الرقم الدولي : ISSN2075-7220
الرقم الدولي الالكتروني : ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- ا.د اسراء محمد علي سالم
  ابراهيم صالح كاظم
- أ.د. إسماعيل صعصاع غيدان البديري
  م. حوراء حيدر إبراهيم الطائي
- أ.د. منصور حاتم محسن
- أ.د. ايمان طارق الشكري
  وليد طعمه مفتن

- جرائم العمل المنصوص عليها في القوانين الخاصة.
- دور الجزاءات الادارية في حماية الامن الدوائي (دراسة مقارنة).
- التأمين النقدي(دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي)
- مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع

السنة الثالثة عشر ٢٠٢١ العدد الرابع

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN: 2075-7220
ISSN ONLINE: 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- Labour offences provided for by special laws — Prof. Dr. Asra Muhammad Ali, Ibrahim Saleh Kadhm
- The role of administrative sanctions in protecting drug security — Prof. Ismaeel Sasah Ghidan, Hawraa Haidar Ibraheim Altaie
- The Monetary Mortgage, Legal Study Compared to Islamic Jurisprudence — Prof.Dr.Mansoor Hatem Muhsin
- A concept of principle of full refund of benefits — Prof. Dr. Eman Tarek Makki, waleed Tuma Maften

Fourth Issue 2021 Thirteenth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهارس

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
١.	جرائم العمل المنصوص عليها في القوانين الخاصة	ا.د اسراء محمد علي سالم ابراهيم صالح كاظم	٩-٤٢
٢.	المسؤولية الجزائية عن التلاعب بأجور العمال(دراسة مقارنة)	ا.د اسراء محمد علي سالم ابراهيم صالح كاظم	٤٣-٨٤
٣.	الأحكام الموضوعية لجريمة الاعتداء عمداً على الموجودات الخاصة بمرافق المياه والغاز (دراســة مقارنــة)	ا.د. إسراء محمد علي سالم عباس محمد علي محمد	٨٥-١١٩
٤.	الأحكام الموضوعية لجرائم التخريب في قانون عقوبات قوى الأمن الداخلي العراقي -دراسة مقارنة-	ا.د إسراء محمد علي سالم أحمد صباح محيسن سبتي	١٢٠-١٥٣
٥.	دور الجزاءات الادارية في حماية الامن الدوائي (دراسة مقارنة)	أ.د. إسماعيل صعصاع غيدان م. حوراء حيدر إبراهيم الطائي	١٥٤-١٧٨
٦.	طرق اختيار تعيين رجل الشرطة (دراسة مقارنة)	ا.د.اسماعيل صعصاع غيدان حمزة غالب مكمل الميالي	١٧٩-٢٠٨
٧.	الضمانات القانونية لعدالة تقسيم الدوائر الانتخابية (دراسة مقارنة)	أ.د اسماعيل صعصاع أ .د علاء عبد الحسن حيدر عزيز صالح	٢٠٩-٢٥٧
٨.	التنظيم القانوني لشروط منح إجازة السياقة في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)	أ.د.إسماعيل صعصاع غيدان حامد عبيد مرزة العلواني	٢٥٨-٣٠٦
٩.	التأمين النقدي(دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي)	أ.د. منصور حاتم محسن	٣٠٧-٣٤٣
١٠.	(مفهوم حق الإمكان القانوني) "دراسة مقارنة"	أ.د. منصور حاتم محسن نجوان محمد راضي	٣٤٣-٣٦٥
١١.	وسائــل اثــبــات التــوقيــع الالكتروني	ا.د منصور حاتم محسن م.د بان سيف الدين محمود م.م خوالفية رضا	٣٦٦-٣٨٤
١٢.	مفهوم التصرف في المال المغصوب (دراسة مقارنة)	ا.د منصور حاتم محسن م. عباس سهيل جيجان	٣٨٥-٤٥٦
١٣.	مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع	أ.د. ايمان طارق الشكري وليد طعمه مفتن	٤٥٧-٤٩٠
١٤.	المصدر الموضوعي لترابط الاتفاقات (دراسة مقارنة)	ا.د. ايمان طارق مكي م.د سهير حسن	٤٩١-٥٣٨
١٥.	اثر ترابط الاتفاقات على انقضاء المجموعة العقدية (دراسة مقارنة)	ا.د. ايمان طارق مكي م.د سهير حسن	٥٣٩-٥٨٨
١٦.	المفهوم القانوني للمانع الادبي في الاثبات المدني	أ . د سلام عبد الزهرة عبد الله ياسر محمد فوزان الحساني	٥٨٩-٦٣٤
١٧.	المفهوم القانوني لبنوك التجميد (دراسة مقارنة)	ا.د. سلام عبد الزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين بدر	٦٣٥-٦٧١
١٨.	موقف القانون العراقي من الحجز التنفيذي على حقوق الملكية الفكرية	أ.د سلام عبد الزهرة عبد الله غسان شهيد كريم جبار	٦٧٢-٧٠٤
١٩.	استنفاد ولاية القاضي في الدعوى المدنية (دراسة مُقارنة)	أ.د. هادي حسين الكعبي حسين صبري هادي	٧٠٥-٧٥٠
٢٠.	المركز القانوني للمستهلك الالكتروني في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا حسين عمران جرمط العبيدي	٧٥١-٧٨٤
٢١.	الحماية الاجرائية للسائح الاجنبي	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا وسام عبد العظيم عبيد	٧٨٥-٨١٣

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
٢٢.	دور تقنية التأمين لمواجهة المخاطر والأضرار في ظل انتشار جائحة كورونا	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا م. د نصيف جاسم محمد الكرعاوي	٨١٤-٨٤٣
٢٣.	جنسية السفينة وأثرها على الولادات التي تحصل على متنها	ا.د.عبد الرسول عبد الرضا جواد كاظم جاسم خنجر الطفيلي	٨٤٤-٨٨٤
٢٤.	جريمة الاعتداء على المنشآت العسكرية - دراسة مقارنة	أ. د. حسون عبيد هجيج سالم حسين حبيب	٨٨٥-٩٢٣
٢٥.	جريمة استعمال المحرر الصحيح من قبل الغير(دراسة مقارنة)	أ.د . حسون عبيد هجيج كرار علاوي خضير المساري	٩٢٤-٩٥٨
٢٦.	الاطار المفاهيمي لجريمة انشاء موقع على الشبكة المعلوماتية بقصد الاتجار بالبشر (دراسة مقارنة)	ا.د. عمار عباس الحسيني احمد ضمد جاسم	٩٥٩-٩٨٨
٢٧.	حرية الملاحة في أعالي البحار	أ.د. صدام حسين وادي علي لفتة جودة	٩٨٩-١٠٢٢
٢٨.	علاقة رئيس الجمهورية بالقضاء في الدستور العراقي مقارنة بالدستورين الامريكي والفرنسي (دراسة مقارنة)	ا.د علاء عبد الحسن كريم م.د.اركان عباس حمزة	١٠٢٣-١٠٦٤
٢٩.	الفئات المشمولة بالحصانة الدبلوماسية	أ.د. طيبة جواد حمد المختار سلام عيسى صكبان الصليخي	١٠٦٥-١٠٨٥
٣٠.	انقضاء استخلاف حقوق الملكية الفكرية (دراسة مقارنة)	أ.د. ضمير حسين ناصر خوله كاظم محمد راضي	١٠٨٦-١١١٧
٣١.	استخلاف الحقوق المعنوية واشكالية الانتقال (دراسة مقارنة)	أ.د. ضمير حسين ناصر خوله كاظم محمد راضي	١١١٨-١١٤٨
٣٢.	هلاك المعلومات الالكترونية والاثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)	أ.د. ميري كاظم عبيد علاء حسين حمد	١١٤٩-١١٨٤
٣٣.	انتقاض الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	ا.د.وسن قاسم غني م.م. احمد خضير عباس	١١٨٥-١٢٠٦
٣٤.	الاساس القانوني للحكم القضائي المشروط (دراسة مقارنة)	ا.د.وسن قاسم غني سامي حسين ثامر	١٢٠٧-١٢٤٢
٣٥.	القوة الملزمة للحكم القضائي الاجنبي المشروط(دراسة مقارنة)	ا.د.وسن قاسم سامي حسين ثامر	١٢٤٣-١٢٧٩
٣٦.	عقد المشورة الوراثية	أ.د. وسن قاسم غني الخفاجي علي رشيد رحم القريشي	١٢٨٠-١٣٢٨
٣٧.	الرقابة القضائية على قرارات منح سمة الدخول والإقامة	أ.د. فراس كريم شيعان عقيل حمود حمزه	١٣٢٩-١٣٦٢
٣٨.	اثر معيار المصلحة الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الطفل الشخصي	ا.د.فراس كريم شعيان خضير مخيف فارس	١٣٦٣-١٣٩٦
٣٩.	التنظيم القانوني لعقد القرض الدولي متعدد الأطراف	أ . د فراس كريم شيعان ابتهال حميد غريب	١٣٩٧-١٤٢٦
٤٠.	أساليب بيع البنك المركزي للعملة الأجنبية (دراسة مقارنة)	أ. د. ذكرى محمد حسين الياسين م.م عبدالخالق غالي مهدي	١٤٢٧-١٥٠٦
٤١.	دور قضاء الدولة في معالجة الفراغ التشريعي عن طريق مبادئ القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	١٥٠٧-١٥٣٩
٤٢.	الحماية الموضوعية للمال الاجنبي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين علي عبد الكريم خلف	١٥٤٠-١٥٧٠
٤٣.	الحلول الوطنية لتنازع القوانين في استرداد الاموال	أ.د. خير الدين كاظم الامين بسام صبيح سلمان	١٥٧١-١٦٠٦

الفهارس

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
٤٤.	ولاية القضاء إزاء الإدارة ضمن نطاق العقد الإداري (دراسة مقارنة)	أ.د. صادق محمد علي حسن قاسم محمد حنتوش	١٦٠٧-١٦٢٩
٤٥.	جهات الرقابة الإدارية ووسائل تحريكها / دراسة مقارنة	أ.د. صادق محمد علي حسن قاسم محمد حنتوش	١٦٣٠-١٦٥٣
٤٦.	ضمانة التحقيق الانضباطي لرجل الشرطة (دراسة مقارنة)	ا.د.صادق محمد علي الحسيني خالد وهاب حسن العكايشي	١٦٥٤-١٧٠٢
٤٧.	الجزاءات المالية المترتبة على النكول في المناقصات والمزايدات الحكومية	ا.د.صادق محمد علي الحسني عماد محمد شاطي	١٧٠٣-١٧٣٤
٤٨.	جريمة حيازة المتفجرات والمفرقعات (دراسة مقارنه)	ا.د. محمد إسماعيل المعموري ساره عبد الرضا حلبوص	١٧٣٥-١٧٧٩
٤٩.	أركان جريمة أدارة أو تهيئة مكان لتعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية -دراسة مقارنة-	ا.د. محمد إسماعيل المعموري علاء حسين علي لافي	١٧٨٠-١٨٠٩
٥٠.	جريمة تحرير وصفة طبية وهمية او مبالغ فيها في القانون العراقي	ا.د. محمد إسماعيل المعموري م.احمد هادي عبد الواحد	١٨١٠-١٨٤٤
٥١.	عقوبة جريمة امتناع متكفل الطفل عن تسليمه لمستحقه (دراسة مقارنة)	ا.د. محمد إسماعيل المعموري ايناس عباس كحار	١٨٤٥-١٨٨١
٥٢.	جريمة تغاضي رجل الشرطة عن منع ارتكاب جريمة (دراسة مقا رنة)	أ.د. اسماعيل نعمة عبود مسلم محمد طالب	١٨٨٢-١٩١٤
٥٣.	تنظيم اختصاصات المجلسين التشريعيين في المجال التشريعي	ا.د.حسين جبار عبد كرار نجم عبد	١٩١٥-١٩٤١
٥٤.	الضمانات الدستورية لحقوق وحريات الافراد في الضرورة الاجرائية الجزائية	أ. د. آدم سميان ذياب زهير محمد هاشم	١٩٤٢-١٩٦٦
٥٥.	رد الاعتبار التجاري للتاجر المفلس (دراسة مقارنة)	أ.م.د سماح حسين علي محمد عبدالواحد حميد	١٩٦٧-٢٠٠٩
٥٦.	التنظيم القانوني لاستنفاد الحقوق في أطار براءات الاختراع ونطاق تطبيقه الجغرافي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.م.د سماح حسين علي عدي حسين طعمه	٢٠١٠-٢٠٤٧
٥٧.	آليات التعاون الدولي لمكافحة الاتجار بالبشر	أ.م.د. سرمد عامر عباس اثير حسن عبيد	٢٠٤٨-٢٠٧٠
٥٨.	الأساس القانوني للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي	ا.م.د. حيدر عبد محسن شهد عذراء محمد سكر صالح	٢٠٧١-٢٠٩٢
٥٩.	الدعوى المضادة امام القضاء الدولي-دراسة في المفهوم والاساس القانوني	ا.م.د. حيدر عبد محسن شهد	٢٠٩٣-٢١٣٠
٦٠.	التنظيم القانوني لتداول شهادات الايداع في سوق الاوراق المالية " دراسة مقارنة "	أ.م.د ميثاق طالب عبد حمادي أمير حسين عبد الامير ابراهيم	٢١٣١-٢١٧٢
٦١.	الاحكام الجزائية للطرح الخاص للاسم في الشركة المساهمة (دراسة مقارنة)	أ.م.د ميثاق طالب عبد حمادي زهراء كاظم مجيد	٢١٧٣-٢٢١٥
٦٢.	جريمة تعطيل أوامر الحكومة – دراسة مقارنة	أ.م. د. منى عبد العالي موسى مصطفى محمد علي	٢٢١٦-٢٢٤٦
٦٣.	جريمة التنقيب عن الأثار دون موافقة	أ.د. م منى عبد العالي موسى هيثم احمد سلمان	٢٢٤٧-٢٢٧٩
٦٤.	جريمة التأثير على القضاء في اصدار القرارات والأحكام الجزائية - دراسة مقارنة	أ.م.د منى عبد العالي موسى علي رزاق محمد	٢٢٨٠-٢٣١٦
٦٥.	جريمة انتماء رجل الشرطة لحزب او جمعية سياسية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد عباس بردان حبيب	٢٣١٧-٢٣٥٠
٦٦.	تقاسم الاختصاصات التشريعية والتنفيذية في دستور جمهورية العراق لعام	أ . م. د. ليلى حنتوش ناجي	٢٣٥١-٢٣٦٩

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
	٢٠٠٥	زينب علي طه	
٦٧.	النيابة القانونية عن الغير امام القضاء المدني (دراسة مقارنة)	ا.م.د.حبيب عبيد مرزة	٢٣٧٠-٢٣٩٥
٦٨.	ماهية الحق الاستئثاري للمؤلف	أ.م.د ماهر محسن عبود أيثم عبدالحسين محمد	٢٣٩٦-٢٤٢٥
٦٩.	دور المنظمات الدولية في مكافحة جريمة الاتجار بالبشر	أ.م.د.اسامة صبري محمد خالد جواد كاظم	٢٤٢٦-٢٤٤٣
٧٠.	فكرة بطلان النص الدستوري- دراسة تحليلية في ضوء دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥	ا.م.د ياسر عطيوي عبود الزبيدي	٢٤٤٤-٢٤٨٠
٧١.	المسئولية المدنية للطبيب عن فشل عملية التعقيم "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري وبعض الأنظمة المقارنة"	ا.م.دعبد الرازق وهبه سيد احمد محمد	٢٤٨١-٢٥٠١
٧٢.	جريمة انتهاك الحق في سرية عقد المقاولة (دراسة مقارنة)	م.د عمار غالي عبد الكاظم صفا علي رشيد باقر	٢٥٠٢-٢٥٣٤
٧٣.	المبادئ الحاكمة للجرائم في ضوء القانون الدولي الجنائي	م.د. ياسر حسين علي م.م. رافد علي لفتة	٢٥٣٥-٢٥٦٧
٧٤.	الجزاء الإجرائي في القضاء المدني (دراسة تحليلية مقارنة)	م. د. مروى عبد الجليل شنابة	٢٥٦٨-٢٦٠٣
٧٥.	الحماية المدنية للعلامة التجارية المشهورة من التصرفات غير المشروعة (دراسة مقارنة)	م. د. فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي	٢٦٠٤-٢٦٢٠
٧٦.	مدى دستورية سياسة التطعيم الالزامي	م.د. انس غنام جبارة	٢٦٢١-٢٦٤٩
٧٧.	تولي الوظائف العامة اثر تعاطي المخدرات عليها (دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والتشريع المصري)	م.عبد الحسين عبد نور هادي	٢٦٥٠-٢٦٦٧
٧٨.	التأثيرالمتعدي لظاهرة الفساد والاليات القانونية لمكافحته	م.م. كاظم خضير السويدي	٢٦٦٨-٢٦٩٥
٧٩.	الحماية الجنائية للحق في خصوصية الجينوم البشري (دراسة مقارنة)	م. احمد حسين سلمان	٢٦٩٦-٢٧٣٣
٨٠.	الحصانة القضائية للدول الأجنبية في المعاملات المالية	م.م طه كاظم المولى	٢٧٣٤-٢٧٧١
٨١.	جريمة إخفاء حيوان مصاب بمرض وبائي أو مُعدي في التشريع العراقي	م.م زينب كاظم مطلك محمد عباس عبد العابدي	٢٧٧٢-٢٧٩٣
٨٢.	المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العقد	م.م. عدالة عبد الغني محمود	٢٧٩٤-٢٨١٣

فكرة بطلان النص الدستوري

(دراسة تحليلية في ضوء دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥)

الاستاذ المساعد الدكتور ياسر عطيوي عبود الزبيدي

جامعة كربلاء/ كلية القانون

ملخص البحث

في العراق ، بعد التغيير في عام ٢٠٠٣ ، وبعد أن كتبت السلطة التأسيسية الأصلية الممثلة في مجلس الأمة مسودة دستور ٢٠٠٥ ، تطبيقاً لقانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ ، بدأت مرحلة جديدة تتمثل في: إقامة دولة قانونية يسودها مبدأ الشرعية ، وهنا يجب أن يكون هذا الدستور مثالياً لا يشوبه بطلان. وفي حالة تشخيص نص دستوري يوصف بأنه غير شرعي ، لا بد من إتباع وسائل تصحيح هذا النص من أجل خلق حالة قانونية ، وهنا تبرز أهمية البحث ، باعتباره موضوع بطلان القانون. يعتبر النص الدستوري بشكل عام وفي دستور جمهورية العراق بشكل خاص ذا أهمية خاصة لأننا نبحث عن إقامة دولة قانونية لا يشوبها دستور بالبطلان.

المـــقدمـــــة

لاشك ان وصف الدولة القانونية يطلق عندما يكون هناك دولة تخضع للقانون ، ويتمثل ذلك بالتزام السلطات العامة بإحكام التشريعات النافذة ، وهذا الامر هو الحد الفاصل بينها وبين الدولة البوليسية التي لا تكترث باحترام القانون .

فالدولة القانونية ايضا يسودها مبدأ الفصل بين السلطات ، فكل سلطة تستقل باختصاصاتها عن السلطة الاخرى وعدم جواز الاعتداء كل منها على الاخرى ، كذلك وجود رقابة قضائية على دستورية التشريعات وعدم مخالفتها للدستور النافذ ، بالإضافة الى مراعاة مبدأ التدرج الهرمي للقواعد القانونية ، اذ يأتي الدستور فـــي مقدمـــة الهرم التشريعي فـــي الدولة فيقوم بتنظيم القواعـــد الخاصة بالسلطات (التشريعية ، التنفيذية ، القضائية) وكذلك الهيئات الاخرى .

وبما أن وجود الدولة القانونية يستند على هذا الدستور من خلال تطبيقه بالشكل الصحيح ، فانه بات من الضروري ان تكون نصوص الدستور مشروعة لا يسودها البطلان ، والا فانه لا مجال للحديث عن وجود الدولة القانونية .

وفي العراق وبعد التغيير عام ٢٠٠٣ وبعد قيام السلطة التأسيسية الاصلية والمتمثلة بالجمعية الوطنية بكتابة مسودة دستور ٢٠٠٥، تنفيذا لقانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ ، فأنه بدأت مرحلة جديدة تتمثل بتأسيس دولة قانونية يسودها مبدأ المشروعية ، وهنا يتوجب أن يكون هذا الدستور مثاليا لا يشوبه البطلان، وفي حالة تشخيص نص دستوري يوصف بانه غير مشروع ، فانه لابد من اتباع الوسائل الكفيلة لتصحيح هذا النص لأجل من أجل خلق دولة قانونية ، وهنا تأتي أهمية البحث ، أذ ان موضوع بطلان النص الدستوري بشكل عام وفي دستور جمهورية العراق لسنة٢٠٠٥ بشكل خاص يحتل أهمية سيما ونحن نبحث عن تأسيس دولة قانونية لا يمكن ان يكون فيها دستور يشوبه البطلان .

اما مشكلة البحث فتتجسد في عدة محاور اهمها :-

١- ما المقصود بالبطلان في مجال القانون الدستوري ؟ وهل يختلف عن البطلان في مجال القوانين الاخرى ام له طبيعته الخاصة ؟

٢- ما هي المعايير التي يجب ان تكون عليها السلطة التأسيسية الاصلية التي كلفت بكتابة مسودة دستور ٢٠٠٥؟ وهل ان بطلان تشكيلها او عملها سينعكس سلبا على نصوص الدستور؟

٣- هل يمكن ان نتصور ان يكون هناك نصا باطلا في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ؟

٤ – ماهي المعايير التي يمكن الاستعانة بها لأجل تحديد ما اذا كان النص الدستوري يشوبه البطلان من عدمه ؟

٥- ما هي الاثار القانونية التي تترتب على بطلان النص الدستوري ؟

٦- ماهي الوسائل التي يمكن اللجوء اليها لإصلاح النص الدستوري الذي يشوبه البطلان ؟

وبصدد منهجية البحث ، فأن دراستنا ستكون دراسة تحليلية تدور ما بين نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ونصوص قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ بالقدر المتعلق بتشكيل الجمعية الوطنية التي انيطت كتابة مسودة دستور ٢٠٠٥ لأنه القانون المذكور قد حدد اجراءات كتابة المسودة ورسم ملامحها ، فضلا عن الاشارة الى بعض قرارات المحكمة الاتحادية العليا بمعنى اننا سنبحث البطلان ابتداء من كتابة مسودة دستور ٢٠٠٥ الى لحظة نفاذه .

أما خطة البحث ، فإننا ارتأينا ان تتكون من مقدمة وثلاثة مطالب، تناولنا في المطلب الاول مفهوم بطلان النص الدستوري وقسم على فرعين، خصص الفرع الاول لدراسة تعريف بطلان النص الدستوري وفي الفرع الثاني سنحاول البحث في مسوغات البطلان، اما بصدد المطلب الثاني فأنه يتضمن اسباب بطلان النص الدستوري وفق فرعين، الاول كرس لدراسة اسباب البطلان المتعلقة بالسلطة التأسيسية الاصلية، فيما حددنا الفرع الثاني للبحث في اسباب البطلان المتعلقة بذاتية النص الدستوري، وبصدد المطلب الثالث فأنه يخصص لوسائل اصلاح بطلان النص الدستوري ويقسم على فرعين، الاول يكرس لدراسة الوسائل الرسمية لمعالجة بطلان النص الدستوري فيما يكون الفرع الثاني للبحث في الوسائل غير الرسمية لمعالجة البطلان .

وأخيرا اختتمنا البحث بخاتمة تتضمن اهم النتائج والمقترحات التي نعتقد انها ضرورية في مجال دراستنا .

المطلب الاول- مفهوم بطلان النص الدستوري.

مما لاشك فيه ان دراسة موضوع بطلان النص الدستوري لايمكن فهمه والاحاطة به الا بدراسة تعريفه من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية ،كما ان لفهم هذا الموضوع يتوجب علينا ان نبحث في العلة او المسوغ في اقرار البطلان في مجال الدساتير ، لان هذه المسوغات لها خصوصية كما سنرى تختلف عن مسوغات البطلان في التشريعات الادنى من الدستور، وعليه فان الامر يتطلب منا ان نقسم هذا المطلب الى فرعين مستقلين هما :-

الفرع الاول- تعريف بطلان النص الدستوري.

سنحاول في هذا الفرع تبيان تعريف البطلان من الناحية اللغوية من خلال معاجم اللغة بالإضافة الى التعريف الاصطلاحي ، اي استعراض موقف المهتمين من الفقه القانوني وذلك في المحورين الآتيين :-

اولا- تعريف البطلان لغةً.

في اللغة العربية يأتي البطلان بعدة معان(بطل الشيء، فسد او سقط حقه او حكمه، فهو باطل، وجمعهُ بواطل، وآخرون يقولون جمعهُ اباطيل) [١] ، ويأتي كذلك بمفهوم مفاده (سقوط الحق وفساده) [٢] ، ومؤداه ايضا الوصف الذي يلحق الشيء المغاير للحقيقة [٣] .

وفي القرءان الكريم ورد لفظ (الباطل) للدلالة على معان متعددة ، منها للإشارة الى الثواب والغفران وعدم الحصول عليه، أي بمعنى الوعيد بسقوط الاعمال الصالحة، كما في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والاذى) [٤] ، او الى الدعوة الى عبادة الله تعالى وعدم العمل بما يخالفه من باطل وهو ما تجلى في قوله تعالى (يا أيها الذين امنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول ولا تبطلوا اعمالكم) [٥]، وفي المفهوم الفقهي الشرعي يأتي للدلالة على معنى يفيد عدم الصحة، أي ينظرون الى التصرف كعدمه ويختلف عندهم بين العبادات والمعاملات، فعلى سبيل المثال في مجال العبادات يأتي البطلان للدلالة على عدم اعتبار العبادة، كأنها لم تكن[٦] .

ومن ذلك نستفيد بان معنى البطلان بجنبته اللغوية يعني زوال الشيء بذاتهِ واثارهِ .

ثانيا- تعريف بطلان النص الدستوري اصطلاحاً .

أسهب جانبا من الفقه على ايراد تعريفات متعددة للبطلان في المجال القانوني وخاصة في حقل القانون المدني أو الجزائي او الاداري ، الا انه في نطاق القانون الدستوري تكون هنالك صعوبة وهذا يرجع الى صعوبة تصور ان يكون هناك بطلان لأعلى قانون وهو الدستور ، فالأمر يكون متصور للتشريعات الادنى منه بينما تكون الصعوبة متصورة في مجال النص الدستوري بوصفه يسمو على التشريعات الاخرى وهو اساس صحة هذه التشريعات فكيف يمكن ان نتصور وجود بطلان فيه . ونظرا لصعوبة ايراد تعريف للبطلان في المجال الدستوري ، فأن الامر يتحتم علينا ان نتدرج في التعاريف الفقهية للبطلان من القانون الخاص الى العام وصولاً الى حقل القانون الدستوري ، فعرف بأنه (انعدام الأثر القانوني الذي ينبغي وضعه للفعل) [٧] ، وذهب كثيرون الى ان البطلان هو(الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توافر اركان العقد او اختلاله في شرط من شروط صحته) [٨] ، وعرفه البعض الاخر بأنه (العيب الذي يصيب التصرف فيحرمه من آثاره التي كان يجب انتاجها وفقاَ لطبيعته وموضوعه)[٩] . وعرف ايضا بأنه (تكييف قانوني لعمل يخالف نموذجه القانوني مخالفة تؤدي الى عدم انتاج الاثار التي يرتبها القانون اذا كان كاملا) [١٠] ، وكذلك بانه (جزاء اجرائي ينال من العمل الاجرائي، فيهدر جميع اثاره القانونية) [١١] .

أما الفقه الفرنسي فعرف البطلان بأنه (عدم الصحة او عدم النفاذ الذي يلحق تصرفاً لمخالفته لأمر او نهي من القانون)[١٢] ، وبخصوص موقف المشرع العراقي ، فقد عرف البطلان بحديثه عن العقد

(هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية)[١٣] ، واذا استجمعنا تلك التعريفات السابقة وتطبيقها على البطلان في النص الدستوري باعتبار ان الدستور هو عقد اجتماعي نستطيع ان نقول ان أقرب التعاريف الى موضوع البحث وبسبب عموميته وشموليته ، هو التعريف الذي يقول بأن البطلان هو (وصف يلحق التصرف القانوني لعيب فيه ويحرمه من آثاره)[١٤].

وخلاصة ما توصلنا اليه من التعريفات السابقة للبطلان، يمكن ان نلاحظ انه على الرغم من الاختلاف فيما بينها بسبب التباين في وجهات النظر والزاوية التي ينطلق منها كل فقيه ، الا انها تنطلق من محورين مهمين اجمع عليه الفقه، يتمثل بأن هناك من يرى ان البطلان هو (جزاء) بينما الاخر يرى انه (وصف) ، وهنا اذا اخذنا بالعنصر الأول وهو الجزاء، فيمكن لنا ان نعرف البطلان على انه (فقدان النص الدستوري لأحد او جميع شروطه ليخرج عن نطاق المشروعية الدستورية)، بينما يمكننا تعريف البطلان بأنه (الوصف الذي يصيب النص الدستوري ويحد من انتاج آثاره) هذا اذا سلمنا بالمفهوم الثاني وهو الوصف، وإذا تم الاخذ بالمفهومين معاً ، فأن التعريف سيكون بالصيغة الاتيـــــة (البطلان هو وصف للجزاء الذي إذا تحقق في نص دستوري معين اخرجه من نطاق الصحة).

ونعتقد ان البطلان هو أقرب الى الجزاء بل هو الجزاء بعينه ، على اساس ان الدستور هو عقد اجتماعي وهو يقترب من العقد المدني من حيث اركانه وشروطه الذي تحكمه قواعد القانون المدني الذي أسس فكرة البطلان اصلا وانطلق منه الى حقول وفروع القانون الاخرى سواء القانون الخاص او العام بما فيها القانون الدستوري .

وعليه نقترح ان تصاغ النصوص الدستورية بما فيها بعض نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ عند الشروع بإجراء التعديلات الدستورية ، صياغة دقيقة لا يشوبها النقص وبالتالي البطلان سواء من الناحية الشكلية او من الناحية الموضوعية (الفكرة التي يؤسس عليها الدستور) ، لان الدستور هو القانون الأسمى والاعلى الذي تستند اليه جميع القوانين في الدولة سواء كانت هذه القوانين مكملة للدستور أو عادية وهذه الاخيرة تستمد مشروعيتها من الدستور الذي يفترض ان لا يسود نصوصه البطلان .

الفرع الثاني - مسوغات اقرار بطلان النص الدستوري .

ان الاقرار ببطلان النص الدستوري المشوب بعدم المشروعية له ما يسوغه من الضرورات ، فالدستور ينظم عمل السلطات وينص على الحقوق والحريات العامة كما ان هذه النصوص لها علاقة مباشرة بالأمن القانوني للدولة ، او حماية النظام العام، ولهذا نجد على سبيل المثال ان السلطة التأسيسية المكلفة بكتابة مسودة دستور ٢٠٠٥ قد نصت على تلك المقومات من خلال تضمينها للمسودة ، وكل هذه المسائل لا يمكن ان تتحقق الا بوجود نصوص دستورية لا يشوبها البطلان، ولأهمية هذا الموضوع سنبين أبرز المسوغات التي توجب استبعاد او الغاء النص الدستوري الذي يشوبه البطلان ، وهذه المسوغات تتمثل بمايلي :-

اولا- المحافظة على النظام الاتحادي .

لقد تبنت لجنة كتابة مسودة دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ ان تدرج نصوصا من شانها ان تحدد شكل الدولة ، وبالفعل تم اقرار الاخذ بالنظام الاتحادي وفق المادة(١) من الدستور المذكور المستفتى عليه ، وعلى هذا الاساس تحول العراق الى هذا النظام بعد ان كان يعتنق نظام الدولة الموحدة قبل عام ٢٠٠٣، رغم ان قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ هو الذي أسس واقر النظام الاتحادي ، وعليه نجد ان الدستور قد أسس المبادئ الرئيسية لهذا النظام وفق قواعد محددة ومن تلك المبادئ ، ثنائية السلطات سواء كانت تشريعية او تنفيذية او قضائية على مستوى المركز والاقاليم ، بالإضافة الاستقلال الذاتي لكل الوحدات الداخلة والتي ساهمت في خلق هذا النظام في إطار الدستور الاتحادي، فضلا عن توزيع الاختصاصات بين الحكومة المركزية وبين المحافظات والاقاليم وما الى ذلك من المبادئ الاخرى .

ولأجل الحفاظ على هذا النظام يتوجب ان يتحقق الاستقرار الدستوري للنصوص المتعلق بالنظام الاتحادي وهذا الاستقرار لا يمكن ان يحدث الا عن طريق جودة وشرعية هذه النصوص وعدم بطلانها من خلال حرص السلطة التأسيسية في صياغة النصوص ، او ان يتم تعديل النص الباطل اذا كان بالإمكان تعديله ، او الغائه اذا لم يكن بالمقدور تعديله ، وهذا يعني ان استقرار وشرعية نصوص الدستور سينعكس بشكل ايجابي على استقرار المؤسسات الاتحادية في الدولة الفدرالية بمختلف تشكيلاتها واختصاصاتها .

ثانيا- المحافظة على الامن القانوني.

يعرف الامن القانوني بشكل عام بانه (كل ضمانة وكل نظام قانوني للحماية يهدف الى تأمين ودون مفاجئات حسن تنفيذ الالتزامات وتلافي او على الاقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون) [١٥].

ونستطيع ان نقول ان الامن القانوني هو الاساس الذي ترتكز عليه الحقوق والحريات الفردية ، وهنا لابد من ايجاد الارضية اللازمة لتحقيق هذا المبدأ، منها على سبيل المثال استقرار القواعد القانونية في الدولة وسهولة تنفيذها ، فضلا عن قابلية التشريعات للتعديل بالشكل الذي يجعلها اكثر تماسا ومواكبة للتطورات المختلفة التي تحدث في المجتمع ، بينما غياب الامن القانوني سيؤدي الى خلق حالة من الاضطراب وعدم استقرار القوانين بالإضافة الى خلق الفوضى والعنف واختلال الحياة الطبيعية للإفراد مما يخل بهيبة الدولة وسيادتها[١٦] .

وعليه نجد السلطة التأسيسية المكلفة بكتابة مسودة دستور ٢٠٠٥ ، قد حرصت على ارساء الكثير من الركائز التي تحقق الامن القانوني ، وهذه النصوص بحد ذاتها غير كافية لتحقق هذا المبدأ اذا لم يكتب لهذه النصوص الاستقرار والثبات ، ولا نقصد من هذا الكلام عدم قابلية التشريعات للتعديل وانما نقصد ان تكون التشريعات منذ ولادتها صحيحة لا تحتوي على الثغرات والنقص ، ويتوجب استبعاد النص الدستوري غير المشروع من اجل صيانة الحقوق والحريات العامة واستقرار عمل المؤسسات الدستورية وتكريس مبدأ احترام الحقوق المكتسبة ، وكل هذا له الدور الاساسي فـــي تحقيق الامن القانوني .

ثالثا – المحافظة على النظام العام .

لا شك ان النظام العام يعد فكرة لصيقة بالمجتمع ، فظهرت وتطورت معه ، وذلك بوصفه السند الشرعي لاستقرار المجتمع ، ولهذا حرصت التشريعات بمختلف تدرجها الدولي او الوطني بالنص عليه وجعل قواعده امرة لا يجوز مخالفتها طالما يكون الهدف منه الحفاظ على المصالح العامة والقيم والمبادئ الاساسية في المجتمع، ومع ذلك ان فكرة النظام العام لاتزال فكرة غير ثابتة ومستمرة بالتطور ، وذلك لمرونة ونسبية هذه الفكرة ، فهي تختلف باختلاف الزمان والمكان ، فما يكون من النظام العام في دوله ما، قد لا يكون كذلك في دوله اخرى، وايضا داخل الدولة الواحدة يختلف باختلاف الزمان، بحيث ما قد يكون من النظام العام قد لا يكون كذلك بعد فتره من الزمن وفقا لفلسفة النظام السياسي والمبادئ التي تسوده [١٧] .

وأيا كان الامر، فان هذه الفكرة لازالت تحتل اهمية فائقة ، وهذه الاهمية تعود لاعتبار اساسي ومهم يتمثل ، بانها أي الفكرة ذات مدلول انساني وقانوني في آن واحد ولهما جذور متأصله في كافة مناحي النشاط الانساني بما فيها العلاقات الاجتماعية باعتبارها ذات قيمة متأصلة في ابعادها المختلفة كالحرية والعدالة ، فهناك من يرى انها تختلف باختلاف الانظمة القانونية فيما اذا كان نظاما لا تينيا او سكسونيا ، ففي النظام الاول يعني حماية النظام ومشروعية السلطة السياسية واحترام النظام الدستوري ، اما في النظام الثاني ، فإنها تعني حالات الخرق التي تسود هذا النظام فـــــي جميع مفاصله او بالسياسة العامة او المصلحة [١٨]، وعليه فقد عرف البعض النظام العام بانه (مجموعة من المصالح الاساسية التي تمس النظام الاعلى للمجتمع بحيث تعتبر اساساً او دعامات يقوم عليها بناء الجماعة من النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية)[١٩]، وعرف كذلك على انه (الاساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان المجتمع في الدولة كما ترسمه القوانين المطبقة فيه تنظيما معينا في تقدير المصدر الرسمي) [٢٠] .

ويطرح البعض الاخر جوهر فكرة النظام العام بانه يتمثل في كونها وصفا تكليفيا بالأساس يرد على سبيل الاقتضاء حتماً فما تقتصر عليه الجماعة او تقرره الدولة من اوضاع تكليفية تجري بالنسبة لكل منهما مجرى القيم العليا والاسس الاصيلة حيث يتداعم تماسكها بها ويكون نظاماً عاماً سواء تفرع عنه حكـــم تكليفي فرعي ام غير ذلك [٢١] .

وأيا كان الامر فأن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ قد نص على هذه الفكرة وذلك في المادة(٣٨) والتي نصت على انه (تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام والآداب .....) كما ان المحكمة الاتحادية العليا قد اشارت في قرارها التفسيري المرقم (٦٣) لسنة ٢٠١٢ الى هذا المفهوم [٢٢] .

ولابد ان نشير هنا الى علاقة بطلان النص الدستوري بالنظام العام ، ذلك ان النص الدستوري يتوجب ان يدور في فلك النظام العام لا ان يكون مخالف له، بمعنى لا يمكن التسليم بنص وضعته السلطة التأسيسية من شانه ان يتعارض مع جوهر هذه الفكرة ، لان القول خلاف ذلك سيؤدي الى انهيار عناصر النظام العام وبالتالي يهدد استقرار النظام بكافة ابعاده بما فيه المنظومة الأخلاقية في المجتمع ، ولهذا يتوجب استبعاد النص الدستوري الذي يشوبه عدم المشروعية من خلال الغاء النص او تعديله .

وازاء ذلك نقول ان الحكم ببطلان النص الدستوري من شانه ان يعزز من قوة النظام العام واستقراره وبالتالي يكون له تأثير ايجابي على استقرار العلاقات الاجتماعية .

رابعا- المحافظة على الحقوق والحريات العامة .

يعد موضوع الحقوق والحريات العامة مـــن المواضيع التي نالت اهتمام الكتاب والفقهاء والمفكرين [٢٣] ، لكونها متعلقة بحياة الانسان اليومية وعلاقته بالسلطة القائمة [٢٤]، ولهذا نجد الدول قد حرصت على تضمينها في دساتيرها ، لكي تجعلها في قمة الهرم القانوني ، مما يوجب على جميع السلطات الالتزام بها وعدم مخالفتها والا اتصف عملها بعدم الدستورية [٢٥] . كما ان حماية حقوق الانسان والحريات لم يعد شأناً داخلياً ، بل دخل ضمن اهتمام المنظمات الدولية ، وظهر ذلك في ميثاق الامم المتحدة والاعلان العالمي لحقوق الانسان ، وبقية المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الانسان والحريات[٢٦] ، فكان لابد من التزام نظام الحكم في الدولة على احترام حقوق الانسان وحرياته ، لكون السيادة للشعب يمارسها بالنيابة عنه مؤسسات الدولة ، ويمارسها بشكل مباشر عبر الاستفتاء[٢٧] ولهذا اذا خالفت السلطة التأسيسية وضمنت الدستور نصوصا من شانها ان تقوض الحقوق والحريات العامة ، فان هذه النصوص تتصف بعدم المشروعية وبالتالي بطلانها ، لكن لابد من الاشارة ان تلك الحقوق والحريات لا يمكن ان تكون مطلقة ، اذ يمكن للسلطة التأسيسية ان تقيدها بالشكل الذي لا يمس جوهرها ، ولهذا نجد ان لجنة كتابة مسودة دستور ٢٠٠٥، قد ضمنت المسودة نصا مفاده (لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها الا بقانون أو بناء عليه ، على ألا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية) [٢٨]، فاذا كان الدستور لا يجيز للمشرع العادي ان يقيد الحقوق والحريات تقييدا تعسفيا يفرغها من محتواها ، فانه من باب أولى ان لا يتضمن الدستور نصا من شانه تقويض تلك الحقوق والحريات أي ان تلتزم السلطة التأسيسية الاصلية وهي بصدد تقييدها هذه الحقوق، ان لا تنحرف عن الهدف المتضمن مراعاة وصيانة حقوق الاخرين ، والا سيكون النص باطلا .

المطلب الثاني – اسباب بطلان النص الدستوري .

مما لاشك فيه ان النص الدستوري شأنه شأن التشريعات الاخرى الادنى منه لايمكن ان يوصف بانه باطل الا بعد ان تتحقق الاسباب اللازمة لهذا الوصف ، وان اشتراط تحقق هذه الاسباب ضرورة لازمة لحماية المنظومة القانونية والمؤسساتية في الدولة وبالتالي يحقق الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي واستمرار عمل المرفق العام ، حيث تتنوع الاسباب التي يفترض ان تتوفر لكي يوصف النص الدستوري بأنه باطل ، وهنا سيكون محور كلامنا عن تلك الاسباب والتي سنوضحها في الفرعين الآتيين :-

الفرع الاول – اسباب بطلان النص الدستوري المتعلقة بالسلطة التأسيسية الاصلية .

سنوضح هنا ابرز الاسباب والعوامل المؤدية الى تحقق عدم مشروعية النص الدستوري والتي تعود الى الجهة المكلفة بكتابة مسودة دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وهي السلطة التأسيسية الاصلية من خلال الاتي:-

اولا- اسباب البطلان المتعلقة بشرط الاهلية .

يشترط لصحة صدور التصرف القانوني ان يكون صادرا من جهة تتمتع بالأهلية اللازمة لإداء هذا التصرف ، وهذه الاهلية تنصرف الى معنيين الاول يقصد به الأهلية الادبية اي ان يكون من يصدر عنه التصرف القانوني غير مدان وفق حكم قضائي باي فعل جرمي [٢٩]، اما المعنى الثاني فيتمثل بالأهلية العقلية ، فيعني السلامة العقلية من اي عارض صحي من شانه ان يؤثر على أداء التصرف القانوني [٣٠]، وهذين النوعين من الاهلية يتوجب توافرهما في أعضاء السلطة التأسيسية الاصلية التي قامت بكتابة دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بالإضافة الى الاعضاء الذين تم اضافتهم الى اعضاء الجمعية [٣١]، وقد تولى قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية تبيان تلك الاهلية من خلال ايراد شروط محددة يجب أن تتوافر فيمن يكون عضوا في السلطة التأسيسية ، والا فأن تصرفها المتمثل بكتابة مسودة الدستور سيكون باطلا بسبب انعدام الاهلية ، فضلا عن توافر شروط اخرى اوردتها المادة (٣٠) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، ومن جهة اخرى نعتقد ان الدستور اذا كان ينص على شرط توافر الاهلية فيمن يتولى منصبا في السلطة التشريعية او التنفيذية ، فأنه من باب أولى ان تكون الجهة التي كلفت بكتابة هذا الدستور ان تتمتع بتلك الشروط.

ثانيا - اسباب البطلان المتعلقة بشرط الارادة.

يمكن تعريف الارادة بأنها تصرف قانوني إرادي يصدر عن جهة معينة بهدف إحداث بعض الآثار القانونية [٣٢] ، وهي شرط من شروط صحة التصرف القانوني وان تخلفه يسبغ على هذا التصرف البطلان ، ولكن الى أي مدى يمكن تطبيق هذا الشرط في مجال القانون الدستوري ؟

ان توافر شرط الارادة في السلطة التأسيسية التي تولت كتابة مسودة دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، يعد شرطا ضروريا لصحة النص الدستوري ، والارادة في هذا الصدد لها خصوصيتها بحيث تختلف عن مجالات القوانين الاخرى، فلها معنيين ، الاول يتمثل بان تتطابق هذه الارادة مع الارادة الشعبية بالشكل ان تأتي نصوص الدستور منسجمة مع ارادة صاحب السيادة وهو الشعب لا ان تنحاز الى المؤسسات الدستورية الاخرى لأنه كما ذكرنا سابقا ان الدستور هو عقد اجتماعي يكون احد اطرافه الشعب مصد السلطة وشرعيتها وهو ما اكده الدستور في المادة (٥) منه، والثاني مفاده ان يكون للسلطة التأسيسية الاصلية الحرية التامة في كتابة مسودة الدستور بعيدة عن الضغوط المؤثرات الداخلية او الخارجية ، لكننا نعتقد ان اعضاء لجنة كتابة الدستور(السلطة التأسيسية الاصلية) آنذاك كانت ارادتهم تحت الضغط والتأثير من خلال امرين اساسيين الاول، يتمثل بالأوضاع الداخلية التي تلت سقوط النظام وحصول الفراغ السياسي والامني والدستوري فضلا الضغط الذي مارسه الساسة الاكراد من خلال النفوذ الذي تمتعوا به بحكم الصلة الوثيقة بسلطة الاحتلال، والثاني يتمثل بالضغوط التي مارستها سلطة الاحتلال الامريكي المتمثلة برئيس سلطة الائتلاف (بريمر) كل هذه الظروف ساهمت بالتعجيل بكتابة مسودة دستور ٢٠٠٥ لإخراج البلاد من تلك الدوامة وتأسيس دولة ديمقراطية وبناء دولة القانون وهذا ما أكدته ديباجة الدستور بقولها (...نحنُ شعبُ العراق الذي آلى على نفسه بكلِ مكوناته وأطيافه ان يقرر بحريته واختياره الاتحاد بنفسه، وأن يتعظ لغده بأمسه، وأن يسُنَّ من منظومة القيم والمُثُل العليا لرسالات السماء ومن مستجدات علمِ وحضارةِ الانسانِ هذا الدستور الدائم إنّ الالتزام

بهذا الدستور يحفظُ للعراق اتحاده الحر شعبا وأرضاً وسيادةً....) ولاشك ان هذه الظروف التي رافقت عمل لجنة كتابة الدستور ساهمت بوجود نصوص في الدستور يمكن وصفها بأنها باطلة وبالتالي بحاجة الى التعديل .

الفرع الثاني- اسباب بطلان النص الدستوري المتعلقة بِذاتية النص الدستوري :-

في هذا الخصوص سنبحث اسباب بطلان النص الدستوري وهذه الاسباب تعود الى ذاتية النص المتمثلة بمخالفة المبادئ والقواعد فوق الدستورية او مخالفة الاطار العام للنص الدستوري وفق ما يلي :-

اولا- اسباب البطلان المتعلقة بمخالفة المبادئ والقواعد فوق الدستورية .

المقصود بالقواعد فوق الدستورية هي (جميع المبادئ التي لا يستطيع المشرع الدستوري من أن يعمل على تعديلها أو المساس بها)[٣٣] ومثل هذه القواعد التي تستخلص من الدستور ذاته تسمى بالقواعد فوق الدستورية ذات المصادر الوطنية حيث لا يستطيع المشرع المساس بها في تلك الدول[٣٤]

بيد أن تلك القواعد قد يستخلصها القاضي الدستوري من مصادر خارجة عن النص الدستوري ، كمبادئ الشريعة الاسلامية المنصوص عليها في بعض دساتير الدول العربية او الاسلامية ، أو قد تكون مستقاة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والتي تشكل الزاما دوليا ، وهنا نواجه نوعاً ثانياً من هذه المبادئ يعرف بالمبادئ فوق الدستورية ذات المصادر الأجنبية التي لا صلة لها بالسيادة الوطنية المتجسدة بالشعب[٣٥] أي المتعلقة بحقوق الانسان وحرياته الواردة في قواعد القانون الدولي بموجب الاتفاقيات والمعاهدات[٣٦].

وعليه سنحاول تبيان هذه القواعد فوق الدستورية بوصفها تشكل قيدا لا يمكن للدساتير مخالفته والا يعد النص باطلا وذلك في المحورين الآتيين :-

١- اسباب البطلان المتعلقة بمخالفة مبادئ الشريعة الاسلامية .

باستقراء بعض دساتير الدول العربية والاسلامية نجد انها تتضمن نصوصا تحدد هوية الدولة من الناحية الدينية ، على الاعتبار ان الدين الاسلامي هو دين غالبية عامة الشعب مع احترام الاديان الاخرى ومن تلك الدساتير ، دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ الذي نص في المادة (٢ / ولاً / أ) على انه (الاسلام دين الدولة الرسمي ، وهو مصدر أساس للتشريع . لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام) . والمتأمل لهذه النصوص سيجد ان السلطة التأسيسية الاصلية التي كتبت دستور ٢٠٠٥ كانت حريصة على مراعاة مبادئ الشريعة الاسلام وتضمين الدستور تلك المبادئ .

ولنا ان نتساءل في هذا الصدد ، مالحكم لو ان السلطة التأسيسية آنذاك قد ضمنت الدستور نصوصا من شأنها ان تخالف مبادئ الشريعة الاسلامية ؟ الاجابة على ها السؤال يكون ببساطة وهي بطلان النص الدستوري ،لان مبادئ الشريعة الاسلامية هي مبادئ نستطيع وصفها بانها (فوق الدستور) وبالتالي يجب ان يكون الدستور محكوما فيها .

ولابد ان نشير في هذا الخصوص ان الدستور قد تضمن بالفعل نصا نعتقد انه متعارض في ذاته وهو نص المادة (٢/اولا) والتي جاءت بقولها (أ -لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام ب- لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية) ، فعند مقاربة الفقرة (أ) مع الفقرة (ب) سنجد انهما متعارضان ، اذ ان مبادئ الديمقراطية ذات مفهوم واسع وربما تتعارض مع مبادئ الشريعة الاسلامية ، وربما ستحدث اشكالية في التطبيق

وعليه لا يمكن ان ينص قانون ما على قطع يد السارق، وهذه العقوبة ثابتة اسلامياً ولكنها في نفس الوقت تخالف التوجه الدولي وحقوق الانسان، وكذلك ايضاً على سبيل المثال ان الدولة تقنن موضوع المشروبات الروحية من حيث الاستيراد والبيع والمتاجرة وذلك لكون العراق بلد متعدد الأديان والطوائف وفي نفس الوقت هو بلد الحرية والديمقراطية ومن غير الممكن مصادرة هذه الحريات التي منحت للشعب، وفي نفس الوقت فان هذا الموضوع هو مخالف للدين الإسلامي بكل مذاهب الإسلام وهنا قطعاً تعتبر من ثوابت الإسلام المتفق عليها، وكذلك التعاملات الربوية للمصارف وغيرها الكثير من الأمثلة، فهنا نكون امام خيارين اما ان تعتبر هذه المادة باطلة وفرضت على الدستور اذ ان الواقع يرفضها ولا يمكن تطبيقها، وبهذا يمكن لنا ان نصل الى نتيجة انها مادة باطلة، او ان نعتبرها صحيحة وجميع القوانين هي الباطلة وهنا سوف نكون امام قوانين باطلة وسوف نواجه تغيير لمنظومة الدولة الشاملة بكل تفاصيلها وتفرعاتها، وهذا باعتقادنا من الصعب جدا لأنه كما اسلفنا لارتباطات داخلية سابقة للدستور متعارف عليها وخارجية نتيجة ارتباط العراق بالمجتمع الدولي.

ولهذا نعتقد ان هذا النص باطل وبالتالي تكون هناك ضرورة لرفع هذا البطلان من خلال اجراء التعديل الدستوري وفق الاجراءات التي ينص عليها الدستور.

٢- اسباب البطلان المتعلقة بمخالفة التشريع الدولي .

تنص الدساتير بشكل عام على احترام الدولة لالتزاماتها الناشئة عن انضمامها للمعاهدات الدولية ، سيما وان هناك مواثيق دولية توجب على الدول الالتزام بها ، فعلى سبيل المثال نجد ان اتفاقية فينا للمعاهدات لعام ١٩٦٩ قد اكدت على عدم جواز لأي دولة في معاهدة ان تتمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذ المعاهدة [٣٧] ، وهذا يعني ان المعاهدة تحظى بالأولوية والعلو على القانون الداخلي بما فيه الدستور ، فضلا عن ذلك فانه هنالك مواثيق دولية وان كانت لا تحمل صفة الالزام القانوني على الدول ، الا ان هذه الدول تلتزم بها من الناحية الادبية ومثال على ذلك الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ ، فالدول تلتزم به ادبيا وتعطيه الاولوية على تشريعاتها الداخلية بما فيها الدساتير [٣٨] ، وبالنسبة لموقف الدساتير من مسألة علو التشريع الدولي على دساتيرها ، نجد هنالك دساتير مثل دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ ، قد اكد في المادة (٥٤) والمادة (٥٥) على ان المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي يتم التصديق عليها بصورة قانونية لها سلطة تسمو على القوانين الداخلية ، وانه في حالة التعارض بين المعاهدة الدولية والدستور، فأنه يتوجب تعديل الدستور بالشكل الذي يكون منسجما مع المعاهدة [١] اما موقف دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ ، فان السلطة التأسيسية التي كتبت هذا الدستور كانت حريصة على ايراد نص يبين الموقف من هذا الامر ، اذ ان بين الجهة التي تعقد وتصادق على المعاهدات الدولية ، اذا بينت المادة (٦١/رابعا) ان التصديق على المعاهدات الدولية يكون بقانون يسنه

اعضاء مجلس النواب بأغلبية ثلثي الاعضاء ، لكن ان الدستور لم يبين صراحة كما هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي في دستور ١٩٥٨ سالف الذكر، ما اذا كانت هذه المعاهدات تسمو على الدستور في حالة التعارض وبالتالي بطلان هذا النص الدستوري الذي يتعارض مع المعاهدة .

في حقيقة الامر وبخصوص رأينا في هذا الموضوع نستطيع القول ان المعاهدات تسمو على التشريعات الداخلية ومنها الدستور في حالة التعارض ذلك لسببين :-

الاول هو دليلنا المادة (٢/اولا) والتي جاءت بقولها (ب ـ لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية) ، ولاشك ان مبادئ الديمقراطية وردت اولا في المواثيق الدولية ومنها على سبيل المثال الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨، وكذلك المواثيق الدولية الاخرى المعنية بمبادئ الديمقراطية والتي يكون العراق طرفا فيها ، وهذا يعني ان النصوص المتعلقة بالديمقراطية الواردة في هذه المواثيق الدولية تسمو على التشريع الداخلي بما فيها دستور ٢٠٠٥ ، وبالتالي يتوجب ان تكون نصوص الدستور منسجمة مع نصوص التشريع الدولي والا سيكون باطلا ، اما دليلنا الثاني فيتمثل بأن المجتمع الدولي في الوقت الحاضر يميل الى احترام ما التزم به دوليا بموجب المعاهدات ويعطيها الأعلوية والسمو على التشريعات الداخلية ، والعراق بعد التغيير عام ٢٠٠٣ وتشريع دستور ٢٠٠٥ يؤكد على احترام تعهداته الدولية، فالمادة (٨) من الدستور تنص على انه (يرعى العراق مبدأ حسن الجوار ، ويلتزم عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الاخرى ، ويسعى لحل النزاعات بالوسائل السلمية ، ويقيم علاقاته على اساس المصالح المشتركة والتعامل بالمثل ، ويحترم التزاماته الدولية) كذلك ان المادة (٩/اولا/ هـ) تؤكد على انه (تحترم الحكومة العراقية وتنفذ التزامات العراق الدولية الخاصة بمنع انتشار وتطوير وانتاج واستخدام الاسلحة النووية والكيميائية والبيولوجية ويمنع ما يتصل بتطويرها وتصنيعها وانتاجها واستخدامها من معدات ومواد وتكنولوجيا وأنظمة للاتصال) .

ونستخلص من المادتين اعلاه انه وان كانا لا يشيران الى اعلوية الالتزامات الدولية سواء كانت معاهدات او اتفاقيات بل اشارتا الى (احترام العراق الالتزامات الدولية) ، الا اننا نعتقد ان هذا الاحترام لا يتحقق الا عن طريق اعطائها الاعلوية على القوانين الداخلية بما فيها الدستور وهذا واضح من مقصد السلطة التأسيسية الاصلية عند ايرادها هذه النصوص سالفة الذكر ، بمعنى ان الدستور لو تضمن نصا مخالفا لما التزم به العراق دوليا ، فان هذا النص يكون بطلا لا قيمة له، وعلى كل ذلك ، فإننا نقترح تضمين الدستور نصا صريحا يعطي الاولوية والعلو للمعاهدات الدولية التي يكون العراق طرفا فيها على التشريعات الداخلية بما فيها الدستور من خلال ايراد نص مفاده (يتولى مجلس النواب بقانون يسن بأغلبية ثلثي الاعضاء ،التصديق على المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي يكون العراق طرفا فيها ولها الاعلوية على القوانين الداخلية في حالة التعارض) .

ثانيا- اسباب البطلان المتعلقة بمخالفة الإطار العام للنص الدستوري .

في هذا الصدد حاولنا تطبيق القواعد العامة التي تؤدي الى بطلان التشريع الأدنى من الدستور والمعروفة سواء في مجال القانون الاداري او القانون المدني او غيره من القوانين الاخرى، وحاولنا ان نطبق حالات البطلان هذه على النص الدستوري ، وهو ما سيكون على النحو الاتي:-

١- اسباب البطلان المتعلقة بمخالفة قاعدة الشكل .

هنا تكون خصوصية للشكل الذي يجب ان يتخذه النص الدستوري حتى يكون صحيحا وغير باطل ، والامر يختلف ما اذا كانت النص الدستوري مدونا او غير مدون ، فالنص الدستوري غير المدون ينشأ عن العرف او السوابق التاريخية [٣٩]، وبالتالي لا شكلية معينة يتطلبها .

اما بالنسبة للنصوص الدستورية المدونة مثل قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية فانه قد اوجب ان يكون دستور ٢٠٠٥ مكتوبا من قبل السلطة التأسيسية الاصلية (الجمعية الوطنية) وفق ما نصت عليه المادة (٦٠) من القانون المذكور ، ولا شك ان الدستور المدون افضل من الدستور غير المدون وذلك لأنه يتسم بالوضوح والدقة فضلا عن انها تؤدي الى ضمان حقوق الافراد وحرياتهم [٤٠]، وعليه لابد من القول انه لا يمكن التسليم بوجود قاعدة دستورية عرفية في العراق في بعض السلوكيات والتصرفات التي فيها مخالفة للدستور اصلا ، فمثلا ان تقسيم المناصب الدستورية التنفيذية او التشريعية او الدرجات الخاصة تقسيما وفق المحاصصة الطائفية منذ عام ٢٠٠٣ ولحد الان ، لا يمكن التسليم بوجود عرف دستوري لهذا التقسيم لسببين، الاول ان هذا التقسيم ينافي بعض نصوص الدستور التي توجب المساواة أمام القانون طبقا لنص المادة (١٤) من الدستور دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية ... ، كذلك يخالف قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٨٩- اتحادية- ٢٠١٩) التي أكدت فيه أن المحاصصة في توزيع المناصب تخالف مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة (١٤) من الدستور، وكذلك المادة (١٦) منه التي كفلت مبدأ تكافؤ الفرص [٤١] ، وعليه نقول لو جاء النص الدستوري مخالف للشكلية التي يتوجب ان يكون عليها، فأن هذا النص يكون باطلا او يكون الدستور باطلا بجميع نصوصه .

والشكلية هي التصرف الذي يستلزمه المشرع في بعض التصرفات القانونية والدستورية لكي تتفعل الإرادة للتوصل الى الأثر المنشود من ذلك التصرف، أي بمعنى انه أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة التي تفرض بشكل الزامي من قبل المشرع ويكون شرط أساسي في انشاء القاعدة الدستوري [٤٢] .

كما عرفت ايضا بأنها (الأسلوب المحدد الذي يتعين ان يكون الرداء الذي تظهر به الإرادة عند التعبير عن نفسها)[٤٣].

وكذلك عرفها البعض الآخر بأنها (الحالة التي يجازى غيابها بانعدام الأثر القانوني للتصرف) [٤٤] .

ويلاحظ على التعريفين الأول والثاني التركيز على مسألة الإرادة، وكيف يكون للشكلية الدور البارز في اظهار هذه الإرادة، اما التعريف الثالث قد جاء مستند على الأثر الذي سوف يترتب على مخالفة هذه الشكلية التي نص عليها المشرع.

وللشكلية أهمية بالغة في أي عمل قانوني، وان كانت القاعدة في بعض القوانين ومنها القانون المدني هو حرية الشكل الذي يناسب الأطراف، أي بمعنى حرية التعبير عن ارادتهم على الوجه الذي يختاروه، الا ان هذا الوضع يختلف عنه في القانون الدستوري، وان كان القانون الدستوري يتمتع ببعض الشيء

من المرونة استناداً الى نظرية العقد الاجتماعي التي وضعها الفقيه جان جاك روسو وكونها تستمد أصولها من العقد المدني، الا ان الشكل في جميع أوجه النشاط الدستوري هو القاعدة العامة [٤٥] .

ويقصد بوجه عام في الشكلية هي الطريقة التي يوجد بها الدستور والتي يشترط اتباعها، وفي أحيان أخرى لا يشترط اتباعها تحريرياً الا انها من متممات العمل الدستوري وتتحقق بها الغاية، وتكون أحد مقوماتها[٤٦].

ويلاحظ هنا ان الشكلية لا تأتي على درجة واحدة بالنسبة للأعمال القانونية في مجال سنها وانما تختلف من عمل الى اخر وتظهر جامدة في موضع ومرنة في موضع اخر ،كذلك ان المشرع الدستوري يتعمق في الشكلية ويشدد عليها، وعلى العكس لدى مشرع اخر، كما ان المشرع لا يساوي بين جميع الاشكال التي يضعها من حيث المنزلة، فيجعل البعض منها أساسي لصحة العمل الاجرائي والتي أطلق عليها جوهرية، بينما البعض الاخر قد يكون الهدف منه هو توجيهي او ارشادي والذي أطلق عليه الاشكال غير الجوهرية [٤٧] .

وقد اوجد الفقه صعوبة في التمييز بين النوعين من الاشكال وانقسم الفقه الى عدة اتجاهات ، الاتجاه الأول ذهب الى انكار التفرقة بين الشكلية الجوهرية والشكلية غير الجوهرية ،اذ ان من غير الممكن ان ينص القانون على شيء معين واعتباره مجرد ارشاد او نصح وانما هو ينص على قواعد آمرة واجبة الاتباع[٤٨]. اما الاتجاه الثاني استند على معيار الضرر في ان جميع الاشكال التي من الممكن ان ينص عليها الدستور هي مهمة وواجبة النفاذ، بل هي الغاية التي قصدها الدستور، وبالتالي التخلف عن مراعاة الاشكال يؤدي الى البطلان[٤٩] ، اما الاتجاه الثالث والأخير فقد أخذ بمبدأ الموازنة بين المصلحة العامة والخاصة ، لكن هل يعني هذا انه من الممكن الإبقاء على العمل الاجرائي المعيب، ام ان المصلحة في ابطال هذا العمل من اجل تقرير هذه الحماية التي اهدرت بسبب التجاوز على عدم مراعاة الشكلية القانونية؟ نعتقد انه من غير الصحيح الابقاء على العمل المعيب بحجة الموازنة بين المصلحتين، فالعيب الشكلي سواء كان جوهريا ام غير ذلك سيؤدي حتما الى البطلان بغض النظر عن الموازنة بين المصالح .

ولا بد من الاشارة الى ان ما يعاب على هذا الاتجاه انه لم يحدد لنا ضابط او معيار محدد يمكن اتباعه في التمييز بين النوعين، ولكنه ترك ذلك الى القاضي لتحديده والى الآراء القضائية، وهنا قد يؤدي هذا الى ظهور اراء متضاربة مختلفة من قبل القضاة في تقدير الموازنة[٥٠].

وباعتقادنا ان الغاية الأساسية الموضوعية التي يراد منها في الشكلية سواء اكانت جوهرية ام غير جوهرية هو لحماية الحقوق وصيانة وحصانة الدساتير وإعطاء الفرصة الكافية والوقت المناسب لاتخاذ القرار بالصورة والطرق الديمقراطية الصحيحة بعيدا عن التطرف والدكتاتورية في إيجاد القاعدة الدستورية.

والشكلية المتممة للعمل القانوني او التي يقرها المشرع هي مقررة بصورة خاصة لصحة العمل لا لإثباته لكي يتجنب بطلانه، ولكن هنا يلاحظ امر مهم اخر هو ان الشكلية المقررة للمصلحة إذا كانت

من الشكلية الجامدة فلا يمكن استدراكها او تفاديها في بعض الأحيان وخاصة في حالة التوجه بالنص عليها في الوثيقة الدستورية. وهنا يتضح لنا ان الشكلية لا تكون غاية العمل الدستوري بحد ذاته وانما تكون وسيلة تضمن صحته وسلامته لتجنبه البطلان[٥١].

كما وان اهم ما يمكن ان يلاحظ على البطلان لأسباب شكلية، هو البساطة والوضوح وسهولة اكتشافه، وذلك كونه منصوص عليه بشكل مباشر وصريح لا لبس فيه في اغلب الأحيان، وحتى وان كان غير منصوص عليه فهو يتميز بطابع الوضوح الذي لا يحتاج في اغلب الأنظمة الإجرائية الى بيانه بشكل صريح ومباشر[٥٢].

ولكن هنا يلاحظ امر مهم هو ان الشكلية لا تؤدي الغرض منها ما لم تكن من القوة والبساطة حيث يمكن ان يتوفر معها الضمان، من دون ان تشكل عائق بوجه القاعدة الدستورية وهنا تتحقق العدالة وعدم التحيز على أي من المصلحتين العامة والخاصة في الدستور[٥٣].

كما ان في بعض الأحيان يتطلب لعمل قانوني معين مظهر خاص به بالذات، بمعنى يكون هذا العمل داخل فيه وشرط من شروط تكوينه وصحته[٥٤]، مثال ذلك ان ينص الدستور على نشره في جريدة معينة، كشرط لنفاذ الدستور، كما اشترط ذلك دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٤٤) منه على شرط النشر في الجريدة الرسمية، وهنا يلاحظ ان عدم النشر هو أحد الشروط الشكلية لنفاذ الدستور وحالة عدم تحققه يعني بطلان الدستور.

وقد يكون هذا الشكل مجرد اجراء لابد من اتباعه، ولكن لم ينص عليه بصورة صريحة الا ان مخالفة هذا الشرط وعدم اتباعه يؤدي الى بطلان النص الدستوري، مثال ذلك فيما يخص إجراءات الاستفتاء، فان اغلب الدساتير تنص على الاستفتاء الا انها لا تضع تفاصيل دقيقة له فلا يمكن ان يحكم بصحة استفتاء لا تراعى به المقاييس الديمقراطية والقانونية، مثل انتهاك سرية التصويت، وفقدان الإرادة لدى المستفتي على القاعدة الدستورية نتيجة ضغط على إرادة المستفتي وتوجيهه في اتجاه معين من غير ترك الحرية له في ممارسة الاستفتاء[٥٥].

وهنا يلاحظ وجود نوعين من الشكلية أحدهما نص عليه المشرع واوجب عدم مخالفته والأخر لم ينص عليه المشرع ولكن في نفس الوقت يؤدي الى البطلان في حالة انتهاكه .

وهناك جانب من الفقه أطلق عليه تسمية شكلية جوهرية – على النوع الأول- والشكلية غير الجوهرية على النوع الثاني باعتبار ان الأول بلغ أهمية خاصة عند المشرع وله تأثير في وضع القاعدة الدستورية ومخالفته يؤدي الى بطلانها، بينما النوع الثاني هو اقل أهمية كون واضع الدستور لم ينص عليه في صلب الدستور[٥٦]، وهنا نختلف مع الفقه فيما يخص هذا الرأي ، وذلك لكوننا نتعامل مع اعلى واهم وثيقة على مستوى الدولة، ومن ثم فأن الانتقاص من أي شكلية خاصة بها هو بحد ذاته يحقق البطلان ولا يمكن التهاون فيه وبالتالي نرى ان النوعين على نفس المستوى من الأهمية والخطورة حتى وان كانت الأولى جاءت بنص ولم يتحقق ذلك في النوع الثاني.

٢- اسباب البطلان المتعلقة بمخالفة قاعدة الاجراءات .

تعرف الاجراءات بأنها عمل او مجموعة أعمال مادية تقوم بها الإدارة تمهيدا لاتخاذ القرار[٥٧] .

أن السلطة التأسيسية الاصلية التي كلفت بكتابة مسودة دستور ٢٠٠٥ مقيدة بأن تضع الاطر العامة للإجراءات التي تمر بها مسودة الدستور، والا فأن اهمال هذه الاجراءات من شأنه ان يسبغ البطلان على الدستور، ومن تلك الاجراءات التي حددتها المادة(٦١) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية ، هي وجوب نشر مسودة الدستور وتوزيعها بصورة واسعة لتشجيع اجراء نقاش عام بين ابناء الشعب العراقي، وبعد اتمام هذا الاجراء تبدأ مرحلة عرض هذه المسودة على الشعب للاستفتاء عليها، فاذا تجاهلت لجنة كتابة الدستور هذا الاجراء كأن لم تقم بعرض المسودة للنقاش او عرضتها بشكل لا يمكن افراد الشعب من الاطلاع عليها ، فانه بلا شك ان ولادة الدستور ستكون باطلة وان تم الاستفتاء عليها .

٣- اسباب البطلان المتعلقة بمخالفة قاعدة الاختصاص .

يمكن تعريف الاختصاص بأنه(الصلاحية القانونية التي تمنح لهيئة عامة او موظف عام لمباشرة عمل من الاعمال القانونية) [٥٨] ، فهو اذن نوع من انواع تقسيم العمل بين الهيئات العامة تتولاه التشريعات العامة نزولا على مقتضيات المصلحة العامة [٥٩] .

ان ركن الاختصاص في مجال القانون الدستوري ينصرف الى ثلاثة مفاهيم هي :-

١- المفهوم الاول ذات عنصر شخصي ، بمعنى ان المشرع قد يحصر الاختصاص في جهة معينة واحدة وهو ما يسمى بـ (الاختصاص المانع) اي يمتنع مشاركة الغير في اتخاذه ، ولا يجوز لهذه الجهة ان تفوض اختصاصها الى جهة اخرى الا في حالة وجود نص صريح وفق القاعدة التي تقول (الاختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض)[٦٠] ، او قد يكون ممارسة الاختصاص بشكل مشترك مع جهة اخرى متى ما نص المشرع على ذلك ، وطبقا لهذا الكلام يتوجب ان يناط اختصاص كتابة مسودة دستور ٢٠٠٥ من الجهة التي حددها قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ وهي (الجمعية الوطنية) وحدها فقط ، طبقا لنص المادة (٦٠) من القانون المذكور ، وتطبيقا لذلك قامت الجمعية الوطنية باختيار لجنة تتألف من (٥٥) عضوا من بين اعضائها لأجل انجاز هذا الامر [٦١] ، ومع ذلك يمكن مشاركتها في كتابة المسودة وهذا ما تم ، اذ اضيف اليها (١٥) عضوا هم من خارج اعضاء الجمعية الوطنية يمثلون اتجاهات مختلفة من حيث الانتماء والاختصاص[٦٢] .

٢- المفهوم الثاني فانه يتجسد بمدى التخصص القانوني الاكاديمي والقضائي الذي يفترض ان يتمتع به اعضاء لجنة كتابة مسودة دستور ٢٠٠٥ ، لكن المحاصصة وعدم التخصص في اغلب الاعضاء هو السمة الغالبة في الاختيار ، فضلا عن الدور الذي لعبة الحاكم المدني آنذاك في عملية الاختيار ، ولذلك فأن الثغرات التي انتابت نصوص الدستور يرجع بعضها الى عدم الاختصاص .

٣- المفهوم الثالث وهو الذي يتمثل بالعنصر الزمني ، أي ان السلطة التأسيسية الاصلية ملزمة بإنجاز مسودة دستور ٢٠٠٥ في المدد الزمنية التي حددها قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية بدء وانتهاء ، فقد نصت المادة (٦١) منه والتي اكدت على قيام الجمعية الوطنية بكتابة مسودة الدستور في موعد

اقصاه الخامس عشر من اب لسنة ٢٠٠٥، ووفقا لهذا النص يتوجب على السلطة التأسيسية بكتابة المسودة خلال هذه المدة ولكن عند الضرورة يجوز لرئيس الجمعية وبموافقتها بأغلبية اصوات الاعضاء ان تؤكد لمجلس الرئاسة في مدة اقصاها الاول من اب لسنة ٢٠٠٥ ان هناك حاجة لوقت اضافي لإكمال كتابة المسودة ، ويقوم مجلس الرئاسة عندئذ بتمديد المدة لستة اشهر فقط ولايجوز التمديد لمرة اخرى ، واذا لم تستكمل الجمعية الوطنية كتابة المسودة بحلول الخامس عشر من اب لسنة ٢٠٠٥ ولم تطلب التمديد ، عندئذ يطبق نص الفقرة (هـ) من المادة (٦١) من قانون ادارة الدولة [٦٣]، الذي نريد قوله في الخصوص انه في حالة قيام الجمعية الوطنية بكتابة مسودة الدستور دون مراعاة المدد الزمنية كأن يكون قبل او بعد تاريخ (١٥-اب-٢٠٠٥) ولم تطلب التمديد ولم تحل بسبب هذا التجاوز ، فان هذا الدستور سيشوبه عيب البطلان بسبب عدم الاختصاص الزماني، ولابد من الاشارة الى ان الدستور في بعض نصوصه قد تجاوز الحدود الزمنية لتطبيقها وهذا التجاوز سيجعل النص الدستوري باطلا بسبب عدم مشروعيته .

وخلاصة القول ان قواعد الاختصاص بجميع ابعاده في رأينا تعد من النظام العام وان العيب الذي يلحقه من شأنه ان يجعل التصرف القانوني باطلا ، وعليه نقترح اجراء تعديل للدستور يتضمن تعديل او الغاء النصوص التي يشوبها عيب البطلان بسبب احترام المدد الزمنية حتى يكون الدستور متكاملا دون نقص او ثغرات .

٤- اسباب البطلان المتعلقة بمخالفة قاعدة المحل .

ينصرف مفهوم المحل بشكل عام الى الاثار القانونية التي تترتب على التصرف القانوني اي انشاء مراكز قانونية او تغييرها وفق ما نصت لفقرة (هـ) من المادة (٦١) من قانون ادارة الدولة.

وبخصوص نصوص الدستور، فأنه لاشك ان الاثار القانونية التي تترتب عليه تتمثل بإحداث مراكز قانونية سواء تتعلق بالأفراد او المؤسسات الدستورية بشكل عام ، فعلى سبيل المثال انشاء هيئات تشريعية او تنفيذية او قضائية ويمنحها الاختصاصات المحددة لها ، ولكن لو كان الدستور قد اعطى لجهة ما اختصاص هو اصلا محجوز لهيئة اخرى ، فهذا الامر يعد قصورا تشريعا وبالتالي يكون باطلا يتوجب التدخل بإصلاحه عن طريق التعديل ، فعلى سبيل المثال اخذ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٦٤) (بالحل الذاتي) لمجلس النواب ، وبالفعل اصدر مجلس النواب قراره المرقم(٣٢) في (٣١-٣-٢٠٢١) المتضمن حل مجلس النواب بتاريخ (٧-١٠-٢٠٢١) تمهيدا لإجراء الانتخابات المبكرة التي تجرى في (١٠-١٠-٢٠٢١) [٦٤] ، وهو بذلك قد خالف الاعراف والقواعد العامة التي سارت عليها الدساتير الاخرى في العالم عندما اقرت الحل الوزاري الذي يتم من قبل الحكومة او بالحل الرئاسي ، ونعتقد ان هذا التوجه من قبل السلطة التأسيسية في ايراد هذا النص في دستور ٢٠٠٥ يعد توجها منقوصا وباطلا فهو بالإضافة الى مخالفته التوجه العام في الدساتير التي توجب التوازن الدستوري بين المؤسسات ، يعد خللا في مبدأ التوازن الذي يفترض ان يتم بين السلطة التشريعية (مجلس النواب) و السلطة التنفيذية ، وعليه نقترح ان يتم تعديل الدستور والاخذ بالحل الوزاري ، أي اعطاء الحكومة حق حل مجلس النواب فهو ينسجم مع حالة التوازن بين الجهتين استنادا لطبيعة النظام البرلماني الذي تبناه دستور ٢٠٠٥ .

٥- اسباب البطلان المتعلقة بمخالفة قاعدة الغاية .

الغاية بصفة عامة هي نهاية الشيء المقتضية لثبوت الحكم لما قبلها وانتفائه عما بعدها [٦٥]، وغاية النشاط أو العمل هي نهايته [٦٦]، وهي آثاره النهائية بالنظر للوضع الطبيعي للأمور [٦٧]، فلكل عمل أو نشاط غاية يسعى للوصول إليها ولا نتصور عمل من دون غاية.

ولاشك ان مفهوم الغاية في المذهب الفردي يختلف عنه في المذهب الاجتماعي، ففي المذهب الأول ان مدلول الغاية من النص الدستوري هي حماية الفرد وحريته، بوصف الفرد القيمة المطلقة الاسمى التي يجب على التشريعات ان تضعها نصب اعينها، بينما اكد انصار المذهب الاجتماعي ان غاية القانون بصفة عامة ومنه الدستور هي تحقيق مصلحة الجماعة؛ فهي الغاية العليا الاسمى التي يجب على مراعاتها في الوضع والتطبيق [٦٨] .

أما الغاية في نطاق النص الدستوري بصفة خاصة، فقد جرى الفقه على ربط مضمونها، بالمصلحة التي يستهدف المؤسِس الدستوري تحقيقها من تشريع النص، سواء أكانت هذه المصلحة سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية أم ثقافية أم مشتركة بينهن، فتمثّل المصلحة غاية النص ومقصد مؤسِسه، ومن ثمَّ استرسل هذا الفقه في تعريف هذه المصلحة بكونها (الفائدة العملية من وضع النص المتمثّلة بالمنفعة المراد تحقيقها أو المضرة المراد قطع السبيل عليها) [٦٩].

لقد أطلقت تسميات عدة للغاية الدستورية منها "الحكمة من النص" أو "روح النص" أو "مقاصد النص". ويسمى المنهج المستند إلى غاية النصوص في استنباط الاحكام بـ "المنطق التواصلي[٧٠] .

وايا كان الامر، فان اي تشريع لابد وان يكون وراءه هدف يسعى المشرع الى تحقيقه ، وهذه الاهداف قد تكون في صورة حماية النظام العام بجميع عناصره او ضمان استمرار عمل المرفق العام وبالتالي فان الانحراف عن هذه الغايات سيخرج النص التشريعي من دائرة المشروعية ويكون حريا بالبطلان [٧١].
ونفس الكلام يقال عن النص الدستوري، فلا شك انه من المفترض ان يكون هدف السلطة التأسيسية من كتابة الدستور هو تحقيق الاستقرار السياسي والامن القانوني وحماية الحقوق والحريات العامة وغيرها من الاهداف التي تحقق الفكرة الموضوعية والهدف الذي جاء من اجله الدستور، وفيما يخص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، فان السلطة المكلفة بكتابة الدستور وفق ما نصت عليه المادة (٦١) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية، يتوجب ان يكون هدفها يتناسب مع تطلعات الشعب العراقي وتحقيق الدولة القانونية ، وان تتخذ الوسائل الكفيلة في الحرص على صياغة نصوص الدستور بالشكل الذي يجعلها شاملة لتلك الاهداف بعيدة عن التضليل عند عرض مسودة مشروع الدستور للمناقشات العامة قبيل الاستفتاء ، فاذا كانت الاهداف غير واضحة او ان السلطة التأسيسية قد انحرفت عن الغرض الذي كلفت فيه فان ما تنتجه من نصوص دستورية ستكون غير مشروعة وبالتالي باطلة ، فعلى سبيل المثال ان ايراد نص في الدستور يجيز لثلثي الناخبين في ثلاث محافظات او اكثر رفض مسودة الدستور بالتصويت اثناء الاستفتاء ، وهذا بلا شك يعد اتجاها معاكسا للمبادئ الديمقراطية فهو يتبنى ترجيح رأي الاقلية على رأي الاكثرية [٧٢] فضلا عن تعارضه مع نص المادة الثانية عشر من قانون ادارة الدولة التي تؤكد على المساواة بين العراقيين في الحقوق دون تمييز ، وهذا يعني السلطة التأسيسية قد ناقضت نفسها بنفسها ، وانحرفت عن الهدف الذي كلفت من اجله من خلال كتابة مسودة

دستور ٢٠٠٥، وبالتالي يكون هذا النص الدستوري محكوما بالبطلان لان أسس لفكرة دكتاتورية الاقلية على حساب رأي وتطلعات الاكثرية .

ونعتقد ان من خلال التجربة الدستورية السابقة، فقد شهدت جلسات مجلس النواب الكثير من المساومات بين الكتل السياسية عند التصويت على مشاريع القوانين وخاصة تحكم ممثلي الكتل الصغيرة وطغيانها على ارادة الكتل الكبيرة ، والسبب في ذلك لان الدستور اصلا ولد عن طريق المحاصصة وتحكم رأي الاقلية على حساب الاغلبية سيما وان المناقشات التي دارت بين اعضاء مجلس الحكم حول مضمون مسودة الدستور قد شابها الكثير من الضغوطات خاصة من قبل الجانب الكردي وتأييدهم من قبل الحاكم المدني آنذاك ، وعليه نقترح على مجلس النواب الذي تشكل في اعقاب الانتخابات المبكرة التي جرت في(٢٠٢١/١٠/١٠) الى تفادي الخروقات السابقة التي حدثت في دورات مجلس النواب السابقة من خلال تغليب رأي الاكثرية عند تمرير مشروعات القوانين مع ضرورة احترام رأي الاقلية .

وما يتصل بالغاية ايضا ان يكون من المفترض هدف السلطة التأسيسية الاصلية عند كتابتها مسودة دستور ٢٠٠٥، ان تؤسس لتحقيق هدف في غاية الاهمية الا وهو تحقيق مبدأ التوازن بين المؤسسات الدستورية وخاصة التوازن بين السلطة التشريعية المتمثلة بمجلس النواب مع الحكومة وهذا التوازن هو احد اركان النظام البرلماني النيابي الذي اوجدته السلطة التأسيسية الاصلية عند كتابتها لمسودة دستور ٢٠٠٥ ، الا ان هذه السلطة قد ناقضت نفسها بنفسها ، فهي عندما نصت على الاخذ بالنظام النيابي البرلماني وفق المادة(١) من الدستور ، فإنها بنفس الوقت قد خالفت هذا النص من خلال ايجاد نصوص بموجبها يتم تغليب سلطة مجلس النواب على السلطات الاخرى ومن ثم لا يكون هناك توازن بين السلطات ، وبالتالي انحرفت عن الهدف او الغاية التي جاءت من اجله وعندئذ يكون تكون تلك النص باطلة ، ولأجل تلافي هذا البطلان نقترح ان يتم تعديل الدستور بالشكل الذي يحقق التوازن بين السلطة التشريعية والتنفيذية ، هذا التوازن هو احد مقومات النظام البرلماني الذي يرتكز عليه النظام السياسي في العراق .

كذلك يمكن ان يكون هناك عيب يصيب الغاية من خلال التضليل في وضع النصوص الدستورية ، فعلى سبيل المثال ان المادة (٦٧) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لم تكن تتضمن عبارة (وفقا لأحكام الدستور) وقت الاستفتاء، فهي حشرت في النص الدستوري بعد الاستفتاء، ونعتقد ان سبب وضعها هو التخوف من توسيع سلطات رئيس الجمهورية على باقي السلطات او اجراء استباقي لتحديد وتقييد سلطة رئيس الجمهورية مسبقاً. وكذلك تم اضافة عبارة (وهو جزء من العالم الإسلامي) على اصل المادة (٣) من الدستور التي لم تكن موجودة مسبقاً في المسودة المستفتى عليها .

ففي كلتا الحالتين المذكورتين نكون امام تضليل لان الشعب قد صوت الى النص الاصلي ولم يصوت لتلك الاضافة وبالتالي تكون هذه الاضافة باطلة .

وفي خلاصة الكلام عن تبيان الاسباب التي تؤدي الى بطلان النص الدستوري ، لنا ان نتساءل في هذا الخصوص ، من هي الجهة الرسمية التي ينعقد لها اختصاص تحديد ما اذا كان النص الدستوري باطل من عدمه؟ وماهو الاثر المترتب على اقرار بطلان ؟

في حقيقة الامر وحسب اطلاعنا للنظم التشريعية لعدد من دول بما فيها العراق، لم تحدد تشريعاتها الجهة التي تمتلك اختصاص اقرار البطلان الدستوري، وتأسيسا على لا يمكن القول ان السلطة

التشريعية او السلطة التأسيسية المشتقة او السلطة التنفيذية تملك ذلك الاختصاص ، لان هذا الامر مخالف للعقل والمنطق كذلك ان تلك الجهات غالبا ما تكون هي السبب في اسباغ البطلان على النص التشريعي اي هي التي تتهم بمخالفة الدستور عند اصدارها تشريعات مخالفة له ،فمن باب أولى ربما هي تكون السبب في جعل النص الدستوري باطل ، وهنا لا يكون لنا المجال مفتوحا الا من خلال ان يناط الى القضاء الدستوري مهمة اقرار ما اذا كان النص الدستوري يشوبه البطلان رغم ان البعض قد يشكل على كلامنا بعدم وجود نص صريح يمنح القضاء هذا الاختصاص، لكننا لدينا الحجج التي نستند اليها منها أن من المتفق عليه ان القضاء الدستوري هو الجهة المكلفة بحماية الدستور من خلال مراقبة دستورية القوانين فلا أشكال ان نمنحه سلطة تحديد ما اذا كان النص الدستوري باطلا ام غير ذلك ، فسلامة النص الدستوري يعد من اهداف الرقابة ، فضلا عن ذلك ان القضاء هو الجهة المستقلة من بين المؤسسات الدستورية ومن ثم يمكن الاطمئنان له في هذا الصدد، كما ان القول بعدم امكانية منح القضاء الدستوري هذا الاختصاص يعني اطلاق يد السلطة التأسيسية المشتقة او السلطات الاخرى في اقرار نص دستوري يشوبه البطلان، وتأسيسا على ذلك نقترح ان يسند الى المحكمة الاتحادية العليا اختصاص اقرار مدى مشروعية نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، للحجج التي أوردناها انفا .

أما بصدد الشق الثاني من السؤال فان الفقه الدستوري يميز بين نوعين من الاثار، الاولى تتضمن علاقة النص الدستوري الباطل بالسلطة التي كتبته او الأعمال والاجراءات التي سبقته ، فاذا كانت هذه السلطة او الاعمال والاجراءات صحيحة فانه لا تمتد اثار البطلان اليها لأنها في الاصل صحيحة [٧٣] ،ولكن اذا كانت السلطة المختصة بوضع التشريع صحيحه ولكنها انحرفت فيما بعد وادرجت نصوصا باطلة فأن اثر البطلان يمتد اليها [٧٤] ومثال ذلك لو كانت السلطة التأسيسية التي كتبت مسودة دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ سلطة صحيحة في تكوينها لكنها انحرفت فيما بعد عند كتابتها للمسودة ، فأن أثر البطلان يمتد اليها، اما الثانية فحواها ان النص الباطل يؤثر ويؤدي الى بطلان الاعمال اللاحقة له على اعتبار انها استندت الى نص باطل ، على اساس التبعية وبالتالي بالنتيجة باطلة [٧٥] ، واساس هذا المبدأ أقره الفقه الإسلامي ، فالمقرر ان التابع يسقط بسقوط المتبوع، وكذلك فان الفرع يسقط إذا ما سقط الأصل، وهنا يمكن ان نطبق القاعدة الفقهية ما بني على فاسد فهو فاسد ، فالفقه يعتبر ان العمل اللاحق يكون باطل بسبب بطلان العمل السابق [٧٦] .

وما يمكن استخلاصه ان النص الدستوري الباطل سيؤدي حتما بطلان ما ترتب عليه من اثار واعمال على اساس ان ما بني على باطل فهو باطل ، فعلى سبيل المثال لو تضمن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نصا باطلا أيا كانت اسباب هذا البطلان ، فان جميع الاثار التي ترتبت عليه تكون باطلة .

المطلب الثالث ـ وسائل معالجة بطلان النص الدستوري .

ان وجود البطلان في النص الدستوري لايعني ابقاء هذا البطلان دون معالجة ، والا فأن المؤسسات الدستورية لايمكن ان يستقيم عملها ، فضلا عن ذلك ان الحديث عن الدولة القانونية التي يسودها مبدا المشروعية لا جدوى منه في ظل وجود بطلان في الدستور، ثم ان هذا الاخير يعد القانون الاسمى في الدولة فكيف يكون باطلا ، وعليه لابد من اتباع الوسائل الممكنة سواء كانت رسمية او غير رسمية لأجل معالجة هذا البطلان ، وعلى هذا الاساس سنخصص الفرعين الآتيين لتلك الوسائل والتي تتلخص وفق مايلي :-

الفرع الاول- الوسائل الرسمية لمعالجة بطلان النص الدستوري.

تتمثل هذه الوسائل بمايلي :-

اولا- المعالجة عن طريق التعديل الدستوري .

لاشك ان السلطة المناط اليها كتابة نصوص الدستور مهما بذلت من العناية في لا يمكن تكون لها تأت بنصوص متكاملة ، فقد يحصل فراغ بين الواقع العملي والواقع الدستوري بحيث لايمكن للنصوص الدستورية مجاراة التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، فلا بد اذن من تعديل هذه النصوص وان كانت نصوصا جامدة، حتى تكون مسايرة لتلك التطورات، ولهذا نجد الدساتير الحديثة تتضمن نصوصا تبين كيفية التعديل وفق اجراءات محددة ، ومنها دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، حيث عملت السلطة التأسيسية المكلفة بكتابة مسودة الدستور على تضمينه نصوصا تحدد اجراءات تعديله من اجل معالجة النصوص الباطلة او النصوص التي يكتنفها النقص او التعارض فرسم طرقين هما :-

١- **التعديل الدستوري وفق المادة١٢٦** – حددت السلطة التأسيسية المنبثقة عن الجمعية الوطنية وفق قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية، الاجراءات التي يمكن بواسطتها تعديل الدستور ، اذ يمكن لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين او خمس اعضاء مجلس النواب اقتراح تعديل الدستور ، ليتم بعد ذلك الموافقة عليه من قبل ثلثي اعضاء مجلس النواب ، وهذا يعني ان المجلس له سلطة تقديرية في قبول او عدم قبول مقترح التعديل ، وهذا بلا شك خلل يتوجب تلافيه فلربما ترفض هذه التعديلات سيما وان عمل مجلس النواب يرافقه التوافقية في التصويت ، فكان الاجدر ان يكون عرض التعديلات على مجلس النواب اجراء روتيني طالما ان الموافقة الاساسية ستتم من قبل الشعب من خلال الاستفتاء العام ، وبعد موافقة الشعب عليها سيتم عرضها على رئيس الجمهورية للمصادقة عليها خلال مدة سبعة ايام وهي مصادقة روتينية بمعنى ان الرئيس لا يجوز له الامتناع عن التصديق ،فاذا انقضت المدة ولم يصادق فانه يعد مصادقا عليها حكميا استنادا الى قرار المحكمة الاتحادية العليا (١٨-اتحادية٢٠٠٩) ، وفي حالة المصادقة فانه يتم نشرها في الجريدة الرسمية ، ولابد من الاشارة في هذا الصدد الى ان رئيس الجمهورية او مجلس الوزراء يمكن ان يكونا وسيلتا لإصلاح النص الدستوري الباطل من خلال اشتراكهما بتقديم مقترح التعديل، وهذا الاصلاح لا يتم الا من خلال الحرص والعناية والدقة في تقديم مقترح التعديل وفق ما يقوم به المستشارين القانونيين سواء في رئاسة الجمهورية او في مجلس الوزراء على ان يكون هناك تنسيق عال بينهم لأجل ان تكون التعديلات على اتم الدقة بعيدة عن البطلان .

٢- **التعديل الدستوري وفق المادة ١٤٢**- عند كتابة مسودة دستور ٢٠٠٥، كانت هناك خلافات بين المكونات السياسية المشاركة في كتابة المسودة ، اذا ارتأت بعض هذه المكونات ان تضع نصا يتم بموجبه التعديل استثناء من المادة ١٢٦ ، وحددت الطرق التي يجب اتباعها في التعديل منها ان يقوم مجلس النواب في بداية عمله لجنة من بين اعضائه تمثل المكونات الاساسية في المجتمع العراقي مهمتها تقديم تقرير الى مجلس النواب خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر يتضمن توصية بالتعديلات الدستورية الضرورية وهذه اللجنة تحل بعد البت في المقترحات وتعرض التعديلات المقترحة من قبل اللجنة دفعة واحدة على مجلس النواب للتصويت عليها ، وتعد مقرة بموافقة الاغلبية المطلقة لعدد

أعضاء المجلس ليتم بعد ذلك عرضها على الشعب للاستفتاء عليها خلال مدة لا تزيد على شهرين من تاريخ موافقة مجلس النواب، ويكون الاستفتاء على المواد المعدلة ناجحاً بموافقة أغلبية المصوتين ، وإذا لم يرفضه ثلثا المصوتين في ثلاث محافظات أو أكثر .

ويلاحظ ان لجنة كتابة مسودة الدستور قد أدرجت نص المادة (١٤٢) استثناء من نص المادة (١٢٦) وهذا النص باطلا لسببين الاول انه جاء بالضغط على ارادة السلطة التأسيسية الاصلية (لجنة كتابة الدستور) وهو ما يعرف بعيب الارادة ، فاللجنة لم تكن ارادتها حرة عند كتابة هذا النص وهو كما ذكرنا سابقا جاء تحت ضغط بعض القوى السياسية التي تشكل جزءا من لجنة كتابة مسودة الدستور ، والسبب الثاني يتمثل بعدم وجود مسوغ أو ضرورة لهذا النص والاكتفاء فقط بالمادة (١٢٦) رغم ملاحظاتنا السابقة على هذه المادة، وعليه نقترح رفع هذا البطلان من خلال الغاء نص المادة (١٤٢) .

ثانيا- المعالجة عن طريق رقابة القضاء الدستوري لمشروعية التعديل .

سنتكلم هنا عن دور القضاء الدستوري المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا في معالجة البطلان في النص الدستوري، فكما هو معروف ان المحكمة الاتحادية العليا هدفها حماية نصوص الدستور من التعدي سواء من قبل السلطة التشريعية او التنفيذية من خلال مراقبة دستورية القوانين والانظمـــة النافذة [٧٧] .

لكن السؤال الذي يتبادر الى الذهن هل يكون للمحكمة الاتحادية العليا دور في مراقبة مشروعية النص الدستوري ذاته ما اذا كان باطلا ام لا ؟ يمكن للمحكمة الاتحادية ممارسة هذا الدور من خلال مراقبة مشروعية التعديل الدستوري، رغم ان الفقه منقسم ما بين مؤيد ومعارض وفـــق ما يلي :-

١- امكانية مراقبة المحكمة الاتحادية لمشروعية التعديل الدستوري :- يطرح جانبا من الفقه الدستوري امكانية القضاء الدستوري مراقبة التعديل للتحقق من مشروعيته وعدم بطلانه وفق حجج متعددة ، منها ان ما يعرف بالقواعد فوق الدستورية والتي بينها في صفحات سابقة من هذا البحث والتي تجيز للقضاء الدستوري من ممارسة الاختصاص المذكور، وتنتمي هذه القواعد إما إلى طائفة الحقوق الأساسية ، أو إلى شكل النظام السياسي للدولة ، أو إلى مبادئ أساسية أخرى مثل استقلال الدولة ووحدة أراضيها او الى طائفة الالتزامات الدولية [٧٨]، ولهذا فأن ليس من المنطق القول امكانية تعديل الدستور اذا كانت فيه مخالفة للقواعد فوق الدستورية التي تعد بمثابة قيود دستورية موضوعية على السلطة المختصة بتعديل الدستور فلا تملك المساس بها [٧٩] ، كذلك يؤكد البعض إن مبدأ المشروعية ومفهوم الدولة القانونية يعد مبررا لإعمال الرقابة على التعديلات الدستورية ، فالدستور يحتل القمة بين مدارج القواعد القانونية في الدولة ، مما يقتضي إعلاؤه وضمان التزام السلطات بأحكامه ، فإذا كان هذا الدستور من صنع السلطة التأسيسية ، وكانت التعديلات الدستورية تجري عن طريق إحدى السلطات المؤسسة التي يجب أن تحترم كافة القيود الشكلية والموضوعية التي فرضتها السلطة التأسيسية الأصلية لممارسة الاختصاص بالتعديل ، فأن فكرة الدولة القانونية ذاتها تبرر إخضاع عمل سلطة تعديل الدستور للرقابة للتأكد من عدم خروجها على الدستور [٨٠]، كذلك يؤكد البعض إن الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية يعد أمرا ضروريا للحفاظ على الديمقراطية من خلال مراقبة كافة أشكال التشريعات التي تقوم بها السلطة المختصة بتشريع القوانين بما فيها قوانين تعديل نصوص الدستور [٨١] ، بينما يرى البعض الاخر إن الدستور هو من صنع البشر ولذا فمن

المتصور أن يكتنفه القصور ، وإن الأعمال السياسية تتطلب ثقافة سياسية لدى جميع الناخبين وهذا أمر متعذر ، كما يحدث أن ينصرف جزء كبير من الناخبين عن الانتخاب لعدم الثقة في نزاهة الانتخابات أو حتى تمهلا عن أداء واجبهم الأمر الذي لا يجعل البرلمان ممثلاً لجميع أفراد الشعب [٨٢] ، كذلك يرى البعض ان منح القضاء مهمة الرقابة من شأنه حماية الحريات الاساسية للأقليات في مواجهة انتهاكها من قبل الاغلبية [٨٣] أما الاتجاه المعارض ، فلديه بعض الحجج منها ، إن منح القضاء الدستوري سلطة رقابة التعديلات الدستورية يجعل من القضاء الدستوري سلطة فوق دستورية أو أعلى من الدستور نفسه ، وهذا أمر لم ولا يقره الدستور نفسه ، فالقضاء الدستوري لا يعدو أن يكون سلطة مؤسسة لا تأسيسية ينحصر دوره في رقابة الأعمال التشريعية للبرلمان وفقاً للدستور [٨٤] ، كذلك انه لا توجد نصوص دستورية أو قوانين صريحة تمنح القضاء اختصاصا للرقابة على التعديلات الدستورية ، ولاسيما وأن مثل هذه الرقابة لا تفترض ضمناً ، وتأسيسا على ذلك لا يمكن الاعتراف للقضاء برقابة التعديلات الدستورية [٨٥] ويضيف اصحاب هذا الاتجاه ، إن السلطة التأسيسية التي وضعت الدستور هي اعلى سلطة في الدولة تستطيع تعديل الدستور متى وكيفما شاءت من دون التقيد بقيود التعديل الدستوري وان السلطة المنشأة التي تخلف السلطة التأسيسية والتي منحتها تعديل الدستور تتمتع بذات الامتياز لأنها تمثل امتداد للسلطة التأسيسية وبذلك هي الاخرى تستطيع تعديل الدستور دون الخضوع للقضاء للنظر في دستورية القوانين المعدلة للدستور ، ولاسيما وأن هذا الاتجاه الفقهي لا يرى أي فارق بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المنشأة من ناحية الاختصاص طالما ان كلتيهما تصدران قواعد دستورية تتمتع بذات القيمة الدستورية [٨٦] ، مما يترتب على ذلك تعديل الدستور تعديلاً قد يؤدي إلى انتهاك حقوق الأنسان المنصوص عليها في الدستور أو تقليص صلاحيات السلطات أو زيادتها مما يؤدي إلى اختلال التوازن المطلوب بين صلاحيات السلطات ، الأمر الذي يرتب مشاكل دستورية في إدارة الدولة الفيدرالية [٨٧].

وازاء ذلك، فإننا مع الحجج التي اوردها الاتجاه الفقهي المؤيد لرقابة القضاء على تعديل الدستور وبالتالي نؤيد قيام المحكمة الاتحادية العليا بهذه الرقابة للتأكد من مشروعية التعديل من الناحية الشكلية والموضوعية وعدم بطلانه، اضافة الى هذه الحجج ،نعتقد من الناحية التشريعية ان المادة (٩٣/أولا) من الدستور والتي تنص على انه (تختص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة) فعبارة (القوانين) ذات مفهوم واسع تشمل أي تشريع بما فيه (التعديل الدستوري) كذلك ان المحكمة الاتحادية العليا لها قرار تفسيري المرقم ٥٤/اتحادية/٢٠١٧ الصادر في ٢٠١٧/٥/٢١ الذي جاء فيه (تجد المحكمة الاتحادية العليا أنَّ تطبيق احكام المادة (١٢٦) من الدستور عند تقديم مقترح بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور لا يكون إلا بعد البت في التعديلات التي اوصت بها اللجنة المنصوص عليها في الفقرة (اولاً) من المادة (١٤٢) ووفق الإجراءات المرسومة بهذه المادة) ،وهذا القرار بحد ذاته يؤكد كلامنا بإمكانية ان تقوم المحكمة الاتحادية بمراقبة مشروعية التعديل الدستوري ، فاذا كان بإمكانها التفسير ، فانه من باب اولى ان تراقب وفق ما مناط لها من اختصاصات وفق المادة (٩٣) من الدستور، ومع كل هذا ، فإننا نقترح ان يتم تضمين الدستور نصا صريحا يمنح بموجبه المحكمة الاتحادية العليا اختصاص النظر بمشروعية التعديل الدستوري للتحقق من عدم بطلانه، لان السلطة التأسيسية المشتقة والتي لها صلاحية التعديل ربما تنحرف عن الغرض

الحقيقي للتعديل بفعل التأثيرات السياسية والحزبية ، وبالتالي يكون التعديل باطلا ، على غرار ما عملت به بعض الدول عندما نصت على اختصاص القضاء بمراقبة هذه التعديلات [٨٨] .

ثالثا- المعالجة عن طريق الكتلة النيابية المعارضة .

بما ان دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ قد اخذ بالنظام النيابي البرلماني ، وان هذا النظام يفترض ان يقوم على التعددية السياسية ،وهذه التعددية اكدتها ديباجة الدستور النافذ والتي جاء فيها (نَحنُ شَعْب العراقِ الناهضِ تَوَّاً من كَبْوَتِهِ، والمتَطلعِّ بثقةٍ إلى مستقبلِهِ من خِلالِ نِظاَمٍ جُمهورِيٍ اتحادي ديمقْراطيٍ تَعْددُّيٍ) وانه لابد ان يكون هناك معارضة برلمانية داخل مجلس النواب بسبب اختلاف في الآراء والمواقف السياسية في البرلمان بين الأغلبية والأقلية (المعارضة)، الا انه هذه المعارضة لم تتبلور بشكل صحيح وفعال بسبب كما ذكرنا في صفحات سابقة ان التوافقية في اتخاذ القرارات والتصويت هي السمة الغالبة على اعمال مجلس النواب ، الا ان ذلك لا يمنع من قيام معارضة في المجلس ، ولهذا اعلنت بعض الكتل السياسية انها تتخذ جانب المعارضة في مجلس النواب [٨٩]، وصدرت قرارات بهذا الشأن منها قرار مجلس القضاء الاعلى الصادر في ٢٥ /٧/ ٢٠١٩ ، والذي أكد أن من حق الاحزاب السياسية التي تختار نهج (معارضة الحكومة) ان تعبر عن وجهة النظر هذه بالوسائل المناسبة سواء داخل مجلس النواب او خارجه [٩٠] ، كما أن قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٧٠) لسنة (٢٠١٩) [٩١] قد أشار صراحة الى المعارضة البرلمانية وكيفية ممارسة عملها وتمتعها بكافة الحقوق المنصوص عليها في دستور، ما نريد ان نقوله في هذا الخصوص ان هذه المعارضة يمكن تؤدي دورا مهما في اصلاح البطلان في النص الدستوري، من خلال امرين اساسيين :- الاول (عضوي) يتمثل بمشاركتها الفعالة كعضو في اللجان التي يتم تشكيلها وفق المادة(١٤٢) من الدستور والتي تطرقنا اليها في صفحات سابقة ، للبت في التعديلات الدستورية وفق الالية التي حددتها هذه المادة شرط ان يتمتع اعضائها بالتخصص القانوني والاكاديمي لأجل ان يكون عملها منتجا ودقيقا وبالتالي يكون التعديل الدستوري دقيقا لا يشوبه البطلان ، والثاني (الاجرائي) وفق ما ذكرته المادة (١٢٦) من الدستور من خلال تشكيل نسبة الخمس (٥/١) من اعضاء مجلس النواب الذين يحق لهم تقديم مقترح لتعديل النص الدستوري الذي يشوبه البطلان ، بالإضافة الى مساهمتهم ضمن نسبة الثلثي من اعضاء المجلس اللازمة للموافقة على مقترح التعديل .

ومع هذا الدور الذي نتمناه من الكتلة النيابية المعارضة ورغم ما يحيطها من ضعف الاداء للقيام بواجبها التشريعي ، فإننا نقترح ان يتم تضمين دستور جمهورية العراق لسنة٢٠٠٥ نصا صريحا يتعلق بحقوق وواجبات المعارضة البرلمانية، اي منحها مركزا دستوريا اسوة ببعض دساتير الدول الأخرى[٩٢] بالشكل الذي يمكنها من ممارسة عملها في الاصلاح الدستوري ومعالجة البطلان الذي يشوب بعض النصوص .

الفرع الثاني- الوسائل غير الرسمية لمعالجة بطلان النص الدستوري .

تتنوع الوسائل غير الرسمية لمعالجة بطلان النص الدستوري والتي تتمثل في الرأي العام وكذلك الثورة وهو سنوضحه تباعا :-

أولا- دور الرأي العام في معالجة بطلان النص الدستوري.

تحرص المواثيق الدولية والدساتير على تكريس حق الشعب في التظاهر ،بوصفه جزء من حرية التعبير عن الرأي ، فهو يسمح للأفراد والجماعات المشاركة في الشؤون العامة وفرض رقابة شعبية مباشرة على صانعي القرار من أجل مراجعة سياستهم في ادارة الشؤون العامة [٩٣] ، ولهذا أكدت المادة (١٥) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بأن كل فرد الحق في الحرية ولا يجوز الحرمان منها او تقييدها إلا وفقا للقانون، كذلك أقرت المادة (٣٨) أيضا بأن تكفل الدولة العراقية وبما لا يخل بالنظام العام والآداب العامة حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل وكذلك حرية الصحافة والطباعة والإعلان والنشر وأيضا حرية الاجتماع والتظاهر السلمي وفقا لقانون ينظّم ذلك، وتشير هذه النصوص الدستورية الى امكانية ان يكون للرأي العام بصوره المذكورة دور في الاصلاح الدستوري في مواجهة البطلان، لكن ان ممارسة هذه الحرية تكون محكومة وفق الضوابط والقيود المتمثلة بالنظام العام والآداب العامة، ونتساءل هنا كيف يمكن تحريك الرأي العام للقيام بالإصلاح الدستوري في العراق ؟

لاشك ان تحريك الرأي العام لا يمكن ان يتوقف على عامل واحد ، اذ تتعدد هذه العوامل فربما يكون للصحافة دور في تعبئة الرأي العام أو قد يكون للأحزاب السياسية دور في هذا الامر ، لكن هل توجد جماعات ضغط في العراق ؟ وهل يمكن ان يكون دورا في مجال الاصلاح الدستوري ؟ في بادئ الأمر لابد لنا من اعطاء تعريف لمصطلح(جماعات الضغط) فقد عرفها البعض بأنها (مجموعة من الأشخاص الذين تربطهم علاقات اجتماعية خاصة ذات صفة دائمة او مؤقتة بحيث تفرض على أعضاءها نمط معين من السلوك المتبع) [٩٤] ، فيما عرفها اخرون هي (تجمع افراد ذي مصالح خاصة اقتصادية او غير اقتصادية نابعة عن اتفاق بسبب الدين او الجنس او غير ذلك من العوامل يهدفون بذلك التأثير باتجاه ونشاط السلطة الحاكمة) [٩٥] ، وبشكل أكثر اختصار تعرف (أي جماعة منظمة تحاول التأثير على القرار السياسي دون محاولة السيطرة على المراكز الرسمية في الدولة) [٩٦] .

وبعد هذا التعريف يتوجب معرفة حقيقة وجودها في العراق ودورها ،فكما هو معلوم ان العراق قبل عام ٢٠٠٣ لم يكن يشهد النظام السياسي آنذاك وجود مثل هذه الجماعات وذلك لان النظام كان شمولي لا يسمح بظهور أي حركة من هذا النوع، أما بعد عام ٢٠٠٣ ايضاً لم يكن هناك ظهور فعلي صحيح لجماعات الضغط ويوعز الخلل في ذلك لكون دخول الديمقراطية الى العراق لم تكن لا بشكل ولا تدرج صحيح، فلم تظهر جماعات وطنية فعلية، ولكن في نفس الوقت لم تكن خالية وانما كان لها وجود، واولها هو الضغط الديني او ما يسمى بـ (اللوبي الديني) وهذا يعود الى ان اللبنة الأساسية لتشكيل الحكومة بعد عام ٢٠٠٣ كانت هي على أساس ديني، والأكثر من ذلك حتى المعارضة كانت مدعومة بطابع ديني، مما جعل للدين تأثير واضح وباين على السلطات ، ويمكن القول ان هذه الجماعات برز دورها عام ٢٠١٩ خلال الحركات الشعبية والاحتجاجية (تظاهرات تشرين) التي كانت نتاج تطور الديمقراطية في العراق والتي تسعى للضغط على السلطات من اجل البدء بعملية الاصلاح الدستوري وتحسين الواقع سياسياً وقانونياً واقتصادياً [٩٧] وبالفعل نجحت هذه الجماعات من خلال تلك التظاهرات الى احداث عملية الاصلاح مثل تعديل قانون الانتخابات وهو التعديل رقم (٩)

لسنة ٢٠٢٠ واجبار الحكومة على تقديم استقالتها، كذلك اتخاذ الخطوات لمعالجة العجز المالي والاقتصادي [٩٨]، كما كان لها مطاليب دستورية عديدة، وان لم يكتب لها النجاح ، الا ان الضغط الشعبي خلال تلك التظاهرات، دفع مجلس النواب الى تشكيل لجنة لتعديل الدستور بتاريخ (٢٨) من شهر تشرين الاول من عام ٢٠١٩ ، على أن تنجز أعمالها في غضون ستة أشهر وان تقدم هذه التعديلات إلى رئاسة الجمهورية ومن ثم إلى البرلمان لأجل عرضها على الاستفتاء الشعبي [٩٩]، ولعل من ابرز التعديلات التي حددتها اللجنة ،هي تخفيض عدد أعضاء مجلس النواب من (٣٢٩) الى (١٨٠)، وتعديل المادة (٧٦) بخصوص الكتلة النيابية الأكبر عدداً، وكذلك كان هناك ضغط جماهيري لتحويل النظام السياسي من برلماني الى رئاسي، ان الانه لم يحصل أي شيء بسبب عدم المصداقية الجدية في التنفيذ .

وأيا كان الأمر يتضح لنا مدى أهمية جماعات الضغط في معالجة البطلان الدستوري ومدى إمكانية تسليط الضوء عليه واجبار السلطة المختصة في أي نظام دستوري على تلافي هذا البطلان واصلاحه وفقا للطرق المتاحة لهذه السلطة في البلد المعني.

وخلاصة القول، ان الرأي العام بكل وسائله وصوره يمكن ان يكون وسيلة ضاغطة لأجل معالجة البطلان في بعض النصوص الواردة في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، وهذا ما لمسناه من خلال الدلائل التي تم الاشارة اليها سلفا .

ثانيا- دور الثورة في معالجة بطلان النص الدستوري .

اذا لم تكن الوسائل التي تم تبيانها سابقا ناجحة في عملية الاصلاح الدستوري ، فان الامر قد يتطور من الوسائل السلمية والتظاهر الى مرحلة اكثر خطورة تتمثل باندلاع ثورة شعبية من شانها ليس فقط عملية الاصلاح ، بل يتعداه الى أبعد من ذلك يتمثل بإحداث تغيير شامل ، لأنه كما هو معروف ان الثورة هي اداة بيد الشعب وان اثارها تكون شاملة على الصعيد السياسي والاقتصادي والاجتماعي [١٠٠]، والتساؤل الذي يطرح في هذا الصدد ماهو اثر نجاح الثورة على الدستور الذي يتضمن بطلان في نصوصه ؟ ان الاجابة على هذا التساؤل يتوجب بنا ان نميز بين مايلي :-

١- اذا كانت جميع نصوص الدستور باطلة في الاصل ، اي يشوبها عدم المشروعية نتيجة لتحقق احدى او جميع حالات البطلان التي تم التطرق اليها في صفحات سابقة من هذا البحث ، فانه بمجرد نجاح الثورة والاستيلاء على السلطة يعد هذا الدستور ملغى لان الهدف الاساسي الذي جاءت من اجله الثورة ، وهذا يعني اننا لا نتفق مع جانب من الفقه الدستوري الذي يرى انه بمجرد نجاح الثورة يسقط الدستور بغض النظر عن مشروعيته [١٠١] ، لأنه وحسب اعتقادنا ان هناك نصوص التي ليس لها علاقة مباشرة بالنظام السياسي تبقى نافذه طالما لا يشوبها البطلان .

٢- اذا كانت بعض نصوص الدستور باطله ، فأنها تلغى الى جانب النصوص التي لها صلة بالنظام السياسي كما ذكرنا سلفا .

٣- عند نجاح الثورة ،فأن القواعد فوق الدستورية لا يمكن الغاؤها لأنها أعلى من الدستور ، وقد بينا في صفحات سابقة من البحث مضمون هذه القواعد .

وفي كل الاحوال لا يمكن ان نعول كثيرا على الثورات في عملية الاصلاح الدستوري ، لأنه ربما تنحرف الثورة عن اهدافها الاساسية وبالتالي لا يتحقق الاصلاح الدستوري .

ولنا ان نتساءل هل يعد الانقلاب وسيلة للاصطلاح الدستوري ومعالجة البطلان ؟

ان الاجابة على هذا السؤال نقول اننا لا نتفق مع الاتجاه الذي يرى ان الانقلاب تبدل غير دستوري او غير اعتيادي برجال الحكم مع بقاء المجتمع على حاله [١٠٢]، لأن هناك تجارب في بعض الدول حدثت فيها انقلابات وهذه الانقلابات تمخضت عن نتائج جيدة أدت بالإضافة الى تغيير الاشخاص والنظام السياسي ، الى تغيير في البنية الدستورية والمؤسساتية، أي احدثت اصلاح دستوري شامل من خلال تشريع دساتير اشبه ما تكون مثالية ملبية لطموح وتطلعات الشعب، فاذا كان الهدف من الانقلاب هو التغيير السياسي وبالتالي ومعالجة البطلان الدستوري، فان هذا الانقلاب يتصف بالشرعية، اذن اننا ننظر الى الثورة والانقلاب من حيث النتائج والاصلاح وليس من حيث المشاركة الشعبية حتى نقول هذا شرعي وهذا غير شرعي .

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذا البحث فإننا توصلنا لبعض النتائج والمقترحات الاتية :-

أولا- النتائج .

١- رغم تباين الاتجاهات الفقهية في تعريف البطلان بشكل عام وبالتالي صعوبة تبني تعريف لبطلان النص الدستوري، الا اننا استنتجنا ان التعريف المناسب لهذا البطلان بأنه (وصف للجزاء الذي إذا تحقق في نص دستوري معين اخرجه من نطاق الصحة) .

٢- ان فكرة البطلان في مجال القانون الدستوري لها خصوصيتها ، ومع ذلك فهي تقترب من فكرة البطلان المقررة في القوانين الاخرى سواء في مجال القانون الاداري او المدني ، اي من حيث البطلان الذي يلحق الاركان والشروط .

٣- كذلك من خصوصية البطلان الدستوري ، انه يتقرر في حالة مخالفة المبادئ او القواعد التي تعرف بفوق الدستورية والتي يقصد بها جميع المبادئ التي لا يستطيع المشرع الدستوري من أن يعمل على تعديلها أو المساس بها ، وهي اما ان تتمثل بقواعد ومبادئ الشريعة الاسلامية أو مبادئ الحقوق والحريات العامة الواردة في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والتي تشكل التزاما على الدولة سواء كان التزاما ادبيا ام قانونيا.

٤- لقد شخصنا خللا في صياغة بعض نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، وهذا الخلل قد يكون سببا في ان يسبغ البطلان على هذه النصوص .

٥- لاحظنا من خلال الدراسة ان جانبا من الفقه القانوني يميز بين الشكلية الجوهرية والشكلية غير الجوهرية على أساس ان البطلان يلحق النوع الاول دون الثاني ، الا اننا لا نتفق مع هذا الرأي ، فالعيب الذ ي يلحق النص الدستوري من حيث الشكل سيجعل من هذا النص باطلا سواء كان العيب

الشكلي جوهري ام غير جوهري، لان الدستور بوصفه اعلى وثقية تشريعية في الدولة يتوجب ان يكون سليما من جميع النواحي بما فيه الناحية الشكلية .

٦- لابد ان نشير في هذا الخصوص ان الدستور قد تضمن نصين نعتقد انهما متعارضان وهو نص المادة (٢/اولا) والتي جاءت بقولها (أ -لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام ، ب- لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية) ، فهذين النصين هما من القواعد فوق الدستورية لكن تم النص عليهما وجعلهما يتعارضان من خلال مقاربة الفقرة (أ) مع الفقرة (ب) ، فمبادئ الديمقراطية ذات مفهوم واسع وقد تتعارض مع مبادئ الشريعة الاسلامية ، وربما ستحدث اشكالية في التطبيق ، ولهذا نعتقد ان هذا النص باطل وبالتالي تكون هناك ضرورة لتفادي وجوده من خلال اجراء التعديل وفق الاجراءات المنصوص عليها في الدستور.

٧- ان دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ قد اخذ بفكرة الحل الذاتي لمجلس النواب ، وهذا بلا شك يكون منافي للعقل والمنطق فكيف يتم جعل المجلس خصما وحكما في ان واحد ، بالإضافة الى مخالفته لأهم خصيصة من خصائص النظام البرلماني والتي توجب التوازن الدستوري بين السلطة التشريعية والتنفيذية ، وهذا من شأنه ان يؤسس لحالة من البطلان للنص الدستوري .

٨- في ظل التوافقية والمحاصصة في مجلس النواب ،فأنه من الصعوبة الشروع بتشكيل لجان لأجل القيام بتعديل الدستور وفق المادة ١٢٦ من دستور جمهورية العراق لسنة٢٠٠٥ الا بعد استكمال اجراءات التعديل وفق المادة ١٤٢ طبقا للقرار التفسيري الصادر من المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٥٤/اتحادية/٢٠١٧ الصادر في ٢٠١٧/٥/٢١ وهذا يعني ان تعديل او الغاء النصوص الباطلة سيكون رهينا بتشكيل اللجان تلك .

٩- رغم غياب النص الصريح في دستور ٢٠٠٥ ، الا اننا توصلنا الى نتيجة مفادها بإمكان المحكمة الاتحادية العليا مراقبة مشروع التعديل الدستوري وفق الحجج والادلة التي اوردناها في ثنايا البحث وهذا بلا شك يعزز من فرصة الاصلاح الدستوري في مواجهة البطلان .

ثانيا- المقترحات .

١- لأجل جودة ورصانة نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، نقترح عند الشروع بإجراء التعديلات الدستورية ، ان تكون هناك صياغة دقيقة لا يشوبها النقص سواء من الناحية الشكلية او الموضوعية ، لان الدستور يحتل قمة الهرم القانوني في الدولة الذي هو اساس مشروعية القوانين الادنى منه .

٢- بما ان نص المادة(٢/اولا) من الدستور فيها تعارض بين الفقرة(أ) و(ب) واللذان هما بالأصل قواعد فوق الدستورية، فإننا نقترح التعديل برفع هذا التعارض لأجل السلامة من البطلان .
٣- نقترح تضمين الدستور نصا صريحا يعطي الاولوية والعلو للمعاهدات الدولية على التشريعات الداخلية بما فيها الدستور خاصة المعاهدات المعنية بالحقوق والحريات العامة والتي توصف بأنها فوق الدستورية التي يكون العراق طرفا فيها ويكون التعديل بالصيغة التالية (يتولى مجلس النواب بقانون

يسن بأغلبية ثلثي الاعضاء ،التصديق على المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي يكون العراق طرفا فيها ، ولها الأعلوية على القوانين الداخلية في حالة التعارض) .

٤- بما ان دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ قد اخذ بمبدأ الحل الذاتي لمجلس النواب ، فأنه قد خالف المبدأ العام في الدساتير التي تأخذ بالنظام البرلماني والذي أحد معالمه هو التوازن الدستوري بين المؤسستين التشريعية والتنفيذية ، ومسلك الدستور يعد غير مشروعا وبالتالي نقترح تعديل الدستور بالشكل الذي يحقق التوازن بين المؤسستين .

٥- نقترح على مجلس النواب الذي يتشكل في اعقاب الانتخابات المبكرة التي تجرى في(٢٠٢١/١٠/١٠) الى الخروج عن ما يعرف بالتوافقية التي حدثت في دورات مجلس النواب السابقة ، أي تغليب رأي الاكثرية عند تمرير مشروعات القوانين بما فيهاٍ المشروعات المتعلقة بتعديل الدستور مع ضرورة احترام رأي الاقلية .

٦- نقترح تعديل الدستور بحيث يكون دور مجلس النواب فقط الموافقة الشكلية على طلب التعديل سواء تم رفعه بشكل مشترك من قبل رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء او من قبل خمس اعضاء مجلس النواب ، اي لا يكون لمجلس النواب اية سلطة تقديرية في قبول الطلب أو رفضه سيما وان التوافقية والمحاصصة هي السمة الغالبة على عمل المجلس ، والقول بالسلطة التقديرية معناه بقاء النصوص التي يشوبها البطلان دون تعديل او الغاء .

٧- نقترح الغاء المادة(١٤٢) والابقاء على نص المادة (١٢٦) من الدستور لاعتقادنا بأنها غير مشروعة وباطلة وذلك لان لجنة كتابة مسودة الدستور المشكلة وفق قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية قد أدرجتها استثناء من نص المادة (١٢٦) بسبب الضغط على ارادة اللجنة المذكورة وهو ما يعرف بـ (عيب الارادة)، فهي كانت تحت ضغط بعض القوى السياسية التي تشكل جزءا من لجنة كتابة مسودة الدستور بالإضافة الى ضغط الحاكم المدني .

٨- اثبتت التجارب في بعض الدول الدور الذي تلعبه المعارضة البرلمانية في المؤسسات التشريعية من خلال تشخيصها النصوص الدستورية التي يشوبها البطلان والعمل على تعديلها بعد ان عملت هذه الدول على تثبيت حقوق والتزامات المعارضة في الدساتير ، وتأسيسا على ذلك نقترح ان يتم تضمين دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نصا صريحا يمنح بموجبه الكتل النيابية التي تعلن عن نفسها انها معارضة، مركزا دستوريا ينظم عملها بالشكل الذي يجعلها ان تساهم في الاصلاح الدستوري ومعالجة البطلان .

الهوامـــش

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، لبنان، ١٩٨٧، ص١٤٣٥ .
(٢) طه أبو الذهب: المعجم الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٣٣
(٣) ابن منظور: لسان العرب، ج١١، دار صادر، بيروت، ط١، ص٥٦.
(٤) سورة البقرة الآية (٢٦٤) .
(٥) سورة محمد الآية (٣٣).
(٦) الشيخ عبد الكريم الحائري، محاضرات في اصول الفقه، منشور على الموقع https://abu.edu.iq/islamic-sciences/courses/general-lessons/principles-jurisprudence

(٧) لؤي جميل حدادين، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأولى، عمان، ٢٠٠٠، ص١٨.
(٨) عطا عبد الحكيم احمد،البطلان في قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة،منشورات زين الحقوقية، بيروت،٢٠١٧،ص٢٢.
(٩) د. رمزي يوسف،الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية،الطبعة الأولى،مكتبة النهضة العربية،القاهرة،١٩٧٠،ص٤٠٢.
(١٠) د. فتحي الوالي ود. احمد ماهر زغلول، نظرية البطلان في قانون المرافعات، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ط٢، ١٩٩٧، ص ٨.
(١١) د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية،القاهرة، ١٩٥٩،ص١٢.
(١٢) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون أصول المحاكمات المدنية والإدارية، دار الثقافة، ٢٠٠٩ ، ص١٥٣.
(١٣) انظر المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، وكذلك المادة (١٣/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نصت على (...ثانياً/لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلا كل نص يرد في دساتير الأقاليم، او أي نص قانوني آخر يتعارض معه) وهنا وان كان ايراد البطلان بخصوص القوانين الا ان الدستور قد اقر بفكرة البطلان وكان له تصور عنها.
(١٤) رشيد العنب، بطلان العقد في القانون المغربي بين مبدأ لزوم التصرف و قاعدة استقرار المعاملات ، منشور على الموقع www.mohamah.net/law
(١٥) انظر في تلك التعريفات عبد المجيد غميجة– مبدا الامن القانوني وضرورة الامن القضائي،الدار البيضاء،٢٠٠٨،ص٦.
(١٦) د. جعفر عبد السادة بهير، دور مجلس الدولة في حماية مبدا الامن القانوني، مقال منشور على الموقع jols.uobaghdad.edu.iq
(١٧) د. محمود مصطفى يونس ، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص٥ ، وانظر كذلك د. محمد الوكيل ، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الاداري ، دراسة مقارنة ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٦٠ .
(١٨) د. بدرية عبد الله العوضي ، النصوص المقيدة لحقوق الانسان الاساسية في العهد الدولي وفي دساتير دول مجلس التعاون الخليجي ، الكويت ، ١٩٨٥ ، ص٢٥ . ؟
(١٩) د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، ط٥ ، منشاة المعارف، الاسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص٤٧ وانظر كذلك ، د. جميل الشرقاوي ، المدخل لدراسة القانون ، القاهرة ، ص٧٢ .
(٢٠) د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ط٢ ، مكتبة مكاوي ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ص٧٩ .
(٢١) د. محمد الوكيل مصدر سابق، ص٦٠ .
(٢٢) انظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٦٣ – اتحادية- ٢٠١٢ منشور على الموقع www. iraqfsc.iq
(٢٣) السيد عبد الحميد فوده، حقوق الانسان بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الاسلامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،٢٠٠٦ ،ص٣٩.
(٢٤) علي محمد صالح الدباس واخرون، حقوق الانسان وحرياته ودور شرعية الاجراءات الشرطية في تعزيزها- دراسة تحليلية لتحقيق التوازن بين حقوق الانسان وحرياته وامن المجتمع تشريعا وفقها وقضاء ،دار الثقافة، ٢٠٠٥ ،ص٣٦.
(٢٥) د. سعيد السيد علي، المبادئ الاساسية للنظم السياسية وانظمة الحكم المعاصر ،دار ابو المجد للطباعة بالهرم،ط١، ٢٠٠٥ ،ص٥٠١ .
(٢٦) د. خضر خضر، مدخل الى الحريات العامة وحقوق الانسان، المؤسسة الحديثة للكتاب،طرابلس، لبنان،٢٠٠٥،ص١٣٣ .
(٢٧) د. سعيد محمد الخطيب ، الدولة القانونية وحقوق الانسان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٢ ،ص٥٨ .
(٢٨) المادة ٤٦ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
(٢٩) د. نوري لطيف، القانون الدستوري ،المبادئ والنظريات،ط١،بغداد،١٩٧٦،ص١١٣.
(٣٠)، المصدر نفسه،ص١١٢.
(٣١) لقد تم اضافة اعضاء الى اللجنة وكان عددهم ١٥ عضوا من خارج الجمعية ، انظر د. حميد حنون خالد ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، ط١، ٢٠١٥ ص٣٣٦.
(٣٢) د. نوري لطيف، مصدر سابق،ص١١٢ .

(٣٣) د. أمين عاطف صلبيا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص٢٥٧.
(٣٤) د. احمد فتحي سرور ، منهج الاصلاح الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٨١ .
(٣٥) د. أمين عاطف صلبيا ، مصدر سابق ، ص٢٥٨.
(٣٦) د. أحمد فتحي سرور، ،منهج الاصلاح الدستوري ، مصدر السابق ، ص٧٦.
(٣٧) المادة ٢٧ من اتفاقية فينا للمعاهدات لعام ١٩٦٩.
(٣٨) انظر د. احمد جاد منصور ، الحماية القضائية لحقوق الانسان، حرية التنقل و الاقامة في القضاء الاداري المصري وفقاً لأحدث احكام محكمة القضاء الاداري و المحكمة الادارية العليا و المحكمة الدستورية العليا حتى عام ١٩٩٧،دار ابو المجد للطباعة، القاهرة، ١٩٩٧ص٦٤ .
(٣٩) د. حميد حنون خالد، مصدر سابق ، ص٢٤٢ .
(٤٠) المصدر نفسه، ص١٤٥ .
(٤١) قرار المحكمة الاتحادية العليا (٨٩- اتحادية- ٢٠١٩) ، منشور على الموقع الالكتروني www. iraqfsc.iq
(٤٢) د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النهر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٧ .
(٤٣) حسن معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص٣.
(٤٤) نذير بن عمر، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٧، ص٩٧
(٤٥) د. رمضان جمال كامل، الموسوعة الحديثة في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، الجزء الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠٠٩ ، ص٢٣٥ .
(٤٦) المصدر نفسه، ص٢٣٩ .
(٤٧) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول،مصادر الالتزام،دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٨١،ص١٩٥.
(٤٨) د. احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق ، ص٢٤٠ .
(٤٩) د. يحيى الجمل و د. أنور احمد رسلان، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦، ص٢٨٦.
(٥٠) د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية ، مصدر سابق، ص٢٤٠ - ٢٤٢ .
(٥١) د. رمضان جمال كامل، مصدر سابق، ص٢٣٧ .
(٥٢) محمد ذيب محمود نمر، احكام البطلان في الإجراءات والمحاكمات الجزائية دراسة مقارنة بين القانونين الفلسطيني والأردني، ص٦٤.
(٥٣) إيهاب عبد المطلب، مصدر سابق، ص١٦٥ .
(٥٤) فوزي دهيم الرشيدي، بطلان العمل الاجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي "دراسة مقارنة مع القانون الأردني"، جامعة الشرق الأوسط، ص٦٣ .
(٥٥) حسني بو ديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٣، ص١٢٢
(٥٦) د. علي غسان احمد، الدفوع الشكلية في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٦، ص٩٥ .
(٥٧) د. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الاداري، بغداد، بلا سنة نشر.
(٥٨) د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مصدر سابق، ص٣١٥.
(٥٩) . د. طعيمه الجرف ، القانون الاداري، دار النهضة العربية،١٩٨٥، ص١٦٢ .
(٦٠) د. إحسان حميد المفرجي ، د. كطران زغير نعمة ، د. رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، الطبعة الثانية ، شركة العاتك للنشر ،القاهرة،٢٠٠٩،ص١٦٦.
(٦١) مثلت هذه القائمة (٢٨) عضوا من قائمة الائتلاف العراقي و (١٥) عضوا يمثلون التحالف الكردستاني و (٨) يمثلون القائمة العراقية .

(٦٢) د. حميد حنون خالد ، مصدر سابق ،٢٣٦.
(٦٣) نصت لفقرة (هـ) من المادة (٦١) من قانون ادارة الدولة لسنة ٢٠٠٤ على انه(إذا رفض الاستفتاء مسودة الدستور الدائم، تحل الجمعية الوطنية. وتجري الانتخابات لجمعية وطنية جديدة في موعدٍ أقصاه ١٥ ديسمبر/ كانون الأول ٢٠٠٥.....) .
(٦٤) لقد اصدر مجلس النواب قرارا ذي العدد١٧٢ بتاريخ (٦-١٠-٢٠٢١) يتضمن انهاء عضوية اعضاء البرلمان للدورة الانتخابية الرابعة وذلك لانتهاء الدورة بتاريخ (٧-١٠-٢٠٢١...الوثيقة منشورة على الموقعwww.roayahnews.com
(٦٥) محمد بن علي بن محمد الشوكاني: ارشاد الفحول إلى تحقيق علم الاصول، تحقيق محمد سعيد البدري أبو مصعب، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٩٩٢، ص٢٦١.
(٦٦) جمال الدين محمد بن مكرم بن منصور أبو الفضل ابن منظور: لسان العرب، الجزء ٦، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٧٥٦.
(٦٧) د. رمسيس بهنام، فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الاول والثاني، مطبعة جامعة الاسكندرية، السنة السادسة (١٩٥٢-١٩٥٤)، ص٥٢.
(٦٨) د. احمد إبراهيم حسن: غاية القانون (دراسة في فلسفة القانون)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠،ص٨٣ .
(٦٩) د. علي هادي عطية الهلالي: النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١١، ص١٤٠.
(٧٠) عبد الجبار حجازي ،ص٥٢١-٥٢٢ .
(٧١) د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مصدر سابق ، ص٣٥٨ .
(٧٢) د. حميد حنون خالد ، مصدر سابق ، ص٢٣٤ .
(٧٣) جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٥٦، ص٨٤ .
(٧٤) سوزان محمد شحادة، العيب الجوهري واثره في بطلان الإجراءات القضائية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، عمان، ٢٠٠٩، ص٤٦ .
(٧٥) د. فتحي والي، مصدر سابق، ص٨٥٤ .
(٧٦) احمد محمد الحفناوي، مصدر سابق، ص١٨٤ .
(٧٧) المادة ٩٣/ اولا من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
(٧٨) د. احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية ، مصدر سابق، ص٨٠ .
(٧٩) المصدر نفسه ، ص٩٨ .
(٨٠) د. رجب محمود طاجن ، قيود تعديل الدستور ((دراسة في القانونين الفرنسي والمصري)) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٢٧٣.
(٨١) Arpita Sarkar , Standard of Judicial Review with Respect To Socio Economic Rights In India , Journal of Indian Law and Society , vol (2) December 29,2011) , p.1-2.
(٨٢) فوزي إبراهيم دياب ، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية ، ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : http://alyassir.com/index.php?pid=3&i=1&f=25،
(٨٣) د. عصام سعيد عبد العبيدي، مدى سلطة القضاء الدستوري في الرقابة على التعديلات الدستورية –دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية ،السنة (٩) العدد(١) ،٢٠٢١، ص٤٠٢ .
(٨٤) فوزي إبراهيم دياب ، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية ، ٢٠١٣ ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : http://alyassir.com/index.php?pid=3&i=1&f=25،
(٨٥) المصدر نفسه .
(٨٦) د. عبد الحفيظ علي الشيمي ، نحو رقابة التعديلات الدستورية (دراسة في بعض جوانبها النظرية والعملية)الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦ ، ص١٣١ .

(٨٧) انظر صفاء محمد عبد، تعديل الدستور الفدرالي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون ،جامعة كربلاء،٢٠١٥، ص١٠٩.
(٨٨) ومن قبيل ذلك دستور تركيا لسنة ١٩٨٢ في المادة١٤٨ في الفقرة (١) وكذلك دستور كولومبيا لسنة ١٩٩١ والمعدل لسنة ٢٠١٥ في المادة ٢٤١ في الفقرة (١) .
(٨٩) لقد اعلنت كتلة الحكمة النيابية تحولها الى المعارضة السياسية ، من خلال ارسال كتاب موقع من قبل رئيس الكتلة في المجلس ذي العدد (٥٧٣) في (١٧-٦-٢٠١٩) موجه رئيس مجلس النواب ، يتضمن هذا المفهوم ،الكتاب منشور على الموقع الالكتروني :- www.nasnews.com/view.
(٩٠) انظر قرار مجلس القضاء الاعلى الصادر في ٢٥-٧-٢٠١٩ منشور على الموقع الالكتروني www.hjc.iq.
(٩١) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٧٠) لسنة (٢٠١٩) منشور على الموقع الالكتروني www. iraqfsc.iq
(٩٢) ومن قبيل تلك الدساتير، دستور المغرب لسنة٢٠١١ في الفصل ١٠ التي كرست حقوق واسعة للمعارضة في البرلمان.
(٩٣) د. بن زحاف فيصل ،حرية الاجتماع والتظاهر السلمي في القانون الجزائري ، مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية ، العدد٧٣ ،المجلد ١٨ ،٢٠٢١، ص١٢٥ .
(٩٤) صادق الأسود، الاجتماع السياسي، مطبعة جامعة الموصل، العراق، ١٩٨٠، ص١٧٠.
(٩٥) د. محمد فتح الله الخطيب، دراسات في الحكومات المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص١٦٣.
(٩٦) د. طه حميد حسن العنبكي، النظم السياسية والدستورية المعاصرة أسسها ومكوناتها وتصنيفها، الطبعة الثانية، مكتبة الغفران للطباعة، بغداد، ٢٠١٥، ص١٧٠.
(٩٧) د. حيدر عبد محسن شهد الجبوري واحمد سالم بخيت، الجماعات الفاعلة من غير الدول (دراسة قانونية في المفهوم والنشأة التاريخية) بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، السنة الثانية عشر، العدد الثاني، ٢٠٢٠، ص٤٤٨ .
(٩٨) إبراهيم الصميدعي، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.yesiraq.com
(٩٩) د. أسعد كاظم شبيب ، لجنة تعديل الدستور العراقي النافذ، مقال منشور على الموقع - https://www.mcsr.ne
(١٠٠) د. حميد حنون خالد، مصدر سابق ، ص١٩٦.
(١٠١) المصدر نفسه، ص١٩٦.
(١٠٢) د. نوري لطيف، مصدر سابق ، ص٢١٢ .

المصـــــــادر

القران الكريم .

اولا- مصادر اللغة والفقه .

١- ابن منظور: لسان العرب، ج١١، دار صادر، بيروت، ط١، ص٥٦.
٢- الشيخ عبد الكريم الحائري، محاضرات في اصول الفقه، منشور على الموقع: https://abu.edu.iq/islamic-sciences/courses/general-lessons/principles-jurisprudence
٣- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، لبنان، ١٩٨٧.
٤- طه أبو الذهب: المعجم الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.

ثانيا- المصادر القانونية .

١- إبراهيم الصميدعي، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.yesiraq.com

٢- د. إحسان حميد المفرجي ، د. كطران زغير نعمة ، د. رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ،، الطبعة الثانية ، شركة العاتك للنشر ،القاهرة،٢٠٠٩.
٣- د. احمد جاد منصور ، الحماية القضائيه لحقوق الانسان، حرية التنقل و الاقامة في القضاء الاداري المصري وفقاً لاحدث احكام محكمة القضاء الاداري و المحكمه الادارية العليا و المحكمة الدستوريه العليا حتى عام ١٩٩٧،دار ابو المجد للطباعه، القاهرة، ١٩٩٧،ص٦٤.
٤- د. احمد فتحي سرور ، منهج الاصلاح الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦.
٥- د. أسعد كاظم شبيب ، لجنة تعديل الدستور العراقي النافذ، مقال منشور على الموقع - https://www.mcsr.ne
٦- السيد عبد الحميد فوده، حقوق الانسان بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الاسلامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،٢٠٠٦ .
٧- د. أمين عاطف صلبيا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، ٢٠٠٢ .
٨- د. بدرية عبد الله العوضي ، النصوص المقيدة لحقوق الانسان الاساسية في العهد الدولي وفي دساتير دول مجلس التعاون الخليجي ، الكويت ، ١٩٨٥ .
٩- د. حسن كيره ، المدخل الى القانون ، ط٥ ، منشاة المعارف، الاسكندرية ، ١٩٧٤ .
١٠- حسني بو ديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٣.
١١- د. حميد حنون خالد ،مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ،ط١، ٢٠١٥ .
١٢- د. جميل الشرقاوي ، المدخل لدراسة القانون ، القاهرة.
١٣- جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٥٦.
١٤- د. خضر خضر، مدخل الى الحريات العامة وحقوق الانسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان،٢٠٠٥ .
١٥- د. عباس العبودي، شرح احكام قانون أصول المحاكمات المدنية والإدارية، دار الثقافة ،٢٠٠٩.
١٦- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام) الجزء الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٠ .
١٧- د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النهر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠.
١٨- عبد الحفيظ علي الشيمي ، نحو رقابة التعديلات الدستورية (دراسة في بعض جوانبها النظرية والعملية) الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦.
١٩- عبد المجيد غميجة – مبدا الامن القانوني وضرورة الامن القضائي ، الدار البيضاء، ٢٠٠٨ .
٢٠- د. علي غسان احمد، الدفوع الشكلية في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٦.
٢١- د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١١.

٢٢- علي محمد صالح الدباس واخرون، حقوق الانسان وحرياته ودور شرعية الاجراءات الشرطية في تعزيزها- دراسة تحليلية لتحقيق التوازن بين حقوق الانسان وحرياته وامن المجتمع تشريعا وفقها وقضاء، دار الثقافة، ٢٠٠٥ .
٢٣- عطا عبد الحكيم احمد، البطلان في قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧ .
٢٤- د. رجب محمود طاجن ، قيود تعديل الدستور (دراسة في القانونين الفرنسي والمصري) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦.
٢٥- د. رمزي يوسف، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، الطبعة الأولى، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.
٢٦- رشيد العنب، بطلان العقد في القانون المغربي بين مبدأ لزوم التصرف و قاعدة استقرار المعاملات ، منشور على الموقع www.mohamah.net/law
٢٧- د. سعيد السيد علي، المبادئ الاساسية للنظم السياسية وانظمة الحكم المعاصر ،دار ابو المجد للطباعة بالهرم،ط١، ٢٠٠٥ .
٢٨- د. سعيد محمد الخطيب ، الدولة القانونية وحقوق الانسان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٢ .
٢٩- صادق الأسود، الاجتماع السياسي، مطبعة جامعة الموصل، العراق، ١٩٨٠.
٣٠- د. طعيمه الجرف ، القانون الاداري، دار النهضة العربية،١٩٨٥ .
٣١- د. طه حميد حسن العنبكي، النظم السياسية والدستورية المعاصرة أسسها ومكوناتها وتصنيفها، الطبعة الثانية، مكتبة الغفران للطباعة، بغداد، ٢٠١٥ .
٣٢- لؤي جميل حدادين، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأولى، عمان، ٢٠٠٠ .
٣٣- د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الاداري، بغداد، بلا سنة نشر.
٣٤ - د. محمد فتح الله الخطيب، دراسات في الحكومات المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦
٣٥ - د. محمد الوكيل ، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الاداري ، دراسة مقارنة ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
٣٦- د. محمد فتح الله الخطيب، دراسات في الحكومات المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.
٣٧- د. محمود مصطفى يونس ، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة ، بدون سنة نشر .
٣٨- د. محمد الوكيل ، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الاداري ، دراسة مقارنة ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
٣٩- نذير بن عمر، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٧.
٤٠- د. نوري لطيف، القانون الدستوري ،المبادئ والنظريات، ط١، بغداد ، ١٩٧٦ .
٤١- د. يحيى الجمل و د. أنور احمد رسلان، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦.

ثالثا- البحوث القانونية .

١- د. بن زحاف فيصل ،حرية الاجتماع والتظاهر السلمي في القانون الجزائري ، مجلة المستنصرية للدراسات، العربية والدولية، الجامعة المستنصرية ، العدد٧٣ ،المجلد ١٨ ،٢٠٢١.

٢- حيدر عبد محسن شهد الجبوري واحمد سالم بخيت، الجماعات الفاعلة من غير الدول (دراسة قانونية في المفهوم والنشأة التاريخية) بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، السنة الثانية عشر، العدد الثاني، ٢٠٢٠.
٣- فوزي إبراهيم دياب ، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية ، ٢٠١٣ ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : http://alyassir.com/index.php?pid=3&i=1&f=25 .
٤- د. عصام سعيد عبد العبيدي، مدى سلطة القضاء الدستوري في الرقابة على التعديلات الدستورية – دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية ،السنة (٩) العدد(١) ،٢٠٢١ .

رابعا – الرسائل الجامعية .

١- حسن معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود،أطروحة دكتوراه، كلية القانون،جامعة بغداد،٢٠٠٤.
٢- سوزان محمد شحادة، العيب الجوهري واثره في بطلان الإجراءات القضائية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، عمان، ٢٠٠٩ .
٣- صفاء محمد عبد، تعديل الدستور الفدرالي ،دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون ،جامعة كربلاء ،٢٠١٥.

خامسا- الدساتير .

١- دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ .
٢- دستور المغرب لسنة ٢٠١١.
٣- دستور كولومبيا لسنة ١٩٩١.
٤- قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.
٥- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

سادسا- القرارات .

١- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٦٣) - اتحادية- ٢٠١٢ منشور على الموقع الالكتروني iraqfsc.iq .www
٢- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٨٩) - اتحادية - ٢٠١٩ منشور على الموقع الالكتروني www. iraqfsc.iq
٣- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٧٠) - اتحادية- ٢٠١٩ منشور على الموقع الالكتروني www. iraqfsc.iq
٤- قرار مجلس القضاء الاعلى في ٢٥-٧-٢٠١٩ منشور على الموقع الالكتروني www.hjc.iq.

سابعا-المواثيق الدولية .

١- اتفاقية فينا للمعاهدات لسنة ١٩٦٩ .

ثامنا- المصادر الاجنبية .

1- Arpita Sarkar , Standard of Judicial Review with Respect To Socio - Economic Rights In India , Journal of Indian Law and Society , vol (2) December 29,2011).

Abstract

In Iraq, after the change in 2003, and after the original constituent authority represented by the National Assembly wrote a draft of the 2005 constitution, in implementation of the State Administration Law for the Transitional Period of 2004, a new phase began, represented by the establishment of a legal state dominated by the principle of legality, and here this constitution must be ideal and not tainted by invalidity. And in the case of diagnosing a constitutional text that is described as illegitimate, it is necessary to follow the means to correct this text in order to create a legal state, and here comes the importance of the research, as the issue of the invalidity of the constitutional text in general and in the constitution of the Republic of Iraq in particular is particularly important as we We are looking for the establishment of a legal state that cannot have a constitution tainted by nullity

The idea of the invalidity of the constitutional text - an analytical study according to the Constitution of the Republic of Iraq 2005

Dr.Yasir Otaiwi Abbood Al Zubaidy

Karbala University-College of Law