بسم الله الرحمن الرحيم

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا

حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا

يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا

صدق الله العلي العظيم

سورة النساء:

الآية ٥٨

الاهداء

إلى التي لم افِ بحقها لو أنني أشعلت لها الأنامل شمعاً

..... أمي .

إلى وهج المحبة وصدق العاطفة إلى الحنان الذي يحرك خبايا النفس والمشاعر والأحاسيس

.....أبي

إلى من أسكنتهم بين أضلعي واحتلوا نبضي ومسام جلدي

.....أخوتي أخواتي .

إلى من وهبوا أنفسهم للعلم وافنوا عمرهم فيه ..... أستاذي أ.م.د أحمد فاضل

الباحثة

الشكر والتقدير

نستعين بالله واليه المصير وعليه نتوكل وهو اللطيف الخبير والحمد لله رب العالمين الذي جاد بكرمه ونعمته ولطفه على جميع خلقه فما قام مخلوق بحقه سبحانه ما أعظم شأنه واقوي سلطانه واعم إحسانه ، والصلاة والسلام على عبده ورسوله وصفيه محمد بن عبد الله المبعوث بالعناية الإلهية وشمس الهداية الربانية والرسالة الهادية والرتبة العالية و على آله الطيبين الطاهرين الميامين أئمة الهدى ومصباح الدين وانه لمن نعم الباري عز وجل ولطفه إن وفق الباحث لإتمام بحثه فالحمد لله على كثير نعمائه و جزيل إحسانه .

وانه لمن واجب الامتنان والعرفان إن يتقدم الباحث بوافر الشكر والتقدير إلى جامعة ديالى / كلية القانون لإتاحتهم الفرصة للباحث لإتمام البحث .

الباحثة

قائمة المحتويات

ت	الموضوع	رقم الصفحة
١	الاية القرانية	أ
٢	الاهداء	ب
٣	الشكر والعرفان	ج
٤	المقدمة	١
٥	المبحث الاول : مفهوم السلطة التقديرية للمشرع ونطاقها و تقييد سلطة المشرع بموجب الدستور	٣
٦	**المطلب الاول**	٣
٧	أولا– مفهوم السلطة التقديرية للمشرع	٣
٨	ثانياً– نطاق السلطة التقديرية للمشرع	٦
٩	المطلب الثاني: تقييد سلطة المشرع بموجب الدستور	٧
١٠	أولا– انعدام سلطة المشرع البرلماني	٧
١١	ثانياً:– سلطة البرلمان المحددة بموجب الدستور	٩
١٢	المبحث الثاني:العيوب الدستورية الشكلية والموضوعية	١٠
١٣	المطلب الاول: العيوب الشكلية	١١
١٤	اولا :– عيب عدم الاختصاص الدستوري : يشتمل هذا العيب على العديد من الصور وكالاتي : –	١١
١٥	الفرع الاول/ العيوب المتعلقة بعدم الاختصاص العضوي	١١
١٦	الفرع الثاني / العيوب المتعلقة بعدم الاختصاص الموضوعي .	١١
١٧	الفرع الثالث / العيوب المتعلقة بعدم الاختصاص الزماني	١١
١٨	الفرع الرابع / العيوب المتعلقة بعدم الاختصاص المكاني	١٢
١٩	ثانيا:– عيب الشكل :–	١٢
٢٠	المطلب الثاني :العيوب الموضوعية	١٤
٢١	الفرع الاول / عيب المحل	١٤
٢٢	الفرع الثاني / عيب الانحراف في استعمال السلطة	١٤

٢٣	المبحث الثالث :أنواع الرقابة القضائية وصور الرقابة على دستورية القوانين	١٦
٢٤	المطلب الاول :انواع الرقابة على دستورية القوانين	١٦
٢٥	الفرع الاول:الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة (رقابة الإلغاء)	١٦
٢٦	اولا / رقابة الإلغاء السابقة	١٧
٢٧	الموضوع	١٧
٢٨	الاية القرانية	١٩
٢٩	الاهداء	٢٢
٣٠	الشكر والعرفان	٢٢
٣١	المقدمة	٢٣
٣٢	المبحث الاول : مفهوم السلطة التقديرية للمشرع ونطاقها و تقييد سلطة المشرع بموجب الدستور	٢٤
٣٣	**المطلب الاول**	٢٥
٣٤	أولا– مفهوم السلطة التقديرية للمشرع	٢٦
٣٥	ثانياً– نطاق السلطة التقديرية للمشرع	٢٨
	المطلب الثاني: تقييد سلطة المشرع بموجب الدستور	
	أولا– انعدام سلطة المشرع البرلماني	
	ثانياً:– سلطة البرلمان المحددة بموجب الدستور	
	المبحث الثاني:العيوب الدستورية الشكلية والموضوعية	
	المطلب الاول: العيوب الشكلية	

المقدمة

أولا:- موضوع البحث:

إذا كان الأصل في سلطة المشرع ؛ أنها سلطة تقديرية يتمثل جوهرها في المفاضلة بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم الحلول المختلفة لاختيار ما يقدر أنها الأنسب لمصلحة الجماعة وأكثرها ملائمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي تتناوله بالتنظيم ٠ هذا يعني إن تقدير مدى ملائمة التشريع وضرورته ومدى الحاجة لإصداره ، يدخل في اختصاص السلطة التشريعية بوصفه عنصراً من عناصر التشريع التي يمتنع على المحاكم التدخل فيها ٠ إلا أن ذلك لا يعني إطلاق يد المشرع في عملية التشريع ، لان السلطة التقديرية الممنوحة له ليست حرية مطلقة ، لكنها حرية في إطار الإغراض التي يتوخاها الدستور ، وإلا تحولت إلى نوع من التحكم الذي يخضع للرقابة ٠ وبالتالي إذا ما خرج البرلمان عن الحدود الدستورية ، في مجال تنظيمه لموضوع معين ، بان امتنع عن تنظيمه أو اتخذ من تنظيمه ذريعة للانتقاص منه أو التقييد من أثاره ، فان هذا العمل الصادر منه إنما يكون معيباً بالمخالفة المباشرة لأحكام الدستور ، وذلك لان امتناع المشرع أو تقييده لمحتوى الموضوع الذي يحميه الدستور – من خلال سلطته في تنظيمه – هو في حقيقة الأمر عدوان على ذات الدستور ، وإهدار لحكم من إحكامه.

ثانياً إشكالية البحث :

أن المشكلة التي خُصص هذا البحث لمعالجتها تثور عندما يمارس المشرع سلطته التقديرية في تحديد ضرورة التشريع من عدمه ، فيمتنع عن تنظيم بعض المسائل ، أو ينظمها بصورة منقوصة بما يؤدي إلى وجود فراغ تشريعي ، لا يتماشى مع التزام المشرع بضرورة ممارسة اختصاصه على الوجه المبين في الدستور ٠ ولما كان القاضي الدستوري لا يراقب مباشرةً امتناع المشرع وإنما يراقب الجزء الذي نظمه القانون ٠

طرحت عدة إشكالات سيعرض البحث لمناقشتها وبيان موقف القضاء والفقه ومنها.

1-إذا كان القاضي الدستوري يفرض رقابته على دستورية القوانين التي أوردها المشرع في مجال تنظيمه لموضوع معين ، فهل تمتد سلطة القاضي الدستوري إلى رقابة النصوص التي أهملها المشرع والتي لا يكتمل التنظيم القانوني للحقوق إلا بها ، استناداً إلى إن الدستور يفرض

على المشرع التزاماً ايجابياً بالتشريع لحماية الموضوعات الدستورية ، أم ان رقابة القاضي الدستوري لحالة امتناع المشرع من شأنه ان يخضع قواعد غير موجودة بالفعل للرقابة وهذا ما يتنافى وجوهرها ٠

٢- هل وجود القاعدة القانونية لاسيما في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين ، تحول دون اللجوء إلى تحريك هذه الرقابة ، لان وجود نص قانوني يعد شرطاً أساسيا للرقابة وبالتالي لا يمكن قيام الرقابة على السكوت المطلق لأنها تعني حلول القاضي الدستوري محل السلطة التشريعية في تقدير مدى الحاجة والضرورة والملائمة لصدور التشريع ، ام ان امتناع المشرع عن تنظيم مسألة معينة أحيل اليه امر تنظيمها يعد مخالفة للدستور ، مما يبرر تدخل القاضي الدستوري باعتباره قاضي الدستور للتحقق من المخالفة ٠

ثالثاً : أهمية البحث:

ان حالة امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي ، تقتضي معالجة حقيقة ، من خلال استحداث أساليب رقابية متطورة ، تمكن القاضي الدستوري من أداء دوره كحام للدستور لان بغير هذه الحماية سنكون أمام فراغ تشريعي ،٠ من هنا ، بدأت الحاجة ماسة لمعالجة هذا الموضوع ، وذلك لان امتناع المشرع عن تنظيم موضوع معين او إغفال تنظيم احد جوانبه يُعد انحرافاً عن الحدود التي كان يتعين ان يلتزمها المشرع في مباشرة سلطته، لانه سيفصل النصوص الدستورية عن أهدافها ووظائفها ، كما وتنحرف عن إشباع مصلحة عامة لها اعتبارها

المبحث الاول

مفهوم السلطة التقديرية للمشرع ونطاقها و تقييد سلطة المشرع بموجب الدستور

اذا كان الاصل في سلطة المشرع السلطة التقديرية الممنوحة له ليست حرية مطلقة ، لكنها حرية في إطار الإغراض التي يتوخاها الدستور ، وإلا تحولت أنها سلطة تقديرية يتمثل جوهرها في المفاضلة بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم الحلول المختلفة لاختيار ما يقدر أنها الأنسب لمصلحة الجماعة وأكثرها ملائمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي تتناوله بالتنظيم ٠ هذا يعني إن تقدير مدى ملائمة التشريع وضرورته ومدى الحاجة لإصداره ، يدخل في اختصاص السلطة التشريعية بوصفه عنصراً من عناصر التشريع التي يمتنع على المحاكم التدخل فيها ٠ إلا أن ذلك لا يعني إطلاق يد المشرع في عملية التشريع ، إلى نوع من التحكم الذي يخضع للرقابة ٠ وبالتالي إذا ما خرج البرلمان عن الحدود الدستورية ، في مجال تنظيمه لموضوع معين ، بان امتنع عن تنظيمه أو اتخذ من تنظيمه ذريعة للانتقاص منه أو التقييد من أثاره ، فان هذا العمل الصادر منه إنما يكون معيباً بالمخالفة المباشرة لأحكام الدستور ، وذلك لان امتناع المشرع أو تقييده لمحتوى الموضوع الذي يحميه الدستور – من خلال سلطته في تنظيمه – هو في حقيقة الأمر عدوان على ذات الدستور ، وإهدار لحكم من إحكامه.

المطلب الاول

النقاط التالية معالجة موضوع السلطة التقديرية من خلال التعرف على مفهومها ونطاقها في الدستور العراقي والدساتير المقارنة :

أولا– مفهوم السلطة التقديرية للمشرع

إن التقدير يعني تعدد القرارات المتاحة تحت إمرة صاحب التصرف وإمكانية أن يختار منها القرار الذي يرتضيه[١].

والسلطة التقديرية تكاد تستغرق النشاط التشريعي وليس ثمة مسؤولية على المشرع في تنظيم أي موضوع على وجه معين دون الوجه الأخر،ولا يقيده في ذلك إلا المصلحة العامة[٢].

١– د.عبير حسين ، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية ،دار النهضة ، القاهرة ، ١٩٨٦، ص١٠٩

[٢] **أحمد محمد أمين ، حدود السلطة التشريعية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٢، ص١٣٢**

والسلطة التقديرية للمشرع لا تختلف عن سلطة الإدارة التقديرية من حيث طبيعتها ولكن تختلف من حيث درجتها أي اتساعها[٣].

وذلك بحكم القيود التي يخضع لها المشرع العادي فهي تنحصر في الدستور والمبادئ العليا التي يرى الفقيه دوجي(Duguit) بأنها قانوناً أعلى وجد قبل أن توجد الدولة ذاتها،وان كل تشريعات الدولة يجب أن تخضع لهذا القانون الذي هو وليد النظام الاجتماعي وليس وليد إرادة المشرع[٤]. في حين ان الإدارة تلتزم بالقانون إضافة إلى الدستور والمبادئ العليا. ونظراً لاهتمام الدساتير بالحقوق والحريات يمكن ان تقسم هذه الحقوق والحريات بالنسبة إلى التشريع البرلماني. إلى حقوق وحريات يحددها الدستور من حيث الأصل تاركاً تنظيمها إلى البرلمان عن طريق القانون ، وهنا يمنح الدستور للبرلمان سلطة تقديرية في تنظيمها على أن لا ينحرف عن الغرض المرسوم. فالمادة(٧) من الدستور العراقي(يحظر كل كيان أو نهج يتبنى العنصرية أو الإرهاب أو التكفير ..... وينظم ذلك بقانون)، أعطى المشرع الدستوري للبرلمان سلطة تقديرية في تحديد ما يعد نهجاً عنصرياً أو طائفياً،شريطة عدم مخالفة نصوص الدستور والروح التي تهيمن عليه وإلا عُد مخالفاً لأحكام الدستور عندما يشرع قانون يمنع تأسيس حزب معين لغاية غير المصلحة العامة،لأنه بذلك يذهب بأصل الحق وهذا يذهب بالقانون إلى الانحراف التشريعي لنصوص الدستور التي تجيز التنظيم دون المساس بأصل الحق. إلى جانب هذه الطائفة من الحقوق والحريات هناك طائفة أخرى لا يجيز الدستور تقييدها ولو بقانون،فلم يجعل للبرلمان عليها من سبيل وهي ما أطلق عليها الدكتور السنهوري الحقوق والحريات المطلقة[٢].

---

[١] – **د.عادل الطباطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مطبعة الكويت، ٢٠٠٠، ص٩٢**

[٢] – **د.عبد الرزاق السنهوري ،مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ،بحث منشور في مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير ١٩٥٢،ص ٤٤٩**

فسلطة المشرع بموجب الدستور هنا مقيدة لأن حق المساواة أمام القانون في حالة تماثل المراكز حق /مطلق تتفرع عنه المساواة في كل نواحي الحياة،فلا يحق للمشرع البرلماني الإخلال بهذه المساواة من خلال تشريع يمنح حقوق لطائفة دون أخرى أو يفرض واجبات على طائفة دون غيرها[١].

وفي العراق فإن قانون المجلس الوطني رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٠ لم يمنح أفراد القوات المسلحة حق التصويت .

وكان مشروع القانون قد نص في الفقرة ٤ المادة (٢٤) أن الهيئة تصدر تعليمات تحدد طريقة تصويت منتسبي القوات المسلحة خارج مناطقهم الانتخابية،غير أن القانون جاء خلواً من أي إشارة إلى كيفية تصويت أفراد القوات المسلحة[٢].

١- د. عبد الرزاق السنهوري ،مخالفة التشريع للدستور والانحراف في ممارسة الوظيفة التشريعية ،مجلة مجلس الدولة ،السنة الثالثة،١٩٥٢،ص٤٠

٢-د.علي غالب العاني ، دراسة في قانون المجلس الوطني ، رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٠ ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد ١٣ ، السنة التاسعة ، ١٩٨٠، ص٩٥.

ثانياً- نطاق السلطة التقديرية للمشرع

يمكن أن تحدد الحالات التي من خلالها يتحدد نطاق السلطة التقديرية، ليتحرك البرلمان ضمن ذلك النطاق في ممارسة اختصاصه التشريعي، ويتحدد محتوى التنظيم الدستوري لهذه السلطة على النحو الآتي:-

١- حين يتخلف تحديد الدستور لأركان أو شروط القانون.

٢- حين تحدد القاعدة الدستورية موضوع القانون وتوجب سنه، وترك ما تبقى من مستلزمات اكتمال القانون للسلطة التقديرية للبرلمان .

٣- التعبير بلفظ (ل) أو يجوز في بداية النص الدستوري.

٤- المسائل التي أباح الدستور تنظيمها بناءً على قانون، وفي هذا المجال يجيز النص تفويض بعض اختصاصات البرلمان للسلطة التنفيذية،مثال ذلك مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات فعندما يصاغ النص الدستوري (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون) يوحي النص بإمكانية السلطة التنفيذية تحديد بعض أنواع الجرائم وعقوباتها[١].

فنص المادة(١٩) من الدستور العراقي النافذ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، ومن ثم النص يمنع أي تفويض للسلطة التنفيذية بذلك فيكون مصدر تحديد الجرائم وعقوباتها هو القانون فقط في حين ان قانون العقوبات العراقي رقم(١١١) لعام ١٩٦٩ المعدل[٢]

وهذا خلاف الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ الذي لم تجز المادة(١٩) منه منح اختصاص التجريم لغير السلطة التشريعية، فإذا كان قانون العقوبات العراقي لا يناقض الدستور العراقي الملغي لعام ١٩٧٠،الذي تنص مادته (٢١)،(لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون)،فأنه يناقض الدستور الحالي. وهذا يدعونا إلى أن نوجه الدعوة إلى تعديل قانون العقوبات بما ينسجم مع الدستور النافذ[٣]

١- د. زهير الزبيدي ، الاختصاص الجنائي للدولة ، جامعة بغداد، ١٩٨٠، ط١، ص٤١١.

٢- نشر القانون في الجريدة الرسمية(الوقائع العراقية) بالعدد ١٧٨٧ بتاريخ ١٩٦٩/٩/١٥ ليصبح نافذاً في١٩٦٩/١٢/١٥، وقد أدخلت عليه تعديلات كثيرة منها بموجب قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل، ومنها بموجب قرارات سلطة الائتلاف المؤقتة والحكومة الانتقالية. ص١٥

٣-نصت المادة ٩٠ من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي لعام ٢٠٠٦، التي حددت اختصاصات اللجنة القانونية، في الفقرة الأولى على اختصاص اللجنة (مراجعة القوانين السابقة وتكييفها وفق الدستور)،ص٩٠

المطلب الثاني

تقييد سلطة المشرع بموجب الدستور

تختلف القيود التي يضعها الدستور على البرلمان عند مباشرته لاختصاصه بين السعة والضيق تبعاً لطبيعة الموضوع محل التنظيم ونوعيته،وقد يصل التقييد الذي يفرضه الدستور إلى الدرجة التي تنعدم فيها حرية البرلمان إزاء تنظيم الموضوع،لان الدستور هو الذي يتولى تحديد الموضوع وإطاره[١].

ومما تجب الإشارة إليه ان هناك فرقاً بين الاختصاص المقيد وقيد المصلحة العامة الذي هو قيد غائي على أعمال المشرع البرلماني،ففي حال قيد المصلحة العامة فالمشرع البرلماني غير ملزم بقيد ضمن نطاق هذه المصلحة ،فهو أمام عدد من الخيارات كلها ضمن نطاق هذه المصلحة،في حين أن الاختصاص المقيد يفرض عليه قيد من هذه القيود وليس أمامه خيارات أخرى[٢] . وسوف نناقش موضوع السلطة المقيدة في الفقرتين التاليتين :-

أولا- انعدام سلطة المشرع البرلماني

قد تصل القيود التي يضعها الدستور على سلطة البرلمان إلى درجة من الصرامة بحيث تنعدم سلطة هذا المشرع إزاء تحديد أو تنظيم موضوع معين،وذلك حين يقوم الدستور بهذا التنظيم . فالدستور المصري لعام ٢٠١٢ المعطّل رسمياً ينص في مادة(٤١) (لجسد الإنسان حرمة ..... ولا يجوز أن تجرى عليه التجارب الطبية والعلمية بغير رضائه الحر...)، فسلطة البرلمان بموجب هذه المادة سلطة منعدمة ولا يجوز تشريع قانون يجيز إجراء هذه التجارب خارج التحديد الدستوري.والمادة ٧٦ من الدستور نفسه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص دستوري أو قانوني...)، فسلطة البرلمان بموجب هذه المادة سلطة منعدمة فيما يتعلق بمنح اختصاص

التجريم إلى تشريع أدنى من القانون، فلا يجوز تحديد الجرائم وعقوباتها بأدنى من القانون وفي الدستور العراقي أورد المشرع الدستوري المادة الثانية ف٢ مبتدأ كل فقرة بعبارة(لا يجوز)

---

١ – د.سامر عبد الحميد، أوجه عدم الدستورية في النظاميين الأمريكي والمصري، أطروحة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ،٢٠٠٨، ، ص١٣١

٢– د.عبد الرحمن البوريني، عيب الانحراف بالسلطة ماهيته وأساسه،مجلة الحقوق،جامعة عمان، الأردن، ٢٠٠٧ ،ص ٤٢١.

وبذلك لا تمنح العبارة التشريع الإسلامي المنزلة التي يمنحها فيما لو كانت الصياغة باعتباره المصدر الأساس لكن الفقرة (أ) (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام) تمنحه هذه المنزلة، حيث أصبح البرلمان مقيد بعدم جواز إصدار قانون مخالف للشريعة الإسلامية[١].

ومن ثم فسلطة البرلمان في اعتماد مصادر أخرى للقانون جائزة أما المخالفة فمنعدمة .أما الفقرة(ب) فيما يتعلق بمخالفة مبادئ الديمقراطية فمع تأييدنا للبعض من الباحثين الذي يذهب إلى عدم إمكان إقامة التوازن بين الإسلام والديمقراطية[٢].

ومن ثم يمكن للبرلمان أن يصدر قانوناً ينتقص من حقوق وحريات لم ترد في الدستور، خاصة وان الدستور لم ينص على أن إيراد هذه الحقوق والحريات لا يمنع من تمتع المواطن بحقوق وحريات أخرى لم ترد في الدستور. ولأجل تفادي هذه الثغرة ومنع البرلمان من تجاوز الحدود الدستورية نقترح صياغة النص كالآتي (لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية التي تضمنتها إعلانات الحقوق والمواثيق الدولية،وخصوصاً تلك الواردة في الدستور،وذلك لا يمنع من التمتع بحقوق وحريات أخرى بما لا يتنافى مع القيم الاجتماعية ولا يتعارض مع النظام العام).

١ – حسين عذاب ألسكيني، الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي العلاقة بين الدين والدولة ،دار الغدير، البصرة، ٢٠٠٨، ص٣٨.

٢– د. حازم النعيمي ، الدستور العراقي الجديد وقضايا الحقوق والحريات ، بحث منشور، مركز عراقيات للدراسات والنشر،بغداد ، ٢٠٠٦،ص١٤٢.

ثانياً:– سلطة البرلمان المحددة بموجب الدستور

إلى جانب الأحوال التي تضيق فيها القيود التي يفرضها الدستور على سلطة المشرع لتصل إلى انعدامها،فانه توجد حالات أخرى تضيق فيها هذه القيود،لكنها لا تختفي لتكون سلطة تقديرية،وإنما تكون حرية البرلمان في ممارسة سلطة التشريع مقيدة بضوابط دستورية محددة[١].

فنص المادة(٥٠) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغي(لا يجوز أن يحظر على أي مواطن الإقامة في جهة معينة،ولا أن يلزم الإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون) فهذا النص لا ينصرف إلى انعدام سلطة المشرع وإنما تحديدها بما يسمح به القانون .

ونص الدستور العراقي النافذ في المادة(٢٨)(لا تفرض الضرائب والرسوم ولا تعدل ولا تجبى ولا يعفى منها إلا بقانون)، فسلطة المشرع هنا محددة بأن تكون بقانون،دون منحها للتشريع المطلبي وله الحرية في إطار القانون أن يحدد مقدار الضريبة أو تعديلها أو طريقة استيفائها أو إعفاء طائفة معينة من الضرائب،وكل ذلك ضمن التحديد الدستوري.

١ –د.عادل عمر شريف، القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٨، ص٣٥٢.

المبحث الثاني

العيوب الدستورية الشكلية والموضوعية

القاعدة العامة هي ان اختصاص المحكمة الاتحادية في ممارسة اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين يعد اختصاصا عاما، فهو يشمل الطعون الدستورية (الشكلية والموضوعية) التي ترد على القوانين والانظمة ،إذ ينصرف مفهوم الطعون الشكلية إلى تلك الطعون التي تقوم على مخالفة شكلية للأوضاع والاجراءات المقررة في الدستور بشأن اقتراح القوانين والانظمة وإقرارها أو إصدارها ، فيما تنصرف الطعون الموضوعية إلى مخالفة أحكام الدستور . عليه يمكن تحديد العيوب الشكلية التي تلحق القانون او النظام في مخالفة قواعد الاختصاص في إصدار التشريع ،ومخالفة قواعد الشكل والإجراءات الواجب إتباعها في سنة ، أما العيوب الموضوعية فتتمثل في انتهاك المشرع للقيود الموضوعية التي يفرضها الدستور، وعيب المحل أو الانحراف في استعمال سلطته التشريعية بتنكبه للمصلحة العامة وعيب الغاية . لذا ومن اجل الوقوف على هذه الأحكام سنتناول ذلك في الفروع الآتية : –

المطلب الاول

العيوب الشكلية

وتشتمل على عيبين وهما عدم الاختصاص الدستوري وعيب الشكل وكالاتي :-

اولا :- عيب عدم الاختصاص الدستوري : يشتمل هذا العيب على العديد من الصور وكالاتي : -

الفرع الاول/ العيوب المتعلقة بعدم الاختصاص العضوي

ويتحقق هذا العيب في حالة صدور القانون أو النظام من السلطة التي لم يمنحها الدستور اختصاصها تشريعيا .

الفرع الثاني / العيوب المتعلقة بعدم الاختصاص الموضوعي

ويتحقق هذا العيب في حالة خروج المشرع عن نطاق الموضوع الذي حدده الدستور .

الفرع الثالث / العيوب المتعلقة بعدم الاختصاص الزماني

ويتحقـق هـذا العيـب فـي حالـة اصـدار القـانون أو النظـام فـي وقـت لـم يكـن فيـه للسـلطة المختصة الحق في تشريعه .

١- مصدق عادل طالب ، القضاء الدستوري في العراق، ، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص٣٧.

الفرع الرابع / العيوب المتعلقة بعدم الاختصاص المكاني

ويتحقـق هـذا العيـب فـي حالـة إصـدار المشـرع القـانون فـي غيـر المكـان الرسـمي الواجـب انعقاده فيه والذي حدده الدستور [١].

ثانيا:- عيب الشكل :-

يقصد به إصدار القانون أو النظام على خلاف الإجراءات التي أوجبها الدستور، يستوي ذلك في مرحلة اقتراح مشروع القانون أو إقراره أو اصداره وقدا استقر قضاء المحكمة الاتحادية العليا على إلغاء القوانين لمخالفتها قواعد الشكل والاجراءات ، وذلك في حالة عدم تقديم مشروع القانون من قبل مجلس الوزراء ، كما في حالة اقتراح مشروع القانون من إحدى لجان مجلس النواب فبسبب إلغاء القرار في الفرض المذكور هو ان دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ تبنى مبدأ الفصل بين السلطات .

وقد اختص مجلس الوزراء بتقدم مشروعات القوانين ، ثم فان قيام سلطة اخرى بتقديم مشروع القانون يعد مخالفة دستورية ونزولا على ما تقدم يثار بهذا الصدد تساؤل :هل ان عدم عرض مشروع القانون أو النظام على مجلس شورى الدولة بوصفه الجهة المناط بها تدقيق مشاريع القوانين يعد عيبا شكليا يستوجب إلغاء القانون من قبل المحكمة الاتحادية العليا؟

١- د . محمد رفعت عبدالوهاب ، رقابة دستورية القانون والمجلس الدستوري لبنان ، الدار الجامعة للطباعةوالنشر،بيروت، ٢٠٠٠،ص١٢٩-١٨٣.

ومن يتوجب عَلى المحكمة الاتحادية ان تحكم بعدم دستورية القانون الذي لم يعرض مشروعه على المجلس ،وعلى الرغم من ذلك الا ان السوابق القضائية للمحكمة الاتحادية لم تشر الى تبني المحكمة مثل هذا الاتجاه[١]ومن ثم فان المحكمة الاتحادية العليا غير ملزمة بالحكم بعدم دستورية مشروع القانون الذي لم يعرض على مجلس شورى الدولة ، لعدم وجود مخالفة للدستور العراقي بهذا الشأن، فالرقابة التي تمارس المحكمة الاتحادية هي رقابة على دستورية القوانين اي ان القاعدة العامة هي ان عدم عرض التشريع على مجلس شورى الدولة لا يعد سببا شكليا لإلغاء القانون .(١)

١- مصدق عادل طالب ، القضاء الدستوري في العراق، ، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص٣٧.

المطلب الثاني

العيوب الموضوعية

وهي تشتمل على عيبين : وهما عيب المحل وعيب الانحراف في استعمل السلطة التشريعية وكالاتي :-

الفرع الاول / عيب المحل

يقصد بالمحل هو موضوع القانون او مضمون نصوصه ، ويقصد به مخالفة التشريع في محله لنصوص الدستور التي ترسم للمشرع سلطة محددة او مقيدة وله صور متعددة ، ومن امثله ذلك في حالة قيام المشرع عند إصداره التشريع بالتمييز بين الأفراد على أساس الانتماء المذهبي ، لذا فان محل التشريع يخالف مبدأ المساواة او تطبيق نص عقابي على متهم بأثر رجعي .

الفرع الثاني / عيب الانحراف في استعمال السلطة

يتعلق هذا العيب بالغاية أو الأسباب الموجبة للتشريع ويتمثل في ثلاث صور كالآتي:-

١- تحقيق مصلحة غير المصلحة العامة (تحقيق مصلحة خاصة).

٢- تحقيق غير الغاية المحددة التي استهدفها المشرع الدستوري من إيراد نص معين (تجاوز قاعدة تخصيص الأهداف .

١- مصدق عادل طالب ، القضاء الدستوري في العراق، ، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص٤١.

٣- تنظيم البرلمان للحقوق أو الحريات العامة : فبدلا من التنظيم هذه الحريات بقانون يقوم المشرع بإهدار جوهر هذه الحقوق أو الحريات أو الانتقاص منها أو يجعل التمتع بها امرآ شاقآ .

فالقاعدة العامة التي يسير عليها القضاء الدستوري هي وجوب قيام القاضي الدستوري بالتحقيق من ان التشريع لا يخالف أحد القيود والاحكام الموضوعية المنصوص عليها في الدستور ، كون سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق والحريات تتميز بأنها تقديرية مالم يقيدها المشروع ، ومن ثم فلا تمتد الرقابة على دستورية القوانين إلى ملائمة إصدارها . وعليه تتنوع الضوابط الموضوعية التي يتوجب على مجلس النواب أو مجلس الوزراء مراعاتها عند إصدار القانون أو النظام ، وإلا كان النص القانوني غير دستوري ، ومن أمثلها مبدأ سيادة القانون[١] ومبدأ ألتداول السلمي للسلطة[٢] ، ومبدأ سمو الدستور ، والمساواة بين المواطنين ، ومبدأ تكافؤ الفرص بين الموطنين ، وحظر تحصين الاعمال والقرارات من رقابة القضاء ، ومبدأ استقلال القضاء وشرعية الجرائم والعقوبات وغيرها.

١- مادة(٥) من دستور جمهورية العراق ،٢٠٠٥،ص٤١

٢-مادة (٦) من دستور جمهورية العراق ،٢٠٠٥،ص٤١

المبحث الثالث

أنواع الرقابة القضائية وصور الرقابة على دستورية القوانين

الكثير من دساتير الدول تبنت الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، غير أن هذه الدول لم تتفق على نوع واحد في الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، فمنها تمارس الرقابة بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة (رقابة الإلغاء) ومنها ما تسمح بهذه الرقابة بواسطة الدفع الفرعي ، وهناك من تبنت طريقة المزج بين الدعوى الأصلية والدفع بعد الدستورية كما في مصر، وتفريعا على ذلك يتعين علينا أن نتعرف إلى أنواع الرقابة القضائية على دستورية القوانين:-

المطلب الاول

انواع الرقابة على دستورية القوانين

سنتطرق الى انواع الرقابات ونميز رقابة عن اخرى في العراق وكذالك سوف نتكلم عن صور تطبيق هذه الرقابات .

الفرع الاول

الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة (رقابة الإلغاء)

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

وقد يكون هذا الحكم قبل صدور القانون المخالف للدستور فتسمى رقابة الإلغاء السابقة أو بعده فتسمى رقابة الإلغاء اللاحقة . وبسبب خطورة الأثر المترتب على هذا الحكم والمتمثل بإلغاء تشريعات البرلمان [1].

حرصت الدول على إن تمارسه محاكم دستورية عليا متخصصة أو أعلى درجات القضاء في الدولة ، كما لم تجز كثر منها للأفراد إن يطعنوا مباشرة في دستورية القوانين بينما أجاز بعضها ذلك بطريق غير مباشر بان يتقدموا بالطعن بعدم دستورية قانون ما أمام بعض المحاكم ،وتنقسم الى:-

اولا / رقابة الإلغاء السابقة

بعد تشريع القانون من قبل السلطة التشريعية المكلفة بإعداد القانون ، يرسل القانون للتصديق عليه لغرض إصداره ، وقد ترتئي الجهة الموكلة بالتصديق إرسال هذا القانون إلى محكمة خاصة يحددها الدستور للتأكد من عدم تعارض القانون مع الدستور ، فتحريك الرقابة يكون من السلطة ، وليس من قبل الأفراد ،

ثانياً/ رقابة الإلغاء اللاحقة

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

١-د. ماجد راغب الحلو ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٥ ، ص١٣٥.

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

الدستور المصري لعام (١٩٧١) ، وقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام (٢٠٠٤) ، ودستور العراق الدائم لعام (٢٠٠٥) الذي نص على أن تختص المحكمة الاتحادية بالرقابة على دستورية القوانين . وقد جاء في المادة الرابعة من قانون المحكمة الاتحادية العليا أن مهام المحكمة ما يلي :- [١]

١- الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومة الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية.

٢- الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية وشرعية التشريعات كافة وإلغاء ما يتعارض منها مع الدستور .

٣- النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من القضاء الإداري

٤- النظر في الدعاوى المقامة أمام المحكمة بصفة استئنافية وينظم هذا الاختصاص بقانون

١- المادة ٤ من قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥

الفرع الثالث / الرقابة عن طريق الدفع المقترن بدعوى عدم الدستورية

لم يكن في معظم دساتير الدول في الأصل تقديم الطعن بالإلغاء إلى المحكمة الدستورية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، ثم أجيز ذلك بطريقة غير مباشرة ، وبيان ذلك يتقدم الأفراد بالطعن بعدم دستورية قانون ما أمام المحاكم ، فان اقتنعت بجدية الطعن تقدمت به إلى المحكمة الدستورية .

وهذه الرقابة تفترض وجود دعوى يراد فيها تطبيق قانون معين فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية هذا القانون ، وفي هذه الحالة لا تفصل المحكمة في صحة الدفع بل تؤجل النظر في الدعوى وتحيل الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة الدستورية التي

يكـون لحكمهـا حجيـة مطلقـة تجـاه الكافـة ، وهـذه الطريقـة المتبعـة فـي مصـر ، والمحكمـة التـي يثـار فيهـا الـدفع بعـدم دسـتورية قـانون مـا تمنـع صـاحب الشـأن مهلـة لا تجـاوز الثلاثـة أشهر لمراجعة المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم يفعل اعتبر الدفع كأنه لم يكن .

فنظـام الرقابـة علـى دسـتورية القـوانين كمـا نظمـه القـانون فـي مصـر بالنسـبة للأفـراد تعـد طريقـة خاصـة مـن الرقابـة تختلـف عـن الطـريقتين التقليـديتين ، الرقابـة بطريقـة الـدعوى الأصلية ، والرقابة بطريقة الدفع الفرعي[١] .

وان كان يقوم المزج بينهما فهو يختلف عن طريقة الدعوى الأصلية المباشرة في أمرين ، الأمر الأول: إن مسألة دستورية القوانين لا يمكن أن تثار بداية أمام المحكمة الدستورية العليا ، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بدعوى سبق أن أقيمت أمام إحدى المحاكم.

١- د. عبد الفتاح ساير ، القانون الدستوري ، مطابع دار الكتاب العربي ، بمصر ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٤ . ص١٥٣.

ودفع فيها بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه ، وقدرت هذه المحكمة جدية الدفع ، أما الأمر الثاني: إن المحكمة العليا عندما يرفع الأمر إليها وتحكم بعدم دستورية القانون ، فإنها لا تلغي القانون وإنما تمنع تطبيقه فقط وتلافي ا لعيوب الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة من ناحية ، والرقابة القضائية بطريقة الدفع الفرعي من ناحية أخرى ، فقد اتجهت بعض الدساتير التي أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى المزج بين طريقتي الرقابة القضائية . لهذا تنص الدساتير التي تأخذ بهذا النوع من الرقابة على ضرورة نشر القرارات بنفس الطريقة التي تنشر بها التشريعات العادية[١] .

ورغم أن الغالبية العظمى من دساتير الدول تبنت إحدى أنواع الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، ولكن قد يسكت الدستور عن طريقة للبحث في دستورية القوانين ، فذهب

جانب من الفقه الدستوري إلى أنه ليس للقضاء في مثل هذه الحالة سلطة البحث في دستورية القوانين .

لان وظيفة القضاء وهي تطبيق القانون وليس الحكم عليه ، ولان القانون يعد تعبيرا عن الإرادة العامة للجماعة فلا يحق للقاضي التعقيب عليها وهو لا يملك تفسير القواعد الدستورية فذلك من عمل السلطة التشريعية ، وهو ليس برقيب على أعمالها ولان بحثه في دستورية القوانين يخل بمبدأ الفصل بين السلطات ، ويجعل القضاء سلطة سياسية تسمو على سائر السلطات ، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى إعطاء القضاء سلطة النظر في دستورية القوانين ولو لم ينظم الدستور هذه الرقابة ، وهو الرأي الراجح لسلامة حججه ومنطقية نتائجه وضمانة بعض الرقابة على أعمال السلطة التشريعية[1].

١- د .علي يوسف الشكري ، د . محمد علي الناصري ، محمود الطائي ، دراسة حول الدستور العراقي ، المرجع السابق ، ص١٤٦ .

فالقضاء حينما ينظر نزاعا فانه يبحث عن الحكم القانوني للنزاع في النظام القانوني بمجمله بدءا من الدستور ونزولا لآخر قاعدة في الهرم القانوني والحكم بما تقضي به القاعدة الدستورية باعتبارها القاعدة الأعلى وكل ذلك يدخل في صميم عمل القاضي باعتبار القضاء هو صاحب السلطة في تفسير القوانين وإعمالها على النزاعات المطروحة عليه ، وأول هذه القوانين وأهمها القانون الأعلى للدولة وهو الدستور[1].

١ – د .علي يوسف الشكري ، د . محمد علي الناصري ، محمود الطائي ، دراسة حول الدستور العراقي ، مؤسسة افاق للدراسات والابحاث العراقية ، بغداد . ، ص١٤٥ .

المطلب الثاني

صور الرقابة على دستورية القوانين:

يعرض الفقه الدستوري طريقتين لممارسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين وهما:

١ – الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية:

حيث انه في هذه الطريقة تكون الرقابة مركزية فيعهد الرقابة لجهة قضائية واحده يكون الحق للمواطن رفع دعوى أصلية مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا او المحكمة العليا، ففي

هذه الصورة يقوم صاحب الشأن بمهاجمه القانون الذي يدعي عدم دستوريته طالباً إلغاءه لمخالفته نصوص الدستور وهكذا فإن هذه الطريقة تتمير بانها طريقة هجومية وليست دفاعية.بمعنى ان صاحب الشأن لا ينتظر لحين تطبيق ذلك القانون الذي يراه بانه غير دستوري بل يبادر بالطعن فيه، كما يتميز الحكم الصادر من المحكمة انه يكون حاسم لمسالة دستورية القانون بصفه نهائية فلا يجوز إثارة عدم دستوريته مرة أخرى

والدول التي تأخذ بهذه الطريقة تخصص محكمة دستورية تتولى الفصل في دستورية القوانين، حيث ان هذه المحكمة قد تكون محكمة دستورية عليا وقد تكون المحكمة العليا وذلك طبقاً لما ينص عليه دستور كل دولة ومن الدول التي تأخذ دساتيرها بطريقة الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية دستور سويسرا ودستور اسبانيا ١٩٣١م ودستور ايطاليا وتأخذ كل هذه الدساتير بنظام المحكمة الدستورية العليا المختصة في رقابة دستورية القوانين

وتتميز هذه الطريقة التي تكون الرقابة فيها مركزية بانها تتجنب ماقد يثيره لامركزية الرقابة من إشاعة القلق وعدم الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية، وذلك من خلال تضارب احكام المحاكم في دستورية أو عدم دستورية قانون بعينة، فضلاً عن ذلك فإن اخذ الدولة بمركزية الرقابة على دستورية القوانين من خلال محكمة خاصة ينشائها الدستور محكمة خاصة ينشأها الدستور

١-للباحث محمد هاني من موقع الانترنيت ،تاريخ الزيارة ٢٠/٢/٢٠١٧(-m.facebook.com/notes/ahmed .https//osman

خارج نطاق السلم القضائي من شأنه أن يؤدي الى رفع شبهة الخروج على مبدأ الفصل بين السلطات التي يثيرها عادة تعرض المحاكم العادية لأعمال السلطة التشريعية، خصوصاً في ظل ا لنظم الدستورية التي تقوم على ذلك المبدأ.

٢- الرقابة عن طريق الدفع الفرعي:

في هذه الطريقة القضائية لاترفع دعوى اصلية مباشرة لالغاء القانون لعدم دستورية، وانما يثور دستورية القانون بطريقة فرعية أثناء نظر قضية أصلية معروضة أمام إحدى المحاكم.

حيث ان في هذه الطريقة يفترض وجود دعوى أمام محكمة جنائية أو مدنية أو إدارية وهناك قانون معين مطلوب تطبيقه في هذا النزاع حينئذ يقوم الخصم بالمطلوب تطبيق القانون عليه بالدفع بعدم دستورية ذلك القانون.

فإذا ما تأكد قاضي الموضوع من جدية ذلك الدفع وأنه يخالف الدستور، فلا يقوم بإلغاء ذلك القانون، وإنما فقط يمتنع عن تطبيقه في القضية المطروحة ولذلك فان القانون يبقى قائماً وموجود بل وأكثر من ذلك يمكن لمحكمة أخرى أن تطبق ذات القانون في قضية أخرى إذا لم يدفع بعدم دستوريته (من الناحية النظرية ولكن من الناحية الواقعية فان المحكمة التي قضت بعدم دستوريته تمتنع عن تطبيقه في النزاع وكذلك في المنازعات الأخرى، وقد تمتنع أيضا المحاكم الأخرى عن تطبيقه إذا كان الحكم صادر من محكمة عليا. ولذلك فان طريقة الدفع الفرعي هي طريقة دفاعية تستهدف فقط استبعاد تطبيق القانون في قضية ما ولا تستهدف إلغاءه.

والرقابة عن طريق الدفع الفرعي بما تتضمنه من امتناع القاضي عن تطبيق القانون المخالف للدستور يمكن ان يأخذ بها كل قاضي او أية محكمة حيث انه بعكس الحال عما هو الطريقة الأولى كما لاحظنا بان الامر مقصور على محكمة دستورية أو المحكمة العليا، ولذلك فان الدفع الفرعي لا يحتاج لقيام المحكمة لذلك الدور في الرقابة الى وجود نص دستوري

١-للباحث محمد هاني من موقع الانترنيت ،تاريخ الزيارة ٢٠/٢/٢٠١٧(-m.facebook.com/notes/ahmed .https//osman

لان من جوهر وطبيعة القاضي ان يرجح كفة الدستور باعتباره التشريع الأعلى عند تعارضه مع قانون أدنى، لان النص الأعلى يقدم على النص الأدنى عند تعارضهما، ولذلك أخذت المحاكم الامريكية في الولايات المتحدة بهذه الطريقة رغم عدم نص الدستور الأمريكي عليها والولايات المتحدة الأمريكية هي مهد ومنشأ طريق الدفع الفرعي في الرقابة ودستورية القوانين، وأهم ما تتميز به هذه الرقابة أنها لا تعرض مع مبدأ الفصل بين السلطات.

٣- الرقابة عن طريق الدفع المقترن بدعوى عدم الدستورية. (الجمع بينهما):

هناك دساتير تبنت الجمع بين الطريقتين الالغاء والامتناع، حيث انه يمكن اثناء نظر دعوى قضائية يراد فيها تطبيق قانون معين ان يدفع احد افراد الدعوى بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه في هذه الدعوى امام ذات المحكمة التي تنظر فيها، فلا تتعرض المحكمة للفصل في هذا الدفع بل توقف نظر الدعوى، ويحال الطعن بعدم الدستورية القانون الى محكمة أخرى تختص بالفصل في دستورية القوانين، ويكون للحكم الصادر حجية مطلقة عامة ومن الدول التي أخذت بهذا الأسلوب مصر، حيث تنفرد المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ويمكن الطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا بأحد الأساليب التالية:

١- دفع احد الخصوم بعدم دستورية قانون معين: فاذا رأت المحكمة ان الدفع جدي تؤجل نظر الدعوى وتحدد لمن اثار الدفع مدة معينة لرفع الدعوى امام المحكمة الدستورية العليا.

٢- الاحالة من المحكمة المنظور امامها النزاع: ويكون ذلك في حالة ما اذا استشعرت المحكمة أثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص قانوني لازم للفصل في الدعوى تتوقف نظر الدعوى وتحيل الأوراق بعدم رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها.

٣-تتصدى المحكمة الدستورية العليا مباشرة فقد ترى المحكمة استثناء ممارسة اختصاصها ان القانون المتصل بالنزاع غير دستوري وتتصد له وتفحصه[١].

١-للباحث محمد هاني من موقع الانترنيت ،تاريخ الزيارة ٢٠/٢/٢٠١٧(-m.facebook.com/notes/ahmed .https//osman

الخاتمة

تعرضنا في هذا البحث المتواضع للدور الهام الذي يقوم به القاضي الدستوري في رقابته للسلطة التقديرية للمشرع .ولقد توصلنا من خلاله الى النتائج الاتية:-

اولا-مهما كانت القيود التي يلتزم بها المشرع بصدد مباشرة الاختصاص بسن التشريع في موضوع محدد فاننا لايمكنا ان نصل الى حد القول بوجود سلطة مقيدة بصورة مطلقة تنعدم معها

السلطة التقديرية للمشرع انعداما تاما فالنصوص الدستورية مهما تضمنت من قيود تحد من سلطة المشرع فانها بالرغم من ذلك لاتحول دون وجود قدر من السلطة التقديرية

ثانيا- يرتكز التمييز بين الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية اساسا على التمييز بين ماهو ملزم وما هو غير ملزم من قواعد القانون العليا اي ان التصرف القانوني يكون خاليا من كل عناصر التقدير متى كان قد تحدد سلفا وبطريقة امراة وملزمة في القاعدة العليا من حيث الموضوع والغاية والاسباب والشكل واما حين يتخلف هذا التحديد للامر الملزم لركن او لشرط من اركان او شروط التصرف القانوني فنكون امام سلطة تقديرية تتسع وتضيق بالقدر الذي يكون فيه هذا التحديد الملزم قد تخلف دون ان يتعداه.

ثالثا – تكون السلطة التقديرية على اوسع نطاقها لدى السلطة التاسيسية وهي تضع الدستور ثم تضيق لدى السلطة التشريعية بحكم مايفرضه الدستور من قيود .

رابعا-ان المحكمة الدستورية العليا وان اقرات بسلطة المشرع التقديرية في مجال تنظيم الحقوق الا انها قد فرضت رقابتها على هذه السلطة وذلك اذا ما انحرف المشرع بسلطته التقديرية فيكون التشريع مخالفا لاحكام الدستور ومنافيا لمقاصده واذا خرج عن حدود التنظيم المشروع والم يلتزم بالضوابط التي نص عليها الدستور.

خامسا- ان كل مخالفة للدستور سواء تعمدها المشرع او نزلق اليها بغير قصد يتعين قمعها كما ان الدستور يكفل لكل حق او حرية نص عليها الحماية .فاذا امتنع المشرع عن تنظيمها او نظمها بصورة قاصرة بان اغفل تنظيم احد جوانبها مما قد يودي الى الحد من فاعلية الموضوع محل التنظيم وعدم تفعيل النص الدستوري من ناحية اخرى. يكون اخلالا بضمانات التي منحاها الدستور للمشرع وفي ذلك مخالفة للدستور.

سادسا- يعتير عيب استعمال السلطة اشد العيوب صعوبة في الاثبات فالتشريع الذي يشوبه الانحراف بالسلطة عادة ما يكون مشروعا من حيث مظهره الخارجي .

سابعا–تعتبر الرقابة التي تباشر على القوانين العادية بقصد التاكد من احترامها للقواعد الواردة في الوثيقة الدستورية وعدم مخالفتها لاحكامها من اهم الضمانات القانونية التي يكفل نفاذ القانون الدستوري وتطبيقه تطبيقا سليما

التوصيات

اولا– يجب على القاضي الدستوري توجيه دعوة متكررة للبرلمان بان يتدخل لتنظيم موضوع ما– وذلك في حالات الامتناع التشريعي الكلي والذي احجم القاضي الدستوري عن رقابتها تخوفا من الصدام مع السلطة التشريعية– فهذه المطالبة المتكررة من قبل القاضي والامتناع المتكرر من قبل البرلمان من شانه ان يظهر البرلمان امام الشعب بمظره المعتدي على حرمة الدستور مما يدفعه الى اصدار التشريع حفاظا لماء الوجه امام الشعب..

ثانيا– ان الحقيقة التي لايجوز اهمالها هي ان السلطة التشريعية قد تقر من القوانين مايخالف نصوص الدستور في غايتهاا.فالانحراف في استعمال السلطة امر من المتصور وقوعه .ونرى انه يتعين على القاضي الدستوري الايتهرب من الحكم بعدم دستورية هذه التشريعات للانحراف التشريعي طالما تحقيق هذا الانحراف وكان الطعن منصبا على هذا الانحراف على ان لا يتوسع في استعمال هذا الحق الافي حالة الضرورة فالمحكمة تقضي بعدم اللجوء اليه الا عند الضرورة القصوة وبعد ان يتحقق عدم جدوى سائر التدارك والعلاج

ثالثا–ضرورة تعديل المادة الثانية من الدستور الحالي باضافة فقرة جديدة اليها يحدد فيها المشرع مهلة زمنية يقوم من خلالها المشرع العادي بمراجعة التشريعات الصادرة من تاريخ نفاذ التعديل الدستوري من اجل ازالة اي مخالفات بحيث يجوز الطعن بعد انتهاء هذه المهلة بعدم دستورية اي تشريع مخالف للشريعة الاسلامية.

رابعا–ان تضاف الى وسائل تحريك الرقابة الدستورية وسيلة اخرى لتحريك الدعوى الدستورية وهي الدعوة المباشرة وذلك بتمكين الافراد من الالتجاء مباشرة الى المحكمة الدستورية العليا للطعن فيها امامها بعدم دستورية قانون معين خاصة عندما يتعرض شخص لضرر من جراء التطبيق النص عليه لذلك يجب التاكد من وقوع الضررعليه.

خامسا– للمحكمة الحد من اساءة استعمال الدعوة المباشرة وذلك بان يطلب المشرع ان تكون عريضة الدعوة المباشرة موقعة من محام مقبول للمرافعة امام المحكمة الدستورية العليا.وعليه وان كان الحق في اقامة الدعوة المبتشرة من قبل الافراد او المحكمة الدستوريا العليا امر ظاهر الصعوبة فعلى اقل اعطاء الحق الى رؤساء الهيئات.

المصادر

القران الكريم

الكتب :

١–د. حسين عذاب ألسكيني، الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي العلاقة بين الدين والدولة،دار الغدير، البصرة، ٢٠٠٨.

٢– د. حازم النعيمي ، الدستور العراقي الجديد وقضايا الحقوق والحريات ، بحث منشور، مركز عراقيات للدراسات والنشر،بغداد ، ٢٠٠٦.

٣– زهير الزبيدي، الاختصاص الجنائي للدولة د، جامعة بغداد، ١٩٨٠، ط١.

٤ – د.عبير حسين ، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية،دار النهضة ، القاهرة ، ١٩٨٦.

٥ – د.عادل الطباطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مطبعة الكويت،٢٠٠٠..

٦– د.عبد الرحمن البوريني، عيب الانحراف بالسلطة ماهيته وأساسه،مجلة الحقوق،جامعةعمان الاهلية، الأردن، ٢٠٠٧ .

٧– د. عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري، مطابع دار الكتاب العربي ، بمصر ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٤ .

٨– د . محمد رفعت عبدالوهاب ،رقابة دستورية القانون والمجلس الدستوري لبنان ، ، الدار الجامعة للطباعةوالنشر،بيروت٢٠٠٠.

٩– النظم السياسية والقانون الدستوري ، د. ماجد راغب الحلو، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٥.

١٠– د. مصدق عادل طالب، القضاء الدستوري في العراق، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥.

الاطاريح :

١-د.أحمد محمد أمين، حدود السلطة التشريعية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٢.

٢-د.سامر عبد الحميد، أوجه عدم الدستورية في النظاميين الأمريكي والمصري ،أطروحة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية،٢٠٠٨.

٣-د.عادل عمر شريف ،القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٨.

البحوث والدوريات :

١ د.عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير ١٩٥٢.

٢- د .علي يوسف الشكري، د . محمد علي الناصري ، محمود الطائي ، دراسة حول الدستور العراقي مجلةافاق للدراسات والابحاث العراقية ، بغداد .

٣- د.علي غالب العاني،دراسة في قانون المجلس الوطني ، رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٠ ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد ١٣ ، السنة التاسعة ، ١٩٨٠.

٤-نشر القانون في الجريدة الرسمية(الوقائع العراقية) بالعدد ١٧٨٧ بتاريخ ١٩٦٩/٩/١٥ ليصبح نافذاً في١٩٦٩/١٢/١٥، وقد أدخلت عليه تعديلات كثيرة منها بموجب قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل، ومنها بموجب قرارات سلطة الائتلاف المؤقتة والحكومة الانتقالية.

القوانين :

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

٢- مادة(٥) من دستور جمهورية العراق ،٢٠٠٥،ص٤١

٣-مادة (٦) من دستور جمهورية العراق لعام،٢٠٠٥.

٤- -نصت المادة (٩٠) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي لعام ٢٠٠٦، التي حددت اختصاصات اللجنة القانونية، في الفقرة الأولى على اختصاص اللجنة

الموقع الالكترونية:

١-للباحث محمد هاني من موقع الانترنيت ،تاريخ الزيارة ٢٠/٢/٢٠١٧)https//m.facebook.com/notes/ahmed-osman.