



الجامعة الإسلامية في لبنان

كلية الحقوق

قسم الدراسات العليا

المحكمة الاتحادية العليا في الدستور العراقي

إعداد الطالب:

محمد عبد الرحيم حاتم

المشرف:

الدكتور محمد طي

2010-2009

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ {1} الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ
الْعَالَمِينَ {2} الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ {3} مَالِكِ يَوْمِ
الدِّينِ {4} إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ {5} اهْدِنَا
الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ {6} صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ خَيْرِ
الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ {7}

سورة الفاتحة

الإهداء

إلى من له الفضل - بعد الله - في أن أتبع من العلم مكاناً علياً
....إلى الأعلى في الوجود
....إلى من هولي بمنزلة الرأس من الجسد
....إلى أبي الحبيبحباً ووفاءً

و

إلى من جعل الله رضاه من رضاها
....إلى من أفتخر بأني ابن لها
...إلى أُمي الحبيبةحباً وتقديساً .

شكر وإعتراف

"...رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ...."

شكراً لله الذي جعل لنا العلم نوراً نهتدي به إلى جادة الصواب بإذنه .

...في البدء لا بد أن أشكر كل من ساهم في إعلاء صرح الجامعة الإسلامية في

لبنان ، هذا الصرح الذي له الفضل الأول علينا في أن نكون من حملة الشهادات

العليا ...وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور حسن الجبلي رئيس الجامعة الإسلامية

لدوره الكبير في إعلاء شأن الجامعة التي هي فخر لنا .

وشكراً لمن علمني وقومني وجعلني على مرتبة من العلم ..فشكراً لأستاذي

الدكتور محمد طي ، لما بذله معي من جهد حثيث ومتابعة صادقة خلال فترة كتابة

البحث ، فكان منهل علم لا ينضب ولا يبخل بما يجود به.

...وشكراً للدكتور رامز عمار ، حيث كانت لمحاضراته في مادة أصول البحث

في سنة الدبلوم الأثر الكبير والفعال في كتابة البحث.

...وشكراً لكل من درسني وعلمني في فترة الدبلوم ،فشكراً للدكتور فوزي عطوي

(ورحمة الله عليك ياإستاذي الفاضل)، وشكراً للدكتور عصام سليمان ، وشكراً

للدكتور محمد المجنوب، وشكراً للدكتور سمير عالية، وشكراً للدكتور محي الدين

القيسي ،كما ولي الفخر والشرف الرفيع بأنهم أساتذتي وأني أحد طلابهم .

...وشكراً لكل من ساعدني وآزرني من أجل إكمال هذا البحث ، وأخص بالذكر

...الدكتور عادل محسن الحاتمي والذي كان رافداً لي بالمراجع العربية وبالأخص

المصرية منها .

...الأستاذ حيدر الوزان والذي عرفته أخاً كريماً بما يملك من مراجع عربية وأجنبية

.

...وشكراً لرفيقة دربي وشريكتي في نجاحي زوجتي الغالية والتي كانت مثال

للزوجة الصبوره والمرأة المؤمنة .

وآخر دعوانهم أن الحمد لله رب العالمين

الباحث

المقدمة

يُعد موضوع كفالة احترام أحكام الدساتير، من أهم الموضوعات الدستورية التي حظيت باهتمام كبير لدى فقهاء القانون الدستوري، فهذا الموضوع شديد الوصل بموضوع الدولة القانونية، والذي يعني خضوع جميع السلطات فيها للقانون بصفة عامة وللدستور بوصفه القانون الأسمى بصفة خاصة، ومن فكرة سيادة الدستور وتفوقه استنبط الفقه الدستوري مبدأ سمو الدستور، والذي يعني أن الدستور يعلو على القوانين العادية في الدولة، فإذا ما تعارضت هذه القوانين في نصوصها أو روحها أو أهدافها مع الدستور، كانت الغلبة والأرجحية للدستور.

وكذلك تحرصُ الدساتيرُ عادةً على ضمانات استقلال القضاء وبقائه بعيداً عن نفوذ السلطتين التشريعية والتنفيذية مؤكدةً على أنه لا سلطانَ عليه إلا القانون، وإذا كان من المهم أن تُتَّوَجَّح الدساتير نصوصها بعناوين استقلال القضاء وحصانات رجاله معتبرة ذلك من المنجزات الدستورية، فإن الأهم من ذلك هو كيفية الدفاع عن الدستور ذاته حين تحاول هذه السلطة أو تلك تجاهله وذلك عبر تشريعاتها وقراراتها منتهكة بذلك حقوق الأفراد، ضاربة عرض الحائط بحرياتهم التي جعلها الدستور عنواناً له.

إن الشرعية الدستورية ليست مجرد نصوص أثبتت بالحبر على الورق، فذلك وحده لا يصون حقاً ولا يردع باغياً، وإنما العبرة بما استقرت عليه النفوس من تقدير واحترام لهذه النصوص بوصفها المعبرة عن الإرادة العامة للشعب والتي ارتضاها ميزاناً يقيسُ بها سلوك حكامه، وإذا كانت مؤسسات الدولة جميعها مُطالبَة باحترام الشرعية الدستورية والمبادئ أعلامه الدستورية وأسس النظام السياسي التي حدّتها النصوص الدستورية، فإن أولى هذه المؤسسات التي تقع على عاتقها حماية هذه الشرعية وصونها هي الهيئات القضائية الدستورية والتي تتمثل بالمحاكم الدستورية، ومن مثالها المحكمة الاتحادية العليا في العراق - وهي موضوع بحثنا -.

بما أن النظام الدستوري في هذا البلد كان قد شهد تغيراتٍ جوهرية كبيرة بعد 2003/4/9 حيث اسقاط النظام السابق والذي مثل نهاية حقبة تاريخية، ومجيئ الاحتلال الذي مثل بداية مرحلة جديدة من تاريخ العراق السياسي والدستوري، و تبني النظام الفدرالي (الاتحادي) كشكل للدولة العراقية الجديدة، حيث تحوّل العراق من دولة بسيطة إلى دولة مركبة، مع اعتماد النظام البرلماني الديمقراطي المستند إلى مبدأ الفصل بين السلطات واحترام الدستور من خلال التأكيد على مبدأ سمو الدستور كنظام لعمل سلطات الدولة وإدارة مؤسساتها الدستورية المختلفة.

وأذا كان التوزيع الدستوري للإختصاصات بين السلطات الاتحادية هو أحد الخصائص الجوهرية للأنظمة الفدرالية ، فإن أحد الملامح الهامة في تصميم أية فدرالية وعملها بفعالية ، هو ضمان سيادة الدستور باعتباره مصدر السلطات ، وبعبارة أخرى فإن أحد السلطات ستعدي على صلاحيات الأخرى ما يؤدي إلى انعدام التوازن الدستوري في الاتحاد ، الأمر الذي يفضي إلى تفككه ونهايته ، ولأجل الحفاظ على هذا الانتظام الدستوري لابد من قيام جهة قضائية عليا تتولى ضمان احترام تطبيق المبادئ الدستورية لهذا النظام وعدم التجاوز عليها .

وفي العراق ، وعلى أساس ما تقدم كان لابد من إنشاء المحكمة الاتحادية العليا – المشار إليها أعلاه - ، والتي منحتها الدستور إختصاصات قضائية وسياسية لأجل ممارسة دورها في حفظ الاتحاد وتوازن السلطات داخله مع الحفاظ على الدستور وصَوْن مبادئه . إن وجود المحكمة الاتحادية العليا والنص عليها في الدستور يُعد تطوراً دستورياً وديمقراطياً مهماً ، حيث إن الإختصاصات الدستورية المناطة بها تجعل منها أحد الضوابط والتوازنات التنظيمية المهمة التي تحول دون طغيان بعض السلطات الاتحادية على بعض ، إضافة إلى أن صلاحية المحكمة في الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ونفاذ حكمها في مواجهة الكافة هو إعلاء للشرعية الدستورية وضمان لحقوق الأفراد وحررياتهم .

ومن الملاحظ أن الدولة العراقية منذ نشأتها سنة 1921 لم تُمارس الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة قضائية مستقلة وبانتظام دستوري نموذجي ، لذلك فإن إنشاء المحكمة الاتحادية العليا يُعد إنجازاً دستورياً كبيراً يستحق التحليل والبحث والدراسة ، وهذا من أهم العوامل التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع مادةً لبحثنا ، خاصة أننا ولحد الآن لم نجد أي بحث يتناول المحكمة الاتحادية بتحليل ودراسة مفصلة من حيث التشكيل والإختصاصات والإصول والإجراءات المتبعة - من قبل هيئتها - للنظر في الدعاوى واتخاذ الأحكام وطبيعة هذه الأحكام ومدى حجيتها .

إن موضوع بحثنا (المحكمة الاتحادية العليا في الدستور العراقي) هو من المواضيع المهمة والشائكة في آن واحد ، حيث إنه يطاول تشكيل المحكمة وإختصاصاتها من ناحية دستورية وسياسية من جهة ، ومن ناحية قضائية من جهة أخرى ، وسنحاول من خلال ذلك تسليط الضوء على الوظيفة السياسية للمحكمة الاتحادية المتمثلة بحفظ التوازن والتنظيم بين سلطات الدولة ، إضافة إلى التركيز على الصفة القضائية للمحكمة من خلال توضيح الأصول والإجراءات القضائية الواجب إتباعها (دستورياً وقانونياً) في عملية التقاضي أمام المحكمة وإصدار الأحكام من قبلها .

ولأجل توضيح الجوانب الإيجابية و السلبية في تكوين المحكمة وآلية عملها فقد اعتمدنا أسلوب الدراسة المقارنة ، وذلك بمقارنة النصوص الدستورية والقانونية الخاصة بتشكيل المحكمة وإختصاصاتها وآلية عملها وكيفية مراجعتها وطبيعة القرارات الصادرة عنها مع نصوص دستورية وقانونية لدول أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، كالولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا ولبنان ومصر والكويت ، وذلك بحسب ما يسمح به المقام . ولأجل الوصول إلى غاييتنا في ذلك فإننا قسمنا بحثنا هذا إلى أربعة فصول وُزعت إلى قسمين ، و كل قسم جزئناه إلى فصلين كآلاتي :-

القسم الأول :- نشأة المحكمة الاتحادية العليا في العراق وقسمنا هذا القسم إلى فصلين :

الفصل الأول :- تكوين المحكمة الاتحادية العليا والذي عالجناه في مبحثين :

المبحث الأول :- السند الدستوري والقانوني للمحكمة الاتحادية العليا.

المبحث الثاني :- تشكيل المحكمة الاتحادية العليا

الفصل الثاني :- إختصاصات المحكمة الاتحادية العليا وتناولنا هذه الإختصاصات في مبحثين :

المبحث الأول :- الإختصاصات القضائية

المبحث الثاني : الإختصاصات القضائية - السياسية

أما القسم الثاني فقد تناولنا فيه الأصول والإجراءات القضائية المتبعة في المحكمة الاتحادية العليا وطبيعة القرارات المتخذة فيها موضحين ذلك في فصلين :

الفصل الأول :- تناولنا فيه الأصول والإجراءات القضائية المتبعة أمام المحكمة الاتحادية العليا في العراق و ذلك في مبحثين :

المبحث الأول :- أوجه عدم دستورية التشريع لدى المحكمة الاتحادية العليا

المبحث الثاني :- من له حق مراجعة المحكمة الاتحادية العليا

أما الفصل الثاني :- فقد خصصناه للبحث في الطبيعة الدستورية لقرارات المحكمة الاتحادية العليا ، وذلك في مبحثين تناولنا في

المبحث الأول :- حجية قرارات المحكمة الاتحادية العليا

المبحث الثاني :- الأثر القانوني المترتب على الأحكام الصادرة بعدم الدستورية ونطاق نفاذها .

وأنهينا بحثنا بـ (الخاتمة) والتي تضمّنت أهمّ الإستنتاجات التي توصلنا إليها من خلال بحثنا .

القسم الأول

نشأة المحكمة الاتحادية العليا في العراق

بعد سقوط الحكومة المركزية في العراق ، ودخول القوات الأمريكية الغازية بغداد عاش العراق فترة فراغ سياسي ودستوري بشكل تام ، وأستمر هذا الفراغ والانعدام قرابة السنة حتى صدور قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، حيث نُشر القانون في الوقائع العراقية⁽¹⁾ منظمًا لعمل السلطات الثلاث ومحددًا الأطر العامة لعمل الدولة، لذلك يعتبر هذا القانون أهم وثيقة دستورية شهدها العراق في تاريخه المعاصر، حيث حددت شكل الحكم في جمهورية العراق ، وذلك عندما نصت على أن " نظام الحكم في العراق جمهوري إتحادي (فدرالي) ، ديمقراطي ، تعددي ...)⁽²⁾ ، كما حدد الأطر العامة لعمل مؤسسات الدولة الدستورية وسلطاتها الثلاث ، ليست للفترة الانتقالية و حسب بل إلى ما يتعدى ذلك ، أي حتى نفاذ الدستور الدائم الذي أصبح هذا القانون هو الأساس الذي بُني ونُظم عليه الدستور الدائم⁽³⁾ ، فأصبح قانون إدارة الدولة بمثابة أول دستور مؤقت يشهده العراق بعد احتلاله⁽⁴⁾ .

وأن تسمية هذا الدستور بلفظ (قانون إدارة الدولة) يعيد بنا الذاكرة إلى تسمية (القانون الأساسي العراقي) 1925 الذي وُضع في العهد الملكي ، وكان هذا الدستور هو الذي بُنيت على أساسه مملكة العراق ، خاصة وأن ظروف وضع قانون إدارة الدولة مشابهة لظروف وضع القانون الأساسي العراقي 1925 ، حيث أن كلا القانونين (الدستورين) قد وضعوا من قِبل المحتل ، وكانا أساساً لعمل الدولة العراقية فيما بعد .

وفي عام 2005 شرع الدستور العراقي الدائم والذي دخل حيز النفاذ بعد الإستفتاء عليه، وقد حدد الأطر العامة لعمل السلطات الثلاث في الدولة ، وذلك بشكل يتناسب ومرحلة التحول الديمقراطي التي يعيشها العراق ، فنص على إنشاء هيئة قضائية دستورية تكون مهمتها صيانة الدستور ومراقبة عمل هيئات الدولة وسلطاتها وحفظ النظام والدولة وذلك من خلال

(*) وهي الجريدة الرسمية لجمهورية العراق.

(1) ينظر الوقائع العراقية / العدد (3981) / مايس 2004.

(2) المادة الرابعة / قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية / 2004 .

(3) د. حازم النعيمي / الدستور العراقي الجديد وقضايا الحقوق والحريات / بحث منشور في كتاب (مراجعات

في الدستور العراقي) / مركز عراقيات للدراسات / بغداد / 2006 / ص 141 .

(4) نبيل عبد الرحمن حياوي / قانون إدارة الدولة العراقية / المكتبة القانونية / بغداد / 2008 / ص 7 .

إختصاصات نص عليها في متن الدستور ، ولأجل تسليط الضوء على كل ما تقدم بشكل جلي
وواضح فإننا سنقسم هذا القسم إلى فصلين نتناول في الأول تكوين المحكمة وفي الثاني
إختصاصات المحكمة.

الفصل الأول

تكوين المحكمة الاتحادية العليا

كان احتلال العراق من قبل الولايات المتحدة الأمريكية في 2003/4/9 نقطة تحول جذري في مستقبل العراق السياسي والاجتماعي والاقتصادي ، فسياسيا كان التوجه العام للإدارة الأمريكية في العراق ولدى رجال السياسة العراقيين الذين كانوا على رأس العملية السياسية وشاركوا في كتابة قانون إدارة الدولة ، الذي هو بمثابة إنشاء دولة مدنية عصرية تكون دولة قانون ومؤسسات ويكون فيها نظام سياسي ودستوري مبني على المبادئ الدستورية العامة التي تبنى عليها الأنظمة الحديثة ، كمبدأ الفصل بين السلطات ، ومبدأ سمو الدستور ، ولأجل تحقيق هذه الأهداف كان لابد من إيجاد جهة عليا مستقلة تشرف على عمل مؤسسات الدولة وتحافظ على وحدتها وتنظم عمل السلطات فيها وتضمن عدم طغيان سلطة على أخرى ، ومن هنا كانت الضرورة لإنشاء المحكمة الاتحادية العليا كهيئة قضائية عليا تتولى الإشراف على عمل مؤسسات الدولة الاتحادية وتصون الدستور وتكون جزءاً من السلطة القضائية الاتحادية المستقلة ، وعليه نلاحظ أن المشرع الدستوري قد أعطى هذه المحكمة من الأهمية ماجعله ينص على إنشائها في متن الدستور مع أحالة عملية تحديد إجراءات وآليات تشكيل المحكمة وتنظيم عملها إلى قانون يسن لهذا الغرض وهذا ما نحاول توضيحه من خلال فصلنا هذا .

ولأجل الوصول إلى مبتغانا فإننا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول السند الدستوري والقانوني للمحكمة الاتحادية العليا ، وفي المبحث الثاني تشكيل المحكمة الاتحادية العليا .

المبحث الأول

نشأة القضاء الدستوري في العراق وسند مشروعية المحكمة الاتحادية العليا

أن أول وثيقه دستوريه نصت على إنشاء القضاء الدستوري في العراق هو القانون الاساسي العراقي لسنة 1925, وبعد ذلك ورد إنشاء المحكمه الاتحاديه في الوثائق الدستوريه الحديثه, فالمحكمه الاتحاديه العليا لم تكن هي اول تجربه رقابه دستوريه عراقيه بل سبقها في ذلك تجربه المحكمه الدستوريه في العهد الملكي, ولاننا نرى من الضروري تسليط الضوء بشيء من الاختصار على تاريخ نشأة القضاء الدستوري في العراق , فاننا سنتناول العمق التاريخي للقضاء الدستوري في الانظمه الدستوريه العراقيه أضافه الى سند مشروعية المحكمه الاتحاديه العليا من خلال هذا المبحث :-

أولاً:- أعمق التاريخي للقضاء الدستوري في العراق:-

أن نشأت القضاء الدستوري في العراق يعود إلى بداية تكوين الدوله العراقيه الحديثه (مملكة العراق) , فبالإطلاع على دستور 1925 (القانون الأساسي العراقي) نجد أن المشرع قد أخذ بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين ، ونص على ذلك في المواد (81-87) من الدستور حيث جاء في نص المادة (81) :-

" تُؤلف محكمة عليا لمحاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة المتهمين بجرائم سياسية ، أو بجرائم تتعلق بوظائفهم العامة ، ولمحاكمة حكام محكمة التمييز ، عن الجرائم الناشئة من وظائفهم ، وللبت بالأمر المتعلقة بتفسير هذا القانون ، وموافقة القوانين الأخرى لأحكامه "(1) .

وقد نص في المادة (82) الفقرة (2) " تُؤلف المحكمة العليا من ثمانية أعضاء عدا الرئيس، ينتخبهم مجلس الأعيان ، أربعة من بين أعضائه ، وأربعة من حكام محكمة التمييز ، أو غيرهم من كبار الحكام ، وتنعقد برئاسة مجلس الأعيان ، وإذا لم يتمكن الرئيس الحضور ، يترأس جلسة المحكمة نائبه "(2) .

(1) نص القانون الأساسي العراقي 1925 (دستور مملكة العراق).

(2) نص القانون الأساسي العراقي 1925.

وجاء في المادة 86 منه فقرة 1- " كل قرار يصدر من المحكمة العليا ينص على مخالفة أحد القوانين أو بعض أحكامه لأحكام هذا القانون يجب أن يصدر بأكثرية الثلثين ، وإذا أصدر قراراً من هذا القبيل يكون ذلك القانون أو القسم المخالف منه ملغياً من تاريخ صدور قرار المحكمة ..."(1).

من خلال هذه النصوص الدستورية أعلاه ، نجد أن المشرع العراقي لدستور 1925 ، قد اعتمد أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، آخذاً برقابة الإلغاء سبيلاً لذلك ، وهي رقابة لاحقة لصدور القوانين ، وهذا النوع من الرقابة يكون على درجة كبيرة من الخطورة ، إذ بموجبها يكون العضو المختص رقيباً على السلطة التشريعية ويكون بإمكانه عرقلة أعمال السلطة التشريعية إذا ما سلك مسلكاً معيناً .

أن اختصاص المحكمة العليا في الفصل على دستورية القوانين ، لا يقتصر على التشريعات العادية وحسب -القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية- بل يشمل كذلك التشريع الفرعي الصادر عن السلطة التنفيذية ، والذي يكون على شكل مراسيم (مراسيم تشريعية) تصدر عن السلطة التنفيذية في حالات الضرورة والاستعجال وذلك حسب نص الفقرة الثالثة من المادة 26- من الدستور (2) إذ تنص على ما يأتي :-

" إذا ظهرت ضرورة أثناء عطلة المجلس لإتخاذ تدابير مستعجلة لحفظ النظام والأمن العام ، أو لدفع خطر عام ، أو لصرف مبالغ مستعجلة ... فللملك الحق في إصدار مراسيم بموافقة هيئة الوزراء ، يكون لها قوة القانون ..."(3).

وبحسب المادة (82) من الدستور نلاحظ أن المحكمة العليا تتألف من أربعة أعضاء من مجلس الأعيان وأربعة أعضاء من حكام من محكمة التمييز أو غيرهم من كبار المحكمة برئاسة رئيس مجلس الأعيان ، وفي حالة كون الرئيس غائب فبرئاسة نائبه ، وقد فرق المشرع الدستوري في تشكيل المحكمة بين حالتين :-

الأولى :- إذا كان مجلس الأمة منعقداً ، فالدعوة لتشكيل المحكمة يكون بإرادة ملكية ، وبموافقة مجلس الوزراء ، وينصب أعضاء المحكمة وفق ما جاء بالفقرة 3- من المادة (82) .

الثانية :- إذا لم يكن مجلس الأمة منعقداً ، فيكون تشكيل المحكمة وتنصيب أعضائها بإرادة ملكية وقرار من مجلس الوزراء ، وهذا ما نصت عليه المادة (83) من الدستور .

(1) نص القانون الأساسي العراقي 1925.

(2) د. إسماعيل ميرزا / مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي / دار الملاك / بغداد / الطبعة الثالثة /

2004/ص226.

(3) نص القانون الأساسي العراقي 1925.

مما سبق نلاحظ أن المشرع لم يضع أي قيد على مجلس الأعيان في إختيار الأعضاء الأربعة، وكذلك فإن أعضاء المحكمة العليا لم يخصصهم الدستور بأية حصانات خاصة ، فنجد أن الأعضاء (الأعيان) يتمتعون بحصانات مجلس الأعيان فقط ، وكذلك الأعضاء من (الحكام) يتمتعون بالحصانات التي توفرها لهم وظيفتهم القضائية فقط ⁽¹⁾ .

إن مدة العضوية في المحكمة العليا تحدد بالفترة الزمنية التي تستغرقها القضية المنظورة أمام المحكمة ، فبانتهاؤها القضية المنظورة وإصدار القرار بها تنتهي عضوية الأفراد وتحل المحكمة ، وتكون إحالة القانون المراد الطعن به أما من مجلس الوزراء ، أو مجلس الأمة ، ولا يمكن للمحكمة أن تصدر قرارا يكون ملزماً وباتاً بمواجهة الجميع إلا بأغلبية ثلثي أعضائها ، حيث اشترط المشرع الدستوري لنفاذ قرارات المحكمة في أن تكون صادرة بالأغلبية الموصوفة وهي أغلبية الثلثين ⁽²⁾ .

و نجد أن دستور 21 أيلول 1968 قد نص على تشكيل محكمة دستورية عليا ، وذلك في المادة 87 منه ، حيث جاء فيها " تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام الدستور والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الإدارية " ، وبالفعل صدر قانون عمل هذه المحكمة وهو قانون 159 لسنة 1968 وبموجب هذا القانون نص على أن تُشكل المحكمة من عضوية رئيس مجلس الرقابة المالية ، ورئيس ديوان التدوين القانوني، وثلاثة من قضاة محكمة التمييز الدائمين ، وثلاثة أعضاء من كبار موظفي الدولة مما لا تقل درجتهم عن مدير عام ، وبرئاسة رئيس محكمة تمييز العراق ، وكذلك حدد القانون أن يكون هناك أربعة أعضاء إحتياط إثنان منهم قضاة من محكمة التمييز وإثنان من كبار موظفي الدولة بدرجة مدير عام ⁽³⁾ .

إن النص على هذه المحكمة في الدستور ، يُعد بدون شك تطورا كبيرا في النظام الدستوري ودعما لمبدأ سيادة الدستور ولكن من الملاحظ أن القابضين على السلطة قد انتبهوا بعد حين إلى أن وجود هذه المحكمة في الدستور أمر خاطيء ، لأنها ستشكل عقبة في طريق ممارستهم للسلطة ، وستكون عقبة مضافة على حريتهم في السلطة ، وعليه فإننا نلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا لم تمارس نشاطها ولم تشكل فعلاً على الرغم من النص عليها و صدور القانون الخاص بتنظيمها.

(1)د. رعد ناجي الجدة / التطورات الدستورية في العراق / بيت الحكمة / بغداد/ 2004/ ص50.

(2) د. إسماعيل ميرزا / مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي / ص222.

(3)مكي ناجي / المحكمة الاتحادية العليا في العراق / مطبعة دار الضياء / النجف الاشرف/ الطبعة الأولى /

وفي دستور (16- تموز- 1970) لا نجد أثراً للمحكمة الدستورية في نصوصه ، وذلك لان نظام الحكم كان نظاما غير ديمقراطي ، ونظام فردي يحاول أن يتجه بالسلطة حسب هوى رجالاته فقط ، لذلك وبموجبه ظلت السلطة الحاكمة تقود البلاد وتحكم بمقتضاه حتى نهاية أجلها بإحتلال العراق في 2003 .

ثانيا:- سند مشروعية المحكمة الاتحادية العليا:-

ورد إنشاء القضاء الدستوري في متن الدستور العراقي الدائم 2005 ، ومن قبله في نص قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية وعلى أساسه شرع قانون إنشاء المحكمة الاتحادية لسنة 2005م ، وبذلك فإن المحكمة الاتحادية تستند في مشروعيتها على النص الدستوري ونص القانون وهذا ما سنتناول في الفقرتين التاليتين .

1- السند الدستوري-

نص الدستور العراقي الدائم ، والذي أقر في إستفتاء سنة 2005م في المادة 89 منه " على أن تتكون السلطة القضائية الاتحادية من مجلس القضاء الأعلى ، والمحكمة الاتحادية العليا و..." وفي الفقرة أولاً من المادة 92 نص على أن " المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة ماليا وإداريا " ، نلاحظ من هذين النصين أن المشرع الدستوري لدستور 2005 قد أورد تشكيل المحكمة الاتحادية العليا ضمن التشكيلات المكونة للسلطة القضائية الاتحادية في العراق . وفي المادة 92 في فقرتها الأولى عرّف ماهية هذه المحكمة وتشكيلها ، فأشار إلى أنها " هيئة قضائية مستقلة ماليا وإداريا " ، فحدد المشرع في هذه المادة الإطار العام لتكوين المحكمة وهو (هيئة قضائية) .

وقبل هذا النص الدستوري كان هناك نص دستوري آخر وهو نص الفقرة (أ) من المادة الرابعة والأربعين من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية على أن " يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون ، وتسمى المحكمة الاتحادية العليا " ومن الملاحظ أن هذه المادة قد جاءت في الباب السادس من قانون إدارة الدولة تحت عنوان (السلطة القضائية الاتحادية) ، أي أن المشرع الدستوري اعتبر هذه المحكمة من ضمن تشكيلات السلطة القضائية الاتحادية في العراق ، وجعلها خاضعة لهذه السلطة دون السلطات الأخرى عملاً بمبدأ فصل السلطات ، و

كذلك فان ميزانية هذه المحكمة تكون من ضمن ميزانية السلطة القضائية ، وعليه فانها لا تتمتع باستقلال مالي وإداري⁽¹⁾.

ومن خلال نص الدستور الدائم نلاحظ ان المشرع قد منح الاستقلال المالي للمحكمة ، حيث تكون لها موازنة خاصة بها مستقلة عن موازنة السلطة القضائية الاتحادية ، وضمن الإطار العام للموازنة العامة للدولة ، وكذلك الاستقلال الإداري ، وهذا ما نصت عليه الفقرة (اولا) من المادة (92) من الدستور-المشار اليها اعلاه-، ولتأكيد الاستقلالية الاداريه ، فان المشرع الدستوري ترك امر تحديد آلية عمل المحكمة الى قانون يسن لاحقا وبأغلبية ثلثي عدد اعضاء البرلمان ، وهذا ما نصت عليه الفقرة (ثانيا) من المادة المادة ذاتها .

مما تقدم نلاحظ أن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية، قد نص على إنشاء المحكمة الاتحادية العليا بشئ من العجلة وعدم الدقة ، حيث لم يحدد ماهية هذه المحكمة وتشكيلها كما فعل الدستور الدائم ، فكان التفوق في هذا الجانب لمصلحة الدستور الدائم ، ولعل السبب في ذلك يعود لكون قانون إدارة الدولة يعتبر (دستورا مؤقتا) لمرحلة إنتقالية ، فلا تُتناول به تفاصيل الأمور عادةً ، لكن في الحقيقة أن هذا القانون هو الأساس فيما بعد ، حيث نجد أن تكوين المحكمة في الدستور الدائم لا يخرج في إطاره العام عما نص عليه في قانون إدارة الدولة⁽²⁾ .

ونلاحظ أيضا أن الدستور العراقي الدائم لسنة 2005 عندما نص على تكوين المحكمة الاتحادية فإنه طابق في ذلك الدساتير العالمية ، حيث نجد الدستور الأمريكي الاتحادي والصادر سنة 1878م قد نص في الفقرة الأولى من المادة الثالثة " تُنَاط السلطة القضائية في الولايات المتحدة بمحكمة عليا واحدة ، وبمحاكم أدنى درجة كما يرتأي الكونغرس " فالمحكمة الاتحادية العليا هي المحكمة الوحيدة التي نص على إنشائها الدستور مباشرةً ، وترك أمر إنشاء باقي المحاكم إلى الكونغرس بما له من الصلاحيات⁽³⁾ .

(1) فارس رشيد الجبوري / كيف تمارس الرقابة على السلطة القضائية / بحث منشور في مجلة القانون المقارن / العدد 54 / جمعية القانون المقارن / بغداد / 2008/ص33.

(2) د.غازي فيصل مهدي /المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية / بغداد / الطبعة الأولى / 2008/ ص4.

(3) Farnworth, E. Allan . An introduction to the legal system of the United States. I.N.C 1963.p55

Duhamel, Olivier , Droit constitutionnel et institutions politiques Edit. du seuil sep. 1933 . p 478_479

وكذلك فإن وجود هذه المحكمة في النظام الدستوري العراقي ، هو احد نتائج تأثر قانون إدارة الدولة العراقية ، والدستور العراقي الدائم (بصورة عامة) بالنظام الأمريكي ، حيث أن المحكمة الفدرالية العليا الأمريكية تعتبر من أهم خصائص هذا النظام على الإطلاق ، وقد أعطيت أهمية كبيرة في الولايات المتحدة الأمريكية إلى درجة أن هذه المحكمة في أمريكا وُضعت في أعلى الهرم القضائي الفدرالي فتكون هي الحارس على تطبيق الدستور والحافظ للوحدة الفدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾، ومن مظاهر هذا التأثير ، هو أن تسمية المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، جاء مطابقاً لتسمية المحكمة الفدرالية العليا في أمريكا .

وكذلك فإن الدستور الالماني (القانون الاساسي) والصادر في 23/مايو/1949 قد نص في المادة 92 على إنشاء المحكمة الدستورية الاتحادية⁽²⁾ .

وأيضاً فقد نص الدستور المصري الصادر سنة 1971 ، المواد (174-178) على إنشاء المحكمة الدستورية العليا كهيئة قضائية مستقلة بذاتها وإعطائها الحق وحدها في رقابة دستورية القوانين واللوائح بالإضافة لإختصاصات أخرى .

ويلاحظ ان الدستور الكويتي الصادر سنة 1963 قد نص على إنشاء جهة قضائية ينامط بها مهمة الرقابة على دستورية القوانين بالإضافة لإختصاصات أخرى وذلك بموجب نص المادة 173 من الدستور ، ومن الملاحظ أن المشرع الكويتي لم يورد اسم المحكمة الدستورية بل إكتفى بالإشارة إلى جهة قضائية تاركاً التسمية للقانون الذي تنشأ بموجبه .

وفي لبنان فقد نص الدستور اللبناني الصادر في 23/5/1926 ، وبموجب التعديل الدستوري في 21/9/1990 على إنشاء المجلس الدستوري ، وذلك في المادة (19) من الدستور⁽³⁾ .

وكما هو معروف أن القضاء الدستوري يعد الحارس الأمين لبوابة الشرعية في دولة القانون والهامي للنظام الديمقراطي لسيادة الدستور وكذلك فهو الضمانة الكبرى لحماية حقوق الأفراد، ولذلك فإننا نجد أن إتجاه المشرع الدستوري العراقي بالنص على إنشاء المحكمة الاتحادية العليا في متن الدستور وتحديد الأطر العامة لعملها يعتبر إجراء سليم وصحيح كون أن النص الدستوري قد أنهى حالة الإجتهد الفقهي والقضائي في إمكانية ممارسة الرقابة على دستورية القوانين من عدمها كما كان عليه الحال خلال فترة نفاذ الدستور العراقي المؤقت لسنة

(1) د. فؤاد البيطار / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / بيروت/ الطبعة الثانية / 1996 / ص264.

(2) د. محمد طي / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / بيروت/ الطبعة الخامسة / 2008 / ص323.

(3) د. محمد المجنوب / القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان/ منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / الطبعة الرابعة / 2002 / ص457.

1970, والذي لم ينص على إنشاء القضاء الدستوري مما حدى بالسلطة القضائية على ممارسة الرقابة على دستورية القوانين إستناداً على المبادئ العامة في عمل القضاء, كون القاضي عند تطبيقه للنص القانوني يكون ملزم أن يدقق مدى تطابق هذا النص مع النصوص القانونية الأعلى منه مكانة في التدرج الهرمي للقاعدة القانونية وهذا ما عملت به المحاكم العدلية في العراق خلال تلك الفترة حيث مارست الرقابة على دستورية القوانين بطريقة الدفع الفرعي (الدفع بعدم الدستورية) مع الإمتناع عن تطبيق النص المخالف للدستور دون إلغائه⁽¹⁾.

وكذلك فإن النص على إنشاء القضاء الدستوري في متن الدستور ومنحه بعض الصلاحيات القضائية الدستورية التي من شأنها صون الدستور وحفظ وحدة البلاد و ضمان توازن عمل السلطات به يأتي متماشياً مع توجه النظام الدستوري الجديد في العراق (الفدرالي) والذي يهدف إلى بناء دولة القانون والمؤسسات الدستورية ، فلدولة القانون في إطار الفقه الدستوري مقومات جوهرية تعد أساساً لنشأتها , والقضاء الدستوري هو الضمان لوجود هذه المقومات , ومن أهم هذه المقومات هي :-

أ - وجود الدستور:- ويقصد به وجود نصوص دستورية مفصلة ومنظمة لعمل السلطات في الدولة إضافة إلى أن هذا الدستور يكون دستور جامد يصعب تعديله إلا بتوافق إرادات عديدة وذلك بإعتباره ضماناً أساسية للفرد وللدولة على حد سواء وهذا لا يمكن ضمان وجوده وكفالة نصوصه إلا بوجود القضاء الدستوري المستقل الذي يعد حارس عليه .

ب - تدرج القواعد القانونية:- وهو خضوع القاعدة الأدنى إلى القاعدة الأعلى درجة وهذا الخضوع يكون من ناحيتي الشكل والموضوع أي أن القاعدة الأدنى يجب أن تصدر عن السلطة التي حددتها القاعدة الأعلى وبإتباع الإجراءات التي بينها وأن يتفق مضمون القاعدة الأدنى مع مضمون القاعدة التي تعلوها⁽²⁾.

ج - مبدأ سمو الدستور:- الطبيعة الخاصة التي يتميز بها الدستور تضفي عليه صفة السيادة لكونه كفيل الحقوق والحريات وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها وحقاً لقواعده أن تستوي على القمة في البناء القانوني للدولة وأن تتبوأ مكانة الصدارة بين قواعد النظام العام, وذلك بعدّها أسمى القواعد الأمرة التي يتعين على الدولة إلزامها في تشريعها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية , لذلك فإن مبدأ سمو الدستور يعني أن يكون للدستور مكان الصدارة فيما يخص سائر القوانين في الدولة ويتعين على جميع السلطات الحاكمة إحترام نصوصه وإلتزام حدوده

(1) رعد ناجي الجدة / التطورات الدستورية في العراق 2004 / ص131.

(2) أمين عاطف صليباً / دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون / المؤسسة الحديثة للكتاب / طرابلس - لبنان/2002/ص86

والتصرف في النطاق الذي رسمه ، وهذا المبدأ لا يسود إلا في الأنظمة الديمقراطية ، فهو من أهم الأسس لقيام دولة القانون.

أن هذه الأسس الثلاث لا يمكن أن تقوم إلا بحماية وكفالة القضاء الدستوري لها ، لذلك فإن النص على إنشاء المحكمة الاتحادية في متن الدستور يعتبر ضماناً أكيدة و لازمة لقيام دولة القانون ونشأة المؤسسات الدستورية التي تكون بالفعل حامية لحقوق الأفراد وحررياتهم ، وذلك لإعتبار أن الوثيقة الدستورية تعد من أهم مقومات دولة القانون، وإنشاء المحكمة الاتحادية العليا فإنه سيتم تفعيل مبدأ الرقابة على دستورية القوانين والذي يهدف بالدرجة الأساس إلى إشاعة مناخ المشروعية بتطبيق مبدأ المشروعية وإلزام الجميع به وإلى المحافظة والتأكيد على مبدأ التدرج الهرمي للقاعدة القانونية وسمو أحكام الدستور مع ضمان عدم إساءة تطبيق الدستور نصاً وروحاً من قبل السلطات الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية) وإلى ضمان ممارسة الأفراد والجماعات للحقوق والحرريات التي يكفلها الدستور ، وبذلك فبوجود المحكمة الاتحادية العليا يتم خلق دولة القانون والتي هدف الدستور إليها، فمن الملاحظ أن الغاية من إنشاء القضاء الدستوري في إطار الأنظمة البرلمانية الحديثة والتي تهدف إلى تحقيق الديمقراطية والعدالة في ممارساتها لإدارة الدولة ، هي صون الدستور وحماية نصوصه ومبادئه الأساسية من الانحراف عند التطبيق ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى الرقابة على أداء السلطات المركزية أو الاتحادية في الدولة و ضمان عدم سطوة أية سلطة على الاختصاصات الأخرى عند التطبيق ، وهكذا فإن القضاء الدستوري وعلى اختلاف الأشكال التي يكون عليها سواء كانت (محكمة دستورية) أو (مجلس دستوري) أو كان يمارس من قبل المحكمة العليا في البلاد ، فإنه يكون حافظاً للدستور وحارساً للنظام ومنظماً للتوازن السياسي بين أجهزة الدولة ومكوناتها السياسية. ⁽¹⁾

وعلى الرغم مما تقدم، إلا أننا نلاحظ أن النص على إنشاء قضاء دستوري في العراق خلال الفترة الانتقالية لا يخلو من المخاطر والمحاذير الدستورية ، كون أن مبدأ القضاء الدستوري وتطبيقاته حديثة العهد في الحياة الدستورية العراقية ، حيث لم يعهد العراق نظام القضاء الدستوري إلا في بدايات إنشاء الدولة العراقية (المملكة العراقية) وبشكل محدود وموجهة - كما أوضحنا سلفاً - يضاف إلى ذلك بأن رجال هذا القضاء سيكونون هم أنفسهم من كان يشغل المناصب القضائية في العهد السابق للإحتلال ، والذي كان يمتاز بالتسلط والقسوة مما له أثر سلبي على أداء هؤلاء القضاة ، كونهم لم يعهدوا مبدأ الديمقراطية (الصحيح) ولم يعتادوا على إنشاء دولة القانون والمؤسسات الدستورية خاصة إذا ما علمنا أن الرقابة التي تمارسها المحكمة

(1) مها بهجت يونس الصالحي / الحكم بعدم دستورية نص تشريعي / بيت الحكمة / بغداد / 2009 / ص 43-45 .

الإتحادية العليا هي رقابة الغاء , أي انها على درجه كبيره من الخطوره حيث يكون للقاضي دور مشابه لدور المشرع اذا ما حكم بعدم دستورية النص القانوني .

2 - السند القانوني:-

أن الدستور العراقي الدائم حدد الهيكل العام الذي تتكون منه المحكمة الاتحادية العليا ، وإستناداً الى نص الدستور فقد أعد مجلس الوزراء مشروع قانون المحكمة الاتحادية العليا ، وقُدّم إلى مجلس النواب لمناقشته وذلك في صيف 2008 لكنه بعد قراءة المشروع القراءة الأولى ، قام مجلس الوزراء بسحب المشروع من مجلس النواب وإرجاعه إلى أروقة مجلس الوزراء ، وتشكيل هيئة مؤلفة من عضوية ممثل عن مجلس الرئاسة، وممثل عن مجلس الوزراء ، وممثل عن المحكمة الاتحادية العليا ، لإجراء تعديلات على مشروع القانون ، وكان هذا الإجراء قد اتخذه مجلس الوزراء بناءً على إستشارة مقدمة من المستشارين القانونيين لرئيس الوزراء .

ويلاحظ في حين أن قانون إدارة الدولة قد نص على تشكيل المحكمة الاتحادية وأسند هذا التشكيل لقانون يصدر لاحقاً ، على أن يكون القانون مطابقاً لما نص عليه قانون إدارة الدولة بشأن المحكمة الاتحادية العليا ، وإستناداً لذلك صدر الأمر المرقم 30 لسنة 2005 ، ونشر في الوقائع العراقية بالعدد 3996 في 2005/3/17 حاملاً إسم (قانون المحكمة الاتحادية العليا)⁽¹⁾، ونص في ديباجته " إستناداً لأحكام المادة الرابعة والأربعين من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية ، والقسم الثاني من ملحقه ، وبناءً على موافقة مجلس الرئاسة ، قرر مجلس الوزراء وأصدر الأمر الآتي ... " وإستناداً لنص المادة 9 من القانون (قانون المحكمة الاتحادية العليا) حيث نصت " تصدر المحكمة الاتحادية العليا نظاماً داخلياً ، تحدد فيه الإجراءات التي تنظم سير العمل في المحكمة وكيفية ... " كما صدر الأمر المرقم 1- لسنة 2005 ، وحمل اسم النظام الداخلي ، ونشر في الوقائع العراقية بالعدد 3997 بتاريخ 2005/5/2 .

وعليه فإن القانون الذي تعمل بموجبه المحكمة ، ولحد يومنا هذا هو القانون الصادر إستناداً لقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية ، على الرغم من نفاذ الدستور الدائم منذ سنة 2005 ، وعلى الرغم من أن الدستور الدائم قد تناول المحكمة الاتحادية في نصوصه بشيء من الدقة والتفصيل ، ما يدل على المكانة والأهمية التي منحها الدستور إلى المحكمة الاتحادية العليا باعتبارها ضامنة للدستور ، وحامية لعمل المؤسسات الدستورية في الدولة ، ولكن الواقع العملي يعكس غير هذا التوجه ، حيث التأخر في إقرار قانون تعمل بموجبه المحكمة

(1) ينظر نص المادة 44 / قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية .

إستناداً إلى الدستور الدائم وليس إلى قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية، وهذا يوحي بأن الحكومة غير مكتثرة للدور الدستوري والسياسي للمحكمة الاتحادية، ولو أن إرجاع مشروع القانون إلى لجنة مشتركة في مجلس الوزراء يعطي الأمل في إهتمام الحكومة بالمحكمة ودورها الهام في بناء العراق الجديد ، وفي نفس الوقت فإننا نجد أن الكثير من قوانين المحاكم الدستورية قد تأخرت فترة كبيرة لحين صدورها ، أي أن الفترة الزمنية بين نفاذ الدستور و سن التشريع كانت واسعة ، ففي ألمانيا مثلاً كانت المحكمة الدستورية الاتحادية تعمل بموجب قانون 12/اذار 1951، على الرغم من أن القانون الاساسي الالمانى لسنة 1949 قد نص على انشائها⁽¹⁾ .

وفي لبنان كذلك فقد نص على إنشاء المجلس الدستوري في الدستور بموجب التعديل الدستوري في سنة 1990 ، ولم يوضع قانون المجلس الدستوري إلا في 14/7/1993 بقانون حمل رقم 250 ، وحمل اسم قانون إنشاء المجلس الدستوري ، على الرغم من أهمية المجلس الدستوري في الحياة السياسية في لبنان الناتجة عن إتفاق الطائف في ذلك الوقت ، وكان في وقته يعتبر من أهم الإصلاحات الدستورية والسياسية في لبنان ، إلا إننا نلاحظ أن تشكيله قد تأخر بما يقارب الثلاث سنوات⁽²⁾ .

وكذلك هي الحال بالنسبة لقانون المحكمة الدستورية العليا في مصر، حيث أحال الدستور المصري الصادر في 11/سبتمبر 1971 وبموجب المادة 176 تشكيل المحكمة الدستورية العليا إلى قانون يُسن لاحقاً⁽³⁾ .

وعلى الرغم من أن القانون الذي أحال عليه الدستور تفاصيل أحكام المحكمة الدستورية العليا، يعتبر مكملاً للدستور ، إلا أن هذا القانون تأخر صدوره زمنياً طويلاً ، فصدر في 29/أغسطس/1979 وحمل رقم 48 ، ونشر في الجريدة الرسمية ، ودخل حيز التنفيذ في 6/سبتمبر/ 1979 ، مما يتضح أن المدة التي إستغرقها صدور القانون ، وتشكيل المحكمة هي ثماني سنوات تقريباً على الرغم من أهمية هذه المحكمة وضرورة تشكيلها بأسرع وقت⁽⁴⁾ .

وكذلك فإن قانون إنشاء المحكمة الدستورية الكويتية لم يشرع إلا سنة 1973 أي بعد عشرة سنوات من نفاذ الدستور الذي نص على إنشاء المحكمة ، على الرغم من أهمية هذه المحكمة وضرورة إنشائها بأسرع وقت ، حيث أن تأخير إنشائها حتى ذلك التاريخ أثار إشكالات بالنسبة

(1) ينظر د. محمد طي / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص308.

(2) د. محمد المجذوب / القانون الدستوري والنظام السياسي / ص457

(3) ينظر المادة 176 / الدستور المصري الصادر في 11/سبتمبر/1971

(4) فايز سيد جواد اللساوي وأشرف فايز اللساوي / المحكمة الدستورية العليا / مجموعة اللساوي

القانونية/القاهرة/ الطبعة الأولى /2002/ص30

لدستورية وشرعية القوانين النافذة خلال الفترة المحصورة بين نفاذ الدستور وتشريع قانون إنشاء المحكمة⁽¹⁾.

المبحث الثاني

تشكيل المحكمة الاتحادية العليا

من الملاحظ أن من أهم وظائف المحاكم الاتحادية العليا في الدول الاتحادية - كالعراق - أو المحاكم الدستورية العليا المحددة دستوريا في الدول البسيطة ، هو الحفاظ على وحدة الدول وهيبة مؤسساتها ، إضافة الى صون الدستور والحفاظ عليه من الخروقات ، ونتيجة لهذا الدور الهام الذي تمتاز به المحاكم العليا (الاتحادية والدستورية) مهما كانت تسميتها ، وللقبول بها كهيئات محايدة ومستقلة لإصدار الأحكام ، لابد من توفر شرطين رئيسيين عند تشكيلها :-

أ - الإستقلالية عن أي تأثير على المحكمة من أي مستوى معين من المحاكم.
ب - التمثيل النسبي في عضوية الحاكم ، وهذا الشرط يظهر جليا في النظام الفدرالي أكثر من نظام الدول البسيطة .

ففي الدول ذات الأنظمة الفدرالية ، يكون التوجه السياسي العام بها يتجه نحو إعطاء الأقاليم دورا في تكوين المحكمة العليا ، حيث تكون هذه المحكمة أداة للوحدة ، وتظهر هذه الأهمية جلية من خلال النص على تشكيل المحاكم العليا في نصوص الدستور نفسه⁽²⁾.

وعلى ضوء هذه المعطيات نجد أن المشرع الدستوري لقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية ، قد تناول تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق في متن الوثيقة الدستورية، حيث نص "تتكون المحكمة العليا الاتحادية من تسعة أعضاء ، ويقوم مجلس القضاء الأعلى أولاً بالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بتشريع ما لا يقل عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين فرداً لغرض ملء الشواغر في المحكمة المذكورة ، ويقوم بالطريقة نفسها فيما بعد بترشيح ثلاثة

(1) ينظر د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / لجنة التأليف والتعريب والنشر / جامعة الكويت

/ 2005م / ص 17

(2) Watts, Ronald .Federal system .forum of federation. Kanada .2006. P125

أعضاء لكل شاغر لاحق يحصل بسبب الوفاة ، أو الإستقالة أو العزل ، ويقوم مجلس الرئاسة بتعيين أعضاء هذه المحكمة وتسمية أحدهم رئيساً لها ..."(1) .

أما الدستور العراقي الدائم لسنة 2005 ، فقد نص في مادته 92 فقرة ثانياً على أن "تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة ، وخبراء في الفقه الإسلامي ، وفقهاء القانون يحدد عددهم ، وتنظم طريقة إختيارهم ، وعمل المحكمة بقانون يُسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب " .

وتطبيقاً لنص قانون إدارة الدولة ، صدر قانون المحكمة الاتحادية كما-وضحنا سابقاً- ، ونص على آلية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا .

يلاحظ بأن المشرع الدستوري قد إعتمد المبادئ العامة للأنظمة الفدرالية في تشكيل المحكمة ، فاعتمد مبدأ التمثيل النسبي للأقاليم ، فجعل تشكيل المحكمة يتم بعد التشاور بين مجلس (القضاء الأعلى) باعتباره أعلى سلطة قضائية إتحادية في الدولة(*) والمجالس القضائية للأقاليم ، وبما أنه لا توجد أقاليم في العراق سوى إقليم كردستان ، وهو إقليم فرضه واقع الحال على المشهد السياسي والدستوري للعراق ، فإنه وعلى هذا الأساس رشح مجلس القضاء الأعلى 27- مرشحاً لرئاسة وعضوية المحكمة ، وبعد التشاور مع مجلس القضاء في كردستان ، ومن خلال عملية إقتراع سري وحر ، خضعت بعدها أسماء المرشحين لتدقيق (هيئة الرئاسة)(**) .

إستمرت هذه العملية سبعة أشهر ، وبعدها اختير رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا(2) ، وصدر المرسوم الجمهوري المرقم 67 في 2006/3/30 الخاص بتعيين الأعضاء التسعة ، وبعد إجراء الانتخابات البرلمانية وتشكيل الحكومة الدائمة أعيد تعيين نفس الأعضاء بقرار جمهوري جديد حمل الرقم (2) بتاريخ 2006/6/27.

(1) ينظر نص المادة الرابعة والأربعون _ هـ / قانون إدارة الدولة العراقية المرحلة الإنتقالية .

(*) حددت المادة الخامسة والأربعون من قانون إدارة الدولة دور المجلس الأعلى للقضاء وبينت ما هيته حيث نصت " يتم إنشاء مجلس أعلى للقضاء يتولى دور مجلس القضاة ، يشرف على القضاء الإتحادي ويدير ميزانية المجلس ، ويتشكل هذا المجلس من رئيس المحكمة الاتحادية العليا ، ورئيس ونواب محكمة التمييز الإتحادية ورؤساء محاكم الإستئناف الإتحادية ورئيس كل محكمة أقليمية للتمييز ونائبه يتراأس رئيس المحكمة الإتحادية العليا المجلس الأعلى للقضاء" .

(**) وهي هيئة متكونة من رئيس الجمهورية ونائبه وتمثل منصب رئيس الجمهورية.

(2) ينظر مكي ناجي/ المحكمة الاتحادية العليا في العراق / ص 39-40.

ومن خلال النصوص الدستورية المعالجة لموضوع المحكمة الاتحادية ، فإن هناك عدة ملاحظات وإشكاليات نوردتها في معرض الكلام عن آلية تشكيل المحكمة ، وتحديد الأعضاء فيها والتي سنحاول تفصيلها بشيء من الدقة .

أولاً - عضوية المحكمة :-

من الملاحظ أن المشرع في الدستور العراقي الدائم ، لم يتطرق إلى تحديد عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا فقد ترك أمر تحديدهم إلى قانون لاحق ي، يُسن بغالبية ثلثي أعضاء البرلمان⁽¹⁾ .

ومن خلال نص قانون إدارة الدولة ، نلاحظ أن المشرع الدستوري قد حدد عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا بتسعة أعضاء، ويلاحظ أن تحديد المشرع لعدد أعضاء المحكمة في متن الدستور (قانون إدارة الدولة) جاء متماشياً مع المكانة الدستورية للمحكمة الاتحادية ، وخاصة في دولة مثل العراق ، حيث حداثة تجربة الفدرالية ، و حداثة تطور الرقابة الدستورية ، فلم يترك المشرع الدستوري أمر تحديد عدد الأعضاء إلى إجتهد المشرع العادي ، فيغير في عدد الأعضاء حسب الظروف السياسية ومقتضيات الشراكة فيها.

وعلى الرغم من أن هذا الإتجاه الأخير يأتي متماشياً مع ماذهب إليه الدستور الأمريكي والدستور الألماني ، حيث أن كلا الدستوريين لم يحددا عدد أعضاء المحكمة الاتحادية ، وتركوا شأن تحديد عددهم إلى قانون المحكمة ، وكذلك الحال في الدستور اللبناني الذي اكتفى بالإشارة إلى إنشاء المجلس الدستوري مع ترك أمر تحديد عدد الأعضاء لقانون يسن لاحقاً⁽²⁾ وأن عدم تحديد عدد أعضاء المحكمة في متن الدستور ، بالشكل الذي لا يكون فيه مجال لزيادة العدد أو إنقاصه حسب متطلبات العملية السياسية - حسب ما أسلفنا - ، وحسب رأي البعض يعتبر عوار دستوري ، كون المحكمة مؤسسة دستورية موكول لها مهام جسيمة _ كما سنلاحظ لاحقاً _ ، وكذلك فإنها تتصف بكونها حكماً وسطاً بين بقية سلطات الدولة ، ويرجح لها ضمان التغير بالدستور ، وصونه من الانحراف بالتطبيق من قبل باقي السلطات ، وبالتالي لا يصح أن يترك أمر تحديد عدد الأعضاء لقانون عادي ، لأن في ذلك إفساح المجال للسلطة التشريعية بالتدخل بهذه المؤسسة المهمة⁽³⁾ خاصة إذا ما عرفنا أن المشرع الأمريكي عندما أحال تحديد عدد الأعضاء المحكمة الاتحادية العليا لقانون المحكمة ، فإنه إشتراط لتعديل القانون آلية مشابهة لآلية

(1) ينظر المادة 92 / ثانياً / الدستور العراقي الدائم لسنة 2005م.

(2) ينظر المادة 19 / الدستور اللبناني .

(3) د. علي هادي عطية الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور وإتجاهات المحكمة الاتحادية العراقية العليا / بغداد / 2009 / ص 107.

تعديل الدستور، أي إنه أحاله لقانون مضمون ومصون من الإنحراف والتعديل ، حسب الأهواء السياسية للطبقة الحاكمة .

وفي هذا الصدد فإن المشرع المصري لدستور 1971 ، قد أحال تشكيل المحكمة الدستورية العليا لقانون يسن لاحقاً⁽¹⁾، وكان قانون المحكمة رقم 48 لسنة 1979 ، لم يأت بتحديد ثابت لأعضاء المحكمة ، فقد نصت المادة الثالثة على أن " تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من الأعضاء، وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء .." ويرى الفقهاء أن هذا الإسلوب في تشكيل المحكمة ، هو إسلوب معيب ، لأنها بذلك تكون تحت رحمة السلطة التنفيذية التي تستطيع أن تعين بالزيادة عدداً من أعضاء المحكمة إن رأت مصلحة لها في ذلك ، وبالتالي تكون وظيفة المحكمة هنا بما ترغبه السلطة التنفيذية⁽²⁾ .

ثانياً - التحديد الدستوري لصفات أعضاء المحكمة :-

يلاحظ من خلال نص قانون إدارة الدولة ، أن المشرع يحدد صفة أعضاء المحكمة الاتحادية العليا ، واكتفى بالقول "تتكون المحكمة الاتحادية العليا من تسعة أعضاء"⁽³⁾، فلم يحدد ماهية هؤلاء الأعضاء ، هل هم قضاة أم محامون أم خبراء أم سياسيون أو من مكون آخر؟ ، واكتفى بإحالة الأمر إلى مجلس القضاء الأعلى ، والذي بدوره يختار الأعضاء التسعة بعد التشاور مع المجالس القضائية في الأقاليم ، ويفهم من هذا أن المشرع حصر العضوية بمن هم تحت ولاية مجلس القضاء الأعلى ، وهم فئة (القضاة) ، وهذا ما ذهب إليه التطبيق العملي ، حيث أن تشكيل المحكمة الحالي يتكون من القضاة العاملين فقط⁽⁴⁾ .

ونلاحظ أن تشكيل المحكمة في الدستور الدائم قد جاء مغايراً لما هو عليه في قانون إدارة الدولة. إذ ينص على أن تشكيل المحكمة يجب أن يكون من فئة القضاة ومن فئات أخرى وحددها الدستور بخبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون⁽⁵⁾ ، من ذلك يظهر لنا أن التشكيل في الدستور الدائم مغاير بشكل كبير وتام عما هو عليه في قانون إدارة الدولة ، فقد إتجه مشرع الدستور نحو المزج في التشكيلة بين القضاة وبين خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون كما هو واضح ، وهذا

(1) المادة 176 / الدستور المصري الصادر سنة 1971 .

(2) إبراهيم درويش / القانون الدستوري النظرية العامة والرقابة الدستورية / دار النهضة / القاهرة/ الطبعة الرابعة /2004/ص274.

(3) المادة الرابعة والأربعون / هـ / قانون إدارة الدولة العراقية.

(4) القاضي عبد الجبار علي جعفر/ المحكمة الاتحادية العليا ودورها في الرقابة على دستورية القوانين / بحث منشور في مجلة أضواء العدالة / تصدر عن نقابة المحامين / فرع النجف / العدد الثالث / 2008 / ص 102.

(5) المادة 92 / ثانياً / الدستور العراقي الدائم.

المزج يثير إشكالية فقهية وقانونية لأنه يثير التساؤل عن ماهية دور خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون في عمل المحكمة وأثره في إصدار قراراتها ، فهل هو دور إستشاري وحسب ، أي يختص بتقديم الخبرة والإستشارة غير الملزمة ؟ ، أم أن هذه العضوية تكون مساوية لقرارات وآراء القضاة من حيث الإلزام في الآراء والإستشارات المقدمة من قبلهم للمحكمة ؟ ، وهل أن دور هؤلاء الفقهاء والخبراء يقتصر على إعطاء الرأي والمشورة فقط ، أم أن لهم التدخل والتأثير في إصدار الحكم القضائي من خلال التصويت والمناقشة على الحكم ، إسوة بالقضاة أصحاب الحكم ؟ .

ولمعالجة هذه الإشكالية ، لابد أن نبين أولاً ماهية دور ووظيفة الخبير من جهة والقاضي من جهة أخرى ، فالقاضي يُقصد به إصطلاحاً هو (من يقوم بالفصل في الخصومات والمنازعات حسماً للتداعي وقطعاً للنزاع)⁽¹⁾.

أما الخبير فيُقصد به (من يقوم بإجراء تحقيق بقصد الحصول على المعلومات الضرورية ويكون صاحب فن وإختصاص في مثل هذه الأمور ، ليتسنى للقاضي البت بمسائل فنية تكون محل النزاع المعروض أمامه ، وبغية الوصول إلى الحقيقة التي تمكنه من الفصل في النزاع ، ولا يلجأ القاضي إليه إلا إذا صعب عليه إدراك المسائل الفنية بنفسه)⁽²⁾.

أما خبراء الفقه الإسلامي والوارد ذكرهم في تشكيل المحكمة فيمكن تعريفهم بأنهم (أهل العلم والفضل ، وتعتمد مشورتهم فيما يعرض من نزاع ما ، لمعرفة ماهية الحكم الشرعي المناسب ، وهذه المشورة تكون مطلوبة وضرورية أحياناً في العمل القضائي)⁽³⁾.

ومن خلال ما تقدم من هذه التعاريف ، نلاحظ أن هناك اختلافاً كبيراً بين طبيعة عمل القاضي وعمل الخبير ، ونتيجة لهذا الفرق الظاهر ، ولكون الدستور لم يحدد طبيعة عمل هذه الفئات ، تاركاً أمر تحديد ذلك إلى قانون يسن لاحقاً ، أي ترك الأمر إلى اجتهاد المشرع العادي دون أن يلزمه بأية حدود وضوابط ، وإلى حين وضع قانون للمحكمة على أساس الدستور الدائم ، فإنه ظهرت عدة اتجاهات فقهية كمحاولة لتحديد طبيعة عمل الخبراء والفقهاء في تشكيلة المحكمة هي تتلخص بالآتي :-

(1) د. سعدون ناجي القشطيني / شرح أحكام المرافقات / مطبعة المعارف / بغداد / الطبعة الثالثة / 1979 / الجزء الأول / ص 29.

(2) د. آدم وهيب الندوي / شرح قانون الإثبات / مطبعة المعارف / بغداد / الطبعة الأولى / 1984 / ص 230.

(3) مكي ناجي / المحكمة الاتحادية العليا في العراق / ص 127

الإتجاه الأول :-

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن دور خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون ، هو دور إستشاري يتمثل في إعطاء الرأي في القضية المعروضة ، فيقدم الخبير رأياً شخصياً معللاً ، ويستلزم هذا تحديد المهمة الموكولة من قبل المحكمة إلى الخبير وعلى وجه من الدقة والوضوح ويقوم الخبير على هذا الأساس بتقديم خبرته (تقريره) ، وبذلك تنتهي مهمة الخبير ويكون إتخاذ القرار النهائي والفصل في النزاع المعروض موكول إلى المحكمة (هيئة القضاة) بصورة حصرية ، فلا يكون لرأي الخبراء أية قوة أو حجة قانونية ملزمة تجاه قرار القاضي ، سوى أنه وسيلة لإقناعهم ، حيث أن أقصى ما يكون عليه رأي الخبير ، هو قوة إقناع تتجه إلى عقل القاضي مع ما يتجه إليه الخصوم في تنفيذ رأي الخبير ، وينبغي على القاضي تكوين عقيدته في القضية المعروضة من خلال هذا الصراع⁽¹⁾.

وهذا الرأي يتفق مع مذهب إليه قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 ، حيث أعطى صلاحية للمحكمة أن تتخذ من تقرير الخبير سبباً لحكمها ، مع أن تقرير الخبير غير ملزم أو مقيد لرأي المحكمة وقرارها⁽²⁾.

الإتجاه الثاني :-

ويذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى غير ما ذهب إليه أصحاب الإتجاه الأول ، إذ أسس أصحاب هذا الإتجاه رأيهم على نص المادة- 2- فقرة أ- من الدستور الدائم ، والمتضمنة عدم جواز سن أي قانون يتعارض وأحكام الإسلام وثوابته ، وبما أن أحكام الإسلام متشعبة ومتداخلة ولا يمكن الإمام بها من دون اللجوء إلى خبراء (فقهاء) مختصين في العلوم الإسلامية وأحكام الشريعة (وبذلك تكون الحاجة ماسة لوجود هذه الطائفة في تشكيل المحكمة) ، وإن من الضروري أن يكون رأي هذه الفئة مساوياً لرأي القضاة من حيث الإلزام والتأثير بالقرار أثناء المناقشة والتصويت ، فالإستشارة التي يبديها هؤلاء الخبراء تكون ملزمة للقضاة الذين يعتمدون على هذه الإستشارة في إصدار قرارهم القضائي ، وعليه فإن مشاركة خبراء الفقه الإسلامي في تشكيل المحكمة ضرورية ولا يمكن الإستغناء عنها إذا ما أردنا من الأحكام الصادرة أن تكون على درجة من الإلزام والحجية التامة ، وإنطلاقاً من نص المادة - 2- فقرة - ب - من الدستور

(1)د. ساجد محمد الزامل / الرقابة على دستورية القوانين في العراق في ظل الدستور الدائم 2005 / بحث منشور في مجلة القانون المقارن / العدد 58/ جمعية القانون المقارن / بغداد / 2009م/ ص134.

(2) المادة 140 / قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.

الدائم والتي نصت على عدم جواز سن أي قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية ، أسس أصحاب هذا الإتجاه رأيهم فيما يتعلق بطبيعة عضوية فقهاء القانون ، وبحسب رأيهم أن مبادئ الديمقراطية ليست لها محددات واضحة وحدود معلومة ، وبالتالي لا بد أن تكون هناك هيئة مسؤولة تأخذ على عاتقها تفسير هذه المحددات وتوضيح حدودها ، وعلى هذا الأساس فإن وجود فقهاء القانون يكون ضرورياً ، وعليه فإن رأيهم الإستشاري يكون رأياً ملزماً للقضاة الذين يعتمدون عليه كأساس لحكمهم⁽¹⁾ .

الإتجاه الثالث :-

ويذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى أنه يمكن تحديد طبيعة عضوية خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون من خلال النظر إلى اختصاصات المحكمة ، لذا يمكن تقسيم إختصاص المحكمة إلى قسمين هما :-

أ- إختصاصات قضائية :-

وتمارس هذه الإختصاصات من قبل الهيئة القضائية حصراً دون المستشارين من خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون ، حيث يقتصر دور المستشارين على تقديم المشورة والرأي الفقهي والقانوني دون المشاركة في إتخاذ القرار أو التصويت عليه ، وهنا يكون رأيهم للإستئناس فقط⁽²⁾ .

ب - إختصاصات غير قضائية :-

وتتمثل هذه الإختصاصات في تفسير نصوص الدستور ونصوص القوانين ، و النظر في قانونية عضوية مجلس النواب ، والفصل في الإتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ، وهنا يكون من حق (خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون) المشاركة في إتخاذ القرار من خلال المناقشة والتصويت عليه ، أي أن دورهم يكون مساوياً لدور القضاة في ذلك⁽³⁾ . وبذلك يتبين لنا أن أصحاب الإتجاه الفقهي الثالث - السالف الذكر - يعتبرون مؤيدين لوجود هذا التنوع في تشكيلية المحكمة ، فهم ناقشوا موقع وطبيعة هذه الفئة في تشكيل المحكمة من دون أن يعارضوا وجودها ، لأنهم يرون في وجود هذه الفئة حالة صحية وإيجابية يمكن أن تغدق على المحكمة بالفائدة ، كون هذا التنوع والمزج في الإختصاصات والخبرات سيساعد المحكمة

(1) د. ساجد محمد الزامل / المرجع السابق / ص 136.

(2) مكي ناجي / المحكمة الاتحادية العليا في العراق / ص 128.

(3) مكي ناجي / المصدر نفسه / ص 129.

على أداء دورها على الوجه الأفضل ، خاصة وإن مبادئ الديمقراطية وأحكام الإسلام هي جزء من الدستور ولا يجوز معارضتها بأي تشريع - كما أسلفنا (1).

ومن الملاحظ أن المشرع العراقي قد ذهب في هذا إلى ذات الاتجاه الذي ذهب إليه مشرع قانون المجلس الدستوري اللبناني (2) ، عندما حدد أعضاء المجلس بثلاث فئات ، فأصبح المجلس يتكون من عضوية القضاة العدليين أو الإداريين ، بشرط أن تكون مدة عملهم في القضاء لا تقل عن عشرين سنة ومؤخراً تم تعديل القانون لجهة عدم السماح بتعيين القضاة العاملين ، وحرصاً على التمييز بالقضاة السابقين فقط ، أما الفئة الثانية فهم أساتذة التعليم العالي ، بشرط أن يكونوا قد مارسوا التعليم لمدة من مواد القانون مدة لا تقل عن عشرين سنة ، وجعل القانون الفئة الثالثة المكوّنة للمجلس هم المحامون ، بشرط أن يكون المحامي قد مارس مهنة المحاماة مدة لا تقل عن عشرين سنة (3) .

وبذات الاتجاه بالنسبة للمشرع الألماني للقانون الأساس لجمهورية ألمانيا الاتحادية ، عندما حدد بأن تكوين المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا ، يجب أن تتكون من عضوية قضاة إتحاديين وأعضاء آخرين تُترك أمر تحديدهم للسلطة التشريعية (4) ، أي أنهم أعضاء ذوو صفات سياسية ، فيكون بذلك قد إتجه المشرع إلى المزج والتنوع في طبيعة تشكيلة المحكمة الدستورية الاتحادية .

ومن الملاحظ أن المشرع المصري في تشكيل المحكمة الدستورية العليا ، قد إتجه إلى إحداث التنوع في أعضاء المحكمة فحدد العضوية بأربع فئات ، الفئة الأولى هي أعضاء المحكمة العليا ، التي كانت تتولى الرقابة قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا ، أما الفئة الثانية فهم أعضاء الهيئات القضائية السابقين والحاليين ، على أن يكونوا قد قضاوا مدة لا تقل عن خمسة سنوات في منصب القضاء ، والفئة الثالثة هم أساتذة الجامعات المصرية على أن يكونوا قد قضاوا مدة لا تقل عن ثماني سنوات في التعليم ، والفئة الأخيرة هم المحامون المشتغلون أمام محاكم النقض والإدارية العليا مدة لا تقل عن عشرة سنوات متصلة على الأقل (5) .

وهناك رأي آخر يذهب إلى عكس ذلك ، فيرى في إحتواء تشكيلة المحكمة على خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء قانون زيادة كان القائمة على إسس عصرية وقانونية ، فيعتبر وجود خبراء الفقه

(1) د. غازي فيصل مهدي/ المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية/ص12.

(2) ينظر المادة 3 / قانون إنشاء المجلس الدستوري اللبناني.

(3) زهير شكر / الوسيط في القانون الدستوري اللبناني / بيروت / 2006 / ص1093.

(4) ينظر نص المادة 94 /1/ القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية .

(5) ينظر نص المادة 4/ قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم 48/ لسنة 1979.

الإسلامي مدعاة لتنشيط التعصب الديني والطائفي ، وذلك من خلال اختلاف الآراء المذهبية في قضايا دينية ، مما يظهر الحس الطائفي والبعد المذهبي في قرارات المحكمة ، وبالتالي تكون المحكمة فاقدة لواحدة من الوظائف المهمة في الحفاظ على الوحدة الوطنية ، إذا ما عرفنا أن طبيعة التركيبة الاجتماعية للفرد والمجتمع العراقي تتجه إلى إعطاء علماء الدين مكانة سامية يسعى الجميع إلى إرضائهم ما يجعل أثرهم واضحاً في قرار المحكمة ، وبالتالي فإن البعد القانوني سيضعف في قرارات المحكمة ⁽¹⁾ .

وذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار وجود فقهاء القانون وخبراء الفقه الإسلامي في تشكيلة المحكمة ، يشكل عبئاً وثقلاً على كاهل المحكمة ، عندما تنظر في المنازعات القضائية غير المتعلقة بدستورية القوانين وتفسير الدستور ⁽²⁾

ونلاحظ أن أصحاب هذا الرأي إعتدوا في رأيهم على الإتجاه القائل بتحديد موقع المستشارين على أساس الاختصاص - والذي أوردناه سابقاً -

ويذهب البعض إلى تأييد التنوع في التشكيلة ، ولكن مع التحفظ ، باعتبار أن هذا التنوع شيء جيد لكنه تنوع ناقص ، حيث غفل المشرع الدستوري أن يضيف لتشكيلة المحكمة المكونات الاجتماعية الأخرى للمجتمع العراقي ، والتي تكون جزءاً من نسيجه الاجتماعي ، كالمسيحية والصابئة وغيرهم ، وذلك إنطلاقاً من أن وظيفة المحكمة تكون ضامنة للحريات والحقوق التي كفلها الدستور ، وأن حقوق وحريات هذه الأقليات ، هي جزء من تلك التي كفلها الدستور ، وخاصةً أن هذه الأقليات كان لها تمثيل خاص - مقاعد مضمونة - في مجالس المحافظات التي يكون لها وجود فيها ⁽³⁾ ، لأن في هذا التنوع صون لوحدة الدولة ، وضمان لاستقرار ونماء المجتمع ، ولأهمية هذه المحكمة في النظام الدستوري للدولة ، يكون من الضروري أن تكون مكونات المجتمع ممثلة بتشكيلها ، كما هو الحال في المحكمة الاتحادية العليا في أمريكا ، فجد أن تعيين القضاة يخضع لاعتبارات سياسية واجتماعية ، يراعى فيه التمثيل المذهبي والعرق في تشكيل المحكمة ، فنلاحظ وجود قاض كاثوليكي فيها ، وقاض بروتستاني ، وآخر يهودي ، وكذلك فإن للسود في اميركا وجوداً في المحكمة منذ عام 1967 ، حيث عُين لأول مرة قاض

(1) د. حازم النعيمي / الدستور العراقي الجديد وقضايا الحقوق والحريات / بحث منشور في اصدار (مراجعات في الدستور العراقي) / مركز عراقيات للدراسات / بغداد / 2006 / ص152.

(2) د. مازن ليلو / ضمانات احترام القواعد الدستورية في العراق / بحث منشور في مجلة القانون المقارن / جمعية القانون المقارن / بغداد/ العدد 57 / 2008 / ص15

(3) د. عامر حسن فياض / أفكار حول مستقبل العملية السياسية في العراق/ بحث منشور في إصدار مراجعات في الدستور العراقي / مركز عراقيات للدراسات / بغداد / 2006 / ص86

أسود ، فأصبح منذ ذلك الحين لزوم وجود قاض أسود يكون ممثلاً عن السود في الولايات المتحدة الأمريكية داخل تشكيلة المحكمة ⁽¹⁾ ، وكذلك درجت العادة على إقامة التوازن بين الحزب الجمهوري والحزب الديمقراطي داخل تركيبة المحكمة ، فإذا فقد قاضي من حزب ما فإن البديل له يكون من ذات الحزب ، فعلى سبيل المثال في 1991 عين الرئيس الأمريكي قاضي ليبرالي مكان قاضي محافظ فلم يوافق مجلس الشيوخ على هذا التعيين ، وذلك لأن في ذلك إخلالاً للتوازن السياسي داخل هيئة المحكمة ، وكذلك فإن المرأة أصبحت لها وجود في تشكيلة المحكمة منذ عام 1981 ، حيث عينت لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية امرأة بمنصب قاضي في المحكمة الاتحادية العليا⁽²⁾ .

ومن الملاحظ على نص المادة 92 فقرة ثانياً ، أن المشرع حدد فيها صفات أعضاء المحكمة ، ولكنه لم يبين عدد كل فئة في تشكيلة المحكمة ، فترك أمر تحديدها لقانون يُسن لاحقاً وهو ما يعتبر خلافاً دستورياً يجب تلافيه ، حيث ترك المشرع الدستوري تحديد طبيعة المحكمة إلى المشرع العادي دون تقييد ، فله أن يجعل عدد أعضاء المستشارين مساوياً لأعضاء القضاة وله أن يزيد على أعداد القضاة ، وتكون المحكمة في الحالتين ذات طبيعة ليست قضائية صرفة وله أن يجعل عدد القضاة هو الغالب ، وبذلك تكون المحكمة هيئة قضائية صرفة لها أن تمارس الاختصاصات القضائية التي حددها الدستور لها بالطريقة المثلى التي تحقق بها الأهداف المرجوة من إنشائها ، فتكون حافظة للحريات وللدستور⁽³⁾ .

ثالثاً - القيود الواجبة على أعضاء المحكمة :-

حدد المشرع الدستوري للدستور الدائم 2005 ، وتحت عنوان أحكام عامة ، الشروط الواجب توفرها فيمن يقلد الوظيفة القضائية⁽⁴⁾ ، والتي بطبيعة الحال تشمل قضاة المحكمة الاتحادية العليا . باعتبار أن هذه الشروط تكون مقيدة لحرية المشرع العادي عند سن القانون الذي تعمل بموجبه المحكمة ، وقد اشترط المشرع الدستوري فيها أن لا يجمع القاضي الوظيفة القضائية مع الوظيفة التشريعية ، أو الوظيفة التنفيذية مع أي عمل آخر ، وعلى هذا الأساس فإنه يتمتع على عضو مجلس النواب (السلطة التشريعية) أن يستمر بعضويته ، إذا ما تم تقليده منصب القضاء في المحكمة الاتحادية العليا ، وكذلك الحال إذا كان يشغل الشخص وظيفة تنفيذية ، وتم

(1) زهير شكر / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / لبنان / الطبعة الثالثة / 1994 / ص 387 .

(2) د. محمد طي / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص 257.

(3) د. علي عطية الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور وإتجاهات المحكمة الاتحادية العليا / ص 114.

(4) ينظر نص المادة (98) من الدستور العراقي الدائم لسنة 2005.

تقليده منصب القضاء في المحكمة ، أو كان يمارس أي عمل آخر ، فعليه هجر ما كان عليه من ممارسة لوظيفة تنفيذية ، وكذلك إشتراط الدستور أن يكون القاضي غير منتم لحزب أو منظمة سياسية أو لديه نشاط سياسي⁽¹⁾.

والمشرع حينما وضع هذه الشروط كان القصد منها أن يجعل القضاء على درجة من الحيادية والسمو فلا يكون للقاضي أي إرتباط او مصلحة ذاتية مع إحدى السلطتين (تشريعية أو تنفيذية) ولا يتأثر بهما أو باتجاههما إذا ما عرضت عليه قضية تكون إحدى هاتين السلطتين طرفا فيهما ، لذا فإن المشرع هدف إلى توفير الأراضية والمناخ المناسبين لحيادية القاضي وإستقامته عندما يكون مستقلا عن أي تنظيم حزبي أو عمل سياسي ، فيبتعد عن أي ضغط سياسي قد يمارس عليه أثناء تأديته لواجبه القضائي ، كما نلاحظ أن نص المادة 98 في الدستور العراقي الدائم تكون مشابهة في فحواها- إلى حد ما- الى ما ذهب إليه مشرع دستور جمهورية ألمانيا الاتحادية لسنة 1949 (المعدل) ، حيث إشتطت المادة 94 الفقرة الأولى في عضو المحكمة الدستورية الاتحادية ، أن لا يكون منتم إلى المجلس النيابي الاتحادي أو المجلس الاتحادي (السلطة التشريعية) ، وأن لا يكون منتميا كذلك إلى الحكومة الاتحادية أو ما يقابلها في الولايات (السلطة التنفيذية)⁽²⁾.

ولأجل تحقيق الإستقلال في عمل المحكمة الدستورية الاتحادية ، فإن المشرع الدستوري الألماني ذهب لوضع هذين الشرطين اللذين يكونان ركائز لضمان إستقلال عمل المحكمة وحياديتها تجاه السلطات الاتحادية الأخرى ، سواء السلطة التشريعية منها أو السلطة التنفيذية . أما في لبنان فإن المشرع الدستوري لم يحدد القيود المفروضة على عضو المجلس الدستوري ، وترك أمر تحديدّها إلى النظام الداخلي للمجلس ، والذي صدر بقانون رقم 43 في 2000/8/7 ، فمنع هذا القانون عضو المجلس من الجمع بين عضوية المجلس الدستوري ورئاسة أو عضوية الوزارة (السلطة التنفيذية) ، وكذلك لا يجوز لعضو المجلس الدستوري الجمع بين عضويته في المجلس والعضوية في مجلس النواب (السلطة التشريعية) ، وأضاف القانون بأنه لا يحق لعضو المجلس ممارسة أية مهنة أو أي عمل مأجور باستثناء العمل الجامعي والمشاركة في النشاطات والمؤتمرات العلمية ، بشرط الموافقة الخطية من قبل رئيس المجلس شخصيا⁽³⁾ . ومن الملاحظ أن هذه القيود المفروضة على أعضاء المجلس الدستوري هي لإضفاء الهيبة

(1) د. علي عطية الهلالي / المرجع السابق / ص115.

(2) ينظر نص المادة 94 / 1 / القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية.

(3) ينظر نص المادة 8 / النظام الداخلي للمجلس الدستوري قانون رقم 243 في 2008/8/7.

والمكانة على أعضاء المجلس وضمان إستقلال عمل المجلس بالشكل الذي يساعده على أداء الوظيفة الوطنية والدستورية .

رابعاً - آلية إختيار أعضاء المحكمة :-

لم يتطرق الدستور الدائم إلى آلية إختيار أعضاء المحكمة الاتحادية العليا تاركاً هذا الأمر إلى قانون يسن لاحقاً - كما أوضحنا - لذا فإن قانون إنشاء المحكمة الاتحادية رقم 30 لسنة 2005 يبقى هو النافذ ، وأن هذا القانون أتى بآلية لإختيار أعضاء المحكمة مطابقاً لما نص عليه قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية⁽¹⁾ ، و يلاحظ أن آلية إختيار قضاة المحكمة الاتحادية العليا ، تكون بترشيح من قبل مجلس القضاء الأعلى لعدد من القضاة ، يكون بالضعف أو بضعفي العدد الكلي لقضاة المحكمة (أي ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين قاضياً) ، وذلك بعد التشاور مع المجالس القضائية في الأقاليم ، ومن ثم يأتي دور (مجلس الرئاسة) ، حيث يقوم بتعيين أعضاء المحكمة وتسمية أحدهم رئيساً لها ، وإذا لم يوافق مجلس الرئاسة على أي تعيين ، فإن مجلس القضاء الأعلى يرشح مجموعة جديدة مكونة من ثلاثة قضاة⁽²⁾ .

أي أن المقعد الواحد يرشح له ثلاثة قضاة ، وتكون الكلمة الفصل في الترشيح إلى هيئة الرئاسة (السلطة التنفيذية) ، التي يكون بيدها عقدة القبول أو الرفض ، أما دور السلطة القضائية فيكون دوراً أولياً ، يتوقف عند عملية الترشيح والتزكية فقط⁽³⁾ .

ومن خلال هذه الآلية يظهر البعد السياسي لتشكيلة المحكمة من خلال الموازنة الطائفية والقومية في تشكيل المحكمة ، فهئية الرئاسة تراعي التمثيل الطائفي والعربي لمكونات الشعب العراقي في تشكيل المحكمة ، وهذا ما أسفر عنه واقع الحال ، فنلاحظ أن المحكمة تنظم في تشكيلها قضاة أكرادا وقضاة عرباً ، ويراعى في اختيار القضاة العرب التمثيل الطائفي من (شيعية وسنة)⁽⁴⁾ .

ومن الملاحظ أن المشرع العراقي قد تجاهل دور البرلمان في تعيين القضاة ، فلم يكن للسلطة التشريعية أي دور سواء بالترشيح والتزكية أو بالتعيين ، وهذا ما يشكل خلافاً دستورياً

(1) ينظر نص المادة 3 / قانون إنشاء المحكمة الاتحادية .

(2) ينظر نص المادة أربعة وأربعون / هـ / قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية.

(3) د. علي عطية الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور وإتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي / ص 109.

(4) د. غازي فيصل مهدي /نصوص دستور جمهورية العراق في الميزان / المكتبة القانونية / بغداد / الطبعة الأولى/ 2008م / ص 67.

كبيراً في إغفال هذا الدور للسلطة التشريعية فالبرلمان هو ممثل لرأي الشعب وأن مؤسسة ٭ بهذه الأهمية الدستورية لا بد أن يكون للمواطنين رأي في اختيار الأعضاء ، خاصة أن هذه المحكمة موكول لها أمر حفظ حرياتهم ، وصون حقوقهم المكفولة بالنصوص الدستورية ، بالإضافة إلى أن إناطة مهمة الاختيار إلى هيئة الرئاسة (السلطة التنفيذية) بصورة كاملة دون إشراك مجلس النواب (السلطة التشريعية) في الأمر، يكون فيه ضرر على استقلال المحكمة ، وحيادية عملها ، لأن أعضاء المحكمة سيكونون مدينين في اختيارهم إلى السلطة التنفيذية صاحبة الرأي الوحيد في تعيينهم ، وعليه ستكون قرارات المحكمة الصادرة بوجه هذه السلطة فيها شيء من الشائبة والتهمة⁽¹⁾.

ونجد أن إتجاه المشرع الدستوري العراقي لقانون إدارة الدولة في هذه القضية ، كان مغايراً لما جرى العمل به في الولايات المتحدة الأمريكية ، حيث أن المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية يكون تعيين القضاة فيها بمصادقة من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشيوخ⁽²⁾، حيث يعتبر إشراك السلطة التشريعية في تعيين أعضاء المحكمة الاتحادية العليا في أمريكا دلالة على أهمية قضاة المحكمة ومكانتهم الدستورية العالية وذلك وفقاً لما نص عليه الدستور الأمريكي⁽³⁾.

فالموازنة بين السلطة التشريعية والتنفيذية في التعيين متوفرة لمصلحة تحقيق إستقلال وحيادية جديّة في عمل المحكمة ،وكما يلاحظ أن المشرع الدستوري الألماني قد أناط مهمة إختيار أعضاء المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا إلى السلطة التشريعية - حصراً - دون مشاركته من قبل السلطة التنفيذية في ذلك الأمر - عكس ما هو عليه في العراق - حيث ينتخب مجلس (البندسرات) نصفهم والنصف الآخر ينتخب من قبل مجلس (البندستاغ)⁽⁴⁾.

وكذلك في لبنان فإن عملية تعيين أعضاء المجلس الدستوري تكون بالتعاون بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية ، حيث يُعين مجلس النواب نصف أعضاء المجلس ، أي له حق تعيين خمسة أعضاء ، ويعين مجلس الوزراء النصف الآخر من أعضاء المجلس⁽⁵⁾ ، ومن خلال هذه الآلية يظهر البعد السياسي في تشكيل المجلس ، لإن إختيار أعضاء المجلس من قبل مجلس النواب، يدخل ضمن إطار لعبة التكتل والتنافس السياسي بين التيارات المختلفة والمشكّلة

(1) د.غازي فيصل مهدي/المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية / ص13.

(2) د.فؤاد البيطار /القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص 214.

(3) د. حميد حنون خالد / الأنظمة السياسية / مطبعة الفائق / بغداد / 2008 / ص130.

(4) د. محمد طي /القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص323.

(5) د. عصام سليمان / الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة) / منشورات الحلبي الحقوقية / لبنان / الطبعة الأولى / 2010 / ص293.

للبرلمان ، وكذلك فإن إختيار الأعضاء من قبل مجلس الوزراء يكون ذات أهمية سياسية ، لأن الدستور إشترط موافقة ثلثي عدد أعضاء مجلس الوزراء ، أي أن موضوع إختيار أعضاء المجلس الدستوري أصبح من المواضيع (الأساسية) والتي أشار إليها الدستور اللبناني⁽¹⁾ ، والتي تحتاج لأغلبية ثلثي أعضاء الحكومة المحدد في مرسوم تشكيلها⁽²⁾

ومن خلال هذا نلاحظ أن أغلب الدول التي تبنت نظام الرقابة الدستورية بهيئة قضائية ، جعلت تشكيل هذه الهيئة مشتركا بين سلطتين أو أكثر ، وذلك لأجل تحقيق الدقة والموضوعية في الإختيار قدر الإمكان ، ولأجل تحقيق التوازن النوعي والفني داخل هذه المؤسسة الدستورية الهامة وضمان الإستقلالية في عملها قدر الإمكان ، والتي توكل إليها قضايا مصيرية وخطيرة كحفظ وصون الدستور ، إضافة إلى الحفاظ على وحدة الدولة وهيبة مؤسساتها ، فإن الدستور العراقي الدائم نص على إستقلال المحكمة الاتحادية العليا مالياً وإدارياً ، وذلك بإعتبارها (هيئة قضائية مستقلة)⁽³⁾ ، لكنه لم يبين مدى إستقلال المحكمة عن باقي السلطات ، وخاصة ما يرتبط بتعيين أعضاء المحكمة ، ومن له الحق بترشيحهم وترك الأمر إلى قانون يُسن لاحقاً⁽⁴⁾ .

وعليه فإنه كان على المشرع الدستوري أن يحدد الأطر العامة لتشكيل المحكمة من حيث الجهة التي لها حق الترشيح ، والجهة التي لها حق التعيين ، لا أن يعهد بالأمر بصورة كاملة إلى قانون عادي يشرع لاحقاً ، وإن كان هذا القانون سيُسن بأغلبية الثلثين ، لأن هذا يعد خلافاً في التنظيم الدستوري للمحكمة .

خامساً - المكانة الدستورية لأعضاء المحكمة :-

لاحظنا أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق تتمتع بدرجة كبيرة من الأهمية ، وذات مكانة دستورية وسياسية وقضائية عالية ، وذلك بموجب النصوص الدستورية التي تضمنتها ، سواء كانت نصوص الدستور الدائم أو قانون إدارة الدولة العراقية ، ونتيجة لهذه الأهمية فإن رئيس وأعضاء المحكمة الدستورية يكونون ذوي درجة وظيفية عالية ، فقد نص قانون إدارة الدولة على أن (يت رأس رئيس المحكمة الاتحادية العليا المجلس الأعلى للقضاء)⁽⁵⁾ .

(1) ينظر نص المادة 65 / الخامسة / الدستور اللبناني .

(2) د. أحمد سعيقان / الأنظمة السياسية والمبادئ الدستورية العامة / منشورات الحلبي / بيروت / الطبعة الأولى / 2008 / ص 146 .

نهاد حشيشو / الحياة الدستورية في لبنان / المركز العربي للمعلومات / بيروت / ص 101
(3) ينظر نص المادة 91 / أولى / الدستور الدائم.

(4) د. علي عطية الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور / ص 112.

(5) ينظر نص المادة الخامسة والأربعين / قانون إدارة الدولة العراقية .

وبموجب نص قانون إدارة الدولة هذا ، فإن رئيس المحكمة الاتحادية العليا هو رئيس مجلس القضاء الأعلى حكماً ، أي يصبح رئيس المحكمة على رأس هرم السلطة القضائية في العراق، وإن كان هناك رأي فقهي يرى في ترؤوس مجلس القضاء الأعلى من قبل رئيس المحكمة الاتحادية تأثيراً على حيادية المحكمة ، فقد يكون مجلس القضاء مدعياً أو مدعى عليه في الدعوى الدستورية المقدمة للمحكمة الاتحادية ، فكيف إذن سيقبل قضاءً يكون ممثل أحد الخصوم حكماً بل رئيساً لهذا الحكم؟! يضاف إلى ذلك أن إضطلاع المحكمة الاتحادية بمهام جسيمة وإختصاصات دقيقة - كما سنلاحظ لاحقاً - يجعلها بحاجة إلى رئيس متفرغ للعمل ، ولا يمثل أية جهة أخرى ، أياً كان بعدها أو قربها من السلطة القضائية ، حتى يمكن ضمان حلقة من حلقات إستقلال المحكمة الاتحادية⁽¹⁾ .

ونلاحظ أن المشرع في قانون إنشاء المحكمة الاتحادية قد رفع من مكانة رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية وظيفياً ، فأصبح أعضاء المحكمة يتقاضون راتباً ومخصصات وزير⁽²⁾ ، وهذا الإتجاه يتماشى مع ما ذهب إليه المشرع الأمريكي في إقرار مكانة أعضاء المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية ، فأعضاء المحكمة يتقاضون رواتب مساوية لرواتب الوزراء ، ووسائل الإعلام تخصص مكانة هامة لأحكامهم وإجتهاداتهم ، وكذلك فإن رئيس المحكمة (بروتوكولياً) يعتبر الشخصية الثانية في الدولة بعد رئيس الجمهورية وقبل نائب الرئيس ، ويترأس رئيس المحكمة جلسات مجلس الشيوخ عند محاكمة رئيس الولايات المتحدة الأمريكية ، وكذلك يتولى رئيس المحكمة تحليف الرئيس اليمين الدستورية في حفلة التنصيب⁽³⁾ ، وذلك حفاظاً على هيبة ومكانة القضاة ، ولأجل ضمان الإستقلالية وعدم التأثير في عملهم ، فقد نص قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق على أن عضوية القاضي في المحكمة تكون مدى الحياة، مع إعطاء الحق له في ترك الخدمة في أي وقت يشاء⁽⁴⁾ .

وبهذا يكون المشرع العراقي قد ذهب إلى نفس ما ذهب إليه المشرع الأمريكي عندما جعل ولاية العضو في المحكمة الاتحادية العليا في أمريكا مدى الحياة ، مع إعطاء العضو حق الإستقالة بعد مرور عشر سنوات على تعيينه في المحكمة ، وكذلك عند بلوغ السبعين من العمر⁽⁵⁾

(1) ينظر د. علي عطية الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور / ص 109.

(2) ينظر نص المادة 6 / قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005.

(3) زهير شكر / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص 387-388.

(4) ينظر نص المادة 6 / قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005.

العمر⁽¹⁾ ولكن هؤلاء القضاة قلما يستقيلون من مناصبهم حتى قيل فيهم "إنهم لا يستقيلون أبداً ولا يموتون إلا نادراً"⁽²⁾.

وحسناً فعل المشرع الأمريكي في عدم تحديده مدة ولاية القضاة ، حيث جعلها مدى الحياة ما دام هؤلاء القضاة يتمتعون بسيرة حسنة وسلوك قويم ، ومن الملاحظ على أغلب الدساتير التي تبنت أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين إنها عادةً ما تُحدد فترة زمنية معينة لولاية أعضاء المحكمة ، كما هو الحال في ألمانيا ، فقد حددت فترة ولاية أعضاء المحكمة الدستورية الاتحادية بأثنتي عشرة سنة غير قابلة للتجديد ، وفي إيطاليا حددت فترة العضوية في المحكمة الدستورية بأثنتي عشرة سنة غير قابلة للتجديد ، وفي لبنان كذلك حدد قانون المجلس الدستوري فترة ولاية أعضاء المجلس بست سنوات فقط غير قابلة للتجديد ، وبصورة إستثنائية تنتهي ولاية نصف الأعضاء بعد ثلاث سنوات من بداية أول دورة (بطريقة القرعة) ، ويعين أعضاء جدد غيرهم ولمدة ست سنوات ، وبواسطة نفس المراجع التي إختارت الأعضاء الأصليين الذين إنتهت ولايتهم⁽³⁾ ، فأنظمة هذه الدول التي أوردناها على - سبيل المثال - تعتمد طريقة عدم التجديد كوسيلة لحفظ إستقلال وحيادية عمل القضاة والمحكمة⁽⁴⁾ ، وعليه فإن اعتماد المشرع العراقي لإسلوب الولاية المطلقة مدى الحياة ، وعلى النهج المشرع الأمريكي ، هو دلالة واضحة على مدى تأثر المشرع الدستوري العراقي بالدستور والنظام الأمريكي، ومحاولاته المستمرة في تطبيق التجربة الأمريكية مهما كان الإختلاف في الوضع الإجتماعي والسياسي كبيراً بين الدولتين .

وإننا نرى إلى أن منح عضو المحكمة الولاية المطلقة مدى الحياة في تولية قضاة المحكمة الاتحادية ، لا يتناسب والمرحلة التي يمر بها العراق بإعتبارها فترة بناء مؤسسات دولة على أسس حديثة وغير معهودة سابقاً ، مما يعني إمكانية وجود أخطاء في هذا البناء وبالتالي فإن منح الولاية مدى الحياة معناه الإبقاء على الإختيار الخاطئ وعدم إمكانية تغييره إلا بإرادة العضو

(1) د. حميد حنون / الأنظمة السياسية / ص 134 .

(2) د. محمد طي / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص 256 .

د. علي يوسف الشكري / رئيس الدولة في الإتحاد الفدرالي / مطبعة الفرقان/ النجف الأشرف / 2009 / ص 148 .

(3) زهير شكر / الوسيط في القانون الدستوري اللبناني / ص 1092 .

د. عصام سليمان / الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق / ص 293 .

(4) د. علي يوسف الشكري / المصدر السابق / ص 147 .

وبالتالي فإن هذا سيولد خلل وظيفي دستوري كبير يكون مؤثراً في بناء مؤسسات الدولة ونظامها الديمقراطي

الفصل الثاني

إختصاصات المحكمة الاتحادية العليا

حدد الدستور العراقي الدائم لسنة 2005 إختصاصات المحكمة الاتحادية العليا على الوجه الآتي:

أولاً:- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة .

ثانياً:- تفسير نصوص الدستور .

ثالثاً:- الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية .

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

خامساً:- الفصل في المنازعات التي تحصل فيما بين حكومات الأقاليم أو المحافظات.

سادساً:- الفصل في الإتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء

سابعاً:- المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب .

ثامناً:-

أ- الفصل في تنازع الإختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير منتظمة بأقليم .

ب- الفصل في تنازع الإختصاص فيما بين الهيئات القضائية للأقاليم أو المحافظات غير منتظمة بأقليم⁽¹⁾ .

ومن الملاحظ من نص المادة أعلاه أن المشرع الدستوري العراقي قد أعطى للمحكمة إختصاصات كبيرة وشاملة بما يتماشى والمكانة الدستورية للمحكمة الاتحادية ، فقد وردت هذه الإختصاصات في الدستور بشكل أوسع مما كانت عليه في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية ، حيث حدد قانون إدارة الدولة إختصاص المحكمة الاتحادية بالفصل في الدعاوى المقامة بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم أو إدارات المحافظات والإدارات المحلية ،

⁽¹⁾ ينظر نص المادة 93 / الدستور العراقي الدائم .

وكذلك اختصاصها بالنظر في دستورية القوانين والأنظمة الصادرة عن الحكومة الاتحادية أو حكومات الأقاليم أو إدارات المحافظات والإدارات المحلية⁽¹⁾.

ومن الملاحظ أن اختصاصات المحكمة الواردة في الدستور يمكن تقسيمها وبصورة عامة الى قسمين :

(اختصاصات قضائية ، واختصاصات قضائية سياسية) ، ولأجل تفصيل هذه الاختصاصات بشكل واضح ودقيق ، فسنتناولها في هذا الفصل بمبحثين ، نتناول في المبحث الأول (الاختصاصات القضائية) وفي المبحث الثاني (الاختصاصات القضائية السياسية) .

المبحث الأول **الاختصاصات القضائية**

من خلال الإطلاع على نص المادة 93 من الدستور الدائم ، نلاحظ أن المشرع قد أورد اختصاصات قضائية وإخرى قضائية – سياسية- كما اسلفنا- للمحكمة الاتحادية ، والمقصود هنا بالاختصاصات القضائية ، هي الاختصاصات التي تظهر في حالة المنازعات التي يلزم فضها اتباع الطرق والأصول القضائية المعتمدة في القضاء العدلي ، فتكون إجراءات المحكمة المتبعة للقيام بهذه الاختصاصات هي ذات الإجراءات اللازمة لرفع الدعاوى القضائية العادية (المدنية والجزائية) ، وكذلك فإن الأصول المتبعة في هذه المنازعات أو الدعاوى هي ذات الأصول الملزم إتباعها في الدعاوى والمنازعات القضائية العادية ، وإن كانت هذه المنازعات والدعاوى لا تخلو من البعد السياسي لأنها غالبا ما يكون أطرافها إحدى السلطات الثلاث ، سواء من جانب السلطة الاتحادية أو سلطات الأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة باقليم ، وتكون مواضعها دستورية ، لذا يمكن أن نحدد الاختصاصات القضائية للمحكمة الاتحادية العليا بالآتي :-

أولاً :- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة:

وهذه الفقرة تنقسم إلى شقين وكالآتي :-

1- الرقابة على دستورية القوانين :-

عقد المشرع الدستوري لواء الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القوانين حيث جعل الرقابة على دستورية القوانين هي الاختصاص الأول والرئيس للمحكمة ،

⁽¹⁾ ينظر نص المادة الرابعة والأربعين /2/ قانون إدارة الدولة العراقية .

وهذا الإتجاه يتماشى والدور الدستوري الذي تمارسه المحكمة بإعتبارها حامية للدستور وراعية للحريات والحقوق الواردة فيه ، وأن المشرع العراقي في هذا الإتجاه قد وافق المشرع الدستوري الكويتي عندما نص على إنشاء جهة قضائية (محكمة) بموجب قانون يكون إختصاصها الأصل هو الرقابة على دستورية القوانين واللوائح⁽¹⁾، إضافة الى إختصاصات أخرى لم يذكرها في نص الدستور ، بل ترك أمر تحديد القانون المنشئ للمحكمة ، وهو نفس الإتجاه الذي ذهب إليه المشرع المصري ، حيث نص على أن أولى الإختصاصات التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا ، هي الرقابة على دستورية القوانين واللوائح (دون غيرها) ، وبعدها نص على أن تتولى المحكمة تفسير النصوص التشريعية ، وترك تحديد باقي الإختصاصات للقانون المنظم للمحكمة⁽²⁾، وكذلك هو نفس الحال بالنسبة للدستور اللبناني ، حيث نص على مجلس دستوري ، يكون الإختصاص الأصل فيه هو الرقابة على دستورية القوانين ، وكذلك البت في الطعون الانتخابية الرئاسية منها والنيابية⁽³⁾، أي أن المشرع الدستوري اللبناني أنشأ المجلس الدستوري لغايتين، كانت أولاهما هي الرقابة على دستورية القوانين .

ومن الجدير بالذكر هنا أن الإتجاه في الولايات المتحدة الأمريكية كان مغايرا لما ذهب إليه مجموع الدساتير العربية المذكورة سلفا ، فالدستور الأمريكي لم ينص على الرقابة على دستورية القوانين وصلاحيه القضاء في ممارستها ، بل جاءت نتيجة الواقع العملي للسلطة القضائية الاتحادية في أمريكا ، وبالتحديد في سنة 1803 في قضية (ماربوري ضد ماديسون) عندما كان القاضي (مارشال) رئيساً للمحكمة الفدرالية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية والتي على إثرها لُقّب القاضي مارشال بـ (المؤسس الثاني للدستور)⁽⁴⁾، ويلاحظ أن القانون المنشئ للمحكمة لم يعهد إليها صراحة بهذه المهمة بل المحكمة هي التي منحت نفسها هذه الصلاحية كما لاحظنا ، حيث اعتبرت أن الدستور الأمريكي هو الأسمى للولايات المتحدة الأمريكية ، ولا يجوز تعديله إلا بالطرق التي نص عليها ، وأن صدور قانون مخالف للدستور يعني تعديله ضمنا ودون إتباع

(1) ينظر نص المادة 173 / دستور دولة الكويت لسنة 1962.

(2) ينظر نص المادة 175 / دستور جمهورية مصر العربية.

(3) ينظر نص المادة 195 / الدستور اللبناني.

(4) Giquel, J et Hauriou, A ,Dorit constitutionnel et institutions politiques ed. Montchrestien Paris, 1985.p387.

الطرق اللازمة دستوريا ، وبذلك يحق للمحاكم على إختلاف درجاتها الإمتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور⁽¹⁾ .

وبذلك أصبحت الرقابة على دستورية القوانين من أعظم صلاحياتها ومن أروع ما ابتكره القانون الدستوري.

ومن الملاحظ أن المشرع الدستوري في قانون إدارة الدولة العراقية عند حديثه عن إنشاء المحكمة الاتحادية العليا لم يذكر أولا الرقابة على دستورية القوانين عند تحديده لاختصاصات المحكمة ، بل حدد أولاً صلاحية المحكمة في الفصل في النزاعات والدعاوى المقامة بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات وبعد ذلك ذكر أن من صلاحية المحكمة النظر في دستورية القوانين والأنظمة الصادرة من الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم⁽²⁾ ، وعند الحديث عن هذا الموضوع يثار تساؤل هو: ما مدى نطاق الرقابة الدستورية للمحكمة الاتحادية العليا ؟ هل هو مطلق على كل القوانين أم محدد ؟ .

من خلال نص المادة (93 / أولاً) نلاحظ أن المشرع أعطى للمحكمة صلاحية الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة ، أي القوانين التي دخلت في حيز التطبيق بعد إكتمال جميع الإجراءات التي تتطلبها لصدورها ، وبذلك تكون رقابة المحكمة رقابة لاحقة لصدور القانون، وهذا يتماشى مع كون الرقابة التي تمارسها المحكمة هي رقابة قضائية ، حيث أن من طبيعة الرقابة القضائية أن تكون رقابة لاحقة على صدور القانون ونفاذه - كما أوضحنا في الفصل التمهيدي - إلا في حالة ما إذا أعطى الدستور للمحكمة الصلاحية في رقابة مشاريع القوانين فهنا تكون الرقابة سابقة (وهي حالات قليلة جداً)⁽³⁾ .

كما إن رقابة المحكمة الاتحادية العليا على القوانين تكون رقابة على النص القانوني من الناحيتين الشكلية والموضوعية ، والمقصود بالناحية الشكلية هو مدى التزام السلطة التشريعية وهي تضع القانون بالإجراءات المنصوص عليها في الدستور وبصحة انعقاد الجلسة البرلمانية التي وافق فيها مجلس النواب على مشروع القانون ومدى حيازة مشروع القانون المعروض على التصويت على الأغلبية البرلمانية المطلوبة من عدمه، أو مدى تحقق التوافق بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية) لإصدار القانون المتمثل بالمصادقة على مشروع القانون من قبل السلطة التنفيذية ، وكذلك مدى توفر شروط النشر والإعلام للنص

(1) د. محمد المجنوب / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص 207

(2) ينظر نص المادة الرابعة والأربعين / قانون إدارة الدولة العراقية.

(3) د. عبد الغني بسيوني عبد الله / الانظمة السياسية والقانون الدستوري / الدار الجامعية / بيروت/ 1993 /

القانوني الصادر ، أما الناحية الموضوعية فتبرز في مدى التزام المشرع في القانون العادي بالأحكام الواردة في الدستور، فلا يجوز أن يتضمن القانون نصاً يتعارض وأحكام الدستور أو يناقض إحدى المبادئ التي تضمنها الدستور⁽¹⁾.

والسؤال الذي يثار هنا هو أي القوانين تكون محلاً لرقابة المحكمة الاتحادية العليا ؟ وهل تشمل رقابة المحكمة المعاهدات والقوانين المعدلة للدستور والقوانين العضوية والقوانين الإستثنائية أم لا ؟ وهذا ماسنوضحه في الفقرات التالية:

أ- الرقابة على دستورية المعاهدات :-

من الملاحظ أن الدستور العراقي الدائم قد إشتراط لنفذ المعاهدات والإتفاقيات الدولية المصادقة عليها بقانون يُسن بأغلبية ثلثي أعضاء البرلمان⁽²⁾ ، ومن غير ذلك فإن المعاهدة لا تكون ملزمة للحكومة ولا منتجة لأثرها القانوني ، إضافة لذلك فإن إجراءات سن القانون العادي تكون حاضرة وواجبة الإتباع لإصدار القانون الذي تدخل فيه المعاهدة حيز التنفيذ ، ومن هذه الإتفاقيات على سبيل المثال ، إتفاقية إنسحاب القوات الأمريكية المعروفة بإسم (صوفا) ، حيث لم تدخل هذه المعاهدة حيز النفاذ إلا بعد صدورها بقانون حمل رقم 51 لسنة 2008 وتم نشرها في الجريدة الرسمية لجمهورية العراق ، وعليه فإن المعاهدة بهذه الحالة تكون عبارة عن قانون عادي يمكن خضوعه لرقابة المحكمة الاتحادية ، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة في قرار لها عندما طلب أحد المواطنين إبطال (الإتفاقية العراقية الأمريكية) ، ولكن المحكمة ردت طلب المدعي بحجة أن الإتفاقية وقت رفع الدعوى كانت ما تزال في طور التشريع وغير معمول بها وأنها لم تصبح قانوناً على وفق الإجراءات الدستورية حتى انها لم تنشر بعد في الجريدة الرسمية ، وعليه فإن المدعي قد رفع دعواه قبل أوانها وكان عليه الإنتظار حتى تصير المعاهدة تشريعاً نافذاً⁽³⁾ ، وعليه فإن المحكمة الاتحادية تقرر بجواز الرقابة على دستورية المعاهدات والإتفاقيات الدولية شريطة أن تكتمل إجراءات سنها بقانون وفق ما يقتضيه الدستور من شكلية لإصدار القوانين ، وهذا الإتجاه يتفق مع ما ذهب إليه المشرع الألماني ، حيث أعطى حق الرقابة على دستورية المعاهدات إلى المحكمة الدستورية⁽⁴⁾ ، وأن هذه المعاهدات لا تقر ولا تدخل حيز النفاذ

(1) د . عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص 59-60.

(2) ينظر المادة 61 / رابعاً / الدستور العراقي الدائم.

(3) ينظر قرار للمحكمة الاتحادية العليا بالعدد 44 / اتحادية / 2009 في 2009/2/9.

(4) Tourard, Hélène, internationalisation Des constitutions nationales.

وتكون منتجة لأثرها القانوني - أي ملزمة لكل الأطراف - إلا بعد إقرارها والموافقة عليها من قبل مجلس البندستاج والبندسرات ، وذلك بموجب قانون يشرع لهذا الغرض ويعرف بـ(قانون المعاهدة)⁽¹⁾ ، وبذلك تكون المعاهدة ملزمة لكافة السلطات وخاضعة لرقابة المحكمة الدستورية على مدى دستوريته .

ويلاحظ أن المشرع الدستوري المصري أعطى للمعاهدة قوة القانون ، وذلك بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة⁽²⁾ ، ويلاحظ أن القضاء الدستوري المصري ميز بين نوعين من المعاهدات ، فهناك المعاهدات التي تدخل ضمن نظرية (أعمال السيادة) أو (الأعمال السياسية) ، وهذه المعاهدات تخرج من نطاق الرقابة القضائية للمحكمة الدستورية العليا في مصر ، والنوع الثاني هو المعاهدات العادية والتي تخرج عن إطار مبدأ أعمال السيادة وهذه تكون خاضعة لرقابة القضاء الدستوري المصري⁽³⁾ ، وكل حال فإن المعاهدة لا تصل إلى مرتبة النصوص الدستورية ولا تصلح أن تكون مرجعاً للرقابة الدستورية ، إلا أنها تصلح أن تكون محلاً للرقابة مع ملاحظة أن هذه الرقابة تكون على دستورية المعاهدة من الناحية الموضوعية بعد التثبت من لزوم توفر المتطلبات الشكلية التي يقتضيها الدستور لنفاذ التشريع⁽⁴⁾ . وفي الكويت فإن المشرع الدستوري إشتراط لنفاذ المعاهدة داخل إقليم الدولة ، أن تكتسب هذه المعاهدة صفة القانون الوطني العادي ، وذلك بعد التصديق عليها من قبل السلطة التنفيذية (الأمير) - حصرياً - أو من قبل مجلس الأمة وذلك عندما تكون المعاهدة مرتبة الإلتزامات مالية ودولية على دولة الكويت⁽⁵⁾ ، وعندها يمكن أن تكون المعاهدة محلاً للرقابة الدستورية من قبل المحكمة الدستورية وبشرط أن لا يكون موضوع المعاهدة داخل ضمن مبدأ أعمال السيادة ، فإذا كانت المعاهدة داخلة ضمن أعمال السيادة ، فلا سلطان للقضاء الدستوري في الرقابة على دستوريته ، أما إذا كانت المعاهدة تعتبر من المعاهدات العادية التي تخرج من نطاق أعمال السيادة ، ففي هذه الحالة ستكون خاضعة لرقابة المحكمة الدستورية الكويتية⁽⁶⁾ .

(1) د. أمين عاطف صليبا / دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون / ص 208 .

(2) ينظر نص المادة 151 / الدستور المصري .

(3) د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص 241 .

(4) ينظر د. هشام محمد فوزي / رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر / دار النهضة العربية

/ 2007 / ص 206 .

(5) ينظر نص المادة 70 / الدستور الكويتي .

(6) د. عادل الطباطبائي / المرجع السابق / ص 243 .

أما في لبنان فإن الدستور قد حدد نوعين من المعاهدات ، فهناك المعاهدات التي لا تشترط موافقة البرلمان كشرط لنفاذها ، وإخرى تشترط موافقة البرلمان عليها ، وذلك للأهمية التي تنطوي عليها هذه المعاهدات ، كونها تنطوي على شروط تتعلق بمالية الدولة والمعاهدات التجارية والتي لا يجوز فسخها سنة فسنة⁽¹⁾ ، وعلى هذا الأساس فهناك رأي فقهي تبناه الدكتور محمد رفعت ، يذهب إلى أن المعاهدات التي لا تبرم إلا بعد موافقة مجلس النواب عليها في معاهدات هامة وذات صلة بفكرة السيادة والموافقة عليها تكون على شكل قانون قبل إبرامها ، ومن هنا يكون للمجلس الدستوري الأحقية في بحث دستوريته عند الطعن بالقانون بعد نشره ، ولا خطورة في ذلك لأنه لو كان هناك نص في المعاهدة يخالف الدستور فيمكن لرئيس الدولة أو الحكومة السعي لتعديله مع الطرف الدولي الآخر قبل إبرام المعاهدة ، وبذلك يكون هذا إجراء وقائي للمصالح العام يتفق وإختصاص المجلس الدستوري⁽²⁾.

وهذا الإتجاه موافق مع ماذهب إليه الدكتور زهير شكر، حيث اعتبر المعاهدات التي تدخل الإنتظام القانوني الدولي بعد إجراءات شكلية ، تكون مشابهة لإجراءات نفاذ القوانين العادية، تخضع فيها لسلطة المجلس الدستوري في مراقبتها دستورياً⁽³⁾.

وهناك رأي يذهب إلى منح المجلس الدستوري اللبناني صلاحية رقابة دستورية المعاهدات والإتفاقيات بعد نشرها ، مع الخشية من تأثير إلغاء المجلس الدستوري للمعاهدة على حسن العلاقات بين لبنان والدول الأخرى ، ولمعالجة هذا الخطر يذهب أصحاب هذا الرأي إلى ضرورة عرض المعاهدة قبل إبرامها على المجلس الدستوري حكماً ، وذلك لإتمام المراقبة الدستورية قبل إصدار ونفاذ المعاهدات⁽⁴⁾.

وقبل أن ننهي بحثنا في هذا الموضوع لابد من أن نبين كمبدأ عام أن المبادئ الدستورية عادةً ما تكون مرتبطة بالسياسة الخارجية المتعلقة بإصول إبرام المعاهدات الدولية ، وكذلك علاقتها بالقانون الداخلي إنطلاقاً من كون المعاهدة تشكل جزءاً من النظام القانوني الوطني ويجب عدم الإكتفاء من أن هذه الأصول قد احترمت بل يجب التأكد من أن هذه المعاهدات لا تمس المبادئ الدستورية الأساسية للدولة ، فالقاضي الدستوري يكون في حالة مواجهة بين دوره كحارس للدستور وبين التعبير عن الإرادة السياسية من قبل السلطة السياسية في الدولة ، وعليه

(1) ينظر نص المادة 52 / الدستور اللبناني.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب / رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري في لبنان /

الدار الجامعية / بيروت / 2000 / ص 351 .

(3) د. زهير شكر / الوسيط في القانون الدستوري اللبناني / ص 1109.

(4) ينظر د. محمد المجذوب / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص 506 .

فإن مبدأ الرقابة على دستورية أحكام المعاهدات الدولية قد حسمت وفق نظرية العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي بما فيه الدستور⁽¹⁾.

ب - الرقابة على دستورية القوانين المعدلة للدستور :-

إشترط المشرع العراقي في الدستور الدائم لنفاذ قانون تعديل نص دستوري ، موافقة ثلثي أعضاء البرلمان ، وموافقة الشعب بالإستفتاء العام مع مصادقة رئيس الجمهورية خلال فترة معينة⁽²⁾، ومن خلال هذا نلاحظ أن الدستور اشترط لقانون تعديل الدستور آلية هي أعقد من آلية سن التشريع العادي ، بحيث يكون القانون المعدل للدستور مغايراً للقانون العادي من حيث الشكل، ومن حيث المضمون (الموضوع) ، وعليه يمكن الإستدلال بأن الطعن في دستورية أو عدم دستورية قانون معدل للدستور، لا يدخل في إختصاص المحكمة الاتحادية العليا ، وذلك تماشياً مع القول بأن القوانين المعدلة للدستور تتمتع بالقيمة القانونية ذاتها التي يملكها الدستور، وأن مجلس النواب عند إقراره القوانين الدستورية فإنه يتصرف بإعتباره (سلطة تأسيسية منشأة)⁽³⁾.

وكذلك فإن المشرع الدستوري حدد في المادة 93 أولاً إختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالنظر في دستورية القوانين النافذة ، وإن القانون المعدل للدستور بمجرد نفاذه سيكون جزءاً من الدستور، وبالتالي فإنه لا يمكن إدخاله في إطار نص المادة أعلاه ، وذلك لخروجه عن إطار وصف القانون العادي إلى القانون الدستوري ، والقول خلاف ذلك سيؤدي إلى إلغاء فكرة الدستور الجامد ومبدأ سمو الدستور المستمد منه ، وبالتالي تكون الرقابة الدستورية لغوا لا قيمة لها ، وهذا يتماشى مع ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي الذي أكد رفضه رقابة التعديلات الدستورية في قرار صادر له سنة 1992⁽⁴⁾.

وفي لبنان فإن هناك رأياً يذهب إلى شمول إختصاصات المجلس الدستوري بالرقابة على دستورية القوانين المعدلة للدستور، كون القانون الدستوري يعدل أو يلغي أو يتم أو يستكمل الأحكام المدونة في الدستور، وإن الإختلافات تكمن في طريقة الإقتراح والتصويت والأصول والأكثرية المطلوبة فقط ، ولكنه يبقى قانوناً يعود لرئيس الجمهورية في لبنان حق طلب إعادة النظر فيه ، وخاصة أن الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية في ألمانيا تشمل القوانين العادية

(1) Tourard, Hélène, internationalisation Des constitutions nationales. (1) P255

(2) ينظر نص المادة 126 / ثانياً / الدستور العراقي الدائم.

(3) ينظر د. محمد المجنوب / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص 505.

(4) د. محمد رفعت / رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري اللبناني / ص 350.

والدستورية ، وكذلك فإن أصحاب هذا الرأي يذهبون إلى أن اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي قد ذهب إلى جواز مراقبة القوانين الدستورية⁽¹⁾ ، وهو عكس ماذهب إليه أصحاب الرأي الأول المشار إليه سلفاً .

جـ - الرقابة على القوانين الإستفتاءية :-

عادةً ما تنص الدساتير على وجوب إجراء الإستفتاء الشعبي العام كشرط لنفاذ قوانين معينة تكون ذات أهمية كبيرة ، بحيث لا تدخل هذه القوانين حيز النفاذ إلا بعد نجاح الإستفتاء ، وذلك بموافقة غالبية المصوتين ما لم ينص على غالبية معينة ، وإن القوانين التي لا تنفذ بالإستفتاء تبقى ضمن إطار القوانين العادية على الرغم من إشتراط المشرع خاصة لنفاذها، وطالما هي كذلك فإنه لا مانع من شمولها بالرقابة الدستورية ، فهي قوانين أقل مرتبة من القوانين الدستورية ، وتكون خاضعة لمبدأ سمو الدستور، وهذا الرأي يكون متماشياً مع ما ذهب إليه الفقه المصري من حيث أن الشعب عند إقراره للنص القانوني بإستفتاء عام فإنه يؤدي فيه دور السلطة التشريعية ، ويقوم بوظيفته في إطار القواعد التي حددها الدستور، فإن خرج عنها كان تصرفه مشوباً بعدم الدستورية ، ففي عدم مراقبة دستورية القوانين المقررة بالإستفتاء فسح مجالاً لإنتهاك قواعد الدستورية خاصة في دول العالم الثالث الذي يكون الحكم فيه للسلطة التنفيذية المسيطرة على رأي الشعب⁽²⁾ .

وهو ذات الإتجاه الذي ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا في مصر، حيث اعتبرت في اجتهاد لها أن " الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت في الإستفتاء ، لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التي لا يجوز تعديلها إلا وفقاً للإجراءات الخاصة المنصوص عليها في الدستور⁽³⁾ .

د - الرقابة على القوانين المكملّة للدستور (القوانين العضوية) :-

إن القوانين المكملّة للدستور، هي تلك القوانين التي يحيل إليها الدستور تنظيم حالة معينة ، فيكون هذا القانون كخلق دستوري ، أي أن الدستور يمدد موضعه ويرتب إجراءاته وأهم ما يمتاز به هذا القانون بأنه يتعلق بنص دستوري أي مكمل لأحكام النص الدستوري أو منفذ لها فتشكل القوانين العضوية (المكملّة) صنفاً متميزاً من القوانين ومعرفاً بالدستور، فيكون موضوع هذه

(1) د. محمد المجذوب / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص 505.

(2) د. إبراهيم محمد حسنين / الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء / دار النهضة العربية / القاهرة / ص 106.

(3) د. هشام محمد فوزي / رقابة دستورية القوانين بين مصر وأمريكا / ص 204.

القوانين هو تحديد آلية تنظيم وعمل السلطات العامة ، ويعد الدستور في إطار محدد المواضع المشمولة بهذه القوانين التي تتم المصادقة عليها بإتباع إجراءات دستورية خاصة منصوص عليها دستورياً⁽¹⁾، ولا يكفي لا اعتبار تنظيم قانوني معين مكملاً للدستور أن يصدر أعمالاً لنص في الدستور بل يتعين فوق هذا أن تكون أحكامه مرتبطة بقاعدة كلية مما تنظمها الوثائق الدستورية عادة كتلك المتعلقة بصون إستقلال السلطة القضائية لما يكفل مباشرتها لشؤون العدالة دون تدخل أية جهة⁽²⁾.

وفي العراق فإنه يوجد الكثير من هذه القوانين بالإستناد الى النص الدستوري إذ نجد أن أغلب القضايا الاساسية والهامة في تنظيم هيكل الدولة يحال تنظيمها وتحديد إجراءاتها بموجب نص الدستور إلى قانون يُسن بأغلبية معينة تحدد بالدستور، وكما هو الحال - على سبيل المثال لا الحصر - النص على إنشاء المحكمة الاتحادية العليا وتحديد عدد أعضائها وطريقة إختيارهم وآلية عمل المحكمة ، فقد أحال المشرع الدستوري كل ذلك إلى قانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء البرلمان⁽³⁾.

كما نص الدستور العراقي على منح المحافظات غير المنتظمة بأقليم صلاحيات إدارية ومالية بصورة تمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ إداري معين وترك تنظيم ذلك إلى قانون يسن لاحقاً بأغلبية أعضاء البرلمان⁽⁴⁾ ، وإن هذه القوانين تكون عرضة لرقابة المحكمة الاتحادية العليا فيكون للمحكمة إبطال هذه القوانين إذا ما صدرت مخالفة لأحكام الدستور شكلاً أو موضوعاً ، وهو ما إتجه إليه الرأي - فقهاً وقضاءاً - في مصر حيث إتجه أغلب الفقهاء إلى خضوع هذه القوانين لرقابة المحكمة الدستورية العليا في مصر فلا تعتبر القوانين المكملة للدستور من قبيل القوانين الدستورية ولا تتميز بمرتبة عليا عن القوانين العادية⁽⁵⁾.

2- الرقابة على دستورية الأنظمة النافذة :-

وهذا ما تناولته المادة 93 أولاً من الدستور بشقها الثاني - والذي سبق الإشارة إليها - وقبل الخوض في هذا الإختصاص نود أن نبين أن العراق منذ صدور قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم 75 لسنة 1979 في 10/1/1990 أصبح ضمن طائفة الدول ذات

(1) د. يوسف حاشي / النظرية الدستورية / بيروت/ الطبعة الأولى/ 2009 /ص205

(2) د. هشام محمد فوزي / رقابة دستورية القوانين بين مصر وأمريكا / ص198

(3) نص المادة 92 / ثانياً من الدستور العراقي الدائم

(4) نص المادة 122/ ثانياً من الدستور العراقي الدائم

(5) د. إبراهيم محمد حسنين / الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء / ص101.

د. هشام محمد فوزي / رقابة دستورية القوانين بين مصر وأمريكا / ص200-201

النظام القضائي المزدوج ، فأصبحت هناك جهتان قضائيتان مستقلتان تتولان الفصل في المنازعات أحدهما تتولى الفصل في النزاعات الناشئة في إطار القانون الخاص وهو (القضاء العادي) والآخرى تتولى الفصل في المنازعات الناشئة في إطار القانون العام وهو (القضاء الإداري) ، حيث تم إنشاء محكمة القضاء الإداري والتي أُعطيت صلاحية النظر في صحة (مشروعية) القرار الإداري⁽¹⁾.

ومنذ ذلك التاريخ أخذ القضاء الإداري في العراق بتطبيق رقابة الإلغاء على القرارات التنظيمية أو الأنظمة الإدارية المخالفة لنص الدستور، فالمحكمة الإدارية تبحث في دستورية النظام الإداري عند البحث في مشروعيته لأنها لا تغض الطرف - عادة - عن مبدأ تدرج القواعد القانونية فيه ، بل تقوم بأعمال هذا المبدأ عند الإقتضاء ، فالأنظمة يجب أن تكون متفقة مع أحكام الدستور والقوانين الصادرة عن المشرع من الناحية الشكلية والموضوعية وإلا تكون غير مشروعة ومحلاً للطعن فيها⁽²⁾ ، وعلى هذا الأساس فإن محكمة القضاء الإداري لها الحق في البت بدستورية النظام ، وهذا الإختصاص للمحكمة الإدارية مازال نافذاً حتى يومنا هذا وذلك لعدم إلغاء النص الخاص بها بدلالة المادة 130 من الدستور العراقي والتي اعتبرت التشريعات النافذة قبل نفاذ الدستور معمولاً بها مالم تلغ أو تعدل وفقاً لنص الدستور، وبالعودة الى النص الدستوري فإن هذا النص يثير بعض الإشكاليات في هذا الشأن ، فبناءً على ما تقدم سيكون هناك تعارض وتقاطع في إختصاصات المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة القضاء الإداري فالمحكمتان ستمارسان نفس الإختصاص كونهما يملكان سلطة الرقابة على دستورية الأنظمة⁽³⁾، يضاف إلى ذلك فإن الدستور قد نص على إنشاء (مجلس دولة) كهيئة تتولى وظائف القضاء الإداري⁽⁴⁾ ، أي أن القضايا الخاضعة لأحكام القانون الإداري ستكون من إختصاص مجلس الدولة ، وإذا ما أنشئ هذا المجلس فإننا سنكون أمام تنازع إختصاص لأن الجهتين سيكون لهما نفس الإختصاص فالدستور لم ينص على أن هذا الإختصاص حصراً له على العكس من النص الوارد في قانون إدارة الدولة العراقية الذي حدد إختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالنظر في دستورية النظام

(1) فارس عبد الرحيم حاتم / حدود رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون / رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة بابل 2003م / ص 58.

(2) د. صالح ماهر علاوي / النظام في القانون العراقي مدلوله وطبيعته القانونية ورقابة القضاء عليه / بحث منشور في مجلة العلوم القانونية / جامعة بغداد/ كلية القانون / العدد الأول / 2004 / ص 32.

(3) ينظر د. غازي فيصل مهدي / نصوص دستور جمهورية العراق في الميزان / ص 62-63.

(4) ينظر نص المادة 101 من الدستور العراقي الدائم.

على وجه الحصر⁽¹⁾ ، وبذلك يكون هذا الإختصاص حصراً للمحكمة ولا يجوز لأية جهة سابقة أو لاحقة لقانون إدارة الدولة أن تمارس هذا الإختصاص ، وبذلك يكون قانون إدارة الدولة قد حسم الإختصاص للمحكمة الاتحادية وأنهى أية حالة تنازع مستقبلية وهو المنحى الذي كان على المشرع في الدستور الدائم أن يسلكه كي لا يجانب الصواب ، إضافة إلى هذا كله فإن الطعن بالأنظمة أمام محكمة القضاء الإداري ، يحقق فوائد للمدعي تفوق الفوائد التي يحصل عليها فيما لو طعن - فيها - أمام المحكمة الاتحادية العليا ، وذلك من حيث إجراءات إقامة الدعوى والسير بها أمام المحكمة الإدارية ، إذ تكون أسهل بكثير وأيسر من الإجراءات المتبعة في المحكمة الاتحادية ، يضاف إلى ذلك أن الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري يكون قابلاً للطعن فيه ، أما الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية فيكون حكماً باتاً غير قابل للطعن ، وغيرها من الأمور التي تجعل التقاضي أمام المحكمة الإدارية أكثر نفعاً منها أمام المحكمة الاتحادية⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس فإن البعض يذهب إلى أن إعطاء المحكمة الاتحادية إختصاص النظر في دستورية الأنظمة إتجاه غير صائب ويجب حصر هذا الإختصاص بمحكمة القضاء الإداري حصراً أو بمجلس الدولة - إذا ما تأسس - باعتباره صاحب الإختصاص الأدق⁽³⁾.

ونحن نرى أنه يمكن تجاوز هذا الإشكال بحصر إختصاص المحكمة الاتحادية في مراقبة الدستورية (دستورية الأنظمة) دون المشروعية ، حيث ينشط دور المحكمة في الرقابة عندما يكون مثارا لظن متمثلاً في مخالفة النظام للدستور مباشرة دون أن يمتد ذلك إلى رقابة شرعيته في مواجهة نصوص قانونية عادية (غير دستورية) والتي يجب أن يترك الإختصاص بشأنها للقضاء الإداري ، وذلك إستناداً الى نص المادة 93/ أولاً والتي أتت محددة لإختصاص المحكمة بالرقابة الدستورية (فقط) على القوانين والأنظمة النافذة ، وبذلك فإن أمر مراقبة المشروعية يكون موكول إلى مجلس الدولة المنصوص على إنشائه دستورياً دون أن يكون هناك أي تنازع في الإختصاص .

و يذهب رأي آخر إلى ضرورة خضوع الأنظمة إلى رقابة المحكمة الدستورية ، كون الأنظمة هي عمل من أعمال السلطة ويجب أن تكون متفقة من حيث الشكل والمضمون مع أحكام الدستور والقوانين الصادرة إستناداً لها ، وإلا تكون غير مشروعة وغير دستورية ومحلًا للطعن بها⁽⁴⁾.

(1) ينظر نص المادة أربعة وأربعون / 2 / قانون إدارة الدولة العراقية.

(2) د.غازي فيصل مهدي / المحكمة الاتحادية ودورها في ضمان مبدأ المشروعية / ص 31-32 .

(3) د.غازي فيصل مهدي / نصوص دستور جمهورية العراق في الميزان / ص 66.

(4) د. ماهر صالح علاوي / النظام في القانون العراقي ، مدلوله طبيعته القانونية ورقابة القضاء عليه / ص 33 .

ويلاحظ أن الإتجاه العام في لبنان- فقهاً وقضاءً - يذهب إلى عدم خضوع اللوائح الإدارية سواء كانت لوائح تنفيذية أو لوائح تنظيمية أو لوائح ضبط (بوليس إداري) لرقابة المجلس الدستوري ، وهذا ما نص عليه المشرع اللبناني⁽¹⁾، فاللوائح أو المراسيم اللائحية العادية التي ليس لها قوة القانون لا يمكن الطعن بها إلا أمام مجلس شورى الدولة ، حيث جعل المشرع شرط أن يكون لألوائح قوة القانون شرطاً أساساً لنفاذ ولاية المجلس الدستوري عليها بالرقابة⁽²⁾.

وكذلك فإن المراسيم الإشتراعية التي هي صورة من صور النصوص التي لها قوة القانون والتي هي ثمرة تفويض تشريعي يعطيه مجلس النواب وتتم الموافقة عليها ، تعتبر قرارات إدارية يمكن الطعن بها أمام مجلس الشورى خلال مهلة المراجعة الإدارية - أي خلال شهرين من نشرها- باعتبار أن هذه المراسيم تكون في هذه المرحلة عبارة عن قرارات إدارية يمكن أن تخضع للإبطال ، وذلك لتجاوز حد السلطة وتكون قابلة للحكم بعدم مشروعيتها وحتى بعدم دستوريتها إذا ما أثبت عدم المشروعية أو عدم الدستورية بطريقة الدفع الفرعي⁽³⁾.

وفي الكويت يلاحظ أن المشرع الدستوري قد نص على إختصاص المحكمة الدستورية في النظر بدستورية (اللوائح) بنص عام مطلق دون تقييد⁽⁴⁾ ، وكذلك فإن القضاء الدستوري الكويتي إتجه إلى ذات الإتجاه ، حيث عللت المحكمة الدستورية حكمة التسوية بين القوانين واللوائح في الرقابة الدستورية وإخضاع اللوائح لرقابة المحكمة " بأن رقابة دستورية التشريعات تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه ، باعتبار أن نصوصه تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين إلزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات على أساس من سيادة الدستور وسموه على

(1) ينظر نص المادة 18 / قانون إنشاء المجلس الدستوري اللبناني .

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب / رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري في لبنان / ص348.

الياس جواوي / رقابة دستورية القوانين / منشورات الحلبي الحقوقية/ بيروت / الطبعة الأولى / 2009 / ص113 .

(3) د. محمد المجذوب / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص501 .

د. محمد رفعت عبد الوهاب / دور المجلس الدستوري اللبناني برقابة القانون / بحث منشور في مجلة دراسات قانونية / كلية القانون / الجامعة بيروت/ العدد السابع / يوليو 2001/ ص29.

(4) ينظر نص المادة 173/ دستور دولة الكويت.

سائر القوانين ، وهذه الغاية لا تتحقق إلا إذا امتدت رقابة المحكمة على كافة التشريعات الأصلية منها أو الفرعية كاللوائح ⁽¹⁾ .

وكذلك رقابة المحكمة الدستورية فإنها تمتد لتشمل المراسيم بالقوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية أثناء عطلة البرلمان (مجلس الأمة) أو خلال فترة حله ، إضافة إلى المراسيم بقوانين تصدر إستناداً إلى تفويض ممنوح إلى السلطة التنفيذية من قبل مجلس الأمة ، فإنها تخضع أيضاً لرقابة المحكمة الدستورية لأن هذه المراسيم وكما هو معروف تمر بمرحلتين ، الأولى من تاريخ صدورهما وحتى إقرارها من قبل مجلس الأمة ، وفي هذه المرحلة تعتبر المراسيم مجرد قرارات إدارية خاضعة لرقابة المحكمة الدستورية والرقابة تكون رقابة إلغاء لعدم المشروعية ، أما المرحلة الثانية فتبدأ من تاريخ إقرار مجلس الأمة للمرسوم بقانون ، ويتحول هنا المرسوم من مجرد قرار إداري إلى نص له قوة القانون وهنا تكون رقابة المحكمة عليه رقابة دستورية وليس مشروعية كما في المرحلة الأولى ⁽²⁾ .

أما في مصر فإن هناك إختلافاً في الآراء بين القضاء والتشريع ، حيث يذهب بعض الفقهاء إلى أن لا تمتد رقابة المحكمة الدستورية العليا إلى اللوائح الإدارية (العادية) ما دامت هذه اللوائح في نظر القضاء الإداري قرارات إدارية تخضع لرقابة المشروعية إلغاءً وتعويضاً ، وإن رقابة هذا النوع من اللوائح تعتبر رقابة مشروعية وليس رقابة دستورية ، فإن موضوع الرقابة هنا هو مدى إتفاق اللوائح مع القوانين من عدمه وغالباً ما يثار بشأنها فحص مدى دستوريته وأن عدم الدستورية هنا يكون راجعاً - عادةً - إلى عدم دستورية القانون الصادرة إستناداً إليه أما أن يكون عدم الدستورية راجعاً على اللوائح ذاتها فهو أمر نادر جداً ، ويكفي في هذه الحالة أن تلغى من قبل مجلس الدولة أو يعوض عنها ، إذ إنها في مرتبة أقل من القوانين والقرارات بقوانين ⁽³⁾ .

في حين ذهب رأي آخر إلى جواز أن تنظر المحكمة الدستورية العليا في دستورية اللوائح طالما أن النص ورد صريح وعام فلا مجال للإجتihad في مورد النص ولا سيما عندما يكون الطعن من قبل القضاء الإداري ⁽⁴⁾ .

(1) د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص 62.

(2) د. عادل الطباطبائي / المرجع نفسه / ص 68 .

(3) د. إبراهيم محمد حسنين / الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء / دار النهضة العربية / القاهرة / 2000م / ص 104.

(4) ينظر د. أمينة مصطفى النمر / قوانين المرافعات / منشأة المعارف / الأسكندرية / 1977/ ص 177.

ولكن ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا ومن خلال إجتهااداتها نلاحظ أنها ذهبت الى شمول اللوائح الإدارية برقابتها إضافة للقوانين واللوائح غير العادية معللة ذلك بأن " الدستور هنا هو القانون الأعلى الذي يرسم الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم ويرسم لها وظائفها ... " وكانت مظنة الخروج على أحكامه لا تنحصر في النصوص القانونية التي تقررها السلطة التشريعية بل تتعدها إلى كل قاعدة عامة مجردة أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي انيطت لها بموجب الدستور ، كذلك فإن محل الرقابة القضائية على الدستورية يتمثل في القانون بمعناه الموضوعي الأعم ، محدداً على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة و سواء وردت هذه النصوص في التشريعات الأصلية أو الفرعية⁽¹⁾ ، وهذا يتماشى مع النص الدستوري الذي أعطى المحكمة الدستورية العليا اختصاص الرقابة على دستورية القوانين واللوائح على حد سواء وبصورة عامة دون أي تحديد لتلك اللوائح كما أعطى هذا الحق للمحكمة على وجه الحصر (دون غيرها) من المحاكم.

وإذا كان المشرع العراقي في الدستور الدائم قد أورد الرقابة على (الأنظمة النافذة) بعبارة عامة ومطلقة ، فما هو نطاق هذه الرقابة ؟ وما هي الأنظمة التي تصلح محلاً للرقابة ؟

ومن خلال نص المادة 93 / أولاً من الدستور العراقي الدائم ، نلاحظ أن المشرع قد أتى بعبارة عامة مطلقة عندما نص " الرقابة على دستورية ... والأنظمة النافذة " وهذه العمومية والإطلاق في الصياغة يُستفاد منها أن الرقابة التي تمارسها المحكمة تكون شاملة لكل القرارات الادارية النافذة ، ولكن قد تقوم السلطة التشريعية (البرلمان) بإصدار أنظمة لتسيير أعمالها وتنظيم دورها ، فهل تدخل هذه الأنظمة في نطاق رقابة المحكمة أم لا ؟ .

وللإجابة عن هذا التساؤل، يجب أن نبين المقصود بالأعمال البرلمانية وتعريفها ، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أنها جميع الأعمال القانونية والمادية التي تصدر عن البرلمان أو عن هيئاتها أو أعضائها في أداء وظائفهم عدا تلك التي تصدر بصورة قانون ، وطبقاً لذلك فإن الأعمال البرلمانية تشمل جميع القرارات والأعمال الصادرة من البرلمان في علاقته بالسلطة التنفيذية كالسؤال والإستجواب وإجراء التحقيق وطرح الثقة والقرارات الصادرة من البرلمان في شأن أعضائه كالفصل في صحة نيابة الأعضاء وإسقاط العضوية عنهم ورفع الحصانة البرلمانية وغيرها ، وهذه كلها لا تختلف عن القرارات الإدارية التنظيمية التي تصدرها السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية في شأن العاملين بهما ، ومن ثم تعد من الأعمال الإدارية ويؤكد

(1) د. هشام محمد فوزي / رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر / ص 212-213.

عدم إضفاء وصف القانون عليها أنها لا تصدر وفقاً للشكل والإجراءات المنصوص عليها بالدستور⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس فإن هذه الأعمال تكون خاضعة لرقابة المحكمة الاتحادية العليا في العراق، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية، حيث قضت في دعوى تقدم بها أحد النواب في البرلمان طالبا الطعن بعدم دستورية قرار صادر عن المجلس يقضي بسحب الحصانة البرلمانية عنه ومنعه من حضور جلسات المجلس وبالطلب باشرت المحكمة بالدعوى وقضت بعدم دستورية القرار الصادر عن مجلس النواب وذلك إستناداً لنص المادة (93 / ثالثاً) حيث اعتبرت المحكمة قرار (سحب الحصانة) قراراً إدارياً صادراً عن إحدى سلطات الدولة ويدخل ضمن إختصاصاتها المنصوص عليها دستورياً⁽²⁾.

ثانياً :- الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية :-

أنط الدستور الدائم هذا الإختصاص بالمحكمة الاتحادية بموجب نص المادة 93/ ثالثاً، فأمرى هذا الإختصاص إختصاصاً جديداً على عمل المحكمة الاتحادية، حيث لم تعهده هيئة المحكمة خلال عملها بموجب نص قانون إدارة الدولة العراقية فلم ينص عليه لا من قريب ولا من بعيد، ومن الملاحظ على نص المادة 93/ ثالثاً أن المشرع هدف إلى التوسع في إختصاصات المحكمة بشكل يعطي المحكمة دوراً يخرج عن كونها محكمة عليا تختص بنظر القضايا المصيرية والمهمة في حياة الدولة والشعب وتصدر قراراتها بدرجة أخيرة غير قابلة للطعن، فالمشرع الدستوري لم يوفق في إناطته الإختصاص المذكور للمحكمة كون ذلك سيؤدي إلى تداخل مع إختصاصات محاكم الدرجة الأولى في القضائين العادي والإداري، فإذا نشأ نزاع ناتج عن تطبيق قانون إتحادي فإن ولاية القضاء العادي قادرة على إستيعابه وذلك من خلال العودة الى نصوص القوانين الخاصة والمبادئ القضائية العامة، أما إذا كانت المنازعة ناشئة عن تطبيق قوانين أو قرارات إدارية إتحادية، فإن الإختصاص بالنظر فيها معقود لمحكمة القضاء الإداري، وعليه فإنه ليس من مسوغ على الإطلاق لأن تتولى المحكمة الاتحادية العليا النظر في مثل هكذا منازعات لأن ذلك سيؤدي إلى تحويلها إلى محكمة اتحادية دنيا تتساوى مع محاكم الدرجة

(1)د. هشام محمد فوزي / رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر / ص13.

(2) ينظر القرار 34 / إتحادية / 2008 في 2008/11/24 / منشورة في الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية

الأولى في القضائين العادي والإداري وهذا ما لم يقصده الدستور، فالمحكمة العليا يجب أن تتفرغ للمنازعات الهامة لا أن تنزل إلى مستوى محاكم الدرجة الأولى فتزاحمها في إختصاصها⁽¹⁾ يضاف إلى ذلك أن النص أعلاه جاء متهاكاً في صياغته ، فقد وردت عبارة (القرارات والأنظمة والتعليمات) في حين أنها جميعاً تعد قرارات إدارية ، فالقرار الإداري يعد تعبيراً باتاً عن الإرادة المنفردة لجهة الإدارة إذ يصدر بقصد إحداث آثار قانونية ، وهو أما قرار إداري فردي يكون مخاطباً لشخص أو مجموعة أشخاص بذواتهم أو قرار إداري تنظيمي وذلك عندما يحتوي على قواعد عامة مجردة تنطبق على الأشخاص بصفاتهم ، وهذه القرارات الإدارية التنظيمية أما أن تكون تنفيذية (أي تصدر لأجل تسهيل تنفيذ قانون معين) أو تنظيمية (أي تنظم عمل ونشاط مرفق عام) أو لأغراض البوليس الإداري فهي كلها تعتبر بالأصل قرارات إدارية⁽²⁾ ، وعليه فقد كان بإمكان الدستور أن يستعمل عبارة (القرارات الإدارية) بدلاً من تعداد بعض أنواعها ، وكذلك فإن ذكر عبارة (...والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية ...) فإنها جاءت في غير مكانها لأن الإجراءات هي بالأساس أعمال تحضيرية تسبق إصدار القرار الإداري، أي أنها أعمال مادية وليست أعمالاً قانونية منتجة لآثار قانونية وبالتالي لا يمكن الطعن به أمام القضاء استقلالاً دون القرار الإداري لأن الإجراءات الإدارية يعد مقدمة لصدور القرار الإداري وهو بذاته لا يمكن أن يكون قد أثر على المراكز القانونية وبالتالي فإنه كان الأجدر بالمشرع أن يكتفي بذكر عبارة القرار الإداري دون التطرق للإجراءات⁽³⁾.

كما يلاحظ أن المشرع قد نص في ذيل المادة نفسها على (كفالة القانون لحق مجلس الوزراء والإفراد ذوي الشأن في المراجعة المباشرة للطعن لدى المحكمة) ، أي أن المفهوم من هذا النص أن المحكمة تنظر في هذه المنازعات بدرجة أولى وليس أخيرة وهذا ما يجعل من المحكمة الاتحادية العليا محكمة إتحادية عادية أو دنيا ، فالمشرع الدستوري بهذا النص أغرق المحكمة في إختصاصات تخرجها من الإطار الذي حُدد لها بالدستور والغاية التي أنشئ من أجلها باعتبارها حامية للدستور وحافطة للنظام السياسي الديمقراطي في الدولة ، ومن الملفت للنظر أن المحكمة الاتحادية العليا كانت تأخذ بهذا الإتجاه في بادئ الأمر إذ ردت في قرار صادر لها دعوى تعلقت بإلغاء كتاب صادر من مجلس الوزراء بإعتباره قراراً إدارياً بحتاً والجهة

(1) د. غازي فيصل مهدي / نصوص جمهورية العراق في الميزان / ص 69-70.

(2) د. ماهر صالح علاوي / النظام في القانون العراقي ، مدلوله طبيعته القانونية ورقابة القضاء عليه / ص 54.

(3) د. غازي فيصل مهدي / المحكمة الاتحادية ودورها في ضمان مبدأ المشروعية / ص 35.

المختصة به هي محكمة القضاء الإداري⁽¹⁾ ، في حين نجد أنها أخذت بهذا الاختصاص في الوقت الحالي ، حيث نظرت في دعوى تقدم بها أحد أعضاء البرلمان طالباً فيها البت بدستورية إجراء متخذ من قبل مجلس النواب ، وذلك أثناء عملية إنتخاب رئيس جديد للمجلس⁽²⁾ .

ومن خلال الإطلاع على النصوص الدستورية الخاصة بتحديد إختصاصات المحكمة الدستورية في مصر والكويت والمجلس الدستوري في لبنان أو المحكمة الاتحادية العليا في أمريكا فإننا لا نجد نصاً مشابهاً لهذا النص في الدستور العراقي ، وحتى المشرع الألماني في دستور 1949م لم يحدد للمحكمة الدستورية الاتحادية هكذا اختصاص على الرغم من أن المشرع الألماني أعطى المحكمة إختصاصات واسعة جداً ، ما يدل على عدم التوفيق الذي أصاب المشرع العراقي عند نصه على هذا الإختصاص للمحكمة الاتحادية .

ثالثاً :- الفصل في تنازع الإختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم وكذلك الفصل في تنازع الإختصاص فيما بين الهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم .

نص الدستور العراقي الدائم على هذا الإختصاص في نص المادة 93/ثامناً ، ومن الملاحظ من هذا النص أن إناطة إختصاص الفصل في تنازع الإختصاص القضائي بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم بالمحكمة الاتحادية العليا أتجاه جيد ومستساغ دستورياً ، كون أن أحد الوظائف الرئيسة للمحكمة العليا في الإنظمة الفدرالية هي مراقبة توزيع الصلاحيات والإختصاصات بين سلطات الإتحاد وسلطات الأقاليم وعلى مستوى السلطات الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية) ، وعلى هذا الأساس يكون هذا الإختصاص مطابقاً لعمل المحكمة الاتحادية العليا .

ولكن إناطة الفصل في تنازع الإختصاص القضائي بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية في المحافظات غير المنتظمة بإقليم بالمحكمة الاتحادية أمرٌ غير مستساغ ومرفوض ، لأن الهيئات القضائية في المحافظات غير المنتظمة بإقليم تتبع القضاء الاتحادي وتكون جزءاً من السلطة القضائية الاتحادية وخاضعة لسلطان مجلس القضاء الأعلى وقراراتها تكون خاضعة

(1) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد 17/ إتحادية /2006 في 2007/2/20 منشور على موقع المحكمة الإلكتروني

(2) ينظر قرار المحكمة الاتحادية بالرقم 12/ إتحادية /2009 في 2009/3/1 ، منشور على موقع المحكمة الإلكتروني

لإشراف محكمة التمييز الاتحادية العراقية⁽¹⁾، ومن ضمنها قرار عدم الإختصاص ونقل الدعوى لذات السبب⁽²⁾.

و بموجب هذا النص الدستوري يعتبر إختصاص النظر في تنازع الإختصاص القضائي بين الهيئات القضائية في المحافظات غير المنتظمة باقليم من صلاحية المحكمة الاتحادية العليا دون محكمة التمييز الاتحادية ، وذلك إستناداً لمفهوم المخالفة المستنبط من نص المادة 130 من الدستور الدائم والتي تبقي على التشريعات المعمول بها وقت سن الدستور نافذة ، مالم تلغ أو تعدل وفقاً لأحكام الدستور، فالنص على هذا الإختصاص ضمن إختصاصات المحكمة الاتحادية العليا يحمل في طياته دلالة على تعديل ضمني لنص المادة 79 من قانون المرافعات المدنية العراقي - المشار إليه سلفاً ، ولكن في هذا- وحسب ما يذهب اليه البعض - توسع في إختصاص لا مبرر له ما يؤدي في نهاية الأمر إلى إبتعاد المحكمة عن تحقيق غاياتها الدستورية المتوخاة من إنشائها⁽³⁾.

ومن الملاحظ أن المشرع الدستوري العراقي قد أورد هذا الإختصاص على غير السياق العام في الدساتير العالمية ، حيث لم نجد هكذا إختصاص في النصوص المتعلقة باختصاص المحاكم الدستورية كالمحكمة الدستورية الكويتية ، أو المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية ، أو المحكمة العليا الأمريكية ، ولا في إختصاص المجلس الدستوري اللبناني ، أما في الدستور المصري فلم ينص على هذا الإختصاص للمحكمة الدستورية العليا ، ولكن قانون المحكمة ضمن لها هذا الإختصاص إذا ما رفعت دعوى واحدة أمام جهتين وعن موضوع واحد ، وكذلك إذا قام تنازع إختصاص بشأن تنفيذ حكمين نهائيين⁽⁴⁾.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الدستوري العراقي في قانون إدارة الدولة العراقية لم يمنح المحكمة هذا الإختصاص ، ما يعني أن المشرع في الدستور قد أتى بإختصاص جديد وحديث للمحكمة لم تعهده من قبل .

(1) ينظر نص المادة 90 / الدستور العراقي الدائم.

(2) ينظر نص المادة 79 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل.

(3) د. غازي فيصل مهدي / المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية / ص 42 .

(4) ينظر نص المادة 25 / ثانياً وثالثاً / قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر .

المبحث الثاني

الإختصاصات (القضائية - السياسية)

وهي الإختصاصات التي تبرز عندما تكون المنازعات المعروضة أمام هيئة المحكمة ذات طبيعة سياسية أكثر من أن تكون قضائية ، أي انها تتمتع بأبعاد سياسية هامة ، إضافة لتمتعها بالطبيعة القضائية كونها تنشأ بين طرفين متنازعين و متداعيين أمام هيئة قضائية وموضوع الدعوى يكون موضوعاً دستورياً أو سياسياً ، كما أنه في بعض الحالات قد لا تكون هناك أطراف متداعية ومتخاصمة كما هو الحال في تفسير نصوص الدستور أو المصادقة على نتائج الانتخابات البرلمانية وغيرها ، وحسب نص المادة 93 من الدستور الدائم يمكن تحديد الإختصاصات القضائية _ السياسية للمحكمة الاتحادية العليا بالآتي :-

أولاً :- تفسير نصوص الدستور :

أعطى الدستور العراقي الدائم ومن خلال نص المادة 93/ ثانياً للمحكمة الاتحادية الحق في تفسير نصوص الدستور ، وهذا الإختصاص يعتبر من أهم وأخطر الإختصاصات التي يمكن أن تعطى للمحكمة الدستورية ، إذ يذهب البعض إلى أنه وتحت ستار تفسير النصوص الدستورية يمكن أن يحل القاضي الدستوري إرادته محل إرادة السلطة التأسيسية ، وذلك من خلال إعطاء النصوص الدستورية معان أخرى لم تقصدها هذه السلطة عند وضعها للدستور ، ويمكن من خلال ستار التفسير أن يخلق القاضي الدستوري قواعد دستورية جديدة تماماً لم يتطرق إليها المشرع الدستوري عند وضعه للدستور⁽¹⁾.

ولهذه الأسباب يرى بعض الفقهاء المصريين أن في عدم إعطاء المحكمة الدستورية العليا حق تفسير نصوص الدستور هو إجراء سليم وتطبيق يصب في مصلحة الدستور ، كون هذا الدستور تتم الموافقة عليه بواسطة الإستفتاء العام من قبل الشعب وتعديله يكون بإسلوب معقد ، وأن إعطاء المحكمة الحق في تفسيره يكون مسوغاً لتضمين أحكام مكملة أو معدلة لنصوصه في

(1) د . عادل الطباطبائي / الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية / مجلس النشر العلمي- جامعة

الكويت/2000 / ص336.

مكي ناجي / المحكمة الاتحادية العليا / ص83 .

ضوء ما تنتهي إليه المحكمة من آراء حول نصوصه ولا يملك حق التعديل إلا الشعب وبالطرق المرسومة له دستورياً⁽¹⁾.

وإذا كان الدستور الدائم قد نص على إختصاص المحكمة الاتحادية بتفسير نصوص الدستور فإن قانون إدارة الدولة العراقية لم ينص على هذا الإختصاص ، وعليه فإن هذا الاختصاص يعد من الإختصاصات الجديدة التي انفرد الدستور الدائم بها ، وإن كان البعض يعلل عدم ذكر هذا الإختصاص في قانون إدارة الدولة بأن هذا الاختصاص يكون موجودا بصورة واقعية وعملية وذلك من خلال عمل المحكمة ، حيث تقوم المحكمة بتقديم تفسيرات للدستور من خلال الرقابة على دستورية القوانين والفصل في القضايا التي تنشأ بين السلطات الاتحادية وبين سلطات الأقاليم جراء تطبيق القوانين والقرارات والأنظمة ، ففي ممارسة هذه الإختصاصات وغيرها تلجأ المحكمة إلى تفسير الدستور إذا تطلب ذلك حسم القضية ، وعلى هذا الأساس يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى اعتبار تحديد إختصاص المحكمة بالتفسير بشكل مستقل فيه نوع من التوسع غير المحبب⁽²⁾.

ومن الملاحظ إن النص على هذا الإختصاص للمحكمة العليا ، وعدم ذكره على سبيل الحصر في الدستور قد يثير إشكاليات دستورية متمثلة في كون مبدأ سمو الدستور وإلزاميته يفرض على المحاكم جميعها قبل غيرها التقيد بمضمونه ، ومن مقتضيات هذا التقيد هو فهم نصوصه وإيضاحها لكي يمكن الإلتزام بأحكامه خاصة إذا ما كانت الدعوى المنظورة أمامها تدور حول نصوص قانونية مرتبطة أو مستندة إلى أساس دستوري أو كان الدستور موضحا للنصوص القانونية أو بمضمونها ، فمن غير المعقول إلزام المحاكم بالخضوع للدستور والإلتزام به وفي نفس الوقت تُمنع من الوصول إلى فهمه أو تفسيره ، لأن ذلك يؤدي إلى خرق الدستور بحجة عدم اختصاص المحاكم بتفسيره ، ولكن إذا أعطيت محكمة الموضوع (المحاكم العادية) حق التفسير ، فهنا سنكون أمام حالة تعارض وتضارب في تفسير النص الدستوري ، لأن محكمة الموضوع إذا ما رأت أن النص التشريعي موافق للدستور وغير معارض له بعد تفسير النص الدستوري والنص التشريعي فإنها ستسير بالدعوى بناءً على رأيها التفسيري ، حيث أنها لا تحرك الدعوى الدستورية أمام المحكمة العليا وبذلك نكون أمام تفسيرات دستورية مختلفة ومتضاربة - في بعض الأحيان - مما يؤثر في تطبيق الدستور وتحقيق غاياته ، ولمعالجة هذه

(1) ينظر عبد الحميد الشواربي و عز الدين الديناصوري / الدعوى الدستورية / منشأة المعارف / الإسكندرية /

2001/ ص37.

(2) د. علي الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور / ص127-128.

الحالة فإننا نرى أن حصر هذا الاختصاص في جهة المحكمة العليا هو الأفضل مسلكاً والأحسن سبيلاً لضمان قيام المحكمة بدورها في حماية الدستور وضمان حسن تطبيقه .

ويلاحظ كذلك على نص الدستور الدائم أنه أعطى المحكمة حق تفسيره ولم يحدد الحالات التي تمارس فيه المحكمة هذا الاختصاص أو الجهات التي لها أن تقدم طلبات التفسير، فكون هذا الاختصاص على درجة من الأهمية والخطورة - كما أوضحنا سلفاً - فإنه يجب على المشرع الدستوري أن يحدد ذلك في متن الدستور، و كما فعل المشرع الألماني عندما ألزم المحكمة الدستورية الاتحادية النظر في تفسير القانون الأساسي الألماني في حالة الخلاف بين أرفع الهيئات الاتحادية حول حدود الحقوق والواجبات الدستورية الخاصة بها ، أو في حالة الخلاف أو الخاصة بجهات معينة أخرى كانت قد إنيطت بها هذه الحقوق تبعاً لذات الدستور ، وكذلك في حالة الطلب الموجه من إحدى هيئات الرئاسة الاتحادية والمتضمن تفسير نص دستوري معين^{(1)(*)} .

ومن الجدير بالذكر أن تحديد الاختصاص بالتفسير في متن الدستور وبصورة مستقلة عن أي اختصاص آخر من شأنه أن يمنح القاضي الدستوري صلاحية تفسير نصوص الدستور مباشرة من دون أن يكون ذلك في إطار الطعن بعدم الدستورية ، فإذا أراد القاضي الطعن بدستورية نص قانوني فإنه سيضطر إلى تفسير النص الدستوري ونص القانون المطعون به توصلًا منه لبيان مدى اتفاقه أو إختلافه مع نص الدستور، فالتفسير هنا يكون في هذه الحالة بصدد نزاع قضائي بين نصين قانونيين ، في حين نجد أن الأمر يكون على خلاف ذلك بالنسبة للإختصاص بتفسير النصوص الدستورية إذ لا يشترط دائماً أن يكون طلب التفسير بمثابة نزاع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وإنما يمكن أن يكون طلب التفسير بمثابة رغبة إحدى السلطات العامة بتطبيق الحكم الدستوري التطبيق الصحيح والسليم ولكنه ثار لديها شك في المعنى الذي يتحمله هذا النص، فأرادت تبيان رأي المحكمة المختصة بذلك⁽²⁾ .

وهذا ما كان عليه الواقع العملي بالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا ، فهناك عدة آراء تفسيرية صدرت من المحكمة بناءً على طلب جهات رسمية ، وكانت الغاية منها هو تبيان المقصود من

(1) ينظر نص المادة 93 / 1 / الدستور الألماني الحالي .

(*) الجدير بالذكر أن النص الألماني قد جعل تكوين المحكمة الدستورية الاتحادية من غرفتين تختص الأولى بالنظر في تفسير نصوص الدستور والثانية في رقابة دستورية القوانين ومراقبة مدى التزام السلطات الاتحادية بتطبيق الدستور وعدم مخالفة مبادئه ، وإن هذه الاختصاصات بأجمعها تأتي في إطار التعبير عن الديمقراطية المقاتلة حيث تكون المحكمة الدستورية وسيلة لحفظ التوازن السياسي بين أجهزة الدول المختلفة.

ينظر د. محمد طي / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص 323 .

(2) د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص 95 .

هذه النصوص دستورياً وذلك رغبة في تطبيقها ودون وجود أي نزاع قضائي بشأنها ، ومن هذه القرارات الرأي التفسيري الصادر عن المحكمة الاتحادية ، والذي كان بناءً على طلب تقدمت به الدائرة البرلمانية في مجلس النواب ، طالبة فيه بيان الرأي حو المادة 115 والمادة 106 من الدستور وتفسيرها حسب مبادئ الدستور⁽¹⁾ ، وكذلك الرأي الصادر من المحكمة الاتحادية بشأن الطلب المقدم مجلس محافظة النجف الأشرف والذي يطلب فيه بيان مدى تمتع مجلس المحافظة بالشخصية المعنوية على ضوء المواد 112، 115، 122 من الدستور لتسهيل عمل المجلس بالصورة الدستورية الصحيحة⁽²⁾ ، ونفس الحال بالنسبة للرأي التفسيري الصادر من المحكمة الاتحادية ، والمتضمن تفسير المواد 118 والخاص بتكوين الأقاليم لبيان مدى الأولوية في تنفيذها ، وكذلك المادة 142 الخاصة بتشكيل لجنة خاصة من أعضاء البرلمان لتقديم توصيات لازمة لتعديل الدستور وذلك بناءً على طلب مقدم من مجلس النواب مكتب الرئيس⁽³⁾ ، ومن الملاحظ كذلك من خلال الآراء التفسيرية أعلاه ، أنها مقدمة من قبل جهات رسمية تمثل السلطات الاتحادية أو سلطات المحافظات أو الأقاليم .

يستخلص من هذا أن الجهات التي لها حق تقديم طلب التفسير هي الجهات الرسمية فقط دون الجهات الأخرى وهذا هو عين الصواب ، إذ نأمل من المشرع لقانون المحكمة الاتحادية الجديد أن يحصر طلب التفسير بالجهات العليا في السلطات الاتحادية وسلطات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم ، لأن في ذلك ضمان للجدية في الطلب وتأکید على تحقيق المصلحة العامة في تفسير النص. مما سينتج عن ذلك من وحدة في التطبيق وإستقرار للمراكز القانونية، وهو ذات الإتجاه الذي إتجه إليه المشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية العليا عندما حصر حق تقديم طلب التفسير للقانون العادي برئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس الشعب والمجلس الأعلى للهيئات القضائية لما يحققه ذلك من مصلحة عامة⁽⁴⁾ . ومن الملاحظ أن المشرع المصري قد حذا حذو المشرع الدستوري الألماني عندما اشترط لإختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير نص تشريعي عادي أن يكون النص المطلوب

(1) ينظر الرأي التفسيري / العدد 13/إتحادية / 2007 في 2007/7/16 / منشور على موقع المحكمة الإلكتروني.

(2) ينظر الرأي التفسيري / العدد 30/ إتحادية / 2008 في 2008/9/15 / منشور على موقع المحكمة الإلكتروني.

(3) ينظر الرأي التفسيري / العدد 228 /إتحادية/ 2006 في 2006/9/28 / منشور على موقع المحكمة الإلكتروني .

(4) د. حميد الشواربي وعز الدين الدناصوري / الدعوى الدستورية / ص38.

تفسيره قد أثار خلافاً في التطبيق ، أي أن هناك أحكاماً متضاربة قد صدرت بشأنه ترتب عليها آثار يكون لها من الأهمية في حياة المواطنين العامة ما يقتضي توحيد تفسيرها حسماً للمنازعات القضائية وعملاً لاستقرار المراكز القانونية تخفيفاً للعبء الملقى على عاتق القضاء وتيسيراً لضمان حقوق المتقاضين⁽¹⁾ .

وقبل أن نختم حديثنا عن تفسير نصوص الدستور، نود أن نذكر أن المجلس الدستوري في لبنان وبموجب وثيقة الطائف التي نصت على إنشائه ، كان من إختصاصاته تفسير نصوص الدستور، وأن هذا الإختصاص قد أعطى للمجلس الدستوري في إطار تطوير ودعم الدور القضائي في لبنان كجزء من الإصلاحات العامة التي يجب إحداثها لإنقاذ لبنان من أزمتته⁽²⁾، إلا أن المشرع الدستوري قام بإسقاط هذا الإختصاص على أثر تعديل الدستور بعد إقرار وثيقة الوثائق الوطني. وبالتالي لم يعد للمجلس الدستوري الحق بتفسير نصوص الدستور وحصر مهامه بالرقابة على دستورية القوانين والبت في الطعون الانتخابية⁽³⁾.

ويذهب الدكتور عمر حوري في تعليل إسقاط هذا الإختصاص عن المجلس الدستوري بقوله "إننا نرى أن هذا الأمر يرتبط برؤية المشرع تجاه المجلس الدستوري وعدم رغبته بإعطائه صلاحيات كثيرة ، ما سيعني منحه دوراً أكبر في الحياة السياسية اللبنانية ، فقد كان أهل السياسة والفقه تاريخياً رافضين لفكرة الرقابة على دستورية القوانين عموماً والقضاء الدستوري خصوصاً ، وعليه تكون محاولات تحديد دور المجلس الدستوري والتقليل من إختصاصاته نتيجة طبيعية لهذه الأفكار⁽⁴⁾ .

ثانياً :- الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية ، وكذلك الفصل في المنازعات التي تحصل فيما بين حكومات الأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة بإقليم^(*)

لقد منح الدستور المحكمة الاتحادية صلاحية الفصل في المنازعات الناشئة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة بإقليم ، وكذلك المنازعات الناشئة بين الأقاليم أو

(1) فايز اللساوي وأشرف اللساوي / المحكمة الدستورية العليا / ص38.

(2) د. أحمد سعيقان / الأنظمة السياسية والمبادئ الدستورية العامة / ص551.

نهاد حشيشو / الحياة الدستورية في لبنان / ص110 .

(3) د. عصام سليمان / الجمهورية الثانية بين النصوص والممارسة / بيروت/ الطبعة الأولى / 1998 / ص264.

(4) د. عمر حوري / القانون الدستوري / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / 2009 / ص274

(*) نود الإشارة إلى أن هذا العنوان شامل لإختصاصين حسب نص الدستور م 93/رابعاً وخامساً ولتشابه هذين الإختصاصين فقد إرتأينا جمعهما تحت عنوان واحد .

المحافظات غير المنتظمة بإقليم فيما بينها بموجب نص المادة 93/رابعاً وخامساً ولكن هذين النصين الدستوريين يحملان في طياتهما إشكاليات جمة تتمثل في إعطاء المحكمة حق النظر في المنازعات الناشئة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم والحكومة الاتحادية والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية على حد سواء .

وقبل الدخول في جوهر هذه الإشكالية ، نود أن نوضح أولاً أن الدستور العراقي الدائم قد جاء بتركيبة جديدة للدولة العراقية ، فبعد أن كانت الدولة العراقية ومنذ تأسيسها سنة 1921 وإنشاق أول دستور فيها (القانون الأساسي لسنة 1925) دولة بسيطة حسب مفهوم القانون الدولي ، فإنها ظلت كذلك حتى صدور قانون ادارة الدولة العراقية 2004, وبمقتضاه تحول العراق من دولة بسيطة إلى دولة مركبة حيث نص على أن (نظام الحكم في العراق جمهوري ، اتحادي ، ...)⁽¹⁾ وتؤكد ذلك في الدستور الدائم حيث نص على (جمهورية العراق دولة اتحادية)⁽²⁾ ولكن عندما نص المشرع الدستوري على أن العراق إتحادي فإنه لم يقيم باعتماد النظام الفدرالي بصورة مطلقة كاسلوب لإدارة الدولة , بل جمع معه نظام اللامركزية الإدارية كإسلوب لإدارة الدولة فأصبح العراق وبمقتضى ذلك متبنياً للنظام الفدرالي ونظام اللامركزية الإدارية في الوقت نفسه⁽³⁾ , وهو أسلوب غير معتمد ولا مألوف في دساتير الدول الاتحادية فالمزاوجة بين النظامين تثير تساؤلات عدة حول صوابية هذا الأسلوب ومدى ملائمته للواقع الاجتماعي والسياسي للعراق ، خاصة أن لكل نظام سننا تسالم عليها سلفاً وخلفاً⁽⁴⁾ .

و بالعودة الى جوهر الموضوع فإنه إذا كان طبيعياً أن تنظر المحكمة الاتحادية في المنازعات الناشئة بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم ، فإنه ليس كذلك في المنازعات الحاصلة بين الحكومة الاتحادية والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية كون الأخيرة تعمل وفقاً لمبدأ اللامركزية الإدارية باعتبارها لم تنتظم بإقليم و حسب نص الدستور⁽⁵⁾ ، وعلى هذا الأساس فالمنازعات التي تنشأ بين الحكومة المركزية والمجالس المحلية التي تعمل على وفق مبدأ اللامركزية الإدارية تختص بها جهات القضاء العادي والإداري ، وعليه فإنه لا مسوغ لشغل

(1) ينظر نص المادة الرابعة / قانون ادارة الدولة العراقية.

(2) ينظر نص المادة 1 / الدستور العراقي الدائم.

(3) ينظر نص المادة 116 / الدستور العراقي الدائم.

(4) د. غازي فيصل مهدي / نظاما الفدرالية واللامركزية الإدارية في دستور جمهورية العراق 2005 / بحث

منشور في مجلة التشريع والقضاء / بغداد/ العدد الأول / 2009 / ص 18 .

(5) ينظر نص المادة 122 / الدستور العراقي الدائم.

المحكمة الاتحادية العليا بها فإن في هذا توسع في الإختصاص غير مستساغ⁽¹⁾، لذا فإن منح هذا الإختصاص للمحكمة الاتحادية سيولد تداخلا في الإختصاص بينها وبين محكمة القضاء الإداري خاصة إذا ما كان موضوع النزاع الناشئ بين الحكومة الاتحادية والمحافظات أو الإدارة المحلية هو قرار إداري يدخل في ولاية محكمة القضاء الإداري ، ولعل الخطأ ذاته نجده في قانون إدارة الدولة العراقية ، حيث نص في إختصاص المحكمة الاتحادية العليا بصلاحياتها في النظر في الدعاوى الناشئة بين الحكومة العراقية الإنتقالية وحكومات الأقاليم وإدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية⁽²⁾ ، لذلك نجد أن المشرع الدستوري العراقي قد كرر الخطأ ذاته مرتين ، مرة في قانون إدارة الدولة ومرة أخرى في الدستور الدائم من دون أن يكون هناك أي إتفات من قبله لتصحيح ذلك الخطأ، وعليه فإننا نرجو من لجنة تعديل الدستور ملاحظة ذلك وشموله بالتعديل للخروج من هذا المطب الدستوري .

وبالعودة لاختصاص المحكمة في النظر في المنازعات الناشئة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم، فإن هذا الإختصاص مقبول وجيد ، فمن خلال ذلك تستطيع المحكمة أن تمارس دورها الدستوري باعتبارها حامية للنظام الديمقراطي في الدولة ومنظمة للتوازن السياسي بين الأقاليم والحكومة الاتحادية لممارسة الحقوق الدستورية ، وكذلك ضامنة لإحترام توازن الإختصاصات المنصوص عليها دستورياً بين الدولة الاتحادية والأقاليم ، وهو ما نص عليه الدستور الألماني عندما منح المحكمة الدستورية الاتحادية صلاحية مراقبة الإتحاد⁽³⁾ ، وذلك في حال وقوع خلاف بين الدولة الاتحادية والدول الأعضاء عندما يحق لكلا الطرفين التقدم بطلب للمحكمة للنظر في النزاع ، وكذلك إذا كان موضوع الخلاف يتعلق بعلاقات السلطات الاتحادية العامة فإن للمحكمة الفصل في ذلك بعد تقديم شكوى من أحد الأطراف⁽⁴⁾ ، وهذا كله يأتي في إطار تطبيق مايعرف بـ(الديمقراطية المقاتلة) التي هي ردة فعل للدكتاتوريات السابقة ، وكذلك نلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا قد منحت صلاحية النظر في الخلافات الحاصلة بين الولايات الأعضاء في الإتحاد الأمريكي والعمل على احترام التوزيع الدستوري للصلاحيات بين حكومة الإتحاد وحكومات الولايات الأعضاء ، وهذا الإختصاص لم ينص عليه الدستور الأمريكي

(1) د. فيصل غازي مهدي / المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية / ص37-38.

(2) ينظر نص المادة الرابعة والأربعين / ب / 1 / قانون إدارة الدولة.

(3) ينظر المادة 4 / القانون الأساسي الألماني.

(4) د. إسماعيل الغزال / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر /

بيروت/ الطبعة الرابعة / ص343.

بتعديلاته العشرة ، ولكنه أنبثق من القرار الذي إتخذته المحكمة العليا سنة 1803 برئاسة القاضي مارشال في القضية الشهيرة (ماربوري ضد أديسون)⁽¹⁾ .

فالدور الرئيس الذي تمارسه المحكمة الاتحادية العليا ، هو مراقبة الاتحاد بالإضافة لرقابة دستورية القوانين والذي يعني إحترام توزيع الاختصاصات التي نص عليها الدستور بين الدولة الفدرالية والولايات⁽²⁾ .

ثالثاً :- الفصل في التهم الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء :-

منح الدستور الدائم المحكمة الاتحادية العليا هذا الاختصاص بموجب نص المادة 93/سادساً، ويلاحظ أن المشرع قد ختم نص المادة أعلاه بعبارة " وينظم ذلك بقانون" أي إنه جعل طريقة مراجعة المحكمة في هذه القضية وتوجيه التهم وآلية سير الدعوى لقانون خاص يسن لاحقاً، ويمكن أن نعلل ذلك بدقة وخطورة موضوع اتهام رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء والوزراء وما ينتج عنه من تأثير على الحياة السياسية في الدولة فقد يؤدي ذلك الى نشوء أزمات سياسية خطيرة في البلاد إذا ما حدثت ، ومن هنا يبرز الدور الدستوري والوطني المهم المناط بالمحكمة الاتحادية العليا باعتبارها حامية للنظام الدستوري الديمقراطي وحافطة للتوازن السياسي بين السلطات والقوى السياسية في الدولة .

ومن الملاحظ أن التهم التي يمكن أن توجه الى رئيس الجمهورية قد حددها الدستور بثلاث تهم هي :-

1- الحنث في اليمين الدستورية.

2- إنتهاك الدستور .

3- الخيانة العظمى.

وقد وضع الفقه الدستوري العراقي التهم التي توجه إلى رئيس الجمهورية ، فذهب اتجاه إلى أن الخيانة العظمى تظهر في الأعمال التي تصدر عن رئيس الجمهورية وتشكل إخلالاً جسيماً في الوظائف الدستورية الملقاة على عاتقه ، وكذلك الأعمال التي تصدر عنه وفيها مساس

(1)د.محمد طي / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص258

د. فؤاد البيطار / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص264

(2)د. إسماعيل الغزال / الدساتير والمؤسسات السياسية / مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر/ لبنان / 1996 /

بسلامة الدولة وأمنها الداخلي والخارجي وفقاً لأحكام الدستور ، ويعد رئيس الدولة انتهاكاً للدستور إذا خرق نص من نصوصه أو قام بأعمال من شأنها الانقلاب عليه أو تغييره ، أما إذا وقع من رئيس الجمهورية أفعال تؤدي إلى الإخلال بموجب من موجبات اليمين الدستوري المنصوص عليها فإنه يعد عند ذلك مرتكباً لجريمة الحنث باليمين الدستوري⁽¹⁾ .

ومن الملاحظ على نص المادة (93/سادساً) أنها نصت على " الفصل في الإتهامات الموجهة ... " مما يعني أن على المحكمة ممارسة وظيفة التحقيق في التهمة الموجهة وبعد إكتماله فإنها تبدأ بإجراءات المحاكمة ، ولكن الأخذ بهذا الرأي معناه أن هناك تعارض مع اختصاص مجلس النواب في إجراء التحقيق من خلال لجنة التحقيق التي تشكل لهذا الغرض⁽²⁾ ، ويمكن أن نؤيد ونسند التفسير المتقدم من خلال ما نص عليه المشرع في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية حيث منح هيئة المحكمة صلاحية القيام بما تراه من تحقيقات في المنازعات المعروضة أمامها وتندب لذلك أحد أعضائها⁽³⁾ ، فالمحكمة أن تكون هيئة قضائية إجرائية إذا اقتضى الأمر ، وأن في هذا ضمان لحسن تطبيق الدستور وتوفير الحماية للنظام الدستوري في الدولة ، ولكننا لا نتفق مع الرأي الذاهب إلى اعتبار منح المحكمة صلاحية التحقيق فيه تعارض مع اختصاص اللجان البرلمانية في التحقيق ، فمنح المحكمة إمكانية إجراء التحقيق هو إجراء سليم وخالي من التعارض كون عمل اللجان البرلمانية هو إجراء إداري في طبيعتها وعمل المحكمة يعتبر إجراء قضائي وصادر عن هيئة قضائية، وأن الولاية العامة هي للقضاء على كل مفاصل الدولة ومؤسساتها، أضافه الى أن في ذلك تحقيق لمبدأ الولاية العامة .

واشترط لمسائلة رئيس الجمهورية أمام المحكمة الاتحادية العليا أن تكون التهمة موجهة بناءً على طلب مسبب من قبل مجلس النواب بالأغلبية المطلقة ، كما أن الدستور لم يجعل مجرد قرار الإدانة من قبل المحكمة الاتحادية العليا سبباً كافياً لإعفاء رئيس الجمهورية من منصبه ، بل اشترط أن يصدر قرار الإعفاء من قبل مجلس النواب بالأغلبية المطلقة وتأسيساً على قرار الإدانة الصادر من المحكمة الاتحادية⁽⁴⁾ .

(1) ينظر د.رافع خضير شبر / مضمون الخيانة العظمى المنسوبة لرئيس الدولة / مقالة منشورة في مجلة العلوم الإدارية والقانونية/ جامعة بابل / المجلد 12 / العدد السادس / 2007 / ص117.

(2) ينظر رأي د.رافع خضير شبر / النظام الإجرائي لمسؤولية رئيس الجمهورية / مطبعة جامعة بابل / 2009 / ص10.

(3) ينظر نص المادة 13 / النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق .

(4) نص المادة 61 / سادساً / الدستور العراقي الدائم؟

ويرى البعض أن في هذا مساس باستقلالية ومكانة المحكمة الاتحادية العليا ، كون قرارات المحكمة بموجب نص الدستور بآلة وملزمة للسلطات كافة⁽¹⁾ بما فيها السلطة التشريعية (مجلس النواب) ، فتعليق نفاذ القرار الصادر من المحكمة بإدانة رئيس الجمهورية على موافقة الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب ، يجعل هذا القرار غير ملزم ، فإذا لم تحصل الموافقة بالأغلبية المطلقة المطلوبة ، فقرار المحكمة في هذه الحالة يفقد أثره بالإلزام⁽²⁾ ويكون غير بات ، وقابل للمناقشة ، وعلى هذا الأساس فإن هناك تقاطعا في النصوص الدستورية يجب العمل على إزالته والتوفيق بين نصوص الدستور والأفضل هو تغليب سلطة المحكمة الاتحادية العليا على السلطات كافة باعتبارها صاحبة الولاية الدستورية العامة على كل مؤسسات وسلطات الدولة ، وإذا كان الدستور قد حدد التهم التي من الممكن أن توجه لرئيس الجمهورية وكيفية توجيهها ، فإنه قد خلا من ذلك ، وبالنسبة لرئيس الوزراء والوزراء فلم يحدد التهم التي من الممكن توجيهها لهم ولا كيفية توجيهها وكان من الأجدر بمشرع الدستور العراقي أن يحدد حذو المشرع اللبناني عندما حدد الجرائم التي يمكن لمجلس النواب توجيهها لرئيس الوزراء والوزراء ، حيث حددها بالخيانة العظمى والإخلال بالواجبات المترتبة عليهم ، وكذلك الأغلبية المطلوبة لتوجيه هذه التهم ، حيث حددها بأغلبية الثلثين من مجموع الأعضاء⁽³⁾ .

وفي هذا الخصوص يذهب جانب من الفقه المصري بأن التهم التي توجه دستورياً إلى رئيس الجمهورية هي ذاتها يمكن توجيهها إلى الوزراء ومادونهم مع مراعاة تشديد العقوبة في حالة رئيس الدولة وذلك طبقاً لجسامة وخطورة الأعباء الملقاة على عاتقه ، إضافة لأهمية المنصب الذي يحتله وما يتطلب في شأغله من الحيطة والحذر التي يجب أن تكون متوخاة⁽⁴⁾ .

أن التهم التي توجه بموجب الدستور إلى رئيس الجمهورية ، يمكن أن توجه إلى نائبه ، وذلك إستناداً للنص الدستوري الذي قضى بأن يحل تعبير مجلس الرئاسة^(*) محل تعبير رئيس

(1) نص المادة 94 / الدستور العراقي الدائم .

(2) مكي ناجي / المحكمة الاتحادية العليا في العراق / ص 131-132.

(3) نص المادة 70 / الدستور اللبناني.

(4) ينظر رأي د. عزة مصطفى حسني عبد المجيد / مسؤولية رئيس الدولة / دار النهضة العربية / القاهرة 2008/ ص 208 .

(*) إتجه الدستور الدائم إلى إعتدال (مجلس رئاسة) مكون من رئيس الجمهورية ونائب أول وثاني ويمارس هذا المجلس صلاحيات رئيس الجمهورية ، وهذا المجلس يعتبر خطوة تطبيقية لفكرة الديمقراطية التوافقية (التروكيا الطائفية) ، حيث أنه مكون من رئيس جمهورية كردي ونائب للرئيس سني ونائب شيعي ، وهذا النهج سار عليه العمل السياسي في الرئاسة الثلاث على حد سواء، فرئيس الوزراء ورئيس البرلمان لكل منهم إثنان من النواب يكونان من غير المكون الذي ينتمي له الرئيس .

الجمهورية ، أينما ورد ذلك في الدستور⁽¹⁾ ، وبما أن مجلس الرئاسة مكون من رئيس الجمهورية إضافة الى نائبيه ، فإن الأحكام التي تنطبق بحق رئيس الجمهورية تنطبق على نائبيه⁽²⁾ .

ويلاحظ أن المشرع الدستوري العراقي عندما نص على هذا الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا ، فإنه ذهب إلى ما ذهب إليه الدستور الألماني ، عندما منح المحكمة الاتحادية الدستورية سلطة تأديبية على الممثلين الرئيسيين للسلطات السياسية خصوصاً عندما يهمل هؤلاء الواجبات الملقة على عاتقهم ، كرئيس الدولة ورئيس الحكومة والقضاة الاتحاديين⁽³⁾ .

رابعاً :- المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب :-

نص على هذا الاختصاص في الدستور العراقي الدائم بموجب نص المادة (93/سابعاً) ، حيث أعطيت المحكمة الاتحادية العليا حق المصادقة (فقط) على النتائج النهائية للانتخابات البرلمانية، ويبرز دور المحكمة في المصادقة بعد أن تتم المصادقة النهائية على هذه النتائج من قبل المفوضية العليا المستقلة للانتخابات والتي تختص بالإشراف على العملية الانتخابية بكل مراحلها بدءاً من تسجيل أسماء المرشحين والتأكد من توفر الشروط القانونية في ترشيحهم حتى الإعلان النهائي للنتائج بعد البت في الاعتراضات المقدمة ، ومن الملاحظ من ظاهر النص الدستوري أن المشرع قد حصر دور المحكمة الاتحادية العليا في المصادقة على النتائج دون أن يكون لها الصلاحية في مراقبة أية مرحلة من مراحل العملية الانتخابية وذلك على اعتبار أن الدستور قد أوكل العملية الانتخابية برمتها إلى المفوضية العليا المستقلة للانتخابات ، فالمصادقة هنا تكون ضرورية ولازمة كي تعطي نتائج الانتخابات آثارها القانونية والدستورية لأنها مصادقة دستورية ، ولكن ثمة إشكالية دستورية في دور المحكمة الاتحادية العليا بالنسبة لصحة نتائج الانتخابات أو صحة عضوية أعضاء البرلمان شكلاً وموضوعاً ، فإذا سلمنا بأن مراقبة العملية الانتخابية والإشراف عليها موكول برمته إلى مفوضية الانتخابات وأن دور المحكمة الاتحادية هو المصادقة فقط على النتائج (النهائية) ، أي النتائج المعلنة بعد النظر في كافة الطعون الانتخابية المقدمة وبكل أشكالها ، فإن الدستور قد نص على صلاحية مجلس النواب بالبت في صحة عضوية أعضائه خلال فترة ثلاثين يوماً من تسجيل الاعتراض بأغلبية ثلثي أعضائه ،

(1) ينظر نص المادة 138/أولاً / الدستور العراقي الدائم .

(2) د. غازي فيصل مهدي / المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية / ص 39.

(3) د. إسماعيل الغزال / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص 344.

ويجوز الطعن في قرار المجلس لدى المحكمة الاتحادية العليا خلال فترة ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره⁽¹⁾.

وهذا يعني أن المحكمة الاتحادية لها الحق في تدقيق الإعتراض المقدم من قبل ثلثي أعضاء المجلس والإطلاع على الوثائق التي يستند عليها ، وبالتالي فإن هيئة المحكمة ستشرف على العملية الانتخابية ولو بشكل جزئي على نائب واحد ، أي أنها ستكون مشرفة على دقة ونزاهة عمل المفوضية العليا المستقلة للانتخابات والتي أخضعها الدستور لرقابة مجلس النواب حصراً⁽²⁾ ، وهنا سيكون عدم التوافق بين النص الأول الذي حدد دور المحكمة بالمصادقة فقط وبين النص الثاني الذي أعطى المحكمة- وبشكل ضمني- الحق في الإشراف على العملية الانتخابية، ونحن لا نعرف الجدوى من إعطاء المحكمة الاتحادية العليا صلاحية المصادقة من دون الإشراف على العملية الانتخابية، وكان على المشرع الدستوري أن يوسع في دور المحكمة بأن يجعل تقديم الطعون الانتخابية إلى المحكمة مباشرةً وبدرجة أولى ، كون القضاء عادةً هو صاحب الولاية العامة على كل نزاع يحدث داخل حدود الدولة ، فكان عليه أن يحذو حذو المشرع الدستوري اللبناني عندما أعطى المجلس الدستوري ولاية النظر في الطعون الانتخابية الرئاسية منها والنيابية⁽³⁾، وكذلك المشرع الكويتي عندما منح المحكمة الدستورية صلاحية الفصل في الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم⁽⁴⁾.

ومن كل ذلك نخلص ألى أن هذا الإختصاص يعد إختصاصاً جديداً للمحكمة الاتحادية العليا حيث لم ينص قانون إدارة الدولة العراقية على مثل هذا الإختصاص ، وكان الاجدر بالمشرع أن يكون أكثر دقة في تفصيل هذا الاختصاص .

(1) ينظر نص المادة 52 / الدستور الدائم .

(2) ينظر نص المادة 102 / الدستور الدائم.

(3) ينظر نص المادة 19 / الدستور اللبناني.

(4) ينظر نص المادة الأولى / قانون إنشاء المحكمة الدستورية الكويتية رقم 14 لسنة 1973.

القسم الثاني

الإصول والإجراءات القضائية المتبعة في المحكمة الاتحادية

العليا وطبيعة قراراتها

لقد وضعنا في القسم الأول من البحث تشكيل المحكمة الاتحادية العليا وإختصاصاتها الدستورية ، والان بات من الضروري ان نركز على الأصول والإجراءات القضائية المعمول بها أمام المحكمة الاتحادية سواء عند رفع دعاوى الطعن بدستورية القوانين والأنظمة , أو الدعاوى الناشئة عن المنازعات المحددة بنص الدستور ، وكذلك عند تقديم طلبات التفسير وغيرها ، وكمبدأ عام فإنه عادةً ما تنظم مراجعة المحاكم الدستورية أو (المجالس الدستورية) في دول العالم بآليات وطرق خاصة لا تشابه آليات مراجعة القضاء العادي ، فنجد أن المشرع عادةً ما يحدد من له حق المراجعة وتقديم الطلبات ولا يجعل هذا الحق مطلقاً بل يحدده بجهات معينة ويعلقه على شروط يجب توفرها كي تكون هذه المراجعة قانونية ودستورية ، حيث تكون هذه الشروط محددة بنص الدستور أو بالنص التشريعي العادي المستند إلى الدستور في صياغته وسنّه ، ويذهب الفقه الدستوري في هذا الجانب إلى أبعد من ذلك ، فيرى ضرورة تحديد الأسس التي يعتمد عليها القاضي الدستوري للدفع بعدم دستورية تشريع ما , وهي أوجه عدم دستورية النص التشريعي وهذا بطبيعته يعود إلى كون القضاء الدستوري في حد ذاته يوازن بين الإعتبارات القانونية والإعتبارات السياسية نتيجةً للأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية التشريع (قانون أو نظام) .

ولأجل تسليط الضوء على ماتقدم ، فإننا ارتأينا أن نجعل هذا القسم فصلين نتناول في الفصل الأول (الأصول والإجراءات القضائية المتبعة أمام المحكمة الاتحادية العليا في العراق) وفي الفصل الثاني (الطبيعة الدستورية لقرارات المحكمة الاتحادية العليا) .

الفصل الأول

الأصول والإجراءات القضائية أمام المحكمة الاتحادية العليا

لم يحدد الدستور العراقي الدائم الإجراءات والأصول القضائية الواجب اتباعها عند رفع الدعاوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا من جهة الأطراف الذين لهم الحق في مراجعة المحكمة والتراجع أمامها وآلية التراجع وتقديم الطلبات ، وهذا الإجراء طبيعي بشكل عام فقد سارت عليه كل دساتير العالم في سن قوانينها ، إذ تترك الدساتير أمر تفصيل ذلك إلى تشريع يسن لاحقاً ، وهو ما سار عليه المشرع في الدستور الدائم ، حيث أحال تنظيم عمل المحكمة وإجراءاتها إلى قانون يسن لاحقاً⁽¹⁾ ، وكان قد سبقه في هذا الإتجاه المشرع الدستوري في قانون إدارة الدولة ، حيث أوجب على المحكمة أن تسن لها نظاماً داخلياً تحدد فيه الإجراءات الواجبة الإلتباع عند رفع الدعاوى الدستورية أمامها⁽²⁾ .

وقبل الخوض في تفصيل هذه الإجراءات لابد أن نشير إلى نقطة هامة من الواجب إثارتها في بحثنا هذا ، وهي كون الدساتير إذا ما حددت آلية الطعن بعدم دستورية التشريع (قانوناً أو نظاماً) فإنها لم تحدد أسباب عدم الدستورية التي إذا ما توفرت يكون التشريع محلاً للطعن ، أي بمعنى آخر أن الدستور الذي قد حُدد بإطار عام بأن التشريع إذا كان مخالفاً لنص الدستور أو مبادئه فإنه يعد تشريعاً غير دستوري فلا بد أن يخضع أما للإمتناع أو للإلغاء - بحسب نوع الرقابة - ولكن متى يعتبر التشريع مخالفاً لنص الدستور أو مبادئه ؟ هذا ما يعرف في الفقه الدستوري بـ (أوجه عدم الدستورية) ، هذا إذا ما عرفنا أن المنازعات التي تتكفل المحكمة الاتحادية العليا بفضها وفقاً للنص الدستوري توجب على القاضي عند النظر فيها تحديد ما إذا كان التصرف الذي قامت به الأطراف المتنازعة متفقاً مع الدستور أو مخالفاً له . ولأجل تفصيل كل ما تقدم فإننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول (أوجه عدم الدستورية التشريعية لدى المحكمة الاتحادية العليا) وفي المبحث الثاني (من له حق المراجعة أمام المحكمة الاتحادية العليا) .

(1) ينظر نص المادة 92 / ثانياً / الدستور الدائم .

(2) ينظر نص المادة الأربعة والأربعون / د / قانون إدارة الدولة العراقية .

المبحث الأول

أوجه عدم دستورية التشريع لدى المحكمة الاتحادية العليا

ينفذ الدستور فكرة القانون السائدة في الدول ويستجيب للفلسفة السياسية والاجتماعية للطبقة الحاكمة , فالدستور نظراً لما له من صفة السمو (السمو الموضوعي) ، فإنه يكون الإطار القانوني العام لجميع أوجه النشاط القانوني في الدولة ، بحيث يبطل كل إجراء أو نشاط لا يتماشى مع الأهداف والاتجاهات التي حددها في نصوصه أو يخرج عنها⁽¹⁾ ، ونتيجةً لسمو الدستور فإن مبدأ المشروعية لن يكون مقصوراً على معناه الضيق ، أي لن يكون مقصوراً على مجرد ضرورة احترام القوانين الصادرة من السلطة التشريعية وعدم إمكان مخالفتها أو الخروج عليها سواء بواسطة الأفراد أو بواسطة الجهات الإدارية المختلفة ، بل سيمتد نطاق الشرعية ليشمل إلى جانب القوانين الصادرة من السلطة التشريعية النصوص أو القواعد التشريعية ، فسمو الدستور المستمد من كونه ينفذ فكرة القانون السائد في الدولة ويبين اختصاصات الحكام يكون ملزماً لهؤلاء الحكام باحترام قواعده وأحكامه ، فتكون مخالفة القضاة لهذه القواعد الدستورية مفقداً لتصرفاتهم كل سند شرعي ويجعلها غير قانونية ، وهذا كله ليس له آثار عملية مالم يتم تنظيم الرقابة على دستورية القوانين من أجل إبطال كل ما يصدر خلافاً لأحكام الدستور⁽²⁾ ، ولأجل ضمان حسن أداء جهاز الرقابة الدستورية أي - القضاء الدستوري - أوجب النظم القانونية المختلفة ضرورة قيام القاضي الدستوري بتعليل الحكم القضائي الدستوري ، حيث اعتبر الفقهاء التسبب شرطاً ضرورياً ولازماً لصدور الحكم الدستوري ، والمقصود هنا بالتسبب هو أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها ، فعن طريق التسبب يمكن حمل القاضي على العناية بحكمه إضافة لكون التسبب وسيلة لممارسة الرقابة التي قررها القانون على أعمال القضاء وخاصة الرقابة على سلامة تطبيق القانون وتفسيره ، وإذا كان التسبب واجباً في الأحكام القضائية العادية (عدلية وإدارية) فإنه

⁽¹⁾ Barthélémy, J. et Duez, P. traité de droit constitutionnel , paris Dalloz

1933 ,p138

⁽²⁾ د. ثروت بدوي / النظام الدستوري العربي / دار النهضة العربية / مصر / 1964 / ص 93-94.

بالنسبة لأحكام القضاء الدستوري أوجب وأهم ، وذلك أن من وظيفة المحاكم الدستورية بيان وإيضاح ما انطوى عليه التشريع من مخالفة أو خروج على أحكام الدستور⁽¹⁾ .

و نرى أن المشرع اللبناني في قانون إنشاء المجلس الدستوري قد نص على ضرورة ولزوم تعليل القرار الصادر من المجلس ببطلان قانون أو مرسوم إشتراعي⁽²⁾ ، ما يعني أن قرار القاضي ببطلان قانون أو نص له قوة القانون يكون واجب التعليل سواء كان هذا البطلان كلياً أو جزئياً ، والغرض من هذا هو تأمين عدالة فضلى في هذا المجال ، إذ أن التعليل يضمن أن الحل الذي إعتد به المجلس الدستوري في القضية المطروحة أمامه لم يكن حلاً كيفياً، بل جاء مبنيًا على تكييف صحيح للوقائع وعلى استخلاص دقيق لما يترتب عليها من آثار قانونية ، فالتعليل في أساسه هو بيان الاسباب القانونية التي يركز عليها القرار وإتجاه المشرع إلى وجوب التعليل في حالة البطلان متأتية من طبيعة آثار البطلان القاسية ونتائج المؤثرة إلى حد بعيد في المراكز القانونية⁽³⁾ .

وعلى هذا النهج سار كذلك المشرع العراقي في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية ، فأوجب أن يكون الحكم الصادر من هيئة المحكمة مشتملاً على الأسباب التي إستند إليها فيه سواء كان هذا القرار بالطعن بعدم الدستورية أو ببرد المراجعة⁽⁴⁾ ، والتساؤل الذي يثار هو ماهي هذه الأسباب التي يستند إليها القاضي الدستوري بصورة عامة عند حكمه بعدم دستورية قانون أو نظام ما والتي تعتبر هي أوجه عدم الدستورية ؟.

للإجابة عن هذا التساؤل نود أن نوضح في بادئ الأمر أن فقهاء القانون الدستوري يتجهون في تحديد أوجه عدم الدستورية إلى اقتباس أوجه عدم مشروعية القرار الإداري (أسباب بطلان القرار الإداري) ويذهبون إلى أن العلة في هذا الاقتباس تعود إلى أننا في نطاق رقابة دستورية القوانين نرتد في الجوهر والأساس إلى مبدأ المشروعيه بمعناه الواسع وذلك انطلاقاً من كون القواعد الدستورية تقع في قمة التنظيم القانوني للدولة ، ما يجعلها من أهم عناصر المشروعيه والمصدر الأول لها ، ويترتب على ذلك أن السلطة المختصة بوضع الدساتير هي سلطة غير مشروطة ولا تتقيد بأية قواعد أخرى تعلوها في حين تتقيد السلطات الأخرى المختصة بوضع القواعد القانونية الأخرى بأحكام الدستور ومبادئه ، وتبعاً لذلك

(1)د. مها بهجت يونس الصالحي / إجراءات إصدار الحكم الدستوري / بحث منشور في مجلة دراسات قانونية / بيت الحكمة / بغداد / العدد 23 / 2009.

(2) ينظر نص المادة 22 / قانون 1993/ 250 / قانون إنشاء المجلس الدستوري.

(3)ألياس أبو عيد / المجلس الدستوري بين النص والإجتهد والفقه / بيروت/2007/ الجزء الثاني /ص249.

(4) ينظر نص المادة 16 / النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق.

فالسطة التأسسية المختصة بوضع الدستور لا تخضع لمبدأ المشروعية حيث لا تحكم عملها أية قواعد قانونية عليا وبالتالي لا تخضع لرقابة القضاء , بينما تخضع السلطات الأخرى لهذه الرقابة حيث لا يمكن لها أن تتجاوز عند ممارستها تلك الإختصاصات الحدود التي رسمها الدستور لها ، وإلا كان عملها مخالفاً لمبدأ المشروعية⁽¹⁾ .

فمبدأ سمو الدستور يتصل بمبدأ الشرعية بصلة وثيقة وحتمية ، كون سمو الدستور يتضمن مبدأ المشروعية , لأنه إذا كان مبدأ المشروعية يعني خضوع الحكام والمحكومين لسيطرة أحكام القانون بحيث لا يصدر أي قرار إداري إلا في حدود القانون فإن مبدأ سمو الدستور يدعم ويقوي ويوسع من نطاقه لأنه يتطلب خضوع الحكام والمحكومين لقواعده من ناحية وخضوع التشريعات واللوائح والقرارات النافذة في الدولة لأحكامه من ناحية أخرى⁽²⁾ .

وإنطلاقاً من هذا القاسم المشترك فقد إتجه فريق من الفقهاء إلى اعتبار أن أوجه عدم دستورية التشريع هي ذاتها أوجه عدم المشروعية في القرار الإداري والتي تتمثل ب (عيب عدم الإختصاص ، عيب الشكل ، عيب المحل ، عيب السبب ، عيب الغاية أو الإنحراف التشريعي - حيث يكفي تحقق عيب واحد من هذه العيوب كسبب لإبطال القرار الإداري ، وكذلك فإن تحقق عيب واحد من هذه العيوب في نطاق (عدم الدستورية) يكفي للطعن بدستورية التشريع (قانون أو مرسوم إشتراعي أو نظام) حيث يلغى التشريع أو يمتنع عن تطبيقه وحسب نوع الرقابة الدستورية المتبعة في الدول⁽³⁾ , وقد قسمت طائفة من الفقهاء ممن إعتدوا هذا الرأي هذه العيوب من جهة إعتبارها عيوباً دستورية إلى قسمين هما :-

أولاً :- عيوب شكلية وتشمل :- عيب عدم الإختصاص وعيب الشكل .

ثانياً :- عيوب موضوعية وتشمل :- عيب المحل وعيب السبب وعيب إساءة إستعمال السلطة (عيب الإنحراف التشريعي)⁽⁴⁾ .

ومن الملاحظ أن العيوب الموضوعية هي الأكثر أهمية في مجال عدم الدستورية ، وذلك يعود إلى ندرة المخالفات الشكلية من جانب المشرع لإجراءات إعداد وإصدار التشريع ، وكذلك فإن العيوب الموضوعية المتصلة بمضمون نصوص القانون ومقارنتها بنصوص

(1) د. سامي جمال الدين / الرقابة على أعمال الإدارة / منشأة المعارف / الإسكندرية / 2000م / ص 29 .

د. فاروق أحمد خماس / الرقابة على أعمال الإدارة / مطبعة جامعة الموصل / 1988/ص 16.

(2) د. عبد الغني بسيوني / النظم السياسية والقانون الدستوري / ص 541.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري / مخالفة التشريع للدستور والإنحراف في إستعمال السلطة التشريعية / مقالة منشورة في مجلة مجلس الدولة / القاهرة/ عدد يناير 1952 / ص 6-19 .

(4) رأي د. محمد رفعت عبد الوهاب / رقابة دستورية القوانين / ص 128.

الدستور المتصلة بالمبادئ التي تتضمنها النصوص هي التي تجذب أهتمام الفقه قاطبةً إلى حد أن الفقهاء لا ينظرون في رقابة دستورية القوانين إلى العيوب الشكلية ويحصرّون هذه الرقابة بشقها الموضوعي المتصل بمضمون النصوص الدستورية التي تستند عليها ، وعلى هذا الأساس فإن الرقابة على العيوب الموضوعية في التشريع لجهة مدى مطابقتها للدستور وتوافقه مع أحكامه تعتبر هي الأكثر أهمية في فقه القضاء الدستوري⁽¹⁾ ، ولتوضيح ماهية هذه العيوب وموقف القضاء الدستوري العراقي منها فإننا سنتناولها بشيء من التفصيل .

أولاً :- العيوب الموضوعية :-

وتشمل (عيب المحل و عيب إساءة إستعمال السلطة) .

1- عيب المحل :-

والمقصود بالمحل هنا هو موضوع القانون أو مضمون نصوصه كلها أو بعضها ، وذلك قياساً على عيب محل القرار الإداري في الطعن بالإلغاء أو لتجاوز حد السلطة ويسمى بعض الفقهاء هذا العيب بعيب مخالفة الدستور (بالمعنى الضيق)⁽²⁾ ، والمخالفة هنا تكون موضوعية وليست مخالفة شكلية ، حيث يظهر هذا العيب في مخالفة التشريع في مضمونه لنص من نصوص الدستور التي ترسم للمشرع سلطة محددة ومقيدة وأكثر ما يظهر هذا العيب دستورياً في النصوص الدستورية المتعلقة بالحريات والحقوق العامة والنصوص التي ترسم للمشرع سلطة محددة حيث لا تترك له مجالاً في الإجتهد والتقدير، إذ يعمد المشرع الدستوري أحياناً إلى ترك تنظيم بعض الحقوق والحريات العامة إلى قانون يكون للمشرع فيه سلطة تقديرية واسعة لتنظيمه وإختيار النصوص الأكثر ملائمة لنصوص الدستور ، والنسبة الأكبر من الحقوق والحريات الدستورية تنظم بالطريقة الأخيرة (السلطة التقديرية) وتستبعد هذه الطائفة من إمكانية خضوعها لعيب المحل حيث يقتصر بروز هذا العيب عادةً على النصوص التي تكون سلطة المشرع فيها مقيدة⁽³⁾ .

وفي العراق تضمن الدستور الدائم لسنة 2005 في الباب الثاني الحقوق والحريات العامة (السياسية والمدنية والإقتصادية) محدداً بعضها بنص جامد غير قابل للتأويل والتقدير في حين ترك أمر تنظيم البعض الآخر إلى القانون مع تحديد الإطار العام للمشرع العادي الذي لا يجوز له مجاوزته⁽⁴⁾ ، فإذا ما صدر (قانون أو قرار أو نظام أو تعليمات أو إجراءات) من إحدى

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب / المرجع السابق / ص143.

(2) ينظر د. السنهوري / مخالفة التشريع للدستور وإساءة إستعمال السلطة / ص52-54.

(3) د. محمد رفعت عبد الوهاب رقابة دستورية القوانين / ص144.

(4) لمراجعة ذلك ينظر نصوص المواد 14-46 من الدستور العراقي الدائم .

السلطات الاتحادية في الدولة متضمناً في مضمونه مخالفة لنصوص الدستور المتعلقة بالحريات العامة والحقوق الفردية فإنه سيعتبر معيباً في محله وذلك لمخالفته في المضمون لنصوص الدستور ، وإلى هذا ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في قرار لها عند الفصل في مراجعة تقدم بها أحد النواب طالباً الطعن في قرار أتخذ ضده في مجلس النواب نتيجة لسفره ألى دول معادية ، حيث حكمت بـ " أن دستور جمهورية العراق في المادة (44/أولاً) " قد كفل الحرية للعراقي بالسفر والتنقل داخل العراق وخارجه من دون قيد أو شرط ، ولا يجوز تقييد هذه الحرية بنص في قانون أو نظام أو تعليمات ... وأن سفر المدعي كان بصفته الشخصية وخلال عطلة المجلس النيابي ... قررت المحكمة إلغاء القرار الصادر من مجلس النواب والمتضمن رفع الحصانة عن النائب ومنعه من السفر كونه يتعارض مع أحكام الدستور⁽¹⁾ .

وكذلك الحال في مصر حيث نص الدستور المصري على مبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات وأوجب عدم التمييز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو العقيدة أو اللغة⁽²⁾ ، فالعيب الدستوري في محل التشريع بموجب النص أعلاه - يتحقق إذا كان القانون في تحديده للمراكز القانونية للأفراد قد أجرى تمييزاً بينهم على أساس العقيدة أو الجنس أو الأصل أو اللغة عندها يكون القانون مخالفاً في مضمونه لمبدأ المساواة الدستورية⁽³⁾ ، وإلى هذا الرأي ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية ، حيث جاء في منطوق حكمها القضائي " ...إن صور التمييز المجافية للدستور وإن تعذر حصرها إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو إستبعاد ينال بصوره التحكيمية من الحقوق والواجبات إلى كفلها الدستور..."⁽⁴⁾ .

أما في لبنان فقد نص الدستور اللبناني الحالي على مجموعة حقوق وحريات في الفصل الثاني من الباب الأول⁽⁵⁾ .

فإذا ما صدر قانون ما مخالف في مضمونه لهذه النصوص، فإنه سيكون مشوباً بعيب المحل، وإلى هذا الإتجاه ذهب المجلس الدستوري اللبناني عندما أبطل معظم مواد القانون

(1) ينظر نص قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد 34 / اتحادية / 2008 في 2008/11/24.

منشور في مجلة التشريع والقضاء / العدد الثالث / 2009 / ص 105-95 .

(2) ينظر نص المادة (40) / الدستور المصري لسنة 1971 .

(3) ينظر د. مصطفى أبو زيد فهمي / الدستور المصري ومبادئ الأنظمة السياسية / دار المطبوعات الجامعية / القاهرة / 2004 / ص 265-269.

(4) تنظر قضية رقم 25 لسنة 16 قضائية دستورية في 1995/7/3 / منشور في كتاب الدستور المصري ومبادئ الأنظمة السياسية / د. مصطفى أبو زيد / ص 273.

(5) ينظر المواد 6-15 / الدستور اللبناني الحالي.

الصادر في 1996/7/12 والمتعلق بتعديل قانون الانتخابات وذلك لأن القانون المطعون به قد ميز في المعاملة بين المواطنين بالنسبة للحقوق والواجبات فجاء مخالفاً لمبدأ المساواة المنصوص عليه دستورياً⁽¹⁾.

وكذلك الحال في دولة الكويت حيث نص الدستور النافذ على مجموعة حقوق وحريات للشعب الكويتي وذلك في الباب الثاني والباب الثالث منه⁽²⁾، فأى نص تشريعي يخالف أيّاً من هذه النصوص الدستورية ، فإنه سيكون مشوباً بعيب المحل (دستورياً) وبالتالي سيُطعن به لعدم الدستورية ، وإلى هذا فقد حكمت المحكمة الدستورية العليا في جلستها يوم 21/ أكتوبر / 2005 بإبطال نص المادة 15 من قانون الجنسية الكويتية رقم 11 لسنة 1962 ، حيث نصت على أن "لا يجوز منح الزوجة جواز سفر مستقل إلا بموافقة الزوج " وذلك لكون هذا النص التشريعي يخالف في مضمونه نصاً دستورياً كفل للمواطنين حرية التنقل والسفر دون أي تمييز على أساس الجنس⁽³⁾.

2- عيب الانحراف بأستعمال السلطة :-

إنطلاقاً من عيب (الانحراف بالسلطة الإدارية) الذي يصيب القرار الإداري ، فإنه يمكن أن يصيب القوانين عيب (الانحراف بالسلطة التشريعية) أو كما يعرف عيب الانحراف التشريعي ، وهذا العيب يتعلق عادةً بعنصر الغاية من التشريع وفي نطاق القانون الدستوري يمكن تعريفه بأنه (إستهداف النص لغاية غير تلك التي يرمي الدستور إلى تحقيقها وهي المصلحة العامة أو أحد جوانبها على وجه التخصيص⁽⁴⁾ ، فكما أن القرارات الإدارية عليها أن تستهدف الصالح العام أو الغرض المحدد لها الذي يحدده القانون أحياناً ، فإن القوانين يجب عليها أن تستهدف كذلك الصالح العام أو الغرض المحدد لها في الدستور⁽⁵⁾ .

فالقرار الإداري إذا كان معيباً في غايته فإنه يكون جديراً بالإلغاء لتجاوز حد السلطة ، وكذلك الحال بالنسبة للقوانين المعيبة في غايتها كأن تكون الغاية منها خبيثة بعيدة عن الصالح العام أو تكون الغايات خاصة وذات منافع شخصية سواء على مستوى شخصي أو حزبي

(1)مراجعة رقم 3و2 / 1996 قرار رقم 4 بتاريخ 1996/8/7 منشور في كتاب قضايا واجتهادات المجلس الدستوري / الياس أبو عيد / ص 59 .

(2) ينظر المواد (26-7) و(27-49) / الدستور الكويتي الحالي .

(3) ينظر نص المادة 29 و 31 / الدستور الكويتي الحالي .

(4) د.ماجد راغب الحلو / النظم السياسية والقانون الدستوري / منشأة المعارف / الأسكندرية / 2005 / ص 807 .

(5) د. محي الدين القيسي / مبادئ القانون الإداري / منشورات الحلبي / بيروت/ 2003 / ص 116.

فإنها تكون بذلك متجاوزة حد السلطة⁽¹⁾ ، ومن الجدير بالذكر أن عيب الانحراف التشريعي لا يتحقق في مجال القانون إلا إذا كانت النصوص الدستورية تمنح المشرع سلطة تقديرية تمكنه من حرية اختيار التنظيم التشريعي الذي يراه مناسباً وهو بذلك يكون عكس عيب (المحل في التشريع) ، حيث لا يتحقق هذا الأخير إلا في الحالات التي تمنح فيها نصوص الدستور المشرع سلطة محددة ومقيدة⁽²⁾ ، وكذلك فإن عيب الانحراف التشريعي لا يتضمن عادةً مخالفة مباشرة من قبل المشرع لظاهر النصوص الدستورية بل إن المخالفة تكون منصبة على روح النصوص أو فحواها ومقاصدها ، فهو عيب يحتاج الكشف عنه إلى عناية وتقصى حيث لا يظهر لأول وهلة لأن إثباته يستلزم الكشف عن غايات القانون وإثباتها ومقارنتها بغايات الدستور من خلال نصه ، ولأنه عيب يتصل بالبواعث والغايات فهو صعب الإثبات كما أن إسناده إلى السلطة التشريعية ليس بالأمر الهين ، حيث أن السلطة التشريعية ممثلة بالبرلمان وبالتالي ليس من الأمر العادي بأن نسند لنواب الأمة (مجتمعين) الانحراف عن الصالح العام وكذلك فإن هذا العيب يمتاز بكونه عيباً احتياطياً لا يلجأ إليه القاضي الدستوري إلا إذا لم يثبت لديه عيب آخر في التشريع ، حيث أن عيب الانحراف التشريعي هو آخر ما يلجأ إليه القاضي لمعرفة مدى دستورية التشريع⁽³⁾ .

ومن الجدير بالذكر أن عيب الانحراف باستعمال السلطة في نطاق القانون الإداري يكون على ثلاث صور هي: (مجانية المصلحة العامة ، مجانية تخصيص أهداف المشترع و إنحراف الإجراءات والإصول) ، وعلى هذا الأساس فإن الفقه الدستوري يعطي أمثلة في ثلاثة فروض تمثل هذا العيب ، حيث يعطي في الفرض الأول حالة إصدار البرلمان تشريع يستهدف منه حالة خاصة ، و الفرض الثاني حال مجاوزة التشريع للغرض المخصص له بنص الدستور والفرض الثالث هو في حالة تنظيم البرلمان للحريات العامة عندما يحيل الدستور تنظيمها إلى قانون لاحق⁽⁴⁾ .

(1) د. السنهوري / مخالفة التشريع للدستور وإساءة استعمال السلطة / ص 62-67

(2) د. عبد الغني بسيوني عبد الله / النظم السياسية والقانون الدستوري / منشأة المعارف الأسكندرية 1997/ ص 8-9.

(3) د. محمد رفعت عبد الوهاب / رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري / ص 154-155.

(4) ينظر د. السنهوري / مخالفة التشريع للدستور / ص 70.

(*) نصت المادة 7/ أولاً من الدستور على "يحظر كل كيان أو نهج يتبنى العنصرية أو الإرهاب أو التكفير أو التطهير الطائفي أو يحرض ...".

ومن الملاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد أخذت بهذا العيب كسبب للطعن بدستورية التشريع ، حيث ذهبت إلى هذا الرأي عند النظر في المراجعة التي تقدمت بها رئاسة مجلس النواب للإستيضاح من المحكمة عن مدى دستورية مشروع قانون تقدم به نواب عرب وتركمان في المجلس يهدف إلى تقسيم محافظتي (كركوك والموصل) الى مناطق إنتخابية على أساس العرق والقومية (مناطق عرب وكرد وتركمان) فكان قرار المحكمة "...أن المادة ذات العلاقة بالموضوع هي المادة (7/أولاً) (*) من الدستور الدائم والتي بموجبها وضع الحظر على كل تصرف يتبنى العنصرية ومهما كانت صورها اساساً لكل تصرف ، وبناءً عليه تجد المحكمة أن المقترحات المتقدم ذكرها إذا كان الهدف منها اعتماد العنصرية أساساً في التقسيم فإن ذلك يعد مخالفاً للدستور "(1) .

وفي مصر فإن المحكمة الدستورية أخذت بهذا العيب كأساس للطعن بدستورية أي تشريع يكون متضمناً له ، حيث نجد هذا الإتجاه في القرار الذي إتخذته المحكمة بالطعن في دستورية الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون رقم 72 لسنة 1963 والخاص بتأميم بعض الشركات والمنشآت ، حيث تضمنت هذه الفقرة أن تكون أموال زوجات وأولاد أصحاب الشركات والمنشآت ضامنة للوفاء بالإلتزامات الزائدة عن أصول هذه الشركات والمنشآت ، فذهبت المحكمة أن هذا النص يتعارض مع الدستور الذي يمنع أي قانون من أن يضيّق حق الملكية او يهدرها مدعياً تحقيق مصلحة عامة(2) ، حيث اعتبرت المحكمة أن القانون إذا ذهب إلى هذا المذهب فإنه يكون باطل لأنه مشوب بعيب الإنحراف التشريعي ، وذلك لتجاوز المشرع تنظيم حق الملكية إلى حد هدرها.

كما إن القضاء الدستوري اللبناني قد أخذ بهذا العيب كسبب لإبطال التشريع لعدم دستوريته وذلك قياساً على مذهب القضاء الإداري الذي سلم بهذا العيب كسبب لإنعدام النص ، حيث قرر مجلس شورى الدولة في لبنان إبطال مرسوم إشتراعي كان قد خالف قانون التفويض الذي صدر بموجبه ، وعليه قرر مجلس شورى الدولة إنعدام المرسوم الإشتراعي لخروجه عن طبيعة التشريع طبقاً للمبادئ العامة ومخالفته للدستور نصاً وروحاً مما أوجب أبطاله(3) .

(1) ينظر الرأي التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا بالعدد 45/اتحادية/2009 في 20/7/2009 / منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية .

(2) ينظر نص المادة 34 / الدستور المصري الحالي.

(3) ينظر حكم مجلس شورى الدولة في لبنان بتاريخ 19/1/1992 / مراجعة رقم 91230 و 91231 في مجلة القضاء الإداري في لبنان 1992 / ص 15-17.

ثانياً :- العيوب الشكلية:-

سبق أن أشرنا إلى العيوب الشكلية في القرار الإداري التي هي (عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل) فإن تحقق إحداها في القرار الإداري إستوجب خضوع هذا القرار لرقابة الإبطال⁽¹⁾ ، وإذا ما توفرت هذه العيوب في النص القانوني - في إطار خضوع النص القانوني لأحكام الدستور - فإنها ستكون سبباً لإخضاع التشريع إلى الرقابة الدستورية والحكم بعدم دستوريته وذلك لمخالفة الدستور، أما لتجاوز الصلاحيات والاختصاص الدستوري أو لعيب في الآلية أو الإجراءات الواجبة دستوراً لصدور التشريع والتساؤل الذي يطرح هنا هو ما مدى تأثير هذه العيوب على دستورية التشريع ؟ بمعنى آخر هل أن عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل كلاهما متساويان في التسبب لعدم دستورية التشريع أم أن تأثيرهما مختلف في ذلك ؟ ألاجابه عن هذا التساؤل ستكون من خلال الفقرتين الآتيتين والتي سنتناول بهما عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل بشيء من التفصيل.

1- عيب عدم الاختصاص :-

ويقصد به هو عدم إحترام التشريع لقواعد الاختصاص بإصداره وفق مانص عليه الدستور⁽²⁾ ، فالتشريع سواء كان قانوناً أو لائحة كأن تكون لائحة ضبط أو قرار بقانون صادر من رئيس الجمهورية في غيبة البرلمان لحالة ضرورة أو بناء على تفويض من البرلمان (مرسوم إشتراعي) يجب من السلطة المختصة إصداره وفق الضوابط المحددة في الدستور⁽³⁾ ومن الجدير بالذكر أن الفقه يقسم عيب عدم الاختصاص الدستوري إلى عدم الاختصاص الزمني ، وعدم الاختصاص المكاني ، وعدم الاختصاص الموضوعي ، وعدم الاختصاص العضوي - وبما أن شرح هذه الأقسام يخرج عن نطاق بحثنا ، لذا فإننا نكتفي بهذا القدر مع الإشارة إلى أن هذه الأقسام جميعها تدخل في مظلة تعريف عدم الاختصاص الذي ذكرناه في بداية الموضوع⁽⁴⁾ .

ومن الملاحظ أن القضاء الدستوري العراقي قد أخذ بهذا العيب كسبب للطعن بعدم الدستورية، حيث جاء في قرار صادر من المحكمة الاتحادية العليا في مراجعة تقدم بها مجلس النواب العراقي في 2009/11/18 عن مدى دستورية الأسباب التي إستند عليها عضو مجلس

(1) د. محي الدين القيسي / المبادئ العامة في القانون الإداري / ص176.

(2) د. ماجد راغب الحلو / النظم السياسية والقانون الدستوري / ص804.

(3) د. محمد رفعت عبد الوهاب / الرقابة على دستورية القوانين / ص129.

(4) وللإطلاع على تفاصيل أكثر في هذا الموضوع ينظر د. عبد الغني بسيوني / التنظيم السياسي والقانون الدستوري / طبعة 1997 / ص787-792.

الرئاسة بعدم الموافقة على التعديل الأول لقانون الانتخابات رقم 16 لسنة 2005، جاء فيها " ...وتجد المحكمة الاتحادية العليا أن تحديد آلية الانتخابات تتولاها المفوضية العليا المستقلة للانتخابات ..."(1)، لذا فإننا نلاحظ أن المحكمة الاتحادية قد ذهبت إلى عدم دستورية الطعن الذي تقدم به نائب رئيس الجمهورية العراقي، ذلك لأن الطاعن قد طلب في طعنه تحديد نسبة مقاعد تمثيلية للعراقيين المهاجرين والمهجرين خارج البلد، فكان رأي المحكمة أن تحديد النسبة يدخل ضمن آلية الانتخابات التي هي من إختصاص المفوضية العليا للانتخابات وليس ضمن الإختصاصات الدستورية لهيئة الرئاسة .

وفي مصر فإن القضاء الدستوري اعتمد هذا العيب سبباً لا إعلان عدم دستورية التشريع، حيث ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الضريبة على الإستهلاك (قانون 133 لسنة 1981) لما قررته هذه الفقرة من تخويل لرئيس الجمهورية بتعديل جدول الضريبة على الإستهلاك، في حين أن الدستور نص على أن الضريبة لا تقرر ولا تعدل ولا تلغى إلا بنص القانون (2)، لذلك فإن المحكمة الدستورية العليا ذهبت إلى أن صدور التعديل من رئيس الجمهورية يعتبر غير دستوري لأنه خارج عن إختصاصه ذلك أن الدستور اشترط أن يكون التعديل بقانون، ورئيس الجمهورية لا يحق له إصدار القانون بل له إصدار المراسيم (حصراً).

أما في لبنان فإن القضاء الدستوري اللبناني قد إعتد هذا العيب كسبب لعدم دستورية قانون صادر من السلطة التشريعية والحكم ببطلانه بطلاناً كلياً(3)، حيث جاء في قرار للمجلس الدستوري اللبناني بمناسبة مراجعة تقدم بها مجموعة نواب للطعن بقانون تعطيل المجلس الدستوري " ...أن المجلس يرى أن قيام السلطة المشتركة دون أية إجازة دستورية بكف يد المجلس عن النظر بالمراجعات الواردة إليه تحت أية ذريعة كانت إنما يقع باطلاً بطلاناً كلياً ...فالقضاء الدستوري يعيب على المشرع العادي تطرقه إلى مادة خارجة عن إختصاصه"(4)،

(1) ينظر الرأي التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا بالعدد 72/إتحادية /2009 منشور في جريدة الصباح (العراقية) بالعدد 1828 في 2009/11/21، وفي موقع المحكمة الاتحادية العليا الإلكتروني .

(2) ينظر نص المادة 119 من الدستور المصري الحالي.

(3) ينظر في هذا المعنى د. عصام نعمة سليمان / حول تعطيل المجلس الدستوري / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / 2006 / ص 38 .

(4) ينظر قرار المجلس الدستوري اللبناني رقم 2005/1 في 2005/8/6 بالمراجعة 2005/12 / منشور في كتاب عصام نعمة إسماعيل حول تعطيل المجلس الدستوري / ص 25-26 .

ولكل ما تقدم نلاحظ أن عيب عدم الإختصاص الدستوري متفق عليه فقهاً وقضاءً ولا خلاف في ذلك ، ولكن ما هو الرأي بالنسبة لعيب الشكل ؟ .

2- عيب الشكل :-

ويقصد به أن يصدر التشريع على خلاف الإجراءات التي أوجبها الدستور في كل مرحلة من مراحل سنه⁽¹⁾، ومن الملاحظ عملياً أنه نادراً ما نجد مخالفة من قبل المشرع (السلطة التشريعية) للإجراءات الشكلية الواجب غالباً إتباعها ، وذلك يعود للآلية الطويلة والدقيقة التي يمر بها التشريع خلال مرحلة سنه ، حيث تشترك عادةً السلطة التنفيذية مع السلطة التشريعية في أقرار التشريع وهذه المشاركة يكون أساسها مبدأ التعاون والتوازن بين السلطات الذي هو ركن أساس من أركان مبدأ الفصل بين السلطات ، لذلك فإن الرقابة على دستورية القوانين غالباً ما تثار لجهة العيوب الدستورية الأخرى - العيوب الموضوعية وعيب عدم الإختصاص- أكثر مما تثار لجهة عيب الشكل ، هذا بالإضافة لوجود إتجاه واسع في الفقه إلى عدم إخضاع التشريع للرقابة على دستوريته إلا بعد أن تستكمل مراحل سن هذا التشريع الذي اذا لم تستكمل أركانه الشكلية الواجبة دستورياً لا يمكن اعتباره قانوناً حيث يكون كالمولود الذي لم يكتمل نموه بعد فلا يسمى قانون ولا يمكن إخضاعه للرقابة التي يكون محلها (القانون) ، وعليه فإنه لا مجال لإثارة عيب الشكل في نطاق الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة⁽²⁾.

وقد تبنى القضاء الدستوري في العراق الرأي الأخير ، حيث قررت المحكمة الاتحادية العليا عند النظر في مراجعة تقدم بها أحد المواطنين ضد رئيس الوزراء ورئيس مجلس النواب طالباً بإبطال قانون المصادقة على الإتفاقية الامنية بين العراق والولايات المتحدة الأمريكية , جاء فيها "وجد أن المدعي أقام هذه الدعوى ودفع الرسم عنها في 2008/12/1 طالباً فيها بإبطال الإتفاقية بين العراق والولايات المتحدة الأمريكية ... ووجدت المحكمة أن القانون المذكور صدر عن مجلس الرئاسة (رئاسة الجمهورية) في الجلسة المنعقدة في 2008/12/4 وتم نشره في الجريدة الرسمية في 2008/12/24 ويعد نافذاً في 2009/1/1 ، وتأسياً على ما تقدم يكون المدعي قد أقام دعواه والإتفاقية لا تزال في دور التشريع وغير معمول بها وغير نافذة ولم تصبح قانوناً على وفق الإجراءات الدستورية وقد يتم تشريعها وتكتسب المرحلة

(1) ينظر د. راغب الحلو / النظم السياسية والقانون الدستوري / ص 803 .

(2) ينظر رأي د. عبد الحميد متولي / القانون الدستوري والأنظمة السياسية / منشأة المعارف / الأسكندرية / الطبعة السادسة / 1989 / ص 193 .

النهائية وقد لا يتم في ذلك الوقت، عليه تكون دعوى المدعي قد إقيمت قبل أوانها⁽¹⁾، ومن الملاحظ على القرار أعلاه أن المحكمة الاتحادية قد رفضت النظر في دستورية القانون كونه لم يكتمل بعد ويصبح قانوناً بالمعنى الدستوري.

وهناك رأي فقهي آخر ذهب خلاف ما ذهب إليه الرأي الأول، حيث يذهب أصحابه إلى أن الرقابة على القوانين تشمل العيوب الموضوعية والعيوب الشكلية بكل فروعها دون إستثناء وحجتهم في ذلك أن القانون إذا إنحصر عيبه الدستوري في نطاق مخالفة بعض القواعد الشكلية والإجراءات الواجبة دستورياً فإنه يكون معيباً دستورياً حتى لو كان سليماً في موضوعه ومطابقاً في مضمونه لنصوص الدستور ومبادئه⁽²⁾.

وإلى هذا الرأي ذهب القضاء الدستوري في مصر، حيث أكدت المحكمة الدستورية العليا في حكم لها أن ولايتها في الرقابة على الدستورية تشمل الامرين معاً (العيوب الموضوعية والشكلية) دون إنفصال وإن تحققها من إستيفاء القانون لأوضاعه الشكلية أمر يسبق بالضرورة بحثها وخوضها في عيوبه الموضوعية.

وعلى كل ما تقدم فإننا نتبنى الرأي الذي ذهب إليه بعض الفقه المصري والقضاء الدستوري في العراق، في كون الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة تبرز في العيوب الدستورية الأخرى دون عيب الشكل، لأن القانون إذا لم يستوف كل أركانه الشكلية الواجبة لإصداره ونفاذه فإنه لا يمكن أن نطلق عليه تسمية تشريع وبالتالي لا يمكن أن يكون محلاً للرقابة على دستوريته.

المبحث الثاني

من له حق مراجعة المحكمة الاتحادية العليا

⁽¹⁾ قرار المحكمة الدستورية العليا / العدد 44 / اتحادية / 2009 في 2/9 / 2009 / منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية .

⁽²⁾ ينظر رأي د. محمد رفعت عبد الوهاب/ رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري/ ص 166 .

من الملاحظ أن قانون المحكمة الاتحادية العليا صدر استناداً لأحكام قانون إدارة الدولة العراقية⁽¹⁾ ، وبالتالي فإن السند الشرعي لقانون المحكمة الاتحادية العليا ونظامها الداخلي هو قانون إدارة الدولة بالرغم من إلغاء هذا القانون بمجرد صدور الدستور الدائم ، حيث أن قانون المحكمة الاتحادية ونظامها الداخلي يبقيان نافذين وذلك استناداً لنص الدستور الدائم الذي اعتبر التشريعات التي لم تلغ أو تعدل بموجب هذا الدستور تكون نافذة⁽²⁾ ، وبذلك فإن التشريعات الخاصة بالمحكمة الاتحادية تكون نافذة مع إحداث بعض التعديلات الضمنية فيها كما هو الحال في اختصاصات المحكمة ، حيث أن نص الدستور يعطي للمحكمة اختصاصات أوسع مما هو منصوص عليه في قانون إدارة الدولة ، وبالتالي فإن اختصاصات المحكمة أصبحت تشمل الإختصاصات المنصوص عليها في قانون المحكمة إضافة إلى الإختصاصات المنصوص عليها في الدستور الدائم ، ونجد مصداق هذا الرأي في أغلب قرارات المحكمة الاتحادية العليا التي تصدر استناداً لنص المادة (4) من قانون المحكمة والمادة (93) من الدستور الدائم اللتين يختصان بتحديد إختصاصات المحكمة الاتحادية العليا⁽³⁾ ، وعليه فإن الجهات التي يكون لها حق المراجعة أمام المحكمة الاتحادية العليا - بصورة عامة - سواء كانت هذه المراجعة متمثلة في رفع دعوى الطعن في الدستورية أو طلب تفسير (أو مشورة) أو لفض منازعات دستورية ناشبة بين سلطات الإتحاد أو هيئاته الدستورية أو السلطات المحلية - كما سنبين لاحقاً - وهذه الجهات هي :-

1- المحاكم.

2- الأفراد (الأشخاص الطبيعية والمعنوية) .

3- الجهات الرسمية .

ولأجل توضيح هذه الجهات أعلاه وطبيعتها وكيفية مراجعتها للمحكمة الاتحادية ، وفي أية حالة سمح لها الدستور في المراجعة ، فإننا سنتناول هذه الجهات وفقاً لاختصاصات المحكمة الاتحادية أي وفقاً لطبيعة المراجعة ، وذلك في الفقرات الآتية:-

(1) ينظر نص المادة الرابعة والأربعون / قانون إدارة الدولة

(2) ينظر نص المادة 130 / الدستور العراقي الدائم .

(3) ينظر في هذا الشأن قرارات المحكمة الاتحادية العليا بالعدد (33) / اتحادية / 2009 في 2008/9/15 وبالعدد 2/اتحادية / 2009 وبالعدد 45/اتحادية / 2009 في 2009/4/8 وكذلك الرأي التفسيري بالعدد 13/اتحادية / 2007 ، والرأي بالعدد 19/اتحادية / 2007 في 2007/9/16 ، وغيرها من القرارات التي تحمل ذات المضمون ، على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا .

أولاً :- من له حق الطعن بدستورية القوانين والأنظمة النافذة:-

سبقت الإشارة في القسم الأول من بحثنا هذا الى - أن الدستور الدائم بموجب المادة (93/أولاً) قد منح المحكمة الاتحادية صلاحية البت في دستورية القوانين والأنظمة النافذة ، وأستناداً الى نظام المحكمة الاتحادية الداخلي فإن هذه الصلاحية تمارسها المحكمة بناءً على طلب من إحدى المحاكم أو إحدى الجهات الرسمية أو الأفراد ، وهذه الجهات ليس لها مطلق الحرية في المراجعة ، حيث أن المشرع قد حددها بشروط وآليات الهدف منها حصول الجدية والموضوعية في المراجعة ، وذلك للحفاظ على المكانة الدستورية للمحكمة الاتحادية في محاولة من المشرع لتوجيه جهد أعضاء هيئة المحكمة لأجل تحقيق الغايات الدستورية التي أنشئت المحكمة لأجلها ، ولتوضيح ذلك فإننا نتناول كل جهة من الجهات على حدة .

1- المحاكم:-

من الملاحظ أن مراقبة دستورية القوانين والأنظمة تعد من صميم عمل القاضي دون الحاجة إلى نص يلزم القاضي بمراقبة الدستورية عند تطبيقه للنص التشريعي ، فمبدأ الدستورية ووجوب توافق القانون الأدنى مع القانون الأعلى تعد من النظام العام الذي لا يشترط النص عليها كي يتم تطبيقها ، وهذا يظهر جلياً في حالة الأنظمة التي لا تنص دساتيرها على مبدأ رقابة الدستورية ، أما إذا نص في متن الدستور على مبدأ الرقابة الدستورية عندها يكون هناك إلزام على المحاكم لتطبيق هذا المبدأ بموجب نص الدستور أو القانون ، وهذا يعد زيادة في ضمانات حماية الدستور، حيث لا يكون مجرد مبدأ عام يجب الإلتزام به من قبل المحاكم بل يكون إلتزاماً دستورياً واجب التطبيق فتلتزم المحاكم أن لا تحكم بموجب قانون أو نظام يساورها الشك حول دستوريته ، وهذا كله بموجب نص دستوري أو قانوني⁽¹⁾.

وهذا ما يمكن ملاحظته في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة في العراق ، فبموجب نص المادتين (3و4) النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية يكون للمحاكم العدلية (مدنية وجزائية) إمكانية تحريك الدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا سواء كان طلب الطعن بعدم الدستورية مقدماً من إحدى المحاكم بناءً على قناعة خاصة من المحكمة ذاتها أي من تلقاء نفسها^(*) ، أو بناءً على طلب من أحد الأشخاص الذين يكونون أطرافاً في دعوى

(1) د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص118.

معروضة أمام تلك المحكمة ، وفي الحالتين اشترط المشرع أن يكون الطلب مرفوعاً من المحكمة (محكمة الموضوع)⁽¹⁾ .

ونلاحظ أن المشرع قد أورد عبارة (المحاكم) في نص المادتين أعلاه بصيغة مطلقة دون تحديد لنوع المحاكم ودرجاتها ، وبذلك تكون المحاكم الداخلة في نطاق النص هي جميع المحاكم العدلية (مدنية وجزائية) وبكل درجات تقاضيها (بداءة ، إستئناف وتمييز) ، وإن كان هناك رأي يذهب إلى أن المحاكم التي ينطوي عليها حكم النص هي جميع المحاكم العدلية (مدنية وجزائية) إلا محكمة التمييز (النقض) باعتبار أن دور هذه المحكمة ووظيفتها ينحصران في تدقيق أوراق الدعوى ودفع الخصوم وتقدير محكمة الموضوع للقضية ، وبعد ذلك تصديق قرار محكمة الموضوع أو نقضه دون حضور أطراف الدعوى أمام المحكمة⁽²⁾ ، ولكننا نرى أن هذا الرأي يذهب أبعد مما يجب ، حيث أن ورود عبارة (محاكم) مطلقة في النص دون تحديد لنوع ودرجة المحكمة التي يحق لها تقديم الطلب، معناه شمول كل المحاكم بحكم النص أعلاه ، مع اشتراط أن تكون هناك خصومة (دعوى) ، و أن يكون الطلب مقدم بمناسبة هذه الدعوى ، وهو ما يتوفر في حالة محكمة التمييز ، حيث يلاحظ أن محكمة التمييز تقوم بتدقيق أوراق الدعوى وتقييم إجراءات محكمة الموضوع في حسم الدعوى مع الإطلاع على اللوائح القانونية التي يقدمها طالب التمييز (المميز) ، وبعد الإطلاع على ذلك كله فإن محكمة التمييز وفي نهاية المطاف ستصدر قرارها القضائي بشأن الدعوى والذي يكون إما تأييداً لقرار محكمة الموضوع أو نقض له، وفي حالة النقض فإن محكمة التمييز قد تقوم بتغيير المادة القانونية التي اعتمدتها محكمة الموضوع أساساً لفض النزاع وذلك بتغيير الوصف القانوني للفعل موضوع الدعوى - وهذا جل ما يظهر في الدعاوى الجزائية - وكذلك فإن محكمة التمييز قد تلجأ إلى استدعاء أطراف الدعوى للاستيضاح منهم فقط حول بعض النقاط الدقيقة في الدعوى دون أن يكون لهم حق الترافع⁽³⁾، وعليه فإنه لا يوجد أي مانع قانوني يحول دون أن

(*) من خلال مراجعتنا لتطبيقات المحكمة الاتحادية العليا وجدنا أن تحريك الدعوى الدستورية من قبل محكمة الموضوع قد حصل في حالة واحدة وذلك بالدعوى الدستورية ذات العدد 25/إتحادية/2007 والتي تقدمت بها محكمة بداءة الكراة في بغداد طاعنة من خلالها بعدم دستورية حكم مادتين قانونيتين كانتا وسيلة لحسم نزاع معروض أمامها .

(1) ينظر نص المادة 4 و3 / النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية .

(2) ينظر رأي مكي ناجي / المحكمة الاتحادية العليا في العراق / ص 103 .

(3) ينظر د. عبد الرزاق عبد الوهاب / الطعن في الأحكام التمييزية / دار الحكمة / بغداد ، 1991 ، ص 300-304 .

يكون لمحكمة التمييز الحق في أن تقدم طلباً للمحكمة الاتحادية العليا للبت في دستورية أي نص ترى فيه مخالفة لنص الدستور أو مبادئه، ويكون لهذا النص الدستوري دور في حسم الدعوى موضوع النقض (التمييز) فما دام الإطلاق قد أتى في النص لكل المحاكم بدون تمييز إذ لا مجال للتمييز فلم يميز المشرع ، وعملاً بالمبدأ الكلي فإن الإطلاق يظل على إطلاقه .

هذا ما ذهب إليه جانب من الفقه الدستوري المصري عند الحديث عن المحاكم التي يحق لها رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا ، فكون النص التشريعي لم يحدد نوع المحكمة صراحة وجاء مطلقاً عليه يكون شاملاً لجميع أنواع المحاكم في نظام القضاء المصري نظراً لطبيعة وظيفة المحكمة الدستورية في هذا النظام وهي الفصل في دستورية القوانين التي تطبقها جميع المحاكم⁽¹⁾ .

ومن حيث المبدأ العام يلاحظ أن صلاحية محكمة التمييز في تقديم طلب مراقبة الدستورية تظهر في حالة تقديم المحكمة للطلب من تلقاء نفسها فقط ، أي لا يجوز أن يكون بناءً على طلب أحد الأطراف المتنازعة ، وذلك ما تفرضه طبيعة عمل المحكمة كما بينا سلفاً ، فإذا كانت إثارة الدعوى الدستورية من قبل المحاكم (من تلقاء نفسها) ، فإنها تعد ضماناً لحسن تطبيق الدستور ومبادئه ، ذلك لأن إثارة الطعن بناءً على طلب أحد المتنازعين قد لا تتمتع بالجدية المطلوبة و تحقق الغاية التي هدف إليها المشرع ، بل تكون الغاية منه إضاعة الوقت والإطالة في الدعوى دون جدوى ، لذلك فإن المشرع اشترط لقبول الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع إضافة إلى الشروط المذكورة - أن يكون الدفع جدياً ، حيث أعطى النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية لمحكمة الموضوع صلاحية قبول الدفع بعدم الدستورية من عدمه ، فإذا قبلت محكمة الموضوع الدفع فإنها ترسله إلى المحكمة الاتحادية مع إستئثار الدعوى الأصلية حتى صدور قرار من المحكمة الاتحادية ، أما إذا رفضت محكمة الموضوع الدفع بعدم الدستورية فإن رفضها يكون قابلاً للطعن تمييزاً أمام المحكمة الاتحادية العليا⁽²⁾ ، وهنا يظهر أمامنا إشكالان عند التطبيق، الإشكال الأول يرتبط بتحديد المدة التي يمكن فيها أو اثنائها لمحكمة الموضوع أن ترفض الطلب أو تقبله لضرورة أن يكون هناك سقف زمني تلتزم به محكمة الموضوع للبت بالدفع بعدم الدستورية المقدم أمامها لأن هذه المحكمة قد تستمر بالدعوى الأصلية المنظورة ولا تبت بالدفع الفرعي إلا بعد فترة طويلة أو تحسم الدعوى المنظورة ولا تبت به مطلقاً مما يفوت حقاً على الطاعن بالإستفادة من قرار عدم الدستورية

(1) ينظر رأي د. أمينة النمر /قوانين المرافعات / ص 175 .

(2) ينظر نص المادة 4/النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا .

الذي قد تصدره المحكمة الاتحادية ما يرتب أثراً في نتيجة دعواه الأصلية خاصة أن حسم الدعوى الأصلية وإكتساب القرار درجة البتات سوف لا يتأثر بأي قرار للمحكمة الاتحادية العليا - في المستقبل - بعدم الدستورية حين يتم الطعن مجدداً بدستورية القانون أو النظام نفسه سواء من ذات الطاعن أو غيره، إذا ما علمنا أن قرارات المحكمة الاتحادية لا تسري بأثر رجعي ولا تأثير لها على الأحكام القضائية المكتسبة درجة البتات ⁽¹⁾.

ويكون الإشكال الثاني مرتبطاً بالمدة التي يجب أن يتقدم خلالها الطاعن بطعنه أمام المحكمة الاتحادية، كون النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية لم يحدد تلك المدة بل تركها قضية مبهمة!، فهل هي مدة مفتوحة؟ أم يمكن أن تحدد بالرجوع لأحكام قانون المرافعات المدنية؟ الذي يعد الأصل العام لإجراءات المحكمة الاتحادية لكل مالم ينظم بنص خاص سواء في قانون المحكمة أو نظامها الداخلي ⁽²⁾.

إذا افترضنا بأنها مدة مفتوحة فإننا في هذه الحالة سنخالف مبدأ ضرورة استقرار المراكز القانونية، أما إذا افترضنا أن تحديد المدة يتم بالرجوع إلى قانون المرافعات المدنية العراقي، فإننا سنكون هنا بحاجة إلى تحديد صفة المحكمة الاتحادية عند نظرها الطعن المقدم فهل تعتبر محكمة استئناف بصفاتها التمييزية؟ أم محكمة تمييز؟ أو تعتبر محكمة موضوع تنظر في طعن تكون مختصة بنظره اختصاص أصيل وذلك بالإستناد الى أحكام الدستور والقانون؟، لذلك كان الأجدر بالمشرع أن يحدد بنص قاطع الدلالة مدة الطعن والصفة القضائية للمحكمة الاتحادية عند نظرها الطعن المقدم ممن رفض طعنه الدستوري، وإذا لم تحدد مدة الطعن - كما هو واقع الحال - فإنه كان من الواجب تحديد الصفة التي تكون عليها المحكمة الاتحادية عند نظرها الطعن، لأن ذلك سيسهل عملية تحديد مدة الطعن بإقتراضها قياساً ⁽³⁾.

وهناك إشكال دستوري آخر يظهر في التطبيق عند إعطاء قاضي الموضوع صلاحية قبول أو رفض الدفع بعدم الدستورية (إبتداءً)، فالمشرع لم يحدد طبيعة هذا القبول والرفض هل هو مرتبط بتفحص شكل الدعوى الدستورية - الدفع بعدم الدستورية - المقدمة فقط، أم مرتبط بموضوع الدعوى الدستورية؟ فإذا كانت صلاحية قاضي الموضوع متعلقة في حدود توفر الشروط الواجبة دستورياً وقانوناً (فقط) فليس هنا أي إشكال لأن هذا يدخل ضمن طبيعة القضاء، فعمل القاضي يحتم عليه أن يتفحص الشكالية المتوخاة في كل الدفوع المقدمة أثناء

(1) د. علي هادي الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور / ص 168.

(2) ينظر نص المادة 19/ النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية.

(3) د. علي هادي الهلالي / المصدر السابق / ص 170.

نظر الدعوى قبل أن يقرر قبولها أو رفضها ولكن الخشية تكون إذا طال دور محكمة الموضوع إلى أبعد من ذلك فيشمل تدقيق شكل الدعوى الدستورية وموضوعها عندها فإن قاضي الموضوع سيمارس مهمة تكون بالأساس معقودة للمحكمة الاتحادية (بنص الدستور) وحينها لا يمنع أن يكون قرارها خاضعاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية طالما أن هناك محكمة أدنى قد مارست اختصاصاً دستورياً محظوراً عليها⁽¹⁾ .

ومن الجدير بالذكر أن المحكمة الاتحادية العليا قد تبنت أسلوب الدفع الفرعي لقبول دعوى عدم الدستورية المثارة أمام المحاكم العدلية , سواء كان هذا الدفع مثاراً من قبل أطراف الدعوى الأصلية أمام محكمة الموضوع أو من تلقاء المحكمة وبناءً على قناعتها الذاتية ففي كلتا الحالتين يشترط القانون أن تكون هناك دعوى منظورة وأن تتأخر الدعوى المنظورة لحين البت في نتيجة الاعتراض من قبل المحكمة الاتحادية , وهي بهذا الاتجاه تذهب إلى ما ذهب إليه المشرع الكويتي في قانون المحكمة الدستورية عندما أعطى الصلاحية لمحكمة الموضوع - مهما كان نوعها - إحالة الاعتراض بعدم الدستورية بشأن قانون أو لائحة تكون وسيلة للفصل في الدعوى المنظورة , سواء كانت هذه الإحالة بناء على طلب من أحد الأطراف المتنازعة في الدعوى أو من تلقاء نفسها , و يكون لمحكمة الموضوع الصلاحية في تقدير جدية الدفع من عدمه , فإذا رأت أن الدفع بعدم الدستورية غير منتج في الدعوى , أي أن الغاية منه هي إطالة أمد الدعوى وتأخير الحسم فيها لا غير فعليها أن ترد الطلب , وكذلك قد تدفع محكمة الموضوع بعدم دستورية تشريع ما من تلقاء نفسها دون طلب من أحد الأطراف المتنازعة , وفي كلتا الحالتين يستلزم تأخير الدعوى الأصلية لنتيجة الدعوى الدستورية المرفوعة أمام المحكمة الدستورية⁽²⁾ .

ويلاحظ ان المشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية العليا قد أعطى للمحاكم على اختلاف انواعها صلاحية رفع الدعوى الدستورية بناء على طلب أحد الأطراف المتنازعة أو من تلقاء نفسها وبنفس الشروط التي أوردناها في القانون الكويتي والعراقي من حيث جدية الدفع وإستئثار الدعوى الأصلية لحين البت في الدعوى الدستورية⁽³⁾ .

(1) محسن جريح / المحكمة الاتحادية العليا في العراق / بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء/بغداد / العدد الثالث / 2009 / ص58 .

(2) ينظر نص المادة 4/ أ / ب / قانون إنشاء المحكمة الدستورية الكويتية .

ينظر د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص291 .

(3) ينظر نص المادة 29/أ/ب / قانون المحكمة الدستورية العليا .

ينظر فايز وأشرف اللساوي / المحكمة الدستورية العليا / ص40 .

ينظر د.أمينة النمر / قوانين المرافعات / ص177 .

أن هذا الإتجاه المتشابه في القوانين العربية - أعلاه - جاء متماشياً مع ما ذهب إليه المشرع الألماني عندما أعطى الحق للقضاة الذين ينظرون بدعوى عادية (مدنية أو جزائية أو حتى إدارية) إذا تبين لهم عدم دستورية القانون الذي سيطبق على الدعوى أن يقوموا برفع دعوى عدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية الاتحادية مع إستئثار الدعوى الأصلية⁽¹⁾، وهنا يكون تحريك الدعوى الدستورية من المحاكم من تلقاء نفسها ، كما يحق للمحكمة الدستورية في ألمانيا أن تنظر في الدفوع بعدم الدستورية التي يدلي بها ضد القوانين امام المحاكم العادية وذلك في معرض إحدى الدعاوى التي عليها أن ترفع النزاع إلى المحكمة الدستورية الاتحادية عندما تثار أمامها مسألة خرق الدستور ، وهنا تكون مسألة تحريك الدعوى الدستورية بناء على طلب من أحد الأطراف المتنازعة⁽²⁾.

2- الجهات الرسمية:-

منح قانون المحكمة الاتحادية ونظامها الداخلي الجهات الرسمية صلاحية تحريك الدعوى الدستورية⁽³⁾، ويلاحظ أن المشرع قد منح حق إقامة الدعوى الدستورية إلى الجهات الرسمية حيث جاءت العبارة مطلقة دون تحديد هذه الجهات ، وحينئذٍ فهي تشمل أية شخصية معنوية ذات صفة رسمية كالمؤسسات التشريعية والتنفيذية على تنوع مسميات دوائرها ومؤسساتها وتدرجها الهرمي⁽⁴⁾.

ويلاحظ ان المشرع أجاز أن يكون تحريك الدعوى من قبل وزارة أو مديرية تابعة لوزارة أو من قبل دائرة تابعة للمديرية العامة ، ويشترط لقبول الدعوى الدستورية من الجهات الرسمية أن تكون هذه الدعوى مرفوعة بمناسبة منازعة قائمة بين الجهة الرسمية (محرك الدعوى) وبين جهة أخرى ، ولا يشترط بالجهة الأخرى أن تكون جهة رسمية .

ويلاحظ انه من الواجب أن ترسل الجهة الرسمية دعواها بكتاب موقع من قبل الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة^(*) وعلى أن تقدم هذه الدعوى من قبل محامي ذي صلاحية مطلقة^(**)، أو من قبل الممثل القانوني للجهة الرسمية ، على ان لا تقل درجته

(1) د. إسماعيل الغزال / الدساتير والمؤسسات السياسية 1969م /ص 515 .

(2) د. محمد طي / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية /ص 324

(3) ينظر نص المادة 4/ثانياً قانون المحكمة الاتحادية العليا . والمادة 5 /النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية

(4) د. علي هادي الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور /ص 165 .

الوظيفية عن درجة (مدير)، وهذا كله يكون تحت طائلة رد عريضة الدعوى اذا لم يتم الالتزام بهذه الشروط اعلاه⁽¹⁾ .

ويلاحظ أن المشرع اشترط في المحامي أن تكون صلاحيته مطلقة (الصنف جـ) باعتبار أن المحامي في هذا الصنف يكون - حكماً - ذا خبرة و يمتلك معلومات قانونية تؤهله لتقديم لائحة في دعوى دستورية تكون مستوفية الشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة ، ومن الملاحظ أن نص المادة (5) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية أعطى الحق للجهات الرسمية في رفع دعوى عدم الدستورية للفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر ، وكما أشرنا سابقاً أن هذا النظام الداخلي قد صدر بناءً على قانون إدارة الدولة الذي كان يعطي للمحكمة صلاحية مراقبة دستورية التعليمات والأوامر ، ولكن بعد نفاذ الدستور الدائم أصبحت صلاحية المحكمة الاتحادية محصورة في مراقبة دستورية القوانين والأنظمة النافذة فقط .

(*) إن نص المادة (5) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية يشترط لتحقيق المراجعة أن تكون هناك منازعة ناشئة بين الجهة الرسمية الطاعنة بدستورية التشريع وجهة أخرى ، وهذه المراجعة تختلف عن المراجعة التي منحها الدستور (لمجلس الوزراء) بكل فروع وأقسامه الإدارية بإعتباره (جهة رسمية) بموجب نص المادة (93/ثالثاً) ، فالنص الدستوري منح مجلس الوزراء حق المراجعة لا للطعن في دستورية القانون بل للفصل في القضايا الناشئة عن تطبيق التشريعات الاتحادية وهذا سيكون مدار بحثنا في الصفحات المقبلة في حين أن نص النظام الداخلي منح الجهات الرسمية ومنها مجلس الوزراء حق المراجعة للطعن بعدم الدستورية بشرط أن يكون الطعن مثاراً بمناسبة منازعة ناشئة مسبقاً ، ويكون أحد أطراف هذه المنازعة الجهة الرسمية طالبة الطعن ، أي أن صلاحية المحكمة الاتحادية بموجب النص (المادة 5) تكون محصورة في البحث في دستورية التشريع المطعون فيه فقط دون الولوج في المنازعة والتي بسببها إثرت عدم الدستورية .

(**) بموجب قانون المحاماة رقم 173 لسنة 1965 النافذ فإن المحامي عند تسجيل إسمه في جدول المحامين يتدرج إلى ثلاثة أصناف ، بدءاً من الصنف (أ) والذي يحق بموجبه للمحامي ممارسة المهنة في بعض الدعوى البسيطة والمحدودة وبعد مرور سنة يحال إلى الصنف (ب) الذي يكون أوسع من الصنف الأول ولكن بمحدودية أيضاً وبعد مرور سنة من التدرج الثاني يحال المحامي إلى الصنف (جـ) وبموجب هذا الصنف يكون للمحامي حق الترافع في كافة أنواع الدعاوى والترافع أمام كافة الهيئات القضائية مهما علت درجتها ، ولتفصيل أكثر ينظر قانون المحاماة العراقي رقم 173 لسنة 1965 / المادة 20 .

(1) ينظر محسن جريح / المحكمة الاتحادية العليا / ص 61 .

عليه يكون نص المادة (5) من النظام الداخلي معدا له بحكم المادة (93/أولاً) من الدستور ، ومن هنا فإن الجهات الرسمية يحق لها تحريك الدعوى الدستورية لمراقبة دستورية النص القانوني والنظام فقط دون غيرها⁽¹⁾ .

ومن الملاحظ أن المشرع العراقي في منحه الجهات الرسمية حق الطعن في دستورية التشريعات النافذة قد سار مسار المشرع الألماني الذي منح الحكومة الفدرالية وحكومات المقاطعات وثلاث أعضاء مجلس النواب والمقاطعات ممارسة ذلك الحق⁽²⁾ .

وكذلك فإن المشرع الكويتي في قانون إنشاء المحكمة الدستورية قد منح كل من مجلس الوزراء ومجلس الأمة صلاحية رفع دعوى عدم الدستورية أمام المحكمة⁽³⁾ ، ويجب أن يكون الطعن مقدم بموجب قرار من مجلس الأمة نفسه وليس أحد لجانه أو رئيسه و يتخذ القرار بالأغلبية المطلقة كون القانون لم يشترط أغلبية معينة⁽⁴⁾ .

ونجد أن المشرع اللبناني حصر حق مراجعة المجلس الدستوري للطعن بدستورية التشريعات بالجهات الرسمية فقط دون غيرها ، حيث حُصرت برئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء وعشرة أعضاء من مجلس النواب ، وكذلك منح حق المراجعة إلى رؤساء الطوائف المعترف بها قانوناً ، ولكن ليس بشكل مطلق بل حصر حقهم في المراجعة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية وحرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية وحرية التعليم الديني⁽⁵⁾ .

ومن الملاحظ على النص أعلاه أن المشرع أجاز لعشرة نواب ، أي أن المراجعة لكي تكتمل شكلياً يلزمها توقيع عشرة نواب عليها ولا حائل قانوني ودستوري يحول دون توقيع عدد أكبر من النواب ، فالحديث كان من المشرع عن الحد الأدنى من النواب دون الإشارة إلى الحد الأقصى⁽⁶⁾ .

3- الأفراد والأشخاص المعنوية:-

(1) فيصل غازي مهدي / المحكمة الاتحادية العليا ودورها / ص 53 .

(2) د. إسماعيل الغزال / الدساتير والمؤسسات السياسية / ص 515

(3) ينظر نص المادة 4/أ / قانون إنشاء المحكمة الدستورية .

(4) د. عادل الطبطبائي / المحكمة الدستورية في الكويت / ص 261 .

(5) ينظر نص المادة 19 / الدستور اللبناني .

(6) ألياس أبو عيد / المجلس الدستوري بين النص والإجتهاد / ص 153 .

منح المشرع العراقي الافراد و الأشخاص المعنوية حق رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا بصورة مباشرة⁽¹⁾ ، فإذا طلب مدعي الفصل في شرعية قانون أو نظام نافذ فعليه أن يقدم الطلب بدعوى (مستقلة) على أن يكون الطلب بواسطة محام ذي صلاحية مطلقة (صنف ج) ، فإذا قدم الطلب من قبل المدعي مباشرة دون المحامي فإنه يكون عرضة للرد تحت طائلة مخالفة الشروط الشكلية ، وهذا ما ذهب إليه قضاء المحكمة الاتحادية^(*) ، ومن الملاحظ إنما وضع هذا الشرط كوسيلة لضمان الدقة والجدية في تقديم الطلب ، كون المشرع اشترط أن يكون الطلب المقدم مستوفيا للشروط المنصوص عليها في المواد (44-47) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969^(**) ، وهذه الشروط والآليات المنصوص عليها في قانون المرافعات لا يكون ملما بها عادةً إلا المحامي ذو الصلاحية المطلقة ، وكذلك اشترط المشرع أن تتوفر في الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الاتحادية عدة شروط حتى يتم قبولها وهذه الشروط هي :-

1- أن يكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني والمالي أو الاجتماعي ، أي أن للمدعي فائدة فعلية ستتحقق إذا ما صدر الحكم في الدعوى لمصلحته ، وهنا لا بد أن نخرج قليلاً على مفهوم المصلحة ونوضح المقصود منها فالمصلحة القانونية في الدعوى - بصورة عامة - هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى جراء الحكم له بطلبه ، فإذا لم تكن هناك أية فائدة يمكن أن تتحقق لرافع الدعوى من دعواه فهذا يعني أن لا وجود للمصلحة وبالتالي لا تقبل الدعوى.⁽²⁾

⁽¹⁾ نص المادة (4/ رابعاً) / قانون المحكمة الاتحادية العليا والمادة (6) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية .

^(*) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد 3/اتحادية/ 2007 في 2/7/2007 و 12/اتحادية/2009 في 1/3/2009 والتي ردت فيها المحكمة دعوى المدعين كونهما لم يرفعا دعواهما بواسطة محام ذي صلاحية مطلقة ولم يلزمهما بالشروط اللازمة لرفع الدعوى المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية وعليه تكون الدعوى واجبة الرد شكلاً .

^(**) نصت المواد (44-47) من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 على الشروط والآليات الواجب إتباعها لتقديم الدعوى المدنية واشتملت كذلك على آلية احتساب رسوم رفع الدعوى والبيانات الأساسية التي يجب أن تتضمنها عريضة الدعوى والتي بدونها تكون عرضة للرد تحت طائلة النقص في الشروط الشكلية لإقامة الدعوى، أي الرد (من حيث الشكل) .

⁽²⁾ عبد الرحمن العلام / شرح قانون المرافعات المدنية العراقي / مطبعة العاني / بغداد 1970 / الجزء الأول / ص 89 . وينظر في هذا المعنى فايز واشرف اللساوي / المحكمة الدستورية العليا / ص 79-80 .

ويمكن تحديد وجود المصلحة في رافع الدعوى (المدعي) في حالة كون المدعي محكوماً أو ملزماً بشئ على تقدير ثبوت الدعوى ، أي أن يكون موضوع الدعوى مصلحة معتبرة قانوناً وإلا فالدعوى تكون محلاً للرد قضائياً ، لذا فإن مبنى هذه القاعدة هو تنزيه ساحة القضاء من الإنشغال بدعوى لا فائدة عملية منها كونها غير منتجة أو كيديّة والمحاكم لم تنشأ لمثل هذه الدعاوى⁽¹⁾ .

كما أن شرط المصلحة في الدعوى الدستورية يستهدف حماية المشروعية الدستورية وكفالة السيادة والعلو لأحكام الدستور ، فلا يكفي لتوفر المصلحة في الدعوى الدستورية مجرد إنكار أحد الحقوق المنصوص عليها دستورياً بل يجب أن يكون النص المطعون به قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور على نحو يلحق ضرراً مباشراً بصاحبه وعندها تنشأ (مصلحة) تمكن صاحب الحق من اتخاذ إجراءات الطعن بالنص لجهة عدم دستوريته وهنا يكون تقدير وجود المصلحة أو عدمه متروك للجهة المختصة بالرقابة (المحكمة الاتحادية)⁽²⁾ .

ومن الجدير بالذكر أن المصلحة الشخصية المباشرة تتوافر في الدعوى الدستورية التي تنظرها المحكمة الدستورية بناءً على إحالة إحدى المحاكم من تلقاء نفسها أو نتيجة لقبول دفع فرعي إثارة أحد أطراف الدعوى ، أما في الحالة التي ترفع فيها دعوى عدم الدستورية من قبل الجهات الرسمية فإن هذه الإحالة تتم بناءً على اعتبارات تتصل بالمصلحة العامة وحدها ونتيجة لممارسة اختصاصات مستمدة من الدستور أو القانون أو ليس بسبب مساس القانون أو اللائحة المطعون فيها بحق أو مركز قانوني لتلك الجهة .

وكذلك فإن شرط المصلحة في الدعوى الدستورية يجب أن يستمر قائماً إلى حين صدور حكم في الدعوى المذكورة فإذا زالت المصلحة قبل أن تصدر المحكمة الدستورية حكمها لأي سبب من الأسباب فإن ذلك يكون مبرراً لانقضاء الدعوى الدستورية ، وجل ما تظهر هذه الحالة في الدفع الفرعي الذي يكون مرتبطاً بالدعوى الأصلية ، فإذا تنازل صاحب الدعوى الأصلية عن دعواه فإن ذلك سيكون سبباً لانقضاء مصلحة المدعي في الدعوى الدستورية لأن الحكم الصادر في هذه الدعوى لن يكون له أي أثر في الحق المدعى به في الدعوى الموضوعية لأنه قد تم التنازل عنه⁽³⁾ ، ولكن هذا القول يجب أن لا يؤخذ على إطلاقه حيث

(1) د. آدم وهيب النداوي / فلسفة إجراءات التقاضي في قانون المرافعات / مطبعة جامعة بغداد / 1988/ص75 . وينظر د. محمد جابر الدوري / الصيغ القانونية / بغداد / 1991/ص42 .

(2) د. عادل عمر شريف / القضاء الدستوري في مصر / رسالة دكتوراه / جامعة عين شمس / 1988/ص438 .

(3) د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص404 .

أنه يصح في حال كانت الرقابة القضائية هي رقابة امتناع أما إذا كانت رقابة إلغاء فإن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية يثبت أثره في النص المطعون به حتى بعد التنازل عن الدعوى الأصلية كون حجية قرار المحكمة في قضاء الإلغاء هي حجية مطلقة وبمواجهة كافة كما هو معلوم يضاف إلى ذلك أن مبدأ دستورية القوانين هو من النظام العام الذي يجب التشدد به وعدم التساهل معه بأية صورة من الصور، إضافة إلى أن الدعوى الدستورية هي دعوى عينية توجه فيها الخصومة إلى النصوص التشريعية المطعون فيها⁽¹⁾.

2- أن يقدم المدعي الدليل على أن ضرراً قد لحق به ، ويشترط بالضرر الموجب لإقامة الدعوى أن يكون ضرراً واقعياً قد لحق بالمدعي جراء التشريع المطلوب إلغاؤه ، فلا قيمة للضرر المحتمل أو الضرر المجهول في إقامة الدعوى ، وهذا ما ذهب إليه المشرع الألماني الذي أعطى للأفراد حق مراجعة المحكمة الفدرالية الدستورية بشرط أن يكون هناك ضرر واقع على أحد الحقوق المعترف بها دستورياً⁽²⁾ ، يضاف إلى هذا أن يكون الضرر مباشراً^(*) ، فإذا كان الضرر غير مباشر فلا سبب لإقامة الدعوى ويشترط كذلك أن يكون الضرر مستقلاً بعناصره ومعنى الاستقلال المقصود هنا هو أن التشريع يكون السبب المباشر للضرر دون إشتراك عناصر أخرى في أحداثه ، وأضاف المشرع شرطاً آخر في الضرر كي يكون سبباً لإقامة الدعوى وهو أن يكون من الممكن إزالته إذا ما صدر حكم بعدم شرعية النص التشريعي فلا عبرة للضرر الذي لا يمكن إزالته حيث لا يكون هناك أي معنى أو أثر للحكم الصادر من المحكمة الدستورية⁽³⁾ . وفي هذا يذهب جانب من الفقه إلى أن هذا الشرط مخالف لطبيعة الحكم الدستوري ، حيث أن مبدأ الدستورية هو من النظام العام الذي يجب التشدد به وعدم التساهل بأية صورة كانت إضافة إلى أن أحكام المحكمة تكون ذات حجية مطلقة بمواجهة كافة - من غير أطراف الدعوى - ، لذلك كان على المشرع أن لا يخضع إلى هذا الشرط الذي قد يقوض سلطة المحكمة في تطبيق مبدأ الدستورية وحماية الدستور⁽⁴⁾.

(1) إبراهيم محمد علي / المصلحة في الدعوى الدستورية / دار النهضة العربية / القاهرة / 1996 / ص 128

(2) د. إسماعيل الغزال / الدساتير والمؤسسات السياسية / ص 514 .

(*) الضرر من حيث طبيعته (في القانون المدني) أما أن يكون مباشراً أو غير مباشر ويقسم الضرر المباشر إلى ضرر متوقع وهو ما كان نتيجة طبيعي للعمل غير القانوني وضرر غير متوقع والأصل في القانون المدني أن الشخص (الطبيعي) لا يسأل عن الضرر غير المباشر لا في المسؤولية التعاقدية ولا المسؤولية التقصيرية ، وللإطلاع على تفاصيل أكثر ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) / المكتبة القانونية / بغداد / طبعة 2007 / ص 409-415 .

(3) ينظر مكي ناجي / المحكمة الاتحادية العليا في العراق / ص 107-108 .

(4) ينظر رأي د. غازي فيصل مهدي / المحكمة الاتحادية في العراق / ص 56 .

3- أن لا يكون المدعي (في الدعوى الدستورية) قد استفاد بجانب من النص المطلوب إلغائه ، فإذا كان النص في جزء منه يوفر فائدة للمدعي وقد إستغلها فلا يحق له في هذه الحالة المطالبة بإلغاء النص كون جزء منه قد أضر بالمدعي .

4- أن يكون النص التشريعي موضوع الطعن قد طبق على المدعي بالفعل ، أو إنه على وشك أن يطبق كأن يكون الشخص قد أقدم على تصرف محكوم بنص قانوني مطعون في دستوريته ولم يطبق هذا النص بعد، فيكون من حق هذا الشخص الطعن بدستورية هذا النص خشية من أن يؤثر على مركزه القانوني (مستقبلاً) وهنا نلاحظ أن المشرع أجاز إقامة الدعوى الدستورية في حالة الضرر المستقبلي الإحتمالي ، وهو خلاف ما جاء في مقدمة نص المادة حيث إشتراط المشرع أن يكون الضرر حالاً واقعياً وليس محتمل الوقوع ، وفي هذا تناقض صارخ وواضح ما كان على المشرع الوقوع فيه ⁽¹⁾ .

ويلاحظ أن ما اشترطه المشرع العراقي من حيث وجود المصلحة وطبيعتها و من حيث وجود الضرر وتوفره في الدعوى الدستورية كشرط لقبولها ، هو ذاته ما ذهب إليه المشرع المصري ، حيث اشترط توفر شرط المصلحة في الدعوى الدستورية على أن تكون هذه المصلحة شخصية ومباشرة بحيث يكون النص المطعون فيه قد ألحق بالمدعي ضرراً مباشراً أو واقعياً ممكن إدراكه ، أي أن مجرد المصلحة (النظرية) أو المحتملة في رفع الدعوى الدستورية لا تكفي لإقامتها مع تحميل المدعي عين إقامة الدليل على وقوع هذا الضرر وبالتالي توفر المصلحة ⁽²⁾ ، وهذا هو ذات الإتجاه الذي ذهب إليه المشرع الكويتي في اشتراطه توفر شرط المصلحة لرفع الدعوى الدستورية ⁽³⁾ .

ويذهب جانب من الفقه الدستوري العراقي إلى أن المشرع العراقي لم يحدد المدة القانونية التي يمكن خلالها ممارسة الحق في الطعن بعدم دستورية قانون أو نظام ما ويرى أن عدم النص على المدة التي يمكن خلالها الطعن بعدم الدستورية يثير عدة إشكاليات، وي طرح الفقه هذه الإشكاليات بصورة تساؤل: إذا ما صدر تشريع من السلطة المختصة وفقاً للإجراءات المنصوص عليها دستورياً ودخل هذا التشريع حيز النفاذ لمدة طويلة من الزمن بحيث أصبح جزء من الإنتظام القانوني العام وبموجبه ترتبت حقوق والتزامات على الأطراف التي تتعاقد إستناداً عليه ، فهل يجوز الطعن بعدم دستوريته والحكم بإلغائه إستناداً إلى مبدأ سمو الدستور وإعتبار كل ما بني على باطل فهو باطل ؟ وإذا ما حكم بإلغاء النص القانوني لعدم دستوريته

(1) د. غازي فيصل مهدي / المرجع السابق /ص55 .

(2) د. هشام محمد فوزي / رقابة دستورية القوانين / ص293 .

(3) ينظر د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية /ص364وما بعدها .

فما هو ذنب من أأخذ النص القانوني (غير الدستوري) أساساً لتعاملاته وهو حسن النية في ذلك متخذاً من نشر القانون في الجريدة الرسمية وعدم الطعن به لفترة طويلة من الزمن قرينة على دستوريته ، فالغاء التشريع لعدم دستوريته بعد نفاذه لمدة طويلة من الزمن سيولد عدم ثقة من قبل المواطنين بعموم الإنتظام القانوني للدولة مما يؤدي لإضطراب المعاملات وزعزعة الإستقرار داخل مؤسسات الدولة ، وعلى كل ما تقدم فإن عدم تحديد الفترة الزمنية التي يمكن خلالها الطعن بعدم دستورية النص التشريعي يعتبر خلل واضح يجب على المشرع تلافيه عند سن قانون المحكمة الاتحادية الجديد المزمع تشريعه مستقبلاً⁽¹⁾ .

ثانياً : من له حق تقديم طلبات التفسير:-

أول نص منح المحكمة الاتحادية العليا حق تفسير نصوص الدستور هو الدستور الدائم - كما أسلفنا في القسم الأول - ولم يبين الدستور من له حق تقديم طلبات التفسير وفي أية حالة يقدم طلب التفسير تاركاً هذا إلى قانون يسن لاحقاً ، وبما أن القانون المشار إليه لم يسن لحد الآن ، ولا نعتقد أنه سيسن في القريب المنظور ، بسبب الفوضى السياسية العارمة التي يعيشها العراق ، فإن مسألة تحديد من له حق تقديم طلبات التفسير تكون محل اجتهاد الفقه الدستوري وقضاء المحكمة الاتحادية العليا من خلال المبادئ العامة لطبيعة القضاء ، و يلاحظ أن التفسير بطبيعته يعتبر إجراءً ضرورياً يلجأ إليه القاضي قبل تطبيق النصوص القانونية على الوقائع موضوع الدعوى المعروضة للفصل فيها ، فالقاضي لا يستطيع أن يطبق النص القانوني دون أن يحدد معنى النص والغاية التي قصد المشرع حمايتها من هذا النص فإذا وجد أن النص ينطبق وموضوع الدعوى عندئذ يطبق النص القانوني ، وهذه هي طبيعة التفسير وفي إطار تطبيق التشريع العادي⁽²⁾ .

ولنا أن نتصور كيف يكون الأمر في إطار تطبيق النص الدستوري لاسيما أن الدستور أعطى صلاحية التفسير إلى المحكمة الاتحادية العليا حصراً ، وعلى هذا الأساس يمكن القول أن إحدى الجهات التي لها حق في تقديم طلبات تفسير نصوص الدستور هي المحاكم ، وذلك عند نظرها دعوى يكون فيها النص الدستوري (محل التفسير) يستند عليه حسم النزاع المعروض ، عندها تبادر محكمة الموضوع (من تلقاء نفسها) إلى تقديم طلب التفسير إلى

(1) ينظر د. حيدر أدهم عبد الهادي / قراءات في الرقابة على دستورية تفسير القوانين / بحث منشور في مجلة

القضاء والتشريع / بغداد / العدد الرابع / 2009 / ص 144 .

(2) د. عبد الباقي البكري وزهير البشير / المدخل لدراسة القانون / بيت الحكمة / بغداد / ص 118.

المحكمة الاتحادية لضمان عدم مخالفة أحكامها لنصوص الدستور ومبادئه ، ضمان دستورية القوانين والأحكام القضائية هي من مبادئ عمل القاضي إضافة إلى إن مبدئي علوه وسموه يفرضان على المحاكم جميعها العمل به ، ومن مقتضيات التقيد به هو فهم نصوصه وإيضاحها حتى يمكن الإلتزام بأحكامه وخاصة إذا ما كانت الدعوى المنظورة أمام المحكمة تدور حول نصوص قانونية مرتبطة ومتعلقة بنص أو مبدأ دستوري ، فمن غير المعقول إلزام المحاكم بضمان دستورية القوانين والأحكام القضائية مع عدم إعطائها السبيل لفهم الدستور وتوضيح أحكامه⁽¹⁾ .

وكذلك يلاحظ أن سبب الطلب يعد موضحاً بقدر كبير لآلية تقديمه ، فلو كان سببه منازعة قضائية - كما أوضحنا أعلاه - فإن طلب التفسير يكون من خلال المحكمة المختصة ، أما إذا كانت المنازعة ليست قضائية بل منازعة ناشئة بين سلطات اتحادية أو حكومات محلية أو مؤسسات وهيئات سياسية أو دستورية مستقلة^(*) يكون تقديم طلب التفسير من ذات الجهات المتنازعة ، فالدستور ومن خلال نص بعض الفقرات في المادة 93 بحصر حق هذه الجهات في مراجعة المحكمة في حالة نشوب نزاع فيما بينها⁽²⁾ .

عليه يكون بإمكان هذه الجهات طلب التفسير ، ولكن شريطة أن يكون هذا الطلب ناجماً عن منازعة ناشئة بحيث يكون قرار المحكمة بالتفسير مؤثراً في نتيجة النزاع ، وإلى هذا الرأي ذهب اجتهاد المحكمة الاتحادية العليا ، حيث ردت طلب تفسير تقدمت به إحدى الجهات السياسية وذلك لعدم الجدوى منه ، وكون الطلب لم يقدم بمناسبة نزاع قائم يرجى من خلاله فض هذا النزاع⁽³⁾ ، وفي تطبيق آخر قبلت المحكمة الاتحادية العليا طلباً تقدمت به رئاسة مجلس النواب لبيان الرأي بشأن بعض مواد الدستور التي حصل حولها خلاف وجدل ناتج عن تطبيق القوانين والقرارات الاتحادية⁽⁴⁾ .

ثالثاً :- من لهم حق التقاضي والخصومة (دستورياً) أمام المحكمة الاتحادية :-

(1) د. علي هادي الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور / ص 130، 123 .

(*) وتشمل جميع الهيئات المنصوص عليها في المواد 102-108 من الدستور الدائم وتحت عنوان الهيئات المستقلة.

(2) ينظر الفقرات ثالثاً ، رابعاً ، خامساً ، سادساً ، ثامناً من المادة 93 من الدستور الدائم .

(3) ينظر قرار المحكمة يطلب التفسير الخاص بمسودة إقليم الجنوب بالعدد 17/اتحادية /2007 في

2007/9/11 .

(4) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا بالرأي الإتحادي في العدد 9/اتحادية /2009 في 5 /2009/2 .

أوضحنا في القسم الأول من بحثنا هذا أن الدستور الدائم قد منح المحكمة الاتحادية العليا صلاحية الفصل في المنازعات الدستورية الناشئة عن تطبيق القوانين والقرارات الاتحادية ، أو عن تنازع الاختصاص سواء بين السلطات الاتحادية نفسها وبين الأقاليم وإدارات المحافظات فيما بينها أو مع السلطات الاتحادية ، لذلك فإن المحكمة الاتحادية إضافة لاختصاصها في الرقابة الدستورية وصلاحياتها في تفسير نصوص الدستور لها أن تكون هيئة قضائية مختصة للفصل في النزاعات الدستورية بين سلطات الدولة الاتحادية و هيئاتها وسلطات الأقاليم والإدارات المحلية للمحافظات ، وهنا نود أن نبين الجهات التي تمتلك حق التنازع أمام المحكمة الاتحادية العليا بموجب نص الدستور الدائم وهي:

1- الجهات المنصوص عليها في الدستور صراحةً :-

بالرجوع إلى نص الفقرة 93/ثالثاً حيث تقول " ...ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم حق الطعن المباشر أمام المحكمة " فبموجب هذا النص يحق لمجلس الوزراء باعتباره شخصاً معنوياً مستقلاً رفع دعوى قضائية أمام المحكمة الاتحادية العليا للفصل في نزاع ناشئ عن تطبيق قانون أو قرارات أو أنظمة أو تعليمات صادرة عن السلطة الاتحادية ، وتدخل ضمن عبارة (مجلس الوزراء) كافة الدوائر والهيئات التابعة له ، وكذلك الوزراء بصفاتهم الوظيفية ، حيث أن الوزراء يتمتعون بالشخصية المعنوية المستقلة باعتبار وظيفتهم ، فالوزراء بمجموعهم يؤلفون مجلس الوزراء وذلك حسب نص الدستور⁽¹⁾ .

إضافة إلى ذلك أن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية قد اشترط توقيع الوزير المختص إذا ما طلبت جهة رسمية بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى الفصل في شرعية نص تشريعي⁽²⁾ .

وإضافة إلى مجلس الوزراء فإن المادة أعلاه قد أعطت الحق لذوي الشأن من الأفراد في التنازع أمام المحكمة الاتحادية ، والمقصود بالأفراد هنا كل شخص طبيعي أو معنوي تكون له صفة قانونية معتبرة في إقامة الدعوى ، أي يكون مركزه القانوني متضرراً من القوانين أو القرارات أو التعليمات أو الأنظمة الصادرة عن السلطة الاتحادية ما يوفر لديه الصفة القانونية

(1) ينظر نص المواد 76-83 من الدستور الدائم .

(2) ينظر نص المادة (5) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية .

الكافية للتقاضي أمام المحكمة ، وعلى هذا الأساس فإن قوام تحديد الأفراد الذين لهم حق التقاضي هو توفر شرط (المصلحة القانونية) (1) (*).

ومن الملاحظ على النص الدستوري إنه أورد عبارة (الأفراد) وكان المقصود منه الشخص الطبيعي والمعنوي ، في حين أن لفظ (الفرد) يطلق على الشخص الطبيعي فقط دون الشخص المعنوي ، ففقهاء القانون الدستوري عادةً ما يعبرون عن المواطنين في نطاق تعريفهم للقانون الدستوري ، أو تعريف الدستور بـ(الأفراد) أي الأشخاص الطبيعية دون الاشخاص المعنوية(2) ، حيث أن الحقوق السياسية لا يمكن أن تمتلكها أو تمارسها الأشخاص المعنوية ، وكذلك فإن الدستور في نطاق تحديد الحقوق والحريات العامة فإنه يورد عبارة (فرد) كتعبير عن المواطنة(3) وهو آدمي لذلك فإن عبارة (الأفراد) لا تشمل الشخصيات المعنوية بطبيعتها ، وعلى هذا الأساس كان على المشرع الدستوري العراقي أن يتبنى لفظ الأشخاص محل لفظ الأفراد .

2- الجهات المشار إليها ضمناً:-

إنطلاقاً من فكرة المصلحة القانونية وضرورة توفرها كشرط لازم لإقامة الدعوى فإننا يمكن أن نحدد من لهم حق التنازع قضائياً أمام المحكمة الاتحادية من دون أن ينص عليهم الدستور صراحةً ، حيث حدد الدستور النزاعات التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا مع تحديد أطراف هذه النزاعات ، وذلك في إطار تحديد اختصاصات المحكمة الاتحادية ، فالذين يكونون طرفاً في النزاع هم عادةً أصحاب المصلحة في التقاضي ، وعلى هذا الأساس فإن من لهم حق التقاضي أمام المحكمة والذين لم ينص على ذكرهم الدستور صراحةً هم :-

أ - المحكمة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية ، وذلك إذا ما حصلت منازعات فيما بينها(4) ، وإن خصومة الحكومة الاتحادية هنا تكون باعتبار شخصيتها المعنوية أي أن عبارة (الحكومة الاتحادية) تشمل كل الهيئات والمؤسسات التابعة للحكومة الاتحادية ، فإذا كان هناك نزاع قضائي فإنه يكون مع رئيس تلك الهيئة أو المؤسسة

(1)د. علي هادي الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور /ص175.
(*) تناولها في فقرة الأشخاص الطبيعية والمعنوية في الصفحات السابقة معنى شرط المصلحة في الدعوى القضائية بشئ من الدقة .

(2) ينظر في هذا المعنى د.رافع شبر/ النظرية العامة للقانون الدستوري / بغداد / 2006 /ص3 .

وينظر , عمر حوري / القانون الدستوري /ص18.

(3) ينظر نص المواد 15-17 / الدستور الدائم .

(4) ينظر نص المادة 93/ رابعاً ، خامساً / الدستور الدائم

التابعة للحكومة الاتحادية (إضافة لوظيفته) ، أما مراجعة المحكمة فتكون عن طريق الممثل القانوني لتلك الدائرة الرسمية التي هي جزء من الحكومة الاتحادية ، على أن لا تقل درجته الوظيفية عن (مدير) وهذا وفقاً لما نص عليه النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية⁽¹⁾ .

ب - الهيئات القضائية الاتحادية والهيئات القضائية للأقاليم أو المحافظات في حالة تنازع الاختصاص القضائي فيما بينها ، وهنا تكون الخصومة باعتبار شخصيتها المعنوية - نفس الحالة السابقة - وتوجيه الخصومة لرئيس الهيئة القضائية باعتبار وظيفته .

ج - (رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء والوزراء ومجلس النواب) وذلك في حالة توجيه الاتهامات من قبل مجلس النواب إليهم⁽²⁾ ، وقد أحال الدستور تنظيم المراجعة بهذا الشأن لقانون ، ولكن لم يسن حتى الآن ، ما جعل ممارسة هذا الاختصاص خاضعة للمبادئ القضائية العامة ، وقد منح الدستور الدائم مجلس النواب حق توجيه تهم دستورية لرئيس الجمهورية وذلك بالأغلبية المطلقة⁽³⁾ ، ولرئيس الجمهورية اللجوء إلى المحكمة الاتحادية للاعتراض على هذا الاتهام .

وبذلك فإن الصفة القانونية (المصلحة) تتوفر هنا في رئيس الجمهورية (إضافة لمنصبه) ، و يكون أحد الأطراف المتنازعة هو رئيس الجمهورية ، أما الطرف الآخر فهو (مجلس النواب) باعتبار شخصيته المعنوية ، أي تقام الدعوى ضد رئاسة مجلس النواب (إضافة لمنصبه) وتكون مباشرة الخصومة بواسطة الممثل القانوني لمجلس النواب .

ويلاحظ أن في حالة رئيس الجمهورية حدد الدستور من هي الجهة التي لها حق توجيه التهم إليه ، بينما لم يحدد الدستور أي الجهات لها الحق في توجيه الاتهامات إلى رئيس مجلس الوزراء والوزراء والتي تكون ناتجة عن وظيفتهم وممارساتهم المهنية .

رابعاً :- من له حق الطعن بنتائج الانتخابات :-

من خلال الرجوع إلى نص المادة 93/سابعاً ، نجد أن المشرع الدستوري قد منح المحكمة الاتحادية صلاحية المصادقة على نتائج الانتخابات البرلمانية ، وبموجب هذا النص لا يحق للمحكمة النظر في النزاعات الناشئة عن الانتخابات محيلاً هذا الأمر إلى المفوضية المستقلة للانتخابات والتي نص على إنشائها في الدستور ، حيث منحت هذه الهيئة الولاية

(1) ينظر نص المادة 20 / النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية .

(2) ينظر نص المادة 93/سادساً من الدستور الدائم .

(3) ينظر نص المادة 61 / سادساً من الدستور الدائم .

العامّة على العملية الانتخابية بدءاً من تقديم طلبات الترشيح وإنهاءً بالإعلان النهائي للنتائج الانتخابية .

ولكن صلاحية المحكمة الاتحادية في فض المنازعات الناشئة عن الانتخابات تظهر فقط بموجب المادة 52 من الدستور الدائم ، والتي بموجبها منح المشرع المحكمة صلاحية النظر في الطعن المقدم من العضو (عضو البرلمان) المطعون بصحة عضويته بناءً على تصويت ثلثي أعضاء البرلمان ، وفي هذه الحالة فإن العضو المطعون بصحة عضويته يكون ذا مركز قانوني متأثر بقرار الطعن وكذلك يتأثر بقرار المحكمة الاتحادية سواء كان القرار تصديقاً لعضويته أو طعناً بها ، وبالتالي يكون له حق المراجعة والإعتراض ، و يجب أن يكون الإعتراض مقدماً بدعوى مستوفية للشروط المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية إضافة لما منصوص عليه في نظام المحكمة الاتحادية الداخلي والذي أوضحناه في مقام سابق (1) .

(1) ينظر نص المادة ثالثاً / النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية .

الفصل الثاني

الطبيعة الدستورية لقرارات المحكمة الاتحادية العليا

لقد منح الدستور الدائم القرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا قوة وحجية مطلقة تكون في مواجهة كافة ويرتب عليها آثاراً هامة ، و ذلك يستلزم بالضرورة وضع آلية معينة لنفاذ قرارات المحكمة وتحديد مدى سريانها من حيث الزمان والمكان ، وهذا ما سيكون محور بحثنا في هذا الفصل ، حيث سنتناوله في مبحثين : المبحث الأول (حجية قرارات المحكمة الاتحادية) والمبحث الثاني (الأثر المترتب على قرارات المحكمة ومدى نفاذها) .

المبحث الأول

حجية قرارات المحكمة الاتحادية العليا

إن المقصود بـ(حجية القرارات القضائية) هو أن الحكم القضائي إذا صدر فإنه يكون حجة فيما فصل فيه من حقوق ، بمعنى أنه يحوز الإحترام والإلزام سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى و بما يمنع من إعادة نظر النزاع في المسألة المقضي فيها مرة أخرى ، بمعنى أنه إذا أقام أحد الخصوم دعوى جديدة أمام المحاكم لإثارة النزاع المقضي فيه كان للخصم الآخر أن يدفع بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها ، وهذا الدفع بطبيعته يكون من النظام العام يجوز إبدائه في أية مرحلة من مراحل التقاضي ، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ⁽¹⁾ .

و الهدف من تقرير الحجية هو منع تضارب الأحكام والعمل على استقرار الحقوق لأصحابها بناء على ما فرضه القانون من حجية في حكم القضاء عندما يقول كلمته ممثلاً للعدالة وفيها أيضاً ضمان انتقاء المنازعات ومنع الخصومات ، وجميعها أغراض يهدف المشرع إلى

(1) ينظر د. فتحي والي / قانون القضاء المدني / دار النهضة العربية / القاهرة / 1980م / ص 160-162 .

تثبيتها في الحياة الاجتماعية وأنها تتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام ، فتستمد منه قوتها في الإلزام بحكم قوة القانون الذي أصبحت جزءاً منه⁽¹⁾ .

ومن الملاحظ أن حجية الأحكام القضائية على نوعين ، الأول هو حجية نسبية يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى وعلى ذات النزاع الذي فصل فيه محلاً وسبباً ، ويشترط فيها اتحاد الخصوم واتحاد الموضوع واتحاد السبب ، والنوع الثاني هو حجية مطلقة وفيها يمتد أثر الحكم إلى كافة ، فيمكن أن يحتج به أمام الخصوم وغير الخصوم في الدعوى بل وحتى أمام سلطات الدولة ، ولا يُخضع أعمالها لشرط اتحاد السبب أو الموضوع أو المحل في الدعوى .

ومن حيث المبدأ فإن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية لا تكون على حجية واحدة من حيث الحكم وإنما تختلف باختلاف النظم الدستورية التي تعمل في ظلها ، إذ يتم تحديد أثر الحكم وحجيته على ضوء السلطات الممنوحة للجهة المختصة برقابة دستورية القوانين كأن تكون صلاحية الجهة القضائية المختصة بالرقابة على الدستورية إصدار الحكم بالإمتناع عن تطبيق النص المعارض للدستور أو يكون لها صلاحية إصدار الحكم بإلغاء هذا النص⁽²⁾ .

وأن الدعوى الدستورية بطبيعتها هي دعوى عينية تستهدف التشريع المطعون به لمخالفته أحكام الدستور ، وبذلك فإن النصوص ذاتها تكون موضوع الدعوى الدستورية ومحلها ، وإهدارها بقدر تعارضها مع أحكام الدستور هي الغاية المبتغاة من هذه الخصومة ، ولما كانت النصوص القانونية تخاطب كافة سواء كانوا أفراداً أو سلطات عامة فإن أحكام المحاكم الدستورية تخاطب هؤلاء كافة ، وبالتالي فإن أهم النتائج المترتبة على كون الدعوى الدستورية هي دعوى عينية هي الحجية المطلقة لأحكام المحاكم الدستورية وفي مواجهة كافة⁽³⁾ .

وفي العراق وكما هو ملاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا قد منحت اختصاصات واسعة ، لم يحصر المشرع دورها في مراقبة دستورية التشريعات حسب بل شمل اختصاصات أخرى - سبق أن أوضحناها بشكل وافٍ في فصول سابقة - لذلك فإن حجية قرارات المحكمة الاتحادية في العراق لا تنحصر في إطار الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، بل تمتد إلى القرارات الخاصة بتفسير نصوص الدستور والقرارات الخاصة بفض المنازعات الدستورية وغيرها .

(1) مهدي صالح محمد أمين / الإثبات بالقرائن أمام القضاء / بحث منشور في مجلة القضاء / نقابة المحامين العراقيين / بغداد / العدد الثالث / السنة الثانية والأربعون / 1987م / ص 126 .

(2) د. عزيزة الشريف / دراسة في الرقابة على دستورية التشريع / مطبعة الفيصل / الكويت / 1995م / ص 192.

(3) د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص 452 .

إن قرارات المحكمة الاتحادية العليا تكون محكمة بنص المادة 94 من الدستور الدائم والتي تنص على أن " قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة و ملزمة للسلطات كافة " (1) , و على أثره نص النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية على أن قرارات المحكمة "باتة لا تقبل أي طرق من طرائق الطعن " (2) , وعلى هذا الأساس تعد القرارات الصادرة عن هيئة المحكمة الاتحادية العليا قرارات تتمتع بصفة البتات والإلزام المطلق في ذات الوقت , والبتات المقصود هنا هو أن قرارات المحكمة قطعية لا تقبل أية وسيلة أو طريقة من طرائق الطعن في الأحكام التي نص عليها قانون المرافعات المدنية العراقية والتي تستعمل بمواجهة الأحكام الصادرة عن المحاكم العادية (*) .

وإلى هذا ذهب قضاء المحكمة الاتحادية العليا في قرار لها ردت بموجبه مراجعة تقدم بها أحد الأطراف طالباً تصحيح القرار الصادر من المحكمة ذاتها فكان قرار المحكمة أن " ... القرار المطعون فيه والصادر من هذه المحكمة غير قابل للطعن به عن طريق طلب التصحيح , لأن الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا تعد باتة " (3) .

وإضافة إلى صفة البتات فإن قرارات المحكمة تعتبر ملزمة , والمقصود بالإلزام هنا هو أن القرارات والآراء التفسيرية تكون في مواجهة كافة وتطبق على كافة دون تمييز سواء كانوا أشخاصاً أو مؤسسات أهلية أو حكومية , والغاية من هذا الإلزام هو توحيد تطبيق النصوص الدستورية بغية صون الدستور والحفاظ على الحقوق المنصوص عليها دستورياً (4) , كما أن صفة الإلزام في قرارات المحكمة تؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية النص التشريعي مرة واحدة وبصفة نهائية بما لا يسمح لأية احتمالات بأختلاف الاجتهاد في شأنه أو التناقض بين الآراء حوله , وبالتالي فإن أي فرد لا يملك أن يثير مستقبلاً نزاعاً أو شكاً حول نص قضى بعدم دستوريته , كما أن المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ملتزمة بالإمتناع عن تطبيق النص الذي قضى بعدم دستوريته , بمعنى أنه إذا ما دفع أمام المحكمة بعدم دستوريته نص معين وأخذ الدفع مساره حتى قضى بعدم دستوريته , فإن الحكم بعدم دستورية النص ملزم للمحاكم كافة سواء تلك التي قد

(1) ينظر نص المادة الرابعة والأربعون / د / من قانون إدارة الدولة العراقية .

(2) ينظر نص المادة 17 / النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا .

(*) وهذه الطرق هي الاعتراض على الحكم الغيابي , الإستئناف , إعادة المحاكمة , التمييز , تصحيح القرار التمييزي وإعتراض الغير , ينظر في ذلك المادة 16 / قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ .

(3) ينظر القرار الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا بالعدد 7 / إتحادية / تمييز م 2006 في 2006/3/28 منشور على موقع المحكمة الإلكتروني .

(4) ينظر د. علي هادي الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور / ص 144-146 .

أثير الدفع أمامها أم غيرها من المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها ، بل لعله يصبح من واجب المشرع أن يعيد النظر في النص الذي قضى بعدم دستوريته فيعدله أو يلغيه ليحقق إتفاقه مع الدستور ، كما أن من واجب السلطة التنفيذية أن تمتنع عن تطبيق هذا النص على ما ينشأ مستقبلاً من حالات فردية يمكن أن يحكمها هذا النص ⁽¹⁾ .

ومن الملاحظ أن المشرع العراقي قد ذهب في هذا إلى ما ذهب إليه المشرع الألماني عندما منح القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية صفة الإلزام والبتات وفي مواجهة كافة أفرادا وسلطات ⁽²⁾ .

وكذلك نلاحظ أن المشرع المصري وبموجب قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا منح القرارات الصادرة عن المحكمة صفة البتات والإلزام وفي مواجهة كافة (أفرادا وسلطات) ⁽³⁾ ، فسلطات الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) تكون ملزمة بالنزول على مقتضى أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ويتبدى وجه الإلزام بالنسبة للسلطة التشريعية في قيامها بإلغاء النص القانوني الذي قضى بعدم دستوريته ⁽⁴⁾ .

وهذا ما ذهب إليه المشرع الكويتي في قانون المحكمة الدستورية عندما نص على أن "حكم المحكمة الدستورية ملزم للكافة ولسائر المحاكم" ⁽⁵⁾ .

وكذلك المشرع اللبناني في قانون إنشاء المجلس الدستوري حيث نص على أن " قرارات المجلس تتمتع بقوة القضية المقضية وهي ملزمة لجميع السلطات العامة وللمراجع القضائية والإدارية ... " ⁽⁶⁾ .

لذا فإن عنصر الإلزام يتجلى في وجوب قيام السلطة التشريعية بإلغاء النص القانوني الذي أصدر قرار من المجلس بعدم دستوريته ووجوب تعديل القرارات النافذة وإلزام السلطة التنفيذية بعدم تنفيذ النصوص التي حكم المجلس بعدم دستوريته وامتناع السلطة القضائية عن تطبيق النص الذي قرر المجلس عدم دستوريته ⁽⁷⁾ .

(1) د. مها بهجت يونس الصالحي / الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون/ص134

(2) د. فؤاد البيطار / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / ص362 .

(3) ينظر نص المادة 49 / قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا في مصر .

(4) د. سامي جمال الدين / القانون الدستوري والشرعية الدستورية / ص328 .

(5) ينظر نص المادة الأولى / قانون المحكمة الدستورية الكويتية النافذ.

(6) ينظر نص المادة 44/ قانون إنشاء المجلس الدستوري اللبناني .

(7) ينظر د. محمد المجذوب / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية مص479-480 .

وإذا كان النص الدستوري قد أفصح صراحةً وبصورة غير قابلة للتأويل في كون قرارات المحكمة الاتحادية تكون ملزمة وباتة ، فإن هذا يجعلنا أمام إشكالية تطبيقية نابعة من كون الأحكام الصادرة عن المحكمة في الدعاوى الدستورية تكون (عموماً) بحاليتين ، فقد تصدر المحكمة قراراتها حول الدعاوى الدستورية قبل الخوض في موضوعها أي أن قرار المحكمة يكون متعلقاً بقبول الدعاوى الدستورية أو رفضها من (حيث الشكل أو الموضوع) ، أو يكون حكم المحكمة الاتحادية متعلقاً في الدعاوى الدستورية من حيث الموضوع أي بعد الخوض في موضوع الدعاوى الدستورية ، وهذه المرحلة تكون بعد قبول الدعاوى الدستورية (شكلاً ومضموناً) ، حيث تكون قرارات المحكمة أما إعلان عدم دستورية التشريع أو الحكم بدستوريته ، والتسائل الذي يطرح هنا ، أنه في كلتا الحالتين أعلاه هل تكون الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية ذات حجية واحدة أم أنها تدرج بين حجية نسبية وأخرى مطلقة ؟ ولأجل توضيح هذه الإشكالية فإننا سنتناول هذه الحالات في لأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية في الفقرتين الآتيتين :

أولاً :- حجية الأحكام الصادرة قبل الخوض في موضوع الدعاوى الدستورية:-

للمحكمة قبول الدعاوى الدستورية إذا ما عرضت أمامها بشرط استيفائها للشروط والإجراءات اللازمة لإقامتها ، وقد تحكم المحكمة بعدم قبول الدعاوى الدستورية ابتداءً إذا ما رفعت خلافاً للشروط والإجراءات التي يطلبها القانون لإقامة الدعاوى الدستورية أمام المحكمة ، إذ قد تحكم المحكمة بعدم قبول الدعاوى لعيب شكلي في عريضة الدعاوى أو قرار الإحالة (من محكمة الموضوع) ، أو لانعدام المصلحة في الدعاوى المقدمة ، أو لعدم جدية الدفع بعدم الدستورية ، وهذا ما سنوضحه في الفقرات الآتية:-

1 - حجية الحكم الصادر بعدم قبول الدعاوى الدستورية بسبب العيب الشكلي :-

كما أوضحنا سابقاً أن قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد وضع عدة شروط إجرائية ألزم بها مقدم الطلب (رافع الدعاوى) أو الجهة المحيلة للدعاوى الدستورية التقيد بها وإلا فإن الدعاوى ستكون معرضة للرفض من قبل هيئة المحكمة^(*)، وأن هذه الشروط عادةً ما تدقق من قبل المحكمة الاتحادية قبل الخوض في موضوع الدعاوى المعروضة ، فبمجرد ورود

(*)المعلومات مفصلة عن هذه الشروط يرجى مراجعة المبحث الثاني من الفصل الأول من القسم الثاني من بحثنا هذا.

عريضة الدعوى إلى هيئة المحكمة تقوم هذه الهيئة بملاحظة الشروط التي أوجب النظام الداخلي للمحكمة توفرها وكذلك الشروط المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية العراقي - والتي أشرنا إليها سلفاً - فتدقق هيئة المحكمة في صحة الوكالة في كون المحامي (الوكيل) هو ذو صلاحية مطلقة أم لا وفي مدى توفر البيانات الضرورية في لائحة الدعوى ، كأسماء أطراف الدعوى وعناوينهم وموضوع الدعوى والأدلة الثبوتية في الدعوى واستكمال دفع رسم رفع الدعوى وغيرها من الشروط ، فإذا ما وجدت المحكمة أن هناك نقصاً في هذه الشروط عند ذاك تحكم برفض الدعوى من حيث الشكل .

ولكن هذا العيب بطبيعته عيب عارض وقابل للتصحيح بإجراءات جديدة تكون سليمة وفقاً للقانون، وبالتالي فإن عيب الشكل لا يكون له أي اثر على مشروعية أُلنص المطعون به من حيث الموضوع. وذلك لا يحول دون إعادة طرح المسألة الدستورية ذاتها على نفس المحكمة , ولكن بإجراءات صحيحة من حيث الشكل , حيث أن القرار الصادر يكون في حدود تعلقه بالإجراءات والشروط الشكلية دون التعرض لأصل الدعوى من الناحية الموضوعية⁽¹⁾ .

ومن خلال تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا نلاحظ أن المحكمة ملتزمة برد أية دعوى وإبطال عريضتها إذا لم تستوفِ الشروط الشكلية المنصوص عليها قانوناً ، ولكن هناك بعض التطبيقات التي نجد فيها أن المحكمة تفصل في الدعوى الدستورية موضوعياً على الرغم من توفر العيب الشكلي ، حيث قضت في إحدى الدعاوى المعروضة أمامها بالقول "...ولتعذر تبليغ وكيل المدعين بالرغم من الجهود المبذولة ، ولعدم إعطائهم عنواناً واضحاً... تكون الدعوى موجبة للإبطال من الناحية الشكلية ، كما أن الدعوى واجبة الرد موضوعياً أيضاً لأن ..."⁽²⁾ .

وفي حكم آخر " ...وحيث أن الدعوى لم تقدم من قبل محام ، بل قدمت من قبل المدعية بالذات لذا فإنها قُدمت خلافاً لأحكام المادة 6 من النظام الداخلي ... وأن المحكمة غير مختصة بإلغاء التصويت على مشروعات القوانين ...لذا تكون الدعوى واجبة الرد شكلاً وموضوعاً للأسباب المتقدمة ..."⁽³⁾ ، ونحن نرى أن هذين القرارين - أعلاه - قد صدرا خلافاً للمبادئ العامة

(1) ينظر في هذا الإتجاه د. عادل الطبطباني / المحكمة الدستورية الكويتية / ص 457-458 .

ينظر د. سامي جمال الدين / القانون الدستوري والشرعية الدستورية/ منشأة المعارف / الإسكندرية / الطبعة الثانية / 2005 . / ص 337.

(2) ينظر قرار المحكمة الاتحادية بالعدد 7/ اتحادية / 2007 في 2008 / منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية .

(3) ينظر قرار المحكمة الاتحادية بالعدد 3/ اتحادية / 2007 في 2007/7/2 / منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية .

العامة والأصول المتبعة في القضاء ، فوجود العيب الشكلي في الدعوى الدستورية يجب أن يكون مانعا من النظر في الدعوى (موضوعياً) والحكم فيها ، وإلا فما الجدوى من تحديد القانون للشروط والإجراءات الواجب الإلتزام بها واتباعها لقبول الدعوى أمام هيئة المحكمة ؟ , وإن بحث المحكمة في موضوع دعوى يكون مردوداً ابتداءً لعيب في الشكل لا يمكن أن يفهم منه إلا هدر لجهد المحكمة وتشتيت لطاقتها ، وهذا ما حاول المشرع تجنبه عند وضعه للشروط الشكلية لرفع الدعوى الدستورية .

2 - حجية الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لعدم جدية الدفع أو لعدم توفر المصلحة (العيب الموضوعي) :-

قبل أن نبين ما هي حجية الحكم القضائي الصادر من المحكمة الدستورية في رد الدعوى لعدم جدية الدفع بعدم الدستورية ، لابد أن نوضح ما المقصود بمصطلح (عدم جدية الدفع بعدم الدستورية)، إن المقصود من هذا المصطلح هو الدفع الذي يستهدف إطالة أمد الدعوى الموضوعية ، إذ يقع على القاضي الدستوري واجب استبعاد الدفع الذي يكون ظاهره كيدي يقصد منه التعطيل والتسويق في الدعوى الأصلية ، كأن يكون القانون محل الدفع لا صلة له بالمنازعة موضوع الدعوى، ويذهب البعض إلى أن شرط جدية الدفع يستلزم لتوفره أن يكون مدى مطابقة القانون أو النظام للدستور تحتل اختلافاً في وجهات النظر، أي أن مسألة الدستورية يجب أن تكون محل شك ، فإذا كانت قائمة على أساس واضح فلا مجال هنا لإثارة مسألة توفر الجدية في الدفع أو عدمها ⁽¹⁾ .

ومن الملاحظ مما تقدم أن البحث في توفر الجدية في الدفع الدستوري في إطار (الدعوى الفرعية) يكون من مسؤولية قاضي محكمة الموضوع الذي له أن يقدر أن الدفع يقصد منه المماثلة أم العكس .

وعلى الرغم من أن عدم جدية الدفع لا مجال لتطبيقه إلا في إطار الدفع الفرعي ومن قبل قاضي محكمة الموضوع ، إلا أننا نجد له مجال تطبيق في قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، وذلك عندما مارست هذه المحكمة صلاحيتها في النظر بالطعن المقدم من أحد الخصوم في الدعوى الأصلية ضد قرار متخذ من قبل محكمة الموضوع متعلق برفض (محكمة الموضوع) لطلب تقدم به متضمناً دفعا بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على موضوع الدعوى (الأصلية)⁽²⁾ ، وذلك بناءً على تقدير من محكمة الموضوع بعدم جدية الدفع المقدم ، وأن

(1) ينظر د. رمزي الشاعر / النظرية العامة للقانون الدستوري / مطبوعات جامعة الكويت / 1978 / ص 592 .

(2) ينظر نص المادة 4 / النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا .

الغاية منه التسوية ليس إلا ، ففي هذه الحالة سيحال أمر تقدير جدية الطعن (بعدم الدستورية) إلى المحكمة الاتحادية ، وبالتالي سيمارس القاضي الدستوري صلاحية هي ليست من صميم عمله (أصلاً) ، فإذا صدر قرار من المحكمة الاتحادية متضمناً عدم قبول الطعن لعدم جدية الدفع بعدم الدستورية ، فإن هذا يعني أنه لا محل لإثارة المسألة الدستورية وبالتالي فإن هذا الحكم سيحوز حجية نسبية في مواجهة أطراف الدعوى (فقط) فلا يحول دون إثارة الطعن من جديد من قبل أطراف آخرين بالإستناد لذات الشبهة الدستورية ، فقد يؤسس الطعن على عيوب أكثر جدية ، فلا يمكن القول هنا بوجود حجية مطلقة ، لأن المحكمة لم تفحص دستورية النص المطعون به بشكل واسع وشامل لكل نصوص الدستور ومبادئه ، بل انحصر دور المحكمة في فحص شبهة عدم الدستورية (حسب ما أثارها الطعن) وفي حدوده كون المحكمة تمارس دورها هنا بصفة تمييزية - كمحكمة تمييز - وليس باعتبارها محكمة دستورية مختصة بالنظر في دستورية القوانين⁽¹⁾.

وأن من حالات عدم جدية الدفع ، حالة عدم توفر شرط المصلحة الشخصية المباشرة للطاعن في طعنه ، بأن يكون للحكم في المسألة الدستورية أثر فيما أبداه من طلبات في الدعوى الأصلية، حيث تلتزم محكمة الموضوع بأن لا تحيل الأمر إلى المحكمة الاتحادية إلا إذا كان من غير الممكن الفصل في الدعوى المعروضة أمامها من دون الفصل في الدعوى الدستورية ، فالتصدي لبحث دستورية التشريعات لا يكون إلا إذا كان ذلك لأمرًا لازماً وضرورياً للفصل في المنازعة الموضوعية المطلوب تطبيق النص المطعون به فيها ، فإذا كان من الممكن الفصل في الخصومة من غير طريق المسألة الدستورية ، فهنا تكون المسألة الدستورية المثارة غير منتجة، ويتعين في هذه الحالة على محكمة الموضوع تجاوزها والمضي في نظر الدعوى الموضوعية ، وذلك بعد الحكم برد الطعن لعدم جديته لإنتفاء المصلحة فيه⁽²⁾.

ثانياً :- حجية الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية بعدم الخوض في موضوعها:-

عندما تبحث المحكمة الاتحادية في المطاعن المثارة أمامها من الناحية الموضوعية فإنها تنتهي أما إلى أن النص التشريعي المطعون فيه يتفق وأحكام الدستور ، وعندها تحكم بدستوريته أو أنها تنتهي إلى أن هذا النص التشريعي يخالف نص الدستور أو أحد مبادئه ، وعندها تحكم بعدم دستوريته ، وفي كلتا الحالتين (الحكم بدستورية النص أو عدم دستوريته) فإن هذه الأحكام

(1) ينظر في هذا المعنى ، فايز وأشرف اللساوي / المحكمة الدستورية العليا / ص 113-114 .

(2) ينظر في هذا الرأي د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص 462

تكون ذات حجية مطلقة في مواجهة الكافة وذلك استناداً الى نص الدستور⁽¹⁾ ، وبما أن النص الدستوري قد أتى عاماً ومطلقاً ، فإن الإطلاق يسري على إطلاقه ، وعليه يكون النص شاملاً لكل حكم صادر عن المحكمة الاتحادية العليا سواء كان هذا الحكم متعلقاً بتفسير نص دستوري أو فض منازعة دستورية ناشئة بين سلطات الاتحاد وسلطات الأقاليم والمحافظات أو ناشئة عن تطبيق القوانين الاتحادية ، كذلك فإن الإطلاق في النص الدستوري أتى شاملاً (السلطات كافة) أي سلطات الدولة الثلاث ومؤسساتها من بينها السلطة القضائية ومن ضمن هذه السلطة ، المحكمة الاتحادية التي تكون ملزمة هي أيضاً بما يصدر عنها من قرارات ، أي أنها لا تستطيع التنازل عن مبادئ وأحكام قد تبنتها من خلال أحكام قضائية سابقة صادرة عن هيئتها القضائية⁽²⁾ .

فكرة عدول القضاء الدستوري عن المبادئ القانونية السابقة التي يعتنقها بمناسبة الفصل في موضوع الدعوى الدستورية هي من الأفكار التي لا تحظى بالقبول لدى غالبية الفقه الدستوري وهو يفرق في هذا الصدد بين حالتين :-

الحالة الأولى :-

هي أن تعدل المحكمة الدستورية عن قضائها بعدم دستورية قانون معين ، فتعامله على أنه دستوري بعد أن حكمت بعدم دستوريته ، وهذا الفرض غير وارد في الدول التي تأخذ برقابة الإلغاء - كالعراق - ، حيث أن القانون المطعون بدستوريته سيكون معدوم القيمة منذ صدور الحكم بعدم الدستورية أو منذ صدوره حيث يكون لحكم المحكمة في هذه الحالة حجية مطلقة في مواجهة الكافة وبالتالي لا سبيل لإعادة العمل بأحكام ذلك القانون .

الحالة الثانية :-

هو أن تعدل المحكمة الدستورية عن حكمها بدستورية قانون معين فتقضي بعدم دستوريته ، ويمكن أن يحدث ذلك عند تغيير أعضاء المحكمة بأعضاء جدد وما يترتب على ذلك من احتمال اختلاف آراء هؤلاء عن آراء القضاة السابقين حول دستورية قانون أو عدم دستوريته ، أو أن الظروف قد تطورت وتغيرت على نحو يحمل المحكمة على العدول عن حجية أحكامها ، وبذلك تكون الأحكام في هذه الحالة ذات حجية نسبية متعلقة بأطراف الدعوى فقط وليست ذات حجية مطلقة كما هو مفترض أن تكون عليه .

وعلى هذا فإن غالبية الفقه يذهب إلى أن ثبات المحكمة على حكمها السابق بدستورية القانون وعدم العدول عنه بحكم يقرر عدم دستوريته ونقض ما كان له من حجية تعد عنصراً

(1) ينظر نص المادة 94 / الدستور الدائم .

(2) د. علي هادي الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور / ص151

مهماً من عناصر استمرار القانون واستقراره ، وذلك إنه مما لا ريب فيه أن ذلك العدول سوف يحدث صدمة خطيرة تنذر بتهديد الاستقرار في المعاملات وتجعل ذوي الشأن في حيرة من حقيقة مراكزهم القانونية ، وتسقط هيبة المحكمة واحترامها عند الجمهور عندما يعلم أن شيئاً مما قالته بالأمس لا يلزمها اليوم ، يضاف إلى ذلك أن العدول عن الحكم السابق هو ليس الوسيلة الوحيدة لمعالجة المسألة الدستورية بل أن سن تشريع جديد يعالج المشكلة القانونية على نحو سليم يكون بالتأكيد أسمى وأفضل وسيلة من العدول⁽¹⁾ .

ولكن الملاحظ من خلال تطبيقات المحكمة الاتحادية إنها تتجه نحو العدول عن قراراتها السابقة و النكوص عن حجية قراراتها التي أصدرتها سواء في الدعاوى أو الطلبات ، بالرغم من اتحاد الموضوع ، فمن خلال أحد القرارات الصادرة بناءً على طلب مقدم من أحد مجالس المحافظات لتفسير نص المادة 2/122 من الدستور والخاصة بصلاحيات مجالس المحافظات حيث فسرت المحكمة النص الدستوري بأنه لم يمنح مجالس المحافظات صلاحيات تشريعية⁽²⁾ ، ولكن في قرار لاحق لذات المحكمة ، وبناء على طلب مقدم إلى هيئتها من أحد مجالس المحافظات نجد أنها قد توجهت نحو منح تلك المجالس سلطات تشريعية بموجب نص المادة 2/122 من الدستور⁽³⁾ ، وبذلك تكون المحكمة قد عدلت عن قرارها السابق ، وبالتالي فإنها خالفت مبدأ الإلزام المنصوص عليه دستورياً .

ومن الملاحظ على نص قانون المحكمة الاتحادية العليا انه لم يُشر إلى صفة الإلزام في قرارات المحكمة ، حيث أشار إلى البتات في الأحكام الصادرة عن المحكمة⁽⁴⁾ مكتفياً بنص الإلزام الوارد في الدستور ، ولا نعلم ما سبب عدم ذكر صفة الإلزام في متن القانون فقانون المحكمة يجب أن يكون شاملاً لكل وصف يتعلق بالمحكمة وعملها خاصة أن المشرع قد تناول كل ذلك في متن القانون باستثناء توصيفه للقرارات الصادرة عن المحكمة بالإلزام للأفراد والسلطات كافة.

(1) ينظر د. عثمان عبد الملك صالح / الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت / جامعة الكويت / الكويت / الطبعة الأولى / 1986 / ص 98-100 .

(2) ينظر قرار المحكمة الاتحادية بالعدد 13 /إتحادية / 2007 في 2007/7/16 /منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية.

(3) ينظر قرار المحكمة الاتحادية بالعدد 16/إتحادية /2008 في 2008/4/28 م منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية .

(4) ينظر نص المادة 5/ثانياً / قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق .

ومن الجدير بالذكر أن الفقه الدستوري يُجمع على أن الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري التي تكون متضمنة الحكم بعدم دستورية نص تشريعي تكون أحكاماً ذات حجية مطلقة دون أي خلاف، وأن كان هناك خلاف يثار حول الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية، حيث يبرز هنا إتجاهان في الفقه .

الاتجاه الأول :-

يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى أن الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية وإقرار دستورية التشريع يكون حكماً ذا حجية نسبية ، حيث يمكن إثارة الطعن من جديد بشأن نفس النص ، فالمحكمة إذا ما رفضت الدعوى الدستورية فإنها تقرر سلامة النص التشريعي من الطعون الموجهة إليه في تلك الدعوى تحديداً وبالتالي ليس هناك ما يمنع من إثارة مسألة الدستورية من جديد استناداً إلى أسباب جديدة لم تكن مثارة في الدعوى السابقة ، وحجتهم في هذا القول :-

أ - أن دعوى إلغاء القرار الإداري ، وهي دعوى عينية تهدف إلى إلغاء القرار الإداري وإعدام آثاره مماثلة في طبيعتها للدعوى الدستورية ، وأن الحجية على الكافة تكون مقصورة على الأحكام التي تصدر في هذه الدعوى بالإلغاء ، وذلك لإعدام القرار الإداري في دعوى هي في حقيقتها إختصاص له في ذاته ، أما الأحكام الصادرة برفض الطعن فليس لها سوى حجية نسبية بين أطراف النزاع⁽¹⁾ .

ب - وقد يحدث من الناحية العملية أن يتم تقديم طعن بعدم الدستورية ولكن يفوت الطاعن تقديم أوجه طعن صحيحة في القانون ، فيدفع بعدم دستوريته إستناداً إلى وجوه طعن غير كافية لوصف النص المطعون فيه بعدم الدستورية ، فإذا ما انتهت المحكمة الدستورية إلى رفض الطعن وبالتالي تقرير دستورية النص المطعون فيه ويترتب على ذلك تحصين النص موضوع الدعوى⁽²⁾

ج - أن الدعوى الدستورية - عموماً - هي دعوى عينية توجه فيها الخصومة إلى التشريع نفسه ، و مقتضى ذلك أن الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي يلغي قوة نفاذ النص ، ويسقطه كتشريع من تشريعات الدولة ، وبالتالي فإن حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية تمتد لتشمل الكافة ، فلا يقتصر أثر الحكم على أطراف الدعوى فقط ، أما في حالة الحكم بدستورية النص فإن

(1) ينظر د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص 466-468 .

(2) ينظر د. ماهر أبو العينين / الدفوع في نطاق القانون العام (الإشكالية والدعوى أمام القاضي الدستوري) / دار أبو المجد للطباعة / 2004 / ص 234-235 .

الأمر يكون مختلفاً ، فهذا الحكم لا يمس التشريع المطعون بعدم دستوريته ، حيث يبقى التشريع قائماً ولا يجوز الحكم سوى بحجية نسبية بين أطراف الدعوى ، لذلك يجوز أن يرد الطعن بعدم الدستورية على هذا التشريع مرة أخرى.

الإتجاه الثاني :-

يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى أن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية الذي يرفض الدعوى الدستورية يكون متمتعاً بحجية مطلقة تمنع من إثارة الطعن بعدم دستورية النص من جديد ، سواء من ذات الخصوم أو من خصوم جدد ، وأهم ما يحتج به أصحاب هذا الإتجاه لدعم رأيهم هذا هو :-

أ - أن الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية تكون بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصوم فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري ، وبالتالي فإنها تكون ذات حجية مطلقة في مواجهة كافة أفراداً ومؤسسات بغض النظر عن كون القرار الصادر هو الحكم بعدم الدستورية أو الحكم بدستورية النص التشريعي (1) .

ب - إذا كانت دعاوى الدستورية تشترك مع دعاوى إلغاء القرار الإداري في الإنتماء إلى القضاء العيني إلا أن الفروق تظل قائمة بينهما ومستندة في الأساس إلى تعلق الدعوى الأولى بقضاء الدستورية وإتصال الثانية بقضاء الشرعية ومن شأن هذا الخلاف أن تختلف آثار الحكم في كل دعوى من الدعويين بالنظر لطبيعتهما وإلى تحديد المشرع لهذه الآثار ، والنص الدستوري يقتضي تقرير الحجية المطلقة للحكم الصادر في الدعوى الدستورية سواء كان الحكم بعدم الدستورية أم برفض الدعوى الدستورية من حيث الموضوع (2) .

وإننا نرى أن الحكم القضائي الصادر بدستورية النص التشريعي يجوز للمحكمة إعادة النظر فيه إذا رفعت فيه دعوى دستورية من نفس أطراف الدعوى الأولى ، بشرط أن يستند الخصوم في دعواهم الجديدة إلى مطاعن جديدة لم يتطرقوا إليها في دعواهم السابقة وذلك باعتبار أن الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه فيها الخصوم إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري فلا ضير إذا اتحد الخصوم في الدعويين ما دام موضوع الدعوى قد تغير . وقبل أن نختم بحثنا في هذه الفقرة نود الإشارة إلى إشكالية مهمة ، وهي إذا كانت الأحكام بعدم الدستورية تمتاز بالحجية المطلقة ، فما هو نطاق هذه الحجية بالنسبة للحكم الصادر ، أي إذا كانت الحجية المطلقة تثبت لمنطوق الحكم بعدم الدستورية فهل تمتد كذلك إلى أسبابه ؟ .

(1) ينظر د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص 470.

(2) ينظر د. عادل عمر شريف / القضاء الدستوري في مصر / ص 466.

إن القاعدة المقررة بهذا الخصوص هي أن العبرة في الأحكام بمنطوقها ولا تعد الأسباب التي حمل عليها هذا المنطوق جزءاً منه بقدر ارتباطها به ارتباطاً وثيقاً بحيث لا تقوم له قائمة بدونه فتكون معه وحدة لا تتجزأ وتكون هي من عناصرها الأساسية ، وحسب ما يذهب إليه غالبية ألقفه فإن الحجية المطلقة تكون ثابتة للمنطوق والأسباب معاً ، ويشترط لقيام هذه القاعدة أن يكون هناك ترابط بين المنطوق والأسباب وإلا يكون هنا تعارض ، فإذا وجد هذا التعارض فقد يفضي ذلك إلى بطلان الحكم ذاته (1) ، وحجة الفقهاء في ذلك :-

أ - ان حجية الحكم تكون لمنطوقه وهو الأصل ، غير أنها قد تمتد إلى الأسباب أيضاً إذا ارتبط منطوق الحكم بها ارتباطاً وثيقاً بحيث تصبح هذه الأسباب مكملة ومفسرة للحكم .
ب - لا يقتصر نطاق الحكم على ما ورد في المنطوق إذ يحدث كثيراً أن لا يتضمن منطوق الحكم سوى جزء مما قرره القاضي ويرد الجزء الآخر في الاسباب ، فيكون حينئذ جزءاً من قضاء الحكم.

ج - ينتظم الحكم الدستوري كغيره من الأحكام القضائية الأخرى كقاعدة أصولية تقضي بضرورة وجوب أن تكون الأحكام مسببة ، وعدم شمول الأحكام على مسبباتها يقود إلى تقرير بطلانها، وينبغي أن لا يقع في الحكم تناقض أو تضارب بين الاسباب بعضها مع بعض أو بين الاسباب والمنطوق وإلا يصبح الحكم كما لو كان خالياً من الأسباب مما يقود إلى بطلان الحكم ذاته (2) .

ويشترط لثبوت الحجية المطلقة للأسباب بالإضافة إلى منطوق الحكم ، ألا تتجاوز المحكمة الدستورية في قضائها حدود النزاع المطروح عليها ، لأن ما يرد في أسباب الحكم زائداً عن حاجة الدعوى لا يحوز حجية الشيء المحكوم به ، فإذا عرضت المحكمة في بعض أسباب حكمها إلى مسألة خارجة عن حدود النزاع المطروح عليها أو لم يكن بها حاجة إليها للفصل في الدعوى عندها لا تحوز الأسباب الزائدة الحجية ، وبالتالي فإن ما يرد في أسباب الحكم بعدم الدستورية من قرارات قانونية زائدة عن حاجة الدعوى لا يكون لها حجية مطلقة بل وليس لها حتى حجية نسبية في الدعوى الموضوعية التي أثرت بشأنها الدعوى الدستورية (3) .

ومن جانبنا فإننا نؤيد الرأي القائل بأن الحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية تكون ثابتة للأسباب التي بني عليها الحكم كما هي ثابتة لمنطوقه وسندنا في ذلك هو الأصل العام في

(1) ينظر د. مها بهجت يونس الصالحي / الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون /

ص 136 .

(2) د. عزيز الشريف / دراسة في الرقابة على دستورية التشريع / ص 198 .

(3) د. مها بهجت يونس الصالحي / المصدر السابق / ص 139 .

إصدار الأحكام القضائية الذي يوجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها، وأن تستند إلى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون ، أما في نطاق القضاء الدستوري فأنها تكون أحد أسباب الحكم المبينة في الدستور ، وكما يوجب على المحكمة أن تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول أو رد الإدعاءات والدفع التي أوردها الخصوم والمواد القانونية - والدستورية - التي استندت إليها ، وهذا ما نص عليه قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 النافذ⁽¹⁾

و يلاحظ إن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية قد ألزم هيئة المحكمة عند إصدار أحكامها أن تكون هذه الأحكام مشتملة على الأسباب التي استندت إليها هيئة المحكمة في إصدارها لهذه الأحكام⁽²⁾ وهو ما لاحظناه من خلال تطبيقات المحكمة الاتحادية، حيث التزم هيئة المحكمة في إدراج الأسباب التي تستند إليها في إصدار قراراتها، كجزء أساس من نطاق الحكم الدستوري الصادر عنها^(*).

المبحث الثاني

الأثر القانوني المترتب على الأحكام الصادرة بعدم الدستورية ونطاق نفاذها

أن الأنظمة الدستورية تختلف في تحديد الأثر المترتب على الحكم الدستوري، فهناك دول تجعل نظام الرقابة نظام إمتناع ، ودول أخرى تجعله رقابة إلغاء ، وأخرى تجعله وسطا بين هذا وذاك ، وكذلك فإن نطاق تنفيذ وسريان هذه الأحكام الدستورية من حيث الزمان ، يختلف من نظام إلى آخر ، فهناك نظام يجعل لقرارات المحكمة أثرا رجعيا ، وآخر لا يجعل لهذه القرارات أي أثر رجعي ، حيث تنفذ من تاريخ نشرها ، وسنتناول هذه المواضيع في الفقرتين الآتيتين:

(1) ينظر نص المادة 159 من قانون المرافعات العراقي النافذ .

(2) ينظر نص المادة 16 من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا .

(*) وللاطلاع على ذلك ، يرجى مراجعة أي قرار صادر في دعوى دستورية، عن المحكمة الاتحادية العليا ، من خلال الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا.

أولاً :- الأثر القانوني المترتب على الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا بعدم الدستورية:-

خلا الدستور العراقي الدائم 2005 من أي نص يحدد الأثر المترتب على القرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية ، فلم نجد أي نص صريح أو حتى إشارة في متن الدستور بهذا الخصوص ، كما هو موجود في قانون إدارة الدولة ، حيث أورد المشرع نصاً صريحاً يحدد فيه أن الجزاء المترتب على الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية والمتضمنة عدم دستورية قانون أو نظام هو الإلغاء⁽¹⁾ .

وإستناداً الى قانون إدارة الدولة فقد نص في قانون إنشاء المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 على أن الإلغاء هو الجزاء المترتب على كل نص يخالف أحكام قانون إدارة الدولة العراقية⁽²⁾ .

علماً أن قانون إنشاء المحكمة الاتحادية ظل ساري المفعول في ظل الدستور الدائم ، كونه لم يلغ أو يعدل بموجب نص الدستور⁽³⁾ .

وكما أشرنا سابقاً، فإن بعض أحكام قانون المحكمة الاتحادية قد عدلت ضمناً، وذلك من خلال تطبيقها ، فإن نص المادة (4/ ثانياً) من قانون المحكمة على أن جزاء مخالفة أحكام قانون إدارة الدولة هو الإلغاء ، ولكن بما أن قانون إدارة الدولة قد ألغي، وحل محله الدستور الدائم ، لذلك فإن رقابة المحكمة على دستورية القوانين تقوم على فحص القوانين ومدى مطابقة التشريعات النافذة لنصوص الدستور ومبادئه ، وهذا ما نلاحظه من خلال تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا^(*) .

كذلك فإنه من الناحية النظرية يربط المنطق القانوني بين نظام الرقابة المركزية على دستورية القوانين و هو المطبق في العراق - ورقابة الإلغاء من جهة ، واعتماد أسلوب الدعوى

(1) نص المادة الرابعة والأربعين / ج / قانون إدارة الدولة العراقية .

(2) ينظر نص المادة (4) /ثانياً / قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق .

(3) ينظر نص المادة 130/ الدستور العراقي الدائم .

(*) يلاحظ من خلال تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا في العراق أن الأحكام الصادرة من هيئة المحكمة والمتضمنة الحكم بدستورية القوانين والأنظمة أو عدم دستوريته تكون ناتجة عن قيام المحكمة بالتحقق من مدى مطابقة هذه النصوص التشريعية مع أحكام الدستور الدائم حصراً مع عدم ورود أية إشارة لا من قريب أو بعيد لأحكام قانون إدارة الدولة ، وللإطلاع على ذلك يرجى مراجعة جميع الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا من بعد نفاذ الدستور الدائم حتى يومنا هذا .

الأصلية في تحريك الدعوى الدستورية - وهو أحد الأساليب المعتمدة في رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية في العراق - وهذه الرقابة من جهة أخرى (1).

وبناءً على ذلك، واستناداً إلى نص قانون المحكمة الاتحادية فإن الأثر المترتب على مخالفة أحكام الدستور ومبادئه هو الإلغاء ، أي إنعدام النص التشريعي المخالف لأحكام الدستور ومبادئه وزوال آثاره المادية والقانونية ، فالنص التشريعي المطعون في دستوريته يبقى قائماً (من حيث الوجود المادي) ويكون جزءاً من الانتظام القانوني للدولة ، ولكنه يكون فاقداً لقوة إلزامه القانونية ، فلا يمكن له أن ينتج أي أثر قانوني يعتد به ويكون حكمه من الناحية العملية حكم النص الذي لا وجود له أساساً ، وتكون مهمة إلغاء وجوده المادي من الانتظام القانوني مسؤولية السلطة التشريعية التي تلزم بإلغائه بنص جديد أو تعديله بما يتوافق مع نصوص الدستور ومبادئه.

ويلاحظ أن هذا هو اتجاه القضاء الدستوري في العراق، حيث ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في حكم صادر لها قضى بعدم دستورية المادة (11/رابعاً) من قانون انضباط موظفي الدولة الرقم 14 لسنة 1991 ، كونها تعارض نص الدستور الدائم حيث قضت المحكمة بقولها "...ولما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستورية نص الفقرة رابعاً من المادة 11 من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي...وبقدر تعلق الأمر بعدم إخضاع عقوبتي لفت النظر والإنذار إلى الطعن مما يقتضي بإلغاء هذه الفقرة من قبل السلطة التشريعية حسب الاختصاص وإحلال فقرة جديدة محلها تخضع جميع العقوبات الانضباطية إلى الطعن تطبيقاً لأحكام دستور جمهورية العراق" (2).

وفي قرار آخر قضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون الانتخابات ، وألزمت "...على السلطة التشريعية تشريع نص جديد يكون موافقاً لأحكام المادة 49/أولاً من الدستور" (3) . وعليه فإن الرقابة التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا في العراق هي رقابة إلغاء لاحقة لصدور القانون ، حيث أن نص الدستور الدائم منح المحكمة الاتحادية صلاحية الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة (النافذة) (4) ، أي أن النصوص التشريعية لا تخضع لرقابة المحكمة

(1) د. سامي جمال الدين / القانون الدستوري والشرعية الدستورية / ص 326 .

(2) ينظر نص قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد 4 / اتحادية / 2007 في 2007/7/27 / منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية .

(3) ينظر نص المادة 93/أولاً / الدستور الدائم.

(4) ينظر نص القرار 15/ت/2006 في 2007/4/26 / منشور على موقع المحكمة الاتحادية الإلكتروني

إلا بعد دخولها حيز النفاذ^(*)، ويلاحظ أن التزام السلطة التشريعية بإلغاء النص المحكوم بعدم دستوريته وتشريع نص آخر بديل عنه يكون إمتثالاً لنص المادة 94 من الدستور الدائم ، والتي تنص على أن قرارات المحكمة الاتحادية العليا ملزمة للسلطات كافة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) ، فبالنسبة للسلطة التشريعية يكون الإلزام متمثلاً في قيام البرلمان بإلغاء النص الذي قضى بعدم دستوريته ، وتشريع نص جديد بدلاً منه يكون متوافقاً مع نصوص الدستور ومبادئه ، فعلم السلطة التشريعية بالحكم الصادر بعدم الدستورية يلقي عليها مهمة التدخل لإلغاء القانون المحكوم بعدم الدستورية من ناحية ، وإصدار قانون جديد ينظم ذات المجال الذي كان ينظمه القانون المقضي بعدم دستوريته من ناحية أخرى .

فالحكم بعدم الدستورية يخلق عادةً فراغاً تشريعياً يجب على البرلمان ملؤه ، ويكون غير ملزم بميعاد محدد لإصدار القانون الجديد ، إذ يجب أن يعطى (البرلمان) مدة معقولة حتى يتدبر أمره ويتخذ من الإجراءات ما يكفل عدم وقوعه في إشكالية عدم الدستورية مرة أخرى ، وفي نفس الوقت يجب على البرلمان أن لا يتراخى في إصدار القانون الجديد⁽¹⁾ .

وكذلك فإن الحكم الصادر بعدم دستورية الأنظمة الإدارية النافذة والتي تكون خاضعة للرقابة الدستورية يلزم السلطة التنفيذية بعدم الإعتداد به وإحلال نص جديد يتفق مع نصوص الدستور ، أما إذا كان النص التشريعي المطعون بدستوريته من نصوص القانون فيتمثل الإلزام هنا في امتناعها عن تنفيذ هذا النص (المطعون بدستوريته) مع إمكانية إعداد مشروع قانون يتفادى العيب الدستوري وتقديمه إلى السلطة التشريعية⁽²⁾ .

أما السلطة القضائية فإن جميع محاكمها تلتزم بالأحكام الصادرة بعدم دستورية قانون أو نظام ، فتمتنع عن تطبيق ذلك النص غير الدستوري في جميع الدعاوى المعروضة أمامها .

ومن الجدير بالذكر أن هذه السلطات الثلاث تكون ملزمة بتنفيذ أحكام المحكمة الاتحادية بدلاً من تاريخ العلم بها ، ولكن المشرع الدستوري العراقي الدائم وكذلك المشرع العادي في قانون المحكمة الاتحادية العليا قد أغفلا تحديد قرينة معينة للعلم بأحكام المحكمة الاتحادية ، حيث لم ينص الدستور الدائم ولا قانون المحكمة على وجوب نشر الأحكام الصادرة عن المحكمة

(*) وللأطلاع أكثر على هذا الموضوع يرجى مراجعة ما كتبناه في المبحث الأول من الفصل الثاني ضمن القسم الأول من بحثنا هذا في إطار الرقابة على دستورية القوانين .

(1) د. رفعت عبد سيد / الوجيز في الدعوى الدستورية / دار النهضة العربية / القاهرة / الطبعة الأولى

2004/ص420

(2) د. أحمد فتحي سرور / الحماية الدستورية للحقوق والحريات / دار الشروق / القاهرة / الطبعة الثانية

2000/ص310 .

الإتحادية في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) أسوة بالمشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية عندما حدد الكيفية التي يتم بها علم المؤسسات الحاكمة والأفراد والمحاكم الأخرى بالحكم الصادر في الدعاوى الدستورية ، حيث تطلب ضرورة نشر هذه الأحكام في الجريدة الرسمية للدولة ⁽¹⁾ ، وهو ما ذهب إليه المشرع الكويتي في لائحة المحكمة عندما أوجب نشر الأحكام والقرارات التي تصدر من المحكمة خلال فترة من تاريخ صدورها ⁽²⁾ ، وكذلك الحال في لبنان حيث نص المشرع اللبناني في النظام الداخلي للمجلس الدستوري على وجوب نشر جميع القرارات الصادرة من المجلس ⁽³⁾ .

وبناءً على ما تقدم فإنه كان لزاماً على المشرع العراقي أن يشترط نشر الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية في الجريدة الرسمية ، ذلك أن نشر هذه الأحكام هو الطريقة الوحيدة التي يمكن بواسطتها افتراض قرينة المعرفة للكافة ولجميع السلطات العامة في الدولة بمضمون الحكم على نحو يكفل استقرار المعاملات والأحكام الصادرة .

إن إتجاه المشرع العراقي في جعل الإلغاء هو الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية يكون موافقاً لما ذهب إليه المشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية العليا ، عندما نص على عدم جواز تطبيق النص الذي قررت المحكمة عدم دستوريته ⁽⁴⁾ ، فبذلك يكون لزاماً على الجميع (أفراد وسلطات) عدم تطبيق النص التشريعي المخالف للدستور ، أي أن النص وإن ظل موجوداً ضمن الإنتظام القانوني إلا إنه غير منتج لأي أثر ملزم ⁽⁵⁾ .

وكذلك فإن المشرع الكويتي قد ذهب إلى ما ذهب إليه المشرع المصري من اعتبار النص (قانون أو لائحة) المحكوم بعدم دستوريته بحكم العدم ⁽⁶⁾ ، أي كأن التشريع المطعون في دستوريته لم يوجد بالأساس ولم يكن يوماً ضمن الإنتظام القانوني للدولة .

وكذلك فإننا نجد المشرع اللبناني قد ذهب إلى ما ذهب إليه المشرع المصري والكويتي في النص، على اعتبار النص المحكوم بعدم الدستورية (كلياً أو جزئياً) نصاً باطلاً ولا يجوز تطبيقه ويكون بحكم العدم ⁽⁷⁾ ، أي كأنه لم يصدر أساساً ، وهنا يكون الإبطال شاملاً كل القانون

(1) ينظر نص المادة 49/ قانون إنشاء المحكمة الدستورية في مصر.

(2) ينظر نص المادة 19/ لائحة المحكمة الدستورية الكويتية .

(3) ينظر نص المادة 44 / النظام الداخلي للمجلس الدستوري.

(4) ينظر نص المادة 49/ قانون إنشاء المحكمة الدستورية المصرية العليا .

(5) د. عبد الحميد الشواربي و عز الدين الديناصوري / الدعوى الدستورية / ص 38 .

(6) ينظر نص المادة 73 / دستور دولة الكويت .

(7) ينظر نص المادة 22 / قانون إنشاء المجلس الدستوري اللبناني .

إذا كان الحكم بعدم الدستورية كلياً ، ويكون الإبطال جزئياً أي شاملاً لجزء من القانون المطعون به إذا صدر الحكم بعدم دستورية جزء من القانون ودستورية الجزء المتبقي منه ⁽¹⁾ .

ثانياً :- نطاق الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا (من حيث الزمان) :-

مما أصبح معروفاً لدينا أن المحكمة الاتحادية العليا ، وبموجب الدستور الدائم أصبحت تمارس اختصاصات واسعة جداً تتجاوز ما كانت عليه في قانون إدارة الدولة العراقية ، فهي غير محصورة في الرقابة على دستورية التشريعات بل تشمل صلاحيات مراقبة الاتحاد وسير العمل فيه ، وحفظ التوازن بينه وبين سلطات الأقاليم ، وذلك من خلال فض المنازعات الدستورية الناشئة بينها مما يؤدي في نهاية الأمر إلى أن الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية تكون متنوعة في مواضيعها ، وبالتالي فإن النطاق الزمني لتنفيذ هذه الأحكام يختلف باختلاف موضوع الدعوى (موضوع الحكم الصادر) ويمكن تقسيم الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية إلى ثلاثة أقسام هي :

1- أحكام متعلقة بالدعوى ذات الخصومة الدستورية (دعاوى فض المنازعات الدستورية بكل أشكالها)

2 - أحكام متعلقة بدستورية القوانين والأنظمة النافذة .

3 - أحكام متعلقة بتفسير نصوص الدستور الدائم .

وسنتناول النطاق الزمني لنفاذ كل نوع من هذه الأنواع في فقرة مستقلة

1- النطاق الزمني لنفاذ الأحكام الصادرة في الدعاوى ذات الخصومة الدستورية :-

إن المقصود بالدعاوى ذات الخصومة الدستورية ، هي الدعاوى التي تباشرها المحكمة للفصل في القضايا الناشئة عن تطبيق القوانين الاتحادية والمنازعات التي تحصل بين السلطات في الدولة على كافة مستوياتها وكذلك الفصل في الإتهامات الموجهة لرئيس الجمهورية والوزراء والمنازعات الحاصلة بين السلطات القضائية المختلفه والمشار إليها في الفقرات ثالثاً ورابعاً وخامساً ، سادساً ، ثامناً ، من المادة 93 من الدستور الدائم ، وقد سبق أن أشرنا إلى مضمون هذه الفقرات في صفحات سابقة من هذا البحث ، وأن النطاق الزمني لتنفيذ هذه الأحكام واحد ولا فرق بينهم ، فإذا ما عرضت منازعة دستورية أمام المحكمة الاتحادية فإن هيئة المحكمة ستباشر النظر في هذه الدعوى بعد إستكمال الدعوى الإجراءات المطلوبة قانوناً لرفعها وبعد ذلك تصدر المحكمة حكمها الخاص فيها ، وكذلك فإن مسألة نفاذ هذا الحكم الصادر عن المحكمة لم يعالجه

(1) ينظر ألياس أبو عيد / المجلس الدستوري بين النص والإجتهد / ص 252-253 .

المشرع في قانون المحكمة ولا في نظامها الداخلي ، ما يؤدي إلى ضرورة تطبيق أحكام قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم 83 لسنة 1969 وذلك حسب ما نص عليه نظام المحكمة الداخلي⁽¹⁾ ، وعليه فإن قرارات المحكمة المتعلقة بدعوى فض المنازعات الدستورية تكون نافذة من اليوم التالي لليوم المحدد فيه إصدار القرار ، حيث أن قانون المرافعات المدنية العراقي أعطى للخصم الذي صدر الحكم ضده في الدعوى حق الطعن في القرار الصادر من محكمة الموضوع خلال مدة زمنية تبدأ من اليوم التالي لتبليغ الحكم أو اعتباره مبلغاً⁽²⁾ .

ويعتبر الطرفان مبلغين بالحكم تلقائياً إذا جرت المرافعة حضورياً ، سواء حضر الطرفان أم لم يحضرا في الموعد الذي عين لتلاوة القرار⁽³⁾ ، وبما أن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية قد أعطى الحق لهيئة المحكمة بالنظر في المنازعة المعروضة أمامها سواء حضر الخصوم أم لم يحضروا وذلك بعد التحقق من صحة تبليغهم⁽⁴⁾ ، أي أن قرارات المحكمة جميعها تعتبر حضورية ، وبالتالي فإن تبلغ الأطراف بمضمون الحكم الصادر تكون متحققة حكماً بموجب نص قانون المرافعات المدنية المشار إليه أعلاه ، وبما أن قرارات المحكمة الاتحادية - كما أوضحنا سابقاً - هي قرارات باتة غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن القانونية ، فيكون تاريخ نفاذ الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى الخاصة بفض المنازعات الدستورية (بكل أشكالها) هو تاريخ اليوم التالي ليوم إصدار الحكم القضائي النهائي .

2- النطاق الزمني لنفاذ الأحكام الصادرة في دعوى الرقابة على دستورية التشريعات :-

إن الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية تكون أما رفض الدعوى الدستورية ، أي الحكم بدستورية النص التشريعي المطعون فيه ، أو الحكم بعدم دستورية النص التشريعي محل الطعن ، والجدير بالذكر أن الحكم الصادر برد الدعوى الدستورية ، أي الإقرار بدستورية التشريع لا يثير أية مشكلة بصدد تحديد النطاق الزمني لتنفيذه ، ذلك لأنه في هذه الحالة تبقى الأوضاع مستقرة كما هي ويستمر تطبيق النص على العلاقات الجديدة في المستقبل وتطبقه المحاكم فيما يعرض عليها من منازعات ويظل النص موجوداً وناظراً إلى أن يلغى بالطرق المقررة قانوناً⁽⁵⁾ .

ويقصد بتحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية ، هو تحديد ما إذا كان الحكم بعدم الدستورية يسري بأثر رجعي على العلاقات والأوضاع السابقة على صدور هذا الحكم ، أي

(1) ينظر نص المادة 19 / النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا .

(2) ينظر نص المادة 172 / قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ.

(3) ينظر نص المادة 161 / قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ.

(4) ينظر المادة 11 / النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.

(5) د. مها بهجت الصالحي / الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون / ص 229 .

يمتد أثره إلى الماضي على العلاقات والأوضاع التي تمت وفقاً للنص الذي قضى بعدم دستوريته، وبالتالي تعد هذه العلاقات والأوضاع باطلة لتأسيسها على نص ثبت عدم دستوريته ، أو أن الحكم بعدم دستورية القانون يسري بأثر مباشر يقتصر نطاقه على العلاقات والأوضاع التي تنشأ من تاريخ صدور هذا الحكم ، وبالتالي تبقى العلاقات والأوضاع التي تمت في الماضي وفقاً للنص المقتضي بعدم دستوريته صحيحة⁽¹⁾ .

ولقد اختلفت الأنظمة التي أخذت بالرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين والأنظمة في هذا الشأن ما بين مقرر لقاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ومقرر لقاعدة الأثر المباشر لهذا الحكم ، ويرجع الاختلاف بين هذه الأنظمة إلى اختلاف منهج هذه الدول في تحديد طبيعة هذا الحكم وما إذا كان يعد كاشفاً عن مخالفة النص المقتضي بعدم دستوريته منذ صدوره لأحكام الدستور ، فيكون لهذا الحكم أثر رجعي يرتد إلى صدور النص المقتضي بعدم دستوريته ، أو أن الحكم بعدم الدستورية يعد حكماً منشأ لعدم الدستورية ، وبالتالي يكون لهذا الحكم أثر مباشر يطبق فوراً من تاريخ صدوره⁽²⁾ .

وهنا نود أن نسلط الضوء على المقصود من الأثر الكاشف والأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية، وماهي الآثار المترتبة على كل حالة منهما ، وذلك في الفقرتين الآتيتين .

أ - الأثر المنشئ للحكم الصادر بعدم الدستورية :-

ويقصد بالأثر المنشئ أو الأثر المباشر للحكم الدستوري ، هو أن الحكم بعدم الدستورية يعني إلغاء التشريع من تاريخ صدور الحكم في بعض الحالات ، أو من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية في حالات أخرى ، أي أن الحكم الصادر يكون منشأ لحالة إلغاء التشريع المطعون في دستوريته وليس كاشفاً لعيب أصاب النص من يوم صدوره ، وبالتالي فإن الأخذ بهذا الرأي يعني من العمل بالتشريع المقتضي بعدم دستوريته إلى تاريخ نشر الحكم ويكون بذلك حاكماً للأوضاع والمراكز القانونية خلال الفترة الواقعة من تاريخ العمل به إلى يوم نشر الحكم القاضي بعدم دستوريته⁽³⁾ .

إن الأخذ بهذا الرأي يتعارض مع الطعن الفرعي المقدم بمناسبة دعوى موضوعية معروضة أمام قاض عادي ، فإذا صدر حكم في الطلب المقدم من قبل أحد الخصوم (الطاعن) وكان تطبيق الحكم (بعدم الدستورية) بأثر مباشر فهنا سنكون أمام تعارض ، هو أن الطعن

(1) ينظر د. عبد العزيز محمد سلمان / رقابة دستورية القوانين / دار الفكر العربي / القاهرة / الطبعة الأولى /

1995/ص283 .

(2) د. مها بهجت الصالحي / المصدر السابق / ص180 .

(3) ينظر د. ماهر أبو العينين / الإشكالات والدفع أمام القاضي الدستوري / ص330-331 .

سيكون مجرداً من أية قيمة قانونية طالما لا يمكن سريان الحكم بعدم الدستورية إلا من تاريخ نشره أو النطق به ، لذلك نجد أن الدول التي تأخذ بالأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية تجعل هذه الحالة (حالة الدفع الفرعي) إستثناءً من القاعدة ، حيث تجعل أثر الحكم بعدم الدستورية يمتد إلى تلك الدعوى ، وكذلك فإن هناك دولاً ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث مدت أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية ليشمل كل الحالات الأخرى التي كانت منظورة أمام المحكمة قبل غلق باب المرافعة في الحالة التي صدر بها الحكم كما هو الحال في ألمانيا⁽¹⁾ .

ولكون الأثر المنشئ للحكم الصادر بعدم الدستورية لا يعد الأساس والقاعدة في الأحكام القضائية، ولعدم توسع الدول بالأخذ به فإننا لا نتوسع به أكثر من ذلك .
ب - الأثر الكاشف للحكم الصادر بعدم الدستورية:-

إن القاعدة العامة بالنسبة للأحكام القضائية - بصفة عامة - كاشفة وليست منشئة ، فهي لا تنشئ الحق وإنما تكشف عن وجوده ، وعلى هذا الأساس فإن القضاء الدستوري عندما يقضي بعدم دستورية تشريع معين (مع ما يترتب على ذلك من إلغائه أو إبطاله) فإنها لا تنشئ هذا البطلان ، وإنما تقرر شيئاً قائماً بالفعل وذلك بحكم الدستور القائم ، فالتشريع الباطل لمخالفته للدستور يكون باطلاً منذ وجوده ، لأنه ولد مخالفاً للدستور والنص التشريعي لا ينشأ صحيحاً (كامل الخلقة) إلا بإتفاقه مع الدستور ، وبذلك فإن النص التشريعي المطعون في دستوريته يولد ومعه العوار الدستوري ، والحكم بعدم الدستورية يعد كاشفاً لهذا العيب لا منشئاً له ، إن الحكم بعدم الدستورية يقرر واقعة حقيقية حاصله قبله⁽²⁾ .

ويقوم مبدأ الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية على أساس أن عيب مخالفة القاعدة القانونية للشرعية الدستورية يولد مع القاعدة ذاتها ، وتقدير هذا الأثر من شأنه أن يدعم الفائدة العملية التي يبرجوها الخصم في دعواه الدستورية ، فالمنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري، هي منازعات تدور حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية .

فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي لأصبح لزاماً على قاضي الموضوع الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في دستوريته أن يطبق ذلك القانون بعد القضاء بعدم دستوريته ، مما يأباه المنطق القانوني السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق

⁽¹⁾ د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص 483 .

⁽²⁾ ينظر د. عبد العزيز محمد سالم / نظم الرقابة على دستورية القوانين / ص 95.

مبدأ الدفع أية فائدة عملية، ما يجعل الحق في التقاضي وهو من الحقوق العامة التي كفلتها الدساتير - بالنسبة للمسألة الدستورية - غير مجد ومجرداً من موضوعه (1).

وكذلك فإن مبدأ الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية يقوم على مبدأ المساواة أمام القانون ، فلا يجوز التمييز بين مراكز قانونية تكونت قبل هذا الحكم وأخرى تكونت بعده ، إذ أن العدالة لا يمكن أن تتحقق بصورة كاملة إلا بإصلاح الأخطاء التي ترتبت على تطبيق التشريع المخالف للدستور منذ تاريخ العمل به (2) ، يضاف إلى ذلك أن سيادة مبدأ الأثر الكاشف يضمن فعالية الرقابة على دستورية القوانين وتأكيداً لسيادة القانون ، وبالتالي تعلو الحريات والحقوق ولا تنتكس قيمتها مهما تعرضت للانتكاس في فترات سابقة - فترة نفاذ القانون غير الدستوري - لأن في هذا المبدأ أثراً هاماً لإزالة كل ما أصابها من انتكاسات في الماضي ، وهذا هو منطق دولة القانون التي لا تترك فيها الحقوق والحريات التي يحميها الدستور عرضة للمساس بها ، إنما تكفل حمايتها من خلال هيئة قضائية تكون جزءاً من نظام الدولة ، وهذا كله يؤكد أن الطبيعة القانونية للأحكام الدستورية هي كاشفة للحقوق وليست منشئة لها ، إذ هي لا تستحدث جديداً ولا تنشئ مراكز لا وجود لها ، بل أنها تكشف عن حكم الدستور وهو مقرر سلفاً منذ أن تم العمل به (3) وعلى الرغم من كل ما أثبتته الجانب الغالب من الفقه الدستوري من ضرورة ترويج وتعميم مبدأ الأثر الكاشف في الأحكام الدستورية ، فإن هناك إتجاهاً آخر في الفقه يذهب إلى العكس من ذلك حيث يعارضون هذا المبدأ على أساس أن الإعتبارات العملية قد تقتضي استمرار الحقوق والمراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون الملغى .

وقد يثير الإلغاء من الإشكاليات القانونية أضعاف ما قد يؤدي إليه بقاء التشريع المخالف للدستور، وتزداد خطورة هذا الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية التشريع إلى بعد مرور مدة طويلة على صدوره ، ما يعني تقييد الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية التشريع والإعتراف بوجوده الفعلي لهذا التشريع (4) .

ويمكن الرد على هذا الرأي بأن العدالة الصحيحة والمصلحة المطلقة للمواطنين لا يمكن أن تتحقق بصورة كاملة إلا إذا قامت على تشريع يكون موافقاً للدستور لا مخالفاً له ، حيث أن

(1) ينظر في هذا المعنى د. عزيزة الشريف / دراسة في الرقابة على دستورية التشريع / ص 242-245.

د. رفعت عبد سيد / الوجيز في الدعوى الدستورية / ص 426.

(2) د. عادل الطباطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص 479.

(3) ينظر مها بهجت الصالحي / الحكم بعدم الدستورية ودوره في تعزيز دولة القانون / ص 183.

(4) ينظر في هذا الرأي د. أحمد كمال أبو المجد / الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والأقليم المصري / مكتبة النهضة العربية / القاهرة / 1960 / ص 223-224.

الإحتجاج بالمشكلات الناجمة عن تطبيق هذا المبدأ والتمثلة بمصادرة الحقوق والمراكز القانونية التي قامت في ظله ، لا وجود لها حيث أن هذه الحقوق وتلك المراكز لم توجد أصلاً ، لأن التشريع المخالف للدستور لا يملك القدرة على إنشاء الحقوق والمراكز القانونية أو تقرير الواجبات وذلك لعدم إكتسابه الصفة الشرعية ، فحتى تتحقق له القدرة على ترتيب الآثار القانونية على نحو صحيح لا بد أن يصدر التشريع ضمن الشروط الشكلية والموضوعية التي حددها الدستور (1) .

ولكن إذا كان الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية هو الحل الذي يتفق مع طبيعة الأحكام القضائية كونها كاشفة وليست منشئة ، فإن هذا الأثر لا يكون مطلقاً من حيث التطبيق بل ترد عليه عدة قيود وتكون هذه القيود منطلقة من فكرة التوازن بين القيم الدستورية المختلفة ومنها قيم المصلحة العامة المتمثلة في الإستقرار القانوني ، وقدرة الدولة على الإستمرار في أداء مهامها الدستورية بعد إصدار الحكم بعدم الدستورية وإلغاء جزء من الإنتظام القانوني لها ، فممارسة هذا الحق يجب أن تتقيد بإعتبارات المصلحة العامة (2) ، وأهم هذه القيود هي:-

1- المراكز القانونية المستقرة قبل الحكم ، والأحكام المكتسبة الدرجة القطعية(درجة البتات):-

إستثنت معظم الدساتير التي تأخذ بمبدأ الاثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية الحقوق والمراكز القانونية التي تكون قد أستقرت عند صدور هذه الأحكام ، وعلة ذلك أن الحقوق التي تتولد عن القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه لا يمكن - وفقاً للقاعدة العامة - أن تنتقص من حقوق مكتسبة طبقاً لقانون لم يحكم بعدم دستوريته ، وكذلك يتمتع أصحابها بمراكز قانونية تامة لم ينتقص منها الحكم بعدم الدستورية مثل التقادم وقوة الأمر المقضي (3) .

ويسند أصحاب هذا الإتجاه رأيهم إلى ما يذهب إليه المشرع الألماني من أن الحكم بإلغاء القانون غير الدستوري لا يؤثر على الأحكام التي لم تعد قابلة للطعن ، حيث استبعد المشرع الأحكام الحائزة لقوة الأمر المقضي من دائرة الاثر الرجعي ، وبذلك فهي تبقى محكومة بالنص الذي صدرت بموجبه (4) ، وكذلك ما ذهب إليه المشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية

(1) د. عادل الطبطبائي / المحكمة الدستورية الكويتية / ص 480 .

(2) د. أحمد فتحي سرور / الحماية الدستورية للحقوق والحريات / ص 337 .

(3) د. مها بهجت الصالحي / الحكم بعدم دستورية نص / ص 186 .

(4) ينظر د. عبد العزيز محمد سالمان / نظم الرقابة على دستورية القوانين / ص 98 .

العليا وذلك من خلال ماأورده في المذكرة الإيضاحية لتفسير نص المادة 49 بالقول " ...وإستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل حسب ، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يُستثنى من هذا الأثر الرجعي للحقوق والمراكز التي تكون قد أستقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بإنقضاء مدة تقادم ... " حيث يرجع تقرير هذا الأستثناء إلى أن مبدأ الأحكام الصادرة بعدم الدستورية يتعارض مع مبدأ حجية الأحكام الصادرة قبل الحكم بعدم الدستورية ، ومبدأ حماية الحقوق المكتسبة التي استقرت قبل هذا الحكم ⁽¹⁾ ، وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة الاتحادية عندما قضت بعدم رجعية قراراتها بالنسبة للأحكام المكتسبة للدرجة القطعية حيث قضت " ... ويكون القرار قد أكتسب الدرجة القطعية وليس من صلاحية المحكمة الاتحادية العليا النظر في حجية القرارات المكتسبة درجة البتات ... " ⁽²⁾ .

ولا شك أن المشرع في تقريره لهذه الإستثناءات على قاعدة الأثر الرجعي للأحكام بعدم الدستورية ، قد وقف موقفاً متوازناً ما بين تقرير الأثر الرجعي الذي تفرضه الطبيعة الكاشفة للأحكام وبين رغبته في الحفاظ على استقرار الأوضاع والمراكز التي ثبتت وأستقرت ، فقرر عدم المساس بها خشية حدوث فراغ تشريعي فضلاً عن الإرتباك الذي يحدثه المساس بمبدأ حجية الأمر المقضي به للأحكام ، وهو ما ذهب إليه قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، وذلك من خلال تطبيقاتها ، حيث قضت بعدم رجعية قراراتها بالنسبة لمراكز قانونية المستقرة عند حكمها بعدم دستورية قانون الانتخابات ، فقد اشترطت " ...على أن لا يمس الإجراءات التي جرت بموجبها انتخابات المجلس النيابي الحالي في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية" ⁽³⁾ .

2- الأحكام الجنائية :-

إن الأحكام الصادرة بالإدانة إستناداً لنص مخالف للدستور لا تنال أية حجية ولو حازت قوة الأمر المقضي ، وذلك لأن إعتبارات الشرعية الدستورية تتفوق على قوة الأمر المقضي ، وعليه فإذا صدر حكم من المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون ففي هذه الحالة تعد الأحكام الجنائية الباتة التي صدرت إستناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن ، وذلك لكون الأحكام الجنائية تمس بطريق

(1) ينظر د. إبراهيم محمد حسنين / الرقابة القضائية على دستورية القوانين / ص 445-446 .

(2) ينظر قرار الصادر عن المحكمة الاتحادية 5/ اتحادية / 2006 في 2006/5/29 / منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة.

(3) ينظر قرار الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا بالعدد 15/ اتحادية / 2006 في 2006/4/26 ، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية.

مباشر الحرية الشخصية للمواطن أما ماله أو حياته ، فإذا اتضح أن النص الذي طبق عليه كان غير دستوري ، فالعدالة تقضي أن يغلب جانب الحرية على جانب حجية الأحكام الجنائية ، وفي هذا إعمال كامل لمبدأ الشرعية ⁽¹⁾ .

وإذا كانت هذه القاعدة تطبق بالنسبة للأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة ، فإنها لا تصح بالنسبة للأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة ، والتي صدرت إستناداً إلى نص حكم بعدم دستوريته ، إذ في هذه الحالة يسري الحكم بعدم الدستورية بأثر فوري ومباشر ، أي من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية ، لأننا إذا طبقنا الحكم الدستوري بأثر رجعي فسوف نقوم بتجريم فعل كان وقت إرتكابه مباحاً بالقانون ، كما أن رجعية الحكم الدستوري في هذه الحالة تتعارض ومبدأ عدم رجعية نصوص التجريم - التي تنص عليها أغلب دساتير العالم - وكذلك يتعارض مع المبدأ العام في القضاء الجنائي ، وهو أن القاضي يلتزم بتطبيق القانون الأصلح للمتهم فإذا قضى بعدم دستورية النص المحكوم إستناداً عليه فإننا سوف نطبق القانون الأسوأ ، وهو ما لا يجوز تطبيقه ⁽²⁾ .

ومن الملاحظ أن أغلب الأنظمة التي تبنت الرقابة القضائية اللاحقة قد اعتمدت مبدأ الأثر الكاشف للحكم الصادر بعدم الدستورية ونخص هنا بالذكر المشرع المصري الذي اعتمد في قانون المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ ، وإن كان ظاهر هذا النص القانوني يوحي بأن نفاذ الحكم بعدم الدستورية يكون بالنسبة للمستقبل إذ نص " ...على عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته اعتباراً من اليوم التالي لنشر الحكم ⁽³⁾ ، إلا أن تفسير هذا النص بمراعاة ما أوردته المذكرة الإيضاحية يؤدي إلى تقرير الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية - وهذا ما قد سلف بيانه - كذلك فإن المشرع الكويتي قد أشار في متن الدستور إلى اعتماده مبدأ الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية حيث جعل حكم النص المطعون بدستوريته باعتباره "كأن لم يكن ⁽⁴⁾ " .

ويلاحظ إن المشرع الكويتي في قانون إنشاء المحكمة الدستورية ألزم السلطات المختصة بإتخاذ التدابير اللازمة لتسوية الآثار الماضية بالنسبة للنصوص المحكوم بعدم دستوريته سواء كانت قوانين أم لوائح ⁽⁵⁾ .

(1) د. مها بهجت الصالحي / الحكم بعدم الدستورية نص / ص 189.

(2) د. أحمد فتحي سرور / الحماية الدستورية للحقوق والحريات / ص 344 .

(3) ينظر نص المادة 49 / قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا.

(4) ينظر نص المادة 173 / دستور دولة الكويت.

(5) ينظر نص المادة 6 / قانون إنشاء المحكمة الدستورية الكويتية.

ونجد أن المشرع اللبناني قد اعتمد الأثر الكاشف للأحكام الصادرة من المجلس الدستوري والمتضمنة عدم دستورية التشريعات حيث نص على أن "... النص الذي تقرر بطلانه يعتبر في حدود قرار المجلس كأنه لم يصدر ولا يجوز لأي كان التذرع به" ⁽¹⁾ وبالتالي فإن الحكم ببطلان النص التشريعي يعني زواله من يوم وجوده أي بأثر رجعي .

ولكننا نجد أن المشرع العراقي لم يحدد لا في متن الدستور ولا في قانون المحكمة الاتحادية أو نظامها الداخلي النطاق الزمني لتنفيذ الأحكام الصادرة بعدم الدستورية من المحكمة الاتحادية، فلم يبين هل أن هذه الأحكام تطبق بأثر رجعي أم بأثر فوري ؟ وهذا خلل تشريعي كبير كان على المشرع لقانون المحكمة الإلتفات إليه وعدم إغفاله ، فإن عدم الإشارة إليه في متن الدستور يحتم بالضرورة على المشرع في قانون المحكمة الإحاطة به ، وإن كان جانب من الفقه الدستوري العراقي يذهب إلى معالجة هذا الفراغ التشريعي بالعودة لتطبيق القواعد العامة والتي تقضي بأن حكم المحكمة الاتحادية يرتب الإلغاء كجزء لمخالفته الدستورية فإن حكم الإلغاء بطبيعته يكون كاشفاً وليس منشئاً ، وعليه فلا بد أن تسري الأحكام الصادرة بعدم الدستورية بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور القانون أو النظام المحكوم بعدم دستوريته ، مع مراعاة المراكز القانونية والحقوق المستقرة عند صدور الحكم بعدم الدستورية ⁽²⁾ .

ثالثاً :- نطاق نفاذ القرارات التفسيرية الصادرة من المحكمة الاتحادية:-

من الملاحظ أن صلاحية تفسير النصوص الدستورية تعد من أكثر الصلاحيات غموضاً وإبهاماً من حيث التطبيق ، حيث لم ينص عليها في قانون إدارة الدولة ولم يتطرق إليها قانون المحكمة الاتحادية ولم يتناولها النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية بالتنظيم ، لذلك فإن ممارسة هذه الصلاحية تبقى محل اجتهادات وتقديرات هيئة المحكمة عند تطبيقها ، ويذهب الفقه في ذلك إلى أن قرار التفسير الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا والمتعلق بنص دستوري يسري بأثر رجعي أي من تاريخ صدور النص الدستوري المفسر لأن التفسير بطبيعته هو كشف لإرادة المشرع التي صاغ بضوئها النص ومن ثم فإن قرار التفسير ليس إنشاء لحكم جديد أو إبتداعاً لقاعدة لم تكن موجودة قبل صدورها وإنما هو كشف عن حكم قائم فهو استظهار لإرادة سابقة عليه وموجودة من تاريخ وضع النص لا من تاريخ صدور قرار التفسير ، وبهذا المعنى لا تتعارض رجعية قرار التفسير مع المبادئ العامة للقانون أو طبيعة القرارات القضائية (بصورة

(1) ينظر نص المادة 22 / قانون إنشاء المجلس الدستوري اللبناني.

(2) ينظر رأي د. مها بهجت الصالحي / الحكم بعدم دستورية نص تشريعي / ص 222.

عامة) ، ولكن تجدر الإشارة الى أن رجعية القرارات التفسيرية الدستورية يمكن أن ترد عليها إستثناءات - كما هو الحال في الأحكام الصادرة بعدم الدستورية - فيخرج من نطاق الأثر الرجعي المراكز القانونية المستقرة والأحكام القضائية النهائية المكتسبة لدرجة النهائية, ففي كلتا الحالتين يكون لقرارات المحكمة أثر على المستقبل و دون الرجوع إلى الماضي⁽¹⁾.

(1) د. علي هادي الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور / ص149.

الخاتمة

سنوضح في هذا الجزء أهم (النتائج) التي خلصنا إليها من خلال بحثنا :

1- أن الدستور الدائم منح المحكمة الاتحادية العليا مكانة دستورية سامية وجعلها سلطة قضائية عليا مستقلة لا سلطان لأحد عليها سوى القانون ، وذلك تماشياً مع الدور الدستوري والوطني الملقى على عاتقها بإعتبارها حامية للدستور وحافظة لوحدة الإتحاد وتوازنه .

2- أن الدور الهام والرئيس الذي منحه الدستور للمحكمة الاتحادية العليا في أرساء دعائم دولة القانون وبناء دولة المؤسسات يتطلب أن يكون أعضاء هذه الهيئة القضائية الدستورية على درجة من النزاهة والعلمية والخبرة المهنية والسياسية، ولأجل ضمان هذا كان على المشرع الدستوري أن يحدد عدد أعضاء هيئة المحكمة والشروط الواجب توفرها بهم (دستورياً) لتولي منصب القضاء في المحكمة الاتحادية العليا وتحديد الأصناف التي منها يتم إختيار أعضاء المحكمة لا أن يترك هذا الأمر إلى قانون يسن لاحقاً ، لأن ذلك خلافاً دستورياً وفراغاً تشريعياً واضحاً فإناطة هذا الأمر بالسلطة التشريعية (مجلس النواب) سيؤدي إلى فسح المجال للكتل السياسية المكونة لهذه السلطة في السيطرة على هيئة المحكمة وجعلها أداة بيدها ، وذلك من خلال تحديد عدد الأعضاء ووضع الشروط الواجب توفرها بهم بالشكل الذي يخدم مصالح هذه الكتل (الجهات السياسية) مما يؤدي لتقويض دور المحكمة والحد من نطاق اجتهاداتها ، خاصة وأن الواقع العملي السياسي في العراق خلال السنوات السابقة يساعد على إثارة هكذا مخاوف .

3- منح الدستور العراقي الدائم المحكمة الاتحادية العليا صلاحيات وإختصاصات واسعة جداً أكثر مما كانت عليه في قانون إدارة الدولة العراقية ، ويمكن أن نحدد إختصاصات المحكمة الاتحادية وبناءً على ما نصت عليه المادة 93 من الدستور الدائم في ثلاثة محاور

أ - صون الدستور والحفاظ على نصوصه من الإنحراف عند التطبيق.

ب - حفظ وحدة البلاد ومراقبة الإتحاد ، وحفظ التوازن بين السلطات الاتحادية الثلاث من جهة وبين سلطات الإتحاد وسلطات الأقاليم أو إدارة المحافظات غير المنتظمة بأقليم من جهة أخرى .

ج - صون الحقوق والحريات العامة وحماية الديمقراطية وترسيخها وذلك من خلال المصادقة على نتائج الإنتخابات النيابية وصلاحيات مراقبة العملية الإنتخابية بطريقة غير مباشرة ، ويضاف إلى هذه الإختصاصات (الدستورية) إختصاصات أخرى منحت إلى المحكمة الاتحادية العليا من خلال النصوص القانونية الخاصة كقانون الجنسية العراقي وقانون المحافظات غير المنتظمة بأقليم .

4- أعطى المشرع (لمحكمة الموضوع) في حالة الدفع الضمني بعدم دستورية نص تشريعي صلاحية تقدير جدية الدفع المقدم أمامها وذلك قبل أحالته إلى المحكمة الاتحادية وفي هذا تجاوز لدور المحكمة الاتحادية العليا وإختصاصها الحصري والأصيل في الرقابة على دستورية أي تشريع نافذ ، فإذا ما قررت محكمة الموضوع أن الدفع بعدم الدستورية دفع غير جدي بإعتبار أن النص المطعون بدستوريته موفق للدستور ، عندها تكون هذه المحكمة قد مارست إختصاص الرقابة على دستورية القوانين ، وفي ذلك خرق وهدر للغرض الدستوري الذي من أجله إنشئت المحكمة الاتحادية وحصر إختصاص تقدير الدستورية بها دون سواها .

5- أن تأخر تشريع قانون إنشاء المحكمة الاتحادية والذي يسن إستناداً لنص المادة (92/ثانياً) حتى يومنا هذا وعلى الرغم من مرور خمس سنوات على نفاذ الدستور الدائم يعد خلافاً كبيراً يجب على المشرع تلافيه بأسرع وقت ، فهذا التأخر لا يتناسب ودور المحكمة الدستورية والسياسي .

6- أن المشرع لم يمنح المحكمة الاتحادية العليا صلاحية الطعن في دستورية القوانين والأنظمة النافذة من تلقاء نفسها ، حيث حدد من لهم حق تحريك هذه الدعوى وحصره بالأفراد والمحاكم والمؤسسات الحكومية ، وذلك بموجب آليات محددة ، وعدم إعطاء المحكمة الاتحادية العليا هذا الحق نرى فيه تضارباً مع نصوص الدستور أو مبادئه ، ويعتبر ذلك خلل في عمل المحكمة وتقييداً لدورها وتعطيلاً لمبدأ الولاية العامة للقضاء ، فالمحكمة الاتحادية العليا بإعتبارها أعلى هيئة قضائية في الدولة يجب أن تعطى صلاحيات واسعة تمكنها من ممارسة الدور الدستوري المعهود إليها به .

7- لم يجعل المشرع في قانون المحكمة الاتحادية العليا النشر شرطاً لنفاذ قرارات المحكمة ، فالنشر وكما هو معروف يعتبر قرينه على العلم ، وتحقيقه لا يعذر الجهل بالقانون ، فالمحكمة الاتحادية عندما تحكم بعدم دستورية نص قانوني فإن هذا النص سيكون بحكم (الملغي) ولا يكون له أي وجود داخل الإنتظام القانوني للدولة أي أن هذا النص سيفقد قوته الملزمة بمجرد الحكم بعدم دستوريته وعندها يكون أي تصرف مبني على هذا النص بعد صدور قرار المحكمة الملغي له يعتبر تصرف مبني على أساس غير قانوني ، ومن هنا فإن النشر يكون ذا أهمية بالغة لتحديد بدء نفاذ قرارات المحكمة ، خاصة أن هذه القرارات تكون ملزمة للسلطات كافة .

8- أن الرقابة التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا هي رقابة إلغاء وأن المشرع لم يحدد المدة القانونية التي يسمح خلالها الطعن بدستورية قانون أو نظام نافذ ، فعدم تحديد سقف زمني لرفع الدعوى الدستورية وترك هذه المدة مفتوحة دون تحديد سيؤدي إلى إضرار بمصالح المواطنين وحقوقهم ، وكذلك سيؤدي إلى زعزعة في ثقة المواطن بالإنتظام القانوني العام للدولة ، فإذا كان

هناك نص قانوني نافذ منذ زمن بعيد وهناك مراكز قانونية أنشئت إستناداً لهذا النص وحقوق أكتسبت بناءً عليه وحكم بعد ذلك بعدم دستوريته و(إلغائه) ، فما مصير ما أنشئ إستناداً إليه وما ذنب من أكتسب حقاً بموجبه وهو حسن النية في ذلك ، ومن هنا تبرز ضرورة تحديد المهلة القانونية للطعن بعدم دستورية أي تشريع نافذ واعتبار أي تشريع لم يطعن بدستوريته خلال هذه المدة تشريعاً موافقاً للدستور حكماً ، وأن كان في هذا خرق لمبدأ (سمو الدستور) إلا أننا نرى ضرورة حفظ حقوق الأفراد الذين لم يرتكبوا أي ذنب سوى أنهم تمسكوا بالنص القانوني وكذلك ضرورة حفظ الإستقرار القانوني في الدولة .

قائمة المصادر

المراجع العربية :-

- 1- أبو العيينين ، ماهر / الدفوع في نطاق القانون العام (الإشكالية والدعوى أمام القاضي الدستوري) / دار المجد للطباعة / 2004 م .
- 2- ابو المجد ، احمد كمال / الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري / مكتبة النهضة العربية / القاهرة / 1960 م .
- 3- أبو عيد ، الياس / المجلس الدستوري بين النص والاجتهاد والفقه / بيروت / 2007 م .
- 4- إسماعيل ، عصام نعمة / حول تعطيل المجلس الدستوري / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / 2007 م .
- 5- بدوي ، ثروت / النظام الدستوري العربي / دار النهضة العربية / مصر / 1964 م .
- 6- البكري ، عبد الباقي وزهير البشير / المدخل لدراسة القانون / بيت الحكمة / بغداد / 2005 م .
- 7- البيطار ، فؤاد / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / بيروت / الطبعة الثانية / 1996 م .
- 8- الجدة ، رعد ناجي / التطورات الدستورية في العراق / بيت الحكمة / بغداد / 2004 م .
- 9- جمال الدين ، سامي / الرقابة على أعمال الإدارة / منشأة المعارف / الإسكندرية / 2000 م .
- 10- جمال الدين ، سامي / القانون الدستوري والشرعية الدستورية / منشأة المعارف / الإسكندرية / الطبعة الثانية / 2005 م .
- 11- الجميلي ، محمد عبد الواحد / أثار الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا / دار النهضة العربية / القاهرة / 2002 م .
- 12- جوادي ، الياس / رقابة دستورية القوانين / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / الطبعة الأولى / 2009 م .
- 13- حاشي ، يوسف / النظرية الدستورية / منشورات الحلبي / بيروت / الطبعة الأولى / 2009 م .

- 14- حسنين ، إبراهيم محمد / الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء / دار النهضة العربية / القاهرة / 2000 م .
- 15- حشيشو ، نهاد / الحياة الدستورية في لبنان / المركز العربي للمعلومات / بيروت .
- 16- الحكيم ، عبد المجيد / الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) / المكتبة القانونية / بغداد / طبعة 2007 م .
- 17- الحلو ، ماجد راغب / النظم السياسية والقانون الدستوري / منشأة المعارف / الإسكندرية / 2005 م .
- 18- حوري ، عمر / القانون الدستوري / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / 2009 م .
- 19- خالد ، حميد حنون / الأنظمة السياسية / مطبعة الفائق / بغداد / 2008 .
- 20- خماس ، فاروق احمد / الرقابة على أعمال الإدارة / مطبعة جامعة الموصل / 1988 م .
- 21- درويش ، إبراهيم / القانون الدستوري، النظرية العامة والرقابة الدستورية / دار النهضة العربية / القاهرة / 2004 .
- 22- الدوري ، محمد جابر / الصيغ القانونية / بغداد / 1991 م .
- 23- سالمان ، عبد العزيز محمد / رقابة دستورية القوانين / دار الفكر العربي / القاهرة / الطبعة الأولى / 1995 م .
- 24- سرور ، احمد فتحي / الحماية الدستورية للحقوق والحريات / دار الشروق / القاهرة / الطبعة الثانية / 2000 م .
- 25- سعيان ، احمد / الأنظمة السياسية والمبادئ الدستورية العامة / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / الطبعة الأولى / 2008 م .
- 26- سليمان ، عصام / الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة) / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / الطبعة الأولى / 2010 م .
- 27- سليمان ، عصام / الجمهورية الثانية بين النصوص والممارسة / بيروت / الطبعة الأولى / 1998 .
- 28- سيد ، رفعت عبد / الوجيز في الدعوى الدستورية / دار النهضة العربية / القاهرة / الطبعة الأولى / 2004 م .
- 29- الشاعر ، رمزي / النظرية العامة للقانون الدستوري / مطبوعات جامعة الكويت / 1978 م .
- 30- شبر ، رافع خضر / النظام الإجرائي لمسؤولية رئيس الجمهورية / جامعة بابل / العراق / 1996 م .
- 31- شبر ، رافع خضر / النظرية العامة للقانون الدستوري / بغداد / 2006 م .

- 32- الشريف ، عزيزة / دراسة في الرقابة على دستورية التشريع / مطبعة الفيصل / الكويت / 1995 .
- 33- شكر ، زهير / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / لبنان / الطبعة الثالثة / 1994 .
- 34- شكر ، زهير / الوسيط في القانون الدستوري اللبناني / بيروت / 2006 .
- 35- الشكري ، علي يوسف / مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية / انترناك للطباعة والنشر / القاهرة / 2008 م .
- 36- الشكري ، علي يوسف / رئيس الدولة في الاتحاد الفدرالي / مطبعة الفرقان / النجف / الأشرف / 2009 م .
- 37- الشورابي والديناصور ، عبد الحميد و عز الدين / الدعوى الدستورية / منشأة المعارف / الإسكندرية / 2001 م .
- 38- صالح ، عثمان عبد الملك / الرقابة أمام المحكمة الدستورية في الكويت / جامعة الكويت / الطبعة الأولى / 1986 .
- 39- الصالحي ، مها بهجت يونس / الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون / بيت الحكمة / بغداد / 2009 م .
- 40- صليبا ، أمين عاطف / دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون المؤسسة الحديثة للكتاب / طرابلس - لبنان / 2002 م .
- 41- الطباطبائي ، عادل / المحكمة الدستورية الكويتية / لجنة التأليف والتعريب والنشر / جامعة الكويت / 2005 م .
- 42- الطباطبائي ، عادل / الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية / مجلس النشر العلمي / جامعة الكويت / 2000 م .
- 43- طي ، محمد / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / بيروت / الطبعة الخامسة / 2008
- 44- عبد الله ، عبد الغني بسيوني / النظم السياسية والقانون الدستوري / الدار الجامعية / بيروت / 1993 .
- 45- عبد المجيد ، عزة مصطفى حسني / مسؤولية رئيس الدولة / دار النهضة العربية / القاهرة / 2008 م .
- 46- عبد الوهاب ، عبد الرزاق / الطعن في الأحكام التمييزية / دار الحكمة / بغداد / 1991 م .

- 47- عبد الوهاب ، محمد رفعت / رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري في لبنان / الدار الجامعية / بيروت / 2000 م .
- 48- العلام ، عبد الرحمن / شرح قانون المرافعات المدنية العراقي / مطبعة العاني / بغداد / 1970 م .
- 49- علي ، إبراهيم محمد / المصلحة في الدعوى الدستورية / دار النهضة العربية / القاهرة / 1996 م .
- 50- الغزال ، إسماعيل / القانون الدستوري والمؤسسات السياسية / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر / بيروت / الطبعة الرابعة / 1989 م .
- 51- الغزال ، إسماعيل / الدساتير والمؤسسات السياسية / مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر / لبنان / 1996 م .
- 52- فوزي ، هشام محمد / رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر / دار النهضة العربية / القاهرة / 2007 م .
- 53- القشطيني ، سعدون ناجي / شرح أحكام المرافعات / مطبعة المعارف / بغداد / الطبعة الثالثة / 1979 م .
- 54- القيسي ، محي الدين / المبادئ العامة في القانون الإداري / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / 2003 م .
- 55- اللساوي ، فايز جواد وأشرف فايز / المحكمة الدستورية العليا / مجموعة اللساوي القانونية / القاهرة / الطبعة الأولى / 2002 م .
- 56- متولي ، عبد الحميد / القانون الدستوري والأنظمة السياسية / منشأة المعارف / الإسكندرية / الطبعة السادسة / 1989 م .
- 57- المجذوب ، محمد / القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / الطبعة الرابعة / 2002 م .
- 58- مهدي ، غازي فيصل / نصوص دستور جمهورية العراق في الميزان / المكتبة القانونية / بغداد / الطبعة الأولى / 2008 م .
- 59- مهدي ، غازي فيصل / المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية / المكتبة القانونية / بغداد / الطبعة الأولى / 2008 م .
- 60- ميرزا ، إسماعيل / مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي / دار الملاك / بغداد / الطبعة الثالثة / 2004 م .

- 61- ناجي ، مكي / المحكمة الاتحادية العليا في العراق / مطبعة دار الضياء / النجف الاشرف / الطبعة الأولى / 2007 م .
- 62- النداوي ، ادم وهيب / شرح قانون الإثبات / مطبعة المعارف / بغداد / الطبعة الأولى / 1979 م .
- 63- النداوي ، ادم وهيب / فلسفة إجراءات التقاضي في قانون المرافعات / مطبعة جامعة بغداد / 1988 م .
- 64- النمر ، أمينة مصطفى / قوانين المرافعات منشأة المعارف / الإسكندرية / 1977 م .
- 65- الهلالي ، علي هادي عطية / النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العراقية العليا / بغداد / 2009 م .
- 66- والي ، فتحي / قانون القضاء المدني / دار النهضة العربية / القاهرة / 1980 م .

المراجع الأجنبية :

- 1) Farnworth, E. Allan . An introduction to the legal system of the United States. I.N.C 1963.
- 2) Watts, Ronald .Federal system .forum of federation. Kanada .2006.
- 3) Duhamel, Olivier , Droit constitutionnel et institutions politiques Edit. du seuil sep. 1933 .
- 4) Barthélémy, J. et Duez, P. traité de droit constitutionnel , paris Dalloz , 1933 .
- 5) Giquel, J et Hauriou, A ,Droit constitutionnel et institutions politiques ed. Montchrestien Paris, 1985
- 6) Tourard, Hélène, internationalisation Des constitutions nationales. LGDJ. Paris

البحوث والمقالات :

- 1- أمين ، مهدي صالح محمد / الإثبات بالقرائن أمام القضاء / مجلة القضاء / نقابة المحامين العراقيين / بغداد / العدد الثالث / السنة الثانية والأربعون / 1987 م .
- 2- الجبوري ، فارس رشيد / كيف تمارس الرقابة على السلطة القضائية / مجلة القانون المقارن / جمعية القانون المقارن / بغداد / العدد 54 / 2008 م .
- 3- جريح ، محسن / المحكمة الاتحادية العليا في العراق / مجلة التشريع والقضاء / بغداد / العدد الثالث / 2009 م .
- 4- جعفر ، عبد الجبار علي / المحكمة الاتحادية العليا في العراق ودورها في الرقابة على دستورية القوانين / مجلة أضواء العدالة / نقابة المحامين العراقيين فرع النجف الاشرف / العدد الثالث / 2008 م .
- 5- الزاملي ، ساجد محمد / الرقابة على دستورية القوانين في العراق في ظل الدستور الدائم / مجلة القانون المقارن / جمعية القانون المقارن / بغداد / العدد 58 / 2009 م.
- 6- السنهوري ، عبد الرزاق / مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية / مجلة مجلس الدولة / القاهرة / عدد يناير / 1952 م .
- 7- شبر ، رافع خضير / مضمون الخيانة العظمى المنسوبة لرئيس الدولة / العدد السادس / 2007 م .
- 8- الصالحي ، مها بهجت يونس / إجراءات إصدار الحكم الدستوري / مجلة دراسات قانونية / بيت الحكمة / بغداد / العدد 23 / 2009 م .
- 9- عبد الهادي ، حيدر ادهم / قرارات في الرقابة على دستورية تفسير القوانين / مجلة التشريع والقضاء / بغداد / العدد الرابع / 2009 م .
- 10- عبد الوهاب ، محمد رفعت / دور المجلس الدستوري اللبناني في رقابة دستورية القوانين / مجلة دراسات قانونية / كلية القانون / جامعة بيروت العربية / العدد السابع / يوليو 2001 م .
- 11- علاوي ، صالح ماهر / النظام في القانون العراقي / مدلول وطبيعة القانونية ورقابة القضاء عليا / مجلة العلوم القانونية / كلية القانون / جامعة بغداد / العدد الأول / 2004 م .
- 12- الفياض ، عامر حسن / أفكار حول مستقبل العملية السياسية في العراق / إصدار (مراجعات في الدستور العراقي) / مركز عراقيات للدراسات / بغداد / 2006 م.
- 13- ليلو ، مازن / ضمانات احترام القواعد الدستورية في العراق / مجلة القانون المقارن / جمعية القانون المقارن / بغداد / العدد 58 / 2008 م .

- 14- مهدي ، غازي فيصل / نظام الفدرالية اللامركزية في دستور جمهورية العراق 2005 / مجلة التشريع والقضاء / بغداد / العدد الأول / 2009 م .
- 15- النعيمي ، حازم / الدستور العراقي الجديد وقضايا الحقوق والحريات / اصدار (مراجعات في الدستور العراقي) / مركز عراقيات للدراسات / بغداد / 2006 م .

الرسائل الجامعية :

- 1- حاتم ، فارس عبد الرحيم / حدود رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون / رسالة ماجستير / كلية القانون / جامعة بابل / العراق / 2003 م .
- 2- شريف ، عادل عمر / القضاء الدستوري في مصر / رسالة دكتوراه / كلية الحقوق / جامعة عين شمس / مصر / 1988 م .

الدراسات :

- 1- القانون الأساسي العراقي لسنة 1925 (دستور مملكة العراق)
- 2- قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 م .
- 3- الدستور العراقي الدائم لسنة 2005 م .
- 4- دستور الجمهورية اللبنانية لسنة 1926 م .
- 5- دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971 م .
- 6- دستور دولة الكويت لسنة 1962 م .
- 7- القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية لسنة 1949 م .

القوانين :

- 1- قانون إنشاء المحكمة الاتحادية العليا ، رقم 30 لسنة 2005 .
- 2- قانون المرافعات المدنية العراقي ، رقم 83 لسنة 1969 .
- 3- قانون الإثبات العراقي ، رقم 107 لسنة 1979 .
- 4- قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم ، رقم 21 لسنة 2008 .
- 5- قانون انشاء المجلس الدستوري اللبناني ، رقم 250 لسنة 1991 .
- 6- قانون انشاء المحكمة الدستورية العليا في مصر ، رقم 48 لسنة 1979 .
- 7- قانون انشاء المحكمة الدستورية في الكويت ، رقم 14 لسنة 1973 .

8- قانون الجنسية العراقي رقم 43 لسنة 1963.

الأنظمة :

1- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق ، رقم 1 لسنة 2005 .

2- النظام الداخلي للمجلس الدستوري اللبناني ، رقم 243 لسنة 2008 .

المواقع الالكترونية

1- موقع شبكة العين الإعلامية

[www. Fudrs . com](http://www.Fudrs.com)

2- موقع المحكمة الاتحادية العليا ، في العراق .

www. Iraqiudicature.

الفهرست

المواضيع	رقم الصفحة
المقدمة.....	5
القسم الأول :- نشأة المحكمة الاتحادية العليا في العراق.....	8
الفصل الأول :- تكوين المحكمة الاتحادية العليا.....	10
المبحث الأول :- نشأة القضاء الدستوري في العراق وسند مشروعية المحكمة الاتحادية العليا.....	11
أولاً :- العمق التاريخي للقضاء الدستوري في العراق.....	11
ثانياً :- سند مشروعية المحكمة الاتحادية العليا.....	14
1- السند الدستوري.....	14
2- السند القانوني.....	19
المبحث الثاني :- تشكيل المحكمة الاتحادية العليا.....	21
أولاً :- عضوية المحكمة.....	23
ثانياً :- التحديد الدستوري لصفات أعضاء المحكمة.....	24
ثالثاً :- القيود الواجبة على أعضاء المحكمة.....	30
رابعاً :- آلية إختيار أعضاء المحكمة.....	32
خامساً :- المكانة الدستورية لأعضاء المحكمة.....	34
الفصل الثاني :- إختصاصات المحكمة الاتحادية العليا.....	37
المبحث الأول :- الإختصاصات القضائية.....	38
أولاً :- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.....	38

1- الرقابة على دستورية القوانين	38
أ - الرقابة على دستورية المعاهدات	41
ب - الرقابة على دستورية القوانين المعدلة للدستور	44
ج - الرقابة على القوانين الإستثنائية	45
د - الرقابة على القوانين المكملّة للدستور (القوانين العضوية)	45
2- الرقابة على دستورية الأنظمة النافذة	46
ثانياً :- الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية	52
ثالثاً :- الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات الغير منتظمة بأقاليم	54
المبحث الثاني :- الإختصاصات (القضائية - السياسية)	56
أولاً :- تفسير نصوص الدستور	56
ثانياً :- الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية	60
ثالثاً :- الفصل في التهم الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء والوزراء	63
رابعاً :- المصادقة على النتائج النهائية للإنتخابات العامة لعضوية مجلس النواب	66
القسم الثاني :- الأصول والإجراءات القضائية المتبعة للمحكمة الاتحادية العليا وطبيعة قراراتها	68
الفصل الأول :- الأصول والإجراءات القضائية أمام المحكمة الاتحادية العليا	69
المبحث الأول :- أوجه عدم دستورية التشريع لدى المحكمة الاتحادية العليا	70
أولاً :- العيوب الموضوعية	73
1- عيب المحل	73
2- عيب الإنحراف بإستعمال السلطة	75
ثانياً :- العيوب الشكلية	78
1- عيب عدم الإختصاص	78
2- عيب الشكل	79
المبحث الثاني :- من له حق مراجعة المحكمة الاتحادية العليا	82
أولاً :- من له حق الطعن بدستورية القوانين والأنظمة النافذة	83
1- المحاكم	83

2- الجهات الرسمية	88
3- الأفراد والأشخاص المعنوية	90
ثانياً :- من له حق تقديم طلبات التفسير	95
ثالثاً :- من لهم حق التقاضي والخصومة دستورياً أمام المحكمة الاتحادية	97
1- الجهات المنصوص عليها في الدستور صراحةً	97
2- الجهات المشار إليها ضمناً	98
رابعاً :- من له حق الطعن بنتائج الانتخابات	99
الفصل الثاني :- الطبيعة الدستورية لقرارات المحكمة الاتحادية العليا	101
المبحث الأول :- حجية قرارات المحكمة الاتحادية العليا	101
أولاً :- حجية الأحكام الصادرة قبل الخوض في موضوع الدعوى الدستورية	105
1- حجية الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى الدستورية بسبب العيب الشكلي	105
2- حجية الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لعدم جدية الدفع (العيب الموضوعي)	107
ثانياً :- حجية الأحكام الصادرة في الدعوى بعد الخوض في موضوعها	108
المبحث الثاني :- الأثر القانوني المترتب على الأحكام الصادرة بعدم الدستورية ونطاق نفاذها	114
أولاً :- الأثر القانوني المترتب على الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا بعدم الدستورية	115
ثانياً :- نطاق الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا (من حيث الزمان)	119
1- النطاق الزمني لنفاذ الأحكام الصادرة في الدعوى ذات الخصومة الدستورية	119
2- النطاق الزمني لنفاذ الأحكام الصادرة في دعوى الرقابة على دستورية التشريعات	120
ثالثاً :- نطاق نفاذ القرارات التفسيرية الصادرة من المحكمة الاتحادية	127
الخاتمة	129
قائمة المصادر	132