



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الموصل
كلية الحقوق

عنوان البحث

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية

بحث تقدمت به الطالبة

حنين محمد سامي إبراهيم العبيدي

الى

عمادة كلية الحقوق في جامعة الموصل

وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في الحقوق

بإشراف

د. ليث ذنون حسين



(وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ
وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ
تَعْمَلُونَ)

صدق الله العظيم

النوبة: ١٠٥

الاهداء

إلى صاحب السيرة العطرة، والفكر المُستنير؛

فلقد كان له الفضل الأَوَّل في بلوغي التعليم العالي

(والدي الحبيب)، أطال الله في عُمره.

إلى من وضعتني على طريق الحياة، وجعلتني رابط الجأش،

وراعتني حتى صرت كبيرًا

(أمي الغالية)، حفظها الله.

إلى إخوتي؛ من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات والصعاب.

إلى جميع أساتذتي الكرام؛ ممن لم يتوانوا في مد يد العون لي

أهدي إليكم بحثي هذا

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد (صلى الله عليه وسلم).

فأنني اشكر الله وافر الشكر ان وفقني واعانني على إتمام هذه الرسالة.
ثم أوجه آيات الشكر والعرفان الى الدكتور " ليث ذنون حسين " المشرف على الرسالة الذي منحني الكثير من وقته واسأل الله العلي القدير ان يجزيه خير الجزاء.
ولا أنسي العائلة الكريمة التي ساندتني ولا تزال.
شكرا لكل من مد يد العون لإنجاز هذه الدراسة.
الى كل من ساندني بحمل أعباء هذا العمل.
إليهم جميعا اهدي بحثي هذا.

الباحثة

المحتويات

- ١..... الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية
- ٣..... المبحث الأول
- ٣..... الرقابة على دستورية القوانين في دستور العهد الملكي لعام ١٩٢٥ ودساتير العهد الجمهوري
- ٣..... المطلب الأول: سمو الدستور والرقابة القضائية على دستورية القوانين
- ٣..... الفرع الأول: سمو الدستور
- ٦..... الفرع الثاني: مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين
- ٦..... أولاً: التعريف بالرقابة القضائية
- ٨..... ثانياً.. صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين
- ٨..... (أ) الرقابة القضائية عن طريق الدعوى المباشرة أو الأصلية (رقابة الإلغاء)
- ٩..... (ب) الرقابة القضائية بطريق الدفع بعدم الدستورية (رقابة الامتناع)
- المطلب الثاني: التنظيم الرقابة القضائية على دستورية القوانين في القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥
- ١١.....
- ١١..... الفرع الأول: المحكمة العليا
- ١٤..... الفرع الثاني: تقدير الرقابة على دستورية القوانين في القانون الاساسي
- ١٤..... المطلب الثالث: الرقابة على دستورية القوانين في دساتير العهد الجمهوري
- ١٥..... الفرع الأول: الرقابة على دستورية القوانين في دستور ١٩٦٨
- ١٧..... الفرع الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في دستور ١٦ تموز ١٩٧٠
- المبحث الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في قانون ادارة الدولة العراقية والدستور العراقي لعام ٢٠٠٥
- ١٩..... النافذ
- ٢٠..... المطلب الأول: الرقابة في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية
- ٢٠..... الفرع الأول: تشكيل المحكمة الاتحادية العليا

٢١	الفرع الثاني: اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا.....
٢١	أولا الرقابة على دستورية القوانين.....
٢٢	ثانيا: على اختصاصات اخرى للمحكمة الاتحادية العليا.....
٢٣	الفرع الثالث: كيفية ممارسة المحكمة لاختصاصها في مجال الرقابة على دستورية القوانين.....
٢٤	الفرع الرابع: ضمانات استقلال المحكمة الاتحادية العليا.....
٢٦	المطلب الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ
٢٧	الفرع الأول: تشكيل المحكمة الاتحادية العليا.....
٢٧	الفرع الثاني: اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا.....
٢٨	اولا: - الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة ([٩١]):-.....
٢٨	ثانيا: - للمحكمة اختصاصات أخرى.....
٣٠	الفرع الثالث: ضمانات استقلال المحكمة الاتحادية العليا.....
٣٢	النتائج.....
	التوصيات خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
٣٥	المصادر.....
٣٤	الكتب.....
	احكام القضاء خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
٣٧	الدراسات والقوانين والانظمة.....

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية

يعد الدستور الركن الأساس في بناء الدولة القانونية، فلا توجد دولة قانونية بلا دستور، فهو الذي حدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها ويضع قواعد ممارسة السلطة ووسائل وشروط استعمالها، وحقوق الأفراد وحررياتهم العامة.

والدستور يتمتع بالعلوية أو سمو أي أنه القانون الأعلى في البلاد، فيعلو بذلك على كل ما سواه من قوانين لأن عدم الاعتراف لقواعد الدستور بالسمو والعلوية يكون مدعاة لانهايار نظام الدولة من أساسه، فالدستور هو الأساس الذي يقوم عليه النظام القانوني للدولة وكل نشاط قانوني فيها، ويجب أن يكون ملزماً لكل السلطات العامة فيها. فهذه السلطات تستمد وجودها من الدستور فيجب أن تتقيد بأحكامه وإلا فقدت شرعيتها وأساس وجودها.

ومبدأ سمو الدستور يعد ضماناً أساسية للديمقراطية ولحماية حقوق الأفراد وحررياتهم وضمانه لمبدأ المشروعية، ولكن هذا المبدأ نفسه يحتاج إلى ضمانه لاحترامه وعدم الاعتداء عليه وهذا الضمان هو الرقابة على دستورية القوانين فهي الوسيلة الفاعلة لتأكيد هذا سمو والحيلولة دون صدور أية تشريعات مخالفة للدستور بإبطال ما يتعارض منها مع أحكامه ومن ثم المحافظة على مبدأ المشروعية وبخلاف ذلك يصبح مبدأ سمو الدستور شعاراً بلا محتوى ولفظاً بعيداً عن أي مضمون.

ومن المعروف إن الرقابة على دستورية القوانين في النظم الدستورية المختلفة تتخذ صورتين أساسيتين هما الرقابة السياسية والرقابة القضائية استناداً إلى الجهة التي تتولى هذه الرقابة.

والذي يهمنا هنا هو أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين وسنقتصر عليه في بحثنا دون أسلوب الرقابة السياسية لأنه الأسلوب الجدير بالدراسة والبحث، سيما وأن الأسلوب الآخر قد اثبت فشله سواء كان ذلك من حيث أسسه النظرية أم من حيث تطبيقاته العملية.

فضلاً عن إن العراق كان من أول الدول العربية التي أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين في أول دستور للدولة العراقية عام ١٩٢٥

والأهم من ذلك كله، إن المشرع الدستوري بعد سقوط النظام السابق قد حسم المسألة واخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين سواء أكان ذلك في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية أم في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ. وهذا أمر في غاية الأهمية والخطورة لأننا خرجنا توا من عهد

الديكتاتورية والاستبداد ومن ثم فإن إرساء مبادئ الديمقراطية وبناء دولة القانون يعتبر في سلم الأولويات لاسيما في مجال الدستور والرقابة على دستورية القوانين فنحن في العراق لا نكاد نمتلك تجربه ذات قيمه في هذا المجال لا في العهد الملكي ولا في العهد الجمهوري بل يمكن القول إن حماية أحكام الدستور من خلال الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي أهم من إعداد الدستور وقراره، فما فائدة النصوص الدستورية إذا لم تأخذ حظها من التطبيق وإذا لم يتم احترامها من قبل السلطات العامة في الدولة ولا ضمان لتحقيق ذلك إلا بالرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وسنتولى بحث الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية من خلال تقسيمه إلى مبحثين تخصص الأول منهما لدراسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدستور الملكي (القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥) ودساتير العهد الجمهوري يسبق ذلك التعريف بمبدأ سمو الدستور والرقابة القضائية على دستورية القوانين.

أما الثاني، فسنبحث فيه الرقابة القضائية على دستورية القوانين في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية والدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ، تعقب المباحث خاتمه نلخص فيها النتائج والمقترحات، وسنقتصر على بحث الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية مع الإشارة إلى الدساتير الأخرى والقوانين ذات الصلة بموضوع البحث مع ملاحظة إننا سوف نبحت هذه المواضيع بقدر ما يسمح به المجال ويقدر تعلق الأمر بالدساتير العراقية لان البحث التفصيلي في أي من هذه المواضيع قد لا يتسع له مجال بحثنا بأكمله، كما إن الجانب الوصفي سيطغى على جوانب البحث لأهميته الكبيرة في الوقت الحاضر.

ونأمل أن يكون بحثنا هذا محاولة متواضعة لتوضيح بعض جوانب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية والإثارة لملاحظات وتساؤلات قد تكون مفيدة للجنة تعديل الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ او تفسح المجال للدراسات لاحقه.

المبحث الأول

الرقابة على دستورية القوانين في دستور العهد الملكي لعام ١٩٢٥ و دساتير العهد الجمهوري

يعد العراق من اول الدول العربية التي اخذت بالرقابة على دستورية القوانين وذلك في اول دستور للدولة العراقية والمعروف بالقانون الاساسي العراقي الصادر عام ١٩٢٥ حيث تضمن هذا الدستور النص على انشاء محكمة خاصة تختص بالرقابة على دستورية القوانين. ولم تتناول دساتير العهد الجمهوري بعد سقوط دستور العهد الملكي لعام ١٩٢٥ أي نوع من أنواع الرقابة على دستورية القوانين باستثناء دستور ١٩٦٨.

وسنبحث فيما يأتي الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدستور الملكي لعام ١٩٢٥ و دساتير العهد الجمهوري، وقبل ذلك سنتناول بصوره موجزه التعريف بمبدأ سمو الدستور والرقابة القضائية على دستورية القوانين وذلك في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: سمو الدستور والرقابة القضائية على دستورية القوانين

وسنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الأول سمو الدستور وفي الثاني التعريف بالرقابة القضائية على دستورية القوانين.

الفرع الأول: سمو الدستور

يعد مبدأ سمو الدستور من المبادئ المسلم بها في كل الدول القانونية، التي يخضع فيها الجميع حكامه ومحكومين للقانون^(١).

فالدولة القانونية تعني خضوع الدولة في جميع مظاهر نشاطها للقانون سواء من حيث الادارة او القضاء او التشريع، بخلاف الدولة البوليسية التي يخضع فيها الأفراد للإرادة الاستبدادية للسلطة الحاكمة وحتى لو توافرت في الاخيرة وثائق يطلق عليها دستور^(١).

(١) د. سامي جمال الدين ، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٢٤.

ونحن هنا نتكلم عن مبدأ سمو الدستور في إطار الدولة القانونية، لأنه مبدأ ديمقراطي لايم في النظم الديمقراطية^(٢).

والمقصود بمبدأ سمو الدستور علو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة، ويجب على جميع السلطات العامة فيها احترامها والتزام حدودها وعدم الخروج عن النطاق الذي ترسمه، ويعد باطلا أي نص قانوني يخالف أحكامها^(٣).

ولقد عرفت فكرة سمو الدستور منذ المجتمعات السياسية القديمة وأن اتخذت أشكالاً وأسماء متعددة إلا أن مضمونها واحد^(٤).

وتناولها كتاب نظرية العقد الاجتماعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر، ولكنها لم تأخذ شكل المبدأ الدستوري إلا بعد الثورة الأمريكية والثورة الفرنسية، وبذلك اعطي للدستور شكلاً وموضوعاً مكانته السامية^(٥).

ومن الدساتير الحديثة التي نصت على هذا المبدأ الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ وقانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٣ الملغى^(٦).

(١) انظر فيما يتعلق بالدولة القانونية د. ثروت بدوي ، الدولة القانونية ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العدد ٣ ، السنة الثالثة ، ١٩٥٩ ، ص ٢١ .

(٢) د. محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، ادارة الفكر العربي- القاهرة ، ١٩٧١ ، ص ١١١ ، د. اسماعيل مرزة ، القانون الدستوري ، دراسة مقارنة للدستور الليبي ودساتير الدول العربية الاخرى ، دار صادر - بيروت ، ١٩٦٩ ، ص ٣٧٥ .

(٣) د. محمد كامل ليلة ، المصدر السابق ، ص ١١١ .

(٤) اسماعيل مرزة ، المصدر السابق ، ص ٣٧٣ .

(٥) د. احسان المفرجي ، وآخرون، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ١٦٤-١٦٥ ،

(٦) المادة (١٣) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ ، المادة (الثالثة أ و ب) من قانون ادارة الدولة العراقية لعام ٢٠٠٤ الملغى.

وهذا المبدأ مسلم به لدى فقهاء القانون الدستوري حتى ولو لم ينص عليه صراحة في صلب الوثيقة الدستورية^(١).

وسمو الدستور يكون سموً موضوعياً وليس شكلياً، وتنظيم الرقابة على دستورية القوانين لا يمكن قيامه من الناحية القانونية ما لم يتحقق للدستور السمو الشكلي بالإضافة الى السمو الموضوعي^(٢). ويتحقق السمو الشكلي للدستور إذا كانت الاجراءات المتبعة في تعديله اشد صعوبة وأكثر تعقيداً من اجراءات تعديل القوانين العادية أو لا يمكن تعديله مطلقاً^(٣).

وعلى هذا الأساس فإن الدساتير الجامدة وحدها هي التي تتمتع بالسمو الشكلي، لأن اجراءات تعديلها تختلف عن اجراءات تعديل القانون العادي، فالجمود هو الذي يسبغ على الدستور السمو الشكلي بالإضافة الى السمو الموضوعي ولا تتمتع الدساتير المرنة بالسمو الشكلي على الرغم من تمتعها بالسمو الموضوعي .

ويعد القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ (دستور العهد الملكي) من الدساتير الجامدة حيث اشترط لتعديله إجراءات معقدة جدا تصل إلى حد حل مجلس النواب القائم وانتخاب مجلس نواب جديد يوافق هو الآخر على التعديل حتى يتم اقراره^(٤).

كما يعد قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الملغى دستوراً جامداً حيث اشترط لتعديله اجراءات اشد صعوبة وأكثر تعقيداً من اجراءات تعديل القوانين العادية، اذ لا يمكن تعديله إلا بأكثرية ثلاثة ارباع الجمعية الوطنية و أجماع مجلس الرئاسة^(٥).

(١) د. نعمان احمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٣٣.

(٢) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، سمو الدستور ودستورية القوانين ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد الخامس عشر ، العددان ١ و ٢ ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٥.

(٣) سامي جمال الدين ، المصدر السابق ، ص ١٢٥-١٢٩ ، محمود حلمي ، المبادئ الدستورية العامة ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٥٨.

(٤) انظر نص م (١١٨ و ١١٩) من الدستور العراقي لعام ١٩٢٥ .

(٥) المادة (الثالثة ف-أ) من قانون ادارة الدولة العراقية الملغى.

كذلك يعد الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ دستوراً جامدة هو الآخر لأنه اشترط لتعديله اجراءات معقدة جدا^(١).

وعلى هذا الأساس فالعلاقة وثيقة بين الجمود الدستوري ومبدأ سمو الدستور، ولأجل ضمان وحماية مبدأ سمو الدستور قرر مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وعليه تود القوانين المخالفة للدستور الجامد باطله حتى في حالة عدم النص على ذلك صراحة في الدستور، فلا يمكن الكلام عن الرقابة على دستورية القوانين الا إذا كنا امام دستور جامد^(٢).

الفرع الثاني: مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين

يفترض مبدأ سمو الدستور على القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة وبطلان ما يتعارض منها مع احكام الدستور، وأفضل وسيلة لتحقيق ذلك وحماية مبدأ سمو الدستور هي الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وسنبحث في هذا المطلب التعريف بالرقابة القضائية على دستورية القوانين وأساليبها في الأنظمة الدستورية للدول المختلفة وبقدر ما يسمح به المجال.

أولاً: التعريف بالرقابة القضائية

والمقصود بالرقابة القضائية ، هو أن تتولى هيئة قضائية مراقبة دستورية القوانين، أي أن يتولى القضاء فحص القوانين ليتحقق من مطابقتها احكامها للدستور^(٣).

وهذا يشمل الجهة القضائية التي جعل الدستور من اختصاصها الرقابة على دستورية القوانين عندما تكون الرقابة مركزية، أي قضاء دستوري متخصص.

وكذلك يشمل المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها عند نظرها بدستورية القوانين، عندما تكون الرقابة الا مركزية أي عندما لا يكون هناك قضاء دستوري متخصص^(١)

(١) انظر نص المادة (١٢٦) والمادة (١٤٢) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٢) د. احسان المفرجي ، المصدر السابق ، ص ١٧١.

(٣) د. محسن خليل ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، ١٩٨٧ ، وانظر د.محمد كامل ليلة ، المصدر السابق ، ص

ونظرا لما يتسم به القضاء عامة من الحياد والموضوعية وبعده عن الأهواء والنزوات، والاستقلال في اداء مهماته. وما يتوفر لدي القضاة من مؤهلات قانونية تسمح لهم بالاضطلاع بمهمة فحص القوانين للتحقق من مدى مطابقتها لأحكام الدستور، فان الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي أفضل وسيلة لحماية احكام الدستور.

يضاف إلى ذلك ما يضمنه القضاء للأفراد من حرية النقاضي وحق الدفاع والعلانية مما يجعل الرقابة القضائية على دستورية القوانين رقابة حقيقية وفعاله^(٢).

ولذلك فقد أخذت الكثير من الدول الحديثة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، وخصوصا بعد أن أجمع الفقه على فشل أسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين لعيوبه الكثيرة، وللانتقادات الشديدة التي تعرض لها من قبل الفقه^(٣).

وعلى الرغم من كل المزايا التي يتمتع بها أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين الا أن بعض الفقه قد وجه اليه بعض الانتقادات^(٤).

ولكن يلاحظ أن معظم الانتقادات التي وجهت للرقابة القضائية على دستورية القوانين يمكن الرد عليها وتفنيدها بسهولة، لأنها في الواقع كانت موجهة إلى تطبيقات الرقابة القضائية لا الى الرقابة القضائية ذاتها، وانها تهدف الى محاولة علاج ما ظهر من عيوب الرقابة القضائية أثناء التجارب المختلفة لها^(٥).

(١) د. احمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري ، رسالة دكتوراه، مكتبة النهضة العربية ، ١٩٦٠، ص ٥٧٧.

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبدالله ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار النشر بلا، ١٩٩٧، ص ٥٥٩ .

(٣) د. عبد الغني بسيوني عبدالله ، المصدر السابق ، ص ٥٩٩.

(٤) د. اسماعيل مرزة ، المصدر السابق ص ٣٠ وما بعدها ، د. احسان المفرجي و بخرون ، المصدر السابق ، ص ١٧١ وما بعدها ، د. سامي جمال الدين ، المصدر السابق ، ص ١٤٥.

(٥) علي السيد الباز ، الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالانظمة الدستورية الاجنبية ، دار الجامعات المصرية ، الاسكندرية ، ١٩٨٢، ص ٩٧.

ثانياً.. صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تتعدد أساليب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدول المختلفة إلا أنه يمكن تقسيمها تبعاً للأثار المترتبة على هذه الرقابة إلى الرقابة القضائية على دستورية القوانين بطريق الدعوى المباشرة أو الأصلية والرقابة القضائية بطريق الدفع بعدم الدستورية.

أ) الرقابة القضائية عن طريق الدعوى المباشرة أو الأصلية (رقابة الإلغاء)

ويقصد بها حق القضاء في أن يحكم بإلغاء القانون المخالف للدستور إذا ما طعن به أمامه، ويترتب على هذا الحكم بطلان القانون واعتباره كأن لم يكن. ويرفع الطعن بدستورية القوانين أمام محكمة معينه حددها الدستور، ويكون حكم هذه المحكمة ملزمة للكافة^(١).

وتوصف هذه الطريقة من طرق الرقابة بأنها وسيلة هجومية يبادر الفرد لاستخدامها ليتخلص بصورة نهائية من القانون غير الدستوري قبل تطبيقه^(٢).

ولا يشترط في هذه الطريقة من طرق الرقابة وجود نزاع معين مرفوع أمام القضاء أو انتظار تطبيق القانون المشكوك في دستوريته لكي يطعن فيه، لذلك توصف هذه الدعوى بأنها أصلية أو مباشرة^(٣).

مع أن بعض الفقه قد انتقد تسمية هذه الدعوى بالأصلية على أساس أنه زيادة لا مبرر لها، لأن اصطلاح الدعوى بذاته يفيد بأنها دعوى مبتدأه أو أصلية^(٤).

وتتميز هذه الطريقة من طرق الرقابة القضائية بالجسم والفاعلية إذ أن الحكم بإلغاء القانون لعدم دستوريته فيه اعدام لوجوده والتخلص منه بشكل نهائي. ولا يمكن اثاره النزاع حول دستوريته مستقبلاً مما يؤدي إلى تحقيق الوحدة القانونية في الدولة^(٥).

والرقابة القضائية بطريق الدعوى الأصلية هي من حيث الأصل رقابة لاحقه ولكنها قد تكون رقابة سابقة، كما أخذ بذلك دستور أيرلندا لعام ١٩٣٧^(١).

(١) د. محمود حلمي ، المصدر السابق ، ص ٧٦، د.محمد كامل ليلة ، المصدر السابق ص ٤٤.

(٢) د. محمد ليلة ، المصدر السابق ، ص ١٧٧.

(٣) د. احسان المفرجي و آخرون ، المصدر السابق ، ١٧٧.

(٤) د. سعد عصفور ، المصدر السابق ، ص ١٧٠ الهامش ٢.

(٥) د. عبد الغني بسيوني عبدالله ، المصدر السابق ، ص ٥٦٢، وانظر ايضا د. محسن خليل ، المصدر السابق ، ١٣٨.

ب) الرقابة القضائية بطريق الدفع بعدم الدستورية (رقابة الامتناع)

يقصد بهذه الطريقة من طرق الرقابة القضائية، امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور، اذا تبين لها عدم دستوريته بناء على دفع يقدمه صاحب المصلحة او من تلقاء نفسها، فدعم من مهارا وذلك بتغليب حكم القانون الاعلى (الدستور) على حكم القانون الأدنى في سلم التدرج التشريعي للنظام القانوني في البلد. أما اذا تبين لها صحة القانون وموافقته للدستور فأنها تطبقه على الدعوى المعروضة أمامها^(٢).

ولا يهم نوع القضية المرفوعة أمام القضاء سواء كانت مدنية أو تجارية أو جنائية أو اداريه أو قضية أحوال شخصية. لأن اختصاص المحكمة في هذه الحالة يعتبر متفرعة عن الدعوى الأصلية المنظورة أمامها، فهو طريق غير مباشر للطعن في دستورية القانون. لذلك يطلق عليه الفقه الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي، رغم اعتراض بعض الفقه على هذه التسمية^(٣).

ويستطيع ذوو المصلحة الدفع بعدم الدستورية في كل مراحل الدعوى بشرط ألا يكون قد صدر فيها حكم اكتسب درجة البنات، ولا يحق لأي شخص الطعن بعدم الدستورية بصوره اصلية^(٤).

وتثبت الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية لجميع المحاكم في النظام القضائي على اختلاف أنواعها ودرجاتها^(٥).

ويتمتع قرار المحكمة بحجيه نسبيه لأن أثره يقتصر على أطراف الدعوى فقط، وبالتالي فإن امتناع المحكمة عن تطبيق هذا القانون لا يؤثر على المحاكم الأخرى ولا يمنعها من تطبيق نفس القانون في دعاوى أخرى^(٦).

(١) لمزيد من التفصيل انظر د. سعد عصفور، المصدر السابق ، ص١٦٨ وما بعدها ، احسان المفرجي واخرون ، المصدر السابق ص١٧٧.

(٢) د. نعمان احمد الخطيب ، المصدر السابق ، ص٥٦٤، وانظر د. سعد عصفور، المصدر السابق ، ص ١٤٦، وما بعدها ، وكذلك د. محمود حلمي ، المصدر السابق ، ص ٧٦-٧٧.

(٣) حيث يرى بعض الفقه ان وصف الدفع بانه (فرعي) زيادة لا مبرر لها لا يمكن الا ان يكون فرعيا اي متفرعا عن خصومه قائنة ، انظر د. سعد عصفور ، المصدر السابق ، ص١٦٤، كما يذهب البعض الى ضرورة عدم الربط بين رقابة الامتناع ورقابة الدفع الفرعي لعدم تطابق مضمونها ، انظر د. علي السيد الباز ، المصدر السابق ، ص٣٣٠.

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبدالله ، المصدر السابق ، ص١٨٢.

(٥) د. محمود حلمي ، المصدر السابق ، ص ٥٦٦.

(٦) د. عبد الغني بسيوني عبدالله ، المصدر السابق ، ص ٥٦٧.

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^(١).

ومن الدساتير التي نصت صراحة على طريقة الدفع الفرعي بعدم الدستورية، الدستور الروماني لعام ١٩٢٣ والدستور البرتغالي لعام ١٩٣٣.

بل يمكن القول إن من الأسباب التي تدفع الى 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 هذا التوجه لا دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ الملغى سكت عن تنظيم الرقابة على دستورية القوانين مما دفع بعض الى القول بإمكانية قيام مثل هذا النوع من الرقابة^(٢)، وكما سنرى لاحقاً.

وأخيراً تجدر الإشارة الى أن دساتير بعض الدول قد قررت الجمع بين طريقة الرقابة القضائية بطريق الدفع بعدم الدستورية وطريقة الرقابة القضائية بطريق الدعوى الاصلية عند بحث القضاة دستورية القوانين، ومن هذه الدساتير الدستور الإيطالي لعام ١٩٨٤^(٣).

وفي النهاية لا بد من تبيان أن الرقابة القضائية بطريق الدفع بعدم الدستورية، هي إحدى صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية. وأن هناك صوراً أخرى للرقابة القضائية لا تقل أهمية عن طريقة الدفع الفرعي بعدم الدستورية تتمثل هذه الصور بالرقابة بطريق الأمر القضائي.

(أوامر المنع) والرقابة الفریق الإعلان القضائي أو الحكم التقريري^(٤).

(١) د. محمود حلمي ، المصدر السابق ، ص ٧٧.

(٢) د. عصام البرزنجي ، المصدر السابق ، ص ٥١-٥٢.

(٣) د. محسن خليل ، المصدر السابق ، ص ١٤١-١٤٢.

(٤) انظر في تفصيل صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية : د. احمد كمال ابو المجد ، المصدر السابق ، ص ١٨٥، د. علي السيد الباز ، المصدر السابق ، ١٦٤، د.سعد عصفور ، المصدر السابق ، ص ١٤٥.

المطلب الثاني: التنظيم الرقابة القضائية على دستورية القوانين في القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥

يعد العراقي من أول الدول العربية التي أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، وفي أول دستور للدولة العراقية والمعروف بالقانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥، حيث تضمن هذا الدستور النص على إنشاء محكمة عليا يكون من اختصاصها الرقابة على الدستورية القوانين.

وسنتاول في هذا المطلب المحكمة العليا التي عهد اليها القانون الأساسي بمهمة الرقابة على دستورية القوانين وتقدير هذه الرقابة وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: المحكمة العليا

نص الدستور العراقي لعام ١٩٢٥ (القانون الأساسي العراقي) على إنشاء محكمة عليا لمحاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة المتهمين بجرائم سياسية أو بجرائم تتعلق بوظائفهم العامة، ولمحاكمة حكام محكمة التمييز عن الجرائم الناشئة عن وظائفهم، وللبت بالأمور المتعلقة بتفسير هذا القانون وموافقة القوانين الأخرى لأحكامها^(١).

وتشكل المحكمة بل ثمانية أعضاء عدا الرئيس ينتخبهم مجلس الأعيان، أربعة من أعضائه وأربعة من قضاة محكمة التمييز أو غيرهم من كبار القضاة^(٢).

أما فيما يتعلق بولاية المحكمة فأنها تتعقد برئاسة رئيس مجلس الأعيان وفي حالة غيابه يترأس الجلسة نائبها^(٣).

وتحرك الدعوى أمام المحكمة من قبل مجلس النواب بأكثرية ثلثي الامراء من الأعضاء الحاضرين في كل قضية على حدة، هذا فيما يتعلق بالمحاكمة أمامها^(٤).

(١) المادة (٨١) من القانون الاساسي العراقي.

(٢) المادة (٨٢ف٣) من القانون الاساسي العراقي.

(٣) المادة (٨٢ف٣) من القانون الاساسي العراقي.

(٤) المادة (٨٢ف١) من القانون الاساسي العراقي.

أما فيما يتعلق بتحريك الدعوى أمام المحكمة بتفسير احكام القانون الأساسي أو بمخالفة أحد القوانين وعليه، فإن المحكمة تجتمع بأرادته ملكيه وموافقة مجلس الوزراء. وأجاز الدستور في حالة عدم اجماع مجلس الأمة تعيين أعضاء المحكمة بقرار من مجلس الوزراء وأرادته ملكية^(١).

فهذه المحكمة ليست محكمة دائمة ولا تدخل ضمن السلم القضائي وانما تشكل وتتعدّد بأرادته ملكيه عندما تدعو الحاجة اليها.

وتبعاً لذلك فإن مدة العضوية في هذه المحكمة غير محددة، وانما تحدد بالمدة الزمنية اللازمة للنظر في القضية المنظورة أمام المحكمة وعند انتهائها تنتهي مدة العضوية، وهذه المدة تختلف بطبيعة الحال من قضية الى اخرى.

أما فيما يتعلق بالأغلبية المطلوبة لاتخاذ القرارات في المحكمة، فهي الأغلبية المطلقة فيما يخص قرارات تفسير القانون الاساسي وأكثريّة ثلثي أمراء المحكمة عند النظر بدستورية قانون معين^(٢)

أما الأثر الناجم عن قرار المحكمة بعدم دستورية القانون فان القانون المخالف للدستور أو الأجزاء المخالفة منه تعدّ ملغاة اعتباراً من تاريخ صدور قرار المحكمة بعدم دستوريته. وعلى الحكومة ازالة الاضرار الناشئة عن تطبيق الأحكام الملغاة بتشريع^(٣).

وقرارات المحكمة العليا ملزمة للكافة وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، ويجب تطبيق تلك القرارات في المحاكم ودوائر الدولة^(٤).

ومن الناحية العملية، لم تباشر المحكمة اختصاصها في مجال الرقابة على دستورية القوانين الا مرة واحدة عام ١٩٣٩، بخصوص قانون منع الدعايات المضرة رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨، والذي قضت بعدم دستوريته^(٥).

(١) المادة (٨٣) من القانون الاساسي العراقي.

(٢) المادة (٨٧) من القانون الاساسي العراقي.

(٣) المادة (٨٧) من القانون الاساسي العراقي.

(٤) د. اسماعيل مرزّه ، المصدر السابق ، ص ٤٣٢ ، د. احسان المفرجي وآخرون ، المصدر السابق ، ص ٣٢١.

(٥) د. احسان المفرجي وآخرون ، المصدر السابق ، ص ٣٢١.

أما فيما يتعلق باختصاص المحكمة بمحاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة وقضاة محكمة التمييز، والذي نصت عليه المادة ٨١ من القانون الأساسي، فلم تباشر المحكمة اختصاصها هذا في محاكمة أيًا من هؤلاء طيلة فترة نفاذ القانون الأساسي^(١).

ولعل من المفيد هنا أن نذكر أن العهد الملكي قد عرف وثيقة دستورية أخرى أضافه إلى القانون الأساسي، وهي دستور الاتحاد العربي الهاشمي الذي صدر في ١٤/٢/١٩٥٨^(٢)، وقام على أثره الاتحاد الهاشمي بين العراق والأردن. وأخذ هذا الدستور بالرقابة القضائية على دستورية القوانين^(٣).

وعلى كل حال فقد أخذ دستور الاتحاد العربي الهاشمي لعام ١٩٥٨ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين -كما أسلفنا- وعهد بها إلى المحكمة الاتحادية العليا. حيث نصت المادة (٥٠) من هذا الدستور على اختصاصات المحكمة العليا ومن بينها النظر في دستورية القوانين والمراسيم الاتحادية التي تصدرها الحكومة الاتحادية. ويترتب على قرار المحكمة بعدم دستورية قانون ما إلغاء ذلك القانون من تاريخ صدور الحكم^(٤).

والواقع أن هذا الاتحاد كان نتيجة لظروف سياسية خاصة وكرد فعل كان نتيجة لظروف سياسية خاصة وكرد فعل للوحدة التي قامت بين مصر وسوريا. فقد كان اتفاقا سياسية بين حكومتين لم تكن الثقة متبادلة بينهما، فهو اتحاد حكومات وليس اتحاد شعوب على حد تعبير د. أسماعيل مرزة^(٥).

وبقيام ثورة ١٤ تموز ١٩٥٨ وسقوط النظام الملكي في العراق أنهار الاتحاد بين العراق والأردن وسقط دستور الاتحاد العربي الهاشمي لعام ١٩٥٨ والقانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥.

(١) منشور في الوقائع العراقية العدد ٤١٤٤ في ١٤/٥/١٩٨٥.

(٢) انظر نص المادة (٥٩) من دستور الاتحاد العربي الهاشمي لعام ١٩٨٥.

(٣) د. رعد الجده، التشريعات الدستورية في العراق مطابع دار النشر الشؤون الثقافية العامة، بيت الحكمة - بغداد ١٩٩٨.

(٤) المادة (٥٩) من دستور الاتحاد العربي الهاشمي لعام ١٩٨٥.

(٥) د. اسماعيل مرزه، المصدر السابق، ص ٢٠٥.

الفرع الثاني: تقدير الرقابة على دستورية القوانين في القانون الاساسي

يتضح مما عرضنا في الفرع السابق أن القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ قد أخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، وتبنى رقابة الإلغاء اللاحقة. وكان من أول الدساتير العربية التي أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين.

ولكن بالرغم من ذلك فإن هذه الرقابة تعرضت لانتقادات شديدة من قبل الفقه، بعض هذه الانتقادات يتعلق بالتنظيم الدستوري لهذه الرقابة والبعض الآخر يتعلق بالتطبيق العملي لهذه الرقابة من قبل المحكمة العليا.

فقد انتقد القانون الاساسي لأنه لم يوفر لأعضاء المحكمة الضمانات الكافية للقيام بمهامهم، وأضافه العضوية المؤقتة في المحكمة العليا نقطة ضعف أخرى لها. فعدم وجود العضو بصورة دائمة كبقية اعضاء الدولة يجعل من أمكانية التأثير عليه من قبل السلطة التنفيذية أمراً وارداً^(١).

فالمشروع التأسيسي كان خاضعة للظروف والتيارات السياسية عند تنظيمه للمحكمة العليا، ف جاء هذا التنظيم متأثرة بالاتجاه العام الذي هيمن على نصوص الدستور، وهو إعطاء الدور الأساسي للسلطة التنفيذية وتقويتها على حساب السلطات الأخرى^(٢).

المطلب الثالث: الرقابة على دستورية القوانين في دساتير العهد الجمهوري

بعد سقوط القانون الاساسي لعام ١٩٢٥ بقيام ثورة ١٤ تموز ١٩٥٨ لم تشر الدساتير اللاحقة، قبل صدور دستور ١٩٦٨ الى مسألة الرقابة على دستورية القوانين. وأعتبر بعض الفقه في العراق أن هذه مسألة طبيعية لأنها دساتير مؤقتة، وأنها صدرت في ظروف استثنائية غير مستقرة كما أنها لم تكن دساتير جامدة ومن ثم لا يمكن القول بإمكانية قيام رقابة على دستورية القوانين في تعديلها وفق نفس الاجراءات المتبعة في تعديل القوانين العادية^(٣).

والحقيقة أن دساتير العهد الجمهوري لا يمكن اعتبارها دساتير بمعنى الكلمة، وإنما هي مجرد قوانين ذات

(١) د. اسماعيل مرز، المصدر السابق، ص ٤٣٣-٤٣٤.

(٢) د. اسماعيل مرز، المصدر السابق، ص ٤٣٣.

(٣) د. سعد عبد الجبار العلوش، ماثقة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بحث منشور في كتاب دراسات دستورية عراقية حول موضوعات اساسية للدستور العراقي الجديد، الطبعة الاولى، مطبعة بويد، نيويورك، ٢٠٠٥، ص ٢٧٣-٢٨٠.

طبيعة دستورية، فهي ليست من صنع هيئة تأسيسية منتخبة، وأنها في حقيقتها لان و تقاليد القابضين على السلطة مقننة بنصوص ذات طبيعة دستور به سمت دساتير.

وعلى الرغم من ذلك فإن دستور ١٩٦٨ قد أخذ بالرقابة القضائية علا محكمة دستورية عليا يجري أنشاؤها بقانون^(١).

أما دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ فلم يتضمن أي نوع من أنواع الرقابة على دستورية القوانين، مما دفع بعض الفقه الى القول بإمكانية قيام الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية^(٢).

وسنتاول في هذا المطلب الرقابة على دستورية القوانين في دستور ٩٩٨ ودستور ١٦ تموز ١٩٧٠ وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الرقابة على دستورية القوانين في دستور ١٩٦٨

من المعروف أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين لا يمكن قيامها من الناحية القانونية مالم يكن الدستور جامدا، الا ان دستور ١٩٦٨^(٣). شذ عن هذه القاعدة. فعلى الرغم من كونه دستورا مرناً لا تختلف اجراءات تعديله عن اجراءات تعديل القوانين العادية، الا انه اخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين وعهد بها إلى محكمة دستورية عليا يتم أنشاؤها بقانون^(٤)

واستنادا الى احكام المادة (٨٧) من دستور ١٩٦٨ صدر القانون رقم (١٠٩) لسنة ١٩٦٨ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا^(٥).

وبين القانون أن المحكمة تشكل برئاسة رئيس محكمة التمييز وعضوية رئيس مجلس الرقابة المالية ورئيس ديوان التدوين القانوني وثلاثة أعضاء من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجتهم عن مدير عام واربعة اعضاء احتياط اثنان منهم من قضاة محكمة التمييز واثنان من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل

(١) د. عصام البرزنجي ، المصدر السابق ، ص ٤٩ .

(٢) د. عصام البرزنجي، المصدر نفسه ، ص ٥١ .

(٣) منشور في الوقائع العراقية العدد ١٦٢٥ في ١٩٦٨ .

(٤) المادة (٨٧) من دستور ١٩٦٨ .

(٥) منشور في الوقائع العراقية العدد ١٦٥٩ في ١٩٦٨ .

درجتها عن درجة مدير عام يعينهم مجلس الوزراء باقتراح من وزير العدل ويصدر بتعيينهم مرسوم جمهوري وفي حالة تعلق الموضوع بتفسير نص قانوني يعين الوزير المختص عضوا اضافيا مؤقتا يمثل الجهة التي تقدمت بالاستيضاح (١).

وتتعد جلسات المحكمة بدعوة من رئيسها وبكامل أعضائها كلما اقتضت الحاجة لذلك (٢)، والأغلبية المطلوبة لاتخاذها القرارات في المحكمة في الأغلبية المطلقة وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس (٣).

أما فيما يتعلق باختصاصات المحكمة فقد بينتها المادة (٤) من القانون وهي:

١. تفسير احكام الدستور المؤقت.

٢. البت في دستورية القوانين.

٣. تفسير القوانين الادارية والمالية.

٤. البت في مخالفة الأنظمة القوانين الصادرة بمقتضاها.

٥. البت بمخالفة المراسيم لسندها القانوني

وتجرى الدعوى امام المحكمة من قبل رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ووزير العدل والوزير المختص ومحكمة التمييز عند نظر القضية المعروضة عليها (٤).

اما الأثر الناجم عن قرار المحكمة بعدم دستورية القانون فان القانون المخالف للدستور او الاجزاء المخالفة منه تعد ملغاة اعتبارا من تاريخ صدور قرار المحكمة بعدم دستوريته، وكذلك فيما يتعلق بمخالفة النظام او المرسوم لسند هما القانوني (٥).

(١) المادة (١ف٢) من قانون المحكمه الدستورية العليا رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨.

(٢) المادة (١ف٢) من قانون المحكمه الدستورية العليا رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨.

(٣) المادة (٢ف٢) من قانون المحكمه الدستورية العليا رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨.

(٤) المادة (٥) من قانون المحكمه الدستورية العليا رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨.

(٥) المادة (١ف٦) من قانون المحكمه الدستورية العليا رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨.

اما قرار المحكمة بتفسير الدستور او القوانين الادارية او المالية فيكون ملزما وواجب الاتباع من تاريخ صدور القرار^(١).

ويبلغ قرار المحكمة الى مجلس الوزراء لنشره في الجريدة الرسمية وتبليغه الى الوزارات والجهات المختصة للعمل بموجبه^(٢).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه المحكمة لم تشكل ولم تباشر اختصاصاتها التي نص عليها القانون طيلة فترة نفاذ دستور ١٩٦٨^(٣).

الفرع الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في دستور ١٦ تموز ١٩٧٠

بعد إلغاء دستور ١٩٦٨ صدر دستور ١٦ تموز ١٩٧٠^(٤) ولم يتضمن هذا الدستور أي نوع من انواع الرقابة على دستورية القوانين، كما لم يتضمن الاشارة إلى المحكمة الدستورية العليا التي نص عليها دستور ١٩٦٨. ولكن دستور تموز ١٩٧٠ في المادة (٦٩) منه نص على أن تبقى جميع القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المعمول بها قبل صدوره هذا الدستور سارية المفعول ولا يجوز تعديلها او إلغاؤها الا بالطريقة المبينة في هذا الدستور.

وهنا ثار التساؤل حول مصير قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨، لان هذا القانون لم بلغ بشكل صريح بالطريقة المبينة في الدستور، ومن دون الدخول في الكثير من التفاصيل فان غالبية الفقه في العراق تكاد تجمع ان هذا القانون لم يعد قائما في ظل دستور ١٩٧٠ لأنه صدر استنادا إلى نص جاء في دستور ١٩٦٨ بإنشاء المحكمة، ثم الغي هذا الدستور بصدور دستور ١٩٧٠ والذي لم ينص على إنشاء هذه المحكمة. وبالتالي فان إلغاء النص الخاص بإنشاء مؤسسة دستورية كالمحكمة الدستورية بعد إلغاء للقانون الخاص بإنشائها لأنه فقد السند الدستوري الذي يقوم عليه^(٥).

(١) المادة (٢٦ف) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨.

(٢) المادة (٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨.

(٣) د. عصام البرزنجي ، المصدر السابق ، ص ٥٠.

(٤) منشور في الوقائع العراقية العدد ١٩٠٠ في ١٩٧٠.

(٥) د. عصام البرزنجي ، المصدر السابق ، ص ٥١، د. احسان المفرجي و آخرون ، المصدر السابق ، ص ٤٠١.

وعلى كل حال فإن النقاش كان نظرياً محضاً لأن هذه المحكمة لم تباشر نشاطها طيلة فترة نفاذ دستور ١٩٦٨ ولم يكن لها وجود على أرض الواقع^(١).

ونظراً لعدم وجود أي نوع من أنواع الرقابة على دستورية القوانين سواء اكانت قضائية ام لا قضائية تساءل بعض الفقه حول امكانية قيام رقابة قضائية على دستورية القوانين بسلوب الدفع الفرعي بعدم لدستوريه^(٢)، وذلك بمناسبة تطبيق قانون يشك في دستوريه على نزاع معروض على أحد المحاكم.

ولكن القول بقيام الرقابة القضائية بطريق الدفع في ظل دستور ١٩٧٠ من الناحية النظرية لم يرافقه اعتراف بقيامها من الناحية العملية لا من المحاكم ولا من المتقاضين أنفسهم وهذا ما يقربه هذا الجانب من الفقه^(٣)، ولم نجد طيلة فترة نفاذ دستور ١٩٧٠ والتي تزيد على (الثلاثين) عاما السابقة واحده لم تتكرر رفض فيها أحد القضاة تطبيق قرار لمجلس قيادة الثورة صدر مخالفا للدستور^(٤)، ويبدو أن السبب في ذلك هو ان دستور ١٩٧٠ كباقي دساتير العهد الجمهوري كان يمثل أعراف الحاكم وتقاليده القابضين على السلطة، مقننه بنصوص ذات طبيعة دستوريه سميت دستورا. وكلها تعمل على تركيز السلطة بيد الحكام، فنتشابك السلطات لدرجة لا يمكن التفريق بينها. وعندما تتركز السلطة بيد هؤلاء فلا حاجة للكلام عن الرقابة على دستورية القوانين أو دولة القانون، فالكلام عن الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور ١٩٧٠ وما سبقه لا يستقيم مع المنطق القانوني السليم، ويمكن أن نضيف الى ذلك أن القضاء ولكي يباشر الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية، يجب أن يكون القضاة فيه قد وصلوا الى درجة من الاستقلال والحياد تؤهلهم للقيام بهذه المهمة الجسيمة وهذا ما لم يكن متوافرا وكان من غير الممكن أن يسمح به النظام السابق، فالقضاة كانوا خاضعين للسلطة التنفيذية في تعيينهم ونقلهم وترقيتهم، بل يمكن القول انهم كانوا موظفين لدى وزارة العدل^(٥). ولعل ما فعلته السلطة التنفيذية

(١) د. عصام البرزنجي، المصدر السابق، ص ٥٠.

(٢) د. عصام المصدر، السابق، ص ٥١.

(٣) المصدر نفسه، ص ٥١.

(٤) انظر الحكم الصادر في الدعوى المرقمة ١٠/ب/١٩٩٠ محكمة بداءة الكرخ في ٣١/١٢/١٩٩٠ (غير منشور).

(٥) لمزيد من التفصيل انظر د.مدحت المحمود، استقلال القضاء في العراق و دور الدستور الدائم في حماية استقلال القضاء، بحث منشور في كتاب دراسات دستورية عراقية حول موضوعات اساسية للدستور العراقي الجديد، الطبعة الاولى، مطبعة بويد، نيويورك، ٢٠٠٥، ص ٢٥٠ ومابعدها.

بالقاضي الجريء الذي رفض تطبيق قرارا مجلس قيادة الثورة صدر مخالفا للدستور اصدق مثال على ذلك (١).

وكان هذا من الأسباب التي دفعت بالقضاة ورجال القانون بعد سقوط النظام السابق الى المطالبة بضرورة حماية استقلال القضاء وتقرير الرقابة القضائية على دستورية في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

المبحث الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في قانون ادارة الدولة العراقية والدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ

ان تجارب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العهدين الملكي والجمهوري كانت على ندرتها متواضعة جدا ولم تؤسس لأية تقاليد دستورية ذات قيمة كما رأينا.

وبعد سقوط النظام السابق وصدور قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية (٢)، اخذ هذا الدستور المؤقت (قانون ادارة الدولة) بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، ونظمها بصورة تفوق بها على كل ما سبقه في العراق بل قد تفوق - ولو من الناحية النظرية - على دساتير كثير من الدول ذات الباع الطويل في هذا الميدان. ومع ذلك فقد شاب هذا التنظيم الدستوري للرقابة بعض الثغرات كما سنرى.

وبعد إقرار الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ بالاستفتاء العام اخذ هو الآخر بالرقابة القضائية على دستورية القوانين وعهد بها الى المحكمة الاتحادية العليا (٣) وهو امتداد لما جاء به قانون ادارة الدولة.

وسنبحث الرقابة القضائية على دستورية القوانين في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية والدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ بقدر ما يسمح به المجال وعلى ضوء النصوص الدستورية، لان البحث التفصيلي وانا من هذه المواضيع قد لا يتسع له مجال بحثنا بأكمله مع ملاحظة أن الجانب الوصفي سيطغى على جوانب البحث لأهميته الكبيرة في الوقت الحاضر كما قدمنا.

وسنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الأول الرقابة القضائية على دستورية القوانين في قانون ادارة الدولة. وفي الثاني الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(١) انظر الحكم الصادر في الدعوى المرقمة ١٠/ب/ ١٩٩٠ محكمة بداة الكرخ في ٣١/١٢/ ١٩٩٠ (غير منشور).

(٢) منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٩٨١ في مارس ٢٠٠٤.

(٣) منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٠١٢ في ٢٨/١٢/ ٢٠٠٥.

المطلب الأول: الرقابة في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية

نصت المادة (٤٤) من قانون ادارة الدولة على أن يجري تشكيل محكمة ف ي العراق بقانون وتسم المحكمة الاتحادية العليا، تختص بالرقابة على دستورية القوانين بالإضافة الى اختصاصات اخرى بينها المادة المذكورة كما بينت كيفية تشكيل المحكمة وكيفية عرض القضية عليها^(١).

ثم صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥^(٢)، استنادا الى النص الدستوري سالف الذكر. ونص هذا القانون في مادته الأولى على ان تنشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها في بغداد وتمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون.

وسنتاول كيفية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا واختصاصاتها وكيفية ممارستها لاختصاصها في مجال الرقابة على دستورية القوانين وضمانات استقلالها كما جاء بها قانون ادارة الدولة وقانون المحكمة رقم ٣٠ السنة ٢٠٠٥ وذلك في الفروع الأربعة الآتية:

الفرع الأول: تشكيل المحكمة الاتحادية العليا

تتكون المحكمة الاتحادية العليا من ن رئيس وثمانية أعضاء يجري تعيينهم من قبل مجلس الرئاسة بناءً على ترشيح من مجلس القضاء الأعلى بالتشاور مع المجاس القضائية للأقاليم. وفي حالة رفض أي تعيين يرشح مجلس القضاء الأعلى مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين^(٣). ويقوم مجلس الرئاسة بتعيين اعضاء المحكمة وتسمية أحدهم رئيسا لها^(٤).

ويستمر اعضاء المحكمة بعملهم من دون تحديد لحد اعلى للعمر الا إذا رغب أحدهم بترك الخدمة^(٥).

وتتخذ المحكمة بحضور جميع اعضائها، وتصدر الأحكام والقرارات بالأغلبية البسيطة^(٦).

(١) انظر نص (م) ٤٤ بفقراتها أ، ب، ج، د، هـ) من قانون ادارة الدولة العراقية .

(٢) منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٩٩٦ في ١٧/٣/٢٠٠٥.

(٣) المادة (٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا والمادة (٤٤ ف هـ) من قانون ادارة الدولة .

(٤) المادة (٤٤ ف هـ) من قانون ادارة الدولة العراقية .

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

(٦) باستثناء الاحكام والقرارات الخاصة بالفصل في المنازعات الحاصلة بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية فيلزم ان تصدر بأغلبية الثلثين ، المادة (٤٤٠ د) من قانون ادارة الدولة والمادة (٥-اولا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

الفرع الثاني: اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا

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

وعليه سنبحث اولاً باختصاص المحكمة في مجال الرقابة على دستورية القوانين ثم الاختصاصات الأخرى للمحكمة الاتحاد وكما يأتي:

أولاً الرقابة على دستورية القوانين.

تختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في منازعات المتعلقة بشرعية القوانين والانظمة والتعليمات والأوامر والاجراءات الصادرة من أية جهة تملك حق اصدارها. وإلغاء التي تتعارض منها مع احكام قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية^(١).

وفي البدء لابد من بيان انه لا مجال للتساؤل حول ماهية القانون الذي تختص به المحكمة، هل هو القانون بالمعنى الشكلي ام هو القانون بالمعنى الموضوعي؟ لان قانون ادارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية العليا قد حسما المسألة بان جعل اختصاص المحكمة يشمل كل قاعدة عامة مجردة تطبق على الكافة من دون تحديد أو تعيين الاشخاص بذواتهم بحيث يشمل التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية وكذلك القرارات الإدارية التنظيمية من أنظمة وتعليمات التي تصدر عن السلطة التنفيذية^(٢).

بل ان المشرع العراقي حسنا بذلك حتى يتحقق مبدأ المشروعية بان تعمل كل سلطات الدولة من تشريعية وتطبيقه وفق احكام الدستور.

(١) المادة (٤- ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا والمادة (٤٤- ب - ٢) من قانون ادارة الدولة العراقية.

(٢) انظر المادة (٤٤- ج) من قانون ادارة الدولة العراقية.

ثانياً: على اختصاصات اخرى للمحكمة الاتحادية العليا.

بالإضافة الى اختصاصها في مجال الرقابة على دستورية القوانين نعملها بالآتي:

أ- الفصل في المنازعات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والادارات

المحلية وهذا اختصاص حصري للمحكمة (١)

ب- النظر بالدعاوي المقامة امامها بصفة استئنافية وينظم اختصاصها بقانون اتحادي (٢)

ج- النظر في الطعون المقدمة على الاحكام والقرارات الصادرة عن محكمة القضاء الاداري (٣).

واختصاص المحكمة هذا نرى انه محل تضرر وتمحيص، فهو يخل بالغاية التي أنشأت من اجلها محكمة القضاء الإداري، وهي إيجاد قضاء اداري متخصص ينظر في المنازعات الادارية. وبالتالي فانه كان من الافضل انشاء محكمة اداريه عليا تنظر في الطعون المقدمة على الاحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الاداري ومجلس الانضباط العام وتكون على قيمة القضاء الإداري في العراق، هذا من جانب. ومن جانب اخر ترى أنه من الافضل ان يكون اختصاص المحكمة الاتحادية العليا هو حسم اشكالات التنازع في التخصص التي تحت بير القضاء الاداري والقضاء العادي.

ومن هذا يتضح عدم دقة الرأي الذي يذهب الى أن محكمة القضاء الإداري في العراق تخل بحق المساواة في التقاضي وينبه الى عدم معرفة او عدم إدراك لدور القضاء الاداري عامة في حماية حقوق وحريات الأفراد وترسيخ مبدأ المشروعية.

(١) المادة (٤٤ - ب ١) من قانون ادارة الدولة والمادة (٤ - اولا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

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

(٣) المادة (٤ - ثالثا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

الفرع الثالث: كيفية ممارسة المحكمة لاختصاصها في مجال الرقابة على دستورية القوانين

تحرك الدعوى امام المحكمة الاتحادية العليا من جهات عدة بينها قانون ادارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية العليا وهي:

أ- بناء على إحالة من محكمة سواء كانت المحكمة مدنية او جنائية او محكمة القضاء الإداري وكذلك المحاكم الاتحادية^(١).

والمحكمة قد ترى من تلقاء نفسها ان القانون المراد تطبيقه غير دستوري او يدفع امامها بعدم دستوريته فتزفع الطعن الى المحكمة الاتحادية العليا لتبت فيه.

ب- (جهة رسمية ..)^(٢)، ولم يحدد القانون اي جهة رسمية وبالتالي يجوز لكل الجهات الرسمية العراقية ان تتقدم بطلب الطعن في دستورية قانون ما.

ج- دعوى من مدع ذي مصلحة^(٣)، يتقدم بها الى المحكمة الاتحادية العليا للبت في دستورية قانون يشك بمخالفة لاحكام الدستور.

ولا يكون انعقاد المحكمة صحيحا الا بحضور جميع اعضائها وتصدر قراراتها بالاغلبية البسيطة^(٤).

اما الاثر الناجم عن قرارات المحكمة بعدم دستورية القانون أو الأنظمة او التعليمات او الاوامر او الاجراءات فيتمثل بإلغاء التي تتعارض منها مع احكام قانون ادارة الدولة^(٥).

وقرارات المحكمة الاتحادية ملزمة للكافة وغير قابلة للطعن فيها باي طريق من طرق الطعن وللمحكمة مطلق الحرية في تنفيذ قراراتها^(١).

(١) المادة (٤ - ب - ٢) من قانون ادارة الدولة ، والمادة (٤ - ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية.

(٢) المادة (٤ - ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية .

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

(٤) تصدر جميع الاحكام والقرارات من المحكمة الاغلبية البسيطة ما عدا الاختصاصات المتعلقة بالمنازعات بين الحكومة العراقية وحكومة الاقاليم وادارات المحافظات والبلديات والادارة المحلية ، المادة (٤٤ - ثانيا) من قانون ادارة الدولة - والمادة (٥ - اولا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

(٥) المادة (٤٤ - ج) من قانون ادارة الدولة والمادة (٤ - ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

الفرع الرابع: ضمانات استقلال المحكمة الاتحادية العليا

مما لا شك فيه أن الأخطاء هو محور العدالة وضمن الحريات العامة لذلك فقد كان من الضروري أن ينص الدستور على ضمانات خاصة لاستقلاله^(٢).

فلقد نص قانون ادره الدولة على أن القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القوانين ومنع السلطتين التشريعية والتنفيذية من التدخل في شؤونه^(٣).

ونظرا للأهمية الكبرى التي تحتلها المحكمة الاتحادية العليا فقد احاط المشرع العراقي في قانون ادارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة 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 الا انه قد نال من استقلال المحكمة.

ولكن الحقيقة التي أثبتتها التجارب في الكثير من الدول تؤكد أن العبرة في استقلال القضاة ليست بطريقة اختارهم، ولا بنصيب السلطة التنفيذية في المشاهدة بهذا الاختيار. وانما هي بمدى قدرة تلك السلطة على التدخل بشؤونهم بعد تعيينهم، فاذا امتنع هذا التدخل لم يكن لطريقة التعيين أي أثر يذكر على استقلال القضاء^(٤).

ولكن هذا لا يعني قبول ان تنفرد السلطة التنفيذية بتعيين أعضاء المحكمة الاتحادية العليا، اذ ان تلك المحكمة بمسؤوليتها الكبيرة في مراقبة دستورية القوانين يجب ان تتميز بوضع معين في تعيين أعضاءها، بحيث يكفل الاستقلال التام. لأن القوانين عادة ما تصدر بالاتفاق ما بين السلطتين التشريعية

(١) المادة (٤-٤) ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

(٢) د. محمد عبد الحميد ابو زيد ، توازن السلطات ورقابتها ، دراسة مقارنة ، دار السلام بلا ، ٢٠٠٣ ، ص٣٣٤. وحياد القضاء من المبادئ الدستورية العامة التي يجب توافرها حتى ولو لم ينص عليها صراحة في صلب الوثيقة الدستورية ، حيث يمكن استخلاص هذه الفكرة من مبدأ استقلال القضاء لان هذا الاستقلال تقرر ضمناً لقيام القضاء بدوره في رفع الأذى عن المظلومين وحماية حريات الافراد فما لم يتصد لهذه المهمة قضاء محايد فان استقلال القضاء سيصبح لفظاً غير ذي مضمون ، المصدر نفسه، ص٣٣٨.

(٣) المادة (٤٣-أ) من قانون ادارة الدولة العراقية .

(٤) انظر د.كمال ابو المجد ، المصدر السابق ، ٥٦٣-٥٦٤.

والتنفيذية او بناء على اقتراح السلطة التنفيذية فاذا كنا نريد أن نضمن جدية الرقابة على دستورية القوانين فانه لا يجب ان تنفرد أي من السلطتين بتعيين اعضاء المحكمة.

وإول ضمانات استقلال المحكمة الاتحادية هي ما نص قانون ادارة الدولة في المادة (٤٣-أ) والتي جاء فيها ان القضاء مستقل ولا يدار باي شكل من الاشكال من السلطة التنفيذية وبضمنها وزارة العدل.

وألزمت الفقرة (ج) من نفس المادة الجمعية الوطنية بان تضع ميزانية مستقلة ووافية للقضاء ثم جاءت المادة (٤٥) وجعلت الاشراف 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 وبالإضافة الى هذه النصوص الدستورية فقد نصت المادة الأولى من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ على أن المحكمة ((تمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون)). ثم جاءت المادة الثانية لتؤكد استقلال المحكمة الاتحادية العليا ماليا واداريا.

والقول بان المحكمة الاتحادية هيئة مستقلة يعني انها لا تعد جزءا من التنظيم القضائي بينما القول بان المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية يعني انها تخضع لما يخضع له التنظيم القضائي من مبادئ عامة.

اما فيما يتعلق بضمانات اعضاء المحكمة الاتحادية العليا أنفسهم فقد بينها قانون ادارة الدولة وقانون الاتحادية العليا.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ

تناول الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ تنظيم الرقابة على دستورية القوانين واناطة مهمة الرقابة بالمحكمة الاتحادية العليا. وهو امتداد لما جاء به قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية والذي تناولناه فيما سبق.

ولقد نظم الدستور النافذ السلطة القضائية الاتحادية في الفصل الثالث من الباب الثالث (السلطات الإتحادية) وأناط بمجلس القضاء الأعلى ادارة شؤون الهيئات القضائية المختلفة^(١).

وبين الدستور ان السلطة القضائية والاتحادية تتكون من مجلس القضاء الأعلى، والمحكمة الاتحادية العليا ومحكمة التمييز الاتحادية وجهاز الادعاء العام، وهيئة والاشراف القضائي والمحاكم الاتحادية الأخرى التي تنظم وفقا للقانون).

ثم تناول الدستور في المواد (٩٢-٩٣-٩٤) الأحكام المتعلقة بالمحكمة الاتحادية العليا.

واحال الدستور الى قانون يصدر لاحقا ويسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب بيان تشكيل المحكمة وتحديد عدد أعضائها وكيفية سير العمل فيها^(٢)، ولم يصدر هذا القانون حتى الان.

وسنتناول فيما يأتي تشكيل المحكمة واختصاصاتها وضمانات استقلالها كما جاء في الدستور النافذ وذلك في الفروع الثلاثة الآتية:

(١) المادة (٩٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥النافذ.

(٢) المادة (٨٩) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥النافذ.

الفرع الأول: تشكيل المحكمة الاتحادية العليا

أحال المشرع الدستوري في الدستور النافذ الى المشرع العادي اصدار قانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب ينظم تشكيل المحكمة الاتحادية العليا ويحدد عدد اعضائها وطريقة اختيارهم وكيفية سير العمل فيها (١).

ولم يعد تشكيل المحكمة مقتصرًا على القضاة فقط، كما كان في ظل قانون ادارة الدولة العراقية وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥. بل أصبح يشتمل على فقهاء القانون وخبراء في الفقه الاسلامي (٢).

ويبدو أن مبررات اشراك خبراء في الفقه الاسلامي في تشكيلة المحكمة تعود الى ان الدستور نص في المادة الثانية ((اولا:- الاسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر اساس للتشريع أ:- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام)) ولضمان تطبيق هذه النصوص والحيلولة دون صدور تشريعات تتعارض مع ثوابت احكام الاسلام اتجه المشرع الدستوري الى تجربة اشراك خبراء في الفقه الاسلامي في تكوين المحكمة.

الفرع الثاني: اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا

تختص المحكمة الاتحادية العليا باختصاصات عديدة، بينها المادة (٩٣) من الدستور وفي مقدمتها الرقابة على دستورية وتفسير نصوص الدستور. بالإضافة الى اختصاصات أخرى تتعلق بالمنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات، أو بين حكومات الأقاليم أ المحافظات والفصل في الاتهامات الموجهة الى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء والمصادقة على نتائج الانتخابات وغيرها.

(١) المادة (٩٢-ثانيا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ ولم يصدر هذا القانون لحد الان .

(٢) المادة (٩٢-ثانيا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

وستتناول هذه الاختصاصات فيما يأتي:

أولاً: - الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة^(١):

وهو اختصاص حصري للمحكمة الاتحادية العليا من دون سائر المحاكم الأخرى، وبذلك يكون المشرع الدستوري العراقي قد أخذ بمبدأ مركزية الرقابة. وهذا هو الاتجاه الغالب في التنظيمات الحديثة للرقابة على دستورية القوانين^(٢). وبالتالي يكون المشرع الدستوري العراقي قد فعل حسناً بذلك، حتى يتلافى ما قد يحصل من اختلاف الأحكام وتضاربها فيما لو عهد بالرقابة على دستورية القوانين المحاكم متعددة.

ثانياً: - للمحكمة اختصاصات أخرى

والإضافة الى اختصاص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة فإن للمحكمة اختصاصات أخرى نص عليها الدستور نوجزها بالآتي:

أ- تفسير نصوص الدستور^(٣):

وهو اختصاص حصري للمحكمة من دون سائر المحاكم الأخرى، وهذا هو الاتجاه الغالب في التنظيمات الدستورية المعاصرة.

فالمحكمة الاتحادية العليا هي الجهة القضائية الاتحادية الأعلى وصاحبة الكلمة الفصل في الحكم بدستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور.

ويلاحظ هنا الاختصاص بتفسير نصوص الدستور قبل صدور الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ، كانت تختص به محكمة التمييز ولكن الدستور لم يبين اختصاصات الأخيرة. وهو ما يجعل اختصاصات هذه الهيئات القضائية متداخلة وغير واضحة الحدود وهو ما كان يجدر بالمشرع الدستوري تداركه لتلافي أي تنازع في الاختصاص قد يحصل مستقبلاً.

ب- الفصل في تنازع الاختصاص بين الهيئات القضائية المختلفة^(٤).

(١) المادة (٩٣-أولاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٢) د. احمد كمال ابو المجد المصدر السابق، ص ٥٧٧.

(٣) المادة (٩٣- ثامناً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٤) انظر نص المادة (٩٣- ثامناً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

والملاحظ هنا هو أن هذا الاختصاص كانت تمارسه محكمة التمييز قبل صدور الدستور العراقي لعام ٢٠٠٠ النافذ ولكن الدستور لم يبين اختصاصات محكمة التمييز الاتحادية كما أسلفنا. مما يجعل اختصاصات هذه الهيئات القضائية متداخلة وغير واضحة الحدود، وهو ما يجدر بالمشرع تلافيه بأن يحدد اختصاصات هذه الهيئات القضائية الاتحادية بشكل واضح.

ج- الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية، والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية^(١).

د- الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية^(٢).

هـ- الفصل في الاتهامات الموجهة الى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء^(٣).

و- المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب^(٤).

ويلاحظ هنا أن هذه الاختصاصات التي أوكلت للمحكمة الاتحادية العليا كثيرة جدا وكان يمكن ترك بعضها للهيئات القضائية الاتحادية الأخرى مثل محكمة التمييز الاتحادية، لأننا نرى أنه من شأن هذه الاختصاصات الكثيرة أن تثقل كاهل المحكمة وتعرقل قيامها بمهامها الجسيمة ولا سيما اختصاصاتها الخطيرة في مجال الرقابة على دستورية القوانين.

و ((قرارات المحكمة الاتحادية العليا باثة وملزمة للسلطات كافة)) (م) انطلاقا من الأهمية الكبيرة التي تتمتع بها المحكمة الاتحادية العليا. وأهمية وخطورة الاختصاصات التي تمتلكها. لذلك جعل الدستور قراراتها باثة أي نهائية لا يجوز الطعن بها أمام أي جهة وملزمة لكافة السلطات في الدولة.

ولكن الدستور أغفل موضوع في غاية الأهمية وهو ضرورة نشر قرارات المحكمة في العودة الرسمية (الوقائع العراقية) حتى يتحقق حلم الكافة بها. فتاريخ نشر قرارات المحكمة هو المعول على في نفاذ قرارات المحكمة تجاه السلطات كافة. لأن النشر هو الوسيلة التي بمقتضاها يفترض علم أصحاب الشأن

(١) المادة (٩٣-ثالثا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٢) المادة (م ٩٣-رابعا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٣) المادة (م ٩٣-سادسا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٤) المادة (م ٩٣-سابعا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

بالقوانين والقرارات الملزم بها وما دام الدستور قد أعتبر قرارات المحكمة ملزمة للسلطات كافة بما فيها السلطة التشريعية لعدم دستوريته مثلا. ومن المعلوم ان القوانين كقاعدة عامة تكون ملزمة من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية. من أنه بالإمكان إلغاء قانون اصدرة السلطة التشريعية لعدم دستوريته مثلا. ومن المعلوم أن القوانين كقاعدة عامة تكون ملزمة من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية ايضاً. ومن ثم فان إلغاء أو تعديل من قبل المحكمة الاتحادية العليا لهذه القوانين يجب أن ينفذ من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية أيضا.

الفرع الثالث: ضمانات استقلال المحكمة الاتحادية العليا

أن قيام المحكمة الاتحادية العليا بمهامها الجسيمة ولا سيما في مجال الرقابة على دستورية القوانين منوط بمدى استقلال هذه المحكمة.

فحماية أحكام الدستور من المخالفة والانتهاك سواء كان ذلك من قبل السلطة التشريعية أم السلطة التنفيذية يتطلب توفير ضمانات حقيقيه تحقق استقلال المحكمة وحيادها عند قيامها بوظيفتها. بعيدا عن الضغوط والتدخلات من قبل هذه الجهة أو تلك.

ولقد تضمن الدستور النافذ العديد من النصوص التي تؤكد استقلال المحكمة الاتحادية العليا فيعض هذه النصوص جاء عامة ليؤكد استقلال السلطة القضائية بشكل عام. والبعض الآخر نص على استقلال المحكمة الاتحادية العليا بوجه خاص.

فلقد أفرد الدستور الفصل الثالث من الباب الثالث (السلطات الاتحادية للسلطة القضائية. وأكدت المادة (٨٧) استقلال السلطة القضائية حيث جاء فيها أن ((السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفقا للقانون)).

ثم جاءت المادة (٨٨) لتؤكد استقلال (القضاة) في عملهم وعدم خضوعهم لتأثير أي سلطه عدا سلطة القانون. وحظرت على أية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة^(١).

(١) انظر نص المادة (٨٨) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

ثم جاءت المادة (٩٠) وجعلت إدارة شؤون السلطة القضائية والأشراف عليها لمجلس القضاء الأعلى. أما المادة (٩١-ثالثاً) من الدستور فقد جعلت اقتراح مشروع الموازنة السنوية للسلطة القضائية الاتحادية من اختصاصات مجلس القضاء الأعلى بعد عرضها على مجلس النواب للموافقة عليه.

وفضلاً عن ذلك فإن الدستور قد جعل القسم الذي يؤديه أعضاء مجلس النواب قبل مباشرتهم مهام عملهم متضمناً احترامهم لاستقلال السلطة القضائية وتعهدهم بعدم التدخل في شؤونها^(١).

ومن النصوص المتقدمة يتبين استقلال السلطة القضائية بشكل عام عن كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية. أما فيما يتعلق بالمحكمة الاتحادية العليا فقد بين الدستور استقلالها مالية وإدارية. فقد نصت المادة (٩٢ - أولاً) على أن ((المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً)).

كما أن من المعروف أن أي اعتداء على مبدأ استقلال القضاء ينعكس على حقوق وحرية الأفراد. بل أن أي اعتداء على حقوق وحرية الأفراد لا بد أن يسبقه مساس باستقلال القضاء.

وكذلك فيما يتعلق بالمحكمة الاتحادية العليا، فعلى الرغم من النصوص المتقدمة التي أشرنا إليها.

والتي تؤكد استقلال المحكمة الاتحادية العليا مالية وإدارية. إلا أن هناك الكثير من الأمور المهمة التي لم ينظمها الدستور والتي تخل باستقلال المحكمة وحيادها.

كما أن من المتفق عليه أن الأمور التي يفوض فيها المشرع الدستوري المشرع العادي في تنظيمها هي الأمور التي تكون عرضة للتغيير. وتكوين المحكمة الاتحادية العليا ليس من الأمور التي تخضع للتغيير، ومن ثم ليس من المقبول أن ينيط المشرع الدستوري تشكيل المحكمة المختصة بحماية الدستور والمحافظة على سموه وعلوه إلى المشرع العادي.

وهناك الكثير من الدساتير التي حرص المشرع الدستوري فيها على أن يضمنها النصوص المتعلقة بتشكيل المحكمة المختصة بحماية أحكامه والمحافظة على سموه وعلوه، ومنها الدستور السويسري والدستور الإيطالي والدستور الألماني والدستور التركي^(٢).

(١) انظر نص المادة (٥٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٢) المادة (٩٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

وكذلك لم يحدد الدستور النافذ عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا وترك ذلك للمشرع العادي^(١). في حين أن تحقيق استقلال المحكمة الاتحادية العليا يتطلب تحديد الدستور لعدد أعضائها بشكل حصري. حتى لا يترك أي مجال لتدخل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية في هذا التحديد كما أشرنا سابقاً.

(١) المادة (٩٢- ثانياً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

الخاتمة

بعد كتابة البحث توصل الباحث الى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج:

١. نظم قانون ادارة العراقية للمرحلة الانتقالية الرقابة القضائية على دستورية القوانين بصورة جيدة الى حدما وتفوق بذلك على دساتير كثير من الدول المتقدمة في هذا المجال ولو من الناحية النظرية وتفوق في بعض الجوانب على دستور عام ٢٠٠٥ النافذ ومع ذلك فقد كان هناك بعض الملاحظات على تنظيم قانون ادارة الدولة لهذه الرقابة منها اغفال لموضع في الجريدة الرسمية وانتصار تشكيلها على القضاء.
٢. شاب التنظيم الدستوري للرقابة القضائية على دستور القانون العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ بغض النظر لكنه مع كل ذلك كان جيده الى حد ما وكان متقدما من الناحية النظرية على دساتير كثير من الدول وحتى دساتير بعض الدول المتقدمة في هذا المجال وهذا ما يحسب لهذا الدستور .
٣. انا في العراق لا نكاد اي تجربة ذات قيمة في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين لافي العهد الملكي ولا في العهد الجمهوري فضلاً عن اي تجربة رقابة قضائية على دستورية القوانين في قانون ادارة الدولة العراقية والدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ لاتزال في بدايتها لذلك كان الجانب النظري هو الطاغي عل جوانب البحث .
٤. ان حماية مبدأ اسموا الدستور في العراق يبدأ اكثر اهمية من اعداد الدستور وقراءته لانه لافائدة ترجى من النصوص الدستورية ما لا يتم حمايتها من اعتداء وانتهاك من قبل السلطات العامة في الدولة .
٥. اخذالمشروع العراقي وفي اول دستور للدولة العراقية لعام ١٩٢٥ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين وهو ما يحسب له نظرا لنجاح الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدول المختلفة وتأييد غالبية الفقه لها.

ثانياً: التوصيات:

١- يجب ان يكون للجنة تعديل الدستور دور في تلافي بعض اوجه القصور التي وقع فيها المشروع الدستوري والتي عرضناها سابقاً سواء ماتعلقت منها بالسلطة القضائية بوجه عام او ما يتعلق منها في المحكمة الاتحادية بوجه خاص مثل عدم تنظيم الدستور للاحكام العامة المتعلقة بالسلطة القضائية بصورة واضحة وعدم تحديد اعضاء المحكمة الاتحادية العليا في الدستور واغفال موضوع نشر قرارات المحكمة في الجريدة الرسمية والتوسع الكبير في اختصاصات المحكمة الاتحادية وغيرها وان يكون تعديل المواد المتعلقة بتنظيم الرقابة القضائية على دستورية القوانين في سلم اولويات عمل اللجنة.

٢- يجب ان تكون هناك حماية لاحكام الدستور وذلك من خلال الرقابة القضائية على دستورية القوانين هو الوسيلة الفاعلة والاساسية لحماية حقوق الافراد وحيرياتهم العامة وترسيخ مبدأالمشروعية.

٣- نوصي بأن يكون هناك ادراك في السلطات العامة والقضاة انفسهم وادراك للرأي العام ووسائل الاعلام لأهمية في حماية احكام الدستور من الانتهاك والاعتداء .

٤- نوصي بأن تكون هناك محكمة عليا قوية وفعالة بصورة مؤثرة لمحاكمة الوزراء واعضاء مجلس الامة المتهمين بجرائم سياسية وجرائم تتعلق بوظائفهم العامة .

المصادر والمراجع

١ - الكتب

١. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية، الدول والحكومات، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٦.
٢. د. أحسان المفرجي و د. كطران زغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، مطبعة دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٠.
٣. د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على الدستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، رسالة دكتوراه، القاهرة. ١٩٦٠
٤. د. اسماعيل مرزة، القانون الدستوري، دراسة مقارنة للدستور الليبي و دساتير الدول العربية الأخرى، دار صادر - بيروت ١٩٦٩.
٥. د. ثروت بدوي، الدولة القانونية، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد ٣، السنة الثالثة ١٩٥٩.
٦. د. رعد ناجي الجدة، التشريعات الدستورية في العراق، مطابع دار الشؤون الثقافية العامة، بيت الحكمة - بغداد، ١٩٦٨.
٧. د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطابع دار السياسية، الكويت ١٩٧٢.
٨. د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦.
٩. د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري العليا، الطبعة الثانية، منشأة إلى هل الدين، القانون ، ٢٠٠٥.
١٠. د. سعد عصفور، القانون الدستوري، الطبعة الأولى، ١٩٥٤.
١١. د. عبد الغني بسيوني عبد الله النظم السياسية والقانون الدستوري، ١٩٩٧.
١٢. د. عبد اللطيف الشيخ، اجراءات القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، ١٩٨٩.
١٣. د. عبد الغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، ١٩٩٧،

١٤. د. عبد اللطيف الشيخ، اجراءات القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
١٥. د. عصام البرزنجي ود. علي محمد بدير ود. مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر - بغداد، ١٩٩٣.
١٦. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، سمو الدستور ودستورية القوانين، الخامس عشر، بغداد، ٢٠٠٥.
١٧. د. فتحي فكري، القانون الدستوري، (المبادئ الدستورية العامة)، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
١٨. د. محمد عبد الحميد أبو زيد، توازن السلطات ورقابتها، دراسة مقارنة، ٢٠٠٣.
١٩. د. محمد كامل ليلة، الرقابة على اعمال الإدارة (الرقابة القضائية)، دار النهضة العربية بيروت، ١٩٦٨.
٢٠. د. محمود حلمي، المبادئ الدستورية العامة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، ١٩٦٦.
٢١. د. مدحت المحمود، استقلال القضاء في العراق ودور الدستور الدائم في حماية استقلال القضاء، الطبعة الأولى مطبعة بويد، نيويورك، ٢٠٠٥.
٢٢. د. منذر الشاوي، معنى الرقابة على دستورية القوانين، بغداد، ٢٠٠٣.
٢٣. د. نعمان احمد الحطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ٢٠٠٤.
٢٤. د. رمزي طه الشاعر، دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٨٨.
٢٥. د. سامي جمال الدين، د. محمود حلمي، المبادئ الدستورية العامة، دار الفكر العربي، ١٩٩٩.
٢٦. د. زهدي يكن، القانون الدستوري، والنظم السياسية، بيروت، ١٩٨٢.
٢٧. د. عبد الجبار العلوش، مثاقفه في الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مطبعة بويد، نيويورك، ٢٠٠٥.
٢٨. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦.
٢٩. المستشار د. نور الدين بهاء الدين، دور الدستور في حماية استقلال قرار القاضي في اصدار الفساد الاداري في النظام القضائي، مطبعة بويد، نيويورك، ٢٠٠٥.

٢- الدساتير والقوانين والانظمة

١. قانون ادارة الدولة العراقية ٢٠٠٥ .
٢. الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥
٣. دستور الاتحاد العربي الهاشمي ١٩٥٨
٤. القانون الاساسي العراقي ١٩٢٥ .
٥. قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤
٦. قانون المحكمة الاتحادية العليا ٢٠٠٥ .
٧. قانون مجلس شورى الدولة ١٩٧٩ .
٨. قانون المحكمة الدستورية العليا لسنة ١٩٤٨ .

٣- احكام القضاء

١. حكم المحكمة الاتحادية - المرقم ١٩٢٠ - ١٩٨٤ .
٢. حكم المحكمة الاتحادية - المرقم ١٩٤٨ - ١٩٨٥ .
٣. حكم المحكمة الاتحادية - المرقم ١٩٠٠ - ١٩٧٠ .
٤. حكم المحكمة الاتحادية - المرقم ٣٩٨١ - ٢٠٠٩ .
٥. حكم المحكمة الاتحادية - المرقم ٩٩٩ .
٦. حكم المحكمة الاتحادية - المرقم ٤١٤٤ - ١٩٨٥ .