

الفصل العاشر
رقابة القضاء
على دستورية القوانين

رقابة القضاء على دستورية القوانين

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة

الأمريكية

التجربة الأمريكية في الرقابة على دستورية القوانين ، من أقدم التجارب وأكثرها ثراء وأبعدها تأثيراً ، وقد ظلت هذه التجربة طوال القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين التجربة الوحيدة في الرقابة على دستورية القوانين ، إلى أن بدأت في أوروبا عقب الحرب العالمية الأولى. وبعد ذلك بدأت في الانتشار الواسع في النصف الثاني من القرن العشرين ، ويكاد الفقهاء يجمعون على أن الدستور الأمريكي لم ينظم الرقابة على دستورية القوانين ولم يتحدث عن مثل تلك الرقابة صراحة في نص من نصوصه ، ولكن في المقابل لا يوجد في نصوص الدستور الأمريكي ما يفهم منه صراحة أو ضمناً "الحيلولة بين القضاء ومثل هذه الرقابة بل إن في الدستور ما يشجع على الأخذ بها ومن ذلك أن (م ٦ / ٢) من الدستور الأمريكي التي تنص ((هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة ستكون هي القانون الأساسي للبلاد والقضاة في كل البلاد سيتقيدون بذلك بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولاية أو قوانينها)) (١) فضلاً عن نص (م ٣ / ٢) من الدستور التي تتحدث عن الاختصاص القضائي التي جاء فيها ((أن الوظيفة القضائية تمتد إلى كل القضايا المتعلقة بالقانون أو العدالة التي تثور في ظل هذا الدستور)) (٢)

(١) المادة ٢/٦ من الدستور الأمريكي الصادر عام ١٧٨٧

(٢) المادة ٣ / ٢ من الدستور الأمريكي الصادر عام ١٧٨٧

هذان النصان من نصوص الدستور الأمريكي وان كانا لا ينظمان وسيلة معينة لمراقبة دستورية القوانين إلا إنهما بغير شك يفتحان الباب عن طريق التفسير أمام المحاكم للنظر في مدى اتفاق القوانين الصادرة مع الدستور (١)

ويعد النظام القضائي الأمريكي أكثر النظم القضائية قوة في العالم ، وتنهض أسس هذه القوة على حقيقة أن المحاكم الأمريكية تفسر القانون وأن للمحكمة الحكم النهائي في تفسير الدستور ، وقد مارست المحكمة منذ عام (١٨٠٣) سلطة المراجعة القضائية أي سلطة إعلان عدم دستورية أحد القوانين (٢)

والمقصود بأحد القوانين هو قانون القضاة الاتحادي لعام (١٧٨٩) الذي قضى بعدم دستوريته القاضي (جون مارشال) في القضية المشهورة (ماربوري ضد ماديسون) والذي أصبح قرار الحكم بعدم دستورية القانون سابقة قضائية أخذت المحكمة العليا على عاتقها الرقابة على دستورية القوانين ، وتتلخص قضية عدم دستورية قانون (القضاة الاتحادي) أنه عندما خسر الحزب الاتحادي ، الديمقراطي حاليا ، الانتخابات عام (١٨٠٠) وفاز بها الحزب الجمهوري الذي كان يدعو إلى تقوية سلطات الولايات على حساب السلطة الاتحادية ، قلق الاتحاديون على مصير الاتحاد فسارعوا في عام (١٨٠١) قبل تخليهم عن مناصبهم

(١) د. يحيى الجمل - القضاء الدستوري في مصر - الموقع الإلكتروني للبوابة القانونية شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية - مرجع سابق

www.tashreat.com

(٢) لاري الويتز ، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية ، ترجمة جابر سعيد عوض ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ١٩٩٦ ط ١ ص ٢١٥

إلى تعيين قضاة يؤمنون بالفكرة الاتحادية وفي مقدمتهم القاضي (مارشال) رئيس المحكمة الاتحادية العليا ، وعندما تسلم الرئيس (جيفرسون) مهام منصبه أمر وزير الداخلية (ماديسون) بصرف النظر عن تعيين بعض القضاة الذين لم تصدر أوامر تعيينهم بعد ، ومن بينهم القاضي (ماربوري) فأسرع الأخير إلى المحكمة الاتحادية العليا طالبا تطبيق الباب الثالث عشر من قانون القضاة الاتحادي لعام (١٧٨٩) الذي كلف فيه الكونغرس المحكمة الاتحادية العليا بإصدار أوامر إلى الأشخاص العاملين في الخدمة المدنية الأمريكية وطلب (ماربوري) إصدار مثل ذلك الأمر إلى وزير الداخلية ، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا رفضت طلبه لأنه يخالف الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات ، وأعلنت المحكمة استناداً " إلى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الباب الثاني من الدستور أن الباب الثالث عشر من قانون القضاة الاتحادي غير دستوري (١)

وتقريباً على ذلك سنبحث ، السلطة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية ، و طبيعة قرارات المحكمة الاتحادية العليا ، وأهم الضوابط التي تتقيد بها المحكمة الاتحادية العليا.

(١) د. إحسان حميد المرفجي ، نظرية الدستور ، مرجع سابق ، ص ٢٢٠ ، للمزيد ينظر د. إسماعيل مرز ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ، دار الملاك للفنون والآداب والنشر ، ط ٣ ٢٠٠٤ ص ١٨٣ وما بعدها ، وللتوسع أكثر ينظر جاي م .فينمان ، النظام القانوني الأمريكي ، ترجمة د. احمد أمين الجمل ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، ط ١ ٢٠٠٥ ص ٣٦ - ٣٩

السلطة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية

انيطت السلطة القضائية في الولايات المتحدة بمحكمة عليا واحدة ومحاكم أدنى درجة يرتأي الكونغرس إنشائها ويقضي بذلك من حين لآخر وعملا" بهذا التوجيه قسم الكونغرس الأول البلاد إلى مناطق ، وأنشأ محاكم فدرالية لكل منطقة ومن ذلك المنطلق تطورت الهيكلية الحالية للمحاكم الفدرالية لتصبح مؤلفة من المحكمة العليا و(١١) محكمة استئناف و(٩١) محكمة بداية وثلاث محاكم ذات سلطات خاصة ولا يزال الكونغرس يتمتع اليوم بسلطة إنشاء المحاكم الفدرالية أو إلغائها وتحديد عدد القضاة في الجهاز القضائي الفدرالي ، ولكنه لا يملك صلاحية إلغاء المحكمة العليا^(١)

والسلطة القضائية تقيم أعمالها على أساس السلطة الممنوحة لها بموجب الدستور ، وتكون السلطة القضائية المفسر النهائي لمواد الدستور ، وللتقييد على سلطة الحكومة ، وإذا حاول الفرعان السياسيان الرئيس والكونغرس التجاوز على الدستور ، عندئذ تتدخل السلطة القضائية وتقضي بعد دستورية القوانين المتعارضة مع نصوص الدستور ، كما قال احد واضعي الدستور فان السلطة القضائية نفسها لن يكون لها لا سلطة المال ولا سلطة السيف ، لا تستطيع تنظيم أي جيش أو قوة شرطة لتطبيق قراراتها كما لن تستطيع منع الموازنات المالية عن الفرعين الآخرين ، أن كل ما تستطيع القيام به هو أن تبقى مستقلة سياسيا" وحامية لحقوق الشعب إلى درجة تجعل السياسيين

(١) وزير الخارجية الأمريكية - موجز نظام الحكم الأمريكي - د.ط وسنة طبع، ص ١١٢

والمواطنين على حد سواء يتقيدون بقراراتها إذا كان للسلطة القضائية أن تتكلم دون خوف أو تحيز ، وإذا كان لها أن تكون مستقلة فعلا فيجب أن توجد خارج نطاق سيطرة الفرعين الآخرين للحكم ، ولذلك نص الدستور الأمريكي على إنشاء محكمة عليا^(١)

والمحكمة العليا هي المحكمة الأعلى درجة في الولايات المتحدة، وهي الوحيدة التي أنشأها الدستور بالتحديد ، ولا يمكن مراجعة أي قرار صادر عن المحكمة العليا أمام أية محكمة أخرى ، ويحمي الدستور استقلالية القضاء في نصه على أن القضاة الفدراليين يبقون في مناصبهم ماداموا حسني السلوك ، وهذا يعني عمليا حتى الوفاة ، أو التقاعد ، أو الاستقالة ، مع أن القاضي الذي يرتكب عملا "مخالفا" للقانون وهو في منصبه يمكن أن يوجه له اتهام برلماني ويحاكم في الكونغرس على غرار ما يحصل بالنسبة إلى الرئيس وسائر المسؤولين في الحكومة الفدرالية ، والقضاة الفدراليون يعينهم الرئيس ويخضع لموافقة مجلس الشيوخ ، كما أن الكونغرس يحدد رواتب هؤلاء القضاة ، ولا يذكر الدستور شيئا عن مؤهلات قضاة المحكمة العليا ، وليس هناك ما يستلزم أن يكون القضاة من المحامين مع أن جميع القضاة الفدراليين وقضاة المحكمة كانوا على الدوام من المحامين ، ومنذ

(١) فيليبيا ستروم - دور القضاء المستقل - مقالة منشورة تحت عنوان أوراق ديمقراطية رقم ٦ ص ١ إصدار وزارة الخارجية الأمريكية - مكتب برامج الإعلام الخارجي office of international information programs.us department of state وفيليبيا ستروم أستاذة في العلوم السياسية في كلية بروكلين - جامعة نيويورك وأستاذة زائرة في القانون الدستوري في جامعة واين . نشرت كتبا ومقالات عديدة حول موضوع الحكومة الأمريكية شملت النظام القضائي الأمريكي وحقوق الإنسان

إنشاء المحكمة العليا لم يدخل في عضويتها سوى مائة قاض ، وكانت هذه المحكمة تتألف من رئيس وخمسة أعضاء وفي السنوات الثمانين التي أعقبت إنشائها بقي عدد أعضاء المحكمة يتبدل إلى أن تحدد عضويتها سنة (١٨٦٩) برئيس وثمانية أعضاء ورئيس المحكمة هو المسئول التنفيذي الأعلى فيها (١)

وتتسم السلطة القضائية في أمريكا بنظام ثنائي ، محاكم الولايات ، وسلطة قضائية فدرالية ، إن محاكم الولايات تتعامل مع الغالبية العظمى من القضايا في البلاد بما في ذلك المتعلقة بالأحوال الشخصية ، والقضايا بين المواطنين ومخالفات المرور ، وتهتم المحاكم الفدرالية فقط بالمخالفات المتعلقة بالقانون الفدرالي أو الدستور ، كما أنها تتناول أيضا القضايا بين المواطنين من ولايات مختلفة ويتكون نظام المحاكم الفدرالي من ثلاث مستويات أساسية هي (محاكم مناطق ، ومحاكم الاستئناف ، والمحكمة الاتحادية العليا) وهذه المحاكم الدستورية التي تمارس السلطة القضائية كما نصت عليها المادة الثالثة من الدستور الأمريكي ، أما عن اختصاص المحاكم الذي يقصد به سلطة المحكمة ، في أن تسمع وتحاكم ، وتصدر قرارها في إحدى القضايا ، وتختص المحاكم الفدرالية بالنظر في القضايا التي تتناول التأويلات الدستورية والمسائل المتعلقة بالقانون البحري ، وكذلك عندما تكون الأطراف المتنازعة أو الخصوم في القضية هم من الولايات أو

(١) وزارة الخارجية الأمريكية - موجز نظام الحكم الأمريكي - مرجع سابق ص ١١٤ -

إحدى الولايات ، أو أحد المواطنين في إحدى الولايات يقيم دعوى على ولاية أخرى ، وهناك عدة صور من الاختصاص (١)

أولاً: الاختصاص المطلق:

إن القضايا التي يكون أحد أطرافها سفيرا" ، أو التي تتعلق بجريمة فدرالية مثل الخيانة العظمى ، والتجسس ، وتزوير العملة ، أو التي تتضمن اعتداء على حق الاختراع ، أو حق التأليف والنشر ، أو قانوناً من قوانين الكونغرس ، لا تنظرها إلا المحاكم الفدرالية (٢)

وللمحكمة الاتحادية العليا ومن خلال سلطتها في المراجعة التشريعية ، أن تعلن أياً من أعمال الرئيس ، أو الكونغرس بأنه غير دستوري على أساس أنه ينتهك الدستور ، ولا يمكن رد مثل هذا القرار إلا بموجب تعديل دستوري أو بقرار من المحكمة ذاتها. وتمارس جميع المحاكم الأمريكية بما في ذلك المحاكم الفدرالية في مناسبات معينة ، لكن الكلمة الأخيرة في جميع أنحاء الولايات المتحدة تختص بها المحكمة الاتحادية العليا (٣)

وقد لعبت المحكمة العليا الأمريكية دوراً بارزاً في فضيحة (وترجيت) عندما أصدرت المحكمة في دعوى الولايات المتحدة ضد

(١) لاري الوينتز - نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية - مرجع سابق ص ٢٢٠

٢٢ -

(٢) لاري الوينتز - نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية - مرجع سابق ص ٢٢١

(٣) جابريل إيه. الموند وجي بنجهام باويل الابن - السياسات المقارنة في وقتنا الحاضر

- مرجع سابق ص ٩٥٩

الرئيس (ريتشارد نيكسون) أمرا" بطلب تسليم الشرائط المتعلقة بالمحادثات التي دارت بين الرئيس (نيكسون) وسبعة من مساعديه وعلى رأسهم النائب العام ، ومن الذين كان قد تم توجيه تهم لهم لعلاقتهم بالسطو على (وترجيت) وقد اعترض (نيكسون) على تسليم الشرائط باعتبار إن محادثات الرئيس تتمتع بالحصانة المطلقة ، وقررت المحكمة العليا بالإجماع ، بأنه ليس للمحادثات الرئاسية حصانة إذا تعلق الأمر ببينة تثبت ارتكاب جريمة ، ولعل مما يحسب للنظام الأمريكي إن أربعة من قضاة المحكمة العليا من الذين أصدروا الحكم تم تعيينهم بواسطة الرئيس (نيكسون) ولم يشفع له تعيينهم وعليه كان لأمر المحكمة العليا الدور البارز في استقالة الرئيس (ريتشارد نيكسون) في) ٨ / أغسطس (١٩٧٤) (١)

ثانيا: الاختصاص المشترك:

يمكن أن تنظر القضايا أما محكمة فدرالية ، أو محكمة ولاية ، فالقضية التي تتضمن مواطنين من ولايات مختلفة تعرف هذه القضايا بقضايا ازدواج الجنسية ، وإذا كانت قيمة الأموال في القضية تزيد عن (٥٠,٠٠٠) خمسون ألف دولار فإنه يمكن للمدعي أن يرفع القضية إلى أي مستوى من مستويات المحاكم ، فإذا عرضت القضية

(١) للزبد حول فضيحة (وترجيت) ينظر نبيل أديب عبد الله ، (عندما هزت الصحافة السلطة) مقالة منشورة في صحيفة السودان الدولية والهوية الجامعة ، العدد : ٨٣٩ في ١٣ / ٣ / ٢٠٠٨ وعلى الموقع الإلكتروني <http://www.alsudani.info/index.php?type=38id=2147526764>

أمام محكمة ولاية فان المدعى عليه ، يمكن أن يحولها إلى محكمة من محاكم المناطق الفدرالية (١)

ثالثاً: الاختصاص الأصلي :

المحكمة التي تنظر قضية لأول مرة يكون لها الاختصاص الأصلي بالنسبة لهذه القضية ، أما المحكمة التي تنظر في قضية مستأنفة من محكمة أدنى فيكون لها الاختصاص الأصلي فقط ، أما محاكم الاستئناف ليس لها إلا الاختصاص الاستثنائي أما المحكمة الاتحادية العليا فتمتع بكلى الاختصاصين الأصلي والاستثنائي (٢)

(١) محاكم المناطق ، محاكم فدرالية تحكم في (٢٥٠,٠٠٠) مائتي وخمسون ألف قضية كل عام نحو ٨٠ ٪. من إجمالي عبء القضايا الفدرالية ، ويبلغ عدد هذه المحاكم في الولايات المتحدة ٩٤ محكمة منطقة وتقع في مختلف المناطق القضائية في الولايات المتحدة فضلا عن الأقاليم ، واحدة في كل من مقاطعة كولومبيا ، وجوام ، وبورتوريكو ، وجزر فرجين ، وتضم ولاية كبيرة مثل كاليفورنيا أربع محاكم مناطق وفي كل ولاية بها محكمة منطقة واحدة على الأقل ، ومحاكم المناطق هي المحاكم الفدرالية الوحيدة التي بها هيئة محلفين كبرى التي تقوم بتوجيه الاتهام للأفراد بعد توافر الأدلة الكافية التي تبرر المحاكم الجنائية وهيئة محلفين صغرى، لمحاكمة المدعى عليهم ، ويتراوح عدد القضاة في كل منطقة بين قاضي واحد وسبعة وعشرين قاضيا ، ويتوقف ذلك على عدد السكان في المنطقة المعينة ، وعادة ينظر قاضي واحد في القضية ، إلا أنه في بعض الأحيان تستخدم هيئة من ثلاث قضاة .

للمزيد ينظر لاري الوينتز - نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية ص ٢٢٢

(٢) لاري الوينتز - نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية - مرجع سابق ص ٢٢١

طبيعة قرارات المحكمة الاتحادية العليا

تصدر المحكمة قراراتها دون سماع حجج شفوية ، وتصدر المحكمة حكمها مشفوعاً برأي مكتوب غير موقع يطلق عليه (رأي محكمة) يشرح حيثيات القرار ، وفي بقية القضايا يقدم المحامون عن الخصوم مذكرات تبرز أحقية القضية ، ويسمح لكل طرف بنصف ساعة لعرض قضيته شفهاً ، والإجابة على تساؤلات القضاة ، وبعد هذه المناقشة الشفهية يجتمع القضاة في اجتماع مغلق لمناقشة القضية والتصويت عليها في النهاية ، ثم يتولى رئيس المحكمة كتابة رأي الأغلبية إذا كان متفقاً مع رأيه أو يطلب من احد القضاة أن يقوم بذلك ، أما إذا لم يكن رأي رئيس المحكمة متفقاً مع رأي الأغلبية ، يتولى أقدم القضاة كتابة الرأي وقد يحتاج الرأي النهائي لعدة شهور لصياغته ، ويمكن للقضاة الآخرين أن يكتبوا رأياً متفقاً عليه ، يتفق ورأي الأغلبية ولكن لأسباب قانونية مختلفة ، ولا تتفق الآراء المعارضة مع قرار الأغلبية وتعتبر هذه الآراء مهمة لأنها تشكل سوابق يمكن إتباعها في قضايا مماثلة في المستقبل ويمكن لآراء الأقلية أيضاً أن تصبح منطلق الأغلبية في قضية مستقبلية ، ويعلن القرار النهائي في جلسة علنية وتنتشر كل القرارات في الجريدة الرسمية للولايات المتحدة ، ومن المفترض أن تتبع المحاكم الأدنى قرارات المحكمة العليا ، ويجب على الدوائر والوكالات الحكومية وشركات الأعمال أن تنفذ قرارات المحكمة^(١)

(١) لاري الويتز - نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية - مرجع سابق -

وجدير بالذكر أن المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية لا تملك وسيلة لفرض أحكامها ، فان سلطتها الدستورية تدعمها التقاليد الثقافية الأمريكية الراسخة من حيث احترام السلطة القضائية واحترام سيادة القانون ، وهذا الاحترام يدعمه الاعتقاد بأنه عند تطبيق الدستور فان قضاة المحكمة العليا لا يقومون مجرد عرض وجهات نظرهم فيما يوجه أحكامهم ، فما تستطيع أن تفعله المحكمة في قضية ما مقيدة أما بشي وارد في النص أو الوسيلة التي تم اللجوء إليها لتفسير النص فمثلا أن الدستور طبقا

لتفسير المحكمة له ينظم سلطة باقي أفرع الحكومة فان الدستور يقيد سلطة المحكمة ذاتها (١)

الضوابط المقيدة للمحكمة الاتحادية العليا

وضعت المحكمة العليا الأمريكية لنفسها ضوابط تتقيد بها في هذه الرقابة حتى لا تتجاوز على اختصاصات السلطة التشريعية من ناحية ، وحتى تتجنب الآثار القانونية والسياسية الخطيرة التي قد تترتب على القضاء بعدم دستورية القوانين من ناحية ثانية ، وحتى لا تطالب السلطة التشريعية بتقييد اختصاصات المحكمة من ناحية ثالثة ، وأهم الضوابط التي تلتزم بها المحكمة الاتحادية العليا في ممارسة الرقابة مايلي: (٢)

(١) جاي م . فينمان - النظام القانوني الأمريكي - ترجمة د. احمد أمين الجمل -

مطبعة الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ط ١ ٢٠٠٥ ص ٢

(٢) د. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات

، مرجع سابق ص ٢٠

١- عدم تعرض المحكمة للمشكلة الدستورية إلا إذا كان ذلك ضرورياً "للفصل في الخصومة الأصلية.

٢- تبني قرينة تقضي بان الأصل في كل ما يصدر من السلطة التشريعية من قوانين انه صادر في الحدود التي رسمها الدستور لتلك السلطة ، وعلى القضاء عند فحصه لدستورية القوانين أن لا يخرج عن مقتضى القرينة إلا إذا كان التعارض بين القانون والدستور تعارضاً واضحاً وصريحاً" ، بمعنى ذلك إن المحكمة لا تقضي بعدم الدستورية إلا إذا كان عدم الدستورية هذا فوق مستوى كل شك معقول ، وانه إذا أمكن تفسير القانون على أكثر من وجه أن تلتزم هذا التفسير ما دامت عبارة القانون تحتمله.

٣- عدم ممارسة المحكمة على القوانين إلا رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد واستبعاد كل عنصر غير دستوري من هذه الرقابة ، فلا تناقش ضرورة التشريع أساسا لفحص دستوريته دون أن تبحث عن بواعثه الحقيقية.

٤- استبعاد المسائل السياسية من نطاق الرقابة على دستورية القوانين.

رقابة القضاء على دستورية القوانين في مصر

عرفت مصر الرقابة على دستورية القوانين منذ زمن بعيد ، فقد أصر مجلس الدولة منذ إنشائه في عام (١٩٤٦) على حقه في إجراء هذه الرقابة دون نص خاص يبيح له ذلك . وفي عام (١٩٦٩) أنشأت في مصر لأول مرة محكمة خاصة للرقابة الدستورية والتي كانت تجري عن طريق الدفع حيث يتقدم به صاحب المصلحة أمام محكمة الموضوع فإذا

رأت أن الدفع جدي وان هناك شكوكا" جدية حول دستورية النص الذي يراد تطبيقه أوقفت الدعوى أمامها وحددت للخصم صاحب المصلحة مدة معينة يرفع الدعوى خلالها أمام المحكمة العليا . ثم صدر دستور عام (١٩٧١) فأنشأ المحكمة الدستورية العليا وأصبحت هذه المحكمة الامتداد الطبيعي للمحكمة العليا (١).

وتأسيسا" على ذلك سنتناول هذا المطلب في فروع خمس نبحت فيها : تكوين المحكمة الدستورية العليا و اختصاصات المحكمة الدستورية العليا و إجراءات رفع الدعوى الدستورية ثم حجية الأحكام الدستورية وأخيرا الضوابط التي تنقيد بها المحكمة الدستورية العليا .

المحكمة الدستورية العليا

تنص المادة (١٧٦) من الدستور المصري لعام (١٩٧١) على أن ينظم القانون تشكيل المحكمة الدستورية العليا ، ويبين الشروط الواجب توافرها في أعضائها وحقوقهم وحصانتهم ، ولقد بين قانون المحكمة الدستورية العليا كيفية تشكيلها ، و ((تتكون المحكمة من رئيس وعدد كاف من الأعضاء وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء ، ويرأس جلساتها رئيسها أو أقدم أعضائها عند خلو منصب الرئيس أو غيابه أو وجود مانع لديه يقوم الأقدم من أعضائها في جميع اختصاصاتها)) (٢).

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي - الدستور المصري فقها وقضاء - دار المطبوعات الجامعية، ط ٩ ١٩٩٦ ص أ - ب

(٢) المادة ٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لعام ١٩٧٩

وقد اشترط القانون فيمن يعين عضو في المحكمة أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية ، وألا يقل عمره عن خمسة وأربعين سنة ميلادية ، ويكون اختياره من بين الفئات التالية :

١- أعضاء المحكمة الحاليين (أي أعضاء المحكمة العليا التي حلت محلها المحكمة الدستورية العليا)

٢- أعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها خمس سنوات متصلة على الأقل.

٣- أساتذة القانون الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية ممن أمضوا في وظيفة أستاذ ثماني سنوات متصلة على الأقل.

٤- المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض والمحاكم الإدارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل.^(١)

ويعين 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 احدهما الجمعية العامة للمحكمة ، ويرشح الآخر رئيس المحكمة ، ويجب أن يكون ثلثا عدد أعضاء المحكمة على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية ، ويحدد قرار التعيين وظيفة العضو وأقدميته بها.^(٢)

(١) المادة ٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٢) المادة ٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

ويؤدي رئيس وأعضاء المحكمة قبل مباشرة أعمالهم اليمين التالية : (اقسم بالله العظيم أن احترم الدستور والقانون وأن احكم بالعدل) ويكون أداء اليمين بالنسبة لرئيس المحكمة أمام رئيس الجمهورية ، ويكون أداء اليمين بالنسبة للأعضاء أمام الجمعية العامة للمحكمة.(١)

وأعضاء المحكمة غير قابلين للعزل ولا ينقلون إلى وظائف أخرى إلا بموافقتهم.(٢)

أما إذا نسب إلى أحد أعضاء المحكمة أمر من شأنه المساس بالثقة أو الاعتبار أو الإخلال الجسيم بواجبات أو مقترحات وظيفته ، يتولى رئيس المحكمة عرض الأمر على لجنة الشئون الوقتية بالمحكمة ، فإذا قررت اللجنة بعد دعوة العضو لسماع أقواله أن هناك محلاً للسير في الإجراءات نددت أحد أعضائها أو لجنة من ثلاثة منهم للتحقيق ، ويعتبر العضو المحال إلى التحقيق في إجازة حتمية بمرتب كامل من تاريخ القرار ويعرض التحقيق أو الاتهام لتصدر بعد سماع دفاع العضو وتحقيق دفاعه ، تصدر حكمها بالبراءة أو بإحالة العضو إلى التقاعد من تاريخ صدور الحكم ... ويكون الحكم نهائياً" غير قابل للطعن بأي طريق.(٣)

ولدى المحكمة هيئة تسمى هيئة المفوضين تتكون من رئيس وعدد كاف من المستشارين ، والمستشارين المساعدين ، ويحل محل

(١) المادة ٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٢) المادة ١١ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٣) المادة ١٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

الرئيس عند غيابه الأقدم من أعضائها ، ويتولى رئيس الهيئة تنظيم العمل بها والإشراف عليها.(١)

ويشترط فيمن يعين رئيسا لهيئة المفوضين ذات الشروط المقررة لتعيين أعضاء المحكمة في المادة ٤ من قانون المحكمة.(٢)

وهم غير قابلين للعزل ولا يجوز نقلهم إلى وظائف أخرى إلا بموافقتهم ، وتسري في شأن ضماناتهم وحقوقهم وواجباتهم وإحالتهم إلى التقاعد وإجازاتهم والمنازعات المتعلقة بترقياتهم ومرتباتهم . والأحكام المقررة بالنسبة لأعضاء المحكمة.(٣)

اختصاصات المحكمة الدستورية العليا

للمحكمة اختصاصات متعددة خصها القانون دون غيرها بذلك

- ١- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح.
- ٢- الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل إحداها عن نظرها أو تخلت كلاهما عنها.

(١) المادة ٢١ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٢) المادة ٢٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٣) المادة ٢٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

٣- الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرا " أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها.(١)

وتتولى المحكمة تفسير النصوص والقوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور ، إذا أثارت خلافا" في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها.(٢)

ويجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليه وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية.(٣)

إجراءات رفع الدعوى الدستورية

تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:

١- إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء النظر بإحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة العليا للفصل في المسألة الدستورية.

(١) المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٢) المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٣) المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

٢- إذا دفع احد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا " لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع في الميعاد اعتبر الدفع كان لم يكن.(١)

ويجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقا لحكم المادة (٢٩) بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته ، والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة.(٢)

ولكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قانون المحكمة ويجب أن يبين في الطلب موضوع النزاع وجهات القضاء التي نظرته وما اتخذته كل منها في شأنه ، ويترتب على تقديم الطلب وقف الدعوى القائمة المتعلقة به حتى الفصل فيه.(٣)

ولكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا ، الفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين في الحالة المشار إليها في الفقرة ثانيا" من المادة ٢٥ ويجب أن يبين في الطلب النزاع

(١) المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٢) المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٣) المادة ٣١ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

القائم حول التنفيذ ووجه التناقض بين الحكمين أو أحدهما حتى الفصل في النزاع.^(١)

أما بخصوص تفسير النص التشريعي فإنه يقدم طلب التفسير من وزير العدل ، وبناء على طلب رئيس الوزراء ، أو رئيس مجلس الشعب ، أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، ويجب أن يبين في طلب التفسير النص التشريعي المطلوب تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه.^(٢)

ويجب أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا موقعا عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بإدارة قضايا الحكومة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال وان يرفق بالطلب المنصوص عليه في المادتين (٣١ و ٣٢) صورة رسمية من الحكمين الذين وقع في شأنهما التنازع أو التناقض وإلا كان الطلب غير مقبول.^(٣)

ويقدم قلم الكتاب قرارات الإحالة الواردة إلى المحكمة والدعاوى والطلبات المقدمة إليها في يوم ورودها أو تقديمها في سجل يخصص لذلك وعلى قلم الكتاب إعلان ذوي الشأن عن طريق قلم المحضرين بالقرارات أو الدعاوى أو الطلبات سألفة الذكر في مدة

(١) المادة ٣٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٢) المادة ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٣) المادة ٣٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

خمسة عشر يوما من ذلك التاريخ وتعتبر الحكومة من ذوي الشأن في
الدعاوى الدستورية.^(١)

وتودع هيئة المفوضين بعد تحضير الموضوع تقريرا" تحدد فيه
المسائل الدستورية والقانونية المثارة ورأي الهيئة فيها مسبقا" ويجوز لذوي
الشأن أن يطلعوا على هذا التقرير بقلم المحكمة ولهم أن يطلبوا صورة
منه على نفقتهم.^(٢)

ويحدد رئيس المحكمة خلال أسبوع من إيداع التقرير تاريخ
الجلسة التي تنظر فيها الدعوى أو الطلب ...^(٣) ويجب حضور أحد
أعضاء هيئة المفوضين جلسات المحكمة ويكون من درجة مستشار على
الأقل .

ويقبل للحضور أمام المحكمة المحامون المقبولون للمرافعة أمام
محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا ، ويكون الحاضر عن
الحكومة من درجة مستشار على الأقل بإدارة هيئة
قضايا الدولة.^(٤)

وتحكم المحكمة في الدعاوى والطلبات المعروضة عليها بغير
مرافعة فإذا رأت ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع الخصوم وممثل هيئة
المفوضين ، وفي هذه الحالة لا يؤذن للخصوم أن يحضروا أمام المحكمة

(٤) المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(١) المادة ٤٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٢) المادة ٤١ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٣) المادة ٤٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

من غير محام معهم ، وليس للخصوم الذين لم تودع بأسمائهم مذكرات وفقا لحكم المادة(٣٧) (١) الحق في أن ينيبوا عنهم محاميا" في الجلسة.(٢)

حجية الأحكام الدستورية

إن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة ، ويترتب على الحكم بعدم دستورية النص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا" إلى ذلك النص كأن لم تكن ، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه.(٣)

وتفصل المحكمة دون غيرها في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها وتسري هذه المنازعات الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة

(١) نصت المادة ٣٧ من قانون المحكمة " لكل من تلقى إعلانا بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلان مذكرة بملاحظات مشفوعة بالمستندات ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال خمسة عشر يوما... فإذا استعمل الخصم حقه في الرد كان للأول التعقيب بمذكرة خلال خمسة عشر يوما التالية.

(٢) المادة ٤٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٣) المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها ويترتب على رفع المنازعة وقف التنفيذ ما لم تأمر المحكمة بذلك حتى الفصل في المنازعة.(١)

وأحكامها وقراراتها نهائية غير قابلة للطعن.(٢)

أهم الضوابط التي تنقيد بها المحكمة الدستورية العليا

سارت المحكمة الدستورية العليا المصرية على خطى المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية فقيدت نفسها بمجموعة من الضوابط لتلتزمها في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين (٣) :

١- عدم تعرض المحكمة للمشكلة الدستورية إلا إذا كان ضرورياً للفصل في الخصومة الأصلية .

٢- أن يقيم المدعي وفي حدود الصفة التي اختصم بها النص المطعون عليه ، الدليل على أن ضرراً واقعياً قد الحق به ، ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشراً "منفصلاً" عن مجرد مخالفة النص المطعون فيه للدستور مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها ممكناً تصوره ومواجهته بالترضية القضائية تسوية لآثاره .

٣- أن يكون هذا الضرر عائداً إلى النص المطعون فيه ، وليس ضرراً "متوهماً" أو "متحلاً" أو "مجهولاً" ، فإذا لم يكن هذا النص

(١) المادة ٥٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٢) المادة ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٣) د. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية العليا المصرية في حماية الحقوق

والحريات ، مرجع سابق ص ٢٢ - ٢٥

قد طبق أصلاً" على من ادعى مخالفته للدستور أو كان من غير
المخاطبين بأحكامه أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها ولا
يعود عليه ، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة ،
والمصلحة الشخصية المباشرة شرط ضروري لقبول الدعوى
الدستورية

٤- استبعاد المسائل السياسية من نطاق الرقابة على دستورية القوانين.

الرقابة على دستورية القوانين في العراق

الرقابة الدستورية في العراق من عام ١٩٢٥-٢٠٠٣

تلعب الرقابة على دستورية القوانين دوراً "مزدوجاً" في دولة
القانون ، فهي عنصر داخل في تكوينها من جهة وضمانة فاعلة لسيادة
القانون ومنع انتهاكه من جهة أخرى ، فالقضاء بوصفه الجهة المحايدة
من بين السلطات الثلاثة لعدم تأثره بأي اعتبار سياسي وعدم استجابته
لأي تأثير شخصي ينبغي أن يبسط رقابته على عمل السلطتين التنفيذية
والتشريعية ، فله أن يبسط رقابته على أعمال السلطة التشريعية للتأكد
من مدى موافقته التشريعات الصادرة عنها لمضمون الدستور ، فإذا
خالفت أحكامه جاز له أن يلغيها أو يمتنع عن تطبيقها وبذلك يكون
الحامي الأمين للدستور شكلاً "وموضوعاً" ، لذلك نجد الكثير من
الدساتير تجنح إلى النص في صلبها على تنظيم هذا الموضوع (١).

(١) د. عدنان عاجل عبيد - أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون -

وعلى هذا الأساس نجد أن بعض الدساتير العراقية نصت على إنشاء محاكم مهمتها مراقبة دستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور، كما هو الحال في القانون الأساسي لعام (١٩٢٥)، ودستور عام (١٩٦٨)، إلا أن الدساتير العراقية الأخرى منذ دستور (١٩٥٨)، إلى مشروع دستور عام (١٩٩٠)، لم تنص على إنشاء محكمة للنظر في دستورية القوانين.

وقد اسند المشرع الدستوري إلى القضاء مهمة الرقابة في التجربتين المذكورتين اعترافاً "بحق السلطة القضائية في أداء هذه المهمة وتوافق ذلك مع المبادئ العامة والعرف الدستوري، كما إن مبدأ استقلال القضاء عامل مهم في إسناد هذا الحق للقضاء في تقرير الرقابة الدستورية، ولإبراز العلاقة بين مبدأ استقلالية السلطة القضائية والرقابة على دستورية القوانين في الدساتير العراقية ارتأينا البحث في الرقابة على دستورية القوانين في الدساتير العراقية من القانون الأساسي (١٩٢٥) إلى عام (٢٠٠٣) في مطلبين: الأول الرقابة الدستورية في القانون الأساسي لعام (١٩٢٥)، والثاني الرقابة الدستورية في الدساتير العراقية المؤقتة.

الرقابة الدستورية في القانون الأساسي لعام ١٩٢٥

إن الحاجة إلى وجود جهة قضائية تأخذ على عاتقها النظر في موضوع دستورية القوانين أمر بالغ الأهمية لما يتمتع به القضاء من استقلال وحياد بعيد عن هوى وآراء السياسيين، لذا عمدت معظم دساتير الدول إلى تشكيل محاكم دستورية واختارت لها أفضل القضاة علماً وسلوكاً لكي يفتوا في موضوع دستورية القوانين، لكون

القضاء هو الجهة المؤهلة مهنياً للفصل في موضوع الرقابة الدستورية ، وعلى هذا الأساس تبنى القانون الأساسي لعام (١٩٢٥) ، الرقابة على دستورية القوانين من خلال إنشاء محكمة أسماها (المحكمة العليا) ومن مهامها محاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة المتهمين بجرائم سياسية أو بجرائم تتعلق بوظائفهم العامة ، ولحاكمة حكام محكمة التمييز عن الجرائم الناشئة عن وظائفهم ، وللبت في الأمور المتعلقة بتفسير الدستور وموافقة القوانين لأحكام الدستور ، إلا أن هذه المحكمة تختلف من حيث نوعية أعضائها ولم تقتصر على القضاة فقط بل إن أكثرية أعضائها من مجلس الأعيان الذين لا يتمتعون بمؤهلات قانونية .

تكوين المحكمة العليا

تقتصر الرقابة في العراق على التشريع بعد نفاذه ، وتختلف الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين باختلاف ما مر به العراق من أوضاع دستورية ، فقد أناط القانون الأساسي العراقي وهو دستور عام (١٩٢٥) ، مهمة البت في الأمور المتعلقة بتفسيره وموافقة القوانين الأخرى لأحكامه بمحكمة خاصة أطلق عليها اسم المحكمة العليا^(١)

كما نص عليها القانون الأساسي ((تؤلف محكمة عليا لمحاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة المتهمين بجرائم سياسية تتعلق بوظائفهم العامة ولحاكمة حكام محكمة التمييز عن الجرائم الناشئة

(١) عبد الباقي البكري وزمير البشير - المدخل لدراسة القانون - بيت الحكمة - بغداد،

من وظائفهم ، والبت بالأمور المتعلقة بتفسير هذا القانون وموافقة القوانين لأحكامه ((^(١))

والقانون الأساسي جعل اختصاصات المحكمة العليا بشكل حصري هي:

أولاً: محاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة عن نوعين من الجرائم (الجرائم السياسية ، والجرائم المتعلقة بوظائفهم العامة)

ثانياً: محاكمة حكام محكمة التمييز عن الجرائم الناشئة من وظائفهم.

ثالثاً: البت في الأمور المتعلقة بتفسير الدستور وموافقة القوانين الأخرى لأحكامه .

وتؤلف المحكمة من ثمانية أعضاء عدا الرئيس ينتخبهم مجلس الأعيان أربعة من بين أعضائه وأربعة من حكام محكمة التمييز أو غيرهم من كبار الحكام وتتعد برئاسة رئيس مجلس الأعيان ، وإذا لم يتمكن الرئيس من الحضور يتراأس جلسة المحكمة نائبه (٢)

ونجد هنا أن سلطة مجلس الأعيان واضحة في اختيار أعضاء المحكمة العليا.

(١) المادة ٨١ من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥

(٢) المادة ٨٢ من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥

والقانون الأساسي اشترط أن يكونوا من حكام محكمة التمييز ، فلمجلس الأعيان أن يختار غيرهم من كبار الحكام ، كذلك نجد أن انعقاد المحكمة العليا لأجل محاكمة الوزراء أو أعضاء مجلس الأمة أو حكام محكمة التمييز عن الجرائم التي نص عليها الدستور ، فأمر انعقاد المحكمة يكون من مسؤولية مجلس الأعيان دون غيره باختيار أعضاء المحكمة ولا دخل للإرادة الملكية بذلك إذا اقتضى إجراء المحاكمة أمام المحكمة العليا ، وتحال القضية إليها بناء على قرار اتهامي صادر من مجلس النواب بأكثرية ثلثي الآراء من الأعضاء الحاضرين في كل قضية على حدة (١)

ويتوقف تحريك الدعوى على طبيعة الموضوع المراد عرضه على المحكمة العليا وذلك إذا كان مجلس النواب مجتمعا ، أما إذا لم يكن مجلس النواب مجتمعا فإن القانون الأساسي عالج هذا الأمر ((أما الأمور الأخرى فتحال إلى المحكمة العليا بقرار من مجلس الوزراء ، أو بقرار من احد مجلسي الأمة)) (٢)

وهنا تتدخل الإرادة الملكية عن طريق مجلس الوزراء لتشكيل المحكمة العليا ، وانتقاء أعضاء المحكمة العليا من قبل السلطة التنفيذية ، وعندما تختار فإنها تختار من يحمي مصالحها ، وهنا يتدخل عامل الولاء للسلطة التنفيذية وإطاعتها لانجاز الغرض التي تشكلت من اجله المحكمة العليا.

(١) المادة ١/٨٢ من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥

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

ونلاحظ إن عدد الحكام الذين يتم اختيارهم أربعة حكام من أصل تسعة أعضاء من بينهم رئيس المحكمة الذي يشغل منصب رئيس مجلس الأعيان مع أربعة أعضاء من مجلس الأعيان ، وهنا يكون العدد خمسة مقابل أربعة ، علاوة على ذلك إن أعضاء مجلس الأعيان هم من المعينين من قبل الإرادة الملكية ولم يكونوا منتخبين ، فمن الطبيعي أن تصدر الأحكام من المحكمة العليا وفقا لما تشهيه السلطة التنفيذية ، ومن الجدير بالذكر إن المحكمة لم تمارس اختصاصها بمحاكمة من حددتهم المادة (٨١) من القانون الأساسي ، ولم يذكر أن حاکمت احد من هؤلاء.

اختصاصات المحكمة العليا

ثبت اختصاص المحكمة في القانون الأساسي فضلا عن اختصاصها في محاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة المتكون من مجلس الأعيان ، ومجلس النواب وحكام محكمة التمييز المتهمين بجرائم سياسية أو جرائم تتعلق بوظائفهم العامة فان القانون الأساسي أسند إلى المحكمة تفسير النصوص الدستورية ومراقبة دستورية القوانين ، من خلال ما ورد وللبت في الأمور المتعلقة بتفسير هذا القانون وموافقة القوانين الأخرى لأحكامه (م ٨١) وتتعد المحكمة العليا بإرادة ملكية فيما يخص تفسير الدستور ورقابة دستورية القوانين ، وتؤلف المحكمة في هذه الحالة وفق المادة (٣/٨٢) أي تؤلف من نفس العدد من حكام محكمة التمييز ، والأعضاء الباقين من مجلس الأعيان برئاسة رئيس مجلس الأعيان ، هذا فيما إذا كان مجلس الأمة مجتمعاً ، أما إذا لم يكن مجلس الأمة مجتمعاً فهذا يتدخل مجلس الوزراء في اختيار أعضاء المحكمة بإرادة ملكية ، هذا ما نص عليه الدستور ((إذا وجب

البت في أمر يتعلق بتفسير أحكام هذا القانون أو فيما إذا كان أحد القوانين المرعية يخالف هذا القانون ، تجتمع المحكمة العليا بإرادة ملكية تصدر بموافقة مجلس الوزراء بعد أن تؤلف وفق الفقرة الثالثة من المادة السابقة (أي المادة ٨٢) أما إذا لم يكن مجلس الأمة مجتمعاً يكون نصب الأعضاء المذكورين من المادة السابقة بقرار من مجلس الوزراء وإرادة ملكية^(١)

وقد مارست المحكمة اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين بطعنها بقانون منع الدعايات المضرة رقم (٢٠ لسنة ١٩٣٨) ، ولم يحدث أن نظرت المحكمة بدستورية المراسيم التشريعية الصادرة عن السلطة التنفيذية رغم مخالفتها لأحكام الدستور^(٢)

ومارست المحكمة العليا اختصاصها في تفسير المواد (٢٠ و ٢٢) من القانون الأساسي.

ومن التطبيقات القضائية للمحكمة العليا الخاصة بتفسير المادة (١/٢٢) من القانون الأساسي التي تمنع إدخال تعديل ما مدة الوصاية بشأن حقوق الملك ووراثته .

انه قد اجتمعت المحكمة العليا المشكلة بموجب الإرادة الملكية المرقمة ٧٩٤ والمؤرخة في (١٦) كانون الأول (١٩٤١) في يوم الأربعاء المصادف (٢٤) كانون الأول (١٩٤١) ، برئاسة سماحة السيد

(١) المادة ٨٣ من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥

(٢) د. رعد ناجي الجدة - النظام الدستوري في العراق - وزارة التعليم العالي والبحث

العلمي-العراق ١٩٩٠ ص ٣٢١

(محمد الصدر) رئيس مجلس الأعيان ، وعضوية كل من السادة محمد صبحي الدفتري ، وعمر نظمي ، وصالح باش أعيان ، وعبد المحسن شلاش ، أعضاء مجلس الأعيان ، والسادة داود سمرة ، وعبد العزيز المطير ، وحسن تاتار ، ومصطفى التكرلي ، أعضاء محكمة التمييز وهم من كبار الحكام ، وبعد أن تليت الإرادة الملكية المنوه عنها والمتضمنة تشكيل المحكمة العليا لغرض تفسير المادتين (٢٠ و ٢٢) من القانون الأساسي وكذلك النظر في إحداث منصب باسم (نائب أو مساعد أو وكيل وزير) من أعضاء مجلس الأمة وتليت كذلك المذكرة في الفقرة ١ من القرار المذكور والتي هذا نصها ((هل أن إضافة حقوق إلى الملك في لائحة قانون الدستور الجديد خلال مدة الوصاية يعتبر مساساً بحقوق جلالته)) أصدرت قرارها الذي جاء فيه :

(لدى النظر في الموضوع وبعد المداولة رأيت أكثرية المحكمة انه إذا كان القصد إضافة حقوق إلى جلاله الملك في لائحة الدستور الجديد فذلك جائز لعدم مخالفته نص العبارة الأخيرة في الفقرة الأولى من المادة (٢٢) من القانون الأساسي التي تمنع إدخال تعديل ما مدة الوصاية بشأن حقوق الملك ، إذ لا يعد تعديلاً في هذا الباب وقد خالف هذا القرار ثلاثة أعضاء وهم السادة (محمد صبحي الدفتري وعبد العزيز المطير ومصطفى التكرلي) ونص شرح أسباب المخالفة للسيدين الأوليين محمد صبحي الدفتري وعبد العزيز المطير " إن ما جاء في آخر الفقرة الأولى من المادة الثانية والعشرين من القانون الأساسي يمنع إدخال أي تعديل في القانون الأساسي مدة الوصاية بشأن حقوق الملك ووراثته ، وقد أيدت الفقرة القانونية هذا المنع بكلمة (ما) التي يجب والحالة هذه

أن تكون شاملة ومانعة أي تعديل بما فيه تنقيص الحقوق وتزويدها إذ إن الغاية من هذا المنع والتحذير ليس

ملاحظة تنقيص حقوق الملك في عهد الوصاية فقط بل أراد القانون أن تمارس هذه الحقوق في عهد الوصاية كما تمارس في عهد الملك السابق دون زيادة أو نقصان إلى أن يبلغ الصبي سن الرشد ويتولى العرش ، إن المقصود من حقوق الملك التي جاءت في المادة هي وجائب الملك ، والوجائب التي يقوم فيها الملك في المواد (١٩ و ٢٠ و ٢١ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦) تحت عنوان (الملك وحقوقه) لذا نرى إضافة حقوق جديدة للملك هو تعديل أيضا وهذا يخالف نص الفقرة المذكورة التي جاءت مطلقة "

وقد كانت مخالفة السيد مصطفى التكرلي مبنية على
الأسباب التالية:

((إن الفقرة الأخيرة من المادة الثانية والعشرين من القانون الأساسي المطلوب تفسيرها وهي لا يجوز إدخال تعديل ما في القانون الأساسي مدة الوصاية بشأن حقوق الملك وليس فيها غموض من حيث السبك ومن حيث اللفظ غير أن ظاهر مفهومها الإطلاق غير المقصود من قبل المشرع ، وبالنظر لتقيدها بالمنطق والأسس المتبعة في كافة القوانين الأساسية في الحكومات الدستورية فينبغي إذن أن يكون التفسير معنويا " لا لفضيا" : إن واضح القانون إنما تعرض لمنع إدخال التعديل لغاية صيانة حقوق الملك المنصوص عليها في القانون الأساسي وعدم فسح المجال للتقويض منها وإناطة أمر التعديل في تنقيصها إلى لحوق رضاء جلالة الملك عند اكتسابه سن الرشد أما الزيادة في حقوق الملك فغير

مقصودة في المنع الواردة في هذه المادة ، عليه أرى أن التعديل بتزويد حقوق الملك في القانون أمر جائز مستتبطن من قصد المشرع الذي استهدف حماية هذه الحقوق بعدم التعرض لها بالتقييد فإدخال الحقوق الجديدة الزائدة سواء كانت عن طريق التعديل أو الإضافة كما تفتكر الأكثرية لا يتناولها المنع ، فأنا والأكثرية على وفاق من حيث الموضوع والنتيجة في أمر إمكان التعديل في الزيادة لان التعديل أو الإضافة سيان في نظري ولكني أختلف مع الأكثرية بأني أرى أن تكون هذه الحقوق الجديدة المراد إدخالها في القانون الأساسي غير منقصة من حقوق الشعب وحقوق مجلس الأمة الواردة في الدستور فأخالف الأكثرية من هذه الناحية فقط))((^(١) .

ومن خلال هذا التفسير الذي أفتت به المحكمة العليا للمادة (٢٢ / ١) جرى التعديل الثاني للقانون الأساسي في ١٩٤٣/١٠/٢٧^(٢)

(١) نشر هذا التفسير في الوقائع العراقية عدد ١٩٨٥ في ١٢/١/١٩٤٢ نقلا عن د. إسماعيل مرزا - مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي - ط ٣ مرجع سابق ص ١٣٧ - ١٣٨

(٢) جاء في المادة (١/٢٢) من القانون الأساسي " سن الرشد للملك تمام الثامنة عشر عاما فإذا انتقل العرش إلى من هو دون هذا السن يؤدي حقوق الملك الوصي الذي يختار الملك السابق ذلك إلى أن يبلغ الملك سن الرشد ولكن ليس للوصي أن يتولى هذا المنصب ويؤدي شيئا من حقوقه ما لم يوافق مجلس الأمة على تعيينه فإذا لم يوافق مجلس الأمة على ذلك أو إذا لم يعين الملك السابق وصيا فالمجلس هو الذي يعين الوصي وعلى الوصي أداء اليمين ... أمام المجلس والى أن يتم نصب الوصي وأداؤه اليمين تكون حقوق الملك الدستورية لمجلس الوزراء يتولاها باسم الأمة العراقية

طبيعة قرارات المحكمة العليا

عندما تفصل المحكمة بدستورية أو عدم دستورية قانون ما فإن الدستور اشترط على أن تصدر قراراتها بأكثرية ثلثي أعضاء المحكمة كما ورد في القانون الأساسي ((كل قرار يصدر من المحكمة العليا ينص على مخالفة احد القوانين أو نص أحكامه لأحكام هذا القانون ويجب أن يصدر بأكثرية ثلثي الآراء وإذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك القانون أو القسم المخالف منه ملغي من تاريخ صدور قرار المحكمة على أن تقوم الحكومة بتشريع يكفل إزالة الأضرار المتولدة من تطبيق الأحكام الملغاة)) (١)

والقرارات الصادرة من المحكمة العليا بهذا الشأن لها قوة الشيء المحكوم فيه ، وهي قطعية وملزمة للكافة وغير قابلة للطعن فيها أمام أي هيئة أخرى ويجب تطبيقها في جميع المحاكم والدوائر الحكومية^(٢) وتخرج من اختصاصات المحكمة العليا ، الوزراء الاتحاديون وأعضاء مجلس الاتحاد العربي الذي أنشئ بين العراق والأردن الذي بموجبه صدر دستور الاتحاد العربي في (٢٩ / ٣ / ١٩٥٨) ، حيث نص على تشكيل محكمة عليا تتألف من رئيس وستة قضاة ، ثلاثة منهم من محكمة

ويكون مسئولاً عنها ولا يجوز إدخال تعديل ما في القانون الأساسي مدة الوصاية بشأن حقوق الملك ووراثته

(١) المادة (٢/٨٢) من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥

(٢) المادة ٨٧ من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥

التميز في كل من دولتي الاتحاد أو من كان في مستواهم من كبار
رجال القانون (١)

(٣) المادة ٥٨/أ من دستور الاتحاد العربي الصادر في ٢٩ / ٣ / ١٩٥٨ بين العراق
والأردن الذي لم يكتب له التطبيق

وأُسندت إليها الاختصاصات التالية:

- أ- محاكمة أعضاء مجلس الاتحاد ووزراء الاتحاد
- ب- الفصل في الخلافات التي تقع بين حكومة الاتحاد وواحد أو أكثرية من أعضائه أو التي تقع بين الأعضاء أنفسهم .
- ت- إعطاء المشورة القانونية في المسائل التي يحيلها عليها رئيس مجلس وزراء الاتحاد.
- ث- تفسير دستور الاتحاد وتكون لقراراتها الصادرة في هذا الشأن قوة النص المفسر.
- ج- مراقبة دستورية القوانين والمراسيم الاتحادية بناء على طلب من رئيس مجلس وزراء الاتحاد ، ورئيس مجلس وزراء إحدى الدول الأعضاء ويعتبر القرار الصادر بعدم دستورية القانون أو المرسوم ملغيا له من تاريخ صدور القرار.
- ح- استئناف الأحكام القطعية الصادرة من حكام الدول الأعضاء إذا تضمنت هذه الأحكام الفصل في نزاع ذي مساس بأحكام هذا الدستور أو أي قانون اتحادي
- خ- استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الاتحادية وفقا للقوانين^(١).

(١) المادة ٥٩ من دستور الاتحاد العربي بين العراق والأزن الصادر في ٢٩ / ٣ /

كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق في ظل القانون الأساسي لعام (١٩٢٥)، رقابة لاحقة على الرغم من أن الواقع الدستوري المميز لهذا النوع من الرقابة ، لم تكن تجربة العراق هذه في مأمن من الانجراف بالتيارات السياسية ، كما إنها كانت ضعيفة أمام التأثيرات المختلفة التي كانت تباشرها السلطة التنفيذية ، ولعل ذلك راجع إلى أن المشرع التأسيسي لم يتمكن من التخلص من آثار الظروف والتيارات السياسية عند تنظيمه للمحكمة العليا ، وجاء هذا التنظيم متأثراً " بالاتجاه العام الذي هيمن على نصوص الدستور وهو تقوية السلطة التنفيذية على حساب بقية السلطات ، وهذا جعل المحكمة العليا لا تتمتع بالاستقلالية بسبب نوعية أعضاء المحكمة التي يطغى عليها الطابع السياسي أكثر من وجود الطابع القانوني ، فمن حيث أعضاء المحكمة فإنها كانت تتعقد برئاسة رئيس مجلس الأعيان و أربعة أعضاء يتم اختيارهم من المجلس نفسه وهم معينين من قبل السلطة التنفيذية ، وهذا التعيين له الأثر الكبير في عدم الاستقلالية باعتبارهم واجهة السلطة التنفيذية أمام مجلس النواب ومن الطبيعي أن تتأثر قرارات المحكمة لتصب في صالح السلطة التنفيذية .

أما من حيث عدد أعضاء المحكمة فإن أكثرية الأعضاء من مجلس الأعيان ، والقانون الأساسي لم يشترط لعضوية مجلس الأعيان أي تحصيل دراسي ومن أي درجة كانت ، ولا حتى الإمام بالقراءة والكتابة ، ولعل القانون يختار من هؤلاء الأعضاء دون شروط لعضوية المحكمة العليا ، وبما إن المحكمة تتعقد بإرادة ملكية مما لاشك فيه أن تتأثر قراراتها باتجاه السلطة التنفيذية ، علاوة على ذلك فهي محكمة وقتية تتعقد تبعا للقضية المعروضة أمامها وتحل بانتهائها.

الرقابة الدستورية في الدساتير العراقية المؤقتة

على الرغم من أن الدساتير العراقية المؤقتة لم تتضمن الرقابة على دستورية القوانين بنصوص صريحة باستثناء دستور (٢١) أيلول لعام (١٩٦٨) ، حيث نص هذا الدستور نصا صريحا على تشكيل محكمة دستورية عليا ، وأسند إليها مهمة الرقابة على دستورية القوانين ابتداء من دستور (١٩٨٥) إلى مشروع دستور جمهورية العراق لعام (١٩٩٠) ، لم تنص على الرقابة الدستورية .

الرقابة الدستورية في دستور عام ١٩٥٨ المؤقت

مما لا شك فيه أن المشرع عند وضعه أحكام الدستور المؤقت لعام (١٩٥٨) ، اتجه إلى تنظيم المجتمع السياسي بشكل أكد فيه على مبدأ سيادة الشعب وعلى صيانة حقوقه ، ولما كان من طبيعة الدساتير المؤقتة إنها لا تتعرض إلى ذكر جميع التفاصيل فيما يخص المبادئ الدستورية فإنها تكتفي عادة بالنص على أهم المبادئ العامة والعرف الدستوري ، وتنظيما لذلك فإن الدستور العراقي المؤقت لم يتطرق إلى تنظيم رقابة دستورية القوانين ، واكتفى بالنص على أهم المبادئ بهذا الخصوص فقد نصت المادة (٢١) منه على أن السلطة التشريعية يتولاها مجلس الوزراء بتصديق مجلس السيادة وهذا الحل منطقي في فترة الثورة تقتضيه ضرورة السرعة للبت في الأمور بغية وضع الفكرة القانونية الجديدة موضع التنفيذ ويترتب على تمتع السلطة التنفيذية بسلطة التشريع ، أن ليس لها في هذه الفترة إصدار مراسيم تشريعية طالما أنها تتمكن بموجب الدستور في تشريع القوانين ، كما يترتب على ذلك أن ليس في الدولة خلال هذه المدة إلا فئة واحدة من القواعد هي القانون

العادي ، وهذا الوضع يبسط بشكل واضح رقابة دستورية القوانين ، كما لم يغب على المشرع أهمية الدور الذي يلعبه القضاء في هذه الفترة ، فنص على انه ((القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية سلطة أو فرد التدخل في استقلال القضاء أو في شئون العدالة ...)) (١)

واكتفى الدستور بهذا القدر ، ولا شك أن عدم التطرق إلى تنظيم الرقابة الدستورية وعدم وجود سلطة ذات اختصاص مانع معناه أن الدستور اكتفى بالمبادئ العامة وما جرى عليه العمل في أغلب المجتمعات السياسية وكأنه أحال فيما يخص تنظيم الموضوع على تلك الأحكام والتطبيقات بالرجوع إلى تلك التطبيقات في الدول استنادا إلى أرجح آراء الفقهاء (٢)

وبالرغم من أن الطريق السليم يتمثل في أن يكون للقضاء الحق في الرقابة على الدستورية إلا أن الدول قد تختلف بصدد كيفية إعمالها للرقابة وتحديد الهيئة القضائية المنوط بها هذه المهمة ، وكيفية تحريك الرقابة أمام تلك الهيئة ، و الوقت الذي تم فيه هذا التحريك ، ويعتمد تحديد الجهة القضائية التي تتولى مباشرة الرقابة الدستورية على موقف المشرع الدستوري ، فقد يصمت المشرع عن تنظيم هذا الموضوع ومن ثم تذهب المحاكم إلى تقرير حقها جميعا " في مباشرة رقابة الدستورية أيا كانت درجاتها في السلم القضائي وهو ما أطلق عليه

(١) المادة ٢٣ من دستور عام ١٩٥٨ المؤقت

(٢) د. إسماعيل مرزق - مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي - ط ٣ مرجع سابق

الفقه اصطلاح (لا مركزية الرقابة) ولكن ليست ثمة ما يمنع المشرع الدستوري من تقرير هذا الحق لجميع المحاكم بنص صريح فيكون النص الدستوري سندا " لمباشرة المحاكم هذه الرقابة ، غير أن الغالب الأعم من الأحوال أن يصمت المشرع عن ذلك وهنا يعود سند مباشرة المحاكم لتلك الرقابة إلى وظيفة القاضي الأصلية في تطبيق القوانين ، وحل مشكلة التنازع في التطبيق بينها ، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق عند تعارضها مما يؤدي إلى امتناع هذه المحاكم عن تطبيق أي تشريع ترى انه مخالف للدستور (١)

ويكاد الفقه يجمع على أن الرقابة على دستورية القوانين بطريقة الدفع بعدم الدستورية هي من صميم واجبات القضاء مما لا يحتاج إلى نص خاص عليها ، وهذا ما ذهب إليه الأستاذ الكبير الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري في مقالة له في مجلة مجلس الدولة لسنة (١٩٥٠) فقد قال ((على القضاء ممارسة هذه الرقابة لأنه يتعين عليه أن يمتنع عن تطبيق تشريع يكون في تقديره باطلا " لمخالفته الدستور)) (٢)

وأكثر من ذلك ذهب كبار الفقهاء الفرنسيين أمثال (ليون ديكي ، ومارسيل فالين) ، وغيرهم إلى حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين بالرغم من وجود نصوص صريحة تمنعها .

(١) د. سامي جمال الدين - القانون الدستوري والشرعية الدستورية - مرجع سابق ص ١٥٢

(٢) نقلا عن مكي ناجي ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، دار الضياء للطباعة والتصميم ، النجف الاشرف ، ط ١ ٢٠٠٧ ص ٣٠

والقضاء العراقي لم يكن بعيدا عن ممارسة الرقابة على دستورية القوانين بطريقة الدفع بعدم الدستورية والامتناع عن تطبيق النص المخالف للدستور ، فقد مورست هذه الرقابة في ظل الدستور المؤقت للجمهورية الأولى ولو مرة واحدة عندما امتتعت إحدى المحاكم عن تطبيق نص أحد قوانين الإصلاح الزراعي (١) فقد امتنع القاضي المرحوم حسين سيف الدين في فترة حكم الزعيم عبد الكريم قاسم عن تطبيق قانون الإصلاح الزراعي رقم (٣٠ لسنة ١٩٥٩) إذ قرر إن هذا القانون الصادر يخالف الدستور ، فالدستور يحقق العدالة لكل العراقيين ويمنع استلاب الأرض بثمان بخس إلا في حالة الضرورة القصوى وللمصلحة العامة مع التعويض العادل ، ولم يجد القاضي أي مبرر من إصدار هذا القانون وقرر الحكم للمدعي بتعويض عادل مما أستملك من أراضيه وحدد قيمة التعويض خمسة دنانير للدونم الواحد في لواء الحلة آنذاك لمخالفته الدستور. (٢)

الرقابة الدستورية في دستور عام ١٩٦٨ المؤقت

أناط دستور (٢١ أيلول لعام ١٩٦٨) مهمة الرقابة الدستورية إلى محكمة دستورية عليا ، وأسند إلى القانون تشكيل هذه المحكمة حيث جاء ((تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام هذا الدستور والبت في دستورية القوانين ، وتفسير القوانين الإدارية

(١) مكي ناجي - المحكمة الاتحادية العليا في العراق - مرجع سابق ص ٣١

(٢) المستشار القانوني خالد عيسى طه - نأمل أن يكون التشريع الأمريكي منفذاً يؤدي

إلى الاستقرار - مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني لصحيفة بحزني الإلكترونية

في ٨ / ١١ / ٢٠٠٧ http://

www.bahzani.net/services/forum/showthread.php?=&=18316

والمالية والبت بمخالفة الأنظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها ويكون قرارها ملزماً" ((^(١))

وعلى أثر ذلك صدر قانون رقم (١٥٩ لعام ١٩٦٨) الخاص بتكوين المحكمة الدستورية العليا ، وجاء في الأسباب الموجبة للقانون إن إنشاء هذه المحكمة لأجل أن تتولى تفسير أحكام الدستور تفسيراً ملزماً" لرفع ما يعتور نصوصه من غموض وكذلك تختص بتدقيق صحة استناد النظام إلى القانون وعدم تجاوزه أو مخالفته لأحكامه وكذلك المراسيم وعدم مخالفتها لسننها القانوني ، أما تكوين المحكمة وأسلوب اختيار أعضائها فقد روعي فيها اختيار العناصر القانونية (^(٢))

وطريقة ممارستها لصلاحياتها بمقتضى القانون ، وتشكل من رئيس محكمة تمييز العراق ، ومن ثمانية أعضاء أصليين وأربعة أعضاء احتياط ، أما الأعضاء الأصليون فمنهم رئيس مجلس الرقابة المالية ، ورئيس ديوان التدوين القانوني ، وستة أعضاء يعينهم مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير العدل ، ويصدر تعينهم بمرسوم جمهوري على أن يكون ثلاثة منهم من أعضاء محكمة التمييز الدائمين ، والثلاثة الآخرون من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجتهم عن درجة مدير عام ، أما الأعضاء الاحتياط فمنهم حاكمان من حكام محكمة التمييز، واثان

(١) المادة ٨٧ من دستور عام ١٩٦٨ المؤقت

(٢) د. رعد ناجي الجدة - النظام الدستوري في العراق - مرجع سابق ص ٤٠١

من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجاتهم عن درجة مدير عام ويتم تعيين الأعضاء الاحتياط بنفس طريقة تعيين الأعضاء الستة الأصليين (١)

أما مدة العضوية فهي ثلاث سنوات قابلة للتجديد ، أما مهام المحكمة فقد حددت في المادة ٤ من القانون وتشمل مايلي:

١- تفسير أحكام الدستور

٢- البت في دستورية القوانين

٣- تفسير القوانين الإدارية والمالية

٤- البت في مخالفة الأنظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها

٥- البت في المراسيم لسندها القانوني (٢)

وأجازت المحكمة بالطعن بعدم الدستورية لرئيس الجمهورية ، ورئيس الوزراء ، ووزير العدل ، والوزير المختص ، ومحكمة تمييز العراق عند النظر في القضية المعروضة عليها ، وإذا قررت المحكمة أن قانوناً ما قد خالف الدستور فإنه يعد ملغياً من تاريخ صدور الحكم ، ومن ثم لم يكن للأفراد في ظل هذا الدستور الحق أن يتقدموا بطعن إلى هذه المحكمة وبذلك فقدت ضمانات أساسية لكفالة حقوق

(١) عبد الباقي البكري وزمير البشير - المدخل لدراسة القانون - مرجع سابق ص ١٠٥-١٠٦

(٢) المادة ٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٩ لعام ١٩٦٨ المنشور في الوقائع العراقية في العدد ١٦٥٩ في ٢ / ١٢ / ١٩٦٨

الأفراد وحررياتهم من الاعتداء عليها ، ولم تمارس المحكمة الدستورية العليا أي شكل من أشكال الرقابة على دستورية القوانين طوال مدة نفاذ دستور ١٩٦٨ .

الرقابة الدستورية في دستور عام ١٩٧٠ المؤقت

أما دستور عام ١٩٧٠ المؤقت ، فقد جاء خالياً من الإشارة للرقابة على دستورية القوانين ، وكذلك فعل مشروع دستور جمهورية العراق لعام ١٩٩٠ ، وعلى الرغم من النقص الدستوري الخطير لم يتجرأ القضاء العراقي على الأخذ بالدفع بعدم الدستورية والامتناع عن تطبيق النص المخالف لأحكام الدستور (١)

واستثناءً من ذلك إن القضاء العراقي مارس تلك الرقابة للمرة الثانية بطريقة الدفع بعدم الدستورية والامتناع عن تطبيق النص المخالف للدستور عندما امتنعت إحدى المحاكم في بغداد عن تطبيق أحد قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل لمخالفته للدستور (٢) وهذا ما تأكد في قرار محكمة بداءة الكرخ في الدعوى رقم (٨٠ / ب / ١٩٩٠) الصادر بتاريخ (٣١ / ١٢ / ١٩٩٠) الذي أصدره القاضي دارا نور الدين بهاء الدين عندما امتنع عن تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٥٨١) الصادر في (١٦ / ٥ / ١٩٨١) لمخالفته لحكم الفقرة ب من المادة (١٦) من دستور (١٦) تموز ١٩٧٠) وقد اكتسب هذا القرار الدرجة القطعية بعد المصادقة عليه بقرار محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية المرقم (٥٠٧ / حقوقيّة /

(١) د. مازن ليلو راضي - ضمانات احترام القواعد الدستورية في العراق - الأكاديمية

العربية المفتوحة في الدنمارك - مرجع سابق www.ao-academy.org

(٢) مكي ناجي - المحكمة الاتحادية العليا في العراق - مرجع سابق ص ٣٣

(١٩٩١) إعلام (٦٦٦) وقد تعرض بسببه (القاضي دارا نور الدين) (❖)
لغضب السلطة وقتذاك وعوقب بعقوبة سالبة للحرية (١)

ونرى أن عدم تجرؤ القضاء العراقي على الأخذ بالرقابة على
دستورية القوانين بطريقة الدفع بعدم الدستورية والامتناع عن تطبيق
النص المخالف للدستور باستثناء حالتين سجلت في تاريخ القضاء العراقي
وتحديداً "في الدساتير المؤقتة ، الحالة الأولى في دستور (١٩٥٨) تتحدد
في الامتناع عن تطبيق قانون الإصلاح الزراعي رقم (٣٠ لسنة ١٩٥٩)
والثانية في عام (١٩٩٠) في قضية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم
٥٨١ الصادر في ١٩٨١/٥/٥ ، وسبب ذلك يعود لخضوع القضاة للسلطة
التفيذية في تعيينهم ونقلهم ومعاقبتهم ، ولم يكونوا مستقلين استقلالاً"
يمكنهم من النهوض بهذا الأمر من جهة ، و للقيود التي وضعت على
القضاء سواء كان الإداري أو العادي بتحسين أعمال السيادة من رقابة
القضاء ، فقد ورد الحظر في قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥ لسنة
١٩٧٩)

(*) من الحالات النادرة في القضاء العراقي خصوصاً في ظل نظام شمولي أن يتمتع
القاضي دارا نور الدين بهاء الدين عن تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل وهذه
الميزة: سجل لصالح القاضي وقوة شخصيته ، في حين صدرت الكثير من قرارات
مجلس قيادة الثورة المنحل المنتهكة لأحكام الدستور ، والمهينة لكرامة الإنسان
العراقي كتلك التي صدرت بقطع الإذن والوشم على الجبين ، ولم يجرؤ القضاء أن
يقول كلمته وذلك بسبب سطوة السلطة في العراق .

(١) د. سعد عبد الجبار العوش - نظرات في موضوع الرقابة القضائية على دستورية
القوانين في العراق ومستقبلها في حماية الحقوق والحريات العامة - بحث منشور في
مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين - المجلد ٨ العدد ١٤ أيلول ٢٠٠٥ ص ٢٠ .

المعدل من جهة أخرى ، حيث نص في (م ٧/خامسا) من القانون
((لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي
:

أ - أعمال السيادة وتعتبر من أعمال السيادة المراسيم والقرارات
التي يصدرها رئيس الجمهورية))

كما ورد في المادة العاشرة من قانون التنظيم القضائي رقم
(١٦٠ لسنة ١٩٧٩) المعدل ((لا ينظر في كل ما يعتبر من أعمال
السيادة))

وهذا التحصين لم يميز بين ما هو من قبيل القرارات الإدارية
التي تصدرها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارة ، ولا الأعمال التي
تقوم بها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم فيما يخص القرارات
التي تتصل بسيادة الدولة الخارجية والداخلية ، التي تسمى بأعمال
السيادة ، وحسنا فعل المشرع في دستور العراق الدائم لعام (٢٠٠٥) عندما
نص على أن ((يحضر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار
إداري من الطعن)) (١) .

وباستثناء المحكمة العليا التي تم إنشائها في دستور عام (١٩٢٥)
، ظل العراق منذ تأسيس الدولة العراقية يفتقر إلى وجود محكمة عليا
فاعلة تعنى بالفصل في دستورية القوانين والقرارات والأوامر والأنظمة
والتعليمات التي تصدر من السلطتين التشريعية والتنفيذية ، مما ولّد
فراغا قضائيا انعكس سلبا على حقوق الإنسان وعلى سيادة القانون

(١) المادة ١٠٠ من دستور العراق الدائم لسنة ٢٠٠٥

بالفصل في دستورية القوانين وشرعيتها بداعي انه قضاء مهمته تطبيق القانون وليس البحث في شرعيته ، وكثيراً ما اصطدم القضاء العادي في العراق مع السلطة التنفيذية في محاولاته المتكررة بمناقشة عدم شرعية

بعض القوانين والقرارات التي لها قوة القانون فكان لا بد من إنشاء محكمة عليا تتولى هذه المهمة لضمان احترام قيام السلطة التشريعية أو التنفيذية ، بمخالفة المبادئ الأساسية أو النصوص الواردة في الدستور والفصل في المنازعات التي تنشأ بين السلطات. (١)

ومن الجدير بالذكر أن الدساتير المؤقتة باستثناء دستور عام (١٩٦٨) لم تنص على الرقابة على دستورية القوانين ، بسبب طبيعة نظم الحكم الشمولية التي تتابعت على العراق عقب الانقلابات العسكرية والتي كانت تكتب الدساتير وفق فلسفتها القائمة على الاستئثار بالسلطة بعيداً عن الرقابة كما إن الأوضاع غير المستقرة في الدولة قد انعكست سلباً على دور القضاء في مراقبة دستورية القوانين . فالقضاء وان ذكرت النصوص الدستورية استقلاليتها بقي استقلاله وفق منظور السلطة السياسية القابضة على دفة الحكم وليس استقلالاً بما يقره النظام القانوني والعرف الدستوري .

ومن جانب آخر لم يتمكن القضاء من الرجوع إلى المبادئ العامة في تغليب القواعد الدستورية على غيرها من القواعد المخالفة

(١) القاضي مدحت المحمود - القضاء في العراق - مرجع سابق ص ٥٢

للدستور فيأخذ بأسلوب الدفع الفرعي أو الدفع بعدم الدستورية وهو أمر كان متاحاً" إلى حد كبير ، فلم يكن جريئاً" ليمارس مهامه بمعزل عن السلطة التنفيذية التي لها اليد الطولى والتسلط على باقي الهيئات الدستورية الأخرى ومنها السلطة القضائية التي يخضع أعضائها للتعين بمن فيهم وزير العدل الذي يمارس مهامه كجزء منها ، وعندما تكون الجهات القضائية تابعة إلى وزير العدل ، هذا يعني إن السلطة القضائية برمتها خاضعة للسلطة التنفيذية وجزء منها وهو ما يجعل القضاء ضعيفاً" في أداء مهامه في ممارسة الرقابة الدستورية ، وحسناً" فعل المشرع عندما أعاد تشكيل مجلس القضاء الأعلى في العراق وجعله مستقلاً" عن وزارة العدل ، وهذه خطوة متقدمة بأن يمارس القضاء الدستوري المهام الموكلة إليه دستورياً بمراقبة دستورية القوانين عن طريق المحكمة الاتحادية العليا ، ونأمل أن تمارس هذه المحكمة اختصاصها بكل حيطة واستقلال ومهنية دون تدخل القوى السياسية والحزبية في مهامها ، وكنا نتوسم بالمشرع أن يدعم استقلالية القضاء الإداري ولا يقتصر على القضاء العادي وذلك إن القضاء الإداري في العراق ولد ضعيفاً" ومقيداً" واختصاصاته محددة قياساً" باختصاصات القضاء الإداري في الدولة الأخرى التي لها باع طويل في القضاء الإداري مثل فرنسا وبلجيكا ومصر ، ولهذا نرى أن توسيع اختصاصات القضاء الإداري وجعلها منبسطة على كل المنازعات الإدارية ، تأسيس لولادة قضاء إداري سليم ومعافى ، ولا تتم هذه المعافاة ما لم يكن القضاء الإداري مستقلاً" ومن ضمن تشكيلات مجلس القضاء الأعلى ، وإذا كنا ندعو إلى استقلالية القضاء الإداري والقضاء العادي هذا لا يعني إننا نؤيد الاستقلال المطلق بقدر ما ندعو إلى استقلال نسبي ومتوازن يحفظ للقضاء هيئته ، ونرى

إن الاستقلالية المطلقة فكرة مثالية لا يمكن تحقيقها في الواقع العملي الملموس بسبب تداخل عمل السلطات .

الرقابة الدستورية في دستور عام ٢٠٠٥

إن انتقال العراق في ظل دستور عام (٢٠٠٥) من دولة بسيطة إلى دولة اتحادية ، وانتقل نظام الحكم من النظام الرئاسي إلى البرلماني وتم اعتماد مبدأ الفصل بين السلطات والتأكيد على احترام الحقوق والحريات الأساسية سواء في وثيقة قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية أو في وثيقة الدستور الحالي ، كذلك نص على مبدأ استقلالية السلطة القضائية والضمانات التي يتمتع بها القضاة من خلال إعادة تشكيل مجلس القضاء الأعلى وجعله مستقل عن وزارة العدل ، وعدم تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية في استقلال القضاء ، وحفاظاً على صيانة الوثيقة الدستورية كان لا بد من إنشاء محكمة عليا للحفاظ على سيادة القانون وتحقيق العدالة .

وأراد المشرع الدستوري أن يوضح معالم الدولة القانونية الجديدة من خلال النص على إنشاء محكمة اتحادية عليا تختص بالرقابة على دستورية القوانين إلى جانب اختصاصات أخرى مهمة .

تكوين المحكمة الاتحادية العليا وطرق ممارسة الرقابة الدستورية

يختلف تكوين المحكمة الاتحادية العليا في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام (٢٠٠٤) عن تكوين المحكمة في دستور عام (٢٠٠٥) من حيث إجراءات تعيين رئيس وأعضاء المحكمة كما أن الرقابة التي تمارسها المحكمة جمعت بين المزج بين طريقتي الدفع

الفرعي والدعوى الأصلية ، حسب ما قرره النظام الداخلي للمحكمة ،
والدعوى المباشرة (دعوى الإلغاء) في قانون المحكمة.

أوكل قانون إدارة الدولة في المادة (٣٩ / ج) منه إصدار تعيين
رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا إلى مجلس الرئاسة ، إذ نصت
على أنه ((يقوم مجلس الرئاسة كما هو مفصل في الباب السادس بتعيين
رئيس وأعضاء المحكمة العليا ، بناء على توصية من مجلس القضاء
الأعلى)) بينما نجد أن المادة (٩٢ / ثانيا) من الدستور الدائم أحالت
الاختيار إلى مجلس النواب .

و تتكون وفقا لقانون إدارة الدولة المحكمة الاتحادية العليا من
تسعة أعضاء ، وقام مجلس القضاء الأعلى أوليا" بالتشاور مع المجالس
القضائية للأقاليم بترشيح ما لا يقل عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين
فردا" لغرض ملئ الشواغري 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 رئيسا" لها ، وفي حالة رفض أي تعيين يرشح مجلس
القضاء الأعلى مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين (١)

وبعد التشاور مع المجالس القضائية في كردستان ، ومن خلال
عملية اقتراع سري وحر ، خضعت أسماء المرشحين للتمحيص من قبل
مجلس الرئاسة استمر سبعة أشهر اختير بعدها رئيس وأعضاء المحكمة
الاتحادية العليا ، حيث صدر المرسوم الجمهوري المرقم (٣٩٨) والمؤرخ في

(١) المادة ٤٤ / هاء / من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤

٣٠ / ٣ / ٢٠٠٥) بالتعين ، وبعد إجراء انتخابات الجمعية الوطنية وتشكيل الحكومة أعيد تعيين رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا بالقرار الجمهوري المرقم (٢) الصادر من هيئة الرئاسة في ١ / ٦ / ٢٠٠٥ (١)

ولعل هذه الطريقة بتعين رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا سوف تختلف عما ورد بقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وذلك أن دستور عام (٢٠٠٥) أسند إلى القانون اختيار أعضاء المحكمة بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب ، والمحكمة لا تتكون من القضاة فقط بل أضاف الدستور إليها خبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون ، كما نص على ذلك ((تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون ، يحدد عددهم وتنظيم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب)) (٢)

ولكل من هذه العناوين صفات تختلف فيما يؤديه من عمل :

فالقضاء: هي الجهة التي تختص بفض المنازعات بمقتضى القانون سواء أكانت هذه المنازعات واقعة بين الأفراد أو بين الأفراد والحكومة ، والقضاء في اللغة بمعنى الحكم والإلزام (٣)

(١) مكي ناجي - المحكمة الاتحادية العليا في العراق - مرجع سابق ص ٣٩ - ٤٠

(٢) المادة ٩٢ / ثانيا من دستور العراق الدائم لعام ٢٠٠٥

(٣) فاروق الكيلاني - استقلال القضاء - مرجع سابق ص ١٥

قال تعالى ((وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌ وَلَا تَنْهَرَهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا))(١)

ويذهب فقهاء الشريعة في تعريف القضاء مذهبين الأول يرى أن القضاء صفة حكمية في القاضي توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي . والثاني يرى أن القضاء هو فعل يصدر عن القاضي فهو فض الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص (٢)

أما في الاصطلاح فهو قول ملزم يصدر عن ولاية عامة وهو في حقيقة الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام (٣)

إن الغاية الأساسية للقضاء هي ضمان الحماية القانونية للناس كافة على سواء بينهم في ذلك (٤)

أما خبراء الفقه الإسلامي : فهم أهل العلم والفضل وتؤخذ مشورتهم فيما يعرض من نزاع ما لمعرفة ماهية الحكم الشرعي المناسب، وهذه المشورة أمر مطلوب في عمل القاضي .

(١) سورة الإسراء - آية ٢٣

(٢) فاروق الكيلاني - نفس المرجع - ص ١٥

(٣) د. عدنان عاجل عبيد - أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون مرجع

سابق ص ٣٤

(٤) الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل

أما الخبرة القانونية : فهي استشارة فنية يستعين بها القاضي للوصول إلى معرفة علمية أو فنية فيما يتعلق بالواقعة المعروضة أمامه تنير الطريق ليبنى حكمه على أساس سليم (١)

وجاء في قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ((تتناول الخبرة الأمور العلمية والفنية وغيرها من الأمور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية)) (٢)

وتأسيسا على ذلك ذهب المحكمة الاتحادية العليا في نظامها الداخلي على انه ((إذا اقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي المستشارين لديها أو خبراء من خارجها فتقرر الاستعانة بهم ويكون رأيهم استشاريا)) (٣)

وفي خضم هذا الجدل بخصوص خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون انقسم رجال القانون والمختصين إلى فريقين :

الفريق الأول : يرى أن عمل المحكمة الاتحادية العليا وسواها من المحاكم الدستورية في العالم هو عمل قضائي بحت ويستمد هذا المبدأ أساسه من الدستور ذاته كما جاء في المادة (٩٢ / أولاً) ((المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً))

(١) مكي ناجي - المحكمة الاتحادية العليا في العراق - مرجع سابق ص ١٢٧

(٢) المادة ١٣٢ من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل

(٣) المادة ١٤ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥

ويعني ذلك أن تفسير نصوص الدستور تلك المهمة الشاقة التي تجعل من قرار التفسير قوة النص الدستوري ، وهو أيضا "عمل قضائي" ، والفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات عمل قضائي ، كما أن الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء والوزراء ، عمل قضائي إضافة إلى جميع الصلاحيات التي خول فيها الدستور المحكمة الاتحادية العليا موضوع المادة ٩٢ منه هي أعمال قضائية لا يمكن الفصل فيها إلا من قبل قاضي مؤهل لهذا العمل ، والمحكمة ينحصر عملها في تطبيق القانون وقول كلمة العدالة ، ولما كان الأمر كذلك فليس لغير القضاة الصلاحية لممارسة عمل خارج عن اختصاصهم ، وإن الخبراء والحالة هذه غير مؤهلين من الوجهة المهنية للفصل في قضاء لأن تأهيلهم انحصر في مجال الخبرة حصرا".

إن الخبرة والخبراء وحسب المفهوم اللغوي والفقه والقانوني هو عمل استشاري لا يتعدى المشورة مطلقا" وإن القول بخلاف ذلك يخرج الخبرة عن وصفها القانوني ، ومما لا شك فيه أن خبراء الفقه الإسلامي هم أعضاء في المحكمة الاتحادية العليا لأن الدستور وضعهم موضع الخبير الذي ليس له سوى إبداء المشورة (١)

أما الفريق الثاني: يرى عكس ما ذهب إليه الفريق الأول وسبب ذلك هو التخوف من الغموض الوارد في (م٢ / أولا / أ) من الدستور التي

(١) هادي عزيز علي - خبراء الفقه الإسلامي وعضوية المحكمة الاتحادية العليا - دراسة منشورة في الموقع الإلكتروني لصحيفة المدى www.almadah.com

جاء فيها ((لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام))
والبند (أولا / ب) من نفس المادة التي جاء فيها ((لا يجوز سن قانون
يتعارض مع مبادئ الديمقراطية))

وهذين النصين يبدو للوهلة الأولى أن هناك تناقضا بينهما ، وفي
تصورهم أن مبادئ الديمقراطية ليس لها محددات وبالتالي ستكون
بحاجة ملحة أن تكون هناك جهة لتفسير تلك المحددات ، وعلى ضوء
ذلك يرى الفريق الثاني لابد من مشاركة خبراء الفقه الإسلامي في اتخاذ
القرار مع الهيئة القضائية (١)

ونرى أن التجربة الجديدة في العراق تثير المخاوف لدى البعض
بضم خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون إلى عضوية المحكمة
واعتبرها البعض مخالفة لاستقلالية القضاء وتدخل " في عمل السلطة
القضائية ، وعدم جواز زج خبراء الفقه الإسلامي في عضوية المحكمة
باعتبار العضوية أمرا " محصورا " 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 ليبيّنوا 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 فان دور

(١) مكي ناجي - المحكمة الاتحادية العليا في العراق - مرجع سابق ص ١٢٨ - ١٢٩

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 للقضاء 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 .

طرق ممارسة الرقابة الدستورية

نتطرق إلى طرق ممارسة الرقابة على دستورية القوانين التي يتبعها التنظيم القضائي العراقي مثل (المزج بين طريقتي الدفع الفرع والدعوى الأصلية ، وفي طريقة الدعوى المباشرة)

أولاً: المزج بين طريقتي الدفع الفرعي و الدعوى الأصلية

بيننا سابقاً إن طرق الرقابة القضائية في الدول أما أن تتم بطريقة الدفع الفرعي وهي رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور أو رقابة الدعوى المباشرة وتسمى أيضاً "الدعوى الأصلية أو (دعوى الإلغاء) ، أو بطريقة المزج بين الدعوى الأصلية المباشرة والدفع بعدم الدستورية ويتم الأسلوب الأخير بان يتقدم الأفراد بالطعن بعدم دستورية قانون ما أمام المحاكم ، فان اقتنعت بجدية الطعن تقدمت به إلى المحكمة الدستورية

وهذه الطريقة تفترض وجود دعوى يراد فيها تطبيق قانون معين فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية هذا القانون ، وفي هذه الحالة لا تفصل المحكمة في صحة الدفع بل تؤجل النظر في الدعوى وتحيل الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة الدستورية التي يكون لحكمها حجية مطلقة تجاه الكافة .

ويبدو أن الرقابة التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا في العراق تتمثل أولاً: بأسلوب المزج بين طريقتي الدفع الفرعي والدعوى الأصلية ويتم الطعن في دستورية القوانين حسب هذا الطريق بأسلوبين :

١- أن يتم الطعن من خلال المحاكم بطلب من تلقاء نفسها أثناء نظرها دعوى ودون دفع من المتقاضيين ويتضح هذا من نص المادة ٣ من النظام الداخلي للمحكمة حيث ورد : ((إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها أثناء نظرها دعوى البت في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معللاً إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه ولا يخضع هذا الطلب إلى الرسم)) (١)

وهذا النص أعطى للمحاكم على اختلاف درجاتها أثناء نظرها دعوى مدنية أو جزائية ، عندما تجد أن النص القانوني أو القرار أو التعليمات أو النظام واجب التطبيق على وقائع الدعوى مخالف للدستور فلها أن تطلب من تلقاء نفسها البت في شرعية النص وترسل طلباً معللاً إلى المحكمة الاتحادية العليا غير خاضع للرسم ، وهنا فان محكمة

(١) المادة ٣ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥

الموضوع لا تلغي النص وإنما تحيله إلى المحكمة الاتحادية العليا التي تقوم بدورها التحقق من دستورية أو عدم دستورية النص المحال إليها من محكمة الموضوع ، والإلغاء يكون من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا دون غيرها

ومن التطبيقات القضائية للمحكمة الاتحادية العليا على ضوء المادة ٣ من النظام الداخلي للمحكمة في الدعوى : ١٠ / اتحادية / ٢٠٠٦ التاريخ : ٢٩ / ٥ / ٢٠٠٦ الخاص بطلب محكمة التمييز الاتحادية بمدى دستورية نص المادة (٢٠ / أولا - ثانيا) من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ ولأهمية القرار ووقائعه ارتأينا ايراد كاملاً :

(طلبت محكمة التمييز الاتحادية بموجب كتابها المرقم ٥٢ / ٥٣ / ٧١ / الهيئة العامة / ٢٠٠٦ والمؤرخ في ١١ / ٤ / ٢٠٠٦ النظر في دستورية نص المادة (٢٠ / أولا - ثالثا) من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ والبت في شرعيته والتي نصت على انه (للمعترض وللمعترض عليه أن يميز قرار لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة خلال ستين يوما من تاريخ تبليغه بقرار اللجنة المذكورة ويكون قرار الهيئة العامة الصادر بذلك قطعيا) حيث ترى الهيئة العامة وبرأي أكثرية أعضائها بان النص المذكور غير دستوري للأسباب الواردة في قرارها المرقم ٥٢ / الهيئة العامة / ٢٠٠٥ والمؤرخ في ٢٩ / ٣ / ٢٠٠٦ والمتضمن بان المادة ٤٧ من دستور جمهورية العراق نصت بان تكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات

وحيث أن مجلس شورى الدولة يرتبط بوزارة العدل ولا يعد من أجهزة السلطة القضائية فهو تابع للسلطة التنفيذية ويتكون من رئيس وأعضاء غالبيتهم المطلقة من غير القضاة وبالتالي فان نظر الطعون من قبل المجلس المذكور يخل بمبدأ الفصل بين السلطات وان المادة ٢٩ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ نصت بان تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص وان التشريع المذكور من شأنه الإخلال بهذا المبدأ خاصة وان الدستور الدائم وقبلة قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية نص على استقلالية القضاء سيما وان المشرع أوجب أن يرأس هيئة قضايا المتقاعدين قاضي منتدب من مجلس القضاء وأعضاء آخرين فلا يجوز النظر تميزاً" في القرارات الصادرة منها من قبل هيئة قضائية ولأسباب أخرى المسرودة في القرار المذكور ولدى ورود طلب محكمة التمييز الاتحادية تم تسجيله لدى هذه المحكمة وأشعرت المحكمة وزارة المالية ببيان رأيها بشأن الموضوع خلال خمسة عشر يوماً" وإنها أوضحت رأيها في الموضوع بموجب كتابها المرقم / القانونية / الوظيفة العامة / القسم ٨٠٢ / ١٤ وبعده ١٦٤٨٦ في ١٥ / ٥ / ٢٠٠٦ والمتضمن بان لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين تشكل برئاسة قاضي من الصنف الثاني وعضوين من الموظفين القانونيين من وزارة المالية وآخر من وزارة الدفاع تتخذ قراراتها بالأكثرية وهي لجنة مشكلة بموجب قانون التقاعد الموحد ، وهو قانون يختص بتنظيم شؤون المتقاعدين من موظفي الدولة من حيث الحقوق التقاعدية لذا فإنها تعتبر لجنة إدارية وان القرارات التي تصدرها هي قرارات إدارية وليست قضائية وحيث أن الفقرة (ثالثاً " من البند أولاً" من

المادة ٢٠ من قانون التقاعد الموحد) قد نصت بأنه (للمعترض وللمعترض عليه أن يميز قرار لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة خلال ستين يوماً" من تاريخ تبليغه بقرار اللجنة ويكون قرار الهيئة العامة الصادر بذلك قطعياً) لذا فان الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة هي المختصة للنظر في الطعون التمييزية بقرارات لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين وبعد الاطلاع على إجابة وزارة المالية حددت المحكمة موعداً للنظر في القرار.

وقد خلصت المحكمة إلى قراراً ورد فيه (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن الفقرة (أ) من البند أولاً" من المادة ٢٠ من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ نصت بتشكيل لجنة تسمى (لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين) برئاسة قاضي من الصنف الثاني ينتدبه مجلس القضاء وعضوين من الموظفين القانونيين لا تقل درجتهم عن مدير أحدهما من وزارة المالية والآخر من وزارة الدفاع تتخذ قراراتها بالأكثرية وينظر في جميع قضايا التقاعد المعترض عليها الناشئة من تطبيق أحكام القانون المذكور ، لذا تجد هذه المحكمة أن هذه اللجنة هي لجنة خاصة شكلت بموجب قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ للنظر في شؤون المتقاعدين من موظفي الدولة من حيث الحقوق التقاعدية وان القرارات التي تصدرها هي قرارات إدارية ذات طبيعة خاصة تغلب عليها

الصفة الإدارية وليست قرارات قضائية صرفة بالرغم من أن اللجنة يترأسها قاضي ينتدبه مجلس القضاء لذا فان القرارات التي تصدرها تعتبر قرارات ذات طبيعة خاصة وحيث أن البند أولاً" من المادة

٢٠ من قانون التقاعد الموحد عين مرجع الطعن في القرارات التي تصدرها اللجنة المذكورة لدى الهيئة العامة لذا للأسباب المتقدمة فان النص المتقدم المنصوص عليه في البند ثالثاً" من المادة ٢٠ من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ استقلال القضاء والتدخل في شؤون السلطة القضائية من قبل السلطة التنفيذية ويكون طلب الهيئة العامة لمحكمة التمييز المشار إليه أعلاه غير وارد ، لذا قرر رد الطلب (١) .

٢- أن يدفع احد الخصوم في دعوى تنظرها احد المحاكم بان النص القانوني أو القرار المراد تطبيقه عليه غير دستوري فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى فتبت هي في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت بعدم الشرعية وفق تفصيل أوردته المادة ٤ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا التي جاء فيها ((إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو تعليمات أو أمر بناءً على دفع احد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى ، وبعد استيفاء الرسم عنها تبت في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت بعدم الشرعية وتتخذ قراراً باستئجار الدعوى الأصلية للنتيجة ، أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا)) (٢)

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية في الدعوى رقم ١٠ / اتحادية / في ٢٩ / ٥ /

٢٠٠٦ المنشور في الموقع الالكتروني للمحكمة

<http://www.iraqijudicature.org/federaljud.html>

نجد أن هذا النص جاء خالياً من تحديد مدة للخصم في رفع الدعوى هذا لان تحديد المدة يعطي رؤية للمحكمة للتحقق من أن رغبة الطاعن أمامها جدية وليس مجرد كسب الوقت أو إضاعته ، وهنا يبدو الخلل في عدم تحديد مدة محددة وعليه يجب معالجة هذه المسألة .

هذا وتقرر المحكمة استئخار الدعوى التي تنظرها أصلا إلى حين البت من المحكمة الاتحادية العليا في دستورية القانون المراد تطبيقه من عدمه استناداً إلى أحكام (م ٨٣ / ١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩) بقولها ((إذا رأت المحكمة أن الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر قررت إيقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع وعندئذ تستأنف المحكمة السير في الدعوى من النقطة التي وقفت عندها ويجوز الطعن في هذا القرار بطريق التمييز))

ثانياً: طريقة الدعوى المباشرة (دعوى الإلغاء)

الأسلوب الآخر الذي اتبعته المحكمة الاتحادية العليا للرقابة على دستورية القوانين هو طريق الدعوى الأصلية أو المباشرة ، وهو ما يتبين من نص المادة الخامسة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا حيث جاء في النص أنه ((إذا طلبت إحدى الجهات الرسمية بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى الفصل في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر فترسل الطلب بدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا معللاً مع أسانيده وذلك بكتاب موقع من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة)) .

(٢) المادة ٤ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥

وهذه المادة تطرقت إلى المنازعات التي قد تنشأ بين جهة رسمية و جهة أخرى سواء أكانت تلك الجهة رسمية أو غير رسمية .

ومن ثم فإن إقامة الدعوى من تلك الجهة يفترض وجود منازعة قائمة و أن تقدم الأسباب بكتاب موقع من الوزير إذا كانت جهة رسمية مرتبطة بوزارة ، أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة و يطلق على هذه الدعوى بالدعوى المباشرة أو دعوى الإلغاء .

و تستند المحكمة الاتحادية العليا في اختصاصها هذا إلى نص المادة (٤ / ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠ لسنة ٢٠٠٥) التي نصت على انه ((الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، ويكون ذلك بناءً على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدع بمصلحة)) .

ومن الجدير بالذكر أن هذا النص يسمح لكل مدع بمصلحة بما في ذلك الأفراد أن يرفع الدعوى أمام المحكمة الاتحادية العليا للنظر بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام الدستور .

ومن التطبيقات القضائية لدعوى الإلغاء قرار المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية المادة ١٥ / ثانياً من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ ذي العدد ١٥ / ت / ٢٠٠٦ بتاريخ ٢٦ / ٤ / ٢٠٠٧ والذي

ادعى فيه وكلاء المدعية أمام هذه المحكمة بأن الجمعية الوطنية العراقية أصدرت بتاريخ ٥ / ١٠ / ٢٠٠٥ قانون انتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ والذي حل بديلاً لقانون الانتخابات السابق رقم ٩٦ لسنة ٢٠٠٤ وقد جاء في المادة ١٥ / ثانياً "منه بأن تكون كل محافظة وفقاً للحدود الإدارية الرسمية دائرة انتخابية تختص بعدد من المقاعد يتناسب مع عدد الناخبين المسجلين في المحافظة حسب انتخابات (٣٠ / كانون الثاني / ٢٠٠٥) المعتمد على نظام البطاقة التموينية أي أن القانون اعتمد معيار الناخبين المسجلين في حين أن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وفي المادة (٤٩ / ثانياً) "منه قد نص على أن يتكون مجلس النواب من عدد من الأعضاء بنسبة ١ لكل مائة ألف نسمة من نفوس العراق أي أن الدستور اعتمد معيار عدد النفوس الكلي لذا يكون نص المادة (١٥ / ثانياً) من قانون انتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ مخالفاً لنص صريح في الدستور في المادة (٤٩ / ثانياً) "منه إضافة إلى ما يترتب على هذه المخالفة الدستورية من ضرر وحيث سيلحق عدداً من المحافظات (نينوى وصلاح الدين وديالى وبابل) لأنها ستفقد عدداً من المقاعد في الجمعية الوطنية العراقية هي من استحقاقها فيما إذا اعتمد المعيار الوارد في الدستور ، لذا فإنهم بادروا بالطعن بعدم دستورية نص المادة (١٥ / ثانياً) من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ لذا طلبوا بعد إجراء اللازم الحكم بعدم دستورية نص المادة (١٥ / ثانياً) من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ وإلغاء كافة الأنظمة والتعليمات التي صدرت استناداً إلى هذه المادة وذلك استناداً لنص المادة (١٣ / أولاً وثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وذلك بسبب مخالفتها لنص صريح في الدستور تمثل في المادة ٤٩ منه .

وبعد تسجيل الدعوى وفقاً للفقرة ثالثاً من المادة ١ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا واستكمال الإجراءات المطلوبة وفق الفقرة ثانياً من المادة ٢ من النظام المذكور تم تعيين موعداً للمرافعة ... وقد تبين بان وكلاء المدعي وقبل حلول الجلسة كانوا قد قدموا لائحة توضيحية إلى هذه المحكمة مؤرخة في ١١ / ٩ / ٢٠٠٦ طلبوا فيها اعتبار المدعى عليه هو رئيس مجلس النواب / إضافة لوظيفته وهو الخصم الحقيقي بدلاً من رئيس الجمعية الوطنية / إضافة لوظيفته وقد استجابت المحكمة طلبهم وقررت اعتبار المدعى عليه هو رئيس مجلس النواب / إضافة لوظيفته بدلاً من رئيس الجمعية الوطنية العراقية وقرر اتخاذ الإجراءات القضائية في الدعوى تبعاً لذلك وقد أوضح وكلاء المدعية : أن القانون الذي جرت الانتخابات في ظله هو قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وان نص المادة (١٥ / ثانياً) من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ جاءت مخالفة لروح ونص المادة (٣١ / أ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية للأسباب التي أوضحوها في لوائحهم وقد اطلعت المحكمة عليها كما اطلعت على اللوائح المقدمة من وكيل المدعى عليه ... والذي طلب فيها رد الدعوى مع تحميل المدعية المصاريف والأتعاب لان الدعوى غير مستوفية للشرط الخامس من المادة ٦ من النظام الداخلي رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ أجاز سير العمل في المحكمة الاتحادية العليا . وان نص المادة (١٥ / ثانياً) من قانون الانتخابات جاء متفقاً مع نص المادة ٤٩ من الدستور في الموضوع ولغيرها من الأسباب التي وردت فيها.

وبعد ذلك خلصت المحكمة إلى قرارها المتضمن (أن الانتخابات التي جرت في العراق لانتخابات أعضاء مجلس النواب قد جرت في ظل

قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وان الفقرة ثانياً من المادة ١٥ من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ نصت بأن تكون كل محافظة وفقاً للحدود الإدارية الرسمية دائرة انتخابية تختص بعدد من المقاعد يتناسب مع عدد الناخبين المسجلين في المحافظة حسب انتخابات (٣٠ / كانون الثاني / ٢٠٠٥) (المعتمد على نظام البطاقة التموينية) يتضح مما تقدم آنفاً أن المادة (٣١ / أ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لم تعتمد معيار عدد نفوس العراق عند توزيع مقاعد مجلس النواب ولم تتطرق إلى ذلك وإنما سكنت عنها وان المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات المشار إليه أعلاه اعتمدت عدد الناخبين المسجلين في كل محافظة حسب انتخابات (٣٠ / كانون الثاني / ٢٠٠٥) المعتمد على نظام البطاقة التموينية لذا فليس هناك ثمة تعارض بين نص المادة (١٥ / ثانياً) من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ وبين نص المادة (٣١ / أ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لذا يكون طلب وكلاء المدعية بالحكم بعدم دستورية المادة (١٥ / ثانياً) من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ لا يستند على أساس قانوني سليم مما يقضي رده لذا قرر رده ، أما بخصوص طلبهم الوارد في عريضة الدعوى المتضمنة طلب الحكم بعدم دستورية المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ لمخالفتها المادة ٤٩ من الدستور النافذ فقد وجد أن المادة (٤٩/أولاً) من الدستور نصت (بأنه يتكون مجلس النواب من عدد من الأعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة ألف من نفوس العراق يمثلون الشعب العراقي بأكمله يتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري المباشر ويراعى تمثيل سائر مكونات الشعب فيه) وحيث أن المادة (٤٩/أولاً) من الدستور اعتمدت معيار عدد نفوس العراق في

الانتخابات بنسبة واحد لكل مائة ألف نسمة من سكان العراق بخلاف المعيار المعتمد في المادة (١٥ / ثانياً) من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ حيث اعتمدت معيار عدد الناخبين المسجلين في السجلات في كل محافظة وفقاً لما ذكر آنفاً" لذا فان نص المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات أصبح متعارضاً مع نص المادة (٤٩/أولاً) من الدستور وحيث أن المادة (١٣/ثانياً) من

الدستور نصت على انه (لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً" كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه) وان الفقرة (أولاً) من المادة نفسها نصت بأنه (يعد هذا الدستور القانون الأعلى في العراق ويكون ملزماً" في أنحاءه كافة وبدون استثناء) لذا ولما تقدم أعلاه قررت المحكمة الحكم بعدم دستورية المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ لتعارضها مع أحكام المادة (٤٩ / أولاً) من الدستور وللسلطة التشريعية تشريع نص جديد يكون موافقاً" لأحكام المادة (٤٩/أولاً) من الدستور على أن لا يمس الإجراءات التي جرت بموجبها انتخابات المجلس النيابي الحالي في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية). (١)

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية في الدعوى ١٥ / ت / ٢٠٠٦ الصادر بتاريخ

٢٦ / ٤ / ٢٠٠٧ المنشور في الموقع الإلكتروني

<http://www.iraqijudicature.org/federaljud.html>

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا

تباينت اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، ودستور العراق الدائم حيث أن اختصاصات المحكمة في الدستور جاءت أوسع مما وردت في قانون إدارة الدولة وأوسع من قانون المحكمة النافذ حيث أضاف الدستور إليها تفسير النصوص الدستورية ، والفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء والوزراء ، والمصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب .

اختصاصات المحكمة في قانون إدارة الدولة

بعد انتقال العراق إلى مرحلة جديدة وتبني الفدرالية كشكل للدولة وإقرار واقع إقليم كردستان في الوثيقة الدستورية المتمثلة بقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية التي نصت مبادئها على الحقوق والحريات الأساسية ، ولأجل ضمان عدم التجاوز على تلك الحقوق والنظر فيما يحصل من منازعات بين الحكومة الاتحادية وحكومة إقليم كردستان أو الأقاليم الأخرى والمحافظات والإدارات المحلية كان لابد من جهة تتولى مهمة الرقابة على شرعية القوانين وإلغاء ما يتعارض منها مع قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية (١).

(١) مكي ناجي - المحكمة الاتحادية العليا في العراق - مرجع سابق ص ٣٧

لذلك حدد قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الصادر عام ٢٠٠٤ اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في المادة ٤٤ حيث نصت على اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا :

١- الاختصاص الحصري والأصيل في الدعاوى بين الحكومة العراقية الانتقالية وحكومات الأقاليم وإدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية .

٢- الاختصاص الحصري والأصيل ، بناء " على دعوى من مدع أو بناء " على إحالة من محكمة أخرى في دعاوى بأن قانونا " أو نظاما " أو تعليمات صادرة عن الحكومة الاتحادية أو الحكومات الإقليمية أو إدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية لا تتفق مع هذا القانون.

٣- تحديد الصلاحيات الاستثنائية التقديرية للمحكمة العليا الاتحادية بقانون اتحادي

وقد أضاف النص انه إذا قررت المحكمة العليا أن قانونا " أو نظاما " أو تعليمات أو إجراء جرى الطعن به غير متفق مع هذا القانون فيعتبر ملغيا " .

وقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية في هذه الحالة أخذ بدعوى الإلغاء ، ومن خلال التطبيقات القضائية للمحكمة الاتحادية العليا إنها لم تلغ النص المخالف للدستور بأثر رجعي وإنما من تاريخ صدور الحكم كما في حكمها بعدم دستورية المادة (١٥ / ثانياً)

من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ لتعارضها مع أحكام المادة (٤٩) / أولاً) من الدستور الدائم لعام ٢٠٠٥ .

هذا وتضع المحكمة الاتحادية العليا نظاماً لها بالإجراءات اللازمة لرفع الدعوى وللسماع للمحامين بالترافع أمامها وتقوم بنشره وتتخذ قراراتها بالأغلبية البسيطة ما عدا القرارات بخصوص الدعاوى المنصوص عليها في المادة (٤٤/ب/١) التي يجب أن تكون بأغلبية الثلثين وتكون ملزمة ولها مطلق السلطة بتنفيذ قراراتها بضمن ذلك إصدار قرار بازدياء المحكمة وما يترتب على ذلك من إجراء.

وعلى ذلك فإن المحكمة تصدر قراراتها في الدعاوى الناشئة بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم وإدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية ، حيث تصدر المحكمة قراراتها بأغلبية خاصة وهي الثلثين استثناءً.

واستناداً للمادة ٤٤ من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية والقسم الثاني من ملحقه وبناءً على موافقة مجلس الرئاسة أصدر مجلس الوزراء قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ وعلى ضوء المادة ٩ من قانون المحكمة الذي جاء فيه ((تصدر المحكمة الاتحادية العليا نظاماً داخلياً تحدد فيه الإجراءات التي تنظم سير العمل في المحكمة وكيفية قبول طلبات وإجراءات الترافع وما يسهل تنفيذ أحكام هذا القانون...))

وقد نص في المادة الرابعة من قانون المحكمة رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ على اختصاصات المحكمة وهي :

أولاً : الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية .

ثانياً : الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ويكون ذلك بناءً على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدع بمصلحة .

ثالثاً : النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري .

رابعاً : النظر بالدعاوى المقامة أمامها بصفة استئنافية وينظم اختصاصها بقانون اتحادي .

إن المحكمة الاتحادية العليا علاوة على ممارستها لاختصاصاتها التي حددت بالرقابة على دستورية القوانين والفصل في المنازعات بين الحكومة الاتحادية والأقاليم أو بين الأقاليم فيما بينها أو بينها وبين المحافظات ، فقد أنيط بها اختصاص آخر يتعلق بالطعن في الأحكام والقرارات التي تصدرها محكمة القضاء الإداري والتي تخضع للطعن أمام الهيئة التمييزية في مجلس شوري الدولة قبل صدور قانون المحكمة الاتحادية العليا بالأمر رقم (٣٠ لسنة ٢٠٠٥) فالمحكمة الاتحادية العليا تمارس اختصاص محكمة التمييز بالنسبة للأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري ، ويقدم الطعن في الأحكام والقرارات التي تصدرها محكمة القضاء الإداري بواسطة رئيس محكمة القضاء

الإداري بعد استيفاء الرسم القانوني عنها وتسجل الدعوى حسب أسبقية ورودها في سجل خاص للقضايا التمييزية التي تخص القضاء الإداري ، وتنظر المحكمة الاتحادية العليا بالطعن ويجوز لها عند الاقتضاء دعوة الخصوم للاستيضاح منهم عن بعض النقاط التي تروم الاستيضاح عنها .

اختصاصات المحكمة في دستور عام ٢٠٠٥

أورد دستور العراق لسنة (٢٠٠٥) اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بشكل أوسع مما جاء في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ كما إن الاختصاص المتعلق بالنظر في دعاوى المقامة أمام المحكمة بصفة استئنافية والواردة في المادة (٤) / رابعاً) من قانون المحكمة رقم (٣٠ لسنة ٢٠٠٥) استبعد من اختصاصات المحكمة في ظل الدستور .

والاختصاصات التي نص عليها الدستور في المادة ٩٣ مايلي :

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة .

والمحكمة هنا تنظر في شرعية القوانين والأنظمة النافذة ، وتكون رقابتها لاحقة ولا تنظر في مشروعات أو مقترحات القوانين قبل صدورها .

وعلى ذلك فقد رفضت المحكمة اختصاصها في النظر بصحة التصويت على مشروع قانون تشكيل الأقاليم في العراق على الرغم من استناد المدعين الى نص المادة (٥٢ / ثانياً) من الدستور التي نصت على انه ((يجوز الطعن في قرار المجلس أمام المحكمة الاتحادية العليا خلال ثلاثين يوماً" من تاريخ صدوره)) في الواقع هذا البند متعلق بصحة

عضوية أعضاء مجلس النواب ولا دخل له بإجراءات التصويت في مجلس النواب على مشاريع قوانين وفي ذلك ورد في الدعوى عدد (١٨ / اتحادية ٢٠٠٦ / بتاريخ (٥ / ٣ / ٢٠٠٧) ادعى المدعي لدى المحكمة الاتحادية العليا أن مجلس النواب العراقي عقد جلسته الاعتيادية بتاريخ (١١ / ١٠ / ٢٠٠٦) وكان مدرجا " على جدول أعماله طرح مقترح مشروع (قانون الأقاليم) للتصويت عليه عملا" بنص المادة (١١٨) من الدستور ، وأن هيئة رئاسة مجلس النواب خالفت أحكام النظام الداخلي للمجلس بالمادة (٢٤) منه وبدلالة المادة (٢٣) ولم تلتزم بالآلية الواجب إتباعها عند عرض مقترحات مشاريع القوانين المطلوب التصويت عليها وفض النزاع بها من خلال أخذ رأي أعضاء المجلس بالتصويت ، وهذه المخالفة سبقتها مخالفات أخرى منها تحديد حالة الطوارئ حين لم يتوفر النصاب القانوني للتصويت عليه ، وان صيغة مقترح مشروع القانون المقدم للتصويت عليه بهذه الجلسة كان من الخطورة بمكان بحيث يوجب على هيئة الرئاسة أن تلتزم وبدقة بما ورد بأحكام النظام الداخلي للمجلس خاصة وان هذا المشروع قد أثير حوله جدل كثير وصاحبه معارضة من الكتل النيابية وذلك من طبيعة الإجراءات التي اتبعت لتبرير هذا القانون . وكان هنالك خرق آخر للمادة (١٣٦) من النظام الداخلي عندما تصرفت هيئة الرئاسة بتعدي منها على مشروع قانون تشكيل الأقاليم للتصويت عليه قبل يومين من المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٣٦) من النظام الداخلي لمجلس النواب لان مدة الأربعة أيام التي نصت عليها المشار إليها تمثل الحد الأدنى لدمج المقترحات التي يتقدم بها أعضاء المجلس أثناء فترة المناقشة وهذه المدة تحسب من تاريخ غلق النقاش على مقترح مشروع القانون وان هيئة الرئاسة قلصت هذه المدة

ليومين خلافاً للنظام . وعليه والاختصاص أخصري للمحكمة الاتحادية العليا للنظر بدستورية القوانين والأنظمة والإجراءات المتبعة في مجلس النواب طلب إلغاء وإبطال إجراءات التصويت على مشروع قانون تشكيل الأقاليم في العراق لان المبني على باطل فهو باطل علماً أن نصاب مجلس النواب من الحضور متوفرة فيه الأغلبية النسبية وهي (النصف + ١) أي (١٣٨ + عضو واحد) في حين أن الأغلبية المطلقة هي (١٨٤ + عضو واحد) ومن ثم تحميل المدعى عليه بالإضافة لوظيفته الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة . بعد أن اتبعت المحكمة الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة (ثالثاً) من المادة ١ والفقرة (ثانياً) من المادة ٢ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ أجرت المرافعة واستمعت لأقوال الطرفين وطلباتهم وأفهمت ختام المرافعة . دقت المحكمة الاتحادية العليا عريضة الدعوى والطلبات الواردة فيها واللوائح المتبادلة بين الطرفين ومستندات الدعوى فوجدت أن المدعي يطلب في عريضة الدعوى إبطال إجراءات التصويت على مشروع قانون تشكيل الأقاليم في العراق وقد أيد وكيل المدعي هذا الطلب بما ورد بلائحته المؤرخة ٢٠٠٦/١٢/١٣ والتي بين فيها انه يطعن بالآلية التي تم فيها إحصاء عدد الأصوات وأكد على ذلك بلائحته المؤرخة ٢٠٠٦ / ٣ / ٥ حيث بين أن طريقة عد الأصوات كان غير دقيق . وإذ أن اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا محددة بأحكام المادة ٤ من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ والمادة ٩٣ من الدستور ولم يكن من بين هذه الأحكام صلاحية النظر في صحة التصويت والمبينة في البرلمان العراقي . وان ما أشار إليه وكيل المدعي بلائحته المؤرخة ٢٠٠٦ / ٢ / ٥ في ثانياً منها من أن المحكمة الاتحادية العليا مختصة بموجب

أحكام المادة (٥٢ / ثانياً) من الدستور فإن ما ذهب إليه غير صحيح إذ أن أحكام هذه المادة تتعلق بصحة عضوية أعضاء مجلس النواب وبيئت في الفقرة أولاً" منها أن مجلس النواب يبت في صحة عضوية أعضائه خلال ثلاثين يوماً" وفي الفقرة ثانياً" منها بيئت أنه يجوز الطعن على هذا القرار (أي قرار صحة العضوية من عدمها) لدى المحكمة الاتحادية العليا وهذا لا يعني أن هذه المحكمة لها صلاحية النظر على صحة التصويت في مجلس النواب . ومن كل ما تقدم نجد هذه المحكمة أنها غير مختصة بنظر الدعاوى وان دعوى المدعي إضافة لوظيفته لا سند لها من القانون باختصاص هذه المحكمة بنظرها . فقرر رد دعوى المدعي إضافة لوظيفته وتحمله الرسوم)(^١)

ثانياً: تفسير نصوص الدستور

لم يكن من بين اختصاصات المحكمة الاتحادية بموجب قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، ولا في قانون المحكمة رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ تفسير النصوص الدستورية ، إلا أن الدستور الدائم في المادة ٩٣ / ثانياً" منه أضاف هذا الاختصاص إلى اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا ، وحسناً" فعل المشرع الدستوري عندما أضاف هذا الاختصاص إلى المحكمة وذلك تلافياً" لما قد يحدث من جدل حول تفسير نصوص الدستور ، كما وان المادة ٢ من الدستور المتعلقة بثوابت أحكام الإسلام ، وتلك المتعلقة بالديمقراطية تحتاج إلى أن يناط بالمحكمة هذا الاختصاص ، إضافة إلى ما يحدث مستقبلاً" بشأن تنازع

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية في الدعوى ١٨ / اتحادية / ٢٠٠٦ الصادر بتاريخ ٥ / ٣ / ٢٠٠٧ المنشور في الموقع الإلكتروني للمحكمة <http://iraqijudicature.org/fedraljud.html>

القوانين بين الحكومة الاتحادية والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم وتوزيع إيرادات مصادر الثروات الطبيعية ، كذلك فيما يتعلق بالحقوق والحريات ، وخير من يقوم بهذه المهمة المحكمة الاتحادية العليا خصوصا" إذا كان الدستور اتحادي يمنح الحق إلى الأقاليم بتشكيل سلطة تشريعية وتنفيذية وقضائية ، كما أن الدستور منح الأقاليم اختصاصات واسعة منها كما جاء في المادة (١٢١ / ثانيا") حيث ورد ((يحق لسلطة الأقاليم تعديل تطبيق القانون الاتحادي في الإقليم ، في حالة وجود تناقض أو تعارض بين القانون الاتحادي وقانون الإقليم بخصوص مسألة لا تدخل في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية)) وهذا البند يكاد أن يكون فريدا" من نوعه في الدول الفدرالية حيث يغلب قانون الإقليم على القانون الاتحادي .

وعلى ضوء هذا البند الخاص بتفسير نصوص الدستور وبعد أن انتهى العمل بقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ يجب أن يعدل قانون المحكمة وكذلك النظام الداخلي للمحكمة تماشيا" مع ما قرره الدستور الدائم لعام ٢٠٠٥ ، وهنا تقع مهمة تعديل القانون أو سن قانون جديد على عاتق مجلس النواب استنادا" إلى أحكام المادة ٩٢ / ثانيا" من الدستور ، وبما أن الدستور لم يكشف من له الحق طلب التفسير فقد أخذت طلبات التفسير تصل إلى المحكمة الاتحادية العليا من السلطات الدستورية ، التشريعية والتنفيذية والقضائية ، والمحكمة تستند في تفسيرها لنصوص الدستور إلى أحكام المادة ٩٣ / ثانيا" منه .

ومن التطبيقات القضائية للمحكمة الاتحادية العليا على ضوء المادة ٩٣ / ثانياً من دستور عام ٢٠٠٥ ، قرار المحكمة رقم ٢٢٧ / ت / ٢٠٠٦ بتاريخ ٩ / ١٠ / ٢٠٠٦ بشأن طلب تفسير من مجلس النواب مفاده (هل يمكن إضافة كلمة (العامة) إلى نهاية عبارة هيئة النزاهة الواردة في المادة (١٠٢) من الدستور ، في قانون الهيئة و ما هي صلاحيات هيئة النزاهة وهل من بينها السلطة القضائية . واستناداً إلى أحكام المادة (٩٣ / ثانياً) من الدستور وضعت المحكمة الاتحادية العليا الاستفسار موضع التدقيق والمداولة وتوصلت إلى الرأي الآتي :

(أولاً) - لا يمكن إضافة كلمة (العامة) إلى نهاية عبارة هيئة النزاهة الواردة في المادة (١٠٢) من الدستور وذلك إلى قانون هيئة النزاهة عند تشريعه ، لان نص المادة (١٠٢) من الدستور قد حدد الاسم ابتداءً ولا يجوز مخالفته ولأن إضافة (العامة) إليه يشعر بوجود هيئتين (هيئة النزاهة) و (هيئة النزاهة العامة) .

ثانياً - حدد أمر تشكيل (المفوضية العراقية المعنية بالنزاهة العامة) رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٤ اختصاصاتها وصلاحياتها وليس من بينها الصلاحيات التي تمس صلاحيات السلطة القضائية أو ممارسة اختصاصاتها ذلك أن السلطة القضائية مستقلة بموجب المادة (٨٧) من الدستور وتدار من (مجلس القضاء الأعلى) كما هو منصوص عليه في المادة (٩٠) من الدستور ولا يجوز لأية جهة التدخل في شؤونها استناداً إلى أحكام المادة (٨٨) من الدستور وأن هذه السلطة تدير نفسها بنفسها وفقاً للقانون ، فإذا ما حاد أحد منتسبيها عن أداء مهامه فأن طرق الطعن القانونية في الأحكام والقرارات كفيلة بمعالجة ذلك ،

وبالإضافة لذلك تتولى الجهات الرقابية المرتبطة بمجلس القضاء الأعلى تشخيص أي خلل وتقديم مرتكبه إلى اللجان الانضباطية وإذا ما شكل هذا الخلل جريمة فانه يقدم إلى المحاكم الجزائية لينال عقابه وفي مقدمة هذه الجهات جهاز الادعاء العام وهيئة الإشراف القضائي لذا لا يجوز لأي جهة أخرى وبضمنها هيئة النزاهة بسط صلاحياتها على السلطة القضائية لان ذلك يخل بمبدأ فصل السلطات الذي تبناه الدستور في المادة (٤٧) منه ويصادر استقلال القضاء ويخل بحياده ويجعله رهين الجهة التي تريد بسط صلاحياتها عليه. (١)

ولابد لطلب التفسير من ضوابط تحدده بأن يكون النص المطلوب تفسيره قد أثار خلافاً في التطبيق وان يكون ذا أهمية تستدعي تفسيره تفسيراً واحداً "تحقيقاً" لوحدة تطبيقه وعليه يجب التقيد بضوابط التفسير ومراعاتها عند طلب تفسير نص دستوري وأهم هذه الضوابط (٢):

١- عدم جواز تقديم طلب التفسير بمناسبة منازعة مطروحة أمام القضاء لان ذلك يعد نزع للخصومة من قاضيها الطبيعي ومنع الخصوم من الدفاع عن وجهة نظرهم إذا تم التفسير في غيابهم حيث أن مثل هذا الطلب سيقوم من السلطة القضائية عند طلب المحكمة المختصة ذلك.

(١) تفسير المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم ٢٢٧ / ت / ٢٠٠٦ الصادر بتاريخ

٢٠٠٦/١٠/٩ المنشور في الموقع الإلكتروني للمحكمة

<http://iraqijudicature.org/fedraljud.html>

(٢) مكي ناجي - المحكمة الاتحادية العليا في العراق - مرجع سابق ص ٨٥ - ٨٦

٢- أن يكون النص قد أثار خلافاً " فعلياً" في التطبيق وظهرت بصدده وجهات نظر متباينة.

ولا يقتصر تفسير المحكمة الاتحادية العليا لنصوص الدستور فقط وإنما يتعدى ذلك إلى تفسير نصوص القانون العادي . ومن التطبيقات القضائية للمحكمة الاتحادية العليا تفسير المادة (١ / سادساً) من قانون التقاعد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ طالب التفسير المقدم مجلس القضاء الأعلى عدد ٦٧ / ت / ٢٠٠٦ بتاريخ ٢ / ٥ / ٢٠٠٦ .

والذي جاء في رأي المحكمة (عرض مجلس القضاء الأعلى نص الفقرة (سادساً) من المادة ١ من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ التي تنص (يحال الموظف المعين بمرسوم جمهوري أو بأمر من مجلس الوزراء على التقاعد بالكيفية التي تم تعيينه فيها) وطلب الرأي فيما إذا كانت هذه الفقرة تعطل أحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٤٩٨) في ١٢ / ٧ / ١٩٨٧ حيث خولت الفقرة (أولاً) منه) للوزير المختص ومن هو بدرجةه إحالة أصحاب الدرجات الخاصة والمدراء العامون ومن هم بدرجةهم والموظفون الآخرون ممن يتم تعيينهم بمرسوم جمهوري عدا ضباط الجيش وقوى الأمن الداخلي عند إكمالهم السن القانونية للإحالة على التقاعد ، وفيما إذا كانت تعطل أحكام الفقرة (خامساً) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٦٩١) في ٩ / ١ / ١٩٨٧ التي خولت الوزير المختص ومن هو بدرجةه صلاحية إحالة ممن ذكروا في الفقرة (أولاً) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٤٩٨) في ١٢ / ٧ / ١٩٧٨ على التقاعد بسبب عدم الصلاحية للخدمة المؤيدة بتقرير اللجنة الطبية المختصة .

وفي الجلسة المنعقدة بتاريخ ٣٠ / ٤ / ٢٠٠٦ ناقشت المحكمة الاتحادية العليا الطلب ورجعت إلى النصوص المتقدم ذكرها وتوصلت إلى ما يأتي :

أن نص الفقرة سادسا" من المادة ١ من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ ينصرف إلى حالات الإحالة على التقاعد في غير حالتها إكمال السن القانونية للإحالة على التقاعد وعدم صلاحية الموظف للخدمة المؤيدة بتقرير اللجنة المختصة من الحالات التي تلزم بإحالة الموظف على التقاعد بحكم القانون وبخلافه يستلزم الأمر اتخاذ إجراءات طويلة ومعقدة وبالتالي فإن الفقرة (سادسا") من المادة الأولى من قانون التقاعد الموحد لا تنصرف إلى هاتين الحالتين وتبقى صلاحية الإحالة على التقاعد بموجبها للوزير المختص ولرئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة واتخذ القرار بالاتفاق).^(١)

حجية الأحكام الدستورية

إن أحكام المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى الدستورية وقراراتها ملزمة لكافة سلطات الدولة كما ورد في المادة (٩٤) من الدستور التي نصت على أن ((قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة)).

ولكن الإشكالية في تعارض نصوص الدستور التي تتقاطع فيما بينها خصوصا" المادة (٦١ / سادسا" / ب) التي ذكرت إعفاء

(١) تفسير المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم ٦٧ / ت / ٢٠٠٦ الصادر بتاريخ ٣ /

٥ / ٢٠٠٦ المنشور في الموقع الإلكتروني للمحكمة

<http://www.iraqijudicature.org/fedraljud.ht>

رئيس الجمهورية بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب بعد إدانته من المحكمة الاتحادية العليا في إحدى الحالات الآتية:

١- الحث في اليمين الدستورية

٢- انتهاك الدستور

٣- الخيانة العظمى

وهنا نورد بعض الملاحظات التي يجب الالتفات إليها :

أولاً: " إن هذا البند لا يتفق مع ما ذكرته المادة ٩٤ من الدستور، والسؤال هنا كيف تكون قرارات المحكمة باتة وملزمة للسلطات كافة إذا كان إغفاء رئيس الجمهورية بعد إدانته من المحكمة الاتحادية العليا يخضع لتصويت أعضاء مجلس النواب ؟

ففي هذه الحالة لا تكون قرارات المحكمة ملزمة للسلطات كافة في الدولة ، وعليه على المشرع أن يزيل هذا التعارض بين المادة (٦١ / سادساً / ب) والمادة ٩٤ من الدستور ، وفي حالة إبقاء النص على ما هو عليه يكون لمجلس النواب سلطة إلغاء الأحكام التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا وهذا مخالف لأحكام المادة ٩٤ من الدستور.

ثانياً: " ورد في المادة (١٢١ / ثانياً) من الدستور التي نصت على انه ((يحق لسلطة الأقاليم تعديل تطبيق القانون الاتحادي في الإقليم، في حالة وجود تناقض أو تعارض بين القانون الاتحادي وقانون الإقليم بخصوص مسألة لا تدخل في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية . ((

وهنا نجد عبارة تعديل تطبيق القانون الاتحادي تعني الإلغاء جزئياً" أو كلياً" ، وان ممارسة سلطة الإلغاء منوط بالمحكمة الاتحادية العليا دون غيرها حيث تتولى

الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية كما نصت عليه المادة (٩٣ / ثالثاً) من الدستور ، وبما أن القانون الاتحادي أعلى مرتبة من قانون الإقليم استناداً إلى مبدأ تدرج التشريع في الفقه الدستوري والتنازع الذي يحصل بين القانون الاتحادي وقانون الإقليم تفصل فيه المحكمة الاتحادية العليا وليس سلطة الإقليم ، وفي هذه الحالة سنكون أمام تجاوز على اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا وعلى قاعدة مبدأ تدرج التشريع وعليه لا بد للمشرع أن يعالج هذه المسألة التي تضعف من سلطة الحكومة الاتحادية وتتجاوز على اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا .

إذ أن المادة (١٢١ / ثانياً) تتجه نحو الكونفدرالية أكثر منها إلى الفدرالية ، ومن الضرورات أن يلغى البند ثانياً من المادة ١٢١ من الدستور لسببين ، السبب الأول لتقوية سلطة الحكومة الاتحادية ، والثاني عدم التجاوز على اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا .

فان بقاء هذه النصوص على حالها سوف تثير الجدل في القضاء الدستوري العراقي مستقبلاً" حول حجية الأحكام الدستورية التي لا يجوز الطعن بها أو نقضها بأي حال من الأحوال ، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا في المادة (٥ / ثانياً) من قانونها رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ التي نصت على أنه ((الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باطة))

إجراءات رفع الدعوى الدستورية وشروطها

بينما إن التنظيم الدستوري للرقابة على دستورية القوانين في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ ودستور العراق لعام ٢٠٠٥ مورست بطريقة الدعوى المباشرة (دعوى الإلغاء) وطريقة المزج بين طريقة الدفع الفرعي والدعوى الأصلية أو المباشرة.

وعلى الرغم من أن تجربة القضاء الدستوري العراقي تجربة قصيرة إلا أنها غنية بقضائها وقضاتها الذين لهم باع طويل في القضاء العراقي .

وبعد أن بينا تكوين المحكمة الاتحادية العليا وطرق ممارسة الرقابة الدستورية واختصاصاتها ، يتعين علينا أن نتعرف على إجراءات رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا .

فقد أجاز النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ حق التقدم بالدعاوى إلى ثلاث جهات (الخصم أمام محكمة الموضوع ، والجهات الرسمية، والأفراد الطبيعية والمعنوية) .

ولغرض التعرف على إجراءات رفع الدعوى في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا نتناول هذا المطلب في ثلاث فروع نتناول في الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى أمام محكمة الموضوع والفرع الثاني: شروط الطعن أمام المحكمة، وأخيراً" إجراءات الفصل في الطلبات والطعون .

إجراءات رفع الدعوى أمام محكمة الموضوع

لابد للطعن أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية نص من توفر الشروط التالية :

أولاً: " أن تكون هناك دعاوى قائمة ومعروضة أمام محكمة الموضوع والمقصود بمحكمة الموضوع (أي من المحاكم العراقية على اختلاف أنواعها ودرجاتها عدا محكمة التمييز وذلك لأنها تنحصر في الإجراءات التدقيقية لأوراق الدعوى دون حضور الخصوم إلا للاستيضاح دون المرافعة)

ثانياً: " أن يدفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى بعدم شرعية النص دستورياً" الذي سيطبق على واقعة الدعوى .

ثالثاً : تقدم الدعوى من قبل الخصوم بناءً" على تكليف محكمة الموضوع له.

رابعاً: " أن تقدم الدعوى بواسطة محام ذي صلاحية مطلقة.

خامساً: " أن يدفع الرسم القانوني المقرر وفق قانون الرسوم العدلية.

سادساً: " أن يبين الخصم النص التشريعي المطعون بمخالفته للدستور ونص الدستور المدعي لمخالفته (١)

ويقدم موضوع المنازعة بدعوى وفق الإجراءات التالية :

أولاً : على المدعي عند تقديم عريضة دعواه أن يرفق بها نسخاً بقدر عدد المدعى عليهم وقائمة بالمستندات ويجب عليه أن يوقع هو أو وكيله على كل ورقة من الأوراق المقدمة مع إقراره بمطابقتها للأصل .

ثانياً : لا تقبل عريضة الدعوى إذا لم ترفق بها المستندات المنصوص عليها في الفقرة أولاً من المادة (١٥) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا

ثالثاً : تؤشر عريضة الدعوى من رئيس المحكمة أو من يخوله ويستوفي الرسم عنها وتسجل في السجل الخاص وفقاً لأسبقيات تقديمها ويوضع عليها ختم المحكمة وتاريخ التسجيل ويعطى المدعي وصلاً موقعاً عليه من الموظف المختص يبين فيه رقم الدعوى وتسجيلها .

وعند إكمال إجراءات دعوى المدعي

ثالثاً : تؤشر عريضة الدعوى من رئيس المحكمة أو من يخوله ويستوفي الرسم عنها وتسجل في السجل الخاص وفقاً لأسبقيات تقديمها ويوضع عليها ختم المحكمة وتاريخ التسجيل ويعطى المدعي وصلاً موقعاً عليه من الموظف المختص يبين فيه رقم الدعوى وتسجيلها .

وعند إكمال إجراءات دعوى المدعي:

(١)مكي ناجي - المحكمة الاتحادية العليا في العراق - مرجع سابق ص ١٠٣ - ١٠٤

أولاً: تبلغ عريضة الدعوى ومستنداتهما إلى الخصم ويلزم الإجابة عليها تحريراً خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ.

ثانياً: لا يعين موعد للمرافعة في الدعوى إلا بعد إكمال التبليغات وإجابة الخصم عليها أو مضي المدة المنصوص عليها في الفقرة أولاً من المادة ٢ وفي هذه الحالة لا يقبل من الخصم طلب تأجيل الدعوى لغرض الإجابة .

وأجاز النظام الداخلي للمحكمة إجراء التبليغات في مجال اختصاصها بوساطة البريد الإلكتروني والفاكس والتكس إضافة لوسائل التبليغ الأخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية (١) ومن الجدير بالذكر أن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١ لسنة ٢٠٠٥) قد نص على أن يطبق قانون المرافعات المدنية إذا لم يرد نص خاص في قانون المحكمة وفي نظامها الداخلي فقد جاء في نص المادة (١٩) من النظام الداخلي للمحكمة ((تطبق أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩) وقانون الإثبات رقم (١٠٧ لسنة ١٩٧٩) فيما لم يرد نص خاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا في هذا النظام))

وذكرت المادة ٦ من النظام الداخلي ((إذا طلب مدع الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي في نظام أو تعليمات أو أمر فيقدم

(١) المواد (١ و ٢ و ٢١) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة

الطلب بدعوى مستوفية للشروط المنصوص عليها في المواد (٤٤ و ٤٥ و ٤٦ و ٤٧) من قانون المرافعات المدنية (...)) ومن هذه الشروط ما ورد في المادة ٤٤ من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩) التي تنص على مايلي:

- ١- كل دعوى يجب أن تقام بعريضة.
- ٢- يجوز الادعاء بعريضة واحدة بحق عيني على عدة عقارات إذا اتحد السبب والخصوم .
- ٣- يجوز الادعاء بعريضة واحدة بعدة حقوق شخصية وعينية منقولة .
- ٤- يجوز أن تتضمن الطلبات المكملة للدعوى أو المترتبة عليها أو المتفرعة منها
- ٥- إذا تعدد المدعون وكان في ادعائهم اشتراك أو ارتباط جاز لهم إقامة الدعوى بعريضة واحدة .
- ٦- إذا تعدد المدعى عليهم واتحد سبب الادعاء أو كان الادعاء مرتبطاً " جاز إقامة الدعوى عليهم بعريضة واحدة.

في حين أوضحت المادة (٤٦) البيانات التي اشترطت توفرها في عريضة الدعوى من شأنها أن تجعل الخصم في الدعوى على بينة كافية بكل ما يتعلق بالنزاع

المنظور من قبل المحكمة التي رفعت الدعوى إليها وأن كانت هذه البيانات من البيانات الشكلية وان أي نقص أو غموض فيها ، يلزم

المدعي بإكماله خلال مدة مناسبة وإلا تبطل الدعوى بقرار من المحكمة إذا كان هذا النقص أو الغموض من شأنه أن يجهل المدعى به أو المدعى عليه أو المحل أو المختار لغرض التبليغ وهي كما ورد النص .

١- اسم المحكمة التي تقام الدعوى أمامها .

٢- تاريخ تحرير العريضة .

٣- اسم وكيل من المدعي والمدعى عليه ولقبه ومهنته ومحل إقامته ، فان لم يكن للمدعى عليه محل إقامة معلوم فأخر محل كان فيه .

٤- بيان المحل الذي يختاره المدعي لغرض التبليغ .

٥- بيان موضوع الدعوى فان كان منقولاً ذكر جنسه ونوعه وقيمته وأوصافه وان كان عقاراً ذكر موقعه وحدوده ورقمه أو تسلسله .

٦- وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيده .

٧- توقيع المدعي أو وكيله إذا كان الوكيل مفوضاً " بسند مصدق عليه من جهة مختصة .

شروط الطعن أمام المحكمة

تختلف شروط رفع الدعوى أمام المحكمة الاتحادية عند الطعن في دستورية القوانين حسب الجهة الطاعنة ووفقاً لما يلي :

أولاً: الطعن من قبل الجهات الرسمية

إذا طلبت إحدى الجهات الرسمية ، بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى ، الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر ، فترسل الطلب بدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا ، معللاً مع أسانيد ، وذلك بكتاب بتوقيع الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة (١)

يجب أن تتوفر الشروط التالية في الدعوى التي تقدمها الجهات الرسمية ضد أي جهة أخرى والتي قد تكون رسمية أو غير رسمية :

١- أن يكون هناك منازعة قائمة بين الجهات الرسمية المدعية وبين الجهة الأخرى .

٢- يجب أن تكون الدعوى معللة بالأسانيد أي ذكر النص التشريعي المطعون بمخالفته للدستور والنص الدستوري المدعي بمخالفته معززاً بالأسانيد .

٣- أن ترسل الدعوى بكتاب موقع من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة.

٤- أن تكون الدعوى مستوفية للشروط الواردة في المواد (٤٤ و ٤٥ و ٤٦ و ٤٧) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩)

(١) المادة ٥ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم ١ لسنة ٢٠٠٥

٥- أن تقدم الدعوى من قبل محام بموجب وكالة أو من قبل الممثل القانوني للجهة الرسمية على أن لا تقل درجته الوظيفية عن مدير .

وعليه يجب أن تكون الوكالة المعطاة من المستدعي تخوله صراحة مخاصمة الجهة الإدارية التي أصدرت القرار وإلا فإن الدعوى تكون مستوجبة الرد شكلاً" وفي ذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا ببرد دعوى تقدم بها ممثل رئيس ديوان الوقف السني إضافة لوظيفته لأن عريضة الدعوى موقعة من شخص لا صفة قانونية له بتوقيعها فوراً في حكمها عدد ١٤ / اتحادية / ٢٠٠٦ بتاريخ ١١ / ١٠ / ٢٠٠٦ (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد إن التوقيع المنسوب إلى المدعي في عريضة الدعوى يختلف عن التوقيع المنسوب إليه في الوكالة العامة المرقمة (٥ / ٤ / ٢٤٣٩) في ٩ / ٨ / ٢٠٠٦ الصادرة من رئاسة ديوان الوقف السني / الدائرة القانونية / الموقعة من قبل رئيس الديوان وحيث إن وكيل المدعي أوضح للمحكمة بان السبب يعود إلى التوقيع المذيل في عريضة الدعوى المنسوب إلى المدعي موقع من قبل معاون رئيس ديوان الوقف السني (ي.ع) وعليه وحيث إن عريضة الدعوى موقعة من شخص لا صفة قانونية له بتوقيعها فتكون الدعوى مقامة من شخص لا يملك حق إقامتها وتكون خصومته غير موجهة وإذا كانت الخصومة غير موجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها ببرد عريضة الدعوى قبل الدخول في أساسها وذلك عملاً" بالمادة (٨٠ / ١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل لذا قررت المحكمة

الحكم برد الدعوى مع تحميل المدعي إضافة لوظيفته كافة
مصاريفها) (١)

ثانياً: الطعن من قبل الأشخاص الطبيعية والمعنوية :

إذا طلب مدع الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي
في نظام أو تعليمات أو أمر فيقدم الطلب بدعوى مستوفية للشروط
المنصوص عليها في المواد (٤٤ و ٤٥ و ٤٦ و ٤٧) من قانون المرافعات
المدنية ويلزم أن تقدم الدعوى بوساطة محام ذي صلاحية مطلقة وأن
تتوفر في الدعوى الشروط الآتية :

١- الاستعانة بمحام : اشترط المشرع العراقي لقبول دعوى إلغاء قانون
غير دستوري توقيعها من محام لضمان جدية الطعن الدستوري
وموضوعيته وعدم إشغال المحكمة بطعون غير موضوعية وان
تكون صلاحية هذا المحامي مطلقة.

٢- اسم الشخص و مركزه القانوني أو المالي أو الاجتماعي . وصفته
ومحل إقامته سواء أكان الطاعن فرداً " أو شخصاً " من أشخاص
القانون الخاص ، ويجوز أن يقدم مجموعة من الأفراد أو الأشخاص
طلباً " في دعوى واحدة إذا كان هناك صلة في الموضوع .

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية عدد ١٤ / اتحادية / بتاريخ ١١ / ١٠ /

٣- أن يقدم المدعي الدليل على أن ضررا "واقعيًا" قد لحق به من جراء التشريع المطلوب إلغاؤه . موضوع الطلب وبياناً بالمستندات الخطية التي يستند إليها المستدعي في إثبات دعواه ، والمصلحة هي شرط لقبول أي دعوى قضائية حيث أن من المبادئ الرئيسية للتقاضي انه لا دعوى بلا مصلحة ، ولما كانت دعوى الإلغاء في الوقت الحاضر هي دعوى قضائية خالصة فإنه يشترط لقبولها أن يكون للمدعي فيها مصلحة في إقامتها مع اختلاف درجة المصلحة في دعوى الإلغاء عنها في سائر الدعاوى الأخرى إدارية كانت أو مدنية .

وهكذا فان مجلس الدولة الفرنسي ومنذ تحوله إلى جهة قضائية وبالرغم من عدم وجود نصوص تشريعية تتعلق بالمصلحة فانه يعتبرها شرط أساسي لقبول الدعوى غير أن المشرع العراقي لم يستلزم المصلحة وحدها كأساس للدعوى وإنما تطلب أن يصاب الطاعن بضرر واقعي وأن يكون الضرر مباشرا "مستقلا" بعناصره ويمكن إزالته إذا ما صدر حكم بعدم شرعية التشريع المطلوب إلغاؤه ، وأن لا يكون الضرر نظريا" أو مستقبليا" أو مجهولا" ، والمصلحة المباشرة يقصد بها أن تكون محسوسة وقائمة أي أن يؤثر فيها القرار تأثيرا "مباشرا".

٤- أن لا يكون المدعي قد استفاد بجانب من النص المطلوب إلغاؤه .

ولا نرى إن هذا الشرط سليم أو منطقي فقد يوفر القانون في جانب منه بعض المزايا غير أنه يبقى مع ذلك مخالفاً للدستور ، ومن المصلحة العامة إلغاؤه.

٥- أن يكون النص المطلوب إلغاؤه قد طبق على المدعي فعلاً" أو يراد تطبيقه عليه (١)

إجراءات الفصل في الطلبات والطعون

تتميز إجراءات رفع دعوى إلغاء القوانين غير الدستورية بأنها مستقلة عن إجراءات رفع الدعاوى الأخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات وهي بهذا لا تشكل استثناء" عن هذه الإجراءات بقدر ما تمثل نظاماً "مستقلاً" وأساسياً" لا يعتد فيه القاضي بضرورة الرجوع إلى قانون المرافعات إلا في حالة عدم وجود النص ويستمد القاضي سلطته هذه من طبيعة المنازعات الدستورية .

(١) للمزيد مراجعة المادة ٦ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم ١

لسنة ٢٠٠٥

تحضير الدعوى

بعد اكمال التبليغات تعين المحكمة موعداً للمرافعة وتهيئة الدعوى إلي ترسل إليها ((... من محكمة القضاء الإداري إلى المحكمة الاتحادية العليا بواسطة رئيس محكمة القضاء الإداري الذي يقوم بالتأشير عليه واستيفاء الرسم القانوني عنه ويرفعه مع اضبارة الدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا)) (١)

أما بالنسبة للدعوى التي ترفع أمام المحكمة بدعوى مباشرة فإنها ((تسجل حسب أسبقية ورودها (...)) (٢)

يدعو رئيس المحكمة أعضائها للانعقاد قبل الموعد المحدد بمدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً" إلا في الحالات المستعجلة وحسب تقدير رئيسها. ويرفق بكتاب الدعوى جدول الأعمال وما يتعلق به من وثائق. (٣)

هذا و تنتظر المحكمة في المنازعة ولو لم يحضر الخصوم بعد أن تتحقق من صحة تبلاغهم بموعد المرافعة وتنتظر المحكمة المنازعات في جلسة علنية إلا إذا قررت أن تكون الجلسة سرية إذا كان ذلك ضروريا" مراعاة المصلحة العامة أو النظام العام أو الآداب العامة وبقرار من رئيسها، أما إذا كانت المحكمة تنتظر الطعن بأحكام وقرارات محكمة القضاء الإداري بإجراء التدقيقات لأوراق الدعوى دون أن تجمع

(١) المادة ٧ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥

(٢) المادة ٨ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥

(٣) المادة ٩ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥

الطرفين ولها عند الاقتضاء دعوة الخصوم للاستيضاح منهم عن بعض النقاط التي تروم الاستيضاح عنها .

وللمحكمة أن تجري ما تراه من تحقيقات في المنازعات المعروضة عليها أو تتدب لذلك أحد أعضائها ولها طلب أوراق أو بيانات من الحكومة أو أية جهة أخرى للاطلاع عليها ولها عند الضرورة أن تأمر بموافاتها بهذه الأوراق أو صورها الرسمية حتى لو كانت القوانين والأنظمة لا تسمح بالاطلاع عليها أو تسليمها (١)

هذا و للمحكمة أن تكلف الادعاء العام بإبداء الرأي في موضوع معروض أمامها وعلى الادعاء العام إبداء رأيه تحريريا" خلال المدة التي تحددها المحكمة .

وعند النطق بالحكم أو القرار يجب أن تودع مسودته في اضبارة الدعوى بعد التوقيع عليها ، ويلزم أن يكون الحكم والقرار مشتملا" على أسبابه ، فأن لم يكن بالإجماع أرفق الرأي المخالف مع أسبابه . والأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باتة لا تقبل أي طريق من طرق الطعن.

أنواع الرقابة القضائية على دستورية القوانين

الكثير من دساتير الدول تبنت الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، غير أن هذه الدول لم تتفق على نوع واحد في الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، فمنها تمارس الرقابة بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة (رقابة الإلغاء) ومنها ما تسمح بهذه الرقابة بواسطة الدفع

(١) المواد ١٠ - ١٣ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥

الفرعي ، وهناك من تبنت طريقة المزج بين الدعوى الأصلية والدفع بعد الدستورية كما في مصر.

الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة (رقابة الإلغاء)

تحدث الرقابة بطريقة الإلغاء أو الدعوى الأصلية **controle parvoie daction** عندما يقوم صاحب الشأن المتضرر من قانون معين بالطعن فيه مباشرة أمام المحكمة المختصة طالبا إلغائه لمخالفته الدستور ، دون أن ينتظر تطبيق القانون عليه في دعوى من الدعاوى القضائية ، فإذا ما ثبت للمحكمة المختصة أن القانون المطعون فيه مخالف للدستور فإنها تحكم بإلغائه بحيث كأن لم يكن أو إنهاء حياته بالنسبة للمستقبل طبقا لأحكام الدستور التي تنظم الرقابة القضائية (١) .

وقد يكون هذا الحكم قبل صدور القانون المخالف للدستور فتسمى رقابة الإلغاء السابقة أو بعده فتسمى رقابة الإلغاء اللاحقة. وبسبب خطورة الأثر المترتب على هذا الحكم والمتمثل بإلغاء تشريعات البرلمان، حرصت الدول على إن تمارسه محاكم دستورية عليا متخصصة أو أعلى درجات القضاء في الدولة ، كما لم تجز كثير منها للأفراد إن يطعنوا مباشرة في دستورية القوانين بينما أجاز بعضها ذلك بطريق غير مباشر بان يتقدموا بالطعن بعدم دستورية قانون ما أمام بعض المحاكم، فان اقتنعت هذه المحكمة بجدية الطعن تقدمت به إلى المحكمة

(١) د. عبد الغني بسيوني عبدالله - النظم السياسية والقانون الدستوري - مرجع سابق

الدستورية^(١)، وتضريعا" على ذلك سأتناول هذا المطلب في ثلاث فروع،
الأول رقابة الإلغاء السابقة ، والثاني رقابة الإلغاء اللاحقة أما الثالث
مزايا وعيوب الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشر.

رقابة الإلغاء السابقة

بعد تشريع القانون من قبل السلطة التشريعية المكلفة بإعداد
القانون ، يرسل القانون للتصديق عليه لغرض إصداره ، وقد ترتب
الجهة الموكلة بالتصديق إرسال هذا القانون إلى محكمة خاصة
يحددها الدستور ، للتأكد من عدم تعارض القانون مع الدستور ،
فتحريك الرقابة يكون من السلطة ، وليس من قبل الأفراد ، وقد أخذ
بهذا دستور أيرلندا لعام ١٩٣٧ ، حيث يتعين على رئيس الدولة إذا رغب
بممارسة حق الرقابة أن يحيل القانون في ظرف سبعة أيام من تاريخ
استلامه للقانون إلى المحكمة العليا ، وبعد استشارت مجلس الدولة ،
أن تصدر حكمها في فترة لا تتجاوز الستين يوما ، فإذا أصدرت
المحكمة حكما بدستورية القانون المحال إليها وجب على رئيس
الجمهورية التصديق عليه ، وقد تبنت هذه الطريقة من الرقابة بعض دول
أمريكا اللاتينية أمثال كولومبيا في دستورها لعام ١٨٨٦ ، وبما في
دستورها لعام ١٩٠٤ ، والإكوادور في دستورها لعام ١٩٢٩^(٢).

(١) د. إسماعيل مرزا - مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي - دار الملاك للفنون

والآداب والنشر، بغداد ط ٣ ٢٠٠٤ ص ٩٣

(٢) د. حسان محمد شفيق العاني - الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة - مرجع

سابق ص ٢٢٥

رقابة الإلغاء اللاحقة

وهي رقابة لاحقة على إصدار القانون أو هي وسيلة هجومية تسمح لبعض الجهات أو المراجع بالطعن في هذا القانون مباشرة أي بصورة مستقلة عن أي نزاع عن طريق الدعوى الأصلية (١).

فمضمون رقابة الإلغاء هو ما تضمنه الدستور ذاته من حق للأفراد أو لبعض السلطات في إقامة الدعوى والطعن المباشر في قانون ما باعتباره مخالفاً للدستور وأمام محكمة معينة يقع ذلك من اختصاصها ، فإذا ما اقتتعت تلك المحكمة بعدم دستورية القانون فإنها سوف تصدر قرارها بإلغائه ويكون هذا القرار نافذاً بالنسبة للجميع دون الاقتصار على مصلحة الطاعن ، والمشكلة التي ستثور بهذا الشأن هي نوع المحكمة المختصة ، هل هي المحكمة الدستورية ، أم اختصاص المحاكم العادية ، وقد اختلفت الدساتير بهذا الشأن بين إناطة الرقابة على دستورية القوانين بمحكمة قضائية أو إناطة ذلك بمحكمة خاصة كما أخذت بذلك سويسرا .

فمن اخذ بالاتجاه الأول عهد إلى المحكمة العليا في الدولة أياً كانت تسميتها محكمة اتحادية أو محكمة تمييز ، إضافة لاختصاصاتها المدنية والجنائية وفي سويسرا عهد إلى المحكمة الاتحادية العليا الفصل بالدعاوى المتعلقة بانتهاك الحقوق الدستورية للمواطنين ، غير أن هذه الرقابة محدودة نسبياً إذ أنها لا تمتد إلى القوانين المشرعة

(١) خليل الهندي وأنطوان الناشف - المجلس الدستوري في لبنان - مرجع سابق

من البرلمان الاتحادي ، بل تقتصر على الدعاوى المقدمة ضد قوانين الكانتونات ، وضد القرارات الصادرة من السلطات الأخرى في الكانتونات ، والدعاوى والطعون بالنسبة لهذه القوانين والقرارات تقبل على نطاق واسع جداً" سواء تعلق بمخالفتها للدستور الاتحادي ، ودستور الولاية ، فكل ذي مصلحة حالية أو مستقبلية أن يستفيد من هذا الحق في الطعن ، بل أجاز الدستور السويسري للأفراد تقديم الطعون ضد قوانين الولايات ذات الصلة العامة حتى وان لم تكن هناك مصلحة للفرد كون المصلحة عامة ، وهي المحافظة على سلامة الدستور، وقد أخذ بهذا الاتجاه دستور كوبا لعام (١٩٣٤) ، ودستور هايتي لعام (١٩٢٨) ، ودستور فنزويلا لعام (١٩٣١) ، أما الاتجاه الثاني، فهو الدعوى المباشرة أمام المحاكم الدستورية ، وتتصف هذه الدعوى (دعوى الإلغاء) بأنها على اتفاق مع سابقتها من حيث أنها تأخذ بطريقة الدعوى المباشرة ، وتؤدي إلى إلغاء القانون المخالف للدستور بالنسبة للجميع وكلتا المحكمتان لقراراتها حجبية مطلقة لكن الذي يفرق بينهما هو أن الأولى محكمة قضائية عادية (١)

ونظراً لخطورة الدور الذي تقوم به المحكمة في هذه الحالة فإنه يعهد بهذه الرقابة إلى محكمة واحدة في الدولة وذلك لتجنب تضارب الأحكام إذا ما عهد بهذه المهمة إلى عديد من المحاكم ، وغالباً ما تسند هذه الرقابة إلى محكمة دستورية تشأ خصيصاً لهذا الغرض ، ومن أمثلة الدول التي تبنت نظام المحكمة المختصة إيطاليا في

(١) المحامي طالب الوحيلي - القواعد العامة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين - دراسة منشورة في الموقع الإلكتروني لشبكة النبا المعلوماتية - الخميس ٨ حزيران

دستورها الصادر عام (١٩٤٧) ، وألمانيا في دستورها الصادر عام (١٩٤٩) (١)

ومن الدساتير العربية الدستور السوري لعام (١٩٧٣) ، والدستور الكويتي لعام (١٩٦٢) ، والدستور المصري لعام (١٩٧١) ، وقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام (٢٠٠٤) ، ودستور العراق الدائم لعام (٢٠٠٥) الذي نص على أن تختص المحكمة الاتحادية بالرقابة على دستورية القوانين.

وقد جاء في المادة الرابعة من قانون المحكمة الاتحادية العليا أن مهام المحكمة مايلي: (٢)

- ١- الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومة الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية.
- ٢- الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية وشرعية التشريعات كافة وإلغاء ما يتعارض منها مع الدستور .
- ٣- النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من القضاء الإداري.
- ٤- النظر في الدعاوى المقامة أمام المحكمة بصفة استئنافية وينظم هذا الاختصاص بقانون

(١) د. ماجد راغب الحلو - الأنظمة السياسية والقانون الدستوري - مرجع سابق ص ٤٤

(٢) المادة ٤ من قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥

ومن ذلك نخلص إلى إن الطعن بعدم الدستورية يمكن أن يوجه إلى القانون والأنظمة والتعليمات ، وهذه توسعة محمودة لان الأنظمة هي قرارات إدارية تتضمن قواعد عامة مجردة جديرة بالرقابة ، وهي ستخضع لطريقتين من طرق الطعن ، الطريقة الأولى ، هي الطعن فيها أمام المحكمة الاتحادية العليا ، إذا جاءت منتهكة لأحكام الدستور ، وللمحكمة المذكورة إلغائها إذا ما استبان لها الانتهاك جليا ، وعندها يتوجب على جهة الإدارة إزالة كل الآثار القانونية المترتبة عليها واعتبارها كأن لم تكن منذ لحظة صدورها .

أما الطريقة الثانية ، فهي الطعن فيها أمام محكمة القضاء الإداري التي تملك اختصاص النظر في صحتها استنادا إلى أحكام المادة (٧ / ثانيا / د) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥ لسنة ١٩٧٩) المعدل وبالتالي إلغائها إذا ما وجدت مخالفة لأحكام القانون والتعويض عن الأضرار الناشئة عنها إذا كان له مقتضى بناء على طلب المدعي ، وهكذا ستخضع الأنظمة والتعليمات لرقابة صارمة ضمنا " لاحترام أحكام الدستور والقوانين و يتم بناء على دعوى من مدعي ، أو طلب من محكمة أخرى إذا وجدت المحكمة المختصة أيا كانت مدنية ، أو جنائية ، أو إدارية ، إن قانونا " أو نظاما " أو تعليمات جاءت منتهكة لحرمة الدستور فان لها أن تحيل الأمر إلى المحكمة الاتحادية العليا

لتفصل فيه بحكم قاطع نافذ في مواجهة الكافة ، وهذا توسع أيضا" في نظام الرقابة على دستورية القوانين (١)

إن عملية الرقابة تؤدي إلى تأكيد صحة التصرفات التي أجريت كما حددها القانون لها لتحقيق المشروعية ، كما تؤدي إلى تحديد التصرفات الخاطئة لإعادة تقييمها ضمن الحدود القانونية لتدخل المشروعية عليها وبالتالي يكون حصيلة كلى العمليتين تحقيق سيادة القانون (٢)

مزايا وعيوب الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة

انقسم الفقهاء بشأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين مؤيد ومعارض على تفصيل في الأمر نيين حجج الطرفين فيما يلي :

أولاً:" مزايا الرقابة بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة

تحقق هذه الرقابة بعض المزايا المهمة التي لا تتكرر ، فمن ناحية أن تخصص جهة قضائية واحدة بمسألة فحص دستورية القوانين وتقرير ما إذا كان القانون المطعون فيه مخالف لأحكام الدستور أم لا وذلك سواء كانت هذه الجهة القضائية هي المحكمة العليا في النظام القضائي القائم في الدولة ، أو محكمة دستورية خاصة أنشأت لتضطلع

(١) د. حسان محمد شفيق العاني ود. حميد حنون أساعدي - المبادئ الأساسية لدستور العراق الدائم - الموقع الإلكتروني لمركز الفرات للتنمية والدراسات الإستراتيجية- مرجع سابق www.fcdrs.com

(١) سمير خيري توفيق - مبدأ سيادة القانون - تقديم د. منذر الشاوي - دار الحرية للطباعة - بغداد ١٩٧٨ ص ١٤٦

بهذه المهمة يؤدي إلى ثبات الأوضاع واستقرار المعاملات القانونية

ومن ناحية أخرى فإن الحكم الصادر بالإلغاء في حالة ثبوت مخالفة القانون المطعون فيه لأحكام الدستور ينهي المشكلة ويحسم الموقف بصفة نهائية مما لا يسمح بالعودة مرة أخرى لطرح النزاع بصدد نفس القانون أمام محكمة أخرى أو أمام ذات المحكمة (١).

ثانياً: "عيوب الرقابة بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة:"

بالرغم من مزايا الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة ، إلا أنها لم تسلم من النقد من جانب الفقه الدستوري باعتبار أنها تمثل خروجاً على حدود مهمة القضاء وتؤدي إلى إقحامه في المجال التشريعي وإهداره لعمل السلطة التشريعية ، مما يعتبر مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات ، كما إن إعطاء سلطة إلغاء القانون يعطيها مركزاً "قوياً" ونفوذاً "كبيراً" باتجاه سلطات الدولة لا سيما السلطة التشريعية (٢).

الرقابة القضائية بطريقة الدفع الفرعي

في هذا النوع من الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، لا توجد دعوى بإلغاء قانون من القوانين لعدم دستوريته وإنما يتعلق الأمر

(١) د. عبد الغني بسيوني عبدالله - النظم السياسية والقانون الدستوري - مرجع سابق ص ٥٧١

(٢) د. مازن ليلو راضي - ضمانات احترام القواعد الدستورية في العراق - مرجع سابق - الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك www.ao-academy.org

بالدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه ، يتقدم أحد أطراف النزاع في قضية معروضة أمام القضاء وإنما تأخذ شكلاً "دفاعياً" مقتضاه أن ينتظر صاحب الشأن الذي يراد تطبيق قانون معين عليه في قضية مطروحة أمام محكمة من المحاكم ، ثم يدفع بعدم دستورية هذا القانون ، فتتولى المحكمة بحث الأمر فإذا أثير الدفع بصددها أي أن المحكمة في حالة الدفع بعدم الدستورية لا تقضي بإلغاء القانون وإنما تمتنع فقط عن تطبيقه في القضية التي أثير الدفع بمناسبةها ويظل القانون قائماً" ويمكن أن تثار مسألة عدم دستوريته من جديد وذلك لأن حكم المحكمة له حجية نسبية فلا يقيّد المحاكم^(١)

بل ولا نفس المحكمة بالنسبة للقضايا التي تعرض عليها فيما بعد ذلك فإن هذه الطريقة تعد أخف وطأة وأقل أثراً" من الطريقة السابقة التي تؤدي إلى إعدام القانون المخالف للدستور ، ويرجع في الفقه والقضاء أن سكوت الدستور لا يمنع المحاكم من رقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي ، لأن القاضي في هذه الحالة إنما يغلب حكم القانون الأعلى على حكم القانون الأدنى ، وذلك يدخل ضمن صلاحيات وظيفته ، وقد أخذت كثير من الدول بهذه الطريقة دون نص من الدستور ، وكانت الولايات المتحدة الأمريكية منذ الحكم الشهير الذي أصدره القاضي **marshall** عام (١٨٠٣) ، ومن البلاد التي أخذت

(١) د. ماجد راغب الحلو - القانون الدستوري - مرجع سابق ص ٢٧

بها كذلك اليونان ، والنرويج ، وقد نصت بعض الدساتير صراحة على ذلك كدستور اليابان الصادر عام (١٩٤٦) (١)

والظاهر أن قضاء المحاكم الأمريكية في مجال الرقابة الدستورية هو قضاء امتناع عن التطبيق ، ولكن أثر هذا القضاء يزداد قوة بفضل نظام السوابق القضائية النافذ في الولايات المتحدة ، وبمقتضى هذا النظام أن كل محكمة تتقيد بالحكم الذي أصدرته . وتتقيد به المحكمة التي في درجتها ، وكذلك المحكمة الأدنى درجة ، فالحكم الصادر من المحكمة العليا وهي أعلى محكمة في الاتحاد بعدم دستورية أي قانون يقيدها كما يقيد سائر المحاكم الاتحادية ، ومحاكم الولايات ، وهكذا يتضح

من قضاء المحاكم الأمريكية قضاء امتناع عن التطبيق مؤسس على نظام السوابق القضائية ، ويقترّب هذا القضاء من حيث النتائج العملية في هذه الحالة من قضاء الإلغاء ، إلا أنه لا يزال متميزاً عنه ومختلفاً في آثاره من حيث وجود القانون بالنسبة لقضاء الامتناع وزوال القانون من الوجود بالنسبة لقضاء الإلغاء ، وآية ذلك أن المحكمة العليا وإن كانت مقيدة بالأحكام الصادرة منها إلا أنه من المتصور أن تتطور الظروف على نحو يحملها على العدول عن قضائها السابق وعندها يستأنف ذلك القانون نفاذه (٢)

(٢) د. ماجد راغب الحلو - الأنظمة السياسية والقانون الدستوري - مرجع سابق ص ٤٤٤

(١) د. إسماعيل مرزة ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ط ٣ مرجع سابق ص

ويعد هذا النوع أو الأسلوب الأكثر نجاحاً في فرض الرقابة على دستورية القوانين في الدول التي تخلو دساتيرها من النص صراحة على حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، إذا ما دفع أمامه - أثناء نظر دعوى مرفوعة - بعدم دستورية قانون ما واجب التطبيق. وهو ما درج عليه القضاء المصري في ظل دستور عام (١٩٥٦) ودستور عام (١٩٥٨) رغم خلوهما من نصوص تنظيم الرقابة.^(١)

ويعيب هذه الطريقة إنها بتركها مهمة الرقابة على دستورية القوانين لكافة المحاكم تؤدي عادة إلى تناقض الأحكام وعدم الوحدة التشريعية، كما لا تضع حداً نهائياً للخلاف الذي يمكن أن يثور حول عدم دستورية قانون من القوانين.^(٢)

وعلى العموم فإن هذا النوع أو هذه الطريقة ليست الوحيدة التي ابتدعها القضاء الأمريكي وتمكن من خلالها أن يمارس الرقابة على دستورية القوانين، فهي وإن كانت أكثر شيوعاً إلا أنه بجانبها توجد أنواع أخرى للرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، وتقريباً على ذلك سنبحث هذه الأنواع من الرقابة في ثلاث فروع: الفرع الأول: الرقابة القضائية بطريقة الأمر القضائي، والثاني الرقابة القضائية بطريقة الإعلان القضائي، والثالث الرقابة القضائية بطريقة المزج بين الدعوى الأصلية والدفع بعدم الدستورية.

(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شبحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٧٥٦.

(١) د. ماجد راغب الطو - الأنظمة السياسية والقانون الدستوري - مرجع سابق

الرقابة القضائية بطريقة الأمر القضائي

في هذا النوع من الرقابة ، لا ينتظر من يدعي عدم دستورية قانون ما أن تقام عليه دعوى يراد خلالها تطبيق هذا القانون ، فيدفع عند ذلك بعدم دستوريته وإنما يطلب من القاضي أن يأمر بإيقاف الإجراءات التي يمكن أن تتخذ ضده باعتبارها إجراءات تستند إلى قانون ، أو هي تنفيذ لقانون يعتقد بأنه مخالفاً للدستور وعندها يفحص القاضي دستورية هذا القانون فإذا تبين له أنه يخالف أو يناقض الدستور، وجه أمراً لمن يريد اتخاذ إجراءات معينة بمقتضاه (أي تطبيقه) يمنعه فيه من اتخاذها ، ويستطيع القاضي أن يأمر موظفاً بأن لا يستحصل ضريبة معينة من الشخص الذي لجأ إلى القضاء لان هذه الضريبة فرضها قانون غير دستوري ، وحتى إذا استحصلها فان القاضي يستطيع أمره بإعادتها لمن استحصلت منه (١)

(١) د. منذر الشاوي - نظرية الدستور - مرجع سابق ص ٦٨
(*) من التطبيقات القضائية بطرق الأمر القضائي : كانت شركة ستكتن وستوكس Stockton & Stokes قد تعاقدت مع حكومة الولايات المتحدة على نقل البريد ، وعندما حان وقت دفع الأجر على ذلك لم ترغب إدارة الرئيس جاكسون أن تدفع ، ويبدو إن أصحاب الشركة (ستكتن وستوكس) كانوا خصوماً سياسيين لجاكسون وأنه كان هناك بعض التساؤل حول قيمة خدماتهم ، وكان رأي الكونغرس إن المتعهد يجب أن يتقاضى نصيبه من المال لذلك أقر قانوناً مضمونه أن على مدير البريد أن يدفع للمتعهد أي مبلغ يراه محامي إدارة البريد العامة معقولاً ، وأخبر المحامي مدير البريد (عاموس كندال) أنه يجب أن يدفع للشركة مبلغ (١٦١٥٦٣) دولار لكن (كندال) بدعم من الرئيس جاكسون رفض أن يدفع أكثر من (١٢٢١٠٢) دولار ، وعندئذ توجهت الشركة إلى المحاكم ساعية وراء إصدار أمر قضائي مطالبة بدفع المبلغ بكامله ، وقررت المحكمة العليا إن بإمكانها إصدار أمر قضائي يطالب بدفع

وبموجب هذه الطريقة يجوز لأي فرد أن يلجأ إلى المحكمة المختصة ، وتختص بإصدار الأمر القضائي محكمة اتحادية خاصة تتألف من ثلاثة حكام ، ويجوز الطعن في أحكامها أمام المحكمة الاتحادية العليا مباشرة طبقاً لقانون صدر عام (١٩١٠) (❖) يطلب إيقاف تنفيذ أي قانون على أساس أنه غير دستوري وان من شأن تنفيذه أن يلحق ضرراً" وذلك دون أن تكون هناك دعوى سابقة ، فإذا تبين أن ذلك القانون مخالف للدستور أصدرت أمراً "قضائياً إلى الموظف المختص بعدم تنفيذ ذلك القانون ، ويجب على الموظف في هذه الحالة تنفيذ الأمر القضائي الصادر إليه وإلا عد مرتكباً لجريمة خاصة تسمى (احتقار المحكمة) وتعرض هذه الجريمة مرتكبها للحكم عليه بالحبس أو الغرامة (١)

كامل المبلغ ، وجاء في رأي الأكثرية إن هذا الأمر لا يمثل أي نوع من تدخل السلطة التشريعية أو القضائية في شؤون السلطة التنفيذية ، بل كل ما سعى إليه الأمر القضائي هو تنفيذ واجب وزري لا يتمتع الرئيس أو مدير البريد بأية صلاحية لإنكار أو التحكم به . للمزيد ينظر ديفيد كيه نيكولز - أسطورة الرئاسة الأمريكية الحديثة - ترجمة صادق إبراهيم عودة - الأرنن- عمان - الدار الأهلية للنشر والتوزيع ص ١٤٤ وللتوسع أكثر حول القضية المذكورة مراجعة نفس المرجع ص ١٤٣-١٤٨

(٢) د. إسماعيل مرزا ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ، ط٣ مرجع سابق ص ١٩٠-١٩١

الرقابة القضائية بطريقة الإعلان القضائي

بمقتضى هذا النوع من الرقابة لا ينتظر المدعي بعدم دستورية قانون ما احتمال تطبيق إجراء ضده أو حتى تطبيقه كما في النوع السابق ، ليطلب من القاضي أن يأمر بعدم اتخاذ هذه الإجراءات لأنها تستند إلى قانون غير دستوري ، وإنما يطلب مباشرة من القاضي أن يعلن رأيه حول دستورية قانون ما قد يحتمله تطبيقه فهو يطلب إعلاناً قضائياً" من المحكمة حول دستورية هذا القانون ، وبعد صدور هذا الإعلان يستطيع أن يعرف المدعي ومن يريد تطبيق القانون ، حقوقهم والتزاماتهم أو بعبارة أخرى يستطيع من يريد تطبيق القانون إلى أي مدى يستطيع تطبيقه ، فالإعلان القضائي هو طريقة توضيحية لمضمون قانون ما من حيث دستوريته تتم عن طريق إقامة دعوى مباشرة أمام القضاء لطلب إعلان قضائي حول مضمونه أو مدى مطابقتة هذا المضمون للدستور ، أي حول دستوريته ، وهذا النوع من أنواع الرقابة القضائية على دستورية القوانين تعد من أحدث أنواع الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية (١)

وتبنت محاكم الولايات هذه الطريقة منذ عام (١٩١٨) ، وقد ترددت في استخدامه المحكمة الاتحادية العليا استناداً إلى أن طلب الحكم التقريري (الإعلان القضائي) لا يتضمن أي منازعة حتى يمكن

(١) د. منذر الشاوي - نظرية الدستور - مرجع سابق - هامش ص ٦٩ - ٧٠

القول باختصاصها ولكنها استقرت على العمل به خاصة بعد أن أصدر الكونغرس عام (١٩٣٤) قانوناً حول به المحاكم هذا الحق صراحة^(١)

الرقابة القضائية بطريقة المرح بين الدعوى الأصلية

والدفع بعدم الدستورية

لم يكن في معظم دساتير الدول في الأصل تقديم الطعن بالإلغاء إلى المحكمة الدستورية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، ثم أجاز ذلك بطريقة غير مباشرة ، وبيان ذلك يتقدم الأفراد بالطعن بعدم دستورية قانون ما أمام المحاكم ، فان اقتضت بجدية الطعن تقدمت به إلى المحكمة الدستورية^(٢)

وهذه الرقابة تفترض وجود دعوى يراد فيها تطبيق قانون معين فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية هذا القانون ، وفي هذه الحالة لا تفصل المحكمة في صحة الدفع بل تؤجل النظر في الدعوى وتحيل الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة الدستورية التي يكون لحكمها حجية مطلقة تجاه الكافة ، وهذه الطريقة المتبعة في مصر ، والمحكمة التي يثار فيها الدفع بعدم دستورية قانون ما تمنع صاحب الشأن مهلة لا تجاوز الثلاثة أشهر لمراجعة المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم يفعل اعتبر الدفع كأنه لم يكن^(٣)

(٢) د. إسماعيل مرزا - مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، ط٣ مرجع سابق ص

(١) د. إسماعيل مرزا - نفس المرجع - ص ١٩٣

(٢) خليل الهندي وأنطوان الناشف - المجلس الدستوري في لبنان - مرجع سابق ص ٨٤

فنظام الرقابة على دستورية القوانين كما نظمها القانون في مصر بالنسبة للأفراد تعد طريقة خاصة من الرقابة تختلف عن الطريقتين التقليديتين ، الرقابة بطريقة الدعوى الأصلية ، والرقابة بطريقة الدفع الفرعي ، وان كان يقوم المزج بينهما فهو يختلف عن طريقة الدعوى الأصلية المباشرة في أمرين ، الأمر الأول: إن مسألة دستورية القوانين لا يمكن أن تثار بداية أمام المحكمة الدستورية العليا ، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بدعوى سبق أن أقيمت أمام إحدى المحاكم ودفع فيها بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه ، وقدرت هذه المحكمة جدية الدفع ، أما الأمر الثاني: إن المحكمة العليا عندما يرفع الأمر إليها وتحكم بعدم دستورية القانون ، فإنها لا تلغي القانون وإنما تمنع تطبيقه فقط . وهو يختلف عن نظام الرقابة بطريقة الدفع وذلك في أمرين ، الأمر الأول: إن المحكمة التي يدفع أمامها بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه ليست هي التي تفصل في مسألة الدستورية وإنما يقتصر دورها على تقرير ما إذا كان الدفع جدياً " أم غير جدي ، فإذا رأت جديته أوقفت الفصل في الدعوى وحددت للخصوم ميعادا لرفع دعوى عدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا التي تتولى الفصل في الأمر ، الأمر الثاني: إن أحكام المحكمة ملزمة لجميع سلطات الدولة كافة (١)

(١) د. ماجد راغب الطو - الأنظمة السياسية والقانون الدستوري - مرجع سابق ص ٨١١ - ٨١٢ وينظر كذلك القانون الدستوري - ص ٣٩٤ - ٣٩٥ وللمزيد حول تطبيقات الدعوى الدستورية بطريقة المزج بين الدعوى الأصلية والدفع بعدم الدستورية من خلال حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية المواد (٥ و ٦ ف١ و ١٧ ف١) من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل

وتلافياً " لعيوب الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة من ناحية ، والرقابة القضائية بطريقة الدفع الفرعي من ناحية أخرى ، فقد اتجهت بعض الدساتير التي أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى المزج بين طريقتي الرقابة القضائية. لهذا تنص الدساتير التي تأخذ بهذا النوع من الرقابة على ضرورة نشر القرارات بنفس الطريقة التي تنشر بها التشريعات العادية (١).

ورغم أن الغالبية العظمى من دساتير الدول تبنت إحدى أنواع الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، ولكن قد يسكت الدستور عن طريقة للبحث في دستورية القوانين ، فذهب جانب من الفقه الدستوري إلى أنه ليس للقضاء في مثل هذه الحالة سلطة البحث في دستورية القوانين ، لان وظيفة القضاء وهي تطبيق القانون وليس الحكم عليه ، ولان القانون يعد تعبيراً " عن الإرادة العامة للجماعة فلا يحق للقاضي التعقيب عليها وهو لا يملك تفسير القواعد الدستورية فذلك من عمل السلطة التشريعية ، وهو ليس برقيب على أعمالها ولان بحثه في دستورية القوانين يخل بمبدأ الفصل بين السلطات ، ويجعل القضاء سلطة سياسية تسمو على سائر السلطات ، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى إعطاء القضاء سلطة النظر في دستورية القوانين ولو لم ينظم الدستور هذه الرقابة ، وهو الرأي الراجح لسلامة حججه ومنطقية

بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣، لمخالفتها المواد (٨ و ٤٠ و ٦٢) من الدستور المصري لعام ١٩٧١، ينظر بالتفصيل د. جوزي شفيق ساري - النظام الانتخابي على ضوء المحكمة الدستورية العليا المصرية ، دار النهضة العربية - القاهرة ط ٢٠٠٥ ص ١٤٢ - ١٥٤

(١) د. إحسان حميد المفرجي - نظرية الدستور - مرجع سابق ص ١٩١

نتأجه وضمانة بعض الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ، فالقضاء حينما ينظر نزاعاً" فإنه يبحث عن الحكم القانوني للنزاع في النظام القانوني بمجمله بدءاً" من الدستور ونزولاً" لآخر قاعدة في الهرم القانوني والحكم بما تقضي به القاعدة الدستورية باعتبارها القاعدة الأعلى وكل ذلك يدخل في صميم عمل القاضي باعتبار القضاء هو صاحب السلطة في تفسير القوانين وإعمالها في النزاعات المطروحة عليه ، وأول هذه القوانين وأهمها القانون الأعلى للدولة وهو الدستور وتقديراً" للرقابة السياسية والرقابة القضائية على دستورية القوانين نرى مايلي :

١- على الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى الرقابة السياسية من أن القائمين عن الرقابة قد لا تتوافر لديهم القدرة الفنية والخبرة القانونية ، وان الطعن بعدم الدستورية

يقوم على اعتبارات سياسية أكثر منها قانونية ، وإبعاد الأفراد العاديين من عدم ممارسة الطعن في دستورية قانون ما ، وهو يعد بحد ذاته مثلبة على الرقابة السياسية ، ونحن نتفق مع من يقول بهذه الانتقادات ، إلا أننا نختلف معهم بخصوص تعيين الأعضاء الذين يمارسون هذه الرقابة من أن الأعضاء المعينين قد لا تتوافر لديهم القدرة الفنية والخبرة القانونية ، نرى بعكس ذلك، فلو تتبعنا أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي الذين يخضعون للتعيين ، فالغالبية العظمى لديهم مؤهلات قانونية وحاصلين على شهادات في الحقوق وهم الذين يقع العبء الثقيل عليهم في ممارسة مهامهم ، أما الأعضاء الحكميين فإنهم لا يحضرون جلسات المجلس الدستوري .

أما ما قيل بمسألة الحيادة والاستقلال من أن هذه المحددات المذكورة تؤثر على حياد من يمارس الرقابة السياسية ، نعتقد أن مسألة الحيادة والاستقلال مسألة نسبية تتعلق بشخصية القاضي ، وان كنا نتفق مع ضرورة استقلال السلطة القضائية ، فالاستقلال ليس كافيا" أن يوضع بنصوص دستورية وقانونية ، فالكثير من الدساتير نصت على استقلال السلطة القضائية ، لكن الواقع العملي يشير إلى عكس ذلك ، نتيجة للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكل بلد ، فالعبرة ليست في وضع النصوص الدستورية والقانونية ، ولكنها في تطبيق واحترام هذه النصوص من قبل السلطة والأفراد على السواء.

٢- إن السلطة القضائية تستمد استقلاليتها ليس من الدستور فقط وإنما تستمد قوتها من الرأي العام أيضا الذي يشكل ضغطا" على من ينتهك استقلالية السلطة القضائية وخير مثال على ذلك عندما وقف الرأي العام الباكستاني مع رئيس المحكمة الدستورية العليا الباكستانية القاضي (افتخار محمد جودري) الذي عزل من منصبه بضغط سياسي من الرئيس الباكستاني (برويز مشرف) ، وتعرض للمحاكمة ، لكن الرأي العام الشعبي وقف موقفا" صلبا" ومدافعا" عن القاضي (جودري) والمطالبة باستقلالية السلطة القضائية ، فالاستقلال يتعلق أيضا" بثقافة الشعوب وتحضرها في احترام تطبيق وتنفيذ القانون ، واستقلال السلطة القضائية يجب أن يكون متوازن ومعقول ، لا تكون السلطة القضائية أداة بيد السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية ولا تكون السلطة القضائية منفصلة فصلا" تاما" يخشى منها من أن تشكل حكومة قضاة ، ونرى أيضا إن الحيادة والاستقلال تتعلق بالمدة الزمنية التي يشغلها

القاضي في ممارسة وظيفته القضائية ، وتختلف من بلد لآخر ،
فقضاة المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية يمارسون مدة
عضويتهم مدى الحياة غير قابلين للعزل ، فهو الذي يؤيد من
استقلالية القضاة والقضاء على السواء ، وفي فرنسا يمارس
أعضاء المجلس الدستوري المعينين مهامهم الموكلة إليهم مدة تسع
سنوات غير قابلة للتجديد وهذا يجعل من أعضاء المجلس الدستوري
أن لا أمل لهم في تجديد عضويتهم مرة أخرى ، وهو مدعاة بأن
يمارس العضو مهامه بكل حيطة واستقلال .

ومهما قيل عن حياد واستقلال القضاة فهم بالنتيجة بشر غير
معصومين من الزلل سواء من كان يمارس رقابة سياسية أو رقابة
قضائية .

٣- إن تبني الرقابة السياسية أو الرقابة القضائية في بلد ما مسألة
تتوقف على ظروف كل بلد ، فلا يجوز أن نقيس بلد تختلف
ظروفه عن فرنسا ذلك البلد العريق في الديمقراطية وننفل عنه
نظام المجلس الدستوري .

٤- إن اختيار النظام الملائم لكل بلد هو مؤشر نجاح أو فشل ذلك
النظام ، فالبلدان المتقدمة التي مارست الديمقراطية المتقدمة
تمتلك مؤسسات دستورية قوية ورأي عام فعال وبالتالي فان
المجتمع يسير إلى حد كبير بطريقة سليمة ولو لم توجد لديه
محكمة دستورية ، أما البلدان النامية حيث الرأي العام ضعيف
أو معدوم وحيث المؤسسات الدستورية هشة وحيث السلطة
التنفيذية متسلطة فانه لا يلائمها لرقابة الدستورية إلا وجود

محكمة دستورية تشكل جزءاً" من سلطة قضائية تقف على قدم المساواة من السلطتين التشريعية والتنفيذية.

٥- إن ترجيحنا للرقابة القضائية على الرقابة السياسية ، كون الأولى تجيز للأفراد الطعن بعدم دستورية قانون ما ، أما الأخيرة فإنها لا تجيز ذلك ، وهذا ما جعلها في موضع انتقاد من الفقه والقضاء الدستوري ، ونعتقد إن حق الفرد في الطعن بعدم الدستورية أحد الركائز التي تقوم عليها ضمانات حقوق الإنسان.