وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الموصل

كلية الحقوق

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

بحث تقدمت بهِ الطالبة

خلود خليل ابراهيم

مقدم الى مجلس كلية الحقوق/ جامعة الموصل

وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس

بأشراف

أ. م. محمد عزت فاضل

١٤٤١ هـ

٢٠٢١م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿وَكَانَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ رَقِيبًا﴾

سورة الاحزاب ايه ﴿٥٢﴾

الإهداء

الفضل الأول والأخير **لله (ﷻ)**

إلى ....

اول من نظر كلمة "اقرأ...سيد المرسلين الذي انار برسالته ظلام الجاهلية

" محمد (صلى الله عليه وسلم) "

إلى ...

الذي كلما اذكر اسمهُ فاضت الدموع

" وطني الحبيب "

إلى...

من اضاف الى سنين الصبر صبراً ليراني كما يجب

" والدي العزيز "

إلى...

من حملتني وهناً على وهن وسهرت الليالي على راحتي

" والدتي العزيزة"

إلى...

الازهار التي معهم احلى واجمل الايام التي لن انساها

" زملائي وزميلاتي "

إلى...

كل من علمني حرفاً ليكون لي سلاحاً بوجه الظلام

" اساتذتي الافاضل "

اليكم جميعاً اهدي ما وفقنا به ربنا حباً واعتزازاً.....

الشكر والامتنان

بعد اكمال بحثي المتواضع هذا لا يسعني الا ان اتوجه بخالص الحمد والثناء الى الباري (عز وجل) لما من به علي من لطفه وعونه في انجاز هذا البحث.

كما يسعدني أن اتقدم بخالص الشكر والتقدير والاحترام الى الاستاذ (محمد عزت فاضل) من تفضل بالإشراف على هذا البحث ومتابعته لي طيلة فترة كتابة هذا البحث وتقديمه للملاحظات القيمة ابلغ الأثر في أغناء هذا البحث .

كما اتقدم بجزيل الشكر والتقدير الى السيد عميد الكلية وكافة التدريسيين في الكلية.

وفي الختام أسأل الله العلي القدير أن يجزي الجميع خير الجزاء وأرجو ان اكون قد وفقت في اعداد هذا البحث.

ومن الله التوفيق

الباحث

المحتويات

اسم الموضوع	رقم الصفحة
الآية	أ
الاهداء	ب
الشكر والامتنان	ت
المقدمة	١-٣
المبحث الأول: رقابة الالغاء	٤-١٣
المطلب الأول: مفهوم رقابة الإلغاء	٤-٦
المطلب الثاني: رقابة المحكمة الاتحادية العليا في العراق	٧-١٣
المبحث الثاني: رقابة الامتناع	١٤-٢٠
المطلب الاول: مفهوم رقابة الامتناع	١٤-١٦
المطلب الثاني: الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية.	١٧-٢٠
الخاتمة	٢١-٢٢
المصادر	٢٣-٢٤

المقدمة

تشتهر مختلف الأنظمة الدستورية على ترسيخ مبدأ سمو الدستور كونه التشريع الأساس في الدولة، فلا يكفي النص في الدستور على تنظيم السلطات الأساسية للدولة وتعديد حقوق الافراد وواجباتهم بل يجب أن توجد ضمانات تكفل احترام السلطات لتخصصاتها ولا يتحقق ذلك الا بمراقبة مدى احترام مطالبة القوانين للدستور، ويعد مبدأ الرقابة الدستورية مبدأ متفرع عن مبدأ سمو الدستور، وقد تبنت الدولة الحديثة هذا المبدأ وجعلته من أركان النظام الدستوري لبناء دولة القانون – وتظهر أهمية الرقابة على دستورية القوانين لما تلعبه من دور في كفالة الدستور وتجسيد سموه وذلك من خلال حمايته من كافة التجاوزات والانتهاكات التي لا يكون مصدرها القانون العادي فحسب بل كل النصوص القانونية ونعني بذلك المعاهدات الدولية والقوانين والمراسيم الرئاسية والتنفيذية وبذلك يتجسد المعنى الحقيقي لمبدأ سمو الدستور وتعد الولايات المتحدة الأمريكية الوطن الام للرقابة القضائية على دستورية القوانين بالرغم من ان دستور الأمريكي لم ينص صراحة على منح هذه الصلاحية للمحاكم لكن هذا الحق تقرر بواسطة القضاء من جانب ومن الفقه من جانب آخر.

أما في العراق فقد عرفت الرقابة على دستورية القوانين خلال القرن الماضي والتي نص عليها قانون لسنة ١٩٢٥ والتي اسند المشرع مهمة الرقابة الى هيئة قضائية متخصصة أسماها المحكمة العليا وقد عرف هذه الرقابة في الدساتير التي

أعقبت القانون الاساسي لعام ١٩٢٥ لذلك سوف نبين الرقابة هي: دستورية القوانين في ظل دستور ٢٠٠٥.

أهمية البحث:

تمثل القواعد الدستورية المكانة العليا في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة فهي تسمو على كل ما عداها من قوانين واجراءات تتخذها السلطات العامة بما فيها السلطة التشريعية والحقيقة أن موضوع الرقابة على دستورية القوانين يعتبر من اهم الموضوعات الدستورية التي حظيت باهتمام خاص لدى رجال الفقه الدستوري سيما وانه شديد الوصل بموضوع الدولة القانونية لأنه ، يعني خضوع جميع السلطات فيها للقانون بصفة عامة وللدستور بوصفة القانون الاسمى والاعلى بصفة خاصة واذا كان الدستور يسمو على جميع السلطات العامة في الدولة فأن سمو يغدو بلا معنى ومجرد لفظ غير ذي مضمون ، ويجب أن يكون هناك من الضمانات ما يكفل احترام هذه السلطات العامة لأحكام الدستور الذي عين لها اختصاصاتها ورسم لها حدود وممارستها واصولها فالبنسبة لسلطة التنفيذية يجب أن تكون أعمالها وتصرفاتها منفقة واحكام الدستور والا فإنها تكون غير مشروعة أما السلطة التشريعية فأن مبدأ سمو الدستور وما يترتب عليه من تدرج القواعد القانونية في الدولة واحتلال الدستور المرتبة العليا بين هذه القواعد يحتم بلا جدل احترام السلطة التشريعية لأحكام الدستور فلا تستطيع هذه السلطة ان تصدر ما يخالفه سواء كان بصوره صريحة أو ضمنية والا أصبحت التشريعات الصادرة منها غير مشروعه ووجب الحكم بطلانها وعدم دستوريتها .

إشكالية البحث:

تثار مسألة الرقابة على دستورية القوانين عادة في الدولة ذات الدساتير الجامدة والتي تمتاز عن القوانين العادية بصعوبة وتعقيد إجراءات تعديلها ، فاذا صدر تشريع عادي يخالف دستور جامدا تتصدى الهيئات الرقابية له وتلغيه او تمتنع عن تطبيقه ولا تثور مسألة الرقابة على دستورية القوانين اذا كان دستور مرنا لأنه الدستور المرن لا يتمتع بأية سمو شكلي على القوانين العادية فلو خالف القانون العادي نصا دستوريا مرنا فهذه المخالفة تعتبر تعديلا للنص الدستوري المرن والدستور المرن يتساوى في الاجراءات تعديله مع القوانين العادية.

هيكلية البحث:

يتكون هذا البحث من مبحثين: المبحث الأول رقابة الالغاء: ويقسم المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الاول: مفهوم رقابة الالغاء، وفي المطلب الثاني: رقابة المحكمة الاتحادية في العراق وبعد ذلك نتناول في المبحث الثاني: رقابة الامتناع ويقسم المبحث الثاني الى مطلبين، المطلب الاول: مفهوم رقابة الامتناع، المطلب الثاني: تطبيق الرقابة في الولايات المتحدة الامريكية

المبحث الأول

رقابة الالغاء

تتعدد أساليب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدول المختلفة الا أنه يمكن تقسيمها تبعا للآثار المترتبة على هذه الرقابة الى الرقابة القضائية على دستورية القوانين بطريق الدعوى المباشرة او الاصلية والرقابة القضائية بطريق الدفع بعدم الدستورية. الرقابة القضائية عن طريق الدعوى المباشرة أو الاصلية (**رقابة الألغاء**).

المطلب الأول

مفهوم رقابة الإلغاء

الرقابة عن طريق الدعوى الاصلية (رقابة الالغاء) الرقابة بهذه الوسيلة تعني طلب ألغاء تشريع المخالف للدستور بدعوى أصلية وليس بمناسبة نزاع معروض على القضاء، وإذا تأكد القضاء في هذه الحالة من عدام دستورية القانون فانه يقضى بإلغائه، وبأثر رجعي وفي مواجهة الكافة. [1]

وللرقابة القضائية بطريق الدعوى المباشرة (رقابة الالغاء)، صورتين رقابة الالغاء السابقة على صدور القانون ورقابة الغاء اللاحقة على صدور القانون.

أ. **الرقابة الالغاء السابقة:**

هي الرقابة على القانون وهو في دور التكوين أي قبل صدوره فمشرعات القوانين التي يقرها البرلمان لابد ان ترسل الى رئيس الدولة لأصادرها ، وقد يرى رئيس الدولة احالتها الى محكمة خاصة يحددها الدستور للتحقق من دستورية

(١) د. حمدي العجمي: مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الاردن – لسنة ٢٠٠٩، ص ١٢٨.

القانون قبل اصداره ، وتحريك الرقابة في هذه الحالة يوكل عادة الى رئيس الدولة او احدى سلطاتها باختلاف دساتير الدول ، وليس للأفراد حق الطعن في القانون قبل أصداره لانعدام المصلحة لديهم في التشكيك في دستورية ما دام انه لم يصدر بعد وبالتالي لم يطيق بحقهم ومن الدساتير التي اخذت بالرقابة بطريق الالغاء السابقة دستور ايرلندا الحرة لعام ١٩٣٧ .[١] ومن الدولة اخذت بهذه الرقابة دستور سوريا ١٩٥٠ وكذلك دستورها الحالي ١٩٧٣.[٢] وكذلك دستور البحرين لعام ٢٠٠٢.

ب. الرقابة الالغاء اللاحقة:

الرقابة القضائية بطريق الدعوى المباشرة (رقابة الالغاء) كقاعدة عامة رقابة لاحقة على صدور القانون وبغية الطعن بعدم دستورية يجب ان ترفع دعوى الى الجهة القضائية التي حددها الدستور وفي حالة عدم دستورية تصدر المحكمة حكما بألغاء القانون فهي رقابة الغاء لاحقة على صدور القانون ومن الدول التي اخذت بهذه الرقابة دستور سويسرا لعام ١٨٧٤ ودستور النمسا لعام ١٩٤٥. [٣]

ويوصف هذا الاسلوب من اساليب الرقابة القضائية بالهجومي كونه يخول صاحب الشأن الحق في الطعن بعدم دستورية القانون بصورة مباشرة امام المحكمة المختصة طالبا الغائه لمخالفته الدستور، دون ان ينتظر تطبيق القانون عليه،

(١) د. ساجد محمد الزاملي، مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، العراق، الديوانية، لسنة ٢٠١٤، ص ٢٢.

(٢) المادة (١٤٥): حيث نصت (اذا اعترض رئيس الجمهورية او اربع اعضاء مجلس الشعب على دستورية قانون قبل اصدارة يوقف اصدارة الى ان تبث المحكمة فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ) لتسجيل الاعتراض لديها واذا كان للقانون صفه الاستعجال وجب على المحكمة الدستورية ان تبث فيه خلال سبعة ايام)

(٣) د. ساجد محمد الزاملي، المصدر السابق، ص ٢٠٣.

وتوصف هذه الدعوى بأنها دعوى موضوعية باعتبار ان حكم الالغاء يسري في مواجهة الافراد وسلطات الدولة كافة (التشريعية – التنفيذية – القضائية) اذ تكون السلطة التشريعية ملزمة بأعاده النظر في القانون المقضي بعدم دستورية واستبداله بغيره ما لم يخول الدستور ذات المحكمة صلاحية ألغاء القانون مباشرة. [١]

تمتاز رقابة الالغاء بأثرها الحاسم في مواجهة القوانين وللوائح غير الدستورية اذ تعمل على الغائها واعدامها، وبهذا تصان الحقوق وتحفظ الحريات المنصوص عليها في الدستور من تعسف واستبداد السلطة التشريعية كما تمتاز بأنها تجعل السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في وضع تسعيان فيه الى تماشي التشريعات الصادرة منهم مع احكام الدستور خشية الغائها كما انها تحفظ استقرار المعاملات وثبات الاوضاع القانونية ووحدتها بالغائها التشريع المخالف للدستور لكافة السلطات والافراد ومع هذه المزايا يعيب الفقة الدستوري على رقابة الالغاء بانها تشكل تدخلا صريحا للقاضي في عمل المشرع مما يعد أنتهاكا لمبدا الفصل بين السلطات وتغلبا للسلطة القضائية على السلطات الاخرى.[٢]

(١) د. علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، دار الصفاء للطباعة والنشر والتوزيع، عمان – الأردن، مؤسسة الصادق الثقافية، طبع ونشر وتوزيع، العراق، بابل، لسنة ٢٠١٢ ـ ص ٣٢٦.

(٢) د. عدنان عاجل عبيد : القانون الدستوري النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، العراق، النجف الاشرف، سنة ٢٠١٢ ، ط ٢ ، ص ١٢٥ .

المطلب الثاني

رقابة المحكمة الاتحادية العليا في العراق

نصت المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة على أن يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون وتسمى المحكمة الاتحادية العليا، تختص بالرقابة على دستورية القوانين بالإضافة إلى اختصاصات أخرى بينتها المادة المذكورة كما بينت كيفية تشكيل المحكمة وكيفية عرض القضية عليها. [١]

ثم صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنه ٢٠٠٥، استنادا إلى النص الدستوري سالف الذكر. ونص هذا القانون في مادته الأولى على أن تنشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها في بغداد وتمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون. وستتناول في هذا الفرع كيفية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها وكيفية ممارستها لاختصاصها في مجال الرقابة على دستورية القوانين وضمانات استقلالها كما جاء بها قانون إدارة الدولة وقانون المحكمة رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ وذلك في النقاط الأربعة الآتية:

أولا: تشكيل المحكمة الاتحادية العليا

تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس وثمانية أعضاء يجري تعينهم من قبل مجلس الرئاسة بناءا على ترشيح من مجلس القضاء الأعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم. وفي حالة رفض أي تعيين يرشح مجلس القضاء الأعلى مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين [٢]. ويقوم مجلس الرئاسة بتعيين أعضاء المحكمة وتسمية أحدهم رئيسا لها [٣].

ويستمر أعضاء المحكمة بعملهم من دون تحديد لحد أعلى للعمر إلا إذا رغب أحدهم بترك الخدمة. [٤] ونحن بدورنا لا نؤيد عدم تحديد حداً أعلى للعمر، لأن العمر يؤثر في أداء الواجبات الوظيفية. وتنعقد المحكمة بحضور جميع أعضائها، وتصدر الأحكام والقرارات بالأغلبية البسيطة. [٥] ولنا بعض الملاحظات على تشكيل المحكمة نوجزها بالآتي:

---

(١) أنظر نص (م ٤٤ بفقراتها أ، ب، ج، د، ه) من قانون إدارة الدولة العراقية .

(٢) المادة (٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا و المادة (٤٤ ف ه) من قانون إدارة الدولة العراقية.

(٣) المادة (٤٤ ف ه) من قانون إدارة الدولة العراقية.

(٤) المادة (٦ف ثالثا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

(٥) باستثناء الأحكام و القرارات الخاصة بالفصل في المنازعات الحاصلة بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم و المحافظات والبلديات و الإدارات المحلية فيلزم أن تصدر بأغلبية الثلثين ، المادة (٤٤- د) من قانون إدارة الدولة و المادة (٥ - أولا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

١. إن المشروع العراقي قد فعل حسنا عندما حدد عدد أعضاء المحكمة في الدستور (قانون إدارة الدولة) وليس في قانون المحكمة. حتى يمكن تفادي قيام السلطة التشريعية لسبب أو لآخر بتعديل عدد الأعضاء زيادة أو نقصا بواسطة تعديل قانون المحكمة فيما إذا كان هذا العدد قد حدد بهذا القانون. ولعل محاولة الرئيس الأمريكي (روز فولت) تعديل عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا أبان أزمتها معه مثل واضح بهذا الشأن، وإن كان الكونغرس الأمريكي قد أسقط تلك المحاولة في نهاية الأمر. [١] ومن الدساتير التي حددت أعضاء المحكمة أعضاء المحكمة بنصوص الدستور القانوني الأساسي العراقي الذي حددهم ب (٨) أعضاء. [٢]

٢. اقتصر تشكيل المحكمة على القضاة فقط ولم يشمل غيرهم من ذوي الاختصاص القانوني كفقهاء القانون من أساتذة كليات القانون وغيرهم، وكان من الأولى أن يتضمن تشكيل المحكمة هؤلاء المختصين حتى يكتمل النسيج القانوني لها.

٣. إن مجلس الرئاسة هو الذي يقوم بتسمية رئيس المحكمة من بين أعضائها وكان من الأفضل لو ترك أمر اختيار رئيس المحكمة للأعضاء أنفسهم، سيما وإنهم قد حازوا على ثقة مجلس القضاء الأعلى ومجلس الرئاسة.

ثانياً: اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا:

تختص المحكمة الاتحادية العليا بعدة اختصاصات بينها قانون إدارة الدولة وقانون المحكمة رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ واهم هذه الاختصاصات على الإطلاق هو اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين.

وعليه سنبحث أولا باختصاص المحكمة في مجال الرقابة على دستورية القوانين ثم الاختصاصات الأخرى للمحكمة الاتحادية وكما يأتي: ـ

١. الرقابة على دستورية القوانين.

تختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في منازعات المتعلقة بشرعية القوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر والإجراءات الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها. وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية [٣]. وفي البدء لابد من بيان انه لا مجال للتساؤل حول ماهية القانون الذي تختص به المحكمة، هل هو القانون بالمعنى الشكلي أم هو القانون بالمعنى الموضوعي؟ لأن قانون

(١) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٨٢-٨٣.

(٢) المادة (٨٢) من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥.

(٣) المادة (٤ -ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا والمادة (٤٤ -ب -٢) من قانون إدارة الدولة العراقية.

إدارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية العليا قد حسما المسألة بأن جعل اختصاص المحكمة يشمل كل قاعدة عامه مجرده تطبق على الكافة من دون تحديد أو تعيين الأشخاص بذواتهم، بحيث يشمل التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية وكذلك القرارات الإدارية التنظيمية من أنظمة وتعليمات والتي تصدر عن السلطة التنفيذية.

بل أن المشروع العراقي في قانون إدارة الدولة توسع توسعا كبيرة في الرقابة على دستورية القوانين، لم تقف عند حد الرقابة على دستورية القانون بمعناه الموضوعي فقط –كما أسلفنا –بل امتدت رقابته التشمل الإجراءات أيضا [١]. ولقد فعل المشرع العراقي حسنا بذلك حتى يتحقق مبدأ المشروعية بأن تعمل كل الدولة من تشريعية وتنفيذية وفق أحكام الدستور. ومع ذلك فأننا نتحفظ على التوسع في اختصاصات المحكمة بهذا الشكل، ونرى أن من الأفضل يقتصر اختصاص المحكمة على رقابة دستورية القانون بمعناه الموضوعي دون الإجراء. ولعل الملاحظة الإيجابية الأخرى على اختصاص المحكمة في مجال الرقابة هي أن المشرع قد جعل اختصاص الرقابة على دستورية القوانين في العراق للمحكمة الاتحادية حصرا من دون سائر المحاكم الأخرى. وبالتالي يكون المشرع العراقي هنا قد أخذ بمبدأ مركزية الرقابة وهذا هو الاتجاه الغالب في الدساتير الحديثة [٢] حتى يتلافى ما قد يحصل من اختلاف الأحكام وتضاربها فيما لو عهد بالرقابة على دستورية القوانين المحاكم متعددة.

٢. هناك اختصاصات أخرى للمحكمة الاتحادية العليا بالإضافة إلى اختصاصها في مجال الرقابة على دستورية القوانين نجملها بالآتي:

أ. الفصل في المنازعات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية وهذا اختصاص حصري للمحكمة.

ب. النظر بالدعاوى المقامه إمامها بصفة استئنافيه وينظم اختصاصها بقانون اتحادي [٣].

ج. النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة عن محكمة القضاء الإداري [٤]. واختصاص المحكمة هذا نرى أنه محل نظر وتمحيص، فهو يخل بالغاية التي أنشأت من أجلها محكمة القضاء الإداري، وهي إيجاد قضاء إداري متخصص ينظر في المنازعات الإدارية. وبالتالي فأنه كان من الأفضل إنشاء محكمة إدارية عليا تنظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري ومجلس الانضباط العام وتكون على قمة القضاء الإداري في

---

(١) أنظر المادة (٤٤ - ج) من قانون إدارة الدولة العراقية .

(٢) د. إبراهيم درويش، القانون الدستوري النظرية العامة والرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٩٠ -١٩١

(٣) المادة (٤٤ -ب -١) من قانون إدارة الدولة والمادة (٤-أولا) من قانون المحكمة الاتحادية.

(٤) المادة (٤ -رابعا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا والمادة (٤٤ -ب -٣) من قانون إدارة الدولة.

العراق، هذا من جانب. ومن جانب آخر نرى أنه من الأفضل أن يكون اختصاص المحكمة الاتحادية العليا هو حسم إشكالات التنازع في الاختصاص التي تحدث بين القضاء الإداري والقضاء العادي. بالإضافة إلى ذلك فأنه من شأن هذه الاختصاصات الكثيرة أن تثقل كاهل المحكمة الاتحادية وتعرقل قيامها بمهامها الجسيمة، ولا سيما في مجال الرقابة على دستورية القوانين. وتجدر الإشارة هنا إلى أن هناك بعض الأصوات تعالت في بعض وسائل الإعلام منتقدة اختصاص المحكمة الاتحادية العليا سالف الذكر بالنظر في الطعون المقدمة على الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري، لأنه أعطى ألشرعية لمحكمة القضاء الإداري وهذا لا يحقق المساواة في التقاضي على حد تعبير هذا البعض، والحقيقة إن مثل هذه الأراء تكشف عن جهل تام بالقضاء الإداري وتتجاهل دوره الكبير في حماية حقوق وحريات الأفراد واحترام مبدأ المشروعية، كما أنها تغفل حقيقة هامه وهي أننا نملك محكمة قضاء إداري تمارس أعمالها منذ ما يزيد على أكثر من ٢٠ سنة، ومجلس شورى الدولة يقوم بدور محكمة التمييز فيما يتعلق بالأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري [١]. ويبدو أن التأثر بالنظام الانكلوسكسوني الذي يأخذ بالمساواة التامة أمام القانون كان وراء مثل هذه الأراء وبالمقابل عدم معرفة أو تجاهل لنظام القضاء الإداري والذي سبب نجاحه الكبير في فرنسا انتشاره في العديد من الدول داخل أوربا وخارجها كبلجيكا ومصر ولبنان وغيرها فلقد أثبت مجلس الدولة الفرنسي أنه خير معين ومرشد للاداره في سبيل تحقيق المصلحة العامة وابتدع الكثير من النظريات القانونية أخذ ببعضها القانون الخاص، وأكد أنه حصن منيع لحماية حقوق وحريات الأفراد [٢]. ولذلك فحتى (دايسي) وهو أكبر فقهاء القانون العام الأنكليز والذي كان ينتقد القضاء الإداري في فرنسا عدل عن أرائه السابقة وأخذ يسبغ صفة القضاء بمعناه على مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع الفرنسية بعد أن وجد أنهما متمتعان بالاستقلال حقا أمام السلطة التنفيذية، وأخذ يشك في مدى كفاءة المحكمة العليا الانكليزية في تطبيق القانون العام وسار القضاء الإداري في الدول التي أخذت به عن فرنسا على هذا المنهج، ومن ذلك القضاء الإداري في مصر ويكفي للتدليل على ذلك ومادام موضوع بحثنا هو الرقابة القضائية على دستورية القوانين أن نذكر الحكم المفخرة بحق لمحكمة القضاء الإداري المصرية للقضاء المصري عامة، والذي أكدت حق القضاء الإداري في الرقابة على دستورية القوانين بعد عجز وتردد القضاء العادي عن ذلك، بالرغم من أنه لم يمض على تأسيس محكمة القضاء الإداري آنذاك أكثر من عامين. فالقضاء

(١) أنشأت محكمة القضاء الإداري في العراق بموجب القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني القانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ وقد نشر هذا القانون في الوقائع العراقية العدد ٣٢٨٥ في ١١/١٢/١٩٨٩ وباشرت المحكمة أعمالها في بداية عام ١٩٩٠.

(٢) د. عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري، الطبقة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٩، ص١٩ وما بعدها

الإداري المصري اتخذ موقف القضاء الأمريكي الذي اقر بحقه في الرقابة على دستورية القوانين [١]. ومن هذا يتضح عدم دقة الرأي الذي يذهب إلى أن محكمة القضاء الإداري في العراق تخل بحق المساواة في التقاضي وينبه إلى عدم معرفة أو عدم إدراك لدور القضاء الإداري عامة في حماية حقوق وحريات الأفراد وترسيخ مبدأ المشروعية.

ثالثا: كيفية ممارسة المحكمة لاختصاصها في مجال الرقابة على دستورية القوانين

تحرك الدعوى أمام المحكمة الاتحادية العليا من جهات بينها قانون إدارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية العليا وهي:

أ. بناء على إحالة من محكمة سواء كانت هذه المحكمة مدنية أو جنائية أو محكمة القضاء الإداري وكذلك المحاكم الاتحادية [٢]. والمحكمة قد ترى من تلقاء نفسها أن القانون المراد تطبيقه غير دستوري أو يدافع أمامها بعدم دستوريته فترفع الطعن إلى المحكمة الاتحادية العليا لتبت فيه.

ب. جهة رسمية ولم يحدد القانون أية جهة رسمية وبالتالي يجوز لكل الجهات الرسمية العراقية أن تتقدم بطلب الطعن في دستورية قانون ما.

ج. دعوى من مدع ذي مصلحه يتقدم بها إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في دستورية قانون يشك بمخالفته لأحكام الدستور.

ولا يكون انعقاد المحكمة صحيحا إلا بحضور جميع أعضائها وتصدر قراراتها بالأغلبية البسيطة. أما الأثر الناجم عن قرار المحكمة بعدم دستورية القانون أو الأنظمة أو التعليمات أو الأوامر أو الإجراءات فيتمثل بإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة. وقرارات المحكمة الاتحادية ملزمة للكافة وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن وللمحكمة مطلق الحرية في تنفيذ قراراتها [٣].

رابعا: ضمانات استقلال المحكمة الاتحادية العليا:

مما لا شك فيه أن القضاء هو محور العدالة وضمان الحريات العامة لذلك فقد كان من الضروري أن ينص الدستور على ضمانات خاصة لاستقلاله. فلقد نص قانون إدارة الدولة على أن القضاء مستقل لا سلطان علية لغير القوانين ومنع السلطتين التشريعية والتنفيذية من التدخل في شؤونه [٤]. ونظرا للأهمية

---

(١) د. إبراهيم درويش، المصدر السابق، ص .١٩١

(٢) المادة (٤٤-ب -٢) من قانون إدارة الدولة، المادة (٤ -ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية.

(٣) المادة (٥ - ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا و المادة (٤٤ - ه) من قانون إدارة الدولة .

(٤) المادة (٤٣ - أ) من قانون إدارة الدولة العراقية .

الكبرى التي تحتلها المحكمة الاتحادية العليا فقد أحاط المشرع العراقي في قانون إدارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنه ٢٠٠٥ هذه المحكمة بضمانات عديدة تحقق استقلالها وحيادها بحيث تستطيع القيام بعملها بعيدا عن التدخلات والضغوط. وفي البدء قد يقال إن تعيين أعضاء هذه المحكمة واختيارهم من قبل مجلس الرئاسة وان كان يتم بالتشاور مع مجلس القضاء الأعلى إلا أنه قد ينال من استقلال المحكمة، ولكن الحقيقة التي أثبتتها التجارب في الكثير من الدول تؤكد أن العبرة في استقلال القضاة ليست بطريقة اختيارهم، ولا بنصيب السلطة التنفيذية في المشاركة بهذا الاختيار وإنما هي بمدى قدرة تلك السلطة على التدخل بشؤونهم بعدم تعيينهم، فإذا امتنع هذا التدخل لم يكن لطريقة التعيين أي أثر يذكر على استقلال القضاء ولكن لا يعني قبول أن تنفرد السلطة التنفيذية بتعيين أعضاء المحكمة الاتحادية العليا ، إذ إن تلك المحكمة بمسؤوليتها الكبيرة في مراقبة دستورية القوانين يجب أن تتميز بوضع معين في تعيين أعضاءها، إذ يكفل لها هذا الوضع الاستقلال التام. لأن القوانين عادة ما تصدر بالاتفاق ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية أو بناءا على اقتراح السلطة التنفيذية. فإذا كنا نريد أن نضمن جدية الرقابة على دستورية القوانين فإنه لا يجب أن تنفرد أي من السلطتين بتعيين أعضاء المحكمة.

وأول ضمانات استقلال المحكمة الاتحادية هي ما نص قانون إدارة الدولة في المادة (٤٣ –أ) والتي جاء فيها أن القضاء مستقل ولا يدار بأي شكل من الأشكال من السلطة التنفيذية وبضمنها وزارة العدل. وألزمت الفقرة (ج) من المادة نفسها الجمعية الوطنية بأن تضع ميزانية مستقلة ووافية للقضاء. ثم جاءت المادة (٤٥) وجعلت الإشراف على القضاء للمجلس الأعلى للقضاء الذي يتولى دور مجلس القضاة ويشرف على القضاء الاتحادي ويدير ميزانية المجلس، ويترأس رئيس المحكمة الاتحادية العليا المجلس الأعلى للقضاء، ومن هذه النصوص يتبين استقلال القضاء بشكل عام عن كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية بالإضافة إلى هذه النصوص الدستورية فقد نصت المادة الأولى من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم(٣٠) السنة ٢٠٠٥ على أن المحكمة (تمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون). ثم جاءت المادة الثانية لتؤكد استقلال المحكمة الاتحادية العليا ماليا وإداريا.

والقول بأن المحكمة الاتحادية هيئة مستقلة يعني أنها لا تعد جزءا من التنظيم القضائي بينما القول بأن المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية يعني إنها تخضع لما يخضع له التنظيم القضائي من مبادئ عامة. أما فيما يتعلق بضمانات أعضاء المحكمة الاتحادية العليا أنفسهم فقد بينها قانون إدارة الدولة وقانون الاتحادية العليا. فيما يخص العزل فقد بينت المادة (٤٧) من قانون إدارة الدولة أنه لا يجوز عزل القاضي إلا إذا أدين بجريمة مخلة بالشرف أو الفساد أو إذا أصيب بعجز دائم. أي أن أسباب العزل محددة على سبيل الحصر والقاضي الذي يتهم بما ذكر أعلاه يوقف عن عمله إلى حين البت قضيته. ولا يوجد حد

أعلى للعمر للعمل المحكمة بل يبقى رئيس وأعضاء المحكمة مستمرين بالعمل الا إذا رغبوا هم بترك العمل في المحكمة [١]. كما بين قانون إدارة الدولة إنه لا يجوز تخفيض راتب القاضي أو إيقاف صرفه لأي سبب من الأسباب خلال مدة خدمته [٢]. وإذا ترك كل من رئيس المحكمة أو أعضائها الخدمة يتقاضى كل منهم راتبا تقاعديا يعادل (٨٠ %) من مجموع ما يتقاضاه كل منهم شهريا قبل انقطاع صلتهم بالوظيفة [٣]. والملاحظ من خلال النصوص التي عرضناها إنها تحقق استقلال المحكمة الاتحادية العليا تجاه السلطتين التشريعية والتنفيذية، وبما يسمح لها بالقيام بمهامها الكبيرة بكل استقلال وحيادية مع ملاحظة أخيرة وهامة جدا وهي إننا لم نرسخ أقدامنا بعد في الحياة الديمقراطية الحقيقية، وبالتالي فإن انحراف إحدى السلطات عند ممارستها لاختصاصها أمر وارد. وعليه فإن استقلال المحكمة الاتحادية العليا لا يكفي لتحقيقه النصوص القانونية وحدها، وإنما العبرة أولا وأخيرا بإدراك السلطتين التشريعية والتنفيذية وإدراك القضاة أنفسهم، وإدراك الرأي العام لقيمة استقلال المحكمة الاتحادية العليا وضرورة حماية هذا الاستقلال والحفاظ عليه.

(١) المادة (٦ -ثالثا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

(٢) المادة (٤٧) من قانون إدارة الدولة العراقية.

(٣) المادة (٦-ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا. ويستثنى من ذلك حالتي العزل بسبب الإدانة عن جريمة مخلة بالشرف أو الفساد والاستقالة من دون موافقة مجلس الرئاسة، المادة (٦ -ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية

المبحث الثاني

رقابة الامتناع

المطلب الاول

مفهوم رقابة الامتناع

يقصد بهذه الطريقه من طرق الرقابة القضائية، أمتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور، اذا تبين لها عدم دستوريته بناء على دفع يقدمه صاحب المصلحه او من تلقاء نفسها، في دعوى مرفوعه أمامها وذلك بتغليب حكم القانون الاعلى (الدستور) على حكم القانون الادني في سلم التدرج التشريعي للنظام في البلد. أما اذا تبين لها صحة القانون وموافقته للدستور فأنها تطبقه على الدعوى المعروضه أمامها[١].

ولا يهم نوع القضية المرفوعة أمام القضاء سواء كانت مدنيه أو تجاريه أو جنائيه أو اداريه أو قضية أحوال شخصية. لأن أختصاص المحكمه في هذه الحاله يعتبر متفرعة عن الدعوى الاصليه المنظوره أمامها، فهو طريق غير مباشر للطعن في دستورية القانون. لذلك يطلق عليه الفقه الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي، رغم أعتراض بعض الفقه على هذه التسمية[٢].

ويستطيع ذوو المصلحة الدفع بعدم الدستورية في كل مراحل الدعوى بشرط أن لا يكون قد صدر فيها حكم اكتسب درجة البتات، ولا يحق لأي شخص الطعن بعدم الدستوريه بصوره اصليه[٣].

وتثبت الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية لجميع المحاكم في النظام القضائي على اختلاف أنواعها ودرجاتها[٤].

---

(١) د. محمود حلمي، ص ٧٦-٧٧.

(٢) د. سعد عصفور، مصدر سابق، ص١٤٦.

(٣) د. احسان المفرجي، واخرون، مصدر سابق، ص١٨٢.

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص٥٦٦.

والمثال الرئيسي لذلك هو النظام الدستوري الأمريكي الذي ظهرت فيه هذه الطريقه وانتشرت الى بقية دول العالم، اذ لا تختص المحكمة العليا وحدها بنظر الطعن في دستورية القوانين وأنما تملك هذا الاختصاص جميع الجهات القضائية سواء في الولايات المختلفة أو في الحكومة الاتحادية[١].

فالمحاكم الاتحادية تراقب دستورية القوانين التي تسنها الولايات سواء أكانت قوانين عاديه أم نصوصا دستورية ، وكذلك تراقب دستورية القوانين التي يسنها (الكونغرس). أما محاكم الولايات فأنها تراقب دستورية القوانين التي تسنها السلطة التشريعية في الولايات[٢].

ويتمتع قرار المحكمة بحجيه نسبيه لأن أثره يقتصر على أطراف الدعوى فقط، وبالتالي فأن أمتناع تطبيق هذا القانون لا يؤثر على المحاكم الأخرى ولا يمنعها من تطبيق نفس القانون في دعاوى أخرى.

ولقد أخذت الكثير من الدول الحديثة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين بطريق الدفع بعدم الدستورية، بعضها نصت على ذلك صراحة في صلب الوثيقة الدستورية وبعضها الآخر أستقر قضاؤها على فرض هذه الرقابة [٣].

ومن الدساتير التي نصه ، صراحة على طريقة الدفع الفرعي بعدم الدستورية ، الدستور الروماني لعام ١٩٢٣ والدستور البرتغالي لعام ١٩٣٣ والدستور الياباني لعام ١٩٤٦. أما الدول التي أستقر قضاؤها على فرض هذه الرقابة من دون نص دستوري فمنها المانيا واليونان والنرويج وكندا وأستراليا[٤].

بل يمكن القول أن من الأسباب التي تدفع إلى اللجوء الى الرقابة بطريق الدفع بعدم الدستورية هو عدم تنظيم الدستور للرقابة على دستورية القوانين. ولقد ظهر لدينا في العراق في ظل النظام السابق مثل

---

(١) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطابع دار السياسية، الكويت ١٩٧٢، ص٤٦٣.

(٢) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(٣) د. محمود حلمي، مصدر سابق، ص٧٧.

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص٥٦٧.

هذا التوجه لأن دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ الملغى تنظيم الرقابة على دستورية القوانين مما دفع ببعض الفقه الى القول بأمكانية قيام مثل هذا النوع من الرقابه [١].

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن دساتير بعض الدول قد قررت الجمع بين طريقة الرقابة القضائية بطريق الدفع بعدم الدستورية وطريقة الرقابة القضائية بطريق الدعوى الاصليه عند بحث القضاء دستورية القوانين، ومن هذه الدساتير الدستور الأيطالي لعام ١٩٤٨م[٢].

وفي النهايه لا بد من تبيان أن الرقابة القضائية بطريق الدفع بعدم الدستورية، هي أحدى صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية. وأن هناك صورة أخرى للرقابة القضائية لا تقل أهمية عن طريقة الدفع الفرعي بعدم الدستورية تمثل هذه الصور بالرقابة بطريق الأمر القضائي (أوامر المنع) والرقابة بطريق الاعلان القضائي أو الحكم التقريري[٣].

تمتع الرقابة القضائية بطريق الدفع (رقابة الامتناع) بعدم الدستورية يعده مميزات اهمها منعها الافراد حق الطعن بالتشريعات المخالفة للدستور كما انها رقابة مرنه وبسيطة يمكن رفعها امام المحاكم على اختلاف درجاتها فضلا عن ذلك فأنها تتناغم مع مبدا الفصل بين السلطات اذ لا تدخل في عمل المشرع بالغاء القوانين الصادرة منه وانما ينصب عملها على الامتناع عن تطبيقها دون المساس بها[٤].

ومع ذلك، فقد انتقدت هذه الطريقة على اساس انها تحل القضاة محل المشرع في تقدير مدى مطابقة لأحكام الدستوروقد يعاب عليها ايضا بتناقص الاحكام اذا يؤدي اكتساب الحكم الصادر بالامتناع للحجية النسبية الى قصرة على اطراف النزع دون ان يمتد الى السلطات او المحاكم الاخرى[٥].

---

(١) د. عصام البرزنجي ود. علي محمد بدير ود. مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٣، ص١٥-٥٢.

(٢) د. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار النشر بلا، ١٩٨٧، ص١٤١-١٤٢.

(٣) د. احسان المفرجي، واخرون، مصدر سابق، ص١٤٥.

(٤) د. عدنان عاجل عبيد، المصدر السابق ، ص ١٣١ .

(٥) د . عبد الغني بسيوني عبد الله ، مصدر سابق ، ص ٥٦٠.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية.

تلعب السلطة القضائية دورا فريدا في النظام الأمريكي ، مما يستحق عناية خاصة في أي تحليل للعلاقات الولايات المتحدة . فلا يقتصر دور القضاء على الفصل في المنازعات بشأن الحدود الفاصلة بين اختصاصات كل من الدولة المركزية و الولايات بل يقومون من حين لآخر بإيجاد التوازن في العلاقات بين الرئيس وبين الكونجرس . و تباشر السلطة القضائية في الولايات المتحدة محاكم تابعة للولايات ومحاكم اتحادية على رأسها المحكمة العليا الاتحادية . و تتولى هذه المحاكم جميعها الرقابة على دستورية القوانين – في حدود اختصاصها – إلا أن المحكمة الاتحادية هي المرجع الأول و صاحبه السلطة العليا في مجال الرقابة. و تلتزم المحاكم الأخرى بما تصدره المحكمة العليا من أحكام لنظام السوابق القضائية .

١. سياسة المحكمة العليا باعتبارها الحارسة الكبرى على الحريات العامة :

أن المحكمة العليا في المجتمع الأمريكي عبارة عن أداة لحل الخلافات بين الحرية والنظام، وبين حقوق الفرد و حقوق المجتمع . و المحكمة العليا إذا تفعل ذلك ، إنما تعمل في إطار وثيقة الحقوق. كما أن المحكمة العليا هي هيئة سياسية تصنع السياسية و القانون. وهي نتاج التقاليد و الممارسة القضائية في تعاملها مع سياسة كل يوم وهي بمثابة قلب النظام السياسي الأمريكي(١).

أن وظيفة المحكمة العليا هي فض تنازع الآراء حول المسائل الاتحادية التي تكون قد نشأت بين المحاكم الأدنى مرتبة للانتقال إلى مسائل أكثر أهمية بموجب دستور و قوانين و معاهدات الولايات المتحدة، ومباشرة سلطات رقابية على المحاكم الاتحادية الأدنى درجة. و لكي تبقى المحكمة العليا قوية و ذات

(١) يقول Robert A.Dahi أن من يصف المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بأنها هيئة قضائية فحسب إنما يقلل من نضرها ونفوذها في النظام السياسي الأمريكي، لأنها أيضا هيئة سياسية، لأنها تفصل في مسائل مختلف عليها على مستوى السياسة القومية.

فعالية، فلابد من أن تواصل الفصل فقط في تلك القضايا التي تطرح مسائل يكون لحلها أهمية مباشرة تتجاوز بكثير الحقائق المعنية و الخصوم المعنيين بها.

ويثور التساؤل هنا : هل سلطة المحكمة العليا مطلقة ؟ أن المحكمة العليا ليست مطلقة اليد؟ ويناقش المؤلفان (Kenneth Prewilt) and (Sidney Verba) القيود الهامة التي تحد من سلطتها.

فأولاً: كانت المحكمة العليا تفصل في المسائل المتعلقة بدستورية القوانين في إطار الدستور والسوابق القائمة، فإن ذلك يحد من قدرتها على كتابة أي شيء في صيغة قرار.

ثانياً: المحكمة العليا على وعي و إدراك بالسياسة الأمريكية و بأفضليات الجماهير. و من المؤكد أن أعضاءها تعينهم رؤساء الجمهوريات المهتمون بسياسات معينة.

ثالثاً: تلتزم المحكمة العليا بقيود تفرضها على نفسها و من تلقاء ذاتها . كما أنها تتجاهل بعض المسائل مثل سلطات رئيس الجمهورية في مجال الشئون الأجنبية و العسكرية.

رابعاً: يمكن إسقاط قراراتها بتعديل دستوري أو بمعرفة موظفين يتحاشون الامتثال لقراراتها.

خامساً: سلطات المحكمة العليا محدودة بسلطات الكونجرس فيما يتعلق بإقرار التصديق على التعيينات أو اتهام القضاء بسبب سوء السلوك أثناء الخدمة.

والرقابة القضائية لها شهرة وتاريخ في هذه البلاد. وقد احتمي في المحكمة العليا أصحاب المصالح والأعمال خلال الفترة الأولى بعد الاستقلال ثم من خلال الثلث الأول من القرن العشرين باعتباره ملاذ من التشريع الراديكالي و التدخل عن طريق اللوائح التي تصدر بتشريع . ثم أصبحت المحكمة تتصدى للدفاع عن الحريات المدنية منذ الأربعينيات من القرن الماضي وحتى اللحظة[١].

والمحكمة العليا كما كانت دائما موضوعا إخباريا . ففي (١٧ / شباط/ ١٩٦٤) أكد القضاء مسؤوليته المحافظة على الطابع الديمقراطي للعملية السياسية الأمريكية . فقد أعيد تأكيد التزام أمريكا الشجاع

(١) د. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٠-١٦.

الذي صدر في عام ١٧٧٦ – بأن الحكومات العادلة لا تعتمد على القهر و القوة و إنما على العقل و الرضاء .ولقد سجل كبير القضاة Black رأى أغلبية القضاة بقوله: (ممكنا من الناحية العملية بأن صوت شخص واحد في انتخابات الكونجرس يجب أن يكون له نفس القيمة التي تعطى لصوت شخص آخر) ولكل قاض في المحكمة العليا فلسفته الخاصة ، عندما تعالج المحكمة مشاكل حرية التعبير . و يقول ألقاض Black أن وثيقة الحقوق تنطوي على حريات مطلقة و لا يجوز التخفيف أو الانتقاص منها بقرارات قضائية . و يذهب في رأيه إلى أن القذف من صنوف الحديث و لذلك لا يمكن الحد منه دستوريا . وهناك فريق آخر من مدرسة (التوازن) بمعنى أن الحقوق الواردة بالتعديل الدستوري الأول يجب توازنها مع حاجة المجتمع في حفظ الأمن و المحافظة

على الدولة . ومن هذا الفريق القاضي فيلكس فرانكفورتر . و أن إقرار هيوز Hughs لمعالجة التشريعات التي تنتقص من الحريات الأساسية بطريقة مختلفة ، وكان تجديدا لا يستهان بأبعاده . فقد قيل من حيث الافتراض القائل بأن مجرد المخاطرة بانتهاك الحريات المدنية ينطوي على تهديد و كبت كافي لحرية التعبير يبرر تحولا جذريا في دور القضاء.

٢. محكمة وارن (١٩٠٣-١٩٩٩):

وقد بدأت المحكمة العليا سياسة جديدة لمحاربة التفرقة العنصرية في الخمسينات، عندما قضت لأول مرة بعدم دستورية الفصل بين البيض و الملونين في المدارس العامة في قضية (براون) سنة (١٩٥٤)، في بداية رئاسة ارل وران Warren للمحكمة والتي بدأت في سنة (١٩٥٣) واستمرت حتى عام (١٩٦٨).[١] وكان حكم براون الصادر من المحكمة سنة (١٩٥٤) هو الأساس الذي انطلقت منه المحكمة في إصدار الأحكام العديدة طوال الستينات لمنع التفرقة العنصرية ومحاربتها في كافة المجالات وخاصة في ميدان المساواة أمام القضاء وحق الالتجاء إليه دون تمييز أو تفرقة . ولم تحصر المحكمة العليا هذا القضاء في

(١) د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٥٨، ص٦٦٦.

نطاق المدارس والمحاكم فقط ، بل قضت بعدم دستورية التفرقة العنصرية في كافة الموافق والأماكن، في المطارات و الملاعب و محطات الأتوبيس ، و جداول الانتخابات و غيرها من المجالات. ومما لا شك فيه أن المحكمة العليا في رقابتها على دستورية القوانين فقد قامت بدور كبير في حماية الحريات وتحقيق المساواة بين المواطنين و حماية حقوق الملونين . أن هذا المسلك القضائي ، قد ساعد إلى حد كبير على إزالة العديد من مظاهر التفرقة و التمييز العنصري في أرجاء الولايات المتحدة.

٣. فضيحة وترجيت و المحكمة العليا الاتحادية :

وقد أثبتت المحكمة العليا وجودها في فضيحة وترجيت. إذ أصدرت حكما بالإجماع ، باستثناء عضوا امتنع لأسباب شخصية، يرفض تمتع السلطة التنفيذية بامتيازات تجعل الرئيس بمنأى عن رقابة القضاء في غير المسائل المتعلقة بالأسرار العسكرية أو الدبلوماسية، وهو الذي تقدم به الرئيس نيكسون ليمتنع عن تقديم أوراق و مستندات للقضاء. وقد صدر حكم المحكمة العليا الذي يقرر هذا المبدأ في(٢٤ / تموز/ ١٩٧٤) في قضية الولايات المتحدة ضد نيكسون Richard Nixon و أعلن الحكم أن المحكمة باعتبارها حارسة على الدستورية تقرر أن الدستورية تعني خضوع الجميع للدستور بلا استثناء . ولاشك أن هذا الحكم ساهم فيسرعة تطور الحوادث التي أفضت إلى استقالة نيكسون في(٨/أب/ ١٩٧٤)[١].

(١) د. سعاد الشرقاوي وعبد الله ناصف، أسس القانون الدستوري وشرح النظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٨٤، ص١٦٤.

الخـــاتمة

تناولت في هذا البحث الرقابة على دستورية القوانين في ظل الدستور ٢٠٠٥ وقد تعرضت الى الرقابة القضائية وانواعها وتقديرها وقد توصلنا من خلال هذا البحث الى عدد من النتائج والتوصيات نعرضها في الاتي :

١. تبني دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين وعهد بهذا المهمة الى محكمة دستورية متخصصة أنشائها لهذا الغرض كهيئة مستقله ماليا واداريا اسماها المحكمة الاتحادية العليا واعطى لها وحدها الحق في الرقابة على دستورية القوانين والانظمة بقصد احترام هذه القوانين وعدم مخالفتها.

٢. ترك المشرع الدستوري في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ امر تحديد عدد اعضاء المحكمة الاتحادية وتنظيم اختيارهم وعمل المحكمة الى قانون وهذا يعد منتقدا لانه يفتح الباب امام التيارات والاهواء السياسية لكي تلعب دورا سلبيا في تشكيل هذه المحكمة .

٣. تثبيتا لمكانه المحكمة الاتحادية جعل المشرع الدستوري احكام هذه المحكمة وقراراتها باته وملزمة للسلطات العامة .

٤. ورد في المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على ان قرارات المحكمة الاتحادية العليا باته وملزمة للسلطات كافة غير انه ذلك يتعارض مع نصوص اخرى للدستور ومن نص على المادة (٦١ / سادسا – ب) التي تتعلق بإعفاء رئيس الجمهورية بالاغلبية المطلقة لعدد اعضاء المجلس النواب بعد ادانته من المحكمة الاتحادية العليا في احدى الحالات الاتية :

أ) الحنث في اليمين الدستوري .

ب) انتهاك الدستور .

ج) الخيانة العظمى .

ان هذا السند لا يتفق مع ما ذكرته المادة (٩٤) من الدستور اذ كيف تكون قرارات المحكمة باته وملزمة للسلطات كافة اذا كان اعفاء رئيس الجمهورية بعد ادانته من المحكمة الاتحادية العليا يخضع للتصويت اعضاء مجلس النواب ففي هذه الحالة لا تكون قرارات المحكمة ملزمة للسلطات كافة وتاسيسا على ذلك على المشرع ان يزيل هذا التعارض بين المادة المادة (٦١ / سادسا – ب) والمادة (٩٤) من الدستور .

المصادر

١. د. احسان المفرجي و د.كطران زغير نعمه و د. رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري في العراق، مطبعة دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٠.

٢. د. إبراهيم درويش، القانون الدستوري النظرية العامة والرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٣. د. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٤. د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٥٨.

٥. د. حمدي العجمي: مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الاردن – لسنة ٢٠٠٩، ص ١٢٨.

٦. د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مطابع دار السياسية ، الكويت ١٩٧٢.

٧. د. ساجد محمد الزاملي، مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، العراق، الديوانية، لسنة ٢٠١٤، ص ٢٢.

٨. د. سعاد الشرقاوي وعبد الله ناصف، أسس القانون الدستوري وشرح النظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٨٤.

٩. د. سعد عصفور، القانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار المعارف بالإسكندرية، ١٩٥٤.

١٠. د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٨٨.

١١. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النشر بلا، ١٩٩٧.

١٢. د. عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري، الطبقة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٩.

١٣. د. عدنان عاجل عبيد : القانون الدستوري النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، العراق، النجف الاشرف، لسنة ٢٠١٢ .

١٤. د. عصام البرزنجي ود. علي محمد بدير ود. مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٣، ص١٥-٥٢.

١٥. د. علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، دار الصفاء للطباعة والنشر والتوزيع، عمان-الأردن، مؤسسة الصادق الثقافية، طبع ونشر وتوزيع، العراق، بابل، لسنة ٢٠١٢ . ص ٣٢٦.

١٦. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠.

١٧. د. محمد كامل ليله، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١.

١٨. د. محمود حلمي، المبادئ الدستورية العامة، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٦.

١٩. د. مها بهجت يونس، إجراءات إصدار الحكم الدستوري، دراسة مقارنة، مجلة دراسات قانونية، قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، العدد (٢٣) ٢٠٠٩.

٢٠. علاء صبري التميمي، قرارات وآراء لمحكمة الاتحادية العلي، نشر وتوزيع مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٩.

الأطاريح والرسائل الجامعية:

٢١. أحمد العزي النقشبندي، الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في الدول العربية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩.

القوانين

١. القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥.

٢. قانون إدارة الدولة العراقية.

٣. قانون المحكمة الاتحادية العليا.