



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ديالى
كلية القانون والعلوم السياسية
قسم القانون



الرقابة على دستورية القوانين

بحث تقدمت به الطالبة (هالة ساجد محمود)

إلى عمادة كلية القانون والعلوم السياسية وهو جزء
من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

بإشراف

أ.م.د. بلاسم عدنان عبد الله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ
وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ
تَوَلَّوْا فَاَعْلَمَ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ
وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴿٤٩﴾ [المائدة: ٤٩].

الاهداء

*الى ابي *وامي *واخوتي *

*ووطني *

*واصدقائي *

فتلك ثمرة من ثمار غرسهما الطيب الكريم.....

ربنا اتمم عليهما عفوك ...انك سميع عليم.....

الشكر والثناء

لايسعني الا ان اتقدم بالشكر الجزيل ، مع بالغ الاحترام والتقدير ، لأستاذي
وقدوتي ، الاستاذ بلاسم عدنان عبد الله ، بما أولاني من مجهود ورعاية
بتوجيهات سديدة ، وملاحظات رشيدة ، وتنقيحات فريدة ، كما لها الاثر
الحاسم في انجاز هذا البحث ، فله مني كل الثناء واناله من الشاكرين.
ولفضله من المقربين .

كما واتقدم بالشكر الوفير لاساتذة قسم القانون – في كلية القانون والعلوم
السياسية ، جامعة ديالى كافة، واخص منهم عميد الكلية الأستاذ الدكتور خليفة
عودة إبراهيم التميمي ، كما لا يفوتني ان اتقدم بالشكر الى ادارة المكتبة
والعاملين فيها لتعاونهم معي ، لهم مني جزيل الشكر والتقدير

المحتويات

ت	الموضوعات	الصفحة
١	المقدمة	٢-١
٢	المبحث الأول: مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين	٩-٣
٣	المطلب الأول: تعريف الرقابة القضائية ونشأتها	٦-٣
٤	المطلب الثاني: صور الرقابة على دستورية القوانين	١٠-٧
٥	المبحث الثاني: اساليب الرقابة على دستورية القوانين	١٧-١١
٦	المطلب الأول: اسلوب الدعوى الاصلية	١٢-١١
٧	المطلب الثاني: اسلوب الدفع الفرعي	١٤-١٣
٨	المطلب الثالث: الامر القضائي والحكم التقديري والرقابة عن طريق الدفع	١٧-١٥
٩	المبحث الثالث: مميزات الرقابة وعيوبها	٢٣-١٨
١٠	المطلب الأول: مميزات الرقابة القضائية على دستورية القوانين	٢٠-١٨
١١	المطلب الثاني: المحكمة الاتحادية واختصاصات المحكمة	٢٣-٢١
١٢	الخاتمة	٢٥-٢٤
١٣	المصادر	٢٧-٢٦

اقرار المشرف

اشهد بان اعداد هذا البحث الموسوم بـ (الرقابة على دستورية القوانين) جرى تحت اشرافي في جامعة ديالى كلية القانون والعلوم السياسية وهو جزء من نيل شهادة البكالوريوس في القانون.

التوقيع :-

المشرف :- م.م جبار مهدي السعدي

التاريخ ٢٠١٧ / ٤ /

المقدمة

تعد الرقابة على دستورية القوانين مبدأ أساسي لسمو الدستور وتكريس مبدأ الديمقراطية وحفظه وإبعاد الحكم الاستبدادي وفرض إرادة الشعب وبما أن الدستور هو القانون الأساسي يتطلب الحفاظ عليه وكما أن الدول انتهجت الرقابة السياسية بواسطة إنشاء المجلس الدستوري، والرقابة على دستورية القوانين تهدف إلى منع صدور نصوص قانونية مخالفة للدستور وبالتالي فهي وسيلة لحماية الدستور من أي فرق أو اعتداء وإلى وضع المبدأ سموه على غيره من النصوص الأخرى موضع لتطبيق الفعلي، وهناك رقابة قضائية تتم عن طريق القضاء باعتباره حامي القانون بصفة عامة والساخرة على حسن تطبيقه بما في ذلك منع المشرع من تجاوز الاختصاصات التي حددها الدستور الذي هو أيضاً أحد قوانين الدولة حيث ويعتبر الدستور الأسمى في الدولة وهو الذي يحوز على أعلى سلطة فيها، ولهذا وجب احترام الدستور يستوجب البحث عن الجهاز المكلف بحمايته، ولهذا الغرض على الرغم النقاش الجاري حول جدوى وجوب جهاز سياسي أو قضائي يتكفل بمراقبة دستورية القوانين فإن التجربة الدستورية عرفت ثلاثة أشكال للرقابة الدستورية .

اهمية البحث :

تكمن اهمية البحث في دراسة وتطبيق الرقابة الدستورية ولما لها اهمية في ظل النظام الديمقراطي، كما انه مجسد على ارض الواقع ميدانيا اضافة الى توفر المعلومات المتنوعة والمراجع في هذا الموضوع بالذات.

هدف البحث :

تهدف الرقابة على دستورية القوانين الى تعزيز اسس واركان الدولة القانونية القائمة على سيادة القانون والحيلولة دون الخروج على الدستورية باعتباره المنظم للقواعد الاساسية الواجبة الاحترام في الدولة والدفاع عن ارادة الشعب الذي اصدر الدستور وحماية الحقوق والحريات.

فرضية البحث :

على الرغم من ان الدساتير العراقية نصت على استقلال القضاء الا ان التشريع العرقي في قانون اصلاح النظام القانوني اخر بانتفاء تعدد السلطات والفصل بينها مؤكدا على وحدة السلطة السياسية مما انعكس سلبا على دور انقضاء في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين.

المبحث الاول

مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين

ان اغلب دساتير دول العالم على اختلاف انظمتها السياسية والايدولوجية نجد انها تمنح احد محاكمها مهمة الرقابة على دستورية القوانين التي يصدرها المشرع العادي وهذه الطريقة تعد ضمانه حقيقية تكفل ممارسة الافراد لحقوقهم المنصوص عليها في الدستور، وعلى ضوء ذلك سنتناول تعريف ونشأة الرقابة القضائية في المطلب الاول، وصور الرقابة على دستورية القوانين في المطلب الثاني.

المطلب الاول

تعريف الرقابة القضائية ونشأتها

والمقصود بها هو اعطاء الحق للقضاء بان يتولى فحص دستورية القوانين لكي يتحقق من مطابقتها او مخالفتها لقواعد الدستور^(١).

وتسمى بهذه التسمية لانها تباشر من قبل الهيئة قضائية فالمحاكم العادية كولايات المتحدة او محكمة خاصة كالمانيا ومصر وايطاليا، والرقابة القضائية عن طريق المحاكم العادية اقدم انواع الرقابة، وقد عرفت الرقابة القضائية ايضا: بانها عملية من خلالها تستطيع المحاكم اخضاع اعمال وتصرفات الوكالات الحكومية الاخرى بالاخص المشرعين للاختبار لمعرفة موافقتها للمبادئ الدستورية الاساسية واعلان المواد المخالفة لاغية وباطلة^(٢).

(١) نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص١٨٢.

(٢) سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٤٨٠.

وكما عرفها آخرون بانها ليست في مصير قانون ما من حيث كونه يخالف او لا يخالف الدستور يعود لهيئة قضائية او اي الى محكمة^(١).

وكما يذهب البعض في تعريف الرقابة القضائية الى انها حق المحاكم بمقتضى وظيفتها الاصلية وبناء على طلب من ذي مصلحة يتفحص قانون ما للتحقق من مدى توافقه مع دستور البلاد ومن ثم الامتناع عن تطبيق هذا القانون او الغائه على حسب الاموال اذا ثبت لها تعارضه مع الدستور^(٢).

اما نشأة الرقابة القضائية فان اول ظهور للرقابة القضائية على دستورية القوانين كانت في الولايات الامريكية حيث كانت قبل استغلالها وانفصلها عن انجلترا مستعمرات انجليزية وكان لكل منها سلطة تشريع داخل حدودها غير ان هذه السلطة لم تكون مطلقة وانما مقيدة بمقتضى الاوامر الملكية الصادرة من التاج البريطاني او القوانين التي يتسناها البرلمان البريطاني او كانت هذه الاوامر الملكية وتلك القوانين الامبراطورية تعلو على جميع ما تسنه برلماناتها اذا ما تجاوزت الحدود المرسومة في الاوامر، وكانت القوانين في الولايات المتحدة قبل الطعن امام مجلس الملك الخاص في لندن اذا ما تجاوزت سلطة التشريع وهذا يفسر لنا كيفية كيف وجدت سوابق لرقابة دستورية في الولايات الامريكية قبل قيام الاتحاد الامريكي سنة ١٧٧٩ حيث كانت لها الاثر البالغ في تكوين فكرة الرقابة القضائية، وان التجربة الامريكية في الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي اقدم التجارب واكثرها اثرا وابعدها تأثيرا، فقد ظلت هذه التجربة طوال القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين هي التجربة الوحيدة في الرقابة على دستورية القوانين الى ان بدأت البدايات الاولى في اوربا والنمسا عقب الحرب العالمية الاولى وبعد ذلك بدأت في الانتشار الواسع في النصف

(١) سامي جمال الدين ، مصدر سابق ، ص ٤٨٩.

(٢) ابراهيم درويش، القانون الدستوري ، ط١، دار المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٩٨ ، ص ١٥٥.

الثاني من القرن العشرين على الرغم من ان القضاة في الكثير من البلاد التي لم ينظم الدستور طريقا لمراقبة الدستور نهجت الى حد كبير ذات النهج الذي اتبعه مارشال في حكمه (١).

اما في العراق على الرغم من افتقار الدستور العراقي الى تجارب في مجال الرقابة الدستورية، فقد انشأ قانون ادارة الدولة المحكمة الاتحادية العليا تضطلع بهذه المهمة الجسيمة ، وقد نص قانون ادارة الدولة على اختصاصات المحكمة ، كما نص على تشكيلها من تسعة اعضاء يرشدهم مجلس القضاء الاعلى ويتولى مجلس الرئاسة تعيينهم وتسمية الرئيس باغلبية الثلثين، الا ان الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ جاء في تفصيل مختلف عن قانون ادارة الدولة للمحكمة الاتحادية العليا من حيث تشكيلها واختصاصها ، فأن دستور ٢٠٠٥ وسع اختصاص المحكمة التي يحويها قانونها النافذ لتشتمل اختصاصات اخرى ابرزها تفسير النصوص الدستورية، وان ضعف الاساس العلمي المستند الى تقسيم الرقابة على دستورية القوانين الى رقابة قضائية واخرى سياسية ولاستعانة عنها بتقسيم اخر يلاحظ دور القاضي الاعتيادي الذي يمثل وقف النموذج الاوربي او النقل الى هيئة دستورية مختصة بينما يمارس القاضي الاعتيادي وقف النموذج الامريكي الطعن بشكل مباشر مع وجود محكمة عليا للنظر في قراراتها بشكل نهائي، وبذلك يمكننا تصنيف الرقابة في العراق انها اقرب الى النموذج الاوربي حيث يمارس القاضي الاعتيادي دور القناة لنقل الطعن الى هيئة دستورية مختصة (المحكمة الاعتيادية العليا) التي بدورها تتبنى النظر الى هذه الطعون (٢).

(١) هاني علي الطهراوي ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط١ ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٦٠.

(٢) ابراهيم درويش ، مصدر سابق ، ص ١٦١.

عدم وجود تلازم بين طبيعة الرقابة التي تمارسها الهيئة الدستورية وأعضائها فيتم وصف الرقابة بأنها رقابة قضائية متى ما كان العمل الذي تمارسه قضائيا من حيث الاجراءات المتبعة في اصدار القرارات واتخاذها طابعا قضائيا، وبهذا الوصف الدستوري للمحكمة الاتحادية في العراق بانها هيئة قضائية^(١).

(١) محمد جمال ذنبيات ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط١ ، دار العلمية الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٣ ، ص١٨٨.

المطلب الثاني

صور الرقابة على دستورية القوانين

ان الدولة القانونية التي تخضع في جميع جوانبها التشريعية، والتنفيذية، والقضائية، وعلى هذا كما يصفها بعض الفقهاء تلك التي تخضع نفسها للقانون وليست تلك التي تضع نفسها فوق القانون، وعلى ضوء ذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين، الفرع الاول الرقابة السياسية، والفرع الثاني الرقابة القضائية.

الفرع الاول/ الرقابة السياسية على دستورية القوانين:

تتمثل هذه الرقابة في قيام هيئة مشكلة تشكيلا سياسيا بممارسة تلك الرقابة بناء على نص دستوري يمنح تلك الهيئة السياسية ممارسة حق الرقابة على دستورية القوانين من خلال فحص القوانين قبل صدورها لتقرر ما اذا كانت تلك القوانين متوافقة مع الدستور او مخالفة له، اذا فهي رقابة سابقة على اصدار القانون، وتعتبر الرقابة التي يمارسها (المجلس الدستوري) في فرنسا^(١).

حيث ان الكثير من الدول التي اخذت بهذا النوع من الرقابة في الواقع تلك الدول التي حكمتها الانظمة الشمولية كدونة المعسكر الاشتراكي (الاتحاد السوفيتي ويوغسلافيا وبلغاريا) والتي جعلت مهمة الرقابة من اختصاص البرلمان ومن مميزات الرقابة السياسية انها وفائية فهي تسبق صدور القانون وعنى ذلك ان القانون المراد تشريعه لن يتم اصداره اذا كانت مخالفا للدستور لذلك فهي تمنع حدوث الاثار التي تحدث لو كانت الرقابة نفاذ القانون، لكن الواقع اثبت عدم نجاح الرقابة السياسية في تحقيق الرقابة الفعالة على دستورية القوانين، ويكاد يجمع فقهاء القانون الدستوري

(١) د. فوزي الوافي، شرح القانون الدستوري الجزائري، ط٢، ديوان الطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٣، ص ١٨٩.

على عدم ملائمة الرقابة السياسية وفشلها في تحقيق الغايات المرجوة منها بسبب اناطه مهمة الرقابة بهيئة سياسية، حيث ان اعضاء الهيئة قد لا يكونون مكونين تكويناً يتناسب مع خطورة واهمية هذه الرقابة ^(١).

وكذلك تتميز هذه الرقابة بانها من يتولاها ليست هيئة قضائية تتكون من قضاء كما هو الحال في الرقابة القضائية بل يتولاها هيئة سياسية، وكذلك من مميزاتها ان تستمد اساسها من مبدأ الفصل بين السلطات وهذا المبدأ على انه لا يجوز للهيئة القضائية التدخل في اعمال السلطة، ومن عيوب هذه الرقابة، بانها افتقار القائمين على امر هذه الهيئة للقدرة على بحث ودراسة المشاكل القانونية حيث انها تتميز بطبيعة قانونية خاصة تفترض على القائمين بها ضرورة توافر الكفاءة القانونية، لا مكان تحديد مدى مطابقة القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية مع احكام الدستور ^(٢).

الفرع الثاني

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

هي الرقابة التي تمارسها هيئة قضائية تختص في الفصل في احدى دستورية القوانين، اي قانون تصدره السلطة التشريعية ^(٣).

وينطلق مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين من فكرة حق الافراد في حماية حقوقهم وحرياتهم المقررة بموجب الدستور، فوظيفة القضاة تمثل في الفصل في الخصومات التي تحصل بين الافراد والدولة او بين الافراد انفسهم وهي وظيفة على قدر كبير من الاهمية، كما تشكل الرقابة القضائية ضمانه فاعله لدستورية القوانين،

(١) د. فوزي الوافي، مصدر سابق، ص ١٩١.

(٢) نعمان احمد الخطيب، مصدر سابق، ص ١٩٧.

(٣) سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص ٤٩٣.

حيث يتسم القضاء بالحياد والنزاهة والاستقلالية بالإضافة الى الخبرة القانونية، وهناك صورتان للرقابة القضائية على دستورية القوانين:

اولا : الرقابة عن طريق الامتناع : كانت الولايات المتحدة الامريكية سباقة في الاخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، على الرغم من ان الدستور الامريكي لم ينص صراحة على مبدأ الرقابة القضائية الا ان هذا الامر كان مفهوما ومتوقعا ومقبولا بلدى واقعي هذا الدستور وكانت بداية تطبيق المبدأ امام محاكم بعض الولايات الامريكية كولاية فرجينيا^(١).

والرقابة عن طريق الامتناع لها صور عدة منها الدفع بعدم الدستورية ان المحاكم تمارس هذا الحق عندما يطرح امامها نزاع ويطلب احد طرفي النزاع تطبيق القانون ما، فيطعن الطرف الاخر بعدم دستورية هذا القانون، ويطلق على هذه الطريقة طريقة الدفع الفرعي ولا يحق لاي شخص الطعن بعدم دستورية القوانين بصورة اصلية، ومن صورها ايضا الامر القضائي، وهي صورة من صور الرقابة الامتناع وبحسب هذه الطريقة يحق لاي شخص ان يلجأ الى المحكمة ويطلب منها ان توقف التنفيذ في قانون ما على اعتباراته غير دستوري، والمحكمة ان تصدر امرا قضائيا الى الموظف المختص بعدم تنفيذ القانون^(٢).

وكذلك صورة الامتناع هو الحكم التقريري وبمقتضاه يحق للشخص ان يطلب من المحكمة ان تصدر حكم تقرر فيه ما اذا كان القانون الذي سيطبق عليه دستوريا ام لا ، وفي هذه الحالة لا يتم الفصل في الموضوع الى ان يصدر حكم من المحكمة^(٣).

(١) سعيد بوشعير، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط١، دار الهدى للنشر والتوزيع ، ١٩٩٠، ص٤١٣.

(٢) هاني علي الطهراوي ، مصدر سابق، ص٣٧١.

(٣) ابراهيم درويش ، مصدر سابق ، ص١٧٧.

ثانيا : الرقابة عن طريق الالغاء : وتتمثل هذا الرقابة في تشكيل محكمة خاصة او اعلى محكمة في البلاد ويحق للمحكمة ان تحكم ببطلان القانون غير الدستوري بالنسبة للجميع، اي ان قرارها يلغي القانون المخالف للدستور وتجعله في حكم العدم، ولا يجوز الاستناد بالمستقبل، وان هذه الحكم مطلقة، اي انه ملزم لسائد المحاكم والجهات التي تطبق القانون، ويحق لاي فرد ان يتقدم لهذه المحكمة طالبا الغاء قانون ما اذا راي في هذا القانون مخالفة للدستور، وقد تكون هذه الرقابة على نوعين فهي اما ان سابقة فأن بهذا النوع يتم احالة المشروعات القوانين الى جهة قضائية مختصة (محكمة خاصة) لفحصها من الناحية الدستورية قبل اصدار القانون من قبل رئيس الدولة، فإذا قررت المحكمة عدم دستوريته تعين على السلطة التشريعية تعديله في حدود الدستور ^(١).

اما اللاحقة: فانها تباشر على القوانين بعد صدورها فإذا راي شخص بان قانون ما غير دستوري فانه يستطيع الطعن في هذا القانون امام المحكمة المختصة التي خولها الدستور سلطة الغاء القانون غير الدستوري دون ان ينتظر الشخص تطبيق القانون غير الدستوري عليه، وتختلف الدول التي اخذت بهذا النوع من الرقابة في مسألة اعطاء الحق للأفراد في الطعن بدستورية القانون، ومن هذه دستور العراق سنة ١٩٢٥ ^(٢).

(١) محمد جمال ذنبيات ، مصدر سابق ، ص ٢٠١.

(٢) د. فوزي الوافي ، مصدر سابق ، ص ١٩٦.

المبحث الثاني

اساليب الرقابة على دستورية القوانين

اختلفت الدساتير في الجهة التي تقرر دستورية القانون من عدمه، وفي اليات فرض احكامها بهذا الصدد، فهناك هيئات لها الحق في الرقابة الدستورية، وتختص في فحص القوانين والتحقق من مدى مطابقتها للدستور النافذ، وعلى ضوء ذلك سنتناول في بحثنا هذا في ثلاث مطالب، اسلوب الدعوى الاصلية في المطلب الاول، والامر القضائي والحكم التقديري في المطلب الثاني، والرقابة عن طريق الدفع في المطلب الثالث.

المطلب الاول

اسلوب الدعوى الاصلية

ان الرقابة عن طريق الدعوى الاصلية تهاجم القانون نفسه وبصورة مباشرة بسبب مخالفته للدستور، وهذه الرقابة لا توجد الا اذا نص عليها الدستور نفسه وحدد شروط ممارستها بالنسبة للمدعين، وهذه الرقابة من اختصاص جهة قضائية معينة يحددها الدستور مثل ان ينشأ مجلس دستوريا او يحول هذا الاختصاص الى المحكمة العليا في الدولة^(١).

ولا تقوم هذه الجهة بالرقابة الا بناء على دعوى ترفع امامها وتكون الرقابة سابقة اذا كانت مقصورة على سلطات عليا في الدولة، او لاحقة اذا امتدت الى الافراد، فتكون محدده زمنيا الرقابة بعد صدور القانون تحقيق لاستقرار المعاملات القانونية، وتكون الدعوى المقدمة بصفة اصلية مستقلة عن اي نزاع اخر، وان هذه الدعوى

(١) د.حميد السعدي، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مطبعة دار الحكمة، الموصل، ص ١٣٧.

موضوعية قد يكون فرد او هيئة من هيئات الدولة، والمدعي عليه هو القانون المشكوك في دستوريته ويشترط في الدعوى الاصلية توافر شرط المصلحة لمن يرفعها، اي ان يكون قد اصابه ضرر، اي احتمال حصوله في حالة تطبيق القانون عليه ووجوب ان تتضمن الدعوى مطالبة المحكمة بالغاء ذلك القانون الذي يتعارض مع الدستور^(١).

(١) د.عطوان زغير نعمة، النظرية العامة في القانون الدستوري، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٩٤، ص ٢١.

المطلب الثاني

اسلوب الدفع الفرعي

في هذه الطريقة القضائية لا ترفع دعوى اصلية مباشرة لالغاء القانون لعدم دستورية او انما يثور دستورية القانون بطريقة فرعية اثناء نظر خطبة اصلية معروضة امام احد المحاكم، حيث ان في هذه الطريقة يفترض وجود دعوى امام محكمة جنائية او مدنية او ادارية وهناك قانون معين مطلوب تطبيقه في هذا النزاع حينئذ يقوم الخصم بالمطلوب تطبي القانون عليه بالدفع بعدم دستورية ذلك القانون، فإذا ما تاكد القاضي اي قاض الموضوع من جدية ذلك الفع وانه يخالف الدستور، فلا يقوم بالغاء ذلك القانون، وانما فقط يتمتع عن تطبيقه في القضية المطروحة^(١).

ولذلك فان طريقة الدفع الفرعي هي طريقة دفاعية تستهدف فقط استبعاد تطبيق القانون في قضية ما ولا تستهدف الغاءه، والرقابة عن طريق الدفع الفرعي بما تتضمنه من امتناع القاضي عن تطبيق القانون المخالف للدستور يمكن ان يأخذ بها كل قاضي او اية محكمة مقصور على محكمة دستورية او المحكمة العليا، ولذلك فان الدفع الفرعي، لا يحتاج لقيام المحكمة لذلك الدور في الرقابة الى وجود نص دستوري، لان من جوهر وطبيعة القاضي ان يرجح كفه الدستور باعتباره التشريع الاعلى عند تعارضه مع قانون ادنى، لان النص الاعلى يقدم على النص الادنى عند تعارضها ولذلك اخذت المحاكم الامريكية في الولايات المتحدة بهذه الطريقة رغم نص الدستور الامريكي عليها، والولايات المتحدة الامريكية، هي مهد ومنشأ طريق

(١) د. علي غالب، القانون الدستوري، ط١، بغداد، ١٩٩١، ص ١٩٠.

الدفع الفرعي في الرقابة ودستورية القوانين، وان اهم ما تتميز به هذه الرقابه انها تعرض مع مبدأ الفصل بين السلطات ^(١).

وبعد رفع الدعوى القضائية للمحكمة وثبت لها ان القانون المطعون فيه مخالف للدستور فانها تحكم بالغائه بحيث كأن لم يكن او انتهاء حياته بالنسبة للمستقبل طبقا لاحكام الدستور التي تنظم الرقابة القضائية، وقد يكون هذا الحكم قبل صدور القانون المخالف للدستور فتسمى رقابة الالغاء السابقة او بعده فتسمى رقابة الالغاء اللاحقة وبسبب خطورة الاثر المترتب على هذا الحكم والمتمثل بالغاء تشريعات البرلمان ^(٢).

(١) د. علي غالب، مصدر سابق، ص ١٩٢.

(٢) د. ابراهيم عبد العزيز، القانون الدستوري، ط ١، الدار الجامعية، الاسكندرية، سنة ١٩٨٣، ص ٤٣٣.

المطلب الثالث

الامر القضائي والحكم التقديري والرقابة عن طريق الدفع

اولا: الرقابة عن طريق الامر القضائي :

وساد هذا النظام في انكلترا وكانت تمارسه محكمة مستشار الملك لتصحيح اوضاع ظالمة فيصدر المستشار امرا قضائيا استنادا الى مبادئ العدالة بتصليح الظلم، وامتد الى الولايات المتحدة الامريكية اثناء الاستعمار، وبعد الاستقلال استمر العمل به، حيث اختصت المحكمة العليا والمحكمة الاتحادية باصدار الاوامر القضائية عندما يتقدم احد الافراد الى المحكمة طالبا منها وفق تنفيذ قانون من شأن تنفيذه المساس بمصلحته استنادا الى انه يخالف للدستور عندها تنتظر المحكمة في طلبه، فان اتضح لها ان القانون غير دستوري اصدرت امرا الى الموظف المختص بعدم تطبيقه وهو ملزم بذلك الامر والا عد مرتكبا لجريمة تدعي بجريمة احتقار المحكمة^(١).

فقد صدر قانون يشترط ان تجتمع المحكمة الاقليمية المكونة من ثلاثة قضاة لاصدار ذلك الامر والتي يجوز الطعن في احكامها امام المحكمة الاتحادية العليا مباشرة، ثم صدر في سنة (١٩٣٧) قانون اخر يتضمن ذات القاعدة وشمل الاوامر التي تصدرها تلك المحاكم لمنع تنفيذ القوانين الاتحادية^(٢).

(١) حميد الساعدي ، مصدر سابق ، ص ١٤٩.

(٢) د. سعدون عنتر الجنابي، احكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي ، ط١، دار الحرية للنشر والتوزيع ، ١٩٨١، ص ٨٤.

ثانيا : الرقابة عن طريق الحكم الدستوري:

ظهر هذا الايلوب في الرقابة على دستورية القوانين او الامر سنة ١٩٨١ ومؤدى هذه الطريقة ان الفرد يلجأ للمحكمة طالبا منها اصدار حكم يقرر ما اذا كان القانون المراد تنفيذه عليه دستوري ام غير دستوري، والنتيجة الاولى الناجمة عن هذا الطلب هي توقيف الموظف المختص في تطبيق القانون، الى ان تصدر المحكمة حكمها، وعلى ضوءه يتخذ الموظف موقفه من القانون افان كان دستوريا نفذه، اما اذا كان مخالفا للدستور فانه يمتنع عن تنفيذه^(١).

واذا كانت محاكم الولايات المتحدة قد اتاحت هذا الاسلوب منذ ١٩٨١، فان المحكمة الاتحادية العليا لم تأخذ بهذه الطريقة استنادا الى طلب اصدار حكم تقريري لا ينطوي على اية منازعة الا انه فيما بعد تراجعت عن موقفها واقرت استخدام هذه الطريقة حفاظا على ولايتها في حق استئناف الاحكام الصادرة من محاكم الولايات امامها وان الرقابة عن طريق الدفع تتميز بالمرونة من جهة ولا تخضع الا نادرا للاهواء السياسية، كما انها لا تتعدى على اختصاصات السلطة التشريعية كما هو الحال في الرقابة عن طريق الدعوى الاصلية، ان تتدخل المحكمة وتحكم بالغاء القانون^(٢).

ثالثا : الرقابة القضائية عن طريق الدفع :

لم يكن في معظم دساتير الدول في الاصل تقديم الطعن بالالغاء الى المحكمة الدستورية بطريقة مباشرة او غير مباشرة، ثم اجيز ذلك بطريقة غير مباشرة، وبيان ذلك يتقدم الافراد بالطعن تقدمت به الى المحكمة الدستورية وهذه الرقابة تفترض

(١) طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مكتبة القاهرة ، للنشر والتوزيع ، ط١ ، ١٩٧٦ ، ص١٤٦ .

(٢) د. عبدالله البستاني ، مساهمة في اعداد الدستور ، ط١ ، بغداد ، ١٩٦١ ، ص١٦٢ .

وجود دعوى يراد فيها تطبيق قانون معين، فيدفع احد الخصوم بعدم دستورية هذا القانون وفي هذه الحالة لا تفصل المحكمة في صحة الدفع بل تؤجل النظر في الدعوى وتحيل الطعن في دستورية القانون الى المحكمة الدستورية التي يكون لحكمها حجية مطلقة تجاه الكافة ، وهذه الطريقة في مصر ^(١).

والمحكمة التي يثار فيها الدفع بعدم الدستورية في قانون ما تمنع صاحب الشأن مهلة لا تجاوز الثلاثة اشهر لمراجعة المملكة الدستورية العليا، فاذا لم يفعل اعتبر الدفع كأنه لم يكن فنظام الرقابة على دستورية القوانين ، كما نظمه القانون في العراق ومصر بالنسبة لافراد تعد طريقة خاصة من الرقابة تختلف عن الطريقتين التقليديتين، الرقابة بطريقة الدعوى الاصلية والرقابة بطريق الدفع الفرعي ^(٢).

(١) عطوان زغير نعمة ، مصدر سابق ، ص ٥٩.

(٢) طعيمة الجرف ، مصدر سابق ، ص ١٤٩.

المبحث الثالث

مميزات الرقابة وعيوبها

بعد ان بينا مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين، كذلك بينا اساليب الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فسنناول في بحثنا هذا الى اهم مميزات الرقابة وعيوبها وهذا ما سنتناوله في المطلب الاول، والمحكمة الاتحادية واختصاصاتها في المطلب الثاني.

المطلب الاول

مميزات الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تتميز الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية :

١. انها رقابة سابقة على صدور القانون لا تهدف الى التحقق من مدى دستوريته، وليست رقابة لاحقة على صدور القانون كما هو الحال عليه في الرقابة القضائية، وبالتالي فإن الرقابة تهدف الى الحيلولة من صدور القانون المخالف للدستور.
٢. وتتميز الرقابة السياسية بأن من يتولاه ليس هيئة قضائية تتكون من قضاة كما هو الحال في الرقابة القضائية، بل يتولى مهمة هذه الرقابة هيئة سياسية، يكون اختيار اعضائها بواسطة السلطة التشريعية وحده او بالاشتراك مع السلطة التنفيذية.
٣. وتتميز الرقابة السياسية بانه تستمد اساسها من مبدأ الفصل بين السلطات باعتبار ان هذا هو المبدأ يقوم على انه لا يقوم على انه لا يجوز للسلطة القضائية التدخل في اعمال السلطة التشريعية^(١).

(١) د. ابراهيم عبد العزيز ، مصدر سابق ، ص ٤٣٤.

ومزايا الرقابة القضائية هي :

١. ان الهيئة القضائية تتضمن معالجة دستورية القوانين بروح قانونية خالصة فيبحث القاضي بحكم طبيعة وظيفته في مدى مطابقة القانون للدستور.
٢. انها تخضع لاجراءات قضائية تمتاز بالعدل قبل الحياد، المواجهة بين الخصوك لتعديل الاحكام.
٣. ان نزاهة القضاة واستقلالهم عن السلطتين التنفيذية والتشريعية تمكنهم من اداء مهمتهم على احسن وجه^(١).

ثانيا : عيوب الرقابة القضائية والسياسية على دستورية القوانين :

أ . عيوب الرقابة القضائية :

١. انها تعتبر تدخل من السلطة التشريعية وبالتالي تشكل فرقا لمبدأ الفصل بين السلطات.
٢. ان الرقابة بواسطة هيئة قضائية تجعل من القضائي ان يمتلك سلطة سياسية.
٣. ان الرقابة على دستورية القوانين تعتبر اعتداء على البرلمان الذي يعبر عن ارادة الامة، وبالتالي الرقابة القضائية تخل بمبدأ سيادة الامة ومهما يكن الامر فقد اثبت التجربة ان الرقابة القضائية انجح من الرقابة السياسية.

(١) د. يحيى الجمل ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩١، ص١٠١.

عيوب الرقابة السياسية :

١. ان الهيئة السياسية التي تقوم بمهمة الرقابة على دستورية القوانين ليست بمنأى من الخضوع للتزوات السياسية وهذا يفسد الغاية من تقرير الرقابة حيث ان تشكل هذه الهيئة قد يتم تعيين من جانب البرلمان او بالانتخاب من قبل الشعب.

٢. افتقار القائمين على امر هذه الهيئة للقدرة الفنية على بحث ودراسة المشاكل القانونية حيث ان هذه الرقابة تتميز بطبيعة قانونية خاصة تفترض في القائمين بها ضرورة توافر الكفاءة القانونية، مكان تحديد مدى تطابق القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية مع احكام الدستور ^(١).

٣. ككيفية تشكيل هذه الهيئة ، حيث انه حتى يمكن ان تتحقق الفاعلية بما تقوم به لابد ان تتوافر لدى اعضائها الحيرة والاستقلال عن باقي السلطات، ولكن بما ان هذه الهيئة يتم تشكيلها بواسطته فانه وبلا شك سوف تكون متأخرة باتجاهات الاغلبية في البرلمان وكذلك اذا كان تشكيلها من خلال السلطة التنفيذية فانها سوف تكون تابعة لها تاثير باوامرها ^(٢).

(١) د. يحيى الجمل ، مصدر سابق ، ص ١٠٣.

(٢) رعد الجدة ، مصدر سابق ، ص ١٣٩.

المطلب الثاني

المحكمة الاتحادية واختصاصات المحكمة

الفرع الاول/ تكوين المحكمة :

تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس وثمانية اعضاء يجري تعيينهم من مجلس الرئاسة بناء على ترشيح من مجلس القضاء الاعلى وبالتشاور مع المجالس القضائية للاقاليم وفق ما منصوص عليه في الفقرة(هـ) من المادة(٤٤) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، وتتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون يحدد عددهم وطريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن باغلبية اعضاء مجلس النواب ^(١).

وان وجود الفقهاء القانونيين من الاساتذة الجامعيين المختصين بالقانون او المحامين الدستوريين، يشكل اثر لعمل المحكمة خصوصا ان عمل المحكمة يتطلب جهدا فقهيا عاليا هو اقرب الى الاجتهاد، وهو حقل برع فيه فقهاء القانون اكثر من القضاة الذين يتركز عملهم على الالتزام العالي بحرفية النص ، وقد نص القانون على تشكيلها من اعضاء يرشحهم مجلس الاعلى ويتولى مجلس الرئاسة تعيينهم، واستنادا الى ذلك صدر الامر الحكومي رقم(٣٠) سنة (٢٠٠٥) بتشكيل الحكومة ^(٢).

(١) د. ايهاب زكي سلام ، الرقابة على اعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني ، ط١، عالم الكتب للنشر والتوزيع، القاهرة ، ٢٠٠٩، ص٢٧.

(٢) الامر الحكومي رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٥).

الفرع الثاني : اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا:

ان اختصاصات المحكمة الاتحادية في العراقي محددة بموجب المادة رقم(٤) من قانون المحكمة ، وجاء الاختصاص بالفصل في دستورية القوانين بالفقرة الثانية من نفس المادة بالقول الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والانظمة والتعليمات والالوامر الصادرة من اي جهة تملك حق اصدارها، والغاء التي تتعارض منها مع احكام قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ويكون ذلك بناء على طلب من محكمة او جهة رسمية^(١).

والرقابة على دستورية القوانين وشرعيتها بموجب النص المتقدم هي رقابة قضائية وحسنا فعل المشرع وهذه الرقابة تمارس اما بطريقة الدفع بعدم دستورية القانون امام المحكمة لاستبعاد النص المطعون بعدم دستوريته من التطبيق على واقعة الدعوى من دون الغائه، وتمارس ايضا عن طريق مباشر والذي يتم بدعوى مباشرة يقدمها مدعي المصلحة الى المحكمة الاتحادية العليا يطلب فيها الغاء النص الواجب التطبيق على الواقعة لعدم دستوريته، فالدفع بعدم الدستورية اما يتم بواسطة المحكمة ومن تلقاء نفسها اثناء نظرها دعوى معينة عندما تجد وحسب قناعاتها عدم مطابقة نص القانون او القرار التشريعي او النظام الداخلي او التعليمات التي تتعلق بتلك الدعوى للدستور^(٢).

(١) ايهاب زكي سلام ، مصدر سابق ، ص٣٩.

(٢) سعدون عنتر الجنابي ، مصدر سابق ، ص١٠٣.

وتختص ايضا:

١. الاختصاص الحصري والاصيل في الدعاوى بين الحكومة العراقية الانتقالية وحكومات الاقاليم وادارات كالمحافظات والبلديات والادارات المحلية.
٢. الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية حكومة الاقاليم والمحافظات البلدية والادارات المحلية.
٣. النظر في الطعون المقدمة على الاحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الاداري.
٤. النظر الدعاوي المقامة امامها بصفة استثنائية وينظم اختصاصها بقانون الاتحادي وهذا ما يلاحظ على قانون المحكمة انه لم يكن موافقا لاحكام القانون الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية^(١).

(١) ابراهيم عبد العزيز ، مصدر سابق ، ص٤٥٩.

الخاتمة

إن الأخذ بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين من شأنه حفظ الدستور و حمايته و إقرار القاعدة "سمو الدستور" و إبعاد لآثار الحكم الدكتاتوري و فرض الشعب لإرادته، و بما أن الدستور هو قانون فإن مهمة رقابته يجب أن توكل إلى هيئة قضائية لأنها أثبتت نجاحها.

بعد إن انتهينا من بحثنا هذا توصلنا للنتائج والتوصيات التالية: -

الاستنتاجات

١. ان اغلب دساتير دول العالم على اختلاف انظمتها السياسية والايدولوجية نجد انها تمنح احد محاكمها مهمة الرقابة على دستورية القوانين التي يصدرها المشرع العادي وهذه الطريقة تعد ضمانه حقيقية تكفل ممارسة الافراد لحقوقهم المنصوص عليها في الدستور.
٢. على الرغم من افتقار الدستور العراقي الى تجارب في مجال الرقابة الدستورية، فقد انشأ قانون ادارة الدولة المحكمة الاتحادية العليا تضطلع بهذه المهمة الجسيمة ، وقد نص قانون ادارة الدولة على اختصاصات المحكمة
٣. والرقابة عن طريق الامتناع لها صور عدة منها الدفع بعدم الدستورية ان المحاكم تمارس هذا الحق عندما يطرح امامها نزاع ويطالب احد طرفي النزاع تطبيق القانون ما، فيطعن الطرف الاخر بعدم دستورية هذا القانون
٤. ان الرقابة عن طريق الدعوى الاصلية تهاجم القانون نفسه وبصورة مباشرة بسبب مخالفته للدستور، وهذه الرقابة لا توجد الا اذا نص عليها الدستور

نفسه وحدد شروط ممارستها بالنسبة للمدعين، وهذه الرقابة من اختصاص جهة قضائية معينة يحددها الدستور

٥. وبعد رفع الدعوى القضائية للمحكمة وثبت لها ان القانون المطعون فيه مخالف للدستور فانها تحكم بالغائه بحيث كأن لم يكن او انتهاء حياته بالنسبة للمستقبل طبقا لاحكام الدستور التي تنظم الرقابة القضائية
٦. 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 الى المحكمة الدستورية التي يكون لحكمها حجية مطلقة تجاه الكافة
٧. وان وجود الفقهاء القانونيين من الاساتذة الجامعيين المختصين بالقانون او المحامين الدستوريين، يشكل اثر لعمل المحكمة خصوصا ان عمل المحكمة يتطلب جهدا فقهيا عاليا هو اقرب الى الاجتهاد، وهو حقل برع فيه فقهاء القانون اكثر من القضاة

التوصيات

١. ضرورة اشراك السلطة التشريعية في اختيار جزء من أعضاء المحكمة تسعة يعين ثلاث منهم من قبل رئيس الجمهورية وثلاثة من قبل مجلس النواب وثلاثة من قبل مجلس القضاء الأعلى وذلك لتحقيق التوازن بين السلطات الثلاثة.
٢. ان يتم التمييز بين نوعين من القوانين في مجال ممارسة الرقابة وهي القوانين المتعلقة بحقوق المواطنين وواجباتهم والقوانين العادي بحيث يكون عرض النوع الأول على المحكمة ان يكون الزامياً ولا يستطيع رئيس الجمهورية إصدارها الا بعد موافقة المحكمة الدستورية.

٣. ان تكون المحكمة الدستورية العليا مختصة حصراً في البت بعدم الدستورية بطريق الدفع.

المصادر والمراجع

القران الكريم

١. ابراهيم درويش، القانون الدستوري ، ط١، دار المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٩٨ .
٢. ابراهيم عبد العزيز ، القانون الدستوري ، ط١، الدار الجامعية، الاسكندرية ، سنة ١٩٨٣ .
٣. الامر الحكومي رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٥) .
٤. ايهاب زكي سلام ، الرقابة على اعمال السلطة التنفيذ في النظام البرلماني ، ط١، عالم الكتب للنشر والتوزيع، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
٥. حميد السعدي ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، مطبعة دار الحكمة ، الموصل ١٩٨٨ .
٦. سامي جمال الدين ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط١، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠٥ .
٧. سعدون عنتر الجنابي، احكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي ، ط١، دار الحرية للنشر والتوزيع ، ١٩٨١ .
٨. سعيد بو شعير، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط١، دار الهدى للنشر والتوزيع ، ١٩٩٠ .
٩. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مكتبة القاهرة ، للنشر والتوزيع ، ط١، ١٩٧٦ .

١٠. عبدالله البستاني ، مساهمة في اعداد الدستور ، ط١، بغداد، ١٩٦١.
١١. عطوان زغير نعمة ، النظرية العامة في القانون الدستوري ، بيت الحكمة ، بغداد، ١٩٩٤.
١٢. علي غالب ، القانون الدستوري ، ط١، بغداد، ١٩٩١.
١٣. فوزي الوافي ، شرح القانون الدستوري الجزائري ، ط٢، ديوان الطبوعات الجامعية ، الجزائر، ٢٠٠٣.
١٤. محمد جمال ذنبيات ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط١، دار العلمية الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٣.
١٥. نعمان احمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٩.
١٦. هاني علي الطهراوي ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط١، ٢٠٠٧.
١٧. يحيى الجمل ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩١.