

جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
كلية العلوم الإسلامية / جامعة كربلاء

دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين
في حماية الحقوق والحريات العامة
(دراسة مقارنة)

بحث تقدم به المدرس
ميثم حسين الشافعي

٢٠١٢م

١٤٣٢هـ

Abstract

That the principle of legality becomes worthless and empty of any substance unless it is determined a penalty for violations of the state authorities of different law. And so says Dean Degy: (it is not enough to decide the principle of the rule of law in theory only, but rather must be regulated by a penalty for violation the provisions of that principle). This penalty can not be imposed except by a judicial authority shall decide on the conflict that arises between the person concerned and the state. and should be available to the judiciary all guarantees of independence, impartiality and efficiency. and if you include the legal rules required of His Highness the constitutional rules the legislative and regulatory rules, the lack of control over the constitutionality of laws that prejudice inevitably fade and the consequent violation of the rights and freedoms of the public. In this respect, States to organize the different control laws to ensure consistency with the Constitution. And divides the men of jurisprudence methods that are the control of the constitutionality of laws, two methods to control by a political body, and control by a judicial body. And judicial control, to symbolize the status of any body to which it exercises undertaken by the judicial body. And while varied picture of judicial control a great variety but can be divided according to the impact that the implications for the law is unconstitutional to the two main types: control of abstinence and control of the cancellation. And under the control not to be for the judge to ignore the rule of law is constitutional which shall not apply in the case before it. It remains the law with the force and effect rule in other cases that could be where that.. The control phase, it allows the judge to invalidate the law is constitutional in the face of all. And the consequences of this elimination as a law, if not from the date of its issuance, or at least canceled for the future only, and that as determined by the provisions of the Constitution in this regard. and often that all courts shall exercise control to refrain often realized as a result of non payment constitutionality of the law to be applied during the original examination of a lawsuit before it. The control phase, is most likely to be entrusted with this type of control to one court, taking the idea of centralized control, and that since this way the risk and resolve the severe consequences as it leads to the abolition of the law and considered as not in the erga omnes, while turning control to refrain the continuation of the law and force, where limited impact on the non-application of law in the instant case in particular. It is therefore illogical to exercise all courts in the state controlled the cancellation, and then concentrated control in one court, which is but to be the Supreme Court in the judicial system, such as Court of Cassation and the Constitutional Court to be specialized are created specifically for this purpose, for example, the Supreme Constitutional Court in Egypt, where he is currently a way to take judicial control (central) on the constitutionality of laws and regulations. The Federal Supreme Court in Iraq.

مقدمة

أن مبدأ المشروعية يغدو عديم القيمة و فارغا من أي مضمون ما لم يتقرر جزاء على مخالفات سلطات الدولة المختلفة للقانون. و لذلك يقول العميد ديجي: (أنه ليس بكاف أن تقرر مبدأ سيادة القانون من الناحية النظرية فحسب ، و إنما يجب أن ينظم جزاء على مخالفة أحكام ذلك المبدأ). و هذا الجزاء لا يمكن فرضه إلا بواسطة هيئة قضائية تفصل في النزاع الذي يثور بين صاحب الشأن وبين الدولة. و يتعين أن تتوفر لهذه الهيئة القضائية كل ضمانات الاستقلال والنزاهة و الكفاءة. و إذا كان تدرج القواعد القانونية يقتضي سمو القواعد الدستورية على القواعد التشريعية و اللانحائية ، فان عدم الرقابة على دستورية القوانين يخل حتما بهذا التدرج و ما يتبع ذلك من انتهاك لحقوق و حريات الرأي العام. و من هذا المنطلق تحرص الدول المختلفة على تنظيم الرقابة على القوانين لضمان اتفاقها مع الدستور .

و يقسم رجال الفقه الأساليب التي تتم بها الرقابة على دستورية القوانين إلى اسلوبين الرقابة بواسطة هيئة سياسية ، و الرقابة بواسطة هيئة قضائية. و ترمز الرقابة القضائية إلى صفة الهيئة التي تباشرها أي أنها تمارس من جانب هيئة قضائية . و لئن تنوعت صورة الرقابة القضائية تنوعا كبيرا إلا أنه يمكن تقسيمها تبعا للأثر الذي يترتب عليها بالنسبة للقانون غير الدستوري إلى نوعين رئيسيين : رقابة الامتناع و رقابة الإلغاء. و بمقتضى رقابة الامتناع يمكن للقاضي أن يهمل حكم القانون غير الدستوري أي يمتنع عن تطبيقه في القضية المعروضة عليه . و يبقى القانون مع ذلك ساريا و نافذا حكمه في الأحوال الأخرى التي يتسنى فيها ذلك. و أما رقابة الإلغاء فأنها تجيز للقاضي أن يبطل القانون غير الدستوري في مواجهه الكافة. و يترتب على هذا القضاء اعتبار القانون كأن لم يكن من تاريخ صدوره ، أو على الأقل إلغائه بالنسبة للمستقبل فقط ، و ذلك حسب ما تقرره نصوص الدستور في هذا الشأن. و الغالب أن تختص كافة المحاكم بممارسة رقابة الامتناع التي غالبا ما تتحقق نتيجة الدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه أثناء نظر دعوى أصلية أمامها .

أما رقابة الإلغاء ، فالغالب أن يعهد بهذا النوع من الرقابة إلى محكمة واحدة ، أخذا بفكرة مركزية الرقابة ، و ذلك لما لهذا الطريق من خطورة و حسم شديد في نتائجه إذ يؤدي إلى إلغاء القانون و اعتباره كأن لم يكن في مواجهه الكافة ، بينما لا تحول رقابة الامتناع دون استمرار القانون و نفاذه حيث يقتصر أثرها على عدم تطبيق القانون في القضية المعروضة بالذات. لذلك يكون من غير المنطقي أن تمارس جميع المحاكم في الدولة رقابة الإلغاء، و من ثم تتركز هذه الرقابة في محكمة واحدة ، وهي أما أن تكون المحكمة العليا في النظام القضائي مثل محكمة النقض ، و أما أن تكون محكمة دستورية متخصصة يتم إنشاؤها خصيصا لهذا الغرض و مثال ذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر ، حيث تأخذ حاليا بأسلوب الرقابة القضائية (المركزية) على دستورية القوانين واللوائح . و المحكمة الاتحادية العليا في العراق. و سنعرض في هذا البحث دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات العامة ، فنبين في المبحث الأول الرقابة القضائية على دستورية القوانين ضمانة حيوية للحريات العامة ، ثم نبين في المبحث الثاني تطبيقات الرقابة القضائية على دستورية القوانين في أنظمة الحكم ، و نعرض في المبحث الثالث الحماية القضائية ضمانة كبرى للحريات العامة ، و في المبحث الرابع نبين رقابة القضاء على أعمال السلطة التنفيذية ، ثم خاتمة البحث التي سنضمنها أهم النتائج والتوصيات التي نتوصل إليها، والله ولي التوفيق .

المبحث الأول

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

ضمانة حيوية للحريات العامة

تعتبر الرقابة القضائية التي تباشر على القوانين العادية بقصد التأكد من احترامها للقواعد الواردة في الوثيقة الدستورية وعدم مخالفتها لأحكامها من أهم الضمانات القانونية التي تكفل نفاذ القانون الدستوري وتطبيقاً سليماً، بل تعد هذه الوسيلة في مقدمة الوسائل الفنية التي استحدثها العلم الدستوري لحماية مبدأ الشرعية مقررأ أن على السلطات جميعاً - بما فيها السلطة التشريعية- أن تلتزم حدود الدستور الذي يعتبر الإطار القانوني العام للجماعة السياسية وهي بذلك إحدى الوسائل الفعالة التي تتحقق بها حماية الحقوق والحريات العامة من عدوان تلك السلطات عليها. والواقع أن الرقابة على الدستورية لا تنور حين ينعدم التمييز بين الدستور والتشريعات العادية بحيث يكونان في مرتبة قانونية واحدة، فلا يتصور الأخذ بالرقابة على دستورية القوانين في ظل الدساتير المرنة حيث يكون في مقدور السلطة التشريعية تعديل احكام الدستور بإتباع نفس القواعد والإجراءات المقررة لوضع وتعديل القوانين العادية مما يعدم التمييز بين النصوص الدستورية والقوانين العادية ويجعل من كل قانون جديد مخالف لقاعدة دستورية قائمة هو بمثابة تعديل مشروع لها لا يستطيع القضاء او اي جهة اخرى الامتناع عن تطبيقه مهما كان مخالفاً للدستور.

وعلى هذا فإن الرقابة على الدستورية تنور عندما يتطلب تعديل الدستور أشكالاً وإجراءات خاصة تختلف أ تتميز عن الأشكال او الإجراءات التي يتم بها وضع وتعديل القوانين العادية بل أن الرقابة على دستورية القوانين ليست في الواقع إلا جزءاً من الجزاءات المقصورة لها التمييز الناجم عن جمود الدستور حيث تنور المشكلة الحقيقية في البحث عن وسيلة لإلزام السلطة التشريعية على احترام القواعد الدستورية في كل ما تتخذه من قوانين وإجراءات لأنه وأن كان الدستور هو الذي ينشأ السلطات الحاكمة بما فيها السلطة التشريعية ويحدد اختصاصاتها إلا أنه يتعين أن تعمل هذه السلطات في داخل الإطار الذي يرسمه لها الدستور.

ولهذا يثور البحث عن الوسيلة التي يمكن بها التحقق من مدى احترام السلطة التشريعية فيما تضعه من تشريعات عادية لأحكام وقواعد الدستور أي وسيلة التحقق من دستورية القوانين والتي يقصد منها دفع السلطة التشريعية نحو عدم الخروج من نطاق الدائرة التي يرسمها الدستور ، وإذا كان احترام الدستور لا يتحقق إلا إذا نظمت وسيلة تتضمن مطابقة تصرفات السلطة التشريعية للدستور فإن هذه الوسيلة لا تكون فعالة إلا إذا أوكل أمرها إلى جهة أخرى غير السلطة التشريعية والتي تحتكر سلطة صنع القانون .

وتتجه النظم الدستورية المختلفة نحو جعل الرقابة على دستورية القوانين أما من اختصاص هيئة ذات صفة سياسية تختص بالحيلولة دون صدور القانون متى أتضح لها أنه مخالف لقواعد الوثيقة الدستورية . وأما جعل الرقابة من اختصاص هيئة قضائية تقوم على إعطاء الحق للقاضي في أن يتحقق من تطابق القانون مع أحكام الدستور لكي يقف على مدى تجاوز البرلمان لحدود الاختصاصات التي رسمها له الدستور.

أن السلطة القضائية في نظام ديمقراطي ليبرالي لا بد و أن تركز تركيزاً شديداً على الحقوق والحريات، ولاسيما الحقوق الفردية . و في مجتمع تسوده قيم أخرى و تحتل مكانه أسمى ، لا بد للسلطة القضائية أن تدافع عن تلك القيم. (١)

و يقول لوك : (حيث لا يوجد قانون حيث لا توجد حرية) ، و لذلك تتطلب الحرية إقامة حكم القانون ، و إعلاء قاعدة القانون فوق إرادات الأفراد و الهيئات و يترتب على ذلك ضرورة قيام رقابة قضائية فعالة ، تكفل خضوع الجميع لأحكام القانون .(٢) و تعد الرقابة القضائية الضمانة الحقيقية للأفراد ، التي بمقتضاها يستطيعون الالتجاء إلى جهة مستقلة تتمتع بضمانات حصينة من أجل إلغاء أو تعديل أو التعويض عن الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة بالمخالفة للقواعد القانونية المقررة . و أن ما يتمتع به القضاء من حصانة و استقلال ، كفيلاً بإخضاع الحكام جميعاً لأحكام القانون . أما إذا فقد القضاء استقلاله ، فإن الرقابة القضائية تفقد معناها ، و يصبح مبدأ خضوع الدولة للقانون وهماً لا وجود له . (٣)

و تلعب الرقابة القضائية على دستورية القوانين دوراً حيوياً و فعالاً لحماية الحريات الفردية . إذ أن مجرد قيام سلطة الرقابة بين يدي القضاء الاتحادي الأمريكي من شأنه أن يدفع الكونجرس إلى التروي كثيراً قبل إصدار قانون يمس الحريات الفردية التي يحميها الدستور بل لعل قلة عدد الأحكام الصادرة بعدم الدستورية في هذا المجال ليست إلا شاهداً على هذا الأثر الوقائي المانع من آثار الرقابة على دستورية القوانين .(٤)

و يرى الدكتور (محمد عصفور) أنه لا يجوز قصر رقابة القضاء على إزالة الغموض أو فرض الضمانات الإجرائية ، بل يجب أن تنبسط هذه الرقابة إلى أقصى الحدود التي تتيحها معاني هذه الحرية

الواضحة ، ولا سيما حرية الفكر و الرأي و المعارضة ، فيبطل كل تنظيم أو تشريع ينطوي على إنكار هذه الحرية أو المساس بها في أية صورة كان هذا المساس . هذه هي مهمة القضاء طبقاً للأصول الديمقراطية ، و أي تراخ في أدائها تقصير لا يغتفر في تطبيق مبادئ الديمقراطية ، بل هو إنكار لمهنة القانون ذاتها .^(٥) و كما يرى الدكتور (محمد كامل ليلة) أن رقابة الدستورية تعد تأكيداً لمبدأ سيادة الدستور و سموه على بقية القوانين في الدولة ، و تعتبر ضماناً قوياً لحماية حريات الأفراد و احترام حقوقهم . و يلاحظ أن هذه الرقابة حتى تنتج أثرها ، و تحقق الغرض المقصود منها ، يحسن أن تكون رقابة قضائية لأن الرقابة السياسية التي أخذت بها بعض الدول ثبت فشلها و عجزها عن أداء مهمتها ، و يرجع ذلك إلى ضعف تنظيم الهيئة التي تقوم بها و عدم استقلالها ، و عدم جدوى القرارات التي تتخذها في نهاية الأمر.^(٦)

و يؤكد الأسكندر هاملتون (Alexander Hamilton) بقوله : (أن سلطة الحكم بعدم دستورية القوانين تعني أن السلطة القضائية أعلى مرتبة من السلطة التشريعية ، و تعني أيضاً أن سلطة الشعب فوق الجميع . و الدستور هو الميثاق الذي يحكم الشعب . و المشرعون هم نواب الشعب و يعملون بتفويض مؤقت و بموجب الدستور ، بما في ذلك القيود المفروضة على التشريع . أما في حالة مخالفتهم ذلك ، فإن السلطة القضائية تقوم بدورها الحيوي ، و ذلك عن طريق أن تقضي بعدم دستورية التصرفات المخالفة و بطلانها وإلغائها . وهكذا تحمي السلطة القضائية الشعب من نوابه)^(٧) . في حين يرى الدكتور (عبد الحميد متولي) أن منح القضاء اختصاص النظر في دستورية القوانين يعد ضماناً من الضمانات التي تكفل احترام مبدأ علو الدستور . و لكن لا يصح بتاتا القول بأن حرمان القضاء ذلك الاختصاص يعد أمراً مخالفاً لمبدأ المشروعية (أي مبدأ سيطرة أحكام القانون) ، لأن مثل هذا القول يؤدي إلى وصف نظام الحكم بأنه نظام الحكومة الاستبدادية ، و هو لا يمكن أن يقول به أحد رجال الفقه ، لأن قول يقوم على فهم خاطئ لما يقصد بمبدأ المشروعية و لما يوصف (بالحكومة الاستبدادية).^(٨) و كما يؤكد الدكتور (محسن خليل) بقوله : (أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي أفضل طرق الرقابة نظراً لما يتسم به القضاء عامة من الاستقلال في أداء أعماله و بعده عن النزوات و الأهواء الأمر الذي يحقق أفضل طرق الرقابة على دستورية القوانين).^(٩) و لا يستطيع منصف أن ينكر أن قيام نظام الرقابة القضائية كان في ذاته دافعاً للمشرع على التروي و الاحتياط أن ما يصدره من قوانين يخضع للرقابة القضائية ، و لذلك فإنه من الإسراف البالغ أن يقال أن رقابة القضاء على دستورية القوانين لم تكن مجدية في حماية القيم الديمقراطية^(١٠) . و من أجل تسليط الضوء على الرقابة القضائية على دستورية القوانين و كونها ضماناً حيوية للحريات العامة سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في أولهما العلاقة بين الرقابة على دستورية القوانين و الرأي العام و نبين في الثاني الانتقادات التي وجهت إلى الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

المطلب الأول

العلاقة بين الرقابة على دستورية القوانين و الرأي العام

إن المفهوم العام لدور الرأي العام و وظيفته في أي نظام سياسي معين يعتمد على الاتجاهات السائدة و وجهات نظر الشعب ، و كذلك رأي الشعب في قرارات السلطات بشأن السياسة العامة . و فضلاً عن ذلك ، فإن النظام السياسي يتطلب أن تحترم الحكومة حقوقاً أساسية معينة للمواطنين ، و بحيث يسهم أفراد الشعب بكفاءة و فعالية في تشكيل السياسة التي يحكمون بها .^(١١) و يمثل الأسلوب التقليدي للرقابة على دستورية القوانين في رد الفعل الذي يبرزه الرأي العام في الأحوال التي يخالف فيها القانون أحكام الدستور الذي قد يصل في أقصى صورته إلى الثورة الشعبية العارمة أو تمرد بعض قطاعاته عند مخالفة السلطة التشريعية فيما تصدره من قوانين ما تكفل الدستور بتقريره و حمايته من حقوق مقدسة و حريات أساسية لأفراد الشعب.^(١٢)

و يثور التساؤل هنا : هل يعد الرأي العام وسيلة حاسمة لحماية الدستور و مراقبة دستورية القوانين؟

لا شك أن أول ضمان ضروري للفرد – كما يقول بيردو- هي حمايته من تعسف المشرع و تتوقف تلك الضمانة أساساً على كيفية تنظيم السلطات العامة . و خاصة على الأسلوب الذي يكفل به نظام الحكم خضوع السلطة التشريعية لرقابة الرأي العام . فالرأي العام الذي يتكون على أساس سليم و قد بلغ درجة كبيرة من الوعي و النضج فإنه يعد رقيباً على جميع السلطات فلا بد أن تحسب حسابه . و بذلك يغدو الرأي العام هو العامل الأساس لحماية الدستور .^(١٣) و يرى الدكتور (عثمان خليل عثمان) : (أن الرقابة القضائية ليست تنظيمياً فنيا لرقابة الرأي العام بقدر ما هي وسيلة لبيان رعاية الحكومة لحقوق الأفراد و حرياتهم أو عدم رعايتها و لبيان ما إذا كانت القوانين دستورية أم غير دستورية . و في هذا تمكين للرأي العام من التكوين و النضوج و أعمال رقابته)^(١٤) . و يرى (أن الرقابة القضائية ليست تعطلت كثير من الإصلاحات الاجتماعية نتيجة لموقف المحكمة العليا . و من الأمثلة على صحة هذه النظرية هو حكم المحكمة العليا في قضية مجموعة سستر بولتيري ضد الولايات المتحدة في سنة (١٩٣٥) و الذي قضى بعدم دستورية قانون الإصلاح الجديد New

(recovery act) و الذي تم التصويت عليه في الكونجرس بناء على طلب الرئيس روزفلت (١٥) في هذه اللحظة ، فقد هدد الرئيس روزفلت المحكمة بإجراء تعديلات جوهرية ، لأنه أستمذ قوته من تعضيد الرأي العام له و شعبيته غير العادية على اثر نجاحه الباهر و اعاده انتخابه رئيسا في سنة (١٩٣٦) . و على ذلك استطاع روزفلت أن يجري تعديلا بتعيين قضاة جدد ذوي اتجاهات مختلفة مما أدى إلى رجوع المحكمة عن قضائها الذي دأبت عليه منذ نهاية القرن التاسع عشر . ثم بدأت مرحلة جديدة من النشاط التقدمي ، لحماية الحريات و الحقوق المدنية والسياسية (١٦) .

و تعمل المحكمة العليا بالضرورة في حدود الرأي العام ، ثم إنها تعمل في الأجل الطويل في الاتجاه السياسي لعصرها . و المحكمة ليست لها جنود يدافع عنها ، و إنما ينبغي أن تعتمد في النهاية على السلطة التنفيذية في تنفيذ أحكامها . و هذه الحقيقة هي التي دفعت الرئيس الأسبق (أندرو جاكسون) في أن يصرح مرة : (لقد أصدر رئيس المحكمة العليا (John Marsha) حكمه ، فلندعه ينفذ ، و كذلك لا تتجاهل المحكمة تماما رد فعل أحكامها على الكونجرس و لدى الرأي العام لأنها باعتبارها هيئة سياسية فإنها تستمد قوتها من الرأي العام) (١٧) . و العديد من الدراسات المتعلقة بالرأي العام تمنح تأييدها للتحذير الصادر عن القاضي فيلكس فرانكفوركرز (Frank Forkers) في قضية بيكر Backer ضد كار Carr : (أن سلطة المحكمة – التي لا تمتلك مالا و لا سيفاً – تتوقف في النهاية على ثقة الجمهور المستمرة هي أساس سلطة أي مؤسسة حكومية في بلد ديمقراطي حر . كما أن الثقة تعتمد أساسا على إدراك الرأي العام لأداء المؤسسة وعلى ذلك ، تعد المحكمة العليا من أهم المؤسسات في الولايات المتحدة . و هي مرآة صادقة لوجهات نظر المجتمع الأمريكي . و من الناحية السياسية فقد كان للمحكمة العليا دور هام في تقوية الاتحاد الأمريكي . و من الناحية السياسية فقد كان للمحكمة دوراً كبيراً في حماية الحريات و هي تعد الحارس للدستور والمفسر الأساس له. (١٨)

مما لا شك فيه ، أن الرأي العام كقوة ضغط له وزن وثقل ، باعتباره صمام الأمان الذي يصون حقوق و حريات المواطنين . و هو محكمة منعقدة بصفة دائمة ، لا يقبل طعن و لا استئناف و يقف بالمرصاد لكل بغي واستبداد . و على ذلك ، فإن المحكمة العليا تعمل في إطار الرأي العام ، بوصفه الحارس الأول و الأخير للدستور ، و دورها الحيوي في الرقابة على دستورية القوانين .

المطلب الثاني

الانتقادات التي وجهت إلى الرقابة القضائية

على دستورية القوانين

لم تسلم الرقابة القضائية في النقد شأنها في ذلك شأن أنواع الرقابة الأخرى ، وقد انتقدت من عدة زوايا واتجاهات تجسدت بـ :

أولا – إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تعطل عمل الديمقراطية :

يرى جانب من الفقه الدستوري أن رقابة القضاء على دستورية القوانين تعطل عمل الديمقراطية ، بدعوى أنها تصرف أنظار الناخبين عن الاهتمام بالشئون العامة و تجعلهم يعتمدون اعتماداً كلياً على تقدير المحاكم للدستورية ، و أن هذا من شأنه أحلال الاعتبارات القانونية محل الاعتبارات السياسية ، مما يفقد الشعب الخبرة السياسية (١٩) . و الواقع أن هذا الانتقاد لم يقدم دليلاً قاطعاً و مقنعاً بأن الرقابة القضائية تتأهض الديمقراطية . إلا أن هذه الرقابة تعمل على الجبولة دون استبداد المشرع ، و خاصة في العصر الحديث إذ زادت أعمال الحكومات فزادت التشريعات زيادة هائلة ، و قد أدت هذه الكثرة الهائلة إلى أن لحقت هذه القوانين – في كثير من الحالات – اعتداء على بعض من الحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور للأفراد.

ثانيا – أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين عديمة الجدوى في حماية الحريات:

يرى رجال القانون الأمريكي أن رقابة القضاء على دستورية القوانين عديمة الجدوى من الناحية العملية . و أن حماية المحكمة العليا لحقوق الأقلية و أن تدخلها قد أنقذ الدستور من العدوان هو محض وهم . لأن السجل القضائي في مجال التشريع الاتحادي المنظم للحريات هو سجل مجدب . ولا يكشف هذا السجل عن حالة واحدة حث فيها المحكمة العليا حرية الرأي أو الصحافة أو الاجتماع (٢٠) . و الواقع أن هذا الرأي يقوم على أساس فاسد ، ذلك أن سلامة نظام الرقابة القضائية لا تقاس بعدد ما تعلنه المحكمة من التشريعات مناهضا للحرية أو مخالفا للدستور . و إنما تقاس على مدى رقابة المحكمة على القواعد التشريعية و اللانحائية ، لضمان اتفاقها مع الدستور .

ثالثا - أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تخالف مبدأ سيادة الأمة :

عارض البعض حق المحاكم في فحص دستورية القوانين على اعتبار أن هذا الأمر فيه مخالفة لمبدأ سيادة الأمة . و استندوا في تبرير هذا الرأي على أن البرلمان هو الذي يباشر السيادة نيابة عن الأمة ، و من مقتضى السيادة ألا تخضع للرقابة . و أن أعطاء القضاء حق مراقبة أعمال البرلمان التشريعية المتحقق من دستوريته إنما يتضمن اعتداء على سيادة الأمة.

و يفند الدكتور (محسن خليل) هذه الحجة على أن حق المحاكم في فحص دستورية القوانين لا يتعارض مع مبدأ سيادة الأمة . و لا يعتبر اعتداء على هذه السيادة. فالسيادة للأمة ذاتها و ليس للبرلمان. و حينما يقوم القضاء بممارسة رقابته على القوانين فإنما يقوم بذلك لضمان احترام إرادة الأمة الممثلة في الدستور . فكان رقابة دستورية القوانين بواسطة المحاكم إنما تكفل في حقيقة الأمر احترام إرادة الأمة و سيادتها لا الاعتداء على هذه السيادة .^(٢١)

رابعا - أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تعارض مبدأ الفصل بين السلطات :

استند بعض الفقهاء كذلك إلى مبدأ الفصل بين السلطات ، و قالوا أن الرقابة تتعارض مع هذا المبدأ . و حجتهم في ذلك أن وظيفة القضاء تقتصر على تطبيق النصوص دون بحث موافقتها أو مخالفتها للقواعد الدستورية.

ويرى الدكتور (محمود حلمي) أن مبدأ رقابة القضاء على دستورية القوانين لا يتعارض مطلقا مع مبدأ الفصل بين السلطات ، و ليس فيه خروج القاضي عن دائرة عمله . فمن طبيعة عمل القاضي عندما تتضارب أمامه قاعدتان قانونيتان أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق و أن يستبعد تطبيق غيره. فإذا كان التضارب بين تشريع عادي و قاعدة دستورية ، فمن واجبه أن يمتنع عن تطبيق التشريع العادي المعارض للدستور . بل أن مبدأ الفصل بين السلطات يمنع السلطة التشريعية أن تخالف الدستور.^(٢٢)

المبحث الثاني

تطبيقات الرقابة القضائية على دستورية القوانين في أنظمة الحكم

هناك العديد من التطبيقات للرقابة القضائية على دستورية القوانين ، أشارت إليها بعض الدساتير التي نصت عليها بشكل صريح وجسد هذا النص بقانون خاص بالمحكمة التي تمارس هذه الرقابة وأساليب وطرق مختلفة . و سنعرض لهذا الموضوع في مطلبين :

المطلب الأول : الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية و مصر .

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق بعد عام ٢٠٠٣.

المطلب الأول

الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية و مصر

أولا: الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية .

تلعب السلطة القضائية دورا فريدا في النظام الأمريكي ، مما يستحق عناية خاصة في أي تحليل للعلاقات بين السلطات في الولايات المتحدة . فلا يقتصر دور القضاء على الفصل في المنازعات بشأن الحدود الفاصلة بين اختصاصات كل من الدولة المركزية و الولايات بل يقومون من حين لآخر بليجاد التوازن في العلاقات بين الرئيس وبين الكونجرس . و تباشر السلطة القضائية في الولايات المتحدة محاكم تابعة للولايات ، و محاكم اتحادية على رأسها المحكمة العليا الاتحادية . و تتولى هذه المحاكم جميعها الرقابة على دستورية القوانين – في حدود اختصاصها – إلا أن المحكمة الاتحادية هي المرجع الأول و صاحبه السلطة العليا في مجال الرقابة . و تلتزم المحاكم الأخرى بما تصدره المحكمة العليا من أحكام لنظام السوابق القضائية .

١- سياسة المحكمة العليا باعتبارها الحارسة الكبرى على الحريات العامة :

أن المحكمة العليا في المجتمع الأمريكي عبارة عن أداة لحل الخلافات بين الحرية و النظام ، و بين حقوق الفرد و حقوق المجتمع . و المحكمة العليا إذا تفعل ذلك ، إنما تعمل في إطار وثيقة الحقوق . كما أن المحكمة العليا هي هيئة سياسية تصنع السياسية و القانون . و هي نتاج التقاليد و الممارسة القضائية في تعاملها مع سياسة كل يوم وهي بمثابة قلب النظام السياسي الأمريكي^(٢٣).

أن وظيفة المحكمة العليا هي فض تنازع الآراء حول المسائل الاتحادية التي تكون قد نشأت بين المحاكم الأدنى مرتبة للانتقال إلى مسائل أكثر أهمية بموجب دستور و قوانين و معاهدات الولايات المتحدة ، و مباشرة سلطات رقابية على المحاكم الاتحادية الأدنى درجة . و لكي تبقى المحكمة العليا قوية و ذات فعالية ، فلا بد من أن تواصل الفصل فقط في تلك القضايا التي تطرح مسائل يكون لها أهمية مباشرة تتجاوز بكثير الحقائق المعنية و الخصوم المعنيين بها .

و يثور التساؤل هنا : هل سلطة المحكمة العليا مطلقة ؟ أن المحكمة العليا ليست مطلقة اليد؟ و يناقش المؤلفان (Kenneth Prewilt) and (Sidney Verba) القيود الهامة التي تحد من سلطتها .

فأولا : كانت المحكمة العليا تفصل في المسائل المتعلقة بدستورية القوانين في إطار الدستور و السوابق القائمة ، فإن ذلك يحد من قدرتها على كتابة أي شيء في صيغة قرار .

ثانيا : المحكمة العليا على وعي و إدراك بالسياسة الأمريكية و بأفضليات الجماهير . و من المؤكد أن أعضاءها تعينهم رؤساء الجمهوريات المهتمون بسياسات معينة .

ثالثا : تلتزم المحكمة العليا بقيود تفرضها على نفسها و من تلقاء ذاتها . كما أنها تتجاهل بعض المسائل مثل سلطات رئيس الجمهورية في مجال الشؤون الأجنبية و العسكرية.

رابعا : يمكن إسقاط قراراتها بتعديل دستوري أو بمعرفة موظفين يتحاشون الامتثال لقراراتها .

خامسا : سلطات المحكمة العليا محدودة بسلطات الكونجرس فيما يتعلق بإقرار التصديق على التعيينات أو اتهام القضاء بسبب سوء السلوك أثناء الخدمة .

و الرقابة القضائية لها شهرة و تاريخ في هذه البلاد . وقد احتفى في المحكمة العليا أصحاب المصالح و الأعمال خلال الفترة الأولى بعد الاستقلال ثم من خلال الثلث الأول من القرن العشرين باعتباره ملاذ من التشريع الراديكالي و التدخل عن طريق اللوائح التي تصدر بتشريع . ثم أصبحت المحكمة تتصدى للدفاع عن الحريات المدنية منذ الأربعينيات من القرن الماضي و حتى اللحظة^(٢٤).

و المحكمة العليا كما كانت دائما موضوعا إخباريا . ففي (١٧ / شباط / ١٩٦٤) أكد القضاء مسؤوليته المحافظة على الطابع الديمقراطي للعملية السياسية الأمريكية . فقد أعيد تأكيد التزام أمريكا الشجاع الذي صدر في عام ١٧٧٦ - بأن الحكومات العادلة لا تعتمد على القهر و القوة و إنما على العقل و الرضاء . ولقد سجل كبير القضاة Black رأى أغلبية القضاة بقوله : (ممكنا من الناحية العملية بأن صوت شخص واحد في انتخابات الكونجرس يجب أن يكون له نفس القيمة التي تعطى لصوت شخص آخر) ولكل قاض في المحكمة العليا فلسفته الخاصة ، عندما تعالج المحكمة مشاكل حرية التعبير . و يقول ألقاض Black أن وثيقة الحقوق تنطوي على حريات مطلقة و لا يجوز التخفيف أو الانتقاص منها بقرارات قضائية . و يذهب في رأيه إلى أن القذف من صفوف الحديث و لذلك لا يمكن الحد منه دستوريا . وهناك فريق آخر من مدرسة (التوازن) بمعنى أن الحقوق الواردة بالتعديل الدستوري الأول يجب توازنها مع حاجة المجتمع في حفظ الأمن و المحافظة على الدولة . ومن هذا الفريق القاضي فيلكس فرانكفورتر . و أن إقرار هيوز Hughs لمعالجة التشريعات التي تنتقص من الحريات الأساسية بطريقة مختلفة ، وكان تجديدا لا يستهان بأبعاده . فقد قيل من حيث الافتراض القائل بأن مجرد المخاطرة بانتهاك الحريات المدنية ينطوي على تهديد و كبت كافي لحرية التعبير ، يرر تحولا جذريا في دور القضاء .

٢- محكمة وارن (١٩٥٣-١٩٦٩) :

و قد بدأت المحكمة العليا في سياسة جديدة لمحاربة التفرقة العنصرية في الخمسينات ،

عندما قضت لأول مرة بعدم دستورية الفصل بين البيض و الملونين في المدارس العامة في قضية (براون) سنة (١٩٥٤) ، في بداية رئاسة ارل واران Warren للمحكمة و التي بدأت في سنة (١٩٥٣) و استمرت حتى عام (١٩٦٨) .^(٢٥) وكان حكم براون الصادر من المحكمة سنة (١٩٥٤) هو الأساس الذي انطلقت منه المحكمة في إصدار الأحكام العديدة طوال الستينات لمنع التفرقة العنصرية و محاربتها في كافة المجالات . وخاصة في ميدان المساواة أمام القضاء و حق الالتجاء إليه دون تمييز أو تفرقة . ولم تحصر المحكمة العليا هذا القضاء في نطاق المدارس و المحاكم فقط ، بل قضت بعدم دستورية التفرقة العنصرية في كافة الموافق و الأماكن ، في المطارات و الملاعب و محطات الأتوبيس ، و جداول الانتخابات و غيرها من المجالات . و مما لا شك فيه أن المحكمة العليا في رقابتها على دستورية القوانين فقد قامت بدور كبير في حماية الحريات و تحقيق المساواة بين المواطنين و حماية حقوق الملونين . أن هذا المسلك القضائي ، قد ساعد إلى حد كبير على إزالة العديد من مظاهر التفرقة و التمييز العنصري في أرجاء الولايات المتحدة .

٣- فضيحة وترجيت و المحكمة العليا الاتحادية :

و قد أثبتت المحكمة العليا وجودها في فضيحة وترجيت . إذ أصدرت حكما بالإجماع ، باستثناء عضوا

امتنع لأسباب شخصية ، يرفض تمتع السلطة التنفيذية بامتيازات تجعل الرئيس بمنأى عن رقابة القضاء في غير المسائل المتعلقة بالأسرار العسكرية أو الدبلوماسية ، وهو الذي تقدم به الرئيس نيكسون ليمتنع عن تقديم أوراق و مستندات للقضاء . و قد صدر حكم المحكمة العليا الذي يقرر هذا المبدأ في (٢٤ / تموز / ١٩٧٤) في قضية الولايات المتحدة ضد نيكسون Richard Nixon و أعلن الحكم أن المحكمة باعتبارها حارسة على الدستورية تقرر أن الدستورية تعني خضوع الجميع للدستور بلا استثناء . و لاشك أن هذا الحكم ساهم في سرعة تطور الحوادث التي أفضت إلى استقالة نيكسون في (٨ / آب / ١٩٧٤)^(٢٦) .

ثانياً: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر:

لا يوجد بمصر نص تشريعي ينظم مبدأ الدستورية ، وقد سكت دستور (١٩٢٣) ، و دستور ١٩٣٠ ، و دستور ١٩٥٦ و دستور (١٩٦٤) عن حل هذه المسألة ، فالمشرع الدستوري لم يمنح القضاء هذا الحق ، ولكنه في نفس الوقت لم يحرم عليه صراحة محاولة رقابة الدستورية ، وإزاء القضاء لنفسه موقفاً حيال المنازعات التي طرحت وأثيرت فيها هذه المشكلة ، ونعرض الآن لرأي الفقه ثم بيان موقف القضاء .

١- رأي الفقه:

يكاد يجمع الفقه في مصر على أن من حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، وسوف نذكر بعض ما ذهب إليه الفقه المصري عن حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين. وقد دافع الدكتور (السيد صبري) بقوة عن مبدأ الدستورية والرأي عنده يعتمد على أساسين: الأول هو مبدأ الشرعية . حيث يرى ان الحكومة لا يمكن ان تكون شرعية إلا اذا كانت تصرفاتها في حدود القانون . فإذا خرجت على حدوده أصبحت حكومة استبدادية. والثاني يتلخص في أن الرقابة الدستورية من طبيعة عمل القاضي . حيث يرى أن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون ، وهو مقيد في حكمه بقوانين البلاد العادية كما هو مقيد بالقانون الأساسي للدولة الذي هو أعلى من القوانين العادية^(٢٧) .

ويذهب الدكتور (رمزي الشاعرى) إلى إن جميع المحاكم في مصر على اختلاف أنواعها ودرجاتها قد فقدت حقها في التصدي لرقابة مدى مطابقة القانون للدستور . ولا شك إن مثل هذا الاتجاه يكفل القضاء على عدم الاستقرار في المعاملات القانونية ويحقق الوحدة في تفسير وتطبيق القواعد الدستورية ويساعد على بث الانسجام في الصرح التشريعي^(٢٨) . وحيث يرى أيضاً أن قصر الاختصاص برقابة دستورية القوانين على المحكمة العليا لا يعنى أن جهات القضاء الأخرى قد فقدت كل سلطة لها في هذا المجال، إذ ما يزال لقاضي الموضوع حقه الأصيل في تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية^(٢٩) . في حين يؤيد الأستاذ الدكتور (رؤوف عبيد) فكرة اللامركزية في الرقابة القضائية على دستورية القوانين . وذلك بإتاحة الحق لكافة المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها في فرض رقابة الامتناع عن التطبيق على كافة النصوص القانونية التي تزمع تطبيقها بشأن ما يطرح أمامها من منازعات. وهو ما يبين من عباراته التالية ((ان افراد المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على مبدأ الشرعية والدستورية وما يفرغ عنه دون سائر المحاكم فهو قول يتضمن بكل صراحة ووضوح قضاء كامل من الناحيتين العملية والنظرية على مبدأ الشرعية أو الدستورية^(٣٠) . ويقرر جدارة مبدأ لامركزية الرقابة القضائية على الدستورية بالإتباع يستند في ذلك إلى الحجج التالية:

أ- انه لا يصلح كمبرر للقول بمنع تضارب الأحكام أو حسم حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة الدستورية العليا والجهات الأخرى للتقاضي الأخذ بمركزية الرقابة فذلك سبب لا يصلح لسلب المواطن أهم ضماناته و أيسرها و أقربها منالا وهي ضمانة رقابة كافة جهات القضاء على شرعية القرارات الإدارية ودستورية النصوص التشريعية.

ب- عملياً لا يتمكن كل مواطن من اللجوء للمحكمة العليا لإلغاء النص الباطل أو المعدوم لما يترتب على ذلك من تعطيل الفصل في دعاوى المستعجلة بطبيعتها.

ج- كما يرد أيضا على حجة منع تضارب الأحكام بان إسناد هذا الأمر للمحكمة العليا وحدها لن يمنع هذا التضارب لأنها مكونة من عدة دوائر ويتصور اختلاف وجهات نظرها بما يؤدي لتضارب الأحكام في ظل الظروف السياسية والتشريعية المختلفة.

د- أن المحكمة الدستورية العليا ذات طابع سياسي تحيطها اعتبارات السياسة العامة بحسب أصل وظيفتها وليست ذات طابع قضائي خالص مجرد من الاعتبارات السياسية التي قد تذهب بالموضوعية والعدالة.

٢- موقف القضاء:

أثيرت مسألة دستورية القوانين أمام المحاكم المصرية في مناسبات مختلفة ، ولكن القضاء ظل مترددا ، لم يفصح عن رأيه بصراحة فيما عرض عليه من قضايا. واستمرت المشكلة قائمة يكتنفها الغموض ، حتى سنحت الفرصة بعد إنشاء مجلس الدولة في مصر. ورفعت دعوى أمام محكمة القضاء الإداري ودفع فيها المدعي بعدم دستورية مرسوم القوانين، وقد قضت المحكمة في هذه الدعوى بصحة الدفع وبحق المحاكم في بحث دستورية مرسوم بقانون ، وقد صدر هذا الحكم في (١٠ / شباط / ١٩٤٨) وكان بداية تحول موقف القضاء المصري وانتصاراً لرأي جمهور الفقهاء الذين جاهدوا طويلاً في سبيل حمل القضاء على الأخذ بمبدأ رقابة الدستورية^(٣١) . وجاء الدستور المصري لسنة (١٩٧١) فنص في المادة (١٧٥) على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، وتتولى تفسير النصوص التشريعية ، وذلك كله على الوجه المبين في القانون. ويستفاد من ذلك أن الدستور المصري أخذ صراحة بأسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين وجعل هذا الاختصاص للمحكمة الدستورية العليا وحدها دون سائر المحاكم الأخرى، وان كان لم يحدد آثار الحكم الصادر منها بعدم دستورية نص تشريعي أو تفسيره. وقد تولى القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ الخاص بالمحكمة الدستورية العليا مهمة تنظيم اختصاصات هذه المحكمة وذلك في المادتين (٢٧،٢٥) منه . وفي صدد اختصاص المحكمة برقابة دستورية القوانين واللوائح قضت المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن (تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي : أولاً – الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح) ثم نظم المشرع كيفية ممارسة هذا الاختصاص فنص على انه يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها، وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية^(٣٢).

٣- موقف المحكمة الدستورية العليا:

إن القضاء المصري قد حقق الحماية للحقوق والحريات العامة للمواطن ، حيث وصل إلى قمة النزاهة والكفاءة. وقد عرف القضاء منذ فجر الحضارة المصرية بنزاهته وقدرته على بلورة الحق في ميزان العدل . وتأسيساً على ذلك ، لقد كان حكم المحكمة الدستورية العليا تاجاً يرفع على رأس القضاء . لما اتصف به من الأمانة

والصدق بصفة عامة. وإذا تراءى لمحكمة الجنايات بجلسة ٢٨/١٠/١٩٨١ عدم دستورية نص المادة وهو لازم للفصل في الدعوى تأسيساً على إن ثمة تناقص بين هذا النص وما تنص به المادة (٤٤) من الدستور عدم جواز دخول المساكن ولا تفتيشها إلا بإذن قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون فقد قضت بوقف الدعوى و أحالت الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية. وحيث أن الدستور قد حرص في سبيل حماية الحريات العامة على كفالة الحرية الشخصية لاتصالها بكيان الفرد منذ وجوده فأكدت المادة (٤١) من الدستور على إن الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس. كما نصت المادة (٤٤) من الدستور على إن للمساكن حرمة. ثم قضت الفقرة الأولى من المادة (٤٥) من الدستور لحماية المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون ، غير أن الدستور لم يكتف في تقرير هذه الحماية الدستورية بإبداء ذلك في عبارات عامة كما كانت تفعل الدساتير السابقة التي كانت تقرر كفالة الحرية الشخصية وما تفرع عنها من حق الأمن وعدم القبض أو الاعتقال وحرمة المنازل وعدم جواز دخولها أو مراقبتها (المواد ٨ من دستور ٢٣ ، ٤١ من دستور ٥٦ ، ٢٣ من دستور ٦٤). تاركة للمشروع العادي السلطة الكاملة دون قيود في تنظيم هذه الحريات ولكن أتى دستور (١٩٧١) بقواعد أساسية تقرر ضمانات عديدة لحماية الحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حريات وحرمانات ورفعها إلى مرتبة القواعد الدستورية فمنها المواد من (٤١ إلى ٤٥) منه ، حيث لا يجوز للمشرع العادي ان تخالف تلك القواعد وما تضمنته من كفالة لصون تلك الحريات و إلا جاء عمله مخالف للشرعية الدستورية. وحيث إن المشرع الدستوري توفيا بين حق الفرد في الحرية الشخصية وفي حرمة مسكنه وحياته الخاصة وبين حق المجتمع في عقاب الجاني وجمع أدلة إثبات الجريمة ونسبتها إليه قد أجاز تفتيش الشخص أو المسكن كإجراء من إجراءات التحقيق بعد أن أخضع لضمانات معينة لا يجوز إهدارها تاركاً للمشرع العادي أن يحدد الجرائم التي يجوز فيها التفتيش التي يتم بها . ولذلك نصت الفقرة الأولى من المادة (٤١) من الدستور على أنه (الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة ولا تمس) وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمره تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة امن المجتمع ويصدر هذه الأمر القاضي المختص أو النيابة العامة وذلك وفقاً لأحكام القانون ثم نصت المادة (٤٤) من الدستور على أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون. لما كان ذلك وكانت المادة (٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم (١٥٠ سنة ١٩٥٠) المطعون فيها تنص على أن (لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم ويضبط فيه الأشياء والأوراق التي تفيد في كشف الحقيقة اذا اتضح له من إمارات قوية أنها موجودة فيه مما مفاده تخويل مأمور الضبط القضائي الحق في إجراء تفتيش مسكن المتهم في حالة التلبس بجناية أو جنحة دون أن يصدر له أمر قضائي مسبب ممن يملك سلطة التحقيق وهو ما يخالف حكم المادة (٤٤) من الدستور على ما سلف بيانه الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم دستورية المادة (٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية . فلهذه الأسباب، حكمت بعدم دستورية المادة (٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم (١٥٠ لسنة ١٩٥٠) . وبناءً على ذلك ، قد وصلت المحكمة الدستورية العليا بحكمها هذا إلى حد الكمال . حيث حققت في كثير من أحكامها لصيانة حقوق وحريات الرأي العام المصري . وهي الحارسه الكبرى للشعب ، وهي التي تعبر عن إرادة وضمير الرأي العام . وهي أيضاً ذات صبغة قضائية محضة ، وليست ذات صبغة سياسية ، حيث لا تخضع للضغوط السياسية والجماعات ذات المصالح بقدر ما تخضع لإرادة الرأي العام.

المطلب الثاني

الرقابة على دستورية القوانين في العراق بعد عام ٢٠٠٣

إن تجارب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العهدين الملكي والجمهوري كانت على ندرتها متواضعة جداً و لم تؤسس لأية تقاليد دستورية ذات قيمة .

وبعد عام ٢٠٠٣ و صدور قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، اخذ هذا الدستور المؤقت (قانون إدارة الدولة) بالرقابة القضائية على دستورية القوانين ، و نظمها بصورة تفوق بها على كل ما سبقه في العراق بل لقد تفوق – ولو من الناحية النظرية – على دساتير كثير من الدول ذات الباع الطويل في هذا الميدان . و مع ذلك فقد شاب هذا التنظيم الدستوري للرقابة بعض الثغرات كما سنرى . و بعد إقرار الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ بالاستفتاء العام اخذ هو الآخر بالرقابة القضائية على دستورية القوانين و عهد بها إلى المحكمة الاتحادية العليا . وهو امتداد لما جاء به قانون إدارة الدولة . و سنبحث الرقابة القضائية على دستورية القوانين في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية و الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ بقدر ما يسمح به المجال و على ضوء النصوص الدستورية ، لأن البحث التفصيلي في أيا من هذه المواضيع قد لا يتسع له مجال بحثنا بأكمله مع ملاحظة أن الجانب الوصفي سيغطي على جوانب البحث لأهميته الكبيرة في الوقت الحاضر .

و سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول الرقابة القضائية على دستورية القوانين في قانون إدارة الدولة . و في الثاني الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .

الفرع الأول

الرقابة في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية

نصت المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة على أن يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون و تسمى المحكمة الاتحادية العليا ، تختص بالرقابة على دستورية القوانين بالإضافة إلى اختصاصات أخرى بينها المادة المذكورة كما بينت كيفية تشكيل المحكمة و كيفية عرض القضية عليها .^(٣٢)

ثم صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ ، استناداً إلى النص الدستوري سالف الذكر . و نص هذا القانون في مادته الأولى على أن تنشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا و يكون مقرها في بغداد و تمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون . و سنتناول في هذا الفرع كيفية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا و اختصاصها و كيفية ممارستها لاختصاصها في مجال الرقابة على دستورية القوانين و ضمانات استقلالها كما جاء بها قانون إدارة الدولة و قانون المحكمة رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ و ذلك في النقاط الأربعة الآتية :

أولاً : تشكيل المحكمة الاتحادية العليا

تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس و ثمانية أعضاء يجري تعيينهم من قبل مجلس الرئاسة بناء على ترشيح من مجلس القضاء الأعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم . و في حالة رفض أي تعيين يرشح مجلس القضاء الأعلى مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين^(٣٣) . و يقوم مجلس الرئاسة بتعيين أعضاء المحكمة و تسمية احدثهم رئيساً لها^(٣٤).

و يستمر أعضاء المحكمة بعملهم من دون تحديد لحد أعلى للعمر إلا إذا رغب احدثهم بترك الخدمة .^(٣٥) ونحن بدورنا لا نؤيد عدم تحديد حداً أعلى للعمر ، لأن العمر يؤثر في أداء الواجبات الوظيفية . و تتعقد المحكمة بحضور جميع أعضائها ، و تصدر الأحكام و القرارات بالأغلبية البسيطة .^(٣٦) و لنا بعض الملاحظات على تشكيل المحكمة نوجزها بالآتي :

١- إن المشروع العراقي قد فعل حسناً عندما حدد عدد أعضاء المحكمة في الدستور (قانون إدارة الدولة) و ليس في قانون المحكمة . حتى يمكن تفادي قيام السلطة التشريعية لسبب أو لآخر بتعديل عدد الأعضاء زيادة أو نقصاً بواسطة تعديل قانون المحكمة فيما إذا كان هذا العدد قد حدد بهذا القانون . و لعل محاولة الرئيس الأمريكي (روز فولت) تعديل عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا أبان أزمتها معه مثل واضح بهذا الشأن ، و إن كان الكونغرس الأمريكي قد أسقط تلك المحاولة في نهاية الأمر .^(٣٧) و من الدساتير التي حددت أعضاء المحكمة أعضاء المحكمة بنصوص الدستور القانوني الأساسي العراقي الذي حددهم بـ(٨) أعضاء^(٣٨) .

و الدستور الايطالي الذي حددهم (١٥) عضواً ، و الدستور السويسري الذي حددهم (١١) عضواً ، و الدستور السوري لسنة ١٩٥٠ و الذي حددهم (٧) أعضاء^(٣٩) . و هناك دساتير أخرى لم تحدد أعضاء هذه المحكمة ، مثل الدستور المصري لعام ١٩٧١ حيث لم يحدد عدد أعضاء و إنما أحال إلى قانون المحكمة لتحديد ذلك^(٤٠) .

٢- اقتصر تشكيل المحكمة على القضاة فقط و لم يشمل غيرهم من ذوي الاختصاص القانوني كفقهاء القانون من أساتذة كليات القانون و غيرهم ، و كان من الأولى أن يتضمن تشكيل المحكمة هؤلاء المختصين حتى يكتمل النسيج القانوني لها .

٣- إن مجلس الرئاسة هو الذي يقوم بتسمية رئيس المحكمة من بين أعضائها و كان من الأفضل لو ترك أمر اختيار رئيس المحكمة للأعضاء أنفسهم ، سيما و إنهم قد حازوا على ثقة مجلس القضاء الأعلى و مجلس الرئاسة .

ثانيا : اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا:

تختص المحكمة الاتحادية العليا بعدة اختصاصات بينها قانون إدارة الدولة و قانون المحكمة رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ واهم هذه الاختصاصات على الإطلاق هو اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين . وعليه سنبحث أولا باختصاص المحكمة في مجال الرقابة على دستورية القوانين ثم الاختصاصات الأخرى للمحكمة الاتحادية و كما يأتي :-

١- الرقابة على دستورية القوانين .

تختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في منازعات المتعلقة بشرعية القوانين و الأنظمة و التعليمات و الأوامر و الإجراءات الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها . و إلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية^(٤١) . و في البدء لابد من بيان انه لا مجال للتساؤل حول ماهية القانون الذي تختص به المحكمة ، هل هو القانون بالمعنى الشكلي أم هو القانون بالمعنى الموضوعي ؟ لأن قانون إدارة الدولة و قانون المحكمة الاتحادية العليا قد حسما المسألة بأن جعل اختصاص المحكمة يشمل كل قاعدة عامه مجردة تطبق على الكافة من دون تحديد أو تعيين لأشخاص بذواتهم . بحيث يشمل التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية و كذلك القرارات الإدارية التنظيمية من أنظمة و تعليمات و التي تصدر عن السلطة التنفيذية

بل أن المشروع العراقي في قانون إدارة الدولة توسع توسعاً كبيراً في الرقابة على دستورية القوانين ، حيث لم تقف عند حد الرقابة على دستورية القانون بمعناه الموضوعي فقط - كما أسلفنا - بل امتدت رقابته لتشمل الإجراءات أيضاً^(٤٢) . و لقد فعل المشرع العراقي حسناً بذلك حتى يتحقق مبدأ المشروعية بأن تعمل كل سلطات الدولة من تشريعية و تنفيذية وفق أحكام الدستور . و مع ذلك فأنا نتحفظ على التوسع في اختصاصات المحكمة بهذا الشكل ، و نرى أن من الأفضل يقتصر اختصاص المحكمة على رقابة دستورية القانون بمعناه الموضوعي دون الإجراء . و لعل الملاحظة الإيجابية الأخرى على اختصاص المحكمة في مجال الرقابة هي أن المشرع قد جعل اختصاص الرقابة على دستورية القوانين في العراق للمحكمة الاتحادية حصراً من دون سائر المحاكم الأخرى . و بالتالي يكون المشرع العراقي هنا قد اخذ بمبدأ مركزية الرقابة و هذا هو الاتجاه الغالب في الدساتير الحديثة^(٤٣) . حتى يتلافى ما قد يحصل من اختلاف الأحكام و تضاربها فيما لو عهد بالرقابة على دستورية القوانين لمحاكم متعددة.

٢- هناك اختصاصات أخرى للمحكمة الاتحادية العليا بالإضافة إلى اختصاصها في مجال الرقابة على دستورية القوانين نجملها بالاتي :

١- الفصل في المنازعات بين الحكومة الاتحادية و حكومات الأقاليم و المحافظات و البلديات و الإدارات المحلية و هذا اختصاص حصري للمحكمة.

ب- النظر بالاعاوى ألقامه إمامها بصفه استئنافيه و ينظم اختصاصها بقانون اتحادي^(٤٤) .

ج- النظر في الطعون المقدمة على الأحكام و القرارات الصادرة عن محكمة القضاء الإداري^(٤٥) . و اختصاص المحكمة هذا نرى أنه محل نظر و تمحيص ، فهو يخل بالغاية التي أنشأت من أجلها محكمة القضاء الإداري ، و هي إيجاد قضاء إداري متخصص ينظر في المنازعات الإدارية . و بالتالي فإنه كان من الأفضل إنشاء محكمة إدارية عليا تنتظر في الطعون المقدمة على الأحكام و القرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري و مجلس الانضباط العام و تكون على قمة القضاء الإداري في العراق ، هذا من جانب . و من جانب آخر نرى أنه من الأفضل أن يكون اختصاص المحكمة الاتحادية العليا هو حسم إشكالات التنازع في الاختصاص التي تحدث بين القضاء الإداري و القضاء العادي .بالإضافة إلى ذلك فإنه من شأن هذه الاختصاصات الكثيرة أن تثقل كاهل المحكمة الاتحادية و تعرقل قيامها بمهامها الجسيمة ، و لا سيما في مجال الرقابة على دستورية القوانين . و تجدر الإشارة هنا إلى أن هناك بعض الأصوات تعالت في بعض وسائل الإعلام منتقدة اختصاص المحكمة الاتحادية العليا سالف الذكر بالنظر في الطعون المقدمة على الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري ، لأنه أعطى الشرعية لمحكمة القضاء الإداري و هذا لا يحقق المساواة في التقاضي على حد تعبير هذا البعض . و الحقيقة إن مثل هذه الآراء تكشف عن جهل تام بالقضاء الإداري و تتجاهل دوره الكبير في حماية حقوق و حريات الأفراد و احترام مبدأ المشروعية ، كما أنها تغفل حقيقة هامه و

هي أننا نملك محكمة قضاء إداري تمارس أعمالها منذ ما يزيد على أكثر من ٢٠ سنة . و مجلس شورى الدولة يقوم بدور محكمة التمييز فيما يتعلق بالأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري^(٤٦). ويبدو أن التأثير بالنظام الانكلوسكسوني الذي يأخذ بالمساواة التامة أمام القانون كان وراء مثل هذه الآراء و بالمقابل عدم معرفة أو تجاهل لنظام القضاء الإداري و الذي سبب نجاحه الكبير في فرنسا انتشاره في العديد من الدول داخل أوروبا و خارجها كبلجيكا و مصر و لبنان و غيرها فلقد اثبت مجلس الدولة الفرنسي أنه خير معين و مرشد للدول في سبيل تحقيق المصلحة العامة و ابتدع الكثير من النظريات القانونية أخذ ببعضها القانون الخاص ، و أكد أنه حصن منبع لحماية حقوق و حريات الأفراد^(٤٧). و لذلك فحتى (دايسي) و هو اكبر فقهاء القانون العام الانكليز و الذي كان ينتقد القضاء الإداري في فرنسا عدل عن أرائه السابقة و اخذ يسوغ صفة القضاء بمعناه على مجلس الدولة الفرنسي و محكمة التنازع الفرنسية بعد أن وجد أنهما متمتعان بالاستقلال حقا أمام السلطة التنفيذية ، و أخذ يشك في مدى كفاءة المحكمة العليا الانكليزية في تطبيق القانون العام^(٤٨). و سار القضاء الإداري في الدول التي أخذت به عن فرنسا على هذا المنهج ، و من ذلك القضاء الإداري في مصر و يكفي للتدليل على ذلك ومادام موضوع بحثنا هو الرقابة القضائية على دستورية القوانين أن نذكر الحكم المفخرة بحق لمحكمة القضاء الإداري المصرية للقضاء المصري عامة ، و الذي أكدت حق القضاء الإداري في الرقابة على دستورية القوانين بعد عجز و تردد القضاء العادي عن ذلك . بالرغم من أنه لم يمض على تأسيس محكمة القضاء الإداري آنذاك أكثر من عامين^(٤٩). فالقضاء الإداري المصري اتخذ موقف القضاء الأمريكي الذي اقر بحقه في الرقابة على دستورية القوانين^(٥٠). و من هذا ينضح عدم دقة الرأي الذي يذهب إلى أن محكمة القضاء الإداري في العراق تخل بحق المساواة في التقاضي و ينبه إلى عدم معرفة أو عدم إدراك لدور القضاء الإداري عامة في حماية حقوق و حريات الأفراد و ترسيخ مبدأ المشروعية.

ثالثا : كيفية ممارسة المحكمة لاختصاصها في مجال الرقابة على دستورية القوانين
تحرك الدعوى أمام المحكمة الاتحادية العليا من جهات بينها قانون إدارة الدولة و قانون المحكمة الاتحادية العليا وهي :

أ- بناءً على إحالة من محكمة سواء كانت هذه المحكمة مدنية أو جنائية أو محكمة القضاء الإداري وكذلك المحاكم الاتحادية^(٥١). والمحكمة قد ترى من تلقاء نفسها أن القانون المراد تطبيقه غير دستوري أو يدافع أمامها بعدم دستوريته فترفع الطعن إلى المحكمة الاتحادية العليا لتبت فيه .
ب- (جهة رسمية) ^(٥٢) و لم يحدد القانون أية جهة رسمية و بالتالي يجوز لكل الجهات الرسمية العراقية أن تتقدم بطلب الطعن في دستورية قانون ما .

ج- دعوى من مدع ذي مصلحة^(٥٣) يتقدم بها إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في دستورية قانون يشك بمخالفته لأحكام الدستور .

و لا يكون انعقاد المحكمة صحيحا إلا بحضور جميع أعضائها و تصدر قراراتها بالأغلبية البسيطة^(٥٤). أما الأثر الناتج عن قرار المحكمة بعدم دستورية القانون أو الأنظمة أو التعليمات أو الأوامر أو الإجراءات فيتمثل بإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة^(٥٥). و قرارات المحكمة الاتحادية ملزمة للكافة و غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن و للمحكمة مطلق الحرية في تنفيذ قراراتها^(٥٦).

رابعا : ضمانات استقلال المحكمة الاتحادية العليا:

مما لا شك فيه إن القضاء هو محور العدالة و ضمان الحريات العامة لذلك فقد كان من الضروري أن ينص الدستور على ضمانات خاصة لاستقلاله^(٥٧). فلقد نص قانون إدارة الدولة على أن القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القوانين و منع السلطتين التشريعية و التنفيذية من التدخل في شؤونه^(٥٨). و نظرا للأهمية الكبرى التي تحتلها المحكمة الاتحادية العليا فقد أحاط المشرع العراقي في قانون إدارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ هذه المحكمة بضمانات عديدة تحقق استقلالها و حيادها بحيث تستطيع القيام بعملها بعيدا عن التدخلات و الضغوط . و في البدء قد يقال أن تعيين أعضاء هذه المحكمة و اختيارهم من قبل مجلس الرئاسة و ان كان يتم بالتشاور مع مجلس القضاء الأعلى إلا أنه قد ينال من استقلال المحكمة . ولكن الحقيقة التي أثبتتها التجارب في الكثير من الدول تؤكد أن العبرة في استقلال القضاة ليست بطريقة اختيارهم ، و لا بنصيب السلطة التنفيذية في المشاركة بهذا الاختيار و إنما هي بمدى قدرة تلك السلطة على التدخل بشؤونهم بعدم تعيينهم ، فإذا امتنع هذا التدخل لم يكن لطريقة التعيين أي اثر يذكر على استقلال القضاء^(٥٩) و لكن لا يعني قبول أن تنفرد السلطة التنفيذية بتعيين أعضاء المحكمة الاتحادية العليا ، إذ إن تلك المحكمة بمسؤوليتها الكبيرة في مراقبة دستورية القوانين يجب أن تتميز بوضع معين في تعيين أعضائها ، إذ يكفل لها هذا الوضع الاستقلال التام . لأن القوانين عادة ما تصدر بالاتفاق ما بين السلطتين التشريعية و التنفيذية أو بناءً على اقتراح السلطة التنفيذية . فإذا كنا نريد أن نضمن جدية الرقابة على دستورية القوانين فإنه لا يجب أن تنفرد أي من السلطتين بتعيين أعضاء المحكمة .

و أول ضمانات استقلال المحكمة الاتحادية هي ما نص قانون إدارة الدولة في المادة (٤٣ - أ) و التي جاء فيها أن القضاء مستقل و لا يدار بأي شكل من الأشكال من السلطة التنفيذية و بضمنها وزارة العدل و ألزمت الفقرة (ج) من المادة نفسها الجمعية الوطنية بأن تضع ميزانية مستقلة و وافية للقضاء . ثم جاءت المادة (٤٥) و جعلت الإشراف على القضاء للمجلس الأعلى للقضاء الذي يتولى دور مجلس القضاء و يشرف على القضاء الاتحادي و يدير ميزانية المجلس ، و يتأسس رئيس المحكمة الاتحادية العليا المجلس الأعلى للقضاء . و من هذه النصوص يتبين استقلال القضاء بشكل عام عن كل من السلطتين التشريعية و التنفيذية . و بالإضافة الى هذه النصوص الدستورية فقد نصت المادة الأولى من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ على أن المحكمة (تمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون) . ثم جاءت المادة الثانية لتؤكد استقلال المحكمة الاتحادية العليا ماليا و إدارياً .

و القول بأن المحكمة الاتحادية هيئة مستقلة يعني أنها لا تعد جزءاً من التنظيم القضائي بينما القول بأن المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية يعني إنها تخضع لما يخضع له التنظيم القضائي من مبادئ عامة. أما فيما يتعلق بضمانات أعضاء المحكمة الاتحادية العليا أنفسهم فقد بينها قانون إدارة الدولة و قانون الاتحادية العليا فيما يخص العزل فقد بينت المادة (٤٧) من قانون إدارة الدولة انه لا يجوز عزل القاضي إلا إذا أدين بجريمة مخلة بالشرف أو الفساد أو إذا أصيب بعجز دائم . أي أن أسباب العزل محددة على سبيل الحصر و القاضي الذي يتهم بما ذكر أعلاه يوقف عن عمله إلى حين البت قضيته . و لا يوجد حد أعلى للعمر للعمل في المحكمة بل يبقى رئيس و أعضاء المحكمة مستمرين بالعمل إلا إذا رغبوا هم بترك العمل في المحكمة^(١٠) . كما بين قانون إدارة الدولة إنه لا يجوز تخفيض راتب القاضي أو إيقاف صرفة لأي سبب من الأسباب خلال مدة خدمته^(١١) . وإذا ترك كل من رئيس المحكمة أو أعضائها الخدمة يتقاضى كل منهم راتباً تقاعدياً يعادل (٨٠ %) من مجموع ما يتقاضاه كل منهم شهرياً قبل انقطاع صلتهم بالوظيفة^(١٢) . و الملاحظ من خلال النصوص التي عرضناها إنها تحقق استقلال المحكمة الاتحادية العليا تجاه السلطتين التشريعية و التنفيذية ، و بما يسمح لها بالقيام بمهامها الكبيرة بكل استقلال و حيادية . مع ملاحظه أخيرة و هامة جدا و هي إننا لم نرسخ أقدامنا بعد في الحياة الديمقراطية الحقيقية ، و بالتالي فإن انحراف إحدى السلطات عند ممارستها لاختصاصها أمر وارد . و عليه فإن استقلال المحكمة الاتحادية العليا لا يكفي لتحقيقه النصوص القانونية وحدها ، و إنما العبرة أولاً و أخيراً بإدراك السلطتين التشريعية و التنفيذية و إدراك القضاة أنفسهم ، و إدراك الرأي العام لقيمة استقلال المحكمة الاتحادية العليا و ضرورة حماية هذا الاستقلال و الحفاظ عليه .

الفرع الثاني

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥

تناول الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ تنظيم الرقابة على دستورية القوانين و إناطة مهمة الرقابة بالمحكمة الاتحادية العليا . و هو امتداد لما جاء به قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية و الذي تناولناه فيما سبق . و لقد نظم الدستور النافذ السلطة القضائية الاتحادية في الفصل الثالث من الباب الثالث (السلطات الاتحادية) و أناط بمجلس القضاء الأعلى إدارة شؤون الهيئات القضائية المختلفة^(١٣) . و بين الدستور أن السلطة القضائية و الاتحادية تتكون (من مجلس القضاة الأعلى ، و المحكمة الاتحادية العليا و محكمة التمييز الاتحادية و جهاز الادعاء العام ، و هيئة الإشراف القضائي و المحاكم الاتحادية الأخرى التي تنظم وفقاً للقانون) . ثم تناول الدستور في المواد (٩٢-٩٣-٩٤) الأحكام المتعلقة بالمحكمة الاتحادية العليا . و أحال الدستور إلى قانون يصدر لاحقاً و يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب بيان تشكيل المحكمة و تحديد عدد أعضائها و كيفية سير العمل فيها^(١٤) و لم يصدر هذا القانون حتى الآن . و سنتناول فيما يأتي تشكيل المحكمة و اختصاصها و ضمانات استقلالها كما جاء في الدستور النافذ و ذلك في النقاط الثلاث الآتية :

أولاً : تشكيل المحكمة الاتحادية العليا

أحال المشرع الدستوري في الدستور النافذ الى المشرع العادي إصدار قانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب ينظم تشكيل المحكمة الاتحادية العليا و يحدد أعضائها و طريقة اختيارهم و كيفية سير العمل فيها^(١٥) . و لم يعد تشكيل المحكمة مقتصرًا على القضاة فقط ، كما كان في ظل قانون إدارة الدولة العراقية و قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ بل أصبح يشتمل على فقهاء القانون و خبراء في الفقه الإسلامي . و يبدو أن مبررات أشراك خبراء في الفقه الإسلامي في تشكيلة المحكمة تعود إلى أن الدستور نص في المادة الثانية (أولاً :- الإسلام دين الدولة الرسمي و هو مصدر أساس للتشريع : لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام) و لضمان تطبيق هذه النصوص و الحيلولة دون صدور تشريعات تتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام اتجه المشرع الدستوري إلى وجوب إشراك خبراء في الفقه الإسلامي في تكوين المحكمة . ولنا بعض الملاحظات على النصوص الدستورية المتعلقة بتشكيل المحكمة بعضها يتعلق

بالتنظيم الدستوري للسلطة القضائية بوجه عام و البعض الآخر يتعلق بتشكيل المحكمة الاتحادية بوجه خاص نوجزها بالاتي :

١- إن السلطة القضائية بوجه عام و المحكمة الاتحادية العليا بوجه خاص تحتل أهمية كبرى في النظام الفيدرالي لأن اختصاصها في غاية الأهمية و الخطورة. و هنا كان من الواجب أن يتولى الدستور بيان كيفية تشكيل السلطة القضائية و كيفية اختيار رئيسها وكذلك ما يتعلق بالمحكمة العليا و هو ما لم ينظمه الدستور الدائم على الوجه الأكمل .

فلقد نص الدستور في المادة (٩٠) على أن (يتولى مجلس القضاء الأعلى إدارة شؤون الهيئات القضائية و ينظم القانون طريقة تكوينه و اختصاصه و قواعد سير العمل فيه) . و بذلك يكون مجلس القضاء الأعلى هو السلطة الرسمية الثالثة في الدولة ، بالإضافة الى السلطتين التشريعية و التنفيذية . فهو أعلى جهة تمثل السلطة القضائية و تشرف على الهيئات التابعة لهذه السلطة . ولكن الدستور إذا كان قد بين الإحكام العامة و المبادئ الرئيسية المتعلقة بتكوين السلطتين التشريعية و التنفيذية فلم يسر على النهج نفسه بالنسبة للسلطة القضائية . فلم يبين مثلا كيفية اختيار رئيس هذه السلطة و لم يحدد صلاحياته بشكل واضح و ترك ذلك إلى قانون يصدر لاحقا^(٦٦) . و الذي نراه إنه كان من الواجب على المشرع الدستوري أن يحدد المبادئ الرئيسية المتعلقة بتكوين السلطة القضائية و اختيار رئيسها و تحديد اختصاصها ، لكي يضمن استقلالها و عدم تجاوز السلطات الأخرى على اختصاصها .

٢- لم يحدد الدستور النافذ عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا و ترك ذلك لقانون يصدر لاحقا^(٦٧) و موقف المشرع هذا محل نظر ، لأن تحديد عدد أعضاء المحكمة في الدستور الاتحادي أفضل من تركه للقانون العادي . و ذلك لتلافي قيام السلطة التشريعية لسبب أو لآخر بتعديل عدد أعضاء المحكمة زيادة أو نقصا و لعل من الأمثلة الواضحة على التدخل في عدد أعضاء المحكمة عند عدم تحديد هذا العدد في الدستور الاتحادي ، هو قيام الرئيس الأمريكي (روزفلت) بمحاولة تعديل عدد أعضاء المحكمة العليا أبان أزمتهامعه ، لأن عدد هؤلاء الأعضاء لم يحدد في الدستور الأمريكي ، و إن كان الكونغرس الأمريكي قد أسقط تلك المحاولة في نهاية الأمر^(٦٨) كما أسلفنا . و مما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، قد حدد عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا برئيس و ثمانية أعضاء . وكان ذلك من ميزات هذا القانون كما أوضحنا سابقا

٣- لم يعد تشكيل المحكمة مقتصرًا على القضاة فقط كما كان الحال في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، بل أصبح يشمل فقهاء القانون و خبراء في الفقه الإسلامي كما أسلفنا و أشراك فقهاء القانون من اساتذة كليات القانون وغيرهم مما يحسب لهذا الدستور لكي يكتمل النسيج القانوني للمحكمة الاتحادية العليا .

لأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تحتاج إلى جانب الخبرة القضائية خبرة أكاديمية عالية فرئيس المحكمة الدستورية في كل من بولندا و البرتغال من أساتذة القانون ، و تضم المحاكم الدستورية في الدول الأوروبية عددا من أساتذة الجامعات^(٦٩) و بذلك يكون الدستور النافذ قد تلافى ما وقع فيه قانون إدارة الدولة العراقية الذي قصر تشكيل المحكمة على القضاة فقط و كما بينا سابقا . و لكن إشراك خبراء في الفقه الإسلامي في تشكيله المحكمة نرى إنه محل نظر و تمحيص ، ولا تكون تبرير ذلك بالمادة (٢-أولا - أ) و التي سبقت الإشارة إليها ، لأن تشكيلة المحكمة و العضوية فيها يجب أن تكون مقتصرة على ذوي الاختصاص القانوني من القضاة و فقهاء القانون من أساتذة كليات القانون و غيرهم . و لكن ذلك لا يعني أن المحكمة لا تستطيع الاستعانة بخبراء من التخصصات الأخرى غير القانونية بما فيهم رجال الدين . بل يمكن للمحكمة الاستفادة من خبراتهم على أن لا يكونوا أعضاء فيها ، لأن العضوية في هذه المحكمة فنية مهنية أي قضائية أو قانونية لأناس متخصصين .

كما أن فتح الباب أمام رجال الدين لعضوية هذه المحكمة قد يجرها إلى المحاصصة الطائفية بما يترتب عليها من محاذير . فضلا عن أن وجود رجال دين يمثلون طوائف مختلفة سيؤدي إلى تباين في الآراء و عدم استقرار الأحكام التي تصدرها هذه المحكمة في حين أن هذه الأحكام يجب أن تستند إلى أسس دستورية و قانونية يحته .

ثانيا : اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا :

تختص المحكمة الاتحادية العليا باختصاصات عديدة ، بينها المادة (٩٣) من الدستور و في مقدمتها الرقابة على دستورية و تفسير نصوص الدستور بالإضافة إلى اختصاصات أخرى تتعلق بالمنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية و حكومات الأقاليم و المحافظات ، أو بين حكومات الأقاليم أو المحافظات و الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية و رئيس الوزراء و الوزراء و المصادقة على نتائج الانتخابات و غيرها . و سنتناول هذه الاختصاصات فيما يأتي :-

١-: الرقابة على دستورية القوانين و الأنظمة^(٧٠) :

و هو اختصاص حصري للمحكمة الاتحادية العليا من دون سائر المحاكم الأخرى ، و بذلك يكون المشرع الدستوري العراقي قد أخذ بمبدأ مركزية الرقابة . وهذا هو الاتجاه الغالب في التنظيمات الحديثة للرقابة على دستورية القوانين^(٧١) . و بالتالي يكون المشرع الدستوري العراقي قد فعل حسنا بذلك ، حتى يتلافى ما قد يحصل من اختلاف الأحكام و تضاربها فيما لو عهد بالرقابة على دستورية القوانين لمحاكم متعددة .

ثانياً: بالإضافة إلى اختصاص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين و الأنظمة النافذة فإن للمحكمة اختصاصات أخرى نص عليها الدستور نوجزها بالآتي :-

أ- تفسير نصوص الدستور^(٧٢) :

و هو اختصاص حصري للمحكمة من دون سائر المحاكم الأخرى ، و هذا هو الاتجاه الغالب في التنظيمات الدستورية المعاصرة . فالمحكمة الاتحادية العليا هي الجهة القضائية الاتحادية الأعلى و صاحبة الكلمة الفصل في الحكم بدستورية القوانين و تفسير نصوص الدستور . و يلاحظ هنا الاختصاص بتفسير نصوص الدستور قبل صدور الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ ، كانت تختص به محكمة التمييز و لكن الدستور لم يبين اختصاصات الأخيرة . و هو ما يجعل اختصاصات هذه الهيئات القضائية متداخلة و غير واضحة الحدود و هو ما كان يجدر بالمشرع الدستوري تداركه لتلافي أي تنازع في الاختصاصات قد يحصل مستقبلاً .

ب- الفصل في تنازع الاختصاصات بين الهيئات القضائية المختلفة^(٧٣) .

و الملاحظ هنا هو أن هذا الاختصاص كانت تمارسه محكمة التمييز قبل صدور الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ و لكن الدستور لم يبين اختصاصات محكمة التمييز الاتحادية كما أسلفنا . مما يجعل اختصاصات هذه الهيئات القضائية متداخلة و غير واضحة الحدود ، و هو يجدر بالمشرع تلافيه بأن يحدد اختصاصات هذه الهيئات القضائية الاتحادية بشكل واضح .

ج- الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية ، و القرارات و الأنظمة و التعليمات و الإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية^(٧٤) .

د- الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية و حكومات الإقليم و المحافظات و البلديات و الإدارات المحلية^(٧٥) .

هـ - الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية و رئيس مجلس الوزراء و الوزراء^(٧٦) .

و - المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب^(٧٧)

و يلاحظ هنا أن هذه الاختصاصات التي أوكلت للمحكمة الاتحادية العليا كثيرة جداً و كان يمكن ترك بعضها للهيئات القضائية الاتحادية الأخرى مثل محكمة التمييز الاتحادية ، لأننا نرى أنه من شأن هذه الاختصاصات الكثيرة أن تثقل كاهل المحكمة و تعرقل قيامها بمهامها الجسيمة و لا سيما اختصاصاتها الخطيرة في مجال الرقابة على دستورية القوانين .

و (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة و ملزمة للسلطات كافة) (م٩٤) انطلاقاً من الأهمية الكبيرة التي تتمتع بها المحكمة الاتحادية العليا . و أهمية و خطورة الاختصاصات التي تمتلكتها . لذلك جعل الدستور قراراتها باتة أي نهائية لا يجوز الطعن بها أمام أي جهة و ملزمة لكافة السلطات في الدولة و لكن الدستور أغفل موضوع في غاية الأهمية و هو ضرورة نشر قرارات المحكمة في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) حتى يتحقق علم الكافة بها . فتأريخ نشر قرارات المحكمة هو المعول عليه في نفاذ قرارات المحكمة تجاه السلطات كافة . لأن النشر هو الوسيلة التي بمقتضاها يفترض علم أصحاب الشأن بالقوانين و القرارات الملزمة لهم . و ما دام الدستور قد عدّ قرارات المحكمة ملزمة للسلطات كافة بما فيها السلطة التشريعية . فهذا يعني أنه بالإمكان إلغاء قانون أصدرته السلطة التشريعية لعدم دستوريتها مثلاً . و من المعلوم أن القوانين كقاعدة عامه تكون ملزمة من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية . و من ثم فإن أي إلغاء أو تعديل من قبل المحكمة الاتحادية العليا لهذه القوانين يجب أن ينفذ من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية أيضاً .

ثالثاً : ضمانات استقلال المحكمة الاتحادية العليا :

أن قيام المحكمة الاتحادية العليا بمهامها الجسيمة و لا سيما في مجال الرقابة على دستورية القوانين منوط بمدى استقلال هذه المحكمة . فحماية أحكام الدستور من المخالفة و الانتهاك سواء كان ذلك من قبل السلطة التشريعية أم السلطة التنفيذية يتطلب توفير ضمانات حقيقية تحقق استقلال المحكمة و حيادها عند قيامها بوظيفتها . بعيداً عن الضغوط و التدخلات من قبل هذه الجهة أو تلك . و لقد تضمن الدستور النافذ العديد من النصوص التي تؤكد استقلال المحكمة الاتحادية العليا . فبعض هذه النصوص جاء عاماً ليؤكد استقلال السلطة القضائية بشكل عام . و البعض الآخر نص على استقلال المحكمة الاتحادية العليا بوجه خاص . فلقد أفرد الدستور الفصل الثالث من الباب الثالث (السلطات الاتحادية) للسلطة القضائية . و أكدت المادة (٨٧) استقلال السلطة القضائية إذ جاء فيها أن (السلطة القضائية مستقلة و تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها و درجاتها و تصدر أحكامها وفقاً للقانون) .

ثم جاءت المادة (٨٨) لتؤكد استقلال (القضاة) في عملهم و عدم خضوعهم لتأثير أي سلطة عدا سلطة القانون . و حظرت على أية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة^(٧٨) . ثم جاءت المادة (٩٠) و جعلت

إدارة شؤون السلطة القضائية و الأشراف عليها لمجلس القضاء الأعلى . أما المادة (٩١-٩٢) من الدستور فقد جعلت اقتراح مشروع الموازنة السنوية للسلطة القضائية الاتحادية من اختصاصات مجلس القضاء الأعلى بعد عرضها على مجلس النواب للموافقة عليها . فضلا عن ذلك فإن الدستور قد جعل القسم الذي يؤديه أعضاء مجلس النواب مباشرتهم مهام عملهم متضمنا احترامهم لاستقلال السلطة القضائية و تعهدهم بعدم التدخل في شؤونها^(٧٩) . و من النصوص المتقدمة بتبيين استقلال السلطة القضائية بشكل عام عن كل من السلطتين التشريعية و التنفيذية . أما فيما يتعلق بالمحكمة الاتحادية العليا فقد بين الدستور استقلالها ماليا و إداريا . فقد نصت المادة (٩٢- أولاً) على أن (المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة ماليا و إداريا) . و القول بأن المحكمة الاتحادية العليا هيئة مستقلة يعني أنها لا تعد جزء من التنظيم القضائي . بينما القول بأن المحكمة الاتحادية هيئة قضائية يعني أنها تخضع لما يخضع له التنظيم القضائي . بينما القول بأن المحكمة الاتحادية هيئة قضائية يعني أنها تخضع لما يخضع له التنظيم القضائي من مبادئ عامة . و على كل حال فإن النص المذكور يؤكد استقلال المحكمة ماليا و إداريا ، و هذا شرط لا بد منه لتحقيق استقلال المحكمة . لأن الاستقلال الحقيقي لا يمكن تحقيقه إلا إذا انفردت المحكمة نفسها بإدارة شؤونها المالية و الإدارية و بمعرفة أعضائها و حدهم من دون أي تدخل أو مشاركة من أية سلطة أخرى .

و مع كل هذه النصوص الدستورية إلا أن موقف المشرع الدستوري من استقلال القضاء عموما و استقلال المحكمة الاتحادية العليا محل نظر و تحييص . ونبداً من تنظيم السلطة القضائية الاتحادية في الدستور ، و هنا نلاحظ أن الدستور لم ينظم الأحكام العامة و المبادئ الرئيسة المتعلقة بتكوين هذه السلطة بشكل واضح و محدد . فلم يبين الدستور مثلاً كيفية اختيار رئيس هذه السلطة ، و لم يحدد صلاحياته بشكل واضح و ترك ذلك إلى قانون يصدر عن المشرع العادي^(٨٠) .

و تنظيم السلطة القضائية بهذا الشكل لا يضمن استقلالها و عدم تجاوز السلطات الأخرى على اختصاصاتها . فالدستور بين المبادئ الرئيسة المتعلقة بتكوين السلطتين التشريعية و التنفيذية بشكل واضح و محدد إلى حد ما . لكنه لم يسر على النهج نفسه بالنسبة للسلطة القضائية ، و هي السلطة الثالثة في الدولة ، على الرغم من أهميتها الكبيرة و خصوصاً في النظام الفيدرالي . كما أن من المعروف أن أي اعتداء على مبدأ استقلال القضاء ينعكس على حقوق و حريات الأفراد . بل أن أي اعتداء على حقوق و حريات الأفراد لا بد أن يسبقه مساس باستقلال القضاء . و كذلك فيما يتعلق بالمحكمة الاتحادية العليا ، فعلى الرغم من النصوص المتقدمة التي أشرنا إليها . و التي تؤكد استقلال المحكمة الاتحادية العليا ماليا و إداريا . إلا أن هناك الكثير من الأمور المهمة التي لم ينظمها الدستور و التي تخل باستقلال المحكمة و حيادها . فمثلاً لم يبين الدستور تشكيل المحكمة و كيفية اختيار رئيسها و أعضائها و لم يحدد عددهم و ترك ذلك للسلطة التشريعية عن طريق قانون يصدر عن مجلس النواب بأغلبية ثلثي أعضائه^(٨١) . و تشكيل المحكمة الاتحادية العليا يجب أن ينظم في الدستور نفسه بموجب نصوص صريحة لا غموض فيها . لأن الدستور إذا كان قد بين السلطة التي لها الحق في تعديل نصوصه ، و الإجراءات التي يجب أن تتبع في ذلك^(٨٢) .

فإنه من باب أولى يجب أن يتضمن تشكيل الجهة التي تقوم على المحافظة على سموه و علوه داخل التنظيم القانوني في البلد ، لأن الغاية منهما واحده . كما أن من المتفق عليه أن الأمور التي يفوض فيها المشرع الدستوري المشرع العادي في تنظيمها هي الأمور التي تكون عرضه للتغيير . و تكوين المحكمة الاتحادية العليا ليس من الأمور التي تخضع للتغيير ، و من ثم ليس من المقبول أن ينيط المشرع الدستوري تشكيل المحكمة المختصة بحماية الدستور و المحافظة على سموه و علوه إلى المشرع العادي .

و هناك الكثير من الدساتير التي حرص المشرع الدستوري فيها على أن يضمنها النصوص المتعلقة بتشكيل المحكمة المختصة بحماية أحكامه و المحافظة على سموه و علوه ، ومنها الدستور السويسري و الدستور الإيطالي و الدستور الإسباني و الدستور التركي^(٨٣) . و كذلك لم يحدد الدستور النافذ عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا و ترك ذلك للمشرع العادي في حين أن تحقيق استقلال المحكمة الاتحادية العليا يتطلب تحديد الدستور لعدد أعضائها بشكل حصري حتى لا يترك أي مجال لتدخل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية في هذا التحديد و كما أشرنا سابقاً .

و على كل حال فإن تحقيق استقلال المحكمة الاتحادية العليا لا يكفي لتحقيقه النصوص الدستورية وحدها . وإنما العبرة أولاً و أخيراً بإدراك السلطتين التشريعية و التنفيذية ، و إدراك القضاة أنفسهم ، و إدراك الرأي العام بقيمة استقلال المحكمة و ضرورة حماية هذا الاستقلال و الحفاظ عليه ، لأنه الضمانة الوحيدة لحماية سمو و علو الدستور ، و هو ضمانة أساسية لحماية حقوق و حريات الأفراد لأن النيل من استقلال القضاء ينعكس على حقوق و حريات الأفراد ، و أي انتهاك لحقوقهم و حرياتهم لا بد أن يسبقه المساس باستقلال القضاء .

المبحث الثالث

الحماية القضائية ضمانة كبرى للحريات العامة

ليس قيام القضاء كسلطة هو أضمن الأساس لدولة القانون و سيادته فحسب ، و إنما هو الضمان الأساس لحريات الأفراد و حقوقهم و حرمتهم . و لهذا يجمع الفقهاء على أن استقلال القضاء هو الدعامة الأساسية لحكومة ديمقراطية حقيقية و أن دولة بدون سلطة قضاء مستقل استقلالاً حقيقياً ستكون مجتمعاً محروماً من ضوابط القانون ، و هي الضوابط التي تحمي الحريات العامة من الغضب و العدوان و الافتئات ، و قد عبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عن هذا المعنى في مادته العاشرة حيث يقول : (لكل شخص الحق المتساوي في أن تستمع محكمة مستقلة محايدة إلى دفاعه العلني الكامل في تحديد حقوقه و التزاماته) .

و لذلك كانت الرقابة القضائية هي أنجع وسائل الحماية للحرية الشخصية . و هذا المعنى هو ما أكدته المادة (الخامسة) من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان . فقد نصت على أن شخص تسلب حريته بواسطة القبض أو الحبس له الحق في الطعن أمام المحكمة لكي تفصل في فترة قصيرة في شرعية هذا الإجراء و تأمر بالإفراج عنه إذا تبين أن الحبس كان غير مشروع .

كما نصت على ذلك أيضاً الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية و السياسية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في كانون الأول سنة ١٩٦٦ ، إذ خولت المادة (١٤) كل من قيدت حريته بسبب القبض أو الحبس الحق في اللجوء إلى القضاء للفصل بسرعة في مدى شرعية حبسه و تقرير الإفراج عنه إذا كان الحبس غير قانوني^(٨٤) . و يتولى هذه الرقابة المحاكم على اختلاف أنواعها في الدولة - سواء كانت عادية أم إدارية مدنية أم جنائية ، و هي التي تكون في مجموعها السلطة القضائية المستقلة طبقاً للدستور عن غيرها من السلطات العامة ، و تختص وفقاً للدستور أيضاً بفحص منازعات الأفراد فيما بينهم أو فيما بينهم و بين الإدارة ، لإنزال حكم القانون على هذه المنازعات . و بناء على ذلك سنتناول صورتين للحماية القضائية وهي :-
مبدأ المساواة أمام القضاء و كفالة حق التقاضي وهو ما سنتناوله في المطلب الأول أما المطلب الثاني فنبين فيه الحماية الجنائية.

المطلب الأول

مبدأ المساواة أمام القضاء و كفالة حق التقاضي

كانت المساواة أمام القضاء - وما زالت - غاية سامية ، و هدف عزيز تسعى إليه الشعوب الحرة و المجتمعات المتمدينة لتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع . و صلة المساواة بالعدالة صلة وثيقة و متينة ، إذ أنه في أحيان كثيرة يتوقف تحقيق العدالة على تطبيق المساواة بين المتقاضين ، أو يكون مضمون المساواة متضمناً لمعنى العدالة . و إذا حدث خرق لمبدأ المساواة أمام القضاء في مجتمع من المجتمعات بأية وسيلة من الوسائل ، سواء بمصادرة حق التقاضي تعتبر أهم و أخطر تطبيق لمبدأ المساواة . و ذلك المبدأ الأساس من المبادئ العامة للقانون الذي يعد حجر الزاوية للقانون العام .

و تعنى المساواة أمام القضاء ممارسة جميع مواطني الدولة لحق التقاضي على قدم المساواة أمام محاكم واحدة ، و بلا تمييز أو تفرقة بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو اللون أو اللغة أو العقيدة أو الآراء الشخصية . و لا شك أن خير ضمان لأمن الأفراد بعد حيدة القانون هو قيام عدالة حقه يباشر في ظلها القاضي ولايته غير مستهد إلا بنصوص القانون و وحي ضميره ، و لا قيام لتنظيم قضائي سليم إلا بتحقيق الاستقلال للقضاء سواء في مواجهة المتقاضين أو في مواجهة الحكومة لأن استقلال القضاء يجعل له مكانة سامية في نفوس الأفراد و يثبت دعائم القانون و يشبع الإحساس بالعدل و يزيد الاطمئنان و الاستقرار^(٨٥) . فحق التقاضي حق أصيل ، و بدونه يستحيل على الأفراد أن يأمنوا على حرياتهم أو يردوا ما يقع عليها من اعتداء ، و لا يمكن أن يعتبر نظام الحكم في دولة ما ديمقراطياً إلا بكفالاته لحق التقاضي الذي يطمئن الأفراد على حقوقهم ، و يزيل من نفوسهم الشعور بالظلم^(٨٦) . فلا يجوز من الناحية الدستورية حرمان الناس من اللجوء إلى القضاء للانتصاف ، لأن في ذلك مصادرة لحق التقاضي ، و هو حق كفل الدستور أصله ، إذ تكون مثل هذه المصادرة بمثابة تعطيل وظيفة السلطة القضائية ، و هي سلطة أنشأها الدستور لتمارس وظيفتها في أداء العدالة مستقلة عن السلطات الأخرى . و يرى الدكتور (محمد عصفور) أنه بدون وجود سلطة قضاء مستقل و محايد ، لن تكون هناك جدوى من أي إعلان عن الحقوق و الحريات أو عن المساواة أمام القانون أو حتى عن كفالة (حق الدفاع)^(٨٧) .

المطلب الثاني الحماية الجنائية

يساهم قانون (أصول المحاكمات الجزائية) كل واسع في الحد من المساس بحريات الشعب ، فهو أوثق القوانين صلة بحسن سير العدالة و تحقيق مبدأ سيادة القانون ، لأنه يتضمن المبادئ الأساسية و القواعد الرئيسية التي تشكل الضمانات المحيطة بالحقوق و الحريات الفردية و التي تكفلها و تحميها من تدخل السلطة و تحكمها ، و تحول دون تحقيق أهداف السلطة على حساب حقوق الشعب و حرياتهم . و أكد مبدأ سيادة القانون الذي يحدد الطريق التي تكفل للدولة حقها في القصاص من المجرم دون الإخلال بالضمانات الجوهرية التي تمكن البريء من إثبات براءته^(٨٨).

يقتضي النظام الجنائي من زاويتي التجريم و العقاب تقييد حرية الفرد . فالتجريم ينطوي على مساس جميع الحريات العامة للفرد ، لأنه يقيد حريته في مباشرة الأفعال التي يراها في النطاق الطبيعي لهذه الحريات . و العقاب ينطوي كذلك على المساس بحرية الفرد الشخصية ، و كذلك مباشرة الخصومة الجنائية . و خشية التحكم في ممارسة هذه السلطات و تجاوزها القدر الضروري للدفاع عن المجتمع ، يتعين توفير الضمانات للفرد لحماية حريته من خطر التحكم و تجاوز السلطة . فلا جدال في أن الدولة عليها واجب قانوني هو حماية المجتمع و ضمان الأمن في حياة الجماعة . وهي تمارس هذا الواجب من خلال التجريم و العقاب و الخصومة الجنائية و التنفيذ العقابي . و يعد قانون العقوبات من أهم فروع القانون التي تحتاج إلى الأمن القانوني نظراً إلى جسامة النتائج التي تترتب على إنكار هذا الأمن . و تعد قاعدة (لا جريمة و لا عقوبة إلا بقانون) تعبيراً عن الأمن القانوني الذي يجب أن يراعيه القانون الجنائي عند حماية الحرية الشخصية للفرد . فهذه القاعدة تؤمنه ضد خطر الرجعية أو القياس في مجال التجريم و العقاب^(٨٩) . و أن المصلحة العامة تتطلب السرعة في إنزال العقاب على المجرم ، إذ لا قيمة للردع إلا إذا كانت العقوبة عقب ارتكاب الجريمة ، فلا يكاد الرأي العام يدرك كنه العقوبة بعد مرور زمن طويل على وقوع الجريمة . و هذا ما يتطلب الإسراع في القبض على الجناة و التحقيق معهم و محاكمتهم و من ثم معاقبتهم . و ينبغي أن لا تكون سرعة الإنجاز على حساب التضحية بالمبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية ، فلا بد من ضابط و ضمانات حرية المتهم و تأمين كامل لحقوقه وفقاً للقواعد ، و الإجراءات التي يقرها القانون .

أولاً : مبدأ الشرعية الجنائية:

يدافع بعض الفقهاء عن فكرة منح الاختصاص للقضاء في الإشراف على التنفيذ استناداً إلى مبدأ الشرعية . و لقد وجد هذا الرأي صدى في المحافل الدولية مثل المؤتمر الدولي لقانون العقوبات الذي انعقد سنة ١٩٣٧ في باريس ، و كان ضمن قراراته التوصية الآتية : (أن مبدأ الشرعية و ضمانات الحرية الفردية تتطلب تدخل السلطات القضائية في تنفيذ العقوبات و التدابير الاحترازية)^(٩٠) . و أن الشرعية الجنائية ضمان أساسي للحرية تجاه الدولة عندما تمارس سلطتها في التجريم و العقاب ، و في الخصومة الجنائية و في التنفيذ العقابي . ولهذه الشرعية ثلاثة جوانب :

- ١- جانب موضوعي يعبر عنه بمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات .
- ٢- جانب إجرائي يعبر عنه بمبدأ الشرعية الإجرائية .
- ٣- جانب تنفيذي يعبر عنه بمبدأ شرعية التنفيذ العقابي .

و هذه الجوانب الثلاثة يكمل كل منها الآخر و يتماسك معه ليصبح جميعاً ضماناً أساسياً للحرية^(٩١) .

و يمكن صياغة مبدأ الشرعية الإجرائية بأنه (لا تحديد للإجراءات الجنائية إلا بقانون يكفل الضمانات للحرية الشخصية تحت إشراف القضاء) . و هنا يجدر القول بأن اتخاذ الإجراءات الماسة بالحرية في بعض الأحوال لا تتم بعيداً عن الشرعية الإجرائية – فهذه الشرعية تؤكد أن الأصل هو البراءة و بالتالي احترام الحرية الفردية ، و لكنها تسمح أيضاً باستثناء من هذا الأصل بالمساس بالحرية في الحدود التي تقتضيها مصلحة المجتمع^(٩٢) . و هنا تتوافر مقابلة واضحة بين الشرعية الموضوعية التي تؤكد أن الأصل في الأشياء الإباحة و تقرر أن الاستثناء هو التجريم . و يفترض في هذا التجريم ألا يمس الحقوق و الحريات العامة التي كفلها الدستور . أما الشرعية الإجرائية تؤكد أن الأصل في المتهم البراءة و تقرر أن الاستثناء هو المساس بالحرية . فإذا لم تتوافر هذه الضمانات في القانون كان مشوباً بعدم الدستورية .

و يتمتع مبدأ الشرعية الجنائية بجميع جوانبه بالقيمة الدستورية في العراق . فبالنسبة إلى الشرعية الإجرائية ، فقد أكدها الدستور في عدة مواضع على الوجه الآتي :

- (أ) حدد الدستور جوهر الحرية الشخصية و حدود المساس بها في المواد (١٥ ، ١٦ ، ١٧ ، ٣٧ ، ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤) و قرر الدستور أن الأصل في المتهم البراءة حتى تثبت أدانته (المادة ١٩ / خامساً)
- (ب) أقر الدستور مبدأ أن القضاء هو الحارس الطبيعي للحريات في المادة (١٩ / أولاً) التي نصت على استقلال القضاء و حصانته ضمانتان أساسيتان لحماية الحقوق و الحريات .

لذلك ، فإن قانون الإجراءات الجنائية هو المرآة الحقيقية لتطور الديمقراطية ، لأنه يتضمن القواعد الإجرائية التي تحافظ على حقوق الرأي العام ، و تضمن عدم المساس بحرياتهم و حرمانهم الشخصية ، و هو الذي يوضح الصورة الدقيقة للحقوق و الحريات الفردية وينظمها ، و لذلك يجب الحرص على تثبيت الضمانات الفعالة لحمايتها ضمن نصوصه بشكل واضح و صريح لتأكيد احترامها و المحافظة عليها إذ لا يكون هناك مجال للتحكم و الاستبداد (٩٣) .

ثانيا : حماية الخصومة الجنائية كضمانة للحرية الشخصية

ولم يقف الأمر في النظام القانوني المصري عند الاعتراف الدستوري للفرد بحريته الشخصية و إنما امتد إلى إحاطة الحقوق التي تقوم عليها تلك الحرية بسياج من الحماية الجنائية التي تكفل احترامها من عدوان السلطة ، فلكل فرد الحق في (الأمن الشخصي) فلا يجوز القبض عليه أو حبسه أو حجزه أو معاقبته إلا في الحالات التي ينص عليها القانون و بإتباع الإجراءات المقررة فيه (٩٤) . و قد أدى تطور وسائل الإعلام الجماهيري إلى نقل و نشر أنباء الإجراءات القضائية و أنباء الجرائم بصفة خاصة إلى ملايين البشر . و أن كان نشر الإجراءات القضائية يعد من صميم وظيفة أجهزة الإعلام و للرأي العام معرفة ما يجري في المجتمع ، إلا أنها أصبحت تستعمل وسائل غير سليمة للوصول إلى الأبناء ، و كثيرا ما تجنح إلى التهويل و الإثارة . إذ تقيم من نفسها قاضيا للخصومة و تصدر حكما فيها . و على ذلك فإن نشر أخبار الإجراءات القضائية يتعارض مع حق الخصوصية للإنسان . كما أن هذا النشر يمس أيضا الغايات الإنسانية المتصلة بالنظرة الحديثة إلى المجرم و التي تهدي إلى تقويمه و تمكينه من أن يعود إلى الاندماج في المجتمع كمواطن صالح .

و تبدو خطورة المشكلة بوجه خاص بالنسبة لنشر أخبار الإجراءات القضائية الجنائية ، و ذلك أن هذه الإجراءات تمر بمرحلة طابعها السري . و نشر أخبار هذه الإجراءات قبل أن تطرح في المحاكمة ، قد يكون من شأنه التأثير في المحكمة التي ستقصل في الخصومة ، كما أن هذا النشر قد يخلق في الرأي العام ، اتجاهها يميل إلى الاعتقاد بإدانة المتهم أو براءته . كما أن هذا التأثير في الرأي العام يجعل مهمة الدفاع عن المتهم في الحصول على أدلة براءته مهمة شاقة ، و مجرد حق الدفاع من قيمته الحقيقية (٩٥) . و قد يتحقق التأثير في الخصومة بطريقة غير مباشرة ، عن طريق التأثير في الرأي العام و التأثير في الرأي العام يتحقق في أغلب الأحوال عن طريق نشر تعليقات أو أخبار تثير سخط الجمهور ضد المتهم ، كل فرد في المجتمع يصدق كل ما يكتب عن المتهم . و في وسط هذا الجو الذي يخلقه أن تشريعات معظم الدول لم تغفل عن تقرير الوسائل الكفيلة بحماية الخصومة ، سواء بتجريم النشر الضار ، أو بإيراد قيود على علانية الإجراءات القضائية أو يحظر نشرها . إلا أن الهوة قد اتسعت بين القواعد القانونية التي تكفل هذه الحماية و حكم الواقع الذي أحال حماية القانون إلى مجرد نصوص مهجورة .

و في الولايات المتحدة الأمريكية ، التي تطبق حكم الشريعة العامة الانجليزية التي تؤثر هذا النشر الضار بسير العدالة كونه مكونا لجريمة امتهان المحكمة (Contempt Court) و التي يكفل دستورها حق المتهم في محاكمة عادلة . و أما القانون المصري ، مع أنه قد أخذ بجميع أنواعه الحماية الأخرى . فهو يأخذ بنظام سرية التحقيق الابتدائي . كما أنه يجرم في المادة (١٨٧ / عقوبات) النشر الذي يكون من شأنه التأثير في القاضي أو الشاهد أو الرأي العام لمصلحة طرف في الدعوى أو ضده (٩٦) . و نجد برغم ذلك أن المشكلة قد استفحل خطرها ، ذلك أن ما تتمتع به الصحافة و وسائل الإعلام الأخرى من حرية واسعة و من نفوذ ضخم ، قد أبرز التناقض بين حكم القانون و حكم الواقع .

المبحث الرابع رقابة القضاء على أعمال السلطة التنفيذية

تتهض الدولة كنظام قانوني بحماية الحقوق عن طريق إصدار الدستور و القوانين التي تقرر هذه الحماية . و من خلال السلطة القضائية التي تكفل الحماية المذكورة . فقواعد الدستور و القانون العادي المتضمنة حماية الحقوق لا تنتج أثارها بطريقة فعالة إلا إذا كفل القضاء هذه الحماية . و التدخل القضائي هو الذي يضمن فاعلية النصوص الدستورية و القانونية . و تتكامل السلطة القضائية مع السلطة التشريعية في تطبيق القانون ، فالسلطة التشريعية تضع القانون تطبيقاً للدستور ، والسلطة القضائية تصدر الحكم تطبيقاً للقانون (٩٧) . و تأخذ مخالفة السلطات العامة لمبدأ المشروعية صوراً عديدة تتمثل في خروج السلطة التنفيذية على أحكام الدستور ، و هنا يكون من حق المواطن توفير وسيلة لمثل هذا الخروج حفاظاً على تطبيق القواعد الدستورية (٩٨) . و لذلك يقتضي مبدأ المشروعية أن تقوم السلطة التنفيذية بمراعاة قاعدة القانون أثناء ممارسة وظيفتها لأن السلطة التنفيذية بحسب الأصل تخضع أولاً للقانون الأعلى في الدولة و هو الدستور و للقانون الصادر عن السلطة التشريعية و للقواعد المعادلة للتشريع في القوة (٩٩) .

و أخيراً تخضع لما تنشئه من قواعد قانونية كالأنظمة ، الأمر الذي يوجب عدم إصدارها لقرار إداري فردي مخالف لقاعدة لائحة لأن في ذلك إهدار لمبدأ المشروعية، و هنا يثار السؤال عن الأثر القانوني الذي يترتب على مخالفة هذا المبدأ ، و ما هي الجهة التي تتولى أعماله و لعل أول ما يتبادر إلى الذهن هو أن التصرف المخالف لمبدأ المشروعية يعد باطلاً و أن أثره يزول بأثر رجعي و ترتيباً لهذا الأثر اختلفت النظم القانونية في الجهة و الوسيلة التي تتولى رقابة احترام السلطة التنفيذية لمبدأ المشروعية إذ يظل هذا المبدأ نظرياً و عديم الفائدة ما لم يقرر النظام القانوني وسيلة فعالة لضبط تصرفات الإدارة و احترامها للقانون . و لذلك فإن الحماية الكاملة لمبدأ المشروعية و الحقوق تتحقق في الرقابة القضائية و من هنا فقد استقرت غالبية النظم القانونية على ضرورة وجود قضاء مستقل لضمان التزام السلطة التنفيذية حدود مبدأ المشروعية (١٠٠) .

و تأسيساً على ما تقدم سنعرض لهذا الموضوع في مطلبين :

المطلب الأول : أعمال السلطة التنفيذية و رقابة القضاء .

المطلب الثاني : رقابة القضاء على أعمال السلطة التنفيذية .

المطلب الأول

أعمال السلطة التنفيذية و رقابة القضاء

لغرض توضيح ذلك سوف نبين مظاهر السلطة العامة في الأعمال الإدارية. حيث تمارس الإدارة نشاطاتها ، من حيث المبدأ ، من أجل تحقيق المصلحة العامة و تستخدم في ذلك أساليب السلطة العامة تجاه الأفراد . و لما كانت حقوق الأفراد جزءاً هاماً من تلك المصلحة فإن أي استخدام لأسلوب السلطة العامة يجب أن يكون مبرراً من الناحية القانونية (١٠١) :

كون أعمال السلطة التنفيذية تنطوي في جانب منها على مهمة رسم السياسة العامة في الدولة بما يجعل التشريع و القضاء غير قادرين على إيقاف أي انتهاك قانوني تمارسه تلك السلطة . ما لم تتوافر وسائل دقيقة لحماية الأفراد و تجعلهم قادرين على مقاضاتها في كل حالة يعتقدون أنها خرجت على حكم القانون. فبدون توفير الوسائل القانونية للحماية تبقى حقوق الأفراد أفكاراً مكتوبة في وثيقة الدستور لا تجد تطبيقاً في الواقع . أما الناحية الثانية : فتتمثل في أن السلطة التنفيذية و بالذات الإدارة منها فهي تتدخل عن طريق تنفيذ القوانين و تشغيل المرافق العامة في الدولة (١٠٢) . و هو الذي يؤثر في حياة الأفراد تأثيراً مباشراً و يسهل عن طريقه المساس من حقوقهم . و لا يمكن للفرد أن يكون في مأمن من الإدارة ما لم تكن مقيدة بأحكام القانون ، فالإدارة لديها الوسائل المادية الكبيرة و الصلاحيات القانونية الواسعة مما يخشى معه على حقوق الأفراد . و لذلك يصعب في بعض الأحيان وضع معايير باتة و نهائية للأسباب أو الطرق التي يتم بها العمل الإداري (١٠٣) ولو حاولنا النظر في النشاط الإداري بصورة عامة ، فسوف نلاحظ أن ظاهرة السلطة العامة واضحة فيه بصورة أو بأخرى .

أولاً : مظاهر السلطة العامة من الأعمال الإدارية

و تتجسد فكرة السلطة هذه بالامتيازات التي يقرها القانون للإدارة و التي تسمى بامتيازات القانون العام ، و تقوم فكرة الامتيازات هذه على أساس أنها تعطى للإدارة قوة في العمل و في فرض النظام ، خاصة في الميادين التي تكون فيها على اتصال مباشر مع الأفراد . و هذه الامتيازات تتسع و تضيق تبعاً للظروف التي تعمل فيها الإدارة و تبعاً للحالات التي يقتضيها استخدامها (١٠٤) . ففي الظروف الاستثنائية كالحروب و حالات الطوارئ و الكوارث الطبيعية تتسع ظاهرة السلطة العامة في التطبيق العملي ، بل و تبدو في بعض الأحيان خارج إطار المشروعية العادية . و مع ذلك فإنها تشكل حالة مستقرة في القانون الإداري و يتميز العمل الإداري عن غيره في جميع الأوقات . ويمكن ملاحظة ذلك من خلال ما يلي :

أ- في مسائل الضبط الإداري فهذا الموضوع يعد الصورة الواضحة لامتيازات السلطة العامة من قبل الإدارة للحفاظ على الأمن العام و الصحة العامة و السكنينة العامة أو النقل للحفاظ على كل ما يتصل بالنظام العام (١٠٥) . و لما كانت فكرة النظام العام هذه من العموم إذ إنها تغطي جميع المسائل التي قد تؤدي إلى الفوضى إذا لم تنظم ، لذا فإن الإدارة غالبا ما تجد المبرر العملي مثلما تجد المبرر القانوني لكي تدخل ضمن مفهوم النظام العام اعتبارات اجتماعية و اقتصادية عندما لا يتمكن المشرع من حصر جميع الموضوعات بقانون ، فسلطة الإدارة في مثل هذه الحالات تعد مكملة للتشريع .

ب- في مسائل القرارات الإدارية تتضح مظاهر السلطة العامة في القرار الإداري ، و هو التعبير عن الإدارة المنفردة للإدارة من شأنه أن يحدث تغييرا في الأوضاع القانونية أما بإنشاء مركز قانوني جديد أو إلغاء مركز قانوني قائم أو تعديل له من جانب واحد هو جانب الإدارة (١٠٦) . و من ذلك يتضح لنا أن القرار الإداري تتجلى فيه - على ما يقر به الفقيه الفرنسي هوريو - مظاهر السلطة إذ أن القرار الإداري لديه هو كل إعلان للإدارة بقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد يصدر عن سلطة إدارية سواء كانت مركزية أم لا مركزية في صورة تنفيذية تؤدي إلى التنفيذ المباشر . و ميزة التنفيذ المباشر أوضح و أخطر سلطات الإدارة ، فهي تنفذ أوامرها مباشرة و للمتظلم من ذلك التنفيذ مراجعة القضاء فيما بعد (١٠٧) . و تستند هذه السلطة إلى ميزة القوة التنفيذية التي يتمتع بها القرار الإداري و إلى قرينة المشروعية المفترضة ابتداء (١٠٨) .

ج- في العقود الإدارية تتجلى السلطة العامة من خلال العقود الإدارية ، فهناك مظاهر شتى للسلطة فيها و في كافة مراحل التعاقد من إبرام العقد و تحديد شروط التعاقد و تنظيم العطاءات المقدمة في المزايدات العامة و المناقصات العامة و من اختيار المتعاقد معها ، بل و حتى العدول عن العطاء أو صاحب العطاء كلية رغم توفر الشروط المطلوبة لديه أو في عطاءه . وكذلك مرحلة تنفيذ العقد فليدبر سلطات في الرقابة و التوجيه تتجسد في التفتيش و طلب البيانات أو إصدار أوامر العمل التنفيذية إلى المتعاقد معها . وللإدارة أيضا سلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة على خلاف عقود القانون الخاص . فتزيد بذلك من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الأخر أو تنقصها على حسب الحال . و هذه السلطة تعتبر حقا بيد الإدارة و بالتالي فهو لا ينبع عن العقد فقط بل تحميها ضرورات إدامة المرافق و انتظامها .

د-و للإدارة أيضا سلطة قوية تتمثل في أنها أصبحت تشارك المشرع بأمور التشريع ، أما استقلالا و أما تقويضا (١٠٩) . و أما حسب الضرورات العملية التي لم يرد بشأنها نص و تستدعيها الأحوال ، إذ تقوم الإدارة بتنظيمها من خلال الأنظمة و التعليمات و القرارات الفردية ، و إذا كانت الإدارة تستمد بعضا من سلطاتها في هذا المجال بنص القانون (١١٠) فإن البعض الأخر من تلك السلطات يستمد شرعيته من واقع هيمنة الدولة على تنظيم شؤون الأفراد في المجتمع و تحقيق غايات ترتبط من قريب أو بعيد بالسياسة العامة في البلد (١١١) .

هـ - وهناك صور متفرقة أخرى للسلطة العامة في العمل الإداري منها سلطة الإدارة في الاستيلاء على المنقولات و في مصادرة الملكية و سلطتها في نزع الملكية . للمنفعة العامة بموجب القانون ، و فوق ذلك لها امتياز احتكار بعض النشاطات الاقتصادية و الاجتماعية أما لعدم قدرة الأفراد عليها و أما لأهميتها الاستراتيجية (١١٢) . و هذه مجمل صور السلطة العامة في العمل الإداري ، إلا أنها مع ذلك ليست الصورة الوحيدة في هذا المجال ، إذ نلاحظ مظاهر السلطة العامة في جميع الأعمال الإدارية .

المطلب الثاني

رقابة القضاء على أعمال السلطة التنفيذية

كفلت أغلب الدساتير و القوانين ، حق التقاضي . إذ أقرت حق المواطن في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي ليفصل في خصومته مع غيره أو مع الإدارة ، و تكفلت الدول بتقريب حق التقاضي للمواطنين بتبسيط إجراءاته ، بل أن بعضها تكفل بتوفيره للجميع و على أن تتحمل الدولة نفقاته عن غير المستطيع مواجهتها . و تظهر الرقابة القضائية كأثر مباشر لكفالة حق التقاضي ، و تمثل الحماية الحقيقية للحقوق في مواجهة أعمال الإدارة . فمن المعروف أن حق الشخص في المطالبة القضائية يعد حقا ثابتا . و تعد الدعوى وسيلة للوصول إلى ذلك الحق و ترتبط ارتباطا وثيقا به . حتى أن البعض يقول أن لا حق بغير دعوى (١١٣) أي بغير وسيلة يستطيع بها القاضي الفصل في منازعة ما . و عليه فإن دراسة إمكانية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ستكون من خلال وسائل التقاضي التي ينظر بواسطتها القضاء في المنازعات مع الإدارة . و لذلك فإن بحثنا هنا سوف ينحصر في دراسة الجوانب الموضوعية التي تمثل أوجه عدم المشروعية في أعمال الإدارة و تستوجب من القضاء التدخل و تقرير الجزاء المناسب . وتدخل القضاء هذا يأخذ أما صفة دعوى إلغاء أو دعوى تعويض أو كما تسمى بدعوى (القضاء الكامل) (١١٤) .

و على أية حال فإن هناك مظاهر للرقابة القضائية على أعمال الإدارة إذ يوجد مظهران شائعان في النظم القانونية المعاصرة للرقابة القضائية على أعمال الإدارة يتمثل المظهر الأول بالرقابة القضائية على

أعمال الإدارة و التي قد يقوم بها القضاء العادي كما هو الحال في الدول ذات النظام القضائي الموحد (الانكلوسكسوني) . و المظهر الثاني أن يوجد قضاء مستقل عن القضاء العادي ، هو القضاء الإداري و مثال فرنسا و غيرها من الدول ذات النظام القضائي المزدوج .

و ما يعنينا في هذا البحث هو القضاء الإداري إذ يستطيع أبطال القرارات الإدارية غير المشروعة و من ثم نزول أثارها من تاريخ صدورها . و في الحقيقة تعد رقابة القضاء ضمانا كبرى و أساسية لحماية حقوق الأفراد و حرياتهم و من ثم فهو أداة فعالة لحمل الإدارة على الالتزام بالقانون نضا و روحا (١١٥) . هذا و أن الوسائل التي يستطيع بها القضاء الوصول إلى ضمان تطبيق مبدأ المشروعية و من ثم سيادة القانون و الالتزام بحكم الدستور . هما دعوى الإلغاء و دعوى التعويض (١١٦) . و سنوضحها فيما يأتي :-

أ- دعوى الإلغاء :

دعوى الإلغاء هي تلك الدعوى القضائية التي يتم رفعها للمطالبة بإعدام قرار إداري صدر مخالفا للقانون و تعد هذه الدعوى أهم وسائل حماية المشروعية إذ تؤدي إلى ترتيب البطلان كجزء يصيب القرار الإداري المخالف للقانون . و من الجدير بالذكر أن هذه الدعوى يتحدد محلها بالقرارات الإدارية بأنواعها الإدارية غير المشروعة و المختلفة . أما بالنسبة للعقد الإداري فهو يخرج من نطاق هذه الدعوى لأنه ليس قرارا إداريا إلا أن الفقه و القضاء (١١٧) إستقرا على أنه القرارات الإدارية التي تمهد للعقد أو تلك التي تلي إبرامه ، يمكن أن تكون محلا لدعوى الإلغاء و هو يسمى بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري . و يمكن أن نشير إلى بعض هذه القرارات كذلك التي تتعلق بالإعلان عن المناقصة أو المزايدة أو بفرض أحد الجزاءات على المتعاقد أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغاءه (١١٨) . هذا و من الجدير ذكره أن دعوى الإلغاء يستلزم لرفعها أن تتحقق الشروط اللازمة لقبولها لكي يقوم القضاء بفحص موضوعها فإذا لم تتحقق هذه الشروط حكم القاضي بعدم قبولها دون الدخول في موضوعها و هذه الشروط هي أن يكون محل الدعوى قرارا إداريا نهائيا و أن تتحقق المصلحة لرفعها و كذلك أن ترفع ضمن المدة المحددة لها و هناك شرط آخر و هو أن لا يكون هناك طريق الطعن مواز لدعوى الإلغاء (١١٩) . و بصدد موضوع دراستنا يلاحظ أن الجهة المختصة بنظر دعوى الإلغاء في فرنسا هو مجلس الدولة الفرنسي منذ حصوله على ولاية القضاء المفوض عام (١٨٧٢) . و المحاكم الإدارية بمقتضى مرسوم (٣٠ / أيلول / ١٩٥٣) . و غدت الدعوى تنظر على درجتين ، و ذلك لجواز استئناف أحكام المحاكم الإدارية الصادرة بالإلغاء أمام مجلس الدولة . و المحاكم الاستئنافية بمقتضى مرسوم (٣٠ / كانون الثاني / ١٩٨٩) . و في مصر كانت محكمة القضاء الإداري تختص و حدها بنظر هذه الدعوى في أول الأمر إلى أن نشأت المحاكم الإدارية (عام ١٩٥٤) و كذلك التأديبية بموجب أحكام القانون رقم (١١٧) لسنة (١٩٥٨) (١٢٠) . أما العراق و بموجب قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ و هو القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ . فأن محكمة القضاء الإداري تمارس مهمة القضاء الإداري إلغاء و تعديلا و تعويضا . وفق المادة (٧/ثانيا/د) من القانون ، فإنها تختص بالنظر في صحة الأوامر و القرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين و الهيئات في دوائر الدولة و القطاع العام .

و قد بينت المادة سابقة الذكر في الفقرة (ط) بأنه (تبت المحكمة في الطعن المقدم إليها و لها أن تقرر رد الطعن أو إلغاء أو تعديل الأمر أو القرار المطعون به مع الحكم بالتعويض أن كان له مقتضى بناء على طلب المدعي و يكون قرارها قابلا للطعن تمييزا لدى الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة خلال ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ به أو اعتباره مبلغا ، و يكون قرار المحكمة غير المطعون فيه و قرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة الصادر نتيجة الطعن باتا و ملزما) .

و لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي :

- ١- أعمال السيادة ، و تعتبر من أعمال السيادة المراسيم و القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية .
- ٢- القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذا لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقا لصلاحياته الدستورية .
- ٣- القرارات الإدارية التي رسم القانون طريقا للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها .

و بالرغم من أهمية الخطوة التي أقدم عليها المشرع العراقي في ضمان قيام الدولة القانونية و بالتالي الالتزام بأحكام الدستور إلا أن هذه الاستثناءات المذكورة ليس لها أي مسوغ قانوني لتعارضها مع علة إنشاء القضاء الإداري . و بالتالي لا تحقق الحماية اللازمة لتطبيق القواعد الدستورية مثلما هو عليه الحال في فرنسا و مصر حيث إننا لاحظنا أن القضاء الإداري هناك يعد صاحب الولاية التامة في النظر في المنازعات الإدارية (١٢١) .

ب - دعوى التعويض :

هي الدعوى التي ترفع إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تسببت بها الإدارة عن أعمالها غير المشروعة ، و هذه الدعوى تعد من أهم صور دعوى القضاء الكامل إذ تتسع فيها سلطات القضاء الإداري لتشمل تعويض الضرر الناشئ عن العمل غير المشروع كما يمكن القاضي إلغاء بعض القرارات الإدارية مع الحكم بالتعويض ، وكذلك له الصلاحية تعديل القرار الإداري (١٢٢) . و يعد هذا المظهر من مظاهر الرقابة ذا أثر فعال في حماية الحقوق فإذا ما وقع خطأ من الإدارة لا يمكن إزالته عن طريق دعوى الإلغاء .

فأنه يمكن جبر أناره و دفعها عن طريق التعويض و في هذه الحالة يتاح للقضاء فرض رقابته على تصرف الإدارة المخالف للقانون و في ذلك كله تأكيد لمبدأ المشروعية و ضمان تطبيقه في مواجهة الإدارة^(١٢٣) . و تتجلى أهمية دعوى التعويض إلى جانب دعوى الإلغاء إلى الحالات التالية :-

- ١- قضاء بالتعويض يكمل الحماية التي يصيغها قضاء الإلغاء على حقوق الأفراد بإعدام القرارات غير المشروعة و ذلك عن طريق تضمين الضرر الذي يصيب الأفراد في فترة ما بين القرار و إلغائه^(١٢٤) .
- ٢- قد يغلق باب الطعن بالإلغاء و يظل طريق الطعن بالتعويض مفتوحا و يظهر ذلك في الحالات الآتية :
 - أ- انقضاء ميعاد الإلغاء و هو ميعاد قصير . ففي فرنسا نصت المادة الأولى من قانون (١١ / كانون الثاني / ١٩٦٥) الخاص بمواعيد رفع الدعوى الإدارية ، و المادة (١٠٢) من قانون الإجراءات أمام المحاكم الإدارية و محاكم الاستئناف الإدارية الصادر في أول كانون الثاني ١٩٨٩ . على أنه لا ينظر الدعوى الإدارية إلا إذا رفعت خلال شهرين من تاريخ نشر القرار الإداري أو إبلاغه إلى صاحب الشأن^(١٢٥) . و في مصر مدته ستون يوما ، بمقتضى المادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ . أما العراق فأن المشرع حدد مدة الطعن بالإلغاء و هي ستون يوما ، بعد انقضاء مدة الثلاثين يوم المخصصة للنظر في التظلم (المادة السابعة / الفقرة ز) .
 - ب- تحصيل القرار الإداري ضد دعوى الإلغاء بالنص على عدم جواز الطعن فيه بالإلغاء .
- ٣- دعوى الإلغاء لا تكون مجدية إذا نفذ القرار الإداري فوراً و استحالة تدارك آثار تنفيذه . كما في حالة صدور قرار بهدم منزل أثري أو بحرمان طالب من دخول الأمتحان .
- ٤- دعوى الإلغاء يراقب بها القضاء مشروعية قرارات الإدارة فقط دون أعمالها المادية ، أما هذه الأخيرة فيراقبها القضاء عن طريق دعوى التعويض^(١٢٦) .

إن السؤال الذي يثار هنا كيف يتم تقدير التعويض في حالة ثبوت مسؤولية الإدارة ؟ بين الفقه والقضاء على أن التعويض يقدر على أساس جسامته الضرر الذي تسببت فيه الإدارة و الأصل في التعويض أن يغطي ما لحق المضرور من خسارة و ما فاتته من كسب . إذ أن مسؤولية الإدارة في تعويض الأفراد عن الأضرار الناتجة عن نشاطاتها ، لا تترتب بمجرد وقوع خطأ بجانبها ، بل يجب أن ينجم عن هذا الخطأ ضرر . و من أجل أن يكون الضرر قابلاً للتعويض يتعين أن تتوافر فيه عدة شروط ، و هي أن يكون محققاً أو مؤكداً ، و أن يكون مباشراً ، و أن يكون شخصياً ، و أن يصيب حقاً أو مصلحة مشروعية ، و أن لا يكون قد سبق تعويضه^(١٢٧) . و بشأن الجهة المختصة بدعوى التعويض في فرنسا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي و المحاكم الإدارية الإقليمية تتمتع باختصاص الحكم بالتعويض عن الأعمال الإدارية أسوة باختصاصاتها بنظر دعوى الإلغاء و سواء رفعت الدعوى بصورة أصلية أو تبعية لدعوى الإلغاء . و في مصر نجد أيضاً و بمقتضى قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة (١٩٧٢) يتمتع مجلس الدولة بولاياته القضائية بصورة أصلية أو تبعية لدعوى الإلغاء^(١٢٨) . أما المشرع العراقي فنلاحظ أنه بمقتضى المادة السابعة التي نصت على أنه (تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر و القرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين و الهيئات في دوائر الدولة)^(١٢٩) . وكذلك استناداً إلى صلاحيات المحكمة الواردة في هذا القانون^(١٣٠) . فإن محكمة القضاء الإداري ليس من اختصاصها النظر في دعوى التعويض بصفة أصلية و إنما بصورة تبعية لطلب الإلغاء . من ذلك يتبين لنا أن اتجاه المشرع العراقي يختلف عما لاحظناه في فرنسا و مصر . وبالتالي فإن مثل هذا الأمر يتعارض مع الضمانات الحقيقية لتطبيق القواعد الدستورية و هو كون القضاء صاحب الولاية العامة في نظر جميع الدعاوي سواء رفعت بصورة أصلية أو تبعية .

الخاتمة

بعد أن فرغنا من بحث دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في حماية الحقوق و الحريات العامة ومن دون الدخول في تكرار ما سبق بحثه فإن هناك بعض النتائج المهمة التي ترشحت لنا من خلال البحث وكذلك بعض التوصيات في هذا المجال نوجزها بالآتي :-

- ١- القانون لا يكون دستوريا إلا إذا بني على دعائمه التي حددها الدستور و إذا كانت الحماية الدستورية للحقوق و الحريات تمثل أهم الدعائم الدستورية للقانون بجميع فروعه حين ينظم العلاقة بين أفراد المجتمع و يوازن بين هذه الحقوق و الحريات و بين المصلحة العامة ، فأن تحديد الحماية الدستورية للحقوق و الحريات العامة يمثل مشكلة حاكمة في جميع فروع القانون . ولما كانت الرقابة على دستورية القوانين هي الضمان لقيام القانون على أسس دستورية ، فإنه يكون واضحا مدى التلازم بين حقيقتين ، أولهما : أن تحديد الحماية الدستورية للحقوق و الحريات العامة مشكلة حاكمة في جميع فروع القانون و ثانيهما : أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي ضمان أكيد لهذه الحماية ، بل هي ركن ركين في الدولة القانونية .
- ٢- و على الرغم من أن الحماية الدستورية للحقوق و الحريات تطل على جميع فروع القانون ، إلا أن القانون الجنائي من أكثر فروع القانون تأثرا بمبادئ هذه الحماية . فهذا القانون يضع الجرائم و العقوبات بما تحمله من سطوة الأمر و النهي و الإيلاء بالعقاب ، و يضع الإجراءات الجنائية التي من شأنها المساس بالحريات . و لا بد من وضع الأسس الدستورية لهذا القانون كنموذج للتشريعات التي يجب أن تتطابق مع الأسس التي يحددها الدستور .
- ٣- أن الوسيلة القانونية الفعالة تتمثل في تنظيم المشرع الدستوري لهيأة معينة يعهد إليها ضمان خضوع القانون للدستور . و قد اختلفت الدول في أساليب الرقابة حسب أنظمتها السياسية و قد وجدنا أن فرنسا أخذت بالرقابة السياسية السابقة إلا أن دولا أخرى مها الولايات المتحدة الأمريكية و العراق أخذت بالرقابة اللاحقة أي القضائية . و بشأن دور القضاء الإداري فقد لاحظنا إلى أنه يعد من أهم الطرق لضمان الالتزام بالدستور و حماية الحقوق و الحريات العامة . و بهذا الخصوص فإن الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ أشار إلى القضاء الإداري ممثلا بمجلس الدولة كأحد الأسس القانونية التي تلتزم بالدستور . فإننا ندعو إلى ضرورة تفعيل ما أشار إليه الدستور من خلال قيام البرلمان (مجلس النواب) بسن قانون يكون أكثر تطورا من قانون مجلس شورى الدولة النافذ حاليا .
- ٤- نظم قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الرقابة القضائية على دستورية القوانين بصورة جيدة إلى حد ما و تفوق بذلك على دساتير كثير من الدول المتقدمة في هذا المجال – و لو من الناحية النظرية – و تفوق في بعض الجوانب على دستور عام ٢٠٠٥ . ومع ذلك فقد كانت هناك بعض الملاحظات على تنظيم قانون إدارة الدولة لهذه الرقابة منها إغفالها لموضوع نشر أحكام المحكمة الاتحادية في الجريدة الرسمية و اقتصار تشكيلها على القضاة فقط و التوسع الكبير في اختصاصات المحكمة و غيرها .
- ٥- يجب أن يكون للجنة تعديل الدستور دور في تلافي بعض أوجه القصور التي وقع فيها المشرع الدستوري و التي عرضنا لها سابقا سواء ما تعلق منها بالسلطة القضائية بوجه عام أو ما تعلق منها بالمحكمة الاتحادية العليا بوجه خاص مثل عدم تنظيم الدستور للأحكام العامة المتعلقة بالسلطة القضائية بصورة واضحة ، و عدم تحديد عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا في الدستور ، وإغفال موضوع نشر قرارات المحكمة في الجريدة الرسمية ، و التوسع الكبير في اختصاصات المحكمة الاتحادية و غيرها . و أن يكون تعديل المواد المتعلقة بتنظيم الرقابة القضائية على دستورية القوانين في سلم أولويات عمل اللجنة .
- ٦- أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين وحدها غير كافية لضمان مبدأ سمو الدستور و حماية أحكامه من الاعتداء و الانتهاك ، و أن العبرة أولا و أخيرا بإدراك السلطات العامة في الدولة و إدراك القضاة أنفسهم ، و إدراك الرأي العام و وسائل الإعلام و مؤسسات المجتمع المدني لأهمية حماية أحكام الدستور من الانتهاك و الاعتداء . و الإيمان بأن حماية أحكام الدستور من خلال الرقابة القضائية على دستورية القوانين هو الوسيلة الفاعلة و الأساسية لحماية حقوق الأفراد و حرياتهم العامة و ترسيخ مبدأ المشروعية .
- ٧- ندعو تحديد حدأ أعلى لعمر أعضاء المحكمة الاتحادية العليا وذلك لأن العمر يؤثر في أداء الواجبات الوظيفية .
- ٨- وأخيراً إن قصر العضوية على القضاة في تشكيل المحكمة الاتحادية العليا أمر غير صحيح بل يجب أن تشمل رجال القانون من أساتذة الجامعات أو المحامين الذين لديهم خبرة لا تقل عن (٢٥ ، ٣٠ ، ٤٠) سنة لأن القضاء لدينا في العراق غير متخصص أولاً و لحساسية و خطورة و أهمية القضايا التي تعرض على المحكمة وفقاً لاختصاصاتها . تفسير الدستور ، حل الخلافات و النزاعات بين الأقاليم و بين الأقاليم و المركز و بين المحافظات ، البت و الفصل في القضايا الانتخابية ، القرارات الصادرة عن المحافظين، و غيرها.

الهوامش :-

- (١) د.أنور أحمد رسلان ، الديمقراطية بين الفكر الفردي و الفكر الاشتراكي ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٧١ ، ص ١١٤ .
- (٢) المصدر نفسه ، ص ١١٤ .
- (٣) د.ثروت بدوي ، النظم السياسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص ١٨٠ .
- (٤) د.أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية و الإقليم المصري ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٨ ، ص ٥٤٦ .
- (٥) د.محمد عصفور ، الحرية بين الفكرين الديمقراطي و الاشتراكي ، ط ١ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ٣٤٣ .
- (٦) د. محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص ١٧٦ .
- (٧) د. عبد الحميد متولي ، القانون الدستوري و الأنظمة السياسية ، ط ٣ ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص ٢٢٠ .
- (٨) المصدر نفسه ، ص ٢٢١ .
- (٩) د.محسن خليل ، النظم السياسية و الدستور اللبناني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص ٦٠٨ .
- (١٠) د.محمد عصفور ، مصدر سابق ، ص ٣٢٦ .
- (١١) د.مصطفى محمود عفيفي ، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة ، مكتبة سعيد رأفت ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ١٠٥ .
- (١٢) المصدر نفسه ، ص ١٠٦ .
- (١٣) د.علي السيد ألباز ، الرقابة على دستورية القوانين في مصر ، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، ١٩٧٨ ، ص ٢٣٢ .
- (١٤) المصدر نفسه ، ص ٣٧٦ .
- (١٥) د.سعاد الشرفاوي و عبد الله ناصف ، أسس القانون الدستوري و شرح النظام السياسي المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ١٦١ .
- (١٦) المصدر نفسه ، ص ١٦٢ .
- (١٧) د. أحمد كمال أبو المجد ، مصدر سابق ، ص ٥٤٨ .
- (١٨) د.علي السيد ألباز ، مصدر سابق ، ص ١٥٠ - ١٥١ .
- (١٩) د. محمد عصفور ، مصدر سابق ، ص ٣١٨ - ٣١٩ .
- (٢٠) المصدر نفسه ، ص ٣٢٥ .
- (٢١) د.محسن خليل ، مصدر سابق ، ص ٦٠٦ .
- (٢٢) د.محمود حلمي ، نظام الحكم الإسلامي مقارنا بالنظام المعاصر ، ط ٤ ، دار الهدى للطباعة ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ١٢٩ .
- (٢٣) و يقول Robert A.Dahi أن من يصف المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بأنها هيئة قضائية فحسب إنما يقلل من نضرها و نفوذها في النظام السياسي الأمريكي ، لأنها أيضا هيئة سياسية ، لأنها تفصل في مسائل مختلف عليها على مستوى السياسة القومية .
- (٢٤) د. إبراهيم محمد حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه و القضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ١٠-١٦ .
- (٢٥) د.أحمد كمال أبو المجد ، مصدر سابق ، ص ٦٦٦ ، و ما بعدها .
- (٢٦) د.سعاد الشرفاوي و د. عبد الله ناصف ، مصدر سابق ، ص ١٦٤ .
- (٢٧) د. محمد كامل ليلة ، مصدر سابق ، ص ١٥٥ .
- (٢٨) المصدر نفسه ، ص ١٥١ .
- (٢٩) د.إبراهيم محمد حسنين ، مصدر سابق ، ص ٣٢٣ .
- (٣٠) المصدر نفسه ، ص ٣٣٣ .
- (٣١) المصدر نفسه ، ص ٤٥ .
- (٣٢) أنظر نص (م ٤٤ بفقراتها أ ، ب ، ج ، د ، هـ) من قانون إدارة الدولة العراقية .
- (٣٣) المادة (٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا و المادة (٤٤ ف هـ) من قانون إدارة الدولة العراقية .
- (٣٤) المادة (٤٤ ف هـ) من قانون إدارة الدولة العراقية .
- (٣٥) المادة (٦ ف ثالثا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا .
- (٣٦) باستثناء الأحكام و القرارات الخاصة بالفصل في المنازعات الحاصلة بين الحكومة الاتحادية و حكومات الأقاليم و المحافظات و البلديات و الإدارات المحلية فيلزم أن تصدر بأغلبية الثلثين ، المادة (٤٤ د -) من قانون إدارة الدولة و المادة (٥ - أولا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا .

- (٣٧) د. رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٦٨٢-٦٨٣ .
- (٣٨) المادة (٨٢) من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ .
- (٣٩) د. علي السيد ألباز ، المصدر السابق ، ص ٥٢٢ .
- (٤٠) أنظر نص المادة ١٧٦ من الدستور المصري لعام ١٩٧١ .
- (٤١) المادة (٤ - ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا و المادة (٤٤ - ب - ٢) من قانون إدارة الدولة العراقية .
- (٤٢) أنظر المادة (٤٤ - ج) من قانون إدارة الدولة العراقية .
- (٤٣) د. إبراهيم درويش ، القانون الدستوري النظرية العامة و الرقابة الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ١٩٠ - ١٩١ .
- (٤٤) المادة (٤٤ - ب - ١) من قانون إدارة الدولة و المادة (٤ - أولا) من قانون المحكمة الاتحادية .
- (٤٥) المادة (٤ - رابعا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا و المادة (٤٤ - ب - ٣) من قانون إدارة الدولة .
- (٤٦) أنشأت محكمة القضاء الإداري في العراق بموجب القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ و قد نشر هذا القانون في الوقائع العراقية العدد ٣٢٨٥ في ١٩٨٩/١٢/١١ و باشرت المحكمة أعمالها في بداية عام ١٩٩٠ .
- (٤٧) د. عبد الغني بسيوني ، القضاء الإداري ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٦٩ و ما بعدها .
- (٤٨) دايس ، القانون الإداري ، الطبعة الثامنة ، لندن ، ص ٣٢٦ نقلا د. عصام البرزنجي و آخرون ، مبادئ و أحكام القانون الإداري ، مدير دار الكتب للطباعة و النشر ، بغداد ، ١٩٩٣ . ص ٢٣ .
- (٤٩) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية ، مجموعة مجلس الدولة ، السنة الثانية ، ١٩٥٠ ، القضية ٦٥ للسنة الأولى القضائية ، ص ٣١٥ و ما بعدها .
- (٥٠) د. إبراهيم درويش ، المصدر السابق ، ص ١٩١ .
- (٥١) المادة (٤٤ - ب - ٢) من قانون إدارة الدولة ، المادة (٤ - ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية .
- (٥٢) المادة (٤ - ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا .
- (٥٣) المادة (٤٤ - ب - ٢) من قانون إدارة الدولة ، المادة (٤ - ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية .
- (٥٤) تصدر جميع الأحكام و القرارات من المحكمة بأغلبية البسيطة ما عدا الاختصاصات المتعلقة بالمنازعات بين الحكومة العراقية الانتقالية و حكومات الأقاليم و إدارات المحافظات و البلديات و الإدارات المحلية . المادة (٤٤ - ثانيا) من قانون إدارة الدولة ، و المادة (٥ - أولا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا .
- (٥٥) المادة (٤٤ - ج) من قانون إدارة الدولة ، و المادة (٤ - ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا .
- (٥٦) المادة (٥ - ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا و المادة (٤٤ - هـ) من قانون إدارة الدولة .
- (٥٧) د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، توازن السلطات و رقابتها ، دراسة مقارنة ، دار النشر بلا ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٣٤ . وصايا القضاء من المبادئ الدستورية العامة التي يجب توافرها حتى و لو لم ينص عليها صراحة في صلب الوثيقة الدستورية ، حيث يمكن استخلاص هذه الفكرة من مبدأ استقلال القضاء . لأن هذا الاستقلال تقرر ضمنا لقيام القضاء بدوره في دفع الأذى عن المظلومين و حماية حريات الأفراد ، فما لم يتصدر لهذه المهمة قضاء محايد فإن استقلال القضاء سيصبح لفظا غير ذي مضمون ، المصدر نفسه ، ص ٣٣٨ .
- (٥٨) المادة (٤٣ - أ) من قانون إدارة الدولة العراقية .
- (٥٩) أنظر د. رمزي طه الشاعر ، المصدر السابق ، ص ٦٨٣ .
- (٦٠) المادة (٦ - ثالثا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا .
- (٦١) المادة (٤٧) من قانون إدارة الدولة العراقية .
- (٦٢) المادة (٦ - ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا . و يستثنى من ذلك حالتي العزل بسبب الإدانة عن جريمة مخلة بالشرف أو الفساد و الاستقالة من دون موافقة مجلس الرئاسة ، المادة (٦ - ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية .
- (٦٣) المادة (٩٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٦٤) المادة (٨٩) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٦٥) المادة (٩٢ - ثانيا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٦٦) المادة (٩٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .

- (٦٧) المادة (٩٢ - ثانياً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٦٨) د. علي السيد ألياز ، المصدر السابق ، ص ٥٢١ .
- (٦٩) د. عبد اللطيف الشيخ ، إجراءات القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص ٧٤ .
- (٧٠) المادة (٩٣ - أولاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٧١) د. أحمد كمال أبو المجد ، المصدر السابق ، ص ٥٧٧ .
- (٧٢) المادة (٩٣ - ثامناً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٧٣) أنظر المادة (٩٣-ثامناً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٧٤) المادة (٩٣-ثالثاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٧٥) المادة (٩٣-رابعاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٧٦) المادة (٩٣-سادساً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٧٧) المادة (٩٣-سابعاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٧٨) أنظر المادة (٨٨) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٧٩) أنظر المادة (٥٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٨٠) أنظر المادة (٩٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٨١) المادة (٩٢-ثانياً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .
- (٨٢) أنظر نص المادة (١٢٦) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ وكذلك نص (١٤٢) و الخاصة بلجنة التعديلات الدستورية .
- (٨٣) د. فتحي فكري ، القانون الدستوري - الكتاب الأول المبادئ الدستورية العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ٢١١ .
- (٨٤) د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٣٤٣ .
- (٨٥) د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة و ضمانات الرقابة القضائية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٢ ، ص ٣٩٣ .
- (٨٦) د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، مصدر سابق ، ص ٣٤٤ .
- (٨٧) د. محمد عصفور ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .
- (٨٨) د. محمد علي سالم الحلبي ، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري و الاستدلال ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ٣ .
- (٨٩) د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، مصدر سابق ، ص ٣٣٥ .
- (٩٠) المصدر نفسه ، ص ٣٣٦ .
- (٩١) المصدر نفسه ، ص ٣٣٧ .
- (٩٢) المصدر نفسه ، ص ٣٤٠ - ٣٤١ .
- (٩٣) د. محمد علي سالم الحلبي ، مصدر سابق ، ص ٥ و ما بعدها .
- (٩٤) د. محمد زكي أبو عامر ، الحماية الجنائية للحريات الشخصية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٩ ، ص ٤ .
- (٩٥) المصدر نفسه ، ص ٥ و ما بعدها .
- (٩٦) المصدر نفسه ، ص ١٠ و ما بعدها .
- (٩٧) د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٦٢٤ .
- (٩٨) د. عمر محمد الشوبكي ، موقع القضاء الإداري ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٨ .
- (٩٩) د. عصام أنور سليم ، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٤٠ .
- (١٠٠) د. أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٠ - ٤٥ .
- (١٠١) د. ماجد راغب الحلو ، الدعاوي الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٨ .
- (١٠٢) د. محمود خلف حسين ، الحماية القانونية للأفراد في مواجهة أعمال الإدارة في العراق ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، ١٩٨٦ ، ص ١ .
- (١٠٣) المصدر نفسه ، ص ١-٢ .

- (١٠٤) د. منيب محمد ربيع ، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، ١٩٨١ ، ص ٣٣٢ .
- (١٠٥) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية و ضمانة الرقابة القضائية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٢٥ و ما بعدها .
- (١٠٦) المصدر نفسه ، ص ٣٤ - ٣٥ .
- (١٠٧) محمود خلف حسين ، التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٩ ، ص ٧٩ .
- (١٠٨) د. عمر محمد الشوبكي ، مصدر سابق ، ص ٢١ و ما بعدها .
- (١٠٩) د. محمود خلف حسين ، الحماية القانونية للأفراد في مواجهة أعمال الإدارة في العراق ، مصدر سابق ، ص ٣١ .
- (١١٠) د. عمر الشوبكي ، مصدر سابق ، ص ٢٣ - ٢٤ .
- (١١١) د. رمزي طه الشاعر ، مصدر سابق ، ص ٦٨٦ .
- (١١٢) د. محمود خلف حسين ، الحماية القانونية للأفراد في مواجهة أعمال الإدارة في العراق ، مصدر سابق ، ص ٣١ .
- (١١٣) د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٥٥-٢٥٦ .
- (١١٤) د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية و ضمانة الرقابة القضائية ، مصدر سابق ، ص ١٥٧ .
- (١١٥) د. محي شوقي أحمد ، الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص ٣٩٤ .
- (١١٦) د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٦٥-٢٦٧ .
- (١١٧) المصدر نفسه ، ص ٢٩ .
- (١١٨) د. شادية إبراهيم المحروقي ، الإجراءات في الدعوى الإدارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٨ .
- (١١٩) د. عمر محمد الشوبكي ، مصدر سابق ، ص ١٨٩ .
- (١٢٠) د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٦٩ .
- (١٢١) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مجلس شورى الدولة و ميلاد القضاء الإداري العراقي ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد ٩ ، العدد ١-٢ ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ١١٤ و ما بعدها .
- (١٢٢) د. شادية إبراهيم المحروقي ، مصدر سابق ، ص ٤١ .
- (١٢٣) د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٢١ .
- (١٢٤) المصدر نفسه ، ص ٣٠٥ .
- (١٢٥) د. شادية إبراهيم المحروقي ، مصدر سابق ، ص ١٥٩ .
- (١٢٦) د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص ٢٢٢ - ٢٢٣ .
- (١٢٧) د. عبد الحميد أشورابي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ١٥٧-١٦٣ .
- (١٢٨) أنظر الفقرة (٨) من المادة العاشرة من قانون مجلس شورى الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .
- (١٢٩) أنظر الفقرة (د) من البند ثانيا من المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ .
- (١٣٠) أنظر الفقرة (ط) من البند ثانيا من المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل .

المصادر

أولاً : أكتب

- ١- د. إبراهيم درويش ، القانون الدستوري النظرية العامة و الرقابة الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
- ٢- د. إبراهيم محمد حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه و القضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
- ٣- د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ .
- ٤- د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
- ٥- د. أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
- ٦- د. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية و الإقليم المصري ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٥٨ .
- ٧- د. أنور أحمد رسلان ، الديمقراطية بين الفكر الفردي و الفكر الاشتراكي ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٧١ .
- ٨- د. ثروت بدوي ، النظم السياسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ .
- ٩- دايسي ، القانون الإداري ، الطبعة الثامنة ، لندن ، ١٩٨٥ .
- ١٠- د. رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
- ١١- د. سعاد الشراوي و عبد الله ناصف ، أسس القانون الدستوري و شرح النظام السياسي المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
- ١٢- د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة و ضمانات الرقابة القضائية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٢ .
- ١٣- د. سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية و ضمانات الرقابة القضائية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٣ .
- ١٤- د. شادية إبراهيم المحروقي ، الإجراءات في الدعوى الإدارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .
- ١٥- د. صلاح الدين فوزي ، المجلس الدستوري الفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ .
- ١٦- د. عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
- ١٧- د. عبد اللطيف الشيخ ، إجراءات القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ .
- ١٨- د. عبد الغني بسيوني ، القضاء الإداري ، ط ٣ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ .
- ١٩- د. عبد الحميد متولي ، القانون الدستوري و الأنظمة السياسية ، ط ٣ ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤ .
- ٢٠- د. عصام أنور سليم ، موقع القضاء الإداري من مصادر القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
- ٢١- د. عصام البرزنجي و آخرون ، مبادئ و أحكام القانون الإداري ، مديرية دار الكتب للطباعة و النشر ، بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ٢٣ .
- ٢٢- د. عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ .
- ٢٣- د. فتحي فكري ، القانون الدستوري ، الكتاب الأول (مبادئ الدستورية العامة) دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٧ .
- ٢٤- د. محسن خليل ، النظم السياسية و الدستور اللبناني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ .

- ٢٥- د. محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للحريات الشخصية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٩
- ٢٦- د . محمد عصفور ، الحرية بين الفكرين الديمقراطي و الاشتراكي ، ط ١ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ١٩٦١ .
- ٢٧- د. محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧١ .
- ٢٨- د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، توازن السلطات و رقابتها ، دراسة مقارنة ، بلا دار نشر ، ٢٠٠٣ .
- ٢٩- د. محمود حلمي ، نظام الحكم الإسلامي مقارنا بالنظم المعاصرة ، ط ٤ ، دار الهدى للطباعة ، القاهرة ، ١٩٧٨
- ٣٠- د. محي شوقي أحمد ، الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٩ .
- ٣١- مصطفى محمود عفيفي ، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة ، مكتبة سعيد رأفت ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
- ٣٢- د. ماجد راغب الحلو ، الدعاوي الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
- ٣٣- د. ماجد راغب الحلو ، الدعاوي الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .

ثانيا : البحوث

- ١- د . عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مجلس شورى الدولة و ميلاد القضاء الإداري العراقي ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد ٩ ، العدد ١-٢ ، بغداد ، ١٩٩٠ .
ثالثا : الرسائل الجامعية
- ١- د . محمد علي سليم الحلبي ، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري و الاستدلال ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٨٠ .
- ٢- د. محمود خلف حسين ، الحماية القانونية للأفراد في مواجهة أعمال الإدارة في العراق ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٨٦ .
- ٣- محمود خلف حسين ، التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٧٩ .
- ٤- د. منيب محمد ربيع ، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٨١ .

رابعا : الدساتير و القوانين

- ١- قانون إدارة الدولة العراقية لعام ٢٠٠٤ .
- ٢- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .
- ٣- الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ و ١٩٥٨ .
- ٤- الدستور الأمريكي لعام ١٧٨٧ .
- ٥- الدستور المصري لعام ١٩٧١ .