وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة ديالى
كلية القانون و العلوم السياسية

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

بحث تقدم به الطالب (يوسف رشيد محمد)

اشراف

أ.م.د. بلاسم عدنان عبدالله

قدم هذا البحث استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة البكالوريوس في القانون
كلية القانون والعلوم السياسية / قسم القانون

بأشراف

أ.م. د بلاسم عدنان عبدالله

٢٠١٨م ١٤٣٩هـ

((وَمِنْهُم مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِن فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ

وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ))

سورة التوبة

الآية "٧٥"

الاهداء

الى الينبوع الذي لا يمل العطاء من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها الى والدتي العزيزة

الى من سَعِيَ و شقى لأُنعـم بالراحة و الهناء الذي لم يبخل بشيء من اجل دفعي في طريق النجاح من اجل ان ارتقي سلم الحياة بحكمة وصبر الى والدي العزيز .

الى من حبهم يجري في عروقي و يلهج بذكراهم فؤادي الى اخوتي و اخواتي .

الى من فَرَحَت لفرحي و حزنت لحزني و التي ساندتني في مسيرتي الجامعية الى زوجتي العزيزة

الى من سرنا سويةً ونحن نشق الطريق معـاً نحو النجاح و الابداع الى اصدقائي

الى من علمونا حروفا من ذهب و كلمات من درر و عبارات من اسمى اجلى عبارات في العلم

الى من صـــاغوا لنا علمهم حروفا و من فكرهم منارة تنير لنا سيرة العلم و النجاح الى اساتذتنا الكرام.

الباحث

الشكر و التقدير

اتوجه بعميق و خالص الشكر و التقدير لأستاذي الفاضل (أ.م. د بلاسم عدنان) حيث كان لتفضلهِ بالأشراف على هذا البحث اكبر الاثر في اثرائهِ بأفكاره النيِّرة لذلك اشكره الشكر العميق.

وأتقدم بالشكر و الاحترام و التقدير لأساتذة قسم القانون وخصوصاً اعضاء لجنة المناقشة الموقرين

و أتقدم بالشكر الجزيل الى مكتبة القانون و العلوم السياسية لما ابدوه لي من مساعدة لإكمال هذا البحث

و لا يفوتني ان أتوجه بالشكر و التقدير الى من قدم لي المساعدة او ساهم في أبداء النصح و المشورة في مسيرتي العلـــــــمية

فشكراً لهم جميـــــــعا

الباحث

التسلسل	الموضـــــــــوع	الصفحة
١	المقدمـــــــــة	١-٢
٢	المبحث الاول: التعريف بالرقابة القضائية	٣-13
٣	المطلب الاول: ماهية الرقابة القضائية	٣-٤
٤	المطلب الثاني: أنواع الرقابة القضائية "رقابة الالغاء" و "رقابة الامتناع"	٥-١٢
٥	المبحث الثاني: تطبيقات الرقابة القضائية في العراق	١٣-١٩
٦	المطلب الاول: الرقابة القضائية في العراق وفق دستور "١٩٢٥"	١٣-١٥
٧	المطلب الثاني: الرقابة القضائية في العراق وفق دستور "٢٠٠٥"	١٥-١٩
٨	الخـــاتمة	٢٠-٢١
٩	المصادر	٢٢-٢٣

المقدمة

يعد الدستور الركن الاساسي في بناء الدولة القانونية. فلا توجد دولة قانونية بلا دستور، فهو الذي يحدد شكل الدولة و نظام الحكم فيها و يضع قواعد ممارسة السلطة و وسائل و شروط استعمالها و حقوق الافراد و حرياتهم العامة. و الدستور يتمتع بالعلوية او السمو اي انه القانون الاعلى في البلاد، فيعلو بذلك على كل ما سواه من قوانين لان عد الاعتراف لقواعد الدستور بالسمو او العلوية يكون مراعات لانهيار نظام الدولة من اساسه فالدستور هو الاساس الذي يقوم عليه النظام. و من المعروف ان الرقابة على دستورية القوانين في النظم الدستورية المختلفة تتخذ صورتين من الرقابة سياسية و رقابة قضائية استنادا الى الجهة التي تتولى هذه الرقابة. و الذي يهمنا هنا هو اسلوبا لرقابة القضائية على دستورية القوانين و نقتصر عليه في بحثنا دون اسلوب الرقابة السياسية لأنه الاسلوب الجدير بالدراسة و البحث، سيما و ان الاسلوب الاخر قد اثبتت فشله سواء اكان ذلك من حيث اسسه النظرية ام من حيث تطبيقاته العملية. فضلا عن ان العراق كان من اول الدول العربية التي اخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين في اول دستور للدولة العراقية عام ١٩٢٥. و الاهم من ذلك كله ان المشروع العراقي بعد سقوط النظام السابق قد حسم المسألة و اخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين سواء اكان ذلك في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ام في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ .و سوف نبحث الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال تقسيم البحث الى مبحثين نخصص الاول الى تعريف بالرقابة القانونية و انواعها و الثاني تطبيقات حول الرقابة القضائية في العراق وفق كل من دستور (١٩٢٥) و كذلك الرقابة القضائية على دستورية القوانين حسب دستور (٢٠٠٥) العراقي الدائم النافذ.

مشكلة البحث

الرقابة القضائية على دستورية القوانين. تتمثل في اقامة العدل و دفع الظلم و قطع الخصومات، و استقامة امور الناس و انتظام عيشهم، و تحقيق الامن و جلب المصلح و دفع المفسد كل ذلك يتطلب رقابة قضائية لضمان تحقيق الشرعية و المشروعية في تصرفات الجميع، حكاما و محكومين.

اهمية البحث

اهتم الاسلام بمبدا الشرعية لانها عقيدة و امر عبادة فوق انها امر معاملة، و يدخل الدفاع عن مبدا المشروعية ضمن حق الامة في الامر بالمعروف و النهي عن المنكر. لاصلاح المجتمع و حفظه من الفساد والانحراف. لذلك فان الرقابة القضائية مهمة حيث يبرز دورها في الغاء القوانين المخالفة للدستور و جعلها مطابقة لمبدأ المشروعية من اجل استقرار الاوضاع في المجتمع.

هدف البحث

تستهدف الرقابة القضائية مراقبة القوانين الصادرة من البرلمان او غيره من السلطات العامة التي تدخل ضمن اختصاصها و جعل تلك القوانين مطابقة لمبدأ المشروعية و غير مخالفة للدستور من اجل منع التعارض مع نصوص الدستور و المحافظة على حقوق و حريات الاخرين او الصالح العام من المساس بها او خدشها و فلذلك ان الرقابة القضائية هدفها مراقبة القوانين و الغاء القوانين المخالفة للدستور.

منهجية البحث

اعتمدنا في بحثنا هذا الاسلوب التحليلي. للرقابة القضائية على دستورية القوانين و دراستها من جوانبها جميعها للتوصل الى تحليلها تحليلا مفصلا و مع ذلك قد اخذنا مثالين على الرقابة القضائية الاول الرقابة القضائية في العراق وفق دستور (١٩٢٥) و الثاني الرقابة القضائية في العراق وفق دستور (٢٠٠٥).

هيكلية البحث

انطلاقا من ذلك قسمنا بحثنا الى مبحثين المبحث الاول تناولنا فيه تعريف الرقابة القضائية و انواعها، اما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه الرقابة القضائية وفق دستور (١٩٢٥) في العراق في مطلب اول. اما المطلب الثاني فقد تناولنا فيه الرقابة القضائية وفق دستور (٢٠٠٥) في العراق.

المبحث الاول

التعريف بالرقابة القضائية و انواعها

نتعرف في هذا المبحث الى تعريف الرقابة القضائية و انواعها باعتبارهما حجر الزاوية التي ترتكز عليه دراستنا و بحثنا. و بناء على ذلك فقد قسمت هذا المبحث الى مطلبين و على النحو التالي.

المطلب الاول : التعريف بالرقابة القضائية على دستورية القوانين.

المطلب الثاني : انواع الرقابة القضائية.

المطلب الاول

ماهية الرقابة القضائية

رقابة القضاء على مشروعية المعاهدات الدولية تعني الرقابة القضائية وجود هيئة قضائية تتولى الرقابة على دستورية القوانين و لما كان موضوع الرقابة القضائية و المسائل التي تثيرها تؤلف مسالة قانونية. و هي التحقق من مدى تطابق القانون او عدم تطابقه مع احكام الدستور . فمن المنطقي ان يعهد بهذه الرقابة الى هيئة قضائية يكون في التكوين القانوني لأعضائها و ما تقدمه من ضمانات الحياد و الموضوعية و الاستقلال و حرية التقاضي و علانية الجلسات و تسبب الاحكام مما يجعل هذه الرقابة ضمانة اكيدة لاحترام الدستور و اذا كانت غالبية الدول قد اخذت بأسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين الا انها لم تتفق على اسلوب واحد في هذا الشأن فبعضها اخذ برقابة الالغاء و بعضها الاخر اخذ برقابة الامتناع و عليه فان الرقابة القضائية تنقسم الى رقابة الالغاء و رقابة الامتناع. التي تكون دائما لاحقة على اصدار القانون فتعني امتناع القاضي عن تطبيق القانون الغير دستوري في القضية المعروضة عليه اذا ما دفع احد الاطراف بعدم دستوريته، دون ان يكون لحكمه اثر الا في مواجهة الطرفين فقط و في نطاق القضية التي صدر فيها. [1]

وعرفها اخرون الرقابة القضائية : تتمثل الرقابة القضائية بوجود هيئة قضائية تتولى مهمة مراقبة دستورية القوانين اي ان يتولى القضاء فحص القوانين ليتأكد من مطابقة احكامها للدستور و من هذا يشمل الجهة التي جعل الدستور من اختصاصها الرقابة على دستورية القوانين عندما تكون الرقابة مركزية اي قضاء دستوريا متخصصا و كذلك يشمل المحاكم على اختلاف انواعها و درجاتها. فالرقابة القضائية تثار عند

(١) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، نظرية الدستور، ج٢، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧٢، ص ٥٨-٥٩.

مخالفة القوانين التي يصدرها المشرع للقواعد الدستورية التي تتضمن عدد من الحقوق والحريات للأفراد [١].

والرقابة القضائية. معناها ان يتولى القضاء فحص دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان ، للتحقق من مطابقتها او مخالفتها لقواعد الدستور. فهذه الرقابة تتميز عن الرقابة السياسية بواسطة هيئة سياسية ، بأن الذي يقوم بها أذن الهيئة القضائية ذاتها ، اما المحاكم المختلفة التي تمارس في هذه الحالة رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور الغائه. اما محكمة عليا مركزية او محكمة دستورية عليا ينص عليها الدستور ، وفي هذه الرقابة القضائية المركزية يكون من حق هذه المحكمة الدستورية العليا سلطة الغاء او ابطال القانون المخالف للدستور.

كما تتميز هذه الرقابة القضائية عموماً، بخلاف الرقابة بواسطة هيئة سياسية ، بأنها رقابة لاحقة على صدور القانون و نفاذِهِ او تطبيقِهِ ، و ليست رقابة سابقة على صدور القانون. ومن ثم فهي تفترض اننا ازاء قانون استوفى اجراءات اقراره و اصداره ، و ثارت مسألة دستورية او عدم دستورية اثناء نفاذ و تطبيق القانون[٢].

ان عدم تقرير الوسيلة الفاعلة لحماية مبدأ سمو الدستور يجعل من مبدأ سمو الدستور امرا نظريا و عبثا لا طائل من ورائه، و يدع الدستور عرضة لانتهاك و اعتداء السلطات الاخرى عليه و لا سيما السلطة التشريعية لذلك يتفق الدستور على ان الضمانة الفاعلة و الرئيسية لحماية مبدأ سمو الدستور هي تنظيم الرقابة على دستورية القوانين و على الرغم من اختلاف وسائل الرقابة على دستورية القوانين باختلاف الانظمة الدستورية في الدول المختلفة الا انها بمجملها تؤول الى اسلوبين رئيسيين هما الرقابة السياسية و الرقابة القضائية و المقصود بالرقابة القضائية.

هو ان تتولى هيئة قضائية مراقبة دستورية القوانين اي ان يتولى القضاء فحص القوانين ليتحقق من مطابقة احكامها للدستور[٣] . كما يمكن ان تقوم بذلك هيئة قضائية و كما سنتناول ذلك في انواع الرقابة القضائية في مهمة رقابة القوانين هي تثبيت مصير القانون المشكوك في دستوريته و ليست المحكمة ان تقوم بهذا من تلقاء نفسها و انما يجب ان تحرك اليها من قبل الاخرين لكي تتوصل المحكمة للنضر في دستوريته و عدم دستورية القوانين.

---

(١) د. سلوى احمد ميدان المفرجي .دستورية المعاهدات الدولية والرقابة عليها ،دار الحامد للنشر /عمان ،ط١ ،٢٠١٢،ص٨٠-٨١

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، المبادئ النظرية و التطبيقات الجوهرية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، ٢٠١١، ص ٢٦٠.

(٣) الباحث : سليم نعيم خضر الخفاجي، الرقابة القضائية على دستورية القواني في الدساتير العراقية، بحث منشور في مجلة اهل البيت عليهم السلام، العدد ٨، ص٥.

المطلب الثاني

انواع الرقابة القضائية

الفرع الاول \\ الرقابة القضائية بطريقة الدعوى المباشرة (رقابة الالغاء):

تحدث هذه الرقابة عندما يقوم صاحب الشأن المتضرر من قانون معين بالطعن فيه مباشرة امام المحكمة المختصة ، طالبا الغاءه لانتهاك هذا القانون ، حق من الحقوق التي كفلها له الدستور فتنظر هذه المحكمة في الطعن ، و تقر اما اعتبار القانون دستوريا او غير دستوري و بالتالي الغاء القانون المخالف [١].

ان تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين يتم في هذه الحالة عن طريق دعوى يقيمها الافراد و بعض الهيئات في الدولة على القانون الذي يناقض او يخالف الدستور.

فهناك أذن دعوى لا تقام منقبل فرد (او هيئة) على فرد اخر و انما من قبل فرد (او هيئة) على قانون معين بسبب مخالفته للدستور ، فالمدعي هو الفرد (او هيئة) و المدعي عليه ان صح التعبير هو القانون المشكوك في دستوريتهِ[٢].

يقصد بالرقابة عن طريق الدعوى المباشر التقدم مباشرة الى القضاء بطلب الغاء او بطلان قانون مخالف لأحكام الدستور ، فهذه الرقابة هي رقابة مجردة لانها تتعلق بمسالة عدم مخالفة القانون لاحكام الدستور بمعزل عن اي نزاع مطروح امام القضاء ، و على الرغم من اهمية الرقابة المجردة عن طريق دعوى مباشرة بعدم الدستورية ، الا انه تبقى محدودة الفائدة ، خاصة و ان عدم دستورية القوانين لا تظهر بشكل ملموس في اغلب الحالات الا عند تطبيق هذا القانون على حالة معينة ، و ان الرقابة عن طريق الدعوى مباشرة يمكن ان تكون رقابة مسبقة و رقابة مؤخرة فالرقابة المسبقة هي التي تكون قبل اصدار القانون و دخوله حيز النفاذ او ضمن النظام القانوني ، اي انه رقابة وقائية تهدف الى منع صدور قانون مخالف لاحكام الدستور .

اما الرقابة المؤخرة او اللاحقة فتكو بعد دخول القانون حيز النفاذ ، اي تهدف الى ازالة نص تشريعي من التداول القانوني ، و اذا كانت الرقابة المسبقة تجنباً نفاذ او تطبيق قانون مخالف للدستور ، فأنه يؤخذ عليها خطر تحول الهيئة المكلفة الى هيئة مشاركة بشكل او بأخر في مراحل تكوين القانون ، و كأنها مطلب

---

(١)المحامية سارة جليل الجبوري ، القضاء الدستوري في الوطن العربي - تقييم التجربة ، منشورا الحلبي الحقوقية ، ط١ ،٢٠١٦،ص٥٦.

(٢) د. منذر الشاوي ، مصدر سابق ، ص ٥٨

أضافي للبرلمان ، كذلك فأنه في الرقابة المسبقة يبيت القاضي الدستوري في دستورية او عدم دستورية القانون و صراخ نقاش البرلمان لم يكد يصمت.

ففي فرنسا مثلاً يجب ان يبيت المجلس الدستوري خلال شهر ويمكن ان تخفض المدة "٨" ايام ، وفي سوريا يجب ان تبيت المحكم الدستورية العليا خلال "١٥" يوماً ، و يمكن ان تخفض المدة الى سبعة ايام ، واذا كانت الرقابة اللاحقة بشكل دعوى مباشرة تجنبنا الخطر السابق ، فأنها توقعنا في خطر عدم الاستقرار التشريعي (أو بشكل عام) خاصة اذا جاء الإلغاء بعد فترة من دخول القانون حيز النفاذ ، و في الواقع أن اغلب الدول تشترط ان يتم تقديم الطعن بدم دستورية القوانين بطريقة الدعوى المباشرة مدة معينة ، قصيرة نسبياً من تاريخ صدور القانون " ففي ايطاليا مثلا هذه المدة محددة بشهر ، و في اسبانيا بثلاثة أشهر : فمثلاً اذا كان موضوع الدعوى قانونا انشأ ضريبة ثم حكم بعد دستوريته و بالتالي الغائهِ و بالتالي وفقاً للقاعدة المعروفة ما بني على باطل فهو باطل ، فهل يجب أعادة المبالغة المقتطعة بأسم هذه الضريبة الى اصحابها [١].

ويراد بها مخاصمة القانون المخالف بدعوى اصلية يرفعها الطاعن امام القضاء ، و بعد فحص القانون المطعون بدستوريتهِ ان وجد القاضي في المخالفة اصدر الحكم بالغائه كلاً او جزء وان لم يجدها قرر رد الدعوى[٢] .

و تفترض رقابة الالغاء وجود قانون مخالف للدستور يدفع السلطات او الافراد الى الطعن به امام القضاء بدعوى اصليه مصدئه يوجهها صاحب الشأن بصفه مستقلة ضد قانون معين للحكم بالغائهِ كما ان رقابة الالغاء تهاجم القانون المخالف للدستور و خروجه على احكام الدستور بدعوى موضوعية يخاصم فيها المدعي القانون و بذلك تختلف دعوى الالغاء عن الدعوى الشخصية التي يتخاصم فيها الاشخاص[٣].

وقد يكون حكم الالغاء قبل صدور القانون المخالف للدستور فتسمى رقابة الالغاء السابقة او بعده فتسمى رقابة الالغاء اللاحقة .

(١) د. عصام علي الدبسي ، القانون الدستوري ، دار الثقافة ، ط١ ، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١م، ص١٨٨-١٨٩.

(٢) أ.م.د عدنان عاجل عبيد ، القانون الدستوري ، النظرية العامة و النظام الدستوري في العراق ، النبراس – العراق ، ط٢ ، ٢٠١٣ م ،ص١٢٢.

أ- رقابة الالغاء السابقة [١] :

بعد تشريع السلطة التشريعية المكلفة بأعداد القانون يرسل القانون للتصديق عليه لغرض اصداره، و قد ترتئي الجهة الموكلة بالتصديق ارسال هذا القانون الى محكمة خاصة يحددها الدستور للتأكد من عدم تعارض القانون مع الدستور فتحريك الرقابة يكون من السلطة و ليس من قبل الافراد و قد اخذ بها دستور ايرلندا لعام (١٩٣٧) حيث يتعين على رئيس الدولة اذا رغب بممارسة حق الرقابة ان يحيل القانون في ظرف سبعة ايام من تاريخ استلام القانون الى المحكمة العليا و بعد استشارات مجلس الدول ان تصدر حكما في فترة لا تتجاوز الستين يوما فاذا اصدرت المحكمة حكما بدستورية القانون المحال اليها وجب على رئيس الجمهورية التصديق عليه و قد اتبعت هذه الطريقة من الرقابة بعض دول امريكا اللاتينية امثال كولومبيا في دستورها لعام (١٩٠٤) و الاكوادور في دستورها لعام (١٩٢٩).

ب- رقابة الالغاء اللاحقة :

و هي الرقابة لاحقه على اصدار القانون او هي وسيلة هجومية تسمح لبعض الجهات او المراجع الطعن في هذا القانون مباشرة او بصورة مستقلة عن اي نزاع عن طريق الدعوة الاصلية [٢] . فمضمون رقابة الالغاء هو ما تضمنه الدستور انه من حق الفرد او البعض و السلطات في اقامة الدعوى و الطعن المباشر في قانون ما باعتباره مخالفا للدستور و امام محكمة معينة يقع ذلك من اختصاصاتها، فاذا اقتنعت تلك المحكمة بعدم دستورية القانون فإنها سوف تصدر قرارها بإلغائه و يكون هذا القرار نافذا بالنسبة للجميع دون الاقتصار على مصلحة الطاعن و المشكلة التي ستثناء بهذا الشأن هي نوع المحكمة المختصة. هل هي المحكمة الدستورية ام اختصاص المحكمة العادية و قد اختلفت الدساتير بهذا الشأن بين اناطة الرقابة على دستورية القوانين بمحكمة قضائية او اناطة ذلك بمحكمة خاصة كما اخذت بذلك سويسرا. فمن اخذ بهذا الاتجاه عهد الى المحكمة المدنية العليا في الدولة ايا كانت تسميتها محكمة اتحادية او محكمة تمييز اضافة لاختصاصاتها المدنية و الجنائية و في سويسرا عهد الى المحكمة الاتحادية العليا الفصل بالدعوى المتعلقة بانتهاك الحقوق الدستورية للمواطنين، غير ان هذه الرقابة محدودة نسبيا اذا انها لا تمتد الى القوانين المشروعة من البرلمان الاتحادي. بل تقتصر على الدعاوي المقدمة ضد قوانين الكينونات فالدعاوي و الطعون بالنسبة لهذه القوانين و القرارات تقبل على نطاق واسع جدا سواء تعلقت بمخالفتها للدستور الاتحادي و دستور الولاية، فلكل ذي مصلحة حالية او مستقبلية ان يستفيد من هذا الحق في الطعن بل اجاز الدستور السويسري للأفراد تقديم الطعون ضد قوانين الولايات ذات الصفة العامة حتى و ان لم

---

(١) اسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري و العلوم السياسي،النظرية العامة في الدساتير . دار الملاك ، ط٢، ٢٠٠٤، ص ٢٩٣ .

(٢) حسن ناصر المحنة، الرقابة على دستورية القوانين، رسالة ماجستير الاكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، ٢٠٠٨، ص ٢٥٨-٢٥٩.

تكن هناك مصلحة للفرد كون المصلحة عامة و هي المحافظة على سلامة الدستور. دستور هاتشي لعام (١٩٢٨) و دستور فنزويلا لعام(١٩٣١)، اما الاتجاه الثاني فهو الدعوى المباشرة امام المحاكم الدستورية و تتضمن هذه الدعوى (دعوى الالغاء) بانها على اتفاق مع سابقتها من حيث انها تأخذ بطريقة الدعوى المباشرة وتؤدي الى الغاء القانون المخالف للدستور بالنسبة للجميع وكلتا المحكمتان لقراراتها حجية مطلقة لكن الذي يفرق بينهما ان الاول محكمة قضائية عادية [١] ونظرا لخطورة الدور الذي تقوم به المحكمة في هذه الحالة فانه يعهد بهذه الرقابة الى محكمة واحدة في الدولة و ذلك لتجنب تقارب الاحكام اذا ما عهد بهذه المهمة الى عدد من المحاكم و غالبا ما تستند الى محكمة دستورية تنشا خصيصا لهذا الغرض و من امثلة الدول التي تبنت نظام المحكمة المختصة ايطاليا في دستورها لعام (١٩٤٧) و المانيا في دستورها لعام (١٩٤٩) و من الدساتير العربية الدستور السوري لعام (١٩٧٣) و الدستور المصري لعام (١٩٧١) و قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام (٢٠٠٤). و دستور العراق الدائم لعام (٢٠٠٥) الذي على ان تختص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القوانين في المادة الرابعة من قانون المحكمة الاتحادية العليا[٢] .

وهنا تمارس الرقابة بعد اصدار القانون ، حيث يمكن في هذه الحالة الطعن بعدم دستورية بعض القوانين الصادرة من قبل السلطات التشريعية بواسط بعض المحاكم ، و لايجوز للافراد مباشرة الطعن بعدم دستورية القوانين و انما للمحاكم المختصة رفع الدعوى اما هيئات عليا مختصة اي ان الافراد في الاحيان الحق في رفع الدعوى بصورة غير مباشرة عن عدم دستورية القوانين ، و قد اخذت النمسا و تشكوسلوفاكيا بهذا المبدأ ، و كذلك في دستور سويسرا و في ايطاليا في دستورها لعام ١٩٤٨ ، و يمكن ان يكون استعمال هذا الحق بادرة خطرة تستغل فيها السلطة التشريعية من قبل السلطات القضائية [٣] .

١- تمتاز رقابة الالغاء بأثرها الحاسم في مواجهة القوانين و اللوائح الغير دستورية اذ تعمل على الغائها و اعدامها .
٢- صيانة الحقوق و حفظ الحريات المنصوص عليها في الدستور من تعسف و استبدال السلطة الشريعية
٣- جعل السلطة التشريعية و التنفيذية في وضع تسعيان فيه الى تماشي التشريعات
٤- حفظ واستقرار المعاملات وبات الاوضاع القانونية ووحدتها بالغاتها التشريعية المخالف للدستور لكافة السلطات والافراد [٤].

(١) المحامي طالب الدجيلي، القواعد العامة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دراسة القوانين- و دراسة منشورة على الموقع الالكتروني في شبكة النبا المعلوماتية www.alnabaa.org، تاريخ زيارة الموقع ٢٠١٨\٣\٣١.
(٢) حسن ناصر المحنى، مصدر سابق، ص ٥٩.
(٣)د. حسان محمد شفيق العاني ، الانظمة السياسية والدستورية المقارنة ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٦، ص ٢٢٦.
(٤)أ.م.د عدنان عبيد، مصدر سابق، ص ١٢٥.

٥- تخصيص جهة قضائية واحدة بمسائلة فحص دستورية القوانين و تقدير ما اذا كان القانون المطعون فيه مخالف لأحكام الدستور ام لا و ذلك سواء كانت هذه الجهة القضائية هي المحكمة العليا في النظام القضائي القائم في الدول او محكمة دستورية خاصة.

بالرغم من مزايا الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الاصلية المباشرة الا انها لم تسلم من النقد من جانب الفقه الدستوري اعتبار انها تمثل خروجا على الحدود المهمة للقضاء و تؤدي الى افحامه في المجال التشريعي و اصداره لعمل السلطة التشريعية مما يعتبر مساسا بمبادئ الفصل بين السلطات كما ان اعطاء سلطة الغاء القانون يعطيها مركزا قويا و نفوذا كبيرا باتجاه سلطات الدولة لا سيما السلطات التشريعية [١] .

ثانيا : رقابة الامتناع :

و يقصد برقابة الامتناع او كما تسمى احيانا بالرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية. امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور بناءا على رفع يقدمه صاحب المصلحة او بمبادرة منها و في قضية منظور امامها اعمالا يتغلب حكم القانون الاعلى على حكم القانون الادنى في سلم التدرج الهرمي للنظام القانون في الدولة. و بناءا عليه فان رقابة الامتناع تفترض بدءا ان تكون هناك دعوى منظورة امام المحكمة ايا كانت طبيعة هذه الدعوى مدنية او جنائية او ادارية بهدف الحصول على حق معين عن طريق تطبيق القانون المخالف للدستور بهدف منع المحكمة من تطبيقه في الدعوى المنظورة امامها. و اذا كانت رقابة الالغاء عن طريق الدعوى الاصلية توصف بانها هجومية فان رقابة الامتناع هي وسيلة دفاعية الهدف منها ليس الغاء القانون المخالف على موضوع النزاع المنظور امام محكمة معينة بحيث تتحقق المحكمة من صحة دفع صاحب الشأن بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه في نزاع معين فإنها تمتنع عن تطبيقه في الدعوة بناءا على تغلب القاعدة الدستورية على القاعدة العادية. و بناءا عليه فان المحكمة التي تمتنع عن تطبيق قانون معين لمخالفة الدستور لا تلغي ذلك [٢] . و لا يجبر المشرع على تعديله و الغائه و يستمر في تطبيقه على قضايا اخرى فاثر الحكم الذي يصدره القاضي بعدم دستورية قانون ما يختصر على طرف الدعوى فقط و لا يلزم المحاكم الاخرى بحيث انها تستطيع تطبيق القانون المذكور على قضايا اخرى علما ان عدم دستوريته يمكن ان تثار مرة اخرى من قبل اشخاص اخرين كما انه لا يلوم نظريا على الاقل القاضي نفسه الذي صدره بحيث يستطيع تطبيقه في قضية اخرى الا انه توحيد القضاء بوجود محكمة عليا تميز امامها احكام المحاكم الدنيا يؤدي بالقانون الذي تقر عدم دستوريته الى ان يصبح بحكم المعدوم فهو لا يلغى و انما يشل فقط فالكل . فللكل سيعلم بعد الان ان القانون المخالف للدستور اذا لم يحترم فان القضاء سوف لا يدينهم لان رايه معروف عن قيمة هذا القانون ما لم يغير رايه في دستورية هذا القانون

(١)حسن ناصر المحنى، مصدر سابق، ص ٦٥.
(٢) د. نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية و القانون الدستوري، دار الثقافة، عمان، الاردن، ط١، ١٩٩٩، ص ٥٦٤.

فيعد صدور الحكم بعدم دستورية قانون ما سيجد الافراد انفسهم امام قانون مشلول اي (موجود) دون ان يكون له اثر عليهم فيها لو خالفوه .

و ذهب جمهور الفقه الى ضرورة ممارسة الرقابة على دستورية القوانين و لو في غياب النص مستندين الى الحجج التالية :

١- الرقابة القضائية من صميم عمل القاضي يتولى مهمة تطبيق القانون على النزاعات المعروضة امامه، فمن باب اولى ان يتولى منع التعارض او التناقض الذي يمكن ان يقع بين النصوص في القانون و له في ذلك تغليب القاعدة الاعلى على القاعدة الادنى و لهذا يقوم باستبعاد النص التشريعي المخالف للدستور لمخالفته القاعدة الاعلى.
٢- لا تتعارض الرقابة القضائية بطريقة الامتناع مع مبدا الفصل بين السلطات فالقاضي عندما يمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور فانه لا يتدخل بالعمل المشروع لأنه لا يلغي القانون المخالف للدستور.
٣- ليس ثمة تناقض او تعارض بين الرقابة القضائية بطريقة الامتناع و ادارة الشعب.
٤- ان القضاة و ما يتسموا به من سمات النزاهة و الاستقلال و الخبرة القانونية هو اقدر و اكفا من غيرهم على التصدي لمهمة الرقابة على دستورية القوانين.

في حين اعترض اخرون على ممارسة القضاء للرقابة على دستورية القوانين في حالة غياب النص الذي يقرر ذلك و استندوا بذلك الى الحجج التالية :

١- تعارض الرقابة القضائية مع مبدا الفصل بين السلطات. يرى اصحاب هذا الاتجاه ان دور القاضي ينحصر في تطبيق القواعد القانونية و لتحقيق ذلك يتولى تغييرها و لكن ليس له الحق في تغيير القواعد الدستورية لأنه ليس برقيب على اعمال السلطة التشريعية.
٢- شهادة الاصدار. اذ تعد عملية اصدار رئيس الدولة للقوانين بمثابة شهادة بدستوريتها لذا لا يتسنى للقضاء الخوض في دستوريتها مجددا.
٣- تعارض الرقابة القضائية مع ارادة الشعب بما ان القوانين الصادرة من البرلمان تمثل ارادة الشعب لصدورها من ممثليه. فان رقابة القضاء على هذه التشريعات و فحصها و الامتناع عن تطبيقها بتقاطع و الارادة الشعبية و حقه في اصدار القوانين التي يرتئيها.
٤- تسلط القضاء على بقية السلطات[١].
٥- ظهور علاقة جديدة في الدولة بين القضاة و الحكام تكون كالعلاقة بين الحكام و الوكلاء. فالقضاة سيكونون كالقابضون على السلطة. اي ان السلطة تقودها بشكل شبه قضائية (تلك هي حكومة القضاة).

(١) أ.م.د عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص ١٣٣-١٣٤.

و طبقا لما ذكرنا من مميزات رقابة الامتناع فقد اخذ القضاء في العديد من الدول بهذه الرقابة و من ابرزها الولايات المتحدة الامريكية .[١]

وبمقتضاها يعمل الحاكم حكم القانون غير الدستوري اي يمتنع عن تطبيقه في القضية المعروضة عليه ،و يعني هذا ان رقابة الامتناع رقابة لاحقة لصدور القانون و لا يتصور ان تكون سابقه لصدوره .

من التطبيقات المهمة لرقابة الامتناع هي تطبيقات الولايات المتحدة الامريكية حيث كان لها قصد السبق في تشييد هذا النوع من الرقابة ، و نظراً الى ان هذا التطبيق قد انحرف عن الاهداف الرئيسية التي وضع من اجلها و نظراً لاستغلاله في تحقيق مصالح معينة او في تثبيت فكرة تنظيمية خاصة او للدفاع عن نظام حكم حين تغلب مصالح طبقة خاصة على المصالح العامة او لمحاربة فئة من المواطنين ، وفي كل هذه تبتعد هذه الرقابة عن الهدف الرئيسي الذي من اجله اسست في النظام السياسي المعين ، ولهذه الاسباب ستدرس هذا التطبيق في نظام الولايات المتحدة[٢].

وتعني رقابة الامتناع ايضا انه يجوز للخصوم اثناء نظر دعوى مرفوعة امام احدى المحاكم ، او الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، الدفع بعدم دستورية نص في قانون او لائحة يراد تطبيقه في الدعوى تقوم الرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق .

هنا تتولى المحكمة بحث جدية الدفع لتحقق من مدى اتفاق القانون مع الدستور ، فإذا وجدت المحكمة ان القانون غير مخالف للدستور طبقته في الدعوى ، و اذا اكتشف عدم دستوريته امتنعت عن تطبيقه ، فالمحكمة هنا لا تحكم بإلغاء القانون المخالف وانما باستعادة الامتناع عن تطبيقه في هذه الدعوى ، حيث ان القانون هنا يضل قائماً و نافذاً خارج نطاق الدعوى المطروحة الى ان تقوم السلطات التشريعية بإلغائه او تبديله ، اما اذا اتضح ان القانون مطابق للدستور ، قضي برفض الدفع و الاستمرار في اجراءات المحاكمة و الفصل في موضوع النزاع ، تتحقق هذه الصورة من الرقابة في الدولة التي يتبع فيها اسلوب اللامركزية القضائية في الرقابة على الدستورية ، و التالي تكون اجراءات تحريك الرقابة فيها ، هي اجراءات الدفع بعدم الدستورية .

ففي هذه الحالة يكون من الطبيعي ان تقتصر سلطات القاضي في الدعوى المطروحة عليه و التي تم من خلالها الدفع بعدم دستورية القانون الذي يراد تطبيقه فيها ، على استبعاد هذا القانون اثبتت عدم دستوريته لدى القاضي في الدعوى التي ينظرها بأعتباره قانونا غير واجب التطبيق فيها[٣].

---

(١) منذر الشاوي، مصدر سابق، ص ٧٦.
(٢) د. اسماعيل مرزه ، مصدر سابق ص١٧٦

(٣)المحامية سارة جليل الجبوري ، مصدر سابق ، ص٥٨ - ٥٩

و من خلال دراسة الرقابة بطريقتي الالغاء و الامتناع (الدفع) يكن اجلال اهم الفروق بين الطريقتين بالنواحي التالية :

١- في طريقة الالغاء (الدعوى الاصلية) تختص المحكمة الواحدة في الدولة بالنظر في دستورية القوانين سواء كانت هذه المحكمة هي المحكمة العليا في النظام القضائي السائد في الدولة او كانت محكمة دستورية انشات خصيصا للقيام بهذه المهمة في حين طريقة الامتناع (الدفع) فان جميع المحاكم على اختلاف درجاتها سواء كانت من الدرجة الاولى او الثانية و سواء كانت مدنية او جزائية او ادارية فإنها تختص بالنظر في ذلك الدفع.

٢- ان طريقة الالغاء تفترض نصا دستورية يجيز ممارسة الرقابة الدستورية و يحدد المحكمة المختصة بنظرها و يحدد عادة المدة التي يجب مراجعة المحكمة المختصة بنظرها و يحدد عادة المدة التي يجب مراجعة المحكمة خلالها. اما طريقة الدفع فلا تحتاج لمثل هذا النص و ان ممارستها لا تتقيد بمدة معينة بل يمكن اثارة الدفع في كل مرة يراد تطبيق ذلك القانون في دعوى من الدعاوي القضائية. و ينتج عن ذلك ان طريقة الالغاء التي ينص عليها الدستور تزول بإلغاء او تعديل ذلك الدستور في حين تبقى طريقة الدفع حتى بعد زوال الدستور لأنها لا تقرر بموجب هذا الدستور الا اذا نص الدستور الجديد صراحة على منع هذه الرقابة.

٣- في طريقة الالغاء تتسم الرقابة الدستورية عن طريق الطعن بالقانون بدعوى مبتدئة حيث يهاجم صاحب الشأن القانون بطريقة مباشرة. اما الرقابة بطريقة الدفع فتتم بطريقة غير مباشرة اي بمناسبة دعوى منظورة امام القضاء يراد بها تطبيق ذلك القانون [١].

٤- رقابة الالغاء وسيلة هجومية ينقض فيها القضاء على القانون المخالف للدستور و يعمد الى الغائه، في حين تكون رقابة الامتناع وسيلة دفاعية يكتفي فيها القاضي بالامتناع عن تطبيق القانون دون الغائه.

٥- تحتاج ممارسة رقابة الالغاء الى نص دستوري يقررها في حين تمارس رقابة الامتناع في غياب النص [٢].

---

(١) عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين، جامعة دمشق، العدد الثاني، ص ٢٠-٢١.
(٢) أ.م.د عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص ١٣٣-١٣٤.

المبحث الثاني

نتعرف في هذا المبحث على تطبيقات الرقابة القضائية في العراق و ذلك من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين و على النحو التالي :

المطلب الاول : الرقابة القضائية وفق دستور (١٩٢٥) في العراق.

المطلب الثاني : الرقابة القضائية وفق دستور (٢٠٠٥) في العراق.

المطلب الاول

اولا : الرقابة القضائية وفق دستور(١٩٢٥) في العراق

اناط القانون الاساسي مهمة الرقابة على مطابقة القوانين العادية لأحكامه بمحكمة خاصة سماها (المحكمة العليا) (م ٨١) و تتكون هذه المحكمة من رئيسين و ثمانية اعضاء ينتخبون من مجلس الاعيان و ذلك على النحو الاتي :

- رئيس مجلس الاعيان رئيسا للمحكمة بحكم منصبه، و في حالة عدم حضوره يترأس الجلسة نائبه.
- اربعة اعضاء من بين مجلس الاعيان
- اربعة اعضاء من بين حكام محكمة التمييز او كبار الحكام.

و يلاحظ على تركيبة المحكمة العليا جمعها بين الصفتين السياسية و القضائية مع تغليب السياسية على القضائية .

- مدة العضوية : لم يحدد الدستور مدة محدودة لعضوية المحكمة و انما اتجه اتجاه غير مألوف المقام، حيث نص على تأليف المحكمة وفقا لما سبق ذكره كلما وجب البت في امر يتعلق بتغيير احكام الدستور او فيما اذا احد القوانين المرعية يخالف احكامه. و هذا يعني اني تشكيله غير ثابت لمدة محدودة و ان مدة تكييفها ستنتهي بإصدارها القرار الخاص بتغيير الدستور او الحكم في القانون المطعون بدستوريته و نتيجة لذلك اناط الدستور مهمة تشكيل المحكمة بقرار من مجلس الوزراء و ارادة ملكية اذا لم يكن مجلس الامة مجتمعا.
- الية عمل المحكمة: حدد الدستور الية الطعن في القانون و حصرها بقرار من مجلس الوزراء او بقرار من احد مجلسي الامة. الا انه يفهم من نص المادة (٨٣) ان هذا الموضوع متروك لتقدير الملك و الحكومة، حيث لا يجوز للمحكمة ان تجتمع الا بإرادة ملكية تصدر بموافقة مجلس الوزراء، و هذا يعني ان الامور التي تحال الى المحكمة من احد مجلسي الامة لا تنظر الا بموافقة مجلس الوزراء، لان

المحكمة وفقا لما ذكرن لا تجتمع الا بإرادة ملكية تصدر بموافقة مجلس الوزراء. هذا ة تصدر المحكمة قراراها بأكثرية ثلثي اعضائها مع الاشارة الى ان الدستور لم يحدد الاغلبية المطلوب لصحة انعقاد المحكمة.

- اثر قرار المحكمة : اذا صدر قرار من المحكمة العليا يقضي بمخالفة احد القوانين او بعض احكامه للدستور، يكون ذلك القانون او القسم المخالف منه ملغي من تاريخ صدور قرار المحكمة، على ان تقوم الحكومة بإصدار تشريع يكفل ازالة الاضرار الناتجة عن تطبيق الاحكام الملغاة(م٨٦)[١].

- **ثانيا : اختصاصات المحكمة العليا :**

ثبتت اختصاص المحكمة في القانون الاساسي فضلا عن اختصاصها في محاكمة الوزراء و اعضاء مجلس الامة المتكون من مجلس الاعيان، و مجلس النواب و احكام محكمة التمييز المتهمين بجرائم سياسية او بجرائم تتعلق بوظائفهم العامة فان القانون الاساسي اسند الى المحكمة تغيير النصوص الدستورية و مراقبة دستورية القوانين، من خلال ما ورد و البت في الامور المتعلقة بتفسير هذا القانون و موافقة القوانين الاخرى بأحكامه (م٨١) و تنعقد المحكمة العليا بإرادة ملكية فيما يخص تفسير الدستور و رقابة دستورية القوانين ، و تؤلف المحكمة في هذه الحالة وفق المادة (٨٢-٣) اي تؤلف من نفس العدد من حكام محكمة التمييز، و الاعضاء الباقين من مجلس الاعيان برئاسة رئيس مجلس الاعيان هذا فيما اذا كان مجلس الامة مجتمعا، اما اذا لم يكن مجلس الامة مجتمعا فهنا يتدخل مجلس الوزراء في اختيار اعضاء المحكمة بإرادة ملكية ، هذا ما نص عليه دستور (اذا وجب البت في امر يتعلق بتغيير احكام هذا القانون او فيما اذا كان احد القوانين المرعية يخالف هذا القانون، تجتمع المحكمة العليا برادة ملكية تصدر بموافقة مجلس الوزراء بعهد ان تؤلف وفق الفقرة الثالثة من المادة السابعة (اي المادة ٨٢) اما اذا لم يكن مجلس الامة مجتمعا يكون نصب الاعضاء المذكورين من المادة السابقة بقرار من مجلس الوزراء و ارادة ملكية) و قد مارست المحكمة اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين بطعنها بقانون منع الدعايات المضرة رقم (٢٠ لسنة ١٩٣٨)، و لم يحدث ان نظرت المحكمة بدستورية المراسيم التشريعية الصادرة عن السلطة التنفيذية رغم مخالفتها لأحكام الدستور و مارست المحكمة العليا اختصاصها في تفسير المواد (٢٠ و ٢٢) من الدستور الاساسي [٢].

و يلاحظ ان اداء هذه المحكمة لم يكن بالمستوى المطلوب حيث اقتصر على تغيير بعض مواد الدستور بناءا على طلب الحكومة و لم تباشر مهمتها في النظر بالقوانين المخالفة لاحكام الدستور، باستثناء قرارها الصادر بعدم دستورية (قانون منع الرعات المضرة) و ان سبب ذلك يعود باعتقادنا الى الية عمل المحكمة

(١) د. حميد حنون خالد، القانون الدستوري (تطوير النظام الدستوري في العراق)، دار السنهوري، بغداد، العراق، ط١، ٢٠١١، ص ١٧٢-١٧٣.

(٢) د. غسان مدحت الخيري، الرقابة القضائية على القوانين دار االراية للنشر و التوزيع، ٢٠١٢، عمان، ط١، ٢٠١١، ص ١٤٦-١٤٧.

لانها لا تشكل اي (لا تظهر الى الوجود) الا عتد الطلب، و لا تطلب الا برادة ملكية و بموافقة مجلس الوزراء. فكيف تؤدي محكمة عليا واجباتها و هي مقيدة بهذه القيود الثقيلة [١] .

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على دستورية القوانين وفق دستور ٢٠٠٥

اناط الدستور مهمة الرقابة على دستورية القوانين بحكمه اسماها (المحكمة الاتحادية العليا)، و بناءا على ما ذكر انفا يمكن تقسيم هذا المطلب على النحو الاتي :

الفرع الاول : المحكمة الاتحادية العليا (تشكيلا و اختصاصا).

الفرع الثاني : الاحكام التي اغفلها دستور ٢٠٠٥ و ذلك فيما يتعلق بالمحكمة الاتحادية العليا.

الفرع الثالث : سند مشروعية المحكمة الاتحادية العليا .

الفرع الاول : المحكمة الاتحادية العليا

اولا : تشكيل المحكمة الاتحادية العليا :

ان المادة (٩٢- ف٢) من الدستور الحالي اكدت تكوين المحكمة الاتحادية و هي تختلف عن تكوينها الذي جاء في القانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية و قانون المحكمة النافذ. اذ بينت المادة (٩٢/ ف٢) المشار اليها اعلاه ان المحكمة الاتحادية العليا تتكون من عدد من القضاة و خبراء الفقه الاسلامي و فقهاء القانون يحدد عددهم و طريقة اختيارهم و عمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية اعضاء مجلس النواب. لقد اضيف الى تشكيل المحكمة الاتحادي كما هو واضح خبراء في الفقه الاسلامي و فقهاء القانون وهذا ما اثار اثر من اشكال و تسال منها ما هو دور خبراء الفقه الاسلامي و فقهاء القانون في المحكمة هل هو دور استشاري يختص بتقديم الخبرة طبقا لنص الدستور ام ان العضوية تكون مشاركة تخوله حق التصويت اسوة ببقية اعضاء المحكمة مع ان منطق الواقع يدعو الى اختلاف وظيفة الخبير عن وظيفة القاضي فالقاضي لغة يقصد بها اتمام الشيء قولا و فعلا اما اصطلاحا الفصل في الخصومات و المنازعات حسما للتراعي و قطعا للنزاع [٢] . اما الخبرة القانونية فهي اجراء تحقيقي يقصد منه البت بمسائل فنية تكون محل نزاع، و لا يلجأ القاضي اليها الا اذا صعب عليه ادراك المسالة الفنية بنفسه [٣] . و يقصد بخبراء الفقه

(١) د. حميد حنون خالد، القانون الدستوري، تطوير النظام الدستوري في العراق، مصدرسابق، ص ١٧٤.
(٢) د. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات، مطبعة المعارف، بغداد، ج١، ط٣، ١٩٧٩، ص ٢٩.
(٣) د. ادم وهيب النداوي، شرح قانون الاثبات، مطبعة المعارف، بغداد، ط١، ١٩٨٤، ص ٢٣٠.

الاسلامي بانهم اهل العلم و الفضل و تعتمد مشورتهم فيما يعرض من نزاع ما لمعرفة ماهية الحكم الشرعي المناسب و هذه المشورة مسالة مطلوبة في العمل القضائي [١] .

في خضم هذا الجدال بخصوص خبراء الفقه الاسلامي و فقهاء القانون انقسم رجال القانون و المختصين الى فريقين :

الفريق الاول : يرى ان عمل المحكمة الاتحادية العليا و سواها من المحاكم الدستورية في العالم هو عمل قضائي بحت و يستمد هذا المبدأ اساسه من الدستور ذاته كما جاء في المادة (٩٢/ اولا) (المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة ماليا و اداريا) و يعني ذلك ان تغيير نصوص الدستور تلك المهمة الشاقة التي تجعل من قرار التغيير قوة النص الدستوري و هو ايضا عمل قضائي اضافة الى جميع الصلاحيات التي خول فيها الدستور المحكمة الاتحادية العليا موضوع المادة (٩٣) منه هي اكمال قضائية لا يمكن الفصل فيها الا من قبل قاضي مؤهل لهذا العمل و المحكمة ينحصر عملها في تطبيق القانون و قبول كلمة العدالة و لما كان الامر كذلك فليس لغير القضاة الصلاحية لممارسة عمل خارج عن اختصاصهم و ان الخبراء و الحالة هذه غير مؤهلين للفصل في قضاء لان تاهيلهم انحصر في مجال الخبراء حصرا. و ان الخبرة و الخبراء هو عمل استشاري لا يتعدا المشورة مطلقا و ان القول بخلاف ذلك يخرج الخبرة عن وصفها القانوني و مما لا شك فيه ان خبراء الفقه الاسلامي هم اعضاء في المحمة الاتحادية العليا لان دستور وضعهم موضع الخبير الذي ليس له سوى ايداء المشورة.

الفريق الثاني : يرى عكس ما ذهب اليه الفريق الاول و سبب ذلك هو التخوف من الغموض الوارد في (م٢/اولا/أ) من الدستور التي جاء فيها (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام) و البند (اولا/ ب) من نفس المادة جاء فيها (لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية).

و هذين النصين يبدو للوهلة الاولى ان هناك تناقضا بينهما و في تصورهم ان مبادئ الديمقراطية ليس لها محددات و بالتالي ستكون بحاجة ان تكون هناك جهة لتغيير تلك المحددات و على ضوء ذلك لا بد من مشارك خبراء الفقه الاسلامي[٢] .

ثانيا : اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا

لقد تنوعت اختصاصات المحكمة فحددت المادة ٩٣ من الدستور اختصاصاتها و هي :

اولا : الرقابة على دستورية القوانين و الانظمة النافذة.

(١) مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، دار الضياء للطباعة، النجف، ط١، ٢٠٠٧، ص ١٢٧.
(٢) د. غسان مدحت الخيري، الرقابة القضائية على القوانين، مصدر سابق، ص ١٦٧-١٦٨.

ثانيا : تغير نصوص الدستور.

ثالثا : الفصل في القضايا التي تنشا عن تطبيق القوانين الاتحادية و القرارات و الانظمة و التعليمات و الاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، و يكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء و ذوي الشأن من الافراد و غيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة.

رابعا : الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية و حكومات الاقاليم و المحافظات و البلديات و الادارات المحلية

خامسا : الفصل في المنازعات التي تحصل فيما بين حكومات الاقاليم و المحافظات.

سادسا : الفصل في الاتهامات الموجهة الى رئيس الجمهورية و رئيس مجلس الوزراء و ينظم ذلك بقانون.

سابعا : المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب.

ثامنا : أ- الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي و الهيئات القضائية للأقاليم و المحافظات غير المنتظمة في اقليم (ب) الفصل في تنازع الاختصاص فيما بين الهيئات القضائية للإقاليم و المحافظات غير المنتظمة في اقليم [1] .

الفرع الثاني : الاحكام التي اغفلها دستور ٢٠٠٥ و ذلك فيما يتعلق بالمحكمة الاتحادية العليا و هي :

١- معالجة مسالة الاثر الذي يترتب على صدور قرار من المحكمة بعدم دستورية قانون ما و بنص دستوري، بشكل واضح لا يثير اي لبس حيث لاحظنا ان النص الوارد في قانون ادارة الدولة يثير اللبس و الغموض من خلال عدة القانون المخالف لأحكام الدستور مليا، دون ان يحدد النطاق الزمني لسريان الالغاء. و نرى من الافضل ان يكون القانون المخالف للدستور ملغيا اعتبارا من تاريخ صدور قرار المحكمة حفاظا على الحقوق المكتسبة، مع وجوب النص في الدستور على الزام البرلمان باصدار تشريع يعالج الاثار التي نشأت نتيجة لتطبيق القانون الملغي، اسوة بما اخذ به دستور ١٩٩٥ و بعض الدساتير المقارنة.

٢- تحديد عدد اعضاء المحكمة و النصاب القانوني لانعقادها، و في حالة اشتراط حضور جميع اعضاء المحكمة يجب تعيين اعضاء احتياط لتلافي تعذر حضور عضوا او اكثر من اعضاء المحكمة و لأي سبب كان، لأنه من غير المقبول ان تعطل المحكمة بسبب غياب عضو او اكثر من اعضائها.

---

(١) المادة (٩٣) من الدستور العراقي الدائم ٢٠٠٥.

٣- ان ينص الدستور على وجوب نشر قرارات المحكمة الاتحادية في الجريدة الرسمية، و ان يكون تاريخ نفاذها من اليوم التالي لتاريخ النشر في الجريدة الرسمية [١] .

لاحظنا ان المحكمة الاتحادية في العراق تتميز بدرجة كبيرة من الاهمية ، وذات مكانة دستورية و سياسية و قضائية عالية و ذلك بموجب النصوص الدستورية التي تضمنتها ، سواء كانت نصوص دستور الدائم او قانون ادارة الدولة العراقية ، ونتيجةً لهذه الاهمية فأن رئيس و اعضاء المحكمة الدستورية يكونون ذوي درجة وظيفية عالية ، فقد نص قانون ادارة الدولة على أن (يترأس رئيس المحكمة الاتحادية العليا المجلس الاعلى للقضاء)[٢]

ونلاحظ ان المشُرع في قانون انشاء المحكمة الاتحادية قد رفع من مكانة رئيس و اعضاء المحكة الاتحادية وظيفياً ، فأصبح اعضاء المحكمة الاتحادية يتقاضون راتب و مخصصات وزير[٣]. و بهذا يكون المشرع العراقي قد ذهب الى نفس ما ذهب اليه المشرع الامريكي عندما جعل ولاية العضو في المحكمة الاتحادية العليا في امريكا مدى الحياة ، مع اعطاء العضو حق الاستقالة بعد مرور عشر سنوات على تعيينه في المحكمة ، وكذلك عند بلوغ السبعين من العمر.

الفرع الثالث \\ سند مشروعية المحكمة الاتحادية العليا .

ورد انشاء القضاء الدستوري في متن الدستور العراقي الدائم ٢٠٠٥ ، و من قبله في نص قانون أدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية و على اساسه شرع قانون انشاء المحكمة الاتحادية لسنة ٢٠٠٥ وبذلك فأن المكمة تستند في مشروعيتها على النص الدستوري و نص القانون و هذا ما سنتناوله في الفقرتين التاليتين .

اولاً :- السند الدستوري .

نص الدستور العراقي الدائم ، و الذي اقر في استفتاء سنة ٢٠٠٥ م في المادة (٨٩) منه على ان تتكون السلطة القضائية الاتحادية من مجلس القضاء الاعلى ، و المحكمة الاتحادية العليا و في الفقرة اولا من المادة ٩٢ نص على (المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً و أدارياً) نلاحظ من هذين النصين ان المشروع الدستوري لدستور (٢٠٠٥) قد اوردَ تشكيل المحكمة الاتحادية ضمن التشكيلات المكونة للسلطة القضائية الاتحادية في العراق و في المادة (٩٢) في فقرتها الاولى عرف ماهية هذه المحكمة و تشكيلها ، فأشار الى انها (هيئة قضائية مستقلة ماليا اداريا و حدد المشرع في هذه المادة الاطار العام لتكوين المحكمة وهو (هيئة قضائية) ، و قبل هذا النص الدستوري كان هنالك نص دستوري اخر و هو

---

(١) د. حميد حنون خالد، مصدر سابق، ص ١٨٣-١٨٤.

(٢)نص المادة الخامسة و الاربعين \ قانون ادارة الدولة العراقية .

(٣)نص المادة ٦٥ \ قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥

نص الفقرة (أ) من المادة الرابعة والاربعين من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية على ان (يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون ، و تسمى المحكمة الاتحادية العليا) و من الملاحظ ان هذه المادة قد جاءت في الباب السادس من قانون ادارة الدولة تحت عنوان (السلطة القضائية الاتحادية)، اي ان المشر الدستوري

اعتبر هذه المحكمة من ضمن تشكيلات السطلة القضائية الاتحادية في العراق و جعلها خاضعة لهذه السلطة دون السلطات الاخرى عملاً بمبدأ فصل السلطات و كذلك فأن ميزانية هذه المحكمة تكون ضمن ميزانية السلطة القضائية ، و عليه فأنها لا تتمتع باستقلال مالي او أداري[١] .

ثانياً:- السند القانوني :نصت المادة (٤٤) من قانون أدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام (٢٠٠٤)

أ- يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون و تسمى المحكمة الاتحادية العليا.

ب- اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا هي :

١- الاختصاص الحصري ة الاصيل في الدعاوى بين الحكومة العراقية الانتقالية و حكومات الاقاليم و ادارات المحافظات و البلديات و الادارات المحلية.

٢- الاختصاص الحصري و الاصيل. و بناء على دعوى من مدع او بناء على احالة من محكمة اخرى، في دعاوى بان قانونا او نظاما او تعليمات صادرة عن الحكومة الاتحادية او الحكومات الاقليمية او ادارات المحافظات او البلديات و الادارات المحلية لا تتفق مع هذا القانون.

٣- تحديد الصلاحية الاستئنافية بقانون اتحادي.

ج- اذا قررت المحكمة العليا الاتحادية ان قانون او نظاماً او أجراءً جرى الطعن فيه انه غير متفق مع هذا القانون فيعتبر ملغياً[٢] .

و كذلك هو الحال بالنسبة لقانون المحكمة الدستورية العليا في مصر ، حيث احال الدستور المصري الصادر في (١١) سبتمبر (١٩٧١) و بموجب المادة (١٧٦) تشكيل المحكمة الدستورية العليا الى قانون يبين لاحقاً[٣] .

(١) د. فارس رشيد الجبوري، كيف تمارس الرقابة على السلطة القضائية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد ٥٤، جمعية القانون المقارن، بغداد، ٢٠٠٨، ص٣٣.

(٢) نص المادة (٤٤) قانون ادارة الدول للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤.

(٣) نص المادة (١٧٦) الدستور المصري الصادر في ١١/سبتمبر/ ١٩٧١.

الخاتمة

بعد ان فرغنا من بحث الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق و من دون الدخول في تكرار ما سبق بحثه فأن هنالك بعض النتائج المهمة التي ترشحت لنا من خلال البحث و كذلك بعض التوصيات في هذا المجال نوجزها بالاتي .

اولاً: النتائج:

١- ان حماية مبدأ سمو الدستور في العراق يبدو اكثر اهمية من اعداد الدستور، و اقراره لأنه لا فائدة ترجى من النصوص الدستورية مالم يتم حمايتها من الاعتداء و الانتهاك من قبل السلطات العامة في الدولة و لا سبيل لذلك الا بالرقابة القضائية على دستورية القوانين و التي يجب ان تكون رقابة حقيقية و فعالة لا مجرد رقابة شكلية

٢- اخذ المشرع العراقي الدستوري في اول دستور بالرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدستور العراقي لعام (١٩٢٥) .

٣- ان تجربة الرقابة القضائية في دستور (١٩٢٥) كانت تجربة متواضعة ولم تؤسس لأية تقاليد دستورية ذات قيمة بالرغم من ان هذا الدستور طبق لما يزيد على ثلاثين عاماً

٤- أن في طريقة رقابة الالغاء تختص المحكمة الواحدة في الدولة بالنظر في دستورية القوانين سواء كانت هذه المحكمة هي المحكمة العليا في النظام القضائي السائد في الدولة أو كانت محكمة دستورية أنشأت للقيام بهذه المهمة في حين طريقة رقابة الامتناع فأن جميع المحاكم على اختلاف درجاتها سواء كانت من الدرجة الاولى او الثانية و سواء كانت مدنية او جزائية أو ادارية فأنها تختص بالنظر في ذلك الدفع.

ثانيـاً: التوصيات

١- أن مخالفة القوانين للدستور أمر ممكن ومتوقع لذلك يفضل خضوع القانون للرقابة السابقة اولاً لكي يتوفر له ما يسمى بقرينةِ الدستور التي من شأنها ان تقلل الى حد بعيد من فرص تعارض القوانين مع الدستور الذي أقر في ظلهِ مع امكانية خضوعه لرقابة لاحقة لتحقيق الشرعية الدستورية .

٢- لاحظـنا اثناء بحثنا ان الدستور (١٩٢٥) اول من اخذ بالرقابة القضائية وذلك يحسب له لكن كان ميله الى الرقابة السياسية واضحاً و كذلك دستور (٢٠٠٥) قد اخذ بالرقابة القضائية واعطى لها ادواراً واضحة ولكن لا زال الى الان رقابة ضعيفة لذلك يجب على المشرع العراقي ان يجد لها طرق اخرى من اجل تفعيلها .

٣- نقترح على المشرع ان يكون للجنة تعديل الدستور دور في تلافي بعض اوجه القصور التي وقع فيها المشرع الدستوري و التي عرضنا لها سابقاً سواء ما تعلق منها بالسلطة القضائية بوجه عام او ما

يتعلق منها بالمحكمة الاتحادية العليا بوج خاص مثل عدم تنظيم الدستور للأحكام العامة المتعلقة بالسلطة القضائية بصورة واضحة، وعدم تحديد عدد اعضاء المحكمة العليا في الدستور. وكذلك التوسع الكبير في اختصاصات المحكمة الاتحادية وغيرها. وان يكون تعديل المواد المتعلقة بتنظيم الرقابة القضائية على دستورية القوانين في سلم اولويات عمل اللجنة.

المصادر

القران الكريم

١- سورة التوبة الاية ٧٥

اولا: الكتب

١- ادم وهيب الشراوي، شرح قانون الاثبات، مطبع المعارف، بغداد، ط١، ١٩٤٨،ص٢٣٠

٢- اسماعيل مرزة ، مبادئ القانون الدستوري و العلوم السياسية – النظرية العامة في الدساتير . دار الملاك ،ط٢، ٢٠٠٤، ص٢٩٣.

٣- حسان محمد شفيق العاني، الانظمة السياسية و الدستورية المقارنة ، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٦، ص٢٢٦.

٤- حميد حنو خالد، القانون الدستوري (تطوير النظام الدستوري في العراق)، دار السنهوري، بغداد، العراق، ط١، ٢٠١١، ص١٤٦- ١٤٧.

٥- سارة جليل الجبوري ، القضاء الدستوري في الوطن العربي – تقسيم التجربة و منشور الحلبي الحقوقية ،ط١، ٢٠١٦،ص٥٦.

٦- سعد ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات، مطبعة المعارف ، بغداد، ج١، ط٣، ١٩٧٩، ص٢٩.

٧- سلوى احمد ميدان المفرجي – دستورية المعاهدات الدولية و الرقابة عليها . دار الحامد للنشر / عمان ، ط١ ، ٢٠١٢.

٨- عدنان عاجل عبيد ، القانون الدستوري، النظرية العامة و النظام الدستوري في العراق ، النبراس / العراق ، ط٢، ٢٠١٣م، ص١٢٢.

٩- عصام علي الدبسي ، القانون الدستوري ، دار الثقافة، ط١، ١٤٣٢هـ ٢٠١١ م ، ص١٨٨- ١٨٩

١٠- عمر العبدالله ،الرقابة على دستورية القوانين، مطبعة جامعة دمشق ، العدد الثاني، ص٢٠-٢١.

١١- غسان مدحت الخيري ، الرقابة القضائية على القوانين ، دار الراية للنشر و التوزيع، ٢٠١٢، عمان، ط١، ٢٠١١، ص١٤٦-١٤٧.

١٢- محمد رفعت عبدالوهاب ، رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية و التطبيقات الجوهرية)، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية – ٢٠١١، ص٢٦٠.

١٣- مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، دار الضياء للطباعة ،النجف، ط١، ٢٠٠٧،ص١٢٧.

١٤- منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، ج٢.

١٥- نعمان احمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية و القانون الدستوري ، دار الثقافة، عمان، الاردن، ط١، ١٩٩٩، ص٥٦٤.

ثانياً: البحوث و الإطريح

١- حسن ناصر المحنة، الرقابة على دستورية القوانين، رسالة ماجستير الاكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، ٢٠٠٨، ص٢٥٨- ٢٥٩.

٢- فارس رشيد الجبوري/ كيف تمارس الرقابة على السلطة القضائية/ بحث منشور في مجلة القانون المقارن/ العدد ٥٤/ جمعية القانون المقارن بغداد/ ٢٠٠٨، ص٣٣.

٣-سليم نعيم خضير الخفاجي ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية ، منشور في مجلة اهل البيت عليهم السلام / العدد ١٨،جامعة الكوفة ،ص ٥.

ثالثاً: المواقع الالكترونية

طالب الدجيلي ، القواعد العامة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دراسة القوانين. ودراسة منشورة على الموقع الالكتروني في شبكة النبأ المعلوماتية

www.alnabaa.org ٢٠١٨/٣/٣١

رابعـاً: الدساتير

١- الدستور العراقي الدائم لسنة (٢٠٠٥).

٢- قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية (٢٠٠٤).

٣- الدستور المصري الصادر في (١١) سبتمبر (١٩٧١).