



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

**EKONOMİK HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ANAYASAL KORUMASI,
KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA**

FAREEQ FAROOQ ABDULLAH

Yüksek Lisans Tezi

NICOSIA
2023



جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية دراسة مقارنة

فريق فاروق عبدالله

رسالة ماجستير

**EKONOMİK HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ANAYASAL KORUMASI,
KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA**

FAREEQ FAROOQ ABDULLAH

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN

Yrd.Doç.Dr. Ahmad Mustafa Ali

NICOSIA
2023

الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية دراسة مقارنة

فريق فاروق عبدالله

جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

رسالة ماجستير

بإشراف

الإستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي


KABUL VE ONAY

Fareeq Farooq Abdullah tarafından hazırlanan "Ekonomik hak ve özgürlüklerin anayasal koruması, karşılaştırmalı bir çalışma" başlıklı bu çalışma, 01/26/2023 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir

JÜRİ ÜYELERİ


.....
Yrd.Doç.Dr.Ahmad Mustafa Ali (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü


.....
Prof.Dr. Sangar Dawood Mohammed Amri (Başkan)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü


.....
Yrd.Doç.Dr. Tavga Abbas Towfiq
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü


.....
Prof. Dr. K. Hüsnü Can Başer
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Müdürü



قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير فريق فاروق عبدالله في رسالته الموسومة بـ " الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية دراسة مقارنة" نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2023/01/26، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير

أعضاء لجنة المناقشة

.....
الاستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي (المشرف)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام

.....
الاستاذ الدكتور سه نكه ر باود محمد عمري (رئيس لجنة المناقشة)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام

.....
الاستاذ المساعد الدكتورة تافكه عباس توفيق
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام

.....
الاستاذ الدكتور ك. حسنو جان باشير
معهد الدراسات العليا
المدير



BİLDİRİM

Ben **Fareeq Farooq Abdullah** olarak beyan ederim ki “**Ekonomik hak ve özgürlüklerin anayasal koruması, karşılaştırmalı bir çalışma**”, başlıklı tezi ‘**Yrd.Doç.Dr. Ahmad Mustafa Ali**’ nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı, tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir .
- Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Date: 26/01/2023

Signature

Fareeq Farooq Abdullah

الاعلان

أنا فريق فاروق عبدالله، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان " الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية دراسة مقارنة"، كانت تحت إشراف وتوجيهات الاستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي ، ولقد أعدتها بنفسى تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأنني أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى.

هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف.

معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول اليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول اليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول اليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول اليها من أي مكان.

تاريخ: 2023/01/ 26

التوقيع:

فريق فاروق عبدالله

TEŞEKKÜR

Sabrın nimeti ve işi başarma yeteneği için öncelikle Rabbe hamd ve şükürler olsun ve bu tezi nazikçe yöneten seçkin hocam Yrd.Doç.Dr. Ahmad Mustafa Ali. Bu çalışmayı olduğu gibi tamamlamam için bana vermiş olduğu destek, rehberlik ve yol göstericilik en yücesidir. Övgü ve takdirlerimi sunarken, bu çalışmanın devamı için bizlere destek olmaktan hiçbir zaman kaçınmayan değerli hocalarıma da teşekkürlerimi ve takdirlerimi sunarım. Bana yüksek lisans yapma fırsatı verdiği için Yakın Doğu Üniversitesi'ne teşekkürlerimi ve takdirlerimi sunuyor, Arapça Bölüm Koordinatörü Dr. Kavar Mohammad Mousa'ya da değerli katkılarından dolayı sonsuz teşekkür ediyorum. çalışmalarımı takip etmekte emeği geçen herkese teşekkürlerimi ve takdirlerimi sunarım.

شكر وتقدير

الشكر والثناء للرب أولاً على نعمة الصبر والقدرة على انجاز العمل، واتقدم بالشكر والتقدير الى استاذي الفاضل الاستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي الذي تفضل بإشراف على هذه الرسالة، ولكل ما قدمه لي من دعم وتوجيه وارشاد لإتمام هذا العمل على ما هو عليه فله أسمى عبارات الثناء والتقدير، كما اتقدم بالشكر والتقدير الى الأساتذة الاعزاء الذين لم يدخروا جهداً في مساندتنا لمواصلة الدراسة وكان لهم العون في ذلك، واتقدم بالشكر والتقدير الى جامعة الشرق الادنى لإتاحة الفرصة لي في دراسة الماجستير، كما اشكر المتواصل الدكتور كاوار محمد موسى منسق القسم العربي على جهوده القيمة، كما اتقدم بالشكر والتقدير الى كل من ساهم في متابعة عملي.

ABSTRACT

Constitutional protection of economic rights and freedoms, a comparative study

Economic rights and freedoms fall within the category of the second generation of human rights, and these rights, despite their importance to humans and their inclusion in relevant international instruments, have not received sufficient attention in the circle of the ongoing debate on human rights, which is largely focused on civil and political rights. The reason for this is due to the fact that the nature of states' obligations with regard to economic and social rights differs from the nature of their obligations towards civil and political rights. Their realization requires states to take positive, gradual measures and in the light of their resources. Therefore, the level of enjoyment of these rights varies from state to state. On the other hand, the term economic rights and freedoms, which developed in the field of business and money, is seen as an economic term rather than a legal one, as it has not received sufficient attention from jurisprudence. That is why this study aims to clarify the constitutional and legal foundations of economic rights and freedoms such as the right of ownership, freedom of industry and trade, and the right to invest. In order to find out the economic rights and freedoms guaranteed and the guarantees of their protection and the importance of these guarantees. The study concludes that the Iraqi constitution does not provide for freedom of trade, freedom of industry, freedom of competition and commercial exchange, despite its importance.

Keywords: Constitutional protection - economic - human rights - economic freedoms - rights.

ÖZ

Ekonomik hak ve özgürlüklerin anayasal koruması, karşılaştırmalı bir çalışma

Ekonomik haklar ve özgürlükler, ikinci nesil insan hakları kategorisine girer ve bu haklar, insanlar için önem taşımalarına ve ilgili uluslararası belgelerde yer almalarına rağmen, süregelen insan hakları tartışmaları çemberinde yeterince ilgi görmemiştir. büyük ölçüde medeni ve siyasi haklara odaklanmıştır. Bunun nedeni, devletlerin ekonomik ve sosyal haklara ilişkin yükümlülüklerinin niteliğinin, medeni ve siyasi haklara ilişkin yükümlülüklerinin niteliğinden farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, bu haklardan yararlanma düzeyi eyaletten eyalete değişir. Öte yandan, ticaret ve para alanında gelişen ekonomik hak ve hürriyetler kavramı, hukuk ilminden yeterince ilgi görmediği için hukuki olmaktan çok ekonomik bir terim olarak görülmektedir. Bu nedenle bu çalışma, mülkiyet hakkı, sanayi ve ticaret serbestisi, yatırım hakkı gibi ekonomik hak ve özgürlüklerin anayasal ve yasal temellerini ortaya koymayı amaçlamaktadır. korunma garantileri ve bu garantilerin önemi. Çalışma, Irak anayasasının önemine rağmen ticaret özgürlüğü, sanayi özgürlüğü, rekabet özgürlüğü ve ticari alışveriş özgürlüğü sağlamadığı sonucuna varıyor.

Anahtar kelimeler: Anayasal koruma - ekonomik - insan hakları - ekonomik özgürlükler - haklar.

ملخص

الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية دراسة مقارنة

تندرج الحقوق والحريات الاقتصادية ضمن فئة الجيل الثاني من حقوق الإنسان، وهذه الحقوق على الرغم من أهميتها للإنسان وتضمينها في الصكوك الدولية ذات الصلة، إلا أنها لم تلق الاهتمام الكافي في دائرة النقاش الدائر بشأن حقوق الإنسان والذي ينصب بدرجة كبيرة على الحقوق المدنية والسياسية. والسبب في ذلك يعود الى ان طبيعة التزامات الدول فيما يخص الحقوق الاقتصادية والاجتماعية تختلف عن طبيعة التزاماتها تجاه الحقوق المدنية والسياسية، فالحقوق الاقتصادية والاجتماعية يتطلب إعمالها اتخاذ الدول تدابير إيجابية تدرجية وفي ضوء ما تمتلكه من مواردها، ولهذا فإن مستوى التمتع بهذه الحقوق يختلف من دولة الى أخرى. ومن ناحية أخرى، يُنظر الى مصطلح الحقوق والحريات الاقتصادية، الذي تطور في مجال الأعمال والمال، بوصفه مصطلحا اقتصاديا أكثر منه قانونيا حيث لم يلق الاهتمام الكافي من قبل الفقه القانوني. لهذا تهدف هذه الدراسة الى بيان الأسس الدستورية والقانونية للحقوق والحريات الاقتصادية مثل حق الملكية وحرية الصناعة والتجارة والحق في الاستثمار، وهي تركز في ذلك على واقع حماية هذه الحقوق والحريات في العراق، حيث تتناول الدراسة تنظيم الحقوق والحريات الاقتصادية في الدستور والتشريعات العراقية وفي دساتير وتشريعات مقارنة بغية الوقوف على الحقوق والحريات الاقتصادية المكفولة وضمانات حمايتها وأهمية هذه الضمانات. وتستنتج الدراسة بان دستور العراق لا ينص على حرية التجارة وحرية الصناعة وحرية المنافسة والتبادل التجاري على الرغم من أهميتها.

الكلمات المفتاحية: الحماية الدستورية- الاقتصادية- حقوق الإنسان- الحريات الاقتصادية- حقوق.

قائمة المحتويات

.....	قرار لجنة المناقشة
iii	TEŞEKKÜR
ج	شكر وتقدير
iv	ABSTRACT
v	ÖZ
د	ملخص
هـ	قائمة المحتويات
1	مقدمة
5	فصل الاول
5	الاطار المفاهيمي للحقوق والحريات الاقتصادية:
5	1-1: التعريف بالحقوق والحريات الاقتصادية:
6	1-1-1: مفهوم الحقوق والحريات الاقتصادية:
7	1-1-2: خصائص الحقوق الاقتصادية:
10	2-1: الاساس الفلسفي للإعتراف بالحقوق والحريات الاقتصادية:
10	1-2-1: الاساس الفلسفي للحقوق في الحضارات و الاديان:
13	2-2-1: الاساس الفلسفي للحقوق والحريات الاقتصادية في ظل المذاهب الفكرية:
13	1-2-2-1: الحقوق والحريات الاقتصادية في المذهب الليبرالي:
18	2-2-2-1: الحقوق والحريات الاقتصادية في المذهب الاشتراكي:
20	الفصل الثاني
20	الطبيعة القانونية للحقوق والحريات الاقتصادية وانواعها:

20	1-2: الطبيعة القانونية للحقوق والحريات الاقتصادية:
20	1-1-2: موقف الفقه الدستوري:
20	1-1-1-2: الحقوق الاقتصادية من الحقوق الشخصية:
22	2-1-1-2: المفهوم النسبي للحقوق الاقتصادية:
23	2-1-2: موقف القضاء من الحقوق الاقتصادية:
24	1-2-1-2: موقف القضاء الدستوري:
32	2-2-3-2: موقف القضاء الاداري:
39	2-2: انواع الحقوق والحريات الاقتصادية:
40	1-2-2: الحق في الملكية
40	1-1-2-2: مفهوم الحق في الملكية:
42	1-1-2-2: التنظيم الدستوري والقانوني للحق في الملكية:
46	2-2-2: حرية التجارة والصناعة:
47	1-2-2-2: مفهوم حرية التجارة والصناعة:
50	2-2-2-2: التنظيم الدستوري لحرية التجارة والصناعة في العراق:
56	3-2-2: الحق في الاستثمار:
56	1-3-2-2: مفهوم الحق في الاستثمار وطبيعته القانونية:
58	2-3-2-2: التنظيم الدستوري والقانوني لحق الاستثمار في العراق:
61	الفصل الثالث
61	الضمانات الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية:
61	1-3: الضمانات الدستورية العامة للحقوق والحريات الاقتصادية:
62	1-1-3: مبدأ الفصل بين السلطات:
66	2-1-3: مبدأ سيادة القانون:

3-1-3: مبدأ إستقلال القضاء: 68

2-3: الضمانات الدستورية الخاصة للحقوق والحريات الاقتصادية: 73

1-2-3: النصوص الدستورية المتعلقة بتعديل أحكام حقوق الانسان وحرياته: 73

2-2-3: النصوص الدستورية المتعلقة بدور الهيئات والافراد في ضمان حقوق الانسان وحرياته: .. 77

3-3: الرقابة القضائية على حماية الحقوق والحريات الاقتصادية: 80

الخاتمة: 85

قائمة المصادر: 88

تقرير الانتحال: 100

مقدمة

أولاً: مدخل تعريفي:

تمثل حقوق الانسان الاقتصادية تلك الحقوق التي تتطلب تدخل الدولة بصرف النظر عن طبيعة وشكل نظام حكمها حتى يمكن كفالتها وضمان التمتع بها. ولا يمكن لأي دراسة أو نظرية تعنى بحقوق الانسان ان تغفل عن هذه المجموعة من الحقوق فهي تعد الجيل الثاني من الحقوق بعد الحقوق المدنية والسياسية (الجيل الاول) التي بذلت جهود مضمينة من قبل البشر من أجل اقرارها وضمانها في المواثيق الدولية، والتشريعات الوطنية. ويأتي البحث فيها كمكمل للتوجهات الرامية الى تعزيزها وترسيخها في الواقع الانساني.

ان البحث في موضوع حقوق الانسان الاقتصادية في الدراسات الاقتصادية والسياسية والقانونية والاجتماعية ليس جديداً، فهناك كم هائل من الدراسات التي تناولته من زوايا مختلفة، إذ تصدى الكثير من الباحثين للبحث فيه مؤيدين لوجود هذه الحقوق منها الحقوق الاقتصادية .

ان الهيئات القضائية في مجلس شورى الدولة هي المختصة بالرقابة على مشروعية القرارات الادارية لذلك سنبحث في دور الاحكام الصادرة من الهيئات القضائية في مجلس شورى الدولة في حماية الحقوق والحريات الاقتصادية، حيث ان السلطة التنفيذية عند ممارسة صلاحياتها وقيامها بواجباتها من حفظ الامن والنظام العام الى تقديم الخدمات للجمهور الى تنظيم وتسيير المرافق العامة فانها تصدر عدد كبير من القرارات الادارية على إختلاف انواعها والتي قد تمس حقوق وحريات الافراد.

ولممارسة القضاء الدستوري في الدول المختلفة دوراً بالغ الاهمية في تفسير القواعد الدستورية والقانونية. ويجد هذا الدور أساسه في الوظيفة التي يتولاها والاختصاصات التي عهد بها إليه الدستور والقانون المنظم له، حيث ينبغي للقاضي ان يفسر نصوص الدستور بمناسبة ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، كما ينبغي له تفسير النص القانوني المطعون بعدم دستوريته لكي يقدر مدى موافقته للدستور. وتصبح عملية التفسير ضرورية حينما تكون صياغة النصوص موجزة أو غامضة. وإذا كان من الممكن تأويل نص القانون المطعون فيه بما يوافق نصوص الدستور ومبادئه فان القاضي لا يحكم بعدم دستوريته.

ثانياً: أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذا الدراسة في كونها تركز بصورة كلية على الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية من وجهة نظر مقارنة حيث تتمثل أهمية الدراسة في التعرف على الحقوق والحريات الاقتصادية والقواعد التي ترتكز عليها، وبيان مراحل حماية هذه الحقوق والحريات الاقتصادية وتطورها في الفكر السياسي القديم والحديث عبر آراء عدد من الفلاسفة والمفكرين، مروراً باقرار حماية هذه الحقوق

والحريات الاقتصادية من قبل الثورتين الامريكية والفرنسية والتي لهما الفضل الكبير في انتشارها على مستوى العالم وصياغتها في معظم الدساتير.

ثالثا: مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في عدم وجود مفهوم متفق عليه عالميا للحقوق والحريات الاقتصادية، ذلك ان مصطلح الحريات الاقتصادية هو مصطلح غالبا ما يستخدم في مجال العلوم الاقتصادية وفي الفلسفة الاقتصادية وأيضا في المناظرات السياسية، لهذا لم يتناول الفقه القانوني مصطلح الحريات الاقتصادية لان المصطلح قد نما في مجال الاعمال والمال. لهذا فان الحقوق والحريات الاقتصادية، في السياق الحالي التي تطبق فيه، تحتاج الى أسس قانونية ترتكز عليها وهو ما دفع بالمشرع الوطني الى ترجمة ما يعبر عنه في نصوص الاتفاقيات الدولية والدساتير الوطنية بعدة مفاهيم منها حق التملك وحرية الاستثمار وحرية الصناعة والتجارة وحرية المنافسة.

رابعا: تساؤلات الدراسة:

تتمثل التساؤلات الرئيسية للبحث فيما يلي:

1. ما هو مفهوم الحقوق والحريات الاقتصادية، وما هي خصائص هذه الحقوق والحريات؟
2. من أي مصادر تستمد الحقوق والحريات الاقتصادية أساسها، وهل لعبت المذاهب الفلسفية والفكرية دورا في بلورة مفهوم هذه الحقوق والحريات؟
3. ما هي الطبيعة القانونية للحقوق والحريات الاقتصادية، وهل تتميز هذه الحقوق عن الحقوق المدنية والسياسية وما اثر ذلك في طبيعة الالتزام المفروض على عاتق الدولة في تأمين التمتع بهذه الحقوق؟
4. ما هي اهم الحقوق والحريات الاقتصادية، وكيف تولى المشرع الدستوري والعادي تنظيمهما؟
5. هل توجد ضمانات دستورية للحقوق والحريات، وما أهمية هذه الضمانات في حماية هذه الحقوق؟

خامسا: اهداف الدراسة:

تهدف الدراسة الى الوقوف على واقع الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية، فيما اذا كانت متحققة على ارض الواقع. كما تهدف الدراسة الى بيان مكانة هذه الحقوق في الدستور العراقي

الجديد. ولتحقيق هدف الدراسة فقد تم دراسة وتحليل واقع الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية في الدساتير العراقية السابقة.

وتهدف الدراسة أيضا الى التعرف على الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية، ومدى انسجام النصوص الدستورية الضامنة لهذه الحقوق والحريات الاقتصادية مع القواعد الدولية ذات الصلة. حيث ان إستقراء حقوق الانسان والحريات الاقتصادية في دستور اية دولة ينبغي ان يأخذ بنظر الاعتبار التغييرات التي تحدث على صعيد المجتمع الدولي والوطني وانعكاسات كل مجتمع على الاخر، وتبعات ذلك على تطور هذه الحقوق ومنها الحقوق والحريات الاقتصادية.

سادسا: الدراسات السابقة:

لهذه الدراسة أهمية أكاديمية حيث يشكل محاولة أكاديمية للبحث في موضوع الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية، لقلة الدراسات الأكاديمية التي تناولت هذا الموضوع. يوجد عدد من الدراسات الأكاديمية التي تناولت احد الحقوق أو الحريات الاقتصادية ولكن من زاوية أخرى مختلفة. ومن هذه الدراسات دراسة "زوبير ارزقي"، والموسومة "حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة" وهي رسالة ماجستير نوقشت في كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة مولود معمري – تيزي وزو، الجزائر سنة 2011. وقد تناولت الحماية القانونية لحقوق المستهلك في ظل القوانين الجزائرية لكنها لم تتطرق الى الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية.

سابعا: منهجية الدراسة:

نظراً لطبيعة الدراسة، فقد تم إعتداد المنهج التحليلي والتاريخي والمقارن في دراسة مسار الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية من خلال عرض موقف الدساتير العراقية من هذه الحقوق ومقارنتها بدساتير وقوانين دول أخرى التي تقترب دساتيرها وقوانينها من الدستور والقانون العراقيين أو تختلف معها في تنظيم الحريات الاقتصادية مثل الدستور والقانون المصري والادري والجزائي والدستور السويسري والفانون الفرنسي وغيرها. كما مقارنة احكام الدستور العراقي والتشريعات العراقية بالصكوك الدولية ذات الصلة، وعرض وتحليل آراء الفقهاء واحكام التشريعات والاتفاقيات الدولية ذات الصلة والاحكام القضائية التي صدرت في سياق حماية الحقوق والحريات الاقتصادية.

ثامنا: هيكلية الدراسة:

سوف نتناول في هذه الدراسة الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية ضمن فصلين، يسبقهما فصل تمهيدي. يتطرق الفصل التمهيدي الى الاطار المفاهيمي للحقوق والحريات الاقتصادية، ويتكون من مبحثين، يتناول المبحث الاول تعريف الحقوق والحريات الاقتصادية وخصائصها، ويعرض

المبحث الثاني للأساس الفلسفي والفكري للاعتراف بالحقوق والحريات الاقتصادية. ويتناول الفصل الاول الطبيعة القانونية للحقوق والحريات الاقتصادية وانواع هذه الحقوق والحريات، وينقسم الى مبحثين، يتناول المبحث الاول الطبيعة القانونية للحقوق والحريات الاقتصادية، بينما يتناول المبحث الثاني انواع الحقوق والحريات الاقتصادية مسلطا الضوء على حق الملكية وحرية التجارة والصناعة والحق في الاستثمار. أما الفصل الثاني والآخر فيتناول الضمانات الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية، وهو يتكون من ثلاث مباحث، يتناول المبحث الاول الضمانات الدستورية العامة للحقوق والحريات الاقتصادية، في حين يعرض المبحث الثاني للضمانات الدستورية الخاصة للحقوق والحريات الاقتصادية، أما المبحث الثالث فيتناول الرقابة القضائية على حماية الحقوق والحريات الاقتصادية. وتختتم الدراسة بخاتمة تتضمن اهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها.

فصل الاول

الاطار المفاهيمي للحقوق والحريات الاقتصادية:

تشمل الحقوق والحريات الاقتصادية حق التعليم، والحق في السكن، والحق في مستوى معيشي لائق، والحق في الرعاية الصحية، والحق في العلوم والثقافة. وتحمي المعاهدات والاتفاقيات الدولية والاقليمية الحقوق الاقتصادية، وتلتزم الدول الاطراف بها باحترام هذه الحقوق وحمايتها وإعمالها.

يعترف الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر من الجمعية العامة سنة 1948 بعدد من الحقوق الاقتصادية من بينها الحق في العمل والحق في الحماية من البطالة والحق في الحصول على اجر مساوي للعمل والحق في مكافأة عادلة. ويعتبر العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966 المصدر القانوني الدولي الرئيسي للحقوق الاقتصادية، كما ان إتفاقية حقوق الطفل وإتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة تقران وتحميان الكثير من الحقوق الاقتصادية. وتحظر الإتفاقية الدولية للقضاء على كافة اشكال التمييز العنصري والتمييز القائم على اساس الاصل العرقي او الاثني فيما يتعلق ببعض الحقوق الاقتصادية، كذلك تحظر إتفاقية حقوق الاشخاص ذوي الاعاقة كافة أشكال التمييز المبني على أساس الاعاقة بما في ذلك عدم المساواة في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية. هذا العدد من الصكوك الدولية الضامنة للحقوق الاقتصادية دليل على أهمية هذه الحقوق للانسان.

ولاجل بيان مفهوم الحقوق والحريات الاساسي، قسمنا الفصل على مبحثين ، يتناول المبحث الاول التعريف بالحقوق والحريات الاقتصادية ويتطرق المبحث الثاني الى الاساس الفلسفي للإعتراف بالحقوق والحريات الاقتصادية.

1-1: التعريف بالحقوق والحريات الاقتصادية:

تعد الحقوق والحريات الاقتصادية من الحقوق الفردية اللصيقة بشخص الانسان وتعبّر عن كيانه وإعتباره وانسانيته وبمرور السنين توسعت هذه الحقوق والحريات وتفرعت الى حقوق عدة . في هذا المبحث سنتناول في المطلب الأول مفهوم الحقوق والحريات الاقتصادية، وفي المطلب الثاني سنتناول خصائص الحقوق الاقتصادية.

1-1-1: مفهوم الحقوق والحريات الاقتصادية:

سنعرف الحقوق والحريات الاقتصادية في اللغة ثم سنتناول تعريفها في الاصطلاح.

أولاً: مفهوم الحقوق والحريات الاقتصادية في اللغة

كلمة الحق لغة تعني مصدر نقيض الباطل، وجمعها حقوق وحقاق. كما ان لكلمة الحق معان عديدة من بينها الثبوت والوجود التقين و الوجوب و اللزوم، وهو نقيض الباطل.(1) وأصل الحق مطابقة وموافقة(2). كما ويراد بالحق صحة وصدق وتحقق أمر ما، مثل القول (حق الامر) اي ثبت وصحّ، و (فلان ينطق الحق) اي يذكر الصدق. وقد يقصد به الامر المتقين منه، وكذلك يفيد الوجوب، ك (يحق عليك) اي يجب عليك، او يفيد الجواز والتسويغ مثل (يحق لك)، او يراد به فحوى العدل او اليقين و الواجب تجاه الفرد او الجماعة(3).

ثانياً: مفهوم الحقوق والحريات الاقتصادية في الاصطلاح

في الاصطلاح، يعرف الحق بانه "كل مركز شرعي من شأنه ان يستفيد منه صاحبه او الغير"(4)، وهناك من عرفه بانه "المصلحة الثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستثناء بحيث يقرها المشرع الحكيم". وعرفه البعض الاخر بانه "الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصاً ما على وجه الانفراد والاستثناء والتسلط على شيء او إقتضاء اداء معين من شخص اخر"(5).

وجاء تعريف الحق وفق معجم مصطلحات حقوق الانسان على النحو التالي "قدرة شخص ما على القيام بعمل محدد يمنح من قبل القانون ويوفر الحماية له تحقيقاً لمصلحه يعترف بها، ويقابل كل حق واجب"(6).

من التعاريف السابقة يتبين ان الحق في القانون شيء له قيمة، ويكون من حق الشخص التسلط أو الاستثناء عليه بمقتضى القانون لان القانون يحميه، والمجتمع يرى بانه توجد مصلحة في حماية هذا الحق. ومنح الحماية القانونية للحقوق مهمة لخلق الاستقرار، لان عدم التمتع بالحماية، سيدفع البعض الى الاعتداء على حقوق الاخرين. وبالنسبة للحقوق الاقتصادية فانها تندرج ضمن حقوق الانسان التي تعالج الاوضاع

(1) ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب: ج2، دار المعارف، مصر، بدون سنة نشر، ص 969.

(2) محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط5، مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، 1996، ص 247.

(3) ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، إسطنبول، 1989، ص 187-188.

(4) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، حقوق الانسان وقت الحرب بين الشريعة الاسلامية والقانون الدولي، مطبعة شهاب، أربيل، 2011، ص 2.

(5) د. اميمة عبد الوهاب عب دالتام، التدريب على حقوق الانسان، بحث مقدم الى مؤتمر حقوق الانسان في المجتمع العربي، جامعة مؤتة، عمان، 2005، ص 10.

(6) د. اسماعيل عبد الفتاح عبدالكافي، معجم مصطلحات حقوق الانسان، منشورات كتب عربية، القاهرة، 2006، ص 209.

الاجتماعية والاقتصادية الاساسية الضرورية للعيش بكرامة وحرية، والمتعلقة بالعمل، والضمان الاجتماعي، والصحة، والتعليم، والغذاء، والمياه، والسكن، والبيئة الصحية، والثقافة. وهذا ما دفع عدة بلدان متقدمة ونامية الى النص على هذه الحقوق في دساتيرها وإحاطتها بالرعاية، حيث يتمثل الهدف الرئيسي لاقرار الحقوق الاقتصادية إدراك العدالة الاقتصادية، ومكافحة الفقر والامراض والعجز عن العمل، وانهاء البطالة، وتهيئة فرص العمل المناسب للأفراد⁽⁷⁾. وفي رأي البعض فان من يصنع النظام الاقتصادي الداخلي هم الافراد وبالتالي لهم حق جني ثمراته بشكل يتناسب ومقدار ونوعية اسهاماتهم وبذلك تحولت الحقوق الاقتصادية من مجرد حقوق ضرورية تخص أصحابها الى وظيفة إجتماعية تهدف الى تحقيق المصلحة العامة للجماعة، ومثل صدور الاعلان العالمي لحقوق الانسان نقلة نوعية في شأن التنظيم القانوني للحقوق الاقتصادية فقد تضمن هذا الاعلان بشكل صريح هذه الحقوق وإلزام المنظمة الدولية بالاهتمام بها و كفالة أعمالها⁽⁸⁾.

أما اخرون فيرون بان الاقرار للأفراد بالحقوق الاقتصادية من شأنه تحريرهم من السيطرة المادية لاية جهة، وتمكينهم من العيش بكرامة ويؤدون دورهم المجتمعي بشكل ملائم. ويعرف حق الملكية أيضا كواحد من الحقوق والحريات الاقتصادية بانه "الحق الذي يعني بان الانسان يكون مالكا له، وله ان يتصرف في ملكه على نحو لا يسبب ضررا لاحد و حقه في حماية ما يملك وعدم انتزاعه منه سوى في احوال محددة ينص عليها القانون و لقاء مقابل عادل"⁽⁹⁾.

ومما لا شك فيه ان الارادة السياسية للفرد ستكون اكثر حرية حينما يتخلص من المخاوف المتعلقة بالبطالة والمرض والجهل. ثم ان تمتع الافراد بالحقوق الاقتصادية سيحقق المساواة الفعلية وليست النظرية.

1-1-2: خصائص الحقوق الاقتصادية:

من الواضح ان فئة الحقوق هذه تتميز خصائصها عن الحقوق والحريات المدنية مما يعني ان التمتع بكل منها يختلف في الواقع. ومن الممكن تحديد أربعة خصائص جوهرية للحقوق الاقتصادية وهي:

أولاً: تستلزم الحقوق الاقتصادية عملاً ايجابياً

بخلاف حقوق الانسان وحرياته السياسية والمدنية، لا يعد كافيًا تضمين الحقوق والحريات الاقتصادية في نصوص الدساتير الوطنية، بل ينبغي صدور عمل ايجابي من الدولة لاجل تمكين التمتع

(7) د. جابر سعيد عوض، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية في الدساتير العربية، رؤية مقارنة، ورقة بحثية، ص 3، متوافر على الرابط الإلكتروني: <https://nhrc->

[1qa.org/wp-content/uploads/2013/06/NADWBA-11052008-Jaber_Awad.doc](https://nhrc-1qa.org/wp-content/uploads/2013/06/NADWBA-11052008-Jaber_Awad.doc)

(الزيارة 2022/1/13)

(8) د. علي يوسف الشكري، حقوق الانسان بين النص والتطبيق، ط1، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 159.

(9) عبدالكريم بن الشريف، امكانية التقاضي بشأن الحقوق الاجتماعية، المجلة الافريقية للعلوم السياسية، العدد 6، كانون الثاني 2017، ص 28.

بها. ومعنى ذلك ان الحقوق الاقتصادية تفرض على الدول ضرورة القيام باعمال من شأنها توفير المساعدة للافراد على مختلف مستويات الحياة، بينما تفرض الحقوق والحريات السياسية والمدنية على الدول التزاما سلبيا بالامتناع عن التدخل في ممارسة الافراد للحقوق والحريات (10). عليه يمكن القول ان الالتزامات التي تتحملها الدول في مجال هذه الحقوق تعد إلتزامات ايجابية، مما يتطلب قيامها ببذل الجهود التي تضمن للافراد ما هو ملائم من فرص العمل، إضافة الى توفير المسكن والغذاء والكساء والتعليم والرعاية الصحية المناسبة وغيره من المستلزمات الضرورية لحياة كريمة ولأئمة لمواطنيها. ويعني ذلك حق الافراد في ان يطلبوا من السلطة الحاكمة تقديم يد المساعدة والعون، وتوفير ما يحتاجون اليه كي يعيشوا بشكل لائق وكريم. بينما الإلتزامات التي تتحملها الدول فيما يخص الحقوق والحريات السياسية والمدنية فهي إلتزامات سلبية تقتضي منها الا تضع عراقيل امام المواطنين تمنعهم من التمتع بها. وبالتالي يعني ذلك ان الافراد ليس لهم حق المطالبة من السلطة سوى بان لا تتدخل في ممارستهم حقوقهم وحرياتهم السياسية والمدنية.

ثانياً: الحقوق الاقتصادية هي حقوق مستحدثة

يختلف الوضع بالنسبة للنصوص الدستورية التي تنظم الحقوق والحريات الاقتصادية عن تلك التي تنظم الحقوق والحريات السياسية والمدنية. ففي حين تتضمن الاخيرة اعلانا لحالة واقعية، ولا تمثل الاولى إلا تصويراً لبرنامج يجوز للدول ان تسترشد به في المستقبل، بما يفيد ذلك من ارتباط الحقوق الاقتصادية بما ينبغي ان يكون، في الوقت الذي تتعلق فيه حقوق الجيل الاول بما هو كائن فعلياً. بمعنى اخر، الحال بالنسبة للحقوق الاقتصادية هو وضع مستقبلي لا يتحقق المرجو منه الا عند قيام السلطة بعمل ايجابي، في حين تمثل الحقوق السياسية والمدنية حرية طبيعية وتستلزم من السلطة عملاً سلبياً - وكما اسلفنا - عن طريق الامتناع عن القيام بالاعمال التي تعيق ممارسة الحقوق من قبل الافراد (11). وهذا يوضح سبب عدم رغبة بعض الدول في الإلتزام بوثيقة تقضي بتأمين التمتع بالحقوق الاقتصادية باعتبار انه قد لا يتوافر لها امكانيات إعمالها مما يشكل انتهاكاً للصك الدولي في حالة المصادقة عليه. وبذلك يجوز القول ان العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية هو وثيقة كاشفة لحقوق قائمة ومُعترف بها سابقاً، وبالتالي تلتزم الدول الأطراف التزاماً فورياً ومباشراً بتحقيقها. أما العهد الدولي للحقوق الاقتصادية فيشكل صكاً منشئاً لحقوق وحريات جديدة. لهذا عدت العديد من الدول إلتزامها بهذه الحقوق والحريات إلتزاماً

(10) د. جابر سعيد عوض، مصدر سابق، ص 7.

(11) ينظر: د. يحيى الجمل، حصاد القرن العشرين في علم القانون، دار الشروق، القاهرة، 2006، ص 105.

غير مباشر بتوفيرها حالا، بل إلتزام فقط ببرامج محددة يمكنها من توفير التمتع بتلك الحقوق والحريات بشكل تدريجي تبعا لامكانياتها ومواردها الخاصة بها(12).

ثالثاً: تفرض الحقوق الاقتصادية أعباءً جديدة

هناك فرق جوهري آخر وهو زيادة اعباء الدول الناجمة من الإلتزامات الايجابية الناشئة من الحقوق الاقتصادية. إذ من المتوقع مع اقرار الدول بهذه الحقوق وتضمينها في دساتيرها ان يؤثر ذلك على فلسفات وسياسات الحكم فيها، وكذلك على الاوضاع المالية فيها بنتيجة التوسع في مختلف الخدمات الاجتماعية بسبب توجيه نفقاتها باتجاه التحقيق الفعلي للحقوق والحريات الاقتصادية التي اقترتها. ليس ذلك فحسب، بل ان هناك اعباء اخرى تفرض على عاتق الافراد في الوقت نفسه نظرا لما قد تفرضه سلطات الدولة عليهم من إلتزامات حتى يمكن لها ادراك ما وضع من اهداف من وراء اقرارها بالحقوق الاقتصادية. حيث ان الاعباء الجديدة للدولة يجعلها تفرض على المواطنين واجبات جديدة(13).

رابعاً: صعوبة الرقابة على الوفاء بالحقوق الاقتصادية

الفارق الاساسي الرابع الذي ينجم عن اعتراف الدول بحقوق الجيل الثاني وتميزها عن حقوق الجيل الاول يكمن في اختلاف مدى اقتضاء الحريات المتصلة بكل منهما من قبل القضاء، أي ان هناك اختلافا نوعيا له علاقة بالرقابة على تحقيق الحقوق والحريات الاقتصادية على عكس الحقوق والحريات الاخرى. ففي حين بمقدور الفرد رفع دعوى امام القضاء إذا ما لمس انتهاكا لاحدى حقوقه السياسية والمدنية مطالباً بايقاف هذا الانتهاك، كما يمكن له ان يطالب بالتعويض عما يكون قد لحق به من ضرر نتيجة لهذا الانتهاك. بيد ان الوضع يختلف بالنسبة للحقوق الاقتصادية حيث لا يصلح التخلف عن اداء هذه الحقوق ان يكون موضوعاً لاية دعوى امام القضاء مثل ما هو عليه الحال بالنسبة لانتهاك حق من حقوقه السياسية والمدنية، وذلك لان ادراك الحقوق الاقتصادية بما تفرضه على الدولة من القيام بعمل ايجابي – كما تم بيانه انفاً – يستلزم ان تكون لدى الدولة القدرة على أعمال هذه الحقوق وادراك التمتع بها. لذا من الواضح ان البلدان تختلف في ثروتها وامكانياتها، وما يتسنى تحقيقه من الحقوق يبقى محدوداً طالما يوجد دائماً ما هو اكثر مناسبة(14).

يتبين مما تقدم ان الحقوق الاقتصادية هي حقوق تتيح للافراد الوصول الى خدمات أساسية ينبغي ان توفرها لهم الدولة لكونها الكيان السياسي الذي يعيشون في كنفه، وهي تشكل الجيل الثاني من الحقوق،

(12) أزديشير جلال احمد، الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية وضمانتها في الدساتير العربية، مركز الفرات للدراسات، بدون سنة طبع، ص 8.

(13) د. يحيى الجمل، مصدر سابق، ص 108.

(14) طارق محمد عبدالقادر عبدالله، الحماية الدستورية للحقوق الاجتماعية في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مؤتمر المحكمة الدستورية ودورها في تفعيل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، القاهرة، 13 كانون الثاني، 2011، ص 13. ينظر: جابر سعيد عوض، مصدر سابق، ص 7-8.

وتدعى كذلك بالحقوق الايجابية لانها تتطلب بالضرورة قيام الدولة بخطوات تهدف الى تحرير الانسان من الاحوال الاقتصادية والاجتماعية الصعبة ولاختلافها عن حقوق الجيل الأول السياسية والمدنية التي يتسم التزام الدولة تجاهها بطابع سلبي، باعتبار انها لا تتطلب من الدول إلا مجرد الامتناع عن فرض العراقيل التي تعيق تحقيقها.

1-2: الاساس الفلسفي للاعتراف بالحقوق والحريات الاقتصادية:

ان وجود قانون طبيعي ينبع من طبيعة الفرد وعقله وسابق على جميع القوانين الوضعية وأسمى منها، يستتبع القول بوجود مجموعة من الحقوق الطبيعية للأفراد، حقوق متأصلة في طبيعة البشر، وحقوق ثابتة للانسان وهو في حالة الطبيعة الفطرية، اي قبل نشوء المجتمع وقيام الدولة. ومن هذا المنطلق اكدت مدرسة القانون الطبيعي ان هناك قانونا سابقا على الدولة وينبغي على السلطة ان تراعيه عند تشريعها القانون الوضعي وهذا القانون هو "القانون الطبيعي" الذي تستمد منه كافة القوانين الوضعية فلسفتها، ويستمد الانسان حقوقه من الطبيعة نفسها وليس من قانون وضعه البشر⁽¹⁵⁾.

1-2-1: الاساس الفلسفي للحقوق في الحضارات و الاديان:

في ظل مذهب القانون الطبيعي فان المسيرة الفكرية والفلسفية لحقوق الانسان لم تبدأ في غفلة من التاريخ فهناك أصول وأسس سابقة بنت عليها الحضارة الحالية المفاهيم ذات الصلة بحقوق الانسان، ولا يمكن القول بوجود لحظة معينة بدأت معها الاصول الاولى لفكرة حقوق الانسان، ولكن في اغلب الظن فان هذه الاصول قد بدأت مع بداية نشوء حياة مشتركة للمجاميع الانسانية، وبالتالي فان هذه الفكرة وإن في صورتها الاولية هي فكرة قديمة قدم الحياة البشرية ذاتها وتمثل المدينة بأوجه الحياة المختلفة والتي شكلت بدايات ظهور الدول في تاريخ العالم البدايات الاجدر بالبحث من خلالها عن تفاصيل محددة لفكرة حقوق الانسان، إذ ترتبط قضية حقوق الانسان بشكل أساسي بوجود الانسان نفسه.

وعلى مر القرون الفاتنة أسهمت الفلسفة السياسية والاخلاقية بشكل مباشر وغير مباشر في إيصال فكرة حقوق الانسان الى النحو الذي هي عليه الان، إذ انشغل الفلاسفة في اماكن وازمنة متباينة بأسئلة عدة عن العلاقات المتبادلة فيما بين البشر كأفراد وكاعضاء في مجموعات وتأملوا في معنى الطبيعة

(15) د. كامل السعيد، ود. منذر الفضل، ود. صاحب الفتلاوي، مبادئ القانون وحقوق الانسان، جامعة القدس المفتوحة، فلسطين، 2002، ص 198.

البشرية والعدالة الاجتماعية واما إذا كانت المجتمعات المبنية على السيطرة يمكن ان تتحول الى مجتمعات مبنية على الحقوق وقائمة عليها.

من الهند انطلق بوذا (560 - 480 ق.م) الذي شكلت فلسفة الديانة النابعة من تعاليمه تحليلاً نسقياً لطبيعة المعاناة واسبابها وتوفر هذه الفلسفة عدداً من الوسائل للتغلب على هذه المعاناة، فالبوذية تمثل تعاليم بسيطة نسبياً ويسهل إستيعابها وتحتوي على عدة مبادئ تتعلق بالمساواة والحرية ونشر العدالة، حيث يرى بوذا "انه لا يوجد فرق بين جسم الامير وجسم المتسول الفقير كما لا يوجد اختلاف بين روحيهما"⁽¹⁶⁾.

وفي الصين فمئذ أربعة وعشرين قرناً أسس الفيلسوف (موزي) المدرسة (الموهشية) لفلسفة الاخلاق التي شددت على إحترام حقوقهم. كما شكلت فيما بعد التعاليم الكونفوشيوسية و التاوية الاصول الدينية التي تهدف الى نشر العدل و السلام بين الافراد، أما كونفوشيوس فقد طرح مذهباً اخلاقياً وإجتماعياً قام بتدوينه تلاميذه ضمن كتاب دعي بـ (المختارات)، ويمكن ايجاز معتقدات كونفوشيوس الاصلية بالشكل التالي: (ينبغي للانسان ان يكون خيراً الى اقصى الحدود، وان خصائص مثل انعدام الانانية وإحترام الاخرين و الادب و الولاء للأسرة و الاخلاص للامير جميعها صفات الرجل المهذب الخير الذي لا يشكو ولا يتذمر في الأوقات العصيبة، لكنه شجاع واضح في مسألة الحقوق)⁽¹⁷⁾.

وسجلت حضارة وادي الرافدين اقدم قانون مسجل على مر تاريخ الانسانية متمثلاً في شريعة حمورابي وهو من اشهر ملوك بابل (2000 قبل الميلاد)، وقد إستهلت المدونة بحديث إله الشمس الذي املى على حمورابي بمدونته ما يلي (اني حمورابي ملك القانون، وإياي منحني إله الشمس القوانين)، ويبدو ان هذه المدونة تشتمل جميعاً لتقاليد قانونية ترجع الى فترة أقدم بكثير من الفترة التي دونت فيه، وقد حرصت شريعة حمورابي على وضع النصوص القانونية التي توفر الحماية القانونية لكافة رعايا الشعب البابلي مع التركيز على فئات منهم بغية رفع الجور و الظلم⁽¹⁸⁾.

وتجد فكرة حقوق الانسان اساساً متيناً لها في جوهر الديانة الاسلامية، فالبشر المنتشرون في قارات العالم عائلة واحدة انبثقت من اصل من اب واحد وام واحدة، ولا يمكن التفاضل بينهم على اساس الخلقه وإبتداء الحياة، وهذا ما اكده محمد المصطفى (ص) في خطبة الوداع بقوله: (ايها الناس، ان ربكم

⁽¹⁶⁾ جون كولر، الفكر الشرقي القديم، ترجمة: كامل يوسف حسين، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، 1995، ص 34 و 179-181 و 193.

⁽¹⁷⁾ جيفري بارندر، المعتقدات الدينية لدى الشعوب، ترجمة: امام عبدالفتاح امام، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، 1993، ص 241-242.

⁽¹⁸⁾ جيفري بارندر، مصدر سابق، ص 242.

واحد، وان أباكم واحد، كلكم لادم وآدم من تراب، ان أكرمكم عند الله أتقاكم، ليس لعربي على اعجمي، ولا اعجمي على عربي، ولا لاحمر على أبيض فضل الا بالتقوى، الا هل بلغت؟ اللهم فاشهد⁽¹⁹⁾.

وتعود أصول نظرية الحقوق الطبيعية الى عهد الاغريق لاسيما الفكر غير المتزامن في هذا العهد اي الفكر السفسطائي ومن ثم التفكير الرواقي حيث طرح الفلاسفة هذه الافكار الى ابعد من ذلك بتوسيع نطاق موضوعات الحقوق في الامور العملية لتشمل نظرات موسعة للطبيعة لوضع نظريات القانون الطبيعي الكلاسيكي وفي رايهم يقدم القانون الطبيعي مبدأ منطقيا يحكم العالم باجمعه و الذي يقضي بالمساواة و الشمول، وكانت الطبيعة تعتبر نظاما شاملا لجميع القواعد المادية كالقواعد الاخلاقية التي تؤكد على التزام كل الافراد بإحترام كل منهم الاخر لانهم متساوون كما تمكنت المدرسة الرواقية من الاتجاه بفلسفتها بوجهة انسانية فنادت بإلغاء الفروقات الاجتماعية فيما بين الناس في جميع المجتمعات. وذلك عن طريق تبني مبادئ القانون الطبيعي الذي خضع له الافراد والدولة، والذي ينبغي الاعتراف بسيادته على القوانين الوضعية كافة وعلى هذا الاساس فان القول بانه يوجد قانون طبيعي مستمد من عقل الانسان وطبيعته وسابق على كافة القوانين الوضعية واسمى منها يستلزم القول بوجود مجموعة من الحقوق الطبيعية للأفراد، حقوق ملازمة للطبيعية البشرية، وحقوق ثابتة للانسان وهو في حالته الطبيعية الفطرية، اي قبل نشوء المجتمع وتكوين الدولة. وعلى هذا الاساس فقد اكدت مدرسة القانون الطبيعي ان هناك قانونا سابقاً على تشكيل الحكومة ويتعين على السلطة ان تراعيه، وهي تسن القانون الوضعي وهذا القانون هو (القانون الطبيعي) الذي تستمد منه كافة القوانين الوضعية قوتها الالزامية ، ويستمد الانسان حسب نظرة المدرسة حقوقه من الطبيعة نفسها وليس من قانون من وضع الانسان⁽²⁰⁾.

أما أرسطو (384 ق.م – 322 ق.م) الذي رفض فلسفة أستاذه أفلاطون المثالية بالتدرج الا ان موافقه من بعض الامور التي تتعلق بالمساواة و العدالة و الرق لم تتميز عن مواقف أستاذه، فهو قد وقف ضد مبدأ المساواة في الحقوق نظرا الى ان الطبيعة تميز في رأيه البعض بالعقل ومنحت البعض الاخر قدرة إستعمال أعضاء الجسم، فالطبيعة تجعل اجسام الافراد الاحرار مغايرة لأجسام العبيد⁽²¹⁾.

وتزامنت افكار الفلاسفة الرومان مع ظهور المدرسة الرواقية التي ساهمت في ظهور القانون الروماني (قانون الشعوب) وأخذ الرومان ينادون بصورة تدريجية بان نظام الرق مضاد للطبيعة، ومن ناحية أخرى إعتقد فلاسفة الرومان بان الطبيعة قد اتت بمبادئ معينة ينبغي ان تعكسها قواعد القانون

⁽¹⁹⁾ محمد الغزالي، حقوق الانسان بين تعاليم الاسلام و اعلان الامم المتحدة، ط4، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص 14-15.

⁽²⁰⁾ د. كامل السعيد، ود. منذر الفضل، و د. صاحب الفتلاوي، مصدر سابق، ص 198.

⁽²¹⁾ دينيس لويد، فكرة القانون، ترجمة: سليم الصويص، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، 1981، ص 68-71.

الوضعي، فحسب الرومان يعد القانون الطبيعي هو المفسر لمبادئ العدالة العامة بوصفها المبادئ الطبيعية الخالدة التي توجب مراعاة الاتفاقيات وتنسجم مع قيم العدالة في المعاملات بين الافراد وفي حماية القاصرين من الاطفال وحماية النساء والاعتراف بالمطالب التي تستند على روابط الرحم و القرابة، وادت هذه المبادئ الى نشوء نظام قانوني ازال سلطة الاب المطلقة على اولاده، وتم منح المرأة المتزوجة مركزا قانونيا يماثل مركز الزوج فيما يخص ادارة الاملاك او تربية الاطفال(22).

1-2-2-1: الاساس الفلسفي للحقوق والحريات الاقتصادية في ظل المذاهب الفكرية:

يمكن تلمس الاساس الفلسفي لحقوق الانسان من خلال علاقة حقوق الانسان الوثيقة بالحقوق الطبيعية، اذ ان من بين الملاحظات التي تسجل بصدد حقوق الانسان التأكيد على ضرورة إدراك ان حقوق الانسان هي حقوق طبيعية أصلية لا تعطى ولا توهب من احد لاحد. ومن أبرز الفلاسفة الذين يطلق عليهم إسم (الفلاسفة اللاحقين لسقراط) الذين على الرغم من ان بعضهم كان متأثرا بالمفاهيم الروحانية، الا ان هدفهم الرئيسي كان (سبر غور) عالم الطبيعة لإكتشاف بعض المبادئ التي تحكم الكون، ومن بينهم أفلاطون (428ق.م – 348ق.م) الذي كان غير مؤمن بالمساواة بين البشر رغم ان فلسفته توصف بالمثالية(23).

1-2-2-1: الحقوق والحريات الاقتصادية في المذهب الليبرالي:

ان اختلاف المذاهب الفكرية حول ما اذا كان الفرد او المجتمع هو الاصل في امتلاك هذه القدرة قد ادى الى الاختلاف في تحديد مفهوم الحرية.

فالالاتجاه الفردي (الليبرالي)(24) يؤكد على ان الحرية تمثل قدرة الافراد المطلقة دون تدخل الاخرين في شؤونهم الشخصية لذا يدعوا هذا الاتجاه الى إطلاق الحرية الفردية و الحد من تدخل نشاطات الدولة في النشاطات الفردية. ومن هنا جاء مذهب الليبرالية الاقتصادية وهو مذهب إقتصادي يرى ان الدولة لا ينبغي لها ان تمارس وظائف صناعية او تجارية، ولا يجوز لها التدخل في القطاع والمعاملات الاقتصادية التي تبرم بين الافراد. بهذا المعنى يقال غالبا ليبرالية إقتصادية(25).

(22) غانم محمد صالح، الفكر السياسي القديم و الوسيط، دار الكتب للطباعة و النشر، الموصل، 2001، ص 123-133.

(23) د. عامر حسن فياض، الراي العام وحقوق الانسان، المكتبة القانونية، بغداد، 2004، ص 82.

(24) د. ثروت بدوي، اصول الفكر السياسي والنظريات والمذاهب السياسية الكبرى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص 22.

(25) أندريه لالاند، موسوعة لالاند الفلسفية، ترجمة: خليل أحمد خليل، ط2، منشورات عويدات، بيروت – باريس، 001، ص 725-726.

يقول البعلبكي: "ويطلق لفظ الليبرالية على سياسة إقتصادية نشأت في القرن التاسع عشر متأثرة بآراء آدم سميث بخاصة، وأكدت على حرية التجارة وحرية المنافسة، وعارضت تدخل الدولة في الاقتصاد"⁽²⁶⁾.

ومنذ الربع الاخير من القرن الثامن عشر، وانتصار الثورتين الامريكيتين سنة 1776م والفرنسية 1789م، وطيلة القرن التاسع عشر أصبح ينظر الى الحرية كوسيلة لكبح سلطان الدولة، والحد من إستبدادها، وعلى انها تضع قيوداً أو حدوداً على سلطتها، كما تنطوي على تقرير ضمانات تقي الافراد وتحصنهم من تعسف وظلم الحكام وتحد من طغيانهم.

وتبعاً لهذا المفهوم، تتقرر للأفراد حقوق وحریات مختلفة مدنية وسياسية أكدتها إعلانات لحقوق، وتضمنتها الدساتير، وفي مقدمة هذه الحقوق، الحرية، والمساواة، والملكية، وحق مقاومة الظلم، ووصفت هذه الحقوق بانها طبيعية وأساسية لصيقة بالفرد، ولدت معه، وأرتبطت به، فهي إذن مقدسة وغير قابلة للتنازل عنها، كما انها عالمية، ومتساوية بالنسبة للجميع⁽²⁷⁾.

وبما ان هذه الحقوق هي سابقة في وجودها على وجود الدولة، فهي بالتالي تعتبر مقيدة للدولة، وحاجز لها وعائقة، وحامية لاستقلال الشخصية⁽²⁸⁾. وما هدف وجود الدولة الا حماية هذه الحقوق وصيانتها ومنع التعارض بينها، وذلك بتنظيم طريقة ممارستها بواسطة القوانين بصورة تكفل للجميع ممارسة حرياتهم. لذا عرفت المادة الرابعة من اعلان حقوق الانسان الفرنسي لسنة 1789 م، الحرية بانها: حق الفرد في ان يفعل كل ما لا يضر بالآخرين، ولا يمكن اخضاع ممارسة الحقوق الطبيعية لقيود الا من اجل فسخ المجال امام اعضاء الجماعة للتمتع بحقوقهم، وهذه القيود لايجوز لغير القانون فرضها"⁽²⁹⁾.

تأسيساً على ما تقدم، فان مفهوم الحرية يتجسد إذن في ترك الفرد حراً يحقق مصلحته الشخصية كيفما يشاء، وبالشكل الذي يريد، وانه يكفي لتحقيق ذلك، غل يد الدولة عن التدخل في شؤونه ونشاطه، وإذا كان هدف الحرية السياسية – هو توفير الحماية للفرد ضد سلطان الدولة و الحد منها، فان هذا المعنى

(26) منير بعلبكي، موسوعة المورد العربية، دار العلم للملايين، بيروت، ج 2، 1990، ص 1050.

(27) عبدالحكيم حسن العيلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص 19.

(28) د. فتحي عبدالكريم، الدولة و السيادة في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، ط2، مكتبة وهبة، القاهرة، 1984، ص 300-301.

(29) Luchairre. François. La protectionn Constitutionnelle des droit et des Libertés. Ed. " Economica " Paris. 1987. P. 75. 76.

قد انعكس على مستوى النشاط الاقتصادي للأفراد، وذلك بامتناع تدخل الدولة فيه والا عد ذلك انتهاكاً للحرية(30).

لذلك إعتبرت الحرية الاقتصادية وأهمها، حق الملكية، وحرية التجارة والصناعة، ومجالات أساسية لا يجوز للدولة مسها أو التدخل فيها تطبيقاً لشعار مدرسة الطبيعيين أو الفريزيوقراط (Laissez Faire Laissez Passer)، دع الافراد يعملون ودع السلع تنتقل من البلاد دون تدخل الدولة(31). فالنظام الاقتصادي حسب هذه المدرسة، يقوم على المبادرة الفردية ويتطور بفعل يد خفية " Main Invisible"، وهي كفيلة بتحقيق التقدم و الاستقرار الداخلي(32).

غير ان ممارسة هذه الحقوق والحريات، على النحو المتقدم، قد تسببت في الواقع العملي في حدوث خلل في البنى الاجتماعية، وعمق الفوارق بين فئات المجتمع بين من يملك، ومن لا يملك. فقد أدت الاحتكارات الرأسمالية الضخمة والتي كانت تملكها الاقلية الى إفراغ هذه الحقوق والحريات من مضمونها الحقيقي بالنسبة لمن لا يملكون، وهم الاغلبية، فأصبحت الاقلية تملك السلطة بالاضافة الى الثروة(33).

والواقع ان هذه النتائج، والتي أصبحت غير مقبولة في الدولة الحديثة، قد ترتبت على مبدأ آخر إرتكزت عليه هذه الحقوق والحريات عموماً، الا وهو مبدأ المساواة، حيث فسر هذا المبدأ تفسيراً قانونياً، مما أدى الى تأكيد اللامساواة الفعلية بين طبقات المجتمع. هذه الوضعية، بالاضافة الى حدوث عوامل أخرى سياسية وإقتصادية وإجتماعية سيأتي ذكرها، تطلب من السلطة الحاكمة انذاك تداركها وعلاجها بشتى الوسائل القانونية وإعادة النظر في المفاهيم السابقة التقليدية لكل من الحق، والمساواة والحرية، وذلك منذ مطلع القرن العشرين.

وعقب انتهاء الحرب العالمية الثانية سنة 1945 برز الاتحاد السوفيتي كقوة عسكرية وفكرية هائلة منتصرة على النازية، وانتشرت الافكار الاشتراكية والرأسمالية المنضبطة على نطاق واسع في أوروبا وبقية انحاء العالم، وهي الافكار نفسها التي كان لها الدور الكبير في القضاء على المفاهيم العسكرية النازية. كما سادت العالم الرأسمالي الافكار الكنزية للرأسمالية المنضبطة بصفتها تضع الحلول اللازمة

(30) د. محمد فتحي الدريني، خصائص التشريع الاسلامي في السياسة و الحكم، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1982، ص 373-393.

(31) د. سعاد الشراوي، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، مصر، 1979، ص 74.

(32) د. محمد احمد مفتي، ود. سامي صالح الوكيل، النظرية السياسية الاسلامية في حقوق الانسان الشرعية: دراسة مقارنة، ط1، كتاب الامة، مركز البحوث و المعلومات، الدوحة، 1991، ص 29.

(33) صالح حسن سميع، الحرية السياسية، ط1، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، 1988، ص 41.

لانتهاء حالة الركود الاقتصادي في النظام الرأسمالي العالمي وكذلك لانتهاء حالات الحرب وإمكانية التصدي لها قبل قيامها(34).

لقد تغير المفهوم الليبرالي وظهرت ليبرالية جديدة على السطح بعد الحرب العالمية الثانية بسبب الازمات الاقتصادية الخانقة والكساد بسبب تمركز رأس المال ونشوء الاحتكارات الصناعية الضخمة، وانهيار قاعدة الصرف بالذهب وثورات العمال في المانيا مما دفع بالحكومات الى التدخل لانعاش الاقتصاد فتغيرت الايديولوجية الليبرالية الى ايدولوجية تدخل بغية تنظيم السوق. وقد فصل كتاب (الليبرالية المتوحشة) كيفية تدخل الدولة لانعاش الاقتصاد واصلاح السوق، وفي هذه المرحلة تغيب شمس الليبرالية الكلاسيكية حيث ازال الواقع فكرة اصلاح السوق لنفسه لتبرز الى السطح وبشدة الليبرالية الجديدة. وقد أطيل النفس في مراحل الاقتصاد الليبرالي، ونقد فكر الليبرالية الجديدة واقعيا ببيان انحدار الرفاهية الاقتصادية التي حققتها الرأسمالية بعد الحرب العالمية الثانية، اذ تراجعت معدلات النمو الاقتصادية وارتفعت معدلات البطالة و الطاقة المعطلة، وانخفضت معدلات نمو الانتاج(35).

ولعل ابرز تطور جديد في الليبرالية المعاصرة هو (ليبرالية العولمة) ومن دلالتها الفكرية: الرجوع الى الليبرالية الكلاسيكية من الناحية المفاهيمية، وذلك لان من ابرز معالم العولمة: تخفيف تدخل الحكومات في انتقال المال عبر الحدود والاسوار السياسية، وذلك لجنى اقصى حد من الارباح، فقد استخدمت الفلسفة الليبرالية في الممارسة عن طريق الشرطي السياسي الذي يصون هذه الفكرة القديمة في الضمير الغربي. لقد اصبح الاقتصاد وسيلة سياسية للسيطرة، ونشر الثقافة بين الامم، ولهذا فالاقوى اقتصادياً هو الاقوى سياسياً ولذا إقتنعت الدول الغربية بهذه الفلسفة مع مشاهدتها لاثار الرأسمالية على الشعوب غير الغنية، وعن طريق اللعبة الاقتصادية قد تزول دول، وتضعف دول اخرى. وجذر العولمة الفكري هو زوال سيادة الدول على الحدود وعلى المواطنين فضلاً عن انتهاء سيطرتها على النظام الاقتصادي الحر الذي ينادي به الليبراليون ذو النزعة الكلاسيكية. لقد ذكر رئيس المصرف المركزي الالمانى "ناس تيتمار" في شباط 1996 امام المنتدى الاقتصادي في دافوس: " لا يزال معظم الساسة لا يدركون انهم قد اضحوا الان يخضعون لرقابة أسواق المال، لا، بل انهم صاروا يخضعون لهيمنتها وسيطرتها". وفي المرحلة القادمة (العولمة) سيكون قادة العالم هم اصحاب المال، وسدنة المؤسسات الاقتصادية الكبيرة. وتستند العولمة على نظرية اقتصادية ينصح بها عدد من الخبراء والاستشاريين الاقتصاديين. وتقدم للمسؤولين عن إدارة

(34) فؤاد قاسم الامير، راسمالية الليبرالية الجديدة (النوليبرالية)، دار الغد، دون مكان الطبع، 2019، ص 119.

(35) د. رمزي زكي، الليبرالية المتوحشة، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2005، ص 47-51.

السياسة الاقتصادية على انها افضل نهج وشعار هذه النظرية (ما يفرز من السوق فهو صالح، بينما تدخل الدولة هو طالح)(36).

واللبرالية إذن تمثل الان أيديولوجية الرأسمالية المعاصرة في عصر أزمته الحالية عبر ما ترسمه من محاور للحركة بهدف التوصل الى وضع تاريخي جديد يستعيد فيه تراكم رأس المال بمراكز المنظومة الرأسمالية حيويته. ومع إستمرار هذه الازمة وتفاقم الاوضاع الاقتصادية بدأ يترسخ وعي في أوساط القوى المسيطرة في هذه الدول بحقيقة الفشل الذي نال فلسفة ادارة رأسمالية الدولية الاقتصادية التي وضع أصولها الاقتصادية الانجليزي (جون م. كينز). قد كانت الوصفة الكينزية غير قادرة على مواجهة الاحداث المعقدة، التي حدثت في السبعينات بسبب عدم قدرة جهازها المفاهيمي على وضع تفسيرات ملموسة للقضايا والتحديات التي أرتبطت بالازمة المذكورة، وبالتالي فشلها في وضع حلول لتجاوز الازمة المذكورة(37).

ينبغي التاكيد على ان السياسات الكينزية التي شددت على التدخل للنشط للدولة في الحياة الاقتصادية قد حققت انجازات بارزة، على الجانبين الاقتصادي والاجتماعي، إلا ان الادوات التي أستخدمتها هذه السياسة لم تستطع كبح جماح التضخم، او على وجه التحديد لم تستطع مواجهة مشكلة الكساد التضخمي وما نجم عنها من مظاهر، وما أقرن بذلك من تفضي للبيروقراطية والعسكرة، مما وجه النقد لهذه السياسة ووضعت تحت المساءلة، وبالتالي بدأ بريقها يزول لصالح السياسات الليبرالية الحديثة . وإزاء هذه الحقائق، بدأ الجناح اليميني في الفكر الاقتصادي المسيطر في الدول الرأسمالية يهاجم بقوة الكينزية بوصفها قد أصبحت وصفاً "بائرة"، داعياً للتخلي عنها، مشيراً في الوقت نفسه الى ضرورة اعتماد سياسة جديدة. وقد وضعت النظرية الجديدة في "مدرسة شيكاغو" بقيادة م. فريدمان، و هي السياسة التي عرفت مصطلح "النقديين" او مدرسة شيكاغو، و هو تيار ينتمي الى المدرسة النيوكلاسيكية. ان هذا التيار يحاول جاهداً الرجوع بالرأسمالية الى "جذورها الاولى"، رافعا شعاراته الشهيرة : الحرية الاقتصادية وآليات السوق الطليقة داعياً في الوقت عينه الى الحد من دور الدولة في النشاط الاقتصادي والاهتمام بما يسمى بـ "اقتصاديات العرض" لتنشيط آليات النظام(38).

(36) د. رمزي زكي، مصدر سابق، ص 30.

(37) د. صالح ياسر حسن، جدلية العام و الخاص في الانقة الاقتصادية الرأسمالية الدولية، الفكر الديمقراطي، العدد 4، 1988، ص 103.

(38) د. صالح ياسر حسن، الليبرالية – الخصوصية: برامج التكيف الهيكلي بين او هام الخطاب الايديولوجي وحقائق اعادة انتاج التبعية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 1999، ص 65-66.

1-2-2-2: الحقوق والحريات الاقتصادية في المذهب الاشتراكي:

الحريات الاقتصادية في المذهب الاشتراكي، هي على النقيض من الاقتصاد الرأسمالي، وذلك لان الفرد لا يتمتع بحرية الانتاج او الاستثمار، وهذه النتيجة ترتبت من الناحية المنطقية بسبب افتقار الملكية الفردية لادوات الانتاج، فان الافراد لا يجدون في الواقع ما يستثمرونه، ولذلك كان طبيعيا ان تكون الدولة هي المالك الوحيد، وهي التي تملك ايضا حق الانتاج و الاستثمار.

والامر لا يتوقف عند هذا الحد في المذهب الاشتراكي، بل يتجاوزه الى ما هو أقصى من ذلك، إذ لا يمتلك الفرد حرية الإختيار أو تحديد نوعية العمل الذي يقوم به، وانما عليه ان يعمل في الجهة التي تعينها له الحكومة وفقا لاهداف الخطة التي تضعها. ولا يترك للأفراد اختيار السلع التي يريدون إستهلاكها، بل تختار لهم الحكومة تلك السلع، ثم تسعى الى انتاجها وتوزيعها على الافراد دون ان يكون لهم الخيار فيما يقررون إستهلاكه⁽³⁹⁾.

وللحرية الاقتصادية في ظل الاقتصاد الاشتراكي عناصر أيضاً منها:

(أ) تخضع جميع عناصر الانتاج لملكية الدولة العامة.

(ب) تناط بهيئة التخطيط المركزية المسؤولية عن تحديد اهداف المجتمع الاقتصادية .

(ج) توزع عناصر الانتاج، ومن ضمن ذلك القوى العاملة، على مسارات إستخدامها، وفقا للتعليمات الدقيقة للخطة المركزية.

(د) تجري العملية الانتاجية بإشراف موظفين عموميين ينبغي عليهم القيام بتنفيذ اهداف الخطة، على النحو المرسوم لها والمبلغة اليهم.

(هـ) تتضمن الخطة المركزية تحديد انواع السلع، ومقادير الانتاج وأسعار بيعها.

عليه، وفي ظل هذه المعطيات، على المستهلك ان يقبل ما تحدده له الخطة – كما ونوعاً من السلع التي يستهلكها، ومن ثم فان مقدار ما يحصل عليه الفرد من مستوى المعيشة، ومدى ماتحققه الدولة من تنمية إقتصادية، يتوقفان في نهاية المطاف على اهداف الخطة وفلسفتها. و يتبين من كل ذلك، ان الاصل في الاقتصاد الاشتراكي هو تدخل الدولة وانفرادها بالنشاط الاقتصادي، والاستثناء هو ترك الافراد في

⁽³⁹⁾ د. أحمد محمد العسال، ود. فتحي عبدالكريم، النظام الاقتصادي في الاسلام مبادئه واهدافه، ط2، مكتبة وهبة، القاهرة، 1989، ص 75.

ممارسة بعض أوجه النشاط الاقتصادي. وهذا الاستثناء قد يضيق أو يتسع باختلاف ظروف كل مجتمع، ولكن يظل الاقتصاد إشتراكياً طالما لم يعد الاستثناء هو القاعدة(40).

هذا، وقد أصبحت فكرة تدخل الدولة في الشؤون الاقتصادية من أهم الموضوعات التي تركز عليها سياسة الدولة الاقتصادية في العصر الحاضر، نظراً للمشكلات الاجتماعية والاقتصادية التي بدأت تأخذ أبعاداً خطيرة في المجتمعات المعاصرة.

وإذا كانت الانظمة الاقتصادية المعاصرة تختلف من حيث سياستها الاقتصادية، وتباين أساليب تدخلها في القضايا الاقتصادية، ومقدار ما تراه ضرورياً لتحقيق التوازن الاجتماعي، أو للتخفيف من حدة الاخطار المتولدة عن الحرية المطلقة في السياسة الاقتصادية، فان الانظمة الاقتصادية المعاصرة قد أخذت بمبدأ التدخل، جزئياً أو كلياً، ومن الصعب التسليم بوجود نظام يعتمد مبدأ الحرية الاقتصادية ويرفض كلياً فكرة التدخل، فالتدخل قائم في الانظمة الرأسمالية، بطريقة تختلف طبيعتها عن مفهوم التدخل في الانظمة الاشتراكية، فالتوجيه الذي يمارسه النظام الرأسمالي على الانتاج والاستهلاك والنقود والاسعار، فضلاً عن التدخل المباشر في القوانين الاجتماعية، يعتبر تدخلاً واضحاً واختياراً تعرضه التطورات الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة(41).

(40) د. محمد شوقي الفنجري، المذهب الاقتصادي في الاسلام، ط2، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986، ص 213.

(41) د. محمد فاروق النبهان، شرعية تدخل الدولة في الشؤون الاقتصادية في نظر الاسلام، بحث مقدم لندوة الاقتصاد الاسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، و المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم، بغداد، 1983م، ص 373.

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية للحقوق والحريات الاقتصادية وانواعها:

توفر حقوق الانسان إطارا موحدًا للقيم والمعايير المعترف بها عالميا، وتبين الالتزامات المترتبة على الدول التي توجب عليها التصرف بطرق معينة او عدم القيام بافعال محددة. تعتبر حقوق الانسان اداة مهمة تسمح بمساءلة الدول وعلى نحو متزايد الجهات الفاعلة بخلاف الدول بشأن الخروقات. وان إمكانية تعبئة الجهود الجماعية بغية تطوير المجتمعات الوطنية وانشاء اطر عالمية تفضي الى إدراك العدالة الاقتصادية والرفاهية الاجتماعية ودعم المشاركة والمساواة. ان حقوق الانسان هي حقوق عالمية ومترابطة مع بعضها البعض، وهي غير قابلة للتصرف ولا تقبل الانقسام.

هذا الفصل ينقسم الى مبحثين: المبحث الاول يتناول الطبيعة القانونية للحقوق والحريات الاقتصادية، ويتطرق المبحث الثاني الى انواع الحقوق والحريات الاقتصادية وبالتحديد الحق في الملكية.

2-1: الطبيعة القانونية للحقوق والحريات الاقتصادية:

تحتل الحقوق الاقتصادية بإقرار كامل في القانون الدولي لحقوق الانسان. ولقد حظيت هذه الحقوق تاريخيا قدرا قليلا من الاهتمام اقل مما لاقته الحقوق المدنية والسياسية، وتلعب المؤسسات الوطنية لحقوق الانسان أدوارا مهمة في حماية وتعزيز الحقوق الاقتصادية. ولكي تقوم هذه المؤسسات بأدوارها بشكل فعال، يحتاج موظفوها الى فهم شامل للاسس القانونية لتلك الحقوق وللالتزامات ذات الصلة التي تقع على عاتق الدول، إضافة الى خصائصها الأخرى. هذا المبحث ينقسم الى مطلبين: المطلب الاول يتناول موقف الفقه الدستوري ويتطرق المطلب الثاني الى موقف القضاء الدستوري في الحقوق الاقتصادية.

2-1-1: موقف الفقه الدستوري:

تمثل الحقوق الشخصية من اهم اقسام الحقوق غير المالية، التي تنتمي الى فئة الحقوق الخاصة، كما وتعد الحقوق الشخصية من الحقوق المشتركة. يتفرع هذا المطلب الى فرعين: الفرع الاول: الحقوق الاقتصادية من الحقوق الشخصية، والفرع الثاني: المفهوم النسبي للحقوق الاقتصادية :

2-1-1-1: الحقوق الاقتصادية من الحقوق الشخصية:

يعني النص على حقوق الانسان في الدساتير ان هذه الحقوق هي مبادئ دستورية يجب إتباعها وإحترامها من قبل السلطات المختصة بالتشريع والتنفيذ والقضاء وعند وقوع انتهاك لهذه الحقوق يلجأ

الضحية الى وسائل الحماية القانونية الداخلية لان القانون الوطني هو الواجب التطبيق أولاً قبل اللجوء الى المصادر الدولية للحماية. وهذا ما تشترطه الصكوك والمواثيق الدولية ذات الصلة بحقوق الانسان لان القوانين والتشريعات الداخلية، بإختلاف مستوياتها وبخاصة الدساتير، هي التي اضطلعت بالجهد الاكبر اول الامر في مجال تدوين حقوق الانسان ووضع الضوابط القانونية التي تضمن حمايتها وتعزيزها. ومن الصحيح القول ان جوهر القوانين والتشريعات الوطنية في الدول بصورة عامة انما يكمن في حماية تلك الحقوق والحريات وعلى سبيل المثال، القانونين الدستوري والاداري اللذين يقوم موضوعهما والى حد كبير على الدفاع عن حقوق الافراد وحررياتهم سواء إزاء السلطة العامة او في العلاقة فيما بين الافراد. ويصدق الامر نفسه بالنسبة الى القوانين الجنائية التي تعني اغلب احكامها بتوفير حماية شاملة لحقوق الافراد وحررياتهم، وعلى رأسها الحق في الحياة (42).

تتميز الحقوق الشخصية بانها من فئة الحقوق حديثة العهد(43)، مقارنة بفئات الحقوق الاخرى مثل الحقوق ذات الصلة بالاحوال الشخصية وحقوق الاسرة(44). فمن المعلوم انه تترتب على وفاة الشخص اثار قانونية عدة ومن اهمها ان حقوقه تنتقل الى الورثة بعد اتباع ما تشترطه قوانين الأحوال الشخصية من اجراءات في هذا الشأن، غير ان المقصود بالحقوق الشخصية في هذا الصدد هي الحقوق المالية ولا يشمل ذلك حقوق الشخصية لانها لا تقع ضمن ذمة المتوفي المالية. علاوة على ان هذه الحقوق ترتبط بالشخصية وتدور معها وجودا وعدما مما يعني انقضاؤها بنهاية الشخصية ومن ثم لا تنتقل حقوق الشخصية الى الورثة سواء عن طريق الارث أو الوصية. فالاصل هو عدم انتقال حقوق الشخصية عن طريق الميراث وانها تنقضي بوفاة صاحبها، ويتمثل ذلك في مجال الحق في السلامة الجسدية للانسان، بينما في شأن الحق في سلامة الكيان الادبي يتجه الفقهاء الى التوسع في مسألة انتقال الحقوق المتعلقة بهذا الكيان الى الورثة مثل "خصوصيات المتوفي او شرفه" وذلك لتأكيد حماية هذه الحقوق من خلال الورثة. يترتب على ذلك انه يجوز لعائلة المتوفي عند الاعتداء على حقوق شخصيته (كما في حالة إغتصاب إسمه) رفع دعوى ضد المعتدي بصفته مضرورين شخصياً من انتهاك الغير لهذه الحقوق التي تعود الى مورثهم، فلا يقاضون المدعى عليه بصفتهم ورثة لان هذا لا ينسجم مع عدم قابلية انتقال حقوق

(42) أحمد الرشيد، حقوق الانسان - مفاهيم الاسس العلمية للمعرفة، منشورات المركز الدولي للدراسات المستقبلية و الاستراتيجية، القاهرة، العدد 24، 2006، ص 10-11؛ عريب صلاح الحباشنة، حقوق الانسان وتدابير العدالة الجنائية في التصدي للإرهاب، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، 2021، ص 25.

(43) د. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 102؛ صبيح مسكوني، القانون الروماني، ط1، جامعة البصرة، 1968، ص 415-416.

(44) د. عبد الحي حجازي، نظرية الحق في القانون المدني، القاهرة، 1977، ص 216-217.

الشخصية عن طريق الميراث، حيث ان الضرر قد لحق بهم بصفة شخصية، عليه فان قيامهم برفع الدعوى يكون ليس بوصفه ورثة بل اصحاب هذه الحقوق(45).

2-1-1-2: المفهوم النسبي للحقوق الاقتصادية:

يقصد بالنسبي بصورة عامة: هو المقيد بغيره المرتبط به، أما بصورة خاصة: ما ينسب الى غيره ولا يتعين الا مقروناً به، ومنه الحكم النسبي يقابل المطلقة النسبية صفة لكل ما هو نسبي أو إضافي. ونسبية المعرفة: هي ان كل معرفة تطلق على علاقة شيء بأخر أو على علاقته بالذات العارفة(46).

ويعرف عبدالوهاب المسيري النسبي بقوله: النسبي ما ينسب الى غيره ووجوده يتوقف عليه ولا يتعين الا مقروناً به، وهو عكس المطلق، وهو مقيد وناقص ومحدود مرتبط بالزمان والمكان يتلون بهما ويتغير بتغيرهما، عليه فالنسبي ليس بعالمي(47). فالنسبي هو ما يتعلق بشيء اخر يكون سابقاً له، وهذا الشيء يتحكم فيه، كما ان النسبي لا يتضمن كافة المجتمعات أكانت قديمة او معاصرة على حد سواء، وكل نسبي لا يتسم بالثبات ولا يمتلك القداسة، وهو قابل للتغيير و الاختلاف.

فيما يتعلق بالمفهوم النسبي لحقوق الانسان العامة، يرى الفهم الاشتراكي بان الحقوق الاقتصادية تسبق الحقوق السياسية و المدنية، ومن المظاهر الأولى للحرية الاقتصادية حق العمل والتعليم و الرعاية الطبية، وبعد ذلك تأتي حرية الصحافة و التعبير عن الرأي، ويتناقض هذا التقييم كلياً مع ترتيب الغرب لأولويات الحقوق الانسانية حيث تسبق الحقوق السياسية الحقوق الاخرى وذلك بسبب هيمنة المفهوم الفردي الليبرالي.

وفيما يلي عرض لكل فئة على حدة:

أولاً: الحقوق المدنية و السياسية: وهي الحقوق المتعلقة بالحرية و اللازمة لكل كائن بشري باعتباره عضواً في المجتمع ولا يمكن التنازل عنها، وتسمى (بالحقوق السلبية) فيما يخص أعمال حكومة معينة أي انها لا تقتضي من الدولة ان تقوم بأداء معين، وبهذا يمنح الفرد التحرر من اي عمل حكومي هو غير مرغوب فيه(48)، وفي النهاية فان هذه الحقوق تهدف الى ضمان سلامة الكيانين المادي و المعنوي

(45) د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص 46.

(46) محمود يوسف الشوكي، النسبي والمطلق في مفهوم الدين و الحق الاخلاق، مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الاسلامية، مج 11، العدد

الاول، يناير 2013، ص 8.

(47) المصدر نفسه، ص 8.

(48) دايفيد فورسايت، حقوق الانسان و السياسة الدولية، ترجمة: محمد مصطفى، ط1، الجمعية المصرية لنشر الثقافة العالمية،

القاهرة، 1993، ص 31.

للإنسان⁽⁴⁹⁾، فمن حيث المضمون تعد الحقوق المدنية ثابتة ولا تختلف من دولة الى اخرى لانها ترتبط بالصفة الانسانية، ومن حيث الطابع فانها ذات طابع مطلق ولم ينشأها القانون الوضعي لانها ملتصقة بجوهر الانسان، ونجد ان مصدرها في الكرامة الانسانية وان القانون الوضعي ليس الا لحماية الحقوق المدنية الموجودة سابقا. وتتضمن هذه الحقوق ما يلي:

1- حق الحياة: هو من اهم الحقوق وأكدت عليه الشرائع السماوية ودساتير الدول والصكوك الدولية مثل الاعلان العالمي لحقوق الانسان والعهد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية.

2- حق الامن: ويتفرع منه الاطمئنان والتحرر من التعذيب أو المعاملات القاسية وايضا حق العدالة و المساواة وعدم التمييز بسبب الجنس أو اللون او الدين، وحق التنقل وحرمة المسكن وحرمة المراسلات، ومن الحقوق السياسية حق تكوين الاحزاب أو الانتماء اليها، وحق التجمع السلمي و الحق في التمتع بجنسية.

ثانيا: الحقوق الاقتصادية: هي تلك الحقوق المتعلقة بالجماعات والتي تستوجب التدخل الايجابي من قبل الدول لاجل ضمانها وتدعى بالحقوق الايجابية لانها تقتضي من الحكومة بعمل أشياء محددة وبصورة تدريجية⁽⁵⁰⁾، ومن حيث مضمونها تعد الحقوق الاقتصادية متغيرة وتعد مختلفة من دولة الى اخرى، ومن حيث الطابع فانها ذات طابع نسبي وتظهر بأشكال متعددة بحسب موارد الدول. ومن اهمها حق العمل و الحق في الضمان و التأمين الاجتماعي و الحقوق العائلية و الحق بالعيش و المسكن و الملابس المناسب، والحق في الصحة و الحق في التربية و التعليم والحقوق الثقافية.

2-1-2: موقف القضاء من الحقوق الاقتصادية:

ان القضاء الدستوري له دوراً أساسياً وريادياً، في تجسيد مفهوم مصدر الحقوق والحريات الاقتصادية، ففي كافة الانظمة الديمقراطية يشكل الشغل الشاغل للأوساط القانونية والسياسية، على حد سواء، وأصبح شعار دولة القانون يطغى على كافة المواضيع الكبرى في القانون العام.

ويعتبر القضاء الدستوري أكثر أدوات الدولة فاعلية في صيانة وتعزيد تلك الحقوق بوجه كل وسائل العنف أو التعسف التي قد يتعرض لها الافراد. فزاء سطوة الدولة وصلاحيات السلطتين التشريعية والتنفيذية وما يمكن ان تمارسه أو تتخذه من إجراءات قد تنتهك الحقوق ومنها الحقوق الاقتصادية، وقد وجدت السلطة القضائية حمايتها من خلال رقابتها الدستورية على ما يصدر من قوانين تقوم بتشريعها السلطة التشريعية أو من خلال تصديها لاي اجراء قد تتخذه السلطة التنفيذية يمس أو ينتهك الحقوق

⁽⁴⁹⁾ د.رياض عزيز هادي، حقوق الانسان تطورها ومضامينها وحمايتها، المكتبة القانونية، بغداد، 2005، ص 91.

⁽⁵⁰⁾ دايفيد فورسايت، مصدر سابق، ص 31.

والحريات الاقتصادية للمواطنين في الدولة وذلك تعد بمثابة الحامي الأساسي ضد تعسف السلطتين. ويتفرع هذا المطلب الى فرعين: الفرع الاول سنتكلم فيه عن موقف القضاء الدستوري وفي الفرع الثاني سنتكلم عن موقف القضاء الاداري:

2-1-1-2: موقف القضاء الدستوري:

يعتبر القضاء من المصادر التفسيرية للقانون الدستوري، فكثيرا ما ينص الدستور على موضوع معين ولكن قد تنشأ عن تطبيقه منازعات تصل الى ساحة القضاء، وعلى هذا تعد الاحكام الصادرة في هذه المنازعات تفسيراً لهذه النصوص، التي تنص على تقرير الحقوق والحريات العامة مع تنظيم القانون لكيفية التمتع بها، ومدى حق السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية في إيراد قيود عليها(51).

القضاء لغةً: هو الحكم، والجمع الاقضية، و القضية مفرد، و الجمع القضايا، وقضى بقضى بالكسر قضاءً أي حكم. والقضاء أصله قضاي، لانه من قضيت الا ان الياء لما جاءت بعد الالف همزت، اي ابدلت إلياء همزة لتطرفها أثر الف زائد، قال ابن بري: صوابه بعد الالف الزائدة طرفا همزت، والجمع الاقضية و القضية مثله، والجمع القضايا، على وزن فعالي واصله فعائل، ويقضى عليه يقضي قضاءً وقضية، واستقضى فلان اي جعل قاضيا يحكم بين الناس. وقضاء الشيء احكامه وامضاءه و الفراغ منه، وقال الزهري: القضاء في اللغة على وجوه مرجعها الى انقطاع الشيء وتمامه(52).

أما الدستور لغةً: فان المدلول اللغوي لتعبير الدستور الراجح فيه ان كلمة دستور ليست عربية المنبت، وانما هي كلمة فارسية الاصل، مركبة من (دست) أي يد و (وار) أي صاحب، ويعني قاعدة أساسية(53). وفي معنى كلمة دستور انها الأنا الكبير لانه جامع يؤخذ منه وقت الحاجة، وانها دخلت الى العربية في اعقاب إتصال العرب بالفرس عقب الفتح الاسلامي، ثم شاع استعمال كلمة دستور في المصطلح السياسي وفي الدول العربية وذلك في فترة تاريخية لم تحدد من قبل المؤرخين على وجه دقيق واصبحت تعني القانون الاساسي الذي يبين اصول نظام الحكم(54).

ويقصد بالقضاء الدستوري مجموعة الاحكام الصادرة من المحاكم في المنازعات التي ترفع اليها، ولهذا فالمقصود بإعتبار القضاء من مصادر القانون الدستوري هو الاحكام الصادرة من المحاكم، سواء العادية منها أو الادارية أو الدستورية، بصدد تطبيقها على المنازعات التي تتعلق بالقانون الدستوري.

(51) د. عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري، ط2، دار الكتاب العربي للنشر، القاهرة، 2004، ص 256.

(52) ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ص 3665.

(53) د. منذر الشاوي، نظرية الدستور، ط2، دار القادسية للطباعة، بغداد، 1981، ص 90.

(54) د. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري: النظرية العامة، ط1، القاهرة، 2009، ص 38.

وفي الاصطلاح تعني كلمة الدستور الاساس او القاعدة كما تعني الاذن او الترخيص، والدستور يقابله في اللغة الفرنسية إصطلاح (Constitution)، ويعني التأسيس او التنظيم(55). ولقد ادخل الاتراك هذه الكلمة الفارسية الى اللغة العربية ولها معاني أخرى حيث قد يقصد بها كبير الوزراء الذي يعد المرجع في كل الامور، وأصله الدفتر الذي تجمع فيه قوانين الملك وضابطه الوزير لانه يعلم بما يحتويه، أو لانه لا يفتح الا من قبله(56).

ولهذا يقال بالعربية "القانون الاساسي"، إذ ان إصطلاح القانون الاساسي يعد مرادفاً لإصطلاح الدستور، وإصطلاح القانون النظامي، مثل هو الحال في تسمية اول دستور العراقي وهو دستور سنة 1925. تجدر الإشارة الى عبارة القانون الأساسي وان كانت أصح لغة من كلمة دستور، وأبعد عن العجمي الا ان كلمة دستور هي المفضلة، لانهما فوق إيجازها ودلالاتها مع شيوع إستعمالها، قد ضمنها العرف شيئاً من معنى القدسية الذي يمتاز به الدستور على القوانين العادية، فاصبح لفظ الدستور، يوحي بانه من طبيعة اخرى تختلف عن طبيعة هذه القوانين وتعلو عليها(57).

يشير مصطلح القضاء من الناحية العضوية الى محكمة أو هيئة قضائية، لكن معالجة القضاء الدستوري من خلال محاولة تحديد تعريف تتجاوز هذا المعيار العضوي التقليدي، لا يمكن حصر فكرة الرقابة الدستورية التي يجسدها القضاء الدستوري في نمط هيئة محددة، وهنا سيتم الاعتماد على معيار موضوعي في تحديد معنى القضاء الدستوري في إستكمال نظريته و التحول بها الى مفهوم العدالة الدستورية(58).

والالمام بمعنى القضاء الدستوري يستلزم تناول هذا المصطلح في اطار معناه العام أولاً ثم وفق معناه الخاص ثانياً.

أولاً: القضاء الدستوري وفق المعنى العام

يقصد بالقضاء بصفة عامة في هذا السياق الاحكام التي تصدرها المحاكم عند الفصل في الخصومات. أما القضاء الدستوري فيقصد به مجموعة القواعد القانونية المستنبطة من قرارات المحاكم في مجال القانون الدستوري(59). هذا الاستنباط لا يضعف من دور القضاء الذي يسترشد الافراد بموجبه

(55) ابراهيم عبدالعزيز شيجا، المبادئ الدستورية العامة، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 2006، ص 12.
(56) د. ابراهيم محمد درويش، القانون الدستوري: النظرية العامة والرقابة الدستورية-أسس الدستور المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 9.

(57) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 64.
(58) د. كمال جعلاب، القضاء الدستوري، محاضرات مقدمة لطلبة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر 2019، ص 3.

(59) د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1976، ص 5.

بالمبادئ التي يتضمنها، دون ان يكونوا ملزمين بها باعتبارها قواعد قضائية. وانما بوصفها تفسيراً لقواعد القانون التي يمكن ان تكون محل نقاش وتفنيدها. إن وظيفة القضاء بصورة عامة هو تطبيق القانون وليس انشائه، إلا انه في الدول الأنجلوسكسونية لا يزال القضاء يؤدي دوراً كبيراً من الناحية العملية والممارسة، حيث تحظى السوابق القضائية (Precedent) في البلدان التي تطبق النظام الأنجلوسكسوني (Anglo-Saxon) بإحترام بارز بحيث نادى البعض بإعتبار القضاء في هذا الشأن من مصادر القانون الرسمية والعامة في هذه الدول (common law). ولقد اسهم اجتهاد المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في تطوير القانون الدستوري خاصة فيما يتعلق بتفسير أحكام الدستور الأمريكي وجهودها في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وصيانتها للحقوق والحريات المدنية بل وتقرير البعض منها رغم سكوت الدستور عن ذلك. وهو ما يعرف بالنموذج الأمريكي، أي يتمثل القضاء الدستوري في محكمة من محاكم القضاء العام وتكون اعلى محكمة في التنظيم القضائي، والمثال الابرز لهذا الاتجاه هو المحكمة العليا الأمريكية. حيث تشاركها المحاكم الأخرى ببعض من إختصاصها، والأهم، وهو رقابة دستورية القوانين، حيث ان جميع المحاكم الأمريكية تمارس الرقابة القضائية على دستورية القوانين في حدود إختصاصاتها، فمحاكم الولايات ترأب دستورية القوانين الصادرة من السلطات التشريعية للولايات بالنسبة لدساتيرها، وترأب المحكمة الفيدرالية العليا دستورية القوانين الصادرة من برلمانات الولايات بالنسبة للدستور الفيدرالي، كما ترأب دستورية القوانين الفدرالية (المركزية) بالنسبة للدستور الفيدرالي، والرقابة الأخيرة (رقابة دستورية القوانين بالنسبة للدستور الفدرالي) هي الأهم لأنها تكتسي طابعاً سياسياً، وتمنح المحكمة الفيدرالية العليا نفوذاً تجاه حكومات الولايات(60).

ويمارس القضاء الرقابة على دستورية القوانين من خلال الامتناع عن تطبيق القاعدة التي يحكم بعدم دستورتيتها، و المثال الاوضح لهذا المعنى هو النموذج الأمريكي وتظهر في المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية التي ترأب دستورية القوانين الفدرالية وكذا الصادرة عن الولايات بالنسبة للدستور الفدرالي، و تشاركها بقية المحاكم في الرقابة القضائية على دستورية القوانين و التشريعات الصادرة عن الولايات بالنسبة لدساتيرها(61).

ان القضاء الدستوري يشير الى كل الجهات والهيئات التي تتولى مهمة العدالة الدستورية سواء أكانت محاكم قضائية لها الولاية العامة في هذا الشأن كما هو عليه في النموذج الأمريكي، أو المحاكم والمجالس الدستورية على إختلاف النماذج المعتمدة في أوروبا.

(60) د.نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، عمان-الاردن، 2011، ص 479-480.

(61) المصدر نفسه، ص480.

وأياً كان المعيار المعتمد في تحديد القضاء الدستوري فإن إستقلال الهيئة المتولية للرقابة الدستورية يعتبر شرطاً ضرورياً وأساسياً في قيام القضاء الدستوري، ولذلك فهو يعتبر من مبادئه الأساسية، ويظهر أهمية هذا المبدأ في ان إلقاء القضاء الدستوري لا يجب ان يكون تابعاً لأي سلطة حتى تضمن ان لا يتأثر بتوجيهاتها، وفي هذا الاطار يذهب كلسن الى ان الهيئة التي تتولى القضاء الدستوري يجب ان تكون مستقلة تجاه الحكومة و البرلمان معاً، ذلك ان هذين الجهازين وباعتبارهما مشاركين في عملية التشريع بطريقة أو بأخرى فإنه يجب ان يكون تحت رقابة القضاء الدستوري(62).

ثانياً: القضاء الدستوري وفق المعنى الخاص

القضاء الدستوري بمعناه الخاص او ما يعرف بالنموذج الاوربي(63)، يراد به ان يعهد بوظائف القضاء الدستوري الى محكمة متخصصة في أحيان كثيرة تسمى بالمحكمة الدستورية ومثال ذلك المحكمة الدستورية في إيطاليا وألمانيا وإسبانيا وايضا المحكمة الدستورية العليا المصرية، أو هيئة دستورية كالمجالس الدستورية في فرنسا وفي لبنان. وبحسب بعض الفقهاء هناك مزايا من وراء إسناد مهمة القضاء الدستوري الى محكمة دستورية متخصصة، حيث تتمتع هذه المحكمة او الهيئة بعنصر الكفاية والتخصص للنظر في دستورية القوانين والتأكد من عدم مخالفتها لاحكام الدستور(64).

وهناك إختلاف واضح بين إختصاصات محاكم القضاء الدستوري على النموذج الامريكي او المعنى العام للقضاء الدستوري من ناحية إختصاصها القضائي العام وإختصاصات محاكم القضاء الدستوري وفق النموذج الاوربي أو القضاء الدستوري بمعناه الخاص، من ناحية إختصاصها بالفصل في مختلف المسائل المتنازع عليها فيما بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، والتي حددت في نصوص الدستور، لكن لا يوجد إختلاف بشأن إختصاص هذه المحاكم في نظر دستورية التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية(65).

لقد بدأت المحكمة الاتحادية العليا الامريكية تتحول واقعيًا من خلال ارتفاع نسبة احكامها الدستورية قياسا باحكامها العادية الى محكمة دستورية شبه متخصصة، ففي سنة 1925، كان (20%) من مجموع القضايا التي نظرتها المحكمة العليا، والبالغ عددها 790 قضية، ذات طبيعة دستورية. وفي

(62) د. كمال جعلاب، مصدر سابق، ص 5.

(63) د. أحمد فتحي سرور، حدود ولاية القضاء العادي في المسألة الدستورية، مجلة الدستورية، العدد السادس، السنة الثانية، 2004، ص 3.

(64) د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن-عمان، 2004، ص 564.

(65) Edward mcwhinney, Supreme courts and judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional review, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers 1986, p6

سنة 1973، ازدادت هذه النسبة الى (45%) من مجمل القضايا البالغ عددها 4187 قضية، وفي سنة 1984، بلغت هذه النسبة (55%) من مجموع القضايا التي نظرتها المحكمة، والتي يبلغ عددها 4413 قضية(66).

ويتولى فيها وظيفة القضاء الدستوري هيئة أو محكمة متخصصة لها الاختصاص الحصري في الرقابة على دستورية القوانين وتكون غالباً أما محكمة دستورية أو مجلساً دستورياً ومثاله النموذج الاوربي كالمحكمة الدستورية النمساوية أو الايطالية وتتم فيها الرقابة الدستورية، أما من خلال الدفع أمام محكمة الموضوع، أو من خلال دعوى مباشرة يقيمها الافراد أمام المحكمة الدستورية و الاصل في رقابتها الدستورية ان تكون بعد صور القانون، ومن أمثلة النموذج الاوروبي أيضاً المجلس الدستوري الفرنسي الذي يمارس رقابة سابقة على القانون قبل صدوره ويكون ذلك من خلال الاخطار الذي يمارسه أشخاص حددهم الدستور.

ومع ذلك اننا نجد نموذجاً يجمع بين المعنيين الخاص و العام وقد أخذت به بعض دول أمريكا اللاتينية وسويسرا و البرتغال وروسيا وجنوب أفريقيا حيث نجد محكمة دستورية تختص بالرقابة على دستورية القوانين بالإضافة الى رقابة يمارسها القضاء العادي من خلال عدم تطبيق القانون الذي يتعارض مع الدستور(67).

ان الافتقار الى ضمانات الحقوق والحريات لم يكن مشكلة في بداية القرن العشرين، لان تدخل الدولة في المجال الاقتصادي كان محدوداً جداً، إلا انه منذ النصف الثاني من القرن العشرين، أصبحت السلطة التشريعية تسن عشرات القوانين سنوياً، لا بل المئات احياناً بسبب توسع وتعدد وظائف الدولة، وضرورة التدخل في شؤون المجتمع، مما نجم عنه تزايد احتمالية التعرض للحقوق والحريات في هذه القوانين، ولم يعد منطوق البرلمان المطلق، المستند الى ان نواب الشعب لهم سلطة غير مقيدة قادرة على الصمود، فتهاوى هذا المنطق تدريجياً لانه يتضمن تهديداً محتملاً للحقوق والحريات الاقتصادية(68).

أم في العراق وبعد التغيير الكبير في النظام السياسي العراقي سنة 2003 وضع قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية كدستور مؤقت للدولة وذلك بعد تفويض كافة مؤسسات الدولة العراقية واحتلال بغداد من قبل القوات الامريكية، ويمكن وصف هذا القانون بانه تمهيد للدستور العراقي الذي صدر فيما بعد ، وتقسم المرحلة الانتقالية وفق هذا القانون الى قسمين: تبدأ المرحلة الاولى في

(66) عاطف سالم عبدالرحمن، دور القضاء الدستوري في الاصلاح السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص28.

(67) د. أحمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص 4.

(68) رقية المصدق، الحريات العامة وحقوق الانسان، ط1، دار النجاح الجديدة، و الدار البيضاء، المغرب، 1999، ص 77.

2004/6/23 التي حلت فيها سلطة الائتلاف المؤقتة وتولت الحكومة العراقية كامل المهام السيادية ، وفي المرحلة الثانية، أوكلت المسؤولية للحكومة العراقية الانتقالية بعد انتخاب الجمعية الوطنية.

وفيما يتعلق بالحقوق والحريات التي تضمنها قانون إدارة الدولة فقد خصص الباب الثاني (الحقوق الأساسية) منه لتنظيم هذه المسألة من المادة 10 الى المادة 23. وتتناول هذه المواد مختلف الحقوق الأساسية للأفراد والتي استند عليها لاحقاً الدستور العراقي في صياغة قواعده ذات الصلة بالحقوق والحريات. لقد أفرد الدستور النافذ الباب الثاني منه لمسألة الحقوق والحريات، حيث قسم هذا الباب الى فصلين، تناول الفصل الاول مسألة الحقوق بنوعها (المدنية والسياسية) من المادة 14 الى المادة 21 هذا فيما يخص الفرع الاول، أما الفرع الثاني فقد إختص بتنظيم مسألة (الحقوق الاقتصادية) من المادة 22 الى المادة 36. أما الفصل الثاني فقد تولى تنظيم موضوع (الحريات) من المادة 37 الى المادة 46⁽⁶⁹⁾.

ومن الحقوق التي وردت في الدستور، حق المساواة ويقصد به حق الافراد في التمتع بالحقوق والواجبات بشكل متساو مع الآخرين دون تمييز على اساس الجنس او الدين او الاصل⁽⁷⁰⁾. ويقصد بالمساواة هنا هي المساواة أمام القانون اما في غير ذلك فيختلف البشر في مقدراتهم وامكانياتهم الجسدية والعقلية. ولقد نص الدستور العراقي على هذا الحق في المادة (14) والتي تقضي بمساواة العراقيين امام القانون بدون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي⁽⁷¹⁾.

وعن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فقد كفلها المشرع الدستوري العراقي وهي حقوق عدة ، مثل الحق في الملكية، الحق في العمل، حق الضمان الاجتماعي، الحق في التعليم. حيث ورد النص على حق الملكية في المادة (23) من الدستور ومما جاء في الفقرة أولاً من هذه المادة : الملكية الخاصة مصادرة، ومن حق المالك الانتفاع بها وإستغلالها والتصرف بها، وذلك في حدود القانون. ووفق الفقرة ثانياً من نفس المادة، من غير الجائز نزع الملكية سوى لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون. وتقضي الفقرة ثالثاً من المادة عينها بان للعراقي حق التملك في اي مكان من العراق، ولا يجوز لغير العراقي تملك غير المنقول، إلا ما أستثنى بقانون، ويمنع التملك لغرض التغييرات السكانية.

ويلاحظ هنا ان الدستور العراقي مثل بقية الدساتير يحرم المساس بالملكية الخاصة الا لاغراض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل، كما يتضمن حق كل مواطن عراقي في التملك في اي مكان يختاره

(69) وسن حميد رشيد، الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في الدستور العراقي لعام 2005، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد 3، 2013، ص 654.

(70) حسن الحسن، القانون الدستوري والدستور في لبنان، ط2، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1959، ص 57-58.

(71) وسن حميد رشيد، مصدر سابق، ص 656.

في العراق. ومن المحظور وفق الدستور التملك لأغراض إجراء تغييرات سكانية تجنباً لنشوء أي إشكاليات تتصل بهذا الخصوص.

أما حق العمل فقد ادرجه الدستور العراقي في المادة (22/أولاً)، وورد فيها بان العمل حق لكل العراقيين بما يضمن لهم الحياة بكرامة. ويتولى القانون تنظيم علاقة عمال وأصحاب العمل وفق مقومات إقتصادية، مع وجوب مراعاة القواعد التي تفرضها العدالة الاجتماعية. إضافة الى ذلك، تضمن الدولة من خلال تشريع قانون حق انشاء النقابات والاتحادات المهنية او الانتماء إليها.

ويلاحظ ان المشرع هنا لم يرد احكاماً تفصيلية تنظم العلاقة بين العمال وارباب العمل بل اكتفى بإحالة ذلك وكل ما له علاقة بشؤون العمال وارباب العمل الى قانون يصدر من السلطة التشريعية.

وفي سياق الضمان الاجتماعي تولى الدستور تنظيم هذا الحق في المادة (29) والمادة (30)، فبموجب المادة (30) تتولى الدولة كفالة حماية الامومة والطفولة والشيخوخة وتقوم برعاية النشئ والشباب وتتكفل توفير ظروف مناسبة لهم من اجل تطوير قدراتهم. وتذكر المادة كذلك ان الأولاد لهم حقوق على الوالدين في مجالات التربية والرعاية والتعليم، كما ان للوالدين كذلك حقوق على الأولاد تتمثل في احترامهما ورعايتهما وبالتحديد في حالة العوز والعجز والشيخوخة. أخيراً تحظر المادة (29) من الدستور وبشكل كامل استغلال الاطفال اقتصادياً وعلى الدولة ان تتخذ ما يلزم من الاجراءات لحمايتهم⁽⁷²⁾. أما المادة (30) من الدستور فتقضي بكفالة الدولة للفرد والاسرة- وبخاصة الطفل والمرأة- الضمانين الاجتماعي والصحي، وتوفير المستلزمات الاساسية للعيش حياة كريمة حرة تؤمن لهم الدخل والسكن المناسبين. كما تكفل الدولة الضمان الاجتماعي والصحي لجميع العراقيين في حالات الشيخوخة او المرض او العجز عن العمل او التشرد او اليتيم او البطالة، وعلى الدولة ان تعمل على حمايتهم من الفاقة والخوف الجهل، وان تقوم بتوفير السكن والمناهج ذات الصلة بتأهيلهم والعناية بهم، ويتم تنظيم كل ذلك بقانون. جدير بالذكر هنا ان المشرع الدستوري في شأن تنظيم موضوع الضمان الاجتماعي قد نحى منحى الشريعة الاسلامية من خلال التشديد على موضوع التكافل العائلي، فاذا كان من واجب الابوين تربية الاولاد ورعايتهم فعلى الاولاد في المقابل ان لا ينكروا جميل الابوين وذلك من خلال إحترامهما وتوفير كل ما قد يحتاجون اليه في حالة الشيخوخة او العوز.

وبخصوص حق التعليم فقد ورد النص عليه في المادة (34) من الدستور، وبمقتضاها يعد التعليم عاملاً أساسياً وضرورياً لتطور المجتمع وحق تكفله الدولة، وعلى الدولة جعل التعليم إلزامياً في المرحلة الابتدائية، وان تكفل مكافحة الامية. ومن ناحية أخرى، تقضي هذه المادة بان التعليم المجاني هو حق لكل

⁽⁷²⁾ وسن حميد رشيد، مصدر سابق، ص 659

العراقيين في مختلف مراحل التعليم. كذلك تقوم الدولة بتشجيع البحث العلمي للأغراض السلمية وعلى نحو يخدم الانسانية، وتولي الاهتمام بالتفوق والابداع والابتكار وغيرها من مظاهر النبوغ. أخيراً، تكفل الدولة التعليم الخاص والاهلي وتنظم ذلك بقانون(73).

وتقضي المادة (25) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 بان الدولة تكفل إصلاح الاقتصاد العراقي استنادا الى مقومات إقتصادية حديثة وبما يضمن الإستثمار الكامل للموارد وتنويعها وتشجيع القطاع الخاص وتطويره.

والعراق ملزم بضمان حصول أفراد الفئات السكانية المعرضة للأذى على السكن الملائم؛ ذلك لان العراق طرف في عدة اتفاقيات دولية مثل العهدين الخاصين بحقوق الانسان. فضلاً عن تثبيت الحق في الحصول على السكن الملائم في الدستور العراقي. حيث ورد في المادة (30) من الدستور بان على الدولة ان تكفل للأفراد والعوائل ولاسيما الأطفال والنساء الضمان الاجتماعي والصحي، إضافة الى المقومات الأساسية للعيش حياة حرة كريمة، وان تكفل الدخل والسكن الملائمين.

من أجل التأكد من تنفيذ هذا الحق في سكن الفئات السكانية المعرضة للأذى في البلاد، ينبغي للعراق النظر في إتخاذ العديد من الاجراءات ومن بينها انشاء إطار قانوني وطني يخلق نظاماً يسمح للقضاء بالفصل في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وعلى وجه التحديد الحق في السكن الملائم وكذلك تنفيذ سياسات خاصة بتلك الفئات السكانية المعرضة للأذى. وعبر وضع مثل هذا النظام سيجد العراق العديد من الامثلة والسوابق ذات الصلة بالموضوع بما في ذلك أمثلة من وسط وجنوب آسيا والمجموعة الاوربية وأمريكا اللاتينية وجنوب أفريقيا.

فيما يتعلق بانشاء إطار قانوني وطني، فان العراق يسير على الطريق الصحيح وقد إتخذ وعلى نحو فعلي الخطوة الاولى على طريق الاعتراف بالحق في السكن الملائم في دستوره. الا انه ومع ذلك، يمكن للعراق ان يتوسع أكثر في هذا الحق عبر خلق منافع معينة لسكن أفراد الفئات السكانية المعرضة للأذى في البلاد. وبينما يقوم العراق بتنفيذ التشريعات المتعلقة بالسكن، فانه سيحتاج الى النظر في كيفية تعريف الحق في السكن، وكيفية السعي الى تقديم المساعدة لمن يعتبرون عرضة للأذى، حيث يمكن ان تشمل المساعدة على تقديم إعانات الايجار أو انشاء مكاتب حكومية في مناطق مختلفة من العراق مسؤولة عن تقديم المساعدة لهؤلاء الافراد.

ومن الضروري للعراق، عند انشاء نظام يسمح للقضاء بالفصل في الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وعلى وجه التحديد الحق في السكن الملائم، دراسة السياسات والنظم والقوانين التي

(73) وسن حميد رشيد، مصدر سابق، ص 659.

تم تنفيذها في بلدان أخرى ولاسيما في جنوب أفريقيا حيث تمت الاشارة بالطريقة التي يفصل فيها في تلك الحقوق⁽⁷⁴⁾.

2-2-3-2: موقف القضاء الاداري:

قبل تناول موقف القضاء الاداري ينبغي تناول مفهوم القضاء الاداري أولاً ثم بيان موقف محكمة القضاء الاداري ثانياً.

أولاً: مفهوم القضاء الاداري

يقصد به كمصدر للقانون الاداري مجموع المبادئ والقواعد التي تصدرها محاكم القضاء الاداري باعتباره هيئة قضائية مستقلة تقدم الفتاوى وصياغة التشريعات وتفصل في المنازعات الادارية وفق قواعد قانونية متميزة و التي يتم إستنباطها وإستخلاصها من النصوص القانونية ان وجدت⁽⁷⁵⁾، أو من الفقه و العرف.

1- الفقه: هو مصطلح يطلق على العلم الذي يُعنى بفهم الاحكام ويقصد به إستنباط المبادئ والقواعد القانونية بالطرق العلمية بواسطة الفقهاء، كما انه لا يعتبر مصدراً رسمياً للقانون بإعتباره مجرد مصدره التفسيري⁽⁷⁶⁾.

2- العرف: هو عبارة عن عدد من قواعد السلوك والمعايير والمقاييس الاجتماعية المتفق عليها أو المقبولة لدى العامة بإعتبارها قانوناً أو هو ما يجري عليه العمل من جانب السلطة الادارية في مباشرة صلاحياتها الادارية بشكل متواتر، وقد يتم إدخال تشريع تنظيمي مكتوب من أجل صياغة أو تنفيذ العرف كما ان إتباع السلطة الادارية لنمط معين من السلوك خلال مدة معينة مع الشعور بالالزام بنشأتها هو ما يعرف بالقاعدة القانونية العرفية وهذا ما أثبتته القضاة الاداريين في كثير من المنازعات⁽⁷⁷⁾.

تفاقت المشكلات الاقتصادية والاجتماعية عقب الحرب العالمية الاولى مما دفع بالدولة الى توسيع نشاطها والتدخل في المجالات الاقتصادية والاجتماعية واصطبغ جزء من نشاطها بطابع فني. ومقابل كل ذلك اخفق البرلمان في ملاحقة هذه التطورات فاخذ يكثر من إصدار تشريعات التفويض، حتى ان اغلب

⁽⁷⁴⁾ معهد القانون الدولي لحقوق الانسان وكلية الحقوق بجامعة جورج تاون، الحصول على السكن للفئات السكانية المعرضة للأذى في العراق، تموز، 2009، ص 3.

⁽⁷⁵⁾ د. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الادارية في النظام القضائي الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات، الجزائر، 1998، ص 101.

⁽⁷⁶⁾ نجاة بن زيان، وياسمين بن جودي، وخلصية شلقي، القضاء الاداري دراسة مقارنة مع ديوان المظالم، مذكرة ليسانس، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية -جامعة محمد بوضياف – المسيلة، 2018-2019، ص5.

⁽⁷⁷⁾ نجاة بن زيان، وياسمين بن جودي، وخلصية شلقي، مصدر سابق، ص5.

التشريعات الهامة التي صدرت بعد الحرب العالمية الاولى وأمتدت الى دستور الجمهورية الرابعة في فرنسا كانت تصدر عن طريق قرارات لها قوة القانون (Lois- Decrets)(78)، وبموجب هذه القرارات أجريت تعديلات على الانظمة القضائية وبخاصة القضاء الاداري وتم تعديل احكام القانون التجاري والقوانين ذات الصلة بنزع الملكية(79).

وجدد دستور 1958 مجال القانون والقرار الاداري التنظيمي، رغم ان الفقهاء قد هاجموا بشدة هذه التجديدات، لان التغيير الذي اتى به دستور 1958 لم يكن مألوفاً في النظام القانوني. مما دفع الفقه بعد ذلك الى البحث عن ايجابيات التغيير الذي نص عليه الدستور(80). فنتيجة لاتباع الدولة مذهب التدخل بعد الحرب العالمية الاولى ونظراً للأزمات الاقتصادية والاجتماعية التي نشأت بعد هذه الحرب وبسبب التقدم التقني الضخم الذي حدث في شتى مجالات الحياة وما تمخض عن ذلك من ظهور مسائل لها طابع فني، اخفق البرلمان في مجاراة كل ذلك نظراً لبطئ إجراءاته وهيمنة المناورات السياسية، فقام بالاكتثار من إصدار قوانين التفويض. كما ان مواجهة الازمات التي خلفتها الحرب كان يتطلب إتخاذ إجراءات لا تتسم بالشعبية مما دفع البرلمان الى تخويل السلطة التنفيذية القيام بهذه الاجراءات(81).

ولم تخرج محكمة القضاء الاداري عما سار عليه القضاء العادي، وهو عدم النظر في هذه القرارات من خلال الطعن، بل الاستناد عليها في اصدار الاحكام من دون مناقشة دستوريته. وفي العراق ومن استقراء قضاء مجلس شورى الدولة يتبين كثرة الاستناد في أحكامه على قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل. حيث ذهب هذا المجلس الى اعتبار هذه القرارات بانها تحمل صفة قانون. لقد جاء في حكم لمحكمة القضاء الاداري بتاريخ 2000/12/20 بانه "... اذا نظرنا ... في اسباب وموجبات قرار مجلس قيادة الثورة رقم (157) لسنة 1994 فان الاهداف التي ارادها المشرع في اصدار هذا القرار والذي حصر فيه تسجيل التصرفات العقارية الناقلة للملكية ضمن حدود التصميم الاساسي لمدينة بغداد او لمن تنتقل إليه الملكية ان يكون مسجلاً ضمن إحصاء 1957 او اي إحصاء سابق له في بغداد او المناطق الاخرى المشمولة به وما اراده المشرع في هذا القرار من إدراك اهداف تنظيمية وعمرانية واقتصادية وتخطيطية وغيرها من اهداف..."(82).

(78) د.سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمان الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1982، ص 138.
(79) د.طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص153.

(80) د.سامي جمال الدين، مصدر سابق. ص208.

(81) د.محمود محمد حافظ، القرار الاداري (دراسة مقارنة)، الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص 280-282.

(82) فارس عبد الرحيم حاتم، حدود رقابة القضاء الاداري على القرارات التي لها قوة القانون: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2003، ص 170-175.

ونؤيد الدكتور حمدي ياسين عكاشة (83) فيما ذهب إليه، ففكرة أعمال السيادة متغيرة بحسب ظروف الدولة ومن غير الممكن تجميدها في نص تشريعي بل تترك للسلطة التقديرية للقضاء بحسب الاحوال السياسية والاقتصادية. لقد اشارت محكمة القضاء الاداري المصري في حكم لها بانه لم يتيسر وضع تعريف حاسم او تحديد دقيق لاعمال السيادة، حيث ان ما يشكل عملاً إدارياً قد يصبح في اوضاع وملابسات سياسية في بلد ما الى مستوى اعمال السيادة، كما ان ما يعتبر عملاً ممن أعمال السيادة قد يتحول في ظل ظروف معينة الى مستوى الاعمال الادارية. وهذا المنحى إتجه إليه الفقه والقضاء الاداريين في فرنسا ومصر.

ثانياً: محكمة القضاء الاداري

تأسست اول محكمة قضاء اداري في العراق بمقتضى قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة المرقم 106 لسنة 1989 وسمح هذا القانون بتشكيل محاكم اخرى للقضاء الاداري في مراكز المناطق الاستثنائية وفق بيان يصدره وزير العدل بناء على إقتراح هيئة الرئاسة في مجلس شورى الدولة، لكن لغاية عام 2013 لم تشكل اي محكمة اخرى للقضاء الاداري رغم العدد الكبير للدعاوى المرفوعة الى محكمة القضاء الاداري في بغداد ورغم عناء الوصول من المحافظات للعاصمة لرفع دعوى إدارية(84).

يعد تشكيل محكمة القضاء الاداري الاستحداث الالهة الذي جاء به التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة العراقي إذ أوجد و لأول مرة في العراق قضاء إدارياً متخصصاً. وتغييراً في طبيعة القضائي من القضاء الموحد الى القضاء المزودج. وقد حدد قانون المجلس الاختصاص النوعي لمحكمة القضاء بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الادارية سواء فردية او تنظيمية، والتي تصدر عن موظفي الدولة والهيئات في الوزارات و الجهات غير المرتبطة بوزارة و القطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على طلب ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة ان كانت هناك خشية من الحاق الضرر بذوي الشأن(85).

فضلاً عما تقدم إشتراط المشرع العراقي في المادة 7/الفقرتان أ، ب من القانون انف الذكر التظلم قبل ان يتم الطعن أمام محكمة القضاء الاداري حيث يجب قبل التقدم بالطعن الى محكمة القضاء الاداري ان يتم التظلم من القرار او الامر امام الجهة الادارية المصدر له خلال 30 يوماً من تاريخ تبليغ مقدم

(83) د.حمدي ياسين عكاشة، الاحكام الادارية في قضاء مجلس الدولة، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص117 .

(84) مها بهجت يونس الصالحي، الاختصاص القضائي لمجلس شورى الدولة ودوره في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، العدد 5، 2019، ص 143.

(85) المادة 7/اربعاً من قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

الطعن بصدر الامر او القرار المطعون فيه او اعتباره مبلغاً به، وعلى الجهة الإدارية المقدم إليها التظلم ان تنظر فيه خلال مدة 30 يوماً من تاريخ تسجيل التظلم لديها. وفي حالة عدم البت في التظلم او رفضه من قبل هذه الجهة ينبغي على مقدم التظلم تقديم الطعن الى المحكمة خلال مدة 60 يوماً من تاريخ رفض التظلم حقيقة او حكماً ويجب على المحكمة تسجيل الطعن لديها بعد إستيفاء الرسم ولا يحول سقوط حق الطعن امامها من مراجع المحاكم العادية للمطالبة بحقه في التعويض عن الاضرار الناشئة عن المخالفة او خرق للقانون.

وبموجب المادة (7) من القانون أعلاه، يعتبر في حكم القرار او الامر رفض او عدم قيام الموظف او الهيئة بإتخاذ قرار او امر كان واجب على الموظف او الجهة إتخاذه قانوناً. وأستتبع ذلك بالنص في المادة (7/ثامناً) على ولاية المحكمة بالقول:

أ- تبت محكمة القضاء الاداري في الطعن المقدم إليها، ولها ان تقرر رد الطعن او إلغاء او تعديل الامر أو القرار المطعون فيه مع الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى بناء على طلب المدعي.

ب- ويكون أيضاً قرار المحكمة قابلاً للطعن فيه تمييزاً لدى المحكمة الادارية العليا خلال 30 يوماً من تاريخ التبليغ به او عده مبلغاً. ج- يكون قرار المحكمة غير المطعون فيه بمثابة قرار المحكمة الادارية العليا الصادر نتيجة الطعن باتاً وملزماً".

وتمثلت الخطوة الهامة التي اتبعتها المشرع العراقي في سياق دعم دور القضاء في اصدار القانون رقم (17) لسنة 2013 قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 ومن اهم سمات هذا القانون هو استحداث المحكمة الادارية العليا لتحل محل الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة، وتتنظر تمييزاً في احكام القضاء الاداري.

ووفقاً لنص المادة (2/اربعاً) من قانون التعديل الخامس اعلاه، تتعقد المحكمة الادارية العليا في بغداد برئاسة رئيس المجلس او من يخوله من المستشارين وعضوية ستة مستشارين و اربعة مستشارين مساعدين يختارهم رئيس المجلس. وتمارس المحكمة الادارية العليا اختصاصات محكمة التمييز الاتحادية المذكورة في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 عند الفصل في الطعون بقرارات محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين.

إضافة الى ما تقدم تمارس المحكمة اختصاص النظر فيما يلي:

- 1- الطعون في قرارات محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين.
- 2- النزاع بشأن تحديد الاختصاص في النظر في الدعوى الذي يثور فيما بين محكمة قضاء الموظفين ومحكمة القضاء الاداري.

3- التنازع بشأن تنفيذ حكمين باتين متناقضين صادرين عن محكمة القضاء الاداري او محكمة قضاء الموظفين في موضوع واحد اذا كان التنازع بين نفس المتخاصمين او كان احدهم طرفا في الحكمين وهنا تقوم المحكمة بترجيح احد الحكمين وتقرر تنفيذه دون الحكم الاخر.

ورغم ان دستور جمهورية العراق في المادة (101) قد قضى بجواز انشاء مجلس دولة يتولى وظائف القضاء الاداري وإصدار الفتاوى وصياغة القوانين وتمثيل الدولة وهيئاتها امام الجهات القضائية، غير ان هذا المجلس قد تأخر تأسيسه بصور القانون رقم (71) لسنة 2017 وهو التعديل الذي قضى في المادة (1) منه بتأسيس وإنشاء مجلس الدولة كهيئة مستقلة تتولى مهام القضاء الإداري والإفتاء والصياغة القانونية ومنح رئيس المجلس صلاحيات الوزير المختص وبذلك اكتسب المجلس الاستقلال التام عن السلطة التنفيذية.

وفي ادناه نعرض لموقف القضاء الاداري من بعض الحقوق والحريات الاقتصادية:

1. حق الملكية:

يتميز إتجاه مجلس شورى الدولة العراقي في حماية حق الملكية في انه أستطاع ان يمد رقابته على مشروعية القرارات الادارية الماسة بحق الملكية في ذاته و في عناصره الاساسية مثل قدرة المالك على التصرف في ملكه او إستغلاله بكافة وسائل الاستغلال المشروعة وقد إتجه المجلس الى عدم مشروعية القرار الاداري المقيد لحق الملكية اذا كان الغرض المنشود من القرار غرض سياسي او حزبي، حيث قضت المحكمة القضاء الاداري في العراق بإلغاء القرار الاداري الصادر من جهاز الاستخبارات بحجز اموال المدعين المنقولة وغير المنقولة وقد ورد في الحكم (بعد ان اتضح للمحكمة ان القرار الصادر بالحجز قد وضع لاسباب سياسية وان الموكلين غير مدينين لاي جهة بل يتخذان من المملكة المتحدة (لندن) محل إقامة لهما ولمدة طويلة ولم يرجعا الى العراق ومعلوم ان من يسكن خارج القطر لفترة طويلة وبصورة دائمية كان النظام السابق يعتبره من المعارضين وان جهاز الاستخبارات لا يضع إشارة الحجز الا لاسباب سياسية وان وكيل المدعى قد افاد انه لا يعرف سبب وضع الحجز وما اذا كان المدعيان مدينين من عدمه)(86).

يتضح مما تقدم ان تجاه مجلس شورى الدولة في القرار أعلاه انصرف الى إعتبار القرار الاداري الصادر من جهاز الاستخبارات بمثابة استخدام للسلطة لتحقيق غاية سياسية وهذا يعد انحرافا في استخدام

⁸⁶ حكم محكمة القضاء الاداري بالعدد 65، قضاء إداري، 2006، 2006/6/10، عيسى تركي خلف الجبوري، أساليب الضبط الاداري وعلاقتها بالحريات العامة، رسالة دكتوراه، معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، 2011، ص 513.

السلطة وخروج على مبدأ المشروعية وإعتداء خطير على حق الملكية الخاصة الذي تكفله جميع الدساتير العراقية ولذا حسن فعل عندما قرر الغاؤه.

وفي قضية أخرى تتصل بحق الملكية ورد في قرار المحكمة ما يلي (حيث ان الفقرة (2) من القرار المطعون فيه تضمنت أحكاماً تتعلق بنزع الملكية وحيث ان المادة (2/23) من الدستور تنص على "لا يجوز نزع الملكية الا لاغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وينظم ذلك القانون) كذلك تنص المادة (105) من القانون المدني العراقي على "لا يجوز ان يحرم احد من ملكه الا في الاحوال التي قررها القانون وفي الاحوال التي رسمها ويكون ذلك لقاء تعويض عادل يدفع له مقدماً، كما ان نزع الملكية لم يكن للمصلحة العامة ولما تقدم من أسباب قرر بالاتفاق إلغاء الفقرة (2) منه لمخالفتها الدستور والقانون".(87)

من الحكم أعلاه يتضح ان محكمة القضاء الاداري إعتبرت قرار رئيس مجلس الوزراء بمثابة نزع ملكية ومن ثم فانها رجعت الى التنظيم الدستوري لنزع الملكية الذي إشترط ان يكون النزع لمقتضيات المصلحة العامة وعدم جواز نزع الملكية لغير إعتبرات المصلحة العامة ولقاء تعويض عادل.

وفي قضية اخرى وضعت المحكمة الادارية العليا مبدا هاماً في مجال حماية حق الملكية وهو ان العقار لا يعتبر تراثياً ومن ثم يقيد المالك بالتصرف به الا بموجب قرار من وزير السياحة والاثار مستوفي للشكلية التي تطلبها القانون في إعلان ان عقار ما تراثياً ونشر ذلك في الجريدة الرسمية بعد التأشير في سجلات التسجيل العقاري يكون حجة على الجميع وبخلافه لا يجوز تقييد حق الملكية بذريعة كون العقار تراثياً حيث طعن مواطن امام القضاء الاداري بممانعة وزير السياحة و الاثار اصدار اجازة بناء له على العقار الذي يعود له بذريعة كونه تراثياً وجاء في حكم المحكمة الادارية العليا ما يأتي (وحيث ان المحكمة رجعت الى إضبارة العقار في دائرة التسجيل العقاري ووجد ان العقار لم يسجل تراثياً ولم يتم وضع إشارة عدم التصرف عليه مما يفيد تخلف الشكلية التي اوجبها القانون لاثبات صفة العقار التراثية كما يلاحظ ان الظروف ذات الصلة بالعقار لا تجعل الشخص المعتاد قادراً على العلم بانه عقار تراثي، ذلك لان العقار تم تأجيله للغير لفترة طويلة ويدفع المالك عنه ضريبة العقار وفق المستندات المقدمة في الدعوى بينما العقار الذي له صفة تراثية هو معفي من دفع ضريبة العقار كما ان فرز العقار الى قطعتين دون صدور ممانعة من الدوائر المعنية مثل أمانة ... لما تقدم من اسباب فان ممانعة المدعى عليه في منح اجازة البناء للمدعي .. لا سند لها من القانون)(88).

(87) مها بهجت يونس الصالحي، مصدر سابق، ص 143.

(88) حكم المحكمة الادارية العليا العدد 36، إداري-تميز، 2013 في 2013/10/10، منشورات من قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2013، ص 362، وينظر: مها بهجت يونس الصالحي، مصدر سابق، ص 158.

2. حرية التجارة والصناعة:

اختلفت اتجاهات مجلس شورى الدولة القضائية في حماية حرية الصناعة و التجارة في اتخاذ قرارات شجاعة ومؤثرة كفلت ممارسة هذه الحرية وبين اصدار قرارات لها جراءة اقل.

ومن خلال رقابة محكمة القضاء الاداري على مشروعية القرارات الادارية التي تصدر عن دوائر الدولة في سياق تنظيم المزايدات العلنية او المناقصات أرست مبدأ مهم هو حق جميع المواطنين بالاشتراك في هذه المزايدات والمناقصات وفق إجراءات تنافسية عادلة وعدم جواز حرمان اي مواطن من ممارسة حقه في العمل التجاري، حيث ورد في حكم لمحكمة القضاء الاداري (وحيث ترى المحكمة انه يحق للمواطن مباشره العمل التجاري بجميع السبل القانونية المتوافره و المشروعة وهذا الحق هو من الحقوق الاساسية المنصوص عليها فى القانون و الدستور ولا يجوز لاية جهة ادارية منع المواطن منه الا بموجب الطرق التي حددها القانون، لذا فان منع دائرة المدعى عليه المدعين من الاشتراك في المزايدة فانها تعد متعسفة ويكون قرارها مشوباً بعيب التعسف مما يقتضي)⁽⁸⁹⁾، ان منع اي مواطن من الاشتراك في مزايدة أو في مناقصة متى ما توفرت فيه الشروط المقررة قانوناً للإشتراك، فان هذا المنع يعد غير قانوني وينتهك حرية ممارسة العمل التجاري وهذا هو اتجاه مستقر في قضاء مجلس شورى الدولة في هذه القضية وفي قضايا اخرى مشابهة تتصل بالمناقصات والمزايدات⁽⁹⁰⁾.

وفي قضية أخرى قضت محكمة القضاء الاداري بعدم جواز استخدام صلاحيات ضبطية لتحقيق اغراض مالية لان هذه الصلاحيات لم تمنح للإدارة لتحقيق هذه الاغراض ووقائع القضية تتلخص في ان أمانة بغداد استخدمت صلاحياتها في إغلاق مكتب تجاري للمقاولات الانشائية على أساس ان صاحب المكتب مرتبط معها بالتزام تنظيف شوارع ولم يوف بهذا الالتزام وبشروط المقولة، حيث لم يسدد مبلغ التأمينات وقدم صكين بالمبلغ اتضح عدم وجود رصيد للوفاء بهما ومما جاء في قرار محكمة القضاء الاداري (ان قرار الغلق قد جاء على مكتب المدعي المستغل للمقاولات الانشائية لا صلة له بموضوع التعهد الذي التزم بمقتضاه المدعي تجاه المدعى عليه لاغراض اخرى اما بشأن قيام المدعى بدفع التأمينات بموجب صكين لا يوجد رصيد للوفاء بهما فان القانون يقتضى تحريك الشكوى الجزائية ضد هذا الفعل غير المشروع لإصدار قرار بغلق المكتب لان ذلك يشكل تجاوزاً لأختصاصه ودخوله ضمن إختصاص القضاء وحيث ان غلق المكتب... قد سبب للمدعى اضرار مادية على وفق ما جاء بتقرير الخبراء مما يستوجب التعويض وحيث يجوز للمحكمة ان تتخذ من خبرة الخبير سبب لحكمها عليه، لما تقدم قررت

⁽⁸⁹⁾ عيسى تركي خلف الجبوري، مصدر سابق، ص 513.

⁽⁹⁰⁾ حكم محكمة القضاء الاداري العدد 29/ق/أ/2000 في 2000/9/9، منشورات مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل، 2001، ص 175.

المحكمة الحكم بإلغاء القرار الاداري المطعون به وإلزام المدعى عليه إضافة لوظيفته بدفع مبلغ التعويض المقدرالى المدعي⁽⁹¹⁾، وقد صدقت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة هذا القرار وقضت برد الطعن التمييزي.

3. الحق في العدالة الضريبية

من مستلزمات تحقيق مبدأ العدالة في الضريبة عدم جواز فرض اية ضريبة او رسم او استحصالهما او الاعفاء منهما إلا في حالة النص على ذلك في قانون تسنه السلطة التشريعية المختصة بذلك. لذا استقر قضاء مجلس شورى الدولة على عدم مشروعية قيام الادارة بفرض ضرائب او رسوم ويميل المجلس الى إلغاء اي قرار اداري من هذا القبيل. وفي قضية تتمثل في إمتناع مدير التسجيل العقاري عن اعادة التسجيل العقاري الموهوب باسم الواهب بعد ان صدر قرار قضائي بفسخ عقد الهبة الواقع على العقار الا بعد دفع رسم التسجيل كاملا فطعن الواهب في هذا القرار امام محكمة القضاء الاداري التي ذهبت الى (ومما يتقدم يتضح ان معاملة التسجيل العقاري الخاصة بالمدعي معاملة فسخ هبة وليس رجوعا فيها ولعدم النص في قانون الرسوم العدلية رقم (114) لسنة 1981 على استيفاء رسم عن تسجيل معاملة فسخ الهبة وحيث ان رسم التسجيل هو من قبيل الضريبة التي لا يجوز فرضها إلا بمقتضى نص، وفقا للمادة (35) من الدستور الحالي "لا تفرض الضرائب المالية ولا تعدل ولا تجبى الا بقانون" وبما ان القرار الاداري المطعون فيه قد صدر بغير ذلك لذا قضت المحكمة الحكم بإلغائه⁽⁹²⁾، وبذلك يتضح موقف القضاء الاداري العراقي من مبدأ العدالة الضريبية حيث ان القانون الذي يفرض الضريبة يتصف بالعمومية و التجرد الامر الذي يحقق العدالة في توزيع الاعباء العامة بخلاف القرار الاداري الذي يخاطب الذوات لذلك نجد ان السماح للإدارة بفرض ضرائب ورسوم سيؤدي حتما الى انتهاك مبدأ العدالة الضريبية.

2-2: انواع الحقوق والحريات الاقتصادية:

تعتبر الحقوق والحريات الاقتصادية من طائفة حقوق الانسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي يعترف بها الاعلان العالمي لحقوق الانسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وداستير الدول وغير ذلك من الوثائق التي تؤكد على أهمية الحقوق الاقتصادية للانسان ودورها في تمكينه من التمتع بحقوق الانسان الاخرى. ولأجل الالمام بالحقوق والحريات الاقتصادية ارتأينا تناول ثلاثة من الحقوق والحريات الاقتصادية وهي الحق في الملكية وحرية الصناعة والتجارة والحق في

⁹¹ علي سلمان المشهاني، قواعد الاثبات في الدعوى الادارية، مكتبة السنهوري، بيروت، 2017، ص 323.
⁹² حكم محكمة القضاء الاداري العدد 43/43/1998 في 4/6/1998، ينظر: علي سلمان المشهاني، مصدر سابق، ص 365.

الاستثمار. وعليه ينقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب، يتناول المطلب الاول الحق في الملكية ويعرض المطلب الثاني لحرية التجارة والصناعة ويتطرق المطلب الثالث الى الحق في الاستثمار.

2-2-1: الحق في الملكية

تعد الملكية واحدة من المفاهيم الاساسية لكل نظام قانوني وهي امر حيوي لكل مجتمع، اذ ان الملكية وابرام العقود يشكلان أساس النظام الاقتصادي في اي مجتمع، والذي يقوم على التبادلات والمعاملات التجارية، لذلك يعد حماية الملكية وصيانتها مسألة هامة جدا لاقتصاد السوق والأمن الاقتصادي للأفراد في البلدان المتقدمة، لهذا تنص المادة (17) من ميثاق الاتحاد الأوربي للحقوق الاساسية على انه لا يجوز تحريم الشخص من ممتلكاته الا اذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، عندئذ يجوز حرمان الفرد من ممتلكاته بشرط الالتزام بالشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون، وتعويض الافراد عن هذا الحرمان بشكل عادل وفي وقت ملائم.

عليه، نقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول حق الملكية في فرع اول ونتطرق الى التنظيم الدستوري والقانوني لحق الملكية في فرع ثاني.

2-2-1-1: مفهوم الحق في الملكية:

تعرف الملكية بانها إتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون مطلقا التصرف فيه وحاجزا عن تصرف غيره فيه⁽⁹³⁾. ويعرف الحق في الملكية بانه حق الشخص في الاستفادة من المال المملوك بشكل مؤبد والتصرف فيه على نحو مطلق دون من عداه من الافراد⁽⁹⁴⁾.

ويعرف حق الملكية كذلك بانه سلطة تمكن صاحبها من إستعمال الشيء، والانتفاع به بكافة الفوائد التي يمكن الحصول عليها على نحو مؤبد ومقصود على المالك وحده. ويعرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري حق ملكية الشيء بانه حق الاستئثار بالشيء بإستعماله وإبستغلاله وبالتصرف فيه على الدوام، وكل ذلك في حدود القانون⁽⁹⁵⁾. وتقضي المادة (802) من القانون المدني المصري بان مالك الشيء له وحده، وفي حدود القانون، الحق في إستعمال وإستغلال والتصرف في هذا الشيء.

من النص أعلاه يلاحظ بان المشرع قد إهتم ببيان العناصر المكونة لحق الملكية، أي السلطات التي تثبت للمالك على الشيء محل حقه، وهي سلطة الاستعمال والإستغلال والتصرف. كما يبين التعريف ان تلك السلطات ليست مطلقة، بل مقيدة، ففي حدود القانون للمالك الحق في إستعمال الشيء وإستغلاله

⁽⁹³⁾ د. احمد الشرباصي، المعجم الاقتصادي الاسلامي، دار الجيل للنشر، بيروت، 1981، ص 441.

⁽⁹⁴⁾ د. محمد صالح، أصول الاقتصاد، أشار إليه: د. مصدر سابق، ص 512.

⁽⁹⁵⁾ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص 413.

والتصرف فيه، وذلك في إطار ما تمليه قواعد القانون من قيود، بصرف النظر عن طبيعة هذه القواعد وما إذا كانت تشريعاً أو عرفاً أو قاعدة قانونية مستمدة من أي مصدر آخر من المصادر⁽⁹⁶⁾.

وهناك رأي ذهب الى تعريف حق الملكية بانها "الملكية حق بمقتضاه يوضع شيء تحت إرادة شخص يكون له دون غيره ان يستعمله ويستغله ويتصرف فيه بجميع التصرفات في حدود القانون"⁽⁹⁷⁾.

ويبدو ان هذا التعريف لا يختلف كثيراً عن نص المادة (802) من التقنين المدني المصري. وهناك رأي آخر ذهب الى تعريف حق الملكية بانه: "الحق العيني الاصلي الذي يمنح صاحبه السلطات التي تمكنه من الحصول على كافة فوائد الشيء، وذلك بإستعماله وإستغلاله والتصرف فيه، مع مراعاة القيود التي يفرضها القانون على هذا الحق".

وقد جاء تعريف الملكية في كل من القانون المدني المصري الجديد المادة (802)، والقانون المدني السوري الجديد المادة (768)، والقانون المدني الليبي الجديد المادة (811): "ان لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه). وكذلك جاء في القانون المدني العراقي الجديد المادة (1048) بان للمالك صاحب الملك التام ان يتصرف تصرفاً مطلقاً فيما يملكه وينتفع منه ويستغله، فينتفع بالعين المملوكة وبغلبها وثمارها ونتائجها ويتصرف في عينها بكافة التصرفات الجائزة⁽⁹⁸⁾.

وجاء ايضاً في المادة (570) من القانون المدني الاندونيسي: "حق الملكية هو حق التمتع بإستعمال عين على وجه الاطلاق والتصرف فيه على جميع الواجه شريطة الا يتعارض مع القوانين والانظمة العامة التي وضعتها السلطة المختصة لها".

ويرى بعض المتأخرين من فقهاء القانون الوضعي ان حق الملكية ليس حقاً مادياً، بل هو شيء معنوي كغيره من الحقوق العينية مثل الارتفاق والانتفاع والرهن وغيرها، وهنا إعتراض مفاده: ان حق الملكية هو حق مادي ومعنوي، وهو على رأس الحقوق المالية، إذ القانون يقسم الحقوق الى مالية وغير مالية، والمالية تنقسم الى حقوق عينية وشخصية، وفكرية، وهذا يتعارض مع ما ذهب إليه المتأخرون من فقهاء القانون⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁶⁾ جابر محبوب علي، حق الملكية في القانون المدني المصري، دار طيبة، الجيزة، 2011، ص 14.

⁽⁹⁷⁾ د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، بدون مكان وسنة طبع، ص 215.

⁽⁹⁸⁾ محمود سعدالدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، ج1، مطبعة العاني، بغداد، 1955، ص 262

⁽⁹⁹⁾ د.محمود يونس حمادة الحديثي، كسب الملكية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار غيداء للنشر، عمان، 2016، ص 55.

2-2-1-1: التنظيم الدستوري والقانوني للحق في الملكية:

يقتضي التنظيم التشريعي والقانوني للحق أو للحرية ان الاصل في الملكية هو ان تظل لأصحابها والا تفرض قيود عليها لا تقتضيها طبيعتها أو وظيفتها الاجتماعية، والا ينال المشرع من أصلها أو يجردها من لوازمها الا وفق الشروط والايضاح التي ينص عليها الدستور والقانون، والا يباشر آخرون عليها سيطرة فعلية. وحرصت النظم الدستورية والقانونية على منح حق الملكية حماية قانونية والدستورية. وبتناول في ادناه التنظيم الدستوري والتنظيم القانوني لحق الملكية في العراق ضمن فقرتين مستقلتين.

أولاً: التنظيم الدستوري لحق الملكية في العراق

اولت غالبية الدول في دساتيرها بتقنين حق الملكية، ومن هذه الدساتير دستور جمهورية العراق لسنة 2005، إذ نصت المادة (23) منه على ان الملكية الخاصة مصونة ويحق للمالك الانتفاع بها وإستغلالها والتصرف بها في الحدود المرسومة في القانون. ولا يجوز نزع الملكية لغير أغراض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل. كما ان للعراقي حق التملك في اي مكان في العراق، على ان يحظر التملك لاغراض احداث تغييرات سكانية. أما الأجنبي او غير العراقي فلا يجوز له تملك غير المنقول الا اذا استثنى بقانون.

وإذا كانت الملكية الفردية هي في الاصل ثمرة النشاط الفردي، اقتضى منطقياً الاقرار بهذا الحق للفرد، أي ان للمالك حق مطلق على ما يمتلكه فله استعمال ملكه، وان يستغله ويستثمره، وان يتصرف فيه كيفما يشاء، لكن ضمن حدود المصلحة العامة وقوانين الدولة النافذة وبشرط عدم التعسف في إستعمال الحق أو التجاوز على حقوق الآخرين، وللمالك حق دائم على ملكيته ولا يحرم منه الا لغايات المصلحة العامة ومقابل تعويض مالي يحدد وفق القانون.

إضافة الى ما تقدم تقضي المادة (27) من الدستور بحرمة الأموال العامة وان ينظم القانون الاحكام الخاصة بحفظ وإدارة أملاك الدولة وكيفية التصرف فيها والحالات التي لا يجوز فيها التصرف او التنازل عن أموال الدولة.

وخصص الدستور المصري المعدل الصادر لعام (2014) عدداً من مواد حق الملكية، ففي المادة (33) من هذا الدستور اخذت الدولة على عاتقها حماية الملكية سواء أكان ملكية عامة، او ملكية خاصة، او ملكية تعاونية. ويمنح هذا الدستور في المادة (34) للملكية العامة حرمة، ويحظر المساس بها، ووجب حمايتها وفقاً للقانون. إضافة الى ما تقدم، تنص المادة (35) بان الملكية الخاصة مصونة، وان حق الارث فيها مكفول ولا يجوز فرض الحراسة عليها سوى في الاحوال المحددة في القانون، واستناداً

الى حكم قضائي، ولا يجوز نزع الملكية الا للمصلحة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدما استنادا الى القانون(100).

وهكذا يتضح لنا من خلال النصوص السابقة ان الدساتير المصرية المتعاقبة حرصت على حماية الملكية الخاصة ايا كانت جنسية المالك، وقررت عدم المساس بها الا اذا كانت هناك مصلحة وفقاً للقانون ولقاء تعويض عادل، وكما يتضح ان الدستور الجديد الصادر (2014) يؤكد على حماية الملكية الخاصة ضد التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية مما يخلق الطمانينة لدى أصحاب هذه الملكية، حتى لو كانوا من الاجانب الامر الذي يشجع المستثمر الاجنبي على الاستثمار في مصر(101).

وفي المملكة الاردنية الهاشمية حرص الدستور على حماية حق الملكية حيث يقضي بعدم نزع ملك احد الا للمنفعة العامة وإزاء تعويض عادل حسبما يبين في القانون. وأكدت المادة (12) بانه: "لا تصدر أموال منقولة او غير منقولة الا بمقتضى القانون"، وجسدت هذه المبادئ بقوانين مثل قانون أملاك الدولة لعام 1974 وقانون قناة الغور لعام 1962 وقانون الاستملاك لعام 1980، وهذا كفل الحق بالقانون المدني في مواده (1016 – 1075) وأكدت "ان الملكية حق للمالك يتصرف في ملكه عيناً ومنفعة وإستغلالاً"(102).

وينص الدستور الاردني على حق الملكية في المادتين (11 و 12) منه حيث تقضي المادة (11) بعدم جواز الاستملاك لمصلحة أي احد إلا لغرض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل حسبما يقرر في القانون. أما المادة (12) من هذا الدستور فتحظر فرض قروض جبرية او مصادرة اموال منقولة او غير منقولة إلا استنادا الى القانون.

وحرية الملكية تعني قدرة الفرد على ان يصبح مالكا، وقد كانت في السابق من الحريات المقدسة، أما القانون المدني قد عرف الملكية في المادة (1018)، بانها سلطة المالك في ان يتصرف في ملكه تصرفا مطلقا عينا ومنفعة وإستغلالا كما بينت المادة (1021)، من نفس القانون بان للمالك ان يتصرف في ملكه كيفما يشاء ما لم يكن تصرفه مضرراً بالغير ضرراً فاحشاً، او مخالفا للقوانين ذات العلاقة بالمصلحة العامة او المصلحة الخاصة. كما ان الحق ترد عليه بعض القيود شأنه في ذلك شأن باقي الحقوق حيث يجب ان يكون استغلال حق الملكية في حدود القانون وان لا يخالف الاداب العامة و النظام العام، وان لا يضر بغيره في إستغلاله. والقيود التي ترد على حق الملكية تعتبر بمثابة إستثناءات كما ان حق

(100) د. أحمد عبدالله المراغي، الاصلاح التشريعي في مواجهة جرائم الاستثمار، ط1، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص 38.

(101) د. أحمد عبدالله المراغي، مصدر سابق، ص 38-39.

(102) فرج محمد عبد الرحمن ابو شمالة، حقوق الانسان، ط1، دار الخليج للنشر و التوزيع، عمان، الاردن، 2011، ص 221.

الملكية يستلزم عدم الاعتداء عليها، فلا يجوز مصادرتها أو الاستيلاء عليها إلا في حدود القانون ومقابل تعويض عادل وهذا ما نصت عليه المادة (11) من الدستور و المادة (1021) من القانون المدني⁽¹⁰³⁾.

الحق في الملكية في التشريع الجزائري التي نص عليها المشرع الجزائري بصورة عامة في المادة (52) من دستور عام 1996، والمحمية بنص المادة (67) من دستور عام 1996 التي نصت على انه: "يتمتع كل أجنبي، يتواجد فوق التراب الوطني قانونياً، بحماية شخصه وأملاكه وفقاً للقانون". ففصل الحقوق المادية لاسيما حق أملاك العقارات في العديد من التشريعات في هذا الخصوص. كما تعرض لهذه الحقوق في التشريعات أخرى، لا سيما الحقوق الغير المادية، وهذا بعد انضمام الجزائر الى إتفاقيات حماية حق المؤلف، كانضمامها للإتفاقية العالمي لحقوق المؤلف عام 1973، وإتفاقية انشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية (ويبو) عام 1975، وحماية الاعمال الادبية والفنية، وانضمامها لإتفاقية برن حول حماية الاعمال الادبية و الفنية عام 1997⁽¹⁰⁴⁾.

ثانياً: التنظيم القانوني لحق الملكية في العراق

حق الملكية وفق نص المادة (1048) من القانون المدني العراقي هو الملك التام الذي يتيح للمالك التصرف وعلى نحو مطلق فيما يملكه عينا ومنفعة وإستغلالاً فينتفع بالعين التي يمتلكها وبغلتها وثمارها ونتائجها وبتصرف في العين بكافة التصرفات المسموح بها. هذا التعريف استمدده القانون العراقي من تعريف المادة (11) من مرشد الحيران لحق الملكية.

يتضح من تعريف القانون المدني العراقي ومن التعريفات الفقهية ان الملكية تنطوي على كمال التصرف المطلق. ويلاحظ انه رغم ان هذه التعريفات قد اضفت على الملكية بصفة الاطلاق فانها تتضمن في الوقت عينه ما يخفف من شدة هذا الاتجاه. فالجملة الاخيرة من المادة (1048) انفة الذكر تذكر تصرفات المالك في العين "بجميع التصرفات الجائزة" لذا فان خروج المالك عن حدود الجواز يعتبره القانون سبباً لتجريد الحماية منه⁽¹⁰⁵⁾.

ان التطورات الاجتماعية والاقتصادية والفكرية أخذت تضي على حق الملكية وجهة إجتماعية فمنذ بداية القرن العشرين أعلن الفقيه الفرنسي (ديجي) بان الملكية لا يعد حقاً بل "وظيفة إجتماعية". هذه النزعة في تصوير حق الملكية على ان لها وظيفة اجتماعية ظهر صداها في التشريعات الجديدة، كما

¹⁰³ علاء العلاونة، وآخرون، دراسات في حقوق الانسان، دار الخليج، مركز عمان لدراسات حقوق الانسان، عمان - الاردن، 2003، ص 136-137.

¹⁰⁴ د. محمد سعادي، مركز الاجنبي ومسألة حقوق الانسان في التشريعات الدولية والمنظومة القانونية الجزائرية، ط1، الدار المصرية للنشر و التوزيع، مصر القاهرة، 2019، دون صفحة.

¹⁰⁵ د. محمد طه البشير، ود. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية - الحقوق العينية التبعية، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي للطبع، بغداد، دون سنة الطبع، ص 41-42.

أشارت بعض الدساتير صراحة الى ذلك. فالمادة (16/أ) من دستور العراق لسنة 1970 تقض بان الملكية وظيفة إجتماعية تباشر في حدود غايات المجتمع وبرامج الدولة، وفقا لأحكام القانون. وقرر قانون إصلاح النظام القانوني لسنة 1977 بان الملكية لها وظيفة اجتماعية، عليه يجب ان يحدد القانون المدني الوظيفة الاجتماعية لكل فئة من فئات الملكية الخاصة لوسائل الانتاج، وان الاخلال بالشروط التي يفرضها القانون لممارسة مثل هذه الوظيفة الاجتماعية تستتبع إعادة النظر في حق صاحبها من قبل الدولة وتقرير نقلها الى من يحقق هذه الوظيفة الاجتماعية⁽¹⁰⁶⁾. ان إضفاء طابع الوظيفة الاجتماعية على حق الملكية يترتب عليه ما يلي:

(1) في حالة التعارض بين حق الملكية والمصلحة العامة، يتم تغليب المصلحة العامة. وقد عبر قانون إصلاح النظام القانوني عن ذلك عندما قضى بوجوب ان تتغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في حالة التعارض في الملكية او الانتفاع بها⁽¹⁰⁷⁾. حيث قد تستلزم المصلحة العامة على سبيل المثال تجريد المالك من ملكه لكن مقابل تعويض عادل يقدر وفق الاصول التي يقرها القانون⁽¹⁰⁸⁾.

(2) عندما يتعارض حق الملكية مع مصلحة خاصة تكون هي الأولى بالرعاية من حق الملكية، تقدم هذه المصلحة الخاصة. ويترتب على ذلك:

(أ) يجب على المالك عدم استخدام حقه إذا كان هذا الاستعمال قد يلحق بالغير ضررا غير مشروع⁽¹⁰⁹⁾.

(ب) يمكن للغير ان يتدخل ايجابيا في استفادة المالك من ملكه ليتجنب ضررا أشد من الضرر الذي يلحق بالمالك من جراء التدخل. ومثال ذلك حقوق المجرى والمرور والمسيل:

وتتضمن المادة (1049) من القانون المدني العراقي نطاق حق الملكية حيث تبين بان المالك يمتلك جميع عناصره الجوهرية والتي، وفق العرف، لا يمكن فصلها عنه دون هلاك او تغيير الشيء. إضافة الى ذلك، تشمل ملكية الارض ما فوقها جوا وما تحتها سفلا الى الحد الذي يجوز التمتع به. ويجوز الاتفاق على ان يتم فصل ملكية ما فوق سطح الأرض او تحتها عن ملكية سطح الأرض⁽¹¹⁰⁾.

¹⁰⁶ قانون اصلاح النظام القانون رقم (35) لسنة 1977، منشورات وزارة العدل، ص41

¹⁰⁷ قانون إصلاح النظام القانوني، ص41.

¹⁰⁸ المادة (16) الفقرة (ج) من الدستور المؤقت لسنة 1970.

¹⁰⁹ المادة (1051) من القانون المدني العراقي

¹¹⁰ تقابل المادة (803) مصري، (769) سوري، (551) فرنسي.

ويفهم من هذا النص ان ملكية الشيء تتناول عناصره الجوهرية، وان ملكية الارض تشمل ما فوقها وما تحتها"⁽¹¹¹⁾.

وفي هذا السياق تضع المادة (1051) من القانون المدني العراقي بعض القواعد هي:

1. ان المالك لا يجوز له ان يتصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره ضرا فاحشا. ويزال الضرر الفاحش سواء أكان حديثا ام قديما.

2. للمالك الذي يخشى ان يلحق بعقاره ضرر من جراء حفر او اعمال اخرى تجري في الارض المجاورة ان يطلب إتخاذ كل ما يلزم لتجنب هذا الضرر، وله ايضا ان يطالب بوقف الاعمال او القيام بما تدعوا إليه الحاجة من إحتياطات عاجلة الى ان تبت المحكمة في النزاع.

3. عندما يتصرف مالك في ملكه تصرفا قانونيا وجاء شخص وإحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فينبغي عليه ان يدفع ضرره بنفسه.

وتقرر المادة (1063) بانه: "يجوز لكل مالك في الملك على الشيوع حق الانتفاع بحصته فإذا انتفع بالعين كلها في سكنى او مزارعة او إيجاز او غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا إذن شركائه وجب عليه لهم أجر المثل. على انه إذا أجر العين الشائعة باكثر من اجر المثل وجب عليه ان يعطى كل شريك حصته من الاجرة المسماة". وهذا الذي يقرره المشرع العراقي يختلف عما يذهب إليه فقهاء الشريعة فهم يقررون انه "إذا كان الشريك المنتفع مالكا رشيداً وكان حاضرا وقت انتفاع شريكه بالعين المشتركة فليس له ان يطالبه بأجرة الفترة الماضية ولا ان يطالب الاستفاد من العين المشتركة بقدر ما انتفع شريكه سواء كان الانتفاع يختلف ضرره بإختلاف المنتفعين كاللبس والركوب أو بإختلاف نوع الاستعمال كالزرع والحمل أو لا يختلف كالسكنى لانه بسكوت الشريك الحاضر في المدة التي انتفع فيها شريكه يعتبر راضياً بهذا الانتفاع دلالة. ولان الاعيان المشتركة تجعل في حق الانتفاع كانها مملوكة بتمامها لكل واحد من الشريكين أو الشركاء وهذا ما يسمونه الانتفاع بتأويل ملك، إذ لو جعل كذلك لا يجوز لواحد منهم ان ينتفع هو بها لان كل جزء مشترك بين الجميع فتتعطل منافع الملك وذلك غير جائز"⁽¹¹²⁾.

2-2-2: حرية التجارة والصناعة:

مرت حرية الصناعة والتجارة بمرحلة تأرجح فيها المشرع بين الرفض المطلق والقبول الضمني غير المعلن لهذه الحرية بالنظر لإعتبارات إقتصادية وسياسية لهذه الحرية مع التحول على المستوي

⁽¹¹¹⁾ د.حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي: الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد، 1954،

ص 31

⁽¹¹²⁾ د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 69-70.

الشكلي من خلال النص في الدستور على حرية الاستثمار والتجارة بدلا من حرية الصناعة والتجارة. وهو تكريس دستوري مما يعني انه يلزم السلطة التشريعية، بالاضافة الى اعتبار المبدأ حرية عامة مما يعني الحد من صلاحيات الادارة في تقليص هذه الحرية من خلال تدابير تنظيمية، كما ان الاعتراف بهذا المبدأ يلزم أشخاص القانون الخاص بالامتناع عن الاتفاق أو التعاقد على منع ممارسة نشاط إقتصادي. وتناول التنظيم الدستوري لمبدأ حرية الصناعة والتجارة تقسيم هذا المطلب الى فرعين، يتناول الفرع الاول مفهوم حرية التجارة والصناعة وطبيعتها، أما الفرع الثاني فيتناول التنظيم الدستوري والقانوني لحرية التجارة والصناعة في العراق.

2-2-2-1: مفهوم حرية التجارة والصناعة:

للقوف على معنى حرية التجارة والصناعة لابد من تعريفها في اللغة والاصطلاح أولاً، ثم عرض التعريفات الواردة في التشريعات ثانياً:

أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاح لحرية التجارة:

تعني حرية التجارة لغةً: الخلو من الوائب أو الرق أو الوؤم، بينما تعني التجارة ما يتجر فيه من باب نصر وكسب⁽¹¹³⁾. وأصلها مادة (تجر)، و "تجر يتجر تجراً وتجارة: باع و اشترى"⁽¹¹⁴⁾، و "يقال تاجر وتجر، كما يقال صاحب وصحب"⁽¹¹⁵⁾، " و التاجر الذي يبيع ويشترى"، يقال "تاجر فلان فلاناً: أتجر معه، والتاجر الذي يمارس الاعمال التجارية على وجه الاحتراف"⁽¹¹⁶⁾.

وتعرف أيضاً التجارة بانها تقلب المال لغرض الربح، وقد عرف ابن خلدون التجارة في مقدمته المشهورة بانها: محاولة الكسب بتنمية المال بشراء السلع بالرخيص وبيعها بالغلاء، وبذا يكون ابط الاعمال التجارية هو شراء هذه البضاعة ما بثمن أكبر ويكون الفرق هو الربح⁽¹¹⁷⁾.

أما اصطلاحاً فقد تباينت آراء الفقه من تعريف حرية التجارة إصطلاحاً، فمنهم من يعرفها بانها (حرية مباشرة الفرد للنشاطات التجارية و الصناعية، ومن ثم تتطلب الا تحول الدولة بينه وبين مزاوله النشاط التجاري أو الصناعي الذي يرغب في مزاولته وان لا ترغمه على ممارسة نشاط تجاري أو

¹¹³ محمد بن بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، دون سنة طبع، ص 32

¹¹⁴ ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ص 19

¹¹⁵ ابن فارس، مصدر سابق، ج1، ص 241.

¹¹⁶ د. عبد الرحمن بن خالد بن عثمان السبت، تمييز العمل التجاري واثاره: دراسة تطبيقية قضائية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2013، ص 17.

¹¹⁷ اسامة سمير حسين، الاحتيال الالكتروني "الاسباب والحلول"، ط1، دار الجنادرية للنشر و التوزيع، 2011، ص 10.

صناعي معين)(118). كما عرفت بـ (حق الفرد في مباشرة العمل التجاري وكل المتفرعة عنه، مثل عقد الصفقات و العقود و القيام بالمبادلات، وتستثنى الاعمال الحرة الاخرى و المهن الفلاحية، ونلاحظ على هذين التعريفين انهما يتعاملان مع الحرية كسلطة مطلقة للأفراد من دون الاشارة الى ما يحددها من قيود. وعرفت كذلك حرية التجارة بانها (إعطاء الافراد حق المساهمة في بناء الحياة الاقتصادية، فكل شخص بإمكانه ان يزاوول نشاطاً تجارياً أو صناعياً بعدما كانت الدولة تتولاه بنفسها، ليكن تدخلها في حدود ضيقة)(119).

والتعريف الاقتصادي للتجارة ينصب على عملية الوساطة و التوسط بين منتج ومستهلك، ويترتب على ذلك استبعاد فئتين من الاعمال عن نطاق التجارة رغم كونهما واقعين على طرفي خط النشاط الاقتصادي: فأما الفئة الأولى فهي ما يقوم به المنتج الاول للسلعة وبخاصة عندما يتعلق الامر بالمنتجات الزراعية، اما الفئة الثانية فهي ما يقوم به المستهلك الاخير من افعال تقتصر – على شراء السلعة بهدف إستهلاكها و الانتفاع بها. ومن هنا يتبين وجود التقاء بين المفهوم اللغوي للتجارة وبين مفهومها الاقتصادي والذي يتجسد في النشاط و الاعمال المتعلقة بتداول السلع والبضائع(120).

ثانياً: التعريف التشريعي للتجارة:

في هذا الصدد يتسع مفهوم التجارة بحث يتجاوز التعريفين اللغوي والاقتصادي ليتضمن تحويل المنتجات من حالتها الاولية الى سلع بغرض البيع بعد اعادة صنعها ويسمى هذا بالصناعات التحويلية، كذلك يتضمن النشاط ذات الصلة بالصناعة والنقل بالسفن والطائرات و البنوك وما يرفق بها من مهن تجارية مثل السمسرة و الوكالة بالعمولة والتأمين وغيرها. وفيما يلي نستعرض موقف بعض التشريعات من تعريف التجارة. وفي التشريعين العراقي والكويتي، نصت المادة (237 / ثانياً) من قانون التجارة العراقي على انه "يقصد بالقيود العكسي قيد مبلغ يعادل قيمة الورقة التجارية مضافا اليه المبالغ المنصوص عليها في المادة (107) من هذا القانون في الجانب المدين من الحساب الجاري". ونصت المادة (2/403) من قانون التجارة الكويتي على انه " يقصد بالقيود العكسي قيد مبلغ يعادل قيمة الورقة التجارية مضافا إليه الفوائد القانونية من تاريخ الاستحقاق والمصروفات في الجانب المدين من الحساب".

يتضح من النصين اعلاه ان كلا من المشرع العراقي و المشرع الكويتي أعطيا للبنك الخاص الحق في إجراء القيد العكسي بقيمة مساوية لقيمة الورقة المخصوصة مضافا إليها الفوائد الاتفاقية و الفوائد

(118) إقبال عبدالعباس يوسف الخالدي، النظام العام بوصفه قيذا على الحريات العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2009، ص 94

(119) زوبرار زوقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 7

(120) اسامة سمير حسين، مصدر سابق، ص 10

القانونية من تاريخ الاستحقاق ومصاريف الاحتجاج و الاخطارات وغيرها من المصاريف التي يسمح قانون الصرف للمستفيد الرجوع بها(121).

أما في الاردن فقد نصت المادة (2/109) من قانون التجارة على انه: إذا لم تسدد قيمة السند في موعد إستحقاقه فيحق لمستلمه مع الاحتفاظ به على سبيل التأمين ومع إستعمال الحقوق المنوط به، ان يقيد قيمته على حساب مسلمه". يبدو من هذا النص أو موقف المشرع الاردني مختلف عن موقف كل من المشرع العراقي والمشرع الكويتي، حيث حدد مبلغ القيد العكسي فقط بقيمة السند. وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاردنية في قرارها رقم (884 / 1991) بتاريخ 1992/1/21، حيث قضت بانه "يستفاد من أحكام المادة (109) من قانون التجارة انه " إذا كان الدفع في الحساب الجاري بواسطة سند تجاري حرره عميل البنك ولم يتم بتسديد السند (الكمبيالة) في موعد إستحقاقها فللبنك إستعمال حقوقه المنوطة به، باللجوء للقضاء للمطالبة بقيمة السند او ان يقيد قيمته على حساب العميل. وعليه فلا تثريب على البنك ان أختار المطالبة قضائياً"(122).

وعلى صعيد القانون المدني تنص المادة (2/163) من هذا القانون المدني على (2- و المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) لذا لا يمكن انكار دور العرف في انشاء القاعدة القانونية التجارية من خلال تعدد مصادر القاعدة القانونية (النصوص التجارية، والمدنية، والقواعد العرفية) والقاعدة في قانون التجارة العراقي هي بوجوب تطبيق ما جاء فيه أو في القوانين التجارية الاخرى من احكام ونصوص ويسري القانون المدني على كافة المسائل التي لم يرد بشأنها نص خاص في القانون التجاري (123).

أما بشأن تطبيق العرف في المسائل المدنية فإن القانون المدني العراقي، الذي يعد مصدراً ثانياً لقانون التجارة، فيحيل الى العرف غير ان قانون التجارة لم يذكر العرف وإتفاق الطرفين و العدالة، لذا القول بان العرف هو مصدر من مصادر القانون التجاري هذا القول مردود: لان المشرع اهمل قصدا العرف، ذلك بسبب ان العرف غير متطور في المجال التجاري في العراق و لذا اراد المشرع ان يتحول الواقع التجاري غير المتطور في العراق الى واقع متطور فكان لا بد من استبعاد العرف بوصفه مصدراً لقانون التجارة(124).

(121) عيسى طایل عواوده، الاثار القانونية لعملية خصم الاوراق التجارية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2012، ص 136

(122) عيسى طایل عواوده، مصدر سابق، ص 136-137.

(123) عدنان احمد ولي، مصادر القاعدة القانونية التجارية في ظل قانون التجارة العراقي: دراسة مقارنة بالقوانين التجارية العربية، مجلة القضاء، العددان الثالث و الرابع، السنة 39، 1984، ص 66

(124) مجيد العنكي، محاضرات في التفسير القانوني، محاضرات القيت على طلبة المعهد القضائي، بغداد، 2002-2003، ص 17-18

ويمكن اعتبار المادة (2/607) من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970 الملغي مادة نافذة حالياً إستناداً الى المادة (331) من قانون التجارة العراقي النافذ وتقابلها المادة (1/592) من القانون التجاري المصري، ولكن لا يمثل أمين التفليسة التاجر المفلس في الدعاوى ذات الطابع الشخصي كدعوى الطلاق ودعوى إثبات النسب، ودعوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي الماس بالشرف و الاعتبار و الطعن في شهر إفلاسه وحق المفلس في الزواج وحضانة الاولاد⁽¹²⁵⁾.

كما نصت المادة (588) من قانون العراقي رقم (149) لسنة 1970 الملغي بقانون التجارة العراقي النافذ، وتقابلها المواد (216 و 217 و 288 و 571 و 289 و 1/573) من قانون التجاري المصري، و المواد (326 و 327 و 328) من قانون التجارة الاردني⁽¹²⁶⁾.

2-2-2-2: التنظيم الدستوري لحرية التجارة والصناعة في العراق:

لأجل دراسة التنظيم الدستوري والقانوني لحرية التجارة والصناعة في العراق، نقسم هذا الفرع الى ثلاث فقرات، تتناول الفقرة الاولى التنظيم الدستوري لحرية التجارة و الصناعة في الدساتير العراقية، وتتناول في الفقرة الثانية التنظيم الدستوري لحرية التجارة و الصناعة في دول أخرى، أما في الفقرة الثالثة فتتطرق الى التنظيم التشريعي لحرية التجارة و الصناعة في العراق.

أولاً: التنظيم الدستوري لحرية التجارة والصناعة في الدساتير العراقية

لم يرد في دستور جمهورية العراق لسنة 2005 نص صريح يشير الى حرية التجارة والصناعة وحدودها، بل نص في المادة (15) على كفالة الحرية عندما قرر بان "لكل فرد الحق في الحياة والامن و الحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها الا وفقاً للقانون ...". كما أشار الدستور في المادة (22) الى ان (العمل حق لكل العراقيين بما يضمن لهم حياة كريمة". ومنع المشرع الدستوري في المادة (37) العمل القسري "السخرة"، و العبودية وتجارة العبيد "الرقيق"، والاتجار بالنساء و الاطفال، والاتجار بالجنس.

وقرر الدستور في المادة (25) لزوم ان تكفل الدولة اصلاح الاقتصاد العراقي وفق مقومات واسس إقتصادية حديثة وبما يؤمن إستثمار جميع موارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص

⁽¹²⁵⁾ ديمن يوسف غفور، الخصومة في الدعوى المدنية وإشكالياتها في القانون العراقي-دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، 2018، ص 145.

⁽¹²⁶⁾ د. احمد محمود خليل، أحكام الافلاس التجاري و الاعسار المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004، ص

وتطويره. وقضى في المادة (26) بان تتعهد الدولة بتشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة وان ينظم ذلك بقانون.

يستفاد من ذلك ان المشرع الدستوري أخذ بعين الاعتبار المفهوم الحديث للحرية التجارية على الرغم من عدم وجود نص صريح بذلك، فمن جهة تعتبر هذه الحرية من الحريات العامة التي يكفلها الدستور. ومن جهة أخرى ان المشرع تطلب إصلاح الاقتصاد وفق أسس إقتصادية حديثة والتي لم يحددها. بل يتبع ذلك ليشمل ضرورة مواكبة أية سياسة إقتصادية يفرضها المجتمع شريطة ان تقود الى إستثمار كامل لموارد الدولة وتنويع مصادرها وتشجيع القطاع الخاص وتنميته، فضلاً عن تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة. ويرى بعض الفقهاء ان النصوص التي تكون غير محددة بمضمون معين وتوجه خطاباً الى الدولة فيكون للمشرع إزاءها سلطة تقديرية واسعة – كما هي في المادتين (26، 37) المذكورتين انفاً – ولكن لا يستطيع المشرع إصدار تشريع يخالف الغاية المتوخاة من النص، أما إذا كانت النصوص تقديرية تتميز بالتحديد فتكون واجبة التنفيذ مباشرة دون الحاجة لتدخل المشرع الذي يقتصر إلتزامه حيالها بحمايتها ككفالة حق التقاضي، بينما ذهب آخرون الى ضرورة ان يكون التشريع المنظم قائم على دعم وكفالة الحرية، والذي يجب ان يهدف الى تحديد إطار العمل و الممارسة لكل من السلطة و الفرد و الضمانات المقررة لها(127).

ويرى الباحث ان المشرع الدستوري وان خاطب الدولة في إصلاح الاقتصاد وتشجيع الاستثمارات، الا ان ذلك لم يأت كمبدأ أساس وانما ورد ضمن الحقوق الاقتصادية في الدستور، والتي تعتبر إلتزامات ايجابية تتولاها الدولة خدمة للأفراد، وفيها على المشرع التوفيق بين المصلحة العامة والخاصة وتغليب الاولى على الثانية تحت رقابة القضاء.

لكن مما ينتقص من الحرية ان المشرع أجاز تقييدها بناء على قانون وليس بقانون، إذ نص الدستور على عدم جواز فرض قيود على ممارسة اي من الحقوق و الحريات المنصوص عليها في هذا الدستور او تحديدها "إلا بقانون أو بناء عليه"، على ان لا يمس ذلك التحديد و التقييد جوهر الحق او الحرية(128). بمعنى ان لا يكون التقييد وفق أحكام تفصيلية تضعها السلطة التنفيذية على وفق المبادئ العامة التي يرسمها القانون. بل يجب ان تقيّد حدود الحقوق والحريات وفق القانون الذي يصدر من

(127) اياد خلف محمد، وايمان عبيد كريم، الحماية التشريعية للحريات العامة، مجلة السياسة الدولية، العدد 23، 2013، ص 175.

(128) المادة (46) من جمهورية دستور العراق لسنة 2005.

السلطة التشريعية. إذ يرى (عبدالرزاق السنهوري) ان أداة تنظيم الحريات العامة هي القانون، أما إذا نظمت المراسيم تلك الحريات عند ذلك يكون التصرف معيباً في الاختصاص⁽¹²⁹⁾.

ثانياً: التنظيم الدستوري لحرية التجارة والصناعة في دول أخرى

من بين الدساتير التي نظمت أو اشارت الى حرية التجارة والصناعة، الدستور الفرنسي والدستور السويسري.

1- دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة 1958:

أضحت حرية التجارة في فرنسا مستقرة منذ الثورة الفرنسية 1789 لأنها كانت رد فعل ضد النظام الذي ساد في القرون الوسطى، الذي كان يستند على الامتيازات والاحتكارات من قبل اشخاص يمارسون نفس النشاط بشكل منع الافراد ممن ممارسة نشاطهم التجاري بحرية. ولا يوجد مانع قانوني في ظل دستور 1958 الحالي من الاخذ بالمفهوم الحديث للحرية بالنظر الى عدة أسباب⁽¹³⁰⁾.

ويعتبر إعلان حقوق الانسان والمواطن ان الهدف من كل مجتمع سياسي هو الحفاظ على حقوق الانسان الطبيعية و الحقوق التي لا تسقط بالتقادم، وهذه الحقوق هي الحرية و الملكية و الامن ومقاومة الظلم⁽¹³¹⁾. وحدد الاعلان الحرية في القدرة عل فعل كلما لا يضر بالغير، ولذلك فان ممارسة كل انسان لحقوقه الطبيعية ليس لها حدود سوى تلك التي تضمن لاعضاء المجتمع الاخرين ممارسة ذات الحقوق، ولا يجوز تحديد هذه الحدود الا وفق القانون⁽¹³²⁾.

وفي حكم للمجلس الدستوري الفرنسي لعام 1986 أقر بمشروعية قانون الخصخصة، وهو القانون الذي مهد الطريق أمام عودة المشروعات التي أمتت سابقاً قبل 4 سنوات الى القطاع الخاص، كما اضى المجلس على حرية المشروعات قيمة دستورية على غرار حق الملكية، مستنداً الى المادة الرابعة من الاعلان أعلاه، وقضى بان الحرية لا تكون مصونة إذا فرضت قيود تحكومية أو تعسفية على حرية المشروعات. وفي حكم 20 يناير 1993 بصدد القانون المتعلق بالوقاية من الرشوة وتحقيق الشفافية في الحياة الاقتصادية، قرر بان الحرية التي تتمتع بها المشروعات لها قيمة دستورية، لكنها ليست عامة ولا

⁽¹²⁹⁾ حسين جميل، الاحكام العرفية (بحث فقهي)، ط2، مطبعة العاني، بغداد، 1953، ص 32-33.

⁽¹³⁰⁾ محمد عزت فاضل الطائي، حرية التجارة "دراسة دستورية مقارنة"، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون-جامعة بغداد،

المجلد 32، العدد الثاني، 2017، ص 436

⁽¹³¹⁾ المادة (2) من إعلان حقوق الانسان و المواطن لسنة 1789

⁽¹³²⁾ المادة (4) من الإعلان نفسه.

مطلقة، وانه من الجائز للمشرع فرض قيود عليها تستلزمها المصلحة العامة، طالما ان هذه القيود لا تؤدي الى تشويه او تقليص نطاق هذه الحرية(133).

2- دستور الاتحاد السويسري لسنة 1999 المعدل:

تبنى المشرع السويسري نظام الاقتصاد الحر و وفق أحكام تفصيلية عندما نص على ان يكفل الدستور حرية الاقتصاد التي تشمل حرية إختيار وممارسة المهنة وإمكانية الالتحاق الحر بنشاط إقتصادي خاص(134). وعلى الاتحاد و المقاطعات الالتزام بمبدأ الاقتصاد الحر، وبنفس الوقت عليهما الحفاظ على مصالح الاقتصاد الوطني و السعي مع اقتصاد القطاع الخاص على تقديم الرفاهية وانجاز الامن الاقتصادي للامة، كما عليهما ان يعملوا على تقديم شروط سهلة للإقتصاد الخاص، على انه يستثنى من قاعدة الإقتصاد الحر الاجراءات التي تحد من المنافسة، هذا ويمكن للإتحاد ان يسن تشريعات تتعلق بممارسة الانشطة الاقتصادية الخاصة، كما يعمل الاتحاد على انشاء منطقة إقتصادية موحدة في سويسرا(135). وبذلك تبنى المشرع السويسري نظام الاقتصاد الحر بما يتضمنه من حرية المبادرة الخاصة والعامة في العمل فضلاً عن تيسير العمل التجاري وإقامة منطقة إقتصادية موحدة.

لكن المشرع ضمن تدخله في العديد من الجوانب. إذ يختص الاتحاد بإصدار تشريعات لمنع الاثار الضارة بالاقتصاد القومي او بالمجتمع بنتيجة الإحتكارات او الادوات الاخرى التي تحد من التنافس، كما يقوم الاتحاد بالاجراءات الضرورية لمنع التجاوزات في مجال تحديد الاسعار من قبل المؤسسات المهيمنة في السوق سواء كانت خاصة او عامة، وكذلك لمنع التنافس غير المشروع، كما يوفر الاتحاد الاجراءات اللازمة لحماية المستهلكين، كما تنظم المقاطعات وسائل لحل المنازعات، سواء من خلال التحكيم او من خلال اجراءات قضائية مبسطة وسريعة، في حدود مبالغ معينة، ويحدد الاتحاد هذه المبالغ(136).

ويمكن للإتحاد أيضا عمل إستثناءات من قاعدة الاقتصاد الحر إذا أقتضت الضرورة لحماية مصالح الاقتصاد السويسري في الخارج، وكذلك في مجال تمويل الاقتصاد الوطني يمكن للإتحاد ان يعمل إستثناءات لغرض توفير كميات كافية من البضائع و الخدمات الحيوية لمواجهة حالات التهديدات السياسية والعسكرية وفي حالات النقص الشديد التي ليس بمقدور الاقتصاد التجاوز عليها بذاته، كما يمكن للإتحاد عمل إستثناءات أيضا إذا أقتضت الضرورة في مجال دعم فروع من الاقتصاد وبعض المهن إذا لم تتمكن

(133) محمد عزت فاضل الطائي، مصدر سابق، ص 437

(134) المادة (27) من الدستور السويسري لسنة 1999 المعدل

(135) المادتين (94 – 95) من الدستور السويسري

(136) المادتين (96 – 97) من الدستور السويسري.

هذه الفروع أو المهن من المحافظة على وجودها بوسائل ذاتية معقولة، وكذلك إذا أقتضت الضرورة لدعم المشروعات الزراعية إستكمالاً للجهود الذاتية المعقولة(137).

ويرى الباحث ان الاستثناءات أعلاه انما هي ضرورية لحماية الافراد انفسهم وليس فيها من مساس بحريتهم فضلاً عن حماية كيان الدولة، إذ لا تعدو خروجاً عن مفهوم الدولة الضابطة طالما فسر الاستثناء بشكل ضيق وعلى اساس المساواة، ولا سيما في التدخل لمنع الضرر تجاه الاقتصاد القومي. إذ يصعب تحديد معنى الضرر وإبعاده مما يترك مجالاً واسعاً للتقييد.

مما تقدم يتبين ان الدساتير الغربية بعضها تبنى المفهوم الحديث للحرية القائم على إقتصاد السوق بشكل صريح كما في الدستور السويسري ولكن في جميع الاحوال يجب الا يسلب القيد جوهر الحرية، وبعض الدساتير كالفرنسي لم ينص على حرية التجارة بشكل صريح وانما أضفى عليها القضاء الدستوري قيمة دستورية كجزء من الحرية العامة. ولا مانع دخول القطاع العام السوق كمنافس.

ثالثاً: التنظيم التشريعي لحرية التجارة و الصناعة في العراق

يمنح القانون الوضعي الحقوق للفرد بإعتباره منتمياً الى بلد معين، كي يتمكن من الاشتراك في شؤون الحكم، وفي إقامة النظام السياسي للجماعة، ويهدف الى حماية المصالح السياسية للمجتمع. يمنح القانون الدستوري الحماية للحقوق المدنية وبذلك أصبحت حقوقاً الزامية لحماية الافراد ومصالحهم، وتنقسم الى حقوق عامة وحقوق خاصة(138). والحقوق العامة هي الحقوق الثابتة للشخص بمجرد كونه انساناً، وقد يطلق عليها مصطلح الحقوق الشخصية كونها لصيقة بالشخصية الانسانية. وسميت هذه الطائفة من الحقوق بالحقوق الطبيعية وحقوق الانسان أيضاً. وأما الحقوق الخاصة، فهي الحقوق التي تقررها فروع القانون الخاص المختلفة وعلى الاخص القانون المدني، وتنقسم الى حقوق الاسرة والحقوق المالية فيما تنقسم الحقوق الاخيرة الى الحقوق العينية والحقوق الشخصية. كما يتضمن القانون الدستوري بيان الحريات الشخصية مثل: حرية التنقل طوعاً، وعدم الاعتقال التعسفي، و الحريات العقلية – الفكرية مثل: حرية الرأي و الدين، وحرية النشر و التعليم، و الحريات الاقتصادية مثل: حق العمل و حرية التجارة و الصناعة(139).

لقد نص قانون التجارة العراقي الملغي رقم (149) لسنة 1970، على أعمال المنافسة غير المشروعة وأورد مبدأ عاماً وبموجبه يعد منافسة غير مشروعة "كل فعل يخالف القوانين والاعراف

(137) المواد (101 – 104) من الدستور نفسه.

(138) محمد مصطفى، الاصول العامة لنظام التشريع-دراسة مقارنة بين الاسلام و القانون الوضعي، ط1، مركز الحضارة لتنمية الفكر الاسلامي، بيروت، 2008، ص 108

(139) المصدر نفسه، ص 108

والعادات والأصول الشريفة المرعية في المعاملات التجارية"⁽¹⁴⁰⁾، ورغم انه من المفضل عدم إيراد التعاريف ضمن نصوص القوانين، إلا ان النص السابق أورد نصاً واسعاً ومرناً وبالامكان ان يشمل أوضاعاً مختلفة بين ثناياه ويفسح مجالاً واسعاً أمام القاضي للإجتهد. وتعرف المنافسة غير المشروعة بانها "كل عمل منافس للقانون والعادات والتعارف والاستقامة التجارية سواء عن طريق بث الشائعات والادعاءات الكاذبة التي من شأنها تشويه السمعة التجارية لمنافس أو استخدام وسائل تؤدي الى اللبس أو الخلط بين الأنشطة التجارية وغيرها من الوسائل، وذلك بهدف إجتذاب زبائن تاجر أو صانع منافس"⁽¹⁴¹⁾.

ومن هنا ينبغي التنبيه الى أهمية عدم الخلط بين الاحكام المتعلقة بتنظيم المنافسة وبين تلك المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة، إذ ان التفرقة بينهما مهمة خاصة لتحديد جهة الاختصاص، فالفصل في قضايا الممارسات المخلة بالمنافسة يعود (غالباً) الى مجلس المنافسة أو لجنة مختصة، بينما تختص محاكم البدءة و المحاكم التجارية في قضايا المنافسة غير المشروعة، وأخيراً فان ما يهمنا هو ان المنافسة عمل مشروع ومتى أصبح غير مشروع وترتب عليه ضرر مثل الاحتكار يتوجب منعه، فالمنافسة غير المشروعة لها ارتباط وثيق بالاحتكار إذ ان كلاهما ينتج عنهما ضرر بإعتبار انه يكون لكل من أصابه ضرر جراء أعمال المنافسة غير المشروعة أو الاحتكار ان يطلب تعويضاً عما أصابه من ضرر، وبالتالي كل منهما يصبان في قالب واحد وهو الاخلال بالمنافسة والحاق الضرر بالمستهلك وبالتالي وجود علاقة بالمنافسة غير المشروعة بالاحتكار⁽¹⁴²⁾.

ويمكن التمييز بين القانون الذي ينظم المنافسة ويمنع الاحتكار والقانون الذي ينظم المنافسة غير المشروعة من خلال مجال أعمال كل منهما، إذ ان مجال أعمال قانون المنافسة أوسع ويسري على جميع المؤسسات العاملة في السوق، أما مجال أعمال قانون المنافسة غير المشروعة فيتعلق بتأثير الأعمال و الوسائل غير المشروعة على مؤسسة منافس بالتحديد، ومن ثم فان الاخيرة تتمحور حول حماية عناصر المحل التجاري. وبالتالي يمكن القول ان الاحكام المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة، ضيقة الاقن ومحدودة النطاق، فضلاً عن كونها تنظم أفعالاً خاطئة أساساً ترتكب من تاجر ضد تاجر آخر تتنافي مع مبادئ حسن النية وشرف التعامل وحماية الاصول المرعية في المعاملات التجارية، مثال ذلك الاعتداء على الاسم التجاري و العلامة التجارية، وتضليل العملاء وتشويه سمعة منافس⁽¹⁴³⁾. بينما قانون المنافسة أوسع

⁽¹⁴⁰⁾ المادة (2/98) من قانون التجارة العراقي الملغى.

⁽¹⁴¹⁾ محمد مصطفى، مصدر سابق، ص 110

⁽¹⁴²⁾ لارا عادل جبار الزندي، حماية المنافسة في قطاع الاتصالات-دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص 64-65

⁽¹⁴³⁾ سلام منعم مشعل، دور فكرة المنافسة غير المشروعة في حماية الاختراعات غير المبراة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد الثامن، العدد 14، ايلول، 2005، ص 8، 63.

مدلولاً ونطاقاً، فالاحكام التي يتضمنها هذا القانون ومن ضمنها تلك المتعلقة بالممارسات المخلة بالمنافسة تنصرف الى أعمال أو إتفاقيات مشروعة في ذاتها – بموجب مبدأ حرية التجارة – الا انها تكون محظورة عندما تقيد أو تسيء الى قواعد وأحكام المنافسة بين المؤسسات في السوق ككل، وتخل بقواعد النظام العام الاقتصادي، فالممارسات المخلة بالمنافسة التي تشكل جوهر قوانين وهيئات المنافسة تتمثل في السلوكيات التي لها تأثير على التوازن العام للسوق وتؤدي الى الاضرار بالاقتصاد الوطني وتمثل خروجاً عن قاعدة العرض و الطلب المعمول بها في السوق، وتغطي هذه الممارسات (عمليات التواطؤ، الاتفاقيات بين المؤسسات، اساءة إستغلال المركز المهيمن في السوق)، أما المنافسة غير المشروعة فانها تغطي الممارسات التي ترتكب أساساً من تاجر لآخر، مؤداها إلحاق خسارة بالآخر مالياً في علاقته بعملائه دون ان يكون لها بالضرورة تأثير على التوازن العام للسوق، وعادة ما تنص على حظرها القوانين الخاصة بقوانين الملكية الفكرية و القوانين الاخرى ذات الصلة بالانشطة التجارية المختلفة(144).

2-2-3: الحق في الاستثمار:

الحق في الاستثمار بإعتباره من الحقوق الاقتصادية التي كفلها الدستور العراقي وقانون نظام الاستثمار وإعتبارها ذات تجربة ناجحة وفاعلة في مجال الاستثمار، والحق في الاستثمار يمثل الاساس للعديد من التطبيقات الاستثمارية في البلد والمتمثلة بالمشاريع الاستثمارية، وتدرج البحث من الاساس المتمثل بالنص الدستوري ونزولاً بالانظمة والتعليمات ومدى ملائمتها وروح النص الدستوري الذي تولى كفالة الحق في الاستثمار هذا من جانب، ومن جانب آخر فان الحق في الاستثمار ونظراً لطبيعة النشاط الاستثماري الذي يمتد الى العديد من القطاعات يتمتع بكافة أشكال الحماية، إبتداء من الحماية الدستورية والقانونية وانتهاء بالحماية التي يتولاها القضاء العادي، ويتقسم هذا المطلب الى فرعين، يتناول الفرع الاول مفهوم الحق في الاستثمار وطبيعته القانونية، أما الفرع الثاني فيتناول التنظيم الدستوري والقانوني لحق الاستثمار في العراق.

2-2-3-1: مفهوم الحق في الاستثمار وطبيعته القانونية:

تعريف الاستثمار لغة: عرف الاستثمار بانه مصدر للفعل أستثمر، الاستثمار مشتق من الثمر، و الاستثمار هو استخدام المال او تشغيله بغرض الوصول الى ثمرة هذا الاستخدام، فيزداد المال ويكثر على مدى الوقت. وعليه يفيد إستثمار المال طلب ثمره، واصل كلمة إستثمار في اللغة يقال ثمر الشجر ثموراً، ظهر ثمره قبل ان ينضج فهو مثمر، والثامر الذي بلغ أو ان الاستثمار ونضج، و المثمر الذي فيه ثمر(145).

(144) سلام منعم مشعل، مصدر سابق، ص 63-64

(145) ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ص 107

يقال أثمر الرجل: كثر ماله، وثمر الرجل ماله: احسن القيام عليه، مال ثمر: مال كثير، وإستثمر المال: ثمره وجعله يثمر، وثمار المال: ما ينتجه بشكل دوري(146).

وبصورة عامة فان هذا الاطلاق هو من أهم معاني لفظ (الثمر)، لكن الاصل فيه عند إطلاقه مجردا: هو حمل الشجر. أما إطلاقه على المال فان ذلك من باب المجاز وليس الحقيقة. وبذلك يعني الاستثمار في اللغة "طلب النمو"، واما إستثمار المال لغة فيعني "طلب ثمر المال الذي هو نماؤه ونتاجه"(147).

والاستثمار هو استخدام رأس المال في اي نشاط أو مشروع إقتصادي يعود بفائدة على الاقتصاد الوطني وفقا لأحكام قانون الاستثمار العراقي. و المستثمر العراقي هو الشخص الذي يحصل على اجازة الاستثمار ويتمتع بالجنسية العراقية إذا كان شخصاً طبيعياً او معنوياً تم تسجيله في العراق(148).

وبشان المفهوم القانوني للإستثمار فانه بالرغم من ان عملية الاستثمار عملية إقتصادية بحتة، الا ان رجال القانون حاولوا إيجاد تعريف لها، وذلك لانه ينظر في تنظيم هذه العملية، ولان هذه الاخيرة تشتمل على جوانب قانونية و جوانب إقتصادية فقد صعب إيجاد تعريف لها، و تختلف التعاريف التي وضعها مختلف الدول بالرغم من انها تهتم بتنظيم عملية واحدة وذلك لإختلاف نظرة كل دولة الى الاستثمار و لإختلاف التعامل داخل الدولة، فمثلاً نجد الدول المتقدمة، التحررية لا تضع عراقيل أمام هذه العملية و ذلك إعتماً على مبدأ عدم تدخل الدولة بتأطير الاقتصاد وعليه فان هذه الدولة لا تهتم بوضع تعريف للإستثمار(149). عليه يعني مفهوم الاستثمار إستخدام اموال الانتاج، أما بشراء الآلات و المواد الاولية، وأما بطريقة غير مباشرة كسراء الاسهم و السندات(150)،

أما مفهوم الاستثمار لدى رجال الاقتصاد فله تعريفات متعددة، فقد يقصد به: (انتقال عامل من عوامل الانتاج عبر الحدود الدولية للدولة، للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي بشكل مباشر او غير مباشر، وبغرض تحقيق ربح نقدي متميز) أو (تحركات رؤوس الاموال من الدولة المستثمرة باتجاه الدولة المستفيدة من دون تنظيم مباشر)(151)، وللإستثمار أهمية كبرى في ممارسة شتى ألوان الانشطة الاقتصادية ويقدم

(146) ابو الحسن احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، دار الفكر العربي، بيروت- لبنان، الجزء الاول، ص 84

(147) سهام بن ساهل، إستراتيجية الاستثمار بولاية بسكرة، مذكرة ليسانس في العلوم الاقتصادية، المركز الجامعي محمد خيضر بسكرة، 1996، ص 2

(148) المادة (1/ سادساً وتاسعاً) من قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 المعدل

(149) محمد الماحي صلاح أحمد، تسوية منازعات الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا و البحث العلمي - جامعة شندي، السودان، 2019، ص 24

(150) مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي، قاموس المحيط، ج1، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، 1979، ص 380
(151) د. حازم جمعة، المشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1980، ص 157.

فائدة مركبة ومزدوجة، إذ يوفر لها رأس المال اللازم لتمويل وتنفيذ خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية من جهة ويساعدها على مزيد من المعرفة الفنية و التكنولوجيا الحديثة لخلق اقتصاد صناعي متطور من جهة أخرى. فضلاً عن توفير فرص التدريب الفني والاداري لمواطنيها دون مقابل، لذا يمكن القول إن دستور جمهورية العراق لسنة 2005 قد نص على هذا الموضوع في المادة (25) منه بان تكفل الدولة إصلاح الاقتصاد العراقي وفق مقومات اقتصادية متطورة، وبما يؤمن إستثمار جميع موارده، وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتطويره. وكذلك ما جاء بالمادة (26) منه بان "تكفل الدولة تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة وينظم ذلك بقانون.

2-3-2-2: التنظيم الدستوري والقانوني لحق الاستثمار في العراق:

لقد كفل دستور جمهورية العراق لسنة 2005 حرية الاستثمار في المادة (26) منه بقولها " تكفل الدولة تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة وينظم ذلك بقانون". وتنص المادة (112/ثانياً) من الدستور على قيام "الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات المنتجة معا برسم السياسات الاستراتيجية اللازمة لتطوير ثروة النفط والغاز بما يحقق اعلى منفعة للشعب العراقي معتمدة احدث تقنيات مبادئ السوق وتشجيع الاستثمار".

وتمثلت الجهود الاولية التي بذلت لجذب الاستثمار الخاص في موافقة البرلمان على قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 في اكتوبر 2006، وبدأ سريان هذا القانون في يناير 2007. ثم ادخلت عليه تعديلات. تم إستكمال تعديل 2009 باللائحة التنفيذية لسنة 2010. وأصدر البرلمان أحدث تعديل في نوفمبر 2015 بعد قراءة ثالثة نشرت في الجريدة الرسمية في يناير 2016.

لقد نصت قوانين الاستثمار المتعاقبة ومنها قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المادة (27) بان المنازعات الناشئة بين الاطراف الخاضعين لهذا القانون يطبق عليهم القانون العراقي ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك وفي غير الحالات التي تخضع لأحكام القانون العراقي حصراً أو التي تختص فيها المحاكم العراقية. ويتضح من النص ان المنازعات التي تنشأ بين المستثمرين الخاضعين لاحكام هذا القانون يطبق عليهم القانون العراقي ما لم يتفقوا على خلاف ذلك عدا الحالات التي تخضع لأحكام القانون العراقي. فبالنسبة لعنصر العمل فانه يخضع للقانون العراقي حصراً بإستثناء العامل الاجنبي الذي ينص في عقد العمل الخاص به على خلاف ذلك.

كما منح قانون الاستثمار لأطراف النزاع غير العراقيين الحق في إختيار القانون واجب التطبيق والمحكمة المختصة أو أي اتفاق آخر لحل النزاع بإستثناء المنازعات الناشئة عن جريمة. كما حاول المشرع حث الشركاء المتنازعين على حل نزاعهم الذي يؤدي الى وقف العمل، قبل مرور ثلاثة أشهر

وذلك من خلال التهديد بسحب الترخيص والطلب منهم تسوية أمر المشروع خلال (3) أشهر وتصفيته إذا مرت المدة دون تسوية النزاع. ونجد ان المشرع العراقي في نظام الاستثمار رقم (2) لسنة 2009 قد أشرط حداً أدنى يجب ان لا تقل عن قيمة رأس مال المشروع الاستثماري الواحد وذلك بمبلغ مئتين وخمسين الف دولار أمريكي أو ما يعادله بالدينار العراقي(152).

أما قانون الاستثمار في إقليم كردستان – العراق رقم (4) لسنة 2006 فلم يتضمن نصاً يمنح المستثمر مثل هذه الميزة، وحسنا فعل هذا المشرع بعدم الاشارة الى ذلك، لان الدستور العراقي قد جعل رسم السياسة الخارجية للبلاد وتنظيم إقامة الاجانب فيه من إختصاص السلطات الاتحادية من دون سلطات الاقليم(153).

ويجب ان يتوفر لدى صانعي عقود الاستثمار الخبرة الكافية بالقوانين ذات العلاقة ونظام المحاكم العراقية . هذا المتطلب مهم من أجل إستيعاب إحتياجات المستثمر الاجنبي، ولضمان صحة عقود الاستثمار وتنفيذها. ويستند القانون العراقي على فكرة القانون المدون ووجود قوانين مدنية، دون ان يعتمد على السوابق القضائية للمحاكم التي لها قيمة إستشارية فقط. كما يعتبر مبدأ "سلطان الارادة" في الاتفاقيات التعاقدية معدوماً تجاه النصوص الامرة، على خلاف النصوص المفسرة.

ويقع هذا على عاتق الادارة والمؤسسات الحكومية في العراق التعامل مع النصوص التشريعية بشكل جدي و البحث على الحلول الحقيقية وتفعيل دور الاستثمارات الحكومية وإدخال الاستثمارات الخاصة تبعاً لها وليس العكس، فالعمل على إستثمار إمكانات الدولة يعد الداعم الاساسي لتأسيس فكر إقتصادي جديد للتحويل من السيطرة التامة للمؤسسات الحكومية الى الشركات مع القطاع الخاص المحلي وبعدها يصار الى معالجة الحالات التي تحتاج الى تدخل الاستثمار الاجنبي، وبالرجوع الى النصوص التشريعية الموجودة في القوانين و التعليمات الخاصة بالوزارات و الهيئات في العراق، نجدها تنص صراحة على ان إيرادات هذه الجهات أو جزءاً منها متأت من خلال إستثمار موجوداتها فلا حاجة لسن تشريعات جديدة تربك العمل الاستثماري(154). لقد صيغ قانون الاستثمار الجديد رقم (13) لسنة 2006 من قبل الحكومة العراقية وتم التصويت عليه في البرلمان العراقي بالقبول، وتم تحديد الاسباب الموجبة في البرلمان لتشريع هذا القانون بالمساهمة في النهوض بعملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتطويرها

(152) المادة (1 / 1) ثالثاً) من نظام الاستثمار العراقي رقم (2) لسنة 2009

(153) تقضي المادة (110) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 بان السلطات الاتحادية تتمتع باختصاصات حصرية من بينها رسم السياسة الخارجية للدولة وتنظيم مسائل الجنسية والتجنس والاقامة وحق اللجوء السياسي..

(154) حيث نصت المادة (4 / هـ) من القانون رقم (122) لسنة 1999 قانون صندوق التعليم العالي والبحث العلمي على "تتكون موارد صندوق التعليم العالي في مركز الوزارة مما يأتي هـ – الارباح المتحققة من إستثمار أموال الوزارة المنقولة وغير المنقولة"

وجلب خبرات فنية و تقنية وعلمية وتطوير الموارد البشرية وتوفير فرص عمل للعراقيين من خلال تشجيع الاستثمارات المحلية و الاجنبية. وتتجلى أهمية هذا القانون في كونه قد خلق حالة من التوازن بين خلق بيئة مناسبة للإستثمار الاجنبي من خلال الضمانات و المزايا للمستثمر الاجنبي وبين متطلبات المصلحة الوطنية وتطوير الاقتصاد العراقي.

ان الفرصة الان مؤاتية لان يحتل العراق مركزا متقدما في جذب الاستثمارات الاجنبية في مختلف قطاعات النفط والغاز والسكن والاتصالات والنقل والكهرباء والصحة والزراعة والصناعة وهي القطاعات التي تتطلب مساهمة كبيرة لتطويرها بالاستثمارات من قبل الشركات العالمية لاسيما وان هذه القطاعات تعاني تدهورا كبيرا. فمن المعلوم ان العراق يمتلك رأس المال الا انه تنقصه خبرات فنية وعلمية والتكنولوجيا فهو دولة تمتلك ثروات كبيرة أهمها النفط اذ أن احتياطاته المثبتة تناهز 112 مليار برميل، أي نحو 10.8% من إجمالي الاحتياطي المسجل في العالم. إضافة الى ان هناك اعتقادا قويا بان القدرات الكامنة في العراق هي أكبر بكثير من هذا الرقم وحسب مركز دراسات الطاقة العالمية في لندن فان العراق يمتلك ثاني أكبر إحتياطي في العالم بعد السعودية ويتوقع ان يرتفع الى 22% من الإحتياطي العالمي إذا ما تم إعادة الكشف و التنقيب عن البترول(155).

الفصل الثالث

الضمانات الدستورية للحقوق والحريات الاقتصادية:

من المسلم به في النظم الديمقراطية ان الدستور هو الصك القانوني الاعلى في الدولة بحكم انه يتضمن الاسس والمقومات التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وذلك من حيث تحديده لإختصاصات السلطات العامة فيها، وبيان الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.

يتولى الدستور بالإضافة الى تنظيمه للمواضيع الأساسية في الدولة تنظيم مسألة الحقوق والحريات الفردية سواء أكانت هذه الحقوق هي حقوق شخصية، أو سياسية، أو اجتماعية، أو اقتصادية، فاحترام هذه الحقوق والحريات يقتضي ان يتم النص عليها في صلب الدساتير، فالدستور هو خير ضامن لهذه الحقوق لان النص عليها يكفل عدم مخالفة السلطات العامة لهذه الاحكام على إعتبار انها نصوص دستورية والنصوص الدستورية تتميز بالسمو على غيرها من النصوص الأخرى، وحتى نضمن عدم مخالفة هذه السلطات لأصلاحياتها ينبغي تفعيل الرقابة على دستورية القوانين التي هي عبارة عن آلية وظيفتها التثبيت من مدى ملائمة التشريعات والتصرفات للدستور، لان دستور الدولة هو الضامن الأساسي لحقوق وحريات الافراد. وينقسم هذا الفصل الى ثلاث مباحث، يتناول المبحث الاول الضمانات الدستورية العامة للحقوق والحريات الاقتصادية، أما المبحث الثاني فيتناول الضمانات الدستورية الخاصة للحقوق والحريات الاقتصادية، بينما يعرض المبحث الثالث للرقابة القضائية لهذه الحقوق والحريات.

3-1: الضمانات الدستورية العامة للحقوق والحريات الاقتصادية:

خير ضامن لحقوق وحريات الافراد هو الدستور وما يشتمل عليه من احكام تشدد على هذه الحقوق عن طريق وضع عدد من المبادئ الدستورية التي يتعين على دولة القانون مراعاتها وإلا فلا منفعة من وجود نصوص دستورية لا يتم احترامها من قبل السلطات، وبالتالي من أجل ضمان إحترام الدستور لابد من وجود عدد من الضمانات التي تتمثل في الضوابط القانونية الحامية للنصوص الدستورية من الانتهاك. وهذا المبحث ينقسم الى ثلاث مطالب: يتناول المطلب الاول مبدأ الفصل بين السلطات، أما المطلب الثاني فيتناول مبدأ سيادة القانون، ويعرض المطلب الثالث لمبدأ إستقلال القضاء.

3-1-1: مبدأ الفصل بين السلطات:

الفصل: واحد الفصول. وفصلت الشيء فانفصل، أي قطعتة فانقطع. وفصل من الناحية، أي خرج. وفصلت الرضيع عن أمه فصالاً وأفتصلته، إذا فصمته. وفصلت شريكى. و المفصل: واحد مفاصل الاعضاء. والفصيل: حائط قصير دون سور المدينة و الحصن. و الانفصال مطاوعة فصل. (و المفصل: اللسان. و المفصل أيضاً: كل مكان في الجبل لا تطل الشمس إبن منظور يقال الهذلي: مطافيل ابكار حديث نتاجها .. يشاب بماء مثل ماء المفاصل)(156).

ان مبدأ الفصل بين السلطات هو حجر الزاوية للنظم الديمقراطية، وقد ساعد المبدأ على ظهور الاتجاهات والمبادئ الديمقراطية التي تهدف الى ضمان الحريات الاساسية للانسان ومقاومة الظلم و الاستبداد وهو يعني توزيع الاختصاصات بين سلطات الدولة و إستقلالها بما لا يؤدي الى تجاوز كل سلطة لإختصاصات السلطات الاخرى، ولهذا المبدأ الاثر الكبير في تنوع النظم السياسية في الوقت الحاضر، وعلى أساس طبيعة العلاقة بين السلطات ظهر عدد من النظم النيابية. ولهذا المبدأ العامل المحفز لخضوع الدولة للقانون ومن هذا المنطلق اعتمد الفلاسفة والفقهاء مبدأ الفصل بين السلطات بطرق مختلفة تفادياً للإستبداد و التعسف وتجنيب خضوع السلطات لسلطة واحدة(157).

ويعتبر مبدأ الفصل بين السطات من المبادئ الدستورية الاساسية في الانظمة الديمقراطية، وهو مما نادى به الثورة الفرنسية ضمن إعلان لحقوق المواطن، وتم إدراجه بعد ذلك في الكثير من الدساتير، وقد حرصت قبل ذلك الثورة الامريكية على الاخذ بهذا المبدأ وان لم تذكره نصاً.

والمقصود بمبدأ الفصل بين السلطات هو توزيع الاختصاصات بين السلطات ووجود حد فاصل بينها حتى لا تتجرأ سلطة، على تجاوز إختصاصات سلطة أخرى، فيكون ذلك ضماناً للحرية الفردية في مواجهة السلطات. ويرجع الفضل الى العلامة الفرنسي مونتسكيو (Montes quieu) في ربط مبدأ الفصل بين السلطات بالحرية الفردية.

(156) ببو عبدالرحمن الخليل بن احمد بن عمرو بن تميم البصري الفراهيدي، كتاب العين، المحقق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج4، دون مكان وسنة طبع، ص 324-325.

(157) علي محسن مهدي، مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات ونشأته، المجلة العلمية الاكاديمية العربية - العدد 26، يناير، 2021، ص 1.

ومن أركان الانظمة الديمقراطية وخصائصها تبني مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك يحتم أولاً قيام حكومة نيابية (Representative Government)، لأنه لا سيادة بلا نظام نيابي، ولا ديمقراطية بلا فصل بين السلطات(158).

والفصل بين السلطات من مبادئ فن السياسة، تمليه الحكمة السياسية، و الرغبة في سير مصالح الدولة، وهو ضمان لحرريات الافراد، وفيه منع للتعسف و الاستبداد، إذ يمنع جمع مختلف السلطات – سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة – في يد شخص او هيئة واحدة ولو كانت الشعب نفسه (الديمقراطية المباشرة) أو كانت هي السلطة التشريعية نفسها (نظام الحكم النيابي) وذلك هو جوهر هذا المبدأ(159). ويُعدّ مبدأ الفصل بين السلطات، مبدأً خاصاً بتنظيم السلطة العامة في الدولة تمارس بمقتضاه سلطات الدولة وظائفها من قبل هيئات معينة ومستقلة الواحدة عن الأخرى، حيث ان تركيز السلطة في يد واحدة فقط قد يؤدي الى هدر الحقوق والحرريات لان السلطة المطلقة فاسدة(160).

وهناك قاعدتين يستند عليهما مبدأ الفصل بين السلطات:

أولاً: قاعدة التخصيص الوظيفي المتمثل بتخصص كل سلطة من السلطات العامة بصلاحيات من صلاحيات الدولة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية.

ثانياً: قاعدة الاستقلال العضوي بما تمليه من أهمية تنظيم العلاقات بين الهيئات العامة وفق مبدأ انها جميعا هيئات متساوية ومستقلة عن بعضها البعض بحيث لا تتدخل أي منها في وظيفة غيرها ولا تخضع الى غيرها من الهيئات(161).

ويتسم مبدأ الفصل بين السلطات بعدة مزايا ، من بينها انه يؤدي الى صيانة الحقوق، ومنع الاستبداد، من خلال توفير أرضية شرعية لممارسة السلطة من قبل هيئات عدة تتساوى فيها الحقوق وتتوازن الصلاحيات مما يجعل كل منها تمارس الرقابة على الأخرى. كما يرمي المبدأ الى إحترام القوانين وحسن تطبيقها بمنع إجتماع وظيفة التشريع والتنفيذ بيد سلطة واحدة، لان ذلك يؤدي الى انتفاء الحرية ويفسح الباب أمام تلك السلطة بإصدار قوانين من شأنها منح نفسها سلطات وصلاحيات واسعة مما ينفي

(158) د.محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان واهم النظم الدستورية و السياسية في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط4، 2002، ص 108.

(159) د.عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الاسلامية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1975، ص 166.

(160) سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الامريكية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1999، ص 19

(161) أفين خالد عبد الرحمن، ضمانات حقوق الانسان في ظل قانون الطوارئ، ط1، دار الحامد، عمان، 2009، ص 172.

عن القانون الحيادية والعمومية وتزول بنتيجة ذلك عن الدولة صفة حكم القانون. ومن المعلوم ان الفرد لا يمكنه ممارسة الحقوق السياسية إلا حين يشعر بالامان(162). وفوق ذلك يعمل على تحسين سير العمل في الدولة من خلال تخصص كل سلطة من هذه السلطات بالمهام الموكلة إليها وإتقانها لعملها وأدائها له على اكمل وجه الامر الذي سيؤدي حسن سير العمل في كافة السياقات التشريعية والتنفيذية والقضائية(163).

ولقد اختلف مواقف الدساتير من مبدأ الفصل بين السلطات، فبعضها يطبق نظام الفصل الشديد بين السلطات، كالدستور الامريكي لعام 1787 والدساتير الفرنسية بعد الثورة مثل دستور سنة 1791(164).

بينما نصت اغلب دساتير الدول اليوم على مبدأ الفصل المرن بين السلطات كمنظم لحياتها السياسية والدستورية وفي حماية الحقوق والحريات، لقد طبق هذا المبدأ بصورة واضحة في المملكة المتحدة، بل وفي اكثر الانظمة الدستورية حرصا عليه وهو النظام الدستوري الامريكي، فرغم ان هذا النظام قد يعتمد مبدأ الفصل التام للسلطات، غير ان ما يلاحظ هو وجود تداخل فيما بين السلطات يجعل من الصعب وضع حدود فاصلة تمنع اي سلطة من تخطيها، اذ ليس هناك مطلقا من دولة تكون الوظيفة التشريعية محصورة قطعاً بيد سلطة واحدة، أو ان هناك سلطة تدعي إحتكار الوظيفة التنفيذية بيدها(165).

وقد أقر دستور جمهورية العراق مبدأ الفصل بين السلطات في المادة (47) التي تقضي بان تتشكل السلطات الفيدرالية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية تمارس صلاحياتها وفق مبدأ الفصل بين السلطات. ويعزى ذلك الى ان العراق دولة فيدرالية نظام الحكم فيها برلماني، وبالتالي لا بد من وجود تعاون وتوازن ما بين السلطات. وبقدر تعلق الامر بالتوازن فيتمثل في مجموعة الصلاحيات التي تتمتع بها كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية إزاء الأخرى حيث تمتلك السلطة التنفيذية حق حل البرلمان، وفي مقابل ذلك للسلطة التشريعية سحب الثقة من الوزارة وإستجواب الوزراء وإجراء تحقيق معهم. أما التعاون فيبدو عن طريق إشتراك الوزارة في جلسات البرلمان وتقديم مشروعات القوانين وإصدار القوانين، أما من جانب السلطة التشريعية فقد يخول او يفوض البرلمان السلطة التنفيذية اصدار تشريعات أو عندما يحيل الى السلطة التنفيذية تنظيم أو تطبيق القوانين بما تصدره من انظمة وتعليمات

(162) د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1967، ص 334،335.

(163) سعيد السيد علي، مصدر سابق، ص186،185،184.

(164) د. جعفر عبد السادة بهير، التوازن بين السلطة والحرية، ط1، دار حامد، عمان، 2009، ص190

(165) المصدر نفسه، ص 191.

وهي أعمال تشريعية في الاصل⁽¹⁶⁶⁾. لكن ما يجب ملاحظته هو ان المشرع الدستوري العراقي قد زاد من كفة مجلس النواب على حساب السلطة التنفيذية، من خلال منحه سلطات عدة تطل بمبدأ الفصل بين السلطات، مثل انتخاب رئيس الجمهورية واقالته بعد ادانته من قبل المحكمة الاتحادية العليا، بالاضافة الى صلاحية الرقابة المتمثلة بتوجيه الاسئلة والاجوبة و منح الثقة وسحبها من كل من رئيس الوزراء والوزراء⁽¹⁶⁷⁾ مقابل بعض الصلاحيات الشكلية غير الفعالة التي منحها للسلطة التنفيذية مثل اقتراح حل المجلس النيابي.

ولكي يضمن مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره وسيلة ضامنة للحقوق والحريات يجب ضمان ما يأتي :

- 1- الرقابة على القوانين المنظمة للحقوق والحريات والصادرة من السلطة التشريعية نفسها عن طريق ما يعرف بالرقابة الدستورية.
- 2- إخضاع أعمال السلطة التنفيذية للرقابيتين البرلمانية والقضائية.
- 3- تقنين السلطات الموسعة لصلاحيات السلطة التنفيذية.

مما تقدم نتلمس، ان وجود الفصل بين السلطات، أساس ضروري لحماية حقوق الانسان إذا ما إعتد مبدأ التوازن بين السلطات وبالتحديد التشريعية والتنفيذية، من خلال تقرير مبدأ مسؤولية الوزارة امام البرلمان ومنح السلطة التنفيذية حق الحل، حتى يمكن لاحدهما مراقبة الاخرى، لانه ليس هناك من الناحية الفعلية ما يمنع محتكر السلطة من ممارسة سلطته على حساب حريات الافراد وحقوقهم طالما انه الوحيد الذي يتولى زمام الامر والنهي، فالسلطة لا توقفها الا السلطة على حد تعبير منتسكيو⁽¹⁶⁸⁾. ولضمان تحقق ذلك، إقتضى الامر التمسك بوسائل أخرى لحماية الحقوق والحريات، ولعل أهمها مبدأ سيادة القانون ومبدأ إستقلال القضاء.

⁽¹⁶⁶⁾ د. إبراهيم الفياض، مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير العراقية والدساتير المقارنة، مجموعة دراسات دستورية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد، المعهد الدولي لحقوق الانسان، جامعة ديوبول، 2005، ص99.

⁽¹⁶⁷⁾ د. حميد حنون خالد، نظام الحكم في مجتمع وادي الرافدين، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، الجامعة المستنصرية، العدد 2، 2006، ص260، 261.

⁽¹⁶⁸⁾ د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، بدون ذكر سنة النشر، ص14.

3-1-2: مبدأ سيادة القانون:

يقصد بهذا المبدأ سيادة حكم القانون في ظل الدولة القانونية، أي ان تكون تصرفات الادارة في حدود القانون، وخضوع الدولة للقانون، وإستقلال وحصانته كضمانة أساسية لحماية الحقوق و الحريات و ضمان حق التقاضي للناس كافة(169).

ويقصد بهذا المبدأ خضوع الدولة و الافراد للقانون. بحيث يكون كل تصرفات السلطة العامة و الافراد في إطار القانون، وان أي عمل يصدر منهما لا يعد هذا العمل صحيحا ولا منتجاً لأثاره الا إذا كان مطابقاً للقانون(170). ولقد ذهب قسم من الفقهاء بانه لا يجوز تفسير القانون بالتفسير الضيق، أي القانون لا يقصد به فقط القواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية حسب، وانما من الاخذ بالمعنى الواسع للقاعدة القانونية أيا كان مصدرها وفقاً لقواعد تدرج هذه القوانين. حيث ان الدستور هو الذي يعلو على القوانين كافة في الدولة ويليه من حيث القوة القانون العادي ثم اللائحة وأدناها القرار الفردي(171). ويعد هذا المبدأ من عناصر الدولة القانونية وانه خير ضمان لحقوق المواطنين وحررياتهم. حيث يمنع الحكام من أساء استعمال السلطة الممنوحة لهم أو عدم إلتزامهم بالقواعد القانونية.

ومن حيث الجوهر يراد بسيادة القانون أن الافراد ومن يحكمونهم يجب أن يمثلوا للقانون. ويتطلب هذا التعريف البسيط بعض الإيضاح، من خلال تحديد فئات المسائل التي ينطبق عليها مبدأ سيادة القانون وما الذي تعنيه عبارة القانون؟

تنطبق سيادة القانون على العلاقة بين السلطات الوطنية (الحكومة وسائر أجزاء الفرع التنفيذي على مختلف المستويات، والقضاء)، والمواطنين والمقيمين والجهات الخاصة الأخرى، من قبيل الجمعيات والشركات. وعلى سبيل المثال، تتعلق سيادة القانون بكيفية وضع القوانين، أو بالطريقة التي ينبغي بها معاملة المشتبه في ارتكابهم جرائم، أو بالطريقة التي ينبغي بها فرض الضرائب وتحصيلها. وتنطبق سيادة القانون أيضا على ما يدور بين الجهات الفاعلة الخاصة في المجتمع. وتتعلق بمسائل منها شراء أو بيع الممتلكات، سواء كانت هذه الممتلكات هاتفا محمولا أو سيارة، أو منح تعويض مستحق عن الضرر الناجم عن حادث مرور، أو العلاقات الأسرية مثل الزواج والطلاق والإرث. وتتصل أيضا مسائل من قبيل الحق في زراعة قطعة أرض أو شراء أو بيع أراض. وبإيجاز، فإن سيادة القانون تتصل بالعلاقات بين

(169) د. علي اسماعيل مجاهد، تطبيقات مبدأ سيادة القانون و الاستثناء الوارد في الدستور البحريني، الاكاديمية الملكية للشرطة، المجلة القانونية، العدد الثالث، بدون سنة نشر، ص 207.

(170) محمد انس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام-القضاء الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 11.

(171) عبدالله البياتي، حق التقاضي، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1998، ص 92.

المحكومين وبين من يحكمونهم وكذلك بالعلاقات بين الكيانات الخاصة، سواء كانت هذه الكيانات أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً اعتباريين، مثل الجمعيات والشركات. وهذا أمر يستحق التشديد عليه، أن هناك من يحتجون أحياناً بأن سيادة القانون معنية حرصاً بالحد من ممارسة الحكومة لسلطتها. إلا أنها ليست كذلك(172).

ويعني مبدأ المشروعية، ضرورة احترام القواعد القانونية النافذة، وأن تكون جميع أعمال السلطات الدولة العامة متطابقة مع قواعد القانون بمعناه العام. يستوي أن تكون هذه السلطة هي السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية(173). ومن مقتضيات هذا المبدأ أن أعمال السلطات العامة وجميع إجراءاتها وتصرفاتها وقراراتها النهائية على أي مستوى كانت من التدرج، سوف لن تكون صحيحة ولا تنتج أي آثار قانونية إزاء المخاطبين بها إلا إذا تطابقت مع القاعدة القانونية العليا التي تسود عليها، فإن صدر تصرف على خلاف مقتضى القانون الواجب التطبيق فإنه يكون غير مشروع ويتحول إلى مجرد إجراء مادي غير قانوني. وبالتالي لا بد من وضع جزاء يتخذ حياله حماية لحقوق الأفراد وحياتهم، ويتوقف هذا الجزاء على نوع العمل غير المشروع ونطاقه. فقد يتخذ شكل إبطال التصرف المخالف لمبدأ المشروعية، وقد يقتصر على جبر الضرر الذي أصاب الأفراد، وقد يجمع بين الاثنين(174). ويعد مبدأ المشروعية (سيادة القانون) في هذا الوقت، قمة الضمانات الأساسية الجدية والحاسمة للحقوق والحريات، ويتجلى هذا المبدأ كلما استطاع الفرد أن يحرز مكاسب في نزاعه مع السلطة الحاكمة لإجبارها على التنازل عن جميع مظاهر الحكم التعسفي والمطلق، وذلك من خلال أجيال عدة مرت على الإنسانية حتى هذا العصر، . ولكي يؤدي مبدأ سيادة القانون دوره الفعال في ضمان الحقوق والحريات يجب مراعاة ما يلي:

1- كل تقييد لحقوق الأفراد يجب أن يستند إلى قانون و القانون يجب أن يستند إلى الدستور

2- وجود مضمون قانوني يضمن حقوق الإنسان .

(172) معهد راؤول ويلنبريغ لحقوق الإنسان والقانون الإنساني، سيادة القانون: دليل للسياسيين، معهد لاهاي لتدويل القانون، 2012، 7.

(173) د.احمد عبدالوهاب السيد، الحماية الدستورية لحق الانسان في قضاء طبيعي، ط1، مؤسسة بيتر للطباعة، القاهرة، 2003، ص 192.

(174) عثمان عبدالمك الصالح، ضمانات حقوق الانسان في الكويت بين النظرية و التطبيق، بحث مقدم الى ندوة تدريس حقوق الانسان نظمتها جامعة الزقازيق ديسمبر عام 1978، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص 5.

3- استقلال القضاء وحصانته لان استقلال القضاء وحصانته خير ضمان لحماية حقوق وحرريات الأفراد. فالقضاء المستقل هو الذي يذود عن الحقوق والحرريات ويمنع اعتداء أجهزة السلطة التنفيذية عليها⁽¹⁷⁵⁾.

وتطبيقاً لهذا الخضوع لسيادة القانون تقضي المادة (5) من دستور جمهورية العراق بان السيادة للقانون، وان الشعب هو مصدر السلطات واسباس شرعيتها، يمارسها الشعب عن طريق الاقتراع السري العام المباشر ومن خلال مؤسساته الدستورية. وقررت هذا المبدأ مواد أخرى من الدستور منها المادة (67) التي تنص على ان رئيس الدولة هو رمز وحدة الوطن ويمثل سيادة الدولة ويسهر على ضمان التقيد بالدستور، والحفاظ على استقلال العراق وسيادته ووحدته وسلامة اراضيه. كما تنص المادة (87) على استقلال السلطة القضائية وتتولى هذه السلطة المحاكم باختلاف انواعها ودرجاتها وتصدر قراراتها استناداً الى القانون.

وبهذا النصوص الصريحة يتقرر في ظل دستور جمهورية العراق لسنة (2005) مبدأ المشروعية (سيادة القانون)، ومن ثم تنقرر للأفراد ضمانات جديدة تجاه السلطات العامة حيث يفترض ان يكون الافراد بمقتضى ذلك في مأمّن ان تتسلط عليهم السلطة الحاكمة على خلاف ما فرضه القانون. ذلك انه من البديهيات، انه لا يكفي لحماية حقوق الافراد وحررياتهم ان يتأكد مبدأ سيادة القانون في شان علاقتهم بعضهم ببعض بل يجب لتوكيد هذه الحماية ان يسود القانون علاقتهم مع السلطات العامة في الدولة⁽¹⁷⁶⁾.

3-1-3: مبدأ استقلال القضاء:

لا أحد ينكر بان التزام الدولة بالقانون ينعكس إيجاباً على حماية حقوق وحرريات الأفراد وان قل اثرها من الناحية الواقعية، وعلى هذا فإن القضاء العادي والإداري يمكن ان يسهم بدور كبير في الحد من تعسف السلطة في الدولة وان كان دوره وأدائه يبقى قاصراً من حيث حماية الحريات ولا يرقى الى إشباع تطلعات وآمال الأفراد داخل الدولة في الحد من انتهاكات سلطاتها. لتناول مبدأ استقلال القضاء، لابد أولاً من تعريف مصطلح استقلال القضاء ثم تناول جوانب استقلال السلطة القضائية

أولاً: تعريف استقلال القضاء:

ان يكون القضاء مستقلاً يعني ان يكون محققاً كل ما يضمن حقوق الناس على المستوى الداخلي للدولة وضمن حدودها الطبيعية، وحسب الاختصاص الوظيفي القضائي للدولة، من حيث الاختصاص

⁽¹⁷⁵⁾ فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق و الحريات، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2004، ص 161.

⁽¹⁷⁶⁾ د.طعيمة الجرف، مصدر سابق، ص 5

القضائي الدولي للمحاكم أو الاختصاص النوعي أو القيمي أو المكاني⁽¹⁷⁷⁾، و الاستناد الى ما يلزم لتحقيق العدالة من إجراءات وآليات وهياكل مستمدة من مبادئ العدالة ومبادئ حقوق الانسان، ذلك ان وضع مثل هذه الضمانات يؤكد ان أبرز مظاهر التحدي الذي قد يواجهه القضاء الداخلي هو تدخلات السلطة التنفيذية، فلكي يكون القضاء عادلاً، يجب ان يكون مستقلاً، فلا تستبد الحكومة في أثناء اختيار القضاة وتتلاعب في الصفات الموجبة لمن يتولى وظيفة القضاء طبقاً لأهواء شخصية ضيقة، وغيرها من أشكال التدخلات، فلا بد مثلاً ان يستقل القضاء في ميزانيته المالية وعمل كوادره الادارية، ولا تكون مصاريفه شحيحة نقل من فاعليته، وان تعاقب اي جهة كانت تحاول التأثير في قراراته، وان يكون من حق القاضي رفض ونقض كل ما يخالف العدالة من قانون او أمر، مهما كانت منزلة مصدره، وان لا يعتقل أو يسجن أي شخص الا بحكم قضائي، وان تكون السجون بإشراف السلطة القضائية، وان يكون للقضاة سلطة إلزام السلطة التنفيذية على تنفيذ كل حكم او قرار يصدره. وبالتالي لابد ان يحمل مصطلح إستقلال القضاء في مضمونه عنوان العدالة، لان قضاءً غير مستقل عن سلطات الدولة الأخرى من غير المتوقع ان يكون عادلاً وهذه من معايير مفهوم الدولة الحديثة⁽¹⁷⁸⁾.

ان القضاء كسلطة من واجباته الاساسية، إصدار قرار أو حكم لتسوية أي نزاع بين طرفين يعرض عليه أو يكون ضمن ولاية المحكمة المختصة، كتوجيه عقوبة لمن ارتكب جرمًا دون ان يكون لإرادة طرف النزاع أو مرتكب الجريمة أو لأي شخص آخر أي سبيل للتأثير في قرار القضاة والا جرد عمل المحكمة من العدالة التي هي الهدف الاسمي للقضاة بإعتباره الجهة التي تختص بفض المنازعات بمقتضى القانون سواء كانت هذه المنازعات واقعة بين الافراد انفسهم أو بينهم وبين سلطة الدولة ذاتها و بهدف إيجاد تسوية قضائية وإعطاء أو إرجاع الحقوق الى أصحابها (إعادة الحق الى نصابه)⁽¹⁷⁹⁾.

إذن يقصد بإستقلال القضاء "ان لا يخضع القضاة في ممارستهم لعملهم، لسلطان اية جهة وان يكون عملهم خالصاً لقرار الحق و العدل، و الحيلولة دون تدخل أية جهة مهما كانت طبيعتها ووظيفتها في عمل القضاة وتوجيهه او عرقلة مسيرته، او التعرض لأحكامه"⁽¹⁸⁰⁾، وهذا يتطلب ان يحاط القضاة بسياج من الضمانات و الامتيازات التي شأنها حمايته من كل تجاوز أو إعتداء من شأنه ان يחדش مبدأ

⁽¹⁷⁷⁾ د.عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدينة-دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية، دار الكتب للطباعة و النشر، جامعة الموصل، 2000، ص 90-91

⁽¹⁷⁸⁾ ابو بلال عبدالله الحامد، المعايير الدولية لإستقلال القضاء-القضاء في بوتقة الشريعة الاسلامية، ط1، دار العربية للعلوم، بيروت، 2004، ص 10-11.

⁽¹⁷⁹⁾ د.حسين الشيخ محمد طه الباليساني، القضاء الدولي الجنائي، مطبعة الثقافة، أربيل، 2005، ص 87.

⁽¹⁸⁰⁾ ابو بلال عبدالله الحامد، مصدر سابق، ص 11.

العدالة. وان مبدأ إستقلال القضاء هو قاعدة داخلية تطبق في نطاق علاقة السلطة القضائية بغيرها من سلطات الدولة، وتقوم على مبدأ عدم التدخل من قبل السلطتين التشريعية و التنفيذية في أمور القضاء، وإعطائه سلطة دستورية منفصلة ومستقلة عن السلطتين الاخرتين(181).

وهذا المبدأ يقتضي ان تتمتع كل سلطة من سلطات الدولة بإختصاصات محدودة ومقصورة عليها، ومفاد هذا ان القضاء يجب ان يتمتع بمفرده بسلطة البت في القضايا المحالة إليه، ويجب ان لا تتعرض الهيئة القضائية ككل أو ان لا يتعرض كل عضو فيها، الى التدخل في عمله من قبل اية جهة كانت ومهما كانت طبيعتها من خلال توجيه القضاء في عمله، أو عرقلة مسيرته أو التعرض الى أحكامه. كما يقتضي هذا المبدأ ان يتمتع القضاة بحرية الحكم في المسائل المعروضة على القضاء بحيث يحكمون إستناداً الى الوفاء وبمقتضى القانون بعيداً عن التدخل او المضايقة او التأثير ومن جانب اية هيئة حكومية او من جانب الافراد وبصفتهم الشخصية(182). أي يستلزم هذا المبدأ احاطة القضاة بسياج من الضمانات يحميهم من اي تجاوز او إعتداء يمكن ان يؤثر على هذا المبدأ(183).

وان كان هذا المبدأ يقوم على تحرير السلطة القضائية من اي تدخل من جانب السلطتين التنفيذية و التشريعية، فان هذا هذا لا يعني التحرر المطلق وان يكون الطريق الى إستقلال القضاء مفتوحاً، وانما يعني عدم خضوع القضاء في تنظيم شؤونه لغير سلطان القانون بحيث يكون عمل القضاء من اجل احقاق الحق و العدل خاضعاً لما يمليه عليه القانون وضمير القاضي وإقتناعه الحر الصحيح(184).

ان السلطة القضائية قائمة في شكل رئيسي على مبدأ إستقلال القضاء وهو من المبادئ المقررة في أكثر دساتير الدول. ان الغاية من إستقلال القضاء، ليس تأمين حرية القاضي في ممارسة المهنة فحسب، بل توفير الضمانة للمواطنين في ان القضاة سيصدرون أحكامهم وفقاً لقواعد القانون بوحى من عقولهم وضمائرهم، ودون تدخلات ضاغطة على أحكامهم(185).

(181) د. عبد الوهاب الكيالي وآخرون، الموسوعة السياسية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1974، ص 98.

(مبادئ الامم المتحدة الاساسية بشأن إستقلال السلطة القضائية والمعتمدة بقراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 182 في 29 تشرين الثاني 1985 ورقم 146/40 في 13 كانون الاول 1985، متوافر على الرابط التالي: 40/32

<https://www.hrw.org/legacy/arabic/un-files/text/un-ijb.htm>(تاريخ الزيارة 2022/3/15)

(183) عمار بوضياف التهامي، معالم إستقلال القضاء في الشريعة الاسلامية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 30، السنة 8، 1996، ص 128.

(184) د. احمد فتحي سرور، الشرعية والاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 168.

(185) د. خليل حميد عبدالحميد، مبدأ استقلال القضاء بين النظرية و التطبيق، مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد 16، 2010، ص 125

ان طبيعة ومفهوم إستقلال القضاء هو إستقلال وظيفي وعضوي في ان معاً، والاستقلال الوظيفي يفترض وحدانية السلطة القضائية، أي اعتبارها المرجع الوحيد لفض المنازعات، كما يفترض شموليتها، أي اعتبارها المرجع العام لكافة المواطنين، دون اي تمييز أو تحيز ودون وجود عدة هيئات لتطبيق القانون. أما الاستقلال العضوي فينبغي توفير الحرية الكاملة للقاضي لكي يؤدي وظيفته على أكمل وجه(186).

ومهما يكن من أمر، فان إستقلال القضاء يعني عدم خضوعه لغير سلطان الحق والعدالة، بما يدل عليه من كفاءة القاضي ونزاهته وإجتهاده في الحكم، مع ضمان العمل والتطبيق من دون تدخل أي سلطة في مسيرة التنفيذ. ولهذا ينبغي لأجل التحقق من إستقلالية القضاء في دولة ما، ينبغي النظر الى مدى عدم خضوع القضاء لاي سلطة اخرى في شؤونه المالية والادارية والتأديبية. فإذا كان خضوعاً لسلطة أخرى في اي من هذه النواحي، فان هذا يمثل طعناً في إستقلاليته وحياديته.

وان مبدأ إستقلال القضاء يرتبط على نحو وثيق بمبدأ الفصل بين السلطات، لان مقتضى هذا المبدأ، ان تكون مكانة القضاء بوصفه سلطة متساوية مع مكانة السلطتين التشريعية و التنفيذية، وان يكون مستقلاً عنهما، كي يتمكن من ممارسة إختصاصه وحماية الافراد وحررياتهم في إطار سيادة القانون، وان مقتضى هذا المبدأ ان تستقل كل سلطة من سلطات الدولة في مباشرة الوظيفة التي أسندها إليها الدستور، ولا يجوز لأي منها التجاوز على صلاحيات السلطات الاخرى أو تجاوز حدود إختصاصها(187).

ثانياً: جوانب إستقلال السلطة القضائية:

1. تضمن الدولة إستقلال السلطة القضائية بالنص على ذلك في الدستور او القوانين. وعلى كافة مؤسسات الحكومة وغيرها إحترام ومراعاة إستقلال السلطة القضائية.
2. تقوم السلطة القضائية بالفصل في المنازعات المرفوعة اليها دون تحيز، استناداً على الوقائع ووفقاً للقانون، ومن دون الخضوع لاية قيود وتأثيرات او اية اغراءات او ضغوط او تدخلات، سواء اكانت مباشرة او غير مباشرة، من قبل اية جهة أو لأي سبب كان .
3. السلطة القضائية لها الولاية على كافة المسائل التي لها طبيعة قضائية، وتنفرد بسلطة الفصل فيما إذا كانت أي موضوع مرفوع اليها للبت فيه يدخل ضمن اختصاصها حسب التحديد المنصوص عليه في القانون.

(186) د. محمد خليل، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان وأهم النظم الدستورية والسياسية في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 371-372.

(187) د.فؤاد العطار، القضاء الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 181.

4. من غير الجائز حدوث أي تدخل غير لائق، أو ليس له مبرر، في الإجراءات القضائية، ولا يجوز إخضاع القرارات القضائية التي تصدر عن المحاكم لاعادة النظر، ولا يمس هذا المبدأ بالمراجعة القضائية أو في قيام السلطات المختصة، استنادا الى القانون، بتخفيف أو تعديل الاحكام التي تصدر عن السلطة القضائية.

5. من حق الفرد ان يحاكم أمام محكمة عادية او الهيئة القضائية التي تطبق الاجراءات القانونية المقررة، ويحظر انشاء اجهزة قضائية لا تطبق الاجراءات القانونية الأصولية ذات الصلة بالاجراءات القضائية، لتنتزع من المحاكم العادية الولاية القضائية التي منحها لها الدستور والقانون.

6. على السلطة القضائية ضمان سير الاجراءات القضائية بعدالة، وإحترام حقوق الاطراف(188)

ووفقا للإعلان العالمي لحقوق الانسان، يحق لأعضاء السلطة القضائية كغيرهم من الافراد التمتع بحريات التعبير والمعتقد وانشاء الجمعيات وحرية التجمع، ومع ذلك يشترط ان يسلك القضاة دائما، لدى ممارسة حقوقهم، مسلكا يحفظ هيبة منصبهم ونزاهة وإستقلال القضاء وتكون للقضاة الحرية في تكوين جمعيات للقضاة أو غيرها من المنظمات لتمثيل مصالحهم ورفع تدريبهم المهني وحماية إستقلالهم القضائي، وفي الانضمام إليها.

ويتعين ان يكون من يتم اختيارهم لتولي الوظائف القضائية من اصحاب النزاهة والكفاءة، وحاصلين على تدريب ويتمتعون بمؤهلات مناسبة في القانون. ويجب ان تشمل أي طريقة لإختيار القضاة على ضمانات ضد التعيين في المناصب القضائية بدوافع غير سليمة. ويحظر، عند إختيار القضاة، التمييز ضد أي شخص على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو الدين أو الاراء السياسية، غير انه لا يعتبر تمييزا ان يشترط في المرشح لمنصب قاضي ان يكون من مواطني الدولة المعنية(189).

ويجب تنظيم المسائل المتصلة بإستقلال القضاء بقانون صادر من السلطة التشريعية، ولا يجوز تنظيمها بنص تشريعي اقل مرتبة من القانون(190)، وبترتب على ذلك انه لا يجوز ان يكون تنظيم القضاء بواسطة السلطة التنفيذية بإصدارها قرارات لها قوة القانون، في الحالات و الاوقات التي اجاز لها الدستور ذلك أو التي لديها تخويل برلماني بإصدار التشريعات، لان ذلك يشكل خروجا صريحا على مبادئ الدستور وإعتداءً على إختصاص السلطة التشريعية ومبدأ الفصل بين السلطات، كما ان ممارسة السلطة التنفيذية

(188) مبادئ الامم المتحدة الاساسية بشأن إستقلال السلطة القضائية، مصدر سابق.

(189) مبادئ الامم المتحدة الاساسية بشأن إستقلال السلطة القضائية، مصدر سابق.

(190) محمد نور شحاتة، إستقلال القضاء من وجهة النظر الدولية و العربية و الاسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 24.

لمهمة التشريع هو إختصاص إستثنائي لا يجوز التوسع فيه، وتكون ممارسته ضمن حدود وضوابط معينة وفي أحوال حددها الدستور، وخلاف ذلك سيؤدي الى هيمنة السلطة التنفيذية على القضاء، وتعمل على النيل من إستقلالها، ومحاولة التأثير عليها، لان مثل هذه القوانين تتيح للسلطة التنفيذية ان تقوم مثلاً بإقضاء العناصر التي لا ترضى عنها هذه السلطة. ومن جهة أخرى، يتعلق الامر بتنظيم سلطة، وهي السلطة القضائية، و التي هي سلطة لا تقل أهمية عن السلطات الاخرى، فهي الحارسة لحقوق وحرريات الافراد وحررياتهم، فضلاً عن كونها الرقابية على أعمال السلطتين الأخرين فعلى الاقل، يجب ان يكون تنظيم هذه السلطة بأداة تشريعية عالية وليس بأداة أدنى مرتبة من القانون(191).

2-3: الضمانات الدستورية الخاصة للحقوق والحرريات الاقتصادية:

تمثل الحقوق والحرريات أهمية كبيرة وذلك لتنظيمها مجالات المجتمع المختلفة وتختلف المصادر المنظمة لها بين قواعد القانون الدولي والتشريعات الوطنية. وبالنسبة للضمانات الدستورية الخاصة بالحقوق والحرريات الاساسية في العراق، تضمن الدستور العراقي عددا من الضمانات الكفيلة بحماية هذه الحقوق والحرريات، بعض هذه الضمانات تتعلق بحظر المساس بالحقوق والحرريات من خلال حظر تعديل الأحكام الدستورية ذات الصلة، والبعض الآخر من الضمانات يتمثل بما منحه الدستور من دور للهيئات والافراد في حماية الحقوق والحرريات. عليه، ينقسم هذا المبحث الى مطلبين يتناول المطلب الاول: النصوص الدستورية المتعلقة بتعديل أحكام حقوق الانسان وحرياته، ويتناول المطلب الثاني النصوص الدستورية المتعلقة بدور الهيئات والافراد في ضمان حقوق الانسان وحرياته.

1-2-3: النصوص الدستورية المتعلقة بتعديل أحكام حقوق الانسان وحرياته:

يعد مبدأ تعديل الدستور من المبادئ المقررة في غالبية الدساتير ويسوغ ذلك على أساس ان الدستور يجب ان يواكب مقتضيات التطور الاجتماعي وتكوين الصورة الفعلية لنظام الحكم السائد في المجتمع. ووفقا لغالبية الفقهاء فان تطور الحياة وتغيرها من كافة النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية لا يمكن ان ينسجم مع وجود نصوص ثابتة لا تتغير ولا تواكب الواقع. ومع ذلك فان واقع النصوص الدستورية المنظمة لتعديل الاحكام الخاصة بالحقوق والحرريات، وهي قليلة العدد، يوضح وجود نمطين من الدساتير في هذا الشأن وهي كالاتي:

(191) د. يحيى الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 127.

النمط الأول، هذا النمط يحظر تعديل المبادئ المنظمة لحقوق الانسان حظرا مطلقا. وهذا ما ذهب إليه عدد من الدساتير مثل دستور البحرين لسنة 1973 (المادة 104/ ج)، ودستور الجزائر لسنة 1989 (المادة 164) (192).

النمط الثاني، هذا النمط لا يجيز تعديل النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات الا بعد مضي فترة معينة وذلك لمنح قدسية لهذه النصوص وتحقيقا لثباتها وإستقرارها، ويهيئ لها بعد مضي الفترة التي يمنع فيها التعديل تقوية مكانتها لدى الافراد والسلطات العامة وهذا يشكل ضمانا مباشرة لحقوق الانسان وحرياته الاساسية. ومقتضى ذلك عدم جواز إقتراح تعديل كل أو بعض نصوص الدستور ضمن فترة زمنية معينة تكفي لتثبيتها وذلك لضمان نفاذها. والقيد الزمني قد يسري في ظل ظروف عادية وقد يسري في ظل ظروف استثنائية تمر بها الدولة ، ويستهدف المشرع الدستوري من ذلك إضفاء الثبات والاستقرار على نصوص الدستور، وذلك في الدساتير التي تعلن عادة في أعقاب قيام دولة جديدة أو بعد خروجها من الاحتلال ، أو تبنيتها لنظام سياسي جديد مغاير لسابقه. فمرور هذه المدة المحددة التي قد تطول أو تقصر من شأنها أن توجد مناغمة ما بين المواطنين والنظام المراد إقامته. (193)

ويجد هذا النمط تطبيقه في المادة (126/ ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة (2005) التي تقضي بعدم جواز تعديل المبادئ الاساسية المذكورة في الباب الاول، والحقوق والحريات المعلنة في الباب الثاني من الدستور، إلا بعد مرور دورتين انتخابيتين متتاليتين، وبعد موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب على ذلك، وموافقة الشعب في استفتاء عام ومصادقة رئيس الجمهورية خلال 7 أيام" (194).

ومن ذلك يتضح أن تعديل دستور جمهورية العراق مقيد بقيد زمني وارد على بعض مواد الدستور وذلك لمدة ثمان سنوات. لضمان نفاذ أحكام الدستور الأساسية الواردة في الباب الأول والذي يتضمن المواد (1-13) ولعل أهم المبادئ الواردة في هذا الباب هي :

- شكل دولة العراق اتحادي ونظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي .
- علاقة الدين بالدولة باعتبار الإسلام دين الدولة وهو المصدر الأساس للتشريع.
- التعددية الدينية والقومية والمذهبية في العراق وهويته الإسلامية .

(192) جعفر صادق مهدي، ضمانات حقوق الانسان-دراسة دستورية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1990، ص 4.

(193) مها بهجت يونس، حقوق الانسان وحرياته الاساسية في دستور جمهورية العراق لسنة 2005، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية العدد الاول، 2009، ص 152-153

(194) مها بهجت يونس، حقوق الانسان وحرياته الاساسية في دستور جمهورية العراق لسنة 2005، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية العدد الاول، 2009، ص 152-153

- اللغات الرسمية في العراق – العربية والكردية – فضلاً عن اللغات الخاصة بالقوميات الأخرى.
- سيادة القانون وكون الشعب مصدر السلطات وأساس شرعيتها.
- التداول السلمي للسلطة .
- حظر النهج العنصري أو الإرهابي أو التكفيري مع التزام الدولة بمحاربة الإرهاب.
- عدم تدخل العراق بالشؤون الداخلية للدول الأخرى مع التزامه باحترام التزاماته الدولية وحل نزاعاته بالوسائل السلمية .
- تكوين القوات المسلحة والأجهزة الأمنية من مكونات الشعب مع خضوعها للسلطة المدنية ، ولا دور لها في تداول السلطة فضلاً عن حظر تكوين أية مليشيات عسكرية خارج إطار القوات المسلحة .
- حماية العتبات المقدسة والمقامات الدينية في العراق من قبل الدولة وضمنان ممارسة الشعائر بحرية فيها.
- أعلىوية الدستور وسموه.

أما الباب الثاني فقد قسم إلى فصلين ، الأول منهما معنون بـ "الحقوق" ويشمل المواد (14-36) والذي قسم إلى فرعين الأول يتضمن الحقوق المدنية والسياسية. ويتضمن الثاني الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. أما الفصل الثاني فجاء بعنوان "الحريات" وقد تضمن المواد (37-46) (195).

ان بعض التعديلات الاساسية للدستور تعد أساسية الى درجة ان تعديلها يجاوز إختصاص سلطة تعديل الدستور. وبصفة عامة، يؤكد انصار هذا الاتجاه على ان النصوص الدستورية المتعلقة بالكرامة الانسانية، وبعض أو كل الحقوق الاساسية، والمبادئ الاساسية للدولة، مثل الديمقراطية، وحكم القانون، والمقومات الاجتماعية، وشكل الدولة الفدرالية أو الموحدة، و السيادة الشعبية، تعد أعلى من النصوص الاخرى التي يتضمنها الدستور. غير ان حقوق الانسان، مثل الحرية، و الملكية، و الامن الشخصي، ومقاومة الظلم، تعد أعلى من الحقوق الدستورية الاخرى، ولذلك ليس بمقدور سلطة تعديل الدستور إلغاء هذه الحقوق، وان النصوص الدستورية المتعلقة بحقوق الانسان لا يمكن مراجعتها أو تنقيحها، ولذلك ليس بمقدور السلطة التأسيسية تعديل هذه النصوص(196).

(195) علي سعد عمران، السلطة المختصة باقتراح تعديل دستور العراق لعام 2005، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 1، 2011، ص 475-476.

(196) د.وليد محمد الشناوي، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية-دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2013، ص 162-163.

وتضمنت دساتير دول العالم نصوصاً أدرجت فيها قائمة بالحقوق و الحريات حرصاً من هذه الدساتير على ان يتم وصفها بانها دساتير ديمقراطية تحترم الانسان وهذا الاتجاه سارت عليه أهم الوثائق الدستورية العراقية ومنها دستور جمهورية العراق لسنة 2005 حيث قام المشرع العراقي بتضمين الباب الثاني من الدستور قائمة بالحقوق والحريات قسمت الى فصلين، تضمن الفصل الاول قائمة بالحقوق بينما إحتوى الفصل الثاني على الحريات.

ومن الضروري الاشارة الى موقف قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الذي يبدو انه سيكون آخر دستور مؤقت في سلسلة الدساتير المؤقتة التي طبقت في العراق منذ عام 1958، فالحقيقة انه تضمن قائمة بالحقوق والحريات وردت في الباب الثاني منه وهي في معظمها حقوق مدنية وسياسية، أما الحقوق ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي فلم يشير إليها هذا القانون بصورة مفصلة في هذا الباب (المواد 10 الى 23) الا ان هذه الحقوق تعد ملزمة كذلك للدولة العراقية ومؤسساتها عندما تقف في مواجهة الافراد إذ ان نص المادة (23) من قانون إدارة الدولة جاءت لتؤكد على انه (يجب الا يفسر تعداد الحقوق المذكورة انفاً بانها الحقوق الوحيدة التي يتمتع بها أبناء الشعب العراقي، فهم يتمتعون بكل الحقوق اللائقة بشعب حر له كرامته الانسانية وبضمنها الحقوق المنصوص عليها في المعاهدات و الاتفاقيات الدولية وغيرها من وثائق القانون الدولي التي وقعها العراق أو انضم إليها، او غيرها التي تعد ملزمة له وفقاً للقانون الدولي ويتمتع غير العراقيين في داخل العراق بكل الحقوق الانسانية التي لا تتعارض مع وضعهم باعتبارهم من غير المواطنين) كما نصت المادة (10) من هذا القانون على ان "وعلى الحكومة العراقية الانتقالية وحكومات الاقاليم و المحافظات و البلديات والادارات المحلية ان تحترم حقوق الشعب العراقي بما فيها الحقوق المذكورة في هذا الباب" (197).

ويبدو من النصوص الواردة في قانون الدولة انه لم يشر الى بعض الحقوق المهمة، وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بالجوانب الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ومع ذلك فهي محمية طالما ان النظام القانوني الدولي الذي يهتم بحقوق الانسان يوفر الحماية لها، فالعراق من الدول الملزمة باتفاقية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فضلاً عما أشارت إليه المادة (14) من قانون إدارة الدولة المؤقت التي نصت على ان للفرد حق في الامن و التعليم و العناية الصحية والضمان الاجتماعي وعلى الدولة العراقية ووحداتها الحكومية وبضمنها الاقاليم و المحافظات و البلديات والادارات المحلية، بحدود مواردها ومع الاخذ بالاعتبار الحاجات الحيوية الاخرى ان تسعى لتوفير الرفاه وفرص العمل للشعب". كما يلاحظ أيضاً ان الاهتمام بمجموعة الحقوق و الحريات المدنية والسياسية انها مرده الى طابع و التجاهل الذي

(197) د.حيدر ادهم عبد الهادي، دراسات في قانون حقوق الانسان، ط1، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، 2009، ص 91-90.

شهدته المراحل السابقة له في العراق حتى أصبح انتهاك هذه الحقوق على وجه التحديد فلكلور عراقي حرصت الانظمة السياسية العراقية ودون إستثناء على ممارسته(198).

وان القواعد الدستورية تشرع من أجل بيان بناء الدولة وتكوينها وتشخيص المؤسسات الدستورية فيها وإختصاصات تلك المؤسسات و العلاقة فيما بينها، وكذلك بيان حقوق الافراد وحررياتهم، وما يقابلها من واجبات وإعباء لغرض خلق توازن بين الحقوق والواجبات، ولا توجد حقوق دون واجبات ولا واجبات دون حقوق، لان القول بوجود أحدهما دون الآخر اقرار بالفوضى في الصورة الاولى، وبالاستبداد في الصورة الثانية، ولذلك يرى الفقه المعاصر ضرورة ان يوازن المشرع بين إختصاصات الحكام وإحترام الحريات العامة للأفراد(199).

وتعد المبادئ والحقوق والحريات المذكورة في الدستور ملزمة، ولا يجوز الغاؤها أو اجراء تعديلات عليها أو تقييدها عند تعديل الدستور، وان الاحزاب السياسية والجمعيات والمؤسسات الاهلية المسجلة وفقا للقانون والنقابات المهنية والعمالية لها حق التقدم الى المحكمة الاتحادية العليا بطلب تقرير عدم دستورية النص الذي يعارض مع أي من المبادئ والحقوق والحريات الواردة في الدستور. وان المحكمة الاتحادية العليا لها إختصاص مراقبة الوحدة العضوية للدستور في حال تعديله بالمخالفة للمبادئ والحقوق والحريات الاساسية المدرجة فيه(200).

2-2-3: النصوص الدستورية المتعلقة بدور الهيئات والافراد في ضمان حقوق الانسان وحرياته:

يعد حق الافراد في الدفاع عن حقوقهم وحررياتهم أمام القضاء من الحقوق الهامة التي تمنح الافراد حق الدفاع عن حقوقهم وحررياتهم بإعتبارهم الادرى بتلك الحقوق والحريات في حال حدوث انتهاك لها. ومما يدخل ضمن ذلك، حق الافراد في المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بهم بسبب إهمال موظفي الدولة في القيام بواجباتهم، وهو ما نجد تطبيقا له في المادة (37 / أولاً / ج) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 التي تحظر كل اشكال التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة اللانسانية، ولا ترتب اي إعتبار للإعتراف الحاصل تحت تاثير الاكراه او التهديد او التعذيب، واعطت المتضرر حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والضرر المعنوي الذي لحقه وفقا للقانون. كذلك اعطى قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة (2005) والنظام الداخلي الصادر بموجبه رقم (1) لسنة (2005)، حق

¹⁹⁸ المصدر نفسه، ص 90-91.

¹⁹⁹ د.حميد حنون خالد، فكرة الدستور، دراسات دستورية عراقية، المعهد الدولي لقانون حقوق الانسان، كلية الحقوق، جامعة دي بول، مطبعة بؤيد، 2005، ص 49.

²⁰⁰ أسامة هيكل، 150 يوماً في تاريخ مصر-حقيقة في زمن الكذب، ط1، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 2013، ص 5.

للأفراد ممن لهم مصلحة شخصية حالة ومباشرة، في تحريك الدعوى الأصلية والمباشرة وطلب الحكم بإلغاء التشريع المخالف للدستور، ويعتبر ذلك إستجابة لمقتضيات المبدأ الدستوري الثابت بشأن كفالة حق التقاضي للجميع. ويعد ذلك تطوراً تشريعياً بارزاً في مضي المشرع العراقي نحو تفعيل دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين وبما يوفر ضماناً فعلياً وحقيقياً لحقوق الأفراد وحررياتهم، حيث منح الأفراد والهيئات والمنظمات والنقابات حق الطعن بدستورية أي قانون بموجب دعوى أصلية مباشرة ترفع إلى المحكمة الاتحادية العليا.

ومفاد هذا الحق أن يكون لهيئات الدفاع عن حقوق الإنسان، التي تنص الدساتير على إنشائها دوراً فاعلاً في حماية حقوق الإنسان على أن يتم تشكيلها وتحديد دورها بموجب قوانين عادية. وهذا ما نصت عليه المادة (102) من دستور جمهورية العراق " تعد المفوضية العليا لحقوق الإنسان، والمفوضية العليا المستقلة للانتخابات، وهيئة النزاهة، هيئات مستقلة، تخضع لرقابة مجلس النواب، وتنظم أعمالها بقانون". ويلاحظ أن هناك بعض الجمعيات والهيئات تأسست بموجب الدستور لتقوم بالدفاع عن نوع معين من الحقوق مثال ذلك مؤسسة الشهداء التي نصت عليها المادة (104) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 " تؤسس هيئة تسمى مؤسسة الشهداء، ترتبط بمجلس الوزراء، وينظم عملها وإختصاصاتها بقانون". كما أكدت المادة (45) من دستور جمهورية العراق على حرص الدولة على تعزيز دور مؤسسات المجتمع المدني باعتبار أن العديد منها هدفها الأساسي هو الدفاع عن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ودعمها وتطويرها وإستقلاليتها، بما ينسجم مع الوسائل السلمية لتحقيق الأهداف المشروعة لها، وينظم ذلك بقانون(201).

وفيما يتعلق بضمانات حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة، فإن جميع الضمانات السابقة هي ضمانات داخلية أثبتت النتائج العملية أنها لا تكفي وحدها لتحقيق إحترام السلطات الحاكمة في الدولة لحقوق الأفراد وحررياتهم إذ قد تعسف هذه السلطات بإختصاصاتها فتعتمد إلى مخالفة القانون وعدم إحترام الأوضاع الدستورية وتهدر نتيجة لذلك كافة الضمانات القانونية المقررة لحماية الحقوق و الحريات دون أن يكون في يد الأفراد الوسيلة لردها إلى جادة الصواب التي حادت عنها. ومن هنا إتجه البحث عن حل آخر لمشكلة حماية حقوق الإنسان وحرياته وذلك عن طريق تنظيم رقابة دولية تقوم بها هيئة دولية يكون للأفراد حق اللجوء إليها إذا ما تعرضت حقوقهم أو إحدى حرياتهم العامة للعدوان(202).

(201) مها بهجت يونس، مصدر سابق، ص 153-155

(202) عثمان عبدالملك الصالح، مصدر سابق، الكويت، ص 33.

لقد أولى ميثاق الامم المتحدة إهتماماً واضحاً بحقوق الانسان في العديد من نصوصه المواد (2/1)، (3/13، 55، 56، 60، 62، 67، 76 ج ود، 87)، و على الرغم من هذه النصوص فان الميثاق لم يحدد المقصود بحقوق الانسان ولا أصناف تلك الحقوق التي ينبغي إحترامها. وإذا كان ميثاق الامم المتحدة يعتبر معاهدة دولية شارعة تفرض على أطرافها الالتزام بها، الا انه طالما ان الميثاق لم يحدد تلك الحقوق وانما كانت عباراته عامة فلا فائدة من ذلك. كما ان منظمة الامم المتحدة لا تمتلك التدخل على سبيل الالتزام لضمان حقوق الانسان، الا عندما يكون الامر متعلقاً بتهديد السلم و الامن الدوليين⁽²⁰³⁾. وإستناداً الى الفقرة 3 من المادة الاولى من ميثاق الامم المتحدة، وضعت لجنة حقوق الانسان نصوص الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1948 على شكل توصية حيث تضمن الاعلان نصوصاً واضحة بشأن حقوق الانسان وحرياته الاساسية، ان هذا الاعلان تضمن ثغرة خطيرة تتمثل في قصور إلزامه القانوني وعدم تضمنه نصا اي جهاز لتنفيذه او على جزاء يكفل إحترامه⁽²⁰⁴⁾، لذا تابعت الهيئات الدولية جهودها التي تكشف عن وضع مشروعى اتفاقيتين ملزمتين تتناول إحداهما الحقوق المدنية و السياسية، وتتناول ثانيهما الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية. وقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة فعلا هذين المشروعين وذلك سنة 1966 وأصبحت نافذة عام 1976. وتضمنت تلك الاتفاقيتان في نصوصهما بعض المبادئ الخاصة بضمانات حقوق الانسان وحرياته الاساسية ومنها:

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وعدم سرعان القوانين الجزائية على الماضي (المادة 15 من العهد الخاص بالحقوق المدنية و السياسية). القواعد الخاصة بالتقاضي (المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية) ومنها:

1. حق المتهم في ان تتم محاكمته ضمن فترة معقولة.

2. القواعد المنظمة لمرفق العدالة وكفالتها.

3. الحق في توفير طعن فعال لكل فرد يتيح له الدفاع عن حقوقه وحرياته.

وإضافة الى النصوص السابقة فقد نصت الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية و السياسية في المادة (28) على تشكيل لجنة لحقوق الانسان التي تسمى بـ(اللجنة) تتألف من (18) عضواً، تقدم الدول الاعضاء تقارير في أي أمر إتخذته بشأن تأمين حقوق الانسان طبقاً للمادة (40) من الاتفاقية تقدمه الى السكرتير العام للأمم المتحدة الذي يحليها الى اللجنة او الوكالات المتخصصة بعد التشاور مع (اللجنة). و الغرض

⁽²⁰³⁾ د.هادي نعيم المالكي، المدخل لدراسة القانون الدولي لحقوق الانسان، ط1، دار الاسلام، بغداد، 2008، ص 97-98.

⁽²⁰⁴⁾ عثمان عبدالملك الصالح، مصدر سابق، ص 34.

من تشكيل هذه اللجان و الاجراءات الضرورية لعملها هو حماية حقوق الانسان وحرياته الاساسية من الانتهاك(205).

جدير بالذكر ان الاتفاقيتين لم تمنح الفرد الطبيعي حق تقديم شكوى عند انتهاك حقوقه، لذلك وضع بروتوكول إختياري ملحق بالاتفاقية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية يمنح للفرد حق اللجوء الى لجنة حقوق الانسان التي تتكون من (18) عضواً تنتخبهم الدول المصدقة على الاتفاقية، وذلك إذا ما كان الفرد ضحية إعتداء على حق من حقوقه أو إحدى حرياته. شريطة استنفاده جميع سبل الطعن المقررة طبقاً للقانون الداخلي(206).

3-3: الرقابة القضائية على حماية الحقوق والحريات الاقتصادية:

تعد الرقابة القضائية من أهم انواع الرقابة وذلك لما تحمله من نزاهة و ضمان لحقوق وحریات الافراد، وهي الرقابة التي تقوم بها السلطة القضائية بمختلف هيئاتها القضائية ودرجاتها مراقبة أعمال الادارة(207)، ان الرقابة القضائية تكفل للمتقاضين صيانة حقوقهم وحمايتهم من الادارة إذا خالفت مبدأ المشروعية وإجبارها على إحترام مبدأ سيادة القانون والعمل به، فضلاً عن ان خصوماتها تخضع لإجراءات لا مثيل لها في انواع الرقابة الاخرى(208).

والرقابة القضائية هي رقابة لاحقة لإصدار القانون و العمل به، تمارس من قبل جهات قضائية مختصة، وان الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين في العراق هي المحكمة الاتحادية العليا، وهذا إستناداً لنص المادة (92) الفقرة (اولاً) من الدستور العراقي، إذ نصت على ان: "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً: الرقابة على دستورية القوانين و الانظمة النافذة" أما في مصر فان المحكمة الدستورية العليا انشأت بالقانون رقم 48 لسنة 1979، هي الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين وهذا مانصت عليه المادة (175) من الدستور المصري بقولها: "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية...."، ومن الدول التي أخذت أيضاً بهذا النوع من الرقابة سويسرا و أسبانيا و الولايات المتحدة الامريكية و فرنسا.

(205) د.جبار إبراهيم الراوي، حقوق الانسان وحرياته الاساسية في القانون الدولي و الشريعة الاسلامية، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 1999، ص 222.

(206) د.هادي نعيم المالكي، مصدر سابق، ص 154-155.

(207) د.فؤاد العطار، رقابة القضاء لأعمال الإدارة-دراسة لأصول هذه الرقابة ومدى تطبيقها في القانون الوضعي، ط2، دار الكتب اد. لعربي، القاهرة، 1961، ص 63.

(208) محمد على ال ياسين، القانون الاداري، المكتبة الحديثة للطباعة و النشر، بيروت، بدون سنة نشر، ص 171-172.

ومن الجدير بالذكر، ان الرقابة القضائية على دستورية القوانين تتم باحدى طريقتين، الطريقة الاولى هي طريقة الدعوى الاصلية (إلغاء القانون)، وبموجب هذه الطريقة يعطي النظام القانوني الحق لكل شخص ان يطعن في القانون إذ كان مخالفاً للدستور أمام الجهة القضائية المختصة بالرقابة على دستورية القوانين التي أشرنا إليها سابقاً، فاذا تبين للمحكمة عدم دستورية القانون، فانها تحكم بإلغائه.

وتباشر الرقابة اللاحقة على القوانين بعد صدورها، وبذلك سميت بالرقابة اللاحقة وبامكان الافراد والهيئات الحكومية المباشرة بالطعن في القانون غير الدستوري وذلك عن طريق إقامة دعوى أصلية أمام المحكمة المختصة التي خولها الدستور بالنظر في هذه الدعوى، وتعد هذه الطريقة في إقامة الدعوى هجومية حيث لا ينتظر الفرد تطبيق القانون عليه لكي يطعن بعدم دستوريته، بل يهاجمه من خلال رفع دعوى عدم الدستورية. وهذه الطريقة في الرقابة تهدف إلى معالجة ما أصاب البناء القانوني في الدولة من وجود نصوص أو تشريعات مخالفة لما يعلوها من قواعد قانونية وعلى قمتها القواعد الدستورية. وقد أيد معظم الفقه هذا الأسلوب من الرقابة. وتأخذ العديد من الدساتير بهذا الأسلوب من الرقابة إلا أنها تباينت في مسألة الإجازة للأفراد بالطعن في دستورية القوانين، حيث أن هناك دساتير حصرت حق الطعن بهيئات عامة كالمجالس التشريعية والمحكمة القضائية العليا والمحكمة الإدارية العليا والمحكمة المختصة بالانتخابات، مثل دستور تشيسكلوفاكيا لسنة 1920 والدستور التركي لسنة 1961 ودستور النمسا لسنة 1920. وهناك دساتير أجازت لأصحاب المصلحة من الأفراد الطعن بعدم دستورية القوانين، مثل الدستور البحريني لسنة 2002 ودستور الصومال لسنة 1961 ودستور جمهورية العراق لسنة 2005. عليه فإن حماية الدستور من تدخلات السلطة لغرض مخالفة نصوصها ولأغراض مصلحيه هي من أهم أسباب الرقابة على دستورية القوانين، ومن غير هذه الرقابة فإن السلطات الحاكمة في الدولة ستتمكن من التلاعب بالدستور كيفما شاءت لتحقيق مصالحها⁽²⁰⁹⁾.

وفي العراق، ينعقد الاختصاص الرقابي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية بمراقبة مدى توافق القوانين والأنظمة مع الدستور وذلك اذا تم الطعن أمامها بدعوى مباشرة ترفع من قبل مجلس الوزراء أو الأفراد وغيرهم. وتعد القرارات الصادرة من المحكمة نهائية وملزمة لجميع السلطات في الدولة فلا يجوز الطعن بها مجدداً كما ورد في المادة (94) من الدستور والتي نصت على ان "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة. وهذا يعني ان المحكمة اذا ألغت قانوناً من شأنه ان يقوض الحقوق

⁽²⁰⁹⁾ موفق صبري شوكت، الرقابة على دستورية القوانين أنواعها ورأي الفقه فيها، مجلة كلية دجلة الجامعة، المجلد 5، العدد 1، 2022، ص63.

والحريات المنصوص عليها في الدستور فان مجلس النواب العراقي يكون ملزماً حينئذ باتخاذ الإجراءات اللازمة لإلغاء هذا القانون(210).

وتحوز الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا قوة الشيء المقضي فيه كسائر الأحكام القطعية، وتكون حجة فيما قضت به وهذه الخاصية لا تتناول الأحكام الصادرة بالإلغاء فحسب وإنما تشمل الأحكام الصادرة برفض الدعوى وتلك التي تتعلق بالاختصاص والقبول، فالأحكام الصادرة في الدعوى تعد عنواناً للحقيقة فما يتضمنه الحكم يعد قرينة غير قابلة لأثبات العكس فلا يجوز عرض النزاع مرة أخرى على اية محكمة. ويشترط للتمسك بحجية الحكم وسبق الفصل في الدعوى ان يكون هناك حكماً قضائياً قطعياً وان تثبت الحجية لمنطوقه دون أسبابه، لان المنطوق هو الذي يشتمل على قضاء المحكمة الفاصل للنزاع ويستثنى من ذلك الأسباب المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمنطوق(211).

ومنذ نشأة المحكمة الاتحادية العليا لعبت دوراً مهماً في حماية الحقوق الاقتصادية مثلما فعلت في مجال الحقوق والحريات السياسية، وفي مقدمتها حق الملكية من كل اعتداء، حيث بينت في حيثيات حكم لها من " ان الملكية مصونة في ظل احكام دستور جمهورية العراق الصادر لسنة 1970 الملغي، وفي ظل احكام دستور جمهورية العراق لسنة 2005 النافذ". لذا لا يجوز لاي تشريع ان يخالف هذا الحكم الدستوري وينزع الملكية بدون سبب. وكانت وقائع الدعوى تتلخص في ان المدعى عليها كانت قد اشترت العقار المرقم (/) مقاطعة (/) من مورث المدعين لقاء بدل قدره عشرون الفاً وتسعمائة دينار وان مورث المدعين تسلم العربون البالغ تسعة الاف وخمسمائة دينار من المدعى عليها بموجب مقاوله بيع خارجية، إلا ان العقار لم يسجل باسم المدعى عليها وفقاً للاتفاقية المبرمة بين الطرفين. وان المدعى عليها استحصلت حكماً من محكمة بداءة الكراة يقضي بالزام مورث المدعين بأدائه اليها مبلغ العربون المدفوع منها اليه والبالغ تسعة الاف وخمسمائة دينار . وحيث ان عقد البيع الخارجي المبرم بين الطرفين لم ينعقد أصلاً استناداً، ولم يدعم هذا العقد بصور حكم قضائي صادر من محكمة مختصة بل ان عقد البيع الخارجي قد الغي بإقامة المشتريية دعوى امام محكمة بداءة الكراة، والتي تطالب فيها برد العربون الذي دفعته الى البائع (مورث المدعين) وصدر الحكم لصالحها برد العربون. لذا فأن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذا الصلة والقاضي بتسجيل الدار المشيدة على القطعة المرقمة اعلاه بأسم المشتريية بالبدل المتفق عليه مع المالك والبالغ عشرون الفاً وتسعمائة دينار مخصوماً منه المبلغ المدفوع من المشتريية ومقداره تسعة الاف وخمسمائة دينار

(210) فوزي حسين سليمان الجبوري، نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية العدد 7، السنة 2، ص198.

(211) فوزي حسين سليمان الجبوري، مصدر سابق، ص 201.

على ان تودع المشتري بقية البديل لدى دائرة التسجيل العقاري المختصة وتحمل رسوم التسجيل العقاري لم يستند على احد اسباب كسب الملكية المنصوص عليها في القانون ، وحيث ان الملكية مصونه ؛ لذا لا يجوز لاي تشريع ان يخالف هذا الحكم الدستوري وينزع الملكية بدون سبب من القانون وحيث لم يتوفر أي سبب من اسباب نزع الملكية للدار العائدة لمورث المدعيين لذا يكون قرار مجلس قيادة الثورة الملغي قد صدر مخالفا للدستور مما يقتضي الغائه . لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا بالإجماع الغاء القرار المذكور وإعادة تسجيل الدار الموصوفة في أعلاه باسم مورث المدعين مع تحميل المدعى عليها مصاريف الدعوى واتعاب المحاماة (212).

أما الطريقة الثانية، فهي الدفع بعدم دستورية القانون، وتتم هذه الرقابة في حالة تطبيق قانون مخالف للدستور، إذ يحق لاي شخص ان يوجه نظر المحكمة الى عدم دستورية القانون المراد تطبيقه، فاذا تأكدت المحكمة بان القانون مخالف للدستور إمتنعت عن تطبيقه.

لقد اخذت بهذه الطريقة بمن الرقابة على دستورية القوانين الولايات المتحدة الأمريكية، والتي تعتبر مهذا لنشأة النظام القضائي للرقابة على دستورية القوانين بالرغم أن دستورها لم ينص صراحة على هذه الرقابة، إلا أنها بنيت على يد المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك في عهد القاضي (مارشال) حيث قررت حق القضاء في النظر بدستورية القوانين، وذلك عندما عرضت عليها قضية القاضي (ماربوري) ضد وزير داخلية الولايات المتحدة الأمريكية (ماديسون) سنة 1803 وبررت المحكمة ذلك بان من واجب القاضي تطبيق القانون ولكن عليه التأكد أولاً من وجود القانون الواجب تطبيقه. ويلاحظ أن تطبيق المحاكم لهذه الطريقة ليس حقاً خاصاً بها أي أنها لا تمارسها بمحض أرائها ، إلا أنها تتصدى لها في حالة وجود نزاع معروض عليها في دعوى مدنية أو جنائية أو إدارية وهناك قانون معين ويطلب أحد الخصوم تطبيقه فيطعن الآخر بالدفع بعدم دستورية هذا القانون، فإذا تأكدت المحكمة من جدية ذلك الدفع و أنه يخالف الدستور، فإن المحكمة لا تقوم بإلغاء القانون وإنما تمتنع عن تطبيقه على القضية المعروضة. وتسمى هذه الطريقة بطريقة الدفع الفرعي، وبهذه الطريقة فإن المحكمة تمتنع عن تطبيق القانون لعدم دستوريته في هذه الدعوى، وأن القانون يبقى قائماً وبالإمكان تطبيقه في محكمة أخرى في قضية أخرى إذا لم يدفع احد الخصوم بعدم دستوريته (وهذه من الناحية النظرية، ولكن من الناحية العملية فإن المحكمة التي قضت بعدم دستوريته تمتنع عن تطبيقه في النزاع وكذلك في المنازعات الأخرى، وقد تمتنع أيضا المحاكم الأخرى إذا كان الحكم صادرا من محكمة عليا(213).

(212) انتصار حسن عبدالله، دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق في حماية الحقوق والحريات، بحث متوافر على الرابط التالي: <https://iasj.net/iasj/download/f3b83837743ff483>

(213) موفق مصدر سابق، ص61.

عليه فإن طريقة الدفع الفرعي هي طريقة دفاعية هدفها استبعاد تطبيق القانون وليس إلغاءه من قبل المحكمة، وأن حكمها في هذا الموضوع ليس ملزماً للمحاكم الأخرى ما لم يكن صادراً من المحكمة الاتحادية العليا. والرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين يمكن لأي قاضي أو محكمة أن يأخذ بها ولا تحتاج المحكمة عند قيامها بالدفع بعدم دستورية القانون المعروف أمامها إلى وجود نص دستوري، لأن القاضي سيرجح كفة الدستور باعتباره التشريع الأعلى عند تعارضه مع قانون أدنى، ومن المعروف أن النص الأعلى وهو من الدستور يقدم على النص الأدنى وهو القانون العادي عند تعارضهما، وقد أخذت المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية بهذه الطريقة رغم عدم وجود نص في دستورها وتعد الولايات المتحدة الأمريكية هي مهد ومنشأ طريق الدفع الفرعي في الرقابة على دستورية القوانين، ومن أهم مميزات هذه الرقابة أنها لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات(214).

ومن خلال ما تقدم يمكن القول، بأن ضمان حقوق الإنسان وحياته الأساسية يتطلب وجود جزاء يفرض في حالة مخالفة أي قانون يتعارض مع الحقوق و الحريات المنصوص عليها في الدستور، وان يكون لأي شخص حق اللجوء الى القضاء من اجل الطعن بعدم دستورية قانون إذا رأى بانه يخالف الدستور ويتعارض مع الحقوق وحياته المدونة فيه.

(214) موفق صبري شوكت، مصدر سابق، ص61.

الخاتمة:

بعد ان انتهينا من كتابة رسالتنا لم يبق سوى ان نختتمها بخاتمة تتضمن اهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها:

أولاً: الاستنتاجات:

1. تندرج الحقوق الاقتصادية ضمن تلك الحقوق التي تعنى بالأوضاع الاقتصادية والاجتماعية الاساسية اللازمة لعيش الانسان بحرية وكرامة وتشمل هذه الحقوق الحق في العمل، والحق في الضمان الاجتماعي، والرعاية الصحية، والحق في التعليم، والمأكل، والمياه، والسكن الملائم، والبيئة الصحية. ولاهمية هذه الحقوق، نصت دساتير العديد من الدول سواء الغنية او الفقيرة على حد سواء على هذه الحقوق واولتها بالاهتمام، لان الغرض الأساسي من الاعتراف بهذه الحقوق هو تحقيق العدالة الاقتصادية، وتأمين حياة الانسان ضد الفقر والامراض وعدم القدرة على العمل، ومكافحة البطالة، وتوفير فرص العمل المناسب للفرد.
2. تختلف الحقوق والحريات الاقتصادية في خصائصها عن الحقوق والحريات المدنية، فالحقوق والحريات الاقتصادية هي حقوق تتطلب عملاً ايجابياً من الدولة، وتشكل حقوقاً مستحدثة، كما انها حقوق تفرض اعباء جديدة ومن الصعب ممارسة الرقابة على الوفاء بها.
3. الحقوق الاقتصادية هي من الحقوق التي تتيح للفرد الوصول الى خدمات اساسية على الدولة توفيرها لكونها الكيان السياسي الذين يعيشون في كنفها، وتمثل هذه الحقوق جيلاً ثانياً من الحقوق، ومن خصائصها انها تفرض التزامات ايجابية على الدول لانها تشدد على ضرورة قيام الدول ببذل الجهود من اجل تخليص الفرد مما يعانيه من ظروف اجتماعية واقتصادية سيئة، وتتميز بذلك عن عن الحقوق والحريات السياسية والمدنية التي تفرض التزاماً سلبياً على الدول، لكونها تتطلب من الدول فقط الامتناع عن وضع القيود او فرض العقبات التي تمنع من التمتع بها.
4. لا يزال الاحترام الفعلي للحقوق الاقتصادية محل خلاف وجدل كبيرين ذلك ان العبرة ليست بالاحكام الدستورية الضامنة لهذه الحقوق، إنما في نية السلطات الصادرة ورغبتها الجدية وحرصها الصريح وجهودها المخلصة في بذل كل الجهود اللازمة لضمان تمتع الافراد بهذه الحقوق على الصعيد الواقعي.
5. يعد القضاء الدستوري من أكثر الأدوات التي تمتلكها الدولة فاعلية في حماية وتعزيز الحقوق والحريات الاقتصادية، فامام سطوة الدولة وصلاحيات السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية وما يمكن لاي منهما ان تخرجه من اجراءات من شأنها انتهاك هذه الحقوق وجدت السلطة القضائية لحمايتها وذلك من خلال

ممارسة رقابتها الدستورية على ما تسنه السلطة التشريعية من تشريعات او عن طريق مواجعتها لاي اجراء قد تتخذه السلطة التنفيذية قد يمس أو ينتهك الحقوق والحريات الاقتصادية.

6. كفل الدستور العراقي العديد من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مثل الحق في الملكية، والحق في العمل، وحق الضمان الاجتماعي، وحق التعليم. وقد حرم هذا الدستور التعرض للملكية الخاصة إلا لغايات المنفعة العامة ومقابل تعويض منصف، وقد كفل الدستور حق كل مواطن عراقي في ان يمتلك في اي جزء في العراق وحظر التملك لاغراض التغير السكاني.

7. رغم ان دستور جمهورية العراق في المادة (101) قد قضى بجواز انشاء مجلس دولة يتولى وظائف القضاء الاداري وإصدار الفتاوى وصياغة القوانين وتمثيل الدولة وهيئاتها امام الجهات القضائية، غير ان هذا المجلس قد تأخر تأسيسه بصدور القانون رقم (71) لسنة 2017 وهو التعديل الذي قضى في المادة (1) منه بتأسيس وإنشاء مجلس الدولة كهيئة مستقلة تتولى مهام القضاء الإداري والإفتاء والصياغة القانونية ومنح رئيس المجلس صلاحيات الوزير المختص وبذلك اكتسب المجلس الاستقلال التام عن السلطة التنفيذية.

8. استقر قضاء مجلس شورى الدولة العراقي على عدم مشروعية فرض الادارة ضرائب او رسوم وان موقف المجلس يميل الى إلغاء أي قرار إداري من هذا القبيل.

9. لم يرد في دستور جمهورية العراق لسنة 2005 نص صريح يشير الى حرية التجارة والصناعة وحدودها رغم أهمية ذلك، بل اقتصر الدستور على كفالة الحرية عندما قرر بان لكل فرد حق الحياة و الامن و الحرية، ولا يجوز حرمان احد من هذه الحقوق او تقييدها الا وفقا للقانون. وبذلك يتبين ان الدستور العراقي قد أخذ بعين الاعتبار المفهوم الحديث للحرية التجارية باعتبارها من الحريات العامة.

10. تشكل مبادئ الفصل بين السلطات واستقلال القضاء وسيادة القانون ضمانات عامة للحقوق والحريات الاقتصادية، تكتمل هذه المبادئ بالنصوص الدستورية التي تحظر المساس بحقوق الانسان وحرياته وتلك التي تمنح القضاء الدستوري حق الرقابة على دستورية القوانين والانظمة والقرارات.

ثانياً: التوصيات:

1. على الرغم من اعتراف العراق بالحق في السكن الملائم في دستوره. الا انه ومع ذلك، نقترح تفعيل التشريعات المتعلقة بالاسكان، وتوضيح تعريف الحق في السكن، وتفصيل الاجراءات الخاصة بتقديم المساعدة لمن يعتبرون عرضة للأذى، حيث يمكن ان تشمل المساعدة تقديم إعانات الايجار أو انشاء مكاتب حكومية في مناطق مختلفة من العراق مسؤولة عن تقديم المساعدة لهؤلاء الافراد.
2. اذا ما سنحت الفرصة لتعديله، نقترح ادراج نص في الدستوري العراقي يضمن حرية التجارة والصناعة ويبين حدودها، لان هذه الحرية تعتبر من اهم الحريات الاقتصادية وأكثرها تأثيراً في حياة المواطن.
3. نقترح على المشرع العراقي ايراد نص صريح يكفل حرية المبادرة الخاصة والمبادرة العامة في العمل واحترام حرية المنافسة في قانون العمل، والتبادل التجاري العابر للحدود وفق القانون وذلك في القوانين ذات الصلة.
4. لما كانت المادة (46) من دستور جمهورية العراقية تنص على عدم جواز تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور (وبضمنها حرية التجارة) أو تحديدها الا بقانون أو بناءً عليه، أي استناداً الى تعليمات صادرة عن السلطة التنفيذية، لذا نوصي المشرع العراقي برفع عبارة (بناء عليه). ذلك ان تقييد الحقوق والحريات بقانون فقط يحمي هذه الحقوق والحريات من تدخل السلطة التشريعية فيها.
5. نظراً لتأخير البت في الدعاوى المرفوعة الى محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين من الضروري الاسراع في تشكيل المحاكم المشار عليها في التعديل الخامس لقانون مجلس الشورى ولاسيما في محافظات الجنوب والمحافظات الشمالية ومنطقة الفرات الاوسط ذلك ان من تكليف صاحب الحق بالسفر الى بغداد من اجل إقامة دعواه امام محكمة القضاء الإداري يلقي على عاتقه العديد من الأعباء المرهقة.
6. من المهم جذب الاستثمارات الاجنبية الى مختلف القطاعات في العراق مثل النفط و الغاز والسكن والاتصالات و النقل و الكهرباء و الصحة و الزراعة و الصناعة هي القطاعات التي تتطلع الى مساهمة كبيرة لتطويرها بالاستثمارات من قبل الشركات العالمية لاسيما وان هذه القطاعات تعاني تدهوراً كبيراً.

قائمة المصادر:

أولاً: معاجم اللغة:

1. ابراهيم مصطفى، و آخرون، المعجم الوسيط-تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، ج2، بدون سنة طبع.
2. د. احمد الشرباصي، المعجم الاقتصادي الاسلامي، دار الجيل للنشر، بيروت، 1981.
3. ابن فارس، الصحابي في فقه اللغة، المكتبة السلفية، القاهرة، 1328 هـ.
4. ابن منظور، ابي الفضل جمال الدين، لسان العرب، ج2، دار المعارف، مصر، بدون سنة نشر.
5. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، بدون سنة نشر.
6. ابو الحسن احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، دار الفكر العربي، بيروت - لبنان، ج1.
7. ابو عبدالرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري الفراهيدي، كتاب العين، المحقق: مهدي المخزومي، ابراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، الجزء الرابع، دون مكان وسنة طبع.
8. محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ط5، مؤسسة الرسالة، 1996.

ثانياً: الكتب القانونية:

1. د. ابراهيم الفياض، مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير العراقية والدساتير المقارنة، مجموعة دراسات دستورية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد، المعهد الدولي لحقوق الانسان، جامعة ديوبول، 2005.
2. ابراهيم عبدالعزيز شيجا، المبادئ الدستورية العامة، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 2006.
3. ابو بلال عبدالله الحامد، المعايير الدولية لإستقلال القضاء-القضاء في بوتقة الشريعة الاسلامية، ط1، دار العربية للعلوم، بيروت، 2004.
4. د. احمد عبداللاه المراغي، الاصلاح التشريعي في مواجهة جرائم الاستثمار، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
5. د. احمد عبدالوهاب السيد، الحماية الدستورية لحق الانسان في قضاء طبيعي، ط1، مؤسسة بيتر للطباعة، القاهرة، 2003.

6. د. احمد فتحي سرور، الشرعية و الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
7. د. احمد محمد العسال، ود. فتحي عبدالكريم، النظام الاقتصادي في الاسلام مبادئه واهدافه، ط2، مكتبة وهبة، القاهرة، 1989.
8. د. احمد محمود خليل، احكام الافلاس التجاري و الاعسار المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004.
9. ازديشير جلال أحمد، الحقوق والحريات الاقتصادية و الاجتماعية وضمانتها في الدساتير العربية، مركز الفرات للدراسات، بدون سنة نشر.
10. اسامة سمير حسين، الاحتيال الالكتروني-الاسباب و الحلول، ط1، دار الجنادرية للنشر و التوزيع، 2011.
11. اسامة هيكل، 150 يوماً في تاريخ مصر-حقيقة في زمن الكذب، ط1، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 2013.
12. د. اسماعيل عبدالفتاح عبدالكافي، معجم مصطلحات حقوق الانسان، منشورات كتب عربية، القاهرة، 2006.
13. د. اميمة عبدالوهاب، التدريب على حقوق الانسان، بحث مقدم الى مؤتمر حقوق الانسان في المجتمع العربي، جامعة مؤتة، عمان، 2005.
14. أفين خالد عبدالرحمن، ضمانات حقوق الانسان في ظل قانون الطوارئ، ط1، دار الحامد، عمان، 2009.
15. اندريه لالاند، موسوعة لالاند الفلسفية، ترجمة: خليل أحمد خليل، ط2، منشورات عويدات، بيروت -باريس، 2001.
16. د. ثروت بدوي، أصول الفكر السياسي و النظريات و المذاهب السياسية الكبرى، دار النهضة العربية، القاهرة 1967.
17. جابر محجوب علي، حق الملكية في القانون المدني المصري، دار طيبة، الجيزة، 2011.
18. د. جبار ابراهيم الراوي، حقوق الانسان وحرياته الاساسية في القانون الدولي و التشريعة الاسلامية، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 1999.
19. د. جعفر عبد السادة بهير، التوازن بين السلطة والحرية، ط1، دار حامد، عمان، 2009.

20. جون كولر، الفكر الشرقي القديم، ترجمة: كامل يوسف حسين، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، 1995.
21. جيفري بارندر، المعتقدات الدينية لدى الشعوب، ترجمة: امام عبد الفتاح امام، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، 1993.
22. حسن الحسن، القانون الدستوري والدستور في لبنان، ط2، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1959.
23. د.حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي-الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد، 1954.
24. د.حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري-النظرية العامة، ط1، القاهرة، 2009.
25. د.حسين الشيخ محمد طه الباليساني، القضاء الدولي الجنائي، مطبعة الثقافة، أربيل، 2005.
26. حسين جميل، الاحكام العرفية-بحث فقهي، ط2، مطبعة العاني، بغداد، 1953.
27. د.حمدي ياسين عكاشة، الاحكام الادارية في قضاء مجلس الدولة، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
28. د.حميد حنون خالد، فكرة الدستور-دراسات دستورية عراقية، المعهد الدولي لقانون حقوق الانسان، كلية الحقوق، جامعة دي بول، مطبعة بؤيد، 2005.
29. د.حيدر ادهم عبدالهادي، دراسات في قانون حقوق الانسان، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
30. دايفيد فورسايت، حقوق الانسان و السياسة الدولية، ترجمة محمد مصطفى، ط1، الجمعية المصرية لنشر الثقافة العالمية، القاهرة، 1993.
31. ديمن يوسف غفور، الخصومة في الدعوى المدنية واشكالياتها في القانون العراقي-دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، 2018.
32. دينيس لويد، فكرة القانون، ترجمة: سليم الصويص، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، 1981.
33. رقية المصدق، الحريات العامة وحقوق الانسان، ط1، دار النجاح الجديدة، و الدار البيضاء، المغرب، 1999.
34. د. رمزي زكي، الليبرالية المتوحشة، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2005.
35. د.رمزي طه الشاعر، النظرية العلة للقانون الدستوري، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

36. د.رياض عزيز هادي، حقوق الانسان-تطورها ومضامينها وحمايتها، المكتبة القانونية، بغداد، 2005.
37. د.سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمن الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1982.
38. د.سعاد الشرقاوي، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
39. د.سليمان محمد الطماوي، السطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1967.
40. سهام بن ساهل، إستراتيجية الاستثمار بولاية بسكرة، مذكرة نيل شهادة ليسانس في العلوم الاقتصادية، المركز الجامعي محمد خيضر بسكرة، 1996.
41. صالح حسن سميع، الحرية السياسية، ط1، الزهراء للاعلام العربي، القاهرة، 1988.
42. د. صالح ياسر حسن، الليبرالية-الخصوصية: برامج التكيف الهيكلي بين اوهام الخطاب الايديولوجي وحقائق اعادة انتاج التبعية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 1999.
43. صبيح مسكوني، القانون الروماني، ط1، جامعة البصرة، 1968.
44. طارق محمد عبدالقادر عبدالله، الحماية الدستورية للحقوق الاجتماعية في قضاء المحكمة الدستورية العليا مؤتمر المحكمة "الدستورية ودورها في تفعيل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية"، القاهرة، 13 يناير، 2011.
45. د.طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
46. د.طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، بدون ذكر سنة النشر.
47. عاطف سالم عبدالرحمن، دور القضاء الدستوري في الاصلاح السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
48. د.عامر حسن فياض، الرأي العام وحقوق الانسان، المكتبة القانونية، بغداد، 2004.
49. د.باس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية- دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية، دار الكتب للطباعة و النشر، جامعة الموصل، 2000.

50. د. عبد الحي حجازي، نظرية الحق في القانون المدني، القاهرة، 1977.
51. د. عبد الرحمن بن خالد بن عثمان السبت، تمييز العمل التجاري وآثاره-دراسة تطبيقية قضائية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2013.
52. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.
53. عبد الحكيم حسن العيلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.
54. د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية، مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1975.
55. د. عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري، ط2، دار الكتاب العربي للنشر، القاهرة.
56. عبدالوهاب الكيالي و آخرون، الموسوعة السياسية، المؤسسة العربية للدراسات و النشر، مطبعة أطلس، بيروت، 1974.
57. عثمان عبدالملك الصالح، ضمانات حقوق الانسان في الكويت-بين النظرية و التطبيق، بحث مقدم الى ندوة تدريس حقوق الانسان جامعة الزقازيق 16 ديسمبر 1978.
58. علاء العلاونة، وآخرون، دراسات في حقوق الانسان، دار الخليج، مركز عمان لدراسات حقوق الانسان، عمان-الاردن، 2003.
59. علي حسن عبدالامير العامري، النظام القانوني للرقابة الادارية الخارجية-دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، 2018.
60. علي سلمان المشهداني، قواعد الاثبات في الدعوى الادارية، مكتبة السنهوري، بيروت، 2017.
61. د. علي يوسف الشكري، حقوق الانسان بين النص والتطبيق، ط1، دار صفاء للطباعة و النشر والتوزيع، عمان، 2011.
62. د. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الادارية في النظام القضائي الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
63. عيسى طایل عواوده، الاثار القانونية لعملية خصم الاوراق التجارية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2012.
64. غانم محمد صالح، الفكر السياسي القديم و الوسيط، دار الكتب للطباعة و النشر، الموصل، 2001.

65. فاروق عبدالبر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق و الحريات، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2004.
66. د.فتحي عبدالكريم، الدولة و السيادة في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة، ط2، مكتبة وهبة، القاهرة، 1984.
67. فرج محمد عبدالرحمن ابو شمالة، حقوق الانسان، ط1، دار الخليج للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2011.
68. د.فؤاد العطار، القضاء الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
69. د.فؤاد العطار، رقابة القضاء لأعمال الإدارة-دراسة لأصول هذه الرقابة ومدى تطبيقها في القانون الوضعي، ط2، دار الكتب العربي، القاهرة، 1961.
70. فؤاد قاسم الامير، رأسمالية الليبرالية الجديدة (النيوليبرالية)، دار الغد، دون مكان الطبع، 2019.
71. د.كامل السعيد، ود.منذر الفضل، ود.صاحب الفتلاوي، مبادئ القانون وحقوق الانسان، جامعة القدس المفتوحة، فلسطين، 2002.
72. د.كمال جعلاب، القضاء الدستوري-محاضرات مقدمة لطلبة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر 2019.
73. لارا عادل جبار الزندي، حماية المنافسة في قطاع الاتصالات: دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
74. د.ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1976.
75. مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي، قاموس المحيط، ج1، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، 1979.
76. مجيد العنبيكي، محاضرات في التفسير القانوني، محاضرات أقيمت على طلبة المعهد القضائي، بغداد، 2002-2003.
77. د.محمد ابراهيم درويش، القانون الدستوري-النظرية العامة والرقابة الدستورية-أسس الدستور المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
78. محمد الغزالي، حقوق الانسان بين تعاليم الاسلام وإعلان الامم المتحدة، ط4، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.

79. محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان وأهم النظم الدستورية والسياسية في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
80. د.محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
81. د.محمد سعادي، مركز الاجنبي ومسألة حقوق الانسان في التشريعات الدولية و المنظومة القانونية الجزائرية، ط1، الدار المصرية للنشر و التوزيع، مصر القاهرة، 2019.
82. د.محمد شوقي الفنجري، المذهب الاقتصادي في الاسلام، ط2، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986.
83. د محمد طه البشير، ود.غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية-الحقوق العينية التبعية، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ، بغداد، دون سنة الطبع.
84. محمد على ال ياسين، القانون الاداري، المكتبة الحديثة للطباعة و النشر، بيروت، بدون سنة نشر.
85. د.محمد فاروق النبهان، شرعية تدخل الدولة في الشؤون الاقتصادية في نظر الاسلام، بحث مقدم لندوة الاقتصاد الاسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، و المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم، بغداد، 1983م.
86. د.محمد فتحي الدريني، خصائص التشريع الاسلامي في السياسة و الحكم، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1982.
87. محمد انس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام: القضاء الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
88. د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، بدون مكان و سنة طبع.
89. محمد مصطفى، الاصول العامة لنظام التشريع-دراسة مقارنة بين الاسلام و القانون الوضعي، ط1، مركز الحضارة لتنمية الفكر الاسلامي، بيروت، 2008.
90. محمد نور شحاتة، إستقلال القضاء من وجهة النظر الدولية و العربية و الاسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
91. محمود سعدالدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، ج1، مطبعة العاني، بغداد، 1955.
92. د.محمود محمد حافظ، القرار الإداري: دراسة مقارنة، الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.

93. د.محمود يونس حمادة الحديثي، كسب الملكية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار غيداء للنشر، عمان، 2016.
94. د.مصطفى ابراهيم الزلمي، حقوق الانسان وقت الحرب بين الشريعة الاسلامية و القانون الدولي، مطبعة شهاب، أربيل، 2011.
95. معهد راؤول ويلنبريغ لحقوق الإنسان والقانون الإنساني، سيادة القانون: دليل للسياسيين، معهد لاهاي لتدويل القانون، 2012.
96. د.منذر الشاوي، نظرية الدستور، ط2، دار القادسية للطباعة، بغداد، 1981.
97. منير بعلبكي، موسوعة المورد العربية، دار العلم للملايين، بيروت، ج 2، 1990.
98. د.عمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، عمان-الاردن، 2011.
99. د.نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الاردن-عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.
100. د.هادي نعيم المالكي، المدخل لدراسة القانون الدولي لحقوق الانسان، ط1، دار الاسلام، بغداد، 2008.
101. د.وليد محمد الشناوي، الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، "دراسة مقارنة"، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة - مصر، 2013.
102. ياش غاي، و جل كوترل، إعلان الالفية و الحقوق والساتير، برنامج الامم المتحدة، 2010.
103. د.يحيى الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
104. د.يحيى الجمل، حصاد القرن العشرين في علم القانون، دار الشروق، القاهرة، 2006.

ثالثاً: الرسائل و الأطاريح الجامعية:

1. اقبال عبدالعباس يوسف الخالدي، النظام العام بوصفه قيماً على الحريات العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2009.

2. جعفر صادق مهدي، ضمانات حقوق الانسان- دراسة دستورية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1990.
3. د.حازم جمعة، المشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1980.
4. زوبير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر، 2011.
5. سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الامريكية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1999.
6. عبدالله البياتي، حق التقاضي، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1998.
7. عريب صلاح الحباشنة، حقوق الانسان وتدابير العدالة الجنائية في التصدي للإرهاب، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، 2021.
8. عيسى تركي خلف الجبوري، أساليب الضبط الاداري وعلاقتها بالحريات العامة، رسالة دكتوراه، معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، 2011.
9. فارس عبد الرحيم حاتم، حدود رقابة القضاء الاداري على القرارات التي لها قوة القانون، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2003.
10. محمد الماحي صلاح أحمد، تسوية منازعات الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا و البحث العلمي -جامعة شندي، السودان، 2019.
11. نجاة بن زيان، وياسمين بن جودي، وخلصية شلقي، القضاء الاداري دراسة مقارنة مع ديوان المظالم، مذكرة تخرج ليسانس، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية -جامعة محمد بوضياف -المسيلة، 2018-2019.

رابعاً: البحوث والدوريات:

1. أحمد الرشيد، حقوق الانسان-مفاهيم الاسس العلمية للمعرفة، منشورات المركز الدولي للدراسات المستقبلية و الاستراتيجية، القاهرة، العدد 24، 2006.
2. د.أحمد فتحي سرور، حدود ولاية القضاء العادي في المسألة الدستورية، مجلة الدستورية، العدد السادس، السنة 2، 2004.

3. أياد خلف محمد، وإيمان عبيد كريم، الحماية التشريعية للحريات العامة، مجلة السياسة الدولية، الجامعة المستنصرية، العدد 23، 2013.
4. حميد حنون خالد، نظام الحكم في مجتمع وادي الرافدين، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، الجامعة المستنصرية، العدد الثاني، 2006.
5. د. خليل حميد عبد الحميد، مبدأ إستقلال القضاء بين النظرية و التطبيق، مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد السادس عشر، 2010.
6. سلام منعم مشعل، دور فكرة المنافسة غير المشروعة في حماية الاختراعات غير المبراة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد الثامن، العدد 14، ايلول، 2005.
7. د. صالح ياسر حسن، جدلية العام و الخاص في الانقة الاقتصادية الرأسمالية الدولية، الفكر الديمقراطي، العدد الرابع، 1988.
8. عبدالكريم بن الشريف، إمكانية التقاضي بشأن الحقوق الاجتماعية، المجلة الافريقية للعلوم السياسية، العدد 6، كانون الثاني 2017.
9. عدنان أحمد ولي، مصادر القاعدة القانونية التجارية في ظل قانون التجارة العراقي، دراسة مقارنة بالقوانين التجارية العربية، مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع، السنة 39، بغداد، 1984.
10. د. علي إسماعيل مجاهد، تطبيقات مبدأ سيادة القانون والاستثناء الوارد في الدستور البحريني، الاكاديمية الملكية للشرطة، المجلة القانونية، العدد الثالث، بدون سنة طبع.
11. علي سعد عمران، السلطة المختصة باقتراح تعديل دستور العراق لعام 2005، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 1، 2011.
- 12.
13. علي محسن مهدي، مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات ونشأته، المجلة العلمية الاكاديمية العربية في الدنمارك - العدد 26، يناير، 2021.
14. عمار بوضياف التهامي، معالم إستقلال القضاء في الشريعة الاسلامية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 30، السنة الثامنة، 1996.
15. د. محمد احمد مفتي، ود. سامي صالح الوكيل، النظرية السياسية الاسلامية في حقوق الانسان الشرعية - دراسة مقارنة، كتاب الامة، ط1، مركز البحوث والمعلومات، الدوحة، 1991.
16. محمد عزت فاضل الطائي، حرية التجارة "دراسة دستورية مقارنة"، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد 32، العدد الثاني، 2017.

17. محمود يوسف الشوبكي، النسبي والمطلق في مفهوم الدين والحق والاخلاق، مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الاسلامية، مج 11، العدد الاول، كانون الثاني 2013.
18. مها بهجت يونس الصالحي، الاختصاص القضائي لمجلس شورى الدولة ودوره في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، العدد الخامس، 2019.
19. مها بهجت يونس، حقوق الانسان وحرياته الاساسية في دستور جمهورية العراق لسنة 2005، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول، 2009.
20. موفق صبري شوكت، الرقابة على دستورية القوانين أنواعها ورأي الفقه فيها، مجلة كلية دجلة الجامعة، المجلد 5، العدد 1، 2022.
21. وسن حميد رشيد، الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في الدستور العراقي لعام 2005، مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد 21، العدد الثالث، 2013.

خامسا: المواثيق الدولية:

1. الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948.
2. إعلان حقوق الانسان و المواطن الفرنسي لسنة 1789
3. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966.
4. العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966.

سادسا: الدساتير والتشريعات

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
2. قانون التجارة العراقي رقم (149) لسنة 1970 (الملغي).
3. الدستور العراقي المؤقت لسنة 1970 (الملغي)
4. قانون إصلاح النظام القانوني رقم (35) لسنة 1977.
5. قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل.
6. قانون صندوق التعليم العالي والبحث العلمي رقم (122) لسنة 1999.

7. الدستور السويسري لسنة 1999 المعدل.
8. دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
9. قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 المعدل .
10. نظام الاستثمار العراقي رقم (2) لسنة 2009.
11. دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014.

سابعاً: المصادر الإلكترونية:

1. (انتصار حسن عبدالله، دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق في حماية الحقوق والحريات، بحث متوافر على الرابط التالي: <https://iasj.net/iasj/download/f3b83837743ff483>).
2. د. جابر سعيد عوض، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية في الدساتير العربية، رؤية مقارنة، ورقة بحثية، ص 3، لزيادة المعلومات انظر هذا الرابط الالكتروني:

<https://nhrc-qa.org/wp-content/uploads/2013/06/NADWA-11052008->

[Jaber Awad.doc](#)) تاريخ الزيارة 2022/4/3

2. مبادئ الامم المتحدة الاساسية بشأن استقلال السلطة القضائية والمعتمدة بقراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 40/32 في 29 تشرين الثاني 1985 ورقم 146/40 في 13 كانون الاول 1985، متوافر على الرابط التالي:

(<https://www.hrw.org/legacy/arabic/un-files/text/un-ijb.htm>) تاريخ الزيارة 2022/25/3

ثامناً: المصادر الاجنبية

1. Edward mcwhinney، Supreme courts and judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review، Netherlands، Martinus Nijhoff Publishers، 1986.
2. Luchaire. François. La protection Constitutionnelle des droit et des Libertés. Ed. " Economica " Paris. 1987.

الحماية الدستورية لمقوق و الحريات الاقتصادية دراسة مقارنة

ORIGINALITY REPORT

16%	13%	0%	9%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	docs.neu.edu.tr Internet Source	1%
2	www.mohamah.net Internet Source	1%
3	Submitted to University of Kufa Student Paper	1%
4	www.law.nahrainuniv.edu.iq Internet Source	1%
5	Submitted to Petroleum Research & Development Center Student Paper	1%
6	www.almerja.com Internet Source	1%
7	Submitted to University of Babylon Student Paper	1%
8	nahrainuniv.edu.iq Internet Source	<1%
9	www.uobabylon.edu.iq Internet Source	<1%