Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences Volume (8), Issue (3) September(2025)

ISSN: 2957-3874 (Print)
Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences (JFHS)
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/95
مجلة الفارابي للعلوم الإنسانية تصدرها جامعة الفارابي

القيود الواردة على أختصاص المشرع في تشريع القوانين في ظل دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ المادة (٢) أنموذجاً

م. أحمد عبدالسلام عبدالدائم

الجامعة العراقية كلية القانون والعلوم السياسية

Restrictions on the Legislature's Jurisdiction to Legislate Laws under the Constitution of the Republic of Iraq for the year (2005) -Article (2) as a Model

Ahmed Abdulsalam Abduldayem
University of Iraq College of Law and Political Scienc
Salam1948ss@gmail.com

ملخص البحث :

تعتبر القيود التي يفرضها المشرع الدستوري على البرلمان عند تشريعه للقوانين العادية، بمثابة سقف دستوري لا يجوز اختراقه، حيث تمتاز الوثيقة الدستورية بكونها وثيقة عليا تخضع لأحكامها ومضامينها القوانين كافة، وتفرض هذه الوثيقة على السلطات كافة، العمل وفق مبادئه وقواعده والتحرك ضمن النطاق الذي رسمه والحدود التي اقرها والقيود التي أشار إليها، لغرض ضمان عدم الانحراف او التعسف في استخدام السلطات، وتحقيق اهداف المجتمع العليا بما يصون الحقوق ويجسد الشرعية في عمل تلك السلطات، فمن جهة تُلزم تلك القيود المشرع بعدم مخالفتها، وتُلزم من جهة أخرى، المحكمة الاتحادية العليا بأن تحكم ببطلان أي قانون "يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام" بما نصت عليه المادة (٢/أ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، وايضاً ما نصت عليه نفس المادة في فقرتها (ب) على عدم جواز "سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية" والفقرة (ج) التي أشارت بعدم سن قانون يتعارض مع "الحقوق والحريات الأساسية" الواردة في هذا الدستور، وإذا كانت ثوابت أحكام الاسلام بما نص عليه القرآن أو السنة النبوية ثابتة، غير إن "مبادئ الديمقراطية" و"الحقوق والحريات الأساسية" أمور بطبيعتها تتطور وقد تبتعد في تطورها عن نشأتها الأولى وقد تتضاءل مع مرور الوقت حسب متطلبات العصر وضروراته، لذلك فأن المشرع ملزم بعدم مخالفة تلك القيود او الخروج عليها او التعسف في تجاوزها، مما ينبغي احترامها وتفسيرها بصورة صحيحة لحماية مضمونها .

Abstract

The restrictions imposed by the constitutional legislator on Parliament when legislating ordinary laws are considered a constitutional ceiling that cannot be breached, as the constitutional document is distinguished by being a supreme document to whose provisions and contents all laws are subject, and this document imposes on all authorities To work in accordance with its principles and rules and to move within the scope it has drawn, the limits it has established and the restrictions it has indicated, for the purpose of ensuring that there is no deviation or arbitrariness in the use of powers, and to achieve the higher goals of society in a way that preserves rights and establishes legitimacy in the work of those powers On the one hand, these restrictions oblige the legislator not to violate them, and on the other hand, they oblige the Federal Supreme Court to rule the invalidity of any law that “contradicts the constants of the provisions of Islam,” as stipulated in Article (2/A) of the Constitution of the Republic of Iraq for the year 2005Also, what was stipulated in the same article in its paragraph (b) regarding the impermissibility of “enacting a law that conflicts with the principles of democracy” and paragraph (c) which indicated that a law that conflicts with the “basic rights and freedoms” contained in this constitution may not be enacted, and if the constants of the rulings of Islam as stipulated in the Qur’an or

the Sunnah of the Prophet are established However, the "principles of democracy" and "fundamental rights and freedoms" are matters that by their nature evolve and may deviate in their evolution from their initial origins and may diminish with the passage of time according to the requirements and necessities of the age. Therefore, the legislator is obligated not to violate those restrictions, deviate from them or arbitrarily exceed them, which must be respected and interpreted correctly to protect their content.

المقدمة

أولا: موضوع البحث

ان الدستور العراقي وضع على ممارسة اختصاص مجلس النواب قيداً هام وجوهري وذلك في المادة (٢) منه وهو عدم جواز تشريع أي قانون يخالف مبادئ أحكام الإسلام والمبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات بعد إقرار ان الإسلام هو الدين الرسمي للدولة ووضعه على قمة مصادر التشريع، ان غايات وضع تلك القيود، التي نص عليها في مضامين الدستور، تمثل ايمان المشرع الدستوري بحماية تلك المبادئ وتوفير الصبغة الدستورية عليها، لئلا يتم انتهاكها او الانتقاص منها، فغالبية الدول تشير الى عقيدة الدين كمفهوم متأصل في قيمها الاجتماعية وتضع أدوات لحمايته وتوفير الضمانات الدستورية له دون الإشارة الى طائفة معينة او فئة معينة، مع ايرادها مبدأ حرية العقيدة في مضامين نصوصها، وهناك دول، يكون الدين راسخا في قيمها الاجتماعية وتشير ضمن الوثيقة الدستورية لذلك الدين، ومن ضمنها دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ من جانب آخر تتحدد امكانية أحكام الشريعة الإسلامية في النظام الدستوري للدول بموجب الدستور كونه الوثيقة الأعلى، فغالبية دساتير الدول ذات الطبيعة الإسلامية بصورة عامة تُحدد اثر تلك الاحكام بالدستور وترتيبها، فهذه القيود قد أثارت جدلا مطولا في محاضر كتابة دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، ونقاشا واسعا بين فقهاء الدستور، الامر الذي أدى إلى أعتبار البعض ان القيود الوارد ذكرها، قد سببت التعارض الظاهري في ذات المادة، لعدم الانسجام بين مبادئ المادة (٢) من الدستور.[١]كما ان لمبادئ الديمقراطية مفاهيم واسعة، وان السعي للتوفيق بين قواعد ومبادئ تلك المادة صعب جدا لأيراد مفاهيم تحتوي على معان لا تنسجم مع بعضها البعض.فضلا عن أهمية هذا القيد الذي اطلق عليه بعض الكتاب، بانه قيد عام على تشريع القوانين، حيث يكون محمي دستوريا وفق مبدأ سمو الدستور المشار اليه في المادة (١٣) من الدستور. وهذا السمو له ضمانة قضائية متمثلة بالمحكمة الاتحادية العليا وذلك لدورها في تفسير تلك النصوص وايضاح معانيها وتبيان مقاصد المشرع.

ثانيا: أهمية البحث

تتمثل أهمية البحث في القيود الواردة على المشرع وهي ما اطلق عليها القيود العامة على تشريع القوانين اذ ان المشرع ملزم بعدم مخالفة تلك القيود او الخروج عليها او التعسف في تجاوزها، مما ينبغي احترمها وتفسيرها بصورة لا تقبل اللغط لحماية مضمونها، ولأهمية تلك القيود واعتبارها محمية بسمو الدستور احاطها المشرع بضمانة قضائية اتحادية وهي المحكمة الاتحادية العليا.

ثالثا: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في ان القيود الواردة في نص المادة (٢) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ اشارت إلى عدم إمكانية تعارض النصوص التشريعية مع احكام الثوابت الإسلامية ومبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات، وان تلك المفاهيم ذات مباني لغوية ودلالية وموضوعية متنافرة، كما ان المجتمع العراقي متعدد الطوائف والقوميات، مما يجعل المسالة حرجة بالنسبة للموازنة بين القيود الوارد ذكرها، كما ان صياغة النص الدستوري انف الذكر جاءت بصورة غامضة او متعارضة ظاهريا.

رابعا: تساؤلات البحث.

ماهي معايير ثوابت أحكام الإسلام؟ وهل يمكن تعريف الدين الإسلامي قانونا او دستوريا؟ وهل يمكن ان يكون للدين الإسلامي حدود ومعايير ثابته يمكن الرجوع اليها؟ هل هناك تعارض في مضمون نص المادة (٢) من الدستور؟ ما هو مبدا سمو الدستور؟ وماهي الاليات القضائية لحماية ذلك المبدأ ؟

خامسا: منهجية البحث

سنعتمد في بحثنا هذا على المنهج التحليلي لتحليل نصوص الدستور ومقاربتها لبيان مدى اتساقها مع بعضها البعض مع عرض بعض التطبيقات القضائية للمحكمة الاتحادية العليا وتحليلها لبيان الية تفسير النصوص وبيان معانيها.

سادسا: خطة البحث

لغرض الإحاطة بتفصيلات الموضوع كافة اقتضى تقسيمه على مبحثين، سنتناول في المبحث الأول مبدا عدم تشريع قانون مخالف لثوابت أحكام الإسلام ومبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات وذلك على مطلبين، ليكون المبحث الثاني عن مبدأ سمو الدستور وحمايته وعلى مطلبين ايضاً.

المبحث الأول مبدا عدم تشريع قانون مخالف لثوابت أحكام الإسلام

ومبادئ الديمقراطية والحقوق والحرياتغالبا ما يتضمن الدستور المبادئ الأساسية التي تكون بمثابة مساراً عموميا ينطبق على كافة احكام الدستور، ومن هذه المبادئ هي القيود التي تفرض على المشرع عند تشريعه للقوانين العادية، حيث تلزم تلك القيود المشرع بعدم مخالفتها، مما تمثله من قيم سامية ومبادئ مهمة تعد من الثوابت الرئيسية في الأنظمة الديمقراطية كونها تمثل جانب مهم ورئيسي من حماية الحقوق والحريات وإدارة الدولة، ومن هذه المبادئ هي مبدأ عدم تشريع قانون مخالف للشريعة الإسلامية او مبدأ مخالف للمبادئ الديمقراطية او مبدأ مخالف للحقوق والحريات التي وردت في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، لوجود غاية لدى المشرع الدستوري في حماية تلك المبادئ السامية من أي تعسف او انحراف من قبل المشرع، ولأجل توضيح هذا المبحث سنقوم بتقسيمه على مطلبين يتضمن الأول : قيد عدم سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام، أما الثاني فيكون عن قيد عدم سن قانون يتعارض مع المبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات الاساسية.

المطلب الأول قيد عدم سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام

تضمنت المادة (٢) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، إيراد قيد "عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام" وأوردت الى جانبه قيدين آخرين هما: "عدم جواز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية" .[٢] و"عدم جواز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور" .[٣] ويثار التساؤل هنا ماهي معايير ثوابت أحكام الإسلام؟ وهل يمكن تعريف الدين الإسلامي قانونا او دستوريا وهل يمكن ان يكون للدين الإسلامي حدود ومعايير ثابته يمكن الرجوع اليها؟ان ثوابت أحكام الإسلام ومعايير الدين الإسلامي تتسم بالتشعب نظراً لكثرة الطوائف المسلمة وعلاقتها في ذلك مع الدين المسيحي، اذ كيف يمكن للمشرع او القاضي معرفة حدود تلك الثوابت بالإضافة الى الثوابت القطعية في الدين؟ حيث لم نجد معيارا ثابت للتعبير عن ثوابت الإسلام، بل ان فقهاء الدين اختلفوا فيما بينهم حول المعايير التي تعد ثوابت من عدمها، فهناك من اعتبر ان الثوابت هي الصلاة والصوم والحج وهناك من اعد الثوابت هي المتفق عليها بين العلماء .[٤]فهل كان قصد المشرع من ايراد لفظ الدين كعنصر أخلاقي أكثر مما يكون عنصر قانوني أساسي؟ان الدستور يحتوي على قواعد ومبادئ عديدة، فهو وثيقة سامية يجب ان يتم التعامل معها وفق القيمة القانونية لكل قاعدة مع عدم عزلها عن محيطها الاجتماعي والظروف الواقعية، فلا مجال للسهو في تلك الوثيقة المهمة ولا يمكن اهمال تطبيق نص دستوري معين، كون الدستور هو من اعطى الدين الإسلامي وثوابت أحكام الإسلام شكلا دستوريا .[٥] من خلال تضمين ذلك في قواعده ومبادئه ولو أراد المشرع عدم اسباغ الصيغة الدستورية للدين ما كان ليضمنهُ في مواد الدستور، فلا يمكن النظر الى قواعد وثوابت أحكام الإسلام كقواعد أخلاقية اكثر مما تكون قواعد دستورية.[٦]حيث يرى البعض ان هناك تناقض بين القيود الواردة في نص المادة (٢) كون ثوابت أحكام الإسلام لا تنسجم مع كافة المبادئ الديمقراطية منها حرية العقيدة والدين، وعقوبة الرجم وغيرها.ويرى البعض الاخر من الفقهاء ان احكام الدين الإسلامي الموجودة في الدستور ليست ذات طابع جوهري وان ايرادها في صلب الوثيقة الدستورية كان بسبب إصرار بعض مشرعي الدستور عليها، وان دستور العراق هو دستور متطور مقارنة بدساتير المنطقة، كونهُ يكفل حرية المعتقد لجميع أطياف الشعب العراقي، كما دمج الإسلام مع المبادئ المعترف بها دوليًا للديمقراطية وحقوق الإنسان.[٧] وأعتبر الدستور ان الشرعية الإسلامية هي مصدر أساس للتشريع، وهذا ما نص عليه قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ . [٨]اما عن ترتيب الدين كمصدر للتشريع فقد أورد المشرع لفظ "أساس التشريع الوارد في المادة أعلاه فهنا نعتقد اعتماد الدين الإسلامي كمصدر رئيسي وليس وحيد للتشريع، واشارت محاضر كتابة الدستور العراقي الى عدة مفاهيم تم تناولها اثناء تشريع نص المادة (٢) من الدستور، فتم اقتراح تسمية عدد من الصياغات : مثل "المصدر الأساسي" و "المصدر الأول" و " "المصدر الرئيسي" و "مصدر من مصادر التشريع " . [٩] إذ أن الشريعة في نظر البعض لا تغطي ولا يمكنها معالجة مجموعة واسعة من الموضوعات التي يتناولها القانون المدني المعاصر.[١٠] فإنها تتناول قضايا معينة مثل الميراث، والأسرة (الزواج والطلاق)، والقانون الجنائي، والعقود، وتخلو من القواعد الموضوعية المباشرة الحاكمة للمجالات الأخرى، مثل الشركات، والعمل، وحقوق النشر، والمعاهدات، والهياكل والسلطات الحكومية، والملكية الفكرية، والاتصالات. [١١]كما إن اشتراط الشريعة الإسلامية بان تكون المصدر الوحيد للقانون، ينتج عقوبات قاسية وغير مألوفة وغير مقبولة وفقًا للمعايير الدولية بسبب وجود عقوبات حدية في الشريعة الاسلامية.[١٢]وتركز النقاش في صياغة نص المادة (٢) على عبارة مصدر اساسي، ثم دار النقاش حول مفردة "أساسي"، ثم العودة إلى " رئيسي". على الرغم من أن معنى هذه الكلمات في اللغة الإنجليزية يبدو

متشابهاً، الا ان للكلمتين في اللغة العربية اثر مختلف عن الاخر، ففي ضوء تلك المعاني تحدد العلاقة بين الدين الإسلامي كونه مصدرا من مصادر القانون وبين مصادر القانون الأخرى.[١٣]ان كلمة "رئيسي" لوصف اثر الدين الإسلامي يدل على أن الإسلام سيكون المصدر الأول أو الأساسي، في حين تدل كلمة اساس الى مكانة مهمة بين مصادر القانون الأخرى وليس المصدر الاوحد، أي السماح بشكل معقول لمصادر أخرى للقانون بجانب الدين الإسلامي كمصدر للتشريع، فالشريعة ليست مجموعة قوانين ثابتة ومكتوبة. [١٤] إذ تشمل الشريعة القرآن والسنة (أقوال وأفعال النبي)، وهذه الروايات والاقوال تختلف تفسيراتها بين المذاهب، وتحتوي على احكام الاجتهاد والاستدلال والقياس وهي غير مقننة لتعدد مذاهبها ومصادرها واختلاف الفقهاء الاسلاميين، مما يجدر الإشارة اليه ان بعض الفقهاء يرون ان الشريعة لا تحتوي على أحكام تتعلق بالموضوعات الحديثة. وقد تفسر المحاكم مستقبلا هذا البند الخاص بالإسلام على أنه حكم "لسد الثغرات" في غياب قانون مقنن بشأن قضية معينة.[١٥] كما ان القراءة الحرفية للنصوص والتمعن فيها ودراسة هيكل المادة كوحدة قانونية متكاملة، تشيرنا الى يقينية اعتبار الإسلام مصدرا للتشريع، الا ان المشرع لم يوحد المصطلحات الواردة في المادة، اذ استخدم تارة الدين الإسلامي وتارة ثوابت احكام الدين الإسلامي، وكان الأولى تقنين المفردات وتوحيدها في نصوص الدستور [١٦] بالإضافة الى ذلك فان المفردات المتعلقة بالدين الإسلامي اتصفت بالغموض، مما يعطي سلطة واسعة للقضاء الدستوري في تفسير النصوص وإعطاء معان مختلفة عن النظر في القضايا المتعلقة بالدين الاسلامي.[١٧]كما أن وجود القيود الدستورية على تشريع القوانين المذكورة في المادة (٢) منه تسري أيضا على التشريعات السابقة على نفاذ الدستور وذلك بحكم السمو الدستوري .[١٨]اما عن موقف القضاء الدستوري العراقي، فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بموجب قرارها لبيان مدى شرعية الزواج بزوجة ثانية بموافقة القاضي وفق الشروط القانونية في قانون الأحوال الشخصية، بان وجه الطعن كان ان هذه الشروط تخالف مبادئ الشريعة الاسلامية[١٩] وذكرت المحكمة ان شروط التعدد الخاصة بالزواج في قانون الأحوال الشخصية استنبطت من خلال موازنة ما يهدف اليه الزوج من التعدد، مما يستوجب النظر بين الغرض المشروع او اشباع الرغبات الرامي اليها الزوج كما من الجائز تقييد المباح للصالح العام[٢٠]وقضت أيضا وهي بصدد النظر عن مدى موافقة استيفاء مهر المرأة مقوما بالذهب مع القيود الدستورية[٢١] اذ ذكرت المحكمة بان المهر المؤجل "يعدّ ديناً في ذمة الزوج من يوم نشوئه" وان قيمة هذا الدين يتخلف تقييمها من وقت لأخر وفق القوانين النافذة كما ان هذا الدين يؤدي الى تحقيق العدالة الاقتصادية بين الوقت الذِي نشأ به والوقت المستحق له فان هذا النص لا يخالف الدين الإسلامي الوارد في الدستور [٢٢]. وقضت أيضا ان حق الطلاق قد وضع لغايات مبررات مشروعة وان وقع بصورة تعسفية فذلك مؤداه ان الزوج قد تعسف وتجاوز النطاق المشروع للطلاق وان هذا الضابط على حق الطلاق يُرى مخالف للشريعة الاسلامية [٢٣].ففي القرارات انفا، نرى أنهُ على الرغم من الحجج التي قدمت بمخالفة بعض النصوص القانونية لمبادئ الشريعة الإسلامية، الا ان المحكمة قد نظرت بصورة متوازنة بين تلك القيود، بالنظر للاعتبارات العملية والغايات العليا من النصوص ووفقت بين التعارض الظاهري وبين نص "المادة (٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥" كما راعت تفسير تلك القيود، وهذا يوجب على المحكمة عدم اتباع المنهج الحرفي في التفسير بل يجب ان يفسر بأكثر من منهج، ونعتقد ان المنهج البراغماتي في التفسير هو الأنسب لتفسير هذا النص، كما يجب ان تمارس هذه الرقابة من قبل المحكمة في حدود متوازنة بين كلا المبدأين وان يكون مرد هذا التوزان الى الدستور ذاته في ضوء غايته وأهدافه، وعند توطئة النظر اليهما يجب ترك فكرة التعارض بين نصين طالما لم يمس ذلك النص المبدأ الدستوري.

المطلب الثاني قيد عدم سن قانون يتعارض مع المبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات الأساسية

غالبًا ما تشير النصوص الدستورية الى نص يتضمن عدم تعارض أي تشريع قانون مع مبادئ محددة ومعينة وهذا ما اشارت اليه المادة (٢) من "دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥"، اذ تضمن عدة مبادئ لا يجوز مخالفتها من قبل السلطة التشريعية، ويشار إلى بند في الدستور ينص على أنه لا يجوز لأي قانون أن يتعارض مع مبادئ معينة على أنه "بند التقييد".[٢٤]ان هذا المنع او القيد نحو التشريعات العراقية، والذي يمكن من قراءته يفهم على أنه موجه فقط للقوانين التي سيتم تشريعها، إلا أننا لانرى أي دليل على أن مشرعي الدستور كانوا يبتغون تقييد لقوانين مستقبلية فقط، اذ يسري على القوانين المشرعة قبل صدور دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .[٢٥] ويرى البعض لا يمكن لهذا النص تقويض بنود الدستور الأخرى التي تتعارض مع الاسلام، فليس لهذا الحكم أي تأثير على النصوص الدستورية الأخرى، لان السلطة التشريعية ستحتاج الى الكثير من القوانين لتغطية بنود الدستور، الا ان هذا لا يمنع من تأثير بند القيود على تطوير القوانين النافذة المتعلقة بالحقوق الدستورية او القوانين الأخرى التي تسنها السلطة التشريعية. [٢٦] لذلك يتطلب على إرادات السلطة التشريعية عند سن قانون، معرفة ما اذا كان المشروع يتعارض مع احكام الإسلام الراسخة ومبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات، كما ان الامر ليس باليسير على القضاء الدستوري، بسبب عمومية المبدأ وعدم وجود أسس ثابته له مما سيقود المحكمة الى اصدار مبادئ قانونية متعددة وفق كل حالة [٢٧]ويرى اخرون ان هذه البند لا يحتوي على تعارض متأصل بين

احكام الإسلام الراسخة ومبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات الأساسية التي يحميها الدستور، مع ذلك فان الإشارة الى الاسلام يمكن ان يحتوي على عدة معايير وقواعد، اذ بالإمكان تطبيق الشريعة على العراقيين على حدا سواء مع افتراض وجود قاعدة عامة وهي ان الشريعة تطبق فقط على المسلمين، اذ ان الحريات والحقوق الأساسية الواردة في الدستور مكفولة للجميع ولا يجوز انتهاك تلك الحقوق من قبل المشرع، فالعبارات اللغوية المستخدمة في نص المادة (٢) من الدستور "الأحكام الثابتة" اعتبرها بعض مشرعي الدستور الى انها تشير الى المبادئ العالمية للإسلام على أنها "مبادئ عالمية"، إلا أن التفسير الأكثر دقة هو "المبادئ المجمع على أتفاقها" أي فقط تلك المبادئ التي يوجد إجماع بشأنها، وقد تقتصر العبارة فعليًا على قواعد وممارسات راسخة في الدين مثل الصلاة، والحج، والصوم ، وطقوس التطهير قبل الصلاة، وتحريم الكحول.[٢٨]كما أشارت مناقشات كتابة الدستور العراقي الى اعتراضات واسعة بخصوص قيد ثوابت احكام الإسلام، مما دعى البعض الى القول بان هذه القيود يجب ان تكون متوازنة بينها، وعلى أساسها تم ادراج "مبادئ الديمقراطية" لموازنة قيد احكام الإسلام، وان مبادئ الديمقراطية لا يمكن ممارستها دون ان تقيد ببعض القيود المتعلقة بحقوق الاخرين.[٢٩] لذا نرى ان النصوص الواردة في "المادة (٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥" يجب ان تطبق بصورة متوازنة وفق التفسير التكاملي وتغليب كل نص على الاخر على كل قضية حسب معطيات القضية مع وزن تلك الحقوق.وبالرجوع الى مفهوم الديمقراطية فقد عُرفت بأنها "حكم الشعب من قبل الشعب ولأجل الشعب" وقد يحمل هذا المنظور للديمقراطية دلالات واسعة يصعب حصرها فلا يمكن القول بوجود نظام ديمقراطي دون توافر سيادة الشعب والتي تعني ممارسة الشعب هذه السيادة في الديمقراطيات النيابية عبر اختيار من ينوبون عنه في المجالس النيابية بانتخابات حرة.[٣٠]فالنظام الديمقراطي لا يقوم بمجرد وجود أغلبية تسود وتحكم، وانما أيضا من الشروط الأساسية لقيام النظام الديمقراطي ان تسود القيم الأساسية ومبادئ حقوق الانسان.[٣١]ومن مبادئ الديموقراطية أيضا هو مبدأ التعددية، فالتعددية مفهوم يعني تعدد المجموعات والاتجاهات والفرق، كما يعني تعدد المنظمات وسلطات الدولة، تضمن التعددية لمختلف المجموعات في الدولة حق التعبير عن هذا الاختلاف وحق الانتظام داخل مختلف الأطر التي يرتضونها لتحقيق ذواتهم والتعبير عن أغراضهم وحقوقهم واستدراك مصالحهم وحاجاتهم، ومبدأ تقيد السلطة[٣٢] ومبدأ سلطة القانون[٣٣] مبدا الفصل بين السلطات .[٣٤]كما ان من مقتضيات مبدأ الفصل يبين السلطات ضرورة وجود تعاون وتوازن بين السلطات وهذا لا يعني تدخل في اختصاص السلطة الأخرى، على ان تكون هناك مرونة في الفصل بما يضمن تحقيق المصلحة العليا للدولة.وهذا ما ذكرته المحكمة الاتحادية العليا بالقول، "أن الدستور العراقي تضمن نظام دستوري قوامه الفصل بين السلطات وأعطى لكل سلطة اختصاصها فلا يجب ان تقوم سلطة بالتعدي على سلطة أخرى". [٣٥] اما بخصوص تقييد النصوص التي تتعارض مع الحقوق والحريات في دستور جمهورية العراق فان المشرع الدستوري لم يكن موفقا في ذلك فقد كان هناك نوعا من تناثر القيود بهذا الصدد، فقد نص في "المادة (٢) البند (ج)" على "لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الاساسية الواردة في هذا الدستور", ثم أشار في المادة (١٥) منه على "لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون، وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة"، كما تضمنت المادة (٤٦) منه على "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".ونجد ان المشرع الدستوري لم يكن موفقا في طرح تلك القيود فكان الأولى تضمينها بمادة واحدة فقط وليس في اكثر من مادة متناثرة بين أجزاء الدستور.

المبحث الثاني الضمانات الدستورية للقيود المفروضة على أختصاص المشرع في تشريع القوانين

يمتاز الدستور بكونه وثيقة عليا تخضع لأحكامه ومضامينه القوانين كافة، ويفرض على السلطات العمل وفق مبادئه وقواعده والتحرك ضمن النطاق الذي رسمه والحدود التي اقرها والضوابط التي أشار إليها، لغرض ضمان عدم الانحراف او التعسف في استخدام السلطات، وتحقيق اهداف المجتمع العليا بما يصون الحقوق ويسجد الشرعية في عمل تلك السلطات.فالدستور يعد صك يمتاز بالسمو والعلو والالزامية على السلطات كافة بما يحقق الشرعية في عملها ولهذا المبدأ ضمانات مهمة وهي الضمانات القضائية المتمثلة بالمحكمة الاتحادية العليا، اذ تعد ضمان لعدم تعدي أي قانون على النصوص المحمية دستوريا, عليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين أولهما: مفهوم مبدا سمو الدستور وانواعه، ليكون الثاني عن: دور المحكمة الاتحادية في حماية مبدأ سمو الدستور.

المطلب الأول مفهوم مبدا سمو الدستور وانواعه

ان الدستور هو الوثيقة الاسمى والاعلى في الدولة طبقا لمبدا تدرج القواعد القانونية، وهو بمثابة وثيقة عليا وقيد على السلطات كافة، فضلا عن كونه ضمانة لعدم الانحراف لتلك السلطات عن مبادئ الدستور وقيمه وفق الضمانات التي أقرها والحقوق التي تبناها. والسؤال هنا ما هو مبدأ سمو الدستور؟ اذ ان المقصود بسمو الدستور هو اعتباره اسمى قانون في الدولة لا يعلو عليه او يفوقه أي قانون اخر.[٣٦] وبناءاً على ضوابط ومبادئ

المشروعية وسيادة القانون وكفالتها، وضمان عدم التجاوز على السمو الدستوري، يُعتمد سلم هرمي للقواعد القانونية في النظام القانوني للدولة، اذ تعلو القواعد القانونية بصورة هرمية تراتبية، فيكون الخضوع هرمي من القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى منها في القيمة القانونية، وبخلاف ذلك توسم القاعدة المخالفة بعدم المشروعية [٣٧]وتعد القواعد الدستورية قواعد عليا لأسباب متعددة[٣٨] ومنها، صدورها عن السلطة التأسيسية، التي تعد السلطة العليا التي شرعت الدستور وان الدستور هو الذي يوزع الاختصاصات ويحدد عمل السلطات ويرسم النظام القانوني للدولة ويوضح الطبيعة الدستورية للهيئات كافة، فهو يأسس ويضع المسار المنطقي للنظام القانوني للدولة .[٣٩] ولجموده دورا كبيرا في سموه، وهذه ميزة تمتاز بها الدساتير الجامدة دون المرنة والذي نص عليه دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، "يُعدُ هذا الدستور القانون الاسمى والاعلى في العراق، ويكون ملزماً في انحائه كافة وبدون استثناء ولا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو اي نص قانونيٍ آخر يتعارض معه".[٤٠] فالنظام القانوني للدولة يتكون من قاعد قانونية متدرجة بصورة هرمية تفوق احدها الأخرى، كما ان الدستور هو الذي اعطى السلطات كافة الشرعية القانونية في ممارسة اختصاصها واداء واجباتها من خلال النص عليها في مضامينه كما يوضح القيود الخاصة باختصاصات تلك السلطات.[٤١]ويقصد بهذا المبدأ أيضا ان الاحكام الدستورية تفوق غيرها من الاحكام القانونية في النظام القانوني للدولة، فالقوانين التي تشرعها السلطة التشريعية يجب ان تكون متوافقه مع احكام الدستور والا اعتبرت غير دستورية او غير مشروعة، اذ يتقيد النظام القانوني في الدولة بتلك الاحكام الدستورية ويفرض على السلطات ممارسة اختصاصها في حدود الأطر المرسومة لها، كما يعد من المبادئ المسلم بها. [٤٢]وهذا السمو اما أن يكون موضوعياً او شكلياً: فمعنى السمو الموضوعي، هو ان تكون ممارسة الدولة واعمال هيأتها ضمن النصوص المحددة الدستورية المفروضة عليها وفق الاختصاص الممنوح لها دون انتهاك أي قاعدة او مبدأ دستوري، فيجب عليها ان تتوخى الحذر في عدم انتهاك تلك المبادئ والقواعد والا وصفت تلك التصرفات بعدم الدستورية، ويعد مساسا بالأساس الدستوري الذي منح تلك السلطات اختصاصها.[٤٣]كما تمتاز القواعد الدستورية سواء اكانت دساتير جامدة ام مرنة بالسمو الموضوعي من خلال احترام المشرع العادي، المضامين الدستورية وان كان يمتلك الحق في تعديل الدستور بنفس الية تعديل القوانين العادية.[٤٤] مما يعني ان هذه السلطات لا تمارس حقا شخصياً تتصرف به كما تشاء، وانما تمارس وظيفة تحددها النصوص الدستورية، ويترتب على ذلك ان هذه السلطات لا تستطيع تفويض اختصاصاتها للغير، الا بنص دستوري يبيح ذلك، تطبيقاً للمبدأ الذي يقول "الاختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض".[٤٥]اما السمو الشكلي، فيعني ان الاليات الدستورية لتعديل الدستور تختلف عن اليات تعديل القانون العادي وتعد اكثر تشعب وتعقيدا وصعوبة، فنجد ان السمو الشكلي يتوافر في الدساتير الجامدة دون المرنة كون الأخيرة لا تتضمن إجراءات معقدة مختلفة عن إجراءات تعديل القانون العادي على الرغم من احتوائها على السمو الموضوعي.[٤٦]إذ تمتاز جميع القواعد الدستورية بصفة السمو الموضوعي بصفة عامة، والسمو الشكلي والموضوعي للدساتير الجامدة، مما يعني منح الأولوية والتفوق لقواعد واحكام الدستور، وممارسة الهيئات عملها وفق النطاق الدستوري المرسوم لها دون التعدي على احكام الدستور، فهذه شريطة المشروعية ان تكون تلك التصرفات متوافقة مع احكام الدستور.

المطلب الثاني دور المحكمة الاتحادية في حماية مبدأ سمو الدستور

ان من اهم النتائج التي تترتب على مبدأ المشروعية هو مبدأ تدرج القواعد القانونية "سمو الدستور" مما يستلزم توفير ضمانات لحمايته، يتمثل هذا الضمان بالقضاء الدستوري، وهي المحكمة العليا التي تراقب تطبيق القوانين ومدى انسجامها مع الدستور.[٤٧] ان للرقابة القضائية الدستورية صورتان، فهي اما تكون رقابة قضائية او رقابة سياسية، عادة ما تكون الرقابة القضائية على نوعين هي اما تمارس الرقابة على دستورية القوانين قبل صدوره ودخوله مرحلة النفاذ "رقابة سابقة" او تمارس الرقابة بعد تشريع القانون "رقابة لاحقة"، كما ان هذه الأخيرة اما ان تكون رقابة الغاء او امتناع، فان رقابة الإلغاء تكون بإلغاء القانون المخالف للوثيقة الدستورية، اما الامتناع فهي الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري، فان القاضي وهو بصدد مباشرة اختصاصه يجب ان يمارس تلك الرقابة وفق ضوابط التقييد الذاتي مراعيا غاية المشرع، مع عدم التدخل تشريعيا في اختصاص المشرع من خلال إعطاء تفسيرات ذات طابع تشريعي . [٤٨]ان المركزية اهم ما امتازت به المحكمة الاتحادية العليا في العراق، فهي تمارس رقابة مركزية في ظل وجود محكمة مركزية موكلة اليها اختصاص مباشرة الرقابة على دستورية القوانين وفحص مدى مطابقة القوانين العادية للدستور، وهذا خلاف رقابة الامتناع التي تمارس من قبل محاكم متعددة الدرجات تختلف نسبية حجية الحكم بحسب المحكمة التي اصدرته.[٤٩] فقد تضمن الدستور العراقي تشكيل محكمة اتحادية عليا. [٥٠] مهمتها من بين اختصاصات متعددة الفصل في دستورية القوانين والنظر بمدى مطابقة التشريع لقواعد الدستور[٥١] وإن هذه الرقابة تفرض على القوانين النافذة، سواء كانت نافذة قبل صدور الدستور ام بعده [٥٢] كما وان اختصاص المحكمة بشان الرقابة على دستورية التشريعيات هي رقابة مطلقة أي تشمل القوانين كافة الصادرة عن السلطة التشريعية، بصفتها الجهة المختصة بهذا

الشأن[٥٣].ولقد مارست المحكمة اختصاصها على دستورية قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل والقوانين والاوامر الصادرة عن سلطة الائتلاف المؤقتة.[٥٤] ويتجلى دور المحكمة في حماية الدستور من خلال غل يدها على الرقابة، وممارسة السلطة الرقابية لئلا ينتهك الدستور من قبل المشرع او تنجرف السلطة لانتهاك الحقوق الواردة فيه او عدم الالتزام بالقيود التي اقرها، والحقوق التي أسس لها في نصوصه، فان النص الذي يخالف تلك المضامين والمبادئ والقواعد يقع في حمأة ومغبة عدم دستوريته، مما يكفل حماية تلك القيود وصيانتها.فقد اضطلعت المحكمة الاتحادية العليا وهي بصدد مباشرتها للرقابة بحماية الدستور وذلك من خلال الاحكام التي أصدرتها، فقد قضت ان المحكمة تمارس الرقابة على الاغفال التشريعي الذي ينتهك الحقوق التي صانها الدستور، مما يوجب على المشرع الالتزام بالدستور وتنظيم تلك الحقوق بشكل يضمن للأفراد حقوقهم وحرياتهم الكاملة، ويمنحهم الحق في ممارستها وفق الاطار الدستوري والامتناع عن الانتقاص منها.[٥٥] ونرى ان المحكمة قد باشرت مهمة الرقابة ليس فقط على الاعمال الإيجابية، وانما أيضا على الاعمال السلبية والمتمثلة بالأغفال التشريعي، اذ تصدت لحماية الحقوق وصيانة القيود الدستورية.وقضت أيضا ان هناك الزام على مجلس النواب عند تشريعه القوانين الانتخابية، فعليه ان يراعي مكون الشعب كافة، بموجب بند المساواة فيما بينهم ومراعاة التكافؤ في الفرص، وذلك لأجل ان يكون تمثيل المكونات اجمعها مضمون في السلطة التشريعية، وان التشريع الذي يخالف ما ذكر يعد منتهك لقواعد ومبادئ الدستور.[٥٦] إذ ان المحكمة وضعت قيدا على السلطة التشريعية عن تشريعها للقوانين الانتخابية وهو ان تكون مراعية لأطياف الشعب وضامنة لحقوقهم وفق المبادئ الدستورية دون الاخلال بها او الانتقاص منها او الالتفاف عليها. وقضت أيضا ان "اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين" تفرض على القوانين التي يكون فيها تجاوز على الدستور فان جنح التشريع عن اهداف الدستور او مال الى انتهاك القواعد فان للمحكمة الكلمة العليا في رفض ذلك التشريع بالحكم بعدم دستوريته.[٥٧]وهنا قامت المحكمة بوضع معيارا محدد للمشرع في تشريعه للقوانين وقيدا واضحا على سلطاته عند تشريعه للقوانين، وذلك بتوجيه السلطة التشريعية، بعدم الخروج عن حدود الدستور والا اعد القانون غير دستوري.وقضت أيضا ان الحقوق الانتخابية "حق التصويت والانتخاب والترشيح" تعد من الحقوق ذات الأهمية البالغة التي كفلها الدستور وحماها واوجب على السلطات كافة، توفير كافة الضمانات والأدوات اللازمة لضمان وممارسة الافراد كافة لهذه الحقوق، كون هذه الحقوق هي من اساسيات الديموقراطية واعمدتها وبخلاف ذلك تعد الديمقراطية معيبة وناقصة ومنتهكة للدستور، وتفقد شرعية السلطات التي تستمد من الشعب، فان إيجاد هياة متخصصة ومحايدة ومستقلة استقلال تام ومعينة بإدارة الانتخابات يعد من اهم الوسائل الديمقراطية في الدولة، وان حرمان الافراد من تلك الحقوق يزيل الصفة الدستورية عن العملية السياسية ويلقي بضلاله على الفاعلية الانتخابية.[٥٨]وقضت أيضا ان استخدام اسلوب العد والفرز الالكتروني لأصوات الناخبين لا يعد مخالفاً لمبادئ الديمقراطية والمساواة او تكافؤ الفرص التي كفلها الدستور. [٥٩] مما تقدم نجد ان المحكمة قد تصدت لحماية الدستور وسموه من خلال نقض التشريعات المخالفة للدستور، كما وجهت المشرع في العديد من قراراتها، بان يلتزم حدود الدستور والعمل ضمن نطاقه، وهذا يجسد دورها في حماية مبادئ الدستور وصيانة قواعده.

الخاتمة

في ختام بحثنا هذا توصلنا الى عدة نتائج وابدينا جملة من التوصيات :

النتائج:

١- هناك نصوص في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ يعتريها غموض ظاهري هذا ما تضمنته المادة (٢) من الدستور اذ اشارت الى أنواع من القيود وهي ثوابت الإسلام ومبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات مما يوجب على المشرع ان يوازن بينها عند تشريع أي قانون.

٢- ان المشرع الدستوري لم يكن موفقا في صياغة نص المادة (٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، بايراد مفاهيم لا يمكن تحديد معايير لها.

٣- يعد الاسلام مصدرا من مصادر التشريع وليس المصدر الأوحد فلا يعني قصر هذا الوصف على قواعده وأحكامه فقط فهو مصدر أساس للتشريع ولكنه ليس المصدر الوحيد لتشريع القوانين.

٤- لم نجد تعريفا قانونيا لمفهوم ثوابت احكام الإسلام، وهذا سيجعل امر تفسير ذلك المبدأ متذبذب بين قضية وأخرى.

٥- ان للمحكمة الاتحادية العليا دورا فعال في حماية مبدا الفصل بين السلطات والذي يعد من اهم المبادئ الديمقراطية.

التوصيات:

١- على المحكمة الاتحادية العليا أن تأخذ بنظر الاعتبار عند النظر لتلك المبادئ، على أنها مبادئ متوافقة وغير متعارضة وتفسيرها بصورة لا تقوض تلك النصوص ولا تفرغها من محتواها بما ينسجم مع المعايير الموضوعية المناسبة.

٢- نوصي القاضي الدستوري بأن يتولى مهمة التوفيق بين المبدئين، اذ يحتاج الى موازنة وتغليب احدى القواعد على الأخرى وفق كل قاعدة وحسب نوع النص ومدى تنظيم القانون للحالة.

٣- تعديل نص المادة ٩٢ من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ وقصر العضوية على القضاة فقط دون خبراء الدين الإسلامي .

٤- تعديل نص المادة (٢) بجعل احكام الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر التشريع وإزالة اللبس الحاضر.

المصادر

أولا: الكتب

١. احمد الجربيع، النظرية الديمقراطية، وزارة الشؤون السياسية البرلمانية في الأردن، دون سنة نشر.

٢. اراء في الدستور العراقي صادرة عن مركز العراق للمعلومات الديمقراطية. الطبعة السادسة ٢٠٠٥.

٣. رمضان عيسى احمد، الانحراف التشريعي، دار المسلة، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠.

٤. زيد العلي ويوسف عوف، الدستور العراقي، دارسة تحليلية، مؤسسة فريدريتش، ٢٠٢٠.

٥. فاروق عبد الكريم، الاثار المترتبة على اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي، دون مكان وتاريخ نشر.

٦. فرمان درويش حمد، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، منشورات زين الحقوقية، لبنان،٢٠١٣ .

٧. محاضر اجتماعات كتابة الدستور العراقي,٢٠٠٥، المجلد الأول، الطبعة الأولى، ٢٠١٨.

ثانيا: الرسائل والاطاريح والبحوث,

١. أحمد حمودة، مبدأ تدرج القواعد القانونية وآثاره على الوظيفة القضائية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، ٢٠٠٦.

٢. ازهار هاشم احمد الزهيري، الرقابة على دستورية الانظمة والقرارات الإدارية في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد /كلية القانون، ٢٠١٥.

٣. جابر حسين علي التميمي، حدود اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق، (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة جامعة واسط للعلوم الإنسانية، مجلد ١٨ العدد ٥٠ لسنة ٢٠٢٢.

٤. سنبل عبد الجبار احمد، مبدأ سمو الدستور وكفالة احترامه، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية.

٥. عبد الفتاح عبد الرزاق محمد، الرقابة الدستورية على الامتناع، دراسة تحليلية مقارنة. بحث منشور في مجلة، الجامعة اللبنانية الفرنسية، العراق المجلد، (٣) العدد (٣) صيف ٢٠١٨.

٦. علي عبد الهادي حميد، نطاق رقابة المحاكم الدستورية على التشريعات الضريبية، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة العدد (٤٤) السنة السابعة عشر/ حزيران/٢٠٢٢.

٧. محمد طاهر حكيم، الثوابت والمتغيرات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم الى رابطة مكة، ٢٠١٢.

٨. فراس الحميري، اثر الاغفال التشريعي على مبدأ سمو الدستور، (دراسة مقارنة) بحث منشور في كلية القانون/ جامعة اهل البيت.

٩. كمال جعلاب، دولة القانون الديمقراطية، إشكالية المفهوم ومتطلبات الدسترة، بحث منشور في مجلة السياسات العربية، العدد: ٥٢، المجلد:٩، أيلول، ٢٠٢١.

١٠. محمود حسين علي، مبادئ الدستور الإسلامي الأساسي، بحث منشور في مجلة جامعة الموصل-كلية العلوم الإسلامية، العدد(٢/١٤) ، ٢٠١٣.

١١. محمد عباس محسن، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهرين كلية الحقوق، ٢٠٠٩.

١٢. نور ليث مهدي، ضمانات الديمقراطية التمثيلية في دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير/ كلية القانون الجامعة المستنصرية، ٢٠١٥.

١٣. هشام جليل ابراهيم الزبيدي, مبدأ الفصل بين السلطات و علاقته باستقلال القضاء العراقي في العراق, رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة النهرين, ٢٠١٢.

ثالثا: الدساتير والقوانين

١. قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغي .

٢. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

رابعا: المواقع الالكترونية

١-الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط https://www.iraqfsc.iq/index-ar.php.

سادسا: المصادر الأجنبية

1. Andrew Arato, Constitution Making Under Occupation: The Politics of Imposed Revolution in Iraq, Columbia University Press, 2009

2. Ashley S. Deeks ,Matthew D. Burton, Iraq's Constitution: A Drafting History, Cornell International Law Journal Volume 40 Issue 1 *Winter 2007* Article 1, p9.

3. Dick Howard, General Editor, Constitution Making Under Occupation, Columbia University Press New York, 2008,p,

4. Rachel M. Scott , RECASTING ISLAMIC LAW, Cornell University,2021.

5. Saad N. Jawad ،The Iraqi Constitution: Structural Flaws and Political Implications LSE Middle East Centre Paper Series / November 2011.p.28

هوامش البحث

[١] نصت المادة (٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على "اولاً:- الاسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع: أ -لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام. ب -لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية. ج-لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الاساسية الواردة في هذا الدستور. ثانياً :- يضمن هذا الدستور الحفاظ على الهوية الاسلامية لغالبية الشعب العراقي، كما ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الافراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية كالمسيحيين والآيزديين والصابئة المندائيين".

[٢] المادة (٢/ أولاً / ب) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .

[٣] المادة (٢/ثانياً/ج) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .

[٤] د محمد طاهر حكيم، الثوابت والمتغيرات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم الى رابطة مكة، ٢٠١٢، ص ٥٦ .

[٥] في عام ٢٠٠٥ ، وافق العراقيون على الدستور في استفتاء، لكنهم صوتوا على مسودة دستور غير مكتملة، ولم يدركوا أن الوثيقة ستعمق المشاكل والخلافات. لقد ساهمت الطريقة المتسرعة في صياغة الدستور، والتدخلات الخارجية العديدة، وغياب الخبرة الدستورية العراقية، التي رافقت عملية تشريع الدستور انقسامات عديدة، مما انتج وثيقة دستورية تعتريها الغموض تارة والتعارض تارة أخرى ليؤدي ذلك الى مشاكل عند تطبيق احكامه. للمزيد عن دور الدين في صياغة الدستور العراقي والاحكام الخلافية فيه، ينظر

Saad N. Jawad ،The Iraqi Constitution: Structural Flaws and Political Implications LSE Middle East Centre Paper Series / November 2011.p.28

[٦] ان الرؤية التي تبنتها الأحزاب عند المشاركة في تشريع الدستور العراقي هي لغة المذهب والقومية وهذه التوجهات تبلورت في الدستور الجديد بدلاً من التركيز على القضايا والمسائل التي توحد المجتمع العراقي، لقد تغاضى مشرعي الدستور عن حقيقة أن "الهدف الرئيسي لأي دستور هو أن يكون بمثابة ميثاق يربط المجتمعات، للمزيد ينظر:

Andrew Arato, Constitution Making Under Occupation: The Politics of Imposed Revolution in Iraq, Columbia University Press, 2009. pp 205-250.

[٧] كانت المناقشات بين مشرعي الدستور العراقي في قضايا الدين من بين أكثر النقاشات تعقيدا في عملية تشريع الدستور بأكملها، وان السبب الموضوعي الأكثر خلافا كان كثرة ورود كلمة الدين الإسلامي في المواد المقترحة للتشريع فضلا عن إشارة بعض المواد المقترحة التي حذفت فيما بعد الى الأماكن المقدسة: ينظر

Dick Howard, General Editor, Constitution Making Under Occupation, Columbia University Press New York, 2008, p, 101,111,139,141,150.

(٨) ينظر المادة السابعة منه التي تضمنت "(أ)- الإسلام دين الدولة الرسمي ويعد مصدرا للتشريع ولا يجوز سن قانون خلال المرحلة الإنتقالية يتعارض مع ثوابت الإسلام المجمع عليها ولا مع مبادئ الديمقراطية والحقوق الواردة في الباب الثاني من هذا القانون، ويحترم هذا القانون الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، ويضمن اكامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية" .

(٩) احتوت مسودة كتابة الدستور على مجموعة من الأحكام المتعلقة بالدين الإسلامي مطابقة للصيغة المعتمدة في المادة الثانية من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ حيث نص هذا المشروع على أن الإسلام هو الدين الرسمي للدولة ، وأن "القانون هو المصدر الأساسي للتشريع. ولا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئه وأحكامه" (مبادئه المتفق عليها عالميًا).اذ ارادت مجموعة من المشرعين ان تكون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي او الأساس للتشريع. في حين اعتبر اخرون ان الدين الإسلامي يجب ان يكون مصدر من بين مصادر متعددة للتشريع، كما اقترحوا ان تكون صيغة نص المادة ٢ من الدستور أن "الإسلام ... يعتبر مصدرًا للتشريع".

ينظر محاضر اجتماعات كتابة الدستور العراقي,٢٠٠٥، المجلد الأول، الطبعة الأولى، ٢٠١٨، ص ٣٢٠ ومابعدها.

(10) Ashley S. Deeks ,Matthew D. Burton, Iraq's Constitution: A Drafting History, Cornell International Law Journal Volume 40 Issue 1Winter 2007 Article 1, p 9 .

(11) op,cit,p 8.

(12) op,cit,p 9.

(13) Ashley S. Deeks ,Matthew D. Burton, Iraq's Constitution, op,cit,p10.

(١٤). يرى بعض الفقهاء ان الدين الإسلامي يجب ان يرتكز على مفاهيم حديثة واطلقوا عليها (الشريعة الإسلامية الحديثة) وذلك لكونها تحتوي على مفاهيم ومذاهب متعددة اذ تتكون من التأويل، واطار مفاهيمي ونظري وعملي وتعليمي ومؤسساتي، فعند إدراج المواد المتعلقة بالشريعة في الدستور، يجب تحديد معايير الشريعة، فالأخيرة في حد ذاتها مجموعة غير ثابتة من المفاهيم. للمزيد عن دور الدين الإسلامي في صياغة الدساتير، ينظر :

Rachel M. Scott , RECASTING ISLAMIC LAW, Cornell University,2021.P152.

(١٥) أشارت المادة (٢) من الدستور العراقي، في الشق الأول منها البند أولا بالنص على أن: "الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع، وينص الشق الثاني المادة ٢/أولا/ أ على: "لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام". ومن خلال قراءة مضمون النص انفا يتضح لنا احتوائه على جانبين، الجانب الأول هو وضع الإسلام كمصدر للتشريع، فاعتبار الإسلام كدين ذلك يعني تضمنه على العبادات والمعاملات. اما الجانب الاخر من المادة الثانية، يتضح من خلاله التعارض بين جانبي او مضموني المادة فلا يمكن ان يتوفر الاتساق وذلك لعدم إمكانية تشريع القوانين بصورة تكون متوافقة مع الشريعة الإسلامية ومبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات في آن واحد. للمزيد ينظر : زيد العلي ويوسف عوف، الدستور العراقي، دارسة تحليلية، مؤسسة فريدريتش، ٢٠٢٠، ص ٣٣-٣٤.

(١٦) إذا تم الاعتماد على الشريعة في نص "المادة (٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥" فذلك مقتضاه ان الشريعة هي المصدر الأساسي او الرئيسي لكل التشريعات مما يعني وجوب ان تكون القوانين كافة التي ستشرع في المستقبل متوافقة مع تلك الاحكام.

اما اذا أعتبرت الشريعة من مصادر القانون فان هناك سلطة تقديرية للمشرع العراقي في تشريع القوانين ووضعها بصورة مطابقة مع الشريعة الإسلامية تارة، ومتوافقة مع مبادئ الديمقراطية تارة أخرى، وفق وضع كل تشريع وموضوعه وأسبابه الموجبة وغاياته من دون اعتبار تلك التشريعيات قد سنت بصورة مخالفة للقيود.

(١٧) زيد العلي ويوسف عوف، المصدر السابق ص ٣٤.

(١٨) نص دستور جمهورية العراق لسنة في المادة (١٣) على ما يأتي: "يعد هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق ويكون ملزماً في أنحائه كافة وبدون استثناء ولا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور, ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم, أو اي نص قانوني آخر يتعارض معه".

(١٩) نظرت المحكمة بمدى شرعية "الفقرة (٥) من المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل كونها تتعارض مع المادة (٢) الفقرة (أ) من الدستور التي نصت: "لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام" يقتضي الرجوع الى الفقرة (٤) من المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية ونصها "لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين: أ- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة. ب- أن تكون هناك مصلحة مشروعة وأن فقرتها الخامسة نصت إذا خيف عدم العدل

بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي ويترتب على مخالفة ذلك ما هو منصوص عليه في الفقرة (٥) من المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية التي أسقطت حق الزوجة في تحريك الدعوى الجزائية المنصوص عليها في الفقرة (١) من البند (أ) من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية المعدل رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية أي إن إذن القاضي بالزواج بزوجة ثانية بحسب تقديره وبعد توافر الشروط القانونية يمنع الزوجة من تحريك الدعوى الجزائية ضد زوجها والآية الكريمة في سورة النساء/٣" وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا" تبعتها الآية الكريمة المرقمة ١٢٩ من سورة النساء أيضاً "وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا".

(٢٠) أن طلب المدعي في عريضة الدعوى ينطوي على ان طليقته أقامت الدعوى ضده في محكمة الأحوال الشخصية في الهندية تطلب فيها تقويم مهرها المؤجل بالذهب استنادا لقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (١٢٧) لسنة ١٩٩٩، ينظر قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق/ رقم ٦٩/اتحادية/ ٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/٤ منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا، متاح على الرابط https://www.iraqfsc.iq/index-ar.php.

(٢١) للمزيد ينظر، اراء في الدستور العراقي صادرة عن مركز العراق للمعلومات الديمقراطية، العدد السادس ٢٠٠٥. وينظر أيضا د محمود حسين علي، مبادئ الدستور الإسلامي الأساسي، بحث منشور في مجلة جامعة الموصل-كلية العلوم الإسلامية، العدد (٢/١٤) ، ٢٠١٣، ص٢١٦.

(٢٢) ان ذلك يحقق العدالة التي سعت إليها أحكام الشريعة الإسلامية الغراء. وبناءً عليه لا تجد المحكمة الاتحادية العليا وجود تعارض بين القرار المطعون فيه ونصه "تستوفي المرأة مهرها المؤجل في حالة الطلاق مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج" لذا تكون الدعوى قد فقدت سندها القانوني, قرر ردها وتحميل المدعي المصاريف وأتعاب وكيل المدعى عليه/ إضافة لوظيفته مبلغاً قدره عشرة آلاف دينار وصدر الحكم حضورياً وبالاتفاق استنادا لأحكام المادتين (٩٤) من الدستور والمادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا في ٢٠١٢/١٢/١٨ ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق/ المرقم ٨٢/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/١٨.

(٢٣) ينظر قرار المحكمة الاتحادية رقم ٩٤/اتحادية/٢٠١٩ بتاريخ ٢٠١٩/٧/٢٩ منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط https://www.iraqfsc.iq/index-ar.php، مصدر سيق ذكره .

(٢٤) ينظر المادة (٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٢٥) ينظر المادة (٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(26) Ashley S. Deeks ,Matthew D. Burton, Iraq's Constitution،op, cit. p11.

(27) op,cit, p12.

(٢٨) فاروق عبد الكريم، الاثار المترتبة على اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي، دون مكان وتاريخ نشر، ص ٣٠٥-٣١١.

(٢٩) في حين قد يُعتقد أن "الممارسات الديمقراطية" تعني أشياء مثل الانتخابات المنتظمة، والعضوية في الأحزاب السياسية، ودور المنظمات غير الحكومية ووسائل الإعلام في معارضة سياسات واجراءات الحكومة، وقد تشمل مساءلة الحكومة؛ وحقوق ومسؤوليات المواطنين؛ وسيادة القانون، واستبدال قادته عن طريق انتخابات وحرة ونزيهة. كما أنها تعي حقوق الإنسان وحرية ممارسة شعائرهم الدينية والتعبير عن الرأي، والمساواة امام القانون وتوزيع الثروات بشكل عادل.

(٣٠) د احمد الجربيع، النظرية الديمقراطية، وزارة الشؤون السياسية البرلمانية في الأردن، دون تاريخ نشر، ص ٣ – ١٥ .

(٣١) نور ليث مهدي، ضمانات الديمقراطية التمثيلية في دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ –دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٥، ص٥– ٣٥.

(٣٢) للمزيد ينظر: د. احمد الجربيع، المصدر السابق، ص١٨.

(٣٣) للمزيد ينظر: كمال جعلاب، دولة القانون الديمقراطية، إشكالية المفهوم ومتطلبات الدسترة، بحث منشور في مجلة السياسات العربية، العدد: ٥٢، المجلد:٩، أيلول، ٢٠٢١، ص٣١٢.

(٣٤) هشام جليل ابراهيم الزبيدي, مبدأ الفصل بين السلطات وعلاقته باستقلال القضاء العراقي في العراق, رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين, ٢٠١٢, ص ٨– ١٦ .

[٣٥] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٠٥/اتحادية/٢٠١١ بتاريخ ٢٠١٢/١/٣٠ منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط https://www.iraqfsc.iq/index-ar.php.

[٣٦] فراس الحميري، اثر الاغفال التشريعي على مبدأ سمو الدستور – دراسة مقارنة، بحث منشور في كلية القانون/ جامعة اهل البيت، العدد(٢٩)، السنة ٢٠٢١، ص ١٠٣-١٠٦.

[٣٧] علي عبد الهادي حميد، نطاق رقابة المحاكم الدستورية على التشريعات الضريبية، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة العدد (٤٤) السنة السابعة عشر/ حزيران/٢٠٢٢، ص ٤١٦.

[٣٨] أحمد حمودة، مبدأ تدرج القواعد القانونية وآثاره على الوظيفة القضائية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الرياض، ٢٠٠٦، ص١٠- ص١٣.

[٣٩] علي عبد الهادي حميد، المصدر السابق، ص ٤٢١.

[٤٠] المادة (١٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

[٤١] للمزيد عن مبدأ سمو الدستور، ينظر، سنبل عبد الجبار احمد، مبدأ سمو الدستور وكفالة احترامه، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، ٢٠١٧، ص ٣٠٣ ومابعدها وينظر: د. عبد الفتاح عبد الرزاق محمد، الرقابة الدستورية على الامتناع، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة، الجامعة اللبنانية الفرنسية، العراق المجلد، (٣) العدد (٣) صيف ٢٠١٨، ص١٨١..

[٤٢] أحمد حمودة، مبدأ تدرج القواعد القانونية، المصدر السابق ص ١٧.

[٤٣] سنبل عبد الجبار احمد، المصدر السابق، ص ٢٩٨.

[٤٤] المصدر نفسه، ص ٣٠٣.

[٤٥] أحمد حمودة، مبدأ تدرج القواعد القانونية، المصدر السابق، ص٢٠.

[٤٦] سنبل عبد الجبار احمد، المصدر السابق، ص ٣٠٠.

(٤٧) للمزيد ينظر د. جابر حسين علي التميمي، حدود اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق– دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة واسط للعلوم الإنسانية، مجلد ١٨، العدد ٥٠، لسنة ٢٠٢٢، ص ٢٩٥-٣٠٠.

(٤٨) د جابر حسين علي التميمي المصدر السابق, ص ٢٨٧.

[٤٩] محمد عباس محسن، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهرين كلية الحقوق، ٢٠٠٩، ص٦.

(٥٠) ينظر المادة (٩٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٥١) ينظر المادة (٩٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٥٢) محمد عباس محسن، المصدر السابق، ص ١٠-٢٥.

(٥٣) فرمان درويش حمد، فرمان درويش حمد، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ٢٠١٣ ، ص ٣٣٨-٣٤١.

(٥٤) ازهار هاشم احمد الزهيري، الرقابة على دستورية الانظمة والقرارات الإدارية في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد /كلية القانون، ٢٠١٥.

[٥٥] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم : ١٦١/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢٢/٢/١٢ منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط https://www.iraqfsc.iq/index-ar.php.

[٥٦] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم : ٤٣/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢٢/٢/١٢ منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا،

[٥٧] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم : ٥/اتحادية/٢٠٢٠ في ٢٠٢١/٥/٢٦ منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا

[٥٨] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم : ١٦٠/اتحادية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٩/٢٦ منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا،

[٥٩] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم : ١٠٥/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٩/٨ منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا، مصدر سبق ذكره.