

دور القضاء العراقي في ضمان الشرعية الدستورية

The role of the Iraqi judiciary in ensuring constitutional legitimacy

رزكار جرجيس عبد الله الشواني

أ.م.د. ماجد نجم عيدان الجبوري

طالب ماجستير

أستاذ القانون الدستوري المساعد

كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة كركوك

المقدمة

إن الغاية من وجود الدولة (السلطة) والقانون هي حماية حقوق الانسان وحرياته سواءً أكان من أفراد المجتمع العاديين أو حتى من المتولين شؤون السلطة، أو بتعبير آخر إن الإنسان هو الهدف والغاية النهائية لجميع الأنشطة والفعاليات التي تمارسها الدولة من خلال قوانينها، ولما كان الإنسان ذو حاجات وتطلعات تمثلت في (الحياة الكريمة) التي يبغيها، تلك الحياة التي كان ولا يزال يصارع من أجلها وأصبحت هدفه الأسمى فإنه - أي الإنسان - بذل من أجل ذلك الغالي والنفيس وقدم في سبيل ذلك تنازلات عن جزء من حرياته وحقوقه مع من حوله لتحقيق الرضا الجماعي والطاعة الجماعية للدولة؛ تلكم الدولة التي هي فكرة في مملكة العقل وليست حقيقة ملموسة، ليست هي الأرض التي يسكنها، ولا هي الشعب الذي بمعيتهم يقطنها، ولا هي السلطة العامة التي ينصاع لحكمها، وبناء على هذا

يكون الإنسان قد اخترع فكرة الدولة ليتخلص من الخضوع والانقياد لإنسان آخر مثله، ولا يتصور مطلقاً أن تكون هذه الدولة (السلطة) التي انصاع الإنسان لحكمها بكامل حريته ورضاه تتحرف عن الغاية الأساسية لها التي سبق وان ذكرناها سلفاً، لكن المحذور المتخوف منه قد وقع بالفعل وانقلبت الدولة بفعل عوامل عديدة أهمها الإنسان ذاته! الذي ما إن أحكم قبضته على الدولة حتى قام بشخصنتها - إن صح التعبير - وأسرف في البعد عن الشرعية ومبادئها، تلكم الشرعية التي تؤسس الحياة القانونية والسياسية وفقاً لها استناداً إلى دستور ديمقراطي نابع من الإرادة الشعبية الحقيقية، وفي ظلها - أي الشرعية - ينعم الإنسان بالحرية والأمان، وتتعم البلدان بالاستقرار والنمو والعمران، ولكي تستقر هذه الشرعية وتلقي بظلالها على الواقع السياسي والقانوني لا بد من توافر ضماناتها، ويمثل القضاء ضماناً كبيراً من ضمانات الشرعية الدستورية.

أولاً: أسباب اختيار الموضوع وأهميته :-

إن أهمية الشرعية الدستورية تكمن في كونها أساس العدل والتنمية والاستقرار السياسي وأصبح النظر إليها وتجلياتها أهم ما يتناوله العلم الدستوري قديماً وحديثاً، إذ من خلالها تقسم النظم إلى ديمقراطية وأخرى غير ديمقراطية، وبها يحلل النظام الدستوري في هذا البلد أو ذاك، إن من جهة شرعيته أم أساس وجوده حتى، وعلى ضوءها يشعر الأفراد بالانتماء وروح المواطنة وعليها قامت البلدان وبها تدوم وتتطور، وبغيابها تقع - البلدان - تحت نير الاستعمار والاحتلال والدكتاتورية والاستعباد، ولما كانت الشرعية كذلك، فإن وجود قضاء رصين وفاعل ومستقل يعد امراً في غاية الأهمية من أجل ضمان تحقيق الشرعية الدستورية واستقرارها، ومن ثم وجب بيان أسس هذا القضاء ودوره الحيوي غير المتناهي في هذا الأمر.

ثانياً: فرضية البحث :-

تتمثل فرضية البحث في الإجابة على الأسئلة الآتية :

- ١- ماهية الشرعية الدستورية وعناصرها ؟
- ٢- ما هو دور القضاء العراقي في ضمان الشرعية الدستورية ؟

ثالثاً: منهجية البحث :-

من أجل تكوين صورة كاملة و شاملة للموضوع فلقد اعتمدنا في بحثنا على استخدام المنهج التحليلي باستخدام نصوص الدساتير والتشريعات ذات العلاقة للوصول الى المعلومات التي يتطلبها البحث وتجزئتها والإلمام بها، وصولاً إلى إجابات محددة لفرضيات البحث سألقة الذكر.

رابعاً: هيكلية البحث :-

ولقد قمنا بتقسيم البحث إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة، تناولنا في المبحث الأول ماهية الشرعية الدستورية، من خلال التعريف بها لغة واصطلاحاً (المطلب الأول) وبيان أهميتها وعناصرها (المطلب الثاني)، أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه الضمانات القضائية للشرعية الدستورية، من خلال بيان دور القضاء الدستوري في ضمان الشرعية الدستورية (المطلب الأول)، ودور القضاء الإداري في ضمانها (المطلب الثاني)، أما الخاتمة فقد ضمناها أهم الاستنتاجات التي وصل إليها البحث والتوصيات التي ارتأيناها.

المبحث الأول

ماهية الشرعية الدستورية

إن استقرار تاريخ المجتمعات السياسية يظهر للعيان سعي الجميع للاستقرار وتحقيق الشرعية المبنية على أساس القانون، مما يجعل الشرعية غاية لكل سلطة تريد لنفسها أن يكون نظامها مستقراً وفعالاً، بيد أن من العبث الفكري الاعتقاد أنه يمكن إعمال مبدأ سيادة القانون في تنظيم سياسي شمولي لأنه في هذه الحالة يندم أساس المسائلة الحرة عن الفعل الحر، وإنه لا يمكن كذلك الاعتقاد بأن مبدأ سيادة القانون هو فقط امتثال الحاكم والمحكوم للقانون، ولكن يجب أن تكون ديناميكية القانون مبنية على أساس الحرية والديمقراطية، وذلك من أجل تبرير الشرعية^٢، ويتأتى ذلك - من وجهة نظرنا - من خلال شرعية قائمة على أسس جامعة ومتوافق عليها من قبل مجموع الشعب الاجتماعي وذلك لا يكون إلا باعتماد الدستور كأساس لهذه الشرعية، بحيث تكون جميع الممارسات السياسية والقانونية والاجتماعية في ظلها، وقبل ذلك حصولها على إذنه باعتبارها ممارسات معترف بها وقائمة على أرض الواقع، لذا سنبحث في هذا المبحث ماهية الشرعية الدستورية من خلال مطلبين، نورد الأول لسبر أغوار مفهوم الشرعية الدستورية، ونركز البحث حول أهميتها وعناصرها في مطلب ثانٍ .

^١ د. عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٠٢.

^٢ د. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، ط١، دار ابن النديم للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٦١.

المطلب الأول

مفهوم الشرعية الدستورية

لما كان مصطلح المفهوم يعني صنف فكري لشيء من الأشياء أو واقعة من الوقائع، محدد بشكل ثابت قاطع ليكون التطبيق ثابتاً وقاطعاً، وللوقوف على المعنى المحدد بشكل ثابت ودقيق لمفهوم الشرعية الدستورية لذا فإننا سنبحثه وفق فرعين اثنين، نخصص الأول لبيان المعنى اللغوي للشرعية الدستورية ونبحث في الثاني المعنى الاصطلاحي للشرعية الدستورية.

الفرع الأول

المعنى اللغوي للشرعية الدستورية

الشرعية والشرع والمشرعة : المواضع التي ينحدر إلى الماء منها، قال الليث: وبها سمي ما شرع الله لعباده شريعة، والشرعة هي الدين، والشارع : الطريق الأعظم الذي يشرع فيه الناس عامة.^٢

والشريعة ما شرع الله تعالى لعباده، والظاهر المستقيم من المذاهب، وشرع لهم : أي سنّ، وشرع المنزل : أي صار على طريق نافذ، وشرع الشيء : رفعه جداً.^٣ وبهذا تكون الشرعية الشيء الأعلى والأسمى .

^١ د.رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص ٨٤ .
^٢ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثامن، دار صادر، بيروت، بدون سنة طبع، ص ١٧٥ وما بعدها.
^٣ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط ٨، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٧٣٢ .

شَرَحَ : أي الناس في هذا الأمر سواء، والشرعة : أي الشريعة ومنه قوله تعالى ((لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا))^١، عليه فإن المعنى اللغوي للشرعية يكون مفاده المنهاج أو السنة أو الطريقة المتبعة، كما ويعني أيضا مصدر الشيء ومنبعه.

أما لفظ الدستور بضم الدال فهو فارسي معرب ومعناه الوزير الكبير الذي يرجع إليه في الأمور وأصله الدفتر الذي يجمع فيه قوانين الملك ومضابطه، والدستور مركب من (دست) أي يد و(ور) أي صاحب، ويراد به قاعدة أساسية يرجع إليها^٢، عليه فإن المعنى اللغوي للدستور يكون مجموعة القواعد القانونية التي تنظم أسس تكوين الدولة ومقومات بنائها والقواعد التي يقوم عليها نظامها.

وبهذا فإن الشرعية الدستورية لغوياً تكون بمعنى المصدر الأساس والطريق المتبع للسلوك الإنساني وفقاً للمساواة بين جميع سالكي هذا الطريق ومنه قوله تعالى ((ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون))^٣.

الفرع الثاني

المعنى الاصطلاحي للشرعية الدستورية

كعادة معظم المصطلحات المستخدمة في العلوم الإنسانية والاجتماعية، فإن تحديد تعريف دقيق لمصطلح الشرعية الدستورية لا يخلو من صعوبات، كون أن كل

^١ سورة المائدة، الآية ٤٨، ينظر: محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، ١٩٨٦، ص ١٤١.

^٢ د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، ج ١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٩.

^٣ سورة الجاثية، الآية ١٨.

باحث ينظر إلى الموضوع من زاوية معينة، وكاستجابة لحاجة يقتضيها عصر و ظرف كل واحد منهم، وبحسب علمنا المتواضع، إن مصطلح الشرعية الدستورية لم يأخذ حجمه الحقيقي والمستحق من البحث والتحليل بغية الوصول الى تعريفه أو على الأقل رسم ملامحه الأساسية، وهذا لا يعني البتة بعدم وجود محاولات جادة من أجل ذلك، إذ ظهرت اتجاهات ثلاثة في محاولة التعريف بالشرعية الدستورية، وسنعرض لهذه الاتجاهات تباعاً، ثم نعرض وجهة نظرنا في الأمر وفقاً للآتي :

الاتجاه الأول : وينظر للشرعية من زاوية سياسية بحتة، ويربطها بممارسة الحكم والسلطة فقط، إذ إن الشرعية - بحسب هذا الاتجاه - تعني سمة لممارسة السلطة السياسية عندما يعتقد أن تلك السلطة على وفق مبادئ وممارسات معينة، وأن السلطة هي القدرة على ضمان الإذعان أو الامتثال لأسباب تتعلق بالقيم أو القواعد الأساسية التي يقر بها عموماً بوصفها شرعية^١، وبهذا فإن الشرعية تكون حاصل علاقة مستقرة بين الحاكم والمحكوم، السلطة والمواطن، مضمونها قبول مواطن دولة ما بالحكومة طوعية من غير قسر، فإذا غاب هذا القبول الشعبي بالسلطة تكون حكومتها قد فقدت مبرر طاعتها^٢.

إذن فالشرعية هي الصفة التي يجب أن تملكها حكومة ما بحيث أن هذه الصفة تتفق والرأي السائد في الفئة الاجتماعية حول أصل السلطة وطريقة ممارستها، وأن يعتقد أي يؤمن غالبية أعضاء المجتمع إيماناً حقيقياً بأن السلطة

^١ د. أحمد عطية الله السعيد، المعجم السياسي الحديث، بهجة المعرفة، بغداد- بيروت، بدون سنة الطبع، ص ٢٤٢ وما بعدها ؛ د. ناظم عبد الواحد الجاسور، موسوعة علم السياسة، ط١، دار مجدلوي للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤، ص ٢٢٤ .

^٢ د. غسان سلامة، نحو عقد اجتماعي عربي جديد (بحث في الشرعية الدستورية)، ط٢، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠١١، ص ٣٣ وما بعدها ؛ د. عليان بوزيان، المرجع السابق، ص ١٠٣ .

يجب أن تمارس بطريقة معينة دون غيرها وإلا فقدت مبرر طاعتها، لذا فالشرعية فكرة سياسية لأنها تتعلق بالسلطة وممارستها^١، وبهذا تكون شرعية سلطة الحكام هي أساس وجوه كل بناء وتنظيم سياسي وقانوني^٢.

إن الاتجاه السياسي في تعريف الشرعية إن كان يصلح للأخذ به في فترة زمنية ما، فإنه لا يصلح الآن للاحتجاج به في تعريف الشرعية الدستورية، وذلك لأن خضوع الشعب للسلطة والاعتقاد بصوابية ما تفعله والامتثال الطوعي لهذه السلطة دون وجود معارضة أو عدم رضا، فإن هذا المفهوم هو مفهوم منقاد، كون القبول بالسلطة والرضا بالنظام ليس هو مضمون الشرعية وإنما هو في الحقيقة نتيجة للشرعية أو معيار الاعتراف بالشرعية^٣ هذا من جهة، كما إن رضا الشعب على السلطة لا يمنحها الشرعية ولكن لا بد أن تكون الأعمال التي تقوم بها السلطة ذاتها أعمال شرعية أي موافقة للدستور، وإلا تعرضت للإلغاء بالطعن والرقابة عليها من قبل القضاء من جهة ثانية، وهذا ما حكمت به محكمة القضاء الإداري في مصر، في القرارات الإدارية المستفتى عليها من قبل الشعب، إذ قضت ((..... ولا يغير من هذه النتيجة موافقة الشعب على هذه القرارات لأن دور الشعب في الاستفتاء بالنسبة لهذه القرارات هو دور سياسي مؤداه الموافقة أو عدم الموافقة على اتخاذها، ولا يغير دوره من طبيعتها القانونية أو عدم مشروعيتها))^٤، لذلك كان هناك اتجاه

^١ د. منذر الشاوي، فلسفة الدولة، ط١، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع، ٢٠١٢، ص ٥٤ و ٥٥

^٢ د. أحمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج ٢٤، ع ٢، ٢٠٠٨، ص ٣٨٣؛ د. منذر الشاوي، تأملات، منشورات العدالة، بغداد، ٢٠٠٣، ص ١٥٧؛ أحمد بهاء الدين، شرعية السلطة في العالم العربي، دار الشروق، بدون سنة طبع، ص ١٣.

^٣ د. عليان بوزيان، المرجع السابق، ص ١٠٤ - ١٠٥.

^٤ د. محمد عبد الحميد أبو زيد، السلطة بين التخاصم والتوازن، مطبعة العشري، ٢٠٠٨، ص

آخر للتعريف بالشرعية الدستورية استنادا إلى الدستور نفسه أو القانون بشكل عام وهو ما يصلح أن نطلق عليه الاتجاه القانوني للتعريف بالشرعية الدستورية وهذا ما مثله الاتجاه الثاني.

الاتجاه الثاني : لما كانت الشرعية تدور حول صلاحية السند الذي يرتكز عليه النظام القانوني ، ولما كان الدستور هو القانون الأعلى والمهيمن على ما سواه من قوانين ولوائح وتشريعات، فإن الشرعية تكون مرتبطة بالدستور وليس بشيء آخر^١.

إن مبدأ الشرعية في المنظومة القانونية للدولة يكاد يكون المحور الذي تتصل به كل الأعمال القانونية و المادية للدولة بل وقبل هذه وتلك فإنه حجر الزاوية لكل المؤسسات في الدولة، وإذن فإن الدستور يأتي في هرم هذا البناء الشرعي من حيث كونه المبدأ الضابط لهذه الشرعية ومن حيث كونه المصدر الأساس لها^٢، أو بعبارة أخرى فإن السلطات كافة تلتزم فيما تقوم به بالدستور باعتباره القطب الذي تدور حوله هذه السلطات، فيحركها ويراقبها ويمنعها من الابتعاد عن دائرته، ويخالف ذلك فإن هذه السلطات تكون قد انتهكت مبدأ الشرعية^٣.

إن مفهوم الشرعية الدستورية حديث نسبياً وذلك لأن مفهوم الدستور باعتباره القانون الأسمى هو الآخر حديث نسبياً لا يتجاوز القرنين من الزمان إلا قليلاً وهو نتيجة لمبدأ سمو الدستوري، إذ أن الدستور بحسبانه القانون الأسمى في بلد من

^١ د. راغب جبريل خميس راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، ط٢، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١، ص ٢٤٤.

^٢ د. يوسف حاشي، المرجع السابق، ص ٩٧ - ٩٨.

^٣ د. نسرين طلبة، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج ٢٧، ع ١٤، ٢٠١١، ص ٤٩٥.

البلاد هو المرجع لتحديد مؤسسات الدولة واختصاصات هذه المؤسسات والقائمين بتمثيلها المعبرين عن إرادتها، وأن تكون تلك السلطات والمؤسسات خاضعة للدستور عاملة في إطاره لا تعدوه ولا تخرج عليه^١، وبهذا فإن الشرعية الدستورية هي الإطار الذي يستظل به النظام القانوني وترسم دائرة التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة^٢، أو بعبارة أخرى، الشرعية الدستورية هي مجموعة من القواعد المنظمة للسلوك السياسي داخل الجماعة بحيث تستمد الحكومة شرعيتها متى التزمت في جميع تصرفاتها بتلك القواعد الضابطة لحدودها والضامنة لحقوق أفرادها^٣.

إن هذا الاتجاه لم يسلم هو الآخر من النقد، باعتبار أن الشرعية وفقاً لهذا المفهوم ستكون شرعية شكلية ليس إلا كون السلطة هي من تضع القواعد القانونية المنظمة للمجتمع، بالإضافة إلى إن إلزام المواطنين للامتثال للمبادئ الدستورية فقط يعد اختزالاً ويحد بطريقة مشبوهة من حقوق وحريات الأفراد الذين يجدون تطلعاتهم في آفاق دينية وحضارية وحدائية متنوعة غير تلك التي تنص عليها نصوص أو مواد الدستور^٤.

الاتجاه الثالث : سبق وأن ذكرنا أن الاتجاه القانوني لتعريف الشرعية

الدستورية لم يسلم من النقد، إذ أصبح ينظر للشرعية استناداً لهذا الاتجاه بأنها مستوى أخير للشرعية وأنها ليست قانونية فقط ، وبهذا ظهر اتجاه ممكن تسميته

^١ د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، دراسة منشورة، متاحة على الرابط أدناه تاريخ الزيارة في ٢٠ / ١ / ٢٠١٣ ٦٤=std_id?view_studies٢.asp www.tashreat.com ؛ د. احسان حميد المفرجي، د. كطران زغير نعمة، د. رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، ط٤ ، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص ٦٠.
^٢ د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط٢، دار الشروق، ٢٠٠٢، ص ١٨ - ١٩.
^٣ د. خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، ط٤، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠١١، ص ٢٣٦ ؛ د. عليان بوزيان، المرجع السابق، ص ١٠٦.
^٤ د. عليان بوزيان، المرجع السابق، ص ١٠٧ ؛ د. يوسف حاشي، المرجع السابق، ص ٢٨٨.

بالاتجاه المختلط للتعريف بالشرعية، على أساس أن الشرعية ليست قانونية فقط وإنما هي شرعية الأسس والمبادئ العليا للمجتمع وتجد أساسها في منظومة القيم والأيدلوجيات والفلسفات التي تسبق قيام النظام القانوني، وبهذا أصبحنا أمام مفهوم جديد للشرعية وهو مفهوم العقد الثنائي للشرعية.^١ أو بعبارة أخرى فإن الشرعية تعني التزام النظام القانوني بأسره والقائمين على السلطة بالأهداف والقيم الأساسية والمبادئ العليا للمجتمع أي بأيدلوجية المجتمع.^٢

ونتيجة للانتقادات التي وجهت للشرعية بشقيها السياسي والقانوني فقد حاول أصحاب الاتجاه المختلط الوصول إلى صيغة أكثر قبولا وتوفيقاً بحيث أصبح للشرعية - وفقاً لهذا الاتجاه - مضمونين، مضمون شكلي يتمثل في دستورية السلطة بأن تكون ممارستها لصلاحياتها وفقاً للدستور والنظام القانوني القائم، ومضمون موضوعي يتمثل في قناعة الأفراد ورضاهم بهذه السلطة.^٣

وهذا الاتجاه هو الآخر لا يسلم من وجهة نظرنا من النقد، فما هي الأسس العليا التي يجب أن يتم الاستناد إليها؟ ومن الذي يحدد هذه الأسس وكونها عليا من عدمه؟ ثم أليست الدساتير هي وثيقة التعايش السلمي بين المواطنين والمرأة العاكسة لقيم المجتمع وأهدافه وتطلعاته؟ فلماذا لا يعتد به - أي الدستور - طالما

^١ د. عليان بوزيان، المرجع السابق، ص ١٠٧؛ د. أحمد ناصوري، المرجع السابق، ٣٤٩ وما بعدها.

^٢ سمير خيرى توفيق، مبدأ سيادة القانون، منشورات وزارة الثقافة والفنون العراقية، ١٩٧٨، ص ١٤٢؛ د. راغب جبريل خميس راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، ط٢، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١، ص ٢٤٣.

^٣ د. عليان بوزيان، المرجع السابق، ص ١٠٨.

كانت هذه صفاته، كأساس للشرعية^١ دون الخوض في جدل فلسفي - حول القيم والأيدلوجيات - أقل ما يقال عنه أنه سفسطة لا طائل من ورائه؟ تساؤلات كثيرة لا تجد لها إجابات مقنعة من أصحاب هذا الاتجاه، أما فيما يتعلق بقناعة الأفراد ورضاهم عن السلطة فلا بد أن يكون وفقاً لمعيار وليس مجرد كلام يطلق على عواهنه، ذلك لأنه لا توجد سلطة شرعية سلفاً، وإنما تمارس السلطة ضمن إطار صيغ وأنماط قانونية محددة، وعندما تصل حكومة ما إلى السلطة بواسطة الخيارات الديمقراطية، فلا يمكن التأكيد بأنها حكومة شرعية بشكل مطلق، لأن الشرعية هي خاصية ترتبط بالسلطة المُقيَّمة، ولا تُسند إلى السلطة إلا عندما يتم تقييم هذه السلطة استناداً إلى معيار محدد^٢، وهذا المعيار لا يعدو أن يكون - حسب رأينا - غير الدستور والأطر التي يرسمها هذا الأخير في جميع الشؤون الخاصة بالمؤسسات والسلطات التي تمارس اختصاصاتها من خلالها، وبهذا تكون الشرعية الدستورية هي الضمان الأعلى لسيادة القانون على سلطات الدولة.^٣

رأينا في تعريف الشرعية الدستورية : بعد الإطلاع على الآراء الفقهية السابقة حول الشرعية الدستورية وتحليلها من حيث الأسانيد التي أرتكز عليها أصحاب كل اتجاه، فإننا نجد الاتجاه القانوني في تعريف الشرعية الدستورية هو الاتجاه الذي يمكن تبنيه لدقته ورجحان حججه ومعياريته ومن ثم صلاحيته لتبرير الشرعية، وعلى هذا الأساس فإننا نعرف الشرعية الدستورية بأنها مبدأ دستوري، **لبناء واحتواء النظام القانوني والسياسي في الدولة، مقتضاه وجود الدستور**

^١ إذ إن الدستور يشكل - بحق - صمام الأمان للاستقرار المؤسساتي سياسية كانت أم اجتماعية، ينظر: د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في أرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٢، ص ١١١.

^٢ د. أحمد ناصوري، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

^٣ د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٤.

وسموه، وتثبيت السلط وتوزيعها من خلال مؤسسات قائمة على إرادة دستورية نابعة من الإرادة الشعبية، وصولاً لتحقيق تطلعات الإنسان في الحقوق والحريات العامة وهو بهذا المعنى يكون قريباً من مفهوم دولة القانون أو مرادفاً له، وبهذا تتحدد الدولة بالقانون وليس سواه، وتعمل من خلاله وبواسطته في جميع ما تأتيه من أعمال، وهذا ما بينته المحكمة الدستورية العليا في مصر حين قضت ((سيادة القانون في الدولة هو محور نظامها القانوني وأساس شرعيتها، وإن ممارستها لسلطاتها لم تعد امتيازاً لأحد، لكنها تباشرها نيابة عن الجماعة، ولصالحها مقيدة في ذلك بقواعد قانونية تعلوها وتعصمها من جموحها لضمان ردها على أعقابها إن هي جاوزتها متخطية حدودها))^١.

ولعل هذا ما عناه بعض الفقه عندما عرف الشرعية الدستورية بأنها سمو القواعد الدستورية وتقديمها على ما عداها من القواعد القانونية وضرورة عدم الخروج عنها بموجب التشريعات والتي هي عرضة للتبدل من قبل السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية^٢، وذلك باعتبار أن القانون - الذي تستند إليه المشروعية - ليس سوى القرار العابر لأغلبية برلمانية مؤقتة وإنه غير قادر بذاته على تقديم إجابات للتساؤلات المتعلقة بشرعية السلطة والعدالة السياسية^٣. بينما الدستور هو الأجر والأكثر قدرة من غيره لبيان أسس الشرعية وآلياتها ونطاقها^٤.

^١ ذكره د. راغب جبريل خميس راغب سكران، المرجع السابق، ص ٦٠٥ .

^٢ د. أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص ٧٩.

^٣ د. أحمد ناصوري، المرجع السابق، ص ٣٦٨ .

^٤ د. إسماعيل مرزوق، القانون الدستوري دراسة مقارنة للدستور الليبي والدساتير العربية الأخرى، دار صادر، بيروت، ١٩٦٩، ص ٣٧٥ ؛ د. خضر خضر، مفاهيم أساسية في علم السياسة، ط٢، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٨، ص ١٢٣ ؛ د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٤ .

المطلب الثاني

أهمية الشرعية الدستورية وعناصرها

من أجل الوقوف على أهمية الشرعية الدستورية وبيان عناصرها، سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين وكما يأتي :

الفرع الأول

أهمية الشرعية الدستورية

إذا كان الاستبداد يورث الطبيعة البشرية مضار هائلة^١، ويؤدي إلى نتائج غاية في السوء ومن الصعوبة بمكان حل تبعاتها في سنين عديدة، إذ تصطبغ - نتيجة لها - البلدان وساكنيها بقيم وعادات تؤسس لمجتمعات لا تسودها روح القانون ولا حتى مضمونه، وإنما تسود شريعة القوة، وذلك ينتج من هدر قيمة الدستور أو التلاعب به لأن التلازم قائم بين العبث بالدستور والاستبداد والطغيان^٢، فإن الشرعية الدستورية هي المظهر الأساسي لشريعة الحق^٣، وإعلاء قيمة الإنسان والبلدان معاً، ذلك لأن للشرعية الدستورية أهمية كبرى، و فوائد جمة، وحسنات متكاثرة، وأبعاد حيوية لا تنتهي، وتتمثل فيما يأتي :

^١ مونتسكيو، روح الشرائع، اللجنة الدولية لترجمة الروائع الإنسانية (الاونسكو)، ترجمة عادل زعيتز، المجلد الأول، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٣، ص ٣٢ .
^٢ جان جاك روسو، العقد الاجتماعي أو مبادئ القانون السياسي، ط١، ترجمة عبد العزيز لبيب، مركز دراسات الوحدة العربية، ٢٠١١، ص ١٤، هامش رقم (٨) .
^٣ د. إسماعيل مرزعة، المرجع السابق، ص ٣٧٥ .

١- الاستقرار السياسي، لأن هذا الاستقرار يتوقف على العلاقة بين مستوى المشاركة السياسية ودرجة المأسسة، التي تعني إقامة سلطة سياسية ونظام قانوني ضمن حدود محتواة، ووفقاً لآليات محددة سلفاً، وأهمها فيما يتعلق بالنظام السياسي هو مبدأ التداول السلمي للسلطة والذي عده البعض - بحق - إحدى أهم عناصر دولة القانون^١ ولا شك أن الشرعية الدستورية هي الأداة الفعالة لرسم هذه الحدود والإطار العام للنظام القائم في مجتمع ما^٢.

٢- مبدأ الشرعية يعد الدعامة الأساسية للدولة الحديثة، وذلك بعد تغير النظرة للدولة بمفهومها القديم باعتبارها دولة شخص أو فرد ملكا كان أم إمبراطوراً أو رئيساً، وتنظيم السلطات فيها والانتقال بها إلى دولة مؤسسات لا أشخاص، والانحناء أمام سلطة القانون والخضوع له^٣.

٣- مبدأ الشرعية يعد القاعدة الأساسية لمبادئ التنظيم الأخرى، حيث أصبحت الشرعية الدستورية تعكس جوهر الأنظمة السياسية، من خلال التلازم بين ميلاد الدولة والدستور، بل وعده - أي الدستور - هو المنظم الحقيقي للنظام في الدولة ومن ثم نشوء مبادئ أخرى وفقاً له، كمبدأ الفصل بين السلطات والسيادة الشعبية والتداول السلمي للسلطة وغيرها من المبادئ الأخرى^٤.

^١ د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٣.

^٢ د. أحمد ناصوري، المرجع السابق، ص ٣٤٩.

^٣ راشد الغنوشي، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ط١، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٣، ص ٧٩؛ د. راغب جبريل خميس راغب سكران، المرجع السابق، ص ٢٤٥؛ أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، ترجمة علي مقلد وزملائه، الأهلية للنشر والتوزيع، ١٩٧٤، ص ٢٨٠ هامش رقم (١).

^٤ د. راغب جبريل خميس راغب سكران، المرجع السابق، ص ٢٤٦؛ د. أحمد ناصوري، المرجع السابق، ص ٢٧٦ إذ يرى سيادته " إن من مبادئ الشرعية اعتبار الشعب أساس ومصدر السيادة والسلطة بشكل فعلي وليس صوري، وإدانة كل فعل أو إجراء يهدر المبدأ السابق ويفرغه من مضمونه " .

٤- مبدأ الشرعية قيد على التدخل الخارجي، إن الحماية الدستورية الوطنية للحقوق والحريات العامة تعد أهم الوسائل الوطنية أماناً، والتي يمكن من خلالها أن يواجه النظام الدستوري الوطني ذرائع وتحركات المترصين من الخارج للتدخل في الشأن الوطني الداخلي، وكم أساءت الأنظمة في عالمنا العربي لدولها وشعوبها عندما هجرت دساتيرها و نكّلت برعاياها، مما فتح الباب على مصراعيه لنوع جديد من الاستعمار والاحتلال تحت يافطة حماية حقوق الإنسان^١.

٥- ترسيخ وتجذير المؤسسات الدستورية، للشرعية الدستورية أهمية في ترسيخ وتجذير وجود المؤسسات الدستورية فالمعارضة في البلدان الآخذة أو المعتمدة على الشرعية الدستورية لا تتصدى لبنية المؤسسات الدستورية الأساسية، وإنما ترفض طريقة استخدام الحكام لهذه المؤسسات^٢ *.

٦- مبدأ الشرعية الدستورية يقدم ضمانات جديدة خارج إطار الضمانات القانونية الشكلية، فكما هو معلوم ان هناك أنواع من الرقابة على السلطات الموجودة في الدولة، منها الرقابة القانونية القضائية، ومنها الرقابة السياسية كرقابة البرلمان والأحزاب والمنظمات المدنية وغيرها من رقابة الرأي العام، بينما الشرعية الدستورية تضيف رقابة شعبية جديدة تتمثل في حق مقاومة الظلم والطغيان من خلال

^١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٣.

^٢ د. خضر خضر، مفاهيم أساسية في علم السياسة، مرجع سابق، ص ١٩٣.

* وبمقارنة بسيطة بين الدول ذات اعتماد الشرعية الدستورية، وغيرها من الدول، غير المعتمدة له، نجد أن أصول اللعبة السياسية – إن جاز التعبير – مختلفة تماماً بينهما، ففي الأولى تتغير الأنظمة الحاكمة وتبقى الدولة بمؤسساتها، أما في الثانية، فإن النظم لا تتغير إلا بالقوة ثم تأتي هذه القوى المغيرة فتتمسح كيان الدولة ومؤسساتها، وهي لن تبرح مكانها أو تتركه لغيرها إلا بقوة أخرى وهكذا دواليك.

العصيان المدني وغيرها من الوسائل الأخرى^١ ، وهذا ما يؤدي إلى نتيجة أخرى هي غاية في الأهمية، تتمثل في تأصيل روح الحرية وإحترام القانون لدى الحكام والمحكومين على حد سواء، ومن ثم التأسيس لعلاقات قائمة على المساواة واحترام الآخر، بحيث نكون أمام شعوب حرة عزيزة، جذوة الحرية في قلوبها لا تخمد ولن تكون سبباً لتسلط داخلي أو جسراً لتدخل خارجي .

الفرع الثاني

عناصر الشرعية الدستورية

لما كانت الشرعية الدستورية تعني مبدأ دستوري، لبناء واحتواء النظام القانوني والسياسي في الدولة، مقتضاه وجود الدستور وسموه، وتثبيت السلط وتوزيعها من خلال مؤسسات قائمة على إرادة دستورية نابعة من الإرادة الشعبية، وصولاً لتحقيق تطلعات الإنسان في الحقوق والحريات العامة، فإن هذه الشرعية تتحقق من خلال عناصر عديدة تلازمها وتواكبها، لذلك فإننا سنبحث في هذه العناصر من أجل تكوين صورة كاملة عن الشرعية الدستورية، من خلال خمس فقرات وكما يأتي :

أولاً: وجود الدستور وسموه

ليس الدستور الصغير أو شبه دستور^٢ هو ما نعنيه بالتأكيد بوجود الدستور، ذلك لأن مثل هذه الدساتير لن تتجج قطعاً في تكوين نظام قانوني متوازن فضلاً

^١ د. راغب جبريل خميس راغب سكران، المرجع السابق، ص ٢٤٧ .

^٢ د. عبد الفتاح ساير ، القانون الدستوري ، ط٢، مطابع دار الكتاب العربي، ٢٠٠٤، ص ١٧٦ .

عن الشرعية الدستورية، لأن هكذا دساتير تكون ملكاً لفرد واحد فقط ومن أجله توضع وفي فلكه تدور، بحيث في ظلالة تتسج القوانين على قياس هؤلاء وأمثالهم وتنبدل بحسب مقامهم ولسنهم ونسبهم، وفي ذلك أكبر الضرر - لا شك - على معنى الدستور وقيمتة السامية، إن دستوراً يتبدل^١ بحسب أهواء أصحاب السلطات ليس بدستور قطعاً^٢.

إن سيادة الدستور تفترض وجود دستور ثم احترام قواعد^٣، والدستور يوجد او يقام كما هو معلوم نتيجة لطرق عدة توصف بعضها بالطرق غير الديمقراطية في نشأة الدساتير كالمنحة والتعاقد، وتوصف الطرق الأخرى بالطرق الديمقراطية في نشأة الدساتير كطريقة الجمعية التأسيسية و طريقة الاستفتاء الدستوري^٤.

ونرى أن وجود الدستور الذي يعد عنصراً من عناصر الشرعية الدستورية هو، ذلك الدستور الذي يوجد أو ينشأ طبقاً للطرق الديمقراطية في نشأة الدساتير وليس غيرها من الطرق، بل ومن خلال انتخاب جمعية تأسيسية أولاً ثم الاستفتاء على الدستور المنتج من قبل هذه الجمعية ثانياً، لكي نكون بحق أمام دستور يصلح أن يكون مرتكزاً للشرعية الدستورية، وعندها يصبح الدستور هو المعين الأساسي،

^١ جان جاك روسو، المرجع السابق، ص ١٤، هامش رقم (٨).

^٢ والأمثلة كثيرة - نقولها بأسف - على هذا النمط من الدساتير في البلاد العربية، ففي إحداها كان الدستور يفصل على مقياس عدد من الأشخاص وتذكر أسماؤهم فيه اسماً اسماً! ، وفي بلد آخر أجري تعديل دستوري ليناسب مقياس فرد بعينه بغية استلامه السلطة وريثاً عن أبيه وإن كان في بلد ذو نظام جمهوري! أما البلد الثالث فوضع = دستوره شروطاً لمن يترشح لرئاسة الجمهورية لا تتوفر إلا في فرد واحد فقط وهو رئيس ذلك البلد، وبلد آخر سبق له أن عاش تجارب مريرة، عاد ووضع في دستوره قيماً على كل تداول سلمي للسلطة ليستأثر بها طرف دون آخر، والقائمة تطول ولكننا نكتفي بهذا القدر.

^٣ د. إسماعيل مرزعة، المرجع السابق، ص ٣٧٥.

^٤ للمزيد من التفصيل حول طرق نشأة الدساتير ينظر: د. منذر الشاوي، فلسفة الدولة، مرجع سابق، ص ٣٧١ وما بعدها؛ د. إحسان حميد المرفجي وآخرون، المرجع السابق، ص ٢٣١ وما بعدها.

والنظام القانوني كله يستند إليه ويستوحي من مبادئه ويصدر عنه، أو بحسب جورج بيردو، القوانين الأساسية للدولة، لأنها هي التي تعطيها وجودها الحقيقي وتحدد شكلها وتزودها بالمؤسسات اللازمة لكي تؤدي رسالتها وتحقق مثلها العليا في الحياة الاجتماعية.^١

هذا فيما يتعلق بوجود الدستور، أما بخصوص احترام قواعده فإنه لن يتحقق ما لم يتوافر لها السمو على غيرها وهذا الأخير لن يتحقق بدون وسائل عديدة أهمها بلا ريب هو القضاء الدستوري، ذلك لأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين سلاح لا يستغنى عنه في توكيد مبدأ الشرعية الدستورية.^٢

إن القوانين بشكل عام والدساتير بشكل خاص، من دون قضاة، سوف لن تكون في وجه القوة أو الحيلة، إلا قصاصات من ورق، وإن كان هناك استثناء ما هنا أو هناك، فلا يعتد به، لأن العبرة بالعموم الشائع وليس بالقليل النادر .

ثانياً: وجود المؤسسات الدستورية

المؤسسة عبارة عن تنظيم اجتماعي هدفه الدفاع عن فكرة معينة وضمان استقلالها عن شخصية منشئها أو منشئها^٣، وإن كنا نتفق مع هذا التعريف ولكننا نشير إلى ضرورة أن تكون هذه المؤسسات ذو مرجعية دستورية، هو الذي ينشئها ويبين طريقة ممارسة وظيفتها ومآلات وجودها.

^١ د. إسماعيل مرزة، المرجع السابق، ص ٣٤٧؛ د. حسان شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢١٦.

^٢ أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية و الإقليم المصري، أطروحة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٦٠، ص ٦٢٢-٦٢٣ نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ١٨ .

^٣ د. سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، بدون مكان طبع، ٢٠٠٧، ص ٩١ .

مما لا شك فيه أن التجلي الأكبر لفكرة المؤسسات هو التغيير الذي يحصل في السلطة داخل الدولة وانتقالها من سلطة شخصية أو شخصية السلطة، إلى سلطة مؤسسات أو مؤسسة السلطة.

هذا وتوجد داخل كل دولة مؤسسات متعددة وتعد الدولة مؤسسة المؤسسات، إن النظر إلى الدولة باعتبارها مؤسسة وإلى المؤسسات الأخرى على أساس أنها مستقلة عن شخص من يرأسها يضمن استمرار أداء جميع المؤسسات لعملها بكفاءة^١.

وهذه النتيجة لم تأت من فراغ بل كانت وليدة صراع طويل ومرير بين الحكام والشعوب، الحكام الذي كانوا يجسدون السلطة في أشخاصهم وترتبط مباشرة بهم، كان الفرعون أو الإمبراطور أو من يدعي أنه خليفة الله على الأرض، كانوا جميعاً يمارسون السلطة باعتبارها حقاً شخصياً لهم سواء استند هذا الحق على أسس دينية أم أسس دنيوية^٢.

نخلص مما تقدم أن عنصر وجود المؤسسات المستندة إلى الدستور أمر جوهري في الشرعية الدستورية ومن خلالها، تؤسس دولة المؤسسات، تلك الدولة التي تنشأ السلطات فيها وفقاً لقواعد قانونية سابقة تحدد كيفية إسناد السلطة إلى فرد أو أفراد معينين، ثم تحدد القواعد القانونية بعد ذلك اختصاصات كل فرد أو مجموعة من الأفراد أو جهة من الجهات أو هيئة من الهيئات تحديداً واضحاً، بحيث يكون

^١ المرجع السابق نفسه، ص ٩١ .

^٢ السلطة المجسدة هي : سلطة واقع، أشخاص الحكام ، والسلطة المؤسسة : سلطة قانونية، لا يمكن ممارستها شرعاً إلا بمقتضى تشريعات مستقلة عن إرادة الحاكم المنفردة وأهوائه ومصالحه الفردية الخاصة ، د. راغب جبريل خميس راغب سكران، المرجع السابق، ص ١٨٠ ؛ د. يحيى الجمل، حصاد القرن العشرين في علم القانون، ط١، دار الشروق، ٢٠٠٦، ص ٥٠.

التصرف داخل هذه الاختصاصات قانونياً ومشروعاً، ويكون التصرف خارج هذه الاختصاصات غير قانوني وغير مشروع.^١

ثالثاً: الفصل بين السلطات

إن وجود المؤسسات الدستورية وانفصالها عن أشخاص منشئها لا يكفي وحده لتكوين الشرعية الدستورية، بل ينبغي تنمة لذلك الفصل بين سلطة هذه المؤسسات بغية منع الاستبداد والتسلط وإعمال الدستور والقانون في شؤون الدولة كافة، حماية لها من جهة، وللأفراد فيها من جهة ثانية، وهذا ما عبر عنه بعض الفقه بقوله " إن مبدأ فصل السلطات هو قبل كل شيء مبدأ تقني دستوري هادف إلى استبعاد التسلط ووصون الحريات"^٢، ذلك لأن تركيز السلطة بيد فرد من الأفراد، أو هيئة من الهيئات تتولى السلطات المختلفة وتمزجها تحت إدارتها سيولد مخاطر كثيرة منها التحكم والمساس بالحريات وسوء الإدارة، لأن من يتولى السلطة سيكون بلا مراقبة وذو سلطة مطلقة، والسلطة المطلقة مفسدة مطلقة، بسبب نشوتها التي تعبت بالرووس.^٣

والحل يكون بالخروج من سلطة الفرد أو حكومة الفرد المستبدة إلى الحكومة المعتدلة وهذه تقتضي بحسب مونتسكيو " ترتيب السلطات وتنظيمها وتعديلها وجعلها تسير، ومنح إحداها من الوزن ما تقاوم بها الأخرى " ^٤ لأن التجربة أثبتت أن الإنسان ميال بطبعه إلى إساءة السلطة التي تعطى له، وإنه يسعى إلى تحقيق مصالحه الذاتية على حساب المصلحة العامة، لذا فإن دمج وتركيز السلطات في يد

^١ د. يحيى الجمل، حصاد القرن العشرين في علم القانون، مرجع سابق، ص ١١٣.

^٢ د. أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص ١٠٠؛ د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط٢، دار الشروق، ٢٠٠٢، ص ٣٢٢.

^٣ د. سعاد الشراوي، المرجع السابق، ص ١٠٩.

^٤ مونتسكيو، المرجع السابق، ص ٩٨.

واحدة يؤدي إلى استبدالها وتعسفها بحقوق وحریات الأفراد، وإن السبيل إلى صيانة هذه الحقوق وتلك الحريات يكون في توزيع السلطة بين هيئات متعددة، يكون بمقدور كل واحدة منها أن توقف الأخریات عند حدودها.^١

إن الدستور هو الذي يحقق مبدأ الفصل بين السلطات من خلال تثبيتها وتوزيعها، ومن ثم السمو عليها، أما التثبيت فله أهمية كبرى من حيث حصر سلطة ما في مؤسسة بعينها دون غيرها ومن دون أن تكون لهذه السلطة نفسها حق التصرف فيما أوكل إليها من اختصاص سواء بالتنازل أو التفويض أو الاعتداء على مجالات اختصاص أخرى، أما التوزيع فيكون أفقياً ويهدف إلى إحداث توازن بين سلطات الدولة فلا تغطي الواحدة على الأخرى، ولما كان الدستور هو الذي يوجد السلطات الثلاث ويحدد اختصاصاتها ونشاطاتها، فعلى هذه الأخيرة أن تخضع في كل ذلك للدستور كون النص الدستوري سيد النصوص.^٢

رابعاً: الانتخابات الحرة القائمة على التعددية السياسية

إن وجود المؤسسات الدستورية لا يضيفي بحد ذاته الشرعية عليها، وإنما على هذه المؤسسات أن تعكس حقيقة أساسية لم تغفلها - ربما - غالبية دساتير العالم تتمثل في تلك العبارة التي تنص على أن (الشعب مصدر السلطة وشرعيتها) أو بعبارة أخرى أن تؤسس تلك المؤسسات على أساس الإرادة الشعبية، إرادة حقيقة غير مصطنعة أو مزيفة لكي يكون الشعب هو فعلاً مصدر السلطة أو بحسب تعبير

^١ د. عبد الحميد متولي، مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ط١، دار المعارف، ١٩٦٦، ص ٥٦١ نقلاً عن د. محمد كاظم المشهداني، النظم السياسية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٠٥.

^٢ د. يوسف حاشي، المرجع السابق، ص ٢٩٠؛ د. حسان محمد شفيق العاني، المرجع السابق، ص ٢١٥.

مونتسكيو مليكا ولا يكون الشعب كذلك إلا بأصواته التي هي عزائمها، بحيث يصنع الشعب صاحب السلطة العليا بنفسه كل ما يحسن صنعه، وعليه أن يصنع بواسطة وزراءه ما لا يحسن صنعه^١، ولكي تكون حكومة ما، في زمن ما مشروعة، لا بد أن يكون الشعب في كل جيل هو الفيصل في قبولها أو رفضها^٢.

ويمارس الشعب هذا الدور - إسباغ الشرعية على المؤسسات لتتوافق مع الدستور - من خلال المشاركة السياسية عبر الانتخابات التنافسية الحرة والنزيهة والتي يتكفل الدستور بإقرارها^٣، وبهذا أصبح الشعب صاحب كلمة عليا في اختيار الأشخاص الذين يمثلون المؤسسات، وذلك لأن الانتخابات تعد تطبيقاً لممارسة الشعب لسيادته من خلال ممثليه، باعتباره - أي الشعب - مصدر السلطات جميعاً، ومنه تستمد مؤسسات الدولة شرعيتها الدستورية^٤.

إن الانتخابات التنافسية لا بد أن يتوافر لها الأرضية التي تقف عليها، وهي التعددية الحزبية، وبخلاف ذلك ستكون على أرض مائلة رخوة كالسطح المتحركة، لا تنفك النظم المستبدة من جرها من تحت أقدام الفاعلين السياسيين الذين لا يروقون لها، لأن التعددية الحزبية ترتبط ارتباطاً وثيقاً مع قيام انتخابات جادة ونزيهة^٥، باعتبارها - أي التعددية - الركيزة الأولى في أنظمة الحكم الديمقراطية وضمانة فعالة ضد النظم الشمولية والديكتاتورية^٦.

^١ مونتسكيو، روح الشرائع، مرجع سابق، ص ٢٢-٢٣.

^٢ جان جاك روسو، المرجع السابق، ص ٨٦.

^٣ أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ج ١، ترجمة علي مقلد وزملائه، الأهلية للنشر والتوزيع، ١٩٧٤، ص ٢٢٤.

^٤ قرار المجلس الدستوري اللبناني رقم (١) لسنة ١٩٩٧، ينظر: سعد مظلوم العبدلي، الانتخابات ضمانات حريتها ونزاهتها دراسة مقارنة، ط ١، دار دجلة، ٢٠٠٩، ص ٣٠.

^٥ المرجع السابق نفسه، ص ٥٥.

^٦ د. راغب جبريل خميس راغب سكران، المرجع السابق، ص ٥٧١.

خامساً: ربط الحقوق والحريات العامة بالدستور

إن ربط الحقوق والحريات بالدستور أعطاها مجالاً واسعاً لكي تواكب ضمانات هذه الحقوق والحريات التطور الذي يواكب حركية المجتمع، أو بتعبير آخر إن دسترة حريات الإنسان جعلت فروع القانون كافة، وما ينبثق عنها من قواعد منظمة لحقوق الإنسان وحرياته، ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالدستور^١، وبمقدار ما تسعى الدولة الحديثة لتكريس حقوق الإنسان، بمقدار ما تضمن الأمن السياسي والقانوني للمجتمع، فالالتزام بالحرية، كمبدأً فلسفي وأخلاقي، من جانب الدولة يجب أن يجد ترجمته العملية في تطبيقه بدون موارد أو انتهاك إذ لا تستطيع الدولة، ومهما بلغت قدرتها الإعلامية ادعاء احترام الحريات العامة في المجتمع، إن لم تكن هذه الأخيرة حقيقة ملموسة تتجلى في كل أنواع الممارسات القانونية^٢، ذلك لأن شرعية وجود الدستور من شرعية ما يهدف إليه^٣، بل ولكي تكون الدساتير فعالة وتحقق الشرعية يجب أن يشعر الناس بأن هذه الدساتير هي لهم وهم أصحابها وبأنها ليست غريبة عنهم، أي أن عليها ضمان حقوق الناس وتأمين مصالحهم^٤.

^١ د. أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص ١١٠.

^٢ د. خضر خضر، مفاهيم أساسية في علم السياسة، مرجع سابق، ص ١٥٢.

^٣ د. يوسف حاشي، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

^٤ د. خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

ولقد تنوعت آراء الفقهاء حول مدلول الحق والحرية وتقسيماتها، ولما كان الخوض في تفاصيل هذا الأمر يعد خارجاً عن أساس موضوع بحثنا فإننا لن نخوض في ذلك ولكننا نكتفي بالقول بأنه يجب ألا يفهم أن لكل من الحق والحرية مدلول مختلف عن الآخر، بل إنهما مترادفان، فكلاهما يرتدان إلى طبيعة واحدة وهي إمكان ممارسة الشخص للنشاط الذي نص عليه الدستور، فهو له الحق في ممارسته، وهو حر في ألا يمارسه^١، وتقسم الحقوق والحريات إلى ثلاث مجموعات رئيسية أولها الحقوق والحريات المتعلقة بشخص الإنسان، وثانيها الحقوق والحريات الخاصة بفكر الإنسان، وثالثها الحقوق والحريات المتصلة بنشاط الإنسان^٢.

^١ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٢٢.

^٢ المرجع السابق نفسه، ص ٢٣.

المبحث الثاني

الضمانات القضائية للشرعية الدستورية

لقد أثبتت تجارب التاريخ إنه لا يكفي قيام المؤسسات والأنظمة لرعاية مصالح الأفراد والجماعات كما لا تكفي النصوص القانونية بمفردها لحماية حقوق الإنسان، بل إن عامل الرقابة الدائمة والفاعلة هو بنفس أهمية النصوص والمؤسسات^١، ولعل من أهم أشكال الرقابة هو الرقابة القضائية، فولا القضاء المستقل لما قام ملك، ولا ثبت حق، ولا تم أمن، ولا طاب عيش، ولا سعد شعب، ولا انتظم للناس اجتماع^٢، وستتناول القضاء باعتباره ضماناً من ضمانات الشرعية الدستورية في مطلبين، نفردهم الأول للقضاء الدستوري، ونخصص الثاني للقضاء الإداري.

المطلب الأول

دور القضاء الدستوري في ضمان الشرعية الدستورية

للقضاء الدستوري معنيان أحدهما شكلي ويراد به " الجهة القضائية التي خصها الدستور برقابة الشرعية الدستورية عندما تكون الرقابة مركزية أو مجموعة الأحكام على اختلاف أنواعها ودرجاتها بصدد بحث مسألة الدستورية عندما تكون الرقابة لا مركزية " والآخر معنى موضوعي مفاده " الفصل في المسائل الدستورية

^١ د. مصطفى العوجي، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، ط١، مؤسسة نوفل، بيروت، ١٩٨٩، ص ١٣.

^٢ معروف الرصافي، الرسالة العراقية في السياسة والدين والاجتماع، ط١، منشورات الجمل، كولونيا (ألمانيا) - بغداد، ٢٠٠٧، ص ٧٠.

وهي المسائل التي تثير فكرة تطابق التشريع مع الدستور^١ وبهذا فالقضاء الدستوري يعني التحقق من الالتزام بأحكام الدستور من قبل جهة قضائية، وجعل تصرفات كافة السلطات تدور في فلك الدستور ولا تجافيه أبداً^٢، فالرقابة على تصرفات الحكام والسلطات تعد من أهم القواعد الأساسية في الحكومة القانونية، وكل سلطة أسسها الدستور ينبغي أن تتقيد بأحكامه ما كان منها شكلياً أو موضوعياً، وتعد الرقابة على دستورية القوانين من أهم الوسائل التي أبتكرها العلم الدستوري لحماية مبدأ الشرعية الدستورية.^٣

إن القضاء الدستوري يقوم على عدة أسس فلسفية تصب بمجموعها في خدمة الشرعية الدستورية وضمانها، من هذه الأسس حماية النظام الديمقراطي وسيادة الدستور، وضمان احترام الحقوق والحريات، وإشباع الحاجات المتطورة للمجتمع، بالإضافة إلى تحقيق الاستقرار السياسي والقانوني^٤، ولقد أستقر الفقه على أهمية القضاء الدستوري ورقابته وعده من أهم ضمانات الشرعية الدستورية.^٥

لقد دخل القضاء الدستوري حيز الوجود والتطبيق العملي في العراق في ظل الجمهورية الخامسة إذ أن هذا القضاء لم ير النور أبداً في ظل الجمهوريات الأربعة

^١ شيماء جعفر محمد إبراهيم، القضاء الدستوري ودوره في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٢، ص ٨.

^٢ حميد إبراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٥.

^٣ د. عبد العزيز محمد سالم، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٩-١٠.

^٤ د. إبراهيم عبد الله إبراهيم حسين، الالتزامات السياسية للحاكم والمحكوم في النظم السياسية والقانون الدستوري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٢٢-٢٢٣.

^٥ للمزيد من التفصيل حول الرقابة القضائية وأهميتها ومركزاتها، ينظر: د. علي محمد حسنين، رقابة الأمة على الحكام، ط١، المكتب الإسلامي، بيروت، مكتبة الخاني، الرياض، ١٩٨٨، ص ٥٩ وما بعدها.

الأولى للفترة من ١٩٥٨ - ٢٠٠٤ ولقد أنشأ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ الرقابة الدستورية على القوانين وأسند مهمة القيام بها إلى قضاء دستوري مستقل تمثل في المحكمة الاتحادية العليا، وبغية الوقوف على دور القضاء الدستوري في ضمان الشرعية الدستورية في العراق فإننا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الأول التعريف بالمحكمة الاتحادية العليا وتكوينها ونبحث في الثاني دور هذه المحكمة في ضمان الشرعية الدستورية وكما يأتي :

الفرع الأول

التعريف بالمحكمة الاتحادية العليا واختصاصاتها

عرفت المادة (٩٢-أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ المحكمة بقولها المحكمة الاتحادية العليا هي هيئة قضائية مستقلة ماليا وإداريا، أما تشكيلة المحكمة وطريقة تكوينها، فقد بيّنتها الفقرة الثانية من المادة (٩٢) بأن تتكون المحكمة من عدد من القضاة، وخبراء في الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون، يحدد عددهم، وتنظيم طريقة اختيارهم، وعمل المحكمة، بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب، وتختص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وتفسير نصوص الدستور، والفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات، والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، كما تختص بالفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية، وحكومات

الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية، والمنازعات التي تحصل بين حكومات الأقاليم أو المحافظات، وتختص المحكمة أيضا بالفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء والوزراء وينظم ذلك بقانون، والمصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب، وكذلك الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي، والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، وتنازع الاختصاص فيما بين الهيئات القضائية للأقاليم، والمحافظات غير المنتظمة في إقليم (م ٩٣)، علما إن قرارات المحكمة باتة وملزمة للسلطات كافة (م ٩٤)، هذا ولكل من مجلس الوزراء وذوي الشأن والأفراد حق الطعن المباشر لدى المحكمة، ولما كان قانون المحكمة لم يصدر لحد الآن فإنها لا تزال تمارس أعمالها وفقا لقانونها المرقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ ونصوص قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية^١، ولقد نظم قانون المحكمة سالف الذكر تشكيلها واختصاصاتها والترافع أمامها^٢، وتتكون المحكمة الاتحادية العليا من تسعة أعضاء، حيث يعينهم مجلس الرئاسة ويسمي أحد الأعضاء التسعة رئيسا للمحكمة، بعد أن يقوم مجلس القضاء الأعلى وبالتشاور مع المجالس القضائية في الأقاليم

^١ د. ماجد نجم عيدان، الإدارة المحلية في العراق، محاضرات أقيمت على طلبية الدراسات العليا، الماجستير القسم العام، كلية القانون، جامعة كركوك، للسنة الدراسية ٢٠١١-٢٠١٢ غير منشورة.

^٢ كاروان عزت محمد دوسكي، دور القضاء في حماية الدستور الفيدرالي، دار سبيري، دهورك، ٢٠٠٦، ص ١٨٠.

بترشيح عدد من الأسماء لا يقل عن سبعة عشر اسماً ولا يزيد عن سبعة وعشرين، وعند خلو المنصب بسبب الوفاة أو الاستقالة أو العزل يقوم مجلس القضاء الأعلى بترشيح ثلاثة أعضاء لكل شاغر، وإذا رفض المرشحون من قبل مجلس الرئاسة فعلى مجلس القضاء الأعلى تقديم مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين، وتضع المحكمة لنفسها نظاماً داخلياً يتناول طريقة عمل المحكمة وإجراءاتها^١، هذا ولقد كان يجمع رئيس المحكمة بين رئاستها ورئاسة مجلس القضاء الأعلى إلا إنه ويصدر قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (١١٢) لسنة ٢٠١٢ تم إنهاء هذه الازدواجية فبموجب الأخير يكون رئيس محكمة التمييز الاتحادية هو رئيس مجلس القضاء الأعلى.

الفرع الثاني

دور المحكمة الاتحادية العليا في ضمان الشرعية الدستورية

إن أخذ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ بمبدأ الرقابة الدستورية من خلال إنشاء المحكمة الاتحادية العليا يعد توفيراً منه لإحدى أهم ضمانات الشرعية الدستورية، بيد أن التنظيم الدستوري والقانوني لهذه المحكمة، وممارستها لوظيفتها على الصعيد العملي، لم تخل من ملاحظات وتحفظات أثرت بشأنها من ذلك، أن المحكمة وبالرغم من مرور بضع سنوات على تشكيلها لم يصدر قانونها الذي اوجب

^١ فرمان درویش حمد، المرجع السابق، ص ٣٠ - ٣١.

الدستور في المادة (٩٢/ثانياً) منه إصداره، مما أدى إلى أن تمارس المحكمة عملها بدون غطاء قانوني رصين خصوصاً بعد إلغاء قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية واعتبار دستور ٢٠٠٥ النافذ أساس وجود المحكمة^١، كما إن المحكمة لا تزال تمارس اختصاصاً لم ينص عليه لا قانون إدارة الدولة العراقية ولا دستور ٢٠٠٥ النافذ والمتمثل بالطعن أمامها في أحكام محكمة القضاء الإداري^٢ وهي - كما هو معلوم - محكمة دستورية متخصصة بالرقابة على دستورية القوانين ومن ثم يعد ممارستها لهذا الاختصاص إقحاً لها في مجال غير مجال تخصصها والتأثير على مهامها من جهة، وإضعاف للقضاء الإداري وتوسعه وتطوره من جهة أخرى، فضلاً عما يثيره ذلك من مخاوف تركيز السلطة القضائية في يد جهة واحدة واستخدامها كسلاح لصالح السلطة التنفيذية في مواجهة خصومها في ظل أجواء عدم الثقة والاحتقان السياسي الذي يشهده العراق منذ سنوات، يضاف إلى ذلك أن أحكام المحكمة لا تزال متواضعة من جانب، وتتصف بالركاكة والميل إلى جانب السلطة التنفيذية من جانب آخر.^٣

المطلب الثاني

دور القضاء الإداري في ضمان الشرعية الدستورية

لكي يصبح نظام الحكم دستورياً ديمقراطياً، فإنه يتعين على السلطة الإدارية الخضوع للقانون، أي أن تحترم الإدارة مبدأ المشروعية، إذ تعد قرارات الإدارة غير

^١ فرمان درويش حمد، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، ٢٠١١، ص ٢٥٣.

^٢ عصام سعيد عبد احمد، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٧، ص ٥٨.

^٣ د. ماجد نجم عيدان، المرجع السابق.

مشروعة عند صدورها خلافا للقواعد القانونية سواء من الناحية الشكلية أم الموضوعية، ولضمان مبدأ المشروعية وخضوع الإدارة لحكم القانون كان لزاما وجود قضاء إداري متخصص يمارس رقابة فعالة ومثمرة على أعمال الإدارة للتأكيد على مبدأ المشروعية من ناحية، وحماية حقوق وحرريات الأفراد ضد أي تعسف أو تجاوز من جانب الإدارة في استخدام سلطتها من ناحية أخرى^١، بل إن الأمر لا يقف عند هذا الحد فوجود القضاء الإداري يعد ضمانا لنظام الحكم برمته، إذ أن الأجهزة الإدارية تعد في حقيقتها واجهة النظام السياسي إزاء المواطنين، ومرآة عاكسة يرى فيها الجمهور طبيعة الحكومة ونظام الحكم، فالمواطنون عندما يهددون في مصالحهم أيا كانت قيمة هذه المصالح، أو عندما يستشعرون الحيف والجور من جانب هذه الأجهزة نتيجة انحرافها وخروجها على القانون، سوف يدينون الحكام ونظام الحكم بأسره بالانحراف والفساد، وقد لا يتوقفون عند هذا الحد الساكن، بل قد يصل بهم الأمر عند إمعان أجهزة الإدارة في الانحراف والاستخفاف بحكم القانون، إلى القيام بثورة تطيح بالحكام وتضع نهاية لنظام حكمهم^٢، ولا شك إن هذا يعد تهديدا للشرعية الدستورية التي جاءت لتؤسس الحياة السياسية والقانونية طبقا للدستور وعملا بأحكامه، لذا فإن احترام مبدأ المشروعية من خلال القضاء الإداري يعد أحد عناصر دولة القانون التي تجعل من حقوق الأفراد وحررياتهم أساسا للنظام السياسي والقانوني في الدولة، كما ويضفي الصبغة الدستورية والقانونية على

^١ د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٦٨ و٧٠؛ د. عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٩.

^٢ د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٣.

المؤسسات والأنظمة التي تم استحداثها في العصر الحالي عصر الانتقال من دور الدولة الحارسة إلى دور الدولة التدخلية.^١

إن القضاء الإداري يساهم في ضمان الشرعية الدستورية بشكل مباشر وغير مباشر، فهو يساهم في ذلك بشكل مباشر، عندما يلغي القرارات الفردية الصادرة بالخلاف للقانون، ويساهم بشكل غير مباشر، في حال ما إذا كان القرار الإداري قد صدر استناداً إلى قانون غير دستوري فتقوم محكمة القضاء الإداري بوقف النظر في الدعوى وترفع البت في عدم دستورية القانون إلى المحكمة الدستورية المختصة^٢، وتتجلى أهمية القضاء الإداري في ضمان الشرعية الدستورية من خلال حماية نصوص الدستور خصوصاً تلك المتعلقة بحقوق الأفراد وحياتهم كحق المساواة وتكافؤ الفرص وحرية السفر والتنقل وجعلها قلاعاً حصينة عصية على الاختراق من قبل السلطات التنفيذية والإدارية في الدولة.^٣

أما فيما يتعلق بدور القضاء الإداري في العراق ودوره في ضمان الشرعية الدستورية فإنه يتعين علينا بحث ذلك في فرعين نتناول في الأول التعريف بمحكمة القضاء الإداري واختصاصاتها أما الفرع الثاني فنتناول فيه دور محكمة القضاء الإداري في ضمان الشرعية الدستورية وكما يأتي :

^١ د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٩٧؛ د. إبراهيم عبد العزيز شبحا، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢١.
^٢ د. إبراهيم عبد العزيز شبحا، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٧-٢٨.
^٣ المرجع السابق نفسه، ص ٢٠ وما بعدها؛ د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٧.

الفرع الأول

التعريف بمحكمة القضاء الإداري واختصاصاتها

كان العراق من دول القضاء الموحد حيث كانت الرقابة القضائية على أعمال الإدارة متمثلة بالقضاء العادي والذي كان له الولاية العامة في النظر في جميع المنازعات سواء كانت إدارية أم فردية وقد انتقل العراق إلى مرحلة جديدة بميلاد قانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ المعدل لقانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ الذي تحول بموجبه العراق من النظام القضائي الموحد إلى نظام القضاء المزدوج والذي انشأ بموجبه قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي^١، وفي ظل هذا القانون تم استحداث محكمة القضاء الإداري كهيئة قضائية مستقلة، وانعقد لها اختصاص النظر بالمنازعات الإدارية.^٢

هذا وتتألف محكمة القضاء الإداري برئاسة قاض أو مستشار في مجلس شوري الدولة وعضوين من القضاة لا يقل صنفهما عن الصنف الثاني من صنوف القضاة أو من المستشارين المساعدين في مجلس شوري الدولة ويجوز انتداب القضاة من الصنف الأول أو الثاني إلى محكمة القضاء الإداري من غير المنتدبين لعضوية مجلس شوري الدولة.^٣

^١ إسراء كريم عبد الله الطالباني، الطعن بأحكام محكمة القضاء الإداري أمام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسية، جامعة السليمانية، ٢٠٠٩، ص ٩.
^٢ صعب ناجي عبود الدليمي، الدفوع الشكلية أمام القضاء الإداري في العراق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص ١٢.
^(٢) المادة (٧/ثانياً) من قانون مجلس شوري الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩.

أما اختصاصات المحكمة فقد بيّنتها المادة السابعة من قانون مجلس شوري الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ بقولها أن محكمة القضاء الإداري (تختص بالنظر في صحة الأوامر والقرارات التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام بعد نفاذ هذا القانون والتي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على طعن من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما يدعو الى التخوف من ألقاق الضرر بذوي الشأن)، من خلال النص المتقدم يلاحظ أن المشرع قد أتجه في تحديد اختصاص محكمة القضاء الإداري على سبيل الحصر وبذلك نجد أن هناك منازعات قد خرجت من اختصاص القضاء الإداري، وان كانت الإدارة طرف فيها.^١

كما وأورد المشرع عدة استثناءات على هذه الاختصاصات نصت عليها المادة ٧/ خامساً بقوله (لاتختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي :

- أ. أعمال السيادة وتعتبر من أعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية.
- ب. القرارات الادارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية.
- ج- القرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها).

^١ صعب ناجي عبود الدليمي، المرجع السابق، ص ١٦.

الفرع الثاني

دور محكمة القضاء الإداري في ضمان الشرعية الدستورية

بالرغم من ولادة القضاء الإداري في القرن الماضي وتحديدًا في سنة ١٩٨٩ إذ في هذا التاريخ تم تعديل قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ وتم بموجب هذا التعديل تشكيل محكمة القضاء الإداري إلا أنه - أي القضاء الإداري- كان ضعيفا ومتواضعا نتيجة استثناءات وردت عليه ومنعته من النظر في حالات عديدة^١، وبقيت الحال هكذا حتى صدور دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ فإن هذا الأخير قد قام بـ " دسترة القضاء الإداري " فلأول مرة في تاريخ العراق الدستوري يجد هذا المصطلح نفسه في صلب الدستور، إذ نصت المادة (١٠١) من الدستور على إنه (يجوز بقانون، إنشاء مجلس دولة، يختص بوظائف القضاء الإداري، والإفتاء، والصياغة، وتمثيل الدولة، وسائر الهيئات العامة، أمام جهات القضاء، إلا ما استثني منها بقانون)، وإن كنا نسجل على المادة ذكرها عبارة (تمثيل الدولة) فالقضاء الإداري كما هو معلوم من أسس وأركان مبدأ المشروعية باعتباره يمثل ضمانا للأفراد في مواجهة الإدارة لا أن يكون ممثلا للأخيرة في مواجهة الأفراد، ثم كيف يكون تمثيله للدولة وبأي صورة وأمام من، هذه التساؤلات وغيرها لا تجيب عليها المادة سالفة الذكر، كما ونصت المادة (١٠٠) من الدستور على أن (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن)، واستنادا لذلك فإن الفقرتين (أ،ب) من البند (خامسا) من المادة (٧) من قانون

^١ د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس شورى الدولة (الماضي، الحاضر، المستقبل)، ط١، موسوعة القوانين العراقية، إعداد ونشر صباح صادق جعفر الأنباري، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٣١.

مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل قد ألغيتا^١ ولم يعد لهما وجود فهما منسوختان بحكم المادة (١٠٠) من الدستور وذلك لعدم جواز تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن.^٢

نخلص مما تقدم إن القضاء الإداري في العراق وبموجب الدستور والتشريعات ذات العلاقة يعد ضماناً مهمة من ضمانات الشرعية الدستورية، وهو قضاء لا يزال في مرحلة التطور والتوسع ونأمل في سياق ذلك أن يكون له وجود في كل محافظة من محافظات العراق وليس في بغداد فقط - خصوصاً وإن سند ذلك موجود في قانون المجلس - من أجل أن تكون العدالة في متناول الجميع والوصول إليها ببسر دون عناء ومشقة، وأن يكون الطعن بأحكام هذا القضاء أمام الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة كما يقضي بذلك قانون الأخير وكما كان سابقاً أو محكمة إدارية عليا مختصة وليس أمام المحكمة الاتحادية العليا للأسباب التي سبق وأن بيناها.

^١ وكانت هاتين الفقرتين قد منعتا محكمة القضاء الإداري من النظر في الطعون المتعلقة بأعمال السيادة كالمراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية، وكذلك القرارات التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية فضلاً عن القرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها، ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ٣١.

^٢ المرجع السابق نفسه، ص ٣٢.

الخاتمة

يجدر بنا وقد وصلنا إلى نهاية بحثنا المتواضع هذا بيان أهم الاستنتاجات والتوصيات التي وصلنا إليها باعتبارها ثمرة جهدنا وغاية دراستنا.

أولاً: الاستنتاجات

١- إن الدستور ليس مجرد وثيقة تحتوي على مجموعة من القواعد التي تنظم السلطة وممارستها، وبيان هيئاتها ووظائف هذه الهيئات والعلاقات فيما بينها، بل هو ميثاق للعيش المشترك، وأساس الديمقراطية ودولة القانون، وأساس النظام القانوني والسياسي في المجتمعات، وتجسيد لسيادة الشعب والمعبر عن روحه وتطلعاته، والسيد الذي دونه الجميع من أفراد ومؤسسات، وقطب المصلحة العليا للبلاد، وبوصلة المستقبل ومرآته العاكسة، والجامعة التي يعيش في كنفها الجميع، وبذرة الوحدة الوطنية وترتبتها وماءها، ومدرسة التربية عليها.

٢- إن مبدأ الشرعية الدستورية ليس كأبي مبدأ آخر من المبادئ الدستورية، بل هو مزيج منها جميعاً من جهة ومنبعها من جهة أخرى، وهي - أي المبادئ الدستورية - منه تستقي وتتطلق، وفي ظلالة تنمو وتزدهر، وفيه تصب وتتبلور، فهو إذن سيد المبادئ جميعاً ومعيارها الدقيق الذي لا يخطأ أبداً.

٣- يعد القضاء إحدى أهم ضمانات الشرعية الدستورية، وإن الأخيرة لن يصلب لها عود ولن تنمو وتزدهر بغياب قضاء مستقل فاعل ورصين، فالقضاء يوفر رقابة دائمة وفعالة على جميع المؤسسات والأفراد للتقيد بالشرعية الدستورية والعمل وفقاً لها.

٤- إن القضاء العراقي بنوعيه الدستوري والإداري لمّا يبلغ المرحلة التي تمكنه من توفير ضمانات أساسية من ضمانات الشرعية الدستورية، فهذا القضاء وإن كان نزيها وضاربا بجذوره في عمق الزمن، بيد أنه يقف على أرض رخوة من حيث البناء القانوني والتأسيس الفني، فهو قضاء لما يتشكل بعد وفق غطاء قانوني رصين، ويعاني من غياب قانون واضح ودقيق ينظمه ويفصل بين هيئاته المتعددة.

ثانياً: التوصيات

١- ضرورة جعل الدستور المرجعية العليا للدولة العراقية والتقيد بأحكامه في الأمور كلها من أجل ضمان شرعية دستورية رصينة تؤسس لعراق مستقر ومزدهر، يكون فيه الدستور والقانون أس النظام السياسي والقانوني والاجتماعي فيه.

٢- الإسراع بسن قانون المحكمة الاتحادية العليا من قبل مجلس النواب العراقي، وتضمينه الضمانات اللازمة من أجل إنشاء قضاء دستوري رصين منفصل عن الجهات القضائية الأخرى من جهة، وجعلها - أي المحكمة - هيئة قضائية متخصصة ومتكونة من القضاة ومختصة بمراقبة دستورية القوانين فقط من جهة ثانية.

٣- إنشاء محكمة إدارية عليا مختصة بالقضاء الإداري وجعلها مرجعا للطعن في أحكام محكمة القضاء الإداري تنفيذاً لنص المادة (١٠١) من الدستور، وفي حال تأخر ولادة هذه المحكمة فإننا نوصي بأن يكون الطعن بأحكام محكمة القضاء الإداري أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة وكما يقضي بذلك قانون الأخير، إلى أن تنشأ المحكمة الإدارية العليا.

٤- إنشاء محاكم إدارية في كل محافظة من محافظات العراق من أجل تحقيق العدالة الناجزة وجعل الوصول إليها في متناول الجميع وتحقيق المساواة في التقاضي بين المواطنين كافة خاصة في ظل التوسع الإداري والاجتماعي الذي يشهده البلاد واعتماد مبدأ اللامركزية الإدارية من جهة، والظروف التي تحد من حرية حركة المواطنين بسبب عدم الاستقرار الأمني والسياسي من جهة ثانية.

المراجع

القرآن الكريم

أولاً: الكتب

- ١- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٢- د. إبراهيم عبد الله إبراهيم حسين، الالتزامات السياسية للحاكم والمحكوم في النظم السياسية والقانون الدستوري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٣- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثامن، دار صادر، بيروت، بدون سنة طبع، ص ١٧٥ وما بعدها.
- ٤- د. احسان حميد المفرجي، د. كطران زغير نعمة، د. رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، ط ٤، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١.
- ٥- أحمد بهاء الدين، شرعية السلطة في العالم العربي، دار الشروق، بدون سنة طبع.

- ٦- د. أحمد عطية الله السعيد، المعجم السياسي الحديث، بهجة المعرفة، بغداد- بيروت، بدون سنة الطبع.
- ٧- د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط٢، دار الشروق، ٢٠٠٢.
- ٨- د. إسماعيل مرزة، القانون الدستوري دراسة مقارنة للدستور الليبي والدساتير العربية الأخرى، دار صادر، بيروت، ١٩٦٩.
- ٩- د. أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في أرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٢.
- ١٠- أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، ترجمة علي مقلد وزملائه، الأهلية للنشر والتوزيع، ١٩٧٤.
- ١١- جان جاك روسو، العقد الاجتماعي أو مبادئ القانون السياسي، ط١، ترجمة عبد العزيز لبيب، مركز دراسات الوحدة العربية، ٢٠١١.
- ١٢- د. حسان شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ١٣- حميد إبراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١١.
- ١٤- د. خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، ط٤، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠١١.
- ١٥- د. خضر خضر، مفاهيم أساسية في علم السياسة، ط٢، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٠٨.
- ١٦- راشد الغنوشي، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ط١، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٣.
- ١٧- د. راغب جبريل خميس راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، ط٢، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١.

- ١٨- د.رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص ٨٤ .
- ١٩- د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٢٠- د.سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، بدون مكان طبع، ٢٠٠٧.
- ٢١- سعد مظلوم العبدلي، الانتخابات ضمانات حريتها ونزاهتها دراسة مقارنة، ط١، دار دجلة، ٢٠٠٩.
- ٢٢- سمير خيري توفيق، مبدأ سيادة القانون، منشورات وزارة الثقافة والفنون العراقية، بدون سنة طبع.
- ٢٣- د. علي محمد حسنين، رقابة الأمة على الحكام، ط١، المكتب الإسلامي، بيروت، مكتبة الخاني، الرياض، ١٩٨٨.
- ٢٤- د. عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.
- ٢٥- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٢٦- د.عبد الفتاح ساير ، القانون الدستوري ، ط٢، مطابع دار الكتاب العربي، ٢٠٠٤.
- ٢٧- د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس شورى الدولة (الماضي، الحاضر، المستقبل)، ط١، موسوعة القوانين العراقية، إعداد ونشر صباح صادق جعفر الأتباري، بغداد، ٢٠٠٩.
- ٢٨- د. عليان بو زيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٠٢.
- ٢٩- د. عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦.

- ٣٠- د. غسان سلامة، نحو عقد اجتماعي عربي جديد (بحث في الشرعية الدستورية)، ط٢، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠١١.
- ٣١- كاروان عزت محمد دوسكي، دور القضاء في حماية الدستور الفيدرالي، دار سبيريز، دهبوك، ٢٠٠٦.
- ٣٢- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٥.
- ٣٣- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط ٨، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٥.
- ٣٤- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٣٥- د. محمد عبد الحميد أبو زيد، السلطة بين التخاصم والتوازن، مطبعة العشري، ٢٠٠٨.
- ٣٦- د. محمد كاظم المشهداني، النظم السياسية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٠٥.
- ٣٧- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٣٨- د. مصطفى العوجي، حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، ط ١، مؤسسة نوفل، بيروت، ١٩٨٩.
- ٣٩- معروف الرصافي، الرسالة العراقية في السياسة والدين والاجتماع، ط ١، منشورات الجمل، كولونيا (ألمانيا) - بغداد، ٢٠٠٧.
- ٤٠- د. منذر الشاوي، تأملات، منشورات العدالة، بغداد، ٢٠٠٣.
- ٤١- د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، ج ١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٤٢- د. منذر الشاوي، فلسفة الدولة، ط ١، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع، ٢٠١٢.

- ٤٣- مونتسكيو، روح الشرائع، اللجنة الدولية لترجمة الروائع الإنسانية (الاونسكو)، ترجمة عادل زيتير، المجلد الأول، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٣.
- ٤٤- د. ناظم عبد الواحد الجاسور، موسوعة علم السياسة، ط١، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤.
- ٤٥- د. يحيى الجمل، حصاد القرن العشرين في علم القانون، ط١، دار الشروق، ٢٠٠٦.
- ٤٦- د. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، ط١، دار ابن النديم للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٦١.

ثانياً: الأبحاث

- ١- د. أحمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج ٢٤، ع ٢، ٢٠٠٨.
- ٢- د. نسرین طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج ٢٧، ع ١، ٢٠١١.
- ٣- د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، دراسة منشورة، متاحة على الرابط أدناه
www.tashreaat.com/view_studies٢.asp?std_id=٦٤ تاريخ الزيارة في ٢٠ / ١ / ٢٠١٣.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح الجامعية

- ١- إسرائ كريم عبد الله الطالباني، الطعن بأحكام محكمة القضاء الإداري أمام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسية، جامعة السليمانية، ٢٠٠٩.
- ٢- شيماء جعفر محمد إبراهيم، القضاء الدستوري ودوره في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٢.
- ٣- صعب ناجي عبود الدليمي، الدفع الشكلية أمام القضاء الإداري في العراق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦.
- ٤- عصام سعيد عبد احمد، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٧.
- ٥- فرمان درويش حمد، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، ٢٠١١.

رابعاً: الدساتير والقوانين

- ١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ
- ٢- قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
- ٣- قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (١١٢) لسنة ٢٠١٢.

خامساً: محاضرات غير منشورة

- ١- د. ماجد نجم عيدان، الإدارة المحلية في العراق، محاضرات أُلقيت على طلبية الدراسات العليا، الماجستير القسم العام، كلية القانون، جامعة كركوك، للسنة الدراسية ٢٠١١-٢٠١٢ غير منشورة.

المخلص

إن القضاء الإداري في العراق وبموجب الدستور والتشريعات ذات العلاقة يعد ضمانة مهمة من ضمانات الشرعية الدستورية، وهو قضاء لا يزال في مرحلة التطور والتوسع ونأمل في سياق ذلك أن يكون له وجود في كل محافظة من محافظات العراق وليس في بغداد فقط - خصوصا وإن سند ذلك موجود في قانون المجلس - من أجل أن تكون العدالة في متناول الجميع والوصول إليها ببسر دون عناء ومشقة، وأن يكون الطعن بأحكام هذا القضاء أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة كما يقضي بذلك قانون الأخير وكما كان سابقا أو محكمة إدارية عليا مختصة وليس أمام المحكمة الاتحادية العليا للأسباب التي سبق وأن بينها.

Summary

The administrative judiciary in Iraq under the Constitution and the relevant legislation is an important safeguard of constitutional legitimacy guarantees, which spend is still in the stage of development and expansion, and we hope in the context of this to have a presence in every province of Iraq, not only in Baghdad, especially if support that exists In the law of the Council in order to ensure that justice is accessible and accessible to everyone without difficulty and hardship, and that the appeal against the provisions of this judiciary before the General Assembly of the State Council of State as required by the law of the latter as was previously or a competent administrative court and not before the Federal Supreme Court for reasons which already clarified.