

الباب الأول

المحكمة الاتحادية العليا في شقها العضوي

بعد التحول الذي حصل في العراق أثر الاحتلال الأمريكي في ٩/٤/٢٠٠٣، كان لا بد من إنشاء محكمة عليا تتولى مهمة ضمان احترام الدستور، وترسيخ مبدأ سيادة القانون، والحيلولة دون قيام السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية بمخالفة المبادئ الأساسية، أو النصوص الواردة في الدستور والفصل في المنازعات التي تنشأ بين السلطات^(١٢٧).

لذلك، إن دراسة القضاء الدستوري العراقي، تقتضي التعرف على مختلف أطر نظامه القانوني، والقضاء الدستوري العراقي عضو وحيد، وهو المحكمة الاتحادية العليا، فإن المشرع الدستوري قد وضع أسسه، في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، ومن بعده دستور ٢٠٠٥ النافذ، ففي الأول أسس وجود المحكمة الاتحادية العليا حيث حدد اختصاصاتها، وعدد أعضائها، وطريقة ترشيحهم واختيارهم في المادة (٤٤) منه، أما آلية تشكيلها فعهد بها إلى قانون خاص بهذه المحكمة تم تشريعه لاحقاً، وفي الثاني نص في المادة (٩٢) منه على أن المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً، وعهد إلى قانون يُسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب بتنظيم كيفية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا ويُحدد عدد أعضائها، وتنظم طريقة اختيارهم، وعمل المحكمة. ومرة أخرى. فيما نصت عليه المادة (٩٣) منه التي حددت اختصاصات المحكمة، وفي ثالثة نصت المادة (٩٤) منه على بتات وإلزامية قراراتها للسلطات كافة.

فالبحث يدور في إطار هذا الباب حول الإجابة على تساؤلين أساسيين أحدهما خاص بالأسس المتبعة في تشكيلها، والآخر متعلق بتحديد هوية الأعضاء المكونين لها من حيث الشروط والأوصاف اللازم توافرها فيهم من جانب، والنظام القانوني المطبق بشأن ضماناتهم وحقوقهم وحصاناتهم والتزاماتهم من جانب آخر، وهو ما يمثل في مجموعه الأحكام المتعلقة بالعضوية في الهيئة الرقابية الدستورية.

والحالة هذه، يقتضي البحث في المحكمة الاتحادية العليا - في شقها العضوي - التطرق لمسألتين كبيرتين، تتعلق الأولى بتنظيم المحكمة باعتبارها هيئة جماعية، وتخص الأخرى، المركز القانوني للقاضي الدستوري.

١٢٧- أنظر: القاضي مدحت المحمود القضاء في العراق (دراسة استعراضية للتشريعات القضائية في العراق) - مطابع شركة مجموعة العدالة للصحافة والنشر - دون مكان النشر - الطبعة الثالثة ٢٠١١ منقحة ومزودة - ص ٥٧.

وعلى ذلك، ينقسم هذا الباب إلى فصلين متتاليين، كما يلي:-

الفصل الأول: تنظيم المحكمة كهيئة جماعية.

الفصل الثاني: المركز القانوني للقاضي الدستوري.

الفصل الأول

تنظيم المحكمة كهيئة جماعية

من أبرز ما يميز المحكمة الاتحادية في تنظيمها، فضلاً عن أنها أحادية الكيان، أنها أحادية الدائرة بمعنى أنها تتكون من دائرة واحدة هي بذاتها، وهو تنظيم يتفق تماماً مع غاية نشأتها، قصد به ألا تتضارب أحكامها بتعدد دوائرها على نحو يتناقض مع مقتضى رسالتها من ضمان احترام الدستور والحفاظ علي وحدته العضوية، فتحتل دستورية النص بين دائرة تقرأها وأخرى تنكرها، لاسيما وأنها محكمة قانون لا وقائع، تأتي رسالتها على أن تتعدد دوائرها^(١٢٨). ولعل هذا ما كان مدعاة إلى عدم قبول اقتراح مفاده أن يكون التقاضي في المسائل الدستورية على درجتين، كالمشأن في بقية المحاكم، وتحقيقاً للمساواة في نظر القضايا والمنازعات الأخرى، بأن تراقب الدائرة الأعلى ما دونها^(١٢٩)»^(١٣٠).

١٢٨- وخير مثل على ذلك أن المحكمة الدستورية الألمانية تشكل من دائرتين يبدو التناقض بين أحكامهما مضرباً للأمثال لدرجة أن إحدى هاتين الدائرتين تسمى بالدائرة الحمراء للاتجاه الاشتراكي الغالب على أعضائها مما يجعلها تسير في اتجاه معارض لاتجاه الدائرة الأخرى. الأمر الذي كان من أثر، أن فقدت المحكمة اعتبارها وانتقص ذلك من قدرها أمام الرأي العام. وهذا على خلاف المحاكم المناظرة أحادية الدائرة كالمحكمة الاتحادية العليا والتي تحتل مكانة كبرى في نفوس الأمريكيين، لدرجة أن الكاتب البريطاني راسل قال عنها أن المر، ليجد في هذه الأيام في الولايات المتحدة الأمريكية بالنسبة للمحكمة الاتحادية، ما كان يجده من تقديس الإغريق لمعابدهم، وأهل القرون الوسطى للبابا. بل لعله ذاته السبب الذي جعل المحكمة الدستورية العليا تبلغ هذه المكانة العالية التي يقول البعض عنها وصفاً بأنها أدهشت الرأي العام بتحريكها بأقصى سرعة نحو استئصال بعض أوجه الشذوذ في ميدان الحقوق السياسية والمدنية، ولم تحسن أن تبلغ في أحكامها حداً لا ترضى عنه الحكومة. أنظر: الدكتور محمد عصفور - موقف الديمقراطية من الرقابة على دستورية القوانين - مجلة المحاماة - السنة الواحدة والخمسون - العدد الأول - يناير ١٩٧١ - ص ٣٤.

١٢٩- وفي تبرير رفض هذا الاقتراح يقول الدكتور عوض المر الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية العليا، أنه ... ما كان لقانونها - أي قانون المحكمة - أن يبلور تنظيمياً يتناقض مع ما هو قائم في غيرها - أي مصر - من الدول التي تقرر محكمة واحدة للفصل في المسائل الدستورية. بالنظر إلى خطورتها ونقته، فلا يزحمها أحد في ولايتها، ضماناً لوحدة معايير ممارستها. فلا تتفرق مفاهيمها أو تتعارض ضوابطها. والقول بأن لبعض أحكام المحكمة أثراً سلبية - وبفرض صحته - لا ينال من استوائها على الجودة، ولا يبرر مراجعتها أو تقييمها على ضوء نظرة ضيقة تحكمها مصالح محدودة أهميتها، وإنما يجب فهمها على ضوء مراميها. وبمراجعة أن المحكمة - في موازتها بين الحقوق المدعي بها - لا تتحاز لغير أولها بالحماية التي كفلها الدستور. أنظر: الدكتور عوض المر - مقدمة الجز، السابع لأحكام المحكمة الدستورية العليا - ١٩٩٥ - ١٩٩٦ - ص ٧.

١٣٠- ولا يعني ذلك تنزيه أعضاء المحكمة الدستورية عن الخطأ، والنظر إليهم وكأنهم أعلى من أن تخضع أحكامهم للرقابة من دائرة أعلى وكأنها تسمو على طبائع العمل البشري من تزوجه بين الصواب والخطأ فهم، على نحو ما ذكر، المستشار فتحي رجب الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية: بشر وليسوا آلهة ولا أنصاف آلهة ولا أنبياء ولا ملائكة. والبشر خلقهم الله سبحانه وتعالى ليصيبوا ويخطئوا (فتحي رجب، قضاة عمالقة... ولكنهم ليسوا آلهة - مجلة روزليوسف ١٧ مارس ١٩٩٧ ص: ٧٠) غير أن أحادية الدائرة ليس مبعثة التنزيه، وإنما مقتضى الاختصاص ومركزته فضلاً عن أن هذا هي سنن التقاضي

ومن الطبيعي أن نتساءل عن طبيعة المحكمة الاتحادية العليا وإلى أية سلطة من السلطات الدستورية العامة تدين بالانتماء والتبعية، هل للسلطة القضائية كما يفترض أم لغيرها من السلطات؟

وتبعاً لذلك، أشار قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، ودستور سنة ٢٠٠٥ وقانون المحكمة رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥، إلى تنظيمها كهيئة جماعية. وأخذ على عاتقه تحديد طريقة وأداة تشكيلها من جهة، وحدد موقعها في التنظيم القضائي من جهة ثانية. وهو ما انفصل حديثه من خلال مطلبين. نعرض في أولهما لتشكيل المحكمة. ونخص ثانيهما بالكلام عن موقع المحكمة في التنظيم القضائي العراقي، وكالاتي:

المبحث الأول: تشكيل المحكمة.

المبحث الثاني: موقع المحكمة في التنظيم القضائي.

المبحث الأول

تشكيل المحكمة

يُعد القضاء الدستوري ذا طابع خاص، وذلك بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التي يختص بها، وهو الأمر الذي ينعكس على طريقة تنظيم هذا القضاء، ولهذا تحرص مختلف النظم الدستورية الحديثة على تضمينها نوعاً من الرقابة على العمل التشريعي الذي تسنه السلطة التشريعية، والعمل التنفيذي الذي تقوم به الإدارة، ويرجع ذلك إلى تشكيل جهاز الرقابة على دستورية القوانين فيواجه مشكلة تحقيق استقلاله، وإبعاده عن مؤثرات السلطة التي تهيمن على اختيار أعضائه، وإذا كان الأمر يبدو واضحاً بالنسبة لأجهزة الرقابة السياسية التي لا يعول فيها على جهاز قضائي يمارس هذه الرقابة ويتحقق له ضمانات الحيدة، فإن هناك تخوفاً بدي في آراء الفقه حتى بالنسبة للجهاز القضائي في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية، وثار الجدل في الفقه الدستوري المقارن حول الأسلوب الأمثل

= في شأن محاكم القانون، كمحكمة النقض والإدارية العليا في الحالات التي تفصل فيها كلاً منهما باعتبارها قاضي موضوع ولا يطعن في حكمها فهي لا تصدر أحكاماً على وقائع تختلف فيها مناحي النظر، وتبين حول كيوفاها الرؤى، وإنما تقيث في مدى تطابق النص القانوني مع الدستور وهو من مسائل القانون الذي الحسم فيها أولى من التماذي في الخلاف حولها بين دوائر تتعدد بتعدد وجهات النظر، وتتفكك الوحدة الدستورية التي يجب الحفاظ عليها في الدستور، وتعود المثالب التي تترتب على رقابة الامتاع من حيث جنوح كل دائرة برأيها المغاير للأخرى. وقد يصعب حسم دستورية النص بشكل يتوحد الجميع حوله كأساس الرقابة القضائية على دستورية القوانين فضلاً عما يرتبه ذلك من إطالة أمد التقاضي. وهو ما يكون من أثر بقاء النص غير الدستوري مطبقاً ومحدثاً لكل آثار، رغم مخالفته للدستور. نقلاً عن الدكتور محمد باهي أبو يونس - أصول القضاء الدستوري - المصدر السابق - ص ٣٥ وما بعدها.

لتشكيل المحاكم الدستورية ولاختيار أعضائها، وانتقل هذا الجدل إلى العراق بعد التحول الذي حصل فيه بعد ٢٠٠٣/٤/٩، وبالأخص بعد صدور قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، لأنه أسس وجود المحكمة الاتحادية العليا حيث حدد اختصاصاتها وعدد أعضائها، أما آلية تشكيلها فعهد بها إلى قانون خاص بهذه المحكمة تم تشريعه لاحقاً، ومازال نافذاً لحد الآن.

ثم جاء دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، ليؤكد على وجود هذه المحكمة وحدد اختصاصاتها بشكل مختلف. أما فيما يتعلق بتشكيل هذه المحكمة، فلم ينص بشكل صريح على كيفية تشكيل المحكمة، أو عدد أعضائها، أو طريقة اختيارهم، أو عمل المحكمة، وإنما أحال ذلك إلى قانون يُسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب، وهذا القانون لم يشرع إلى الآن. لذلك نجد إن الآلية التي تشكلت بها المحكمة الاتحادية العليا في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغى، تختلف عن الآلية التي يجب أن تُشكل بها هذه المحكمة بموجب قانونها الذي أوجب دستور ٢٠٠٥ صدوره بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب.

عليه، سنتناول في هذا المبحث دراسة تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، وتصورنا حول تشكيلها في ضوء نصوص دستور سنة ٢٠٠٥، في مطلبين وكالاتي:

المطلب الأول: تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغى.

المطلب الثاني: تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في ظل دستور ٢٠٠٥.

المطلب الأول

تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة

الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغى

نص قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغى في المادة الرابعة منه، على أن نظام الحكم في العراق جمهوري اتحادي (فيدرالي) ديمقراطي تعددي، يجري تقاسم السلطات فيه بين الحكومة الاتحادية، والحكومات الإقليمية، والمحافظات، والبلديات، والإدارات المحلية. كما نظمت هذه الوثيقة السلطة القضائية في الباب السادس بعنوان (السلطة القضائية الاتحادية).

وقد نصت المادة (٤٤/أ) من هذا القانون على إنشاء المحكمة الاتحادية العليا، وجاء فيها (يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون وتسمى المحكمة الاتحادية العليا). وقد أصدر مجلس الوزراء بعد موافقة مجلس الرئاسة^(١٣١) وحسب صلاحياته التشريعية الأمر رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ في ١٧/٣/٢٠٠٥ وهو قانون المحكمة الاتحادية العليا^(١٣٢)، وقد نصت المادة الأولى منه على أن (تتشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا)، ويكون مقرها في بغداد تمارس مهامها بشكل مستقل لاسلطان عليها لغير القانون).

وقد حددت الفقرة (هـ) من المادة المذكورة طريقة تكوينها، فذكرت إنها تتألف من تسعة أعضاء يعينهم مجلس الرئاسة، ويختار من بينهم رئيساً لها بناء على ترشيح مجلس القضاء الأعلى بعد التشاور مع المجالس القضائية للأقاليم، وفق ما جاء في الفقرة (هـ) من المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة المذكور آنفاً، حيث لم يفصل قانون المحكمة تلك الإلية وإنما أحال على الفقرة (هـ) من المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة، والذي يتبين منها قيام مجلس القضاء الأعلى أولاً وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح ما لا يقل عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين فرداً، لغرض ملء الشواغر في المحكمة الاتحادية العليا، وبناء على ذلك فقد رشح مجلس القضاء الأعلى سبعة وعشرين مرشحاً لرئاسة وعضوية المحكمة الاتحادية العليا، أي ثلاثة أضعاف عدد أعضاء المحكمة، وتم اختيار أعضاء المحكمة التسعة من خلال عملية اقتراع سري وبموجب محاضر رسمية رفعت إلى مجلس الرئاسة وبعد التدقيق لمدة سبعة أشهر تم اختيار رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا، وصدر المرسوم الجمهوري المرقم ٣٩٨ في ٣٠/٣/٢٠٠٥ بالتعيين، وبعد إجراء انتخابات الجمعية الوطنية العراقية - البرلمان - وتشكيل الحكومة أعيد تعيين رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا مرة ثانية بالقرار الجمهوري رقم (٢) في ١/٦/٢٠٠٥^(١٣٣).

ويتبين من النصوص السابقة، أن المشرع أثر تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغى في المادة (٤٤) منه، وفي قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥، ويتضح أن البحث في تشكيل المحكمة يدور حول الإجابة على

١٣١- تنص المادة (١٣٨) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على:

أولاً: يحل تعيين (مجلس الرئاسة) محل تعيين (رئيس الجمهورية) أينما ورد في هذا الدستور، ويعاد العمل بالأحكام الخاصة برئيس الجمهورية، بعد دورة واحدة لاحقة لنهاذ هذا الدستور.

١٣٢- نشر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ بالوقائع العراقية عدد ٣٩٩٦ (سنة ٤٦) في ١٧/٣/٢٠٠٥.

١٣٣- أنظر في تفصيل تلك الإجراءات: القاضي منحت المحمود - القضاء في العراق - المصدر السابق - ص ٨٥.

تساؤلات ثلاثة أولهما، يتعلق بعدد الأعضاء الذين تتكون منهم المحكمة وفئاتهم، وثانيهما، بالشروط الواجب توافرها فيهم، وثالثهما بأداة التشكيل، لذلك، سندرس هذا المطلب في فروع ثلاثة وكالاتي:

الفرع الأول: عدد أعضاء المحكمة وفئاتهم.

الفرع الثاني: شروط العضوية.

الفرع الثالث: أداة التشكيل.

الفرع الأول

عدد أعضاء المحكمة وفئاتهم

نص قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية في المادة (٤٤) / الفقرة (هـ) منها) على أن: (تتكون المحكمة العليا الاتحادية من تسعة أعضاء. ويقوم مجلس القضاء الأعلى أولاً وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح ما لا يقل عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين فرداً^(١٣٤) لغرض ملء الشواغر في المحكمة المذكورة، ويقوم بالطريقة نفسها فيما بعد بترشيح ثلاثة أعضاء لكل شاغر لاحق يحصل بسبب الوفاة أو الاستقالة أو العزل، ويقوم مجلس الرئاسة بتعيين أعضاء هذه المحكمة وتسمية أحدهم رئيساً لها، وفي حالة رفض أي تعيين يرشح مجلس القضاء الأعلى مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين، في حين نص قانونها في المادة (٣) منه على (تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس وثمانية أعضاء....).

يتبين أن المشرع الدستوري وتبعه القانوني قد حدد عدد الأعضاء على سبيل الحصر^(١٣٥)، وفي هذه الجزئية يختلف المشرع العراقي عن نظيره الأمريكي، فعلى الرغم من أن الدستور الأمريكي

١٣٤- أشار النص إلى كلمة (فرن) ولم يشر إلى كلمة قاضٍ. نصت الفقرة (هـ) من المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ على أن "تتكون المحكمة العليا الاتحادية من تسعة أعضاء. ويقوم مجلس القضاء الأعلى أولاً وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح ما لا يقل عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين فرداً لغرض ملء الشواغر في المحكمة المذكورة، ويقوم بالطريقة نفسها فيما بعد بترشيح ثلاثة أعضاء لكل شاغر لاحق يحصل بسبب الوفاة أو الاستقالة أو العزل. ويقوم مجلس الرئاسة بتعيين أعضاء هذه المحكمة وتسمية أحدهم رئيساً لها. وفي حالة رفض أي تعيين يرشح مجلس القضاء الأعلى مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين".

١٣٥- ارتأينا - لعدم التكرار - تأجيل دراسة أفضلية النص على تحديد عدد الأعضاء في نص دستوري أم يكفي أن يرد في نص قانوني في المطلب القادم.

عام ١٧٨٧ المعدل قد نص صراحة على تنظيم المحكمة العليا دون غيرها من المحاكم الاتحادية، فلم يرد في الدستور إلا النص عليها، لذلك هي المحكمة الوحيدة التي لا يمكن المساس بها^(١٣٦).

"إلا أن تنظيم الدستور الاتحادي للمحكمة الاتحادية العليا، قد جاء قاصراً ما دام لم يحدد عدد أعضاء هذه المحكمة تاركاً المسألة لسلطة الكونجرس يملك سلاحاً في الضغط على المحكمة ما دام يستطيع في أي وقت أن يزيد أو ينقص من هذا العدد بموجب تشريع فيدرالي لمواجهة الاتجاهات القضائية للمحكمة.

ولذلك دعا القاضي روبيرتس الذي كان عضواً في المحكمة الاتحادية العليا من عام ١٩٣٠ - ١٩٤٥، في خطاب له أمام نقابة المحامين في مدينة نيويورك عام ١٩٤٨ إلى ضرورة تعديل الدستور الأمريكي؛ بحيث ينص صراحة على العدد المحدد لقضاة المحكمة الاتحادية العليا وذلك لقطع الطريق أمام الكونجرس الأمريكي بالتلاعب بهذا العدد بالزيادة أو الإنقاص مما يؤثر في استقلال المحكمة الاتحادية العليا"^(١٣٧).

وتتكون المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية من تسعة قضاة يتم تعيينهم بقرار من رئيس الدولة بعد موافقة مجلس الشيوخ، وفي الغالب الأعم من الأحوال يصدر مجلس الشيوخ رأيه بالموافقة، ومع ذلك فقد يحدث أن يبدي رفضاً في أحوال خاصة، فمنذ بدأت المحكمة في ممارسة أعمالها وحتى عام ١٩٧٩، أمكن حصر حالات رفض التعيين في إطار ستة وعشرين حالة فحسب من مجموع التعيينات التي تمت الموافقة عليها والبالغ تعدادها مائتان وثمانية وثلاثون حالة^(١٣٨).

أما في مصر، فقد أحال دستور ١٩٧١ الملغى في المادتين (١٧٦) و(١٧٧) فيه إلى على قانون المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بالتشكيل، وقد نظمت المواد (٣ و٤ و٥) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تشكيل المحكمة وشروط العضوية.

وتطبيقاً للمادة الثالثة من القانون أعلاه فإن المحكمة تُولف " .. من رئيس وعدد كاف من الأعضاء، وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء....." إلا أن الدستور المصري الصادر في ٢٦

١٣٦- أنظر: المستشار عاطف خليل - الحياة العملية للنظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية - مجلة مجلس الدولة - السنوات من العشرين إلى الخامسة والعشرون - الجزء الأول - ص - ١٤١؛ وأنظر: الدكتور هشام محمد فوزي - رقابة دستورية القوانين في أمريكا ومصر - المصدر السابق - ص ٢٨١.

١٣٧- أنظر: الدكتور حسن زكريا - المحكمة العليا الأمريكية - مطبعة الحكومة - بغداد - ١٩٦٦ - ص ١٢ هامش (١).
١٣٨- أنظر: الدكتور مصطفى محمود عفيفي - رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية - طبعة أولى - المصدر السابق - ص ١٠٨.

ديسمبر سنة ٢٠١٢ نص في المادة (١٧٦) منه على أن " تشكل المحكمة الدستورية العليا من رئيس وعشرة أعضاء، ويبين القانون الجهات والهيئات القضائية من أو غيرها التي ترشحهم، وطريقة تعيينهم، والشروط الواجب توافرها فيهم، ويصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية، ثم صدر دستور سنة ٢٠١٤ الذي نص في المادة (١٩٣) منه على " تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من نوابه...وتختار الجمعية العامة رئيس المحكمة من بين أقدم ثلاثة نواب لرئيس المحكمة....ويصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية، وذلك كله على النحو المبين في القانون". وهذا القانون لم يصدر بعد، لذا يكون قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل هو النافذ.

والأخير لم يحدد عدد أعضاء المحكمة بشكل حصري، والقيد الوحيد بهذا الصدد أن تصدر الأحكام من سبعة مستشارين^(١٣٩).

وعلى أي حال، فإن عدد أعضاء المحكمة يتعين أن لا يقل عن سبعة أعضاء أن جاز أن يزيد على ذلك دون تحديد، وقولنا أن عدد أعضاء المحكمة يجب أن لا يقل عن سبعة مصدره نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون المحكمة التي تقول "وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء" وهذا يعني أن هذا هو الحد الأدنى لعدد أعضاء المحكمة^(١٤٠).

واختلف الفقه بشأن عدم تحديد عدد أعضاء المحكمة، بين مؤيد لموقف المشرع، وبين معارض له.

فالمؤيدون لعدم تحديد أعضاء المحكمة على سبيل الحصر يرون أنه اتجاه محمود للمشرع.

فيرى البعض إن المشرع لم يقدّر بتحديد عدد ثابت لأعضاء المحكمة، حتى لا تكون المحكمة مقيدة في عملها بعدد محدد من الأعضاء، ولكي تتم مواجهة الزيادة المتوقعة في عدد الدعاوى بزيادة هؤلاء الأعضاء^(١٤١).

وفي تبرير مسلك المشرع قيل - على الرغم من مخالفة المشرع للكثير من الدساتير والقوانين التي حددت أعضاء المحكمة، من ذلك الدستور الألماني، وقانون المحكمة العليا في أمريكا- بأن

١٣٩- أنظر: الدكتور فتحي فكري - القانون الدستوري - الكتاب الأول - شركة ناس للطباعة - القاهرة - ٢٠٠٨- ٢٠٠٩ طبعة مزينة ومنقحة - ص٢٢٧؛ أنظر: الدكتور علي عبد العال سيد أحمد- دور القضاء في تفسير القاعدة الدستورية - الدار المعنوية للطباعة - دون مكان طبع - الطبعة الثالثة - ٢٠١٣ - ص٥٥.

١٤٠- أنظر: الدكتور يحيى الجمل - القضاء الدستوري في مصر - المصدر السابق - ص١٣٥-١٣٦.

١٤١- أنظر: الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله - القانون الدستوري - المبادئ العامة للقانون الدستوري - والنظام الدستوري في دستور ١٩٧١- المصدر السابق- ص٣٨٧.

المشروع لم يحدد عدد أعضاء المحكمة برقم ثابت حتى يمكن زيادة عدد الأعضاء، كي تواجه المحكمة مسؤوليتها - إذا أقتضى الأمر - دون حاجة إلى تعديل تشريعي^(١٤٢).

واستحسن ثالث المنهج الوسطي للمشروع فهو لم يحدد عدد ثابت لأعضاء المحكمة، ولم يهمل التحديد كلية. إذ يتطلبه أن تصدر أحكام وقرارات المحكمة من سبعة ما يمثل تحديد الحد الأدنى للأعضاء الذين تشكل منهم المحكمة^(١٤٣).

ويرى آخر بأن القانون لم يحدد عدداً ثابتاً لأعضاء المحكمة، وإنما جعله أكثر مرونة. بحيث يقبل الزيادة والنقصان حسب الحاجة، على نحو يكون معه كافياً لأداء مهام المحكمة^(١٤٤).

أما المعارضون فيمثلون النظرة المقابلة وقوامها إن هذا الوضع يقصد - عدم التحديد - يمكن السلطة التنفيذية - باعتبارها سلطة التعيين - من ضم أعضاء جدد للمحكمة، في كل مرة تخشى فيها صدور الحكم على غير هواها^(١٤٥).

وأشاد آخر بنص المادة (١٧٦) من الدستور المصري الصادر في ٢٦ ديسمبر سنة ٢٠١٢ التي جاء فيها " تشكل المحكمة الدستورية العليا من رئيس وعشرة أعضاء...." وأستحسن عمل المشروع الدستوري بتحديد عدد أعضاء المحكمة الدستورية على سبيل الحصر، ويرى فيها حصانة دستورية تبعتها عن تدخل المشروع العادي الذي يمكن أن يحدد عدد أعضاء هذه المحكمة تبعاً لرغباته وأهوائه... وبالتالي يعصف باستقلال هذه المحكمة^(١٤٦).

١٤٢- أنظر: الدكتور يحيى الجمل - القضاء الدستوري في مصر - المصدر السابق - ص١٣٥؛ وأنظر: الدكتور نبيلة عبد الحليم كامل - الرقابة القضائية على دستورية القوانين (القضاء الدستوري) - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٣ - ص١٤٣.

١٤٣- أنظر: الدكتور مصطفى محمود عفيفي - رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية - طبعة أولى - المصدر السابق - ص٢٤٨.

١٤٤- أنظر: الدكتور ماجد راغب الحلو - القانون الدستوري - المصدر السابق - ص٣٩٨.

١٤٥- أنظر: الدكتور فتحي فكري - القانون الدستوري - الكتاب الأول - شركة ناس للطباعة - القاهرة - ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ طبعة مزيدة ومنقحة - ص٢٢٧؛ وكذلك أنظر: الدكتور عصمت عبد الله الشيخ - مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٩ - ص٣١.

١٤٦- أنظر: الدكتور علي عبد العال سيد أحمد - دور القضاء في تفسير القاعدة الدستورية - الدار العميدية للطباعة - دون مكان طبع - الطبعة الثالثة - ٢٠١٣ - ص٥٥.

ويرى آخر أنه من الأوفق أن ينص قانون المحكمة على عدد معين تتشكل منه المحكمة لا يجوز الانتقاص منه أو الزيادة عليه^(١٤٧).

وإزاء ذلك يرى أنصار هذا الرأي لزوم أن يكون التحديد بموجب نص دستوري بقوله: يلزم...وسندنا في ذلك أن إدخال تغيير في عدد الأعضاء بتعديل دستوري أمر وإن كان يكتنفه كثير من الصعوبات والاعتبارات السياسية، فهو الأوفق في ضمان عدم التأثير على سير العمل بالمحكمة، لاسيما ويتم الاحتكام إلى الشعب ليقول كلمته في هذا التعديل ومدى ضرورته والحاجة إليه^(١٤٨).

ويرى آخر أنه من الضروري تحديد عدد أعضاء المحكمة الدستورية العليا عن طريق الوثيقة الدستورية ذاتها وليس القانون، لأن الأخير يصدر عن طريق السلطة التشريعية التي يهمن عليها الحزب الحاكم، وهو حزب رئيس الجمهورية، وبالتالي يمكن أن يستخدم في تدعيم هيمنة السلطة التنفيذية على المحكمة وآلياتها من خلال قانون المحكمة الذي تحيله السلطة التنفيذية كمشروع قانون للبرلمان^(١٤٩).

ويرى آخر أن هناك رأياً وسطاً يمكن من خلاله "التوفيق بين اعتبارات تأييد الرأي الأول، ومقتضيات ترجيح الرأي الثاني، وهو ما لا يتأتى إلا بتحديد أعضاء المحكمة بعدد معين، ووضع الضمانات اللازمة لزيادته كلما دعت الحاجة لذلك. بأن تتكون من خمسة عشر عضواً، وتصدر أحكامها بهيئة مشكلة من سبعة أعضاء على الأقل، على أنه يجوز زيادة عددهم وفق مقتضى الحال، بموافقة الجمعية العامة. وعلى نحو ما يبدو في الرأي مرونة تقتضيها ظروف الحال، وفيه أيضاً ضمانات تستوجبها طابع الاستقلال. وفيه كذلك التأسى بالأنظمة الدستورية المعاصرة، وفيه الاعتداد أيضاً بخصوصية الحالة المصرية، من حيث كثرت التشريعات التي يعيها عدم الالتزام بالضوابط الدستورية. هذا فضلاً عما ينطوي عليه هذا الاقتراح من علاج لمشكلة رد المحكمة بهيئة كاملة، أو

١٤٧- أنظر: الدكتور عبد العزيز محمد سالم - نظم الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة بين مختلف النظم القانونية والقانون المصري) - المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق - جامعة حلوان - بعنوان دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري - ١٩٩٨ - ص ١٠٥١.

١٤٨- أنظر: أشرف تامر علي - الدور السياسي للقضاء الدستوري - رسالة دكتوراه - حقوق أسيوط - ٢٠١١ - ص ١٢٤ - ١٢٥؛ أنظر: عبد المنعم شرف - المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - ٢٠٠١ - ص ٩١٩.

١٤٩- أنظر: الدكتور رعت عيد سيد - الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية - طبعة مزودة ومنقحة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٩ - ص ٣١١.

مخاصمتها. فيكون هناك عدد يكفي لتشكيلها بهيئة سباعية أخرى للفصل في طلب الرد، أو المخاصمة، أو الفصل في الدعوى الدستورية محل الرد أو المخاصمة^(١٥٠).

صفوة القول، يرى الباحث إن رأي الفريق الثاني أصوب، فمما لا شك فيه إن تحديد عدد أعضاء المحكمة الدستورية بمقتضى الدستور، أمر يحسب للمشرع العراقي، لأنه يحقق للمحكمة الاتحادية العليا الاستقرار والثبات اللازمين لأهمية هذه المحكمة في النظام القانوني، كما أنه يؤدي إلى استبعاد مظنة التدخلات السياسية في تشكيل أو عمل المحكمة، وهو ما يحدث في كثير من الدول. هذا بالإضافة إلى أنه يكون بذلك قد حذا حذوا الكثير من الدساتير العالمية الحديثة التي تنص على عدد قضاة الهيئة الدستورية، كإيطاليا في المادة (١٣٥) من الدستور، وفرنسا في المادة (٥٦) من دستور سنة ١٩٥٨، والبرتغال في المادة (٢٢٢) من دستور سنة ١٩٧٤، والمغرب في المادة (١٣٠) من دستور سنة ٢٠١١، والنمسا في المادة (١٤٧) من دستور سنة ١٩٢٠ المعدل^(١٥١).

أما ما يتعلق بفئات المحكمة، فقد جاء النص الدستوري والقانوني بخصوص فئات أعضاء المحكمة غامضاً، ولا يمكن التيقن على وجه الدقة في مراد المشرعين الدستوري والقانوني فيما إذا كانت المحكمة الاتحادية العليا مؤلفة من القضاة فقط أم أن هناك فئات أخرى، حيث وردت كلمة (أفراد) في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وكلمة (أعضاء) في قانون المحكمة دون تحديد صفتهم، ولكن حصر المشرع لعملية الترشيح بمجلس القضاء الأعلى تؤكد اتجاه نيته لأن يكون الأعضاء من القضاة لكون مجلس القضاء الأعلى يختص بشؤون القضاة دون غيرهم على وفق أحكام البند (أ) من الفقرة (١) من المادة (٣) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٣، وبالتالي ستكون المحكمة الاتحادية العليا مشكلة من فئة القضاة.

كما إن إطلاق المشرع لتسمية المحكمة دون تسمية أخرى عند الكلام عن الجهة المختصة بدستورية القوانين، كان الهدف منه - حسب اعتقادنا - عدم إفساح المجال أمام إدخال بعض العناصر السياسية في تشكيل المحكمة - لاقتصارها على الجانب القانوني، والواقع العملي يدعم هذا الرأي، فأعضاء المحكمة الذين اختيروا كلهم قضاة - حتى وإن كانت أقلية لأن الباحث يرى أن ما يعرض على المحكمة من مسائل هو أمر من أدق أمور القانون لا يقدر عليه إلا المتمرسون من رجال

١٥٠- أنظر: الدكتور محمد باهي أبو يونس - أصول القضاء الدستوري - المصدر السابق - ص ٤٥.

١٥١- لمعرفة المزيد عن الدول التي أخذت باتجاه تحديد أعضاء المحاكم الدستورية بموجب النصوص الدستورية. أنظر: الدكتور علي عبد العال سيد أحمد - دور القضاء في تفسير القاعدة الدستورية - المصدر السابق - ص ٥٥.

القضاء والقانون، وحتى لا تتأثر المسائل القانونية بالتيارات السياسية إذا ما شكلت المحكمة من غير
القضاة^(١٥٢).

الفرع الثاني شروط العضوية

يلاحظ عدم إيراد قانون إدارة الدولة أو قانون المحكمة ما يشير إلى الشروط الواجب توافرها
في رئيس وأعضاء المحكمة كالجندية، والأهلية القانونية، أو الخلقية، أو سن التعيين، أو
الفئة... وغيرها، حيث جاء النص مطلقاً، وهو بذلك يتفق مع التوجه الأمريكي حيث أن النصوص
الدستورية، أو التشريعية الحاكمة لتنظيم وسير أعمال المحكمة العليا الأمريكية لم تتطلب توافر أية
أهلية أو شروط خاصة في أعضاء المحكمة، وإن جرى العرف على ألا تضم - من ناحية - سوى
الفقهاء الذين لم يكونوا كذلك من حيث طبيعة أعمالهم فإنه يلزم ثبوت ذلك الوصف فيهم من حيث
التكوين أو الشكل^(١٥٣)، ومثلما تمثل الثقافة القانونية أول الخطوات المهمة على طريق الوصول إلى
المحكمة العليا، فإن الشغل المسبق لأحد المناصب العليا الحكومية، أو المهن القانونية يعد آخر
الاعتبارات المهمة والبارزة للوصول إلى المنصب القضائي، لأنها تسهل عملية كشف مصداقية
الشخص الذي سيشغل وظيفة القاضي في المحكمة الاتحادية العليا، ومثال على ذلك شغل قضاة
المحكمة العليا الثمانية العاملون حالياً (أي ما عدا رئيس القضاة) منصباً قضائياً سواء في المحاكم
الاستئنافية الفيدرالية أو في محاكم الولايات، كما أن رئيس القضاة ويليام رينكويسست عمل قبل تعيينه
قاضياً في المحكمة العليا في وظيفة تنفيذية في وزارة العدل، كما شغل وارين منصب حاكم كاليفورنيا
قبل تعيينه في المحكمة العليا^(١٥٤).

ومما تجدر ملاحظته، أنه من الصعوبة في هذا المجال إطلاق التعميم بشأن القضاة
الأمريكيين، لأنهم يشغلون مناصبهم في محاكم تتنوع أنماطها ويصلون إلى هذه المناصب مروراً

١٥٢- سنتناول دراسة الخلافات الفقهية بخصوص فئات أعضاء المحكمة بشكل تفصيلي في المطلب القادم، لكون المشرع
الدستوري العراقي لعام ٢٠٠٥ ضمن تشكيل المحكمة فئات أخرى إلى جانب القضاة.

١٥٣- أنظر: الدكتور مصطفى محمود عفيفي - رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية - طبعة أولى - المصدر السابق -
ص ٤١٠٨؛ وأنظر: الدكتور سامر عبد الحميد العوضى - أوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية
العليا - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ٢٠١٠ - ص ١٦.

١٥٤- أنظر: لورانس بوم - المحكمة العليا - (ترجمة د. مصطفى رياض) - الطبعة العربية الأولى - الجمعية المصرية لنشر
المعرفة والثقافة العالمية - القاهرة - ١٩٩٨ - ص ٨٠-٨٣.

بخبرات متنوعة، وتجارب متباينة غير أنه يمكن تقديم قاعدتين عامتين بخصوص ذلك، الأولى، هي أن القضاة الأمريكيين يعتلون منصة القضاة في بادئ الأمر بعد مرور سنوات عديدة من الخبرة القانونية المهنية، أما الثانية، فهي عندما يستقر القضاة على منصة القضاة فإنهم لا يتدرجون بصفة عامة خلال نظام الترقية إلى المناصب القضائية، وهم في هذين الأمرين يختلفون عن القضاة في معظم البلدان الأخرى^(١٥٥).

وبذلك تتوافر في النظام القضائي الأمريكي إمكانية الالتحاق بالهيئة القضائية على أي مستوى من مستوياتها، فيجوز أن يصبح المحامي قاضياً في بداية الأمر في أعلى درجات المحاكم أو أدناها سواء على مستوى المحاكم الفيدرالية وعلى رأسها المحكمة الاتحادية العليا، أو مستوى محاكم الولايات، ولا يتمتع المحامون الذين يتقلدون مناصب قضائية في محاكم الموضوع أو المحاكم الاستئنافية المتوسطة بالفرصة لترقية لمحكمة أعلى درجة باستثناء عدد قليل من الولايات كـفرجينيا، حيث يوجد تقليد يتم بمقتضاه ترقية قضاة محاكم الموضوع للمحاكم الاستئنافية، وهكذا فإن معظم القضاة يقضون تاريخهم المهني بأسره في محكمة واحدة، وحتى وإن درج الرؤساء الأمريكيون، على مدى السنوات العشرة الأخيرة، على ترشيح قضاة المحاكم الاستئنافية ليصبحوا قضاة في المحكمة الاتحادية العليا، غير أن هذا النمط لم يكن شائعاً على مر التاريخ الأمريكي^(١٥٦).

ومن الاعتبارات الأخرى المهمة في تعيين قضاة المحكمة الاتحادية العليا، هي المؤهلات السياسية فعندما تم الوصول إلى الحقيقة التي مفادها أن أكثر من نصف إجمالي القضاة الفيدراليين كانوا ناشطين سياسياً قبل تعيينهم مقارنة بـ ١٠% من إجمالي عدد السكان يعتبر دليلاً إضافياً يؤكد على أهمية الاعتبارات السياسية في التعيين، والسبب الذي يكمن وراء وجود سجل من النشاط السياسي لدى معظم المعينين في المناصب القضائية هو سبب مزدوج؛ فالسبب الأول أن مناصب القضاة ما زالت تعتبر جزءاً من نظام الوضع تحت الرقابة السياسية، (أي من جانب الرئيس ومجلس الشيوخ)، ومن الأرجح أن يكافأ الذين يخدموا الحزب بمنصب فيدرالي مقارنة بالذين لم يؤدوا نفس الواجب، والسبب الثاني يتجسد بأنه حتى إذا لم تمنح المناصب القضائية كتعويض سياسي مباشر، فإن بعض النشاط السياسي من جانب القاضي المتوقع عادة يكون ضرورياً لأنه إذا لم يكن الوضع كذلك فإن المرشح ببساطة لن يكون مرئياً للرئيس ومجلس الشيوخ، فإذا لم يسمع وسطاء السلطة القضائية مطلقاً

١٥٥- أنظر: دانيال جون ميدور - المحاكم الأمريكية - (ترجمة د.مصطفى رياض) - الطبعة الأولى - الجمعية المصرية لنشر

المعرفة والثقافة العالمية - القاهرة - ١٩٩٩ - ص ٦١-٦٢.

١٥٦- أنظر: دانيال جون ميدور - المحاكم الأمريكية - (ترجمة د.مصطفى رياض) - ط ١ - المصدر السابق - ص ٦٣-٦٤.

بمقام معين، لأنه لا يمتلك الخلفية السياسية فإن اسمه لن يرد على الذهن عندما يصبح هنالك مكان شاغر في مناصب القضاة^(١٥٧).

فعلى سبيل المثال شغل القاضي انتونين سكاليا، قبل تعيينه قاضياً في المحكمة العليا، عدة مناصب في إدارتي الرئيسين نيكسون وفورد، كما مارس كل من رئيس القضاة ويليام رينكويسست والقاضية ساندر داي اوكونور، قبل تعيينهما في المحكمة العليا، نشاطاً حزبياً في إطار الحزب الجمهوري بولاية اريزونا، علماً أن القاضية ساندر داي اوكونور شغلت أحد المناصب الكبيرة عن طريق الانتخاب، حيث كانت زعيمة الأغلبية في مجلس الشيوخ في ولاية اريزونا، ثم انتقلت من عضويتها في هذا المجلس إلى العمل القضائي، فضلاً عن ذلك أنه حتى إذا لم يأخذ الرؤساء بنظر الاعتبار عنصر المكافأة السياسية عند اختيار قضاة المحكمة العليا، فإنهم يولون عنصر الاتجاهات السياسية أهمية كبيرة في هذا المجال، ويقصد بذلك المواقف تجاه القضايا المتصلة بسياسات الإدارة الأمريكية، لأن المحكمة العليا لها دور مؤثر في ملية صنع السياسات العامة لذلك فإن الرؤساء يهتمون اهتماماً كبيراً بمواقف واتجاهات الأشخاص الذين يرغبون بترشيحهم تجاه تلك السياسات، إلا أن معرفة الرؤساء تلك الاتجاهات لا تتسم دائماً بالسهولة كما قد يصعب عليهم تحديد الأثر الذي تحققه هذه الاتجاهات عند التصويت في المحكمة العليا، وهذا هو أحد الأسباب التي تدعو الرؤساء في كثير من الأحيان إلى اختيار مرشحهم من بين القضاة، حيث يقول أودين ميز المدعي العام في عهد الرئيس ريكان بصدد هذه الحالة (أن الفلسفة أو أيديولوجية القضاة تكون واضحة لأنهم اكتسبوا الخبرة ويمكن الرجوع لأرائهم المسجلة)^(١٥٨).

وكان من الأفضل للمشرع العراقي أن يحذوا حذو المشرع المصري الذي أسند في المادة (١٧٦) من دستور سنة ١٩٧١ إلى قانون المحكمة الدستورية العليا مهمة تحديد شروط التعيين والحقوق والحصانات، فقد حددت المادة الرابعة من قانون المحكمة الدستورية العليا شروط العضوية الواجب توافرها فيمن يعين نائباً لرئيس المحكمة، فهي تنص على أن شروط عضوية المحكمة نوعان: شروط عامة، وأخرى خاصة تنقسم تلك الشروط إلى قسمين متقابلين أحدهما خاص بالشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، وهي تلك الواردة بالمادة (٣٨) في بنود خمسة أساسية هي على الترتيب التمتع بجنسية جمهورية مصر العربية، وكمال الأهلية من جانب أول، وبلوغ السن المطلوب كحد أدنى للتعين بكل من المحاكم الابتدائية والاستئنافية

١٥٧- أنظر: روبرت أ.كارب ورونك ستيدهام ترجمة علا أبو ازيد - الإجراءات القضائية في أمريكا - الطبعة الانجليزية الثانية - الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية - القاهرة - بدون سنة نشر - ص ٢٧٩-٢٨٠.

١٥٨- أنظر: لورانس بوم - المحكمة العليا - المصدر السابق - ص ٦٠-٦١.

والنقض من جانب ثان، ولقد طرحت المادة الرابعة فقرة أولى هذا الشرط جانباً بتقريرها وجوب ألا تقل سن عضو المحكمة الدستورية عن خمس وأربعين سنة ميلادية أي أعلى من السن المشترط لقضاة النقض بسنتين، والحصول على اجازة الحقوق أو ما يعادلها بشرط اجتياز امتحان المعادلة بنجاح من جانب ثالث، والتمتع بالأهلية الجنائية والتأديبية من جانب رابع بعدم سبق الحكم عليه جنائياً أو تأديبياً لأمر مخل بالشرف ما لم يكن قد رد إليه اعتباره، وأن يكون محمود السيرة حسن السمعة من جانب خامس وأخير.

وأما القسم الآخر من الشروط الخاصة اللازمة توافرها في أعضاء المحكمة الدستورية فلقد وزعتها الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون المحكمة بين أمرين، أحدهما متعلق بوجوب بلوغ سن الخامسة والأربعين كحد أدنى للعضوية، والآخر متصل بالفئات التي يتم اختيار أعضاء المحكمة الدستورية من بينهم دون غيرهم من الطوائف الأخرى^(١٥٩).

يتبين مما سبق، أن المشرع المصري أشتراط أن تكون جنسية أعضاء المحكمة الدستورية العليا من المصريين، وكنا نتمنى أن يحذو المشرع الدستوري والقانوني العراقي حذوه ويشترط أن يكون أعضاء المحكمة من العراقيين، وهو شرط له من المنطق ما يؤيده، اعتباراً بأن العضوية في المحكمة الاتحادية العليا إحدى وظائف الدولة وأخطرها على الإطلاق، ولهذا لا بد أن يتحقق فيمن يمارسها الانتماء والولاء لها، ويستوي في هذا الشأن أن تكون الجنسية العراقية أصلية أم مكتسبة غير أنه لا بد في حالة الجنسية المكتسبة، لكي تجوز التولية، أن يكون قد مضى على اكتسابها مدة معينة، لكونهم أقدر من غيرهم على إصدار الأحكام بعدم الدستورية، وما يترتب عليها من آثار سياسية.

وفيما يتعلق بالسن، جاء قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية خالياً من الإشارة إلى شرط السن لمرشح عضوية المحكمة الاتحادية العليا، وكذلك فعل قانون الأخيرة، وكان من الأفضل أن يحدد السن بفئات عمرية تمتلك الخبرة الكافية تقتضي طول تمرس وخبرة واسعة بالدستور والقانون معاً، والعمل في مجال المهن القانونية فالقضايا التي تنظرها المحكمة تعد خطيرة وحساسة، لذا تتطلب درجة عالية من الخبرة خصوصاً وأن المحكمة الاتحادية العليا تختص بالفصل في مسائل دستورية دقيقة، وهذا ما فعله

١٥٩- أنظر: الدكتور مصطفى محمود عفيفي - بحث رقابة الدستورية - المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق - جامعة حلوان - بعنوان دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري - ١٩٩٨ - ص ٣٨ وما بعدها.

المشرع المصري الذي اشترط بقانون المحكمة ألا يقل سن عضو المحكمة عن خمس وأربعين سنة ميلادية^(١٦٠).

وعلى الرغم من عدم تحديد المشرع العراقي لسن التعيين، إلا أن قانون المحكمة الاتحادية العليا جاء بمبدأ بقاء الأعضاء في المحكمة الاتحادية العليا لمدى الحياة، حيث نصت المادة (٦/ثالثاً) منه على أن " يستمر رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا بالخدمة دون تحديد حد أعلى للعمر، إلا إذا رغب بترك الخدمة"، ويتضح من دراسة الدساتير المقارنة إنها اتخذت اتجاهات متعددة فيما يتعلق بتحديد السن للاستمرار بالخدمة القضائية، فالدستور الإيطالي لسنة ١٩٤٧ حدد هذه المدة باثنتي عشرة سنة، وفي سوريا وطبقاً لأحكام دستور سنة ١٩٥٠ يبقى عضو المحكمة العليا لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد^(١٦١)، وآخر، كالأمريكي لم يحدد سناً معينة للخدمة في المحكمة وإنما جعلها مدى الحياة، وثالث، كالمصري جعلها سن التقاعد ووفق ما نصت عليه المادة (١٤) من قانون المحكمة، "تسري الأحكام الخاصة بتقاعد مستشاري محكمة النقض على أعضاء المحكمة". وإذا كان تقاعد قضاة النقض يكون عند السبعين عاماً، فإنه ذاته ما يجري على أعضاء المحكمة الدستورية، فتكون سن تقاعدهم سبعين عاماً^(١٦٢).

والمشرع العراقي اتخذ الاتجاه الثاني - كما ذكرنا سابقاً - مسابراً بذلك توجه دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادرة سنة ١٧٨٧، حيث أنه وبموجب الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه فإن العضوية في المحكمة الاتحادية العليا تكون لمدى الحياة^(١٦٣)، وعلى الرغم من تأييد البعض لهذا التوجه الخاص بجعل العضوية مدى الحياة مستنداً في ذلك إلى حجتين: الأولى اختلاف المركز القانوني لقضاة المحكمة الدستورية العليا عن غيرهم من القضاة، والثانية عدم التكافؤ في آثار

١٦٠- أنظر: المادة (٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا. ويلاحظ إن سن تولي القضاء عموماً يختلف عن السن المحددة لتولي العضوية في المحكمة الدستورية، حيث تشترط المادة (٢/٢٨) من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، فيمن يتولى القضاء ألا يقل سنه عن ثلاثين سنة بالمحاكم الابتدائية، وعن أربعين سنة بمحاكم الاستئناف، وعن ثلاثة وأربعين سنة بمحكمة النقض. أنظر: الدكتور علي عبد العال سيد أحمد - دور القضاء في تفسير القاعدة الدستورية - المصدر السابق - ص ٦١.

١٦١- أنظر: علي رثيد أبو حجيبة - الرقابة على دستورية القوانين في الأردن - ط١ - ٢٠٠٤ - ص ٤٨.

١٦٢- أنظر: المادة (١٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا.

١٦٣- أنظر: الدكتور أحمد كمال أبو المجد - الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري - المصدر السابق - ص ٤١ وما بعدها؛ وأنظر: الدكتور علي السيد علي الباز - الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الأجنبية - دار الجامعات المصرية - الإسكندرية - ١٩٧٨ - ص ١٤٧.

الأحكام، بمعنى أن أحكام المحكمة الدستورية العليا تمتد حجيتها إلى العامة، بعكس بقية الأحكام القضائية ذات حجية نسبية^(١٦٤).

إلا أن بعض الفقه يختلف مع هذا التوجه لأسباب عديدة: "أولها مخالفة سن الخلق ومنطق الأشياء فالإنسان وهكذا طبيعته، بعد سن معينة تبدأ تهاجمه الشيخوخة بأعراضها، وما لها من تأثير سلبي على مختلف حواسه، ومجمل أعضائه. والقاضي بطبيعة عمله لا بد أن يتمتع بسلامة الحواس، وقوة الأعضاء، فإذا وهنت، قرح ذلك قطعاً في صلاحيته للاستمرار في عمله، ويقدر هذا الوهن، ولذا كان من الضروري تحديد سن يفترض عند بلوغها، تبعاً لهذا الأصل الخلفي، عدم قدرته على الاستمرار في توليه العمل القضائي، والقول بغير ذلك هو إقرار للضعف أن يحكم، وللوهن أن يقضي، والله در القاضي شريح الذي تولى القضاء في خلافة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - حتى بداية الدولة الأموية، عندما صعب عليه سماع أقوال المتداعين لضعف حاسة السمع عنده، قال الآن يعتزل شريح القضاء إذن كان المشرع منطقياً. إذ توقف عند تحديد سن للتقاعد في الوظائف القضائية كغيرها، وذلك بسن توفق بين الاستفادة بخبرة القاضي الذي تراكمت ببلوغها، وتقادي معاييب أن يبدأ بعدها الضعف والوهن في القوى على الفصل في الأقضية بغير تأثير من ضعف الذاكرة، ووهن في سلامة التقدير، وثانيها أن تبرير الرأي باختلاف المركز القانوني لقضاة المحكمة الدستورية العليا عن غيرهم من القضاة، محل نظر، لأن القضاء جميعهم في مركز قانوني واحد، وتتماثل أقدارهم علواً ومكانة ولا يفترق القاضي الدستوري - رغم بالغ قيمته - عن غيره من القضاة قيمة فجميعهم قضاة سواء، وإن كان ثمة فرق بينهم، فهو فرق في التخصص وملكات القوى على حسن تأديته. وهو فرق لا يتعلق بالمركز القانوني للقاضي، لأن هذا الأخير لا يعني غير ما يتمتع به القاضي من حقوق، وما يفترض عليه من واجبات والقضاة في هذا الشأن على سواء. ثم ما علاقة تحديد سن التقاعد بمركز القاضي القانوني؟ بل وأي تمايز في مركز القاضي الدستوري عن غيره من القضاة، يقضي إلى إيثاره بسن تقاعد معينة دونهم؟ لا شك أن القول بذلك الإيثار يفضي إلى الإخلال بمبدأ المساواة، ويعيب النص الذي يقرره بعبء عدم الدستورية. والأخيرة أن اتخاذ عينية الحكم الدستوري سبيلاً للقول يجعل عضوية القاضي الدستوري لمدى الحياة، محل نظر أيضاً. إذ ما علاقة عينية الحكم بمدى عمل القاضي فمحل كل منهما مغاير فكيف يستوي الحكم مع افتراق المحل؟ فالعينية وصف يصاحب الحكم الدستوري، ومدى العضوية أمر يتعلق بزمن عمل القاضي الأولى وصف للحكم، والثانية نعت لمدة الولاية، وكلاهما مغاير للآخر. ومن ثم لا يجوز اتخاذ أحدهما سند

١٦٤ - أنظر: سامر عبد الحميد العوضي - أوجه عدم دستورية القوانين في النظام الأمريكي والمصري - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية - ٢٠١٠ - ص ٣٧٨.

الآخر. بل ولو صح حقاً أن عينية الحكم موجبة لجعل مدة ولاية القاضي لمدى الحياة، لكان القاضي الإداري شريكاً للقاضي الدستوري في التمتع بهذه الميزة، لاسيما قاضي الإلغاء باعتبار أحكام الإلغاء عينية أيضاً، بل لأفضى ذلك إلى نتيجة بالغة الغرابة مفادها أن القاضي الإداري الذي يفصل في دعاوى الإلغاء، يتميز مركزه عن القاضي الإداري الذي يفصل في دعاوى الحقوق، فيكون الأول عضويته بمحاكم مجلس الدولة لمدى الحياة، ونظيره في ذات المحاكم لا يتمتع بهذه الميزة. وهو ما لا يمكن أن يقل به أحد^(١٦٥).

وجدير بالذكر أنه لم ترد إشارة إلى تفرغ أعضاء ورئيس المحكمة الاتحادية العليا إلى العمل في هذه المحكمة، وإنما أشار قانون إدارة الدولة إلى أن رئيس المحكمة الاتحادية العليا يكون رئيس مجلس القضاء الأعلى^(١٦٦)، أي أنه أجاز ازدواج عمل الرئيس، كما لم يحدد الحقوق المالية والتقاعدية للعضو إذا كان يشغل منصباً قضائياً آخر إلى جانب عضويته أو رئاسته للمحكمة الاتحادية العليا، إلا أنه حدد توصيفاً لعضو ورئيس المحكمة حيث اعتبرهم بدرجة وزير لغرض احتساب الراتب عند إشغاله لمنصبه في هذه المحكمة^(١٦٧).

الفرع الثالث

أداة التشكيل

يتضح من القانونين - قانون إدارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية - إن مجلس الرئاسة هو الذي يقوم بتعيين أعضاء هذه المحكمة وتسمية أحدهم رئيساً لها، إلا أنهما لم يبيّنا الإجراءات التفصيلية المتعلقة بترشيح القضاة، وكيفية اختيار الفائزين من بينهم، وكيفية إجراء التصويت والأغلبية المطلوبة لذلك، وكذلك في حالة حصول شاغر في هيئة المحكمة بسبب الوفاة، أو الإحالة إلى التقاعد بسبب الحالة الصحية^(١٦٨)، أو العزل، أو عند غياب أحد أعضائها، أو وجود سبب قانوني يحول دون اشتراكه في نظر دعوى معينة^(١٦٩).

١٦٥- أنظر: الدكتور محمد باهي أبو يونس - أصول القضاء الدستوري - المصدر السابق - ص ٥٨-٥٩ هامش رقم (١).

١٦٦- أنظر: نص المادة (٤٥) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.

١٦٧- أنظر: نص المادة (٦/أولاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥.

١٦٨- صدر المرسوم الجمهوري رقم (٣) في ٢٠٠٧/٢/١٩ بتعيين أحد القضاة بديلاً لآخر أحيل على التقاعد لأسباب صحية.

١٦٩- صدر الأمر الجمهوري رقم (٦١) في ٢٠٠٩/٥/٢٦ بتسمية اثنين من قضاة محكمة التمييز الاتحادية ليكونا عضوي احتياط في المحكمة الاتحادية العليا إضافة إلى عملهما في محكمة التمييز الاتحادية لتأمين سير العمل في هذه المحكمة عند تحقق أحد هذه الحالات على أنه لم يتم الإشارة إلى وجود أعضاء احتياط في هذه المحكمة لا في قانون إدارة الدولة ولا في قانون المحكمة أو دستور ٢٠٠٥.

وفي مصر قضت المادة الخامسة من قانون المحكمة الدستورية العليا بأن يعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية، ويعين عضو المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية، وذلك من بين اثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة، ويرشح الآخر رئيس المحكمة، وبهذا يكون القانون قد فرق بين إجراءات تعيين رئيس المحكمة والأعضاء حيث يعين الأول بقرار من رئيس الجمهورية مباشرة، أما الأعضاء فيتم تعيينهم بنفس الأداة أيضاً ولكن بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية وذلك من بين اثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة، ويرشح الآخر رئيس المحكمة^(١٧٠).

ولكن ما صاحب هذا التنظيم من انتقادات أفضى إلى تعديل المادة الخامسة بالقرار الجمهوري رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١، لتنص على أن يعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية من بين أقدم ثلاثة نواب لرئيس المحكمة بعد موافقة الجمعية العامة للمحكمة، ويعين نائب رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة الجمعية العامة للمحكمة، ويحدد قرار التعيين أقدمية نائب رئيس المحكمة^(١٧١).

والحقيقة اختلف الفقه بشأن الطريقة المثلى لاختيار رئيس وأعضاء المحاكم الدستورية في الدول المختلفة، فمنهم من يرى أنه يجب أن يكون تعيين أعضاء المحكمة من اختصاص السلطة القضائية وحدها، ولا داعي للاستشهاد بتجارب الدول الأخرى إذ أن التاريخ الدستوري المصري يظهر أن الخطر الحقيقي على احترام الدستور وسيادة القانون يكمن في السلطة التنفيذية التي دأبت الدساتير المصرية على جعل العديد من الاختصاصات لها، بما يغريها على الخروج على الدستور والإعتداء على اختصاصات باقي السلطات^(١٧٢). ويرى آخر منكرًا على هذا الرأي بأنه إذا كانت طريقة التكوين بواسطة الاختيار الذاتي لأعضاء الجهة الرقابية، للابتعاد عن أي سلطة، يمكن أن تؤثر في استقلالية الجهة الرقابية في عملها لمراقبة الشرعية الدستورية، إن من شأن ذلك أن يجعل من هذه الهيئة الرقابية هيئة أرستقراطية، وهذا الأمر لا يتفق مع مبادئ الديمقراطية الحديثة^(١٧٣).

١٧٠- أنظر: الدكتور علي عبد العال سيد أحمد - دور القضاء في تسيير القاعدة الدستورية - المصدر السابق - ص ٦٢.

١٧١- أنظر: الدكتور محمد باهي أبو يونس - أصول القضاء الدستوري - المصدر السابق - ص ٧٣-٧٤.

١٧٢- أنظر: الدكتور محمد حنين عبد العال - القانون الدستوري - المصدر السابق - ص ١٧٥.

١٧٣- أنظر: الدكتور عبد الحميد متولي - القانون الدستوري والأنظمة السياسية - الجزء الأول - الطبعة الثانية - المصدر

السابق - ص ١٩٩ - ٢٠٠.

ويرى آخر منكرًا لإنفراد السلطة التنفيذية في تعيين أعضاء المحكمة، ويرى أن تمركز سلطة التعيين بيد رئيس الجمهورية فيه من الخطورة ما فيه لاحتمال تأثير السلطة السياسية على عمل المحكمة في موضوع خطير كالرقابة على دستورية القوانين^(١٧٤).

في حين يرى آخر إنه إذا كان انفراد رئيس الجمهورية باختيار وتعيين رئيس المحكمة الدستورية مبعثاً لتخوف البعض - على النحو السابق - من أن ينال ذلك من استقلال المحكمة الدستورية، فقد كان مدعاة ليقين جانب آخر من الفقهاء من عدم اعتبار ذلك سبيلاً للتأثير على استقلالها، إذ كما يقول: ... إن قيام السلطة التنفيذية بتعيين القضاة - كما هو الحال في مصر - لا ينال من استقلال السلطة القضائية بالدرجة التي يتوهمها الكثيرون... وذلك أن التجربة دلت في كثير من البلاد على أن العبرة في استقلال القضاة ليست بطريقة اختيارهم، ولا بنصيب السلطة التنفيذية من المشاركة في هذا الاختيار، وإنما هي بمدى قدرة تلك السلطة على التدخل في شئونهم بعد تعيينهم، فإذا امتنع هذا التدخل لم تكن لطريقة التعيين أثر يذكر على مدى استقلال القضاء^(١٧٥).

ويرى آخر إن الرأي الأخير قد يكون له وجهة بالنسبة للقضاة غير الدستوريين، أما القضاء الدستوري فإنه يراقب دستورية القوانين والتي هي من عمل السلطة التشريعية بالتعاون مع السلطة التنفيذية التي غالباً ما تقترح القوانين، لذلك يجب لضمان الجدية خاصة في الدول النامية والتي لم ترسخ أقدامها في الديمقراطية بعد ألا تنفرد أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بالأمر وإنما من الأفضل أن تشارك السلطات الثلاث في الاختيار^(١٧٦).

وهناك من يرى أن اشتراك السلطات الثلاث في تعيين أعضاء المحكمة العليا يوفر من الضمانات لكفالة استقلال المحكمة ما يفوق كثيراً إنفراد أي من السلطتين التنفيذية أو التشريعية بتعيين أعضاء المحكمة. إلا أن الأمر الهام هو كيفية وضع الأسلوب السليم الذي يضمن لنا تحقيق اشتراك السلطات الثلاث في اختيار أعضاء المحكمة. فإنه من الأوفق أن تقوم السلطة القضائية بإعداد قائمة المرشحين لعضوية المحكمة على أن يختار منها كل من رئيس الجمهورية والبرلمان العدد المطلوب، فالهيئات القضائية هي الأقدر على ترشيح من ترى أنه أكثر استعداداً وكفاءة لشغل هذا المنصب

١٧٤- أنظر: الدكتور علي السيد علي الباز - الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الأجنبية - المصدر السابق - ص ٥٣١.

١٧٥- أنظر: الدكتور أحمد كمال أبو المجد - الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري - المصدر السابق - ص ٥٦٣.

١٧٦- أنظر: الدكتور هشام محمد فوزي - رقابة دستورية القوانين في أمريكا ومصر - المصدر السابق - ص ١٧٣؛ أنظر: الدكتور ثروت بدوي - القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر - المصدر السابق - ص ١٦١.

الهام، ولا يتعلق الأمر بعدم انفراد إحدى السلطات بتعيين أعضاء المحكمة فحسب، بل بضمان اختيار تلك السلطات لأفضل الكفاءات القانونية والقضائية، وهذا الحل يوفق بين عدم انفراد إحدى السلطات بتعيين أعضاء المحكمة وبين اختيار أفضل الكفاءات^(١٧٧).

ويؤيده آخر مع بعض الاختلاف ويرى أن الطريقة الفضلى لكي يتحقق الاستقلال للجهة القضائية المختصة بالرقابة على الشرعية الدستورية، أن يكون اختيار أعضاء هذه الجهة الرقابية من قبل السلطات الثلاث في الدولة، أو على الأقل للسلطتين التشريعية والتنفيذية معاً^(١٧٨).

ويرى الباحث إن تحقيق الاستقلالية في تشكيل الجهة المخولة في الدستور بالرقابة على دستورية القوانين، تتحقق عندما يكون اختيار وتعيين قضاتها عملية تشترك فيها السلطات الثلاث في الدولة التشريعية، والتنفيذية، والقضائية وقد سارت بعض الدول على هذا المسلك، خاصة تلك التي أخذت بنظام مركزية الرقابة، كإيطاليا والبرتغال، حتى لا تكون المحكمة خاضعة لتأثير إحدى السلطات في الدولة، أو على الأقل أن يكون اختيار قضاة المحكمة المختصة بالرقابة من اختصاص سلطتين، وهذا ما فعله المشرع الدستوري العراقي في قانون إدارة الدولة العراقية.

المطلب الثاني

تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في ظل دستور ٢٠٠٥

صدر دستور جمهورية العراق الدائم في الثامن والعشرين من كانون الأول سنة ٢٠٠٥^(١٧٩) وأكد على وجود المحكمة الاتحادية العليا، حيث تناول في الفصل الثالث من الباب الثالث منه السلطة القضائية الاتحادية وخصص الفرع الثاني للمحكمة الاتحادية بعنوان (المحكمة الاتحادية العليا).

وجاءت المادة (٩٢) بفقرتين:-

أولاً:- المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً.

١٧٧- أنظر: الدكتور علي السيد علي الباز- الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الأجنبية- المصدر السابق - ص ٥٣٤-٥٣٥.

١٧٨- أنظر: الدكتور محمد عبد اللطيف - إجراءات القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٩- ص ٥١ وما بعدها.

١٧٩- نشر في جريدة الوقائع العراقية - العدد (٤٠١٢) السنة السابعة والأربعين - في ٢٨ كانون الأول ٢٠٠٥.

ثانياً:- تتكون المحكمة الاتحادية العليا، من عددٍ من القضاة، وخبراء في الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون، يُحدد عددهم، وتنظم طريقة اختيارهم، وعمل المحكمة، بقانون يُسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب.

وما يهمنا في هذا المقام ما جاء في (المادة ٩٢/ ثانياً) بخصوص تشكيل المحكمة أمرين، الأول، يتعلق بالمفاضلة بين تشكيل المحكمة الاتحادية العليا بين الدستور أو القانون الذي يجب أن يصدر بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب ولم يصدر بعد. والثاني يتعلق بفئات أعضائها الثلاث: القضاة، والخبراء في الفقه الاسلامي، وفقهاء القانون، ولكون إضافة فئة الخبراء في الفقه الاسلامي من أكثر الأمور التي أثارت خلافات على مستوى الفقه. لذلك سنناقش هذه التشكيلة وأراء الفقه فيما يتعلق بالتصورات المتوقعة للقانون الذي سيصدر وفقاً للدستور الجديد. عليه ستكون دراستنا لهذا المطالب من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: أداة تحديد تشكيل المحكمة الاتحادية العليا: (الدستور أم القانون)؟
الفرع الثاني: فئات أعضاء المحكمة.

الفرع الأول

أداة تحديد تشكيل المحكمة الاتحادية العليا:(الدستور أم القانون)؟

لاحظنا فيما سبق أن المشرع العراقي حدد عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا بنص قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية - يعتبر بمثابة الوثيقة الدستورية كونه وصف بالقانون الأعلى كما أسلفنا - ولم يترك ذلك للقانون المنشئ لها، فيما جاء دستور ٢٠٠٥ بنص صريح وأسند تحديد تشكيل المحكمة، وعدد أعضائها، وتنظيم طريقة اختيارهم، وعمل المحكمة إلى قانون يُسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب، مما أثار تساؤل عما إذا كان لابد أن يرد هذا التحديد في نص دستوري أم يكفي أن يجئ به نص قانوني؟

إن توجه المشرع العراقي ساير المشرع الدستوري المصري، فيتبين أن الأخير نص في المادة (١٦٧) من دستور سنة ١٩٧١، على " يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم" ونص في المادة (١٧٤) من نفس الدستور، على " أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها..".

فالواضح من النصين السابقين، أن المحكمة الدستورية العليا - بوصفها إحدى الهيئات القضائية - يتم تحديد طريقة تشكيلها بواسطة القانون وليس الدستور^(١٨٠)، وهو الأمر الذي أكدته مرة أخرى نص المادة (١٧٦) من قانون المحكمة الدستورية المصرية بشكل واضح وصريح سيراً على نفس المنطق العام السائد بشأن كافة الهيئات القضائية في الدولة، وسواء كانت منتمية إلى القضاء العادي أو الإداري، إذ تتساوى جميعها في هذا الأمر باعتبارها عناصر متساوية من حيث تكوينها للسلطة القضائية في الدولة.

ويرى بعض الفقه^(١٨١) أنه بالرغم من عقلانية ومنطقية الحكم الدستوري المشار إليه، فإن البحث المقارن بشأن تشكيل جهات الرقابة على الدستورية سواء في ذلك الدول المعتمدة للقالب القضائي أم السياسي للرقابة أو سواء تلك التي أوكلت أمر الرقابة إلى جهة مركزية موحدة، أو وزعتها بين العديد من الجهات القضائية اللامركزية، أو سواء اتبعت أسلوب الرقابة المسبقة أم اللاحقة على الدستورية، تثبت دون استثناء قيام دساتير تلك الدول المقارنة بموجب نص صريح وواضح محدد فيها ببيان التشكيل الخاص بجهة الرقابة على الدستورية، وهو الأمر الذي لم يفعله الدستور المصري، وما كان له أن يقوم به - وإلا كان غير منطقي مع نفسه - طالما أنه قد أثبت للمحكمة الدستورية وصف الهيئة القضائية المستقلة في المادة (١٧٤) منه، وما دام أن تشكيل كافة ومختلف الهيئات القضائية إنما يتسم بواسطة قانون طبقاً للحكم الدستوري العام الوارد بنص المادة (١٦٧) منه.

ويضيف صاحب الرأي لإكمال فكرته، ويقول: كي نفرغ من النقطة السابقة يتوجب علينا الإجابة على التساؤل الخاص بالمفاضلة بين المنهجين السابقين، والمزايا التي يوفرها كل منهما، وإذا ما أردنا تيسير الإجابة المطلوبة فهل يمكننا تقرير أن الفارق فيما بين قيام الدستور بنفسه - وبموجب نص فيه - بتحديد تشكيل المحكمة الدستورية، وبين إسناده هو ذاته لهذا الأمر - وبموجب الإحالة الصريحة فيه - إلى قانون تصدره السلطة التشريعية يُعد من الناحية الموضوعية قانوناً دستورياً مكملاً،

١٨٠- إلا أن الدستور الصادر في ٢٦ ديسمبر سنة ٢٠١٢ ينص في المادة (١٧٦) منه على أن "تشكل المحكمة الدستورية العليا من رئيس وعشرة أعضاء، ويبين القانون الجهات والهيئات القضائية من أو غيرها التي ترشحهم، وطريقة تعيينهم، والشروط الواجب توافرها فيهم، ويصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية، وبهذا النص يكون المشرع الدستوري قد فرض حصانة دستورية على تشكيل المحكمة الدستورية العليا. ولكن صدور دستور ٢٠١٤ الجديد أعاد مرة أخرى للقانون بدل الدستور مهمة تحديد تشكيل المحكمة فنص المادة (١٩٣) منه للقانون على "تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس.....، وذلك كله على النحو المبين بالقانون".

١٨١- أنظر: الدكتور مصطفى محمود عفيفي - رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية - طبعة أولى - المصدر السابق - ص ٢٤٠ وما بعدها.

إنما هو فارق شكلي فحسب لا يحمل أدنى اختلاف من الناحية الموضوعية لتساوي الأدوات - أي الدستور والقانون - من حيث تقرير حكم دستوري موحد؟

وإذا كانت الإجابة على الصيغة الأخيرة لتساؤلنا هي بالإيجاب أي أنه أمر لا يتجاوز حدود الفارق الشكلي دون الموضوعي، فلماذا حرصت الدساتير المقارنة على اختلافها على النص بصورة محددة على تشكيل جهات الرقابة على الدستورية فيها دون أن توكل هذه المهمة إلى قانون أساسي أو دستوري يصدر فيما بعد؟.

إن الحكمة التي تبدو لنا واضحة ومقبولة عقلاً للفرقة فيما بين كل من الدستور والقانون - بفرض كونه قانوناً أساسياً- كأداتين لتحديد تشكيل المحكمة الدستورية العليا، إنما تتبلور في الصعوبة البالغة لإدخال التغيير أو التطوير على ذلك التشكيل، إذا ما حتمت ذلك مصلحة مجتمعية ما، ذلك أن تعديل التشكيل الخاص بالمحكمة الدستورية عند النص عليه محددًا في الدستور أمر له إجراءاته المعقدة والمركبة زمنياً وموضوعياً، وأما ما يراد إدخاله من تعديل أو تغيير بشأن تشكيل ورد بالقانون للمحكمة الدستورية العليا، فهو أمر سهل ميسر بالمقارنة بسابقه حيث يتم ذلك وفقاً لنفس الأداة وبنفس الإجراءات، برغم التسليم بالمرتبة الأساسية أو الدستورية لهذا النص القانوني، وذلك بحكم صدوره عن المشرع العادي أي جهة إصدار القوانين العادية ممثلة في مجلس الشعب.

ومع ذلك فإن فارق المرونة والاستجابة لمقتضيات التغيير البيئي والاجتماعي، قد يبدو للبعض من قبيل المزايا التي يمكن نسبتها إلى المسلك الدستوري المصري بشأن تشكيل المحكمة الدستورية العليا، كما وأنه قد يبدو - بالمقابل لذلك - من قبيل المساوئ التي تخضع مثل هذا الحكم الدستوري المفترض استقراره وثباته لأهواء سياسية أو تشريعية، قد لا تمت بصله إلى الاعتبارات الفنية المتعلقة بهذا التشكيل وبقائه على صورة دون أخرى، خاصة وأن الجهة المتحكمة في ذلك التشكيل هي السلطة التنفيذية.

لذلك يرى صاحب الرأي السابق أفضلية القيام بتحديد تشكيل المحكمة الدستورية العليا بموجب نص الدستور نفسه، وهو الأمر الذي يستلزم إجراء تعديل دستوري لنص المادة (١٧٦) من الدستور المصري سنة ١٩٧١، بحيث ينطوي على تحديد لعدد أعضاء تلك المحكمة وللهيئات الدستورية التي تسهم في اختيارهم، والكيفية التي يتم بها ذلك الاختيار، والمدة التي يتم شغلهم لمنصب العضوية خلالها، ومدى قابليتها للتجديد من عدمه، وعلى أن يترك ما عدا ذلك من مسائل متعلقة بتشكيل المحكمة للقانون العادي كتلك الخاصة بالتركيب البنائي للمحكمة، وما إذا كان موحدًا أم مقسماً بين دائرتين أو أكثر إلى غير ذلك من المسائل الأخرى بما يتلاءم وسير أعمالها.

في حين يرى جانب من الفقه ان هذا الرأي قدر وجاهته، يمكن الرد عليه بأمرين: أولهما أنه ليس من عادة الدستور لا سيما المصري تحديد أعضاء المحاكم مهما علا قدرها، وتسامت مكانتها فلم ينص الدستور المصري في أي من سنيه على العدد الذي تتكون منه محكمة النقض ولا المحكمة الإدارية العليا، ولا غيرهما مثلاً، فلما يشذ عن هذا الأصل لينص على عدد أعضاء المحكمة الدستورية العليا؟ وقد يرد على ذلك بأن مكانة هذه الأخيرة، وطبيعة مهمتها، وما يقتضيه ذلك من أن يتوافر لها من استقلال تجاه سلطات الدولة، يستوجب النص دستورياً على هذا التحديد، وقاية لها من العبث بالتشكيل سياسياً. ويمكن دفع هذا الرد قوياً بأن محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا لا تقل مكانة ولا قيمة عن المحكمة الدستورية، بل إن الاستقلال فريضة واجبة تتمتع به جميع المحاكم على اختلاف أنواعها وتباين درجاتها، وإذا كان الدستور قد أثر المحكمة الدستورية العليا- المادة ١٧٦ من دستور ١٩٧١- بصفة الهيئة القضائية المستقلة القائمة بذاتها، فذلك لينفي عنها، أمرين: الأول اعتبارها هيئة سياسية لا قضائية. والثاني تبعيتها لأي من جهات القضاء الأخرى^(١٨٢). ولا يمكن أن يتخذ من أي دستور نص على تشكيل القضاء الدستوري ذريعة للقول بلزوم الاقتداء به، لأن لكل دولة نظامها الدستوري الذي يتوافق مع ظروفها، والتأسي بنظام متبع في دولة ما، بغير مراعاة ظروفه، مدعاة للخلل في البناء القانوني. وليس ثمة سبب أدعى لانهايار النظام من تطبيقه في غير بيئته، ودونما توافر موجبات إعماله. ولذا فإن كان الدستور الفرنسي قد نص في مادته (٥٦) على تحديد أعضاء المجلس الدستوري بتسعة أعضاء، فذلك لم يكن مقصوداً لذاته، وإنما لغيره، أي كان بمثابة ضمانة من الضمانات التي حرص الدستور على النص عليها لحماية للمجلس باعتباره مجلساً سياسياً يشكل باختيار جهات سياسية، ويصدر قرار بتشكيله من رئيس الجمهورية، ومن ثم لا يتمتع بالطبيعة القضائية التي تكون هي بذاتها ضمانة من بغي السلطة السياسية وتأثيرها^(١٨٣).

أما الثاني فمفاده أنه لا بد من عدم الغلو في عدم الثقة بالقانون أو بالأحرى المشرع العادي، وإلا لحق ذات العيب سيادة القانون، وصار عبثاً الحديث عن ضمانات القضاء إعتباراً بأن مستقرها النص القانوني، فالقانون هو أداة الدستور في تنظيم شئون القضاء وإعمال المحاكم، وتحديد حقوق القضاة وحصاناتهم، بل إن قانون السلطة القضائية هو الذي تنتظم وفقاً له شئون القضاء العادي، وبالمثل قانون مجلس الدولة ينظم أحوال قضاة القضاء الإداري، ولم يقل أحد أن أيّاً منهما قد نال

١٨٢- أنظر: الدكتور سعد عصفور - النظام الدستوري المصري - منشأة المعارف - إسكندرية - ١٩٨١ - ص ٣٠٢.
١٨٣- أنظر:

ROUSSEAU (D.), Manuel de Contentieux. Constitutionnel. Paris. Montchrestien. 2008. p.9.

نقلاً عن الدكتور محمد باهي أبو يونس - أصول القضاء الدستوري - المصدر السابق - ص ٤٨.

بتحديده لأعضاء أي الجهتين من استقلالها، أو اتخذ سبباً لتأثير السلطة التشريعية أو التنفيذية على أي منهما.

ولعل ذلك ما يدعو إلى القول بأنه ليس ثمة غضاضة في أن يتحدد عدد أعضاء المحكمة الدستورية بنص قانوني باعتباره أطوع على التعديل، وأقرب فعلاً من تحديده دستورياً؛ لا سيما وأن الدستور المصري جامد بطبيعته، وهو ما يجعله عصياً على التعديل الذي لا يجوز إلا بإجراءات أشد من المتطلبة لتعديل القانون العادي، على نحو يترتب عليه صعوبة تعديل النص المحدد لعدد الأعضاء - إذا ما اقتضت الضرورة ذلك بالسرعة اللازمة لمواجهة الظروف الموجبة للتعديل^(١٨٤).

ومهما كانت الأداة القانونية التي يتم بها تحديد أعضاء القضاء الدستوري، دستورية أو تشريعية، فإن ضمان استقلال القضاء يتوقف على الإرادة السياسية للحاكم، التي تتأثر دائماً بالظروف السياسية السائدة في الدولة^(١٨٥).

والحقيقة يتضح من نص المادة (٩٢) من الدستور العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥، بأن المشرع الدستوري لم يحدد نهائياً عدد أعضاء المحكمة، ولم ينظم طريقة ترشيحهم، أو اختيارهم إنما ترك هذه المسائل إلى السلطة التشريعية الاتحادية المتمثلة بمجلس النواب لينظمها بموجب قانون، وحتى إذا اشترط المشرع الدستوري صدور هذا القانون بأغلبية خاصة، إلا أن ذلك لا يدل في الحقيقة على تمتع هذا القانون بأية علوية شكلية على القوانين العادية، مادامت الإرادة المنفردة للسلطة التشريعية نفسها هي التي تضع وتعديل القانون، بحيث يمكنها في أي وقت أن تعدل تكوين المحكمة وطريقة اختيار أعضائها للضغط عليها أو الانتقاص من استقلالها، لذا كان من الأفضل أن يحدد المشرع الدستوري عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا وطريقة وشروط اختيارهم ومدة ولايتهم بنصوص دستورية صريحة، حتى يغلق المجال أمام السلطة التشريعية المتمثلة بمجلس النواب من التلاعب في ذلك.

وبذلك فإن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية يُعد أكثر تحديداً من هذه الزاوية، مادام قد حدد عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا بتسعة أعضاء (رئيس وثمانية قضاة)، وكذلك بين طريقة وإجراءات تعيينهم التي تتم من قبل مجلس الرئاسة من بين القائمة التي يعدها مجلس القضاء الأعلى كما بينا ذلك سابقاً.

١٨٤- أنظر: الدكتور محمد باهي أبو يونس - أصول القضاء الدستوري - المصدر السابق - ص ٤٦ وما بعدها.

١٨٥- أنظر: الدكتور علي عبد العال سيد أحمد - دور القضاء في تمييز القاعدة الدستورية - المصدر السابق - ص ٥٨-٥٩.

الفرع الثاني

فئات أعضاء المحكمة

يلاحظ أن دستور سنة ٢٠٠٥ قد نص على أن تتكون المحكمة الاتحادية العليا، من عددٍ من القضاة، وخبراء في الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون، فهو لم يشكلها من فئة واحدة (القضاة) كما فعل دستور ١٩٢٥ في المحكمة العليا، ولم يبقها على التشكيل الأول للمحكمة الاتحادية العليا استناداً إلى قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، الذي اقتصر على العنصر القضائي حسب، فلم يضم إلى عضوية المحكمة أي عنصر من العناصر الأخرى كفقهاء القانون أو خبراء في الفقه الإسلامي - وان كانت هذه التشكيله وفق قانون إدارة الدولة مازالت قائمة من حيث المضمون الفعلي لهيكلية المحكمة لعدم صدور قانون المحكمة الذي أشارت له المادة (٩٢/ثانياً) من دستور ٢٠٠٥، حتى كتابة هذه السطور - أو مزج في تشكيلها بين الجانب القضائي والإداري كما فعل دستور ١٩٦٨ في المحكمة الدستورية العليا، فما هي الحكمة من ذلك؟ لم أجد بين ثنايا الدستور أو الأعمال التحضيرية لكتابته جواب على هذا التساؤل^(١٨٦)؟

ويتضح أن المشرع الدستوري العراقي حرص على أن تكون هيكلية المحكمة مكونة من العنصر القضائي والقانوني والإسلامي وهذا ليس بمنتدح للمشرع، لأن هيكلية تكوين المحكمة إذا كانت تتضمن العنصرين القضائي والقانوني فلا تثريب عليها^(١٨٧)، بيد أن إقحام العنصر الإسلامي في

١٨٦- أنظر: سالم رمضان الموسوي - تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين الدستور والقانون - بحث منشور في مجلة النشرة القضائية تصدر عن مجلس القضاء الأعلى في العراق - العدد السادس - بغداد - نيسان ٢٠٠٩ - ص ٣٣ وما بعدها.

١٨٧- وهذا ما دفع البعض إلى المطالبة بأن يتم اختيار أعضاء المحكمة الدستورية من أعلى المستويات القضائية في الدولة وأساتذة القانون العام في الجامعات المصرية من ذوي الكفاءة والمكانة العلمية العالية (الدكتور رمزي الشاعر - النظرية العامة للقانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الثانية، ص ٥٥٦). وهو ذاته ما دعا البعض الآخر إلى اقتراح تشكيل المحكمة الدستورية العليا، على نحو يكون معه ثلث أعضائها من أساتذة القانون. (عبد المنعم عبد الحميد شرف - المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - ٢٠٠١ - ص ٩٢٤). وهو رأي جدير بالتأييد لعدة أسباب أولها أن المحكمة الدستورية هي محكمة قانون لا محكمة وقائع. ولذلك تكون أكثر احتياجاً إلى الفقه لتفهم مرامي النصوص وسير أغوارها، والوقوف على حقيق مقاصدها، هذا إلى أن الفقه خير عون لأعضاء المحكمة بحكم تخصصه في الدراسات القانونية، والوقوف على مستجداتها المعاصرة، والإحاطة المستمرة بالفكر القانوني المقارن، وهو ما يعين على تفهم النص الدستوري، على ضوء الاتجاهات الدستورية. وثانيهما أن الخبرة والتجربة، كشرط لحسن تأدية العمل، لا بد أن تكون في نطاق التخصص، وهو ما يستلزم أن يكون الاعداد بالخبرة والتجربة في مجال الاختصاص النوعي للمحكمة، أي المجال الدستوري قطعاً. وأعضاء الهيئات، من أولى الخبرة والتجربة كل في مجال تخصصه، مدنياً أو جنائياً أو إدارياً... الخ، ولذا فإن قصر الخبرة على تخصص ليس من لوازمه تعديها إلى آخر، ويفيد

=بلوغ المنتهى في تخصص تفوق صاحبه في تخصص آخر. فعوض في آخر لم يخبر. وهذا من أخص مقتضيات قاعدة مفادها وضع الرجل المناسب في المكان المناسب، ولذا كان على المشرع جعل الأولوية في الاختيار لعضوية المحكمة- نواب المحكمة- من بين أعضاء هيئة المفوضين بها، لأن هذا مقتضى لاتصال الخبرة وتكاملها، ولذا ما جاء بالمذكور الإيضاحية للقانون من قصر ثلثي عضوية المحكمة على أعضاء الهيئات القضائية قول محل نظر، ثالثها أن القاضي الدستوري يختلف عن سواء من القضاء على اختلاف تخصصاتهم، فهو قاضي، كما ذكرنا، قانون لا وقائع لا تعنيه الواقعة بمجرياتهما بقدر ما يهيمه النص بمختلف جوانبه، ولذا فإن خبرته يكون حاصلها تمكنه وقدرته على إنزال نص على نص، لا نص على واقعة. ولذا فإن أعضاء الهيئات القضائية لهم ملكة إحكام النص على الوقائع، ولكن ليس من مقتضى عمل بعضهم الحكم على نص من خلال نص، لا سيما حين يكون النص دستورياً يلزمه خبرة تكونت بعد طول تمرس على معرفته وسبر أغوار، ومكانة بلوغ غاياته وتفهم مقاصده، وهو أمر لا يتأتى إلا بطول انتقال في هذا المجال، كما سبق القول إذن، لئن كان الحكم على الواقع هو من أعمال القاضي، فإن الحكم على النصوص هو من أعمال الفقيه. بل من أخص أدوار الفقه ابتاع النصوص وتأويلها مبدأ غموضها وموضحاً مبهمها، وضابطاً لما أشكل منها، ومبيناً ما يخصص عمومها، أو ما يقيّد مطلقها. بل هو أقدر على ذلك من سواء، ولعل ذلك ما يقطع بلزوم عضويته في هذه المحكمة باعتبار صفته من أهم لوازم حسن تأديتها لاختصاصاتها. كما سلف البيان (أنظر: الدكتور محمد باهي أبو يونس - أصول المرافعات الدستورية... المرجع السابق - ص ٤٨) رابعها أن القاضي الدستوري حقاً يطبق دستور دولته على قوانينها، ولكنه لا يطبقه في إطار فهم ضيق لمعناه، أو تصور مغلق لأحكامه. وإنما يجزئه مستشرقاً اتجاهات المشرع الدستوري الدولي، ليستبين قاعدة يطبقها على ما يفصل فيه. فهو إن كان ملزماً بتطبيق أحكام الدستور، فإن مقتضى هذا الالتزام تطوير مفاهيمه في ضوء المستجدات المعاصرة وهو في ذلك ليس كغير، من القضاء، وإنما هو أمر تقتضيه طبيعة دور المحكمة الدستورية وخاصة مهامها، ولعله ما يؤكد البعض بقوله: لقد كان منهاج المحكمة- أي الدستورية العليا- في أداء مهمتها تعبيراً عن إيمانها بأن تراثاً عريضاً في شأن الشرعية الدستورية ماثل أمامها من خلال القضاء الدستوري المقارن والمواثيق والمعاهدات الدولية، فلا يجوز إهدار، أو إغفاله ذلك أنه ما كان لأي علم من العلوم أن يتقدم إلا باعتبار، بنياناً من تراكم الجهود، كل يغيث من عمل سلفه واجتهاده، مضيئاً إليها أو مطوراً إليها. (المستشار ماهر عبد الواحد: رئيس المحكمة الدستورية العليا الأسبق: مقدمة مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً (١٩٦٩-٢٠٠٩). ص، ٣) وهو ذاته ما ذهب إليه البعض الآخر بقوله: ... أنها رقابة- أي رقابة المحكمة الدستورية على القوانين- ترفه سمعها لحركة التاريخ، وترنو ببصرها إلى آفاق المستقبل، ولا تجمد عند لحظة معينة أو تقع في دائرة مغلقة، ولكنها ترقب التطورات الفقهية والقضائية للمقارن. نائبة بذلك عن التقيّد بقولب صماء لمفاهيم النصوص الدستورية باعتبار أن هذه النصوص لا تجمد مع الزمن إلا بقدر استجابتها لآمال الجماهير العريضة وتعبيرها عنها، (المستشار ممدوح مصطفى: الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية العليا: مقدمة مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. الجزء الرابع (١٧٨-١٩٩١): ص ٥) وهو ما يعبر عنه البعض الثالث قائلاً: ... وقد كان اقتربها- أي المحكمة الدستورية- من الدستور الأمريكي وغير، من الدساتير الأجنبية تعبيراً عن إيمان بأن تراثاً عريضاً في شأن الشرعية الدستورية مثل أمامها من خلال القضاء المقارن فلا يجوز إهدار، أو إغفاله في زوايا النسيان، وما كان للعلم أن يتقدم إلا باعتبار، بنياناً من تراكم الجهود (د. عوض المر: الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية العليا. مقدمة مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. الجزء السابق: ص ٨) ولذا لا يستقيم أداء المحكمة لرسالتها بقصور عضويتها على رجال الهيئات القضائية دون أن يشارك الفقه بعون كموز زُخر بالتجارب الدستورية المعاصرة، باعتبار، الفقيه أقدر على القيام بهذه التبعية بحكم ما لديه من أدوات أوفر على الدراسات المقارنة، لذا فهو لا يقتصر حين يبحث المسائل الدستورية على جوانبها الوطنية فحسب، وإنما هو ينقلب فيها ومن غيرها دولياً، ويكمل بتحليله موقف الدستور الوطني منها، وبذلك تكتمل من الناحية القانونية جميع أطرها ولعل ما يقطع بصحة الرأي هذا هو أن تشكيل المحاكم والمجلس الدستورية في أغلبها لا تشكل من رجال قضاء فحسب على نحو ما تقدم، بل إن الأب الروحي

هذه الهيكلية مالم تعهده الدساتير والتشريعات المقارنة بل نكاد نجزم أن المشرع العراقي هو الوحيد الذي ضمن هيكلية المحكمة بهذا العنصر المتكون من خبراء في الفقه الاسلامي^(١٨٨).

ففي مصر جاء في المادة الرابعة من قانون المحكمة الدستورية العليا النص على الفئات التي يتم اختيار أعضاء المحكمة الدستورية، من بينهم دون غيرهم من الطوائف الأخرى وذلك على النحو التالي:

- ١- أعضاء المحكمة العليا الحاليين.
- ٢- أعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين، ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها خمس سنوات متصلة على الأقل.
- ٣- أساتذة القانون بالجامعات المصرية السابقين والحاليين ممن أمضوا في وظيفة أستاذ ثمان سنوات متصلة على الأقل.
- ٤- المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمتي النقض والإدارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل.

= لرقابة الدستورية القاضي جون مارشال رئيس المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية، لم يكن من رجال القضاء، وإنما كان من أساطين السياسة الأمريكية. وفق ما تقدم، ولعل هذا يؤكد صحة الرأي بأن يجمع تشكيل المحكمة الدستورية بين رجال القضاء بما لديه من خبرة لازمة للفصل في المنازعات الدستورية بوجه عام، وأساتذة القانون بحكم تخصصهم اللازم لموجبات الفصل فيها، ولذا نقتح أن يكون نصف أعضاء المحكمة من الهيئات القضائية، والنصف الآخر من أساتذة القانون والمحامين. وبذلك يكمل كلا منهما الآخر، وتكتمل بالخبرة والفقه أدوات المحكمة اللازمة لحسن تأديتها لمهامها الدستورية، ثم يصدر القرار الجمهوري بالتعيين ولا خشية من انضمام أساتذة القانون إلى تشكيل المحكمة للقول بأنه بصيغه بالصيغة السياسية على نحو يمكن من أن تهدر في ظله اعتبارات الحيادة والموضوعية (أنظر: الدكتور مصطفى عفيفي - رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية - المصدر السابق - ص ٢٨٣) لأن عضو المحكمة بمجرد انضمامه إليها يكتسب الوصف القضائي، ويتحلل من صفة الوظيفة السابقة، ويكون له ما للقضاة من حقوق، فضلاً عما يتمتع به من ضمانات الاستقلال والحيادة، حتى لو فرض تجزئه من التأهيل القانوني. وتأكيداً لذلك قضت المحكمة العليا بأن: ... المعيار الحقيقي لتوفر الصفة القضائية للجنة يقوم على توفر ضمانات التقاضي لديها عند الفصل في المنازعة دون اعتداد بالتأهيل القانوني لأعضائها، فقد يخلع الشارع صفته القضائية على من لم يكن مجازاً في الحقوق، متى اقتضت ذلك طبيعة المنازعة المحكمة العليا: ٧ فبراير ١٩٧٦ الدعوى رقم ٤ لسنة ٤ قضائية "دستورية" مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، القسم الأول، الجزء الأول، ص ٣٣١. أنظر: الدكتور محمد باهي أبو يونس - أصول القضاء الدستوري - المصدر السابق - هامش (٢) ص ٦٧-٧١.

١٨٨- أنظر: الدكتور مازن ليلو راضي - ضمانات احترام القواعد الدستورية في العراق - بحث منشور في مجلة القانون المقارن - رمز المجلة (١) جمعية القانون المقارن العراقية العدد (٥٧) - ٢٠٠٨ - ص ١٥.

وهو الأمر الذي نؤيده بطبيعة الحال والمنبثق عن جلال وأهمية العمل الوظيفي المسند إلى عضو المحكمة الدستورية العليا أياً ما كانت الطائفة المختار من بينها، وباعتبار تلك المحكمة هي قمة القضاء العادي والإداري في آن واحد.

ولقد عبرت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا عن ذلك بجلاء في البند الأول منها بقولها: "تقديراً لمكانة هذه المحكمة وحرصاً على أن يتم تشكيلها من خلاصة الشخصيات المرموقة التي مارست خبرة واكتسبت دراية في المجال القضائي والقانون....".

ولم يحدد القانون أعضاء المحكمة بعدد معين إفساحاً لمجال زيادتهم وفق ما تسفر عنه احتياجات العمل بعد مباشرة اختصاصاتها^(١٨٩).

كما نصت المادة الخامسة على أن يكون ثلثاً عدد أعضائها على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية، وإن يكون جميع الأعضاء من بين المشتغلين بالقانون أياً كانت الجهة التي ينتمون إليها. وهذا يعني أن الغلبة تكون للعنصر القضائي على أن يترك مجال الاختيار لباقي أعضائها من بين الهيئات القضائية وأساتذة القانون والمحامين^{(١٩٠)،(١٩١)}.

ونلاحظ ان القانون أشرط أن تكون الأولوية في التعيين لأعضاء هيئة المفوضين بالمحكمة، وهذا يعني أنه يمكن تعيين جميع أعضاء المحكمة من أعضاء الهيئات القضائية، أما إذا رأيت سلطة التعيين أن تختار من بين أساتذة القانون والمحامين، فيكون ذلك في حدود ثلث نواب رئيس المحكمة على الأكثر، ولا يفهم من ذلك أن هذا الثلث يكون مقصوراً على أساتذة القانون والمحامين، إذ يشاركون فيه أعضاء الهيئات القضائية أيضاً، وفي تبرير ذلك قالت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة أنه : ... مراعاة للصفة القضائية لهذه المحكمة^(١٩٢).

إن اشتراك أساتذة القانون وكبار المحامين في تشكيل المحكمة الدستورية العليا لا يؤثر على طبيعتها القضائية، فبعد تعيين هؤلاء في المحكمة يتحولون إلى قضاة كأقرانهم سواء بسواء.

١٨٩- أنظر: الدكتور مصطفى محمود عفيفي - رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية - المصدر السابق - ص ٢٤٩-٢٥٣.

١٩٠- أنظر: الدكتور علي عبد العال سيد أحمد - دور القضاء في تفسير القاعدة الدستورية - المصدر السابق - ص ٦٣. وكذلك أنظر: الدكتور يحيى الجمل - القضاء الدستوري في مصر - المصدر السابق - ص ١٣٧.

١٩١- على أي حال فإنه لم يحدث منذ أن أنشئت المحكمة الدستورية العليا أن عين فيها أحد من الفئتين الأخيرتين. أنظر: الدكتور يحيى الجمل - القضاء الدستوري في مصر - المصدر السابق - ص ١٣٧.

١٩٢- أنظر: الدكتور محمد باهي أبو يونس - أصول القضاء الدستوري - المصدر السابق - ص ٦٧.

وفي هذا الصدد أعلنت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أنه مراعاة (للصفة القضائية لهذه المحكمة نصت المادة الخامسة على أن يكون ثلثا أعضائها على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية ليزودوا بها المحكمة بتجاربيهم وخبراتهم، على أن يترك مجال الاختيار بالنسبة لباقي أعضائها من بين الهيئات القضائية، وأساتذة القانون والمحامين) وتشكيل المحكمة الدستورية على هذا النحو يتفق وطبيعتها المعلنة بنصوص الوثيقة الدستورية^(١٩٣).

والرجوع إلى دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ يدفعنا إلى التساؤل عن دور خبير الفقه الإسلامي في المحكمة الاتحادية العليا هل هو استشاري أم أن لهم عضوية كاملة ويشاركون الهيئة القضائية بالقرارات والأحكام والتصويت عليها؟ وهل هناك تناقض بين وصف المحكمة الاتحادية بالهيئة القضائية في الدستور والأمر بتشكيلها من فئات غير قضائية؟

وقد اختلفت الآراء بين المختصين ورجال القانون بخصوص دور الفئات المذكورة في النص الدستوري إلى ثلاثة آراء، الأول، يرى أن الخبراء والفقهاء سيكونون جزءاً من المحكمة وسيتمتعون بكامل صلاحيات القضاة فيها، أما الفريق الثاني فيرى عكس ما يراه الفريق الأول فهو يرفض منح خبراء الفقه الإسلامي عضوية كاملة ويرى أن دورهم استشاري فقط، وفريق ثالث يوفق بين الرأيين السابقين عن طريق تقسيم اختصاصات المحكمة إلى اختصاصات قضائية وتكون حصرية للهيئة القضائية، وأخرى غير قضائية كتفسير النصوص الدستورية والتصديق على النتائج النهائية للانتخابات العامة لمجلس النواب، والنظر في صحة العضوية لأعضاء المجلس، وتمارس هذه الاختصاصات بالاشتراك بين الهيئات القضائية وخبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون ويكون للجميع حق التصويت في إتخاذ القرارات وسنتطرق إلى تلك الآراء وكما يلي:-

إن اشتراط وجود فئة الخبراء في الفقه الإسلامي مع فئة الفقهاء في القانون هو رغبة الكتل السياسية المتمثلة في البرلمان، والتي وضعت دستور ٢٠٠٥، وحرصت على إيراد هذا النص لمراقبة التشريعات وضمان عدم تعارضها مع ثوابت أحكام الإسلام استناداً للفقرة (أ) من أولاً من المادة (٢) من الدستور، (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام)، وترى هذه الكتل أن الخبراء والفقهاء سيكونون جزءاً من المحكمة وسيتمتعون بكامل صلاحيات القضاة فيها^(١٩٤).

١٩٣- أنظر: الدكتور فتحي فكري - اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١١ - ص ٢٣٤.

١٩٤- أنظر: القاضي قاسم حسن العبودي - أشكال القضاء في النظام الفدرالي - بحث منشور على الموقع الإلكتروني :- <http://www.alnoor.se/article.asp?id=59697>

وآخر يؤيد هذا التوجه، ويرى أن وجود عنصر الخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون في تشكيلة المحكمة الاتحادية العليا أمر محسوم بالنص عليه في صلب الدستور، ويجب أن تراعى المسائل التي أثرت وتعالج في نصوص قانون المحكمة الاتحادية العليا الجديد المزمع تشريعه بموجب أحكام دستور ٢٠٠٥، كما أن وجود هذه العناصر إضافة إلى القضاة سيمد هذه المحكمة بالخبراء والكفاءات، ويمكنها من أداء مهامها بالشكل الأمثل كما يرى ذلك بعض الفقه الدستوري في العراق^(١٩٥).

ويرى آخر^(١٩٦) أن الوصف الدستوري للمحكمة الاتحادية العليا في العراق بأنها هيئة قضائية الوارد في المادة (١/٩٢) لا يتنافى وطبيعة تشكيلها من القضاة وخبراء الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون الوارد في الفقرة الثانية من نفس المادة ولا يشكل تناقضاً، ويقول أن حصر الطبيعة القضائية للرقابة عند ممارستها من قبل القضاة فقط ليس من المبادئ المسلم بها في الفقه الدستوري، إذ لا يوجد تلازم بين طبيعة الأعضاء ونوع الرقابة التي يمارسونها، فالرقابة تكون قضائية متى ما أخذت الإجراءات المتبعة في إصدار القرارات طابعاً قضائياً، حيث توصف الرقابة بالقضائية بلحاظ العمل الذي تمارسه الهيئة أو المحكمة و ليس بلحاظ طبيعة أعضائها.

وهذا يعني إن الرقابة تكون قضائية متى ما أخذت الإجراءات المتبعة في إصدار القرارات طابعاً قضائياً من حيث تبادل اللوائح والأدلة بين طرفي الدعوى، وطابع الجلسات التي تتميز بالرد والرد المقابل، فضلاً عن تسبب القرارات واستيفاءها للحجج والبراهين القانونية وليس المعيار وجود الأعضاء القضاة فقط، كما أن نص المادة ٩٢ - ٢ يلزم أن تتشكل المحكمة الاتحادية العليا من ثلاثة أصناف و لسنا هنا بصدد تبرير فكرة وجود خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون أو نقضها بقدر بيان إننا أمام نص دستوري نافذ وليس من اختصاص السلطة التشريعية تجاوز هذا النص أو تميع مضمونه أما إذا كان هناك أي توجه بعكس ذلك فأننا بحاجة إلى تعديل دستوري، و بما أن النص الدستوري جاء مطلقاً بترتيب الواو العاطفة التي لا تعطي امتياز لفئة على أخرى، لذلك لا يمكن تصنيف الدعوات إلى تميز الأعضاء القضاة عن غيرهم إلا بكونها دعوات غير دستورية.

١٩٥- أنظر: الدكتور غازي فيصل مهدي - المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية - موسوعة الثقافة القانونية - بغداد - ط١ - ٢٠٠٨ - ص٢٧؛ وكذلك أنظر: الدكتور عصمت عبد المجيد بكر - دستورية القوانين في العراق (١٩٢٥-٢٠٠٥) - بحث منشور في مجلة أوراق تركمانية - العدد الخامس - ٢٠٠٩ - ص٢٥.

١٩٦- أنظر: علي عيسى اليعقوبي - المحكمة الاتحادية العليا في العراق: تكوينها وطبيعة الرقابة التي تمارسها رؤية دستورية - بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء مجلة فصلية - السنة الرابعة - العدد الرابع (تشرين الثاني - كانون الأول) ٢٠١٢ - ص ١٢٣-١٢٤.

ويضيف صاحب الرأي إكمالاً لفكرته: إن الجدل حول التخوف من وجود خبراء الفقه الإسلامي أو الخلط بين عمل المحكمة الدستوري وبعض تجارب المحاكم الشرعية في العهد الملكي المستندة إلى قانون ١٩٢٣ الذي نظم آلية الرجوع إلى العالم الفقيه لبيان الحكم الشرعي فيما يتعلق بقضية تخص الفقه الإسلامي، حيث يصدر العالم الفقيه الفتوى، وتصدر المحكمة قرارها مضمنة فتوى الفقيه في صلب القرار، هذا الجدل لا قيمة له واقعاً مادام النص الدستوري قد حسم ذلك لصالح وجود الخبراء في المحكمة، فخبير الفقه الإسلامي وفق النص الدستوري عضو أصيل ورد في ترتيب تركيبة المحكمة، ولا يجوز استثناءه من قراراتها بوصفه استشارياً، ثم أن وجود هذا الصنف من الفقهاء الإسلاميين له ما يبرره إذ كيف يتم صيانة نص الفقرة الثانية - أ من الدستور التي تقضي بعدم جواز سن قانون يعارض ثوابت أحكام الإسلام ؟ مع العلم أن ثوابت أحكام الإسلام هي من الأمور المشتركة بين كافة المدارس الإسلامية ما يجعل التخوف من انتقال الخلافات المذهبية إلى عمل المحكمة أمر غير محتمل فضلاً عن الفقه الإسلامي فقه زاخر بالأحكام و المعاملات التي لا تبعد كثيراً عن الفقه القانوني، خصوصاً إذا علمنا أن عمل المحكمة لا يقتصر على منازعات قضائية بحتة، بل هو عمل تفسيري اجتهادي و يتطلب جهداً فقهياً عالي المستوى.

ويبرر البعض الآخر^(١٩٧) سبب النص في الدستور على خبراء الفقه الإسلامي هو التخوف من الغموض الوارد بالمادة (٢) من الدستور بشقيها، وقد يبدو للوهلة الأولى أن هنالك تناقضاً بينهم، فقد نصت المادة (٢ / أولاً / أ) على ما يلي:-

(لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام)، ونصت الفقرة (ب) من نفس المادة على ما يلي:- (لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية)

وفي تصور هذا الفريق أن مبادئ الديمقراطية ليس لها محددات، وبالتالي ستكون الحاجة ملحة أن تكون هناك جهة تفسر تلك المحددات، وعلى ضوء ذلك يرى هذا الفريق أنه لا بد من مشاركة خبراء الفقه الإسلامي في إتخاذ القرار مع الهيئة القضائية.

١٩٧- أنظر في تفصيل ذلك: مكي ناجي - المحكمة الاتحادية العليا في العراق - دار الضياء للطباعة والتصميم - النجف الأشرف - الطبعة الأولى ٢٠٠٧ - ص ١٢٧ وما بعدها؛ وكذلك أنظر: حسن طاهر المحنة - (الرقابة على دستورية القوانين) العراق نموذجاً - رسالة ماجستير - كلية القانون و العلوم السياسية - الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك - ٢٠٠٨ - ص ١١١ وما بعدها.

في حين يرى آخرون^(١٩٨) أن التعليل المذكور غير موفق، لأن المحكمة لا تنتظر في الأمور العقائدية، وإنما هي هيئة الفصل في نزاع يتعلق بين شرعية القانون وعدم شرعيته على وفق أحكام الدستور، فإنها عملية قضائية بحتة، على وفق توصيفها بالمحكمة الاتحادية في كل المواد الدستورية التي أشارت إليها، مما يعني إنها محكمة، ولا يمكن أن نتصور وجود أشخاص من غير القضاة يشغلون المناصب القضائية، كما إن تحديد الخبير في الفقه الإسلامي، سوف يثير العديد من الإشكالات منها ما يلي:

- أ- في الإسلام يوجد أكثر من مذهب، الرئيسة منها، خمسة مذاهب، وتتفرع منها فرق وملل عديدة، فمن أي مذهب نختار الخبير.
- ب- على مستوى المذهب الواحد نجد إنه يتفرع إلى عدة جماعات وفرق، كما إن بعض المذاهب، التي تأخذ بمبدأ التقليد لمرجع أعلى نجد فيها أكثر من مرجع في خبير سنتعمد وبتزكية أي جهة.
- ج- ما هي شروط الخبرة الواجب توفرها بالخبير، هل نعول على التحصيل العلمي للخبير في الفقه الإسلامي، في مجال الشهادة الأكاديمية العليا، أو سنوات الخدمة، أم نعتمد على البحوث والمؤلفات التي أصدرها في مجال الفقه الإسلامي، أم نعتمد على الفقيه الحوزوي أو الذي يفتي بين الناس في المساجد والحسينيات، أم نعتمد على الفقيه الجامع للشرائط وهو الذي يكون بمرتبة المجتهد الذي له القدرة على الإفتاء، واستنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية، وهذا الفقيه في هذه المواصفة سيكون من الصعب اختياره لعدم تحقق الإجماع عليه، حيث إن بعض المذاهب لا تعتمده، إلا إذا كان الأعم بين أقرانه وفي زمانه.
- د- إن خبير الفقه الإسلامي إذا ما أصبح عضواً في المحكمة الاتحادية، فإنه يكون بمنزلة القاضي، ومن أهم مميزات القاضي الامتناع عن إبداء الرأي في أي قضية، أو موقف من الممكن أن تكون محلاً للنزاع، ومن الممكن أن يعرض عليه، وهذا من أهم الأمور التي يجب أن يتوفر عليها القاضي عند ممارسته لإعماله القضائية.
- هـ- يوجد رأي بأن الخبير في الفقه الإسلامي ليس بالضرورة أن يكون رجل دين، عند التدقيق في المصطلح وهو (خبير فقه إسلامي) وليس عالم دين إسلامي أو رجل دين إسلامي فالخبير في الفقه الإسلامي قد يكون عالم دين أو رجل دين وقد لا يكون كذلك لابد إن مصطلح (خبير في

١٩٨- أنظر: سالم روضان الموسوي - تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين الدستور والقانون - المصدر السابق - ص ٥٥ وما بعدها.

الفقه الإسلامي) قد لا يشترط فيه الدين الإسلامي ودليلنا في ذلك إن المستشرقين كانوا على غير الدين الإسلامي، ومع ذلك كانوا خبراء في الفقه الإسلامي^(١٩٩).

أما الفريق الثاني والذي يرى عكس ما يراه الفريق الأول ويرفض منح عضوية كاملة لخبراء الفقه الإسلامي، فيرى أحدهم^(٢٠٠) ضرورة احتواء المحاكم الدستورية على أعضاء متنوعين في هذا المجال، وأكثر إدراكاً وفهماً لطبيعة القضايا المطروحة وخاصة فقهاء الشريعة الإسلامية، بحكم أن الدستور قد اعتبر ثوابت أحكام الإسلام جزءاً من الدستور بنص المادة (٢) منه ولا يجوز إصدار قانون يتعارض معها. إلا أنه يجد أن هؤلاء الأعضاء من غير القضاة سيشكلون عبئاً على المحكمة عندما تنظر في المنازعات غير المتعلقة بدستورية القوانين، وتفسير الدستور وهي منازعات قضائية بحتة كالنظر في تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء المختلفة، أو تلك المتعلقة بالفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء، ويتمنى أن يتم تشكيل محكمة دستورية عليا متخصصة تحتوي على قضاة محترفين وآخرين من القانونيين والفقهاء المسلمين للنظر في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين، وتفسير الدستور حصراً وأن تترك المنازعات الأخرى للمحكمة العليا لينظرها القضاة حسب اختصاصهم.

وهناك رأي آخر يذهب إلى أن المحكمة الاتحادية العليا تمارس عملها الآن كسلطة قضائية، أو كما تسمى (سلطة الأمر الواقع)، فهي تمارس الاختصاصات التي حددها الدستور لسنة ٢٠٠٥، حيث ترد على استفتاءات الجهات المختلفة حول تفسير هذا الدستور، وتصدر أحكاماً في القضايا المعروضة أمامها وقراراتها بهذا الشأن ملزمة، فهي أن فسرت نصاً دستورياً فإن هذا التفسير ينزل منزلة النص، وأن أصدرت حكماً في قضية معينة فإن حكمها يكون باتاً لا يقبل الطعن بأي طريق وأن كل ذلك يرجع إلى مبدأ الفاعلية والضرورات التي أملت الظروف الاستثنائية التي يمر بها العراق في الوقت الراهن والتي تشكل استثناء على مبدأ المشروعية^(٢٠١).

وآخر يرى^(٢٠٢) أن التجربة الجديدة في العراق تثير المخاوف لدى البعض بضم خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون إلى عضوية المحكمة، واعتبرها البعض مخالفة لاستقلالية القضاء وتدخلًا

١٩٩- أنظر: عبد الجبار خضير عباس - المحكمة الاتحادية بين الاستحقاقات القانونية والإشكالية في التطبيق - جريدة الصباح ملحق مجتمع مدني - العدد الصادر في ٢٠/٨/٢٠٠٧.

٢٠٠- أنظر: الدكتور مازن ليلو راضي - ضمانات احترام القواعد الدستورية في العراق - المصدر السابق - ص ١٥.

٢٠١- أنظر: علي فوزي الموسوي- محاضرات في حقوق الإنسان وضماناتها أُلقيت على طلبة المرحلة الأولى في المعهد القضائي العراقي - دورة ٣٢ لسنة ٢٠١٠ ص ٢٠ وما بعدها (غير منشور).

٢٠٢- أنظر: حسن طاهر المحنة - (الرقابة على دستورية القوانين) العراق نموذجاً - المصدر السابق - ص ١١٤.

في عمل السلطة القضائية، وعدم جواز زج خبراء الفقه الإسلامي في عضوية المحكمة باعتبار العضوية أمراً محصوراً بالقضاة فقط، وهي نظرة لا تخلو من القصور فمفردات الدستور واضحة في المادة (٢) منه؛ مما لا شك فيه أن سن قانون يخالف هذه الثوابت، هو قانون غير دستوري وهنا يبرز دور خبراء الفقه الإسلامي ليبينوا أن هذا القانون يخالف أو لا يخالف ثوابت أحكام الإسلام، فمن المعلوم أن القضاة لا يملكون ما يملكه خبراء الفقه الإسلامي، كما أن خبراء الفقه الإسلامي لا يملكون ما يملكه القضاة في حسم الدعاوى القضائية، وعليه يكون التمييز بين خبراء الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون والقضاة، يحدده طبيعة الموضوع المراد حسمه أمام المحكمة، إذا كان الموضوع ذو طبيعة قضائية فإن دور خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون لا يتعدى المشورة فقط دون التصويت، أما إذا كان الموضوع ذو طبيعة غير قضائية يتعلق بالمادة (٢) من الدستور والمصادقة على نتائج الانتخابات، أرى من الضروري أن يكون لهم حق التصويت، وبهذا نخلص إلى التمييز بين ما هو من الاختصاصات الحصرية للقضاة الذي يكون البت فيه للقضاة حصراً مع مشورة خبراء الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون دون التصويت وذلك للتخلص من إشكالية الجدل الدائر حول خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون.

والبعض الآخر^(٢٠٣) يرى بالإمكان تلافى هذا الجدل بتقسيم اختصاصات المحكمة إلى قسمين:

١- اختصاصات قضائية: وتتمارس هذه الاختصاصات حصراً من قبل القضاة دون خبراء الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون الذي يقتصر دورهم على تقديم الاستشارة دون المشاركة في اتخاذ القرار.

٢- اختصاصات غير قضائية ويشترك فيها الجميع القضاة، وخبراء الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون في اتخاذ القرار كتفسير النصوص الدستورية والمصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب، والنظر في صحة عضوية مجلس النواب.

وهناك من يرى^(٢٠٤) أن لا مجال لتقسيم عمل المحكمة بين طائفتين طائفة تمارس أعمال معينة، وأخرى لها أعمال أخرى. فهذا يتنافى والمنطق القانوني إذ أن أية محكمة تشكل لتمارس عملها ومهامها الموكلة بها بموجب القانون دون تفرقه بين أعضائها ولابد من إعادة النظر في المادة (٩٢/ثانياً) وحصر تشكيلها بالقضاة فقط، إما الدور الاستشاري فيمكن للمحكمة الاتحادية أن تلجأ إليه

٢٠٣- انظر: مكي ناجي - المحكمة الاتحادية العليا في العراق - المصدر السابق - ص ١٢٩.

٢٠٤- أنظر: القاضي محسن جميل جريح - المحكمة الاتحادية العليا - دراسة مقارنة - دار السياب للطباعة والنشر والتوزيع - لندن - الطبعة الأولى - ٢٠٠٩ - ص ٧٩-٨٠.

في أية دعوى تقتضي ذلك حسب ما جاء بالمادة (١٤) من النظام الداخلي رقم ١ لسنة ٢٠٠٥، والتي جاء فيها (إذا اقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي المستشارين لديها أو خبراء من خارجها فتقرر الاستعانة بهم ويكون رأيهم استشارياً).

أخيراً يرى الباحث أن المشرع الدستوري ومن خلال نص المادة (٩٢) من دستور عام ٢٠٠٥، قد نوع تركيبة هذه المحكمة بحيث أوجب أن تشمل عدداً من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي، وكذلك فقهاء في القانون، ويرى الباحث بأن تركيبة المحكمة ينبغي أن تنحصر بالقضاة وكذلك القانونيين سواء كانوا محامين أو أساتذة في القانون، ذلك لأن للقضاء الدستوري خصوصية تختلف عن القضاء العادي، فالقاضي الدستوري يكون بمنزلة المشرع، مما يجعله بحاجة إلى الجانب الفقهي والعملية ليعطي للقضية المعروضة أمامه أبعاداً فقهية، وإعطاء مفهوم دقيق لأساسها والإلمام بجوانبها كافة، وهذا التنوع في الاختصاصات سيد المحكمة بالخبرات والكفاءات ويمكنها من أداء رسالتها على الوجه الأسنى، دون أن يدخل في تركيبها عناصر في الفقه الإسلامي، حتى لا تصبح المحكمة محطة لصراعات مذهبية وطائفية فضلاً عن أنه حتى إذا نصت المادة الثانية من الدستور على عدم إمكانية سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام، فإنه لا يوجد في دستور أي دولة عربية أو إسلامية، التي تأخذ بنفس مضمون هذا النص الأخير، نصاً يوجب أن يكون من بين تركيبة المحكمة المختصة خبراء في الفقه الإسلامي، بل وأيضاً أن قانون إدارة الدولة العراقية لعام ٢٠٠٤ ذاته الذي أشار إلى نفس مضمون المادة الثانية لم يوجب ذلك. وعلى هذا الأساس فإنه من الضروري أن تكون تركيبة المحكمة قضائية وقانونية دون أن تكون مذهبية أو طائفية. ولكن إن كان وجود عنصر الخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون في تشكيلة المحكمة الاتحادية العليا أمر محسوم بالنص عليه في صلب الدستور ويجب أن تراعى المسائل التي أثيرت وتعالج في نصوص قانون المحكمة الاتحادية العليا الجديد المزمع تشريعه بموجب أحكام دستور ٢٠٠٥، ولكي نحافظ على الطابع القضائي للمحكمة نقترح على المشرع أن تكون فئة (خبراء الفقه الإسلامي) أقلية في المحكمة؛ كي لا يكون هناك خوفاً من طغيان هذه العناصر وسيطرتها على اتجاهات المحكمة، بحكم كونها أقلية.

وننتق مع من يرى أن عدم تشريع قانون المحكمة وفقاً لما نص عليه الدستور الدائم لسنة ٢٠٠٥، يزعزع ثقة المواطنين بالقانون والقضاء خاصة إذا كان هذا القضاء مسؤولاً على المحافظة على دستور الدولة، ويشكل خلافاً من الناحية الدستورية ويشكك في مشروعية وجود المحكمة الاتحادية العليا وقانونية الأحكام الصادرة منها لانتفاء السند الدستوري لوجودها (المادة ٤٤ من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغى)، حيث تم إلغاء هذا القانون إلغاءً صريحاً بموجب المادة (١٤٣) من دستور سنة ٢٠٠٥، وأن الأخير جاء بأحكام جديدة من ناحية تشكيل المحكمة

الاتحادية العليا واختصاصاتها (المادتان ٩٢ و٩٣ منه)، والتي تتعارض مع الأحكام التي وردت في قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، وخصوصاً المادتان (٤،٣) منه، وأن الإبقاء على أحكام هذا القانون كما هي يشكل حالة من عدم الدستورية تستوجب من المشرع تلافياً بأسرع وقت ممكن من خلال إصدار قانون المحكمة الاتحادية العليا الجديد - الذي تأخر إصداره منذ سنة ٢٠٠٥ إلى الآن - الذي يجب أن ينسجم مع أحكام الدستور سنة ٢٠٠٥ (٢٠٥)، (٢٠٦).

٢٠٥- أنظر: الدكتور: مها بهجت يونس - المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين - بيت الحكمة - بغداد - ط١ - ٢٠٠٩ - ص١٦؛ وأنظر: الدكتور صلاح جبير البصيصي - المحكمة الاتحادية بين أزمة التشكيل وازمة القرار - بحث منشور في شبكة نأ المعلوماتية - في ٣- ١- ٢٠٠٨ على الموقع الإلكتروني:

<http://www.annabaa.org/nbanews/72/383.htm>

٢٠٦- ومما تجدر الإشارة إليه أن رئاسة الجمهورية قدمت بتاريخ ٢٠٠٨/٦/٩ مشروع قانون المحكمة الاتحادية العليا وفقاً لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ إلى مجلس النواب لتشريعته إلا أنه لم يشرع لحد الآن وتنص المادة (٢) من المشروع على " أن تتكون المحكمة من رئيس ونائب الرئيس وأحد عشر عضواً على النحو التالي: أولاً- الهيئة القضائية تتكون من:-

أ- رئيس المحكمة.

ب- نائب رئيس المحكمة.

ج- سبعة أعضاء.

ثانياً- الهيئة الاستشارية تتكون من أربعة مستشارين على النحو الآتي:-

أ- اثنان من خبراء الفقه الإسلامي.

ب- اثنان من فقهاء القانون.

ثالثاً- أ- يكون للمحكمة عضوان احتياط يختارهما رئيس المحكمة من بين قضاة محكمة التمييز الاتحادية ليحل أحدهما عند غياب أحد أعضاء المحكمة من القضاة أو تعذر اشتراكه فيها لأي سبب من الأسباب.

ب- يكون للمحكمة عضوان احتياط من بين خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون ليحل احدهما عند غياب احد أعضاء المحكمة من المستشارين أو تعذر اشتراكه فيها لأي سبب من الأسباب.

ج- لا يتفرغ الأعضاء الاحتياط القضاة والمستشارين للعمل في المحكمة.

رابعاً- أ- يرشح مجلس القضاء الأعلى رئيس المحكمة ونائبه وأعضاء الهيئة القضائية للمحكمة من بين من لهم خدمة قضائية لا تقل عن (٢٠) عشرون سنة على أن يتم اقتراح ثلاثة مرشحين لكل منصب يتم اختيار أحدهم من قبل رئيس الجمهورية ويعينون بمرسوم جمهوري.

ب- (١) ترشح وزير التعليم العالي والبحث العلمي أربعة مرشحين من بين خبراء الفقه القانوني يتم اختيار اثنين منهم من قبل مجلس الوزراء بعد موافقة مجلس النواب بالأغلبية المطلقة ويعينان بمرسوم جمهوري.

(٢) يرشح ديوانا الوقف الإسلاميان أربعة مرشحين من بين خبراء الفقه الإسلامي، يتم اختيار اثنين منهم من قبل مجلس الوزراء ويعينان بمرسوم جمهوري بعد موافقة مجلس النواب بالأغلبية المطلقة.

وقد أبدت اللجنة القانونية في مجلس النواب بتاريخ ٢٠١١/٢/١٦ ملاحظات عديدة على مشروع القانون، منها رفضها تقسيم المحكمة إلى هيئة قضائية واستشارية، وأن يكون عدد الأعضاء (١٣) بدلاً من (١١) عضواً يكون (٩) منهم من القضاة وعضوين من الفقه الإسلامي وعضوين آخرين من فقهاء القانون. ورغم قراءة مشروع القانون قراءة أولى في مجلس

المبحث الثاني

موقع المحكمة في التنظيم القضائي

إن أول ما يتعين علينا التطرق إليه بالحديث هنا هو طبيعة جهة الرقابة وإلى أية سلطة من السلطات الدستورية العامة تدين بالانتماء والتبعية؟ هل للسلطة القضائية كما يفترض أم لغيرها من السلطات؟ وما علاقتها بالهيئات القضائية الأخرى؟

وللإجابة على هذا التساؤل لا بد لنا من إلقاء الضوء على أحكام الدستور العراقي بشأن كل من السلطة القضائية، والمحكمة الاتحادية العليا، ومجلس شورى الدولة، كي نتعرف على موقع المحكمة من دراسة هذه النصوص والقوانين ذات الشأن؛ سواء الخاصة بالقضاء العادي أم القضاء الإداري.

فدستور العراق لسنة ٢٠٠٥ نظم السلطة القضائية في الفصل الثالث منه وجعلها سلطة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية^(٢٠٧)، ونص في المادة (٨٩) منه على "تتكون السلطة القضائية الاتحادية، من مجلس القضاء الأعلى، والمحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة التمييز الاتحادية، وجهاز الادعاء العام، وهيئة الإشراف القضائي، والمحاكم الاتحادية الأخرى التي تنظم وفقاً للقانون".

وجاءت تفصيلات هذا الفصل في فروع ثلاثة خصص الأول لمجلس القضاء الأعلى الذي يتولى إدارة شؤون الهيئات القضائية وعهد إلى القانون، طريقة تكوينه، واختصاصاته، وقواعد سير العمل فيه.

أما الفرع الثاني فجاء تحت عنوان المحكمة الاتحادية العليا، وقد جاءت تسميتها بالاتحادية لكون الدستور أعتبر أن العراق دولة اتحادية كما جاء في المادة الأولى منه أن "جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق".

ونص في المادة (٩٢) على (أولاً: المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً. ثانياً:.....).

=النواب إلا انه لم يشرع لحد الآن لاختلاف الكتل السياسية فيما بينها من ناحية ولان القانون يحتاج إلى أغلبية خاصة (ثلاثي عدد أعضاء مجلس النواب) لغرض تمرير.
٢٠٧- حيث نصت المادة (٨٧) من الدستور على أن "السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون".

وجاء الفرع الثالث والأخير تحت عنوان أحكام عامة، ونص في المادة (١٠١) منه على أنه (يجوز بقانون، إنشاء مجلس دولة، يختص بوظائف القضاء الإداري، والإفتاء، والصياغة، وتمثيل الدولة، وسائر الهيئات العامة، أمام جهات القضاء، إلا ما استثني منها بقانون).

وهكذا نلاحظ بأن السلطة القضائية الاتحادية تتضمن محاكم ومؤسسات قضائية ذات طبيعة مختلفة، فهي تشمل على القضاء العادي، والقضاء الدستوري، والهيئات المشرفة إدارياً وتنظيماً على عمل المحاكم، بالإضافة لجهاز الإدعاء العام، ومن جهة أخرى أعتبر الدستور تشكيل القضاء الإداري أمراً جوازيماً يتم استناداً لقانون اتحادي تحت مسمى (مجلس الدولة)، ولم يصدر هذا القانون لحد الآن (٢٠٨).

لذلك سندرس هذا المبحث في مطلبين وكالاتي:

المطلب الأول: موقع المحكمة من القضاء العادي.
المطلب الثاني: موقع المحكمة من القضاء الإداري.

المطلب الأول

موقع المحكمة من القضاء العادي

يتبين من نص المادة (٨٩) من دستور ٢٠٠٥، أن السلطة القضائية الاتحادية (٢٠٩)، تتكون من مجلس القضاء الأعلى، والمحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة التمييز الاتحادية، وجهاز الإدعاء العام، وهيئة الإشراف القضائي، والمحاكم الاتحادية الأخرى التي تنظم وفقاً للقانون.

٢٠٨- ولكن هذا لا يعني عدم وجود قضاء إداري في العراق، فقد صدر قانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ (٢٠٨) ولا زل نافذاً، وقد استهدف هذا القانون تشكيل جهاز يتخصص بإعداد التشريعات وتدقيقها وإبداء الرأي بغية ضمان وحدة التشريع، وقد كان مجلس شوري الدولة كسابقه يمارس دوراً استشارياً في مجال التقنين وتقديم الرأي والمشورة القانونية لدوائر الدولة، ولكن المجلس وبعد التعديل الثاني رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ أصبح يمارس مهمة القضاء الإداري بالإضافة إلى الدور الاستشاري في مجال التشريع والفتوى حيث أنشئت بموجب هذا التعديل محكمة القضاء الإداري لتضاف إلى مجلس الانضباط العام ولتصبح الهيئتان من تشكيلات مجلس شوري الدولة وبذلك أصبح هذا المجلس يماثل بصورة عامة مع اختلاف في التفاصيل ما يسمى بمجالس الدولة أو مجالس شوري الدولة في الدول الأخرى التي سبقتنا إلى ذلك وعلى هذا الأساس أصبح التنظيم القضائي في العراق قائماً على فكرة القضاء المزوج بعد أن كان قائماً على فكرة القضاء الموحد. أنظر: الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي - توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري وحسم إشكالات التنازع بينهما. بحث نوقش في بيت الحكمة - سلسلة المائة الحرة - إبداع للتصميم والطباعة - بغداد - آذار - ١٩٩٩ - ص ٣٥.

٢٠٩- ونرى في مصر كان من أبرز دلائل رفعة التنظيم الدستوري للمحكمة الدستورية العليا، أن دستور ١٩٧١ أثرها بفصل خاص هو الفصل الخامس من الباب الخامس المتعلق بنظام الحكم، جاء بعد أن خص السلطة التشريعية بفصل، والسلطة

لذلك، نحتاج لبيان موقع المحكمة الاتحادية العليا من القضاء العادي دراسة التنظيم القضائي في العراق، وبيان أهم تشكيلاته كمجلس القضاء الأعلى لأنه ينظم شؤون الهيئات القضائية، ومحكمة التمييز الاتحادية التي تقع في قمة القضاء العادي، وبيان علاقة كلا التشكيلين بالمحكمة الاتحادية العليا في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مجلس القضاء الأعلى.
الفرع الثاني: محكمة التمييز الاتحادية.

الفرع الأول مجلس القضاء الأعلى

بقي القضاة في العراق وكل المعنيين باستقلال القضاء ينادون بوجوب إعادة (مجلس القضاء) ونوط شؤون القضاة وأعضاء الادعاء العام به، وبوجوب استقلال هذا المجلس عن وزير العدل، بعد

=التفذية بأخر، والسلطة القضائية بثالث. وحسب البعض أن المشرع بذلك جعلها سلطة من سلطات الدولة، فرأي لذلك أنها غدت سلطة رابعة (ياقوت العشماوي، عبد الحميد عثمان: دعاوي الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية. ١٩٧٢، الجزء الأول. ص: ٩). والرأي قدر وجهته محل نظر، فلم يدر بخد المشرع الدستوري وهو ينظم لهذه المحكمة، أن يجعلها سلطة من سلطات الدولة. حقاً أنها تستقل عنها. ولكنه استقلال بقدر ضمان حيثها وموضوعية أحكامها ولا يبلغ في مداها اعتبارها سلطة رابعة من سلطات الدولة. فقد قصد بتنظيمه على هذا النحو التليل على جلال القدر والاستقلال، دونما يبلغ به مدى تنصيبها سلطة. وهو ما قطع بصحته المشرع الدستوري ذاته عندما نفى عنها وصف السلطة، فيما نص عليه في المادة ١٧٤ من الدستور بأنها هيئة قضائية مستقلة. وهو وصف عقد لها الاستقلال لضمان الموضوعية، ونعتها بالهيئة نافية عنها صف السلطة، واعتبرها أخيراً جزءاً من السلطة القضائية باعتبارها هيئة قضائية لا أكثر. ولعله ما حرص على تأكيده أيضاً المشرع في المادة ١٤١ من قانون المحكمة الدستورية العليا ذاته بما نص عليه من أن يمثل هذه المحكمة في المجلس الأعلى للهيئات القضائية رئيسها ويحل محله في حالة غيابه أقدم أعضائها - يراعى أن هذا المجلس ألغى بالقانون رقم ١٩٢ لسنة ٢٠٠٨ بشأن مجلس الهيئات القضائية وحل محله هذا الأخير. ومفاد ذلك أن المحكمة كهيئة قضائية هي جزء من السلطة القضائية تمثل في مجلس هيئاتها برئيسها وليست سلطة مستقلة عن السلطة القضائية. ولعل هذا ما يدعو إلى القول بأن ما ذهب إليه المستشار فتحي عبد الصبور في تقدمه الجزء الثاني لأحكام المحكمة الدستورية، من أن القضاء الدستوري المتخصص بعيد عن سلطات الدولة ولا يشكل جزءاً من أي منها حتى السلطة القضائية، هو محل نظر، لأن هذه المحكمة، شئنا أم أبينا، ومهما أفرطنا في إسباغ نعوت اتجلة والإجلال عليها هي جزء من السلطة القضائية باعتبارها جهة حكم لإعلاء كلمة الدستور، كقانون أعلى من قوانين الدولة، بإنزله على ما تفصل فيه من منازعات دستورية، وفق سنن التقاضي وإجراءاته. ولذا لا بد أن نفهم ما ذهب إليه الرأي إلى أن المحكمة وإن كانت جزءاً من السلطة القضائية إلا أنها مستقلة عن غيرها من هيئات القضاء. غير تابعة لأي من جهاته، سواء العادي أم الإداري، وهي عدم تبعية تنأى بها عن تدخل أي من الجهتين في عملها أو اختصاصها إلا بقدر ما أجاز الدستور والقانون. أنظر: الدكتور محمد باهي أبو يونس - أصول القضاء الدستوري - المصدر السابق - ص ٣٣.

حركة التغيير في العراق التي حصلت في ٢٠٠٣/٤/٩ وهو تاريخ سقوط النظام السابق. وإن تشكيل مجلس للعدل بأية صيغة كانت لا يمكن أن يكون إلا تابعاً للسلطة التنفيذية، بحكم رئاسة وزير العدل لهذا المجلس، وبالتالي تكون إدارة شؤون القضاء بيد السلطة التنفيذية، وأن تكون جميع شؤون القضاء وأعضاء الادعاء العام تحت رحمة السلطة التنفيذية، وبالتالي فإن إخضاع القضاء لرغبات السلطة التنفيذية يُعدّ وجهاً من أوجه التدخل بشؤون العدالة وخرقاً لشئونها ويتعارض مع النصوص الدستورية التي تحكم السلطات.

لذلك، صدر الأمر المرقم (٣٥) في ٢٠٠٣/٩/١٨ من الإدارة المؤقتة لقوات التحالف بإعادة تأسيس مجلس القضاء، وبصدد هذا الأمر فقد تحقق للعراق إعادة تأسيس (مجلس القضاء)، ليكون مسؤولاً ومشرفاً على النظام القضائي في العراق وبشكل مستقل عن وزارة العدل.

وهذا ما أكدته (القسم السادس) من الأمر المشار إليه الخاص على استقلالية المجلس، فقد نص على أن مجلس القضاء يمارس مهامه ومسئولياته بشكل مستقل من أي رقابة أو إشراف من وزارة العدل، وتعليق كل نص في أي قانون يتعارض مع هذا الاستقلال، وأن يحل (مجلس القضاء) محل (مجلس العدل) الذي كان قد جرى تشكيله بموجب قانون وزارة العدل رقم (١٠١) لسنة ١٩٧٧.

ومجلس القضاة بتركيبه المنصوص عليها في (الأمر) المشار إليه ضم كل المسؤولين عن شؤون القضاة وأعضاء الادعاء العام، فهو يشكل برئاسة رئيس محكمة التمييز وعضوية نوابه البالغ عددهم خمسة نواب، ورئيس مجلس شوري الدولة، ورئيس الادعاء العام، ورئيس هيئة الإشراف العدلي، ومدير عام الدائرة الإدارية، إذا كان الأخير من القضاة أو أعضاء الادعاء العام، ورؤساء محاكم الاستئناف كافة البالغ عددهم أربعة عشر رئيساً في حينه، وله طاقم من الموظفين يديرهم (أمين عام المجلس) من القضاة^(٢١٠).

وبعد صدور قانون إدارة الدولة نص في المادة الرابعة والأربعين منه على تأسيس المحكمة الاتحادية العليا، كما مر علينا في المبحث السابق. كما نص في المادة (الخامسة والأربعين) منه على إنشاء مجلس أعلى للقضاء يتولى مهام مجلس القضاء المشكل بالأمر المرقم (٣٥) في ٢٠٠٣/٩/١٨، ليشرّف على القضاء الاتحادي، ويدير موازنة القضاء، ويتشكل مجلس القضاء الأعلى برئاسة رئيس المحكمة الاتحادية العليا وعضوية كل من رئيس ونواب رئيس محكمة التمييز الاتحادية، ورؤساء المحاكم الاستئنافية الاتحادية، ورئيس كل محكمة إقليمية للتمييز ونائبه.

٢١٠- أنظر: القاضي مدحت المحمود القضاء في العراق (دراسة استعراضية للتشريعات القضائية في العراق) - المصدر السابق - ص ٤٩.

وبهذا يكون مجلس القضاء الأعلى في العراق، قد أصبح برئاسة رئيس المحكمة الاتحادية العليا، وعضوية رئيس ونواب رئيس محكمة التمييز الاتحادية، ورؤساء المحاكم الاستئنافية الاتحادية، ورئيس محكمة تمييز إقليم كردستان ونائبيه، ورئيس الادعاء العام ورئيس هيئة الإشراف القضائي.

إن مجلس القضاء الأعلى في العراق يشرف على القضاء بصورة عامة، ويعني ذلك أنه يقوم برسم السياسة العامة للقضاء دون التدخل بخيارات المجالس القضائية في الأقاليم، حيث تتولى تلك المجالس شؤون القضاء في الإقليم كتحديد القضاة وأعضاء الادعاء العام ونقلهم وترقيتهم وإحالتهم على التقاعد.

كما يتولى مجلس القضاء الأعلى إدارة القضاء الاتحادي المختص بإدارة المحاكم الاتحادية وفي المحافظات التي لم تنتظم بإقليم.

" وبعد صدور دستور سنة ٢٠٠٥، لم ينص على تشكيلة مجلس القضاء الأعلى، وإنما تركها للقانون الاتحادي، غير أنه عدّ المجلس جزءاً أساسياً من تكوين السلطة القضائية، كما وعدّه الهيئة التي تتولى إدارة شؤون الهيئات القضائية الأخرى^(٢١١).

وتجدر الإشارة إلى أن الدستور الدائم أحدث تغييرات عديدة على تشكيلة المجلس، فعلاوة على التزامه بتسمية واحدة للمجلس (مجلس القضاء الأعلى)، ألغى التشكيلة الانتقالية التي نص عليها قانون إدارة الدولة، وأسندت التشكيلة الجديدة إلى القانون الاتحادي المزمع سنه من السلطة التشريعية الاتحادية، وبما أن هذا القانون رغم سنه إلا أن المحكمة الاتحادية اعتبرته غير دستوري^(٢١٢)، لذا فإن المجلس يعود محكوماً بنصوص القانون القديم (الأمر رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣)

٢١١- أنظر: المادة (٩٠) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

٢١٢- ومن الجدير بالذكر إن مشروعاً لقانون مجلس القضاء الأعلى أحيل إلى مجلس النواب وشرع من قبل الأخير برقم (١١٢) في أواخر سنة ٢٠١٢، وتم العمل به قبل أن تحكم المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستوريته بموجب قرارها المرقم ٨٧/اتحادية/٢٠١٣ في ١٦/٩/٢٠١٣، والذي جاء فيه " لدى التقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن القضاء فقد استقلاليته بإلغاء (مجلس القضاء) عام ١٩٧٧، وأصبح يدار من (مجلس العدل) وهو برئاسة وزير العدل الذي يمثل السلطة التنفيذية، وبموجب أمر سلطة الائتلاف المرقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣ أعيد تأسيس (مجلس القضاء) وبهذا فقد استقل القضاء وفك ارتباطه بالكامل من وزير العدل بموجب الأمر المذكور ولاحقه الأمر (١٢) لسنة ٢٠٠٤ وعند صدور قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية، خصص الباب السادس منه للسلطة القضائية، فنصت المادة (٤٥) منه على إنشاء (مجلس أعلى للقضاء) يدير شؤون القضاء ويشرف على القضاء الاتحادي، ويتشكل برئاسة رئيس محكمة الاتحادية العليا وعضوية رئيس محكمة التمييز الأحادية (نائباً للرئيس) ونوابه ورؤساء محاكم الاستئناف الاتحادية ورئيس كل محكمة إقليمية للتمييز ونائبه، وعندما صدر دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ وفي المادة (٤٧) منه حدد السلطات الاتحادية، وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، وتمارس كل منها اختصاصاتها وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، ونص في

=المادتين (١٩ و ٨٧) منه على استقلال السلطة القضائية وبينت المادة (٨٩) منه على مكونات هذه السلطة وهي (مجلس القضاء الأعلى، والمحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة التمييز الاتحادية، وجهاز الإيداع العام، وهيئة الإشراف القضائي، والمحاكم الاتحادية الأخرى التي تنظم وفقاً للقانون)، وتطبيقاً لأحكام المادة المذكورة تم تشكيل لجنة تضم مختلف صنوف القضاة وأعضاء الإيداع العام لإعداد مشروع موحد للسلطة القضائية ليكون بديلاً عن القوانين التي تنظم مكونات السلطة القضائية الصادرة عام ١٩٧٩، ويتسبب إلى المتغيرات الحاصلة بعد عام ٢٠٠٣، وقد أعد مشروع قانون المجلس القضاء الأعلى ورفع سنة ٢٠٠٧ ويتسبب إلى المتغيرات الحاصلة بعد عام ٢٠٠٣، وقد أعد مشروع قانون المجلس القضاء الأعلى ورفع سنة ٢٠٠٧ إلى مجلس الرئاسة والذي أحاله إلى مجلس النواب لتشريعه وذلك بموجب كتاب رئاسة الجمهورية - ديوان الرئاسة المرقم (د. و / ١ / ٤١ / ٩٣٢) في ١١/٥/٢٠٠٨، وفي سنة ٢٠١٢ قامت الكتل السياسية بإجراء تغييرات جوهرية على معظم مواد المشروع، وصوت عليه مجلس النواب بجمالية وقبل أخذ رأي السلطة القضائية على أصل مشروع القانون والتغييرات الجوهرية التي جرت عليه، وتجد المحكمة الاتحادية العليا أن ما ورد في قانون مجلس القضاء الأعلى من أحكام قد أخل بالاستقرار القضائي الذي بني منذ عام ٢٠٠٣، وجاء بأحكام مخالفة للدستور وحذف وأغفل بعض الأمور المهمة من النص عليها والتي كانت في أصل المشروع المرسل من ديوان الرئاسة وترك فراغاً تشريعياً في جوانب أخرى، ولدى تدقيق ما ورد بعريضة الدعوى واللائحة الإيضاحية والتكميلية التي تضمن طعون شكلية وموضوعية، وبالرجوع إلى أصل المشروع المرسل من ديوان الرئاسة وتدقيق الطعون بدءاً من الطعون الشكلية وهي أعداد مشروع القانون في ظرف سابق وعلى وجه التحديد سنة ٢٠٠٧، وبشكل لا يستجيب للتطورات الحاصلة في القضاء بعد هذا التاريخ، وقدم إلى مجلس الرئاسة الذي أحاله إلى مجلس النواب في عام ٢٠٠٨، وقد طلبت رئاسة ديوان رئاسة الجمهورية من مجلس النواب سحب مشروع القانون بكتابها المرقم (ذ.و/٤١/١/٤٢٥) في ٢٢/٢/٢٠١١ لإعادة النظر في ضوء المستجدات وفي ضوء توجه السلطة القضائية لأعداد مدونة موحدة لقوانين مكونات السلطة القضائية فرفض مجلس النواب أعادته بداعي أنه قيد الإنجاز، فأصدر مجلس النواب القانون المطعون فيه في أواخر عام ٢٠١٢ بعد أن أجرى عليه تغييرات جوهرية في مواضيع عديدة جعلته يختلف كلياً عن الأحكام التي تضمنت المشروع الأصلي المرسل من ديوان الرئاسة وبشكل مخالف لأحكام المواد (١) و (١٩/أولاً) و (٤٧) و (٦٠/أولاً) و (٨٠) من الدستور، في حين كان ينبغي إعادته إلى الجهة التي أرسلته لأن هذه التغييرات تعد بحكم المقترحات التي تقدم من إحدى لجان مجلس النواب المختصة أو عشرة من أعضاء مجلس النواب استناداً للمادة (٦٠) من الدستور وذلك للوقوف على رأيها في التغييرات المذكورة وعلى موقف السلطة القضائية من المشروع، وأخذ رأي الحكومة بالنسبة للالتزامات المالية التي يترتبها بسبب استحداث منصب (أمين عام مجلس القضاء الأعلى)، وهو قاضي من الصنف الثاني، بالرغم من وجود مديرية عامة تعني بشؤون القضاة وأعضاء الإيداع العام وفيها عدد من الموظفين، وتقوم بنفس مهام ما نيط بأمين عام المجلس (القاضي) في حين أن مشروع القانون لم يتطلب تجميد كفاءة قاضي من الصنف الثاني في مهمة إدارية بحتة، وقد خصص عدد من الموظفين للأمين العام (القاضي) وهذا يمثل عبئاً على خزينة الدولة لا مبرر له في الوقت الذي توجد دائرة متخصصة لهذه المهام. وإضافة لذلك ربطت بالأمين العام (القاضي) المديرات العامة التي تخدم جميع مكونات السلطة القضائية، وليس مجلس القضاء الأعلى فقط، وبذلك فإن القانون المطعون فيه فقد سنه الدستوري وما يتطلبه واقع القضاء في العراق، وأصبح من الناحية الشكلية والموضوعية التي وردت في مقدمة هذا القرار يمثل مخالفة للدستور، أما الطعون المتعلقة بالنواحي الموضوعية فهي كالتالي: نص القانون موضوع الطعن في المادة (١/أولاً)، معرئاً مجلس القضاء الأعلى بأنه (هيئة إدارية) في حين أنه هيئة قضائية تدبر شؤون القضاء كما تقتضي بذلك المادة (٩٠) من الدستور وذلك بحسب تركيبته المكونة من كبار القضاة، وبحسب مهامه التي منها محاكمة القضاة انضباطياً وخلافاً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يفرق بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية والتي يحق لذوي العلاقة الطعن بقراراتها أمام السلطة التنفيذية، ويحل بمبدأ استقلال القضاء المنصوص عليه في المواد (١٩/أولاً) و (٤٧) و (٧٨) و (٨٨) من الدستور، كما أن القانون حذف من تركيبته مجلس القضاء الأعلى ما كان مدرجاً في الفقرة

لحين سن القانون البديل، وهذا يعني أن الدستور الجديد أخرج بشكل غير مباشر رؤساء المحاكم الإقليمية للتمييز ونوابهم من عضوية المجلس، وأعاد عضوية من أخرجوا منه من الأعضاء وهم رئيس الادعاء العام، ورئيس هيئة الإشراف القضائي، ورئيس الدائرة الإدارية بالشرط المذكور سابقاً، غير أننا نرى بأن رئيس مجلس شورى الدولة لا يدخل في العضوية الجديدة لمجلس القضاء الأعلى، بالرغم من نص القسم الثاني من الأمر المشار إليه، وسندنا في هذا الاستنتاج يتمثل في أمرين؛ الأول، نص المادة (٨٩) من الدستور الدائم الذي لم يذكر ضمن تشكيلات السلطة القضائية مجلس شورى الدولة، والثاني ما ورد في القسم السادس من المذكرة رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٤ الذي أقر بقاء المجلس المذكور ضمن تشكيلات وزارة العدل^(٢١٣).

أما بخصوص رئاسة مجلس القضاء الأعلى، فقد أعيدت تلقائياً، برأينا، إلى رئيس محكمة التمييز الاتحادية بدلاً من رئيس المحكمة الاتحادية العليا، وإنما نعتقد أن إسناد رئاسة المجلس إلى رئيس محكمة التمييز الاتحادية أفضل وأكثر منطقية، وذلك لأن المحكمة الاتحادية العليا تمثل القضاء

=خامساً من المادة (٢) من أصل المشروع (رؤساء مجالس القضاء الإقليمية) من عضويته خلافاً لما نصت عليه المادة (١) من الدستور من أن العراق دولة اتحادية واحدة وخالف أحكام المادة (١٩/أولاً) منه بحذف دور مجلس القضاء الأعلى بالتنسيق بين القضاء الاتحادي والقضاء الإقليمي من خلال اشتراك رؤساء مجالس القضاء في الإقليم بعضوية مجلس القضاء من حيث التنظيم ووضع إستراتيجية للقضاء في العراق استناداً لنص المادة أعلاه، وحذف القانون ما كان منصوص عليه في المادة (٣/ثانياً) من مشروع القانون المرسل من ديوان الرئاسة، وذلك بحذف دور مجلس القضاء الأعلى في ترشيح رئيس ونائب رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا، كما أن الفقرة (سادساً) من المادة (٢) من القانون تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات بالنسبة لتركيبية مجلس القضاء الأعلى، حيث نصت على أن يكون المدير العام من القضاة في المجلس لأن وصف المدير العام يتبع السلطة التنفيذية ووصف القاضي يتبع السلطة القضائية ولا يمكن جمع هاتين الصفتين في شخص واحد، كما لمجلس القضاء الأعلى عندما يتراأسه رئيس محكمة التمييز اقتراح موازنة المحكمة الاتحادية العليا المستقلة مالياً وإدارياً وفق المادة (٩٢/أولاً) من الدستور، وحيث دفع وكيل المدعي عليه التي انصبت بغالبيتها على عدم وجود مصلحة للمدعي في إقامة الدعوى فتجد المحكمة الاتحادية العليا أن المدعي وهو عضو في مجلس النواب ورئيس كتلة نيابية وهو يمثل مجموع الشعب العراقي استناداً إلى أحكام المادة (٤٩/أولاً) من الدستور، وأن القانون موضوع الطعن هو ليس طلباً شخصياً حتى يتطلب الطعن به وجود مصلحة خاصة للطاعن، وإنما هو قانون عام يخص المصلحة العامة فيكون الطعن بعدم دستوريته مسألة تخص العراقيين جميعاً، ويمثلهم نواب الشعب ومنهم المدعي استناداً لأحكام المادة (٩٣/ثالثاً) من الدستور وهذا ما توصلت إليه المحكمة الاتحادية العليا بالأكثرية بقبول الدعوى شكلاً وبالاتفاق موضوعاً، وعليه قرار الحكم بعدم دستورية القانون رقم (١١٢) لسنة ٢٠١٢ قانون مجلس القضاء الأعلى وتحميل المدعي عليه/ إضافة =لوظيفته المصاريف وأتعاب محاماة لوكيل المدعي وقدرها مائة ألف دينار وافهم علناً في ١٦/٩/٢٠١٣. أنظر: الحكم منشور في مجلة التشريع والقضاء (أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا) - المجلد السادس - مطبعة العدالة - بغداد - ٢٠١٤ - ص ٢٣١.

٢١٣- أنظر: عبد الرحمن سليمان زباري - السلطة القضائية في النظام الفيدرالي العراقي (دراسة تحليلية مقارنة) - رسالة دكتوراه - جامعة صلاح الدين - أربيل - ٢٠٠٨ - ص ١٦٦.

الدستوري الاتحادي في العراق، وهي هيئة قائمة بذاتها ومستقلة عن معظم الهيئات القضائية الأخرى، وليس لها تماس مباشر ويومي معها، في حين أن محكمة التمييز تمثل الهيئة القضائية الاعتيادية العليا التي تشرف على عمل معظم المحاكم الاتحادية العاملة في البلد، والتي تقع عليها بالدرجة الأولى مهمة تطبيق القوانين على المنازعات؛ وبالتالي مهمة تحقيق العدالة في المجتمع، وبتعبير آخر، إن الصبغة القضائية الخالصة نجدها في محكمة التمييز وليس المحكمة الاتحادية العليا التي قد تؤثر في تكوينها واختصاصاتها بعض الاعتبارات السياسية^(٢١٤)، هذا إضافة إلى العرف الذي جرى بتولي رئيس محكمة التمييز لمجلس القضاء في فترات وجوده^(٢١٥)،^(٢١٦).

هذا هو رأينا إذا كنا مخيرين بين رئيسي المحكمتين، لأننا نفضل قبل ذلك أن يكون رئيس كل من محكمة التمييز الاتحادية، والمحكمة الاتحادية العليا، ومجلس القضاء الأعلى، شخصاً واحداً ليكون رمزاً لوحدة السلطة القضائية في مواجهة السلطتين الأخرين، وعندئذ يمكن توحيد الجانب الإداري والمالي لجميع الهيئات القضائية ومنحه لمجلس القضاء الأعلى، بما في ذلك الجانب الإداري والمالي لمحكمتي التمييز الاتحادية، والاتحادية العليا^(٢١٧).

وإذا كان الدستور الدائم قد ترك تشكيلة مجلس القضاء الأعلى للقانون الاتحادي، فإنه ذكر مهام المجلس واختصاصاته في صلب نصوصه بالشكل الآتي^(٢١٨):

٢١٤- أنظر: الدكتور ماجد راغب الحلو - دستورية القوانين - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - ٢٠١٤ - ص ٣٢٩.
٢١٥- أنظر: عبد الرحمن سليمان زيارى - السلطة القضائية في النظام الفيدرالي العراقي (دراسة تحليلية مقارنة) - المصدر السابق - ص ١٦٧.

٢١٦- في حين يرى القاضي مدحت المحمود وهو رئيس المحكمة الاتحادية ورئيس مجلس القضاء الأعلى أن المحكمة الاتحادية العليا هي أعلى هيئة في السلم القضائي في العراق. بمناسبة إجابته على " التساؤل حول الجمع بين رئاسة مجلس القضاء الأعلى، ورئاسة المحكمة الاتحادية العليا، وأتى الجواب من كون موقع المحكمة الاتحادية العليا في السلم القضائي، فهي أعلى هيئة قضائية بحكم اختصاصاتها، فيلزم أن يكون رئيسها رئيساً للسلطة القضائية التي يمثل مجلس = القضاء الأعلى باعتبار، هو الذي يدير هذه السلطة بموجب المادة (٩٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، وهذا ما درجت عليه كثير من الدول العربية، فرئيس مجلس القضاء الأعلى في تلك الدول هو رئيس أعلى محكمة قضائية فيها، وإن اختلفت تسميات تلك المحاكم كالأرن، والكويت، وسوريا وغيرها ". أنظر: القاضي مدحت المحمود - القضاء في العراق (دراسة استعراضية لتشريعات القضائية في العراق) - المصدر السابق - ص ٥٤.

٢١٧- أنظر: عبد الرحمن سليمان زيارى - السلطة القضائية في النظام الفيدرالي العراقي (دراسة تحليلية مقارنة) - المصدر السابق - ص ١٦٧.

٢١٨- أنظر: المادة (٩١) من دستور سنة ٢٠٠٥.

- (١) يتولى المجلس إدارة شؤون القضاء الاتحادي والإشراف عليه، باعتبارها الهيئة العليا في هذا المجال وباعتبارها تمثل السلطة الاتحادية الثالثة في البلد إلى جانب السلطتين التشريعية ممثلة بمجلسي النواب والاتحاد والتنفيذية ممثلة بمجلس الرئاسة أو رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء.
- (٢) يقوم المجلس بترشيح رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية، ورئيس الإدعاء العام الاتحادي، ورئيس هيئة الإشراف القضائي الاتحادي، وعرض الترشيحات على مجلس النواب للموافقة على تعيينهم، وكذلك من صلاحيات المجلس، كما أشرنا في فقرة سابقة، ترشيح رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا وعرض الترشيحات على مجلس الرئاسة لإصدار القرار بالتعيين^(٢١٩).
- (٣) يتولى المجلس اقتراح الموازنة السنوية للسلطة القضائية، وعرضها على مجلس النواب للموافقة عليها.

هذه هي المهام التي نص عليها الدستور الدائم، وتضاف عليها المهام الأخرى الواردة في القسم الثالث من الأمر رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣، طالما لا تتعارض مع أحكام الدستور الدائم باعتباره التشريع الاتحادي النافذ لحين سن القانون الذي يحل محله بالآلية الدستورية المقررة، ومع وجود هذا الأمر، فإننا نرى بأن سن وإصدار قانون بديل لمجلس القضاء الأعلى يحدد تفاصيل تكوينه واختصاصاته، وكذلك قواعد سير العمل فيه من الأمور التي لا تحتل التأخير، فعلاوة على أن ذلك، وقبل كل شيء، يُعد التزاماً بأحكام الدستور الدائم باعتباره القانون الأسمى في البلد، فإنه يجب أن لا ننسى أن الأمر رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣ قد صدر من قبل سلطات التحالف المؤقتة، والتي انتهت فعلاً، فعلى الرغم من صدوره بموجب قرارات مجلس الأمن الدولي، وفي حدود الصلاحيات القانونية لسلطات الاحتلال، فإن العراق قد اجتاز تلك المرحلة، ويجب أن يستند إلى المؤسسات والقوانين المشكلة والصادرة من قبل ممثلي الشعب العراقي، وعليه، فإننا نرى بأنه حتى إذا كان الأمر المذكور متكاملًا من ناحية معالجته لموضوعه، وهو ليس كذلك، فإنه من الناحية المعنوية ودواعي الكرامة الوطنية، أن يستبدل بسرعة بقانون آخر يصدره ممثلي الشعب العراقي المنتخبين ديمقراطياً، لذا نهيب بالسلطة التشريعية الاتحادية الشروع الفوري في هذا الموضوع المهم الذي يتعلق بسلطة من السلطات الاتحادية في العراق^(٢٢٠).

٢١٩- هذا الشرط الخاص بترشيح رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا لم يرد في الدستور الدائم وإنما في قانون المحكمة رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ النافذ حتى الآن لعدم صدور قانون بديل قد ينص على إجراءات مختلفة في هذا المجال. أنظر: المادة (٣) من القانون المذكور.

٢٢٠- أنظر: عبد الرحمن سليمان زبياري - السلطة القضائية في النظام الفيدرالي العراقي (دراسة تحليلية مقارنة) - المصدر السابق - ص ١٦٨.

صفوة القول، يتبين أن دستور جمهورية العراق الدائم لعام ٢٠٠٥ أبقى موقع المحكمة الاتحادية العليا في العراق، كما فعل قانون إدارة الدولة، ضمن إطار السلطة القضائية الاتحادية إذ أشار الباب الثالث الموسوم بالسلطات الاتحادية في الفصل الثالث المتعلق بالسلطة القضائية في المادة (٨٩) منه إلى ذلك كما أسلفنا.

ومما تجدر ملاحظته أن دستور عام ٢٠٠٥ لم يصرح بأن المحكمة الاتحادية العليا هي الجهة القضائية الأعلى في الدولة، فضلاً عن أنه أوردها ضمن المرتبة الثانية، بعد مجلس القضاء الأعلى، في الهيكل القضائي الاتحادي إلا أن ذلك لا يعين في الحقيقة بأن مجلس القضاء الأعلى له سلطة استئنافية، أو تمييزية على أحكام المحكمة الاتحادية العليا، فأحكام هذه المحكمة تعد نهائية فضلاً عن أن مجلس القضاء الأعلى يمارس صلاحيات محددة حصراً بالمادة (٩١) من الدستور اليمنى تتعلق بإدارة شؤون الهيئات القضائية، وكل هذا يعني أن المحكمة الاتحادية العليا تُعد من الناحية الوظيفية أعلى محكمة من بين المحاكم في السلطة القضائية الاتحادية.

وجدير بالذكر أن هناك توجهاً عاماً من الفقه والقضاء لفصل المحكمة الاتحادية العليا من مجلس القضاء الأعلى، حتى تكون على قمة الهرم القضائي في الدولة، وبيان تكوينها واختصاصاتها في نصوص الدستور نظراً لأهمية هذه المحكمة، وحتى تمنع السلطة التشريعية من إصدار قوانين لصالح الفئة التي تشكل الأغلبية في مجلس النواب، حماية لحقوق ومصالح جميع مكونات الشعب^(٢٢١).

الفرع الثاني

محكمة التمييز الاتحادية

محكمة التمييز الاتحادية إحدى تشكيلات السلطة القضائية الاتحادية، ومحكمة التمييز كما يعرفها قانون التنظيم القضائي الهيئة العليا التي تمارس الرقابة القضائية علي جميع المحاكم، وتتألف من رئيس، وخمسة نواب، وقضاة لا يقل عددهم جميعاً عن ثلاثين قاضياً، ويكون مقرها في بغداد^(٢٢٢).

٢٢١- أنظر: مقترحات مقدمة إلى مجلس النواب لتعديل دستور ٢٠٠٥ المتاح على: موقع مجلس النواب العراقي.

www.parliament.iq

٢٢٢- أنظر: المادة (١٢) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩.

وسميت هذه الهيئة القضائية بمحكمة التمييز انسجاماً مع طبيعة مهامها حيث تميز بين الصحيح من الأحكام، وبين الخطأ منها فتصدق الصحيح وتنقض الخطأ، وترسم لمحكمة الموضوع طريق الصواب الذي يوصلها للحكم العادل، ومن خلال مهمتها هذه تقوم بتوحيد الاتجاهات وتعطي تقويماً صحيحاً للقواعد القانونية.

ويتضح مما سبق أن محكمة التمييز الاتحادية كما تعرفها المادة (١٢) من قانون التنظيم القضائي، هي الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة على جميع المحاكم، وتتألف من رئيس وخمسة نواب وقضاة لا يقل عددهم جميعاً عن ثلاثين قاضياً بما فيهم الرئيس، تهدف إلي توحيد الأحكام وتحقيق العدالة، وقد تأسست هذه المحكمة في ٢٤/ كانون الأول/ ١٩٢٥ بموجب المرسوم الملكي الصادر بتاريخ ٢٤/ كانون الأول / من عام ١٩٢٥، ومقرها في بغداد، وحدد القانون الحد الأدنى لأعضاء محكمة التمييز^(٢٢٣). أما كيفية اختيار الرئيس وأعضاء محكمة التمييز فقد حدد الدستور طريقة تعيينهم والجهة التي ترشحهم، أو التي تصادق علي تعيينهم حيث يقوم مجلس القضاء الأعلى بترشيح رئيس وأعضاء المحكمة، ويكون الموافقة علي تعيينهم من قبل مجلس النواب وبالأغلبية المطلقة^(٢٢٤).

أما تكوين المحكمة فقد بينتها المادة (١٣) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩، تتكون محكمة التمييز الاتحادية من هيئة الرئاسة، والهيئة العامة، والهيئة الموسعة، وهيئات أخرى متخصصة، فلا بد من الإشارة إلى تكوين هذه الهيئات:

١- هيئة الرئاسة: تتألف هيئة رئاسة محكمة التمييز الاتحادي من رئيس ونوابه، وفي حالة غياب أحدهم يحل محله الأقدم من قضاة المحكمة^(٢٢٥)، ويتراأس هيئة الرئاسة رئيس المحكمة^(٢٢٦)، وتقوم هيئة الرئاسة بتشكيل الهيئات الأخرى في المحكمة، وتسمية رئيس كل واحد منها في بدية

٢٢٣- لمزيد من التفصيل عن محكمة التمييز الاتحادية أنظر: القاضي مدحت المحمود القضاء في العراق (دراسة استعراضية للتشريعات القضائية في العراق) - المصدر السابق - ص ٦٢ وما بعدها؛ وأنظر: عبد الرحمن سليمان زيارى - السلطة القضائية في النظام الفيدرالي العراقي (دراسة تحليلية مقارنة) - المصدر السابق - ص ١٤٧ وما بعدها.

٢٢٤- نصت المادة (٦١/ الفقرة الخامسة/ البند أ) من دستور لسنة ٢٠٠٥ على (يختص مجلس النواب بالموافقة على تعيين كل من رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية ورئيس الإدعاء العام ورئيس هيئة الإشراف القضائي بالأغلبية المطلقة، بناء على اقتراح من مجلس القضاء الأعلى) وبفس المعنى نصت المادة (٩١/ ثانياً) من الدستور ذاته (يمارس مجلس القضاء الأعلى صلاحية ترشيح رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية، ورئيس الإدعاء العام... وعرضها على مجلس النواب للموافقة على تعيينهم).

٢٢٥- أنظر: المادة (١٣/ رابعاً/ ب) من قانون التنظيم القضائي.

٢٢٦- أنظر: المادة (١٥/ أولاً/ ب) من قانون التنظيم القضائي.

كل سنة بما فيها الهيئة الموسعة. وفي حالة غياب أحدهم يحل محله الأقدم من قضاة المحكمة^(٢٢٧).

٢- الهيئة العامة: وتتعد برئاسة رئيس محكمة التمييز، أو أقدم نوابه عند غيابه، أو وجود مانع قانوني من اشتراكه فيها، وعضوية نوابه وقضاة المحكمة العاملين فيها كافة، وحدد القانون اختصاصات الهيئة^(٢٢٨).

٣- الهيئة الموسعة: وتتعد برئاسة محكمة التمييز، أو أقدم نوابه عند غيابه، أو وجود مانع قانوني من اشتراكه فيها، وعضوية ما لا يقل عن عشرة من قضاتها، وقد بين القانون مهام هذه الهيئة^(٢٢٩).

٤- الهيئات المتخصصة: وتشمل الهيئة المدنية، هيئة الأحوال الشخصية، هيئة القضايا الإدارية، الهيئة الجزائية، وتتكون كل واحدة من هذه الهيئات من نائب لرئيس المحكمة أو من تختاره هيئة الرئاسة، وعضوية اثنين من قضاة المحكمة علي الأقل^(٢٣٠)، وعندما تنظر الهيئة المدنية في الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف والهيئة الجزائية عندما تنظر في أحكام وقرارات محاكم الجنايات الصادرة عنها بصفة أصلية، فتتعد المحكمة برئاسة نائب الرئيس وعضوية أربعة من قضاة المحكمة علي الأقل^(٢٣١).

٢٢٧- أنظر: المادة (١٤ / أولاً وثانياً) من القانون المذكور أعلاه.

٢٢٨- تنص المادة (١٣ / أولاً / أ) من قانون التنظيم القضائي على تكوين الهيئة العامة وحدد اختصاصاتها بالآتي:

(١) ما يحال عليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررتها أحكام سابقة.

(٢) دعاوى التي صدر فيها حكم الإعدام.

الفصل في النزاع الذي يقع حول تعارض الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة التمييز.

٢٢٩- إذ حددت المادة (١٣ / أولاً / ب) من قانون التنظيم القضائي مهامها بالآتي:

١- النزاع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين في موضوع واحد إذا كان بين الخصوم أنفسهم أو كان أحدهم طرفاً في هذين الحكمين، وترجع أحد الحكمين وتقرر تنفيذه، دون الحكم الآخر.

٢- النزاع الحاصل حول تعيين الاختصاص في نظر الدعوى الذي يقع بين محكمين.

ما يحيله عليها الرئيس لبيت من أحكام وقرارات تقع ضمن اختصاص المحكمة وفقاً للقانون الذي صدرت بموجبه تلك الأحكام والقرارات.

٢٣٠- أنظر: المادة (١٣ / ثانياً) من قانون التنظيم القضائي.

٢٣١- أنظر: المادة (١٣ / ثالثاً) من قانون التنظيم القضائي.

ويدير المحكمة رئيسها^(٢٣٢)، ولها موازنة مالية مستقلة وتتمتع باستقلال تام، ولا ترتبط بمجلس القضاء الأعلى^(٢٣٣)، ولا تعد محكمة التمييز الاتحادية درجة من درجات التقاضي، ومهمتها تدقيق أوراق الدعوى.

ولا يمكن إجراء الترافع أمامها إلا إذا رأت المحكمة نقض الحكم المميز لمخالفته للقانون، أو للخطأ في تطبيقه، وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه وجب عليه أن تفصل فيه، ويكون قرارها قابلاً للطعن به لدى الهيئة العامة^(٢٣٤)، وجدير بالملاحظة أن قرارات محكمة التمييز الاتحادية لا يجوز الطعن فيها إلا عن طريق طلب تصحيح القرار التمييزي^(٢٣٥)، أما القرارات والأحكام الصادرة من الهيئة الموسعة غير قابلة للطعن، وتكون أحكامها باتة وملزمة لذوي العلاقة^(٢٣٦).

أما مهام محكمة التمييز الاتحادية فقد حددت نصوص قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩٦ اختصاصات هذه المحكمة وهي:-

- أ. النظر في الطعون التمييزية على الأحكام والقرارات:
 - الصادرة من محاكم الإستئناف بصفتها الأصلية.
 - الصادرة من محاكم البدءة التي تخرج عن اختصاص محكمة استئناف بصفتها التمييزية.
 - الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية.
 - الصادرة من محاكم المواد الشخصية^(٢٣٧).
- ب. النظر في القرارات والأحكام التي تخضع للتدقيقات التمييزية وجوباً سواء طعن بها بالإدعاء العام، أو ذوي العلاقة، أم لم يطعنوا، وذلك في كلا المجالين المدنية والجزائية، المدنية منها الأحكام الصادرة على الصغار، أو الغائبين وبيت المال وغيرهم من ناقصي الأهلية، وكذلك الحجج المعتبرة بمثابة الأحكام^(٢٣٨)، ويتبين من الأسباب الموجبة أن المشرع أراد حماية المسائل

٢٣٢- أنظر: المادة (١٥/ أولاً) من قانون التنظيم القضائي.

٢٣٣- أنظر: القاضي مدحت المحمود القضاء في العراق (دراسة استعراضية للتشريعات القضائية في العراق) - المصدر السابق - ص ٥٥.

٢٣٤- أنظر: المادة (٢١٤) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.

٢٣٥- أنظر: المادة (٢١٩) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.

٢٣٦- أنظر: المادة (٢٢٠، أولاً) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.

٢٣٧- أنظر: المادة (٣٥، ٢٠٣، ٢١٦) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.

٢٣٨- نصت المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته على (الأحكام الصادرة على بيت المال أو الأوقاف أو الصغار أو الغائبين أو المجانين أو غيرهم من ناقصي الأهلية والأحكام المتضمنة فسخ عقد الزواج وكذلك

المتعلقة بحقوق الأفراد وبيت المال، أما الجزائية كالأحكام الصادرة بالإعدام أو بالسجن المؤبد^(٢٣٩) كل ذلك لمراقبة الأحكام وتصحيح الخطأ فيها، وجدير بالذكر إن محكمة التمييز الاتحادية قد تختص في مسائل أخرى تنص قوانين على المحكمة بنظرها تمييزاً^(٢٤٠).

بعد أن بحثنا تشكيل محكمة التمييز الاتحادية، واختصاصاتها ثبتت لنا حقيقة أن المحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة التمييز الاتحادية يختلفان من حيث التكوين والاختصاص، على الرغم أنهما من تشكيلات السلطة القضائية الاتحادية^(٢٤١)، ويتمتعان بالاستقلال المالي والإداري ويكمن هذا الاختلاف:

١. من حيث التكوين:

تتكون المحكمة الاتحادية العليا من تسعة أعضاء بما فيهم الرئيس^(٢٤٢)، أما محكمة التمييز الاتحادية فتتألف من رئيس وخمسة نواب للرئيس، وقضاة لا يقل عددهم جميعاً عن ثلاثين قاضياً^(٢٤٣)، وجدير بالملاحظة أن دستور سنة ٢٠٠٥، قد جاء بتشكيل جديد للمحكمة الاتحادية العليا لم يعد تقتصر العضوية فيها على القضاة فحسب بل أضاف إليها خبراء الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون دون تحديد عددهم، وأحالت ذلك إلى قانون يصدر لاحقاً^(٢٤٤)؛ مما يعني اختلاف الأعضاء وعددهم في كلتا المحكمتين.

- كيفية اختيار أعضاء المحكمة: يعين مجلس الرئاسة الرئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا الذين يختارهم من بين المرشحين الذين يتقدم بهم مجلس القضاء بعد التشاور مع المجالس القضائية في الأقاليم، على أن لا يقل عدد الأسماء المرشحة المرفوعة إلى مجلس الرئاسة عن

=الحجج المعترضة بمثابة الأحكام إذا لم تميز من قبل ذوي العلاقة فعلى القاضي إرسال الاضبارة في أقرب وقت ممكن إلى محكمة التمييز لإجراء التفتيحات التمييزية عليها).

٢٣٩- أنظر: نص المادة (٢٥٤ / أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته على (إذا أصدرت محكمة الجنايات حكماً وجاهياً بالإعدام أو السجن المؤبد فعليها أن ترسل اضبارة الدعوى إلى محكمة التمييز خلال عشر أيام من تاريخ صدور الحكم للنظر فيه تمييزاً ولو لم يقدم طعن فيه).

٢٤٠- منها: قانون الهيئة الوطنية العليا للمسائلة والعدالة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨.

٢٤١- أنظر: المادة (٨٩) من دستور لسنة ٢٠٠٥.

٢٤٢- أنظر: المادة (٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥.

٢٤٣- أنظر: المادة (١٢) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

٢٤٤- أنظر: المادة (٩٢/ ثانياً) من دستور سنة ٢٠٠٥.

سبعة عشر اسماً ولا يزيد عن سبعة وعشرين اسماً^(٢٤٥). في حين أن تعيين رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية يكون بترشيح من مجلس القضاء الأعلى، ويكون تعيينهم من قبل مجلس النواب وبالأغلبية المطلقة^(٢٤٦)، كما أن الترشيح يكون من قضاة السلطة القضائية الاتحادية دون المجالس القضائية في الأقاليم.

- تتكون إدارة محكمة التمييز من عدة هيئات تقوم بأعمال المحكمة القضائية والإدارية، ويترأسها الرئيس، أو أحد نوابه في حالة غيابه عن رئاسة هذه الهيئات، أو القاضي الأقدم^(٢٤٧). أما المحكمة الاتحادية العليا فسبق أن ذكرنا قد أناطت إدارة المحكمة (بمدير عام) يتولى إدارتها من الناحية المالية والإدارية والقانونية، حول اتخاذ بعض من القرارات الإعدادية المتعلقة بالدعوى.

- انعقاد المحكمة: يتبين من نص المادة (١٣) من قانون التنظيم القضائي، أن محكمة التمييز الاتحادية تتعقد برئاسة رئيس المحكمة، أو أقدم نوابه عند غيابه، أو وجود مانع قانوني من اشتراكها فيها، أو أي قاضٍ تختاره هذه الرئاسة لرئاسة عدد من هيئات المحكمة، غير أن المحكمة الاتحادية العليا لا تتعقد إلا بدعوة من رئيسها وحضور جميع أعضائها، ونأمل من المحكمة الاتحادية العليا، أن تسلك مسلك محكمة التمييز الاتحادية في هذا المجال لتلافي تعطيل المحكمة للأسباب التي مر ذكرها.

- خدمة قضاة المحكمة: نص قانون المحكمة الاتحادية العليا على استمرار رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية بالخدمة دون تحديد حد أعلى للعمر، وبالتالي استمرار العمل مدى الحياة، أما عمل رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية، فلا يكون لمدى الحياة، وإنما ينتهي عند إكماله السن القانوني^(٢٤٨)، لذا تسري عليهم أحكام قانون الخدمة المدنية دون استثنائهم بقوانين خاصة كما في المحكمة الاتحادية العليا باستثناء الحقوق التقاعدية.

٢. من حيث الاختصاص:

- ولاية المحكمة: يفهم من اختصاصات المحكمتين، أن للمحكمة الاتحادية العليا ولاية عامة على الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم، بما فيها محكمة التمييز الاتحادية وقرارات المحاكم في جميع الأقاليم والمحافظات ومنها إقليم كردستان؛ الذي تبني القضاء المركزي، إذا ما طعن أمامها

٢٤٥- أنظر: المادة (٤٤/ هـ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤.

٢٤٦- أنظر: المادة (٦١/ خامساً/ أ) من دستور سنة ٢٠٠٥.

٢٤٧- أنظر: المادة (١٣) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩.

٢٤٨- نصت المادة (٤٢/ أولاً) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ على (أن لا يحال القاضي على التقاعد إلا عند إكماله الثالثة والسنتين من عمر...).

بعدم دستورية^(٢٤٩)، بينما تقتصر ولاية محكمة التمييز الاتحادية على الأحكام الصادرة من المحاكم الأدنى التابعة للسلطة القضائية الاتحادية في المركز والمحافظات دون الأقاليم التي توجد فيها محكمة تمييز مماثلة غير خاضعة لولاية محكمة التمييز الاتحادية.

- نطاق عمل المحكمة: يتبين من اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا أنها تتعامل مع الدستور بالدرجة الأساس، والقوانين التي تصدرها السلطة التشريعية لمراقبة مدى توافقها مع الدستور إلا أن محكمة التمييز الاتحادية تختص بتدقيق الأحكام الصادرة من المحاكم العادية، ومدى توافقها مع القانون، وبالتالي يقتصر دورها على تطبيق القانون، وليس الحكم عليها فضلاً عن أن الأحكام التي تصدرها المحكمة الاتحادية قد تمس قانوناً فتلغيه، وتكون قراراتها ملزمة للسلطات كافة، أما القرارات التي تصدرها محكمة التمييز الاتحادية فلا تكون كذلك؛ لأنها لا تمس أصل القانون فهي لا تعد رقياً على أعمال السلطة التشريعية، وبالتالي لا تبحث في مدى مطابقة القواعد القانونية مع القواعد الدستورية، لذا فإن المحكمة الاتحادية العليا تمارس دورها في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة والتعليمات وضمنان عدم تعارضها مع الدستور، بينما تمارس محكمة التمييز الاتحادية الرقابة على أعمال المحاكم فيما إذا كانت موافقة للقانون من عدمه عند تطبيقها.

صفوة القول، أنه لا يمكن المقارنة بين الاختصاصات التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا، ومهام محكمة التمييز الاتحادية، ذلك أن المحكمتين يمارسان جملة اختصاصات تختلف عن بعضها باستثناء كونهما جهة تمييز لهيئات قضائية أخرى، هذا بالإضافة إلى أنهما جهتان مستقلتان إدارياً ومالياً عن بعضهما وعن مجلس القضاء الأعلى.

المطلب الثاني

موقع المحكمة من القضاء الإداري

إلى جانب المحاكم التي تم ذكرها والتي ترتبط بـ(مجلس القضاء) لا زالت هناك محاكم لا ترتبط بمجلس القضاء ومنها (محكمة القضاء الإداري) التي ترتبط بـ (مجلس شورى الدولة) الذي يرتبط إدارياً بوزارة العدل التابعة للسلطة التنفيذية، ومجلس شورى الدولة تأسس بالقانون رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩، يتمتع بالشخصية المعنوية، ويرتبط بوزارة العدل، ويكون مقره في بغداد، ويتألف من

٢٤٩- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية رقم ٣٩/اتحادية ٢٠٠٩ في ١٢/١٠/٢٠٠٩ - للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط التالي:

رئيس، ونائبين للرئيس، أحدهما لشؤون التشريع والرأي والفتوى، والآخر لشؤون القضاء الإداري^(٢٥٠). يتكون المجلس من الهيئة العامة، هيئة الرئاسة، الهيئة الموسعة، عدد من الهيئات المتخصصة، مجلس الانضباط العام، محاكم القضاء الإداري^(٢٥١). ولغرض توضيح موقع المحكمة من محكمة القضاء الإداري، لا بد لنا من دراسة تشكيلات مجلس شوري الدولة - المحكمة الإدارية جزء منه - لمعرفة نوع العلاقة التي تربطه بالمحكمة الاتحادية العليا. عليه سندرس هذا المطلب في فرعين وكالاتي:

الفرع الأول: التشكيلات القضائية لمجلس شوري الدولة العراقي.

الفرع الثاني: اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالطعون المتعلقة في أحكام وقرارات محكمة القضاء الإداري.

الفرع الأول

التشكيلات القضائية لمجلس شوري الدولة العراقي

إن مجلس شوري الدولة العراقي، هو إنعكاس لمجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر، والعراق تأثر بفرنسا قبل التأثر بمصر، لأنه ومنذ وقت مبكر من تاريخ الدولة العراقية كان رجال القانون يبحثون في إنشاء مجلس له صفات وخصائص مجلس الدولة بكل ما ينطوي عليه هذا المصطلح، بحيث يشمل الاختصاصات في مجال الصياغة والإفتاء والقضاء الإداري.

لقد نشأ مجلس شوري الدولة العراقي بصورة تدريجية، حيث نشأ في مرحلة أولى ديوان التدوين القانوني، وبقية وظائفه مقصورة على موضوعات الصياغة والإفتاء، ثم أنشئ فيما بعد في هذا الديوان مجلس الانضباط العام، ومع ذلك لا يمكن أن نعتبر ذلك ظهوراً كاملاً لما يمكن أن نسميه بمجلس الدولة في العراق، وهذا الوضع حصل في فرنسا أيضاً حيث أن مجلس الدولة الفرنسي نشأ في كنف الإدارة، وتدرج في ظهوره حتى أصبح على الوضع الذي هو عليه الآن^(٢٥٢).

٢٥٠- أنظر: المادة (١) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.

٢٥١- أصبح المجلس يتكون من الهيئة العامة، هيئة الرئاسة، الهيئات المتخصصة، المحكمة الإدارية العليا، محاكم القضاء الإداري، محاكم قضاء الموظفين. وذلك بموجب المادة (٢) من قانون رقم (١٧) قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٨٣) في ٢٩/٧/٢٠١٣. إلا أن تشكيل المحكمة الإدارية العليا لم يتم لحد الآن.

٢٥٢- أنظر: سناء عبد طارش الزبيدي - مجلس شوري الدولة تنظيمه وآفاق تطوره، (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة النهرين - بغداد - ٢٠٠٥ - ص ٥.

ثم صدر قانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩^(٢٥٣)، وقد جاء هذا القانون ليحل المجلس محل ديوان التدوين القانوني الذي أنشئ بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣، وقد استهدف هذا القانون تشكيل جهاز يتخصص بإعداد التشريعات وتدقيقها وإبداء الرأي بغية ضمان وحدة التشريع، وقد كان مجلس شوري الدولة كسابقه يمارس دوراً استشارياً في مجال التقنين، وتقديم الرأي والمشورة القانونية لدوائر الدولة، ولكن المجلس وبعد التعديل الثاني رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، أصبح يمارس مهمة القضاء الإداري بالإضافة إلى الدور الاستشاري في مجال التشريع والفتوى، حيث أنشئت بموجب هذا التعديل محكمة القضاء الإداري، لتضاف إلى مجلس الانضباط العام ولتصبح الهيئتان من تشكيلات مجلس شوري الدولة، وبذلك أصبح هذا المجلس يماثل بصورة عامة مع اختلاف في التفاصيل ما يسمى بمجالس الدولة، أو مجالس شوري الدولة في الدول الأخرى التي سبقتنا إلى ذلك، وعلى هذا الأساس أصبح التنظيم القضائي في العراق قائماً على فكرة القضاء المزدوج بعد أن كان قائماً على فكرة القضاء الموحد^(٢٥٤).

لم يشأ المشرع أن يضيف استقلالاً على مجلس شوري الدولة، بل استمرت تبعيته لوزارة العدل، إذ ينص القانون على أن (يؤسس مجلس باسم مجلس شوري الدولة يرتبط إدارياً بوزير العدل ويكون مقره في بغداد .. الخ)^(٢٥٥).

المقصود إدارياً هنا أن تكون إدارة المجلس وتشكيلاته مرتبطة بوزارة العدل، بينما تكون وظيفة المجلس غير مرتبطة بوزارة العدل، حيث أن كلمة (إدارياً) تنصرف إلى الشؤون الهيكلية الإدارية للمجلس ولا تنصرف للوظيفة، ومن ثم فإن النص بوضعه الراهن يختلف عن النص المشكل لديوان التدوين السابق، حيث أن ديوان التدوين القانوني كان مرتبطاً بوزير العدل ارتباطاً إدارياً ووظيفياً، وإن وزير العدل يملك إزاءه سلطة رئاسية.

والقول بأنه يرتبط إدارياً بوزير العدل لا يمس استقلال المجلس من الناحية الوظيفية، حيث أن له رئاسته وله تشكيلاته، ويبدو من الناحية الواقعية أنه يستقل بقراراته رغم عدم النص على تمتعه بالشخصية المعنوية.

٢٥٣- منشور في الوقائع العراقية - العدد ٣٢٨٥ - ١١/١٢/١٩٨٩ - ص ٧٩٤.

٢٥٤- أنظر: الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي - توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري وحسم إشكالات التنازع بينهما - المصدر السابق - ص ٣٥.

٢٥٥- أنظر: المادة (١) من القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

بعد أن صدر القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، فإن الأمر لم يتغير كثيراً رغم أنه بصدور هذا القانون توسعت وظائف المجلس، بالإضافة إلى أن المجلس أصبح يضم محكمتين إداريتين هما مجلس الانضباط العام، ومحكمة القضاء الإداري، وهذا الأمر تطلب أن يعالج القصور والنقص في أعضاء مجلس شوري الدولة المتخصصين أصلاً في المنازعات الإدارية، ذلك بأن من المفروض أن يتهياً في نطاق المجلس أعضاء يتخصصون لهذا الغرض من قاعدة الهرم الذي يجب أن يعد على ما هو معمول في فرنسا ومصر، ويتدرجوا في وظائفه القضائية حتى يصلوا إلى درجة مستشار أو مستشار مساعد^(٢٥٦).

عليه سندرس في هذا الفرع مجلس الانضباط العام، ومحكمة القضاء الإداري، والهيئة العامة لمجلس شوري الدولة باعتبار، أن الأخيرة تمارس اختصاصات محكمة التمييز المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية عند النظر في الطعن في قرارات مجلس الانضباط العام^(٢٥٧).

أولاً: مجلس الانضباط العام.

ينعقد مجلس الانضباط العام برئاسة رئيس مجلس شوري الدولة، وعضوية عضوين من أعضاء مجلس شوري الدولة^(٢٥٨)، وللرئيس أن ينيب عنه أحد نوابه، أو أحد أعضاء المجلس، كذلك فإن القانون لم يجز للقاضي المنتدب لمجلس شوري الدولة لغرض الاستشارة، أن يكون عضواً في مجلس الانضباط العام.

ويلاحظ هنا أن القانون لم يحدد صفة العضوين المنتدبين لمجلس الانضباط العام، أي كونه مستشاراً أو مستشاراً مساعداً، ومن ثم فإن عدم تحديد صنوف أعضاء مجلس الانضباط العام يجعل النص غامضاً، في حين أن القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، قد حدد صنوف أعضاء محكمة القضاء الإداري ورئيسها بكل دقة؛ حيث نص على إنها تتألف برئاسة قاضٍ من الصنف الأول، أو مستشار في مجلس شوري الدولة وعضوين من القضاة لا يقل صنفهما عن الثاني من صنوف القضاء، أو من المستشارين المساعدين في مجلس شوري الدولة، بالإضافة إلى جواز انتداب قضاة من الصنف الأول

٢٥٦- أنظر: الدكتور إبراهيم طه الفياض - محاولة في تحديد أساس ونطاق القانون الإداري في العراق - بحث نوقش في بيت الحكمة - سلسلة المائدة الحرة - إبداع للتصميم والطباعة - بغداد - آذار - ١٩٩٩ - ص ١٢٣؛ أنظر: الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي - توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري وحل إشكالات التنازع بينهما - المصدر السابق - ص ٣٦.

٢٥٧- أنظر: المادة (٧ فقرة ١) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي .

٢٥٨- أنظر: المادة (٧/أولاً/ أ) من قانون التعديل الثاني رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩.

أو الثاني إلى محكمة القضاء الإداري من غير المنتدبين لعضوية مجلس شورى الدولة^(٢٥٩)، وقد جاء التحديد نتيجة لأن مجلس شورى الدولة يتكون من رئيس ونائبيه وعدد من المستشارين لا يقل عن ١٢ عضواً، وعدد من المستشارين المساعدين لا يزيد على نصف عدد المستشارين^(٢٦٠)، وهنا يثار تساؤل أيعدّ العضوان في مجلس الانضباط العام من صنوف المستشارين أم من صنوف المستشارين المساعدين وما صنف الرئيس؟

وهنا نقول أن العمل قد جرى على أن مجلس الانضباط العام ينعقد برئاسة قاضي منتدب من الصنف الأول، وعضوية مستشار مساعد وقاضٍ منتدب من الصنف الثاني، كما هو الحال بالنسبة لمحكمة القضاء الإداري، وهذا الأمر لم ينص عليه القانون ومن ثم فإن هذا الأمر يعد عيباً ونقصاً في القانون.

ويختص المجلس بالنظر في الدعوى التي تقام من الموظف ضد دائرته في القضايا الناشئة عن قانون الخدمة المدنية، أو قواعد الخدمة الأخرى المطبقة في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، وكل ما ينشأ عن الخدمة المدنية، والنظر في اعتراضات الموظف على العقوبات الانضباطية المفروضة عليه^(٢٦١).

يعد مجلس الانضباط العام جهة طعن في القرارات التأديبية التي تفرضها جهات إدارية، وهي الوزير، أو رئيس الدائرة غير المرتبطة بوزارة، طبقاً لقانون انضباط الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١^(٢٦٢). وبناءً على ذلك تكون نتيجة الطعن إصدار حكم قضائي بمعنى الكلمة.

إن التشكيل الحديث لمجلس الانضباط العام يقدم ضمانات كافية لمن يدعي حقوقاً تتعلق بالخدمة الوظيفية، وكذلك لمن يخضع للتأديب لأنه أصبح جزءاً من القسم القضائي بمجلس شورى الدولة.

٢٥٩- أنظر: المادة (٧/ بند ٢/ فقر ب، ج) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٢٦٠- أنظر: المادة (١) من القانون أعلاه.

٢٦١- أنظر: غازي إبراهيم الجنابي - مجلس شورى الدولة - بحث غير منشور قدم إلى المنتدى التشريعي الأول في أحكام الصياغة التشريعية في مجلس النواب العراقي يومي ١١-١٢ كانون الأول ٢٠١١ - ص ٦.

٢٦٢- أنظر: الدكتور إبراهيم طه الفياض - إجراءات وصياغة الأحكام لدى القضاء الإداري - بحث منشور ضمن سلسلة المائدة الحرة - من منشورات بيت الحكمة - قسم الدراسات القانونية - ١٩٩٨ - ص ٧٢.

ثانياً: محكمة القضاء الإداري.

صدر قانون التعديل الثاني رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، الذي أنشأ محكمة القضاء الإداري، التي تمثل الهيئة القضائية الثانية بجانب مجلس الانضباط العام الذي يمارس المجلس من خلالها مهمة القضاء الإداري، وقد استبشر رجال القانون بميلاد محكمة القضاء الإداري التي عملت على نقل العراق إلى مصاف الدول ذات النظام القضائي المزوج، وعلى هذا فإن قانون التعديل الثاني سالف الذكر، قد عمل على إنشاء قضاء إداري بالمعنيين العضوي والوظيفي مستقلاً عن القضاء المدني، وعن الإدارة، وقد أنيط بهذا القضاء ولاية الفصل في المنازعات الإدارية على غرار ما يفعل نظيره في كل من فرنسا ومصر^(٢٦٣).

تتألف محكمة القضاء الإداري برئاسة قاضي أو مستشار في مجلس شوري الدولة، وعضوين من القضاة لا يقل صنفها عن الصنف الثاني من صنوف القضاة أو من المستشارين المساعدين في مجلس شوري الدولة^(٢٦٤)، ويجوز انتداب قضاة من الصنف الأول أو الثاني إلى محكمة القضاء الإداري من غير المنتدبين لعضوية مجلس شوري الدولة^(٢٦٥)، وهنا نجد أن المشرع قد سمى محكمة القضاء ب (محكمة) وبذلك فقد قطع في صفتها القضائية من حيث الشكل، ونلاحظ هنا أيضاً أن تشكيل هذه المحكمة من قضاة ومستشارين لم يعد له إعداد سابق مثلما هو قائم في فرنسا ومصر، حيث يبدأ تدرج القضاة في المحاكم الإدارية في تلك الدول من الدرجات الدنيا للسلم الوظيفي القضائي إلى الدرجات العليا، بما يجعل القضاة متخصصين ومؤهلين ومحيطين بالمنازعات الإدارية، وما يجب أن يرسم لها من حلول، ولذلك نجد أن تشكيل المحكمة بهذه الصورة هو بسبب عدم وجود القضاة المتخصصين في القضايا الإدارية^(٢٦٦).

وقد تشكلت هذه المحكمة في مجلس شوري الدولة، ويجوز تشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري في مراكز المناطق الاستثنائية ببيان يصدره وزير العدل بناءً على اقتراح هيئة الرئاسة في مجلس شوري الدولة ينشر في الجريدة الرسمية^(٢٦٧)، ويكون مقر هذه المحكمة في مدينة بغداد.

٢٦٣- أنظر: الدكتور إبراهيم طه الفياض - محاولة في تحديد أساس ونطاق القانون الإداري في العراق - المصدر السابق - ص ١٢٢.

٢٦٤- أنظر: المادة (٧/ ثانياً/ب) من القانون.

٢٦٥- أنظر: المادة (٧ / ثانياً /ج) من القانون.

٢٦٦- أنظر: الدكتور فاروق أحمد خماس - الرقابة على أعمال الرقابة - دار الكتب للطباعة والنشر - جامعة الموصل - ١٩٨٨ - ص ٢٣٩.

٢٦٧- أنظر: المادة (٧ / ثانياً/ أ) من قانون مجلس شوري الدولة العراقي.

وتختص المحكمة بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة، والتي لم يعين مرجع للطعن فيها من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن، وتبت المحكمة في الطعن المقدم إليها ولها أن تقرر رده أو إلغاء أو تعديل الأمر أو القرار المطعون به والحكم بالتعويض إن كان له مقتضى بناءً على طلب المدعي، ويكون قرارها قابلاً للطعن به تمييزاً لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ به، أو اعتباره مبلغاً. وبصدور قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ أصبح الطعن بقرارات محكمة القضاء الإداري من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا استناداً إلى حكم البند (ثالثاً) من المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا^(٢٦٨).

ثالثاً: الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي.

تتألف الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة من الرئيس ونائبيه والمستشارين، وتعد برئاسة الرئيس، وعند غيابه برئاسة أقدم نائبيه، ويحضر المستشارون المساعدون الهيئة العامة ويشتركون في النقاش دون حق التصويت^(٢٦٩)، وهذا شيء جيد حيث أن المستشار يستشار ولكن لا يلزم رأيه، ولكن مما يلاحظ هنا أن المادة السابقة لم تشر إلى تحديد النصاب لاجتماعات الهيئة مثلما فعل القانون في المادة الملغاة^(٢٧٠)، حيث كانت المادة قبل التعديل تشير إلى أن النصاب اللازم لصحة اجتماع الهيئة العامة بحضور ما لا يقل عن ثلاثة أرباع الأعضاء^(٢٧١)، ولكن المشرع عالج موضوع تحقق النصاب في حالات إتخاذ الرأي في البند ٣ من المادة ١٧ حيث أشار: (تتخذ الهيئة العامة قراراتها بأغلبية عدد الأعضاء الحاضرين) لذلك وحسب القواعد العامة يجب حضور نصف المستشارين زائداً واحد لصحة الانعقاد، وتتخذ الهيئة العامة قراراتها بأغلبية عدد الأعضاء الحاضرين، وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس^(٢٧٢).

٢٦٨- أنظر: غازي إبراهيم الجنابي - مجلس شورى الدولة - المصدر السابق - ص ٦.

٢٦٩- أنظر: المادة (ثانياً/ ثالثاً/ أ) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي.

٢٧٠- أنظر: المادة الأولى من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ الملغاة.

٢٧١- أنظر: الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي - مجلس شورى الدولة العراقي وميلاد القضاء الإداري في العراق - مجلة العلوم القانونية - المجلد ٩- العدد ١-٢- بغداد - ١٩٩٠ - ص ١٢١.

٢٧٢- أنظر: الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي - مجلس شورى الدولة العراقي وميلاد القضاء الإداري في العراق - المصدر السابق - ص ١٢١.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل تعتبر الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بمثابة محكمة إدارية عليا؟

يمكن القول هنا أن المشرع العراقي قد وقع في خلط وحيرة، وذلك لأن الاختصاصات الممنوحة للهيئة العامة لمجلس شورى الدولة، هي اختصاصات متنوعة بحيث يشمل اختصاصها قضايا الفتوى وقضايا التشريع^(٢٧٣)، وكذلك الاختصاصات القضائية باعتبارها تمارس اختصاصات محكمة التمييز عند النظر في الطعون في أحكام مجلس الانضباط العام، ومحكمة القضاء الإداري - قبل أن يتم إسناد تمييز قرارات الأخيرة إلى المحكمة الاتحادية كما ذكرنا سابقاً - استناداً إلى القانون^(٢٧٤). وحسناً فعل المشرع العراقي إذ أنشأ محكمة إدارية عليا^(٢٧٥) أسوة ببقية الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج كجمهورية مصر العربية.

الفرع الثاني

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالطعون المتعلقة في أحكام وقرارات

محكمة القضاء الإداري

أنيط بالمحكمة الاتحادية اختصاص يتعلق بالطعن بالأحكام والقرارات التي تصدرها محكمة القضاء الإداري، فقد كان قانون مجلس شورى الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ يمنح جميع اختصاصات محكمة التمييز إلى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة^(٢٧٦)، وذلك بالنسبة إلى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري ومجلس الانضباط العام في مجال حقوق الخدمة المدنية، إلا أن صدور قانون المحكمة الاتحادية العليا بالأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ سلب ولاية الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة فيما يتعلق بالطعن في أحكام وقرارات محكمة القضاء الإداري^(٢٧٧)، مانحاً هذا

٢٧٣- أنظر: المادة (٧/أولاً/هـ) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي.

٢٧٤- أنظر: المواد (٦ و٥) من قانون مجلس شورى الدولة العراقي.

٢٧٥- أنظر: المادة (٢/أولاً/د) من قانون رقم (١٧) قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩. إلا أن المحكمة لم تشكل لحد الآن.

٢٧٦- أنظر: في ذلك المادة (٧/أولاً/هـ) و(٧/ثالثاً) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩.

٢٧٧- تنص المادة (٧/ثانياً/د) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة على أن (تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام بعد نفاذ هذا القانون التي لم يعين مرجع للطعن فيها ..).

الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا^(٢٧٨)، مما دفع بعض الفقه الى انتقاد هذا التوجه^(٢٧٩) لسببين الأول يتعلق بكون هذا الاختصاص جاء قاصراً بالطعن على أحكام محكمة القضاء الإداري فقط، وعدم شموله بالطعن لأحكام مجلس الانضباط العام، وهو جزء من القضاء الإداري، والآخر، أن هذا الاختصاص سيشتغل المحكمة في دعاوى ثانوية هي من فصيلة المنازعات الإدارية.

ومما تجدر الإشارة اليه، أن هذا الطعن طريق غير عادي من طرق الطعن يلجأ إليه الخصوم لإصلاح ما شاب الحكم، أو القرار من مخالفة للقانون بمفهومه الشامل، سواء تعلقت المخالفة بالوقائع أو بالإجراءات^(٢٨٠).

وعليه فإن الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا، إنما يهدف في حقيقته إلى إختصاص الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري، ومن ثم فإنه لا شأن للمحكمة الاتحادية العليا بوقائع الدعوى، فوظيفتها مقيدة في تدقيق مسائل القانون فيما يخص الأحكام المطعون فيها^(٢٨١).

وبالتالي فليس للمحكمة الاتحادية العليا أي رقابة، أو سلطة على تقدير محكمة القضاء الإداري لوقائع الدعوى، لأن ذلك من صميم سلطتها، إلا أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال عدم تطرق المحكمة الاتحادية لهذه الوقائع، حيث أنه لا يمكن تطبيق القانون بصورة صحيحة إلا بوجود وقائع مستخلصة استخلاصاً سائعاً من أوراق الدعوى وإلا شاب الحكم عيب مخالفته^(٢٨٢).

لذا فقد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في إحدى قراراتها بأنه " لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون، ذلك أن المدعين طالبوا في دعواهم بمنح الجنسية العراقية استناداً إلى أحكام المادة (٣/أ) من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ التي تنص على أنه (يعتبر عراقياً من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية....) ولم يطلبوا التجنس بالجنسية العراقية، لأن طلب التجنس يكون من غير العراقي المولود من أب غير عراقي أو أم غير عراقية وأما المولود لأب عراقي أو أم عراقية فإنه يعتبر عراقياً بحكم القانون، وتمنح له الجنسية العراقية بصرف النظر عن

٢٧٨- أنظر: نص المادة (٤/ثالثاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥.

٢٧٩- أنظر: الدكتور غازي فيصل مهدي- مقترحات لتعديل اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا - جريدة الزمان - العدد (٢١٤٩) السنة الثامنة - ٢ - حزيران - ٢٠٠٥ - ص ٤.

٢٨٠- أنظر: القاضي محنت المحمود - شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية - الطبعة الأولى - بغداد - ٢٠٠٥ - ص ٢٧٦.

٢٨١- أنظر: عبد الرحمن العلام - شرح قانون المرافعات المدنية - الجزء الأول - مطبعة الزمراء - بغداد - ١٩٩٠ - ص ٧.

٢٨٢- أنظر: جاسم كاظم العبودي- سلطة القاضي الإداري في تقدير عيوب إلغاء في القرار الإداري - دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه في القانون العام - كلية القانون - جامعة بغداد - ٢٠٠٥ - ص ١٨٩.

جنسية الوالد الآخر أباً كان أو أماً تطبيقاً لحكم المادة (١٨/ثانياً) من دستور (جمهورية العراق) والمادة (٣/أ) من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ أما ما ورد في المادة (٦/ثانياً) من قانون الجنسية المشار إليه من حكم فإنه لا يسري على من ولد لأم عراقية ولا يتقاطع مع حكم المادة (١٨/الثانية) من الدستور والمادة (٣/أ) من قانون الجنسية لأن نص المادة (٦/ثانياً) من قانون الجنسية تخص الفلسطيني أباً الذي لم يولد لأم عراقية، وإذا فسرناه وفق ما ذهب إليه الحكم المميز، ودائرة المدعى عليه فإننا نكون قد عطلنا حكم المادة (١٨/ثانياً) من الدستور مقابل ما تعتقده دائرة المدعى عليه والحكم المميز أنه جاء إعمالاً لحكم المادة (٦/ثانياً) من قانون الجنسية وهذا الاعتقاد فضلاً عن تعارضه مع التدرج التشريعي الذي يضع نص الدستور في مرتبة اعلي من نص القانون فإنه يصادر حق كفله الدستور لمن ولد لأم عراقية، عليه قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم^(٢٨٣).

وفي الحقيقة أن المحكمة الاتحادية العليا في ممارستها لاختصاصها التمييزي لا تتعرض من حيث المبدأ إلا لبحث النقاط القانونية التي أثارها الطاعن، أو المتعلقة بالنظام العام كالاختصاص والخصومة، لذلك فهي لا تقبل دفوفاً متعلقة بالوقائع، لأنها ليست درجة من درجات التقاضي ومن ثم فإن دورها ينحصر في تدقيق أوراق الدعوى، من دون أن تجمع بين الطرفين^(٢٨٤).

مما سبق تتبلور ممارسة هذا الاختصاص من قبل المحكمة في ثلاثة محاور من خلال الرجوع إلى النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ وبدلالة المادة (١٩) منه وهذه المحاور هي:

أولاً: شروط قبول الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا.

١- الشروط المتعلقة بالحكم المطعون فيه:

أول هذه الشروط أن يكون الحكم المطعون فيه صادراً من محكمة القضاء الإداري، فالحكم الذي يجوز الطعن فيه أمام المحكمة الاتحادية العليا، هو الحكم أو القرار الصادر من محكمة القضاء

٢٨٣- أنظر: قرارات المحكمة الاتحادية العليا - قرار رقم ٨/اتحادية/تمييز/٢٠٠٦ في ٣٠/٤/٢٠٠٦، والقرار رقم ١٨/اتحادية/تمييز/٢٠٠٦ في ١٩/٧/٢٠٠٦ رقم ٢٦/اتحادية/تمييز/٢٠٠٦ المؤرخ في ٣٠/١١/٢٠٠٦. والقرار رقم ٢٦/اتحادية/تمييز/٢٠٠٥ في ٢٩/١/٢٠٠٦- للاطلاع على القرارات أنظر: الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٢٨٤- أنظر: جاسم كاظم العبودي- سلطة القاضي الإداري في تقدير عيوب إلغاء في القرار الإداري - دراسة مقارنة- المصدر السابق - ص ٢٠٠.

الإداري، وهي الهيئة القضائية التي نص المشرع على قبول الطعن في أحكامها، وذلك استناداً إلى الفقرة (ثالثاً) من المادة الرابعة من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

وأتيح للمحكمة الاتحادية العليا في بواكير قراراتها، أن تتعرض لهذا الأمر وذهبت فيه إلى أنه "لدى إمعان النظر في الطلب المذكور، وجد أنه لا سند له قانوناً، وذلك لأن المادة الرابعة من الأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ من قانون المحكمة قد حصرت اختصاصات المحكمة المذكورة ولم يكن من بينها التدخل تمييزياً في القرارات والأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية الاتحادية - بصفتها التمييزية - وبذلك يكون طلب المميز بالتدخل في القرار المشار إليه أعلاه تمييزياً لأوجه له قانوناً مما يقتضي رده شكلاً" (٢٨٥).

أما الشرط الثاني المتعلق بالحكم المطعون فيه فهو أن يكون الحكم المميز نهائياً، أي أنه غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية وهما الاستئناف والاعتراض على الحكم الغيابي (٢٨٦)، ومما تجدر ملاحظته أن القضاء الإداري في العراق لا يعرف الطعن بالاستئناف كمحكمة ثاني درجة ما بين مجلس الانضباط العام الذي يمثل محكمة أول درجة، والهيئة العامة لمجلس شوري الدولة من جهة، وما بين محكمة القضاء الإداري والمحكمة الاتحادية العليا من جهة أخرى (٢٨٧).

٢- الشروط المتعلقة بالطاعن:

إنّ الشروط اللازم توافرها في الشخص الذي يطعن في أحكام وقرارات محكمة القضاء الإداري، هي الشروط العامة نفسها التي يجب توافرها في من يطعن بالأحكام عموماً، ومنها أن يكون الشخص الطاعن طرفاً في الحكم المطعون فيه، سواء كان بصيغة مدعى أو مدعى عليه أو شخصاً ثالثاً، وسواء كان قد حضر الخصومة بنفسه أو حضر عنه من يمثله قانوناً (٢٨٨).

٢٨٥- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا- رقم ٢١/اتحادية/تمييز/٢٠٠٥ في ٢٩/١/٢٠٠٦- للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٢٨٦- أنظر: الدكتور قيس عبد الستار عثمان - رقابة مجلس شوري الدولة على الأحكام الصادرة من مجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري - المجلة العربية للفقهاء والقضاء - العدد الثلاثون - تشرين الأول ٢٠٠٤ - ص ٢١؛ وأنظر: إسماعيل صعصاع البديري - الطعن في أحكام المحاكم الإدارية أمام الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة في العراق - دراسة مقارنة- رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بابل- ١٩٩٥- ص ٧٠ وما بعدها.

٢٨٧- أنظر: الدكتور صعيب ناجي عيود - الطعن بالتمييز أمام القضاء لإداري في العراق - مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإنسانية - المجلد الثالث - العدد الثالث عشر - تشرين الثاني - ٢٠٠٨ - ص ٢٨١.

٢٨٨- أنظر في ذلك: الدكتور قيس عبد الستار عثمان - رقابة مجلس شوري الدولة على الأحكام الصادرة من مجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري- المصدر السابق - ص ٢٣. وأنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا - رقم

ويجب أن يكون للطاعن مصلحة في الطعن بالحكم، أو القرار تطبيقاً لقاعدة أن المصلحة مناط الدعوى، وقد عبرت عن ذلك المادة ١٦٩ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، حينما نصت على أن "لا يقبل الطعن في الأحكام إلا ممن خسر الدعوى .."، وشرط المصلحة يمكن تعريفه بأنه المنفعة التي يمكن أن يحصل عليها رافعها في حالة إجابته إلى طلبه^(٢٨٩) سواء كانت مالية أو معنوية.

ونصت على هذا الشرط الفقرة (د) من البند (ثانياً) من المادة السابعة من قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل بقولها "بناءً على طعن من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن".

ويشترط أيضاً أن يكون الطاعن ذا أهلية للتقاضي، أو مخولاً سلطة قانونية بالنسبة لمن ينوب عنه^(٢٩٠).

وأخيراً يشترط ألا يكون الطاعن قد أسقط حقه بالطعن في الحكم أمام محكمة القضاء الإداري^(٢٩١)، لأن ذلك الإسقاط يعني قبوله للحكم الصادر لمصلحة خصمه.

٣- الشروط الشكلية للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا:

إن المحكمة الاتحادية العليا بوصفها محكمة تمييز لأحكام وقرارات محكمة القضاء الإداري، يجب أن يقدم الطعن إليها في خلال مدة معينة، ويجب أن يرفع الطعن إليها بعريضة.

أ- المدة المحددة للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا:

لم يشر قانون المحكمة الاتحادية ولا نظامها الداخلي إلى مدد الطعن بالنسبة لأحكام وقرارات محكمة القضاء الإداري، وبدلالة المادة (١٩) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا نجد أن مدد

=٢٨/اتحادية/تمييز/٢٠٠٦ في ٢٢/١٠/٢٠٠٦ - للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٢٨٩- أنظر: الدكتور ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٨٥ - ص ٢٩٤.
٢٩٠- تنص المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية على أن "يشترط أن يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى وإلا وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق".
٢٩١- تنص المادة (١٦٩) من قانون المرافعات المدنية بأنه (لا يقبل الطعن في الأحكام إلا ممن خسر الدعوى ولا تقبل ممن أسقط حقه إسقاطاً صريحاً أمام المحكمة أو بورقة مصدقة من الكاتب العدل).

الطعن بالنسبة لقرارات محكمة القضاء الإداري هي ثلاثون يوماً تبدأ من اليوم التالي لتبليغ الحكم أو اعتباره مبلغاً^(٢٩٢).

ب- عريضة أو لائحة الطعن:

إن الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا يتم من خلال العريضة أو اللائحة التمييزية التي ترفع إلى المحكمة بوساطة رئيس محكمة القضاء الإداري، الذي يقوم بالتأشير عليها واستيفاء الرسم القانوني عنها، ويرفعها مع إضارة الدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا^(٢٩٣).

ويجب أن تتضمن العريضة إسم المميز عليه، وإسم المحكمة التي أصدرت الحكم، ورقم إضارة الدعوى، وتاريخ إصدار الحكم المطعون فيه، وخلاصة لمضمونه وتاريخ التبليغ بالحكم، وذلك لغرض إطلاع المحكمة على نوع وماهية الحكم المطلوب نقضه^(٢٩٤)، كذلك يجب أن تتضمن العريضة على الأسباب أو الحالات التي تجعل الحكم معرضاً للنقض^(٢٩٥).

ويجب أن (تقدم الدعاوى والطلبات إلى المحكمة الاتحادية العليا بوساطة محام ذي صلاحية مطلقة، وبلوائح مطبوعة ولا تقبل بخط اليد، ويجوز تقديم الدعاوى والطلبات من الدوائر الرسمية من ممثلها القانوني بشرط ألا تقل درجته عن مدير)^(٢٩٦).

ثانياً: أسباب الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا:

إن أحكام وقرارات محكمة القضاء الإداري في العراق تخضع للطعن فيها تمييزاً أمام المحكمة الاتحادية العليا، بناءً على الأسباب نفسها التي نصت عليها المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات

٢٩٢- أنظر في ذلك: المادة(١٧٢) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، وقرارات المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٣٠/اتحادية/تمييز/٢٠٠٨، ورقم ٢٠/اتحادية/تمييز/٢٠٠٨، الصادرين في ٧/٧/٢٠٠٨، وقرارها ذي الرقم ٨/اتحادية/تمييز/٢٠٠٧ في ٢٣/٧/٢٠٠٧- للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٢٩٣- أنظر: المادة (٧) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا- المنشور في الوقائع العراقية - العدد(٣٩٩٧) في ٢ آيار ٢٠٠٥.

٢٩٤- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا- رقم ٢٣/اتحادية/تمييز/٢٠٠٦ في ١٨/١٠/٢٠٠٦- للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٢٩٥- أنظر في ذلك: المواد(١٧٣ و٢٠٣ و٢٠٥) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، وأنظر: الدكتور قيس عبد الستار عثمان - رقابة مجلس شوري الدولة على الأحكام الصادرة من مجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري - المصدر السابق - ص٢٧.

٢٩٦- أنظر: المادة (٢٠) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥.

المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، باعتبار أن القانون المذكور واجب التطبيق من قبل القضاء المذكور في الحالات التي لم يرد فيها نص خاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٥)^(٢٩٧)، وأسباب الطعن بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا عن أحكام وقرارات محكمة القضاء الإداري، هي:

- ١- إذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون، أو خطأ في تطبيقه، أو عيب في تأويله.
- ٢- إذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص^(٢٩٨).
- ٣- إذا وقع في الإجراءات الأصولية التي أتبع عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم^(٢٩٩).
- ٤- إذا صدر حكم يناقض حكماً سابقاً في الدعوى نفسها بين الخصوم أنفسهم أو من قام مقامهم وحاز درجة البتات .
- ٥- إذا وقع في الحكم خطأ جوهري، ويعتبر الخطأ جوهري، إذا أخطأ الحكم في فهم الوقائع، أو أغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى أو فصل في شيء لم يدع به الخصوم، أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى، أو على خلاف دلالة الأوراق والسندات المقدمة من الخصوم، أو كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض، أو كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية).

ثالثاً: ولاية المحكمة الاتحادية العليا عند الفصل في الطعون الواردة على أحكام وقرارات محكمة القضاء الإداري:

إن الطعن التمييزي في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري يترتب عليه نقل النزاع إلى المحكمة الاتحادية العليا، وذلك في حدود المسائل القانونية التي وردت في الطعن، لأن المحكمة الاتحادية العليا شأنها شأن محكمة التمييز (من حيث ممارسة هذا الاختصاص محل البحث) لا

٢٩٧- أنظر: المادة (١٩) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥.

٢٩٨- إن مخالفة قواعد الاختصاص تعد وجهاً من أوجه الطعن بالتمييز في العراق، إلا أن ذلك يشمل قواعد الاختصاص الوظيفي والنوعي دون قواعد الاختصاص المكاني، لأنه لا يجوز إثارة الدفع المتعلق بالقواعد الأخيرة أمام محكمة التمييز، بل يثار أمام محكمة الموضوع وقبل الدخول في أساس الدعوى. للمزيد أنظر: الدكتور غازي فيصل مهدي - أوجه الطعن بالإلغاء والطعن بالنقض في مجال القضاء الإداري - مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين - المجلد الخامس - العدد الثامن - ٢٠٠١ - ص ١٩٠ وما بعدها.

٢٩٩- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا - رقم ٨/اتحادية/تمييز/ ٢٠٠٦ في ٣٠/٤/٢٠٠٦ - للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المنكوز سابقاً.

تعرض لإلبحاث النقاط القانونية التي أثارها الطاعن (المميز)، أو النقاط المتعلقة بالنظام العام^(٣٠٠)، لذا فالمحكمة الاتحادية العليا إذا ما نقضت الحكم المطعون فيه فإنها تعيد أوراق الدعوى إلى محكمة القضاء الإداري للنظر فيه مجدداً في ضوء قرار النقض، وبالرجوع إلى النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا نجده قد حدد الطريقة التي يجب إتباعها عند النظر في الطعون المقدمة أمامها:

- ١- تنظر المحكمة في الطعن بأحكام محكمة القضاء الإداري بإجراء التدقيقات لأوراق الدعوى من دون أن تجمع الطرفين^(٣٠١).
- ٢- للمحكمة عند الاقتضاء دعوة الخصوم للاستيضاح منهم عن بعض النقاط التي تروم الاستيضاح عنها^(٣٠٢).
- ٣- للمحكمة إذا اقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي المستشارين لديها أو خبراء من خارجها ويكون رأيهم استشارياً^(٣٠٣).

ويفهم مما تقدم أن المحكمة الاتحادية العليا شأنها في ذلك شأن محكمة التمييز، أنها لا تجمع بين الطرفين، بل تقوم بتدقيق أوراق الدعوى بغياب الطرفين المتنازعين، حيث تقتصر هذه التدقيقات على مدى مطابقة الحكم المطعون فيه للقانون من عدمه، والذي نقترحه على المشرع العراقي أن يغير بين الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا، والطعن التمييزي الوارد في قانون المرافعات المدنية، من خلال عدم تحديده لطبيعة الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا وعلّة ذلك أن الطعن أمام المحكمة الاتحادية ينصب على حماية المشروعية وسيادة القانون لذا بات من الضروري منح المحكمة الاتحادية العليا، صلاحيات محكمة الموضوع كافة، ومما يزيد الحاجة إلى ذلك عدم وجود محكمة إستئنافية في مجال القانون العام تمارس اختصاصات محكمة الموضوع.

ويلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا بعد إكمالها التدقيقات على الحكم المطعون فيه، فإنها تصدر إحدى القرارات على وفق ما نصت عليه المادة (٢١٠) مرافعات مدنية عراقي وهي:

٣٠٠- أنظر: إسماعيل صعصاع البديري - الطعن في أحكام المحاكم الإدارية أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة في العراق - دراسة مقارنة- المصدر السابق - ص ١٧٨-١٨٠.

٣٠١- أنظر: المادة (١٢) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.

٣٠٢- أنظر: نفس المادة المشار إليها في اعلاه.

٣٠٣- أنظر: المادة (١٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.

١- رد الطعن من الناحية الشكلية:

إذا كانت الطعون مقدمة بعد مضي مدة التمييز^(٣٠٤)، أو كانت خالية من الأسباب التي يبني عليها الطعن، أو إذا كان الحكم المطعون فيه لا يقبل الطعن تمييزاً، وهذه الحالة تحصل حينما تحيل محكمة القضاء الإداري الدعوى إلى محكمة البداء المختصة على أساس أن الدعوى تخرج عن اختصاص محكمة القضاء الإداري إستناداً للمادة (٧٨) من قانون المرافعات المدنية، فقرار الإحالة في هذه الحالة غير خاضع للطعن تمييزاً أمام المحكمة الاتحادية العليا^(٣٠٥).

٢- تصديق الحكم:

إذا كان الطعن التمييزي مستوفياً للشروط الشكلية التي ذكرت آنفاً، فإن المحكمة الاتحادية العليا تقرر قبول الطعن التمييزي شكلاً، ثم تقوم بعد ذلك بإجراء التدقيق على الحكم المطعون فيه، فإذا وجدته سليماً من الناحية القانونية فعندئذ تصدر المحكمة قرارها بتصديق الحكم المميز، ورد الطعون التمييزية^(٣٠٦).

ومما تجدر ملاحظته أن المحكمة الاتحادية العليا قد يتضح لها أن محكمة القضاء الإداري قد أخطأت في تطبيق القانون أو أخطأت في تأويله، ولكن النتيجة التي توصل إليها الحكم المطعون فيه كانت موافقة للقانون، فتقرر عندئذ تصديق الحكم المميز من حيث النتيجة^(٣٠٧)، ولو كانت الأسباب التي أستند إليها الحكم المميز غير صحيحة^(٣٠٨).

٣٠٤- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا- رقم ١/أحادية / تمييز/ ٢٠٠٦ في ٢٦/٢/٢٠٠٦- للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٣٠٥- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا - رقم ٢٠/أحادية/تمييز/٢٠٠٥ في ٢٩/١/٢٠٠٦- للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٣٠٦- أنظر في هذا الشأن: قرارات المحكمة الاتحادية العليا- القرار رقم ١٩/أحادية /تمييز/٢٠٠٥ في ٢٦/١/٢٠٠٦؛ والقرار رقم ٢٧/أحادية /تمييز/٢٠٠٥ في ٢٩/١/٢٠٠٦؛ والقرار رقم ٢/أحادية/تمييز/٢٠٠٦ في ١٩/٣/٢٠٠٦- للاطلاع على القرارات أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٣٠٧- أنظر في هذا الشأن: قرارات المحكمة الاتحادية العليا- رقم ٣٢/أحادية/تمييز/٢٠٠٥ في ٢٨/٢/٢٠٠٦؛ والقرار رقم ٢٨/أحادية/تمييز/٢٠٠٦ في ٢٢/١٠/٢٠٠٦؛ والقرار رقم ٢٩/أحادية/تمييز/٢٠٠٦ في ١٤/١٢/٢٠٠٦؛ والقرار رقم ٣٠/أحادية/تمييز/٢٠٠٦ في ١٤/١٢/٢٠٠٦ - للاطلاع على القرارات أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٣٠٨- أنظر: المادة (٢١٣) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٣- نقض الحكم:

تستطيع المحكمة الاتحادية العليا من بسط رقابتها على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري عن طريق نقضها لتلك الأحكام المطعون فيها إذا توافر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي، وهذا ما أكدته الفقرة (ثالثاً) من المادة (٢١٠) من القانون المذكور، وحيث أن المبدأ العام أن نقض الحكم المطعون فيه يكون بناءً على طلب الطاعن (المميز)، ولكن قد يحصل أحياناً أن العريضة التمييزية لم تتضمن أسباب كافية للنقض، ولكن وجدت المحكمة الاتحادية العليا عند تدقيقها للدعوى أن هنالك مخالفة صريحة للقانون لم يذكرها الطاعن في عريضته التمييزية، ففي هذه الحالة تستطيع المحكمة الاتحادية العليا أن تنقض الحكم^(٣٠٩).

صفوة القول، يتبين مما سبق أن دستور ٢٠٠٥ أعطى المحكمة الاتحادية مكانة عالية في السلطة القضائية الاتحادية في العراق، واعتبارها هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً لدورها في ضمان دستورية القوانين من خلال الرقابة التي تمارسها على نصوص القوانين والأنظمة التي تصدرها السلطة التنفيذية، ومدى احترامها للدستور.

كما تبين لنا أن محكمة القضاء الإداري إحدى تشكيلات مجلس شوري الدولة التابع إدارياً لوزارة العدل، وأن قرارات محكمة القضاء الإداري وفقاً لقانون مجلس شوري الدولة تخضع للطعن تمييزاً أمام الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة.

إلا أن صدور قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ نقل اختصاص الطعن بقرارات محكمة القضاء الإداري إلى المحكمة الاتحادية العليا، ومنحها الحق بنظر الاحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري بصفة تمييزية، فتعتبر بذلك مرجع قضائي يماثل اختصاص محكمة التمييز الاتحادية، إلا أنها لا تعد بذلك درجة من درجات التقاضي، ولا يكون لها سوى التأكد من الحكم المميز موافقاً للقانون أو غير موافق وتصدر قرارها على ضوء ذلك فلا تتعرض لوقائع الدعوى.

غير أن دستور جمهورية العراق الذي عد نافذاً في ٢٣/٥/٢٠٠٦ حدد في المادة (٩٢) منه اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، ولم يكن من بين تلك الاختصاصات النظر في الطعون المقدمة على قرارات محكمة القضاء الإداري، وتبعه صدور قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة الذي قضى بإنشاء المحكمة الإدارية العليا وجعل اختصاصاتها مماثلة للاختصاصات

٣٠٩- أنظر: المادة (٢١١) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

التي تمارسها محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ عند النظر في الطعن بقرارات محكمة القضاء الإداري، ومحكمة قضاء الموظفين^(٣١٠)، وبالتالي سيعيد تشكيل المحكمة الإدارية العليا الأمور إلى نصابها الطبيعي لتكون الهيئة التمييزية للمحاكم الإدارية من جنسها وهي القضاء الإداري، ومن ثم تختص المحكمة الاتحادية العليا بمهام المحكمة الدستورية العليا أي ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، ومآلها القانون الدستوري دون الرقابة على قرارات محكمة القضاء الإداري الخاصة بالمنازعات الإدارية.

٣١٠- أنظر: المادة (٢/ رابعاً / أ- ب) (من قانون رقم (١٧) قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ .