

ضوابط استقلال المحكمة الاتحادية العليا في العراق من حيث التشكيل دراسة مقارنة

أ.م.د. شورش حسن عمر

جامعة السليمانية/ فكلتي القانون والسياسة/ قسم القانون

المقدمة

يعد الدستور حجر الزاوية في بناء الدولة القانونية، وذلك بأعتبره الأساس الذي تركز عليه كافة الأنشطة القانونية التي تمارسها الدولة، فالقواعد الدستورية هي اللبنة الأولى في البناء القانوني للدولة وفي ظلها تتدرج القواعد القانونية الأخرى، لذلك فان موضوع القضاء الدستوري ودورها في صيانة احكام الدستور من الانتهاك أصبح من المواضيع المهمة لارتباطه بموضوع الدولة القانونية التي يخضع جميع السلطات العامة فيها للقانون عموما و للدستور بشكل خاص كونه القانون الاسمي. وهذا السمو للقواعد الدستورية يكون بدون جدوى لو كان بمقدور السلطات العامة انتهاكه ، لذلك حرص الفقه الدستوري على ضرورة احتواء الدساتير على وجود هيئة رقابية تتمتع احكامها بصفة العلوية تتولى مهمة الفصل في المسائل والمنازعات الدستورية التي يحددها الدستور أو القانون، منها النظر في مدى ملائمة القوانين للدستور فضلا عن تفسير القواعد الدستورية و صلاحيات اخرى تتفاوت ضيقا و اتساعا بين التجارب الدستورية

المختلفة. ويصدر الحكم في شأنها ليكون ملزم لكافة السلطات الدولة، ومن بينها المحاكم على اختلاف درجاتها في سلم السلطة القضائية، مما يساهم في اعطاء المسألة حلاً موحداً ونهائياً. لذلك قد ينشأ قضاء دستوري متخصص للفصل في هذه المنازعات كما هو الحال في النمسا وإيطاليا وفرنسا ومصر والعراق، وقد يعهد بها الى المحكمة العليا القائمة على قمة السلطة القضائية مثل الولايات المتحدة الامريكية وسويسرا وكندا فيكون قضاء دستوري غير متخصص.

واهم ما يميز القضاء الدستوري هو انه يمارس هذه الرقابة عن طريق هيئة مستقلة محايدة سواء كانت هذه الهيئة محكمة دستورية او مجلساً دستورياً، يتكفل الدستور بتنظيمها من حيث التكوين، بحيث تتوفر فيها من الضمانات لتحقيق استقلالها ما لا يوجد في الهيئات الاخرى. ويقصد باستقلال القضاء الدستوري هو عدم خضوعه لأي جهة أو سلطة في مباشرة اختصاصاته.

وقد أقر قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية سنة 2004 على انشاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق، وبموجبه صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا تحت أمر رقم (30) لسنة 2005، وبعد ذلك صدر دستور العراق سنة 2005 الذي اقر على بقاء المحكمة مع وجود فارق في موقفه ازاء مسألة تكوين المحكمة نسبة الى قانون ادارة الدولة لسنة 2004. عليه نحاول في بحثنا هذا بيان الآليات المقررة في الدستورين المذكورين بخصوص تشكيل المحكمة وبيان تأثير تلك الآليات على مدى استقلال المحكمة.

أهمية البحث:

تتجلى أهمية هذا البحث في دراسة آلية تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق على ضوء قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 ودستور العراق لسنة 2005، وبيان موقف كل منهما حول آليات تشكيل المحكمة وأثر ذلك على استقلالها في مباشرة اختصاصاتها. اذ ان استقلال كل سلطة أو هيئة يعتمد على كيفية

تكوينه والاختصاصات التي يمتلكها هذه السلطة او الهيئة، وفي هذا البحث نبين الجانب المتعلق بتشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق وتأثير ذلك على دوره واستقلاله كقضاء دستوري متخصص.

مشكلة البحث:

من الضروري ان تكون المحكمة الاتحادية العليا في العراق كقضاء دستوري متخصص مستقلا ومحايذا، ويتم تحقيق ذلك من خلال تحديد وتنظيم آليات تشكيل المحكمة واختصاصاتها في الدستور، ومن هنا يظهر مشكلة هذا البحث لمعرفة موقف كل من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 ودستور 2005، بخصوص الآلية المقررة فيهما حول تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق وأثر ذلك التنظيم على دور المحكمة في مباشرة اختصاصاتها ومدى استقلالها في ذلك. وكذلك تدور مشكلة هذا البحث في محاولتها تحديد مواقع الخلل والقصور الموجودة في الدستور العراقي لسنة 2005 والمتعلقة بآليات تكوين المحكمة ومدى تأثير ذلك سلبا على استقلالها.

منهج البحث:

لدراسة موضوع (ضوابط استقلال المحكمة الاتحادية العليا في العراق من حيث التشكيل) اتبعنا المنهج المقارن وذلك من خلال مقارنة موقف المشرع العراقي الدستوري والقانوني بمشرعي الدول محل المقارنة كل من (فرنسا، الأردن، الكويت، ومصر). ومن ثم تحليل النصوص الدستورية والقانونية الخاصة بتشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق بتلك النصوص الدستورية والقانونية المتعلقة بالمحاكم او المجالس الدستورية للدول المذكورة.

اهداف البحث:

يهدف البحث الى بيان الأسس والآليات الخاصة بتشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق والتي من الضروري مراعاتها واخذها بعين الاعتبار عند التنظيم الدستوري لهذه الهيئة، الأمر الذي يتحقق من خلالها بلا شك استقلال المحكمة من حيث التكوين وبالتالي ممارستها لاختصاصاتها.

خطة البحث:

تطلب دراسة موضوع البحث(ضوابط استقلال المحكمة الاتحادية العليا في العراق من حيث التشكيل)، الى تقسيمه على المبحثين، يتضمن المبحث الأول دراسة الضوابط الشكلية الخاصة بتشكيل المحكمة، وذلك من خلال مطلبين مستقلين، يخصص الأول لدراسة الإقرار الدستوري بتشكيل المحكمة وفي المطلب الثاني نتناول دور السلطات العامة في تشكيل المحكمة. أما في المبحث الثاني نتطرق الى البحث عن الضوابط الشكلية المتعلقة بأعضاء المحكمة، ويتم دراستها في ثلاث مطالب، نتكلم في المطلب الأول عن مسألة تحديد الحصري لأعضاء المحكمة في الدستور، ويخصص الثاني لدراسة المدة المقررة للعضوية في المحكمة، اما المطلب الثالث والاخير نبحث فيه عن شرط الكفاءة الفنية لأعضاء المحكمة.

ثم نعرض في الخاتمة أهم النتائج والمقترحات التي توصلنا اليها.

المبحث الأول

الضوابط الشكلية الخاصة بتشكيل المحكمة

يعد مسألة تشكيل المحاكم أو المجالس الدستورية على جانب كبير من الأهمية سواء في دساتير الدول أو في الفقه الدستوري، إذ إن هذه الهيئات يمثل القضاء الدستوري في الدولة، وتقوم بدور مهم في صيانة الدستور وضمان احترامه من خلال الرقابة على دستورية التشريعات، لذلك حرصت معظم الدساتير على الإقرار بتشكيلها مفصلاً في مضمونه وبعض الآخر يقرر أنشائها لكن يحيل تفاصيل تنظيمها إلى المشرع العادي. كما يقرر الدساتير أن يخول أمر تشكيلها بيد سلطة معينة أو بمشاركة بين السلطات العامة في الدولة وذلك وفقاً للنظام السياسي والفلسفة الذي تقيمه الدستور. وإن لكل من الإقرار الدستوري بتكوين هذه الهيئة وكذلك مساهمة السلطات العامة في تشكيلها لهما دور وتأثير بارز على مدى استقلالها في مباشرة اختصاصاتها، عليه نتناول دراسة موضوع هذا المبحث من خلال مطلبين مستقلين وكالآتي:

المطلب الأول: الإقرار الدستوري بتشكيل المحكمة

المطلب الثاني: دور السلطات العامة في تشكيل المحكمة

المطلب الأول: الإقرار الدستوري بتشكيل المحكمة

يعد المحاكم والمجالس الدستورية مؤسسات دستورية لذلك ينبغي تأسيسها بنص دستوري، كسائر المؤسسات الدستورية، وتحديدًا كمجلس النواب ومجلس الشيوخ والحكومة، وهذا النص الدستوري يكرس وجود المجالس والمحاكم الدستورية كمؤسسات دستورية تشكل جزءاً لا يتجزأ من النظام الدستوري، بحيث لا يمكن التعرض لها بالألغاء تماماً كما لا يمكن التعرض للبرلمان والحكومة. وإن تأسيس تلك الهيئات الدستورية على هذا الأساس، يمنحها سلطة تحقيق استقلاليتها عن سائر سلطات في الدولة، بحكم المهام المناطة بها بموجب الدستور. حيث إن الرقابة على دستورية القوانين وإن كانت

عملاً قانونياً بطبيعته، إلا أنها ذات طابع سياسي هام، فالجهة التي تناط بها هذه الرقابة هي التي تراقب عمل السلطة التشريعية لنقرر دستوريتها أو عدم دستوريتها، وتعد هذه الهيئة كما لو كانت أعلى مرتبة من السلطة التشريعية، لذلك يصعب في بعض الدول مجابهة برلمان منتخب بهيئة قضائية لها مثل هذا النفوذ، بينما قد يتقبل البرلمان أن تمارس هذه الوظيفة هيئة سياسية يسهم هو في تشكيلها⁽¹⁾، هكذا نجد أن القضاء الدستوري قضاءً ذا طابع سياسي، بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التي يختص بها، الأمر الذي ينعكس على طريقة تنظيم هذا القضاء، لذلك فإن تشكيل الهيئة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين يواجه مشكلة تحقيق استقلاله، بحيث يمكن إبعاده عن تأثيرات السلطة التي تهيمن على اختيار أعضائه⁽²⁾. لأن عملية الرقابة على دستورية القوانين لا تتمتع بفاعلية إن لم يتحقق الاستقلال الكامل إزاء السلطات العليا في الدولة للجهة المخولة بذلك أي للمحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين، ولا يمكن أن يتجسد هذا الاستقلال إن لم يبين الدستور نفسه تشكيل هذه الجهة، لذلك من الضروري أن يتناول الدستور هذا التشكيل دون أن يترك ذلك للسلطة المخولة بالتشريع والتي بدورها تخضع لرقابة هذه الهيئة⁽³⁾. وبما أن هذه الهيئة تقوم بمراقبة السلطة التشريعية، لذلك فإن ترك أمر تشكيلها بيد السلطة التنفيذية لاختلو من المخاطر، نتيجة للعلاقة الموجودة بين السلطتين، عليه يكون من الأحسن أن يقرر الدستور أمر تشكيلها بنصوص صريحة وواضحة. وذلك لأن هذه الهيئة وجد أصلاً في دول ذات الدساتير الجامدة بهدف حماية الدستور وسموه في إطار النظام القانوني للدولة. كما أن المشرع

¹. د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، منشورات جامعة الكويت، 1972، ص 454.

². د. عصمت عبدالله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، 2003، ص 19.

³. د. رمزي طه الشاعر، مصدر سابق، ص 461.

الدستوري عادة يفوض المشرع العادي لتنظيم الامور التي تخضع لمقتضيات التغيير الاجتماعي، لكن مسألة تشكيل هذه الهيئة لاتخضع للتغيير، لذلك فانه ليس من المنطق ان ينيط تشكيل المحكمة المختصة بحماية الدستور الى المشرع العادي⁽¹⁾. لذلك تعمل الدساتير عادة على تخصيص بعض نصوصها لمعالجة القضاء الدستوري فتؤمن له كيانه واستقلاله عن سائر السلطات العامة في الدولة والتي يضطلع برقابتها⁽²⁾، وقد أقر بعض الدساتير بشكل تفصيلي آليات تشكيل هذه الهيئة⁽³⁾، منها الدستور الفرنسي لسنة 1958 الذي تضمن تشكيل المجلس الدستوري مفصلاً، وذلك في المادة (56) منه بنصها على أن: (يتألف المجلس الدستوري من تسعة أعضاء، يتولى كل منهم منصبه لفترة غير قابلة للتجديد من تسع سنوات يتم تجديد ثلث أعضاء المجلس الدستوري كل ثلاث سنوات. يتم تعيين ثلاثة من أعضائه من قبل رئيس الجمهورية، وثلاثة من قبل رئيس الجمعية الوطنية، وثلاثة من قبل رئيس مجلس الشيوخ. يجب أن ينطبق الإجراء المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 13 على هذه التعيينات. تحال التعيينات التي قام بها رئيس كل من مجلسي البرلمان فقط لأخذ رأي اللجنة الدائمة ذات الصلة بذلك المجلس. وبالإضافة للأعضاء التسعة المنصوص عليهم أعلاه يتمتع رؤساء الجمهورية السابقين بالحق الكامل في العضوية الدائمة في المجلس الدستوري. يتم تعيين الرئيس من قبل رئيس الجمهورية. لا يحق لرئيس البرلمان لا بإدلاء صوت أصلي ولا بصوت مرجح).

وكذلك الحال بالنسبة للدستور الاردني لسنة 1952، إذ شمل صيغته المعدلة لسنة 2011 فصلا خاصا بالمحكمة الدستورية، ومن خلاله تم تحديد الأطر العامة لإنشاء المحكمة الدستورية وتناولت تشكيلها بشكل تفصيلي، إذ نصت الفقرة (1) من المادة (58) منه على ان: (تنشأ بقانون محكمة دستورية يكون مقرها في العاصمة وتعتبر

1. د. عصمت عبدالله الشيخ، مصدر سابق، ص 20.

2. الأستاذة حنان محمد ابراهيم الشويهدى، القضاء الدستوري المؤسسات والأجراءات، ط1، دار الفضيل، بنغازي- ليبيا، 2011، ص11.

3. مثل: الدستور السويسري لسنة 1874، المادة(12) من الدستور الايطالي لسنة 1947، المادة(94) من الدستور الالماني لسنة 1949، المادة(159) من الدستور الاسباني لسنة 1978.

هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، وتؤلف من تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينهم الملك)، وقد صدر استنادا لهذا التعديل الدستوري قانون المحكمة الدستورية رقم (15) لسنة 2012، وقد جاءت المادة (5) منه ليؤكد ويفصل مضمون احكام المادة (58) المذكورة من الدستور بصدد آليات تشكيل المحكمة.

لكن يوجد دساتير أخرى لبعض الدول لا يقر ذلك وانما يكتفي بذكر اسم الهيئة المختصة برقابة الدستورية أو ذكر بعض الخطوط الرئيسية حولها ومن ثم تحيل امر تنظيمها الى المشرع العادي، وان تصدي هذا الاخير لها لن يكون دستوريا الا في الحدود وبالقدر الذي تسمح به الدساتير ذاتها، وفي هذا ضمان لأستقلالية هذه الهيئة من ناحية وباعتبارها مؤسسة دستورية من ناحية اخرى شأنها في ذلك شأن مؤسسات الدولة الاخرى⁽¹⁾، فمثلا الدستور الكويتي لسنة 1962 لم يحدد طريقة تشكيل الجهة القضائية المختصة برقابة دستورية القوانين بل ترك ذلك الأمر للقانون العادي، اذ نصت المادة (173) منه على ان: (يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن. ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح)، وقد تاخر صدور قانون المنشيء للمحكمة الدستورية احد عشر عاما حيث صدر برقم (14) لسنة 1973، والذي أسند مهمة الرقابة الدستورية الى محكمة دستورية، واهتم بتحديد الاحكام المتعلقة بتشكيلها، والعضوية، واختصاصاتها، مع بيان اساليب تحريك اختصاصها الرقابي، والاثار المترتبة على احكامها⁽²⁾.

¹. الأستاذة حنان محمد ابراهيم الشويهدى، مصدر سابق، ص 11.

². ينظر: قانون انشاء المحكمة الدستورية في الكويت رقم (14) لسنة 1973 . ولتفصيل ينظر: د. رمزي طه الشاعر، مصدر سابق، ص 562-566. و د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 104-106.

وهذا ما فعله المشرع الدستوري المصري ايضاً، إذ قرر دستور سنة 1971 من خلال المادتين (167، 176) على ان تشكيل المحكمة الدستورية العليا يتم تحديدها بواسطة القانون وليس الدستور، إذ اكدت المادة الاخيرة و قررت ذلك بوضوح من خلال نصها على ان: (ينظم بقانون المحكمة الدستورية العليا، ويبين الشروط الواجب توفرها في أعضائها وحقوقهم وحصاناتهم)، وقد صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 تأكيداً لما ورد في الدستور المذكور، وبين تشكيل المحكمة فنص على ان المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية، مقرها مدينة القاهرة⁽¹⁾. أما دستور المصري لعام 2014 فعلى الرغم من عدم تعيينه لآليات تشكيل المحكمة تحديداً دقيقاً، لكن حدد تلك الآليات بشكل أكثر تفصيلاً من سابقه، إذ خصص الفصل الرابع ضمن الباب الخامس لذلك بمواده الخمسة (191 الى 195)، فقد نصت المادة (191) على ان: (المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة، قائمة بذاتها، مقرها مدينة القاهرة، ويجوز في حالة الضرورة انعقادها في أي مكان آخر داخل البلاد، بموافقة الجمعية العامة للمحكمة، ويكون لها موازنة مستقلة، يناقشها مجلس النواب بكامل عناصرها، وتدرج بعد إقرارها في الموازنة العامة للدولة رقماً واحداً، وتقوم الجمعية العامة للمحكمة على شئونها، ويؤخذ رأياً في مشروعات القوانين المتعلقة بشئون المحكمة).

أما الدستور العراقي لسنة 2004 المعروف ب(قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية)، فقد قرر تحديد تشكيل المحكمة وأختصاصاتها من خلال المادة (44) بفقراتها الخمسة، إذ نصت الفقرة (هـ) منها على ان: (تتكون المحكمة العليا الاتحادية من تسعة أعضاء، ويقوم مجلس القضاء الأعلى أولاً وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح ما لا يقل عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين فرداً لغرض ملء الشواغر في المحكمة المذكورة، ويقوم بالطريقة نفسها فيما بعد بترشيح ثلاثة أعضاء لكل شاغر لاحق يحصل بسبب الوفاة أو الاستقالة أو العزل، ويقوم مجلس الرئاسة بتعيين أعضاء

¹. المادة (1) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (48) لسنة 1979.

هذه المحكمة وتسمية أحدهم رئيساً لها. وفي حالة رفض أي تعيين يرشح مجلس القضاء الأعلى مجموعةً جديدةً من ثلاثة مرشحين، واستناداً لحكم هذه المادة، أصدر مجلس الوزراء بعد موافقة مجلس رئاسة الجمهورية وحسب صلاحياته التشريعية الأمر رقم (30) لسنة 2005 المتضمن قانون المحكمة الاتحادية العليا⁽¹⁾، إذ جاء في المادة (1) من القانون مايلي: (تنشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها في بغداد تمارس مهامها بشكل مستقل لاسطان عليها لغير القانون)، وقد بينت المادة (3) منه تكوين المحكمة بنصها على ان: (تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس وثمانية اعضاء يجري تعيينهم من مجلس الرئاسة بناء على ترشيح من مجلس القضاء الاعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للاقاليم وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة(هـ) من مادة الرابعة والاربعين من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية). لكن بعد صدور الدستور العراقي لسنة 2005 ونفاذه أورد بعض التغيرات على تشكيل المحكمة عما كانت عليه في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وقانونها رقم (30) لسنة 2005، إذ نصت الفقرة (ثانياً) من المادة (٩٢) منالدستور العراقي لسنة 2005 على ان: (تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون، يحدد عددهم وتنظيم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن باغلبية ثلثي اعضاء مجلسنا (ب)، اذن وفق هذا النص الدستوري الجديد أدخل في تشكيلة المحكمة الى جانب القضاة خبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء في القانون وترك أمر تكوين المحكمة و عدد أعضائها للقانون الذي لم يصدر لحد الآن وفقاً للنصوص الواردة في الدستور. من خلال عرض النصوص الدستورية المذكورة تبين لنا بان كل من الدستور الفرنسي، الدستور الأردني، والدستور العراقي لسنة 2004 من الدساتير التي قررا في مضمونها تشكيل المحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين. أما كل من الدستور

¹. أمر رقم (30) لسنة 2005 قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية، الوقائع العراقية، العدد 3996 الصادر في 2005/3/17.

الكويتي، المصري لأعوام 1971 و2014، والعراقي لسنة 2005، لم يتناول آليات تشكيل المحكمة الدستورية تفصيلاً رغم الإقرار بتشكيلها ودون وجود مبرر لذلك، إذ أن الإقرار بتشكيل المحكمة من حيث تكوينها وتحديد اختصاصاتها يعد من المهام الأساسية للدستور الذي من الضروري أن يقوم بتنظيمها وتحديدها، ضماناً لسموه، لأنّ المشرع الدستوري عادة يعهد إلى المشرع العادي بتنظيم الأمور التي يخضع لمقتضيات التطور الاجتماعي، وهذا الوضع لا ينطبق على مسألة تشكيل المحكمة.

المطلب الثاني: دور السلطات في تشكيل المحكمة

إن عملية الرقابة على دستورية القوانين لا تكون محققة لأغراضها ما لم تكن من اختصاص هيئة تتمتع بالحيدة والاستقلال اللازمين لضمان عدم تأثرها بالتيارات السياسية والحزبية، ويكون في تكوين القانوني لأعضائها ما يكفل فهماً سليماً للمشكلة الدستورية وأدراكاً واعياً لنصوص الدستور وأحكامه⁽¹⁾. فإذا كان أمر تشكيل هذه الجهة بيد السلطة التشريعية، ستكون هذه الهيئة بلا شك عرضة للخضوع له، وتقع تحت تأثير الاتجاهات السياسية المهيمنة على البرلمان، الأمر الذي يؤدي إلى عدم تحقيق رقابة فاعلة وحقيقية على تشريعات البرلمان، وتفقد بالتالي هذه الهيئة مقومات وجودها أصلاً⁽²⁾. وإذا تم اختيار عناصر جهة الرقابة بواسطة السلطة التنفيذية، فإن معنى ذلك أنها ستكون تابعة لهذه السلطة تلتزم بطلباتها، وتكون رقابتها على أعمال البرلمان، مثاراً لتصادم مستمر بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية. وبذلك يكون وجودها سبباً من أسباب الاضطراب السياسي، بدلاً من أن تكون أداة لتحقيق الاستقرار في ظل الدستور⁽³⁾. ويلاحظ بأن الاتجاه الذي يؤدي إلى مساهمة السلطات القضائية والتشريعية والتنفيذية معاً في أعمال الرقابة على دستورية القوانين، يمثل أفضل

1. د. رمزي طه الشاعر، مصدر سابق، ص 461.

2. د. عصمت عبدالله الشيخ، مصدر سابق، ص 21.

3. د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والاقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960، ص 576.

الاتجاهات في اختيار اعضاء المحكمة المذكورة، اذ يجمع بين العناصر الفنية والعناصر السياسية، وهو بذلك يتقاضي جعل القضاة سلطة فوق سلطة المجالس التشريعية المنتخبة، كما انه يتقاضي ايضا جعل مجموعة من السياسيين سلطة فوق السلطات الاخرى⁽¹⁾. وان وجود العناصر الفنية والعناصر السياسية لايعني انهما متباعدتان بالمطلق وتشكلان كتلتان منفصلتان لهما رؤيتين مختلفتين، وذلك لاسباب منها ضرورة التواصل داخل مؤسسة واحدة تؤدي اجمالا الى تفاهم وتقارب في وجهات النظر، وحتى في المواقف من القضايا الهامة في المجتمع، وثانيهما ان لرجال القانون اجمالا خلفية سياسية، فنادرا ما يوجد ذلك القانوني المجرد من ميول واهواء وافكار سياسية وفلسفية⁽²⁾. ويلاحظ بان هناك تباين في موقف الدساتير من حيث مساهمة السلطات العامة في تشكيل هيئة القضاء الدستوري تبعا للفلسفة والنظام السياسي الذي يتبناه الدستور. ولكي يتحقق الاستقلال للجهة المختصة برقابة الشرعية الدستورية، يرى البعض بان يتم اختيار اعضاء هذه الجهة من قبل السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، ويتمثل هذه الطريقة في أنتخاب بعض الاعضاء من قبل البرلمان، وتعيين البعض الاخر من قبل السلطة التنفيذية والمحاكم العليا، وهو نظام معمول به في اغلب الدول الاوروبية، مثل ايطاليا واسبانيا والنمسا وبلجيكا، وتمتاز هذه الطريقة بتشريك سلطات الثلاث في تعيين اعضاء المحاكم الدستورية وضمان لتمثيل مختلف التيارات السياسية والقانونية⁽³⁾. هذا ان كان هناك يوجد مناخ ديمقراطي حقيقي، لانه يهيمن السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية، اما اذا كان الحال كذلك، فانه

¹. د. رمزي طه الشاعر، مصدر سابق، ص 563.

². د. زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، ج1، ط1، دار البلال، بيروت- لبنان، 2014، ص282.

³. د. عبدالعزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، سعد سمك لطباعة، القاهرة، 2000، ص29.

من الاحسن ان يتم اختيار اعضاء الجهة المختصة بالرقابة من قبل المجلس الاعلى للهيئات القضائية، وان تكون اداة تعيينهم قرار من رئيس الجمهورية، وان يختار رئيس المحكمة من بينهم بواسطة الانتخاب، وان تكون اداة تعيينه قرار يصدر ايضا من رئيس الجمهورية، شرط تقييد رئيس الجمهورية باختيار المجلس الاعلى للهيئات القضائية، ونتيجة الانتخاب⁽¹⁾.

لقد قرر الدستور الفرنسي لسنة 1958 اختيار اعضاء المجلس الدستوري من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية معاً، أذ ان هذا المجلس يتألف من تسعة أعضاء، يعين ثلاث اعضاء منهم من قبل رئيس الجمهورية و يعين الستة الباقون من قبل السلطة التشريعية، كما نصت على ذلك المادة(56) من الدستور بان: (يتألف المجلس الدستوري من تسعة اعضاء.... يتم تعيين ثلاثة من اعضاء من قبل رئيس الجمهورية ، وثلاثة من قبل رئيس الجمعية الوطنية، وثلاثة من قبل رئيس مجلس الشيوخ ... الخ). يتبين من هذا النص بانه اوكل امر تعيين اعضاء المجلس الدستوري الى كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ، وهذه الطريقة تعرض للنقد لأنها لا تعطي ضماناً لتمثيل مختلف التيارات القانونية والسياسية، وهو ما حدث بين أعوام 1974 و1981⁽²⁾، ذلك انه نتيجة لنظام الانتخاب فانه من الممكن ان تنتمي السلطات الثلاث صاحبة الصلاحية في التسمية الى نفس التوجه السياسي، وبالتالي تحتكر لمصلحتها كل مقاعد المجلس الدستوري. لذا كان من الاحسن تتبنى الدستور الفرنسي نظام انتخاب القضاة الدستوريين من قبل البرلمان أو من قبل هيئة مختلطة، بحيث انه اذا كان من المستحيل تجنب السياسة في التعيين، فعلى الاقل الحد من تأثيرها وصولاً الى توازن افضل مما يعزز شرعية المحاكم الدستورية⁽³⁾.

1. عصمت عبدالله الشيخ، مصدر سابق، ص 29-30.

2. الأستاذة حنان محمد ابراهيم الشويهدى، مصدر سابق، ص 28.

3. د. زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، مصدر سابق، ص 277.

وفي الاردن نجد ان حكام المحكمة الدستورية وهم تسعة أعضاء بمن فيهم الرئيس يتم تعيينهم بإرادة ملكية لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد، وقد اقرت على ذلك المادة(58) من الدستور الاردني لسنة 1952 المعدل سنة 2011 وذلك بنصها على ان:(1-تنشأ بقانون محكمة دستورية.....، وتؤلف من تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينهم الملك....)، وقد جاءت المادة (5/أ) من قانون المحكمة الدستورية رقم 15 لسنة 2012 على ضوء ما تم تقريرها في الدستور، اذ اكدت على أن يتم تعيين تسعة أعضاء بمن فيهم الرئيس بإرادة ملكية لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد عند نفاذ القانون. ويلاحظ على كل من النصين المذكورين بصدد طريقة تعيين اعضاء المحكمة، فانهما لم يحددا الجهة التي تقوم بتتسيب أسماء القضاة الدستوريين إلى الملك، فهل هي السلطة التنفيذية صاحبة الولاية العامة في إدارة جميع الشؤون الداخلية في الدولة، أم أنها المجلس القضائي باعتبار أن المحكمة الدستورية هي جهة قضائية وإن كانت لا تتبع للمجلس القضائي.

وفي ظل الدستور المصري لسنة 1971 و قانون المحكمة الدستورية العليا رقم(48) لسنة 1979، فان رئيس الجمهورية هو الذي يعين رئيس المحكمة بقرار منفرد منه دون اخذ رأي جهة اخرى، ولا يخفى على احد اهمية الدور الذي يلعبه رئيس المحكمة بخصوص عمل المحكمة، نظرا لتمتعه بالصوت المرجح لقرار المحكمة في حالة انقسام الاصوات بالاضافة الى ما يتمتع به من مزايا وحقوق منها ما هو ذو طبيعة ادبية، ومنها الناشيء عن سلطته في تنظيم اعمال المحكمة والتي تمنحه تأثيرا على قراراتها. واذا كان رئيس الجمهورية يعين عضو المحكمة بقرار منه بعد اخذ رأي المجلس الاعلى للهيئات القضائية، وذلك من بين اثنين، يرشح احدهما من قبل الجمعية العامة للمحكمة، ويرشح الآخر من قبل رئيس المحكمة⁽¹⁾، اذن يلاحظ بان الامر في يد رئيس الجمهورية، اذ ان اخذ رأي المجلس الاعلى للهيئات القضائية لا يعد

¹. المادة(5) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (48) لسنة 1979.

بمثابة موافقة، كما ان رئيس المحكمة، الذي يحتل موقعا ممتازا بين زملائه في المحكمة، هو الذي عينه رئيس الجمهورية بقرار منفرد منه، مما يكون له اثره البالغ في اختيار اعضاء المحكمة، ولقد انتقد جانب من الفقه مسلك المشرع المصري بالنسبة لتعيين رئيس المحكمة وأعضائها، وذلك لأن قانون المحكمة الدستورية العليا يجعل لرئيس الجمهورية سلطة الأنفراد بتعيين رئيس تلك المحكمة دون أي قيد قضائي، كما انه لا يستلزم في تعيين أعضائها سوى أخذ رأي المجلس الاعلى للهيئات القضائية⁽¹⁾. بينما دستور المصري لسنة 2014 على الرغم من عدم تحديده لأعضاء المحكمة الدستورية العليا، لكنه اقر على ان رئيس المحكمة ونوابها واعضاء الهيئة المفوضين، بعد اختيارهم من قبل الجمعية العامة للمحكمة يتم تعيينهم بقرار من رئيس الجمهورية على النحو الذي يبين في القانون⁽²⁾، الا ان هذا القانون لم يصدر لحد الآن على ضوء دستور المذكور، بل ان قانون النافذ لا يزال هو قانون المحكمة الدستورية العليا رقم(48) لسنة 1979 المنظم لطريقة تعيين اعضاء المحكمة، الذي نص في المادة(5) منه علاناً: (يعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية....)، ويلاحظ على هذا النص القانوني بان رئيس المحكمة يتم تعيينه مباشرة من قبل رئيس الجمهورية دون ان يحدد القانون الجهة التي لها الحق باختيار رئيس المحكمة او ترشيحه لرئيس الجمهورية، هذا يعني ان رئيس الجمهورية هو المخول باختيار رئيس المحكمة واصدار امر بتعيينه، لكن النص الدستوري حدد طريقة اختيار رئيس المحكمة، اذ بموجبه كما ذكرنا يتم اختياره من قبل الجمعية العامة للمحكمة الدستورية، وبعد ذلك يصدر امر تعيينه من قبل رئيس الجمهورية. أما تعيين اعضاء المحكمة يتم من قبل رئيس الجمهورية بعد اخذ رأي المجلس الاعلى للهيئات القضائية. فهنا نلاحظ

¹. د. محسن خليل، القانون الدستوري والدساتير المصرية، دار الجامعة الجديد للنشر، القاهرة، 1996، ص 47.

². المادة (193) من دستور المصري لسنة 2014.

بوجود نوعا من التناقض بين النص الدستوري ونص القانون لذا من الضروري صدور قانون جديد لتنظيم المحكمة على ضوء دستور الجديد لسنة 2014.

اما في الكويت فان قانون انشاء المحكمة الدستورية رقم (14) لسنة 1973 جعل سلطة تعيين اعضاء هذه المحكمة مركزة في يد رئيس السلطة التنفيذية بوجه عام، لأن قيام مجلس القضاء لايمثل أي قيد بالنسبة للسلطة التنفيذية، ولايخفى ما في ذلك من الخطورة بالنسبة لتأثير هذه السلطة على عمل المحكمة في موضوع له حساسية وخطورة كالرقابة على دستورية القوانين، اذ تنص المادة(2)من القانون المذكور على ان: (تؤلف المحكمة الدستورية من خمسة مستشارين يختارهم مجلس القضاء بالاقتراع السري. كما يختار عضوين احتياطيين ويشترط ان يكونوا من الكويتيين ويصدر بتعيينهم مرسوم...)

وفي العراق تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس وثمانية اعضاء يجري تعيينهم من مجلس الرئاسة بناءً على ترشيح من مجلس القضاء الاعلى بالتشاور مع مجالس القضائية للاقاليم وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة(هـ) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، وصدر قانون المحكمة رقم (30) لسنة 2005 على ضوء المادة(44) المذكورة. الا ان دستور العراقي لسنة 2005 أقرت تكوين المحكمة بشكل مختلف عما مقرر في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، اذ نصتالفقرة(ثانيا)من المادة (92) على ان: (تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون، يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة، بقانون يسن باغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب)، فهذا النص لم يبين طريقة اختيار قضاة المحكمة الاتحادية العليا، حيث لم يتطرق له نصوص الدستور كما جرى ذلك بالنسبة الى رئيس واعضاء محكمة التمييز الاتحادية ورئيس الادعاء العام ورئيس هيئة الاشراف القضائي، اذ يتم تعيين هؤلاء بموافقة

مجلس النواب بالاغلبية المطلقة بناء على اقتراح من مجلس القضاء الاعلى⁽¹⁾. اذن ان دستور العراقي الجديد لسنة 2005 اقر على ان يتم اختيار اعضاء المحكمة بموجب قانون يسن باغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب، دون ان يحدد أو يشير الى الجهات أو السلطات التي لها الحق باختيارهم، علما ان هذا القانون لم يتم اصداره لحد الآن، لذا من الافضل عند صدور هذا القانون الجديد ان يتم فيها الإقرار للسلطات الثلاثة بحقهم في المشاركة في تعيين اعضاء المحكمة.

من خلال هذا العرض يتبين لنا انه باستثناء المشرع الفرنسي الذي قرر تعيين اعضاء المجلس الدستوري الفرنسي بالمشاركة من قبل السلطتين التنفيذية والتشريعية، فنجد ان لدى مشرعي الدول الاخرى محل الدراسة يتم تعيين اعضاء القضاء الدستوري أما من قبل رئيس الدولة بشكل منفرد أو مع وجود مساهمة شكلية للسلطة القضائية ، فنجد ان اعضاء المحكمة الدستورية في الاردن يتم تعيينهم من قبل الملك وبارادة ملكية بمعنى يتم تعيينهم من قبل السلطة التنفيذية فقط دون مشاركة السلطات الاخرى، في حين ان اعضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر في ظل دستور 1971 يتم تعيينهم من قبل رئيس الجمهورية بعد اخذ رأى المجلس الاعلى للهيئات القضائية كما يعين رئيس المحكمة بقرار منفرد من رئيس الجمهورية، لكن بموجب دستور المصري الجديد لعام 2014 فانه يتم اختيار اعضاء المحكمة من قبل الجمعية العامة للمحكمة الدستورية، وبعد ذلك يصدر امر تعيينهم من قبل رئيس الجمهورية بعد اخذ رأى المجلس الاعلى للهيئات القضائية. بينما المحكمة الدستورية في الكويت يتم تعيين اعضائها من قبل رئيس الجمهورية بعد اختيارهم شكليا من قبل مجلس القضاء. وفيما يخص المحكمة الاتحادية العليا في العراق فانه بموجب قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 يتم تعيين اعضائها من قبل رئيس الجمهورية بناء على اختيارهم من قبل

¹. ينظر: المادة (61/5/أ) والمادة (2/91) من الدستور العراقي لسنة 2005. وكذلك : مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، دار الضياء للطباعة والتصميم، النجف، العراق، 2007، ص78.

مجلس القضاء الاعلى، لكن الدستور العراقي لسنة 2005 سكت عن هذه المسألة واحال تنظيم ذلك الى قانون عادي، الامر الذي نراه نقصاً وخطأً جوهرياً في الدستور ويجب تلافيه مستقبلاً عند اجراء التعديل عليه.

المبحث الثاني

الضوابط الشكلية المتعلقة بأعضاء المحكمة

هناك بعض الضوابط الاساسية يجب مراعاتها واخذها بعين الاعتبار عند التصدي لتنظيم القضاء الدستوري من ناحية أعضائها، اذ ان تلك الضوابط لها تأثير بشكل او آخر على دور هؤلاء الاعضاء ومباشرتهم لمهامهم كاعضاء في القضاء الدستوري، نظرا لمكانة هذا القضاء سواء بالنسبة للسلطات العامة الاخرى او بالنسبة لأجهزة السلطة القضائية ذاتها، لذلك يحرص بعض الدساتير على التقييد بتلك الضوابط في تنظيمه للقضاء الدستوري، والبعض الاخر قد لا يأخذ هذه الضوابط او بعضها بنظر الاعتبار. ولبيان تلك الضوابط ودورها في تحقيق استقلال القضاء الدستوري، يتم توزيع موضوع هذا المبحث لدراسته على ثلاث مطالب وكالاتي:

المطلب الأول: تحديد أعضاء المحكمة حصريا في الدستور

المطلب الثاني: المدة المقررة للعضوية في المحكمة

المطلب الثالث: شرط الكفاءة الفنية لأعضاء المحكمة

المطلب الأول: تحديد أعضاء المحكمة حصريا في الدستور

من صور التي يعتمد للتدخل في السلطة القضائية هو ان الدستور لم يحدد عدد اعضاء المحكمة ويترك تنظيمها للمشرع، فيقوم بادخال أو منع ادخال بعض الاعضاء بحسب ميولهم السياسية، وهذا من الطبيعي ان يمس استقلال القضاء، وعلى الاخص المحاكم العليا التي تتولى مهمة الرقابة على دستورية القوانين، ويلحظ ان هذا الامر يخضع القضاء لرغبات خاصة وتأخذ القضايا وصفا سياسيا بدلاً من وضعها القانوني

ويصبح القضاء آلة بيد السياسة⁽¹⁾. إذ ان تحقيق استقلال الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين، يتطلب تحديد اعضاء هذه الجهة بشكل حصري، حتى لا يدع أي مجال لتدخل السلطة التشريعية في هذا التحديد أو للسلطة التنفيذية. والدستور الفرنسي لسنة 1958 قد حدد اعضاء المجلس الدستوري بتسعة أعضاء⁽²⁾. وكذلك الحال بالنسبة للدستور الاردني الذي حدد بان المحكمة الدستورية تؤلف من تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينهم الملك⁽³⁾. الأمر الذي يفعله الدستور الكويتي لسنة 1962 الذي احال في المادة(173) منه تعيين الجهة القضائية المختصة بالرقابة على دستورية القوانين الى القانون العادي، وقد نصت المادة(2) من قانون رقم 14 لسنة 1973 الخاص بانشاء المحكمة الدستورية على ان: (تؤلف المحكمة الدستورية من خمسة مستشارين يختارهم مجلس القضاء بالاقتراع السري كما يختار عضوين احتياطيين ويشترط ان يكونوا من الكويتيين ويصدر بتعيينهم مرسوم).

وكذلك الحال بالنسبة للدستور المصري لسنة 2014 الذي لم يحدد عدد اعضاء المحكمة في المادة (193) منه التي تقرر تشكيل المحكمة الدستورية العليا، إذ نصت هذه المادة على ان: (تؤلف المحكمة من رئيس، وعدد كاف من نواب الرئيس. وتؤلف هيئة المفوضين بالمحكمة من رئيس، وعدد كاف من الرؤساء بالهيئة، والمستشارين، والمستشارين المساعدين...)، دون ان يحدد عدد هؤلاء الاعضاء، إذ ان هذه المادة اعطت للمشرع العادي تحديد عدد اعضاء المحكمة، غير ان المشرع العادي ايضا لم

¹. وليم دوكلاس، الحرية في ظل القانون، ت: د. ابراهيم اسماعيل الوهب، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1964، ص125. نقلا عن: أنتصار حسن عبدالله، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون- جامعة المستنصرية، سنة 2009، ص 201.

². المادة(56) من الدستور الفرنسي لسنة 1958.

³. المادة(58) من الدستور الاردني المعدل سنة 2011.

يحدد عدد اعضاء المحكمة الدستورية العليا بشكل حصري، وجاء تأكيدا لما ورد في الدستور وبين تشكيل المحكمة اذ نصت المادة (3) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 على ان: (تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من الأعضاء. وتصدر احكامها وقراراتها من سبعة أعضاء.....)، أي لم يحدد القانون هو أيضا عددا ثابتا لأعضاء المحكمة، وانما جعله يقبل الزيادة والنقصان حسب الحاجة، بحيث يكون كاف لأداء مهام المحكمة غير انه أشترط ان تصدر المحكمة احكامها وقراراتها من سبعة أعضاء بشأن قضايا الدستورية نظرا لأهميتها⁽¹⁾، وان هذا الوضع المقرر في الدستور والقانون العادي بالنسبة لتشكيل المحكمة يمكن السلطة التنفيذية التي هي الجهة المختصة بتعيين اعضائها من ضم اعضاء جدد للمحكمة او ان تحاول الانتقاص من هذا العدد حسب مصالحها واهوائها، ويعني الشطر الاخير من المادة على ان عدد اعضاء المحكمة لايجوز ان يقل عن سبعة أعضاء.وقد كان موضوع عدم تحديد عدد أعضاء المحكمة الدستورية مثار نقد شديد حيث يعتبر من الثغرات التي يمكن أن تنفذ من خلالها السلطة السياسية لتزيد من أعضاء المحكمة كلما رأت في مصلحتها ذلك، ومن هنا يمكن التأثير على المحكمة⁽²⁾.

اما بالنسبة لموقف الدستور العراقي فيما يخص تحديد عدد اعضاء المحكمة الاتحادية العليا، فنجد ان قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، قد قرر تشكيل هذه المحكمة من تسعة اعضاء، اذ نصت المادة (44/هـ) منه على ان:(تتكون المحكمة الاتحادية العليا من تسعة اعضاء.....)، وقد جاء قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 على ضوء هذا الإقرار الدستوري بتشكيل المحكمة من اعضاء محددين بالعدد، اذ نصت المادة (3) منه على ان:(تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس وثمانية اعضاء.....). لكن موقف الدستور العراقي لسنة 2005 جاء على عكس ما مقرر في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، اذ

¹. د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1993، ص 328.

². د. عبدالعزيز محمد سلمان، مصدر سابق، ص163.

ان الدستور الجديد لم يقرر تحديد عدد اعضاء المحكمة، واحال ذلك الى المشرع العادي لتحديدها، وان الدستور قرر فقط طبيعة الاعضاء الذين يتكون منهم المحكمة، وذلك بإقرارها بان المحكمة تتكون من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون، اذ نص في المادة (92/ ثانياً) على ان: (تتكون المحكمة الاتحادية العليا، من عدد من القضاة، وخبراء في الفقه الاسلامي، وفقهاء القانون، يحدد عددهم، بقانون يسن باغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب)، ويعد ذلك نقصاً في دستور العراقي لسنة 2005 من الضروري ان تلافيه عند اجراء اقرب تعديل عليه. علماً ان المشرع العادي لم يصدر قانوناً للمحكمة على ضوء الدستور الجديد، رغم اختلاف موقف الدستوريين لعامي 2004 و 2005 بخصوص تكوين المحكمة، ولا يزال قانون المحكمة الصادر على ضوء دستور 2004 هو النافذ والمنظم لطبيعة المحكمة من حيث تكوينها واختصاصاتها.

من خلال عرض موقف تلك الدساتير المقارنة بصدد تحديد عدد اعضاء المحكمة، نجد ان كل من الدستور الفرنسي لسنة 1958 والدستور الاردني لسنة 1952 والدستور العراقي لسنة 2004 قد قررا تحديد عدد اعضاء المحكمة بتسعة اعضاء، في حين ان الدستور الكويتي لسنة 1962 لم يقرر تحديد اعضاء المحكمة وانما احال ذلك الى القانون العادي، بينما الدستور المصري لعامي 1971 و 2014 لم يحددا عدد اعضاء المحكمة، وان قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 لم يحدد عدد اعضاء المحكمة ايضاً، كما ان هذا القانون لم يجري عليه اي تعديل بهذا الخصوص بعد صدور دستور 2014. وكذلك الحال بالنسبة لدستور العراقي لسنة 2005 لم يقرر تحديد عدد اعضاء المحكمة، بل احال ذلك الى القانون العادي لتحديدها، غير ان هذا القانون لم يصدر لحد الآن ولم يجري اي تعديل على قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 الصادر على ضوء دستور 2004 بهذا الخصوص.

المطلب الثاني: المدة المقررة للعضوية في المحكمة

تشكل مدة ولاية القضاة الدستوريين عاملاً مهماً في استقلالهم، فولاية قصيرة مثلاً قد تؤدي إلى وضع القضاة مباشرة تحت تأثير تطور اللعبة الانتخابية، كما تؤدي إلى تشكيل المحكمة الدستورية على نموذج البرلمان، كما أن التغيير المتكرر للقضاة من شأنه الحد من تطور الأبحاث، وبالتالي فهو يؤدي إلى ضعف المحكمة. وبالعكس فإن ولاية طويلة جداً، وخاصة إذا كانت لمدى الحياة يمكن أن تؤدي إلى الانقطاع عن تطورات المجتمع⁽¹⁾. وإن عدم تجديد مدة عضوية القاضي الدستوري يمثل ضماناً هاماً لاستقلال القضاء الدستوري من حيث أن السلطات المناط بها التعيين تقتصر إلى وسائل التأثير على المحكمة، كما أنه من المقرر أيضاً أن تأييد العضوية يصطدم بضرورة تطور أحكام القضاء ومسايرتها للتطورات السياسية والاجتماعية، لذا فمن الأحسن أن يتم التوفيق بين هاتين الوجهتين، بشكل يضمن من خلالها استقلال القاضي الدستوري والجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين. وكذلك أن تواتر تعيين أعضاء المجلس الدستوري يمكن أن يكون له تأثيراً على طريقة ممارسة ولايتهم، فإذا كان يتم تعيين الجميع دفعة واحدة ولمدة واحدة، وبالتالي يتم تغييرهم جميعاً دفعة واحدة فإن خطر الانقطاع تكون كبيرة، فعلى جميع القضاة أن يتعلموا وظائفهم الجديدة بدون تحضير أو مساعدة من أحد، أما إذا اعتمدت المداورة على ثلاث دفعات أو دفعتين مباشرة فإنه من السهولة بالنسبة لقضاة الجدد التدريب على مهامهم الجديدة من خلال احتكاكهم مع زملائهم القدامى الذين يمكن أن تتأثر أفكارهم بالوافدين الجدد⁽²⁾.

ففي فرنسا تكون مدة العضوية في المجلس الدستوري تسع سنوات غير قابلة للتجديد، سواء بعد انتهائها مباشرة أو بعد ذلك بفترة، وهذا ما قرره المادة (56) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 بنصه على أن: (يتألف المجلس الدستوري من تسعة أعضاء، يتولى كل منهم منصبه لفترة غير قابلة للتجديد من تسع سنوات)، وهذه الولاية غير

¹. د. زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، مصدر سابق، ص 283.

². د. زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، مصدر سابق، ص 284.

قابلة للتجديد على الأقل بشكل مباشر، لكن بشكل استثنائي يمكن تجديد ولاية شخص لمدة تسع سنوات عندما يكون هذا الشخص الذي عين خلفاً لعضو متوفي أو مستقل قد مارس هذه الوظيفة لأقل من ثلاث سنوات⁽¹⁾، حيث اجاز القانون العضوي الخاص بالمجلس الدستوري تجديد تعيين العضو الذي حل بديلاً لتكملة ولاية اذا لم تتجاوز ولايته الثلاث سنوات⁽²⁾. وان تحديد مدة العضوية في المجلس الدستوري بهذه المدة جاءت لتحقيق فكرة مؤداها ان تأقيت العضوية بمدة طويلة نسبيا هو ضمان لهيئة المجلس الدستوري وتجسيد الجدية في اعماله من جهة، وان عدم تجديد مدة العضوية هو ضمان لاستقلال المجلس من جهة اخرى. اذ ان الاستمرار في العضوية لتسع سنوات يعد مدة طويلة والتي بدورها تشكل ضماناً أساسية لاستقلالية المجلس في وجه السلطة السياسية.

وان الدستور الأردني لسنة 1952 والمعدل في سنة 2011 قرر في المادة (58) منه تحديد مدة العضوية في المحكمة الدستورية بست سنوات غير قابلة للتجديد، وذلك بنصها على ان: (...تكون مدة العضوية في المحكمة الدستورية ست سنوات غير قابلة للتجديد). ونرى بان هذه المدة قصيرة نسبيا بالنسبة لمن يصبح عضواً في القضاء الدستوري.

أما الدستور المصري لاعوام 1971 و 2014 لم يحدد مدة العضوية في المحكمة الدستورية العليا، كما لم يأخذ قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 بتأقيت العضوية بمدة قصيرة، كما كان الحال في قانون المحكمة العليا رقم (81) لسنة 1969 الذي حدد فيه هذه المدة بثلاث سنوات، وانما اخذ بتأقيت العضوية بمدة طويلة نسبيا، وذلك من خلال تحديده الحد الأدنى والأعلى لسن العضو في المحكمة

¹. هنري روسيون، المجلس الدستوري، ت: د. محمد وطفه، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2001، ص24.

². المادة(12) من القانون الاساسي للمجلس الدستوري رقم 58 لسنة 1958.

الدستورية العليا، إذ اشترط على أن لا يقل سن القاضي الدستوري عن 45 عاماً ولا يزيد على 70 عاماً⁽¹⁾. وبالتالي فقد تجنب الانتقاد الذي كان يوجه دائماً الى قانون المحكمة العليا رقم (30) لسنة 1969، إذ كان ينظر الى تأقيت العضوية بمدة ثلاث سنوات، على انها نوع من القابلية لعزل القاضي الدستوري بطريقة غير مباشرة⁽²⁾.

أما في الكويت فأن المشرع الكويتي لم يفرض من خلال قانون المحكمة الدستورية حداً أدنى لسن القاضي الدستوري، بينما فرض حداً اقصى وهو بلوغ سن التقاعد، وهو سبعون عاماً⁽³⁾.

وفي العراق لم يحدد كل من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 والدستور العراقي لسنة 2005 مدة العضوية في المحكمة الاتحادية العليا، وقد اطلق أيضاً قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 مدة العضوية من اي تقييد او تحديد، إذ انه قرر ان يستمر العضو في عضوية المحكمة الا اذا رغب هو بترك الخدمة، وذلك وفق المادة (6/ثالثاً) منه بنصها على ان: (يستمر رئيس واعضاء المحكمة الاتحادية العليا بالخدمة دون تحديد حد اعلى للعمر الا اذا رغب بترك الخدمة)، وهذه الحالة قد يترتب عليها عدم جدية المحكمة في عملها.

من خلال عرض موقف تلك الدساتير المقارنة بصدد تحديد مدة العضوية لأعضاء المحكمة، نجد ان الدستور الفرنسي لسنة 1958 قد حدد هذه المدة بتسع سنوات غير قابلة للتجديد، وفي الدستور الاردني لسنة 1952 محددة بست سنوات غير قابلة للتجديد أيضاً، ولم يحدد الدستور المصري لسنة 2014 مدة العضوية في المحكمة الدستورية العليا، غير أن قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 قرر تأقيت العضوية بمدة طويلة نسبياً، وذلك من خلال تحديده الحد الأدنى

¹. ينظر المادتين (4 و 14) من قانون امحكمة الدستورية العليا المصري رقم (48) لسنة 1979.

وكذلك ينظر: يحيى الجمل، مصدر سابق، ص 282.

². د. عصمت عبدالله الشيخ، مصدر سابق، ص 33.

³. القانون رقم (10) لسنة 1996.

والاعلى لسن العضو في المحكمة الدستورية العليا بين 45 عاما و 70عاما. في حين ان موقف الدستور الكويتي لعام 1962 فيما يخص تحديد مدة العضوية أقتصرت على تحديد الحد الاعلى لسن القاضي الدستوري وهو سبعون عاما دون التحديد لحد الأدنى. بينما نجد ان المشرع العراقي اطلق مدة عضوية القاضي الدستوري من كل قيد سواء في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 والدستور العراقي لسنة 2005 وكذلك في قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005.

المطلب الثالث: شرط الكفاءة الفنية لأعضاء المحكمة

تختلف النظم القانونية في تطلب الكفاءة القانونية كشرط للتعيين في القضاء الدستوري، فمنها ما لايتطلب هذا الشرط ، كفرنسا والولايات المتحدة الامريكية وسويسرا، ولكن كثير من الدول تشترط صراحة ان يكون المرشح ذا تكوين قانوني. لأن مهمة الرقابة على دستورية القوانين تقتضي من القائمين عليها توفر الخلفية القانونية الواسعة وتفكيراً منهجياً وقدراً واسعاً من حرية الفكر والابداع، اذ ان ما يعرض على القضاء الدستوري من القضايا هو من ادق امورالقانون. لأجل ذلك تشترط غالبية الدول في قوانينها المنظمة للقضاء الدستوري توفر التخصص القانوني في القاضي الدستوري، كي لا تتناثر المسائل القانونية باهواء ونزوات التيارات السياسية. وحتى ان بعض الدول التي لم تشترط في قوانينها التخصص القانوني مثل الولايات المتحدة الامريكية وسويسرا وفرنسا، فان العمل قد جرى في الواقع على ان يتم الاختيار من بين العناصر القانونية¹، فعلى سبيل المثال نجد أن عامل الكفاءة في الولايات المتحدة الامريكية يعد على جانب كبير من الاهمية،اذ ان الرؤساء الجمهورية يتوافر لديهم الدافع لأختيار رجال القانون على مستوى عال من الكفاءة، لأنه من المحتمل ان يتسبب المرشح الذي

¹. الأستاذة حنان محمد ابراهيم الشويهدى، مصدر سابق، ص 33-35.

تتقصه هذه الصفة في وضع الرئيس في موقف محرج⁽¹⁾. ويلاحظ بان التركيبة الافضل للمحكمة الدستورية هي في وجود اختصاصيين في بعض ميادين الحقوق الاساسية، وفي وجود توازن بين الاختصاصيين وبين ممارسي المهن القضائية من جهة وتوازن بين الحقوقيين وبين السياسيين الممارسين أو الأخصائيين بعلم السياسة من جهة ثانية، لأن المشاكل التي ينظر بها المجلس أو المحكمة هي غالباً مشاكل قانونية- سياسية بحيث يتكامل داخل تركيبة المجلس الدستوري أساتذة الجامعة في القانون والسياسة وقدامى البرلمانين والوزراء و محامون وقضاة⁽²⁾.

ففيما يخص موقف الدستور الفرنسي لسنة 1958 انه لم يلزم السلطات السياسية التي تقوم بتعيين أعضاء المجلس الدستوري ان يراعي أي شرط فيما يتعلق بصفة الاشخاص الذين يتم اختيارهم لهذا المنصب، اذ قررت المادة (56) منه تحديد عدد اعضاء المجلس مع مدة عضويتهم فقط وذلك بنصها على ان: (يتألف المجلس الدستوري من تسعة أعضاء، يتولى كل منهم منصبه لفترة غير قابلة للتجديد من تسع سنوات)، يتبين ان هذا النص لاتضع شروطا للعمر او للشهادة او المهنة لعضوية المجلس الدستوري، بحيث ان السلطات السياسية التي تقوم بالتعيين هي حرة وغير مقيدة الى حد كبير في اختيار هؤلاء الأعضاء، اذ لايتطلب الدستور ولا القانون الاساسي للمجلس الدستوري أي شرط فيما يتعلق بصفة الاشخاص الذين يتم تعيينهم، يكفي فقط ان يكون المرشح متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية، وهذا يعني ان النصوص الدستورية لم تفرض على السلطات العامة ان يقوموا باختيار الاعضاء من بين الفقهاء القانونيين أو القضاة، وعلى الرغم من ذلك فأن هذه النصوص لم تمنع في وقت ذاته هذه السلطات من ان تقوم بالتعيين من بين فقهاء القانون أو القضاة⁽³⁾. ومن انتقادات

1. د. أحمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص 193 و 194.

2. د. زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، مصدر سابق، ص 375.

3. د. عصام سعيد عبد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2013، ص 240.

الذي يوجه الى تشكيل المجلس الدستوري هو قلة الحقوقيين العاملين في مجال القانوني من قضاة أو محامين⁽¹⁾.

في حين ان الدستور الاردني المعدل سنة 2011 في الفقرة (1/ج) من المادة (61) منهقد حددت الشروط الواجب توافرها من حيث الكفاءة الفنية فيمن يعين عضوا في المحكمة الدستورية وذلك بنصها على: (أن يكون ممن خدموا قضاة في محكمتي التمييز والعدل العليا أو من أساتذة القانون في الجامعات الذين يحملون رتبة الأستاذية أو من المحامين الذين أمضوا مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة في المحاماة ومن أحد المختصين الذين تنطبق عليهم شروط العضوية في مجلس الأعيان)، وجاء قانون المحكمة الدستورية رقم 15 لسنة 2012 لتؤكد في المادة (6) منه على نفس الشروط المقررة في الدستور، ويلاحظ انه بخصوص شرط أن يكون القاضي الدستوري قد خدم في محكمتي التمييز والعدل العليا، فإن هذا النص يثير مشكلة أنه يشترط الخدمة في المحكمتين معا لكي يعين القاضي في المحكمة الدستورية، ومعظم القضاة يعملون إما في محكمة التمييز أو محكمة العدل العليا، لذا كان يجب أن ينص مشروع القانون على أن يعين في المحكمة الدستورية من خدم في محكمة التمييز أو محكمة العدل العليا. كما أن النص لم يحدد عددا معيناً من سنوات الخدمة للقاضي في محكمة التمييز والعدل العليا لكي يعين في المحكمة الدستورية. أما ما أورده الدستور وقانون المحكمة الدستورية بأنه يجب أن يكون أحد أعضاء المحكمة من المختصين الذين تنطبق عليهم شروط العضوية في مجلس الأعيان على أن يكون قد بلغ الخمسين من

¹. د. زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، مصدر سابق، ص 374. وكذلك ينظر:

الأستاذة حنان محمد ابراهيم الشويهدى، مصدر سابق، ص 33.

العمر⁽¹⁾، فهو ينطوي على مخاطرة توسيع نطاق الأشخاص المعينين في المحكمة الدستورية. لذا يرى البعض بان المشرع القانوني ومن قبله المشرع الدستوري قد أخطأ في المادة (61) من الدستور عندما أقام القياس بين شروط التعيين في المحكمة الدستورية وشروط العضوية في مجلس الأعيان وذلك بسبب الاختلاف في طبيعة الوظائف ومهام كل منها. فمجلس الأعيان هو المجلس الأعلى الذي يراجع جميع الأعمال والقرارات التي تصدر عن مجلس النواب في الأمور التشريعية، بالتالي فإنه يستقيم مع المنطق القانوني أن يشترط في العين أن يكون من الشخصيات الحائزة على ثقة الشعب واعتماده بأعمالهم وخدماتهم للأمة والوطن. أما قضاة المحكمة الدستورية فهم يقومون بمهمة قضائية بحثية ويجب أن يكون المؤهل والخبرة القانونية والقضائية هي المعايير الأساسية لاختيارهم بغض النظر إذا كانوا من الشخصيات المعروفة بخدمتهم للوطن والأمة⁽²⁾.

أما في مصر فقد تضمنت المادة(4) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 الشروط التي يجب توافرها فيمن يعين عضواً بالمحكمة الدستورية العليا، فتطلب ان تتوافر فيهم الشروط العامة اللازمة لتولي منصب القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية، وان يكون من بين الفئات اوضحتها المادة المذكورة بانها: أعضاء المحكمة العليا التي كانت قائمة قبل انشاء المحكمة الدستورية العليا، وايضاً أعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين ممن امضوا في وظيفة المستشار أو

¹. نصت الفقرة (ب) من المادة(6) من قانون المحكمة الدستورية رقم 15 لسنة 2012 على ان: (يجب أن يكون أحد أعضاء المحكمة من المختصين الذين تنطبق عليهم شروط العضوية في مجلس الأعيان على أن يكون قد بلغ الخمسين من العمر).

². المحامي الدكتور ليث كمال نصرأوين، قراءة في مشروع قانون المحكمة الدستورية لسنة 2012، المتاح على الموقع الالكتروني الآتي: شبكة قانوني الاردن - <http://www.lawjo.net> تاريخ الزيارة: 2016/3/20.

ما يعادلها خمس سنوات متصلة على الأقل، وكذلك أساتذة القانون الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية ممن امضوا في وظيفة الأستاذ ثماني سنوات متصلة على الأقل، واخيرا المحامين الذين أشغلوا امام محكمة النقض والمحكمة الادارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل. ويتضح من ذلك ان المشرع قد جعل تشكيل المحكمة الدستورية العليا من عناصر قانونية متخصصة. كما وانه ومراعاة لصفة القضائية للمحكمة نصت المادة الخامسة من القانون المذكور على ان يكون ثلثا عدد أعضاء المحكمة على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية، ليزودوا المحكمة بتجاربيهم وخبراتهم، على ان يترك مجال الاختيار بالنسبة لباقي أعضائها من بين الهيئات القضائية وأساتذة القانون والمحامين⁽¹⁾، معنى ذلك ان ثلث أعضاء المحكمة يمكن اختيارهم من خارج الهيئة القضائية ومن بين أساتذة الجامعات والمحامين، وتشكيل المحكمة على هذا النحو يتفق وطبيعتها القضائية المعلنة بنصوص الوثيقة الدستورية.

في حين الدستور الكويتي لسنة 1962 نصفي المادة (173) منه على ان (يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح،...)، وهذا النص يوحى للوهلة الأولى باقتصار تشكيل المحكمة على القضاة وحدهم، ولكن المذكرة الايضاحية للدستور قد أوضحت الهدف الذي يكمن وراء اصطلاح (الجهة القضائية) الذي ورد في المادة المذكورة، وقررت انه ليس من الضروري تشكيل هذه الهيئة من عناصر قضائية فقط، بل يجوز ان يشترك في أعمالها عناصر من مجلس الأمة ومن الحكومة الى جانب رجال القضاء العالي في الدولة. وعلى خلاف هذا الاتجاه سار قانون انشاء المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 فأقتصر على تشكيل المحكمة من العناصر القضائية وحدها. وما أخذ به قانون المحكمة هذها ليعيد خروجاً عن المذكرة التفسيرية للدستور، التي لها صفة الالتزام، اذ

¹. ينظر: المذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم 48 لسنة 1979 بشأن انشاء المحكمة الدستورية العليا.

تمسك بالاصل دون الاستثناء، لان المذكرة التفسيرية للدستور اعتبرت القضاة هم الاصل في تشكيل المحكمة الدستورية، والاستثناء هو مشاركة مجلس الامة والحكومة في تشكيلها⁽¹⁾. وقد جرت عام 1993 محاولة لتلافي هذا الوضع والأقترب أكثر من نص الدستور بفتح باب عضوية المحكمة لعدد من غير القضاة، الا ان هذه المحاولة لم يقدر لها النجاح⁽²⁾. وقد نصت المادة(2) من قانون رقم 14 المذكورة على أن: (تؤلف المحكمة الدستورية من خمسة مستشارين يختارهم مجلس القضاء بالأقتراع السري، كما يختار عضوين أحتياطيين...، يستنتج من هذا النص بان المشرع الكويتي اشترط على من يكون عضوا بالمحكمة ان يكون مستشاراً فقط دون ان يتطلب توافر عنصر التخصص المطلوب لممارسة مهمة الرقابة على دستورية القوانين، كما انه لم يتطلب التفرغ لعضوية هذه المحكمة، الامر الذي يعني ان اعضاء المحكمة غير متخصصين، ولن يكونوا كذلك لأنهم غير متفرغين⁽³⁾).

اما في العراق فان الفقرة(2) من المادة (92) مندستور سنة 2005 قد نصت على ان: (تتكون المحكمة الاتحادية العليا، من عدد من القضاة، وخبراء في الفقه الاسلامي، وفقهاء القانون.....)، يتضح من هذا النص بانه يتوجب تشكيل المحكمة الاتحادية من ثلاث فئات، وهم القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون، أي ان المشرع قد نوع تركيبة هذه المحكمة بحيث اوجب ان تشمل عددا من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وكذلك فقهاء في القانون، في حين ان المحكمة الاتحادية تعد محكمة قضاء دستوري، وتمارس اختصاصات قانونية لذا فان اشراك خبراء الفقه الاسلامي في تشكيل المحكمة يعد غير منطقي، كونه لا ينسجم مع ممارسة الاختصاصات القانونية المناطة

¹. د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، ط4، بدون دار نشر، الكويت، 2001، ص 1060.

². د. فتحى فكرى، القانون الدستوري. المبادئ الدستورية العامة، الكتاب الأول، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2002، ص203.

³. د. عصمت عبدالله الشيخ، مصدر سابق، ص 37.

بالمحكمة، كما انه يؤدي الى نقل الخلافات الطائفية والمذهبية للفقهاء الاسلاميين الى عمل المحكمة، مما يؤثر سلبيًا على عمل المحكمة ان لم يؤدي الى شل حركتها وتعطيل عملها⁽¹⁾. عليه نتفق مع البعض بان تركيبة المحكمة ينبغي ان تنحصر بالقضاة وكذلك القانونيون سواء كانوا محامين او اساتذة في القانون دون ان يدخل في تركيبها عناصر في الفقه الاسلامي، حتى لا تصبح المحكمة محطة لصراعات مذهبية او طائفية، فضلا عن انه حتى اذا نصت المادة الثانية من الدستور على عدم امكانية سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام فانه لا يوجد في دستور اي دولة عربية او اسلامية، التي تاخذ بنفس مضمون هذا النص الاخير، نسا يوجب ان يكون من بين تركيبة المحكمة المختصة خبراء في الفقه الاسلامي، بل وان قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 ذاته الذي اشار الى نفس مضمون المادة الثانية لم يوجب ذلك⁽²⁾. وعلى هذا الاساس فانه من الضروري ان تكون تركيبة المحكمة قضائية وقانونية دون ان تكون مذهبية وطائفية، علما ان الجانب القضائي ينبغي ان يكون اكثر عددا من الجانب المتعلق بالفقه القانوني. ومن الجدير بالذكر ان هذه المحكمة لم تشكل وفق الآلية المحددة في دستور سنة 2005، إذ صدر امر بتشكيلها قبل نفاذ هذا الدستور بالاستناد الى حكم المادة (44) من قانون ادارة الدولة العراقية لسنة 2004 و المادة(3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 من تسع قضاة، برئاسة رئيس مجلس القضاء وعضوية ثمانية قضاة بعد التشاور مع المجالس القضائية للاقليم، ودون ان يتم اجراء أي تغيير على تشكيلة المحكمة أو صدور قانون جديد للمحكمة بعد نفاذ دستور 2005 ليتسق مع مضمونه، وبالتالي يكون وجود المحكمة وطبيعتها دستوريا وكذلك قراراتها تكون متفقة مع احكام

1. د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 3013، ص 377.

2. د. عصام سيعد عبد أحمد، مصدر سابق، ص 319.

الدستور⁽¹⁾. لذا ندعو السلطة التشريعية في العراق الى الاسراع في اصدار قانون المحكمة الاتحادية العليا بالشكل الذي يضمن اصداره متطابقا مع نصوص الدستور الجديد لسنة 2005.

من خلال عرض موقف الدساتير المقارنة بصدد توفر الكفاءة الفنية لأعضاء المحكمة، نجد ان المشرع الفرنسي لم يلزم السلطات السياسية التي تقوم بتعيين أعضاء المجلس الدستوري ان يراعي أي شرط فيما يتعلق بصفة الاشخاص الذين يتم اختيارهم لهذا المنصب، بينما موقف مشرعي الدول الاخرى محل الدراسة كل من الاردني، المصري، الكويتي، و العراقي قد حددتا الشروط الواجب توافرها من حيث الكفاءة الفنية فيمن يعين عضوا في القضاء الدستوري. فالمشرع الاردني تطلب فيمن يعين عضوا في المحكمة الدستورية بأن يكون قاضياً في محكمتي التمييز والعدل العليا أو أستاذاً للقانون أو محامياً، والمشرع المصري بالاضافة الى انه الزمان تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي منصب القضاء ويجب ان يكون من بين أعضاء المحكمة العليا أو أعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين ، أو أستاذاً للقانون أو محامياً. في حين ان المشرع الكويتي أقتصر على تشكيل المحكمة من العناصر القضائية وحدها. أما المشرع العراقي فنجد ان دستور سنة 2005 قد نوع تركيبة المحكمة الاتحادية العليا بحيث اوجب ان تشمل عددا من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وكذلك فقهاء في القانون، وكان الاجدر بالدستور ان يقتصر تركيبة المحكمة بالقضاة وكذلك القانونيون سواء كانوا محامين او اساتذة في القانون دون ان يدخل في تركيبها عناصر في الفقه الاسلامي. علما ان هذه المحكمة لم تشكل وفق الدستور المذكور لحد الآن، بل تشكيلها تم بالاستناد الى قانون ادارة الدولة العراقية لسنة 2004 و قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 وبموجبها تنحصر عضوية المحكمة

¹. د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، بيت الحكمة، بغداد، 2008، ص19. ود. مصدق عادل طالب، القضاء الدستوري في العراق، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015، ص21.

على القضاة وحدهم، اذ شكل هذه المحكمة من تسع قضاة، برئاسة رئيس مجلس القضاة وعضوية ثمانية قضاة .

الخاتمة

في ختام هذا البحث توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات ندرجها أدناه:
أولاً: الأستنتاجات:

1. ان كل من الدستور الفرنسي، الأردني، والعراقي لسنة 2004 قررا في مضمونهما تشكيل المحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين. أما كل من الدستور الكويتي، المصري لأعوام 1971 و 2014، والعراقي لسنة 2005، لم يتناول آليات تشكيل المحكمة الدستورية تفصيلاً رغم الإقرار بتشكيلها ودون وجود مبرر لذلك، بل اوكلا ذلك الأمر الى المشرع العادي، إذ انه يجب على الدستور ان يتضمن ذلك التنظيم كما هو الحال بالنسبة للسلطات الاخرى، باعتباره من المهام الاساسية للدستور ضمانا لسموه. وحتى عند احالة امر تنظيم القضاء الدستوري الى المشرع العادي، ينبغي على الاخير ان يضمن له الاستقلال عن السلطات العامة في الدولة، الامر الذي لم يفعله المشرع العادي في مصر والكويت، وفي العراق لم يصدر القانون الخاص بتنظيم امر المحكمة لحد الآن على ضوء دستور 2005.

2. انه باستثناء المشرع الفرنسي الذي قرر تعيين اعضاء المجلس الدستوري الفرنسي بالمشاركة من قبل السلطتين التنفيذية والتشريعية، فنجد ان لدى مشرعي الدول الاخرى محل الدراسة يتم تعيين اعضاء القضاء الدستوري أما من قبل رئيس الدولة بشكل منفرد أو مع وجود مساهمة شكلية للسلطات القضائية، فاعضاء المحكمة الدستورية في الاردن يتم تعيينهم من قبل الملك دون مشاركة السلطات الاخرى، واعضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر يتم تعيينهم من قبل رئيس الجمهورية بعد اخذ رأى المجلس الاعلى للهيئات القضائية كما يعين رئيس المحكمة بقرار منفرد من رئيس الجمهورية وفق دستور 1971 ، لكن بموجب دستور 2014 فانه يتم اختيار اعضاء المحكمة من قبل الجمعية العامة للمحكمة الدستورية، وبعد ذلك يصدر امر تعيينهم من قبل رئيس الجمهورية بعد اخذ رأى المجلس الاعلى للهيئات القضائية. بينما المحكمة الدستورية في الكويت يتم تعيين اعضائها من قبل رئيس الجمهورية بعد

اختيارهم شكلياً من قبل مجلس القضاء. وفيما يخص المحكمة الاتحادية العليا في العراق فإنه بموجب دستور 2004 يتم تعيين أعضائها من قبل رئيس الجمهورية بناء على اختيارهم من قبل مجلس القضاء الأعلى، لكن دستور 2005 سكت عن هذه المسألة واحال تنظيم ذلك الى قانون عادي، دون ان يحدد أو يشير الى الجهات أو السلطات التي لها الحق باختيارهم الامر الذي نراه نقصاً وخللاً جوهرياً في الدستور.

3. فيما يخص موقف الدساتير المقارنة بصدد تحديد عدد اعضاء المحكمة، نجد ان كل من الدستور الفرنسي لسنة 1958 والدستور الاردني لسنة 1952 والدستور العراقي لسنة 2004 قد قررا تحديد عدد اعضاء المحكمة بتسعة اعضاء، في حين ان الدستور الكويتي لسنة 1962 والدستور المصري لاعوام 1971 و 2014 لم يقرر فيها تحديد عدد اعضاء المحكمة، وكذلك الحال بالنسبة للدستور العراقي لسنة 2005 الذي اوكل ايضا امر تحديد عدد اعضاء المحكمة الى القانون العادي، غير ان هذا القانون لم يصدر لحد الآن ولم يجري اي تعديل على قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 الصادر على ضوء دستور 2004 بهذا الخصوص. وكان الاجدر بهذا الدستور ان يحدد عدد اعضاء المحكمة ضمن نصوصه اسوة بدستور سنة 2004 ضمنا لاستقلال المحكمة وصيانتها من تدخل السلطة التشريعية.

4. بخصوص تحديد مدة العضوية لأعضاء القضاء الدستوري، نجد ان كل من الدستور الفرنسي لسنة 1958 والدستور الاردني لسنة 1952 قد حددامدة العضوية بتسع سنوات وست سنوات على التوالي، واكدنا على ان هذه المدة غير قابلة للتجديد. بينما لم يتم تحديد مدة العضوية في المحكمة الدستورية العليا في كل من الدستور المصري لأعوام 1971 و2014 والدستور الكويتي لسنة 1962 بل قررالاخيرتأقيت العضوية بمدة طويلة نسبياً من خلال تحديد الحد الاعلى لسن القاضي الدستوري، وكذلك في قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم 48 لسنة 1979 تم تحديد

الحد الأدنى والأعلى لسن العضو. بينما نجد ان المشرع العراقي اطلق مدة عضوية القاضي الدستوري من كل قيد سواء في دستور سنة 2004 والدستور العراقي لسنة 2005 وكذلك في قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005.

5. فيما يتعلق بموقف الدساتير المقارنة بصدد توفر الكفاءة الفنية لأعضاء المحكمة، نجد ان المشرع الفرنسي لم يفرض أي شرط فيما يتعلق بصفة الاشخاص الذين يتم اختيارهم للعضوية في المجلس الدستوري، بينما حدد الشروط الواجب توافرها من حيث الكفاءة الفنية فيمن يعين عضوا في القضاء الدستوري من قبل المشرع الاردني، المصري، الكويتي، و العراقي. فالمشرع الاردني والمصري تطلبا فيمن يعين عضوا في المحكمة الدستورية بأن يكون قاضياً أو أستاذاً للقانون أو محامياً. أما المشرع الكويتي أفترض على تشكيل المحكمة من العناصر القضائية وحدها. في حين ان المشرع العراقي قد نوع تركيبة المحكمة الاتحادية العليا في دستور 2005، بحيث اوجب ان تشمل عددا من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وكذلك فقهاء في القانون، وكان الاجدر بالدستور ان يقتصر تركيبة المحكمة بالقضاة وكذلك القانونيون سواء كانوا محامين او اساتذة في القانون دون ان يدخل في تركيبها عناصر في الفقه الاسلامي. علما ان هذه المحكمة لم تشكل وفق الدستور المذكور لحد الآن، بل تشكيلها تم بالاستناد الى قانون ادارة الدولة العراقية لسنة 2004 و قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 وبموجبهما تنحصر عضوية المحكمة على القضاة وحدهم.

ثانياً: المقترحات:

1. نقترح على المشرع الدستوري العراقي عند اجراء التعديل على دستور سنة 2005، ان يتضمن هذا التعديل الإقرار الدستوري بتنظيم المحكمة الاتحادية العليا من حيث تكوينه واختصاصاته بصورة واضحة ومفصلة كما هو الحال بالنسبة للسلطات الاخرى ضمناً لأستقلال المحكمة. لا ان يبقى امر تنظيم هذه المحكمة وفق قانون عادي

يصدره مجلس النواب بأغلبية الثلثين، علما ان حتى هذا القانون لم يتم اصداره الى الآن وفق ما مقرر في الدستور.

2. نقترح عند اجراء التعديل على دستور سنة 2005 أو صدور قانون الخاص بالمحكمة الاتحادية العليا على ضوءه، ان يقرر فيهما على ان يتم اختيار اعضاء هذه المحكمة من قبل المجلس الاعلى للهيئات القضائية، وان تكون اداة تعيينهم قرار من رئيس الجمهورية، وان يختار رئيس المحكمة من بينهم بواسطة الانتخاب، وان تكون اداة تعيينه قرار يصدر ايضا من رئيس الجمهورية، شرط تقييد رئيس الجمهورية باختيار المجلس الاعلى للهيئات القضائية، ونتيجة الانتخاب.

3. تحديد عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا بشكل حصري في تعديل المزمع اجراءه على الدستور او في القانون العادي الذي اوكل دستور 2005 الى المشرع العادي اصداره بخصوص المحكمة هذه.

4. تحديد مدة عضوية أعضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق بتسع سنوات كونها مدة معقولة نسبيا وتشكل عاملا مهما في استقلالهم، لأن ولاية قصيرة شأنه الحد من تطور الأجتهد، أما ولاية طويلة جدا سيما ان كانت لمدى الحياة يمكن ان تؤدي بالمحكمة الى الانقطاع عن تطورات المجتمع. وعلى ان تكون هذه المدة غير قابلة للتجديد لمنع السلطات المناط بها التعيين من امتلاك اي وسائل التأثير على المحكمة، وعلى ان يتم تعيين الاعضاء بالتواتر لان ذلك يساعد الاعضاء الجدد التدرج على مهامهم الجديدة من خلال احتكاكهم مع زملائهم القدامى الذين يمكن ان تتاثر افكارهم بالوافدين الجدد.

5. يقتصر تركيبة المحكمة بالقضاة وكذلك القانونيون سواء كانوا محامين او اساتذة في القانون دون ان يدخل في تركيبها عناصر في الفقه الاسلامي. و ينبغي ان يكون الجانب القضائي اكثر عددا من الجانب المتعلق بالفقه القانوني. وان اشراك خبراء الفقه الاسلامي في تشكيل المحكمة يعد غير منطقي، كونه لا ينسجم مع ممارسة

الاختصاصات القانونية المناطة بالمحكمة، كما انه يؤدي الى نقل الخلافات الطائفية والمذهبية للفقهاء الاسلاميين الى عمل المحكمة، مما يؤثر سلبا على عمل المحكمة ان لم يؤدي الى شل حركتها وتعطيل عملها.

المصادر

الكتب والمراجع العلمية :

1. د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والاقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960.
2. أنتصار حسن عبدالله، الحماية الدستورية لاستقلال السلطة القضائية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة المستنصرية، سنة 2009.
3. د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 3013.
4. الأستاذة حنان محمد ابراهيم الشويهدى، القضاء الدستوري المؤسسات والأجراءات، ط1، دار الفضيل، بنغازي- ليبيا، 2011.
5. د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، منشورات جامعة الكويت، 1972 .
6. د. زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، ج1، ط1، دار البال، بيروت- لبنان، 2014.
7. د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، ط4، بدون دار نشر، الكويت، 2001.
8. د. عبدالعزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، سعد سمك لطباعة، القاهرة، 2000.

9. د. عصام سعيد عبد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2013.
10. د. عصمت عبدالله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، 2003.
11. د. فتحى فكرى، القانون الدستوري- المبادئ الدستورية العامة، الكتاب الأول، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2002 .
12. د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1993.
13. د. محسن خليل، القانون الدستوري والديساتير المصرية، دار الجامعة الجديد للنشر، القاهرة، 1996.
14. مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، دار الضياء للطباعة والتصميم- النجف، العراق، 2007.
15. د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، بيت الحكمة، بغداد، 2008.
16. د. مصدق عادل طالب، القضاء الدستوري في العراق، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015.
17. وليم دوكلاس، الحرية في ظل القانون، ترجمة: د. ابراهيم اسماعيل الوهب، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1964.
18. د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

المصادر الالكترونية:

1. المحامي الدكتور ليث كمال نصرأوين، قراءة في مشروع قانون المحكمة الدستورية لسنة 2012، المتاح على الموقع الالكتروني الآتي: شبكة قانوني الاردن - <http://www.lawjo.net> تاريخ الزيارة: 2016/3/20.

الديساتير والقوانين:

1. الدستور السويسري لسنة 1874.
2. الدستور الايطالي لسنة 1947.
3. الدستور الالمانى لسنة 1949.
4. الدستور الاردني لعام 1952 والمعدل سنة 2011.
5. الدستور الفرنسي لسنة 1958.
6. الدستور الاسباني لسنة 1978.
7. الدستور العراقي لسنة 2005.
8. الدستور المصري لسنة 2014.
9. قانون انشاء المحكمة الدستورية في الكويت رقم (14) لسنة 1973 .
10. قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (48) لسنة 1979.
11. أمر رقم (30) لسنة 2005 قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية،
12. قانون المحكمة الدستورية الاردنية رقم 15 لسنة 2012.

المخلص

ان موضوع القضاء الدستوري ودورها في صيانة احكام الدستور من الانتهاك أصبح من المواضيع المهمة لارتباطه بموضوع الدولة القانونية. لذلك حرص الفقه الدستوري على ضرورة إقرار الدساتير بوجود هيئة رقابية تتمتع احكامها بصفة العلوية تتولى مهمة الفصل في المسائل والمنازعات الدستورية التي يحددها الدستور، لذلك يتكفل الدستور بتنظيم تلك الهيئة من حيث التكوين، بحيث تتوافر فيها ضمانات استقلالها. وقد قرر في كل من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية 2004 ودستور العراق 2005 على انشاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق كقضاء دستوري متخصص، واستنادا لدستور 2004 صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا تحت أمر رقم(30) لسنة 2005 والذي يعد نافذا لحد الآن لعدم صدور قانون جديد للمحكمة على ضوء دستور 2005 .

وهناك اختلاف في موقف الدستوريين بخصوص تكوين المحكمة، وهذا الاختلاف يظهر واضحا من حيث الإقرارالدستوريين على آليات تشكيل المحكمة، إذ ان دستور 2004 قرر في تلك الآليات أما دستور 2005 لم يتناول ذلك. وكذلك في عدد الاعضاء المحكمة، إذ ان دستور 2005 لم يقرر تحديد عدد اعضاء بينما دستور 2004 حدد عددهم بتسعة اعضاء، وكذلك الاختلاف بينهما في مدى توفر الكفاءة الفنية في الاعضاء، حيث اوجب دستور 2005 ان تشمل المحكمة عددا من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وكذلك فقهاء في القانون بينما في دستور 2004 تنحصر عضوية المحكمة على القضاة وحدهم. هذا بالاضافة الى بعض النواقص في موقف دستور 2005 ازاء الآليات المقررة فيها بتشكيل المحكمة مما يؤثر سلبا على مدى استقلالها في مباشرة اختصاصاتها.

Summary

the subject of the constitutional judiciary and its role in the maintenance of the provisions of the Constitution from violation became important because of its connection with legally state. So asserted constitutional jurisprudence on the necessity of enactment in the constitutions the existence of a regulatory body with their supreme for rulings adjudicating disputes and constitutional issues determined by the Constitution .So the constitution take care of Constitution organizing of the body in terms of formation, in order to be

The Iraqi State Administration Law for the transitional period of 2004 and the Constitution of Iraq 2005 was enacted on the establishment of the Federal Supreme Court in Iraq as a constitutional specialist court, and based on the Constitution of 2004 was issued the Federal High Court Act under Order No. (30) For the year 2005 which is in force until now for non-issuance a new law of the Court according to the 2005 Constitution.

There is a difference in the attitude of the former Constitutions concerning the formation of the court, and this difference appears from where both of them enacted on the mechanisms of formation of the court, since the Constitution of 2004 stated of these mechanisms but The 2005 Constitution did not address it. As well as in the number of members of the Court, because the Constitution of 2005 the number of members did not determined while the Constitution of 2004 determined a number by nine members, as well as the differences between them in the availability of technical efficiency in the members, also the 2005 Constitution makes compulsory that the court include a number of judges and experts in Islamic jurisprudence as well as jurists in the law but the Constitution of 2004 limited the membership of the Court by judges. This is in addition to some of the shortcomings in the attitude of the Constitution of 2005 about the mechanisms formation of the court where which negatively affects the extent of independence in direct competence.