



## النزاع الدستوري في مخالفات التشريعات الفرعية للقواعد الدستورية (دراسة مقارنة)

الباحث حيدر ماشي الجياشي

كلية القانون / جامعة المثنى

[hadd313@gmail.com](mailto:hadd313@gmail.com)

أ. م. د. لطيف عبد الحسين موسى

كلية القانون / جامعة المثنى

### المستخلص

تعد التشريعات الفرعية من أهم الوسائل التي تعتمد عليها الإدارة العامة في ممارسة وظائفها الدستورية، إذ تتجسد في قرارات إدارية ذات طبيعة تنظيمية تتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية من حيث العمومية والتجريد والإلزام، وقد عرفها النظام القانوني العراقي منذ نشأة الدولة الحديثة، بل إن وجودها سبق صدور أول وثيقة دستورية، ثم تعاقبت الدساتير العراقية على تنظيمها، بوصفها منشئة لمراكز قانونية عامة، الأمر الذي يضعها في مرتبة متقدمة تقارب القوانين من حيث ما تتمتع به من خصائص مماثلة، وانطلاقاً من ذلك تناول هذا البحث دراسة النزاعات الدستورية التي قد تعترض التشريعات الفرعية، وبيان مدى خضوعها للرقابة الدستورية، بوصف ذلك ضماناً للحفاظ على علوية الدستور وصيانة للحقوق والحريات العامة، كما سلط هذا البحث الضوء على الجهات المختصة بإصدار هذه التشريعات، ولا سيما في ضوء التشريعات اللاحقة لعام 2003، وفقاً لأحكام دستور العراق لعام 2005 الذي قيد من صلاحيات السلطة التنفيذية في إصدارها لتلك التشريعات باشتراط وجود سند قانوني، فضلاً عن بيان صور الرقابة عليها ودور المحكمة الاتحادية العليا في ممارسة حق الرقابة على تلك التشريعات.

**الكلمات المفتاحية:** التشريعات الفرعية، النزاع الدستوري، المحكمة الاتحادية العليا

### **Constitutional Disputes Arising from Violations of Constitutional Rules by Subsidiary Legislation**

Researcher/ Haider Mashi Al-Jayashi Prof. Dr. Latif Abdul Hussein Musa

College of Law / Al-Muthanna University

#### Abstract

Subsidiary legislation is among the most important tools employed by public administration in exercising its constitutional functions. It is embodied in administrative decisions of a regulatory nature that possess the characteristics of a legal rule in terms of generality, abstraction, and binding force. The Iraqi legal system has recognized it since the establishment of the modern state; indeed, its existence predates the issuance of the first constitutional document. Successive Iraqi constitutions have addressed its regulation, recognizing that it establishes general legal positions, thus placing it in a position of prominence, approaching laws in terms of its similar characteristics. Accordingly, this research examines the constitutional disputes that may arise concerning subsidiary legislation and clarifies the extent to which it is subject to constitutional review, as this serves to guarantee the supremacy of the constitution and safeguard public rights and freedoms. The research also sheds light on the authorities responsible for issuing this legislation, particularly in light of legislation issued after 2003, in accordance with the provisions of the 2005 Constitution of the Republic of Iraq, which restricted the executive branch's power to issue it by requiring a legal



basis. Furthermore, it outlines the forms of oversight available for subsidiary legislation and the role of the Federal Supreme Court in its exercise.

**Keywords:** Subordinate legislation, constitutional dispute, Federal Supreme Court

### المقدمة

يقصد بالتشريعات الفرعية مجموعة اللوائح والقرارات التنظيمية التي تصدر عن السلطة التنفيذية استناداً إلى الدستور، وتشمل اللوائح التنظيمية والمستقلة والتنفيذية و لوائح الضرورة الصادرة عن السلطة التنفيذية و هي تماثل التشريع العادي من حيث احتوائها على قواعد عامة ومجردة، لكنها ادنى مرتبة من الدستور والقانون.

ان وجود اللوائح إلى جانب القوانين هو لتبيين المسائل الفنية والتنظيمية و التفصيلية للسلطة التنفيذية، في حين تستأثر السلطة التشريعية بتنظيم الموضوعات الجوهرية كالحريات العامة والتجريم والحرب بوصفها الممثل الأعلى لإرادة الأمة .

ينشأ النزاع الدستوري عند مخالفة هذه القواعد لنصوص الدستور حيث يبسط القضاء الدستوري رقابته على جميع أنواع التشريعات، سواء كانت أصلية صادرة عن السلطة التشريعية أو فرعية صادرة عن السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري، و لاسيما أن احتمال مخالفة الدستور يكون في التشريعات الفرعية أشد، نظراً لعدم خضوعها لذات درجات الدراسة والتمحيص التي تمر بها القوانين، كما أن قصر الرقابة الدستورية على التشريعات الأصلية يؤدي إلى تباين الأحكام الصادرة عن المحاكم العادية بشأن دستورية اللوائح، بما يخل بوحدة النظام القانوني.

### اهمية البحث:

تتجلى أهمية هذا البحث في تناول النزاعات الدستورية الناشئة عن التشريعات الفرعية في حال مخالفتها لأحكام الدستور، وبيان اطراف النزاع الدستوري للتشريعات الفرعية على غرار التشريعات العادية الصادرة عن السلطة التشريعية، فضلاً عن توضيح مدى خضوع التشريعات الفرعية لرقابة المحاكم الدستورية .

### مشكلة البحث:

تتمثل هذه الدراسة في بيان الضمانات الدستورية لأطراف النزاع عند وجود مخالفة في التشريعات الفرعية للقواعد الدستورية واثارها على حقوقهم وحرياتهم ، ومراكزهم القانونية وقياس مدى كفاية الضمانات الدستورية المقررة للنظر في دستورية تلك اللوائح والأنظمة ، كما تسعى الدراسة إلى بحث مدى شمول وفاعلية ضمانات وآليات الرقابة الدستورية، بما لا يسمح بتحصيل أي عمل إداري من الرقابة ، وصولاً إلى الإجابة عن التساؤل المتعلق بمدى توفيق النصوص الدستورية في تمكين أدوات ووسائل الطعن المعتمدة لتأكيد على حماية تلك الضمانات .

### منهج البحث:

تأسيساً على مشكلة البحث وتحقيقاً لمستهدفاته، اتجهت الدراسة إلى اعتماد المنهج المقارن وذلك بغية رصد المنازعات الدستورية المتعلقة بالتشريعات الفرعية وتحليلها، للوقوف على أوجه التباين والاتفاق في المعالجات القانونية لها.

### خطة البحث:

يتفرع هذه البحث إلى مبحثين رئيسيين؛ يخصص المبحث الأول لبيان ماهية النزاع الدستوري ومن هم اطراف النزاع الدستوري ، وذلك من خلال مطلبين، في حين يتناول المبحث الثاني بالدراسة والتحليل المخالفات الموضوعية والشكلية التي تشوب التشريعات الفرعية والآثار المترتبة عليها، وينقسم بدوره كذلك إلى مطلبين .



## المبحث الاول

### ماهية النزاع الدستوري واطرافه

تنشأ النزاعات الدستورية عند تعارض المصالح في ظل وجود الدولة القانونية كنتيجة حتمية لهدر الحقوق المضمونة في احكام الدستور، حيث لا يمكن ان تسترد تلك الحقوق مالم يبسط القضاء رقابته على التشريعات، وعلى ضوء ما ذكر سنقسم مبحثنا الى مطلبين نتناول في الاول منه مفهوم النزاع الدستوري والمطلب الثاني بيان من هم اطراف النزاع الدستوري قبل وبعد تدحل القضاء.

### المطلب الاول / التعريف بالنزاع الدستوري ونشأته

وجد الدستور لحماية الحقوق والحريات وتنظيم اختصاص السلطات والعلاقة بينهما، وعلاقة الفرد بالدولة، الامر الذي منح الدستور مكانه خاصة جعلت منه يعلو على جميع السلطات واخضاعها لإحكامه، وللحفاظ على ذلك سمو وحماية للحقوق والحريات ظهرت النزاعات الدستورية التي كانت سببا لوجود رقابة دستورية لفض تلك النزاعات التي لها خصوصية دون غيرها من النزاعات القانونية الاخرى. على ضوء ما ذكر سنقسم مطلبنا على فرعين الاول منه التعريف بالنزاع الدستوري والثاني نخوض في بيان نشأة ذلك النزاع.

### الفرع الاول / التعريف بالنزاع الدستوري

النزاع الدستوري هو خصومة بين طرفين بسبب الادعاء بنفاذ نصوص قانونية مخالفة للدستور وضارة بمصلحة الطاعن، وبالتالي يؤدي الى وضع مبدأ سمو الدستور على غيره من النصوص الاخرى موضع التطبيق، لكون سمو الدستور يعد من النتائج الهامة لمبدأ المشروعية في الدولة، و يعد من اهم مظاهر الدولة القانونية بخضوع الجميع حكما ومحكومين للقانون، وينتج عن سمو الدستور على القوانين العادية على ان تكون تلك الاخيرة صادرة عن السلطة التشريعية في نطاق القواعد والاحكام التي يرسمها الدستور، ومن ثم لا يجوز للقوانين العادية مخالفة احكام القواعد الدستورية<sup>(1)</sup>.

لذلك يمكن تعريف النزاع الدستوري على انه: الخلاف الذي ينشأ بشأن مدى خضوع النصوص القانونية لأحكام الدستور والهدف منه التحقق من مطابقتها مع الدستور تأميننا لعدم اصدارها اذا لم تكن قد صدرت بعد، والغائها او الامتناع عن تنفيذها اذا كان قد تم اصدارها، ونعني بذلك (الضبط التشريعي)، الذي يهدف للمحافظة على النظام العام، مع الضبط الاداري وان اختلفت الجهة التي تباشرهما فالضبط التشريعي يمارس من قبل السلطة التشريعية في حين الضبط الاداري يمارس من قبل السلطة الادارية<sup>(2)</sup>. نجد ان الفقه المصري عرف النزاع الدستوري على انها خصومة عينية بطبيعتها مجابهة النصوص المخالفة للدستور، بالقواعد التي فرضتها على السلطين التشريعية والتنفيذية، وتكون هذه النصوص هي موضوع الخصومة الدستورية ومحلها.

اما الفقه العراقي عرف النزاع الدستوري على انه نزاع يقام من قبل السلطات العامة او من ذوي الشأن من الاشخاص بصورة مباشرة امام المحاكم الدستورية للطعن بعدم دستورية القوانين والانظمة المشكوك بدستوريتها، بهدف الحفاظ على المشروعية وحماية للحقوق والحريات الواردة في الدستور.

### الفرع الثاني / نشأة النزاع الدستوري:

تعد الولايات المتحدة الامريكية من اولى الدول التي ظهرت فيها النزاعات الدستورية، على الرغم من خلو الدستور الامريكي من نصوص صريحة تعطي شرعية لمثل هذا النزاع، وبقيام الاتحاد الامريكي سنة 1789، ونشأة المحكمة الاتحادية العليا بدأت فكرة الرقابة الدستورية، وتطورت تاريخيا، من خلال قضية ماربوري ضد ماديسون، و هي لم تكن مجرد نزاع قانوني عابر، بل تجاوزت إطارها التقليدي من خلال ما قدمه القاضي مارشال في النزاع الدستوري ليصبح هذا النزاع سابقة قضائية مفصلية<sup>(3)</sup>.

### اولا: نشأة النزاع الدستوري في مصر

(1) عمر العبدالله، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة جامعة دمشق، مجلد 17، العدد 2، 2001.  
(2) مسعودة مقدود، التوازن بين سلطات الضبط الاداري والحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، اطروحة دكتوراه، جامعة محمد خضير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، ص25.  
(3) د. ميسون طه الزهيري، التخصص الواقعي في قضاء المحكمة العليا الامريكي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 17، العدد 3، 2025، ص 438.



الدساتير المصرية التي سبقت دستور عام 1971 لم تنص على تحويل القضاء، أو أي جهة أخرى احقية النظر في النزاعات الدستورية، أو عدم احقية الرقابة على دستورية القوانين للنظر في مثل هذه النزاعات، وطرح مسألة النزاعات الدستورية في مصر على المستوى الفقهي والمستوى القضائي قبل ان تطرح على المستوى التشريعي، وان مسألة اخضاع هذه النزاعات، كانت محل تجاذب فقهي وقضائي عميق بين مؤيد ومعارض على احقية المحاكم في نظر هذه النزاعات، لذلك نجد ايضا هنالك اختلاف بين الفقه نفسه حول احقية المحاكم في فض النزاع الدستوري بين مؤيد للأحقية المحاكم في هذا الاختصاص وبين معارض لذلك الاختصاص فانقسموا الى اتجاهين وكلا منهما مستندا على حجج وهي ذاتها الحجج التي استند اليها الفقه الفرنسي، وهذه الحجج اما تكون حجج تاريخية او حجج سياسية او حجج قانونية<sup>(1)</sup>.

وكذلك اكد دستور عام 2014 من خلال المادة 192 منه على تولي المحكمة الدستورية العليا الرقابة على دستورية القوانين والتي نصت على ان: "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها"<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: نشأة النزاع الدستوري في العراق

لم تكن فكرة القضاء الدستوري بعيدة عن النظام القانوني العراقي، إذ بدأت الرقابة الدستورية على القوانين منذ صدور أول دستور عراقي، وهو القانون الأساسي لسنة 1925، الذي نصّ على إنشاء المحكمة العليا لتتولى الرقابة على مدى مطابقة القوانين العادية لأحكام الدستور، إلا أن هذه المحكمة لم تمارس اختصاصها فعلياً إلا مرة واحدة فقط، عندما قضت بعدم دستورية قانون الدعايات المضرة لسنة 1938<sup>(3)</sup>، وجاء ذلك في ظل ظروف سياسية غير مستقرة سبقت تطبيق مرسوم منع الدعايات المضرة رقم (44) لسنة 1937، حيث اتسمت تلك المرحلة بكثرة الانقلابات السياسية، مما دفع مجلس الوزراء إلى إحالة المرسوم الذي يتألف من سبع مواد إلى مجلس النواب لغرض المصادقة عليه، وهو ما تم بالفعل<sup>(4)</sup>. جرت كذلك حادثة مهمة أثارها القاضي دارا نور الدين عندما أثار نزاع دستوري مبني على عدم وجود نص دستوري عندما حكم بعدم دستورية المرسوم الذي صدر عام 1990، القرار الصادر من محكمة بداية الكرخ في الدعوى رقم 80 / ب / 1990 بتاريخ 31 كانون الأول 1990، والذي اكتسب الدرجة القطعية بعد مصادقة محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بالرقم 507 / حقوقية / 1990 اعلام 666<sup>(5)</sup>، بإزالة الشبوح قسمة بين الشركاء لعقار لمنطقة سكنية وتجارية مساحتها 9 دونم علماً كان هناك قرار من مجلس قيادة الثورة المنحل يمنع إزالة الشبوح آنذاك لكن تجرأ القاضي بإصدار القرار مخالفاً بذلك قرار مجلس قيادة الثورة المنحل حتى بعد ان خاطب امانة بغداد ورفض الامانة لكون فيه مخالفة لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (581) لسنة 1981 الذي يمنع فيه تقسيم الاراضي التي تزيد عن (5) دونم<sup>(6)</sup>، لكن القاضي كان مستندا القرار مخالفا للنص الدستوري الذي يمنح الافراد حق التصرف في املاكهم في حدود القانون، وكذلك لعدم وجود محكمة دستورية في هذا المجال كون دستور 1971 لم يشر الى اختصاص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين إذ يرى الفقه ان الرقابة التي مورست في ظل

(1) د. شعبان احمد رمضان احمد، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين، ط1، دار النهضة العربية، 2000 م، ص 85.

(2) ينظر المادة (192) من الدستور المصري لسنة 2014.

(3) ينظر المادة (81) من القانون الاساسي لسنة 1925.

(4) ينظر مرسوم منع الدعايات المضرة رقم (44) لسنة 1937.

(5) ايناس حسين جابر، الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين، رسالة ماجستير، جامعة ميسان، كلية القانون، 2023، ص 22.

(6) ينظر قرار مجلس قيادة الثورة المحل رقم 581 بتاريخ 5-5-1981، عنوان التشريع تملك امانة العاصمة الاراضي والبساتين الواقعة ضمن حدود امانة العاصمة التي تقرر لها استعمالات غير زراعية.



دستور عام 1971 تمثلت برقابة امتناع لعدم وجود نص صريح يقر بهذه الرقابة ، والأمانة بدورها طلبت الطعن لمصلحة القانون امام محكمة التمييز فرد الطعن وكذلك التسجيل العقاري طلب التعيين ورد الطعن ، وكانت السبب في اعتقاله في عام 2001 وحكم عليه بالحبس الشديد لمدة سنتين في سجن ابو غريب واكمل من محكوميته 8 شهور ثم انشمل بالعفو الذي صدر بتاريخ 20 تشرين الاول عام 2002 (1) ، لذلك يعد العراق من الدول العربية التي سبقت غيرها في الأخذ بنظام القضاء الدستوري، إذ منح المحكمة المختصة صلاحية تفسير الدستور، وأضفى على قراراتها صفة الإلزام، ومع ذلك فإن التنظيم الدستوري للمحكمة، من حيث تشكيلها وارتباطها وآلية ممارستها لاختصاصاتها، شابه عدد من أوجه القصور مما حال دون تمتعها بالاستقلال الكامل اللازم لضمان فاعليتها.

تحول العراق بعد 2003 من دولة بسيطة الى دولة اتحادية و اثمرت لاحقا البذرة الاولى التي غرستها الدساتير العراقية السابقة في نظر النزاع الدستوري و عاد المشرع الدستوري في عام 2004 من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الى تقرير الرقابة على دستورية القوانين بنص على انشاء محكمة اتحادية عليا حيث يكون من بين اختصاصاتها الرقابة على دستورية القوانين والانظمة بموجب المادة (44) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية عام 2004 الملغى (2) ، وكان اول قرار للمحكمة الاتحادية القرار رقم 1 / اتحادية / 2005 ، بتاريخ 9 اب 2005 (3) .

اما دستور 2005 النافذ قد افرد الفصل الثالث من الباب الثالث للسلطة القضائية، ومنها المحكمة الاتحادية العليا من خلال الفقرة الاولى من المادة (92) من الدستور العراقي النافذ على ان "المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة ماليا واداريا" (4) ، وبذلك نجد ان غالبية الدساتير الحديثة تبنت مبدأ الرقابة على النزاعات الدستورية لضمان حماية مبدأ سمو الدستور وحماية الحقوق والحريات .  
**المطلب الثاني / اطراف النزاع الدستوري قبل وبعد تدخل القضاء**

منحت التشريعات الحق للأفراد في حماية حقوقهم اذا ما تعرضت للاعتداء والانتهاك كما للجهات او السلطات الحق في الطعن بعدم دستورية القوانين بواسطة الدعوى الدستورية عند قيام نزاع دستوري اذ يعتبر النزاع الدستوري كباقي النزاعات التي ترفع امام المحاكم المختصة وما ينطبق من شروط واجب توافرها في النزاع الدستوري من قبل اطراف النزاع من اجل اقامة تلك الدعوى الدستورية .

#### **الفرع الاول / اطراف النزاع الدستوري قبل تدخل القضاء**

النزاع الدستوري هو ملاذ لمن له الحق التدخل في المخالفات التي تصدر من السلطتين التشريعية والتنفيذية، فيما اذا تجاوزت احدهما صلاحيتها الدستورية سواء اكان في ذلك التجاوز تعسف من قبل السلطتين، او كان فيه تجاوز على السيادة وخرق للصلاحيات التي اقسما على ان لا تمس سيادة البلاد بسوء والا اصبح كل ما يصدر من تلك السلطات من تشريعات او انظمة مخالفة لأحكام الدستور محلا للنزاع الدستوري بوجود قضاء مستقل (5) .

من هذه القضايا التي اثارته الجدل الواسع ، هي قضية الجندر ولم يكن لهذا المصطلح تعريفا محددا او دقيق بالرغم من كثرة الابحاث حول هذا المصطلح ، لا غرابة في عدم تحديد تعريف شامل وحاسم لهذا المصطلح لكونه دخيل ، وحاول البعض من وضع تعريف له ومنهم الباحثة النسوية ماجي هم : هي " مجموعة من الخصائص والسلوكيات التي تشكلت ثقافيا ويتم اضافؤها على الاناث والذكور . والنظرية النسوية حريصة على التمييز بين الجنس والنوع " (6) .

(1) د. مصدق عادل، القضاء الدستوري في العراق، دار السنهوري، بيروت 2017، ص 18.

(2) ينظر المادة (44) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام 2004 .

(3) ينظر قرار المحكمة الاتحادية رقم 1 / اتحادية / 2005 ، بتاريخ 2005/8/9 .

(4) ينظر المادة (1/92) من الدستور العراقي 2005 النافذ.

(5) فاطمة عبد الكريم محمد ، كفاءة حق التقاضي في التشريع العراقي ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد 14 ،

العدد 1 ، 2025 ، ص 338 .

(1) Maggie Humm, "Gender" in The Dictionary of Feminist Theory (Ohio State University Press, 1990), p. 84



وهذه المصطلحات دخيلة على المجتمع العربي عموماً والمجتمع العراقي خصوصاً فهي توضع تحت عناوين من أجل إخفاء اسمها الصريح وتنفيذ ما ترمي إليه في الباطن مثل النوع الاجتماعي واقعا الاسم غير المقصود منه الا وهو المراد منه الغاء الفوارق بين الذكر والانثى . لذلك جوبهت هذه المصطلحات من قبل المجتمع العراقي ومن المؤسسات والنقابات والاحزاب وطالبت بعض المؤسسات الرسمية من رفع مصطلح النوع الاجتماعي من وثائقها الرسمية او اي نشاط مرتبط بهذا المفهوم ، لما جعل منها محلاً للنزاع الدستوري ، اذ نجد ان اطراف النزاع الدستوري قبل تدخل القضاء في قضية الجندر هم المؤسسات الرسمية والنقابات والمجتمع العراقي والمنظمات والاحزاب وجهات رسمية الذين كانوا سبب النزاع الدستوري استناداً للفقرة ثانياً من المادة (93) من الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ وانتقاله للمرحلة الثانية الا وهي مرحلة عرض النزاع الدستوري على القضاء بوجود تبنى القضية ليكونوا اطراف للنزاع بعد تدخل القضاء (1) .

اما المسألة الاخرى التي جوبهت برفض المجتمع العراقي هي مسألة اتفاقية خور عبدالله التي اشارت جدلاً واسعاً ولا زالت المشكلة عالقة ما بين العراق والكويت على اثرها تم تشكيل لجنة وزارية عام 2011 لحل المشاكل بين البلدين ، فجرت الاتصالات ما بين العراق والكويت حول موضوع ميناء مبارك وكانت هنالك زيارة من قبل العراق متمثلاً بوزارتي الخارجية والنقل ، وجرت المناقشات وتمخضت بتوقيع محضر جاء فيه " ان الكويت تؤكد التزامها التام باحترام الحق في المرور الملاحي المشار اليه في الفقرة (5) من قرار مجلس الامن المرقم (833) لسنة 1993 (2) ، لم تكن الكويت ملتزمة بما اتفقت عليه بل ازداد تدخلها بالجزء العراقي في خور عبدالله والمطالبة به الغرض منه السيطرة الادارية لهذا الممر المائي بسبب انشاء ميناء مبارك الذي كان الغرض من انشاءه سياسي واقتصادي جعل منه يكتمل على خور عبدالله لم تعد مجرد سواحل لجزر مواجهة الخور بل تصبح متحكمة في تعيين الحدود البحرية ما بين البلدين، مما جاء الاتفاق على توقيع اتفاقية خور عبدالله في 29 نيسان 2012 في بغداد، ووافق عليها مجلس الوزراء ومجلس النواب العراقي، فصدر القانون الخاص بالمصادقة عليها بالرقم (42) بتاريخ 25 تشرين الثاني عام 2013 (3) ، من الملاحظ الخارجية العراقية لم تؤيد ولم تعترض امام مجلس الامن على انشاء ميناء مبارك مع تأكيد علمه بالمباشرة ولم يسجل اعتراضاً فالكوت في معرض الحاجة بيان (4) ، لذلك تعتبر اتفاقية خور عبدالله من النزاعات التي تضمنت اجحاف بحق الاقتصاد العراقي وشعبه وقد تم التصديق على تلك الاتفاقية في مجلس النواب في 25 تشرين الثاني عام 2013 (5) .

استناداً إلى ما تقدم بيانه، ما يعرف بقانون الجندر، الذي يمس بصورة مباشرة المجتمع العراقي وانحلال العائلي وكذلك اتفاقية خور عبد الله، التي اكتنفها غموض تشريعي وتعقيد موضوعي جسيم، بما رتب آثاراً قانونية وسياسية واقتصادية واجتماعية بالغة الخطورة، تمس جوهر السيادة الوطنية والنظام العام، وتتعرض بصورة مباشرة على الحقوق الدستورية المكفولة للشعب العراقي، إن هذه التدخلات أسهمت في توسيع دائرة النزاع داخلياً، وتحويله إلى قضية رأي عام، وتعدد جماعات الضغط الوطنية، وباتت كل من الجماهير، والأحزاب السياسية، ومنظمات المجتمع المدني، والهيئات القانونية والنقابات أطرافاً ذات مصلحة وصفة في نزاع دستوري قائم، سابق على تدخل المحكمة المختصة ، إن الغاية الدستورية من هذا النزاع تنصرف إلى حماية الحقوق السيادية والاقتصادية للعراق على مختلف الأصعدة، وصون وحدة المجتمع العراقي والحفاظ على نسيجه الأسري والاجتماعي، ومنع نفاذ أو

(1) ينظر المادة (93/ثالثاً) من الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ .

(2) ينظر الفقرة (5) من قرار مجلس الامن رقم (833) لسنة 1993 .

(3) ينظر القرار رقم (42) لسنة 2013، قانون تصديق اتفاقية بين حكومة جمهورية العراق ودولة الكويت بشأن تنظيم الملاحة البحرية في خور عبدالله. المنشور جريدة الوقائع العراقية الرسمية لجمهورية العراق العدد 4299 ، بتاريخ 25 / 11 / 2013 .

(4) طالب حسين حافظ ، ميناء مبارك وفاق العلاقات العراقية الكويتية ، مجلة مركز دراسات دولية ، جامعة بغداد ، العدد 53 ، 2012 ، ص 182 .

(5) ينظر القانون رقم (42) لسنة 2013، قانون تصديق اتفاقية بين حكومة جمهورية العراق ودولة الكويت بشأن تنظيم الملاحة البحرية في خور عبدالله. المنشور جريدة الوقائع العراقية الرسمية لجمهورية العراق العدد 4299 .



استمرار العمل بتشريعات أو اتفاقيات من شأنها مخالفة أحكام الدستور، أو الإخلال بمبادئ السيادة، أو المساس بالثوابت المجتمعية التي كفل الدستور حمايتها.

### الفرع الثاني : اطراف النزاع الدستوري بعد تدخل القضاء

كان للنزاع الدستوري حول القضايا التي تمس المجتمع العراقي الدور الاساسي كقضية الجندر والتي تحولت لمرحلة عرض النزاع على المحكمة الاتحادية العليا والحكم بعدم الدستورية من خلال قرارها المرقم 326 / اتحادية / 2023<sup>(1)</sup> ، وكان اطراف النزاع هم الطرف الاول المدعي عضو مجلس النواب باسم خزعل خشان اما الطرف الثاني المدعي عليه رئيس مجلس الوزراء / اضافة لوظيفته ، اذ قامت المحكمة الاتحادية بفض النزاع الذي يعتبر غير دستوري كونه مخالفا للمادة ( 2 ) من الدستور ، لكون هذه المفاهيم لا تتلاءم مع القيم العليا للمجتمع العراقي و تخالف ثوابت الاسلام<sup>(2)</sup> .

قضية خور عبدالله في الأونة الاخيرة هي الاخرى التي كان لها الاثر الواسع وكان للضغط الشعبي والنقابات والمنظمات والهيئات وبعض الجهات السياسية وغيرهم من المعترضين الدور الكبير من تحويل اطراف ذلك النزاع الدستوري قبل تدخل القضاء الى الاطراف التي ستحل بتلك القضية محلهم للدفاع عن تلك القضايا غير الدستورية مع توافر الشروط لمن يتصدى للقضية الدستورية امام المحكمة الاتحادية العليا واهمها شرط صفة المصلحة بالنسبة للمدعي

عند توافر الصفة والمصلحة يبدأ تدخل القضاء في النزاع الدستوري بعد تقديم طعن للمحكمة الاتحادية العليا وهذا ما قام به من النائب سعود سعدون الساعدي والنائب رائد حمدان المالكي الذين هما اصبحا اطراف النزاع الدستوري المدعين في قضية خور عبدالله الذين طعنوا بعدم دستورية القانون رقم 24 لسنة 2013، مستندين على المادة (1) من الدستور العراقي التي اكدت على السيادة الكاملة للعراق<sup>(3)</sup>، ومخالفا للمادة (61 / رابعا) من الدستور العراقي 2005 النافذ والتي تنص على ان " تنظيم عملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب " <sup>(4)</sup> .

اما الطرف الثاني للنزاع المدعي عليهما رئيس مجلس النواب / اضافة لوظيفته ورئيس الجمهورية / اضافة لوظيفته ، وبعد اثاره تفسيرات عديدة ومتباينة حول قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية 105 وموحدتها 194 / اتحادية / 2023 القاضي بعدم دستورية القرار رقم (42) لسنة 2013، الخاص بتصديق الاتفاقية بين العراق والكويت حول الالية تنظيم الملاحة في خور عبدالله، التي قضت حيث اصبح قرار المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية القانون انف الذكر محطة مفصلية في العلاقة القانونية والسياسية ما بين العراق والكويت ، هنا نجد ان المحكمة الاتحادية العليا قد مارست اختصاصاتها المنصوص عليها في الدستور الرقابية على دستورية القوانين<sup>(5)</sup> .

### المبحث الثاني

#### مخالفة التشريعات الفرعية للقواعد الدستورية

تمثل المخالفات الشكلية والموضوعية التي تصيب التشريعات الفرعية أحد أسباب نشوء النزاع الدستوري، والذي يتخذ صورة مختلفة عند تدخل القضاء، حيث تمارس السلطة القضائية ولايتها في حماية الدستور، ويتم هذا التدخل إما من تلقاء القاضي الدستوري، أو عن طريق رفع دعوى دستورية من قبل صاحب مصلحة شخصية ومباشرة ، وبناء على ذلك، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول ماهية التشريعات الفرعية محل النزاع الدستوري ، بينما الثاني لدراسة النزاع الدستوري الناتج عن المخالفات التشريعات الفرعية للقواعد الدستورية .

#### المطلب الاول / ماهية التشريعات الفرعية واجهة المختصة بإصدارها

- (1) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 326 / اتحادية / 2023 ، بتاريخ 2024-2-26 .
- (2) ينظر المادة (2/اولا /أ) من الدستور العراق لسنة 2005 النافذ .
- (3) ينظر المادة ( 1 ) من الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ .
- (4) ينظر المادة (61/رابعا) من الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ .
- (5) د. احمد تقي فضيل، مدى احقية العراق في ابطال اتفاقية خور عبدالله وفقا للقانون الدولي، مجلة واسط للعلوم الانسانية، المجلد 21، العدد 1، 2025، ص 456.



تعتبر التشريعات الفرعية من الوسائل القانونية التي تستخدمها السلطة التنفيذية لتنظيم مسائل يعجز عن تنظيمها التشريع العادي لعدم امكانيته بإحاطتها من جميع جوانبها ، كذلك سرعة المواكبة مع المستجدات العملية والمرونة في تحقيق الغرض الذي اصدرت من اجله .

### الفرع الاول / تعريف التشريعات الفرعية

تعرف التشريعات الفرعية على انها : القرارات الادارية التي تصدر من السلطة التنفيذية وفقا للدستور، متضمنة قواعد قانونية عامة مجردة تؤدي الى انشاء وتعديل والغاء مراكز قانونية عامة، وهي بذلك تكون ذو طابع تشريعي مشابه للتشريع العادي ، لذلك تعد اللوائح ادوات تشريعية بمستوى ادنى مرتبة من القانون ، الامر الذي يستوجب التزامها بأحكام القانون ، وتكون خاضعة للنوعين من الرقابة القضائية المحاكم الدستورية ، ورقابة المشروعية المتمثلة بمجلس الدولة عند مخالفتها لأحكام القانون<sup>(1)</sup> .

في مصر في مصر يستخدم مصطلح "اللائحة" بشكل اساسي ، وتندرج تحتها انواع مثل ( اللائحة التنفيذية ، اللائحة التنظيمية ، لائحة الضبط ) ، عرفتها المحكمة الادارية العليا في مصر اللوائح على انها : تتضمن قواعد عامة مجردة ملزمة تطبق على عدد غير محدد من الافراد، معينين بأوصافهم لا بذواتهم، كما يتولد منها مراكز قانونية عامة مجردة، تقوم الجهة الادارية بمراعاتها، وكما يلتزم المخاطبون بأحكامها بتوفيق اوضاعهم معها<sup>(2)</sup> .

اما في العراق المصطلح الدستوري والقانوني الاكثر شيوعا هو "الانظمة" وهي تقابل اللوائح في القانون المصري . كما توجد "التعليمات" التي تصدرها الوزارات لتنفيذ الانظمة او القوانين . وتعددت التسميات التي تطلق على اللوائح العنصر يطلق عليها (القرارات الادارية التنظيمية) او (الوامر الادارية التنظيمية) وكما يطلق عليها البعض الاخر (التشريعات الحكومية) او (التشريعات الفرعية) وكان مصطلح اللوائح الذي استخدمه المشرع الدستوري المصري معتبرا هذا المصطلح ادق المصطلحات<sup>(3)</sup>

تتميز التشريعات الفرعية بعدة خصائص منها العمومية والتجريد والالزام ، مما يضعها في مصاف القوانين اذ من الصعب التفرقة بينها وبين القوانين موضوعيا . بحيث نجد ان النظام ليس مجرد قاعدة عامة بل قاعدة يترتب عليها اثار قانونية تؤثر على المراكز القانونية التي تمثل النظام القانوني بشكل عام، قد يكون الغاء لمركز قانوني قائم او التعديل فيه او ايجاد مركز قانوني جديد، وفي بعض الاحيان قد تتحول هذه الانظمة الى قوانين مشرعة تكتسب حصانتها او تعديل في النصوص القانونية او توقفها وقد تلغيتها في حالات الضرورة او في حالة غياب البرلمان.

### الفرع الثاني / الجهة التي تختص باصدار التشريعات الفرعية

عند البحث عن الجهة المختصة باصدار الانظمة نجد انها تختلف من دولة الى اخرى في الدساتير العربية لم تخرج في اسناد التشريعات الفرعية للسلطة التنفيذية، التي تتمتع في كل من مصر والعراق صلاحية اصدار القواعد القانونية التي هي ادنى مرتبة من القانون.

#### اولا: الجهة المختصة باصدار اللوائح في مصر

نجد ان دستور 1971 اسند مهمة اصدار اللوائح لرئيس الجمهورية مع الاجازة بالتفويض بنص قانوني ، على وجه يحفظ التوازن ما بين مقتضيات التنفيذ وضمان المشروعية القانونية عند اصدار اللوائح ، من خلال ما نصت عليه المادة (144) من الدستور المصري لسنة 1971 على ان "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ...وله ان يفوض غيره في اصدارها ويجوز ان يعين القانون من يصدر القرارات"<sup>(4)</sup> .

اما دستور 2014 قد كان اكثر وضوحا في تنظيم اصدار اللوائح ، من خلال توزيع السلطة اللائحية ما بين رئيس مجلس الوزراء والجهات التي يخولها الدستور او القانون ، مما يعكس هذا الاتجاه في

(1) د. صلاح الدين فوزي، الاطار الدستوري والقانوني للوائح الادارية، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 67 لسنة 2018، ص 22 .

(2) عبد الرزاق شحاتة عبدالرزاق بهلول ، ضوابط الرقابة الدستورية على اللوائح ، المجلة القانونية ، المجلد 17 ، العدد 3 ، 2023 ، ص 568 .

(3) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الادارية وضمائنه الرقابة الادارية ، منشأة المعارف ، 2003 ، ص 16 .

(4) ينظر المادة (144) من الدستور المصري لسنة 1971 .



التنظيم نحو تحديد الاختصاصات الادارية على اكمل وجه بما يكفل انتظام العمل التنفيذي وضمان احترام مبدأ المشروعية ، كما جاء في المادة (170) منه ، قد منحت لرئيس مجلس الوزراء حق اصدار اللوائح التنفيذية ، وله حق تفويضها لغيره لإصدارها ، وكما منحت المادتين (171 و172) من الدستور رئيس حول امكانية اصدار اللوائح التنظيمية ولوائح الضبط<sup>(1)</sup> كذلك استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على ان الجهات التي تختص بإصدار اللوائح محددة على سبيل الحصر في الدستور ، اذ لا يمكن اصدارها من جهة غير التي منحها الدستور حق اصدارها والالتزام باللوائح مخالفة للدستور ، اذ يجب التأكد قبل اصدار اللائحة من كونها قد صدرت من الجهة المختصة بإصدارها ضمن اطار القواعد الحاكمة للاختصاص المنصوص عليها في الدستور<sup>(2)</sup> اما المحكمة الادارية العليا المصرية فقد اشارت على "ان اللوائح التنفيذية انما تستمد وجودها وقوتها من القانون الذي تصدر تنفيذا لأحكامه فاذا ما الغي هذا القانون ولم ينص القانون اللاحق على بقاء اللوائح الصادرة تنفيذا للقانون السابق قائمة ومعمولا بها الى ان تعدل او تلغى طبقا للقانون الجديد فان ذلك يستتبع اعتبار اللوائح السابقة ملغاة دون ان يحل محلها شيء لأنها انما تنبثق عن قانون ويتوقف مصيرها على وجودا وعدمها"<sup>(3)</sup>.

### ثانيا : الجهة المختصة بإصدار الانظمة والتعليمات في العراق

المشرع الدستوري العراقي لم يكن على وتيرة واحدة من اسناد الاختصاص حول اصدار الانظمة والتعليمات الى جهة معينة، الامر الذي ادى في كثير من الاحيان الى الخلط ما بين القوانين والانظمة الامر الذي يشكل سلبا على النظام القانوني في العراق. في دستور 1925 توضع الانظمة بأمر الملك من اجل تطبيق احكام القانون في حدود ما هو مصرح به، دون الاشارة الى احقية الوزراء في مشاركة الملك في اصدار الانظمة ، وبذلك نجد ان سلطة التشريع والتنفيذ بيد الرئيس فهو رئيس الدولة ورئيس الحكومة، اما مرورا بدستور 1958 لم يأتي ذكر الانظمة بل اشار من خلال المادة (21) منه على ان يتولى مجلس الوزراء والوزراء اعمال السلطة التنفيذية، لا يختلف عن القانون الاساسي في جمع السلطة التشريعية والتنفيذية بيد الوزراء، اما دستور 1964 كانت اصدار الانظمة والتعليمات من اختصاص مجلس الوزراء هذا ما اشارت له المادة (77 / ثالثا) من الدستور<sup>(4)</sup>.

اما عن دستور 2005 النافذ نجد انه الدستور الوحيد من بين الدساتير العراقية الذي فصل بين السلطات بشكل لا يدع مجال للخلط ما بين وظائف الدولة، فمن خلال الفقرة الثالثة من المادة (80) منه التي توضح بشكل صريح على اسناد مهمة اصدار الانظمة من اختصاص السلطة التنفيذية المتمثلة بمجلس الوزراء وكذلك منح هذا الحق للوزراء في ممارسة الوظيفة اللائحية متى ما حولها القانون ، فالقوانين التي يحتاج تنفيذها الى اصدار لائحة تنفيذية ، يشترط تحديد السلطة التي تتولى اصدارها بالنص صراحة عليها<sup>(5)</sup>.

### المطلب الثاني / مخالفات التشريعات الفرعية والرقابة عليها

تعد مخالفة التشريعات الفرعية بتجاوزها لأحكام الدستور من ابرز المشاكل التي تؤدي الى النزاعات الدستورية في الانظمة القانونية المعاصرة ، لما فيها مساس لمبدأ المشروعية والتدرج القانوني .

### الفرع الاول : المخالفات الشكلية والموضوعية التي تصيب التشريعات الفرعية

اولا : المخالفات الشكلية

- (1) ينظر المواد (170 و 171 و 172) من الدستور المصري لسنة 2014 .
- (2) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم 137 لسنة 34 ق/د ، جلسة 2-4-2016 .
- (3) ينظر قرار الطعن في المحكمة الادارية العليا في مصر ، رقم 1571 لسنة 7 قضائية ، بتاريخ 17/12/1966 ، مجموعة الحمسة عشر عاما (1965-1980) الجزء الثالث ، ص 2015 ، نقلا عن محمد باهي ابو يونس ، الضوابط الدستورية للوظيفة اللائحية التنفيذية ، 2008 ، ص 15 .
- (4) ينظر المادة (26 / 1) من القانون الاساسي العراقي لسنة 1925. و المادة (77/ثالثا) من الدستور العراقي لسنة 1964 الملغى.
- (5) ينظر المادة(80/ثالثا) من الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ .



يحكم على عدم دستورية التشريعات الفرعية بعدم الدستورية ، عند خروجها عن القواعد الشكلية التي رسمها الدستور وهي قواعد الاختصاص وقواعد الشكل والاجراء .

١- عيب عدم الاختصاص : تعد فكرة الاختصاص حجر الزاوية التي يركز عليها القانون العام ، ويرتبط بمبدأ الفصل بين السلطات في المجمل الدستوري ، وتظهر صور عيب عدم الاختصاص بعدة مظاهر او لا عدم الاختصاص العضوي ، بمعنى صدور اللوائح التنفيذية من الجهة غير التي خصصها النص الدستوري<sup>(1)</sup> ، استقر الفقه والقضاء على تقسيم عيب عدم الاختصاص الى صورتين اساسيتين ، تتمثلان في عدم الاختصاص البسيط وعدم الاختصاص الجسيم ، اولا: عدم الاختصاص البسيط يعتبر من اكثر العيوب التي تصيب التشريعات الفرعية عندما يكون هنالك اعتداء من قبل جهة ادارية او موظف عام على اختصاص منح لجهة اخرى او لشخص اخر ، ويتم هذا الاعتداء في حدود السلطة الادارية نفسها بين هيئاتها<sup>(2)</sup> ، ثانيا : عدم الاختصاص الجسيم (اغتصاب السلطة) : هذا العيب يؤدي الى القضاء على الصفة الادارية للقرار ويعدمه مما يجعل منه مجرد عمل مادي ، كما لو كان اعتداء من السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التشريعية او القضائية ، كما لو منحت نفسها سن قوانين هي من اختصاصات السلطة التشريعية او تحاول حسم نزاعات هي من اختصاص القضاء ، الامر الذي يؤدي الى انتهاك مبدأ الفصل بين السلط<sup>(3)</sup> .

٢- مخالفة قواعد الشكل والاجراء : يقصد بهذا العيب هو مخالفة التشريعات الفرعية للقواعد الدستورية من حيث المظهر الخارجي للوائح او الانظمة الواجب اتباعها عند اصدارها ، اذا ما خالفت التشريعات الفرعية تلك القواعد فتكون غير دستورية مشوبة بعيب الشكل والاجراء ، وهي لا تنطوي تحت نطاق السلطة التقديرية للجهة صاحبة الاختصاص بل وجب عليها الالتزام بالقواعد التي حددها الدستور لإصدارها ، استخلص الفقه المصري من خلال الاحكام القضائية الدستورية العديد من الضوابط الواجب مراعاتها عند بسط الرقابة على الشكل والاجراء منها :

أ- التحقق من صحة الاجراءات والشكلية مع الدستور النافذ وقت وضع اللوائح

ب- العيوب الشكلية غالبا ما تقتصر مخالفتها للأوضاع الشكلية التي رسمها الدستور

ت- لا يوجد فرق ما بين المخالفات الشكلية الجوهرية او المخالفات الشكلية الثانوية<sup>(4)</sup> .

ثانيا : المخالفات الموضوعية

عندما تكون التشريعات الفرعية مستوفية من الناحية الشكلية فيما يخص صدورها من الجهة التي رسمها لها الدستور او من حيث الشكل والاجراء المطلوب عند اصدارها ، هذا لا يعني انها اصبحت تشريعات دستورية ، بل يشترط ان الا تكون تلك التشريعات الفرعية مخالفة للأحكام الموضوعية التي حددها المشرع الدستوري ، فيحكم بعدم دستوريتها لعيب مخالفة الاحكام الموضوعية ، وهذه المخالفات قد تكون بصورة صريحة او تكون بصورة ضمنية<sup>(5)</sup> ، اولا : مخالفة التشريعات الفرعية للقيود الموضوعية بصورة صريحة (عيب المحل) ، يكمن هذا العيب في مخالفة للمبادئ الاساسية التي غالبا ما تتضمنها الدساتير ، رغبة من المشرع لحمايتها ، كونها تمثل العناصر الضرورية التي يقوم عليها بناء المجتمع ، كمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص ومبدأ حظر اسقاط الجنسية ، ومبدأ حق النقاضي ، لذا يتوجب على الجهة التي تصدر التشريعات الفرعية ان تراعي وتتوخى الحذر من عدم تجاوز تلك المبادئ ، والا اصبحت تشريعاتها مخالفة للشريعة الدستورية ، والحقوق والحريات العامة ، لعدم التزامها بالقيود الموضوعية

(1) شعبان عبد الحكيم عبد العليم سلامة ، تصحيح عيب عدم الاختصاص في القرار الاداري ، المجلة القانونية ، المجلد 9 ، العدد 1 ، 2021 ، ص 238 .

(2) عبد العزيز هيبيل ، قضاء الالغاء والامن التعاقد في المنازعات الادارية ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة مولاي اسماعيل ، 2025 ، ص 80 .

(3) د. وسام صبار العاني القضاء الاداري ، دار السنهوري ، بغداد ، 2020 ، ص 258 .

(4) رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، دار التنوير ، القاهرة ، 2004 ، ص 675 .

(5) ازهار هاشم احمد الزهيري ، الرقابة على دستورية الانظمة والقرارات الادارية في ظل دستور جمهورية العراق لسنة 2005 ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 2015 ، ص 96 .



التي فرضها الدستور<sup>(1)</sup>، قد تأتي المخالفة في محل التشريع الفرعي بسبب خطأ في تفسير القانون أو ما يسمى الخطأ في تقدير الواقع، بسبب غموض القانون فيتم تنفيذه من الجهة المختصة على عكس ما ابتغاه القانون، يكمن ذلك عندما يأتي التشريع الفرعي بأحكام جديدة غير منصوص عليها في القانون المراد تطبيقه، ثانياً: مخالفة التشريعات الفرعية للقيود الموضوعية بصورة غير صريحة (عيب الغاية)، يعرف ركن الغاية بانها "حالة خارجية تولد في نفس القابض على السلطة لإرادة عمل معين، فهو امر نفسي بحث اي ذلك الشعور الذي يتولد في ذهن مصدر القرار فيسعى لتحقيقه عن طريق القانون"<sup>(2)</sup>. ويتحقق هذا الانحراف في فرضيتين، الفرضية الاولى: عندما يتم اصدار الانظمة العامة وتطبيقها على حالة فردية، وبذلك تكون فاقدة للعمومية والتجريد، وهو الاساس في تلك الانظمة، كما لو اصدرت الجهة المختصة انظمة لتطبيق قانون معين تضيضي عليه بعض الشروط لغرض اقضاء عدد من الموظفين لأغراض سياسية، اما الفرضية الثانية: تتحقق عندما يخالف التشريع الاهداف التي خصص لها، بمعنى عندما يحدد الدستور الاهداف المراد تحقيقها من اصدار الانظمة لتنفيذ وتسهيل تطبيق القانون، وعلى الادارة الالتزام بتحقيق ذلك الهدف وعدم الحياد عنه، والا يعد اصدارها للانظمة التي خالفت الهدف المرسوم لها بعيب الانحراف بالسلطة<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني / الرقابة القضائية على دستورية التشريعات الفرعية

اتجهت اغلب الدساتير على النص صراحة على حق القضاء في رقابة دستورية على القوانين والانظمة واللوائح وامتناعها عن تطبيقها عند التحقق من عدم دستورتيتها. علما ان امتداد الرقابة للانظمة والتعليمات جاء تأكيدا لسيادة القانون لما لهذه الانظمة من اهمية تتعلق بحرية المواطنين وامنهم بما يعزز من دعائم الدولة القانونية.

اولا: الرقابة الدستورية على التشريعات الفرعية في مصر

قد تخالف اللائحة الدستور مباشرة، وقد يتوسط القانون بينها وبين الدستور، قد تكون اللائحة مخالفة للقانون والدستور في ذات الوقت بطريقة غير مباشرة، فالنوع الاول من المخالفات يطلق عليه (عدم دستورية اللائحة) اما النوع الثاني فيطلق عليه تسمية (عدم مشروعية اللائحة)، وبصدر دستور 1971 وقانون انشاء المحكمة الدستورية العليا، اوكل امر الرقابة الى المحكمة الدستورية العليا والتي نصت صراحة من خلال المادة (175) منه على ان تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، نجد انها نصت على اختصاص المحكمة بالرقابة على دستورية اللوائح، فيقصد به الرقابة على اللائحة التي تخالف احكام الدستور مباشرة، اذ لا يمتد اختصاص المحكمة للرقابة على اللائحة عند مخالفتها للقانون حتى لو خالفت الدستور في نفس الوقت او اصدرت مستندة على قانون غير دستوري، فيخضع عندها لجميع المحاكم بمختلف درجاتها<sup>(4)</sup>، وغالبا ما تكون مخالفات اللائحة هي مخالفات من حيث الشكل والاختصاص او من حيث السلطة التي تصدرها او الاجراءات اما موضوعيا تكون مخالفة للقانون وليس للدستور الا في حالات نادرة، اما في حال وجد قاضي الموضوع في مخالفة اللائحة للقانون بصورة مباشرة فيبحث في مشروعيتها دون احوالها الى المحكمة الدستورية هذا ما اخذت به المحكمة العليا في مصر من خلال القضية رقم 8 لسنة 7 بتاريخ 5 / 7 / 1977<sup>(5)</sup>، اما دستور 2012 هو الاخر نص صراحة على رقابة اللوائح التي تثبت مخالفتها لأحكام الدستور من خلال ما اشارت له المادة (175) منه على احقية المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، اما في ظل دستور 2014 تم تأكيد اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستورية اللوائح من خلال نص المادة (192) منه على ان: "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على

(1) د. رافع خضير صالح شبر، انتهاك الدستور، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2013، ص 75.

(2) د. عصام البرزنجي واخرون، مبادئ واحكام القانون الاداري، دار الكتاب القانوني، بيروت، 2021، ص 440.

(3) علي يونس اسماعيل - رجب علي حسن، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على مشروعية الانظمة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 7، لسنة 2، 2016، ص 383.

(4) د. رمزي طه الشاعر، المصدر السابق، ص 380.

(5) ينظر حكم المحكمة الادارية العليا في مصر رقم 8 لسنة 7 قضائية عليا (دستورية) بتاريخ 7 مايو سنة 1977.



دستورية القوانين ، واللوائح ..."، بمعنى ان المحكمة الدستورية العليا لا تختص سوى باللوائح ذات الطبيعة الادارية ، التي يتعلق سريانها بنطاق القانون العام، فلو انحسرت الرقابة عن تلك اللوائح ذات الصفة الادارية فهي بذلك تكون قد خرجت عن اختصاص المحكمة حتى وان كان صدورها من احد اشخاص القانون العام، كرئيس الجمهورية او رئيس الوزراء<sup>(1)</sup> .

### ثانيا : الرقابة الدستورية على التشريعات الفرعية في العراق

مرت الرقابة على دستورية التشريعات الفرعية في العراق بعدة مراحل منها ما اخذ بالرقابة على جميع التشريعات ، ومنها من اقتصر بالرقابة على جزء منها دون الاخرى ، يتضح ذلك خلال دراسة بعض الدساتير التي منحت المحاكم قبل وبعد انشاء المحكمة الاتحادية العليا سلطة الرقابة على الانظمة والتعليمات

#### 1- الرقابة على الانظمة والتعليمات قبل انشاء المحكمة الاتحادية العليا

كانت الرقابة على دستورية الانظمة حسب القانون الاساسي العراقي لسنة 1925 ، اذ نصت المادة (82/ثالثا) منه على تشكيل المحكمة العليا ، وبين اختصاصاتها في الرقابة على الانظمة بقولها " ... او فيما اذا كان احد القوانين او الانظمة الفرعية يخالف احكام هذا القانون الاساسي تجتمع المحكمة بإرادة ملكية... " (2)، الا انها لم تمارس اختصاصها الا لمرة واحدة سلف ذكرها في بحثنا ، اما دستور 1968 ، نجد ما جاء في نص المادة (87) منه على ان " تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير احكام هذا الدستور والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الادارية والمالية والبت بمخالفة الانظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها ويكون قرارها ملزم" ، من الملاحظ من نص المادة ان المشرع لم يتطرق الى عدم دستورية الانظمة ، وانما اكتفى بمخالفة الانظمة للقانون الذي صدر بموجبها ، من خلال قراءة تاريخ التشريعات العراقية المتعاقبة نجد ان المشرع العراقي لم يعامل الانظمة معاملة القرارات الادارية ، كذلك هو الحال في قانون مجلس الدولة التعديل الثاني استبعد هو الاخر الانظمة من اختصاص محاكم القضاء الاداري من خلال ما نصت عليه المادة (7/ثانيا/د)، من خلال قراءة النص ، يتضح ان محاكم القضاء الاداري تنحصر ولايتها في الغاء وتعديل القرارات الادارية دون ان تمتد الى الغاء الانظمة والتعليمات .

#### 2- الرقابة على الانظمة والتعليمات بعد انشاء المحكمة الاتحادية العليا

بعد صدور الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ ، بين اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا من خلال المادة (93/ولا) منه التي نصت على ان : "اولا : الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة " (3) ، نجد ان المحكمة قد وسعت من اختصاصاتها عما هو عليه من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 ، بالرقابة على الانظمة دون تحديد نطاق تلك الرقابة من اي الدساتير العراقية ، وقد الغت في العديد من احكامها انظمة صادرة في دستور 1970 ، حكمت في احد احكامها الصادرة بعدم دستورية الفقرة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (221) ، كونها جاءت مخالفة للدستور<sup>(4)</sup> .

اذا كانت الانظمة قد خضعت لرقابة المحكمة الاتحادية العليا صراحة بموجب الفقرة الاولى من المادة المذكورة ، في حين لم يرد ذكر التعليمات ضمن اختصاصها اسوة بالقانون والانظمة ؟ انما وردت بصورة غير مباشرة في فقرتها الثالثة من اختصاصاتها في الفصل في النزاعات التي حددها الدستور ، هل يفهم من هذا النص ان التعليمات لا تخضع لرقابة المحكمة الاتحادية ؟ ، للإجابة على هذا التساؤل ، قام الباحث بالاطلاع على قرارات المحكمة الاتحادية العليا الاول في عام 2010 ، والثاني في عام 2018 ، في قرارها الاول في الدعوى المرقمة 40/اتحادية/2010 ، جاء قرارها " .... لا تعد بمنزلة التعليمات

(1) ينظر المادة (192) من الدستور المصري لسنة 2014 .

(2) ينظر المادة (82/ثالثا) من القانون الاساسي العراقي لسنة 1925 .

(3) ينظر المادة (93/اولا) من الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ .

(4) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 11/ اتحادية /2006 ، بتاريخ 2006/8/24 ، منشور على موقع

المحكمة الاتحادية العليا في العراق ؛ ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 11/ اتحادية/2023 ، بتاريخ

2023/3/7 ، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا في العراق .



التشريعية المنصوص عليها في الفقرة (ثالثاً) من المادة (93) من الدستور.... قرر الحكم برد الدعوى<sup>(1)</sup>

اما في قرارها الصادر بحكمها في الدعوى المرقمة 144/اتحادية/2018 ، عندما اصدر وزير التعليم العالي والبحث العلمي في اقليم كردستان تعليمات رقم (4 و 5) تضم مجموعة من الشروط تخص الدراسات العليا ، فكان قرار المحكمة حول موضوع التعليمات محل الطعن بقولها " ... حصرت اختصاص هذه المحكمة بالنظر في الطلبات والدعاوى التي تتعلق بدستورية او عدم دستورية القوانين والانظمة حصراً دون التعليمات بخلاف ما كان ينص عليه قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام 2004 الملغى في المادة (44/ج) منه<sup>(2)</sup> .

من خلال الاطلاع على احكام المحكمة الاتحادية العليا ذهب القول الى ان اناطة اختصاص المحكمة بالنظر في دستورية التعليمات يوسع من دائرة اختصاصاتها ، والخوض في منازعات وجد لها مرجعاً للطعن فيها وهو القضاء الاداري ، وهذا ما ذهب اليه الاستاذ الدكتور غازي فيصل مهدي في معرض تفسيره للفقرة الثالثة من المادة (93) من دستور العراق لسنة 2005 النافذ ان المشرع الدستوري ، عندما تمارس المحكمة تمارس اختصاص لا يليق بمكانتها ، ولا يجوز لها ان تشغل نفسها بمنازعات حدد لها القانون مرجعاً للطعن فيها .

### الخاتمة :

بعد استكمال إعداد البحث، نعرض نتائجه وتوصياته على النحو الآتي :

أولاً: النتائج

- 1- رغم الدور الأساسي للنزاع الدستوري في حماية الحقوق والحريات، إلا أن القضاء الدستوري والهيئات المختصة لا تملك صلاحية تعويض المتضررين من النصوص غير الدستورية ولا تقرير مسؤولية الدولة عن القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، مما يحد من فعالية الحماية الدستورية.
- 2- يمر النزاع الدستوري بمرحتين: مرحلة سابقة على عرضه على القضاء اذ يتخذ صوراً غير قضائية، ومرحلة قضائية تتحدد فيها عناصر النزاع من حيث الاختصاص والأطراف وموضوعه وحجية الأحكام الصادرة.
- 3- يفتقر النظام القانوني إلى نص صريح يحدد الأثر القانوني لقرارات القضاء الدستوري، سواء من حيث الإبطال أو وقف التنفيذ.
- 4- تنسم أحكام القضاء الدستوري بطبيعة كاشفة لا منشئة، دون المساس بالحقوق والمراكز القانونية المستقرة، وبما يحقق احترام مبدأ الفصل بين السلطات.

ثانياً: المقترحات

- 1- قصر الرقابة على التعليمات على القضاء الإداري بوصفها قرارات إدارية، استناداً للمادة (7/خامساً) من قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل.
- 2- النص صراحة على الجهة المختصة بتفسير أحكام المحكمة الاتحادية العليا عند غموضها.
- 3- تحديد الأثر القانوني لأحكام عدم الدستورية، مع إلزام السلطة التشريعية بمعالجة الفراغ التشريعي خلال مدة محددة .
- 4- تشريع قانون ينظم التعويض عن الأضرار الناجمة عن القوانين والأنظمة المخالفة للدستور.
- 5- توسيع صفة الطعن بعدم الدستورية لتشمل الشخص المعنوي ولو دون مصلحة مباشرة، بما ينسجم مع طبيعة الدعوى الدستورية وحماية سمو الدستور.

(1) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 40/اتحادية/2010 ، الصادر بتاريخ 2010/6/14 .

(2) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 144/اتحادية/2018 ، بتاريخ 2022/1/19 .



## قائمة المصادر والمراجع

### الكتب:

1. ايلاف عبد الرسول صبري، القواعد المنظمة للإحالة التشريعية الى السلطة التنفيذية، الناشر المركز الاكاديمي للنشر ومكتبة الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2022.
2. د. شعبان احمد رمضان احمد، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين، الناشر دار النهضة العربية، طبعة سنة 2000.
3. د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، سنة 2011.

### الرسائل والاطاريح الجامعية:

1. ازهار هاشم احمد الزهيري، الرقابة على دستورية الانظمة والقرارات الادارية في ظل دستور جمهورية العراق لسنة 2005، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2015.
2. مسعودة مقدود، التوازن بين سلطات الضبط الاداري والحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، اطروحة دكتوراه، جامعة محمد خضير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017.

### البحوث والدوريات:

1. د. احمد تقي فضيل، مدى احقية العراق في ابطال اتفاقية خور عبدالله وفقا للقانون الدولي، مجلة واسط للعلوم الانسانية، المجلد 21، العدد 1، 2025.
2. رضا برييش، الدعوى الدستورية بين ترسيخ قواعد دولة القانون وضمن سير المؤسسات الدستورية، مجلة ايليزا للبحوث والدراسات، المجلد 6، العدد 2 سنة 2022.
3. طالب حسين حافظ، مينا مبارك وفاق العلاقات العراقية الكويتية، مجلة مركز دراسات دولية، جامعة بغداد، العدد 53، 2012.

### مجموعة الاحكام

- 1- مجموعة الاحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا في العراق
- 2- مجموعة الاحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في مصر

### المواقع الالكترونية:

1. أنطونين جيلبلا، "استراتيجيات إدارة النزاعات الدستورية من قبل المحاكم الدستورية في أوروبا الوسطى والشرقية"، مقالة منشورة على الموقع: [doi.org/10.4000/revdh.14035](https://doi.org/10.4000/revdh.14035)
2. الموقع الرسمي لبرنامج الانماء الدولي للأمم المتحدة، <https://www.undp.org>
3. ناجي الغزي قراءة تحليلية لقرار المحكمة الاتحادية العليا بشأن اتفاقية خور عبدالله، مقال منشور في المعلومة الوكالة الاخبارية، تاريخ الدخول: 2025/4/19، <https://www.almaalomah.me/articles/96434>