الدور الرقابي للدستور على المعاهدات الدولية
دراسة مقارنة

أ.م. د ماجد نجم عيدان الجبوري
استاذ القانون الدستوري المساعد
كلية القانون والعلوم السياسية- جامعة كركوك

د. سلوى احمد ميدان المفرجي
استاذ القانون الدولي العام
كلية القانون والعلوم السياسية- جامعة كركوك

الملخص

بعد نفاذ المعاهدة الدولية في النظام القانوني الداخلي فأنها تأخذ مكانة في سلم التدرج التشريعي لتلك الدولة ومن ثم تصبح قانوناً داخلياً شأنها شأن القوانين الأخرى، عندئذ يكون الأفراد خاضعين لنص غريب لم تتفق عليه إرادة الأمة – كما هو الحال في القانون الداخلي – بل اتفقت عدة إرادات لدول مختلفة على وضعه موضع التطبيق، إلا أن هذا الأمر ليس من السهولة تحقيقه لان في دولة القانون هناك تدرج للقوانين يطلق عليه التدرج التشريعي، إذ تأتي القواعد الدستورية في المقدمة بسبب مبدأ أساسي آلا وهو(علو أو سمو الدستور) من الناحيتين الشكلية والموضوعية، ومن ثم يترتب على هذا الأمر أن تكون جميع القوانين منسجمة مع القواعد الواردة في الدستور بوصفه حجر الزاوية في بناء الدولة القانونية، ، ومن ثم يبحث مدى دستوريتها أو شرعيتها مع الدستور بحيث يجب أن لا تتناقض أو تتعارض مع الأحكام الموضوعية للدستور ككل، أي أن لا تتعارض مع الكتلة الدستورية ككل أي يجب أن لا تتعارض مع مقدمة الدستور ولا مع المبادئ والأحكام الأساسية التي يقوم عليها، وعليها احترام كافة الحريات والحقوق التي يضمنها الدستور للأفراد بمعنى انه لا يجوز تقييد حقاً مطلقاً أو مصادرته أو انتقاصه أو انتهاكه بأي صورة كانت خلافاً لما منصوص عليه في

الدستور، زيادة على ذلك لا يجوز المساس بالأساس الذي يقوم عليه نظام الدولة سواء بالتعديل أم التغيير وكذلك لا تمس مقومات المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية الممنوحة والثابتة بموجب الدستور، كل هذه الأمور دفعتنا إلى البحث ولو بشيء من الموضوعية لدراسة هذا الموضوع نظراً لسعته لان الأصل أن رقابة الدستور تسبق رقابة القضاء الدستوري

المقدمة

أولاً: مضمون البحث

أن الدستور وحدة قانونية متكاملة من ناحية الموضوع تنسجم أحكامه ومبادؤه بعضها مع بعض ليعكس من ثم مدى التطور والرقي والتقدم الذي بلغته الدولة، فضلاً عن ذلك ينظر إلى المعاهدة الدولية كلها على أساس أنها وحدة متكاملة شأنها شأن الدستور، فيبحث مدى دستوريتها أو شرعيتها مع الدستور بحيث يجب أن لا تتناقض أو تتعارض مع الأحكام الموضوعية للدستور ككل، أي أن لا تتعارض مع الكتلة الدستورية ككل أي يجب أن لا تتعارض مع مقدمة الدستور ولا مع المبادئ والأحكام الأساسية التي يقوم عليها، وعليها احترام كافة الحريات والحقوق التي يضمنها الدستور للأفراد بمعنى أنّه لا يجوز تقييد حقً مطلقٍ أو مصادرته أو انتقاصه أو انتهاكه بأي صورة كانت خلافاً لما منصوص عليه في الدستور، زيادة على ذلك لا يجوز المساس بالأساس الذي يقوم عليه نظام الدولة سواء بالتعديل أم بالتغيير وكذلك لا تمس مقومات المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية الممنوحة والثابتة بموجب الدستور، كل هذه

الأمور دفعتنا إلى البحث ولو بشيء من الموضوعية لدراسة هذا الموضوع نظراً لسعته لان الأصل أن رقابة الدستور تسبق رقابة القضاء الدستوري.

ثانياً: أهمية البحث

تتجلى أهمية البحث في محاولة وضع أسس قانونية شاملة لمراقبة دستورية المعاهدات الدولية من خلال منع التشريعات غير الدستورية من الدخول في النظام القانوني الداخلي، زيادة على منع التعارض والتنازع بين القواعد الدستورية الداخلية والقواعد الدولية التي لم تتفق عليها إرادة امة واحدة.

ثالثاً: مشكلة البحث

تكمن إشكالية الموضوع في بيان أن كل دولة من دول العالم تعقد اليوم آلاف الاتفاقات الدولية بما فيها المعاهدات الدولية والتي غالباً ما تتعارض مع الدستور الداخلي لأسباب كثيرة منها، إمّا لعدم خبرة عاقديها أو لتجاوز الاختصاصات المخولين بها بسبب الرؤى السياسية لدى عاقديها أو عقدها من قبل سلطات عليا في الدولة بصورة سرية ودون مراعاة الإجراءات بحجة أنها تمس سيادة الدولة ولا يجوز اطلاع السلطات العامة والأفراد على كيفية أو طريقة إبرامها والموضوع الذي تنظمه، أو إبرامها من قبل السلطات العليا بوصفها احد الاختصاصات المخولة لها ومن ثم تعدها من أعمال السيادة، وبالنظر لكثرة

المبررات والأسباب قام القضاء الداخلي في اغلب دول العالم بتحصين المعاهدات الدولية وعدم خضوعها لأية رقابة بحجة أنها تنتمي إلى هذه الأعمال أو أنها تعلو على الدستور.

ولقد استوقفني موقف اغلب المشرعين ومن ضمنهم مشرعنا وإصراره على تحصين المعاهدات الدولية وعدم خضوعها لأي نوع من أنواع الرقابة رغم نص دستور ٢٠٠٥ على ذلك في المادة(١٠٠)، ومن هنا كان لابّد من البحث عن الرقابة الحقيقية التي يجب أن تمارس تلقائياً وإلا فأن تجاهل هكذا موضوع يعد خرقاً له لأنه يمثل أساس احترام الدستور وضمان حقيقي لحقوق الأفراد وحرياتهم الدستور فالأمر إذن يستلزم القيام بهذا النوع من الرقابة.

رابعاً: منهج البحث

استخدمنا أسلوب البحث المقارن والتحليلي و ذلك بهدف الخروج باستنتاجات قانونية موضوعية.

خامساً: خطة البحث

للوقوف عند الموضوع قسمن البحث إلى ثلاثة مباحث وخاتمة تضمنت أهم ما توصلنا إليه من استنتاجات وتوصيات وكالاتي:

المبحث الأول: وجوب احترام وعدم تعارض المعاهدات الدولية مع أحكام ومبادئ الدستور ومقوماته الأساسية.

المبحث الثاني: وجوب احترام المعاهدات الدولية وعدم تعارضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية .

المبحث الثالث: وجوب احترام المعاهدات الدولية وعدم تعارضها مع الحقوق والحريات العامة.

المبحث الأول

وجوب احترام وعدم تعارض المعاهدات الدولية مع أحكام ومبادئ الدستور ومقوماته الأساسية

إن المعاهدات الدولية التي تبرم بين أشخاص القانون الدولي لا تستهدف إلا إحداث آثار قانونية سواء تمثلت بالتعديل أم الإلغاء أم الإضافة التي لا تتعارض أو تتناقض مع أحكام الدستور، لان أحكام الدستور أو نصوصه تمثل المبادئ والأصول التي يقوم عليه نظام الحكم في الدولة، وهو ما يجعل لهذه المبادئ والأصول مقام الصدارة بين قواعد النظام العام، علماً بأنّ نصوص الدستور تتوخى الحذر عندما تحدد المقومات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، فحقوق المواطنين وحرياتهم دائرة لا يجوز اقتحامها، لأنّ نصوص الدستور ليست مجرد نصوص تصدر لقيم مثالية ترنوا الأجيال إليها، وإنما قواعد ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدها، ومن ثم يتعين الالتزام بها ومراعاتها بوصفها أسمى القواعد الآمرة وإلغاء ما يخالفها من تشريعات، لذلك سنتناول بعضاً من الدساتير التي تضمنت المبادئ والمقومات وذلك من خلال تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب وكالآتي :

المطلب الأول

الأحكام والمبادئ والمقومات الأساسية التي تضمنها الدستور الفرنسي

إن الأحكام و المبادئ والمقومات التي تضمنها الدستور الفرنسي كثيرة سنبين بعضاً منها فقط في عدة فروع وكالآتي:

الفرع الأول : مبدأ السيادة الوطنية

إنّ المجلس الدستوري الفرنسي مثلاً عندما يقوم بالرقابة على دستورية معاهدة دولية معينة يقوم بإجراء مقابلة بين نصوص ومواد المعاهدة وأحكام الدستور، ويجري في الوقت نفسه المقابلة بين نصوص ومواد هذه المعاهدة والمبادئ والأسس التي يقوم عليها الدستور وتتضمنها الوثيقة الدستورية والتي تعّد كتله دستورية واحدة bloc constitutionnelte، فثار تساؤل ما ألا وهو ما هي المبادئ الأساسية التي عدّها المجلس الدستوري ذات قيمة دستورية؟، للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول إن هناك العديد من المبادئ التي يستوجب على الجهات المختصة بإبرام أي اتفاق دولي احترامها، فمثلاً إن الحكم الذي أصدره المجلس الدستوري الفرنسي في معاهدة(ماسترخت ٣،٢،١) نجده يتضمن مجموعة من المبادئ والأسس الدستورية مثل مبدأ سيادة الأمة ومبدأ السيادة الوطنية ومبدأ عدم تقسيم الجمهورية، ففي ١٩٧٦/٩/٢٠ اصدر البرلمان الأوروبي قراراً يلزم الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية باختيار ممثليها في البرلمان الأوروبي عن طريق الاقتراع العام المباشر وكان هذا القرار قد لاقى معارضة في ذلك الوقت من الأغلبية الديغولية في البرلمان بوصف القرار يمثل انتهاكاً للمادة(٢) من الدستور التي تؤكد على مبدأ عدم قابلية الجمهورية للتقسيم، ولحسم هذا الخلاف

لجأ رئيس الجمهورية بالاستناد إلى المادة(٥٤) من الدستور إلى المجلس الدستوري[١]، زيادة على حق اللجوء ومبدأ استقلالية السلطة القضائية فهذه المبادئ ظهرت بشكل واضح جداً عند تعرض المجلس الدستوري لمدى دستورية البروتوكول رقم ٦ بشأن إبقاء عقوبة الإعدام لبعض جرائم الحرب عام ١٩٨٥[٢].

يتضح لنا من خلال ذلك أن المشرع الدستوري أعطى لهذه المبادئ والأحكام ذات القيمة التي للدستور، فإذا ما خالفت معاهدة ما إحدى هذه المبادئ فإمّا أن يصرف النظر عن المعاهدة أو يتم تعديل الدستور بحيث يتواءم مع ما جاءت به المعاهدة من أحكام كانت تخالفه قبل التعديل.

الفرع الثاني : مبدأ الفصل بين السلطات

كذلك مبدأ الفصل بين السلطات وجد له صدى واسعاً في كتابات لوك و منتسكيو و من ثم لا يجوز أن تعتدي سلطة ما على سلطة أخرى في تنظيم أو إبرام اتفاق دولي معين، ومن ثم يعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي جاء به دستور عام ١٩٥٨ ولا تستطيع أي من الجهات المختصة انتهاك هذا المبدأ[٣]، مثلاً في الاتفاقات ذات الشكل المبسط لا تستطيع الحكومة أن تطلب موافقة البرلمان أو تصديق رئيس الجمهورية عليها بحجة أنها تنظم أحد الأمور التي استوجبت

---

[١] Decision du conseil constitutionnel, No 76-71du 3,19 december 1976,.R. P.15.

للمزيد من التفاصيل عن الحكم ينظر: د. عبد الحفيظ علي الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٨٩ وما بعدها.

[٢] Decision du conseil constitutionnel, No 85.D.C.1985.

[٣] د. عوض عبد الجليل عوض الترساوي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٨٢.

المادة(٣٤) من الدستور تنظيمها بموجب قانون، لأن مواضيع الاتفاقات ذات الشكل المبسط هي مواضيع ليست بتلك الأهمية كالواردة في المادة(٣٤) من الدستور، ومن ثم يجوز اللجوء إلى الطعن بعدم دستورية اتفاق دولي معين يعد من قبيل الاتفاقات ذات الشكل المبسط وان الحكومة عقدته على أساس انه معاهدة استناداً إلى المادة(٣٤) من الدستور.

الفرع الثالث: مبدأ حرية تكوين الأحزاب السياسية

نص الدستور الفرنسي على أن" تساهم الأحزاب والجماعات السياسية في التعبير عن الرأي بالاقتراع وهي تتكون وتباشر نشاطها بحرية ويجب عليها احترام مبادئ السيادة الوطنية والديمقراطية"[١]، فيقصد بالحزب السياسي بصفة عامة جماعة متحدة من الأفراد، تعمل بمختلف الوسائل الديمقراطية للفوز بالحكم بقصد تنفيذ برنامج سياسي معين وقد يشتمل هذا البرنامج على أغراض اجتماعية واقتصادية وما إليها وتقوم الأحزاب بشكل رئيس في توجيه الشعوب لاختيار ممثليها[٢]، فإذا ما تضمنت معاهدة تأسيساً أو تكويناً يختلف عما نص عليه الدستور تعد مخالفة له ومن ثم يجوز الطعن بها أمام المجلس الدستوري لبحث مدى دستوريتها من عدمه وإنْ كان هذا الأمر نادراً الحدوث، ومن تلك المبادئ كذلك مبدأ استقلال أساتذة الجامعات ومبدأ استقلال القضاء الإداري ومبدأ حرية

[١] المادة ٤ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

[٢] د. محمد عبد العزيز محمد سلمان و معتز محمد أبو العز ونفرت محمد شهاب، الحقوق والحريات العامة في الدساتير العربية والفقه والقضاء والشريعة الإسلامية، ط١، المعهد الدولي لحقوق الإنسان، جامعة دي بول، ٢٠٠٥، ص١٥٢.

الاجتماع، ومبدأ حرية التعليم، إلا أننّا لا نتفق مع ما ذهب إليه بعضهم [١] من أن تلك المبادئ ما هي إلا وسيلة مستخدمة من قبل المجلس الدستوري لعرقلة نص غير ليبرالي مع غياب الأسس القانونية الأخرى والمؤكدة التي تسمح للقاضي بنقض القرارات، وينتهي إلى القول إن وظيفة هذه المبادئ وظيفة تكميلية الغرض منها تحقيق الحماية الافتراضية للحريات ضد تعسف القانون، لكننا نرى وظيفتها وظيفة أساسية على أساس أن هذه المبادئ تكون بمجموعها غير القابل للانفصال كتلة دستورية واحدة.

المطلب الثاني

الأحكام والمبادئ والمقومات الأساسية التي تضمنها الدستور المصري

بعد الاطلاع على ديباجة الدستور يلاحظ أنها لا تنص بشكل واضح وصريح على أي مبدأ قانوني يساعد القاضي الدستوري ويكون مرجعاً له عند ممارسته للرقابة الدستورية إذ نصت على" نحن جماهير مصر باسم الله وبعون الله نلتزم إلى غير ما حد وبدون قيد أو شرط أن نبذل كل الجهود لنحقق السلام لعالمنا .....والوحدة أمل امتنا العربية.....، التطوير المستمر للحياة في وطننا...الحرية لإنسانية المصري عن إدراك الحقيقة ...."، علماً بأنه تم النص عليها بشكل مباشر في صلب الدستور و في حالة مخالفة هذه المقدمة لنصوص

[١] J Rivero,'principes fondamentaux Reconnus par les lois de la Republique' une nouvelle categories Constitutionnelle, D1972, p.268 ets, نقلاً عن د. محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٣٥.

الدستور فإنّ المحكمة تعول على الأخير[١]، ويجب التنبيه إلى أن المحكمة الدستورية العليا لا تستبعد الديباجة تماماً في أحكامها، فمن أحكامها النادرة في هذا الشأن عند حديثها عن قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ أوضحت أن".....الحقوق التي يكفلها نظام التأمين الاجتماعي بصوره المختلفة لا يقتصر أثرها على ضمان ما يعين أسرة المؤمن عليه على مواجهة التزاماتها الحيوية، ولكنها في الوقت ذاته مفترض أولي وشرط مبدئي لإسهام المؤمن عليه في الحياة العامة والاهتمام بوسائل النهوض بها، ومراقبة كيفية تعريف شؤونها متحرراً في ذلك من عثرات النهوض بمسؤوليته هذه، وهو ما يتحقق بوجه خاص إذا ما نزل المشرع باحتياجاته عن حدودها الدنيا التي لا يجوز التفريط فيها على ما قررته ديباجة دستور جمهورية مصر العربية التي تعد مدخلاً إليه، وتكون مع الأحكام التي ينتظمها كلاً غير منقسم ذلك أن الديباجة التي تسميها بعض الدساتير العربية بالتوطئة دلالة على اتصالها بالدستور واندماجها في أحكامه...."[٢] ، فاستناداً إلى ما قررته المحكمة الدستورية العليا أنه لا يجوز لأي عمل مهما كانت قيمته سواء أكان قانوناً أم معاهدة لها قوة القانون أن تتعارض أو تتناقض مع المقدمة أو الأصول والمبادئ الدستورية كلها والتي تسمى بالكتلة الدستورية، إذ لا يجوز فصل مبدأ عن آخر لان النصوص الدستورية لا تتفاوت فيما بينها أو تختلف من حيث القيمة القانونية وكذا الأمر بالنسبة للمعاهدات الدولية، إذ أكدت اتفاقية فيينا على أنّه" ١- لا يمكن لأي طرف أن يمارس حقه

[١] ينظر : حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٧/٢/١، ج ٨، ص٣٤٤.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية دستورية، جلسة ٨/٢/ ١٩٩٤، ج٦، ص٣٠٢.

المنصوص عليه في المعاهدة أو بمقتضى المادة(٥٦) في إلغاء المعاهدة أو الانسحاب منها أو إيقاف العمل بها إلا بالنسبة للمعاهدة ككل ما لم تنص المعاهدة أو تتفق الأطراف على غير ذلك، ٢- لا يجوز الاستناد الى ما تقرره هذه الاتفاقية من أسباب لإبطال المعاهدة أو إنهائها أو الانسحاب منها أو إيقاف العمل بها إلا بالنسبة للمعاهدة ككل ...."[١].

لذا فإنّه لا يجوز فصل نصوص المعاهدة بعضها عن بعض إلا في حالة توافر شرطين، أولهما أن لا يكون قبول الدولة الملتزمة بالمعاهدة للنصوص التي يراد فصلها عنها من الشروط الأساسية والجوهرية للالتزام بها ككل، وثانيهما ألا يكون المضي في تنفيذ نصوص المعاهدة الأخرى مجافاة للعدالة، فالدستور المصري تضمن في نصوصه العديد من المقومات السياسية والاجتماعية والخلقية والاقتصادية ومن ثم لا يجوز الخروج عنها أو انتهاكها من قبل المعاهدات الدولية شأنها شأن القوانين والتشريعات الأخرى، إذ لا تستطيع المعاهدة أنْ تنال بالتغيير أو التعديل المقومات الأساسية المذكورة وكذلك لا تملك تقييد أو تقليص أو الانتقاص أو العصف بالحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في الدستور، وكل ما تملكه المعاهدة هو تنظيم هذه الحقوق التي أناط الدستور بالقانون تنظيمها[٢]، فمن المقومات التي يقوم عليها النظام السياسي المصري:

---

[١] المادة ٤٤/١،٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.

[٢] د. عوض عبد الجليل عوض الترساوي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص٨٥.

الفرع الأول: نظام الحكم

فقد تبنى المشرع الدستوري المصري النظام السياسي الذي يجمع بين النظامين الاشتراكي والديمقراطي، إذ نص الدستور على" جمهورية مصر العربية دولة نظامها ديمقراطي يقوم على أساس المواطنة، والشعب المصري جزء من الأمة العربية يعمل على تحقيق وحدتها الشاملة"[١].

الفرع الثاني: تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام إليها

نص الدستور على" أن يقوم النظام السياسي في جمهورية مصر العربية على أساس تعدد الأحزاب وذلك في إطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصري المنصوص عليها في الدستور وينظم القانون الأحزاب السياسية"[٢]، أي أن المشرع المصري تبنى فكرة تعدد الأحزاب ومن ثم لا يجوز أن يتم تنظيم هذا الموضوع بشكل يتعارض مع ما نص عليه الدستور سواء من قبل قانون ما أم معاهدة دولية، فقد طعن أمام المحكمة الدستورية العليا بالبند السابع من المادة(٤) من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ والخاص بتنظيم الأحزاب السياسية، لان هذه المادة كانت تحظر على معارضي معاهدة السلام المصرية الإسرائيلية حق الانضمام إلى أو تكوين الأحزاب السياسية إذ نص على" ألا يكون بين مؤسسي الحزب أو قياداته من تقوم أدلة جدية على قيامه بالدعوى أو المشاركة في الدعوى أو التحبيذ أو الترويج بأية طريقة من طرق العلانية لمبادئ أو اتجاهات أو أعمال تتعارض مع معاهدة السلام بين مصر وإسرائيل التي وافق عليها الشعب في

[١] المادة ١ من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

[٢] المادة ٥ من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

الاستفتاء بتاريخ ٤/٢٠/ ١٩٧٩"[١]، إذ قدرت المحكمة الدستورية العليا أن هذه المادة تصطدم بحق دستوري يقوم عليه النظام السياسي المصري ومن ثم تضمنت هذه المادة مصادرة حق فئة من الأفراد لممارسة حقهم الدستوري لا لشيء إلا لأنهم أيدوا رأياً معارضاً لمعاهدة السلام المصرية الإسرائيلية إذ نصت بعدم دستوريتها وقررت" لئن كان من المقرر طبقاً لقواعد القانون الدولي العام أن المعاهدات الدولية بعد إبرامها والتصديق عليها واستيفاء الإجراءات المقررة لنفاذها لها قوتها الملزمة لأطرافها وأنّ على الدول المتعاقدة احترام تعهداتها المقررة بمقتضاها طالما ظلت المعاهدة قائمة ونافذة إلا أن ذلك لا يضفي على المعاهدة حصانة تمنع المواطنين من مناقشتها ونقدها وإبداء رأيهم فيها، لأنّ حرية التعبير عامة ومقررة بنص المادة(٤٧) من الدستور وأنّ الدستور كفل بموجب المادة(٦٢) منه حقوقاً عامة أساسية وعدّ مساهمة المواطن في الحياة العامة عن طريق تلك الحقوق واجباً وطنياً..... ومن ثم لا يجوز أن يكون استعمال المواطن لحرية عامة كفلها الدستور هي حريته في التعبير عن رأيه سبباً من حرمانه من حق أو حرية عامة أخرى قررها الدستور"[٢].

[١] د. وجدي ثابت غبريال، حماية الحرية في مواجهة التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩-١٩٩٠، ص١٩٧.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية دستورية، جلسة ١٩٨٨/٥/٧، ج٤، ص٩٨، ذكر الحكم عند د. محمد عبد العزيز محمد سلمان و آخرون، المرجع السابق، ص ١٥٨ وما بعدها.

الفرع الثالث: مبدأ حماية الملكية

ومن المقومات الاقتصادية التي يجب على المعاهدات الدولية احترامها والتي نظمها الدستور في المواد(٢٣-٣٩) حماية الملكية بأنواعها الثلاث العامة والخاصة والتعاونية، إذ كفل حماية خاصة للملكية الخاصة فكفل صيانتها وحق الإرث فيها وحظر المصادرة العامة للأموال وأصبح من غير الممكن مصادرة أموال المواطنين أو الأفراد إلا بموجب حكم قضائي إذ نص الدستور على" الملكية الخاصة مصونة، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي و لا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون وحق الإرث فيها مكفول"[١]، لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأنّ" نزع ملكية بعض الأموال وإنْ كان يفترض تعطيل وظائفها بإخراجها من حوزة أصحابها وكان المقرر أنّه لا يجوز لجهة الإدارة أن تعيد تنظيم نطاق المصالح التي يحميها حق الملكية إلا وفقاً للأحكام المنصوص عليها في الدستور....."[٢].

كما نص الدستور على" أن للعاملين نصيب في إدارة المشروعات و في أرباحها ويلتزمون بتنمية الإنتاج وتنفيذ الخطة في وحداتهم الإنتاجية وفقاً للقانون والمحافظة على أدوات الإنتاج واجب وطني"[٣]، فقد كفل هذا النص الدستوري حق العمال في الاشتراك في الإدارة والأرباح في المشروعات التي يعملون بها، ومن ثم لا يجوز انتهاك أو مخالفة هذه الضوابط التي أرساها الدستور من كافة سلطات

---

[١] المادة ٣٤ من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥ لسنة ١٨ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٧/٢/٢١، ج٨، ص٣١٠.

[٣] المادة ٣٦ من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

الدولة سواء عند سنها للقوانين والتشريعات الداخلية أم إبرامها للمعاهدات الدولية وإذا ما فعلت ذلك فأن المعاهدة توصم بعيب دستوري ألا وهو عدم شرعيتها من الناحية الدستورية الموضوعية.

في حين أن من المقومات الاجتماعية والخلقية التي يجب على المعاهدات الدولية احترامها فهي تلك التي نظمها الدستور في مواده من(٧-٢١)، فقد نص على" أن يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي"[١]، وكذلك" تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين"[٢]، وكذلك" العمل حق وواجب وشرف تكفله الدولة ويكون العاملون الممتازون محل تقدير الدولة والمجتمع ولا يجوز فرض أي عمل جبراً على المواطنين إلا بمقتضى قانون ولأداء خدمة وبمقابل عادل"[٣]، إذ قررت المحكمة الدستورية في احد أحكامها أنّه" .....من البيّن من أحكام الدستور – بما يحقق تكاملها ويكفل عدم انعزال بعضها عن بعض في إطار الوحدة العضوية التي تحميها وتصون ترابطها-، أن حق العمل وفقاً لنص المادة(١٣) من الدستور لا يمنح تفضلاً ولا يتقرر إيثاراً ولا يجوز إهداره أو تقييده بما يعطل جوهره، بل يعد أداءه واجباً لا ينفصل عن الحق فيه ومدخلاً إلى حياة لائقة قوامها الاطمئنان إلى غد أفضل...."[٤] ، إذ يترتب على ما سبق ذكره قاعدة مفادها ضرورة احترام

---

[١] المادة ٧ من الدستور المصري لعام ١٩٧١، للمزيد عن ذلك ينظر: د. أشرف فايز اللمساوي، المبادئ الدستورية في التشريعات الوطنية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص٤٧٢.

[٢] المادة ٨ من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

[٣] المادة ١٣ من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

٤ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية دستورية، جلسة ٢٠٠٠/٢/٥، ج٩، ص١٣٤، وللمزيد من المقومات ينظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٣٠٩ وما بعدها، و مها بهجت يونس الصالحي،

القـوانين والمعاهـدات الدوليـة للأسـس والمقومـات التـي يقـوم عليهـا الدسـتور المصري.

المطلب الثالث

الأحكام والمبادئ والمقومات الأساسية التي تضمنها الدستور العراقي

إن الدستور العراقي هو الآخر كفل العديد من المبادئ والأحكام والمقومات الأساسية لبناء نظام تعددي ديمقراطي يتواءم مع أساسيات المجتمع والتي لا يجوز الخروج عنها أو انتهاكها وإلا وصمت المعاهدة بعدم الدستورية ومن هذه المبادئ:

الفرع الأول: مبدأ السيادة

نص الدستور العراقي على" جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها -جمهوري نيابي برلماني- ديمقراطي وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق"[١]، يتضح من هذه المادة أن العراق دولة اتحادية ومستقلة استقلالاً كاملاً فلو أبرمت معاهدة دولية معينة تفرض أو تنتقص من سيادته لوصمت بعدم الدستورية لتعارضها مع هذا النص الذي يقضي باستقلال العراق استقلالاً كاملاً، وهناك العديد من الاتفاقات التي أبرمت مع دول أجنبية كانت لها القول الفصل في تلك الاتفاقات – كالاتفاقية الأمنية واتفاقية تسوية التعويضات مثلاً - لذلك يجوز الطعن بها استناداً إلى هذا النص الدستوري بوصف المعاهدة لها قوة القانون.

الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص١٧٢ و ما بعدها.

١ المادة ١ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

الفرع الثاني: مبدأ استقلال القضاء

نص الدستور على أن" القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون"[١]، مما لاشك فيه أن القضاء هو الجهة المختصة بفض المنازعات بمقتضى القانون سواء أكانت هذه المنازعات واقعة بين الأفراد فيما بينهم أم بينهم وبين الحكومة وإعطاء الحقوق لا صحابها، وطبيعة هذا العمل إذن تقتضي أن تكون السلطة التي تمارس القضاء مستقلة ومحايدة لأن تجارب الأمم كشفت لنا أن أهم خطر يهدد حياة الإنسان في حرياته هو تجميع السلطات الثلاث- التشريعية والتنفيذية والقضائية – في الدولة في يد واحدة، لذلك كان لمبدأ الفصل بين السلطات الذي أرست دعائمه الثورة الفرنسية حجر الزاوية في أي نظام ديمقراطي حر، فضلاً عن استقلال السلطة القضائية ذاتها فإنّ هذا المبدأ يستوجب استقلال القضاة كأفراد[٢]، لذلك فإنّ غالبية الدساتير ومن بينها الدستور العراقي قد خصص نصوصاً تتضمن التأكيد على تحقيق هذا المبدأ فضلاً عن قيامه بوضع العديد من الضمانات التي تكفل تطبيقه.

ونرى أن مبدأ الفصل بين السلطات هو الذي يضمن استقلال القضاء والقائم على أساس التوازن وعدم التدخل في شؤون السلطات بعضها لبعض، فهذا الأمر يؤدي إلى تحقيق نوع من التوازن وهو ما أكده الدستور بنصه على" تكون السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية مستقلة الواحدة عن الأخرى"[٣].

---

[١] المادة ١٩/ أولاً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٢] فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، ط٢، دار المؤلف، بيروت، ١٩٩٩، ص٢٥ وما بعدها.

[٣] المادة ٢٤/ ج من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

الفرع الثالث: مبدأ تكوين الأسرة

ومن المقومات الخلقية والاجتماعية التي تلزم الدولة وجميع مؤسساتها الحفاظ عليها بوصفها تحتل الصدارة في قمة التدرج القانوني وأنّ الدستور العراقي قد أعطى لهذه المقومات أهمية خاصة إذ نص على أنّه" أ- الأسرة أساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والأخلاقية والوطنية، ب- تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة والشيخوخة وترعى النشء والشباب وتوفر لهم الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم وقدراتهم"[١]، ونص كذلك على أن" تكفل الدولة للفرد والأسرة وبخاصة الطفل والمرأة الضمان الاجتماعي والصحي والمقومات الأساسية للعيش في حياة حرة كريمة تؤمن لهم الدخل المناسب والسكن الملائم"[٢]، وكذلك نصه على" أولاً: التعليم عامل أساس لتقدم المجتمع، وحق تكفله الدولة وهو إلزامي في المرحلة الابتدائية وتكفل الدولة مكافحة الأمية، ثانياً: التعليم المجاني حق لكل العراقيين في مختلف مراحله"[٣]، إلى غير ذلك من النصوص الدستورية التي تحتوي وتتضمن المقومات الخلقية والاجتماعية والتي لا يجوز تعديلها أو تفسيرها إلا بالطرق المقررة وفقاً لما منصوص عليه في الدستور بتعديله وهو ما نص عليه من أنه" لا يجوز تعديل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور إلا بعد دورتين انتخابيتين وبناءً على موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب عليه وموافقة

---

[١] المادة ٢٩/أولاً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٢] المادة ٣٠/ أولاً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٣] المادة ٣٤/ أولاً، ثانياً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

الشعب بالاستفتاء العام ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة أيام"[١]، إلا أننا نرى ضرورة تلافي هذا الجمود الموضوعي لضمان اكبر قدر من الحقوق للمواطنين - لان التعديل قد يزيد الحقوق- وذلك من خلال مواكبة التغييرات والتطورات التي تطرأ على المجتمع العراقي من حين لآخر، وإذا ما خالفت معاهدة ما هذه المقومات الخلقية والاجتماعية فان تلك المخالفة وذاك الانتهاك يعدان من العيوب الدستورية التي توصم المعاهدة بعدم الشرعية لتجاوزها الحدود الموضوعية لهذه المقومات التي نص عليها الدستور.

في حين انه من المقومات الاقتصادية التي كفلها الدستور نصه على" تكفل الدولة إصلاح الاقتصاد العراقي وفق أسس اقتصادية وبما يضمن استثمار كامل موارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتنميته"[٢]، ونص كذلك على" تكفل الدولة تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة وينظم ذلك بقانون"[٣] وكذلك نصه على" أولاً: لا تفرض الضرائب والرسوم و لا يعدل ولا تجبى ولا يعفى منها إلا بقانون، ثانياً: يعفى أصحاب الدخول المنخفضة من الضرائب بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للمعيشة وينظم ذلك بقانون"[٤]، زيادة على ذلك يكفل الدستور حماية الملكية الخاصة والعامة إذ نص على أنّه" أولاً: الملكية الخاصة مصونة ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون، ثانياً: لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة، مقابل تعويض

[١] المادة ١٢٦ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٢] المادة ٢٥ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٣] المادة ٢٦من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٤] المادة ٢٨ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

عادل وينظم ذلك بقانون"[١]، ما يلاحظ أن حق الملكية حق كفله وصانه الدستور لا يجوز مصادرته من قبل الدولة ولا يجوز أن تغل يد المالك بالانتفاع أو الاستغلال به بالكيفية التي يشاء إلا في حدود القانون وهذه الحدود ووفق الضوابط التي وضعها الدستور تتقيد بها كل سلطات الدولة لان هذه الحدود والضوابط التي وضعها الدستور لا يجوز انتهاكها أو مخالفتها من قبل السلطات كافة سواء عند سن التشريعات أم إبرام المعاهدات الدولية والانضمام إليها، من ثم لا يجوز للدولة إبرام معاهدة معينة تغل يد الملاك أو فئة من الأفراد من استغلال أملاكها أو التصرف بها بأي حجة كانت إلا إذا صدر حكم قضائي مستنداً إلى مادة من مواد الدستور مع التعويض العادل.

المبحث الثاني

وجوب احترام المعاهدات الدولية وعدم تعارضها

مع مبادئ الشريعة الإسلامية - مبدأ أسلمة المعاهدات الدولية -

من الأمور المتصلة بمسألة شرعية ودستورية المعاهدات الدولية من الناحية الموضوعية كذلك مسألة عدم تعارض المعاهدة الدولية مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية وأنّ مخالفتها أو انتهاكها يعد عيباً دستورياً يجوز الطعن فيه أمام المحكمة المختصة، وإذا ما ثبت ذلك فإنها توصم بعدم الدستورية الأمر الذي يؤدي

[١] الماد ٢٣/ أولاً، ثانياً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، ولكوننا لم نجد حكماً يتعلق بهذه المقومات قد صدر من قبل المحكمة الاتحادية العليا، إلا أنّ المعاهدة ما دام لها قوة القانون فقياساً على ذلك ينظر: قرار المحكمة الاتحادية رقم ١١/ اتحادية/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٨/٢٤و القرار رقم ٦٠/ اتحادية/ ٢٠٠٩ في ٢٠١٠/٧/١٢.

إلى إلغاء أو الامتناع عن تطبيق النص المخالف للدستور على القضية المعروضة أمام محكمة الموضوع.

ومن دراسة أعدتها اللجنة الأمريكية لحرية الأديان عن العلاقة بين الدين والدولة على دساتير دول ذات غالبية مسلمة تم تصنيف هذه الدول إلى مجاميع:

الأولى: دول تعلن نفسها إسلامية وهي(أفغانستان، البحرين، موريتانيا، المملكة العربية السعودية، اليمن...).

الثانية: دول تعد الإسلام دينها الرسمي وهي(الجزائر، مصر، العراق، الأردن، المغرب..).

الثالثة: دول لا تنص على إعلان دستوري للدين وهي(سوريا،السودان، الصومال...).

الرابعة: دول تعلن إنها علمانية وهي(تركيا، فرنسا، تركمنستان، مالي، السنغال...)[١].

أي أنّ الدول التي تنص دساتيرها على تبني مبادئ الشريعة الإسلامية وأنّ الإسلام دينها الرسمي موقف ينسجم مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان والتي تكفل حرية العقيدة، إذ نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على" أن الاعتراف بديانة ما بوصفها دين الدولة الرسمي ....، يجب أن لا يؤدي إلى إعاقة التمتع بأي حق من الحقوق المنصوص عليها في العهد"[٢]، ولمعرفة موقف الدساتير من ذلك سنتوقف عند بعض منها كلاً في مطلب مستقل وكالآتي:

---

[١] ناد استانكي وروبرت بليت، العلاقة بين الدين والدولة والحق في حرية الدين أو المعتقد، دراسة قدمت إلى اللجنة الأمريكية لحرية الأديان الدولية، الولايات المتحدة الأمريكية، ٢٠٠٥، ص٩.

[٢] المادة ١٨ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

المطلب الأول

مبادئ الشريعة الإسلامية والدستور الفرنسي

إنّ الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ نص على" فرنسا جمهورية لا تتجزأ وهي علمانية وديمقراطية واجتماعية وتكفل مساواة جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز بسبب الأصل أو العرق أو الدين وهي تحترم جميع المعتقدات"[١]، انسجاماً مع ما سرنا عليه من بيان موقف الدساتير من موضوع الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية يتضح لنا أن فرنسا دولة علمانية ولا مجال للحديث عن مبادئ الشريعة الإسلامية فيها ومن ثم لا يبحث المجلس الدستوري في دستورية معاهدة ما من اجل بيان تعارضها مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، إلا أنّه في الوقت ذاته ضمّن قدر من المساواة أمام القانون بصرف النظر عن التمييز بسبب الدين ومن ذلك الدين الإسلامي.

المطلب الثاني

مبادئ الشريعة الإسلامية و الدستور المصري

أما الدستور المصري لعام ١٩٧١ فقد نص على إن" الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية، ومصادر الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"[٢] ، فقبل التعديل الدستوري الذي حدث عام ١٩٨٠ كانت المحكمة

[١] المادة ١ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

[٢] المادة ٢ من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

الدستورية العليا والمحكمة العليا تتبنيان المعيار الشكلي دون الموضوعي عند الحديث عن الشريعة الإسلامية[١].

يتبين من ذلك أن الشريعة الإسلامية أصبحت من المصادر الرئيسية للتشريع في مصر الأمر الذي يستلزم احترام المؤسسات التشريعية خاصة البرلمان لهذا المصدر وذلك بعدم سن أي تشريع أو إبرام أو الانضمام لأية معاهدة دولية تتعارض معها، وإذا ما حدث وأنْ تضمن تشريعاً أو معاهدة دولية نصاً مخالفاً للشريعة الإسلامية بات هذا التشريع أو هذه المعاهدة مشوبة بعيب دستوري.

إذ يقول الفقه[٢]" إلا أننا نرى لهذا التعديل أثره القانوني الواضح والبالغ الأهمية فهو من ناحية حول هذه المبادئ إلى مصدر رسمي للقانون، ومن ناحية جعل لها أولوية بين المصادر الموضوعية ومن ثم يغدو المشرع ملزماً بالرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية ابتداءً كلما هّم بسن تشريع فإنْ وجد فيها حكماً قننه، وان لم يجد بحث ضالته في غيرها من المصادر ومن ثم لا يجوز لتشريع وضعي- لاحق لصدور الدستور على الأقل- أن يخالف حكماً قطعياً من أحكام الشريعة الإسلامية وإلا كان هذا التشريع مشوباً بعيب مخالفة الدستور، لإغفاله مبادئ الشريعة الإسلامية وتقديم مصدر قانوني فرعي عليها وهي المصدر الرئيس الأول بحكم الدستور".

---

[١] د. محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص٥٦.

[٢] د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة طبع، ص١٣٥ وما بعدها.

أي إن مصادر الشريعة الإسلامية أصبحت المصدر الرئيس للتشريع في الدستور المصري، ومن ثم يلتزم المشرع بعدم مخالفة أحكامها والمقصود بأحكامها هنا الأحكام القطعية الدلالة التي وردت في كتاب الله وسنة رسوله، لا الأحكام الظنية الدلالة التي يجوز أن تبقى مجالاً للتأويل والاجتهاد، وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا".....لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، بوصف أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغيير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها، وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية في شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها..."[١] ، وقررت كذلك" .... إن ما نص عليه الدستور في المادة الثانية بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠- من أنّ مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع إنما يتمخض عن قيد على السلطة التشريعية التزاماً في التشريعات الصادرة بعد العمل بالتعديل الدستوري المشار إليه- ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية – فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً....وكذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١١ قضائية، جلسة ١٩٩٤/٣/٢٦.

لسواها وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها.."[١].

أي أنّ كل معاهدة دولية لا تتعارض أو تتناقض مع الأحكام القطعية الدلالة والقطعية في الثبوت تعد دستورية ومشروعة ومن ثم لا مجال للطعن بعدم دستوريتها بعكس التي تتناقض أو تتعارض فيجوز الحكم بعدم دستوريتها عن طريق المحكمة الدستورية العليا.

المطلب الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية والدستور العراقي

لقد عدّت الدساتير العراقية منذ عام ١٩٢٥ إلى عام ٢٠٠٥ الإسلام دين الدولة الرسمي، إذ تضمن الأخير عدة نصوص تؤكد على وصف الشريعة الإسلامية والإسلام بصورة عامة احد مصادر القانون الوضعي ومصدراً رسمياً للتشريع، إذ ينص على" أولاً: الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساس للتشريع:

أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت وأحكام الإسلام...."[٢] ، وتظهر دلالات مماثلة لهذا النص في ذات الدستور بالنص على انه" العتبات المقدسة والمقامات الدينية في العراق كيانات حضارية ودينية، وتلزم الدولة بتأكيد

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية، جلسة ١٩٩٤/٤/٣، وللمزيد من الأحكام ينظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص٣٠٥ و د. محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص٥٥ وما بعدها.

[٢] المادة ٢/أولاً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

وصيانة حرمتها وضمان ممارسة الشعائر بحرية فيها"[١]، وكذلك نصه على" ..... تنظم بقانون الأوسمة والعطلات الرسمية والمناسبات الدينية والوطنية والتقويم الهجري والميلادي"[٢]، إلى غير ذلك من النصوص التي أكدت على عدّ الإسلام وشريعته دين الدولة الرسمي ومصدر أساس للتشريع في العراق وليس المصدر الرئيس كما فعل المشرع الدستوري المصري، لأن جعل الإسلام مصدر أساسي للتشريع لا تعطيه كما يقول بعضهم[٣] المنزلة التي يضعها فيها النص بوصفه (المصدر الأساس أو الرئيسي) إلا إن عبارة" لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام" تعطيه هذا الموقع مع اختلاف في كيفية الرجوع الى الشريعة، لو كان النص" الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس" لتوجب آنذاك على المشرع أن يبحث فيها عن حكم فإنْ تعذر عليه ذلك فيصار للبحث عنها في مصادر أخرى لا تخالف الشريعة، أما في حالة النص العراقي فإنّ حرية المشرع في اختيار الحكم مقيدة فقط بعدم جواز مخالفة الشريعة الإسلامية، إلا أنّه يمكن القول بما أنّ الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساسي للتشريع يكفي بحد ذاته بإلزام البرلمان بعدم سن أي قانون أو تشريع يتعارض معه وإلا عدّ باطلاً، فضلاً عن إلزام السلطتين التنفيذية والتشريعية بعدم إبرام أو الانضمام الى أي اتفاق دولي فيه انتهاك لمبادئ الشريعة الإسلامية لأنه يعد مخالفاً للدستور، فثار خلاف بين الفقهاء

[١] المادة ١٠ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٢] المادة ١٢/ ثانياً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٣] د. حسين عذاب السكيني، الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي، ط١، ج٢- العلاقة بين الدين والدولة، الغدير للطباعة، البصرة، ٢٠٠٨، ص٣٦.

مفاده ما المقصود بثوابت أحكام الإسلام التي لا يجوز سن قانون يتعارض معها ومادامت المعاهدة في حكم القانون إذن لا يجوز إبرامها أو الانضمام إليها إذا ما تعارضت مع ثوابت أحكام الإسلام كذلك؟ فيرى بعضهم أنها" الأحكام....التي ثبتت بنصوص قطعية الثبوت وقطعية الدلالة أو ثبتت بنصوص ظنية الثبوت أو انعقد الإجماع عليها"[١]، إلا أننا نرى أن المقصود بثوابت أحكام الإسلام النصوص القطعية في الثبوت والقطعية في الدلالة فقط لأنّه لن ينعقد الإجماع على حكم في العراق إلا نادراً، وأنّ المحكمة الاتحادية العليا هي الجهة المختصة للتثبت من مسألة مخالفة أو عدم مخالفة التشريعات لثوابت أحكام الإسلام في المادة(٩٣) من الدستور التي نصت على أن تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي" أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، ثانياً: تفسير نصوص الدستور..."، زيادة على ذلك إن المحكمة تضم في عضويتها استناداً الى المادة(٩٢) من الدستور خبراء من الفقه الإسلامي و الذين يكون لهم الدور الأكبر كجهة استشارية للبت في مخالفة أي تشريع أو معاهدة لهذه الأحكام التي عدّت دستورية بموجب نص الدستور.

[١] د. فاروق عبدالله كريم، الآثار المترتبة على كون الشريعة المصدر الأساسي للتشريع، دراسات دستورية عراقية، المعهد الدولي لحقوق الإنسان، جامعة دي بول، ٢٠٠٥، ص٣١٠.

المبحث الثالث

وجوب احترام المعاهدات الدولية وعدم تعارضها

مع الحقوق والحريات العامة

بداية يمكن القول إنّ غالبية دساتير دول العالم سارت نحو اتجاه تضمين الحقوق والحريات في صلبها، وكان الهدف هو أن تكفل القواعد الدستورية الأسمى مرتبة من التشريعات العادية هذه الحقوق والحريات[١]، إذ أنّ وجود الدستور في قمة الهرم القانوني ونصه على حقوق وحريات معينة يعطيها صفة دستورية، ومن ثم تكون قيداً على ممارسة السلطات العامة للدولة لاختصاصاتها ولا يجوز لها انتهاكها أو مخالفتها، بمعنى أنّ إقرار الدستور للحقوق والحريات من خلال النص عليها في صلبه أو مقدمته –التي تتمتع بنفس القيمة الدستورية- الأمر الذي يجعل هذه الحقوق والحريات تتمتع بالحماية الدستورية.

وإذا ما اعتدى المشرع على هذه الحقوق والحريات بالانتقاص منها أو إهدارها من خلال تشريعاته التي يصدرها أو المعاهدات التي تبرمها أو تنضم إليها دولته فإنها تكون عرضة للحكم بعدم دستوريتها من قبل الجهات المختصة بذلك، لذلك سنبين موقف بعضٍ من الدساتير وذلك في مطلب خاص بكل واحد منها وكالآتي:

[١] هناك من يفرق بين الحق والحرية فللمزيد ينظر: د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٣٤ وما بعدها.

المطلب الأول

الحقوق والحريات العامة في الدستور الفرنسي

جاءت مقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ متضمنة العديد من الحقوق والحريات العامة ومنها" يعلن الشعب الفرنسي بصفة رسمية تمسكه بحقوق الإنسان وبمبادئ السيادة الوطنية بالصورة التي حددت بها في إعلان ١٧٨٩ والتي أكدتها وأكملتها مقدمة دستور ١٩٤٦ وكذلك تمسكه بالحقوق والواجبات التي اقرها ميثاق البيئة في عام ٢٠٠٤..."[١] ، من هذه المقدمة نلاحظ أنّ المشرع الدستوري الفرنسي اهتم كثيراً بالحقوق والحريات العامة خاصة تلك الواردة في إعلان الحقوق الفرنسي لعام ١٧٨٩ وميثاق البيئة لعام ٢٠٠٤ ومن ثم إذا ما خالف تشريع سواء أكان قانوناً أم معاهدة دولية هذه الحقوق والحريات الواردة في الديباجة فبالإمكان الطعن بعدم دستوريتها آنذاك، إذ نصت المادة(٤٦/ أولاً) من القانون الدستوري رقم ٧٢٤-٢٠٠٨ المؤرخ في ٢٠٠٨/٨/٢٣ على أنّه" إذا ما ثبت أثناء نظر دعوى أمام أي من جهتي القضاء أنّ نصاً تشريعياً يمس الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، يمكن إخطار المجلس الدستوري بهذه الدعوى التي يفصل فيها في اجل محدد، بإحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض، و يحدد القانون الأساسي شروط تطبيق هذه المادة"[٢].

لذلك تضمنت نصوص الدستور نوعين من الحقوق والحريات وهما:

---

[١] ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

[٢] المادة ٦١ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، وللمزيد من التوضيحات ينظر: د. محمد ابراهيم خيري الوكيل، الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ وفقاً لتعديلات ٢٠٠٨/٨/٢٣، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع، ص٥٨.

الفرع الأول: الحقوق والحريات العامة التي نص عليها الدستور بشكل مطلق

فمن النصوص الدستورية التي أكدت الحقوق والحريات بشكل مطلق في الدستور الفرنسي دون حاجة لتنظيمها بقوانين معينة لها نصه على" فرنسا جمهورية لا تتجزأ،..... تكفل مساواة جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز بسبب الأصل أو العرق أو الدين وهي تحترم جميع المعتقدات"[١]، فمن أهم مظاهر المساواة مثلاً المساواة أمام القانون وعدم التمييز بين المواطنين عند تطبيق القانون عليهم لأي سبب سواء بسبب الأصل أم العرق أم الدين، وكذلك المساواة أمام القضاء على مختلف درجاته وجهاته فحق التقاضي مكفول لجميع المواطنين ويتقاضى الجميع أمام محاكم واحدة لا تختلف باختلاف الأشخاص أو الطبقات الاجتماعية ومن ثم لا يجوز سن قانون أو إبرام معاهدة تتضمن نصوصاً تميز بين الجنسين أو تنتقص من هذه الحقوق فإنها تكون معيبة ويحق الطعن بعدم دستوريتها من قبل الجهات التي تملك تحريك الرقابة أمام المجلس الدستوري والتي حددتها المادة(٥٤) من الدستور، وكذلك تأكيده على حماية الحق في الحياة من خلال نصه على" لا يجوز الحكم بعقوبة الإعدام على أي شخص أياً كان"[٢]، فضمن الدستور هنا قدسية الحق في الحياة لكل، وكذلك الحق في المحاكمة العادلة والمنصفة للإنسان فهو حق طبيعي لأنه يحق لكل شخص اتهم في قضية ما أنْ تتم

[١] المادة ١ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

[٢] المادة ٦٦ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

محاكمته محاكمة عادلة بدون أي ظلم، لأن هذا الحق يقوم على أساس مبدأ احترام حق الدفاع أمام المحاكم[١].

الفرع الثاني: الحقوق والحريات العامة التي نص عليها الدستور ومنح فرصة تنظيمها للتشريعات

ومن الحقوق والحريات العامة التي نص عليها الدستور الفرنسي لكنه منح فرصة للتشريعات والمعاهدات عند تناولها لهذه الحقوق والحريات أن تقوم بتنظيمها بشرط هو أن لا يتضمن ذلك التنظيم مخالفة أو انتهاكاً كانتقاص أو تقييد أو إهدار أو مصادرة لها بما يتعارض مع المبدأ الأساسي الوارد في الدستور، مثلاً نصه على" يكفل القانون التعبير التعددي عن الآراء ومشاركة الأحزاب والجماعات السياسية مشاركة منصفة في الحياة الديمقراطية للأمة"[٢].

بمعنى أنّه يحق لهذه الجماعات والأحزاب المشاركة في الحياة السياسية وهو الحق الذي يكفل للأفراد المكونة لهذه الجماعات والأحزاب في حكم أنفسهم، وهذه المشاركة قد تكون بصورة مباشرة عن طريق تولي المناصب العامة أو بصورة غير مباشرة عن طريق اختيار قياداته وممثليه[٣]، وهو ما أكده الإعلان

---

١ Decision du conseil constitutionnel, No 77-87 du 12 mai 1985, p.15.

٢ المادة ٣/٤ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

٣ للمزيد عن ذلك ينظر: د. عبد الناصر محمد وهبة، الحرية السياسية بين الشريعة والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١١ وما بعدها.

العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية لعام ١٩٦٦[١].

المطلب الثاني

الحقوق والحريات العامة في الدستور المصري

أما الدستور المصري لعام ١٩٧١ فقد تضمن العديد من الحقوق والحريات العامة في بابه الثالث وقبل الخوض في بيان هذه الحقوق وجدنا حكماً للمحكمة الدستورية العليا يفصل بشكل واضح كيفية تنظيم الدستور للحقوق والحريات العامة سواء أكانت مطلقة أم منظمة، إذ قرر" إن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعاً منذ دستور ١٩٢٣ على تقرير الحقوق والحريات العامة في صلبها قصداً من الشارع الدستوري أن يكون لهذه الحقوق والحريات قوة الدستور وسموه على القوانين العادية وحتى يكون النص عليها في الدستور قيداً على المشرع العادي فيما يسنه من قواعد وأحكام، فتارة يقرر الدستور الحرية العامة ويبيح للمشرع العادي تنظيمها لبيان حدود الحرية وكيفية ممارستها من غير نقص أو انتقاص منها، وطوراً يطلق الحرية العامة إطلاقاً يستعصي عليها التقييد والتنظيم فإذا خرج المشرع فيما يضعه من تشريعات على هذا الضمان الدستوري

[١] المادة ٢١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ والمادة ٢٥ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

بأنْ قيد حرية وردت في الدستور مطلقة، أو أهدر أو انتقص من حرية تحت ستار التنظيم الجائز دستورياً وقع عمله التشريعي مشوباً بعيب مخالفة الدستور..."[١].

من هذا الحكم نستنتج أنّ الدستور المصري أعطى ضمانة حقيقية لحماية الحقوق والحريات العامة الواردة في الدستور وذلك من خلال مراقبة مدى توافق أو تعارض أي تشريع أو معاهدة دولية تبرمها مصر مع الدستور لمعرفة مدى التزامها بالحدود الموضوعية التي وضعها الدستور من ثم الحكم عليها بالدستورية أم عدم الدستورية حسبما تقتضيه نتيجة المقارنة، علماً بأن المحكمة الدستورية العليا أكدت في كثير من الأحيان على وحدة النصوص الدستورية وعدم وجود أفضلية لنص على آخر لأنها جميعاً وردت في الدستور فيكون بذلك لها أصول دستورية إذ قررت"..... إن الحقوق والحريات العامة..... لجميعها أصول دستورية ثابتة، يباشرها الفرد متآلفة فيما بينها، ومتداخلة مع بعضها البعض تتساند معاً ويعضد كل منها الآخر في نسيج متكامل يحتل من الوثائق الدستورية مكاناً سامقاً"[٢]، و بذلك تضمنت نصوص الدستور نوعين من الحقوق والحريات هما:

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية، جلسة ١٩٩٦/٤/٦، وكذلك الدعوى رقم ٥٢ لسنة ١٨ قضائية، جلسة ١٩٩٧/٦/٧.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية دستورية، جلسة ٢٠٠٠/٧/٣، ج٩، ص٥٨٢.

الفرع الأول: الحقوق والحريات العامة التي نص عليها الدستور بشكل مطلق

ومن النصوص الدستورية التي تناولت الحقوق والحريات العامة بشكل مطلق أي التي لم يترك للمشرع العادي عند سنه للقوانين أو إبرام المعاهدات أن يتولى تنظيمها بإرادته وذلك لضمان عدم المساس بها بأي صورة كانت منها نصه على" المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة"[١]، وكذلك نصه على" لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر"[٢]، وكذلك نصه على" لا يجوز إبعاد أي مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها"[٣]، وكذلك" تمنح الدولة حق الالتجاء السياسي لكل أجنبي اضطهد بسبب الدفاع عن مصالح الشعوب أو حقوق الإنسان أو السلام أو العدالة وتسليم اللاجئين السياسيين محظور"[٤]، إلى غير ذلك من النصوص.

فمبدأ المساواة مثلاً في الحقوق والواجبات أحد المبادئ التي نص عليها الدستور ومن ثم هي مكفولة للجميع بدون تمييز بسبب الأصل أو العرق أو الدين

---

[١] المادة ٤٠ من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

[٢] المادة ٤٣ من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

[٣] المادة ٥١ من الدستور المصري لعام ١٩٧١، و للمزيد عنه ينظر: د. برهان أمر الله، حق اللجوء السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٥٨ وما بعدها.

[٤] المادة ٥٣ من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

كأداء الخدمة العسكرية أو أداء الضرائب[١]، وكذلك لا يجوز المساس بحياة الإنسان من خلال إجراء أي تجارب طبية أو عمليات عليه استناداً إلى المادة الثانية من الدستور والتي عدّت الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع والمادة(٤٣) من الدستور، لذلك على جميع السلطات والجهات أن تلتزم بعدم سن أي قانون أو إبرام أو الانضمام لأية معاهدة تتعارض مع هذه النصوص وإلا عدّت مخالفة للحدود والضوابط الموضوعية التي رسمها الدستور ومن ثم يجوز الطعن بعدم دستوريتها.

الفرع الثاني: الحقوق والحريات العامة التي نص عليها الدستور ومنح فرصة تنظيمها للتشريعات

من الحقوق والحريات العامة التي نص عليها الدستور وترك أمر تنظيمها للمشرع العادي عند سن القوانين أو إبرام المعاهدات والانضمام إليها نصه على" الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص..... ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي"[٢]، وكذلك نصه على" للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية، جلسة ٣/ ٧/ ١٩٩٥.

[٢] المادة ٤١ من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

القانون"[١]، وكذلك" لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة وسريتها مكفولة ولا يجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محدودة ووفقاً لأحكام القانون"[٢]، وكذلك نصه على" للمواطنين حق تكوين الجمعيات على الوجه المبين في القانون ويحظر إنشاء جمعيات يكون نشاطها معادياً لنظام المجتمع أو سرياً أو ذات طابع عسكري"[٣]، إلى غير ذلك من الأحكام.

فلكل فرد حياته الخاصة وأسراره التي يجب أن لا يطلع عليها غيره، فمن حقه أن يحيا حياته الشخصية داخل مسكنه دون مضايقة فلا يجوز أن يقتحم أحد مسكن فرد من الأفراد أو أن يقوم بتفتيشه إلا طبقاً للقانون وفي الحالات المحددة فقط[٤].

وبذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة(٦/٧٣) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ عندما نص على" أن لا يعين عضو بمجلس الدولة من يكون متزوجاً بأجنبية....."[٥] ، فحكمت

---

[١] المادة ٤٤ من الدستور المصري لعام ١٩٧١، للمزيد من التفاصيل ينظر: المستشار رجب عبد الكريم سليم، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها، ط١، ج٥ وج٦، دون مكان طبع، ١٩٩٩، ص١٥-١٦.

[٢] المادة ٤٥ من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

[٣] المادة ٥٥ من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

[٤] وهو ما أكدته المادة ١٢ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ و المادة ٩ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية لعام ١٩٦٦.

[٥] حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية جلسة ١٩٩٥/٣/١٨، ج٦، ص٥٦٧.

المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النص لمخالفته للنص الدستوري الذي كفل الحرية الشخصية في المادة(٤١) وحرمة الحياة الخاصة التي كفلتها المادة(٤٥) ومخالفته لنص المادة(٩) التي نصت على" الأسرة أساس المجتمع والذي يعد الحق في الزواج واختيار الزوج مدخلاً لها...."، وأن النص مخالف لما قرره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ الذي منح الحق لكل من الرجل والمرأة إذا ما كانا بالغين في الزواج دون قيد أو تمييز في هذا الشأن بسبب العرق أو الدين أو الجنسية..."[١].

ونتفق مع ما ذهب إليه بعضهم[٢] بدستورية المعاهدات الدولية التي تتضمن قيداً أو ضوابط اشد من القيود والضوابط التي وضعها القانون للمساس بالحرية الشخصية بل يجوز أن تقيد المعاهدة ذاتها القانون عندما تضع ضوابط معينة تكفل تطبيق النص الدستوري بشكل أفضل وأحسن من نص القانون العادي وهذا الأمر يمكن تعميمه على جميع الحقوق والحريات الدستورية التي نص عليها الدستور وأجاز للمشرع العادي تنظيمها بقانون أو معاهدة معينة إذا كان لها قوة القانون وذلك لسببين:

الأول: إنّ الحقوق والحريات مكفولة بموجب نص دستوري أعلى مرتبة أو قيمة من القانون العادي، أياً كان الحق أو الحرية لأنها لا تتدرج ولا يعلو بعضها على بعض وهو ما أخذت به المحكمة الدستورية العليا إذا نصت في أحد أحكامها على أنّه" من المقرر أن حقوق الإنسان وحرياته التي كفلها الدستور لا تتدرج فيما بينها

[١] المادة ١٦ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨.

[٢] د. عوض عبد الجليل عوض الترساوي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١١٥.

ليعلو بعضها على بعض، بل يتعين النظر إليها بوصفها قيماً عليا تنظم حقوقاً لا تنقسم فلا يجوز تجزئتها بل يكون ضمانها في مجموع عناصرها ومكوناتها..... إن حقوق الإنسان جميعها لا يجوز عزلها عن بعض ولو كان لبعضها دور اكبر لصلتها الوثقى بوجوده وآدميته بل يتعين أن تتناغم فيما بينها لتتكامل بها الشخصية الإنسانية في أكثر توجهاتها عمقاً ونبلاً"[١].

الثاني: إن القضاء المصري قد استقر على أولوية تطبيق المعاهدة الدولية على القانون العادي – كما بينا في الفصل الثالث -.

المطلب الثالث

الحقوق والحريات العامة في الدستور العراقي

أما الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ فجاءت مقدمته حاملة للعديد من الدلالات التي تؤكد على طبيعة مكونات الشعب وأمجاد أجداده وماضيهم ونظام الحكم الحالي على أساس إنها دولة اتحادية فيدرالية ديمقراطية متعددة الطوائف وهذه المبادئ وردت بشكل أكثر تفصيلاً في صلب الدستور، أما الحقوق والحريات التي وردت في هذا الدستور عديدة منها ما جاء بشكل مطلق ومنها منظم بقانون وما أكثر الحقوق والحريات التي يجب أن تنظم بالقوانين التي لم تسن بعد من قبل السلطة المختصة، وانسجاماً مع ذلك سنبين بعضاً منها وكالآتي:

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية، جلسة ١٦/ ٤/ ١٩٩٦، ج٧، ص٥٥١.

الفرع الأول: الحقوق والحريات العامة التي نص عليها الدستور بشكل مطلق

فمن تلك الحقوق والحريات التي جاءت مطلقة والتي لا يجوز لأي سلطة عند سن التشريعات أو إبرام المعاهدات والانضمام إليها أن تقلص أو تصادر أو تنتهك من هذه الحقوق وإلا أصيبت بعيب عدم الدستورية وإذا ما حكم عليها فإنها تلغى ولا يترتب على تطبيقها أي أثار جديدة، إذ نص الدستور على".... ب- لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية، ج- لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور"[١]، وكذلك نصه على".....ثانياً: لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم آو أي نص قانوني آخر يتعارض معه"[٢]، يتضح أن نصوص الدستور جاءت واضحة في عّد الدستور كتلة دستورية واحدة فما يعارضه يعد باطلاً فمن هذه الحقوق حق المساواة، إذ نص الدستور على" العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي"[٣]، وكذلك نصه على" لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا

[١] المادة ٢/ أولاً-ب،ج من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٢] المادة ١٣/ ثانياً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٣] المادة ١٤ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة"[١]، وكذلك نصه على" ثانياً: التقاضي حق مصون ومكفول للجميع، رابعاً: حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة...، سابعاً: لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية"[٢]، ونصه" للمواطنين رجالاً ونساءً حق المشاركة في الشؤون العامة والتمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح"[٣]، فضلاً عن نصه على" أولاً: للعراقي حرية التنقل والسفر والسكن داخل العراق وخارجه، ثانياً: لا يجوز نفي العراقي أو أبعاده أو حرمانه من العودة إلى الوطن"[٤]إلى غير ذلك من الأحكام التي قررت الحقوق والحريات للمواطنين، علماً بأنه لم نجد حكماً للمحكمة الاتحادية العليا قد رفضت فيه أو ألغت معاهدة دولية لتعارضها مع الدستور إلا أنّه وجدنا العديد من القوانين والقرارات قد تعارضت في مادة أو أكثر من مادة مع الدستور وقررت المحكمة عدم دستوريتها، منها عندما طعن أحد الموظفين الذي وجه إليه وزير الزراعة عقوبة الإنذار بهذا القرار على أساس أن قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١جعل كل من عقوبتي لفت النظر والإنذار باتة ويحق للموظف الطعن بالعقوبات الأخرى أمام مجلس الانضباط العام فنصت المادة(١١/ رابعاً) على" تكون العقوبات التي يفرضها الوزير أو رئيس الدائرة المخول باتة باستثناء عقوبات التوبيخ وإنقاص الراتب وتنزيل الدرجة والفصل والعزل"، فما يلاحظ

[١] المادة ١٧ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٢] المادة ١٩/ ثالثاً، رابعاً، سادساً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .

[٣] المادة ٢٠ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٤] المادة ٤٤/ أولاً، ثانياً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

على هذه المادة أنها تتعارض تماماً مع النص الدستوري الذي نص على" أن التقاضي حق مصون ومكفول للجميع" و" حق الدفاع مقدس ومكفول..."[١] ، فقضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية نص الفقرة رابعاً من المادة(١١) من قانون انضباط موظفي الدولة المذكورة، و يبدو انه استناداً لهذا الحكم شرع مجلس النواب تعديلاً لقانون الانضباط المذكور برقم ٥ لسنة ٢٠٠٨ واخضع بذلك جميع العقوبات الانضباطية لطرق الطعن القانونية[٢].

أما الحق في التنقل فأنّه هو الأخر جاء مطلقاً ويقصد به أن يتمكن الفرد من التنقل في حدود إقليم دولته أو خارجها مع حرية العودة من دون قيود أو موانع، إذن فالأصل أن يكون للمواطن حق الإقامة في أي مكان يريد ولا يجوز نفيه لأي سبب كان ويضمن الدستور له حق العودة الذي هو حق مطلق[٣]، وفي قضية عرضت على المحكمة الاتحادية العليا على أساس أنّ مجلس النواب العراقي اصدر قراراً برفع الحصانة عن موكل المحامي(م.ج) عضو مجلس النواب واتخاذ الإجراءات بحقه وحيث أنّ القرار اكتسب الصفة غير الشرعية وفقد سنده القانوني ولم يجد قاعدة في النظام الداخلي الذي حددته المادة(٩٣/ أولاً، ثانياً، ثالثاً) من الدستور والمادة(٤/ ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥والمادة(٦) من النظام الداخلي للمحكمة لذا طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة ومن ثم الحكم بإلغاء قرار مجلس النواب بكل ما ورد فيه، واطلعت

---

[١] المادة ١٩/ ثالثاً، رابعاً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٢] ينظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم ٤/ اتحادية/٢٠٠٧، بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٢.

[٣] وهو ما أكدته المادة ١٣ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ والمادة ١٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

المحكمة على مضمون الدعوى فوجدت أن موضوعها تحكمه المواد المتعلقة بالحريات ومنها المادة(٤٤/ أولاً) ومن قراءة النص يتضح أن الدستور كفل الحرية للعراقي للتنقل داخل العراق وخارجه دون قيد أو شرط، لذلك قررت المحكمة إلغاء القرار الصادر من مجلس النواب[١].

الفرع الثاني: الحقوق والحريات العامة التي نص عليها الدستور ومنح فرصة تنظيمها للتشريعات

ومن الحقوق والحريات التي كفلها الدستور للمواطنين إلا انه قيد أمر تنظيمها بصدور قانون أو بناءً عليه إذ نص على انه" لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناءً عليه على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية"[٢]، بمعنى أن لا يهدر أو ينتقص أو يصادر ما ينص عليه الدستور من هذه الحقوق والحريات من قبل القانون المنظم لها وكذا الأمر بالنسبة للمعاهدات الدولية ما دام لها قوة القانون، فمنها نصه على" لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون، وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة"[٣]، وكذلك نصه على" ...حرمة المساكن مصونة، ولا يجوز دخولها أو

[١] حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم ٣٤/ اتحادية/٢٠٠٨، بتاريخ ٢٠٠٨/١١/٢٤.

[٢] المادة ٤٦ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٣] المادة ١٥ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

تفتيشها أو التعرض لها إلا بقرار قضائي وفقاً للقانون"[١]، وكذلك" أولاً: الجنسية العراقية حق لكل عراقي وهي أساس مواطنته.....تنظم أحكام الجنسية بقانون وينظر في الدعاوى الناشئة عنها من قبل المحاكم المختصة"[٢]، وكذلك نصه على" أولاً: العمل حق لكل العراقيين بما يضمن لهم حياة كريمة، ثانياً: ينظم القانون العلاقة بين العمال وأصحاب العمل على أسس اقتصادية مع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية[٣]، وكذلك" الملكية الخاصة مصونة ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون"[٤]، إلى غير ذلك من الحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور.

من جانب آخر على واضعي الدستور العراقي أن لا ينظروا الى هذه الحقوق والحريات التي تضمنها بوصفها الوحيدة بل يجب أن يتمتع الأفراد بكل الحقوق والحريات التي تضمن للإنسان كرامته وإنسانيته في جميع الاتفاقات والوثائق الدولية التي صدقها أو انضم إليها العراق أو سينضم إليها مستقبلاً،

---

[١] المادة ١٧/ ثانياً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٢] المادة ١٨/ أولاً، سادساً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، للاطلاع على حكم المحكمة الاتحادية العليا بشأن منح الجنسية لمن ولد من أم عراقية وأب أجنبي خاصة إذا ما كان الأب فلسطيني، ينظر: حكمها في الدعاوى ١٨/ اتحادية/تمييز/٢٠٠٨، بتاريخ ٢٠٠٨/٦/٢٣و الدعوى رقم ١٩/ اتحادية/ تمييز٢٠٠٨، بتاريخ، ٢٠٠٨/٧/٣ إلى غير ذلك من الأحكام، ينظر الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا www.iraqjudicaturre,org/ fedraljud,html

[٣] المادة ٢٢/أولاً، ثانياً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٤] المادة ٢٣/ أولاً من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

فالاحترام من وجهة نظرنا فيما يتعلق بحقوق الإنسان يجب أن يكون متبادلاً و متكاملاً بين الدستور من جهة والاتفاقات الدولية من جهة أخرى.

الخاتمة

في نهاية بحثنا توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات منها:

أولا: الاستنتاجات

١- إن زرع الدولة للمعاهدات الدولية التي تبرمها داخل رحم نظامها القانوني الداخلي لا يعني أن مؤسساتها الوطنية ذات السيادة يجب أن تنحني أمام مضامين أي معاهدة دولية، لان الأمة حال وضعها الدستور قد نظمت الكيفية التي تعبر بها عن إرادتها.

٢- إذا ما أبرمت إحدى الدول معاهدة دولية جاءت مخالفة للدستور شكلاً أو موضوعاً فأن تعديل الدستور لا يمس السيادة الوطنية إذا ما كانت تلك المعاهدة غاية من الأهمية و لا تستطيع الدولة الاستغناء عنها، ومن جانب أخر لها أن تعيد النظر في تلك المعاهدة مع الدولة أو الدول الأخرى للعمل على صياغتها بأسلوب يتفق مع دستورها الداخلي.

٣- فضلاً عن الرقابة القضائية السابقة واللاحقة فأن هناك رقابة أساسية يجب أن تمارس تلقائياً قبل التصديق على المعاهدة ، وهي الرقابة التي تمارس بموجب الدستور ذاته لبيان مدى احترام ذلك الاتفاق للأصول والمبادئ التي يقوم عليها دستور الدولة الذي يقف كحرس الحدود اذ يمنع دخول أي تشريع مخالف له.

ثانياً: التوصيات

١- وجوب احترام الاتفاقات الدولية خصوصاً المعاهدات الدولية التي يبرمها العراق للمبادئ والأصول الدستورية.

٢- أن مخالفة المعاهدة الدولية للدستور أمر ممكن ومتوقع في كل مرحلة من مراحل إبرامها، لذلك يفضل خضوعها للرقابة السابقة اولاً لكي يتوافر لها ما يسمى بقرينة الدستورية التي من شأنها أن تقلل فرص تعارضها مع الدستور، بمعنى انه على كل دولة تريد المصادقة أو الانضمام إلى أي معاهدة دولية أن تنظم العلاقة اولاً بين قوانينها الداخلية وعلى رأسها الدستور بوصفه يمثل قمة الهرم التشريعي وتلك المعاهدة.

٣- إيجاد نوع من التوعية والتثقيف للأشخاص العاملين في مجال إبرام المعاهدات الدولية بمنحهم فرصة الاطلاع على جميع الاتفاقات الدولية والتأكيد على أن للمعاهدة الدولية قوة القانون الداخلي طالما تمت المصادقة عليها وهناك علاقة تكاملية بين المعاهدة والقوانين الداخلية الامر يستوجب احترامها للدستور.

٤- نوصي المشرع الدستوري العراقي بإعادة المادة(٢٣) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ الملغي إلى متن الدستور الحالي وتكون بالصيغة الآتية" يجب ألاّ ينظر إلى الحقوق والحريات المذكورة في المواد السابقة بأنها الحقوق الوحيدة التي يتمتع بها أبناء الشعب العراقي، فهم يتمتعون بكل الحقوق اللائقة بشعب حر له قيمته وكرامته الإنسانية و بضمنها الحقوق المنصوص عليها في المعاهدات والاتفاقيات الدولية وغيرها من وثائق القانون الدولي التي وقعها العراق أو انضم إليها أو غيرها التي تعد ملزمة له وفقاً للقانون الدولي ويتمتع غير العراقيين في داخل العراق بكل الحقوق الإنسانية التي لا تتعارض مع وضعهم بوصفهم من غير المواطنين".

وختاماً يجب أن لا نقتنع كثيراً بما أنجزناه ولكن على العكس من ذلك يجب أن نبحث عن وسائل أخرى أكثر فعالية من اجل ضمان سلامة التشريعات الدولية أولاً والداخلية ثانياً لأجل تحقيق الشرعية الدستورية التي بدورها تعّد الضامن الأساسي لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

١. ـ د. أشرف فايز اللمساوي، المبادئ الدستورية في التشريعات الوطنية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٠.

٢. د. برهان أمر الله، حق اللجوء السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٣. د. حسين عذاب السكيني، الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي، ط١، ج٢-العلاقة بين الدين والدولة، الغدير للطباعة، البصرة، ٢٠٠٨.

٤. المستشار رجب عبد الكريم سليم، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها، ط١، ج٥ وج٦، دون مكان طبع، ١٩٩٩.

٥. د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة العليا،

ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

ـ تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف،

الإسكندرية، دون سنة طبع.

٦. د. عبد الحفيظ علي الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٧. د. عبد الناصر محمد وهبة، الحرية السياسية بين الشريعة والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٨. د. عوض عبد الجليل الترساوي، الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٩. د. عوض عبد الجليل عوض الترساوي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
١٠. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، ط٢، دار المؤلف، بيروت، ١٩٩٩.
١١. د. فاروق عبد الله كريم، الآثار المترتبة على كون الشريعة المصدر الأساسي للتشريع- دراسات دستورية عراقية، المعهد الدولي لحقوق الإنسان، جامعة دي بول، ٢٠٠٥.
١٢. د. محمد إبراهيم خيري الوكيل، الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ وفقاً لتعديلات ٢٠٠٨/٨/٢٣، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع.
١٣. د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
١٤. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
١٥. د. محمد عبد العزيز محمد سلمان و معتز محمد أبو العز و نفرت محمد شهاب، الحقوق والحريات العامة في الدساتير والفقه والقضاء والشريعة الإسلامية، ط١، المعهد الدولي لحقوق الإنسان، جامعة دي بول، ٢٠٠٥.
١٦. د. محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
١٧. د. وجدي ثابت غبريال، حماية الحرية في مواجهة التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩-١٩٩٠.

ثانياً: الاطاريح الجامعية

١- مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠٠٦.

ثالثاً: البحوث

١- ناد استانكي وروبرت بليت، العلاقة بين الدين والدولة والحق في حرية الدين أو المعتقد، دراسة مقدمة إلى اللجنة الأمريكية لحرية الأديان الدولية، الولايات المتحدة الأمريكية، ٢٠٠٥.

رابعاً:العهود الدولية

- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦.

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨.

خامساً:الدساتير

١-دستور فرنسا لعام ١٩٥٨.

٢-دستور مصر لعام ١٩٧١.

٣-دستور العراق لعام ٢٠٠٥.

سادساً: قرارات وأحكام وآراء المحاكم الداخلية

أ- قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية.

ب- قرارات المحكمة العليا وقرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية.

ج- قرارات المجلس الدستوري الفرنسي.

سابعاً: المواقع الالكترونية

٧- للإطلاع على أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية ينظر الموقع الالكتروني

www.iraqjudicaturre,org/ fedraljud,html

ثامناً: المراجع الأجنبية

1- J Rivero,'principes fondamentaux Reconnus par les lois de la Republique' une nouvelle categories Constitutionnelle,D1972.

Abstract

After the entry into force of the International Convention in the domestic legal system, they take a position in the hierarchy of the gradient legislature of that State and then become law internally, like other laws, then the individuals under the text of strange not agreed upon by the will of the nation - as is the case in domestic law - but agreed several wills for different countries to put into practice, however, this is not easy to achieve because of the state law there is a gradation of laws called the gradient legislative, coming in the constitutional rules in the foreground because of the fundamental principle of (altitude or HH Constitution), both formal and substantive, and Then the consequences of this is that all the laws in line with the rules set forth in the Constitution as the cornerstone in building a legal state, and then looking over the constitutionality or legitimacy with the Constitution so that should not be contrary to or inconsistent with the substantive provisions of the Constitution as a whole, that is not inconsistent with mass constitutional as a whole any should not conflict with the

preamble to the Constitution nor with the basic principles and provisions which it is based, and they must respect all the rights and freedoms guaranteed by the Constitution of the individuals in the sense that it may not restrict the absolute right or confiscated or Antqas or violated in any way contrary to the stipulated in the Constitution, moreover not be compromised primarily upon which the state system, whether the amendment or change and also does not affect the elements of society the political, economic, social and moral granted and fixed by the Constitution, all these things led us to search, even if some objectivity to study this subject due to capacity because the original to control the Constitution precedes the constitutional judicial control