The Legitimacy of the Protected Domain in the 2005 Constitution of the Republic of Iraq between the Requirements of Protection and the Imperatives of Development: A Comparative Study

Osamah Taha Hussein
College of Law and Political Science, Al-Iraqia University
osama.hussien@aliraqia.edu.iq

Received Date: 5/2/2026. Accepted Date: 29/3/ 2026. Publication Date: 25/6/2026.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Abstract

This study examines the constitutional legitimacy of the protected domain in the 2005 Constitution of the Republic of Iraq, focusing on the tension between constitutional protection and the requirements of constitutional development. It proceeds from the assumption that constitutions embody a core constitutional structure that defines the identity of the constitutional order and sets substantive limits on the scope of constitutional amendment. Adopting an analytical and comparative methodology, the study explores the theoretical foundations of the protected domain and draws on comparative constitutional experiences, particularly those of India and Germany. It then analyzes the Iraqi constitutional framework, highlighting the absence of an explicit constitutional provision on the protected domain and the lack of practical experience with constitutional amendment. The study concludes that, notwithstanding this absence, the protected domain enjoys normative legitimacy derived from foundational constitutional principles; however, it requires further conceptual and institutional clarification to ensure constitutional stability while allowing for constitutional evolution.

Keywords: Protected Domain; Constitutional Legitimacy; Constitutional Identity; Constitutional Amendment; Constitution of Iraq (2005).

شرعية المجال المحمي في دستور جمهورية العراق لعام 2005 بين متطلبات الحماية ومقتضيات التطور ـ دراسة مقارنة

أسامة طه حسين *
كلية القانون والعلوم السياسية / الجامعة العراقية
osama.hussien@aliraqia.edu.iq

تاريخ الاستلام: 2/5/ 2026. تاريخ القبول: 3/29/ 2026. تاريخ النشر: 2026/6/25.

المستخلص

يتناول هذا البحث شرعية المجال الدستوري المحمي في دستور جمهورية العراق لعام 2005 من خلال التركيز على التوازن الدقيق بين متطلبات الحماية الدستورية ومقتضيات التطور الدستوري. وينطلق البحث من فرضية مفادها أن الدساتير تتضمن بنية دستورية أساسية تعبر عن هوية النظام الدستوري، وتضع قيوداً موضوعية على نطاق سلطة التعديل الدستوري. واعتمد البحث المنهج التحليلي المقارن، فبحث في الأسس النظرية لفكرة المجال المحمي، واستعرض بعض التجارب الدستورية المقارنة، ولا سيما في كل من الهند وألمانيا. ثم انتقل إلى تحليل الإطار الدستوري العراقي، مبرزاً غياب النص الدستوري الصريح المنظم للمجال المحمي، فضلًا عن عدم إخضاع الدستور لأي تعديل منذ نفاذه. ويخلص البحث إلى أن المجال الدستوري المحمي رغم هذا الغياب يتمتع بشرعية معيارية مستمدة من المبادئ الدستورية التأسيسية غير أنه ما يزال بحاجة إلى مزيد من التحديد المفاهيمي والتنظيم المؤسسي بما يضمن الحفاظ على الاستقرار الدستوري دون تعطيل قابلية الدستور للتطور.

الكلمات المفتاحية: المجال الدستوري المحمي؛ الشرعية الدستورية؛ الهوية الدستورية؛ التعديل الدستوري؛ دستور جمهورية العراق لعام 2005.

* أستاذ مساعد دكتور

المقدمة

Introduction

يعد الدستور في الدولة الحديثة الإطار الأعلى الذي تتحدد من خلاله طبيعة السلطة وحدودها، ولا يقتصر دوره على تنظيم العلاقة بين السلطات العامة بل يتجاوز ذلك ليجسد منظومة من القيم والمبادئ التأسيسية التي تعبر عن هوية الدولة وخياراتها السياسية والاجتماعية، ومن ثم فإن مسألة تعديل الدستور لا يمكن النظر إليها بوصفها إجراءً قانونياً محضاً، وإنما تثير إشكاليات عميقة تتصل بحدود السلطة التأسيسية المشتقة، وبمدى جواز المساس بالمبادئ الدستورية التي تمثل جوهر النظام الدستوري.

وفي هذا السياق برز في الفقه والقضاء الدستوريين المعاصرين مفهوم **المجال المحمي في الدستور**، بوصفه آلية تهدف إلى حماية البنية الدستورية الأساسية من التعديل الذي يمس هوية النظام الدستوري، سواء أكان هذا التحصين بنصوص صريحة أم من خلال حماية ضمنية تستخلص من طبيعة الدستور وقيمه التأسيسية، وقد تطور هذا المفهوم تدريجياً عبر إسهامات فقهية متعددة ثم انتقل من الإطار النظري إلى التطبيق العملي من خلال الدور الذي اضطلع به القضاء الدستوري في عدد من الدول، ولا سيما في التجربتين الهندية والألمانية.

ويكتسب البحث في هذا الموضوع أهمية خاصة في إطار دستور جمهورية العراق لعام 2005 الذي جاء في مرحلة انتقالية معقدة، وسعى إلى إعادة بناء الدولة على أسس جديدة، من أبرزها اعتماد النظام الاتحادي، وتكريس النظام الديمقراطي النيابي (البرلماني)، وضمان الحقوق والحريات الأساسية، والفصل بين السلطات، غير أن هذا الدستور بالرغم مما تضمنه من مبادئ تأسيسية واضحة، لم ينص صراحة على وجود مجال دستوري محمي، الأمر الذي يثير تساؤلات جوهرية حول مدى شرعية هذا المجال وحدوده، وطبيعة دوره في حماية النظام الدستوري العراقي، وإمكانية التوفيق بين مقتضيات الحماية الدستورية ومتطلبات التطور التشريعي.

وانطلاقًا من ذلك يسعى الباحث من خلال هذا البحث إلى دراسة **شرعية المجال المحمي في دستور جمهورية العراق لعام 2005** من خلال تحليل أساسه النظري والفلسفي، ورصد تجلياته في القضاء الدستوري المقارن، وبيان موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق منه، وصولًا إلى تقييم شرعيته واقتراح آليات لتطويره بما يحقق الاستقرار الدستوري دون تجميد النظام السياسي.

أولاً: مشكلة البحث First: Research Problem

تتمثل مشكلة البحث في التساؤل الرئيس الآتي:

إلى أي مدى يقوم دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على مجال دستوري محمي يضم مبادئ أساسية لا يجوز المساس بها، وما أساس شرعية هذا المجال في ظل غياب النص

الصريح، وكيف يمكن التوفيق بين متطلبات الحماية الدستورية ومقتضيات التطور التشريعي؟ ويتفرع عن هذا التساؤل عدد من الأسئلة الفرعية من أهمها: ما المقصود بالمجال المحمي في الدستور، وما أساسه الفلسفي والدستوري؟ وما نطاق المبادئ الدستورية التي تعد جزءاً من البنية الدستورية الأساسية؟ وكيف تعامل القضاء الدستوري المقارن مع فكرة المجال المحمي؟ وما طبيعة دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق في حماية جوهر النظام الدستوري؟ وما السبل الكفيلة لتطوير مفهوم المجال المحمي في النظام الدستوري العراقي دون الوقوع في الجمود الدستوري؟

ثانياً: أهمية البحث Second: Research Significance

تنبع الأهمية العلمية للبحث من تناوله لموضوع يعد من أكثر موضوعات القانون الدستوري المعاصر تعقيداً وحساسية، وهو موضوع حدود سلطة التعديل الدستوري وشرعية تحصين المبادئ الأساسية، وذلك من خلال مقاربة تحليلية نقدية تجمع بين التأصيل الفقهي والدراسة المقارنة والتطبيق القضائي. وتتجلى الأهمية العملية للبحث في اتصاله المباشر بالواقع الدستوري العراقي، وبالإشكالات المرتبطة بوحدة الدولة، والنظام الاتحادي، وحماية الحقوق والحريات، ودور المحكمة الاتحادية العليا، فضلاً عن كونه يقدم رؤية يمكن الإفادة منها في أي مسار مستقبلي لتعديل الدستور أو تطوير آليات الرقابة الدستورية.

ثالثاً: منهج البحث وخطته Third: Research Methodology and Structure

اعتمد البحث على **المنهج التحليلي** في دراسة النصوص الدستورية والآراء الفقهية المتعلقة بفكرة المجال المحمي، و**المنهج المقارن** من خلال تحليل التجارب الدستورية والقضائية في كل من الهند وألمانيا، وبيان أوجه الإفادة منها في الحالة العراقية، فضلًا عن **المنهج النقدي** في تقييم مدى ملاءمة هذه التجارب للواقع الدستوري العراقي، وصياغة مقترحات تطويرية منسجمة مع خصوصيته. واقتضت طبيعة البحث تقسيمه إلى مبحثين رئيسين، تسبقهما هذه المقدمة وتلحق بهما خاتمة تضمنت أبرز الاستنتاجات والتوصيات، وذلك على النحو الآتي: تناول **المبحث الأول** :الإطار النظري لفكرة المجال المحمي في الدستور. أما **المبحث الثاني** فتناول شرعية المجال المحمي بين الحماية الدستورية ومتطلبات التطور التشريعي.

المبحث الأول: الإطار النظري لفكرة المجال المحمي في الدستور

First Section: The Theoretical Framework of the Concept of the Protected Domain in the Constitution

يثير هذا المبحث موضوعين أساسيين هما مفهوم المجال المحمي وتأصيله الفلسفي، ونطاق المجال المحمي وحدوده، وهو ما سنتناوله في مبحثين تباعاً وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم المجال المحمي وتأصيله الفلسفي

First Subsection: The Concept of the Protected Domain and Its Philosophical Foundations

يقصد بالمجال المحمي في الدستور المواضيع التي يخرجها الدستور من نطاق سلطة التعديل سواءً بنص صريح أو حماية ضمنية باعتبارها تمثل ثوابتاً للنظام الدستوري، فليس كل تعديل دستوري هو تعديل عادي إذ أن هناك تعديلات تؤدي إلى تغييرات جوهرية في بنية الدستور وقد تصل إلى حد (تفكيك) الدستور ذاته وهو ما يطرح نقاشاً معقداً حول صلاحيات السلطة التأسيسية المشتقة وشرعيتها في الأنظمة الديمقراطية الحديثة، (Richard Albert, 2015, p. 199.) ووفقاً لرأي الفقيه (Louis Favoreu) يعكس المجال المحمي في الدستور التحصين الدستوري للمبادئ والقواعد الواردة فيه والتي لا يجوز للسلطة التأسيسية المشتقة المساس بها عند تعديله، لأنها تمثل الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الكيان الدستوري في الدولة وضماناً لاستمراريته، (Louis Favoreu,1986, p.15 S.) ويضطلع القضاء الدستوري بدور الضامن الأساسي لحمايتها إذ يضمن احترام المجال المحمي ويحول دون تجاوز السلطة التأسيسية المشتقة عليه بشكل يخل بالأسس الجوهرية للنظام القانوني والسياسي في الدولة، إذ أن المبادئ والقواعد التي يحميها الدستور من السلطة التأسيسية المشتقة تشكل ما يعرف بـ (domaine protégé de la Constitution) أو المنطقة أو المجال المحمي في الدستور، (Louis Favoreu,1986, p. 30) والقضاء الدستوري حين يحمي المجال المحمي في الدستور ويضمن عدم التجاوز عليه فإنه يضفي عليه حيوية ومرونة بحيث يصبح الدستور قادراً على التكيف مع التطورات والتحولات التشريعية بدون المساس بالثوابت المحمية. (Louis Favoreu,1986, p. 45) ويعود التأصيل الفلسفي والسياسي لفكرة المجال المحمي في الدستور إلى الفقيهين (Georges Burdeau) و (Maurice Duverger) فهما وإن لم يستعملا هذا المصطلح صراحة إلا أنهما يتفقان على وجود قواعد في الدستور لا يمكن تعديلها، ويعد الفقيه (Georges Burdeau) من أهم الفقهاء الذين مهدوا للمجال المحمي في الدستور فكرياً من خلال بحثه في السلطة التأسيسية الأصلية وفكرة الدستور وحدود تعديل الدستور باعتبارها ترجمة لإرادة سياسية عليا، إذ يرى (Georges Burdeau) أن الدستور ليس مجرد نص قانوني وإنما هو تعبير عن فكرة سياسية أساسية وهذه الفكرة تسبق النص وتعلو عليه ولا يجوز تعديلها بدون هدم النظام الدستوري نفسه، ففكرة المجال المحمي في الدستور عنده تقوم على أساس أن كل دستور يقوم على فكرة سياسية محورية تتمثل في طبيعة السلطة ومصدر شرعيتها وعلاقة الحكام بالمحكومين، وهذه الفكرة ليست نصاً عادياً، ولا يجوز إخضاعها للتعديل، لأن سلطة التعديل – السلطة التأسيسية المشتقة - ليست سلطة مطلقة لأنها

تستمد وجودها من الدستور نفسه، (Georges Burdeau, Tome l, 1966, p. 50 S.) وبالتالي لا يجوز لها تعديل ما يفقد الدستور هويته فالتعديل الذي يمس جوهر الفكرة السياسية مثل تعديل شكل النظام السياسي ومصدر السلطة والطابع الديمقراطي يعني الخروج عن الشرعية، لأنها تتمتع بحماية موضوعية تجعلها غير قابلة للمراجعة حتى في غياب النص الصريح. (Georges Burdeau, Tome ll, 1966, p. 120.) أما الفقيه (Maurice Duverger) فيقدم أساس المجال المحمي في الدستور من خلال بحثه في طبيعة الدستور وحدود السلطة التأسيسية المشتقة واستقرار المؤسسات وخطورة العبث في القواعد الأساسية للنظام السياسي، إذ يرى أن الدستور هو إطار منظم لجوهر السلطة وليس مجرد قانون عادي وأن استقرار النظام السياسي يقتضي تحصين بعض القواعد الدستورية فعلياً أو ضمنياً، وإن تعديل القواعد الأساسية للنظام السياسي لا يعد تعديلاً تقنياً بل يمس هوية النظام السياسي ويشكل خطراً حقيقياً على استقرار المؤسسات الدستورية ويهدد شرعيتها وبالتالي فقدان الطابع الديمقراطي فيها، (Maurice Duverger, 1970, p. 25.) ويميز الفقيه (Maurice Duverger) بين القواعد الدستورية الجوهرية والقواعد الدستورية الثانوية، فليست كل النصوص الدستورية على درجة واحدة من حيث القوة فبعض النصوص أكثر جوهرية من غيرها وهو ما يبرر تحصينها موضوعياً أو إجرائياً، (Maurice Duverger, 1970, p. 80.) لأن تعديلها يؤدي إلى تغيير طبيعة النظام السياسي ذاته ومن ثم عدم استقرار المؤسسات الدستورية الذي يعد شرطاً جوهرياً لقيام الديمقراطية وهو ما يستلزم حماية بعض القواعد الدستورية التي تتمتع بأهمية سياسية خاصة، وبالتالي فإن نظرة (Maurice Duverger) للمجال المحمي في الدستور كانت من زاوية مؤسسية تقوم على ضرورة تحصين القواعد الجوهرية التي يقوم عليها النظام السياسي ضماناً لاستقراره واستمراره وشرعيته. (Maurice Duverger, 1970, p. 62.)

وعلى ضوء ما تقدم نجد أن المجال المحمي في الدستور من المفاهيم المركبة التي لم تتبلور في إطار نظرية واحدة مغلقة وإنما تشكلت تدريجياً من خلال إسهامات فقهية متعددة اختلفت في منطلقاتها واتحدت في غاياتها، ويعد كل من (Georges Burdeau) و (Louis Favoreu) و (Maurice Duverger) من أبرز المنظرين لها، فالفقيه (Georges Burdeau) ينطلق من مقاربة فلسفية سياسية يرى فيها أن الدستور لا يختزل في كونه نصوص قانونية بل تعبيراً عن فكرة سياسية أساسية تمنحه معناه وشرعيته وهي سابقة على النص وأسمى منه ولا يجوز تعديلها حتى مع غياب نصوص صريحة، لأن ذلك يؤدي إلى هدم النظام الدستوري، ويترتب على هذا الطرح أن سلطة التعديل مقيدة بالفكرة السياسية الأساسية، وأن كل التعديل يمسها لا يعد مجرد تعديل دستوري وإنما يمثل قطيعة دستورية

تخرج عن إطار الشرعية، أما الفقيه (Maurice Duverger) فيتناول الفكرة من زاوية مؤسسية سياسية مركزاً على استقرار النظام السياسي ووظيفة الدستور في تنظيم السلطة، ويرى أن التعديل الذي يمس القواعد الدستورية الأساسية لا يعد مجرد تعديل تقني بل يؤدي إلى تغيير طبية النظام السياسي ذاته، ومن ثم فإن فكرته في المجال المحمي في الدستور تقوم على تحصين القواعد الدستورية الجوهرية التي يقوم عليها استقرار النظام السياسي الديمقراطي، وعلى خلاف المقاربتين السابقتين يتناول الفقيه (Louis Favoreu) المجال المحمي من زاوية قضائية وظيفية مرتبطة بدور القضاء الدستوري في حماية الدستور، فهو لا ينطلق من فكرة سياسية مجردة ولا من اعتبارات الاستقرار المؤسسي فحسب بل من ضرورة احترام وضمان المبادئ الأساسية للدستور من خلال آليات الرقابة الدستورية ويوازن بين حماية المبادئ الأساسية مع ضمان تطور النظام الدستوري من خلال إسناد دور محوري للقضاء الدستوري بوصفه الحارس الحقيقي للمجال المحمي في الدستور، أو بمعنى آخر فإن المجال المحمي في الدستور يقوم على معيار وظيفي يتمثل في مدى اتصال المبدأ بجوهر النظام الدستوري ولا يشكل حاجزاً مطلقاً أمام تعديل الدستور وإنما يجب فهمه على أنه آلية يستهدف من خلالها حماية الثوابت الدستورية مع الإبقاء على هامش تفسيري يسمح بتكيف الدستور مع التحولات السياسية والتشريعية بدون المساس بأسسه الجوهرية.

ويظهر الجمع بين الطروحات الثلاثة في أن مفهوم المجال المحمي في الدستور يقوم على تكامل فقهي واضح إذ يوفر الفقيه (Georges Burdeau) يوفر الأساس الفلسفي والسياسي لفكرة المجال المحمي وحماية هوية الدستور من خلال تأكيده على وجود فكرة سياسية أساسية لا يجوز المساس بها، ويقدم الفقيه (Maurice Duverger) الأساس المؤسسي المرتبط باستقرار النظام السياسي، بينما يقدم الفقيه (Louis Favoreu) الإطار المؤسسي والقضائي والوظيفي لحماية هذا المجال عبر رقابة دستورية فعالة تضمن احترام المبادئ الأساسية بدون تعطيل تطور الدستور، وبذلك تتكامل هذه الطروحات في رسم تصور متوازن للمجال المحمي في الدستور يقوم على حماية الثوابت الدستورية مع السماح بالتطور في إطارها.

والجدير بالذكر أن المجال المحمي في الدستور لا يقتصر على النظرية بل يمتد إلى نطاق عملي يحتاج إلى حماية واضحة للمبادئ الأساسية وهو ما سنستعرضه في المطلب التالي من خلال دراسة نطاق المجال المحمي وأسبابه مع رصد انعكاساته في دستور جمهورية العراق لعام 2005.

المطلب الثاني: نطاق المجال المحمي وحدوده

Second Subsection: Scope and Limits of the Protected Domain

إن تحديد المجال المحمي في الدستور وحدوده ذو أهمية خاصة لفهم كيفية النظر للدستور وإدراك حقيقة قواعده وهو مهم أيضاً لسببين: الأول منع التعديلات الدستورية غير الدستورية، والثاني: عدم جعل مهمة تعديل الدستور مهمة مستحيلة تعيق تطوره ومواكبته لتطورات الجماعة. فتعديل الدستور قد يستوفي المتطلبات الإجرائية ومع هذا يعد مخالفاً للدستور، لأنه تعديله لا يتوقف على مشروعية مصدره وإنما يمتد إلى مضمون هذه التعديلات، صحيح أن المتطلبات الإجرائية ضرورية ولكن حتى وإن اتبعت بطريقة صحيحة فإن التعديل يتم إخضاعه لرقابة قضائية أو شبه قضائية ويمكن أن يعتبر غير دستوري استناداً إلى موضوع التعديل، والأمر الآخر السماح بمواكبة الدستور للتطور مع المحافظة في ذات الوقت على فكرته الأساسية ومبادئه الجوهرية. (د. وليد محمد الشناوي، 2016، ص 10 – 11.).

وعلى ضوء ما تقدم نجد أن نطاق المجال المحمي في الدستور يمكن تحديده بطريقتين: الأولى صريحة والثانية ضمنية. **فالطريقة الأولى** تقتضي وجود نص في الدستور يمنع صراحة تعديل بعض نصوصه أو أجزائه أو مبادئه بشكل مطلق ومن الأمثلة على ذلك الدستور الألماني الذي خلق مجالاً محمياً ينسجم مع طبيعة الدولة الاتحادية وأهداف النظام السياسي إذ نص على أن " لا تُقبل أي تعديلات على هذا القانون الأساسي تؤثر على تقسيم الاتحاد إلى ولايات، أو على المشاركة المبدئية في عملية التشريع، أو على المبادئ الواردة في المادة 1 والمادة 20 ". (المادة (3/79) من الدستور الألماني لعام 1949 المعدل.) فاستناداً إلى هذا النص لا يمكن حل النظام الاتحادي أو تقسيمه من خلال تعديل الدستور، ولا يمكن من خلال التعديل أيضاً تحويل الدولة الألمانية الاتحادية إلى دولة موحدة بسيطة، أو المساس بحق مشاركة الأقاليم في عملية التشريع، وبالرجوع إلى المادة (1) نجد أن الدستور أضاف للمجال المحمي صراحة الكرامة الإنسانية والتزام جميع السلطات بصونها واحترامها، والتزامها أيضاً بحقوق الإنسان الأساسية، أما المادة (20) فهي تنظم المبادئ الدستورية وحق المقاومة إذ قضت بأن ألمانيا دولة اتحادية ديمقراطية اجتماعية، وأن الشعب هو مصدر السلطة التي يتم تداولها سلمياً من خلال الانتخابات وعبر المؤسسات الدستورية، والتزم السلطة التشريعية بالنظام الدستوري، بينما تلتزم السلطة التنفيذية والسلطة القضائية بالحق والقانون، ويحق لكافة المواطنين مقاومة أي شخص يحاول القضاء على هذا النظام الدستوري، إذا لم يمكن منعه من ذلك بوسائل أخرى، فضلاً عن حماية حقوق الأجيال القادمة، إذ تقوم الدولة في إطار النظام الدستوري بحماية المقومات الطبيعية للحياة وحماية الحيوانات، وذلك من خلال وضع التشريعات اللازمة. ونجد مما تقدم أن

الدستور قد وسع كثيراً من نطاق المجال المحمي صراحة إذ تضمن مواضيع غامضة وواسعة مثل الكرامة الإنسانية والحقوق الأساسية وهو ما يلقي على المحكمة الدستورية الاتحادية مهمة كبيرة وجسيمة في مراقبة التعديلات الدستورية إجرائياً وموضوعياً لحماية المجال المحمي، فضلاً عن دورها في الرقابة على الدستورية وتفسير الدستور.

وفي ذات السياق وسع دستور رومانيا من نطاق المجال المحمي في الدستور الذي يشمل شكل الدولة الموحدة البسيطة إذ لا يجوز للتعديل تحويلها إلى اتحادية مركبة، وكذلك الشكل الجمهوري للحكومة واستقلال القضاء والتعددية السياسية واللغة الرسمية والحقوق والحريات وضماناتها إذ نص على أن " لا يجوز تعديل أحكام الدستور الحالي المتعلقة بالطابع الوطني والمستقل والوحدوي وغير القابل للتجزئة للدولة الرومانية، والجمهورية كنظام حكم، والسلامة الإقليمية، واستقلال القضاء، والتعددية السياسية، واللغة الرسمية، كذلك لا يجوز اعتماد أي تعديل إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى إلغاء الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين أو إلى إلغاء الضمانات المتعلقة بهذه الحقوق والحريات ...". (المادة (152) من الدستور الروماني لعام 1991 المعدل.)

ويعد دستور مملكة النروج من أكثر الدساتير سعة في تحديد المجال المحمي صراحة إذ نص على أن " ... وينبغي ألا يتعارض التعديل المقترح أبداً مع المبادئ المنصوص عليها في الدستور، وأن يتعلق فقط بإدخال تعديلات على أحكام معينة لا تغير من روح الدستور، ويتطلب ذلك التعديل ضرورة الموافقة عليه بأغلبية أصوات ثلثي (3/2) الأعضاء في البرلمان ". (المادة (121) من الدستور النرويج لعام 1814 المعدل.) وبالرغم من عدم وجود قضاء دستوري متخصص بالرقابة على الدستورية في النروج، إلا أن هذا النص يجعل من المجال المحمي بالغ الغموض ويعطي المحكمة العليا (المادة (83) من الدستور النرويج لعام 1814 المعدل.) سلطة واسعة في تحديده وتحكمها فيه. (نصت دساتير كثيرة على المجال المحمي منها: المادة (89) من الدستور الفرنسي لعام 1958 المعدل، والمادة (139) من الدستور الإيطالي لعام 1947 المعدل، والمادة (5) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1787 المعدل، والمادة (10) من دستور البوسنة والهرسك الملحق باتفاقية دايتون لعام 1995. وأخذت دساتير عربية بهذه الفكرة أيضاً منها: المادة (175) من الدستور الكويتي لعام 1962 المعدل، والمادة (145 و 146) من دستور قطر لعام 2004، والمادة (226) من دستور مصر لعام 2014 المعدل.)

أما **الطريقة الثانية** فهي التكريس الضمني للمجال المحمي في الدستور فلا تقتضي هذه الطريقة وجود نص صريح إذ يمكن معرفة القواعد والمبادئ الدستورية التي تعد مجالاً محمياً ولا يجوز للسلطة التأسيسية المشتقة المساس بها وفقاً لإجراءات تعديل الدستور وأن أي مساس بها يعد هدماً لنظام الحكم ويهدد استقرار الدولة واستمرارها من خلال مدى

اعتبارها جوهرية قياساً بنظام الحكم القائم والمعيار هنا هو معيار موضوعي يعتمد على المبادئ الدستورية التي شكلت الدستور وأن كل تعديل يجب أن يتطابق معها، فمثلاً في ظل الديمقراطية لا يمكن عد الشعب حراً في فعل كل شيء، إذ لا يجوز له استخدام الأساليب الديمقراطية وبطرق مشروعة لتغيير جوهر الديمقراطية المتمثل في المشاركة السياسية أو تحويل نظام الحكم إلى نظام استبدادي أو إلغاء التداول السلمي للسلطة، فحتى ولو وفقت الأغلبية الكبيرة على ذلك أو وفق الشعب على ذلك بنسبة (100%) فلا يمكن تقبل هذا الخيار أو لا يمكن اعتباره خياراً أصلاً لكونه يضر بحقوق الأجيال القادمة، وهذا يتطلب بطبيعة الحال وجود قضاء دستوري لمراقبة التعديلات الدستورية، وقد دافع عن هذه النظرية (Marinus Wiechers) (د. وليد محمد الشناوي، 2016، ص 15 – 16 و 45.)، ونجد أن ذلك ينسجم مع رؤية (Louis Favoreu) للمجال المحمي في الدستور.

ووفقاً لرأي الأستاذ (Walter F. Murphy) فإن كلمة (يعدل) في الدستور والمأخوذة من الفعل اللاتيني (emendere) تعني تصحيح ما هو خطأ في الدستور أو تحسينه وليس إلغاء ما هو كائن أو إعادة تكوين الدستور وأكد الأستاذ (William L. Marbury) أن السلطة التأسيسية المشتقة حين تعدل الدستور لا يعني أن لديها سلطة لتحطيمه، وبالتالي لا يجوز لها تعديل الدستور بشكل يؤدي إلى إحلال نظام دستوري بدل النظام الدستوري القائم باعتبار أن لكل دستور وحدة داخلية أو هوية أو روح لا يجوز الخروج عليها. (د. وليد محمد الشناوي، 2016، ص 30 و 152.)

ويرى (Carl Schmitt) أنه يجب التمييز بين تعديل الدستور ومراجعته، فتعديل الدستور يشترط فيه أن يحافظ على هويته واستمراريته وروحه ومبادئه التي قام عليها وهذا يعني أن تعديل الدستور يكون جائزاً طالما أنه يحفظ للدستور هويته، أما إذا أدى التعديل إلى المساس بروح الدستور أو فكرته الأساسية أو تعارض مع مبادئه فإن هذا يعني أن السلطة التأسيسية المشتقة قامت بمراجعة الدستور القائم ووضع دستور جديد وهذا يخالف الافتراضات الأساسية التي قام عليها والتي تعني إمكانية التعديل بدون المساس بالبنية الأساسية للدستور، (Richard Albert, 2015, pp. 155 - 156.) وتعد فكرة البنية الأساسية للدستور من ابتكارات المحكمة العليا في الهند لمنع التعديلات الدستورية التي تخرج على هذا البنيان أو على إطار الدستور بالرغم من منع الدستور الرقابة على التعديلات الدستورية وعدم تحديده البنية الأساسية – على نحو ما سنوضحه في المبحث الثاني - غير أن استقراء أحكام المحكمة نجد أن البنية الأساسية للدستور ترتكز بالدرجة الأساس على سيادة الدستور والنظامين الجمهوري والديمقراطي للحكم والطابع العلماني للدولة ومبدأ الفصل بين السلطات، وشكل الدولة الفيدرالي وهو ما أخذت به المحكمة العليا في كندا إذ نص دستورها على أن " لا تجري التعديلات على دستور كندا إلا بالتوافق مع السلطة المتضمنة في دستور

كندا "وتضمن مجالاً محمياً يشمل شكل الدولة الفدرالي والحكم الديمقراطي والتداول السلمي للسلطة والفصل بين السلطات وحقوق المقاطعات، (Richard Albert, 2015, p. 157.) وينظر الجزء الخامس من دستور كندا لعام 1867 المعدل.) وعليه فإن ما طرحه (Richard Albert) هو أن المجال المحمي قد ينتهك من خلال تعديل دستوري صحيح شكلاً وهو ما يخل بالشرعية الدستورية التي لا تتطلب احترام إجراءات التعديل فحسب بل احترام المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها الدستور وهو ما ينسجم مع رأي (Georges Burdeau) في أن ذلك يؤدي إلى قطيعة دستورية ويستوجب وفقاً لرأي (Louis Favoreu) حماية قضائية من خلال الرقابة على التعديلات الدستورية.

وإذا كان المجال المحمي في الدستور يحصن المبادئ والقواعد الواردة فيه باعتبارها تمثل جوهر النظام في الدولة فإن السؤال هنا من الذي يحددها ؟ وهل هي قابلة للتحديد ؟

يجيب الفقيه (Louis Favoreu) على ذلك بأن المبادئ والقواعد المقصودة في المجال المحمي هي ليست قائمة جامدة مغلقة أو مبادئ أو قواعد شكلية، وإنما تتحدد بالمبادئ الأساسية التي تشكل جوهر النظام الدستوري في الدولة وعلى رأسها سمو الدستور والطابع الديمقراطي لنظام الحكم والفصل بين السلطات وشكل الدولة وشكل نظام الحكم والحقوق والحريات والتداول السلمي للسلطة ورفض أي شكل من أشكال احتكارها أو الانقلاب عليها، فهذه المسائل لا ينظر إليها كخيار تنظيمي عابر، وإنما إطار دستوري يعكس القيم السياسية العليا التي تبناها المجتمع، والمساس بها حتى وإن تم من خلال آلية التعديل الواردة في الدستور فإن ذلك يعد إخلالاً بأساس النظام الدستوري ذاته ويبرر تدخل القضاء الدستوري لحمايتها، وبهذا المعنى لا تقتصر وظيفة القضاء الدستوري على مراقبة احترام الدستور وإنما تمتد إلى حماية البنية العميقة للنظام الدستوري، أما من يحددها فلا شك أن السلطة التأسيسية الأصلية هي التي تتولى تحديدها صراحة أو ضمناً وفقاً للفلسفة التي يقوم عليها الدستور والفكرة المراد تأسيس الدولة على ضوئها. (Louis Favoreu,1986, p. 60 S)

وعلى ضوء ما تقدم يدخل في المجال المحمي في الدستور التداول السلمي للسلطة والمشاركة السياسية لأنها تحدد شرعية النظام السياسي وأن أي مساس بها سيؤدي حتما إلى انهيار النظام، وتجرد الديمقراطية من قيمتها ويفقد النظام السياسي شرعيته، ويحل العنف والإكراه والحكام المستبدين في إدارة الدولة. (د. مهدي أبو بكر، 2018، ص 74 – 77 ؛ د. منذر الشاوي، 2013، ص 20 - 24.) ويدخل في المجال المحمي في الدستور أيضاً مبدأ الفصل بين السلطات، لأن وتركيز ممارسة السلطة بيد واحدة يؤدي إلى الاستبداد ولذلك فإن النظام السياسي يجب أن يقوم على فكرة (السلطة تحد السلطة). (د. منذر الشاوي، 2013، ص 76 – 77 و 146 ؛ د. حميد حنون خالد، 2009، ص 61.) وتعد الحقوق والحريات مجالاً محمياً في الدستور إذ شهدت تطوراً ملحوظاً، وانتقالات لافتة للنظر، فانتقلت من مرحلة

الاعتراف والحماية إلى مرحلة الضمان، فلم يعد الفرد يكتفي بأن تعترف الدولة بحقوقه وحرياته، وتلتزم بعدم التعدي عليهما، بل يطالب الدولة بأن تخلق الحقوق وفقاً للتطورات التي تحدث في المجتمع، كما أصبحت الدولة مهددة بالمتابعة القضائية في حال تقصيرها في ذلك.(د. يوسف حاشي، 2009، ص29-30و420.) ويعد شكل الدولة من المبادئ الدستورية التي تدخل ضمن المجال الدستوري المحمي، فهي تشكل ركناً جوهرياً في بنية النظام السياسي فيها، فشكلها لا يمثل مجرد أسلوب إداري في توزيع الاختصاصات، وإنما يعد إطاراً دستوريًا لتنظيم السلطة داخلها وقد ذهب الفقه الدستوري إلى أن المساس بشكل الدولة لا يعد تعديلا عادياً بل تغييراً في هوية النظام الدستوري ذاته. (جورج بيردو، ب س ن، ص 210 - 215.) والمجال المحمي في الدستور كما يوجد في الدساتير الجامدة يوجد أيضاً في الدساتير المرنة فهذه الأخيرة وإن كانت تتساوى قيمة مع القانون العادي وأبر مثال عليها بريطانيا إلا أن هذا لا يعني بأي حال من الأحوال استهانة الإنجليز بقواعدهم الدستورية التي آمن الشعب بها واستقرت في الضمير فهي أسمى أدبياً من التجاوز عليها ومخالفة أحكامها، لأن الدستور بغض النظر عن نوعه يؤسس للدولة ويعد الركن الرابع لنشأتها وفي دستور بريطانيا العرفي يعد العرف الدستوري أعلى منزلة من القاعدة القانونية العادية، وهذه الأفكار لا يمكن الحديث عنها إلا في الدول التي تقيم وزناً للدستور وترى فيه الوثيقة السامية التي تعلو على سواها ولا يعلو عليها شيء فهو مصدر شرعية كل ما في الدولة. (د. علي يوسف الشكري، 2022 ، ص 7 و 23 و 66 و 81.)

وعلى ضوء ما تقدم نجد أن دستور جمهورية العراق لعام 2005 لم يكتف بتنظيم السلطة بل كرس مجالاً دستورياً محمياً يعبر عن الفكرة السياسية الأساسية للنظام، ويهدف إلى ضمان استقرار المؤسسات، مع إسناد مهمة الحماية للمحكمة الاتحادية العليا، فوفقاً لرأي الفقيه (Georges Burdeau) فإن الفكرة السياسية الأساسية تتجسد في النظام الديمقراطي وشكل الدولة الاتحادي، واحترام الحقوق والحريات والتداول السلمي للسلطة، والفصل بين السلطات، وعد الإسلام دين الدولة الرسمي، والشعب مصدر السلطة، (ينظر المواد (1 و 2 و 5 و 6 و و46 و 47) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.) فهذه المواضيع ليست مجرد تنظيم للسلطة بل مؤسسية للنظام، وأي مساس بها يعد خروجاً عن الإطار الدستوري المشروع، أما وفقاً لرأي الفقيه (Maurice Duverger) فإن الدستور العراقي ميز صراحة في المادة (126/ثانياً وثالثاً) بين النصوص الدستورية من حيث الأهمية، فخص المبادئ الأساسية والحقوق والحريات بحظر زمني مؤقت بخلاف النصوص الأخرى وفرض إجراءات مشددة للتعديل وهو ما يعني عدم تساوي القواعد الدستورية في قيمتها السياسية، وهذا التحصين الإجرائي يعكس إدراكاً لخطورة المساس بالقواعد الجوهرية التي يقوم عليها استقرار النظام السياسي العراقي، (المادة (126) من دستور جمهورية العراق

لعام 2005.) في حين أن المحكمة الاتحادية العليا تمثل، وفقاً لرأي (Louis Favoreu) الأداة الدستورية لحماية المجال المحمي في الدستور من خلال رقابتها على دستورية القوانين والأنظمة وتفسيرها للدستور بما ينسجم مع تصوره لدور القضاء الدستوري في ضمان احترام المبادئ الدستورية الأساسية بدون تجميد للدستور، وهو ما يسمح في بقاء المجال المحمي فاعلاً ومتوازناً مع متطلبات التطور.

المبحث الثاني: شرعية المجال المحمي بين الحماية الدستورية ومتطلبات التطور التشريعي

Second Section: The Legitimacy of the Protected Domain between Constitutional Protection and the Requirements of Legislative Development

يتناول هذا المبحث الجانب التطبيقي لشرعية المجال المحمي ويتناول فكرة المجال المحمي في القضاء الدستوري المقارن في الهند وألمانيا، وموقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق من فكرة المجال المحمي، وتقييم شرعية المجال المحمي ومقترحات التطوير في النظام الدستوري العراقي في ثلاث مطالب تباعاً وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: فكرة المجال المحمي في القضاء الدستوري المقارن

First Subsection: The Concept of the Protected Domain in Comparative Constitutional Jurisprudence

لم تنشأ فكرة المجال المحمي في الدساتير الحديثة بوصفها معطاً نصياً صريحاً في أغلب الأحيان، بل كانت ثمرة تطور قضائي قادته المحاكم الدستورية العليا في عدد من الأنظمة الدستورية في محاولة لتحقيق التوازن بين مبدأ سيادة الدستور من جهة ومرونة التعديل الدستوري من جهة أخرى، وقد مثل القضاء الدستوري الفاعل الرئيس في الانتقال بالمجال المحمي من مستوى الفقه النظري إلى مستوى القاعدة العملية الملزمة، ويُعد القضاء الهندي النموذج الأبرز في هذا السياق حيث بلورت المحكمة العليا ما عُرف بنظرية البنية الأساسية للدستور (Basic Structure Doctrine) فبالرغم من نص الدستور الهندي على أن " لا يجوز وضع أي تعديل لهذا الدستور موضع تساؤل وعلى أي أساس أمام أي محكمة .... لتبديد الشكوك فإنه يعلن صراحة في هذا الموضع بأنه لن تكون هناك أية قيود من أي نوع كانت على سلطة البرلمان التأسيسية لإجراء التعديل في الدستور عن طريق إضافة أو تغيير أو إلغاء أية أحكام في هذا الدستور بموجب هذه المادة " (المادة (368 / 4 و 5) من الدستور الهندي لعام 1949 المعدل.) فمن وجهة نظر المحكمة فإن بعض نصوص الدستور غير قابلة للتعديل ولو بالإجراءات التي نص عليها وقد صقلت المحكمة هذه الفكرة في سلسلة من الأحكام المهمة من أجل مواجهة إساءة استخدام السلطة التشريعية لسلطتها غير المحدودة في

التعديل الرسمي وتوصلت في نهاية المطاف بأن سلطة التعديل مقيدة ومحدودة بمبدأ البنية الأساسية للدستور وأبطلت التعديلات التي ترى أنها تتعارض مع إطاره، فالمحكمة العليا ترى أن كل بند من بنود الدستور قابل للتعديل شريطة أن تبقى الأسس والبنية الأساسية للدستور بدون تعديل، وعند استقراء أحكامه نجد أنه لم يحدد ما هي البنية الأساسية أو ما هو تأسيسي لبنيته وهذا الاتجاه ينبع من التفسير القضائي وليس من التصميم الدستوري القائم على موافقة الشعب، وقد بررت المحكمة العليا هذا الاتجاه بأن السلطة التأسيسية المشتقة لا يجوز لها أن تهدم ما أنشأته السلطة التأسيسية الأصلية وإلا تحول التعديل إلى إلغاء مقنع للدستور ذاته. (Richard Albert, 2015, p. 158.)

وتعد قضية (Kesavananda Bharati v. State of Kerala) عام 1973 من أهم وأبرز أحكام المحكمة العليا في الهند بهذا الصدد إذ كان (Kesavananda Bharati) زعيماً لـ (Edneer Mutt) وهي مؤسسة دينية هندوسية في ولاية (Kerala) وفي عام 1970 فرضت حكومة (Kerala) قيوداً على ملكية الأراضي التي تملكها المؤسسات الدينية فطعن (Kesavananda Bharati) في دستورية القانون أمام محكمة (Kerala) العليا وصلت القضية في نهاية المطاف إلى المحكمة العليا التي حكمت لصالح حكومة الولاية، وفي غضون ذلك أقر البرلمان الهندي التعديل الرابع والعشرين للدستور الذي سعى إلى تقليص صلاحيات السلطة القضائية والحد من نطاق المراجعة القضائية، كما أقر التعديلان الخامس والعشرون والتاسع والعشرون، اللذان سعيا إلى تقييد الحقوق الأساسية للمواطنين ومنح البرلمان سلطة تعديل أي جزء من الدستور، فقدم (Kesavananda Bharati) التماساً للطعن في صحة هذه التعديلات بحجة أنها تنتهك الدستور وأدى ذلك إلى صدور حكم (Kesavananda Bharati) التاريخي الذي أيد مبدأ البنية الأساسية وفرض قيوداً على سلطة البرلمان في تعديل الدستور، وبينت المحكمة أن سلطة البرلمان في تعديل الدستور ليست مطلقة فبالرغم من أن المادة (368) من الدستور تمنح البرلمان حق تعديل النصوص فإن هناك عناصر أساسية للدستور تشكل (الهيكل الأساسي) الذي لا يجوز المساس به حتى وإن كان بالإجراءات الخاصة بالتعديل وقد صاغ القاضي (Hans Raj Khanna) فكرة أنه " ... لا يمكن للدولة أن تنتزع أو تلغي السمات الجوهرية للدستور مثل الحريات الأساسية ومبادئ الديمقراطية وسيادة القانون والعلمانية والفيدرالية لأن ذلك يؤدي إلى تفكيك هوية الدستور بدلاً من تطويره ...". ومن هنا أصبحت نظرية (Basic Structure Doctrine) حجر الزاوية في الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية في الهند. (Kesavananda Bharati v. State of Kerala)

ولم تقف المحكمة عند هذا الحد بل وسعت تطبيق هذه النظرية في حكمها الصادر في قضية (Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain) عام 1975، عندما قضت بعدم دستورية

المادة (329/أ) من التعديل الدستوري التاسع والثلاثين الذي كان يهدف إلى تحصين انتخاب رئيس الوزراء من رقابة القضاء، واعتبرت المحكمة أن هذا التعديل ينتهك مبدأ نزاهة الانتخابات وفصل السلطات والرقابة القضائية وهي كلها عناصر تدخل في صميم البنية الأساسية للدستور ولا يجوز تعطيلها عبر أداة التعديل نفسها، وقد أكد القضاء أن أي تعديل دستوري لا يجوز أن يلغي أو يقوض المبادئ الجوهرية التي تؤسس الديمقراطية والحماية القانونية للحريات. (Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain) ثم عزّزت المحكمة هذا الاتجاه في قضية (Minerva Mills Ltd. v. Union of India) عام 1980، حيث أكدت أن إلغاء القيود على سلطة التعديل أو تحصين التعديلات من الرقابة القضائية يؤدي عملياً إلى تقويض مبدأ سمو الدستور ويحول السلطة التشريعية إلى سلطة فوق دستورية وهو ما يتعارض مع جوهر النظام الدستوري الديمقراطي، وقررت المحكمة أن التوازن بين الحقوق الأساسية ومبادئ توجيه سياسة الدولة يشكل جزءاً من البنية الأساسية التي لا يجوز المساس بها. (Minerva Mills Ltd. v. Union of India)

وفي حكم أكثر تطوراً صدر في قضية (I.R. Coelho v. State of Tamil Nadu) عام 2007، أكدت المحكمة أن القوانين المدرجة في (الجدول التاسع) من الدستور لا تتمتع بحصانة مطلقة من الرقابة القضائية وأن أي نص تشريعي مهما كانت مرتبته يخضع للإبطال إذا انتهك البنية الأساسية أو جوهر الحقوق الأساسية في الدستور. وقد عزز هذا الحكم فكرة أن حماية الهوية الجوهرية للدستور تمتد إلى مضمون الحقوق والمبادئ حتى عندما تبدو محمية شكلياً، وبذلك تحولت نظرية البنية الأساسية إلى أداة شاملة لحماية المجال المحمي في مواجهة جميع صور العبث التشريعي. (I.R. Coelho v. State of Tamil Nadu)

نستنتج من هذه الأحكام أن القضاء الهندي لم يكتف بوضع مبدأ نظري بل أسس نظاماً قضائياً متكاملاً يمنع تحول التعديل الدستوري إلى وسيلة لإلغاء الدستور تحت غطاء الشرعية الإجرائية، وعلى خلاف النموذج الهندي القائم على الاجتهاد القضائي يتأسس النموذج الألماني على حماية صريحة للمجال المحمي واردة في نص الدستور ذاته إذ نص على أن " لا تُقبل أي تعديلات على هذا القانون الأساسي تؤثر على تقسيم الاتحاد إلى ولايات أو على المشاركة المبدئية في عملية التشريع أو على المبادئ الواردة في المادة 1 والمادة 20 "، (المادة (3/79) من الدستور الألماني لعام 1949 المعدل.) ويعرف هذا النص بـ (بند الأبدية) فمن خلاله لا يجوز تعديل المبادئ الأساسية المنصوص عليها في المواد (1 و 20) من الدستور التي تشمل حماية الكرامة الإنسانية والنظام الديمقراطي وسيادة القانون والنظام الاتحادي ومبدأ الفصل بين السلطات.

ومن أحكام المحكمة الدستورية العليا المهمة في هذا المجال حكمها الصادر في قضية(Maastricht) عام 1993 التي تتعلق بطلب الموافقة على معاهدة الاتحاد الأوروبي (معاهدة ماستريخت) إذ بحثت المحكمة مدى توافق هذا الاتفاق مع الهوية الدستورية الألمانية لا سيما مع المادة (3/79) من القانون الأساسي لعام 1949 المعدل وبالرغم من أنها قبلت دستورية الانضمام إلى الاتحاد الأوروبي إلا أنها اشترطت أن لا يؤدي نقل الصلاحيات إلى الهيئات الأوروبية إلى انتهاك المبادئ المحمية في بند الأبدية، وأكدت المحكمة أن الهوية الدستورية — بما فيها نظامها الديمقراطي الفيدرالي وسيادة القانون — لا يمكن إلغاؤها مهما كانت الاعتبارات السياسية. وتظهر أهمية هذا الحكم في أنه لا يكتفي بحماية النصوص فقط بل يحمي جوهر النظام الدستوري الألماني من التغييرات التي تطرأ حتى في سياق التعاون الدولي إن كانت تمس مبادئه الأساسية، " ... وأن المجال المحمي يشمل الهوية الدستورية بأكملها وأن أي **نقل للصلاحيات السيادية أو التزام دولي** يمس هذه الهوية يفقد **مشروعيته الدستورية** حتى وإن تم باسم التعاون أو الاندماج الدولي ... ". (BVerfGE 89, 155 (1993) – Maastricht Treaty Decision)

وفي حكم آخر صدر في قضية (Lisbon) عام 2009 عالجت المحكمة الدستورية العليا معاهدة لشبونة للاتحاد الأوروبي وقد كررت المحكمة في هذا الحكم تأكيد الهوية الدستورية الألمانية وقررت أنه ""... لا يجوز للمعاهدات الدولية أو لقوانين تنفيذ الاندماج الأوروبي أن تؤدي إلى إفراغ السيطرة الديمقراطية البرلمانية الألمانية من مضمونها، بوصفها عنصرًا جوهريًا من الهوية الدستورية المحمية بموجب المادة (3/79) من القانون الأساسي ..." وبالرغم من الموافقة على انضمام ألمانيا للآليات الأوروبية فإن المحكمة اشترطت وجود آليات دستورية داخلية تحفظ سيادة البرلمان الألماني في مجالات لا يمكن التنازل عنها دون المساس بمجالات سيادية أساسية لا يجوز نقلها ومن أبرزها: القرار الديمقراطي البرلماني، والسياسة الجنائية الجوهرية، والمالية العامة والضرائب، واستخدام القوة العسكرية، والحقوق الأساسية المرتبطة بالمواطنة، فهذه المجالات تدخل في نطاق الهوية الدستورية وبالتالي في المجال المحمي بموجب المادة (3/79) من الدستور الألماني. (BVerfGE 123, 267 (2009) – Lisbon Treaty Decision) كما للمحكمة الدستورية العليا أحكام عدة كرست فيها أهمية الكرامة الإنسانية باعتبارها مبدأ محمياً بموجب المادة (1) من الدستور وتقع تحت حماية المادة (3/79) من الدستور أيضاً وأن أي تعديل يمسها بأن يضعف من مضمونها أو يحدد من نطاقها أو يقوضها يعتبر مساساً بالمجال المحمي. (BVerfGE 125, 175 (Hartz IV) Judgment of 9 February 2010)

ويجسد حكمي المحكمة الدستورية العليا المذكورين أعلاه انتقال حماية المجال الدستوري المحمي من مجرد تحصين نصي إلى حماية جوهر النظام الدستوري وهوية القانون

الأساسي، فقد قررت المحكمة في حكم (Maastricht) مشروعية الاندماج الأوروبي بشرط عدم المساس بالمبادئ المحمية بالمادة (3/79)، ولا سيما الديمقراطية والفيدرالية وسيادة القانون، ثم عمقت هذا الاتجاه في حكم (Lisbon) بتأكيد أن السيطرة الديمقراطية البرلمانية عنصر جوهري من الهوية الدستورية وبالتالي لا يجوز لأية معاهدة أو تشريع تنفيذي الانتقاص منه، مما يعني تكريس معيار عملي يربط شرعية الاندماج بسلامة الأثر البنيوي على جوهر النظام الدستوري.

نستنتج مما تقدم أن التجربتين الهندية والألمانية يظهران تقارباً واضحاً في حماية المجال الدستوري المحمي، رغم اختلاف الأدوات المعتمدة. ففي الهند أرست المحكمة العليا من خلال **نظرية البنية الأساسية** قيداً موضوعياً على سلطة التعديل يقوم على عدم جواز المساس بالمبادئ التي تشكل جوهر الدستور حتى مع استيفاء الإجراءات الشكلية، وهو ما جعل حماية المجال المحمي ثمرة لاجتهاد قضائي تطوري مستقل عن النص الصريح. أما في ألمانيا فقد تأسست الحماية على نص دستوري صريح هو **بند الأبدية** الوارد في المادة (3/79) من القانون الأساسي غير أن المحكمة الدستورية الاتحادية وسعت نطاقه تفسيراً ليشمل **الهوية الدستورية** بكامل عناصرها، وربطت شرعية نقل الصلاحيات أو الاندماج الدولي بعدم المساس بجوهر النظام الديمقراطي والفيدرالي وسيادة القانون. وبذلك يلتقي النموذجان في إنكار فكرة السلطة التعديلية المطلقة والتأكيد على أن المجال المحمي يمثل حداً جوهرياً لا يمكن تجاوزه باسم الإرادة السياسية أو التطور المؤسسي، مع اختلاف منشأ هذا الحد بين كونه قضائيا في الهند ونصياً – قضائياً في ألمانيا، ويعكس هذا المسار انتقال الرقابة الدستورية من مجرد فحص شكل التعديل إلى رقابة جوهره ومضمونه، بما يحول القضاء الدستوري من جهة رقابية تقنية إلى فاعل مؤسسي في حماية **هوية الدستو**. (Marc Verdussen, 2010, pp. 45–52.) وتكشف هذه التجارب أن فكرة المجال المحمي لم تعد طرحاً فقهياً نظرياً بل أصبحت قاعدة قضائية عملية تستخدم لمواجهة الانحراف التشريعي، وحماية البنية الجوهرية للدساتير، ولا سيما المبادئ الأساسية مثل كرامة الإنسان، والديمقراطية، والفيدرالية، وسيادة القانون، ومن ثم توفر التجربتان الهندية والألمانية إطاراً مقارناً ناضجاً لفهم كيفية اندماج المجال المحمي في الهيكل القضائي للنظام الدستوري، وهو ما يمهد لتحليل مدى إمكان تلمس تصور مماثل في قضاء المحكمة الاتحادية العليا في حماية المبادئ الجوهرية للنظام الدستوري العراقي.

المطلب الثاني: موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق من فكرة المجال المحمي

Second Subsection: The Position of the Federal Supreme Court of Iraq on the Concept of the Protected Domain

لم تستخدم المحكمة الاتحادية العليا في العراق مصطلح المجال المحمي صراحة غير أن استقراء أحكامها يكشف دورها في حماية جوهر النظام الدستوري في العراق الذي أنشأه دستور 2005 بالرغم من عدم تعديل الدستور بعد مرور أكثر من عشرين سنة على نفاذه والحاجة الملحة لذلك، وغياب النص على رقابة المحكمة على التعديلات الدستورية، ويظهر المجال المحمي بشكل واضح في قرارات المحكمة التي حافظت فيها على وحدة الدولة وجعلت الالتزام بأحكام الدستور أساس النظام الاتحادي في العراق، ومن أهم أحكام المحكمة الاتحادية العليا حكمها الصادر عام 2017 (الدعوى رقم (122/اتحادية/2017) بتاريخ 2017/11/16) الذي أكدت فيه المحكمة على أن موافقة الشعب العراقي على الدستور تخلق التزاماً من الحاكم والمحكوم بأحكامه ومنها ما ورد في المادة (1) وأن العراق بحدوده الجغرافية المعترف بها دولياً وبمكونات نظامه الاتحادي المنصوص عليها في المادة (116) من الدستور وهي العاصمة والأقاليم والمحافظات اللامركزية والإدارات المحلية تشكل دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة ونظام الحكم فيها جمهوري نيابي وأن مواد الدستور ضامنة لوحدة العراق وأن المادة (109) من الدستور ألزمت السلطات المنصوص عليها في المادة (47) من الدستور بالمحافظة على وحدة العراق وسلامته واستقلاله وسيادته ونظامه الديمقراطي الاتحادي وانتهت المحكمة في هذا القرار إلى عدم جواز انفصال أي من مكوناته. وحكمها الصادر عام 2017 (الدعوى رقم (89 و 91 و 92 و 93/اتحادية/2017) بتاريخ 2017/11/20) أيضاً الذي أكدت فيه على وحدة العراق ونظامه الاتحادي ورددت فيه ذات العبارات المشار إليها في الحكم أعلاه وانتهت إلى عدم دستورية الاستفتاء الذي جرى بتاريخ 2017/9/25 في إقليم كردستان والمناطق الأخرى المشمولة به وإلغاء كافة الآثار والنتائج المترتبة عليه.

وفي خطوة لافتة من المحكمة قضت عام 2022 (الدعوى رقم (59/ اتحادية/2012 وموحداتها 110/اتحادية/2019) بتاريخ 2022/2/15) بعدم دستورية قانون النفط والغاز رقم (22) لسنة 2007 الصادر من حكومة إقليم كردستان لكونه ينتهك مواد الدستور العراقي المتعلقة بالموارد العامة وتحديداً المواد التي تنظم ملكية النفط والغاز وحقوق الدولة الاتحادية في تنظيم استغلالها وتوزيع عائداتها، وانتهت في حكمها إلى إلغاء القانون المذكور، وإلزام حكومة الإقليم بتسليم جميع عوائد إنتاج النفط من حقول الإقليم للحكومة الاتحادية، ومتابعة إبطال العقود النفطية الموقعة من الإقليم مع الشركات الأجنبية، وفتح تدقيقها من قبل وزارة النفط والجهات الرقابية الاتحادية. ويعد هذا القرار من أهم القرارات

التطبيقية للمحكمة في حماية الوحدة الدستورية واتساق التشريع مع نصوص الدستور، إذ أبرزت المحكمة أن الموارد الطبيعية جزء من المجال الدستوري المحمي، ويجب أن تدار وفق أطر دستورية اتحادية.

وفيما يتعلق بمبدأ الفصل بين السلطات أصدرت المحكمة قرارات عدة أكدت فيها على أهمية هذا المبدأ في بناء مؤسسات الدولة والحفاظ على الحقوق والحريات، وأن اختصاصات مجلس النواب محددة بموجب المادة (61) من الدستور لذا لا يجوز إضافة اختصاص جديد كما هو وارد في الفقرة (ب) من البند (أولاً) من المادة (5) من القانون (4) لسنة 2023 مما يقتضي الحكم بعدم دستوريتها، وحكمت تصدياً بعدم دستورية المادة (14) من القانون المذكور، (الدعوى رقم (73 وموحدتها 79 و 89 و 103 و 104 و 114 و 118 و 144 و 145/اتحادية/2023) بتاريخ 2023/8/28) وهذا يكشف اهتمام المحكمة بمبدأ الفصل بين السلطات باعتباره مجالاً محمياً في الدستور وأن انتهاكه يدفع المحكمة للتصدي لها. وفي ذات السياق أصدرت المحكمة عام 2021 (الدعوى رقم (142/اتحادية/2021) بتاريخ 2021/12/2) قررت فيه أن " مبدأ الفصل بين السلطات يعد ضمانة مهمة للحقوق والحريات العامة في دولة القانون وأن وجود التعاون فيما بينها لا يعني أن تتدخل أياً من السلطات في اختصاصات وصلاحيات السلطات الأخرى المقررة بموجب الدستور والقول بخلاف ذلك من شأنه الإفتئات من الحقوق والحريات المصونة دستورياً وانتهاكاً لأحكام الدستور ". ونجد في هذا الحكم أن المحكمة قد ربطت بين مبدأ الفصل بين السلطات وحماية الحقوق والحريات اللذين كلامها يدخلان في المجال المحمي في الدستور الذي لا يجوز انتهاكه.

أما ما يتعلق بحماية الحقوق الأساسية فقد أصدرت المحكمة أحكاماً كثيرة بهذا الصدد منها حكمها الصادر عام 2025 (الدعوى رقم (263/ اتحادية/2024) بتاريخ 2025/2/11، ومن أحكام المحكمة المهمة بهذا المجال حكمها الصادر في الدعوى رقم (161/اتحادية/2021) بتاريخ 2022/2/21 الذي بينت فيه أن مجرد الإغفال التشريعي الذي يؤدي إلى المساس بحق أو ضمانة دستورية هو محل لرقابتها. والدعوى رقم (43/اتحادية/2021) بتاريخ 2022/2/22 الذي بينت فيه أن على مجلس النواب الالتزام بمبادئ المساواة وتكافؤ الفرص وفقاً للدستور عند ممارسته اختصاصه التشريعي.) قضت المحكمة بعدم دستورية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (190) لسنة 2001 الذي كان يمنح أولوية في التعيين في وظيفة بإحدى دوائر الدولة لمن كان أحد والديه من العاملين فيها، لأنه ينتهك مبدأي المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليهما في المادتين (14) و(16) من دستور جمهورية العراق لعام 2005. هذا الحكم نموذج آخر لرقابة المحكمة على مخالفات تتعلق بحقوق أساسية مؤكدة أن القواعد العادية الصادرة قبل الدستور يشترط في تنفيذها بعد

الدستور أن تمتثل لمبادئه وإلا فهي غير دستورية، ويكشف عدم تردد المحكمة في إلغاء النصوص أو القرارات التي تمس الحقوق الأساسية رغم أنها صدرت من سلطة تشريعية سابقة، معتبرة أن أي تقييد أو انتهاك لهوية الحقوق الأساسية هو إخلال جوهري بالمجال المحمي.

والجدير بالذكر أن المحكمة أصدرت في عام 2024 (الدعوى رقم (89/اتحادية/2024) بتاريخ 2024/9/25) قراراً تفسيرياً بشأن مفهوم السيادة الكاملة الواردة في المادة (1) من الدستور وبينت ارتباطها العضوي بالمادتين (50) و (109) من الدستور ومن ثم بتفسير الإجراءات الواجب اتخاذها للحفاظ على سلامة الدولة واستقلالها وضرورة إنهاء وجود القوات الأجنبية داخل الأراضي العراقية وفقاً للسلطة الدستورية. ويكشف هذا القرار دور المحكمة في حماية المفاهيم الدستورية الجوهرية وهي ليست رقابة شكلية على النصوص فحسب بل تفسير دقيق للمصطلحات الدستورية التي تحدد هوية الدولة وحقوقها الأساسية مثل مفهوم السيادة الكاملة وهذا يعزز فكرة أن حماية المجال الدستوري تشمل الحقوق المؤسسية إلى جانب الحقوق الفردية.

يُستخلص مما تقدم أن المحكمة الاتحادية العليا قد اضطلعت بدور حاسم في تحديد جوهر النظام الدستوري العراقي من خلال تكريسها مجموعة من المبادئ التي تمثل هوية الدولة الدستورية وفي مقدمتها وحدة الدولة وشكلها الاتحادي، والنظام الجمهوري الديمقراطي النيابي، ومبدأ الفصل بين السلطات وما يرتبط به من تداول سلمي للسلطة، فضلًا عن البنية الاتحادية للدولة بوصفها اتحاداً دستورياً واحداً مستقلاً ذا سيادة كاملة، وقد أكدت المحكمة في هذا الإطار أن الاتحاد الذي أقره الدستور العراقي هو اتحاد ملزم يستمد شرعيته من الإرادة الشعبية المؤسسة للدستور وليس اتحادًا اختيارياً قابلاً للانفصال أو التفكك كما يرى البعض. (كفاح محمود كريم، بلاد الرافدين والدول الثلاث، مقال منشور على موقع جريدة إيلاف الالكترونية)

كما أرست المحكمة قيوداً واضحة على ممارسة الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم لاختصاصاتها فمنعت الانفراد بالاختصاصات الحصرية، أو تجاوز حدود الاختصاصات المشتركة، أو إصدار تشريعات محلية تتعارض مع السياسة الدستورية العامة أو تمس الموارد الطبيعية، باعتبارها جزءاً من المجال الدستوري المحمي الخاضع لإدارة اتحادية، وربطت المحكمة بين حماية هذا المجال وبين صون مبدأ الفصل بين السلطات وضمان الحقوق والحريات الأساسية والسيادة مؤكدة أن أي تشريع أو قرار ولو كان سابقاً على الدستور، يفقد مشروعيته متى ما تعارض مع المبادئ الدستورية الجوهرية. وإذا كانت المحكمة العليا في الهند قد ابتكرت نظرية البنية الأساسية، فإن المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد اتجهت من خلال اجتهادها المتراكم إلى فرض قيود جوهرية على السلطتين

التشريعية والتنفيذية كلما تعلق الأمر بمبادئ تمس كيان الدولة أو حقوق الأفراد في اتجاه يقترب من التجربة الألمانية في حماية جوهر النظام الدستوري، وبذلك يمكن الجزم بأن المجال المحمي في الدستور العراقي **يتشكل قضائياً عبر اجتهاد المحكمة**، لا نصيًا بنص صريح، بوصفه أداة لحماية هوية الدستور من أي انحراف تشريعي أو تنفيذي.

وإذا كان ما تقدم يبين أن المجال المحمي في الدستور العراقي قد تشكل أساساً من خلال الاجتهاد القضائي للمحكمة الاتحادية العليا، فإن ذلك يقتضي الانتقال إلى تقييم شرعية هذا المجال وحدوده، وبيان مدى كفايته في تحقيق التوازن بين متطلبات الحماية الدستورية ومقتضيات التطور التشريعي.

المطلب الثالث: تقييم شرعية المجال المحمي ومقترحات التطوير في النظام الدستوري العراقي

Third Subsection: Assessing the Legitimacy of the Protected Domain and Proposals for Reform in the Iraqi Constitutional System

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى نقطتين نتناول في الأولى تقييم شرعية المجال المحمي في النظام الدستوري العراقي وفي الثانية مقترحات تطوير المجال المحمي في النظام الدستوري العراقي وعلى النحو الآتي:

أولاً: تقييم شرعية المجال المحمي في النظام الدستوري العراقي

First: Assessing the Legitimacy of the Protected Domain in the Iraqi Constitutional System

إن شرعية المجال المحمي في الدستور تشير إلى علاقة توافق ليس مع القواعد والمبادئ الواردة في الدستور فحسب بل مع القيم التأسيسية والتحول من النظام المعياري إلى المجال القيمي، لأنه إذا كانت نشأة الدولة بنشأة الدستور الذي يعد أساس وجودها فهذا يعني أن السلطة التأسيسية الأصلية قد أقامت نشأة الدولة على مجموعة قيم تمثل جوهرها وأساس وجودها واستمرارها، (Blandine Kriegel, 1999, p. 47.) وهذه الشرعية يعبر عنها بالشرعية الدستورية كون الدستور هو من يجسدها، كما أن هذه الشرعية لا يمكن تصور وجودها إلا في ظل الديمقراطية وبالتالي استبعاد وجود شرعية في ظل أنظمة ديكتاتورية، (Jean-Charles Scholsem, 1998, p. 205.) غير أن السؤال هنا هو هل أن هذه الشرعية مطلقة وثابة لا يجوز المساس بمقرراتها من خلال الدستور؟

إذا كان الدستور يجسد الشرعية الدستورية فإن القضاء الدستوري هو الذي يجسد العدالة الدستورية، وما يصدر عنه يمثل عنوان الحقيقة، ولا يمكن التعقيب على أحكامه، غير أن من يدير هذا القضاء بشر والخطأ متصور منهم، وعليه إذا كان هذا القضاء يمنع تعسف

القانون فإن تعسف قضاته أمر وارد، ولا يجوز استبدال تقديس القانون بتقديس الدستور بحجة الحماس للقضاء الدستوري، (Jean-Charles Scholsem, 1998, p. 206 - 207.) فهذا الأخير يضطلع بوظيفة سياسية من نواحي عدة فهو وإن كان غير مسؤول عن العملية السياسية غير أنه يشارك فيها بمعنى أنه يسهم في وضع السياسات العامة، والعمق السياسي للقضاء الدستوري يظهر بجلاء عندما يطلب منه البت في المسائل السياسية، وبالتالي فإن القضاء الدستوري معني في إرساء النظام السياسي والحفاظ عليه أو بمعنى آخر إرساء مجموعة القيم والمبادئ التي جاء بها الدستور والحفاظ عليها. (Aurore Gaillet, 2021, pp. 456–457.)

وبالتالي فإن شرعية المجال المحمي ليست شرعية مطلقة، لأن التحصين المطلق للمبادئ والقيم الدستورية قد يؤدي إلى نتائج عكسية أبرزها الجمود الدستوري ومصادرة التطور السياسي والاجتماعي، واتساع الدور السياسي للقضاء الدستوري على نحو قد يفضي إلى ما يُعرف بـ (حكومة القضاة) فالقضاء الدستوري وإن كان ضامناً لاحترام الدستور يظل سلطة تمارس وظيفة ذات بعد سياسي ولا يجوز أن يتحول إلى سلطة فوق الإرادة الديمقراطية وهو خطر حذر منه الفقه الدستوري مبكراً، (Maurice Duverger, 1970, p. 432.) وهو ما يفرض فهم الدساتير بوصفها وثائق تأسيسية تطبق في سياقات تاريخية متغيرة ويفرض أيضاً قراءة ديناميكية للقيم الدستورية بدون تفريغها من مضمونها، (Louis Favoreu,1986, pp. 97 101) وشرعية المجال المحمي في الدستور ينبغي فهمها أيضاً بوصفها شرعية مركبة لا تستند إلى النصوص الدستورية وحدها، وإنما إلى القيم التأسيسية التي قامت عليها الدولة عند لحظة التأسيس الدستوري، فالدستور لا يُنشئ الدولة فحسب بل يُعبر عن منظومة قيمية عليا تشكل هويتها السياسية والقانونية، وهو ما يجعل بعض المبادئ الدستورية تتجاوز منطق القواعد القابلة للتعديل إلى نطاق **البنية الدستورية الأساسية** التي لا يجوز المساس بها دون تقويض الشرعية ذاتها، وهو ما يعني أن المجال المحمي لا يمثل قيداً تقنياً على سلطة التعديل بل تجسيداً لفكرة أن الشرعية الدستورية لا تقوم على إرادة الأغلبية الآنية وحدها وإنما على حماية القيم المؤسسة التي تضمن استمرارية الدولة والنظام الديمقراطي عبر الأجيال، (Georges Burdeau, Tome l, 1966, pp. 210 - 214.) فالقضاء الدستوري معني بالحفاظ على القيم والمبادئ التي حددتها السلطة التأسيسية باعتبارها قيم ومبادئ سامية أو أساسية إلا أنه لا يمكن للقضاء معاملتها في القضية التي أمامه بطريقة بحتة كما في وقت وضعها، بل على أساس وقت القضية التي أمامه لأنها كانت جزء من سياق تاريخي معين. (Marie-Françoise Rigaux, 2025, p. 1101.)

وعلى ضوء ما تقدم فإن تقييم شرعية المجال المحمي في النظام الدستوري العراقي يقتضي التمييز بين الشرعية النظرية والشرعية التطبيقية.

1. الشرعية النظرية للمجال المحمي

1. Theoretical Legitimacy of the Protected Domain

يستمد المجال المحمي في الدستور العراقي شرعيته من الناحية النظرية من طبيعة الدستور ذاته بوصفه تعبيراً عن الإرادة التأسيسية الأصلية ومن كونه يتضمن مبادئ عليا تشكل جوهر النظام السياسي والقانوني، فبالرغم من أن دستور جمهورية العراق لعام 2005 لم ينص صراحة على وجود مبادئ غير قابلة للتعديل إلا أن ذلك لا ينفي احتواءه على قواعد ذات طبيعة بنيوية مثل: شكل الدولة الاتحادية، وشكل نظام الحكم الجمهوري، وشكل الحكومة البرلماني، والطابع الديمقراطي لنظام الحكم، ومبدأ سيادة الدستور، والفصل بين السلطات، وضمان الحقوق والحريات الأساسية، وهذه المبادئ لا يمكن النظر إليها بوصفها خيارات تنظيمية عادية، بل تمثل الأساس الذي قام عليه العقد الدستوري، فهي لا تستمد حمايتها من النص وحده، وإنما من كونها تمثل **الهوية الدستورية للدولة**، وأن المساس بها، حتى من خلال آليات التعديل، يُعد خروجاً على الإرادة التأسيسية الأصلية. (د. عبد الرزاق السنهوري، 1998، ص 304–308.) ونرى أن هذا الفهم ينسجم مع ما ذهب إليه الفقيه (Georges Burdeau) حين أكد أن الدستور يقوم على فكرة سياسية أساسية سابقة على النص، وأن تعديل هذه الفكرة لا يُعد تعديلًا للدستور، بل هدماً له. (Georges Burdeau, Tome ll, 1966, p. 210.) وبذلك فإن المجال المحمي في الدستور العراقي يتمتع بشرعية مفهومية مستمدة من فكرة البنية الدستورية الأساسية حتى في ظل غياب النص الصريح.

2. الشرعية التطبيقية للمجال المحمي

2. Practical Legitimacy of the Protected Domain

أما على الصعيد التطبيقي فيلاحظ أن شرعية المجال المحمي في العراق ما زالت **شرعية افتراضية غير مختبرة عملياً** لسبب رئيسي هو أن دستور جمهورية العراق لعام 2005 لم يخضع لأي تعديل دستوري حتى الآن رغم الحاجة الملحة لذلك الأمر الذي حال دون اختبار مدى وجود قيود موضوعية على سلطة التعديل، وبالتالي عدم ممارسة المحكمة الاتحادية العليا للرقابة في هذا المجال وهو ما يعني أن فكرة المجال المحمي لم تنتقل بعد من الحيز النظري إلى الحيز القضائي.

ويترتب على ذلك أن المجال المحمي في النظام الدستوري العراقي يظل **غير مفعّل قضائياً** مما يضعف من شرعيته العملية بالرغم من سلامة أساسه النظري، الأمر الذي يستوجب الحذر من تحويله إلى أداة تعطيل للإصلاح الدستوري بدل أن يكون وسيلة لحماية البنية الدستورية.

ثانياً: مقترحات تطوير المجال المحمي في النظام الدستوري العراقي

Second: Proposals for Developing the Protected Domain in the Iraqi Constitutional System

إن دستور جمهورية العراق لعام 2005 ولد وهو جامد جموداً مطلقاً لا بحكم النص ولكن بحكم الظروف الواقعية الضابطة لمجمل المشهد السياسي وهذا ما يفسر عدم إمكانية تعديله، (د. علي يوسف الشكري، 2022 ، ص 128) الأمر الذي يفرض وجود إرادة سياسية حقيقية للتغيير الإيجابي وانطلاقاً مما تقدم نقترح تطوير مفهوم المجال المحمي في النظام الدستوري العراقي وفق الأسس الآتية:

1. تقنين فكرة البنية الدستورية الأساسية

1. Codifying the Concept of the Basic Constitutional Structure

إن تقنين فكرة البنية الدستورية الأساسية تقتضي النص صراحة في الدستور على وجود مبادئ دستورية أساسية لا يجوز المساس بجوهرها مع تحديدها على نحو حصري ودقيق بما يشمل وحدة الدولة، وشكلها الاتحادي، والنظام الجمهوري ذو الطابع الديمقراطي وما يترتب عليه من تداول سلمي للسلطة والمشاركة السياسية، وشكل الحكومة البرلماني، وسيادة الدستور، والفصل بين السلطات، والحقوق والحريات الأساسية، على غرار ما أخذ به الدستور الألماني في بند الأبدية.

2. اعتماد معيار عدم المساس بالجوهر

2. Adopting the Non-Derogation from the Core Criterion

إن معيار عدم المساس بالجوهر هو معيار موضوعي في تحديد نطاق المجال المحمي، يقوم على فكرة التفرقة بين **جوهر المبدأ الدستوري** و**وسائل تنظيمه**، بحيث تحاط القيم التأسيسية بالحماية مع السماح بتطوير آليات تطبيقها بما ينسجم مع متطلبات التطور، وهو ما يتفق مع الاتجاه الذي أرسته المحكمة العليا في الهند في إطار نظرية البنية الأساسية. فمثلاً لا يجوز تعديل الدستور بإلغاء النظام الاتحادي أو إفراغه من مضمونه، لأن ذلك يعد مساساً بالمجال الدستوري المحمي، كونه يمس أحد العناصر المؤسسة للنظام الدستوري العراقي ويدخل في نطاق هدم البنية الدستورية، ولكننا في العراق بحاجة ماسة لتعديل تنظيم البناء الاتحادي لاسيما ما يتعلق بعلوية القانون المحلي على القانون الاتحادي، وتمثيل الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم في السفارات والبعثات الدبلوماسية وغيرها، فمن خلال ذلك يتم المحافظة على الجوهر مع السماح بالتطور في إطار الدستور، وتبني هذا التصور المرن للمجال المحمي يمثل الخيار الأنسب ويساعد في الحفاظ على استقرار النظام الدستوري العراقي بدون تجميده.

3. تمكين المحكمة الاتحادية العليا من رقابة التعديلات الدستورية

3. Empowering the Federal Supreme Court to Review Constitutional Amendments

من الضروري تمكين المحكمة الاتحادية العليا بنص دستوري صريح من ممارسة رقابة على التعديلات الدستورية مستقبلًا لا تقتصر على الجوانب الشكلية، بل تمتد إلى مضمون التعديل للتحقق من عدم مساسه بجوهر البنية الدستورية الأساسية، على غرار ما استقر عليه القضاء الدستوري المقارن.

4. ربط المجال المحمي بالمواطنة والحقوق لا بالتوازنات السياسية

4. Linking the Protected Domain to Citizenship and Rights Rather than Political Balances

نرى ضرورة تحييد فكرة المجال المحمي عن التوظيف السياسي، وربطها بحماية الحقوق والحريات وتعزيز المواطنة الدستورية، بما يسهم في تحقيق الاستقرار الدستوري ويحول دون تحويل المجال المحمي إلى أداة صراع أو تعطيل.

الخاتمة

Conclusion

بعد الانتهاء من البحث في **شرعية المجال المحمي في دستور جمهورية العراق لعام 2005 بين متطلبات الحماية ومقتضيات التطور** تم التوصل إلى الاستنتاجات والتوصيات الآتية:

أولاً: الاستنتاجات Findings

1. يقرر هذا البحث أن المجال الدستوري المحمي يستند إلى فكرة البنية الدستورية الأساسية بوصفها التعبير عن هوية النظام الدستوري والإرادة التأسيسية الأصلية التي قام عليها الدستور باعتباره مشروعاً سياسياً وقيمياً، وأن أي مساس بهذه البنية، ولو تم عبر سلطة التعديل الدستوري، لا يعد تعديلاً مشروعاً، بل يشكل إخلالاً بجوهر الشرعية الدستورية، وبذلك تكون فكرة المجال المحمي قد تجاوزت الطرح الفقهي النظري لتغدو آلية دستورية عملية تهدف إلى حماية الدستور من أي مساس تشريعي أو تعديلي يفرغه من مضمونه القيمي والوظيفي، سواء أكان هذا التحصين بنصوص صريحة أم من خلال اجتهاد قضائي متطور.
2. ينتهي البحث إلى أن دستور جمهورية العراق لعام 2005، وإن خلا من نص صريح بشأن المجال المحمي، إلا أنه كرسه ضمنياً إذ تضمن مبادئ ذات طبيعة بنيوية تشكل جوهر النظام الدستوري، وفي مقدمتها وحدة الدولة وشكلها الاتحادي، ونظام الحكم الجمهوري النيابي (برلماني) الديمقراطي، والفصل بين السلطات، وضمان الحقوق والحريات، وسمو الدستور، وهي عناصر تشكل مجتمعة الأساس البنيوي لهوية الدولة والنظام الدستوري.
3. بين البحث أن المادة (109) من الدستور بإلزامها السلطات الاتحادية بالمحافظة على وحدة العراق وسلامته واستقلاله وسيادته ونظامه الديمقراطي الاتحادي، تؤسس لالتزام دستوري إيجابي بحماية كيان الدولة ونظامها السياسي، وتعد نصاً صريحاً في حماية جوهر البنية الدستورية بما يجعل هذه القيم من المبادئ التي لا يجوز المساس بها حتى من خلال آليات التعديل الدستوري.
4. يثبت التحليل المقارن أن القضاء الدستوري في كل من الهند وألمانيا قد أنكر بصورة صريحة فكرة سلطة التعديل المطلقة؛ ففي الهند جرى تكريس المجال المحمي عبر نظرية البنية الأساسية بوصفها اجتهاداً قضائياً خالصاً، بينما ارتكز في ألمانيا على بند الأبدية مدعوماً بتفسير قضائي موسع يحمي الهوية الدستورية، وهو ما يؤكد وحدة الغاية رغم اختلاف الأداة.
5. يقرر البحث أن المحكمة الاتحادية العليا قد أسهمت فعلياً من خلال اجتهادها القضائي المتراكم في بلورة مجال دستوري محمي ذي طابع قضائي ضمني، تجلى

في حماية وحدة الدولة والنظام الاتحادي، والسيادة على الموارد الطبيعية، ومبدأ الفصل بين السلطات، والحقوق والحريات الأساسية.

6. يؤكد البحث في الوقت ذاته أن شرعية هذا المجال المحمي في العراق ما تزال غير مكتملة من حيث الممارسة العملية نتيجة عدم إخضاع الدستور العراقي لأي تعديل حتى الآن وهو ما حال دون ممارسة المحكمة الاتحادية العليا رقابة مباشرة على التعديلات الدستورية واختبار حدود السلطة التعديلية.

ثانياً: التوصيات Recommendations

1. يوصي البحث بضرورة النص صراحة في الدستور على المبادئ التي تشكل البنية الدستورية الأساسية، وتحديدها على نحو دقيق، بما يشمل وحدة الدولة، وشكلها الاتحادي، والنظام الجمهوري الديمقراطي، وشكل الحكومة البرلماني، والفصل بين السلطات، والحقوق والحريات الأساسية، كونها تمثل مبادئ دستورية أساسية لا يجوز المساس بجوهرها.

2. اعتماد معيار عدم المساس بالجوهر معياراً حاكماً لتحديد نطاق المجال المحمي، بحيث يعد كل مبدأ دستوري يشكل عنصراً مؤسساً لهوية الدولة أو شرطاً لازماً لقيام النظام الديمقراطي أو ضمان الحقوق والحريات مندرجاً ضمن هذا المجال، مع التمييز بين جوهر المبدأ الذي يتمتع بالحماية الدستورية وآليات تنظيمه وتطبيقه التي يجوز تطويرها بما ينسجم مع متطلبات التطور التشريعي والسياسي والاجتماعي، دون إفراغ هذه المبادئ من مضمونها أو المساس بأصلها أو غاياتها، وبما يحقق التوازن بين الاستقرار الدستوري وقابلية الدستور للتطور.

3. يوصي البحث بتمكين المحكمة الاتحادية العليا بنص دستوري صريح من ممارسة رقابة شكلية وموضوعية على التعديلات الدستورية مستقبلًا، للتحقق من عدم مساسها بجوهر المبادئ الدستورية الأساسية، مع اعتماد معيار (المساس بالجوهر) كضابط للرقابة بدل التحصين المطلق أو الاكتفاء بالرقابة الإجرائية.

4. يوصي البحث بتحييد مفهوم المجال المحمي عن أي توظيف سياسي، وربطه بوظيفته الدستورية الأصلية، وذلك من خلال اعتماد مقاربة قضائية ديناميكية ومنضبطة في تفسير المبادئ الدستورية الجوهرية، توازن بين احترام الإرادة التأسيسية ومتطلبات الواقع المتغير، دون الانزلاق إلى الجمود الدستوري أو إلى التوسع غير المنضبط في الدور السياسي للقضاء، وبما يحفظ الاستقرار الدستوري ويضمن قابلية الدستور للتطور بدون تعطيل الإصلاح الدستوري المشروع.

المصادر
References

Arabic References

First : Books :-

I. Khalid , Hameed. (2009). **The Political systems** . Al-Sanhoori. Baghdad.
II. Al-Sanhoori , Abdulrazzaq. (1998) . **Constitutional Jurisprudence** . Dar Al-Nahdha Alarabia . Cairo .
III. Alshukri , Ali . (2022) . **Philosophy of Constitutional Amendment** . Zain Legal and Literary Library . Beirut .
IV. Al-Shawi , Mundhir . (2013) . **The democratic state in political and legal philosophy – the democratic idea .**Al Matbooaat press co. Beirut .
V. Abu Baker , Mahdi . (2018) . **The influence of political culture on authoritarian and democratic systems** . Zain Legal and Literary Library . Beirut .
VI. AlShinnawi , Waleed . (2016) . **Judicial oversight of constitutional amendments** . Dar Al Fikr Wal Qanun Publishing and Distribution. Egypt.
VII. Hashi , Yousif . (2009) . **In constitutional theory** . Ibn Al-Nadim Publishing and Distribution House . Beirut .

Second : Translated books to Arabic :-

VIII. Perdu , George , **The State** . Translated by: Dr. Fouad Kamel . Dar Al-Nahdha Alarabia . Cairo .

Third : Constitutions :-

IX. The Constitution of Bosnia and Herzegovina annexed to the Dayton Agreement of 1995.
X. The amended Constitution of Kuwait 1962.
XI. The amended German Constitution 1949 .
XII. The amended Norway constitution 1814 .

XIII. The amended Indian Constitution 1949 .
XIV. The amended United State of American constitution 1787.
XV. The Amended Italian constitution 1947 .
XVI. Constitution of the Republic of Iraq 2005 .
XVII. The amended Romanian constitution 1991.
XVIII. The amended French constitution 1958 .
XIX. Constitution of Qatar 2004 .
XX. The amended Canadian constitution 1867.
XXI. The amended Egyptian constitution 2014 .

Fourth: Rulings of the Federal Supreme Court of Iraq:-

XXII. Case No. (122/Federal/2017) dated November 16, 2017.
XXIII. Cases No. (89, 91, 92, and 93/Federal/2017) dated November 20, 2017.
XXIV. Case No. (59/Federal/2012 and its related case No. 110/Federal/2019) dated February 15, 2022.
XXV. Case No. (73 and its related cases No. 79, 89, 103, 104, 114, 118, 144, and 145/Federal/2023) dated August 28, 2023.
XXVI. Case No. (142/Federal/2021) dated December 2, 2021. 6. Case No. (263/Federal/2024) dated 11/2/2025.
XXVII. Case No. (161/Federal/2021) dated 21/2/2022.
XXVIII. Case No. (43/Federal/2021) dated 22/2/2022.
XXIX. Case No. (89/Federal/2024) dated 25/9/2024.

Fifth: Articles published on the Internet:-

XXX. Kifah Mahmoud Karim, Mesopotamia and the Three States, an article published on the Elaph electronic newspaper website.
XXXI. https://elaph.com/Web/opinion/2015/5/1006722.html

Foreign References :

Ouverages :-

XXXII. Gaillet, Aurore. (2021). La Cour constitutionnelle fédérale allemande – Reconstruire une démocratie par le droit (1945–1961), La Mémoire du Droit, Paris .

XXXIII. Burdeau, Georges. (1966) . Traité de science politique, Tome I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ) . Paris.

XXXIV. Burdeau, Georges .(1966). Traité de science politique, Tome II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), Paris .

XXXV. Duverger, Maurice . (1970) .Institutions politiques et droit constitutionnel, Presses Universitaires de France (PUF), Paris .

XXXVI. Favoreu, Louis . (1986) . Les coursconstitutionnelles, Presses Universitaires de France (PUF), coll. « Quesais-je ? », Paris .

XXXVII. Verdussen, Marc . (2010) . La légitimité de la justice constitutionnelle, Bruylant, Bruxelles .

Articles et contributions:

XXXVIII. Albert, Richard . (2015) . « The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada », Queen's Law Journal, Vol. 41, No. 2 .

XXXIX. Kriegel, Blandine . (1999) .« Le principe de légitimité », in L'avenir du droit – Mélanges enhommage à François Terré, Dalloz , Paris .

XL. Rigaux, Marie-Françoise . (2025) .« Légitimité et incomplétude de la justice constitutionnelle », in Droit constitutionnel et démocratie : de la nation à l'Europe – Dialogues avec Hugues Dumont, Larcier-Intersentia, Bruxelles .

XLI. Scholsem, Jean-Charles . (1998) . « Droit constitutionnel, branches du droit et droit des affaires », in Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires, Bruylant, Bruxelles,

Jurisprudence

Supreme Court of India:-

XLII. Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain, Supreme Court of India, AIR 1975 SC 2299 .

XLIII. I.R. Coelho v. State of Tamil Nadu, Supreme Court of India, (2007) 2 SCC 1.

XLIV. Kesavananda Bharati v. State of Kerala, Supreme Court of India, AIR 1973 SC 1461.

XLV. Minerva Mills Ltd. v. Union of India, Supreme Court of India, AIR 1980 SC 1789.

XLVI. B. Federal Constitutional Court of Germany:-

XLVII. BVerfGE 89, 155 (1993) – Maastricht Treaty Decision, Federal Constitutional Court of Germany.

XLVIII. BVerfGE 123, 267 (2009) – Lisbon Treaty Decision, Federal Constitutional Court of Germany.

XLIX. BVerfGE 125, 175 (2010) – Hartz IV Judgment, Federal Constitutional Court of Germany, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL