



مركز البيدر للدراسات والتخطيط

Al-Baidar Center For Studies And Planning

المبدأ الفدرالي من منظور المحكمة الاتحادية العليا "مقاربة دستورية في النظرية والتطبيق"

د. مهند فلاح حسن

إصدارات مركز البيدر للدراسات والتخطيط

مقدمة

المبدأ الفدرالي هو مجموعة القيم التي تحدد الإطار العام للنظرية الدستورية الفدرالية، وإذا كانت هذه القيم حصيلة التطبيقات المبكرة للفكرة الفدرالية الأصلية، فإن هذه التطبيقات بحد ذاتها ترجع في أصولها إلى مبدأ كلي وثابت تقتضيه التجربة الفدرالية وهو مبدأ توزيع السلطة، من ثم فإن القيم الفدرالية خضعت للتغيير النسبي بالقدر الذي يجعلها متناسبة مع ظروف تطبيقها السياسية والجغرافية والاجتماعية والاقتصادية، لكنه تغيير متوازن يحفظ لها جوهرها الأصيل المتمثل بـ (الفرضية الفدرالية)، ويجعلها ملائمة للتطبيق في ظل ظرف معين، وحيث إن الدستور العراقي لسنة 2005 أعلن في المادة الأولى اعتناقه النظام الاتحادي، فيفترض في التجربة الفدرالية العراقية توافقها مع أصول المبدأ الفدرالي في النظرية والتطبيق، وعلى الرغم من التنوع الشديد في تطبيق النظرية الفدرالية، إلا إنها قد اشتركت في بعض الثوابت كتوزيع الاختصاصات الدستورية وتعدد مستويات الحكم والازدواجية الدستورية، وتسنى للمحكمة الاتحادية العليا النظر في العديد من القضايا التي تعلقت بتطبيق النظرية الفدرالية بشكل مباشر أو غير مباشر. لذا نخصص هذا البحث لاستقراء موقف المحكمة الاتحادية العليا من المبدأ الفدرالي. ورائدنا في ذلك إجراء مقايسة دستورية بين موقفها وقراراتها ذات الصلة وبين الفرضية الفدرالية المعاصرة.

المطلب الأول - موقف المحكمة الاتحادية العليا من الازدواجية الدستورية

تقتضي طبيعة النظام الاتحادي تنظيمه ممارسة السلطة على مستويين، وكل مستوى يعبر عن مصلحة معينة، فالمستوى الاتحادي يعبر عن المصالح العامة للدولة الاتحادية، والتي تهتم جميع مكوناتها، مع إفساح المجال للوحدات للتعبير عن مصالحها الذاتية، وهي مصالح نسبية تختلف من وحدة لأخرى، لذا فإن ممارسة السلطة على مستويين للتعبير عن مصالح مختلفة، يمثل جوهر النظام الاتحادي؛ لأن مقتضى هذا النظام هو تحقيق الحكم الذاتي الجزئي والحكم العام المشترك، وحيث إن الدستور يمثل الإطار الكلي لتنظيم التعبير عن هذه المصالح، أي تنظيم ممارسة السلطة في كل مستوى، اقتضى الحال وجود ازدواجية دستورية، دستور يحكم ممارسة السلطة على المستوى الاتحادي، وآخر يحكم ممارسة السلطة في الوحدات.

الفرع الأول: موقف المحكمة الاتحادية من وضع دساتير الأقاليم

تسنى للمحكمة الاتحادية العليا في العراق أن تنظر في مسألة لزوم وضع إقليم كردستان دستور خاص به، حيث نظرت في دعوى أقيمت ضد رئيسي مجلس النواب الاتحادي والإقليمي ضد رئيس الجمهورية الاتحادي ورئيس الإقليم، لإلزام الإقليم بتنفيذ أحكام المادة (120) من الدستور، والتي ألزمت الإقليم بوضع دستوره على أن لا يتعارض مع الدستور الاتحادي، لكن المحكمة ردّت الدعوى لأسباب موضوعية وشكلية، فشكلياً ترى المحكمة عدم توجه الخصومة في مجلس النواب، وعدم اختصاص المحكمة في نظر الدعوى لأنها خارج اختصاصاتها الواردة في المادة (93) من الدستور، والتي لم يكن من بينها الفصل في المسائل المتعلقة بإلزام الأقاليم بوضع دساتيرها.

وموضوعياً فإن المصلحة منتفية في الدعوى وفق المادة (6) من قانون المرافعات المدنية والمادة (6/ثانياً) من النظام الداخلي للمحكمة، وعدم تحقق الضرر. كما أن حقوق الشعب منظمة بموجب الدستور العراقي ولا شأن لدستور الإقليم بذلك، زيادة على أن اختصاصات السلطة الاتحادية والإقليم منظمة بالدستور الاتحادي. عليه قررت المحكمة (...، وأن للإقليم الحرية في إصدار دستوره وفقاً لما تقتضيه طبيعة الظروف السياسية فيه، حيث إن المادة (120) من الدستور لم تحدد المدة اللازمة التي من خلالها ينبغي وضع الدستور وعدم التحديد القسدي لهذه المدة نابع من كون الدستور وثيقةً سياسيةً قبل أن تكون قانونية مما يعني أنه ينبغي أن تتوافق الأطراف السياسية على آلياته ومضمونه ووقت إقراره وذلك من خلال القنوات القانونية النافذة في الإقليم وتحت مظلة الدستور الاتحادي وبما يضمن إشراك كافة الأطراف في صياغة مواده كيما يأتي انعكاساً لحاجات ومتطلبات المجتمع الكرديستاني،...¹. ولنا على موقف المحكمة بعض الملاحظات على الأقل فيما يتعلق بالأسباب الموضوعية نجملها بالاتي :

أولاً: إن ما ذهب إليه المحكمة من عدم تحقق الضرر أمر محل نظر من جوانب عدة، فما المقصود بالضرر الذي لم يتحقق؟ وما هي أدوات التثبت من تحققه؟، فأى ضرر أكبر من عدم اتساق شكل الدولة؟ فالنظرية الفدرالية تستلزم الإقرار بالثنائية الدستورية، لا بوصفها حرية أو سلطة تقديرية، بل بوصفها مسلمة نهائية. من ثم عدم ضبط ممارسة السلطة السياسية في الإقليم ضرر محقق، ويزداد هذا الضرر في النظام الاتحادي العراقي على أساس عدم وجود إلا إقليم واحد، فطبع الفدرالية العراقية بطابع ثنائية (قطبية)، فكيف نفهم ضبط وتقييد ممارسة السلطة السياسية على المستوى الاتحادي وعدم ضبطها على مستوى الإقليم، ألا يخل ذلك بتوازن العلاقة بين الطرفين، ألا يعدُّ هذا الاختلال ضرراً محققاً وعبئاً بنيوياً يجب تسويته؟ ثم إن النصوص الدستورية وضعت لتُطبَّق، وكل امتناع

1. ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا المرقم (81/اتحادية/2022).

عن تطبيقها هو ضرر بذاته، بصرف النظر عن الحجج التي قيلت لتبرير هذا الامتناع وبصرف النظر عن الآثار التي تترتب عليه.

ثانياً: صحيح إن المادة (120) من الدستور الاتحادي لم تحدد مدة زمنية لوضع دستور الإقليم، لكن هذا لا يعني منح الإقليم حرية مؤبدة في أن يضع دستوره أو لا يضعه بحسب (الظروف السياسية فيه) كما عبرت المحكمة عن ذلك، بل الصحيح إن الدستور حين أحجم عن تحديد مدة زمنية، فقد قصد أن يتم ذلك خلال مدة معقولة، تستلزمها التجربة الأولى للنظام الاتحادي، وإن مرور ما يزيد على (17) عاماً هي مدة معقولة على الأقل في إقليم كردستان، حيث تحقق الاستقرار في الظروف السياسية، وإذا أضفنا مدة الحكم الذاتي الذي تمتع به الإقليم فالمدة ترتفع إلى ما يقارب نصف قرن من تجربة الاستقلال الذاتي، ألا تعدُّ هذه المدة معقولة؟ ألم تنهياً الظروف السياسية المناسبة لوضع دستور للإقليم؟

ثالثاً: كيف نرهن تحقيق مبدأ مهم من مبادئ النظام الاتحادي على فكرة التوافق السياسي، هذا التوافق إن حكمناه سيدخلنا في حلقة مفرغة، من هم أطراف هذا التوافق؟ ومتى يتم؟ وما هي آلياته؟ فالتوافق مصطلح سياسي نسبي، فكيف نرهن تحقيق قيمة دستورية ثابتة على قيمة سياسية متغيرة؟. فالدستور ليس وثيقة سياسية كما تراه المحكمة، إنما صياغة قانونية لفكرة سياسية، فالأمر ليس محاولة ترجيح الطابع السياسي أو القانوني على نصوص الدستور- كما ذهب إليه المحكمة-، فالطابع القانوني ثابت لا يمكن إنكاره، لكنه توظيف لضبط فكرة سياسية، فالعلاقة بين السياسة والقانون علاقة تكاملية لا يصح ترجيح أحدهما وتطبيق قواعد الدستور تبعاً لما رُجِّح، وما نفهمه من موقف المحكمة أنها علقت وضع الدستور على التوافق السياسي بوصفه ظرفاً سياسياً لازماً، لكن ألا يعدُّ تعدد محاولات وضع دستور الإقليم ثبوتاً لهذا التوافق؟ فمنطق المحكمة الاتحادية العليا يعني عدم إمكانية تطبيق المادة (120) من الدستور ما لم يتحقق التوافق السياسي في

الإقليم، بمعنى إذا تحقق التوافق أصبح لزاماً وضع دستور الإقليم، أليس القيام بمحاولات وضع الدستور دليلاً على حدوث هذا التوافق، وإلا لو لم يوجد هذا التوافق لما تكررت هذه المحاولات والتي وصل بعضها لمراحل متقدمة انتهت بصياغة نصوصه ولم تبق سوى مراحل الاعتماد النهائي بالاستفتاء الشعبي، فاتباع منطق المحكمة الاتحادية العليا يثبت لنا تحقق هذا التوافق من خلال تكرار محاولات وضع الدستور، خاصة إذا علمنا بأن هذا التوافق ضروري لمرحلة ما قبل الاعتماد النهائي للدستور أي مرحلة صياغة نصوصه وما ترافقها من مفاوضات وتسويات بين الأطراف الذين اشترطت المحكمة توافقتهم، من ثم فإن انتهاء مرحلة الصياغة يثبت تحقق التوافق السياسي، إذ أشارت المحكمة إلى (... مع الإشارة إلى المحاولات العديدة لبرلمان الإقليم لصياغة مشروع الإقليم ومن ذلك صدور القرار رقم (5) في 8/9/2005 وعلى إثره أقرّ المشروع بتاريخ 24/7/2009، وكانت هناك محاولة تشريعية أخرى لكتابة دستور الإقليم بموجب القانون رقم (4) لسنة 2005، قانون إعداد مشروع دستور كردستان العراق للاستفتاء إلا إن المشروع لم يكتمل بسبب الأحداث السياسية وانتهاء ولاية البرلمان،...).

رابعاً: إن الصياغة اللغوية لنص المادة (120) من الدستور تلزم الإقليم بوضع دستور يحدد هيكل سلطاته وصلاحياته وآليات ممارسة تلك الصلاحيات، من ثم فمن الواجب عليه وضع دستوره بصرف النظر عن ظروفه السياسية، إنما وفق مدة معقولة، وإلا لو أراد المشرع الدستوري منح الأقاليم هذه الحرية لصاغ النص بأسلوب آخر يفيد هذا المنح كأن ينص مثلاً (للأقاليم وضع دساتيرها التي تحدد هيكل سلطاتها وصلاحياتها... الخ)، أما وإن النص قد جاء بهذه الصيغة فلا مبرر لمنح الإقليم حرية لا يمتلكها.

خامساً: إن حجة أن الدستور الاتحادي قد نظم حقوق الشعب واختصاصات السلطة الاتحادية والإقليم ومن ثم لا مبرر لإلزام الإقليم بوضع دستوره، حجة غير منطقية، لأنها تعني أن لا حاجة لوضع الدستور الإقليمي من أساسه؛ لأن الدستور قد نظم هذه

الموضوعات، فما معنى أن يلزم المشرع الدستوري الاتحادي محتوى محدد لدستور الإقليم حيث أشارت المادة (120) إلى أن هذا الدستور يحدد هيكل سلطاته وصلاحياته وآليات ممارستها، من ثم يحدد هذا النص بلا معنى على أساس أن الدستور الاتحادي قد نظم هيكل سلطات الإقليم وصلاحياته في المواد (115، 114، 121)، فكيف يستقيم هذا المنطق؟

توافرت لدينا ثلاثة عناصر نستنتج منها عدم دقة ما ذهب إليه المحكمة: **العنصر الأول** إذا نظم الدستور الاتحادي أمراً فلا حاجة أن ينظمه دستور الإقليم (الحقوق، والصلاحيات)، **العنصر الثاني** الدستور الاتحادي نظم الحقوق والصلاحيات وهيكل سلطات الإقليم ومن ثم فلا حاجة لدستور الإقليم، **العنصر الثالث** المشرع الدستوري ألزم الإقليم في المادة (120) بأن يحدد دستوره هيكل سلطات الإقليم وصلاحياته وآليات ممارسة هذه الصلاحيات، وحيث إن الدستور الاتحادي قد نظم هذه المسائل وحيث إن هذا التنظيم ينفي حاجة دستور الإقليم وفق العنصر الأول فالتعارض سيكون حتماً بين نصوص الدستور التي نظمت هذه المسائل وبين المادة (120) التي فرضت محتوى دستور الإقليم، عليه فإن منطق المحكمة يتعارض مع الطابع الإجمالي الذي تتصف به الدساتير الاتحادية والذي يستلزم ترك مساحة دستورية تملؤها دساتير الأقاليم وفق مبدأ التوافق الدستوري²، والسماح للوحدات في التعبير عن خياراتها الدستورية التي تراعي تفردا المحلي. وهذا المنطق يهدم أساس فكرة الثنائية الدستورية ووظيفة الدساتير دون الاتحادية، وينسجم مع الدساتير التي اتبعت منهج إنكار الحق التأسيسي للوحدات المكونة، أما وإن المشرع قد اعترف بهذا الحق فلا مبرر لتقييد أو نفي هذا اللزوم الدستوري وتعليقه على أغراض خارج كيان الوثيقة الدستورية.

2. إن تنظيم المشرع الدستوري لهذه المسألة جاء تنظيمياً إجمالياً فلم يبين طبيعة العلاقات بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية داخل الإقليم، كما أنه لم يحدد طبيعة العلاقة بين الإقليم والمحافظات التي يتكون منها. مما يستلزم وضع دستور الإقليم لينظم تفصيلات هذه المسائل بما لا يتعارض مع الدستور الاتحادي.

سادساً: أمّا كون هذه الدعوى خارج اختصاص المحكمة فمحل نظر، فاللزوم الدستوري بوضع دستور الإقليم ثابت بموجب المادة (120) من الدستور، لذا فعدم وضع دستور تشوبه مخالفة دستورية، وحيث إن النصوص الدستورية تفسر بعضها بعضاً، فإن المادة (13) من الدستور قد قررت أن الدستور الاتحادي (أولاً يُعدُّ هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق، ويكون ملزماً في أنحاءه كافة وبدون استثناء. ثانياً لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعدُّ باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه) فإذا قرر المشرع الدستوري البطلان كجزء على مخالفة الدستور الاتحادي فمن ذا الذي يقرر هذا البطلان؟ من يقرره هي الجهة التي فوضها الدستور بحفظ سمو الدستور الاتحادي، أي الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين، أي المحكمة الاتحادية العليا، وحيث إن امتناع الإقليم عن تطبيق نص المادة (120) مخالفة للدستور، وحيث إن المحكمة الاتحادية مختصة بحماية الدستور فهي مختصة إذن بنظر هذه الدعوى. من ثم كان على المحكمة قبول الدعوى والنظر فيها. إذا كانت حجة المحكمة من أن المادة (120) لم تحدد سقفاً زمنياً لوضع دستور الإقليم، فكان الأجدر أن تفسر ذلك وفق معيار المدة المعقولة، وإلا فليس من المنطقي تعليق الالتزام بمبدأ دستوري أساسي على إرادة سياسية محلية.

سابعاً: يلاحظ أن حكم المحكمة قد خالف نص المادة (18) من القانون رقم (13) لسنة 2008، والتي ألزمت في بندها (أولاً) المجلس التشريعي الانتقالي للإقليم بتشكيل لجنة مؤقتة من أعضائه لإعداد مسودة الدستور الدائم للإقليم خلال (30) يوماً من تاريخ أول جلسة له، وعلى هذه اللجنة الانتهاء من كتابة مسودة الدستور الدائم خلال أربعة أشهر من تاريخ تشكيلها. وإذا احتج بأن هذه الأحكام تسري على المجلس التشريعي الانتقالي وأن هذا القانون يحكم تكوين الأقاليم الجديدة (عدا كردستان لكونه إقليماً قائماً ومقرراً به دستورياً)، فهذا القول صحيح بالنسبة للأحكام الخاصة بتكوين إقليم جديد

ونعني بها الأحكام التي نظمت (المؤسسات الانتقالية)، أما الأحكام الخاصة بالمسائل الدائمة ومنها (دستور الإقليم) فتتطبق على إقليم كردستان، لسببين: عدم وجود دستور لإقليم كردستان، والثانية إن وضع دستور الإقليم لا يتعلق بمرحلة انتقالية، لا بل إن إقرار المشرع الدستوري بإقليم كردستان وسلطاته إقليمياً اتحادياً يعني إقراراً بعدم خضوعه لمرحلة انتقالية، من ثم تنطبق عليه أحكام المسائل الدائمة ومنها وضع دستوره بالمدد التي نص عليها هذا القانون.

الفرع الثاني: إمكانية اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية دستور الإقليم

لم يقرر الدستور العراقي صراحة اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية دساتير الأقاليم، لكن يمكن القول باختصاصها في ذلك استناداً إلى المادة (13) من الدستور التي قررت بطلان كل نص يرد في دساتير الأقاليم يتعارض مع الدستور الاتحادي، فمن ذا الذي يقرر جزاء هذا البطلان؟

إن من يقرره هو المحكمة الاتحادية العليا؛ لأنها المختصة بضمان سمو الدستور الاتحادي أولاً؛ ولأن دستورية دساتير الأقاليم تنتمي لمنازعات الرقابة على الدستورية ثانياً، فالدستور الاتحادي يمثل أعلى قانون بموجب نص المادة (13) ولا خلاف على أن دساتير الأقاليم في مرتبة أدنى من الدستور الاتحادي، فهي إذن منازعة في مدى تطابق نص أدنى مع نص أعلى، وهذا الفهم يعززه نص المادة (120) من الدستور والتي اشترطت في دستور الإقليم عدم التعارض مع الدستور الاتحادي³. ويمكن استنتاج اختصاص المحكمة من نصوص دستورية أخرى غير نص المادة (93) التي قررت اختصاصات المحكمة، فنص المادة (13) يمثل الأساس الدستوري للرقابة على دستورية لا القوانين وحسب، بل ما اندرج في

3. من غير المحكمة الاتحادية العليا أصلح لتحديد مدى هذا التعارض؟ لا نعتقد بوجود من يقوم بهذه المهمة أفضل من المحكمة الاتحادية العليا لأنها جهة التحكيم الدستوري في النظام الاتحادي العراقي. لذلك فهي الأصلح لحكم هذه المسألة.

مضمون هذه المادة وهي كل من دساتير الولايات والقوانين في كافة أرجاء الدولة، هذا من جانب، ومن جانب آخر يمكن تكييف المنازعة التي تحدث حول مدى مطابقة دستور الإقليم للدستور الاتحادي بمثابة منازعة بين السلطة الاتحادية وسلطة الإقليم ومن ثم تمت ولاية المحكمة لحكم هذه المسألة بموجب البند (رابعاً) من المادة (93) من الدستور.

المطلب الثاني - إمكانية اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين الإقليمية

خص الدستور العراقي المحكمة الاتحادية العليا بتقدير دستورية القوانين التي يسنها الإقليم، فالبنـد (أولاً) من المادة (93) من الدستور قرر اختصاص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وحيث إن عبارة القوانين جاءت مطلقة فإنها تشمل القوانين التي تسنها السلطة التشريعية الاتحادية وقوانين الإقليم؛ لأن العراق دولة اتحادية، تمارس السلطة التشريعية فيه جهتان، السلطة التشريعية الاتحادية والسلطة التشريعية في الإقليم، لذا فإن تفسير عبارة (القوانين) يجب أن يكون في ضوء مبادئ النظام الاتحادي، ثم إن نص المادة (13) من الدستور قد أشار وبشكل صريح إلى أن الدستور الاتحادي هو القانون الأسمى في العراق، ويكون ملزماً في أبحاثه كافة وبدون استثناء، وأشار البند (ثانياً) إلى عدم جواز سن قانون يتعارض مع الدستور، ويُعدُّ باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه. ومارست المحكمة الاتحادية رقابتها على دستورية القوانين التي يسنها الإقليم، حيث قررت بطلان قانون النفط والغاز في إقليم كردستان رقم (22) لسنة 2007 حيث جاء في قرارها (عليه ولكل ما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا ما يلي: 1- الحكم بعدم دستورية قانون النفط والغاز لحكومة إقليم كردستان رقم (22) لسنة 2007 وإلغائه لمخالفته أحكام المواد (110، 111، 112، 115، 121، 130) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005...)⁴.

4. ينظر في ذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد (59 / اتحادية / 2012 وموحدتها / 110 / اتحادية / 2019) منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة على الرابط الآتي: https://www.iraqfsc.iq/krarat/1/2012/59_fed_2012.pdf

المطلب الثالث - إمكانية اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية التعديل الدستوري

ثمة عائقان يواجهان تحديد إمكانية الرقابة على التعديلات الدستورية في العراق، العائق الأول نظري يتمثل بعدم وجود نص دستوري صريح يخول المحكمة الاتحادية العليا الرقابة على دستورية التعديلات، والثاني عملي يتمثل بعدم إجراء أي تعديل للدستور منذ وضعه سنة 2005، مما يُصعّب التوقع في دستورية أو عدم دستورية التعديل. لكن ذلك لا يمنع من محاولة استشراف مكنة الرقابة على دستورية التعديل، استناداً لنصوص الدستور العراقي والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها. لذا نعتقد بضرورة الرقابة على دستورية التعديلات في العراق مستقبلاً للأسباب الآتية:

الفرع الأول: ضرورة الإقرار بالرقابة على دستورية التعديلات

تبني الدستور العراقي النظام الديمقراطي الاتحادي في المادة (1) منه (جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي(برلماني)ديمقراطي، وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق) وكلاهما يستلزمان إقرار الرقابة على التعديلات الدستورية، فالنظام الديمقراطي يستلزم سيادة حكم القانون، وما الدستور سوى وجه القانون المُتسَيّد على بقية القواعد القانونية، وتستلزم سيادته ضبط عملية تعديله، لئلا تنحرف عن نطاق هذه السيادة، أمّا النظام الاتحادي فهو الآخر يفترض ضبط عملية التعديل، وإقرار آلية للتحقق من مسارها؛ لأن الدستور الاتحادي ما هو إلا انعكاس للتسوية الدستورية الفدرالية السابقة عليه، لا بل إن تشديد إجراءات تعديل الدستور مبررة بخصوصية النظام الاتحادي، لذلك فإن ضمان حقوق مكونات الدولة الاتحادية تستلزم هذه الرقابة. زيادة على أن الدستور قد قيّد سلطة التعديل موضوعياً وإجرائياً، لذا يتعين التحقق من التزام سلطة التعديل بهذه القيود.

صحيح إن النظرة الأولى للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية تلمح بانتهاك مبدأ الفصل بين السلطات، على أساس أن الحكم بعدم دستورية التعديل هو عمل تأسيسي في معناه الوظيفي، فهو يشابه وضع الدستور، الذي تقوم به السلطة التأسيسية الأصلية أو المشتقة وليس من قبل السلطة القضائية المؤسّسة، لكن السلطة التأسيسية الأصلية تتمتع باختصاص غير مقيد، بخلاف سلطة التعديل فهي سلطة مشتقة تتمتع باختصاص قانوني مقيد في ممارسة مهمتها في تعديل الدستور، وهذا يعني أن سلطة التعديل تعدّ من حيث نطاقها سلطة مقيدة؛ وذلك يعود في الحقيقة إلى سيادة أحكام الدستور. ومادامت هذه السلطة مقيدة بوصفها سلطة مفوضة للعمل وفقاً لقيود دستورية صريحة وضمنية، فإن الرقابة القضائية تعدّ في هذه الحالة آلية لتنفيذ تلك القيود، فالرقابة القضائية تطبق الفصل العمودي بين السلطة التأسيسية الأصلية وبين سلطة التعديل⁵.

الفرع الثاني: إمكانية اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية التعديلات الدستورية

بإمكان المحكمة الاتحادية العليا ممارسة الرقابة على دستورية التعديلات استناداً لبعض النصوص والأسس التي يقوم عليها الدستور:

أولاً: سلطة التفسير الدستوري: بإمكان المحكمة الاتحادية العليا في العراق تقدير دستورية التعديلات تقديراً لاحقاً وغير مباشر عن طريق ولايتها في التفسير الدستوري، فتستطيع إذا ما شاب التعديل عيبٌ دستوريٌّ أن تفسره بما يجعله متوافقاً مع الدستور، وإذا كان الثابت أن التعديل وسيلة لتغيير محتوى بعض نصوص الدستور، فإن التفسير يمتلك الوسائل اللازمة لتحديد معنى ما تم تعديله، وكلّما زادت صعوبة إجراءات التعديل

5. ينظر في ذلك: د. عصام سعيد عبد العبيدي: مدى سلطة القضاء الدستوري في الرقابة على التعديلات الدستورية (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، العدد 10، 2021، ص 398.

الدستوري، زادت احتمالية إجراء التعديلات من خلال التفسير القضائي.

ثانياً: مبدأ سمو الدستور الاتحادي: اعتبرت ديباجة الدستور العراقي بان الالتزام بهذا الدستور يحفظ للعراق اتّحاده الحر شعباً وأرضاً وسيادةً، ونصت المادة (1) من الدستور على (...، وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق) ونصت المادة (13) من الدستور على (أولاً يُعدُّ هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق، ويكون ملزماً في أنحاءه كافة وبدون استثناء. ثانياً لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه). وتعني هذه النصوص خضوع جميع مظاهر النشاط القانوني للدستور، فالرقابة على التعديلات تُعدُّ ضماناً لحماية حكم الدستور موضوعياً وإجرائياً. فموضوعياً تهدف الرقابة القضائية إلى حماية المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الدستور، وضمان وحدة قواعده وتكاملها ومنها النظام الاتحادي. وإجرائياً تُعدُّ الرقابة القضائية أداة تحفظ القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على سلطة التعديل. فسلطة التعديل مقيدة ومحددة بموجب الدستور، وأساس الرقابة على التعديلات الدستورية هو مبدأ سمو الدستور الاتحادي، وهذا يستلزم ممارسة التعديل طبقاً لأحكام الدستور، أي أن تقدير دستورية التعديلات تطبيقاً لمبدأ سمو الدستور، فسمو الدستور إذن، يلزم جميع السلطات المشتقة سواء أدت وظائف ذات طابع تأسيسي كسلطة التعديل أم بقية السلطات التقليدية⁶.

ثالثاً: الواجب الدستوري بحماية النظام الاتحادي: نصت المادة (109) من الدستور (تحافظ السلطات الاتحادية على وحدة العراق وسلامته واستقلاله وسيادته ونظامها الديمقراطي الاتحادي)، وحيث إن المحكمة الاتحادية العليا سلطة اتحادية بوصفها جزءاً من السلطة القضائية الاتحادية فإنها معنية بهذا الواجب، إذ يجب عليها المحافظة على

6. ينظر د. عصام سعيد عبد العبيدي: المصدر السابق، ص 400. وينظر لعروسي أحمد وبن شهرة العربي: مصدر سابق، ص

النظام الاتحادي، وأهم وسائلها هي حماية الدستور الاتحادي، من خلال الرقابة على مدى التزام سلطة التعديل بالقيود الموضوعية والإجرائية التي فرضها الدستور. عليه ولكل ما تقدم بإمكان المحكمة الاتحادية العليا أن تمد رقابتها على دستورية التعديلات بوصفها جهة التحكيم الدستوري وحامية الدستور الاتحادي، فلها أن تراقب مدى التزام سلطة التعديل بالقيود الموضوعية والإجرائية التي قررها المشرع الدستوري، ولن يتسنى لنا اختبار هذه الإمكانية إلا بعد تعديل الدستور العراقي مستقبلاً.

المطلب الرابع - موقف المحكمة الاتحادية العليا من حظر انفصال الوحدات المكونة للدولة الاتحادية

يتطلب تحقيق التكامل الدستوري للنظام الاتحادي إيجاد ضمانات تعزز وحدة هذا النظام من ناحية، وتحفظ له قدرته على ضمان التنوع من ناحية أخرى، إنَّ حظر انفصال الوحدات المكونة للدولة الاتحادية وإن كان متوافقاً مع غاية وطبيعة النظام الاتحادي، إلا إنه يمثل التحدي الرئيس للتصميم الدستوري للأنظمة الاتحادية القائمة على اختلاف التركيبة الاجتماعية؛ وذلك لتداخله مع الحق في تقرير المصير، فيغدو إن لم يتم حظره دستورياً نقطة ضعف تهدد الكيان الاتحادي للدولة زيادة، على توظيف التهديد به للحصول على مكاسب تؤدي إلى اختلال البنية الدستورية للنظام الاتحادي. لذلك فإن سلامة النظام الاتحادي تمتد لتشمل وحدة الدولة الاتحادية وسيادتها على الرغم من حداثة النظام الاتحادي في العراق، وأدى القضاء الدستوري متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا دوراً حاسماً ومهماً في إقرار مبدأ حظر انفصال مكونات النظام الاتحادي، في مناسبتين، عبرت أولاً عن هذا المبدأ في رأي تفسيري، ثم كررته في حكم قضائي بعدم الدستورية. لذا نعرض هاتين المناسبتين:

الفرع الأول: الرأي التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا

قُدِّم إلى المحكمة الاتحادية طلبٌ من الأمين العام لمجلس الوزراء بكتاب الأمانة العامة لمجلس الوزراء العدد (ق/035870/2) في 5/11/2017 تضمن طلب تفسير نص المادة (1) من الدستور التي نصت على (جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي(برلماني) ديمقراطي وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق)، وتضمن الطلب تفسير عبارتين من هذه المادة:

1- تفسير عبارة (دولة اتحادية واحدة) وهل تمنع أي إقليم أو محافظة غير منضمة في إقليم منضوية تحت سيادة هذه الدولة أن يقرر الانفصال عنها؟

2- تفسير عبارة (وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق) هل تعني وجوب استمرار بقاء مكونات النظام الاتحادي المنصوص عليها في المادة 116 من الدستور ضمن عراق واحد موحد دون أن يكون لأي منها حق الانفصال عن العراق دون وجود نصوص في الدستور تجيز ذلك؟

أصدرت المحكمة الاتحادية قرارها بالعدد (122/اتحادية/2017) في 6/11/2017. بأغلبية ستة أعضاء ومخالفة ثلاثة، وعقدت اختصاصها وفقاً للفقرة (ثانياً) من المادة (93) من دستور جمهورية العراق والتي تنص على (تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: ...، تفسير نصوص الدستور) وحيث إن طلب التفسير يتعلق بنص من نصوص الدستور فلا شك باختصاص المحكمة في نظره. ولدى النظر في حيثيات القرار يتبين أن المحكمة قد أكدت على بعض المبادئ المستمدة من مضمون المادة (1) :

أولاً: مضمون الموافقة الشعبية على الدستور: أكدت المحكمة في مستهل قرارها على قيمة الدستور الاتحادي وشرعية نصوصه على أساس (لقد خرجت غالبية الشعب

العراقي بمكوناته كافة وصوتت بالموافقة على دستور جمهورية العراق وبالالتزام بأحكام المواد الواردة فيه ومنها المادة (1) موضوع طلب التفسير وتجد المحكمة الاتحادية العليا أن هذه الموافقة وهذا الالتزام من الحاكم والمحكوم أن يكون العراق بحدوده الجغرافية المعترف بها دولياً وبمكونات نظامه الاتحادي المنصوص عليها في المادة 116 من الدستور وهي العاصمة والأقاليم والمحافظات اللامركزية والإدارات المحلية،...). فأكدت المحكمة أن مضمون هذه الموافقة انصبَّ على (... أن يكون العراق،... دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة ونظام الحكم فيها جمهوري نيابي وأن تكون مواد الدستور ضامنة لوحدة العراق،...).

ثانياً: واجب السلطات الاتحادية بالحفاظ على النظام الاتحادي: أكدت المحكمة الاتحادية العليا أن الدستور قد ألزم في المادة (109) السلطات الاتحادية بالمحافظة على وحدة العراق ونظامه الاتحادي. حيث قالت المحكمة (...، وذهبت المادة (109) منه إلى إلزام السلطات الاتحادية المنصوص عليها في المادة (47) من الدستور وهي السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية بالمحافظة على وحدة العراق وسلامته واستقلاله وسيادته ونظامه الديمقراطي الاتحادي،...).

ثالثاً: عدم جواز الانفصال من العراق الاتحادي: أكدت المحكمة أن الدستور لم يُجز انفصال أي مكون من مكوناته الاتحادية من العراق (...، ولم تجد المحكمة الاتحادية العليا من خلال استعراض نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 ودراساتها نصاً يجيز انفصال أي من مكونات النظام الاتحادي في جمهورية العراق المتقدم ذكرها،...، في ظل أحكامه النافذة والتي تُعدُّ ضامنة لوحدة العراق كما هو منصوص عليه في المادة (1) موضوع طلب التفسير).

الفرع الثاني: الحكم القضائي بعدم دستورية المرسوم الإقليمي بإجراء استفتاء انفصال إقليم كردستان العراق

أصدر رئيس إقليم كردستان المرسوم الإقليمي بالعدد 106 في 9/6/2017 والقاضي بإجراء استفتاء لانفصال إقليم كردستان عن جمهورية العراق⁷.

أولاً: موقف المحكمة الاتحادية العليا من مرسوم الاستفتاء: عقدت المحكمة الاتحادية العليا اختصاصها وفقاً للفقرة (ثالثاً) من المادة (93) من الدستور والتي نصت على (الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية ، ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة).

ولا تؤيد المحكمة في تقرير اختصاصها في نظر هذه المسألة وفق الفقرة (ثالثاً) من المادة (93) من الدستور؛ لأن هذه الفقرة تتعلق بالفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، والاستفتاء وإجراؤه لم ينشأ عن تطبيق قانون اتحادي ولم يصدر من سلطة اتحادية، إنما مرسوم أصدره رئيس إقليم كردستان وأجرته سلطة دون اتحادية، لذا فإن نص الفقرة (رابعاً) أكثر اتفاقاً مع موضوع الدعوى المقامة أمام المحكمة الاتحادية العليا على أساس أن الاستفتاء ومرسومه يمثل - في أصله وآثاره- منازعة بين الحكومة الاتحادية التي دعت إلى عدم إجرائه وبين حكومة الإقليم التي أصرت عليه. هذا من جانب.

من جانب آخر قررت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم 89 ، 91 ، 92 ، 93 / اتحادية/ 2017 في 20/11/2017 بأن (...، وبناءً عليه فإن الاستفتاء الذي أُجري في يوم 25/9/2017 في إقليم كردستان وفي المناطق الأخرى خارجه ووفقاً للهدف الذي أُجري

7. See: Nicola Degli Esposti: The 2017 independence referendum and the political economy of Kurdish nationalism in Iraq, Third World Quarterly, Routledge Taylor & Francis Group, 2021, P 1.

من أجل تحقيقه وهو استقلال إقليم كردستان والمناطق الأخرى خارجه التي شملت بالاستفتاء لا سند له من الدستور ومخالف لأحكامه). واستندت المحكمة على:

1. قرارها التفسيري السابق المرقم (122/اتحادية/ 2017) والذي فسرت فيه نص المادة (1) من الدستور والذي سبق أن تناولناه.

2. إن الأمر الإقليمي الخاص بإجراء الاستفتاء يتعارض ويخالف أحكام المادة (1) من الدستور التي تولت المحكمة الاتحادية العليا تفسيرها في أعلاه وخلصت إلى (إن دستور جمهورية العراق لسنة 2005 لا يجيز انفصال أي مكون من مكونات نظامه الاتحادي الوارد ذكرها في المادة 116 من الدستور).

3. ألزمت المادة (109) من الدستور السلطات الاتحادية الثلاث المنصوص عليها في المادة (47) من الدستور بالمحافظة على وحدة العراق وسلامته واستقلاله وسيادته ونظامه الديمقراطي الاتحادي⁸.

ثانياً: مدى شرعية استفتاء إقليم (كوردستان) للانفصال عن جمهورية العراق: إن الاطلاع على النصوص الدستورية والقانونية تنبئ بعدم شرعية الاستفتاء الذي أجراه إقليم (كوردستان) للأسباب الآتية:

1. إن الدستور قد حدّد مركز إقليم كردستان في الفقرة (أولاً) من المادة (117)، حيث أشار إلى (يقرُّ هذا الدستور عند نفاذه إقليم كردستان، وسلطاته القائمة إقليمياً اتحادياً). من ثم فإنه لا يمكن - ما لم يُعدل الدستور بالطرق التي حددها- أن نتصور وضعاً دستورياً لكوردستان غير الإقليم الاتحادي.

2. لم تتضمن المادتان (120، 121) من الدستور واللذان حددتا الأطر العامة لسلطات

8. تنص المادة 109 من الدستور (تحافظ السلطات الاتحادية على وحدة العراق وسلامته واستقلاله وسيادته ونظامه الديمقراطي الاتحادي). أما المادة 47 فإنها نصت على (تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات).

الإقليم ومؤسساته منحه أي -الإقليم- الحق في إجراء هذا الاستفتاء.

3. ألزمت صيغة اليمين الواردة في المادة (50) من الدستور من يؤديها واجب المحافظة على النظام الاتحادي. من ثم فإن المرسوم الإقليمي وإجراء الاستفتاء وفقاً له يتعارض مع مضامين اليمين الدستورية.

4. إن الاستفتاء يتعارض مع الدستور؛ لأنه جاء على خلاف ما سعت إليه المادة (1) التي اعتبرت النظام الاتحادي من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الدستور، وحيث إن الدستور الاتحادي يعدُّ وفق المادة (13) القانون الأسمى في الدولة وملزماً في كافة أنحاءها -بما فيها إقليم كردستان- وإذا كان لا يجوز سن قانون يتعارض معه ويعدُّ باطلاً كل نص يرد في دستور الأقاليم، فمن باب أولى أن يكون المرسوم الإقليمي باطلاً بطلاناً مطلقاً.

5. أشار البعض -وهم محقون في ذلك- إلى وجود مشكلة -شرعية دستورية- في إصدار هذا المرسوم على أساس أنه صدر من رئيس -واقعي-، لا من السلطة الممثلة لشعب إقليم كردستان ونعني بها برلمان الإقليم؛ لأن الفقرة (2) من المادة (56) من القانون رقم (1) لسنة 1992 المعدل بالقانون رقم (2) لسنة 2009 (قانون برلمان إقليم كردستان العراق) الصادر في 1992/8/4 قد ناطت ببرلمان الإقليم اختصاص البت في المسائل المصرية لشعب كوردستان العراق وتحديد العلاقة القانونية مع السلطة المركزية، ولا شك في أن إجراء مثل هذا الاستفتاء يمثل صميم هذه المسائل المصرية للشعب الكردي.

6. لم يرد في قانون رئاسة إقليم كردستان-العراق رقم (1) لسنة 2005 أية إشارة لاختصاص الرئيس في إصدار مرسوم للاستفتاء على الانفصال. وإذا كانت الفقرة (19) من المادة (10) من هذا القانون قد منحت الرئيس أية صلاحيات ينص عليها الدستور والقانون

9. See: Dylan O'Driscoll and Baher Baser : Independence Referendums and Nationalist Rhetoric: The Kurdistan Region of Iraq, Third World Quarterly, Routledge Taylor & Francis Group, 2019, P 3.

فإننا لم نعث على مثل هذه الصلاحية¹⁰، كما لم يمنح مشروع دستور إقليم كردستان الرئيس مثل هذا الاختصاص، لا بل إن هذا الدستور أقر بوضع منطقة كردستان بوصفها إقليماً اتحادياً ضمن دولة العراق الاتحادية، حيث نصت الديباجة على (...) فلقد توحدت خياراتنا والتقت إرادتنا مع إرادة بقية مكونات شعب العراق وقواه الوطنية لتكون كردستان- العراق إقليماً اتحادياً ضمن دولة العراق الفدرالية وتجسيدياً لهذه الإرادة وتحقيقاً لهذه الأهداف فلقد تبيننا هذا الدستور)، واعتبر مشروع الدستور هذا الوضع- الإقليم- من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها، حيث ذهبت المادة (1) من المشروع إلى أن كردستان العراق إقليم ضمن دولة العراق الاتحادية، ورغم أن المادة (7) من المشروع قد أقرت بحق شعب كردستان بتقرير مصيره بنفسه، وهذا ما يتعارض مع الدستور الاتحادي الذي أكد في المادة (109) على اختصاص السلطات الاتحادية في الحفاظ على النظام الاتحادي¹¹، إلا إنه أكد في المادة ذاتها أنه مارس هذا الحق وقرر أن تكون كردستان إقليماً اتحادياً ضمن العراق، وإن علق هذا الاختيار على التزام-المركز- بالنظام الاتحادي الديمقراطي البرلماني التعددي وفق ما نص عليه الدستور الاتحادي. لكن من يحدد هذا الالتزام ؟

تحدهه طبعاً المحكمة الاتحادية العليا بوصفها جهة التحكيم الدستوري، إذن، لا يحق للإقليم تقرير أن السلطة الاتحادية لم تلتزم بالدستور والنظام الاتحادي، إنما يتعين عليه الرجوع للآلية التي نص عليها الدستور الاتحادي، بوصفه مرجعية سامية وفق المادة (13) منه، والدستور حدّد أن المحكمة الاتحادية العليا هي المختصة بتحديد ذلك، بأي من اختصاصاتها الواردة في المادة (93). وبهذا الاختصاص نأتي لاستعراض قرار المحكمة الاتحادية العليا الموقرة في مسألة الاستفتاء.

10. ينظر في ذلك المادة 10 من القانون رقم (1) لسنة 2005 (قانون رئاسة إقليم كردستان العراق المنشور في 7/10/2005.

11. للمزيد ينظر: د. صلاح جبير البصبي : انفصال الوحدات المكونة للدولة الفيدرالية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، السنة 5، 2013. ص 371-370.

هوية البحث

اسم الباحث: د. مهند فلاح حسن - باحث في الشأن الدستوري والقانوني

عنوان البحث: المبدأ الفدرالي من منظور المحكمة الاتحادية العليا "مقاربة دستورية في النظرية والتطبيق"

تأريخ النشر: تشرين الثاني- نوفمبر 2023

ملاحظة:

الآراء الواردة في هذا البحث لا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المركز، إنما تعبر فقط عن وجهة نظر كاتبها

عن المركز

مركز البيدر للدراسات والتخطيط منظمة عراقية غير حكومية، وغير ربحية، تأسس سنة 2015م، ومُسجل لدى دائرة المنظمات غير الحكومية في الأمانة العامة لمجلس الوزراء.

يحرص المركز للمساهمة في بناء الإنسان، باعتباره ثروة هذا الوطن، عن طريق تنظيم برامج لإعداد وتطوير الشباب الواعد، وعقد دورات لصناعة قيادات قادرة على طرح وتبني وتطبيق رؤى وخطط مستقبلية، تنهض بالفرد والمجتمع وتحافظ على هوية المجتمع العراقي المتميزة ومنظومته القيمية، القائمة على الالتزام بمكارم الاخلاق، والتحلي بالصفات الحميدة، ونبذ الفساد بأنواعه كافة، إدارية ومالية وفكرية وأخلاقية وغيرها.

ويسعى المركز أيضاً للمساهمة في بناء الدولة، عن طريق طرح الرؤى والحلول العملية للمشاكل والتحديات الرئيسية التي تواجهها الدولة، وتطوير آليات إدارة القطاع العام، ورسم السياسات العامة ووضع الخطط الاستراتيجية، وذلك عن طريق الدراسات الرصينة المستندة على البيانات والمعلومات الموثقة، وعن طريق اللقاءات الدورية مع الجهات المعنية في الدولة والمنظمات الدولية ذات العلاقة. ويسعى المركز لدعم الإصلاحات الاقتصادية والتنمية المستدامة وتقديم المساعدة الفنية للقطاعين العام والخاص، كما يسعى المركز لدعم وتطوير القطاع الخاص، والنهوض به لتوفير فرص عمل للمواطنين عن طريق التدريب والتأهيل لعدد من الشباب، بما يقلل من اعتمادهم على المؤسسة الحكومية، ويساهم في دعم اقتصاد البلد والارتقاء به.

حقوق النشر محفوظة لمركز البيدر للدراسات والتخطيط

www.baidarcenter.org

info@baidarcenter.org