٧٥.



الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

فبئس مالي؟ قال عليه الصلاة والسلام: التُّلْتُ والتُّلْتُ كثير إنك إن تدع ورتثك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء ينكفون الناس"<sup>٧٦</sup>.

وبناءً على هذا فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن من شروط الوصية ألا يزيد مقدارها عن التُّلْتُ عند موت الموصي (بعد تجهيزه وتكفينه وسداد ما عليه من ديون لها مطالب من جهة العياد). ومن الجدير بالذكر هنا أنه لم يُخالف الجمهور في ذلك إلا بعض آل البيت فيما روي عنهم، وبعض الخوارج الأباضية فالأولون كان منهم من أجاز الوصية بكل المال، والآخرين منهم من أجاز الوصية بالنصف، وبعضهم أجاز أكثر من ذلك، ولكننا نؤيد الرأي الذي انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا في أن هذين القولين غير سليمين عند بقية فقهاء الشيعة.<sup>٧٧</sup>

وحيث أنه في معرض بحث المحكمة للنص الطعين في ضوء المادة ٣٤ من الدستور التي تنص على أن " الملكية الخاصة مصونة، و لا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي، و لا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون، وحق الإرث فيها مكفول " فقد أكدت المحكمة أن حق المؤلف المالي هو حق ملكية وفقاً للدستور، ومن ثم يتمتع بالحماية الدستورية المقررة بنص المادة ٣٤ آنفة البيان، إلا أن إطلاق الوصية للمؤلف يؤدي إلى سلب ملكية الورثة الشرعيين واتساع مدى الوصية بما يتيح لها أن تشمل كامل التركة، مُستغرفةً عناصرها، بما من شأنه تعطيل حق الإرث فلا يكون له من بعد محل يرد عليه.

هذا بالطبع يُشكل مخالفة صريحة لأهم قواعد الإرث في النظام الإسلامي، وهي أنه إجباري بالنسبة للمورث والمورث معاً، فليس للمورث سلطان على ماله بعد وفاته إلا في التُّلْتُ ليتدارك به تقصيراً دينياً فانه فأراد أن يفتديه بالمال أو ليواسي من يستحق المواساة بمن تربطه به صلة مودة أو قرابة بعيدة لا يستحق بها ميراثاً أو لينفقه في جهات أكبر ومصالح الجماعة، أما التُّلْتان فليس له فيهما سلطان، والخلافة فيهما يتولاها الشارع يوزعها بين أسرته بالقسطاس المُستقيم كُلِّ بمقدار حاجته أو بمقدار قرابته، وجعلها في أسرته لا يخرجها عنها بل يوزعها في دائرتها، والتوزيع العادل الذي تولاه الله سبحانه

<sup>٧٦</sup> أحكام التركات والمواريث، فضيلة الإمام أبو زهرة، ص ٦-٥.  
<sup>٧٧</sup> أنظر تقرير هيئة المفوضين في الدعوى رقم ١٢٢ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" ص ٢٧.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وتعالى يُمكن رُدّه إلى ثلاثة أقطاب<sup>٧٨</sup>: أولها: أنه يُعطي الميراث للأقرب إلى المُتوفي الذي يُعتبر شخصه امتداداً في الوجود لشخصه، وثانيهما: ملاحظة الحاجة فكلما كانت الحاجة أشد كان العطاء أكثر فكان نصيب الأولاد أكبر من الأبوين ونصيب الذكور ضعيفي الأنتى، وثالثها أن الشرع الإسلامي في توزيعه التركة يتجه إلى التوزيع فهو لم يجعل وارثاً يستبد فيها دون سواه، ولم يُطلق يد المورث يختص بها من يشاء من خلفائه<sup>٧٩</sup>.

وقد انتهت المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن إلى أن النص على حق المؤلف في أن يوصي بحقه المالي ولو جاوز في ذلك القدر الذي يجوز فيه الوصية يعدّ مخالفة صريحة لما استقر عليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من تحديد مقدار الوصية بثُلث التركة، ومن ثم يكون المُشرع قد خالف نص المادة ٣٤ من الدستور وخرَجَ عن حدود سلطته التقديرية في تنظيم حق الملكية والإرث فيها<sup>٨٠</sup>.

#### المطلب الثالث: مسكن الحضانة:

النفقة بصفة عامة هي حق من الحقوق المترتبة على العقد الصحيح، وهي ما تستحقه الزوجة من الطعام والكسوة والسكنى والفرش والخدمة، وقد ذهب الرأي الغالب من الفقهاء إلى أن المقصود بالنفقة هو الطعام فقط، ولذا يعطفون عليها الكسوة والسكنى، والعطف يقتضي المُغايرة<sup>٨١</sup>.

والدليل على وجوب النفقة في القرآن قوله تعالى "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف" و "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"، ويُستفاد من ذلك أن نفقة الزوجات وجوبية على الأزواج وكذلك إسكانهن سواء كن زوجات أو مُطلقات. أما في السنة النبوية الشريفة فالرسول الكريم يقول "اتقوا الله في النساء فانكم اخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" رواه مسلم. أما عن أئمة الشريعة فقد أجمعوا على أن نفقة الزوجة واجبة لها على زوجها فهي تستحقها جزاء

<sup>٧٨</sup> أحكام التركات والمواريث، الإمام أبو زهرة، ص ٢٠٧ وما بعدها - حاشية ٢ صفحة ٢٨ من تقرير هيئة المفوضين في الدعوى رقم ١٢٢ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية".

<sup>٧٩</sup> تقرير هيئة المفوضين في الدعوى رقم ١٢٢ لسنة ٢٢ قضائية، حاشية رقم ٧٠، ص ٢٩

<sup>٨٠</sup> المرجع السابق، ص ٢٨.

<sup>٨١</sup> أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون مُعلقاً عليها بأحكام محكمة النقض، الإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك و المُستشار واصل علاء الدين إبراهيم، طبعة ١٩٩٤، ص ٦٢١.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

احتباسه اياها ومنعها من الاكتساب والسعي في طلب الرزق، ومن أجل هذا وجبت نفقتها.<sup>٨٢</sup>

وبناءً على ما تقدم فإن مناط وجوب النفقة هو احتباس مشروع يتأتى معه وصول الزوج إلى حقه في الاستمتاع متى أراد سواء انتقلت إلى بيت الزوج أم بقيت في بيت أهلها، غير أنه إذا طلب انتقالها فامتعت بغير حق كانت ناشز وسقطت نفقتها، أما إذا كان امتناعها بغير حق كامتناعها حتى تقبض معجل صداقها أو كانت عاجزة عن الانتقال بسبب مرضها فلا تسقط نفقتها. ويُشترط لوجوب النفقة أن يكون العقد صحيحاً، فإذا كان فاسداً لخلوه من الشهود أو لفقد أي شرط من شروط الصحة لم يثبت حق الاحتباس المنوط به وجوب النفقة. كما يُشترط أيضاً لاستحقاق النفقة أن تكون الزوجة صالحة لقضاء الحاجة الجنسية معها بأن تكون كبيرة أو صغيرة تطبق الجماع لتحقق الاحتباس المنوط به وجوب النفقة. كذلك يُشترط لاستحقاقها ألا يوجد مانع من الانتفاع بالمرأة من غير جهته دون أن يكون له مُبرر شرعي لم تجب لها نفقة، وذلك كخروجها من بيته من غير إذنه فإنها تُصبح ناشز وتسقط نفقتها عن مدة النشوز، وكذا عن المدة الماضية إلا النفقة التي استدانها بأمره أو بقضاء القاضي فلا تسقط بالنشوز.<sup>٨٢</sup>

وحيث أننا هنا بصدد بحث نفقة المسكن، والتي غالباً ما تثار حينما يقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار فإن المنازعة تثار فيمن يختص منهما بمسكن الزوجية؟ هل تنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنة لهم؟

ولقد تصدى المشرع المصري لهذه المسألة فنص في المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن " على الزوج أن يهيئ لصيغاره من مُطلقته ولحاضنتهم المسكن المُستقل المُناسب، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر، دون المُطلق، مدة الحضانة. وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المُطلق أن يستقل به إذا وقر لهم المسكن المُستقل المُناسب بعد إنقضاء مدة العدة ويُخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يُقدر لها أجر سكن

<sup>٨٢</sup> أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الدكتور عبد العظيم شرف الدين، دار شرف الدين للتجارة، طبعة ١٩٨٧، ص ٤٣٦.

<sup>٨٣</sup> أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون مُعلقاً عليها بأحكام محكمة النقض، حاشية رقم ٨١، ص ٤٣٩.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

مُناسب للمحزونين ولها". ويُستفاد من هذا النص أنه على الزوج أن يُعد لمطلقاته مسكناً يتناسب مع حالته المالية بشرط أن يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم، فإن كان مثله يسكن في منزل مُستقل كان عليه أن يُسكن صغاره من مُطلقاته وحاضنتهم في منزل مُستقل، وإن كان مثله يعيش في شقة من منزل كان عليه أن يُسكنهم في شقة، وإن كان مثله يعيش في حُجرة كان عليه أن يُسكنهم في حُجرة، ولا بُد أن يشتمل المسكن على الأثاث والأواني وعلى المرافق اللازمة من دورة مياة ومطبخ. وهنا يجب مُراعاة أن الإلتزام بتوفير المسكن هو الإلتزام بتحقيق نتيجة.<sup>٨٤</sup>

وقد تعرضت المحكمة الدستورية في قضائها بشأن مسكن الحضانة إلى أقوال الفقهاء في هذا الصدد فتقول أنهم قالوا: أن من لها امساك الولد وليس لها مسكن فإن على الأب سُكناهما (الرد المُختار للحصفي فقه حنفي من كتاب الحضانة). وإذا كان ذلك فإن للمُطلقة الحاضنة بعد الطلاق الاستقلال مع محضونها بمسكن الزوجية المؤجر لمُطلقها والد المحزون مالم يعد لهم مسكناً آخر مُناسباً...". وقد اتفق في ذلك أيضاً فقه الأحناف والشافعية بينما أضاف المالكية أن سُكنى الحاضنة والمحزون من مال من عليه نفقة الولد سواء لها مسكن أم لا، وقيل المسكن على الموسر منهما (الأب والحاضنة) وقيل سكن الطفل على أبيه، وعلى الحاضنة ما يخصها.<sup>٨٥</sup>

وقد أخذ على هذه المادة النص على استقلال الحاضنة مع محضونها بمنزل الزوجية المؤجر مالم يعد لهم المُطلق المسكن المُناسب، ومن ثم خروجه من مسكنه، وهنا يرى بعض الفقه أن ذلك النص مُخالف لقول الله تعالى " لا تُضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " أي أن طرد المُطلق من مسكنه من جراء إنجاب الولد يُلحق به ضرراً بسبب استعماله رُخصة الطلاق التي شرعها الله عز وجل، الأمر الذي يجعل تلك المادة مُنسلخة تماماً عن كتاب الله تعالى وسُنة رسوله. ويرى فريق آخر أن ذلك النص ليس له سند من الفقه الاسلامي في اضراره بالزوج المُطلق حيث لا يعدوا أن يكون تكبيراً للرجل ووضع للعراقيل أمامه تقييداً لحقه المشروع في الطلاق متى تحققت دواعيه فكان ذلك الربط بين

<sup>٨٤</sup> راجع تقرير هيئة المفوضين في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية"، المحكمة الدستورية العليا، ص

٧٢.

<sup>٨٥</sup> التعليق على قانون الأحوال الشخصية، المستشار أحمد نصر الجندي، ص ٤٦١ ومابعداها.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

استعمال حق الطلاق وهذه الالتزامات التي تجعل استعماله مُستحيلاً إلا بالنسبة لقلّة من القادرين.<sup>٨٦</sup>

هناك أيضاً بعض الآراء التي تقول أن ذلك النص مُخالف للشريعة الإسلامية وقول الرسول عليه الصلاة والسلام " إبدأ بنفسك ثم بمن تعول" ، بينما ذهب فريق آخر إلى أن ذلك النص يتعارض مع نص المادة ٣٤ من الدستور التي تكفل الملكية الخاصة وتحميها وعدم نزعها إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض وفقاً للقانون<sup>٨٧</sup>

ونحن هنا نؤيد الرأي الذي انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الرقيمة ٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" من أن الاستقراء الصحيح لكافة الأحكام الشرعية ومبادئ وأصول الدين الإسلامي الحنيف تأبى تماماً القول بطرد الزوج المُطلق من مسكنه دون سبب إلا استعماله لحقه المشروع في الطلاق حيث يلحق الضرر الجسيم للوالد بولده مما يعدّ خروجاً على أحكام الشريعة الإسلامية وبالتالي أحكام المادة الثانية من الدستور. وعلاوة على ذلك فإن حكم تلك المادة يتصادم مع ما ورد بالمادة ٣٤ من الدستور تصادماً واضحاً وآية ذلك أن الموازنة بين مصالح الزوج المالك المُطلق في هذه الحالة وبين مصلحة الصغار الذين يمكن إلحاقهم بالحاضنة بعد تزويدها بالنفقة اللازمة وكافة الامتيازات الشرعية تؤدي للقول بأن هناك في الحقيقة مساس بحق الملكية، ومن ثم فإنه مُخالف أيضاً لما نصّت عليه المادة ٣٤ من الدستور.

#### المطلب الرابع: حق المرأة في تولي القضاء:

المرأة مخلوق أوجده الله سبحانه وتعالى ليتم به النظام الذي شاءه من بقاء الإنسان إلى أجلٍ مسمى، فيأنس به الرجل ويسكن إليه. وقد خلق الله المرأة مُختلفة عن الرجل من حيث تركيب الجسم والقوة والعقل والتدبير وغير ذلك من الأحوال التي يمتاز بها الرجل عن المرأة. والحكمة في ذلك أن يكون لأحدهما نوع من السيطرة على الآخر ليتمكن الاتفاق بينهما، فلو جعلهما مُتساويين قوةً وعقلاً لم يُتصور أن يكون بينهما إمتزاجٌ قط، فضلاً عن أن نظام الكون مبني على عدم التساوي الكلي، بل لأبد وأن يكون هناك فارق بين الأنواع والأجناس ليحمي القوي الضعيف. وهكذا لو خلقت المرأة مُتساوية للرجل من كل الوجوه

<sup>٨٦</sup> تقرير هيئة المفوضين في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية"، حاشية رقم ٨٤، ص ٧٦.  
<sup>٨٧</sup> المرجع السابق، ص ٧٨.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

لامتعت عن أن تكون تحت نظامه، وهو بالطبع يأبى أن يكون تحت سيطرتها، فلا هي تسكن إليه، ولا هو يسكن إليها، فيتولد بينهما النفور وليس التألف، فلا يكون هناك نظام. والمرأة في الإسلام لها مكانة عالية، فقد خففَ لها جناح الرحمة وشملها في جميع تشريعاته بعطفٍ كريم ورعايةٍ رحيمة، وسما بها إلى منزلةٍ رفيعةٍ لم تصل إلى مثلها في أية شريعةٍ أخرى من شرائع العالم قديمة وحديثة، وسوى بينها وبين الرجل في معظم شؤون الحياة، ولم يفرق بينهما إلا حيث تدعو إلى هذه التفرقة مراعاة الصالح العام، أو صالح الأسرة، أو صالح المرأة نفسها، وأعطاهما كل حقوقها سواء كانت أماً أو زوجة أو بنتاً أو أختاً، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم رحيماً بالنساء يوصي بحسن المعاشرة والمعاملة معهن، وعدم الإساءة إليهن.

وجديرٌ بالذكر أيضاً أن المساواة بين الرجل والمرأة كانت معدومة تماماً حتى جاء الإسلام دين الرحمة والهداية فأعاد لها حقوقها وحرر أهليتها الإقتصادية والإجتماعية وأهليتها للتدين والعبادة، وساواها بالرجل في ميزان الثواب في الدار الآخرة، وجعل لها شخصيتها المدنية الكاملة.

أما عن تولي المرأة للقضاء ففي ذلك خلاف بين الفقهاء: فقال جمهورهم، ومنهم الشافعية والمالكية والحنابلة بأن المرأة لا يجوز توليتها القضاء، ولا تقبل فيه شهادتها، ولو وليت كانت ولايتها باطلة، ولو حكمت لا ينفذ حكمها، وأدلتهم في ذلك قوله تعالى "الرجال قوامون على النساء" وقول الرسول الكريم صلوات الله وسلامه عليه "النساء ناقصات عقل ودين"<sup>٨٨</sup>.

كما استدلوا أيضاً بالمعقول على بطلان ولاية المرأة للقضاء وإثم موليتها اعتماداً على أن القضاء يحتاج إلى كمال الرأي والفطنة وتمام العقل، وهذا غير متحقق في المرأة على سبيل الكمال لانسياقها وراء العاطفة التي طُبعت عليها، ولتأثير العوامل الطبيعية التي تعثرها على مر الشهور والسنين فتمنع من تكوين الأمر الكامل لديها. وأيضاً فإن مجلس القضاء يحضره الخصوم من الرجال، وهي ليست أهلاً للحضور في محافل الرجال لما يشوب ذلك من كرامتها وسُمعتها فلا تكون أهلاً للقضاء، وإذا كانت لا تصلح للإمامة

<sup>٨٨</sup> مركز المرأة في الشريعة الإسلامية وحق توليتها القضاء والحكم، رسالة ماجستير مقدمة من الباحث عبد أحمد إبراهيم بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، ص ٩٧.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الاساسي للتشريع

العظمى و لا للولاية على البلدان فهي لا تصلح لولاية القاضي لأن المناط وهو الأنوثة واحد في الجميع.<sup>٨٩</sup>

أما الحنفية فقد أيدوا ذلك وقالوا بعدم جواز توليه المرأة للقضاء، فإن ولاها ولي الأمر فقد أتمَّ بهذه التولية، فإن قضت بعد ذلك بناءً على هذه التولية أو قضت بناءً على تحكيم شخصين لها في نزاع بينهما نفذَ قضاؤها، ولكن في غير الحدود والقصاص فلا ينفذ قضاؤها ولو وافق كتاب الله وسنة رسوله.

أما غير الجمهور فمنهم من ذهب إلى جواز تولية المرأة للقضاء، ومنهم ابن حزم، فقال أنه لا مانع من تولي المرأة للقضاء وأنه يجوز توليتها من غير إثم موليها. وحجته في ذلك أن الأصل أن كل ما ينأى منه الفضل بين الناس فحكمه جائز، والمرأة ينأى منها ذلك لأن أنوثتها لا تؤثر في فهمها للحجج وفصلها في الخصومة.

أما في النظام المصري المعاصر فالثابت من قراءة المادة ٦٠ من قانون السلطنة القضائية اشتراط الذكورة بالنسبة للقضاة وأعضاء النيابة العامة، ومن ثم فلا يجوز قانوناً أن تتولى المرأة ولاية القضاء في مصر، بيد أنه في يناير ٢٠٠٣ صدرَ القرار الجمهوري رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٣ بتعيين السيدة تهاني محمد الجبالي عضواً بالمحكمة الدستورية العليا، وهي كانت تعمل بوظيفة مُحامية بالنقض قبل تعيينها، ولم تتكرر هذه التجربة في الوظائف الأخرى بالقضاء العادي أو مجلس الدولة، وهو الأمر الذي دفع البعض إلى القول بأن التعيين في مناصب المحكمة الدستورية العليا قد أصبح يخضع للقرار السياسي.<sup>٩٠</sup>

جديرٌ بالذكر أيضاً أنه قد طُعن أمام محكمة القضاء الإداري بموجب الطعن رقم ١٤٠٨٧ لسنة ٥٧ قضائية لإلغاء ووقف تنفيذ القرار الجمهوري رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٣ فيما تضمنه الشق الثاني من مادته الأولى بتعيين السيدة تهاني محمد الجبالي عضواً بالمحكمة الدستورية العليا، وقد قضت محكمة القضاء الإداري بإحالة الطعن إلى المحكمة الدستورية العليا للنظر في الطعن كقاضي موضوع، وذلك على سندٍ من أن "استقلال المحكمة الدستورية العليا عن غيرها من السلطات القضائية... ولا سبيل إلى تحقيق هذا المبدأ

<sup>٨٩</sup> المرجع السابق، ص ٩٩.

<sup>٩٠</sup> الرقابة على دستورية القوانين... إلى ابن، شفيق إمام، مقال نُشرَ بجريدة الأهرام بتاريخ ١٧/٥/٢٠٠٤، ص ٢٩.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الدستوري إلا بأن يوكل إلى المحكمة الدستورية العليا ذاتها أمر الفصل في المنازعات المتعلقة بأعضاء المحكمة<sup>٩١</sup> وما زال الطعن منظور حتى الآن أمام المحكمة الدستورية العليا.

#### الخاتمة:

يقول المولى عز وجل في كتابه الكريم " ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين"<sup>٩٢</sup> كما يقول " ما فرطنا في الكتاب من شيء"<sup>٩٣</sup> ومفاد ذلك أن الشريعة الإسلامية قد جاءت شاملة لكافة المبادئ والأحكام الأساسية اللازمة للحياة الدنيا، ولقد أوضحنا ذلك في عدة مواضع من هذا البحث المتواضع وانتهينا إلى أن هناك نصوص عديدة في القرآن الكريم توجب على الأمة الإسلامية تقنين الشريعة الإسلامية وتطبيق مبادئها وأحكامها، ومنها قوله تعالى " وأنزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس فيما اختلفوا فيه"<sup>٩٤</sup> وقوله " وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم"<sup>٩٥</sup> ويستفاد من تلك الآيات أن الحكم لله وحده، وأن اتباع الأحكام الواردة بكتاب الله واجب في الدولة الإسلامية.

وقد بينا أيضاً أن الشريعة الإسلامية تتميز على القوانين الوضعية بالكمال حيث تضمنت كل ما تحتاجه الحياة من قواعد ومبادئ ونظريات، كما تتميز عليها بالسمو لاحتوائها على أسس قواعد العدالة والتسامح والمحبة والتعاون في كل الأمور ومع كل الأفراد حتى مع الأعداء. وبالإضافة إلى ذلك تتميز أيضاً بالدوام أي الثبات والاستقرار، فنصوصها لا تقبل التعديل والتبديل مهما مرت الأعوام وطالت الأزمان.

أما عن مدى ملاءمة الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للتشريع المصري فينبغي بداءة التنويه إلى أن الانتقال من النظام القانوني القائم حالياً في مصر منذ أكثر من مائة عام إلى النظام القانوني الإسلامي المتكامل يقتضي الانسحاب والتدقيق لتلافي كافة الصعوبات والمعوقات التشريعية، ونضرب هنا مثلاً بالقانون المدني المطبق منذ عام ١٩٤٩ فقد

<sup>٩١</sup> الدعوى رقم ١٤٠٨٧ لسنة ٥٧ قضائية، محكمة القضاء الإداري، جلسة ٢٠٠٤/٤/٦، غير منشور.

<sup>٩٢</sup> الآية ٨٩ من سورة النحل.

<sup>٩٣</sup> الآية ٣٨ من سورة الأنعام.

<sup>٩٤</sup> الآية ٢١٣ من سورة البقرة.

<sup>٩٥</sup> الآية ٤٨ من سورة المائدة.



الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

تطلب إعدادهُ وقتاً طويلاً، ومن ثم يحتاجُ إلى سنواتٍ طوالٍ لإعداد كافة التغيرات اللازمة لكي تتواءم كافة أحكامه مع الشريعة الإسلامية. ونحنُ هنا ننتقُ تماماً مع ما أوصت به لجنة الشؤون الدينية والاجتماعية والأوقاف بمجلس الشعب في تقريرها المقدم عن موضوع الدعوة الإسلامية في أنه "ينبغي مراجعة التشريعات القائمة حالياً لبيان مدى اتفاق كل منها مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، وخيراً وسيلةً لذلك هي من خلال اتباع الخطوات التالية:

أولاً: تنقية القوانين القائمة مما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانياً: معالجة مسألة تقنين الشريعة الإسلامية بالحكمة والهدوء والتروي بعيداً عن الإثارة والمزايدة وفي إطار قوله تعالى " ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجدلهم بالتي هي أحسن " وصولاً إلى الهدف الأسمى الذي لا يختلف عليه أحد، وهو تنقية القوانين مما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن ناحية أخرى فإن الدعوة إلى الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية لا تعني إلغاء جميع القوانين الوضعية طالما أنها لا تتعارض مع جوهر الشريعة الإسلامية علاوة على أن أغلبها مُستمد أصلاً منها، ولاسيما القانون المدني الذي يُمثلُ الدعامة الأساسية للنظام القانوني في الدولة إذ أن الكثير من مواده منقولة نصاً من الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: ضرورة تهيئة المناخ العام للمجتمع المصري في إطار تنقية التشريعات القائمة مما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، إذ أنه لا بد من الانتقال التدريجي بالمجتمع إلى حالة من الكفاية والعدل والقضاء على مظاهر الإثارة والغواية بمختلف أنواعها قبل أن تأخذ الناس بالشدة والعقاب الغليظ، فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يقطع يداً في الحرب، وعمر رضي الله عنه لم يقطع يداً في عام المجاعة، وكلاهما كان يُطبق الشريعة الإسلامية من خلال مفهومها الصحيح بأنها عدالة ورحمة قبل كل شيء.<sup>٩٦</sup>

رابعاً: اتباع أسلوب مُتدرج في تنقية القوانين الوضعية، فالشريعة الإسلامية ذاتها لم تُشرع دفعةً واحدة، وإنما شُرعت مُتفرقة على مدى اثنين وعشرين عاماً وبضعة شهور، ومن ثم فقد نزلت بالتدرج على أمة محمد صلى الله عليه وسلم تيسيراً على المسلمين، ومن

<sup>٩٦</sup> موسوعة المبادئ الدستورية، الجزء الأول، مجلس الشعب، أكتوبر ٢٠٠٠

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ثم فلا يصحُ الآن في عصرنا هذا القول بتقنين الشريعة الإسلامية في خطوة واحدة لأن التدرُّج الزمني يضمن المعرفة بتلك القواعد ويُيسر فهم أحكامها. والأمثلة كثيرة في اتباع التدرُّج في أحكام القرآن، ومن أهمها الصلاة، فقد فرضت على المسلمين في بداية العهد بالإسلام صلاة مُطلقة بالعبادة والعشي، فهي لم تُفرض عليهم في البداية- ثم حُدِّت فيما بعد بخمس فرائض في اليوم والليله كُلِّ مِنْهَا مُحدِّد الركعات.<sup>٩٧</sup> ومثال آخر على سنة التدرُّج هو تحريم الخمر، فقد تم على ثلاثة مراحل بدأت الأولى بالآية الكريمة " ويسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما"<sup>٩٨</sup> ثم نزلت الآية الكريمة " يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون " ثم أخيراً نزلت الآية الكريمة " يا أيها الذين آمنوا إنما الخمرُ والميسر والأنصابُ والأزلام رجسٌ من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون، إنما يريدُ الشيطانُ أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمرِ والميسرِ ويصدكم عن ذكرِ الله وعن الصلاة فهل أنتم متتهون "<sup>٩٩</sup>.

وعلاوة على ذلك فالشريعة الإسلامية ليست هي الحدود فحسب أو الإنغلاق و الانفصال عن المجتمع، بل الإسلام هو دين الرحمة والحرية والوقاية، وما شرعت الحدود إلا لحماية المجتمع وصيانة أفرادهِ، بيد انه لا بُد من التدرُّج في تطبيقها تيسيراً على المسلمين.

خامساً: الاستعانة بتجارِب الأمم الأخرى التي لا تتعارض مع أحكام أو روح الشريعة الإسلامية. ومن أبرز أنصار هذا الإتجاه أستاذنا الدكتور كمال أبو المجد فيقول ان "التجربة الإنسانية لا تُرفض لمجرد أنها تمت في أرض غير إسلامية أو تحت راية غير إسلامية. وأن هذا لا يكفي وحده لرميها رمية مُسبقة قاطعة بأنها تجربة جاهلية، فالحق هو الحق، والحكمة ضالة المؤمن، والحضارات قيم ومبادئ من ناحية، ونظم وأدوات لخدمة هذه القيم والمبادئ من ناحية أخرى... فإذا جودَ شعب من الشعوب نظاماً واستحدثت أداة أكبر كفاءة وأعظم قدرة على خدمة الأهداف ففي وسع المسلمين أن يأخذوا بها ماداموا في

<sup>٩٧</sup> الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، حاشية رقم ٣، ص ١٧٨ وما بعدها.

<sup>٩٨</sup> الآية ١٢٩ من سورة البقرة.

<sup>٩٩</sup> الآيتان ٩٠ و ٩١ من سورة المائدة.

الأثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع

النهاية يسخرونها لخدمة الحق والخير والهدى وسائر القيم التي كان بها الإسلام إسلاماً  
١٠٠٠.

وفي مقام الختام يجدرُ بنا أن نُقرر ونُكرّر أنه لا إله إلا الله وأنه لا شريك له وأن سيدنا  
مُحمد عليه صلوات الله وسلامه خاتم المرسلين، ونحمّد الله تعالى على ما هدانا إليه، وما  
كُنّا لنهتدي لولا أن هدانا الله، ونسأله المغفرة إن كُنّا قد أخطأنا، والثواب إذا كُنّا قد أصبنا،  
وأن يُديمَ علينا نعمة العون والتوفيق والسداد.

---

١٠٠ حوار لا مواجهة، الدكتور أحمد كمال أبو المجد، ص ٣٩.

## ١٧ - التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية في العراق الجديد

الدكتور وليد حجازي\*

شهد العالم الإسلامي خلال العقود الأخيرة نمواً سريعاً وقويماً لما يعرف بظاهرة التمويل الإسلامي. فلقد بلغ عدد البنوك التي تتبنى أساليب تمويل تتفق مع الشريعة الإسلامية ما يزيد على ٢٥٠ بنكاً تنتشر في أكثر من ٧٥ دولة.<sup>١</sup> ولقد أثبتت تجربة البنوك الإسلامية بشكل عام وجود تجاوب شعبي معها يدعمها بقوة رغم الصعوبات التي تواجهها والمنافسة العنيفة التي تلاقىها من البنوك التقليدية (البنوك التي تعمل بنظام الفائدة). وبينما تعمل بعض البنوك الإسلامية في دول ذات أغلبية مسلمة وفي ظل أنظمة سياسية واجتماعية ذات طابع إسلامي فإن عدداً لا بأس به من هذه البنوك يعمل في دول لا يمثل المسلمون فيها إلا نسبة قليلة من السكان.

ويعتبر العراق من الدول العربية والإسلامية القليلة التي لا تحظى فيها البنوك الإسلامية بتواجد يذكر.<sup>٢</sup> وربما كانت الحروب المتعاقبة والعزلة السياسية والاقتصادية التي عانى منها العراق خلال العقدين الماضيين وراء تأخر العراق في اللحاق بمسيرة البنوك

\* محامي بمكتب فولبريت وجورسكي بهيوستن بولاية تكساس بالملايات المتحدة الأمريكية.

<sup>١</sup> Institute of Islamic Banking and Insurance:

<http://www.islamic-banking.com> (تم الاطلاع الاخير ٢ مايو ٢٠٠٥)

<sup>٢</sup> طبقاً لقائمة البنوك العراقية المنشورة على صفحة البنك المركزي العراقي لا يوجد بالعراق من البنوك الإسلامية سوى بنكين هما بنك العراق الإسلامي وفرع دلة البركة، وكلاهما ذو حجم متواضع - ويتشابه العراق في هذا الأمر مع سوريا التي لا يوجد بها حتى الآن أي بنك ٢٠٠٥ - تم الاطلاع الأخير على هذه الصفحة في ٢ مايو ٢٠٠٥. انظر البنك المركزي العراقي: <http://www.cbiraq.org/cbs4.html>

الإسلامية. ولعل من المفارقات العجيبة في تاريخ التمويل الإسلامي الحديث أن يَغيبَ (أو يُغَيَّبُ) العراق عن ساحة التمويل الإسلامي المعاصر رغم أن أحد أهم المنظرين لفكرة البنك الإسلامي هو الفقيه العراقي السيد محمد باقر الصدر الذي تعتبر كتبه من المراجع الرئيسية في هذا المجال.<sup>٣</sup>

واليوم، وبزوال الأسباب التي منعت العراق من المشاركة في تجربة البنوك الإسلامية خلال المرحلة السابقة، فإن البنوك الإسلامية تنتظر من المشرع العراقي تمهيد الطريق لها لتشارك في إعادة بناء الإقتصاد العراقي. وتهدف هذه الورقة إلى الإشارة بشكل عام إلى الإتجاهات التشريعية التي اتبعتها الدول الإسلامية المختلفة نحو البنوك الإسلامية والتي يمكن للمشرع العراقي أن يسترشد بها. ولعله من المفيد قبل التعرض لمسألة التنظيم التشريعي للبنوك الإسلامية في العراق أن نقدم نبذة مختصرة عن تاريخ هذه البنوك وأهم ملامحها الرئيسية.

يتفق أغلب الباحثين على أن بداية التأسيس النظري لحركة البنوك الإسلامية تعود إلى منتصف القرن الماضي حيث كتابات أبي الأعلى المودودي، وحميد الله، وأنور القرشي، وغيرهم، التي ركزت على مسألة الربا وضرورة إقامة نظام إقتصادي لا تكون الفوائد البنكية عنصراً فيه. وظلت هذه الكتابات مجرد تطلعات فكرية حتى منتصف الستينات عندما حاول الإقتصادي المصري أحمد النجار أن يترجمها في شكل تجربة عملية عرفت بإسم تجربة "بنوك الإدخار المحلية".

وقد أقام النجار أول بنوكه المحلية في مدينة ميت غمر الريفية بدلتا مصر. وركزت بنوك الإدخار المحلية على تمويل صغار الفلاحين والمستثمرين، وهو ما يعرف "بالميكروليندينج" (micro-lending) وكانت كل أساليب التمويل المستخدمة بهذه البنوك خالية من عنصر الفائدة البنكية. فقد كانت هذه البنوك تمول المشاريع الزراعية والصناعية الصغيرة على أساس المشاركة في الأرباح بين البنك والطرف الحاصل على التمويل. واهتمت بنوك الإدخار المحلية بالجانب الإجتماعي لعملية التمويل وتنمية الوعي الإدخاري

<sup>٣</sup> من أهم هذه المراجع كتابا اقتصادنا للسيد محمد باقر الصدر، بيروت: دار التعارف، ١٩٨٥، والبنك اللاروي في الاسلام، للمؤلف نفسه، الكويت: ١٩٦٩.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

بين أفراد المجتمع الذي تعمل فيه.<sup>٤</sup> ورغم قصر عمر تجربة الدكتور أحمد النجار إلا أن أكثر المحللين شهدوا لها بالنجاح في تحقيق أهدافها وإثبات نظرية التمويل على أساس المشاركة في الأرباح والأدوات الأخرى التي لا تعتمد على الفائدة البنكية.<sup>٥</sup>

ولعل نجاح تجربة بنوك الإدخار المصرية كان سببا مشجعا لإنشاء بنك دبي الإسلامي عام ١٩٧٥م وبنكي فيصل الإسلامي المصري والسوداني عام ١٩٧٧م. وقد كان إنشاء هذه البنوك الثلاثة بمثابة الإنطلاقة القوية لحركة البنوك الإسلامية. وخلافا لنموذج البنوك الإدخارية المحلية، فقد ركزت هذه البنوك الثلاثة الأخيرة، وأغلب ما نشأ بعدها من بنوك إسلامية، على جذب مدخرات كبار المودعين وأصحاب رؤوس الأموال الذين يبحثون عن بديل إسلامي يلبي جميع احتياجاتهم الاستثمارية ويغنيهم عن اللجوء للبنوك التقليدية.

ويجمع الباحثون في مجال التمويل الإسلامي على أن العنصر الرئيسي الذي يميز البنوك الإسلامية عن البنوك التقليدية هو أنها تقوم على أساس تحريم التعامل بالفائدة مع مودعيها وكذلك الأطراف الذين تمويلهم مثل هذه البنوك. فبينما تضمن البنوك التقليدية لمودعيها أصل ودائعهم بالإضافة إلى معدل دخل ثابت ومنتظم، يعتمد قدره على مدة كل ودیعة وشروط السحب منها، فإن البنوك الإسلامية لا توفر مثل هذا الضمان، حيث يحكم علاقة البنك والأطراف التي تقدم أموالها إليها بهدف الاستثمار مبدأ المشاركة في الربح والخسارة.<sup>٦</sup> وكذلك الأمر فيما يخص أساليب الاستثمار المتاحة للبنوك الإسلامية فانها، بخلاف البنوك التقليدية، لا تعتمد أسلوب الإقراض المدر للفائدة وإنما تستثمر أموالها وأموال عملائها باستخدام أدوات تمويلية أخرى مثل بيوع المراجعة والسلم والاستصناع، وكذلك التمويل بالمشاركة والمضاربة والإيجارة المنتهية بالتمليك، وغيرها من الأدوات التمويلية التي لا يدخل فيها عنصر الفائدة.

<sup>٤</sup> للمزيد من المعلومات عن بنوك الإدخار المحلية، انظر الدكتور أحمد النجار، منهج الصحو الإسلامية: بنوك بلا فوائد، الإقتصاد الإسلامي- قضية بنوك الإدخار المحلية ١٩٧٦.

<sup>٥</sup> Ray, Nicholas Dylan: "Arab Islamic Banking and the Renewal of Islamic Law", Arab and Islamic Laws Series, London, Boston: Graham & Trotman, 1995.

<sup>٦</sup> البنوك الإسلامية بين الحرية، والتنظيم، والتقليد، والاجتهاد. النظرية والتطبيق. الدكتور جمال عطية، كشاف الأمة. الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ، ص ١٨.

<sup>٧</sup> المصدر: البنك المركزي العراقي - (تم الاطلاع الأخير على هذه الصفحة في ٢ مايو ٢٠٠٥).  
<http://www.cbiraq.org/cbs4.html>

التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية في العراق الجديد

### تنظيم البنوك الإسلامية في العراق الجديد:

يوجد في العراق حالياً ستة بنوك مملوكة للدولة تسيطر على ما يقرب من ٩٣% من الأصول البنكية في العراق، ومن أهم هذه البنوك بنكا الرافدين والرشيد. وبجانب هذه البنوك الستة يوجد ثمانية عشرة بنكا خاصاً لا يزيد رأس مالها مجتمعة على خمسة وعشرين مليون دولار أمريكي منهما بنكان إسلاميان فقط هما البنك الإسلامي العراقي وبنك دلة البركة.<sup>٧</sup>

ورغم أنه لا يوجد بالعراق من البنوك الإسلامية سوى هذين البنكين الإسلاميين متواضعي الحجم، إلا إنه من المتوقع أن يقبل العديد من البنوك الإسلامية الكبرى في المنطقة العربية، وكذلك البنوك الدولية، علي إنشاء فروع لها في العراق تقدم خدمات بنكية إسلامية. ويرجع هذا التوقع إلى تمتع العراق بعناصر ديمجرافية وإقتصادية وثقافية عديدة ترشحه لأن يكون مركزاً ناجحاً لسوق التمويل الإسلامي في منطقة الشرق الأوسط. فبالإضافة إلى أن الإسلام يعتبر الدين الغالب في العراق فإن المشاهد للتطورات السياسية في هذا البلد يجد ما يشبه إجماعاً سياسياً على إتاحة الفرصة للفكر الإسلامي المعتدل للمشاركة في بناء المؤسسات السياسية والاقتصادية في المجتمع العراقي في عهده الجديد. ومن مؤشرات هذا الإتجاه ما نص عليه قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية (الدستور العراقي المؤقت) من أن "الإسلام هو دين الدولة وأنه لا يجوز إصدار أي قانون يخالف الشريعة الإسلامية خلال هذه الفترة الإنتقالية التي يمر بها العراق".<sup>٨</sup>

ومن المتوقع أن تتجح البنوك الإسلامية في العراق لتوافر عدة عوامل مواتية من أهمها قلة عدد البنوك بشكل عام في العراق وعدم وجود سيطرة من البنوك العامة على القطاع الاقتصادي حيث يتوقع أن يتبنى العراق الجديد سياسة مالية أكثر انفتاحاً، تقوم على تشجيع البنوك الخاصة للقيام بدور هام في الإقتصاد العراقي. كذلك تأتي تجربة البنوك الإسلامية في العراق في وقت متأخر عن مثيلاتها في الدول المجاورة للعراق مما يتيح لهذا البلد الإستفادة من تلك التجارب وتفادي سلبياتها.

<sup>٨</sup> المادة السابعة من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية، الدكتور محمود شريف بسبيوني، "مجموعة الدساتير العربية"، المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان، كلية الحقوق-جامعة دي بول الإصدار الأول، ٥ يناير ٢٠٠٥، ص ١٨٧.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وفي هذا يتميز العراق عن دول أخرى كثيرة وجدت فيها البنوك الإسلامية نفسها مضطرة للمنافسة مع بنوك ضخمة مملوكة للدولة تسيطر على السوق وتتمتع بمزايا خاصة تمنحها لها السلطات النقدية، ومثال ذلك المنافسة الشديدة التي شهدتها السوق المصرفية المصرية بين بنك فيصل الإسلامي والمصرف الإسلامي الدولي من ناحية والبنوك التقليدية الكبرى المملوكة للدولة (البنك الأهلي - بنك مصر - بنك القاهرة - بنك الإسكندرية) من ناحية أخرى. وبالرغم من ذلك استطاعت البنوك الإسلامية المصرية تثبيت أقدامها بقوة في السوق المصرية. وبشكل عام فإن التفاوت الكبير بين القدرات الرأسمالية للبنوك الإسلامية وتلك التي تمتلكها البنوك التقليدية قد يضطر البنوك الإسلامية إلى التنازل عن مبادئها وسمتها الخاصة حتى تستطيع منافسة البنوك الأخرى. وبالتأكيد سيؤدي هذا التنازل، إذا ما حدث، إلى عدول فئة كبيرة من عملاء البنوك الإسلامية عن التعامل مع هذه الأخيرة.

وهناك ثلاثة نماذج رئيسية اتبعتها الدول المختلفة في مجال تنظيم نشاط البنوك الإسلامية فيها، وهي:

#### النموذج الأول: المعالجة الخاصة للبنوك الإسلامية:

وينطوي هذا النموذج على تنظيم أعمال البنوك الإسلامية من خلال إصدار قوانين خاصة تسمح لبعض البنوك الإسلامية بالقيام بأعمال البنوك وتضع القواعد التي تنظم أنشطتها أو تعفيها من بعض الشروط التي تفرضها السلطات النقدية والتي قد لا تتناسب مع طبيعة النشاط المصرفي الإسلامي. ويتبنى هذا الإتجاه الدول التي تعتمد نظاما ماليا تقليديا تعمل فيه البنوك بنظام الفائدة ولكنها في نفس الوقت ترغب في جذب بنوك إسلامية بعينها بشرط أن تخضع لقواعد النظام المالي السائد. ومثال هذا النموذج، القانون الذي أنشئ به بنك فيصل الإسلامي المصري في عام ١٩٧٧.

وربما كانت هذه الطريقة في التعامل مع البنوك الإسلامية مناسبة لبعض الدول في المرحلة السابقة. أما الآن وقد انتشرت هذه البنوك بصورة قوية في معظم الدول المسلمة وأصبحت هذه الدول تتنافس فيما بينها لإجتذاب أكبر عدد من البنوك الإسلامية، فإن طريقة إصدار القوانين الخاصة لكل بنك إسلامي على حدة باتت غير عملية. وبالفعل فإن بعض



الدول، مثل الإمارات العربية المتحدة، التي تبنت هذه الطريقة في الماضي بدأت تتجه إلى أسلوب إصدار قوانين عامة تغطي جميع البنوك الإسلامية العاملة بها.

### النموذج الثاني: النظام المصرفي المزدوج:

ويتمثل هذا النموذج في وضع قانون عام يحدد القواعد التي تخضع لها جميع البنوك الإسلامية التي تعمل في الدولة مع الإبقاء على الأنظمة التي تحكم البنوك التقليدية دون أي تغيير. وتعتمد ماليزيا هذا النظام المزدوج الذي يتجاوب مع تنوع الخلفية الدينية لسكان هذا البلد حيث ينظم عمل البنوك الإسلامية في ماليزيا قانون البنوك الإسلامية رقم ٢٧٦ لسنة ١٩٨٣. وطبقا للفقرة الثانية من القسم الأول منه فإن البنك الإسلامي هو "أي بنك يقوم بأعمال مصرفية إسلامية ويملك رخصة سارية المفعول".<sup>٩</sup> ومن ناحية أخرى تعرف هذه الفقرة الأعمال المصرفية الإسلامية بأنها "الأعمال التي تكون أهدافها وجميع عناصرها غير مخالفة للدين الإسلامي".<sup>١٠</sup> وإلى جانب ماليزيا أخذت دول أخرى تتبنى هذا النموذج مثل دولة الإمارات العربية المتحدة ودولة البحرين. ومن مميزات هذا النموذج أنه يساوي بين جميع البنوك الإسلامية من ناحية المعاملات الضريبية والالتزامات تجاه السلطات النقدية وغيرها. ومن ناحية أخرى، يتسم هذا النظام بالوضوح والقدرة على تجنب التعارض بين القواعد التي تخضع لها البنوك الإسلامية من ناحية والسياسة النقدية والإقتصادية للدولة بشكل عام. ووضع نظام عام يحكم البنوك الإسلامية يعتبر أيضا بمثابة دعوة عامة لمن يرغب بإنشاء مثل هذه البنوك في العراق ويعبر عن جدية الدولة في إعداد سوقها المالية لإستضافة البنوك الإسلامية.

### النموذج الثالث: تحويل النظام المصرفي بالكامل إلى نظام مصرفي إسلامي:

ويتم ذلك بإصدار قانون عام تخضع له جميع البنوك العاملة في البلد وتفرض عليها عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية. وعادة تعمل مثل هذه البنوك الإسلامية في دول تتبنى الشريعة الإسلامية في أنظمتها السياسية والإقتصادية مثل إيران والسودان وباكستان. وغالبا ما تنص دساتير الدول التي تأخذ بهذا الإتجاه على ضرورة مطابقة المصرف

<sup>٩</sup> Laws of Malaysia: Islamic Banking Act 1993

<http://www.bnm.gov.my>

<sup>١٠</sup> المرجع السابق.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

لقواعد الشريعة الإسلامية.

### أمثلة للمعالجة الدستورية للنظام المالي في الدول المتبعة للنموذج الثالث:

من المعتاد أن يحتوي دستور أي دولة على الأهداف والمبادئ الاقتصادية العامة دون الدخول في تفاصيل طبيعة النظام المصرفي. ومع ذلك فقد تناولت دساتير بعض الدول الإسلامية هذه المسألة بشكل من التفصيل. فعلى سبيل المثال يحتوي الدستور الإيراني علي النص التالي: "من أجل ضمان الإستقلال الإقتصادي للمجتمع، واجتثاث جذور الفقر والحرمان، وتوفير كافة متطلبات الإنسان في طريق التكامل والنمو، مع حفظ حريته، يقوم إقتصاد جمهورية إيران الإسلامية على أساس وضع وسائل العمل تحت تصرف كل من هو قادر على العمل ولكنه فاقد لوسائله، بصورة تعاونية، عن طريق الإقراض بلا فائدة، أو أي طريق مشروع آخر، بحيث لا ينتهي إلى تمركز وتداول الثروة بيد أفراد ومجموعات خاصة، وبحيث لا تتحول الحكومة معه إلى رب عمل كبير مطلق."<sup>١١</sup> (مادة ٤٣).

ومن ناحية أخرى قصر الدستور الإيراني الأعمال المصرفية على القطاع الحكومي حيث تنص المادة ٤٤ منه على أن "يقوم النظام الإقتصادي لجمهورية إيران الإسلامية على أساس ثلاثة قطاعات: الحكومي والتعاوني والخاص، مع برمجة منظمة وسليمة: القطاع الحكومي يشمل كافة الصناعات الكبيرة والصناعات الأساسية، والتجارة الخارجية، والمعادن الكبيرة، والعمل المصرفي، والتأمين، وتوفير الطاقة، والسدود، وشبكات السري الكبيرة، والإذاعة والتلفزيون، والبريد والبرق والهاتف، والطيران، والمواصلات البحرية، والطرق، والسكك الحديدية، وما شابهها مما يكون بصورة الملكية العامة، وتحت تصرف الحكومة."<sup>١٢</sup> ويلاحظ هنا وجود تناقض بين نصي المادتين ٤٣ و ٤٤، فحين نصت الأولى على توفير التمويل بصورة تعاونية حصرت المادة الأخيرة النشاط المصرفي وأعمال التأمين على القطاع الحكومي دون القطاعين التعاوني والخاص. وكان الأجدر بالمشروع الإيراني أن يفتح هذا النشاط أمام القطاعات الإقتصادية الثلاثة (حكومي وتعاوني

<sup>١١</sup> نص المادة ٤٣ من الدستور الإيراني (مترجم إلى اللغة العربية)، الدكتور جمال عطية، "البنوك الإسلامية بين الحرية، التنظيم، التقليد، والاجتهاد. النظرية والتطبيق." كشاف الأمة الطبعة الأولى، ٤٤ ص.

<sup>١٢</sup> الدكتور جمال عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية، والتنظيم، والتقليد، والاجتهاد. النظرية والتطبيق. كشاف الأمة الطبعة الأولى، ص ٤٢

وخاص) دفعا للمنافسة بينهم للوصول إلي الصورة الأكثر ملائمة لتحقيق الأهداف الإقتصادية للقطاع المصرفي مع الإلتزام بالمبادئ الإجتماعية والأخلاقية للدين الإسلامي. ومثال آخر على المعالجة الدستورية للتمويل الإسلامي ومسألة الربا يأتي من المادة الثامنة من الدستور السوداني التي تنص على أن "تدفع الدولة نمو الإقتصاد الوطني، وتهديه بالتخطيط على أساس العمل والإنتاج والسوق الحرة، منعا للاحتكار والربا والغش، وسعيا للاكتفاء الوطني، تحقيقا للفيض والبركة، وسعيا نحو العدل بين الولايات والأقاليم"، وتنص المادة العاشرة من ذات الدستور على أن "الزكاة فريضة مالية، تجبها الدولة وينظم القانون كيفية جبايتها وصرفها وإدارتها. والأوقاف والصدقات والعون الذاتي موارد طوعية تشجعها الدولة، وينظمها القانون، كما ينظم الضرائب والرسوم المالية والمفروضات الأخرى بطريقة عادلة".<sup>١٣</sup> وبعكس الدستور الإيراني، لم يقصر الدستور السوداني الأنشطة المصرفية على القطاع الحكومي. وقد سمح هذا للبنوك الإسلامية الخاصة، مثل بنك فيصل الإسلامي، بالعمل في السودان.

وكما يبدو من النصوص الدستورية السابقة فإن المشرع الدستوري في هذين البلدين قد فرض شرط مطابقة جميع أوجه النشاط المصرفي للدولة للشريعة الإسلامية. وينطوي هذا الإتجاه على عدة مخاطر.

أولاً: أنه يفرض على البنوك التقليدية أن تتحول بين عشية وضحاها من النظام التقليدي الذي مارسه لمدة طويلة إلى النظام المصرفي الإسلامي الذي مازال في مرحلة الإختبار ولم تتأكد بعد من قدرته على أن يحل محل النظام التقليدي في أداء دوره المتعلق بتطبيق السياسة المالية للدولة. فعلى سبيل المثال، عام ١٩٨٣ أصدرت إيران قانونا ينص على تحويل كافة أوجه النشاط المصرفي في الدولة إلى نظام مصرفي إسلامي في خلال مدة ثلاثة أعوام. ولقد سبق هذا القانون مرحلة تأميم وإعادة هيكلة البنوك الإيرانية في بداية عهد الثورة الإسلامية في إيران في أواخر السبعينات من القرن الماضي.<sup>١٤</sup> وفي الحقيقة أنه حتي الآن مازالت البنوك الإيرانية تتعامل بنظام الفائدة في المعاملات التي تتعلق فيما

<sup>١٣</sup> الدكتور محمود شريف بسيوني، "مجموعة الدساتير العربية"، المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان: كلية الحقوق - جامعة دي بول الإصدار الأول، تحت النشر، ٥ يناير ٢٠٠٥ ص ١١٦.

<sup>١٤</sup> Lewis, Mervyn and Latifa Algaoud: "Islamic Banking", Northampton: Edward Elgar Pub, 2001)

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

بينها وبين البنك المركزي، فعلى سبيل المثال وكما يرى أحد المراقبين للتجربة الإيرانية فإن أهم المشاكل التي تبعت هذا التحول السريع في طبيعة النظام المصرفي هو نتيجة لإلغاء سعر الفائدة فإن البنك المركزي قد فقد قدرته على التحكم في حجم النقد والإئتمان.<sup>١٥</sup>

ثانياً: لم تحدد النصوص السابقة المقصود بالنظام المصرفي طبقاً للشرعية الإسلامية وهي مسألة غير محسومة في الفقه الإسلامي الحديث. فرغم أنه ليس هناك فقيه قديم أو معاصر ينكر أن التعامل بالربا محرم في الإسلام، إلا أن هناك خلافاً فقهيًا قديماً وحديثاً حول المقصود بالربا المحرم.

فبينما يذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن الفائدة على بعض الودائع البنكية لا تعتبر من قبيل الربا المذكور في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة،<sup>١٦</sup> فإن كثيراً من الفقهاء يحرم جميع أنواع الفوائد البنكية.<sup>١٧</sup> وبالإضافة إلى ذلك فإن الفقهاء المحرمين للفوائد يختلفون فيما بينهم حول تفسير كثير من القواعد الفقهية التي يتوقف عليها تحديد مدى مطابقة أو مخالفة الأدوات التمويلية المطروحة كبديل للتمويل بالفائدة للشرعية. فعلى سبيل المثال تمارس كثير من البنوك الإسلامية المعاملة التي تعرف باسم "بيع التورق" والتي بمقتضاها يشتري شخص ما سلعة بثمن آجل، ثم يبيعها في الحال لغير البائع بثمن نقد بهدف وحيد هو الحصول على النقد. ورغم أن هذه المعاملة محل خلاف فقهي معروف. فقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي هذا البيع بشروط أهمها أن لا يبيع المشتري السلعة بثمن أقل مما اشتراها به على بائعها الأول.<sup>١٨</sup> ونتيجة لأن الكثير من البنوك

<sup>١٥</sup> Hossein Aryan, "Iran: the impact of Islamization on the Financial System", in Islamic Financial Markets, edited by Rodney Wilson, London: Routledge, 1990. p.170.

<sup>١٦</sup> انظر على سبيل المثال آراء الشيخ طنطاوي شيخ الأزهر الشريف. معاملات البنوك وأحكامها الشرعية الطبعة الثانية. العباسية: القاهرة ١٩٩١. وأيضا الفتوى الشهيرة لمجلس مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الصادرة في جلسته المنعقدة في يوم الخميس ٢٣ من رمضان ١٤٢٣ هـ الموافق ٢٨ من نوفمبر ٢٠٠٢ م. <sup>١٧</sup> الدكتور يوسف القرضاوي، فوائد البنوك هي الربا المحرم. الطبعة الثالثة، القاهرة: دار الصحوة للنشر ١٩٩٤.

<sup>١٨</sup> قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر في دورته الخامسة عشر في ١١ رجب ١٤١٩ هـ (عام ١٩٩٨).

<sup>١٩</sup> Hegazy, Walid: "Fatwās and the Fate of Islamic Finance: A Critique of the Practice of Fatwā in Contemporary Islamic Financial Markets", A forthcoming Harvard Law School's Publication: Summer, 2005.

## التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية في العراق الجديد

الإسلامية أخذت تمارس هذا النوع من المعاملة دون مراعاة شروطها الشرعية فإن المجمع في دورته السابعة عشر قد عاد وناقش التطبيقات العملية للتورق في الأسواق المصرفية الإسلامية وانتهى إلى عدم جواز الصورة الشائعة التي تمارسها البنوك الإسلامية لهذه المعاملة لمخالفتها الشروط الشرعية اللازمة لصحتها.<sup>١٩</sup> ورغم ذلك فإن كثيراً من البنوك الإسلامية لا سيما في منطقة الخليج العربي، مازالت تتوسع في استخدام هذه الصورة المشوهة لبيع التورق في تمويل عملائها. ويعتبر عقد المراجعة للأمر بالشراء وتطبيقاته العملية مثالا آخر على هذا النوع من الاختلاف الفقهي. فعلى الرغم من أن عقد المراجعة للأمر بالشراء يشكل أكثر من ٧٥% من حجم الأدوات التمويلية التي تستخدمها البنوك الإسلامية المعاصرة، إلا أن القواعد التي تحكمه مازالت أيضاً محل كثير من الجدل الفقهي. ولعل مسألة الاختلاف الفقهي تعتبر أكثر أهمية في بلد مثل العراق الذي يضم أهل الشيعة وأهل السنة ولكل المدارس الفقهية الخاصة به.

ثالثاً: إن ظاهرة التمويل الإسلامي ظاهرة شعبية فرضتها رغبة وإرادة الجماهير المسلمة في أنحاء العالم،<sup>٢٠</sup> والأفضل أن تظل كذلك في العراق الجديد الذي قرر شعبه أن يقاوم أي صورة من صور القهر السياسي الذي يفرض على المجتمع اتباع نماذج إقتصادية وإجتماعية معينة ويحرمه من حرية إختيار وتجربة مناهج مختلفة تصل به إلى غاياته الإقتصادية والإجتماعية. ولقد عبر الدستور العراقي المؤقت عن هذا المعنى حيث نص في مادته السابعة على أن "الإسلام دين الدولة الرسمي ويُعد مصدراً للتشريع ولا يجوز سن قانون خلال المرحلة الإنتقالية يتعارض مع ثوابت الإسلام المُجمع عليها [أو] يتعارض مع مبادئ الديمقراطية والحقوق الواردة في الباب الثاني من هذا القانون، ويحترم هذا القانون الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية."<sup>٢١</sup>

١٠ الدكتور جمال عطية، "البنوك الإسلامية بين الحرية، التنظيم، التقليد، والاجتهاد. النظرية والتطبيق." كشاف الأمة الطبعة الأولى، ص ١٨.

٢١ محمود شريف بسيوني، مجموعة الدساتير العربية، المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان: كلية الحقوق - جامعة دي بول. الإصدار الأول، تحت النشر، ص ١٨٧. يناير 2005

٢٢ الدستور الماليزي، المادة الثالثة رقم (١): [http://confinder.richmond.edu/local\\_malaysia.htm](http://confinder.richmond.edu/local_malaysia.htm)

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

رابعاً: مازالت البنوك الإسلامية في بداية تجربتها ويجب إعطاؤها فرصة كافية لأن تثبت قدرتها على منافسة البنوك التقليدية، وعلى أن تقوم بكامل الدور المعهود لهذه الأخيرة في الإقتصاد القومي والسياسة المالية للدولة.

خامساً: إن التجربة العملية لهذا النموذج هي من أهم الشواهد على أوجه القصور فيه. فقد أثبتت هذه التجربة أن البنوك الإسلامية كانت أكثر قدرة على النمو والإنتشار في الدول التي لم تفرض النظام الإسلامي بصورة شاملة على جميع البنوك عنها في الدول التي فرضت مثل هذا النظام.

ولهذه الأسباب يجب أن لا يفرض الدستور العراقي النظام المصرفي الإسلامي على البنوك العاملة فيه وأن يترك الباب مفتوحاً لممارسة كلا النظامين المصرفيين التقليدي والإسلامي، وأن يترك أيضاً مسألة تنظيم هذين النظامين للأدوات التشريعية الأخرى من قوانين ولوائح عامة.

ولعل من الأجدر للمشرع العراقي في هذا الأمر الإقتداء بالنموذج الماليزي. فرغم أن الدستور الماليزي ينص في مادته الثالثة على أن "الإسلام هو الدين الرسمي للدولة"<sup>٢٢</sup> إلا أن هذا الدستور سكت عن تناول مسألة مطابقة النظام المالي للشريعة الإسلامية. وجاء القانون رقم ٢٧٦ لينظم عمل المصارف الإسلامية ويحدد لها قواعد خاصة تختلف عن تلك التي تخضع لها البنوك التقليدية في هذا البلد.

والهدف الرئيسي من وضع تنظيم خاص بالبنوك الإسلامية هو تجنب فرض قيود أو إلتزامات على هذه البنوك تتعارض مع مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية ووضع قواعد مالية تناسب طبيعة الأدوات المالية التي تتعامل بها البنوك الإسلامية من ناحية وتضمن تحقيق أهداف ووظائف السياسة المالية للدولة من ناحية أخرى.

ومن الحرى بالمشرع العراقي أن يتفادى السلبات التي أبرزتها تجارب الدول الأخرى التي حاولت وضع تشريع خاص بالبنوك الإسلامية. ومن هذه السلبات:

أ- عدم وجود قواعد قانونية تنظم عقود التمويل الإسلامية من مشاركة ومضاربة ومرابحة وغيرها على غرار القواعد التي تحكم العقود المالية التقليدية، كعقد القرض المدر للفائدة. وتضطر البنوك الإسلامية حالياً إلي الإستعانة بهيئة مكونة من علماء الشريعة الإسلامية تقوم بفحص نماذج العقود التي تستخدمها البنوك

في معاملاتها. وفي الحقيقة أن الإستعانة بمثل هذه الهيئة لا يخلو من مخاطر من أهمها عدم إستقلالية وحياد هذه الهيئة (على الأقل من الناحية القانونية، حيث أنها تكون في الغالب معينة من قبل مجلس إدارة البنك أو جمعية المساهمين). وأيضاً تفتقر هذه الطريقة إلى العملية، فلا يمكن أن يتصور أن تقوم هيئة مكونة من أربعة أو خمسة أعضاء مراجعة كل عقد أو معاملة يقوم بها البنك.

والحقيقة أن علماء العراق وقانونيه هم أجدر من يقوم بمهمة وضع مثل هذه القواعد القانونية. فلا يخفى على أحد أن القانون المدني العراقي هو الأقرب، بين أقرانه في المنطقة العربية، إلى الشريعة الإسلامية حيث تأثرت كثير من أحكامه بمجلة الأحكام العدلية التي كانت سارية إبان الحكم العثماني.

ب- عدم وجود نظام قضائي أو تحكيمي مؤهل لحل النزاعات الناشئة عن العقود والمعاملات التي تعقدها البنوك الإسلامية. ويمكن للمشرع العراقي أن ينفرد بوضع نظام تحكيم يختص بحل مثل هذه النزاعات ولا ينقص العراق علماء الشريعة والقانون القادرين على تحمل هذه المهمة.

ج- وأخيراً يمكن أن يتميز المشرع العراقي عن غيره بأن يفتح الطريق أمام البنوك الإسلامية والمؤسسات المالية بشكل عام، لتأخذ أشكالاً قانونية مختلفة، وأن لا يفرض عليها - كما فعلت معظم الدول الأخرى - شكل الشركات المساهمة. ومن أبرز الأشكال التي يقترحها بعض الباحثين كأحد الأشكال القانونية الأكثر ملائمة لقواعد التمويل الإسلامي هو شكل الجمعيات والشركات التعاونية.<sup>٢٣</sup> ويتميز هذا الشكل التعاوني للبنك الإسلامي بأنه يسمح بمشاركة فعلية ومساواة في الحقوق بين المودعين (أصحاب الودائع الإستثمارية) والمساهمين في البنك أو المؤسسة المالية. ولا يخفى أن إعطاء المودعين في البنك الإسلامي الحق في المشاركة في إدارة ومراقبة أعمال البنك يعكس الطبيعة القانونية لهؤلاء المودعين كشركاء في استثمارات البنك يتحملون بصورة مباشرة مخاطر

<sup>٢٣</sup> Gamal, Mahmoud: "A Mutuality as an Antidote to Rent-Seeking Sharia'a-Arbitrage in Islamic Finance", Houston, Rice University, April 2005. <http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/Mutuality.pdf>  
انظر كذلك الدكتور جمال عطية ص ١٧٦ (تم الاطلاع الأخير على الصفحة في ١٠ مايو 2005)

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وخسائر هذا الإستثمار. وقد كتب الدكتور محمود الجمل بحثاً قيماً يستحق الدراسة من قبل القائمين علي النشاط المصرفي الإسلامي في العالم.<sup>٢٤</sup>

ويجب على المشرع العراقي أيضاً تشجيع إقامة بنوك إيدار محلية مثيلة للبنوك الإيدارية المصرية التي أقامها الدكتور أحمد النجار في الستينات، فلا يجب أن يتركز عمل البنوك الإسلامية في منافسة البنوك التجارية التقليدية في جذب كبار المستثمرين، بل يجب أن تعبر البنوك الإسلامية عن تميزها الفكري والأخلاقي بأن تقدم خدماتها لمختلف الطبقات الإجتماعية.

### المراجع

١. الدكتور أحمد النجار، منهج الصحوة الإسلامية: بنوك بلا فوائد، الإقتصاد الإسلامي - قضية بنوك الإيدار المحلية، ١٩٧٦.
٢. الدكتور أحمد النجار، حركة البنوك الإسلامية: حقائق الأصل، وأوهام الصورة. الطبعة الأولى، ١٩٩٣.
٣. اتحاد البنوك الإسلامية <http://www.islamic-banking.com>
٤. البنك المركزي العراقي <http://www.cbiraq.org>
٥. الدستور الماليزي، [http://confinder.richmond.edu/local\\_malaysia.html](http://confinder.richmond.edu/local_malaysia.html)
٦. الدكتور جمال عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية، والتنظيم، والتقليد، والاجتهاد. النظرية والتطبيق. كشاف الأمة الطبعة الأولى، ١٤٠٧ هـ.
٧. الشيخ طنطاوي شيخ الأزهر الشريف، معاملات البنوك وأحكامها الشرعية. الطبعة الثانية، القاهرة: ١٩٩١.
٨. المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية <http://www.islamicfi.com/arabic>

---

Gamal, Mahmoud: "A Mutuality as an Antidote to Rent-Seeking Sharia'a-Arbitrage"<sup>٢٤</sup> in Islamic Finance", Houston, Rice University, April 2005. <http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/Mutuality.pdf>



التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية في العراق الجديد

٩. السيد محمد باقر الصدر. إقتصادنا، طبعة الكويت. بيروت: دار التعارف، ١٩٨٥.
١٠. السيد محمد باقر الصدر. البنك اللاربوي في الاسلام، الكويت: المطبعة العصرية، 1969.
١١. الدكتور محمود شريف بسيوني، "مجموعة الدساتير العربية"، المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان: كلية الحقوق - جامعة دي بول الإصدار الأول، ٥ يناير ٢٠٠٥.
١٢. الدكتور يوسف القرضاوي، فوائد البنوك هي الربا المحرم. الطبعة الثالثة، القاهرة: دار الصحوة للنشر، ١٩٩٤.
١٣. Gamal, Mahmoud A. Mutuality as an Antidote to Rent-Seeking Shari`a-Arbitrage in Islamic Finance. Houston: Rice University, April 2005.
١٤. Lewis, Mervyn and Latifa Algaoud. *Islamic Banking*. (Northampton: Edward Elgar Pub, 2001)
١٥. Ray, Nicholas Dylan. Arab Islamic Banking and the Renewal of Islamic Law. Arab and Islamic Laws Series. London, Boston: Graham & Trotman, 1995 .
١٦. Hossein Aryan. Iran: The Impact of Islamization on the Financial System, in Islamic Financial Markets, edited by Rodney Wilson. London: Routledge, 1990.

**المبحث الخامس:**  
**الفدرالية**



## ١٨ - الدولة الموحدة والدولة الفيدرالية

الأستاذ الدكتور سعد عبد الجبار العلوش\*

بسم الله الرحمن الرحيم

قبل القصد:

تفصح وقائع التاريخ السياسي عن أن كل المجتمعات السياسية كانت توجهها سلطة تأخذ على عاتقها أمر المصالح المشتركة لأفراد هذه المجتمعات. غير أن هذه السلطة لم تتقلد أشكالاً متماثلة، ففي المجتمعات القبلية كان الأفراد يخضعون لقواعد صارمة تفرضها الأعراف تارة، أو المعتقدات الدينية تارة أخرى. وفي مرحلة أكثر تطوراً عندما تطلبت فيها الضرورات الاقتصادية أو الصراع بين الجماعات المتجاورة قيادة قائد تجسدت السلطة في شخص قد يكون هو الأقوى أو الأكثر حكمة وقابلية فيمارس السلطة في المجتمع بوصفها امتيازاً شخصياً له ما كان يستحقه لولا شأنه الخاص هذا<sup>١</sup>. ويمكن القول أن هذا الواقع يمثل إرهاباً لظهور المركزية في السلطة على صعيد فكرة الدولة الحديثة يوم أن ظهر تعبيرها الاصطلاحي في القرن السادس عشر الأوروبي<sup>٢</sup>.

\* استاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد.

<sup>١</sup> G. Burdeau Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques 20 ed 1984. p. 13 et suiv. L.G.D.J.

<sup>٢</sup> لم يكن التعبير الاصطلاحي للدولة L'Etat بالتعبير الموعول في القدم ولكنه بدأ بظهور الفكرة الحديثة للدولة في القرن السادس عشر. ومنذ ذلك الوقت أصبح تعبير الدولة واحداً المسميات التي اصطلح عليها الفكر السياسي. ومع ذلك فإن هذا الاصطلاح من مفاهيم مثل السلطة والنظام فجميعها ترتد كما هو معروف إلى الدولة اليونانية والإمبراطورية الرومانية وفي المقدمة منها تلك المتعلقة بأصل السلطة وشرعيتها وبمن يمارسها.

وغير خافٍ ما لهذا التنظيم من أضرارٍ انتابت أوضاع الحكام والمحكومين على السواء، ذلك إن تجسيد السلطة في شخص معناه فقدانها للشرعية وجنوح من يمارسها للاستبداد وزوالها بزواله، ومن ثم ينعدم نتيجة لذلك الاستقرار في حياة الناس. ولتلافي هذه الآثار الضارة ابتدعت لوائح العقل شكلاً من أشكال السلطة السياسية يقوم على دعامة الفصل بينها وبين أشخاص الحكام بدلاً من اعتبارها امتيازاً لهم. هذه الدعامة تتمثل في الدولة، فالدولة هي صاحب الحق المجرد والمستمر في السلطة، أما الحكام فيها فهم بصورة جوهرية مجرد وكلاء عرضيين. وعليه تكون الدولة مستقر السلطة ومن ثم فهي -أي الدولة- كما يقول الأستاذ بيردو مجرد فكرة وليست حقيقة واقعة، وهي في الوقت ذات تبرير وتفسير للسلطة وانتفاع بها بوصفها ظاهرة اجتماعية. ولقد عرف الإسلام فكرة الدولة المستقلة عن أشخاص الحكام، فالحاكم أو الخليفة يعد بمثابة الأمين على السلطة يمارسها بصورة مؤقتة ونياية عن الأمة.

وإذا كانت فكرة شرعية السلطة قد أدت دوراً رئيساً في بلورة فكرة الدولة، فإنها قد أثارت في جانب آخر من جوانبها مشكلة وحدتها في الدولة أو تعددها فيها وما يتبعه ذلك من وحدة مصدر التشريع أو تعدد مصادره. هذه المشكلة هي مما تختص بعلاجها الدراسات الباحثة في فكرة الدول البسيطة الموحدة وتلك المتعلقة بالدولة الفيدرالية المركبة خصوصاً بعد أن تشعبت الروابط داخل الدولة الواحدة أو بين الدول المتعددة، واتسعت دائرة التضامن الدولي بينها وتعقدت المشاكل الناشئة عنها، وهو الأمر الذي عاد من المتعذر معه على السلطة الوطنية في ظل الشكل البسيط للدولة أن تنهض بحل هذه المشاكل وبالأساليب التي تواضعت على اللجوء إليها في ظل فكرة وحدة السلطة ووحدة مصدر القانون.

إن لهذا العرض الموجز بياناً مفصلاً في المباحث الآتية:

المبحث الأول: في فكرة الدولة الموحدة.

المبحث الثاني: اللامركزية الإقليمية الكاملة.

المبحث الثالث: دولة الاتحاد الفيدرالي.

### المبحث الأول: في فكرة الدولة الموحدة:

قيل في تعريف السلطة بانها طاقة إرادية<sup>٣</sup> تظهر عند من يتولى إدارة جماعة بشرية تسمح له بفرض نفسه عليها، وهذا الفرض إما أن يتم بالقوة أو بناء على الرضا وتوزيع الاختصاصات. فإذا كان مصدر السلطة هو القوة قيل أن السلطة فعلية. أما إذا كان مصدرها رضا الخاضعين لها قيل أن السلطة قانونية أو شرعية.

ولا شك في أن الرضا بالسلطة هو رضا موضوعي غير شخصي، مثل الرضا أو القبول بالمؤسسات الدستورية ونظم الانتخابات لاختيار ممثلي الشعب في البرلمان، وطريقة تعيين الوزراء ونظام تحريك المسؤولية الوزارية الخ. فإذا ما انصب الرضا على هذه المؤسسات وطرائق عملها أمكن للمحكومين من التأكد من أن السلطة تسير على نحو مشروع، وحق لهم محاسبتها أن هي انحرفت.

ومن خصائص السلطة أنها ذات سيادة رغم أن لغة الفقه الفرنسي تخلط بين التعبيرين على ما بينهما من فوارق - نظراً لأن السيادة هي مجموعة من الاختصاصات التي تنفرد بها السلطة السياسية في الدولة وتجعل منها سلطة أمرة عليا.

ومن هذا الأصل تنفرع سمات وخصائص تنسم بها الدولة الموحدة لعل أهمها وحدة السلطة، وإذا جاز القول وحدة السيادة، أما السمات أو المظاهر الأخرى للدولة الموحدة فتتجلى في الآتي:

١. وجود دستور واحد هو دستور الدولة الموحدة الذي تضعه السلطة التأسيسية المعبرة عن الإرادة العامة فيها، هذا الدستور تهيمن عليه الفكرة القانونية السائدة، فهو الذي يحدد السلطات الثلاث في الدولة ويبين اختصاصاتها ويرسم حدود العلاقة بينها وطريقة ممارسة السلطة وانتقالها.
٢. الأصل في الدولة الموحدة أن السلطة واحدة فيها، وبالمثل أيضاً فإن الأجهزة الحكومية التي تمارس الاختصاصات المنوطة بها هي الأخرى واحدة يمتد سلطانها إلى جميع إقليم البلاد.

<sup>٣</sup> يراجع في تفصيل ذلك موريس هوريو Moruice Hauriou  
Precis de droit constitutionnel. Sirey. 1929. P 14 et suiv

٣. إن أفراد المجتمع في الدولة الموحدة متجانسون فيما بينهم وان تباينت أصولهم ومعتقداتهم ومذاهبهم فهم جميعاً يخضعون لنظم واحدة.
٤. كذلك يشكل إقليم الدولة الموحدة وحدة واحدة بكل أجزائه ويخضع لسلطان الحكومة الموحدة بصرف النظر عما بين تلكم الأجزاء من فوارق محلية أو إقليمية، وسواء تألف الإقليم من بقعة واحدة أم من بقاع متعددة ما دام أن جميع القاطنين فيه يخضعون لنظام واحد.

ومما تقدم بيانه يمكن القول أن معيار الدولة الموحدة قوامه أن مصدر التشريع واحد وان السلطة واحدة. فالبرلمان الذي هو السلطة التشريعية في البلاد يسن القوانين لعموم إقليم الدولة ويخضع لها جميع القاطنين على هذا الإقليم سواء أكانوا وطنيين أم أجانب. ولا ينال من هذا الأصل أن تكون السلطة التشريعية مؤلفة من مجلس واحد أم من مجلسين، فالعراق مثلاً دولة موحدة سواء في عهدها الملكي (عدا حقبة الاتحاد الهاشمي في الأشهر المعدودات من عام ١٩٥٨) أم الجمهوري، ولكن السلطة في العهد الملكي كانت منوطة بمجلسين الأول منتخب (مجلس النواب) والآخر معين (مجلس الأعيان). بينما كانت السلطة التشريعية في العهد الجمهوري الأول في ظل دستور ٢٧ تموز ١٩٥٨ منوطة بمجلس الوزراء وتصديق مجلس السيادة، أما في ظل دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ فتمارسها ثلاثة رؤوس هي مجلس قيادة الثورة ورئيس الجمهورية والمجلس الوطني.

كما لا يتعارض مع وحدة التشريع أن تسن السلطة التشريعية في الدولة الموحدة قوانين خاصة لبعض الأقاليم أو المناطق أو بعض الفئات نزولاً لاعتبارات متعلقة بالبيئة أو بالظروف الخاصة بالإقليم أو بالفئة من الناس، وان تستثنى بعض الأقاليم من الخضوع لأحكام قوانين معينة. ففي ظل دولة الجمهورية العربية المتحدة التي أقيمت نتيجة اندماج مصر بسوريا كانت الدولة الجديدة موحدة لها دستورها الواحد وسلطتها التشريعية الواحدة وشعبها الواحد أيضاً، ومع ذلك فقد أبقى الدستور الجديد على التشريعات المعمول بها في الإقليمين المصري والسوري لتظل سارية في كل من إقليميهما إلى حين إلغائها أو تعديلها، كذلك لا يقدح في هذا الشكل أن يكون نظام الحكم ملكياً أم جمهورياً، أو أن يكون النظام

<sup>٤</sup> الدكتور ثروت بدوي- النظم السياسية- الجزء الأمر ص ٧٦-٧٧ دار النهضة ١٩٦٢ - القاهرة.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الإداري فيها قائماً على أساس التنظيم المركزي أو اللامركزي. لكن ما يقتضي بيانه في هذا الصدد هو أن التنظيم الإداري للدولة المعاصرة لا يأخذ بصورة مطلقة بأحد التنظيمين الإداريين دون الآخر، بمعنى انه لا توجد هناك مركزية مطلقة أو لامركزية مطلقة وإنما الدولة المعاصرة تجمع بين مقومات النظامين معاً في إدارة الدولة، لكن الغلبة تكون للنظام المركزي كأصل إزاء النظام اللامركزي الذي يقوم بجانبه كاستثناء تخضع فيه الهيئة اللامركزية لإشراف السلطة المركزية ورقابتها عليها<sup>٦</sup>.

وفي هذا بيان نورد تفصيله في الآتي:

#### أولاً: في النظام المركزي:

مادام مصدر التشريع واحد في الدولة الموحدة فمن مقتضاه وحدة التنفيذ أيضاً، ويعني هذا وحدة الجهاز الإداري الذي يتولى تنفيذ التشريعات التي تسنها السلطة التشريعية الموحدة. وعليه فإن قوام النظام المركزي هو استئثار الحكومة المركزية وحدها بممارسة الوظيفة الإدارية، أي أن سلطة التقرير تكون من اختصاص السلطات الإدارية على المستوى المحلي أو على صعيد المرافق العامة وما على الموظفين إلا مهمة التنفيذ. وفي ظل نظام كهذا فإن السلطة المختصة بإصدار القرارات تكون موحدة لا تشاركها المهمة هذه هيئات أخرى.

وتتجلى عناصر المركزية في الآتي:

١. تركيز السلطة بين يدي السلطة الإدارية، حيث تستقل هذه بإدارة كل مرافق الدولة المنبثقة في كل أرجاء الأعيان، ويتولى الوزراء المستقرون في العاصمة هذه المهمة فيما يصدر من قرارات أو توجيهات.
٢. نظام التبعية المتدرجة في السلم الإداري Hierarchie وبمقتضاه يتم توزيع الموظفين على منظمات (مصالح أو دوائر) تتدرج فيما بينها بحسب درجة كل منها، بحيث تخضع الدرجة الدنيا للعليا وهكذا حتى نصل إلى أعلى الدرجات التي يستقر فيها الوزير.

<sup>٦</sup> الأستاذ مارسيل فالين Marcel Valine Droit administratif. 1963. P. 33  
<sup>٦</sup> الدكتور عثمان خليل عثمان- اللامركزية ونظام مجالس المديرية في مصر - دراسة مقارنة ص ٢٨.



٣. السلطة الرئاسية Pouvoir Hierarchique، تعنى هذه السلطة خضوع الموظف الأدنى درجة للموظف الأعلى درجة. بمعنى أن المركزية تشتمل على موظفين ذوي درجات عليا وآخرين تابعين ذوي درجات دنيا. وتتحلل السلطة الرئاسية إلى عنصرين:

أ- سلطة إصدار الأوامر orders، ويراد بها التعليمات والمنشورات الموجهة إلى الموظفين التابعين داخل المرفق العام، المتعلقة بشرح وتطبيق القوانين واللوائح<sup>٧</sup> ويطلق على القرارات التي تصاغ فيها هذه الأوامر بالتعليمات المصلحية أو المرفقية Instructions de service. أما إذا كانت الأوامر جماعية أي موجهة إلى الموظفين كافة أطلق عليها تعبير المنشورات circulaires<sup>٨</sup>.

ب- قد تتضمن هذه الأوامر - إضافة إلى ما تقدم - سلطة تأديب أو انضباط الموظفين التابعين. كذلك قد تشمل حق السلطة الرئاسية في تعديل قرارات هؤلاء الموظفين أو إبطالها أو الاستعاضة عنها بقرارات أخرى غيرها أو الحل محلهم في إصدار القرارات.

إن المركزية لا تأخذ صورة واحدة في التنظيم، فلها على هذا الصعيد صورتان، هما:

#### ١. المركزية المركزة Concentration

هذه الصورة من المركزية يطلق عليها نظام التركيز الإداري الذي تتركز فيه السلطة بين يدي الوزير في العاصمة سواء فيما يتعلق بالقوة العامة أو الاختصاصات الفنية وإصدار القرارات والتعيين في الوظائف العامة. فالى الوزير يرجع ممثلو السلطة العامة في المحافظات والاقضية (المحافظون والقائمقامون) وقد أطلق أستاذنا المرحوم الدكتور عثمان خليل عثمان على هذه الصورة من المركزية تعبير (الوزارية) تأكيدا على أهمية دور الوزير في هذا الضرب من الإدارة<sup>٩</sup>.

#### ٢. المركزية غير المركزة أو عدم التركيز الإداري

<sup>٧</sup> اندريه دي لوبادير Andre De Lubadere fome s. Traite elementaire de droit administratif . 1963. P. 27-28

<sup>٨</sup> الأستاذ فالين. المرجع السابق. ص ٢٩٠ - ٢٩١

<sup>٩</sup> الدكتور عثمان خليل عثمان. المرجع السابق. ص ٢٥.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

يتجلى هذا الأسلوب الإداري في زيادة اختصاصات الموظفين المحليين التابعين للسلطة المركزية<sup>١٠</sup> مثل المحافظ أو القائمقام، كان يعترف للمحافظ ببعض الاختصاصات التي كان يمارسها الوزير من قبل وذلك بقصد التخفيف عنه مما يتقل كاهله. ولا شك في أن تحويل الوزير سلطة البت في بعض الأمور دون الرجوع إليه يؤدي إلى انصراف الوزير إلى معالجة القضايا التي تقتضي منه الاهتمام بها أكثر من غيرها، وبهذا يتخفف العبء عن الوزير. واطلق الأستاذ الدكتور عثمان خليل عثمان على هذه الصورة تعبير (اللاوزارية).

#### ثانياً: في النظام اللامركزي:

بمقتضى النظام اللامركزي يجري تجزئة الوظيفة الإدارية وتوزيعها داخل الدولة بين هيئات الحكومة المركزية وهيئاتها المحلية المنتخبة أو المرفقية. ويعني هذا اقتطاع جزء من سلطة التقرير لدى الهيئات المركزية وتحويله إما إلى هيئات محلية أو مرافق عامة ذات تخصص بأنواع معينة من أوجه النشاط.

إن جوهر اللامركزية عندنا- أي كان نوعها- يتحلل إلى عنصرين:

١. وجود قواعد قانونية تحدد قدرًا من معيناً من الاستقلال الذي يكفل التخصص للشخص اللامركزي وهذه القواعد تختلف بطبيعة الحال من شخص لآخر ومن مجموعة لأخرى.

٢. وجود قواعد قانونية تكفل الرابطة العضوية بين كل من المركز والشخص اللامركزي.

وبتوافر هذين العنصرين، الاستقلال اللامركزي والرابطة العضوية بالمركز، يمكن للسلطة المركزية أن تمارس قدرًا معيناً من الرقابة (الوصاية الإدارية) بما يحقق أهداف الإدارة اللامركزية ويصون في الوقت ذاته وحدة الدولة من التجزئة.

ويمكن التمييز بين الصور الإقليمية اللامركزية:

أ- اللامركزية الإدارية الإقليمية

وتعتبر من أقدم صور اللامركزية وأكثرها ذبوعاً واليها يتبادر الذهن حين يطلق تعبير

<sup>١٠</sup> الأستاذ دي لوبادير. المرجع السابق ص ٩٤.

اللامركزية دون تحديد<sup>١١</sup> وتتحدد عناصرها في الآتي:

١. وجود مصالح متميزة تتولى إدارتها هيئات محلية تخضع لرقابة السلطة المركزية. فهذه المصالح أو الشؤون المحلية affaires locales تكون متميزة عن الحاجات المشتركة لمجموع سكان البلاد وينشأ حولها نوع من الارتباط الذي يشد سكان الأعيان. فهذه المصالح المحلية إما أن تكون ذات طابع اقتصادي أو ثقافي أو صحي أو سياحي... الخ، إلى جانب المصالح العامة المماثلة المشتركة لعموم البلاد. فإذا ما قامت المصالح المحلية متميزة خاصة بالإقليم الذي نشأت فيه يعترف القانون بها ويجعل إدارتها في نطاق مرافق عامة محلية متميزة عن المرافق العامة القومية. ويطلق على تحديد القانون لهذه الحاجات المحلية مبدأ تخصص الهيئات المحلية. وقد افصح نابليون الثالث عن هذا الضرب من الإدارة شخصاً صورته فكتب في مقدمة المرسوم المؤرخ في ٢٥ من تشرين الثاني عام ١٨٥٢ قائلاً "يمكن حكم البلاد من بعيد ولكن لا يمكن إدارة دفة الأمور إلا من قرب".
٢. الشخصية المعنوية: ومؤدى الاعتراف للهيئة المحلية بالشخصية المعنوية نشوء ذمة مالية خاصة بها وأموال مادية وموظفين وإدارة مالية تعبر عنها ميزانية خاصة بها. وكل هذا يعني قيام استقلال مالي وإداري خاص بالهيئة المحلية.
٤. السلطات المحلية: إن السلطات الإدارية في الهيئة المحلية يجب أن تكون منبثقة عنها، بمعنى أن تكون محلية تمثل الهيئة التي تنتمي الأول وليست السلطة المركزية التي ترتبط بها برباط عضوي. ويعتبر الانتخاب العنصر الأساسي الذي تتحقق به اللامركزية الإدارية نظراً لأنه الوسيلة الديمقراطية التي يتم بها اختيار السلطات المحلية من قبل سكان الهيئة المحلية. كذلك يجب أن تتقلد السلطات المنتخبة بسلطة حقيقية في اتخاذ القرارات. وإذا كان ما تمتع به مجرد اختصاص استشاري فلا مجال للحديث عن اللامركزية<sup>١٢</sup>.

<sup>١١</sup> موريس ديفيرجيه Mourice Duverger

Driot Public. Themis- 1964. P. 209

<sup>١٢</sup> يراجع في تفصيل ذلك الدكتور سعد العلوش. نظرية المؤسسة العامة وتطبيقها في التشريع العراقي. ١٩٦٧ ص ٨٧ وما بعدها.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٥. الرقابة: الوصاية الإدارية: تعني الرقابة الإدارية على الهيئات اللامركزية (ويطلق عليها بعض الفقه اصطلاح الوصاية الإدارية) مجموع الامتيازات أو الاختصاصات التي تتصرف بها السلطة المركزية إزاء عمال أو موظفي السلطة اللامركزية وما يتخذونه من أعمال وذلك حفاظاً على المصلحة العامة.

وعلى العموم يجب أن تقيد الوصاية الإدارية بقيود وألا يكون من شأنها الاتيان على الاختصاصات الممنوحة للهيئات اللامركزية وإلا أدت إلى الإجهاز على الإدارة اللامركزية. ومن هنا جاء القول بان (لا وصاية بدون نص وان لا وصاية ابعده من النصوص)<sup>١١</sup>.

وأخيراً فإن الوصاية الإدارية تمتد - بالإضافة إلى ما تقدم- لتشمل التنفيذ وهي آخر مراحل الرقابة الإدارية على السلطات المركزية واشدها خطورة مثل الرقابة التي تباشرها السلطة اللامركزية أثناء تدخلها لتنفيذ قرار أصدرته السلطة اللامركزية يتعلق بنزع ملكية عقار أو عقد قرض.

ويقتضي القول في هذا الخصوص أن العراق كان قد عرف هذا الضرب من الإدارة اللامركزية منذ العهد العثماني، كما أرسى القانون الأساسي العراقي الصادر في آذار ١٩٢٥ أساسها في المادة ١١١ منه، ثم وضعت القوانين اللاحقة تفصيلاتها في قانون إدارة البلديات رقم ٨٤ لسنة ١٩٣١ وقانون إدارة الأولوية لعام ١٩٤٥، ولم يقيض لهذا التنظيم اللامركزي أم يبلغ مقاصده كاملة على صعيد الديمقراطية في الإدارة بسبب قيام ثورة ١٤ تموز ١٩٥٨، كما أن قانون المحافظات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٩ الذي شرع في العهد الجمهوري كان شاخص إخفاق لهذا الأسلوب الإداري. وهناك محاولات تجري في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الصادر في عام ٢٠٠٤ لإرساء تطبيقات لامركزية في إطار نظام المجالس البلدية غير أنه من المتعذر علينا تقدير نتائجها في الوقت الحاضر - لأسباب شتى تقديراً سليماً. ونرى أن أمر ذلك معقود على انتهاء المرحلة الانتقالية هذه وقيام انتخابات سليمة في البلاد حيث يشيد دستور جديد للعراق وتوضع أسس سليمة لإدارة لامركزية حقيقية.

<sup>١٢</sup> الأستاذ جان ريفيرو J. Rivero  
Droit administratif . 1962 P. 278

## ب. اللامركزية المرفقية أو المصلحية<sup>١٢</sup> La decentralisation par services

تتحقق هذه الصورة بإدخال مبادئ اللامركزية الإدارية الإقليمية في نطاق المرافق العامة، أي جعل إدارة بعض المرافق العامة لإدارة لامركزية على وفق تقدير المشرع بدلاً من أسلوب المركزية. ويستتبع هذا التنظيم منح المديرين في هذه المرافق أو المنظمات العامة سلطة تقرير فعلية نتيجة تزويدهم بقدر من الصلاحيات والاختصاصات ما يمكنهم من إدارة المرافق التي يعملون فيها إدارة مستقلة بعيداً عن السلطة الرئاسية للوزير المختص في الإدارة المركزية.

إن قوام هذا الأسلوب الإداري يتحقق في منح المنظمات العامة شخصية معنوية وقدرًا معيناً من الاستقلال المالي والإداري وتحديد الأهداف التي تسعى لبلوغها تحديداً دقيقاً. وهذا ما يطلق عليه تخصيص الأهداف، ويقابل هذا الاستقلال بقاء تلك المنظمات مرتبطة ارتباطاً عضوياً بالسلطة المركزية وخضوعها لرقابة هذه الأخيرة عليها.

ومن مقتضى تزويد المنظمة العامة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري نشوء ذمة مالية وحسابات خاصة بها وميزانية مستقلة عن الميزانية العامة للدولة، كذلك قيام جهاز إداري مستقل بموظفيه وعماله وخضوع المنظمة العامة للامركزية لنظام قانوني يفارق ذلك الذي تخضع له المرافق العامة المركزية. بل أن هذا النظام يختلف باختلاف طبيعة المنظمات اللامركزية وتخصصها وطبيعة النشاط الذي تديره.

وتطبيقاً لشرط الانتخاب في اللامركزية الإدارية الإقليمية، يرى جانب كبير من الفقه أنه للاعتراف بقيام اللامركزية المرفقية ينبغي أن يكون المديرين في المنظمات العامة اللامركزية قد وُلوا مناصبهم بطريق الانتخاب من قبل الموظفين العاملين فيها، أما إذا عينتهم السلطة المركزية فلا وجود للإدارة اللامركزية فيها وإنما تدار المنظمة العامة آنذاك بأسلوب عدم التركيز الإداري حتى ولو زود فيها المديرين بصلاحيات خاصة ومهمة.

إن للامركزية المصلحية صوراً متعددة، لعل أبرزها المؤسسات العامة وهي على أنواع، أقدمها المؤسسات العامة الإدارية تليها المؤسسات العامة التجارية والصناعية ثم

<sup>١٤</sup> يراجع في تفصيل هذا الموضوع الدكتور سعد العلوش المرجع السابق ص ٦٠ وما بعدها.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

المؤسسات العامة المهنية. ويرى جانب كبير من الفقه أن المشروعات العامة سواء الناتجة عن التأميم أو الإنشاء المبتدأ من قبل الدولة هي من قبيل المؤسسات العامة الاقتصادية أياً كانت المسميات التي سميت بها، مثل المشروع العام الاقتصادي، أو الشركة العامة.

وقد عرف العراق أسلوب اللامركزية الإدارية المرفقية في إدارة المرافق العامة الإدارية منها أو الاقتصادية سواء في العهد الملكي أو في حقبة النظام الجمهوري.

### المبحث الثاني: اللامركزية الإقليمية الكاملة *la decentralisation complete*:

إذا كان قد قيل أن اللامركزية الإدارية تمثل طريقاً للانتقال صوب الاتحاد الفيدرالي أو اللامركزية السياسية، فإننا نرى مع الرأي الراجح على صعيد الفقه الدستوري بان هناك ضرباً من اللامركزية أطلق عليها تعبير (اللامركزية الكاملة)<sup>١٣</sup> تمتاز بكونها الأسلوب الأكثر قرباً صوب الاتحاد الفيدرالي من اللامركزية الإدارية لما تتمتع به المنطقة الإقليمية في اللامركزية الكاملة من استقلال يفوق في إبعاده ذلك الذي تتمتع به الهيئات في اللامركزية الإدارية التقليدية، ولكن اللامركزية الكاملة فيما تتمتع به من استقلال هي دون الفيدرالية وفوق اللامركزية الإدارية.

ولقد ظهرت اللامركزية الإقليمية الكاملة في أوروبا حيث شهدت أعوام السبعينات بروز تيار فكري ظهر كرد فعل ضد المركزية المركزة في إدارة النشاط الاقتصادي الذي كانت تستأثر بإدارته العواصم الكبرى.

وقد نشأ هذا التيار بوجه خاص في كل من بلجيكا وإيطاليا وبريطانيا العظمى وأسبانيا، كما ظهرت في فرنسا في عام ١٩٦٤ الفكرة الإقليمية *Lide Regionale* عندما أنشئت مناطق اقتصادية إقليمية *Circonscriptions économiques regionales* غير أن مشروع الرئيس ديغول بإنشاء أقاليم وتجديد تكوين مجلس الشيوخ انتابه إخفاق ذريع في استفتاء ٢٧ نيسان من عام ١٩٦٩ الذي قاده إلى الاستقالة، ثم عادت الحركة الإقليمية في فرنسا إلى الظهور منذ عام ١٩٨١ بمشاريع القوانين الهادفة إلى تشجيع الاستقلال الإداري للوحدات الإقليمية<sup>١٤</sup>.

<sup>١٥</sup> انظر في تفصيل الأستاذ بيير باكتيت Pierre Pactet  
Institutions Politique Droit constitutionnel. 1986. P. 50 etsui.

<sup>١٦</sup> برنارد شانتيوت Bernard Chantebout  
Droit Constitutionnel at Science Politique. 1986 P. 78-79.

كذلك شهد العراق الجمهوري تطبيقاً لفكرة اللامركزية الكاملة في نظام الحكم الذاتي في منطقة كردستان بمقتضى القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٤. وبالنظر لوجوه الشبه القائمة بين ضروب اللامركزية الكاملة التي طبقت في كل من إيطاليا والعراق وبلجيكا من حيث كون بواعث قيامها ومجالات تنظيمها تقربها من النظام الفيدرالي، فقد وجدنا أن نخصها بالبيان المقتضي لكل منها على وفق ما تتطلبه هذه الدراسة.

#### ١. اللامركزية الكاملة في إيطاليا: ١٥

تجد اللامركزية الإقليمية الكاملة في إيطاليا أساسها القانوني في الدستور الإيطالي الصادر في عام ١٩٤٧ الذي نصت مادته الخامسة على أن الجمهورية وحدة لا تتجزأ وهي تعترف وتشجع التقسيمات المحلية المستقلة وتعمل على تحقيق اللامركزية الإدارية في أوسع صورها. غير أن هذه اللامركزية لم تنصب أول الإقليم إلا خمسة أقاليم لأسباب خاصة بها تتعلق بطبيعة ساكنيها وخصوصية اللغات التي يتكلمون بها. ولم تحظ بقية الأقاليم الأخرى بهذا الاستقلال اللامركزي إلا في مطلع عام ١٩٧٠.

وكما هو الشأن في الفكرة المجردة للامركزية التي تستقر على عنصري الاستقلال والرابطة العضوية أو التبعية للمركز، يمكن التمييز في هذه الصورة من اللامركزية بين هذين العنصرين على وفق الآتي:

#### أ. عنصر الاستقلال L'autonomi des regions

يتجلى الاستقلال في جملته بالنظام الأساسي لكل إقليم الذي يختص بوضعه مجلس الإقليم بالأغلبية المطلقة لأعضائه على أن يكون مطابقاً للدستور وقوانين الجمهورية وان يصدق عليه بقانون جمهوري يضعه البرلمان.

ويتفرع عنصر الاستقلال إلى فرعين الأول هو الاستقلال الإداري والآخر هو الاستقلال المالي:

#### ١. الاستقلال الإداري

يتمثل هذا الاستقلال بالمجلس الإقليمي Le Conseil Regional الذي يتكون من عدد من الأعضاء ينتخبهم سكان الإقليم لمدة خمس سنوات بالتصويت العام المباشر ولا

<sup>١٥</sup> بيير باكتيت. المرجع السابق ص ٥٠-٥١.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

يجوز الجمع بين العضوية في المجلس الإقليمي والعضوية في أحد مجلسي البرلمان وينتخب المجلس من بين أعضائه أعضاء مجلس الجونتا La Junte (السلطة التنفيذية).

إن الاختصاصات والسلطات المنوطة بمجلس الإقليم بحكم ما يتمتع به من استقلال يؤمنها الانتخاب الذي يضيف على تكوينه طابعاً سياسياً. وعلى هذا الأساس يختص المجلس الإقليمي بسلطة تشريعية يمارس فيها اختصاص سن القوانين التي تصدر موافقة للمبادئ الرئيسة المحددة في قوانين الدولة، وغير متعارضة مع المصلحة الوطنية ومع مصالح الأقاليم الأخرى.

غير أن هناك اختصاصات أخرى على جانب كبير من الأهمية، تتميز بكونها ذات طابع سياسي وآخر إداري. إذ يحق لكل مجلس إقليمي أن ينتخب من بين أعضائه ثلاثة أعضاء يشاركون في انتخاب رئيس الجمهورية، كما يحق لخمسة مجالس إقليمية أن يطالبوا بإجراء استفتاء شعبي لإلغاء قانون أو عمل له قوة القانون إلغاء كلياً أو جزئياً أو إجراء تعديل للدستور أو القوانين ذوات الطبيعة الدستورية. ولا شك في أن هذا الضرب من الاختصاصات يفصح عن ممارسة سلطة تشريعية حقيقية للإقليم تمارسها المجالس الإقليمية بالاشتراك مع مجلسي البرلمان وذلك في مواضيع متعددة ومهمة على النحو الذي بينته المادة ١١٧ من الدستور.

كذلك يتمثل الاستقلال الإداري في مجلس الجونتا الذي يعد الأداة التنفيذية للإقليم، فقد سبق أن ذكرنا أن تكوينه يكون منبثقاً من بين أعضاء المجلس الإقليمي بطريق الانتخاب. وللجونتا رئيس تتحدد اختصاصاته في تمثيل الإقليم وإصدار القوانين واللوائح الإقليمية وإدارة الوظائف الإدارية التي فوضت الدولة الإقليم بها، مراعيًا في ذلك تعليمات الحكومة المركزية.

## ٢. الاستقلال المالي:

فتحدده القوانين الجمهورية، وبمقتضاه تكون لكل إقليم ذمة مالية خاصة به، وتحدد لكل إقليم ضرائب خاصة للعمل على تحقيق أهداف معينة. كذلك يخصص له جزء من ضرائب الخزنة تبعاً لحاجة الأقاليم للمصروفات الضرورية لكي تقوم بوظائفها العادية.



ب. عنصر التبعية أو الرابطة العضوية بالمركز

ذكرنا أن العنصر الثاني في اللامركزية يتجلى في تلك النصوص القانونية التي تبقى على رابطة العضوية للشخص اللامركزي بالمركز، ومن هنا كانت اللامركزية أسلوباً لمجرد الاستقلال لا للانفصال.

إن مظهر هذه الرابطة أو التبعية في اللامركزية الكاملة في إيطاليا يتمثل في الرقابة أو الوصاية الإدارية التي يمارسها مندوب الحكومة أو ممثلها في الإقليم Le commissaire والذي يعمل في الوقت ذاته على تنسيق وظائف الدولة مع تلك الخاصة بالإقليم. ولتحقيق ذلك يبلغ القومسير بجميع القوانين التي يوافق عليها المجلس الإقليمي، إذ يجب عليه أن يعتمد عليها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه بها.

وهناك رقابة قانونية تمارسها هيئة تابعة للدولة على الأعمال الإدارية بطريقة لامركزية على وفق الأوضاع والحدود التي تمارسها القوانين الجمهورية وقد نيطت وصاية إدارية أخرى باللجان الإقليمية التي يمارسها قومسير الحكومة حيث تؤلف كل واحدة منها من ستة أعضاء، أربعة يختارون من كبار موظفي الدولة، واثنان من الخبراء يعينون بناء على اقتراح المجلس الإقليمي. وهذه اللجنة تمارس بشكل رئيس رقابة المشروعية على القرارات الإدارية للمجالس الإقليمية.

إن آخر مظاهر الوصاية أو الرقابة و أخطرها هو حق الحل الذي تمارسه السلطة المركزية في مواجهة مجلس الإقليم، في حالة اقترافه أعمالاً مخالفة للدستور، أو مخالفات خطيرة مخالفة للقانون أو إذا لم يستجب لدعوة الحكومة باستبدال الجونتا ورئيسه إذا قاما بأعمال من هذا القبيل. كذلك يجوز الحل لأسباب تتعلق بالأمن الوطني. وفي كل الأحوال فإن الحل يجب أن يقر بمرسوم جمهوري بعد اخذ رأي لجنة من أعضاء مجلس النواب.

٢. اللامركزية الكاملة في العراق الجمهوري (نظام الحكم الذاتي)

يستند نظام الحكم الذاتي الذي شاده المشرع الدستوري في دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ والقوانين اللاحقة له على جملة مسلمات سياسية وقانونية تشكل في مجموعها الأسباب والبواعث الدافعة عليه. وفي مقدمة تلك المسلمات أو المصادر وثيقة الحادي عشر من آذار ١٩٧٠ التي سجلت اتفاق القيادة السياسية في العراق وقتذاك وممثلي الحزب الديمقراطي الكردستاني على إنهاء كافة الخلافات بينهما تمهيداً لتحقيق رغبة المواطنين

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

العراقيين من الأكراد وغيرهم في منطقة كردستان في ممارسة للحقوق على نحو أوسع في صيغة للحكم الذاتي في إطار الجمهورية العراقية تتجاوز كثيراً أبعاد الإدارة اللامركزية في ظل قانون المحافظات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٩<sup>١٦</sup>.

لأجل هذا اصدر مجلس قيادة الثورة المنحل القرارات التالية:

١. القرار رقم ٢٤٧ بتعديل الدستور حيث أضيفت فقرة جديدة إلى المادة الثامنة منه جاء فيها "تتمتع المنطقة التي غالبية سكانها من الأكراد بالحكم الذاتي وفقاً لما يحدده القانون".

٢. قانون الحكم الذاتي لمنطقة كردستان رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٤<sup>١٧</sup>.

٣. قانون المجلس التشريعي لمنطقة كردستان رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٤.

كذلك اصدر رئيس الجمهوري نظام التشكيلات الإدارية لمنطقة كردستان. وفي ضوء ما تقدم نتناول الحديث عن هذا الضرب من اللامركزية الواسعة على وفق الآتي:

القسم الأول: الاستقلال الذاتي.

القسم الثاني: الرقابة.

القسم الأول: الاستقلال الذاتي

إن من المستقر عليه هو أن اللامركزية الإدارية الإقليمية، الموصوفة بالكامل أو السياسية، أو بالحكم الذاتي، هي نتاج الظروف الموضوعية في كل بلد وسنرى أن الظروف الموضوعية في العراق القائمة على أساس قومي أو متصل باللغة تشابه في مواطن كثيرة تلك التي رأيناها في النظام الإيطالي أو ما سنراه لاحقاً في النظام البلجيكي. وبتعبير آخر إن ابرز ما تتميز به دواعي وبواعث الحكم الذاتي في منطقة كردستان هي الظاهرة القومية التي يعيش في ظلها المواطنون الأكراد. ورغم جلاء هذه الحقيقة، فالواقع يؤكد -دون مساس بها أو الانتقاص منها- على وحدة تاريخ الأكراد والعرب الذين عاشوا

<sup>١٨</sup> ينظر في تفصيل ذلك كله. الدكتور سعد عبد الجبار العلوش. لمحات من تجربة الحكم الذاتي في العراق. بحث مقدم إلى مؤتمر الحقوقيين الديمقراطيين المنعقد في الجزائر في نيسان ١٩٧٥. ومنشور في مجلة اتحاد الحقوقيين العرب.

<sup>١٩</sup> أم قانون الحكم الذاتي كان الصيغة النهائية التي تمخضت عن اجتماعات واسعة عقدت في مقر المجلس الوطني شارك فيها ممثلو الأحزاب الوطنية والقوى التقدمية في البلاد وممثلو الحزب الديمقراطي الكردستاني. وكان المشروع الذي طرح للنقاش وقتذاك يحمل اسم مشروع الجبهة الوطنية باعتباره يمثل وجهة نظرها.

شعباً واحداً يربطهم تاريخ واحد وعادات وتقاليد مشتركة وفكر ديني واحد هو الدين الإسلامي.

إن عنصر الاستقلال الذاتي في قانون الحكم الذاتي لمنطقة كردستان العراق يمكن أن ينظر إليه من زاويتين:

أ- استقلال الهيئات التي تمارس السلطة.

ب- الاستقلال المالي.

أ- استقلال الهيئات التي تمارس السلطة:

يعني هذا الاستقلال قيام هيئات في منطقة الحكم الذاتي تمارس وظيفتي "الحكم" و "الإدارة". وقد اقتضى هذا تحديد البقعة الجغرافية التي تمارس فيها هيئات الحكم الذاتي هاتين الوظيفتين، ومن ثم تحديد الشؤون المحلية الخاصة بالمنطقة وأخيراً تحديد هيئات الحكم الذاتي التي تحكم وتدير.

١. البقعة الجغرافية:

تحدد هذه البقعة بحدود المنطقة التي يشكل فيها المواطنون الأكراد الغالبية بالنسبة لمجموع السكان على وفق إحصاء عام يجري لهذا الغرض. وقد نص قانون الحكم الذاتي في مادته الأولى فقرة (د) على أن "المنطقة جزء لا يتجزأ من ارض العراق وشعبها جزء لا يتجزأ من شعب العراق".

وكان قد اعترض ممثلو الحزب الديمقراطي الكردستاني- كما تفصح الأعمال التحضيرية للقانون. على استعمال مشروع القانون تعبير المنطقة Region بدلاً من لفظ الإقليم Terroire. بدعوى أن لفظ الإقليم له مدلول محدد يفتقر إليه تعبير المنطقة. ولكن الرأي استقر فيما بعد على الأخذ بلفظ المنطقة للأسباب الآتية:

أ- ورود تعبير المنطقة في وثيقة الحادي عشر من آذار (الفقرة ج/بند ٣ فقرة أ/بند ٧، ٩، ١٤).

ب- إن المستقر عليه في فقه القانون الدولي هو أن تعبير الإقليم لا يطلق إلا على ارض الدولة، أما المنطقة فهي جزء من إقليمها.

ج- كذلك استعمل الدستور العراقي السابق في الفقرة ب من المادة السابعة بقولها (تكون اللغة الكردية لغة رسمية إلى جانب اللغة العربية في المنطقة الكردية).

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

د- هذا وقد خص قانون الحكم الذاتي المنطقة بالشخصية المعنوية التي يترتب على منحها.

في ظل القواعد العامة في مجال التنظيم اللامركزي - تتمتع الأشخاص المعنوية بالاستقلال الإداري والمالي على تفصيل يختلف باختلاف صور اللامركزية. كما جعل مدينة أربيل مركزاً لإدارة الحكم الذاتي أي المدينة الرئيسية فيها، واللغة الكردية لغة رسمية في المنطقة إلى جانب اللغة العربية.

## ٢. الشؤون المحلية:

لم يتناول قانون الحكم الذاتي بالتفصيل تحديد الشؤون المحلية ولم يفعل ذلك أيضاً الدستور العراقي. إن مرد هذا الإحجام - خصوصاً بالنسبة للدستور - هو ما يشوب مثل هذا التحديد عادة من عيوب تتصل بعدم الشمول لجميع الشؤون الخاصة بالمنطقة معينة مما يعتبر من قبيل الشؤون المحلية. يضاف إلى هذا أن صعوبات فنية تتعلق بالتنظيم الإداري في العراق كانت تحول دون إجراء هذا التحديد الشامل. إزاء هذا كله فقد اتجه الرأي إلى ترك هذه المهمة إلى نظام يصدر لاحقاً ليجري هذا التحديد على قدر من المرونة.

لأجل هذا صدر نظام التشكيلات الإدارية للحكم الذاتي في منطقة كردستان رقم ٤ لسنة ١٩٧٥ الذي أتم ما بدأ به القانون بخصوص تحديد الشؤون المحلية. ويمكن في ظل قانون الحكم الذاتي ونظام التشكيلات الإدارية الوقوف على طبيعة الشؤون المحلية وحجمها في نطاق الوظائف التي تمارسها الإدارات المرتبطة بالمجلس التنفيذي، وهي بشكل عام تتعلق بخدمات التعليم والثقافة والشباب، ووظائف الشرطة والدفاع المدني والأحوال المدنية، والوظائف المتعلقة بخدمات الصحة والعمل وباقي الخدمات الاجتماعية وتلك المتعلقة بالشؤون الاقتصادية والمالية والمرافق الاقتصادية ذات الطابع الاقتصادي والزراعة والإصلاح الزراعي والأشغال والإسكان وشؤون الأوقاف.

## ٣. هيئات الحكم الذاتي:

أ- المجلس التشريعي:

يعتبر المجلس التشريعي هو الهيئة التشريعية في المنطقة ويتكون من ثمانين عضواً يجري اختيارهم بطريق الانتخاب الحر المباشر ويمثل كل عضو منهم سكان المنطقة

جميعاً. وللمجلس التشريعي رئيس ونائب له وأمين للسر يجري انتخابهم أيضاً من بين أعضائه. ويتمتع هؤلاء جميعاً بحرية كاملة في ممارستهم أعمالهم وإبدائهم آراءهم داخل المجلس ولهم حصانة ضد أي إجراء جنائي اللهم إلا في حالة التلبس بالجناية ولا يجوز الجمع بين عضوية المجلس التشريعي وعضوية المجلس الوطني أو عضوية مجالس إدارة الشركات التجارية والمنشآت التابعة لها أو تولي الوظائف العامة. يمارس المجلس التشريعي سلطة إصدار القرارات التشريعية بالنسبة لعموم المنطقة وفي نطاق الاختصاصات المحجوزة له. ويمكن للمجلس التشريعي أن يناقش أعضاء المجلس التنفيذي (السلطة التنفيذية في المنطقة) ويساءلهم فيما يقومون به من أعمال وله أن يطرح الثقة بالمجلس التنفيذي كهيئة أو بواحد أو أكثر من أعضائه ويترتب على ذلك إعفاؤهم من القيام بالمهام المحددة بالقانون.

كما يناقش المجلس التشريعي اقتراح القرارات التشريعية التي يقدمها عشرة من أعضاء المجلس نفسه، أو المجلس التنفيذي. ويصدر رئيس المجلس التنفيذي القرارات التشريعية وله حق الاعتراض عليها كلاً أو جزءاً فإذا أصر المجلس التشريعي على رأيه بالأغلبية ذاتها التي وافق بها على القرار اعتبر هذا نهائياً وواجب الإصدار.

#### ب- المجلس التنفيذي

وصف قانون الحكم الذاتي المجلس التنفيذي بأنه الهيئة التنفيذية لإدارة المجلس التشريعي من صعيدها النظري إلى صعيده التطبيق، إضافة إلى ما نيظ به من مهام واختصاصات أخرى. وقد جعل المشرع عدد أعضاء المجلس التنفيذي مساوياً لعدد الإدارات العشر الوارد ذكرها في الفقرة ج من القانون أو يزيد عليه بعضوين.

وعليه فإن المجلس التنفيذي يتكون من ١- الرئيس ٢- نائب للرئيس ٣- عشرة أعضاء أو اثني عشر عضواً. ويتولى هؤلاء الأعضاء مهمة إدارات تلكم الإدارات ويسمون (الأمناء العامون).

ويبدأ تكوين المجلس بتكليف من رئيس الجمهورية لأحد أعضاء المجلس التشريعي يعهد إليه فيه بمهمة رئاسة وتشكيل المجلس التنفيذي من أعضاء يجري اختيارهم من بين أعضاء المجلس التشريعي أو ممن تتوفر فيهم شروط العضوية فيه. ويقتضي حصول المجلس التنفيذي على ثقة المجلس التشريعي لكي يصدر المرسوم الجمهوري

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

بتشكيل المجلس على وفق ما نصت عليه الفقرة (د) من المادة الثالثة عشرة من القانون.

وبما أن المجلس التنفيذي هو الأداة التنفيذية في المنطقة فيقتضي لهذا الغرض أن يصدر القرارات في كل ما تستلزمه ضرورات تنفيذ القرارات التشريعية التي يشرعها المجلس التشريعي، وله فضلاً عن ذلك حق اقتراح مشروعات القرارات التشريعية، وممارسة اختصاصات واسعة في مجالات الضبط الإداري وتعيين الموظفين والإشراف والرقابة على المرافق العامة في المنطقة وإعداد الخطط التفصيلية. وقد نص القانون على أن يكون رئيس المجلس التنفيذي وأعضاؤه بدرجة وزير. ويشترك رئيس المجلس في اجتماعات مجلس الوزراء. ويعتبر أيضاً الرئيس الأعلى في المنطقة الذي تصدر القرارات والأوامر باسمه. أما بخصوص الإطار التنظيمي الذي وضعه قانون الحكم الذاتي للمجلس التنفيذي فيحدد في الآتي:

١. ترتبط بالمجلس التنفيذي الإدارات العشر التي يرأسها الأمناء العامون والتي تتولى إدارة الشؤون المحلية للمنطقة.
٢. ترتبط محافظات المنطقة برئيس المجلس التنفيذي.

#### ب- الاستقلال المالي

إن قوام الاستقلال المالي في الحكم الذاتي هو الذمة المالية للمنطقة المتميزة عن الذمة المالية للدولة ويقتضي هذا الاستقلال أن تكون للمنطقة موارد خاصة بها وان تتمتع سلطاتها بحرية التصرف فيها. فضلاً عن ذلك- وهو الأكثر أهمية هو أن يكون لهذه السلطات من الوسائل ما يكفل لها تنفيذ سياسة التمويل الذاتي إذ بدون هذه المكنة لا يتحقق استقلال مالي فعلي. ومن مقتضى الاستقلال المالي أيضاً أن تكون للمنطقة ميزانية مستقلة تستوعب إيراداتها ونفقاتها. ومما تقدم يمكن - في ظل قانون الحكم الذاتي- أن تحدد مظاهر الاستقلال المالي للمنطقة في الآتي:

أ- الموارد المالية، التي تتألف من موارد ذاتية وأخرى مخصصة، فالموارد الذاتية تشمل إيرادات الضرائب والرسوم المقررة للبلديات والإدارات المحلية بموجب

القانون، وأثمان مبيعات و أجور الخدمات والحصة المقررة من أرباح المصالح والمؤسسات المشمولة بميزانية المنطقة، وما سوى ذلك من الضرائب والرسوم.

ب- أما الموارد المخصصة فتشمل تلك التي تخصص في الميزانية الاعتيادية للدولة والمنهاج الاستثماري السنوي من خطة التنمية القومية لغرض سداد نفقات ميزانية المنطقة.

ج- كذلك نص القانون على أن تكون للمنطقة ميزانية خاصة بها تضم الموارد الذاتية والموارد المخصصة.

#### القسم الثاني: الرقابة

إن الرقابة التي رسم أبعادها وصورها قانون الحكم الذاتي هي ما وردت في الباب الثالث من القانون تحت عنوان "العلاقة بين السلطة المركزية وإدارة الحكم الذاتي".

إن واقع هذه العلاقة يستوعب الكثير من مجالات التعاون بين اوجه نشاط كل من هيئات الحكم الذاتي والسلطة المركزية والتنسيق بينها. وهو ما يمهّد السبيل إلى رقابة تمارسها السلطة المركزية على هيئات الحكم الذاتي وعلى أشخاصها وما يتخذون من أعمال.

ويمكن تحديد مظاهر التنسيق والتعاون في الآتي:

١. يتولى وزير الدولة الذي تعينه السلطة المركزية مهمة التنسيق بين النشاط الذي تمارسه في المنطقة كل من السلطة المركزية وهيئات الحكم الذاتي. وللوزير سلطة تقديرية واسعة في وضع القواعد والأسس التي تكفل تحقيق هذه المهمة.
٢. تبليغ قرارات هيئات الحكم الذاتي إلى وزير الدولة فور صدورها وهذا إجراء قصد به تمكين الوزير من القيام بمهمة التنسيق والاطمئنان لدى جهة الرقابة في القرارات غير المشروعة التي تصدرها تلك الهيئات.
٣. حضور وزير الدولة اجتماع هيئات الحكم الذاتي بالمقابل لحضور رئيس المجلس التنفيذي اجتماعات مجلس الوزراء.

أما الرقابة فيمكن تحديد صورها في الآتي:

أولاً: رقابة السلطة التنفيذية

ثانياً: رقابة السلطة القضائية

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ثالثاً: رقابة السلطة المالية

أولاً: رقابة السلطة التنفيذية:

عهد قانون الحكم الذاتي بممارسة هذه الرقابة إلى رئيس الجمهورية الذي يتولى بمقتضى المادة ٥٧ من الدستور السلطة التنفيذية مباشرة أو بواسطة مجلس الوزراء. وتمارس هذه الرقابة على هيئات الحكم الذاتي أو على أشخاصها. وهي تأخذ الصور الآتية:

أ- حل المجلس التشريعي

يتمتع رئيس الجمهورية باختصاص مقيد في المجلس التشريعي، فهذا الحل لا يمارس إلا على وفق الشروط الآتية:

١. إذا تعذر على المجلس التشريعي ممارسته لصلاحياته بسبب استقالة نصف أعضائه.

٢. إذا لم يتوافر النصاب القانوني لانعقاده خلال ثلاثين يوماً من تاريخ دعوته للاجتماع.

٣. إذا لم يمنح الثقة لرئيس وأعضاء المجلس التنفيذي لأكثر من مرتين متتاليتين.

٤. إذا لم يمثل لقرارات هيئة الرقابة القضائية التي تمارس على أعماله التشريعية رقابة المشروعية.

وتفصح الأعمال التحضيرية لوضع هذا القانون إن واضعيه قد استبعدوا فكرة (أمن الوطن) كسبب يبرر حل المجلس على النحو الذي ورد في المادة ١٢٦ من الدستور الإيطالي. وكانت وجهة النظر الراضية لهذا السبب ترى أن تعبير أمن الوطن يتسم بالمرونة ويعوزه التحديد وهو الأمر الذي لا يقدم أسباباً جدية ومعقولة لتبرير الحل.

ب- حل المجلس التنفيذي

لا يتحقق هذا الحل بصورة مباشرة وإنما عن طريق إعفاء رئيس المجلس التنفيذي من مهمته. وفي هذه الحالة يعتبر المجلس منحلًا.

ج- حق التوجيه العام



تمارس السلطة المركزية في حدود معينة بالنسبة للإدارات التابعة للمجلس التنفيذي توجيهاً عاماً عليها يرمي إلى تحقيق التزام هذه الإدارات بقوانين المركز ومقتضيات التخطيط العام في الدولة.

ثانياً: رقابة السلطة القضائية:

أطلق مشروع قانون الحكم الذاتي على هذه الرقابة تعبير رقابة المشروعية وهي ترمي إلى التحقق من مطابقة القرارات التشريعية التي تصدرها المجلس التشريعي، والقرارات التي يصدرها المجلس التنفيذي لأحكام الدستور والقوانين المركزية بحيث إذا ثبت عدم مشروعيتها كلاً أو جزءاً فإنها تلغى على هذا الأساس كلاً أو جزءاً.

وقد عهد القانون بهذه الرقابة إلى هيئة خاصة يرأسها رئيس أعلى هيئة قضائية في البلاد الذي هو رئيس محكمة تمييز العراق وتضم أربعة قضاة تختارهم من بينهم مجموع أعضاء محكمة التمييز وتكون مدة العضوية فيها ثلاث سنوات قابلة للتجديد.

وتمارس هيئة الرقابة عملها نتيجة الطعن في قرارات هيئات الحكم الذاتي الذي يتقدم به وزير العدل أو وزير الدولة.

ثالثاً: رقابة السلطة المالية:

اعتبر قانون الحكم الذاتي منطقة كردستان وحدة مالية مستقلة ضمن وحدة مالية الدولة. ورتب على ذلك نتيجة مفادها خضوع ميزانية المنطقة وما يتعلق بها من حسابات للقواعد والأسس ذاتها التي تتبع في إعداد ميزانية الدولة. وقد نصت المادة التاسعة من القانون على خضوع حسابات المنطقة لرقابة ديوان الرقابة المالية والتفتيش المالي.

صفوة القول إننا أثّرنا أن نتحدث عن هذا الضرب من اللامركزية الذي شهده تاريخ العراق السياسي في مرحلة مهمة منه حافلة بالأحداث السياسية والأزمات الداخلية، فضلاً عن ضرورة التذكير به في هذه المرحلة التي وصف فيها قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية نظام الحكم في العراق بأنه اتحادي فيدرالي. ولقد كان قانون الحكم الذاتي رغم العيوب التي تغلغت في تضاعيفه إلا أنه كان يمكن أن يكون نواة صالحة لنظام اللامركزية الإقليمية الكاملة في البلاد لولا أن غياب الديمقراطية قد أجهز عليه و أطاح به.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

### ٣. اللامركزية الإقليمية الكاملة في بلجيكا:<sup>١٨</sup>

لا تتسع هذه الدراسة للحديث بالتفصيل عن اللامركزية الإقليمية في بلجيكا على النحو الذي نسجنا عليه بالنسبة لإيطاليا والحكم الذاتي في العراق. ولكننا آثرنا في هذا السطور أن نلقي لمحة موجزة على الأساس الذي تقوم عليه اللامركزية الإقليمية في بلجيكا بالنظر لخصوصيتها المتسمة بالطابع العرقي Ethnique والتعدد اللغوي Linguistique للشعب البلجيكي الذي يتألف من قوميات أو أعراق متعددة ويتكلم بلغات مختلفة. وفي هذا ما يقربها من الأساس الذي تقوم عليه لامركزية الحكم الذاتي في العراق حيث تعيش في منطقة كردستان إلى جانب القومية الكردية قوميات وجماعات عرقية أخرى ويتكلم الجميع بلغات متعددة.

وقد شرع بإرساء نظام اللامركزية الإقليمية في بلجيكا على مرحلتين، الأولى في عام ١٩٧٠ والأخرى في عام ١٩٨٠ وكانت حتى ذلك الوقت وبعده بسنوات لم تكن قد اكتملت.

إن الأمر المهم الذي يسعى لبلوغه هذا البناء اللامركزي الإقليمي في بلجيكا هو تأمين علاقات متناسقة بين الجماعات العرقية وتلك التي تتكلم لغات متعددة، وبشكل رئيس فنتي الفلاماند Flamand و الفالون Wallon اللذين يتألف منهما الشعب البلجيكي. وبمقتضى التعديل الدستوري الذي اجري في ١٩٧٠/١٢/٢٤ فقد تم التقسيم الإقليمي للبلاد إلى ثلاثة أقاليم إدارية، هي إقليم الفالون، وإقليم الفلاماند وإقليم بروكسل. ولهذه الأقاليم هيئات منتخبة واختصاصات محددة بالقانون الذي يجب أن تعتمد أغلبية موصوفة أو خاصة.

كذلك قسمت البلاد إلى أربعة أقاليم على الأساس اللغوي فهناك إقليم الناطقين بالفرنسية، وإقليم الناطقين باللغة النيدرلندية وهي من اللغة الألمانية وإقليم الناطقين باللغة الألمانية أما إقليم بروكسل فهو إقليم الناطقين باللغتين.

وعلى الرغم من أن التنظيم الإقليمي لهذه الأقاليم والجماعات العرقية مختلفة - كما يؤكد على ذلك شراح القانون الدستوري- من إقليم لآخر، إلا أن ما يؤكد عليه هؤلاء هو

<sup>٢٠</sup> ينظر في تفصيل ذلك. بيير باكتيت. المرجع السابق ص ٥١-٥٢  
برنارد شانتبوت ص ٧٧

التعديلين الدستوريين اللذين حصلوا في عامي ١٩٧٠ و ١٩٨٠ قد بلغا اللامركزية الإقليمية وكذلك القائمة على تعدد الأعراق وتعدد اللغات مقصدها الأقصى. وإذا كانت الدولة في بلجيكا قد احتفظت -بحسب الأصل- بطابع الدولة الموحدة، وإذا كانت الفالون والفلاماند ليس لهما طابع الدولة وليس لهما دستور خاص بكل منهما، فإنهما يتمتعان بنظام يقترب من نظام الحكم الذاتي self-government ويقفان على حافة النظام الفيدرالي.

### المبحث الثالث: دولة الاتحاد الفيدرالي Le Federalisme:

تساءل فقهاء القانون الدستوري عما إذا كانت هذه الصورة الاتحادية المتينة البناء تستحق الخلود بذاتها كنظام مستقر، أم أنها مجرد نظام وقتي يمثل مرحلة انتقال صوب نظام الدولة البسيطة. وقد أجاب أغلبهم<sup>١٩</sup> عن ذلك بالقول بأنه نظام استقرار لا نظام انتقال، بل أن من الفقهاء من يرى أنه نظام المستقبل بفضل مزاياه العديدة التي تضمن له التوسع والانتشار. وهو الأمر الذي دفع السيد ونستون تشرشل وساسة آخرين إلى الإعراب عن رغبتهم في إنشاء ولايات متحدة أوربية لتوقي شرور الحروب الأوربية على قدر الإمكان. ولعل هذا ما دفع الساسة في كل من الجمهورية العربية المتحدة، والعراق، وسوريا إلى التقاء وفود دولهم في القاهرة في يوم السبت الموافق للسادس من نيسان ١٩٦٣ للتفاوض على صيغة اتحادية فكان أن تمخض عن اجتماعاتهم التي انتهت في السادس عشر من الشهر نفسه صدور بيان تكوين الدولة العربية الاتحادية الذي أذيع من إذاعات هذه الدولة في يوم الأربعاء المصادف ١٧ من نيسان ١٩٦٣.

وقد حدد الأستاذان وحيد رأفت ووايت إبراهيم مزايا الاتحاد الفيدرالي<sup>٢٠</sup> في الآتي:

١. يساعد الاتحاد الفيدرالي على تكوين دول كبيرة على قدر عال من القوة والمنعة كالولايات المتحدة الأمريكية.
٢. يوفق بين مزايا الوحدة الوطنية والاستقلال الذاتي فيضمن وحدة التشريع في المسائل المهمة التي يحسن أن يكون التشريع فيها واحداً لجميع أجزاء الدولة الاتحادية ويسمح في الوقت نفسه بإيجاد تشريعات خاصة محلية في المسائل الأخرى الأكثر ملائمة لمصالح كل ولاية.

<sup>٢١</sup> الدكتور سليمان الطماوي. القانون الدستوري. ص ٤٧.

<sup>٢٢</sup> القانون الدستوري. المطبعة العصرية. القاهرة ص ٦٤ - ٦٥.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٣. هذا النظام بما يستدعيه من توزيع السلطات بين هيئة مركزية وهيئات محلية يكون أنفي للاستبداد الذي يمكن أن يترتب على تمتع هيئة واحدة بالسلطان الكامل على جميع أجزاء الدولة في كل فروع التشريع كما هو الحال في الدولة الموحدة.
٤. يسمح بإجراء عدة تجارب دستورية فمن المشاهد أن النظام الذي تجربته ولاية ويظهر نجاحه فيها يسري منها إلى الولايات الأخرى بينما يصعب القيام بهذه التجارب في الدولة الموحدة.
٥. إن تمتع الولايات بالاستقلال الذاتي يؤدي إلى تربية الأفراد تربية سياسية ويبعث فيهم روح الاهتمام بالمسائل العامة فالاستقلال الذاتي هو خير مدرسة لتعليم الأفراد واجباتهم العامة والاهتمام بشؤونهم العامة أيضاً.

#### الصورة الوصفية للدولة الفيدرالية:

سبق القول أن الدولة الفيدرالية- بوصفها دولة مركبة- تتسم على خلاف الدولة الموحدة- بتعدد السلطات وتعدد مصادر التشريع، وما دام أن الدولة الفيدرالية تضم دويلات متعددة تنشأ الاتحاد بينها لتزداد قوة ومنعة، فإن هذا لا يعدم فيها نزعة الاستقلال الذاتي لذلك فإن من الأهداف الأساسية التي يسعى تنظيم الدولة الفيدرالية لبلوغها تتمثل في التوفيق بين نزعتين متعارضتين هما نزعة الوحدة من جهة ونزعة الاستقلال لدى الولايات من جانب آخر.

وبناء على ما تقدم فإن الدولة الفيدرالية دولة مركبة أي أن الولايات التي تضافرت فيما بينها وكونت هذه الدولة المركبة تفقد وصف الدولة وتنشأ بوشاح الدويلة أو الولاية، فتصبح بذلك أقساماً دستورية يحكمها القانون الدستوري، ولكن هذه الأقسام الدستورية تفارق تلك المعروفة في الدولة الموحدة كالمحافظات والاقضية والنواحي. وعليه فإن العلاقات التي تنشأ بين دولة المركز أي الدولة الفيدرالية والولايات الأعضاء تكون خاضعة للقانون الدستوري أي للقانون الداخلي وهذا ما أكد عليه الأستاذ جان ويليه في دروسه في القانون الدولي العام<sup>٢١</sup>.

<sup>٢١</sup> أشار إليه الأستاذ الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص ٦٨.

وفي ضوء هذا البيان يمكن تحديد معالم نزعتي الوحدة والاستقلال في الدولة الفيدرالية في الآتي:

أولاً: مظاهر نزعة الوحدة في الدولة الفيدرالية:

١. على الصعيد الدولي:
  - أ- تستأثر دولة المركز أي الدولة الفيدرالية بكامل السيادة الخارجية وبجزء من السيادة الداخلية للدويلات الأعضاء<sup>٢٢</sup>، وعليه فإن دولة المركز تختص وحدها بالشخصية الدولية التي تمنحها حق الدخول في علاقات دولية مع الدول الأخرى والمنظمات الدولية. فالتمثيل السياسي لشعب الاتحاد يكون من اختصاص دولة المركز. وإذا اقتربت إحدى الولايات جرائم فإن المسؤولية تنتسب لدولة المركز وليس للدويلات الأعضاء أن تحتج بالدستور الاتحادي أو دستور أية ولاية<sup>٢٣</sup>.
  - ب- إن إقليم الدولة الفيدرالية يكون وحدة واحدة تشمل أقاليم الدويلات الأعضاء في الاتحاد، وأية أجزاء أخرى يمكن أن تضاف إليه، كالمستعمرات التابعة للدولة الفيدرالية فهي لا تتبع إقليم الدولة.
  - ج- ما دام أن السيادة تعود لدولة المركز فإن رعايا الدولة يتمتعون بجنسيتها. أي جنسية الدولة المركزية صاحبة السيادة. أما عن علاقة هؤلاء الرعايا بالولايات التي يقيمون فيها فتعتبر من قبل الرعوية، وهو الأمر الذي يخلع عنها صفة الجنسية ويتفق مع فكرة الولاية الناقصة السيادة.

٢. مظاهر الوحدة على الصعيد الداخلي

- أ- تختص الدولة الاتحادية بدستورها الموحد الذي يعتبر القانون الأعلى في البلاد حيث يسمو في مرتبته على دساتير الدويلات الأعضاء في الاتحاد. وعلى هذا الأساس نصت المادة السادسة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر

<sup>٢٤</sup> هنا استثناءات لا تنال من هذا الأصل فقد لوحظ مثلاً قيام إحدى دويلات ألمانيا الاتحادية وهي ولاية Basse Sax في ٢٦ من شباط ١٩٦٥ بعقد اتفاقية ثقافية مع دولة الفاتيكان. وكذلك قيام ولاية كوبيك إحدى ولايات كندا بإبرام اتفاقية ثقافية مع وزير التعليم العالي الفرنسي ٢٧ شباط ١٩٦٠.

<sup>٢٥</sup> ومن أحكام القضاء في هذا الشأن الحكم الصادر عام ١٩٢٧ في قضية Mellen بمسؤولية حكومة الولايات المتحدة الأمريكية عن الأعمال الضارة التي أسندت إلى تكساس بوصفها إحدى ولاياتها. وكذلك الحكم الصادر سنة ١٩٣١ في قضية Tribolet والقاضي بمسؤولية حكومة المكسيك عن قتل رعايا الولايات المتحدة الأمريكية الذي تسبب في وقوعه موظفو أحد الولايات التابعة لحكومة المكسيك المركزية.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

عام ١٧٨٧ على أن هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة الأمريكية التي ستصدر فيما بعد طبقاً له.... ستكون القانون الأعلى في البلاد وسيكون القضاة في كل ولاية ملزمين بها ولا تقوم قائمة لما يرد في دستور أية ولاية من الولايات أو في قانون من قوانينها مناقضاً له. وتختص بوضع دستور الاتحاد جمعية تأسيسية موحدة تمتع بالسيادة الكاملة.

ب- كذلك تنشأ لدولة الاتحاد مؤسساتها الدستورية الخاصة بها ممثلة في سلطاتها المؤسسة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية. فهناك السلطة التشريعية الاتحادية أو البرلمان الاتحادي الذي يشرع لعموم دولة الاتحاد، وبوجه خاص في الشؤون المهمة التي تهم الاتحاد كله. والبرلمان الاتحادي وان يختلف في تكوينه من دولة اتحادية إلى أخرى إلا انه عادة ما يؤلف من مجلسين، حيث يجري اختيار أعضاء المجلس الأول وفق نسبة معينة لعدد السكان. بينما يجري اختيار أعضاء المجلس الثاني على أساس المساواة بين الولايات، حيث يمثلها في هذا المجلس عدد متساوٍ بصرف النظر عن عدد سكانها كبر هذا العدد أم صغر. ولا شك في أن تحقيق مبدأ المساواة بين السكان في اختيار المجلس الأول يجب أن يتمه مبدأ آخر هو تحقيق المساواة بين الولايات مساواة لا تأخذ في اعتبارها عدد السكان. وفي هذا يقول الأستاذ مادسن<sup>٢٤</sup> بالنسبة لتمثيل الولايات في مجلس الشيوخ الأمريكي بعد متساوٍ من الأعضاء "هذه هي الروح التي تقودنا إلى رؤية المنفعة الواضحة في إعطاء كل ولاية صوتاً واضحاً كبرت أم صغرت الولاية، انه- في المقام الأول- اعتراف دستوري بالسيادة الباقية في الولاية الواحدة كوحدة مستقلة، وفي المقام الثاني وهو يكاد أن يكون شرطاً متمماً للمقام الأول وسيلة للحفاظ على هذا القدر الذي لا بد منه لاستقلال الولاية" ولا شك فيما يفصح عنه هذا البيان عن النظرة الهادفة إلى التوفيق بين نزعتي الاتحاد والاستقلال التي سبق أن أشرنا إليها.

<sup>٢٤</sup> هاملتن ومادسن وجاي. الدولة الاتحادية أسسها ودستورها . ترجمة جمال محمد احمد. بيروت ص ٤٨٥-٤٨٧ رقم المقال ٦٢.

ونسج على هذا المنوال المشرع الدستوري السويسري في دستور الاتحاد السويسري الجديد الصادر في ١٨ نيسان ١٩٩٩ والنافذ العمل به منذ الأول من كانون الثاني عام ٢٠٠٠ فنصت المادة ١٤٩ على تكوين مجلس الشعب من مائتي عضو يمثلون شعب الاتحاد الذي يختارهم طبقاً للنظام النسبي كل أربع سنوات وتوزع المقاعد على المقاطعات (الكانتونات) تبعاً لعدد سكانها. أما المجلس الثاني (مجلس الكانتونات) فنصت المادة ١٥٠ على تكوينه من ستة وأربعين ممثلاً عن المقاطعات مع بعض المغايرة في طريقة التمثيل، فقد نصت الفقرة (٢) من المادة المذكورة على أن يكون لكل من مقاطعات أوفالدن ونيدفالدن ومدينة بازل وريفها وبنزل الداخلية والخارجية ممثل واحد، بينما تنتخب المقاطعات الأخرى ممثلين عنها.

ومن مظاهر الوحدة أيضاً وجود سلطة تنفيذية موحدة قادرة على أن تمارس اختصاصاتها في الحكم لتشمل إقليم الدولة الفيدرالية بأسرها. وغالباً ما يرأس هذه السلطة رئيس منتخب يكون في الوقت ذاته رئيساً للدولة وللحكومة معاً، ولكن قد تكون هذه السلطة منوطة بمجلس منتخب له اختصاصات تنفيذية واسعة.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية نيطت السلطة التنفيذية بيد رئيس الجمهورية المنتخب من قبل الشعب، وقد اثبت الواقع رجحان كفته بسبب انتخابه شعبياً وتمتعه بسلطات واسعة وخطيرة، وفي هذا يقول الأستاذ هاملتن "لقد وضع الدستور بشكل لا يمكن إلا لذوي المواهب الممتازة أن يرتقوا لهذا المنصب الخطير إذ عليه أن يقنع الشعب كله -أو على الأقل مقداراً كبيراً منه- ويكسب ثقتهم الغالية لا بالمواهب الرخيصة المبذولة بل بالمواهب الفعالة ذات الأثر ولا نسرف إذا قلنا أن هذه القواعد جديرة بان تعطينا رؤساء من ذوي الفضل والحكمة والقدرة"<sup>٢٥</sup>. وتعاون الرئيس في ممارسة اختصاصاته حكومة الاتحاد المؤلفة من عدد من الوزراء الذين يرتبطون به برابطة التبعية ويخضعون له

<sup>٢٥</sup> المرجع السابق. المقال رقم ٦٨ ص ٥٣٣.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

خضوعاً رئاسياً، كما توجد أيضاً فضلاً عن الوزراء مكاتب متخصصة أبرزها مكتب البيت الأبيض ومجلس الأمن الأمريكي وهيئة المخابرات المركزية ومكتب الميزانية.

أما في الدولة الفيدرالية السويسرية فيعتبر المجلس الاتحادي بمقتضى المادة ١٧٤ من الدستور الجديد هو أعلى سلطة قيادية وتنفيذية في الاتحاد. وهو يتألف من سبعة أعضاء تنتخبهم الجمعية الاتحادية بعد كل تجديد شامل لمجلس الشعب، ولمدة أربع سنوات على أن يتم الاختيار من بين المواطنين والمواطنات الذين يحق ترشيحهم لمجلس الشعب. وتناط رئاسة الاتحاد على وفق المادة ١٧٦ من الدستور برئيس أو رئيسة المجلس الاتحادي لمدة سنة لا يجوز التجديد بعدها، وتختص الجمعية الاتحادية بمهمة الانتخاب.

ويمكن القول بوجه عام انه أياً كانت طريقة تنظيم السلطة التنفيذية في الدولة الفيدرالية، فإنها تمارس اختصاصاتها على صعيد الدولة بإحدى الطرائق الثلاث الآتية:

١. طريقة الإدارة المباشرة، ومن مقتضاها قيام موظفين تابعين للسلطة المركزية يتوزعون في أرجاء الولايات حيث يأخذون على عاتقهم تنفيذ القوانين الاتحادية وقرارات الاتحاد دون أن يشاركون في هذه المهمة موظفو الولايات. وتتبع الولايات المتحدة الأمريكية هذه الطريقة.
٢. طريقة الإدارة غير المباشرة، وهي على عكس الطريقة السابقة إذ يتولى موظفو الولايات تنفيذ القوانين والقرارات الاتحادية، وتتبع ألمانيا الاتحادية هذه الطريقة لما تنطوي عليه من اقتصاد في النفقات. وتأخذ الولايات المتحدة بهذه الطريقة في بعض الأحيان.
٣. طريقة مختلطة تجمع بين الطريقتين السابقتين فهي تقوم على توزيع مهمة تنفيذ القوانين والقرارات الاتحادية على موظفين تعينهم الحكومة الاتحادية في الولايات وعلى الأجهزة الأخرى التابعة للولايات وهذه الطريقة يجري عليها الاتحاد النمساوي.



ثم هناك القضاء الفيدرالي الذي يعد أيضاً مظهراً مهماً من مظاهر الوحدة في الدولة. ووجود هذا القضاء أمر لا بد منه في الدولة الاتحادية كي ينظر في قضايا الخلاف الناشئ بين دولة المركز والدويلات التابعة، أو بين هذه الأخيرة بعضها مع البعض الآخر، ويحافظ على سمو الدستور بطريق الرقابة على الدستورية. وانسجاماً مع الفكرة القائلة بأن من مزايا الاتحاد الفيدرالي التوفيق بين نزعتي الوحدة والاستقلال، نرى أن واضعي دستور الولايات المتحدة قد ابقوا على محاكم الولايات التي كانت قائمة قبل نشوء الاتحاد وانشئوا بجانبها محاكم تابعة للاتحاد. وهكذا أصبح النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية قائماً على شكل هرم تتربع في قمته المحكمة الاتحادية العليا وما يتبعها من محاكم تكون مستقلة عن محاكم الولايات.

ولقد استطاعت المحكمة الاتحادية العليا أن تعزز النزعة الاتحادية في الدولة الفيدرالية عندما توصلت إلى الإقرار للأفراد بحق الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم الولايات إذا كانت تتصل بتفسير الدستور أو تمس الحقوق التي يكفلها لهم.

أما القضاء الفيدرالي في الاتحاد السويسري فقد عهد به الدستور الجديد إلى المحكمة الاتحادية العليا التي تعد أعلى سلطة قضائية في الاتحاد (المادة ١٨٨) وهي تمارس إلى جانب اختصاصها في القضاء الدستوري ولاية أخرى في القضايا المدنية والجنائية والإدارية كما تنظر فضلاً عن ذلك في المنازعات الإدارية التي يمكن للمقاطعات (الكانتونات) أن تحيلها عليها بعد موافقة الجمعية الاتحادية.

ثانياً: مظاهر النزعة الاستقلالية في الولايات:

إن الأصل في الدويلات الأعضاء في الدولة الفيدرالية - عدا ما يرد على هذا الأصل من استثناءات - أنها تحتفظ بجزء مهم من سيادتها الداخلية. وفي ظل هذا الجزء المتبقي من السيادة يكون للولاية دستورها الخاص بها ومؤسساتها الدستورية الأخرى التي تمارس وظائف التشريع والتنفيذ والقضاء على إقليم الولاية. والثابت أن هذه المؤسسات هي هيئات حاكمة وليست هيئات إدارية، حتى كأن هذه الولاية تبدو من وجهة نظر القانون الدستوري

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

دولة لو لا أنها لا تتمتع بالسيادة الخارجية وليست لها شخصية دولية. ولهذا اشترج الخلاف على صعيد الفقه حول ما إذا تعتبر الدولة العضو في الدولة الفيدرالية دولة أم أنها أقل من ذلك.

إن من مقتضى النزعة الاستقلالية في الولاية أن يكون لها:

١. دستور خاص بها تختص بوضعه السلطة التأسيسية في الولاية ولهذه السلطة أن تحدد إجراءات تعديل الدستور وتعيين السلطات المؤسسة فيه وبيان اختصاصاتها. وفي كل الأحوال فإن هذا الدستور يجب أن يكون مقيداً بأحكام الدستور الاتحادي وإلا يخرج على الفكرة القانونية السائدة المهيمنة عليه. ومن مقتضى هذا التقييد أن كل تعديل يجري في الدستور الاتحادي يستتبع لزوم قيام السلطات التأسيسية في هذه الولايات بإجراء التعديلات في دساتيرها كي ما تكون متفقة من أحكام التعديل الجديد.

٢. يحق للولايات الأعضاء في الدولة الفيدرالية أن تساهم في تعديل دستور الاتحاد سواء بالاقترح أو الإقرار على اختلاف واسع في النظم الدستورية المقارنة. ففي الولايات المتحدة الأمريكية تنظم المادة الخامسة من دستورها طريقة مساهمة الولايات في تعديل دستور الاتحاد، وتشتترط أن يكون اقتراح التعديل بناء على قرار يصدر بموافقة ثلثي أعضاء الكونجرس أو بناء على طلب يقدم إلى الكونجرس من ثلاثة أرباع برلمانات الولايات بدعوة مؤتمر خاص لهذا الغرض. أما إقرار التعديل فيلزم أيضاً أن يوافق عليه ثلاثة أرباع برلمانات الولايات، وإما بموافقة ثلاثة أرباع مؤتمرات تدعى في الولايات لهذا الغرض حسبما يقرره الكونجرس<sup>٢٦</sup>. أما في ظل الدستور السويسري الجديد فقد خصت المادة ١٩٣ منه كلا من الشعب، أو مجلس الشعب، ومجلس المقاطعات (الكانتونات)... حق اقتراح المراجعة الشاملة أو الجزئية للدستور.

٣. للولايات سلطاتها التشريعية الخاصة بها وهي تتألف من مجلسين وقد تتألف من مجلس واحد. ويحدد دستور الولاية اختصاص السلطة التشريعية فيها بسن

<sup>٢٨</sup> يراجع في تفصيل ذلك الدكتور سعد عصفور المرجع السابق ص ٢٦٨ وكذلك المراجع التي يشير الأول.

- القوانين التي لا تتعارض مع دستور الاتحاد.
٤. لكل ولاية داخلية في الاتحاد حكومتها الخاصة بها وجهازها الإداري أو التنفيذي الذي يشتمل على الموظفين المحليين التابعين مباشرة لحكومة الولاية ورئيس السلطة التنفيذية في الولايات المتحدة يسمى الحاكم.
٥. وأخيراً فإن لكل ولاية سلطتها القضائية الخاصة بها المؤلفة من محاكم الولاية التي تمارس وظيفة القضاء إلى جانب المحاكم التابعة للسلطة القضائية المركزية.

#### طرائق توزيع الاختصاصات بين دولة المركز والدويلات الأعضاء في الاتحاد

##### الفيدرالي:

بالنظر لما تتسم به العلاقات بين الدول الاتحادية والدويلات الأعضاء من تقييد مرده بالدرجة الأولى إلى ذلك التعارض الذي أشرنا إليه بين نزعتي الوحدة والاستقلال، فإن الفكرة القانونية المهيمنة على الدستور سيكون لها دور فاعل في التوفيق بين النزعتين، فإذا ما آمن واضعو الدستور بالفكرة الاتحادية وغلبوها على النزعة الاستقلالية مالوا إلى توسيع اختصاصات دولة المركز، وبخلافه يكون حرصهم على استقلال الولايات أكبر وإبلائها اختصاصات أوسع.

وقد جرى الفقه على استنباط الطرائق الآتية في توزيع الاختصاص من دساتير النظم السياسية الفيدرالية المقارنة، وتتحدد في الآتي:

١. يتكفل الدستور الاتحادي بتحديد حصري لاختصاصات كل من الدولة الاتحادية والدويلات الأعضاء. وقد أهمل الأخذ بهذه الطريقة لما ينتابها من عيب يرجع إلى قصور الطريقة في ذاتها، إذ مهما حاول المشرع الدستوري إجراء هذا التحديد فإن المستقبل لابد كاشف عن ظهور اختصاصات جديدة لم يتوقعها، فتنشأ بشأنها الخلافات بين المركز والولايات.
٢. قد يعمد واضعو الدستور إلى تحديد اختصاصات الدولة الاتحادية المركزية على سبيل الحصر على أن يدخل ما سواها ضمن اختصاصات الدويلات الأعضاء. ولا شك فيما تنطوي عليه هذه الطريقة من توسيع اختصاصات الدويلات

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الأعضاء التي تستوعب كل ما لم ينص عليه ضمن اختصاص الدولة المركزية وهو الأمر الذي يستجيب لنزعة استقلال الولايات.

٣. وأخيراً فإن الدساتير قد تتجه إلى تحديد اختصاصات الولايات الأعضاء على سبيل الحصر تاركة كل ما لم يرد به نص صريح إلى اختصاص دولة المركز وواضح أن من شأن هذه الطريقة جعل اختصاص الدولة الاتحادية اختصاصاً عاماً واختصاص الولايات استثنائياً ويعمل على تعزيز مركز الاتحاد.

### الخاتمة:

تفصح الدراسة الموجزة لنظام الدولة الموحدة البسيطة والدولة الفيدرالية المركبة عن أن الأخذ بأحد هذين النظامين أو بنظام دولة اللامركزية الإقليمية الوسط بينهما، لا يستند إلى أن هذا النظام أو ذلك له من المزايا- في ذاته- ما يفضل بها سواه. وربما تقادمت أقلام الكتاب ونزعات السياسيين في إبراز تلك المزايا وإسباغها على نظام معين منها ولصق العيوب بغيره. ولكننا نرى أن اعتبارات التاريخ والجغرافية واللغة والدين والجنس أو من المزيج بينها في كل دولة فضلاً عن تأثير الفكرة القانونية السائدة، كل ذلك يملئ على واضعي الدساتير أن يصبوا لدولتهم في تضاعف الدستور الذي يشيدوه شكلاً برونه الأفضل من غيره في ضوء تلك الاعتبارات والظروف.

إن وقائع التاريخ السياسي والدستوري في النظم السياسية المعاصرة تؤكد على هذا الواقع، وهو ما نعرض بيانه في الآتي:

١. لقد كانت المستعمرات الإنكليزية في القارة الأمريكية متناثرة، متفرقة، وكان لكل منها دستور مكتوب. وبعد أن تجمعت هذه الولايات في عام ١٧٧٧ في ظل الدستور التعاهدي (الكونفدرالي) وجد آباء الدستور أن هذا الضرب من الاتحاد كان من الضعف بحيث انه لم يكن ذا فاعلية، فقد كان شعب الولايات المتحدة في حاجة إلى عمل مشترك للفوز بالحرب التي خاضها في سبيل الاستقلال ولمنع الغزو مرة ثانية. ومن الجائر (انه لو كانت القوى الاستعمارية اصلب من أن تنهزم بسهولة أو اكثر قدرة على إعادة الغزو لكانت الأمم الناطقة بالأسبانية في أمريكا الجنوبية اليوم اتحاداً فدرالياً. ولقد أدرك الأمريكيون في الشمال أيضاً ما لحرية التجارة والتنقل وكفالة المواصلات وتوحيد النقد من أهمية في سبيل تنمية

قارتهم<sup>٢٧</sup>. ولا شك في أن العوامل الباعثة على بناء صيغة اتحادية كانت أكثر أهمية، فانعقد لهذا الغرض مؤتمر فيلادفيا في يوم الاثنين المصادف ١٤ من مارس ١٧٨٧ حيث انتهى المؤتمر في ١٧ من أيلول ١٧٨٧ إلى وضع وثيقة دستور الاتحاد الفيدرالي الذي شيدت نصوصه بناء حكومة موحدة تتكون من مجلس تشريعي أعلى وسلطة تنفيذية وأخرى قضائية.

٢. إن التلاحم الفكري والتعاون المادي بين الثورتين الأمريكية والفرنسية أمر لا مراء فيه. وعندما انفدح زناد الثورة الفرنسية في عام ١٧٨٩ لم تستعز الحركة الدستورية في فرنسا من النظام الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية الفكرة الفيدرالية، بل ظلت فرنسا أمينة على نظام الدولة الموحدة البسيطة. وعندما حاول الرئيس ديغول إصلاح النظام الدستوري فيها وتطبيق اللامركزية الإقليمية التي عرفتها دول أوربية متعددة، اخفق في الحصول على موافقة الشعب الفرنسي في الاستفتاء الشعبي فتقدم باستقالته، نظراً لأن الفكرة القانونية السائدة لم تتقبل هذا النظام، وان طبقت اللامركزية الإدارية في مجالات واسعة.

٣. أما في ظل الدولة الفيدرالية السويسرية، فإن اهتمام السويسريين أول الأمر كان منصباً على التحرر من التدخل الخارجي أكثر من اهتمامهم بأفكار المساواة الاجتماعية والسياسية فيما بينهم، وان كانت هذه الأفكار ليست معدومة لديهم. ثم عاد اهتمام السويسريين إلى التمسك بمقتضيات هذه الأفكار ولوازم النمو الصناعي والتجاري في القرن التاسع عشر لتجعلها جزءاً من الفكرة القانونية السائدة المهيمنة على دستور عام ١٨٧٤ الذي خلف دستور ١٨٤٨، ولتقيم نوعاً من الحكم يتيح تماثلاً أكبر للأنظمة القانونية في كل الولايات ويسلح الحكومة الاتحادية بقوة كافية للنهوض بالسكك الحديد والأعمال العامة الأخرى. ثم جاء الدستور الجديد النافذ المفعول في عام ٢٠٠٠ ليؤكد على هذه المفاهيم التي جعل في مقدمة عناوينها ما ورد في المادة (٣) منه (تتمتع المقاطعات بالسيادة طالما أن دستور الاتحاد لم يحد منها، كما تمارس المقاطعات جميع الحقوق التي لم

<sup>٢٩</sup> ميشيل ستيوارت. نظم الحكم الحديثة. ترجمة احمد كامل ص ٢١٢ وما بعدها . الناشر دار الفكر العربي. القاهرة ١٩٦٢.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

تفويض إلى الاتحاد) وبالمثل أيضا ما نصت عليه المادة (٤) من الدستور من أن (لغات الدولة هي الألمانية والفرنسية والإيطالية والريبتومانس).

٤. لقد شهد العراق صراعاً فكرياً منذ عام ١٩٥٨ عما إذا كانت الوحدة الاندماجية مع الجمهورية العربية المتحدة هي الأجدى والأكثر ملائمة لظروف الأقطار الثلاث العراق ومصر وسوريا، أم أن شكل الدولة الفيدرالية هو الأفضل. وكانت لكل فريق حججه وأسانيده التي يقارع بها حجج الآخرين وأسانيدهم. وقد فات هؤلاء جميعاً أن الحكام العرب الذين وضعوا ميثاق الجامعة العربية قد افصحوا- كما تشير الأعمال التحضيرية للميثاق- عن استبعادهم لشكل الاتحاد الفيدرالي وبناء حكومة مركزية اعتقاداً منهم (أن التدرج افضل من الطفرة والواقعية خير من تجاهل الأوضاع القائمة). ومما يعزز هذا هو أن الظروف السياسية التي عاشتها نظم الحكم وقتذاك والحقب التي تلتها وما اتسمت به من هيمنة العوامل الشخصية على الحكام كانت كلها تقف صاداً في مواجهة الاعتبارات التاريخية والجغرافية والدينية واللغوية التي تشكل أرضاً خصبة لإقامة نظام اتحادي بين هذه الأقطار له مكانه المرموق في المجتمع الدولي.

٥. وإذا ما عاد الحوار السياسي اليوم عن أي من الأنظمة افضل لدولة العراق، هل هو نظام الدولة الفيدرالية أم نظام الدولة البسيطة الموحدة، أم نظام اللامركزية الإقليمية الذي يقف وسطاً بينهما، فإننا لنرى أن نقطة البدء في طرح السؤال وإجراء الحوار حوله تتطوي على مصادرة على المطلوب، لأنها تحدد النتيجة قبل بيان السبب. والصحيح في نظرنا أن يتخذ السؤال الشكل الآتي: هل أن حقائق التاريخ والجغرافيا والاعتبارات السياسية والدولية تشكل أسباباً تسمح بإقامة هذا النظام أو ذلك؟ فإذا كان الجواب بالإيجاب فليكن النظام الذي توافرت شرائطه وصلحت اعتباراته السياسية والدولية أيّاً كان شكل الدولة موحدة أم فيدرالية أم لامركزية إقليمية، فإذا ما صلح هذا النظام أو ذلك وتحقق بإقامته الخير العام لعموم المواطنين على أساس المساواة والديمقراطية فلا شك في انه هو النظام الأفضل والأجدى.

## ١٩ - الفيدرالية كنظام سياسي ومدى ملاءمتها للعراق الجديد

### القاضي فتحي الجواري

#### المقدمة:

ان العراق في سبيله لوضع دستور جديد فقد برم الناس من العهود السابقة، التي لم تكن تعرف من الدساتير الا مسمياتها. ومع ان تلك العهود، وضعت ما اسمته - تجاوزاً - دساتيراً، فإنها تنكرت لها مع ذلك. فقد كانت - في الحقيقة - عهوداً سوداء، لا تقيم وزناً لدستور. ولا تلتفت لقانون سنته بنفسها اذ كانت عهوداً لا سيادة فيها لدستور او لقانون. لهذا فالعراق بحاجة لان يتعلم شيئاً جديداً، يقيم على اسسه دستوره، وبالتالي دولته. اننا بحاجة لتعلم ان للدستور سيادة وعلوية، وان ندرك ان ليس هناك ما هو اجل واسمى من هذه المبادئ. فالقانون افضل من الالهواء، وان الحاكم الذي يخضع للقانون هو بالتاكيد افضل من طاغية ومستبد يتحكم بالناس. وحتى افلاطون الذي روج لفكرة المستبد العادل، تخلى عن فكرته هذه، بعد ان تقدم به السن وانضجته التجارب، فأدرك ان القانون يمثل بوجه عام، قوة كبرى، تحقق الحضارة، وأدرك ان الانسان بلا قانون، أخطر من الحيوانات المتوحشة، وان هناك فرقاً كبيراً بين الخضوع لسلطان القانون، وبين الخضوع لإرادة مخلوق من بني البشر، مهما اتصف هذا المخلوق بالحكمة وحب الخير.

كان النظام الديمقراطي السائد في أثينا قد أعان افلاطون على ان يتجه لفكرة مبدأ سيادة القانون. حيث يسود القانون الحاكم والمحكوم على حد سواء، فقد كان للقضاء في أثينا دوره الهام، في الحياة العامة، فهو إذ يختص بالفصل في قضايا الناس المدنية والجزائية،

الفيدرالية كنظام سياسي ومدى ملاءمتها للعراق الجديد

نراه يبسط رقابته على الموظفين، فيختبر صلاحية المرشح لوظيفة ما، قبل توليه الوظيفة العامة. وللقضاء ان يراجع أعمال الموظف بعد انتهاء خدمته. وقد تجاوزت رقابة القضاء للموظفين، الى رقابة القوانين، فكان لأي مواطن، ان يطعن بأي قانون يراه مخالفاً للدستور، فيتوقف العمل بهذا القانون فوراً، حتى تثبت المحكمة في شأنه. فالقانون يخضع للدستور، والموظف يخضع للقانون.

وقد جاء بعد افلاطون، الفيلسوف أرسطو، ليؤكد الحكم الدستوري، الذي يستهدف الصالح العام، فميزه عن الحكم الطائفي الذي يستهدف صالح فرد واحد، والميزة الثانية التي أكد عليها أرسطو، هو ان الحكم الدستوري هو حكم قانوني، أي ان الحكومة تدار بمقتضى قوانين عامة، لا بمقتضى أوامر تحكيمية. أما الميزة الثالثة التي يراها أرسطو، فهي أن الحكومة تحكم برضا الناس، بينما تستند الحكومة الاستبدادية الى محض القوة المجردة.

وهكذا توصل الفيلسوفان الى حقيقة مؤداها: عدم أجماع الاستبداد مع العدل، فتلذخ خرافة وسراب، كما توصلنا وتوصل العالم بعدهما الى ان الدستور هو القانون الاساسي الذي تدور في فلكه الحياة السياسية للدول، ويمثل كيانها الاجتماعي، وترتكز عليها أوضاعها الادارية، وتستمد منه مبادئها القانونية.

#### الدستور ونوع الدولة:

لا يغيب عن البال ان كلمة (دستور)، فارسية مركبة من (دست)، أي يد، و (ور) أي صاحب، ويراد به قاعدة أساسية يرجع إليها كدفتر أسماء الجند، ومجموع قوانين الدولة، ويراد منها كلمة (سنة)، وهكذا فالدستور يعني مجموعة القواعد (السنن) او القوانين، التي تتعلق بتنظيم ممارسة السلطة في الدولة. قد توجد سلطة واحدة في الدولة، فهي دولة مركزية، كما قد توجد الى جانبها سلطات أخرى، فنكون امام دولة لا مركزية. وإذا تطورت تلك السلطات لتقوم بتسيير معظم الشؤون المحلية، فنكون آنذاك امام دولة فيدرالية.

وهكذا فالدستور هو الذي يحدد نوع الدولة. وبهنا في بحثنا الوجيه هذا أن نتحدث بشيء من الإيجاز عن الدولة اللامركزية، والدولة الفيدرالية.



### الدولة اللامركزية:

نتيجة وجود مناطق يرتبط سكانها بروابط خاصة، وتجمعهم مصالح مشتركة، تتكون وحدات لها هيئات خاصة تقوم بممارسة السلطة ضمن تلك المنطقة، لتوفير احتياجات سكانها، ويساعد على تكوين تلك الهيئات أحياناً، بُعد مركز السلطة المركزية عن تلك المنطقة، فتأخذ تلك المناطق تحكم نفسها بنفسها، بعد ان يكون قد توفر لها استقلالاً مالياً، وهيئات مستقلة عن هيئات الدولة المركزية، لبيتسنى لها تسيير الشؤون المحلية للمنطقة. فالإستقلال المالي هو من اهم متطلبات اللامركزية، فلو اعتمدت المنطقة المحلية على الدولة المركزية في توفير الاموال اللازمة لإدارة شؤونها، لفقدت أهم مقومات إستقلالها. لذلك فلا بد من وجود إمكانيات مالية خاصة بالمنطقة، من خلال الرسوم والضرائب التي تستوفيتها مثلاً. هذا من جانب ومن الجانب الآخر فلا بد من حكام من أهل المنطقة ذاتها يديرون شؤونها. وان يكون هؤلاء الحكام قد وصلوا للحكم من خلال إنتخاب حر ونزيه.

وهكذا يمكننا ان نقرر ان اللامركزية لا تتحقق إلا من خلال نظام ديمقراطي. ولا يمكن ان تدرك في نظام لا يستوحي الديمقراطية أساساً لكيانه السياسي.

تختلف اللامركزية عن الفيدرالية في كون الاولى تتحدد بموجب قوانين وقواعد تصدرها السلطة المركزية. وبذلك تتحدد تصرفات السلطة المحلية في الحدود التي تقرها السلطة المركزية، التي تمتلك حق الرقابة على السلطة المحلية. ففي الدولة اللامركزية تسهم السلطة المركزية والسلطة المحلية في حكم المناطق المحلية، إلا ان هذا الاسهام او الاشتراك في حكم او إدارة المناطق المحلية ودرجة ذلك الاسهام او الاشتراك يتحدد حسب ظروف كل دولة.

وتتضح اللامركزية بأجلى صورها في تقسيم البلاد الى محافظات تديرها هيئة منتخبة من سكان المحافظة تتمثل بمجلس المحافظة، ومن المحافظ الذي تعينه السلطة المركزية.

هذا بشكل موجز جداً الحديث عن الدولة اللامركزية. وننتقل للحديث عن الدولة المركبة او الدولة الفيدرالية.

### الدولة الفيدرالية:

تتصف بعض الدول بالتنوعات المتعددة، وقد تظهر تيارات ما تدفعها الى التقارب والاتحاد فيما بينها، بتأثير العقيدة القومية، كالولايات المتحدة الامريكية، وألمانيا، او بفعل

الفيدرالية كنظام سياسي ومدى ملاءمتها للعراق الجديد

السياسة الدولية، او بفعل المصالح الاقتصادية، او لتلافي أخطار الحروب، كما حدث في دول البلقان، او بالنسبة لبلندا ومانيا والنمسا، بعد الحرب العالمية الثانية. تتميز سلطة المناطق المحلية في الدولة الفيدرالية بكونها أوسع من سلطة المناطق المحلية في الدولة اللامركزية. كما ان سلطة المناطق المحلية لا تقتصر على تسيير شؤون المنطقة المحلية فقط، بل ان المناطق المحلية تسهم عن طريق مجالسها التشريعية في ممارسة السلطة في الدولة الفيدرالية بأكملها.

#### مميزات الدولة الفيدرالية:

تتميز الدولة الفيدرالية بثنائية السلطة وثنائية المجالس التشريعية.

#### أولاً: ثنائية السلطة في الدولة الفيدرالية:

توجد في الدولة الفيدرالية، سلطة الدولة الفيدرالية، والى جانبها سلطات خاصة بالمناطق المحلية، لهذا نجد في الدولة الفيدرالية، حكماً فيدرالياً، وحكاماً محليين، مع علاقة السلطتين إحداهما بالآخرى.

#### ١. الحكام الفيدراليون:

يمارس هؤلاء الحكام سلطاتهم على كل مواطني الدولة الفيدرالية، وعلى كل إقليم الدولة الفيدرالية. ومع ان هذه السلطة تمتد لكل إقليم الدولة، والى كل مواطنيها، إلا ان هناك من الامور ما يترك لتصرف الحكام المحليين.

ان امتداد سلطة الحكام الفيدراليين لكل إقليم الدولة وعلى كل سكانها، يبرز لنا بوضوح وحدة سلطة الدولة الفيدرالية بدون إستثناء. فالدولة الفيدرالية هي قبل كل شيء، دولة ذات سلطة واحدة، على الرغم من وجود سلطات محلية. فتمتع السلطة الفيدرالية بهيمنتها على السلطات المحلية. وهذا مهم لتأكيد وحدة الدولة الفيدرالية، وتتجلى هذه الوحدة بوضوح في القوانين التي تشرعها السلطة الفيدرالية ضمن إختصاصاتها، فهذه القوانين يجب ان تكون نافذة على كافة المناطق المحلية. وفي حالة تعارض القوانين المحلية مع القوانين الفيدرالية، تكون الاولوية للقوانين الفيدرالية، فتمكن السلطة الفيدرالية من إلغاء القوانين المحلية أو النصوص التي تتعارض مع نصوص القوانين الفيدرالية.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

كما يمكن للدولة الفيدرالية ان تتدخل في أمور المناطق المحلية، لكي يكون نظامها السياسي منسجماً مع دستور الدولة الفيدرالية، كما لا يجوز للأنظمة المحلية ان تفرض ضرائباً على الإستيراد او التصدير، او ان تعقد إتفاقيات مع دول أجنبية، دون موافقة الهيئات المختصة في الدولة الفيدرالية.

## ٢. الحكام المحليون:

يمارس الحكام المحليون، السلطة على مواطني المناطق المحلية، ويسهمون بهذه الصفة في القرارات التي تتخذها الدولة الفيدرالية. فهذه القرارات هي في حقيقتها قرارات أسهمت في إتخاذها المناطق المحلية.

ان درجة ومستوى إسهام المناطق المحلية في ممارسة السلطة في الدولة الفيدرالية، هو الذي يميز مثل هذه الدول عن غيرها من الدول، وخاصة تلك الدول التي تأخذ بنظام الدولة اللامركزية.

**كيفية تحديد الشؤون التي يعود البت فيها الى الحكام الفيدراليين وتلك التي يعود امر**

## **البت فيها الى الحكام المحليين**

يتم ذلك بأحدى الطرق الآتية:

أ- تنظيم قائمة بجميع الامور التي هي من أختصاص الحكام الفيدراليين او الدولة الفيدرالية، وقائمة ثانية بجميع الامور التي هي من اختصاص الحكام المحليين او المناطق المحلية، وبهذا يمكن ان نتعرف مقدماً على ما هو من اختصاص الدولة الفيدرالية، وما هو من اختصاص المناطق المحلية. يعاب على هذه الطريقة، إستحالة توقع كل المسائل التي يمكن حصرها لتكون ضمن اختصاص الدولة الفيدرالية، وتلك التي ستكون من اختصاص السلطات المحلية، وذلك لأن تلك المسائل تتجدد وتتغير تبعاً للواقع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي للدولة الفيدرالية والمناطق المحلية المرتبطة بها، إذ ما قد يكون اليوم شأناً محلياً، قد يغدو بعد فترة شأناً عاماً يهم كل الدولة الفيدرالية.

ب- اما الطريقة الثانية التي يتم على اساسها تحديد الشؤون التي يعود امر البت فيها للسلطة الفيدرالية، وتلك التي يعود امر البت فيها للسلطة المحلية، فتتلخص في

تحديد الامور التي يعود البت فيها للسلطات المحلية على سبيل الحصر، بحيث ان ما عداها، التي لم ينص عليها، تكون من اختصاص السلطات الفيدرالية. ج- الطريقة الثالثة فهي على العكس من الطريقة الثانية، حيث يتم بموجبها تحديد الشؤون التي يعود امر البت فيها للسلطات الفيدرالية، وقد اتبعت هذه الطريقة في دول الاتحاد السويسري وفي الاتحاد السوفييتي السابق، وفي دول يوغسلافيا السابقة، وفي الولايات المتحدة الامريكية.

كما اتبعتها قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية حيث حددت المادة الخامسة والعشرين والفقرة (د) من المادة الثالثة والاربعين اختصاصات الحكومة العراقية الانتقالية على سبيل الحصر، وتقرر بموجب الفقرة (أ) من المادة السابعة والخمسين ان جميع الصلاحيات التي لا تعود للحكومة العراقية الانتقالية، يجوز ممارستها من قبل حكومات الاقاليم والمحافظات.

وهذه الطريقة يمكن ان توسع من اختصاصات السلطات المحلية على حساب السلطات الفيدرالية، لأن كل ما لم ينص عليه من اختصاص السلطات الفيدرالية، سيكون بالتأكيد من اختصاص السلطات المحلية.

#### ثانياً: ثنائية المجالس التشريعية في الدولة الفيدرالية:

تسهم المناطق المحلية في الدولة الفيدرالية، في ممارسة السلطة من خلال المجلس التشريعي الذي كثيراً ما يتكون من مجلسين. احدهما يمثل مواطني الدولة الفيدرالية اي مجلس الشعب، اما الثاني فيمثل المناطق المحلية. يمثل مجلس الشيوخ في الولايات المتحدة الامريكية، سلطات المناطق المحلية.

ان وجود مجلس المناطق المحلية، يساعد على ان يسهم سكانها على قدم المساواة بين جميع المناطق، التي يكون لها هيئة فيدرالية لها نفس القوة السياسية بالتساوي، اضافة لاسهام هذه المناطق في ممارسة السلطة في الدولة الفيدرالية. ان في ذلك ضمان لهذه المناطق من تسلط المناطق الكبيرة على المناطق الصغيرة في الدولة الفيدرالية. فتم الاتجاه لاجاد مجلس تشريعي تتمثل فيه كافة المناطق بالتساوي بغض النظر عن مساحتها او عدد سكانها او ثرواتها. فيكون لكل منطقة محلية لهذا المجلس نفس عدد الممثلين بينما يمثل مجلس الشعب مجموع سكان الدولة الفيدرالية، بحيث يتناسب عدد ممثلي كل منطقة مع

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

عدد نفوسها. يسهم مجلس المناطق المحلية مع مجلس الشعب في صنع قوانين الدولة الفيدرالية من خلال المساواة بين المجلسين. إذ لا يشرع القانون الفيدرالي، إلا إذا تمت الموافقة عليه من كلا المجلسين. ونجد أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية يوجب موافقة مجلس الشيوخ (مجلس المناطق المحلية) على بعض قرارات رئيس الجمهورية، كعقد المعاهدات، أو تعيين كبار الموظفين، على الأخص.

#### اهمية الدستور في الدولة الفيدرالية:

إن ما يحدد الأمور أو الشؤون التي تعود للدولة الفيدرالية، وتلك التي تعود للمنطقة المحلية، هو النصوص الدستورية. ومن هنا تأتي أهمية الدستور في الدولة الفيدرالية، إذ على أساسه يتم تحديد دور كل من السلطتين، الفيدرالية، والمحلية. ولهذه الأهمية يحرص مشرعو الدساتير على إعطاء أهمية بالغة لأمر تعديلها، لأن مثل هذا التعديل، قد يخل بالتوازن بين السلطتين، فلا يتم التعديل إلا بإسهام تام من قبل المناطق المحلية، خشية أن يؤدي التعديل إلى سلبها حريتها وإستقلالها بإدارة شؤونها المحلية، ويقلل من دورها في تحديد سياسة الدولة الفيدرالية. ولهذا السبب نجد أن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية شدد من إجراءات تعديله إلا بالحصول على أكثرية ثلاثة أرباع أعضاء الجمعية الوطنية وإجماع مجلس الرئاسة، كما لا يجوز بمقتضى الفقرة (أ) من المادة الثالثة منه تقليل سلطات الأقاليم والمحافظات.

#### نماذج من بعض الدول الفيدرالية:

كان لي شرف الكتابة عن نماذج بعض دساتير الدولة الفيدرالية المعاصرة، وقد نشرت بعض المقالات حولها في جريدة التآخي البغدادية أواسط العام المنصرم بعنوان متسلسل (دساتير بعض الدول الفيدرالية...دستور...نموذجاً). ووجدت أن من المناسب أن أكتب بإيجاز عن بعض تلك الدساتير.

#### ١. الولايات المتحدة الأمريكية:

يمكن اعتبار الولايات المتحدة الأمريكية، أقدم دولة فيدرالية في العالم. ويمكن اعتبارها نموذجاً للدولة الفيدرالية. يتميز توزيع السلطة فيها تحت صورة النظام الرئاسي، فهي دولة فيدرالية رئاسية، حيث ينتخب مواطنوها رئيس الجمهورية الذي يمثل كل مواطني الدولة الفيدرالية، ويسهم في ممارسة سلطة الدولة الفيدرالية وتكوين القرارات التي

تتخذها الدولة. ويرى (د. ادمون رباط في كتابه الوسيط في القانون الدستوري العام المطبوع بطبعة ثانية في بيروت سنة ١٩٦٨ عن دار العلم للملايين)، ان تسميتها (بالولايات)، هي تسمية خاطئة من الوجهتين السياسية والدستورية، ويرى انها ليست ولايات وانما (دولاً) بالمعنى القانوني للدولة، تألف منها الاتحاد الامريكى، فكانت دولاً متحدة، وليست ولايات متحدة. فلما انضوت تلك الدول لذلك الاتحاد نشأت دولة اتحادية، تفوق دستوريا تلك الدول المتحدة، التي كان تاريخ انشاءها سابق لولادة الدولة الاتحادية، التي حرصت على ضمان حقوق الدول الاعضاء التي احتفظت بكياناتها الدستورية. ولم تقتصر هذه الوضعية على تلك الدول الثلاثة عشر، بل امتدت لكل دولة اخرى ظهرت الى الوجود بعد ذلك، ثم انضمت للاتحاد، حيث تتمتع جميعها بدستورها الخاص بها، وبسلطاتها التشريعية، والتنفيذية، والقضائية.

لقد كان للضغط الاقتصادي والمصالح الاقتصادية، اثره في تنامي الحركة الودوية بين تلك الدول، والتي سبقتها مرحلة من التحالف بينها، التي لم تتجاوز معاهدة صداقة بين دول مستقلة متعاقدة.

تتمثل السلطة التشريعية في الولايات المتحدة الامريكية بمجلس الشيوخ الذي يضم شيخين عن كل دولة مهما اتسعت مساحتها وتزايدت مواردها وعدد سكانها، فنجد ولاية نيويورك ذات الاكثريه السكانية، تتساوى مع ولاية آلاسكا القليلة السكان. أما مجلس الممثلين أو مجلس الشعب فإن عدد الممثلين فيه يتناسب مع عدد سكان كل ولاية.

## ٢. الدولة الفيدرالية السويسرية:

تتمثل السلطة فيها بهيمنة السلطة الفيدرالية على سلطه الكانتونات، وهي هيمنة تفوق تلك التي تتمتع بها السلطة الفيدرالية في الولايات المتحدة الامريكية. إذ يجوز للسلطة الفيدرالية في سويسرا التدخل في الكانتونات حتى لو لم تطلب سلطة الكانتون ذلك، خاصةً عند حدوث اضطرابات من شأنها تعريض سلامة سويسرا للخطر. كما تفرض الدوله الفيدرالية على الكانتونات، تبني نظاماً سياسياً معيناً. ويتفق الإتحاد السويسري مع الولايات المتحدة الأمريكية في كون تلك الكانتونات مستقلة إحداهما عن الاخرى

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وتتمتع بالسيادة الكاملة ولها شكل الدولة. وإن ما دفع تلك الدولة أو الكانتونات للإتحاد فيما بينها تلك المخاطر التي كانت تهددها من النمسا والإمبراطورية الجرمانية. السلطة التشريعية فيها تتمثل بمجلس الدولة وبمجلس الشعب فهما يمثان المجلسين التشريعيين في الولايات المتحدة الأمريكية.

### ٣. الدولة الفيدرالية الألمانية:

لم تكن الإمبراطورية الجرمانية دولة بالمعنى القانوني للدولة. بل كانت مجموعة غير منتظمة من المجتمعات السياسية المختلفة بأسماءها وأحجامها ومساحاتها وقوانينها، وعناصر سكانها، إذ أن الكثير منهم لم يكونوا من أصول جرمانية، فكانت رابطتهم القانونيه تتمثل في ولائهم للإمبراطورية وللغة الألمانية فقط.

من تلك الدويلات برزت ممالك وإمارات كروسيا وبافاريا وبادن والساكس والنمسا. وبمرور الوقت برز للوجود تحالف جرمني ضم ٣٨ دولة المانية. ثم تطور هذا التحالف، إلى اتحاد كان له دستوره الصادر عام ١٨٤٩، فنشأت أول دولة اتحادية ضمت أجزاء المانيا بما فيها النمسا. وأسس الدستور مجلسين تشريعيين، أحدهما مجلس الدول، وآخر للشعب كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا.

### العراق والفيدرالية:

بعد أن أخذنا فكرة عن الدولة اللامركزية والدولة الفيدرالية ننقل للحديث عن العراق والفيدرالية، ثم نتحدث عن مدى ملائمة هذا النظام للعراق.

### الفيدرالية في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية:

أكد قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية على أن نظام الحكم في العراق جمهوري اتحادي (فيدرالي). ورسم هذا القانون صورة لهذه الفيدرالية تتمثل بما يأتي:

١. إن النظام الاتحادي (الفيدرالي) يقوم على اساس الحقائق الجغرافية والتاريخية، وليس على أساس الأصل أو العرق أو الأثنية أو القومية أو المذهب.
٢. يجري تقاسم السلطات في العراق الاتحادي (الفيدرالي) بين الحكومة الاتحادية، والحكومات الاقليمية، والمحافظات والبلديات والادارات المحلية.
٣. حرص القانون على منع تركيز السلطة بيد الحكومة الاتحادية من خلال تشجيع المسؤولين المحليين في الاقاليم والمحافظات على ممارسه السلطة المحلية.

٤. أعترف القانون بحكومة إقليم كردستان، بكونها الحكومة الرسمية للأراضي التي كانت تدار من قبل الحكومة المذكورة قبل ٢٠٠٣/٣/١٩ في محافظات دهوك وأربيل والسليمانية وكركوك وديالى ونيوى.
٥. اجاز القانون لمجموعة من المحافظات خارج إقليم كردستان لا تتجاوز الثلاث (فيما عدا بغداد وكركوك) تشكيل أقاليم فيما بينها.
٦. للحكومة العراقية المؤقتة إقتراح آليات لتشكيل أقاليم جديدة، على أن توافق الجمعية الوطنية على تلك الآليات والتشريعات.
٧. يجب موافقة أهالي المحافظات المعنية على تشكيل الاقليم بواسطة استفتاء عام.
٨. أجاز القانون لكل محافظة أن تشكل مجلس محافظة ومجالس بلدية ومحلية، وتسمية محافظ.
٩. اتبع القانون أسلوب تحديد صلاحيات الحكومة الاتحادية حصراً بالمادة الخامسة والعشرين والفقرة (د) من المادة الثالثة والأربعين. وما عدا ذلك فإن بقية الصلاحيات تمارس من قبل حكومات الاقليم والمحافظات بمقتضى المادة الرابعة والخمسون منه.
١٠. تفصل المحكمة الاتحادية العليا في الدعاوى التي تنشأ بين الحكومة العراقية الانتقالية وحكومات الاقليم وإدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية.
١١. تفصل المحكمة الاتحادية العليا (بناءً على دعوى من مدع أو بناءً على إحالة من محكمة أخرى) في مخالفة القوانين أو الأنظمة أو التعليمات التي تصدرها الحكومة الاتحادية أو الحكومات الاقليمية وإدارات المحافظات أو البلديات أو الادارات المحلية، لقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية.

#### مدى ملاءمة الفيدرالية للعراق:

لاحظنا من خلال استعراضنا لبعض الانظمة الفيدرالية، ان تلك الدول كانت تتألف من دويلات منفصلة، لا يجمعها رابط، ثم اتجهت للاتحاد وتكوين دولة ذات نظام فيدرالي لدوافع مختلفة، إقتصادية، او سياسية. فإذا حاولنا ان ننقل للعراق نجد ان الاتجاه نحو الفيدرالية، فيه نوع من الاصطناع، لأن العراق لم يكن مشتتاً او متفرقاً لدويلات، وإنما كان دولة واحدة متماسكة الى وقت قريب، فالالاتجاه نحو الفيدرالية هو اتجاه مصطنع



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

ومختلق، ولا يأتي من واقع هذا البلد، إذ أن الفيدرالية لا يمكن ان تكون مصطنعة، تخلق خلقاً، انما يجب ان تستجيب لظروف موضوعية معينة، تدفع البلاد نحو الفيدرالية. وإذا كان الاتجاه نحو الفيدرالية قد يصدق بالنسبة لإقليم كردستان، بسبب الواقع والحقائق الجغرافية والتاريخية للاقليم، وبسبب الظروف السياسية التي مرت على الاقليم بعد انتفاضة ١٩٩١ واستطاعة الاقليم تكوين حكومة وإدارة شؤون المنطقة بعيداً عن سيطرة الحكومة المركزية في بغداد، مما كون للإقليم شخصية قانونية تتمتع ببعض الإستقلال في جوانب من الحياة السياسية والاقتصادية إضافة للتطور الادييمقراطي الذي شهده الاقليم وهو بعيد عن سيطرة الحكومة المركزية مما لم تشهده بقية المناطق العراقية. ان كل ذلك جعل للاقليم تميزاً عن بقية مناطق العراق مما يستدعي ان يستمر الاقليم في إدارة تتمتع بنوع من الإستقلال بالشؤون الداخلية الخاصة بسكانه من تعليم وصحة وغيرها من الامور ذات الصبغة المحلية.

اما بقية محافظات العراق فانها لا تمتلك المقومات الجغرافية او التاريخية التي تستدعي ان تنتج نحو تشكيل اقاليم تتمتع بالإستقلال الذاتي. إلا اننا وبهدف منع تركيز السلطة في مركز الدولة لنا ان نبدأ بخطوات حذره لمنح تلك المحافظات سلطات إضافية، على ان يتم ذلك بالتدرج وبتنظيم الوحدات المذكورة على اساس مبدأ اللامركزية وصولاً الى الفيدرالية. اي ان نبدأ بمنح تلك المحافظات سلطة تشكيل مجالس للمحافظات وتعيين المحافظ وتشكيل مجالس بلدية لإدارة شؤون التعليم والصحة وبعض الامور المحلية الاخرى. اما ان نقفز قفزة مصطنعة على هذا الواقع لخلق اقاليم مصطنعة دون توفر ظروف موضوعية تستدعي ذلك فاننا سنضرر من حيث اردنا ان ننفع.

#### الخاتمة:

علينا ان ندرك التلازم التام بين الديمقراطية والفيدرالية، فالفيدرالية لا يمكن ان تدرك في نظام سياسي لا يستوحي اسسه من مبدأ الديمقراطية، ولا يمكن تحقيق الفيدرالية في دولة تفتقد للديمقراطية. فالفيدرالية هي ديمقراطية بذاتها وبمتطلباتها. وكما ان الديمقراطية تعني ان الشعب يدير شؤونه بنفسه او بواسطة ممثليه، فالفيدرالية تعني أيضاً ان سكان المنطقة المحلية يديرون شؤونهم بانفسهم او بواسطة ممثليهم.

المبحث السادس:  
قانون ادارة الدولة  
العراقية في المرحلة الانتقالية



## ٢٠ - قراءة في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية

الأستاذ المساعد الدكتور حميد حنون خالد\*

### مقدمة:

بعد سقوط النظام السياسي في العراق في ٩/٤/٢٠٠٣ حصل فراغ دستوري وسياسي ولم تكن الرؤية واضحة لدى سلطات الاحتلال بغية اتخاذ القرار المناسب ففي البدء كانت تعلن بانها جاءت محررة ومنقذة للشعب العراقي ثم عادت واعترفت بالامر الواقع بكونها سلطة احتلال مما رتب عليها مسؤوليات كبيرة وجسيمة وفقاً لمبادئ القانون الدولي ولقرار مجلس الامن الدولي رقم ١٤٨٣ لسنة ٢٠٠٣ والذي دعا (المعنيين): كافة الى الوفاء بالتزاماتهم بمقتضى القانون الدولي بما في ذلك معاهدات جنيف لعام ١٩٤٩ واتفاقيات لاهاي لعام ١٩٠٧).

ونظراً لتعدد الوضع في العراق وظهور بوادر على ضعف تأييد الدول التي شاركت امريكا في احتلاله (كاسبانيا مثلاً) ولظهور قلق حتى في الولايات المتحدة الامريكية حول الوضع القانوني لسلطة التحالف المؤقتة وحول الكيفية التي أقيمت بها<sup>١</sup>. سارعت سلطة الائتلاف في وضع قانون ادارة الدولة ومن ثم تسليم السلطة الى حكومة عراقية من الناحية الشكلية في ٢٨/حزيران/٢٠٠٤، لان قوات الاحتلال لا زالت موجودة في العراق.

---

\* رئيس قسم القانون العام - كلية القانون، جامعة بغداد  
<sup>١</sup> للاطلاع على هذا الموضوع بشكل اوسع، انظر، نهاية الاحتلال في العراق لسنة ٢٠٠٤ للدكتور آدم روبرننس، منشور في مجلة المستقبل العربي العدد ٩/٢٠٠٤، ص ٣١ وما بعدها وحوار حول مستقبل العراق، مجلة المستقبل العربي، العدد ٦ لسنة ٢٠٠٤، مقابلة مع د. خير الدين حسيب ص ٦-٢١.

ونحن من خلال قراءتنا لقانون ادارة الدولة نحاول تسليط الضوء على بعض الامور التي نعتقد انها جديرة بالمناقشة، ونحاول ايضا بيان النواقص التي شابته هذا القانون، وهدفنا من ذلك المساهمة في بلورة الاراء والرؤى قبل الشروع في كتابة الدستور العراقي الجديد. والله ولي التوفيق.

#### المطلب الاول: في تسمية القانون وطريقة اقامته:

##### الفرع الاول: في تسمية القانون

سمي القانون، بقانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية ولم يطلق عليه الدستور المؤقت او الاعلان الدستوري، واذا رجعنا الى تعريف القانون الدستوري وفقاً للمدلول الموضوعي، نرى ان تحديد قواعد القانون الدستوري يقوم على اساس المضمون او الجوهر او الموضوع، وبالتالي يكون القانون الدستوري شاملاً لكل المسائل التي لها طبيعة دستورية، او هي في موضوعها وجوهرها دستورية بصرف النظر فيما اذا كانت هذه المسائل مدونة في الوثيقة الدستورية او تقررت احكامها في قوانين عادية او بمقتضى العرف الدستوري، فالعبرة بالمضمون والجوهر، لا بالشكل او الاطار الخارجي الذي يتضمنها<sup>٢</sup>.

ويمكن تعريف القانون الدستوري وفقاً للمدلول الموضوعي "بانه مجموعة القواعد القانونية التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها وكذلك تختص بتنظيم السلطات في الدولة من حيث التكوين والاختصاص وتحديد العلاقة بينها بالإضافة الى تقرير ما للفرد من حقوق وما عليه من واجبات".

ووفقاً للفهم السابق للقانون الدستوري نستطيع القول بأن قانون ادارة الدولة هو قانون دستوري، وان اطلاق تسمية قانون ادارة الدولة عليه لم تك موفقة. اذ ان أركان الدولة ثلاثة هي الشعب والاقليم والسلطة واذا كان البعض في السابق يطلق على الدستور بأنه قانون السلطة، فان هذا الراي لا يمكن الاخذ به بعد ان اصبحت الدساتير الحديثة تخصص مساحة كبيرة منها لضمان حقوق الافراد وحررياتهم<sup>٣</sup> وهذا ما أخذ به قانون ادارة الدولة

<sup>٢</sup> انظر، دثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص٢٧. مع ملاحظة ان هناك معايير اخرى تعتمد في تعريف القانون الدستوري، كالمعيار الشكلي، او التاريخي او اللغوي، الا ان الراي الغالب في الفقه الدستوري يعتمد المعيار الموضوعي.

<sup>٣</sup> انظر على سبيل المثال، دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١، الباب الثاني (المقومات الاساسية للمجتمع) والباب الثالث (الحريات والحقوق والواجبات العامة) وكذلك الدستور الايراني لسنة ١٩٧٩، الفصل

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

نفسه في الباب الثاني منه والذي عنوانه "الحقوق الأساسية".

ويبدو لنا أن واصغي الدستور اطلقوا هذه التسمية نتيجة الخلافات العميقة بين القوى النافذة حول مسائل جوهرية وردت في القانون، فاردوا التخفيف من معارضة البعض لا علانه باضفاء هذه التسمية عليه. واذا رجعنا الى الدساتير التي صدرت في العراق منذ ولادة الدولة العراقية الحديثة لوجدنا أن أول دستور أطلق عليه القانون الاساسي هو دستور سنة ١٩٢٥ وبعد سقوط النظام الملكي وعلان النظام الجمهوري ظهر مصطلح الدستور حيث صدر دستور ٢٧ تموز سنة ١٩٥٨ المؤقت ثم دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ المؤقت والذي الغى دستور سنة ١٩٥٨ (م ١٠٣) ثم دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ المؤقت واخيراً دستور ١٦ تموز سنة ١٩٧٠ المؤقت، ويلاحظ ان الدساتير التي اعقت سقوط دستور سنة ١٩٢٥ ارتدت جميعها رداء التاقيت، مع العلم أن دستور سنة ١٩٧٠ ظل نافذاً لفترة تقارب الثلاثة والثلاثين عاماً!

وكان من الافضل في تقديري اطلاق مصطلح اعلان دستوري على هذا القانون بما أن فترة العمل به حددت سلفاً اذ تنتهي في نهاية عام ٢٠٠٥، وان القانون منع في المادة الثالثة اجراء اي تعديل يمدد أمد المرحلة الانتقالية الى ما بعد المدة المذكورة في هذا القانون، ولان وجود الاعلان الدستوري يرتبط في الغالب بوجود فترة انتقالية وبما ان هذه الفترة الانتقالية. ستكون مؤقتة فان الاعلان الدستوري سيكون مؤقتاً ومن الجدير بالملاحظة، ان القول بوجود نوعين من الدساتير من حيث التاقيت دستور دائم ومؤقت محل نظر لاننا نرى أن ما يسمى بالدساتير المؤقت وضع في ظروف خاصة مرت بها البلاد. اذ في الغالب انه وضع في مرحلة انتقالية صعبة راي الحكام الجدد ان التغيير الذي حصل في النظام السياسي لا يمكن أن يتقبل العمل بالدستور السابق، لذلك اتجهوا الى صياغة دستور مرحلي

---

الاول (الاصول العامة) والفصل الثالث (حقوق الشعب). الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦، الفصل الثاني (الشعب)، الفصل الرابع (الحقوق والحريات)، الدستور المغربي لسنة ١٩٩٦، الباب الاول (المبادئ الأساسية)، ومن المفيد في هذا المقام الاشارة الى ان الدساتير المعاصرة، تلعب دوراً بارزاً في ارساء دعائم اطار نظري يحكم ويضبط المبادئ الأساسية التي تقيم توازناً هاماً بين السلطة العامة وافراد المجتمع الذين وجدت السلطة من أجلهم. انظر د.محمد عبد المحسن، دور الدساتير في تحديد هوية الافراد والمجتمع، مجلة الحقوق الكويتية، العدد ٣، ١٩٨٨، ص ٧.

<sup>٤</sup> انظر تفاصيل ذلك، ثروت بدوي، مصدر سابقاً، ص ٢٧٩، د.عبد الرضا الطعان، مفهوم الاعلان الدستوري الليبي - بحث منشور في مجلة الحقوق والتي تصدر عن جمعية الحقوقيين العراقيين العدد، الاول والثاني، السنة التاسعة، حزيران ١٩٧٧، ص ١٠٢ وما بعدها.

(لمدة محددة سلفاً) ينظم العلاقة بين السلطات الحاكمة الجديدة. ويحدد أهدافها أمام المحكومين، وهذا ما حصل في مصر بعد سقوط النظام الملكي في عام ١٩٥٢، حيث حدد القائد العام للقوات المسلحة فترة الانتقال بثلاث سنوات تبدأ في ١٧ كانون الثاني سنة ١٩٥٣ وتنتهي في ١٦ كانون الثاني سنة ١٩٥٦،<sup>٥</sup> وهو التاريخ الذي اعلن فيه الدستور الجديد. ومن نافلة القول ان يتسم هذا الدستور بالايجاز والابتعاد عن الاحكام التفصيلية لانها من مهمة واضعي الدستور الذي سيحكم مرحلة الاستقرار.

وإذا عرفنا ان الدستور المؤقت هو الذي حدد السقف الزمني للعمل به مسبقاً، فما هو الدستور الدائم الذي يذهب البعض الى اضافة كلمة دائم له، وهل يعلم أحد فترة نفاذ هذا الدستور، وفي تقديرنا ان الدستور قانون، ومن سمات اي قانون مواكبة التطورات التي تحصل في المجتمع فقد يعدل القانون أو يلغى لاسباب تقدرها المؤسسات الدستورية، لذلك لم نجد أحداً يضيف الى القوانين العادية سمة المؤقت او الدائم. وبالتطبيق لاحظنا ان بعض الدساتير التي وضعت من أجل تنظيم مرحلة ما بعد التاقيت لم تعمر طويلاً أو لم يعمل بها اصلاً كدستور فرنسا لسنة ١٧٩٣ الذي أجل العمل به بناء على قرار الجمعية النيابية الصادر بتاريخ ٥/تشرين الاول/١٧٩٣.<sup>٦</sup>

وكذلك الدستور المصري لسنة ١٩٥٦ حيث لم يستمر العمل به سوى سنتين وبضعة أشهر بعد اعلان الوحدة بين مصر وسوريا وصدور دستور ٥ آذار لسنة ١٩٥٨. ويذهب د. ثروت بدوي الى القول بأن الذي يفرق حقيقة بين الدستور المؤقت والدستور الدائم هو مولد كل منهما أو طريقة وضعه، فقد لا توجد خلافات جوهرية أو موضوعية بين الدستور المؤقت والدستور الدائم لان كل منهما يعالج نفس الموضوعات المتصلة بنظام الحكم في الدولة وبيان السلطة العامة فيها واختصاصات كل منها وعلاقتها فيما بينها، وتحديد مركز الفرد من هذه السلطات ومدى ما يتمتع به من حقوق وحريات وما يلتزم به من واجبات والتزامات.<sup>٧</sup>

<sup>٥</sup> انظر، د. ثروت بدوي، مصدر سابق، ص ٢٨٠ وما بعدها.

<sup>٦</sup> لم يعمل بهذا الدستور، اذ يعد ارجاء تنفيذه، اعلنت الجمعية النيابية، الحكومة الثورية لحين احلال السلام، وسادت فترة دامية في فرنسا لم تنتهي حتى عام ١٧٩٥، حيث اعلنت الجمعية دستوراً جديداً في آب ١٧٩٥، انظر د. محسن خليل، النظم السياسية، القانون والدستوري، ١٩٧٠، ص ٢٩٨ وما بعدها.

<sup>٧</sup> انظر د. ثروت بدوي، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وتأكيداً على أن الذي يميز بين هاتين الصورتين للدساتير هو طريقة وضع الدستور يرى د. ثروت بأن الدستور المؤقت يكون وليد ظروف استثنائية او وقتية ليس لها طابع الدوام والاستقرار، مثل قيام ثورة او مواجهة ازمة دولية طارئة او حرب. ويضيف بأن الدستور المؤقت لا يوضع بطريقة من الطرق التي توضع بها الدساتير الدائمة مثل طريقة الجمعية التأسيسية أو طريقة الاستفتاء الشعبي، ويرى بأن الدستور الدائم يجب ان يصدر أعمالاً للمبدأ الديمقراطي، بطريقة شعبية، وعلى ذلك لا يمكن القول بوجود دستور دائم في دولة ديموقراطية طالما لم يصدر بطريقة شعبية ثم يعود ويقرر بعدم وجود فوارق ثابتة ومؤكدة بين الدستور المؤقت والدستور الدائم من حيث الاحكام الموضوعية ولكن الطريقة التي يوضع بها كل منهما مختلفة عن الاخرى<sup>٨</sup>.

ويتضح مما سبق ان د. ثروت بدوي يهمل وضع الدساتير بالطرق غير الديمقراطية (المنحة، والعقد) والدساتير التي وضعت بهذه الطرق كثيرة ولا يمكن القول بأنها مؤقتة ومنها الدستور الكويتي لسنة ١٩٦١ الذي وضع بطريقة العقد ولا زال نافذاً حتى الان.<sup>٩</sup> ونعتقد ان ما سبق ذكره يقترب من وجهة نظرنا السابقة، وان الدستور المؤقت هو الذي يحدد في نصوصه فترة نفاذه او من خلال اعلان الهيئات الحاكمة عن فترة سريانه.

اما الصاق صفة المؤقت بالدستور دون تحديد فترة زمنية لنفاذه فهو نوع من المخادعة السياسية وتضليل للرأي العام، يراد من وراءه تعطيل المؤسسات الدستورية الاخرى واستحواذ سلطة واحدة ممثلة بفرد او جماعة على مقاليد الامور في الدولة. ومثال ذلك ما حدث في العراق عند صدور دستور سنة ١٩٧٠ المؤقت اذ هيمنت هيئة واحدة (مجلس قيادة الثورة) أو (رئيس مجلس قيادة الثورة) على نشاطات الدولة المختلفة، وبقي هذا الدستور الذي سمي مؤقتاً حتى سقوط النظام في ٩/٤/٢٠٠٣.<sup>١٠</sup>

<sup>٨</sup> د. ثروت بدوي، مصدر سابق، ص ٢٥٦.

<sup>٩</sup> انظر في تفاصيل الدستور الكويتي. د. عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٦، ص ١٣٨ وما بعدها.

<sup>١٠</sup> مثال ذلك الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٦٤ حيث حددت الفترة الانتقالية بثلاث سنوات اعتباراً من تاريخ نفاذ الدستور - انظر في تفاصيل هذا الدستور، د. حميد حنون خالد الساعدي مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، الموصل / دار الحكمة للطباعة، ١٩٩٠ ص ١٧٨ وما بعدها.



### الفرع الثاني: طريقة اقامة الدستور:

الدستور قانون، ولا بد من وجود جهة تقيمه، وهذه الجهة قد تكون الحاكم بمفرده، اي قيام الحاكم بوضع دستور ومنحه الى شعبه (اسلوب المنحة)، وقد لا ينفرد الحاكم بوضع الدستور وانما يشاركه الشعب بذلك من خلال ممثليه وفي هذه الحالة يظهر في الصورة طرفان (اسلوب العقد). وقد يستبعد الحاكم ويترك الامر كله للشعب انسجاماً مع المبادئ الديموقراطية، التي ترى أن السيادة للشعب، وان الحاكم احد افراد هذا الشعب وليس نداءً له، وفي هذه الحالة أما ان يقام الدستور عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة، واما ان يعود للشعب لاخذ رأيه في الدستور بعد أن تكتب مسودته من قبل جمعية منتخبة أو لجنة معينة. (طريقة الاستفتاء الدستوري).

وإذا عدنا الى قانون ادارة الدولة لنبحث عن طريقه اقامته سنصطدم بعقبات عدة، فالكلام عن طرق اقامة الدساتير يفترض وجود دولة ذات سيادة والسيادة تعني الاستقلال على الصعيدين الداخلي والخارجي، والاستقلال يفترض أن تكون مؤسسات الدولة حرة في اتخاذ قراراتها دون تدخل من أية جهة خارجية. وهذا القول لا ينطبق على وضع العراق بعد ٢٠٠٣/٤/٩، إذ اصبح بلداً تحت الاحتلال وعاش فراغاً دستورياً عدة أشهر وظهر في العراق حاكم أجنبي سمي مدير سلطة الائتلاف المؤقتة وقام هذا الحاكم باصدار نظام سلطة الائتلاف المؤقتة (رقم ١) <sup>١١</sup>، والذي اعطى لهذه السلطة سلطات الحكومة مؤقتاً وعهد اليها "بممارسة كافة السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية" استناداً الى قرار مجلس الامن الدولي رقم ١٤٨٣ لسنة ٢٠٠٣ الذي أضفى الشرعية على احتلال العراق وطالب في الفقرة التاسعة من سلطة الاحتلال وبالعامل مع الممثل الخاص (ممثل الامم المتحدة) "بتكوين ادارة عراقية مؤقتة بوصفها ادارة انتقالية يسيرها العراقيون الى ان ينشئ شعب العراق حكومة تمثيلية معترف بها دولياً وتتولى مسؤوليات السلطة"<sup>١٢</sup>.

وانسجاماً مع ما تقدم أصدر مدير سلطة الائتلاف اللائحة التنظيمية<sup>١٣</sup> رقم ٦ في ١٣ تموز سنة ٢٠٠٣ التي تعلن عن تأسيس (مجلس الحكم) واعتراف سلطات التحالف المؤقتة

<sup>١١</sup> انظر نص النظام، الوقائع العراقية العدد ٣٩٧٧ في ١٧ حزيران ٢٠٠٣.

<sup>١٢</sup> انظر نص القرار صحيفة التأخي العدد ٣٩٩٣ في ٢٥/٥/٢٠٠٣.

<sup>١٣</sup> انظر نص اللائحة الوقائع العراقية العدد ٣٩٧٨ في ١٧/٨/٢٠٠٣.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

به وبانه الجهة الرئيسية للإدارة العراقية المؤقتة، الى حين تشكيل حكومة معترف بها دولياً،<sup>١٤</sup> ويلاحظ أن سلطة التحالف عندما عينت اعضاء مجلس الحكم، اعتمدت مشروعاً يقوم على التمثيل النسبي الطائفي والعراقي، بدلاً من التمثيل السياسي حيث شغل الشيعة نسبة ٥٠% + واحد اي ثلاثة عشر مقعداً من أصل ٢٥ مقعد وشغل العرب السنة والاكراد نسبة ٢٠% اي ٥ مقاعد لكل منهما وبقي مقعدان خصصا لكل من المسيحيين والتركمان. وهذا الامر يخلق أوضاعاً شاذة مثيرة للانتباه، كحالة عد احد اعضاء مجلس الحكم وهو زعيم شيوعي على الكتلة الشيعية. مع التذكير بأن هذا التوزيع العرقي والديني قد جرى تبنيه في اجتماع المؤتمر الوطني العراقي في مدينة صلاح الدين عام ١٩٩٢ وعلى الرغم من الدعوات الى اقامة التمثيل العراقي على اساس الانتماء السياسي، فان التوزيع العرقي والطائفي ظل ملحاً. وعندما عينت سلطات التحالف المؤقتة مجلس الحكم، تبنت وأكدت هذه السمة للعملية السياسية. وقد تكرر التقسيم العرقي والطائفي في تركيب الوزارات واللجنة التحضيرية للدستور، ولا شك في ان ذلك سيطبق على المراتب الادنى للحكومة.<sup>١٥</sup> ومع كل ما تقدم يرى أصحاب القرار في العراق، بان العلاقة بين مجلس الحكم وسلطات التحالف قائمة على أساس التشاور والتنسيق في جميع الامور المتعلقة بالادارة المؤقتة بما فيها سلطات مجلس الحكم.

ومما يلفت النظر ما ورد في مقدمة اللائحة، بأن مجلس الحكم، اجتمع وأعلن عن تأسيسه، اي هو الذي أسس نفسه. ومن ثم قامت سلطة الائتلاف بالاعتراف به! ولكن ما هي صلاحيات هذا المجلس؟ اذا كان نظام سلطة الائتلاف أعطى كل السلطات لها.<sup>١٦</sup> لقد أشار مدير سلطة الائتلاف الى أن من أولى وظائف المجلس "أن يساعد في اطلاق العملية الدستورية" ثم أضاف متحدثاً الى العراقيين "أن دستوراً هو الذي سيمتحن حرياتكم

<sup>١٤</sup> وبنفس الاسلوب أعلن عن حل مجلس الحكم في ٦/٩/٢٠٠٤. بموجب اللائحة التنظيمية رقم ٩، انظر الوقائع العدد ٣٩٨٥.

<sup>١٥</sup> أنظر تفاصيل ذلك في مراقبة الديمقراطية في العراق، والمنشور في كتاب العراق، الغزو، الاحتلال، المقاومة، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، ٢٠٠٣، ص١٢٨.

<sup>١٦</sup> انظر تفاصيل اكثر عن مجلس الحكم، عبد الحسين شعبان، الاحتلال وتوابعه في ضوء القانون الدولي، المستقبل العربي، العدد ١١ لسنة ٢٠٠٣.

وسيمكن من اجراء انتخابات ديمقراطية" وأن "ذا الدستور سيكتبه عراقيون من أجل العراقيين".<sup>١٧</sup>

وأصدر مجلس الحكم بياناً في يوم ١٣ تموز لسنة ٢٠٠٣ ذكر فيه صياغة الدستور باعتبارها واحدة من مهامه، ثم أصدر بياناً آخر بعد أسبوع ذكر فيه مجدداً الهدف الذي يسعى الى تحقيقه وهو "اقامة أسس نظام حكم ديمقراطي وفدرالي وتعددي يضمن الحريات العامة للرأي والحديث وحقوق الانسان، ويحترم الهوية الاسلامية لغالبية الشعب العراقي وحقوق النساء، ويفرض سلطة القضاء ويضمن استقلاله وكل هذا على أساس عملية ديمقراطية لصياغة دستور دائم للبلاد".<sup>١٨</sup>

وفي ١١ آب لسنة ٢٠٠٣ أسس مجلس الحكم الانتقالي لجنة دستورية تحضيرية من ٢٥ عضواً، ورشح كل عضو في المجلس اسماً واحداً لعضوية هذه اللجنة. وقد كانت مهمة اللجنة استطلاعية اي الاتصال بالقوى الفاعلة في المجتمع والاطلاع على توجهاتهم ثم رفع توصية الى مجلس الحكم لبيان الآلية التي ينبغي من خلالها صياغة دستور جديد للبلاد. وبعد أن قامت هذه اللجنة بزيارة أماكن كثيرة في العراق لم تقم برفع التوصية المطلوبة، وانما قدمت تقريراً مؤلفاً من عشر صفحات، لم يعلن على الرأي العام، واحتوى هذا التقرير على قائمة خيارات يمكن لمجلس الحكم أن يختار منها. ومن هذه الخيارات:

١. انتخابات مباشرة لمؤتمر دستوري.
٢. تعيين اعضاء للمؤتمر الدستوري من قبل مجلس الحكم الانتقالي ويعين المؤتمر بدوره لجنة صياغة.
٣. انتخابات جزئية، كموقع وسط ممكن بين انتخاب واختيار يشار اليها احياناً بوصفها (نصف) انتخاب، وتقوم جماعة من الاعيان المرموقين في مناطق البلاد المختلفة بانتخاب عدد معين من اعضاء المؤتمر الدستوري. ونظراً لان اللجنة الدستورية التحضيرية تعكس صورة من اقامها، فانها حينما عادت كان السؤال

<sup>١٧</sup> انظر تقرير الشرق الاوسط رقم ١٩ (التحدي الدستوري في العراق أعدته (المجموعة الدولية للازمات) في ١٣ تشرين الثاني لسنة ٢٠٠٢، المستقبل العربي، العدد ١٢ لسنة ٢٠٠٣ ص ١٦١.

<sup>١٨</sup> نفس المصدر ص ١٦١.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

عن الكيفية التي ينبغي أن تقام بها جمعية تأسيسية بلا جواب. فاحالة اخفاها في هذه المسألة الى مجلس الحكم الانتقالي.<sup>١٩</sup>

٤. وفي الثالث من ايلول سنة ٢٠٠٣ صدرت قائمة باسمااء الوزراء من خلال مذكرة رقم ٦ صادرة عن المدير الاداري لسلطة الائتلاف وقد نص القسم الاول منها على ان (تعترف سلطة الائتلاف المؤقتة بتعيين وزراء مؤقتين من جانب مجلس الحكم).<sup>٢٠</sup>

وفي الخامس عشر من تشرين الثاني سنة ٢٠٠٣ أعلن عن اتفاق بين مجلس الحكم وسلطة الائتلاف على "وضع قانون ادارة الدولة العراقية للفترة الانتقالية بواسطة مجلس الحكم وسلطة الائتلاف المؤقتة. ويحدد القانون رسمياً نطاق وهيكل الادارة العراقية الانتقالية ذات السيادة".<sup>٢١</sup>

وقد حدد هذا الاتفاق عناصر قانون ادارة الدولة. ومنها وجوب استكمال كتابة مسودة القانون والاتفاق عليها بموعد اقصاه ٢٨ شباط سنة ٢٠٠٤.

وعند امعان النظر في قرارات الامم المتحدة ذات العلاقة والسلطات التي كان يباشرها (المدير الاداري) نستطيع القول ان مجلس الحكم لم يكن يمارس اية سلطة<sup>٢٢</sup>، حيث ان قرار مجلس الامن رقم ١٥ الصادر في ١٦ تشرين الاول سنة ٢٠٠٣ يعيد التأكيد بان صاحب السلطة في العراق هو المدير الاداري حيث ورد في الفقرة (١) منه على انه "يشدد في هذا الصدد على الطابع المؤقت لاضطلاع سلطة التحالف المؤقتة (السلطة) بالمسؤوليات والسلطات والالتزامات المحدده بموجب القانون الدولي. والتي ستتوقف حين قيام شعب العراق بتشكيل حكومة ممثلة للشعب، معترف بها دولياً، تؤدي اليمين وتتولى المسؤوليات المنوطة بالسلطة".<sup>٢٣</sup> ويدعو القرار في الفقرة السادسة منه سلطة الائتلاف الى ان تعيد مسؤوليات وسلطات الحكم الى شعب العراق باسرع ما يمكن.

<sup>١٩</sup> انظر التقرير السابق ص ٣٩٧ و ٣٩٨. هذا وقد انتهت اللجنة عملها بتقديم تقريرها الى مجلس الحكم في ١/تشرين الاول/٢٠٠٣.

<sup>٢٠</sup> انظر نص المذكرة، الوقائع العراقية، العدد ٣٩٧٩ صفحة ١٣٢.

<sup>٢١</sup> انظر نص الاتفاق، صحيفة الصباح، العدد ١٢١ الصادر في ١٩ تشرين الثاني سنة ٢٠٠٣.

<sup>٢٢</sup> وقريب من هذا الرأي د. عبد الحسين شعبان، الارهاب والاصلاح في الواقع العراقي المعاصر، مجلة شؤون عربية، العدد ١١٩، ٢٠٠٤، ص ٢٧.

<sup>٢٣</sup> انظر نص القرار في صحيفة الصباح، العدد ٩٣ في ١٨ تشرين الاول سنة ٢٠٠٣.

ومن خلال ما تقدم يبدو بوضوح ان من يحكم العراق هو (المدير الاداري) ولا وجود لسلطات مستقلة وذات سيادة في ظل الاحتلال. فالقانون من وضع سلطة الائتلاف وان ادعى البعض انه ساهم في اقامته. ومن ثم لا يمكن القول بانطباق اية طريقة من طرق اقامة الدساتير عليه ومن الجدير بالذكر ان القوانين تحمل عادة اسم من يصدرها وقد ذيلت الاوامر والمذكرات التي اصدرتها سلطة الائتلاف باسم وتوقيع المدير الاداري السيد بول بريمر الا ان قانون ادارة الدولة لم يحمل توقيع احد عند نشرة في الجريدة الرسمية كما هو معروف ومعمول به في دول العالم<sup>٢٤</sup>، الا اننا لاحظنا ان واضعي هذا القانون، اخذوا يتكلمون باسم الشعب العراقي في ديباجة القانون حيث ورد في الديباجة "ان الشعب العراقي الساعي الى استرداد حريته. وهو يؤكد اليوم احترامه للقانون الدولي. فقد أقر هذا القانون لادارة شؤون العراق خلال المرحلة الانتقالية". ونعتقد أن هذا القول غير دقيق، لان الشعب العراقي لم يساهم في اقامة القانون، الا اذا ظن واضعيه أنهم يمثلون الشعب العراقي بكل طوائفه وقومياته. وهذا الامر من الصعب تصديقه.

#### المطلب الثاني: المبادئ الاساسية

نص على هذه المبادئ الباب الاول من القانون والذي احتوى على تسع مواد وقد اعتبرت الفقرة (ج) من المادة الاولى ديباجة هذا القانون جزء لا يتجزأ منه ولعل أهم ما ورد في هذه الديباجة اعتبار هذا القانون يحمل الاطار العام لملاحم مستقبل العراق الجديد ومن ثم فهو يؤسس لبناء دستور جديد.

أما مواد الباب الاخرى فقد ركزت على آلية نقل السلطة من الحكومة المؤقتة الى حكومة منتخبة (م٢). وكذلك التأكيد على علوية هذا القانون وبطلان اي نص قانوني يخالف احكامه (م٣) ونرى ان هذا النص يشمل القوانين التي شرعت في الماضي والقوانين التي ستشرع في المستقبل، الا ان هذا النص يتعارض مع ما ورد في المادة السادسة والعشرين والتي جاء فيها "ستبقى القوانين النافذة في العراق في ٣٠ حزيران

<sup>٢٤</sup> مع الإشارة الى اننا شاهدنا في الفضائيات حفل التوقيع على القانون من قبل اعضاء مجلس الحكم. وتجدر الإشارة الى ان الدساتير العراقية التي صدرت بعد قيام الدولة الحديثة كانت تحمل امضاء من اصدرها، فمثلاً دستور ١٩٢٥ تم اصداره من قبل الملك، والدساتير التي صدرت بعد الغاء النظام الملكي صدرت من قبل الجهة التي تولت مسؤولية التغيير.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٢٠٠٤ سارية المفعول، الا اذا نص هذا القانون على خلاف ذلك والى أن تقوم الحكومة العراقية الانتقالية بالغائها او تعديلها وفقاً لهذا القانون".

ومن المبادئ الاساسية التي وردت في القانون خضوع القوات المسلحة للسيطرة المدنية للحكومة العراقية الانتقالية ومن المؤسف أن ينص القانون على ذلك لان خضوع القوات المسلحة لقيادة الدولة العليا من البديهييات حيث أن وزير الدفاع يشرف على هذه القوات وهو مرتبط برئيس الوزراء.

وعالجت الفقرة أ من المادة الثامنة مسألة الشريعة الاسلامية، فنصت على "أن الاسلام دين الدولة الرسمي ويعد مصدراً للتشريع" وحاول واضعو هذا النص تفادي القول بان الاسلام هو المصدر الرئيسي للتشريع وما يترتب على ذلك من نتائج. الا اننا لاحظنا وجود عبارة غامضة ومن الصعب تطبيقها عملياً وهي القول بعدم جواز سن قانون خلال المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت الاسلام المجمع عليها ولا مع مبادئ الديمقراطية.

فما هي الثوابت التي أجمع عليها المسلمون أو فقهاؤهم؟ وما هي المبادئ الديمقراطية التي لا يمكن سن قانون يتعارض معها؟ ان هذه العبارة بحاجة الى توضيح اما الفقرة (ب) من نفس المادة فاقرت بان العراق بلد متعدد القوميات والشعب العربي فيه جزء لا يتجزأ من الامة العربية.

والعبارة الاخيرة "الشعب العربي فيه جزء الخ" مثار نقاش وجدل ولم يرد هذا النص في اي دستور سابق، وقد تباينت الدساتير السابقة في معالجة هذا الامر فنجد دستور سنة ١٩٥٨ ينص على أن "العراق جزء من الامة العربية" (م٢) في حين يذهب ددستور ١٩٦٤ بأن "الشعب العراقي جزء من الامة العربية" (م١) وورد نفس النص في دستور سنة ١٩٦٨، الا ان ستور ١٩٧٠ عاد واخذ بالنص الذي ورد في دستور سنة ١٩٥٨ (العراق جزء من الامة العربية) (م١٥)، بينما نص مشروع دستور سنة ١٩٩٠ على ان العراق جزء من الوطن العربي (م٢).

ونرى ان النص الذي ورد في مشروع دستور سنة ١٩٩٠ هو اكثر موضوعية من القول بان الشعب العراقي جزء من الامة العربية، لوجود قوميات تنتمي الى أمم أخرى، وكذلك من القول بأن (الشعب العربي فيه جزء لا يتجزأ من الامة العربية) لان ذلك قد

قراءة في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية

يشكل قيماً على تطلعات العراق في الاتحاد مع أية دولة عربية اخرى، فضلاً عن انتمائه الى جامعة الدول العربية.

ومن المبادئ الاساسية الاخرى التي وردت في القانون مسألة اللغة الرسمية (م ٩) فقد عد القانون اللغتين العربية والكردية هما اللغتان الرسميتان للعراق. أن نص المادة التاسعة يشير اشكالات عدة منها:

١. النص بضمن (حق العراقيين بتعليم ابناءهم باللغة الام كالتركمانية او السريانية، او الارمنية في المؤسسات التعليمية الحكومية... الخ). ولا نعلم كيف تضمن الدولة تعليم الابناء بهذه اللغات المتعددة في المدارس والجامعات!.

٢. ما ورد الفقرة الخامسة من المادة التاسعة (اية مجالات اخرى يحتمها مبدأ المساواة مثل الاوراق النقدية، وجوازات السفر، والطوابع) ويبدو من خلال ما تقدم أن اصحاب هذا الاتجاه يسعون الى تحويل العراق الى دولة ثنائية اللغة عملياً. وقد تسعى اقلية اخرى الى نفس الاتجاه بحجة تطبيق مبدأ المساواة بين القوميات والاقليات.

### المطلب الثالث: الحقوق الاساسية:

تناول الباب الثاني الحقوق الاساسية وضم اربع عشر مادة من المادة ١٠ - الى المادة ٢٣، وحاول المشرع ان يكون سخياً في كثير مما ورد في هذا الباب، الا اننا نذكر ان مشكلة تمتع المواطن بحقوقه الاساسية تكمن في التطبيق وليس بالتنظير. اذ ان دساتير العراق المختلفة احتوت نصوصاً كثيرة تنظم الحقوق الاساسية للمواطن.<sup>٢٥</sup> وقد ذهب المشرع في المادة العاشرة الى حث الحكومة الانتقالية والحكومات المحلية على احترام حقوق الشعب العراقي. ولا نعرف ما هو الجزاء الذي سيفرض على الحكومة، مركزية كانت ام محلية في حالة عدم احترامها لحقوق الشعب، أليس احترام الشعب وحقوقه من أخص واجبات اية حكومة؟.

<sup>٢٥</sup> راجع الباب الاول (حقوق الشعب) من دستور ١٩٢٥ (م ٥ الى م ١٨). والباب الثاني من دستور ١٩٥٨ (مصدر السلطات والحقوق والواجبات العامة) وكذلك البابين الثاني والثالث من دستور سنة ١٩٦٤ (المقومات الاساسية للمجتمع) و(الحقوق والواجبات العامة) (م ٤ الى م ٣٩) ونفس الشئ بالنسبة لستور ١٩٦٨ (البابين الثاني والثالث)، ودستور ١٩٧٠، البابين الثاني والثالث (الاسس الاجتماعية والاقتصادية لجمهورية العراق) و(الحقوق والواجبات الاساسية) (من م ١٠ الى م ٣٤).

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

اما المادة الحادية عشرة فقد عالجت مسألة الجنسية العراقية ومشكلة الازدواج، ولم يكن المشرع موقفاً في الاسهاب بمعالجة هذه المسألة الدقيقة وكان من الافضل ترك معالجتها الى حين صدور الدستور وتولي هيئات منتخبة مباشرة السلطة.

ومن الامور التي تستحق التأمل نص الفقرة (ح) من المادة الثالثة عشر (للعراقي الحق بخصوصية حياته الخاصة)<sup>٢٦</sup>. ان هذا النص اعتبر تمتع العراقي بحياته الخاصة بمثابة حق، وهذا أمر لا يجادل فيه أحد وهذه الخصوصية لا تنحصر بالعراقي فقط وانما هي حق من حقوق اي انسان مقيم في العراق سواء أكان مواطناً أم أجنبياً وكان من الافضل حماية هذا الحق بنص قاطع وجعل انتهاكه دون مسوغ قانوني جريمة.

اما فيما يتعلق بعدم رجعية احكام القانون المدني الذي نصت عليه الفقرة أ من المادة ١٥ فهو توجه جديد اذ من المعروف ان الدساتير تنص على عدم رجعية احكام القانون الجنائي والقوانين المالية، وقد تجاهل قانون ادارة الدولة ذلك، اذ لم ينص على عدم رجعية القوانين الجنائية والمالية.

وكان من الافضل ان يكون النص عاماً مثلما ورد في الدستور المصري لسنة ١٩٧١ في المادة ١٨٧ حيث نصت على ان ( لا تسري احكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية مجلس الشعب).

#### المطلب الرابع: هيئات الحكم:

أوجد القانون صورتين للحكومة الانتقالية<sup>٢٧</sup>، وذلك من خلال نص المادة الثامن منه، وحدد لكل منها فترة، وقد بين ملحق قانون ادارة الدولة آلية عمل الحكومة في الصورة

<sup>٢٦</sup> أشار مشروع دستور ١٩٩٠ العراقي الى هذه المسألة ايضاً في الفقرة ثانياً من المادة الثالثة والاربعين والتي تنص على أن (بعد جريمة كل اعتداء من موظف عام ومكلف بخدمه عامة، على الحرية الشخصية، أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين. الخ). وكذلك في المادة السادسة والاربعين (ولا يجوز التعرض على نحو تعسفي أو غير قانوني لخصوصيات أحد أو لشرفه أو لسمعته).

<sup>٢٧</sup> تعددت مفاهيم القانون للحكومة فمرة يأخذ بالمفهوم الواسع وتارة بالضيق، ويقصد بالحكومة وفقاً للمفهوم الواسع مجموع الهيئات الحاكمة او المديرية للدولة، وتشمل السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية اما الحكومة بمعناها الضيق فيقصد بها السلطة التنفيذية فقط، وعلى أساس أنها الاقرب الى المواطنين من خلال اتصالها الدائم والمباشر بهم، على عكس السلطة التشريعية، التي يضعف اتصالها بالمواطنين بعد انتهاء الانتخابات. وقد يضيق معنى الحكومة اكثر من ذلك فتطلق هذه العبارة على الوزارة فقط (رئيس الوزراء والوزراء) فيقال أن الحكومة مسنولة امام البرلمان.



قراءة في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية

الاولى في حين بينت ابواب القانون من الرابع الى السادس آلية عمل الحكومة في الصورة الثانية، واختص الباب الثالث ببيان حدود اختصاص الحكومة بشكل عام.

**الفرع الاول: الحكومة الانتقالية الاولى من ٣٠ حزيران سنة ٢٠٠٤ الى ٣١ كانون الثاني سنة ٢٠٠٥:**

ان الحكومة الانتقالية المنصوص عليها في الباب الثالث تتألف من الجمعية الوطنية، مجلس الرئاسة، ومجلس الوزراء (وضمنه رئيس الوزراء) والسلطة القضائية. وهذه الحكومة حددت الفقرة ب من المادة الثانية من القانون الفترة المقررة لبقائها في السلطة من ٣٠ حزيران سنة ٢٠٠٤ وحتى اجراء الانتخابات للجمعية الوطنية في ٣١ كانون الاول وحتماً قبل ٣١ كانون الثاني سنة ٢٠٠٥.

وستمارس هذه الحكومة السلطة بموجب هذا القانون، وبموجب (ملحق يتفق عليه ويصدر قبل بداية المرحلة الانتقالية ويكون جزء لا يتجزأ من هذا القانون)<sup>٢٨</sup> الفقرة ب من المادة الثانية من قانون ادارة الدولة.

وصياغة الفقرة اعلاه تبين ان اختصاصات هيئات الحكم لم يتفق عليها، وان قانون ادارة الدولة صدر على عجل لغرض الايفاء بالموعد الذي حدده الاتفاق المبرم بين مجلس الحكم وسلطة الائتلاف وهو ٢٨ شباط سنة ٢٠٠٤. وكان الاجدر بوضع هذا القانون ان يهتم بتنظيم مؤسسات الحكم المؤقتة، اكثر من اهتمامه بتفاصيل اخرى من اختصاص الجمعية التأسيسية، ولذلك لم يتضمن القانون آلية تشكيل المؤسسات، فلم يحددها بدقة وانما ذكر بان هذه الحكومة ستتألف وفق عملية تداول واسعة النطاق بنشاور شرائح المجتمع العراقي يقوم بها مجلس الحكم وسلطة الائتلاف المؤقتة، ويمكن التشاور مع الامم المتحدة بذلك.<sup>٢٩</sup>

وبعد صدور ملحق قانون ادارة الدولة العراقية للفترة الانتقالية في ١/٦/٢٠٠٤<sup>٣٠</sup> أكد على فقرة التشاور بنصه "أن الحكومة العراقية المؤقتة المشكلة وفق مشاورات موسعة مع

انظر في ذلك د.محمود حلمي، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري - القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٦ ص ٦٩.

<sup>٢٨</sup> من الجدير بالملاحظة ان السلطة نقلت الى الحكومة في ٢٨/٦/٢٠٠٤.

<sup>٢٩</sup> وهنا عاد القانون لاستخدام مصطلح الحكومة بمفهومه الضيق اي (الوزارة).

<sup>٣٠</sup> انظر نص الملحق الوقائع العراقية العدد ٣٩٨٦.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

جميع شرائح المجتمع العراقي" <sup>٣١</sup>.

تتألف الحكومة الانتقالية مما يأتي:

١. رئاسة الدولة: والتي تتألف من مجلس رئاسي يضم رئيس ونائبين، وتم اختيارهم من قبل سلطة الائتلاف ومجلس الحكم. <sup>٣٢</sup>
٢. مجلس الوزراء، ويتألف من رئيس مجلس الوزراء والوزراء.
٣. السلطة القضائية.

وقد أنط الملحق السلطة التشريعية بمجلس الوزراء، حيث أجاز له اصدار اوامر لها قوة القانون وبموافقة رئاسة الدولة بالاجماع، وكذلك تكون لمجلس الوزراء السلطات الممنوحة للجمعية الوطنية في قانون ادارة الدولة، المتعلقة بالتعيينات واستخدام القوات المسلحة العراقية، والتصديق على الاتفاقيات الدولية. وتمثل الحكومة المؤقتة العراق في علاقاته الخارجية، الا ان سلطاتها في عقد الاتفاقات الدولية ستحصر في مجالات العلاقات الدبلوماسية والمنح والمساعدات الدولية واطفاء الديون السيادية وتعيين اعضاء المحكمة العليا، على أن يتم تصديق ذلك من قبل رئاسة الدولة في الحكومة العراقية المنتخبة خلال تسعين يوماً من توليها السلطة.

اما المجلس الوطني المؤقت والذي ورد في ملحق قانون ادارة الدولة فهو مجلس استشاري يتم اختيار اعضاءه من قبل مؤتمر وطني، ويضم مائة عضو بضمنهم اعضاء مجلس الحكم الذين لم يشغلوا مواقع في السلطة التنفيذية، ويقوم المجلس بتقديم المشورة لمجلس الرئاسة ومجلس الوزراء، وله سلطة مراقبة تنفيذ القوانين ومتابعة أعمال الهيئات التنفيذية، وتعيين رئيس الجمهورية أو احد نائبيه في حالة الاستقالة او الوفاة. وللمجلس حق نقض الاوامر التنفيذية بثلاثي اصوات اعضاءه خلال عشرة أيام من تاريخ تبليغ تلك الاوامر التي تم التصديق عليها من قبل رئاسة الدولة. وللمجلس كذلك صلاحية تصديق

---

<sup>٣١</sup> ان واقع الحال يشير الى ان اختيار رئيس الحكومة تم بالتشاور بين سلطة الائتلاف ومجلس الحكم، في حين ان القانون والملحق ينصان على أن يكون التشاور بين شرائح المجتمع العراقي ومن خلال سلطة الائتلاف ومجلس الحكم. وان تشكيل الوزارة وفقاً لمبدأ المحاصصة بين اعضاء مجلس الحكم يؤيد صحة ما ذكرناه. انظر التشكيل الوزاري في الوقائع العراقية العدد : ٣٩٨٥ تموز سنة ٢٠٠٤.

<sup>٣٢</sup> وهم كل من : ١- السيد غازي الياور (رئيس). ٢- د. ابراهيم الجعفري (نائباً). ٣- د. روز شاويس (نائباً).

قراءة في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية

الميزانية الوطنية للعراق للعام سنة ٢٠٠٥ والتي يتم اقتراحها من قبل مجلس الوزراء ووضع النظام الداخلي لمجلس الوزراء.

والحقيقة ان السلطات التي أنيطت بالمجلس الوطني تتطلب منا وقفة للتأمل، إذ أن هذه الاختصاصات متناقضة، فمرة نقرأ ان المجلس يقدم المشورة ثم نقرأ عبارة اخرى تقول للمجلس سلطة مراقبة تنفيذ القوانين، وله حق استجواب رئيس الوزراء والوزراء، ونحن نسأل وماذا بعد الاستجواب هل للمجلس حق سحب الثقة من وزير معين او من الحكومة باكملها. وهذا ما لم يرد في الملحق.

ثم نجد أن الملحق قلب المبادئ المعروفة في النظم الدستورية، حين أناط السلطة التشريعية بمجلس الوزراء، ثم أعطى للمجلس الوطني حق نقض الاوامر التنفيذية (القوانين) والتي صادق عليها مجلس الرئاسة إذ من القواعد شبه المستقرة، ان رئيس الدولة هو الذي يعترض على مشاريع القوانين التي أقرت من قبل السلطة التشريعية، وليس العكس. وكان من الافضل ألا يوجد هذا المجلس الشكلي لانه لا تأثير له من الناحية الفعلية. ويؤثر في مصداقية المؤسسات الدستورية التي ستقام في العراق وفقاً للدستور القادم.<sup>٣٣</sup>

ومن الجدير بالملاحظة ان الملحق لم يتفق مع قانون ادارة الدولة في اطلاقه تسمية المجلس الوطني المؤقت، إذ ان القانون يسمي السلطة التشريعية الانتقالية بـ (الجمعية الوطنية)، حيث نصت المادة الرابعة والعشرون على أن الحكومة العراقية تتألف من الجمعية الوطنية ومجلس الرئاسة ومجلس الوزراء.. الخ.

وقد سار قانون الانتخابات الصادر في ١٥ حزيران سنة ٢٠٠٤ بنفس اتجاه ملحق قانون ادارة الدولة واطلق على السلطة التشريعية عبارة المجلس الوطني حيث نصت الفقرة الرابعة من القسم الثاني من القانون على الآتي :

<sup>٣٣</sup> ونعتقد أن هذا المجلس أقيم استجابة لما ورد في قرار مجلس الامن، رقم ١٥٤٦ في ٨ حزيران لسنة ٢٠٠٤، والذي دعى الى :

أ- تشكيل حكومة مؤقتة ذات سيادة للعراق تتولى مسؤولية الحكم والسلطة بحلول ٣٠ حزيران سنة ٢٠٠٤.

ب- عقد مؤتمر وطني، يعكس تنوع المجتمع العراقي، لاختيار مجلس استشاري، انظر نص القرار المذكور، المستقبل العربي، العدد ٧ لسنة ٢٠٠٤، ص ١٤٨.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

"تعني عبارة المجلس الوطني - المجلس الوطني للحكومة العراقية الانتقالية الذي ورد وصف له في القانون الاداري خلال الفترة الانتقالية".<sup>٣٤</sup>  
ونعتقد ضرورة تصحيح هذا اللبس بين القانون والملحق وقانون الانتخابات.  
**الفرع الثاني: الحكومة الانتقالية الثانية (من شباط سنة ٢٠٠٥ وحتى تأليف حكومة منتخبة):**

خص قانون ادارة الدولة هذه الحكومة بثلاثة ابواب، وحدد لكل واحدة منها باب. وسنتناول كل منها بايجاز:

#### **اولاً: السلطة التشريعية الانتقالية:**

وعالجها الباب الرابع من القانون وباربع مواد، وسميت هذه السلطة بالجمعية الوطنية. ويتم انتخاب اعضاؤها طبقاً لقانون الانتخابات وقانون الاحزاب السياسية، وحدد القانون وملحقه يوم ٢٠٠٥/١/٣١ موعداً أقصى لاجراء الانتخابات.

أ- طريقة تركيبها: تتألف الجمعية من ٢٧٥ عضواً، يجب أن تمثل النساء بنسبة لا تقل عن ربع عدد اعضاء الجمعية، واشترط القانون تحقيق تمثيل عادل لشرائح المجتمع العراقي كافة وبضمنها التركمان والكلدواشوريون والآخرين ويبدو لنا ان هذا النص يتناقض مع ما ورد في المادة الثانية عشر من القانون والتي نصت على ان "العراقيون كافة متساوون في حقوقهم بصرف النظر عن الجنس او الرأي او المعتقد أو القومية أو الدين او المذهب أو الاصل، وهم سواء أمام القانون... الخ". فكيف نأخذ بمبدأ المساواة ثم نأتي ونميز بين المواطنين، أليست المرأة مواطنة ولها حق المساهمة في الحياة السياسية انتخاباً وترشياً فكان من الافضل ترك تقدير حجم مشاركة المرأة ووزنها في المجلس للهيئة الانتخابية، وهي القادرة على اختيار من يمثلها ذكراً كان أم أنثى<sup>٣٥</sup>. ونفس الشيء ينطبق على الاقليات التي ذكرت بالفقرة (ج) من المادة الثلاثين. اذ يجب على المشرع

<sup>٣٤</sup> انظر نص القانون، الوقائع العراقية العدد ٣٩٨٤ في حزيران سنة ٢٠٠٤.  
<sup>٣٥</sup> وقد كرس قانون الانتخابات الجديد هذا التمييز باشرطه ((أن يكون اسم امراة واحدة على الاقل ضمن أسماء أول ثلاث مرشحي في القائمة، كما ويجب أن يكون ضمن أسماء أول مرشحين على القائمة أسماء امرأتين على الاقل، وهكذا دواليك حتى نهاية القائمة). انظر نص القانون، الوقائع العراقية ٣٩٨٤ في حزيران سنة ٢٠٠٤.

ان يزرع بذرة الولاء للوطن ويغذيها، ويبتعد عن زرع بذور الولاء للاقلية لما يشكله من خطر كبير على وحدة الوطن والولاء له.

ب- الشروط الواجب توافرها في المرشح للجمعية: ونظمتها المادة الحادية والثلاثون وهي:

١. الجنسية والسن: حيث يجب أن يكون المرشح عراقياً لا يقل عمره عن ثلاثين سنة. ويلاحظ ان القانون قد ساوى بين المواطن الاصيل والمواطن بالتجنس، وهذا اتجاه غير محمود. اذ يجب اشتراط مضي فترة من الزمن على اكتساب المرشح للجنسية.
٢. التحصيل العلمي: اذ يجب أن يكون المرشح حاملاً لشهادة الدراسة الثانوية او مايعادلها على الاقل.
٣. النزاهة: الا يكون قد أثرى بشكل غير مشروع على حساب الوطن والمال العام. ونرى بخصوص هذه الفقرة أن تشكل لجان في المحافظات للتأكد من خلفية المرشح، فضلاً عن ضرورة ايجاد نص يجيز سحب العضوية ممن فاز بها اذا ثبت عدم نزاهته.
٤. عدم الانتماء لحزب البعث: الا يكون عضواً في حزب البعث المنحل بدرجة عضو فرقة أو اعلى الا اذا استثنى حسب القواعد القانونية. اما اذا كان عضواً عاملاً في حزب البعث عليه أن يوقع وثيقة براءة من الحزب، وأن يقسم على عدم التعامل والارتباط بمنظمات حزب البعث. والحقيقة أن هذا الشرط يتناقض أيضاً مع مبدأ المساواة الذي ورد في المادة الثانية عشر من القانون لانه يوأخذ المواطن على معتقده وهو في ذلك شبيه بقانون المجلس الوطني للنظام السابق الذي اشترط شروطاً في المرشح ترغم الناس على الايمان بصحة ممارسات النظام السابق حتى وان كانت خاطئة<sup>٣٦</sup>. وكان من

<sup>٣٦</sup> مثال ذلك أن يكون المرشح (مؤمناً بان قادسية صدام المجيدة وأم المعارك الخالدة قد عززتا بالمجد هام العراق وانهما الطريق الذي ليس سواه من طريق للحفاظ على العراق). أو أن يكون المرشح (مؤمناً بالاشتراكية وذا سلوك اشتراكي).  
انظر المادة ١٥ من قانون المجلس الوطني رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٠ المنشور في الوقائع العراقية ٣٥٩٧ في ١٩٩٥/١٢/٢٧

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

- الافضل أن يستبعد النص المرشحين الذين تثبت ادانتهم بارتكاب جرائم ضد المواطنين. حتى يكون ما ورد في المادة الثانية عشر ذو مصداقية.
٥. الصلاحية الادبية: اذ يجب الا يكون المرشح محكوماً عليه بجريمة مخلة بالشرف وان يكون معروفاً بالسيرة الحسنة. ويبدو لنا ان الشق الثاني من هذه الفقرة والخاص بالسيرة الحسنة. أمر يحتاج الى المراجعة لان هيئة الناخبين هي التي ستختار من يمثلها وهي ادرى بسيرته، وكانت بعض النظم السياسية تستخدم هذا الشرط كذريعة لحرمان خصومها السياسيين من المشاركة في الانتخابات.
٦. الا يكون عضواً في القوات المسلحة عند الترشيح: ونعتقد ان القانون كان موفقاً بنصه في المادة السابعة والعشرين على ابعاد العسكريين عن المعترك السياسي. لان مصلحة الوطن تقتضي بناء جيش محترف مهمته الدفاع عن الوطن دون الخوض في المعاضل السياسية.
- ويلاحظ على القانون عدم نصه على الصلاحية العقلية، اذ في الغالب تشترط القوانين كمال الاهلية. فكان من الافضل أن يكون نص الفقرة (١) من المادة الحادية والثلاثين على النحو الاتي: "أن يكون عراقياً لا يقل عمره عن ثلاثين سنة وكامل الاهلية". هذا ومن الجدير بالذكر أن قانون الانتخابات الصادر في حزيران سنة ٢٠٠٤ أخذ بنظام التمثيل النسبي حيث "سيكون العراق دائرة انتخابية واحدة، وسيتم توزيع جميع المقاعد في المجلس الوطني على الكيانات السياسية من خلال نظام التمثيل النسبي" (الفقرة ٣ من القسم ٣ من القانون).
- ويبدو لنا أن القوى السياسية الفاعلة<sup>٣٧</sup> التي شرعت هذا القانون تريد هيمنة الاحزاب السياسية التي دخلت في تشكيلة مجلس الحكم وابعاد الشخصيات المؤثرة في المجتمع التي لا ترغب بالانتماء للاحزاب السياسية.
- ومن الغريب ان يعتبر قانون الاحزاب والهيئات السياسية<sup>٣٨</sup> الصادر في حزيران سنة ٢٠٠٤ (الشخص الواحد) كياناً سياسياً، حيث أن عبارة "الكيان السياسي" كما عرفها

<sup>٣٧</sup> انظر في تفاصيل القوى السياسية الفاعلة، جاسم يونس الحريري، ملف العراق الى أين، المستقبل العربي، العدد ٧/سنة ٢٠٠٤ ص ٦٨ وما بعدها.

القانون نفسه هي "اي منظمة بما في ذلك اي حزب سياسي، تتكون من ناخبين مؤهلين يتأزرون طواعية على أسس افكار أو مصالح أو آراء مشتركة بهدف التعبير عن مصالحهم ونيل النفوذ، وتمكين مندوبيهم من ترشيح أنفسهم لمنصب عام".

أما أعتبار الفرد كيان سياسي فالهدف منه الادعاء بأن القانون لا يمنع الافراد من الترشيح للانتخاب ومن نافلة القول تعذر فوز أي مرشح فردي في الانتخابات وهذا ما حصل بالفعل اذ لم يفز اي مرشح فردي في انتخابات ٣٠ كانون الثاني لسنة ٢٠٠٥.

ان واقع العراق السياسي والاجتماعي لا يتفق والاذخ بنظام التمثيل النسبي، على الاقل في الطرف الراهن، لوجود أسباب عدة تتقاطع وهذا النظام، فضلا عن ابتداع نظام الدائرة الواحدة<sup>٣٨</sup> الذي لم يطبق حتى في نظم الديموقراطيات العريقة. هذا ومن الاسباب التي تعيق تطبيق نظام التمثيل النسبي.

ضعف الوعي السياسي للمواطنين وكذلك حداثة العمل الحزبي في العراق، اذ ظل نظام الحزب الواحد مهيمناً في البلاد لفترة تجاوزت الثلاثين عاماً.

وعندما تم اجراء الانتخابات في ٣٠ كانون الثاني لسنة ٢٠٠٥ وفق هذا النظام وقع المواطنون في لبس وابهام كبيرين، اذ لم تعلن الكتل السياسية اسماء مرشحيها قبل فترة كافية للتعرف على مؤهلاتهم وخلفيتهم السياسية، واختفي الكثير من مرشحي الكتل خلف الاسماء البارزة والمعروفة فيها.

ولذلك اوضح الكثير من المواطنين العراقيين بانهم لا يفهمون كثيراً لمن سيصوتون أو ما الذي سيحصلون عليه في كانون الثاني سنة ٢٠٠٥ ويذهب تقرير المجموعة الدولية للامرات الى القول بعدم وجود "سبيل يذكر لمناقشة ثرية سياسية كانت أو عقائدية".

فضلا الى أن نظام الانتخابات ذي الدائرة الواحدة، الذي تقلت منه أهمية الاعتبارات السياسية المحلية أو الإقليمية، وكذلك الطريقة التي توضع فيها القوائم الانتخابية والتي تقوم على صفقات اللحظة الاخيرة، وكل ما تقدم قد يؤدي الى تقليل فرص النظر الى هذه الجمعية باعتبارها جمعية تمثيلية حقاً وتزيد مخاطرة أن يصوت المواطنون على

<sup>٣٨</sup> انظر نص القانون، الوقائع العراقية، العدد ٣٩٨٤ لسنة ٢٠٠٤.  
<sup>٣٩</sup> من الدول التي طبقت نظام الدائرة الواحدة ايطاليا في زمن الدكتاتور موسوليني، حيث كانت ايطاليا دائرة واحدة وكان الناخب يدلي بصوته لاختيار ٤٠٠ نائب وهو العدد المحدد حينذاك لاعضاء البرلمان، انظر د.محمد كامل ليله، النظم السياسية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٠، ص ٨٢٦.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

أساس الهوية العرقية أو الطائفية.<sup>٤٠</sup> هذا ويلاحظ كثرة اللوائح التي أشتركت في الانتخابات حيث بلغت ١٠٨ لائحة استحوذت ثلاثة لوائح على اغلبية المقاعد النيابية.<sup>٤١</sup> ومع أن الانتخابات أجريت في ٢٠٠٥/١/٣٠ إلا ان الجمعية لم تلتئم الا في ٣/١٦/٢٠٠٥ وكان سبب ذلك نقص في قانون ادارة الدولة، حيث لم ينص القانون على وجوب عقد الاجتماع الاول للجمعية الوطنية خلال فترة محددة برئاسة أكبر الاعضاء سناً وبحكم القانون بغية مباشرة المهام التي انيطت بها. خاصة اذا ما علمنا أن ولاية هذه الجمعية حددت بأشهر معدودة يتوجب خلالها كتابة مسودة الدستور الجديد للبلاد. وقد لاحظنا ان الجمعية لم تستطع انتخاب هيئة رئاستها وفقاً لما نصت عليه الفقرة ب من المادة (٣٢) من القانون في جلستها الاولى وذلك لعدم اتفاق زعماء الكتل الكبيرة على مرشح لرئاسة الجمعية.<sup>٤٢</sup> ومما يؤسف له القول أن الجمعية في أول خطوات عملها ابتعدت عن الاسلوب الديمقراطي في اختيار هيئة رئاسة الجمعية ومجلس الرئاسة اذ ان الاختيار تم خارج الجمعية وبالتوافق بين الكتل، وذهبوا للجمعية لاضفاء الطابع الرسمي على الاختيار فقط. مما يضع علامات استفهام كثيرة على مدى توافر

<sup>٤٠</sup> انظر تقرير المجموعة الدولية للامات، ماذا بإمكان الولايات المتحدة أن تفعل في العراق، العدد ٢/٢٠٠٥ ص ٤٣.

وانظر في تقييم هذه الانتخابات، مقابلة مع خير الدين حسيب، الانتخابات العراقية ومشاهه المستقبل، المستقبل العربي، العدد ٣/٢٠٠٥ ص ١١. هامش ٨.

<sup>٤١</sup> وفقاً لما اعلنته المفوضية العليا المستقلة للانتخابات في العراق يوم ٢٠٠٥/٢/١٧ كانت النتائج وفق الاتي :

- لائحة الائتلاف العراقي الموحد ١٤٠ مقعداً.
- لائحة التحالف الكردستاني ٧٥ مقعداً.
- اللائحة العراقية ٤٠ مقعداً.
- لائحة (عراقيون) ٥ مقاعد.
- لائحة الكوادر والنخب المستقلة ٣ مقعد.
- لائحة منظمة العمل الاسلامي ٢ مقعدان.
- لائحة جبهة تركمان العراق ١ مقعد.
- لائحة اتحاد الشعب ١ مقعد.
- لائحة التحالف الوطني ١ مقعد.
- لائحة الرافدين الوطنية ١ مقعد.
- لائحة كتلة المصالحة والتحرير ١ مقعد.

انظر مجلة المستقبل مصدر سابق، العدد ٣ سنة ٢٠٠٥ ص ١١. وصحيفة الصباح العدد ٤٨٢ في ٢٠٠٥/٢/٢١.

<sup>٤٢</sup> أعلن عن اختيار هيئة رئاسة الجمعية في جلسة يوم الاحد الموافق ٣ نيسان لسنة ٢٠٠٥ وسمي السيد حاجم الحسيني رئيساً للجمعية وكل من السيدين حسين الشهرستاني وعارف طيفور نائبين للرئيس.



الحرية لعضو الجمعية في عملية الاختيار وكذلك في ابداء الرأي في كل المسائل التي تطرح للمناقشة أو للتصويت بما يمليه عليه ضميره ومصصلحة الوطن وشرف الامانة التي حملها أياه الناخبون دون التأثر بما يملى عليه خارج الجمعية الوطنية. واعتقد ان السير بالاتجاه السابق سيضعف ثقة الناخبين بعمل الجمعية وسيكون له تأثير سلبي على المشاركة في اختيار اعضائها مستقبلاً.

ج- اختصاص الجمعية الوطنية: لعل أهم اختصاص أنيط بالجمعية الوطنية باعتبارها مؤسسة دستورية مؤقتة هو كتابة مسودة الدستور وفقاً للآلية التي نصت عليها المادتان ٦٠، ٦١ من القانون وأعتقد من الافضل للجمعية تكثيف جهودها على هذه المهمة، دون الخوض في المسائل المتشعبة الاخرى مما يضعف اداءها في اهم واجب وطني اسند لها. وازافة الى ما تقدم تختص الجمعية بتشريع القوانين والرقابة على عمل السلطة التنفيذية. (ف أ من المادة ٣٠). وقد أنيط حق اقتراح مشروعات القوانين بمجلس الوزراء وبالجمعية الوطنية ايضاً ما عدا مشروع الميزانية العامة فانه مناط بمجلس الوزراء فقط. وللجمعية الوطنية وحدها سلطة ابرام المعاهدات والاتفاقات الدولية. وهي التي تتولى انتخاب اعضاء مجلس الرئاسة ولها اقالة اي منهم لعدم الكفاءة والنزاهة.

#### ثانياً: السلطة التنفيذية الانتقالية:

وتتكون من مجلس الرئاسة ومجلس الوزراء ورئيسه:

- أ- مجلس الرئاسة : يتألف من رئيس ونائبين، ينتخبون من قبل الجمعية وبغالبية ثلثي اصوات اعضائها، ويشترط في المرشح لعضوية المجلس ذات الشروط التي يجب توافرها في المرشح لعضوية الجمعية مع اضافة الشروط الاتية:<sup>٤٣</sup>
١. الا يقل عمر المرشح عن أربعين عاماً.

<sup>٤٣</sup> هذا وقد وافقت الجمعية على تسمية مجلس الرئاسة بعد مشاورات مكثفة وصعبة بين الكتل وذلك في جلستها التي عقدت في يوم الاربعاء الموافق ٦ نيسان لسنة ٢٠٠٥ وكان تشكيل المجلس كالآتي :  
السيد جلال الطالبياني رئيساً  
السيد عادل عبد المهدي نائباً  
السيد غازي الياور نائباً  
انظر تفاصيل ذلك في الصحف العراقية الصادرة ٧ نيسان لسنة ٢٠٠٥ ومنها الصباح العدد ٥١٩ لذات اليوم.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٢. أن يتمتع بالسمعة الحسنة والنزاهة والاستقامة.
٣. أن يكون قد ترك الحزب البائد (حزب البعث) قبل سقوطه بعشر سنوات على الأقل، اذا كان عضوا في حزب البعث المنحل.
٤. الا يكون قد شارك في قمع الانتفاضة عام ١٩٩١ والانفال ولم يقترف جريمة بحق الشعب العراقي (ب من المادة ٣٦).

اختصاص مجلس الرئاسة: لم يعط قانون ادارة الدولة اختصاصات ذات أهمية كبيرة لمجلس الرئاسة، ويبدو لنا من طبيعة تركيبته أن اختصاصاته شكلية، وقد يكون هذا المجلس شبيه بمجلس السيادة الذي نص عليه دستور العراق لسنة ١٩٥٨<sup>٤٤</sup>. فمن مهام المجلس تسمية رئيس الوزراء بالاجماع وكذلك الوزراء بناء على توصية من رئيس الوزراء. ونعتقد ان المجلس ملزم بتسمية الشخص الذي يحظى بثقة الجمعية، لان القانون أوجب على رئيس الوزراء المكلف الحصول على ثقة الجمعية وبالاعلانية المطلقة لها.

اما في حالة عدم اتفاق مجلس الرئاسة على تسمية المرشح خلال اسبوعين فتقوم الجمعية بهذه المهمة على أن يحظى المرشح باغلبية الثلثين. ولم يبين لنا القانون ما المقصود باغلبية الثلثين، هل المقصود اغلبية ثلثي الحاضرين في التصويت؟ أم اغلبية ثلثي عدد اعضاء الجمعية الكلي؟

وكذلك اعطي للمجلس حق التوصية باصدار قانون من الجمعية الوطنية للمصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الذي سبق وان وافق على تعيين ممثلين للتفاوض بشأنها (ف أ م ٣٩)، ونعتقد أن الفترة المؤقتة لسريان هذا القانون لا تشجع على عقد معاهدات دولية لان ذلك يحتاج الى دراسة مستفيضة ووقت كاف.

ومن مهام المجلس القيادة العليا للقوات المسلحة للاغراض التشريعية والاحتفالية فقط. ولن يكون له سلطة قيادتها وله الحق في الاطلاع والاستفسار واعطاء المشورة. ويبدو أن واضع هذا النص يخشى من سيطرة مجلس الرئاسة على القوات المسلحة، ولذلك ذهب الى اناطة القيادة الفعلية في الامور العسكرية برئيس الوزراء، ومن ثم

<sup>٤٤</sup> انظر في مجلس السيادة، د.حميد الساعدي، المصدر السابق، ص ١٦٨.

وزير الدفاع، فتسلسل القيادة العسكرية للقوات المسلحة. ونعتقد أن هذا النص لا مبرر له وكان من الافضل النص على ارتباط القوات المسلحة برئيس الوزراء، مع ملاحظة أن رئيس الدولة في الغالب هو القائد الاعلى للقوات المسلحة في البلاد. الا ان هذه القيادة رمزية وليست فعلية في النظم السياسية ذات الاتجاه البرلماني.

واعطي للمجلس ايضا سلطة اقالة رئيس الوزراء او عضو مجلس الوزراء بناء على توصية من هيئة النزاهة العامة وبعد مراعاة الاجراءات القانونية.

ولا نعلم ماهي الاجراءات القانونية التي يجب مراعاتها وهل يستطيع المجلس عمليا أن يقيل رئيس الوزراء أو عضو مجلس الوزراء وهو الذي ليس له أصلاً سلطة تعيينهم لان هذا الامر أنيط بالجمعية الوطنية، وهنا نعتقد ان على مجلس الرئاسة أن يوصي الجمعية بسحب الثقة والقرار النهائي في ذلك متروك لتقديرها.

ومن الملاحظ أن قانون ادارة الدولة نص على ان يتخذ مجلس الرئاسة قراراته بالاجماع، ولا يجوز لاعضائه انابة آخرين عنهم. (المادة ٣٦ الفقرة ج).

ومع القول بشكلية اختصاصات المجلس، الا ان اشتراط الاجماع لم يكن موفقاً وبنم عن ضعف الثقة بين القوى السياسية الفاعلة خلال هذه الفترة المؤقتة خاصة اذا ما علمنا ان تشكيلة المجلس قائمة على اساس المحاصصة.

واضافة الى شرط الاجماع، اضيف شرط آخر هو عدم جواز الانابة عن عضو الرئاسة، ومعنى ذلك ان غياب اي عضو في المجلس ولاي سبب كان سيعطل عمل المجلس. مما قد يؤثر على سير المرافق العامة في الدولة.

ب- مجلس الوزراء:

يتألف من رئيس الوزراء واعضاء المجلس، ويسمى رئيس المجلس من قبل مجلس الرئاسة وبالاجماع، ويقوم رئيس الوزراء بعرض اسماء حكومته على مجلس الرئاسة وبعد ذلك يسعى للحصول على ثقة الجمعية الوطنية، وبالاعلوية المطلقة (اي النصف +١) ولم يوضح لنا القانون هل المقصود الاعلوية المطلقة لحاضري جلسة التصويت، ام الاعلوية المطلقة للعدد الكلي لاعضاء الجمعية، ونحن نفضل ان تكون الاعلوية المطلقة لعدد اعضاء الجمعية الكلي. وان تكون الاقالة للوزارة او للوزير بنفس الطريقة

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

وذلك لدعم الحكومة في الصورة الاولى، وللابتعاد عن المزاجية وتوخي الدقة في الصورة الثانية. هذا وقد أعطيت مدة شهر لرئيس الوزراء المرشح لتقديم اسماء الوزراء المرشحين وفي حالة عدم تمكنه من ذلك يسمي مجلس الرئاسة شخصاً آخر للقيام بهذه المهمة.

اما بالنسبة للشروط التي يجب توفرها في رئيس مجلس الوزراء، يجب أن تتوفر ذات الشروط التي يجب أن تتوفر في عضو مجلس الرئاسة، عدا شرط العمر، إذ يجب الا يقل عمره عن خمس وثلاثين سنة، (المادة ٣٨ الفقرة ب).

هذا من الناحية النظرية اما من الناحية العملية فيجب أن يكون المرشح لرئاسة مجلس الوزراء يحظى بثقة الجمعية الوطنية اي يتمتع باغلبية مطلقة في الجمعية، اضافة الى الشروط التي نص عليها القانون. وهذا الامر يخضع للنتائج الانتخابية، فقد يستطيع حزب واحد النهوض بمسؤولية تشكيل الحكومة اذا كان لديه الاغلبية المطلوبة في الجمعية، وقد يضطر الشخص المكلف والذي لديه ثقل سياسي في الجمعية الا انه لا يصل الى الاغلبية المطلوبة الى عقد تحالفات مع قوى سياسية اخرى في الجمعية للحصول على تلك النسبة<sup>٤٥</sup>.

اختصاصات مجلس الوزراء: اذا كان مجلس الوزراء في الفترة الانتقالية الاولى اعطي

<sup>٤٥</sup> هذا ومن الجدير بالذكر ان مجلس الرئاسة الذي انبثق بعد انتخابات ٣٠ كانون الثاني لسنة ٢٠٠٥ سمي السيد ابراهيم الجعفري (زعيم حزب الدعوة) وعضو الجمعية الوطنية عن لائحة الائتلاف لتأليف الوزارة على اساس ان هذه اللائحة حصلت على ١٤٠ مقعداً من مجموع ٢٧٥ مقعداً. ومع أن هذه اللائحة حصلت على الاغلبية المطلقة الا انها سعت للتحالف مع التحالف الكردستاني لتأمين اغلبية الثلثين لتسمية مجلس الرئاسة، ويبدو أن تأليف الحكومة يمر بمرحلة مخاض عسير، وان الفائزين في الانتخابات في حالة من التردد والارتباك، من خلال قولهم بضرورة تشكيل حكومة وحدة وطنية تارة، والقول بضرورة ان تكون لهم حصة الاسد في الحقائق الوزارية تارة اخرى. ولاحظنا البعض منهم يدعى بوجود وزارات سيادية يجب أن تكون من نصيبهم، ولا نعلم ما هو المعيار الذي يميز به الوزارات، اذ من المعروف ان السيادة من خصائص الدولة، كل الدولة وبمختلف هيئات السلطة (التشريعية، والتنفيذية والقضائية) ومن ثم فلا يصح القول بوجود وزارة سيادية واخرى غير سيادية لان السيادة هي من خصائص الدولة او السلطة والوزارات هي من مكونات هذه الدولة. الا ان البعض قد يرى بأن هناك وزارة ذات اهمية من الزاوية التي ينظر هو منها الى هذه الوزارة فقد يرى البعض أن وزارة الصحة او وزارة العمل والشؤون الاجتماعية أهم من وزارة الدفاع او الداخلية اذا كان ينظر اليها من زاوية تقديم الخدمات للمواطنين. وعلى اية حال نرى ان التأخير في تأليف الوزارة والجدل الذي يدور حول اهمية الحقائق الوزارية لا مبرر له، اذا ما علمنا ان هذه الوزارة هي انتقالية، تحضر لانتخابات يجب ان تجرى في نهاية سنة ٢٠٠٥، للاطلاع على موضوع السيادة، انظر د. ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٤٠، د. محمد كامل ليله، النظم السياسية، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٦٢، ص ١٧٨ وما بعدها.

اختصاصات واسعة حيث جمع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، لعدم وجود جمعية وطنية منتخبة، وانما أوجد مجلس استشاري معين، فان مجلس الوزراء في الفترة الانتقالية الثانية عاد الى مباشرة اختصاصه المألوف الا وهو تنفيذ القوانين ولكن تحت اشراف ورقابة الجمعية الوطنية. حيث يقوم المجلس بوضع النظام الداخلي لعمله واصدار الانظمة والتعليمات الضرورية لتنفيذ القوانين، وله كذلك اقتراح مشروعات القوانين، وهو الذي يتولى الموافقة على تعيين كبار موظفي الدولة قبل ارسالها الى مجلس الرئاسة لقرارها. (المادة ٤٢ من القانون) ويبدو أن تعيين كبار الموظفين في الدولة أنيط بمجلس الوزراء ومجلس الرئاسة اذ يقوم الاول بالموافقة على ترشيح الأشخاص من قبل الوزارة المختصة ثم يرفع ذلك الى مجلس الرئاسة. ولكن السؤال الذي يطرح ما هو الحل اذا لم يوافق مجلس الرئاسة على ترشيحات مجلس الوزراء؟ هل القرار الحاسم له في هذا المقام ام لمجلس الوزراء؟

وكذلك يقوم مجلس الوزراء بتعيين المدير العام لدائرة الاستخبارات العامة وكبار الضباط في القوات المسلحة العراقية من رتبة عميد فما فوق، الا ان هذه التعينات خاضعة لمصادقة الجمعية الوطنية بالاغلبية البسيطة لاجتماعها الحاضرين.

هذا ويتخذ مجلس الوزراء قراراته بالاغلبية البسيطة للاعضاء الحاضرين.

#### **العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية:**

يتضح من قراءة نصوص قانون ادارة الدولة ميله نحو تغليب كفة السلطة التشريعية على كفة السلطة التنفيذية. وان هذا القانون لم يأخذ بصورة محددة من صور النظم السياسية المعروفة وفقاً لمعيار مبدأ الفصل بين السلطات واقصد بذلك (النظام البرلماني، الرئاسي، المجلسي) فمع انه رجح كفة السلطة التشريعية الا انه لا يمكن القول باخذه بالنظام المجلسي الذي تخضع بموجبه جميع الهيئات للسلطة التشريعية. ويلاحظ رجحان كفة السلطة التشريعية من خلال الاتي :

١. اختيار الجمعية لمجلس الرئاسة باغلبية الثلثين ولها اقالة اي عضو من اعضاء مجلس الرئاسة باغلبية ثلاثة ارباع اصوات اعضاءها لعدم الكفاءة او النزاهة.
٢. ضرورة حصول مجلس الوزراء على ثقة الجمعية وبالاغلبية المطلقة عند تأليف الحكومة.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٣. مراقبة الجمعية لاداء الهيئات التنفيذية، اذ لها حق استجواب المسؤولين التنفيذيين بمن فيهم اعضاء مجلس الرئاسة ومجلس الوزراء. (المادة ٣٣ الفقرة ز).

٤. مسؤولية رئيس الوزراء امام الجمعية ولها سحب الثقة من رئيس الوزراء او الوزراء مجتمعين او منفردين. (المادة ٤٠ الفقرة أ).

والمظاهر السابقة هي من مظاهر النظام البرلماني هذا وقد منع القانون الجمع بين عضوية الجمعية الوطنية وعضوية كل من مجلس الرئاسة ومجلس الوزراء، اذ ان عضو الجمعية الذي يصبح عضوا في احد المجلسين المذكورين يعتبر مستقبلاً من عضوية الجمعية. ومنع الجمع بين الوزارة وعضوية الجمعية هو مظهر من مظاهر النظام الرئاسي في الولايات المتحدة الامريكية وكذلك اخذ به الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨.

وكان من الافضل في اعتقادي منع اعضاء الجمعية الوطنية من الاشتراك في الوزارة خلال هذه الفترة الانتقالية، لانه من الصعب اجراء انتخابات لاحقة، فضلا عن ضرورة تفرغهم للواجب الالهم الا وهو اعداد مسودة الدستور.

هذا وقد اعطى القانون للمجلس الرئاسي حق الاعتراض على مشاريع القوانين الصادرة من الجمعية الوطنية، الا ان هذا الحق، حق توقيفي، وليس مطلقاً، إذ يجوز للمجلس أن يعترض على مشروع القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ ابلاغه من قبل رئيس الجمعية باقرار ذلك التشريع، وفي حالة عدم الموافقة يعاد التشريع الى الجمعية، والتي تستطيع تجاوز هذا الاعتراض باقرار التشريع باغلبية الثلثين وخلال مدة لا تتجاوز الثلاثين يوماً (م ٣٧).

ونعتقد أن الصياغة مبهمة وغير واضحة، مما أدى الى عدم وضوح آلية النقض، اذ ان للمجلس الاعتراض يعد ابلاغه من قبل رئيس الجمعية الوطنية باقرار التشريع. فهل الابلاغ وجوبي؟ ام انه سلطة تقديرية لرئيس الجمعية؟ وما هو الحل اذا لم يبلغ رئيس الجمعية رئاسة المجلس؟ وكان من الافضل أن يلزم القانون الجمعية الوطنية بارسال كل مشروعات القوانين التي أقرت من قبلها لمجلس الرئاسة لغرض المصادقة عليها، وله حق الاعتراض على أي مشروع قانون ضمن الفترة التي حددها القانون. وكنا نفضل عدم اعطاء الرئاسة حق النقض في هذه الفترة الانتقالية، لكونها مؤقتة ومحددة سلفاً، ولضرورة تسريع عمل الجمعية الوطنية من أجل انجاز المهام التي أوكلت لها. فضلا عن أن مجلس

الرئاسة قد يصبح معوقاً لعمل الجمعية اذا ما ثبت خلاف بين اعضائه، لان قراراته يجب ان تتخذ بالاجماع.

### ثالثاً: السلطة القضائية الاتحادية:

حاول قانون ادارة الدولة اعادة ترميم صورة السلطة القضائية في العراق، بعد الاهتزاز الشديد الذي اصابها خلال الحقبة الماضية، حيث لوحظ ان النظام السياسي السابق لا يؤمن بمبدأ استقلال القضاء ولا بمبدأ الفصل بين السلطات<sup>٤٦</sup>، وانما بمبدأ التركيز والهيمنة، مما جعل السلطة القضائية حينذاك في موقف لا تحسد عليه، حيث كانت احكام المحاكم تلغى بقرارات من مجلس قيادة الثورة المنحل وفي بعض الاحيان تصدر قرارات من نفس الجهة بمعاقبة القضاة لاصدارهم قرارات لا تتسجم مع مسار الحكام، وقد طالت هذه العقوبات حتى اعضاء أعلى هيئة قضائية في العراق (محكمة تمييز العراق)، أو اصدار قرارات تمنع المحاكم من سماع دعاوى محددة، مما شكل انتهاكاً خطيراً لمبدأ دستوري نص عليه دستور ١٩٧٠ في الفقرة ب من المادة ٦٣ (حق التقاضي مكفول لجميع المواطنين).

ونتيجة لما تقدم حاول قانون ادارة الدولة عدم الاكتفاء بالنص على استقلال القضاء فقط كما منصوص عليه في دستور سنة ١٩٧٠ (القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون) المادة ٦٣ الفقرة أ وديساتير العراق الاخرى. وانما أورد نصاً تفصيلياً في المادة الثالثة والاربعون الفقرة أ. بقوله "القضاء مستقل، ولا يدار بأي شكل من الاشكال من السلطة التنفيذية وبضمنها وزارة العدل، ويتمتع القضاء بالصلاحيات التامة حصراً لتقرير براءة المتهم أو ادانته وفقاً للقانون من دون تدخل للسلطتين التشريعية او التنفيذية".

وهنا أود أن ابين ان وجود النص لوحده غير كاف لضمان استقلال القضاء وانما العامل المهم في ذلك هو ثقافة المجتمع السياسية وبناء القاضي، واعتقد من المفيد اعادة النظر في قانون المعهد القضائي ويجاد ضوابط صارمة لقبول المرشحين لوظيفة القاضي

<sup>٤٦</sup> ذهب قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٥ الى الاخذ بمبدأ وحدة السلطة وانتفاء فكرة تعدد السلطات حيث نص على أن ((في كل مجتمع توجد سلطة واحدة ولكل دولة سلطتها السياسية الواحدة.. واذ كانت السلطة واحدة في الدولة فمعنى هذا انتفاء فكرة (تعدد السلطات) التشريعية والتنفيذية والقضائية). انظر قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٧ ص ٤٦.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

او نائب مدعي عام ولعل من اهمها التدقيق في خلفية المرشح والاخذ بنظر الاعتبار الخبرة القانونية له.

هذا وقد أوجد القانون المحكمة الاتحادية العليا، وأحال للقانون مهمة تشكيلها، (م ٤٤).

ويلاحظ ان هذه المحكمة وفقا للاختصاصات التي انيطت بها هي محكمة دستورية، اي ان مهمتها مراقبة دستورية القوانين وكان من الافضل أن تسمى بالمحكمة الدستورية العليا، وان تكلف بمراقبة القوانين غير الدستورية ولا تقحم في نظر الموضوعات التي تتعلق بالانظمة والتعليمات، لان ذلك من اختصاص محكمة القضاء الاداري ومجلس شورى الدولة، وحتى لا يكون هناك ازدواج في عمل الهيئات القضائية.

ونرى من المفيد الا تقتصر عضوية هذه المحكمة على القضاة فقط وانما الاستفادة من الاساتذة المختصين في كليات القانون في هذا المجال.

واوجد القانون المجلس الاعلى للقضاء (م ٤٥) واناط به مهمة الاشراف على القضاء الاتحادي، ويتألف هذا المجلس برئاسة رئيس المحكمة الاتحادية العليا، ورئيس ونواب محكمة التمييز الاتحادية، ورؤوساء محاكم الاستئناف الاتحادية، ورئيس كل محكمة اقليمية للتمييز ونائبه.

ويلاحظ ان العنوانين الوظيفية التي سبق ذكرها لا وجود لها في القوانين العراقية عند تشريع قانون ادارة الدولة، لان العراق دولة موحدة بسيطة، وليس دولة اتحادية وكان من الافضل عدم الخوض في هذه المسائل حتى تتضح لنا صورة البناء الجديد، وترك تنظيم ذلك للدستور القادم الذي سيشارك الشعب في وضعه. لاننا لاحظنا ان الاسهاب في معالجة هذا الموضوع، اضعف الصياغة القانونية للنصوص، فضلا عن صعوبة تطبيقها او استحالة ذلك لكون هذه الفترة مؤقتة.

فمن الملاحظات التي ينبغي الوقوف عندها الاتي:

١. نصت الفقرة ج، من المادة ٤٣ على أن "تبت محاكم اتحادية في القضايا التي تنشئ عن تطبيق القوانين الاتحادية، وسيكون تأسيس هذه المحاكم في الاقاليم بالتشاور مع...". ويبدو ان واضع هذا النص يفترض وجود اقاليم في العراق مع ان المسألة لم تتبلور لحد الان.



٢. اخرجت المادة السادسة والاربعون من القانون قضاء اقليم كردستان من القضاء الاتحادي بنصها على أن (يتضمن الجهاز القضائي الاتحادي المحاكم الموجودة خارج اقليم كردستان) ومن الصعب فهم قصد المشرع في هذا النص، أليس اقليم كردستان جزء من دولة العراق بصرف النظر عن شكلها؟ فلماذا لا يخضع القضاء في اقليم كردستان لولاية القضاء الاتحادي.
٣. نصت الفقرة ب من المادة ٤٦ على "ان قرارات المحاكم الاقليمية والمحلية بما ذلك محاكم اقليم كردستان تعتبر قطعية، ولكنها تخضع لمراجعة القضاء الاتحادي اذا كانت تتعارض مع هذا القانون او اي قانون اتحادي".
٤. ويلاحظ ان القانون اضى صفة القطعية على كل القرارات الصادرة من المحاكم في العراق، وهذا ما يتعارض ومبدأ الطعن في الاحكام القضائية وحسب درجة المحكمة، واعتقد ان هذا النص لا مبرر له لان الفقرة ب من المادة ٤٤ حددت لنا اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا.
٥. اجازت المادة السابعة والاربعون من القانون عزل القاضي اذ ادين بجريمة مخلة بالشرف او بالفساد او اذا اصيب بعجز دائم. وقد ساوى القانون بين العزل بسبب الانحراف والعزل بسبب المرض، ونرى أن القاضي لا يعزل بسبب المرض لان العزل عقوبة نص عليها قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١<sup>٤٧</sup>. وانما تتبع الاجراءات القانونية في تسوية وضع القاضي الوظيفي الذي أصيب بعجز دائم وبناء على تقارير طبية صادرة من جهات مخولة بذلك.

#### رابعاً: المحكمة المختصة والهيئات الوطنية:

صدرت أوامر كثيرة من قبل المدير الاداري لسلطة الائتلاف قضت بتشكيل محاكم وهيئات ذات طابع سياسي، ومن هذه الاوامر الامر الخاص بتاسيس المحكمة الجنائية المختصة في ١٠ كانون الاول سنة ٢٠٠٣ وحددت ولايتها بالنظر في القضايا التي تتعلق

<sup>٤٧</sup> حيث نصت الفقرة ثامنا من المادة ٨ من القانون المذكور على بيان عقوبة العزل واشترطت صدور قرار مسبب من الوزير المختص بذلك. انظر نص القانون الوقائع العراقية ٣٣٥٦ لسنة ١٩٩١.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

بالجرائم الاتية:<sup>٤٨</sup> جريمة الابادة الجماعية، الجرائم ضد الانسانية، جرائم الحرب وجرائم انتهاكات القوانين العراقية. ويبدو لنا ان الهدف من انشاء هذه المحكمة، محاكمة رموز النظام السابق واعوانه. وقبل ذلك بفترة صدر قانون المحكمة الجنائية المركزية للعراق وذلك بموجب الامر ١٣ في ١١ تموز سنة ٢٠٠٣<sup>٤٩</sup> والذي خص مدير سلطات التحالف المؤقتة بناءً على توصية المجلس القانوني لتلك السلطات باختيار القضايا التي سيتم عرضها على المحكمة المركزية. ووفقاً لمعايير حددها الامر. وعند اصدار قانون ادارة الدولة أراد واضعه أن يحصن الاوامر التي اصدرها المدير الاداري من الالغاء لعدم دستوريته وذلك لتعارضها واحكام هذا القانون، فحاول اضعاف الحصانة على تلك الاوامر بنص الفقرة أ من المادة الثالثة والاربعين والذي يقضي بـ "أن قانون تاسيس المحكمة الجنائية المختصة الصادر في ١٠/١٢/٢٠٠٣. يعد مصادقاً عليه وهو يحدد حصراً اختصاصها واجراءاتها. دون الاخذ بنظر الاعتبار النصوص الواردة في هذا القانون".

ونجد نفس الاتجاه في الفقرة أ من المادة التاسعة والاربعين فيما يتعلق بتأسيس الهيئات الوطنية "مثل الهيئة الوطنية للنزاهة العامة والهيئة العليا لحل نزاعات الملكية العقارية، والهيئة الوطنية العليا لاجتثاث البعث يعد مصادقاً عليه، كما يعد مصادقاً على تأسيس الهيئات المشكلة بعد نفاذ هذا القانون".<sup>٥٠</sup>

وعند قراءة الاوامر المشار اليها نلاحظ مخالفتها للحقوق الاساسية التي نص عليها قانون ادارة الدولة في الباب الثاني وبالاخص النص الذي يقضي بعدم جواز انشاء محاكم خاصة او استثنائية (م ١٥ ط) وكذلك مخالفتها لمبادئ اعلان حقوق الانسان الصادر عن الامم المتحدة والمعاهدات والاتفاقات الدولية الخاصة بحقوق الانسان والتي اعتبرتها المادة الثالثة والعشرون من نفس القانون ملزمة للحكومة العراقية.

والذي يلفت الانتباه تناقض وتعارض احكام قانون ادارة الدولة في هذا المقام، حيث يبدو لنا ان واضعيه ارادوا ان يجمعوا بين المبادئ الديمقراطية ومنهج الحكام المتعسفين في وقت واحد. وإلا كيف ينص نفس القانون على عبارة (دون الاخذ بنظر الاعتبار

<sup>٤٨</sup> انظر نص القانون الوقائع العراقية العدد ٣٩٨٠.

<sup>٤٩</sup> انظر نص الامر في الوقائع العراقية العدد ٣٩٧٨ وقد الغي هذا الامر في ٢٢ نيسان سنة ٢٠٠٤ وحل محله أمر يحمل نفس الرقم (١٣) وقد عدل في ولاية هذا المحكمة. انظر نص الامر الوقائع العراقية العدد ٣٩٨٣.

<sup>٥٠</sup> انظر نصوص هذه القوانين في الوقائع العراقية، الاعداد، ٣٩٧٧، ٣٩٧٨، ٣٩٨٠، ٣٩٨٣، ٣٩٨٥.

قراءة في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية

النصوص الواردة في هذا القانون).<sup>٥١</sup> او القول (بعد مصدقاً عليه) ومن الذي صدق عليه، الا يعد ذلك مصادرة لحق الهيئات الانتقالية في تعديل هذه القوانين.

#### المطلب الخامس: النظام الفدرالي:

العراق دولة موحدة بسيطة منذ تاسيس الدولة العراقية الحديثة وفقا لدساتيرها المتعاقبة منذ دستور ١٩٢٥ وحتى دستور سنة ١٩٧٠، الا ان قانون ادارة الدولة خرج عن هذا المسار وقرر أن نظام الحكم في العراق (جمهوري، اتحادي (فيدرالي)، ديمقراطي، تعددي ( ويجري تقاسم السلطات فيه بين الحكومة الاتحادية والحكومات الاقليمية والمحافظات والبلديات والادارات المحلية، ويقوم النظام الاتحادي على أساس الحقائق الجغرافية والتأريخية والفصل بين السلطات، وليس على اساس الاصل او العرق او الاثنية أو القومية أو المذهب)، (المادة الرابعة من القانون).

وحاول القانون تأسيس النظام الاتحادي من خلال نصوص الابواب، الثالث، الثامن، السادس والثامن منه ومواد اخرى متفرقة في القانون. كالمادة الخامسة والعشرين التي حددت اختصاصات الحكومة الانتقالية (حصراً) والفقرة ب من المادة السادسة والعشرين التي اعطت للتشريعات الاتحادية العلية على التشريعات المحلية.

وقد لاحظنا على نصوص القانون الابهام وعدم الوضوح في هذا المقام وميز القانون بين محافظات كردستان ومحافظات العراق الاخرى، وذلك باعترافه في الفقرة أ من المادة الثالثة والخمسين (بحكومة اقليم كردستان بصفتها الحكومة الرسمية للاراضي التي كانت تدار من قبل الحكومة المذكوره في ١٩ اذار سنة ٢٠٠٣) بينما علق قيام اقاليم اخرى خارج اقليم كردستان حتى انتخاب جمعية وطنية تقر ذلك، ووجوب موافقة اهالي المحافظات التي ترغب في اقامة اقليم بواسطة استفتاء. (الفقرة ج من المادة ٥٣). ومع خصوصية منطقة كردستان الا اننا نرى ان واضعي القانون كانوا متعجلين في الاخذ بالنظام الفدرالي، وكان من الافضل طرح المسألة على الاستفتاء الشعبي. وهذا ما ندعو اليه قبل كتابة الدستور المقبل<sup>٥٢</sup>.

<sup>٥١</sup> تنص الفقرة ب من المادة الثالثة من قانون ادارة الدولة (ان اي نص قانوني يخالف هذا القانون يعد باطلاً).

<sup>٥٢</sup> انظر في هذا الموضوع، التحدي الدستوري في العراق، مصدر سابق المستقبل العربي، العدد ١٢ لسنة ٢٠٠٣ ص ١٧٤ وما بعدها.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

لقد ورد في المادة الثامنة الخمسين نصوص لمعالجة الحدود الادارية بين المحافظات، الا انه يؤخذ على هذه النصوص ابتعادها عن مبدأ وحدة التراب الوطني، وتحاول معالجة الموضوع وكأنه خلاف بين دول وليس بين محافظات أو حتى أقاليم. لان من أسس الدولة الاتحادية المركزية (وحدة الاقليم) ووحدة الجنسية فلماذا الذهاب الى الامين العام للامم المتحدة من أجل (تعيين شخصية دولية مرموقة للقيام بالتحكيم المطلوب)؟

أعتقد أن الفدرالية التي يراد اقامتها في العراق، يستحسن أن تقام على اساس جغرافي (المادة الرابعة من القانون) وعلى اساس اعتبار كل محافظة وحدة قائمة بذاتها تدخل في الكيان الفدرالي دون الاخذ بمفهوم الاقليم وما سيؤدي اليه من قيام اقليم في كردستان على اساس عرقي وقومي، واطليم في الجنوب على اساس طائفي. وهكذا في محافظات اخرى مما قد يؤدي الى تفكيك الدولة العراقية. او على اساس وجود اقليميين فقط، اقليم كردستان، واطليم اخر يحتوي على المحافظات الاخرى.

#### المطلب السادس: نهاية المرحلة الانتقالية

نظم الباب التاسع من القانون ما أسماه المرحلة ما بعد الانتقالية. وقد حاول قانون ادارة الدولة ان يقيد ارادة السلطة التأسيسية التي ستضع الدستور الجديد والتي تتمثل بالجمعية الوطنية المنتخبة والشعب، اذ وردت عبارة سيحتوي الدستور الدائم على ضمانات تؤكد ان القوات المسلحة العراقية لن تستخدم مجدداً لارهاب الشعب العراقي او قمعه).

ونحن نتساءل ما هي الضمانات التي سيتم وضعها لمنع قمع الشعب، ومن الذي سيقوم بالقمع الجيش ام الحكام، ونحن نأمل من المشرع الدستوري ان يضع قيوداً واجراءات تحد من تعسف الحكام واساءة استخدام السلطة.

هذا وقد بينت المادة الحادية والستون من الدستور الخطوات الواجب اتباعها لغرض الانتهاء من المرحلة الانتقالية، وذلك بتسريع الدستور، حيث اناطت مهمة كتابة الدستور بالجمعية الوطنية ومن ثم عرض مسودة المشروع، على الاستفتاء الشعبي، واشترطت موافقة اكثرية الناخبين في العراق، وعدم رفضها من ثلثي الناخبين في ثلاث محافظات او اكثر بغية اقرارها. ويبدو ان قانون ادارة الدولة لم يكن موفقا في هذه الصياغة، فاشترط اكثرية الناخبين في العراق أمر غير واضح وكان من الافضل اشتراط موافقة اكثرية

المشاركين في التصويت. مع اشتراط أن يصوت على مشروع الدستور نسبة لا تقل عن ٥٠% من الناخبين المسجلين حتى يصبح الاستفتاء صحيحاً.

أما النص على عدم رفضها من قبل ثلثي الناخبين في ثلاث محافظات أو أكثر. فيثير الاستغراب، اذ يقلب القواعد المعروفة في الديمقراطية التقليدية وهي خضوع الاقلية لرأي الاكثرية. فاذا كان عدد محافظات العراق ثماني عشرة، فكيف تعطل ثلاث محافظات، قرار خمسة عشر محافظة أيد مواطنوها مشروع الدستور.

هذا وقد ورد خطأ مطبعي في الطبعة العربية بنص الفقرة (ز) من المادة الحادية والستين والتي نصها (اذا لم تستكمل الجمعية الوطنية كتابة مسودة الدستور الدائم بحلول الخامس عشر من شهر آب لسنة ٢٠٠٥، ولم تطلب تمديد المدة المذكورة في المادة ٦١ (٢) اعلاه عندئذ يطبق نص المادة ٦١ (ج) اعلاه، والصحيح ٦١ (هـ)).

#### الخاتمة:

بعد دراسة قانون ادارة الدولة العراقية والقوانين الاخرى ذات الصلة المباشرة به، مثل قوانين الانتخاب، الاحزاب السياسية، المحاكم الجنائية الخاصة، والهيئات الاخرى التي انشئها المدير الاداري لسلطة الائتلاف نستطيع تأشير الملاحظات الآتية:

١- ان قانون ادارة الدولة والقوانين ذات الصلة به يؤطر لمستقبل نظام جديد في العراق وفي مختلف الجوانب، ويحاول جاهداً تحديد مسار هذا النظام ومن ثم تقييد حركة القوى السياسية الفاعلة في المجتمع وضرورة اتجاهاها في نفس هذا المسار.

٢- ومما يؤيد ذلك معالجة القانون لمسائل تشير الكثير من الخلاف (كازدواج الجنسية، الفدرالية، رسم حدود المحافظات، النزوح، القوات المسلحة، وضع المليشيات في كردستان.. الخ) مما دفع وسيدفع بعض الاطراف المستفيدة من تلك النصوص الى الاعتقاد بأن هذا القانون أكسبها حقوقاً ويجب المحافظة عليها، وتأسيس على ما تقدم لاحظنا بعض السياسيين ممن يؤمنون بوجهة النظر السابقة نادوا بضرورة ان ينص قرار مجلس الامن رقم ١٥٤٦ في ٢٠٠٤/٦/٨ على ضمان تطبيق ما ورد في قانون ادارة الدولة، ويرون بأن هذا القانون سيشكل المرجعية التي يجب اعتمادها عند وضع الدستور العراقي الجديد، وهذا

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

التوجه محل نظر لانه يرمي الى تدويل القضية العراقية من جانب وتقيد الجمعية التأسيسية التي سنكتب الدستور مستقبلاً من جانب آخر.

٣- ان قانون ادارة الدولة وملحقه والعملية السياسية التي قامت في ظله خلقت وضعاً سياسياً جديداً غير مألوف في العراق، الا وهو الاخذ بنظام المحاصصة في توزيع المواقع الرئيسية في الدولة ومن ثم النزول الى المواقع الادنى، وهذا الاتجاه غير سليم لانه يضعف رابطة المواطنة ويقوى رابطة الطائفة او رابطة العرق. ونحن في هذا المقام لا ننكر وجود قوميات مختلفة في العراق وكذلك وجود طوائف متعددة ايضاً ولكن علينا أن نضع رابطة المواطنة فوق كل هذه المسميات، وان يكون اختيار الاشخاص لاشغال المواقع قائماً على اساس الكفاءة والجدارة وليس على اساس الانتماء الحزبي او الطائفي او العرقي لان الاخذ بهذا الاتجاه يتعارض مع مبدأي المساواة والعدالة واللذان تكررا كثيراً في قانون ادارة الدولة، والقوانين المتصلة به.

٤- لاحظنا وجود غموض وابهام في نصوص كثيرة من قانون ادارة الدولة، كتحديد الاغلبية التي تشترط لمنح الحكومة الثقة، أو لتسمية رئيس الوزراء في حالة اخفاق مجلس الرئاسة، (م٣٨) او في حالة انتخاب مجلس الرئاسة او اقالة احد اعضائه (م٣٦) وهكذا في اماكن اخرى من القانون. ونعتقد من الافضل تحديد هذه الاغلبية بالنص اما على (الاجلبية المطلقة لاعضاء الجمعية الحاضرين) واما على (الاجلبية المطلقة أو اكثرية الثلثين.. الخ لعدد اعضاء الجمعية الكلي) حتى يزال اي سوء فهم او لبس.

٥- لاحظنا وجود تعارض وتناقض بين نصوص القانون ومن المؤسف أن يرد ذلك في قانون ينظم مؤسسات الدولة الدستورية. مثال ذلك ما ورد في نص الفقرة ب من المادة الثالثة (ان اي نص قانوني يخالف هذا القانون يعد باطلاً) تم يأتي نص المادة ٤٨ الفقرة أ الذي يعالج قانون المحكمة الجنائية الخاصة ويعتبر هذا القانون مصدقاً عليه، (دون الاخذ بنظر الاعتبار النصوص الواردة في هذا القانون). مع ملاحظة ان قانون المحكمة الجنائية المختصة يتعارض مع الفقرة (ط ١ من المادة الخامسة عشرة من القانون والتي تنص على عدم (جواز

محاكمة المدني امام محكمة عسكرية، ولا يجوز انشاء محاكم خاصة او استثنائية) وكان من الافضل عدم وجود الفقرة ط لانها تتناقض والواقع الجديد في العراق، اذ ان مؤسسات الدولة قد انهارت وعمت الفوضى البلاد، ولا بد من قوانين رادعة ومؤسسات قوية وحازمة لاعادة الضبط واحترام القانون في المجتمع. فهل من المقبول في بلاد هذه حالها الغاء عقوبة الاعدام فيها من قبل الحاكم المدني في العراق ؟ في الوقت الذي تطبق بلاده الولايات المتحدة الامريكية هذه العقوبة. كان على المشرع أن ينشد التوازن فيما يسن من قوانين، لان القانون هو انعكاس لواقع موجود في المجتمع يجب معالجته مع الاخذ بالحسبان التوازن المقبول بين الحرية والسلطة والواجبات الملقاة على كاهل الدولة والتي من أهمها توفير الحماية والامان للمواطن ولمؤسسات الدولة والمجتمع المدني وهذا الواجب لصيق بوجود الدولة فاذا انهارت الدولة حدث ما لا يحمد عقباه وعمت الفوضى البلاد.

٦- لا تؤيد الاتجاه الذي سلكه قانون ادارة الدولة بالنص على احكام تفصيلية كثيرة، تتنافى وخصائص الدستور الانتقالي، وكذلك اتجاهه نحو فرض سياسة الامر الواقع والوصاية على المؤسسات الدستورية المستقبلية، والتي وردت في اكثر من نص من نصوص القانون مثال ذلك، ما ورد في المواد ٤٩، ٥٢، ٥٣، ٥٨، ٥٩ من القانون.

٧- نرى من الضروري قبل البدء في كتابة مسودة الدستور الاتفاق على الاطر العامة للنظام السياسي الجديد. وأن اقتضى الامر طرحها على الشعب لاخذ موافقته ومثالها:

- شكل الدولة (اتحادية، موحدة بسيطة).
- شكل الحكومة (برلمانية، رئاسية، مجلسية).
- شكل نظام الحكم (جمهوري - ملكي).
- شكل السلطة التشريعية (نظام المجلس الواحدة ام المجلسين).

وكذلك التأكيد على الالتزام بالمبادئ الدستورية التي استقرت في النظم الديمقراطية، كمبدأ الفصل بين السلطات، والرقابة على دستورية القوانين، وكفالة حق التقاضي

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

للمواطنين، ومبدأ المساواة والعدالة لكل المواطنين دون تمييز بينهم وكذلك التأكيد على اعتماد مبدأ المشروعية الديمقراطية والذي يعني حق كل شعب وكل فرد بالعيش في ظل حكومة ديمقراطية اي ان الشعب هو الذي يختار الحكومة وفقاً لمبدأ تداول السلطة بالطرق الديمقراطية، وكذلك حق الافراد في مباشرة مجموعة الحقوق والحريات التي كفلها لهم الدستور.<sup>٥٣</sup>

ويرتبط بذلك عدم السماح بقيام الاحزاب السياسية التي لا تؤمن بمبدأ المشروعية الديمقراطية، والتي تؤمن بالوصول الى السلطة عن طريق القوة والعنف، ويجب ان يحرم على الاحزاب السياسية انشاء ميليشيات مسلحة او الترويج لها.

وفي الختام نعتقد ان العراق بحاجة الى دستور قوي وشرعي في الامد الطويل. ولا يتم ذلك الا بمشاركة كل أطراف هذا الشعب ومن ثم عرضه على الاستفتاء الشعبي، بعيداً عن ضغوط المستنفيين في الساحة السياسية العراقية، (لان الدساتير التي يتم اقرارها من دون مشاورات واسعة تنحو لان تعكس صفقة بين الاقوياء، وغالباً ما تخفق في مواجهة اختبار الزمن)<sup>٥٤</sup>.

<sup>٥٣</sup> انظر في تفاصيل مبدأ المشروعية الديمقراطية. هيلتن تورار - تدويل الدساتير الوطنية، ترجمة باسيل يوسف، من منشورات بيت الحكمة، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٤، ص ٣٨٠ وما بعدها.  
<sup>٥٤</sup> من تقرير التحدي الدستوري في العراق، مصدر سابق، ص ٤٠٥.



### مصادر البحث

#### اولا : الكتب والبحوث

١. آدم روبرنس - نهاية الاحتلال في العراق لسنة ٢٠٠٤، مجلة المستقبل العربي، العدد ٩/٢٠٠٤.
٢. د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر، القاهرة، دار النهضة العربية سنة ١٩٧١.
٣. د. ثروت بدوي، النظم السياسية، القاهرة، دار النهضة العربية سنة ١٩٧٥.
٤. د. جاسم يونس الحريري، الوحدة الوطنية، المستقبل العربي العدد ٧ سنة ٢٠٠٤.
٥. د. حميد حنون خالد الساعدي، مبادئ القانون الدستوري، وتطور النظام السياسي في العراق، الموصل، دار الحكمة للطباعة والنشر سنة ١٩٩٠.
٦. د. عبد الرضا الطعان، مفهوم الاعلان الدستوري الليبي، مجلة الحقوق، تصدر عن جمعية الحقوقيين العراقية، العدد الاول والثاني لسنة ١٩٧٧.
٧. د. عبد الفتاح حسن، مبادئ النظم الدستوري الكويتي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨.
٨. د. عبد الحسين شعبان، الارهاب والاصلاح في الواقع العراقي المعاصر، مجلة شؤون عربية، العدد ١١٩ لسنة ٢٠٠٤.
٩. د. عبد الحسين شعبان، الاحتلال وتوابعه في ضوء القانون الدولي، المستقبل العربي، العدد ١١ لسنة ٢٠٠٣.
١٠. د. محمد كامل ليلة، النظم السياسية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٢.
١١. د. محمد عبد المحسن، دور الدساتير في تحديد هوية الافراد والمجتمع، مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٣ لسنة ١٩٨٨.
١٢. د. محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة، ١٩٧٠.
١٣. د. محمود حلمي - الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

١٤. هيلنن تورار، تدويل الدساتير الوطنية، ترجمة باسيل، يوسف، منشورات بين الحكمة، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٤.

#### ثانيا : التقارير والمقابلات

١. مراقبة الديمقراطية في العراق (رند رحيم فرانكي) منشور في سلسلة كتب المستقبل العربي (٢٧). بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية لسنة ٢٠٠٣.
٢. تقرير المجموعة الدولية للالتزامات - ماذا بإمكان الولايات المتحدة أن تفعل في العراق، منشور في مجلة المستقبل العربي، العدد ٢/٢٠٠٥.
٣. حوار حول مستقبل العراق، مقابلة مع خير الدين حسيب المستقبل العربي، العدد ٦ لسنة ٢٠٠٤.
٤. الانتخابات العراقية ومشاهد المستقبل، مقابلة مع السيد خير الدين حسيب، المستقبل العربي، العدد، ٣ لسنة ٢٠٠٥.
٥. تقرير التحدي الدستوري في العراق، (تقرير الشرق الاوسط رقم ١٩) اعداد المجموعة الدولية للالتزامات، المستقبل العربي، العدد ١٢ لسنة ٢٠٠٣.

#### ثالثا : الوثائق

١. الدساتير العراقية، ومشروع دستور سنة ١٩٩٠.
٢. قانون ادارة الدولة وملحقه الوقائع العراقية ٣٩٨٦.
٣. نظام سلطة الائتلاف المؤقتة منشور في الوقائع العراقية، العدد ٣٩٧٧ في ١٧ حزيران لسنة ٢٠٠٣.
٤. اللائحة التنظيمية رقم ٦ الخاصة باعلان مجلس الحكم، الوقائع العراقية، ٣٩٧٨ في ١٧ آب لسنة ٢٠٠٣.
٥. مذكرة رقم ٦ باسماء اعضاء الوزارة العراقية، الوقائع العراقية، العدد ٣٩٧٩.
٦. اللائحة التنظيمية رقم ٩ الخاصة بالغاء مجلس الحكم، الوقائع العراقية ٣٩٨٥.
٧. قرار تشكيل الوزارة العراقية الثانية، الوقائع العراقية، ٣٩٨٥ تموز لسنة ٢٠٠٤.
٨. قانون الانتخابات، الوقائع العراقية ٣٩٨٤ حزيران لسنة ٢٠٠٤.

قراءة في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية

٩. قانون المجلس الوطني رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٥ الوقائع العراقية، ٣٥٩٧ في ١٩٩٥/١٢/٢٧.
١٠. قانون الاحزاب والهيئات السياسية العراقية، الوقائع العراقية ٣٩٨٤.
١١. قانون تاسيس المحكمة الجنائية المختصة، الوقائع العراقية ٣٩٨٠.
١٢. قانون المحكمة الجنائية المركزية، اعلن بموجب الامر ١٣، الوقائع العراقية ٣٩٧٨.
١٣. قانون الهيئة الوطنية للنزاهة، الوقائع العراقية، العدد ٣٩٨١.
١٤. قانون الهيئة العليا لحل النزاعات الملكية، الوقائع العراقية، ٣٩٨١.
١٥. قانون الهيئة العليا لاجتثاث البعث، الوقائع العراقية ٣٩٧٧، ٣٩٧٨.
١٦. الاتفاق بين مجلس الحكم وسلطة الائتلاف، صحيفة الصباح العدد ١٢١ في ١٩ تشرين الثاني سنة ٢٠٠٣.
١٧. قرار مجلس الامن رقم ١٤٨٣ لسنة ٢٠٠٣ - صحيفة التآخي العدد ٣٩٩٣ في ٢٠٠٣/٥/٢٥.
١٨. قرار مجلس الامن رقم ١٥١١ في ١٦ تشرين الاول لسنة ٢٠٠٣، صحيفة الصباح، العدد ١٢١، تشرين الثاني لسنة ٢٠٠٣.
١٩. قرار مجلس الامن رقم ١٥٤٦ في ٨ حزيران لسنة ٢٠٠٤ مجلة المستقبل العربي، العدد ٧ لسنة ٢٠٠٤.

## ٢١ - مزايا قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية

### الأستاذ الدكتور غازي فيصل مهدي

صدر قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ليكون دستوراً للدولة في المرحلة المذكورة، يؤسس السلطات العامة فيها وينظم نشاطاتها وينثر بذور الحقوق والحريات العامة حتى تصبح بعد حين ثمراً جنياً.

هذا وليس بخافٍ على ذوي البصائر أن القانون المذكور من صنيع الأجنبي المحتل وهو قبل ذلك من صنع البشر، ولهذا لا مراء أن يأتي منطوياً على بعض السلبات مثلما إنطوى على إيجابيات، ولسنا ههنا في مقام تمحيص مواد القانون وإعطاءها الوزن الذي تستحق، فنتلك مهمة عزيزة تحتاج إلى فسحة وقت كبيرة. إن بحثنا سينصب على إبراز الجوانب المضيئة في القانون المذكور والتي تشكل منعطفاً كبيراً في التشريع العراقي، وفيما يأتي بيان لها.

أولاً:

لقد جاء القانون المذكور بتعداد للحقوق والحريات العامة في سياق المثال، كما أشار إلى الحقوق المنصوص عليها في المعاهدات والإتفاقيات الدولية وغيرها من وثائق القانون الدولي التي وقعها العراق أو إنضم إليها أو غيرها التي تعد ملزمة له وفقاً للقانون الدولي وإن تمتع العراقيين بالحقوق والحريات العامة يجب أن يتم على حدٍ سواء فلا مفعول أو أثر للفوارق بينهم، لا بل يتمتع غير العراقيين أيضاً داخل العراق بكل الحقوق الإنسانية

التي لا تتعارض مع وضعهم باعتبارهم من غير العراقيين، هذا ولم يكتفِ القانون بالسرد المذكور، بل وضع ضمانات قوية لحماية الحقوق والحريات العامة، بحيث أن أي تجاوز عليها من مسؤول في الدولة، يوجب التعويض، فلا حصانة لمسؤول إن هو تخول حقاً أو صادر حرية.

ثانياً:

إهتم القانون بموضوع (الجنسية) إدراكاً منه بأن النظام السابق إتخذ من إسقاط الجنسية عن الكثير من العراقيين جزاءً عبثياً، ولهذا أعاد إلى أولئك المظلومين جنسياتهم ومنح المحاكم - ولنعم ما فعل - ولاية النظر في كل المنازعات التي تنشأ عن تطبيق الأحكام الخاصة بالجنسية، في الوقت الذي كانت فيه تلك المنازعات حصينة من الرقابة القضائية إلغاءً وتعويضاً.

ثالثاً:

إنتهج النظام السابق سياسةً خرقاء شوهاء في موضوع التملك العقاري فهو لم يسمح بالتملك في محافظة بغداد إلا لمن كان مسجلاً فيها في إحصاء عام ١٩٧٧ أو ما قبله، وهذه تفرقة مقبنة بين المواطنين، ولهذا جاء القانون ليسقطها بضربة قاضية وذلك عندما إعترف للمواطن العراقي بالحق الكامل غير المشروط بالتملك في كافة أنحاء العراق وبلا قيود.

رابعاً:

نصت المادة (٣٦/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية لسنة ١٩٧١ المعدل على أنه لا تجوز إحالة المتهم على المحاكمة في جريمة إرتكبت أثناء وظيفته الرسمية أو بسببها إلا بإذن من الوزير التابع له مع مراعاة ما تنص عليه القوانين الخاصة، وتلك حماية مستكرهة لموظفي الدولة، فطالما إتخذت سترًا لإرتكاب الجرائم والبغي على المواطنين فكم من جريمة اغلق التحقيق فيها وإعتبرت نسيًا منسيًا لأن الوزير المختص لم يعط الإذن بإحالة المتهم إلى المحكمة المختصة؟ لقد أحسن قانون إدارة الدولة العراقية عملاً، عندما جاء بنص صراح يسقط الحصانة عن أي مسؤول أو موظف في الحكومة العراقية الإنتقالية عندما يرتكب أفعالاً جنائية خلال قيامه بوظيفته.

خامساً:

من المعلوم أن الأجهزة الأمنية للنظام السابق، كانت أجهزة قمعية لا تقم بحقوق الإنسان وزناً ولا تلقي لمصلحة الشعب بالأفديتها كان المحافظة على النظام ورموزه وسحق كل من يقف بوجهه معارضاً، وهذا ما حصل في الإنتفاضة الشعبانية، فلقد أراق النظام دماء العراقيين كما يراق الماء، لا بل إنه دفن الناس وهم أحياء، فيا لها من فاجعة. لقد جاء قانون إدارة الدولة العراقية متحسناً لمشاعر العراقيين تجاه الأجهزة الأمنية المقبورة ولهذا قضى في المادة (٢٧/د) منه على أن تعمل دائرة الإستخبارات العراقية تحت السيطرة المدنية وتخضع للرقابة من الهيئة التشريعية وتعمل وفق القانون وبموجب مبادئ حقوق الإنسان المعترف بها.

سادساً:

يوجد في التشريع ما يسمى بـ (أعمال السيادة) وهي أعمال تقوم بها السلطة التنفيذية بناءً على الإختصاصات المخولة لها بموجب الدستور والقانون، والأعمال المذكورة لا تنفاد لرقابة القضاء أي أنهل حصينة من الرقابة القضائية إلغاءً وتعويضاً وفحص مشروعية وبالتالي فإن يد السلطة التنفيذية بشأنها طليقة من كل قيد ومن الأمثلة عليها إعلان الحرب والأحكام العرفية وعقد المعاهدات وإقامة العلاقات الدبلوماسية وغيرها الكثير.

إن أعمال السيادة من صنيع مجلس الدولة الفرنسي، إبتدعها على غير مثال إستجابةً لظروف تاريخية معروفة ومن فرنسا تسللت إلى الدول الأخرى لتتنص عليها في تشريعاتها بإعتبارها إستثناءً على مبدأ المشروعية، إلا أنها في واقع الأمر وصمة في جبين القانون العام ودم مسفوح على الثوب الأبيض لمبدأ المشروعية، فلقد إتخذت ذريعةً لتمرير قرارات خطيرة صدرت عن شهوة جامحة لبعض الحكام فكانت حصيلتها دماراً وتخريباً وهدماً. لقد توارى النظام السابق خلف أعمال السيادة، أو قل إتخذ منها حصناً منيعاً ومنطلقاً لرمي سهام الغدر صوب الدول المجاورة عندما إخرقها بحروب ظالمة راح ضحيتها الملايين من الأبرياء ولم يكن أحد يجراً للتعرض لتلك القرارات أو مناقشة مشروعيتها لأنها من أعمال السيادة و أعمال السيادة بنجوى من كل رقابة.

كما ان النظام السابق قتل أو تسبب بقتل ستة ملايين عراقي بدون وجه حق، أي بما يزيد على ربع سكان العراق وهذه الجريمة الشنعاء تمت تحت ظلال أعمال السيادة، فيا لها من أعمال قبيحة جلبت إلينا الويل والثبور.

إن من يمعن النظر الدقيق في مواد قانون إدارة الدولة العراقية لينتزع منها حكماً مؤداه أن كل أعمال السلطة التنفيذية تنقاد لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً وبالتالي لم يبق من عين أو أثر لأعمال السيادة، وهذه مفخرة كبيرة وكسب عظيم، فحسب أحكام المادة الثانية والعشرين من القانون فإن قيام أي مسؤول في الدولة بتجريد شخص أو جماعة من الحقوق التي ضمنها القانون أو أية قوانين عراقية اخرى نافذة يكون لهذا الشخص أو تلك الجماعة الحق بالإدعاء ضد ذلك المسؤول للتعويض عن الأضرار التي سببها هذا التجريد ولتثبيت الحق ولإبتغاء أية وسيلة قانونية اخرى.

وهذا يعني يقيناً فتح دعوى التعويض في مواجهة أعمال المسؤولين في الدولة المخالفة للقانون حتى لو إنطبق عليها وصف عمل السيادة، لأن تقرير المسؤولية جاء بنص مطلق لم يقيد.

هذا من طرف ومن طرف آخر فإن المادة السابعة من القانون إعتبرت الإسلام دين الدولة الرسمي ومصدراً للتشريع ومنعت سن قانون في المرحلة الإنتقالية يتعارض مع ثوابت الإسلام المجمع عليها.

ومن وجهة نظرنا أن النص المذكور لا ينصرف إلى القوانين التي يتم تشريعها في المرحلة الإنتقالية حسب، بل يرتد بحكمه ليستولى على النصوص القانونية النافذة وقت تشريع قانون إدارة الدولة العراقية فأى تعارض مع ثوابت الإسلام المجمع عليها أياً كان مستقره ومقامه يعد معدوماً وساقطاً ليس بذى أثر، وتأسيساً على ذلك نقول أن الشريعة الإسلامية لا تعترف بأعمال السيادة ولا تقر لها وجوداً فكل أعمال الدولة وأياً كان وصفها وطبيعتها منقادة لرقابة الشعب والقضاء تمام الإنقياد، وهناك في بطون الكتب أمثلة زاخرة تؤكد أن الدولة الإسلامية دولة قانونية، يخضع فيها الحكام والمحكومون لأحكام الشرع والقانون.

زبدة البحث أنه إذا كان ثابتاً في الإسلام ثبوتاً لا يهتز، بأن أعمال الدولة جميعها تخضع لرقابة القضاء وإنه لا وجود لما يسمى بـ (أعمال السيادة) فإنه يمكن القول وهو

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الحق، أنه لا مفعول للنصوص القانونية الموجودة في قوانيننا النافذة قبل صدور قانون إدارة الدولة العراقية والتي قضت بإستثناء أعمال السيادة من رقابة القضاء، فتلك النصص وأشباهها مينة لا حياة لها بعد اليوم، فكل عمل يقوم به مسؤول في الدولة، يمكن مهاجمته بدعوى الإلغاء وطلب التعويض عن الأضرار المتولدة عنه ولو كان وصف عمل السيادة مستولياً عليه.

سابعاً:

الإضراب كما هو معلوم حق ولكنه ليس سائباً، فالقوانين تنظمه لكي تكون ممارسته نافعةً طيبة الثمار. لقد إعتبر قانون العقوبات لسنة ١٩٦٩ المعدل الإضراب جريمة ونص على معاقبة المشتركين فيه وهذا يرتطم بحقوق الإنسان المكفولة بالمواثيق والمعاهدات الدولية، أما قانون إدارة الدولة العراقية فإنه جاء ليقر للعراقي ويعترف بالحق في التظاهر والإضراب سلمياً على وفق القانون وبهذا توافق مع التشريعات الحديثة، لأنه لا محيص من إقرار الحق المذكور.

ثامناً:

من السلطات العامة التي نص القانون على تأسيسها (الجمعية الوطنية) مهمتها الرئيسية تشريع القوانين والرقابة على أعمال السلطة التنفيذية. إن البرلمان في الدول المرندية ثوب الديمقراطية تمارس رقابة فعالة على أعمال السلطة التنفيذية وهذه الرقابة تأخذ صوراً مختلفة فقد تكون عن طريق السؤال أو الإستجواب أو التحقيق أو إصدار الأوامر بحضور المسؤولين للمثول أمامها، وقد يصل الأمر إلى حد سحب الثقة من الحكومة فتضطر للإستقالة وهذا لعمري ضمان متين يضمن إحترام السلطة التنفيذية لأحكام القانون فلا تجرأ على إختراقه بناءً على زعم موهوم.

لقد نص قانون المجلس الوطني (المنحل) لسنة ١٩٩٥ على إحكام الرقابة البرلمانية التي كان يمارسها المجلس في مواجهة أعضاء السلطة التنفيذية ولكنها كانت رقابة مهزوزة تميل مع كل ريح، فكل ما تتوصل إليه من نتائج، ترفع إلى رئيس الجمهورية، إن شاء أبرمها وإن شاء نفخ عليها فتصبح كالعصف المأكول.

إن قانون إدارة الدولة العراقية جاء متماشياً مع أحدث القوانين الوضعية عندما أرسى اسساً للرقابة البرلمانية لا تهتز، فلقد أجاز للجمعية الوطنية ولجانها حق إستجواب



المسؤولين التنفيذيين بما فيهم أعضاء مجلس الرئاسة ومجلس الوزراء وبضمنه رئيس الوزراء أو أي مسؤول أقل مرتبة في السلطة التنفيذية، وهذا الحق يشمل أيضاً التحقيق وطلب المعلومات وإصدار الأوامر بخصوص أشخاص للمثول أمامها كما أن لها الحق بسحب الثقة من رئيس الوزراء أو الوزراء مجتمعين أو منفردين وفي حالة سحب الثقة من رئيس الوزراء تتحل الوزارة بأسرها.

إن الأحكام المذكورة فائقة الحُسن، لأنها ستضمن رقابة برلمانية صارمة على أعمال السلطة التنفيذية وفي ذلك تحقيق لدولة القانون.

تاسعاً:

توجد في دول العالم المتقدم رقابة على دستورية القوانين فالقانون المخالف للدستور يستحق الهجوم عليه وطلب إلغائه أو وقف تنفيذه على وفق شروط معينة، وبذلك يستقيم النظام القانوني في الدولة. إن دستور سنة ١٩٧٠ لم يأخذ بنظام الرقابة على دستورية القوانين وهذا لم يكن مستغرباً، لأن الحاكم المستبد لم يرضَ لإرادته تقييداً، أما قانون إدارة الدولة العراقية فقد جاء بنظام حسن للرقابة على دستورية القوانين عندما قرر في المادة (٤٤/أ) منه تشكيل محكمة في العراق بقانون تسمى (المحكمة الاتحادية العليا) محددًا اختصاصاتها على وجه الحصر ومانحاً إياها سلطة إلغاء أي قانون أو نظام أو تعليمات أو إجراء غير متفق مع أحكام القانون، كذلك نصّ على جعل القضاء سلطة مستقلة منتزعةً إياه من وزارة العدل وملزماً الجمعية الوطنية بمنحه ميزانية مستقلة ووافية، كما نص على مبدأ عدم قابلية القضاء للعزل وهو مبدأ محمود تبنته أغلب التشريعات المعاصرة.

عاشراً:

لقد بلغ إهتمام القانون بحقوق الإنسان مبلغاً عظيماً ولهذا نص على وجوب تشكيل هيئة وطنية لحقوق الإنسان لغرض تنفيذ التعهدات الخاصة بالحقوق المبينة في القانون وبالنظر في الشكاوى المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان، وهذا ضمان مضاف إلى الحقوق والحريات العامة، وكل إضافة في الضمانات من شأنها تمكين المواطن من التمتع بحقوقه وحرياته ورد غائلة السلطة العامة.

إن المزايا المسطرة في هذا البحث لقانون إدارة الدولة العراقية تشكل مكاسب ثمينة للشعب العراقي المحروم ولكنها ليست منتهى الطموح وعلى هذا فإن على الجميع أن

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

يعملوا على تطوير القانون المذكور وذلك من خلال إلغاء أو تعديل النصوص المتهاكمة فيه والتي تعترض مصلحة البلد وتعيق حركته إلى الأمام، وما هذا على الخبرين بعزير.

## ٢٢ - الفكر الدستوري العراقي بين الماضي والمستقبل

الدكتور سامر الناصر\*

من الخطأ التجرد بالحديث عن السياسة، والأبشع النعت بمشاكل وأزمات السياسة؛ إنما الحديث عن السياسيين ومشاكلهم وما تجر من أزمات. فمشاكل كل العالم إنما هي مشاكل رجال السياسة، وما يقرون من أزمات تُنتع بها السياسة خطأً. فمشاكل وأزمات الزمن إنما هي مشاكل البشر وأزماتهم وليست بأزمات يأتي بها الزمن بذاته؛ وإنما مشاكل ونزاعات المجتمعات ببعض لعة تغدق بها النفوس، لتظهر من مجتمع لآخر لأسباب جهل سياسي بين العاملين على السياسة، خلل إجتماعي بين أفراد المجتمع، أو سوء تمغنط معياري بين ألوان البشر التي تحتك بعض ببعض. إنما كل ذلك يرجع لسبب واحد فقط، أزمات البشر إنما تأتي من جاهل يجهل الأمور بحد ذاته فيخضع لجهله، ومفتعل يدعي علمه بغير علم فيسخر جهل الآخرين لخدمة مصالحه القائمة على فكرة خاوية الفحوى فيغرق بها نفسه وذويه من باقي أفراد المجتمع في هاوية التضخم الفكري العسير. جذور الأزمات إذاً لهما جذرين، كل منهما على جنب الأول الجهل الأصيل والثاني الجهل المقنع بعلم مفتعل وذاك هو التضخم الفكري.

المبحث الأول: القانون الأساسي العراقي ١٩٢٥ والدستور البعثي المؤقت ١٩٧٠:

لنسترسل إذاً بتسليط الضوء على تجارب العراق الدستورية قبل التبحر في مرارة

---

\* ستاذ مقيم للقانون الدستوري بجامعة القديس بطرس بمدريد.

الواقع الدستوري العراقي الذي صب في قانون إدارة الدولة الانتقالي لسنة ٢٠٠٣. ذلك إن الغالب يعتقد أن للعراق تأريخاً من عدم، وأن تجارب العراق الدستورية لم تعرف النظرية القانونية، التقنية قط، ومن راح بذلك المضيق إنما قد أخطأ. فإنما أول دساتير الدولة العراقية الحديثة الذي أنعم ولايات الدولة العثمانية الثلاث "البصرة، بغداد والموصل" بنعيم الدولة الحديثة عقاب الظلام الفكري العثماني قد عبر عن مغازل نظرية جمة. فبالرغم من استيراد الدستور من مجلس الأعيان البريطاني، بالرغم من أنكلوسكسونية مفكري النص الدستوري، بالرغم من حلزونية النص المترجمة بين الإنجليزية والعربية إلا أن القانون التأسيسي العراقي لسنة ١٩٢٤ الصادر سنة ١٩٢٥ لهو خير دليل دستوري عراقي، عربي، شرق أوسطي وعالمي على الإطلاق.

فبالرغم من تناسي هذا النص المسكين بين منابر الفكر الدستوري الحديث، إنما لهو ثالث دستور عالمي حديث أقر بوجود محكمة دستورية بناء على المعيار الكلسني ودون الأخذ بنظرية كلسن لا من قريب ولا بعيد. ففكرة المحكمة الدستورية المتجسدة بنظرية كلسن في دستور النمسا ١٩١٩، والدستور اليوغسلافي ١٩٢٢، إنما لجاء القانون الأساسي العراقي ١٩٢٥ لينص على محكمة دستورية تصون نصوص الدستور، تؤازر معايير السلطات وتقويم مصالح المؤسسات الدولية دون أن تؤثر فيها مدرسة فينأ لا من قريب ولا بعيد. فحيثما أثار كلسن ثورة المحكمة الدستورية في شرق أوروبا، كان النظام الأساسي العراقي في حيز الكتابة في غربها ليتفق كلا الفكرين على مبدأ واحد دون وجود أدنى دليل يدل على علاقة هذا بذاك. وإنما بهذا لرد هو الآخر على قدرة الفكر الأنكلوسكسوني على التعبير بمعايير قارية بطريقة أثبتت جدارتها في العراق زهاء ٣٥ سنة بين ١٩٢٥ و ١٩٥٨.

دولة العراق الحديثة منذ تأسيسها العملي، القانوني سنة ١٩٢٥، حتى سنة ١٩٥٨ حيث سقطت بالسطو العسكري إنما مرت بخير عصورها الدستورية لتتلوها فترة السبات الدستوري ١٩٥٨ حتى ١٩٧٠ بصدور دستور البعث المؤقت ومن ثم سقوط هذا ببزوغ الهد الجديد في نيسان ٢٠٠٣. حيث مر العراق بمرحلة مجهولة المعايير منذ ٩ نيسان ٢٠٠٣ وحتى ١٦ مايس ٢٠٠٣ دون أن تحكمه أي معايير سياسية، قانونية، ولا حتى عسكرية كان من الأجدر بسلطات الاحتلال الإفصاح عنها.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

أي إنما للعراق لحقتان دستوريتين، الأولى تلك التي بلورها النظام الأساسي ١٩٢٥ – ١٩٥٨، والأخرى التي جاء بها فكر البعث ١٩٧٠ – ٢٠٠٣، أي كلاهما متناضرتا المكابيل ٣٣ سنة لكل منهما.

بيدما تطرقت المواد الأولى من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ إلى الإفصاح عن حقيقة الدولة العراقية كدولة ذات سيادة، مستقلة، حرة، ملكها لا يتجزأ ولا يتنازل عنه، ذا حكومة ملكية ذات طابع نيابي؛ راح دستور البعث المؤقت لسنة ١٩٧٠ ليعبر عن أن العراق جمهورية شعبية ذات سيادة هدفه تحقيق الدولة العربية الواحدة وإقامة النظام الاشتراكي؛ مصدر سلطاتها الشعب، دينها الإسلام، وهو جزء من الأمة العربية حقوق الأقليات فيها مكفول ضمن حدود الوحدة الجماعية للعراق.

حيثما إسترسل النظام الأساسي الملكي لينص على حقوق العراقي بالجنسية العراقية، تنظيمها بموجب القانون، منع نزعها، مساواة حامليها ببعض من حيث الحقوق والواجبات داخل حدود المملكة، منع النفي خارج الحدود والتجاوز على حرمان الأفراد؛ إستبخل دستور البعث على النص بأن القانون يكفل تنظيم الجنسية العراقية.

وبينما حكم دستور البعث على أن العربية هي لغة الدولة الرسمية، لم ينص النظام الأساسي الملكي على ذلك كلغة رسمية مُحكمة للدولة، بل نصت المادة ١٧ على أن العربية هي اللغة الرسمية سوى ما نص عليه بقانون خاص؛ تاركاً الأمر اللغوي لمعيار الزمن وإرادة المشرع الاعتيادي للاعتراف بلغة على حساب أخرى إلى جانب العربية لفئة ما من فئات المجتمع؛ ذلك إضافة إلى نص المادة ١٦ من النظام الأساسي على حقوق الطوائف كافة بإقامة مدارس تعلم فيها لغاتها والاحتفاظ بها ضمن المنهج التعليمي العام للدولة، لم ينص الدستور ألبعثي على حق واحد من هذه الحقوق بالرغم من الاعتراف بالكردية كلغة محلية لكردستان العراق. وبالرغم من أن أحكام المادة ١٣ من الدستور الملكي تطرقت إلى حيثية الإسلام كدين رسمي للدولة: "وحرية القيام بشعائره المألوفة في العراق على اختلاف مذاهبه محترمة لا تمس، وتضمن لجميع ساكني البلاد حرية الاعتقاد التامة، وحرية القيام بشعائر العبادة، وفقاً لعاداتهم ما لم تكن مخلة بالأمن والنظام، وما لم تناف الآداب العامة"؛ أقتصر الدستور ألبعثي بالنص في مادته الرابعة على أن "الإسلام دين الدولة".

إنما من فضائح الفكر وفلسفة القانون تلك التي جاء بها الفكر ألبعثي بتسخير الملكية الفردية لحساب المجتمع، حيث نصت المادة ١٦ على أن "الملكية وظيفة اجتماعية تمارس في حدود أهداف المجتمع ومناهج الدولة، وفقا لأحكام القانون" ليحيل الموقع الأعرابي للملكية من سالفه لوجود الدولة والقانون، إلى تالية لهما، بل ومسخر لمصالحهما. فحيثما سبب وجود الدولة الحديثة، ونبوء الفكر الاجتماعي يعود لمصلحة الفرد في الحفاظ على ملكيته الفردية، اللجوء لحياة الجماعة للتعاقد بالدفاع عن نفسه، أمنه الشخصي، الفكري، والمالي ليجر فيما بعد إلى بذور بذرة المجتمع التي بزغ عنها فكر الدولة الحديثة، المنظمة والمقننة التي إنما جاءت لتعترف بما هو سالف الوجود عنها: الملكية الفردية، الأمن الشخصي، حقوق الخصوصية وحرمة الجسد لتجسد نظرية الدولة التي بلورت نفسها عن غيرها من نظرية القرصنة الاجتماعية ومجتمعات المافيا. فبالرغم من تطرق النظام الأساسي الملكي الى المنع البات لمصادرة الأموال وتنظيم الملكية بقوله أن "حقوق التملك مصونة، فلا يجوز فرض القيود الإجبارية، ولا حجز الأموال والأموال، ولا مصادرة المواد المصنوعة، إلا بمقتضى القانون. أما السخرة المجانية، والمصادرة العامة للأموال المنقولة وغير المنقولة، فممنوعة بتاتا. ولا ينزع ملك أحد إلا لأجل النفع العام في الأحوال وبالطريقة التي يعينها القانون، وبشرط التعويض عنه تعويضاً عادلاً".

#### المغالطات الفكرية بين دستور البعث المؤقت والنظام الأساسي الملكي:

نلاحظ أن الدستور ألبعثي المؤقت لسنة ١٩٧٠ قد تطرق لعرض جملة مَطوِّلة من الحقوق لم يتعرض لها مُشرِّع النظام الأساسي لسنة ١٩٢٥ بسبب تطور الفكر القانوني في حقبة ما بعد الحرب الثانية وبزوغ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨؛ لكن بالرغم من الجملة المفصلة والمطولة من الحقوق التي أعلن عنها دستور ١٩٧٠ بالمساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات، تكافؤ الفرص، براءة المتهم حتى إدانته "القانونية"، حق الدفاع، شخصية العقوبة وقانونيتها، عدم رجعية القوانين العقابية، منع التعذيب الجسدي على الأفراد، عدم جواز الحبس والتوقيف إلا بموجب القانون، حرمة المنازل ضمن حدود القانون، سرية المراسلات إلا ضمن الحدود القانونية لضرورات العدالة والأمن، حرية السفر والتنقل إلا بحدود القانون، حرية الممارسة الدينية إلا بحدود القانون، الحرية السياسية، النقابية والتعبير عن الرأي بحدود النهج الثوري التقدمي للقانون

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

والدستور...الخ. ذلك على حساب النظام الأساسي الملكي الذي منع قطعاً انتهاك حرمان المنازل، سرية المراسلات، وتنقل الأفراد بين أصقاع البلاد، بدخولهم إليها وخرجهم منها دون قيد أو شرط قانوني.

في الديمقراطية والحرية:

إنما الفرق بين أن تكون الحرية منظمة بموجب قانون، وأن تكون ممارسة الحرية منظمة بقانون لفرق شاسع بين الأمر والآخر وما بين هذا وذاك من مقارن لامن قريب ولا بعيد.

فأن تكون الحرية منظمة بموجب قانون ذلك يعني إن الحرية كمؤسسة قانونية سألقة على وجود القانون إنما ليأتي القانون لينظم ممارستها حتى لا تحتك حرية بأخرى، فإنما لكل فرد ممارسة حرية واحدة فقط في حقبة زمنية ما، فمن أراد التعبير عن رأيه لا يمكنه ممارسة حرية التنقل بنفس الوقت الذي هو في حيز التعبير عن رأيه؛ ومن شاء ممارسة حرية التظاهر لا يمكنه ممارسة حرية الخروج من البلاد بنفس الوقت. فإنما الحريات منظمة بموجب القانون حتى لا يحتك حيز حرية بأخرى، فمن شاء التظاهر ليس له أن يقطع الطريق فيقلل من حقوق غيره في التنقل، وليس له من أن يصرخ فيعكر حرية غيره في اختيار ساعة سباته من ساعة عمله...الخ. أي أن القانون ليأتي فينظم الحريات بغية حمايتها وتعايشها.

وأما أن تكون الحرية منظمة بقانون فذلك أن يخلق القانون حرية فيأتي ليرص مبادئها ويفلقل من معاييرها كخالق لخالقه. فإنما تتعلق الحرية بالقانون لا القانون بالحرية. فذلك ما جاء به دستور البعث، قائمة طويلة من الحقوق والضمانات الدستورية للحريات الفردية المنظمة بقانون، لينتهي النص فينص على القوانين تصدر بناء على سلسلة من السياق السياسي المغلق بين مجلس قيادة الثورة والمجلس الوطني الناطق بأسم مجلس قيادة الثورة؛ ومن ثم بإغداق القوة القانونية على قرارات رئيس الجمهورية بموجب تعديلات ١٩٩٢ وما تلتها. الحرية، كما سبق وأن عرفناها هي "معيار ليشعر الفرد به، وبشعوره بأن بابه لن يقرع بلا سبب، أن طريقه لن يقطع بلا مبرر، أن حريته لن تسلب بلا محقق، وان ناموس حياته اليومي لن ينقلب بين ليلة وضحاها بلا وجهة نظر وقوانين منه تصدر وبسابق علم؛ الحرية هي أن يشعر الفرد أن أمواله لن تسلب بلا قانون يضمن التدرج في

النفاذ، أن الضرائب لن ترفع إلا تدريجياً، أن قيمة النقود التي يحمل لن تسلب بانقلابات اقتصادية مفاجئة، الحرية أن يشعر الفرد أن له حل الخيار بين التجوال أو البقاء، بين السفر أو الرجوع، الحرية هي أن يشعر الفرد انه لن يسأل بلا ميرر، بلا موجه، الحرية أن يدري الفرد بكل فقرة ومعيار في القانون غداً عليه الرضوخ إليه، الحرية أن لا تسري أحكام قضاء في قضية على أخرى، الحرية أن يجد الفرد عون الجماعة كي يشق طريقة في الحياة، وان يعينونه حتى الممات حراً وبشرف. هذه هي المعايير الفلسفية التي إن تغاضى عنها الدستور بات مجرد قانون لتنظيم السلطة بشكل محكم، خالياً من أي مفهوم من مفاهيم دستور فلسفي<sup>1</sup>.

في الديمقراطية والأحزاب السياسية:

حتى مفهوم الأحزاب السياسية، لاحظ، في دستور البعث المؤقت يتطرق فيسرد في المادة ٢٦ أن:

"يكفل الدستور حرية الرأي والنشر والاجتماع والتظاهر وتأسيس الأحزاب السياسية والنقابات والجمعيات وفق أغراض الدستور وفي حدود القانون. وتعمل الدولة على توفير الأسباب اللازمة لممارسة هذه الحريات التي تنسجم مع خط الثورة القومي التقدمي".

إنما قد حوّل فكرة التعددية السياسية لتنسجم مع خط الثورة، ليختزل كل ما هو خارج عن هذا السياق بعيداً عن المجموع الثوري. إنما المشرع الدستوري أبعثي أسهب في الدفاع عن نفسه ليبتعد عن المفهوم الحقيقي للديمقراطية، ذاك أن الديمقراطية هي ليست الغنيمة الجماعية ضد الأقلية، إنما هي مجموعة الضمانة المؤسساتية التي تأتي لتحقيق فيما بين الوحدة الجماعية والسبب الموضوعي للجماعة بناء على مجموعة المغالطات الاجتماعية لتبادلها بالحرية، إنما الديمقراطية لهي سياسة الاعتراف بالآخر ومراعاة

<sup>1</sup> أنظر سامر الناصر، لنقنن دولة في العراق، ترانيم ٢٠٠٣، كتاب الكتروني عن التجمع العراقي الأوربي للقانون العام، الفصل الرابع، صفحة ٦٣، متوفر على الأنترنت في الموقع . <http://www.iespana.es/reidp/ebook/ebooksamer1.htm>



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

حاجاته"<sup>٢</sup>. ذاك أن النظرية البعثية لم تعالج تيارات الضد والمعارضة السياسية معالجة ديمقراطية صرفة، إنما عالجت معالجة عسكرية بعيدة عن الواقع الاجتماعي لتحول المجتمع إلى ساحة معركة، المعارض إلى عدو، والمعارض من أجله إلى خائن؛ إنما الحياة السياسية التي حصلت تحصيل المعارضة والمغالطة بين الجماعات المسيطرة على القرار في المجتمع والرجوع إلى مفاهيم أخلاق اجتماعية في المعايير الجماعية لتدافع عن مصالح الأغلبية المسيطرة أو الأقلية المسيطر عليها، لتتفاعل هكذا في سبيل النمو الاجتماعي. الديمقراطية قطعاً هي ليست مجرد إجراءات ومؤسسات، إنما هي الإرادة والسلطة الاجتماعية لتسخر الدولة القانونية خدمة لمصالح المحكومين، وليس كما يفهمها مفكرو السياقات الإدارية والمؤسساتية"<sup>٣</sup>.

الديمقراطية والأحزاب السياسية مفهومان لا ينفصل أحدهما عن الآخر، فما من ديمقراطية بغير أحزاب سياسية ولا من أحزاب سياسية بغير ديمقراطية. إنما هي مجرد فرضية جدلية تلك التي تسترسل بإيجاد ديمقراطية بلا أحزاب سياسية، يقول كلسن، ذاك أنه من الواضح أن الفرد الذي يحيا منعزلاً عن المجتمع يفتقر لأي صنف من أصناف التأثير في الإرادة العامة غير الموجودة في وحدته من وجهة النظر العملية، حينئذ الديمقراطية ممكنة بلا أحزاب سياسية. الديمقراطية إذاً لا يمكن أن تقوم إلا إذا تحزب أفراد المجتمع بجماعات بناء على مصالح وأفكار تجمع بعضهم ببعض داخل مضلة الدولة الجماعية لتميل كل جماعة من هذه الجماعات لتتبارك لتتبارك من المصالح ضمن مجموع المجتمع فيلمسها المواطن يومياً وينقلها لأبنائه من جيل لآخر<sup>٤</sup>. حيث فيها المفهوم يقوم على أساس الحريات الفردية، الشخصية، والاعتبارية لكل فرد على حدة داخل مجموع المجتمع، الديمقراطية الاجتماعية هي التي توازن حقوق الإنسان الفردية داخل المجتمع بينما الديمقراطية السياسية هي كل العكس عن ذلك فهي التي تعالج حقوق المجتمع جماً لا تفصيلاً، فتتظن لحقوق المجتمع على حساب الفرد، وإنما لتسخر حقوق وحريات

<sup>٢</sup> أنظر Alain Touraine بالفرنسية في كتاب *Qu'est-ce que la démocratie?*، باريس، Fayard، ١٩٩٤، صفحة ١١ و ١٢. حيث يكال قوله أن لإيجاد الديمقراطية يجب العثور على ميكانيكية تحول دون هيمنة القوي على المعايير الديمقراطية على حساب الضعيف في المجتمع، الديمقراطية هي سياسة توازن.

<sup>٣</sup> أنظر Alain Touraine، المصدر السابق صفحة ٣٨.

<sup>٤</sup> أنظر Hans Kelsen، بالفرنسية، في *La Démocratie*، صفحة ٢٨.

الفرد لصالح حقوق وحريات مجموع المجتمع؛ تلك هي الديمقراطية التي جاء بها فكر البعث البادي، ديمقراطية سياسية جعلت من حرية الفرد وسيلة لبلوغ غايات النظام السياسي الجماعي، وهو عكس ما يجب بالضبط<sup>٥</sup>.

بيد أن مفهوم الديمقراطية هو مفهوم غير منفصل عن الحرية، فلا حرية بلا ديمقراطية ولا ديمقراطية بغير حرية<sup>٦</sup>. إلا أنه يجب التمييز بين ما هي ديمقراطيةً سياسية تحل مشاكلها وخلافاتها في المناظر الأكاديمية وتلك الديمقراطية الاجتماعية التي لا مفر لها إلا أن تصب في حوض المجتمع<sup>٧</sup>. المجتمع الديمقراطي، بخلاصة القول، هو ذلك الذي يستثني أي شكل من أشكال التمييز بين أصنافه للنظر في مصادر الحياة الاقتصادية؛ حيثما الثروات فيه ليست مصدر من مصادر التأثير والضغط السياسي بين صنف وآخر من أصنافه؛ حيثما الطبقة العاملة فيه ميسرة لتعمل بطمأنينة؛ حيثما أي فرد من أفراد ميسر لينال أي نوع من أنواع الحماية الاجتماعية لما قد يطرأ على حياته المستقبلية من مخاطر. الديمقراطية الاجتماعية هي التي تنظر في تأسيس عدالة بين الأفراد تضمن لهم حرية نظرية لا جدل فيها<sup>٨</sup>. بحيث أن مفهوم العدالة داخل المجتمع هو كمفهوم مشابه تماماً لمفهوم النظام بمختلف معطيات الواقع الاجتماعي؛ ولفهم فكرة التنظيم الاجتماعي هذه إنما يجب النزول عند تلك الأفكار الكلاسيكية للتنظيم الاجتماعي التي تحتاج لا محالة لبلوغ مستوى رفيع من العلم والدراسة الفكرية لتنظيم علاقة الأشياء والمعطيات الاجتماعية بإسهاب وتمعن لضمان التعايش والتبادل المستمر بالمصالح بطريقة ميكانيكية غير قابلة للخطأ<sup>٩</sup>. بيد أن بلوغ مستوى رفيع من العلم والدراسة داخل المجتمع لا يعني ذلك المعنى الخاطيء بالتفلسف داخل المجتمع؛ إنما التفقه بمجموع المعطيات والتعابير الفكرية المترجمة

<sup>٥</sup> أنظر نص المادة ٢٦ من دستور البعث المؤقت لسنة ١٩٧٠ حيث يقول أن "يكفل الدستور حرية الرأي والنشر والاجتماع والتظاهر وتأسيس الأحزاب السياسية وال النقابات والجمعيات وفق أغراض الدستور وفي حدود القانون. وتعمل الدولة على توفير الأسباب اللازمة لممارسة هذه الحريات التي تتسجم مع خط الثورة القومي التقدمي".

<sup>٦</sup> أنظر في مفهوم الحرية لدى العميد Georges Burdeau بالفرنسية في كتاب *La Démocratie*، Édition du Seuil، باريس ١٩٥٦، صفحة ١٥.

<sup>٧</sup> العميد Burdeau في المصدر السابق، صفحة ٦٣.

<sup>٨</sup> العميد Burdeau في المصدر السابق، صفحة ٦٨.

<sup>٩</sup> أنظر البروفيسور Elío Gallego بالأسبانية في كتاب *Tradición Jurídica y Derecho subjetivo* في مطبعة Dykinson، مدريد ١٩٩٩، صفحة ٢٤.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

من معطيات وتعايير كل شريحة وفئة من فئات المجتمع جملة، ذاك التراكم الإجمالي إنما هو جملة الفكر أو الفلسفة الاجتماعية النافذة داخل مجتمع ما في موقع ما وزمن محدد. إنما نهض الفكر البعثي من تلك المبادئ الماركسية الواهية، تلك التي صممت الشعب على الوحدة الاجتماعية داخل حلزون تحطيم المعالم المميزة لفئات المجتمع ومن ثم لأقامه ما سمته نظرية لنين بدكتاتورية الطبقة العاملة لتحكم المجتمع بالمجتمع لحساب مصالحها المتقاعسة عن الاعتراف بحرية وحيثية كل فئة من فئات المجتمع على حدة. بينما الديمقراطية الغربية، تلك التي بنت نفسها عقب الحرب الثانية في القارة الأوربية، هي تلك التي تفاعلت مع الإرادة الشعبية مختلفة المعايير بناء على فكرة حكم الأغلبية لمصالح الأقلية عن طريق الأقلية المختارة من قبل الأغلبية للوصول إلى حاجات وحماية مصالح الأغلبية مراعاة بمصالح الأقلية. بينما الديمقراطية الأمريكية، هي تلك التي ترعرعت في أفكار الحياة الأمريكية حيث أن الإرادة الفردية ما تخضع لإرادة سلطة قط، إنما وجدت السلطات لحماية الإرادة الفردية لكل فرد داخل المجموع ولتنظيم ميكانيكية كل إرادة بأن لا تحتك بأخرى، لا بمجمل الإرادات داخل المجتمع؛ ذاك بناء على أساس الثقة الجماعية بإرادة كل فرد ودعم المجتمع لبلورة وتشجيع الإرادة الفردية في الظهور والنمو بناء تلك الفلسفة التحررية الأمريكية إنما لهو راجع لأسس فكرية وروحانية في بناء شخصية كل مواطن داخل مجموع المجتمع<sup>١٠</sup>.

إنما الديمقراطية نوعان، المفتوحة والمغلقة. الديمقراطية المغلقة هي تلك التي تسعى لإقامة سلطة سياسية مرفهة إعتباراً من التوجه لحل المعضلات السياسية والخلافات الناشبة عن تضارب إرادات الأفراد داخل المجتمع دون التمعن بإعطاء صورة واضحة لمعالم فكرها السياسي، إذ تظهر بوسام الإدارة المُصلح للمشاكل السياسية الناشبة في حياة المجموع.

ديمقراطية السلطة المفتوحة هي التي تبدو على أساس إيجاد الحل الأسلم للمتغيرات والمعضلات السياسية الناشبة بين عموم المحكومين بناء على حاجاتهم ومتطلباتهم الموضوعية. في ديمقراطية السلطة المفتوحة إنما تحكم إرادة المجموع لتظهر السلطة

<sup>١٠</sup> أنظر أعميد Burdeau، المصدر السابق، صفحة ١٠٤ في الديمقراطية التعددية.

مجرد منفذ للإرادة العامة دون أن تكون لها يد فعالة في تغيير معطيات القرار مهما صعب تنفيذه. إنما فيها ما هو مؤازر وما هو معارض، كل الأفكار فيها مقبولة على حد سواء، إنما يهم الصدى التمثيلي لكل فكرة داخل المجتمع، فكرة الأغلبية المؤازرة لازمة للتنفيذ وفكرة الأقلية المعارضة مدعوة للتمعن والقناعة وإلا فهي محترمة على حد سواء؛ حتى إن إرادة الأقلية المعارضة مدعوة لبلورة فكرتها لحين بلوغ لحظة الانقلاب السياسي لتظهر وتبلور وجودها في حيز الفكر الجماعي ومصدر القرار تعبيراً عن إرادة ومصالح ممثليها. نظرية ديمقراطية السلطة المفتوحة ليست حاصل تحصيل مفكر ولا منظر سياسي ما، إنما هي مجرد خلاصة التطور العملي لديمقراطية المشاركة الجماعية والسلام الاجتماعي التي جاءت لتبلور نفسها إعتباراً من مبدأ المصالحة فيما بين هيبة القرار الجماعي، والإرادة الفردية في الاحترام<sup>11</sup>.

إنما كل نظرية تحوّل سياسي حديثٍ لهيّ مدعوّة لتأسيس مؤسسات حماية الانفتاح الديمقراطي، وبنفس الوقت مؤسسات أخرى لبلورة هذا الانفتاح، مؤسسة حماية الانفتاح هذه ظهرت على شكل مؤسسات حكم دستوري "محاكم دستورية"، ومؤسسات بلورة الانفتاح الديمقراطي ظهرت إما على شكل مؤسسات مجتمع مدني لا تسعى للحكم، بل لبلورة فكرة المجتمع، وأخرى تسعى للحكم بفكرة بلورتها داخل المجتمع لتسمي نفسها حينئذٍ أحزاب سياسية.

في ديمقراطية السلطة المفتوحة ما نال من الأحزاب السياسية على رضا الأغلبية الجماعية راح للحزم على زمام السلطة، ومن لم ينل رضا الأغلبية راح للمعارضة. إنما قواعد اللعب الديمقراطي لتقتضي باحترام مبدأ التبادل هذا، فإن لم يرضى ممثل الأقلية بوصول ممثل الأغلبية للحكم كونه مناوئاً للسياسي لصار الأمر إلى انغلاق تقني وانحلت الديمقراطية إلى انفرادية وحرب أهلية. إنما دور المعارضة لا يقضي بالانعزال السياسي خلف الكواليس، إنما ليشكل إلى جانب الحكومة جزء لا يتجزأ من مصادر الحكم الجماعي اعتباراً من مصدر احترام الرأي الآخر، لكن بنفس الوقت باللجوء للبحث عن مصدر تسوية القرار بإرادة جماعية تضمن أعلى مستوى من مستويات القبول الاجتماعي للحيلولة

<sup>11</sup> أنظر في نظرية الديمقراطية المنفتحة والمغلقة لدى ألبير بورديو Burdeau في المصدر السابق، صفحة ١٤١ وما بعدها.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

دون الإنعطاف الى منعطفات التطرف والمحافظة على تعددية ألوان القرار الديمقراطي النافذ. إنما دور المعارضة ليكمن في الحيلولة دون تطرف السلطة بقرارات انفرادية، والابتعاد عن الرأي الجماعي، وعليه سُميت المعارضة في نظرية الحكم البرلماني الحديث بحكومة الظل التي تعمل على تصحيح قرارات وتصرفات الحكومة الخفية والعمل على مسؤولية السلطة السياسية بمفهوم يخدم معالم الانقلاب السياسي المعمول به كقاعدة من قواعد اللعب الديمقراطي القائم على التناوب الزمني على الحكم بناء على البحث عن مصادر السلطة غير القابلة للتعويض، ألا وهي الرأي العام. ديمقراطية السلطة المفتوحة والتعدد السياسي ليس من حاكم ومعارض فيها، إنما هي حلبة سباق فكري سبيلها بلوغ أعلى مراتب الرضا الجماعي، وسيلتها معايرة حذافير كل فرد على حدة داخل المجموع، هدفها بلوغ دعم الأغلبية وجزائها نيل مرتبة الحكم التي لا تعدو أن تكون دائمة، إنما تتطلب المداومة بنفس المنوال لبلوغ الرفاهية الجماعية التي ما هي إلا حاصل تحصيل الرفاهية الفردية المتراكمة.

جدير بالذكر التذكير بأن في ديمقراطية السلطة المفتوحة زمام السلطة ما هي في قبضة الأغلبية، ولا الأقلية؛ زمام السلطة ما هي تحت طائلة إدارية أو مؤسسية قط، إنما زمام السلطة يحزمها القانون فقط الذي هو لسان حال المجتمع، الأغلبية فيه مدعوة للحكم بناء على خطوط يرسمها القانون، والأقلية فيها مدعوة بحذو الخطى المرسومة بموجب نصوص القانون وتعابيره. في ديمقراطية السلطة المفتوحة إذا لا توجد دولة قانون، لا توجد حكومة قانون قط، إنما لتوجد الدولة والسلطة القانونية.

**المبحث الثاني: قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٣:**

#### **المطرق الأول: في النهج الوضعي للقانون**

لا ضير من التبحر قليلاً والعودة للحديث من جديد عن الدليل الدستوري. فكما أشرنا سلفاً<sup>١٢</sup> الدساتير لا تأتي من فراغ، ومن جاء بذاك الفكر إنما مردوده عليه لا محالة<sup>١٣</sup>. فإن

<sup>١٢</sup> أنظر سامر الناصر، في كتاب "النقنن دولة في العراق، تراجم ٢٠٠٣" الفصل السابع، صفحة ٩٥ وما بعدها.

<sup>١٣</sup> وإعني هنا كل من مدرسته النمساوية جملة وتفصيلاً تلك التي أقامت النظم القانون على شكل هرم يعلوه الدستور دون أن يستند لأي معنى نظري أو عملي لوجوده داخل المجتمع. أنظر في دحض نظرية كل من

ما نصت عليه ديباجة قانون الإدارة الانتقالي من "أن الشعب العراقي... ليفتقر بشكل كامل لإرادة المنادى عنه الشعب العراقي بالمشاركة في صياغة النص لا من قريب ولا من بعيد. فلا يمكن لكاتب هذه السطور أن يرص عبارات خاوية "بأسم الشعب العراقي، بإرادة الشعب العراقي، نيابة عن الشعب العراقي... فيقر جملة من البيانات والتعابير القانونية دون أن يتمتع بصفة النيابة القانونية السليمة عن المسمى عنه. إنما ليفتقر هذا النص لصحة دليل النيابة التي يدعيها عن الشعب العراقي، وإنما يتصدر النص هذه العبارة ويذيل النص بتوقيع ٢٥ فرد غير مسمى من قبل الشعب العراقي، ليفتقر لأي شكل من أشكال الدليل القانوني لصحة النص وتطبيقه، إنما لهو سطو على الإرادة وإكباح لتفاصيل التعبير الجماعي؛ وإنما قام على باطل لهو باطل جملة وتفصيلاً.

إنما على خلاف ما تصدرت تشريعات سلطة التحالف المؤقتة بالنص على:

"السلطات المخولة لي بصفتي المدير الإداري لسلطة الأئتلاف المؤقتة، وبموجب

القوانين والأعراف المتبعة في الحرب، وتماشياً مع قرارات مجلس الأمن الدولي

ذات الصلة، بما فيها القرارين رقم ١٤٨٣ و ١٥١١..."

لم يتصدر قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية هذا لأي إشارة أو سند قانوني سليم يدعم قيامه. فبالرغم من أن مجلس الحكم يستند شرعية وجود لأعتراف سلطة التحالف التي تستند بدورها لقوانين الحرب والأعراف الدولية، لم يتصدر النص بالقول أن بناء على صلاحيات مجلس الحكم المؤقت بموجب الصلاحيات المخولة عن سلطة التحالف القائمة بموجب القوانين والأعراف الدولية... الخ. إنما تصدر النص بالقول أن:

"الشعب العراقي الساعي إلى استرداد حريته التي صادرها النظام الاستبدادي

السابق، هذا الشعب الراض للعنف والإكراه بكل أشكالهما، وبوجه خاص عند

إستخدامهما كأسلوب من أساليب الحكم، قد صمّم على أن يظل شعباً حراً يسوسه

حكم القانون..."

إنما دليل الصحة مزور لا أصل له، فدليل وجود مجلس الحكم لم يكن دليلاً شعبياً، إنما

بموجب الاعتراف الرسمي عن سلطة التحالف القائمة بموجب الأعراف الدولية وقوانين

---

الوضعية لدى سامر الناصر في كتاب لنقنن دولة في العراق، ترانيم ٢٠٠٣، التجمع العراقي الأوربي للقانون العام، صفحة ٢٠ وما بعدها.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الحرب، وهذا ما يجرنا للخلاصة بأن قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية هو مجرد نص جدلي سطا لغة على استخدام مفردة قانون بغير ذريعة قانونية سليمة، والأتعس من إسترسال فسماه "دستور" بأي صيغة كانت.

إنما "النظام الديمقراطي النموذجي، هو ذلك الذي يتحرك من مبدأ الثقة الشعبية بتسمية أعضاء السلطة، دون أن يكتفي بذلك فقط، إنما بالسعي للمحافظة على ديمومة هذه الثقة بأسلوب أن يشعر الشعب أنه مالك السلطة والمستفيد من تصرفاتها<sup>١٤</sup>... ذلك أن ما من شعب يثق بمن يروم الهيمنة على صفة عليا على الشعب نفسه ليتملص من المسائلة والتعليل عن تصرفاته وأفعاله".<sup>١٥</sup>

به أود الإشارة إلى أن ظروف شتى جرت للإسراع بإعلان عن قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لم يلم مشرعه بزلات وأخطاء لا يغفر عنها ولا يمكن تجاوزها؛ وإنما جاء الإعلان للإسراع بنقل السلطة والإعلان عن تملص سلطة التحالف من المسؤولية.

فبالرغم من الخطأ الجوهرى الشنيع في طبيعة وجود النص في الحيز القانوني العراقي، إنما جسد النص بحد ذاته ليحمل خطأ أجم وأكثر تعقيداً بين نحوية صرفة، لغوية تجر إلى الخطأ والالتباس وأخرى جوهرية تقنية لا يمكن التغافل عنها؛ بيد أن حاصل التحصيل هو أن قانون الإدارة الانتقالي اليوم يسري كقانون عملي وما هو أجدر إلا التمعن بأخطائه لتفاديها والاستفادة من تجربته، إضافة إلى تلقين الدرس لمن عمل عليه.

من الجدير بالذكر أن كلا طريقتي وضع دستور ١٩٧٠ وقانون إدارة الدولة في المرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٣ متشابه تماماً. كلاهما إتخذ من قبل جماعات سياسية، الأول من قبل مجلس قيادة الثورة والثاني من قبل مجلس الحكم المؤقت؛ الأول ناطقاً بأسم الجماهير بغير صفة ووكالة شرعية والثاني بإسم الشعب العراقي بغير صفة قط. الأول قضى بمؤقتيته بناء على معطيات الفقرة أ من المادة ٦٦ الفاضية بأن "يعمل بأحكام هذا الدستور ريثما يصدر الدستور الدائم"، والثاني قضى بمؤقتيته هو الآخر بالنص في أحكام

<sup>١٤</sup> أنظر البروفيسور García de Enterría, Eduardo بالأسبانية في كتاب *Democracia, Jueces y Control de la Administración*، الطبعة الخامسة، Civitas، مدريد ٢٠٠٠، صفحة ١٠٦.

<sup>١٥</sup> أنظر البروفيسور García de Enterría, Eduardo المصدر السابق صفحة ١١٠.

الفقرة ب من المادة الثانية على أن "تنتهي المرحلة الثانية عند تأليف حكومة عراقية وفقاً لدستور دائم".

#### المطرق الثاني: في النهج اللغوي

إنما سواء أينما وردت بالعربية لتتبعاً لم حيثما أراد بها التسوية، ومن قال بأو إنما قالها باطلاً وتجهيراً بالعربية. إنما قوله عز وجل في الآية السادسة من سورة البقرة "إن الذين كفروا سواء عليهم أأنذرتهم أم لم تنذرهم لا يؤمنون"؛ وقوله في الآية ١٩٣ من الأعراف "وإن تدعوهم إلى الهدى لا يتبعوكم سواء عليكم أَدْعَوْتُمُوهُمْ أم أنتم صامتون"؛ وقوله في الآية ١٣٦ من الشعراء "قالوا سواء علينا أوعظت أم لم تكن من الواعظين".

هنا نجد أن النص يتناول كلمة سواء للمعادلة ثمان مرات في المواد ١٢، ١٥/أ، ١٥/د، ٢١، ٢٢، ٤٠/أ، و ٥١ في كلها نَهَجَ نَهَجَ السواء بأو والصحيح هو نهجها بأم المعادلة لا بأو المخيرة. أي أنه من الخطأ الشنيع القول في الفقرة الثانية من نص المادة الخامسة عشر، أ، أنه "، سواءً كانت هذه السلطات تابعة للحكومة الاتحادية أو الإقليمية، أو المحافظات والبلديات والإدارات المحلية "حيثما استعمل أو إنما خير بين الأمر والآخر، وإنما الصحيح هو قول "سواء كانت هذه السلطات تابعة للحكومة الاتحادية، الإقليمية، المحافظات، البلديات، أم الإدارات المحلية".

من جانب آخر يتطرق النص في الفقرة ب و ج من المادة ٥٩ إلى القول: "القوة المتعددة الجنسيات" والصحيح قول "القوة متعددة الجنسيات".

هذا إضافة إلى معاييب شنيعة كتناسي النص في المادة ٣١ من ذكر الأعداد اللازمة لعضوية الجمعية الوطنية، وتناسي المادة ٤٦ من الإحالة إلى المادة ٤٤ مما يضطرنا للرجوع إلى للنص الإنجليزي لتصحيح الأخطاء الطباعة في النص العربي المنشور رسمياً.

وبالرغم من هذا وذاك، فإن نص القانون صدر باللغتين العربية والإنجليزية دون التنكير بشكل صريح عن أي النصين أساساً وأيهما فرعاً، هذا مما يجزنا للعودة للقاعدة العامة النافذة بموجب أحكام الفقرة الثانية من الجزء الثالث من الأمر رقم ١ بتاريخ ١٦ أيار ٢٠٠٣ والذي ينص على أن أصل النصوص هو الإنجليزية قبل العربية، وهذا ما يلزمنا للرجوع للإنجليزية لحل أي خلاف فقهي قد يرد في النص القائم بالعربية. بيدما كان



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الأجدر بالقانون أن يذكر بذلك صراحة إضافة إلى سعيه لرصانة لغة عربية سليمة كان من الأصح إقرار النص بالعربية والكردية كأقرب لغتين وطنيتين لرجال القانون والمجتمع المرسل إليه النص.

#### المطرق الثالث: في الديباجة

الديباجة، هذه الزينة التي تزين نصوص القوانين التقليدية شغلت حيز كبير في الفكر القانون الحديث؛ حتى راحت مدارس تدخل الديباجة في النص وأخرى تخرجه. نلاحظ في الفكر الفرنسي ديباجة دستور الجمهورية الرابعة يشكل جزء من دستور الجمهورية الخامسة، بينما في أسبانيا الديباجة مجرد نص غير ملزم قانوناً. فلماذا إذاً الديباجة؟  
تتطرق الفقرة الثالثة من المادة الأولى إلى أن الديباجة تشكل جزء لا يتجزأ من القانون. بيدما الديباجة بحد ذاتها لاتدل على أي فحوى قانونية، إنما تجلب الإلتباس حيث تقول:

"إن الشعب العراقي الساعي إلى إسترداد حريته التي صادرها النظام الإستبدادي السابق، هذا الشعب الراض للعنف والإكراه بكل أشكالهما، وبوجه خاص عند إستخدامهما كأسلوب من أساليب الحكم، قد صمّم على أن يظل شعباً حراً يسوسه حكم القانون.

وهو يؤكد اليوم إحترامه للقانون الدولي لاسيما وهو من مؤسسي الأمم المتحدة؛ عاملاً على إستعادة مكانه الشرعي بين الأمم، وساعياً في الوقت نفسه إلى الحفاظ على وحدة وطنه بروح الأخوة والتآزر، ولغرض رسم الملامح لمستقبل العراق الجديد، ووضع آلية تهدف فيما تهدف إليه إلى إزالة آثار السياسات والممارسات العنصرية والطائفية ومعالجة المشاكل المرهقة.

فقد أقرّ هذا القانون لإدارة شؤون العراق خلال المرحلة الإنتقالية إلى حين قيام حكومة منتخبة تعمل في ظل دستور شرعي دائم سعياً لتحقيق ديمقراطية كاملة".

الأسئلة تنهافت:

١. هل أن تملك الأسلحة الذي قد يعني استخدام القوة يعد عملاً غير دستورياً؟
٢. هل أن تكوين الجيش العراقي كمؤسسة رسمية سيكون معارضا للديباجة، أي معارضا للدستور؟

٣. الدستور يؤكد على احترام تشريعات الأمم المتحدة، هل يعني هذا المصادقة على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اتفاقيات جنيف و برتوكولات نيويورك، محكمة الجنايات الدولية؟ ما ذا يعني نص الديباجة هذا؟
٤. الدستور يقضي بمعالجة المشاكل المرحلية هل أن التأخر بمعالجة مشكلة ما، عدم التمكن من معالجتها، أو عدم التوفيق في معالجتها سيكون عملاً غير دستورياً بموجب دليل الديباجة هذا؟
٥. ما موقف التناقض الجوهري بين نص الديباجة وفحوى القانون نفسه، حيث تنص الديباجة على إزالة سياسات العنصرية والطائفية، بينما جسد القانون يتطرق في العديد من المواقف للتمييز العنصري والطائفي والحكم على أساسهما، من المسؤول عن حل المنازعات بين الديباجة والنص نفسه؟
- هيئة القوانين لا تكمن بإصدارها، بل بتنفيذها الفعّال. وإنما أهتم مُشرعو التأريخ ومقننو المجتمعات بكيفية تطبيق القوانين وفعاليتها، وليس بالإعلان عن النصوص خاوية المعاني، لتجعل من المشرّع كأرعن يتحدث بلا دراية. فمفهوم الديباجة هذا ليس فقط خالي المفحوى، إنما جاذب للخطأ والإلتباس فالأحسن كان الدراء بضرره وتفادي وجوده، أو عدم الحكم عليه ليكون جزء لا يتجزأ من نص القانون، وبنفس الوقت مغالطته في متن النص نفسه.

#### المطرق الرابع: قراءة في متن قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية

مقدمة:

إن الحديث بين الدستور والدولة لم ينتهي بعد الى نتيجة مقبولة، فالخلاف الفقهي لم يصل الى حل فيمن الأصل ومن الفرع بين القانون والدولة. إنما خلاف القانون والدولة كخلاف البيضة والدجاجة، من الأصل ومن الفرع؟

إلا أن الفكر الحديث لا يعدو أن يشغل نفسه بين الدولة الحديثة، الدولة القانونية، حقوق الإنسان، الديمقراطية والدولة الدستورية ليكون ذلك شاغل المنابر الأكاديمية، بل سبب لقيام منابر ومدارس تدرس هذا وذاك. لاحظ أن فكرة الدولة القانونية *Rechtsstaat* شغلت منابر الفكر الألماني طوال القرن التاسع عشر، لكنها لم تشرق على المدرسة الفرنسية حتى إسترسل *Carré de Malberg* زهاء العقد الأول، الثاني وأواسط العقد الثالث من القرن

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

العشرين مستخدماً النعت الفرنسي *État de Droit* المقترض أن يكون الترجمة الحرفية للدليل الألماني *Rechtsstaat*. بيد أن المدرسة الفرنسية القرينة بالبروفيسور *Malberg* عانت صعوبات شتى في مسامرة *Malberg* بإستخدام النعت *État de Droit*، فيذكر البروفيسور *Michel Troper* أن العميد *Léon Duguit* قد تقدم بدراسة نقدية لمقارنيه العميد *Hauriou*، و *Barthélemy* دون ورود كلمة *État de Droit* أصلاً في فهرس مفردات مجلداتهم<sup>١٦</sup>.

من الجدير بالذكر القول بأن تشخيص حال ومشاكل كل مجتمع إنما يتميز عن غيره بمعايير الثقافة الخاصة، الأصلية والفريدة للمجتمع المعني حيث أن البناء الفكري للمجتمع لهو تحصيل حاصل العوامل التاريخية التي صبت في الحاضر الفكري ولأجل التعرف على العوامل المعاصرة، المفاعلات التاريخية، تقديم الحلول الناجعة لكل مشكلة اجتماعية لا بد من التحفظ والالتزام بثلاث قواعد أساسية: الأولى أن الحاضر الاجتماعي لا يمكن توجسه من مشاكله الخارجية، لا بد من الرجوع إلى أسباب كل مشكلة لمعالجتها من الأسباب المخلفة لها؛ الثاني يجب البحث عن المشاكل الاجتماعية داخل الجملة النفسية للمجتمع، وليس بالنزول والتعامل مع حالات الأفراد منعزلة عن مجموع المجتمع ومن ثم إتهام جملة المجتمع بالعلّة؛ وإما القاعدة الثالثة والأخيرة فهي أن المشاكل الاجتماعية هي مشاكل خاصة، فريدة بكل مجتمع فلا يجوز تطبيق علاج اجتماعي قائم بناء على تحليل مجتمع ما على مجتمع آخر<sup>١٧</sup>.

الفرع الأول: المشكلة الدولية العراقية

عشية سقوط صنم بغداد، وإنهيار النظام البعثي منذ ٩ نيسان ٢٠٠٣، وحتى صدور اللائحة رقم ١ القاضية بإقرار النظام الداخلي لسلطة الائتلاف المؤقتة المؤرخة في ١٦ ايار ٢٠٠٣، لم يتساعل متسائل لليوم قط عن ماهية النظام القانوني العراقي للفترة الواقعة

<sup>١٦</sup> أنظر البروفيسور *Michel Troper* بالفرنسية في كتاب *La Théorie du Droit, le Droit, l'État* الصادر عن المطبعة الجامعية الفرنسية بباريس ٢٠٠١، صفحة ٢٦٧؛ علماً بأن نص الدراسة معاد نشرها عن بحث البروفيسور *Troper* المنشور سلفاً في *Cahiers de Philosophie politique et Juridique* عن مطبعة جامعة Caen، ١٩٩٣، العدد ٢٤، صفحة ٢٥-٤٠.

<sup>١٧</sup> أنظر بالفرنسية لدى *COT, Jean-Pierre* و *Mounier, Jean-Pierre* في *Pour Une Sociologie Politique*، مطبعة Seuil، باريس ١٩٧٤، المجلد الأول، صفحة ٧٨ و ٧٩.

بين ٩ نيسان ٢٠٠٣ وحتى ١٦ أيار ٢٠٠٣. ليس من معالج واحد للشكل القانوني العراقي طوال هذه الحقبة، ما هو العراق؟ دولة؟ مستعمرة؟ منطقة دُولية حرة؟ قرية خاضعة لحكم المافيا؟ ما طبيعة النظام القانوني العراقي: هل أن قانون العقوبات، المدني، الإجرائي العراقي ما زال ساري التنفيذ؟

بالرغم من الجهد الحثيث من قبل مُشرعي العراق منذ النظام الأساسي الملكي لسنة ١٩٢٥ وحتى آخر لحظة في السعي لتعريف ماهية العراق حيث تطرق مشروع النظام الأساسي بالقول في مادته الثانية أن "العراق دولة ذات سيادة مستقلة حرة"؛ ومن ثم ليتصدر الدستور المؤقت لسنة ١٩٥٨ مادته الأولى بالنص على أن "الدولة العراقية جمهورية مستقلة ذات سيادة كاملة"؛ ولينص دستور البعث المؤقت لسنة ١٩٦٨ في مادته الأولى بقوله أن "الجمهورية العراقية دولة ديمقراطية شعبية"؛ هذا بينما عرّف دستور البعث المؤقت لسنة ١٩٧٠ العراق في مادته الأولى بقوله أن "العراق جمهورية ديمقراطية شعبية ذات سيادة". نلاحظ أن مشروع قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٣ قد استُبدل في التمعن بحيثية العراق ليعرّف ماهية العراق وحيثية الحكم الذي ينوي إقامته، ليترك العراق في مستقبل مجهول استُبدل عليه مؤسسه نفسه بأن يعرفه التعريف القانوني الواهي في خضم الخلاف القانوني في حيثيته.

لأبد من توجس معنى كلمة دولة قبل المطالبة أو توجيه النقد بضمها أو رفعها من النص الذي بين أيدينا. دولة إنما لهي مجموعة المبادئ والتعابير المستترة، المترابطة بغية حماية المصالح الفردية عن طريق إقامة الحواجز والموانع الموضوعية لحماية الاندماج الاجتماعي بهدف العمل على حفظ سلام وطمأنينة الإرادات المتضاربة، الهادفة والمعارضة للسلام الاجتماعي عن طريق تحليل البعض وتحريم الآخر بهدف الحفاظ على نظام الاندماج والتمغنت الاجتماعي خدمة لتعابير الأخلاق وديمومة التفاعل الجماعي الآمن<sup>١٨</sup>.

<sup>١٨</sup> سبق وأن تقدمت بهذا التعريف بالأسبانية في EL FUTURO CONSTITUCIONAL DE IRAQ, ASIGNATURA PENDIENTE EN LA TRANSICIÓN POLÍTICA الأول من مجلة Espiria، مدريد ٢٠٠٤.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

نلاحظ بأن المحتوى الوحيد الذي نص عليه قانون الإدارة المؤقت في المرحلة الانتقالية على أن العراق دولة هو عنوان القانون الذي تصدر النص بعبارة "قانون إدارة الدولة في المرحلة الانتقالية" بالاتفاق مع مرادفه بالنص الإنجليزي *Law of Administration of the State of Iraq*. لكن بالرغم من ذلك لم تتطرق نصوص القانون إلى هذه الحيثية فنرى أن المادة الثالثة نصت على أن "هذا القانون هو القانون الأعلى في البلاد"، ولم تتجرأ بالقول أنه قانون الدولة الأعلى، إنما إكتفت بنعت العراق كبلد.

هذا بالرغم من تطرق المواد ٧/أ، ٨، ١١/أ، ١٤، الفقرة الثانية من المادة ٥٨ إلى القول: الدولة، إشارة إلى علاقات قانونية بهيكل افتراضي لم ينص جسد القانون عليه، دولة.

إن أي مشروع اجتماعي يعزف عن الأخذ بمجمل العوامل الاجتماعية القائمة في المجتمع، إنما لمحكوم عليه بالفشل لا محالة؛ والأمر لا ينتهي عند ذلك فقط، إنما أي مشروع تحول اجتماعي يعزف عن النزول لنفسية كل فئة داخل مجموع المجتمع، إنما ليفشل بتقديم أي تحول مبرمج للنظام الاجتماعي<sup>١٩</sup>.

لا مفر لي من التمييز هنا بين ما هو تحول للنظام الاجتماعي، وبين ما هو تحول داخل النظام الاجتماعي. إنما تحول النظام الاجتماعي لهو التحول الجذري الذي يأتي لقلب معايير أساسية في طبيعة المجتمع، وبالتالي بحال مجمل الدولة؛ فتحول النظام الاجتماعي الطارئ عن انقلاب فجائي في طبيعة الحكم من مدني إلى عسكري ليأتي بسقوط معالم ونظريات النظام السالف لزرع معايير جديدة مختلفة تماماً فراضاً قواعد لعب جديدة يتطلب بلورتها داخل جملة النظام. وأما التحول داخل النظام الاجتماعي فهو ذلك التيار التحولي الهادف إلى تعديل، تحسين، إعادة برمجة، تهذيب، إصلاح أو تزيين إحدى العوامل الاجتماعية على حساب الأخرى داخل جملة النظام وبموجب قواعد اللعب المعترف بها من قبل النظام نفسه. فإنما سقوط صنم بغداد سنة ٢٠٠٣، أو الانقلاب العسكري على الحكم الملكي سنة ١٩٥٨ لهو تحول للنظام الاجتماعي جرّ إلى تحويل الجمهورية العراقية إلى أخرى، أو تحول للنظام من ملكي إلى جمهوري؛ أما التحول داخل النظام الاجتماعي فبه

<sup>١٩</sup> أنظر لدى سامر الناصر. بالأسبانية، في... EL FUTURO CONSTITUCIONAL DE IRAQ...، مصدر سابق الذكر.

الفكر الدستوري العراقي بين الماضي والمستقبل

نلمس تلك المحاولات الإصلاحية التي تطرق لها مشرعي ١٩٥٩، ١٩٧٨ بقانون الإصلاح التي لا تعدو أن تكون محاولات تحول داخل النظام وليس بتحويلات للنظام نفسه، أي إصلاحات داخل جملة النظام المعتبرة.

منشد القول بكل ذلك أن مُشرّع قانون إدارة الدولة لتخبط تخبطاً مفعماً في تحديد هويته الحقيقية ومشروع فكره، فما هو بتحول للنظام الاجتماعي ليعلم عن معالم نظام اجتماعي جديدة ينشد بها التحول والانقلاب الجذري، وما هو بتحول داخل النظام الاجتماعي نفسه ليعترف بخلل في المعالم السالفة، ليتوجس فيها معالم وتعابير يصبو لإصلاحها؛ فلم يتجرأ لا بالإفصاح عن هويته، ولا عن هوية خطته ومعطياته الفكرية.

الفرع الثاني: المرحلة الانتقالية

جدير بالمشروع أن يعترف بكونه مجرد منظر انتقالي، لكن فراغ مفعم وقع به ألا وهو تحديد السقف الزمني لمراحله بشكل دقيق ومغلق، دون أن يغلق المرحلة الانتقالية الثانية، أي المرحلة التي ستقوم ببناء على انتخابات ٣٠ كانون الثاني ٢٠٠٥ والتي يصبو إلى إنهاؤها بصدور دستور دائم. حيث لم يتطرق النص التشريعي لأي سقف زمني لختام هذه المرحلة تحت أي ظرف من الظروف. إنما في ذلك لمن ميزة حسنة وأخرى سيئة ولا مفر.

الميزة الحسنة تكمن في فرض برنامج عملي على حساب زمني محدد وفي هذا خدمة لصالح الحفاظ على جدية المشروع في نقل التعابير والمعطيات التقنية من المختبر إلى الواقع الحقيقي. أما الميزة السيئة فهي أدهى، ذلك ان النص يتطرق الى تحديد سقف زمني مغلق دون أن يتطرق إلى حالات الاضطرار وفيما إذا إحتاج المرسل إليه إلى مساحة زمنية أوسع، إن واجه مشاكل وصعوبات تطبيقية؛ أو في حالة عدم قيام الانتخابات المزمع عليه بالشروط المطلوبة، ما سيكون الحل؟ المشرع ترك الأمر إلى الأيدي الخفية!

نلاحظ مبدأ الإحالة الذي يقضي به نص الفقرة أ من المادة الثانية بقوله:

"إن عبارة "المرحلة الانتقالية" تعني المرحلة التي تبدأ من ٣٠ حزيران ٢٠٠٤ حتى تشكيل حكومة عراقية منتخبة بموجب دستور دائم كما ينص عليه هذا القانون وذلك في موعد أقصاه ٣١ كانون الأول ٢٠٠٥، إلا في حالة تطبيق المادة ٦١ من هذا القانون".

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

حيث نلاحظ أن نص المادة ٦١ يتطرق إلى ميكانيكية إعداد الدستور "الدائم" من قبل الجمعية الوطنية التي يزعم انتخابها في موعد أقصاه ٣١ كانون الثاني ٢٠٠٥. نص المادة ٦١ هذا يقضي بكتابة الدستور في موعد أقصاه ١٥ آب ٢٠٠٥، لتليها عرض الدستور على عامة الشعب، ومن ثم المصادقة عليه في استفتاء شعبي، ومن ثم الشروع بانتخاب الحكومة بناء عليه في موعد أقصاه ١٥ كانون الأول ٢٠٠٥، لتتولى مهامها في موعد أقصاه ٣١ من كانون الأول نفسه. نلاحظ أن المعاييب جمّة:

١. أنه بين الموعد الأقصى لأعداد النص والموعد الأقصى للشروع بانتخاب الحكومة هي المدة الواقعة بين ١٥ آب و ١٥ كانون الأول ٢٠٠٥، أي أن النص يقضي الإعلان عن نص المشروع على العامة لمداولته، الشروع بالاستفتاء عليه، ومن ثم إصداره والشروع بإعلان انتخابات بموجبه كله يجب أن يجري لفترة مغلقة في ٤ أشهر فقط، وهذا زمن قياسي جداً، حيث يقيد النص بأن على الجمعية إعداد المشروع وإعلانه على العامة والشروع بالاستفتاء عليه تالياً؛ لم يحدد كيفية المشاركة الشعبية في إعداده، وما إذا تقدم لفليف من المجتمع بمقترح لتعديل المشروع؟ النص يقضي بالنقاش دون استماع الرأي وهذا أصم المعنى، فمعنى النقاش الشعبي هو تقديم النص وتبادل الرأي. النص لا يقضي بتبادل الرأي، وإن قضى به فذاك مستحيل عملياً كون مجمل المدة الزمنية هي أربعة أشهر لعرض المشروع على العامة، الاستفتاء عليه، إصداره، إعلان الانتخابات، إجراءاتها، إعلان نتائجها، تشكيل الحكومة وتولي منصبها...الخ.

٢. النص يعارض نفسه بنفسه، حيث يقضي بمبدأ المناقشة الشعبية والديمقراطية فلا هو يقضي بالسماح للمناقشة الشعبية وسماع صوتها، ولا هو يقضي بالسماح بإجراء الحملة الانتخابية وتقديم المشاريع السياسية من قبل المرشحين، فالمدة المحددة مستحيلة إن شاءت مراعاة جميع المبادئ التي ينوي المشرع إقامتها على أساس ديمقراطي.

٣. يتطرق النص إلى انتخاب حكومة بموجب الدستور الجديد وتولي منصبها في موعد أقصاه ٣١ كانون الأول ٢٠٠٥، وليس بتشكيل سلطة تشريعية وتولي

منصبها؛ فماذا سيحل بحال الجمعية الوطنية التي سينتخبها في ٣١ كانون الثاني ٢٠٠٥ والتي ستتولى مهام تأسيسية، هل هي أبدية أم ما محلها الإعرابي؟

٤. بالرغم من أن نص الفقرة د من المادة ٦١ المشار إليها يتطرق لاحتمال عدم الموافقة على المشروع في الاستفتاء السابق، إلا إنه يتطرق من جهة أخرى إلى إجراء انتخابات برلمانية جديدة وتولي المنصب الجديد في موعد أقصاه ٣١ كانون الأول ٢٠٠٥؛ وفي هذا من مشكلة أعقد، إنما إن لم يحصل مشروع الدستور السابق على الأغلبية الشعبية في الاستفتاء إنما لفي ذلك لدليل واضح على وجود خطأ جوهري بما ينبغي منح المبرمج السياسي فرصة التداول الجماهيري عن طريق الحملة الانتخابية لاستيعابه، وإنما الإعلان عن إنتخابات، فتح باب التسجيل إليها، إجراء الحملة الانتخابية والأقتراع لهو أمر مستحيل بهذه السرعة، وكأنما المشرع يأتي بالمفاعلات من الهواء ويرصها في صف القانون لتنفذ مقننة. وإن قضى بأن يشرب الشعب العراقي ماء دجلة والفرات في موعد أقصاه ٣١ كانون الأول ٢٠٠٥، فهل هذا يعني أن الشعب العراقي يجب أن يفعل ذلك، وما يعني إن لم يفعل؟ هذا هو ما تطرقنا إليه سلفاً بمبدأ لا دستورية القوانين بسبب التعسف في استخدام السلطة التشريعية<sup>٢٠</sup>.

نلاحظ أن المشرع يحاول تفادي جزء من أخطائه فينص في حكم الفقرة و على إمكانية تمديد المدة في حالة عدم إعداد المشروع قبيل ١٥ آب ٢٠٠٥ لتمديد المدة بموافقة مجلس الرئاسة، لمدة أقصاها ستة أشهر، لكن هذا التمديد يشمل فقط المدة السالفة لإعداد النص قبيل ١٥ آب، وليس استجابةً لمطلب شعبي بعد الإعلان عن مشروع النص الدستوري في الفترة الواقعة ما بين ١٥ آب و ١٥ كانون الأول ٢٠٠٥.

الداهية التقنية تكمن في نص الفقرة ز التي تتطرق إلى حالة عدم إعداد نص المشروع قبيل ١٥ آب وعدم الطلب بتمديد المدة، حيث تقضي بالإحالة إلى حكم الفقرة ج من المادة

<sup>٢٠</sup> أنظر سامر الناصر، بالأسبانية، لا دستورية القوانين بسبب التعسف في استخدام السلطة التشريعية، قراءة في قانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٢ المعدل للقانون المدني الأسباني، في المجلة الأسبانية للقانون الإداري، العدد ٨ لسنة ٢٠٠٢، موجود على الإنترنت على الموقع

. <http://www.filosofiayderecho.com/edea/2002/numero8/incongruencia.htm>



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

المرعية حيث أن الفقرة ج لا تتطرق لأي حل لهذا المعضل، وإنما هو مجرد إفتراض يعترف المشرع بوقوعه دون أن يقدم لذلك حلاً.

إنما نص مشروع قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية على معضلات قانونية ستجر المجتمع العراقي لما لا يحمد عقباه. حيث أن أي مجتمع سياسي إن لم يعتمد أساس حل مشاكله ومنازعاته السياسية التي قد تطرأ بمرار الزمن، وبطريقة سلمية تتناول كل فرضية وإحداثيات تضارب سياسي، إنما لهو مقبل على شفا الحرب الأهلية<sup>٢١</sup>. حيث أن أي ديمقراطية لا تحتوي على مبدأ لحل مشاكلها وفرضيات الخلاف النظري التي قد تطرأ عليها لا يمكنها النهوض بنفسها كديمقراطية، ذاك إنما الديمقراطية لهي البحث عن الوفاق الدائم وبسبل سلمية وديمقراطية<sup>٢٢</sup>.

#### الفرع الثالث: القضية القومية

نلاحظ بأن النص التشريعي يتناول العديد من التناقضات التي يعلن عنها المشرع في ديباجته. بالرغم من أن الديباجة تتطرق إلى "وضع آلية تهدف فيما تهدف إليه إلى إزالة آثار السياسات والممارسات العنصرية والطائفية ومعالجة المشاكل المرحلية"، نجد أن صلب النص يتطرق إلى تقسيم الشعب العراقي على أسس طائفية وعنصرية، وتقديم هوية وهمية قائمة على معايير المشاكل المرحلية. حيث يتطرق مسابراً لأقرانه من دساتير السطو السياسي بتقديم هوية فرضية للشعب العراقي قائمة على أسس ورغبات فردية للمشرع بغير صفة.

فكما تطرقنا المشرع الوحيد الذي لم يعرف هوية الشعب العراقي إلا على أساس الوطنية العراقية هو مشروع القانون الأساسي الملكي العراقي لسنة ١٩٢٥. ما تلا ذلك راح يعربد بين عروبة العراق وما شاكل. إلا أن الجديد في مشروع القانون الانتقالي أن الشعب العربي في العراق هو جزء من الأمة العربية؛ ذاك على حساب أن يكون الشعب الكردي جزء من الأمة الكردية، والتركماني جزء من الأمة التركمانية، والسورياني جزء من الأمة السورانية، والأرمني جزء من الأمة الأرمنية، والفارسي جزء من الأمة الفارسية، والأقلية

<sup>٢١</sup> SARTORI، بالأسبانية عن النص الإنجليزي الأصلي *Theory of Democracy revisted*، مطبعة Alianza، مدريد ١٩٨٨، صفحة ١٢٣ من المجلد الأول.

<sup>٢٢</sup> SARTORI، المصدر السابق صفحة ١٢٤.

الهندية جزء من الأمة الهندية، وإن وجدت أقلية مغولية فالتكن هي الأخرى جزء من الأمة المغولية وهلم جرا.

إنما شرع مشرع القانون الانتقالي الى السعي بمسح الهوية الوطنية لأن يكون العراق مجتمع متآخي، متأزر القوى والمعايير الاجتماعية، وأن يكون مجتمع متفتت الأعراف والتبعيات القومية كل على حدة.

الفرع الرابع: القضية اللغوية:

اللغة كمرآة للمجتمع الناطق بها؛ حيث لا يمكن غلق المجتمع بين دهااليز اللغة، إنما اللغة في دهااليز المجتمع. اللغة معيار ثقافي وسفير عقائدي لطبيعة الفكر العائم في المجتمع في حقبة زمنية ما، لتصارح مدى إمتداد وتمطط أبناء المجتمع في شعاب الأرض وبين أظهر المجتمعات الأخرى تعبيراً عن طبيعة وحدة هذا المجتمع وتماسك كينونته اللغوية، فوق العقائدية، فوق السياسية وفوق أي إعتبار وضعي آخر. وإنما لغات العراق لدليل على عظمة سكان العراق حملة الأفكار والحضارات في أسفار الزمان وشعاب الأقوام. وإنما بتعدها وبتفارقها هذا لدليل قاطع ضد كل من يجرم بحق حضارات العراق بالسطو على فكرها بالتعريب، التكريد، التتريك، التفريس، وما إلى آخره من مظاهر طمس لغة بمعالم أخرى؛ إنما الحديث ليس بحروف الألف باء العربية، ولا بغيرها الكردية، ولا بتلك الأشورية، ولا بشاقة ولمة الكلدانية؛ إنما الحديث عن كل حضارة، كل مجتمع قطن ويقطن العراق، كل مجتمع نزل على غيره بين ضيف وغاز، بين مغزو ومُضيف.

لاحظ أن للقانون مهمة تنظيم العلاقات بين الأفراد في المجتمع؛ وليقوم بذلك لابد من أن تكون له صفة مميزة في الأمن القانوني لضمان نفاذية قواعده بشكل لا خلاف فيه. لابد له من الرجوع إلى مبدأ موضوعي، ديناميكي بما يتطرق إلى الأحداث بشكل عادل لا خلل فيه لضمان مبدأيه الأساسيين بشكل فعال: العدالة والأمن القانوني<sup>٢٣</sup>. حيث كل ذلك إنما يقوم على الوسيلة التي يستخدمها القانون في بلوغ مآربه، الوسيلة التي يستخدمها المشرع في إرسال رسائله إلى المجتمع، عموم المجتمع بمختلف أصنافه، طبقاته، وألوانه المتعلمة وغير المتعلمة ليكن مفهوماً، سلساً، سلباً، مُطبّقاً لا جدل فيه ولا خلاف بين المرسل إليهم؛

<sup>٢٣</sup> تعريف القانون عن ملزمة إتحاد القضاء البلجيكي المعنونة "قل القانون وكن مفهوماً" Dire le Droit et éter Compris، بروكسل، مطبعة Bruylant، ٢٠٠٣، صفحة ١٢.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

كل ذلك إنما يتم باللغة التي يلجأ القانون للاسترسال في معالمها، وإنما هي أصلاً مرآة لثقافة المجتمع، منها تخرج التعابير والبيها ترد المعاني.

حال التمعن في قانون إدارة الدولة في المرحلة الإنتقالية نلاحظ أن المادة التاسعة تتطرق إلى أن:

"اللغة العربية واللغة الكردية هما اللغتان الرسميتان للعراق. ويضمن حق العراقيين بتعليم أبنائهم بلغة الأم كالتوركمانية أو السورانية أو الأرمنية في المؤسسات التعليمية الحكومية وفق الضوابط التربوية أو بأية لغة أخرى في المؤسسات التعليمية الخاصة. يحدد نطاق المصطلح لغة رسميةً وكيفية تطبيق أحكام هذه المادة بقانون يشمل:

١. إصدار الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) باللغتين.
  ٢. التكلم والمخاطبة والتعبير في المجالات الرسمية كالجمعية الوطنية، ومجلس الوزراء، والمحاكم، والمؤتمرات الرسمية، بأي من اللغتين.
  ٣. الاعتراف بالوثائق الرسمية والمراسلات باللغتين وإصدار الوثائق الرسمية بهما.
  ٤. فتح مدارس باللغتين وفق الضوابط التربوية.
  ٥. أية مجالات أخرى يحتمها مبدأ المساواة مثل الأوراق النقدية، وجوازات السفر، والطوابع.
  ٦. تستخدم المؤسسات والأجهزة الاتحادية في إقليم كردستان اللغتين.
- لأبد من الوقوف عند هذا الموضوع، فبالرغم مما تطرقنا إليه سلفاً<sup>٢٤</sup>، اللغة الرسمية شيء وأن تكون اللغة رسميةً شيء آخر. أي أن اللغة الرسمية هي تلك اللغة المركزية على عموم الدولة، وأما أن تكون هناك لغات رسمية أخرى فذلك يعني إقرار الدولة بها وحمايتها ضمن نطاق المطالبة بالاعتراف بها.

<sup>٢٤</sup> أنظر في نقدنا لمشروع مؤسسة المجتمع المدني وحقوق العراقيين المنشور مراراً على الأنترنت، ومكرر في كتابنا: لنقنن دولة في العراق، ترانيم ٢٠٠٣، صفحة ٤٢ وما بعدها.

أي أن بإقرار القانون قيام اللغتين العربية والكردية كلاهما كلغتان رسميتين إنما يعني وجوب التعامل باللغتين كلاهما في مجمل أرجاء العراق وتعلمهما، وهذا ما يجحف حق المناطق غير الكردية الراضة لتعلم الكردية؛ ومن ثم يلزم المناطق الكردية بالاعتراف وتعلم العربية قسراً وفي هذا يجرى الى تعريب المناطق الكردية، وتكريد العربية قسراً وبدون مبرر.

فعلي هنا أتطرق إلى قول سابق<sup>٢٥</sup> في هذا الموضوع حيث أن "اللغة بأعتبرها عامل مهم من عوامل التعامل مع العراق، كدولة تتكلم سبع لغات، أو أكثر، فالدستور يعلن مبدئياً اللغة الرسمية السائدة على الجميع، وهي اللغة العربية اعتباراً من المعطيات التاريخية والاجتماعية. لكن المشروع ومقارنة بتجارب دستورية أخرى؛ مقارنه وقريبة جداً من التجربة العراقية كالتجربة البلجيكية والتجربة الأسبانية، آخذين بعين الاعتبار أن أسبانيا تتكلم خمس لغات وبلجيكا ثلاثة. بيد أن التجربة البلجيكية بالرغم من مقاومتها للزمن منذ ١٨٣٠ إلا أنها تجربة عويصة وصعب التعامل معها في العراق؛ فالدستور البلجيكي اعترف بأن بلجيكا تقسم إلى ثلاث أقسام على أساس اجتماعي، لغوي، وجغرافي صرف، فتترك لكل جزء اختيار لغة فتقسمت بلجيكا بالنتيجة إلى بلجيكا فرنسية، بلجيكا ألمانية وبلجيكا هولندية؛ لكن المشكلة التي تتداعى منها بلجيكا اليوم هي فقدان لغة حوار مشترك بين الشعب، حتى في الحوار البرلماني يترجم من الواحد للآخر، وإنما ليصب هذا بالتطاول على حقوق أخرى تقدم الدستور بضمانها كحرية البحث عن العمل.

لنقارن هذه التجربة بالأسبانية، حيث أن أسبانيا تتكلم سبع لغات، منها اليوم خمس رسمية، اثنتين أخريتان غير رسميتين، وأخرى فقط على نطاق تعليمي، يُشرع بتقنينها قريباً. لكن الدستور الأسباني نص على نفس الأساس (الأسبانية هي اللغة الرسمية، يجب على الجميع تعلمها والحق في استعمالها) — المادة الثالثة أ — فهذا ضمن لغة حوار اجتماعي موحد ومركزي للبلد، وبنفس الوقت ضمن حق التنقل للأفراد بين إقليم وآخر بلغة سائدة، رسمية عمومية للجميع. لكن الفقرة التالية بلور الدستور فكرة اللغات المحلية بقوله (اللغات الرسمية الأخرى هي أيضاً رسمية في الأقاليم التي تتحدث بها)، ذاك أن

<sup>٢٥</sup> أنظر سامر الناصر، المصدر السابق، صفحة ٤٣.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الفقه أفضائي الأسباني أجاز ألتقنين والقضاء باللغات ألمحلية، حتى إجراءات ألتمييز ألتى ترفع إلى ألمحكمة العلبا، يجوز رفعها بلغة الأطراف المتنازعة ضمانا لحقوق أمتقاضين، وضماناً إلى أن التفسير الفضائي سيجرى بلا ترجمة، والتي ربما ستضيع فحوى ألتشريع. من أأجدير بالذكر أن ألقره أرابعة عشر من المادة الثامنة، على سبيل أالمثال تحفظ حق المتهم بطلب مترجم يفهم لغته ذاك أن واجب تعلم العربية هو مفهوم عام، لكن للحفاظ على هوية وحقوق كل فئة داخل ألمجتمع، فلحق كل مواطن أن يصغى له بلغته ألتى يختارها، سواء كان في ألسلك الإداري أم ألفضائي".

القانون هنا يتجاوز كل هذه الحقوق ويتطرق إلى تقنين كلا اللغتين كلغة رسمية بالرغم مما تتطرق إليه الفقرة السادسة بأن تستخدم مؤسسات كردستان كلا اللغتين، فإنما لم يتطرق فيما إذا كان ذاك يشمل بمعنى مقابل استخدام اللغتين في البصرة؛ وفي كيفية ضمان حق المواطن في التنقل فيما إذا قدم الكردي إلى النجف وفيما إذا ألقى القبض على كربلائي في زاخو.

وفيما يتعلق بالتعليم ونص الفقرة الرابعة من المادة فذاك أحوك، فما يعني فتح مدارس باللغتين جملة، أم اللغتين مفصلاً؛ فهل يعني ذلك أن على طلبة مدارس العمارة تعلم الكردية كلغة رسمية؟ وعلى طلبة السليمانية التعلم بالعربية كلغة رسمية؟ ومن ثم والأهم لم تتطرق المادة لحق المواطن بالانتخاب، بتلقي المعلومات في الحملة الانتخابية، والكتابة على أوراق الاقتراع باللغة المحلية؛ أو لربما اشبكت الموضوع بأن أوراق الاقتراع يجب كتابتها باللغتين كلاهما. الأمثلة التي لا محل لها تترادف في نص المادة دون أن تتطرق إلى هذا الموضوع الجوهرى. ومن ثم موضوع الإجحاف بحقوق اللغات الأخرى وقسرها على التعليم فقط، حيث يحصر حيز لغات الشعب العراقي غير العربية والكردية بين مجلدات الكتب المدرسية ولينع أبناء اللغات باستخدام لغاتهم القومية على أساس الحرية. وهل أن حق التعليم هذا يقتصر فقط على فتح المدارس دون الجامعات؟

خلاصة القول أن الأجدر بتنظيم هذه المادة بقول أن العربية هي لغة الدولة الرسمية. ومن ثم يحق لأبناء كل لغة أخرى في إقليم معين تحديد لغة إقليمية رسمية للإقليم لتسبق محل العربية في الإقليم في كافة المجالات. على كافة مؤسسات الدولة احترام ذلك. وبه

حينئذٍ كفى ووفى بالغرض منه ضمان وجود لغة حوار وطني، ومن ثم ضمان انفتاح الدولة على أقوامها متغابرة الألوان وبالحفاظ على مجمل أعراف وحضارات الأقسام العراقية.

إلا أنه من الجدير بالذكر أن المشرع الأسباني أبتكر فكرة أدق من ذلك بكثير فنص في الفقرة الأولى من المادة الثالثة بدستوره على أن "على جميع الأسبان تعلمها، والحق باستعمالها" فهذا عمل على توحيد لغة اتصال وطني، هوية لغوية رسمية يعرف بها الأسباني في اليابان والصين، وبنفس الوقت حق في الحفاظ على هويته المحلية داخل أسبانيا. فهل معقول أن نتحتم على الإدارة الوطنية إرسال ممثلين دبلوماسيين وقنصليات عراقية لكل دول العالم موظفوها يتكلمون كلا اللغتين: العربية والكردية؟ هل من العملي أن يلقي القبض على عراقي في دولة ما فيستدعى الممثل القنصلي العراقي لمساعدة مواطنه ليجد نفسه في شائكة لغوية العربي فيها لا يتكلم الكردية والكردية لا يتكلم العربية؟ كيف ستتكلم دول العالم مع العراق بأي لغة؟ كيف سيخاطب دبلوماسيو العراق وعلى أي أساس؟

#### الفرع الخامس: في الحقوق الأساسية

إنما لحسن فعل مشرع القانون بقوله "الحقوق الأساسية"، حيث ذاك أصوب بكثير من قول حقوق الإنسان، أو غيره من التسميات التي راحت تشغل شاغل المنابر. فإنما الحقوق الأساسية هي تلك الحقوق الأساس التي بناء عليها تقام حقوق وحريات أخرى، بلاها ما من معايير تؤخذ. لكن بالرغم من هذا سنرى أن هناك مأخذ على التسمية فبرص هذه الحقوق الأساسية سوية ليمنع نظرياً تجميد الحقوق أو سحبها بأي حال من الأحوال، وإنما هذا غير مقبول، فالحقوق منها أساسية ومنها فردية ثانوية، بعضها يمكن الحجر عليها والآخر مستحيل التناول عليها. أي أنه من الجائز قضائياً الحجر على حرية التنقل، السفر، الانتخاب والترشيح، أو حتى الحركة؛ لكنه من المستحيل الحجر على حق الحياة، التنفس، الطعام والشراب، اللباس والشرف، الجسد والكرامة فهذا حقوق أساس لا يجوز التناول عليها تحت أي سبب أو قائمة فكان الأجدر تسمية هذا الباب بالحقوق الدستورية، أو القول بالحقوق والضمانات الدستورية، فيه تضم الحقوق الفرعية وضمانة الحقوق الأساسية دستورياً.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

#### المأخذ الأول: الحماية

تتطرق المادة العاشرة بالقول المبهم أنه:

"تعبيراً عن سيادة الشعب العراقي وإرادته الحرة يقوم ممثلوه بتشكيل الهيكل الحكومية لدولة العراق. وعلى الحكومة العراقية الانتقالية و حكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية، أن تحترم حقوق الشعب العراقي بما فيها الحقوق المذكورة في هذا الباب".

نلاحظ أن محتوى هذا النص لا علاقة له بالحقوق الأساسية التي تتطوع الباب، ولا فحوى لقول أن ممثلو الشعب يقومون بتشكيل الهيكل الحكومية. ومن ثم ما تعني كلمة هياكل؟ هل هي المؤسسات الدستورية؟ وما علاقة مؤسسات الدولة الدستورية بالحقوق الأساسية؟ إنه لا من محل إعرابي لهذه المادة في صلب الباب الثاني هذا، ولا معنى لها أصلاً في جملة القانون.

المأخذ الثاني: فهرس الحقوق:

في المادة الحادية عشر:

أن جملة الحقوق التي تعرض إليها مشرع قانون المرحلة الانتقالية لهي مشوشة للغاية، فمن حيث تنظيم الجنسية القانون يتناول على التشريع الاعتيادي ليفصل تفاصيل قانونية كان من الأجدر تركها لقانون خاص، والاحتفاظ بقول أن الجنسية العراقية بالأصل لا تنتهك ولا تنتزع عن العراقي لأي سبب كان. بهذا كان الأوج ضمان عدم إنتزاع الجنسية، وانتهاكها بنفي العراقي للخارج، منعه من إستحصال وثائق الجنسية، أو رفع الحماية عنه خارج الحدود. وبتميز العراقي بالأصل عن الجنسية المكتسبة لغير العراقي يترك الباب مفتوحاً لقانون الجنسية لتنظيم وضع الجنسية المكتسبة والمرحلة الزمنية لثبوتها قطعاً للعراقي الجديد.

إنما تتطرق الفقرة أ من المادة الثامنة لأعتبار الجنسية علاقة للمواطن بالدولة، وكأنها العلاقة الإعتبارية الوحيدة للمواطن بالدولة. إنما طبيعة علاقة المواطن بالدولة، أو بالأحرى بالمجتمع المعني لا تتوقف عند الجنسية، اكتسابها وفقدانها فحسب، إنما هي العلاقة التعاقدية القائمة على أساس العقد الاجتماعي المبني دستورياً بضمن حقوق المواطن من قبل الدولة والتزامات المواطن تجاه الدولة، والمجتمع بصفة أدق. إنما إيقاف

علاقة المواطن بالدولة على أساس الجنسية لهو خطأ فادح، فما بالك بالمواطن الذي يمنع من المشاركة بالانتخابات، هل هذا يعني إنتهاك لحق الجنسية، أم حق الانتخاب؟ وما بالك بالمواطن الذي يحمل جنسية أخرى ويقطن بلد آخر، يعرف نفسه بجنسية ذاك البلد، لكنه يشارك في انتخابات البلد الأصل ويدفع الضرائب الوطنية بانتظام. وما بال الأجنبي الذي يقطن البلد، يدفع الضرائب بانتظام، يحافظ على علاقات اجتماعية سليمة ويدافع عن سلامة وأمن البلد دون أن يحمل الجنسية؟

إن علاقة الفرد بالمجتمع كعلاقة وثائقية لهي نظرية باتت في تأريخ القانون والفكر الإنساني. إنما اليوم، في عصر العولمة، حيثما يبحث المواطن عن الصالح من الطارح من القوانين والأنظمة ليهجّر من بلد لبلد بحثاً عن مجتمع يتعاطف مع أفكاره بشكل يمكنه من أن يقاسم التيار الاجتماعي أفكاراً وتعابير تتم عن إتفاق وعلاقة روحية بين المواطن والدولة. إنما علاقة المواطن بالدولة إذاً لهي علاقة تعاقدية، تتجسد رؤياها في الفقرة الثانية من المادة ١٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بقولها "لا يجوز نزع الجنسية عن أحد قسراً، ولا بحق تبديل الجنسية من واحدة لأخرى". نص الفقرة أ من المادة الحادية عشر إذاً سيكون معارضاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة الخامسة عشر من الإعلان العالمي فيما إذا قصد القانون مصادقة العراق على إعلان الحقوق هذا وإدراجه ضمن لائحة الحقوق بجملة النظام القانوني العراقي.

فيما يتعلق بحكم الفقرة ج من المادة المعنية، الحادية عشر، تتعارض مع التزامات العراق الخارجية واحترام استقلالية القوانين الأجنبية. ذلك أن نص الفقرة يحكم بأن يستمر عراقياً من أسقط جنسيته بإستحصاله جنسية أخرى. إنما في استمرار جنسية العراقي بالرغم من اكتسابه جنسية أخرى لمعارض أحكام الجنسية الجديدة المكتسبة، فما بالك وإن نص قانون الجنسية الجديدة على وحدة الجنسية ومنع أن يحمل المتجنس جنسية أخرى؟ ما بالك إن نص القانون المعني إسقاط الجنسية الجديدة في حال استعادة العراقي لجنسيته العراقية؟<sup>٢٦</sup> إنما كان الأجدر القول بحق العراق حمل أكثر من جنسية، إذا ما سمحت

<sup>٢٦</sup> الأمثلة التي أضر بها ليست إعتباطية وإنما قد نص قانون الجنسية الأسباني على شرط القسم بالتنازل عن الجنسية الأصل لأستحصال الجنسية الأسبانية، وإنما إعادة طلب الجنسية الأصلية لهو سبب في إسقاط الجنسية الأسبانية المكتسبة.



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

قوانين الجنسية المقابلة حق الأزدواج.

أما فيما يتعلق بنص الفقرة ز من المادة الحادية عشر فلا محل له؛ ذلك ان نص الفقرة ينص على أن تنتظر المحاكم في المنازعات الناشئة عن تطبيق الأحكام الخاصة بالجنسية. فليس من أحكام وأمور في دولة القانون ما لانتظر بها المحاكم؛ إنما لتتظر بكل نزاع ينشأ بين المواطن والأخر والمواطن والدولة كل على حد سواء.

في المادة الثانية عشر:

إنما تنطبق المادة لمفارقات عديدة في صلبها ومع باقي محتويات نص القانون جملة. حيث تنص على أساس المساواة المطبقة بصرف النظر عن أي عامل شخصي، لكن من جانب آخر تنطبق نصوص أخرى من القانون إلى أسس التفريق بأغلبية الثلث الانتخابي على أساس الجنس بين المرأة والرجل؛ وتنطبق مواد على أساس العرق بين عرب وكردي؛ وأخرى بين ما هو مسلم وغير مسلم وما هو شيعي وسني في مجلس الرئاسة. إنما جاءت نصوص القانون لتناقض نفسها بنفسها.

إنما الحق بالأمن الشخصي ليس بحق مقارن بالحياة ولا بالحرية. إنما حق الحياة لهو حق أصلي غير متنازع عليه ولا مقارن بغيره كحق الحرية المطبق، حيث لا يجوز الجمع بينهما في مادة واحدة من مواد القانون ولا كمرادف لا من قريب ولا بعيد. والأشع من ذلك أن نص المادة يتطرق بالقول إلى، "ولا يجوز حرمان أي أحد من حياته أو حريته إلا وفقاً لإجراءات قانونية" ليدل على جواز قتل العراقي بناء على إجراءات قانونية.

إنما حق الحياة لهو حق إنساني وليس بحق وطني. حيث نجد أن القانون قد بعثر أصول الحقوق مع الحريات، بين حقوق الأصل وحقوق الفرع. حيث تنص الفقرة على أن "العراقيون كافة... ولهم الحق بالأمن الشخصي وبالحياة والحرية...". مقتصرًا حينئذ حق الحياة على العراقي فقط، ومجيزًا حينئذ إنتهاك حياة غير العراقي على أراضي العراق وحتى دون الحاجة إلى اللجوء لإجراءات قانونية.

كان الأجدد بالمشروع قول أن العراقيين بالأصل متساوون على حد سواء بالحقوق والواجبات. به كفى ووفى لتترك الباب للفقهاء القانون على مرار الزمن لتطويع المبدأ على أساس الوقت والحاجات المتقلبة، لكن دائماً على أساس المساواة المطبقة؛ فما يصح بالقوانين الأساسية الحصر بالأمثلة لغلق الباب على القوانين الدنيا من التبحر والتفصيل.

وأما فيما يتعلق بحق الحياة فكان الأجدر فصله بمادة منفصلة بالقول أن حق الحياة مضمون للجميع. يمنع ممارسة إي فعل أو تصرف مما قد يعكر حق الحياة بما في ذلك ألتعذيب الجسدي، النفسي، الفكري، الروحي أو أي شكل آخر من أشكال الضرر بحياة الإنسان الحاضرة والمستقبل، إلا إذا ما نص هذا القانون على غير ذلك. هنا نجد الضمان المطلق لحق الحياة بما فيها الحق المستقبل الذي يعني حق الجنين في الولادة حياً، منع الإجهاض، حق المريض في العلاج والأمل في حياة مستقبلية وحق الطفل في إتمام حياة طبيعية تامة. وإما الإحالة الاستثنائية للقانون الأساسي نفسه، أو الدستور نفسه فذاك فيما إذا نصت مواد أخرى من الدستور على عقوبة الموت عن القتل حيث ذاك معترف به في التشريع العراقي، أو عقوبات أخرى ذا طبيعة دستورية عليا كالخيانة الكبرى وما شاكل مما قد تتعرض له مواد الدستور.

الغرض من الإحالة إلى نص الدستور نفسه وليس إلى نص القوانين اعتيادية إنما ليمنع المشرع الاعتيادي تحت أي ظرف من الظروف من إشاعة حق الحياة بتقنين أي قانون يسمح بذلك. وبنفس الوقت حتى لا يعارض الدستور نفسه أو قوانين جنائية اعتيادية فيمنع عقوبة الإعدام في تلك الحالات الجنائية المعترف بها في القانون العراقي، إلا إذا نص الرأي النافذ على غير ذلك بتعديل أو تصحيح تلك العقوبات الجنائية لصالح المتهم. أي ترك نص الدستور مفتوحاً بشكل منظم لا هو مغلق بالمنع المطبق، ولا هو مفتوح بشكل عشوائي.

وأما قوله أن الجميع سواسية أمام القضاء فلا محل إعرابي له، ذلك أن السواء ما هو أمام القضاء إنما أمام القانون، فما القاضي إلا بقم يتحدث بأسم القانون، فمن كان سواء أمام القانون كان كذلك أمام القضاء بالنتيجة.

في المادة الثالثة عشر

"الحريات العامة والخاصة مصانة". كعادة مشرع القانون الانتقالي، الحديث وبعثرة التعبيرات بلا فحوى. فما في القانون من حريات عامة وخاصة. نص الفقرة أ من المادة الثالثة عشر هذه لا معنى له فما هي الحريات العامة والخاصة؟ الحريات العامة؟ الحريات الخاصة؟

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

في الفقرة ب من المادة يتطرق المشرع بقوله أن "الحق بحرية التعبير مصان" بيدما كان الأجدر القول أن حرية التعبير مصانة ضمن حدود الدستور. بذلك يلتفت الى الخروج من مضيق الخلط بين الحق والحرية، فمقابل الحق واجب، بيدما في الحرية حق إستخدام أو ترك. وبنفس المعيار بتقييد ممارسة حرية التعبير بحدود قانون الدستور نفسه يمنع تمادي الشرح والاسترسال التفسيري الذي قد يجر إلى أن تتجاوز حرية التعبير هذه حقوق دستورياً أهم كالحق في الشرف، السمعة الحسنة، أو حتى تلقي خبراً صحيحاً. نلاحظ هنا أن المشرع لم يتطرق بقوله أن حرية التعبير للعراقي مصانة، وبهذا حسن فعل، أي أنه فتح باب الحق هذا لكل إنسان عراقياً كان أم أجنبي موجوداً في العراق.

تتطرق الفقرة ج من المادة بقولها:

"إن الحق بحرية الإجتماع السلمي وبحرية الانتماء في جمعيات هو حق مضمون، كما أن الحق بحرية تشكيل النقابات والأحزاب والانضمام إليها وفقاً للقانون، هو حق مضمون".

وهنا نجد خلطاً شنيعاً في صياغة العبارة، حيث نجد الفصل بين الصف الأول من الحريات – الإجتماع السلمي والانتماء لجمعيات – والصف الثاني – تشكيل النقابات والأحزاب والانضمام إليها – بفارزة فقط. أي أن المشرع جمع كلا الصفتين بفارزة ليتم قوله...إليها وفقاً للقانون، هو حق مضمون. أن الفارزة الأخيرة التي تسبق قوله "هو حق مضمون" لا محل لها حيث إنما لهي متمم للعبارة السابقة "وفقاً للقانون". لكن المشكلة هنا لا تنتهي عند الخطأ التقني فحسب، إنما هو خطأ جوهري؛ فبالإضافة إلى موضوع الخلط بين ما هو حق وحرية في الاجتماع السلمي والانتماء لجمعيات لهذا الموضوع أعقد حيث أن:

١. حرية الاجتماع هي حرية أصلية لا يمكن للمشرع التدخل بتنظيمها، إنما بضمانها وحمايتها. فكان الأجدر قول أن حرية الاجتماع السلمي مصانة، للجميع الحق في الاجتماع دون حاجة لموافقة مسبقة؛ إلا في حالات قيام الاجتماع في أماكن عامة تستدعي تنظيم المارة وحماية الآخرين، على القانون تنظيم إتخاذ الأحتياطات اللازمة لذلك.

٢. حرية تشكيل التجمعات الاجتماعية والانتماء إليها هي حرية أصلية لا يجوز للمشرع التدخل فيها ولا منعها إلا أنه ولظروف المصلحة العامة يقتضي عليه تنظيمها. لكن المشرع هنا يضمن حق الانتماء للجمعيات دون أن يذكر حق تشكيلها، ودون أن يذكر حق الخروج منها. فلمن سيكون حق تشكيل الجمعيات، ومن سينظم حق الخروج من الجمعيات؟ إنما لكان الأجدر قول أن حق تأسيس الجمعيات، الانضمام إليها والخروج منها لحق مضمون على المشرع تنظيمه بحدود الدستور. هنا يضمن هذا الحق لكن يأمر بنفس الوقت المشرع الاعتيادي تنظيمه ضمن نطاق الحدود الدستورية العامة.

٣. النقابات هي جمعيات اجتماعية مثلها مثل أي من الجمعيات الاجتماعية، لكن الجامع المشترك فيها هو وجود مهنة، حرفة معينة تجمع المنظمين إليها بهدف حماية حقوق المهنة، تنظيم العمل المهني، أو التفاوض والتشاور مع أرباب العمل وأصحاب الشأن في التنظيم المهني المتعلق بمصالح أعضائها. فرق النقابات عن الجمعيات الاجتماعية هي أن هدفها والعامل المشترك فيها هو مهني صرف، وفرقها عن الأحزاب السياسية هو خلوها من تولى الحكم وزمام القيادة الجماعية؛ فمن الخطأ الفادح الجمع بين النقابات والأحزاب السياسية بمكيال واحد. ومن ثم أن ما من النقابات ما هو حر الانخراط ومنها ما هو إلزامي؛ حيث نجد أن نقابات الطب، المحامين، المهندسين وغيرها من المهن المنظمة قانوناً ما نجد أن شرط مزاوله المهنة هو الانخراط النقابي؛ بينما في نقابات المهن غير المنظمة قانوناً نجد أن شرط الانخراط غير موجود. لكن الفقه الحديث راح لإبعد من ذلك، حيث سمح للمهن المنظمة باختيار نقابة ينظم إليها ضمن الرقعة الجغرافية الوطنية دون تحديد؛ أي لضمان حرية الانتماء النقابي لم يقتصر بفرض انضمام المحامي لنقابة محامي بغداد، إنما لمحامي بغداد من أن ينظم لنقابة دهوك والعكس بالعكس لضمان حرية الانضمام النقابي. المشرع هنا يترك الأمر بلا تنظيم فكان الأجدر قول أن الحرية النقابة والتمثيل العمالي مضمونان، حق الانضمام إليها والخروج عنها مضمون، على المشرع ضمان ذلك في الحدود الدستورية.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الفقرة د تنص على حق العراقي بالتنقل في أنحاء العراق، السفر منه واليه بحرية فهل يعني هذا أن للعراقي فقط حق التنقل في العراق، أليس له حق العمل في أرجاء العراق بحرية؟ إضافة إلى التنظيم اللغوي المبهم، إنما لم ينص نص القانون بجملته على حرية العراقي في البحث عن عمل في أرجاء العراق، فهل ستضع أقاليم العراق حدوداً وتصاريح عمل على العراقيين الراغبين بالعمل على أراض غير أراضي أقاليمهم الأصل؟

الفقرة هـ تتطرق بالنص على أن "للعراقي الحق بالتظاهر والإضراب سلمياً وفقاً للقانون"، به أولاً نزع حق التظاهر والإضراب عن غير العراقي المقيم في العراق؛ وثانياً حدد حرية التظاهر كأنها حق مثلها مثل الإضراب السلمي بموجب القانون. أياً ترى لم ينص دستور البعث لسنة ١٩٧٠ على ضمان هذه الحريات بموجب القانون؟ نلاحظ أن المادة ٢٦ من دستور البعث المؤقت تطرقت إلى ضمان هذه الحريات بموجب أغراض الدستور وحدود القانون؛ هنا نجد مشرّع ٢٠٠٣ ليكر الكرة من جديد وبنفس المعيار. إنما كان الأجدر بيان أن حرية التظاهر ممانعة، على القانون تنظيم ذلك بموجب معطيات الدستور. بذلك أفصح المشرع عن ضمانه هذه الحرية، ومن ثم أحال للمشرع الاعتيادي تنظيم ممارستها، لكن هذه الإحالة هي ليست بإحالة مطلقة، إنما إحالة مقيدة بحدود الدستور العامة فليس للمشرع التطاول عليها خارج حدود الدستور، ليس للمشرع تنظيم حرية التظاهر، إنما حماية ممارستها ضمن الحدود الدستورية وبين المعيار والآخر الفرق شاسع، ودرء الضرر ضروري لا محالة.

أما الحق في الإضراب فكان الأجدر النص بالقول على أن الحق في الإضراب مصان للجميع عدا ما نصت عليه القوانين العسكرية، على القانون تنظيم ممارسة الإضراب بما يضمن الحد الأدنى من الخدمة العامة للحيلولة دون توقف عجلة العمل داخل المجتمع. بهذا يعمل المشرع على حماية ممارسة الإضراب كحق تبقي للدفاع عن حقوق أصلية أخرى، لكن بنفس الوقت يحيل تنظيم هذا الحق للمشرع الاعتيادي بحدود تنظيم هذه الممارسة حماية للمصلحة العامة، فليس من المقبول أن تتوقف عجلة حياة قطاعات جمة من المجتمع بسبب تعطل إحدى القطاعات بالإضراب، إنما الحقوق تدور في سلسلة أخذ وعطاء بعضها يناهز الآخر على حسابات الممارسة المتوازنة، لا المتتالية بين الأفراد داخل مجموع المجتمع.

تتطرق الفقرة (و) إلى تعداد متغاير لعدد من الحقوق غير المتماثلة سوية، حيث تنص على أن "العراقي الحق بحرية الفكر والضمير والعقيدة الدينية وممارسة شعائرها وبحرم الإكراه بشأنها"، وهنا الأمر جاذب للانتباس، فهل يقصد المشرع بحرية الفكر حرية الفكر الديني حيث ربط هذه بتلك في نفس السرد؟ هل أن حرية الضمير هي حرية الضمير الدينية؟

إنما الحق في حرية الفكر لهو حق أصلي غير تبعي، غير قابل للتنظيم، التأويل ولا الحكم المسبق، كان الأجدر بالمشرع القول بأن حرية الفكر مصادرة دستورياً لا يجوز التطاول عليها، بما فيها الفكر الأكاديمي وحصانة المنبر الجامعي. بهذا أصان ممارسة هذه الحرية بشكل لإلباس فيه على أسس صريحة غير مقتصرة على العراقي فقط، ولا متعلقة بمعيار ديني أو عقائدي، منفتحة على أسس فكرية، تربوية، موضوعية وأكاديمية ربما لها أن تتطور مع الزمان والمكان.

أما الضمير، فأمره آخر وأبعد من ذلك بكثير فلا أدري ما قصد المشرع بالضمير، أهو الضمير الصحفي<sup>٢٧</sup>، أهو الضمير المهني، أهو الضمير الأكاديمي، أهو الضمير السياسي؟ أي ضمير هذا الذي عطفه المشرع بالواو إلى جانب العقيدة الدينية وممارسة شعائرها؟ تتناول الفقرة (ز) تحريم العبودية وتجارتها، وإنما لهذا أمر ولى مع الزمن وما من عبود ولا بتجارة عبود منذ أكثر من قرن. محل التحريم هذا خارج عن ميقاته ولا من محل إعرابي له على حياة الواقع. أما تحريم أعمال السخرة التي يشير إليها المشرع بين قوسي التحديد فكان الأجدر الالتزام بالمعايير التقنية كمشرع قانوني أساسي بالقول: أن العمل الإلزامي بدون مقابل ممنوع. وبه كفي، ذلك أن أعمال السخرة لحساب المجتمع مجازة قانوناً إن كانت مجزية في حالات الضرورة، وإن كانت على سبيل الجزاء الجنائي في حالات أخرى أعترف القانون الجنائي الحديث بأهميتها لصالح المجتمع.

الفقرة (ح) تتطرق إلى الحق بخصوصية الحياة الخاصة، وبذلك حسن فعل، لكن مشرنا المؤقت ما جاء بنص واحد من نصوص القانون إلا وأعاب عليه بمعيب، فما بال

<sup>٢٧</sup> في مفهوم الضمير الصحفي أنظر لسامر الناصر، بالعربية في الحق في عدم الأزعاج، الصحافة والحياة الشخصية؛ قراءة في كتاب في مجلة الحقوق الأوربي العربي، العدد الأول لسنة ٢٠٠٤، على الأنترنت في الموقع <http://www.filosofiyaderecho.com/iurieuorab/numero1-04/PRIVECY.pdf>.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الأجنبي المقيم في العراق؟ أليس له من حق في حياته الخاصة؟ كان الأجر القول بأن الحق في خصوصية الحياة الخاصة، الحق في الشرف، حسن السمعة، حرمة الجسد مصان للجميع. وبهذا تقدم المشرع بالاعتراف بجملة من الحقوق الأصلية التي لا تمت بصلة سياسية لأن تكون للعراقي أو لغيره، إنما صلتها هي الإنسانية نفسها ولذلك سميت بحقوق إنسان وليست حقوق العراقي.

في المادة الرابعة عشر

يتطرق المشرع في صلب المادة الرابعة عشر إلى سرد الحق بالأمن إلى جانب الحق بالتعليم وكأن قانون إدارة الدولة الانتقالي هذا كحساء جاء مشرعنا بمحتوياته لقيطة ليضيفها الواحدة تلو الأخرى بلا دراية، فما علاقة الحق بالأمن بالحق بالتعليم وبالحق بالعناية الصحية والضمان الاجتماعي؟ وإذا ما راجعنا قراءة المادة الرابعة عشر هذه نجد أن مشرعنا يسرد قائلاً أن:

"للفرد الحق بالأمن والتعليم والعناية الصحية والضمان الاجتماعي، وعلى الدولة العراقية ووحداتها الحكومية وبضمنها الاقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية، بحدود مواردها ومع الأخذ بالإعتبار الحاجات الحيوية الأخرى أن تسعى لتوفير الرفاه وفرص العمل للشعب".

يا ترى ما سبب ضمان كل هذه الحقوق للفرد وليس للعراقي، ما داعي مغايرة المشرع بالإشارة هذه؟ لنترك الأمر للسبب التشريعي.

أحال المشرع ضمان هذه الحقوق إلى الدولة بمختلف قطاعاتها، ومن ثم ليضيف أن هذه الحماية متوقفة على...حدود مواردها، ومع الأخذ بالاعتبار الحاجات الحيوية الأخرى أن تسعى لتوفير الرفاه وفرص العمل للشعب. إنما لو ترجمت نصنا التشريعي هذا للفرنسية لقال عنه طالب أول سنة قانون في فرنسا أنه هباء قانوني، وإن ترجمته للأسبانية لقال عنه من لم يدرس القانون أن مشرعنا هذا لا يدري ما يقول، فما علاقة الأمن، بالتعليم، بالصحة والضمان، وكل هذا بالحاجات الحيوية ومن ثم بتوفير فرص العمل؟ حتى أن صياغة النص اللغوية خاطئة، فلا عاطف ولا معطوف بين هذا وذاك، ولا حتى فارزة تفصل عبارة عن أخرى. وكأنما أراد المشرع القول أن الحق في الأمن، التعليم، الصحة والضمان لهي حقوق مضمونة بحدود إمكانيات كل إدارة من إدارات الدولة بناء على

إقليمها وثروات كل إقليم على حساب الآخر، ومن لم يعتبر منها مرفهاً فلا حاجة له، بل الأهم السعي لتوفير فرص العمل للشعب. ما من مفهوم آخر لنص المادة الرابعة عشر هذه.

إنما كان الأجدر القول بأن حق الأمن مضمون للجميع. للعراقي الحق في التعليم، الثقافة وتكوين الشخصية، على الدولة العمل على حماية ذلك وتوفير سبل التعليم لحد إلزامي أدنى، توفير وسائل التقدم الأكاديمي، البحث العلمي وانفتاح العراق على المحفل العلمي العالمي. الحق في الصحة، الضمان الاجتماعي، العيش في بيئة سليمة حق مكفول للجميع، على الدولة ضمان مستوى صحي أدنى، العمل على حماية العجزة، المعاقون وغير القادرين على العمل. القانون ينظم الضمان الاجتماعي؛ الدولة كفيل من لا كفيل له. وبتقديمنا هذا عملنا على:

١. بيان أن الحق في الأمن مضمون للجميع، سواء كان عراقياً أم غير عراقي.
٢. بيان أن للعراقي الحق في التعليم، الثقافة، وتكوين الشخصية الاجتماعية اللائقة لبناء مجتمع إنساني متقدم بناء على توفير وسائل علمية، أكاديمية وتقنية مفتوحة أبواب البحث العلمي فيها للمواطن خدمة للمصلحة الاجتماعية.
٣. ضمان أن الحق في العيش بمجتمع صحي مكفول فيه حق المستهلك، حق العيش ببيئة سليمة، مكفول فيه مستوى صحي أدنى يضمن توازي أقاليم العراق بتعادل ليس بتقدم إقليم على حساب آخر بناء على إمكانيات كركوك النفطية على حساب الرمادي الصحراوية كما نوى مشرعنا القول.
٤. ضمان أمن مستقبل المواطن العراقي من مطبات الزمن وعثرات الدهر التي قد تلتقيه من حوادث العمل، العجز والشيخوخة، الوحدة المستقبلية، البطالة وعدم القدرة على العمل بسبب العوق الفكري، قلة الخبرة والتعليم... إنما لكلها عوامل أمن اجتماعي تعي صلة المواطن بالمجتمع وأمنه، لترصد صلة الفرد بعلاقات اجتماعية متبادلة لا متنافرة الدولة فيها كفيل اليتيم، المعتوه، المجنون، مقطوع الصلة... إنما لفيها من معان اجتماعية جمة كان من الأجدر بالمشرع الأخذ بها.



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

في المادة الخامسة عشر

الفقرة الأولى من المادة تنطرق بالنص على عدم الجواز برجعية التشريع المدني إلا إذا نص على غير ذلك، فيا ترى ما الجديد الذي جاء به مشرعنا هذا؟ إنما كل مشرع قادر على تحديد نفاذية تقنيته بنفسه مفصلاً عن نفاذية قانونه. فالفرع الأول من نص الفقرة هذا لا محل إعرابي له.

في الفرع الثاني من الفقرة يتطرق إلى الأخذ بالمبدأ العقابي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون. لكن كان من الأجدر التطرق بإضافة عدم رجعية القوانين الجنائية والضرائبية قطعاً، ومحل النص هنا كان أجدر.

الفقرة الثانية (ب) من المادة تنطرق إلى حرمة المساكن الخاصة؛ أي أن المساكن العامة ليست من حرمة لها، وباقي أصناف الملكية الخاصة ما من حرمة لها؛ ومساكن الفنادق، المرافق السياحية ما من حرمة لها! المشرع يقتصر على حرمة المساكن الخاصة. لكن إضافة لذاك حرمة المساكن هذه مقتصرة فقط على الشرطة، المحققين أو السلطات الحكومية، أي أنه إذا ما قامت في العراق من أنظمة أمن أهلية (قطاع خاص) كما هو معمول به في أغلب دول العالم اليوم، إنما يجوز لمفتشي هذه الأجهزة دخول المساكن الخاصة. وإنما ليجوز لمفتشي الدولة المدنيين بدخول المساكن الخاصة، وليجوز للأفراد الآخرين كاللصوص والجيران من انتهاك حرمة المساكن الخاصة كون الدستور لم يتطرق لذلك!

ينص المشرع على جواز إنتهاك حرمة المسكن بإذن قاضٍ أو قاضٍ تحقيق حسب القانون المرعي؛ إنما ذلك ليعني جواز إنتهاك حرمة مسكن بالفاو بإذن قاضٍ بداءة زاخو، فهذا قاضٍ وهذا قاضٍ، وقد نص المشرع بضم الواحد للآخر بأو الجامعة المعادلة. وإنما ليجوز لقاضي تحقيق النعمانية التصريح بدخول منزل ببغداد، فهذا قاضٍ تحقيق مختص وهذا التصريح الدستوري الذي يجيز ذلك.

وأما ما تم مشرعنا الحريص قوله في نص الفقرة هذه بالنص على:

"إن ظروفًا ملحة للغاية، كما تقرره محكمة ذات اختصاص، قد تبرز إجراء التفتيش بلا إذن، ولكن يجب عدم التوسع في تفسير مثل هذه الظروف الملحة، وفي حالة إجراء تفتيش بلا إذن عند عدم وجود ظرف ملح للغاية فإن الأدلة أو القرائن التي

يُعتبر عليها في مثل هذا التفتيش لا يُعتمد بها بشأن تهمة جنائية، إلا إذا قررت المحكمة أن الذي قام بالتفتيش بلا إذن كان يعتقد بشكل مقبول وبحسن نية أن التفتيش موافق للقانون"

فما وجدنا مثل هذا النص لا في قوانين البعث، ولا السوفيت، ولا الصين، ولا قوانين البشرية جمة ما نص على مثل ذلك وبأسلوب قانوني ركيك كهذا، أكتفي بعدم تناولها لا من قريب ولا بعيد.

إنما كان من الأجدر القول بمجمل الفقرة الثانية هذه أن حرمة المساكن مصادرة دستورياً، لا يجوز أن تنتهك إلا بأذن قضائي صريح من القاضي المختص قانوناً. أو في حالات التلبس بالجرم، على القوانين الجنائية والإجرائية التحفظ على ذلك. كان به قد كفى ووفى خير القول. إنما لتكن للمساكن حرمة مصادرة لا تنتهك إلا بإذن القضاء المختص قانوناً، الذي هو في يومنا هذا قضاء التحقيق العراقي في المنطقة التشريعية المعنية، حيث يمكن تطوير هذا المبدأ بموجب قوانين الزمان والمكان تماشياً وتأقلاماً. ومن ثم أن مسألة التلبس بالجرم لهو أمر مسلم به للفقهاء الجنائي جدير بالمشرع الأساسي تركه للقانون الجنائي خير من يتناوله محافظاً على القاعدة العامة، ألا وهي حرمة المساكن، بغض النظر عن أن يكون المسكن أهلياً أم حكومياً، خاصاً أم عاماً، مؤقتاً أم دائماً... الخ.

الفقرة ج تنطرق إلى عدم جواز اعتقال أحد أو حجزه بخلاف القانون. ومن ثم عدم جواز اعتقال أحد أو حجزه لأسباب سياسية أو دينية. السؤال الفقهي يطرح نفسه على الوجه التالي:

١. حيثما نص القانون كونه القانون الأعلى للبلاد أما يعني هذا عدم صحة أي تصرف يعارض معطيته؟
٢. ما معنى قوله بخلاف القانون، فهل هذا يعني أن قانوناً سيصدر بالسماح بالحجز والاعتقال، وإن أي تصرف دونه سيكون ممنوعاً؟ تصرفات النظام السابق كلها كانت قائمة بناء على قوانين أصدرها مجلس قيادة الثورة القائم بناء على دستور ١٩٧٠ المؤقت، من وجهة النظر القانونية الشكلية كلها تصرفات قانونية سليمة، هل هذا يعني أن حكومتنا المظفرة ستستمر على هذا المنوال؟

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٣. اعتقال أي مواطن واحتجازه وفقاً للقانون هل سيكون مدى الحياة، أم أن أجلاً أقصى يضمنه الدستور؟

٤. قوله بعدم جواز اعتقال المواطن بخلاف القانون هل يشمل فقط المواطن، هل هذا يعني جواز اعتقال الأجنبي وحجزه كيفما أتفق الحال؟

٥. قوله بمنع اعتقال أحد لأسباب سياسية أو دينية هل يعني تقييداً للقانون الذي سيجيز الاعتقال لأسباب أخرى، فهل إن هذا الحصر يعني أن قوانين أخرى ستصدر لتجيز الحجز والاعتقال لأسباب اللون، العرق، الجنس، الاتجاه الجنسي، التوجه الأكاديمي، المهني، اللغوي، الاجتماعي أو العرقي؟

كما سبق وإن تطرقنا، مشرعنا راح يعربد بين النصوص ليحجف بحقوق أصلية كان ينبغي ذكرها وخاصة حقوق المتهم والمحتجز والحرية الفردية داخل المجتمع كونها أهم ضمانات دستورية كان ينبغي التأكد من قيامها في الدستور. فكان الأجدر القول أن الحد الأقصى للحجز الاحتياطي بغير إذن قضائي هو ٤٨ ساعة، للمتهم الحق فيها بالتعرف على التهمة الموجهة إليه، الاتصال بذويه، توكيل محام، و مترجم إن لم يتقن لغة التحقيق. هنا تضمن أولاً أن الحجز الاحتياطي وهو أمر ضروري واعتيادي اعتادت عليه سلطات القسر الاجتماعي لهو لحد أقصاه ٤٨ ساعة، تلك مدة زمنية أتفق عليها الفقه المقارن، لتحتاج بعد ذلك لأذن قضائي لتمديدها وفقاً لضرورات التحقيق القضائي. حق المتهم ضمن هذه الساعات الأولى مضمون للتعرف على التهمة الموجهة إليه، الاتصال بذويه وإعلامه بحاله، أن يوكل لنفسه محام، أو أن ينسب له من قبل الدولة إن لم يكن قادراً، وإن يضمن له حق المترجم إن لم يتقن لغة التحقيق.

إن موضوع الحق في المترجم لهو أمر اتفقت عليه التشريعات المقارنة في الدول متعددة اللغات، وأهم التجارب لهي التجربة الأسبانية، ذلك أن المثال البلجيكي لم ينص على لغة وطنية موحدة، إنما اسبانيا حتمت بلغة وطنية موحدة، لكن بالرغم من هذا ضمنت الحق بالمترجم لغير الأسبانية من اللغات المحلية. أي أن للكرد الحق بالمترجم للكردية إذا ما أعتقل بالبصرة، وللنجفي بالعربية إذا ما أعتقل بالسليمانية. الأمر أبعد من أن تكون هناك لغة حوار وطني، إنما الأمر يتعلق بتهمة جنائية وحرية شخصية لهي أولى بالحماية قبل غيرها وللجميع الحق بضمانتها.

كان من الأصوب القول بالفقرة (د) من المادة أن الحق في محكمة يحددها القانون مضمون. وبه كفى وأنارنا بالمقصد أن على القوانين الإجرائية اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان قيام محاكم مختصة على طول الرقعة الجغرافية بشكل يوازي التكاثر السكاني ويضمن إمكانية اللجوء للقضاء ببسر.

الفقرة (هـ) راحت تعربد بنصوص غير مفهومة بها تقصد التطاول ليس فقط على رجال القانون والمحفل الأكاديمي، إنما للتمييز بين محام مستقل وآخر منحاز، بين محام ذا دراية وآخر بلا دراية، ومن ثم لتجيز للمتهم مشاركة المحامي بالدفاع عن نفسه بنفسه. إنما في ذلك ليس فقط من تجاوز على إحدى المهن الرفيعة في المجتمع، إنما تضییع لوقت المحامي، القاضي وحقوق المتهم نفسه. فما يعني أن للمتهم الحق بالدفاع عن نفسه، هل أن للمتهم أن يطلب تأجيل مرافعته أربعة سنوات حتى يستطيع خلالها إتمام الحصول على دراسته الجامعية في القانون ليتقن التعرف على القانون وفروعه ليدافع عن نفسه؟ وماذا سيفعل المدعي العام، ألامحام، ومحام الإدعاء إذا ما ناقش المتهم الشهود بنفسه. إنما ينوي المشرع أن يحول المسرح القانوني والقضائي لمجرد مسرحية دستورية لا مخرج من مضيقها لا محالة. في الفقرة (و) الإعلانات ترد مكررة ولا محل لها.

إنما باقي نصوص المادة تتطرق للتكرار والدوران حول نفس الحقوق الجنائية التي كان من الأجدر سردها بالقول أن الحد الأقصى للحجز الاحتياطي بغير إذن قضائي هو ٤٨ ساعة، للمتهم الحق فيها بالتعرف على التهمة الموجهة إليه، الاتصال بنويه، توكيل محام، ومترجم إن لم يتقن لغة التحقيق. تمنع المحاكم العسكرية والمستعجلة. للجميع الحق في عدالة اعتيادية، موضوعية، فعالة غير مماطلة. لا يجوز القضاء بغير دفاع. للجميع الحق بالدفاع بمحام وممثل قانوني. لا يجوز الاعتراف ضد النفس. براءة الذمم مضمونة لحين صدور قرار قضائي تام. على القانون ضمان استثناء ذوي المتهم، محامي الدفاع، وغيرهم من المهنيين من صيانة سر المهنة بعدم الإفصاح عن أي معلومات قد يتعرفون عليها من المتهم بحكم ممارسة المهنة وإن كانت دليل لجرم.

إنما الحق في قضاء عاجل لاماطلة فيه ليس من جديد في الفكر القانوني العراقي؛ حيث نصت المادة ١٣ من لائحة حمورابي الأجل القضائي بستة أشهر، إن لم تستكمل فيها المرافعة، سقطت الدعوى. حيث أن الحق في إجراءات قضائية غير مطولة ولا مماطلة

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

إنما يعود لحق الفرد في النظر بحاله، إعطائه الحق أو القصاص منه في وقت زمني معقول لهو حق نصت عليه المادة ١٠ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ولتطرق له الفقه الحديث كعامل من عوامل مسؤولية الدولة تجاه المواطن<sup>٢٨</sup>.

في المادة السادسة عشر

لا أدري ما أراد القول مشرعنا المؤقت بأن للأموال العامة حرمة، وأن حمايتها واجب على كل مواطن؟

الأموال العامة إن قصد بها المشرع الملكية العامة حكمها ووضعها القانوني هو ليس بالأموال الخاصة. فالدولة ليست بشخص معنوي اعتيادي ولا هي بشخص طبيعي قطعاً؛ ذلك أن ملكية الشخص الطبيعي، المعنوي، أو كلاهما سوية لسابقة لوجود الدولة وسبب لوجودها. إنما المشرع يعترف بوجود الملكية الفردية التي تضمن ملكية الشخص الطبيعي والمعنوي على حد سواء؛ ولهي حاجة لخدمة كلاهما. الملكية الخاصة ليست مطلقة إنما مقيدة بحاجات المجموع وبتعويض من المجموع لصالح الفرد؛ إنما الملكية العامة فلهي ملك للدولة نيابة عن المجموع استخدامها الفردي يقضي تعويض الدولة نيابة عن المجموع. وإنما طبيعة الملكية العامة، يقول البروفيسور García Oviedo هي التي بطبيعتها صعب أن تكون ملك لأحد لسبب صعوبة احتوائها كالأجواء الإقليمية، بعدها وصعوبة تحديدها كالمياه الإقليمية، أو تخرج عن الإمكانية الفردية للنزول عند حدودها كجوف الأرض، عدم شخصيتها كالأثر التاريخي، الثقافي والحضاري للمجتمع. إنما لهي أموال غير قابلة للتملك الفردي، إنما الاعتباري لصالح المجموع<sup>٢٩</sup>. وإنما لهنالك أشياء أخرى تقع في حوض الملكية العامة ليس بحكم صعوبة تملكها، إنما بسبب عدم تملكها لأحد كالمعادن الطبيعية، أبار النفع العام، الطيور الطائرة في الجو، الخلاء الراديوي ... الخ.

وإنما لهنالك صنف من الأملاك العامة تلك التي بحكمها المقارن قابلة للتملك، لكن المشرع مجازاً يمنع تملكها لسببين، أما بخصوصيتها للخدمة العامة كبنائيات الإدارات

<sup>٢٨</sup> أنظر حكم محكمة حقوق الإنسان الأوروبية بتاريخ ٢١ تشرين الثاني ١٩٩٥؛ أنظر حكم محكمة إسبانيا بروكسل بتاريخ ٢ تموز ٢٠٠٢ التي حكمت فيها على المشرع البلجيكي بدفع تعويض عن أضرار لحقت بالمدعى عليه بسبب تأخر المشرع في تشريع قانون كان يمكن له الإسراع بالحصول على حكم في مدة أقصر.

<sup>٢٩</sup> أنظر البروفيسور García Oviedo, Carlos بالأسبانية في *Derecho Administrativo*، الطبعة الخامسة، مطبعة Pizarro، مدريد ١٩٥٥، المجلد الأول، صفحة ٣٣٩ و ٣٤٠.

الفكر الدستوري العراقي بين الماضي والمستقبل

العمومية التي تحوي مرافق مؤسساتية لصالح المجموع؛ وأما بسبب النفع العام المجدي من استخدامها من قبل المجموع ولصالح المجموع كالطرق العامة، محطات النقل، الخدمات الاستهلاكية... الخ.

إنما كان الأجدر بالمشروع القول لتنظيم الملكية العامة أن القانون ينظم الوضع القانوني للملكية العامة والجماعية بناء على معايير عدم قابليتها للتملك، التحديد، عدم قابلية ملكيتها للسقوط بالتقادم، عدم قابليتها للحجز والمصادرة بضمنها المياه الإقليمية، أراضي الوطن غير المملوكة لأحد، الأجواء الإقليمية، المصادر الطبيعية، التاريخية، المعالم الثقافية، الحضارية والأثرية، وكل ما من شأنه خدمة المصلحة العامة بعين أو بفرض القانون. على القانون حماية الملكية العامة للدولة، التصرف بها، وتداول استخدامها لحساب المصلحة الجماعية. لا يجوز التنازل عن الملكية العامة بغير قانون. على القانون تنظيم الإلتزامات الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية.

في المادة السابعة عشر

كان بالمشروع الأجدر القول حيازة السلاح وتداوله ممنوعة بغير رخصة قانونية؛ على القانون تنظيم ذلك. إنما بهذا تفصيل قانوني أدق من التطرق إلى الحمل، الحيازة، البيع، الشراء أو المتاجرة. إضافة إلى أن موضوع تداول السلاح كان الأجدر بالمشروع تناوله بطريقة أجل يدعو فيها المشروع الاعتيادي للعمل على نزع التسلح الفردي وحصره بالدولة، مؤسسات الأمن الحكومية أو حتى العمل على خصخصة قطاع الأمن لنزع التسلح من الأفراد لحساب مؤسسات أمنية خاصة يمكن برمجتها ضمن الخطة الأمنية الجماعية.

في المادة التاسعة عشر

لا أدري هل حصر المشروع منع تسليم اللاجئين باللاجئ السياسي فقط، أم إن هذا المنع يشمل اللاجئين الإنساني؟ وهل أن هذا يعني إن العراق سيضمن حقوق لجوء سياسي وأخرى إنساني بناء على اتفاقية جنيف وبرتوكول نيويورك أم أن تنظيم اللجوء سيبقى محصوراً على قانون محلي. ثم أن المشروع لم يتطرق إلى تقنين اللجوء في العراق. لذا كان الأجدر القول أن حق اللجوء في العراق مكفول ضمن نطاق اتفاقية جنيف وبروتوكول نيويورك، على القانون تنظيم ذلك. وبه كفى ذلك أن كلا اللوائح القانونية تطرقتا لتنظيم ذلك بشكل مضمون أثبت جدارته لأكثر من نصف قرن مضى.

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

#### في المادة العشرون

إنما كان الأجدر القول أن لجميع العراقيين الحق بالمشاركة بالحكم سلباً وإيجاباً دون التمييز بينهم لأي سبب كان. على قانون الانتخاب ضمان ذلك.

فبقوله هذا بلغ معان أكثر من الحصر المشار إليها في النص، حيث أن المشرع لم يتطرق بنص واحد على المعوق جسدياً، البصير، معيب النطق، معيب السمع؛ إلا اللهم المعتوه، أو المحكوم عليه قضائياً فأمره موقوف على قابليته المدنية المسلوقة بموجب القانون.

#### في المادة الحادية والعشرون

ما رأيت مثلها في تأريخ العالم، ولا أدري إن أراد مشرع القانون الانتقالي العراقي أن يدخل بها فسيح التأريخ بمصراعيه بهذا الأسلوب حيث يقول أنه:

"لا يجوز للحكومة العراقية الانتقالية أو حكومات وإدارات الأقاليم والمحافظات والبلديات أو الإدارات المحلية أن تتدخل في حق الشعب العراقي في تطوير مؤسسات المجتمع المدني سواءً كان ذلك بالتعاون مع منظمات المجتمع المدني الدولية أو بأي شكل آخر".

إنما قد تطرق سلفاً لحريات التجمع، الانضمام لجمعيات ونقابات بغير حدود، فما من جدوى لتكرار التأكيد هذا مجدداً هنا. وإنما أراد به المشرع ضمان حق الشعب العراقي في تطوير هذه المؤسسات مع منظمات المجتمع المدني الدولية أو بأي شكل آخر.

فإنما معنى هذا النص لمجهول، فما معنى تطوير هذه المؤسسات مع منظمات المجتمع الدولي، هل يعني تلقي التبرعات والهبات؟ هل به يقصد عدم إمكانية فرض الضرائب على هذه الأموال؟ ما قصده بأي شكل آخر؟ إنما ما من محل إعرابي لا لهذا ولا ذلك في القانون.

#### في المادة الثانية والعشرون

إنما لتتطرق لحقوق المُدار أمام الإدارة العامة، سردها وفحواها مستورد على ما يبدو من القانون الأمريكي. حيث تتطرق إلى عرض مبدأ المسؤولية الشخصية لموظف الإدارة العامة. لكن يا ترى ما بالك بالإدارة الجماعية؟ ما بالك بالقوانين ومن المسئول عنها؟ هل أن نص القانون هذا يعني مسؤولية البرلمانين عن القوانين التي تصدر، تنفذ، تضر، ومن

ثم تلغى لعدم دستوريته؟ من المسؤول عن التعويض إن أفلس الموظف المسؤول؟ وما بال المتضرر بالجري والمطالبة بالتعويض من الموظف ورب العمل من تعاقد عن الموظف وسلطة السلطة الوظيفية، الحكومية، موجود وهو الدولة نفسها؟ ما القول بالتصرف الإداري القانوني الضار بالمصلحة الفردية بشكل مباشر، غير مباشر، مرحلي أو أجلي؟ من المسؤول عن التصرف الإداري القانوني الجاذب إلى الفقر الفردي المؤجل لحساب المجموع، أو بالعكس؟ من المسؤول عن تأخر الإدارة، أو الدولة جملة الضار بالمصلحة الفردية الناجم عن التأخر في التشريع؟

في المسؤولية الإدارية، يقول العميد Hauriou إنما ليطالب المجتمع الإدارة بالخيار بين شتان: أن يعمل خيراً بناء على معايير القانون وما يقضيه؛ أو أن يدفع تعويضات عما يخرج به عن القانون<sup>٣٠</sup>.

فكان الأجدد قول أن حقوق الأفراد ومصالحهم القانونية مكفولة أمام الضرر الناجم عن أي تصرف عام سواء كان قانونياً أم مخالف للقانون يجز بهم إلى ضرر فردي، ذا قيمة مادية بغير حق. على القانون ضمان ذلك.

إنما بحصرنا هذا لنستنتي الضرر المادي الناجم عن جبي الضرائب، الضرر الضرائبي هو ضرر عام، جماعي وليس فردي بكل فرد. وإنما به لنكفل مسؤولية الدولة بكافة قطاعاتها سواء كانت المركزية، الإقليمية أم المحلية؛ وبه لنضمن حق المواطن من الضياع ومركزية المسؤولية. وإضافة لذلك ترك حق الدولة بالرجوع ضد المسؤول لتنظيم القوانين الإدارية.

في المادة الثالثة والعشرون

يفصح المشرع عن أن الحقوق والضمانات أنفة الذكر ما هي بمجرد جرد للحقوق والضمانات المضمونة دستورياً:

"فهم يتمتعون بكل الحقوق اللاتقة بشعب حر له كرامته الإنسانية، وبضمنها الحقوق المنصوص عليها في المعاهدات والاتفاقيات الدولية وغيرها من وثائق القانون

<sup>٣٠</sup> نقلاً عن البروفيسور García de Enterría, Eduardo في *Curso de Derecho Administrativo*، الطبعة الثامنة، Civitas، مدريد ٢٠٠٢، المجلد الثاني صفحة ٣٥٧.



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الدولي التي وقعها العراق أو إنضم إليها، أو غيرها التي تُعد مُلزِمة له وفقاً للقانون الدولي".

السئلة هنا تترافد:

١. ما هي الحقوق التي يتمتع بها شعب حر له كرامته الإنسانية؟ أين جدولها؟ في أي قانون وضعي أم أخلاقي؟
٢. أي اتفاقات دولية ووثائق قانون دولية وقعها العراق وإنضم إليها تنطبق بحقوق وحرية فردية؟ فالعراق لم يصادق إلا على الإعلان العالمي لحقوق الطفل، مع تحفظ؛ أي حقوق هذه؟

٣. وأي حقوق تضمنها إتفاقيات لم يلتزم بها العراق؟ كيف يمكن للقانون أن يضمن حقوقاً في إتفاقيات لم يوقع عليها قانوناً؟ هل سيلتزم العراق بميثاق حقوق الإنسان في جنوب أمريكا؟ هل الميثاق الأوربي لحقوق الإنسان سيعتبر سارياً في العراق؟ هل يمكن للمواطن العراقي رفع دعوى ضد السلطة العراقية في محكمة ستراسبورك أو محكمة سان خوسيه بناء على هذه المادة؟

إنما نص المادة هذا لهو خاوي المعنى، بل جاذب للحوج والضرر التفسيري. وأما قوله بأن "يتمتع غير العراقيين في داخل العراق بكل الحقوق الإنسانية التي لا تتعارض مع وضعهم باعتبارهم من غير المواطنين" فهو متناقض مع نصوص أخرى وغير فصيح الفحوى.

ختام القول في الباب الثاني هذا أنه كان من الأجدر حصر الحقوق الأساسية وإخراج تلك الحقوق الإدارية التي تطرق لها المشرع في المواد ١٥/أ، ١٧، ١٨، ٢١، و ٢٢ لتخرج إلى أبواب آخر في النص ولتتصر هذه الحقوق بناء على تسمية الباب نفسه بالحقوق الأساسية ومن ثم تقديم ضمانات قضائية دستورية فعالة بطريقة الطعن المباشر للدفاع عنها كحقوق أصلية ضمن الجملة القانونية تناسى مشرعنا للتطرق لها إضافة لجملة أخرى من الحقوق لم يتطرق لها.

#### الفرع السادس: في مسرح السلطات بين الحكومة، الإدارة والقضاء

كما سبق وأن تطرقنا في معارض أخرى، مسرح التنظيم المؤسساتي الذي يقره مشرع القانون إنما لهو لقيط على الفكر السياسي الحديث، بل ومتناقض مع نفسه. نلاحظ إقراره

لمبدأ الفصل بين السلطات، لكن بنفس الوقت تحكم سلطة بسلطة، حتى في المشاريع الاقتصادية نلاحظ خضوع السلطة التنفيذية للتشريعية محدود، فليس للجمعية الوطنية من صلاحية بتعديل مشروع الميزانية المقدم من قبل مجلس الوزراء، إنما بالاقتراح على هذا بتعديله.

نظام المعاهدات والسياسة الخارجية غامض المعايير، حيث تقر الفقرة و من المادة ٣٣ أن للجمعية الوطنية وحدها سلطة إبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية؛ بينما تتطرق المادة ٣٩ إلى الإقرار بأن:

"يقوم مجلس الوزراء بموافقة مجلس الرئاسة بتعيين ممثلين لغرض التفاوض على عقد معاهدات واتفاقيات دولية. ويقوم مجلس الرئاسة بالتوصية بإصدار قانون من الجمعية الوطنية للمصادقة على هذه المعاهدات والاتفاقيات".

وإنما لهذا معارضٌ لذلك. ومن ثم يترك موضوع طبيعة هذا الاتفاقيات داخل جملة النظام القانوني العراقي، هل أن الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الجمعية الوطنية ستكون بمثابة قانون اعتيادي داخلي، أم لها صفة أخرى؟ ومن ثم ما بال تلك الاتفاقيات التي تقيد العراق بقيود مالية، قانونية، أو تقل من شأن الحقوق الأساسية المعترف بها بموجب القانون؟ إضافة إلى الطبيعة القانونية لهذه الاتفاقيات منذ التوقيع عليها حتى المصادقة عليها من قبل الجمعية الوطنية؟

هذا ومن جانب خضوع القيادة العامة للقوات المسلحة للسلطة التنفيذية لهو أمر فريد من نوعه، كان الأجدر التحفظ به تحت أمر المجلس الرئاسي بالرغم من أن وجود هذا مبهم المعايير هو الآخر في جملة المسرح المؤسساتي للدولة.

حتى استقلالية القضاء هي الأخرى بقيت مبهمه، بل ومتناقضة مع مقتضيات القانون، فمن جانب تنص الفقرة أ من المادة ٤٣ أن "القضاء مستقل ولا يدار بأي شكل من الأشكال من السلطة التنفيذية"، بينما تنص المادة الرابعة والأربعين بأن تسمية القضاء من أعضاء المحكمة الاتحادية العليا تكون من قبل مجلس الرئاسة؛ ومن ثم أن عزل القاضي عن عمله لخاضع لقرار مجلس الوزراء، أي خضوعه للسلطة التنفيذية. هذا وتنص المادة ٤٧ من القانون على أن القاضي المتهم بأي قضية تجر إلى عزله ليوقف عن عمله لحين البت في قضيته، وإنما لفي هذا لتعارض مع مبدأ براءة المتهم لحين صدور حكم قضائي الذي يقره

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

القانون نفسه، فكيف يوقف القاضي عن عمله بمجرد توجيه التهمة له؟ ومن ثم من المسؤول عن مراجعة حكم العزل الصادر عن مجلس الوزراء هذا؟

تأسيس الهيئة الوطنية لحقوق الإنسان المنصوص عليه في المادة ٥٠ من القانون لهو خال المعنى، فما يتطرق القانون إلى سرد كيفية تأسيس هذه الهيئة، ولا بالإحالة إلى سلطة ما إلى العمل على تأسيس هذه الهيئة، فمن سيكون المسؤول عن تأسيسها، وكيف ستكون طبيعة عملها، من قبل من؟ من قبل السلطة التنفيذية، التشريعية، القضائية؟ أم من قبل الصحافة والأعلام؟

ومن ثم ما طبيعة الجهاز القضائي الذي يقره القانون الانتقالي هذا؟ حيث تتطرق عدة مواد إلى الإقرار بأن الجهاز القضائي، المحاكم الوطنية هي تلك التي تقوم خارج إقليم كردستان، فما بال محاكم كردستان، هل ستكون خارج النظام الاتحادي؟ فما معنى الاتحادية إذاً؟ حيث أن المادة ٥٣ تقر بالاعتراف بتلك الكيانات القائمة في إقليم كردستان قبيل ١٩ آذار ٢٠٠٣، بضمها السلطة القضائية الكردية، أي بزوغ نظام قانوني سائد ومستقل داخل نظام قانوني سائد بعلاقة مبهمه؛ فكيف ستتظم قرارات محكمة تمييز العراق؟ من سيكون المسؤول عن تنفيذ قرارات القضاء الكردي؟ السلطة التنفيذية القائمة في كردستان أم السلطة الاتحادية؟ إنما المفارقات لا تعد ولا تحصى.

خاتمة القول إنما مشكلة العراق المرهبة هي ناشبة، كما تصدرنا حديثنا هذا، عن تضخم فكري شمل شتى الاتجاهات الفكرية، سياسياً، إدارياً، قانونياً، ومؤسسياً. حتى أن قانون الإدارة الانتقالي لعمل على إيجاد جملة من الإدارات العامة والمؤسسات مما لا محل له في جملة الميكانيكية العامة لا مركزياً ولا إقليمياً لنجد أنفسنا في حائكة تضخم إداري غير منظم.

طبيعة الفكر القيادي القائمة خلف قانون الإدارة الانتقالي لهي مجهولة لم تفصح عن طبيعة مشروعها السياسي، للمواطن الحق بالمشاركة في السياسة العامة لكن ليس له الحق في القرار؛ الجمعية الوطنية هي السلطة التشريعية لكن قراراتها موقوفة التنفيذ على موافقة مجلس الرئاسة؛ القضاء مستقل لكن إيقاف القاضي عن العمل، عزله أو توجيه التهمة له خاضع للسلطة التنفيذية؛ العراقيون سواسية أمام القانون لكن في الجمعية الوطنية ينبغي وجود ٣٠% من النساء، يمكن اعتقال العربي بسبب عربيته في كردستان والكردي بسبب

كرديته في السماوة ولسنوات دون أن يقدم للقضاء؛ الصحافة والأعلام ما من كفيل قانوني لهما؛ حرية وحرمة المنبر الجامعي ما من حرية وكفيل له؛ حق الفرد في الشرف ما من كفيل له؛ عودة البعثي للسلطة ما من رادع له؛ بقاء قرارات القضاء حبر على ورق ما من حائل أمامه؛ إفلاس الموظف المسئول عن عمل إداري ضار بمصلحة الأفراد ما من رادع له؛ مسئولية الجمعية الوطنية في إقرار قوانين ضارة بمصالح الأفراد المالية ما من يقر فيه؛ حال الأجنبي في العراق في أن يحتجز، يسفح بدمه، يطارد، يغتصب شرفه وماله ما من رادع له. إنما قانون الدولة لعمل على بل طين الفكر العائم في المؤسسة العراقية الذي خلفه نظام البعث أكثر وأكثر، وأن الحاجة ملحة للسلطة التأسيسية المقبلة أن تتلافى أخطاء القانون هذا بالعمل على تهيئة مشروع سياسي مبلور على أسس فكرية، أكاديمية، موضوعية سليمة تجر بمستقبل البلد للخروج من الهاوية التي خلفها فكر البعث، وسيخلفها قانون الإدارة المأساوي هذا.

## مقدمة

للتوصيات الختامية لندوة:  
الدستور العراقي الجديد  
التي اقيمت بكلية العلوم السياسية  
بجامعة بغداد من ٩-١١ اكتوبر ٢٠٠٤

الأستاذ المساعد الدكتور حميد حنون خالد\*  
رئيس اللجنة التحضيرية

تبحث الدراسات الدستورية في نظرية الدولة والدستور والنظم السياسية المقارنة، ولذلك نجدها تحظى باهتمام أصحاب الاختصاص الدقيق في هذا المجال. وفي معظم المجتمعات وبصرف النظر عن شكل نظامها السياسي، مع الاعتراف بوجود اهتمامات وينسب متفاوتة لدى بعض الشرائح الاجتماعية في الدول المتقدمة. وهذا يصعب تأكيد وجوده في الدول النامية.

أما في العراق وهو من الدول النامية فلا يشذ الحال عما تقدم، إذ أن المواطنين لم يهتموا بهذا الأمر منذ عقود من السنين، بسبب أحداث جسيمة عانى منها العراقيون بعد سقوط النظام السياسي عام ١٩٥٨ وما تلى ذلك من نزاعات دموية بين التيارات السياسية المختلفة وعدم استقرار النظام السياسي حتى انقلاب عام ١٩٦٨ وما تلاه من شيوع نظام الحزب الواحد والفكر الواحد وتغييب واضطهاد الرأي الآخر.

ولكن بعد سقوط النظام السياسي في ٩/٤/٢٠٠٣ ونتيجة للأحداث الخطيرة والجسيمة التي مرت بالعراق ولا زالت قائمة، اهتم الكثير من المواطنين العراقيين بالدراسات

---

\* رئيس قسم القانون العام - كلية القانون، جامعة بغداد

الدستورية والسياسية، واصبح لديهم شغف واضح للتعرف على بعض المفردات والمصطلحات المستخدمة فيها. خاصة بعد أن ظهر في الساحة السياسية تيارات وأحزاب بعد سبات طويل، وكذلك مناداة بعض الشخصيات الدينية المؤثرة بضرورة أن يكتب العراقيون دستورهم بأيديهم وما أثير من خلاف بشأن بعض الموضوعات التي نص عليها قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الصادر في آذار ٢٠٠٤.

وانسجاماً مع الوضع الجديد في العراق ومن اجل تعميق الحوار وتبادل الرأي بين مؤسسات المجتمع المدني وبالأخص الجامعات والنقابات المهنية واعترافاً بالدور المهم لها في عملية البناء الديمقراطي للمجتمع بادر المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان في جامعة دي پول في شيكاغو، وبالأشتراك مع كليات القانون في جامعات بغداد، البصرة، السليمانية، بإقامة ندوة بعنوان (نظرة مستقبلية حول إقامة الدستور العراقي الجديد) وللفترة من ٩-١١ من شهر تشرين الأول سنة ٢٠٠٤.

وقدمت خلال هذه الندوة عدة بحوث قام بكتابتها نخبة من الأساتذة المختصين في العلوم القانونية والسياسية وشارك في مناقشتها نخبة من الأساتذة والقضاة والمحامين. وقد سُلط الضوء من خلال هذه الدراسات على فكرة الدستور من حيث المفهوم والنشأة والتعديل، والمبادئ الدستورية الهامة التي استقرت في النظم الديمقراطية، كمبدأ الفصل بين السلطات، والرقابة على دستورية القوانين، وحماية حقوق الأفراد وحيرياتهم، والتي يعد الأخذ بها من أهم الضمانات التي تمنع انحراف الحكام واستبدادهم في السلطة.

وكذلك سُلط الضوء على قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وبيان الجوانب الإيجابية والسلبية التي وردت فيه. وتمت مناقشة مبدأ الفيدرالية الذي اخذ به القانون المذكور وبيان سلبيات وإيجابيات قانون الحكم الذاتي الذي كان نافذاً في العراق حتى سنة ١٩٩١.

ومن اجل نشر الوعي القانوني والسياسي بين المواطنين قام المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان، جامعة دي پول بنشر هذه الدراسات في كتاب واحد، نأمل أن ينال رضا القارئ الكريم. ولا يسعنا في هذا المقام إلا أن نتقدم بوافر الشكر والتقدير للسادة العاملين في هذا المعهد وعلى رأسهم الأستاذ الدكتور محمود شريف بسيوني (رئيس المعهد) على

دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

الدعم الكبير الذي قدموه لكليات القانون في بغداد، البصرة، السليمانية، بغية ترصين الحالة العلمية فيها ورفع المستوى العلمي لطلبتها.

**التوصيات الختامية لندوة:**  
**الدستور العراقي الجديد**  
**التي اقيمت بكلية العلوم السياسية**  
**بجامعة بغداد من ٩-١١ اكتوبر ٢٠٠٤**

**بسم الله الرحمن الرحيم**

بدعوة من المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان بجامعة دي بول وعمادة كلية القانون - جامعة بغداد، عقدت الندوة الدستورية والموسومة بـ (نظرة مستقبلية حول إقامة الدستور العراقي الجديد) وفي رحاب كلية العلوم السياسية بجامعة بغداد ولمدة ثلاثة أيام للفترة من ٩/١٠/٢٠٠٤ ولغاية ١١/١٠/٢٠٠٤.

وشارك فيها نخبة من الأساتذة المختصين في العلوم القانونية والسياسية ونخبة من القضاة والمحامين، ونوقشت خلالها بحوث عديدة، وجرى حوار عميق بين المشاركين حول القضايا المطروحة.

وإيماناً من المشاركين بمبدأ الشورى والمبادئ الديمقراطية المعروفة، والتي من أهمها حرية الرأي والفكر، وإيمانهم الراسخ بوجود مساهمة المواطنين بمختلف شرائحهم في مناقشة القضايا الهامة التي تتعلق بمستقبل الوطن والمواطن ومصيرهما، وضرورة إعلان آرائهم بكل حرية، وبمنأى عن كل ضغط أو تأثير يوصي المشاركون بما يأتي:

١. دعم مبدأ الفيدرالية في إقليم كردستان بما يعزز وحدة التراب الوطني، وتنقيف الشعب بكافة قومياته على إيجابيات هذا المبدأ وترك القرار النهائي له.



دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد

٢. إن إجراء الاستفتاء حول مشروع الدستور يجب أن يسبقه توعية إعلامية مكثفة حول الموضوعات التي نص عليها المشروع حتى يكون الجميع على دراية بموضوع الاستفتاء.

٣. من أجل أن يكون الاستفتاء الدستوري على قدر عالٍ من المصداقية، نقترح ألا يكون مشروع الدستور مقبولاً إذا لم يشارك في الاستفتاء عليه أكثر من ٥٠% من مجموع الناخبين المسجلين، واعتبار هذه النسبة قاعدة دستورية تطبق على كل أنواع الاستفتاء التي ستجرى في العراق مستقبلاً.

٤. من أجل إرساء الأسس الديمقراطية للدولة الدستورية وإعلاء شأن مبدأ سيادة القانون باعتباره أساس الحكم في الدولة، نقترح أن يتضمن مشروع الدستور المبادئ الآتية:

أ- الإسلام دين الدولة الرسمي، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع.

ب- إقرار مبدأ الفصل بين السلطات، والتأكيد على مبدأ سيادة القانون.

ج- إقرار مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وإنفاذ هذه المهمة بمحكمة دستورية عليا تتألف من قضاة وأساتذة ذوي خبرة عالية.

د- كفالة حق النقاضي للمواطنين، ومنع تشكيل المحاكم الخاصة والاستثنائية التي تعصف بحقوق المواطنين وتحرمهم من توفير أية ضمانات تتناسب مع آدميتهم وتحمي كرامتهم. وحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء.

هـ- كفالة حق الفرد في مخاطبة السلطات العامة كتابةً وبتوقيعه وضمن الحق ذاته للشخصيات الاعتبارية.

التوصيات الختامية لندوة الدستور العراقي الجديد

و- كفالة مشاركة المواطن في الحياة السياسية ولا يجوز حرمانه من مباشرة حقه في الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاء إلا لأسباب تتعلق بالصلاحيات العقلية والأدبية وبقرار صادر من محكمة مختصة.

ز- كفالة الحرية الشخصية وحرمة الحياة الخاصة للمواطن وغيرها من الحقوق والحريات التي ترد في الدستور أو القوانين الأخرى واعتبار أي اعتداء على تلك الحريات جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم. وعلى الدولة أن تكفل تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء

*Iraqi Constitutional Studies:  
Basic Principles for the New Iraqi Constitution*

**Introduction**

Iraq now faces a historic moment in which the country should reflect on its legacy of authoritarian rule while envisioning a free democratic society based on a respect for fundamental human rights and the rule of law. The new constitution represents one of the foundational elements of this complex social and political process. In this way, the new constitution is an important opportunity for the nation to build on its unique heritage, unite its multiple ethnicities, and create the blueprint for future peace and stability.

The drafting process for the constitution is outlined in the Transitional Administration Law (TAL). The drafting is to take place after the election of the National Assembly and the Presidential Council (consisting of a President and two Vice-Presidents) and the appointment of the Prime Minister and the Cabinet. The National Assembly forms a constitutional drafting committee that is charged with presenting a draft of the new constitution by the end of August 2005. By the end of the year, the constitution should be affirmed by the Iraqi people, signaling the end of the transitional period.

Drafting a new Iraqi Constitution requires a thorough understanding of Iraq's rich constitutional history. This includes a careful reflection on the nation's successive constitutions from the Basic Law of 1925 through the Draft Constitution of 1990. It is also valuable to consider the constitutions of the other twenty-one Arab states as well as the relationship of all these foundational documents to international human rights standards.

Therefore, in an effort to assist the Iraqi people in the process of creating a new constitution, the International Human Rights Law Institute at DePaul University (IHRLI), the National Democratic Institute (NDI), and the

American Bar Association (ABA) have prepared a series of publications to support the vital process of drafting the new Iraqi Constitution. These publications include:

1. Iraqi Constitutional Studies Regarding Basic Principles for the New Iraqi Constitution;
2. A Compilation of Iraqi Constitutions and a Comparative Study of International Human Rights Standards;
3. A Compilation of Arab Constitutions and a Comparative Study of International Human Rights Standards; and
4. A Compilation of Legislative Laws and Regulations of Select Arab Legal Systems.

As a part of these series, IHRLI is also preparing two further publications, the first of which pertains to constitutional guarantees of public freedoms in the Arab World and the second relates to the protection of women's rights in the Iraq and Arab World.

Since 2003, IHRLI has, with funding from the US Agency for International Development (USAID), also conducted the Iraqi Legal Education Reform Project, which ranks among the earliest reconstruction programs in Iraq.

This project has concentrated on the following areas:

- Rule of Law and Good Governance
- Legal Curricula Reform
- Rebuilding and Equipping Libraries with the Latest Technologies
- Clinical and Practical Education Programs

As part of this project IHRLI also organized four seminars on subjects such as the new Iraqi Constitution, property claims, ethics of legal professions, and the implementation of principles of international criminal justice in Iraq. IHRLI also oversaw the rebuilding of the law libraries in Baghdad, Basra, and Suleimaniya Universities, as well as provided books, journals, computers and internet access.

In collaboration with the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISIS) in Siracusa, Italy, IHRLI organized a series of training workshops for Iraqi jurists, law professors, and members of the Iraqi Judiciary.

To conclude, the staff at IHRLI hopes that these studies and projects prove to be valuable to the Iraqi people during this complex transitional moment. Finally, it is appropriate to recall the following verses from the Holy Quran:

*“We have honoured the sons of Adam; provided them with transport on land and sea; given them for sustenance things good and pure; and conferred on them special favours, above a great part of Our Creation.”<sup>1</sup>*

*“O mankind! We created you from a single (pair) of a male and a female, and made you into nations and tribes, that ye may know each other (not that ye may despise each other). Verily the most honoured of you in the sight of Allah is (he who is) the most righteous of you. And Allah has full Knowledge and is well-acquainted (with all things).”<sup>2</sup>*

*“And consult them in affairs (of moment). Then, when thou hast taken a decision, put thy trust in Allah. For Allah loves those who put their trust (in Him).”<sup>3</sup>*

*“Those who hearken to their Lord, and establish regular prayer; who (conduct) their affairs by mutual Consultation; who spend out of what We bestow on them for Sustenance”<sup>4</sup>*

M. Cherif Bassiouni\*

Professor of Law and President, International Human Rights Law Institute, DePaul University; President, International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences, Siracusa, Italy; Honorary President, International Association of Penal Law, Paris, France.

<sup>1</sup> Holy Quran, Surat al-Esra'a number 17, Aya number 70.

<sup>2</sup> Holy Quran, Surat al-Hujurat number 49, Aya number 13.

<sup>3</sup> Holy Quran, Surat Al-Imran number 3, Aya number 159.

<sup>4</sup> Holy Quran, Surat al-Shura number 42, Aya number 38.

\* See also the following web pages, International Human Rights Law Institute, DePaul University [www.iharli.org](http://www.iharli.org); International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences, Siracusa, Italy [www.isisc.org](http://www.isisc.org) ; International Association of

## **Summary of Contents**

This book discusses the major constitutional issues facing Iraq today through a series of articles compiled by Mr. Nehad El Gamal, a legal researcher and Administrative Coordinator of the Iraqi Legal Education Reform Project at the International Human Rights Law Institute at DePaul University College of Law. Mr Mohammed Helal, a legal researcher at IHLRI, also aided in the preparation of these articles.

These articles were contributed by a variety of legal professionals and academics, reflecting Iraq's cultural and ethnic diversity, as well as members of the judiciary and practicing attorneys. In addition, the publication includes the opinions and views of leading constitutional experts who participated in a symposium on the Iraqi Constitution held at the Baghdad University Faculty of Political Science in October 2004, which was organized by Judge Khaled Mohey El-Din, the IHRLI Rule of Law Project Director in Iraq. It also includes the final recommendations of this symposium and an introduction by Dr. Hamid Hanoun Khaled, the Chairman of the Preparatory Committee.

Through this publication, IHRLI offers a compilation of select studies in constitutional law authored by leading Iraqi and Egyptian professors of constitutional law and jurists. Such studies present valuable assistance to the drafters of the new Iraqi Constitution by exploring the issues, concerns, and recommendations of leading experts in the field of constitutional law.

An ancient Arab proverb states that "Mecca's people are most closely attuned to their needs." With this in mind, IHRLI has utilized the experience and knowledge of Iraqi and Arab jurists to assist the Iraqi people in considering issues of great relevance to the new constitution.

This book begins with a discussion of the basic precepts of democracy by Professor M. Cherif Bassiouni, President of IHRLI, through an article entitled "Toward a Universal Declaration on the Basic Principles of Democracy: From Principles to Realization"; the "Universal Declaration on Democracy" is also appended to this article.

Thereinafter, the book is divided into six sections that are dedicated to the major issues regarding the drafting of the new Iraqi Constitution. The first section comprises four essays that discuss basic principles of constitutional law, including: a paper by Dr. Hamid Hanoun Khaled, Chair of the Public Law Department, Baghdad University Law Faculty, entitled "The Notion of a Constitution"; a paper by Dr. Sagid Ahmid Abl,

Assistant Professor, Law Faculty of Basra University, entitled “A Discussion of Exceptional Legitimacy in Constitutional Law”; a paper from Professor Ibrahim El Fayad of the Nahrayn University Law Faculty, entitled “The Principle of Division of Powers in Iraqi and Comparative Constitutions”; and a paper by Professor Samer El Nasser, University of San Pablo Faculty of Law entitled “Towards a Constitutional Future.”

The second section deals with constitutional law and human rights and is divided into four subsections. The first subsection concerns basic principles of human rights and constitutional law and begins with an article by Dr. Hasaan Mohammed Shafik Alaany, Professor of Constitutional and Political Systems at the University of Baghdad addressing “Constitutions and Guaranteeing Individual Freedoms,” followed by an essay by Judge Akram Elwatary entitled “The Upcoming Constitution and Human Rights.” The second subsection addresses the rights of women with an article by Dr. Bushra Salman Hussein Alebeidy entitled “Constitutional Guarantees of Women’s Rights.” The third subsection deals with the rights of minorities and includes an article by Dr. Riyad Aziz Hady, Dean of the Political Studies Faculty at Baghdad University, relating to “Political and Constitutional Guarantees of Minority Rights” and an article by Dr. Hasaan Mohammed Shafik Alaany addressing the “Effect of Minorities on National Unity and its Legal Framework.” The final subsection concerns constitutional law and nationality rights, an issue of great relevance to the country as a result of the former regime’s practice of denying citizenship rights to dissidents. This issue is addressed through a paper by Dr. Riyad Kaban, “A General Overview of Nationality Rights.”

The third section includes three papers relating to constitutional guarantees of judicial independence. The first paper, by Supreme Judge Medhat Mahomud, Chairman of the Supreme Council of the Judiciary, discusses “Judicial Independence in Iraq and the Role of the Constitution in its Protection.” The second paper, by Judge Dara Nour Eldin Bahaa Eldin, concerns “Ensuring the Impartiality of the Judiciary.” The final paper in this section is entitled “The Judicial Review of the Constitutionality of Laws” by Professor Sa’ad Alwash, Head of the Public Law Department, Nahrayn University Faculty of Law.

The fourth section concerns the important issue of Islamic (*Shari'a*) Law and begins with a piece by Professor Farouk Abdulkarim, Dean of Sulaimaniya Faculty of Law, on the "Implications of the Shari'a Being the Supreme Law." The second article is by Judge Khaled Mohey El-Din from the Egyptian Ministry of Justice and deals with the "Implications of the Shari'a Being the Supreme Law in the Constitution of Egypt." The final article in this section is by Dr. Walid Hegazy of Fulbright and Jaworski Law Firm, Houston, Texas, and is entitled "Implications of the Shari'a Being the Supreme Law in the Financial Transactions."

The fifth section discusses the issue of federalism from various perspectives. The first essay by Professor Sa'ad Al Alwash addresses "Federal and Non-Federal States." The next essay in this section is by Judge Fathy Al Jawary and is entitled "Federalism as a political system in the New Iraq."

The sixth and final section addresses the Transitional Administrative Law (TAL) through essays by Dr. Hamid Hanoun Khaled entitled "Assessing the Iraqi Transitional Administrative Law" and by Professor Ghazi Faisal Mahdi, Dean, Nahrayn University Faculty of Law, entitled, "The Iraqi Transitional Administrative Law and its Positive Elements." In addition, the book includes an essay by Professor Samer El Nasser of the Faculty of Law at the University of San Pablo in Madrid, Spain, entitled, "Constitutional thought Between the Past and the Future."

The book concludes with the final recommendations of a symposium organized by IHRLI entitled "The New Iraqi Constitution," which was held at the Faculty of Political Science at Baghdad University.

M. Cherif Bassiouni  
June 18, 2005