

الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة في العراق

(دراسة مقارنة)

إعداد

ياسر فلاح كريم الجنابي

إشراف

الدكتور أيمن الرفوع

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

القانون العام

قسم القانون العام

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

أيلول، 2020

التفويض

أنا الطالب ياسر فلاح كريم الجنابي، أفوض جامعة الشرق الوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً المعنونة بـ " الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة في العراق (دراسة مقارنة)" للمكتبات، أو المؤسسات أو الهيئات، أو الأشخاص عند طلبها حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

الإسم: ياسر فلاح كريم الجنابي

التاريخ: ٢٠٢٠ /٩/٩

التوقيع: 

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها: " الرقابة على دستورية القوانين والانظمة في العراق دراسة مقارنة ".

وأجيزت بتاريخ: 09 / 09 / 2020.

للباحث : ياسر فلاح كريم الجنابي.

أعضاء لجنة المناقشة:

الإسم	الصفة	جهة العمل	التوقيع
د. أيمن يوسف الرفوع	مشرفاً	جامعة الشرق الأوسط	
د. محمد علي الشباطات	مناقشاً داخلياً ورئيساً	جامعة الشرق الأوسط	
د. هشام حامد الكساسبة	مناقشاً خارجياً	جامعة الزيتونة	

الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين أهل المجد والثناء، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين.

فإنني اشكر الله العليّ القدير أولاً وأخيراً على توفيقه بإتمام هذه الرسالة، فهو عز وجل أحق بالشكر والثناء وأولى بهما، فالحمد لله الذي وفقني بإنجاز هذا العمل المتواضع فان أصبت فمن الله وان أخطأت فمن نفسي، وما توفيقى إلا من الله تعالى

الشكر كل الشكر مقرون بالعرفان والاحترام لأستاذي الدكتور أيمن الرفوع الذي كان صاحب الفضل الأول بعد الله سبحانه وتعالى، في انجاز هذه الرسالة وعلى سعة صدره وغبارة علمه.

وإذ أتقدم لأساتذتي أعضاء لجنة المناقشة بالشكر، والتقدير لقبول مناقشة الرسالة وتعهدي للأخذ بكل ملاحظاتهم الهادفة إلى تصويبها وإثرائها.

والمقام يتسع لأن أسجل لأهل الفضل فضلهم، وهم هنا جامعة الشرق الأوسط برئاستها وكوادرها وهيئاتها المشرفة والتدريبية والإدارية.

والله ولي التوفيق

الإهداء

اهدي ثمرة هذا الجهد....

إلى من أدين لهم بفضل كبير لا يقدر بثمن إلى من بدعائهما اهتديت
وبعطائهما خطوت في طريق النجاح والانجاز.

إلى والدتي ووالدي.....

أطال الله في عمرهما على طاعتها ومتعهما الله بالصحة والعافية وجزاها الله
خير الجزاء والإحسان على تربيته ورعايته بفضل الله تعالى

الباحث

فهرس المحتويات

المحتويات

التفويض	
قرار لجنة المناقشة.....	
الشكر والتقدير	د
الإهداء.....	هـ
فهرس المحتويات.....	و
الملخص	ح
الفصل الأول: خلفية الدراسة وأهميتها	1
أولاً: تمهيد	1
ثانياً: مشكلة الدراسة.....	2
ثالثاً: أهداف الدراسة:.....	3
رابعاً: أهمية الدراسة.....	4
ثامناً: الدراسات السابقة.....	6
الفصل الثاني: ماهية الرقابة على دستورية القوانين.....	12
المبحث الأول: التعريف بالرقابة الدستورية على القوانين.....	14
المطلب الأول: نشأة الرقابة على دستورية القوانين	15
المطلب الثاني: تعريف الرقابة على دستورية القوانين.....	24
المبحث الثاني: نطاق الرقابة على دستورية القوانين وأنواعها.....	29
المطلب الأول: المخالفة الشكلية للدستور	30
المطلب الثاني: المخالفة الموضوعية للدستور.....	40

50	الفصل الثالث: الرقابة على دستورية القوانين وموقف الدساتير العراقية المؤقتة منها.....
52	المبحث الأول: واقع الرقابة الدستورية على القوانين في الدساتير العراقية المؤقتة (1925-1990) ...
54	المطلب الأول: الرقابة على دستورية القوانين في ظل القانون الأساسي العراقي 1929.....
60	المطلب الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في ظل الدساتير المؤقتة العراقية (1958-2003)
66	المبحث الثاني: واقع الرقابة الدستورية على القوانين بعد صدور قانون المرحلة الانتقالية 2004م.....
68	المطلب الأول: دور قانون المرحلة الانتقالية 2003 في إقرار الرقابة الدستورية على القوانين.....
٢٠٠٤	المطلب الثاني: اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤
72
77	الفصل الرابع: واقع الرقابة الدستورية على القوانين في ظل الدستور العراقي الدائم 2005.....
79	المبحث الأول: مظاهر استقلال السلطة القضائية في النظام الدستوري العراقي 2005.....
80	المطلب الأول: مظاهر استقلال السلطة القضائية.....
84	المطلب الثاني: أقسام السلطة القضائية في النظام الدستوري العراقي 2005.....
92	المبحث الثاني: واقع الرقابة الدستورية على القوانين في ظل الدستور العراقي 2005.....
94	المطلب الأول: نطاق ممارسة رقابة المحكمة الاتحادية العليا لدستورية القوانين.....
100	المطلب الثاني: طرق ممارسة رقابة المحكمة الاتحادية العليا لدستورية القوانين.....
108	الفصل الخامس: الخاتمة والنتائج والتوصيات.....
111	قائمة المراجع والمصادر.....

الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة في العراق (دراسة مقارنة)

إعداد

ياسر فلاح كريم الجنابي

إشراف

الدكتور أيمن الرفوع

الملخص

جاءت هذه الدراسة بهدف الوقوف على واقع الرقابة الدستورية على القوانين في العراق ومقارنتها بالأردن ومصر، من خلال بيان نوع الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة في العراق والتطور الذي حصل على هذه الرقابة، إضافة إلى بيان مدى فرض رقابة دستورية على القوانين والأنظمة في العراق في ظل وجود هيئة قضائية مستقلة وهي المحكمة الاتحادية العليا، وقد توصلت الدراسة الى مجموعة من النتائج والتوصيات، حيث تمثل أبرز النتائج وجود اختلاف وتناقض بين نصوص دستور العراق 2005 فيما يخص استقلال القضاء حيث نجد أن هناك مواد في الدستور منحت الاستقلال الكامل للقضاء مالياً كان أم إدارياً إلا أنه في نصوص أخرى سمحت بتدخل الهيئتين التشريعية والتنفيذية.

أما أبرز التوصيات التي قدمتها الدراسة فتتمثل ب ضرورة النص صراحة في قانون المحكمة الاتحادية العليا او قانون المحكمة الدستورية في الأردن على التزام المشرع بإلغاء القانون أو النظام المقضي بعدم دستوريته خلال فترة زمنية معينة من تاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية وذلك لكي تتحقق لأحكام المحكمة الدستورية الحجية المطلقة في مواجهة السلطات العامة والكافة.

الكلمات مفتاحية: الرقابة الدستورية، عدم دستورية القوانين، سمو الدستور.

Managing the constitutionality of laws and regulations in force in Iraq

(a comparative study)

By

Yasser Falah Karim Al-Janabi

Supervisor

Dr. 'ayman alrufue

Abstract

This study came with the aim of identifying the reality of constitutional oversight of laws in Iraq and comparing it to the reality in Jordan and Egypt, by showing the type of oversight over the constitutionality of laws and regulations in force in Iraq and the development that obtained this oversight, in addition to explaining the extent to which constitutional oversight is imposed on laws and regulations in Iraq. Iraq is in the presence of an independent judicial body, which is the Federal Supreme Court, and the researcher has used a number of scientific approaches.

The study reached a set of conclusions and recommendations, which represent the most prominent results. We noticed a difference and contradiction between the texts of the 2005 Constitution of Iraq with regard to the independence of the judiciary, as we find that there are articles in the constitution that granted full independence to the judiciary, whether financial or administrative, but in other texts that allowed the intervention of the legislative and executive.

As for the most prominent recommendations presented by the study, they are represented in the necessity to explicitly stipulate in the Federal Supreme Court Law or the Constitutional Court Law in Jordan that the legislator shall abolish the law or system ruling that it is unconstitutional within a certain period of time from the date of the ruling on unconstitutionality, in order for the Constitutional Court to achieve absolute and authentic rulings. In the face of public authorities and all.

Key words: constitutional oversight, unconstitutionality of laws, supremacy of the constitution.

الفصل الأول

خلفية الدراسة وأهميتها

أولاً: تمهيد

من المسلم به في النظم الديمقراطية، أن دستور الدولة ينظم السلطات الأساسية فيها، ويحدد العلاقات بينها وبين حقوق الأفراد وواجباتهم، وكما هو معلوم في الأصول المسلم بها العمل بمبدأ الفصل بين السلطات، بحيث تستقل كل سلطة عن الأخرى في اختصاصاتها التي منحت لها بموجب الدستور. ولا يجوز لأي سلطة أن تعتدي على اختصاصات الأخرى وأن لا تمارس اختصاصاتها بدون تفويض بذلك منصوص عليه دستورياً.

وهذا لن يأتي إلا عن طريق تقرير رقابة على الأعمال المخالفة للدستور وإبطالها، وهذا ما يطلق اصطلاحاً عليه رقابة دستورية القوانين، وهي نتيجة مترتبة على مبدأ سمو الدستور على اعتبار أنه في قمة التدرج الهرمي للقواعد القانونية، ومبدأ سمو الدستور يعني في أساسه ألا تكون القوانين الصادرة في دولة ما تحمل في احكامها الموضوعية ما يناقض الأحكام الموضوعية للدستور، أو ما يمس بها مساساً فيه تعديل لأحكامها، كذلك الحال بالنسبة للأحكام الموضوعية للدستور.

ولهذا يجب أن تكون جميع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية أو القرارات والمراسيم الصادرة عن الرئيس متوافقة مع أحكام الدستور شكلاً وموضوعاً وإلا فإنها

ستكون مشوبة بعيب عدم الدستورية مما يستوجب تعديلها أو إلغائها، لذلك وجب فرض رقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.

وتهدف الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة إلى تعزيز أسس وأركان الدولة القانونية القائمة على مبدأ سيادة القانون والحيلولة دون الخروج على الدستور باعتباره المنظم للقواعد الأساسية الواجبة الاحترام في الدولة وحماية حقوق والحريات الأساسية للأفراد، ولضمان وجود الرقابة على دستورية القوانين لابد من الإيمان بمبدأ المشروعية ووجود قضاء مستقل، لأن الحاجة لوجود هيئة قضائية مستقلة تأخذ على عاتقها النظر في موضوع الرقابة على دستورية القوانين أمر في غاية الأهمية.

وعلى ذلك سنتركز هذه الدراسة حول كيفية ممارسة الرقابة الدستورية على القوانين والأنظمة في العراق وكيفية التحقق من صدور تلك القوانين والأنظمة متوافقة مع الدستور خاصة وأن المشرع العراقي عهد بهذه المهمة إلى المحكمة الاتحادية العليا.

ثانياً: مشكلة الدراسة

تتمثل إشكالية الدراسة في أن عدم النص على تنظيم الرقابة الدستورية لا يعني نفيها بل انها تخضع للمبادئ العامة والعرف الدستوري، لكن التصور المنطقي والتحليل الواقعي هو الذي دفع بالسلطة في العراق وفي العديد من الدول إلى التفكير بخلق هيئة قضائية مستقلة تراقب دستورية القوانين، لكن تثور إشكالية في ممارسة هذه الهيئة عملها كهيئة قضائية وأنه لا يوجد في عملها تعدٍ على عمل السلطة القضائية وهل

يؤثر وجود هيئة قضائية مستقلة على مبدأ الفصل بين السلطات، وعليه تكمن مشكلة الدراسة في الإجابة عن التساؤل الرئيس " ما مدى دور الرقابة الدستورية على القوانين والأنظمة في حماية مبدأ المشروعية وحماية حقوق وحريات الأفراد؟".

ومن هذه الإشكالية تتفرع التساؤلات الآتية:

- ما هي أهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة؟
- ما نوع الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة في العراق وما هو التطور الذي حصل على هذه الرقابة؟
- هل نظم قانون المحكمة الاتحادية العراقي الرقابة القضائية بشكل وافي؟
- هل المحكمة الاتحادية لديها الصلاحيات في التصدي لأي قانون مخالف للدستور من تلقاء نفسها؟
- كيف يمكن للأفراد الطعن بعدم دستورية القوانين والأنظمة لدى الجهة القضائية المختصة؟
- هل يؤثر وجود المحكمة الاتحادية العليا على سلطات الدولة؟

ثالثاً: أهداف الدراسة:

يبرز الهدف الأساس لهذه الدراسة في إمكانية تحقيق الهدف المحوري التالي: ببيان مدى فرض رقابة دستورية على القوانين والأنظمة في العراق في ظل وجود هيئة قضائية مستقلة وهي المحكمة الاتحادية العليا، ويندرج تحت هذا الهدف المحوري الأهداف الفرعية الآتية:

- توضيح أهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.
- بيان نوع الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة في العراق والتطور الذي حصل على هذه الرقابة.
- البحث في قانون المحكمة الاتحادية العراقي وبيان هل نظم هذا القانون بشكل فاعل الرقابة القضائية على القوانين والأنظمة وتوضيح ما للمحكمة الاتحادية من صلاحيات التصدي لأي قانون مخالف للدستور من تلقاء نفسها.
- بيان كيف يمكن للأفراد الطعن بعدم دستورية القوانين والأنظمة لدى الجهة القضائية المختصة.

رابعاً: أهمية الدراسة

في هذا الكم الهائل من التشريعات تعرضت الضمانات الفردية والحريات العامة والمبادئ الدستورية ومبدأ الفصل بين السلطات إلى اعتداءات عديدة لما تتصف به هذه التشريعات من عجلة وسرعة في صدورها هذا فضلاً عن وفرة التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة بسبب تدخل الدولة في العديد من أنشطة الأفراد لتوفير احتياجاتهم المتجددة والتوسع في سياسة التفويض التشريعي لذلك يجب البحث عن وسيلة لضمان أن السلطة قد راعت حدودها الدستورية المرسومة لها أم لا وهذا هو سبب اختيارنا موضوع الرقابة على دستورية القوانين باعتبارها من أهم الوسائل التي تستطيع أن تردع السلطة التشريعية وتلزمها بالسير في حدود الدستورية وتحقيق مبدأ الشرعية، بوصفها الضمان الفعال لحماية الحريات العامة من تعسف السلطة التشريعية في استعمال

سلطتها والتأكيد على مبدأ سيادة القانون الذي هو أساس الحكم في الدولة ومن هنا تظهر أهمية البحث.

خامساً: حدود الدراسة

تتعلق هذه الدراسة بالرقابة الدستورية على القوانين في ظل الدساتير العراقية، حيث سيقوم الباحث بدراسة مقارنة بين الدساتير العراقية المتعاقبة على العراق بالإضافة في بعض الدساتير المقارنة للوصول إلى التكييف القانوني الملائم.

سادساً: محددات الدراسة

تحددت هذه الدراسة من حيث العامل الزمني بعدة عوامل زمنية الرقابة الدستورية في الدساتير العراقية قبل عام 2005، وكذلك واقع الرقابة الدستورية على القوانين في ظل دستور العراق 2005 وطرق ممارسة هذه الرقابة ونطاقها.

سابعاً: مُصطلحات الدراسة

- **القانون الدستوري:** هو مجموعة من المبادئ والأحكام والقواعد التي تتعلق بالأسس التي تبني عليها الدولة وكذلك بتنظيم الحكم وسيره داخله وتشكل هذه المبادئ والقواعد والاحكام أهم المعطيات القانونية المتصلة بالحكم داخل الدولة. وتوجد هذه المعطيات، غالباً، ضمن وثيقة مكتوبة أي دستور نظراً لما يتميز به من الناحية الشكلية وما يتضمنه⁽¹⁾.

¹ شريط، أمين(1998)، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بغداد، ص142.

- **الرقابة الدستورية:** التزام سلطات الدولة الثلاث بأحكام الدستور باعتباره القانون الأسمى في الدولة، حيث إن مبدأ سمو الدستور يكون غير ذي قيمة إذا لم يحترم من قبل السلطات، وبالتالي فالرقابة على دستورية القوانين تعني التأكد من احترام القوانين للقواعد الدستورية شكلاً وموضوعاً⁽¹⁾.

- **الرقابة القضائية:** هي عمل قضائي يهدف إلى حل التصادم بين قانونين يتبوأ أحدهما مركز الصدارة ويتسم بالسمو والعلوية، ألا وهو القانون الدستوري، والطرق التي يمارس فيها القضاء الرقابة على دستورية القوانين تختلف من نظام قانوني إلى نظام آخر، ولكن يمكن تقسيمها إلى طريقتين رئيسيتين وهما رقابة الإلغاء ورقابة الامتناع وتمارس من قبل هيئة قضائية⁽²⁾.

ثامناً: الدراسات السابقة

سيتم إيجاز بعض الدراسات السابقة التي تناولت موضوع الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة والتي يمكن الاستفادة من جوانب منها في تدعيم دراستي، وذلك على النحو الآتي:

⁽¹⁾ المومني، محمد سليمان إبراهيم، مرجع سابق، ص52.

⁽²⁾ سلمان، عبد العزيز (1995)، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر الجامعي، بيروت، ص125.

- دراسة: فوزي حسين سلمان الجبوري (2015) بعنوان "نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق"⁽¹⁾.

أشارت الدراسة إلى أن الرقابة على الدستورية تعد من صميم وظيفة القاضي سواء أورد النص على تنظيمها في الدستور أم لم يرد، فحق القضاء العادي ثابت في تفسير الدستور فيما يعرض عليه من أفضية لأن القضاة نخبه من رجال الأمة شربت نفوسهم احترام القانون.

والرقابة الدستورية على القوانين في العراق تحديداً هي من يمارسها القضاء العراقي في ظل دستور 2005 النافذ، وبعد أن تم إنشاء المحكمة الاتحادية العليا بموجب قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وأضاف إليها دستور العراق لعام 2005 اختصاصات أوسع مما ورد ذكرها في القانون وحذفت اختصاصات أخرى مما يقتضي تعديل قانون المحكمة ونظامها الداخلي الذي صدر في ظل إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام 2004 وأصبح من اللازم إعادة النظر فيه بانتهاء العمل بالقانون المذكور.

ركزت الدراسة السابقة على البحث في مسائل تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق من حيث بيان من يمارسها وكيفية الطريقة التي تمارس فيها، بينما دراستي الحالية تتميز في أنها تناولت الرقابة الدستورية على القوانين من حيث بيان

⁽¹⁾ الجبوري، فوزي حسين سلمان (2015)، نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق، بحث منشور، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 7، السنة 3، ص 187.

المفهوم والنشأة لهذا النوع من الرقابة ونطاقها، وبيان الجزاء المترتب على مخالفتها، إضافة إلى بيان واقع الرقابة في الدساتير العراقية المتعاقبة.

- دراسة غنى زغير عطية محمد (2016) بعنوان "الدعوى الدستورية بين القانون وقرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق: دراسة تحليلية"⁽¹⁾.

أشارت الدراسة إلى أنه تشكل الدعوى الدستورية التي تستهدف مخاصمة القانون الذي تعتريه شبهة مخالفة الدستور إحدى أهم وسائل حماية مبدأ المشروعية، إذ يترجع الدستور على قمة الهرم القانوني في كل دولة، لذا يكون لزاماً على السلطة التشريعية بوصفها صاحبة الاختصاص الأصلي بتشريع القوانين مراعاة قيود وضوابط الوثيقة القانونية الأسمى في الدولة، وإلا فإنها معرضة للسقوط في دائرة عدم الدستورية متى ما تحركت ضد ما تشرعه من القوانين، دعوى دستورية القوانين وهي وسيلة هجومية مباشرة تستهدف القانون الذي يشتبه بمخالفته لأحكام وضوابط الدستور.

وعلى ذلك تناول البحث مفهوم الدعوى الدستورية معرّفاً فيه الدعوى الدستورية، وإجراءات رفع الدعوى الدستورية إذ تتميز هذه الدعوى بإجراءاتها وفق ما تتسم به من أهمية وما يترتب على الحكم الصادر فيها من آثار مهمة، وتعرض البحث أيضاً لوسائل تحريكها، والجهة المختصة في الفصل بهذه الدعوى والحكم الصادر فيها وآثاره.

⁽¹⁾ محمد، غنى زغير عطية(2016)، الدعوى الدستورية بين القانون وقرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق: دراسة تحليلية، بحث منشور، مجلة جامعة ذي قار، العراق، المجلد 11، العدد2، ص211.

كما سلط الباحث الضوء على الدعوى الدستورية في العراق من حيث الأساس الدستوري لها وما أوردته الوثائق الدستورية من أحكام وتفصيلات هذه الدعوى، كما تناولت الدراسة القوانين التي نظمت الدعوى الدستورية في العراق وما أضافته للنص الدستوري المؤسس لها، ثم تناول البحث هذه النصوص في قرارات المحكمة الاتحادية العليا، بوصفها الجهة المختصة في الرقابة على دستورية القوانين إضافة إلى اختصاصاتها الأخرى، وتحليل المنهج الذي تتبعه المحكمة من خلال الاطلاع على أهم قراراتها بالفصل في الدعوى الدستورية.

تتميز دراستي في أنها تناولت الرقابة الدستورية على القوانين من حيث بيان المفهوم والنشأة لهذا النوع من الرقابة ونطاقها، وبيان الجزاء المترتب على مخالفتها، إضافة إلى بيان واقع الرقابة في الدساتير العراقية المتعاقبة ومقارنتها مع واقع الرقابة في الدساتير الأردنية، بينما الدراسة السابقة اقتصر موضوع بحثها على الدعوى الدستورية التي ترفع من أجل إلغاء قانون مخالف للدستور.

دراسة: **عمار محسن علوان السلطاني (2019) بعنوان "طرق الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور العراق لعام 2005 انموذجاً"⁽¹⁾.**

ينطلق البحث في معالجته لموضوع الدراسة من بحث طبيعة القضاء الدستوري بأنه عمل ذو ابعاد سياسية أي عمل قانوني بآثار سياسية، فالرقابة على دستورية

(1) السلطاني، عمار محسن علوان(2019)، طرق الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور العراق لعام 2005 انموذجاً، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 3، المجلد3، الجزء 1، ص123-138.

القوانين والتفسير الدستوري ينصب كل منهما على النصوص الدستورية ذات الطابع السياسي وهي نصوص قانونية، فموضوع الدستور إدخال الظواهر السياسية في إطار قانونية، أي أنه ينظم النشاط السياسي بقواعد قانونية، مما دفع بالسلطة الى التفكير بخلق هيئة قضائية للرقابة على دستورية القوانين تستطيع ان تردع السلطة التشريعية وتلزمها بالسير في حدود الدستورية وتحقيق مبدأ الشرعية وتمنع السلطة التشريعية من التعسف في استعمال سلطاتها والتأكيد على سيادة القانون.

اقتصرت الدراسة السابقة في البحث عن واقع الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور العراق 2005م، وبينت القواعد الدستورية الجديدة التي تضمنها هذا الدستور بخصوص هذا النوع من الرقابة، بينما تتميز دراستي في أنها لم تقتصر في البحث في الرقابة الدستورية على القوانين في دستور العراق 2005، بل شملت ايضاً البحث في واقع الرقابة الدستورية على القوانين في العهد الملكي والعهد الجمهوري، ومن ثم في ظل دستور 2005، ومقارنتها مع ما هو معمول به في الدساتير الأردنية.

تاسعاً: منهجية الدراسة

نظراً لأهمية الموضوع سيعتمد الباحث على عدد من المناهج العلمية أهمها المنهج الوصفي وذلك لدراسة مواضيع البحث وتفاصيله بالاعتماد على المصادر الرصينة المختلفة، وتم استخدام المنهج التحليلي من خلال بيان وشرح النصوص المتعلقة بالموضوع وأحكام القضاء وتحليل وبيان وجهات النظر حيثما يقتضي الأمر بالنسبة للنصوص القانونية والأحكام القضائية، والمنهج المقارن من خلال المقارنة بين الدساتير

العراقية والدماتير الأردنية مع الإشارة إلى الدساتير الأخرى حيثما تطابت ضرورات البحث ذلك.

الفصل الثاني

ماهية الرقابة على دستورية القوانين

يعد الدستور مجموعة من القواعد القانونية التي تحدد التنظيم السياسي في دولة معينة أو بمعنى آخر هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم كيفية ممارسة السلطات الثلاث واجباتها وتكفل الحقوق والحريات الأساسية للأفراد والجماعات وتشتمل على القيود والحدود التي لا يجوز للسلطات أن تتعدها في ممارسة صلاحياتها وإن هذه القواعد الدستورية تقع في قمة سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني (القواعد القانونية) ثم يليه القانون (التشريع العادي) وأدناها الأنظمة والتعليمات (التشريع الفرعي) ويؤدي هذا التدرج إلى وجوب تقييد التشريع الأدنى بالتشريع الأعلى وعدم مخالفته، فالقانون يجب أن يتقيد بالدستور ولا يخالفه، وكذلك يجب على التنظيم أن يتقيد بأحكام الدستور والقانون ولا يخالفهما⁽¹⁾.

وعليه فإن سمو الدستور يعني أن الدستور يعلو على مختلف القواعد القانونية الأخرى في الدولة وأن سمو الدستور يمكن أن يكون موضوعياً نتيجة للموضوع الذي يتضمنه الدستور، أو شكلياً نتيجة للشكل الذي يصدر به الدستور والإجراءات المتبعة في تعديله، وينتج عن سمو الدستور على القوانين العادية أن تلك الأخيرة يجب أن تصدر عن السلطة التشريعية

⁽¹⁾ عباس، علي حمزة، والمعموري، سلام صالح، رقابة القضاء على دستورية القوانين: دراسة تحليلية، بحث منشور، مجلة العلوم القانونية، كلية الإسراء الجامعة، العراق، 2018، ص648.

في نطاق القواعد والأحكام التي تتضمنها القوانين الدستورية، ومن ثم لا يجوز للقوانين العادية أن تخالف أحكام القوانين الدستورية، إذ أنها تصبح غير دستورية فيما لو خالفت أحكام الدستور⁽¹⁾.

وعلى ذلك تختلف الدساتير في تحديد الهيئة التي تضطلع بمهمة الرقابة على دستورية القانون حيث أن منها ما يوكل هذه المهمة إلى هيئة سياسية (البرلمان البريطاني) بينما بعضها الآخر اسند هذه المهمة إلى هيئة قضائية (كالمحكمة الدستورية الأردنية) تقوم بالتحقيق من تطابق القانون مع أحكام الدستور، وعلوية الدستور تعني أن القواعد الدستورية هي أعلى القواعد في الدولة، بحيث أن جميع القواعد القانونية في الدولة تخضع للدستور، لذلك فإن المنطق ومتطلبات الواقع تقضي بأن تكون هذه الرقابة⁽²⁾.

ولا تطرح مسألة دستورية القانون إلا في ظل الدساتير الجامدة، وذلك إن الدستور الجامد يرسم كيفية تعديله، فإذا صدر قانون عادي مخالف له، يعتبر مخالفاً للدستور ووجب إلغاءه، وهو ما يسمى الرقابة الدستورية على القوانين، ومن خلال هذا الفصل سيتم توضيح مفهوم الرقابة الدستورية على القوانين، ونطاقها وأوجهها، لذلك سيتم تقسيم هذا الفصل على النحو الآتي:

المبحث الأول: التعريف بالرقابة الدستورية على القوانين

المبحث الثاني: نطاق الرقابة على دستورية القوانين

⁽¹⁾ المومني، محمد علي إبراهيم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأردنية، في ظل دستور 1952 وتعديلاته لسنة 2011، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، 2018، ص28.

⁽²⁾ الجبوري، فوزي حسين سلمان، نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 7، السنة 2، 2014، ص188.

المبحث الأول

بالرقابة الدستورية على القوانين التعريف

تمهيد وتقسيم:

يعتبر مبدأ الرقابة على دستورية القوانين مبدأ متفرع عن مبدأ سمو الدستور وعن مبدأ تدرج القوانين وقد تبنت الدول الحديثة هذا المبدأ وجعلته من أركان النظام الدستوري في بناء دولة القانون، وتظهر أهمية الرقابة على دستورية القوانين في الدور الذي تلعبه في كفالة احترام الدستور، وتجسيد سموه، وذلك من خلال حمايته من جميع التجاوزات والانتهاكات التي يكون مصدرها القانون أو الأنظمة⁽¹⁾.

كما تظهر الأهمية البالغة لهذه الرقابة في حماية الحقوق والحريات، حيث لا يكفي النص عليها في الدستور وتخويل البرلمان سلطة تنظيم ممارستها للاطمئنان على عدم الاعتداء عليها من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية، بل لابد من تدعيم ذلك بألية قانونية تكون كفيلة بإلغاء ما يتعارض مع أحكام الدستور، ومن خلال هذا المبحث سيتم التطرق إلى نشأة الرقابة على دستورية القوانين، ومن ثم بيان تعريفها، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: نشأة الرقابة الدستورية على القوانين

المطلب الثاني: تعريف الرقابة الدستورية على القوانين

⁽¹⁾ عباس، علي حمزة، والمعموري، سلام صالح، مرجع سابق، ص 350.

المطلب الأول

نشأة الرقابة على دستورية القوانين

تجد الرقابة على دستورية القوانين سندها في مبدأ المشروعية، وهو فيصل التفرقة بين الحكومة القانونية وغيرها من الحكومات الاستبدادية، أي أن النطاق الحقيقي والفعلي لهذه الآلية القانونية هو الدولة القانونية التي يكون الدستور فيها في قمة الهرم القانوني، والذي لا يمكن المساس به أو تعديله إلا بذات الإجراءات المرسومة في الدستور، وهي غالباً ما تختلف من حيث الصعوبة والتعقيد عن إجراءات تعديل القوانين العادية⁽¹⁾.

ويرى البعض⁽²⁾ بأن الفضل في إقرار وتبلور فكرة الرقابة على دستورية القوانين وظهورها في شكل مبدأ دستوري، يرجع إلى الثورة الفرنسية، غير أن أصولها تعود إلى تاريخ ابعده من ذلك، فقد كانت هذه الفكرة متجسدة في المذهب والنظريات السائدة قبل تلك الفترة والتي كانت امتداداً لمبادئ العدالة الانسانية المجسدة في القانون الطبيعي التي لا تزال باقية حتى يومنا هذا، وتبرز هذه الفكرة جلية في كتاب أرسطو⁽³⁾ حيث ذهب إلى فكرة مفادها أن العدل هو القانون الطبيعي ويجب أن توضع على أساسه

¹ (ابو حجيبة، علي الرشيد، الرقابة على دستورية القوانين في الأردن، مطابع الدستور التجارية، ط1، 2004، ص10.

² (المومني، محمد علي ابراهيم، مرجع سابق، ص12.

³ (بوشعير، سعيد، القانون الدستوري والنظم السياسية، ديوان المطبوعات، الجزائر، 2009، ص11. مرجع سابق، ص12.

القوانين الصادرة عن إرادة المشرع، وذلك لأن العدل هو الأساس الذي تستمد منه القوانين قوتها الملزمة، وهو يقتضي إطاعة القوانين التي تضعها الدولة.

وأن العلاقة بين القانون الطبيعي والوضعي تكون في أمرين أولهما، القانون الطبيعي يقتضي من الأفراد إطاعة القانون الوضعي، وثانيهما، أن المشرع يضع بإرادته القوانين الملزمة للأفراد وينبغي أن يلتزم هو الآخر في وضع هذه القواعد بمبادئ القانون الطبيعي الذي يستمد منه القانون الوضعي قوته الملزمة⁽¹⁾.

كما أن هذه الفكرة قد تجسدت في أفكار (جون لوك) الذي كان يدعي بان هناك حقوقاً لا يمكن النزول عنها، وإن هناك أعمالاً محظورة القيام بها حتى على الهيئة التشريعية. كما يمكن أن نقف على تعابير لمثل هذا الأفكار - القانون الأعلى في البلاد - في إعلان الاستقلال الأمريكي لسنة 1776، ومن هذه التعابير: القوانين الحقوق غير القابلة للتحويل أو الحقوق التقديرية كما وكان لهذه الفكرة رواج لدى الكثيرين من مندوبي الولايات خلال فترة نشأة الاتحاد الأمريكي. فالفكرة السائدة كانت تكمن في أن القانون الأساسي هو شيء يسمو على القوانين أو الأعمال التشريعية العادية⁽²⁾.

وإذا كان النظام المتبع في بريطانيا في بدايات القرن السابع عشر يسمح للقاضي برفض أي قانون يتعارض مع قاعدة عليا، وقد ذهب القاضي في قضية

⁽¹⁾ سالمان، عبد العزيز محمد، نظم الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 116.

⁽²⁾ جريج، خليل، الرقابة القضائية على أعمال التشريع، مطبعة الجبلأوي، بيروت، 1997، ص 145-146.

الدكتور (Bonham) في عام 1610 إلى أن القانون العام يسمو على القوانين التي يصدرها البرلمان، ويقضي أحياناً بأن هذه القوانين باطلة بطلاناً مطلقاً، وقد دعم القاضي في هذا الحكم الاتجاه القائل بأن (للأعراف قيمة تسمو على القانون الملكي) أي القوانين الصادرة من البرلمان غير أن التطورات التي حصلت في بريطانيا وانتصار البرلمان في ثورة عام (1688) أدت بالنتيجة إلى التخلي عن هذه الفكرة إلا أن المستعمرين البريطانيين في أمريكا الشمالية ظلوا متمسكين بهذه الفكرة⁽¹⁾.

وأخيراً يذهب البعض في مغزى الرقابة على دستورية القوانين إلى القول بأن: "من أحد أهداف الدستور المكتوب ان يعين ويحدد سلطات الهيئة التشريعية، وان السلطة التشريعية لا يمكن أن يسمح لها بان تصدر قوانين متعارضة مع الدستور إذا ما أريد لهذا الأخير - أي الدستور - أن يسود كقانون أعلى"⁽²⁾.

وبعد أن تكرست مبادئ حقوق الانسان وحياته الأساسية في اعلان خاص، أو في صلب التشريعات الدستورية، كان من الطبيعي أن يتجه الفكر إلى وضع الأنظمة لحماية هذه الحقوق والحريات بصورة مجدية، ليس فقط من اعتداء الأفراد، بل وعلى الأخص من إجراءات السلطة التنفيذية، وأعمال السلطة التشريعية. على أن لنظام الرقابة على العمل التشريعي بدأ في المرحلة الأولى مستحيلاً أو صعباً، نظراً لما كان

⁽¹⁾ البرزنجي، سيرهناك حميد، مقومات الدستور الديمقراطي وآليات المدافعة عنه، دار دجلة ناشرون وموزعون، ط 1، 2009، ص 254 - 256.

⁽²⁾ متولي، عبد الحميد، عصفور، سعد، خليل، محسن، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص53.

يحيط بالسلطة القيمة عليه من حصانه وعصمة، لهذا فشلت محاولات عديدة قام بها فريق من رجال السياسة في عهد الثورة الفرنسية (1).

ففكرة الرقابة على دستورية القوانين أخذت تتبلور مع الزمن في ضوء الاحداث والتجارب العملية، خصوصاً بعدما شهدت البشرية الكثير من ألوان الطغيان والاستبداد، وأثناء الحرب العالمية الأولى والحرب العالمية الثانية، فانطلقت حركة قوية بين الشعوب تهدف لتعزيز كرامة الانسان وحمايتها من التعسف والتحكم، وذلك بضمانه مقوماتها الأساسية في الدستور، ووضع هذه الضمانات في يد القضاء إيماناً باستقلاله (2).

واختلفت الدساتير فيما جاءت به من حلول للرقابة على دستورية القوانين تبعاً للهيئة التي تمارس عملية الرقابة فقد تكون هيئة سياسية ومن ثم تكون الرقابة على دستورية القوانين سياسية، وقد تكون هيئة قضائية ومن ثم تكون رقابة قضائية، فمنها ما اتبع نظام الرقابة السياسية ومنها ما تبع نظام الرقابة القضائية، وتعتبر فرنسا هي الدولة الرائدة ومهد الرقابة السياسية على دستورية القوانين وأخذت دساتير كثير عنها هذا الأسلوب مثل دستور البرازيل الصادر سنة 1937م، الذي كان يخول رئيس الجمهورية سلطة الاعتراض على إصدار القانون إذا رآه مخالفاً للدستور، وتعتبر الدول الاشتراكية هي أكثر الدول تنظيماً لهذه الرقابة السياسية، من ذلك دستور ألمانيا الشرقية (3).

(1) المومني، محمد علي إبراهيم، مرجع سابق، ص 47.

(2) جريج، خليل، المرجع السابق، ص 147.

(3) درويش، ابراهيم، القانون الدستوري، النظرية العامة والرقابة الدستورية، الناشر دار النهضة العربية، ط1، 2004، ص 189.

وأخذت الدساتير الفرنسية جميعاً بالرقابة السياسية على دستورية القوانين، فكان أول اقتراح لتطبيق الرقابة السياسية في دستور السنة الثالثة للثورة الفرنسية منه انشاء غرفة دستورية تتولى مهمة الرقابة على دستورية القوانين وتشكل من الرئيس الأعلى للمجلس وستة أعضاء معينين، وإزاء ما وجه للرقابة السياسية من انتقادات نادى معظم فقهاء القانون الدستوري بضرورة إسناد مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة قضائية بحيث يصبح عمل القاضي في هذا الحالة ليس فقط تطبيق القانون، وإنما التحقق من مدى مطابقة أو موافقة هذا القانون لأحكام الدستور⁽¹⁾.

وتقوم فكرة دستورية القوانين على أساس أن السيادة للدستور باعتباره القانون الأعلى للدولة، فهو وحده الذي يقرر مدى ما لكل سلطة من السلطات من اختصاص، ومن ثم فاستعمال هذه السلطات لوظائفها يجب أن يقوم على أساس احترام كل منها للمبادئ التي أقرها الدستور، غير أن سلطة القضاء في بحث دستورية القوانين ليست طليقة من كل قيد، بل تخضع لجملة من الضوابط أجملتها المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في حكم لها عام 1936، فيما يلي⁽²⁾:

1. لا يجوز للقضاء ان يبحث عيب القانون ومخالفته للدستور إلا عند تطبيق أحكامه على نزاع معين معروض في صورة خصومة قضائية، ومن ثم لا يجوز له أن يبدي رأيه على سبيل الإفتاء.

⁽¹⁾ المبرجي، احسان، ونعمه، كطران زغير، والجده، رعد ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، جامعة بغداد، كلية القانون، 1999، ص145.

⁽²⁾ الساعدي، حميد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، 2009، ص244. وكذلك أنظر: الخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص254.

2. لا يجوز للقضاء أن يتعرض لعيب مخالفة أحكام الدستور إلا إذا اقتضى الفصل في النزاع ذلك، أما إذا أمكن نظر النزاع على أساس آخر كأن يجتمع عيب آخر مع عيب مخالفة الدستور وجب على القضاء ان يقتصر في نظر النزاع على العيب الأول فيقضي بإلغاء القرار المطعون فيه بسببه لا بسبب عيب مخالفة أحكام الدستور، ومن ثم يكون هذا العيب الأخير ذا صفة احتياطية، لا يتعرض له القاضي إلا إذا أن عدت العيوب الأخرى.

3. لا يقضي القضاء بدستورية أو عدم دستورية القوانين من تلقاء نفسه وإنما بناء على طلب الخصوم، بل ويجب أن يكون ذلك في المجال وبالقدر الذي يسمح بالفصل في الخصومة المطروحة أمامه.

4. يجب أن يكون القرار الصادر تطبيقاً للقانون المعيب قد أضر بحق الطاعن وإلا فلا وجه للتعرض له.

5. لا يجوز استبعاد القانون من نطاق التطبيق على النزاع، إلا إذا ثبت على وجه اليقين انه مخالف للدستور، فإذا قام شك في دستوريته كان على القضاء أن يطبق القانون، إذ أن الأصل أن يصدر القانون على مقتضى أحكام الدستور ما لم يثبت العكس.

6. لا تقضي المحكمة بإلغاء القانون وإنما تمتنع عن تطبيقه، ومن ثم يظل القانون قائماً، فيصح لمحكمة أخرى تطبيقه، إذا رأت أنه دستوري، ما لم يكن الحكم بعدم دستوريته صادراً من المحكمة الاتحادية العليا⁽¹⁾.

وتعد الولايات المتحدة الوطن الأم للرقابة القضائية على دستورية القوانين، بالرغم من أن الدستور الأمريكي لم ينص صراحة على منح هذه الصلاحيات للمحاكم، لكن هذا الحق تقرر بواسطة القضاء من جانب وتأييد الفقه من جانب آخر، ومرت الرقابة القضائية في الولايات المتحدة بعدة مراحل قبل أن يصل إلى ما هو عليه الآن، فكانت المحاكم في بادئ الأمر تطبق القوانين كما تصدرها المجالس التشريعية حتى سنة 1786، حيث رفضت محكمة (رود أيسلند) في قضية (ترفيت ضد ويدن) تطبيق قانون يقضي بجعل النقود الورقية عملة إلزامية لمخالفة دستور الولاية وفي قضية (بايار ضد سنجلستون) قضت محكمة (كارولينا الشمالية) بعدم دستورية قانون صدر بملكية العقارات المشتراه من بين ما جرى مصادرتها من أموال خصوم الثورة⁽²⁾.

ولم تكن الدساتير العربية بعيدة عن هذا النظام الرقابي، فقد اخذ به كل من القانون الأساسي العراقي لسنة 1925، حيث وردت أول إشارة إلى القضاء الدستوري في القانون الأساسي العراقي لسنة 1925 في المادة (18) التي قضت بتشكيل محكمة عليا تتولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين وتفسير نصوصه، إلا أنها كانت مؤقتة، لأن إنشاءها مرتبط بالمهمة المحالة إليها، ولذلك فإن هذه المحكمة لم تمارس

⁽¹⁾ حسن، محمد قدري، القانون الدستوري، مع شرح للنظام الدستوري لدولة الامارات، الأفاق المشرقة ناشرون، أبو ظبي، 2014، ص 167.

⁽²⁾ الخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص 245.

الرقابة على القوانين الا في حالات نادرة، وليس لها دور في ضمان مبدأ المشروعية (المشروعية هي، خضوع القاعدة القانونية الأدنى للقاعدة القانونية الأعلى⁽¹⁾).

وبتاريخ 2003/4/9 تم تغيير النظام السياسي الحاكم في العراق، وفي عام 2004 صدر قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، وقد نص القانون على انشاء محكمة اتحادية عليا، وصدر القانون رقم (30) لسنة 2005 الذي ينص على تشكيلها هذه المحكمة واختصاصاتها والأمور التنظيمية الأخرى، إذ تم تشكيلها ولا زالت تعمل لغاية الآن في الرقابة الدستورية على القوانين والأنظمة والقرارات والإجراءات، وتفسير القوانين، وأخيراً صدر دستور جمهورية العراق سنة ٢٠٠٥ الساري المفعول حالياً، وتضمن إنشاء محكمة اتحادية عليا مستقلة مالياً وإدارياً وحدد آلية تشكيلها واختصاصاتها، ولكنها لم تُشكل، واستمرت المحكمة السابقة بعملها إلى الان، بسبب عدم صدور القانون الذي ينظم تشكيلها وفق هذا الدستور.

وكذلك الدستور الأردني لسنة 1952 في تعديلاته لسنة 2011⁽²⁾ في الفصل الخامس من الدستور الأردني ونص على انشاء محكمة دستورية يكون مقرها في العاصمة وتعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، وتؤلف من تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينه الملك بموجب المادة رقم (1/58) من الدستور الأردني، تختص بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وتصدر أحكامه باسم الملك، وتكون أحكامها نهائية وملزمة لجميع السلطات كافة، كما تكون أحكامه نافذة بأثر

⁽¹⁾ العزام، سهيل محمد احمد، أنواع الرقابة على دستورية القوانين، دار المطبوعات والنشر، 2003، ص 27.

⁽²⁾ الدستور الأردني لسنة 1952 (وتعديلاته لسنة 2011) المنشور في العدد 5396 على الصفحة 2573 بتاريخ 2016-05-05 والساري بتاريخ 2016-05-05

مباشر ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر لنفاذه، وتنشر أحكام المحكمة الدستورية في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها. بموجب المادة رقم (1/59) من الدستور الأردني.

المطلب الثاني

تعريف الرقابة على دستورية القوانين

كما أشرنا سابقاً يأتي الدستور في قمة الهرم القانوني وذلك نظراً للأهمية التي تحتلها الدساتير في الأنظمة القانونية ومن هنا جاء الفقه الدستوري بالمبدأ المعروف بسمو الدستور والذي يعني (علو الدستور على سائر القواعد القانونية فإذا ما تعارضت هذه القواعد في روحها أو مبدئها مع الدستور كان النص الدستوري مرجعاً عليها)⁽¹⁾ ومبدأ سمو الدستور أي علو قواعده وسيادتها على سائر القواعد القانونية الأخرى⁽²⁾.

ويعتبر مبدأ الرقابة على دستورية القوانين من ضمانات سمو الدستور وهو أثر من أثار التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين العادية حيث لا يثار البحث في شأنها في البلاد ذات الدساتير المرنة، كما هو الحال في النظام الانجليزي. أما في البلاد ذات الدساتير الجامدة فتقوم التفرقة بين القوانين الدستورية وهي القوانين الأساسية وبين القوانين العادية في الحدود التي رسمها الدستور. والنتيجة الطبيعية لهذه التفرقة ان تظهر قاعدة دستورية القوانين التي تقضي بان لا يصدر قانون على خلاف حكم الدستور، ومن هنا يتضح ضرورة الرقابة على دستورية القوانين حفاظاً على مبدأ المشروعية ضد أي اعتداء عليه أو مساس بمضمونه، إذ بدون هذا المبدأ يصبح سمو

⁽¹⁾ الخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص245.

⁽²⁾ الطهراوي، هاني علي، رقابة الامتثال على دستورية القوانين وموقف القضاء الأردني، ص1. بحث منشور على الموقع الالكتروني www.osamabahar.com. تاريخ الزيارة: 2020/7/29، الساعة الثامنة مساءً.

الدستور مجرد قاعدة شكلية لا تضمن للدستور سموه وسيادته على نحو حقيقي وفعلي⁽¹⁾.

ويمكن القول أن جوهر فكرة الدستور تكمن أولاً وقبل كل شيء، في علو شأنه فأبي مساس أو عدم ضمان لهذه العلو يشكل أخطر أزمة تواجهها فكرة الدستور، فلا بد إذن من ضمان هذا العلو في الحقيقة والواقع وإلا بقيت كلمه أو تأكيد فارغ، وقد ارتأى أن خير وسيلة لتحقيق ذلك هي الرقابة على دستورية القوانين التي يضعها المشرع العادي، حيث أن هذه الرقابة تمثل المرحلة الأخيرة والأهم لتأكيد علو الدستور⁽²⁾.

وعلى ذلك يقصد بالرقابة على دستورية القوانين منع صدور نصوص قانونية مخالفة للدستور، فهي وسيلة لحماية الدستور من إي اعتداء أو خرق تطبيقاً لمبدأ سمو الدستور، كما يقصد بها وجوب حماية الدستور من أي خرق محتمل من قبل السلطتين التشريعية أو التنفيذية، ولو أن القصد الأساسي هو السلطة التشريعية لأن السلطة التنفيذية يمكن إخضاع قراراتها المشوبة بعدم المشروعية للرقابة القضائية، ويقصد بالرقابة على دستورية القوانين التزام سلطات الدولة الثلاث بأحكام الدستور باعتباره القانون الأسمى في الدولة، حيث إن مبدأ سمو الدستور يكون غير ذي قيمة إذا لم يحترم من قبل السلطات، وبالتالي فالرقابة على دستورية القوانين تعني التأكد من احترام القوانين للقواعد الدستورية شكلاً وموضوعاً⁽³⁾.

⁽¹⁾ ابو حجيبة، علي رشيد، مرجع سابق، ص 7.

⁽²⁾ درويش، إبراهيم، مرجع سابق، ص 147.

⁽³⁾ المومني، محمد سليمان إبراهيم، مرجع سابق، ص 52.

وعلو الدستور يعني أن القواعد الدستورية هي أعلى القواعد في الدولة، بحيث ان جميع القواعد القانونية في الدولة تخضع للدستور، لذلك فان المنطق ومتطلبات الواقع تقضي بان تكون هذه الرقابة، أولاً، رقابة وقائية بمعنى إيقاف اكتمال القانون الذي يشك في مخالفته للدستور، إلا أن مشروع القانون يمكن أن يتجاوز مرحلة التصدي له بسبب عدم دستوريته وهو ما يزل في مرحلة التحضير، وعندها فان ملاحقة القانون يمكن أن تستمر بعد صدور القانون لوضع حد لتجاوزه على الدستور، وذلك عن طريق رقابة لاحقة يمكن إن تؤدي إلى إلغائه أو عدم تطبيقه⁽¹⁾.

فالدستور الذي ينشي السلطات في الدولة ويحدد اختصاصاتها والشروط اللازمة لممارسة هذه الاختصاصات، فإنه هو الذي ينشئ السلطة التشريعية ويبين كيفية تشكيلها وشروط صحة انعقادها والقواعد التي يجب أن تطبقها والحدود التي لا يجوز لها أن تتعداها، وان فعلت ذلك كان التشريع صحيحا، والمقصود بصحة التشريع ان يكون التشريع العادي سليماً من الناحية الشكلية وكذلك من الناحية الموضوعية⁽²⁾.

ويكون التشريع صحيحا من الناحية الشكلية إذا صدر وفقاً للشروط والإجراءات المقررة في الدستور، فالدستور هو الذي يبين السلطة المختصة بوضع القواعد العادية وقرارها وإصدارها ونشرها، فإن لم يستوف التشريع هذه الإجراءات والشروط كان باطلاً، كما يكون التشريع صحيحا من الناحية الموضوعية إذا صدر التشريع موافقاً لأحكام

⁽¹⁾ الشاوي، منذر، النظرية العامة في القانون الدستوري، دار ورد للنشر والتوزيع، ط1، 2007، ص 302.

⁽²⁾ ابو حجيبة، علي رشيد، مرجع سابق، ص7.

الدستور نصاً وروحاً، فإن خالف التشريع العادي احكام الدستور اعتبر باطلاً وغير دستوري⁽¹⁾.

وكما ذكرنا سابقاً ترتب على مبدأ ((سمو الدستور)) على غيره من التشريعات العادية ظهور ما يعرف (اليوم) بالرقابة على دستورية القوانين والذي يقوم على إن جميع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية لا بد إن تكون متوافقة مع الدستور الجامد شكلاً ومضموناً فالقوانين يشترط فيها إن تكون متوافقة من حيث الشكل مع الدستور، أي أن تكون صادرة عن سلطة مختصة بإصدار القوانين، وإن تتبع هذه السلطة عند إصدارها للقوانين كل الإجراءات التي رسمها الدستور والا اعتبرت القوانين غير دستورية، وباطلة لمخالفتها الشكلية، كما أنه يصبح من الضروري إن تكون القوانين متوافقة مع مضمون الدستور ومحتواه، فإذا ما تعارضت مع الدستور فإنها تصبح غير دستورية⁽²⁾.

وفي هذا الإطار، فإنه أصبح من البديهيات في علم القانون، تدرج القواعد القانونية من حيث القوة، ووجوب خضوع القاعدة الأدنى في الهرم التشريعي إلى القاعدة الأعلى، وتدرج القواعد القانونية من الأعلى إلى الأسفل بالنظر إلى السلطة التي تضع القاعدة القانونية؛ فالدستور الذي هو من عمل ((السلطة التأسيسية)) أي الشعب أو من يمثله، يحتل قمة الهرم القانوني، ويأتي بعد ذلك القانون العادي، وهو من صنع السلطة

⁽¹⁾ الخطيب، نعمان احمد، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الإصدار الأول، 1999، ص 546.

⁽²⁾ متولي، عبد الحميد، وعصفور، سعيد، وخليل، محسن، القانون الدستوري والانظمة السياسية، الناشر دار المعارف، بالإسكندرية، 2002، ط3، ص51.

التشريعية، وهي في مرتبة أدنى من السلطة التأسيسية، وتتدرج - فيما بعد- القواعد، اللوائح، القرارات، المنشورات.... الخ⁽¹⁾.

وكذلك تزداد أهمية الرقابة على دستورية القوانين العادية داخل الدول القانونية وهي الدول التي يتم فيها - في ظل سيادة القانون - الخضوع لأحكام القانون بوجه عام، مع الخضوع لأحكام الدستور بوجه خاص، من جميع السلطات، وهو الأمر الذي يتعين معه أن تقام كل الضمانات الكفيلة بصيانة القانون، مما يوجب صدوره طبقا للدستور، ويوجب بالتالي، تأكيدا للحرية ودعمها لها، تقرير الرقابة على دستورية القوانين (سياسية كانت أو قضائية)⁽²⁾.

¹ (القباني، بكر، دراسة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 186.

² (القباني بكر، دراسة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص186.

المبحث الثاني

نطاق الرقابة على دستورية القوانين وأنواعها

تمهيد وتقسيم:

تباينت الدول في تحديد مدى ونطاق الرقابة على دستورية القوانين، وذلك باختلاف الأنظمة التي تعتمدها لتطبيق تلك الرقابة أو الهيئة التي عهد بها إليها، ومهما يكن فالرقابة على دستورية القوانين عند ممارستها، عليها أن لا تغالي فيها لكي تشكل مساساً باستقلال السلطة التشريعية وان كانت الرقابة القضائية جزءاً من الوظيفة القضائية، إلا إنها تمتاز بالدقة والخطورة لما قد ينتج عنها من آثار قانونية وسياسية عند تعرضها للحكم على أعمال سلطة أخرى من سلطات الدولة، ما تثيره الرقابة من إشكالات سياسية ودستورية، ومن هنا فعلى الهيئة المناط بها مهمة الرقابة على دستورية القوانين ان تنقيد في نطاق مهمتها بضوابط لا تتعداها، منها ما يتعلق بالمخالفات الشكلية للدستور ومنها ما يتعلق بالمخالفة الموضوعية⁽¹⁾.

ولذلك فان القانون الصادر من السلطة التشريعية، وحتى يكون بمنأى عن مخالفة الدستور لا يكفي إن يراعي الشكل الذي يتطلبه الدستور في القانون، إنما يجب ايضاً ان يكون متفقاً مع موضوعه وفحواه⁽²⁾، وإذا كانت معظم الدول قد أخذت بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين فانه يمكن رد أوجه هذه الرقابة إلى رقابة تتعلق بالمخالفة

⁽¹⁾ الشوابكة، محمد عبد الله، المرجع السابق، ط 1، 2012، ص 66.

⁽²⁾ عباس، علي حمزة، والمعموري، سلام صالح، مرجع سابق، ص 466.

الشكالية للدستور وتتمثل في - مخالفة قواعد الشكل الواجب مراعاته - والاختصاص - والمحل. ورقابة موضوعية تتعلق بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية⁽¹⁾. ولهذا سيتم من خلال هذا المبحث تناول المواضيع التالية:

المطلب الأول: المخالفة الشكلية للدستور

المطلب الثاني: المخالفة الموضوعية للدستور

المطلب الأول

المخالفة الشكلية للدستور

الأنظمة والتعليمات والقرارات كما هي في التشريع العراقي والأردني أو كما تسمى القوانين العادية يخضعها الدستور لقيود وضوابط محددة من حيث الشكل والاختصاص والمحل، باعتبار أن الدستور هو الذي يحدد الإجراءات التي يمر بها التشريع حتى يصبح قانوناً، كما يحدد السلطات المختصة في إصدارها، ويضع ضوابط موضوعية لا يجوز للتشريع إن يتجاوزها⁽²⁾.

⁽¹⁾ أبو حجلة، علي رشيد، مرجع سابق، ص 11-12.

⁽²⁾ يجب التنويه هنا أن الدستور العراقي لسنة 2005 لم يمنح السلطة التنفيذية في العراقي (رئيس الجمهورية ولا الحكومة) الحق في إصدار قانون لأن السلطة التشريعية العراقية بموجب الدستور لا يحق لها أن تفوض السلطة التنفيذية من أجل إصدار قرارات لها قوة القانون، بينما أشار الدستور العراقي فقط في حال الطوارئ يحق للحكومة ذلك على أن يتم تنظيم الصلاحيات الممنوحة لها وما يترتب عليه بموجب قانون ولم يصدر القانون لغاية الآن.

وبالتالي فتجاوز قواعد الشكل وما تتطلبها من إجراءات نص عليها الدستور لكي يتسم القانون أو اللائحة بسلامة التشريع وصحته تشكل مخالفة شكلية للدستور الذي صدرت في ظله، وجب بحث هذه الشكلية في النصوص التشريعية واللائحة قبل التعرض لبحث العيوب الموضوعية، باعتبار ان الشكلية للنصوص القانونية هي أصل قوامها، وبنائها لا يكتمل من دون توافرها، وبالتالي تفقد وجودها كقاعدة قانونية ملزمة لأن أصل القاعدة القانونية عند بحث مخالفتها للدستور من الناحية الموضوعية يجب إن تكون مستوفية لشرائطها الشكلية ويجب على الهيئة المنوط بها مراقبة دستوريته إن تبحث بهذه الشكليات مسبقا من تلقاء نفسها لترى إن كانت مخالفة للدستور ام لا وتضع بحقها الجزاء من حيث الإلغاء إذا كانت هنالك محكمة دستورية وبحال عدم توافرها كما في العديد من الدول تمتنع عن تطبيقها⁽¹⁾.

والاختصاص والشكل ركنان شكليان في التشريع، أما المحل فهو ركن موضوعي في التشريع ولكنه يتفق مع ركن الاختصاص والشكل في إن كلا من هذه الأركان الثلاثة لا يجعل الدستور فيه للمشرع إلا سلطة محددة من السهل اكتشاف تجاوزها⁽²⁾. ومن خلال هذا المطلب سيتم شرح هذه المخالفات على النحو الآتي:

الفرع الأول: قواعد الاختصاص

يقصد بعدم الاختصاص هو (عدم المقدرة من الناحية القانونية على اتخاذ تصرف معين، نتيجة لانتهاك ومخالفة القواعد المحددة لاختصاص السلطة صاحبة

¹ (الشوايكة محمد عبدالله، مرجع السابق، ص 67.

² (ابو حجيلة، علي رشيد، مرجع السابق، ص 13 - 15.

(التصرف)، وترتبط هذه الفكرة بمبدأ الفصل بين السلطات، حيث يهدف هذا المبدأ إلى توزيع الاختصاص بين سلطات الدولة الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية) على نحو يكفل تحديد المسؤوليات وعدم التدخل فيما بين هذه السلطات، وتستمد هذه السلطات مصدرها من الدستور، بحيث أنه لا يجوز أن يباشر الاختصاص إلا من قبل الجهة التي حددها الدستور، وبالتالي فلا يجوز لسلطة منحها الدستور اختصاصاً معيناً أن تفوض غيرها في ممارسة هذا الاختصاص إلا بناء على نص صريح فيه⁽¹⁾.

والأصل إن السلطة التشريعية هي التي تقوم بمهمة التشريع، ولا يجوز الخروج على هذا النص إلا بنص صريح في الدستور، كما إن السلطة التنفيذية تتولى أعمال التنفيذ، ولا يجوز لها إن تتدخل في أعمال التشريع إلا بنص في الدستور يجيز ذلك ومن أمثلة التشريعات التي تصدر عن السلطة التنفيذية، تشريعات الضرورة أو القوانين المؤقتة التي يجب ان لا تخالف الدستور والأنظمة المستقلة وتشريعات الأحكام العرفية والطوارئ، ولما كان الأمر كذلك فلا يجوز للسلطة التشريعية إن تفوض غيرها في عملية التشريع ما لم يوجد نص دستوري يسمح بذلك، وإلا اعتبر القانون الصادر غير دستوري ومعيباً بعبء عدم الاختصاص لصدوره من جهة غير مختصة، كما لا يجوز للسلطة التشريعية إن تفوض كل اختصاصاتها لغيرها من السلطات بأي حال من

¹ (عباس، علي حمزة، والمعموري، سلام صالح، مرجع سابق، ص468.

الأحوال⁽¹⁾. وهو ما هو معمول به في العراق حيث أنه لا يوجد نص دستوري يسمح للسلطة التشريعية تفويض السلطة التنفيذية إصدار قوانين⁽²⁾.

وعلى ذلك يركز عيب عدم الاختصاص في المجال الدستوري على مخالفة السلطة المختصة بالتشريع لقواعد الاختصاص التي يمارسها الدستور، وهذا العيب قد يكون عضوياً (شخصياً) أو موضوعياً أو زمنياً أو مكانياً.

أولاً: عيب عدم الاختصاص العضوي أو الشخصي

يتمثل هذا العيب فيمن يصدر القانون من العضو أو السلطة التي أعطاها القانون ذلك الاختصاص فالأصل هو أن يصدر القانون من السلطة التشريعية والتي يمثلها البرلمان، وهي من تقوم بمهمة التشريع ولا يجوز الخروج على هذا الأصل إلا بنص صريح في الدستور⁽³⁾.

فالسطة التنفيذية تتولى أعمال التنفيذ، ولا يجوز لها أن تتدخل في أعمال التشريع إلا بنص في الدستور يجيز ذلك لها، والسلطة التشريعية مختصة بالتشريع ولا يحق لها التدخل في الأمور التنفيذية⁽⁴⁾. وعلى ذلك تكون تلك السلطات مقيدة بهذا الاختصاص ولا تخرج عنه إلا بأذن صريح من الدستور ضمن نص في صلبه كما هو الحال في ظل الدستور العراقي المادة (61/تاسعاً) أشارت إلى تخويل رئيس مجلس

⁽¹⁾ محمد، غنى زغير عطية، الدعوى الدستورية بين القانون وقرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق: درة تحليلية، بحث منشور، مجلة جامعة ذي قار، المجلد 11، العدد 2، 2016، ص 206.

⁽²⁾ عباس، علي حمزة، والمعموري، سلام صالح، مرجع سابق، ص 468.

⁽³⁾ الدناصوري، عز الدين، والشواربي، عبد الحميد، الدعوى الدستورية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2001، ص 112.

⁽⁴⁾ ابو حجيلة، علي رشيد، مرجع سابق، ص 13.

الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من إدارة البلاد في أوقات الحرب وأوقات الطوارئ.

وكذلك نص الدستور الأردني المادة (94) منه⁽¹⁾ التي أذنت للسلطة التنفيذية بسن قوانين وهي تشريعات فرعية تسمى القوانين المؤقتة في التشريع الأردني في حال كان مجلس النواب منحلًا.

وبما إن الدستور قد حدد لكل سلطة اختصاصاً معيناً يحظر عليها تجاوزه، وأي عمل يصدر خلافاً لهذا القيد يكون معيباً بعيب عدم الدستورية لعدم الاختصاص العضوي أو الشخصي بمعنى خروج التشريع عن الموضوع الذي حدده الدستور⁽²⁾.

ثانياً: عدم الاختصاص الموضوعي

بعد التأكد من إن التشريع محل الطعن قد صدر من السلطة المختصة به، يتعين بعدها التأكد من الاختصاص الموضوعي، ويقصد به (إن السلطة المختصة بالتشريع قد مارست اختصاصها التشريعي في الموضوع الذي أسنده إليها الدستور وإلا

⁽¹⁾ تنص المادة (94) من الدستور الأردني على أنه: " 1- عندما يكون مجلس النواب منحلًا يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك ان يضع قوانين مؤقتة لمواجهة الامور الاتي بيانها :- أ- الكوارث العامة . ب- حالة الحرب والطوارئ . ج- الحاجة الى نفقات ضرورية ومستعجلة لا تحتمل التاجيل . ويكون للقوانين المؤقتة التي يجب ان لا تخالف احكام الدستور قوة القانون على ان تعرض على مجلس الامة في اول اجتماع يعقده، وعلى المجلس البت فيها خلال دورتين عاديتين متتاليتين من تاريخ احوالها وله ان يقر هذه القوانين او يعدلها او يرفضها فاذا رفضها او انقضت المدة المنصوص عليها في هذه الفقرة ولم يبت بها وجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك ان يعلن بطلان نفاذها فوراً ، ومن تاريخ ذلك الاعلان يزول ما كان لها من قوة القانون على ان لا يؤثر ذلك في العقود والحقوق المكتسبة 2- يسري مفعول القوانين المؤقتة بالصورة التي يسري فيها مفعول القوانين بمقتضى حكم المادة (93) من هذا الدستور. "

⁽²⁾ الشوابكة، محمد عبدالله، مرجع سابق، ص 69.

كان التشريع مخالفاً للدستور لتخلف العنصر الموضوعي في الاختصاص). وعليه فإن صدور قرار فردي من السلطة التشريعية في شكل قانون في غير الحالات المحددة في الدستور غير دستورية لعدم اختصاص البرلمان الموضوعي⁽¹⁾.

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية الأردنية بهذا الشأن في أحد أحكامها بأنه: "لما كان الدفع موضوع هذا الطعن ينصبُّ مباشرة على القول بعدم دستورية المادة (59 / 1) من قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية المؤقت بسبب قيام الجهة المستملكة، ببيع بعض قطع الأراضي المشمولة بالاستملاك. وكانت هذه المادة تجيز لمجلس التنظيم الأعلى والى لجان التنظيم اللوائية، أن تتصرف بالأرض المستملكة من أجل الغايات الواردة في المادة (23 / 5 و) من قانون التنظيم إياه، بطريق البيع أو الاجارة، الى أي سلطة محلية، أو حكومية أو أي مؤسسة أخرى، أو شخص آخر من أجل إعمارها. وكانت المادة (11) من الدستور، لا تضع على مجلس الوزراء أي قيد يمنعُ من التصرف بالأرض المستملكة، التي أصبحت من الأملاك العامة وانقطعت علاقة المالك بها، وله الحق بالتصرف بالأرض المستملكة بالشكل الذي يراه مناسباً لتحقيق المنفعة العامة. وكانت المادة (5) من قانون الاستملاك قد أجازت لمجلس الوزراء، أن يقرر الموافقة على استعمال العقار المستملك، في أي وجه آخر من وجوه النفع العام، خلاف النفع العام الذي كان العقار قد استملك من أجله وكان مفهوم الغاية التي تم استملاك العقار من أجلها، قد تطور، لمسايرة الاستهدافات والاعتبارات المستجدة، من وجوه النفع العام. وكان ما بيّناه من أحكام الدستور، وقانون الاستملاك النافذ، وقرار

⁽¹⁾ الشوابكة، محمد عبدالله، مرجع سابق، ص70.

المجلس العالي لتفسير الدستور، عندما كان صاحب ولاية في حينه، وقرار الديوان الخاص بتفسير القوانين، التي توافقت جميعها من حيث النتيجة على جواز استعمال العقار المستملك في أي وجه من وجوه النفع العام، من غير النفع العام الذي كان قائماً عندما جرى استملاك العقار من اجله، وأن مفهوم النفع العام يتغير تبعاً لتغير الظروف، بحيث يصبح ما كان يطلق عليه لغايات النفع العام عند الاستملاك قد تغير، ليحقق الاعتبارات والاستهدافات المستجدة، التي لم تكن قائمة عند الاستملاك. وكان الدفع بعدم دستورية المادة (59/ 1) من قانون تنظيم المدن والقرى والأبنية المشار إليه بأعلاه، قد بنى على ما تضمنه هذا النص من إجازة التصرف بالعقار المستملك بطريق البيع أو الاجارة فإن ما توصلنا إليه يجعل المادة (59/ 1) المدفوع بعدم دستورتها تخلو من شبهة مخالفة الدستور، ويكون الطعن غير مستند لأي أساس قانوني أو واقعي سليم، وحقيقاً بالرد. لهذا وتأسيساً على ما تقدم نقرر رد الطعن موضوع⁽¹⁾.

ثالثاً: عدم الاختصاص الزمني

قد يضع الدستور قيوداً زمنياً على ممارسة اختصاص التشريع من قبل السلطة التشريعية أو من قبل السلطة التنفيذية، فإذا لم تراخ السلطة التي تقوم بتلك المهمة القيد الزمني وصدرت التشريع في وقت لم يكن لها حق ممارسة هذا الاختصاص؛ عندها تكون قد خرجت عن الحد الزمني المحدد دستوريا لإصداره، وبالتالي يترتب على ذلك مخالفة التشريع للقيد الزمني الذي جاء به الدستور، ومن الفروض التي تحقق فيها القيد الزمني في الاختصاص إقرار البرلمان لقانون بعد حله أو انتهاء المدة المحددة له في

⁽¹⁾ المحكمة الدستورية، القرار التفسيري رقم 3 لسنة 2017/ منشورات قسطاس.

الدستور، أو أن يصدر رئيس الجمهورية تشريعاً في حالة التفويض التشريعي بعد انتهاء المدة الزمنية المحددة لممارسة هذا التفويض، وحيث إن صدور هذا التشريع فيه مخالفة صريحة للقيود الزمنية الذي ورد بالدستور لممارسة هذا الاختصاص الاستثنائي من جانب السلطة التنفيذية⁽¹⁾.

ومعنى ذلك أن يصدر قانون في وقت أو زمن لا تكون السلطة المختصة بإصداره تملك حق مباشرة هذا الاختصاص، كان يصدر رئيس الحكومة العراقية قراراً بقانون في غير حالة الطوارئ والحرب التي قررتها المادة (61/تاسعاً) من الدستور العراقي وبالتالي يكون هذا القرار معيباً بعدم الاختصاص الزمني. وهذا أيضاً ينسحب على المادة (94) من الدستور الأردني لسنة (1952) المشار إليه سابقاً في حال إصدار قوانين مؤقتة من قبل السلطة التنفيذية ومجلس النواب منحل، بالتأكيد نكون أمام قانون غير دستوري لمخالفته قواعد الاختصاص الزمانية⁽²⁾.

رابعاً: عدم الاختصاص المكاني

تحدد بعض الدساتير مكاناً معيناً تمارس فيه السلطة التشريعية التي تتمثل في البرلمان، بحيث أنه إذا مارس البرلمان هذا الاختصاص خارج النطاق المكاني المحدد بالدستور فإن التشريع الذي يصدر في هذه الحالة يكون غير دستوري لمخالفته قواعد الاختصاص المكاني، إذن يتمثل هذا العيب في حال نص الدستور على مكان انعقاد السلطة التشريعية وسن التشريعات فيه وإن تلك السلطة أصدرت تشريعاً في مكان آخر

⁽¹⁾ سالم، عبد العزيز محمد، رقابة دستورية القوانين، دار لفكر العربي، القاهرة، 2009، ص145.

⁽²⁾ نص المادة (94) من الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته الأخيرة لسنة 2011.

مغاير لما حدده الدستور، فيصبح ذلك التشريع أو القانون معيباً بعبء عدم الاختصاص المكاني.

الفرع الثاني: مخالفة قواعد الشكل الواجب اتباعها

يمر التشريع بمراحل متعددة حتى يكون دستورياً، ووفقاً لإجراءات محددة وجوهرية يتطلبها الدستور يتعين إتباعها، وفي حال عدم مراعاة هذه المراحل والإجراءات التي يتطلبها الدستور يترتب على ذلك أن يصبح التشريع باطلاً يتعين إلغاؤه أو الامتناع عن تطبيقه.

ومن أمثلة المخالفات التي تتعلق بالشكل والإجراءات، إن يصدر التشريع دون موافقة الأغلبية البرلمانية التي حددها الدستور، أو دون تصديق رئيس الدولة في الأحوال التي يوجب فيها الدستور ذلك. ويترتب على مخالفة القواعد الشكلية والإجرائية إن تكون للجهة المنوط بها الرقابة على دستورية القوانين حق مراقبة التشريع وتقرير عدم دستوريته إذا ما تعلق الأمر بمخالفة جوهرية لتلك القواعد والإجراءات.

مما سبق نلاحظ أنه لا خلاف بين الفقه على أن الجهة المناط بها مهمة الرقابة على دستورية القوانين إن تبحث في شكل التشريع إن كان متفقاً في إجراءات ومراحل صدوره مع ما حدده الدستور وخلاف ذلك يتعرض للجزاء المقرر له بعدم الدستورية من حيث الشكل وهذا ينسحب على الإجراءات المتبعة في إصدار القوانين

العادية الصادرة عن السلطة التشريعية كتشريع اصلي كما هو الحال في التشريع الفرعي الصادر عن السلطة التنفيذية⁽¹⁾.

ثالثا: مخالفة المحل:

يشترط في التشريع أن يكون في محله دستوريا ولكي يكون محل التشريع غير مخالف للدستور يجب ان يكون متقفا مع مبدأ الفصل بين السلطات. فوظيفة السلطة التشريعية هي التشريع والسلطة التنفيذية تختص في التنفيذ - والسلطة القضائية وظيفتها تطبيق هذا التشريع عندما تنشأ نزاعات تدخل في نطاقه، لذلك يجب أن لا يخالف التشريع أي قاعدة دستورية، ولما كانت السلطة التشريعية تختص بالتشريع. فان طبيعة هذا التشريع هو أنه قاعدة عامة مجردة، فإذا وضع البرلمان تشريعا ولم تتوفر فيه هذه الخاصية بل كان قرارا فرديا وضع لحالة معينة بالذات، كان باطلا لخروجه عن طبيعة التشريع⁽²⁾.

ومن ناحية ثانية فقد يخالف التشريع في محله نصا من نصوص الدستور التي ترسم للمشرع سلطة محددة، وهذه النصوص التي يخالفها التشريع قد تكون متعلقة بالحقوق والحريات العامة التي أوجب الدستور تنظيمها بالقانون، الأمر الذي يعني انه إذا تم تنظيمها بأداة أدنى من القانون اعتبر ذلك التشريع غير دستوري⁽³⁾.

⁽¹⁾ الخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص311.

⁽²⁾ الدناصوري، عز الدين، والشواربي، عبد الحميد، مرجع سابق، ص158.

⁽³⁾ ابو حجيبة، علي رشيد، مرجع سابق، ص15.

المطلب الثاني

المخالفة الموضوعية للدستور

ينص الدستور على الإجراءات الشكلية الواجب مراعاتها لسن القوانين وقد يصدر التشريع مستوفياً لهذه الشكليات وفقاً لما نص عليه الدستور الواجب إتباعه طبقاً للدستور، وتكون متفقة في محلها مع تلك النصوص الدستورية، ومع ذلك فقد لا تكفي كي تعد دستورية، إذ لا بد لها أن لا تخالف ولا تتجاوز في غايتها روح الوثيقة الدستورية، وهذا ما عبر عنه الفقيه الدكتور السنهوري بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية الذي يظهر ذلك عندما تكون هنالك سلطة تقديرية للمشرع⁽¹⁾.

فالأصل إن للمشرع سلطة تقديرية - والسلطة المحدودة هي الاستثناء ومعيار الانحراف في استعمال السلطة التشريعية المصلحة العامة، وبالتالي فإن على المشرع أن يستعمل سلطته التقديرية بهدف تحقيق المصلحة العامة دون سواها، وإن لا يذهب إلى غيرها من الغايات وإلا كان تشريعه معيباً وباطلاً. وقد استبعد الدكتور السنهوري أن تكون المصلحة الشخصية والذاتية هدفاً للمشرع من تشريعه؛ لأن السلطة التشريعية هدفها تحقيق المصلحة العامة باعتبارها ممثلة للشعب وإنها مشكلة من عدد كبير من

⁽¹⁾ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، بحث منشور، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول والثاني، 1952، ص 52-72.

الأعضاء يصعب تواطؤهم على الباطل، وهي هيئة تتوب عن الأمة، وبالتالي فإن بعدها عن الغايات الشخصية والذاتية أمر مفترض بل يجب أن تكون كذلك⁽¹⁾.

وقد أورد فقهاء القانون وأبرزهم (أحمد السنهوري) عدة فروض يمكن من خلالها معرفة مدى انحراف السلطة التشريعية عن الغاية التي من أجلها وضع التشريع، وذلك من خلال الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معياراً موضوعياً وقاعدة مجردة، أو فيما إذا تجاوز التشريع للغرض المخصص الذي رسم له أو الاعتداء على الحقوق والحريات العامة المطلقة لا يجوز تقييدها بأي تشريع عادي أو فرعي، أو فيما إذا كان التشريع مخالفاً لمبادئ الدستور العليا والروح التي تهيمن على نصوصه⁽²⁾.

ويمكن إثبات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية عن طريق البحث في أسباب التشريع والغاية التي قصدها المشرع منه، فمتى استقصيت تلك الغاية على وجه لا يقبل الشك، أمكن بعد ذلك معرفة التشريع سليماً أم أنه قد انطوى على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، فإذا كان الدستور لا يشتمل على نص يعطي القضاء حق النظر في دستورية القوانين، وفي الوقت نفسه لا يشتمل على نص يحرم القضاء من هذا الحق، فإنه يكون لكل محكمة أن تمتنع عن تطبيق التشريع الذي يتعارض مع الدستور إذا ما دفع أمامها بعدم دستوريته⁽³⁾.

⁽¹⁾ درويش، إبراهيم محمد، القانون الدستوري، النظرية العامة، الرقابة الدستورية، أسس ونظام الدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، ص27.

⁽²⁾ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، خالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص55.

⁽³⁾ الهلالي، علي هادي عطية، فحص الدستورية بألية التصدي، بحث منشور، مجلة القانون للبحوث القانونية، جامعة ذي قار، العدد 9، 2014، ص88-101.

والرقابة على دستورية القوانين لا تشمل فقط مطابقة القوانين لنصوص الدستور، بل يجب ان تكون متفقة كذلك مع جميع المبادئ التي تتمتع بالقوة الدستورية كحالات الحقوق ومقدمات الدستور والمبادئ القانونية العامة والعرف الدستوري لما لها من قوة تعادل قوة النصوص الدستورية، كما ان هناك من الدساتير التي فرضت رقابة دستورية القوانين على التعديلات التي تتم على نصوص الدستور وحفظا على سموه، ولا تقتصر هذه الرقابة على القوانين بمعناها الشكلي، أي تلك الصادرة عن السلطة التشريعية فقط، وإنما تشمل ايضاً القوانين بمعناها الموضوعي وذلك حماية الدستور وصونا له من الخروج على إحكامه، وهو ما قرره كثير من دساتير الدول التي نظمت الرقابة الدستورية⁽¹⁾. كالدستور العراقي والدستور الأردني والدستور المصري.

لا يكفي لاعتبار التشريع دستورياً أن يكون مستوفياً للشكل الواجب إتباعه طبقاً للدستور، وأن ما يجب أن يكون ذلك التشريع متفقاً من حيث الموضوع مع المبادئ التي حددها الدستور في إطار القيود التي وضعها لاستعمال السلطة التشريعية لحقها في سن التشريع، وان يصدر ذلك التشريع غير متجاوزاً في غاياته لروح الدستور⁽²⁾.

وتتقسم المخالفة الموضوعية للقوانين إلى قسمين، أولها مخالفة القيود الموضوعية الواردة في الدستور، وكذلك خروج التشريع على روح الدستور (عيب الانحراف في بالسلطة التشريعية)، وسيتم بحثها على النحو الآتي:

⁽¹⁾ ابو حجيبة، علي رشيد، مرجع سابق، ص 17- 18.

⁽²⁾ محمد، غني زغير عطية، مرجع سبق، ص 12.

الفرع الأول: مخالفة القيود الموضوعية الواردة بالدستور.

تتضمن الدساتير عادة العديد من القيود التي لا يجوز للهيئة التشريعية وهي بصدد استعمالها لحقها في التشريع إن تخرج عليها، ومن هذه القيود على سبيل المثال وليس الحصر إسقاط الجنسية، ورجعية القوانين الجنائية ما لم تكن أصلح للمتهم، وحق التقاضي. ومن أمثلة هذه القيود التي تضمنها الدستور العراقي 2005م، المادة (39/أولاً) حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية، أو الانضمام إليها، مكفولة، وينظم ذلك بقانون. ولذلك فإن التشريع يكون غير دستوري إذا خالف بشكل مباشر نصوما وردت بالدستور، وكذلك إذا خرج على نطاق التشريع كله إلى نطاق آخر جعله الدستور لسلطة أخرى. وتتضمن المخالفة الدستورية الموضوعية للقيود الواردة بالوثيقة الدستورية ثلاث حالات وهي:

أولاً: خروج القانون على قاعدتي العمومية والتجريد في التشريع. ويقصد بالعمومية تطبيق التشريع على جميع الحالات المتماثلة وعلى كل الأفراد الذين يوجدون في وضع قانوني واحد. إذا كانت القاعدة إن التشريع هو قاعدة عامة مجردة فإنه يترتب على ذلك أن البرلمان إذا أصدر قراراً فردياً وقصد به إن يكون تشريعاً عاماً بعدم الدستورية ليعيب في المحل. أما التجريد فيقصد به أن يصدر التشريع لكي يطبق على حالات متماثلة بصفة مجردة وليس على حالة معينة بذاتها وبذلك ينتفي التجريد لفرد دون آخر أو مجموعة دون أخرى، ويظهر بوضوح انعدام لصفتي العمومية والتجريد في التشريعات

التي تحرم طائفة معينة من حق أو حرية محددة أو تمنح طائفة من الطوائف امتيازاً خاصاً دون تطبيقه على الطوائف الأخرى رغم تماثل وتساوي المركز القانوني بينها⁽¹⁾.

والأصل أن يكون محل التشريع متوافقاً مع مضمون الدستور وفقاً للضوابط والقيود الواردة فيه، وللسلطة التشريعية أو التنفيذية عند سن قانون سلطة تقديرية في وضع قيود على الحق الوارد في الدستور، وذلك وفق ما ورد في المادة (39/أولاً) من الدستور العراقي 2005، الذي أشار إلى حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية، أو الانضمام إليها، مكفولةً، وينظم ذلك بقانون، لكن للمشرع سلطة تقديرية في وضع قيود على إنشاء هذه الأحزاب ترد في القانون وذلك لا يخالف القانون.

وكما ورد أيضاً في الدستور الأردني لسنة (1952) المادة الثامنة والتي نصت على انه (لا يجوز إن يقبض على أحد او يوقف أو تقيّد حريته إلا وفق أحكام القانون)⁽²⁾ وبالتالي فإن المشرع حين تنظيمه حالات التوقيف والحبس يكون قد استمد صلاحياته المخولة في الدستور ويشترط أن لا يتجاوز القيود الدستورية عند تشريع أي قانون.

ثانياً: خروج المشرع على السلطة المقيدة: عندما يباشر المشرع اختصاصه فإنه يجب أن يراعي القيود التي فرضها الدستور والتي تتراوح بين السعة والتضييق فقد يتولى الدستور صراحة تحديد نطاق موضوع معين تحديداً كاملاً بحيث يحرم المشرع عند

¹ (المومني، محمد علي إبراهيم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر والإمارات)، ج1، المنشور في الموقع الإلكتروني (www.startimes.com/f.aspx?t=28343882)، ص9-9.

10. تاريخ الزيارة 2020/7/15، الساعة الثالثة عصراً

² (الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته، المرجع السابق، المواد 24 و25 و26- ص 7.

مباشرة اختصاصه من أية سلطة تقديرية. ولقد تضمن الدستور العراقي 2005م، نصوصاً عديدة تنعدم فيها السلطة التقديرية للمشرع ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر المادة (39/ثانياً) التي أشارت بأنه: "لا يجوز إجبار أحدٍ على الانضمام إلى أي حزبٍ أو جمعيةٍ أو جهةٍ سياسية، أو إجباره على الاستمرار في العضوية فيها".

ومن خلال النصوص السابقة لا يستطيع المشرع العراقي الخروج على القيود المفروضة في الدستور فيمنع إبعاد المواطن العراقي أو منعه من العودة إليها فهذا النص لم يترك للمشرع أي مجال من أن يمنع المواطن العراقي من العودة إلى وطنه كأن يعطي الإدارة الحق في إسقاط الجنسية عنه وبالتالي منعه من العودة إلى وطنه حيث انه إذا ما صدر مثل هذا القانون يصبح مشوباً بعدم الدستورية، وهكذا الحال في بقية النصوص التي لم يترك الدستور العراقي أي مجال للمشرع سلطة تقديرية على الإطلاق، حيث انه إذا ما صدر أي قانون غير مراعيًا للقيود التي فرضها الدستور فان مصيره يكون عليه بعدم الدستورية من قبل المحكمة الاتحادية العليا⁽¹⁾.

وكذلك نجد الدستور الأردني تضمن هذه القيود من ما ورد في المادة (1/9) (لا يجوز إبعاد إي أردني من ديار المملكة)⁽²⁾ يحظر إبعاد إي اردني من ديار المملكة، وبالتالي لا يجوز للمشرع أن ينظم حالات إبعاد الأردني عن ديار المملكة بقانون، لأن النص الدستوري جاء مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه، ولذلك يمتنع

⁽¹⁾ محمد، غنى زغير عطية، مرجع سابق، ص19.

⁽²⁾ نص المادة (1/9) من الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته لسنة 2011.

على المشرع التعرض لهذا الموضوع بالتنظيم لأن الدستور استبعد ذلك من اختصاصات السلطة التشريعية تنظيم هذا الأمر⁽¹⁾.

ثالثاً: خروج المشرع على السلطة التقديرية: على الرغم من أن هناك قيود تفرضها الدساتير على السلطة التشريعية في تنظيمها لبعض الموضوعات، إلا أنها أي السلطة التشريعية تملك السلطة التقديرية في كثير من الأمور.

وهذه السلطة التقديرية ليس معناها السلطة المطلقة وأن ما يمارسها المشرع وفق ضوابط الدستور وفي نطاقه ولا يخرج عن أحكامه، إلا أن المشرع والحالة هذه يملك حرية التفضيل ما بين الخيارات والبدائل، دون إلزامه أن يسلك طريقاً معيناً أو أن يختار خياراً بذاته مادام يملك الخيارات والبدائل في إطار ما رسمه الدستور له ومهما اتسعت سلطته التقديرية هذه فيجب إلا تصل درجة الإهدار لأصل الحق المقرر دستورياً أو الانتقاص منه، وبالتالي فسلطته التقديرية يجب عليها أن تكون منظمة للحق وليست إهداراً له أو عدواناً عليه⁽²⁾.

وعليه، وبما أن الدستور قد حدد وفق نصوصه وأحكامه الإطار الذي يجب على المشرع أن يتحرك ضمنه في سلطته التقديرية لوضع التشريعات، وجاءت محلها أو موضوعها في الإطار الدستوري، فإنها بالتأكيد تكون بمنأى عن الطعن وعدم المشروعية، أما إذا خرج المشرع عن الإطار الدستوري وخرجت النصوص التشريعية

⁽¹⁾ الشوابكة، محمد عبدالله، مرجع سابق، ص 77-78.

⁽²⁾ سيد، رفعت عيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 158.

عن تلك القواعد المفروضة دستوريا فإنها تكون معيبة بعبء عدم الدستورية في محلها وفي الموضوع الذي أرادت أن تنظمه⁽¹⁾.

وقد تضمن الدستور العراقي نصوصاً كثيرة تشير إلى السلطة التقديرية للمشرع، فالمادة (45/أولاً) أشارت إلى أنه: "تحرص الدولة على تعزيز دور مؤسسات المجتمع المدني، ودعمها وتطويرها واستقلاليتها، بما ينسجم مع الوسائل السلمية لتحقيق الأهداف المشروعة لها، وينظم ذلك بقانون"، وهنا فالدستور حول المشرع تنظيم أحكام تنظيم مؤسسات المجتمع المدني فإذا نظمها المشرع العراقي بشكل أو بآخر، كأن يمنع إنشاء جمعية خيرية أو النص على حرمان فئة أو طائفة من المجتمع العراقي من الحق بتشكيل أحد مؤسسات المجتمع المدني، فإنه يكون قد تصرف في خارج حدود السلطات المخولة في الدستور، بينما لو حدد شروط عامة لإنشاء هذه المؤسسات عندها يكون قد تصرف في حدود سلطته التقديرية⁽²⁾.

وكذلك ورد أيضاً في الدستور الأردني لسنة (1952) المادة الثامنة والتي نصت على أنه (لا يجوز أن يقبض على أحد أو يوقف أو تقيد حريته إلا وفق أحكام القانون)⁽³⁾ وبالتالي فالمشرع حين تنظيمه حالات التوقيف والحبس يكون قد استمد صلاحياته المخولة في الدستور.

⁽¹⁾ محمد، غنى حسون، مرجع سابق، ص22.

⁽²⁾ الشوابكة، محمد عبدالله، مرجع سابق، ص 77.

⁽³⁾ نص المادة (1/8) من الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته لسنة 2011.

الفرع الثاني: خروج التشريع على روح الدستور (عيب الانحراف في السلطة التشريعية)

لا يكفي أن يصدر التشريع مراعيًا لما جاء في الدستور من قواعد وقيود، وإنما يجب أيضا أن يكون التشريع متلائما مع روح الدستور وما استهدفه هذا الدستور من مقاصد وغايات.

وعيب الانحراف بالسلطة التشريعية يتعلق أساسا بالغاية من التشريع الذي يهدف أساسا لتحقيق المصلحة العامة، فإذا ما كانت غاية التشريع غير تلك المصلحة العامة كان يحقق مصلحة ذاتية أو فردية أو مصلحة أشخاص أو أحزاب لغير هدف المصلحة العامة أو كان يهدف إلى إلحاق إضرار بفرد أو مجموعة أفراد بذواتهم أو فئات معينة من الناس على غير ما تتطلبه المصلحة العامة، فان التشريع والحالة هذه ينطوي على انحراف بالسلطة التشريعية لغير ما أقامها الدستور عليه. وهذا العيب كما أوضحنا عندما يتحقق لا يتصور إلا عندما يتمتع المشرع بالسلطة التقديرية وهي الأصل، حيث أن امتلاك المشرع السلطة التقديرية تضعه أمام بدائل وخيارات والترجيح فيما بينها، وعليه بالتالي أن يختار المصلحة العامة لكن ان تجاوزها إلى غيرها فان عيب الانحراف هذا سيلحقها، وان كان من الصعب إثباته في القضاء الإداري فان صعوبته تكون اشد في القضاء الدستوري وبالتالي اعتباره عيبا احتياطيا لدى القضائيين الدستوري والإداري لا يلجا إليهما القضاء الدستوري إذا ما وجد عيوباً تشريعية أخرى كالتالي سبق أن أشرنا إليهما⁽¹⁾.

⁽¹⁾ محسن، محمد عباس، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق: دراسة، أطروحة دكتوراه، جامعة النهدين في العراق، 2009، ص20.

وعيب الانحراف هذا لا علاقة له ولا صلة له بالبواعث التي تدفع المشرع الى سن قانون ما في وقت معين أو عدم سنه، لأنها من الملائمات التي تركت للمشرع ولا تكون خاضعة لرقابة دستورية أو قضائية، وهذا عكس الغايات من التشريع التي تكون خاضعة لرقابة القضاء الدستوري حال انحرافها عن غاية المصلحة العامة للجماعة إلى غايات أخرى خلافا لتلك المصلحة، فان تحققت هذه المخالفة وهذا الانحراف نكون تحت مسمى الانحراف بسلطة التشريع الغير ما وضعت له⁽¹⁾.

¹ الشوابكة، محمد عبد الله، مرجع سابق، ص 79.

الفصل الثالث

الرقابة على دستورية القوانين وموقف الدساتير العراقية المؤقتة منها

تمهيد وتقسيم:

يعد موضوع الرقابة على دستورية القوانين من أهم الموضوعات الدستورية التي حظيت باهتمام خاص لدى رجال الفقه الدستوري لما يتسم به من أهمية عملية تفوق أهميته النظرية في حياة الدولة القانونية، ومما زاد من أهمية الرقابة على دستورية القوانين في الوقت الحاضر أن الدساتير المعاصرة تتميز بنزعتها الإيديولوجية فهي لا تكفي بتحديد اختصاصات السلطات العامة وكيفية ممارسة هذه الاختصاصات وإنما تحدد أيضاً الأهداف التي تبتغيها من وجود هذه السلطات، فالسلطات العامة لم تعد حقاً أو امتيازاً شخصياً لمن يمتلك مباشرتها، بل أصبحت خدمة عامة يجب أن تؤدي وفق القانون وبما يحقق الصالح العام⁽¹⁾.

وتؤدي الرقابة على دستورية القوانين إلى توسيع نطاق المشروعية بحيث لا يقتصر على القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية فحسب، وإنما يمتد ليشمل القواعد الدستورية كذلك بما يؤدي إلى إخضاع الحكام وأعمالهم لأحكام القانون، ومن ثم سيادة القانون على جميع الأشخاص في الدولة سواء كانوا حكاماً أم محكومين⁽²⁾.

⁽¹⁾ العاني، شاكر، سيادة القانون عبر التاريخ، بيروت، مكتبة الجامعة اللبنانية للطباعة والنشر والتوزيع، 2001، ص103.

⁽²⁾ البزاز، عبد الرحمن، نظرات في القانون الأساسي العراقي، مجلة القضاء العراقي، العدد الأول والثاني، 1995، ص125.

وقد كان العراق أول دولة عربية أخذت بالرقابة على دستورية القوانين وذلك في قانونه الأساسي لعام 1925م، ومن خلال هذا الفصل سيتم بيان موقف الدساتير العراقية من الرقابة على دستورية القوانين، حيث صدر أول دستور للدولة العراقية في عام 1925 وصولاً إلى وضع الرقابة على دستورية القوانين في الدستور المؤقت سنة 1970م، مع الإشارة إلى موقف مشروع الدستور لعام 1990 من هذه الرقابة، ومن ثم استعراض موقف قانون المرحلة الانتقالية لسنة 2004م⁽¹⁾، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: واقع الرقابة الدستورية على القوانين في الدساتير العراقية المؤقتة (1925-1990).

المبحث الثاني: واقع الرقابة الدستورية على القوانين بعد صدور قانون المرحلة الانتقالية 2004م

⁽¹⁾ مجول، رياض محسن، واقع الرقابة الدستورية على القوانين في الدساتير العراقية، رسالة ماجستير، جامعة عدن، الجمهورية اليمنية، 1995، ص 25.

المبحث الأول

واقع الرقابة الدستورية على القوانين في الدساتير العراقية

المؤقتة (1990-1925)

تمهيد وتقسيم:

ينظم دستور الدولة السلطات الأساسية فيها، ويحدد العلاقات بينها وبين حقوق الأفراد وواجباتهم، وما هو معلوم في الأصول المسلم بها العمل بمبدأ الفصل بين السلطات، بحيث تستقل كل سلطة عن الأخرى في اختصاصاتها التي منحت لها بموجب الدستور، ولا يجوز لأي سلطة أن تعتدي على اختصاصات الأخرى وأن لا تمارس اختصاصاتها بدون تفويض بذلك منصوص عليه دستورياً، إلا أن ذلك غير كافي بل يتوجب أن يكون هناك ضمانات كفيّة باحترام السلطات للاختصاصات المنوطة بها وفقاً لأحكام الدستور، وعدم تجاوزها، وبات في المعلوم بأن هذا لن يأتي إلا عن طريق تقرير رقابة على الأعمال المخالفة للدستور لإبطالها، وهذا ما يطلق عليه اصطلاحاً رقابة دستورية على القوانين، وهي نتيجة مبدأ سمو الدستور وذلك على اعتبار أنه في قمة التدرج الهرمي للقواعد القانونية⁽¹⁾.

والرقابة الدستورية على دستورية القوانين في العراق لم تكن من نتاج مرحلة ما بعد أحداث 2003 أو بعد صدور دستور العراق الدائم 2005م، بل إنما ورد ذكرها في

⁽¹⁾ العاني، شاكر، مرجع سابق، ص211.

بعض الدساتير العراقية قبل ذلك سواء في العهد الملكي العراقي، أو في العهد الجمهوري، فالعراق كان في مقدمة الدول التي عرفت نظاماً مختلفة للرقابة القضائية على دستورية القوانين في عهده، الملكي والجمهوري. فلقد أسس المشرع التأسيسي في القانون الأساسي الملكي الصادر في 21 آذار 1925 نظاماً للرقابة القضائية على الدستورية ثم أصدر نظام آخر في ظل القانون الدستوري للاتحاد الهاشمي رقم 30 لسنة 1958م، ثم كانت حقبة النظام الجمهوري ولم تشهد البلاد في ظل قوانينها السياسية الخمسة ذوات الطابع الدستوري نظاماً للرقابة القضائية على الدستورية إلا في ظل القانون الدستوري الصادر في 21 أيلول 1968، إلا إن هذا النظام لم يحالفه التطبيق إطلاقاً، حتى إذا ما صدر قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية شيد هو الآخر نظاماً للرقابة القضائية على الدستورية يتفق ومقاصد المرحلة الانتقالية⁽¹⁾، وسيتم بحث ذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: الرقابة على دستورية القوانين في ظل القانون الأساسي العراقي 1929

المطلب الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في ظل الدساتير المؤقتة العراقية

(1958-2003)

⁽¹⁾ أبو حجيبة، علي رشيد، مرجع سابق، ص114.

المطلب الأول

الرقابة على دستورية القوانين في ظل القانون الأساسي العراقي 1929

عرفت الدولة العراقية منذ نشأتها تأسيس محكمتين تختصان بإلغاء القانون غير الدستوري تمثلان أعلى المحاكم في العراق آنذاك من الوجهة الدستورية، هما المحكمة العليا في ظل القانون الأساسي العراقي لعام 1925، والمحكمة الدستورية في ظل دستور 1968، وأهم ما يلفت النظر في هاتين المحكمتين أنهما أنيط بهما الرقابة على دستورية القوانين، فضلاً عن اختصاصات أخرى⁽¹⁾.

فقد نظم المشرع التأسيسي العراقي في ظل القانون الأساسي لسنة 1925 الرقابة على دستورية القوانين وذلك في المواد (81/82/83/86/87)، حيث نصت المادة (81) من القانون على تشكيل المحكمة والتي جاء فيها: "تؤلف محكمة عليا لمحاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة المتهمين بجرائم سياسية أو بجرائم تتعلق بوظائفهم العامة ولمحاكمة حكام التمييز عن الجرائم الناشئة من وظائفهم، وللبت في الأمور المتعلقة بتفسير هذا القانون وموافقة القوانين الأخرى لأحكامه". ومن خلال نص المادة السابقة يتضح لنا أن المحكمة العليا كان لها اختصاصين هما اختصاص محاكمة الوزراء، والاختصاص الثاني اختصاص تفسيري ورقابي لنصوص القانون

⁽¹⁾ محمد، غني زغير محمد، مرجع سابق، ص59.

الأساسي وممارسة الرقابة على القوانين الأخرى والتأكد من مطابقتها لنصوص القانون الأساسي⁽¹⁾.

وتجتمع المحكمة العليا بإرادة ملكية تصدر بموافقة مجلس الوزراء للبت في أمر يتعلق بتفسير أحكام القانون الأساسي⁽²⁾، ويكون تأليف المحكمة وفق ما نصت عليه أحكام القانون⁽³⁾، أما في حال في حال تفسير القوانين والأنظمة الأخرى غير القانون الأساسي هنا يجب تأليف ديوان خاص بناءً على طلب الوزير المختص ويتألف الديوان من رئيس محكمة التمييز المدنية، وينتخب ثلاثة أعضاء من بين حكام التمييز، وثلاثة من كبار ضباط الجيش في حال تعلق القانون المخالف بالقوات المسلحة، وثلاثة من كبار موظفي الإدارة إذا كان القانون يتعلق بالشؤون الإدارية وفقاً لقانون خاص⁽⁴⁾.

كما نصت المادة (86) من القانون على آثار الرقابة الدستورية على القوانين، ومصير القانون المخالف، حيث جاء في نص المادة المذكورة أنه: "كل قرار يصدر من المحكمة العليا مبيناً مخالفة أحد القوانين أو بعض أحكامه لأحكام هذا القانون الأساسي يجب أن يصدر بأكثرية ثلثي أعضاء آراء المحكمة وإذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك القانون أو القسم المخالف منه لهذا القانون الأساسي ملغياً من الأصل".

⁽¹⁾ مجول، رياض محسن، مرجع سابق، ص32.

⁽²⁾ نص المادة (83) من القانون الأساسي العراقي الملغي.

⁽³⁾ وقد نصت (3/82) من القانون الأساسي على تشكيل المحكمة بأنه: "تؤلف المحكمة العليا من ثمانية أعضاء عدا الرئيس ينتخبهم مجلس الأعيان أربعة من بين أعضائه، وأربعة من حكام محكمة التمييز أو غيرهم من كبار الحكام، وتتعد برئاسة رئيس مجلس الأعيان وإذا لم يتمكن الرئيس من الحضور يتراأس جلسة المحكمة نائبه"

⁽⁴⁾ هذا ما أشارت له المادة (84) من القانون الأساسي العراقي الملغي.

لكن ثار خلافات فقهية⁽¹⁾ حول المقصود بمصطلح "ملغياً من الأصل" فهل يقصد به أن يصبح القانون المحكوم بعدم دستوريته باطلاً وملغياً من يوم صدوره ومن ثم ينفذ الحكم بعد الدستورية الصادر من المحكمة العليا بأثر رجعي، أم يقصد به أن إلغاء القانون يكون قطعياً وباتاً من تاريخ صدور الحكم بعدم دستوريته، بمعنى أن ينفذ الحكم بعدم دستوريته بأثر مباشر؟.

فإن كان المقصود به إلغاء القانون من يوم صدوره فإن ذلك يؤدي إلى إلغاء جميع المعاملات القانونية التي تمت بموجبه، والأحكام القضائية القطعية التي صدرت استناداً إليه، كما يجب أن تسترد جميع المدفوعات النقدية التي دفعت تطبيقاً لهذا القانون الملغي، والاتجاه الثاني يجب في هذه الحالة إصدار قانون لحماية الموظفين وغيرهم من المسؤولين الذين قاموا بأعمال بحسن نية استناداً إلى القانون الملغي، على غرار ما نصت عليه المواد (115/116/117) من القانون الأساسي العراقي⁽²⁾، التي

⁽¹⁾ الخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص32.

⁽²⁾ نصت المادة (115) بأنه: "يعتبر كل شخص بريئاً ومصوناً من كل ما يوجه إليه من المطالبات بشأن الأعمال التي أتى بها بسلامة نية، امتثالاً للتعليمات التي تلقاها من القائد العام للقوات البريطانية في العراق أو الحاكم الملكي العام، أو المندوب السامي أو حكومة جلالة الملك فيصل، أو من الموظفين الذين كان لهم إمرة أو صفة عسكرية أو ملكية وذلك بقصد إخماد الحركات العدائية أو توطيد الأمن والنظام العام وصيانتها، أو تنفيذ الأوامر التي صدرت بمقتضى الأحكام العرفية بين اليوم الخامس من تشرين".

نصت المادة (116) بأنه: "جميع الأحكام الصادرة في الدعاوى المدنية والشرعية من المحاكم العثمانية قبل احتلال البريطانية وكذلك الأحكام الصادرة في الدعاوى المدنية والشرعية من المحاكم التي أسست بعدد الاحتلال المذكور، أو من الحكام السياسيين أو معاونيهم فيما هو ضمن اختصاصهم، تعتبر صادرة من المحاكم التي أسست بعد الاحتلال المذكور أو من الحكام السياسيين أو معاونيهم فيما هو ضمن اختصاصهم تعتبر صادرة من المحاكم المؤسسة في العراق تأسيساً نظامياً".

جعلت جميع التصرفات والاعمال التي تمت بحسن نية وجميع الأحكام الصادرة قبله صحيحة ومشروعة، كما يجب على الحكومة أن تقوم بتشريع يكفل إزالة الأضرار المتولدة من تطبيق القوانين والأحكام الملغاة⁽¹⁾.

ولقد ذهب الفقهاء إلى ضرورة توضيح التعبير "ملغياً من الأصل" الوارد في نص المادة (86) من القانون الأساسي وذلك بموجب تفسير دستوري صادر من قبل المحكمة العليا بحسب المادتين (121/83) من الدستور لخطورة هذه النقطة المهمة في تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية.

ومن الجدير بالذكر أنه لم يصدر أي تفسير دستوري حول توضيح هذا التعبير أن المحكمة العليا في حكمها بعدم الدستورية الذي صدر في 1939/9/11 بصدد قانون منع الدعايات المضرة قد أعادت تكرار ما ورد في المادة (86) من تعبير "ملغياً من الأصل" من دون أي توضيح لتحديد التاريخ الذي يبدأ منه هذا الإلغاء وهل يكون بأثر رجعي أم بأثر مباشر، إذ قالت: ".....تري أكثرية المحكمة بأن المادتين

كما نصت المادة (117) بأنه: "جميع الأحكام والقرارات الجزائية التي صدرت من المحاكم المؤسسة بعد احتلال القوات البريطانية، أو من المحاكم العرفية، أو العسكرية أو من الحكام العسكريين أو السياسيين، أو معاونيهم أو غيرهم من الموظفين المأذون لهم بالنظر في الجرائم، وكذلك العقوبات المنزلية بجميع الذين حوكموا في المحاكم المذكورة، أو لدى أولئك الأشخاص تعتبر جميعها صادرة من المحاكم المؤسسة في العراق تأسيساً نظامياً".

⁽¹⁾ الحمود، عبد الرزاق أحمد، دستورية القوانين في العراق ومقارنتها ببعض الأنظمة الدستورية المقارنة، بحث منشور، مجلة القضاء، العدد 4، السنة 6، 1995، ص419.

المذكورتين مخالفتان للدستور وبالنظر إلى المادة (86) فقد أصبحتا ملغيتين من الأصل⁽¹⁾.

ولعل هذا الالتباس والغموض في نص المادة (86) من القانون الأساسي هو الذي دفع المشرع العراقي لتعديل تلك المادة بموجب قانون التعديل الثاني للقانون الأساسي العراقي رقم 69 لسنة 1934 وأصبحت الفقرة الأولى منها تنص على أنه: "كل قرار يصدر من المحكمة العليا ينص على مخالفة أحد القوانين أو بعض أحكامه لأحكام هذا القانون يجب أن يصدر بأكثرية ثلثي آراء المحكمة، وإذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك القانون أو القسم المخالف منه ملغي من تاريخ صدور قرار المحكمة على ان تقوم الحكومة بتشريع يكفل إزالة الأضرار المتولدة من تطبيق الأحكام الملغاة"، وبذلك يكون المشرع العراقي قد أزال الغموض في نص المادة (86) وجعل النص واضح الدلالة على اعتبار الإلغاء من تاريخ صدور حكم المحكمة العليا بعدم رجعي، وإنما يسري بأثر مباشر، على ان تقوم الحكومة بإصدار تشريع يكفل إزالة الأضرار المتولدة عن تطبيق القانون الملغي⁽²⁾.

أما في الأردن فنجد أنه لم يتضمن القانون الأساسي 1928م، أية إشارة لموضوع رقابة دستورية القوانين، إذ لم يمنع هذا الدستور أية جهة من حق الرقابة على

⁽¹⁾ حكم محكمة العليا العراقية رقم 2008/214، أشار له: يونس، بهجت، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص88.

⁽²⁾ الخفاجي، أحمد علي عبود، الأثر الزمني للحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بإلغاء القانون غير الدستوري، بحث منشور، مجلة أهل البيت للعلوم القانونية، جمعة أهل البيت، العراق، العدد4، المجل5، 2018، ص52.

دستورية القوانين أو يمنحها إياه، ولم يتضمن أي منها النص على موضوع الرقابة على دستورية القوانين، أما الرأي الذي كن سائداً في ذلك الوقت فكان من مقتضاه أنه لا يجوز للمحاكم التعرض لبحث دستورية القوانين⁽¹⁾.

ومن أقدم الأحكام التي صدرت في ظل القانون الأساسي الأردني لسنة 1928م، ذلك الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف عمان في القضية رقم (1935/59) وما جاء فيها من مقتضى مبدأ الفصل بين السلطات، منع السلطة القضائية من التعرض لدستورية القوانين لأن السلطة القضائية قائمة لتطبيق القوانين التي تقرها السلطة التشريعية وليس لها الحق بتنفيذ هذه القوانين أو إهمالها⁽²⁾، وقد استتدت محكمة الاستئناف في هذا الحكم إلى مبدأ الفصل بين السلطات واستقلال السلطة الإدارية عن السلطة القضائية.

ومن خلال ما سبق نجد أن اتجاه المشرع العراقي في القانون الأساسي بخصوص الرقابة السياسية على القوانين اتجاه حديث وسابق للمشرع الأردني الذي لم يعترف أصلاً بالرقابة الدستورية على القوانين، على خلاف القانون الأساسي العراقي الذي نظم هذا الموضوع بشكل تفصيلي وأسس محكمة للبت في تفسير القوانين ومراقبة القوانين وإلغاء القوانين العدم دستورية منها.

⁽¹⁾ أبو حجيبة، علي رشيد، مرجع سابق، ص 112.

⁽²⁾ قرار محكمة الاستئناف رقم (1935/59) أشار له: المومني، محمد علي إبراهيم، مرجع سابق، ص 232.

المطلب الثاني

الرقابة على دستورية القوانين في ظل الدساتير المؤقتة العراقية (1958-2003)

عرف العراق الجمهوري في الفترة ما بين عام (1958 - 1968) تطورات سياسية ودستورية مهمة في تاريخه السياسي ففي 14/تموز/1958 سقط النظام الملكي رجالاً ومؤسسات ووثائق وتم الإعلان عن سقوط القانون الاساسي العراقي وتعديلاته كافة منذ 14 تموز 1958، وأعلن هذا الدستور المؤقت (لعمل بأحكامه في فترة الانتقال الى ان يتم تشريع الدستور الدائم، ولم يحدد التاريخ، وهذا يعني الزمن مفتوح ومقرون بمشيئة الحكام، وقام النظام الجمهوري ولم تتضمن الدساتير المؤقتة التي سبقت دستور 1968 أية نصوص توضح الجهة صاحبة الاختصاص بموضوع الرقابة على دستورية القوانين⁽¹⁾).

ولكون الدساتير المؤقتة ذات طبيعة مختصرة تنص على تنظيم الأمور الأساسية للحياة السياسية لذلك فإن أغلبها لا تتعرض إلى ذكر جميع التفاصيل فيما يخص المبادئ الدستورية، وعلى ذلك نجد أن الدستور العراقي المؤقت لعام 1958 لم يتطرق إلى تنظيم الرقابة السياسية على القوانين، لذلك ساد الرأي القائل بأن القضاء في هذه الحالة لا يملك رقابة الإلغاء أي إلغاء القانون المخالف للدستور لكن من حقه بل الواجب عليه أن يمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور من خلال القضايا

⁽¹⁾ الزالملي، ساجد محمد، مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، دار نيوز للطباعة والنشر، العراق، 2014، ص210

المعروضة عليه وإذا دفع الخصم بعدم دستورية القوانين واقتنعت المحكمة بهذا الدفع بعد التدقيق تعمد إلى استبعاد تطبيق القانون أو النص المخالف للدستور⁽¹⁾.

ويستند دور القضاء العادي في استبعاد تطبيق القانون أو النص المخالف للدستور إلى القواعد العامة لوظيفة القضاء والاستفادة من تجارب محاكم الدول الأخرى والتي سكتت دساتيرها في تحديد شكل الرقابة رغم إن أرادة القاضي ستحل محل إرادة المشرع بواسطة التفسير الواسع أو الضيق للنص وفقاً لمفاهيمه الفلسفية والاقتصادية والاجتماعية، ولم يكن القضاء العراقي بعيداً عن ممارسة الرقابة على دستورية القوانين بطريقة الدفع بعدم الدستورية والامتناع عن تطبيق النص المخالف للدستور، فقد مورست هذه الرقابة في ظل الدستور المؤقت للجمهورية العراقية الأولى، ولو لمرة واحدة عندما امتنعت إحدى المحاكم العراقية عن تطبيق نص أحد قوانين الإصلاح الزراعي⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالدساتير العراقية المؤقتة الصادرة بين دستور 1958 ودستور 1968م، وهي دستور العراق المؤقت لعام 1963 ودستور عام 1964 المؤقت، لم تتضمن تلك الدساتير نصوص تتعلق بموضوع الرقابة على دستورية القوانين⁽³⁾.

⁽¹⁾ طلبة، نسرین، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة (العراق أنموذجاً)، أطروحة دكتوراه، جامعة تكريت، العراق، 2016، ص 154.

⁽²⁾ ناجي، مكي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، دار الضياء للطباعة، النجف الأشرف، ط1، 2007، ص 30-31.

⁽³⁾ الزاملي، ساجد محمد، مرجع سابق، ص 212.

فقد نص دستور 1968 على تشكيل محكمة دستورية عليا بموجب المادة (87) منه والتي نصت على انه: "تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام الدستور والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الإدارية والمالية والبت في مخالفة الأنظمة والقوانين الصادرة بمقتضاها ويكون قرارها ملزماً"، ويلاحظ على هذا النص الدستوري السابق لم يحدد الأثر الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية، وتطبيقاً لهذا النص صدر قانون رقم (159) لسنة 1968 بتشكيل المحكمة وحدد اختصاصاتها وطريقة العمل بها والآثار التي تترتب على قراراتها.

وجاء في الأسباب الموجبة للقانون إن إنشاء هذه المحكمة لأجل أن تتولى تفسير أحكام الدستور تفسيراً ملزماً لدفع ما يعترى نصوصه من غموض، وكذلك تختص بتدقيق صحة استناد النظام إلى القانون وعدم تجاوزه أو مخالفته لأحكامه وكذلك المراسيم وعدم مخالفتها لسندها القانوني⁽¹⁾.

وقد حددت المادة (78) من الدستور المؤقت 1968 مهام المحكمة بما يلي "1. تفسير أحكام الدستور. 2. البت في دستورية القوانين. 3. تفسير القوانين الإدارية والمالية. 4. البت في مخالفة الأنظمة للقوانين بمقتضاها. 5. البت في المراسيم لسندها القانوني"⁽²⁾، كما أجازت المحكمة بالطعن بعدم دستورية القوانين لكل من: (أ. رئيس

⁽¹⁾ الجدة، رعد ناجي، التطورات الدستورية في العراق، وزارة التعليم العالي، بغداد 1990، ص126.

⁽²⁾ المادة (4) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 159 لسنة 1968 المنشور في الوقائع العراقية، العدد 1659 في 1968/12/2.

الجمهورية. ب. رئيس الوزراء. ج. وزير العدل. د. الوزير المختص. هـ. محكمة التمييز⁽¹⁾.

وإذا قررت المحكمة أن قانوناً ما قد خالف الدستور فإنه يعد ملغياً من تاريخ صدور الحكم، ومن ثم لم يكن للأفراد في ظل دستور 1968 الحق في أن يتقدموا بطعن إلى هذه المحكمة، وبذلك فقدت ضمانات أساسية لكفالة حقوق الأفراد وحياتهم من الاعتداء عليها، وقد أشار الدستور 1968 إلى أنه يترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قانون أو جزء منه، إلغاء ذلك القانون أو الجزء منه اعتباراً من تاريخ صدور الحكم، وهذا يؤدي إلى انعدام هذا القانون بالنسبة للمستقبل فقط، أي يكون الحكم الصادر بعدم الدستورية ذا أثر مباشر وليس ذا أثر رجعي⁽²⁾.

وعلى الرغم من أن ما يميز دستور 1968 قد أخذ بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال أنشطتها لمحكمة دستورية، لكن هذه المحكمة لم تمارس مهامها خلال فترة نفاذ دستور 1968 المؤقت وعليه فإنه على أثر إلغاء دستور 1968 المؤقت فإن هذه المحكمة لم يصار إلى النص عليها مجدداً في دستور العراق المؤقت 1970، والذي جاء خالياً من الإشارة إلى الرقابة على دستورية القوانين، وكذلك جاء دستور العراق المؤقت لعام 1990م، خالياً من الإشارة إلى الرقابة على دستورية القوانين، ولم يطبق القضاء العراقي الرقابة الدستورية على القوانين إلا في حالتين

⁽¹⁾ الزاملي، ساجد محمد، مرجع سابق، ص 217.

⁽²⁾ لطيف، نوري، الرقابة على القوانين وحماية الشرعية الدستورية في الأقطار الاشتراكية والعراق، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد 3، السنة 28، تموز، 1997، ص 71.

استثنائية مورست بطريقة الدفع بعدم الدستورية في القضاء العراقي في ظل الدساتير العراقية المؤقتة⁽¹⁾.

وفي ضوء ما سبق نجد أن الدساتير العراقية المؤقتة باستثناء دستور عام 1968 لم تنص على الرقابة على دستورية القوانين بسبب طبيعة نظم الحكم الشمولية التي تتابعت على العراق بعد الانقلابات العسكرية التي كانت تكتب الدساتير وفق فلسفتها بالإضافة إلى الأوضاع غير المستقرة في الدولة العراقية مما انعكس سلباً على دور القضاء في مراقبة دستورية القوانين.

وفي الأردن قد استمر العمل بالقانون الأساسي 1928 حتى 12/آذار/1946 حيث وقعت معاهدة صداقة وتحالف بين الحكومتين الأردنية والبريطانية ألغى بموجبها الانتداب وتضمنت تلك المعاهدة احتفاظ بريطانيا بقوات مسلحة في شرق الأردن، وعلى أثر ذلك اتخذت المجالس المحلية قرارات تعبر عن رغبة البلاد بالاستقلال التام على ان يتبع النظام الملكي النيابي، وعرض الأمر على مجلس الوزراء والمجلس التشريعي فحظي بالموافقة وتم إلغاء القانون الأساسي 1928 في الخامس من أيار 1946م، وكان هذا الدستور أفضل بكثير من القانون الأساسي 1928م، إذ تضمن النص على الكثير من المبادئ المقررة في الأنظمة الديمقراطية كما أخذ بنظام المجلسين وقرر

⁽¹⁾ الحالة الأولى: حصلت في دستور 1958 تتحدد في الامتاع عن تطبيق قانون الإصلاح الزراعي رقم 30 لسنة 1959 والحالة الثانية عام 1990 في قضية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 581 الصادر في 1981/5/5 سبب ذلك يعود لخضوع القضاء للسلطة التنفيذية بتعيينهم ونقلهم ومعاقبتهم ولم يكونوا مستقلين في اتخاذ قراراتهم، للمزيد انظر: الجبوري، فوزي حسين سليمان، نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق، بحث منشور، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، جامعة تكريت، العدد 7، السنة 2، 2015، ص188.

استقلال السلطة القضائية وتضمن النص على أن المحاكم مفتوحة للجميع ومصونة من التدخل في شؤونها⁽¹⁾.

وبمراجعة نصوص الدستور السالف الذكر لم نجد فيه ما يسمح للقضاء أو لأي جهة الرقابة على دستورية القوانين كما لم نجد فيها ما يمنع القضاء من هذه الرقابة، وتماشياً مع نصوص دستور الأردن 1946م، صدر قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (11) لسنة 1951 ولم يرد فيه أي نص يعطي للمحاكم حق الرقابة على دستورية القوانين أو يمنعها من ممارسة ذلك الحق، وقد جاء في ذلك القانون أن الفقرة (ب) من المادة (11) من الدستور المذكور بأنه: "للمحكمة صلاحيات إبطال أي إجراء أو رأي صادر بموجب نظام يخالف الدستور أو القانون بناءً على شكوى من المتضرر". ويتضح من النص السابق أن للمحكمة صلاحيات التحقق من دستورية النظام وقانونيته وبالتالي إبطال مبدأ الفصل بين السلطات بموجب النظام المخالف للدستور أو القانون دون أن تصل سلطة المحكمة إلى حد إلغاء النظام ذاته.

ويتضح للباحث مما سبق أن الأوضاع السياسية التي كانت تمر بها كل من العراق والأردن كان لها تأثير كبير على الأوضاع الدستورية والقانونية في البلاد، وكان لها تأثير في صياغة النصوص الدستورية وخصوصاً أن البلدين كانا في البداية تحت الاستعمار البريطاني، إضافة إلى الأوضاع السياسية الداخلية مما أدى إلى اللجوء إلى تركيز القوة والسلطة في يد السلطة التنفيذية وعدم إعطاء السلطة القضائية أي حق في مراقبتها.

⁽¹⁾ نصوص المواد (85) و(33) و(37) من الدستور الأردني الملغى لعام 1946م.

المبحث الثاني

واقع الرقابة الدستورية على القوانين بعد صدور قانون المرحلة الانتقالية 2004م

تمهيد وتقسيم:

ليس من المبالغة القول ان الدستور يعد الوثيقة الأهم في حياة أي شعب ليس لأنه ينظم العلاقة بين الحاكم والمحكوم فحسب بل أيضاً لأنه يحتوي على القيم السياسية والاجتماعية المعبرة عن الهوية الجمعية للشعب، كما يحتاج قيام نظام ديمقراطي فعال دستوراً يتبنى دون مجاملة أو تمييز القيم الديمقراطية وينص على الحقوق الشخصية والحماية القانونية اللازمة لترسيخ هذه القيم وصيانتها⁽¹⁾.

ولهذا السبب نالت قضية صياغة الدستور العراقي أو ما يسمى قانون المرحلة الانتقالية بعد سقوط النظام العراقي اهتماماً كبيراً على الأصعدة المحلية والاقليمية والدولية وهو اهتمام مبرر إذ سيساهم هذا الدستور، وبصورة كبيرة، في تحديد شكل الدولة العراقية ونظامها السياسي على مدى سنوات طويلة قادمة. كما ان نجاح تجربة الدستور العراقي وما يستتبعه من نجاح التجربة الديمقراطية العراقية، سيتك اثاره على المنطقة ككل اذ يحتذى به في المنطقة⁽²⁾.

⁽¹⁾ البياتي، سحر محمد نجيب، الاتجاهات الجديدة في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية: دراسة مقارنة في الدساتير العراقية، بحث منشور، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 35، 2018، ص150.

⁽²⁾ الجدة، رعد ناجي، مرجع سابق، ص129.

سيكون لنجاح التجربة العراق حينها نموذجاً ديمقراطياً في الديمقراطية الناشئة في العراق، بل ووجود العراق كبلد موحد وفاعل في محيطيه الإقليمي والدولي، سيعتمد إلى حد كبير على وثيقة الدستور وقدرتها على توفير الإطار القانوني-السياسي السليم لبناء دولة القانون والمؤسسات، وهو بناء لا بد منه لضمان سلاسة التحولات الديمقراطية والسياسية والاقتصادية الضرورية لتحويل العراق إلى بلد ديمقراطي متماسك ينعم بالاستقرار السياسي والازدهار الاقتصادي والانسجام الاجتماعي⁽¹⁾.

وما يهمننا هنا تتبع ما ورد في قانون المرحلة الانتقالية بخصوص الرقابة الدستورية على القوانين، وإنشاء المحكمة الاتحادية العليا خصوصاً إذا ما قلنا أن دستور العراق 2005 الدائم، اعتمد بشكل كبير على ما ورد في القانون الأساسي بشأن إنشاء تلك المحكمة واختصاصاتها، لذلك سيكون هذا المبحث مقسم على النحو الآتي:

المطلب الأول: دور قانون المرحلة الانتقالية 2003 في إقرار الرقابة الدستورية على القوانين

المطلب الثاني: اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية

لعام 2004.

⁽¹⁾ السرحان، حسين أحمد دخيل، وعبد الأمير، حسين باسم، أثر الإشكاليات السياسية والدستورية في زيادة تراجع مستوى الشفافية وتنامي الفساد في العراق بعد عام 2003، بحث منشور، مجلة كربلاء العلمية، المجلد 13، العدد 4، 2015، ص24.

المطلب الأول

دور قانون المرحلة الانتقالية 2003 في إقرار الرقابة الدستورية على القوانين

تعني عبارة المرحلة الانتقالية المرحلة التي تبدأ من 30 حزيران 2004 حتى تشكيل حكومة عراقية منتخبة بموجب دستور دائم كما ينص عليه هذا القانون، وقد تألفت هذه المرحلة من فترتين، حيث بدأت الفترة الأولى بتشكيل حكومة عراقية مؤقتة ذات سيادة كاملة تتولى السلطة في 30 حزيران، وتألفت هذه الحكومة وفق عملية تداول واسعة النطاق بتشاور شرائح المجتمع العراقي قام بها مجلس الحكم وسلطة الائتلاف المؤقتة، وتمارس الحكومة سلطاتها بموجب هذا القانون، أما الفترة الثانية فكانت بعد تأليف الحكومة العراقية الانتقالية والتي تمت بعد إجراء الانتخابات الجمعية الوطنية⁽¹⁾.

وبصدور قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية في 2004/3/8 بدأت مرحلة جديدة من التطور الدستوري والسياسي في العراق ورغم تزامن هذه المرحلة الجديدة مع وقوع العراق تحت الاحتلال الأمريكي البريطاني، الذي يشكل المتغير الأول والأكثر فعالية في حاضر العراق ومستقبله، فإن هذا القانون يكتسب أهمية كبيرة اليوم، لأنه رسم الملامح الدستورية والسياسية لمستقبل العراق وأمنه واستقراره وتقديمه أسس جديدة من خلال تبنيه مجموعة من القيم والمبادئ والقواعد والمصادر والنظم، والعلاقة

⁽¹⁾ الجدة، رعد ناجي، مرجع سابق، ص 130.

بين المركز والمناطق والموقف من الفيدرالية، والمسألة الطائفية، والجنسية، والمواطنة، وحقوق المرأة⁽¹⁾.

وقد تبني قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الصادر سنة 2004 قيماً ومبادئ وأساساً جديدة تتناسب وتتلاءم مع الدولة العراقية الجديدة التي يراد تنظيمها بشكل يختلف أو يتناقض عما كان سائداً في ظل الدساتير العراقية السابقة والصادرة من (1925-1970) وهي تصب جميعها في خدمة الدولة والمجتمع العراقي الذي يراد تأسيسه في العراق وهو المجتمع المتعدد الذي سوف يؤدي حتماً إلى تعدد الولاءات وضعف الولاء للدولة وامتداده إلى دول الجوار⁽²⁾.

وأهم ما جاء في القانون الانتقالي بشأن استقلال القضاء وتعزيز رقابته على القوانين ما ورد في المادة (43) من القانون الانتقالي والتي جاء فيها: "القضاء مستقل ولا يدار بأي شكل من الأشكال من السلطة التنفيذية ومن ضمنها وزارة العدل، ويتمتع القضاء بالصلاحيات التامة حصراً....."⁽³⁾.

والجدير ذكره أن القانون الانتقالي كان أساساً لإنشاء المحكمة الاتحادية العليا المنصوص عليها في الدستور العراقي الدائم 2005، حيث نص القانون الانتقالي على انشاء المحكمة الاتحادية العليا، وذلك وفق ما ورد في المادة (44) من القانون الانتقالي وذلك جاء فيها: "أ-يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون وتسمى المحكمة

⁽¹⁾ إسكندر، يوسف، مسائل خلافية في الدستور العراقي القادم، مجلة الإسلام والديمقراطية، العدد 10، المجلد 4، 2005، ص112.

⁽²⁾ البياتي، سحر محمد نجيب، مرجع سابق، ص155.

⁽³⁾ الجدة، رعد ناجي، مرجع سابق، ص133.

الاتحادية العليا.....". وكان من الاختصاصات الأصلية لهذه المحكمة والتي نصت عليها ذات المادة أنه: "2-الاختصاص الحصري والأصيل وبناءً على دعوى من مدع او بناءً على إحالة من محكمة أخرى في دعاوى بأن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات صادرة عن الحكومة الاتحادية أو الحكومات الإقليمية أو إدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية لا تتفق مع هذا القانون"⁽¹⁾.

ولتعزيز استقلال القضاء وتعزيز دوره في الرقابة أسس القانون الانتقالي مجلس أعلى للقضاء للإشراف على القضاء الاتحادي، حيث جاء في نص المادة (45) من القانون الانتقالي أنه: "يتم إنشاء مجلس أعلى للقضاء ويتولى دور مجلس القضاة، يشرف المجلس الأعلى للقضاء على القضاء الاتحادي ويدير ميزانية المجلس، يتشكل هذا المجلس من رئيس المحكمة الاتحادية العليا، ونواب محكمة التمييز الاتحادية، ورؤساء محاكم الاستئناف الاتحادية، ورئيس كل محكمة إقليمية للتمييز ونائبه، يترأس رئيس المحكمة الاتحادية العليا المجلس الأعلى للقضاء وفي حالة غيابه يترأس المجلس رئيس محكمة التمييز الاتحادية"⁽²⁾.

وفي مجال تعزيز استقلال القضاء واستقلال السلطة القضائية عن غيرها من السلطات الأخرى، حيث نص القانون الانتقالي على عدم عزل القاضي أو عضو مجلس القضاء الأعلى إلا إذا أدين بجريمة مخلة بالشرف أو بالفساد أو إذا أصيب

⁽¹⁾ جرجيس، سحر محمد نجيب، الحقوق والحريات في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، بحث منشور، مجلة بحوث مستقبلية، العدد 10، 2006، ص147.

⁽²⁾ الجدة، رعد ناجي، مرجع سابق، ص135.

بعجز دائم، ويكون العزل بتوصية من مجلس القضاء الأعلى وبقرار من مجلس الوزراء وبموافقة مجلس الرئاسة، ينفذ العزل حال صدور هذه الموافقة....." (1).

كما يمكن اعتبار تأسيس الهيئة الوطنية لحقوق الإنسان في العراق سبيل لتعزيز الرقابة الدستورية على القوانين، حيث جاء في نص المادة (50) من القانون الانتقالي على أنه: "تؤسس الحكومة العراقية الانتقالية هيئة وطنية لحقوق الإنسان لغرض تنفيذ التعهدات الخاصة بالحقوق الموضحة في هذا القانون، وللنظر في الشكاوى المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان، تؤسس هذه الهيئة وفقاً لمبادئ باريس الصادرة عن الأمم المتحدة والخاصة بمسؤوليات المؤسسات الوطنية، وتضم هذه الهيئة مكتباً للتحقيق في الشكاوى، ولهذا المكتب الصلاحية التحقيق بمبادرة منه أو بشكاوى ترفع إليه، في أي إدعاء بأن تصرفات السلطات الحكومية تجري بغير وجه حق وخلاًفاً للقانون" (2).

ومن خلال ما سبق نجد أن قانون المرحلة الانتقالية العراقي قد وضع اللبنة الأساسية لإنشاء قضاء عراقي مستقل يختص بالرقابة الدستورية على القوانين وإنشاء محكمة قضائية مختصة بهذا الأمر، وهو بذلك يختلف عن بقية الدساتير العراقية المؤقتة.

(1) نعمان، عصام، العراق على مفترق التعدد والتوحيد، المتغيرات والتحديات، مركز دراسات الوحدة العربية، احتلال العراق وتداعياته عربياً وإقليمياً ودولياً، دار النهضة العربية، بيروت، 2004، ص145.

(2) البياتي، سحر محمد نجيب، مرجع سابق، ص159.

المطلب الثاني

اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية

لعام ٢٠٠٤

جاء قانون المرحلة الانتقالية بعد انهيار النظام العراقي على أثر الاجتياح الأمريكي للعراق، حيث سمي قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، حيث نص هذا القانون على استقلال القضاء وفق ما ورد في المادة (42/ب) منه، كما نص قانون المرحلة الانتقالية على تشكيل محكمة في العراق بقانون وتسمى المحكمة الاتحادية العليا⁽¹⁾.

وتم استحداث المحكمة الاتحادية العليا في العراق بموجب نص المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية عام ٢٠٠٤ الملغى وهو الدستور المؤقت خلال المرحلة الانتقالية الممتدة من تاريخ صدوره ولغاية صدور دستور عام ٢٠٠٥، وظهرت المحكمة الاتحادية إلى الوجود بموجب القانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ الصادر من الحكومة الانتقالية التي كانت تملك سلطة إصدار التشريعات وفق أحكام القسم الثاني من ملحق قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية الصادر في ٢٠٠٤/٦/1، وتم تحديد اختصاصها وفق أحكام المادة (44) من القانون المذكور وأمر تشكيلها⁽²⁾.

⁽¹⁾ نعمان، عصام، مرجع سابق، ص148.

⁽²⁾ الجدة، رعد ناجي، مرجع سابق، ص138.

ومن بين اختصاصها النظر في عدم دستورية القوانين والتشريعات والتعليمات التي تصدرها وفق أحكام قانون إدارة الدولة الانتقالية. وتكون لقراراتها قوة تنفيذ إلزامية وفق نص الفقرة (د) من المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، وكان هذا القانون بمثابة الدستور الذي ينظم أعمال الدولة العراقية على وفق أحكام المادة (٣) منه التي جاء فيها: "إن هذا القانون يعد القانون الأعلى للبلاد ويكون ملزماً في أنحاء العراق كافة"، ثم مارست المحكمة الاتحادية العليا أعمالها وفق الأحكام المشار إليها أعلاه، وأُعتبرت بمثابة المحكمة الدستورية، لأنها تتعامل مع الأحكام التي تنظم أعمال الدولة العراقية ومؤسساتها⁽¹⁾.

قد نصت المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا على ما يلي: "تتولى

المحكمة الاتحادية العليا المهام التالية:

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

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

⁽¹⁾ نعمان، عصام، مرجع سابق، ص 155.

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

رابعاً: النظر بالدعاوي العامة المقامة أمامها بصفة استثنائية وينظم اختصاصها بقانون اتحادي".

ويرى بعض الفقهاء ومنهم (نعمان الخطيب) إن المادتين (٣) و(4) من النظام الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ أعطت الحق لكي يدفع بعدم الدستورية لـ : (المحكمة من تلقاء نفسها) و(لأحد الخصوم أمام محكمة الموضوع) وهذا يعني الأخذ برقابة الامتناع وليس الإلغاء فقد نصت المادة (٣) من النظام الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على ما يلي : "إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها أثناء نظرها دعوى البت في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معللاً إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه ولا يخضع هذا الطلب إلى الرسم".

كما نصت المادة (4) من النظام الداخلي بنه: "إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر بناء على دفع من أحد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى وبعد استيفاء الرسم عنها تبت في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية وتتخذ قراراً باستئثار الدعوى الأصلية للنتيجة أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا".

وهاتان المادتان قد أكدتا حق للمحاكم على اختلاف درجاتها أثناء نظرها دعوى من تلقاء نفسها إذا ارتأت إن النص القانوني أو القرار أو النظام أو التعليمات الواجب التطبيق على وقائع الدعوى مخالف للدستور أن ترسل طلباً معللاً إلى المحكمة الاتحادية العليا وهذا الطلب غير خاضع للرسم أو بناء على طلب أحد الخصوم إذا دفع بعدم شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر أثناء نظر الدعوى فتكلف المحكمة التي تنظر الدعوى الخصم الذي دفع بعدم الدستورية أن يقدم دفعه هذا بدعوى جديدة رغم إن القانون لم يحدد المدة التي يجب على الخصم أن يرفع الدعوى خلالها. وبعد تقديم الدعوى أو رفضها فإذا قبلت المحكمة الدعوى ترسلها إلى المحكمة الاتحادية مع المستندات للبت في الدفع بعدم الشرعية وفي كلا الحالتين على محكمة الموضوع أن تتخذ قراراً باستتخار الدعوى الأصلية حتى نتيجة الدفع بعدم الدستورية⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه العراقي أنه لا وجود لرقابة الامتثال في هذه الحالة حيث إن محكمة الموضوع إذا طلبت من المحكمة الاتحادية العليا البت والفصل بشرعية نص قانوني أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم فإنها تقوم باستتخار الدعوى المنظورة أمامها حتى نتيجة نظر المحكمة الاتحادية في الدعوى التي تنظرها من الدفع بعدم الشرعية⁽²⁾.

⁽¹⁾ البياتي، سحر محمد نجيب، مرجع سابق، ص166.

⁽²⁾ الجدة، رعد ناجي، مرجع سابق، ص140.

والمحكمة العليا في الدعوى المنظورة أمامها أما أن تقرر عدم شرعية القانون أو للنص التشريعي أو النظام أو التعليمات أو الأمر أو أن تقرر شرعيته وترد الدعوى وفي الحالة الأولى فإن محكمة الموضوع سوف لا تقوم بتطبيق القانون الذي دفع بعدم شرعيته وفي الحالة الثانية فإنها سوف تقوم بتطبيق القانون الذي دفع بعدم شرعيته وبذلك فهي لم تقرر الامتناع عن تطبيق القانون من تلقاء نفسها وإنما هي تطبيق قرار حكم المحكمة الاتحادية العليا وبالتالي فإن محكمة الموضوع التي ترى عدم شرعية قانون أو طعن أمامها بعدم الشرعية لا تملك حق الامتناع عن تطبيق ذلك القانون وإن الذي يقرر ذلك هو المحكمة الاتحادية العليا التي تملك رقابة الإلغاء للقانون الذي يتعارض مع المبادئ الدستورية⁽¹⁾.

¹ البياتي، سحر محمد نجيب، مرجع سابق، ص 170.

الفصل الرابع

واقع الرقابة الدستورية على القوانين في ظل الدستور العراقي الدائم 2005

تمهيد وتقسيم:

تحرص النظم الديمقراطية على تضمين الوثيقة الدستورية نصوص وأحكام قانونية تنظم مختلف نشاطات الدولة، وتؤكد كيفية توزيع السلطات العامة حتى تضمن خضوعها لقواعد وأحكام الدستور، ولتحول دون الخروج على هذه القواعد وانتهاكها، الأمر الذي يعتبر ذلك ضماناً قانونية تكفل احترام ما تضمنته الوثيقة الدستورية⁽¹⁾.

ولقد تبنى العراق النظام البرلماني بعد عام 2003 بموجب قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، وكذلك بموجب دستور 2005، والذي أشار صراحة إلى اتباع هذا النظام، وقد أفرد الدستور العراقي لسنة 2005 الدائم، للسلطة التنفيذية المواد (66-86) بين فيها شروط وصلاحيات كل من رئيس الدولة ورئيس الوزراء.

حيث أشارت المادة الأولى من الدستور العراقي لسنة 2005، بأن العراق: "جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي، وهذا الدستور ضامنٌ لوحدية العراق." وبذلك فإن نوعية النظام الديمقراطي النيابي الذي تبناه المشرع الدستوري العراقي هو أساس مبدأ

⁽¹⁾ علي، محمد نوري، مبدأ فصل السلطات بين النظرية والتطبيق: دراسة مقارنة بين النظام العراقي والجزائري، المجلة السياسية الدولية، المجلد 4، العدد 3، 2016، ص 1080.

الفصل بين السلطات، فضلاً عن اعتماده نظام الحكم الذي يكرس المبدأ الديمقراطي المستقر على الفصل بين السلطات الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية) وهذا ما أشارت له المادة (47) من الدستور العراقي 2005 بأنه: "تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية تمارس اختصاصها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات".

وإن كان الفقه متفق على أن مبدأ الفصل بين السلطات ينصب على العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، إلا أننا آثرنا بيان استقلال السلطة القضائية ووسائل رقابتها على عمل كل من السلطتين الأخرين في حالة مخالفتهم لأحكام القانون عن طريق أحكام الإلغاء أي عن طريق الرقابة الدستورية على القوانين، وعلى ذلك سيكون تقسيم هذا الفصل على النحو الآتي:

المبحث الأول: مظاهر استقلال السلطة القضائية في النظام الدستوري العراقي 2005

المبحث الثاني: واقع الرقابة الدستورية على القوانين في ظل الدستور العراقي 2005

المبحث الأول

مظاهر استقلال السلطة القضائية في النظام الدستوري العراقي 2005

تمهيد وتقسيم:

اقر الدستور العراقي لعام 2005 مبدأ الفصل بين السلطات وأصبح هذا المبدأ مسار عام يوجب على المشرع العراقي أن يكيّف قوانينه وتشريعاته الأخرى معه، وأي تشريع يخالف ذلك المبدأ يطعن بعدم دستوريته أمام المحكمة الاتحادية العليا.

وعليه سنقوم بالبحث في استقلال السلطة القضائية في النظام الدستوري العراقي وفق دستور العراق 2005، لمعرفة اختصاص هذه السلطة ودورها في مراقبة القوانين، ولهذا قسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: تنظيم الدستور لأحكام السلطة القضائية وآلية استقلالها

المطلب الثاني: أقسام السلطة القضائية في النظام الدستوري العراقي 2005.

المطلب الأول

مظاهر استقلال السلطة القضائية

إن مبدأ الفصل بين السلطات هو من أهم مبادئ الديمقراطية وركائزها، إذ أن من الثابت أن الأنظمة الديكتاتورية تنشأ عندما تتجمع السلطات الثلاث في يد جهة واحدة، حيث تصبح حرية المواطنين تحت رحمة سلطة تحكيمية، وحكومة بهذه المواصفات تستطيع أن تتصرف بإرادتها المنفردة، وأن تسن من القوانين ما تشاء وبدون اعتبار لحقوق المواطنين ودون وجود أي نوع من الرقابة على أعمالها.

ومن المستقر عليه في الأنظمة الدستورية اعتبار السلطة القضائية قائمة بذاتها كما هو الحال في السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومسألة استقلالية القضاء هي من المسائل المرتبطة بل والمنبثقة عن مبدأ الفصل بين السلطات، لما فيه من ترسيخ لمبادئ الديمقراطية الحرية والعدالة، وهو ما أدى إلى بلورة استقلال القضاء مبدأ عام والمناهي بضرورة تطبيقه بصورة تامة، بل وأصبح مقياساً لمدى ديمقراطية الدول⁽¹⁾.

وقد تجلّى ذلك في اعتماد الأمم المتحدة لمجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلالية القضاء، وقد جاء في أولى هذه المبادئ: "تضمن الدولة استقلال السلطة القضائية، وتكرس ذلك في دستور البلد أو في قانونه، ومن واجب جميع الحكومات

⁽¹⁾ بوشعير، سعيد، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص11.

والمؤسسات الأخرى احترام استقلال السلطة القضائية والتقيد بذلك في ممارستها لمهامها وأعمالها"⁽¹⁾.

ولهذا ينبغي النظر عند التحقق من استقلالية القضاء في دولة ما إلى مدى عدم خضوع القضاء لأية سلطة أخرى في شؤونها المالية والإدارية والتأديبية، فإذا كان خاضعاً إلى سلطة أخرى في أي من هذه النواحي فإن هذا يمثل طعناً في استقلاليته وحياده.

ولا تختلف الأنظمة الدستورية والقانونية في مختلف الدول على أهمية استقلال السلطة القضائية لما فيه من ضمان لتحقيق العدالة في المجتمع، بحيث أصبح مبدأ استقلال القضاء مبدأ دستورياً وحقاً أصيلاً يرتبط بحماية حقوق الإنسان لما فيه من ارتباط وثيق بمبدأ الحق في المحاكمة العادلة وهو ما أشارت له المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وأكدت عليه الدساتير في مختلف الدول على اختلاف أنظمتها السياسية، وبذات الوقت تنظيم هذا الاستقلال في قوانين خاصة كما هو الحال عليه في قانون استقلال القضاء الأردني رقم 15 لسنة 2001م⁽²⁾.

وبهذه الصورة فإن مبدأ استقلال السلطة القضائية له أهميته ابتداءً من حماية الحقوق والحريات الأساسية للإنسان، ومن جهة أخرى فهو نتاج طبيعي لمبدأ الفصل

⁽¹⁾ خالد، حميد حمدان، مرجع سابق، ص 375.

⁽²⁾ القضاة، علي، مدى توافق العلاقة بين السلطتين التنفيذية والقضائية مع مبدأ الفصل بين السلطات: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية، عمان، 2014، ص 44.

بين السلطات والذي يعد أحد الركائز الأساسية للديمقراطية بصورتها الصحيحة والسليمة.

وقد أكدت المواد (87) من الدستور العراقي على استقلالية القضاء والتي جاء فيها: "السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر احكامها وفقاً للقانون"، وما نصت عليه المادة (88) من الدستور أيضاً بأنه: "القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة"⁽¹⁾.

وتعزيزياً لاستقلالية القضاء نصت المادة (98) من دستور 2005 على ما يأتي: "يحظر على القاضي وعضو الادعاء العام ما يأتي: 1- الجمع بين الوظيفة القضائية والوظيفتين التشريعية والتنفيذية أو أي عمل آخر. 2- الانتماء إلى أي حزب أو منظمة سياسية أو العمل ضمن نشاط سياسي"، وهذا النص يدل على أن المشرع الدستوري العراقي أدرك أن ضمان استقلال المؤسسة القضائية يستدعي تفرغ القضاء وأعضاء الادعاء العام للعمل في سلك تلك المؤسسة والمهم أن لا يكون لديهم أي انتماء حزبي بل ولا يحق لهم مزاولة أي نشاط سياسي لأن ذلك الأمر من شأنه الإخلال بمبدأ الاستقلالية بل ويطعن في ميزان العدالة المتوخاة من قبل القضاء"⁽²⁾.

⁽¹⁾ وهذا ما يقابلها نص المادة (97) من الدستور الأردني والتي جاء فيها: "القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون"

⁽²⁾ عبد، حسين لهوين، مدى التوازن بين اختصاصات رئيس الدولة ومسؤوليته في الدساتير العراقية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2013، ص25.

كما منح الدستور 2005 السلطة القضائية الاستقلال المالي والإداري وبموازنة مستقلة تتولى إعدادها بالتنسيق مع الجهات المالية ذات الاختصاص على ان ترفع الموازنة إلى مجلس النواب مباشرةً للمصادقة عليها بقانون⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر أن نصوص دستور 2005 حظرت إنشاء محاكم خاصة أو استثنائية ومما لا شك فيه في أن منع محاكمة المدنيين أمام محاكم عسكرية يعد خطوات هامة جديدة بالثناء في ضوء الاساءات المعتادة التي تقوم بها الحكومات التسلطية، وهو ما يسجل لدستور 2005.

إضافة إلى ما ذكر في نصوص الدستور العراقي 2005 نجد التشريع العراقي هو الآخر جاء ليؤكد على استقلال القضاء عن باقي سلطات الحكم الأخرى وهو ما نجده في مسألة انتداب القضاة حيث نصت المادة (49/أولاً/ب) من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 المعدل على أنه: "يجوز انتداب القاضي في محكمة التمييز بموافقته التحريية وبأمر مجلس القضاء الأعلى إلى وظيفة مستشار قانوني..... أو في ديوان رئاسة الجمهورية أو إلى رئاسة إحدى دوائر مركز وزارة العدل وأجهزتها أو رئاسة هيئة تمييز الإصلاح الزراعي أو التدريس في الجامعة أو المعهد القضائي على أن يحتفظ بصفته القضائية وحقوقه فيها". وبرأي الباحث حسناً فعل المشرع العراقي بأن جعل انتداب القاضي بأمر من رئيس مجلس القضاء الأعلى لأن ذلك يؤدي إلى كفالة استقلال القضاء.

(1) العنبيكي، طه حميد حسن، دور المؤسسة القضائية في بناء الديمقراطية في العراق، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الأول، 2014، ص12.

ويتضح مما سبق أن دستور العراق 2005 حمل في طياته الكثير من المبادئ التي تسود دساتير عالم اليوم والتي لم يكن إقرارها بنصوص الدساتير بالأمر الهين وتحققت بعد نضال كبير من جانب الفقهاء والباحثين ويعد مبدأ استقلال القضاء إحدى هذه المبادئ التي لا تخلو منها الدساتير ذات الطابع الديمقراطي والتي من ضمنها الدستور العراقي 2005، كما تضمن الدستور نصوص واضحة في منح القضاء الاستقلال الكافي في مواجهة بقية هيئات الحكم الأخرى وهذا يدل على أن دستور العراق 2005 منسجم مع متطلبات العصر الحديث والتي أحداها فكرة الفصل بين السلطات.

المطلب الثاني

أقسام السلطة القضائية في النظام الدستوري العراقي 2005

نظم الدستور العراقي أحكام السلطة القضائية في المواد (87-101) وتتكون من كيانين الأول مجلس القضاء الأعلى في المواد (90-91) والثاني المحكمة الاتحادية العليا التي نظم أحكامها في المواد (92-94) وكل كيان مستقل عن الآخر وإن شكلا بمجموعهم السلطة القضائية. وللذان يعدان من أهم المؤسسات القضائية العراقية ومحكمة التمييز الاتحادية، وجهاز الادعاء العام، وهيئة الإشراف القضائي والمحاكم الاتحادية الأخرى التي تنظم بقانون⁽¹⁾.

⁽¹⁾ أما في الدستور الأردني فإن تشكيل السلطة القضائية انحصر في ثلاث أنواع من المحاكم نصت عليهم المادة 99 من الدستور الأردني والتي جاء فيها: "المحاكم ثلاثة أنواع: " 1- المحاكم النظامية. 2- المحاكم الدينية. 3- المحاكم الخاصة"

ولكن سيتم التركيز على المحكمة الاتحادية العليا كونها المختصة في الرقابة على دستورية القوانين، حيث سيتم بيان تشكيلها واختصاصاتها وكل ما ورد في الدستور بشأنها، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تشكيل المحكمة الاتحادية العليا

قبل البدء في البحث في تشكيل واختصاصات المحكمة الاتحادية العليا لابد من الإشارة إلى أن نشأة التفكير في إيجاد المحكمة الدستورية في أي دولة ومنها العراق إنما يكون أساساً لمعالجة ثلاثة أمور وهي الخشية من تضارب المحاكم في شأن دستورية قانون ما بحيث من المحتمل أن يعد دستورياً أمام محكمة وغير دستوري أمام محكمة أخرى، وقد يعد دستوري في دعوى وغير دستوري في دعوى أخرى أمام ذات المحكمة، والسبب الثاني قصور رقابة المحاكم العادية إذ أنها لا تفعل أكثر من رفض الدعوى التي قال فيها القضاء كلمته، والثالث الحاجة إلى محكمة دستورية يلجأ إليها لتقول كلمة حاسمة في إلغاء تشريع معين فضلاً عن عدم التجاوز على الحقوق والحريات فيما يحصل من منازعات بين الحكومة الاتحادية وحكومة الأقاليم أو المحافظات⁽¹⁾.

وبشكل عام تعتبر المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً تتكون من عدد من القضاة، وخبراء في الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون، يحدد عددهم، وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب،

¹ عبد الله، حيدر محمد حسن، حماية حرية الرأي في مواجهة التشريع، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، 2015، ص 223.

حيث نصت المادة (92) من الدستور العراقي على انه: "أولاً: المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً. ثانياً: تتكون المحكمة الاتحادية من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون يحدد عددهم وتنظيم اختياريهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب"⁽¹⁾.

لكن ما يؤخذ على استقلال المحكمة الاتحادية العليا وفق ما نص عليها الدستور العراقي 2005، أن نصوص الدستور العراقي لم تبين مدى استقلال المحكمة الاتحادية العليا عن باقي السلطات وبخاصة ما يرتبط بتعيين أعضاء المحكمة ورئاستها ومن يرشحهم ومن يوافق على الترشيح هل السلطة التشريعية قياساً على ترشيح رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية من قبل مجلس القضاء الأعلى ام بتوصية من مجلس الوزراء لمجلس النواب قياساً على آلية ترشيح الوزراء كون رئيس المحكمة وزير كما أن ترك تشكيل المحكمة للقانون العادي يمثل مساساً باستقلال المحكمة بسبب الخشية من تحكيم السلطة التشريعية من خلال القانون بتحديد أسلوب تشكيل المحكمة⁽²⁾.

كما اثار الفئات التي تتكون منها المحكمة جدلاً واسعاً حيث وجد بعض الفقه أن هيكلية المحكمة المكونة من العنصر القضائي والقانوني والإسلامي أمراً ليس حسناً

⁽¹⁾ لكن الحال مختلف بخصوص تشكيل المحكمة الدستورية الأردنية حيث نصت المادة (1/58) من الدستور الأردني لسنة 1952 بعد التعديل الأخير 2011 على انه: "تنشأ بقانون محكمة دستورية يكون مقرها في العاصمة وتعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، وتؤلف من تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينهم الملك".

⁽²⁾ الهاللي، علي هادي عطية، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 190-191.

للمشرع العراقي لأن هيكليّة تكوين المحكمة إذا كانت تتضمن العنصر القضائي والقانون فلا تثريب عليها، بيد أن إقحام خبراء الفقه الإسلامي في هذه التشكيكية أمراً لم تعهده الدساتير والتشريعات المقارنة⁽¹⁾، ولعل السبب في انتقاد إدخال العنصر الإسلامي في تشكيل المحكمة لأن القاعدة العامة المعروفة على الصعيد الفقهي هي اختلاف الآراء ووجهات النظر دائماً في مجال الفقه الواحد فكيف إذا ما تكونت هذه المحكمة من أكثر من فقيه وكل واحد منهم ينتمي لمذهب معين ومن ثم فإن الاختلاف الذي يحصل في الرأي في قضية ما لا يوصل إلى نتيجة معينة⁽²⁾.

الفرع الثاني: اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا.

يمكن تحديد اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا على وفق ما ورد المادة

(93) من الدستور العراقي بما يأتي: "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي:

1- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.

2- تفسير نصوص الدستور.

3- الفصل في القضايا التي تنشئ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والتعليمات

والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية.

(1) الأحمد، وسيم حسام الدين، المحاكم الدستورية العربية والأجنبية، منشورات الحلبي، بيروت، 2012، ص173.

(2) عبود، إسماعيل نعمه، والشافعي، ميثم حسين، مساءلة رئيس الجمهورية أمام المحكمة الاتحادية العليا في دستور جمهورية العراق لعام 2005، بحث منشور، مجلة الحقوق، جامعة بغداد، العدد 2، المجلد 2، 2009، ص148.

4- الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم

والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية.

5- الفصل في المنازعات التي تحصل بين حكومات الأقاليم او المحافظات.

6- الفصل في الاتهامات الموجهة الى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء

7- المصادقة على نتائج الانتخابات النيابية.

8- الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم

والمحافظات غير المنتظمة في اقليم وغيرها"⁽¹⁾.

كما نص الدستور على ان قرارات المحكمة الاتحادية العليا قرارات باتة وملزمة للسلطات كافة، ووفقاً لهذه الاختصاصات التي تتمتع بها هذه المحكمة، فان على عانتها التزامات كبيرة ولها دور اساسي للحفاظ على التوازن السياسي اذا سلمت من التدخلات⁽²⁾.

استخدم دستور 2005 العراقي لفظاً قاطعاً للدلالة على صلاحيات المحكمة على سبيل الحصر وذلك باستخدامه نص "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي"، لكن السياق الذي تسيّر عليه المحكمة في قراراتها جميعاً تفيد على انها تتجه صوب أن الدستور قد حدد اختصاصاتها على سبيل المثال لا الحصر أي أن الدستور قد أضاف

⁽¹⁾ وقد نصت المادة (1/59) من الدستور الأردني على اختصاصات المحكمة الدستورية والتي جاءت كما يلي: "تختص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وتصدر احكامها باسم الملك وتكون احكامها نهائية ملزمة لجميع السلطات كافة وتكون احكامها نافذة بأثر مباشر ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر لنفاذه...2- للمحكمة الدستورية حق تفسير نصوص الدستور إذا طلب إليها ذلك بقرار صادر عن مجلس الوزراء أو بقرار يتخذه أحد مجلس الأمة بالأغلبية ويكون قرارها نافذ المفعول بعد نشره في الجريدة الرسمية"

⁽²⁾ خالد، حميد حمدان، مرجع سابق، ص369-370.

لاختصاصاتها المحددة في القانون اختصاصات جديدة ويبدو أن رأي المحكمة واتجاهها المتقدم يستند إلى تفسيرها لعبارة الدستور "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي" على أنها ليست في سياق الحصر فضلاً عن أستنادها إلى كفالة الدستور استمرار تطبيق التشريعات النافذة قبله وإن قانون المحكمة الاتحادية إحدى تلك التشريعات⁽¹⁾.

وقد تعرض الصلاحيات التي منحها الدستور العراقي للمحكمة الاتحادية العليا إلى جملة من التساؤلات والنقاشات فيما بين الباحثين والمتخصصين فقد وجه جانب من الفقه انتقاده لمنح المحكمة صلاحية الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة على اعتبار أن أي نظام أو قرار إداري صادر عن السلطة التنفيذية بناء على قانون الأمر الذي يعني ان اختصاص المحكمة الاتحادية يمتد إلى العمل الإداري أي أنها تقوم برقابة القرارات التنظيمية وهذا الأمر يقع ضمن اختصاص محكمة القضاء الإداري المشكلة وفق القانون رقم 106 لسنة 1989 التابعة لمجلس شوري الدولة⁽²⁾.

وبخصوص وقت ممارسة الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة فقد انقسم إلى رأيين الأول تبنى التفسير المبني على المادة (93/أولاً) حيث نصت صراحة على إجراء الرقابة اللاحقة عندما اشترطت بأن تكون الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة (أي القوانين والأنظمة الصادرة والداخلية حيز التطبيق)⁽³⁾، أما الرأي

⁽¹⁾ عبود، إسماعيل نعمه، والشافعي، ميثم حسين، مرجع سابق، ص149.

⁽²⁾ الطائي، حيدر أدهم، قراءات في الرقابة القضائية على دستورية القوانين وتطبيقاتها في العراق، بحث منشور في مجلة الملتقى، العدد 21، 2011، ص49.

⁽³⁾ عبود، إسماعيل نعمه، والشافعي، ميثم حسين، مرجع سابق، ص155.

الثاني فأخذ بالتفسير الذي ذهبت إليه إرادة الهيئة التأسيسية للدستور وأساسه نصوص المواد (2) و(13) من الدستور العراقي التي تتجه إلى تبني الرقابة السابقة قبل صدور القانون والنظام ودخول النص حيز التطبيق⁽¹⁾.

وفي المقابل نجد اتجاه الدستور العراقي محموداً عندما أناط مهمة تفسير نصوص الدستور للمحكمة دون سواها من المحاكم وبذلك يؤدي إلى توحيد الرأي الدستوري ومنع تضارب الآراء إذا ما تعددت الجهات المالكة لحق التفسير، لكن ما يسجل على هذه الصلاحية أنها جاءت مقتضبة وتصدي المحكمة للتفسير اختصاص عائم لأن النص لم يحدد الجهة التي تطلب التفسير والقيمة القانونية لهذا التفسير⁽²⁾.

وفي مجمل ما استعرضناه من آليات تشكيل المحكمة الاتحادية العليا واختصاصاتها نرى أن يكون أعضاء هذه المحكمة من حملة الشهادات العليا وذو كفاءات عالية وان يكون قضاتها من خبراء القانون المدني وليس رجال الدين ومن جهة اخرى ان تكليف الدستور مجلس النواب بتنظيم عمل المحكمة الاتحادية العليا وطريقة اختيار أعضائها قد يؤثر على عمل المحكمة وقدرتها على تحقيق التوازن السياسي المطلوب منها ، بل كان من الأجدر ان يحدد الدستور طريقة اختيار اعضائها بحيث ان تساهم الوحدات الفيدرالية مساهمة فعالة في تنظيمها وكيفية عملها، ويتم ذلك عادةً عن طريق مجلس الأقاليم كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية بالنسبة لمجلس

⁽¹⁾ خلف، صلاح، المحكمة الاتحادية العليا في العراق تشكيلها واختصاصها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2011، ص36.

⁽²⁾ محسن، محمد عباس، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق، أطروحة دكتوراه، جامعة بابل، 2009، ص159.

الشيوخ، ومجلس البوندسرات في ألمانيا، او عن طريق التوافق بين المكونات الرئيسية في الاتحاد، كما تجدر الملاحظة بأن الدستور العراقي لم يشير الى كيفية مشاركة الأقاليم، ولا سيما إقليم كردستان في اختيار اعضاء المحكمة الاتحادية العليا⁽¹⁾.

وبهذا التنظيم للسلطة القضائية يتضح لنا أن استقلال السلطة القضائية يشير إلى تحرر سلطته من أي تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، بالإضافة إلى عدم خضوع القضاة إلى غير القانون، إذ أن واجب القاضي في تطبيق القانون يقتضي منه معرفة إرادة المشرع على الوجه الصحيح، وهو ما لا يتأتى إلا إذا كان كامل الحرية في استخلاص هذه الإرادة غير متأثر بفكرة معينة وغير خاضع إلى تدخل من هاتين السلطتين، وهو بذلك لا يمثل التحكم والاستبداد في الرأي والحكم، بل يقصد به عدم الخضوع في استخلاص كلمة القانون وتطبيقها إلى غير ضمير القاضي واقتناعه الحر السليم⁽²⁾.

وعلى ذلك ومما سبق نجد ان الدستور العراقي أهتم باستقلال السلطة القضائية لأنه عنصراً مهماً في شرف القضاء واعتباره، إذ بدونه يفقد القضاء قيمته وجدواه في حماية الحريات، وبذلك فإن الاستقلالية الفعلية للسلطة القضائية في النظم الديمقراطية الحديثة ومن النظم الديمقراطية العراقي يعتبر العمود الفقري والدعامة الأساسية لإرساء دولة القانون والمؤسسات الشرعية.

⁽¹⁾ المشهداني، محمد كاظم، النظم السياسية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، 1999، ص176.

⁽²⁾ سرور، أحمد فتحي، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 2002، ص349.

المبحث الثاني

واقع الرقابة الدستورية على القوانين في ظل الدستور العراقي 2005

تمهيد وتقسيم:

إن انتقال العراق في ظل دستور عام 2005، من دولة بسيطة إلى دولة اتحادية وانتقال نظام الحكم من نظام الرئاسي إلى البرلماني وتم اعتماد مبدأ الفصل بين السلطات والتأكيد على احترام الحقوق والحريات الأساسية سواء في وثيقة قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية أو في وثيقة الدستور الحالي، كذلك نص على مبدأ استقلالية السلطة القضائية كما أشرنا في المبحث الأول.

والضمانات التي يتمتع بها القضاة من خلال إعادة تشكيل مجلس القضاة الأعلى صيانة الوثيقة الدستورية كان لابد من إنشاء محكمة عليا للحفاظ على سيادة القانون وتحقيق العدالة، وأراد المشرع العراقي الدستوري أن يوضح معالم الدولة القانونية الجديدة من خلال النص على إنشاء محكمة اتحادية عليا تختص بالرقابة على دستورية القوانين إلى جانب اختصاصات أخرى مهمة وذلك بموجب القانون رقم 30 لعام 2005، ففي الفصل الثالث من الدستور الذي خصص للسلطة القضائية جعلت المحكمة الاتحادية جزءاً من مؤسسات السلطة القضائية⁽¹⁾.

⁽¹⁾ عبد العظيم، عبد الحميد، الرقابة الدستورية على القوانين، دراسة مقارنة، دار الولاء للطبع والنشر، مصر، 2011، ص218.

ومن خلال هذا المبحث سيتم التطرق إلى الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا للرقابة على دستورية القوانين في العراق وذلك في ظل الدستور العراقي 2005، وذلك وفق التقسيم الآتي:

المطلب الأول: نطاق ممارسة رقابة المحكمة الاتحادية العليا لدستورية القوانين

المطلب الثاني: طرق ممارسة رقابة المحكمة الاتحادية العليا لدستورية القوانين

المطلب الأول

نطاق ممارسة رقابة المحكمة الاتحادية العليا لدستورية القوانين

أقر تأسيس المحكمة الاتحادية العليا لكي تعمل على ضمان سيادة دستور جمهورية العراق لسنة 2005 من خلال مراقبة تطابق النصوص القانونية مع الدستور، وتأكيداً على ذلك جاءت المادة (93) من الدستور لتنص على أن: "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة".

وعلى ذلك فإن نطاق الرقابة الدستورية للمحكمة هو على القوانين والأنظمة النافذة فقط، وبما أنه ذكرت القوانين بشكل مطلق مما يعني امتداد رقابة المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على القوانين الاتحادية وقوانين الأقاليم التي تصدرها نصدرها السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في الأقاليم مما يترتب على ذلك ضرورة تطابق القوانين الصادرة من المشرع في الأقاليم وكذلك الأنظمة التي تتولى السلطة التنفيذية الإقليمية بوضعها مع احكام الدستور العراقي الاتحادي 2005.

وهذا ما يمكن استخلاصه من المادة (121/أولاً) من الدستور التي نصت على أنه: "لسلطات الأقاليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، وفقاً لأحكام هذا الدستور...."، وكذلك المادة (13/ثانياً) منه التي نصت على أنه: "لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه"¹.

¹ خلف، صلاح، مرجع سابق، ص 39.

غير أن واقع الحال يبدو وكأن الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة في دستور 2005، منظمة على المستوى الاتحادي دون الأقاليم، لأن المحكمة الاتحادية تفصل في القضايا المتعلقة بدستورية القوانين والأنظمة الاتحادية، أي تقوم برقابة مطابقة نصوص القوانين والأنظمة الاتحادية للدستور دون القوانين الإقليمية، على الرغم من وجود تعارض نصوص قوانين إقليم كردستان (الإقليم القائم) مع الدستور الاتحادي والتي يفترض الطعن بها باعتبار الدستور الاتحادي القانون الأعلى والأعلى على مستوى دولة الاتحاد، ويكون ملزماً في أنحاءها كافة ومن دوت استثناء، الأمر الذي يتطلب عدم جواز سن أي نص قانوني أو دستوري (إقليمي) يتعارض مع نصوصه لأن القول خلاف ذلك سيؤدي إلى هدم وحدة الدولة، وسند هذا الحكمي نص المادة (93/أولاً) من الدستور ورد في صيغة مطلقة⁽¹⁾.

كما أن الرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا تكون منصبة على القوانين والأنظمة سارية المفعول ومن ثم يخرج من اختصاص المحكمة القوانين والأنظمة المنتهي حكمها أو الملغية.

كما أن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على الدستورية يشمل جميع التشريعات النافذة سواء أكانت صادرة قبل العمل بالدستور العراقي لسنة 2005م أم بعده، وذلك استناداً إلى نص المادة (130) من دستور جمهورية العراق التي نصت على أنه: "تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها، ما لم تلغ أو تعدل وفقاً لأحكام هذا الدستور". فهذا النص يعني استمرار سريان ما سبق العمل به من التشريعات قبل نفاذ

⁽¹⁾ محمود، مدحت، مرجع سابق، ص 69.

دستور جمهورية العراق 2005م، غير الملغية أو المعدلة وفق القواعد المقررة لذلك الدستور.

ويتضح مما سبق أن القوانين والأنظمة التي صدرت قبل نفاذ دستور سنة 2005 لم تكن بمنأى عن الرقابة شأنها في ذلك التشريعات التي صدرت في ظل الدستور، وبتعبير آخر إن التشريعات الصادرة قبل نفاذ الدستور العراقي لسنة 2005م، تتدرج في نطاق رقابة المحكمة الاتحادية العليا على الدستورية من حيث مبدأ الخضوع لهذه الرقابة⁽¹⁾.

كما يستنتج من نص المادة (93/أولاً) من الدستور العراقي أنه ساوى بين القانون والنظام في مجال الرقابة على الدستورية، أي مخالفة كل منهما لنص دستوري قائم أو الخروج على روحه ومقتضاه، ولعل حكمة التسوية بين التشريعات في هذا المجال تتمثل في أن الرقابة الدستورية تستهدف حماية الدستور وصونه من الخروج على أحكامه بوصفه القانون الأعلى في البلاد، وهذا الهدف لا يتحقق إلا إذا انبسطت رقابة تلك الجهة القضائية على التشريعات كافة باختلاف أنواعها ومراتبها، سواء اكانت تشريعات أصلية من السلطة التشريعية أم كانت تشريعات فردية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري⁽²⁾.

⁽¹⁾ الزبيدي، جليل إبراهيم، مبدأ الفصل بين السلطات وعلاقته باستقلال القضاء في العراق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2012، ص96.

⁽²⁾ العبيدي، محمد عبد الله سهيل، استقلال القضاء في التشريع العراقي النافذ، بغداد، 2012، ص99-100.

وتذهب بعض الأنظمة الدستورية إلى حد إعطاء القضاء سلطة الحكم بإلغاء القانون إذا اتضح له أنه مخالف للقواعد الدستورية، نتيجة للطعن عليه بعدم الدستورية من قبل ذوي الشأن في دعوى أصلية، أمام المحكمة المختصة ابتداءً واستقلالاً عن أي نزاع يطالبون فيها بالحكم بإلغاء القانون المخالف لحكم الدستور⁽¹⁾، وذلك يعني أنه بمجرد صدور القانون من البرلمان وتضمنه لشبهة مخالفته للدستور، يخول صاحب الشأن في اللجوء إلى القضاء وإقامة دعوى يخاصم بها القانون فلا يشترط لإقامة الدعوى وجود نزاع مثار أمام القضاء، وإنما يمكن إقامة دعوى مباشرة ومستقلة عن أي نزاع آخر، تتضمن مخاصمة القانون المشكوك بعدم دستوريته⁽²⁾.

وفي الأردن بموجب التعديلات الدستورية الأخيرة أصبحت المحكمة الدستورية هي الجهة القضائية الوحيدة المختصة بالنظر في الرقابة على دستورية القوانين في الأردن، وبإنشاء هذه المحكمة، انتقلت الرقابة على الدستورية في الأردن من رقابة لا مركزية إلى رقابة مركزية وقد جاء إنشاء هذه المحكمة الدستورية إدراكاً من المشرع الدستوري لضرورة وجود هيئة قضائية مستقلة، تراقب مدى احترام السلطات العامة للقوانين والأنظمة، وذلك لضمان حماية حقوق الأفراد وحياتهم التي نص عليها الدستور الأردني. وقد نصت المادة (59) من الدستور الأردني على ما يلي:

"1. تختص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.

⁽¹⁾ قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 87 لسنة 2013 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة:

www.iraqja.iq، تاريخ الزيارة: 2020.21/7/21

⁽²⁾ الجوّاري، فتحي، دور السلطة التنفيذية في ضمان استقلال القضاء، بحث منشور، مجلة التشريع والقانون، العدد الثاني، 2009، ص47.

2. للمحكمة الدستورية حق تفسير نصوص الدستور إذا طلب إليها ذلك بقرار صادر عن مجلس الوزراء أو بقرار يتخذه أحد مجلسي الأمة بالأغلبية".

كما نصت المادة (2/60) من الدستور الأردني وفق آخر التعديلات على ما يلي: "في الدعوى المنظورة أمام المحاكم يجوز لأي من أطراف الدعوى إثارة الدفع بعدم الدستورية وعلى المحكمة إن وجدت أن الدفع جدي أن تحيله إلى المحكمة التي يحددها القانون لغايات البت في أمر إحالته إلى المحكمة الدستورية".

وبموجب هذه النصوص الدستورية جاء قانون المحكمة الدستورية رقم (15) لسنة (2012) وحدد اختصاصات المحكمة وذلك في المادة (4) منه، حيث جاء فيها: "تختص المحكمة بما يلي: أ. الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة ب. تفسير نصوص الدستور".

ومن خلال ما سبق نجد أن الدستور الأردني نص على اختصاص عام وشامل للمحكمة الدستورية بشأن الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وهو بذلك متفق مع ما هو معمول به في العراق، لكن ما يميز الوضع الرقابي في الأردن أن المحكمة الدستورية تمارس اختصاص رقابي شامل وكامل على كل ما يصدر من السلطة التشريعية من قوانين وما يصدر عن السلطة التنفيذية من قوانين مؤقتة وأنظمة ما عدا الأنظمة التنفيذية فهي من اختصاص المحكمة الإدارية وذلك بموجب ما ورد في المادة (5/أ فقرة 6) من قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014 والتي جاء فيها: "أ- تختص المحكمة الإدارية، دون غيرها، بالنظر في جميع الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية بما في ذلك:-... 6- الطعون التي يقدمها أي متضرر لطلب الغاء

اي نظام او تعليمات او قرار والمستندة الى مخالفة النظام للقانون الصادر بمقتضاه او مخالفة التعليمات للقانون أو للنظام الصادرة بمقتضاه أو مخالفة القرار للقانون او النظام او التعليمات التي صدر بالاستناد اليها."، وهو بخلاف الوضع في العراق كون التنظيم الإداري والسياسي في العراق يختلف عما هو معمول فيه بالأردن.

المطلب الثاني

طرق ممارسة رقابة المحكمة الاتحادية العليا لدستورية القوانين

يعرض الفقه الدستوري لثلاثة طرق لممارسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فقد تتحقق هذه الرقابة بالامتناع عن اصدار القانون إذا لم يصدر بعد، او بعدم تطبيقه على النزاع او بإلغائه بعد اصداره⁽¹⁾، ومن خلال هذا المبحث سوف يتم استعراض طرق وأساليب الرقابة على دستورية القوانين التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا في العراق، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الرقابة عن طريق الدعوى المباشرة (رقابة الإلغاء)

يقصد برقابة الإلغاء او كما يسمى احياناً بالرقابة عن طريق الدعوى الأصلية الذي يمكن ان يتضرر من القانون بالطعن به امام المحكمة المختصة ابتداءً ودون ان ينتظر تطبيق القانون عليه طالباً من تلك المحكمة الحكم بإلغاء ذلك القانون لمخالفته احكام الدستور فاذا تبين للمحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين صحة ما يدعيه الطاعن قامت بإلغائه واعدمته من الوجود، اما إذا تبين للمحكمة غير ذلك فإنها تقضي برفض الدعوى ويبقى القانون مطبقاً وساري المفعول⁽²⁾.

⁽¹⁾ شطناوي، فيصل، والحتاملة، سليم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة أمام المحكمة الدستورية في الأردن، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 2، 2013، ص619.

⁽²⁾ الخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص109.

وتتعرض هذه الرقابة ان هناك قانوناً قد صدر وأصبح نافذاً أو مطبقاً على الاشخاص وان تطبيق هذا القانون سيلحق ضرراً بهم إذا لم يطعنوا بصحته استقلالاً عن اي نزاع آخر، وهذه الرقابة هي رقابة لاحقة على اصدار القانون ويقوم صاحب الشأن الذي يتضرر من القانون بالطعن فيه مباشرة امام المحكمة عن طريق الدعوى الاصلية القائمة بذاتها ولا علاقة لها بنزاع آخر، يطلب فيها الغاء القانون لعدم دستوريته أي لمخالفته لأحكام الدستور (1).

كما أن رقابة المحكمة القضائية عن طريق الدعوى المباشرة أو دعوى الأصلية أو ما يسمى رقابة الالغاء بطريقتين فقد تكون سابقة على صدور القانون وقد تكون لاحقة عليه، فرقابة الالغاء السابقة: هي الرقابة التي تباشر في مرحلة تكوين القانون، أي أنها تتم في مرحلة اقتراح القانون، فرقابة الالغاء 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 الاصلية(2).

اما في العراق، فإن المحكمة الاتحادية العليا ما زالت تمارس مهامها وفقاً لقانون تشكيلها المرقم (30) لسنة 2005م، وأن قانوناً جديداً لتشكيلها وفقاً للدستور النافذ لم يصدر حتى الآن والمحكمة تمارس الرقابة على دستورية القوانين بأسلوبين أحدهما عن طريق الدعوى الاصلية، والجدير بالذكر انه وفي العراق يسمح لكل مدع

(1) شيحا، ابراهيم عبد العزيز، المبادئ الدستورية العامة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص233.

(2) ميرزا، إسماعيل، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، دار الملاك للفنون والآداب والنشر، دمشق، 2004، ص45.

بمصلحة بما في ذلك الافراد وان يرفع الدعوى امام المحكمة الاتحادية العليا مباشرة للنظر بشرعية القوانين والقرارات والانظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق اصدارها والغاء التي تتعارض منها مع احكام الدستور⁽¹⁾.

أما في الأردن فقد تبنت المحكمة الدستورية الأردنية رقابتها عن طريق الدعوى المباشرة أو رقابة الإلغاء شرط بيان وجه مخالفته للنص التشريعي لأحكام الدستور حيث نصت المادة (9/ب) من قانون المحكمة الدستورية الأردني بأنه: "ب- إذا قررت إحدى الجهات المحددة في الفقرة أ من هذه المادة الطعن في دستورية قانون أو نظام يقدم الطعن لدى المحكمة بطلب موقع من رئيس الجهة الطاعنة على أن يبين فيه ما يلي: 1- اسم القانون أو النظام المطعون فيه ورقمه ونطاق الطعن بصورة واضحة ومحددة فيما إذا كان منصباً على القانون أو النظام بأكمله أو على مادة واحدة أو أكثر. 2- وجه مخالفة القانون أو النظام للدستور". كما حددت الفقرة (أ) من ذات المادة الجهات التي يحق لها الطعن المباشر لدى المحكمة في دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وهما:

1- مجلس الأعيان.

2- مجلس النواب.

3- مجلس الوزراء.

⁽¹⁾ القيسي، حنان، الوجيز في نظرية الدستور، مكتبة الصباح، بغداد، 2010، ص212. وذلك وفق ما ورد في المادة (4/ ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 النافذ.

ومن التطبيقات القضائية للمحكمة الاتحادية العليا في العراق عن طريق الدعوى المباشرة أو رقابة الإلغاء، ما جاء في القرار التالي الذي جاء فيه: "أدعى فيه وكلاء المدعية أمام هذه المحكمة بأن الجمعية الوطنية العراقية أصدرت بتاريخ ١٠/٥ /٢٠٠٥ قانون انتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ والذي حل بديلاً لقانون الانتخابات السابق رقم ٩٦ لسنة ٢٠٠٤ وقد جاء في المادة ١٥/ ثانياً منه بأن تكون كل محافظة وفقاً للحدود الإدارية الرسمية دائرة انتخابية تختص بعدد من المقاعد يتناسب مع عدد الناخبين المسجلين في المحافظة بحسب انتخابات (٣٠/ كانون الثاني /٢٠٠٥ /) المعتمد على نظام البطاقة التموينية أي أن القانون أعتمد معيار الناخبين المسجلين في حين أن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (وفي المادة) ٤٩ / ثانياً (منه قد نص على أن يتكون مجلس النواب من عدد من الأعضاء بنسبة ١ لكل مائة ألف نسمة من نفوس العراق أي إن الدستور أعتمد معيار عدد النفوس الكلي لذا يكون نص المادة (١٥/ ثانياً (من قانون انتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ مخالفاً لنص صريح في الدستور في المادة (٤٩ / ثانياً) منه . وبعد الاطلاع على الأوراق والمداولة قررت المحكمة الاتحادية العليا، بعدم دستورية المادة) ١٥/ ثانياً (من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ لتعارضها مع أحكام المادة (٤٩ / أولاً) من الدستور وللسلطة التشريعية تشريع نص جديد يكون موافقاً لأحكام المادة (٤٩ / أولاً) من الدستور على أن لا يمس الإجراءات التي جرت بموجبها انتخابات المجلس النيابي الحالي في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية"^(١).

^(١) الطهرواي، هاني علي، السنم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص211.

الفرع الثاني: الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية (الدفع الفرعي)

ويسمى أيضاً برقابة الامتناع وهي الرقابة التي تمتنع فيها المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور بناءً على دفع يقدمه صاحب المصلحة أو بمبادرة فيها في قضية منظورة أمامها عملاً بتغليب حكم القانون الأعلى على حكم القانون الأدنى في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة⁽¹⁾.

وبناءً عليه فإن رقابة الدفع الفرعي تفترض بدءاً أن يكون هناك دعوى منظورة أمام المحكمة أياً كانت طبيعة هذه الدعوى مدنية أو جنائية أو إدارية بهدف الحصول على حق معين عن طريق تطبيق القانون فيدفع صاحب الشأن بعدم دستورية ذلك القانون المخالف للدستور بهدف منع المحكمة من تطبيقه في الدعوى المنظورة أمامها.

ويتمثل هذا النوع من الرقابة بأنه لا توجد دعوى أصلية بإلغاء قانون من القوانين لعدم دستوريته، وإنما يتعلق الأمر بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه مضمونه يتقدم به أحد أطراف النزاع في قضية معروضة أمام القضاء، أي أن الرقابة في هذه الحالة لا تتخذ شكلاً هجومياً كما هو الحال في الحالة السابقة، وإنما تأخذ شكلاً دفاعياً مقتضاه أن ينتظر صاحب هذا الشأن حتى يراد تطبيق قانون معين عليه في قضية معروضة أمام محكمة من المحاكم، ثم يدفع بعدم دستوريته هذا القانون، فتتولى المحكمة بحث الأمر، فإذا قدرت مخالفة القانون للدستور أمتنعت عن تطبيقه في الدعوى التي أثير الدفع بصدها، أي أن المحكمة في حالة الدفع بعدم الدستورية لا

⁽¹⁾ رعد، نزيه، القانون الدستوري العام، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص154.

تقضي بإلغاء القانون وإنما تمتنع من فقط عن تطبيقه في القضية التي أثير الدفع بمناسبةها، ويبقى هذا القانون قائماً⁽¹⁾.

ففي العراق فإن المحكمة الاتحادية العليا تبنت هذه الرقابة عن طريق الدفع الفرعي أو الدعوى غير المباشرة بمعنى أن يدفع أحد الخصوم في دعوى تنظرها أحد المحاكم بان النص القانوني أو القرار المراد تطبيقه عليه غير دستوري فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى فتبت هي في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت بعدم الشرعية إذ نص النظام الداخلي للمحكمة على أنه: "إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو تعليمات أو أمر بناءً على دفع أحد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى، وبعد استيفاء الرسم عنها تبت في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت بعدم الشرعية وتتخذ قراراً باستئثار الدعوى الأصلية للنتيجة، أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا"⁽²⁾.

إضافة إلى الطريقتين السابقتين هناك طريق المزج بين أسلوب الدفع الفرعي والدعوى الأصلية، وطبقاً لهذا الأسلوب المختلط في الاختصاص القضائي الدستوري، يجوز الطعن بعدم دستورية قانون ما أثناء نظر الدعوى قضائية مرتبطة بتطبيق القانون المتنازع على دستوريته، ويكون ذلك بدفع تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها مسألة

⁽¹⁾ أحمد، سنبل عبد الجبار، مبدأ سمو الدستور وكفالة احترامه: دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 4، 2015، ص 189.

⁽²⁾ محمد، غنى زغير عطية، مرجع سابق، ص 69.

دستورية القانون، وفي هذه الحالة توقف هذه الأخيرة وتحيل الطعن في دستورية التشريع إلى المحكمة المختصة كي تصدر فيه حكماً ملزماً بحجية مطلقة، أي أنه يكون ملغياً للقانون بالنسبة للكافة، وذلك إذا ما تبين للمحكمة عدم دستوريته⁽¹⁾.

وفي العراق تبنت المحكمة الاتحادية العليا هذه الطريقة وفقاً لأحكام المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة إذ نص على أنه: "إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها أثناء نظرها دعوى البت في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معللاً إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه ولا يخضع هذا الطلب إلى الرسم".

وقد أخذ المشرع الدستوري الأردني بهذا النظام وذلك بمقتضى الدستور الأردني الصادر في سنة 1952، والذي منح أطراف دعوى منظورة أمام المحاكم الدفع بعدم دستورية قانون أو نظام واجب التطبيق على موضوع الدعوى ويجب أن يقدم الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع الناظرة للدعوى بموجب مذكرة يبين فيها الطاعن اسم القانون أو النظام الذي أثير الدفع بعدم دستوريته ورقمه ونطاق الدفع بصورة واضحة ومحددة وما يؤيد ادعاءه بأن ذلك القانون أو النظام واجب التطبيق على موضوع الدعوى ووجه مخالفته للدستور كما يجوز لأي طرف آخر في الدعوى تقديم رده خلال المدة التي تحددها المحكمة على أن لا تزيد على خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم مذكرة الدفع بعدم الدستورية.

⁽¹⁾ الجمل، يحيى، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص85.

وتنص المادة 11/ج/1 من قانون المحكمة الدستورية على: "مع مراعاة احكام الفقرة (د) من هذه المادة إذا وجدت المحكمة الناظرة للدعوى أن القانون أو النظام الذي أثير الدفع بعدم دستوريته واجب التطبيق على موضوع الدعوى وأن الدفع بعدم دستوريته جدي توقف النظر في الدعوى وتحيل الدفع إلى محكمة التمييز لغايات البت في أمر إحالته إلى المحكمة، ويكون قرار المحكمة الناظرة للدعوى بعدم الإحالة قابلاً للطعن مع موضوع الدعوى".

ومن خلال ما سبق يجد الباحث أنه إذا كانت رقابة الإلغاء توصف بانها هجومية، فإن الرقابة هي وسيلة دفاعية الهدف منها ليس إلغاء القانون المخالف للدستور وإنما الهدف منها هو عدم تطبيق القانون المخالف للدستور 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 وتفصل في الدعوى بناء على تغليب القاعدة الدستورية على قاعدة الاعتيادية.

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

وفي خاتمة هذه الدراسة الموسومة "الرقابة الدستورية على القوانين والأنظمة في العراق: دراسة مقارنة" والتي تم من خلالها توضيح المفهوم العام للرقابة الدستورية على القوانين والأنظمة، ومن ثم استعرضنا نشأة وتطور هذه الرقابة بشكل عام وبشكل متخصص في الدساتير المؤقتة العراقية بدءاً من القانون الأساسي 1925م لغاية قانون إدارة الدولة الانتقالي، وبشكل متخصص استعرضنا واقع الرقابة الدستورية على القوانين والأنظمة في ظل الدستور الاتحادي العراقي لسنة 2005، وكيفية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا وطريقة عملها واختصاصها في فرض هذه الرقابة، وفي خاتمة هذه الدراسة توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، والتي يمكن إجمالها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1. أن الرقابة القضائية تمارسها هيئة قضائية تتفق مع جوهر مشكلة رقابة دستورية القوانين إذ أن هذه الرقابة مشكلة قانونية تتصل بمدى مطابقة القانون أو عدم مطابقته لمبادئ وأحكام الدستور.
2. أن قرارات المحكمة الدستورية سواء الصادرة من قبل المحكمة الاتحادية العليا في العراق أو المحكمة الدستورية في الأردن هي قرارات نهائية وقطعية وغير خاضعة لطرق الطعن، وهي ملزمة للسلطات كافة.

3. لاحظنا اختلاف وتناقض بين نصوص دستور العراق 2005 فيما يخص استقلال القضاء حيث نجد أن هناك مواد في الدستور منحت الاستقلال الكامل للقضاء مالياً كان أم إدارياً إلا أنه في نصوص أخرى سمحت بتدخل الهيئتين التشريعية والتنفيذية.

4. يتبين لنا من خلال نصوص الدستور العراقي 2005 أن اختصاصات مجلس القضاء الأعلى جاءت أكثرها شكلية خالية من المحتوى فأغلبها مرهونة بموافقة مجلس النواب وما يشكل خروجاً صريحاً عن الفكرة القانوني المنظمة للحكم (النظام البرلماني) فمن خلال النظر للصلاحيات الممنوحة لمجلس القضاء الأعلى يتضح أنه هو المتحكم في ممارسة مجلس القضاء الأعلى لاختصاصاته لكونها مقرونة برضاء مجلس النواب وهو ما يدل على أن مجلس النواب الممسك الحقيقي بعمل السلطة القضائية.

ثانياً: التوصيات

1. ضرورة النص صراحة في قانون المحكمة الاتحادية العليا او قانون المحكمة الدستورية في الأردن على التزام المشرع بإلغاء القانون أو النظام المقضي بعدم دستوريته خلال فترة زمنية معينة من تاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية وذلك لكي تتحقق لأحكام المحكمة الدستورية الحجية المطلقة في مواجهة السلطات العامة والكافة.

2. ضرورة أن يكون اتصال المحكمة الاتحادية العليا بطريق الدعوى الأصلية لإفساح المجال أمام الأفراد للطعن بعدم الدستورية، مع مراعاة وضع ضوابط تكفل عدم تكديس القضايا أمام المحكمة.
3. ضرورة النص على عدم جواز التنازل عن الدعوى الدستورية، وذلك حتى لا تمارس ضد المدعي أي ضغوط من سلطات الدولة المختلفة لإجباره على التنازل عنها.
4. يوصي الباحث بإعادة النظر بنص المادة (٩٢/ثانياً) من الدستور العراقي النافذ بما يؤمن أن تقتصر العضوية في المحكمة الاتحادية العليا على المختصين في القانون سواء أكانوا من القضاة أم اساتذة الجامعات أم المحامين، وعدم أقحام رجال الدين في هذه المحكمة تحت مسمى (خبراء الفقه الاسلامي).
5. على المؤسس الدستوري العراقي أن يضع نصاً دستورياً متضمناً نشر قرارات المحكمة الاتحادية العليا في الجريدة الرسمية، وأن يكون نفاذاً من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: الكتب

1. ابو حجيبة، علي الرشيد، الرقابة على دستورية القوانين في الأردن، مطابع الدستور التجارية، ط1، 2004
2. الأحمد، وسيم حسام الدين، المحاكم الدستورية العربية والأجنبية، منشورات الحلبي، بيروت، 2012.
3. الباز، علي السيد(2011)، الرقابة على دستورية القوانين في مصر: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
4. البرزنجي، سيرهناك حميد، مقومات الدستور الديمقراطي وآليات المدافعة عنه، دار دجلة ناشرون وموزعون، ط 1، 2009.
5. بوشعير، سعيد، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
6. الجدة، رعد ناجي، التطورات الدستورية في العراق، وزارة التعليم العالي، بغداد 1990.
7. جريج، خليل، الرقابة القضائية على أعمال التشريع، مطبعة الجبلأوي، بيروت، 1997.
8. الجمل، يحيى، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.

9. حسن، محمد قدري، القانون الدستوري، مع شرح للنظام الدستوري لدولة الامارات، الأفاق المشرقة ناشرون، أبو ظبي، 2014.
10. الخطيب، نعمان احمد، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الإصدار الأول، 1999.
11. درويش، إبراهيم محمد، القانون الدستوري، النظرية العامة، الرقابة الدستورية، أسس ونظام الدستور، دار النهضة العربية، القاهرة.
12. درويش، ابراهيم، القانون الدستوري، النظرية العامة والرقابة الدستورية، الناشر دار النهضة العربية، ط1، 2004.
13. درويش، إبراهيم، القانون الدستوري، النظرية العامة والرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2004.
14. الدناصوري، عز الدين، والشواربي، عبد الحميد، الدعوى الدستورية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2001.
15. رعد، نزيه، القانون الدستوري العام، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
16. الزالمى، ساجد محمد، مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، دار نيوز للطباعة والنشر، العراق، 2014.
17. الزبيدي، جليل إبراهيم، مبدأ الفصل بين السلطات وعلاقته باستقلال القضاء في العراق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2012.
18. الساعدي، حميد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، 2009.

19. سالم، عبد العزيز محمد، رقابة دستورية القوانين، دار لفكر العربي، القاهرة، 2009.
20. سرور، أحمد فتحي، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 2002.
21. سلمان، عبد العزيز محمد، نظم الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
22. سلمان، عبد العزيز، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر الجامعي، بيروت، 1995.
23. سيد، رفعت عيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
24. الشاوي، منذر، النظرية العامة في القانون الدستوري، دار ورد للنشر والتوزيع، ط1، 2007.
25. شريط، أمين، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بغداد، 1998.
26. شيا، ابراهيم عبد العزيز، المبادئ الدستورية العامة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008.
27. الطهرواي، هاني علي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
28. العاني، شاكر، سيادة القانون عبر التاريخ، بيروت، مكتبة الجامعة اللبنانية للطباعة والنشر والتوزيع، 2001.

29. عبد العظيم، عبد الحميد، الرقابة الدستورية على القوانين، دراسة مقارنة، دار الولاء للطبع والنشر، مصر، 2011.
30. العبيدي، محمد عبد الله سهيل، استقلال القضاء في التشريع العراقي النافذ، بغداد، 2012.
31. العزام، سهيل محمد احمد، أنواع الرقابة على دستورية القوانين، دار المطبوعات والنشر، 2003.
32. القباني، بكر، دراسة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
33. القضاة، علي، مدى توافق العلاقة بين السلطتين التنفيذية والقضائية مع مبدأ الفصل بين السلطات: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية، عمان، 2014.
34. القيسي، حنان، الوجيز في نظرية الدستور، مكتبة الصباح، بغداد، 2010.
35. متولي، عبد الحميد، وعصفور، سعيد، وخليل، محسن، القانون الدستوري والانظمة السياسية، الناشر دار المعارف، بالإسكندرية، 2002، ط3.
36. المشهداني، محمد كاظم، النظم السياسية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، 1999.
37. المفرجي، احسان، ونعمه، كطران زغير، والجده، رعد ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، جامعة بغداد، كلية القانون، 1999.

38. المومني، محمد علي إبراهيم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأردنية، في ظل دستور 1952 وتعديلاته لسنة 2011، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، 2018.
39. ميرزا، إسماعيل، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، دار الملاك للفنون والآداب والنشر، دمشق، 2004.
40. ناجي، مكي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، دار الضياء للطباعة، النجف الأشرف، ط1، 2007.
41. نعمان، عصام، العراق على مفترق التعدد والتوحيد، المتغيرات والتحديات، مركز دراسات الوحدة العربية، احتلال العراق وتداعياته عربياً وإقليمياً ودولياً، دار النهضة العربية، بيروت، 2004.
42. الهلالي، علي هادي عطية، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.

ثانياً: الرسائل الجامعية

1. خلف، صلاح، المحكمة الاتحادية العليا في العراق تشكيلها واختصاصها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2011.
2. طلبة، نسرین، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة (العراق أنموذجاً)، أطروحة دكتوراه، جامعة تكريت، العراق، 2016.
3. عبد الله، حيدر محمد حسن، حماية حرية الرأي في مواجهة التشريع، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، 2015.

4. عبد، حسين لهوين، مدى التوازن بين اختصاصات رئيس الدولة ومسؤوليته في الدساتير العراقية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2013.
5. مجول، رياض محسن، واقع الرقابة الدستورية على القوانين في الدساتير العراقية، رسالة ماجستير، جامعة عدن، الجمهورية اليمنية، 1995.
6. محسن، محمد عباس، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق: دراسة، أطروحة دكتوراه، جامعة النهريين في العراق، 2009.
7. محسن، محمد عباس، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق، أطروحة دكتوراه، جامعة بابل، 2009.
8. النقشبندي، أحمد العزي، الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقها في الدول العربية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 2006.
9. يونس، بهجت، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006.

ثالثاً: الأبحاث والدراسات

1. أحمد، سنبل عبد الجبار، مبدأ سمو الدستور وكفالة احترامه: دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 4، 2015.
2. إسكندر، يوسف، مسائل خلافية في الدستور العراقي القادم، مجلة الإسلام والديمقراطية، العدد 10، المجلد 4، 2005.
3. البزاز، عبد الرحمن، نظرات في القانون الأساسي العراقي، مجلة القضاء العراقي، العدد الأول والثاني، 1995.

4. البياتي، سحر محمد نجيب، الاتجاهات الجديدة في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية: دراسة مقارنة في الدساتير العراقية، بحث منشور، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 35، 2018.
5. الجبوري، فوزي حسين سلمان (2015)، نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق، بحث منشور، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 7، السنة 3.
6. الجبوري، فوزي حسين سلمان، نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 7، السنة 2، 2014.
7. الجبوري، فوزي حسين سليمان، نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق، بحث منشور، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، جامعة تكريت، العدد 7، السنة 2، 2015.
8. جرجيس، سحر محمد نجيب، الحقوق والحريات في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، بحث منشور، مجلة بحوث مستقبلية، العدد 10، 2006.
9. الجواري، فتحي، دور السلطة التنفيذية في ضمان استقلال القضاء، بحث منشور، مجلة التشريع والقانون، العدد الثاني، 2009.
10. الحمود، عبد الرزاق أحمد، دستورية القوانين في العراق ومقارنتها ببعض الأنظمة الدستورية المقارنة، بحث منشور، مجلة القضاء، العدد 4، السنة 6، 1995.
11. الخفاجي، أحمد علي عبود، الأثر الزمني للحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بإلغاء القانون غير الدستوري، بحث منشور، مجلة أهلة البيت للعلوم القانونية، جمعة أهل البيت، العراق، العدد 4، المجلد 5، 2018.

12. السرحان، حسين أحمد دخيل، وعبد الأمير، حسين باسم، أثر الإشكاليات السياسية والدستورية في زيادة تراجع مستوى الشفافية وتنامي الفساد في العراق بعد عام 2003، بحث منشور، مجلة كربلاء العلمية، المجلد 13، العدد 4، 2015.
13. السلطاني، عمار محسن علوان(2019)، طرق الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور العراق لعام 2005 انموذجاً، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 3، المجلد3، الجزء 1.
14. شطناوي، فيصل، والحاتمة، سليم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة أمام المحكمة الدستورية في الأردن، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 2، 2013.
15. الطائي، حيدر أدهم، قراءات في الرقابة القضائية على دستورية القوانين وتطبيقاتها في العراق، بحث منشور في مجلة الملتقى، العدد 21، 2011.
16. عباس، علي حمزة، والمعموري، سلام صالح، رقابة القضاء على دستورية القوانين: دراسة تحليلية، بحث منشور، مجلة العلوم القانونية، كلية الإسرء الجامعة، العراق، 2018.
17. عبود، إسماعيل نعمه، والشافعي، ميثم حسين، مساءلة رئيس الجمهورية أمام المحكمة الاتحادية العليا في دستور جمهورية العراق لعام 2005، بحث منشور، مجلة الحقوق، جامعة بغداد، العدد 2، المجلد2، 2009.
18. علي، محمد نوري، مبدأ فصل السلطات بين النظرية والتطبيق: دراسة مقارنة بين النظام العراقي والجزائري، المجلة السياسية الدولية، المجلد4، العدد3، 2016.

19. العنبيكي، طه حميد حسن، دور المؤسسة القضائية في بناء الديمقراطية في العراق، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الأول، 2014.
20. لطيف، نوري، الرقابة على القوانين وحماية الشرعية الدستورية في الأقطار الاشتراكية والعراق، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد 3، السنة 28، تموز، 1997.
21. محمد، غنى زغير عطية، الدعوى الدستورية بين القانون وقرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق: دراسة تحليلية، بحث منشور، مجلة جامعة ذي قار، العراق، المجلد 11، العدد2، 2016.
22. الهلالي، علي هادي عطية، فحص الدستورية بآلية التصدر، بحث منشور، مجلة القانون للبحوث القانونية، جامعة ذي قار، العدد 9، 2014.

رابعاً: المواقع الالكترونية

1. المومني، محمد علي إبراهيم، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر والإمارات)، ج1، المنشور في الموقع الالكتروني (www.startimes.com/f.aspx?t=28343882)، ص9-10. تاريخ الزيارة 2020/7/15.
2. الطهراوي، هاني علي، بحث بعنوان رقابة الامتتاع على دستورية القوانين وموقف القضاء الأردني، ص1. المنشور على الموقع الالكتروني www.osamabahar.com. تاريخ الزيارة: 2020/7/29، الساعة الثامنة مساءً.

3. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 87 لسنة 2013 منشور على الموقع الرسمي

للمحكمة: www.iraqja.iq، تاريخ الزيارة: 2020.21/7/21

خامساً: القوانين والأنظمة

1. الدستور الأردني لسنة 1952 (وتعديلاته لسنة 2011) مع جميع التعديلات،

مطبوعات مجلس النواب لسنة 2012.

2. قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 النافذ.

3. قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 159 لسنة 1968 المنشور في الوقائع

العراقية، العدد 1659 في 1968/12/2.