

## Constitutional Public Order and its Applications under The Constitution of The Republic of Iraq for The year 2005

Assistant Professor Doctor  
Musadaq Adel Talib  
University of Baghdad - College of Law  
[Dr.musadaq@gmail.com](mailto:Dr.musadaq@gmail.com)

Receipt Date: 2/5/2022, Accepted Date: 16/6/2022, Publication Date: 25/12/2022.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

### Abstract

This research deals with the idea of a constitutional public order, determining its nature, and its applications in light of the Constitution of the Republic of Iraq for the year 2005, by reviewing the relevant constitutional and legal texts, and comparing them with the principles followed by the Federal Supreme Court on the one hand, as well as comparing the behavior of the Iraqi constitutional legislator with some Comparative trends relevant to this topic, especially in Egypt and France, in order to try to draw a road map related to this idea in Iraqi legislation and jurisdiction.

The importance of the research is the scarcity and lack of in-depth studies by constitutional jurists in Iraq despite their abundance in the writings of comparative jurisprudence, as well as the practical importance that is embodied in the knowledge of the position of the Iraqi constitutional judiciary represented by the Federal Supreme Court of the idea of a constitutional public order, and the evaluation of these applications in the light of constitutional and legal texts.

The research aims at defining the frameworks and boundaries between the constitutional public order and the public system in other branches of law, as well as evaluating the constitutional formulation that the 2005 Constitution of the Republic of Iraq has applied in defining the idea of a constitutional public order under the prevailing political, economic and social conditions, without losing sight of On evaluating the practical reality of applying the idea of a constitutional public order in the decisions of the Federal Supreme Court.

Therefore, the question that the broadcast aims to explain is the extent to which the constitutional public order relates to many changing ideas in the jurisprudence of constitutional law. the most important of which are: in the idea of including constitutional rules, the idea of public order, and the prevailing legal idea, and then defining the boundaries between them.

**Keywords:** Constitution, Public Order, Iraq, Constitutional System, Constitutional Judiciary.

## النظام العام الدستوري وتطبيقاته في ظل دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥

أستاذ مساعد دكتور

مصدق عادل طالب

جامعة بغداد - كلية القانون

[Dr.musadaq@gmail.com](mailto:Dr.musadaq@gmail.com)

تاريخ الاستلام: ٢٠٢٢/٥/٢، تاريخ القبول: ٢٠٢٢/٦/١٦، تاريخ النشر: ٢٠٢٢/١٢/٢٥.

### المخلص

يعالج هذا البحث فكرة النظام العام الدستوري، وتحديد طبيعته، وتطبيقاته في ظل دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، وذلك من خلال استعراض النصوص الدستورية والقانونية ذات العلاقة، ومقارنتها مع بعض الاتجاهات المقارنة ذات الصلة بالموضوع وبالأخص في كل من مصر وفرنسا، وذلك من اجل محاولة رسم خارطة طريق تتعلق بهذه الفكرة في التشريع والقضاء العراقي.

وتتمثل أهمية البحث في ندرة وقلة الدراسات المعمقة من قبل الفقهاء الدستوريين في العراق رغم غزارتها في كتابات الفقه المقارن، فضلاً عن الأهمية العملية التي تتجسد بمعرفة موقف القضاء الدستوري العراقي ممثلة بالمحكمة الاتحادية العليا من فكرة النظام العام الدستوري، وتقويم هذه التطبيقات في ضوء النصوص الدستورية والقانونية.

ويهدف البحث إلى التعريف بالأطر والحدود الفاصلة بين النظام العام الدستوري، وبين النظام العام في فروع القانون الأخرى، فضلاً عن تقويم الصياغة الدستورية التي سار عليها دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في تحديد فكرة النظام العام الدستوري في ظل الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة، دون أن نغفل عن تقويم الواقع العملي لتطبيق فكرة النظام العام الدستوري في قرارات المحكمة الاتحادية العليا.

ولهذا فالتساؤل الذي يهدف البث إلى بيانه هو مدى ارتباط النظام العام الدستوري بالعديد من الأفكار المتغيرة في فقه القانون الدستوري، والتي يتمثل أهمها: في فكرة تدرج القواعد الدستورية، وفكرة النظام العام، والفكرة القانونية السائدة، ومن ثم تحديد الحدود الفاصلة فيما بينهم؟

**الكلمات المفتاحية:** دستور، نظام عام، العراق، النظام الدستوري، القضاء الدستوري.

## المقدمة Introduction

تُعدّ فكرة النظام العام من المواضيع ذات الأهمية المتجددة في القانون العام بصورة عامة والقانون الدستوري بصورة خاصة، ويتمثل سبب ذلك في عدم وجود اتفاق على مفهوم ومفردات النظام العام، فما يُعدّ من مكونات النظام العام في فترة من الفترات، قد لا يُعدّ كذلك في فترات لاحقة في الدولة ذاتها، على أساس اتسام هذه الفكرة بالنسبية والتغير من وقت إلى آخر، وذلك تبعاً لاختلاف الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية والقيم الأساسية السائدة في المجتمع.

وعلى الرغم مما تقدم إلا أننا وجدنا أنّ هذا الموضوع لم يحظَ بالأهمية التي تتناسب معه بصورة متوازية من فقهاء القانون العام، ففي الوقت الذي نجد فيه تصدي غالبية فقهاء القانون الإداري لهذا الموضوع بالمعالجة والتأصيل، نجد بالمقابل احجام فقهاء القانون الدستوري عن معالجة هذا الموضوع بصورة شاملة ومستفيضة وفق الأهمية التي يحتلها، وهو الأمر الذي يوجب الوقوف عند هذا الموضوع من الناحية الدستورية، وبيان مدى تأثير القانون الدستوري عموماً والقانون الدستوري العراقي بالنظام العام وتطبيقاته.

### أهمية البحث

تتمثل أهمية دراسة هذا الموضوع في العديد من النواحي النظرية والعملية، فمن الناحية النظرية نجد أنّ هناك العديد من الحدود الفاصلة بين مفهوم النظام العام وعناصره في القانون الدستوري، وبين مفهوم النظام العام في فروع القانون الأخرى كالقانون الإداري والمدني والجنائي، وهو الأمر الذي يوجب الوقوف عليها واستعراض جوانبها المختلفة، فضلاً عن رسم الملامح والخصائص العامة لهما، ومن ثم تتجسد أهمية هذا البحث في تسليطه الضوء على التأصيل الفلسفي والفقهي لفكرة النظام العام الدستوري في العراق، فضلاً عن بيان مدى اعتناق الدستور النافذ للمبادئ العامة من عدمه.

فيما تتمثل الأهمية العملية لهذا الموضوع في احتواء دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على اشارات صريحة لفكرة النظام العام، فضلاً عن وجود اشارات ضمنية لهذه الفكرة، وهو الأمر الذي يوجب الوقوف على هذه النصوص وتحليلها، وبيان المزايا والمثالب التي اكتنفت موقف ومسلك المشرع العراقي، دون أن تفوتنا الإشارة إلى استعراض موقف القضاء الدستوري العراقي ممثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا من فكرة النظام العام الدستوري.

### إشكالية البحث

تشير الدراسة إشكاليات عديدة، إذ يتمثل أولها: في ارتباط النظام العام الدستوري بالعديد من الأفكار المتغيرة في فقه القانون الدستوري، ولعل من أهمها فكرة تدرج القواعد

الدستورية، وفكرة النظام العام، والفكرة القانونية السائدة، ومن ثم يحاول هذا البحث تحديد الحدود الفاصلة بين هذه المصطلحات المتقاربة؟

فضلاً عن محاولة التأصيل الفكري والفلسفي والعملي لفكرة النظام العام الدستوري في العراق في نصوص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ والتشريعات المكملة له، ومقارنتها مع التطبيقات القضائية للمحكمة الاتحادية العليا، وذلك من أجل الإجابة على تساؤلٍ مهمٍّ يتمثل في مدى نجاعة مسلك المشرع الدستوري العراقي في اعتناقه لفكرة النظام العام الدستوري؟ ومدى اعتناق القضاء الدستوري لهذه الفكرة في ضوء التحديد الدستوري الصريح والضمني لهذه الفكرة؟

وبعبارة أخرى، هل ارسى الدستور العراقي والمحكمة الاتحادية العليا مفهوماً متميزاً للنظام العام الدستوري عن مفهوما المتعارف عليه في فروع القانون الأخرى، أم إنهما سارا في الاتجاهات ذاتها المقررة في القواعد العامة؟  
ويتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات عدة أهمها: ما هو مفهوم النظام العام في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥؟

وهل جاء موقف القضاء الدستوري العراقي متماثلاً مع الفكرة القانونية السائدة التي اعتنقها المشرع الدستوري بشأن تحديد عناصر النظام العام الدستوري وملامحه؟ وماهي طبيعة النظام العام الدستوري، فهل أنها تُعدّ واحدة ومتشابهة مع النظام العام في فروع القانون الأخرى، إم إنَّ له طبيعة ذاتية ومنفردة، ومن ثم يترتب على ذلك اختلاف الجزاءات المفروضة عن انتهاكه؟

فضلاً عن الوقوف على مدى السلطة التقديرية الممنوحة للمحكمة الاتحادية العليا في تحديد النظام العام الدستوري، واستعراض مسلكها في فرضها الجزاء الدستوري عند مخالفة أو انتهاك هذا النظام؟

#### أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تحقيق العديد من الأهداف التي يمكن إجمالها بالآتي:

١. التعريف بالأطر والحدود الفاصلة بين النظام العام الدستوري وبين النظام العام في فروع القانون الأخرى.
٢. تقويم الصياغة الدستورية التي سار عليها دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في تحديد فكرة النظام العام الدستوري في ظل الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة.
٣. تقويم الواقع العملي لتطبيق فكرة النظام العام الدستوري في قرارات المحكمة الاتحادية العليا، وطرح خارطة الطريق المتعلقة بالتطبيق السليم لهذه الفكرة.

## منهجية البحث

أما فيما يتعلق بمنهجية البحث المعتمدة فقد أثرنا الاستعانة بالمنهج الوصفي التحليلي عند دراسة هذا الموضوع، وذلك بتحليل النصوص الواردة في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، ومن ثم مقارنتها مع المبادئ العامة في فروع القانون الأخرى، فضلاً عن الأخذ بالمنهج التاريخي، وذلك من أجل الوصول إلى الأهداف المتوخاة من الدراسة.

## خطة البحث

بهدف تسليط الضوء حول هذا الموضوع، سنقسم هذا البحث إلى مبحثين، سنتناول في المبحث الأول منه ماهية النظام العام الدستوري وتأصيله، في مطلبين خصصنا المطلب الأول منه لمفهوم النظام العام الدستوري، فيما خصصنا المطلب الثاني منه لتأصيل النظام العام الدستوري، أما المطلب الثالث فخصصناه لتمييز النظام العام الدستوري من النظام العام في فروع القانون الأخرى.

أما المبحث الثاني منه فخصصناه لطبيعة النظام العام الدستوري وتطبيقاته، والأثر المترتب على مخالفته، وسيتم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب حُصص المطلب الأول منه لطبيعة النظام العام الدستوري، فيما خصصنا المطلب الثاني منه للتطبيقات القضائية للنظام العام الدستوري، أما المطلب الثالث فخصصناه لمعالجة الجزاء المترتب على مخالفة النظام العام الدستوري.

## المبحث الأول

### The First Topic

#### ماهية النظام العام الدستوري وتأصيله

## Definition of the Constitutional Public Order and its Basis

القاعدة العامة تتمثل في عدم اتفاق فقهاء القانون بصورة عامة وفقهاء القانون الدستوري بصورة خاصة على تحديد مفهوم محدد وواضح للنظام العام، إذ يختلف هذا المفهوم من دولة إلى أخرى، ومن دستور إلى دستور آخر في نطاق الدولة الواحدة، وذلك تبعاً لتغير فلسفة القابضين على السلطة وفقاً لطريقة الوصول إلى السلطة، ديمقراطية كانت أم غير ديمقراطية، وهو الأمر الذي انعكس على تحديد القيم الأساسية والمثل العليا للمجتمع، والمعبر عنها من خلال رؤية القابضين على السلطة، وباختلاف الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة التي اعتنقها الآباء المؤسسين للدستور. ولغرض الوقوف على مفهوم النظام العام الدستوري بعناصره وخصائصه، وتحديد ذاتيته لذا سنقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

## المطلب الأول

### The First Requirement

#### مفهوم النظام العام الدستوري

### The Concept of Constitutional Public Order

من أجل الإحاطة بمفهوم النظام العام الدستوري لذا سنقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

#### الفرع الأول

### First Branch

#### تعريف النظام العام الدستوري

### Define Constitutional Public Order

يختلف التعريف اللغوي للنظام العام الدستوري عن التعريف الاصطلاحي له، لذا سنتناول ذلك تباعاً كالاتي:

#### أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي للنظام العام

بالنظر لاختلاف التعريف اللغوي للنظام العام عن التعريف الاصطلاحي له لذا سنتناوله تباعاً كالاتي:

#### ١- التعريف اللغوي للنظام العام

يتكون النظام العام من مصطلحين هما (النظام) و(العام)، إذ إنَّ (النظام) يُعدّ اسم جمعه نُظْمٌ، وأنظْمَةٌ، وأناظيْمٌ، وهو مصدر (نظّم)، ويأتي باستخدامات متنوعة، فيقال (النظام): أي الترتيب والانساق، ونظام الأمر: أي قوامه وعماده، كما يأتي النظام بمعنى الطريقة، ويقال على نظام واحد، أي: على نهج واحد، عادة واحدة، كما يأتي النظام بمعنى مجموعة عناصر مرتبطة وظيفياً أو الخضوع للقوانين والحفاظ عليها، أو مبادئ مرتبطة بطريقة من الحكم أو الاقتصاد أو غيرها كنظام عسكري، جمهوري، اشتراكي، ويقال النظام الاجتماعي: أي جملة القوانين والقواعد التي يخضع لها المجتمع<sup>(١)</sup>.

أما مصطلح (العام) فهو اسم جمعه أعوام، ويأتي بمعاني متعددة أهمها: خلاف الخاص، فيقال: القطاع العام، بمعنى المؤسسات التي تملكها الدولة أو القطاع العام، كما يُقال: عامة الناس أي جموعهم خلاف خاصتهم.

ويجمع المصطلحين فإنَّ (النظام العام) من الناحية اللغوية ينصرف إلى مجموعة المبادئ والمصالح العامة أو المشتركة التي تتعلق بعامة الناس أو المجتمع.

#### ٢- التعريف الاصطلاحي للنظام العام:

إزاء احجام المشرع بصورة عامة عن تحديد المقصود بالنظام العام<sup>(٢)</sup>، لذا فقد تكفل بهذه المهمة الفقه والقضاء.

وأول ما يلاحظ بهذا الصدد تنوع التعريفات الفقهية التي أُطلقت على النظام العام، وذلك بتعدد الفقهاء والكتاب الذين تصدوا لهذا الموضوع، وباختلاف الزاوية التي يُنظر إليها منه، إذ يذهب الرأي الأول إلى تعريف النظام العام بأنه (مجموعة الأفكار التي التزمتها الجماعة على اعتبارها عنوان الحقيقة ونبذت كل حرية في شأنها)، أو هو (المصلحة الاجتماعية على أي نحو ينظر إليها)<sup>(٣)</sup>.

ويؤخذ على هذين التعريفين اتسامهما بالغموض وعدم التحديد، فضلاً عن صياغتهما بأسلوب العبارات الانشائية البعيدة عن اللغة القانونية.

لذا ذهب آخرون إلى تعريف النظام العام بأنه: (كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية (مثل أغلب روابط القانون العام) أو اجتماعية (مثل القوانين الجنائية وما يتعلق بتكوين الأسرة وحالة الأشخاص المدنية والأهلية) أو اقتصادية (كالقواعد التي تنص على حماية الملكية والقواعد التي تجعل التنافس حراً أمام الجميع) أو خلقية (وهي التي يعبر عنها بقواعد الأدب))<sup>(٤)</sup>.

وفي الوقت الذي نجد فيه صعوبة إيراد تعريف محدد للنظام العام من قبل غالبية الفقهاء اتجه آخرون إلى الاكتفاء بتوصيف النظام العام، إذ يذهب بعض الفقهاء إلى أن (النظام العام في دولة ما هو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات سياسية تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوهما من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعادلة الاجتماعية وتكافؤ الفرص، بل إنَّ الآداب العامة تعتبر في مستلزماتها الأساسية من عناصر النظام العام في الدولة)<sup>(٥)</sup>.

وعلى الرغم من محاولة بعض الفقهاء العراقيين تعريف النظام العام بأنه (عبارة عن الأفكار والمبادئ والقيم والمثل العليا التي يحرص المجتمع على حمايتها وتحقيقها باعتبارها الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية والقانونية والفلسفية والعقائدية التي يقوم عليها كيان المجتمع)، غير أنه يُلاحظ أنها انتهوا إلى ضرورة ترك تحديد مفهوم النظام العام إلى القضاء، وذلك لعدم وجود معيار منضبط، فضلاً عن أن استعراض التطبيقات العملية في التحديد تُعدّ عملية قاصرة عن تحديد جوهر هذا المفهوم<sup>(٦)</sup>.

### ثانياً: التعريف الاصطلاحي للنظام العام الدستوري:

القاعدة العامة تتمثل بعدم وجود تعريف موحد بين فقهاء القانون الدستوري على تعريف النظام العام الدستوري، وعلى الرغم من ذلك إلا أنه يمكن تحديد الاتجاهات الفقهية السائدة بخصوص تعريف هذا المصطلح باتجاهين:



الاتجاه الأول: يحجم عن ايراد أي تحديد لمفهوم النظام العام أو تعريفه، تاركاً هذه المسألة للاجتهادات المستقرة في فروع القانون الأخرى، وبهذا الاتجاه يسير غالبية فقهاء القانون الدستوري.

أما الاتجاه الثاني فيتمثل في ايراد تعريف للنظام العام الدستوري، ويمثل خروجاً على القاعدة العامة التي سار عليه غالبية الفقهاء.

وبناء على ما تقدم يعرف النظام العام الدستوري وفق المعنيين الآتين: المعنى الأول: ويتمثل بالمعنى العام أو الواسع، والذي يشمل كل قواعد الدستور وأحكامه، ومن ثم يتسع هذا المفهوم ليشمل حماية كافة القواعد الدستورية أو القواعد ذات الطبيعة الدستورية التي أضفت السلطة التأسيسية الأصلية أو السلطة التأسيسية المشتقة حمايتها عليها، يستوي في ذلك النص عليها أو اعتناقها وفق نصوص دستورية صريحة أو ضمنية، ويستوي في ذلك ورودها في صلب الوثيقة الدستورية أو خارجها، كأن تكون في الإعلان والمواثيق الدستورية أو ما اصطلح على تسميته بـ (الكتلة الدستورية). فيما ينصرف المعنى الخاص أو الضيق للنظام العام الدستوري إلى مجموعة القواعد الدستورية التي أضفت عليها السلطة التأسيسية الأصلية حماية خاصة في نصوص الدستور، يستوي في ذلك أن يكون صراحة أو ضمناً، كما يستوي في ذلك أن تتعلق هذه الحماية باستثنائها من مبدأ التعديل (إجراءات تعديل الدستور) أو إضفاء حماية قضائية خاصة عليها<sup>(٧)</sup>.

وعلى الرغم من رجاحة التعريف المذكور باعتماده على المعيار الموضوعي في تحديد القواعد الدستورية، إلا أنه مما يؤخذ عليه أنه لم يحدد لنا جوهر أو كنه النظام العام، وذلك على أساس اعتناقه مفهوماً مترادفاً للقاعدة الدستورية، ومن ثم يتضح أن هذا التعريف قد ساوى بين القاعدة الدستورية والنظام العام، ومن ثم يمكن القول وفق هذا الرأي أن النظام العام لا يُعدّو عن كونه الحماية القانونية المقررة للقاعدة الدستورية وفق المعنى العام والخاص الذي أورده، وهو الأمر الذي يُدلل على الخلط بين مفردات وعناصر النظام، والأثر المترتب على انتهاك عناصره.

وإزاء عدم شمولية وعمومية التعريف المذكور فإننا نعرف من جانبنا النظام العام الدستوري بتعريفات متعددة ووفقاً للمعيار الذي يمكن النظر إليه، فمن حيث المعنى العام يُقصد بالنظام العام بأنه: (مجموعة الأسس والمبادئ والأحكام و القيم والقواعد الدستورية ذات الطبيعة السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تقوم عليها مصلحة المجتمع وكيانه ومثله العليا، يستوي في ذلك أن تكون متعلقة بممارسة السلطة أو انتقالها، أو حقوق الانسان وحرياته، أو أي موضوع دستوري آخر، ويستوي في ذلك النص عليها

في نصوص الدستور، أو خارجه في الإعلانات الدستورية وغيرها من التشريعات المكملة للدستور، والتي تتجسد في فلسفة الدستور والفكرة القانونية السائدة).

فيما ينصرف المعنى الخاص للنظام العام الدستوري إلى (مجموعة الأسس والمبادئ والأحكام و القيم والقواعد الدستورية ذات الطبيعة السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تقوم عليها مصلحة المجتمع وكيانه ومثله العليا المستمدة صراحة أو ضمناً من نصوص الوثيقة الدستورية).

وبهذا فإنه في الوقت الذي يتسع فيه المعنى العام للنظام العام الدستوري ليشمل كل الأسس والقيم المنصوص عليها في صلب الوثيقة الدستور أو خارجه، نجد بالمقابل أنَّ المعنى الخاص له ينصرف إلى الأسس والقيم المنصوص عليها في نصوص الدستور فقط.

أما فيما يتعلق بالتعريف القضائي للنظام العام الدستوري فتنتمثل القاعدة العامة في احجام القضاء الدستوري عن ايراد أحكام أو قرارات تعرف هذا المصطلح، وينطبق الحكم ذاته بالنسبة إلى المحكمة الاتحادية العراقية العليا في العراق، فلم نثر على قرار للقضاء الدستوري العراقي يحتوي على تعريف محدد للنظام العام الدستوري، ومن ثم يتضح أنَّ المحكمة الاتحادية العليا العراقي سارت على الاتجاهات ذاتها التي سارت عليها المحاكم الدستورية المقارنة في كل من فرنسا ومصر بعدم ايراد تعريف للنظام العام الدستوري<sup>(٨)</sup>.

وبهذا يختلف مفهوم النظام العام الدستوري بمعناه الاصطلاحي عن الفكرة القانونية السائدة، التي تعد مجرد تجسيد للقيم العليا للمجتمع<sup>(٩)</sup>.

## الفرع الثاني

### Second Branch

#### عناصر النظام العام الدستوري ووظائفه

#### Elements of the Constitutional Public Order and its Functions

تختلف عناصر النظام العام عن وظائفه، ومن اجل الوقوف عليها لذا سنتناول ذلك تباعاً كالاتي:

#### أولاً: عناصر النظام العام:

من استقراء التعريفات المذكورة أعلاه نجد أنها لم تحدد لنا عناصر النظام العام الدستوري، وعلى الرغم من ذلك إلا أنَّ القواعد العامة تقضي بتمائل عناصر النظام العام في فروع القانون الأخرى مع عناصر النظام العام في القانون الدستوري. وبناء على ما تقدم تتمثل عناصر النظام العام الدستوري في ثلاثة عناصر وهي (الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، والآداب العامة).

ومن استقراء نصوص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نجد أنَّ المادة (٣٨) منه تنص على أنَّ (تكفل الدولة، بما لا يخل بالنظام العام والآداب...).

يتضح من المادة أعلاه أنَّ المشرع الدستوري العراقي لم يعتنق التقسيم الحديث لعناصر النظام العام، إذ يورد عبارة (الآداب) بشكل مستقل عن النظام العام، وكأنهما مصطلحين منفصلين عن بعضهما، على الرغم من اعتناق الاتجاهات الحديثة تصنيف الآداب ضمن عناصر النظام العام.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول: باعتناق المشرع الدستوري العراقي التقسيم التقليدي للنظام العام الدستوري، وهو الأمر الذي يدل على وقوع الصانع الدستوري - ممثلاً بالسلطة التأسيسية الأصلية - بتكرار للمبادئ العامة التي لا مبرر لإعادتها.

وينطبق الأمر ذاته بالنسبة إلى المحكمة الاتحادية العليا، إذ اعتنقت عناصر النظام العام الدستوري التقليدية، وذلك بالاستناد إلى النصوص الواردة في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، إذ تنص المادة (١٠) منه على أنَّ (تتظر المحكمة المنازعات في جلسة علنية إلا إذا قررت أن تكون الجلسة سرية إذا كان ذلك ضرورياً مراعاة للمصلحة العامة أو النظام العام أو الآداب العامة، وبقرار من رئيسها).

#### ثانياً: وظائف النظام العام الدستوري:

لم يظهر النظام العام التقليدي بمفهومه الاصطلاحي المتعارف عليه إلى عالم الوجود إلا في معرض حماية الأفكار السياسية المتجسدة في حماية نظام الدولة والمؤسسات العامة، أي: إنَّ النظام العام يُعدّ فكرة سياسية كان الغرض الأول منها يتجسد بتسيخ أركان الدولة، من خلال منح الدولة سلطة قمع أي فعل موجه ضدها، ويهدف إلى زعزعة أمنها أو أركانها أو إثارة الفتن فيها<sup>(١٠)</sup>.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول أنَّ حماية الدولة وأركانها، وضمان السير المنتظم للسلطات العامة الثلاث كان الهدف الأول من ظهور فكرة النظام العام، ومن أمثلتها بيع الناخب لحقه في التصويت، أو أي عقد أو تصرف يتنازل بموجبه الشخص عن حقه في الانتخاب أو الترشيح لعضوية المجالس النيابية لصالح شخص آخر، إذ تعد الاتفاقات المذكورة باطلة، وذلك لمخالفتها للنظام العام.

وعلى الرغم مما يترأى لنا لأول وهلة تماثل وظائف النظام العام مع وظائف النظام العام الدستوري، إلا أنَّ هذا القول غير صحيح على إطلاقه، إذ تتمثل وظائف النظام العام بالتنوع، وذلك على أساس وجود عدة أنواع للنظام العام، في ضوء اعتناق مفهوم موحد أو متعدد للنظام العام، ومن ثم توجد عدة أنواع للنظام العام، وهي: النظام العام السياسي، والنظام العام الاجتماعي، والنظام العام الاقتصادي بنوعيه (الحمائي والموجه)<sup>(١١)</sup>.

ويمكن القول أنه في الوقت الذي ينصرف فيه النظام العام بمفهومه الشامل إلى تحقيق عدة وظائف قد تكون سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، نجد بالمقابل أنّ النظام العام الدستوري ينصرف إلى تحقيق الوظيفة الدستورية أو السياسية، ومن ثم يظهر لنا أنّ النظام العام الدستوري لا يُعدّو عن كونه جزءاً من النظام العام، وهو الأمر الذي يُفهم منه اقتصره على الوظيفة الدستورية دون غيرها.

وعلى الرغم من راحة هذا الرأي واستناده إلى أسس سليمة، إلا أننا لا يمكننا من جانبنا الأخذ بهذا الرأي على إطلاقه، لعدة أسباب، أولها: التغيير الحاصل في مضمون نصوص الوثيقة الدستورية، فلم تعد الدساتير قاصرة في صياغتها على مجرد تنظيم الأمور المتعلقة بممارسة السلطة وانتقالها والعلاقة بين السلطات، بل تعداه الأمر إلى احتوائها على حقوق وحرّيات الانسان، فضلاً عن معالجة الأسس الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي تؤمن بها الجماعة، ومن ثم أصبحت الدساتير تؤدي وظائف سياسية واقتصادية واجتماعية في آن واحد<sup>(١٢)</sup>، وهو الأمر الذي يدل على حصول تغيير في الأسس والمبادئ التي يتكون منها النظام العام الدستوري ويضفي عليها الحماية الدستورية.

وفضلاً عما تقدم فإنّ التطورات الحاصلة في الفكرة القانونية السائدة وفلسفة الدستور تجعلنا نقرر بوجود العديد من الأحكام والقواعد الدستورية المنصوص جزء منها في صلب الوثيقة الدستورية، فيما توجد الأحكام والقواعد الأخرى لها في نصوص ومواضع أخرى خارج الوثيقة الدستورية كما في الإعلانات الدستورية والقوانين المكملة للدستور، وهو الأمر الذي يدل على أنّ النظام العام الدستوري لم يبق على وظيفته التقليدية، بل أصبح من السعة بالشكل الذي يمكن معه القول بشموله الوظائف المتنوعة للنظام العام.

وبناء على ما تقدم فإنّ الوظيفة السياسية لم تعد مقتصرة على النظام العام الدستوري، بل أصبح يهدف - في مجمل أهدافه - إلى تحقيق العديد من الوظائف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية في آن واحد، بالشكل الذي يقارب بين وظائف النظام العام بمفهومه التقليدي أو المتعارف عليه.

### الفرع الثالث

### Third Branch

#### خصائص النظام العام الدستوري وأنواعه

#### Characteristics of the Constitutional Public Order and its Types

بالنظر لاختلاف خصائص النظام الدستوري عن أنواعه لذا سنتناوله تباعاً كالاتي:

#### أولاً: الخصائص المميزة للنظام العام الدستوري

من استقراء التعريفات المذكورة أعلاه يتضح أنّ النظام العام الدستوري يتصف بالعديد من الخصائص، إذ يتجسد أولها في اعتباره من الأفكار والمفاهيم المتغيرة غير الثابتة، والتي من الصعوبة بمكان تحديد مفهوم أو تعريف موحد وشامل لها. فيما يتمثل ثاني الخصائص أو المميزات في اتصاف كل القواعد الدستورية المكونة للنظام العام الدستوري بالصفة الأمرة، ومن ثم فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها أو انتهاكها من قبل أي سلطة من السلطات أو من الافراد.

أما ثالث الخصائص فيتمثل في تميزها بالنسبية والتطور، بمعنى أنها تخضع لتغيير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية من دستور دولة إلى دستور دولة أخرى، كما أنها تخضع للتغيير من وقت لآخر داخل المجتمع الواحد، إذ تختلف هذه الفكرة من دستور إلى دستور آخر داخل نطاق الدولة الواحد باختلاف الأزمنة.

وأضاف آخرون بأنّ النظام العام ليس من صنع المشرع وحده، بل يكون للأعراف والتقاليد دوراً مهماً في تحديده إلى جانب النصوص المكتوبة<sup>(١٣)</sup>.

هذا بالنسبة إلى الخصائص العامة للنظام العام الدستوري، أما فيما يتعلق بالدفع المتعلقة بالنظام العامة فتجدر الإشارة إلى اتصافها بالعديد من الخصائص، إذ يتمثل أولها في عدم تحديد وقت أو مدة محددة لإثارته، إذ بالإمكان تحريكه وتقديمه في أي وقت دون التقيد بالحالة التي تكون عليها الدعوى الدستورية، يستوي ذلك في مراحلها الأولى أو تهيأت للفصل، فيما يتمثل ثاني هذه الخصائص في إمكانية إثارته في كافة أنواع الدعاوى، يستوي في ذلك أن يكون دعواً بعدم الدستورية، أو دعوى دستورية مباشرة.

أما ثالث الخصائص فيتمثل في إمكانية قيام القاضي الدستوري بإثارة الدفع المتعلق بالنظام العام من تلقاء نفسه وفي أي حالة كانت عليها الدعوى، فيما تتمثل الخصيصة الرابعة في عدم إمكانية العدول عن الدفع المتعلق بالنظام العام بعد إثارته من أطراف الدعوى، كما في حالة تنازل المدعي عن دعواه، كونه يصبح ملكاً للدعوى والقاضي الدستوري الذي ينظر الدفع أو الدعوى<sup>(١٤)</sup>.

## ثانياً: أنواع النظام العام الدستوري:

على الرغم مما يترأى لنا لأول وهلة وجود صورتين للنظام العام الدستوري وفق النص الدستوري الذي ينص على هذا النظام، وهي صور النظام العام الدستوري المباشر، وصور النظام العام الدستوري غير المباشر، إلا أن هذا التقسيم غير جامع وغير شامل. وبناء على ما تقدم يمكن تقسيم صور النظام العام الدستوري من حيث وسيلة التأثير في النظام العام أو الصور الشائعة له إلى النوعين الآتيين:

النوع الأول: الصور المتعلقة بالدعوى الدستورية بصورة عامة، والدفوع المتعلقة بالنظام العام الدستوري بصورة خاصة.  
النوع الثاني: الصور المتعلقة بالقيود المفروضة على السلطة التأسيسية الأصلية في تعديل الدستور.

ومن ثم تتسع صور الدفوع المتعلقة بالنظام العام الدستوري لتشمل رقابة التصدي<sup>(١٥)</sup>، وامتداد أثر الحكم بعدم دستورية نص إلى غيره من النصوص ذات الصلة بالنص الدستوري الأصلي<sup>(١٦)</sup>، وهو ما يُطلق عليه بـ(عدم الدستورية بالطريق التبعية أو الارتباط).

أما فيما بالصور المتعلقة بتعديل الدستور فتتسع لتشمل كل القيود الإجرائية والموضوعية المفروضة على السلطة التأسيسية الأصلية والمشتقة على حد سواء، ومن ثم تشمل حظر تعديل المبادئ الأساسية كشكل النظام السياسي، أو توجهاته السياسية والاقتصادية والاجتماعية، أو حظر المساس ببعض الحقوق والحريات خلال فترة زمنية محددة، وهو ما أُصطلح على تسميته بالحظر الموضوعي أو الزمني، مع إمكانية مد القاضي الدستوري رقابته على التعديلات الدستورية.

ومن استقراء الدساتير المقارنة نجد أنها لا تسير على مسلك موحد بهذا الشأن، فبالرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ فإنه حدد العديد من القيود، ومن أهمها الحظر الزمني التي تتمثل أول صورته بحظر تعديل الدستور إذا كان هناك اعتداء على سلامة إقليم الجمهورية<sup>(١٧)</sup>، فيما يتمثل ثانيها بحظر تعديل الدستور خلال فترة خلو منصب رئيس الجمهورية<sup>(١٨)</sup>.

فيما يتجسد الحظر الموضوعي في نص المادة (٨٩/خامساً) من الدستور التي تنص على أنه (لا يجوز أن يكون الشكل الجمهوري للحكومة موضع تعديل)، وكذلك المادة (٢) التي تنص على أن (فرنسا جمهورية لا تتجزأ علمانية ديمقراطية واجتماعية).

أما ففي دستور ألمانيا الاتحادية لسنة ١٩٤٩ المعدل فتتجسد هذه المبادئ بحظر كل تعديل يمس بالنظام الفدرالي، أو مبدا مشاركة الولايات في التشريع، أو المبادئ المتعلقة بالحقوق الأساسية المنصوص عليها في المادة (١) من الدستور، وكذلك الخصائص

الرئيسية للدولة المنصوص عليها في (٢٠) من الدستور والمتمثل بالاتحادية (فدرالية) ديمقراطية واجتماعية، وكذلك المصدر الشعبي للسلطة، والنسق الدستوري، وحق الشعب في مقاومة الطغيان أو من يخرج على القيم الأساسية للدولة الألمانية<sup>(١٩)</sup>.

وعلى الرغم مما يترأى لنا لأول وهلة عدم وجود اتفاق على تحديد مفهوم الدفوع المتعلقة بالنظام العام، إلا أن هذا القول غير صحيح على إطلاقه، إذ ينصرف مفهومها إلى تلك الدفوع ذات الأهمية الخاصة التي يمكن معها القول بانتهاك وخرق القاضي لمهمة القضاء وفق ما تمليه عليه قواعد القانون الأساسية في حالة عدم الأخذ بهذه الدفوع، أو إثارته من تلقاء نفسه<sup>(٢٠)</sup>.

وتتمثل خصائص الدفع المتعلق بالنظام العام الدستوري في اتسامه بالسمو، فضلاً عن إمكانية إثارته من قبل القاضي الدستوري من تلقاء نفسه، يستوي في ذلك أن تكون متعلقة بالبيانات والشروط المتعلقة بإقامة الدعوى، أو تعديل موضوع الدعوى، أو تعديل النصوص المطعون بعدم دستوريته، ومدّها إلى نصوص أخرى لم يُطعن بها في حالة ارتباطها بالنص الأصلي.

### المطلب الثاني

## Second Requirement

### تأصيل النظام العام الدستوري

#### Establishing the Constitutional Public Order

إنّ النظام العام الدستوري لم يصل إلينا بصورته الحالية لا بعد من العديد من المخاضات التي مر بها، ابتداءً من أول دستور في العراق، ومروراً بدساتير العهد الجمهوري الانقلابية، وانتهاءً بدستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

ولم يقتصر الأمر عند هذا الحد فحسب، بل نجد أنّ الفقه في معرض دراسته للنظام العام قد طرح العديد من الأسس الفلسفية والفقهية التي يمكن الاستناد إليها في تأصيل النظام العام الدستوري.

ومن أجل الوقوف على هذه الأحكام ومعالجتها بصورة تفصيلية لذا سنقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

## الفرع الأول

### First Branch

#### الأساس التاريخي والدستوري للنظام العام الدستوري

### The Historical and Constitutional Basis of the Constitutional Public Order

يقصد بالأساس التاريخي والدستوري بأنه تتبع مصادر النظام العام الدستوري في العراق، وعلى الرغم مما يترأى للبعض أن هذه الفكرة تعد حديثة نسبياً، إلا أن هذا القول غير صحيح على إطلاقه، لذا سنتناول التتبع التاريخي للنظام العام الدستوري في العراق ابتداء من أول دستور عراقي صادر وانتهاء بدستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ وكالاتي:

#### أولاً: التطور الدستوري للنظام العام الدستوري في دساتير العهد الملكي:

بالرجوع إلى القانون الأساسي لعام ١٩٢٥ نجد أنه وردت فيه نصوص صريحة تشير إلى النظام العام، إذ نصت المادة (١٣) منه على أن (... تضمن لجميع ساكني البلاد حرية الاعتقاد التامة، وحرية القيام بشعائر العبادة، وفقاً لعاداتهم ما لم تكن مخلة بالأمن والنظام، وما لم تناف الآداب العامة)، كما نصت المادة (٢٦) منه على أنه (٣- إذا ظهرت ضرورة أثناء عطلة المجلس لاتخاذ تدابير مستعجلة لحفظ النظام والأمن العام...)، فيما تشير المادة (١١٥) من القانون الأساسي إلى أنه (... أو توطيد الأمن والنظام العام وصيانتها).

ومن استقراء هذه النصوص يتضح أن المشرع الدستوري عرّف النظام العام، إلا أنه مما يؤخذ عليه خلطه بين مفهوم النظام العام والآداب على الرغم من أنهما وجهان لعملة واحدة، إذ إن الآداب العامة تعد عنصر من عناصر النظام العام وفق المفهوم الحديث، فضلاً عما تقدم فإن المشرع الدستوري خلط بين النظام العام والأمن العام في المادتين (٢٦) و(١١٥) من القانون الأساسي على الرغم من أن الأمن العام يُعدّ أحد عناصر النظام العام.

وعلى الرغم مما يترأى لنا اقتصار المشرع الدستوري العراقي على معالجة النظام العام بالنصوص المذكورة فحسب، إلا أن هذا القول غير صحيح على إطلاقه، وذلك لورود العديد من النصوص التي تُعدّ موجهة بصورة غير مباشرة لحماية عناصر من النظام العام، لعل من أهمها تلك المتعلقة بالحفاظ على النظام الملكي، إذ تنص الفقرة (٢) من المادة (٢٢) من القانون الأساسي على أنه (... لا يجوز إدخال تعديل ما في القانون الأساسي مدة الوصاية بشأن حقوق الملك ووراثته).

وكذلك الحال بالنسبة إلى حظر تعديل القانون الأساسي، يستوي في ذلك اثناء مدة الوصاية أو خلال مدة (٥) سنوات التالية لنفاذه وفقاً لأحكام المادة (١١٩) منه<sup>(٢١)</sup>.



هذا بالنسبة إلى القانون الأساسي، أما فيما يتعلق بدستور الاتحاد العربي بين العراق والأردن لعام ١٩٥٨، فلم يحتو على إشارات صريحة لمصطلح النظام العام الدستوري، غير أنه احتوى بالمقابل على نصوص غير مباشرة، كما هو الحال في المادة (٢) منه التي نصت على أنه (مع مراعاة أحكام هذا الدستور تحتفظ كل دولة من أعضاء الاتحاد بشخصيتها الدولية المستقلة وبنظام الحكم القائم فيها).

وكذلك الحال بالنسبة إلى تعديل الدستور، إذ تنص المادة (٧٩) منه على أن (تقوم كل دولة من الدول الأعضاء بتعديل دستورها بحيث تتوافق أحكامه مع أحكام هذا الدستور وعليها أن تلتزم بأحكامه).

يتضح مما تقدم أن فكرة النظام العام الدستوري كانت معروفة في الدساتير العراقية المذكورة، ولكنها كانت تماثل فكرة النظام العام.

### ثانياً: التطور الدستوري للنظام العام في دساتير العهد الجمهوري:

لم تسلك دساتير العهد الجمهوري الانقلابية مسلكاً موحداً من موقف النظام العام الدستوري، فبالرجوع إلى دستور ٢٧ تموز ١٩٥٨ نجد أنه احتوى على إشارات صريحة للنظام العام، إذ نصت المادة (١٢) منه على أن (حرية الأديان مصونة وينظم القانون أداء وظيفتها على أن لا تكون مخلة بالنظام العام ولا متنافية مع الآداب العامة). وكذلك الحال بالنسبة إلى المادة (٢٤) منه التي تنص على أن (جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام والآداب).

فيما تضمن هذا الدستور إشارات غير مباشرة لأحد مفردات النظام العام الدستوري وهي المحافظة على النظام الجمهوري، إذ نصت المادة (١) منه على أن (الدولة العراقية جمهورية مستقلة).

أما دستور ٤ نيسان ١٩٦٣ فمن استقراء مواده نجد أنه خلا من أي إشارة إلى النظام العام بصورة عامة والنظام العام الدستوري بصورة خاصة، وينطبق الحكم ذاته بالنسبة إلى دستور ٢٢ نيسان ١٩٦٤ (قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة رقم (٦١) لسنة ١٩٦٤).

وعلى الرغم من ذلك غير أننا وجدنا فيه إشارات ضمنية إلى عناصر النظام العام، ومنها ما ورد في المادة (٢) المتعلقة بأداء اليمين الدستوري المتضمن المحافظة على النظام الجمهوري، وكذلك المادة (٣/هـ) المتعلقة باتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على الأمن الداخلي.

خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة إلى دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤، إذ وردت فيه إشارات عديدة للنظام العام، إذ نصت المادة (٢٨) على أن (تحمي الدولة حرية القيام بشعائرها على أن لا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب)، وكذلك المادة (٨٧) منه

التي تنص على أن (جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام والآداب).

كما احتوى هذا الدستور على إشارات ضمنية للنظام العام الدستوري، والتي تمثلت بالحفاظ على النظام الجمهوري والاشتراكية وفق المادة (١) من الدستور<sup>(٢٢)</sup>.

أما دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ فقد سار على نهج الدستور السابق في احتوائه على إشارات صريحة وضمنية للنظام العام، إذ تمثلت الإشارات الصريحة في المادة (١) المتعلقة بالنظام الجمهوري<sup>(٢٣)</sup>، والمادة (٣) منه التي نصت على أن (تصون الدولة حرية الأديان وتحمي القيام بشعائرها على أن لا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب)، وكذلك المادة (٨١) من الدستور التي نصت على أن (جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام والآداب).

فيما احتوى دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ على إشارات صريحة وضمنية للنظام العام، فوفقاً للمادة (١) منه فإن النظام الجمهوري يتوجب الحفاظ عليه<sup>(٢٤)</sup>، فيما نصت المادة (٢٥) منه على أن (حرية الأديان والمعتقدات وممارسة الشعائر الدينية مكفولة، على أن لا يتعارض ذلك مع أحكام الدستور والقوانين، وأن لا ينافي الآداب والنظام العام).

وينطبق الحكم ذاته بالنسبة إلى قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ الذي احتوى على إشارات ضمنية للنظام العام، إذ تضمنت المادة (٣) منه عدم جواز تعديل هذا القانون إلا بأكثرية (ثلاثة ارباع) أعضاء الجمعية الوطنية واجماع مجلس الرئاسة، فيما تضمنت المادة (٤) وجوب المحافظة على النظام الجمهوري الاتحادي، فضلاً عن الإشارة إلى أحد عناصر النظام بالقول: بأن للعراقي الحق بالأمن كما ورد في المادتين (١٢) و(١٤) منه.

يتضح مما تقدم أن المشرع الدستوري العراقي لم يُفرد أي خصوصية أو ذاتية مستقلة تتعلق بالنظام العام الدستوري عن النظام العام، إذ يبدو وكأنهما وجهين لعملة واحدة.

## الفرع الثاني

### Second Branch

#### الأساس الفلسفي للنظام العام الدستوري

#### The Philosophical Basis of the Constitutional Public Order

على الرغم من أن فكرة النظام العام تُعدّ فكرة عامة وشاملة لكل فروع القانون في الدولة ويحرص المشرع الدستوري على حمايته في كل الأزمان<sup>(٢٥)</sup>، إلا أن النظام العام الدستوري يرتبط بفكرة الصفة العينية للدعوى الدستورية بصورة خاصة، إذ إن من أهم النتائج المترتبة على هذه الصفة هي إمكانية قيام القاضي الدستوري بتعديل سبب أو

موضوع الدعوى الدستورية المعروضة أمامه، خلافاً للقواعد العامة للتقاضي التي تحظر على القاضي العادي أن يغير أو يُعدّل من موضوع الدعوى المنظورة أمامه.

وبناء على ما تقدم فإنه على الرغم من تكفل المدعي في دفعه بعدم الدستورية أو الدعوى الدستورية المقامة من قبله المتعلقة بعدم الدستورية أو انتهاك التشريع (القانون أو النظام) لنصوص الدستور، غير أن الأسس الفلسفية لتطبيق فكرة النظام العام الدستوري تجيز للقاضي الدستوري عدم الاكتفاء بالدفع المقدمة فحسب، بل تجيز له إمكانية إثارة دافع وأسباب أخرى تتعلق بعدم الدستورية، ومن ثم فإن السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الدستوري من تلقاء نفسه في إثارة الدافع الدستورية تمثل أهم الأسس الفلسفية في النظام الدستوري العام<sup>(٢٦)</sup>.

ولا يقتصر الأمر عند حد منح القاضي الدستوري صلاحية تقديم الدافع المتعلقة بعدم الدستوري في معرض قيامه بمهمته في أعمال فكرة النظام العام فحسب، بل يتعداه الأمر إلى إمكانية قيامه بتعديل الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية، إذ بإمكان القاضي أن لا يقتصر في إصدار حكمه بعدم الدستورية على النص القانوني المطعون بعدم دستوريته، بل بإمكانه أن يمد أثر حكمه بعدم الدستورية، ليشتمل على النصوص القانونية الأخرى التي ترتبط بالنص المحكوم بعدم دستوريته برابطة لا تقبل التجزئة أو الانفصال عن النص المطعون فيه، حتى لو لم يطعن في النصوص الأخرى المرتبطة بالنص الأصلي المطعون فيه<sup>(٢٧)</sup>.

وتتجلى هذه الآثار بصورة واضحة في الدول التي تعنتق رقابة التصدي، كما هو الحال في ألمانيا والنمسا وإسبانيا، والمحكمة الدستورية العليا في مصر<sup>(28)</sup>، وينطبق الأمر ذاته بالنسبة إلى الدول التي تأخذ بالرقابة السابقة على دستورية القوانين كما هو الحال في الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، إذ يستطيع المجلس الدستوري الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه بالإضافة إلى نصوص أخرى في حالة تعلقها بالنص الأصلي.

فيما يتمثل الأساس الفلسفي الثاني للنظام العام الدستوري بصورة عامة وقيام القاضي الدستوري بالتصدي وإثارة دافع أخرى لم يثرها المدعي في مبدأ (تدرج القواعد الدستورية) أو (وحدة القواعد الدستورية)، إذ إن القاضي الدستوري في معرض قيامه بهذه المهمة فإنه يستمد ذلك من تقسيم القواعد الدستورية إلى قواعد أمره تتعلق بالنظام العام، وقواعد مكملة لا تتعلق به<sup>(٢٩)</sup>.

وبعبارة أخرى فإن الأسس الفلسفية في تجسيد فكرة النظام العام الدستورية نجدها مندمجة بالأسس التاريخية في فرنسا، والتي تتمثل كقاعدة عامة في مبدأ تدرج القواعد والمبادئ الدستورية، إذ إن اتساع حجم القواعد الدستورية في فرنسا أدى إلى وجوب نوع

من التدرج بين القواعد الدستورية، وهو الأمر الذي أدى إلى احتمالية نشوء تعارض بين مكونات الكتلة الدستورية<sup>(٣٠)</sup>.

ويمكن تحليل ذلك في أنّ تفعيل التدرج الشكلي والمادي بين القواعد والمبادئ الدستورية ليس الغرض منه إيجاد تفرقة بين قيمة وأثر مخالفة الأحكام الدستورية، بل يتعلق بتوفير حماية لبعض القواعد والمبادئ الدستورية بنوعها الإجرائي والموضوعي، كما أنّ من شأن هذا التدرج الحيلولة دون استبداد القاضي الدستوري بشأن سلطته التقديرية الممنوحة له، وهو الأمر الذي من شأنه احلال فكرة النظام العام الدستوري محل مبدأ تدرج القواعد الدستورية<sup>(٣١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### Third Requirement

#### تميز النظام العام الدستوري من النظام العام في فروع القانون الأخرى Distinguishing Constitutional Public Order from Public Order in Other Branches of Law

بالنظر لوجود العديد من أوجه الشبه والاختلاف بين النظام العام في القانون المدني والقانون الجنائي والقانون الإداري من جهة وبين النظام العام الدستوري من جهة أخرى لذا سنتناول بيان هذه الأحكام في الفروع الآتية:

### الفرع الأول

#### First Branch

#### تميز النظام العام الدستوري من النظام العام في القانون المدني Distinguishing Constitutional Public Order from Public Order in Civil Law

يتشابه النظام العام في القانون المدني مع النظام العام في القانون الدستوري، غير أنّ ذلك لا يمنع من القول بوجود بعض الاختلافات فيما بينهما لذا سنتناول بيان تلك الأحكام تباعاً كالآتي:  
أولاً: أوجه التشابه:

يمكن اجمال أوجه التشابه بالآتي:

١- من حيث المفهوم العام والعناصر: القاعدة العامة تتمثل في أنّ مفهوم وجوه فكرة النظام العام في القانون الدستوري لا يختلف عن مفهوم وجوه فكرة النظام العام في القانون العام، ومن ثم تتمثل عناصرهما التي تتمثل بحماية الأمن العام والصحة والسكينة والأخلاق والآداب العامة.

٢- من حيث الخصائص: نجد أنّ كلاً من النظام العام والنظام العام الدستوري يشتركان في خصائص مشتركة، إذ توصف فكرة النظام العام بأنها من الأفكار المرنة والنسبية التي تختلف من دولة إلى أخرى، كما تختلف داخل حدود الدولة الواحدة من وقت إلى وقت آخر، وذلك تبعاً لاختلاف الفكرة القانونية السائدة لدى الجماعة والتي تعبر عنها مصلحة المجتمع وقيمه الأساسية، ومن ثم فإنّ من الصعوبة بمكان إعطاء مفهوم أو تعريف محدد لفكرة النظام العام أو تحديد طبيعتها القانونية.

٣- هناك العديد من المبادئ والقواعد الحاكمة المشتركة بين القانون المدني والقانون الدستوري التي تتعلق بفكرة النظام العام، إذ يتمثل أولها في الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي تتعلق بتأثير فكرة النظام العام على النظام الاجرائي في الدعوى القضائية، والتي تتجسد في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في إثارة هذه الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه وفي أي وقت ومرحلة كانت عليها الدعوى، فيما يتمثل ثانيها في وجود قواعد أمرّة وقواعد مكملة، وغيرها من المبادئ الأخرى.

### ثانياً: أوجه الاختلاف

يمكن اجمالاً أوجه الاختلاف بينهما بالآتي:

١- من حيث التعريف: يعرف النظام العام في القانون المدني بأنه (القواعد الملزمة التي لا يجوز مخالفتها لأنها تمثل إرادة المجتمع العليا في تنظيم نشاط معين على وجه خاص)<sup>(٣٢)</sup>، فيما عرفنا النظام العام الدستوري بأنه مجموعة الأسس والمبادئ والأحكام والقيم والقواعد الدستورية ذات الطبيعة السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تقوم عليها مصلحة المجتمع وكيانه ومثله العليا المستمدة صراحة أو ضمناً من نصوص الوثيقة الدستورية.

٢- من حيث الأساس القانوني: في الوقت الذي ليس بالإمكان وصف أي قاعدة من قواعد النظام العام في القانون المدني بأنها متعلقة بالنظام العام إلا بوجود نص صريح بذلك، يستوي في ذلك النص عليه في القانون المدني أو قانون المرافعات والإجراءات المدنية، نجد بالمقابل أنّ قواعد وأحكام النظام الدستوري يمكن أن تكون منصوص عليها في صلب الوثيقة الدستورية أو خارجها، ومن ثم بإمكان القضاء الدستوري أن يستلهم القاعدة أو الحكم الدستوري المتعلق بالنظام العام من نصوص الدستور صراحة أو يرسى مبادئ وأحكام غير منصوص عليها في الدستور، كما هو الحال بالنسبة إلى (الكتلة الدستورية) أو (المجموعة الدستورية) في فرنسا.

٣- من حيث الوظيفة التي يحميها (نوع المصلحة المحمية): يهدف النظام العام التقليدي إلى حماية عناصر النظام العام بصوره التقليدية، ويتجلى ذلك من خلال قيامه بوظيفتين، تتجسد الوظيفة الأولى بالوظيفة السياسية، المتمثلة بحماية سياسة المشرع في نطاق العلاقات العقدية المتعلقة بالمؤسسات الضرورية، والتي تتخذ صورة حماية الدولة بمنع

الاتفاقات المخالفة للنظام العام التي يجرمها المشرع، وفي الوقت ذاته حماية العائلة ايضاً، وبالأخص روابط الأحوال الشخصية، فيما تتجسد الوظيفة الثانية للنظام العام في الحد من غلو مبدأ سلطان الإرادة في نطاق العلاقات العقدية الفردية أو ما أُصطلح على تسميته بـ(النظام العام العقدي)، والذي يتخذ صورة تقييد الإرادة في تكوين التصرف القانوني أو تقييد الإرادة في تعيين آثار التصرف القانوني<sup>(٣٣)</sup>، وبالمقابل نجد أن النظام العام الدستوري يستهدف حماية المصلحة العامة، التي تعبر عنها القواعد والأحكام الدستورية المتعلقة بطريقة ممارسة السلطة وانتقالها والعلاقة بين القابضين عليها والحقوق والحريات، يستوي في ذلك النص عليها في نصوص الدستور أو خارجه، ومن ثم يمكن القول بانصراف الوظيفة الدستورية للنظام العام إلى تحقيق المصلحة العليا للمجتمع المعبر عنها في نصوص الدستور أو خارجه في ضوء الفكرة القانونية السائدة.

٤- من حيث نطاق التطبيق العملي والشمولية: في الوقت الذي نجد فيه قلة حالات لجوء القاضي المدني إلى فكرة النظام العام من الناحية العملية، نجد بالمقابل زيادة واتساع حالات لجوء القاضي الدستوري لتطبيق فكرة النظام العام الدستوري، على أساس طبيعة القانون الذي ينتمي إليه، إذ توصف قواعد القانون المدني بأنها تنظيماً للمصالح الخاصة الفردية، خلافاً لطبيعة قواعد القانون الدستوري التي تتعلق بممارسة السلطة، وبهذا يمكن القول أن غالبية قواعد القانون الدستوري توصف بأنها ذات مساس وصلة مباشرة بالنظام العام أكثر من قواعد القانون المدني، التي تتسم بالقلّة عند مقارنتها بالقواعد والأحكام الدستورية.

٥- من حيث التدرج أو معيار النظام العام: بالإمكان التمييز في قواعد القانون المدني بين القواعد الأمرة والقواعد المكملّة كمعيار يمكن الاستناد إليه في تحديد طبيعة القاعدة، ومدى تعلقها بالنظام العام من عدمه في ضوء تعبيرها عن المصالح العليا للمجتمع والدولة من عدمه، ومن ثم اعتبار هذا التقسيم معياراً لتمييز تطبيقات النظام العام في القانون المدني، خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة إلى معيار النظام العام الدستوري، إذ إنّ التدرج بين النصوص والقواعد الدستورية ليس بالإمكان الأخذ به، ومن ثم تقسيم قواعد القانون الدستوري إلى قواعد أمرة وقواعد مكملّة، وذلك على أساس أن نصوص الدستور تشكل وحدة واحدة لا تتجزأ، ومن ثم يقف مبدأ وحدة الدستور مانعاً يحول دون الأخذ بهذا المعيار<sup>(٣٤)</sup>.

٦- من حيث الأنواع: نجد أن للنظام العام في القانون بصورة عامة أنواع متعددة فهناك النظام العام السياسي والنظام العام الاجتماعي والنظام العام الاقتصادي، فيما يقسم النظام العام في القانون المدني إلى نظام عام عقدي ونظام عام غير عقدي، خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة إلى النظام العام الدستوري الذي لا توجد له أنواع محددة، وإنما يظهر بصورة

متعددة، وأولها صور النظام العام المتعلقة بنصوص الوثيقة الدستورية، وتتسع هذه الصور لتشمل تلك النصوص والقواعد التي تحظر المساس بشكل الدولة أو النظام الأساسي أو المبادئ والمقومات الأساسية للمجتمع، فيما يتمثل ثاني صور النظام العام الدستوري بالقواعد المتعلقة بالدعاوى الدستورية، والتي تتسع لتشمل رقابة التصدي، والتي تجيز للقاضي الدستوري من تلقاء نفسه إثارة دافع بعدم الدستورية غير تلك الدفوع التي أثارها المدعي في عريضة دعواه، وكذلك إمكانية إثارة مسألة الحكم بنصوص غير دستورية فرعية غير تلك النصوص الأصلية التي أثارها الطاعن في عريضة دعواه على خلاف في التفاصيل من دستور دولة إلى دستور دولة أخرى، كما تتخذ صورة أخرى تتمثل في الرقابة على دستورية التعديل الدستوري أو دعوى حماية الحقوق.

٧- من حيث الظهور أو التطور التاريخي: إن فكرة النظام العام قد ظهرت لأول مرة في القانون الروماني بإضافة طابع القانون الأمر على بعض القواعد الضرورية، ومن ثم فإنَّ النشأة الأولى سجلها الرومان بظهور العقود الرضائية، وظهرت فكرة النظام العام بمعناها الاصطلاحي والتشريعي لأول مرة في القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤<sup>(٣٥)</sup>.

٨- من حيث الأثر المترتب على مخالفة النظام العام: يمكن التمييز بين جزائين بالإمكان فرضهما أو إيقاعهما في نطاق القانون المدني عند مخالفة النظام العام، ففيما يتعلق بجزء نظام الحماية (النظام العام الحمائي) يمكن القول بأنَّ الجزء المفروض هو البطلان النسبي، ويتجسد في القانون المدني العراقي في صور مقارنة لهذا الجزء، وهو انتقاص وتحول العقد المنصوص عليهما في المادتين (٢/١٣١) و(٢/١٦٧) منه، أما فيما يتعلق بجزء نظام التوجيه فيتمثل بالبطلان المطلق والمصادرة<sup>(٣٦)</sup>، خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة إلى الأثر المترتب على مخالفة النظام العام الدستوري، ففيما يتعلق بالسلطة التشريعية فإنَّ الجزء المترتب يتمثل بعدم دستورية النص التشريعي، خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة إلى السلطة التنفيذية التي يصل فيها الجزء إلى تحريك المسؤولية السياسية والجزائية (المحاكمة البرلمانية).

## الفرع الثاني

### Second Branch

تمييز النظام العام الدستوري من النظام العام في القانون الإداري

### Distinguishing Constitutional Public Order from Public Order in Administrative Law

بالنظر لوجود العديد من أوجه التشابه والاختلاف بين النظام العام الدستوري والنظام العام الإداري لذا سنتناول ذلك تباعاً كالآتي:

### أولاً: أوجه التشابه:

يمكن اجمال أوجه التشابه بالآتي:

١- **من حيث المفهوم:** يماثل مفهوم النظام العام في القانون الدستوري مفهوم النظام العام في القانون الإداري، ومن ثم تتماثل عناصرهما التي تتمثل في حماية الأمن العام والصحة والسكينة والاخلاق.

٢- **من حيث الخصائص والطبيعة القانونية:** نجد أنّ كلاً من النظام العام الإداري والنظام العام الدستوري يشتركان في خصائص مشتركة، إذ توصف فكرة النظام العام بأنها من الأفكار المرنة والنسبية التي تختلف من دولة إلى أخرى، كما تختلف داخل حدود الدولة الواحدة من وقت إلى وقت آخر، باختلاف الفكرة القانونية السائدة لدى الجامعة والتي تعبر عنها مصلحة المجتمع وقيمه الأساسية، كما أنه ليس بالإمكان مخالفتها أو الاتفاق على عدم تطبيقها، على أساس تماثل الطبيعة القانونية لهما.

٣- هناك العديد من المبادئ والقواعد الحاكمة المشتركة بين القانون الإداري والقانون الدستوري التي تتعلق بفكرة النظام العام، إذ يتمثل أولها في الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي تتعلق بتأثير فكرة النظام العام على النظام الإجرائي في الدعوى القضائية، والتي تتجسد بالسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في إثارة هذه الدفوع من تلقاء نفسه وفي أي وقت ومرحلة كانت عليها الدعوى، فيما يتمثل ثانيها في وجود قواعد أمره وقواعد مكملة، وغيرها من المبادئ الأخرى.

### ثانياً: أوجه الاختلاف:

يمكن اجمال أوجه الاختلاف بالآتي:

١- **من حيث التعريف:** يعرف النظام العام في القانون الإداري بأنه (مجموعة مصالح عليا مشتركة لمجتمع ما في زمن معين يتفق الجميع على ضرورة سلامتها)<sup>(٣٧)</sup>، كما عُرف بأنه (عبارة شاملة لكل أمر أو غرض يسمح للنشاط الضبطي بالتدخل لحمايته وذلك بتقييد الحريات الفردية وصيانتها، فيما يُعرف النظام العام الدستوري بأنه مجموعة الأسس والمبادئ والأحكام والقيم والقواعد الدستورية ذات الطبيعة السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تقوم عليها مصلحة المجتمع وكيانه ومثله العليا المستمدة صراحة أو ضمناً من نصوص الوثيقة الدستورية).

٢- **من حيث الأساس القانوني:** في الوقت الذي ليس بالإمكان وصف أي قاعدة من قواعد النظام العام في القانون الإداري بأنها متعلقة بالنظام العام إلا بوجود نص صريح بذلك، نجد بالمقابل أنّ قواعد وأحكام النظام الدستوري يمكن أن تكون منصوص عليها في صلب الوثيقة الدستورية أو خارجها.



٣- من حيث الوظيفة التي يحميها (نوع المصلحة المحمية): يهدف النظام العام الإداري إلى حماية عناصر النظام العام بصوره التقليدية، أي حماية النظام العام المادي المتمثل بالأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، وأضيف لها لاحقاً الاخلاق العامة، خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة إلى النظام العام الدستوري الذي يستهدف حماية المصلحة العامة التي تعبر عنها القواعد والأحكام الدستورية المتعلقة بطريقة ممارسة السلطة وانتقالها والعلاقة بين القابضين عليها والحقوق والحريات، يستوي في ذلك النص عليها في نصوص الدستور أو خارجه.

٤- من حيث الشمولية: في الوقت الذي نجد فيه زيادة واتساع حالات لجوء القاضي الدستوري لتطبيق فكرة النظام العام الدستوري، على أساس أن غالبية قواعد القانون الدستوري لها صفة النظام العام، وبعبارة أخرى فإن غالبية قواعد القانون الدستوري توصف بأنها ذات مساس وصلة مباشرة بالنظام العام أكثر من قواعد القانون الإداري التي لها طابع مختلط في بعض الأحيان، وطابع شخصي أحياناً أخرى.

٥- من حيث الخصائص: يتسم النظام العام الإداري بالعديد من الخصائص أهمها انه يعبر عن الحلول الأمرة في النظام القانوني، ومن ثم فلا يجوز مخالفتها، كما أنه ليس من صنع المشرع وحده، فضلاً عن أنه يُعدّ فكرة نسبية مرنة ومتطورة، كما أنه ينتمي إلى نطاق التفسير القضائي، كون القاضي هو الذي يتكفل بتحديد مضمون النظام العام الإداري.

٦- من حيث التدرج أو معيار النظام العام: بالإمكان التمييز في قواعد القانون الإداري بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة كمعيار يمكن الاستناد إليه في تحديد طبيعة القاعدة ومدى تعلقها بالنظام العام من عدمه في ضوء تعبيرها عن المصالح العليا للمجتمع والدولة من عدمه، ومن ثم اعتبار هذا التقسيم معياراً لتمييز تطبيقات النظام العام في القانون الإداري، خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة إلى معيار النظام العام الدستوري، إذ إن التدرج بين النصوص والقواعد الدستورية ليس بالإمكان الأخذ به، ومن ثم تقسيم قواعد القانون الدستور إلى قواعد أمرة وقواعد مكملة، وذلك على أساس أن نصوص الدستور تشكل وحدة واحدة لا تتجزأ ، ومن ثم يقف مبدأ وحدة الدستور مانعاً يحول دون الأخذ بهذا المعيار .

٧- من حيث الأنواع: نجد أن للنظام العام في القانون الإداري أنواع متعددة، أهمها الدفوع المتعلقة بالدعوى الإدارية والتي تتمثل بالدفوع المتعلقة بالنظام العام، خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة إلى النظام العام الدستوري الذي لا توجد له أنواع محددة، وإنما يظهر بصورة متعددة أولها صور النظام العام المتعلقة بنصوص الوثيقة الدستورية، وتتسع هذه الصور لتشمل تلك النصوص والقواعد التي تحظر المساس بشكل الدولة أو النظام الأساسي أو المبادئ والمقومات الأساسية للمجتمع، فيما يتمثل ثاني صور النظام العام

الدستوري في القواعد المتعلقة بالدعاوى الدستورية ، والتي تتسع تشكل رقابة التصدي، والتي تجيز للقاضي الدستوري من تلقاء نفسه إثارة دفع بعدم الدستورية غير تلك الدفع التي اثارها المدعي في عريضة دعواه، وكذلك إمكانية إثارة مسألة الحكم بنصوص غير دستورية فرعي غير تلك النصوص الأصلية التي اثارها الطاعن في عريضة دعواه على خلاف في التفاصيل من دستور دولة إلى دستور دولة أخرى، كما تتخذ صورة أخرى تتمثل في الرقابة على دستورية التعديل الدستوري أو دعوى حماية الحقوق.

٨- من حيث الأثر المترتب على مخالفة النظام العام: يتمثل الجزاء المفروض على مخالفة النظام العام البطلان المطلق أو النسبي في كل حالة على حدة، خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة إلى السلطة لتنفيذية التي يصل فيها الجزاء إلى تحريك المسؤولية السياسية والجزائية (المحاكمة البرلمانية).

## المبحث الثاني

### Second Topic

#### طبيعة النظام العام الدستوري وتطبيقاته والاثر المترتب على مخالفته

#### The Nature of the Constitutional Public Order, its Applications, and the Effect of Violating it

تختلف طبيعة النظام العام الدستوري باختلاف الهدف من إرساء احد عناصره أو تطبيقاته، وهو الأمر الذي انعكس على الجزاء الواجب فرضه عند انتهاك أحد عناصر هذا النظام.

لذا ومن اجل الوقوف على هذه الأحكام لذا سنتناولها في المطالب الآتية:

### المطلب الأول

#### The First Requirement

#### طبيعة النظام العام الدستوري

#### The Nature of the Constitutional Public Order

تنبع أهمية تحديد طبيعة النظام العام الدستوري من الهدف الرئيس له، والمتجسد في الحفاظ على الثبات والاستقرار للنظام السياسي، فضلاً عن ترسيخ دولة المؤسسات العامة بالشكل الذي يمنع من تأثير ممارسات الحكام الشخصية في تطبيق نصوص الدستور، ناهيك عن اضعاف قدسية على القيم العليا والمبادئ والمقومات الأساسية من النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يرتضيها ضمير المجتمع، ويعتقها المشرع التأسيسي<sup>(٣٨)</sup>.

وبناء على ما تقدم تتسع طبيعة النظام العام لتشمل حماية العناصر المادية والمعنوية للنظام العام، وعلى الرغم مما يترأى لنا لأول وهلة اتسام النظام العام بالصفة القانونية البحتة، إلا أنَّ هذا القول غير صحيح على إطلاقه، إذ سبق وأن بيّنا الطبيعة النسبية والمتغيرة للنظام العام من مجتمع لآخر ومن قمت لآخر داخل المجتمع الواحد، ومن ثم طالما أنَّ النظام العام يعبر عن المصلحة العليا أو الأساسية للجماعة لذا فإنه يتسم بالطبيعة السياسية والشمولية في آن واحد.

وما يؤيد قولنا هذا هو عجز المحاولات التي طرحها الفقه والقضاء لتحديد مفهوم وتعريف النظام العام بصورة عامة والنظام العام الدستوري بصورة خاصة. وعلى الرغم مما تقدم إلا أنَّ الطبيعة القانونية للنظام العام يجب أن لا تغيب عن انظارنا، ويدل على ذلك تكرار النص على هذا المصطلح في العديد من النصوص القانونية، بل وتعداه الأمر إلى النص عليه في صلب الوثيقة الدستورية، ومن ثم فإنَّ الطبيعة القانونية للنظام العام تتجلى من خلال اعتبار النصوص الدستورية نصوص قانونية في الوقت ذاته.

وإزاء عدم دقة التوصيفات المذكورة للنظام العام فإننا نرى من جانبنا اتصاف النظام العام بالطبيعة القانونية والسياسية في آن واحد، ومن ثم يترتب على مخالفة هذا النظام الجزاء الذي يقرره المشرع بصورة عامة أو المشرع الدستوري والذي يصل إلى ابطال التصرف أو الاجراء القانوني أو قابليته للبطلان. نخلص مما تقدم إلى أنَّ تمتع فكرة النظام العام الدستوري بطبيعة ذاتية مستقلة عن فكرة تدرج القواعد الدستورية والفكرة القانونية السائدة.

### المطلب الثاني

#### The Second Requirement

#### التطبيقات القضائية للنظام العام الدستوري في العراق

#### Judicial Applications of the Constitutional Public Order in Iraq

من استقراء نصوص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نجد أنه احتوى على العديد من الإشارات عن النظام العام بصورة عامة والنظام العام الدستوري بصورة خاصة، وفضلاً عن ذلك فإنَّ استقراء القرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا تظهر لنا بما لا يقبل الشك والتأويل وجود تطبيقات عملية لهذا المبدأ. لذا ومن اجل الوقوف على هذه الأحكام بصورة تفصيلية لذا سنتناولها في الفروع الآتية:

## الفرع الأول

### First Branch

موقف دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ من النظام العام الدستوري

## The Attitude of the Constitution of the Republic of Iraq for the Year 2005 on the Constitutional Public Order

لئن تأملنا نصوص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لوجدنا أنه وردت فيه إشارات صريحة وضمنية للنظام العام بصورة عامة والنظام العام الدستوري بصورة خاصة.

وتتمثل الإشارات الصريحة للنظام العام بما ورد في المادة (١٧) من الدستور التي تنص على أن (أولاً: لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة).

وكذلك المادة (٣٨) من الدستور التي تنص على أنه (تكفل الدولة بما لا يخل بالنظام العام والآداب...)

أما الإشارات الضمنية للنظام العام الدستوري فتمثلت بالمحافظة على النظام الجمهوري الاتحادي الوارد في المادة (١) منه<sup>(٣٩)</sup>، وكذلك حظر تعديل المبادئ الأساسية والحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور إلا بعد مرور (٨) سنوات، واشتراط إجراءات معقدة تتمثل بموافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب وموافقة الشعب بالاستفتاء العام ومصادقة رئيس الجمهورية وعدم وجود اعتراض من الإقليم وسكانه وفقاً للمادة (١٢٦) من الدستور.

وعلى الرغم من الإشارات المذكورة أعلاه، إلا أنه مما يؤخذ على المشرع الدستوري العراقي أنه لم يفرد ذاتية مستقلة للنظام العام الدستوري، كما لم يحدد لنا مفهوم النظام العام بصورة دقيقة، إذ إنَّ الاستخدام المذكور لهذا المصطلح يشير إلى حصول خلط دستوري واضح مع الآداب العامة على الرغم من أنها تدرج ضمن عناصر النظام العام بصوره الحديثة.

وفضلاً عن ذلك فإنه التحديد الدستوري الضمني للمقومات الأساسية للنظام العام الدستوري في ظل دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ قد اكتنفه الغموض، وهو الأمر الذي يوجب على المشرع الدستوري تلافي ذلك في التعديلات الدستورية المزعم اجراؤها مستقبلاً.

## الفرع الثاني

### Second Branch

موقف المحكمة الاتحادية العليا من النظام العام الدستوري

## The Attitude of the Federal Supreme Court on the Constitutional Public Order

من استقراء الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا العراقية فإنه لا يوجد لها موقفاً محدداً وواضحاً من النظام العام الدستوري، وعلى الرغم من ذلك إلا أنها حاولت أن ترسي مفاهيم جديدة للنظام العام الدستوري من خلال القرارات التي أصدرتها.

لذا سنتناول هذه القرارات تباعاً كالاتي:

اولاً: إحلال وإرساء مفهوم جديد للمصلحة في الدعوى الدستورية محل المفهوم المتعارف عليه:

على الرغم من اتفاق غالبية فقهاء القانون الدستوري على وجود توافر المصلحة في إقامة الدعوى أو الدفع بعدم الدستورية، واعتناق هذا الشرط في العديد من قوانين وأنظمة المحاكم الدستورية ومنها النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم ٨٧/اتحادية/٢٠١٣ الصادر في ٢٠١٣/٩/١٦ قبلت الطعن من قبل أحد أعضاء مجلس النواب رغم أنه لم تكن له مصلحة شخصية مباشرة، إذ اعتبرت أن القانون المطعون به قانوناً يخص كل العراقيين، ومن ثم فإنه يكفي أن يكون للمدعي مصلحة عامة محل المصلحة الخاصة عند الطعن بعدم الدستورية<sup>(٤٠)</sup>.

وفي تيرير هذا المسلك الغريب للمحكمة الاتحادية العليا يذهب بعض الفقهاء إلى تيرير مسلك المحكمة بالاستناد إلى تفسير المادة (٩٣/٩٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، وذلك بتفسير كلمة (وغيرهم) الواردة في هذه المادة تفسيراً غير دقيق، وفي حالة تسليمنا بهذا الرأي وفرضنا بأن المحكمة قد تأثرت بدساتير الدول المقارنة - التي سمحت لأعضاء السلطة التشريعية الطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية - إلا أنه هناك مسألة مهمة قد غابت عن ذهن أعضاء المحكمة، وهي أن أغلب الدساتير المقارنة التي سمحت لأعضاء السلطة التشريعية الطعن بعدم الدستورية مباشرة أمام المحكمة المختصة بذلك قد حددت وبصورة صريحة العدد المسموح له بالطعن، ومن ثم فإنه من دون توافر العدد المطلوب فإنه لا يتم قبول الطلب<sup>(٤١)</sup>، وفي دساتير أخرى فإنه منحت للمجلس التشريعي بكافة أعضائه أن يتقدم بالطعن، وليس للجنة من لجانه أو لأحد من أعضائه<sup>(٤٢)</sup>، وهذا الحكم لا يوجد به سند صريح في دستور العراق لعام ٢٠٠٥، ولا في قانون المحكمة الاتحادية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥<sup>(٤٣)</sup>.

وبناء على ما تقدم فإننا لا نؤيد مسلك المحكمة الاتحادية العليا في تفسيرها المذكور بشمولها أعضاء مجلس النواب أيضا بالطعن بعدم الدستور، فمع التسليم بأن لفظ "وغيرهم" يُعدّ لفظاً مطلقاً، ومن ثم يتوجب إعمال قاعدة أنّ النص المطلق يسري على إطلاقه طالما لم يكن هناك منع أو حظر، وقبول الطعن من عضو مجلس النواب، كونه يمثل الشعب العراقي بأكمله استناداً إلى المادة (٤٩/أولاً) من الدستور حتى وأن لم تتوافر له مصلحة شخصية بالطعن أمامها، بالاعتماد على توافر المصلحة العامة بالاستناد إلى حجة مؤداها أنّ القانون عام يخص جميع العراقيين ولا يُعدّ طلب شخصي، ونرى من جانبنا أنّ هذا المسلك يشكل تغييراً في فكرة النظام العام الدستوري في العراق، كونه ينطوي في الوقت ذاته على توسيع لصلاحيات وسلطات المحكمة على الرغم من صراحة النصوص القانونية التي عالجت المصلحة، وهو الأمر الذي ينطوي على اعتناق مفهوم جديد للرقابة على دستورية القوانين ممثلة بـ (رقابة التصدي)، رغم عدم وجود نص يجيز ذلك في التشريع العراقي.

ثانياً: تحديد مفهوم النظام العام بوصفه من القيود الواردة على ممارسة الحقوق والحريات :

جاء في قرار المحكمة الاتحادية العليا المتعلق بحرية التعبير والصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر والاجتماع والتظاهر السلمي رقم ٤٦/اتحادية/٢٠١١ الصادر في ٢٢/٨/٢٠١١ (إنّ ممارسة الحريات المنصوص عليها في المادة (٣٨) من الدستور مقيدة بشرط عدم الإخلال بالنظام العام والآداب لذا فإنّ المواد الواردة في قانون العقوبات (٨٤،٨١) غير متعارضة مع أحكام المادة (٣٨/أولاً وثانياً) من الدستور، بل تكون متفقة معها<sup>(٤٤)</sup>.

يتضح من القرار أعلاه أنّ المحكمة الاتحادية العليا لم تعتق أي مفهوم محدد للنظام العام بوصفه من القيود الواردة على ممارسة بعض الحريات كما توجبه المادة (٣٨) من الدستور، على الرغم من إقرارها بأنّ مسألة تحديد النظام العام متروك تقديرها للمحكمة في كل حالة على حدة.

ولم يقتصر الأمر والغموض عند هذا الحد فحسب، بل تأكد في العديد من القرارات الأخرى للمحكمة الاتحادية العليا ومنها القرار رقم ٦٣/اتحادية/٢٠١٢ الصادر في ١١/١٠/٢٠١٢ الذي جاء فيه (إنّ مفهوم النظام العام والآداب العامة الواردين في الدستور من المفاهيم التي وردت في العديد من التشريعات، وأنّ القضاء هو الذي يقرر ذلك وهي تختلف حسب الزمان والمكان)<sup>(٤٥)</sup>.

يتضح مما تقدم غياب التحديد الموضوعي الصريح للنظام العام الدستوري في ضوء القرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا، وبهذا يمكن القول بعدم مسابرة القضاء

الدستوري للاتجاهات الحديثة في تفسير فكرة النظام العام الدستوري، ومنها ما اعتنقته المحكمة الدستورية العليا في مصر التي انشأت صرحاً قضائياً واضحاً في النظام العام الدستوري، وهو الأمر الذي يوجب على مجلس النواب إيراد نص صريح في مشروع قانون المحكمة الاتحادية العليا يعالج مسألة رقابة التصدي، فضلاً عن توسيع لسلطة المحكمة بما يمكنها من تحديد النظام العام الدستوري كما أراده الإباء المؤسسين الذين كتبوا الدستور العراقي النافذة.

كما يتوجب عن المحكمة في الوقت ذاته أن تدلف إلى تحديد النظام العام الدستوري في قراراتها اللاحقة، والتخلي عن هذا المسلك الخجول وغير المبرر في التصدي للنظام العام في قراراتها، وذلك على أساس أن المشرع الدستوري قد أحال للمحكمة الاتحادية العليا تفسير النظام العام الدستوري، بوصفها المطبقة الحقيقية لإرادة المشرع التأسيسي العراقي.

### المطلب الثالث

### Third Requirement

#### الجزاء المترتب على مخالفة النظام العام الدستوري

#### Penalty for Violating the Constitutional Public Order

تتمثل القاعدة العامة في أن كل جزاء يجب أن يكون بنص صريح، ومن ثم فلا اجتهاد في مورد النص، بالاستناد إلى قاعدة الشرعية التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

وعلى الرغم مما تقدم فإنه من استقراء نصوص الدساتير المقارنة نجد أنها لم تقرر فرض أي جزاء عند مخالفة النظام العام الدستوري بصورة صريحة، وإنما نجد أن بعض الدساتير اجازت الطعن بعدم الدستورية عند انتهاك أو مخالفة نصوص الدستور، ومن ثم طالما كان الأصل العام يتمثل في إمكانية الطعن بعدم الدستورية عند مخالفة أي نص دستوري، فمن باب أولى إجازة الطعن في عدم الدستورية عند مخالفة النظام العام الدستوري من قبل السلطات العامة في الدولة.

غير أن إقرار هذا الحكم المذكور أعلاه ليس بهذه السهولة، وبالأخص في حالة صدور المخالفة للنظام العام الدستوري من قبل المحكمة الدستورية<sup>(٤٦)</sup>، ومن ثم فإن التساؤل المذكورة هل بالإمكان فرض جزاء عند مخالفة المحكمة الدستورية للنظام العام الدستوري أو تحديد مفرداته بعد اصدار قرارها الحاسم بهذا الشأن؟

للإجابة على هذا التساؤل فإنه يتوجب التفرقة بين حالتين: الحالة الأولى في حالة وجود نص قطعي الدلالة في اعتناق الأثر الملزم والنهائي لقرارات المحكمة<sup>(٤٧)</sup>، ففي

هذه الحالة ليس بالإمكان الطعن في هذا القرار حتى في حالة التعسف في تحديد النظام العام الدستوري.

فيما تتمثل الحالة الثانية في إمكانية الطعن في قرار المحكمة الدستوري في حالة عدم وجود نص يقرر الصفة النهائية والقطعية لقرارات المحكمة الدستورية. ونرى من جانبنا أنّ رقابة الرأي العام بصورة عامة ورقابة مجلس النواب بصورة خاصة حتى في حالة اعتناق الأثر الملزم والنهائي لقرارات المحكمة الدستورية تُعدّ من انجع الجزاءات التي بالإمكان إثارتها بهذا الصدد، إذ إنّ الجزاء المعنوي أو المرسل والمتمثل في تأنيب الرأي العام وشجبه لقرار رئيس وأعضاء المحكمة الدستورية يُعدّ من أهم الجزاءات التي بالإمكان فرضها عند الشطط عن تطبيق المفهوم السليم للنظام العام الدستوري<sup>(٤٨)</sup> تطبيقاً لمبدأ السيادة الشعبية.



## الخاتمة

### Conclusion

بعد أن انتهينا من الدراسة فقد توصلنا إلى العديد من النتائج والتوصيات التي يمكن اجمالها بالآتي:

#### أولاً: النتائج:

١. إن مفهوم النظام العام لا يختلف كثيراً عن مفهوم النظام العام الدستوري، إذ يتشابهان من حيث العناصر، كما يتشابهان في العديد من الخصائص ومنها النسبية والتغير من وقت إلى آخر داخل نطاق الدولة الواحدة ومن دستور إلى دستور آخر باختلاف الظروف والازمان السائدة في مجتمع معين.
٢. اتضح لنا أن علاقة النظام العام والنظام العام الدستوري توصف بأنها علاقة الجزء بالكل، إذ إن النظام العام الدستوري لا يُعدّو عن كونه مبادئ وقيم أساسية ذات طبيعة متعلقة بالنصوص والأحكام الدستورية، يستوي في ذلك المتعلقة بممارسة السلطة أو الحقوق والحريات، ومن ثم يُعدّ النظام العام الدستوري جزءاً من منظومة القيم والمبادئ التي يؤمن بها المجتمع في وقت ومكان معين، والتي تشكل بمجموعها أو مفردها عناصر النظام العام، والتي تختلف عن مفهوم الفكرة القانونية السائدة وعناصرها.
٣. كما تبين لنا أن مسلك المشرع الدستوري في الدول المقارنة بشأن اعتناق النظام العام الدستوري قد انقسم بين اتجاهين، إذ اعتنق الاتجاه الأول مسلك التحديد الصريح لبعض التطبيقات المتعلقة بالنظام العام الدستوري، كما في إقرار مسألة رقابة التصدي وغيرها، وينطبق الحكم ذاته بالنسبة إلى قوانين المحاكم الدستورية، فيما يتمثل الاتجاه الثاني بعدم اعتناق أي نصوص صريحة تتعلق بالنظام العام الدستوري أو تطبيقاته، على أساس ترك هذه المسألة للقضاء، ليحكم في كل حالة تعرض على حدة بمدى التوافق والانسجام مع النظام العام الدستوري من عدمه.
٤. بالرجوع إلى دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نجد أنه وردت فيه إشارات صريحة إلى النظام العام الدستوري، غير أننا لاحظنا وجود خلط بين النظام العام والأداب العامة، وينطبق الأمر ذاته بالنسبة إلى قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، والنظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥.
٥. أما فيما يتعلق بتطبيقات المحكمة الاتحادية العليا في العراق المتعلقة بتحديد مفهوم النظام العام وعناصره فقد لاحظنا سلبية الدور الذي قامت به المحكمة، فلم تورد لنا تطبيقات يمكن من خلالها استلهاهم فكرة واضحة ومحددة للنظام العام الدستوري، خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة إلى المحكمة الدستورية العليا في مصر التي ارسدت قواعد وأحكام تفصيلية بهذا الشأن.
٦. كما اتضح لنا غياب الجزاء الدستوري الصريح المترتب على مخالفة النظام العام الدستوري، وهي مسألة جديرة بإيراد نصوص صريحة تعالجها في التعديلات الدستورية المرتقبة أو في قوانين المحاكم الدستورية أو أنظمتها ولوائحها الداخلية.

### ثانياً: التوصيات

- ١- ندعو المشرع العراقي ممثلاً بمجلس النواب إلى تعديل نصوص دستور جمهورية العراق المتعلقة بالنظام العام بالشكل الذي يجعل من الأخلاق العامة جزءاً من النظام العام، وليس منفصل عنها وفقاً للمفهوم الحديث للنظام العام.
- ٢- ندعو مجلس النواب العراقي إلى إيراد نصوص صريحة في مشروع قانون المحكمة الاتحادية العليا يقرر سلطة المحكمة الاتحادية العليا في الاخذ برقابة التصدي، فضلاً عن ضرورة ادراج أو تضمين المظاهر الأخرى للنظام العام الدستوري، وتكرار النص على هذا الحكم في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.
- ٣- نرى ضرورة النص في القوانين المقارنة والعراقية على تحديد الجزاء الواجب فرضه عند انتهاك النظام العام الدستوري أو عند احجام المحكمة عن ممارسة دورها في تحديد النظام العام الدستوري وعناصره، وذلك على أساس أن فكرة النظام العام الدستوري تتجلى بأسمى صورها في نطاق القانون الدستوري بصورة عامة والدستور بصورة خاصة، لذا فإن ترك هذه المسألة دون تنظيم من شأنه تعريض نصوص الدستور وأحكامه للانتهاك.
- ٤- ندعو رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية إلى السير في الاتجاهات ذاتها التي اعتنقها القضاة الدستوري في مصر والدول المقارنة الأخرى، والتي جسدوا فيها الدور الانشائي المتميز للقضاء الدستوري.
- ٥- ندعو القضاء والفقهاء إلى تبني مفهوم موحد ومتفق عليه للنظام العام الدستوري وعناصره.

## الهوامش

### Footnote

١. معنى كلمة (نظام) في قاموس المعاني الجامع منشور على الموقع الالكتروني الآتي:  
[www.almaany.com/ar/dict/ar-ar](http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar)
٢. تجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن التشريع العراقي قد سار على قاعدة عدم ايراد تعريف محدد للنظام العام، وعلى الرغم من ذلك نجد أن المشرع في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ قد حاول أن يحدد هذا المفهوم بصورة غير مباشرة، إذ تنص من المادة (١٣٠) منه على أنه- يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للأداب وإلا كان العقد باطلاً.٢- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية).
٣. د. أنور سلطان – المبادئ القانونية العامة- دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت- ١٩٨١- ص ٥٧.
٤. د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام- دار النشر للجماعات المصرية ومطبعة جرينتريج – القاهرة- ١٩٥٢- ص ٣٩٩.
٥. (١) - د. احمد مسلم – موجز القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان- دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت- دون سنة النشر - ص ٢٠٣.
٦. أ.م.د. حسين عبد الله الكلابي – النظام العام العقدي – مكتبة السنهوري- بيروت- ٢٠١٦- ص ٤٨ وما بعدها.
٧. د. عبد أحمد الغفلول – فكرة النظام العام الدستوري واثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة) – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٦- ص ٩.
٨. تجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن القضاء العادي في فروع القانون الأخرى سار في الاتجاهات ذاتها التي سار عليها القضاء الدستوري المقارن والعراقي، ومن ثم تتمثل القاعدة العامة في عدم ايراد تعريف قضائي محدد للنظام العام وذلك بالاكتماء على التطبيقات التشريعية الواردة من جهة، فضلاً عن الاعتماد على التعريفات الفقهية للنظام العام، وعلى الرغم من ذلك وجدنا بعض الإشارات عن تعريف النظام العام في احد قرارات الجمعية الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري الذي جاء فيه ( ان النظام العام- كما يعرفها الفقهاء- هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة – كما ترسمه القوانين النافذة فيها) نقلاً عن د. حسن عبد الله الكلابي- مصدر سابق- ص ٥٣.
٩. وبهذا الصدد نجد تنوع تعريفات الفكرة القانونية السائدة اذ عرفها البعض بانها (الغاية التي يجب أن يكون تحقيقها هدف جميع النشاطات والأنظمة في الدولة لأنه ليس للتنظيم السياسي في دولة ما غاية في حد ذاته وإنما وسيلة لتحقيق هدف) كما عرفت بانها (تصوير للمثل الأعلى الجماعي الذي تقوم به في فترة معينة فئة منظمة لأحسن ترتيب نظامها الدستوري ،هي التصوير الموضوعي للخير أو المصلحة العامة). ينظر: بيخال محمد مصطفى - دراسة حول فكرة القانون في الدستور - مكتبة زين الحقوقية – بيروت- ٢٠١٣- ص ١٦.
١٠. د. حسين عبد الله الكلابي- مصدر سابق- ص ٥٤-٥٥.
١١. د. حسين عبد الله الكلابي- مصدر سابق- ص ٩٠ وما بعدها.
١٢. د. أحسان حميد المفرجي، د. كطران زغير نعمة، د. رعد ناجي الجدة- النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق- مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي – بغداد- ١٩٩٠ – ص ٢٤٠-٢٤١.

١٣. أ.م. د. فيصل نسيغة ، أ.م.د.رياض دنش- النظام العام – بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني- العدد الخامس- جامعة محمد خيضر بسكرة- ص ١٦٥
١٤. د. عيد احمد الغفلول – مصدر سابق- ص ١٧ وما بعدها.
١٥. يمثل الأساس القانوني لرقابة التصدي في مصر بالمادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، وتتمثل ضوابطها في شمولها لكل الاختصاصات الممنوحة للمحكمة، ومن ثم فان التصدي يُعدّ من الحقوق التي تباشرها المحكمة من تلقاء نفسها ولا يقدم لها في صور دفع بعدم الدستورية، فضلاً عن وجوب وجود صلة بين النص المطروح والنص الذي رأت المحكمة التصدي له دون ان يكون لازماً للفصل في الدعوى، ومن ثم يتوجب إحالة الموضوع إلى هيئة المفوضين بالمحكمة كي تعطي رايها النهائي. د. رمزي الشاعر- النظرية العامة للقانون الدستوري – ص ٥٨٨. مجدي محمد زيادة – الاتجاهات السياسية واثرها على الرقابة الدستورية –رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة عين شمس- ٢٠٠٩- ص ٣١٨ وما بعدها.
١٦. وبهذا الصدد يُلاحظ ان الدساتير المقارنة منقسمة بشأن الصلة بين النص الدستوري محل الطعن والنصوص الأخرى التي بإمكان المحكمة الدستورية ان تنظر فيها، إذ إنّ الاتجاه الال من الدساتير لا يشترط أي رابطة بينهما، إذ يكفي ان يكون النص المذكور قد اثير بمناسبة النظر في دعوى دستورية بمعزل عن وجود رابطة أو علاقة بينهما، فيما يذهب الاتجاه الثاني من الدساتير إلى القول بضرورة وجود ارتباط بينهما لغرض إمكانية قيام المحكمة بالبت في دستورية هذا النص عن طريق التصدي، اما الاتجاه الثالث فيذهب إلى القول بضرورة ان يكون النص لازم للفصل في الدعوى الدستورية للقول بإمكانية قيام المحكمة بالتصدي.
١٧. ينظر المادة (٨٩/رابعاً) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل.
١٨. ينظر المادة (٨٩/سابعاً) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل.
١٩. ينظر المواد (٩٧) و(٧٩) و(١) و(٢٠) من الدستور الألماني لعام ١٩٤٩ المعدل.
٢٠. د. عيد احمد الغفلول، مصدر سابق، ص ١٥.
٢١. تنص المادة (١١٩) من القانون الأساسي على انه (عدا ما نص عليه في المادة السابقة، لايجوز قطعياً إدخال تعديل ما على القانون الأساسي إلى مدة خمس سنوات من تاريخ ابتداء تنفيذه، ولا بعد تلك المدة أيضاً إلا على الوجه الآتي: كل تعديل يجب أن يوافق عليه كل من مجلس النواب والأعيان بأكثرية مؤلفة من ثلثي أعضاء كلا المجلسين المذكورين، وبعد الموافقة عليه يحل مجلس النواب، وينتخب المجلس الجديد فيعرض عليه، وعلى مجلس الأعيان التعديل المتخذ من المجلس المنحل مرة ثانية، فإذا اقترن بموافقة المجلسين بأكثرية مؤلفة من ثلثي أعضاء كليهما أيضاً، يعرض على الملك ليصدق وينشر).
٢٢. ينظر المادتان (٤٢) و(٧٣) من دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤.
٢٣. ينظر المواد (٥٧) و(٦٧) من الدستور.
٢٤. ينظر المادة (٦٠) من الدستور.
٢٥. أ.م. د. فيصل نسيغة ، أ.م.د.رياض دنش- النظام العام – بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني- العدد الخامس- جامعة محمد خيضر بسكرة- ص ١٦٥.
٢٦. د.عيد احمد الغفلول – مصدر سابق – ص ٣-٥.
٢٧. د. عبد الغني بسيوني عبد الله- الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري-مطابع السعدني- الإسكندرية- ٢٠٠٤- ص ٨٤١-٨٤٢.
٢٨. تنص المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ (المعدل) على أنه (يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية). كما تنص المادة (٤٧) منه على انه (تفصل المحكمة من تلقاء نفسها في جميع المسائل الفرعية).

٢٩. د. عيد احمد الغفلول- مصدر سابق- ص ٦.
٣٠. تشمل الكتلة الدستورية أو المجموعة الدستورية كما اسماها بعض الفقهاء الفرنسيين على العديد من المواثيق والتي تتمثل في نصوص دستور ١٩٥٨ وإعلان حقوق المواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ ومقدمة دستور ١٩٤٦ وبعض المبادئ العامة للقانون، والمبادئ الأساسية المعترف بها من قوانين الجمهورية والمبادئ المسيرة لروح العصر.
31. Michel debene- le conseil constitutionnel et les principes particulièrement necessaire a notre temps – a.j.d.a-1978-pp531 ets
٣٢. د. عيد احمد الغفلول- مصدر سابق- ص ٦٠.
٣٣. د. سليمان مرقس – المدخل لدراسة العلوم القانونية – القاهرة – ١٩٥٢ - ص ٦٨-٦٩.
٣٤. د. حسين عبد الله الكلابي- مصدر سابق- ص ٥٤ وما بعدها
٣٥. د. عيد احمد الغفلول – مصدر سابق – ص ٨.
٣٦. د. حسين عبد الله- مصدر سابق- ص ٢٦.
٣٧. للمزيد من التفصيلات ينظر : د. حسين عبد الله – المصدر نفسه- ص ١٤٠ وما بعدها.
٣٨. د. ماهر صالح الجبوري- القانون الإداري – ص ٧٦.
٣٩. د. عيد احمد الغفلول – مصدر سابق- ص ١٨٩-١٩٠.
٤٠. كما ينظر المادة (٥٠) و(٧١) و(٧٩) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.
٤١. سامر جاسم هادي الشريفي, مصدر سابق, ص ٨٤.
- جاء في قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي الرقم ٨٧/اتحادية/٢٠١٣ المؤرخ في تاريخ ٢٠١٣/٩/١٦ بأنه (لدى التدقيق والمداولة... وتجد المحكمة إن ما ورد في قانون مجلس القضاء الأعلى من أحكام قد اخل بالاستقرار القضائي الذي بني منذ عام ٢٠٠٣ وجاء بأحكام مخالفة للدستور واغفل بعض الأمور المهمة من النص عليها والتي كانت في أصل المشروع المرسل من مجلس الرئاسة وترك فراغا تشريعيا في جوانب أخرى ... وحيث أن دفع وكيل المدعى عليه انصبت بغالبيتها على عدم وجود مصلحة للمدعي في إقامة الدعوى فتجد المحكمة الاتحادية العليا أن المدعي وهو عضو مجلس النواب ورئيس كتلة نيابية وهو يمثل مجموع الشعب العراقي استنادا إلى أحكام المادة (٤٩/أولا) من الدستور وان القانون موضوع الطعن هو ليس طلبا شخصيا حتى يتطلب الطعن به وجود مصلحة خاصة للطاعن وإنما هو قانون عام يخص المصلحة العامة فيكون الطعن بعدم الدستورية مسألة تخص العراقيين جميعا ويمثلهم مجلس النواب ومنهم المدعي استنادا إلى أحكام المادة(٩٣/ثالثا) من الدستور وهذا ما توصلت إليه المحكمة الاتحادية العليا بقبول الدعوى شكلا وبالاتفاق موضوعا, وعليه قرر الحكم بعدم دستورية القانون رقم(١١٢) لسنة ٢٠١٢ قانون مجلس القضاء الأعلى...).
٤٢. ومن هذه الدساتير المقارنة الدستور الألماني الذي سمح لثلث عدد أعضاء مجلس النواب الاتحادي بالطعن بعدم دستورية تشريع ما.
٤٣. كما هو الحال في الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢ الذي سمح لأعضاء مجلس الأمة بالطعن بعدم الدستورية.
٤٤. تجدر الإشارة إلى انه قضى قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٣/اتحادية/٢٠١٦ الصادر في ٢٠١٦/٨/٩ بعدم دستورية الفقرة (ثانياً) من المادة (٢٢) من قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥ التي تحمل رئيس تحرير صحيفة أو مجلة الحزب المسؤولية عما ينشر فيها، وهو امر يدعو إلى التساؤل عن أسباب التعامل بازواجية مع موضوع النشر. للمزيد من التفصيلات ينظر مصدق عادل طالب – محاضرات في قوانين الإعلام والنشر- دراسة تحليلية في التشريعات العراقية- مكتبة السنهوري – بغداد – ٢٠١٦- ص ١٠٠ وما بعدها.
٤٥. د. مصدق عادل طالب- القضاء الدستوري في العراق – مكتبة السنهوري- بيروت- ٢٠١٥- ص ١٣٥.

٤٦. مثال ذلك ما جاء في قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٩/اتحادية/٢٠٢٠ الصادر في ٢٠٢٠/٣/١٦ (إنَّ المرحلة التي تلت اعتذار المُكلف بتشكيل مجلس الوزراء وفق المادة (٧٦) من الدستور يكون بعدها الخيار حصرياً لرئيس الجمهورية وفق الفقرة (ثالثاً) من المادة (٧٦) من الدستور بتكليف مرشحاً جديداً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اعتذار المرشح السابق الدكتور محمد توفيق علاوي وفق مسؤوليته الدستورية ليتولى المرشح الجديد بتشكيل الوزارة وعرضها على مجلس النواب خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً).
٤٧. تنص المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على ان قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة).
٤٨. ومن اهم الأمثلة على ذلك ما قامت به المحكمة الاتحادية العراقية العليا في قرارها المرقم ٨٨/اتحادية/٢٠١٠ الصادر في ٢٠١٠/١/١٨ إذ على الرغم من تحديد المحكمة مفهوم ارتباط الهيئات المستقلة غير المحددة في نصوص الدستور صراحة، الا ان الميل الواضح لكفة مجلس الوزراء في القرار أعلاه جعل رئيس المحكمة الاتحادية العليا يعقد مؤتمر صحفي في مجلس النواب لتفسير القرار التفسيري، على الرغم من عدم وجود نص صريح يجيز ذلك، وهو الأمر الذي يدل على مدى نجاعة الجزاء المرسل أو المعنوي. للمزيد من التفصيلات ينظر د. مصدق عادل طالب – القضاء الدستوري في العراق – مصدر سابق- ص ١٤٤-١٤٥.

## المصادر

### References

#### First: Arabic Books

- i. Dr. Anwar Sultan, 1981, General Legal Principles, Dar Al-Nahda Al-Arabiya for Printing, Publishing and Distribution, Beirut.
- ii. Dr. Abd al-Razzaq al-Sanhouri, 1952, The Mediator in Explanation of Civil Law, The Theory of Commitment in General, Dar Al-Nashr Liljamaeat Al-Misria and Greentrige Press, Cairo.
- iii. Dr. Ahmed Muslim, Summary of Comparative Private International Law in Egypt and Lebanon, Dar Al-Nahda Al-Arabiya for Printing, Publishing and Distribution, Beirut, without the year of publication.
- iv. Dr. Prof. Dr. Hussein Abdullah Al-Kalabi, 2016, The General Doctrinal System, Maktaba Al-Sanhouri, Beirut.
- v. Dr. Bikhhal Muhammad Mustafa, 2013, A Study on the Idea of Law in the Constitution, Maktabat Zayn Al-Huquqia - Beirut.
- vi. Dr. Eid Ahmed Al-Ghaffoul, 2006, The Idea of the Constitutional Public Order and its Impact on Determining the Scope of the Constitutional Case (Comparative Study), Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo.
- vii. Dr. Ihsan Hamid Al-Mafarji, d. Katran Zughair Nehme, d. Raad Naji Al-Jeddah, 1990, The General Theory of Constitutional Law and the Constitutional System in Iraq, Press of the Ministry of Higher Education and Scientific Research, Baghdad.
- viii. Dr. Ramzi Al-Shaer, 2005, The General Theory of Constitutional Law, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.
- ix. Dr. Abdul Ghani Bassiouni Abdullah 2004, Mediator in Political Systems and Constitutional Law, Matab' Al-Sa'dani, Alexandria.
- x. Dr. Suleiman Marks, 1952, Introduction to the Study of Legal Sciences, Cairo.
- xi. Dr. Maher Salih al-Jubouri, 1991, Administrative Law, Matab' Baghdad University.
- xii. Dr. Mossadeq Adel Talib, 2016, Lectures on Media and Publication Laws, An Analytical Study of Iraqi Legislation, Maktabat Al-Sanhouri, Baghdad.
- xiii. Dr. Mosaddeq Adel Talib, 2015, Constitutional Judiciary in Iraq, Maktabat Al-Sanhouri, Beirut.

#### Second: Theses, Letters and Research:

- i. Magdy Mohamed Ziadeh, 2009, Political trends and their impact on constitutional oversight, PhD thesis, Faculty of Law, Ain Shams University.
- ii. Alqadhi Samer Jassim Hadi Al-Sharifi, 2014, The Interest in the Constitutional Case, Research submitted to the Judicial Institute, Baghdad.

### **Third: Legislations**

- iii. The French Constitution of 1958.
- iv. The German Constitution of 1949
- v. The Iraqi Basic Law of 1925.
- vi. The Constitution of the Republic of Iraq of 2005.
- vii. The Kuwaiti Constitution of 1962.
- viii. Iraqi Civil Law No. (40) of 1951.
- ix. Supreme Constitutional Court Law No. 48 of 1979.

### **Fourth: Judicial decisions**

- i. Federal Supreme Court Decision No. 87 / Federal / 2013 issued on 9/16/2013.
- ii. Federal Supreme Court Decision No. 3 / Federal / 2016 issued on 9/8/2016.
- iii. Federal Supreme Court Decision No. 88 / Federal / 2010 issued on 18/1/2010.
- iv. Federal Supreme Court Decision No. 29 / Federal / 2020 issued on 3/16/2020.

### **Fifth: Foreign Sources**

- i. Michel debene, 1978, le conseil constitutionnel et les principes particulierement necessaire a notre temps, a.j.d.a.