مجلة العلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: الإنحراف بالفكرة القانونية السائدة وتطبيقها في دستور العراق لعام 2005
اسم الكاتب: أ.م.د. سمير داوود سلمان
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/1070
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 16:32 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة ديالى ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

الإنحراف بالفكرة القانونية السائدة وتطبيقها في دستور العراق لعام ٢٠٠٥

Deviation of prevailed legal idea and its application in Iraq's constitution for 2005

الكلمة المفتاحية : الدستور، الفكرة القانونية.

Keywords: Constitution, Legal Idea.

أ.م.د. سمير داوود سلمان

كلية النخبة الجامعة

Assistant Prof. Dr. samir dawood salman
Al-Nukhba University College
E-mail: musadaq111@yahoo.com

ملخص البحث

يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على الفكرة القانونية السائدة، ومن ثم استعراض الإنحراف الذي يُرتكب بالمخالفة لهذه الفكرة، يستوي في ذلك من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية، وبيان الجزاء المترتب على هذا الانتهاك.

وفي الوقت الذي نجد فيه أن التأسيس الدستوري لبعض المفاهيم وإجراءات عمل السلطات الثلاث واختصاصاتها يكون واضحاً لا لبس فيه، إلا أن تحديد مفهوم وحدود الفكرة القانونية السائدة يعد من الأمور الشائكة كونها تكون غير ظاهرة ويتوجب البحث عنها في ظاهر النصوص الدستورية وباطنها، وهو الأمر الذي آثرنا التصدي له ومعالجته في ظل دستور جمهورية العراق عام ٢٠٠٥.

المقدمـــــة

توضع الدساتير من قبل السلطة التأسيسية الاصلية (الأولى) وتتجه هذه السلطة إلى ترجمة أيدولوجيتها وفكر وعادات واخلاق المجتمع مع تأثير الديانة أو المعتقد وتصاغ في قوالب دستورية تمثل الفكرة القانونية السائدة أما عن شكل نظام الحكم وطريقة انتقال السلطة وألية عمل مؤسسات الدولة فيمكن اعتبارها مكملات لازمة لاستكمال القواعد الدستورية.

وتشكل السلطات الثلاث على أساس دستوري وتبدأ العمل وفق آلية دستورية محددة سلفاً وفي إطار الأصل فيه أن لا تجلد عنه قيد أنمله وتبدأ ممارسة الصلاحيات ضمن الإطار العام للنصوص ولا ضير في وجود بعض التوسع في التأويل أو التفسير ولكن دون التغيير الجذري الشامل وشيئاً فشيئاً تبدأ القواعد الدستورية بالتوسع مع بقاء الأصل العام. وهذا في الأصل هو مبدأ الاستقرار.

ولكن إذا ما حصل وتغيرت موازين القوى خارج ما هو مرسوم دستورياً وطغت على السطح تصرفات عملية قد انحرفت عن النصب الدستوري فإننا هنا أمام انحراف بالفكرة القانونية السائدة لأن كل دستور هو من صنع اشخاص كانت تسيطر على أفكارهم مجموعة أفكار صبوها في قوالب الدستور مع استطلاع للرأي العام وما بني من نسيج اجتماعي تستخلص منه أفكار وتصب أيضاً في الوثيقة الدستورية.

إن لكل دستور كما يقول العميد ليون دوكي فكرة تسيطر على نصوصه يمكن استشقاقها من خلال قراءة نصوص هذا الدستور أو ذلك بحيث نرى أن هذا الدستور يتبنى الفكر الرأسمالي وذاك الدستور يتبنى الفكر الاشتراكي وهذا الدستور يتبنى الفكر الإسلامي المتطور وحتى على مستوى الصلاحيات والاختصاصات فيمكن ملاحظة أن هذا الدستور يتبنى النظام البرلماني ولكنه يحاول أن يجعل للبرلمان الكلمة الفصل أو أنه يحاول أن يفرض هيمنة للحكومة على حساب البرلمان أو أن هذا الدستور يأخذ بالنظام الرئاسي ويجعل من رئيس الجمهورية المنتخب نداً للسلطة التشريعية المنتخبة أيضاً.. الخ[١].

كل هذه الامور قد تضع يدك عليها ولكن الواقع يفاجئك لأن الواقع العملي قد يجرف الفكرة القانونية السائدة ويحرفها عما رسم إليها ابتداءً.

ولمزيد من التفصيل فإننا الينا تقسيم دراستنا بالشكل الآتي:

المطلب الأول: التعريف بفكرة الإنحراف بشكل عام.

المطلب الثاني: بيان ماهية الفكرة القانونية السائدة.

المطلب الثالث: تطبيقات عملية لفكرة الإنحراف.

المطلب الأول

التعريف بفكرة الإنحراف بشكل عام

الإنحراف لغة هو الانحدار والخروج عن المألوف والمرسوم ويقال انحرف القطار عن مساره أي خرج عن الحد المرسوم له[٢].

واصطلاحاً فلم يعرف الفقه معنى الإنحراف وإنما ربط فكرة الإنحراف بأفكار أخرى مثل فكرة الإنحراف التشريعي وفكرتي التعسف باستعمال الحق والانحراف باستعمال الحق ولكني أرى أن الإنحراف اصطلاحاً هو أن تحيد احدى السلطات أو نظرية ما عما هو مرسوم لها فعلاً وبهذا المعنى ورد في قوله تعالى : (وَجَاءَتْ سَكْرَةُ الْمَوْتِ بِالْحَقِّ ذَلِكَ مَا كُنْتَ مِنْهُ تَحِيدُ)[٣] وهذا يعني أن لفظ تحيد مغاير للفظ الحق.

وعموماً فإن الفقه يرى[٤] أن الإنحراف غالباً ما يكون على ركن الغاية أو يكون على السلطة التقديرية وجوهر هذه السلطة هو هامش الحرية المتروك بين اختيار أمرين قدر مسبقاً[٥] إذاً الإنحراف يمكن أن يكون عن طريق التمييز دون مبرر بين انعدام الدافع المعقول *Mobil Plausible* وعدم الملائمة الظاهرة *Inopportunity Flagrante*.

وبالتالي فالبحث عن فكرة الإنحراف يكون في مسرح السلطة التقديرية فمثلاً أن انحراف أو الإنحراف في استعمال السلطة التشريعية بالنسبة للبرلمان يتطلب أن نرسم الدائرة التي يدور فيها عنصر السلطة التقديرية بأن نبين متى يحق للمشرع استعمال سلطة تقديرية؟ والجواب هو ما لم يقيده الدستور بقيود محددة فان سلطته في التشريع هي سلطة تقديرية.

الفرع الأول : الأساس التأريخي لفكرة الإنحراف

ونقصد هنا بالأساس التأريخي لفكرة الإنحراف هي التطورات التاريخية لفكرة الإنحراف عموماً في سائر مجالات القانون سواء كان ذلك في مجال القانون المدني أو الإداري ففكرة الإنحراف التشريعي مثلاً كفكرة ليست إلا امتداد لفكرة الإنحراف ذاتها في مجال استعمال الحق وفي مجال استعمال السلطة سواء كانت السلطة إدارية أو تشريعية فالإنحراف وفقاً لهذا الفهم لا يتغير في طبيعته وإن اختلف الموضوع الذي يقع عليه وبالتالي الشخص المنسوب إليه التصرف المعيب بالانحراف ومن هنا كانت فكرة الإنحراف بالحق إساءة استعمال الحق. والتعسف به وفكرة الإنحراف بالسلطة الإدارية يمثلان إلى درجة كبيرة الأساس التأريخي لفكرة الإنحراف ليس فقط لأن الفكرتان تبحثان في مجال البحث عن الإنحراف إنما لأن القضاء كان معيناً ثرياً للأحكام والقرارات التي اسندها إلا أنها تمثل إنحرافاً في ركن الغاية.

إن مضمون الحق هو تلك المكنات والسلطات التي يخول الحق صاحبه التصرف به دون اعتراض أو مانع وهو في استعماله لهذا الحق في حصانة من أي مسؤولية لأن الحق هو من حجب عنه المسؤولية القانونية ولما كنا قد أشرنا أن التعسف يبحث كنوع من أنواع الإنحراف فلا بد لنا أن نقول أن الفكر الروماني والشريعة الإسلامية عرف فكرة الإنحراف عن طريق التعسف فالرومان لم يوضحوا نظرية التعسف إلا في حدود الاضرار بالآخر ومن ثم تطور هذا الفكر حتى توصل الرومان إلى نوع أخر من الإنحراف وهو استعمال الحق دون مصلحة لصاحبه إلا أن هذا الفكر لم يصمد أمام الفكر الفردي[٦] إلا أن القضاء الفرنسي بعيد الثورة الفرنسية أسس نظاماً خاصاً لفكرة الإنحراف قائم على جمع النظريات التي قبلت في التعسف بالإضافة إلى ربط الإنحراف بالخروج عن الحق أصلاً.

أما في الفقه الإسلامي فالملاحظ أن الفقهاء المسلمون لم يتناولوا هذه النظرية (الإنحراف عن طريق التعسف) بوصفها المعروف أعلاه بل أن النظرية في الإسلام ولدت على اعتبار أن الإنحراف هو كل سوء في استعمال الحق وذلك لأن الإسلام يحرم كل ضرر إذا تساوى أو كثر عن المنفعة فهنا يقول الرسول الأعظم محمد (ﷺ) (لا ضرر ولا ضرار) والقاعدة الفقهية هنا تؤكد على أن (درء المفاسد أولى من جلب المصالح..) فالإسلام يؤكد على وجوب استعمال الحق في أحسن أوجهه مراعياً الله سبحانه وتعالى كما أن الإسلام يؤكد على أن حق الغير محافظ عليه شرعاً عند استعمال الإنسان لخالص حقه بحيث صار هذا الحق غير مطلق بل هو مقيد بما سبق له ورسم حتى لا يكون فيه اعتداء على حق الغير. وهنالك عدد من المبادئ والقواعد الفقهية التي تثبت النظرية في الشريعة الإسلامية منها (الضرر يزال، أن الضرر الخاص يتحمل لأجل دفع الضرر العام، الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف).

الفرع الثاني : ماهية عيب الإنحراف بالسلطة

لقد تباين الكلام عن ماهية عيب الإنحراف بالسلطة على اعتبار أن الإنحراف بالسلطة جزء من الإنحراف بشكل عام فقد عرف بأنه (استخدام سلطة معينة من جهة معينة من أجل تحقيق هدف غير ذلك الذي لأجله منحها القانون تلك السلطة)[٧] ولقد وجه هذا الأمر إلى الاستخدام العمدي للسلطات لتحقيق هدف مغاير لذلك الذي رسمه القانون. وهذا يعني أن الحيادية عن الهدف المرسوم قد أخل بالمصلحة العامة وبالتالي هو من حقق فكرة الإنحراف[٨].

وعموماً فإن هنالك جانب من الفقه[٩] يقرر اكثر من لفظ لعيب الإنحراف منها لفظ عيب الغاية أو الهدف[٩] وذلك لأن الهدف هو المصلحة الامة وكل مجافاة لهذه المصلحة هي انحراف عن الحق، حيث جاء في حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٧/يونيو/ ١٩٤٩ (أن سوء استعمال السلطة نوع من سوء استعمال الحق والموظف أو الشخصية المعنوية تسيء استعمال سلطتها كلما استعملت نصوص القانون ونضدتها بقصد

الخروج على أغراض القانون وأهدافه فهذا يعد استعمال للقانون بقصد الخروج على القانون وبهذا يكون الإنحراف ضرباً عن تعمد مخالفة القانون والتظاهر باحترامه فهي لا تخرج عن كونها مخالفة متعمدة لأهداف القانون بل وللقانون ذاته لتعذر التفرقة بين نصوص القانون واهدافه)[١٠] إذن فالإنحراف هو الخروج عن روح واهداف القانون أما باستعمال القانون دون تحقيق اهدافه أو استعمال نصوص أخرى لا تحقق اهداف القانون.

الفرع الثالث : تطبيقات الإنحراف بشكل عام

تعد نظرية الإنحراف التشريعي التعسف باستعمال الحق والإنحراف بالسلطة أهم ثلاث تطبيقات ساقها الفقه لبيان معنى الإنحراف وبيان خصائصه وماهيته.

فالانحراف التشريعي المفروض لا ينحصر في القانون الدستوري وهذه الفكرة ليست فكرة جديدة بل أن هناك فكرة الإنحراف بالدستور أو الإنحراف في استعمال سلطة تعديل الدستور من قبل السلطة التأسيسية المنشأة وهي فكرة عبر عنها احد الفقهاء عام ١٩٤٢[١١] ومقتضاها أن السلطة التي ينشئها الدستور ويسند إليها اختصاص النظر في تعديله يمكن أن تستعمل سلطتها في التعديل بما ينحل بالمبادئ الأساسية لروح الدستور القائم أو يخالف روحه ومقتضاه فالجهة المنوط بها التعديل تفتح في هذا التعديل جميع الاجراءات الدستورية المقررة وتستخدم سلطتها في التعديل ولكن من خلال التعديل الذي تجريه إنما تسعى إلى هدم مبادئه الأساسية التي من المفترض أن التعديل الذي يطرأ على الدستور سيدور حول هذه المبادئ والواضح أن هذا الإنحراف هو ليس الإنحراف من السلطة التشريعية فحسب إنما يتجاوزه إلى السلطة التأسيسية الأولى. إذ قد تكون السلطة التشريعية هي من تتولى تعديل الدستور ولكن بإجراءات خاصة ويسوف هذا الفقه ثلاث امثلة تاريخية حدثت في ألمانيا في زمن النازية وإيطاليا في زمن الفاشية وحكومة المارشال بيتان في فرنسا ١٩٤٠.

والواضح هنا في هذه الأمثلة أن من وصل إلى الحكم فقد وصل بأساليب مشروعة ولكنه يضغط على الهيئة المختصة بالتعديل لحملها على تعديل الدستور وتغيير مبادئه تغييراً جذرياً. وتقوم هذه بذلك العمل ولكنها تهدف إلى مخالفة روح الدستور الذي تعدله وذلك بأن

يؤدي التعديل إلى الخروج عن هذه الروح كأن تغيير الدستور من دستور ديمقراطي يقدم على أساس احترام مبدأ الفصل بين السلطات التنفيذية[١٢] ومثال ذلك الصدام الذي وقع عام ١٩٣٥ نتيجة خطة الاصلاح التي اقترحها الرئيس الامريكي (روزفلت) انتهت بها الأمر إلى أن حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستورية هذه الاصلاحات لمخالفتها لمبدأ الفصل بين السلطات لأن الأصل أن الاصلاحات تقدم على شكل مشروعات قوانين من الكونجرس.

أما فكرة التعسف في استعمال الحق فغنى عن البيان أن نقول أن فكرة التعسف باستعمال الحق تبحث بشكل مفصل في القانون المدني ومفاد هذه الفكرة أنه بالرغم من أن الفرد حر في استعمال حق الملكية وحسب نصوص القانون المدني التي تعطيه مكنة (الانتفاع والاستغلال والتصرف) إلا أنه بهذا الاستعمال محدد بحدود حقوق الغير فحقوق الاتفاق والحقوق العينية وامتناع الشخص ببناء مطلات على جاره وامتناعه عن سير المار بأرضه وصولاً إلى أرض أخرى تجسد فعلاً وجود حقوق أخرى لأشخاص اخرين لابد أن يراعيها صاحب الحق في استعماله لحقه.

أما عن الإنحراف باستعمال السلطة فإن لفظ *detournement de pouvoir* في اللغة الفرنسية يكشف بدرجة كبيرة معناه القانوني فكلمة *detournement* بمفردها تفيد معنى تغيير الاتجاه والتعبير كله يفيد أن نشاطاً معيناً كان من الواجب أن يصل إلى هدف معين ووجهه محدودة فحاد عنها لسبب أو لآخر[١٣]. ولهذه النظرية (الإنحراف باستعمال السلطة) شقين شق ذاتي وآخر موضوعي فالشق الذاتي يتعلق بتعريف النوايا والاغراض وأخر موضوعي هو الخروج عن الهدف المرسوم قانوناً. أن منطقة الإنحراف باستعمال السلطة هي المنطقة التي يكون فيها للمشرع سلطة تقديرية والمشرع في حدود الدستور له سلطة تقديرية في التشريع فما لم يقيده الدستور بقيود فهو تقدير كما اسلفنا. أما ما قيده الدستور فلا يجوز له الخروج عن هذه القيود فمثلاً يجوز للمشرع تنظيم الحقوق والحريات الواردة في الدستور ولكن لا يجوز له أن يصدر تشريع يمنع له ممارسته حق أو حرية من ما ورد دستورياً.

وفيما عدا هذه السلطة المحددة تكون سلطة المشرع سلطة تقديرية ومجال هذه السلطة التقديرية يكاد يستغرق النشاط التشريعي فهذا المجال الواسع هو المجال الذي يقع فيه الإنحراف في استعمال السلطة التشريعية فمنطقة الإنحراف في التشريع أوسع بكثير من منطقة مخالفة التشريع وعليه يمكننا أن نتبين الأهمية العلمية للقول بإمكان انحراف المشرع في استعمال سلطته التشريعية.

أما فيما يتعلق بمعيار الإنحراف فلا شك بأنه معيار هو ذاتي وموضوعي أي يتعلق بالنوايا والاحكام وإذا كان هذا المعيار يستساغ بالنسبة للإدارة على اعتبار أن الاشخاص الطبيعيون هم من يمثلوها إلا أنه قد لا يكون مقبولاً بهذا الشكل بالنسبة للهيئة التشريعية لأن المفروض أنها دائماً تستعمل سلطاتها لتحقيق الصالح العام حتى وإن انحرف البرلمان واصدر تشريع لنفع أو ضر طائفة معينة فلابد له أن يلبس هذا التشريع لباس المصلحة العامة إذا المعيار الذي يمكن أن توصف به انحراف السلطة التشريعية هو ذو معيار موضوعي وذلك لسببين :

الأول – إن الواجب هو أن تفترض في الهيئة التشريعية وهي تعلو النزاهة والتجرد عن الأفراد لأن الأولى لا تصدر أي تشريع ما لم تتوخَ فيه المصلحة العامة ناهيك عن أن السلطة التشريعية مكونة من عدد غير قليل من الاعضاء يصعب تواطئهم على الباطل وهي هيئة تنوب عن الامة فيفترض فيها التنكب عن الاغراض الذاتية.

الثاني – إن التشريع ليس حالة فردية يمكن أن يظهر فيها القصد بشكل واضح بل هو مجموعة من القواعد العامة والمجردة وغير متجهة إلى فرد بعينه إنما إلى ذوات وصفات وهنا يصعب البحث عن النوايا[١٤].

إن أهم معيار في اعتقادي المتواضع والذي يمكن من خلاله تحديد مفهوم الإنحراف هو البحث في فرضين :

الأول – مجاوزة التشريع الغرض المخصص الذي رسم له.

الثاني – مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي تهيمن على نصوصه.

والحقيقة أن السبب في اختيارنا هذين الأمرين من مجموع الحالات التي قبلت كمعيار للإنحراف هي أن هذين الأمرين يتحقق فيهما فكرة الإنحراف بالفكرة السائدة.

ففيما يخص الفرض الأول أن أي تجاوز للتشريع للغرض المخصص الذي رسم له يعد إنحرافاً بهذا التشريع فمثلاً أن الاهداف المحددة لقوانين معينة كقانون الطوارئ أو الاحكام العرفية من صيانة النظام العام ودرء الخطر المحدق لا يمكن استعمال هذا القانون في تصفية حسابات سياسية أو في حل البرلمان وانما هدف التشريع محدد سلفاً وبصفات معينة.

أما فيما يتعلق بالفرض الثاني .. فجوهر هذا الفرض هو ما عرضه الفقيه (ليون دوكي) عن خضوع التشريع لمبادئ الدستور العليا[١٥] وبالرغم من أن بعض الفقه[١٦] يستبعد هذا المعيار على اعتبار أن المبادئ العليا للدستور غير مكتوبة ولا يمكن فحص قانون مكتوب ومدى تطابقه ومبادئ غير مكتوبة ورغم ذلك أننا نرى أن المبادئ العليا للدستور تتجلى بمجموعة من الافكار الاجتماعية والدينية والسياسية والاقتصادية تسمى (الفكرة القانونية السائدة) وهذه الفكرة هي روح الدستور وإن كانت غير مكتوبة إلا أنه لا يصعب الوصول إليها كونها تطغى على النصوص الدستورية.

المطلب الثاني

بيان ماهية الفكرة القانونية السائدة

لقد بات ثابتاً على صعيد الفقه الدستوري أن الدستور لا يغدو قادراً على أداء دوره بصورة فاعلة ما لم تتراء فيه بصورة جلية حالة المجتمع في وقت معين بذاته[١٧] فهو بهذه المثابة يمثل ظاهرة اجتماعية أي واقعة كلية. ولكن هذه الواقعة لا تتضمن في ذاتها جميع العوامل التي تعين على إدراكها لأنها لا تعدو في حقيقتها اكثر من مظهر ولذلك نجد أن الفقيه لا يكتفي في إدراكه لها بالوقوف عند ظاهرها وإنما هو ينفذ إلى الصميم فيها كاشفاً عما وراءها وما يخفي في اعماقها وهو في سعيه هذا إنما ينبغي تحديد القانون الذي يحكم

هذه الظاهرة أي تحديد القانون الذي يحكم جميع أوجه النشاط العام والخاص في الدولة وتحديد الهدف الذي يتقيد به الحكام والمحكمون على السواء وهم يباشرون أوجه النشاط[١٨].

وإذا كان الدستور عبارة عن تنظيم سلطة وحرية فلابد للفقيه أن يتبين الفكر المذهبي الذي يلهم واضعي الدساتير وهم يشيدون الصرح الدستوري على تبني الفكرين. فمثلاً صلاحيات السلطة التشريعية لا تكتفي بمجرد قراءة النصوص المنظمة في الوثيقة الدستورية وانما لا بد من الوقوف على التفسير على الفكر السائد المهيمن على واضعي هذه النصوص.

هذا الفكر المهيمن الذي يمثل انعكاس لمجموعة من العناصر وخليط اجتماعي وثقافي وسياسي وديني هو الذي يعلو نصوص الدستور وهو روحها ومن غيرها فالنصوص ميتة من غير روح وعلى المشرع العادي والقاضي استخلاصها من النص وبشكل واضح وثابت فقد اختط القضاء الفرنسي لنفسه ذلك السؤال واعترف بالقيمة القانونية لديباجة دستور ١٩٥٨ و١٩٦٤ في قرار له في ١٦/تموز/١٩٧١ وعد الديباجة تمثل نصوص تعبر عن ضمير الامة وإن كانت عبارة عن كلام انشائي إلا انها تحتوي نصوص تقريرية.

إن أهمية البحث في الفكرة القانونية السائدة يكمن في:

أولاً– قد تكون النصوص الدستورية غامضة أو مبهمة وهنا يحتاج كلاً من المشرع العادي والقاضي إلى ما يوضح هذا الغموض ويزيل هذا الابهام وهنا يتصدى العرف ليفسر أو يكمل سد النقص في النصوص ولا شك أن العرف هنا يعد انعكاس للواقع وتماشياً مع الفكر السائد في المجتمع[١٩]. أي أن العرف الدستوري يتماشى مع فكر المشرع الدستوري.

ثانياً– كما أن القضاء يحتاج إلى الفكرة القانونية السائدة عندما يمارس عمله الدستوري في تفسير النصوص الدستورية ولاشك أن هذا التفسير يأخذ قوة النص الدستوري من القوة والالزام فلابد أن يتماشى التفسير مع ما أراده المشرع. لأن القاضي عندما يفسر لابد من أن يراعى فكر المشرع الدستوري وما أراده من النصوص.

إن أهم ما يمكن أن يواجه الفكرة القانونية السائدة من خطر هو مكنة التعديل الدستوري فهنا يمكن الإنحراف بهذه الفكرة فلا بد من أن يراقب القضاء هذه الحالة على اعتبار أن السلطة التشريعية تحاول فك اسرها من قيود النصوص بحجة الحداثة والتطور.

الفرع الأول : الاتجاهات الفكرية القديمة للفكرة القانونية السائدة

تعد الوضعية القانونية فكرة قديمة تعبر عن ما هو معروف بالفكرة القانونية السائدة وذلك لأن هذه الاتجاهات القديمة كانت لا ترى في الدساتير سوى نصوص مكتوبة لا يمكن أن نحيد عنها قيد أنملة. وأهم هذه المدارس هي مدرسة الشراع على المتون والمدارس الحديثة. فمدرسة الشراع على المتون كانت ترى في النص قدسية لا يمكن أن تفهم إلا من خلال النص ذاته وقد برز هنا المعيار الشكلي وهو الاعتراف بالنص كما أراده المشرع دونما حداثة أو تفسير وبالتالي فالمشرع على متن القانون هو أساس هذه المدرسة[٢٠] ومن فقهاء هذه المدرسة (اوستن) والقانون بالنسبة إليه هو قاعدة وضعت لكي يحكم بها كائن عاقل وهو صاحب السلطان كائن عاقل أخر هو المحكوم الذي يخضع لسلطانه إذ أن القانون عند اوستن لا يجد أساسه إلا في إرادة الحكام فما لا يصدر إذا عن الحكام بصورة مباشرة أو غير مباشرة لا يعتبر قاعدة قانونية وإنما يسميها اوستن (الأخلاق الوضعية) فأساس القانون عند هذا الفقيه هو تشريعية بواسطة حاكم سياسي على أن القانون لا يكون قانوناً ما لم يقترن بجزاء يفرض على من يمتنع عن تطبيقه فقد يقال أن القانون وإن كان يعبر عن إرادة الحاكم إلا أن الحاكم لم يستمد مادة القانون الذي شرعه إلا من المجتمع الذي يعيش فيه[٢١].

أما المدرسة الحديثة فإن أبرز رجالها كاريه ديمالبير الذي يقيم القانون على سلطة الدولة فلا قانون إلا ويكون لاحق لقيام الدولة ورغم ذلك إلا أن كاريه يؤمن بوجود قواعد عليا أخلاقية تهيمن على الدولة والقانون كما ويرى هذا الفقيه أن الدستور هو الذي يخلق الدولة والقانون فليس هناك نظام قانوني خارج الدولة. ففي مرحلة ما قبل الدستور الذي يقيم الدولة أو يؤسسها لا يوجد هناك إلا مجرد وقائع في قبال قوة الفقيه القانوني.

إن الدولة عند كاريه تنشأ عندما توجد جماعة معينة تقيم على إقليم معين هيئات تعبر عن ارادتها وتقيم نظامها القانوني وتفرض سلطتها الآمرة وهذه المجموعة يفترض لتنظيم شؤونها وجود قواعد معينة اصطلح على مجموعها اسم دستور وهذا الدستور يستمد صفته الالزامية من الدستور الذي سبقه ولكن ما العمل إذا ما وصلنا إلى الدستور الأول؟ اعتبر هذه الفقيه أن الدستور الأول واقعة محصنة غير قابلة لأي تكييف قانوني على أساس أن القانون عليه الاهتمام بالدولة بعد أن تكونت(٢٢).

ومن أنصار الحداثة أيضاً الفقيه كلسن الذي يرى أن كل وضعية قانونية تتوقف على فرضية سنة لا وضعية توجد أساس النظام السنوي الذي تعود إليه السنة الوضعية. فالسنة الوضعية الأساسية تضفي عمل اساسي كإقامة أول دستور لدولة ما. صفة عمل خلاق للسنن(٢٣).

الفرع الثاني : الاتجاهات الحديثة للفكرة القانونية السائدة

أزاء التطور الذي وقع على الفكرة القانونية السائدة بدأ الفقه يبحث عما وراء الوضعية (*Droit Transpositif*) ويعد الاستاذ جورج بيردو أول من شدد على فكرة القانون القائمة على الاعتقاد والفكر كتجسيد لنظام اجتماعي معين فالقانون بالنسبة لبيردو لكي يتحقق يجب أن يكون قائماً في التفكير والاعتقاد (على أن هذا لا يكون مطلقاً بالنظر لأن وجوده يكون ملازماً دائماً للفكرة التي اقام بمقتضاها الأفراد تنظيماً متنافساً لتعايشهم المشترك) ففي أصل القانون يوجد هنالك إذا اعتقاد وتجسيد أما الاعتقاد فيمكن في امكانية إقامة نظام اجتماعي أفضل. أما التجسيد فتتفاوت دقة تنظيمه الذي يجب أن تتمثل له أو تتقيد به الفئة الاجتماعية لغرض تحقيق الصالح العام(٢٤).

إذن الخلاصة أن أصل القانون هو فكرة أو اعتقاد يرسخ في الضمير الجماعي للمجتمع وهذا الفكر أو الاعتقاد نابع من الظروف العملية السياسية الاجتماعية الاقتصادية التي أملت على الضمير الجماعي أن يقدم هذه الفكرة على غيرها من الافكار وأن يدحض كافة الأفكار الأخرى حتى تلك التي تمتعت بسمة قانونية عن طريق التعبير عنها بنصوص قانونية فهذه

الفكرة إذا تسيطر على العقل القانوني للمجتمع وتحقق الغاية المرجوة من وضع القانون في المجتمع.

وقد يعتقد بعض الباحثين بأن الفكرة القانونية السائدة هي مفهوم نظري بل على العكس ولو تأملنا في الفكرة القانونية السائدة التي عرفت بأنها انعكاسي لواقع اجتماعي وسياسي واقتصادي لدولة ما للمسنا أهمية علمية كبيرة أزاءها لا يمكن في أي حال من الاحوال إنكارها فهذه الفكرة هي التي تهيمن على الدستور وتوجهه في تنظيم الدولة فإذا ما كانت الفكرة واضحة عند بيانها دستورياً كان تنظيم الدستور ومن ثم الدولة واضحاً لا لبس فيه لوجود أسس واضحة يسير عليها دستور تلك الدولة[٢٥].

أما إذا كانت الفكرة غامضة فأن دستور تلك الدولة يصبح غامض. فالدولة هي سلطة لخدمة فكرة والدستور هو الأساس القانوني للدولة ولا يمكن أن يستعاض بأحدهما عن الأخر.

كما وتظهر أهمية الفكرة القانونية السائدة في أن عملية التأخير القانوني الذي تعمل من أجله الفكرة القانونية السائدة ليست بالأمر السهل وذلك للأسباب التالية :

الأول– إن الحياة السياسية تتسم بالتطور الفائق المستمر وهو الأمر الذي يصعب معه تقنين ظواهرها.

الثاني– إن العنف من طبيعة العلاقات السياسية وإذا لم يظهر العنف بصورة جلية فإن التوتر في هذه العلاقات هو سمة غالبة في العمل السياسي.

إن أهمية الفكرة السائدة دفعت جانباً من الفقه[٢٦] إلى القول بأن نطاق الدستور وموضوعه يتضمن الفكرة وبالتالي لم يعد الدستور مقتصراً على تنظيم السلطات العامة. كما أن الدستور وحتى في تنظيمه للسلطات فأنه ينظمها على أساس بنية تحتية اجتماعية، كما أن الدستور في تنظيمه للسلطات العامة مطرق تعين الحكام ووضعهم فأنه يحدد زيادة على ذلك المعنى الذي يجب أن يرسخوه في انشطتهم، فالدستور ليس له فقط معنى شكلي بحث بل له بعد سياسي وفي هذا المنظور يثبت الدستور هدفاً للحكام الذين يعينهم.

فالدستور حتى في مجال تحديد السلطة وتنظيمها لا يكون بمقدوره النأي عن الاستناد إلى الفكرة القانونية السائدة لأن هذه في المحرك لنظام السلطة في الدولة، كما أنه من المتعذر تحليل مفهوم هذه الفكرة دون الأخذ بنظر الاعتبار وجود القوى السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تحدد جوهر هذا المضمون.

إذا الدستور يقوم على أساس فكرة معينة وبما أن الدستور ينظم الدولة فإن الاخيرة هي الأخرى تقوم على أساس فكرة معينة وهي تدوم بواسطة سلطة إذا الدولة هي فكرة وسلطة في ذات الوقت، فمن غير فكرة لا نكون أمام دولة بالمعنى القانوني بل سوف ننزل بالدولة إلى اصغر تنظيم اجتماعي (العشيرة).

وعموماً أن للفكرة القانونية السائدة أهمية كبيرة تكمن في :

أولاً– إن الفكرة القانونية السائدة تستمد من الواقع السياسي والاجتماعي الذي يعيشه المجتمع ولأجل المحافظة على الفكرة وتحقيقها تقوم السلطة بما لها من وسائل القوة الناجعة ساعية إلى تحقيق مثل هذا الأمر.

ثانياً– إن الفكرة القانونية السائدة هي التي تهيمن وتوجه الدستور الذي بدوره ينظم السلطات العامة التي تستعمل أساليبها في تحقيق الفكرة السابقة على وجودها.

ثالثاً– إن الرأي السائد اليوم يقول أن الدولة لا توجد إلا حيث تكون الجماعة السياسية قد وصلت إلى درجة من التنظيم يجعل لها وجوداً مستقلاً عن الاشخاص الحكام الذين يمارسون السلطة فيها وهذه السلطة هي سلطة قانونية لا فعلية يخضع لها أعضاء الجماعة بدافع الرغبة في إقامة النظام وحماية الحرية[٢٧].

رابعاً– إن الدافع للخضوع للسلطة هو فكرة سابقة على نشوئها (أي السلطة) وهي إقامة مجتمع يتمتع بالمدنية الحديثة وهنا نجد أن السلطة جاءت في اعقاب فكرة باعثة على قيامها.

خامساً– إن السلطة ذاتها لم تقم إلا بناءً على وقائع واعتبارات معينة فأي سلطة في أي مجتمع سواء أكانت دولة أو غيرها من التنظيمات لم تقم على فراغ بل قامت على أساس أو

اسس معينة تكون لمجموعها الاسباب التي تدعو المجتمع لقبول هذه السلطة لتوافقها مع ظروف المجتمع.

المطلب الثالث

تطبيقات الإنحراف بالفكرة القانونية السائدة في دستور ٢٠٠٥ العراقي

في التطبيقات التي تساق على الإنحراف بالفكرة القانونية السائدة في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ فإننا سنشير إلى جملة من التطبيقات وأهمها:

أولاً– الإنحراف بالمبادئ الأساسية للدستور :

لقد نصت المادة الأولى من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ المادة الأولى والتي نصت على (جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة، ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) وديمقراطي وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق)[٢٨].

ولو تأملنا هذه المادة لوجدنا أن التطبيق العملي قد إنحرف فيها رغم كونها تمثل جزءاً من الفكرة القانونية السائدة لأن الأصل أن العراق كما في النص دولة اتحادية وهذا يعني على مجال المحافظات أن تفسح الدولة المجال أمام تكون الأقاليم ولكن ماذا نرى؟ نرى أن الدولة تقف أمام المحافظات التي ترغب في أن تكون إقليماً. كما أنه على المستوى الدستوري فأن العالم يعلم أن الدول الإتحادية تتكون من سلطتين تشريعية وسلطتين تنفيذية وسلطتين قضائية هي سلطة الإقليم والسلطة المركزية فإذا ما جئنا للسلطة التشريعية نجدها واحدة هي مجلس النواب وكذلك السلطة التنفيذية والتشريعية ورغم وجود مجالس المحافظات إلا أنه حصر القرارات بيد الحكومة المركزية أفرغها من محتواها. وعلى الرغم من أن المادة (٤٨) من الدستور لعام ٢٠٠٥ العراقي نصت (تتكون السلطة التشريعية الإتحادية من مجلس النواب ومجلس الإتحاد) والمادة ٦٥ منه نصت (يتم إنشاء مجلس تشريعي يدعى (مجلس الإتحاد) يضم ممثلين عن الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم وينظم تكوينه

وشروط العضوية به واختصاصاته وكل ما يتعلق به بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب) إلى أن هذا النص انحرف في تطبيقه للأسباب الاتية:

أولاً– عدم وجود الأقاليم أصلاً إلا إقليم كوردستان.

ثانياً– إن مجلس الإتحاد هو مساوي لمجلس النواب فلماذا الدستور نص على آلية تشكيل مجلس النواب دستورياً ولم يبين آلية تشكيل مجلس الإتحاد[٢٩].

ثالثاً– إن جعل مكنة تشكيل مجلس الإتحاد لمجلس النواب يجعل من الأول اقل مرتبة من الثاني وهذا لم يكن يرد في خلد المشرع.

أما المادة الثانية والتي نصت على أن الإسلام دين الدولة ومصدر أساس للتشريع ولا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت الإسلام ومبادئ الديمقراطية وحقوق وحريات الأفراد أيضاً حدث هنا إنحراف بالتطبيق العملي لهذه المادة فكلمة مصدر أساسي للتشريع تعني أن الشريعة الإسلامية هي من تتوخاها التشريعات والشريعة تحدد المبادئ الديمقراطية وحتى الحقوق والحريات ولكن التشريعات التي تحدد الفوائد للمصارف والسلف وفوائدها تدل على أن التشريعات والتعليمات لم تتحرى الإسلام في تشريعها.

والمتتبع للمبادئ الأساسية في دستور العراق لعام ٢٠٠٥ والتي تبدأ من المادة (الأولى) ولغاية المادة (ثلاثة عشر) يجد انحرافاً واضحاً في ما أراده المشرع الدستوري وما تحقق فعلاً أو ما عملت به السلطات في الدولة فبالإضافة إلى ما أشرنا إليه من تناقض واضح في النصوص الدستورية والواقع العملي فإن المتأمل في المبادئ الأساسية الواردة في الدستور نجد اختلاف وبين النص والواقع فمثلاً اللغة الكردية رغم كونها لغة من اللغات الأم حسب المادة (٤) من الدستور ويجب أن تتم المراسلات والتعليم بها لم نجد تطبيق سليم لهذا النص.

ثانياً– الإنحراف بعمل السلطات والتوازن بين السلطات:

لقد أراد المشرع الدستوري من أن يكون النظام البرلماني هو النظام السياسي للعراق كما وأراد أيضاً من أن تكون سلطة البرلمان هي الغالبة على السلطات الأخرى، فمن يتحرى

نص المادة (٦١) من الدستور التي تؤكد أن البرلمان يقبض بيد من حديد على مفاصل الدولة وأن أهم ما يبرر قوة البرلمان هما مسألتي (التشريع والرقابة) فتشريع القوانين الإتحادية (م/٦١/أولاً) والرقابة على أداء السلطة التنفيذية (م/٦١/ثانياً) تعني أن تبعية الحكومة للبرلمان لا مفك عنها على اعتبار أن نص (م ٦١ ثامناً –أ–) تجعل روح الحكومة بقبضة البرلمان الذي يجعلها تتنفس الأنفاس الأخيرة من خلال سحب الثقة التي أودعها البرلمان ابتداءً للحكومة وبالتالي فأنه يهوي بها أرضاً وبالمقابل يملك رئيس الوزراء بعد موافقة رئيس الجمهورية الطلب بحل مجلس النواب (م/٦٤/أولاً) ويعد هذا نوعاً من التوازن بين السلطات ولكن الواقع العملي أثبت هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية وإنحرف هذا المبدأ لأسباب أما تعود للسلطة القضائية وبالأخص المحكمة الإتحادية التي قررت بقرار لها رقم (٢/اتحادية/٢٠١٣) بتاريخ (٢٠١٣/٥/٦) (بعدم دستورية التعديل الثاني لقانون الخدمة الجامعية لتشريعه خلافاً للسياقات المنصوص عليها في الدستور) وقد اعزت السبب في ذلك لعدم أخذ رأي الحكومة في تشريع هذا القانون مما يعني أن المحكمة الإتحادية قيدت سلطة التشريع الممنوحة للبرلمان على حساب السلطة التشريعية لحساب السلطة التنفيذية وكذلك بالنسبة لصلاحية السلطة التشريعية في مراقبة اعمال السلطة التنفيذية أيضاً انتهجت المحكمة الإتحادية في العراق مسلكاً خاطئ بحيث افرغت هذه الوظيفة من محتواها أيضاً لصالح السلطة التنفيذية ولقد اصدرت المحكمة الإتحادية قرار لها رقم ٣٥/اتحادية/ ٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/٥/٢ منعت استجواب مقدم من أعضاء مجلس النواب استناداً إلى (م/٦١/سابعاً–أ) من الدستور ضد وزير التعليم العالي والبحث العلمي بحجة عدم استيفاءه للشروط المنصوص عليها في الدستور والنظام الداخلي لمجلس النواب[٣٠] وبالتالي اصبح هذا الأمر مدعاة إلى أن يلتجأ أي وزير يقدم إليه استجواب إلى ظل المحكمة الإتحادية التي اصبحت خير نصير على التملص من نصوص الدستور وهنالك أسباب أخرى ساعدت على أن يعلو صوت السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية وحدوث الإنحراف بالفكرة القانونية السائدة وحصر السلطة فعلياً بيد رئيس مجلس الوزراء، وتتجلى هذه الاسباب في عدم إعمال مبدأ الرقابة البرلمانية

من سؤال واستيضاح وطرح موضوع عام للمناقشة خوفاً من بطش الحكومة وأيضاً للأسباب الأتية :

أولاً– استناداً إلى احكام المادة (٧٦/أولاً) من الدستور فأن رئيس مجلس الوزراء هو مرشح الكتلة النيابية الاكثر عدداً في المقاعد وهذا يعني أن كتلة رئيس مجلس الوزراء هي لها الغلبة باعتبارها أغلبية وسوف توفر له كل الغطاء المناسب داخل قبة البرلمان وبالتالي سوف تصوت ضد الاستجواب وسحب الثقة.

ثانياً– وبالمقابل سوف لن يلجأ رئيس مجلس الوزراء إلى الطلب بحل البرلمان خوفاً من أن يخسر كتلته التي تعد سنداً له وبالتالي سوف نتصور عدم حدوث سحب ثقة حتى وإن كانت الحكومة جائرة وعدم حدوث حل للبرلمان حتى وإن كان البرلمان فاشل وتكون نصوص التوازن الواردة في الدستور حبراً على ورق سراب يحسبه الظمآن ماءً فإن وصله لم يجده شيئاً.

ثالثاً– المحاصصة وغياب الروح الوطنية جعلت من أعضاء البرلمان أداة بيد الحكومة واصبحت مثبتة للبرلمان حلبة لتصفية النزاعات السياسية وليس العمل للصالح العام.

إن كل هذه الأسباب بالإضافة إلى أن الحكومة تملك زمام الامور بما تملكه من أموال وأجهزة إدارية جعل منها هي المهيمنة على عمل كل السلطات وبالتالي خرج النظام البرلماني عما كان مرسوم له.

ناهيك عن الصلاحيات التي تمنح للسلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية استناداً إلى أحكام المادة (٦١/تاسعاً – أ–ب–ج) والتي تجعل من السلطة التنفيذية لقد صاحبة القول الفصل في كل مفاصل الدولة.

رابعاً– الإنحراف في مجال الحقوق والحريات الدستورية.

أورد المشرع الدستوري العراقي الحقوق والحريات في الباب الثاني من الدستور تحت فصلين فصل يتعلق بالحقوق وآخر بتعلق بالحريات ابتداءً من المادة (١٤ وانتهاءً بالمادة ٤٦) من دستور ٢٠٠٥ ولقد اخفى المشرع الدستوري حظراً زمنياً وموضوعياً موقتاً فقد

نصت المادة (١٢٦/ثانياً) من الدستور على عدم جواز تعديل المبادئ الأساسية في الدستور والحقوق والحريات إلا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين وبناءً على موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب عليه وموافقة الشعب بالاستفتاء العام ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة أيام. وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على الحماية التي يوليها المشرع الدستوري للحقوق والحريات ورغم ذلك فقد حدث نوع من التغافل والتجاوز والإنحراف عن ما أراده المشرع الدستوري فعدم تنفيذ النصوص الدستورية مثلاً بفقدها هيبتها واحترامها وخصوصاً إذا ما تزامن ذلك مع ضعف الجهة التي تراقب حسن سير تنفيذ النصوص الدستورية وهي هنا المحكمة الإتحادية والامثلة التي تساق هنا كثيرة ونذكر منها :

أولاً– لقد نص المشرع الدستوري في المادة (١٨) على أن الجنسية العراقية حق لكل عراقي وهي أساس مواطنته ونصت الفقرة الرابعة من ذات المادة على جواز تعدد الجنسية للعراقي وعلى من يتولى منصباً سيادياً أو أمنياً رفيعاً التخلي عن أي جنسية أخرى مكتسبة وينظم ذلك بقانون.

وهذا يعني أن المشرع الدستوري أجاز تعدد الجنسية للعراقي غير مكلف بخدمة عامة أما المكلف بخدمة عامة فلا يجوز له إلا اسقاط الجنسية المكتسبة والبقاء على جنسيته العراقية وذلك لضمان ولائه لوطنه ولكن الواقع أضفى نوعاً من الإنحراف بهذا الأمر فمزدوجي الجنسية يعتبرون الجنسية المكتسبة الثانية تمثل نوعاً من الحماية لهم لذلك فأن رجال الدولة في العراق أغلبهم يحملون اكثر من جنسية وهذا إنحراف خطير ومنحى لا يحمد عقباه.

ثانياً– نصت المادة (١٩ أولاً) أن القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون. وهذا ما لم يحدث البته مما زال القضاء يتعرض لضغوط وينصاع لها وما زال دور الادعاء العام اضعف مما يذكر حتى غدت هذه المادة حبراً على ورق.

ثالثاً– نصت المادة (٣٣) من الدستور على أن لكل فرد حق العيش في ظروف بيئته سليمة. والأصل هنا أن المشرع الدستوري القى عبء تحقيق هذا الأمر على الحكومة ولكن الواقع اثبت الاهمال الشديد للبيئة حتى غدت لا تفيد لعيش الحيوان لا الإنسان.

رابعاً– أما في فصل الحريات فقد نصت المادة (م٣٨) من الدستور على أن تكفل الدولة بما لا يخل النظام العام والآداب حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل وحرية الصحافة والاعلان وحرية الاجتماع والتظاهر السلمي.

والمتأمل هنا يجد أن كل هذه الحريات غير متحققة أصلاً ولما أراد المشرع عدم الإخلال بالنظام العام والآداب كان يقصد عدم استعمال هذه الحريات في غير مكانها وعدم تعارضها مع اساسيات المجتمع والعادات والتقاليد ولكن الواقع اثبت أن الدولة عمدت إلى تقييد كل هذه الحريات بحجة حماية النظام العام والآداب وبدأت بإصدار تراخيص وتحديد أيام وأماكن التظاهر وحتى الاعداد ناهيك عن تقيد حرية الصحافة وحرية إبداء الرأي تحت ذريعة ارتكاب جرائم سب وقذف.

خامساً– نصت المادة (٣٩/أولاً) على كفالة حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية والإنضمام إليها منذ ٢٠٠٥ ومنذ عام ٢٠٠٥ ولغاية صدور قانون الاحزاب السياسية العراقي رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٥ أي ما يقارب عشرة أعوام وتوالي "ثلاث حكومات وتشكل حكومات دون غطاء قانوني ودون ضابط لعملها".

الخاتمـــــة

إن الدساتير ما هي إلا وثيقة تنظم فيها السلطة والحرية وإذا كانت السلطة تخص الحكام فإن الحرية تخص الشعب ولا مناص من أن يظلا متلازمتان فوجودهما ضروري لوجود الدولة ولكن على الرغم من وجود هذه السلطة وتلكم الحرية في النصوص الدستورية كحقيقة إلى أن الدساتير تتضمن طائفة من النصوص التي هي ترجمة لأفكار ومعتقدات وأصول وأعراف اجتماعية فالمعلوم أن القاعدة القانونية هي قاعدة اجتماعية فهي وليدة مجتمع وتحكم مجتمع ولا شك أن الايديولوجية والفكر السياسي والدين والمعتقد القى بظلاله على العادات والتقاليد وتبدو واضحة بشكل جلي على النصوص الدستورية أن هذه الأمور والأعراف كونها بمجموعها ما أشرنا عليه بالفكرة القانونية السائدة أن المشرع الدستوري هو وبتنظيمه للنصوص الدستورية يسعى جاهداً إلى إدخال النصوص التي تبين شكل الحكم وطريقة انتقاله كما ويدخل مجموعة من النصوص الهامة والتي تعبر عن حقوق وحريات الأفراد وكل هذه النصوص لها طابع دستوري ولكن المشرع الدستوري لا يلتقي بهذه النصوص فيبادر إلى إدراج نصوص ليست لها طابع دستوري يدرجها داخل الوثيقة الدستورية رغبة منه في إلباس هذه النصوص اللباس الدستوري لأهميتها فمثلاً كانت الدساتير العراقية تنص على أن (الإسلام دين الدولة الرسمي) أو (بغداد عاصمة العراق) كما أن هنالك دساتير نصت على نصوص لا تمت للصيغة الدستورية بصلة لا من قريب ولا بعيد فمثلاً نص الدستور السويسري في أحد مواده على أن (لا يجوز ذبح الماشية إلا بعد تخديرها..) فهذه المواد لا تتعلق بالسلطة ولا الحرية وهي ليست إلا نصوص أضفى عليها المشرع الدستوري الصفة الدستورية رغبة منه ليزيد قامتها ويجعل المشرع العادي يهابها كونها أصبحت نصوص دستورية، أن هذه النصوص تحمل بين ثناياها فكرة متلائمة مع الفكرة التي تحتويها النصوص الدستورية الأخرى كونت بمجموعها الفكرة القانونية السائدة. ولكن هذه الفكرة كما تبدو لامعة في أول أيام ولادتها إلى أنها لا تغدو إلا وتضمحل بمرور الوقت وينحرف في تحريها والسبب في ذلك يعود إلى عوامل من داخل الدولة حيث تسعى سلطات الدولة إلى فك القيود عنها والتحرر من

الافكار الدستورية كونها غير مكتوبة وبالتالي لا توقعها في المحظور كما أن مرور الوقت والتطور قد يساعد في الإنحراف بالفكرة القانونية السائدة في الدستور ما دام أن الجهة التي تتولى مراقبة حسن سير وتطبيق النصوص الدستورية غافلة أو واقعة تحت تأثير السلطات الأخرى فسنجد الإنحراف موجود دائماً وابداً.

ولذلك فإننا نوصي بما يلي:

أولاً: الالتزام بالنصوص الدستورية وعدم التوسع في الاجتهادات الفقهية والاعتماد على تفسير المحكمة الإتحادية لأنها الجهة الوحيدة المكلفة بذلك استناداً لأحكام المواد (٩٣، ٩٤) من دستور العراق.

ثانياً: وجوب أن يفرض القضاء رقابة صارمة على ضرورة الالتزام بأحكام الدستور.

ومن الله التوفيق والتسديد

الهـــوامـــش

(١) ليون دوكي ، دروس في القانون العام، القيت في كلية الحقوق، جامعة بغداد، ١٩٢٦، كتب العلوم القانونية ، شباط، ١٩٢٦، القاهرة، ص ٨٩.

(٢) مختار الصحاح، فصل الالف والنون، طبعة المطبعة العصرية، القاهرة، ١٩٧١، الفصل الثالث، ص ٢١٨.

(٣) سورة ق، الآية:١٩.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة ١٩٥٢، القاهرة، ص٦٣.

(٥) ينظر مؤلفنا. الإطار الدستوري لسلطة رئيس الوزراء في النظام السياسي، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص١١٢.

(٦) د. انور سلطان، التعسف باستعمال حق الملكية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٧ العدد الأول ١٩٧٧، ص ١٣٦. –الاستاذ عيسوي احمد، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦١، العدد الأول، ص ٩٨.

(7) *Bowjolc (M). Le control de l'acte administrative, mon son et cediteurs, paris. 1973, P.193*

(8) *Beiser (G): Contenteux administrative 7'edition 1990. Dallo2, Paris, P.150*
- Deforges, droit administrative, 1991. P.U.F, P.278

(٩) د. طعيمه الجرف، رقابة القضاء الإداري لأعمال الادارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٢٣٨.

– د. عبد الفتاح حسن، قضاء الالغاء، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٨٢، ص ١١٩.

– د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٦٣٤.

– د. مصطفى كامل، رقابة مجلس الدولة الإدارية والفضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٢٨٧.

(١٠) حكم محكمة القضاء الإداري نقلا عن د. سليمان الطحاوي، التعسف في استعمال السلطة والانحراف بالسلطة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٣٣٣.

(11) Gliet- veaux R.O.P. 1943 Paris la fraude ala constitution, P.11.

(١٢) د. محمد ماهر ابو العينين، الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٣، ص ٨.

(١٣) د. عبد العزيز عبد المنعم، الإنحراف بالسلطة كسب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٣٣.

(١٤) د. محمد ماهر ابو العينين، المرجع السابق، ص ٩.

(١٥) د. محمد ماهر ابو العينين، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

(١٦) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢٣.

(17) Paul Bastida: L' idra Constitution. Paris 1962, P1.

(١٨) مهند ضياء عبد القادر: الفكرة القانونية السائدة في الدساتير العراقية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٠، ص٨.

(١٩) ا د. سعد عبد الجبار العلوش، دراسات معمقة في العرف الدستوري، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ٢٠٠٨، ص ٨٠.

(٢٠) د. منذر الشاوي، فلسفة الدولة، مطبعة الذاكرة، بغداد، ٢٠١٤، ص ٤٨٨.

(٢١) مهند ضياء، المرجع السابق، ص ٨.

(٢٢) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعات المجتمع العلمي، بغداد، ١٩٩٤، ص ٦٣.

(٢٣) د. منذر الشاوي، المرجع السابق، ص ٥٥.

(٢٤) مهند ضياء، المرجع السابق، ص ٢١.

(٢٥) مهند ضياء، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٢٦) د. ثروت بدوي، النظم السياسية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤. ص ٣٠٥.

(٢٧) د. محمد علي آل يس، القانون الدستوري والمبادئ الدستورية العامة، ط١، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٧، ص ١١٦.

–د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ٢١.

–د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، المرجع السابق، ص ١٤٥.

–د. مهند ضياء، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٢٨) استاذنا الدكتور غازي فيصل مهدي، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في الميزان، موسوعة الثقافة القانونية، بغداد، ط١، ٢٠٠٨، ص ٤.

(٢٩) الدكتور غازي فيصل مهدي، اشكالات تطبيق النصوص الدستورية القانون والقضاء، ٢٠١٤، ص١٨.

(٣٠) د. سمير داود سلمان، الترجيح في المصالح الدستورية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ٣١، العدد الثاني، ٢٠١٦، ص ١١٧.

المصـــــادر

القرآن الكريم

أولاً: الكتب :

١. د.ثروت بدوي، النظم السياسية، ط١، النظرية العامة للنظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.

٢. د. سمير داوود سلمان، الإطار الدستوري لسلطة رئيس الوزراء في النظام السياسي، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.

٣. د.سليمان الطماوي، التعسف في استعمال السلطة والانحراف بالسلطة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٨.

٤. طعيمة الجرف، رقابة القضاء الإداري لأعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.

٥. عبد العزيز عبد المنعم، الإنحراف بالسلطة كسب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠.

٦. عبد الفتاح حسن، قضاء الالغاء ، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٨٢.

٧. غازي فيصل مهدي، اشكالات تطبيق النصوص الدستورية القانون والقضاء، ٢٠١٤.

٨. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

٩. محمد ماهر ابو العينين، الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٣.

١٠. مختار الصحاح، ، فصل الالف والنون، طبعة المطبعة العصرية، القاهرة، ١٩٧١.

١١. مصطفى كامل ، رقابة مجلس الدولة الإدارية والفضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢.

١٢. منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعات المجتمع العلمي، بغداد، ١٩٩٤.

ثانياً: الرسائل والأطاريح

١- مهند ضياء عبد القادر، الفكرة القانونية السائدة في الدساتير العراقية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٠.

ثالثاً: المجلات والبحوث

١- انور سلطان، التعسف باستعمال حق الملكية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة ١٧، العدد الأول، ١٩٧٧.

٢- د.عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة ١٩٥٢، القاهرة.

٣- عيسوي احمد، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، ١٩٦١، العدد الأول.

رابعاً: المصادر الاجنبية:

(1) Gliet- Veaux R.O.P، Paris La fraude ala constitution, Bowjolc (M) Le Control de l'cte administrative, mon son et cediteurs , Paris, 1973.

(2) Beiser (G): Contenteux adminstrative 7'edition 1990.

(3) Deforges, Droit adminstrative, 1991, P.U.F., Paul Bastida: L'idra Constitution. Paris. 1962.

(4) Dalloz, Droit adiminstrative, Deforges Paris, 1991.

Deviation of prevailed legal idea and its application in Iraq's constitution for 2005

Assistant Prof. Dr. Samir Dawood Salman
Al-Nukhba University College

Abstract

This research aims to shed light on the prevailed legal idea, and then review the deviation committed by violating this idea, including both by the legislature or the executive authorities , and state the penalty resulting from this violation.

As we found that the constitutional foundation for some of the concepts and procedures of the three powers and their specializations will be clear and unambiguous. However, determining the concept and limits of the prevailed legal idea is a thorny matter being unapparent and must be searched for in the constitutional provisions explicitly and implicitly. Thus, we are raising such topic to be addressed under the Constitution of the Republic of Iraq in 2005.