جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة كربلاء/ كلية القانون

الدراسات العليا / الفرع العام

بطلان القاعدة الدستورية

(دراسة مقارنة)

اطروحة مقدمة إلى

مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه في فلسفة القانون العام

تقدم بها الطالب

علي صبحي عمران الجبوري

بإشراف

أ.م.د ياسر عطيوي عبود الزبيدي

1443 هـ **2022 م**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ

زَهُوقًا

صَدَقَ اللّٰهُ العَلِـيُّ العَظِيم

سورة الإسراء الآية رقم (٨١)

إقرار المقوم اللغوي

تحية طيبة ...

أشهد أني قرأت أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ(بطلان القاعدة الدستورية "دراسة مقارنة")، المقدمة من قبل الطالب (علي صبحي عمران) إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، لقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد إن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الأطروحة.

مع التقدير

التوقيع:

الاسم: م.د حمزه عبد الحمزه عليوي

الاختصاص العام: اللغة العربية

الاختصاص الدقيق: الادب العربي الحديث

إقرار لجنة مناقشة دكتوراه

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نُقر أننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (بطلان القاعدة الدستورية "دراسة مقارنة ")،و ناقشنا الطالب (علي صبحي عمران) في محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون العام وبدرجـــة ( ) .

التوقيع :

الاسم: أ.د. عامر عياش عبد

(رئيساً)

التاريخ: ٢٣/ ٨ / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. سامر مؤيد عبد اللطيف

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. ماجد نجم عيدان

(عضواً)

التاريخ: ٢٣/ ٩ / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م.د محمد جبار طالب

(عضواً)

التاريخ: ٢٧/ ٣ / 2022

التوقيع :

الاسم : أ.م.د.علي صاحب جاسم

(عضواً)

التاريخ: ٢٣/ ٨ / 2022

التوقيع :

الاسم : أ.م.د ياسر عطيوي عبود

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ : ٢٣/ ٨ / 2022

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ٣/ ٤ / 2022

الإهداء

إلى من غرس بذور العلم فيّ... من كان دائما يحثني على العلم والتعلم ومثلي الأعلى... والدي... رحمه الله

إلى الوطن الأول... والمنفى الأخير... والدتي الغالية

إلى إشراقة الشمس... وسكنى الروح... زوجتي العزيزة

إلى هبة الله... فلذات أكبادي أبنائي... يسر ومصطفى

إلى اخوتي الأعزاء شموع حياتي...

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر وتقدير

انتهاجاً لقول الرسول الكريم صلى الله عليه وآله وسلم "اعترافاً لأهل الفضل بفضلهم، ولأصحاب المعروف بمعروفهم".

بعد توفيق الله سبحانه وتعالى في إتمام هذا العمل، فإنه يشرفني أن أتقدم بالشكر الوافر والامتنان والتقدير العالي إلى استاذي الدكتور ياسر عطيوي عبود لقبوله الإشراف على أطروحتي؛ ولما أسعفني بها وأفاض عليّ من فضل علمه، وحسن خلقه، وملاحظاته القيمة.

كذلك أتقدم بالشكر والتقدير الوافر للسيد عميد كلية القانون الأستاذ الدكتور ضياء عبد الله عبود، وكذلك شكري وتقديري إلى رئيس الفرع الدكتور أحمد شاكر سلمان، مثلما أتقدم بشكري وامتناني الوافر إلى أساتذتي الأفاضل ممزوجة بمعاني التقدير إلى جميع الاساتذة الأفاضل في كلية القانون جامعة كربلاء الذين نهلت منهم العلم طوال سنوات دراستي، وأخص منهم بالذكر الأستاذ الدكتور علي حمزة عسل والأستاذ الدكتور سامر مؤيد عبد اللطيف.

كما لا يفوتني أن أذكر أيضاً من ساعدني وقدم لي العون الأستاذ الدكتور حيدر الوزان. ولابد لي من وقفة شكر وامتنان لجميع العاملين في المكتبات التي راجعتها أثناء مرحلة الدراسة والكتابة والتي يتقدمها كادر مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء لما قدموا لي من عون وأحاطوني من رعاية.

الباحـث

الخلاصة

تزداد أهمية نظرية البطلان عندما نعلم أن الدراسات الفلسفية التاريخية التي توضح لنا أن الشعوب السابقة لم تفد من أخطائها السابقة، ولا من الدروس التي قدمها لها التاريخ، بل إنها تعاود ارتكاب الاخطاء ذاتها في مجال القانون الدستوري.

فضلاً عن تجاوز أغلب الدساتير لمبدأ أساس ومهم هو مدى اتفاق المبادئ الدستورية التي جاءت بها هذه الدساتير مع المبادئ الدولية والاتفاقيات التي تعد بمثابة المصادر الرسمية للدساتير، وتجاوز العرف الداخلي والخارجي للبلد وتجاوز السوابق الدستورية التي نهجها القانون الدستوري، متناسيها جميعها ليخرج لنا بقاعدة دستورية باطلة ومخالفة، لا تلبي طموح الشعب ولا تناغم الواقع الدستوري، وهنا يكون الدستور قد خالف النظام المسلم به للمشروعية الدستورية وخرج عن نطاقها، سواء أكان داخلياً أم خارجياً، وهنا سوف ينتج عنها تبعات يصعب جدا تلافيها كون هذه التبعات سوف تكون مستندة إلى قاعدة دستورية، والدستور هو هرم القوانين، وهنا تنبعث حاجتنا إلى البطلان الدستوري من أجل التخلص من هذه الدوامة القانونية، وإن كان البطلان سوف يواجه صعوبة في تلافيه الا أنه ليس مستحيلاً.

وتحتوي حالة البطلان في طياتها على درجات ومراتب وتحتوي على صور وأنواع وآثار ومؤثرات تتسلط على القاعدة الدستورية لكي تبزر الحقيقة فيها. وهنا من أجل الاحاطة بالموضوع سيقسم البحث على ثلاثة فصول، نتناول فيها الجزئيات الخاصة به ويكون الفصل الأول هو مصادر القاعدة الدستورية أما الثاني فهو عن التعريف بالبطلان والثالث والأخير سيكون بطلان القاعدة الدستورية وآثارها.

المحتويات:

الموضوع	رقم الصفحة
المـقــدمـــة	١
الفصل الأول: مصادر القاعدة الدستورية وأصول إعدادها	٦
المبحث الأول: مصادر القاعدة الدستورية	٧
المطلب الأول: المصادر الأصلية للقاعدة الدستورية	٨
الفرع الأول: التشريع بوصفه مصدراً أصلياً للقاعدة الدستورية	٩
الفرع الثاني: العرف بوصفه مصدراً أصلياً للقاعدة الدستورية	١٣
المطلب الثاني: المصادر التبعية للقاعدة الدستورية	١٩
الفرع الأول: القضاء بوصفه مصدراً تبعياً للقاعدة الدستورية	٢٠
الفرع الثاني: الفقه بوصفه مصدراً تبعياً للقاعدة الدستورية	٢٣
المبحث الثاني: الأصول العلمية والعملية لإعداد القاعدة الدستورية	٢٩
المطلب الأول: الجمعية التأسيسية	٣٠
الفرع الأول: التأصيل التاريخي للجمعية التأسيسية	٣١
الفرع الثاني: طريقة وضع الدستور بواسطة الجمعية التأسيسية	٣٤
المطلب الثاني: الاستفتاء الدستوري	٤٠
الفرع الأول: الاستفتاء الدستوري كطريقة لوضع الدستور	٤١
الفرع الثاني: تمييز الاستفتاء الدستوري عما يشابهه	٤٦
الفصل الثاني: التعريف بالبطلان الدستوري	٥٣
المبحث الأول: مفهوم البطلان الدستوري	٥٤
المطلب الأول: تعريف البطلان الدستوري	٥٥
الفرع الأول: تعريف البطلان لغةً	٥٦

الفرع الثاني: تعريف البطلان اصطلاحاً	٥٨
المطلب الثاني: تمييز البطلان الدستوري عن غيره	٦١
الفرع الأول: تمييز البطلان الدستوري عن السقوط	٦٢
الفرع الثاني: تمييز البطلان الدستوري عن الانعدام	٦٦
المبحث الثاني: أنواع وصور بطلان القاعدة الدستورية	٧٠
المطلب الأول: أنواع بطلان القاعدة الدستورية	٧١
الفرع الأول: البطلان المطلق للقاعدة الدستورية	٧٢
الفرع الثاني: البطلان النسبي للقاعدة الدستورية	٧٧
المطلب الثاني: صور بطلان القاعدة الدستورية	٨١
الفرع الأول: البطلان الشكلي للقاعدة الدستورية	٨٢
الفرع الثاني: البطلان الموضوعي للقاعدة الدستورية	٨٦
الفصل الثالث: معالجة بطلان القاعدة الدستورية وآثارها	٩٣
المبحث الأول: جهة معالجة وإصلاح بطلان القاعدة الدستورية	٩٤
المطلب الأول: جهة المعالجة والإصلاح القانونية	٩٥
الفرع الأول: مجلس الوزراء بوصفه جهة معالجة وإصلاح بطلان القاعدة الدستورية	٩٦
الفرع الثاني: مجلس النواب بوصفه جهة معالجة وإصلاح بطلان القاعدة الدستورية	١٠٣
المطلب الثاني: جهة المعالجة والاصلاح القضائية	١١٠
الفرع الأول: القاضي الدستوري لن يتحول إلى مشرع فوق الدستور	١١١
الفرع الثاني: القاضي الدستوري يتحول إلى مشرع فوق الدستور	١١٥
المبحث الثاني: آثار وعوامل تأثير بطلان القاعدة الدستورية	١٢٤
المطلب الأول: آثار بطلان القاعدة الدستورية	١٢٥

الفرع الأول: آثار بطلان القاعدة الدستورية على الإجراءات السابقة	١٢٦
الفرع الثاني: آثار بطلان القاعدة الدستورية على الإجراءات اللاحقة	١٣٠
المطلب الثاني: عوامل التأثير على بطلان القاعدة الدستورية	١٣٤
الفرع الأول: تأثير الأحزاب السياسية	١٣٥
الفرع الثاني: تأثير الرأي العام وجماعات الضغط	١٤٠
الخـــاتـــمـــة	١٥٣

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أتم الخلق والمرسلين حبيبنا ونبينا محمد وعلى آل بيته وصحبه المنتجبين.

اتفق الفقه بطبيعة الحال على سمو وعلو القانون الدستوري في مختلف المجتمعات، ومن ثم هذا الأمر يدفع إلى ضرورة احترام الجميع له، وهذا الاحترام في الواقع لا يثير أي مشكلة إذا كانت القواعد وضعت بحرية وبقصد حماية حقوق الافراد بالشكل الصحيح؛ ولكن إذا شاب هذا الدستور أو إحدى قواعده عيب شكلي او موضوعي فإنه سوف يتجه في اتجاه آخر نحو البطلان.

يعد البطلان للوهلة الاولى أمراً مرعباً لأي سلطة او شخص، فيما يخص الدستور، وذلك لكون البطلان بمثابة التهديم لأي أمر، وزوال أثره، وهذا الأمر قطعاً يوجد نتيجة عيب في القاعدة الدستورية أو أي قانون بغض النظر عن مكان هذا الخلل وتوقيته ومكان ارتكابه، بالنتيجة إن البطلان سيحل على القاعدة الدستورية.

والبطلان في القاعدة الدستورية هو أمر يحقق الصالح العام بعينه، ذلك بأنه يصلح حالاً يخص السلطات والأفراد كلاهما، لهذا فإن التعامل معه في مجال القاعدة الدستورية يحتاج إلى درجة من الوعي والثقافة الدستورية والحذر الشديد لخطورة الموضوع المتعامل معه والساعي إلى إصلاحه.

اولاً: أهمية البحث

تنبع أهمية الموضوع من أهمية القاعدة الدستورية التي هي محور وعماد هذا البحث، وكيفية معالجة حالات البطلان الواقعة في القاعدة الدستورية؛ لما لها من أهمية وخطورة على الواقع الدستوري للدولة بصورة خاصة وجميع القوانين المقرة بموجب هذه القاعدة الباطلة بصورة عامة.

ومن المجازفة أن يتم الخضوع والركون إلى عدم إصلاح القاعدة الدستورية الباطلة بحجة التخوف من الدخول في مضمار البطلان في المسائل الدستورية كون الدستور هو القانون الأعلى للدولة، وهذا سوف يزعزع المنظومة القانونية في الدولة، إلا أن هذا الأمر بعيد كل البعد عن المنطق والواقع، بل إن أمر معالجته يعد أكثر وأكبر أهمية من أي قانون آخر في المنظومة القانونية في حال ما شابها عيب البطلان.

كما تنبع أهمية الموضوع من استظهار القيمة العلمية لإيجاد قواعد دستورية يمكن الركون إليها في حال مواجهة قاعدة دستورية باطلة، وآلية التعامل معها.

كما تتركز الأهمية في طبيعة الجزاء المترتب على البطلان وما يلحقه من آثار قانونية على القاعدة الدستورية وعلى جميع الاجراءات والأعمال التي لحقها، سواء أكانت سابقة أم لاحقة.

ولكن موضوع بهذه الخطورة والأهمية يُعد شائكاً بعض الشيء؛ لعدم وجود تنظيم دستوري أو تشريع محدد في الانظمة.

والتخوف من الخوض في إصلاح القاعدة الدستورية، وسعينا لوضع بعض الأسس في موضوع البطلان الدستوري، لاسيما مع ندرة الدراسات في هذا الموضوع.

ثانياً: إشكالية البحث

لعل من أبرز المعوقات والاشكاليات التي تواجه البحث هو طريقة التوصل إلى البطلان، والطريقة التي يتم بواسطتها إقرار البطلان، وكيفية إصلاحه، ومن هي الجهة التي ستقوم بهذا الأمر المهم، والتي تمتلك من الجرأة والشجاعة الكافية لتفند قاعدة دستورية، والتي هي في الأصل مصدر لجميع السلطات داخل النظام القانوني في الدولة، وكذلك آلية التحديد بشكل دقيق للمقصود بالبطلان في القاعدة الدستورية، وماهي ملامح وجوده والدلائل عليه؟

ومن الإشكاليات الاخرى؛ إبراز المعوقات التي تحول دون إتمام عملية إصلاح القاعدة الدستورية ومواكبة التطورات الدستورية والوصول إلى أحدثها وأفضلها مبتعدين عن الجمود والركون في القواعد الدستورية ومحاولة مقاربتها بأهم المستجدات الدستورية.

يضاف إلى ذلك عدم وجود تنظيم دستوري أو قانوني ينظم موضوع البطلان في الدستور، ويعتبر غياب التنظيم القانوني لموضوع البطلان مشكلة والقول أن التعديل والالغاء والتعطيل الفعلي كلها وسائل للإقرار بوجود العيب الدستوري، مع وجود هذه المشكلة واقعياً وفي حالات شائعة مما يسبب إشكالية أو عائقاً أمام الجهة التي تنظر البطلان وتحاول إصلاحه. فضلا عن كونها لم تحظ بالاهتمام الفقهي في دراسات متخصصة دستورياً، تتولى تسليط الضوء على الجوانب الاجرائية أو الموضوعية فيما يخص البطلان في القاعدة الدستورية.

ثالثاً: منهج البحث

من أجل مناقشة موضوعنا بشكل دقيق واعتماده كدراسة مستندة إلى مناهج علمية ونظريات بحث أكاديمية مناسبة تسعفنا في تفتيت الموضوع واشكالياته وجزئياته، فإننا سوف نعتمد المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بأن طبيعة الموضوع تستوجب الوصف الدقيق والتحليل في الوقت نفسه وذلك للتحديد الدقيق للبطلان والوقوف على تعريفه، وأنواعه وصوره وآثاره والجهة التي تمتلك حق إثارته، لذا يتطلب البحث تحليل النصوص من أجل الوصول إلى استنتاج حقيقي يمكن لنا أن نعبر فيه عن أهمية موضوع بطلان القاعدة الدستورية.

وإلى جانب هذا، نستخدم المنهج المقارن أيضاً بين دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ودساتيره السابقة لبيان بعض الجزئيات عند اقتضاء الضرورة ولنماذج متفرقة من بعض الدول منها (الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وإيطاليا والمانيا وتركيا ومصر والجزائر)

ثالثاً: خطة البحث

لأجل أن يظهر الموضوع للمتلقي والقارئ بشكل واضح، ومن أجل إيجاد التصميم السليم والحفاظ على وحدة الموضوع وعدم تجزئته كونه يحمل تفاصيل كثيرة في جزئياته وما يثيره من إشكاليات، فضلاً عن مقاربة جزئيات الموضوع فيما بينها مع الأخذ بنظر الاعتبار مسار البحث وأهميته والمنهج المعتمد. ولهذا ارتأينا أن تكون الخطة مقسمة على ثلاثة فصول، الأول يكون مصادر القاعدة الدستورية وأصول إعدادها في مبحثين، الأول ونبحث فيه مصادر القاعدة الدستورية وهو مقسم على مطلبين، الأول يبحث في المصادر الأصلية للقاعدة الدستورية، والثاني يبحث في المصادر التبعية للقاعدة الدستورية، والمبحث الثاني يدرس أصول إعداد القاعدة الدستورية، وهو مكون من مطلبين، الأول يتعلق بالجمعية التأسيسية، والثاني يتناول الاستفتاء الدستوري. أما الثاني فيكون خاصاً بدراسة التعريف بالبطلان الدستوري. وينقسم على مبحثين، الأول يبحث فيه مفهوم البطلان الدستوري في مطلبين، الأول تعريف البطلان الدستوري والمطلب الثاني تمييز البطلان الدستوري عن غيره. أما المبحث الثاني نبحث فيه أنواع وصور بطلان القاعدة الدستورية، في المطلب الاول نتناول الأنواع والثاني الصور، والثالث والأخير يكون بطلان القاعدة الدستورية وآثارها في مبحثين، الأول جهة معالجة بطلان القاعدة الدستورية، ويكون في مطلبين الأول جهة الاصلاح القانونية، والمطلب الثاني جهة الاصلاح القضائية، أما المبحث الثاني فهو عن آثار وعوامل التأثير على بطلان القاعدة الدستورية، ويكون المطلب الأول عن آثار بطلان القاعدة الدستورية، والمطلب الثاني عن عوامل التأثير على بطلان القاعدة الدستورية.

الفصل الأول

مصادر القاعدة الدستورية وأصول إعدادها

من الضروري قبل الخوض في موضوعنا الأساس بطلان القاعدة الدستورية، وما هي المؤثرات التي تجعل من قاعدة باطلة لابد لنا من أن نتعرف على أصول إعداد القاعدة الدستورية، ومن أين جاءت هذه القاعدة لتتكون امامنا فكرة مبسطة عن القاعدة الدستورية.

والذي يراد بمصادر القاعدة الدستورية أي المنابع التي تتكون منها القاعدة الدستورية، سواء أكان هذا المنبع تاريخياً أو اجتماعياً بحسب الزاوية التي اشتق منها، وذلك بأن سلوك الأفراد يتطور بتطور المجتمع فلابد من ظهور قواعد دستورية أيضاً نابعة عن هذا التطور. وهنا يتلخص موضوع مصادر القاعدة الدستورية في الاصل الذي تستمد منه القاعدة الدستورية.

وقد تنوع الفقه في تقسيم هذه المصادر، منها المادية أو الموضوعية أو المصادر الرسمية، والبعض الآخر أطلق عليه المصادر المباشرة والمصادر التفسيرية وغيرها من التسميات إلى أن اجتمع أغلب الفقه على أن القاعدة الدستورية نابعة من أربع مصادر أساسية هي: التشريع والعرف والقضاء والفقه، ومن هنا قسمنا المبحث الأول في الفصل الأول على مصادر أصلية وهي التشريع والعرف، ومصادر تبعية وهي القضاء والفقه.

وبعدما سوف نتناولها بتفصيلها لابد لنا من التعرف على الاصول العلمية التي أجمع أو اتفق أغلب الفقه على أنها طريق ديمقراطي في إعداد القاعدة الدستورية، والذي لابد له أن يكون متوافقاً مع مبدأ السيادة الشعبية ومشاركة الجمهور على وضع الدستور الذي سوف ينظّم علاقتها مع باقي السلطات داخل الدولة، فضلاً عن أنه يولد الاحساس بالمشاركة الشعبية وحرية الاختيار لدى الشعب ويتم هذا عن طريق الممارسة المباشرة أو غير المباشرة.

ولا يمكن لنا أن نقوم بحصر الاساليب في قائمة معينة كونها تختلف حسب الظروف والاجواء والوعي الاجتماعي والسياسي من منطقة إلى أخرى، فمنها ما كان عن طريق معاهدة دولية أو العقد أو المنحة، على خلاف ما هو ديمقراطي مثال الجمعية التأسيسية والاستفتاء الدستوري. ولأن المبحث الثاني جاء بعنوان الاصول العلمية والعملية لوضع القاعدة الدستورية فسوف

نختصرها على الأساليب الديمقراطية والتي أبرزها الجمعية التأسيسية والاستفتاء الدستوري والتي سوف تكون على مطلبين نوضح فيها تفاصيل هذه الأنواع.

المبحث الأول: مصادر القاعدة الدستورية

مصادر القاعدة الدستورية هي الطريق الذي تسلكه فكرة الحاجة لوجود هذه القاعدة لينتهي بها الطريق في الآخر لأن تكون قاعدة دستورية واجبة النفاذ والاتباع، وتتعدد منابع هذه القاعدة – مصادرها- على اختلاف الطريق الذي تسلكه لتكون قاعدة دستورية، والتي منها ما هو يكون نابع عن حاجة ملحة، وإن كان الاصل في وجود كل قاعدة دستورية هو الحاجة الملحة التي تكون إما خاصة أو عامة، إلا أن الحاجة في بعض الاحيان تتدرج في شدة احتياج المجتمع لها أو السلطة، ولهذا تكون هناك مصادر أصلية، يطلق عليها بعضهم بـ (المصادر الرسمية) وتكون هي المقصودة في كونها نابعة من احتياج بالغ، والتي تنبثق عبر نوعين من الطرق لتظهر إلى الفضاء القانوني، إما عن طريق التشريع أو عن طريق العرف، وهذا ما سنتطرق له في المطلب الأول في فرعين، أما المطلب الثاني الذي يكون في الغالب سالكاً لطريق أقل سرعة وحاجة عن المطلب الأول، ولكنه لا يقل أهمية عن سابقه؛ إذ إن تبلور فكرة القاعدة الدستورية التي تقر عبرها قد تستغرق وقتاً أطول من سابقها؛ لهذا يُعبر عنها الفقه بأنها مصادر (غير مباشرة) أو (مصادر تفسيرية) ، وتأتي من مصدرين وهما القضاء والفقه، وهذا ما سيتم تناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المصادر الأصلية للقاعدة الدستورية

المصادر الأصلية هي التي تكون نابعة من أصل وجود وتكوين الشيء، والتي تستمد منه قوتها والزامها، والتي نجعل منها الطريق لتنظيم سلوكها في جزئياتها، إلا أنه في الغالب يكون مصدر القاعدة الدستورية قد تكون في مرحلة سابقة لمرحلة اصدار القاعدة الدستورية وإقرارها، فهي تتكون بالأصل نتيجة احتياج قد يكون سياسياً أو اقتصادياً أو اجتماعياً مما يجعلها تتبلور على شكل فكرة ناتجة عن حاجة ملحة، تنتهي بها في نهاية المطاف إلى أن تكون قاعدة دستورية، ومن هنا تكون لها القوة والالزامية التي تجعل منها قاعدة واجبة وملزمة النفاذ والالتزام، ويطلق عليها في بعض الاحيان (المصادر الرسمية).

وفي القانون الدستوري، على الرغم من الاختلاف في الفقه، إلا أن الاجماع على أن المصادر الأصلية هما اثنان فقط، وهما التشريع والعرف. وسيتم تناولها بشكل أكثر تفصيل ودقة في هذا المطلب على فرعين، الأول سيكون للتشريع بينما الثاني للعرف.

الفرع الأول: التشريع بوصفه مصدر أصلي للقاعدة الدستورية

عرف الفقه التشريع بقوله: (عملية سن القواعد القانونية من قبل السلطة المختصة وفقاً للإجراءات القانونية المحددة). [١]

كما عرفه جانب آخر من الفقه بالقول: (سن القواعد القانونية من قبل سلطة مختصة وعادةً ما تسمى هذه السلطة بـ المؤسسة التشريعية وفقاً لإجراءات معينة، وتصاغ هذه القواعد في صورة نصوص مكتوبة فتكتسب هذه القواعد صفة الالزام لصدورها من السلطة المختصة. [٢]

ويُلاحظ أن البدايات الأولى لحركات تدوين الدساتير والحاجة إلى تقنين صلاحيات السلطات وترتيبها على شكل وثيقة دستورية رسمية يعود إلى الربع الاخير من القرن السابع عشر، وقد سبقها مرحلة الدساتير غير مدونة، أو يمكن أن يطلق عليها السمة الغالبة عدم التدوين في اغلب الدول. إذ أن بعد تحرير الولايات المتحدة الأمريكية من نفوذ الاستعمار الانكليزي واستقلالها قامت بتدوين دساتيرها من عام (١٧٧٨-١٧٨١) واتبعت نفس الاسلوب في الوقت الذي اتحدت فيه لتكوين دولة فيدرالية يحكمها الدستور الأمريكي لعام ١٧٨٧، وبذلك عُدّ هو أول دستور مدون نافذ. [٣]

وانتقلت هذه الفكرة فيما بعد إلى اوروبا لاسيما بعد تبني مفكرو الثورة الفرنسية فكرة العقد الاجتماعي، وعلى هذا الأساس ظهر أول دستور مدون في اوروبا هو الدستور الفرنسي لعام ١٧٩١ وبعدها انتشرت الدساتير في اوروبا. [٤]

---

(١) د. يحيى الجمل و د. أنور احمد رسلان، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦، ص٢٣

(٢) د. حنان محمد القيسي، الوجيز في نظرية الدستور، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٢، ص٤٧

(٣) د. عدنان عاجل عبيد، القانون الدستوري النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق، الطبعة الثانية، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، النجف، ٢٠١٣، ص٨٣

(٤) د. عدنان عاجل عبيد، المصدر ذاته، ص٨٣

وباعتبار أن التشريع هو مصدر رسمي لذا تحرص الدساتير عادةً على تحديد السلطة المختصة بالتشريع وتسمى السلطة التشريعية، كما وتحدد جميع الاجراءات التي يجب اتباعها لكي تتمكن من ممارسة ولايتها التشريعية وقد تبنت الدساتير في تحديد السلطة التشريعية سواء أكان من حيث الاختصاص أو التشكيل كما يلاحظ الاختلاف من حيث الاجراءات. [١]

ولقد اتجهت الغالبية الكبرى من الدول إلى وضع البناء التنظيمي للدولة وتوجهاتها المختلفة في وثيقة واحدة وتعد بمثابة نبراساً لها، وتكون هذه الوثيقة هي مرجعاً لكافة القوانين للدولة، فضلاً عن أنها أضافت إليها نوعاً من السمو لكي تضمن احترامها وعدم مخالفتها. [٢]

والتشريع في هذا المجال يقصد به الوثيقة التي تتضمن نص الدستور والتي تضعها عادةً هيأة خاصة، وهذه الهيأة الخاصة تختلف من دولة إلى أخرى، فإذا كانت هذه الهيأة منتخبة سميت الجمعية التأسيسية لأنها منتخبة وتضع القانون الاساسي للبلاد. [٣]

أو قد تضعه – الدستور الجديد – هيأة تشريعية قائمة فعلاً في ظل دستور مؤقت أو دائم قديم، وهنا تتفرع هذه الهيأة التشريعية لوضع الدستور، وتكون هنا بمثابة جمعية وطنية أو تأسيسية، وهنا يكون عمل وضع الدستور عملاً اضافياً لها إلى جانب عملها التشريعي. [٤]

---

(١) د. سعد عصفور، القانون الدستوري، القسم الأول، الطبعة الاولى، دار المعارف في الاسكندرية، مصر، ١٩٥٤، ص١٠٧

(٢) د. حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٩، ص٥٢

(٣) د. احمد سرحان، القانون الدستوري والنظم السياسية (الإطار والمصادر)، الطبعة الاولى، المؤسسة الجامعية الحديثة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢، ص٣٥

(٤) فتحي رضوان، الدولة والدساتير دروس في المبادئ الدستورية العامة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٥-١٩٦٦، ص١٢٤

يتضح لنا مما تقدم بأن التشريع في مجال القانون الدستوري؛ وكونه مصدر من مصادر القاعدة الدستورية، فإن المراد به هو الوثيقة الدستورية بما تتضمنه من نصوص دستورية وقواعد وأحكام والتي تصدر عن المشرع الدستوري أو السلطة التأسيسية بإجراءات خاصة، سواء كانت تخص وضعها او تعديلها. (١)

إلا أن الفقه اختلف في أمر تحديد طبيعة التشريع الدستوري، وما إذا كانت الأحكام التي تسنها السلطة التشريعية هي التي يتوفر فيها خصائص القاعدة القانونية من حيث إنها تكون عامة ملزمة ام لا تتوفر فيها هذه الصفة؟

للإجابة على هذا التساؤل فإن المسلم به هو أن هذه الأحكام التي تصدر عن السلطة التشريعية جميعها تعامل معاملة التشريع وتترتب عليها نفس الآثار القانونية، ولكن الاختلاف يتركز حول تكييف طبيعة الأحكام الخاصة أو الشخصية التي تصدرها؛ فيرى جانب إلى أن التشريع هو مجموعة الاحكام التي تسنها السلطة التأسيسية فقط وهي التي تكون صاحبة الولاية العامة للتشريع الدستوري. (٢)

وبالاستناد إلى هذا الرأي يُلاحظ أن الاتجاه نحو تغليب المعيار الشكلي، إذ إنه أنكر هذه الصفة على أي حكم يصدر من غير السلطة التشريعية، ولو توافر فيه خصائص القاعدة القانونية.

وعلى عكس ذلك؛ يميز جانب آخر بين نوعين من التشريع، وهما التشريع من الناحية الشكلية والموضوعية، وأقر التشريع من الناحية الشكلية فقط بمقتضى ذلك فإنه يغلب المعيار الموضوعي على المعيار الشكلي بحيث إنه يخلع صفة التشريع على كل حكم

---

(١) د. عبد الكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، الاصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٠، ص٢٩٤

(٢) د. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٧، ص٢٣٦

تتوفر فيه خصائص القاعدة القانونية إذا صدر من غير السلطة التشريعية الأصلية، أي إنه حصر الموضوع فقط في السلطة الاصلية. [١]

ويلاحظ أن هناك اختلافاً واضحاً في تحديدها، ومنها من يتجه نحو الجانب الموضوعي ويسهب فيه على عكس من يتجه إلى الجانب الشكلي ويسهب فيه أيضاً، وهنا رأينا أن تكون موازنة بين الكفتين والاعتماد على المعيارين؛ وذلك بأن القواعد القانونية بصورة عامة، والدستورية بصورة خاصة، ماهي إلا مزيج من الشكلية والموضوعية، فمن غير الممكن أن يُرجح جانب ونلغي جانباً آخراً.

وبهذا يُعد التشريع المصدر الأول للقاعدة الدستورية بوصفه هو الادارة القانونية التي تضع لنا أسمي القواعد القانونية وأعلاها، وتترتب على هذه النتيجة التي جعلت من الدستور يحتل قمة الهرم القانوني في الدولة نتيجتان هما:

الأولى: تمتع القاعدة الدستورية بالقوة القانونية على القواعد الأدنى منها درجة؛ وذلك استناداً إلى مبدأ تدرج القواعد القانونية، وهنا تتربع الوثيقة الدستورية الموضوعة من السلطة المؤسسة قمة الهرم القانوني.

الثانية: لا يمكن لقاعدة دنيا في الهرم القانوني أن تخالف قاعدة عليا، وفي حال حدوث هذه المخالفة تعد القاعدة القانونية باطلة مستحقة الإلغاء أو الامتناع عن تطبيقها. كذلك فإن عدم إمكانية تعديل القاعدة الدستورية إلا من خلال نص دستوري يكون موازياً له في القوة القانونية وفي نفس المرتبة المحددة له دستورياً. [٢]

---

(١) د. سعد عصفور، مصدر سابق، ص١١١

(٢) د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص٨٥

الفرع الثاني: العرف بوصفه مصدر أصلي للقاعدة الدستورية

أغلب دول العالم كانت محكومة بنظام الحكم المطلق وكان هذا قبل ظهور الدولة القانونية، وكان من يحكمها يتمتع بالسلطة المطلقة ويمارس كافة الاختصاصات، ولكن مع تطور الأفكار والفكر السياسي وتصاعد المطالبة بتقييد سلطة الحكم، وأدى ذلك هنا إلى ظهور تقاليد وأعراف بشكل بسيط أوجبت على الحكام أن يلتزموا بها وأن يراعوها في ممارستهم للسلطة، وبعدها أيضاً ازداد هذا الضغط الشعبي ليقوم هذا الضغط بتحويل هذه التقاليد والأعراف إلى قواعد قانونية عرفية ملزمة. (١)

العرف بصورة عامة هو مصدر من مصادر القانون عموماً، وهو الأسبق والأقدم في المصادر القانونية، وذلك قبل أن يسن التشريع ويدون، إذ كان العرف هو ما جرى عليه الناس وتعارفوا على احترامه في تعاملاتهم وعدّوه قانوناً ملزماً، وصار الضابط لعلاقة الناس وسلوكهم. (٢)

أما في مجال القانون الدستوري، فهو يعد المصدر الاساس للقانون الدستوري في الدول التي تأخذ بالدساتير غير المكتوبة بطريقة رسمية، وهو أيضاً مصدراً أساس للقواعد الدستورية في الدول ذات الدساتير المدونة. (٣)

وقد عُرف العرف بالقول: (تكرار العمل في موضوع دستوري معين بحيث يكتسب هذا التكرار صفة الزامية). (٤)

---

(١) د. حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص٤٩

(٢) فتحي رضوان، مصدر سابق، ص١٢٤

(٣) د. صالح طليس و د. حسن عبيد، القانون الدستوري العام المبادئ الدستورية وتطبيقاتها في الانظمة السياسية الحديثة، الطبعة الاولى، دار المنهل اللبناني، بيروت، ٢٠١٦، ص٢٢

(٤) د. عبد الكريم علوان، مصدر سابق، ص٢٩٥

وعرفه آخر بقوله: (عبارة عن عادة توارى العمل بها من قبل هيأة من هيئات الدولة في أمر يتعلق بممارسة السلطة او انتقالها، واستقر الرأي على السير بمقتضاها لاكتسابها صفة الالزام). [١]

كما عرفها جانب آخر بقوله: (هو سلطة الدولة على ممارسة عادة معينة متعلقة بممارسة السلطة وسيادة الاعتقاد لديها مع الأفراد بإلزاميتها). [٢]

ولكن الفقه اختلف في مدى صلاحية العرف لأن يكون مصدراً للقانون وذلك تبعاً لاختلاف تكييف طبيعة القاعدة القانونية، وهنا نشب الخلاف بين اتجاهين أو مدرستين وهما أنصار الشكلية وأنصار الموضوعية.

ذهب أنصار الشكلية إلى عدم الاقرار بل انكار كل قيمة قانونية للعرف بكل أشكاله وأنواعه، وذلك لكونهم يقفون على المظهر الخارجي للقانون، فهم يعدون أن التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقاعدة القانونية، ومن أنصار هذا المذهب الفقيه (اوستن) والفقيه (دايسي). [٣]

في حين يذهب أنصار الموضوعية إلى خلاف ذلك، فهم يغضون الطرف عن شكل القاعدة الدستورية، وتبحث عنها أينما وجدت وتوافرت مقوماتها، وتدافع عن العرف وتجعل منه مصدراً أصيلاً للقاعدة الدستورية، بل أنهم يذهبون إلى أبعد من هذا ويعتبرونها الأفضل كونها تعبر عن نواب الشعب وما يحيط بالواقع السياسي وهنا تعني إشراك الأفراد مع السلطة في وضع القاعدة الدستورية. [٤]

---

(١) د. هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٤، ص٣١٠

(٢) د. عدنان عبيد عاجل، مصدر سابق، ص٨٧

(٣) د. هاني علي الطهراوي، مصدر سابق، ص٣١٠

(٤) د. احمد سرحان، مصدر سابق، ص٥٤

كما أن هناك سؤالاً يتبادر إلى الذهن وهو متى يمكن لنا أن نصف قاعدة قانونية أو دستورية بأنها عرفية او أنها من مصدر عرفي؟

للإجابة على هذا السؤال يتحتم علينا أن نتطرق إلى أركان العرف، وهل هي فعلاً موجودة في القاعدة أم أنها غير متوافرة ومن ثم لا يمكن لنا أن نطلق عليها تسمية قاعدة عرفية.

والعرف له ركنان هما:

اولاً: الركن المادي: يتجسد هذا الركن في العادة التي تتبعها هيأة من هيئات الدولة أو الأفراد في أمر معين له طابع دستوري دون أي معارضة من الهيئات الأخرى في الدولة. (١)

وهنا لكي يتكون الركن المادي فلابد من توافر شروط هي: **العمومية** أي أنها تسري على جميع من يعنيهم الأمر ويلتزمون بها. **والتكرار**، وهنا يعني أن هذا التصرف يطلق بصورة متكررة بنفس الواقع، وهنا يجب ألّا يكون التصرف لمرة واحدة أو تصرف منفرد، وهذا ما قضت به المحكمة الاتحادية في سويسرا عام ١٩١٧ بحدوث سابقة في عام ١٨٧٠ وتكررت عام ١٩١٤ وهذا ينبئنا بوجود عرف دستوري. (٢)

وكذلك شرط **الثبات والاطراد** ويعني تكرار التصرف بشكل مستمر ومنضبط ومنتظم، وعدم الانقطاع ومن ثم انتفاء هذه الصفة، يعني صرف النظر عن هذا التصرف، وهنا نجد الأساس لهذا في إعادة انتخاب الرئيس الأمريكي (روزفلت) للمرة الثانية والثالثة إذ الغت سابقة (جورج واشنطن) الذي رفض انتخابه للمرة الثالثة، مما أدى إلى حسمها عن طريق التعديل الثاني والعشرين للدستور الأمريكي عام ١٩٥١، إذ منع فيه إعادة انتخاب الرئيس لأكثر من مرة واحدة أي دورتين انتخابية فقط. (٣)

---

(١) د. حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص٤٩

(٢) د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص٨٨

(٣) رجب محمد طاجن، قيود تعديل الدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٧٣

كما يشترط به **الوضوح**، أي أنه يكون على قدر من الدقة والوضوح بحيث يكون من السهولة على السلطات تطبيقه من غير أن تواجه أي صعوبة به أثناء التطبيق، سواء أكان سلبياً أم ايجابياً.

ثانياً: الركن المعنوي: فهو هنا يعني أن العادة العرفية استقرت في ضمير الجماعة وأنها ملزمة، ويترتب عليها جزاء عند مخالفتها، بمعنى أنها أضحت قانوناً. ولكن السؤال الذي يتبادر هنا إلى الذهن من هم الذين يجب أن يستقر العرف في ضميرهم؟

وذهب هنا بعض الفقه إلى ضرورة أن يتولد هذا الاعتقاد لدى سلطات الحكم، وذهب آخرون إلى أنها يجب أن تكون متوفرة لدى الأفراد والرأي العام [١]، وباعتقادنا من باب أن الدستور هو عقد اجتماعي فإنه يجب أن يكون متوفر في الجانبين؛ أي أن يكون هذا الاعتقاد هو متوفر لدى السلطات الحاكمة والأفراد والرأي العام.

كما لا يفوتنا ان نتطرق بشكل موجز إلى أنواع العرف الدستوري، والذي يكون على ثلاثة أنواع:

١. **العرف المفسر:** الذي يهدف بصورة خاصة إلى تفسير نص غامض وايضاح معنى مبهم من نصوص الدستور، وعلى هذا الأساس فإنه لا يرقى إلى القاعدة الدستورية ولا يخلق قاعدة جديدة بل يكشف عن غموض القاعدة الدستورية، وتزداد أهمية هذا النوع من العرف في ظل الدساتير المقتضبة مثل دستور فرنسا لعام ١٨٧٥. [٢]
٢. **العرف المكمل:** هو الذي يرمي إلى تنظيم مسألة دستورية لم تنظمها النصوص الدستورية المكتوبة، ولكن بشرط أن لا يكون في هذا التنظيم ما يخالف نصوص الدستور، وباعتقادنا إنه أهم نوع من أنواع العرف؛ لأنه يكمل النقص الحاصل

---

(١) د. حمدي العجمي، مصدر سابق، ص٦٦

(٢) سليمان سليم سليمان، العرف الدستوري بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في مجلة جامعة جرش الأهلية عمادة البحث العلمي والدراسات العليا، مجلد ٣، العدد ٢، ١٩٩٩، ص٤٤

في الوثيقة الدستورية ومثال هذا النوع هو عدم نص الدستور الأمريكي لعام ١٧٨٧ صراحة على الرقابة الدستورية، ولكنها ولدت مع التطبيق العملي ونتيجة الاجتهاد، كما أن المثال الآخر هو دستور لبنان لسنة ١٩٢٦ النافذ نجد فيه أن توزيع المناصب يتم بالاستناد إلى الأسس الطائفية كمنصب رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ورئيس مجلس النواب، وهذا غير منصوص عليه في الدستور ولكنه يستند في الواقع إلى العرف، وان كان البعض يوعز ذلك الى اتفاق الطائف [١] وهذا ما يلاحظ على الوضع الحالي في العراق والعرف الذي يسار عليه من غير أن ينص عليه في دستور ٢٠٠٥.

٣. **العرف المعدل:** هنا المراد به هو تنظيم مسألة دستورية كان قد غفل المشرع الدستوري عنها، إلا أن هذا النوع من العرف ينقسم إلى نوعين الأول العرف المعدل بالإضافة والثاني هو العرف المعدل بالحذف، والعرف المعدل بنوعيه يفترض أن يكون هناك حكم دستوري في موضوع معين، وبعدها ينشأ عرف يعدل ذلك الحكم على غير الصورة التي جاء بها النص الاصلي، وهذا يعني أن العرف المعدل بالإضافة يسعى إلى تخويل هيأة من هيئات الدولة سلطة أو اختصاص جديد لم تكن تتمتع به في ظل النصوص القائمة. [٢] مثل حق الوزارة في إقرار التشريع بواسطة مراسيم لها قوة القانون كما في الدستور الفرنسي لعام ١٨٧٥. [٣]

أما في حالة العرف المعدل بالحذف فهنا يرمي إلى إسقاط حق أو رفع قيد من القيود المقررة في صلب الوثيقة الدستورية، ومثالها في دستور أمريكا نص على انتخاب رئيس الجمهورية على درجتين، أي غير مباشر، الا أن الواقع السياسي قد حوّل هذه

---

(١) د. احسان حميد المفرجي و د. كطران صغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، الطبعة الرابعة، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١، ص٢٠٦

(٢) د. عصام سعيد عبد العبيدي، تعديل الدستور الجامد دون إجراءات بواسطة العرف الدستوري، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد ٦٣، ٢٠١٧، ص٦٤٨

(٣) د. احسان حميد المفرجي و د. كطران صغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، مصدر سابق، ص٢٠٦

الطريقة عن مجراها وأضحى الانتخاب الأول الحاصل من قبل الجمهور، وجعله هو الأساس وله النتيجة الفعلية فيما الثاني صار شكلياً. [١]

ومن خلال ما تقدم من توضيح للعرف الدستوري والتطرق إلى تعريفه وعناصره وأنواعه ومناقشة الآراء الفقهية المتعلقة به يتضح لنا جلياً أهمية العرف الدستوري وإلى ضرورة وجوده في المجتمع السياسي؛ علماً أن الواقع السياسي هو مرادف للواقع الدستوري وذلك كون أن الواقع السياسي في تطور مستمر ومتغير وهنا سوف نلاحظ من خلال تحقق هذه الظاهرة انفصال أو تنافر بين الواقع الدستوري والواقع السياسي، وهنا في ظل هذه الظاهرة سوف تنشأ قواعد جديدة تستجيب لهذا التطور الحاصل في الواقع وتجد أساسها في التقاليد والسوابق المتكررة لكي تعالج هذا النقص والعجز الحاصل في ظل هذه الظروف ليتطابق الواقع السياسي مع الواقع الدستوري. [٢]

كما تجدر الاشارة إلى أنه لا يوجد في بلد من البلدان دستور مدون بحت ولا دستور عرفي بحت ففي الواقع نجد أن كل دستور ينطوي على جزء مدون وجزء عرفي، ومن هنا تتضح أهمية العرف في كونه أحد أهم المصادر الرسمية للدستور. [٣]

---

(١) د. سعد العلوش، دراسات معمقة في العرف الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٨، ص١٤٨

(٢) د. هاني علي الطهراوي، مصدر سابق، ص٣١١

(٣) حسن الحسن، القانون الدستوري والدستور في لبنان، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٥٩، ص٢١

المطلب الثاني: المصادر التبعية للقاعدة الدستورية

إن المؤثرات التي تخضع لها القوانين خلال مراحل تطورها متنوعة ومتغيرة، إلا أن السائد لدى فقهاء القانون الدستوري أنها ترجع بشكل عام إلى مصادر أصلية، وهي التشريع والعرف، والتي تم التطرق لها فيما سلف ومصادر تبعية تكون ساندة أو أقل رسمية من سالفها. وأياً كان مصدر القاعدة الدستورية فإنها تختلف عدداً وحجماً، وهذا الاختلاف نابع من تغير الظروف والمؤثرات، لكن كما أسلفنا أن الفقه اتفق على الأنواع التي ذكرناها. كما أن أياً كان مصدر القاعدة الدستورية فإنه سيكتسب صفة الالزام الرسمية بمجرد اقراره من السلطة المختصة. وفي هذا المطلب سوف نتطرق إلى المصادر التبعية للقاعدة الدستورية التي سنتناولها في فرعين، الفرع الأول يخص القضاء بوصفه مصدراً للقاعدة الدستورية أما الفرع الثاني فهو خاص بالفقه.

الفرع الاول: القضاء بوصفه مصدراً تبعياً للقاعدة الدستورية

لا شك أن القضاء كان مصدراً رسمياً أصلياً في القديم، وهذا ما يشهد به تطور معظم القوانين ولاسيما القانون الروماني والقانون الانكليزي. كما ولا جدال أيضاً في أن القضاء مصدر مادي بالنسبة إلى القوانين الحديثة إذ يمدها بحلولها العملية التي يستلهمها من شتى المصادر التي تتوفر لديه، وخاصة يبرز دوره في المسائل التفسيرية، كتفسير النصوص التشريعية وكذلك في تفسير النصوص الدستورية إذ يكون في ذلك شأنه شأن الفقه. (١)

وإن كانت وظيفة القضاء بصفة عامة تتركز في تطبيق القواعد القانونية على النزاعات التي تعرض عليه لتفصل بها، أي أنه ليس مصدراً انشائياً للدستور بل هو مصدراً تطبيقياً له، ومع ذلك يلاحظ أن القضاء مازال يلعب دور فعال من الناحية العملية والتطبيقية في البلاد الانجلوسكسونية؛ إذ إن السوابق القضائية تحظى باحترام كبير إلى حد ما بحيث يجعل من بعض الفقه إلى اعتبارها مصدراً رسمياً في الدولة. (٢)

وهنا نلاحظ ان القضاء قد عرفه جانب من الفقه بالقول: "هو مجموعة من الاحكام التي تصدر من المحاكم بصدد تطبيق القانون على المنازعات التي تعرض عليها". (٣)

وعرفها جانب آخر "تلك الاحكام التي تصدرها المحاكم في مسائل أو موضوعات دستورية وهي بصدد الفصل في النزاعات المعروضة عليها ". (٤)

---

(١) د. سعد عصفور، مصدر سابق، ص٦٢

(٢) د. نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٦، ص٤٨٠

(٣) د. سعد عصفور، مصدر سابق، ص٦٢

(٤) د. هاني علي الطهراوي، مصدر سابق، ص٣٢٢

وأما الجانب الأخير الذي نتناوله من الفقه الذي عرف القضاء في المجال الدستوري هو "مجموعة القواعد المنبثقة من أحكام المحاكم في المجال الدستوري". [١]

ويلاحظ أن حدود عمل القضاء والاحكام التي تصدر عنها تنقسم إلى قسمين الأولى هي أحكام عادية أي التي لا تخرج عن كونها تطبيق للقانون، والنوع الثاني هي الأحكام الأساسية هي التي تتضمن مبادئ لم يتطرق لها القانون أو أنه لم يضع لها حلاً، وهنا ما يهمنا بطبيعة الحال ومجريات البحث قطعاً هو النوع الثاني المستنبط للأحكام الدستورية، والذي هو في الغالب يكون في القضاء الدستوري. [٢]

كما أن ما يلاحظ على القضاء بوصفه مصدراً من مصادر القاعدة الدستورية أنه يتمتع بميزة مهمة كونه ذا صيغة عملية بحتة، ويميل إلى الحلول الواقعية ولكن في نفس الوقت يعتبر أنه في بعض الأحيان يغرق في الواقعية متناسياً او مهملاً المنطقية والنظرة المتطورة التي يتمتع بها الفقه. [٣]

ولكن هنا يتبادر إلى الاذهان سؤال هو هل يصح أن يعتبر القضاء مصدراً للقاعدة الدستورية؟

من المسلمات أنه لا يعد كذلك حين إصداره، إذ أن مهمته لا تتجاوز تطبيق الدستور على النحو والغاية التي أرادها المشرع الدستوري. [٤]

ولكن الواقع الحديث فرض على المشرع الدستوري اعتبار القضاء مصدراً رسمياً تبعياً للقاعدة الدستورية؛ وذلك لأسباب كثيرة منها سرعة التطور الذي يتحلى به القضاء والمرونة في اصدار أحكامه، ومعالجته لأمور مستجدة قد تكون خفية على المشرع الدستوري وقت وضع الدستور مما سهل على القضاء إبرازها ومعالجتها،

---

(١) د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص١٣٦
(٢) د. حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص٦٢
(٣) عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص٥٧
(٤) د. سعد عصفور، مصدر سابق، ص٦٣

فضلاً عن كون أن القضاء الدستوري ينظر من قبل هيأة في أغلب الاحيان وتكون هذه الهيأة ذات باع دستوري وتخصص دقيق معتمدة أعلى المعايير الدستورية في اصدار احكامها. [١]

ولكن الواقع يختلف في موقع القضاء بوصفه مصدراً من مصادر القانون الدستوري، بين الدول الانجلوسكسونية، أمثال إنجلترا والولايات المتحدة والذي يجعل من القضاء مصدراً رسمياً للقواعد الدستورية وذلك من خلال السوابق القضائية. أما في البلدان التي تسلك مسلك الدول الرومانية مثال ذلك فرنسا ولبنان ومصر والذي توجد فيها الرقابة السياسية أو قد تكون مختلطة، فإن قراراتها تؤدي دور نسبي أقل منه في المجال الدستوري في هذه الدول عما هو عليه في الدول الانجلوسكسونية. [٢]

ومن خلال ما تقدم يتضح مدى فاعلية القضاء في القانون الدستوري والتأسيس للقاعدة الدستورية، وخاصة في الدول الانجلوسكسونية، التي أظهرت فيها فاعليتها من خلال الحاق النصوص الدستورية بالظروف المتغيرة والمتجددة ومواكبة التطور الذي يطرأ على الظروف السياسية وانعكاساته على القاعدة الدستورية. [٣]

مثالها دور المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية من خلال تعزيزها وحماية الحقوق والحريات الفردية والعامة، سواء ما يتعلق في محاكمة عادلة، أو حرية العمل وحق الملكية، وذلك على الرغم من عدم ورود نص في الدستور يخولها حق الرقابة الدستورية. [٤]

---

(١) د. سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص١٩٩

(٢) د. امين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٢، ص٨٦

(٣) د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٦، ص٦٢

(٤) د. هاني علي الطهراوي، مصدر سابق، ص٣٢٢

كما ويدين القانون الدستوري بالعديد من السوابق القضائية بالأخص الدور الحقيقي الذي لعبه القضاء للحد من امتيازات التاج الملكي لصالح البرلمان ولتأمين الافراد على حقوقهم وحرياتهم الاساسية. [١]

ويمكن أن نخلص القول بالحديث عن القضاء بوصفه مصدراً تبعياً للقاعدة الدستورية، والذي كان أصلياً وأساسياً فيما سلف ولكن التطور وظهور التدوين الدستوري جعل منه مصدراً تبعياً، إلا أنه يشهد له في الواقع دوره في تطوير القانون الدستوري وإقرار الكثير من المبادئ الدستورية، كما يشهد له في ذلك خاصة في الدول الانجلوسكسونية، كما أنه يبرز دوره أيضاً في مجال تفسير النصوص التشريعية والدستورية.

الفرع الثاني: الفقه بوصفه مصدراً تبعياً للقاعدة الدستورية

يحمل الفقه في طياته اجتهاداً وهو الوسع والطاقة والاجتهاد في الأمر، أي بذل السعة والطاقة لكي يبلغ مجهود يصل به إلى النهاية ويكون في اصطلاح علماء أصول الفقه، وتقصد بالاجتهاد بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام مجال تخصصه. [٢]

ويُفهم الفقه في مجال الشريعة بأنه العلم بالأحكام الشرعية والفرعية وتحديد وظيفة المكلف العلمية عن أدلتها التفصيلية المتمثلة بالقرآن والسنة والاجماع والعقل. وقد احتل الفقه مكانة متميزة في العلوم الاسلامية وهو كان وما زال بمثابة الراسم لمناهج الحياة الدينية والناظم لمسائل العبادة والفصل في المنازعات الشرعية. [٣]

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع، قضاء الدستورية في مصر (القضاء الدستوري)، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص١٠٤

(٢) د. خالد حسين خالد، الاجتهاد الجماعي في الفقه الاسلامي، مركز جمعة الماجد، دبي، ٢٠٠٩، ص٣٣

(٣) محمد رضا المظفر، أصول الفقه، الطبعة الخامسة، مطبعة اسماعيليان، قم، ١٣٧٥، ص٢٥

وفي مجال القانون لا تخرج اجتهادات فقهاء القانون عن المعنى المتقدم الذكر ويكون دورها للإرشاد بها في تفسير القانون، وإن كانت غير ملزمة لكن لها معنى وقيمة معنوية بالنسبة للقاضي والمشرع والمفسر، إذ يكون الموضوع المدعوم برأي فقهياً قوياً من الناحية القانونية، وهنا يكون الفقيه ليس ذا سلطة رسمية ولا صفة في إنشاء قواعد قانونية او ابداء آراء ملزمة للناس وانما تكون مهمته الشرح وعرض الجزئيات واستنباط آراء علمية، وهي التي تنير طريق المشرع والقاضي والمحامي والمفسر للقانون، وهنا وإن كان الفقه لا يعد مصدراً رسمياً للقاعدة الدستورية، إلا أنه يسهم بنصيب متفاوت في تكوينها ويعد من المصادر المنشأة غير الرسمية أو من مصادر الاقناع لا من مصادر الالزام. (١)

المراد بالفقه في مجال القانون مجموعة الشروح والآراء التي تصدر عن فقهاء وعلماء القانون عبر مؤلفاتهم، أو عبر ابحاثهم، أو من خلال التعليق على أحكام المحاكم مقالاتهم أو محاضراتهم في مجال اختصاصهم في المعاهد أو الكليات. كما يقصد به أيضا دراساتهم في مجال التشريعات والدساتير وابداء الرأي في مدى مطابقة أحكامها للحاجة الاجتماعية أو أنها غير مطابقة لهذه الحاجة. (٢)

كما عبر عنها جانب آخر بالقول "الدراسات والبحوث التي يقدمونها وآرائهم وفتاواهم ووجهات نظرهم التي يعبرون عنها من خلال بحوثهم ودراساتهم بغرض اكمال أو تفسير أو توضيح القانون وأحكام القضاء". (٣)

---

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٤، ص٤٦٠

(٢) د. صالح طليس و د. حسن عبيد، مصدر سابق، ص٢٤

(٣) د. حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص٦١

ويلاحظ أن القانون في العراق قد اخذ بالفقه بوصفه مصدراً استشارياً تستند اليه المحاكم في إصدار أحكامها أو تفسير نص معين يكون غامض على المحكمة، وهذا هو مسلك حميد للمشرع العراقي في التوجه والحث نحو الفقه في مجال القوانين. [١]

وتكون مهمة الفقه في التواصل بدراسة النصوص، وبحث الكيفية التي تعالج بها والغاية المقصودة منه، وتبصير المشرع والقاضي بأوجه النقص والتناقض والغموض فيها، فضلاً عن اقتراح الحلول الكفيلة بسد هذا النقص واكماله وإزالة الغموض حتى ولو عن طريق الاستعانة بمصادر أخرى غير التشريع. [٢] لذا فإن الفقيه في طريق معالجته للنقص أو القصور يتمثل في البحث من الناحية العلمية للقانون وتوجيهه الوجهة الصحيحة، وبهذا الوصف فإن – الفقه- لا يعدوا إلا أن يكون مجموعة من النظريات والآراء، ولكنه وإن لم يكن له صفة الالزام؛ إلا أن له الأثر التوجيهي المؤكد، ويزداد هذا الأثر كلما ازدادت قوة الاسانيد التي يعزز بها نظرياته وآراءه. [٣]

كما أن الفقه يتركز بالدور الملموس في مجالين:

١. توضيح ما يعتري التشريع الدستوري من نقص أو خلل، وذلك عبر دراسات وبحوث يجريها الفقيه تسهم في توجيه المشرع الدستوري إلى الوجهة الصحيحة لسد النقص لتعديل القواعد الدستورية متماشياً مع المتطلبات والاحتياجات المستجدة. [٤]

---

(١) المادة رقم (٣/١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل
(٢) د. محسن حسنين عبد العال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٤٧
(٣) د. سعد العصفور، مصدر سابق، ص٦٠
(٤) د. محمد نصر مهنا، النظام الدستوري والسياسي (دراسة تطبيقية)، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٤٢

٢. يقوم الفقه بتحليل الاحكام القضائية من خلال التأكيد على ضوابطها أو نقصها مع ابداء وجهة النظر الدستورية التي تلائمها، وذلك يسهم في ارشاد القاضي والمشرع وينير دربه ليحقق أسمى المبادئ الدستورية. [١]

كما أن الفقه الدستوري ينقسم من ناحية الدور الذي يؤديه في المجال الدستوري على قسمين:

اولاً: الفقه الموجه: وهو ما يتمثل في آراء ونظريات الفقهاء التي تؤدي إلى انشاء القاعدة الدستورية أو التأثير فيها، بحيث يعيد المشرع لتصحيح اخطاءه، ومثالها آراء الفقيه جان جاك روسو بخصوص مبدأ سيادة الامة، والفقيه مونتسكيو في مجال مبدأ الفصل بين السلطات الذي أوضحه في كتابه (روح القوانين). [٢]

ثانياً: الفقه المحلل: ويتمثل في آراء الفقهاء ونظرياتهم التي تنصب على شرح وتحليل القواعد الدستورية، وبهذا يتميز عن الفقه الموجه إنه لا يخلق قاعدة جديدة أو يسهم في خلقها، وإنما هي إرشاد إلى الخطأ الذي ارتكبه المشرع في القاعدة الدستورية. ويعد هذا النوع الأكثر شيوعاً وانتشاراً في مجال القاعدة الدستورية. [٣]

والملاحظ على الفقه في مجال القانون الدستوري أنه يظهر بشكل واسع وباين في الدول الانجلوسكسونية سواء في المجال القانوني أو الدستوري، ويعزى السبب في ذلك إلى أن في هذه الدول تكون في الغالب نصوصها الدستورية قليلة نسبياً، مثلها في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، وهذا الأمر ينتج عنه بقاء الكثير من الموضوعات خارج نطاق التنظيم القانوني ومن ثمّ تحتاج إلى معالجة فعلية وحقيقية من جانب الفقه الدستوري،

---

(١) د. محمد علي آل ياسين، القانون الدستوري والمبادئ الدستورية العامة، الطبعة الاولى، بغداد، دون ذكر سنة طبع، ص١٣٦

(٢) د. فؤاد العطار، مصدر سابق، ص١٠٦

(٣) د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص٩٤

وهذا ما يلاحظ فعلاً على الجهود الفقهية التي سجلها التاريخ أهمها وابرزها كتابات هوبز ولوك، لاسيما في فرنسا ومونتسكيو وروسو ومابالي وغيرهم الكثير من الفقهاء. [١]

وهنا فإن عمل الفقيه يعتمد في شرحه وتفصيله وتحليله على ما استقر عليه في الأحكام القضائية وتطبيقاتها للقانون، كما أنه يسهم في تسليط الضوء على نصوص القانون وبيان النواقص والعيوب، سواء أكانت شكلية أم موضوعية أم أي عيب آخر يشوبها، وهذا ما سيكون في الفصل الأخير محور مهم في علاج البطلان الدستوري وإصلاحه وما سيتم تناوله بشكل مفصل. وهنا يتحتم على جميع العاملين في مجال القانون الرجوع إلى أعمال الفقه ووضعها موضع التدقيق والاستفادة منها علمياً.

ويمكن لنا هنا أن نتوصل إلى نتيجة مهمة هو أن خير الانظمة القانونية والدستورية حول العالم هي التي يكون فيها تعاون وثيق ومتابعة بين الفقه والقضاء وذلك لما للفقيه من ثقافة قانونية عالية والمام في القوانين الأجنبية، ولما تكون لديه من تصور ومفاهيم قانونية، يمكن له من خلالها الوصول إلى أفضل المفاهيم والنصوص القانونية، وهنا لا يجوز قطعاً ان يعيش الفقهاء بمعزل عن القضاء من غير ان يكون لهم المساهمة الصريحة ولاسيما في مجال القضاء الدستوري.

ومثالها موضوع المعارضة إحدى سمات الديمقراطية، ولا يمكن للآراء داخل مجلس النواب ان تتفق على خطى واحدة، ويمكن بل أكيد أن تختلف الآراء وهنا تطرح فكرة المعارضة البرلمانية من أجل السعي لتنفيذ برنامجها، ومن خلال مراجعة نصوص الدستور لم نجد إشارة صريحة إلى مفهوم المعارضة، مما يعني وجود نقص دستوري، ولقد دفع هذا النقص المحكمة الاتحادية العليا لسده في قرارها على صحة وجود المعارضة مستندة في قرارها إلى المادة (٧٦) من الدستور فيما يخص الكتلة الاكبر [٢]

---

(١) محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة دراسة مقارنة، مطبعة اسراء، بدون سنة نشر، ص٢٣

(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٢٥/ اتحادية/٢٠١٠) في ٢٠١٠/٣/٢٥ والمؤكدة بالطلب المؤرخ في ٢٠١٤/٨/١١ بالعدد ٥٤/ت.ق/٢٠١٤. إلا أن هذا التفسير كان يعمل به سابقاً ولكن الآن بعد تشريع قانون الانتخابات

وبمفهوم المخالفة هناك معارضة لها ولبرنامجها إذا كان غير صحيح، وعلى المادة (٦١/ثامناً/أ) من خلال ضمان سحب الثقة والاستجواب ومناقشة أعضاء السلطة التنفيذية، وهذا يدل على وجود مقومات وأدوات لعمل المعارضة البرلمانية.

ومن هنا يمكن لنا أن نقدر ونستنتج مدى أهمية المحكمة الاتحادية العليا في معالجة النقص الدستوري بالتبعية وأيضاً يمكنها معالجة البطلان الدستوري، وذلك عبر الاستناد الى الآراء الفقهية والدراسات الدستورية في تدعيم قراراتها ، فمن غير الممكن لنظام سياسي أن يتوفق من غير أن يكون هناك سلطة مستقلة تعالج المستحدثات والمستجدات وتفسير المواضيع الخلافية، وهذه هي قطعاً مهمة المحكمة الاتحادية العليا.

الجديد رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠ والذي منع في المادة ٤٥ من انتقال النائب او الحزب او الكتلة المسجلة ضمن قائمة مفتوحة إلى ائتلاف او حزب او قائمة أخرى الا بعد تشكيل الحكومة وهنا قد حسم وانتهى الجدل المثار بشأن الكتلة النيابية الاكبر.

المبحث الثاني: الأصول العلمية والعملية لإعداد القاعدة الدستورية

تتنوع الطرق التي يتم عبرها إعداد الدساتير وإصدارها، وتختلف في أحيان أخرى وإن كانت متشابهة في ظاهرها وتسميتها الا أنها في الواقع تتفارق في جزئياتها، وقد اوجد القانون الدستوري الكثير من الطرق التي لم يستطع في اغلب الاحيان الفقه الدستوري أن يجمعها لتنوعها وشذوذ بعضها كونها تكون خاصة في دولة معينة أو إقليم معين. فعلى سبيل المثال لا الحصر منها أسلوب المنحة او التعاقد او المعاهدات الدولية ومنها ما ينبع من لجنة موسعة ومنها لجنة ضيقة أو في بعض الاحيان يكون كاتب الدستور شخص واحد.

الا انه في الواقع اغلب هذه الطرق قد اندثرت مع الوقت وتقدمه وأضحى لا وجود لها- الا ما ندر- وأصبح التوجه العام الاغلب نحو الاساليب الديمقراطية التي تعبر عن الشفافية والوضوح في إقرار الدساتير التي تتم بواسطتها، ولابد ان تكون هذه السلطة هي المختصة في سن الدساتير لكي يمكن لنا القول إن الدستور قد ولد الولادة الصحيحة وأضحى له الوجود القانوني الفعلي.

والان انحصر الفقه الدستوري في التوجه نحو اهم طريقتين في اعداد الدساتير والتي تعد الاكثر شعبية وانتشاراً ألا وهي الجمعية التأسيسية والاستفتاء الدستوري والتي سنتطرق لها في هذا المبحث على مطلبين الاول سيخصص إلى الجمعية التأسيسية بينما الثاني سيتناول الاستفتاء الدستوري.

المطلب الاول: الجمعية التأسيسية

يلاحظ أن الوثيقة الدستورية توضع بطريقة غير ديمقراطية ألا وهي المنحة والعقد، وهي التي تكاد تكون قد انتهت وانقرضت، والطريقة الثانية هي الاسلوب الديمقراطي والتي منها طريقة الجمعية التأسيسية، إذ أنها تعتبر من الاساليب الديمقراطية في وضع الدساتير لأنها نابعة من منطلق إن الشعب هو وحده صاحب الحق في ممارسة اختصاص وضع العقد الاجتماعي بين الشعب والسلطات، بهذا فان الفقه اوجد طريقة ديمقراطية يمكن من خلالها وضع الدستور ويكون نابعاً من روح الشعب وملبياً عن جميع طموحه وتوجهاته، سواء أكانت الاقتصادية أم الاجتماعية أم السياسية، وحتى في دول معينة يأتي ليلبي التوجه والطموح الديني، ومن هنا جاءت طريقة الجمعية التأسيسية التي يكون الدستور الصادر عنها هو ملزم للشعب والسلطات كافة، وفي نفس الوقت مرضي للإرادة الشعبية والجماهيرية.

لهذا سوف نتطرق في هذا المطلب إلى بيان الجمعية التأسيسية في فرعين، الأول هو الأصل التاريخي للجمعية التأسيسية، أما الفرع الثاني فسيكون طريقة وضع الدستور بواسطة الجمعية التأسيسية.

الفرع الأول: التأصيل التاريخي للجمعية التأسيسية

لقد كان في السابق الملوك يعدون أنفسهم هم أصحاب السيادة العليا في الدولة وبالنتيجة يختصون وحدهم بملكة وضع الدستور في أي شكل كان منحة ام على شكل عقد، ولكن فكرة العقد الاجتماعي هي سرعان ما تطورت على يد الفقيه جان جاك روسو وبعدها بدأت فكرة العقد الاجتماعي تتطور مع تطور الافكار الديمقراطية التي كانت تنادي بها الشعوب والتي هي صاحبة مصدر السيادة. [١]

وبمتابعة الجذر التاريخي لظهور فكرة السلطة المؤسسة نجد تاريخها يعود إلى فلسفة الفكر السياسي الليبرالي الذي ظهر على يد كتاب القرن الثامن عشر، لاسيما عند تبني فكرة العقد الاجتماعي وانتشارها التي أطلقها جان جاك روسو، وتبلورت معها الافكار الليبرالية في اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي ، خاصة التي أصدرتها فرنسا عام ١٧٨٩، والذي أكد فيه بقوله: "ان هدف كل مجتمع سياسي هو حفظ حقوق الانسان الطبيعية التي لا يمكن أن تسقط بمضي الزمن" كما جاء فيها أيضاً "ضمان حقوق الانسان والمواطن يستلزم وجود سلطة عامة". [٢]

ولكن هذه الفكرة التي ينادي بها الاتجاه الفلسفي في الحقيقة لا يمكن ان يتم تصورها بمعزل عن إقامة الدستور، اما في حالة عدم وجود دستور فلا يمكن القول بهذا. وذلك كون كيف يمكن ان يكون هناك سلطة تمثل الشعب سواء أكان تمثيلاً مباشراً أم غير مباشر، فضلاً عن أنها على أي أساس تقوم هذه السلطة بإنشاء الدستور إذا لم تكن هناك سلطة معدة ومتفق عليها. [٣]

---

(١) د. محسن خليل، النظام الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٠، ص١٨

(٢) د. عمر حوري، القانون الدستوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٢٩

(٣) د. محمد كاظم المشهداني، القانون الدستوري، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١١، ص٦٦

ومن هنا بدأ لنا ظهور السلطة التأسيسية الأصلية التي تكون هي المعنية بالأصل في معالجة هذا الأمر والتأصيل لدستور الدولة وتنظيم السلطات وتحديدها وتمنح الصلاحيات وتعطي الحقوق للشعب والسلطات.

وتعتبر السلطة الدستورية التأسيسية هي ترجمة في الاصل إلى المصطلح الانجليزي (framing power)، أما الأصل لمصطلح السلطة الدستورية المعدلة فهي ترجمة المصطلح الانجليزي (amending power). [١]

ويلاحظ أمر مهم أيضاً أن ظهور أفكار المطالبة بالحقوق لاسيما السيادة هي كانت في الاصل لشعوب تعاني من الحكم المطلق والتي كان بها الحاكم هو صاحب السيادة المطلقة دون غيره، وهذا هو انعكاس للحرمان الذي كانت تعاني منه هذه الشعوب. ومنها بدأ ظهور العقد الاجتماعي على شكل دستور والذي يكون هو المصدر الفعلي والحقيقي للسلطات. [٢]

إن فكرة الجمعية التأسيسية في الواقع هي فكرة قديمة تعود في تاريخها إلى نهاية النصف الأول من القرن السادس عشر تقريباً، وذلك حينما كانت هذه الفكرة تدور في أذهان المهاجرين إلى أمريكا وهم في تصور لشكل النظام السياسي لهذه المستعمرات التي سوف يقطنوها وهم في طريقهم إلى انشاء عالم جديد. [٣]

ولهذا يلاحظ أنها استخدمت هذه الطريقة لوضع الدساتير، وكانت لأول مرة هي في أمريكا وهكذا تم وضع دساتير أغلب الولايات الأمريكية عقب إعلان استقلال أمريكا عن

---

(١) د. إسماعيل مرزه، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي: النظرية العامة في الدساتير، الطبعة الثانية، دار ورد الاردنية للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١١، ص٩٤.

(٢) د. محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان [وأهم النظم الدستورية والسياسية في العالم]، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص٤٩

(٣) د. احسان حميد المفرجي و د. كطران صغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، مصدر سابق، ص٢٣٤

إنكلترا عام ١٧٧٦، إذ قامت كل ولاية بانتخاب جمعية نيابية لوضع دستور خاص لكل ولاية. [١]

كما وقد صدر دستور الولايات المتحدة الأمريكية الاتحادي بنفس الطريقة، فقد وضعته جمعية نيابية في فيلاديلفيا وتمخض عنها صدور دستور الولايات المتحدة لعام ١٧٨٧. [٢]

بعد ذلك انتقلت طريقة الجمعية التأسيسية إلى اوروبا وقامت دولها بمقتضاها بوضع دساتيرها، ومنها فرنسا في دساتيرها للأعوام (١٧٩١-١٨٤٨-١٨٧٥) وكذلك دساتير المانيا للأعوام (١٩١٩-١٩٤٩)، ودستور النمسا لعام ١٩٣٠ ودستور اسبانيا لعام ١٩٣١ ودستوري إيطاليا وبلغاريا لعام ١٩٤٧. كذلك يلاحظ صدور بعض الدساتير في آسيا بنفس أسلوب الجمعية التأسيسية منها اليابان لعام ١٩٤٦ ودستور الهند لعام ١٩٤٩ ودستور باكستان لعام ١٩٥٦ وعربياً دستور الجمهورية العربية السورية لعام ١٩٥٠. [٣]

---

(١) د. حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، "القانون الدستوري"، الجزء الثاني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩، ص٦٣

(٢) د. حسين عثمان محمد عثمان، المصدر نفسه، ص٦٤

(٣) د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص١٠٧

الفرع الثاني: طريقة وضع الدستور بواسطة الجمعية التأسيسية

لا شك أن الشعب وحده هو صاحب الحق في ممارسة السيادة وتنظيمها وذلك عبر طريق الوثيقة الدستورية، ولكن الواقع يحول دون ذلك؛ في أن يجتمع الشعب بأسره من اجل إقرار هذه الوثيقة. لذا كان عليه إيجاد طريقة بديلة تتناغم مع التطور الديمقراطي الحاصل في القانون الدستوري وآليات وضع الدستور تحديداً. [١]

وكانت إحدى هذه الطرق هي الجمعية التأسيسية التي تنشأ بها الدساتير، وهي في الواقع تطبيقاً للديمقراطية التمثيلية؛ إذ إن الشعب هو الذي يختار الجمعية التأسيسية التي يكون هدفها وضع الدستور، وبعد الانتهاء من عملها في وضع الدستور يصبح نافذ المفعول. [٢]

ومؤدى أسلوب الجمعية التأسيسية أن الشعب يقوم بوضع دستور له بطريقة غير مباشرة، عبر اختيار الشعب لنواب عنه يتولون مهمة إنشاء الدستور. [٣]

بمعنى إنه لكي يكون الدستور صادراً بأسلوب الجمعية التأسيسية لابد من أن يكون أعضاؤها منتخبين من قبل الشعب، أي إنه لا يجوز تشكيل هذه اللجنة عبر طريق التعيين، كما لا يجوز أيضاً ان تتولى السلطة التشريعية في بلد ما مهمة وضع الدستور على الرغم ان أعضاؤها منتخبون من قبل الشعب؛ لأن مهمتها- السلطة التشريعية- هنا تختلف الا وهي التشريع وسن القوانين وليس على انها جمعية تأسيسية أصلية، كما أنها أصلاً لم تنتخب لهذه المهمة. [٤]

---

(١) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٥٦

(٢) د. احسان حميد المفرجي و د. كطران صغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، مصدر سابق، ص٢٣٤

(٣) د. محمد علي سويلم، مبادئ الاصلاح الدستوري " دراسة مقارنة" في دساتير العالم المعاصر في ضوء الفقه والقضاء الدستوري، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، مصدر، ٢٠١٥، ص٥٩

(٤) د. هاني علي الطهراوي، مصدر سابق، ص٣٢٩

وينتهي دور الجمعية التأسيسية بوضع الدستور وإقراره، وهنا لا يحق لها أن تضيف أو تحذف منه بعد اقراره، وذلك كون المهمة المحددة والمكلفة بها قد تمت وانتهت ولا يجوز لها أن تقوم بأي تصرف دستوري آخر. [١]

وتعد هذه الطريقة هي من أكثر الطرق الديمقراطية انتشاراً في الوقت الحالي وأقرب إلى مبدأ الديمقراطية التي لاقت رواجاً وانتشاراً. [٢]

وهنا عرفت الجمعية التأسيسية بالقول: (هي السلطة الاصلية التي تقوم بوضع الدستور الذي ينشئ جميع السلطات في الدولة) ومن هنا أطلق عليها (السلطة المنشأة). [٣]

كما عرفها جانب آخر بأنها "الهيأة المنتخبة من الشعب التي تتولى مهمة وضع الدستور". [٤]

ويمكن لنا أن نعرفها بالقول: (هي السلطة السياسية التي تقوم بوضع القانون الأعلى الذي ينظم السلطات والصلاحيات والحقوق والحريات بتكليف من الشعب).

كما ينبغي التمييز بين نوعين من السلطة التأسيسية الأصلية، والسلطة التأسيسية المشتقة او في بعض الاحيان يطلق عليها (المنشأة) [٥] أما السلطة التأسيسية الأصلية هي التي تقوم بإنشاء ووضع الدستور [٦] سواء أكانت هذه السلطة هي الحاكمة التي وضعتها من نفسها أو السلطة الحاكمة والشعب. [٧]

---

(١) د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠٠٦، ص١٤

(٢) د. طه حميد العنبكي، النظم السياسية والدستورية المعاصرة أسسها ومكوناتها وتطبيقاتها، الطبعة الثانية، مكتبة الغفران للطباعة، بغداد، ٢٠١٥ ص٥١

(٣) د. أشرف إبراهيم سلمان، مبادى القانون الدستوري دراسة موجزة عن القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة الاولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص٣٩

(٤) د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص١٠٦

(٥) المصدر نفسه، ص١٠٧

(٦) في بعض الحالات قديماً غالباً يكون نفاذ الدستور بعد وضعه متوقفاً على مصادقة الحاكم؛ بعد انتهاء عمل السلطة التأسيسية فتكون بصدد طريق آخر لإقامة الدستور ألا وهو التعاقد، أما إذا كان نفاذ الدستور متوقف على الموافقة؛ والمقصود بها موافقة الشعب والتي يطلق عليها "الموافقة الشعبية" فنكون هنا أمام طريق الاستفتاء الدستوري. د. احسان حميد المفرجي و د. كطران صغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، مصدر سابق، ص٢٧٢

(٧) د. حنان محمد القيسي، النظرية العامة في القانون الدستوري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص٨٦

أما النوع الثاني (السلطة المنشأة) وهي ما يقوم الدستور أصلاً بإنشائها أي من خلال النص عليها في متن الوثيقة الدستورية. وهنا قصد الفقه الدستوري ابراز الفارق بين كل من السلطتين، سواء أصلية أم منشأة، إذ أن السلطة التأسيسية الأصلية هي التي لم ينظمها نص من النصوص يكون خاصاً بها، ولا يكون اختصاصها له وجود اصلاً. [١]

أما السلطة التأسيسية المنشأة فهي تكون قائمة على أساس من نص دستوري قائم، ويحدد صلاحياتها واختصاصاتها مسبقاً. وفي العادة يتم اللجوء إلى أسلوب الجمعية التأسيسية المنتخبة في حالة تحقق إحدى الحالتين:

أ/ في أول تأسيس الدولة: كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية ووضعها لدستورها الاتحادي لعام ١٧٨٧.

ب/ في حالة تغيير النظام السياسي جذرياً: كما هو الحال في دساتير فرنسا (١٧٩١-١٨٤٨-١٨٧٥) وكذلك الدستور السوري لعام ١٩٥٠. [٢]

ج/ ويمكن ان يضاف إلى ذلك نوع ثالث هو استقلال دولة: فإن السلطة التأسيسية هنا سوف تباشر اختصاصاً جديداً في وضع اول وثيقة دستورية للدولة بعد الاستقلال والتي تكون بالعادة انعكاس وترجمة حقيقية لتطلع الشعب بعد الاستقلال. [٣]

ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن، هو ما مدى حدود صلاحيات السلطة المؤسسة؟ أو بصيغة أخرى ما هو سقف التقييد الذي تتحدد به السلطة المؤسسة؟

قبل الاجابة عن السؤال لابد من توضيح أمر مهم هو أن الانظمة السياسية القديمة التي كانت قائمة على الحكم المطلق لا تحتوي على حدود أو قيود على السلطة التي تنشئ الدستور ولا مجال للحديث عن هذا كونها كانت تعتمد على الأعراف والسوابق ولديها

---

(١) د. نزيه رعد، القانون الدستوري والنظم السياسية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ١٩٩٥، ص٤٩
(٢) د. حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص١١٣
(٣) ايريك بارونوت، مدخل القانون الدستوري، مطبعة السنهوري، بغداد، ١٩٩٨، ص٦٠

القناعة التامة بذلك، ولكن في ظل الانتقال إلى الديمقراطية وتقرير سيادة الشعب فيكون هناك مجال للحديث عن تقييد هذه السلطة، لاسيما بعد انتصار الشعب من خلال الثورات والانقلابات. [١]

ونعود إلى الاجابة عن السؤال سالف الذكر، فإن الراجح لدى الفقه أن هذه السلطة التأسيسية الأصلية تكون في عملها حرة ولا تخضع لقواعد محددة تحدد من صلاحياتها، وهذا نابع من كونها سلطة لا تخضع في ممارسة اختصاصها إلى قاعدة سابقة تحد من عملها. [٢]

ولعل أكثر الأفكار المخالفة لفلسفة القانون الدستوري، هي دسترة القوانين وذلك لكونه يؤدي بالنتيجة إلى فرض وإملاء الافكار السياسية التي تدور وتشغل فكر من يقوم بصياغة الدستور ومواده المهمة، وهو يشكل مخالفة صريحة وصارخة للفكر الدستوري المعاصر؛ إذ يجعل منه تفرقة واضحة بين ما يجب وضعه في الدستور وما بين ما يجب وضعه في القوانين العادية، إذ لا يجوز أن يوضع في الدستور مواد خارجة عن المحتوى الموضوعي للدستور ودسترة بعض التشريعات والقوانين وتعديلها والغاءها وزجها في خانة الدستور. [٣] ومثالها في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فيما يخص زج جهاز المخابرات الوطني العراقي في مواده وهذا أمر غير مستساغ دستورياً. [٤]

وهنا يتضح أن السلطة التأسيسية الأصلية تتمتع بسلطات واسعة ولها الحرية في اعتناق ما تراه مناسب، ولكن في ظل نتاج الاوضاع الثقافية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تحيط بها فضلاً عن مستوى النضج السياسي والرأي العام. [٥]

---

(١) د. طه حميد العنبكي، مصدر سابق، ص٥٦

(٢) د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٤٧

(٣)د. عبد الفتاح مراد، موسوعة شرح الدستور المصري الجديد لسنة ٢٠١٢ والتشريعات المكملة له، الطبعة الاولى، مصر، ٢٠١٢، ص٥٢

(٤) المادة (٩/اولاً/د) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

(٥) د. حنان محمد القيسي، النظرية العامة في القانون الدستوري، مصدر سابق، ص٩١

يجب أن يولد الدستور في مناخ دستوري ديمقراطي وفي ظل حكم يحترم المبادئ الدستورية [١] وعدم اصدار دستور لا يشمل في مواده آلية محددة لمحاسبة ومحاكمة الحكام والمسؤولين، ومن ثمّ يكون هناك نوع من الهيمنة والتمرد للحكام في ممارسة السلطة فيفقد الدستور أهم ميزة وهي الجزاء وكذلك الضمان الذي يكون لصالح سلطة في مواجهة الاخرى ولهذا يعد هذا الدستور شمولياً أو غير دستوري، ويجعل من الحكام هم هرم ممارسة السلطة، وبذلك يعد هذا الدستور باطلاً ومثالها في العصر الحديث المانيا النازية وإيطاليا الفاشية. [٢]

إلا أننا باعتقادنا أن هذه السلطة مهما بلغت حدود صلاحياتها من السعة والاطلاق، إلا أنها سوف تصطدم بسقف يحدها ويقيدها ألا وهو الارادة الشعبية والمنطق الذي فسح المجال لهذه السلطة لممارسة عملها والذي يكون بالأصل هو نابع من سيادة الأمة وإرادة الشعب وبالنتيجة فلا يمكن لها أن تشذ عن هذه المحددات وفي الوقت نفسه فإن نظرية السلطة المؤسسة مبنية على مبدأ سيادة الأمة، وبالتالي لا تستطيع أن تمس دستورها إلا وفق إجراءات محددة في الدستور نفسه، كما انه في نفس الوقت هذه السلطة هي سلطة قادرة على اقناع أو ارغام -عند الضرورة- كل الأفراد والهيئات الموجودة في هذا المجتمع. [٣]

وعند تقدير أسلوب الجمعية التأسيسية نلاحظ أنه أسلوب يتميز بالديمقراطية العالية في وضع الدستور كما يلاحظ عليه انفراد الشعب بوضع تنظيمه الدستوري الذي يرتضيه هو، إذ يعتبر الشعب هو مصدر السلطة وحده. [٤]

---

(١) هنا يجب التمييز بين الدستور والمبادئ الدستورية، فقد تسود المبادئ الدستورية في مجتمع ما دون ان تكون مكتوبة ومكتسبة للشرعية او الشكلية أو الموضوعية أما الدستور هو النصوص المكتوبة والإطار الشرعي لكل سلطة في مواجهة الاخرى. د. نوري لطيف، القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، مطبعة علاء، بغداد، ١٩٧٩.

(٢) د. عبد الفتاح مراد، مصدر سابق، ص ٢٨.

(٣) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٩٥

(٤) د. عبد الكريم علوان، مصدر سابق، ص٢٦٣

على خلاف طريقة العقد التي تضع إرادة الحاكم على قدم المساواة مع إرادة الشعب، أي تجعل الحاكم والشعب شريكين في السيادة. [١]

ولكن ما يؤخذ عليها ان الشعب حين ينتخب الجمعية التأسيسية لغرض وضع الدستور فإن هذه الجمعية تجد نفسها قد جمعت بين يديها كل السلطات في الدولة، ومن ثمّ فقد لا تقف عند حل معين لاختصاصها بل تتدخل في عمل سلطة معينة سواء أكانت تنفيذية أم تشريعية أم قضائية، على حساب الأخرى. [٢]

(١) د، محمد المجذوب، مصدر سابق، ص٥٣
(٢) د. رمزي طه الشاعر، مصدر سابق، ص١٦١

المطلب الثاني: الاستفتاء الدستوري

مع ظهور الديمقراطية وانتشارها على مستوى العالم، بدأ طموح الشعب يتوسع ويتطور في مجال الحقوق الدستورية والقانونية، لاسيما بعد الرواج والقناعة الفعلية على مبدأ الشعب هو مصدر السلطات بل هو المصدر الحقيقي والفعلي للسلطة، بدأت تترسخ هذه الفكرة وتتجه إلى التطور بانفراد الشعوب في وضع دساتيرها من دون مشاركة من قبل الحاكم.

ومن هنا حاولت العديد من الدساتير حول العالم لاسيما في البلدان الديمقراطية، اعتماد نوع معين من طريقة وضع الدساتير يكون عالي المستوى من حيث الديمقراطية، ويولد الشعور الفعلي للشعوب بأنها تمارس اختصاصها في تقسيم السلطات والحقوق، وبدأ اول ظهور لها في مقاطعات من الاتحاد السويسري، والولايات المتحدة الأمريكية في القرن الثامن عشر، أخذ يتسع نطاقها ومداها في الكثير من الدول الاوروبية خلال القرن العشرين، وقد كان ظهور الديمقراطية شبه المباشرة في عدة مظاهر وإجراءات، سمحت من خلالها إقرار الوثيقة الدستورية بالكامل، والتي أعدت مسبقاً وفق تطلعات الشعب ورغبته عبر طرحها على الشعب لتمريرها أم لا والتي اطلق عليها الفقه الدستوري تسمية "الاستفتاء الدستوري" .

الفرع الاول: الاستفتاء الدستوري بوصفه طريقة لوضع الدستور

يختلف أسلوب الاستفتاء الدستوري في وضع الوثيقة الدستورية عن غيره من الأساليب الأخرى كما يختلف أيضاً عن أسلوب الجمعية التأسيسية؛ ايضاً كون الشعب هو الذي يمارس بنفسه مباشرة وضع الوثيقة الدستورية.

ولا شك أن هذا الاسلوب يعد من أكثر الاساليب الديمقراطية شفافيةً بل ويعد الاسلوب الامثل لممارسة الديمقراطية وذلك من خلال إظهار إرادة المستفتي مباشرةً بواسطة أفراد الشعب ذاتهم. [١]

ويعد أسلوب الاستفتاء الدستوري تطبيقاً واضحاً وصريحاً لفكرة الديمقراطية شبه المباشرة، التي تعد أكثر الطرق الديمقراطية انتشاراً في الوقت الحالي. [٢]

ومن هنا فقد عرف الفقه الاستفتاء الدستوري بالقول: "اشراك الشعب في مباشرة عمل السلطة التأسيسية بحسبانه صاحب المصلحة الأولى في ذلك". [٣]

كما عرفه جانب آخر من الفقه هو "الرجوع إلى جمهور الناخبين لأخذ رأيهم بخصوص مسالة معينة سواء كانت دستورية أم تشريعية". [٤]

وكذلك عرفه جانب آخر بقوله: "اختيار الشعب دستوره بنفسه". [٥] وهناك تعريف آخر: هو الذي ينصب على مشروع دستور معين لحكم دولة، فيأخذ المشروع صفته

---

(١) د. رمزي طه الشاعر، مصدر سابق، ص١٦٣
(٢) د. احسان حميد المفرجي و د. كطران صغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، مصدر سابق، ص٢٣٥
(٣) د. محمد علي سويلم، مصدر سابق، ص٦٠
(٤) د. صالح طليس و د. حسن عبيد، مصدر سابق، ص١٦٢
(٥) د. حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص١١٦

القانونية ويصدر إذا وافق عليه الشعب، وإذا رفضه زال ما كان له من اعتبار بصرف النظر عمن قام بوضعه. [١]

ويمكن لنا أن نعرف الاستفتاء الدستوري بأنه: عرض مشروع الدستور المقترح للتصويت عليه من قبل الشعب بالقبول أو الرفض عبر تحقيق نسبة معينة من أصوات المستفتين عليه تحت ظل أجواء ديمقراطية.

ويعد أول ظهور لأسلوب الاستفتاء الدستوري في الربع الاخير من القرن الثامن عشر في أمريكا عام ١٧٧٦، وكان هذا الأسلوب في أول ظهوره مرتبط بموضوع سيادة الشعب الحقيقية والفعلية من خلال ممارسته لهذه المهمة بنفسه، أي وضع الدستور، وبعدها انتقل إلى فرنسا فيما بعد الثورة الفرنسية وبناءً عليه تم صدور الدستور الفرنسي عام ١٧٩٣، وكذلك دستور فرنسا عام ١٩٥٨. وكذلك في الوطن العربي صدر بناءً عليه دستور مصر لعام ١٩٧١ وكذلك دستورها لعام ٢٠١٢ و٢٠١٤، وكذلك دستور العراق في لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٤٤). [٢]

كما لا يفوتنا أن نذكر أن الدساتير التي أخذت بالاستفتاء وتوجهت نحو استخدامه هو الدستور الالماني لعام ١٩١٩ والمسمى بدستور فايمر. [٣]

ويلاحظ أن مسودة الدستور التي يتم وضعها ليس لها طريق محدد قد تكون الجهة التي تضع هذا المشروع هي جمعية منتخبة أو جمعية معينة، أو قد تكون لجنة مختصة يتم تعيين أعضائها من قبل الحكومة أو من قبل السلطة التشريعية، أو حتى في بعض الاحيان

---

(١) د. حسن مصطفى البحيري، القانون الدستوري (النظرية العامة)، الطبعة الاولى، الجامعة الافتراضية السورية، سوريا- ٢٠٠٩، ص١٠٤

(٢) نوار بدير، السلطة التأسيسية، سلسلة اوراق عمل بيرزيت الدراسات القانونية، موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن، فلسطين، ٢٠١٨، ص٨

(٣) المركز الالماني للأعلام، وزارة الخارجية الالمانية، احياء ذكرى دستور فايمر، متاح على الموقع الالكتروني، www.almania.diplo.de.com

يتم عن طريق شخص واحد فقط، ولكن المهم في هذه العملية هو أن يتم الاستفتاء على المسودة لنيل الموافقة الشعبية على صيغة الدستور النهائية. [١]

وهنا يلاحظ أن الدستور أياً كانت الجهة أو الهيأة التي تقوم بوضعه، سواء كانت لجنة حكومية أم منتخبة أم حتى البرلمان فانه لا يكون نافذاً إلا بعد عرضه على الشعب بالاستفتاء العام والموافقة عليه. [٢]

ويستنتج مما تقدم لكي يكون الاستفتاء الدستوري صحيح ولا يشوبه أي عيب من عيوب البطلان لابد له من أن تتوفر فيه شروط موضوعية، تجعله على قدر كافٍ من الدقة والشفافية، ألا وهي:

١. يجب أن يكون مشروع الدستور المستفتي عليه قد اعد من قبل هيأة متخصصة دستورياً لكي يكون على مستوى عالي من الدقة والاحتراف التشريعي، فضلاً عن كونه ملبي للمطاليب الجماهيرية. [٣]
٢. يجب أن يكون الاستفتاء الدستوري في جو عالي الديمقراطية، وبعيد عن الضغوط والتجاذبات السياسية، أياً كان نوعها؛ لكي يستطيع المستفتي التعبير عن وجهة نظره بمشروع الدستور. [٤]

وباعتقادنا ان هذه هي أهم الشروط الموضوعية للدستور التي يسبقها إجراءات شكلية، منها التوعية الشاملة والمناقشات المستفيضة التي تسمح لأفراد الشعب أو في الأقل لأغلب الشعب بأن يكون على بينة ومعرفة حقيقية بجوهر الدستور والأفكار والتوجهات والقيم ونظام الحكم والتي قطعاً يجب أن تكون هذه الامور سابقة لعملية

---

(١) د. احسان حميد المفرجي و د. كطران صغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، مصدر سابق، ص٢٣٦
(٢) د. حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص١١٧
(٣) د. صلاح الدين فوزي، المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص٦٨
(٤) د. احسان حميد المفرجي و د. كطران صغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، مصدر سابق، ص٢٣٦

الاستفتاء الدستوري [١]، فضلاً عن أن تترك مدة كافية للاطلاع على محتواه واستيعاب جميع فقراته.

ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن، ماذا يحدث في حالة رفض الشعب مسودة الدستور؟ وهل يا ترى يمكن إعادة عرضها على الشعب من جديد بنفس الصيغة المرفوضة؟

كما ذكرنا سابقاً إن أسلوب الاستفتاء لا يمكن للدستور أن يصدر الا إذا وافق الشعب عليه، بمعنى إن رفضه يعني عدم قبول تمريره على الشعب وعدم قبوله، ومن ثمّ لا يكون له أي قيمة أو آثار قانونية.

أما بخصوص إمكانية إعادة عرضه مرة أخرى، فإن الدستور من أهم وأخطر الامور في البلاد، ورفض الشعب له يعني استحالة عرضه مرة أخرى للاستفتاء، وباعتقادنا رفض مسودة الدستور يعني الرفض للجنة التي أعدته، ويجب أن تعين أو تختار أو تنتخب أو حسب الطريقة المتبعة في حينها لجنة أخرى كون اللجنة الاولى لم تكن على مقربة من عقل الشعب وطموحه وتوجهاته، ولم تستطع أن تلبي رغباته الدستورية. ومثال ذلك هو رفض الشعب الفرنسي للمشروع الأول لدستور سنة ١٩٤٦ والذي استعاض عنه في مشروع ثاني اخر بعد رفضه. [٢]

كما أن من أهم مميزات الاستفتاء تنمية قدرات المواطن وثقافته السياسية؛ لكونه سوف يشعر بخطورة وأهمية ذلك الدور الذي يقوم به في سبيل بناء النظام السياسي والدستوري في الدولة من خلال الاستفتاء الدستوري ووضع دستور الدولة. [٣]

---

(١) د. علي بن محمد محمد حسين الشريف، الرقابة على الانتخابات العامة النيابية والرئاسية والمحلية والاستفتاء دراسة مقارنة في التشريع اليمني والمصري والفرنسي والفكر السياسي الاسلامي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص٢٣٦

(٢) د. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص١٤

(٣) د. احسان حميد المفرجي و د. كطران صغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، مصدر سابق، ص٢٣٥

وعلى خلاف ذلك يلاحظ وجود انتقادات إلى الاستفتاء الدستوري وذلك بأنه يؤدي إلى ضعف سيطرة الاحزاب السياسية على هيأة الناخبين وإنكار أهم خصائص الديمقراطية في حق المعارضة. (١)

وباعتقادنا إن هذا الانتقاد لا يجد اساساً فعلياً له وذلك لأن هيأة الناخبين هي تعبر عن إرادة الشعب وليس بالضرورة ان يكون هذا التعبير خاص بالأحزاب أو المعارضة كون أن الاغلبية هي صاحبة القرار، وهذا هو التوجه الديمقراطي.

كما أن طريقة الاستفتاء الدستوري تترك على عاتق الجمهور تقدير المسائل القانونية في المسودة المقترحة للدستور، وفي الغالب تكون هيأة الناخبين لا تمتلك القدرة والوعي اللازم لأدراك ذلك. (٢)

كما يمكن أن يضاف إلى ذلك ان إجراءات الاستفتاء قد لا تتيح لأفراد هيأة الناخبين المجال الكافي واللازم للتعبير عن آرائهم بصورة صحيحة، او قد يعرض الدستور المقترح على الشعب ويكون له الحق فقط بمقتضاه بالتصويت بـ (نعم – لا) ولا يتيح له ان يعبر عن تحفظاته في بعض الاحكام دون الاخرى، ومن ثمّ سوف ينعكس على إرادة المستفتي ولا تكون النتيجة معبرة بصورة صحيحة. (٣)

ويلاحظ أن الاستفتاء الدستوري هو أكثر الطرق الديمقراطية انتشاراً في وضع الدساتير وأحدثها نسبياً، ومن أكثر الطرق التي يتوجه نحوها في وضع الوثيقة الدستورية في هذا

---

(١) د. رمزي طه الشاعر، مصدر سابق، ص١٧٠

(٢) د. كمال صلاح رحيم، المبادئ العامة في النظام الاساسي ونظم الحكم، الطبعة الاولى، مكتبة الكونغرس، عمان، ٢٠٠٦، ص٦١

(٣) شيماء علي سلمان، الاستفتاء السياسي المؤدي إلى الانفصال، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (٢)، المجلد (٢)، العدد (٣)، الجزء الاول، ٢٠١٨، ص٢٨٨

الوقت، إلا أنها يجب أن تتوفر لها المقومات الصحيحة والمتطلبات الضرورية وما إن توافرت حققت أفضل النتائج. [١]

ويلاحظ أن بعض الفقه قد سعى إلى دمج طريقة الاستفتاء الدستوري مع طريقة الجمعية التأسيسية، وعدم تجزئتها وعدّها طريقة واحدة، إلا أن هذا الاتجاه لم يلاقِ القبول والرواج الفقهي، وبنى أساسه في هذا الرأي على اعتبار أن الاثنان حلقتان واحدة تكمل الأخرى، إلا أن في الحقيقة ليس في الضرورة دائماً أن يكونا حلقة تكمل الاخرى لأن في كثير من الأحيان يتم وضعها من قبل لجنة حكومية أو فرد ويتم عرضها على الشعب للاستفتاء عليها مثل دستور فرنسا عام ١٩٤٦ والذي وضع من قبل لجنة حكومية. [٢]

الفرع الثاني: تمييز الاستفتاء الدستوري عما يشابهه

يلاحظ في الكثير من الاشياء والالفاظ والمصطلحات تتشابه فيما بينها ويقودنا هذا إلى الالتباس واللبس بين المصطلحات في أغلب الاحيان، وهذا التشابه في الغالب يكون ناتج عن الاشتراك في عنصر واحد أو أكثر بين الاثنين، ولما كان هذا التشابه بين الاشياء يوقع بالشك والحيرة اتجه أغلب الفقه إلى التوسع في تفسير المصطلحات القانونية بدقة ووضوح لإزالة هذا اللبس، ويلاحظ أن هذا التشابه هو لا يكون فقط في المصطلحات الدستورية فهو ملازم لجميع مفاصل حياتنا. [٣]

وإن ما يهمنا الان بالذات هو تمييز الاستفتاء الدستوري عن ما يشابهه، فهو مدار بحثنا، ولعل الفقه الدستوري قد أوجد الكثير من أنواع الاستفتاء، منها ما يكون مشاع العمل به

---

(١) دوفريجيه موريوس، المؤسسة السياسية والقانون الدستوري والانظمة السياسية الكبرى، ترجمة جورج سعد، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٢، ص٣٩

(٢) د. رمزي طه الشاعر، مصدر سابق، ص١٦٣

(٣) زياد عطا العرجا، العون في القانون الدستوري والتنظيم السياسي والدستور الاردني، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٦، ص١٩٩

ومشهور، وما يكون خاصاً ومحدوداً ومنها ما يكون بين الاثنين، وسوف نقتصر البحث على النوع الذي يتميز بالشهرة وكثرة الاستخدام، وسوف يكون مقتصراً على ثلاثة أنواع هي الاستفتاء الشخصي والاستفتاء التشريعي والاستفتاء السياسي، [١] وهنا يلاحظ أن جميعها تشترك في كلمة الاستفتاء التي تسبق ما يراد منه، وهي تتشابه مع الاستفتاء الدستوري، ولكن الاستفتاء الدستوري يكون منصب ومحدد فقط على الدستور ومواده دون أن يشمل شيء اخر خارج الوثيقة الدستورية وعليه استوجب استظهار الفرق بين ما يشابه الاستفتاء الدستوري بالنقاط الآتية:

اولاً: الاستفتاء الشخصي: في واقع الحال إن الاستفتاء الشخصي يختلف من حيث المضمون عن الاستفتاء الدستوري؛ ويطلق عليه – غير الاستفتاء الشخصي- الاستفتاء الرئاسي أو ما يطلق عليه بعض الفقه الاسترآس، بمعنى الاختيار والتأكيد من قبل الشعب، ولابد لنا من توضيح فرقه عن الانتخابات، إذ أن في الانتخابات يتم التنافس بين مرشحين متعددين أما في الاستفتاء الشخصي فيكون محدداً بشخص واحد أما بالموافقة او الرفض. [٢]

ولذا عبر جانب من الفقه الدستوري عن الاستفتاء الشخصي بالقول: " طلب من الشعب ابداء رأيه في رجل سياسة معين كاختيار رئيساً للدولة مثلاً". [٣]

كما عرفه آخر بالقول: "يتعلق بدعوتهم إلى ابداء رأيهم حول تولي وتأكيد شخص معين لمنصب رئيس الدولة". [٤]

---

(١) د.مهند ضياء عبد القادر ،تطبيق فكرة الاستفتاء الشعبي في دستور العراق لعام ٢٠٠٥،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ،كلية القانون ،جامعة بغداد العدد الثاني ،٢٠١٨،ص٢٨٧.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي بين الانظمة الوضعية والشريعة الاسلامية، الطبعة الاولى، مكتبة المنار الاسلامية، الكويت، ١٩٨٠، ص١٠٥

(٣) د. احسان حميد المفرجي و د. كطران صغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، مصدر سابق، ص٢٣٧

(٤) د. عدنان عاجل عبيد/ مصدر سابق، ص١٠٨

وفي الواقع إن من ملاحظة الاستفتاءات الشخصية التي أجريت على مدى التاريخ فإن أغلب الاشخاص الذين يلجئون إلى الاستفتاء الشخصي هم اشخاص يتمتعون بمقبولية لدى الشعب، وفي أغلب الاحيان يكون متيقناً مسبقاً من اختيار الشعب له، وهذا لا يمنع اكيد حدوث حالات على عكس ذلك، وينتهي الاستفتاء برفض الشخصية المعروضة للاستفتاء. [١]

ولعل أهم وأقدم الاستفتاءات التي يذكرها التاريخ الدستوري هي التي تم اجراؤها في فرنسا عام ١٨٠٢، وكانت من أجل استمرار نابليون قنصلاً اولاً مدى الحياة، والاستفتاء الشخصي على اختيار الملك فيصل الاول ملكاً للعراق عام ١٩٢١، وكذلك الاستفتاء الذي جرى في كلا القطرين المصري والسوري لاختيار الرئيس جمال عبد الناصر رئيساً للجمهورية المتحدة عام ١٩٥٨. [٢]

ثانياً: الاستفتاء التشريعي: ويراد به "استفتاء الشعب حول قانون او مشروع قانون معين، سواء كان قانوناً عادياً او قانونياً تنظيمياً". [3]

كما عبر عنه بعضهم بأنه الوسيلة التي تلجأ اليها الدولة أو المجتمعات التي تطبق الديمقراطية المباشرة لوضع مختلف التشريعات سواء أكانت عادية أم أنها دستورية. [٤]

ولعل الفرق واضح بين الاستفتاء الدستوري والاستفتاء التشريعي كون الاول ينصب على الدستور أو على قاعدة معينة في الدستور، أما الثاني يكون منصب بالتحديد على قانون تشريعياً وليس دستورياً، سواء أكان قانوناً عادياً أم اساسياً، ومن الجدير بالذكر إن هناك استفتاءً تشريعياً يكون الزامياً، بمعنى إن الدستور هو الذي ينص عليه، ويحدد له الاجراءات والاليات، وأول ظهور للاستفتاء التشريعي في سويسرا، منذ القرن الخامس

---

(١) بيداء عبد الجواد محمد توفيق، الاستفتاء وبعض تطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٣، ص٣٤

(٢) د. محمود حافظ، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص٢٧٥

(٣) د. احسان حميد المفرجي و د. كطران صغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، مصدر سابق، ص٢٣٧

(٤) د. حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص١١٩

عشر إذ مارسته الكانتونات وكان أول إقليم مارسه هو الثاليه، وجرت على هذه العادة أغلب دساتير سويسرا وكان آخر استفتاء أجرته عام ١٩٨٩ حيث صوت مليون سويسري على اقتراح الغاء الجيش الوطني ولكن هذا الاقتراح لم يدخل حيز النفاذ نتيجة معارضة اكثر من ٦٠٪ من المقترعين، وفي الولايات المتحدة الأمريكية ظهر في ولاية ماستشوستس وانتقل منها إلى باقي دساتير الولايات، إلا أنه في مجال التشريعات يكاد يكون محدود ونادر جداً. (١)

ومثالها الاستفتاء التشريعي في الولايات المتحدة الأمريكية على تحريم الخمور فيها عام ١٩٢٠ في القانون التشريعي الذي عرف بـ "قانون فولستيد"، نسبة إلى لاندروفولستيد رئيس مجلس النواب الأمريكي، والذي لاقى استحسان الشعب الأمريكي. (٢)

كما ويلاحظ أن الاستفتاء التشريعي يتم عرضه على الشعب أما من قبل الحكومة او من قبل البرلمان؛ وذلك بسبب وجود خلاف بين الاثنين على القانون المستفتي أو أن هناك نصاً الزامياً يفرض عرضه على الاستفتاء. (٣)

ولكن هناك بعض المسائل الهامة والمستعجلة تكون مستثناة من الاستفتاء عليها، مثالها القوانين المستعجلة والميزانية وامضاء المعاهدات، وان كان هناك بعض الحالات النادرة على عكس ذلك مثال بعض مقاطعات سويسرا تطلب الاستفتاء على الميزانية التي تحتوي على مصروفات زائدة كبيرة. (٤)

ثالثاً: الاستفتاء السياسي: يمكن أن يعرف الاستفتاء السياسي بمعناه الاصطلاحي بأنه عرض موضوع معين على الشعب لأخذ رأيه فيه بالموافقة أو الرفض ويكون للشعب

---

(١) جميلة الشربجي، الاستفتاء، مقال منشور في مجلة القانون العام، الموسوعة العربية، منشور على الموقع الالكتروني: www.arabency.com

(٢) موسوعة ويكيبيديا www.ar.m.wikipedia.org

(٣) بيداء عبد الجواد محمد توفيق، مصدر سابق، ص٥٨

(٤) د. عبد الله إسماعيل البستاني، مذكرات اولية في القانون الدستوري، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٠-١٩٥١، ص٩٦

الكلمة الأخيرة فيه. وقد أطلق الفقهاء الفرنسيون على هذا النوع من الاستفتاء بـ(الاستفتاء السياسي) تمييزاً له عن الاستفتاء الدستوري. [١]

وعرفه آخرون بقولهم: "استطلاع رأي الشعب بشأن تولية شخص معين لمنصب سياسي معين أو أن يبدي الشعب رأيه في السياسة التي ينوي رجل السياسة اتباعها". [٢]

ويلاحظ أن هذا التعريف أوجد للاستفتاء السياسي شقين، إما أن يكون شخصاً أو موضوعاً سياسياً، وهذا الاتجاه نوجه له النقد كون الاشخاص يكون لهم نوع مستقل من الاستفتاء وهو الاستفتاء الشخصي.

كما عرفه بعضهم بأنه: "الاستفتاء الذي يطلب فيه من المقترعين الفصل في أمر يثير الخلاف ولا ينطوي على قاعدة عامة مجردة". [٣] ويلاحظ على هذا التعريف انه أقرب إلى الاستفتاء السياسي من سابقيه وأكثر دقة لموضوع الاستفتاء.

ويلاحظ أن الفقهاء اوجدوا بعض المعايير لتمييز الاستفتاء السياسي عن غيره من أنواع الاستفتاء، إذ ذهب البعض إلى أن الاستفتاء السياسي ينصب على تصرف قام به الحاكم وليس على تطبيق أحد النصوص، كأن يكون هذا الاستفتاء بشأن فعل قام به او طبقه. [٤] بينما بعضهم الآخر ميّزه عن طريق تحديد موقف الحكومة أثناء الاستفتاء، هل هي معارضة ام مؤيدة للاستفتاء، فاذا تسامحت مع الرأي المعارض لا يكون سياسياً، وإذا كان على عكس ذلك اعتبر استفتاءً سياسياً. [٥]

---

(١) د. رمزي طه الشاعر، مصدر سابق، ص ١٦٦

(٢) بيداء عبد الجواد محمد عباس، الاستفتاء الشعبي وبعض تطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٣، ص ٣٨

(٣) د. علي الصاوي و د. زين عبد الهادي، القاموس البرلماني العربي، الهيأة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ٢٠١٣، ص٣٤

(٤)د. مهند ضياء عبد القادر، تطبيق فكرة الاستفتاء الشعبي في دستور العراق لعام ٢٠٠٥، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد العدد الثاني، ٢٠١٨، ص٢٨٨.

(٥) د. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٦٢

وهناك معيار ثالث هو كونه متوقفاً على إصرار طالبه على البقاء في السلطة، ومتمسك بها وطالب معونة الشعب لاكتساب الشرعية والقوة في الوقت نفسه. [١]

ويمكن لنا أن نستنتج أن الاستفتاء السياسي هو في الغالب الاعم يستخدم لمعرفة رأي الشعب في سياسة الحكومة إزاء موضوع سياسي أو مهم غالباً ويكون من المحتم على الشعب أن يستفتي ليبين التوجه العام والتأييد الشعبي.

وفي أغلب الاحيان تكون صور الاستفتاء السياسي أما اختياراً بين الملكية والجمهورية مثالها ما حصل في إيطاليا عام ١٩٤٦، ونتج عنها قيام الجمهورية الايطالية، أو يكون بصورة الانضمام إلى معاهدة دولية مثالها ما حدث في المانيا في استفتاء عام ١٩٣٣ بشأن خروج المانيا من عصبة الامم المتحدة وكذلك في فرنسا عام ١٩٧٢ بخصوص انضمام بعض الدول إلى السوق الاوربية. [٢] أو يكون الاستفتاء بشأن تقرير مصير، وهذا النوع ظهر بشكل واسع وكبير لاسيما بعد اعلان الامم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة ١٥١٤ في ١٩٦٠ منح استقلال البلدان والشعوب المستعمرة مثال ذلك الاستفتاء الذي قام به الفرنسيين في الجزائر عام ١٩٦١ بشأن استقلال الجزائر عن فرنسا، وكذلك الاستفتاء في السودان عام ٢٠١١ بشأن تقرير المصير والانفصال. كما يلاحظ ان دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ أخذ بالاستفتاء على تكوين الاقاليم بين المحافظات والمحافظات والإقليم بعد عرض الموضوع على الاستفتاء عليه، وذلك في نص المادة (١١٩) منه. [٣]

---

(١) د. رمزي طه الشاعر، مصدر سابق، ص١٦٦

(٢) د. ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي بين الانظمة الوضعية والشريعة الاسلامية، مصدر سابق ص٢٤٠

(٣) تنص المادة (١١٩) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ على (يحق لكل محافظة او أكثر، تكوين إقليم بناءً على طلب بالاستفتاء عليه، يقدم بإحدى الطريقتين .....)

الفصل الثاني

التعريف بالبطلان الدستوري

تحرص أغلب الدراسات الأكاديمية عند تناولها لأي موضوع أن تتناول مسبقاً التعريف بالموضوع محل الدراسة الذي سوف تبحثه بشكل مباشر وعلى مستوى عالٍ من الدقة في بحث كافة مرافق هذا الموضوع، لكي يتم بناء تصور واضح وباين عن الموضوع محل الدراسة مسبقاً، ويؤدي إلى اتساع افق القارئ والمتلقي للموضوع.

ونحن في محل دراستنا سوف نسير على هذا السياق في توضيح الموضوع بصورة جلية ابتداءً بتعريف موضوع الدراسة وذلك من خلال التعريف بالبطلان.

التي سوف يكون لها الأثر البالغ في الدراسة وذلك كونها الافق المعرفي في الموضوع عبر تناول البطلان في تعريفه وما يقصد وما يراد به عموماً ولاسيما في موضوعنا.

وفي الوقت نفسه فان هذا البطلان لا يأتي على مستوى واحد بل يأتي على درجات، وهذه الدرجات تختلف في أثرها وما يترتب عليها، وكون ان البطلان هو موضوع جاء له الوجود والاثر في جميع فروع القوانين الاخرى ولاسيما في القانون المدني والجنائي.

أما نحن في موضوع دراستنا سوف نتناول البطلان فيما يخص القانون الدستوري، وما يترتب عليه من انعكاسات سابقة ولاحقة على القاعدة الدستورية، وذلك لان الدستور قد أضحى أمراً حتمياً ولصيقاً لجميع المجتمعات البشرية على وجه الارض، وما يترتب عليه من شعور تنظيمي لعلاقات الأفراد بالسلطة، وفضلاً عن تنسيق علاقة السلطات مع بعضها.

حيث سيقسم هذا الفصل على المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: مفهوم البطلان الدستوري

المبحث الثاني: أنواع وصور بطلان القاعدة الدستورية

المبحث الأول: مفهوم البطلان الدستوري

نجد أن أغلب الدراسات القائمة على البحث الأكاديمي قد توصلت إلى نتاج اختلافات فقهية في تفسير مصطلح معين، وهذا هو أمر إيجابي في مجال البحث كون ان هذه الآراء هي اسقاطات فكرية لجهد علمي شاق، وهنا يتعين علينا في البحث ان نسلط الضوء على هذه الآراء والاستنتاجات ونبرَز الاقرب منها للواقع.

فضلاً عن كون المصطلحات العلمية بصورة عامة تقترب وتبتعد بعضها عن الاخر، وفي مجال القانون بصورة خاصة، فان المصطلحات القانونية أيضاً تقترب وتبتعد إحداهما عن الأخرى، سواء أكان هذا التقارب هو لفظياً أم كان جوهرياً، وما يتحتم علينا هنا أن نميز الفرق بين ما يتشابه مع مصطلح البطلان الذي هو مدار الدراسة البحثية.

ولأجل الوقوف بشكل واضح وصريح لأهم ما يحتويه البطلان من معنى وتفصيل سوف نتدرج في تناول هذا المبحث من مفهوم البطلان على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف البطلان الدستوري

المطلب الثاني: تمييز البطلان الدستوري عن غيره

المطلب الأول: تعريف البطلان الدستوري

لابد لبيان ماهية وحقيقة شيء معين إيضاح المعنى الدال عليه، لكي يتمكن الشخص المتلقي من تمييزه عن غيره.

وذلك من أجل تجنب الاساءة في الفهم للمصطلح محل البحث كما أنه يبين لنا وجهة النظر التي نتبناها بخصوص الموضوع والدلالة عليه وما نقصد به، وفي نفس الوقت الذي نبين فيه أصل وتعريف الموضوع فإنا سنجعل منه أساساً أو قاعدة عامة للبحث في تفاصيل الموضوع.

وذلك لاختلاف الطرق والأسباب والمسببات التي تؤدي إلى البطلان وبسبب تطور المفاهيم القانونية والدستورية مع الوقت وتغير الرأي والافكار، من أجل تكريس مبدأ المشروعية الدستورية للحصول على دستور خالٍ من حالات البطلان ولأجل وصفه بـ (دستور) لابد لنا من التعريف بموضوع البطلان، فضلا عن كونه مصطلح بالغ الأهمية في مضمار بحثنا هنا.

ولكي نتعرف على مفهوم البطلان وتوضيحه بشكل صريح سنجري تقسيم هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول: تعريف البطلان لغةً

الفرع الثاني: تعريف البطلان اصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف البطلان لغةً

إن البطلان (اسم) من المصدر (بَطَل)، والجمع ابطال، والمؤنث (بَطَلَة) والجمع المؤنث (بَطَلات) وهي كصفة مشبهة تدل على الثبوت من بطُلَ. [١]

إن ما يلاحظ على البطلان لغةً أنه ورد له تعاريف متعددة منها ما يقترب من الموضوع مدار البحث ومنها ما يبتعد، ومنها ما يأتي بخصوص الشرع المقدس، ومنها في مجال القانون، وسنسلط الضوء على أهمها واقربها.

ويأتي البطلان: الضياع والخسران أو سقوط الحكم؛ إذ يقال بطل الشيء، يبطل وبطلاناً، بمعنى ذهب ضياعاً وخسراناً او سقوط حكمهُ، كما قد تأتي من معانيها الحُبُوط. [٢]

وفسد أو سقط حكمهُ، أي باطل. وآخر يقول ذهب دمهُ بُطلاناً، أي هدراً. [٣]

كما اشير للبطلان (بطل الشيء، فسد او سقط حقه او حكمه، فهو باطل، وجمعهُ بواطل، وآخرون يقولون جمعهُ اباطيل). [٤] كما ذكر (بطل الشيء يبطل بطلاً وبطولاً وبطلاناً) أي ذهب ضياعه وخسر. [٥] كما جاء أيضاً البطلان بـ(أي فسد وسقط حكمه وذهب ضياعاً وخسراً، بطل عطل أبطل الشيء فهو مبطل، وهو ضد الحق وجمعه اباطيل) [٦]

أما البطلان عند فقهاء الشريعة يأتي للدلالة على معنى يفيد عدم الصحة، أي ينظرون إلى التصرف كعدمه ويختلف عندهم بين العبادات والمعاملات؛ ففي مجال العبادات يأتي البطلان للدلالة على عدم اعتبار العبادة، كأنها لم تكن، كما نجد أن بعضهم أرجعه إلى قاعدة "إذا أسقط الاصل سقط الفرع". [٧]

---

(١) المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتب الشروق الدولي، مصر، ٢٠٠٨، ص٤١
(٢) المصباح المنير، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، ٢٠١٦، ص٥٢
(٣) لسان العرب، الجزء الاول، دار المعارف، القاهرة، ص٦٩١
(٤) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، لبنان، ١٩٨٧، ص١٤٣٥
(٥) القاموس المحيط، الجزء الاول، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، لبنان، ٢٠٠٥، ص٦٩١
(٦) فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب، ط٤٥، دار المشرق، بيروت، لبنان، ١٩٨٦، ص٣٦
(٧) محمد حسين كاشف الغطاء، التنقيح في شرح المكاسب، الموقع الالكتروني: www.al-khoei.us

رد الشيء، وعدم اعتماده، ولا قبوله لمخالفته الشرع في اصوله، وكأنه لم يكن أصلا، سواء كان في العبادات أم المعاملات، ويطلق على الفاسد الباطل. ومثالها في الشريعة بطلان الصلاة بغير وضوء. [١] أما في مجال المعاملات، فتكون الدلالة على وقوع المعاملة على وجه غير مشروع أصلاً أو وصفاً أو بهما معاً.

ويمكن لنا أن نستنتج أن البطلان في اللغة (زوال الشيء بذاته وجميع آثاره)

كما أن البطلان يظهر في مواطن متعددة في كتاب الله الحكيم والتي تدل اغلبها على الثواب والغفران وعدم الحصول عليه، أي بمعنى الوعيد بسقوط الاعمال الصالحة، وجاء في قوله تعالى [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُبْطِلُوا صَدَقَاتِكُمْ بِالْمَنِّ وَالاذَى] [٢]

كما قال سبحانه وتعالى [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ] [٣] وأيضا قوله سبحانه وتعالى [وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا] [٤]

كما أن البطلان في اللغة الانجليزية بصوره عامة يأتي (confutation) [٥] وبصورة خاصه في القانون يأتي (nullity) أي فساد الحكم وسقوطه. [٦]

أما في اللغة الفرنسية فإن البطلان يلفظ (La nullite est) [٧]

---

(١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، احمد الفيومي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، ص١٤٨

(٢) سورة البقرة الآية (٢٦٤)

(٣) سورة محمد الآية (٣٣)

(٤) سورة الاسراء الآية (٨١)

(٥)محمد بدوي، قاموس أكسفورد المحيط إنكليزي-عربي، اكاديمية انترناشونال، الكويت، ٢٠٠٢، ص٩٦

(٦)وليام طمسن رتبات، قاموس عربي إنكليزي، الطبعة الخامسة، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٤، ص٣٢

(٧)إبراهيم النجار، القاموس القانوني الجديد: فرنسي-عربي، مكتبة لبنان، بيروت، ٢٠٠٦، ص٢٣١

الفرع الثاني: تعريف البطلان اصطلاحاً

أورد الفقه القانوني تعاريف متعدّدة ومتنوعة تخص البطلان وذلك كون البطلان في القانون هو أعقد من البطلان في الاصطلاح الدارج عند المجتمع؛ كونه يجب أن يكون مستنداً إلى أساس معين، سواء أكان اجرائياً أم موضوعياً لكي يمكن لنا أن نطلق عليه مصطلح البطلان.

فضلاً عن ذلك لا يمكن أن ننكر في الواقع أن البطلان في الأصل تعود جذوره في القانون إلى القانون المدني وما يتعلق في العقود والأحكام القضائية، مما نجد صعوبة في توظيف تعريف للبطلان في القانون الدستوري، وهنا يتحتم علينا أن نتدرج في التعاريف الفقهية للبطلان من القانون الخاص إلى العام وصولاً إلى البطلان في القاعدة الدستورية.

نلاحظ أن الفقه عرفه بقوله: (عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها). [١]

كما عرفه جانب آخر من الفقه بالقول: (انعدام الاثر القانوني الذي ينبغي وضعه للفعل). [٢]

كما ذهب كثيرون إلى أن البطلان (هو الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توافر اركان العقد او اختلاله في شرط من شروط صحته). [٣] كما عرفه بعضهم الآخر بقولهم: (العيب الذي يصيب التصرف فيحرمه من آثاره التي كان يجب انتاجها وفقاً لطبيعته وموضوعه). [٤]

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام)، الجزء الاول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٠، ص٥٣٢

(٢) لؤي جميل حدادين، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الاولى، عمان، ٢٠٠٠، ص١٨

(٣) عطا عبد الحكيم احمد، البطلان في قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص٢٢

(٤) د. رمزي يوسف، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، الطبعة الاولى، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص٤٠٢

بينما نلاحظ أن الفقه الغربي أوجد للبطلان تعريف وخاصة الفقه الفرنسي، إذ جاء بتعريف البطلان بقولهم: (عدم الصحة او عدم النفاذ الذي يلحق تصرفاً لمخالفته لأمر او نهي من القانون). [١] أما المشرع العراقي فقد عرف البطلان بحديثه عن العقد بالقول: "هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية". [٢]

كما عرف القانون المدني الأردني بالقول: (ما ليس مشروعا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الاجازة). [٣]

وبالاقتراب أكثر نحو القانون الدستوري نجد أقرب التعاريف إلى موضوع البحث والذي يتميز بالعمومية والنطاق الواسع، إذ عرف البطلان (وصف يلحق التصرف القانوني ويمنعه لوجود عيب في هذا العمل من ترتيب الآثار التي تترتب أصلا على مثل هذا العمل). [٤]

وهنا من مراجعة التعاريف المتعددة والمتنوعة التي وردت في البطلان، يمكن أن نلاحظ أنه على الرغم من الاختلاف فيما بينها والتباين في وجهات النظر التي يرتكز عليها كل تعريف والتي هي بالتأكيد تكون انعكاس إلى وجهة نظر من عرفه، إلا أنها يلاحظ عليها أنها تسلط الضوء على محورين مهمين، وقد أجمع عليه الفقه، ألا وهي أن هناك من يرى أن البطلان هو جزاء بينما الآخر يرى أنه وصف، وهنا إذا ركزنا على المنظار الاول فيمكن لنا أن نعرف البطلان على أنه (فقدان القاعدة الدستورية لاحد او جميع شروطها لتخرج عن نطاق المشروعية الدستورية).

---

(١) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون أصول المحاكمات المدنية والادارية، دار الثقافة، ص١٥٣

(٢) المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
وكذلك المادة (١٣/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نصت على (...ثانياً/لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلا كل نص يرد في دساتير الاقاليم، او أي نص قانوني آخر يتعارض معه) وهنا وان كان ايراد البطلان بخصوص القوانين الا ان الدستور قد اقر بفكرة البطلان وكان له تصور عنها.

(٣) المادة رقم (١/١٦٨) من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

(٤) إبراهيم بخيت سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الاول، دون ذكر مكان نشر، ١٩٧٤، ص٧٣٢

بينما إذا ركزنا على المنظار الثاني فهنا يختلف الأمر ويعرف البطلان على أنه (الوصف الذي يصيب القاعدة الدستورية ويحدها من انتاج آثارها). وإذا دمجنا الاثنين معاً يمكن أن يعرف بـ(وصف للجزاء الذي إذا تحقق على قاعدة دستورية معينة اخرجها من نطاق الصحة).

باعتقادنا يمكن أن نضيف فرضاً ثالثاً للموضوع هو أن تعد البطلان وسيلة تهديدية في مجال القاعدة الدستورية لحمل الاطراف المختصة على احترام جميع الإجراءات، سواء أكانت شكلية أم موضوعية، وذلك باتباع الاصول العلمية والرغبة الدستورية في وضع القاعدة.

قد يلاحظ القارئ ان البطلان هو أقرب إلى الجزاء؛ وهو بالفعل وهذا ناتج عن تأثر البطلان في الجانب المدني، وهو فعلاً أقرب إلى الحقيقة. اما في مجال القاعدة الدستورية يصعب وصفه بالجزاء – على رأي بعض الفقه – مع عدم وجود جزاء للقاعدة الدستورية، وعلى خلافه رأي آخر.

وإن كان الواقع هو شبهه بالعقد المدني من حيث أركانه وشروطه، فكل دستور ديمقراطي والحديث منها غالباً هو عبارة عن عقد، ومن الممكن أن يكون البطلان في أحد قواعده هو جزاءً. [1] ولكن الدستور هو القانون الأسمى والأعلى الذي تستند إليه جميع القوانين في الدولة، سواء كانت هذه القوانين الاساسية منها والعادية، وهذه المكانة المتميزة حسب رأينا أن الأقرب إليه ان يكون وصفاً للقاعدة الدستورية، ولابد من معالجته في القواعد الدستورية، والا سوف نتحمل بطلانه نفسه – القاعدة الدستورية – وبطلان ما يتبعه من قوانين تكون مسنة استناداً إلى هذه القاعدة الدستورية الباطلة.

(1) محمد صبري السعدي، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية، جامعة قسنطينة، السنة الاولى، العدد الاول، جويلية، ١٩٨٢، ص٢٦

المطلب الثاني: تمييز البطلان الدستوري عن غيره

وضحت الكثير من الأنظمة البطلان وحددت حالاته وصوره وعدت منه جزاءً على مخالفة القاعدة الدستورية وعلى الرغم من أن البطلان هو أبرز الجزاءات التي أوجدها القانون، الا أنه في نفس الوقت ليس هو الجزاء الوحيد الذي يوجد ويوقع نتيجة مخالفة القواعد الدستورية.

لهذا فإن الجزاءات توجد بأنواع أخرى غير البطلان وتقترب كثيراً في مواطن معينة، إلا أنها في الحقيقة تختلف عن البطلان، ومن أجل عدم اللبس والخطأ فيها فقد أوجب علينا أن نميز بينها وبين البطلان، ومن أهم هذه الجزاءات وأوسعها انتشاراً هي السقوط والانعدام والتي سوف نفصلها في هذا المطلب في فرعين مستقلين أحدهما للسقوط والآخر للانعدام والتركيز على أهم الفوارق بينهما وبين البطلان.

الفرع الأول: تمييز البطلان الدستوري عن السقوط

يعرف السقوط بالقول: "سحب او انقضاء سلطة او حق القيام بالعمل القانوني، وذلك لتجاوز الحدود القانونية بمباشرته بمعنى أن السقوط جزاء اجرائي من شأنه حرمان أو فقدان او انقضاء الحق او السلطة من اجل مباشرة اجراء معين". [١]

كما عرفه بعضهم الآخر: "بأنه الجزاء الذي يترتب على عدم ممارسة الحق، خلال الوقت الذي حدده القانون". [٢]

ومن خلال الاطلاع على التعريف يلاحظ أن الأساس في السقوط القانوني هو الجزاء على عملية إدارة الوقت، فهو يحاسب على المراسيم والاوقات المحددة لأي عمل قانوني. فيلاحظ أن أغلب المشرعين يحدد فترة معينة لوجود الحق او مدة معينة لممارسة الحق، فاذا انتهت هذه الفترة لم يعد للحق وجود، كما يمنع من ممارسة الحق ومن ثمّ فإن هذا الحق قد سقط. [٣]

وأيضاً يلاحظ أن السقوط وإن كان يرد على العمل القانوني الاجرائي والموضوعي؛ إلا أن الواضح على السقوط انه في الغالب يكون جزاء اجرائي، وهذا هو الواضح بعد التعمق في موضوع السقوط.

وهنا يلاحظ على السقوط أنه ينصب على العمل الاجرائي بحد ذاته إذا كان معيباً بفقدان أحد شروط صحته، سواء أكانت موضوعية أم شكلية. [٤]

---

(١) رزوق حكيم، الفرق بين البطلان وغيره من الجزاءات في قانون الاجراءات المدنية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد العاشر، جامعة بليدا، الجزائر، ص١٣٤

(٢) د. إبراهيم التيجاني احمد، نظرية البطلان وأثرها على الحقوق الشرعية "في القوانين الاجرائية والجنائية السودانية"، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠١٢، ص١٧٧

(٣) رزوق حكيم، مصدر سابق، ص١٣٤

(٤) نسرين محسن نعمة الحسيني، بطلان الحكم الجزائي "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠١١، ص٢٥

وهنا يمكن أن يفسر السقوط؛ حين يخول المشرع حقاً معيناً للسلطات في مباشرته فإنه لا يترك ذلك إلى هوى السلطات او الافراد لاستخدامه في أي وقت يشاؤون فيه، حتى لا يؤدي هذا إلى التراخي والتعطيل الدستوري وإنما يحدد لهم ضابط معين للإجراءات في ميعاد زمني، وإذا لم يلتزم به – بما حدد المشرع- من مواعيد وضوابط زمنية للإجراءات سقط هذا الحق في اتخاذه، وامتنع عليه القيام به مجدداً. ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الاذهان هو ما هي العلة التي جعلت المشرع يتوجه نحو تقرير هذا الجزاء؟ إن المشرع اوجد هذا الجزاء لضمان سير السلطات والافراد نحو إدراك غايته النهائية، من غير ترك هذا الأمر لأهواء ومزاج السلطات والأفراد. [١]

ولعل السقوط في المجال الدستوري باعتقادنا يكون أكثر الاماكن حاجة لاستخدامه من قبل المشرع، وذلك لكون هناك مجال واسع للسلطات في اتخاذ اجراء أو التغاضي عن اتخاذ اجراء من شأنه تغيير أو انحراف عن إرادة المشرع الدستوري وما يقصده، لذا كان من اللازم توفير هذا الجزاء الذي يفرض على السلطات والأفراد في حال مخالفة المواقيت المحددة من المشرع الدستوري والتي سنورد مثالها بعد سرد أهم الفروقات بين البطلان والسقوط.

ويتشابه السقوط والبطلان في كون السلطة أو الحق في مباشرة أي عمل اجرائي يكون شرط موضوعي لصحته فاذا تخلف هذا الشرط عدّ العمل باطلاً، وبعبارة ثانية إن سقوط السلطة أو الحق في مباشرة العمل الاجرائي يؤدي إلى بطلان هذا العمل فيما لو بوشر على الرغم من وجود هذا السقوط. [٢]

---

(١) د. رمضان جمال كامل، الموسوعة الحديثة في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الاولى، الجزء الاول، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠٠٩، ص٢٦

(٢) إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في البطلان، الطبعة الاولى، الجزء الاول، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠٠٩، ص٧٥

ويمكن من خلال التدقيق بين السقوط والبطلان يلاحظ اهم الفروقات التي تستحق تسليط الضوء عليها:

١- البطلان يكون بحد ذاته جزاء يلحق العمل القانوني نتيجة مخالفته القانونية، بينما يرد السقوط على أصل الحق في مباشرته العمل القانوني. [١]

٢- يكون البطلان أوسع نطاقاً بوصفه جزاءً من النطاق الذي يتمتع به السقوط، كون البطلان يمكن تطبيقه على كل الاعمال الاجرائية والموضوعية في حين أن السقوط - على رأي بعض الفقه- يكون أو يرد بشكل أساس على الاعمال الاجرائية الشكلية، وبذلك يتميز عن البطلان في كونه أضيق في نطاقه. [٢]

٣- كما ذكرنا سابقاً إن السقوط يفترض انقضاء الحق الدستوري في مباشرته بشكل مطلق، مما يدل على تعذّر تصحيحه ولا يمكن الرجوع له، أما في البطلان فيلاحظ انه من الممكن تصحيح البطلان في بعض الاحيان عبر اتباع إجراءات معينة يمكن تلافي البطلان الحاصل. [٣]

٤- يكون السقوط بقوة القانون، من غير الحاجة إلى اقراره من جهة معينة أو التوجه أو التثقيف عليه، فيكون السقوط أمراً مفترضاً بحكم القانون، وهذا الأمر لا نجده في البطلان، اذ يكون البطلان عن طريق توجيه او إقرار او حكم من جهة مختصة. [٤]

٥- وأيضا يتضح لنا فرقاً اخراً ايضاً، هو أن السقوط انتهاء حق مباشرة الحق مع بقاء القاعدة الدستورية رغم وجودها، أما البطلان انعدام أثر القاعدة الدستورية رغم وجودها أو حال اقرارها.

---

(١) د. رمضان جمال كامل، مصدر سابق، ص٢٥

(٢) احمد محمد الحفناوي، البطلان الاجرائي وأثره على الدعوى التأديبية "دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي"، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١١، ص١١٧

(٣) فوزي دهيم الرشيدي، بطلان العمل الاجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي "دراسة مقارنة مع القانون الاردني"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١١، ص١٨

(٤) نسرين محسن نعمة الحسيني، مصدر سابق، ص٣٠

ومن خلال ما تقدم من شرح السقوط وآثاره وتمييزه عن البطلان، فإن السقوط يمكن أن يلاحظ في دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ في مواضع ومواد معينة، على سبيل المثال منها المادة (١٤٢) [١] والتي يلاحظ عليها أن المشرع الدستوري أوجد طريقاً خاصاً لتعديل الدستور العراقي، إلا أنه في نفس الوقت أراد له أن يكون ضمن توقيت محدد، وهو تشكيل هذه اللجنة (خلال مدة لا تتجاوز أربعة اشهر) وعززها بـ (في بداية عمله) وهنا يلاحظ من خلال انقضاء المدة المحددة، بل تجاوز دورات انتخابية أخرى، فهنا من غير المتصور تشكيل اللجنة والعمل وفق فقرات المادة (١٤٢) كون أن أي اجراء يتخذ عبرها يعد ساقطاً حكماً كونه تجاوز إرادة المشرع الدستوري في تلافي الاخطاء التي تعرقل عمل الدولة والسلطات في حال ظهورها على الدستور وبانقضاء المدة فإنه قد تجاوز هذه الغاية التي يسعى إليها المشرع الدستوري.

كما في فرنسا في دستور عام ١٧٩١ حظر تعديل مواده لدورتين انتخابية أي أربع سنوات إذ كان امد الدورة الانتخابية سنتين. [٢]

وكذلك القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ إذ نص على عدم جواز تعديله إلا بعد مرور خمس سنوات من تاريخ نفاذه فيما يتعلق بالأمور الرئيسة. [٣]

وفي مثال آخر في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٣٨) [٤] والتي تخص استعمال واستخدام تعبير مجلس الرئاسة محل رئيس الجمهورية في الدورة الأولى،

---

(١) المادة (١٤٢) [اولاً- يشكل مجلس النواب في بداية عمله لجنة من اعضاءه تكون ممثلة للمكونات الرئيسية في المجتمع العراقي، مهمتها تقديم تقرير إلى مجلس النواب، خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر يتضمن توصية بالتعديلات الضرورية التي يمكن اجراؤها على الدستور، وتحل اللجنة بعد البت في مقترحاتها.
ثانياً- تعرض التعديلات المقترحة من قبل اللجنة دفعة واحدة على مجلس النواب للتصويت عليها، وتعد مقرة بموافقة الاغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس.....]

(٢) د. نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٦، ص١٩٣

(٣) المادة رقم (١١٩) من القانون الاساسي العراقي لسنة ١٩٢٥

(٤) المادة (١٣٨)[اولاً- يحل تعبير (مجلس الرئاسة) محل تعبير (رئيس الجمهورية) أينما ورد في هذا الدستور- ويعاد العمل بالأحكام الخاصة برئيس الجمهورية، بعد دورة واحدة لاحقة لنفاذ هذا الدستور.....]

وبعدها يسقط العمل في تشكيل واستخدام مصطلح مجلس الرئاسة، وهو تعبير واضح على إرادة المشرع في فرض قيود معينة على مجلس النواب للتأكد من نجاحه وصلاحيته في إدارة مهامه من خلال إيجاد موافقة مجلس الرئاسة، وهنا يعني بانتهاء الدورة الاولى لمجلس النواب العراقي فان مجلس الرئاسة قد سقط حكماً ولا يجوز ان يعاد تشكيله ولا ممارسة مهامه.

الفرع الثاني: تمييز البطلان الدستوري عن الانعدام

تعود نشأة الانعدام بالأصل في القانون إلى القانون الروماني الذي اطلق عليه (null) والتي تعني العدم أو اللاشيء، وبعد ذلك أدخله فقهاء القانون المدني الفرنسي بعد ذلك في الاصطلاح القانوني اذ كان في وقتها سائد مبدأ (لا بطلان بغير نص) في حين ظهرت حالات من العيوب لم تكن اصلاً موجودة ولم ينص عليها، مثالها حالات العقود التي لم تبرم بشكل رسمي، [١] هنا دفع الأمر الفقه إلى ابتداع جزاء الانعدام لمواجهة تلك الحالات، ومن بعدها انتقلت إلى فروع القانون الاخرى، لكن القانون المدني هو أول الفروع الذي عرف نظرية الانعدام ومنه انتقلت إلى الفروع الأخرى مثل الجنائي، كما ظهر في مجال القانون الاداري واطلق عليه القرار الاداري المنعدم. [٢]

وتقوم بالأصل أسس نظرية الانعدام على فكرة مفادها ان هذا العمل القانوني لكي يتصف بأنه صحيح أو يتصف بالبطلان، لابد له أن يوجد بالأصل، فإذا لم يوجد فإنه لا يمكن منطقياً أن نطلق عليه أحد التكييفين السابقين؛ إذ أن العمل القانوني هو مثال الشخص الطبيعي لا يمكن أن يتم وصفه بالصحة أو المرض إلا إذا كان هو بالأصل حي، وبغير

---

(١) يعود جذر كلمة عدم، أي بمعنى الفقدان، اذ يقال قرر القاضي اعدام المجرم، أي قضي بإزهاق روحه قصاصاً، والعدم هو يكون ضد الوجود، بمعنى ان المعدوم هو غير الموجود. عويد مهدي صالح، البطلان في نظام الاجراءات الجزائية السعودي ونماذجه التطبيقية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، قسم العدالة الجنائية، الرياض، ٢٠٠٣، ص١٢٧

(٢) نسرين محسن نعمة الحسيني، مصدر سابق، ص٥٠

وجوده على قيد الحياة من غير المتصور أن يتم وصفه بالصحة أو المرض. [1] وفي الحقيقة مما تقدم يتضح الفرق بين الانعدام والبطلان في المثال السابق كما هو الحال بين انسان يولد ميتاً، عن انسان يولد مريض، كون الأول لا يرتب أي إثر لكونه هو في الأصل ولد ميتاً، أما الثاني ولد حي ومن الممكن أن يتعالج ويتعافى.

ويلاحظ لنا أن نظرية الانعدام لم تسلم من النقد والذي سوف نبينه فيما بعد، وأضيق مكان بين القوانين يمكن أن توجد به هو القانون الدستوري، وذلك قد يكون ناتج عن صعوبة تحققها، ولكن لا يمكن القول باستحالة وقوعها او انها غير موجودة، إذ من مطابقة الافتراض أعلاه – ولادة الانسان – يمكن أن يتكون هناك مسودة الدستور وقد تكون ناتجة عن الجمعية التأسيسية ولكن لم يصدق عليها ولم تصدر بوصفها دستوراً، أو عن مسودة طرحت للنقاش، وإذاعة نسخة المسودة بين الناس ولكن لم يصوت عليها، أو تم رفضها في التصويت، وهنا يمكن الحديث عن دستور منعدم اذا كان من الممكن ان يشرع هذا الدستور ولو اكتملت خطوات إصداره لكنها لم تتم، وهنا من غير المتصور العمل وفق هذا الدستور او التمسك به كونه منعدم أصلاً.

ومن خلال التركيز على جميع مفاصل وجزئيات الانعدام يمكن ان نخلص إلى أهم الفروق بينهما وبين البطلان، وهي:

اولاً: الانعدام هو أمر مسلم به، أي أنه يحكم القانون اصلاً، من غير الحاجة إلى النص عليه، اذ إن الانعدام لا يمكن افتراضه مسبقاً. [2]

ثانياً: الانعدام لا يقبل التصحيح اصلاً؛ كونه لم يولد هذا العمل الدستوري في الأساس، ولا يمكن تصحيحه مهما طال أجل الانعدام أو قصر، بخلاف البطلان إذ من الممكن

---

(1) د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الثانية، دار الطباعة الحديث، القاهرة، ١٩٩٧، ص٥١١

(2) رزوق حكيم، مصدر سابق، ص١٤١

تصحيح البطلان وتلافي الخطأ الوارد فيه وبذلك يتحول إلى عمل صحيح، وهنا يكون الانعدام غير قابل للتصحيح والبطلان قابلاً للتصحيح. [١]

ثالثاً: يكون الانعدام على درجة واحدة، ولا يكون متدرجاً بل على مستوى واحد، على خلاف ذلك في البطلان فإن البطلان يكون على درجات، إذ يكون في بعض الاحيان بطلاناً مطلقاً وفي أحيان أخرى بطلاناً نسبياً. [٢]

رابعاً: يكون الانعدام على درجة من العدم أعلى بكثير من البطلان، وذلك كون الانعدام في العمل القانوني أو الدستوري يكون فيه غير موجود اصلاً، على خلاف البطلان. [٣]

خامسا: وكذلك يتضح لنا فرق آخر هو أن الانعدام ينفي تحقق الاصل، من أساس وجوده، بينما البطلان ينفي الأثر المترتب على وجود الاصل مع تحققه في انتاج آثاره.

ولكن نظرية الانعدام كغيرها من النظريات الأخرى في مجال القانون لم يكتب لها أن تسلم من النقد الفقهي لها، فقد نُعتت بأنها فكرة غير منطقية، وذلك كونها لم تتوفر فيها العناصر الأساسية لوجودها بالأصل حتى يمكن اعتبارها واقعة من نوع معين، إذ أنها تكون منعدمة اصلاً بالنسبة للطرف الاخر، كما وصفها الفقه بنقدها أيضاً على أنها لا تقدم أي فائدة في ميدان الفن القانوني اذ انها لا تقوم على أساس منطقي قانوني، كما نقدها أيضاً على أنها فكرة غامضة ومن الصعب الاستناد والركون اليها في تقدير عمل ما على أنه منعدم أم لا. [٤]

وباعتقادنا أن هذا النقد الموجه اليها هو أمر طبيعي كونها فعلاً في بعض الاحيان تكون بعيدة عن الواقع، وكذلك توجه لها انتقاداً في مجال القانون الدستوري كونها نادرة الوجود

---

(١) نسرين محسن نعمة، مصدر سابق، ص٥٢

(٢) ناصر بن راجح الشهداني، اوجه البطلان في نظام الاجراءات الجزائية السعودي، بحث منشور في مجلة القضائية، العدد الثالث، الرياض، ١٤٣٣، ص١٢١

(٣) مارتن فان فليت و وينلاك واهيو و اوعصطين ماغولو ووندو، عمليات الاصلاح الدستوري والاحزاب السياسية، المعهد الهولندي للديمقراطية متعددة الاحزاب، السويد، ٢٠١٠، ص١٣

(٤) د. فتحي والي، مصدر سابق، ص٥٣٤

وغير مبحوثة ومفصلة بشكل واضح وصريح يمكن الاستدلال عليه عند الركون إليها لاسيما ونحن نتعامل مع الدستور، وهو الوثيقة الأعلى في مجال السلطات في الدولة والتنظيم القانوني، ولكن من الظلم أيضاً محوها واعتبارها غير موجودة إذ من الممكن وليس من المستحيل تحققها في مجال القانون الدستوري على الرغم من أنها تتحقق في مجالات أخرى بشكل واضح وكثير خاصة في القانون الاداري بـ (القرارات المنعدمة) وفي مجال القانون المدني، ولكن كما اسلفنا ضعف وجودها في القانون الدستوري.

المبحث الثاني: أنواع وصور بطلان القاعدة الدستورية

إن القواعد القانونية بصورة عامة تهيمن عليها إجراءات منها سابقة ومنها لاحقة، وهي لا تكون على درجة واحدة من القوة والاهمية، لذا يلاحظ أن المشرع يطلق عليها في أحيان إجراءات جوهرية وفي أحيان أخرى غير جوهرية، وهنا سوف يرتكز عليها المحور الاساس الذي يمكن من خلاله ان يقسم البطلان إلى درجات كلاً حسب مخالفته لما يقابله من إجراءات تترتب عليها بطلان القاعدة الدستورية.

وهنا يلاحظ أن النظرية التقليدية للبطلان اوجدت تقسيم ثنائي للبطلان الذي سوف نتطرق له في المطلب الاول ونسلط الضوء على هذا التوجه في البطلان.

كما وإن الاجراءات التي يصدر بها قانون معين بوجه عام او قاعدة دستورية بشكل خاص، والتي تعد اعقد من أي قانون كونها على مساس وتماس بحريات الافراد، التي تسعى دائما إلى ان تكون محاطة بإجراءات وضمانات يكون الغاية منها احاطة القاعدة الدستورية بضمانة عدم إساءة استعمال ومن غير ان تكون قاصدة أن تنتقص منها.

ولهذا اوجد المشرع بعض الشروط الشكلية منها والموضوعية أيضاً بهدف الحفاظ على القاعدة الدستورية وتقديم اقوى ضماناً لها.

ويلاحظ أن فيما يخص الاجراءات الشكلية هي التي أغلب الأحيان يضعها المشرع الدستوري، وينص عليها في متن القاعدة الدستورية، أما فيما يتعلق بالموضوعية ففي أغلب الاحيان تتعلق في شروط صحة العمل ذاته، أو من يباشر هذا العمل والتي يطلق عليها أسباب موضوعية.

ولهذا سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين مسلطين الضوء على أمر مهم في البطلان وهو:

المطلب الاول: أنواع بطلان القاعدة الدستورية

المطلب الثاني: صور بطلان القاعدة الدستورية

المطلب الاول: أنواع بطلان القاعدة الدستورية

قسم الفقهاء البطلان على أنواع متعددة، ولكن هذه التقسيمات جاءت متعددة ومختلفة وفقاً إلى الزاوية التي ينظر للبطلان من خلالها.

ويبنى التمييز بين نوعي البطلان قد عرف في القانون المدني من خلال النظرية التقليدية والتي تقوم هي بالأصل على اركان التصرف القانوني، فهذا التصرف له أركان ثلاثة هي الرضا والمحل والسبب، فاذا اختل أحد هذه الشروط او أي شرط منها كان هذا التصرف باطلاً.

إذ يلاحظ أن فكرة هذا التقسيم في البطلان القانوني والدستوري إلى مطلق ونسبي تستند في الاصل إلى فكرة قانونيه أساسية ومهمه الا وهي النظام العام، والذي يستمد البطلان المطلق منه قوته أي من فكرة المصلحة العامة على نقيض البطلان النسبي الذي يستمد قوته من المصلحة الخاصة.

كما نلاحظ ذهاب بعضهم إلى تأسيس التفرقة بين نوعي البطلان على فكرة النظام العام، الذي يمكن ان يطلق عليه بالبطلان المطلق، وعلى خلاف ذلك؛ ما كان لا يتعلق بالنظام العام، يكون باطلاً بطلاناً نسبياً.

ولكن النظرية التقليدية التي عرفها القانون الروماني وبعدها القانون الفرنسي القديم قسمها على نوعين: البطلان المطلق والبطلان النسبي.

وهو ما سنحاول أن نبينه في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: البطلان المطلق للقاعدة الدستورية

الفرع الثاني: البطلان النسبي للقاعدة الدستورية

الفرع الأول: البطلان المطلق للقاعدة الدستورية

الغاية من إيراد النوعين من البطلان والتفرقة بينهما هو التعريف بأن الأول يتقرر بقوة القانون ولا يمكن تصحيحه، بينما الثاني لا يتقرر بحكم القانون، وانما يحتاج إلى حكم لبيانه. [١]

يلاحظ أن البطلان المطلق على وفق النظرية التقليدية في القانون المدني (وصف للتصرف القانوني الذي فقد ركناً من أركانه المختلفة كالرضا والمحل والسبب) أما ما نلاحظه على صعيد الفقه القانوني الجزائي فإنه عرف البطلان بالقول: (البطلان المتعلق بالنظام العام) وذلك كونه خالف قاعدة إجرائية تحمي مصلحة عامة. [٢]

وأهم ما يلاحظ على البطلان أنه مستند على فكرة أساسية وهي النظام العام وهو فكرة سائدة نجد لها وجوداً في أغلب بل جميع فروع القانون، ونجدها في جميع هذه الفروع على اختلاف مواضيعها فإنها تتميز بمكانة مرموقة، بل تلعب دوراً أساسياً جباراً في جميع الفروع، إلا أن الواقع القانوني للنظام العام أوجد له عنصرين هما:

العنصر المادي: وهو يمثل مجموعة النظم السياسية والقانونية والاقتصادية لمجتمع ما.

العنصر المعنوي: وهو مجموعة القيم الاخلاقية الراسخة في ذهن مجتمع ما سواء أكانت قانونية أم سياسية أم اجتماعية. [٣]

---

(١) من الجذور التاريخية لتقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي ما جاء به قانون الاجراءات الايطالي لسنة ١٩٣١ (الملغي) والذي اخذ في متنه على التفرقة بين هذين النوعين من البطلان وهذا ما نصت عليها المادة (١٣٦) والمادة (١٣٧) منه. وبعد ذلك تطور هذا الارث الايطالي بصدور قانون الاجراءات الجنائية الذي تلاه لسنة ١٩٣١ فهو أيضاً ميز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي وهذا ما جاء في نص المادة (٢/١٨٤) منه ولكنه اختلف عن سابقه في كون ان حالات البطلان جميعها يمكن تصحيحها بالطرق التي بينها القانون، على خلاف القانون السابق الذي منع فيه تصحيح النوع الاول. د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجنائية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٥٩، ص١٤٧

(٢) د. محمد المشجي، دعوى بطلان العقود، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٤٩

(٣) عطا عبد الكريم احمد، مصدر سابق، ص٧٢

إلا أن الواقع القانوني يجد صعوبة بالغة في تحديد أو وضع معنى محدد لفكرة النظام العام، على الرغم من الجهد البالغ الذي بذله الفقه في سبيل وضع تعريف جامع مانع له، ولعل هذا الغموض يوعز السبب فيه إلى أن النظام العام له نظرية فلسفية ونجده في أخرى نظرية دينية وفي أحيان أخرى مالية او اجتماعية أو أخلاقية أو سياسية لهذا نجده في جميع الاتجاهات سالفة الذكر فضلاً عن اغلب فروع القانون ولكن الفارق في الاختلاف يوعز إلى اختلاف الموروث الثقافي والقانوني من دولة إلى أخرى ومن مكان إلى آخر. (١)

ولهذا نجد أن الفقه الغربي عرف فكرة النظام العام مستنداً إلى عمقها وغموضها، فقد عرفها (Japiot) "ان النظام العام يستمد عظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به". (٢) فمن مظاهر سموه أنه ظل متعالياً على كل الجهود التي يبذلها الفقه لتعريفه.

وبخصوص الفقه الألماني فقد عرفه بالقول: "مجموعة القواعد التي تتصل بأسس المنظومة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للبلد ويمثل انتهاكها وحذفها اعتداء على النظام العام وخدشاً له". (٣)

كما عرفه جانب آخر بالقول: "هو مجموعة القواعد والوسائل الامنية التي توفر الحماية العامة للمواطنين وجميع الافراد والمجتمع عامة الذين يتواجدون على أرض الدولة والتي يترتب على غيابها انهيار المجتمع ككل". (٤)

---

(١) د. عيد احمد العفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة ،٢٠٠٦.

(٢) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق ص١٥٤

(٣) د. احمد سي علي، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الاولى، دار الاكاديمية، الدار البيضاء، ٢٠١٢، ص٢٦٠

(٤) د. عمار طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة مع القوانين الوضعية والفقه الاسلامي، المكتب الاسلامي للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٥، ص١٥٣

وما يلاحظ أن هذا التعريف قد جاء مقتصراً على الأمن القانوني متناسياً ومتغاضياً عن الأمور المهمة الأخرى لا تقل أهمية عن الأمن القانوني، منها الجانب السياسي والاقتصادي والقيم والمبادئ التي يقوم عليها النظام في الدولة.

ومن هنا يكون لنا واضح وفق هذا التوجه أن معيار التمييز بين ما إذا كان البطلان مطلقاً أم نسبياً هو النظام العام، متى ما كان البطلان يتعلق او يمس النظام العام بصورة مباشرة فهو بطلان مطلق، ومتى ما كان خلافه فهو بطلان نسبي.

وفي البطلان المطلق يلاحظ أن العمل يكون باطلاً اصلاً ولا حاجة إلى طلب بطلانه كما انه لا حاجة إلى الحكم ببطلانه، كونه يكون مخالف مخالفة واضحة وصريحة، وفي بعض الأحيان تقتضي الضرورة إلى الحكم بالبطلان، وهنا يكون العمل مقتصر على مجرد تقرير البطلان. (١)

وهنا يمكن ملاحظة أنه إذا كنا امام اخلال موضوعي فإننا نكون أمام بطلان مطلق، كما ان في حالة البطلان المطلق فان التصرف القانوني الذي تم في ظله كأنه لم يحدث اصلاً، أي انه لا يجوز اطلاقاً بناء أي أثر قانوني عليه، كما أنه بالقياس على البطلان المدني فانه لا يمكن التمسك في تقادمه وذلك كون أن هذا التصرف لا يتقادم، ومن ثمّ لا ينتج آثاره حتى وإن طالت المدة أو قصرت فلا يمكن أن نعتبره متقادماً. (٢)

ومن أهم ما يمكن ملاحظته على البطلان في القاعدة الدستورية في خصوص البطلان المطلق، ان المشرع مهما كان على فطنة ودهاء لا يمكن له اطلاقاً أن يقوم بحصر البطلان في نص أو وثيقة خاصة وذلك لكونها متعددة ولا يوجد ضابط أو معيار يمكن معه تحديدها. ومن ثمّ هنا لا يمكن أن يحتج أي شخص أو جهة على عدم اشتراط النص صراحة في الدستور على البطلان، وهذا الأمر غير دارج أصلاً في النصوص

---

(١) د. فتحي والي، مصدر سابق، ص٥٣٦

(٢) دحام حزام ناصر، النظام العام عناصره ومشروعيته ورقابة القضاء عليه دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٨، ص١٧٥

الدستورية، وذلك كون الدستور له صفة الحصانة والأعلوية على باقي التشريعات داخل الدولة ومن ثمّ فان النص على بطلان نصوصه يسبب حرج كبير للسلطة التأسيسية، ومن هنا يتضح أن حالات البطلان المطلق لا يمكن حصرها. [١]

وهنا يلاحظ أن أسلوب البحث عن البطلان المطلق في القاعدة الدستورية يجب أن يكون بحث يدور وجوده وعدمه حول تكييف كل اجراء من الاجراءات التي أدت إلى ظهور القاعدة الدستورية من حيث كونه جوهرياً ام انه غير جوهري، وهذا هو أهم ما يمكن أن يساعدنا في التعرف على البطلان المطلق. [٢]

في حالات معينة تكون القاعدة الدستورية مستوفية لجميع الأصول المتبعة وكذلك جميع الشروط الشكلية والموضوعية الا أنها أيضاً تقع في دائرة البطلان. ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن إذا كانت القاعدة الدستورية مستوفية لجميع شروطها فما هو السبب في بطلانها؟

يعود السبب في ذلك إلى أن هذه القاعدة قد جاءت مخالفة لمعاهدة دولية قد تكون متعلقة بحقوق الانسان أو الحقوق الاجتماعية أو معاهدات شارعه خاصة إذا كان البلد هو عضو فيها ومنضم لها والفرصة الاكبر في بطلان القاعدة الدستورية هو إذا كان منضم لها قبل صدور الدستور، وهنا في جميع الحالات السابقة ولاسيما الأخيرة تكون فرصة البطلان واسعة إذ من غير الممكن لإرادة دولة ما ان تخالف إرادة المجتمع الدولي وتكون شاذة عنه في دستورها.

يلاحظ في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ حالة من التناقض التي من الممكن أن تسوق نحو البطلان وهي المادة (٢/اولاً/أ) [٣] فيلاحظ من النص ومدلوله أن الدين في

---

(١) د. احمد سي علي، مصدر سابق، ص٢٦٦

(٢) د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، الاسكندرية، دون ذكر سنة نشر، ص٣٤

(٣)المادة (٢) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ - (اولاً- الاسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع: أ-لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام. .....).

العراق هو فقط الاسلام ولا يجوز سن قانون يتعارض معه كونه المصدر الأساس للتشريع، متناسياً الالتزامات الداخلية والخارجية في العراق ففي الداخل قد همش وأعدم باقي الاديان وحرياتهم في التشريع كما إنه تناسى الالتزامات الخارجية وما يفرض من معاهدات واتفاقيات وعرف دولي لا يمكن أن يتجاوزه العراق لاسيما مع أنه مشهور بالحضارة والتقدم ومسايرة التطورات في جميع المجالات فلا يمكن على سبيل المثال أن ينص القانون على قطع يد السارق، وهذه العقوبة ثابتة اسلامياً ولكنها في نفس الوقت تخالف التوجه الدولي وحقوق الانسان، وكذلك أيضاً على سبيل المثال فان الدولة مقننة لموضوع المشروبات الروحية من حيث الاستيراد والبيع والمتاجرة وذلك لكون العراق بلداً متعدد الأديان والطوائف وفي نفس الوقت هو بلد الحرية والديمقراطية ومن غير الممكن مصادرة هذه الحريات التي منحت للشعب، وفي نفس الوقت فان هذا الموضوع هو مخالف للدين الاسلامي بكل مذاهب الاسلام وهنا قطعاً تعد من ثوابت الاسلام المتفق عليها، وكذلك التعاملات الربوية للمصارف وغيرها الكثير من الأمثلة، فهنا نكون امام خيارين اما أن تعتبر هذه المادة باطلة، وفرضت على الدستور إذ أن الواقع يرفضها ولا يمكن تطبيقها، وبهذا يمكن لنا أن نصل إلى نتيجة انها مادة باطلة، أو أن تعتبرها صحيحة وجميع القوانين هي الباطلة وهنا سوف نكون أمام قوانين باطلة وانما سوف نواجه تغيير لمنظومة الدولة الشاملة بكل تفاصيلها وتفرعاتها، وهذا باعتقادنا من الصعب جدا لأنه كما اسلفنا لارتباطات داخلية سابقة للدستور متعارف عليها وخارجية نتيجة ارتباط العراق بالمجتمع الدولي.

كما أن اغلب احكام البطلان المطلق مردها إلى فكرة أساسية تتمثل في ان هذا النوع من البطلان مقرر اصلاً لمصلحة المجتمع، وهي المصلحة العليا التي يهدف الدستور إلى

حمايتها، سواء أكانت مصلحة مباشرة ام غير مباشرة وهي أسمى المصالح في القاعدة الدستورية التي لا يمكن النزول عنها أو تجاوزها بأي حال من الأحوال. [١]

الفرع الثاني: البطلان النسبي للقاعدة الدستورية

يلاحظ أن البطلان النسبي يتطرق له القانون المدني فضلاً عن القانون الجزائي ولابد لنا التطرق له قبل الخوض بالبطلان النسبي الدستوري، وذلك كون النظريات التقليدية في القانونين السابقين الذكر هي أول من اوجدت تفسير للبطلان النسبي، وقد عرف البطلان النسبي في القانون المدني بالقول: (وصف للتصرف القانوني الذي فقد شرطاً من شروط صحته كنقصان الاهلية أو حالة توافر أحد عيوب الارادة كالغلط والتدليس والاكراه). [٢]

أما فيما يخص تعريف البطلان النسبي في القانون الجزائي فقد عرفه جانب من الفقه بقوله: (الجزاء الذي يرد على الاجراء المخالف لقاعدة تحمي مصلحة بقدر معين على انها اقل أهمية من ان يترتب على مخالفتها بطلاناً مطلقاً). [٣]

كما عرفه آخرون بقولهم: "كل بطلان ينشأ عن مخالفة قاعدة غير متعلقة بالنظام العام، وإن كانت جوهرية في اظهارها الحقيقة والحرص على كفالة حق المدعى عليه في الدفاع" [٤]

ومن ملاحظة التعاريف السابقة يلاحظ أن التركيز كان على مصلحة الخصوم ومدى تأثر هذه المصلحة للمصلحة الخاصة للخصوم ذاتهم، وهنا يكون التمسك به والدفع به حق خالص لمصلحة الخصوم، ولا يمكن الدفع به الا من قبل صاحب المصلحة مباشرة.

---

(١) جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص١١٧

(٢) نسرين محسن نعمة، مصدر سابق، ص٥١

(٣) الياس أبو عبد، مصدر سابق، ص٥٠٠

(٤) محمد ذيب محمود، احكام البطلان في الاجراءات والمحاكمات الجزائية "دراسة مقارنة بين القانونين الفلسطيني والاردني"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، الاردن، ٢٠١٣، ص٨٢

أي بمعنى أن البطلان النسبي والذي يطبق عليه بطلان متعلق بمصلحة الخصوم، وهنا يكون بطلان غير مطلق. [١]

وهنا يمكن القول إن البطلان النسبي خاص أو متعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف إذا كان المشرع هو في الأصل يهدف من وراء هذا التشريع إلى حماية مصلحة أحد الاشخاص.

ويلاحظ هنا أمر مهم هو كيفية التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي؟ إذ نجد النتائج تختلف وما يرتبها التي استند اليها الفقه، فنلاحظ تبايناً واضحاً في مسألة التمييز، إذ نجد بعضهم معتمد على مسألة التوقيت، إذ يجوز للبطلان المطلق أن يطعن به في أي توقيت، أما البطلان النسبي يجب ألّا يكون مفتوح الوقت ويجب الالتفات اليه والدفع به غالباً اول إقرار القاعدة الدستورية تجنباً لعدم استقرار القواعد الدستورية. [٢]

أما بعضهم الآخر فقد ذهب إلى مبنى فكرة النظام العام، وجعل من البطلان المطلق ما هو منصب على فكرة النظام العام، أي أنه يرتبط بشكل مباشر بفكرة النظام العام، على خلاف البطلان النسبي الذي لا يكون كذلك، أي انه يتعلق بمصلحة أطراف معينة أو خصوم ولا يرتبط بالنظام العام. [٣]

بينما نجد أن فريقاً آخر من الفقه ذهب إلى مسلك آخر للتمييز بين النوعين وقال إن النوعين لا يوجد بينهما معيار واضح يمكن لنا أن نفصل او نميز بينهما بشكل واضح، بحيث يمكن أن تقول في حالة انطباق هذه الشروط فانه يكون بطلاناً مطلقاً، أو إذا تحققت تلك الشروط فإنه بطلان نسبي. [٤]

---

(١) د. احمد حسوني جاسم العيثاوي، بطلان إجراءات التحقيق الجنائي في مرحلة التحقيق الابتدائي، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، بغداد- ٢٠١٢، ص١٩٩

(٢) دحام حازم ناصر، مصدر سابق، ص١٥٦

(٣) د. احمد هندي، مصدر سابق، ص٢١١

(٤) احمد الشافعي، البطلان في قانون الاجراءات الجزائية "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر، الجزائر، ٢٠٠٥، ص٤٣

وباعتقادنا أن الاتجاه الأخير لم يكن منصفاً لمسألة التمييز كون هنا الكثير من المعايير التي يمكن أن نستند اليها للتمييز ومنها ما أسلفنا في تفصيله.

وهنا يتضح لنا فيما يخص البطلان في القانون الدستوري وتطبيقه على القاعدة الدستورية فإننا نواجه صعوبة في بيان ما إذا كان هذا البطلان نسبي أم مطلق، وذلك كون القواعد الدستورية هي دائماً تتميز بالعمومية والشمولية، لتستوعب كل ما ينتج عنها من قوانين، لذا فإن البطلان النسبي في القاعدة الدستورية هو كل ما كان صحيح ومنتج لآثاره إلا أنه مهدد بالإلغاء عندما ينشأ بطلانه من قبل الجهة المختصة به.

كما يلاحظ في البطلان النسبي في القاعدة الدستورية هو على خلاف البطلان المطلق؛ من حيث إمكانية التصحيح كون البطلان النسبي يمكن اجازته أو تصحيحه من خلال اتباع إجراءات معينة. [1]

وهذا إن دل فإنه يدل على أن البطلان النسبي هو أقل شدة وخطورة من البطلان المطلق، وهذا من خلال إمكانية المعالجة.

كما أن من الملاحظ على البطلان النسبي لا يجوز لأي شخص أن يحتج به على القاعدة الدستورية الباطلة بطلاناً نسبياً الا لمن تضرر بشكل فعلي من القاعدة الدستورية، أي أنه هنا يمكن أن نعبر عنها بشكل أوضح اشتراط المصلحة في حالة الاحتجاج في البطلان النسبي في القاعدة الدستورية.

وقد يتبادر إلى الذهن عن كيفية تولّد المصالح الخاصة في الدستور؟ او قد يتحير آخر كيف لنا أن نجعل الضابط الذي يعتمد عليه تحديد البطلان النسبي للضرر الذي يصيبه؟ وكيف للمصلحة أن تتحقق لطرف من الأطراف؟ للإجابة على هذا السؤال يلاحظ أن الدستور يأتي في بعض الاحيان لتنظيم حالة معينة تقع على إقليم محدد، او ينظم أمراً محدد يخص طائفة معينة أو دين معين، وهذا الأمر لا يمكن أن ينطبق على غير

(1) د. فتحي والي، مصدر سابق، ص٥٣٧

الأشخاص الذين يحاكيهم الدستور في مواده، وهنا من غير المعقول أن يسمح لشخص لا يقصده الدستور في هذه القاعدة الدستورية ولا تمس مصلحة عامة أو خاصة له أن يدعي بطلانها، مثال ذلك المادة (٤) / رابعاً (اللغة التركمانية واللغة السريانية لغتان رسميتان اخريان في الوحدة الادارية التي يشكلون فيها كثافة سكانية).

وكذلك نجد مثالاً آخر في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (٦٧) [١] منه إذ يلاحظ أن مسودة الدستور التي استفتى عليها الشعب لم تكن بها آخر عبارة في المادة وهي (وفقاً لأحكام الدستور)، فهي حشرت في النص الدستوري، وهي تمثل بطلان نسبي لسببين الأول أنها أضيفت بعد الاستفتاء والثاني كونها لا تغير في المعنى ولا من الوظيفة في حال وجودها أو رفعها، وذلك لأن ممارسة السلطات هو في الأصل من الدستور وهذا فيما يخص السلطات الثلاثة، غير أننا نعتقد إن وضعها كان للتخوف من توسيع سلطات رئيس الجمهورية على باقي السلطات أو اجراء استباقي لتحديد وتقييد سلطة رئيس الجمهورية مسبقاً.

وكذلك يلاحظ على المادة (٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ إضافة عبارة (وهو جزء من العالم الاسلامي) على المادة التي لم تكن موجودة مسبقاً في مسودة الدستور المستفتى عليه. وهنا نكون أمام حالة بطلان، ولكن فيما يتعلق في هذه العبارة فقط لأن الشعب قد صوت على النص السابق وهذه العبارة حشرت فيما بعد.

---

(١) نصت المادة (٦٧) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥(رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة ورمز وحدة الوطن، يمثل سيادة البلاد، ويسهر على ضمان الالتزام بالدستور، والمحافظة على استقلال العراق، وسيادته ووحدته، وسلامة أراضيه، وفقا لأحكام الدستور.)

المطلب الثاني: صور بطلان القاعدة الدستورية

الأصل في أي عمل قانوني هو مبدأ سلطان الارادة الذي يسود أغلب التصرفات القانونية، والاستثناء الذي طرأ على العمل القانوني هو الشكلية، ويلاحظ أن الشكلية هي التي تأخذ حيزاً اوسع في مجال العمل الاجرائي كونها تكون مرتكزة بشكل أساس إلى الشكلية، وهنا يكون عدم مراعاة الشكلية في العمل الاجرائي يستوجب البطلان. إذ تلعب الشكلية دوراً مهماً في أي عمل قانوني وتسوقه نحو الحيلولة دون مجافاة العدالة.

فيلاحظ توجه الفقه الانكلوسكسوني إلى تقسيم القواعد القانونية على قواعد موضوعية وقواعد شكلية، وهذا التقسيم يراد منه التمييز بين القواعد التي يكون الشكل فيها ركن أساس وبينما يكون الموضوع فيها هو الركن الأساس فيطلق عليها بالقواعد الموضوعية وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المطلب إلى فرعين فيما يخص صور بطلان القاعدة الدستورية ويكون الفرع الاول هو البطلان الشكلي للقاعدة الدستورية، أما الفرع الثاني هو البطلان الموضوعي للقاعدة الدستورية.

الفرع الأول: البطلان الشكلي للقاعدة الدستورية

الشكلية هي التصرف الذي يستلزمه المشرع في بعض التصرفات القانونية والدستورية لكي تُفعّل الارادة للتوصل إلى الاثر المنشود من ذلك التصرف، أي بمعنى أنه أسلوب محدد للتعبير عن الارادة التي تفرض بشكل الزامي من قبل المشرع ويكون شرطاً أساساً في إنشاء القاعدة الدستوري. [١]

كما عرفت الشكلية بالقول: (الاسلوب المحدد الذي يتعين ان يكون الرداء الذي تظهر به الارادة عند التعبير عن نفسها). [٢]

وأيضاً عرفها بعضهم الاخر انها (الحالة التي يجازى غيابها بانعدام الأثر القانوني للتصرف). [٣]

ويلاحظ على التعريفين الأول والثاني التركيز على مسألة الارادة، وكيف يكون للشكلية الدور البارز في إظهار هذه الارادة، أما التعريف الثالث قد جاء مستنداً على الأثر الذي سوف يترتب على مخالفة هذه الشكلية التي نص عليها المشرع.

وللشكلية أهمية بالغة في أي عمل قانوني، وإن كانت القاعدة في بعض القوانين ومنها القانون المدني، هو حرية الشكل الذي يناسب الاطراف، أي بمعنى حرية التعبير عن إرادتهم على الوجه الذي يختاروه، إلا أن هذا الوضع يختلف عنه في القانون الدستوري، وإن كان القانون الدستوري يتمتع ببعض الشيء من المرونة استناداً إلى نظرية العقد الاجتماعي التي وضعها الفقيه جان جاك روسو وكونها تستمد أصولها من العقد المدني، إلا أن الشكل في جميع اوجه النشاط الدستوري هو القاعدة العامة. [٤]

---

(١) د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون، النهر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة, ٢٠٠٠, ص٢٧

(٢) حسن معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص٣

(٣) نذير بن عمر، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٧، ص٩٧

(٤) د. رمضان جمال كامل، مصدر سابق، ص٢٣٥

ويقصد بوجه عام في الشكلية هي الطريقة التي يوجد بها الدستور والتي يشترط اتباعها، وفي أحيان أخرى لا يشترط اتباعها تحريرياً إلا أنها من متممات العمل الدستوري وتتحقق بها الغاية، وتكون أحد مقوماتها. [١]

ويلاحظ هنا أن الشكلية لا تأتي على درجة واحدة بالنسبة للأعمال القانونية في مجال سنها وانما تختلف من عمل إلى اخر وتظهر جامدة في موضع ومرنة في موضع اخر، واحياناً يلاحظ أن المشرع الدستوري يتعمق في الشكلية ويشدد عليها، وعلى العكس لدى مشرع آخر. ويلاحظ أن المشرع لا يساوي بين جميع الاشكال التي يضعها من حيث المنزلة، فيجعل بعضهم أساساً لصحة العمل الاجرائي والتي أطلق عليها جوهرية، بينما البعض الآخر قد يكون الهدف منه هو توجيهي أو ارشادي والذي أطلق عليه الاشكال غير الجوهرية. [٢]

ويمكن لنا في سياق الموضوع أن نلاحظ ان الشكلية لا تتحقق في الدستور العرفي، او القاعدة الدستورية العرفية حتى وان كان هناك عناصر او شروط لكي تتحقق والتي يعدها بعضهم تضاهي الشكلية في الدساتير المكتوبة، منها التكرار والاضطراد وغيرها إلا أنها في الواقع لا تتساوى مع الشكلية المنصوص عليها.

وقد أوجد الفقه صعوبة في التمييز بين النوعين من الاشكال وانقسم الفقه إلى عدة اتجاهات الاتجاه الأول ذهب إلى إنكار التفرقة بين الشكلية الجوهرية والشكلية غير الجوهرية إذ أن من غير الممكن أن ينص القانون على شيء معين واعتباره مجرد ارشاد أو نصح وانما هو ينص على قواعد أمرة واجبة الاتباع. [٣] أما الاتجاه الثاني فقد استند على معيار الضرر في أن جميع الاشكال التي من الممكن أن ينص عليها الدستور هي مهمة وواجبة النفاذ، بل وانما هي الغاية التي قصدها الدستور، ومن ثمّ التخلف عن مراعاة

---

(١) د. رمضان جمال كامل، مصدر سابق، ص٢٣٩

(٢) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص١٩٥

(٣) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص٢٤٠

الاشكال يؤدي إلى البطلان. [1] أما الاتجاه الثالث والأخير فقد سعى إلى مسك العصى من الوسط وذلك من خلال اعتماده على مبدأ الموازنة بين المصلحتين، إذ هل من الممكن الابقاء على العمل الإجرائي المعيب، أم أن المصلحة في ابطال هذا العمل من أجل تقرير هذه الحماية التي أهدرت بسبب التجاوز على عدم مراعاة الشكلية القانونية، إلا أن ما يعاب على هذا الاتجاه أنه لم يحدد لنا ضابط أو معيار محدد يمكن اتباعه في التمييز بين النوعين، ولكنه ترك ذلك إلى القاضي لتحديده وإلى الآراء القضائية، وهنا قد يؤدي هذا إلى ظهور آراء متضاربة مختلفة من قبل القضاة في تقدير الموازنة. [2]

ويلاحظ باعتقادنا أن الغاية الاساسية الموضوعية التي يراد منها في الشكلية، سواء أكانت جوهرية أم غير جوهرية، هو لحماية الحقوق وصيانة وحصانة الدساتير وإعطاء الفرصة الكافية والوقت المناسب لاتخاذ القرار بالصورة والطرق الديمقراطية الصحيحة بعيداً عن التطرف والدكتاتورية في إيجاد القاعدة الدستورية.

والشكلية المتممة للعمل القانوني أو التي يقرها المشرع هي مقررة بصورة خاصة لصحة العمل لا لإثباته لكي يتجنب بطلانه، ولكن هنا يلاحظ أمر مهم آخر هو ان الشكلية المقررة للصحة إذا كانت من الشكلية الجامدة فلا يمكن استدراكها او تفاديها في بعض الاحيان لاسيما في حالة التوجه بالنص عليها في الوثيقة الدستورية. وهنا يتضح لنا ان الشكلية لا تكون غاية العمل الدستوري بحد ذاته وانما تكون وسيلة تضمن صحته وسلامته لتجنبه البطلان. [3]

كما وإن أهم ما يمكن أن يلاحظ على البطلان لأسباب شكلية، هو البساطة والوضوح وسهولة اكتشافه، وذلك كونه منصوصاً عليه بشكل مباشر وصريح لا لبس فيه في أغلب

---

(1) د. يحيى الجمل و د. أنور احمد رسلان، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦، ص٢٨٦

(2) د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان، مصدر سابق، ص٢٤٠ وص٢٤١ وص٢٤٢

(3) د. رمضان جمال كامل، مصدر سابق، ص٢٣٧

الأحيان، وحتى وإن كان غير منصوص عليه فهو يتميز بطابع الوضوح الذي لا يحتاج في أغلب الانظمة الاجرائية إلى بيانه بشكل صريح ومباشر. [١]

ولكن هنا يلاحظ أمر مهم هو أن الشكلية لا تؤدي الغرض منها ما لم تكن من القوة والبساطة حيث يمكن أن يتوفر معها الضمان، من دون أن تشكل عائق بوجه القاعدة الدستورية. وهنا تتحقق العدالة وعدم التحيز على أي من المصلحتين العامة والخاصة في الدستور. [٢]

كما أن في بعض الاحيان يتطلب لعمل قانوني معين مظهر خاص به بالذات، بمعنى يكون هذا العمل داخل فيه وشرط من شروط تكوينه وصحته. [٣] , مثال ذلك أن ينص الدستور على نشره في جريدة معينة، كشرط لنفاذ الدستور، كما اشترط ذلك دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٤٤) منه على شرط النشر في الجريدة الرسمية، وهنا يلاحظ أن عدم النشر هو أحد الشروط الشكلية لنفاذ الدستور وحالة عدم تحققه يعني بطلان الدستور.

وقد يكون هذا الشكل مجرد اجراء لابد من اتباعه، ولكن لم ينص عليه بصورة صريحة إلا أن مخالفة هذا الشرط وعدم اتباعه يؤدي إلى بطلان القاعدة الدستورية، مثال ذلك فيما يخص إجراءات الاستفتاء، فإن أغلب الدساتير تنص على الاستفتاء إلا أنها لا تضع تفاصيل دقيقة له فلا يمكن أن يحكم بصحة استفتاء لا تراعى به المقاييس الديمقراطية والقانونية، مثل انتهاك سرية التصويت، وفقدان الارادة لدى المستفتي على القاعدة

---

(١) محمد ذيب محمود نمر، احكام البطلان في الاجراءات والمحاكمات الجزائية دراسة مقارنة بين القانونين الفلسطيني والاردني، ص

(٢) إيهاب عبد المطلب، مصدر سابق، ص١٦٥

(٣) فوزي دهيم الرشيدي، بطلان العمل الاجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي "دراسة مقارنة مع القانون الاردني", جامعة الشرق الاوسط، ص٦٣

الدستورية نتيجة ضغط على إرادة المستفتي وتوجيهه في اتجاه معين من غير ترك الحرية له في ممارسة الاستفتاء. [١]

وهنا يلاحظ وجود نوعين من الشكلية أحدهما نص عليه المشرع واوجب عدم مخالفته والاخرى لم ينص عليها المشرع ولكن في نفس الوقت تؤدي إلى البطلان في حالة انتهاكها.

وهناك جانب من الفقه أطلق عليه تسمية شكلية جوهرية – على النوع الأول- والشكلية غير الجوهرية على النوع الثاني باعتبار أن الاول بلغ أهمية خاصة عند المشرع وله تأثير في وضع القاعدة الدستورية ومخالفته يؤدي إلى بطلانها، بينما النوع الثاني هو أقل أهمية كون واضع الدستور لم ينص عليه في صلب القاعدة الدستورية أو في متن الدستور. [٢]

وهنا نختلف مع الفقه فيما يخص الرأي الثاني، وذلك لكوننا نتعامل مع أعلى وأهم وثيقة على مستوى الدولة، ومن ثمّ الانتقاص من أي شكلية خاصة بها هو بحد ذاته يحقق البطلان ولا يمكن التهاون فيه. ومن ثمّ نرى أن النوعين على نفس المستوى من الأهمية والخطورة حتى وإن كانت الأولى جاءت بنص ولم يتحقق ذلك في النوع الثاني.

الفرع الثاني: البطلان الموضوعي للقاعدة الدستورية

الموضوعية؛ جوهر الحق المصان الذي يسعى القانون للحفاظ عليه أو صيانته، والتي هي غالباً توضح الحقوق والواجبات التي تتصل بالأشخاص أو احدى السلطات في الدولة. [٣]

---

(١) حسني بو ديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٣، ص١٢٢

(٢) د. علي غسان احمد، الدفوع الشكلية في الدعوى المدنية: دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٦، ص٩٥

(٣) جيروم أ، باردن وآخرون، الوجيز في القانون الدستوري – المبادئ الاساسية للدستور الأمريكي، ترجمة محمد مصطفى غيم، الجمعية المصرية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٩١

والموضوعية في الأصل هي فكرة فلسفية قديمة تقوم على أساس التعامل مع الحقيقة بشكل مباشر وذلك يكون من خلال الإدراك الحسي والوصول إلى الحقيقة، ومن رواد الفلسفة الموضوعية هي الفيلسوفة الروسية (آين راند)، التي وصفت الموضوعية على أنها "فلسفة الحياة على الارض" [١]

وبالبحث عن المعنى الاصطلاحي للموضوعية نجد أن الفقه عرفها بالقول: "تخلي الانسان عن عواطفه وانفعالاته التي تقوم على دليل عقلي اتجاه مسألة من المسائل التي يحتاج فيها إلى اتخاذ قرار أو حكم ويكون قائم على أساس من معايير البحث والصدق والامانة وبعيد عن الأهواء الشخصية. [٢]

والموضوعية بصورة عامة، في مجال القواعد القانونية (هي تلك القواعد القانونية التي تتضمن بيان الحقوق التي يتمتع بها الأفراد والواجبات المفروضة عليهم، وهذا هو الحال في قواعد القانون المدني او العقوبات). [٣]

أما في مجال القانون الدستوري بشكل خاص فيمكن أن يلاحظ أساس واضح وصريح لوجود قاعدة دستورية موضوعية وشكلية، وذلك عبر وجود السمو في القانون الدستوري، إذ نلاحظ في أحيان يطلق على دستور معين أنه يتمتع بالسمو الشكلي بمعنى أنه يرتكز إلى الشكلية. كما يلاحظ هذا في أغلب الدساتير في طريقة وضع الدستور أو اقراره أو طريقة تعديله والتي هي من اوضح وأهم الأمور الشكلية فيها. [٤]

بينما في جانب اخر يلاحظ إطلاق وصف على دستور معين أنه ذو سمو موضوعي، أي أنه يرتكز على الموضوعية وحظر تعديل موضوع معين إلا من خلال اتباع إجراءات

---

(١) د. صلاح قنصوة، الموضوعية في العلوم الانسانية، دار التنوير للطباعة والنشر، مصر، ٢٠٠٧، ص٧١

(٢)عبد الرحمن بن صالح بن عبد الله، الموضوعية في العلوم التربوية، الطبعة الاولى، دار المنارة، جدة، ١٤٠٧, ص٦

(٣) د. ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، الجزء الاول، الطبعة الاولى، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٤، ص٥٧٥

(٤) د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص٨٣

معينة كي يتمكن من تعديله، أي بمعنى أنه يرتكز على الجانب الموضوعي. وفي أغلب دساتير العالم يلاحظ أن من أكثر الأمور الموضوعية على سبيل المثال شكل الدولة أو نظام الحكم الذي يركز المشرع على حمايته غالباً. [١]

ويمكن التعبير عن البطلان لأسباب موضوعية، أي بطلان العمل الدستوري لعيب غير شكلي، بمعنى هو كل ما لا يدخل في الشكلية. [٢] والأسباب الموضوعية للبطلان في القاعدة الدستورية بكلمة موجزة هي عدم مراعاة الشروط الموضوعية اللازمة لصحة القاعدة الدستورية. [٣]

وأهم ما يمكن أن يلاحظ على البطلان لأسباب موضوعية أنه لم ينظمه المشرع الدستوري، بل حتى المشرع القانوني، ولكنه اقتصر فقط على تنظيم الاسباب الشكلية للبطلان.

إذ إن الشروط الموضوعية في أي عمل قانوني وبوجه عام هي الارادة والأهلية والمحل والسبب. [٤] ولا شك أن القانون أو أي عمل قانوني يتطلب لصحته ضرورة أن يكون الشخص الذي يباشره يتمتع بقدرة على التمييز والاختيار، أي يتمتع بـ (الارادة) وأن يكون له صفة تحدد له نشاطه ومدى حدود صلاحياته، وهي التي يعبر عنها بـ (الاهلية) فضلاً عن اشتراط أن ينصب الاجراء على محل معين تستلزمه الحاجة في التشريع، وهنا يعبر عنه بـ (المحل). [٥]

---

(١) وحيد رأفت و وايت إبراهيم، القانون الدستوري، المطبعة العصرية، مصر، ١٩٣٧، ص٤٨
(٢) د. رمضان جمال كامل، مصدر سابق، ص ١٣٠
(٣) إيهاب عبد المطلب، مصدر سابق، ص١٧٨
(٤) إيهاب عبد المطلب، المصدر السابق، ص١٧٨
(٥) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، ١٩٥٢، ص٣٠٢

ويلاحظ أن الشروط الموضوعية هي شروط أساسية وصميميه ويترتب على تخلف إحداها أن يكون هذا العمل غير صحيح وغير منتج لآثاره الدستورية التي يترتب عليه بطلانه. [١]

كما ويلاحظ أن البطلان لأسباب موضوعية يكون خاضعاً لضوابط وشروط اخف حدة واقل صرامة من الضوابط والشروط التي يتطلبها في حالة البطلان لأسباب شكلية، ويعود ذلك إلى كون البطلان لأسباب موضوعية لا يكون خاضعاً إلى قواعد فقهية تحدده وتلزمه كما في قاعدة "لا بطلان بدون نص"، حتى وإن كان الفقه اختلف على هذه القاعدة وعدّ أن البطلان قائم حتى في حالة عدم النص عليه، سواء أكان شكلياً أم موضوعياً إذ ما خالف احدى القواعد العرفية في وضع القاعدة الدستورية، إلا أن القاعدة المشهورة في مجال البطلان الشكلي والتي يميل لها الفقه بوجوب النص على البطلان. [٢]

كما أيضاً لا يخضع البطلان الموضوعي إلى قاعدة (لا بطلان بدون ضرر). [٣]

ومن جهة أخرى فإن البطلان في القاعدة الدستورية يخضع إلى مجموعة من الاحكام المتميزة التي تختلف في تطبيقها عن البطلان الشكلي؛ إذ أن البطلان الموضوعي يمكن اثارته أو التمسك به في أي حال وفي أي وقت يمكن ان يثار، سواء أكان بمجرد صدور القاعدة الدستورية او في أي وقت كان.

كما يمكن أن يلاحظ أمر مهم ايضاً، هي أن البطلان الشكلي يكون مرتكز في أغلب الاحيان على القواعد الشكلية وبطلان القاعدة الدستورية استناداً لها يكون بحد ذاته هو جزاء لمخالفة قاعدة محددة. [٤]

---

(١) نسرين محسن نعمة الحسيني، مصدر سابق، ص٢١
(٢) الزهرة حمو، آثار البطلان بالنسبة للغير، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الليصانص أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، قسم الحقوق، الجزائر، ٢٠١٣، ص٨٧
(٣) د. فتحي والي، مصدر سابق، ص٤١٤
(٤) ايراك بارنوت، مصدر سابق، ص٨٩

ولكن الأمر يختلف في بطلان القاعدة الدستورية لأسباب موضوعية، فهنا يكون البطلان علاوة على أنه جزاء فإنه يكون مقرراً لإدراك غاية محدودة، فهو يتعلق بالوسائل المادية التي يظهر بها العمل الدستوري إلى الحياة الخارجية. أي أنه يتعلق بجوهر العمل وما يراد من هذا العمل أن يحققه. (١)

علاوة على ذلك يلاحظ أن البطلان الموضوعي في القانون الدستوري هو الخروج على روح الدستور ومحتواه، وإنكار لحق من الحقوق التي أرادها أو جاء بها أو اقرها. (٢)

ولأن الدستور هو القانون الأسمى والأعلى في الدولة، لذا يجب أن يتوخى كاتبه أدق التفاصيل الموضوعية التي لا تؤدي بالنتيجة إلى بطلان قاعدة دستورية أو الدستور جميعه. ولأن صور البطلان لم يتم تحديدها من قبل المشرع أو الدستور نفسه فهنا سنواجه صعوبة بالغة في تحديد الصور الموضوعية للبطلان في القاعدة الدستورية؛ وإن كان هذا الأمر يعد سهل نسبياً في مجال القوانين، إلا أنه يكون بالغ الصعوبة في المجال الدستوري.

فهنا تكون الصور هي واسعة المجال إذ يمكن للمشرع تحديدها أو إلى القضاء الدستوري الاشارة لها، ولكن العبء الأساس يكون على الفقه من أجل تعيين حالات البطلان التي تصيب القاعدة الدستورية. (٣)

ومن خلال البحث نجد اوضح صور البطلان التي تذكر على سبيل المثال لا الحصر صلاحية القائم بوضع القاعدة الدستورية، وهنا في مجال الصلاحية نجد الكثير من أسباب البطلان منها عدم التخصص في المجال الدستوري، وهذا برأينا هو اعقد سبب يدفعنا إلى التوجه نحو البطلان بسبب الجهالة في العمل الملقاة على عاتقه، وهنا نكون في دائرة الأهلية القانونية وعدم توفر الباع والخبرة في هذا المجال، أو الصلاحية الشخصية، فهنا

---

(١) د. فتحي والي، مصدر سابق، ص٤١٥

(٢) د. محمد محمد عبدة امام، المبادئ الدستورية العامة، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص٦٥

(٣) د. سليمان عبد المنعم، بطلان الاجراء الجنائي، الدار الجامعية الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص١٤٢

أمر مهم كون الفقيه الدستوري يتوجه دائما نحو حسن السيرة والسلوك وعدم المحكومية على الجرائم الماسة بالشرف وهذا نجده في المناصب المهمة والعليا، وفي مجال اختيار رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء، فما بالكم في مؤسس الدولة ذاتها وواضع قواعد الحكم فيها. فهذه الحالة تعد من الأسباب الموضوعية لبطلان القاعدة الدستورية. [١]

فضلا عن موضوع الإرادة فان الإرادة جوهر الموضوعية، وذلك يتجسد في حالة كون واضع القاعدة الدستورية ارادته لا تطابق إرادة الشعب، وهنا نكون امام قاعدة دستورية لا تحقق ولا تلبي طموح الشعب ويكون هنا الشعب رافض أصلا للخضوع إلى هذا الدستور او قاعدة دستورية منه، وهنا نصطدم بأكبر صخرة للبطلان الدستوري الا وهي الاخلال بالعقد الاجتماعي. لاسيما في حالات التي يوضع فيها الدستور عن طريق الانقلاب أو عن طريق دكتاتور او احتلال او قد تكون معاهدة جائرة. وإن كان هذا العقد يمثل الشكل الافتراضي في عملية وضع الدستور، إلا أنه سوف يخالف الأسس المشتركة بين الأشخاص الذين يشكلون المجتمع، وكذلك كون فكرة العقد ترتبط بصورة وثيقة بموقف الأفراد من السلطة التي سوف تحكمها وتكون ذات اتصال مباشر بحقوق الأشخاص الخاصة. [٢]

او كأن يرتكب واضع الدستور في وضع قواعده مخالفة وواضحة لقاعدة من قواعد الحقوق والحريات أو الانتقاص منها، أو مخالفة لقاعدة من قواعد حقوق الانسان المتفق عليها في الفقه الدستوري والدولي ويهدف منها إلى خرق حقوق الانسان من خلال زج هذه القاعدة الباطلة في الدستور.

---

(١) د. حسن البحيري، سلطة الرئيس الأمريكي في الاعتراض على القوانين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الاول، ٢٠١٢، ص٨٢

(٢) د. عمر حلمي فهمي، القانون الدستوري المقارن، مطبعة الاعيان، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٧٥

الفصل الثالث

معالجة بطلان القاعدة الدستورية وآثارها

يتبادر إلى ذهن القارئ سؤال هو من هي الجهة المختصة في النظر أو إقرار أو إصلاح البطلان الدستوري؟ سواء كان في قاعدة معينة أو مجموعة قواعد أو دستور كامل، لاسيما وأنه هو الهرم القانوني الذي من غير المتصور أن يشوبه البطلان، كما أنه من غير المتصور أن تتخيل الجهة لها الحق في إصلاحه وإقراره، ولكن الحقيقة أن البطلان هو أمر لا يمكن أن يمرر ومن غير المنطقي ان نقف عاجزين عن إيجاد جهة لها الحق فيه، ولما له من اثر قانوني باطل وغير صحيح يؤثر بالنتيجة على الدستور وبالتبعية على القوانين ومن ثمّ فإن عملية البطلان سوف لن تتوقف وتستمر في ولادة بطلان آخر وبصورة مستمرة نتيجة ما ترتب عنها من أثر، ولهذا فان هذا الفصل سوف يتطرق إلى أعقد وأهم موضوع في مدار البحث هو الجهة والأثر الذي يترتب على البطلان الدستوري.

ومن حصيلة تفاعل كل هذه العوامل المهمة بخصوص جهة البطلان ومن له الحق في إقراره وإصلاحه أو تعديل القاعدة الباطلة، وما قد ينتج عنها من آثار دستورية وقانونية، يمكن لنا أن نخلص إلى تقسيم هذا الفصل على مبحثين، هما الأول يختص بجهة تقرير بطلان القاعدة الدستورية، والثاني هو آثار وتأثير بطلان القاعدة الدستورية.

المبحث الأول: جهة معالجة وإصلاح بطلان القاعدة الدستورية

من أهم وأعقد المشكلات التي واجهتنا على مدار البحث هو ما سيتم تناوله في هذا المبحث، وتحديداً ما هي الجهة التي يمكن لها تحديد وجود بطلان في الدستور أو في قاعدة دستورية معينة، وهل هذه القاعدة الدستورية جاءت صحيحة أم انها تحتوي على بطلان سواء كان هذا البطلان (مطلق او نسبي)، وهل هذا البطلان يمكن علاجه أم أنه غير ممكن، كما سوف يعالج الطريقة التي يتم بها إصلاح البطلان، ولكن هل يا ترى سيتم إصلاحه بطريقة قضائية أم قانونية، وهل يتم علاجها عن طريق إقامة دعوى معينة يمكن من خلالها الوقوف على بطلان دستوري أم أن هذا غير ممكن.

إذ إن من المسلمات أن البطلان لابد أن يتم إقراره عن طريق سلطة معينة التي يمنحها القانون هذه السلطة إلا أن الوضع فيما يخص الدستور هو خاص بعض الشيء لما يتمتع به الدستور من علو وهرمية على باقي القوانين فإنه يصعب عليه أن يحدد جهة معينة تكون هي صاحبة الاختصاص في نظر بطلان الدستور أو قاعدة معينة منه، لهذا سوف نواجه صعوبة بعض الشيء في إيجاد الجهة صاحبة الاختصاص التي يحق لها أن تمارسه، وهل هي قضائية ام قانونية أم أنها مختلطة، وهل تمتلك سلطة هدم البطلان الدستوري في الدولة؟

ولهذا سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، سنتناول في الأول منه جهة التقرير القانونية، وفي المطلب الثاني سنتناول جهة التقرير القضائية

المطلب الأول: جهة المعالجة والإصلاح القانونية

البطلان؛ في حال وجوده في الدستور أو في قاعدة دستورية معينة فما هي طريقة العلاج؟ وكيف يتم إصلاحه؟ وكيف يكون هذا التصرف بصورة قانونية رسمية لها طرق وإجراءات قد تكون منصوص عليها في نفس الوثيقة الدستورية التي تعاني البطلان بمعنى أنه كيف لنا ان تكون هناك وسائل علاجية لهذا البطلان، وكما أسلفنا بطريقة قانونية.

ويمكن لنا هنا أن نتطرق إلى أهم وأفضل الوسائل التي يمكن من خلالها إصلاح البطلان في القاعدة الدستورية الا وهي نص الوثيقة، كون أن أغلب الدساتير في العالم تضع طرق معينة تنص عليها في نفس الوثيقة من أجل التعديل مستقبلاً، وإن كانت بعض الدساتير حول العالم تعاني من الجمود وتعاني من الحظر على مختلف أنواعه، إلا أن في النتيجة هناك أسلوب قانوني للتعديل والتعديل هو إجابة لجميع الاسئلة السابقة وباعتقادنا هو اسلم طريق لإصلاح البطلان لا بل قد يكون في الغالب هو الاسرع أيضا، وهذا لكون ان الوثيقة الدستورية هي في الأصل من شقت له هذا الطريق من غير التلكؤ والتخبط في الاجراءات، ومهمة المبادرة والاصلاح هي تكون في الغالب محصورة في يد سلطتين هما السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية التي تكون لها الاهمية والاختصاص في تعديل الدستور.

وهذا هو محور هذا المطلب الذي سيتم بحثه في فرعين، الأول هو دور مجلس الوزراء في معالجة بطلان القاعدة الدستورية، وفي الفرع الثاني سيتم تسليط الضوء على السلطة الأوفر حظاً والاكثر اختصاصاً الا وهي مجلس النواب ودورها في معالجة وإصلاح بطلان القاعدة الدستورية.

الفرع الأول: مجلس الوزراء بوصفه جهة معالجة وإصلاح بطلان القاعدة الدستورية

إن تعديل الدستور من الأمور الحتمية التي لابد لها من أن تتم في يوم ما في حياة الدستور، ولا يمكن ان يتحقق الاستقرار في القواعد الدستورية مع مرور الزمن فيكون من المحتم على الجهة المختصة أن تساير التطور في تطوير دستورها وذلك من خلال تعديله.

ولهذا يلاحظ أن أغلب الدساتير تحاول قدر الامكان التهرب والابتعاد عن الجمود في نصوص الدستور، تفادياً لأي منعطف في المستقبل يكون هذا الجمود هو عقبة أمامه. [١]

إذ لا يمكن لأي نظام دستوري أن يصل إلى درجة من الثبات ويكون بصورة مطلقة مهما بذل به واضعوه من العناية والتركيز والدقة فإنه لابد له أن يمر في منعطف التعديل. [٢]

ولكي يتم التعديل الدستوري بصورة قانونية منطقية صحيحة لابد له أن يمر في مرحلة معينة، وهذه المرحلة قد تكون منصوص عليها في الوثيقة الدستورية أو تكون عرفية لابد من اتباعها كي لا يشوب التعديل أي شبهة. [٣]

ومرحلة الاقتراح هي أول مرحلة قانونية للتعديل، إذ قد يكون هناك مراحل سابقة لها مثل الضغط من أجل التعديل سواء أكان حزبياً أو شعبياً، أو الحاجة الملحة للتعديل، ولكن قانوناً الاقتراح هو أول مراحل التعديل الدستوري، وهذا هو أيضاً بالنتيجة ينسحب على بطلان القاعدة الدستورية التي استوجب إصلاح بطلانها عبر التعديل الدستوري لمعالجة الخلل الحاصل في الوثيقة الدستورية جميعها أو قاعدة دستورية فيها. [٤]

---

(١) د. طعيمة الجرف، نظرية الدولة والمبادئ العامة للأنظمة السياسية ونظم الحكم دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٨٧، ص ٦٨

(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري تحليل النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص٨١

(٣) د. حسن البحيري، مصدر سابق، ص١٣٤

(٤) علي صبحي عمران، الاحكام القانونية للتصويت في مجلس النواب العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٧، ص٧١

وهنا بعد معرفة المرحلة الاولى للتعديل نتطرق إلى السلطة المختصة في اقتراح التعديل، والتي من المفروض أن تكون هي السباقة في اقتراحه، لمعالجة البطلان بوصفها الجهة المختصة بذلك.

ويلاحظ أن الدساتير اختلفت في الجهة التي لها حق اقتراح وتعديل الدستور، فيلاحظ هنا أن بعض الأنظمة جعلتها من اختصاص السلطة التشريعية أو التنفيذية أو الملك أو رئيس أو لجنة خاصة، والغالب الأعم هو التركيز على السلطة التشريعية في أغلب دساتير العالم، وهذا ما سيتم الاقتصار عليه في بعض الانظمة على الرغم من وجود حالات شاذة في طريقة التعديل منها التعديل العرفي للدستور [١] ، ومن خلاله يتم ممارسة سلطة الحكم من قبل القائمين عليها بطريقة تختلف عما هو مكتوب في الوثيقة الدستورية، وذلك لوجود ارادات متساوية تعادل كفة الوثيقة الدستورية وإرادة السلطة، في إدارة رشيدة للحكم فتتوازن المعادلة، وهذا يتم في أغلب الاحيان في الدساتير الجامدة التي يصعب تعديل موادها، مثال هذا النوع هو في فرنسا في نصوص دستور عام ١٨٧٥ والذي لم ينص على رئيس مجلس الوزراء بينما كان هذا المنصب موجوداً ويؤدي دوره ومن ثمّ أجبر على تعديله في دستور الجمهورية الثالثة الذي أقر ممارسة السلطة لرئيس مجلس الوزراء على الرغم من عدم النص عليها في دستور عام ١٨٧٥. [٢]

وبصدد التعديل الدستوري، فان أي تعديل دستوري في أي دستور يجب على الجهة القائمة بالتعديل، على اختلاف هذه الجهة ومسمياتها، سواء أكان الشعب نفسه أم السلطة التشريعية أم السلطة التنفيذية، لابد لها أن تراعي اعتبارين عند اصدار التعديل، الا وهما الاعتبار الأول القانوني والذي من خلاله يجب ألّا تخرج السلطة القائمة بالتعديل

---

(١) العرف الدستوري، الموسوعة النيابية، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.political/encyclopedia.org

(٢) Maged EL-HEIW and Jean RUVERO, LA COITUME CONSTITUTIONNELLE EN DROIT PUBLIC FRANCAIS, LIBRAIRIE DUCHEMIN, Rue Soufflot, PARIS, 1986, p32

الدستوري عن قاعدة تقابل أو توازن الاشكال، إذ يكون هنا بمقتضاها أن تراعي نفس الشكل والإجراءات التي تم بها صدور القاعدة الدستورية. [١]

أما الاعتبار الثاني هو أن الاعتبار الفعلي، والذي يكون مهمته أن يراعي التوازن والاستقرار والثبات بين القواعد الدستورية داخل نفس الوثيقة الدستورية وهذا الاعتبار أيضاً يجب أن يكون مقيد بشيئين هما السلطة المختصة بالتعديل وكذلك الرغبة والحاجة إلى التعديل، هذين العاملين هما من يحققان الاستقرار والثبات في الدستور وتوازن قواعده أثناء وبعد التعديل الدستوري. [٢]

وعلى اختلاف الآليات والطرق التي أوجدتها الدساتير في طريقة التعديل فإن اقتراح التعديل يكون من اختصاص السلطة التنفيذية في أغلب الانظمة وفي أحيان تشترك مع السلطة التشريعية، وهذا ما اوجده دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، الذي سوف نتطرق له في تفاصيله فيلاحظ أن دستور تركيا جعل حق رئيس الجمهورية أن يطرح التعديل الدستوري مباشرة إلى الاستفتاء الشعبي. [٣]

كما يلاحظ ذلك في دستور مصر أيضاً اعطى الحق لرئيس الجمهورية اقتراح التعديل الدستوري [٤]، وعلى غرار ذلك فيلاحظ ذلك أيضاً في لبنان. [٥]

كما ويلاحظ هذا أيضاً على دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ إذ أنه قد منح حق التعديل لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين مع بعضهم اقتراح تعديل الدستور، ويلاحظ هنا على المادة الدستورية تفردها بأمر مهم هو الاجتماع، وليس الانفراد أي يجب على كليهما أن يكونا مجتمعين وبالضد منه فإن انفراد أحدهما عن الآخر في الرفض يمنع من تمرير التعديل، وهنا يلاحظ أن الدستور قد اشترط نوع من التوافقية بين قطبي

---

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الهدى، القاهرة، ١٩٩٩، ص٩٥
(٢) د. كمال الغالي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة الاولى، مطبعة دمشق، ١٩٧٢، ص١٤٣
(٣) المادة (١٧٥) من الدستور التركي لسنة ١٩٨٢ المعدل
(٤) المادة (٢٢٦) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤
(٥) المادة (٧٦) من دستور لبنان لسنة ١٩٢٦ المعدل

السلطة التنفيذية قاصداً نوع من الثبات والاستقرار الدستوري وتجنب التعديلات الفاشلة أو غير المجدية. [١]

إلا أنه الواضح على الواقع السياسي أن المشرع الدستوري أراد قاصداً وضع العراقيل في طريق التعديل الدستوري، وذلك لكون المشرع طلب موافقة مجلس الوزراء وليس رئيس مجلس الوزراء، وهنا المجلس يأخذ قراراته بالأكثرية، ويلاحظ أن الوزراء وكذلك رئيس المجلس ونائبيه كل منهم ينتمي إلى حزب معين أو مكون معين وقد يكون هذا الانتماء غير مستسيغ للتعديل وهنا يكون قد أدخل ارادات متعددة يصعب معها جمعها نحو إرادة واحدة. [٢]

وباعتقادنا أن وضع هذا النوع من التشديد في مجرد اقتراح التعديل يكون القصد منه الابقاء على النص الدستوري وحرمان الدورات البرلمانية والحكومات اللاحقة من حقها في التعديل، وجعل مسألة التعديل بالغة التعقيد. هذا وعلى الرغم أن الدستور بالأصل قد حظر تعديل بعض النصوص زمنياً، والتي يرى بها من الأهمية في ابقائها ولو لفترة محددة، منها المبادئ الاساسية والحقوق والحريات وحظر المساس بها الا بعد دورتين أي بعد ثمان سنوات، وهنا يلاحظ أن من غير المبرر أن يضع المشرع على هذا الحظر نصوص إضافية أخرى تصعب عملية التعديل الدستوري.

وهنا يستنتج أن المشرع الدستوري في دستور ٢٠٠٥ جعل اقتراح تعديل الدستور هو من الاختصاصات التي تكون مشتركة فيما بين السلطتين التنفيذية، والتشريعية، وكذلك

---

(١) د. سمير داوود سلمان ومحمد حسب الموسوي، شرح نصوص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص٢٧

(٢) د. علي يوسف الشكري، الحياة النيابية في العراق تاريخ وتجربة، الطبعة الاولى، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، ٢٠١٦، ص١٩٥

قام بإشراك الجهازين التنفيذيين في نفس الاختصاص، ولكنه اشترط أن يكونا مجتمعين. (١)

ومن الواضح أن المشرع أراد في هذه الآلية التي أوجدها في الدستور أن تكون ميتة اصلاً، إذ ان من الصعب جداً وفق النظام التوافقي السائد في العراق الآن أن تتوافق ارادتي رئيس الجمهورية مع مجلس الوزراء، لكون أن المصالح السياسية هي في العادة مختلفة وفق توجه كل منهما، لاسيما أن التعديل الدستوري في الغالب هو يكون طارئ على نصوص جوهرية حساسة في متن الوثيقة الدستورية، وتكون محل خلاف بين جميع الاتجاهات السياسية، وهنا يمكن ان نقول كما اسلفنا أن المشرع الدستوري أراد بذلك منع التعديل أو جعل منه أمر في غاية الصعوبة. (٢)

أما فيما يخص دساتير العراق السابقة، فيلاحظ أن في القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ كانت هيمنة التعديل تعود إلى الملك، إذ أن التعديل بدون موافقة الملك لا يتم (٣) ولكن الدور الأساس في التعديل يعود إلى مجلس الامة في جميع تفاصيل اقراره، إلا أن في الحقيقة هناك شرط قاسي وضع كشرط لتعديل دستور ١٩٢٥ الا وهو حل مجلس النواب، بمعنى أن المجلس عند اقدامه على تعديل الدستور فهو مسبقاً يكون على علم بأنه مقبل على حل نفسه، وعلى الرغم من ذلك فإن الدستور قد عدل لثلاث مرات، وهذا يدل على الروح التشريعية للنواب العراقيين في ظل دستور ١٩٢٥ واصرارهم على اظهار هذا الدستور بالشكل اللائق به. (٤)

---

(١) د. رافع خضر صالح شبر، فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني في العراق، الطبعة الاولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص١١٢

(٢) د. علي يوسف الشكري، الحياة النيابية في العراق تاريخ وتجربة، مصدر سابق، ص١٩٢

(٣) المادة ١١٩ من القانون الاساسي لسنة ١٩٢٥(.....، يعرض على الملك ليصدقه وينشره) وهنا يلاحظ عدم تطرق القانون الاساسي إلى حالة امتناع الملك عن التصديق والنشر وطريقة المعالجة ولا الاغلبية المطلوبة، مما يعني ان التعديل لا يمكن ان يتم بدون موافقة الملك.

(٤) د. عبد الحسين شندل عيسى، نظام الحكم في العراق وفق دساتيره الحديثة، المكتبة القانونية، بغداد، دون ذكر سنة نشر، ص٤٢

أما الدساتير التي جاءت بعد الملكية فهي جميعها كانت دساتير مؤقتة وأغلبها انقلابية، يكون فيها الهيمنة للقابضين على السلطة والمتحكمين في جميع مفاصل إدارة الدولة، بما في ذلك الدستور وتعديله، فلم ينص دستور عام ١٩٥٨ المؤقت أساساً على طريقة تعديله، وكذلك دستور عام ١٩٦٣، أما دستور عام ١٩٦٤ فإنه لم ينص على طريقة التعديل أيضاً، إلا أنه على الرغم من ذلك عدل لست مرات [١]، أما دستور عام ١٩٦٨ فإن مجلس قيادة الثورة (المنحل) هو كان متحكماً في جميع الأمور في الدولة من ضمنها التعديل الدستوري. [٢]

وعلى خلاف ذلك يلاحظ أن دستور تركيا لسنة ١٩٨٢ كان له رأي آخر في منحه حق التعديل علاوة على أعضاء الجمعية الكبرى فقد منحه إلى رئيس الجمهورية منفرداً في عرضه مباشر إلى الاستفتاء، والمصادقة على التعديل بعد نجاح الاستفتاء على المواد المعدلة. [٣]

وكذلك في مصر بموجب دستور عام ٢٠١٤ يكون الحق في التعديل للرئيس وللمجلس، على أن يناقش وليس هناك حق للرئيس أن يطرحه مباشرة للاستفتاء كما هو الحال في تركيا. [٤]

وكذلك يلاحظ أن بعض الدساتير قد اشترطت موافقة رئيس الدولة على التعديل الدستوري، وبدون موافقته لا يمكن للتعديل أن يقر، ومنها دستور الكويت لعام ١٩٦٢، الذي اشترط موافقة الامير [٥] وكذلك دستور سوريا عام ١٩٧٣، الذي اشترط أيضا موافقة رئيس الجمهورية على التعديل الدستوري. [٦]

---

(١) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، مصدر سابق، ص٢٨١
(٢) المادة (٩٢) من دستور جمهورية العراق لعام ١٩٦٨
(٣) المادة (١٧٥) (...، يجوز لرئيس الجمهورية ان يطرح القانون للاستفتاء....) من الدستور التركي لسنة ١٩٨٢ المعدل
(٤) المادة (٢٢٦) من دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤
(٥) المادة (١٧٤) من دستور الكويت لسنة ١٩٦٢ المعدل
(٦) المادة (٤/١٤٩) من دستور سوريا لسنة ١٩٧٣ الملغي، والمادة (١٥٠) من دستور سوريا لسنة ٢٠١٢

على خلاف ذلك يلاحظ أن المانيا في القانون الاساسي لم تشترط موافقة رئيس الدولة او جهة أخرى وانما جعلها محصورة في المجلس لذلك يلاحظ أن القانون الأساسي لألمانيا الاتحادية قد عدل (٦٢) مرة. [١]

وهنا يتضح أن مجلس الوزراء هو السلطة الاقرب والأولى بإقرار البطلان الدستوري، وهذا هو نابع من منطلقين الأول هو كون السلطة التنفيذية هي التي تكون مهمتها تطبيق القانون المستند أصلا إلى الدستور وبهذا تكون على تماس مباشر مع الدستور وبالتالي تكون حالة البطلان واضحة امامه أكثر من أي سلطة أخرى، والثاني هو أن الدستور قد منح لها الفرصة في اقتراح التعديل، وهذا ما سارت عليه أغلب النظم الدستورية في العالم. ولهذا يكون الحري بها أن تكون في حالة بحث دائم عن حالة البطلان وتسلط الضوء عليها بغية التحرك نحو إصلاحها.

(١) المادة (٧٩) من القانون الاساسي الالماني لسنة ١٩٤٩ المعدل

الفرع الثاني: مجلس النواب بوصفه جهة معالجة وإصلاح بطلان القاعدة الدستورية

يتجه أغلب الفقه الدستوري نحو اتجاه أن مسألة تعديل الدستور لا يمكن أن تتم الا عبر النص عليها في الوثيقة الدستورية في نص من نصوصها، والذي تحدد به الجهة المختصة بالتعديل والتي يكون لها هذا الحق. (١)

وإن كان الواقع الحديث يشير إلى حالات نادرة وتعتبر شاذة وليست كقاعدة عامة يمكن الركون اليها، مثالها التعديل العرفي، والتعديل القضائي، والتعديل التفسيري وغيرها الا أن الاصل في التعديل هو النص الدستوري. (٢)

ويوعز المؤرخون في مجال القانون أن الفضل في ذلك الأمر -التعديل الدستوري- يعود الفضل في ايجاده إلى الفيلسوف جان جاك روسو والذي يرجع إلى كتابه عن حكومة بولونيا سنة ١٧٧٢، والذي اثبت بها أنه من متناقضات طبيعة الأشياء هو أن تفرض على الأمة في الدولة نفسها دستور لا تستطيع فيما بعد سحبه أو التخلص منه أو حتى تعديله الا بنفس الطريقة التي وضعت فيه وتتبع نفس الإجراءات والمراحل. (٣)

وهذا الاتجاه في التعديل الدستوري هو يمثل اتجاه الفقه والذي يتوجه نحو التفريق بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المنشأة، إذ يجب أن تقوم السلطة التأسيسية هي مسبقاً ببيان معالم الحدود التي تسمح بها السلطة التأسيسية المنشأة وأن تتبع التحرك بحدوده. (٤)

---

(١) د. طعيمة الجرف، القانون الدستوري والنظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٤، ص٦٥٥

(٢) د. علي يوسف عبد النبي الشكري، التعديل القضائي للدستور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٧، العدد ٣، جامعة بابل كلية القانون، ٢٠١٥، ص٥٢

(٣) د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، الطبعة الاولى، مطبعة النصر، ١٩٤٠، ص٢٢٥

(٤) د. سعد عصفور، مقدمة القانون الدستوري، القسم الاول، الطبعة الاولى، منشأة المعارف في الاسكندرية، الاسكندرية، ١٩٥٤، ص١٩٥

ويلاحظ أن السلطة التأسيسية المنشأة هي في الأصل سلطة مشتقة من الدستور نفسه، وذلك لكونها تكون مستمدة لوجودها وتصرفها منه، ولهذا يطلق البعض عليها اسم "السلطة التأسيسية المشتقة". [١]

ولهذا فإن سلطة التعديل المنشأة تكون غالباً بعيدة عن الاضطراب والفوضى وذلك لكون التعديل يتم وفق إجراءات معينة، وهذا الأمر يؤدي بالنتيجة إلى الحفاظ على الاستقرار في المؤسسة السياسية والدستورية وذلك كونها في الغالب غير محددة بوقت ولكن تكون محددة بشكل وإجراءات معينة للتعديل فلا يكون الأمر متسرع او متهور وإنما في الغالب يكون منضبط. [٢]

وتأسيساً على ما تقدم فإن هناك علاقة اكيدة بين طرق إقامة الدساتير وبين الطريقة التي يعدل بها وهذا الأمر يؤكد لنا وجود نظرية "الاشكال المتماثلة" والتي تقضي في حال سكوت الدستور عن الكيفية والاجراءات فإن الدستور لا يمكن تعديله الا عبر اتباع نفس الافعال القانونية المتبعة في إصداره، ولكن عبر سلطة مشابهة للسلطة الاصلية، إذ أن التماثل لا يكون مطلقاً، لأن حالة الاصدار الأصلية تكون أكثر تعقيداً وتركيزاً. [٣]

ويلاحظ هذا على المادة (١٢٦) من دستور ٢٠٠٥ قد أباحت التعديل للسلطة التشريعية التي يمثلها مجلس النواب، وحصر هذا الموضوع بها متناسياً المشرع الدستوري مجلس الاتحاد وأن النظام الدستوري في العراق يتكون من مجلسين، الا أنه حصر هذه المسألة بمجلس النواب إذ ان في المادة الدستورية أعلاه قد أشار واضع الدستور إلى أربع شروط أساسية [٤] يمكن من خلالها أن يعدل الدستور ومن غير الممكن التعديل بدون اتباع هذه الشروط وهي أولها وعلى رأسها موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب عليه، ويلاحظ ان

---

(١) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، الجزء الثاني، ص٢٦٦

(٢) د. كمال الغالي، مصدر سابق، ص١٤٣

(٣) Rakove, Jack N. Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution. New York: Vintage, 1997, P132.

(٤) المادة (١٢٦) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

الدستور اشترط أغلبيات معينة ونص على أغلبية تحقق النصاب إلا أن في الواقع فإن نصه على أغلبية الثلثين [1] هي أعلى أغلبية دائميه اوردت في دستور ٢٠٠٥، قطعاً هذا يدل على حرص المشرع في أن يكون التعديل هو الأفضل والأحسن مما وضعه المشرع الدستوري الأصلي وذلك لاتفاق أغلبية ممثلي الشعب ووصوله إلى هذه النسبة.

والشرط الثاني هو موافقة الشعب عليه بالاستفتاء العام، ويلاحظ أن مسألة الاستفتاء في الأوساط الدستورية والسياسية هي التي تضفي الرونق والاطمئنان على عملية التعديل الدستوري، وذلك لكون أن الشعب هو صاحب الكلمة الأولى والأخيرة في صنع وتعديل الوثيقة الدستورية كونه هو العقد الذي سوف يفرض على الحكام والمحكومين الالتزام به، ومن غير المعقول أن يفرض على الشعب دستور غير مقبول من الشعب ومن ثمّ سوف يؤدي إلى بطلان الدستور أو أي قاعدة دستورية لا تنعكس عن مقبولية الجماهير، ولهذا فإن الشرط الثاني للتعديل بموجب دستور ٢٠٠٥ هو الاستفتاء وموافقة الشعب عليه.

أما بخصوص الشرط الثالث هو مصادقة رئيس الجمهورية خلال مدة محددة الا وهي سبعة أيام، إن هذا الشرط هو الثالث وهو أيضا محل استفهام وتعجب، وذلك لأن الواضح وما يلاحظ على هذه المادة أنها تحصيل حاصل، بمعنى أن الرئيس في حالة عدم تصديقه على التعديل خلال السبعة أيام ماذا سيحل بالتعديل؟ الواضح من المادة أنه سيكون مصادق خلال السبعة أيام، وهنا يكون رئيس الجمهورية وفق دستور ٢٠٠٥ لا يمتلك حق الاعتراض التوقيفي للتعديل ولا يمكنه أن يعطل التصديق على التعديل وذلك لكون أن المشرع الدستوري قد حددها بسبعة أيام، وهنا يلاحظ عدم فهم لغاية المشرع الدستوري

---

(1) المادة (١٢٦) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

من إضافة هذا الشرط للتعديل وهنا يكون الاعتراض على تعديل الدستور والقوانين لرئيس الجمهورية هو معلق وغير قابل للتطبيق. [١]

على خلاف الأنظمة الأخرى التي تنص على موافقة الرئيس إذ تمنحه حق الاعتراض التوقيفي، وهذا ما يلاحظ على دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧ نص على حق الاعتراض التوقيفي لرئيس الجمهورية. [٢]

وكذلك في دستور لبنان لعام ١٩٢٦ المعدل فقد نص على حق رئيس الجمهورية الاعتراض على النصوص التي تمت الموافقة عليها من قبل مجلس النواب. [٣] وهنا يلاحظ أن هذه الدول التي نصت على حق الاعتراض التوقيفي لرئيس الجمهورية جاء على سبيل إيجاد نوع من التوازن والتعاون بين السلطات داخل النظام الدستوري للدولة. [٤]

أما الشرط الرابع والأخير هو النشر، لا يوجد نظام في العالم لا يشترط النشر في الجريدة الرسمية له لنفاذ التعديل إذ يعد النشر أحد أهم أركان التعديل الدستوري، وذلك لكونه في العادة هو المرحلة الاخيرة للتعديل، بعد انتهاء جميع الاعتراضات وجميع الطعون المقدمة اتجاه التعديل اذ بعد انتهاءها يشرع إلى النشر، والغاية من النشر هو إيصال العلم إلى الجمهور أن التعديل قد اقر وانتهت جميع مراحله وهو الآن في طور أن يطبق ولا يكون هناك حجة بعدم العلم به او الجهل به، لهذا تكون عملية النشر من الامور المهمة، وفي

---

(١) استاذنا د. ضياء عبد الله، رئيس الجمهورية وحق الاعتراض على القوانين، مقال منشور على صفحة كلية القانون جامعة كربلاء بتاريخ ٢٠١٦/١٠/٣٠، www.lawuokerbala.edu.iq

(٢) المادة الاولى (فقرة ٧) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٧ المعدل

(٣) المادة (٥٦) من دستور لبنان لسنة ١٩٢٦ المعدل.

(٤) وليد حسن حميد، التنظيم الدستوري للاعتراض على القوانين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، ٢٠١٥، ص

العادة يكون النشر عبر الجريدة الرسمية للدولة التي يتم بها نشر القوانين والمعاهدات والتعديلات الدستورية. [١]

ومن خلال استقراء النص الدستوري والاطلاع على الشروط التي أوجدها المشرع الدستوري يلاحظ أن النص الدستوري ولد ميتاً وفقاً لهذه الآلية وانعكاسها على معطيات الواقع إذ من الصعب جداً اجتماع الارادات على التعديل، وذلك لأن التعديل الدستوري في العراق لا يطرأ في العادة على قواعد دستورية ثانوية، ولكن يرد في العادة على مسائل جوهرية، وهذه المسائل الجوهرية هي في الغالب سوف تنقص أو تزيد من صلاحيات سلطة على حساب سلطة أخرى، وهذه السلطة هي في الأصل تكون لصالح قومية أو مذهب معين، وهذه السلطة لم تقبل أن يتم الانتقاص منها وبالنتيجة سوف تحرك نوابها في مجلس النواب وحثهم على عدم التصويت بل والمعارضة له، وهنا يكون وفق النظام السياسي الحالي فإن التعديل الدستوري مهمة أقرب للمستحيل. [٢]

ويلاحظ أن مسألة التعديل هي في الغالب من اختصاص السلطة التشريعية وهذا هو ما كان توجه الولايات المتحدة الأمريكية في دستور سنة ١٧٨٧. [٣]

وكذلك القانون الاساسي لجمهورية المانيا الاتحادية لسنة ١٩٤٩، يشترط موافقة ثلثي البوندستاغ وهذه الأغلبية هي مشابهة للأغلبية التي يتطلبها دستور ٢٠٠٥، ولكن في المانيا يضاف اليها موافقة ثلثي أعضاء البوندسرات لكون المانيا نظام السلطة التشريعية فيها ثنائي. [٤]

ولكن الأمر مختلف على ما هو عليه في دستور إيطاليا لعام ١٩٤٧، إذ يلاحظ أن موضوع التعديل الدستوري عالجه المشرع بشكل مبسط وسهل، من حيث الإجراءات والاغلبية

---

(١) دليل الصياغة التشريعية، منشورات مجلس النواب العراقي، بغداد، ٢٠١٤، ص٢٧. وبدلالة المادة (١٢٩) من الدستور فيما يخص القوانين.

(٢) د. علي يوسف الشكري، الحياة النيابية في العراق تاريخ وتجربة، مصدر سابق، ص١٩٥

(٣) المادة الخامسة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٧ المعدل

(٤) المادة (٢/٧٩) من القانون الاساسي الالماني لسنة ١٩٤٩ المعدل

المطلوبة، إذ أن الأغلبية المطلوبة للتعديل هي الأغلبية المطلقة لأعضاء كل من المجلسين، فقد اشترط أن يتم مناقشة التعديل في جلستين بفارق زمني يكون كحد ادنى له هو ثلاثة شهور ويتم التعديل الدستوري بهذه الشكلية المبسطة إلا أنه هناك أمراً مهماً الا وهو عدم اشتراط عرض التعديل إلى الاستفتاء الشعبي إذ أن التعديل يعد مصادق من مجلس النواب بدون حاجة إلى الاستفتاء الا في حالات خاصة يحال إلى الاستفتاء، وذلك عندما يطلب خمس أعضاء احد المجلسين أو خمسمائة الف ناخب أو خمس مجلس إقليمي لطلب ذلك، في هذه الحالة سوف يتم اجراء الاستفتاء على التعديل، وهذا الأمر ليس متروك على مصراعيه وإنما يكون محدد بفترة محددة الا وهي ثلاثة اشهر من تاريخ النشر ولا يصح بعد ذلك الوقت طلب الاستفتاء. [١]

كما أن المشرع الدستوري الايطالي جعل الأمر مفتوح من غير أي قيود أو حظر للتعديل في أي موضوع من مواضيع الدستور، الا أنه استثنى شيء واحد إذ أوجد له حظر دائمي ألا وهو شكل النظام جمهوري ومن غير الممكن اجراء مراجعة دستورية له. [٢]

وهنا يكون الفرق واضح في سهولة الاجراءات وعدم وضع العقبات والحظر إلى طريق التعديل الدستوري بين دستور العراق ٢٠٠٥ ودستور إيطاليا الذي بسط الاجراءات والشكلية أمام تعديل الدستور على خلاف العراق.

وهنا مما تقدم يتضح لنا أن طريقة إصلاح البطلان عن طريق التعديل الدستوري هي أسهل الطرق وأكثرها قانونية، من حيث نص المشرع عليها، وكذلك بسبب الاعتياد على استخدامها لكونها متكررة الاستخدام. وهنا يمكن لنا توجيه سؤال في مضمار البحث من هي السلطة المختصة بعلاج او إصلاح البطلان الدستوري؟

---

(١) المادة (١٣٨) من دستور إيطاليا لسنة ١٩٤٧ المعدل
(٢) المادة (١٣٩) من دستور إيطاليا لسنة ١٩٤٧ المعدل

قد نكون قد أجبنا في مواطن أخرى عن هذا السؤال ولكن لصالح جهات أخرى، ولكن الاجابة هنا تكون مختلفة؛ وذلك لأنها -مجلس النواب- هي السلطة الفعلية والقانونية والحقيقية والطريق الذي يمكن أن يعبر عنه بالطريق الرسمي لإصلاح مواطن البطلان في الدستور.

وبهذا يمكن القول أن التعديل الدستوري هو الطريق القانوني الرسمي الأفضل لمعالجة حالة البطلان الدستوري، التي يمكن أن يركن اليها فيه، وبهذا يعد مجلس النواب هو الجهة الأقوى والأوفر حظاً في إصلاح الدستور، وهنا يمكن أن يعد هذا الفرع هو جوهر عملية الاصلاح الدستوري، وذلك لكونه الطريق الواضح والذي يمكن أن يسلك في أي نظام سياسي على اعتبار أن طريق التعديل هو في الغالب يكون طريق قانوني منصوص عليه في الوثيقة الدستورية ذاتها ومن ثمّ فإن عملية إصلاح البطلان الدستوري تكون على عاتق مجلس النواب ويجب أن يكون هو السباق في ذلك واتخاذ الإجراءات الدستورية في حق القاعدة الدستورية الباطلة للتحجيم والحد من الآثار التي نتجت أو قد تنتج عنها.

المطلب الثاني: جهة المعالجة والاصلاح القضائية (القاضي الدستوري)

من الأمور التي لا شك فيها أن الدستور هو الهرم الأساسي في النظام القانوني في الدولة، وبهذا فإنه يسمو على القوانين والقواعد في الدولة، حيث ينضوي هذا تحته مبدأ سيادة القانون، مما يجعل كلاً من الحكام والمحكومين يخضعون له.

كما وتعد السلطة التشريعية هي من أهم السلطات العامة داخل الدولة لأنها تتولى تشريع القوانين، وهذه الوظيفة تستوجب وجود سلطة تحدها في نطاق عملها وفقاً لمبدأ سيادة الدستور ولا تتجاوز الصلاحيات ولا الحدود ولا السياسة التي يريدها.

ولهذا فإن وجود القضاء الدستوري ينتج عنه منع التعسف والاستبداد في استعمال هذه السلطات، إذ في الحقيقة ان القاضي الدستوري هو عمل رقابي يتيح له الرقابة على مدى التوافق مع الدستور ورقابة الملائمة والتناسب والخطأ الظاهر والخطأ الجوهري، ولكن كل هذا ينصب فيما يتعلق بمسألة القوانين.

وهل من الممكن أن يوظف هذا النوع من الرقابة على القاعدة الدستورية نفسها أم غير ممكن ذلك، هذا ما سيتم تناوله في هذا المطلب بفرعين، الأول هو القاضي الدستوري لن يتحول إلى مشرع فوق الدستور، أما الفرع الثاني وهو القاضي الدستوري يتحول إلى مشرع فوق الدستور.

الفرع الاول: القاضي الدستوري لن يتحول إلى مشرع فوق الدستور

القضاء الدستوري هو أحد أهم الأركان التي ترتكز عليها الدولة في قيام الدولة القانونية، لذا فإن وجودها يعد ذا تأثير متميز في الدولة، لما توفر هذه المحكمة من حصانة وحماية دستورية، فضلاً عن كونها تشكل حائط الصد المنيع في وجه أي سلطة تتمادى في استعمال صلاحياتها واختصاصها. (١)

وكذلك فان دورها في أغلب الاحيان لا ينحصر في هذا المجال فقط؛ وإنما يتجاوزها إلى ممارسة اختصاصات سياسية منها محاكمة رئيس الدولة أو رئيس الوزراء وهذا الاختصاص هو في الغالب يكون بجانب اختصاصها في دستورية القوانين. (٢)

وبصورة عامة فإن القضاء الدستوري له شقان أو معنيان، أولهما هو شكلي والذي يتعلق بتشكيلها وعددها وآلية ممارسة اختصاصها وكل المتعلقات الشكلية، وهذا ما لا نحتاج التطرق له في موضوع بحثنا.

والثاني هو موضوعي والذي يتعلق بممارسة هذه السلطة ونظرها في النزاعات المعروضة عليها ومجمل الأحكام والقرارات التي تصدرها، والتي تكون هي معبرة عن اختصاصها وصلاحياتها في ممارسة دورها الموضوعي. (٣)

فضلا عن أن القضاء الدستوري هو في الغالب يكون الفرض الحاكم بين كل من السلطة التشريعية اتجاه السلطة التنفيذية او العكس في الضد للسلطة التنفيذية اتجاه السلطة التشريعية، أو غيرها من السلطات التي تكون منظمة بالدستور وتقع تحت اختصاص القضاء الدستوري. (٤)

---

(١) استاذنا د. ياسر عطيوي عبود، الرقابة القضائية على دستورية القوانين كضمان للحقوق والحريات العامة في ظل دستور العراق الدائم لعام ٢٠٠٥، مجلة الفرات، العدد ٥/مركز الفرات للتنمية والدراسات الاستراتيجية ،٢٠٠٩.

(٢) د. مصدق عادل طالب، القضاء الدستوري في العراق، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص٩

(٣) المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

(٤) د. عدنان عاجل عبيد، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، مطبعة سومر للطباعة الملونة الحديثة،٢٠٠٨، ص٢٠٩،

وكذلك يهدف القضاء الدستوري بصورة عامة إلى الرقابة على دستورية القوانين وبصورة خاصة يكون ضمان لسيادة احكام الدستور وقواعده كونه أهم الوسائل القانونية التي تكفل لنا ضمان نفاذ الدستور وتطبيقه بصورة سليمة. (١)

وهنا نستطيع القول بأن القضاء الدستوري لابد له من عنصرين لضمان حسن تطبيقه، الاول يتمثل في توافر عنصر الجزاء القانوني، والذي يتمثل في الغاء القانون المخالف للدستور أو الامتناع عن تطبيقه. والعنصر الثاني والمهم هو يتمثل في إرساء أسس ودعائم الدولة القانونية؛ وهذا هو الأمر الأساس الذي يسعى إليه القاضي الدستوري. (٢)

في الغالب يكون دور القضاء الدستوري مرتكز على البحث في عاملين أساسيين هما مضمون التشريع، وفي كونه لا يخالف أي محتوى دستوري شكلي أو موضوعي، والعامل الثاني هو الغاية من التشريع، وما يترتب عليه، وماذا يريد المجلس في تشريع هذا القانون، وعدم وجود بواعث أو غايات لمصالح شخصية أو تحيز لجانب أو مكون معين في الدولة، والتأكد من أنه يريد تحقيق المصلحة العامة. (٣)

كما لابد لنا من التطرق إلى الجهة التي لها حق تقديم الطعن أمام القضاء الدستوري، وهنا تختلف الدساتير في ذلك فمنها من جعلها حصراً على اشخاص معينة أو سلطات معينة مثل فرنسا إذ اباح فقط لرئيس الجمهورية، والوزير الاول، ورئيس أي من المجلسين، أو ستين عضو بالجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ وهذا الطعن يتم قبل اصدار القانون، الا ان بعد تعديل الدستور في عام ٢٠٠٨ منح المجلس الدستوري رقابه سابقة ولاحقة. (٤)

---

(١) عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص١١

(٢) sofia Amaral Garsia, Nuno Garoupa, veronica Grembi, judicial independence and party politics in the kelsenian Constitutional courts, university of Illinois -college of law, 2008, p3

(٣) د. رفعت عيد السيد، مصدر سابق، ص١٦٢

(٤) المادة (٦١) من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ المعدل

أو أنه يكون مباحاً لأي شخص فقط اشتراط المصلحة، بمعنى أن يكون ذا مصلحة في الطعن الدستوري كما في العراق. [١]

وكما تختلف الدول في آلية تحريك الدعوى الدستورية منها من يثيرها عن طريق الدفع الفرعي، في حين نجد على خلاف ذلك بعض الأنظمة يتم فيها الالتجاء إلى الطعن الاصلي. [٢]

ومن خلال ما تقدم والبحث فإن الملاحظ على الفقه الدستوري تقريبا قد أجمع على أن القضاء الدستوري ينظر فقط في دستورية القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، من غير أن يكون لها الحق في النظر في صلاحية القاعدة الدستورية، ويؤسسون في ذلك استناداً إلى كون أن المحكمة الدستورية هي في الأصل يتم تشكيلها استناداً إلى مادة دستورية في دستور الدولة ويمنحها الاختصاص والصلاحيات والتي هي تمارسها بدورها الوظيفي وبموجبها ولا يمكن لها أن تخرج عنها. [٣]

ويستنتج مما تقدم من الرأي السائد أن اوجه البطلان التي تشوب القانونين وتجعلها محل للبطلان من قبل المحكمة الدستورية إما بطلان شكلي او بطلان موضوعي، وفي أحيان أخرى تتوسع المحكمة في النظر في مدى تناسب القانون الصادر مع المواد الدستورية أو الاحتياج القانوني لها.

ويلاحظ هنا أن فكرة القضاء الدستوري وفق هذا الاتجاه تكاد تكون محصورة في اتجاه واحد هو "الانحراف في استعمال السلطة التشريعية"، التي اول من أشار اليها على المستوى العربي الفقيه الدكتور عبد الرزاق السنهوري. [٤]

---

(١) المادة (٩٣/ثالثا) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

(٢) د مصدق عادل طالب، مصدر سابق، ص٢٦.

(٣) محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٧، ص١٠

(٤) د. رمزي طه الشاعر، مصدر سابق، ص٧٢٨

وذلك في التشريع الصادر لابد أن يكون في أطار تحقيق المصلحة العامة، ولا يتوخى من تشريعه أي مصلحة خاصة، والا عد هذا انحرافاً تشريعياً أوجب على المحكمة الدستورية أن تقومه، أو قد يتجاوز الغرض الذي خصص لأجله، أو أنه يتجاوز على الحقوق والحريات العامة التي حددها الدستور. [1]

وهنا وفق هذا التوجه وما تقدم من البحث، فلا يمكن للقاضي الدستوري أن يتجه في التحرك وفق نظرية البطلان الدستوري، كونه محكوماً بنصوص الدستور ذاته التي هي في الأصل من أوجدت المحكمة والقاضي وهنا لا يستطيع أن يتدخل في النص الدستوري وإنما هو من يكون – النص الدستوري- هو الإطار المحدد لعمل القاضي الدستوري.

وكذلك يعتقد بعضهم أن القاضي الدستوري عند تطرقه لنظرية البطلان الدستوري فإنه سوف يقوم في صب أفكاره واملاءها على الدستور، وهذا التوجه في نظر المعارضين لفكرة البطلان الدستوري والذين لا يستسيغون هذه الفكرة كونها تعد مقيدة للأصول العامة التي هي منبعها الدستور والتقيد في هذه الأفكار، وهنا سوف يكون بطبيعة الحال من غير الممكن للقاضي الدستوري أن يصدر أمر او وجهة نظر إلى السلطة المؤسسة أو إلى أي سلطة معنية أخرى في هذا الشأن داخل الدولة.

(1) د. احمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، مصر، ١٩٦٠، ص٤٦

الفرع الثاني: القاضي الدستوري يتحول إلى مشرع فوق الدستور

مفهوم القضاء الدستوري يختلف من مكان إلى آخر ومن دولة إلى أخرى، ويعتمد ذلك على ما يعتنقه النظام الدستوري للدولة، فمن الممكن أن يلاحظ عليه في نظام معين أنه يضيق وينحصر إلى حد ما يجعل منه فقط أسلوب لممارسة تكون مهمتها فقط الرقابة على دستورية القوانين، من غير أن يمنحها شيئاً من المرونة والتوسع للخوض في مضامير أخرى. (١)

ولكن على العكس من ذلك نلاحظ أنه يتوسع وينفتح ويأخذ بالمفهوم الواسع له في القضاء الدستوري والذي لا يجعل من القاضي سوى أداة تنظر في النص الدستوري فقط وإنما يتوسع في اختصاصه ليشمل كافة الاختصاصات التي منحت له بموجب النصوص الدستورية والقانونية ولكنه يكون دائماً على استعداد في بسط اختصاصه الشامل ويمد يده من خلال نظر الدعوى الدستورية أو عبر تفسير الدستور وقد يكون في محاكمة رئيس أو أعضاء السلطة التنفيذية أو من يكون ضمن اختصاصها. (٢)

وهنا يلاحظ أن أغلب الدول المتمدنة يكون لها الفخر والاعتزاز بأن تكون لديها محكمة دستورية عليا يكون لها من الباع الدستوري والسيادة والنفوذ في بسط ولايتها على من يخالف الدستور حتى وإن كان في نفس الدستور أو أي قانون، ومن هذه المحاكم هي المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية التي تختلف عن جميع المحاكم الدستورية؛ وذلك لكونها تخرج عن كونها مجرد محكمة وإنما هي في الواقع كما يلاحظ عليها "ثلث الدولة"، ويؤدي مهام حساسة من خلال إيجاد الطريق السليم لأي ضائقة قانونية يمر بها الاتحاد وتوجيهها نحو بناء مستقبل قانوني أفضل للولايات المتحدة الأمريكية. (٣)

---

(١) د. محمد شفيق، القضاء الدستوري، منشورات المفوضية السامية لحقوق الانسان، تونس، ٢٠١٢، ص٦

(٢) د. محمد باهي أبو يونس، مصدر سابق، ص١١

(٣) د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٣٥

وقد انتشر بين رجال القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية لقضاة المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية وهو "ان الدستور هو ما نقرر نحن انه دستور" وهنا بحسب اعتقادي أنهم يرفضون أي أمور تكون بطبيعتها خارجة عن المحتوى الموضوعي للدستور أو أنها تمنع دسترة تشريعات أو قوانين أو تعديل دستوري، أما إذا كان خلاف ذلك فنحن نرى أنها انحرفت في ممارسة اختصاصها وجعلت من مركزها موقع أعلى من الدستور وهذا غير صحيح قطعاً. (١)

كما أن في الولايات المتحدة الأمريكية فإن المحكمة العليا تسلك لها نهجاً خاصاً بها فهي أكثر من مجرد محكمة فهي لا تقدر الواقع الدستوري فقط على حساب اليوم الذي تنظره، بل أنها تعين الطريق الدستوري الذي يجب على الولايات المتحدة أن تسلكه مستقبلاً. (٢)

وهذا هو جوهر ما نسعى الوصول إليه في هذا البحث في أن يكون للمحكمة الاتحادية العليا في العراق وفي جميع الدول هذا المسلك لتصلح الباطل وتدل عليه، وتوضح الطريق الدستوري الصحيح الذي من المفروض اتباعه لتجنب جميع أنواع البطلان في الدستور.

ولكن على أي حال فان الواقع القضائي للمحكمة الدستورية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية يعد نوعاً ما نموذجياً إذا ما قورن مع غيره، وإن هذا النفوذ في بسط الولاية هو ما يهمنا في موضوع بحثنا، في تكسير المحكمة العليا لقيود الدستور لقواعدها الباطلة، وخير مثال على ذلك هو موضوع التعديل الدستوري، إذ هنا يتبادر إلى الذهن هل يمكن للقاضي الدستوري أن تمتد رقابته إلى التعديل الدستوري ام لا؟ هل يمكن أن يعد من ضمن اختصاصاته؟ وهنا للإجابة على هذه الاسئلة يجب وضع فرضيات للموضوع لنتمكن من الاجابة عليه بكل دقة، كما لابد لنا من أن نعرف هل هناك نص دستوري يقر

---

(١) د. محمد شفيق، مصدر سابق، ص٢٨

(٢) Zuckert, Michael P. “Completing the Constitution: The Fourteenth Amendment and Constitutional Rights.” Publius 1992, p 73.

أو يمنح القضاء هذا الاختصاص، فإن كان هناك نص دستوري على ذلك فليس هناك أي مشكلة وهنا تظهر إرادة المشرع الدستوري واضحة في إمكانية رقابة القضاء على التعديل الدستوري وهذا يعد بمثابة اطلاق واضح وصريح لسلطة القضاء الدستوري على هذا النوع من الرقابة، ومن هذه الدساتير التي نصت بشكل واضح وصريح هو دستور تركيا لسنة ١٩٨٢ والمعدل لسنة ٢٠١١، والذي أخذ بصورة صريحة على إمكانية رقابة المحكمة الدستورية على التعديل الدستوري وفقاً لما جاء في المادة (١٤٨). [١]

يمكن لنا أن نلاحظ موضوع البطلان في الدستور الأمريكي ولكونها دولة فيدرالية اتحادية فإن واقع الحال يفرض أن يكون الدستور الفيدرالي هو المتفوق على دستور الولايات. [٢] وأي قاعدة دستورية تصدر خلاف الدستور الفيدرالي يكون مصيرها البطلان، وهذا يلاحظ في بطلان القرارات الدستورية في ولاية كنتاكي وفيرجينيا في عام ١٧٩٨ من قبل (توماس جيفرسون وجيمس مارسيسون) ووضع حد لهذه المخالفات الدستورية عبر ابطالها بقرارات للمحكمة الاتحادية، وقد استند في ذلك على الدستور الأمريكي وعدم احتواءه على أي جملة تعطي أو تمنح القدرة على مخالفة الدستور الفيدرالي. ومن الأمثلة على ذلك عند إقرار التعديل الدستوري في ولاية بنسلفانيا على قانونها الأساس والذي يقضي رفض تطبيق قرارات المحكمة العليا إذا كانت مخالفة لدستورها ويعد قرار المحكمة باطلاً، ومع ضغوط الاتحاد فشلت محاولات بنسلفانيا في ابطال حكم المحكمة الفيدرالية، واعتبر هذه المادة باطلة واضطرت إلى الغاءها. [٣]

---

(١) نص المادة (١٤٨) من دستور تركيا لسنة ١٩٨٢ المعدل (تراجع المحكمة الدستورية القوانين والمراسيم التي لها قوة القانون، والنظام الداخلي للجمعية الوطنية الكبرى لتركيا من حيث الدستورية، شكلا وموضوعا، وتفصل في الطلبات المرفوعة لها فرادى. وتراجع المحكمة التعديلات الدستورية وتتحقق من صحتها من حيث الشكل فحسب. ولا يمكن الطعن امام المحكمة الدستورية ضد المراسيم التي لها قوة القانون التي تصدر أثناء حالة الطوارئ او الاحكام العرفية او في زمن الحرب، بسبب عدم دستوريتها، شكلا وموضوعا...)

(٢) المادة (٣) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧

(٣) An article by Justice William O, interposition and the Peters Case,1959.

كما يلاحظ أيضاً من ضمن الدساتير التي نصت على صلاحية المحكمة الدستورية في النظر بتعديل الدستور هو دستور رومانيا لسنة ١٩٩١ والمعدل سنة ٢٠٠٣، وهذا وفقاً لما جاء في المادة (١٤٦) في الفقرة الأولى منها ويلاحظ أن المحكمة الدستورية الرومانية قد مرت بنظر هذا النوع من الطعون لثلاث مرات في السنوات (١٩٩٦،٢٠٠٠،٢٠٠٣) وكان حكمها بعدم دستورية التعديل في السنوات (١٩٩٦،٢٠٠٠). [١]

كما يلاحظ في مصر هناك مبدأ مهم نهجته المحكمة الدستورية العليا ألا وهو أن الاستفتاء على النصوص، سواء أكان تعديلاً دستورياً أم قانوناً أساساً أم غيرها، فإن هذا الاستفتاء لا يطهرها ولا يحول دون إمكانية الطعن بها ونظر مدى مشروعيتها. [٢]

وهنا وفق هذا الفرض فإن المحكمة لا تجد أي مشكلة في إصلاح وتعديل القاعدة الدستورية الباطلة وتسليط الضوء عليها وإقرار بطلانها واجبار الجهة المختصة على تعديلها بعد صدور قرارها بالبطلان.

أما إذا لم يكن هناك نص صريح على رقابة القضاء على التعديل الدستوري، أي أن الدستور قد لازم الصمت اتجاه هذه الرقابة، فهنا لا يكون هناك حق صريح للقاضي الدستوري ولكن هنا يتم الركون إلى طبيعة النظام القضائي في الدولة، فبعض الدول تتمتع بنظام قضائي عام له ولاية اشبه بالمطلقة، مثال ذلك الولايات المتحدة الأمريكية فهي ليست بحاجة إلى أن تأخذ اختصاص لها من الدستور فهي تنظر كل قضية تحتاج إلى التدخل بها، وتؤدي واجبها واختصاصها، ومنها حكم المحكمة العليا الأمريكية في الرقابة الدستورية التي أثيرت في تعديل دستور ولاية ماساشوستس الأمريكية والتي صدر الحكم فيها برفض التعديل لمخالفته لحرية الصحافة والرأي. [٣]

---

(١) د. رمزي طه الشاعر، رقابة دستورية القوانين مع دراسة تحليلية للعطاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٢٢٠

(٢)د. عبد الفتاح مراد، مصدر سابق، ص٢٩.

(٣) وثيقة أساسية تشكل جزءا من تقارير الدول الاطراف في الولايات المتحدة الأمريكية، تقرير رسمي منشور على الموقع الالكتروني www.2.ohchr.org

يضاف إلى ما تقدم، فإن الرقابة يمكن أن تمتد إلى أمر مهم جداً، والذي يكون هو في الغالب مطلب جماهيري أي أنه معبراً عن إرادة المواطن، ألا وهي القوانين الاصلاحية [١]، التي من الممكن جداً أن تأتي مخالفة للدستور بوصفها أضحت حاجة ملحة تتطلب إصدارها، ولكن هل من الممكن أن تطولها الرقابة الدستورية؟ للإجابة على هذا السؤال فإن هناك احتمالين الأول هو بكل تأكيد سوف تطولها الرقابة الدستورية على اعتبار أنها كانت تخالف الدستور النافذ ومن اختصاصها فرض رقابتها عليها.

أما الاحتمال الثاني هو أيضاً لا يختلف عن سابقه في صلاحياتها لنظر الطعن، إلا أنه يتلاقى مع مفهوم البطلان في نظر القاعدة الدستورية عبر أمر مهم هو عدم عرقلة حركة الاصلاح ومسايرة المنطق الذي دفع إلى سن هذا القانون فهنا من الممكن للقاضي حتى وإن كان يخالف الدستور يجب أن يوصي بعدم صلاحية الدستور لكونه – الدستور- أضحى غير منسجم مع الواقع الفعلي مما يجعل الحاجة ملحة إلى تعديله كونه أصلا أصبح باطلاً. [٢]

لكن هنا لاعتقادنا أن هذا الموضوع لا يكون على ما هو عليه إذ ما اختلفت السلطة القائمة بهذا العمل، إذا كان عن طريق مجلس النواب أو تم عن طريق السلطة المؤسسة، فان الأمر في الاحتمال الثاني يكون على مستوى أعقد على اعتبار أن السلطة المؤسسة تكون صلاحياتها أعلى من السلطة المؤسسة المنشأة (السلطة التشريعية) فيما يخص الدستور وتكون معبرة عن إرادة جماهيرية لاسيما إذا كانت منتخبة إضافة إذا ما تم الاستفتاء عليها من قبل الشعب، فيكون من الصعب جداً توجيه البطلان نحوها، إلا ما ندر في حالات تكون فيه حالة البطلان واضحة فيمكن التدخل بما أقرته السلطة التأسيسية. [٣]

---

(١) د. سامر مؤيد عبد اللطيف، التأسيس الدستوري للحكم الرشيد دراسة مقارنة، دار الوارث للطباعة والنشر، العراق، ٢٠١٩، ص٤٤

(٢) د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الدراسات الجامعية، مصر، ١٩٧٨، ص٥٤

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين: المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠٠٨، ص١٠٤

كما وإن من ضمن الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها القاضي الدستوري، ونحن في مناسبة عرضها لما لها من أهمية بالغة في القانون الدستوري عامة والدستور العراقي خاصة، ألا وهي حالة امتناع المشرع، أي في حالة معالجة الدستور لحالة معينة واحالة الموضوع لتشريع قانون يشمل كل تفاصيل الحالة إلا أن المشرع يمتنع عن الاستجابة إلى إرادة الدستور، فهنا سوف نواجه مشكلة كبيرة تؤدي إلى اختلال النظام القضائي وذلك لكون أن المشرع امتنع عن تشريع قانون مكمل للمنظومة القضائية والقانونية بصورة عامة لهذا سوف يؤدي إلى عدم فصل القاضي العادي في أي نزاع متعلق بنفس الموضوع، وهنا لا يكون بوسع أي شخص غير القاضي الدستوري أن يخرجنا من هذه الدائرة، ومثال ذلك في دستور العراق لعام ٢٠٠٥ منع الدستور كل من يمتلك جنسية أخرى من أن يتولى منصباً سيادياً أو امنياً رفيعاً إلا بعد أن يتخلى عن الجنسية، وأحال أحكامها إلى قانون ينظمه المشرع إلا أن المشرع منذ عام ٢٠٠٥ ولحد كتابة هذه السطور ممتنع عن تنفيذ قانون يعالج هذه المسألة. [١]

وبالنتيجة فإن عدم تنظيم القانون أوقعنا في مخالفة دستورية عبر تولي مزدوجي الجنسية لهذه المناصب التي حظر المشرع الدستوري عليهم تبوأها، وكذلك عدم تشريع قانون النفط والغاز [٢] الذي يعد أيضاً من القوانين الجوهرية في البلاد، وهنا لا يمكن أن تعالج إلا عبر تدخل القاضي الدستوري، وباعتقادنا يمكن له ذلك من خلال التعرض لها وتنظيمها بشكل جزئي ولو كان مبسط عبر قراراتها أو على أقل تقدير التصدي إلى الموضوع المعروض أمامها ومعالجته ومن ثمّ يمكن الركون إلى هذه القرارات في تطبيق القانون المراد. [٣] ولكن هنا وفق توجهنا في البطلان الدستوري فقد يعتقد البعض أن

---

(١) المادة (١٨/رابعا) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

(٢) المادة (١١٢/اولا) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

(٣) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٣٨/ اتحادية/ ٢٠١٩ والقاضي بعدم دستورية المادة (٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ ومخالفته لأحكام المادتين (٩١/ثانيا و٩٢) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ والاشعار إلى مجلس النواب بتشريع مادة بديلة لها في قانون المحكمة الاتحادية العليا. "المصدر الموقع الرسمي لمجلس القضاء الاعلى"

القاضي فوق الدستور الذي ننادي به أن يظهر في حالات خاصة، فإنه سوف يملي علينا وعلى الدستور نفسه أفكاره وآراءه الدستورية؛ فكيف لنا التخلص من هذه المشكلة؟

في بادئ الأمر نتطرق أولاً إلى من هم قضاة المحكمة الدستورية، هم في الغالب من القضاة المخضرمين والمشهود لهم بالرصانة العلمية وأساتذة القانون الدستوري أيضاً من المشهود لهم بالكفاءة والرصانة العلمية وإن كان هناك بعض الدساتير تدخل اشخاص آخرين في هذه التشكيلة مثل فقهاء الدين كما في دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ [١] أو رئيس الجمهورية السابق [٢] كما في فرنسا إلا أنها حالات شواذ والأصل لا تخرج تشكيلة المحكمة عن هذين القطبين، كما وإن أي دستور في العالم من الذي يرى أنه دستور جيد أو متميز أو أنه دستور تشوبه الاخطاء أو أنه غير صالح؟ هم أساتذة القانون الدستوري وفقهاؤه ، وذلك قطعاً عبر اسناد ذلك إلى أسس علمية ودستورية صحيحة، ولهذا فان الفقه الدستوري هو في أغلب الأحيان يكون فوق الدستور، وفي الغالب فإن تعبير القاضي فوق الدستور يطلق على أساتذة القانون الدستوري كونهم يتمتعون في فضاء واسع ومطلق للبحث والنقد وتقويم الخطأ، وفي الغالب ما يكونوا هم ذاتهم قضاة في المحكمة العليا الدستورية أو المحاكم الإدارية بحكم ممارسة عملهم الاكاديمي وما يتمتعون به من بصيرة علمية يمكن أن يتم عبرهم تسليط الضوء على بطلان القاعدة الدستورية في أحيان وفي أخرى إصلاحها.

وهنا في سياق البحث يتبادر إلى الاذهان سؤال هو هل أن الفقه الدستوري هو بطبيعته يمكن أن يحسب على الجانب العملي أم أنه نظري؟

للإجابة هنا على السؤال بدقة لابد لنا أن نميز بين موقعين للفقيه، الاول إذا كان قاضياً دستورياً فهنا يحسب على الجانب العملي بحكم ممارسته لعمله بوصفه قاضياً دستورياً، أما إذا لم يكن كذلك فإنه يكون نظري وهذا الموقع أيضاً يعتبر كنهر رافد للجانب العملي

---

(١) المادة (٩٢/ثانيا) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥
(٢) المادة (٥٧) من دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ المعدل

وليس بمعزل عن الوسط الدستوري فمن هذه الدراسات يرحق القاضي الدستوري قراراته. [١]

ويمكن لنا أن نضيف احتمال ثالث يجمع فيه الفقيه الدستوري الصفتان معاً وهي إذا كان عضواً في الجمعية التأسيسية المختصة في كتابة الدستور فيكون هنا حدث طارئ يمكن من خلاله أن يجسد كل خبراته في صياغة الدستور ليظهر بأبهى صورة بالجانب العملي.

وهنا يمكن لنا أن نخلص إلى نتيجة مهمة في خصوص نظرية البطلان في القانون الدستوري ألا وهي أن القانون الدستوري يتضمن جزاءات على مخالفة أحكامه ألا وهي بطلان القاعدة الدستورية ومن غير الممكن أن يتم الاطلاق على عدم وجود جزاء دستوري. وهنا يمكن القول إن الدستور أو ما يمكن أن يعتبر دستورياً هو ما يقره أساتذة القانون الدستوري استنادا إلى أسباب علمية ودستورية صحيحة مستندين على مصادر دستورية رصينة والتي منها المعايير الدولية للدساتير والعرف والسوابق الدولية منها والداخلية واحكام القضاء الدستوري أيضا الداخلية والدولية وبهذه الوسائل والحنكة العلمية يمكن للفقيه الدستوري من الحكم على صحة وبطلان القاعدة الدستورية.

وهنا يتضح لنا أن القاضي فوق الدستور – ليس بالمعنى اللفظي - وإنما عبر الآراء التي هي في الغالب تكون مبنية على أبحاث علمية وتجارب دولية وغالباً معززة بقرارات داخلية ودولية تعنى في الشأن الدستوري، لهذا فمن المنطقي جداً أن يوجه الدستور ويقر ببطلان قاعدة دستورية معينة شكلية أو موضوعية في الدستور. [٢]

أما بخصوص الافكار السياسية والتوجهات الدينية والموجات والمواجهات العامة لمجتمع معين فهي ملك لذلك المجتمع وأمر تنظيمها يعود لهذا المجتمع؛ لأن دور القاضي فوق

---

(١) د. رفعت عيد السيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مقدمة مع القضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٩٩

(٢) د. عبد الفتاح مراد، موسوعة شرح الدستور المصري الجديد لسنة ٢٠١٢ والتشريعات المكملة له، الطبعة الاولى، ٢٠١٢، ص٣٤

الدستوري يكون فقط مقتصراً على الأصول العلمية الصحيحة وفقاً لعلم القانون الدستوري، مثال ذلك في العراق فإن الوضع الديني للأغلبية المسلمة والأصول العربية والأعراف تفرض وضع معين على المشرع الدستوري قطعاً تختلف عما يفرض على المشرع الدستوري في فرنسا مثلاً بسبب الاغلبية الدينية المسيحية والأصول الأوروبية وعاداتهم وأعرافهم. [1]

(1) فيبي مار، من هم قادة العراق الجدد؟ ماذا يريدون؟، بحث منشور في مجلة معهد السلام الأمريكي، واشنطن، ٢٠٠٦، ص٧

المبحث الثاني: آثار وتأثير بطلان القاعدة الدستورية

قد يكون النظام الدستوري في دولة ما هو نتاج اختيار وإرادة مجموعة معينة تضع قواعد وأسس وفق ما تراه، وهذه قد تكون هي القابضة على السلطة أو السلطة التأسيسية ولكن هل من الممكن أن تكون هذه السلطة هي قد وضعت الدستور المثالي؟ أم أنها أرست قواعد لا تحتاج إلى تعديل؟ بالتأكيد الجواب لا بل قد يسهو أو يقصد إلى وضع قاعدة دستورية باطلة في بعض الاحيان، أو قد تكون صحيحة ولكن مع مرور الوقت تطرأ عليها أمور تجعلها بحاجة إلى الاصلاح أو تجعلها باطلة، أو تكشف عنها أمور تجعلها باطلة، وهنا يمكن أن تكون مجموعة الظروف والوقائع التي تحيط في النظام السياسي يكون لها الأثر الواسع والمهم في موضوع البطلان الدستوري، وما لها من تأثير في مجال السعي نحو إصلاح هذا البطلان، وما يكون للإصلاح من تأثير على ما نتج عن هذه القاعدة الدستورية الباطلة، سواء أكان هذا الأمر يتعلق بأمور سابقة على إصدارها أم لاحقة لها، أو أقرت من خلالها. وهذا ما سيتم تناوله في مطلبين، يكون المطلب الأول مخصص لآثار بطلان القاعدة الدستورية، بينما سيكون المطلب الثاني خاصاً بتأثيرها على بطلان القاعدة الدستورية.

المطلب الأول: آثار بطلان القاعدة الدستورية

القانون الدستوري لم يتناول بصورة عامة البطلان بقوة القانون، بمعنى يجب أن تكون هناك سلطة توجه الضوء نحو الدستور أو القاعدة الدستورية، وهذه السلطة سواء كانت هي التي تقر البطلان أو هي التي تصلح البطلان أو تكشف البطلان إلا أنه في الواقع يجب أن تكون هناك سلطة للبطلان، وفي حال باشرت هذه السلطة اختصاصها وأضحى الدستور أو قاعدة منه باطلة فإنها سوف ترتب آثاراً كلية أو جزئية، وهذه الآثار بدورها سوف تنعكس على أعمالها في الماضي أو في المستقبل، وهنا قد يؤدي إلى نتيجة مفادها إن القاعدة الدستورية كأنها لم تكن، وهذه الآثار وإن كانت منصبة على القاعدة الدستورية إلا أنها لا تقتصر عليها وحدها، فأثرها سوف يمتد إلى ما سبقها وإلى ما لحقها؛ كوننا قد ذكرنا سابقاً أن القاعدة الدستورية لا تولد مستقلة، وهذا ما سنتناوله في البحث عبر هذا المطلب في فرعه الأول، وهو الآثار على ما سبق القاعدة الدستورية وفي الفرع الثاني الآثار على ما لحق القاعدة الدستورية.

الفرع الأول: آثار بطلان القاعدة الدستورية على ما سبقها

البطلان يكون في حد ذاته هو جزاء؛ وهذا ما توصلنا إليه فيما سبق وإن كان هناك آراء خفية تخالف هذا الاستنتاج، وهذا الجزاء لم يكن يترتب ولا يوقع على أي قاعدة دستورية إلا نتيجة لعيب أو خطأ والذي أثر ونال من صحة هذه القاعدة الدستورية. ولهذا يلاحظ أن الاجراءات التي سبقت البطلان يصعب امتداد أثره اليها، وذلك لكونها في الأصل هي صحيحة قانوناً [١] ، مثال ذلك إذا كانت السلطة التأسيسية في طريقة وجودها هي صحيحة ولا يشوبها أي عيب دستوري أو قانوني، ولكن السلطة انحرفت في وضعها للدستور عبر زجها لقاعدة دستورية باطلة في الدستور، فهنا وجود البطلان لا يمتد أثره إلى ما سبقه ليبطله، وهذا على فرض أن السلطة التأسيسية ليس جميعها انحرف في وضع القاعدة الدستورية الباطلة مثال ذلك كما في دستور العراق لعام ٢٠٠٥ كانت كتابته من خلال لجان، وهذه اللجنة المختصة في جزء معين لا يمتد أثرها إلى باقي اللجان. ولكن على الرغم من أن هناك إجراءات تكون سابقة أو حتى في أحيان تكون معاصرة فمن الممكن أن يمتد اليها أثر البطلان، وهذا يحدث في العادة في حالة وجود ارتباط بين القاعدة الباطلة وما سبقها وهذا الارتباط يؤدي بطبيعة الحال إلى امتداد أثر البطلان ليطوله. [٢]

ولهذا يرى جانب أو اتجاه آخر من الفقه أن البطلان في قاعدة يؤدي بالنتيجة في بطلان العمل السابق عليه وهنا يعني أن العمل اللاحق يؤثر على العمل السابق، وهذا يتحقق متى ما كان هذا العمل هو شرطاً أساسياً أو عنصراً من عناصر العمل، وتتحقق هنا رابطة وثيقة بين السابق واللاحق. [٣]

---

(١) جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٥٦، ص٨٤

(٢) سوزان محمد شحادة، العيب الجوهري وأثره في بطلان الاجراءات القضائية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا، عمان، ٢٠٠٩، ص٤٦

(٣) د. فتحي والي، مصدر سابق، ص٨٥٣

وقد سعى الفقه إلى إيجاد معيار يمكن من خلاله التمييز بين العمل الذي يكون مرتبط أو غير مرتبط، وهنا اختلف الفقه في ذلك لأنها قد أثارت مشكلة على مستوى عالٍ من الدقة في معرفة هل العمل اللاحق مستقل عن العمل السابق؟ أم أنهما مرتبطان ولهذا سوف نستعرض أوجه الاختلاف في الآراء الفقهية:

الرأي الاول: اتجه هذا الرأي إلى اشتراط أن يؤثر العمل الباطل في الأعمال اللاحقة له، وقد اشترط أن تكون هذه المخالفة القانونية التي أبطلت لها شأن وتأثير على الأعمال اللاحقة، ولكن أضاف هنا من شروطها أن يكون هذا التأثير جوهرياً. وبهذا الشكل فيمكن أن يعد هذا العمل مرتبطاً ومؤثراً. ولكن من أجل التضييق من دائرة هذا النوع وفق هذا الرأي يجب أن تكون علاقة تساند وارتباط بين الإجراءات التالية والإجراء الباطل وليس التأثير فيها فقط. ومن الفقهاء الذين تبنوا هذا الرأي الفقيه بنيان. [١]

الرأي الثاني: يبتعد هذا الرأي عند سابقه بعض الشيء، وذلك لكونه اشترط أن يكون العمل الباطل وحده مصدراً للعمل التالي الذي يليه، أي بمعنى أنه يجب أن يكون هذا شرطاً معتبراً له. وبهذا يمكن له أن يحقق الارتباط وهذا الرأي يمثله الفقيه (مانزيني) هو الذي نادى بتبني هذا التوجه في موضوع البطلان. مثال ذلك بطلان تشكيل السلطة المؤسسة سواء أكانت أصلية أم أنها مشتقة فإنه بالنتيجة لا يمكن الإبقاء على المسودة التي صدرت عنها ولا يمكن اعتمادها أو التعويل عليها. [٢]

الرأي الثالث: مع توسع البحث عن الآراء التي تتعلق بموضوع الارتباط يمكن أن نذكر رأياً فقهياً ثالثاً وقد تبناه كلاً من (مورتار) (وجلسي) والذي يعتبر أن العمل اللاحق مرتبطاً بالعمل السابق إلا إذا كان الأخير هو في حد ذاته مقدمة ضرورية وأساسية لصحة العمل التالي له، ويلاحظ على هذا الرأي أنه يقترب من الرأي الثاني إلا أنه في الواقع يختلف عنه وذلك من خلال أن الرأي الثاني يكون مستند على أساس منطقي يؤيد وجود

---

(١) أسامة الكيلاني، مصدر سابق، ص٧٩

(٢) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص٣٨٣

الارتباط والترابط بين العملين بينما يلاحظ في هذا الاتجاه أنه يستند على أساس قانوني بحت واعتبار أن هذا العمل هو مقدمة للعمل اللاحق ولا يمكن أن يتم بدون اتخاذ هذا العمل حتى يتحقق الارتباط بين العملين، بمعنى آخر أنه من غير الممكن أن يتم أي عمل بمعزل عن العمل الآخر وبهذا فإن هنا تحققت حالة بطلان العمل الأول والتالي له الذي استند في بنيانه عليه. وهنا وفق هذا الرأي فإن مسألة الارتباط تكون أمر مفترض مسبقاً لصحة العمل التالي الذي يليه، متى ما بطل السابق بطل اللاحق. (١)

وهنا يلاحظ أنه يجب أن يكون العمل المؤدي إلى بطلانه، وهنا يقصد بصورة عامة سواء أكان سابقاً أم لاحقاً، في حالة قطع الارتباط بين الإثنين لا يؤدي إلى بطلان العمل الآخر، والذي هو غير مرتبط به ولا يؤثر عليه في حالة إقرار بطلانه.

كما تجدر الاشارة إلى أمر مهم في القانون اعتاد العمل عليه في الأوساط القضائية والقانونية ألا وهو "التحول"، أي بمعنى تحول العمل الباطل إلى عمل صحيح وهي نظرية عامة في القانون من الممكن تطبيقها على جميع الأعمال القانونية وفي جميع فروعها، وهذه النظرية نجد أساسها في الفقه الألماني والذي يعد هو من الأوائل في استخدامها. (٢)

ومحور الاستفادة من هذه النظرية هو تحقق شرط صحيح من الشروط ليحقق تحول الإجراء الباطل وجميع عناصره إلى آخر صحيح، وبهذا يمكن أن يتحول العمل القانوني من باطل إلى صحيح. (٣)

---

(١) د. فتحي والي، مصدر سابق، ص٨٤٨

(٢) د. احمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٦٨

(٣)محمد صبري، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية، جامعة قسنطينة، السنة الاولى، العدد الاول، جويلة، الجزائر، ١٩٨٢، ص٧٣.

ويلاحظ وجود هذه النظرية في القانون المدني وما يخص العقود وتحولها من باطلة جميعها، أو جزء أو بند أو شرط معين من باطل إلى صحيح بطرق متعددة، منها إجازة الأطراف أو تصحيح الباطل منها وقبول الأطراف على الباقي وصحة العقد. (١)

كذلك نجدها في القانون الإداري والعقود الإدارية ولكن بادئ ذي بدء يمكن أن نقول إنه في موضوع العقود الادارية فإن الموضوع مختلف بعض الشيء وذلك لكون أن العقود -الادارية- تكون ذات طبيعة خاصة كونها تعالج احتياجات خاصة ألا وهي المرفق العام، ولهذا فإن ما يطبق عليها هو قواعد القانون الاداري، والذي يختص كذلك في نظر الطعون الخاصة بها هو مجلس الدولة في أحيان كثيرة. لذا فان وجود فكرة التحول في العقود الادارية وفي التصرفات الادارية الباطلة وجد أصلاً للتخفيف من شدة الآثار القاسية للبطلان في هذا المجال، والذي يعد هو بالأصل استثناء على المبدأ العام في انعدام العقد نتيجة البطلان، ولكن هذا التحول من أجل أن يكون صحيح يجدر به عدم المساس بالغاية الاقتصادية التي يستهدفها العقد، وبمن ثمّ فيمكن أن يكون هناك تحول في العقد الباطل بإرادة الأطراف لاسيما إرادة الادارة وذلك باعتبارها الطرف الأقوى في العقود الإدارية. (٢)

ولكن في الواقع نلاحظ أن جانباً من الفقه جاء بقاعدة عامة بشأن الأعمال السابقة على أي عمل باطل ونادى بأن العمل السابق بصورة عامة لا يتأثر بالبطلان، متى ما كانت هذه الأعمال قد تمت بصورة صحيحة بعيدة عن أي مخالفات (٣) يلاحظ ايضاً أن جانباً آخراً من الفقهاء يتجه اتجاهاً آخر وينادي على خلاف ذلك ويذهب إلى عدم الأخذ بهذه القاعدة على اطلاقها، إذ أن هذا الاطلاق لا يجد طريقاً له من الصحة في جميع الحالات وذلك لكون أن العمل اللاحق من الممكن أن يؤثر على العمل السابق فيؤدي بالنتيجة إلى

---

(١) جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص١٣٤

(٢) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص٤٤١

(٣) د. عليوة مصطفى فتح الباب، البطلان والانعدام في القرار الاداري: دراسة مقارنة مصر والدول العربية، دار سعد سمك، القاهرة، ٢٠١٤، ص١٣٤

بطلانه، وهذه هي الرابطة التي تكون تكاملية لا يمكن قيام أي عمل بدونها أي لا تقوم بمفردها فهي تكاملية وتكمل إحداهما الاخرى. وفي هذه الحالة يكون البطلان عبارة عن جزاء مركب يطول كل من العمل الباطل والعمل السابق له. [١]

وبالنتيجة يخلص من ذلك إلى أنه في حال وجود ارتباط أو امتداد للعمل الباطل مع سابقه يجعل منه عملاً باطلاً أيضاً حتى وإن كانت أعماله جميعها قد تمت على أساس صحيح.

الفرع الثاني: آثار بطلان القاعدة الدستورية على ما لحقها

نفهم مما سبق تناوله في الفرع الأول أن العمل الدستوري إذا كان باطلاً ابتداءً فإنه لا يؤثر على صحة الأعمال السابقة فإن النقيض على ذلك أن العمل الدستوري الباطل يؤثر ويؤدي إلى بطلان الأعمال اللاحقة له على أساس أنها استندت على عمل دستوري باطل أو أنها كانت بالأصل باطلة للارتباط المباشر بينها وبين العمل اللاحق، ولهذا فأنها تعتبر باطلة بالتبعية للعمل السابق لها إذا أبطل وتكون هي أيضا بالنتيجة باطلة. [٢]

وكذلك أيضاً نجد نفس هذا الأمر متواجداً في الفقه الإسلامي؛ إذ من المقرر في الفقه الإسلامي أن التابع يسقط بسقوط المتبوع، وكذلك فإن الفرع يسقط إذا ما سقط الأصل، وهنا يمكن أن نطبق القاعدة الفقهية ما بني على فاسد فهو فاسد. ولهذا يلاحظ أغلب الفقهاء يعتبر أن العمل اللاحق وبالأصل باطل بسبب العمل السابق. [٣]

ومن الجدير بالذكر أن من الممكن للسلطة المختصة في إقرار البطلان أن تتوسع في ممارسة عملها القانوني فيما يخص الآثار المترتبة على بطلان القاعدة الدستورية عبر فرض الجزاء عليها وإلغاء جميع الإجراءات، سواء أكانت السابقة منها أم اللاحقة؛ على

---

(١) د. حامد الشريف، بطلان الحكم في المواد الجنائية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٣، ص٢٤٧
(٢) د. فتحي والي، مصدر سابق، ص٨٥٤
(٣) احمد محمد الحفناوي، مصدر سابق، ص١٨٤

اعتبار أن الاجراءات المترتبة أو المستندة إليها القاعدة الدستورية هي متصلة بحالة البطلان. [١]

ففي هذه الحالة فإن العمل الدستوري لا يمكن أن يعتبر عملاً قانونياً وإنما هو لا يعدو إلا أن يكون واقعة مادية وقعت أو في أحسن تقدير توصف بأنها سوف تكون واقعة قانونية غير صحيحة، وبالنتيجة يتم بطلان القاعدة الدستورية هي وأعمالها السابقة واللاحقة. [٢]

وهنا في مضمار البحث في البطلان الخاص بالأعمال اللاحقة فلابد من التطرق إلى موضوع يتبادر إلى الذهن بخصوص طبيعة هذا البطلان الذي يترتب عليه بطلان الأعمال السابقة أو اللاحقة أو كلاهما، وهل هذا البطلان بطبيعته منشأ أم أنه كاشف؟ بمعنى آخر هل هو كاشف لحقيقة العمل الباطل أم أنه منشأ لوصف جديد؟

للإجابة على هذا السؤال يتوجب علينا أن نبحث في الأصل هل أن البطلان موجود أم لا؟ وهنا في حالة بطلان القاعدة الدستورية فإن جهة تحديد البطلان لا يمكن لها أن تتدخل في أي موضوع اجرائي أو موضوعي تم مسبقاً، بمعنى آخر أنها إجراءات سابقة قد تم بالأصل مباشرتها بطريقة معيبة، أي أنها منذ نشأتها وهي غير صحيحة ومن ثمّ فإن هذا الإجراء غير الصحيح أثر على العمل في تقرير بطلانه. [٣]

وهنا يتضح لنا أن البطلان هو كاشف لحقيقة موجودة أصلا وتم مباشرتها ولا يتم انشاء وصف جديد للعمل، أي أن البطلان هو كاشف وليس منشأ.

كما ويلاحظ أيضاً إذا كان البطلان منصباً على عمل قانوني معين والذي يعد جزء من أعمال إعداد القاعدة الدستورية، وكان هذا العمل مستقلاً بحد ذاته من غير أن يكون مرتبطاً بأي عمل آخر، فإن البطلان ينصب عليه بذاته من غير أن يمتد أثره إلى السابق

---

(١) جواد الرهيمي، البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦، ص١٦٣

(٢) لمياء بن زهرة، مصدر سابق، ص٢٠

(٣) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص٣٦٧

واللاحق من الأعمال المكملة له. وبهذا فمن الممكن أن يتحقق البطلان في إجراء معين مثال ذلك بطلان الاستفتاء الدستوري لا يؤثر على نص الوثيقة الدستورية التي أعدت بصورة صحيحة، وإنما البطلان يكون منصباً على ذات العمل القانوني والمتمثل بالاستفتاء وبهذا لا ينسحب إلى الأعمال السابقة أو اللاحقة له. [١]

وكذلك مثالها في دستور العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (٨٠) والمتعلقة بصلاحيات مجلس الوزراء فإن المادة بحد ذاتها صحيحة ولكن إضافة الفقرة (سادساً) على المسودة المستفتى عليها يجعل منها فقره باطلة وقد حشرت لاحقاً لإجراءات إقرار الدستور. [٢]

وخير دليل على أنه له طبيعة كاشفة كونه وفي أغلب الاحيان يكون البطلان واقع في مسألة متعلقة بالنظام العام، ويأتي البطلان ليكشف هذا الأمر. [٣]

وفي بعض الأحيان يثار معيار مهم في مسألة التأثير في حالة تقرير البطلان على الاجراءات اللاحقة، ألا وهو معيار السببية بينما تم تقرير بطلانه وما لحقه من إجراءات أخرى، وهنا يشترط أن يكون الاجراء المتخذ لاحقاً هو في الأصل السبب لوجود أو حدوث هذا العمل، بل وفي أحيان يكون هو شرطاً لصحة العمل، فهنا سوف تثور العلاقة السببية، مثالها إذا تم بطلان الاستفتاء فإن النشر يكون باطلاً لوجود علاقة سببية ألا وهي إقرار الدستور ومن ثمّ يجب نشره وفي حالة بطلان هذا الإجراء السابق الذي يكون المكمل للأجراء اللاحق ألا وهو النشر، فيكون النشر أيضاً باطلاً. [٤]

وفي بعض الأحيان يركن إلى استخدام التدليس الدستوري؛ والمقصود هنا بالتدليس الدستوري كتمان العيب أو إخفاء ما يستوجب أو يثير الرفض أو الاستهجان، أو السكوت عمداً على واقعة مرفوضة في مجتمع ما، وهنا يلاحظ فيما يخص دستور مصر المُلغى

---

(١) د. رمضان جمال كامل، مصدر سابق، ص٤٨٤

(٢)المادة(٨٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ تنص على (.... سادسا – التفاوض بشان المعاهدات والاتفاقيات الدولية، والتوقيع عليها، او من يخوله).

(٣) أسامة الكيلاني، مصدر سابق، ص٧٤

(٤) إيهاب عبد المطلب، مصدر سابق، ص٢٨٥

لسنة ٢٠١٢ والذي نص في المادة (٢١٩) [١] منه والتي جاء الغرض منها هو ما تم ذكره في المادة (٧٦) [٢] ، إذ جاء في محتواها لا عقوبة إلا بنص، وبالتالي يكون هنا المقصود منها الارتباط بين هذه المواد لتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فيما يخص الحدود واحتواءها على التدليس الواضح واستخدام فرق المسافات بين المواد في إيرادها في الدستور من أجل ايهام القارئ وعدم كشفها.

كما وأن هناك رأياً آخر بخصوص بطلان العمل اللاحق، إذ هنا استوجب وفق هذا الرأي أن يكون هذا العمل الباطل هو في حد ذاته مصدر للأعمال اللاحقة التي تليه بحيث إذا لم يكن هناك بطلان فإن الأمر يضحى على غير ذلك، أي بمعنى تختلف عما هي عليه، أي يكون العمل الباطل مصدراً لوجود الأعمال اللاحقة، وهنا يتحقق بطلان هذا العمل ببطلان مصدره. [٣]

---

(١) تنص المادة رقم (٢١٩) من دستور مصر لسنة ٢٠١٢ الملغي (مبادئ الشريعة الاسلامية تدل ادلتها الكلية وقواعدها الاصولية والفقهية ومصادرها المعتبرة في مذاهب اهل السنة والجماعة)

(٢) تنص المادة رقم (٧٦) من دستور مصر لسنة ٢٠١٢ الملغي (العقوبة شخصية، وامتناع الموظف العام المختص عن تنفيذها او تعطيل تنفيذها جريمة يعاقب عليها القانون. وللمحكوم له في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجزائية مباشرة إلى المحكمة المختصة)

(٣) إيهاب عبد المطلب، مصدر سابق، ص٢٨٦. الا ان البعض وعلى رأسهم كيوفندا ذهب إلى تقسيم بطلان العمل القانوني إلى نوعين؛ بطلان ذاتي ناشئ عن عيب في ذات العمل وبطلان مستمر وهو الذي لا ينشأ عن عيب ذاتي وانما يترتب على بطلان عمل آخر. د. فتحي والي، مصدر سابق، ص٨٤٠

المطلب الثاني: عوامل التأثير على بطلان القاعدة الدستورية

يسوق التأثير على جميع مفاصل الحياة التي نعيشها، إلا أن التأثير في الواقع، يكون بشكل أكثر وضوح في المجال السياسي والدستوري عما هو عليه في باقي مفاصل الحياة. والدلائل الواقعية في ممارسة الحياة الدستورية تثبت لنا مدى وجود نظرية التأثير في الحياة الدستورية، وعمر الدستور ذاته وذلك يعود في الدرجة الأولى إلى سايكولوجية الجماهير ومدى أهميتها التي تلعبها في التأثير على القاعدة الدستورية وتوجيهها نحو الفكر الجمعي الذي يتوجه نحوه الجماهير.

ومن غير المنطقي أن يتم نكران وجود التأثير وراء أغلب القواعد الدستورية لا بل وحتى القوانين أيضاً، إذ هناك أغلب الأحيان دافع محفز للسلطة المختصة توجه إرادة المشرع نحو هذا الاتجاه ومن ثمّ يمكن أن يكون وجود القاعدة الدستورية نابع عن تفاعل بين العوامل المؤثرة التي سوف نتناولها بين المشرع وبين هذه العوامل ومن ثمّ سوف تتكور هذه التفاعلات في نتاج قاعدة دستورية تلبي طموح الجماهير وتحقق الغاية الدستورية أما السير في اتجاه خلاف هذه المؤثرات فهو أمر غير ممكن، ويمكن أن يطلق عليه الدوران داخل دائرة مغلقة، ولأهمية هذه المؤثرات سنتطرق في هذا المطلب إلى تفاصيلها ومدى تأثيرها في المجال الدستوري بصورة عامة وإلى البطلان الدستوري بصورة خاصة في فرعين: الأول تأثير الأحزاب السياسية، والثاني تأثير الرأي العام وجماعات الضغط.

الفرع الأول: تأثير الأحزاب السياسية

الأحزاب السياسية يعتبرها البعض أهم جزء من أجزاء النظام السياسي في الدولة، لما تؤدي من دور في تحريك السياسة داخل الدولة، وغالبا ما يكون ظهورها ناتج عن ظاهرة سياسية في الدرجة الأولى أو اجتماعية أو اقتصادية أو يكون ظهورها ناتج عن ظاهرة أو حدث ديني، وهنا بالنتيجة يكون سعي الحزب في الدرجة الأساس تحقيق هذا الهدف وفي أحيان أخرى يتطور نطاق عملها وتتسع أهدافها لتشمل جوانب أخرى. (١)

وفي الاسلام نجد أصل الأحزاب السياسية والإباحة على تشكيلها ونجد أساس الإباحة في قوله تعالى [رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ ۚ اولَٰئِكَ حِزْبُ اللَّهِ ۚ الا إِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْمُفْلِحُونَ] (٢) فقد أوردت الآية الكريمة الحزب ووصفته بذاته، إلا أنها جعلته قائم على أساس المفاهيم والآراء الاسلامية والتركيز على أوامر الله سبحانه وتعالى، إلا أنه لا يوجد دليل آخر أيضاً يحرم أو يحظر تشكيل الأحزاب السياسية. (٣)

ويرجع أصل نشأة الأحزاب السياسية إلى ظهور وذيوع مبدأ سيادة الشعب، الذي أدى إلى أن تنشأ الأحزاب السياسية في مجموعات من الدول الديمقراطية، والتي توجد في إنكلترا وهي مهاد النظام البرلماني وأول ظهور للأحزاب. (٤)

وهنا بالفعل كان أول ظهور للحزب السياسي نتيجة خلاف وتنافس بين جماعتين متنافستين على الحكم، وكان هذا في بداية القرن التاسع عشر؛ إلا أن الظهور والتشكيل الحقيقي نهاية القرن التاسع عشر إذ أضحى تشكيل أول الأحزاب هو حزب الأحرار

---

(١) د. عصام سليمان، مدخل إلى علم السياسة، الطبعة الاولى، دار النضال للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٩، ص٩٥

(٢) سورة المجادلة، آية رقم (٢٢)

(٣) عفاف زرواق، العمل الحزبي في النظام السياسي الاسلامي، رسالة ماجستير، جامعة محمد بو ضياف، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، قسم العلوم الاسلامية، ٢٠١٩، ص٢٥

(٤) د. علي يوسف الشكري، الوسيط في الانظمة السياسية المقارنة، الطبعة الاولى، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص٣١٥

والثاني هو حزب المحافظين. وبعدها بدأ في الانتشار في العالم منها في السويد في الفترة المسماة بـ (عهد الحرية) في عام ١٧١٨ والولايات المتحدة الأمريكية في تدوين دستورها عام ١٧٨٧ والنص على حق تشكيل الأحزاب وبعدها فرنسا وصولاً إلى الوطن العربي في مصر والذي سمي بـ الحزب الوطني بقيادة (أحمد عرابي) وبعدها باقي الدول العربية، ومنها العراق كان أول حزب سياسي يشكل سنة ١٩٠٨ حزب (الاتحاد والترقي). [١]

وهنا سوف تظهر لنا أهمية تعريف الحزب، ويلاحظ أن الفقه قد تباين في التعريف، وهذا التباين ناتج عن الأساس الذي استند في التعريف، فقد عرفه جانب من الفقه بالقول: "جماعة من الناس لهم نظامهم الخاص وأهدافهم ومبادئهم التي يلتفون حولها ويتمسكون بها ولهم الدفاع عنها ويرمون تحقيق مبادئهم وأهدافهم عبر طريق الوصول إلى السلطة والاشتراك بها". [٢]

وفي تعريف مشابه وأكثر دقة عرفه بالقول: "جماعة منظمة من المواطنين تسعى بالطرق المشروعة إلى الوصول لمقاعد الحكم أو الدفاع عمن يتربع عليها". [٣]

بينما اشترك جانب آخر من الفقه أن يكون هناك أيديولوجية محددة تجمع أعضاء الحزب لكي تتحقق الغاية التي يسعون اليها أي "تجمع افراد يؤمنون بنفس الأفكار السياسية ويعملون على انتصارها وتحقيقها وذلك لجمع أكبر عدد ممكن من المواطنين والسعي إلى الوصول إلى السلطة او بالأقل التأثير في قراراتها". [٤]

ويلاحظ على اختلاف التعاريف التي يتجه الفقه اليها واعتمدها وعلى اختلاف الغايات والأهداف والأسس التي جمعت هذه الأحزاب إلا أنها تشترك في نقطة واحدة ألا وهي

---

(١) د. صالح جواد الكاظم، د. علي غالب العاني، الانظمة السياسية، شركة العاتك لصناعة الكتاب، مصر، ١٩٩٠، ص٩٤

(٢) د. رمزي الشاعر، الايديولوجيات وأثرها في الانظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص١٠٣

(٣) د. طارق الهاشمي، الاحزاب السياسية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٩، ص٣

(٤) د. علي يوسف الشكري، الوسيط في الانظمة السياسية، مصدر سابق، ص٣٢٠

السعي للحصول على السلطة واستلام مقاليد الحكم من أجل فرض أفكارها أو تحقيق أهدافها، فتكون السلطة هي الفيصل المشترك لجميع الأحزاب.

وهنا من خلال البحث في مفهوم الأحزاب السياسية يتضح لنا أن الأحزاب يتطلب لها لكي تتكون عناصر أساسية، وهذه العناصر تكون موجودة على اختلاف الأساليب والتوجهات التي تتبناها هذه الأحزاب، والتي يمكن أن تكون هي أهم تركيبة في الأحزاب.

وأولها هي الأيديولوجية، أي هنا القيم الاساسية التي يستمد منها الحزب مواقفه وأحداثه السياسية وسلوكه السياسي، وهي بالعادة تكون مجموعة من أفكار سياسية وقانونية وأخلاقية ودينية وفلسفية وغيرها، وهنا من غير الممكن لحزب قيامه من غير وجود أيديولوجية يرتكز عليها. (١)

وكذلك لابد له من أعضاء يسعون متكاتفين لتحقيق الأهداف التي يرغبون في تحقيقها وفق هذا التنظيم، وهنا أيضاً لا يمكن أن يكون هناك حزب بدون العناصر البشرية التي تحرك الواقع وتسعى في سبيل تحقيق أهدافه، وهنا كلما ازداد عدد أعضاء الحزب يعني ازدياد شعبيته وهنا يكون هو الأوفر حظاً في الحصول على السلطة وسهولة تحقيق أهدافه. (٢)

مع وجود الايديولوجية والأعضاء، فهنا لابد من تسخير هذا الوجود من أجل تحقيق هدف محدد، وهذا الهدف الذي يسعى عليه الحزب باختلاف توجهاته لكي يتحقق لابد له من الوسائل التي تسهل له السعي نحو هدف محدد لتحقيقه. إلا أنه في النهاية سوف يكون الحصول على السلطة هو الغاية باختلاف وتعدد الوسائل التي استخدمها، وهذا الرأي هو

---

(١) د. حسان محمد شفيق العاني، الانظمة السياسية والدستورية المقارنة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص٢٨٠

(٢) د. حافظ علوان، النظم السياسية في اوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية، دار وائل للطباعة والنشر، الاردن، ٢٠٠١، ص٣٣

ما أجمع عليه الفقه القانوني، حتى وإن كان الحزب يسعى لأمور إنسانية او دينية إلا أنه في النتيجة مع اتساع نطاقه سوف يسعى إلى الحصول على السلطة. (١)

وكذلك أيضاً يضاف أمر مهم إلى موضوع الأحزاب داخل الدولة هو عدد الأحزاب ومدى تأثيره على العمل السياسي في الدولة من حيث التنافس والتأثير وفضاء التأسيس والانتماء. (٢)

فنجد بعض الأنظمة القانونية فيها لا يسمح بممارسة العمل السياسي والحزبي وجعله حكراً على حزب واحد فقط، وهذا الحزب هو الذي يمارس العمل الحزبي لوحده ومن ثمّ نجده هو الذي يتولى جميع المسؤوليات في جميع مرافق الدولة، كما في ايطاليا على أثر قيام الحكم الفاشي وفي المانيا في ظل النازية. (٣)

وكذلك نظام الحزبين، الذي يدور فيه النشاط الحزبي والسياسي بين حزبين اثنين هما المسيطران على الدولة من الناحية السياسية واستقطاب الرأي العام، وهنا تكون مساحة المناورة والنشاط السياسي الحزبي أوسع بسبب المنافسة بين الحزبين من أجل الاستحواذ على الحكم، وإن كان هناك أحزاب أخرى إلى جانبها في بعض الاحيان إلا أنهما الحزبان المسيطران على الساحة السياسية، وأبرز مثال على ذلك في بريطانيا هما حزب العمال وحزب المحافظين. وكذلك أيضاً مثاله في الولايات المتحدة الأمريكية بحزب الديمقراطيين وحزب الجمهوريين. (٤)

وفي النوع الثالث والأخير هو التعددية الحزبية وهنا يكون تأسيس الأحزاب السياسية متعدداً ومتاحاً للجميع ويفسح المجال أمام الجميع للمشاركة السياسية لكل الفئات الراغبة بالممارسة السياسية، ولكنه يعاب عليه إنه في ظل هذا النوع يصعب معه تحقيق أغلبية

---

(١) د. طه حميد حسن العنبكي، مصدر سابق، ص١٢٧

(٢) د. عثمان خليل، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٦، ص١٤٣.

(٣) د. علي يوسف الشكري، الوسيط في الانظمة السياسية المقارنة، مصدر سابق، ص٣٢٨

(٤) د. عبد الحميد متولي، نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية مع مقارنة للأنظمة الغربية، سلسلة الكتب القانونية، مصر، ١٩٨٥، ص٢١٠

برلمانية دون نشوء كتلة برلمانية قوية، ومن ثمّ يصعب على حزب معين الحصول على تأييد وأغلبية نيابية من غير التحالف مع باقي الأحزاب، وهنا يكون وضع النظام في الغالب غير مستقر وإذا ما تعرض النظام الحزبي للتفكك والانشقاق واختلاف الآراء، وبالتالي ينعكس عدم الاستقرار هذا على سائر مؤسسات الدولة. [١] ولكن هذا التعدد يكون على أحسن حال من الأحوال في ظل وجود حزب مهيمن يستقطب الجزء الكبير من الرأي العام وله الأكثرية البرلمانية وفي نفس الوقت هناك أحزاب أخرى مراقبة له ولإداء هذا الحزب المهيمن وتكون معارضة له وتصوبه إذا ما أخطأ. [٢]

أما في العراق فيلاحظ ان العراق لم ينعم بالتعددية الحزبية منذ عام ١٩٦٨ إلى عام ٢٠٠٣، وكانت مسألة وجود أكثر من حزب تشكل عقدة لدى السلطة الحاكمة، وبالتبعية فإنها تشكل معضلة لدى من يحاول تشكيل حزب. وبعد عام ٢٠٠٣ جاء الانفتاح الحزبي وكان هذا في الحقيقة تشرذم أضحى ينتاب المشهد السياسي في العراق بسبب كثرة عددها. [٣]

أما من ناحية التأثير فيلاحظ أنها في النظام السياسي العراقي مؤثر بشكل فاعل، ولكن هذا الأثر استخدم بشكل كبير من أجل الحصول على السلطة ولتحقيق مصالح أعضاءها متناسي تسليط الضوء على الواقع الدستوري في العراق ومدى احتياج هذا الدستور بعد هذه السنوات من إقراره إلى الإصلاح أو التعديل وتسليط الضوء على حالات البطلان فيه وإصلاحها، وفي ظل هذه الزحمة الدستورية في العراق والانفراج الديمقراطي إلا أن الواقع يفتقر إلى حزب دستوري، يدافع ويلاحظ الدستور وإن كان هناك حزب تأسس في عام ٢٠٠٦ "حزب الدستوري العراقي" إلا أن في الواقع هذا الاسم هو اختيار لإسم فقط من الدستور، ولم يكن له أي ارتباط أو صلة في فحواه.

---

(١) د. ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص٢٣٦

(٢) د. محمد المجذوب دراسات في السياسة والاحزاب، الطبعة الاولى، منشورات، عويدات، بيروت، ١٩٧٢، ص٤٧

(٣) د. ستار جبار علاوي، الاحزاب السياسية العراقية بعد عام ٢٠٠٣: (دراسة في البرامج السياسية)، بحث منشور في مجلة دراسات دولية، جامعة بغداد مركز الدراسات الدولية، العدد الثمانون، ٢٠٢٠، ص٢٣

هنا يمكن لنا أن نميز الأثر الواسع للأحزاب السياسية إذا ما استخدمت امكانياتها ووسائلها في تسليط الضوء على بطلان دستور والسعي لإصلاحه، ويتم هذا عبر محاولات واسعة للحزب إضافة إلى ما تقدم استخدام الوسائل المادية والبشرية وعن طريق نوابها داخل البرلمان وقيادة حملة نحو إصلاح هذا البطلان [١] ، وباعتقادنا أن الأحزاب السياسية وعلى مر العصور فإنها هي صاحبة الاثر المنتج والفعال في أي مجال من المجالات داخل الدولة، سواء أكان سياسياً أم اقتصادياً أم اجتماعياً لاسيما إذا كان الحزب صاحب تأثير ونفوذ واسع فيكون أثره بشكل أكبر، فما بال توجيه هذه الجهود من أكثر من حزب نحو إصلاح قاعدة دستورية معينة.

الفرع الثاني: تأثير الرأي العام وجماعات الضغط

اولاً: تأثير الرأي العام

لقد أضحى الرأي الشعبي والجماهيري يشكل أهمية بالغة جداً في الأنظمة السياسية خصوصا بعد التطور النوعي الذي جرى على وسائل نقل الخبر من قنوات فضائية ووسائل التواصل الاجتماعي التي أصبح من السهل جداً على أي شخص الوصول إلى المعلومة التي يحتاج معرفتها والخبر العاجل يصل بسهولة أكبر بسبب القفزة النوعية في وسائل نقل الخبر وسرعة وسهولة انتشاره.

وهذا بالنتيجة سوف يسهم أكثر وأكثر في تأثير الرأي الشعبي كونه من السهولة له أن ينتشر الخبر بسرعة أكبر وبالتالي يساهم في تأثير الرأي الشعبي، وهذا بدوره سوف يكون له أهمية أكبر من غيره من المؤثرات لاسيما في وقتنا الحاضر كما أسلفنا. [٢]

---

(١) عبد الرزاق الحسني، تاريخ العراق السياسي المعاصر، دار الرافدين، بيروت، ٢٠٠٨، ص٢٣٥

(٢) د. غالب كاظم الدعمي، صناعة الرأي العام من عصر الطباعة إلى فضاء الانترنت- تقاليد موروثة وسلطة مطلقة- ، الطبعة الاولى، دار أمجد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٩، ص٥٤

يلاحظ أن مصطلح الرأي العام يعد حديث النشأة، إذ أن الرأي العام لم يكن له وجود إلا في القرن الثامن العشر أبان الثورة الفرنسية على لسان (جاك نيكر) الذي كان في وقتها يشغل منصب وزير المالية وهذا كان في عهد لويس السادس عشر حيث استعمله للتعبير عن التحكم في سلوك المستثمرين في بورصة باريس. [١] وبهذا يعد مصطلح الرأي العام حديث في الأوساط القانونية وقد أخذ حيزاً في الدراسات لما يتمتع به من أهمية وتأثير سياسي وقانوني. وقد اختلف الفقه في وضع تعريف محدد وجامع ومانع له وذلك لكونه يعد مادة خصبة متطورة ومتجددة بين الحين والآخر في جميع مرافقها من وسائل وأنواع وطرق وغيرها لذا لا يمكن الاتفاق على تعريف معين، فمنهم من عرفه بالقول: "ما يتفق عليه مجموعة معينة من الافراد حول موضوع معين أو قضية ما تكون محل اهتمام الجمهور وتحمل وجهات نظر متباينة او مختلفة" [٢]

كما عرفه آخرون بقولهم: "الرأي المسيطر الذي تستطيع علناً العمل وفقه والتعبير عنه دون خوف من الوقوع في العزلة" [٣].

والحري بالذكر أن الرأي العام له أنواع وهذه الأنواع تختلف حسب طبيعته والزاوية التي ينظر بها إلى هذا الرأي، وقد أورد الباحثون في هذا المجال أنواعاً كثيرة من الرأي العام إلا أننا في مجال دراستنا اقتصرناها على ثلاثة أنواع، هي الأهم والأبرز، والتي بصورة عامة لا يخرج عن مستواها باقي الانواع، **والأول** هو الرأي العام المسيطر الذي يعتبر في هرم الانواع وهو من الصعب جداً التأثير فيه عبر وسائل الدعاية أو الاشاعة، بل هو

---

(١) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق، ص٩٨٣

(٢) حسني الخطيب، أبرز تعريفات الرأي العام، مقال منشور في مجلة تحت المجهر الالكترونية على الرابط www.almjhar.com

(٣) د. عصام سليمان، الانظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص١٠٣

الذي يؤثر في غيره، وهذا الرأي المسيطر هو في الغالب يكون متمثل في قادة الرأي والزعماء السياسيين وكبار المفكرين والقادة الشعبيين. [١]

والنوع الثاني هو الرأي العام المثقف، إذ هو معبر عن طبقة واعية مستنيرة من الشعب، والتي تستطيع أن تلاحظ المجريات ويمكنها أن تدرك الحقائق للأمور السياسية والاقتصادية والاجتماعية، والتي تكون هي القادرة على المناقشة والاقناع والتوعية، وبهذا يمكن لها أن تكون طبقة وسط بين الرأي العام المسيطر والرأي العام المنقاد الذي يعد هو النوع الثالث. [٢]

أما **النوع الثالث** والأخير هو الرأي المنقاد، والذي يعتبر هو الرأي للأغلبية العظمى للشعب، خاصة في الدول غير المتقدمة، وفي الواقع هم لا رأي لهم ولا يبدون رأيهم إلا إذا طلب منهم ذلك وبخلافه لا يمكن لهم ابداء رأيهم، ويكون وقت الانتخابات في الغالب هو أفضل وقت يكون فيه رأيهم موجود على الساحة السياسية. [٣]

كما أن الرأي العام لا يظهر بصورة تلقائية، أو أنه موجود أصلاً وإنما لابد له من مادة تكون هذا الرأي العام وفي الواقع فإنه لا توجد قواعد محددة أو معينة بالذات يتكون منها الرأي العام أو مراحل يمر بها فيتكون الرأي العام، ولكنه يحتاج في الغالب لظهور أمر ما يهم الجماعة يمكن أن تثار به مناقشات معينة ووجهات نظر يمكن من خلالها أن تولد الرأي العام. [٤]

إلا أن العوامل التي تؤدي إلى تكوين الرأي العام في الحقيقة هي كثيرة ومتشابهة ومتشابكة، ومنها الحضارية والثقافية والاقتصادية والاجتماعية، فهي تؤثر على الفرد

---

(١) عبد الكريم علي الديسي، الرأي العام وعوامل تكوينه وطرق قياسه، دار المسرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٣٢

(٢) د. محيي الدين عبد الحليم، الرأي العام مفهومه وانواعه -عوامل تشكيله وظائفه وقوانينه- طرق قياسه وأساليب تغييره، الطبعة الاولى، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٣٦

(٣) د. حمدي العجمي، مصدر سابق، ص١٤٨

(٤) د. بطرس حلاة، الرأي العام وطرق قياسه، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، ٢٠٢٠، ص٨

ويحتاج إليها وقد تكون تمس حياته وتؤثر عليه، والسائد في الوقت الحالي أن من أهم عوامل الرأي العام هي المشكلات والحوادث كونها تدور في ذهن المواطن وترتكز في قلوبهم إذا ما طرقت باب العاطفة، وحركت مشاعرهم ودفعتهم إلى تكوين رأي عام عن الحادثة. [١]

وكذلك الشائعات التي تلعب دوراً مهم جداً في تأجيج الرأي العام، لاسيما إذا ما كانت شائعات اقتصادية كونها تمس الحالة المادية للشعب فيلاحظ الصدى الواسع لمثل هكذا رأي عام. [٢]

فضلاً عن الإعلام الذي يلعب دور كبير لاسيما عبر الدعاية وتوجيه أذهان الناس نحو الموضوع الذي يسعون إلى الترويج له في اتباع سلوك معين. وكذلك الأحزاب وجماعات الضغط أيضاً تمارس لوناً خاصاً بها عبر أعضاءها والوسائل التي تملكها لتكوين رأي عام يدعم مصالحها ويخدم توجهاتها. [٣]

ويعد الرأي العام هو العمود الفقري في ممارسة الحكم في الأنظمة السياسية لاسيما الديمقراطية منها [٤] ، إذ يعد الرأي العام معيار مهم لدرجة رضا الشعب عن الحكام وعن طريقة ممارسة الحكم ولكي يتم ممارسة الحكم بصورة صحيحة داخل الأنظمة السياسية لابد من طريقة يمكن من خلالها قياس مدى دقة وصحة الرأي العام، وهل هو صحيح والشائع الاغلب أم لا، وهنا لابد من وضع طرق معينة لقياس الرأي العام، ولعل مع التطور الذهني والتكنولوجي الحديث وتوسع وتعدد طرق قياس الرأي العام خاصة مع الانفتاح الالكتروني لمواقع التواصل الاجتماعي واضافة خاصيات الاستبيان والآراء

---

(١) مصطفى يوسف كافي، الرأي العام ونظرية الاتصال، الطبعة الاولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥، ص٤٨

(٢) د. احمد عبد الله ناجي و د. خضير عباس عصوان، السلوك السياسي نظرية وتطبيق، الطبعة الاولى، دار أمجد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٨، ص٤٩

(٣) د. احمد عبد الله ناجي و د. خضير عباس عصوان، مصدر سابق، ص٤١

(٤) د. غالب كاظم الدعمي، التلفزيون وصناعة الرأي العام، الطبعة الاولى، دار أمجد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥، ص٤٧

وغيرها من الطرق، إلا أننا في مجال الدستور يمكن لنا أن نصيب الرأي العام عبر طريقتين أساسيتين للرأي العام الاستفتاء اولاً والملاحظة ثانياً. [١]

يعد الاستفتاء الطريقة الدقيقة التي تحتل المرتبة الأولى من طرق قياس الرأي العام، ويتم من خلالها الاجابة بصورة واضحة ومباشرة عن الموضوع من غير أي طرق ملتوية تمكن الشخص من التملص أو التهرب من الاجابة، وخاصة إذا كانت تتمتع بنوع من السرية وتبعث الاطمئنان للشخص المستفتى.

وهنا يكون الاستفتاء عن طريق اختيار عينة من أفراد الشعب يتم توجيه السؤال الشاغل للرأي العام لهم لغرض الحصول على إجابات توجه السلطة نحو طريق يمكنها من الوقوف على الرأي العام واتجاهه. [٢]

وباعتقادي إن أهم ما يمكن أن يدقق عليه في الاستفتاء هو العينة التي يتم استفتاءها، لابد أن تكون عينة صحيحة يمسها الموضوع وعلى اطلاع مباشر عليه إذ لا يمكن أن تكون عينة غير معنية بالموضوع، فضلاً عن الحيادية باختيار هذه العينة والدقة والوضوح في تحديد سؤال الاستفتاء بعيداً عن أي أساليب أو طرق ملتوية في عرضها على العينة. [٣]

أما الملاحظة؛ فهي تعني طريقة غير مباشرة للرأي العام إذ يتم ذلك بالاعتماد على الانفعالات والتصرفات وردود الافعال وغيرها، ويتم ملاحظة هذا وتدوينه من قبل مجموعة خاصة قائمة بمهمة التدوين في أماكن مختلفة. [٤]

---

(١) سليم عبد الرزاق، الرأي العام المفهوم، التكوين، التعريف، دار الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٦، ص٢٢

(٢) لارا حسين علي، دور الراي العام في الحياة السياسية بعد عام ٢٠٠٣، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية العلوم السياسية، ٢٠١٤، ص١٤٦

(٣) مصطفى سالم النجفي، دور الرأي العام في حماية حقوق الجهات العامة في العراق، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (١٠)، عدد ٣٨، ٢٠٠٨، ص٢٧٨

(٤) د. مصطفى يوسف كافي، الرأي العام ونظرية الاتصال، الطبعة الاولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥، ص٦١

وباعتقادي إن هذه الطريقة أهم ما يمكن التدقيق عليه هو أن يتم اختيار الملاحظين بدقة عالية، ويكونوا من الأشخاص المشهودة لهم بالنزاهة والعدالة والدقة وعلاوة على ذلك أن يتم بعناية اختيار المواقع التي يتم بها الملاحظة والتي يجب أن تكون المناطق المهمة منها المركزية ومنها الشعبية ومنها الصناعية وغيرها، لنتمكن من تحقيق أفضل وأدق ملاحظة والوصول إلى الرأي العام الصحيح.

أما فيما يخص الرأي العام ومدى انعكاسه على البطلان الدستوري فيمكن القول إن الرأي العام يجد المجال الفسيح والواسع مع وجود الحرية وضمان مساحة كافية لها، وعلى العكس فإنه تضيق الحرية العامة في إبداء الرأي، فإنه يكون في حالة ضمور إلى ان يصل إلى مرحلة انعدام الرأي العام. (١)

والرأي العام هو عماد الحكمة ومصدر القرار السياسي في جميع الانظمة الديمقراطية وهو المتحكم في بقاء وزوال حكوماتها ورؤساءها، ومثالها في الهند فان تناقص عدد مقاعد حزب المؤتمر الحاكم وسقوط غاندي من الحكم ورئاسة الهند، هو الرأي العام، وتوجهه نحو غاندي وسبب له الهزيمة السياسية وذلك بسبب اعتقاله لقادة وزعماء المعارضة وزجهم داخل السجون لقيامهم بمعارضة سياسية. (٢)

وكذلك حتى في الدول الاستبدادية فهو أيضاً يكون له أثر بالغ في نضوج الأفكار حتى وإن كان هناك قيود تفرض عليه ولكن ذلك من خلال المناقشات والندوات وغيرها التي تسهم في تشكيل وتكوين رأي عام ناضج وعلى الرغم من ذلك فإن أغلب الانظمة القمعية هي في الغالب تحاول استقطاب الرأي العام واستخدامه لصالح توجهاتها وتكسبه عبر وسائلها وامكانياتها المادية أو نفوذها لإقناعه بصحة توجهاتها. ومثالها يلاحظ اهتمام

---

(١) عامر حسن فياض، مقدمة منهجية في الرأي العام وحقوق الانسان، الطبعة الاولى، دار زهران، بغداد، ٢٠٠٢، ص٩

(٢) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق، ص٩٥١

هتلر بواسطة وزير الاعلام (جوبلز) للدعاية السياسية من أجل استقطاب الرأي العام نحو سياسته التوسعية. [١]

وبعد أن استعرضنا الرأي العام في الأنظمة الديمقراطية منها والاستبدادية، وكيف له أن يسقط حكومات ورؤساء فما بالك إذا توجه الرأي العام نحو قاعدة دستورية أو دستور بأكمله كيف سوف يؤثر به وسوف يكون منتجاً في تحقيق الأثر إلى ذلك في إصلاح البطلان الموجود.

ولا يخفى على الجميع أهمية الرأي العام وتأثيره في المجال الدستوري، بل وجميع المجالات العامة، ففي حالة وجود نص دستوري على قاعدة دستورية باطلة فأنها سوف توضع في محل التأثير المبالغ به في حال تسليط الرأي العام عليها، فهنا يكون الرأي العام في علاقة طردية مع البطلان، ومدى تأثير بطلان القاعدة الدستورية، إذ أن كلما زاد الرأي العام سرع وزيد من سرعة معالجة بطلان القاعدة الدستورية، وبهذا فإن الرأي العام له أهمية وتأثير مباشر على بطلان القاعدة الدستورية. [٢]

ولعل الرأي العام في العراق له أثر على الدستور وصناعة القوانين، وإن كان لا يتدخل في التفاصيل الدقيقة الا انه يضع الاطار العام لها، هذا في مجال القوانين وكذلك الدساتير وان كانت أساليب وضعها متنوعة إلا أن الرأي العام يسيطر عليها وهذا هو الواضح على دستور ٢٠٠٥ عند الاستفتاء عليه وما لعبه الرأي العام حول أهمية التصويت عليه بنعم اذ بلغت نسبة المشاركة ٦٢٪ والموافقة بـ٧٨٪ وهذه تعد نسبة جداً عالية لدولة خارجة من ٣٥ سنة دكتاتورية وغير معتادة على الممارسة الديمقراطية على الرغم من

(١) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة في القانون الدستوري، مصدر سابق، ص٩٥٣
(٢) سندس سرحان احمد، السلوك السياسي للمواطن في العراق بعد عام ٢٠٠٣، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية العلوم السياسية، ٢٠١٧، ص٦

وجود حالات قصور واضحة في لجان الكتابة. وهذا يدل على وجود رأي عام سياسي فعال في العراق وقادر على التأثير على السلوك الانتخابي والدستوري والسياسي. [١]

ثانياً: جماعات الضغط

أغلب الدول حول العالم تنشط بها جماعات الضغط لاسيما الديمقراطية منها وتكاد تكون الدول جميعها لا تخلو من هذه الجماعات.

ويختلف أشكال وتصنيفات هذه الجماعات من دولة إلى أخرى، فيلاحظ في المجتمعات الغربية تصنف هذه الجماعات استناداً إلى المواضيع التي تهتم بها، هذه الجهات، ومن جهة أخرى قد تكون هذه الجماعات منظمات عقائدية ومثالها التي تعتزم وتخوض الدفاع عن حقوق الانسان، وكذلك التي تسعى وتعمل من أجل الاصلاح. في حين نجد ذلك في المجتمعات الشرقية تكون هذه الجماعات تقليدية مثالها الطوائف، والعشائر القروية، وكذلك أيضاً يضاف لها محدد آخر لهذه الجماعات، بالمفهوم الحديث يعبر عنها بالنقابات والشركات والمصارف. ولكنها تشترك في كونها في كلا المجتمعين تكون ساعية وجاهدة إلى التأثير على السلطة، سواء أكانت تشريعية أم تنفيذية من أجل توجيه السلطة صاحبة القرار نحو الوجهة التي تخدم مصالحها وتحقق غاياتها. [٢]

وللتعرف على جماعات الضغط بصورة واضحة لابد لنا من أن نقف على تعريف هذه الجماعات، بصورة عامة فإن جماعات الضغط تعرف بالقول: "هي مجموعة من الأشخاص الذين تربطهم علاقات اجتماعية خاصة ذات صفة دائمة أو مؤقتة بحيث تفرض على أعضاءها نمط معين من السلوك المتبع". [٣]

---

(١) اعلان رئيس المفوضية العليا للانتخابات عبد الحسين الهنداوي، متاح على الموقع الالكتروني www.ihec.ig.com

(٢) د. محمد الصالح بن شعبان، تأثير جماعات الضغط والاحزاب السياسية في القرار السياسي، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية عدد ٤٤، الجزائر، ٢٠١٥، ص١٤٨

(٣) صادق الاسود، الاجتماع السياسي، مطبعة جامعة الموصل، العراق، ١٩٨٠، ص١٧٠

وبصورة خاصة فإنها تعرف بالقول: "تجمع افراد ذي مصالح خاصة اقتصادية او غير اقتصادية نابعة عن اتفاق بسبب الدين او الجنس او غير ذلك من العوامل يهدفون بذلك التأثير باتجاه ونشاط السلطة الحاكمة". [١]

وبشكل أكثر اختصار تعرف بالقول: "أي جماعة منظمة تحاول التأثير على القرار السياسي دون محاولة السيطرة على المراكز الرسمية في الدولة". [٢]

وهنا يمكن الخروج بتعريف هو "تحالف مجموعة من الافراد تعمل للتأثير على القرار لتوجهه نحو طريق تحقيق مصالحها".

وهنا يتضح لنا أن نشاط هذه الجماعات دافعه هو التأثير على نشاط القابضين على السلطة والتأثير عليه في عملية صناعة القوانين والقرارات وذلك من أجل تلبية مطالبها أو مصالحها.

وهنا يمكن لنا أن نميز بشكل واضح وصريح الفرق الجوهري بين جماعات الضغط والأحزاب السياسية وذلك من خلال أن جماعات الضغط تسعى للتأثير على صناعة القرار وتوجيهه الوجهة التي تخدم مصالحها دون قصد أو غاية الوصول إلى السلطة، على خلاف ذلك فإن الاحزاب السياسية إضافة إلى التأثير، فأنها تسعى جاهدة من أجل الوصول إلى السلطة وكذلك الاحتفاظ بها ودوامها من أجل فرض ايديولوجياتها في مفاصل الدولة. [٣]

وتختلف أنواع هذه الجماعات وتصنف كلاً حسب الهدف الذي ينتمي اليه، وهي في الوقت الحالي ومع التطور الذي يحدث في الواقع السياسي يصعب حصر تصنيفها، ولكن نذكر

---

(١) د. محمد فتح الله الخطيب، دراسات في الحكومات المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص١٦٣

(٢) د. طه حميد حسن العنبكي، النظم السياسية والدستورية المعاصرة أسسها ومكوناتها وتصنيفها، الطبعة الثانية، مكتبة الغفران للطباعة، بغداد، ٢٠١٥، ص١٧٠

(٣) بن خودة شهيدة، الجماعات الضاغطة والسياسة العامة في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤، ص١١٣

أهم أنواع جماعات الضغط وأهمها وأوسعها هي جماعة الضغط السياسي وما يطلق عليها بـ "اللوبي". ومن بعدها -حسب الاهمية والانتشار- جماعات الضغط الاقتصادية والمالية، وهي في ذلك الوقت من أوسع الانواع شيوعاً وانتشاراً، وكذلك جماعات الضغط العسكري والمهني أو النقابي وكذلك جماعات المصالح الصناعية والفكرية والايديولوجية، وكذلك أيضاً المنظمات الإنسانية قد بدأت تضغط، سواء أكان محلياً أم دولياً، وكما أسلفنا هذه هي على سبيل المثال لا الحصر. (١)

وهنا يتضح لنا أن من الصعب حصر أنواع جماعات الضغط ففي الولايات المتحدة الأمريكية أخذت دراسة على عاتقها جميع أنواع القوى الضاغطة، إذ أحصت أكثر من الفين نوع من هذه القوى فقط على المستوى الفيدرالي داخل الولايات المتحدة الأمريكية، وكذلك من الأنواع النادرة في إيطاليا تشكل عصابة المافيا، قوى ضاغطة إلى جانب القوى الضاغطة الأخرى. (٢)

ولكن هنا يتبادر إلى الذهن سؤال، كيف لهذه القوى أن تحقق مبتغاها؟ وأن توجه القرار لصالحها؟

لابد لهذه القوى من أمرين لتحقيق غاياتها وهي الاسلوب اولاً والوسائل ثانياً.

أما فيما يخص الاسلوب؛ فأنها تعمل وفق الاسلوب غير المباشر، فهي تمارس نشاطها في الخفاء من غير أن تكون معلنة للجمهور، فهي لا تتشابه مع النقابات أو الأحزاب في العلانية، فهي تتبع الاسلوب الخفي، وباعتقادنا أن الاسلوب الخفي سببه أنها تسعى لتحقيق

---

(١) جابرييل الية. الموند وجيبنجهام باويل الابن، السياسة المقارنة في وقتنا الحاضر نظرة عالمية، ترجمة هشام عبد الله، الدار الاهلية للنشر والتوزيع، الاردن، ١٩٩٧، ص١٠٩

(٢) Dinan, John J. , "Contemporary Assertions of State Sovereignty and the Safeguards of American Federalism." Albany Law Review, 2011, p93.

مصالح عناصرها فقط، من غير أن تكون طامحة إلى تحقيق مصالح الجماهير جميعها أو مصالح عامة للبلاد، لذلك تعمل بخفاء للحفاظ على ديمومتها ومصالح أعضاءها. [١]

أما ما يخص الوسائل؛ فان جماعات الضغط تعمل على استعمال وسائل متنوعة ومتعددة من أجل الوصول إلى هدفها، وأولى اعتمادها هو منصب على أعضاءها في ترسيخ افكارها وتسخير امكانياتها والسعي بقوة نحو مصالحها سواء عبر مؤتمرات أو ندوات وغيرها. وكذلك التأثير على المسؤولين وأصحاب القرار عبر جميع الوسائل المتاحة لها التي يمكن من خلالها أن تؤثر عليه وتجعله إلى صفها. [٢]

فهي أيضاً تستعمل الرأي العام وتعبأته لجانبها ووسائل الاعلام والتواصل الاجتماعي وقد تلجأ إلى تمويل الاعلانات للترويج لأفكارها وأهدافها التي تسعى الوصول اليها، وكذلك نجد بعض الأحزاب تسير معها في تحقيق خطاها وكذلك عبر تقديم المساعدات للحزب سواء كانت مالية أو خدمة أهداف الحزب وغيرها. [٣]

ومن الجدير بالذكر أن جماعات الضغط ليس بالضرورة دائماً تحقق أهدافها، فقد تفشل في عملها احياناً، وهذا يكون نابع أما من مقاومة قوة تمارس الضغط عكس مطالبها سواء كانوا هم مسؤولين أو جماعات أخرى، أو يكون ذلك نابع عن فشلهم في وضع ورسم الخطط وسوء تنظيمها. [٤]

ولكن بصورة عامة لا يمكن لنا أن ننكر في الوقت الحالي تأثير جماعات الضغط على الحياة السياسية وتغيير بعض مجرياتها، وهذا على مستوى جميع الدول الكبرى

---

(١) ليونيل زيتر، اللوبي فن التكتلات السياسية، دار الفاروق للاستثمارات الثقافية، مصر، ٢٠١٤، ص١٤٤

(٢) د. حسون محمد علي، بحث حول جماعات المصالح والقوى الضاغطة في التشريع الجزائري، مجلة رسالة الحقوق، السنة السادسة، العدد الثالث، ٢٠١٤، ص٢٦٧

(٣) رغدة علي حسين، جماعات الضغط والسلطة التشريعية في الولايات المتحدة الأمريكية دراسة حالة منظمة ايباك، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية العلوم السياسية، ص٤٦

(٤) جان مينو، الجماعات الضاغطة، عويدات للنشر والطباعة، بيروت، ٢٠١٧، ص٢٣٢

والصغرى، الديمقراطية والدكتاتورية بل وتكون واضحة وتملك مساحة أكبر في الدول الكبرى إذ تظهر بشكل أكثر وضوح.

وعلى الرغم من أهمية الدور الذي تلعبه جماعات الضغط لاسيما في الأنظمة السياسية والدستورية المعاصرة إلا أنها لم تنجوا من النقد، كون التأثير الذي تقوم به هذه الجماعات تجعل من أعضاء السلطة التشريعية او التنفيذية يحصرون تفكيرهم في دائرة ضيقة، منصبة على تحقيق مصالح هذه الجماعة وليس تحقيق المصالح العامة، مثال جماعات ضغط الاطباء إذ تسعى بالضغط على المرضى. [١]

وفي العراق لم يكن يشهد النظام السياسي وجود مثل هذه الجماعات وذلك لكون النظام كان شمولي لا يسمح بظهور أي حركة من هذا النوع، وبعد عام ٢٠٠٣ أيضاً لم يكن هناك ظهور فعلي صحيح لجماعات الضغط ويوعز الخلل في ذلك لكون دخول الديمقراطية إلى العراق لم تكن لا بشكل ولا تدرج صحيح، فلم تظهر جماعات وطنية فعلية، ولكن في نفس الوقت لم تكن خالية وانما كان لها وجود، وأولها هو الضغط الديني أو ما يسمى بـ "اللوبي" وذلك يعود للأساس إلى أن اللبنات الاساسية لتشكيل الحكومة بعد عام ٢٠٠٣ كانت هي على أساس ديني، والأبعد من ذلك حتى المعارضة كانت مدعومة بطابع ديني، مما جعل للدين تأثير واضح وباين على السلطات. وكذلك شيوخ العشائر في القرى والمناطق الريفية يشكل جماعات ضغط أيضا لما لها من تأثير على افراد عشائرهم. وكذلك برز بعد عام ٢٠١٩ الحركات الشعبية التي كانت نتاج تطور الديمقراطية في العراق والتي تسعى للضغط على السلطات من أجل تحسين الواقع سياسياً وقانونياً واقتصادياً في ثورة تشرين والتي شكلت الضغط الفعلي على الحكومة وتقويم أداءها. [٢]

---

(١) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق، ص٩٨٠

(٢) د. حيدر عبد محسن شهد الجبوري واحمد سالم بخيت، الجماعات الفاعلة من غير الدول (دراسة قانونية في المفهوم والنشأة التاريخية) بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، السنة الثانية عشر، العدد الثاني، ٢٠٢٠، ص٤٤٨

وباعتقادنا إن كان هناك جماعات ضاغطة أخرى في العراق فاتنا ذكرها إلا أن هذه هي أهم ما يمكن أن تكون منتجة وفعالة.

وأوضح ما يمكن أن نتحدث عنه في العراق هو الضغط الشعبي في تشرين وتعديل قانون الانتخابات واجبار الحكومة على تقديم استقالتها، كذلك معالجة العجز المالي الذي كان يضرب رواتب الموظفين، وتعيين عدد كبر من الخريجين والتقليل من نفوذ بعض الجهات المهيمنة والمؤثرة سلبياً على الاوضاع في عموم البلاد. [١]

وكذلك كان لها مطاليب دستورية متعددة، وإن لم يكتب لها أن توفق في ذلك إلا أنها سلطت الضوء وأجبرت مجلس النواب على تشكيل لجنة برلمانية، وكذلك لجنة التعديل الدستوري في رئاسة الجمهورية والتي أعلنت أنها انتهت من تعديل بعض مواد الدستور، وكان أبرزها تخفيض عدد أعضاء مجلس النواب من (٣٢٩) إلى (١٨٠)، وتعديل المادة (٧٦) بخصوص الكتلة النيابية الأكبر عدداً، وكذلك كان هناك ضغط جماهيري لتحويل النظام السياسي من برلماني إلى رئاسي ولكن اللجنة اقترحت توسيع صلاحيات رئيس الجمهورية والوزراء لأن ذلك -تحويل النظام السياسي- يتطلب الكثير من التعديلات الدستورية. [٢]

وبهذا يكون الواضح لنا مدى أهمية جماعات الضغط وأثرها على البطلان الدستوري ومدى إمكانية تسليط الضوء عليه واجبار السلطة المختصة في أي نظام دستوري على تلافي هذا البطلان وإصلاحه وفقاً للطرق المتاحة لهذه السلطة في البلد المعني.

---

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

(٢) تصريح عضو لجنة التعديلات الدستورية محسن السعدون في الجريدة الرسمية ومنشور على الموقع الالكتروني www.aa.com.tr

الـخـاتـمـــــة

اولا: النتائج

١. التشريع هو المصدر الأول للقاعدة الدستورية، والتي من خلالها تصدر القاعدة الدستورية، وأياً كان مصدر القاعدة الدستورية، اصلياً أم تبعياً، فانه سوف يكتسب صفة الالتزام بمجرد إقراره من السلطة المختصة بذلك وبمجرد إكمال إجراءات إقراره.

٢. على الرغم من الاتجاهات الكثيرة التي تتباين وتتنوع في تعريف البطلان بصورة عامة إلا أنها لم تتوحد نحو تعريف محدد، وكذلك تمكنا في البحث من الوصول إلى تعريف للبطلان بـ(وصف للجزاء الذي إذا تحقق على قاعدة دستورية معينة أخرجها من نطاق الصحة).

٣. لم يكن القضاء في الأصل مصدراً للقاعدة الدستورية، ولكن مع تطور النهج القانوني ومواكبة التطورات القانونية والسياسية تحتم على القضاء أن يكون مصدراً للقاعدة الدستورية. ويبرر عدم تطرق القاضي الدستوري لنظرية البطلان وذلك للتخوف من أن يقوم القاضي في صب أفكاره واملاؤها على الدستور.

٤. على الرغم من أن الفقه هو مصدر للقاعدة الدستورية إلا أنه في الواقع لا يمتلك صفة الالتزام، إلا أنه أضحى مصدراً لما يتمتع به من آثار بالغة في التوجيه المؤكد نحو اصدار القاعدة الدستورية.

٥. هناك فرق بين السلطة التأسيسية الأصلية، والسلطة التأسيسية المنشئة، الأولى تكون مهمتها هي فقط وضع الدستور والثانية هي التي يقوم الدستور نفسه بوضعها

لمعالجة حالات النقص على خلاف الاولى التي لم ينظمها الدستور لعدم وجوده اصلاً.

٦. الأصل في الغاية من إيجاد الشكلية في الدستور هو لغرض حصانة الدستور ووضع الوقت والاجراءات الصحيحة والابتعاد عن أي شائبة تشوب الدستور وتؤدي إلى بطلانه. وقسمت الشكلية في مجال القانون على نوعين من الشكلية الأولى هي الشكلية الجوهرية والثانية شكلية غير جوهرية، وجعل الأولى أكثر أهمية من الثانية.

٧. البطلان الموضوعي يمكن أن ينشأ حتى في حالة عدم النص عليه على خلاف حالة البطلان الشكلي فهو لا يخضع إلى قاعدة (لا بطلان بدون نص) ولا لقاعدة (لا بطلان بدون ضرر) فهو يثار على أي حال من الأحوال.

٨. الفقيه الدستوري هو القاضي فوق الدستور لما فيه من حرية فضاء في نقد الافكار وتوجيه القواعد الدستورية نحو الاتجاه الصحيح لما يملكه من علمية ومعرفة دستورية واسعة.

٩. مجلس النواب هو الجهة القانونية الأكثر توجهاً فيما يخص بطلان القاعدة الدستورية، إذ هو الذي يمكن له إقرار واكتشاف وإصلاح البطلان وكل ما يجريه هو وفق طريق دستوري قانوني مرسوم مسبقاً.

١٠. البطلان لا يقتصر فقط على القاعدة الدستورية وإنما يمتد أثره ليشمل أعمال قد تكون سابقة للقاعدة الدستورية أو في أحيان أخرى يمتد أثر البطلان ليشمل اعمال لاحقة للقاعدة الدستورية ومن ثمّ فإنه في حال تحقق ذلك فأنها تكون أيضاً باطلة.

١١. على الرغم من أن دستور ٢٠٠٥ يفتقد إلى النص الصريح في موضوع البطلان، إلا أن بإمكان المحكمة الاتحادية العليا مراقبة مشروع التعديل الدستوري الذي يطرأ علية، وهذا ما سيعزز فرصة الاصلاح الدستوري في مواقع البطلان

١٢. البطلان هو بطبيعته كاشف لحالة موجودة بالأصل في القاعدة الدستورية، وهنا لا يمكن اعتباره منشئاً لها، إذ هو يعد كاشفاً، في أغلب الاحيان لابد للبطلان من عامل مؤثر يسلط عليه لكي يظهر البطلان إلى ارض المعالجة والاصلاح، وفي الغالب يكون هذا العامل هو إما الرأي العام أو الاحزاب السياسية أو جماعات الضغط أو غيرها.

١٣. البطلان هو عقيدة قانونية، تتولد نتيجة إيجاد القدرة لدى الدول في ابطال الاجراءات والقوانين غير الدستورية ابتداءً وبعدها وصولاً إلى القاعدة الدستورية، وهذه هي ممارسة أو مبادرة من جانب أي دولة لا تتجاهل أو تتغافل البطلان وهذا ما يجب أن يكون راسخ في تفكير أي سلطة تشريعية.

ثانياً: المقترحات

١. إن من الاعتبارات المهمة التي يجب مراعاتها في اختيار أعضاء السلطة التأسيسية يجب أن تكون مبنية على اعتبارات موضوعية وليس اعتبارات شخصية، وبذلك يكون الطابع الشخصي هو الطاغي على السلطة التأسيسية وبالنتيجة سوف يكون المحتوى ركيكاً ولا يتناغم مع الأفق الدستوري المطلوب، ولا يحقق متطلبات الواقع، ومن ثمّ يكون أقرب إلى البطلان في حال مررت المسودة نتيجة هذه المعطيات فهنا يجب التشديد على الجانب الموضوعي واشراك أهل الخبرة والاختصاص فيما يخص كتابة الدساتير.

٢. تزداد أهمية نظرية البطلان في القانون الدستوري والقاعدة الدستورية عند مراجعة الدراسات التاريخية والفلسفية التي تبين لنا أن الشعوب السابقة لم تستفد من اخطاءها ولا من دروسها بل أنها تعاود ارتكاب نفس الأخطاء علاوةً على ذلك فان أغلب الدساتير لا تراعي وتتجاوز أهم المبادئ في مجال صناعة الدساتير

وهو مدى اتفاق الدستور مع المبادئ الدولية والاتفاقات التي تعد بمثابة المصادر الرسمية للدستور.

٣ .نقترح على المحكمة الاتحادية العليا أن تأخذ دورها في مجال تسليط الضوء على حالات البطلان ووضع طرق واضحة وصريحة لمعالجة البطلان كونها صاحبة الولاية والاختصاص في المجال الدستوري لذا يجب لها أن تتصدى لهذا الموضوع، بما أن الدستور ينص على اختصاص المحكمة الاتحادية للنظر في دستورية (القوانين) فهذا يعني أن المحكمة لها الولاية الشاملة للنظر في دستورية التعديل الدستوري للتأكد من أنه غير باطل، لأن كلمة قوانين كلمة واسعة تشمل أي قانون وأياً كانت درجته، وكذلك تشمل كل ما يصدر عن مجلس النواب.

٤ . نقترح أن يتم تضمين دستور ٢٠٠٥ نص صريح ومباشر يعطي الاولوية في هذا الدستور إلى المعاهدات الدولية بالخصوص المعاهدات الخاصة بالحقوق والحريات وكذلك الحقوق التي يتم وصفها بفوق الدستورية والمعاهدات المهمة الشارعة والتي يكون العراق طرفاً فيها.

٥ . كما نوصي المحكمة الاتحادية العليا في استخدام أهم صلاحية لها في المجال الدستوري وهي القرارات المنشأة للقاعدة الدستورية، وذلك عبر معالجة القصور الدستوري والنقص الذي فات السلطة التأسيسية أن تتطرق لمعالجته، أو معالجة الامور الدستورية المستحدثة عبر استخدام صلاحياتها القضائية.

٦ . نوصي مجلس النواب العراقي خاصة بعد مرور هذا الزمن على صدور دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ من غير أن يخضع إلى أي مراجعة دستورية ومرور دورات برلمانية متعددة على الدستور ولم تبادر أي منها إلى مراجعته أو الالتفات أو ملاحظة الابحاث العلمية والأكاديمية بهذا الخصوص واتباع ما يوصي به الباحثون والعمل الجاد على مراجعة النصوص الباطلة أو على أقل تقدير أن

يلاحظ الحاجة الملحة للجماهير فيما يخص التعديل الدستوري، راجين العمل وفق هذا التوجه.

٧ . الرأي العام والضغط الشعبي هو أقوى ما يمكن أن يسلط على أي موضوع لإصلاحه، والبطلان الدستوري يستوجب انصباب الجهد الجماهيري نحو إصلاح الدستور وبإصلاحه سوف تصلح جميع القوانين تبعاً له، ويجب مراجعة نصوص كل الدساتير بمرور الوقت والبحث عن حالات الخلل والبطلان في نصوصها ومعالجتها دون التخوف من صعوبة الخوض في هذا المضمار.

٨ . من مراجعة دستور ٢٠٠٥ يُلاحظ السرعة الواضحة في إعداد نصوصه، ولهذا يجب على أقل تقدير السعي والعمل على رفع التناقضات بخصوص المواضيع المتناقضة، منها موضوع الدين الاسلامي والتشريع والتداخل بين السلطات الاتحادية والمحلية وغيرها.

المـصــادر:

القران الكريم

أولاً: المعاجم والقواميس

١. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، لبنان، ١٩٨٧.

٢. فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب، ط٤٥، دار المشرق، بيروت، لبنان، ١٩٨٦.

٣. القاموس المحيط، الجزء الأول، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، لبنان، ٢٠٠٥.

٤. لسان العرب، الجزء الأول، دار المعارف، القاهرة.

٥. المصباح المنير، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، ٢٠١٦.

٦. المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتب الشروق الدولي، مصر، ٢٠٠٨.

ثانياً: الكتب القانونية العربية:

١. الزهرة حمو، آثار البطلان بالنسبة للغير، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الليسانس أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، قسم الحقوق، الجزائر، ٢٠١٣.

٢. د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، الطبعة الأولى، مطبعة النصر، ١٩٤٠.

٣. إبراهيم بخيت سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، دون ذكر مكان نشر، ١٩٧٤.

٤. د. إبراهيم التيجاني أحمد، نظرية البطلان وأثرها على الحقوق الشرعية "في القوانين الاجرائية والجنائية السودانية"، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١٢.

٥. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري تحليل النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر.

٦. د. إحسان حميد المفرجي و د. كطران صغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، الطبعة الرابعة، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١.

٧. د. أحمد حسوني جاسم العيثاوي، بطلان إجراءات التحقيق الجنائي في مرحلة التحقيق الابتدائي، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، بغداد- ٢٠١٢.

٨. د. أحمد سرحان، القانون الدستوري والنظم السياسية (الإطار والمصادر)، الطبعة الاولى، المؤسسة الجامعية الحديثة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢.

٩. د. أحمد سي علي، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الأولى، دار الأكاديمية، الدار البيضاء، ٢٠١٢.

١٠. أحمد الشافعي، البطلان في قانون الاجراءات الجزائية "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر، الجزائر، ٢٠٠٥.

١١. د. أحمد عبد الله ناجي و د. خضير عباس عصوان، السلوك السياسي نظرية وتطبيق، الطبعة الأولى، دار أمجد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٨.

١٢. د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، مصر، ١٩٦٠.

١٣. أحمد محمد الحفناوي، البطلان الاجرائي وأثره على الدعوى التأديبية "دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي"، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١١.

١٤. د. أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

١٥. د. ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، الجزء الأول، الطبعة الاولى، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٤.

١٦. د. إسماعيل مرزه، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي: النظرية العامة في الدساتير، الطبعة الثانية، دار ورد الاردنية للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١١.

١٧. د. أشرف إبراهيم سلمان، مبادى القانون الدستوري دراسة موجزة عن القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة الأولى،

١٨. د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٢.

١٩. إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في البطلان، الطبعة الاولى، الجزء الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠٠٩.
٢٠. د. بطرس حلاة، الرأي العام وطرق قياسه، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، ٢٠٢٠.
٢١. د. ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
٢٢. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٥٦.
= =، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
٢٣. جواد الرهيمي، البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦.
٢٤. د. حافظ علوان، النظم السياسية في اوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية، دار وائل للطباعة والنشر، الاردن، ٢٠٠١.
٢٥. د. حامد الشريف، بطلان الحكم في المواد الجنائية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٣.
٢٦. د. حسان محمد شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.
٢٧. د. حسن مصطفى البحيري، القانون الدستوري (النظرية العامة)، الطبعة الاولى، الجامعة الافتراضية السورية، سوريا- ٢٠٠٩.
٢٨. حسني بو ديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٣.
٢٩. د. حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، "القانون الدستوري"، الجزء الثاني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩.
٣٠. د. حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٩.
٣١. د. حنان محمد القيسي، النظرية العامة في القانون الدستوري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.
= =، الوجيز في نظرية الدستور، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٢.
٣٢. حسن الحسن، القانون الدستوري والدستور في لبنان، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٥٩.

٣٣. د. خالد حسين خالد، الاجتهاد الجماعي في الفقه الاسلامي، مركز جمعة الماجد، دبي، ٢٠٠٩.
٣٤. دحام حزام ناصر، النظام العام عناصره ومشروعيته ورقابة القضاء عليه دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٨.
٣٥. دليل الصياغة التشريعية، منشورات مجلس النواب العراقي، بغداد، ٢٠١٤.
٣٦. د. رافع خضر صالح شبر، فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني في العراق، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.
٣٧. رجب محمد طاجن، قيود تعديل الدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٣٨. د. رمزي طه الشاعر، الايديولوجيات وأثرها في الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.
= =، رقابة دستورية القوانين مع دراسة تحليلية للعطاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
= =، النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٣٩. د. رمزي يوسف، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، الطبعة الأولى، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.
٤٠. د. رمضان جمال كامل، الموسوعة الحديثة في البطلان في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الاولى، الجزء الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠٠٩.
٤١. زياد عطا العرجا، العون في القانون الدستوري والتنظيم السياسي والدستور الاردني، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٦.
٤٢. د. سامر مؤيد عبد اللطيف، التأسيس الدستوري للحكم الرشيد دراسة مقارنة، دار الوارث للطباعة والنشر، العراق، ٢٠١٩.
٤٣. د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٤٤. د. سعد عصفور، القانون الدستوري، القسم الأول، الطبعة الأولى، دار المعارف في الاسكندرية، مصر، ١٩٥٤.

٤٥. د. سعد العلوش، دراسات معمقة في العرف الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٨.
٤٦. د. سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
٤٧. سليم عبد الرزاق، الرأي العام المفهوم، التكوين، التعريف، دار الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٦.
٤٨. د. سليمان عبد المنعم، بطلان الإجراء الجنائي، الدار الجامعية الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
٤٩. د. سمير داوود سلمان ومحمد حسب الموسوي، شرح نصوص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.
٥٠. صادق الاسود، الاجتماع السياسي، مطبعة جامعة الموصل، العراق، ١٩٨٠.
٥١. د. صالح جواد الكاظم، د. علي غالب العاني، الأنظمة السياسية، شركة العاتك لصناعة الكتاب، مصر، ١٩٩٠.
٥٢. د. صالح طليس و د. حسن عبيد، القانون الدستوري العام المبادئ الدستورية وتطبيقاتها في الأنظمة السياسية الحديثة، الطبعة الأولى، دار المنهل اللبناني، بيروت، ٢٠١٦.
٥٣. د. صلاح الدين فوزي، المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥
٥٤. د. صلاح قنصوه، الموضوعية في العلوم الانسانية، دار التنوير للطباعة والنشر، مصر، ٢٠٠٧.
٥٥. د. طارق الهاشمي، الأحزاب السياسية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٩.
٥٦. د. طعيمة الجرف، القانون الدستوري والنظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٤.
= =، نظرية الدولة والمبادئ العامة للأنظمة السياسية ونظم الحكم دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٨٧.
٥٧. د. طه حميد العنبكي، النظم السياسية والدستورية المعاصرة أسسها ومكوناتها وتطبيقاتها، الطبعة الثانية، مكتبة الغفران للطباعة، بغداد، ٢٠١٥.
٥٨. عامر حسن فياض، مقدمة منهجية في الرأي العام وحقوق الانسان، الطبعة الاولى، دار زهران، بغداد، ٢٠٠٢.

٥٩. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والادارية، دار الثقافة، ٢٠٠٩.
٦٠. د. عبد الحسين شندل عيسى، نظام الحكم في العراق وفق دساتيره الحديثة، المكتبة القانونية، بغداد، دون ذكر سنة نشر.
٦١. د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، دون ذكر سنة نشر.
٦٢. د. عبد الحميد متولي، نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية مع مقارنة للأنظمة الغربية، سلسلة الكتب القانونية، مصر، ١٩٨٥.
٦٣. عبد الرحمن بن صالح بن عبد الله، الموضوعية في العلوم التربوية، الطبعة الأولى، دار المنارة، جدة، ١٤٠٧.
٦٤. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام)، الجزء الاول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٠.
= =، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، ١٩٥٢.
٦٥. عبد الرزاق الحسني، تاريخ العراق السياسي المعاصر، دار الرافدين، بيروت، ٢٠٠٨.
٦٦. د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون، النهر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠.
٦٧. د. عبد الفتاح مراد، موسوعة شرح الدستور المصري الجديد لسنة ٢٠١٢ والتشريعات المكملة له، الطبعة الأولى، مصر،٢٠١٢.
٦٨. د. عبد الكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الاولى، الاصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٠.
٦٩. عبد الكريم علي الديسي، الرأي العام وعوامل تكوينه وطرق قياسه، دار المسرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
٧٠. د. عبد الله إسماعيل البستاني، مذكرات اولية في القانون الدستوري، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٠-١٩٥١.
٧١. . عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٤.

٧٢. د. عثمان خليل، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٦

٧٣. د. عدنان عاجل عبيد، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، مطبعة سومر للطباعة الملونة الحديثة، ٢٠٠٨.

= =، القانون الدستوري النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق، الطبعة الثانية، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، النجف، ٢٠١٣.

٧٤. عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠.

٧٥. د. عصام سليمان، الانظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

= =، مدخل إلى علم السياسة، الطبعة الأولى، دار النضال للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٩.

٧٦. عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٧٧. عطا عبد الحكيم أحمد، البطلان في قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.

٧٨. د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الدراسات الجامعية، مصر، ١٩٧٨.

٧٩. د. علي الصاوي و د. زين عبد الهادي، القاموس البرلماني العربي، الهيأة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ٢٠١٣.

٨٠. د. علي بن محمد محمد حسين الشريف، الرقابة على الانتخابات العامة النيابية والرئاسية والمحلية والاستفتاء دراسة مقارنة في التشريع اليمني والمصري والفرنسي والفكر السياسي الاسلامي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.

٨١. د. علي غسان أحمد، الدفوع الشكلية في الدعوى المدنية: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٦.

٨٢. د. عليوة مصطفى فتح الباب، البطلان والانعدام في القرار الاداري: دراسة مقارنة مصر والدول العربية، دار سعد سمك، القاهرة، ٢٠١٤.

٨٣. د. علي يوسف الشكري، الحياة النيابية في العراق تاريخ وتجربة، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، ٢٠١٦.
٨٤. د. علي يوسف الشكري، الوسيط في الأنظمة السياسية المقارنة، الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
٨٥. د. عمار طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة مع القوانين الوضعية والفقه الاسلامي، المكتب الاسلامي للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٥.
٨٦. د. عمر حلمي فهمي، القانون الدستوري المقارن، مطبعة الاعيان، القاهرة، ٢٠٠٦.
٨٧. د. عمر حوري، القانون الدستوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
٨٨. د. عيد أحمد العفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية "دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٨٩. د. غالب كاظم الدعمي، التلفزيون وصناعة الرأي العام، الطبعة الأولى، دار أمجد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥.
٩٠. د. غالب كاظم الدعمي، صناعة الرأي العام من عصر الطباعة إلى فضاء الانترنت- تقاليد موروثة وسلطة مطلقة-، الطبعة الأولى، دار أمجد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٩.
٩١. د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٦.
٩٢. فتحي رضوان، الدولة والدساتير دروس في المبادئ الدستورية العامة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٥-١٩٦٦.
٩٣. د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الثانية، دار الطباعة الحديث، القاهرة، ١٩٩٧.
٩٤. د. كمال الغالي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة الأولى، مطبعة دمشق، ١٩٧٢.
٩٥. د. كمال صلاح رحيم، المبادئ العامة في النظام الأساسي ونظم الحكم، الطبعة الأولى، مكتبة الكونغرس، عمان، ٢٠٠٦.
٩٦. لؤي جميل حدادين، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الاولى، عمان، ٢٠٠٠.
٩٧. د. ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي بين الأنظمة الوضعية والشريعة الاسلامية، الطبعة الأولى، مكتبة المنار الاسلامية، الكويت، ١٩٨٠.

= =، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠٠٦.
= =، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٧.
٩٨. د. محسن حسنين عبد العال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
٩٩. د. محسن خليل، النظام الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٠.
١٠٠. د. محمد الصالح بن شعبان، تأثير جماعات الضغط والأحزاب السياسية في القرار السياسي، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية عدد ٤٤، الجزائر، ٢٠١٥.
١٠١. د. محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان [وأهم النظم الدستورية والسياسية في العالم]، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.
١٠٢. د. محمد المجذوب، دراسات في السياسة والاحزاب، الطبعة الأولى، منشورات، عويدات، بيروت،١٩٧٢.
١٠٣. د. محمد المشجي، دعوى بطلان العقود، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
١٠٤. محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٧.
١٠٥. محمد رضا المظفر، أصول الفقه، الطبعة الخامسة، مطبعة اسماعيليان، قم، ١٣٧٥.
١٠٦. محمد ذيب محمود، احكام البطلان في الاجراءات والمحاكمات الجزائية "دراسة مقارنة بين القانونين الفلسطيني والاردني"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، كلية الحقوق، الاردن، ٢٠١٣.
١٠٧. د. محمد شفيق، القضاء الدستوري، منشورات المفوضية السامية لحقوق الانسان، تونس، ٢٠١٢.
١٠٨. محمد صبري، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية، جامعة قسنطينة، السنة الأولى، العدد الأول، جويلة، الجزائر،١٩٨٢.
١٠٩. د. محمد صلاح عبد البديع، قضاء الدستورية في مصر (القضاء الدستوري)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
١١٠. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة دراسة مقارنة، مطبعة اسراء، بدون سنة نشر.
١١١. د. محمد علي آل ياسين، القانون الدستوري والمبادئ الدستورية العامة، الطبعة الأولى، بغداد، دون ذكر سنة طبع.

١١٢. د. محمد علي سويلم، مبادئ الاصلاح الدستوري " دراسة مقارنة" في دساتير العالم المعاصر في ضوء الفقه والقضاء الدستوري، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، مصدر، ٢٠١٥.

١١٣. د. محمد فتح الله الخطيب، دراسات في الحكومات المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.

١١٤. د. محمد كاظم المشهداني، القانون الدستوري، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١١

١١٥. د. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٧.

١١٦. د. محمد محمد عبدة امام، المبادئ الدستورية العامة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٣.

١١٧. د. محمد نصر مهنا، النظام الدستوري والسياسي (دراسة تطبيقية)، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

١١٨. د. محمود حافظ، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦.

١١٩. د. محيي الدين عبد الحليم، الرأي العام مفهومه وأنواعه -عوامل تشكيله وظائفه وقوانينه- طرق قياسه وأساليب تغييره، الطبعة الأولى، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، ٢٠٠٩.

١٢٠. د. مصدق عادل طالب، القضاء الدستوري في العراق، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥.

١٢١. د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الهدى، القاهرة، ١٩٩٩.

١٢٢. مصطفى يوسف كافي، الرأي العام ونظرية الاتصال، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥.

١٢٣. د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧.

١٢٤. ناصر بن راجح الشهداني، أوجه البطلان في نظام الاجراءات الجزائية السعودي، بحث منشور في مجلة القضائية، العدد الثالث، الرياض، ١٤٣٣.

١٢٥. نذير بن عمر، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، تونس، ٢٠٠٧.

١٢٦. د. نزيه رعد، القانون الدستوري والنظم السياسية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ١٩٩٥.
١٢٧. د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٦.
١٢٨. نوار بدير، السلطة التأسيسية، سلسلة اوراق عمل بيرزيت الدراسات القانونية، فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن، فلسطين، ٢٠١٨.
١٢٩. د. هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٤.
١٣٠. وحيد رأفت و وايت إبراهيم، القانون الدستوري، المطبعة العصرية، مصر، ١٩٣٧.
١٣١. د. يحيى الجمل و د. أنور احمد رسلان، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦.
١٣٢. د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
١٣٣. د. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

ثالثاً: الكتب القانونية المترجمة:

١. ايريك بارونوت، مدخل القانون الدستوري، مطبعة السنهوري، بغداد، ١٩٩٨.
٢. جابرييل الية. الموند وجيبنجهام باويل الابن، السياسة المقارنة في وقتنا الحاضر نظرة عالمية، ترجمة هشام عبد الله، الدار الأهلية للنشر والتوزيع، الاردن، ١٩٩٧.
٣. جان مينو، الجماعات الضاغطة، عويدات للنشر والطباعة، بيروت، ٢٠١٧.
٤. جيروم أ، باردن وآخرون، الوجيز في القانون الدستوري – المبادئ الاساسية للدستور الأمريكي، ترجمة محمد مصطفى غيم، الجمعية المصرية، القاهرة، ١٩٩٨.
٥. دوفريجيه موريوس، المؤسسة السياسية والقانون الدستوري والأنظمة السياسية الكبرى، ترجمة جورج سعد، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٢.
٦. فيبي مار، من هم قادة العراق الجدد؟ ماذا يريدون؟، بحث منشور في مجلة معهد السلام الأمريكي، واشنطن، ٢٠٠٦.
٧. ليونيل زيتر، اللوبي فن التكتلات السياسية، دار الفاروق للاستثمارات الثقافية، مصر، ٢٠١٤.

٨. مارتن فان فليت و وينلاك واهيو و اوعصطين ماغولو ووندو، عمليات الاصلاح الدستوري والأحزاب السياسية، المعهد الهولندي للديمقراطية متعددة الأحزاب، السويد، ٢٠١٠.

رابعاً: الرسائل والأطاريح الجامعية:

١. د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجنائية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٥٩.
٢. بن خودة شهيدة، الجماعات الضاغطة والسياسة العامة في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤.
٣. بيداء عبد الجواد محمد توفيق، الاستفتاء وبعض تطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٣.
٤. بيداء عبد الجواد محمد توفيق، الاستفتاء الشعبي وبعض تطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٣.
٥. حسن معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.
٦. رغدة علي حسين، جماعات الضغط والسلطة التشريعية في الولايات المتحدة الأمريكية دراسة حالة منظمة ايباك، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية العلوم السياسية، ٢٠٠٨.
٧. سندس سرحان أحمد، السلوك السياسي للمواطن في العراق بعد عام ٢٠٠٣، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية العلوم السياسية، ٢٠١٧.
٨. سوزان محمد شحادة، العيب الجوهري وأثره في بطلان الاجراءات القضائية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا، عمان، ٢٠٠٩.
٩. عفاف زرواق، العمل الحزبي في النظام السياسي الاسلامي، رسالة ماجستير، جامعة محمد بو ضياف، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، قسم العلوم الاسلامية، الجزائر، ٢٠١٩.
١٠. علي صبحي عمران، الأحكام القانونية للتصويت في مجلس النواب العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٧.
١١. عويد مهدي صالح، البطلان في نظام الاجراءات الجزائية السعودي ونماذجه التطبيقية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، قسم العدالة الجنائية، الرياض، ٢٠٠٣.

١٢. فوزي دهيم الرشيدي، بطلان العمل الاجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي "دراسة مقارنة مع القانون الاردني"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١١.
١٣. لارا حسين علي، دور الرأي العام في الحياة السياسية بعد عام ٢٠٠٣، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية العلوم السياسية، ٢٠١٤.
١٤. نسرين محسن نعمة الحسيني، بطلان الحكم الجزائي "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠١١.

خامساً: الأبحاث القانونية

١. د. حسن البحيري، سلطة الرئيس الأمريكي في الاعتراض على القوانين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الأول، ٢٠١٢.
٢. د. حسون محمد علي، بحث حول جماعات المصالح والقوى الضاغطة في التشريع الجزائري، مجلة رسالة الحقوق، السنة السادسة، العدد الثالث، ٢٠١٤.
٣. د. حيدر عبد محسن شهد الجبوري وأحمد سالم بخيت، الجماعات الفاعلة من غير الدول (دراسة قانونية في المفهوم والنشأة التاريخية) بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، السنة الثانية عشر، العدد الثاني، ٢٠٢٠.
٤. رزوق حكيم، الفرق بين البطلان وغيره من الجزاءات في قانون الاجراءات المدنية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد العاشر، جامعة بليدا، الجزائر.
٥. د. ستار جبار علاوي، الأحزاب السياسية العراقية بعد عام ٢٠٠٣: (دراسة في البرامج السياسية)، بحث منشور في مجلة دراسات دولية، جامعة بغداد مركز الدراسات الدولية، العدد الثمانون، ٢٠٢٠.
٦. سليمان سليم سليمان، العرف الدستوري بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في مجلة جامعة جرش الاهلية عمادة البحث العلمي والدراسات العليا، مجلد ٣، العدد ٢، ١٩٩٩.
٧. شيماء علي سلمان، الاستفتاء السياسي المؤدي إلى الانفصال، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (٢)، المجلد (٢)، العدد (٣)، الجزء الاول، ٢٠١٨.

٨. د. عصام سعيد عبد العبيدي، تعديل الدستور الجامد دون إجراءات بواسطة العرف الدستوري، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد ٦٣، ٢٠١٧.
٩. د. علي يوسف عبد النبي الشكري، التعديل القضائي للدستور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٧، العدد ٣، جامعة بابل كلية القانون، ٢٠١٥.
١٠. د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين: المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠٠٨.
١١. محمد صبري السعدي، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية، جامعة قسنطينة، السنة الأولى، العدد الأول، جويلية، ١٩٨٢.
١٢. مصطفى سالم النجفي، دور الرأي العام في حماية حقوق الجهات العامة في العراق، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (١٠)، عدد ٣٨، ٢٠٠٨.
١٣. د. مهند ضياء عبد القادر، تطبيق فكرة الاستفتاء الشعبي في دستور العراق لعام ٢٠٠٥، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد العدد الثاني ،٢٠١٨.
١٤. وليد حسن حميد، التنظيم الدستوري للاعتراض على القوانين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، ٢٠١٥.
١٥. د. ياسر عطيوي عبود، الرقابة القضائية على دستورية القوانين كضمان للحقوق والحريات العامة في ظل دستور العراق الدائم لعام ٢٠٠٥، مجلة الفرات، العدد ٥/مركز الفرات للتنمية والدراسات الاستراتيجية ،٢٠٠٩.

سادساً: الدساتير:

١. دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٧ المعدل
٢. القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥الملغي
٣. دستور لبنان لسنة ١٩٢٦ المعدل
٤. دستور الجمهورية إيطاليا لسنة ١٩٤٧ المعدل
٥. القانون الأساسي الالماني لسنة ١٩٤٩ المعدل
٦. دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ المعدل
٧. دستور دولة الكويت لسنة ١٩٦٢ المعدل
٨. دستور جمهورية العراق المؤقت لعام ١٩٦٨الملغي

٩. دستور سوريا لسنة ١٩٧٣ الملغي
١٠. دستور الجمهورية التركية لسنة ١٩٨٢ المعدل.
١١. دستور جهورية العراق لعام ٢٠٠٥
١٢. دستور سوريا لسنة ٢٠١٢
١٣. دستور جمهورية مصر لسنة ٢٠١٤

سابعاً: القوانين:

١. قانون الإجراءات الايطالي لسنة ١٩٣١ (الملغي)
٢. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٣. قانون أصول محاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣لسنه ١٩٧١ المعدل
٤. القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦المعدل.

ثامناً: القرارات القضائية:

١. قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٢٥/اتحادية/٢٠١٠.
٢. قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٣٨/ اتحادية/ ٢٠١٩.
٣. قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٧٠/اتحادية/٢٠١٩.

تاسعاً: المصادر المنتقاة من الانترنت:

١. إبراهيم الصميدعي، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.yesiraq.com
٢. إعلان رئيس المفوضية العليا للانتخابات عبد الحسين الهنداوي، متاح على الموقع الالكتروني www.ihec.ig.com
٣. العرف الدستوري، الموسوعة النيابية، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.political/encyclopedia.org
٤. المركز الالماني للأعلام، وزارة الخارجية الالمانية، احياء ذكرى دستور فايمر، متاح على الموقع الالكتروني، www.almania.diplo.de.com
٥. تصريح عضو لجنة التعديلات الدستورية محسن السعدون في الجريدة الرسمية ومنشور على الموقع الالكتروني www.aa.com.tr

٦. جميلة الشربجي، الاستفتاء، مقال منشور في مجلة القانون العام، الموسوعة العربية، منشور على الموقع الالكتروني: www.arabency.com
٧. حسني الخطيب، أبرز تعريفات الرأي العام، مقال منشور في مجلة تحت المجهر الالكترونية على الرابط www.almjhar.com
٨. د. ضياء عبد الله عبود، رئيس الجمهورية وحق الاعتراض على القوانين، مقال منشور على صفحة كلية القانون جامعة كربلاء بتاريخ ٢٠١٦/١٠/٣٠، www.lawuokerbala.edu.iq
٩. محمد حسين كاشف الغطاء، التنقيح في شرح المكاسب، الموقع الالكتروني: www.al-khoei.us
١٠. وثيقة أساسية تشكل جزءا من تقارير الدول الأطراف في الولايات المتحدة الأمريكية، تقرير رسمي منشور على الموقع الالكتروني www.2.ohchr.org

عاشراً: المصادر الانكليزية:

1. An article by Justice William O, interposition and the Peters Case,1959.
2. Dinan, John J. ,"Contemporary Assertions of State Sovereignty and the Safeguards of American Federalism." Albany Law Review, 2011.
3. Maged El Helw and Jean Ruvero, LA COITUME CONSTITUTIONNELLE EN DROIT PUBLIC FRANCAIS, LIBRAIRIE DUCHEMIN, Rue Soufflot, PARIS, 1986.
4. Rakove, Jack N. , Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution. New York: Vintage, 1997.
5. Sofia Amaral Garsia, Nuno Garoupa, veronica Grembi, judicial independence and party politics in the kelsenian Constitutional courts, university of Illinois -college of law, 2008.
6. Zuckert, Michael P. "Completing the Constitution: The Fourteenth Amendment and Constitutional Rights." Publius 1992.

Abstract

The importance of the nullity theory increases when we know that the historical philosophical studies that show us that previous peoples did not benefit from their previous mistakes, nor from the lessons that history provided to them, but rather they repeat the same mistakes in the field of constitutional law. In addition, most constitutions transcend a basic and important principle, which is the extent to which the constitutional principles that these constitutions came with agree with international principles and agreements that serve as official sources for constitutions, and transcend the internal and external custom of the country and transcend the constitutional precedents that the constitutional law approaches, forgetting all of them to come up with a null and contrary constitutional rule. It does not meet the aspirations of the people nor the harmony of constitutional reality, and here the constitution has violated the recognized system of constitutional legality, and has gone out of its scope, whether it is internal or international, and here it will result in consequences that are very difficult to avoid because these consequences will be based on a constitutional rule, and the constitution is The pyramid of laws, and here arises our need for constitutional nullity in order to get rid of this legal cycle, and although nullity will face difficulty in avoiding it, it is not impossible. The case of invalidity includes degrees and ranks and contains images, types, effects and influences that dominate the constitutional base in order for the truth to emerge in it. Here, in order to understand the topic, the research will be divided into three chapters, in which we will discuss its specifics, and the first chapter will be the sources of the constitutional rule.

Republic Of Iraq

Ministry Of Higher Education and

Scientific Research

University Of Karbala

College Of Law

Nullity Of the Constitutional Rule

(a comparative study)

To the Council of the college of Law, University of Karbala, as a partial fulfillment of the requirements to gain PHD in Philosophy of Public Law

A dissertation submitted by the student

Ali Subhi Omran Al-juburi

Supervised by

Dr. Yasir Etewi Abood

2022 A.D 1443 A.H